

bdew

Energie. Wasser. Leben.

Die Wasserwirtschaft
im BDEW

Dierkes / Wrede

Konzessionsverträge in der Wasserversorgung

BDEW-Anwendungshilfe

Autoren:

Dr. Mathias Dierkes, Rechtsanwalt/Syndikusrechtsanwalt,
Prokurist und Leiter Recht der Gelsenwasser AG, Gelsenkirchen.

Dr. Sabine Wrede, LL.M. (UC Davis), Rechtsanwältin,
Fachgebietsleiterin Wasserwirtschafts- und Vergaberecht,
BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft, Berlin.

BDEW-Anwendungshilfe

Konzessionsverträge in der Wasserversorgung

Gliederung

Einleitung	11
I. Welche Regeln des Vergaberechts finden Anwendung?	14
1. Keine Anwendung des Kartellvergaberechts	
a) Beschaffungscharakter der Konzessionsverträge zur Wasserversorgung?	
b) Dienstleistungs- oder Lieferkonzession?	
c) Besondere Ausnahme für Konzessionen im Bereich Wasser	
2. Keine Anwendung sektorspezifischen Vergaberechts	
3. Anwendbarkeit der primärrechtlichen Grundsätze des Unionsrechts / Parallelen im Kartellrecht	
4. Ausnahmetatbestände	
a) Ausschließlichkeitsrechte	
aa) Ausschließlichkeit beruhend auf dem Eigentum am Verteilnetz?	
bb) Ausschließlichkeit beruhend auf dem Eigentum am Wasserwerk?	
cc) Ausschließlichkeit beruhend auf vertraglichen Vereinbarungen?	
dd) Ausschließlichkeit beruhend auf Verbandsmitgliedschaften?	
b) Inhouse-Konstellationen	
c) Interkommunale Zusammenarbeit	
II. Inhalte von Wasserkonzessionsverträgen	41
1. Konzessionsgebiet	
2. Wegerecht	
a) Qualifizierte Wegenutzungsverträge	
b) Anschluss- und Benutzungszwang	
c) § 8 AVBWasserV	
3. Versorgungsrecht und -pflicht	
4. Allgemeine Versorgungsbedingungen	
5. Kommunale Wasserversorgungskonzepte	

6. *Abstimmung von Planungen*
7. *Konzessionsabgaben*
 - a) *Höhe der Konzessionsabgaben*
 - b) *Zulässige Nebenleistungen*
 - aa) *Verwaltungskostenbeiträge*
 - bb) *Sachleistungen*
 - cc) *Kommunalrabatte*
 - c) *Unzulässige Nebenleistungen*
 - aa) *Wasserversorgungskonzepte*
 - bb) *Wasserlieferungen für öffentliche Brunnen*
 - cc) *Leerrohre*
 - d) *Rechtsfolgen eines Verstoßes*
8. *Brandschutz*
9. *Folgepflichten und Folgekostenpflicht*
 - a) *Baumaßnahmen ausgelöst durch Konzessionär*
 - b) *Baumaßnahmen ausgelöst durch die Gemeinde*
 - c) *Folgekostenpflicht*
 - d) *Baumaßnahmen Dritter*
10. *Leitungsrückbau*
11. *Wiederherstellungspflichten*
12. *Dokumentation der Netzinfrastruktur*
13. *Übertragung von Rechten und Pflichten*

III. Leistungsbeschreibung und Auswahlkriterien

79

1. *Ausgangslage*
2. *Wer muss entscheiden?*
3. *Wie groß sind die Entscheidungsspielräume?*
4. *Mögliche Einzelkriterien*
 - a) *Anzeige- und Abstimmungspflichten*
 - b) *Investitionstätigkeit*
 - c) *Ortsnähe der Wasserdarangebote*
 - d) *Sorgsamer Umgang mit Wasser*
 - e) *Umweltschutz*
 - f) *Wasserqualität*
 - g) *Versorgungssicherheit*
 - aa) *Personelle Ausstattung*
 - bb) *Netzbewirtschaftung*

- cc) Hygienekonzept
- dd) Störfallkonzept
- ee) Notversorgungskonzept
- h) Zertifizierungen
- i) Verbraucherefreundlichkeit
- j) Preisgünstigkeit
 - aa) Bezugspunkt des Preiskriteriums
 - bb) Preisprognose
 - cc) Abhängigkeit von einer Leistungsbeschreibung
 - dd) Preisanpassungsmechanismen
- k) Selbstaussführung und Eignungsleihe
- l) Kontrollwechsel
- m) Endschaftsregelungen

IV. Bekanntmachung **117**

V. Auskunftsansprüche **121**

1. Ansprüche im Vorfeld der Konzessionsvergabe
2. Ansprüche bei der Konzessionsvergabe
3. Ansprüche nach der Konzessionsvergabe

VI. Herausgabeansprüche **124**

1. Eigentum an den Versorgungsleitungen
2. Endschaftsklauseln
3. Mögliche Streitfragen
 - a) Herausgabe von Transportleitungen?
 - b) Entflechtung
 - c) Herausgabe der Kunden?
 - d) Herausgabe des Betriebspersonals?
4. Ausschluss von Herausgabeansprüchen

VII. Bewertungsfragen **137**

1. Sachzeitwert
2. Begrenzung durch den Ertragswert?
3. Berücksichtigung von Zuschüssen?

VIII. Laufzeiten

141

1. *Höchstlaufzeit*
2. *„Evergreen“-Klauseln*
3. *Mindestlaufzeit*
4. *Vertragsloser Zustand*

Literaturverzeichnis

Assmann / König, VergabeR 2020, 266 ff.

Bauer, Ablauf von Konzessionsverträgen – Versorgungssicherheit und Wettbewerb –, Baden-Baden 1992

BDEW, Branchenbild der Deutschen Wasserwirtschaft 2020

BDEW, Leitfaden zur Wasserpreiskalkulation, 2012

Ballwieser / Lecheler, Die angemessene Vergütung für Netze nach § 46 Abs. 2 EnWG, Baden-Baden, 2007

Bechtold / Bosch, Kommentar zum GWB, 9. Auflage 2018

Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage, München, Band I 2017, Band II 2019

Beile, Kommentar zum LWG RhPf, 2. Aufl., Stand 2011

Braun, ET 1988, 472 ff.

Brehme, Privatisierung und Regulierung der öffentlichen Wasserversorgung, Tübingen 2010

Brüning, Verwaltungsarchiv 2009, 453 ff.

Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Fernwärme, Abschlussbericht gemäß § 32e) GWB, August 2012

Bundeskartellamt / Bundesnetzagentur, Gemeinsamer Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, 2. Aufl. 2015

Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit / Bundesministerium für Gesundheit, Katalog vorsorgender Leistungen der Wasserversorger für den Gewässer- und Gesundheitsschutz vom 13.08.2014, BAnz vom 28.08.2014

Burgi, Vergaberecht, 2016

Burgi / Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 3. Aufl. 2017, Band 2, 3. Aufl. 2019

Byok / Dierkes, RdE 2011, 126 ff.

Byok / Dierkes, RdE 2011, 394 ff.

Byok / Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 4. Aufl., Frankfurt a. M., 2018

Classen, VergabeR 2016, 13 ff.

Czychowski / Reinhardt, Kommentar zum WHG, 12. Aufl. München, 2019

Dieckmann / Scharf / Wagner-Cardenal, VgV und UVgO, 2. Auf. 2019

Dobmann, VergabeR 2018, 666 ff.

Dierkes / Hamann, Öffentliches Preisrecht in der Wasserwirtschaft, Baden-Baden, 2009

Dierkes / Skrobanek, ZfW 2013, 183 ff.

Donhauser / Hölzlwimmer, VergabeR 2010, 509 ff.

Driehaus, Kommunalabgaberecht, Loseblatt-Kommentar, Herne / Berlin, Stand 2019

Faber, Der kommunale Anschluss- und Benutzungszwang, Baden-Baden 2005

Fricke, RdE 2020, 291 ff.

Gern / Brüning, Deutsches Kommunalrecht, Baden-Baden, 4. Aufl. 2019

Greb / Böcker, RdE 2013, 15 ff.

Gesterkamp, VergabeR 2020, 705 ff.

Giebler, DÖV 2020, 476 ff.

Glöckner, Kommunale Infrastrukturverantwortung und Konzessionsmodelle, München 2009

Goldbrunner, VergabeR 2016, 365 ff.

Griesbach, Gewährleistungsverantwortung in der öffentlichen Trinkwasserversorgung, Köln 2019

Haellmigk / Wippich, RdE 2011, 248 ff.

Heller, EWeRK 2016, 210 ff.

Hempel, RdE 1993, 55 ff.

Hempel / Franke, Recht der Energie- und Wasserversorgung, Köln, Loseblatt Stand Juli 2021

Herbeck, Gemeinsame Netznutzung bei der Trinkwasserversorgung, Frankfurt a. M., 2006

Herten-Koch, EWeRK 2013, 248 ff.

Hohenstein-Bartholl / Jacob, RdE 2017, 454 ff.

Immesberger / Höck / Reimann, Das neue Recht der Konzessionsabgaben, Hürth, Loseblatt, Stand August 2020

Jacob / Schmidt, RdE 2016, 144 ff.

Katz, KomJur 2018, 1 ff.

Kermel, Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, Berlin 2012

Kermel / Brucker / Baumann, Wegenutzungsverträge und Konzessionsabgaben in der Energieversorgung, Berlin 2008

Körber, RdE 2020, 333 ff.

Kramer, GWF W+A 2015, 448 ff.

Kramer / Köhler, ZfW 2018, 185 ff.

Kruse, Die Vergabe von Konzessionen, Köln, 2017

Landeskartellbehörde Niedersachsen, Hinweise zum Abschluss und zur Anmeldung von Verträgen im Ausnahmebereich Wasserversorgung, Stand Januar 2019

Landesregierung NRW, Wasserversorgung in Nordrhein-Westfalen, Benchmarking-Projekt, Ergebnisbericht 2018 / 2019

Lipinsky / Plauth, VergabeR 2019, 1 ff.

Lorson / Haustein / Albrecht / Perlick, ÖPP versus kommunale Eigenrealisierung, DB 2015, 2705 ff.

Lotze / Dierkes, RdE 2017, 165 ff.

Lotze / Heyers, RdE 2020, 62 ff.

Mahne, Eigentum an Versorgungsleitungen, Frankfurt am Main 2009

Meyer / Zuber, IR 2020, 269 ff.

Michaelis, ZögU 2001, 432 ff.

Michaels, IR 2016, 100 ff.

Ministerium für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen als Landeskartellbehörde, „Häufig gestellte Fragen zu dem Verfahren, dem Abschluss und der Freistellung von Wasserkonzessionsverträgen“, Januar 2019

Ministerium für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen als Landeskartellbehörde, Sektoruntersuchung Fremdwasserbezug, Abschlussbericht gemäß § 32 e) GWB, November 2020

Morell, Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben, 3. Aufl., Wiesbaden, 2014

Morell, Kommentar zur AVB WasserV, Berlin, Loseblatt Stand 09/2019

Mosters, IR 2013, 296 ff.

Müller, Die Löschwasserversorgung im Spannungsfeld von Brandschutz und Wasserversorgung, Köln 2019

Müller / Violen, VersorgungsW 2019, 133 ff.

Müller-Wrede / Braun, KonzVgV, Köln 2019

Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage, München 2016

Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 2, 3. Auflage, München 2020

Papier / Schröder, RdE 2012, 125 ff.

Pünder / Schellenberg, Vergaberecht, 2. Auflage 2015

Reidt / Stickler / Glaß, Vergaberecht, 4. Aufl. 2017

Reinhardt, W+B 2019, 211 ff.

Reinhardt / Hasche, Kommentar zum WVG, 1. Auflage, München, 2011

Rennert, NZBau 2019, 411 ff.

Säcker, RdE 2015, 1 ff.

Säcker / Mohr / Wolf, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, Frankfurt am Main, 2011

Sauer, IR 2018, 4 ff.

Schäfer / Uechtritz / Zuber, Rechtsgestaltung in der kommunalen Praxis, München, 2015, S. 413 ff.

Schröder, NVwZ 2017, 504 ff.

Seuser, IR 2018, 293 ff.

Siebler / Wellmann, VersorgungsW 2015, 172 ff.

Steinfels / Strehl / Hoffian / Hein, IR 2011, 303 ff.

Sudbrock, KomJur 2014, 41 ff.

Umweltbundesamt (Hrsg.), Rund um das Trinkwasser, 4. Aufl. 2016

VBEW, Musterkonzessionsvertrag Wasser, Vereinbarung des Bayrischen Gemeindetages, des bayrischen Städtetages und des VBEW vom 25.11.2019

Weschpfennig / Durner, DVBl 2018, 1254 ff.

Wittenstein, W+B 2019, 168 ff.

Wolf / von Rummel, IR 2020, 221 ff.

Wrede, ZfW 2021, S. 97 ff.

Ziekow, VergabeR 2016, 278 ff.

Ziekow / Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage München 2018

Einleitung

In Deutschland wird mehr als die Hälfte des Trinkwassers auf Grundlage von privatrechtlichen Verträgen an Letztverbraucher geliefert,¹ die in aller Regel nach der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (AVBWasserV) ausgestaltet sind. Das Angebot solcher Lieferverträge bzw. von Trinkwasserlieferungen ist den Wasserversorgungsunternehmen (WVU) möglich, weil sie über die öffentlichen Wasserverteilnetze verfügen, durch die das in Wasserwerken geförderte und aufbereitete und über Wassertransportleitungen herangeführte Trinkwasser in die Haushalte und sonstigen Verbrauchsstellen geliefert werden kann. Die Wasserleitungen des örtlichen Verteilnetzes liegen zum großen Teil in den gemeindlichen Straßen und Wegen. Das Recht zur Nutzung dieser Straßen und Wege erlangen die WVU durch den Abschluss von Konzessionsverträgen mit der jeweiligen Gemeinde. Nach § 31 Abs. 1 Nr. 2 GWB sind Konzessionsverträge vom allgemeinen Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen freigestellt, soweit sich eine Gemeinde als Gebietskörperschaft gegenüber einem WVU als Unternehmen der öffentlichen Versorgung mit Wasser „verpflichtet, die Verlegung und den Betrieb von Leitungen auf oder unter öffentlichen Wegen für eine bestehende oder beabsichtigte unmittelbare öffentliche Wasserversorgung von Letztverbrauchern im Gebiet der Gebietskörperschaft ausschließlich einem Versorgungsunternehmen zu gestatten“.

Neben diesen kartellrechtlichen Vorgaben gelten auch vergaberechtliche Bestimmungen. Diese sind im Wesentlichen durch das EU-Recht vorgegeben. Wasserkonzessionen können zwar grundsätzlich unter die Konzessionsvergaberichtlinie (2014/23/EU-KVR) fallen, gemäß Art. 12 Abs. 1 KVR sind sie vom Anwendungsbereich der Richtlinie jedoch ausgenommen. Diese Bereichsausnahme für Wasserkonzessionsverträge hat das nationale Vergaberecht ausdrücklich in § 149 Nr. 9 GWB übernommen. Der BDEW hat sich seinerzeit im Gesetzgebungsverfahren sehr für eine Bereichsausnahme für die Wasserwirtschaft eingesetzt und hält diese Ausnahmeregelung auch weiterhin für unverzichtbar.

Vor diesem Hintergrund stellen Mitgliedsunternehmen des BDEW immer häufiger die Frage, ob ein Konzessionsvertrag zur Wasserversorgung bei seinem Ablauf wie bisher üblich zweiseitig von Wasserversorgungsunternehmen (WVU) mit der jeweiligen Gemeinde neu verhandelt und für einen weiteren Zeitraum abgeschlossen werden kann oder ob eine öffentliche Ausschreibung der erneuten Vergabe des Wegerechts erforderlich ist. Häufig beruhen solche Anfragen auf Unsicherheiten der Gemeinden als Konzessionsgeberinnen, die – etwa

¹ Im Jahr 2018 waren die Anteile am Wasseraufkommen 57 % privatrechtlich und 43 % öffentlich-rechtlich, vgl. BDEW-Wasserstatistik 2018

durch die wettbewerbliche Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen in den letzten Jahren ausgelöst – gleiche Maßstäbe für die Vergabe von Wegerechten im Wege der Ausschreibung auch im Sektor der Wasserversorgung annehmen. Es mag dahinstehen, ob diese Unsicherheiten durch die „Beratungsindustrie“ zusätzlich geschürt werden. Die zunehmende Praxis, auch den Ablauf von Wasserkonzessionsverträgen öffentlich bekannt zu machen und deren Vergabe auszuschreiben, ist jedenfalls Anlass, sich mit den damit verbundenen Fragen über den Einzelfall hinaus näher zu befassen.

Eine große Herausforderung für Hinweise zum rechtlichen Rahmen ergibt sich allerdings daraus, dass bei der Vergabe von Wegerechten bzw. darauf beruhenden Konzessionsverträgen zur öffentlichen Trinkwasserversorgung zwar einerseits eine Reihe von Parallelen zur Vergabe sonstiger Konzessionen und insbesondere zum Abschluss von Wegenutzungsverträgen in der Energieversorgung gezogen werden können; andererseits ist die Wasserversorgung im Vergleich zur Strom- und Gasversorgung und anderen Tätigkeiten durch tatsächliche und rechtliche Besonderheiten und die intensive Einbettung in die Aufgaben der kommunalen Daseinsvorsorge gekennzeichnet, die eine schlichte Übernahme von in anderen Sektoren entwickelten Wettbewerbskonzepten verbieten. Zentrale Bedeutung hat hier die Qualität des durch das Verteilnetz bis zum Hausanschluss gelieferten Wassers, das als Trinkwasser für den unmittelbaren Genuss durch den Menschen bestimmt ist. Aus diesem Blickwinkel ist bei der Vergabe von Konzessionsverträgen in der Wasserversorgung insbesondere folgenden Besonderheiten Rechnung zu tragen:

- Trinkwasser ist kein bundesweit verfügbares homogenes Gut, sondern nur lokal oder regional in unterschiedlicher Qualität lieferbar.
- Trinkwasser ist nicht beliebig mischbar und lagerfähig.
- Eine Durchleitung „fremder“ Wasserlieferungen durch ein örtliches Verteilnetz ist regelmäßig nicht möglich. Dem trägt das Gesetz in § 31 Abs. 5 GWB Rechnung.
- Anders als insbesondere in der Strom- und Gasversorgung besteht kein bundes- oder gar europaweites Wassertransportnetz.
- Anders als insbesondere in der Strom- und Gasversorgung sind der Netzbetrieb und der Wasservertrieb an Letztverbraucher nicht entflochten und nicht reguliert. Eine Wasserkonzession umfasst „nicht nur die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, sondern weitergehend auch die Wasserversorgung.“² Bei einem Übergang des Konzessionsvertrages

² OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.06.2018, - Stadt Übach-Palenberg -

zur Wasserversorgung gehen die Kunden mit über. Die Erteilung ausschließlicher Wege-rechte ist weiterhin möglich und in der Praxis vorherrschend.³

- Anders als insbesondere in der Strom- und Gasversorgung vollziehen sich erhebliche Teile der Versorgungstätigkeiten in öffentlich-rechtlichen Handlungsformen und/oder werden von öffentlich-rechtlichen WVU durchgeführt. Auch privatrechtlich organisierte WVU haben häufig ganz oder teilweise öffentlich-rechtliche (regelmäßig kommunale) Anteilseigner.⁴
- Anders als insbesondere in der Strom- und Gasversorgung ist es in der Wasserwirtschaft nicht ungewöhnlich, dass eine Gemeinde keinen Konzessionsvertrag zur Trinkwasserversorgung (mehr) abschließt, sondern im Wege der (Re-)Kommunalisierung (mehr) eigene finanzielle, sachliche und personelle Mittel bei der Aufgabendurchführung einsetzen möchte.⁵ Solche Umstrukturierungen haben in den letzten Jahren häufig (auch) das Ziel verfolgt, die zuvor privatrechtlich organisierte Wasserversorgung durch Wahl einer öffentlich-rechtlichen Form der (Preis-)Aufsicht der Kartellbehörden zu entziehen⁶, müssen dies aber beileibe nicht immer.
- Anders als insbesondere in Frankreich, aber ähnlich wie in der deutschen Strom- und Gasversorgung, wechselt bei einer anderweitigen Neuvergabe einer Konzession zur Wasserversorgung nicht nur der Netzbetrieb, sondern in aller Regel auch das Netzeigentum vom Altkonzessionär zum neuen Konzessionär.

Auf die Frage, wie diese Besonderheiten der Wasserversorgung jeweils im konkreten Konzessionsvertrag (oder bei seiner Vergabe) zu berücksichtigen sind, gibt es häufig verschiedene Antworten. Neben den örtlichen Besonderheiten der Wasserversorgung können sich auch die rechtlichen oder vertraglichen Rahmenbedingungen im Einzelfall maßgeblich unterscheiden. Für diese Anwendungshilfe gilt daher ganz umfassend, selbst wenn dies nicht in jedem Einzelabschnitt ausdrücklich vermerkt ist: Aus den hier gegebenen Hinweisen folgen weder konkrete Empfehlungen noch sind die aufgeführten Beispielsklauseln als in jedem Fall vorbildlich oder als abschließend zu verstehen. Diese Anwendungshilfe versteht sich vielmehr als „Instrumentenkasten“ oder „Werkzeugbox“, die die Bandbreite möglicher Lösungen aufzeigen und Anregungen geben möchte für die im konkreten Fall stets neu zu erarbeitende passgenaue Vorgehensweise und Vertragsformulierung.

³ Siehe unten Ziffer II. 2.a

⁴ Vgl. das Sondergutachten Nr. 63 der Monopolkommission, 2012, Rn. 117; Bundeskartellamt, Bericht über die großstädtische Wasserversorgung in Deutschland, 2016, S. 16/17

⁵ Zu den dann zu beachtenden Rahmenbedingungen, vgl. Brüning, Verwaltungsarchiv 2009, 453 ff.

⁶ Vgl. als Beispiel den Sachverhalt im Beschluss des OLG Frankfurt a. M. vom 30.08.2011, ZfBR 2012, 77 ff. = VergabeR 2012, 47 ff, 48 – Stadt Wetzlar/ Enwag -.

I. Welche Regeln des Vergaberechts finden Anwendung?

Konzessionsverträge zur Trinkwasserversorgung unterliegen (1.) weder dem Kartellvergaberecht noch (2.) einem sektorspezifischen Vergaberecht. Lediglich die primärrechtlichen Prinzipien des EU-Vertrages sind zu beachten (3).⁷ Selbst diese Prinzipien begründen in manchen Fällen keine Pflicht der Gemeinde zur Durchführung eines wettbewerblichen Auswahlverfahrens, soweit (4.) eine Ausnahmegvorschrift eingreift.

1. Keine Anwendung des Kartellvergaberechts

Das Kartellvergaberecht dient der wirtschaftlichen Erfüllung von Verwaltungsaufgaben, indem es durch die unter bestimmten Voraussetzungen entstehenden Pflichten zur Ausschreibung europaweit Märkte öffnet und innerhalb dieser die Chancengleichheit der Bieter sicherstellt.⁸ Sein Name rührt daher, dass die unionsrechtlichen Vorgaben für die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen in Deutschland durch das Kartellrecht, d.h. die §§ 97 bis 184 GWB, umgesetzt worden sind. Übereinstimmend wird davon ausgegangen, dass die in Deutschland verbreiteten Konzessionsverträge zur Wasserversorgung nicht als öffentliche Aufträge einzuordnen sind, da die Gegenleistung der Gemeinde für die Versorgungsleistungen des WVU nicht in der Zahlung eines Entgelts, sondern lediglich in der Einräumung des Rechts zur Nutzung des Wasserverteilnetzes besteht, wobei die Netznutzung regelmäßig wiederum die Einräumung entsprechender Wegerechte voraussetzt.⁹ Zudem trägt das WVU das Betriebsrisiko, da es auf die Refinanzierung der ihm entstehenden Kosten bei den an das Netz angeschlossenen belieferten Kunden angewiesen ist.¹⁰ Seit der letzten Novellierung der EU-Vergaberichtlinien im Jahre 2014 bzw. seit der Umsetzung dieser Vorgaben in das nationale Recht durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz im Jahre 2016 fallen allerdings grundsätzlich auch Konzessionen in den Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts. Mit gewichtigen Argumenten wird dennoch grundsätzlich in Frage gestellt, ob dieser neue Rechtsrahmen für die Vergabe von Konzessionsverträgen zur Wasserversorgung herkömmlicher deutscher Prägung maßgebend sein kann.

⁷ Zusätzlich allerdings auch das – parallel laufende – Kartellrecht, siehe Ziffer I.3

⁸ Vgl. Burgi, Vergaberecht, § 6 Rn. 9 mit § 2 Rn.31.

⁹ Im Anschluss an das EuGH-Urteil vom 10.09.2009, IR 2009, 237 ff = VergabeR 2010, 48 ff = Versorgungswirtschaft 2009, 263 ff = ZfW 2010, 145 ff = EuZW 2009, 810 ff. – WAZV Gotha ./ Eurawasser –

¹⁰ Vgl. § 105 Abs.2 GWB und dazu Ziffer VI.3.c.

a) Beschaffungscharakter der Konzessionsverträge zur Wasserversorgung?

Zentraler Gesichtspunkt ist zunächst der Beschaffungscharakter, der für Konzessionen wie für öffentliche Aufträge prägend ist¹¹: Genügt die Zuständigkeit der Kommunen für die öffentliche Wasserversorgung nach § 50 Abs.1 WHG in Verbindung mit dem jeweiligen Landeswassergesetz für die Annahme, dass eine Gemeinde bei der Einräumung von Nutzungsrechten an ihren Straßen zugunsten des Inhabers des Wasserverteilnetzes stets für die Erfüllung einer eigenen Verwaltungsaufgabe etwas beschafft? Der Gemeinde kommt aus der Vergabe des Wegerechts ja unmittelbar nichts zugute.¹² Nur mittelbar hat sie den Nutzen, dass der Konzessionär an ihrer Stelle auf eigenes Risiko die Durchführung der Wasserversorgungsaufgabe übernimmt und über das durch das Wegerecht abgesicherte Verteilnetz die Haushalte und sonstigen Verbrauchsstellen mit Trinkwasser beliefert. Die Gemeinde erspart sich eigenes Handeln, indem sie einen Dritten in die Aufgabenerfüllung einschaltet¹³, sich von operativen Tätigkeiten entlastet¹⁴ und der Dritte die Leistung anstelle der öffentlichen Hand unter ihrer Aufsicht erbringt¹⁵, und zwar bei dem Abschluss eines Konzessionsvertrages typischerweise noch umfänglicher als bei der Einschaltung Dritter durch die Vergabe eines öffentlichen Auftrags. Dieser mittelbare Nutzen der Entlastung von der eigenhändigen Aufgabenerfüllung soll im Prinzip ausreichen, um eine „Beschaffung“ zu bejahen.¹⁶ Darüber hinaus hat das Vergaberecht allerdings bislang nicht klären können, ob der mittelbare Nutzen einer Entlastung der Gemeinde allein hinreichende und notwendige Bedingung für die Annahme eines Beschaffungscharakters eines Konzessionsvertrages ist:

- Zunächst einmal lässt sich ein solcher mittelbarer Nutzen in der Wasserwirtschaft nur schwer begründen, wenn wasserrechtliche Aufgabenzuständigkeiten und Verfügungsbeugnisse über die zur Verlegung der Wasserrohre in Anspruch zu nehmenden Straßen ausnahmsweise auseinanderfallen. Dieser Fall kann eintreten, wenn z. B. die Gemeinde

¹¹ Wollenschläger in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 105 GWB, Rn. 36-39; Goldbrunner, VergabeR 2016, 365, 366; Classen, VergabeR 2016, 13, 19 ff.; Lipinsky / Plauth, VergabeR 2019, 1, 4; Braun, VergabeR 2020, 251, 259; Assmann / König, VergabeR 2020, 266, 267

¹² Ausnahme nur eventuell an sie gezahlte Konzessionsabgaben, siehe Ziffer II.7

¹³ Vgl. Rennert, NZBau 2019, 411, 412.

¹⁴ Allgemeine Erwägungen bei Lorson u. a., DB 2015, 2705, 2712.

¹⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.01.2019, NZBau 2019, 605 ff. Rn. 62.

¹⁶ In diesem Sinne für ein Breitbandkabelnetz OLG München, Beschluss vom 25.03.2011, NZBau 2011, 380, 383; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.01.2019, Fn. 15; Braun, VergabeR 2020, 251, 259; Wollenschläger in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 105 GWB, Rn. 36 - 39; Brüning in: Byok / Jaeger, § 105 GWB Rn. 17.; Ziekow, in Ziekow / Völlink, Vergaberecht, § 105 GWB. Rn. 19; Braun in: Müller-Wrede / Braun, § 1 KonzVgV, Rn. 62

die Aufgabe an einen Wasserversorgungszweckverband übertragen hat, das Straßeneigentum und die Straßenbaulast jedoch bei ihr verblieben sind.¹⁷

- Aber auch ohne eine solche Zuständigkeitsspaltung soll es an dem Beschaffungsmoment fehlen, wenn die Gemeinden den WVU im Konzessionsvertrag keine spezifischen Vorgaben machen, das Wegerecht und das darauf beruhende Wasserverteilnetz zum Wohle der Allgemeinheit zu nutzen,¹⁸ bzw. keine – einklagbaren –¹⁹ Lieferpflichten gegenüber den Wasserkunden auferlegen.²⁰ Denn schlichte Pachtverträge über öffentliche Leistungen oder Land ohne solche Verpflichtungen sollen nach Erwägungsgrund 15 zur Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU, auf den auch die Begründung des deutschen Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes Bezug genommen hat²¹, keine Konzessionen im Sinne des Kartellvergaberechts darstellen. In diesem Sinne hat das VG Berlin für die Fernwärmeversorgung entschieden, allein durch das Wegerecht werde „der Wegerechteinhaber nicht mit der Erbringung und der Verwaltung einer Dienstleistung, nämlich dem Betrieb eines Fernwärmeversorgungsnetzes, betraut.“²²
- Im Zusammenhang mit der Fernwärmeversorgung wird auch betont, dass diese Tätigkeit den Gemeinden nicht gesetzlich als Aufgabe zugewiesen sei, sodass sie bei einer Aufgabendurchführung durch den Konzessionär keine Entlastung erfahren würden.²³ Demgegenüber ist die öffentliche Wasserversorgung durch § 50 Abs. 1 WHG als Aufgabe der Daseinsvorsorge klassifiziert, mag auch die Ausgestaltung durch die Landeswassergesetze als freiwillige oder pflichtige Aufgabe der Gemeinden Differenzierungen aufzuweisen.²⁴ An der Aufgabenzuständigkeit der Gemeinde, dem Bestreben, diese auch wahrzunehmen, und damit der Mög-

¹⁷ So verneint Herten-Koch in: Kermel, Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, S.207/208, das Beschaffungsmerkmal bei Konzessionsverträgen zur Energieversorgung, da sie keiner originär kommunalen Aufgabe dienen.

¹⁸ Vgl. Kammergericht Berlin, Urteil vom 22.01.2015, NZBau 2015, 323, 324 ff. – Berliner Waldbühne –; OLG Schleswig, Beschluss vom 16.09.2021, Az. 54 Verg 1/21; Burgi, Vergaberecht, Kapitel 1, Rn. 24; Wollenschläger in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, §105 GWB Rn. 47 ff. und Ziffer II.3

¹⁹ OLG Düsseldorf, Fn. 15, m. w. Nw. zum Glücksspielrecht.

²⁰ Rennert, NZBau 2019, 411, S. 412 / 413; Hohenstein-Bartholl / Jacob, RdE 2017, 454, 461; Müller / Viole, VersorgungsW 2019, 133; Wollenschläger in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 105 GWB Rn. 40; Ziekow in: Ziekow / Völlink, Vergaberecht, § 105 GWB Rn. 7; Dünchheim in: Hempel / Franke, Recht der Energie- und Wasserversorgung, § 46 EnWG, Rn. 216

²¹ BT. Drs. 18/6281, 76

²² VG Berlin, Urteil vom 30.06.2017, Rn.112; zustimmend Assmann / König, VergabeR 2020, 266, 269; kritisch dazu Sauer IR 2018, 4 ff.

²³ In diesem Sinne LG Stuttgart, Urteil vom 14.02.2019, RdE 2019, 254 ff., 260 – Fernwärme Stuttgart –; Müller / Viole, VersorgungsW 2019, 133; Die Einstufung als Gemeindeaufgabe für unbeachtlich halten Säcker / Mohr / Wolf, Konzessionsverträge, S. 38 m. w. Nw; Donhauser / Hölzlwimmer, VergabeR 2015, 509, 511 / 512; Braun, VergabeR 2020, 251, 255.

²⁴ Czychowski / Reinhardt, WHG, § 50 Rn. 11 ff.

lichkeit einer Entlastung durch Einschaltung eines Konzessionärs in die Aufgabenerfüllung dürfte demgemäß auch bei „freiwilliger“ Wasserversorgung durch die Gemeinde jedenfalls in den Fällen kein Zweifel bestehen, in denen sie auf Basis der entsprechenden landesrechtlichen Vorschrift des Kommunalrechts einen Anschluss- und Benutzungszwang für die öffentliche Wasserversorgung erlassen und damit ihre Verantwortung für die Aufgabenerfüllung anerkannt hat.²⁵

- Schließlich wird – wiederum im Zusammenhang mit der Fernwärme – vertreten, dass die Einräumung von Wegerechten durch die Gemeinde keinen Beschaffungscharakter aufweise, wenn es sich nicht um ausschließliche Wegerechte handele. Bei der Vergabe von „einfachen“ Wegerechten an grundsätzlich jeden beliebigen Antragsteller werde sie nur gemäß ihren Pflichten als Monopolistin der Wegerechte an den Verkehrswegen im Gemeindegebiet tätig, ohne Bezug zu anderen, eigenen Verwaltungsaufgaben.²⁶

Vor diesem Hintergrund gibt es eine ganze Reihe möglicher (Konzessions-)Konstellationen, für die noch nicht endgültig geklärt ist, ob ein Beschaffungselement vorliegt oder fehlt.²⁷ Regelmäßig werden Konzessionsverträge zur Wasserversorgung allerdings durch Gemeinden vergeben, die im Rahmen der verfassungsrechtlich abgesicherten Daseinsvorsorge Träger der Aufgabe der Wasserversorgung sind und im Vertragstext die ausdrückliche Verpflichtung der WVU verankern, unter bestimmten Bedingungen jedermann an das Verteilnetz anzuschließen und dann mit Trinkwasser zu versorgen.²⁸ Grundlage dafür ist ebenso regelmäßig die Einräumung eines ausschließlichen Wegerechts gemäß § 31 Abs. 1 Nr. 2 GWB an den Konzessionär. Deshalb kann man es in der Praxis vielfach mit der Feststellung einer solchen Vertragsgestaltung bewenden lassen, um aus ihr den Willen der Gemeinde zu entnehmen, ihre grundsätzliche Zuständigkeit wahrnehmen zu wollen, aber gleichzeitig den Vertragspartner mit der Durchführung dieser gemeindlichen Aufgabe zu betrauen und sich selbst insoweit entlasten zu wollen.

²⁵ Vgl. Ziffer II.2.b); Assmann / König, VergabeR 2020, 266, 269 270; offengelassen in VG Berlin, Urteil vom 30.06.2017, Rn. 113.

²⁶ Haellmigk / Wippich, RdE 2011, 248, 252; Fricke, RdE 2020, 291, 292; Müller / Viole, VersorgungsW 2019, S. 133; a. A. Sauer, IR 2018, 4, 6.

²⁷ Vergleiche auch OVG Magdeburg, Beschluss vom 23.08.2016 – Weihnachtsmarkt –; OLG Hamburg, Beschluss vom 01.11.2017 – Spielbank –; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.07.2018 – Zuwendung –; OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.08.2019, Rn. 148 – Stromkonzession –; OLG Stuttgart, Urteil vom 06.06.2019, Rn. 54, 55 – Stromkonzession –; Donhauser / Hölzlwimmer, VergabeR 2015, 515 ff.; Dobmann, VergabeR 2018, 666 ff; Lipinsky / Plauth, VergabeR 2019, 1 ff.; Assmann / König, VergabeR 2020, 266, 267; Dünchheim in: Hempel / Franke, Recht der Energie- und Wasserversorgung, § 46 EnWG, Rn. 201 ff.

²⁸ .Siehe die Beispiele unter Ziffer II.3.

b) Dienstleistungs- oder Lieferkonzession?

Auch wenn der Beschaffungscharakter eines Konzessionsvertrages zur Wasserversorgung gängiger Prägung zu bejahen ist, stellt sich für die grundsätzliche Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts die weitere Hürde, dass die Leistungen des konzessionierten WVU sowohl aus Sicht der Gemeinde als Vertragspartner, als auch aus Sicht der Kunden, um deren Endversorgung es eigentlich geht²⁹, im Kern in der Sicherstellung und der Vornahme von Wasserlieferungen bestehen. Der Umsatz³⁰ aus den Entgelten der Verbraucher für die Lieferung von Trinkwasser (Grund- und Arbeitspreis) wird in aller Regel den Umsatz der Bauleistungen³¹, etwa im Rahmen von Rohrverlegungen, und den Umsatz aus Serviceleistungen, wie der Vermietung von Hydranten, übersteigen. Alle drei Elemente – Bauleistungen, Warenlieferungen und Dienstleistungen – können Gegenstand der Verpflichtungen und Tätigkeiten unter einem Konzessionsvertrag sein. Erwägungsgrund 16 der Konzessionsvergaberichtlinie hat das insoweit erkannt und anerkannt, als dort zwischen der Auferlegung einer Lieferverpflichtung und dem Erwerb von Dienstleistungen durch den öffentlichen Auftraggeber für sich selbst oder den Endnutzer unterschieden wird.³² Die kartellvergaberechtlichen Vorschriften zur Konzessionsvergabe – anders als § 103 Abs. 1 GWB für öffentliche Lieferaufträge – kennen aber eine „Lieferkonzession“ nicht. Hat dies zur Folge, dass Trinkwasserkonzessionen als Lieferkonzessionen dem GWB-Konzessionsvergaberecht nicht unterfallen?³³ Oder ist § 105 Abs. 1 GWB so zu lesen, dass jeder Konzessionsvertrag, der keine Baukonzession darstellt, automatisch als Dienstleistungskonzession grundsätzlich doch dem Kartellvergaberecht unterfallen soll, weil diese Kategorie im Bereich der Konzessionsvergabe auch bei einem an sich prägenden Liefercharakter als Auffangtatbestand dienen soll?³⁴

Wohl keine Rolle dürfte in diesem Zusammenhang spielen, dass Art. 2 Nr. 38 der Wasserrahmenrichtlinie "Wasserdienstleistungen" als "Dienstleistungen" definiert, die unter anderen die Behandlung und Verteilung von Oberflächen – oder Grundwasser zur Verfügung stellen.³⁵ Zwar nennt diese Richtlinie die Wasserverteilung als

²⁹ Rennert, NZBau 2019, 411, 412.

³⁰ Zur Maßgeblichkeit des Gesamtumsatzes für Abgrenzungsfragen siehe § 2 Abs. 3 KonzVgV.

³¹ Zur Baukonzession vgl. Byok / Dierkes, RdE 2011, 126, 129.

³² Zu diesem Argument bei Stromkonzessionen Rennert, NZBau 2019, 411, S. 412 / 413.

³³ So allgemein für Lieferkonzessionen Wollenschläger in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 105 GWB Rn. 32; vgl. auch Brüning in: Byok / Jaeger, § 105 GWB Rn. 2.

³⁴ So wohl Schröder, NVwZ 2017, 504; Ganske in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 105 GWB Rn. 14: Lieferleistungen unterfallen dem konzessionsvergaberechtlichen Begriff der Dienstleistung.

³⁵ Richtlinie 2000/60/EG vom 23. Oktober 2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik, ABl. 2000 L 327, S. 1-73

eine Unterart der Wasserdienstleistung, und zur Wasserverteilung gehört insbesondere die Lieferung von (Trink-)Wasser an Endverbraucher. Die Wasserrahmenrichtlinie verfolgt aber Zwecke der Ökologie im Sinne des Schutzes des Wasserhaushalts und keine vergaberechtlichen Ziele (siehe Erwägungsgrund 19 der WRRL). Die „Dienstleistungs“-Definition der Wasserrahmenrichtlinie ist deshalb für die vergaberechtliche Einordnung von Konzessionsverträgen zur Wasserversorgung irrelevant. Dem Unionsrecht liegt kein einheitlicher Begriff der Dienstleistung zu Grunde. So unterscheidet schon der EU-Vertrag zwischen der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 57 AEUV und der – vorrangigen (!) – Warenverkehrsfreiheit nach Art. 28, 29 AEUV, geht also keineswegs davon aus, dass die Dienstleistungserbringung die (Wasser-)Warenlieferung mit umfasst.

c) Besondere Ausnahme für Konzessionen im Bereich Wasser

In der Praxis spielen diese grundsätzlichen Streitfragen zur Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts auf Konzessionen allerdings zurzeit keine Rolle, da sowohl das Unionsrecht in Art. 12 Abs. 1 RL 2014/23/EU wie auch das deutsche Recht in § 149 Nr. 9 GWB eine besondere Ausnahme für die Vergabe von Konzessionsverträgen zur Trinkwasserversorgung vorsehen. Danach ist der vierte Teil des GWB, d.h. das Kartellvergaberecht samt der Verordnung über die Vergabe von Konzessionen³⁶, nicht anzuwenden auf die Vergabe von

„Konzessionen im Bereich Wasser, die

- a. die Bereitstellung oder das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Gewinnung, dem Transport oder der Verteilung von Trinkwasser oder die Einspeisung von Trinkwasser in diese Netze betreffen oder*
- b. mit einer Tätigkeit nach Buchstabe a im Zusammenhang stehen und ...“*

Es ist allgemeine Meinung, dass der durch die in Deutschland gebräuchlichen Konzessionsverträge geregelte Betrieb von Wasserverteilnetzen durch den Konzessionär auf Grundlage eines von der Gemeinde als Konzessionsgeberin erteilten Wegerechts unter diese Definition fällt. Als Grund für die Ausnahme werden im Erwägungsgrund 40 zur Richtlinie 2014/23/EU die besonderen Merkmale der häufig spezifischen und komplexen Regelungen in der Wasserwirtschaft genannt, die Ausschlüsse aus dem Anwendungsbereich rechtfertigen. Allerdings sollte, ebenfalls un-

³⁶ Konzessionsvergabeverordnung = KonzVgV vom 12.04.2016, BGBl. I S. 624, 683.

ter Berücksichtigung der besonderen Strukturen in der Wasserwirtschaft, die Europäische Kommission die Auswirkungen der Ausschlüsse nach Artikel 12 der Richtlinie (= § 149 Nr. 9 GWB) auf den Binnenmarkt überprüfen und dem europäischen Parlament und dem Rat bis zum 18.04.2019 darüber Bericht erstatten, Art. 53 U.Abs. 3 RL 2014/23/EU.³⁷ Neue Initiativen seitens der Kommission werden aber wohl noch einige Zeit auf sich warten lassen.

2. Keine Anwendung sektorspezifischen Vergaberechts

Die wirkliche oder auch nur vermeintliche „Lücke“, die durch die Ausnahme vom Kartellvergaberecht (derzeit) für Wasserkonzessionen besteht, wird auch nicht durch andere Gesetzesvorschriften geschlossen. Die Konzessionsvergabeverordnung findet nach ihrem § 1 nur dort Anwendung, wo der vierte Teil des GWB greift, und ist deshalb von der Ausnahme mit umfasst. Deshalb wird zum Teil versucht, die in dem seit einigen Jahren lebhaft gewordenen Wettbewerb um Konzessionen zur Strom- und Gasversorgung entwickelten Regelungen und Gerichtsentscheide für die Wasserversorgung fruchtbar zu machen.

Ob das trotz der einleitend genannten Besonderheiten der Wasserversorgung wirklich von Vorteil wäre, kann aber dahingestellt bleiben, weil für einen Rückgriff auf Spielregeln der Energiewirtschaft schon die normative Basis fehlt. Der für die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen maßgebliche § 46 EnWG findet bei Konzessionen zur Trinkwasserversorgung keine, auch keine analoge Anwendung: Nach Abs. 2 S.1 dieser Vorschrift regelt sie nur Verträge von Energieversorgungsunternehmen mit den Gemeinden über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz gehören. Auch verweist § 117 EnWG für die Belieferung von Letztverbrauchern im Rahmen der öffentlichen Wasserversorgung nur auf § 48, nicht auch auf § 46 EnWG, sieht also eine entsprechende Anwendung einer energierechtlichen Vorschrift in der Wasserwirtschaft nur im Hinblick auf Konzessionsabgaben, nicht aber für die Konzessionsvergabe vor. (Auch) Für eine analoge Anwendung des § 46 EnWG ist deshalb kein Raum, eine zu füllende bewusste Regelungslücke liegt nicht vor.³⁸ Die Verfahren zur Vergabe von Energiekonzessionen können deshalb keine „Blaupause“ für Wasserkonzessionsverfahren sein.³⁹

³⁷ Dazu wurde im Auftrag der EU-Kommission erstellt: Ramboll, Study on water services in selected member states, Final Report 10.07.2015.

³⁸ OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.03.2018, Seite 14 des Urteilsabdrucks – Wasserversorgung Selm –; LG Stuttgart, Fn. 23, S. 254, 261 und 266 – Fernwärme Stuttgart –; OLG Stuttgart, Urteil vom 26.03.2020, EnWZ 2020, 173 ff. = RdE 2020,322,328 – Fernwärme Stuttgart –, nicht rechtskräftig

³⁹ Schröder, NVwZ 2017, 504 ff. m. w. N.

3. Anwendbarkeit der primärrechtlichen Grundsätze des Unionsrechts / Parallelen im Kartellrecht

Die Ausnahme von Kartellvergaberecht und die Nichtanwendbarkeit anderweitigen sektorspezifischen Vergaberechts führt allerdings keineswegs zu einem rechtsfreien Raum, in dem sich die Vergabe von Wasserversorgungskonzessionen regellos abspielen könnte. Vielmehr sind und waren auch schon vor der Einbeziehung der Konzessionen in die EU-Richtlinien⁴⁰ – bei Binnenmarktrelevanz⁴¹ – die durch das europäische Primärrecht vorgegebenen Grundsätze der Transparenz, Gleichbehandlung und Verhältnismäßigkeit zu beachten.⁴² Die Gegenmeinung, die die Ausnahme vom sekundärrechtlichen Vergaberecht auf das Primärrecht erstrecken möchte⁴³, hat zu Recht keine Gefolgschaft gefunden.⁴⁴ Soweit ersichtlich geht auch die Praxis der Wasserwirtschaft bei Binnenmarktrelevanz vom Eingreifen dieser Grundsätze aus, jedenfalls legt die stetig wachsende Zahl der Veröffentlichungen im Amtsblatt der EU zu einer in Deutschland anstehenden Konzessionsvergabe diesen Schluss nahe.

In Parallele dazu wurde und wird die Lehre entwickelt, dass die Vergabe von Wasserkonzessionsverträgen auch deshalb in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren erfolgen müsse, weil die Gemeinde auf dem sachlich relevanten (Angebots-) Markt für Wegenutzungsrechte im Wasserbereich eine Monopolstellung innehat.⁴⁵ Dabei wird die sog. Schilderpräger-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Kartellrecht in Bezug genommen, nach der ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung eine unbillige Behinderung und Diskriminierung darstellen kann, wenn begrenzte Kapazitäten nicht unter angemessenen und fairen Bedingungen am Markt angeboten werden. Die Marktbeherrschung durch den – öffentlichen oder privaten – Anbieter hat nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (früher § 20 Abs. 1 GWB) zur Folge, dass der aktuelle Bedarf im Wege der Ausschreibung gedeckt werden muss.⁴⁶ Allerdings folgt daraus nicht,

⁴⁰ EuGH, Urt. vom 10.09.2009, Fn. 9 – WAZV Gotha / Eurawasser –

⁴¹ Siehe Ziffer IV.

⁴² BT. Drs. 18/6281, 128, Gesetzesbegründung zu § 149 Nr. 9 GWB; OLG Düsseldorf, Fn. 38, Rn. 67 – Stadt Selm –; OLG Düsseldorf, Fn. 2, Rn. 101 – Stadt Übach-Palenberg –; Landeskartellbehörde Nds., Hinweise zu Wasserkonzessionsträgern, Ziff. I; LKartB NRW, Häufig gestellte Fragen zu Wasserkonzessionsverträgen, Kapitel A.1); VK Sachsen, Beschluss vom 12.04.2017, Az. 1 | SVK | 003-17, Rn. 74 ff.; Gesterkamp, VergabeR 2020, 705, 707; für Energieversorgungskonzessionen Herten – Koch in: Kermel, Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsvergaben, S.210; Siegel, in: Ziekow/Völlink, VergabeR, § 149 GWB Rn. 15 m.w.N.

⁴³ Jacob/Schmidt, RdE 2016, 144 ff.

⁴⁴ Für viele Brüning in: Byok / Jaeger, § 149 GWB Rn. 49; Germelmann in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 149 GWB Rn. 6 und 80; Katz, KomJur 2018, 1, 9; Mosters, IR 2013, 296, 297; Dierkes/Skrobanek, ZfW 2013, 183, 194.

⁴⁵ Vgl. etwa LKartB NRW, Fn. 42, Kapitel A. 1; LKartB Nds, Fn. 42, Einleitung und Ziffer I.; OLG Düsseldorf, Fn. 2, S. 20 – Stadt Übach-Palenberg –.

⁴⁶ Vgl. zuletzt BGH, Urteil vom 8.12.2020, Blatt 5 des Urteilsabdrucks – Konkurrenzschutz für Schilderpräger II –

dass ein förmliches, den Vorschriften des Vergaberechts genügendes Ausschreibungsverfahren durchgeführt werden müsste; es genügt etwa eine öffentliche Bekanntmachung des Angebots, in dem die Zuschlagskriterien aufgeführt sind.⁴⁷ Diese Lehre setzt gedanklich voraus, dass die Gemeinde beim Abschluss eines solchen Wegenutzungsvertrags als Unternehmerin im Sinne des GWB agiert.⁴⁸ Auch § 31 Abs.3 und § 31b Abs. 3 GWB wenden sich bezüglich solcher Verträge der Wasserwirtschaft letztlich an beteiligte „Unternehmen“. Zwar hat der Bundesgerichtshof die Unternehmergemeinschaft von Gemeinden bei der Konzessionsvergabe im Energiesektor bereits 1986 bejaht;⁴⁹ in der Praxis der Wasserwirtschaft hat die so begründete Zuständigkeit der Kartellaufsicht jedoch erst in den letzten Jahren Bedeutung erlangt, in denen auch die europarechtlichen Einwirkungen auf die Konzessionsvergabe manifest geworden sind, obwohl sich die einschlägige Rechtsgrundlage im Kartellrecht – § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB – in der Substanz kaum geändert hat. Als Schrittmacher wirkte hier die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Vergabe von Wegenutzungsverträgen in der Strom- und Gasversorgung.⁵⁰

Allerdings kann, wie bereits erwähnt, § 46 EnWG bei Konzessionen zur Trinkwasserversorgung weder direkt noch analog angewendet werden, so dass von Gesetzes wegen keine ausdrückliche Verpflichtung der Gemeinden besteht, Nutzungsrechte an öffentlichen Verkehrswegen für die Verlegung und dem Betrieb von Wasserleitungen zur Verfügung zu stellen. Für die Fernwärmeversorgung hat das OLG Stuttgart⁵¹ daraus den Schluss gezogen, die Gemeinde sei in ihrer Entscheidung frei, ob sie Dritten Wegenutzungsrechte für Fernwärmeversorgungsanlagen einräumen möchte. Hierin liege ein maßgeblicher Unterschied zur Strom- und Gasversorgung, denn gerade die dort bestehende gesetzliche Pflicht zum Abschluss entsprechender Wegenutzungsverträge löse die unternehmerische Tätigkeit der Gemeinde als Anbieter der gewerblichen Leistung „Wegenutzung“ im Sinne des § 18 GWB aus. Für die Fernwärmeversorgung wird dieser Herleitung widersprochen.⁵² Für die Wasserversorgung besteht eine abweichende Ausgangslage, da – anders als in der Fernwärmeversorgung – aufgrund der kartellrechtli-

⁴⁷ BGH, Fn. 46, Blatt 7 des Urteilsabdrucks

⁴⁸ Vgl. etwa Hellermann in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 46 Rn.89 m.w. Nw. zur Gegenauffassung: Bejahend z. B. OLG Düsseldorf, Fn. 2 – Stadt Übach-Palenberg –; BGH, Beschluss vom 26.02.2019 – Wasserversorgung Selm –; Wittenstein, W+B 2019, 168 ff.

⁴⁹ BGH, Urteil vom 15.04.1986, KVR 6/85, - abgedruckt bei juris, Rn. 14 – Wegenutzungsrecht –

⁵⁰ BGH, Urteil vom 11.11.2008 – Neue Trift –; BGH, Urteil vom 17.12.2013, NVwZ 2014, 807 ff – Stromnetz Berkenthin –; Körber, RdE 2020, 333, S. 339 / 340 m. w. N.

⁵¹ Siehe Fn. 38, S. 331 – Fernwärme Stuttgart –

⁵² Fricke, RdE 2020, 291, S. 292; Körber, RdE 2020, 333 ff; differenzierend Wolkenhauer, EnWZ 2020, 178, 179.

chen Freistellung ausschließliche Konzessionsverträge für das gesamte Gemeindegebiet vergeben werden dürfen und regelmäßig auch vergeben wurden und werden.⁵³ Aus diesem Gesichtspunkt wird das unternehmerische Handeln der Gemeinde bei der wettbewerblichen Vergabe von Konzessionsverträgen zur Wasserversorgung nach § 31 Abs. 1 Nr. 2 GWB angenommen: Jedenfalls dann, wenn die Gemeinde einem Marktteilnehmer über das bloße Wegerecht hinaus eine Ausschließlichkeitsstellung vermittelt, muss sie eine Ausschreibung vornehmen.⁵⁴ Auf jeden Fall ist diese Auffassung und die darauf fußende Übung der Kartellbehörden für die wasserwirtschaftliche Praxis von entscheidender Bedeutung, da Verträge zur Verlegung und zum Betrieb von Leitungen auf oder unter öffentlichen Wegen für eine unmittelbare öffentliche Wasserversorgung nach § 31a Abs.1 Nr.2 GWB gemäß § 31a Abs.1 GWB zu ihrer Wirksamkeit der vollständigen Anmeldung bei der Kartellbehörde bedürfen.

Aus Sicht der Praxis positiv hervorzuheben ist dabei das Bemühen der Kartellbehörden, die aus dem deutschen Kartellrecht und die aus dem europäischen Primärrecht herzuleitenden Vorgaben harmonisch zu entwickeln. Schon aufgrund des hohen Abstraktionsgrades beider Vorgaben bedürfen sie der Konkretisierung, aufgrund der fast vollständigen Überlappung der Anwendungsbereiche⁵⁵ bedürfen sie der inhaltlichen Abstimmung, um handhabbar zu bleiben. Soweit ersichtlich, ist diese notwendige Harmonisierung bisher geleistet und gelebt worden. Vergabe- wie kartellrechtlich bedarf es eines transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens, wenn die Gemeinde ausschließliche Wegenutzungsrechte zur Verlegung und zum Betrieb von Wasserleitungen vergeben möchte.⁵⁶ Eine Harmonisierung ist aber auch angebracht, soweit Ausnahmen von der Anwendung der primärrechtlichen Grundsätze wie auch von den kartellrechtlichen Verfahrenspflichten der Gemeinden in Betracht kommen. Entscheidet sich die Gemeinde gegen die Vergabe eines Konzessionsvertrages an einen Dritten, um etwa zukünftig die Wasserversorgung selbst zu betreiben, ist das vergaberechtlich zulässig, wenn ausnahmsweise die Voraussetzungen eines Inhouse-Geschäfts erfüllt sind.⁵⁷ Da anders als in der Strom- und Gasversorgung wegen § 46 Abs. 4 EnWG keine widersprechenden Sondervorschriften existieren, sind auch kartellrechtlich keine weitergehenden Bindungen anzunehmen.⁵⁸ Bei der Wasserversorgung ist eine Konzessionsvergabe in Form eines Inhouse-Geschäfts nicht aufgrund der marktbeherrschenden Stellung der Gemeinde

⁵³ Zur Bedeutung der Ausschließlichkeitsstellung siehe sogleich Ziffer I. 4 sowie Bundeskartellamt, Abschlussbericht Sektoruntersuchung Fernwärme, 2012, Rn. 256; Fricke, RdE 2020, S. 292.

⁵⁴ Bundeskartellamt, Fn. 53; Körber, RdE 2020, 333, 338; noch weitergehend Reif, in: Münchener Kommentar zum GWB, § 31 GWB, Rn. 85 / 86; zweifelnd Müller / Viole, VersorgungsW 2019, 133.

⁵⁵ Siehe dazu Ziffer IV.

⁵⁶ So auch OLG Stuttgart, Fn. 38, S. 179, für die Fernwärmeversorgung; vgl. sogleich Ziff. III. 3

⁵⁷ Siehe dazu sogleich unter Ziffer I.4.b).

⁵⁸ Wolkenhauer, EnWZ 2020, 178, S. 180; Wittenstein, W+B 2019, 168, 171 / 172.

in Hinblick auf die Wegerechte gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB „generell ausgeschlossen“.⁵⁹

4. Ausnahmetatbestände

Dogmatische Grundlage für die Ausnahmen von der Pflicht der Gemeinden, Konzessionsverträge zur Trinkwasserversorgung im Wettbewerb vergeben zu müssen, ist ein klassischer „Érst-recht-Schluss“: Wenn das Vergaberecht bestimmte Konstellationen von der grundsätzlich gegebenen Ausschreibungspflicht ausnimmt, muss dies erst recht gelten, wenn von vornherein ausschließlich die Anwendung der primärrechtlichen Grundsätze der Transparenz, Gleichbehandlung und Verhältnismäßigkeit in Rede steht.⁶⁰ Deshalb kommen im Prinzip alle vergaberechtlich anerkannten Ausnahmetatbestände in Frage, wie sie insbesondere durch die letzte Gesetzesnovelle 2014 bzw. 2016 Gesetz geworden sind, nachdem sie vorher – primärrechtlich hergeleitet – in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ihre Basis fanden. Mittelbar wird damit ihre Auslegung und Anwendung auch bei der Vergabe von Konzessionsverträgen zur Wasserversorgung maßgeblich, etwa der im Vergaberecht häufig herangezogene Grundsatz, dass Ausnahmetatbestände eng anzulegen seien.⁶¹ Soweit ersichtlich werden in der Praxis vor allem drei Ausnahmetatbestände bemüht, um der Pflicht zur wettbewerblichen Vergabe eines Wasserkonzessionsvertrages durch die Gemeinde zu entgehen.

a) Ausschließlichkeitsrechte

Das Stichwort der „Ausschließlichkeit“ taucht im Kartell- und im Vergaberecht in unterschiedlichen Zusammenhängen auf, sodass eine Vorabklärung erforderlich ist:

- In § 31 Abs. 1 Nr. 2 GWB beschränkt dieses Merkmal die Reichweite der Freistellung vom allgemeinen Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen auf ausschließliche Wegerechte zur (Wasser-)Leitungsverlegung. Diese kartellrechtliche Freistellung ist Voraussetzung dafür, dass solche Wegerechte/ Wasserkonzessionsverträge überhaupt abgeschlossen werden können. Sie wirkt aber

⁵⁹ OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.03.2018, Blatt 13 des Urteilsabdrucks – Stadt Selm –

⁶⁰ Vgl. die Mitteilung der EU-Kommission zu Auslegungsfragen für öffentliche Aufträge, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinie fallen, Abl. EU C 179/2 vom 01.08.2006, Sudbrock, KomJur 2014, 41, 43; Schröder, NVwZ 2017, 504, 506; LKartB Nds., Fn 42, Ziffer II.4.

⁶¹ Vgl. EuGH, NZBau 2017, 109, Rn. 29 – Undis Servizi –; EuGH, NZBau 2008, 723, Rn. 23 – Polizei- und Feuerwehrhubschauber; BGHZ 188, 200, Rn. 16 ff. – Abellio Rail –; Antweiler in: Ziekow / Völlink, Vergaberecht, § 107 GWB Rn. 5; Rafii in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 149 GWB Rn. 2. Gegenbeispiel: VK Sachsen, Beschluss vom 21.03.2017, Tz 85 des Beschlussabdrucks: Der Grundsatz der restriktiven Auslegung von Ausnahmetatbeständen gebietet es gerade nicht, die restriktivste Möglichkeit als einzig in Betracht zu ziehende zu wählen, so dass derjenige, der sich auf sie berufen möchte, auch die Beweislast für ihr Vorliegen trägt. Schröder, NVwZ 2017, 504, 506; Rafii in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 149 GWB Rn. 2.

gerade nicht auch als Freistellung von der grundsätzlich erforderlichen wettbewerblichen Vergabe solcher Verträge durch die Gemeinde.

- Im Vergaberecht erwähnt § 100 Abs. 1 Nr. 2a) GWB Tätigkeiten „auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten . . . , die von einer zuständigen Behörde gewährt wurden“ als ein Merkmal bei der Definition der nichtstaatlichen Sektorenauftraggeber. An dieser Stelle hat die Ausschließlichkeit die Funktion, die Anwendbarkeit der (an diese Definition anknüpfenden) Rechtsvorschriften zu begründen, und dient nicht dazu, eine Ausnahme zu konstruieren. Die Feststellung eines ausschließlichen Rechts im Sinne dieser Vorschrift allein reicht nicht aus, um eine Konzessionsvergabe ohne Bekanntmachung zu rechtfertigen, wie § 20 Abs. 1 Nr. 4 Konz VgV ausdrücklich klarstellt.⁶²
- Als Teil einer Ausnahmegesetzvorschrift wird das Merkmal der Ausschließlichkeit in § 20 Abs.1 Nr.3 KonzVgV benutzt, nach dem „von einer Konzessionsbekanntmachung... abgesehen werden (kann), wenn die Bau- oder Dienstleistung nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht werden kann, weil ... ein ausschließliches Recht besteht“. Gemeint sind die Fälle, in denen ein Wettbewerb aus rechtlichen Gründen ausgeschlossen ist. Ein deshalb zwingend fruchtlos bleiben müßendes Bieterverfahren soll dann weder der Gemeinde als Auftraggeber noch den Interessenten ohne Erfolgsaussicht zugemutet werden.⁶³ Als Beispiel für ein ausschließliches Recht dieser Art werden hauptsächlich Patente angeführt, die es dem Inhaber nach § 9 PatG erlauben, andere von der Benutzung seiner Erfindung auszuschließen. Der für solche gewerblichen Schutzrechte typische technische Wissensvorsprung, der durch den Erfinder und Entwickler eine gewisse Zeit exklusiv ausgenutzt werden darf, um ihn für seine Innovation zu belohnen, tritt in der Wasserversorgung eher selten auf. Jedenfalls sind solche Wissensvorsprünge in aller Regel nicht geeignet zu begründen, warum nur ein bestimmtes WVU für den Weiterbetrieb eines Wasserverteilnetzes über den nächsten Vertragszeitraum in Betracht kommt.

aa) Ausschließlichkeit beruhend auf dem Eigentum am Verteilnetz?

Ausgangspunkt der Überlegung ist das Eigentum am Wasserverteilnetz, das das die Leitungen verlegende WVU begründet hat, während es Inhaberin der (vorherigen)

⁶² Krohn in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 20 KonzVgV, Rn.7.

⁶³ Vgl. Dieckmann in: Dieckmann / Scharf / Wagner – Cardenal, § 14 VgV, Rn. 65 und 69 zur Parallelvorschrift für öffentliche Aufträge.

Konzession war. Die Leitungen zur Wasserversorgung sind als sog. Scheinbestandteile sachenrechtlich nicht Bestandteil der gemeindlichen Straßengrundstücke und verlieren ihre Sonderrechtsfähigkeit auch nicht mit dem Auslaufen des bisherigen Konzessionsvertrages.⁶⁴ Gewinnt nun ein anderes WVU den Wettbewerb um die neue Konzession, erhält es das Wegerecht für den nächsten Vertragszeitraum, d.h. Wegerecht und Netzeigentum fallen zunächst einmal auseinander. Um solche Situationen zu verhindern bzw. zu bereinigen, sieht § 46 Abs.2 S.2 EnWG für das Energierecht vor, dass der bisherige Nutzungsberechtigte eines Strom- oder Gasnetzes im jeweiligen (Gemeinde-)Konzessionsgebiet verpflichtet ist, „seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung (...) notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu übereignen.“ Diese Vorschrift des Energiewirtschaftsrechts gilt aber für die Wasserwirtschaft nicht und sie kann wie dargestellt auch nicht im Wege der Analogie herangezogen werden.⁶⁵

Bezogen auf die Wasserwirtschaft regelt nur das Landeswasserrecht in Rheinland-Pfalz eine (Rück-)Übertragung der der Wasserversorgung dienenden Einrichtungen vom Konzessionär (oder dem auf andere Weise in die Aufgabendurchführung einbezogenen Dritten).⁶⁶ Ausgangspunkt ist § 46 Abs.1 S.1 LWG RhPf, der den Gemeinden die Sicherstellung der öffentlichen Wasserversorgung als Pflichtaufgabe der Selbstverwaltung zuweist. Nach § 46 a Abs.1 des Gesetzes können sie privaten Dritten die Durchführung dieser Aufgabe übertragen, nach Satz 2 zu diesem Zweck auch bisher gemeindeeigene Wasserversorgungsanlagen an ihn veräußern. Bei der Rückübertragung der Durchführung der Wasserversorgung darf die an den Dritten zu zahlende Entschädigung für die von ihm (während der Vertragslaufzeit) auf seine Kosten errichteten Einrichtungen eine angemessene Entschädigung nicht übersteigen; eine Regelung über eine Rückvergütung der von dem Dritten bei Vertragsbeginn von der Gemeinde übernommenen Einrichtungen enthält das Gesetz nicht.⁶⁷ Im Streitfall wird die Höhe der Entschädigung von der oberen Wasserbehörde festgesetzt, gegen deren Entscheidung wiederum die ordentlichen Gerichte angerufen werden können, § 46 a Abs. 2 S.2 und 3 LWG RhPf.

⁶⁴ OLG Stuttgart, Fn. 38, S. 325 – Fernwärme Stuttgart –, und unten Ziffer VI.1.

⁶⁵ Siehe oben Ziffer I.2

⁶⁶ Brehme, Privatisierung und Regulierung, S. 362 ff.

⁶⁷ Beile, Kommentar zum LWG RhPf, § 46 a Anm. 2

Außerhalb des Landes Rheinland-Pfalz kommt es bei der Neuvergabe von Konzessionsverträgen zur Wasserversorgung mangels gesetzlicher Endschaftsregelung allein auf die Endschaftsklauseln des ausgelaufenen Vertrages mit dem bisherigen Konzessionär an.⁶⁸ Nicht mehrheitlich, doch in einer nennenswerten Anzahl enthalten auslaufende Wasserkonzessionsverträge aber keine Endschaftsklausel mit einer Pflicht des bisherigen Konzessionärs zur Übereignung des örtlichen Verteilnetzes an die Gemeinde bzw. den neuen Konzessionär. Die Ursache für das Fehlen einer Endschaftsklausel kann zum Beispiel darin liegen, dass der Konzessionsvertrag zur Wasserversorgung geschlossen wurde, als das WVU (bzw. Stadtwerk) vollständig der konzessionsgebenden Gemeinde gehörte, diese aber später Anteile an dem Unternehmen veräußerte.⁶⁹

In solchen Fällen wird dann z.T. argumentiert, dass das (Netz-)Eigentum ein ausschließliches Recht darstelle, dass das bisherige WVU deshalb das einzige Unternehmen sei, das in der Lage sei, die Leistungen zur örtlichen Wasserversorgung zu erbringen, und dass deshalb (nach dem Gedanken des § 20 Abs.1 Nr. 3 KonzVgV) von einer Konzessionsbekanntmachung abgesehen werden könne.⁷⁰ Gestützt wird diese Argumentation insbesondere auf eine Entscheidung des OLG Frankfurt a.M. aus dem Jahre 2011⁷¹, in der davon ausgegangen wird, dass die Voraussetzungen der Bestimmung erfüllt sind, wenn der Auftraggeber seinen Beschaffungsbedarf nur mit dem Eigentum eines anderen oder jedenfalls unter dessen Zuhilfenahme decken kann. Während eines noch laufenden Konzessionsverhältnisses soll es deshalb interessengerecht und legitim sein, wenn die Konzessionärin und Eigentümerin des Wasservertriebsnetzes dieses zunächst an die Gemeinde verpachtet und dafür von dieser als Auftraggeberin verlangt, unter Hinweis auf das fortbestehende Netzeigentum mit der Betriebsführung der Verteilanlage beauftragt zu werden, ohne dass ein Vergabeverfahren durchgeführt wird.⁷²

Zugunsten der Annahme solcher weitgehenden Folgen der Ausschließlichkeit des Eigentumsrechts im Vergabeverfahren lassen sich sogar Bestimmungen des europäischen Primärrechts anführen. Art. 106 AEUV erkennt staatliche Monopole als mit

⁶⁸ Zu möglichen Ausgestaltungen siehe Ziffer VI.

⁶⁹ Vgl. etwa den Sachverhalt bei LG Stuttgart, Fn. 38, S. 258 – Fernwärme Stuttgart –; OLG Stuttgart, Fn. 38, S. 326 / 327 – Fernwärme Stuttgart –

⁷⁰ Herten-Koch, EWerk 2013, 248, 251; Schröder NVwZ 2017, 504, 506 / 507; Sudbrock, Komm Jur 2014, 41, 46.

⁷¹ Beschluss vom 30.08.2011, Fn. 6, – Stadt Wetzlar / Enwag –; Sudbrock, KommJur 2014, 41, 46; Michaels, IR 2016, 100, 106.

⁷² OLG Frankfurt a. M., Fn. 6, S. 56 – Stadt Wetzlar / Enwag –

dem Europarecht vereinbar und als rechtfertigend für Begrenzungen des Wettbewerbs an. Insofern könnte er sich auch auf ausschließliche Positionen vom Wasser- netzeigentümern auswirken, deren Eigentum auf Basis von Verträgen zur Nutzung gemeindlicher Straßen entstanden ist, die mit der Gemeinde als Monopolistin der Wegrechte geschlossen wurden. Nach Art. 345 AEUV soll – auch mit Blick auf staatliches oder kommunales Eigentum an Anlagen und Infrastrukturen – die mitgliedstaatliche Eigentumsordnung unberührt bleiben.⁷³

Wenn sich diese Auffassung durchsetzen würde, käme allerdings eine Pflicht zur wettbewerblichen (Neu-)Vergabe nur noch für solche Wasserkonzessionen in Frage, die eine vertragliche Übereignungspflicht des bisherigen Konzessionärs vorsehen. Der „Wettbewerb um den Markt“ wäre auf die Konstellationen beschränkt, in denen weder öffentlich-öffentliche Konstellationen vorliegen, die dem Vergaberegime entzogen sind, noch privatrechtlich mit der Gemeinde vereinbarte Wegrechte vorliegen, die mangels einer Regelung zur Netzübertragung am Vertragsende dem bisherigen Konzessionär faktisch eine zeitlich unbegrenzte exklusive Rechtsstellung einräumen würden.

Ob eine solche „Versteinerung des Eigentums an den Verteilungsanlagen“⁷⁴ und die damit verbundene Beschränkung der für eine wettbewerbliche Vergabe zur Verfügung stehenden Konzessionen hingenommen werden wird, ist allerdings offen:

- Aus dem Kartellrecht wird die einschneidendste Gegenauffassung hergeleitet: Die Gewährung einer Wasserkonzession ohne Vereinbarung einer Endschafftsbestimmung soll danach gegen das Primärrecht der Union verstoßen, weil die konzessionsgebende Gemeinde so die Voraussetzungen für die missbräuchliche Ausnutzung eines ausschließlichen Rechts schaffen könnte. Ein Konzessionsvertrag ohne Endschafftsbestimmung soll daher regelmäßig gemäß § 134 BGB als nichtig anzusehen sein.⁷⁵
- Zivilrechtlich wird versucht, die fehlende ausdrücklich vertragliche Übereignungspflicht durch eine Analogie zu mietrechtlichen Vorschriften zu ersetzen,

⁷³ Czychowski / Reinhardt, Kommentar zum WHG, § 50 Rn. 21.

⁷⁴ Hellermann in: Britz / Hellermann /Hermes, EnWG, § 46 Rn. 77; zum Ewigkeitsargument in der Fernwärmeversorgung OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 05.07.2021, Az. 11 N 103/17, Ziffer 3.2.2; OLG Stuttgart, Fn. 38, S. 331 – Fernwärme Stuttgart – und die Kritik bei Körber, RdE 2020, 333, 340.

⁷⁵ LKartB Nds., Fn. 42, Ziffer II.4.a).

die das Wegnahmerecht des Mieters und seine Grenzen regeln. Dazu soll zugunsten der Gemeinde der Rechtsgedanke herangezogen werden, „den Regelungen zu einem Abwendungsrecht in den §§ 547 a Abs. 2, 997 Abs. 2 BGB zugrunde liegt.“ Dieser wird darin gesehen, dass „unter bestimmten Voraussetzungen im Einzelfall der Erhaltung wirtschaftlicher Werte, die im Zusammenwirken mehrerer Vermögenträger geschaffen wurden, den Vorrang vor einem Wegnahmerecht zu geben.“ In diesem Sinne soll ein Ergebnis dem Altkonzessionär eine Herausnahme der Wasserleitungen aus den öffentlichen Straßen verboten sein, um eine Wertzerstörung zu vermeiden. Für die dann nur verbleibende Überlassung des Netzes an die Gemeinde soll er dabei eine Gegenleistung verlangen können, für deren Bestimmung allerdings nicht die entsprechend angewandten Vorschriften maßgeblich sein sollen; vielmehr soll der Altkonzessionär die Gegenleistung nach den §§ 315, 316 BGB nach billigem Ermessen bestimmen dürfen.⁷⁶ So recht überzeugend wirkt eine Analogie zu einem „Rechtsgedanken“ allerdings nicht, jedenfalls dann nicht, wenn die in den analog herangezogenen Vorschriften vorgesehene Rechtsfolge – weil nicht passend – keine Anwendung finden soll. Zudem fehlt bereits eine planwidrige unbeabsichtigte Regelungslücke, die Voraussetzungen einer Gesetzesanalogie wäre, da sich der Gesetzgeber bei der Schaffung der Überlassungspflicht im Hinblick auf Strom- und Gasnetze zunächst durch § 13 Abs. 2 EnWG 1998 und dann durch den heutigen § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG bewusst dazu entschieden hat, eine vergleichbare Regelung für Wasserversorgungsnetze (und auch Fernwärmeversorgungsnetze) nicht zu treffen.⁷⁷ Eine Ausnahme bildet, wie dargestellt, lediglich die Rechtslage in Rheinland-Pfalz.

- Noch freier in der Argumentation gehen diejenigen vor, die die (mindestens empfundene) Lücke im Konzessionsvertrag durch eine ergänzende Vertragsauslegung schließen möchten.⁷⁸ Ob sie möglich ist, wird abhängig vom Einzelfall danach zu entscheiden sein, ob nach dem Willen der Vertragsparteien eine Regelungslücke im Vertrag anzunehmen ist.⁷⁹ Das OLG Stuttgart hat für

⁷⁶ OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 11.02.1997, NJWE – WettbR 1997, 135, 137, zur Übernahme örtlicher Stromversorgungseinrichtungen; Kramer, GWF W+A, 2015, 448, 450.

⁷⁷ LG Stuttgart, Fn. 38 – Fernwärme Stuttgart –, S. 261; OLG Stuttgart, Fn. 38, S. 328 und 332 – Fernwärme Stuttgart–; vgl. auch OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 05.07.2021, Az.: 11 N 103/17, Ziffer 2.3. – Fernwärme Berlin –; Lotze / Heyers, RdE 2020, 62, 67.

⁷⁸ Hinweisbeschluss des LG Stuttgart vom 08.12.2014 im Verfahren 15 O 219/13; Hempel in: Bauer, Ablauf von Konzessionsverträgen, S. 60; Braun, ET 1988, 472, 476; Hempel, RdE 1993, 55, 62; Heller, EWeRK 2016, 210, 213.

⁷⁹ OLG Frankfurt a. M., Fn. 75, mit weiteren einschränkenden Überlegungen.

einen Konzessionsvertrag, der neben der Versorgung mit (Elektrizität und Gas und) Fernwärme auch die Wasserversorgung im Stadtgebiet regelte, aber keine Endschaftsklausel enthielt, in ausführlicher Weise die insoweit anzustellenden Überlegungen aufgezeigt und das Vorliegen einer Lücke im Vertrag, die geschlossen werden müsste, um den ursprünglichen Regelungsplan der Parteien zu verwirklichen, im Ergebnis verneint. Auch und gerade, wenn der Konzessionär bei Vertragsschluss noch ein kommunales Unternehmen war (sodass in diesem Zeitpunkt kein Bedürfnis für eine vertragliche Endschaftsregelung bestand), das später in andere Hände geraten ist, ergibt sich nicht ohne ein Weiteres eine durch ergänzende Auslegung zu schließende Lücke ein Konzessionsvertrag.⁸⁰ Zudem scheidet eine ergänzende Vertragsauslegung aus, wenn zur „Lückenfüllung“ verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht kommen und kein Anhaltspunkt dafür besteht, welche Regelung die Parteien getroffen hätten, wenn sie bei Vertragsschluss die Lücke erkannt hätten.⁸¹

- Ein Anspruch auf Übertragung des Eigentums am öffentlichen Wasserverteilnetz ergibt sich nicht aus den Regelungen zum sachenrechtlichen Beseitigungsanspruch. § 1004 Abs. 1 BGB ist ggfs. auf eine "Beseitigung der Beeinträchtigung" des Wegeigentums der Gemeinde durch die Wasserleitungen des WVU nach Ablauf des Konzessionsvertrages gerichtet und enthält keine Übereignungspflicht.⁸² Eine Pflicht der Gemeinde zur Duldung der verlegten Leitungen in ihren Grundstücken auch noch nach Ablauf des bisherigen Konzessionsvertrages ergibt sich weder aus kartellrechtlichen Gesichtspunkten noch aus dem Schikaneverbot des § 226 BGB.⁸³
- Aus vergaberechtlicher Sicht könnte man versuchen, ohne Rückgriff auf das Zivilrecht des Mitgliedstaates den Wettbewerb um Wasserkonzessionen unabhängig vom Vorhandensein einer vertraglichen Endschaftsklausel auf Rechtsgedanken zu stützen, die in unionsrechtlichen Vorschriften Ausdruck gefunden haben. So soll bei der Anwendung des oben erwähnten § 20 Abs. 1 Nr. 3 KonzVgV nicht nur der allgemeine Grundsatz beachtlich sein, dass Ausnahmen eng auszulegen sind, vielmehr soll es sich bei einer Konzessi-

⁸⁰ Ausführlich OLG Stuttgart, Fn. 38, S. 326 / 327 – Fernwärme Stuttgart – mit weiteren Erwägungen.

⁸¹ OLG Stuttgart, Fn. 38, S. 327 – Fernwärme Stuttgart –

⁸² LG Stuttgart, Fn. 38 – Fernwärme Stuttgart –, S. 262; OLG Stuttgart, Fn. 38, S. 328 / 329 – Fernwärme Stuttgart.

⁸³ OLG Stuttgart, Fn. 38, S. 330.

onsvergabe ohne vorherige Bekanntmachung, aufgrund eines ausschließlichen Rechts sogar um eine „absolute Ausnahme“ handeln.⁸⁴ Eine einengende Auslegung dieser Ausnahmegesetzgebung bei einer Konzessionsvergabe könnte etwa bei dem Widerspruch ansetzen, dass § 3 Abs.1 KonzVgV fordert, dass die Laufzeit von Konzessionen beschränkt ist, während die dargestellte Auslegung des § 20 Abs.1 Nr.3 KonzVgV bei Bejahung der Ausschließlichkeit im Sinne dieser Vorschrift zu unendlich laufenden Konzessionsverhältnissen in der deutschen Wasserwirtschaft führen könnte. Dieser Widerspruch wird noch verstärkt, wenn man sich vor Augen führt, dass die als typische Fallgruppe unter der letztgenannten Vorschrift angeführten gewerblichen Schutzrechte etc. nur eine endliche Ausnahme gewähren. Zum Beispiel können Patente gemäß § 16 PatG und Art. 63 Abs. 1 des Europäischen Patentübereinkommens grundsätzlich nur eine Laufzeit von maximal 20 Jahren haben: Der Erfinder erhält ein zeitlich befristetes Monopol für die wirtschaftliche Nutzung seiner Erfindung, die nach Ablauf der Schutzfrist aber allgemein nutzbar wird. Ganz ähnlich könnte man Konzessionen zur Wasserversorgung so auffassen, dass der Konzessionär zwar ein Monopol erhält, dieses aber durch die Laufzeit des mit der Gemeinde geschlossenen Vertrages befristet ist. Dem WVU ist schon bei Abschluss und während der Durchführung der Vereinbarung bekannt, dass sein Recht zur Wegenutzung nach der vereinbarten Zeit endet, insbesondere kann es diesen Umstand kalkulatorisch und technisch beim Anlagenbetrieb berücksichtigen.⁸⁵ Dies war auch bisher schon für jeden Konzessionär erkennbar, da die Befristung als Merkmal der Konzession auch vor der Vergaberechtsmodernisierung allein auf Grundlage des Primärrechts anerkannt war.⁸⁶

Eine zeitliche Schranke der Ausnutzbarkeit des Netzeigentums erscheint aus diesem Blickwinkel für den (Alt-)Konzessionär als Partner eines befristeten Vertrages zur Wasserversorgung unabhängig von Vorhandensein einer vertraglichen Endschaftsregelung zumutbar, jedenfalls dann, wenn die Gemeinde ihm während der Vertragslaufzeit eine Ausschließlichkeitsstellung vermittelt hat und er für die Eigentumsübertragung bei Vertragsende eine angemessene Vergütung erhält.⁸⁷ So ist die oben aufgeführte Enwag -

⁸⁴ Krohn in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 20 KonzVgV Rn.5; Dieckmann in: Dieckmann / Scharf / Wagner-Cardenal, § 14 VgV Rn. 65.

⁸⁵ OLG Stuttgart, Fn. 38, S. 331 – Fernwärme Stuttgart –, kritisch Körber, RdE 2020, 333, 340.

⁸⁶ Kritisch LG Stuttgart, Fn. 38 – Fernwärme Stuttgart –, S. 266.

⁸⁷ Siehe Ziffer VII

Entscheidung des OLG Frankfurt a. M.⁸⁸ auch nicht zur Vergabe einer Konzession, sondern zum Abschluss eines (Betriebsführungs-)Auftrags ergangen. Öffentliche Aufträge können im Gegensatz zu Konzessionen aber gerade auch unbefristet erteilt werden.

Der Gesetzgeber hat mit der 6. Kartellrechtsnovelle, in der die Regelungen zum Wasserbereich neu gefasst wurden, ausdrücklich keine Höchstlaufzeit für Konzessionsverträge zur Wasserversorgung vorgegeben. Die Einführung einer Laufzeitbegrenzung für die Energiekonzessionen in der Vorgängervorschrift des heutigen § 46 EnWG durch die 4. Kartellrechtsnovelle im Jahre 1980 hat jedenfalls aber deutlich gemacht, dass er nicht gehindert wäre, auch für die als Grundlage der Wasserkonzessionsverträge dienenden ausschließlichen Wegerechte nach § 31 Abs. 1 Nr. 2 GWB eine bestimmte Höchstlaufzeit vorzuschreiben.

Einstweilen behilft sich die Kartellaufsicht damit, dass sie neu abgeschlossene Konzessionsverträge zur Wasserversorgung nur noch dann freistellen will, wenn sie eine ausdrückliche Endschaftsklausel einschließlich einer Pflicht des bisherigen Konzessionärs zur Übereignung der Verteilungsanlagen bei Vertragsende enthalten. Bei alten Konzessionsverträgen ohne eine solche Klausel soll entsprechend § 20 Abs.1 S.2 KonzVgV eine sinnvolle Alternative darin bestehen, dass bei deren Ablauf wenigstens ein Pacht-, Leasing- oder Betriebsführungsvertrag zur Vergabe kommt.⁸⁹ Eine Verpachtung des Verteilnetzes verbunden mit dem Recht und der Pflicht zur Wasserlieferung an die Kunden im eigenen Namen und für eigenen Rechnung ist in der Praxis der deutschen Wasserwirtschaft nicht häufig anzutreffen, war aber z. B. Gegenstand der Leitentscheidung des EuGH in dem Rechtsstreit WAZV Gotha ./ Eurawasser.⁹⁰ Allerdings liegen noch kaum Beispiele vor, wie – unter Mitwirkung des bisherigen Konzessionärs – eine Gemeinde einen solchen Vertrag (statt oder mit dem Wegenutzungsrecht?) erfolgreich zur Vergabe gestellt hat.⁹¹

bb) Ausschließlichkeit beruhend auf dem Eigentum am Wasserwerk?

Noch weiter gehen diejenigen, die nicht nur das Eigentum an dem im Gemeindegebiet gelegenen Verteilnetz der Wasserversorgung, sondern auch das Eigentum an dem Wasserwerk, das dieses Netz mit Wasser beliefert, genügen lassen wollen, um ein ausschließliches Recht entsprechend § 20 Abs.1 Nr.3 KonzVgV anzunehmen.

⁸⁸ Beschluss vom 30.08.2011, Fn. 6

⁸⁹ LKartB NRW, Fn. 42, Kapitel A.3; Heller, EWeRK 2016, 210, 212; Lotze / Heyers, RdE 2020, 62, 67; Giebler, DÖV 2020, 476, 483; kritisch Gesterkamp VergabeR 2020, 705, 711.

⁹⁰ Urteil vom 10.09.2009, Fn. 9

⁹¹ Vgl. aber die Bekanntmachung der Stadt Herford vom 22.07.2019, EU-Abl., 561406 – 2019 – DE.

Zu Recht gehen sie davon aus, dass das Eigentum am öffentlichen Verteilnetz und das Eigentum am liefernden Wasserwerk auseinanderfallen können, was in der Praxis auch nicht selten der Fall ist. Der Begriff der Leitungen in § 31 Abs.1 Nr.2 GWB umfasst zwar auch deren Zubehör, d.h. Sachen, die im Sinne des § 97 BGB dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache zu dienen bestimmt sind; unter diese Definition fallen die Wasserwerke jedoch ebenso wenig, wie etwa in der Energiewirtschaft die Kraftwerke Zubehör eines Stromnetzes sind.⁹² Das wird in manchen Konzessionsverträgen auch noch einmal klargestellt.

Beispiel:

„Die örtlichen Wasserversorgungsanlagen bestehen aus der Gesamtheit der im Konzessionsgebiet gelegenen Wasserversorgungsanlagen, Wasserbehälter, Leitungen, Netzpumpen, Netzschieber, Hydranten, Hausanschlüsse, Zähler und sonstigen Messeinrichtungen, Fernwirkleitungen und Fernmeldeeinrichtungen zur Anlagensteuerung, Datenleitungen und Abdeckungen (nachfolgend Versorgungsanlagen bzw. Wasserversorgungsanlagen genannt). Zu den Versorgungsanlagen in diesem Sinne gehören dagegen nicht Wassererzeugungs-, Wassergewinnungs-, Wasserförderungs- und Wasseraufbereitungsanlagen.“

Hiervon ausgehend möchten die Verfechter dieser Auffassung den Kreis der ohne wettbewerbliches Verfahren zu vergebenden Wasserkonzessionsverträge noch weiter ausdehnen. Weil jeder Vertragspartner der Gemeinde eine Lieferung von Trinkwasser an die Endverbraucher nur dann vornehmen könne, wenn er seinerseits aus einem Wasserwerk beliefert werde, komme exklusiv nur der Eigentümer des Wasserwerks als Konzessionär in Frage; andere Bewerber könnten nämlich die Lieferverpflichtung gegenüber dem Endkunden aus dem abzuschließenden Konzessionsvertrag⁹³ nicht erfüllen. Rechtlich gäbe es – anders als in der Strom- und Gasversorgung – keine Ermächtigungsgrundlage für eine Entflechtung von Netz und Erzeugung.⁹⁴

Die Kritik dieser für die Fernwärmeversorgung entwickelten Auffassung muss zunächst bei den tatsächlichen Verhältnissen in der Wasserwirtschaft ansetzen. Still-schweigend setzt sie voraus, dass stets nur ein Wasserwerk ein Verteilnetz beliefert

⁹² Kermel in: Kermel, Praxishandbuch, S.32; zur zivilrechtlichen Einordnung siehe unten Ziffer VI.1; a. A. Kramer, GWF W+A 2015, 448, 451.

⁹³ Siehe dazu Ziffer II.3

⁹⁴ LG Stuttgart, Fn. 38, S. 266 – Fernwärmeversorgung Stuttgart –; Körber, RdE 2020, 333, 339 zur Fernwärmeversorgung

bzw. nur beliefern kann. Es ist aufgrund der Probleme bei der Mischung von Wasserströmen unterschiedlicher Herkunft zwar häufig so, dass ein Gemeindegebiet von nur einem Wasserwerk beliefert wird; zwingend ist dies jedoch nicht. Nicht selten ist etwa ein Gemeindegebiet in verschiedene Versorgungszonen aufgeteilt, die aus unterschiedlichen Quellen mit Trinkwasser beliefert werden. Zudem können auch Lieferungen aus unterschiedlichen Quellen z.B. in einem zentralen Hochbehälter zusammengeführt und dann gemischt über das Ortsnetz verteilt werden, wenn die Ströme sich als mischbar erwiesen haben. Wer dann der einzig in Frage kommende Konzessionär „im Gebiet der Gebietskörperschaft“ Gemeinde im Sinne des § 31 Abs.1 Nr.2 GWB sein sollte, wenn die zuliefernden Wasserwerke unterschiedliche Eigentümer haben, wäre zumindest ungewiss. Ebenso wäre auf Basis dieser Auffassung ungewiss, wessen „Ausschließlichkeit“ sich durchsetzen soll, wenn der Eigentümer des Wasserwerks und der Eigentümer einer ebenso unabdingbaren Transportleitung zwischen Wasserwerk und örtlichem Verteilnetz nicht identisch sind. Offensichtlich zeigt auch die schlichte Existenz von Fernwasserversorgungsunternehmen ohne Konzessionen für Endverteilernetze⁹⁵, dass die Konzessionsverträge zur Wasserversorgung keineswegs dem Eigentum am Wasserwerk folgen müssen.

In rechtlicher Hinsicht ist bei der Prämisse anzusetzen, dass der Eigentümer eines Wasserwerks mit einem Liefermonopol für ein Gemeinde- bzw. Netzgebiet alle anderen Wettbewerber daran hindern könne, die an das Verteilnetz angeschlossenen Kunden mit „seinem“ Wasser zu beliefern. Gerade weil er Monopolist ist, können nämlich andere aus dem Kartellrecht, insbesondere aus dem „essential facility“-Gedanken, einen Belieferungsanspruch gegen ihn als Eigentümer / Betreiber des einzig in Frage kommenden Wasserwerks geltend machen, so dass auch im Vorfeld andere als das Wasserwerk sich um den Konzessionsvertrag bewerben können. Die §§ 33 Abs. 1 i. V. m. 19 GWB gewähren zwar bei einem Wettbewerbsverstoß grundsätzlich nur einen Anspruch auf Unterlassung, Beseitigung der Beeinträchtigung und ggfs. auf Schadensersatz; insbesondere in Fällen wettbewerbswidriger Lieferverweigerungen wird aus ihnen aber ausnahmsweise ein Kontrahierungszwang abgeleitet.⁹⁶ Hinzu kommen möglicherweise Vorgaben zur öffentlichen Trinkwasserversorgung, die den Wasserwerksbetreiber aus den ihm öffentlich-rechtlich gewährten Wasserrechten treffen. Allerdings bleibt festzuhalten, dass es grundsätzlich Aufgabe des Bewerbers in einem Verfahren zur Vergabe eines Wasserkonzessionsvertrages

⁹⁵ Vgl. z. B. den Sachverhalt bei OLG Dresden, Urteil vom 08.04.1998, - Elbaue-Ostharz -.

⁹⁶ Bechtold / Bosch, Kommentar zum GWB, § 33 Rn. 17 und 23; Gesterkamp, VergabeR 2020, 705, 712.

ist, sich die für die Erfüllung der Aufgabe erforderlichen Mittel zu verschaffen, bevor bzw. während er sich um die Aufgabe bewirbt. Fehlende eigene Kapazitäten einfach dadurch zu ersetzen, dass man sich in wettbewerblichen Vergabeverfahren auf die Kapazitäten des bisherigen WVU bzw. eines Vorlieferanten beruft, ohne mit diesem wenigstens Vertragsverhandlungen zur künftigen Belieferung des Verteilnetzes mit Trinkwasser aufgenommen zu haben, dürfte mit dem Wettbewerbsgedanken und der von der Gemeinde angestrebten Versorgungssicherheit nur schwer zu vereinbaren sein. Vor diesem Hintergrund können Neubewerber um eine Wasserversorgungskonzession versuchen, vom Altkonzessionär / Eigentümer des bisher beliefernden Wasserwerks u.U. zu verlangen, dass dieser mit ihnen eine Wasserlieferung vereinbart unter der aufschiebenden Bedingung, dass der entsprechende Bewerber als Sieger aus dem Wettbewerb um die zur Neuvergabe anstehende Konzession hervorgeht.⁹⁷ Dabei unterliegen die Preise des liefernden Unternehmens grundsätzlich der Billigkeitskontrolle gemäß § 315 Abs. 3 BGB.⁹⁸

Richtig ist allerdings, dass dieser Weg bei den (gerichts-) bekannten Fällen noch nicht beschritten worden ist. So boten offenbar in dem vom OLG Düsseldorf 2018 entschiedenen Fall Übach – Palenberg⁹⁹ zwei Bewerber jeweils auf Basis "ihrer" Wasserbezugsmöglichkeiten an, wobei das "weichere" Wasser nach dem Willen der ausschreibenden Gemeinde in die Angebotswertung zugunsten der obsiegenden Partei einfluss.¹⁰⁰ In der Praxis werden zudem dann Schwierigkeiten auftauchen, wenn es um die Festlegung des „angemessenen Preises“ für die Wasserlieferung geht, die der konkurrierende Bewerber um die Versorgungskonzession vom Eigentümer / Betreiber des Wasserwerks mit dem Vorlieferantenmonopol verlangt¹⁰¹. Vieles spricht aber dafür, dass dieser Lösung die Zukunft gehört.

Zu Recht ohne Gefolgschaft geblieben ist schließlich die noch weitergehende Auffassung, bei einem Wechsel des Konzessionärs der Wasserversorgung seien auch die Wassergewinnungs- und Aufbereitungsanlagen vom Herausgabeanspruch im Regelfall mit umfasst.¹⁰² Sie würde zwar die genannten Schwierigkeiten aus Sicht des Neukonzessionärs verhindern. Ihr fehlt aber jede rechtliche Grundlage.

⁹⁷ Vgl. den Parteivortrag bei OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.06.2018, Fn. 2 – Übach-Palenberg –, S. 13 des Urteilsabdrucks; Gesterkamp, Vergabe R 2020, 705,712 / 713];

⁹⁸ OLG Dresden, Urteil vom 8.04.1998, Rn. 86 ff – Fernwasserversorgung Elbaue – Ostharz.

⁹⁹ Urteil vom 13.06.2018, Fn. 2

¹⁰⁰ OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.06.2018, Fn. 2, S. 26-28.

¹⁰¹ Vgl. die Sektoruntersuchung Fremdwasserbezug aus November 2020 des Ministeriums für Wirtschaft des Landes NRW

¹⁰² So Kramer, GWF W+A 2015, 448, 451.

cc) Ausschließlichkeit beruhend auf vertraglichen Vereinbarungen?

Während das Eigentum als absolutes Recht im Prinzip geeignet ist, Exklusivität zu vermitteln, scheiden Verträge als Basis für eine die Pflicht zur Vergabe der Wasserkonzession verdrängende Ausschließlichkeit grundsätzlich aus, da sie nur relative Rechte und Pflichten zwischen den Vertragspartnern begründen. Könnte der (Alt-)Konzessionär durch Eingehen von Verträgen mit Dritten seine Wasserkonzession über die eigentliche Laufzeit hinaus perpetuieren, wäre dem Missbrauch Tür und Tor geöffnet. Aber auch der Gemeinde als Konzessionsgeberin und Monopolistin der Wegerechte in ihrem Gebiet muss dieser Weg versperrt sein, um die zur periodischen Neuvergabe drängenden Grundsätze der Transparenz, Gleichbehandlung und Verhältnismäßigkeit nicht leerlaufen zu lassen. Vereinzelt wird in der Praxis dennoch versucht, mit dem Hinweis auf mit Dritten abgeschlossenen Verträge zu begründen, dass eine wettbewerbliche Vergabe eines Wegerechts für die Leitungsverlegung zur Wasserversorgung im Gemeindegebiet nicht erforderlich sei. Wenn aber geltend gemacht wird, ein Wettbewerb um die Konzession sei „aus technischen Gründen“ nicht vorhanden bzw. erforderlich, weil ein „US-Cross-Border-Leasing über die Wasseranlagen“ bestehe, „sodass der Vertragsschluss mit einem anderen Unternehmen nicht möglich ist“,¹⁰³ muss dies Bedenken aufwerfen. Schon sprachlich ist ein Vertrag mit einem Dritten kein technischer Grund. In rechtlicher Hinsicht wird sich die Gemeinde kaum auf einen Vertrag berufen können, dessen wettbewerbsausschließende Bestimmungen sie trotz Kenntnis ihrer Pflichten zur wettbewerbsrechtlichen (Neu-)Vergabe des Wegerechts nach Ablauf des bestehenden Konzessionsvertrags mit dem Leasinggeber vereinbart hat. Aus dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit ist in aller Regel davon abzuraten, solche Wege zu beschreiten.

dd) Ausschließlichkeit beruhend auf Verbandsmitgliedschaften?

Eine im Vergleich zu Strom- und Gaserzeugung bestehende Besonderheit der Wasserwirtschaft könnte zukünftig auch eine Rolle in der Diskussion um ein Ausschließlichkeitsrecht spielen, die der Konzessionsvergabe im Wettbewerb vermeintlich oder tatsächlich entgegensteht: In einigen Regionen liegt die Förderung und Aufbereitung des Rohwassers zum Trinkwasser nicht bei den die Kunden über das Verteilnetz beliefernden WVU, sondern bei Verbänden, die eine Vielzahl von WVU mit Wasser beliefern. Soweit ein Recht zum Wasserbezug von der Mitgliedschaft in einem Ver-

¹⁰³ Vgl. die Bekanntmachung der Landeshauptstadt Schwerin vom 15.11.2018, EU-ABI. S. 220, 504649 – 2018 - DE

band abhängt, könnte ein dem Wasserbeschaffungsverband angehörender Altkonzessionär u.U. geltend machen, der Wasserbezug für das betreffende Konzessionsgebiet sei nur Verbandsmitgliedern möglich und seine Mitgliedschaft wolle er nicht aufgeben. Deshalb sei im Ergebnis nur ihm die Belieferung des Verteilnetzes und damit der Endkunden möglich, eine wettbewerbliche Vergabe des Konzessionsvertrages zur Wasserversorgung gehe ins Leere und sie deshalb nicht notwendig. Ob eine solche Argumentation möglich ist, hängt allerdings sehr von den Gegebenheiten des Einzelfalls ab. Die in Frage kommenden mitgliedschaftlichen Organisationen werden in aller Regel Wasserverbände nach dem Gesetz über Wasser- und Bodenverbände¹⁰⁴, Verbände auf Grund landesrechtlicher Sondergesetze oder Zweckverbände nach den jeweiligen landesrechtlichen Regelungen des Kommunalrechts sein. Innerhalb dieses gesetzlichen Rahmens genießen sie Satzungsautonomie, die auch die Ausgestaltung der Mitgliedschaft und der Bezugsrechte mit umfasst. Zu beachten ist, dass die Mitgliedschaft in einem Wasser- und Bodenverband ihrer Natur nach ein öffentlich-rechtliches Sonderrechtsverhältnis ist. Als wesentlicher Bestandteil dieses öffentlich-rechtlichen Sonderrechtsverhältnisses ist eine, bezogen auf den Verband, bestehende Loyalitätspflicht (Verbandstreue). Sie gewährleistet die Erfüllung der Verbandsaufgaben als Ganzes. Dies bedeutet konkret, dass sich ggf. das Mitglied einem dem öffentlichen Interesse dienenden Verband unterzuordnen hat.¹⁰⁵ Sie können diese beiden Elemente miteinander verknüpfen, müssen dies aber nicht. Deshalb wird regelmäßig zunächst zu prüfen sein, ob der Wasserbezug überhaupt zwingend an eine Mitgliedschaft geknüpft ist. Weiterhin wird es darauf ankommen, ob eine Neumitgliedschaft des Bieters / Neukonzessionärs ausgeschlossen ist. Schließlich wird man regelmäßig ähnliche Überlegungen zur Ausschließlichkeit anzustellen haben wie bei der behaupteten Exklusivität der Rechtsstellung, die auf dem Eigentum am Wasserwerk beruht. Im Ergebnis dürfte die Durchführung eines wettbewerblichen Auswahlverfahrens bei der Neuvergabe eines Konzessionsvertrages zur Wasserversorgung eher selten dadurch aufzuhalten sein, dass der Altkonzessionär auf seine Mitgliedschaft in einem Wasserverband pocht.

b) Inhouse-Konstellationen

Anders als bei den hinsichtlich der Voraussetzungen und Folgen umstrittenen Ausschließlichkeitsrechten ist für die sog. Inhouse-Konstellationen allgemein anerkannt,

¹⁰⁴ Wasserverbandsgesetz des Bundes von 12.02.1991, zuletzt geändert durch Gesetz vom 15.05.2002, BGBl. I. S. 1578.

¹⁰⁵ Hasche, in: Hasche/Reinhardt, WVG, § 22 Rn. 2 m.w.N.

dass sie eine Ausnahme von der Pflicht zur wettbewerblichen Vergabe von öffentlichen Aufträgen, aber auch von Wasserkonzessionsverträgen, begründen können.¹⁰⁶ Rechtfertigen Art. 17 der Konzessionsvergaberichtlinie bzw. § 108 GWB die Freistellung von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen im Kartellvergaberecht von der Ausschreibungspflicht, wenn die Voraussetzungen dieser Ausnahmebestimmung erfüllt sind, muss dies erst recht für eine Wasserkonzession gelten, die lediglich unter das europäische Primärrecht fallen würde.¹⁰⁷ Die Ausnahme hat aufgrund der häufig öffentlich-rechtlichen, insbesondere kommunalen Gesellschafter der in Deutschland tätigen WVU auch große praktische Relevanz.¹⁰⁸ Während die Voraussetzungen der Ausnahme früher der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs entnommen werden mussten (und die Vergaberechtler umfänglich beschäftigten), sind sie seit der Modernisierung des Vergaberechts im Jahre 2016 als Hauptanwendungsfall der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit in § 108 Abs.1 bis 5 GWB gesetzlich festgeschrieben. Es genügt daher an dieser Stelle, auf Besonderheiten der Wasserwirtschaft hinzuweisen:

- Für die Wasserwirtschaft existiert keine Sondervorschrift, die einer Anwendung des Rechtsgedankens der Vergaberechtsfreiheit von Inhouse-Geschäften zwischen der Gemeinde und „ihrem“ Stadtwerk/ WVU entgegenstehen könnte, wenn die Voraussetzungen der EuGH-Rechtsprechung bzw. des § 108 GWB erfüllt sind. Wie erwähnt, findet § 46 Abs. 4 EnWG hier keine Anwendung. Auch folgt eine solche Schranke nicht aus dem Kartellrecht. Zwar enthalten die §§ 19, 20 GWB ein Diskriminierungs- und Behinderungsverbot, wenn sich die überragende Stellung der Gemeinde unmittelbar aus ihrer öffentlichen Aufgabe ableitet¹⁰⁹. Die Monopolstellung der Gemeinde für die Wegerechte in ihrem Gemeindegebiet beruht aber auf ihrem zivilrechtlichen Eigentum an den Straßen und Wegen, nicht auf der Zuordnung der Wasserversorgungsaufgabe. Insofern ist ein "unmittelbarer" Zusammenhang mit der Aufgabe der Wasserversorgung nicht gegeben¹¹⁰. Eine Konzessionsvergabe „Inhouse“ ohne wettbewerbliche Ausschreibung des

¹⁰⁶ Vgl. nur oben Ziffer I.3 und LKartB NRW, Fn. 42, Ziffer A.2; LKartB Nds, Fn. 42 Ziffer II.1; OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.03.2018 – Wasserversorgung Selm –, Seite 13 des Urteilsabdrucks. Zur kartellrechtlichen Bewertung konzerninterner Wettbewerbsbeschränkungen z. B. Bechtold / Bosch, § 1 GWB Rn. 30 / 31.

¹⁰⁷ Sudbrock, KommJur 2014, 41, 43.

¹⁰⁸ Ramboll-Studie, Fn. 37, Ziffer 3.1.2; Sondergutachten Nr. 63 der Monopolkommission, Rn. 117. Vgl. als Beispiel die Bekanntmachung des Zweckverbandes Jenawasser vom 19.07.2016, EU-ABI. ISS 137 – 247693 – 2016 – DE.

¹⁰⁹ BGH, Urteil vom 24.09.2002, Rn. 26 – Kommunalen Schilderprägebetrieb –, BKartA, Beschluss vom 30.11.2012, Rn 53; Wittenstein, W+B 2019, 168, 170 ff.

¹¹⁰ Anders für die Strom- und Gasversorgung der Gemeinsame Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur, Rn. 22; Heller, EWeRK 2016, 210, 213; Gesterkamp, VergabeR 2020, 705,711

Vertrages zur Wasserversorgung ist daher grundsätzlich möglich¹¹¹. Allerdings ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die engen Ausnahmevoraussetzungen tatsächlich erfüllt sind.

- Soweit eine Gemeinde durch den auslaufenden Konzessionsvertrag die Tätigkeiten der Trinkwasserversorgung vollständig übertragen hatte, ist sie im Rahmen der Vergabe eines neuen Vertrages grundsätzlich nicht als Sektorenauftraggeberin anzusehen und die (weiter als § 108 GWB zugeschnittenen) Ausnahmevorschriften der §§ 137, 138 GWB können nicht (entsprechend) angewendet werden.¹¹² Der Umfang der Aufgabenübertragung und der eventuelle Verbleib von Teiltätigkeiten bei der Gemeinde sind im Einzelfall zu prüfen.
- Soweit Stadtwerke als WVU auftreten, sind sie häufig auch in der Strom- oder Gasversorgung tätig¹¹³. Aufgrund der Liberalisierung der Energiemärkte müssen sie dann ihre Strom- und Gaskunden im Wettbewerb mit anderen Energievertrieben gewinnen und an sich binden. Bei der Energieversorgung von Endkunden werden Stadtwerke deshalb nicht mehr „bei der Ausführung von Aufgaben tätig“, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber (= der Muttergemeinde) „betraut wurden.“ Mithin wird das sog. Wesentlichkeitskriterium des § 108 Abs.1 Nr.2 GWB von Mehrsparten-Stadtwerken regelmäßig verfehlt, wenn und weil sie nicht nachweisen können, dass sie entsprechend dieser Vorschrift mehr als 80% ihrer Tätigkeiten einer „Betrauung“ durch ihre Muttergemeinde verdanken¹¹⁴.
- Eine auch nur minderheitliche Beteiligung eines Privaten an einem Stadtwerk oder WVU, das einen Konzessionsvertrag zur (Trink-)Wasserversorgung abschließen möchte, schließt dessen Inhouse-Fähigkeit grundsätzlich aus. Deshalb ließ es das OLG Frankfurt im Jahr 2011 vor Novellierung des Vergaberechts

¹¹¹ Assmann / König, VergabeR 2020, 266, 269; Lotze / Heyers, RdE 2020, 62, 66; Wittenstein, W+B 2019, S. 168; Schröder, NVwZ 2017, 504, 505 / 506. Vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.02.2020, VergabeR 2020, 784, 794 – Taxibus –.

¹¹² OLG Frankfurt a. M., Fn. 6, S. 53 – Stadt Wetzlar / Enwag; vgl. aber auch VK Lüneburg, Beschluss vom 03.06.2016, VgK – 12 / 2016. Für den Verkehrssektor geringere Anforderungen bei OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.07.2015, Rn. 29, KommJur 2016, 144; OLG Celle, Beschluss vom 8.05.2019, NZBau 2019, 674.

¹¹³ Vgl. den Sachverhalt bei OLG Frankfurt a. M., Fn. 6, S. 52 und S. 54 – Stadt Wetzlar / Enwag; Dierkes / Skrobanek, ZfW 2013, 183, 184.

¹¹⁴ LKartB NRW, Fn. 42, Ziffer A.2; LKartB Nds. Fn. 42 Ziffer II.1; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 30.08.2011, Fn. 6, S. 52 – Stadt Wetzlar / Enwag; Herten-Koch, EWeRK 2013, 248, 251; Katz, KommJur 2018, 1, 5; Giebler, DÖV 2020, 476, 483.

auch "dahinstehen, ob ein privater Splitterbesitz auf der vierten Beteiligungsebene einer Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle entgegensteht".¹¹⁵ Allerdings ist zu beachten, dass § 108 Abs.1 Nr.3 GWB diese Begrenzung der Ausnahme von der grundsätzlichen Vergabepflicht nunmehr auf die Formen der direkten Kapitalbeteiligung am Auftragnehmer/ Konzessionär beschränkt. Im Umkehrschluss bedeutet das, dass indirekte Formen der Kapitalbeteiligung Privater unschädlich sein können.¹¹⁶ Welche Möglichkeiten diese im Zuge der Vergaberechtsmodernisierung neu eingefügte „Gegenausnahme“ in der Praxis eröffnet, ist allerdings noch offen. Anerkannt ist und praktisch auch genutzt wird hingegen der Weg, zunächst in einem dem Primärrecht entsprechenden Wettbewerbsverfahren den privaten Gesellschaftern des inhouse zu beauftragenden Unternehmens auszusuchen, um anschließend die Wasserversorgungskonzession ohne weiteres Verfahren an dieses Unternehmen zu geben¹¹⁷, sogenanntes zweistufiges Verfahren¹¹⁸.

c) Interkommunale Zusammenarbeit

Während die Inhouse-Konstellationen die ausnahmsweise vergaberechtsfreie Beauftragung bzw. Konzessionierung in vertikaler Richtung von der Gemeinde zu von ihr kontrollierten Vertragspartnern bezeichnen, bildet die interkommunale Zusammenarbeit den für die Wasserwirtschaft wichtigsten Fall der horizontalen Zusammenarbeit von grundsätzlich gleichberechtigten öffentlichen Auftraggebern. Auch sie kann in entsprechender Anwendung des § 108 Abs. 6 und 7 GWB vergaberechtsfrei möglich sein. Allerdings ist die Vergabe öffentlicher Aufträge von einer Gemeinde an eine (Nachbar-)Gemeinde oder deren gemeindliche Unternehmen¹¹⁹ in der Praxis der Wasserwirtschaft weit häufiger anzutreffen als eine Konzessionierung eines anderen gemeindlichen Unternehmens. Eine nähere Erörterung der Voraussetzungen, unter denen die letztgenannte Vorgehensweise ohne ein vorheriges wettbewerbliches Auswahlverfahren zulässig ist, erscheint in dieser Anwendungshilfe speziell für die Vergabe von Konzessionsverträgen deshalb nicht erforderlich.

¹¹⁵ OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 30.08.2011, Fn. 6, Leitsatz 1 – Stadt Wetzlar /Enwag –

¹¹⁶ Für viele Wiedemann in: Byok / Jäger, Vergaberecht, § 108 GWB Rn. 37.

¹¹⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 15.10.2009, VergabeR 2010, 478 ff, Rn. 59 ff – Acoset –; OLG Düsseldorf, Urteil vom 09.01.2013, NZBau 2013, 120 ff – Münsterland Netzgesellschaft –; LKartB Nds., Fn. 42, Ziffer II.1.

¹¹⁸ LKartB Nds., Fn. 42, Ziffer III. 1. a)

¹¹⁹ Zu den Grenzen dieser Ausnahme im Kartellvergaberecht zuletzt EuGH, Urteil vom 04.06.2020, VergabeR 2020, 894 ff. – Remondis –

II. Inhalte von Wasserkonzessionsverträgen

Charakteristisch für Wasserkonzessionsverträge ist wie eingangs dargestellt nach § 31 Abs. 1 Nr. 2 GWB die Verpflichtung der Gebietskörperschaft, die Verlegung und den Betrieb von Leitungen auf oder unter öffentlichen Wegen für eine bestehende oder beabsichtigte unmittelbare öffentliche Versorgung von Letztverbrauchern im Gebiet der Gebietskörperschaft mit Wasser ausschließlich einem Versorgungsunternehmen zu gestatten¹²⁰. Da die leitungsgebundene Wasserversorgung ohne Wegenutzung bzw. Wegenutzungsrecht nicht möglich ist und dieses ausschließlich gewährt wird, entscheiden die Gemeinden mit dem Vertragsschluss de facto über den Versorger.¹²¹

Neben der Einräumung des Rechts zur Nutzung der öffentlichen Wege für Versorgungszwecke werden regelmäßig auch weitere Aspekte, insbesondere Details zur Zusammenarbeit zwischen dem Konzessionär und der Gemeinde, vereinbart. Typische Regelungen von Wasserkonzessionsverträgen betreffen die Netzanschluss- und Versorgungspflicht des WVU bezogen auf alle Letztverbraucher im Versorgungsgebiet, die Wegenutzungsbedingungen, die Planung und den Bau neuer Anlagen, die Folge- und Folgekostenpflichten, die Übernahme- und Endschaftsklauseln, die Zahlung von Konzessionsabgaben, Haftungsregelungen und Regelungen zu Vertragslaufzeiten. Grenzen sind den vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten vor allem durch das Konzessionsabgabenrecht und dort durch das sog. Nebenleistungsverbot gesetzt.

Konzessionsverträge zur Wasserversorgung werden grundsätzlich zwischen der Gemeinde und dem WVU geschlossen, das Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet verlegen und betreiben will. Wer „Gemeinde“ ist, richtet sich nach dem jeweiligen Kommunalrecht des Landes. Der Begriff umfasst regelmäßig alle Gemeinden, Ortsgemeinden, kreisangehörigen und kreisfreien Städte. Auch Samt- und Verbandsgemeinden können „Gemeinden“ sein, wenn ihnen nach dem jeweiligen Kommunalrecht der Abschluss von Wegenutzungsverträgen übertragen ist. Beispiele sind die Samtgemeinden in Niedersachsen (§§ 97 ff. NKomVG) und die Verbandsgemeinden in Rheinland-Pfalz (§§ 64 ff. GemO RLP). Auch Zusammenschlüsse von Gemeinden, etwa in Zweckverbänden, können Vertragspartner von Wasserkonzessionsverträgen sein. In der Praxis können sich

¹²⁰ Christ, in: Kermel (Hrsg.), Praxishandbuch der Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben 2012, Kapitel 1, Rn. 8.

¹²¹ Reif in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, § 31 GWB, Rn. 82

Schwierigkeiten ergeben, wenn z. B. im Gemeindegebiet bestimmte Straßen der Ortsge-
meinde, andere Straßen aber der Verbandsgemeinde zuzurechnen sind.¹²²

Vertragspartner der Gemeinde ist grundsätzlich eine andere juristische Person. In der Praxis werden aber auch „Konzessionsverträge“ mit Eigenbetrieben geschlossen. In diesen Fällen liegt rechtlich kein Vertrag vor, die getroffenen verwaltungsinternen Vereinbarungen werden nur Vertrag genannt.¹²³ Diese Fallkonstellation soll hier grundsätzlich nicht weiter behandelt werden, weil es gar nicht zu einer Vergabe im Rechtssinne kommt, sondern nur der Innenbereich der Gemeinde berührt wird.

Den Markt prägende Musterverträge liegen bislang nicht vor.¹²⁴ Beispiele für neu abgeschlossene Konzessionsverträge zur Wasserversorgung sind jedoch unschwer in entsprechenden Ratsdrucksachen etc. im Internet zu finden.

1. Konzessionsgebiet

Viele Konzessionsverträge zur Wasserversorgung gehen davon aus, dass das Konzessionsgebiet dem Gemeindegebiet entspricht, und verzichten daher gänzlich auf eine ausdrückliche Bestimmung. Soweit vertragliche Regelungen zur Definition des Konzessionsgebietes getroffen werden, sollen sie häufig Besonderheiten Rechnung tragen.

Beispiel 1:

*„Dieser Vertrag umfasst das derzeitige Gebiet der Stadt mit Ausnahme der vom Wasser-
verband ... versorgten Teile des Stadtgebietes („Konzessionsgebiet“; siehe Anlage 1)“.*

Beispiel 2:

*„Vertragsgebiet ist das Stadtgebiet der Stadt ... zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses,
wie es im als Anlage 1 diesem Vertrag beigefügten Plan dargestellt ist.“*

Beispiel 1 belegt, dass das Versorgungsgebiet nicht immer mit dem Gemeindegebiet identisch sein muss. Beispiel 2 hat sogar die Möglichkeit im Blick, dass sich das Gemeindegebiet während der Vertragslaufzeit durch Eingemeindungen oder ähnliche Vorkommnisse ändern könnte.

¹²² Vgl. die Rundverfügung des Landesverwaltungsamts Sachsen-Anhalt vom 14.01.2021 zur Vergabe von Trinkwasserkonzessionen in Verbandsgemeinden.

¹²³ Gesterkamp, VergabeR 2020, 705, 709; Giebler, DÖV 2020, 476, 483.

¹²⁴ Vgl. lediglich das Vertragsmuster des VKU und des Städtetages Rheinland-Pfalz, abgedruckt in: Schäfer / Uechtritz / Zuber, Rechtsgestaltung in der kommunalen Praxis, S. 413 ff., und Morell, Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben, S. 56 ff.; aktuell den zwischen dem Bayerischen Gemeindegtag, dem Bayerischen Städtetag und dem VBEW vereinbarten Musterkonzessionsvertrag Wasser vom 25.11.2019.

Eine vertragliche Vereinbarung, dass ein hinzukommendes Gemeindegebiet automatisch vom Konzessionär mitversorgt wird, wäre unzulässig, da dann in aller Regel eine wesentliche Vertragsänderung eintreten würde, die einer Neuvergabe gleichkäme.¹²⁵ Einen Ausweg bietet entsprechend dem Rechtsgedanken des § 132 Abs. 2 Nr. 1 GWB nur die Vorgabe klarer, genauer und eindeutig formulierter Überprüfungsklauseln und Optionen zur Vertragsänderung für den Fall einer Änderung des Gemeindegebietes im Text des Konzessionsvertrages, die dann allerdings auch bereits in den Vergabeunterlagen vorgesehen sein müssen.

Ebenfalls unzulässig wäre eine Vertragsbestimmung, die die Gemeinde verpflichtet, bei Hinzukommen eines neuen Gebietsteils den dort bisher geltenden Konzessionsvertrag zu kündigen.¹²⁶

Im Falle der Gründung eines Zweckverbandes oder in ähnlichen Fällen der Zusammenarbeit mehrerer Gemeinden ist es denkbar, dass das Versorgungsgebiet durch den Zusammenschluss größer wird. In diesem Falle ist es grundsätzlich möglich, dass mehrere Konzessionsverträge auch mit unterschiedlichen Vertragspartnern im Verbandsgebiet nebeneinander bestehen. Unterschiedliche Preise innerhalb eines Gemeinde- oder Verbandsgebietes sind ebenfalls möglich und keineswegs ungewöhnlich. Aus kartellrechtlicher Sicht kann allerdings die sachliche Begründung der Unterschiede hinterfragt werden.

2. Wegerecht

Wie dargestellt ist ein wesentlicher Vertragsinhalt des Wasserkonzessionsvertrages die Erteilung eines Wegerechtes zur Nutzung der öffentlichen Verkehrswege der Gemeinde für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen der Wasserversorgung. Verkehrswege sind Flächen, die – durch entsprechende Widmung oder tatsächlich – der Allgemeinheit für den öffentlichen Verkehr zum Gemeingebrauch zur Verfügung stehen. Hierzu gehören insbesondere alle Straßen und Wege mitsamt Fahrrad- und Gehwegen sowie (Park-) Plätze, soweit sie für eine Leitungsverlegung in Frage kommen. Der Begriff des öffentlichen Weges in § 31 Abs. 1 Nr. 2 GWB und damit im Zweifel auch die entsprechend gewählten Begriffe in den Konzessionsverträgen sind weit auszulegen.¹²⁷

In der Praxis ist es zudem üblich, dass die Nutzung von fiskalischen Grundstücken ebenfalls in der Vertragsklausel zur Wegenutzung mit geregelt wird.

¹²⁵ So auch LKartB NRW, „Häufig gestellte Fragen zu Wasserkonzessionsverträgen“, Fn. 42, Seite 9 f.

¹²⁶ Landeskartellbehörde NRW, Fn. 42, S. 10.

¹²⁷ Reif, in: Münchner Kommentar zum Wettbewerbsrecht, § 31 GWB, Rn. 84.

a) Qualifizierte Wegenutzungsverträge

Obwohl in der Wasserwirtschaft gesetzlich nicht ausgeprägt, wird in der Praxis zwischen „einfachen“ und „qualifizierten“ Wegenutzungsverträgen unterschieden.¹²⁸ Einfache Wegenutzungsverträge werden i. d. R. für Leitungen und Anlagen abgeschlossen, die nicht zu dem lokalen Netz der allgemeinen Versorgung gehören. Für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die der öffentlichen Wasserversorgung im Gemeindegebiet dienen, werden in der Praxis qualifizierte Wegenutzungsverträge zur Nutzung der öffentlichen Verkehrswege geschlossen, die das Haben und Halten eines Versorgungsnetzes ausschließlich einem WVU gestatten. Sie stehen im Mittelpunkt dieser Anwendungshilfe.

Beispiel 1:

„Die Stadt erteilt dem WVU die Berechtigung, zur Wasserversorgung der Stadt sowie anderer Städte und Gemeinden und von Werken in anderen Städten und Gemeinden die sämtlich der Stadt gehörenden oder im Verfügungsrecht der Stadt befindlichen öffentlichen Straßen, öffentlichen Wege und öffentlichen Plätze zur Verlegung, Unterhaltung und zum Betrieb von Wasserleitungsrohren zu benutzen. Die Stadt gibt dem WVU die Zusicherung, dass diese Berechtigung zur Verlegung usw. von Wasserleitungsrohren während der Dauer dieses Vertrages nur dem WVU zusteht. Die Stadt wird eine nach Straßenrecht erforderliche Zustimmung zur Verlegung von Wasserleitungen in Ortsdurchfahrten, deren Straßenbaulast nicht bei der Stadt liegt, nur unter der Bedingung erteilen, dass der Betreiber der Wasserleitungen sich verpflichtet, aus diesen Leitungen innerhalb des Stadtgebietes kein Wasser abzugeben.“

Beispiel 2:

„Die Stadt wird während der Dauer dieses Vertrages innerhalb des Vertragsgebietes keine öffentliche Versorgung mit Wasser durchführen (ausgenommen öffentliche Brunnen) und zu diesem Zweck kein (anderes) Unternehmen zur öffentlichen Wasserversorgung betreiben oder durch andere betreiben lassen. Die Stadt erteilt dem Versorgungsunternehmen im Rahmen ihrer privatrechtlichen Befugnis das ausschließliche Recht, die Verkehrsräume (d. h. die öffentlichen Straßen im Sinne von § 1 des Landesstraßengesetzes) zur Errichtung und zum Betrieb aller für die Versorgung des Vertragsgebietes mit Wasser erforderlichen Leistungen zur unmittelbaren öffentlichen Versorgung von Letztverbrauchern zu benutzen.“

¹²⁸ Reif in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, § 31 GWB, Rn. 85, 86

Die Stadt kann aber auch einen Dritten die Errichtung und den Betrieb von Leitungen zum Zwecke der Fortleitung von Wasser über das Versorgungsgebiet gestatten, sofern der Dritte sich der Stadt und dem Versorgungsunternehmen gegenüber verpflichtet, aus seinen Anlagen jegliche Abgaben von Wasser im Vertragsgebiet zu unterlassen.“

Bei solchen Vertragsbestimmungen handelt es sich um die Erteilung eines ausschließlichen Wegerechts, bei dem ausdrücklich das Erteilen einfacher Wegerechte für Dritte vorbehalten wird.

Häufig wird das Wegerecht zugunsten des WVU auch für den Fall vertraglich abgesichert, dass die Gemeinde das Eigentum an Grundstücken während der Vertragslaufzeit aufgibt.

Beispiel 3:

„Gehen Straßen, Wege und Plätze kraft Rechtsgeschäfts in das Eigentum eines Dritten über, so ist die Gemeinde verpflichtet, vor Übergang des Eigentums auf den Dritten zur Sicherung der bestehenden Nutzungsrechte des Wasserversorgungsunternehmens eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit zugunsten des Wasserversorgungsunternehmens eintragen zu lassen. Die Kosten der Eintragung werden der Gemeinde vom Wasserversorgungsunternehmen erstattet.“

b) Anschluss- und Benutzungszwang

Alternativ oder kumulativ zu vertraglichen Wegenutzungsrechten wird üblicherweise durch Satzung der Gemeinde ein Anschluss- und Benutzungszwang im Konzessionsgebiet zugunsten der öffentlichen Wasserversorgung bzw. des WVU erlassen. Trotz der „überragenden Bedeutung“ der öffentlichen Aufgabe der Wasserversorgung ist eine solche Kombination von privatrechtlichem Konzessionsvertrag / privatrechtlichen Verträgen des WVU mit den Endverbrauchern mit dem öffentlich-rechtlichen Zwangsregime der Gemeinde zulässig.¹²⁹ Andererseits ist eine solche Kombination jedoch nicht zwingend. Eine ganze Reihe von deutschen WVU agieren erfolgreich, ohne dass die Gemeinde zu ihren Gunsten einen Anschluss- und Benutzungszwang für die Grundstückseigentümer im Gemeindegebiet erlassen hätte.¹³⁰

¹²⁹ Für viele OVG Münster, Beschl. Vom 22.03.2017, Az. 15 B 286/17; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 22.02.2012, Az. 9 B 50.11; Glöckner, Kommunale Infrastrukturverantwortung und Konzessionsmodelle, S. 86 und 163 m.w.N.

¹³⁰ A. A. offenbar Herten-Koch, EWeRK 2013, 248, 249.

Voraussetzung für die Anordnung des Anschluss- und Benutzungszwangs ist stets der Wille des WVU, seine Wasserversorgungsanlagen zur öffentlichen Einrichtung der Gemeinde im Sinne des jeweiligen Landeskommunalrechts widmen zu lassen, sich also letztlich auch Weisungen von deren Seite zu unterwerfen. D. h., die Gemeinde muss durch entsprechende Vereinbarungen mit dem Betreiber sicherstellen, dass alle Einwohner allgemein und zu grundsätzlich gleichen, angemessenen Bedingungen die Wasserversorgung nutzen dürfen. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist die in einem Anschluss- und Benutzungszwang liegende Grundrechtseinschränkung nur dann verhältnismäßig, wenn die anordnende Gemeinde die Versorgungssicherheit gewährleistet.¹³¹ Demgemäß kann nach den Kommunalgesetzen der Länder ein Anschluss- und Benutzungszwang nur für öffentliche Einrichtungen erlassen werden¹³², die entsprechende Kontroll- und Einwirkungsrechte der Gemeinde voraussetzen. Ohne solche Einflussmöglichkeiten wie z. B. Weisungsrechte kann die Gemeinde dem Bürger keine Nutzung der Wasserversorgungsanlagen verschaffen, eine öffentliche Einrichtung im Sinne des Gemeinderechts liegt nicht vor.¹³³ Nicht jedes der öffentlichen Wasserversorgung i. S. d. § 50 Abs. 1 WHG dienende Versorgungsnetz stellt eine öffentliche Einrichtung in diesem Sinne dar.¹³⁴

Trotz dieser klaren kommunalrechtlichen Ausgangslage sind in der wasserwirtschaftlichen Praxis recht wenige Vertragsbestimmungen anzutreffen, die sich mit dem Anschluss- und Benutzungszwang bzw. seinen Voraussetzungen befassen. Im Hinblick auf an sich erforderliche Anzeige- und Abstimmungspflichten des Konzessionärs der Wasserversorgung und korrespondierende Kontrollbefugnisse der Gemeinde¹³⁵ spielt dabei offenbar eine Rolle, dass deutsche WVU häufig kommunal getragen sind, so dass aufgrund gesellschaftsrechtlicher Möglichkeiten zur Einflussnahme auf die öffentliche Einrichtung zur Wasserversorgung auf die Verankerung schuldrechtlicher Rechte der Gemeinde im Konzessionsvertrag verzichtet wurde. In welcher konkreten Form die Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten geschaffen werden, ist (bundes-)rechtlich nicht vorgegeben.¹³⁶

¹³¹ BVerwG, Urteil vom 06.04.2005, Az. 8 CN 1.04, Blatt 12 des Urteilsabdrucks, zur Fernwärmeversorgung.

¹³² Vgl. OVG Münster, Urteil vom 13.03.2018, Az. 15 A 971/17, Rn. 18 des Urteilsabdrucks m.w.Nw.; Faber, Der kommunale Anschluss- und Benutzungszwang, S. 129/130.

¹³³ VG Düsseldorf, Beschluss vom 04.09.2020, Az. 18 L 1749/20; Griesbach, Gewährleistungsverantwortung in der öffentlichen Trinkwasserversorgung, S. 84 / 86.

¹³⁴ Vgl. Beschluss der BNetzA vom 28.10.2020, Az: BK 11-20-004, Rn. 76, zur Telekommunikation.

¹³⁵ Siehe dazu unter Ziffer III.4.a)

¹³⁶ BVerwG, Fn. 131; VG Potsdam, Gerichtsbescheid vom 24.08.2020, IR 2020, 255

Umgekehrt ist es nicht zulässig, die Gemeinde vertraglich zum Erlass eines Anschluss- und Benutzungszwangs durch Satzung zu verpflichten, denn das liefe auf einen unzulässigen Normsatzungsvertrag hinaus. Während also Vertragsklauseln zur Einräumung eines Wegerechts durch die Gemeinde, insbesondere auch eines ausschließlichen Wegerechts, erlaubt und gebräuchlich sind, wären Verpflichtungen der Gemeinde, durch Erlass einer Satzung einen Anschluss- und Benutzungszwang zu statuieren, im Konzessionsvertrag schädlich und sind zu vermeiden.

c) § 8 AVBWasserV

Unnötig und deshalb ungebräuchlich wären auch Vereinbarungen der Gemeinde mit dem WVU über von den Kunden der Wasserversorgung einzuräumende Wegerechte, denn insoweit hat bereits das Gesetz Regelungen getroffen. Nach den Allgemeinen Versorgungsbedingungen, hier vor allem § 8 AVBWasserV, sind Kunden und Anschlussnehmer, die Grundstückseigentümer im Versorgungsgebiet sind, nämlich verpflichtet, für Zwecke der örtlichen Versorgung das Anbringen und Verlegen von Leitungen einschließlich Zubehör zur Zu- und Fortleitung von Wasser über ihre im gleichen Versorgungsgebiet liegenden Grundstücke sowie erforderliche Schutzmaßnahmen unentgeltlich zuzulassen. Diese Pflicht betrifft die Grundstücke, die an die Wasserversorgung angeschlossen sind, die vom Eigentümer in wirtschaftlichem Zusammenhang mit der Wasserversorgung genutzt werden oder für die die Möglichkeit der Wasserversorgung sonst wirtschaftlich vorteilhaft ist. Sie findet ihre Rechtfertigung in dem Gedanken, dass das freie Nutzungs- und Verfügungsrecht der Eigentümer im Interesse einer leistungsfähigen und kostengünstigen öffentlichen Wasserversorgung eingeschränkt werden kann und soll. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹³⁷ findet die Sozialbindung des Eigentums durch diese Duldungspflicht erst dort ihre Grenzen, wo die Eigentümerbefugnisse mehr als notwendig beschränkt und die betroffenen Eigentümer in unzumutbarer Weise belastet werden (vgl. insofern auch die ausdrückliche Regelung in § 8 Abs. 1 Satz 3 AVBWasserV).

3. Versorgungsrecht und -pflicht

Ein wesentlicher Unterschied zu den Konzessionsverträgen der Strom- und Gasversorgung liegt darin, dass in Wasserkonzessionsverträgen nicht nur das Wegerecht, sondern auch die Pflicht zur Versorgung der Endkunden vertraglich geregelt ist.¹³⁸ Der Sektor Wasserwirtschaft ist nicht entflochten, eine spezielle gesetzliche Regelung über die Pflicht zum Anschluss von Letztverbrauchern, wie sie § 18 Abs 1 EnWG für Betreiber von

¹³⁷ BVerfG, Beschluss vom 31.01.1989, RdE 1989, S. 143 ff.

¹³⁸ Für viele Giebler, DÖV 2020, 476, 482; zum Energiebereich vgl. Hohenstein-Bartholl / Jacob, RdE 2017, 454, 461 / 462.

Energieversorgungsnetzen der allgemeinen Versorgung ausspricht, fehlt. Der gesetzliche Rahmen für die öffentliche Wasserversorgung hält die Gemeinden allerdings dazu an, eine Anschluss- und Versorgungspflicht des WVU im Konzessionsvertrag vorzusehen. Die Gestaltung der Verlegung und des Betriebs von Leitungen in den Gemeindestraßen erfolgt gemäß § 31 Abs. 1 Nr. 2 GWB „für eine bestehende oder beabsichtigte unmittelbare öffentliche Wasserversorgung von Letztverbrauchern“. Die öffentliche Wasserversorgung ist gemäß § 50 Abs. 1 WHG zudem eine Aufgabe der Daseinsvorsorge, die nach dem jeweiligen Landeswassergesetz als (Pflicht-)Aufgabe der Gemeinde obliegt. Die Durchführung der Aufgabe kann einem Dritten übertragen werden. Vollständig befreit wird die Gemeinde durch eine solche Übertragung der Durchführung der Wasserversorgung allerdings nicht. Sollte es etwa bei der Durchführung der Aufgabe durch das WVU zu nachhaltigen Versorgungsschwierigkeiten kommen, wäre die Gemeinde zur Sicherstellung der kommunalen Daseinsvorsorge verpflichtet, geeignete Abhilfemaßnahmen zu ergreifen. Um dieser Gewährleistungsverantwortung für die (Trink-)Wasserversorgung¹³⁹ nachzukommen, wird die Gemeinde eine Versorgungspflicht des WVU bzw. das Recht des Endverbrauchers auf Wasserlieferung im Konzessionsvertrag zur Wasserversorgung aussprechen und konturieren. Dies gilt erst recht, wenn sie parallel durch Satzung einen Anschluss- und Benutzungszwang zugunsten des WVU aussprechen möchte, denn die Versorgungspflicht des Unternehmens im Verhältnis zu den Kunden der öffentlichen Wasserversorgung ist eines der charakteristischen Elemente, die zu einer öffentlichen Einrichtung im Sinne des Kommunalrechts qualifizieren.

Beispiel 1:

„Das Wasserversorgungsunternehmen verpflichtet sich, jedermann im Konzessionsgebiet nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen an das Wasserversorgungsnetz anzuschließen und jederzeit mit Wasser gemäß den gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere des Wasserhaushaltsgesetzes, des Landeswassergesetzes, der Trinkwasserverordnung und der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser in der jeweils gültigen Fassung, zu versorgen. Diese Pflicht des WVU besteht nicht, wenn der Neuanschluss eines Kunden rechtlich unmöglich oder wirtschaftlich unzumutbar ist.“

Beispiel 2:

„Das WVU ist berechtigt und verpflichtet, Wasser in Trinkwasserqualität an alle Haus- und Grundeigentümer in der Stadt abzugeben, soweit das zu versorgende Grundstück an eine öffentliche Straße, einen öffentlichen Weg oder öffentlichen Platz angrenzt, in denen

¹³⁹ Zur Gewährleistungsverantwortung vgl. unten Ziffer III.3.

dem WVU das Rohrverlegungsrecht nach diesem Vertrag zusteht. Zur Versorgung von Grundstücken an Straßen, Wegen und Plätzen, die nicht in der Verfügungsgewalt der Stadt stehen, ist das WVU erst dann verpflichtet, wenn ihm das Rohrverlegungsrecht für solche Flächen zu den Bedingungen und für die Laufdauer dieses Vertrages gewährt worden ist.

Zur Versorgung von Grundstücken, die weder an eine öffentliche Straße, einen öffentlichen Weg noch einen öffentlichen Platz angrenzen, ist das WVU dann verpflichtet, wenn der Grundeigentümer von sich aus die Voraussetzungen dafür schafft, dass die Versorgung seines Grundstückes von einer öffentlichen Straße, einem öffentlichen Weg oder einem öffentlichen Platz aus möglich ist, in denen dem WVU das Rohrverlegungsrecht zu den Bedingungen und für die Laufzeit dieses Vertrages gewährt worden ist.“

Beispiel 3:

„Die Stadt betreibt die Wasserversorgung als öffentliche Einrichtung zur Versorgung der Grundstücke des Stadtgebiets mit Trink- und Betriebswasser. Art und Umfang der Wasserversorgungsanlagen bestimmt die Stadtwerke GmbH. Der Anschluss an die öffentliche Einrichtung und die Wasserlieferung erfolgen durch die Stadtwerke nach Maßgabe der ... AVB WasserV und der ergänzenden Bestimmungen zu den AVB WasserV der Stadtwerke ... auf der Grundlage privatrechtlicher Verträge. ...

Jeder Eigentümer eines im Stadtgebiet liegenden Grundstücks ist berechtigt, den Anschluss seines Grundstücks an die Wasserversorgungsanlage und die Belieferung mit Trink- und Betriebswasser nach Maßgabe dieser Satzung zu verlangen. ...

Die Eigentümer von Grundstücken, auf denen Wasser verbraucht wird, sind verpflichtet, die Grundstücke an die öffentliche Wasserversorgungsanlage anzuschließen, wenn sie an eine öffentliche Straße mit einer betriebsfertigen Versorgungsleitung grenzen oder einen unmittelbaren Zugang durch einen Privatweg haben.“

Die beispielhaften Formulierungen zeigen, dass die Anschluss- und Versorgungspflicht des Wasserversorgungsunternehmens im Rahmen der ihm übertragenen Pflicht zur Durchführung der Wasserversorgung zwar weit gespannt, aber nicht grenzenlos ist.¹⁴⁰

Die vertraglich auferlegte, für Wasserversorgungsunternehmen aber auch nach allgemeinen Grundsätzen bestehende faktische Anschluss- und Versorgungspflicht¹⁴¹ findet ihre

¹⁴⁰ Giebler, DÖV 2020, 476, 485.

¹⁴¹ Vgl. §§ 138, 826 BGB, 19, 20 GWB.

Grenzen dort, wo einem Wasserversorgungsunternehmen der Anschluss oder die Versorgung wirtschaftlich nicht zumutbar ist.¹⁴² Wenn – wie es in aller Regel der Fall ist – die AVBWasserV Bestandteil des zwischen dem WVU und dem (Haushalts-)Kunden zustande kommenden Liefervertrags wird, sind die §§ 4 und 33 dieser Verordnung maßgebend. Die Frage, ob der Anschluss oder die Versorgung im konkreten Fall einem Wasserversorgungsunternehmen wirtschaftlich zugemutet werden kann, beantwortet sich in diesem Rahmen nicht danach, ob sich hieraus möglicherweise Auswirkungen auf die gesamte wirtschaftliche Lage des Wasserversorgungsunternehmens ergeben. Vielmehr ist entscheidend, ob sich die Anschluss- und Abnahmeverhältnisse eines Kunden noch im Rahmen der im Versorgungsgebiet zwar verschiedenen, sich aber im Tarif- und Entgeltsystem des Versorgungsunternehmens unter sich ausgleichenden Anschluss- und Abnahmeverhältnisse halten.¹⁴³ Erst wenn sie diesen Rahmen überschreiten und die zur Versorgung eines Kunden erforderlichen Aufwendungen wegen der besonderen Umstände durch das vom Kunden zu zahlende Entgelt einschließlich des Baukostenzuschusses nicht abgedeckt werden, kann sich das Wasserversorgungsunternehmen auf wirtschaftliche Unzumutbarkeit berufen.¹⁴⁴

Ein typischer Fall „wirtschaftlicher Unzumutbarkeit“ liegt häufig in den Fällen vor, in denen bei Grundstücken in Außenbereichen eine weitere Nutzung der bisher genutzten Eigenversorgungsanlagen wegen Überschreitung der nach der Trinkwasserverordnung zulässigen Werte nicht mehr möglich ist und deshalb der Anschluss an die öffentliche Wasserverteilungsanlagen über typischerweise sehr lange Hausanschlussleitungen verlangt wird. Dann ist das WVU so lange zur Versorgung nicht verpflichtet, wie nicht der Kunde durch besondere Leistungen die wirtschaftliche Unzumutbarkeit ausräumt. Insofern kommt z. B. die Zahlung eines besonderen (über den nach § 9 AVBWasserV zu zahlenden Baukostenzuschuss hinausgehenden) Baukostenzuschusses, die Übernahme der Investitions-, Unterhaltungs- und Erneuerungskosten der überlangen Hausanschlussleitung oder der Kosten für die aus hygienischen Gründen erforderlichen vermehrten Spülungen solcher Leitungen in Betracht.¹⁴⁵

Die Gewährleistungsverantwortung der Gemeinde kann sogar zu nachwirkenden Pflichten führen, die die Gemeinde aus ihrer Pflichtenstellung heraus vorsorglich dem Konzessionär auferlegen sollte. Schon bei Abschluss des Konzessionsvertrages sollte nämlich auch die Übergangszeit zwischen dem Betrieb durch den späteren Altkonzessionär und

¹⁴² LG Wuppertal, Urteil vom 18.01.1981.

¹⁴³ BGH, Beschluss vom 29.05.1979, RdE 1979, S. 153.

¹⁴⁴ Morell, Kommentar zur AVBWasserV, § 1 S. 4 m.w.N.

¹⁴⁵ Morell, Kommentar zur AVBWasserV, § 1 S. 4

den möglichen Neukonzessionär, der den Betrieb nach Vertragsablauf noch faktisch übernehmen muss, bedacht und geregelt werden.¹⁴⁶ Mit diesem Ziel wird etwa folgende Formulierung verwendet:

Beispiel:

„Nach Ablauf dieses Vertrages ist das WVU verpflichtet, im Vertragsgebiet so lange die Versorgung mit Wasser nach den Bestimmungen dieses Vertrages sicher zu stellen, bis die Weiterversorgung anderweitig gewährleistet ist, längstens jedoch für einen Zeitraum von fünf Jahren. Sollte absehbar sein, dass eine Weiterversorgung nach Ablauf dieses Zeitraums nicht sichergestellt ist, sind die Parteien verpflichtet, rechtzeitig Verhandlungen über die Fortführung der Wasserversorgung aufzunehmen.“

4. Allgemeine Versorgungsbedingungen

Für die Bedingungen, zu denen die Endkunden im Konzessionsgebiet vom Wasserversorgungsunternehmen beliefert werden, erfolgt üblicherweise ein Verweis auf die „Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (AVBWasserV)“. Dies ist vor folgendem Hintergrund sachgerecht: § 27 des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) vom 9. Dezember 1976 ermächtigte den Bundesminister für Wirtschaft durch Rechtsverordnung die allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Wasser ausgewogen zu gestalten. Diese Rechtsgrundlage wurde später – nach Aufhebung des AGB-Gesetzes – in § 310 Abs. 2 BGB fortgeführt. Die auf dieser Grundlage entstandene „Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (AVBWasserV)“ erfasst Geschäftsbedingungen, die in Gestalt von Vertragsmustern oder von sonstigen für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Bedingungen dem Versorgungsverhältnis zugrunde liegen. Die Verordnung stellt sicher, dass die Geschäftsbedingungen der Vielzahl der Bezugsverhältnisse sowie der unterschiedlichen Schutzbedürftigkeit einzelner Abnehmergruppen Rechnung tragen können. Die Verordnung findet nach § 1 Abs. 1 AVBWasserV immer dann Anwendung, wenn der Anschluss an die öffentliche Wasserversorgung oder die Versorgung mit Wasser auf der Grundlage von vorformulierten Vertragsmustern oder Vertragsbedingungen erfolgt. Der Anschlussvertrag führt zur Verbindung mit dem Wassernetz und zur Bereitstellung von Wasser; aufgrund des Versorgungsvertrages wird Wasser abgenommen. Die in den §§ 2 bis 34 AVBWasserV enthaltenen Bestimmungen werden kraft Gesetzes Inhalt des Versorgungsvertrages, es sei denn, dass die Vertragsparteien unter näher bestimmten Voraussetzungen (vgl. § 1 Abs. 3 AVBWasserV) etwas anderes vereinbart haben. Nach § 1 Abs. 2 AVBWasserV sind auch Lieferungen an Industrieunternehmen und

¹⁴⁶ Siehe unten Ziffer VIII.4.

Weiterverteiler sowie die Vorhaltung von Löschwasser ausgenommen. Auch individuell vereinbarte Versorgungsbedingungen werden nicht erfasst.

Die Verordnung stellt zudem sicher, dass öffentlich-rechtlich ausgestaltete Versorgungsverhältnisse im erforderlichen Ausmaß an ihre Regelungen angepasst werden (vgl. § 35 AVBWasserV).

In diesem Rahmen sind bei der Regelung der Versorgungsbedingungen zunächst die sog. Tarifkunden von den sog. Sonderkunden zu unterscheiden. Die Abgrenzung erfolgt auf Basis des Konzessionsabgabenrechts,¹⁴⁷ nämlich nach § 2 Abs. 3 KAE i.V.m. § 5 A/KAE. Danach liegt das Preisbestimmungsrecht allein beim Wasserversorgungsunternehmen. Dabei zeigt ein Blick auf die aktuelle Praxis der Preisbildung von Wasserversorgungsunternehmen in Deutschland, dass unterschiedliche Preismodelle Anwendung finden. Allgemein setzen sich diese aus einem Grundanteil (Grundpreis) und einem variablen Anteil (Arbeitspreis) zusammen. Ergänzend sollte preisreduzierend eine anteilige Finanzierung der Investitionen über Bau- oder Kapitalzuschüsse des Kunden (insbesondere Baukostenzuschüsse nach § 9 AVBWasserV) erfolgen. Das übliche Preismodell besteht aus einer Kombination von verbrauchsunabhängigem Grund- und verbrauchsabhängigem Leistungspreis. Für den Trinkwasserversorger ist dabei das Verhältnis zwischen beiden Preiskomponenten von entscheidender Bedeutung. Die Höhe der fixen und der variablen Anteile sind für die Regelmäßigkeit bzw. für die Schwankungsanfälligkeit der Erlösstruktur entscheidend. Laut dem Statistischen Bundesamt wird die überwiegende Mehrzahl der Trinkwasserkunden in Deutschland (93,5 Prozent) über ein zweigliedriges Entgelt aus Grund- und Leistungspreis abgerechnet. Lediglich 6,5 Prozent der Kunden zahlen demgegenüber einen rein verbrauchsabhängigen Preis für Trinkwasser. Mit Blick auf Unternehmenszahl und Wassermenge ist die Anzahl von Unternehmen zu vernachlässigen, in denen das Trinkwasser ausschließlich über einen verbrauchsunabhängigen Festpreis vergütet wird.

Beispiel:

„Das Versorgungsunternehmen liefert Wasser nach den jeweiligen Bedingungen für die Versorgung von Tarifkunden, z. Zt. gemäß der „Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (AVBWasserV)“ sowie den jeweiligen Tarifbedingungen des Versorgungsunternehmens. Die Bestimmungen sind dem Vertrag als Anlage beigefügt. Das Versorgungsunternehmen wird bei Veränderungen der Stadt die jeweils gültigen Bestimmungen unverzüglich zu Verfügung stellen.

¹⁴⁷ Vgl. dazu Ziffer II.7.

Das Versorgungsunternehmen ist berechtigt, Sonderabnehmerverträge abzuschließen. Die Wasserpreise richten sich nach dem jeweiligen allgemeinen Tarif des Versorgungsunternehmens bzw. – bei Belieferung nach Sondervertrag – nach den jeweiligen Sondervertragspreisen des Versorgungsunternehmens. Bei der Gestaltung der Wasserpreise wird das Versorgungsunternehmen nach Möglichkeit Tarife wählen, die zum verantwortungsbewussten Gebrauch von Wasser anregen.“

5. Kommunale Wasserversorgungskonzepte

Nach § 38 Abs. 3 LWG NRW haben die Gemeinden für ihr Gemeindegebiet ein Konzept über den Stand und die zukünftige Entwicklung der Wasserversorgung (Wasserversorgungskonzept) aufzustellen. Andere Landeswassergesetze enthalten keine derartige ausdrückliche Pflicht der Gemeinde. Aber auch in den Bundesländern ohne gesetzliche Pflichtenzuweisung folgt aus der allgemein bestehenden gemeindlichen Aufgabe der öffentlichen Wasserversorgung eine Obliegenheit, ein Konzept zum Bestand und zur weiteren Entwicklung der Erfüllung dieser Aufgabe aufzustellen und fortzuschreiben, denn dieser Ausprägung ihrer Gewährleistungsverantwortung kann sie sich durch die Überlassung der Durchführung der Wasserversorgung mit Hilfe eines Konzessionsvertrages nicht entledigen.¹⁴⁸ Das Wasserversorgungskonzept muss die wesentlichen Angaben enthalten, die es ermöglichen nachzuvollziehen, dass im Gemeindegebiet die Versorgung der Allgemeinheit jetzt und auch in Zukunft, im Normal- und im Ausnahmefall sichergestellt ist. Sein Inhalt richtet sich daher in einem hohen Maße an den unterschiedlichen Gegebenheiten der jeweiligen Kommune aus.

Hat die Gemeinde einen Dritten durch Konzessionsvertrag in die Aufgabendurchführung eingeschaltet, wird sie vertraglich regelmäßig vorsehen, dass die Grundlagen des Wasserversorgungskonzepts in weiten Teilen vom WVU erarbeitet werden, da bei diesem aufgrund der Übernahme der technisch-wirtschaftlichen Tätigkeiten die meisten Informationen vorliegen. Auf jeden Fall bleibt aber eine Prüf- und Ergänzungspflicht bei der Gemeinde, die sich ggfs. die Darstellung und damit die Anforderungen an die Wasserversorgung, z. B. in Bezug auf Förderung, Aufbereitung, Belieferung, Investitionen, Flächen, Schutzmaßnahmen und Versorgungssicherheit zu eigen macht. Die Wasserversorgungskonzepte geben daher auch einen Rahmen und den Mindestinhalt für spätere Neuvergaben der Versorgungskonzession vor.

¹⁴⁸ Siehe oben Ziffer II. 3.

Beispiel:

„Die Gesellschaft wirkt in ihrer Funktion und zur Erfüllung ihrer Aufgabe als städtischer Wasserversorger an der von der Stadt betriebenen Aufstellung kommunaler Wasserversorgungskonzepte mit.“

6. Abstimmung von Planungen

Im Konzessionsvertrag sollten wechselseitige Informationspflichten bei Infrastrukturplanungen, wie Verkehrsplanungen und Bauleitplanungen, vorgesehen werden, um eine reibungslose Zusammenarbeit zwischen Gemeinde und Konzessionär und möglicherweise betroffenen Dritten zu gewährleisten. Der jeweils andere Vertragspartner sollte Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten, die Vertragspartner sich verpflichten, berechnete Belange des anderen bei den eigenen Planungen und Maßnahmen nach Möglichkeit zu berücksichtigen.

Das WVU ist als Träger öffentlicher Belange von der Gemeinde bei der Aufstellung oder Änderung von Bauleitplänen zu beteiligen.

Häufig verwendete Formulierungen in diesem Zusammenhang lauten wie folgt:

Beispiel 1:

„Die Gemeinde und der Konzessionsnehmer werden einander von Maßnahmen, die den anderen Vertragspartner berühren, frühzeitig unterrichten und Gelegenheit zur Stellungnahme geben. Der Konzessionsnehmer stellt der Gemeinde auf Wunsch kostenfrei einen aktuellen Netzplan sowie bei konkretem Bedarf projektbezogene Bestandspläne mit einer erforderlichen Einweisung zur Verfügung.“

Berechtigte Belange des anderen Vertragspartners sind zu berücksichtigen. Hierzu gehören auch die berechtigten Belange der Gemeinde im Natur-, Landschafts- und Umweltschutz.

Der Konzessionsnehmer wird bei seiner örtlichen Ausbauplanung beschlussmäßige Vorgaben der Gemeinde zu örtlicher Wasserversorgung im Rahmen ihrer Planungshoheit auch außerhalb von Bebauungsplänen berücksichtigen. Der Konzessionsnehmer wird sich bemühen, die gemeindlichen Interessen bei der Festlegung und Gestaltung der Wasserversorgungsanlagen zu berücksichtigen.“

Beispiel 2:

„Die Vertragspartner werden sich gegenseitig von Planungen, die die Interessen des anderen Partners berühren können, rechtzeitig unterrichten und Gelegenheit zur Stellungnahme geben, soweit erforderlich und rechtlich zulässig. Im Bereich der Bauleitplanung erfüllt die Stadt insoweit im Regelfall ihre Verpflichtung nach Satz 1, wenn sie der Gesellschaft im Rahmen der Aufstellung, Änderung oder Ergänzung von Bauleitplänen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat. Die Stellungnahme der Gesellschaft zu Bauleitplänen hat insbesondere Angaben zur Trassierung ihrer Versorgungsleitungen und zur Lage und Größe der für die Versorgungsanlagen erforderlichen Flächen zu enthalten.“

Beispiel 3:

„Bei der Aufstellung und Änderung von Bebauungsplänen ist das WVU verpflichtet festzulegen, welche Anlagen sie [die Gemeinde] zur Erfüllung der Versorgungspflicht an welchem Ort anordnen will und welchen Flächenbedarf sie in diesem Zusammenhang hat. Im Rahmen der Behördenbeteiligung im Sinne des BauGB sind der Stadt hierzu erste Informationen und Einschätzungen zu geben bzw. die zu klärenden Fragen zu benennen. Im Rahmen der Auslegung im Sinne des BauGB sind der Stadt die benötigten Standorte und Flächen, die im Bebauungsplan zu sichern sind, verbindlich zu benennen. Nur im Falle außergewöhnlicher Umstände ist das WVU berechtigt, die Angaben zu korrigieren.“

Außerdem sollte festgelegt werden, welche Informationen zu netzrelevanten Infrastrukturmaßnahmen (z.B. Entwidmung von öffentlichen Verkehrswegen) die Gemeinde an den Konzessionär übermitteln muss. Grundsätzlich besteht für die Vertragspartner des Konzessionsvertrages zur Wasserversorgung ein weiter Gestaltungsspielraum, wie sie die gegenseitige Abstimmung von Planungen und die daran anknüpfenden Fragen regeln wollen. Allerdings müssen unter Umständen für Berichts- und Informationspflichten des Konzessionärs, für die keine gesetzlichen Pflichten existieren oder die abweichend von den gesetzlichen Fälligkeiten geregelt werden, zur Beachtung des § 6 KAEAnO auch angemessene Entgelte als Gegenleistungen vereinbart werden. Im Hinblick auf personenbezogene Angaben sind ggfs. Datenschutzbestimmungen ebenfalls zu beachten. Wasserversorgungsnetze können ggf. Kritische Infrastrukturen sein, so dass ggf. nicht alle Daten weitergegeben werden dürfen. Eine Prüfung des Einzelfalles ist erforderlich.

Da ein gesetzlicher Anspruch auf Übermittlung von Daten durch den Altkonzessionär anlässlich des bevorstehenden Auslaufens des Konzessionsvertrages fehlt, enthalten man-

che Konzessionsverträge dafür Regularien und gehen immer mehr neue Konzessionsverträge dazu über, vorsorglich auch schon für diesen in der ferneren Zukunft liegenden Zeitpunkt Regelungen vorzusehen.¹⁴⁹

Beispiel:

„Beabsichtigt die Gemeinde, nach Ablauf dieses Vertrages ein Auswahlverfahren für den Abschluss eines neuen Vertrags über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege zur Versorgung und Lieferung von Wasser durchzuführen, stellt der Konzessionsnehmer der Gemeinde frühestens drei Jahre vor Vertragsabschluss auf deren Verlangen diejenigen Informationen über die technische und wirtschaftliche Situation des Wasserversorgungsnetzes zur Verfügung, die für die Einreichung von Bewerbungen um den Abschluss eines Konzessionsvertrags erforderlich sind.“

7. Konzessionsabgaben

Die Konzessionsabgabe ist das Entgelt, das ein WVU an eine Gemeinde für die Gestattung der Benutzung der Verkehrsräume zur Verlegung von Versorgungsleitungen und den Verzicht auf eine anderweitige Regelung der Wasserversorgung im Gebiet der Gemeinde entrichtet. In aller Regel enthalten Konzessionsverträge zur Wasserversorgung eine Pflicht des WVU, Konzessionsabgaben an die Gemeinde zu leisten.

Beispiel:

„Das Wasserversorgungsunternehmen zahlt der Gemeinde für die Gewährung des alleinigen Rechts zum Bau und Betrieb von Wasserversorgungsanlagen in der Gemeinde Konzessionsabgaben, und zwar höchstens einen Betrag, der preisrechtlich zulässig ist und von den Steuerbehörden uneingeschränkt als Betriebsausgabe anerkannt wird.“

Die Partizipation der Gemeinde an der Nutzung des Wegerechts zur Wasserversorgung durch die Pflicht des WVU zur Zahlung der Konzessionsabgabe ist für die Einstufung der Versorgungsverträge als Konzessionen im Sinne des Vergaberechts unerheblich. Es gibt keine vergaberechtliche Regelung, in der stünde oder aus der sich ableiten ließe, eine Konzession setze stets voraus, dass der Konzessionsnehmer allein von der Nutzung profitiert.¹⁵⁰

Rechtsgrundlagen für die Erhebung der Konzessionsabgabe sind § 117 EnWG i.V.m. § 48 EnWG, der in der Wasserwirtschaft bei der Reform des Energiewirtschaftsrechts 1998

¹⁴⁹ Vgl. Ziffer V.1.

¹⁵⁰ OLG Koblenz, Beschluss vom 10.07.2018, VergabeR 2018, 667, 670, – Fischereipachtvertrag –

/ 2005 die bisherige Rechtslage aufrechterhielt. Die Detailregelungen finden sich in der Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände (KAE) vom 08.03.1941, der Ausführungsanordnung zur Konzessionsabgabenanordnung (A/KAE) vom 27.02.1942 und den Durchführungsbestimmungen zur Konzessionsabgabenanordnung und zu ihrer Ausführungsanordnung (D/KAE) vom 27.02.1943. KAE, A/KAE und D/KAE¹⁵¹ gelten im Wasserbereich weiterhin, da eine Neuregelung des Konzessionsabgabenrechts aus Anlass bzw. vergleichbar mit der 1992 grundlegend reformierten Verordnung über Konzessionsabgaben für Strom und Gas (KAV) bislang nicht zustande gekommen ist.¹⁵²

a) Höhe der Konzessionsabgaben

Die Höhe der konkret zu zahlenden Sätze der Konzessionsabgaben ist im Konzessionsvertrag im Rahmen der gesetzlich vorgegebenen Höchstbeträge zu regeln. Die zulässige Höhe (Höchstgrenze, die nicht überschritten werden darf) ist gemäß § 2 KAE gestaffelt und hängt von der vom Statistischen Landesamt amtlich fortgeschriebenen Einwohnerzahl der jeweiligen Gemeinde ab.¹⁵³ Diese gesetzliche Vorgabe als Berechnungsgröße der Konzessionsabgabe ist nicht verhandelbar oder abdingbar, sondern im Vertrag zwingend zu übernehmen.

Häufige Fehlerquelle bei der Vereinbarung von Konzessionsabgaben in Wasserkonzessionsverträgen ist eine fehlerhafte Berechnungsgrundlage. Konzessionsabgaben von Versorgungsunternehmen an Gemeinden sind nämlich nur dann zulässig, soweit deren Höhe bei Sondervertragskunden auf Grundlage der Roheinnahmen ausschließlich der Umsatzsteuer (§ 2 Abs. 1 lit. a) KAE) sowie bei Tarifkunden auf Grundlage der Entgelte (§ 2 Abs. 2 KAE) berechnet wird. Aus den Ziffern 9 und 10 der D/KAE zu § 2 Abs. 1 KAE ergibt sich, dass als Roheinnahmen „die Isteinnahmen (anzusehen sind), bei Unternehmen mit kaufmännischer Buchführung die Erträge des jeweiligen Geschäfts-(Rechnungs-)Jahres.“ Im Unterschied dazu sind die Entgelte für die Wasserlieferungen „die Einnahmen aus Versorgungsleistungen“, welche sich entweder nach den allgemeinen Tarifen oder nach Sonderverträgen errechnen lassen. Insbesondere in Ziffer 9 der D/KAE zu § 2 Abs. 1 KAE wird näher erläutert, inwiefern bei den Roheinnahmen andere Berechnungswerte anzusetzen sind als bei der Ermitt-

¹⁵¹ Abgedruckt z. B. bei Immesberger / Höck / Reimann, Das neue Recht der Konzessionsabgaben

¹⁵² FG Köln, Urteil vom 09.08.2018, RdE 2019, 40, 46

¹⁵³ BFH, Urt. vom. 31.01.2012, I R 1/11.

lung der Entgelte. Deshalb sieht z.B. die Landeskartellbehörde Nordrhein-Westfalen¹⁵⁴ eine rein dynamische Verweisung auf die o.g. Anordnung und die Durchführungsbestimmung kritisch. Stattdessen sollte in den Wasserkonzessionsverträgen wie folgt formuliert werden:

Beispiel 1:

„Die Konzessionsabgabe beträgt

- a) 15 von Hundert der Entgelte aus Lieferungen an Letztverbraucher, die zu den Allgemeinen Bedingungen und Allgemeinen Tarifpreisen erfolgen;*
- b) 1,5 von Hundert der Roheinnahmen ausschließlich der Umsatzsteuer aus Lieferungen an Letztverbraucher, die nicht zu den Allgemeinen Bedingungen und Allgemeinen Tarifpreisen abgegeben werden (Sondervertragskunden).“*

Ausnahmsweise ist eine dynamische Verweisung sinnvoll, wenn die Einwohnerzahl um einen Schwellenwert schwankt. Dann kann wie folgt formuliert werden:

Beispiel 2:

„Die Konzessionsabgabe beträgt

- a) 12 vom Hundert der Entgelte aus Lieferungen an Letztverbraucher, die zu den Allgemeinen Bedingungen und Allgemeinen Tarifpreisen erfolgen oder 10 vom Hundert dieser Entgelte, soweit die Einwohnerzahl der Gemeinde ... unter 25.001 Einwohner fällt. Maßgeblich ist die jeweils vom statistischen Landesamt amtlich fortgeschriebene Einwohnerzahl.*
- b) 1,5 vom Hundert der Roheinnahmen ausschließlich der Umsatzsteuer aus Lieferungen an Letztverbraucher, die nicht zu den Allgemeinen Bedingungen und Allgemeinen Tarifpreisen abgegeben werden (Sondervertragskunden);“*

Unabhängig davon, ob die Gemeinde am konzessionierten WVU beteiligt ist oder nicht, ist die Zahlung der höchstmöglichen Konzessionsabgabe üblich; eine verdeckte

¹⁵⁴ Vgl. Fn 42, „Häufig gestellte Fragen zu Wasserkonzessionsverträgen“, Seite 8 f.

Gemeindeausschüttung an die Gemeinde als Gesellschafterin liegt darin regelmäßig nicht.¹⁵⁵

Ob die so ermittelten Beiträge zukünftig nach § 2b UStG der Umsatzsteuerpflicht unterliegen werden, ist noch nicht geklärt.¹⁵⁶

Mangels eines „anderen“ Vertragspartners sind als „Konzessionsverträge“ bezeichnete verwaltungsinterne Regelungen zwischen einer Gemeinde und ihrem Eigenbetrieb über die öffentliche Wasserversorgung keine geeignete Rechtsgrundlage, die Pflicht bzw. die Möglichkeit einer Zahlung von Konzessionsabgaben zu begründen. Das gilt auch für durchaus findige mit diesem Ziel gestaltete mehrgliedrige Konstruktionen im Dreieck von Stadt, (organisatorisch, aber nicht rechtlich verselbständigtem) Eigenbetrieb und rechtlich eigenständigem Stadtwerk. Aus preisrechtlicher und gebührenrechtlicher Sicht hat der Hessische Verwaltungsgerichtshof entschieden, dass von einem Eigenbetrieb an die Trägergemeinde gezahlte Konzessionsabgaben von letzterer nicht als Entgelte für erforderliche Fremdleistungen in ihrer Gebührenerkalkulation zu Lasten der Wasserverbraucher angesetzt werden dürfen.¹⁵⁷ Wenn sich diese Auffassung im Kommunalabgabenrecht durchsetzt, dürfte das auch für die Eigenbetriebe Konsequenzen haben, die privatrechtliche Entgelte für ihre Wasserlieferungen erheben und „Kosten“ aus der Zahlung von Konzessionsabgaben an den Gemeindehaushalt in Ansatz bringen wollen. Allerdings hat das Bundesverwaltungsgericht in der Revision die preisrechtliche Argumentation des Kasseler Gerichtshofs zurückgewiesen.¹⁵⁸

b) Zulässige Nebenleistungen

Nach dem Nebenleistungsverbot des § 6 Abs. 1 KAE dürfen Gemeinden Finanzzuschläge oder sonstige Leistungen von Versorgungsunternehmen neben oder an Stelle von Konzessionsabgaben nicht mehr erheben. Zulässig sind lediglich die in Abs. 3 dieser Vorschrift genannten Nebenleistungen:

¹⁵⁵ FG Köln, Urteil vom 09.08.2018, RdE 2019, Leitsatz 1.

¹⁵⁶ Meyer / Zuber, IR 2020, 269 ff.

¹⁵⁷ VGH Kassel, Urteil vom 11.12.2018, ZfW 2019, 255 ff.= IR 2019, 279 mit Anm. Siebeck; OVG Saarlouis, Beschluss vom 07.05.2020, IR 2020, 257; A.A. VG Düsseldorf, Urteil vom 27.02.2018, Az. 5 K 15795 / 16; Vg. auch Brüning, in: Driehaus, KAG, § 6 Rn. 201a.

¹⁵⁸ BVerwG, Urteil vom 23.03.2021, Az. 9 C 4.20, IR 2021, 182 mit Anmerkung Siebeck

aa) Verwaltungskostenbeiträge

Nach § 6 Abs. 3 a) KAE ist die Zahlung sog. Verwaltungskostenbeiträge zulässig, durch die Aufwendungen der Gemeinde abgegolten werden, die diese auf Verlangen oder zum Vorteil des WVU machen. Entsprechende Bestimmungen werden regelmäßig in die Konzessionsverträge zur Wasserversorgung aufgenommen. Das ist notwendig, um eine Grundlage für die Zahlung zu schaffen, aber auch hinreichend: Einer zusätzlichen Gebühren- oder Beitragssatzung der Gemeinde bedarf es dann nicht.¹⁵⁹

bb) Sachleistungen

Nach § 6 Abs. 3 b) KAE darf das WVU der Gemeinde Sachleistungen erbringen, wenn sie zu einem Preis angerechnet werden, den sonstige Abnehmer mit gleichen Abnahmeverhältnissen zu zahlen haben. Die Bedeutung dieser Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot der Nebenleistungen des Konzessionsabgabenrechts für die Wasserversorgung ist, ebenso wie bei den Verwaltungskostenbeiträgen, begrenzt.

In der Praxis zeigen die Gemeinden allerdings Phantasie, solche Nebenleistungspflichten zu Lasten des WVU auszuweiten oder ähnliche zu erfinden. Dazu zählt z.B. die uneingeschränkte Verpflichtung, stillgelegte Anlagen zu beseitigen.¹⁶⁰ Hier ist aus Effizienz- und Kostenaspekten eine Regelung angemessen, wonach diese Anlagen erst dann entfernt werden müssen, wenn und soweit sie Maßnahmen der Stadt erheblich erschweren oder behindern bzw. von ihnen Gefahren ausgehen, deren Abwehr durch die Entfernung verhältnismäßig ist. Dieser letztgenannte Aspekt ist zumindest bei der Frage, ob aus abfallrechtlicher Sicht eine Rückbauverpflichtung besteht, relevant. Gerade Kartellbehörden heben das Nebenleistungsverbot als rechtlich zentrales, mangels Netzentgeltregulierung ggf. sogar einziges Korrektiv hervor, um auch bei Wasserversorgungsnetzen eine effiziente Netzbewirtschaftung sicherzustellen.¹⁶¹

cc) Kommunalrabatte

Das Recht eines Wasserversorgungsunternehmens, einen Preisnachlass für den Eigenverbrauch der Gemeinde bzw. der Gemeindeeinrichtungen zu vereinbaren

¹⁵⁹ Schöne, in: Kermel, Praxishandbuch, S. 111/112. Zu den Grenzen der Weiterzahlung der Konzessionsabgabe nach Ablauf des Konzessionsvertrages vgl. LG Wiesbaden, Urteil vom 09.12.2020, Az.: 12 O 2003/20, zur Energieversorgung.

¹⁶⁰ Siehe dazu unten Ziffer II.10

¹⁶¹ So ausdrücklich Landeskartellbehörde NRW, Fn. 42, „Häufig gestellte Fragen zu Wasserkonzessionsverträgen“, Seite 10 unter Fn. 26.

und zu gewähren, ergibt sich aus der Ausführungsanordnung zur KAE. Es ist allerdings in seiner Höhe beschränkt. Gleiches gilt für den anderen Vertragspartner, die Gemeinde, die meist eine marktbeherrschende Stellung bei der Einräumung des Wegerechts innehat und aus Sicht des Konzessionsabgabenrechts diese Stellung nicht zu überhöhten Forderungen missbrauchen darf. Gemäß § 12 Abs. 2 A/KAE „gilt nicht als Verbilligung einer Sachleistung ein Preisnachlass für den Eigenverbrauch der Gemeinde, Gemeindeverbände und Zweckverbände, wenn er nach Hundertsätzen des Rechnungsbetrages bemessen wird und 10 v.H. des Rechnungsbetrages nicht übersteigt, für alle Abnahmestellen einer Gemeinde, deren Verbrauch nach allgemeinen Tarifen abgerechnet wird, gleich hoch ist und von dem nach allgemeinen Tarifpreisen ermittelten Rechnungsbetrag sichtbar in Abzug gebracht wird“. Solche Nebenleistungen verstoßen somit nicht gegen das grundsätzliche Nebenleistungsverbot, wenn sie 10 % des Rechnungsbetrages nicht überschreiten. Diese Ausnahme gilt unabhängig von der Größe der Gemeinde, Nr. 47 D/KAE. In der Praxis versuchen Konzessionsverträge allerdings, diese Grenze möglichst noch ein Stückchen zugunsten der Gemeinde zu verschieben.

Beispiel:

„Die Gesellschaft gewährt den nach der Ausführungsanordnung zur Konzessionsabgabenanordnung (A/KAE) zulässigen Preisnachlass von derzeit 10 v.H. des Nettorechnungsbetrages für den nach allgemeinen Tarifen abgerechneten Eigenverbrauch der Stadt (einschließlich der Regie- und Eigenbetriebe und – soweit rechtlich zulässig – der unmittelbaren bzw. mittelbaren Eigengesellschaften der Stadt). Gesellschaften, an denen die Stadt unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist und die im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Wettbewerb stehen, wird dieser Preisnachlass nicht gewährt. Zusätzliche Vereinbarungen, die für die Stadt günstigere Preisregelungen vorsehen, bleiben unberührt.“

Die beispielhaft angeführte Formulierung räumt selbst schon ein, dass ein Kommunalrabatt dort nicht gewährt werden soll, wo ein Beteiligungsunternehmen der Gemeinde im Wettbewerb steht. Es ist aber auch darüber hinaus – jedenfalls aus Sicht des Umweltministeriums Baden-Württemberg¹⁶² – fraglich, ob einer kommunalen Eigengesellschaft oder sogar einer bloßen kommunalen Beteiligung ein Rabatt auf Wasserlieferungen gewährt werden darf, da § 12 Abs. 2 Buchstabe b)

¹⁶² Auskunftersuchen des Ministeriums für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft BW vom 14.03.2019.

A/KAE nur von den „Abnahmestellen einer Gemeinde“ spricht und nicht auch von deren rechtlich selbständigen Tochtergesellschaften. In der Praxis ist daher Vorsicht geboten.¹⁶³

c) Unzulässige Nebenleistungen

Natürgemäß hat das Monopol der Gemeinden für die Wegerechte betreffend die öffentlichen Verkehrswege in ihrem Gebiet und ggfs. zusätzlich die kommunale Anteilseignerstellung am WVU zu einer Vielzahl von Versuchen geführt, das versorgende Unternehmen und damit indirekt die Kunden der öffentlichen Wasserversorgung zu Zahlungen zugunsten der kommunalen Haushalte zu veranlassen, die über das kommunalabgabenrechtlich zulässige Maß hinausgehen oder jedenfalls die Grenzen des Zulässigen austesten.

aa) Wasserversorgungskonzepte

Eine neuerdings vor allem in Nordrhein-Westfalen aufgekommene und vom Landesgesetzgeber umgesetzte Idee betrifft die Erarbeitung von Wasserversorgungskonzepten nach § 38 Abs. 3 des Landeswassergesetzes Nordrhein-Westfalen.¹⁶⁴ Möchte die Gemeinde die Konzepterarbeitung nicht allein übernehmen, sondern teilweise auf das WVU verlagern, kann das je nach Fallgestaltung eine zulässige oder eine unzulässige Nebenleistung darstellen. Eine gesetzliche Regelung, wie sie § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV für kommunale Energieversorgungskonzepte vorsieht, ist für Wasserversorgungskonzepte der Gemeinden bzw. die Zuarbeit der WVU zu solchen Konzepten nicht vorhanden. § 12 Abs. 2 A/KAE sieht hierfür keine Ausnahme vom Nebenleistungsverbot vor. Unbedenklich ist die Zurverfügungstellung von Informationen an die Gemeinde, die diese als Grundlage für die eigenständige Erstellung ihres Wasserversorgungskonzepts verwendet. Im Übrigen ist die Vorlage des Wasserversorgungskonzepts aber landeswasserrechtlich Aufgabe der Kommune. Die Kommune kann sich bei der Erarbeitung Dritter bedienen. Somit ist die (vollständige) Übertragung der Erarbeitung des Wasserversorgungskonzeptes auf den die Aufgabe für die Kommune übernehmenden Wasserversorger zwar zulässig, allerdings nur gegen ein angemessenes, marktübliches Entgelt.¹⁶⁵

¹⁶³ Zum Diskussionsstand vgl. Schöne, in: Kermel, Praxishandbuch, S. 100 – 103

¹⁶⁴ Vgl. oben Ziffer II. 5.

¹⁶⁵ Vgl. LKartB NRW, Fn. 42, Häufig gestellte Fragen, Ziffer B.3.

Inhaltlich werden Wasserversorgungskonzepte zukünftig stärker die durch den Klimawandel aufgeworfenen Fragen nach dem Risiko von Versorgungsengpässen in trockenen Sommern und der Redundanz von regional zur Verfügung stehenden Wasserquellen und Lieferangeboten Dritter beantworten müssen. Die traditionell eher kleinteilige Wasserwirtschaft wird hier durch die sich ändernden Rahmenbedingungen zur überörtlichen Zusammenarbeit und zum Abschied vom teils noch vorhandenen „Kirchturmdenken“ gedrängt werden.

bb) Wasserlieferungen für öffentliche Brunnen

Ganz aktuell in der Diskussion ist der von der unionsrechtlichen Revision der Trinkwasser-Richtlinie angestoßene und von den trockenen Sommern der letzten Jahre beflügelte Gedanke, im öffentlichen Raum der Gemeinden vermehrt Trinkwasserbrunnen und kostenfreie Wasserspender zu installieren. Art. 16 der Richtlinie (EU) 2020 / 2184 über die Qualität von Wasser für den menschlichen Gebrauch regelt den Zugang zu Wasser für den menschlichen Gebrauch und fordert die Mitgliedsstaaten auf, an öffentlichen Orten entsprechende Außen- und Innenanlagen zu installieren. Trinkbrunnen werden regelmäßig im Freien aufgestellt und mit Wasser direkt aus dem öffentlichen Netz ohne Kühleinrichtung betrieben, während Wasserspender typischerweise in Gebäuden zu finden sind und für die Ausgabe des oft gekühlten Trinkwassers Einmalbecher o. Ä. zur Verfügung stellen. Die durchaus erheblichen Kosten der Einrichtung und des Betriebs solcher Anlagen wollen einige Gemeinden offenbar „ihren“ WVU anlasten. Das Konzessionsabgabenrecht kennt öffentliche Brunnen durchaus und erkennt deren Funktion im Grundsatz seit jeher an. § 12 Abs. 1 A/KAE erlaubt aber lediglich unentgeltliche oder verbilligte Wasserlieferungen für öffentliche Zier- und Straßenbrunnen (auch Wasserkünste) durch ein Wasserwerk.

Auf Basis einer umfassenden Stellungnahme der Landeskartellbehörde Nordrhein-Westfalen¹⁶⁶ können die Gemeinden durch Abschluss eines Konzessionsvertrages zwar die Aufgabe der Errichtung, des Betriebs und der Finanzierung von öffentlichen Trinkwasserbrunnen auf das WVU übertragen. Das WVU darf diese Kosten aber nicht auf ihre Kundinnen und Kunden umlegen. Die Kosten müssen vielmehr vom WVU aus dem eigenen Gewinnaufkommen oder dem sonstigen Vermögen getragen werden oder die Gemeinde erstattet dem WVU die entstehenden Aufwendungen, d. h. sie entrichtet dafür ein angemessenes marktübliches Entgelt. Die entstehenden Kosten setzt die Kartellbehörde „zwischen

¹⁶⁶ LKartB NRW, „Finanzierung von öffentlichen Trinkwasserbrunnen“, Vermerk vom 19.12.2019.

8.000 € bis 12.000 € für fünf Jahre“ pro Brunnen an.¹⁶⁷

cc) Leerrohre

Auch die unbeschränkte unentgeltliche Gestattung der Mitverlegung oder Mitbenutzung von Leerrohren durch das WVU zugunsten der Gemeinde kann eine unzulässige Nebenleistung darstellen. In der Praxis finden sich daher einschränkende Formulierungen in den Konzessionsverträgen zur Wasserversorgung.

Beispiel 1:

„Die Gemeinde ist berechtigt, die Nutzung der Leitungsgräben des WVU zur Verlegung von Leitungen Dritter im öffentlichen Interesse (z. B. für Zwecke der Telekommunikation) bei durch das WVU veranlassten Aufbrüchen von öffentlichen Verkehrswegen zu verlangen bzw. diese für eigene Baumaßnahmen zu nutzen, soweit dies technisch möglich ist, nicht zu zeitlichen Verzögerungen der Leitungsverlegung durch das WVU führt und der Veranlasser einen angemessenen Kostenanteil trägt.“

Beispiel 2:

„Sofern bei Baumaßnahmen der Gemeinde oder des Konzessionsnehmers erforderliche Straßenaufbrüche gemeinsam genutzt werden können, werden die anfallenden Kosten von der Gemeinde und dem Konzessionsnehmer verursachungsgerecht getragen. Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich, insbesondere bei Baumaßnahmen, die Leitungstrassen der Wasserversorgungsanlagen insbesondere zur Mitbenutzung für die Verlegung von Leerrohren und/oder Telekommunikationslinien zur Verfügung zu stellen. In Bezug auf Leerrohre und/oder Telekommunikationslinien gilt Folgendes:

- 1. Der Konzessionsnehmer wird die Gemeinde frühzeitig über geplante Tiefbaumaßnahmen und die Möglichkeit der Mitverlegung informieren.*
- 2. Der Konzessionsnehmer wird bei Interesse der Gemeinde die Möglichkeit der Mitverlegung einräumen. Die Gemeinde trägt die hierfür anfallenden Mehrkosten.*
- 3. Dem Konzessionsnehmer bleibt es unbenommen, selbst die Leerrohre und/oder Telekommunikationslinien (mit) zu verlegen, soweit er hierzu nach dem TKG berechtigt ist.“*

¹⁶⁷ LKartB NRW, Fn. 166, Blatt 1.

d) Rechtsfolgen eines Verstoßes

Ob ein Verstoß gegen die Höchstgrenze für die Konzessionsabgabenzahlung oder das Nebenleistungsverbot vorliegt, wird für den jeweiligen Einzelfall von der Kartellbehörde geprüft, da ein Verstoß dagegen auch ein Verstoß gegen § 19 GWB bzw. § 1 GWB ist. Klauseln im Konzessionsvertrag, die gegen diese kartellrechtlichen Bestimmungen verstoßen, sind nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig. Nach der Rechtsprechung des BGH schuldet die Gemeinde dem Versorgungsunternehmen dann automatisch den gesetzlich zulässigen (höheren) Preis. Ob die Nichtigkeit einer einzelnen Klausel darüber hinaus zu einer Nichtigkeit des gesamten Konzessionsvertrages führt, hängt vom jeweiligen Verstoß ab.

Da einerseits davon auszugehen ist, dass das Konzessionsabgaberecht im Hinblick auf die Höhe der möglichen Zahlungen und die zulässigen Nebenleistungen eine starre Grenze bildet und andererseits jeder Bieter das höchstzulässige Maß anbieten wird, um attraktive Konzessionsverträge zur Wasserversorgung zu erbringen, werden die Konzessionsabgaben / Nebenleistungen in der Regel keine geeigneten Vergabekriterien sein, um Angebote voneinander zu unterscheiden.¹⁶⁸

8. Brandschutz

In besiedelten Gebieten wird Löschwasser im Brandfall aus dem Leitungsnetz der öffentlichen Wasserversorgung entnommen, eine eigene Leitungsinfrastruktur zum Zwecke des Brandschutzes wäre in der Regel unwirtschaftlich und existiert, abgesehen von Einzelfällen, nicht.¹⁶⁹ Ausgehend von diesen tatsächlichen Gegebenheiten sehen die Konzessionsverträge zur Wasserversorgung häufig vor, dass das WVU entsprechende Anlagen mit plant und errichtet.

Beispiel:

„Der Konzessionsnehmer stellt der Gemeinde für den Brandschutz und die Löschwasserversorgung im Vertragsgebiet den Grundschatz mit Löschwasser über das Trinkwasser-Netz gemäß DVGW Arbeitsblatt W 405 bereit. Dies gilt unter der Voraussetzung, dass der Grundschatz unter Beachtung der anerkannten Regeln der Technik für die Trinkwasserversorgung (insbesondere der erforderlichen Leitungsdimensionierung und Gewährleistung der Hygieneanforderungen) zur Verfügung gestellt werden kann. In Gebieten, in

¹⁶⁸ Vgl. KG Berlin, Urteil vom 04.04.2019, S. 358, zu § 46 EnWG.

¹⁶⁹ Müller, Löschwasserversorgung, S. 12/13; Weschpfennig / Durner, DVBl 2018, 1254 ff.

denen für den Konzessionsnehmer nach Maßgabe des vorgenannten Satzes eine Verpflichtung zur Bereitstellung des Grundschutzes besteht, bedürfen Maßnahmen im Trinkwasserversorgungsnetz, die geeignet sind, diese Verpflichtung entfallen zu lassen, der vorherigen Zustimmung der Gemeinde. Die Gemeinde und der Konzessionsnehmer stimmen sich regelmäßig im Hinblick auf ihre jeweils für die Löschwasser- und Trinkwasserversorgung verfolgten Anliegen ab. Einzelheiten können in einer gesonderten Vereinbarung geregelt werden.“

Jenseits dieses Ausgangspunktes stellen sich allerdings in der Praxis eine ganze Reihe von Fragen: Welche Kosten sind dem Brandschutz, welche sind der Wasserversorgung zuzuordnen? Welche Vorhalteleistungen sind – ggf. als Zusatzleistungen oder eigenständige Tarifelemente – in den Allgemeinen Tarifen des WVU enthalten, welche bleiben Sonderverträgen vorbehalten? Welche Dimensionierung der Wasserversorgungsanlagen erfordert der vom WVU verlangte Grundschutz, was zählt dagegen zum vom einzelnen (gewerblichen) Nutzer selbst zu erbringenden Objektschutz? Kann das WVU von der Gemeinde verpflichtet werden, das Rohrleitungsnetz zwecks und nur zur Erfüllung der kommunalen Aufgabe der Löschwasserversorgung größer zu dimensionieren? Und schließlich bleibt die umstrittenste Fragestellung: Dürfen die Kosten des Brandschutzes auf die Kunden der Wasserversorgung überwältigt werden, und wenn ja, in welchem Umfang?

Die zuletzt genannten Streitfragen haben aus Sicht der Gemeinde wirtschaftlich oft die größte Bedeutung und genießen derzeit die größte Aufmerksamkeit. Ihr konzessionsabgabenrechtlicher Rahmen ist allerdings seit langen Jahren unverändert, denn nach § 12 Abs. 1 KAE gelten nicht als verbilligte Sachleistungen des WVU (und damit nicht als unzulässig) „unentgeltliche oder verbilligte Wasserlieferungen für Feuerlösch- und Feuerlöschübungszwecke“ sowie die „verbilligte oder kostenlose Errichtung und Unterhaltung von Anlagen für Löschwasserversorgung und Feuerschutz durch ein Wasserwerk.“ Diese Bestimmung lässt erkennen, dass einige, aber nicht alle nach den jeweiligen Feuer- schutzhilfegesetzen der Länder mit der Gemeindeaufgabe des Brandschutzes verbundenen Teilaufgaben und Leistungen auf das WVU kostenfrei übertragen werden können, diese Aufgabe also keineswegs in der Aufgabe der Wasserversorgung „aufgeht“. In diesem Sinne unterscheiden viele Konzessionsverträge zwischen den Leistungen der Wasserversorgung einschließlich der verbilligten bzw. kostenlosen Leistungen nach § 12 Abs. 1 KAE, die dem WVU ohne Weiteres zugeordnet werden, und den weiteren Leistungen, für die die Gemeinde die entstehenden Kosten erstatten muss. In dem oben zitierten Bei-

spiel, das dem § 1 Abs. 2 des Musterkonzessionsvertrages Wasser des VBEW entspricht¹⁷⁰, wird allerdings eher vernebelt als verdeutlicht, dass das WVU grundsätzlich das Netz nur für die öffentliche Wasserversorgung auslegen muss, eine etwaige größere Dimensionierung aus Gesichtspunkten des Brandschutzes dagegen eine Aufgabe und in der Kostenlast der Gemeinde bleibt. Empfehlenswert ist und häufig wird in diesem Sinne die Erstattung der Kosten an das WVU für diese weiteren Leistungen in einem gesondertem „Löschwasservertrag“ neben dem Konzessionsvertrag zur Wasserversorgung geregelt.

Gleichzeitig nähern aber neuere landesgesetzliche Regelungen wie die §§ 38 Abs. 1 S. 1, 39 LWG NRW, § 48 Abs. 1 S. 2 LWG RP und § 44 Abs. 3 S. 3 WG BW die gemeindliche ordnungsbehördliche Aufgabe des Brandschutzes und die gemeindliche umweltrechtliche, der Daseinsvorsorge dienende Aufgabe der öffentlichen Wasserversorgung einander weiter an.¹⁷¹ Das wirft, jedenfalls soweit damit eine vollständige Kostenabwälzung auf die Nutzer der öffentlichen Wasserversorgung intendiert ist, Bedenken auch verfassungsrechtlicher Natur auf¹⁷², unabhängig davon, ob die Entgeltbeziehung zum Wasserkunden privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich ausgestaltet wird. Zur Entschärfung der Konfliktlage nach der Novelle des Landeswassergesetzes in Nordrhein-Westfalen 2016 schlägt die Kartellbehörde dieses Landes¹⁷³ etwa folgende vertragliche Formulierung vor:

„Die Stadt XY überträgt der Stadtwerke SY GmbH im Rahmen der öffentlichen Wasserversorgung nach § 38 Abs. 1 S. 1 des Landeswassergesetzes NRW in der jeweils geltenden Fassung die Einrichtung und Unterhaltung von leitungsgebundenen Anlagen zur Sicherstellung einer den örtlichen Verhältnissen angemessenen Löschwasserversorgung. Die Kosten trägt die Stadtwerke SY GmbH. Die Anlagenkosten, die über die angemessenen Kosten i.S. des Satzes 1 hinausgehen, trägt die Stadt XY.“

Dabei ist für die Praxis der Hinweis richtig, dass auch mit einer solchen Formulierung im Konzessionsvertrag kartellrechtlich keineswegs eine schrankenlose Kostenüberwälzung der Brandschutzaufwendungen der Gemeinde in die Trinkwasserentgelte ermöglicht wer-

¹⁷⁰ Musterkonzessionsvertrag Wasser entsprechend der Vereinbarung zwischen Bayerischer Gemeindetag, Bayerischer Städtetag und VBEW vom 25.11.2019.

¹⁷¹ Kramer / Köhler, ZfW 2018, 185 ff; Seuser, IR 2018, 293 ff.

¹⁷² Müller, Fn. 168, S. 112 ff.; Reif, in: Münchner Kommentar zum Wettbewerbsrecht, § 31 GWB, Rn. 278 a; OVG Koblenz, Beschluss vom 18.03.2019, Rn. 11 – Wallhalben –; kritisch Kramer / Lehmann, IR 2019, 162, 163.

¹⁷³ LKartB NRW, Fn. 42, Kap. B. 4.

den soll. Eine für die Gemeinde kostenlose Verpflichtung des WVU, die Brandschutzleistungen vollständig allein zu erbringen, kann deshalb auch nicht Auswahlkriterium bei der wettbewerblichen Konzessionsvergabe sein.

9. Folgepflichten und Folgekostenpflicht

Für den Fall, dass während der Laufzeit des Konzessionsvertrages Baumaßnahmen an den öffentlichen Verkehrswegen durchgeführt werden, sollten Regelungen zur Abstimmung des Vorgehens zwischen den Vertragspartnern sowie zu Folgepflichten und Folgekosten getroffen werden. Dabei ist nach dem jeweiligen Verursacher der Baumaßnahmen - Gemeinde, Konzessionär oder Dritter – zu unterscheiden.

Die sog. Folgepflicht bezeichnet die vertragliche Verpflichtung des Konzessionärs, bei kommunalen Baumaßnahmen soweit erforderlich eine Sicherung, Veränderung oder Umlegung seiner Einrichtungen vorzunehmen. Sie beantwortet also die Frage, ob der Konzessionär seine Leitungen verlegen muss.¹⁷⁴ Solche kommunalen Baumaßnahmen können etwa aus Gründen des Straßenbaus, der Verkehrssicherheit oder aus sonstigen Gründen des öffentlichen Interesses durch die Gemeinde selbst oder der von ihr beauftragten Dritter durchgeführt werden. Im Vertrag sollte zudem geregelt werden, ob und wie ggf. auch Vorhaben Dritter – privater Investoren oder sonstiger, nicht der Gemeinde zugeordneter Träger öffentlicher Belange (beispielsweise die Deutsche Bahn) oder auch das eigene, rechtlich verselbständigte Nahverkehrsunternehmen der Kommune – eine Folgepflicht des Konzessionärs begründen können.

Beispiel:

„Erfordern kommunale Maßnahmen im öffentlichen Interesse Änderungen oder Sicherungen der bestehenden Versorgungsanlagen des WVU auf Vertragsgrundstücken, so führt das Wasserversorgungsunternehmen nach schriftlicher Aufforderung durch die Gemeinde die Änderung oder Sicherung in angemessener Frist durch (Folgepflicht).“

Die sog. Folgekostenpflicht betrifft hingegen die vertragliche Verpflichtung zur Übernahme der aus den Folgepflichten erwachsenden Kosten. Sie beantwortet also die Frage, ob der Konzessionär seine Verlegungskosten oder Sicherungskosten ersetzt bekommt oder selbst tragen muss. Eine Identität der Pflichtigen ist dabei nicht zwingend. Ausgangspunkt für die Folgekostenpflichten ist zunächst einmal das Verursacherprinzip: Derjenige, der die Maßnahme veranlasst hat und damit ursächlich war für das Entstehen

¹⁷⁴ Christ, in: Kermel (Hrsg.), Praxishandbuch der Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben 2012, Kapitel 2, Rn. 158.

der Kosten, soll die Kosten auch zu tragen haben. In der Praxis zeigt sich jedoch, dass Folgekosten vertraglich weitgehend auf das WVU abgewälzt werden.

a) Baumaßnahmen ausgelöst durch den Konzessionär

Der Konzessionär hat seinen vertraglichen Pflichten im Rahmen seines örtlichen Anschlussauftrages nachzukommen. Er ist aufgrund des Konzessionsvertrags berechtigt, alle öffentlichen Straßen, Wege und Plätze zu benutzen. Bei den notwendigen Baumaßnahmen hat er die Interessen der öffentlichen Sicherheit und des Städtebaus zu berücksichtigen. Daher ist der Gemeinde Gelegenheit zur Stellungnahme zu den geplanten Baumaßnahmen zu geben. Seine Baumaßnahmen sind aber nach Möglichkeit mit denen der Gemeinde und ggfs. denen Dritter zu koordinieren, um unnötigen Aufwand und unnötige Störungen zu vermeiden.

Ergänzend können speziell zum Ablauf bei Aufgrabungen in den Verkehrsräumen der Gemeinde im Konzessionsvertrag folgende Aspekte geregelt werden:

- die Erlaubnis zu umgehenden Aufbrüchen bei Entstörungsmaßnahmen,
- verkehrslenkende Maßnahmen,
- Aussagen dazu, ob und wie der Konzessionär nach Abschluss seiner Maßnahmen Oberflächen von Verkehrsflächen wiederherstellen darf/muss und welche technischen Regeln zur Anwendung kommen, einschließlich der Definition der Dauer der Gewährleistungspflicht.

Beispiel 1:

„Die Stadt und die Gesellschaft werden einander von Baumaßnahmen, die den anderen Vertragspartner berühren, frühzeitig unterrichten und Gelegenheit zur Stellungnahme und Abstimmung in technischer und zeitlicher Hinsicht geben. Die Gesellschaft muss der Stadt Aufgrabungen von öffentlichen Verkehrswegen frühzeitig, grundsätzlich zwei Wochen vor Baubeginn unter Angabe der Bauzeit mitteilen, es sei denn, dass es sich um die unaufschiebbare Beseitigung von Störungen, Schäden oder andere nicht planbare Maßnahmen handelt. Im letzteren Falle ist die Stadt unverzüglich zu benachrichtigen. Mit Ausnahme der vorstehenden Maßnahmen darf mit den Arbeiten erst begonnen werden, nachdem mit der Stadt die Bauzeiten und Termine vereinbart wurden.“

Beispiel 2:

„Vor Beginn des Baues sowie vor Veränderung seiner Anlagen wird das Versorgungsunternehmen der Stadt frühzeitig Pläne über die neu zu errichtenden bzw. über

die Veränderung der bestehenden Anlagen einreichen. Die Stadt ist berechtigt – unabhängig von evtl. erforderlichen Genehmigungen – vor Baubeginn Änderungen zu verlangen, die im Interesse der öffentlichen Sicherheit oder zur Erfüllung der Vertragsbedingungen sowie im Rahmen der Gesamtkoordination mit anderen Versorgungsträgern notwendig erscheinen. Änderungswünsche aus städtebaulichen Gründen oder wegen des Natur-, Landschafts- oder Umweltschutzes sollten nach Möglichkeit berücksichtigt werden. Das Versorgungsunternehmen wird der Stadt den Zeitpunkt der Fertigstellung der Baumaßnahmen schriftlich mitteilen.“

Müssen im Rahmen von Baumaßnahmen seitens der Gemeinde verwaltungsrechtliche Anträge, insbesondere für bestimmte Aufgrabungen oder für verkehrsrechtliche Genehmigungen, bearbeitet werden, richten sich die Entscheidungen der Gemeinde allein nach den verwaltungsrechtlichen Regelungen, insbesondere auch hinsichtlich der Auflagen und sonstigen Nebenbestimmungen.

Als geklärt anzusehen sein dürfte die gelegentlich auftauchende Frage, ob die Kommune aus Anlass der Durchführung von Straßenaufbrucharbeiten vom WVU eine gesonderte Gebühr fordern darf. Nach einer Entscheidung des VG Düsseldorf¹⁷⁵ ist für eine hoheitliche Gebührenerhebung kein Raum, wenn sich die Einräumung der Rechte zur Verlegung und zum Betrieb von Leitungen zur öffentlichen Versorgung nach bürgerlichem Recht bzw. nach den privatrechtlichen vertraglichen Beziehungen richtet. Die Entscheidung ist noch nicht rechtskräftig.¹⁷⁶ Es empfiehlt sich daher, einstweilen eine explizite klarstellende Regelung in den Konzessionsvertrag aufzunehmen. Gleiches gilt im Hinblick auf etwaige weitere Zahlungen an Gemeinden, die nicht direkt den „Straßenaufbruch“ zum Gegenstand haben (z. B. wenn Schilder zur Verkehrslenkung aufgestellt werden sollen), sowie etwaige sonstige Zahlungspflichten betreffend Sondernutzungsgebühren der Gemeinden.

b) Baumaßnahmen ausgelöst durch die Gemeinde

Umgekehrt empfiehlt sich auch eine Erläuterung des operativen Verfahrensablaufes bei Maßnahmen der Gemeinde und durch deren beauftragte Dritte, die die Netzinfrastruktur betreffen können. Erforderlich werden können die Verlegung oder die Sicherung der Netzinfrastruktur der Wasserversorgung (baulich bzw. Netzbetriebsprovisorien) während der Baumaßnahme oder Veränderungen an den Planungen für die Netzinfrastruktur. Demnach sollte die Gemeinde den Konzessionär frühzeitig (z. B.

¹⁷⁵ VG Düsseldorf, Urteil vom 22.04.2015, Az. 16 K 4775/14.

¹⁷⁶ OVG Nordrhein-Westfalen - 9 A 1297/15 (anhängig).

drei Monate im Voraus) und regelmäßig über Planungen und Baumaßnahmen unterrichten und auch Gelegenheit zur Stellungnahme geben, um eine erforderliche Änderung oder Sicherung im Wasserleitungsnetz ggf. ohne wesentliche Beeinträchtigung der Versorgung gewährleisten zu können. Ebenso sollten damit die Änderungen zum beiderseitigen Vorteil auf das durch das öffentliche Interesse gebotene Maß beschränkt werden und der angestrebte Zweck mit den für beide Seiten geringsten Aufwendungen erreicht werden.

c) Folgekostenpflicht

Zur Bestimmung der Folgekostenpflicht bei Bau- und Unterhaltungsmaßnahmen der Gemeinde an öffentlichen Verkehrswegen hatten sich in der Vergangenheit gestaffelte Kostentragungsregelungen etabliert, die sich primär am Alter der Infrastruktureinrichtung orientierten. Danach wurden bis zu einem Alter von „wenigen“ Jahren die Kosten zur Anpassung, Änderung oder Sicherung der Wasserversorgungsanlagen von der Gemeinde getragen. Gestaffelt nach dem Baujahr sank der Kostentragungsanteil der Gemeinde in angemessenen Schritten von 100 bis 0%.

Eine Vertragsklausel für eine zeitlich gestaffelte Kostentragung könnte beispielsweise wie folgt formuliert werden:

„Erfolgt die Anpassung der Wasserversorgungsanlagen auf Veranlassung der Stadt, werden die Kosten wie folgt getragen:

- aa. In den ersten fünf Jahren nach der Errichtung oder Erneuerung der anzupassenden Versorgungsanlagen trägt die Stadt die Kosten allein.*
- ab. Sind seit der Errichtung oder Erneuerung der anzupassenden Versorgungsanlagen fünf Jahre, aber noch nicht zehn Jahre vergangen, tragen die Stadt und das WVU je die Hälfte der Kosten.“*
- ac. Sind die anzupassenden Versorgungsanlagen älter als zehn Jahre, trägt das WVU die Kosten der Anpassung und Sicherung allein.“*

In der Praxis wird zunehmend versucht, Regelungen durchzusetzen, die eine Kostentragung des Konzessionärs zu 100 % unabhängig vom Alter der Infrastruktureinrichtungen vorsehen. Das ist bei durch die Gemeinde ausgelösten Baumaßnahmen konzessionsabgabenrechtlich wegen des Verbots unzulässiger Nebenleistungen bedenklich. In Nordrhein-Westfalen stellt die Landeskartellbehörde Konzessionsverträge mit solchen einseitigen Folgekostenklauseln jedenfalls nicht frei.

Nach einer anderen Variante könnte auch eine generelle Aufteilung dahingehend erfolgen, dass die Gemeinde die Kosten für den Tiefbau und die Oberflächenarbeiten

(einschließlich der Nebenkosten, wie beispielsweise verkehrslenkende Maßnahmen, Gesamtkoordination) übernimmt, während der Konzessionär die unmittelbaren netzspezifischen Kosten trägt. In diese Richtung geht etwa der Formulierungsvorschlag des Musterkonzessionsvertrages Bayern¹⁷⁷, nach dessen § 6 Abs. 1 sich die Gemeinde anstelle einer prozentualen Kostenteilung auch dafür entscheiden kann, „die Tiefbauarbeiten einschließlich der Wiederherstellung der Oberfläche auf ihre Kosten durchzuführen während die Arbeiten an den Wasserversorgungsanlagen des Konzessionsnehmers dieser auf seine Kosten vornimmt.“

Im Fall koordinierter Baumaßnahmen (z.B. Erneuerung der Leitung und gleichzeitig Unterhaltungsmaßnahme der Gemeinde) sollten Kosten und Synergien stets angemessen verteilt werden. Die Aufteilung der Kostentragung kommt jedoch nicht bei jeder Leitungsbaumaßnahme zum Tragen. Soweit das WVU zur Durchführung von Umlage- oder Änderungsmaßnahmen Oberflächen- und Tiefbauarbeiten auf eigene Veranlassung ohne sonstige Bau- oder Unterhaltungsmaßnahme der Gemeinde als Straßenbaubehörde durchführt, kommt eine Beteiligung der Gemeinde im Rahmen der Kostentragung nicht in Betracht. Der Vertrag sollte eine entsprechende Klarstellung enthalten.

Beispiel:

„Erfolgt die Veränderung der Versorgungsanlage auf Veranlassung des Konzessionsnehmers, so trägt der Konzessionsnehmer die entstehenden Kosten.“

d) Baumaßnahmen Dritter

Kosten, die dem Konzessionär durch Baumaßnahmen Dritter im öffentlichen Straßenraum entstehen, sollten grundsätzlich vom Verursacher getragen werden. Da der Dritte nicht Vertragspartner des Konzessionsvertrages ist, können dort keine Regelungen zu seinen Lasten getroffen werden. Andererseits kann die einseitige Auferlegung von Folgekosten der Baumaßnahmen Dritter auf das WVU durch den Konzessionsvertrag einen Verstoß gegen das Nebenleistungsverbot darstellen. Soweit nicht spezialgesetzlich eine bestimmte Kostentragung vorgegeben ist, empfiehlt es sich, im Konzessionsvertrag zu regeln, dass sich die Vertragspartner dafür einsetzen werden, dass die dem Konzessionär durch Baumaßnahmen Dritter in Gemeindestraßen entstehende Kosten dem Verursacher auferlegt werden. Diese Regelung ist sachgerecht, weil die Kommune dem Dritten regelmäßig nähersteht.

Beispiel:

¹⁷⁷ Musterkonzessionsvertrag Wasser, Fn. 170

[Die Folgekosten werden vom WVU oder der Gemeinde getragen] „es sei denn, dass ein Dritter von der Gemeinde verpflichtet werden kann, die Folgekosten zu erstatten.“

Aus Sicht des WVU empfehlenswert ist eine verpflichtende Regelung zur Geltendmachung von Kostenerstattungsansprüchen zugunsten des Konzessionärs bei Netzbaumaßnahmen, sofern die Gemeinde Ansprüche gegenüber Dritten (Investoren, Träger öffentlicher Belange) hat. Eine Klausel betreffend drittveranlasste Folgekosten könnte zum Beispiel wie folgt lauten:

„Die Gemeinde trägt die Folgekosten in den Fällen und in der Höhe, in denen ein Dritter verpflichtet ist oder von der Gemeinde verpflichtet werden könnte, die Folgekosten zu erstatten oder soweit sich ein Dritter an den Kosten der gemeindlichen Maßnahmen beteiligt.“

Für den Fall von Zuschüssen oder sonstigen Zuwendungen (beispielsweise vom Bund/Land) zugunsten der Gemeinde für die Anpassung der Versorgungsanlagen bietet sich eine analoge Regelung an.

Beispiel:

„Hat die Stadt Ersatzansprüche gegenüber Dritten oder leisten Dritte Zuschüsse, sind diese zur Minderung der Folgekosten zu verwenden, soweit dies mit der Zweckbestimmung der geleisteten Zuschüsse in Einklang steht und soweit sich aus diesem Vertrag nichts anderes ergibt. Entsprechendes gilt für den Fall, dass die Stadt in der Lage ist, Zuschüsse oder sonstige Leistungen von staatlichen oder sonstigen Stellen, z. B. Fördermittel, zu erlangen. Soweit sich die Stadt um Zuschüsse für die Änderung der öffentlichen Verkehrswege bemüht, wird sie sich auch um Zuschüsse für die Anpassung der öffentlichen Wasserversorgungsanlagen bemühen. Die Verwendung von Erschließungs- und/oder Straßenbaubeiträgen zur Minderung der Folgekosten ist ausgeschlossen.“

Als Dritte in diesem Sinne kommen nicht nur fremde Infrastrukturunternehmen in Betracht, wie z.B. die Deutsche Bahn oder Telekommunikationsunternehmen, sondern auch andere selbständige kommunale Unternehmen.

Kosten, die dem Konzessionär infolge von Maßnahmen des Bundes außerhalb des Herrschaftsbereichs der Gemeinde entstehen können (z. B. Bau von Bundesstraßen, Autobahnen), sind nicht Gegenstand des Konzessionsvertrages.

10. Leitungsrückbau

Üblicherweise wird im Konzessionsvertrag der Umgang mit dauerhaft nicht mehr genutzten Wasserversorgungsanlagen geregelt. Bedingt durch die stetige Verdichtung der Leitungstrassen mit Medien aller Art und auch aus weiteren unterschiedlichsten Beweggründen der Gemeinden wird vielfach der Rückbau dauerhaft nicht mehr genutzter, d.h. endgültig stillgelegter Infrastruktureinrichtungen gefordert. Soweit eine entsprechende Klausel Eingang in den Vertrag finden soll, sollte klar geregelt werden, unter welchen Voraussetzungen die Pflicht zum Rückbau greift. In jedem Fall sollte der Rückbau in einem regulatorisch angemessenen Kosten-Nutzen-Verhältnis stehen. Der Rückbau sollte also nur dann erfolgen, wenn im konkreten Fall ein überwiegendes öffentliches Interesse im Verhältnis zu den hiermit verbundenen Kosten besteht. Anderenfalls kann der Rückbau wegen Unverhältnismäßigkeit im Sinne von § 275 Abs. 2 BGB verweigert werden. Im Übrigen sollte ein Rückbau erst dann gefordert werden können, wenn er sich in den Arbeitsablauf des Netzbetriebs integrieren lässt, beispielsweise, wenn zum Zwecke einer Neuverlegung entsprechende Aufgrabungen stillgelegter Leitungen ohnehin erfolgen. Etwasige landesstraßenrechtliche Regelungen sind zu berücksichtigen.

Beispiel:

„Das WVU verpflichtet sich, auf Verlangen der Stadt endgültig stillgelegte Wasserversorgungsanlagen auf eigene Kosten zu entfernen, soweit von ihnen Gefahren ausgehen, erhebliche Behinderungen von Baumaßnahmen der Stadt entstehen oder die Entfernung aus anderen im öffentlichen Interesse liegenden Gründen geboten und der Verbleib der stillgelegten Wasserversorgungsanlage der Stadt nicht mehr zuzumuten ist.“

Weitergehende Vertragsklauseln im Sinne einer uneingeschränkten Verpflichtung, stillgelegte Anlagen zu beseitigen, können eine konzessionsabgabenrechtlich unzulässige Nebenleistung darstellen.¹⁷⁸

11. Wiederherstellungspflichten

Im Zusammenhang mit den Baumaßnahmen des WVU bietet es sich auch an, die Herstellung des ursprünglichen Zustands der Verkehrsflächen und der übrigen Grundstücke der Stadt und ggfs. Dritter durch den verursachenden Konzessionär festzuschreiben.

¹⁷⁸ LKartB NRW, Fn. 42, Kapitel B. 3.

Beispiel 1:

„Das WVU verpflichtet sich, bei den von ihm auszuführenden Arbeiten die benutzten Flächen wieder in den ursprünglichen Zustand zu versetzen und alle entstandenen Beschädigungen innerhalb von zwei Monaten nach Beendigung der Rohrverlegungsarbeiten vollständig zu beseitigen. Sollte das WVU dieser Verpflichtung nicht nachkommen, so ist die Stadt berechtigt, die Instandsetzung der Flächen auf Kosten des WVU vorzunehmen oder ausführen zu lassen. Werden innerhalb von drei Jahren nach der Rohrverlegung oder Instandsetzung infolge der Arbeiten des WVU weitere Nacharbeiten an den benutzten Flächen erforderlich, so wird das WVU diese ebenfalls auf eigene Kosten alsbald durchführen; Satz 2 dieses Absatzes gilt für Nacharbeiten entsprechend.“

Beispiel 2:

„Nach Fertigstellung der Anlagen lässt das Versorgungsunternehmen den Verkehrsraum und sonstige in Anspruch genommene Grundstücke nach den jeweils anerkannten Regeln der Technik so wiederherstellen, dass dies möglichst weitgehend mit Verhältnissen vor Beginn der Arbeiten gleichkommt. Die Vertragspartner können im Einzelfall eine gemeinsame Abnahme vereinbaren. Sollten nach Fertigstellung der Anlagen und nach Wiederherstellung des Verkehrsraumes und sonstiger in Anspruch genommener Grundstücke innerhalb von [drei/fünf] Jahren Mängel eintreten, die auf diese Arbeiten zurückzuführen sind, so ist das Versorgungsunternehmen verpflichtet, diese Mängel zu beheben. Kommt das Versorgungsunternehmen seiner Verpflichtung in angemessener Frist nicht nach, so ist die Stadt berechtigt, die Mängel auf Kosten des Versorgungsunternehmens beseitigen zu lassen.“

Bei der Ausgestaltung der Pflicht des WVU zur Wiederherstellung sind auch Varianten hin zu einem „Mehr“ oder zu einem „Weniger“ als dem ursprünglichen Zustand regelbar.

Beispiel:

„Das WVU hat nach Beendigung der Bauarbeiten die benutzten Grundstücke oder Bauwerke nach Maßgabe der jeweils anerkannten Regeln der Technik und den Standards der Stadt, welche dem WVU zur Kenntnis zu geben sind, wieder in den vorherigen bzw. einen mindestens gleichwertigen Zustand zu versetzen. Das WVU ist verpflichtet, auf Verlangen der Stadt und gegen Erstattung der Mehrkosten durch die Stadt, insbesondere im Bereich von Kreuzungen, Einmündungen, Bordsteinabsenkungen und/oder Blindeinrichtungen herzustellen, soweit diese vorher noch nicht vorhanden waren. Die Stadt kann an Stelle der Wiederherstellung eine entsprechende Entschädigung vom WVU verlangen und die Wiederherstellung selbst vornehmen.“

12. Dokumentation der Netzinfrastruktur

Zur operativen Umsetzung der Gewährleistungsverantwortung der Gemeinde für die öffentliche Wasserversorgung (Netzdatenmanagement) bietet es sich an, eine angemessene ausführliche Regelung zu Dokumentationspflichten des WVU im Konzessionsvertrag zu treffen. Dazu gehören – hier exemplarisch genannt – Hinweise über den Umfang, die Inhalte, die technische Ausprägung der Datensätze, den Turnus der Aktualisierung oder die Qualität für das fortzuführende Bestandsplanwerk im entsprechenden Gebiet. Dies ist wichtig für eine effiziente Abstimmung des Konzessionärs mit den unterschiedlichsten Institutionen einer Gemeinde (Straßenbau-, Liegenschafts-, Kataster-, Bau-, Erschließungsamt u. ä.) und ggfs. mit Trägern weiterer leitungsgebundener Infrastrukturen. Die Zuständigkeit für Leitungsauskünfte betreffend konkrete Baumaßnahmen Dritter liegt beim Netzbetreiber.

Sinnvoll kann daher zum einen eine vertragliche Verpflichtung des WVU sein, nach Beendigung von Bauarbeiten seine Dokumentation zu aktualisieren und der Gemeinde zu übermitteln.

Beispiel:

„Der Konzessionsnehmer übergibt der Gemeinde auf deren Wunsch spätestens sechs Monate nach Fertigstellung der Baumaßnahme einen Bestandsplan über die realisierten Bauarbeiten an den Netzanlagen. Diese Unterlagen zeigen genau und vollständig die Netzanlagen, die sich innerhalb und außerhalb der dem öffentlichen Verkehr dienenden Grundstücke befinden. Sie können auf Wunsch der Gemeinde – soweit verfügbar – auch in digitaler Form übergeben werden. Die Übergabe dieser Unterlagen entbindet die Gemeinde und sonstige Dritte nicht von der Verpflichtung, vor der Durchführung von Tiefbauarbeiten gesonderte Plan- und Trassenauskünfte beim Konzessionsnehmer einzuholen.“

Zum anderen ist es natürlich ganz allgemein für die Gemeinde wichtig, über aktuelle Bestandspläne der in ihrem Gebiet tätigen Versorgungsunternehmen zu verfügen, um eigene und ggfs. fremde Planungen damit abstimmen zu können.

Beispiel:

„Das Unternehmen führt ein Bestandsplanwerk über seine in der Stadt vorhandenen Trinkwasserversorgungsanlagen nach einem in der Versorgungswirtschaft üblichen Standard. Das Unternehmen stellt der Stadt auf Anfrage, erstmalig bei Inkrafttreten dieses

Vertrages, eine aktuelle Übersicht über die im Stadtgebiet vorhandenen Trinkwasserversorgungsanlagen in der bei dem Unternehmen vorhandenen Form unentgeltlich zur Verfügung. Dies entbindet die Stadt allerdings nicht von ihrer Pflicht, vor der Ausführung von Bauarbeiten das Vorhandensein sowie die genaue Lage von Trinkwasserversorgungsanlagen des Unternehmens im Arbeitsbereich bei diesem zu erheben. Im Übrigen erhält die Stadt auf Anfrage Auskunft über den aktuellen Leitungsverlauf an einzelnen Punkten des Trinkwasserversorgungsnetzes.“

13. Übertragung von Rechten und Pflichten

Überträgt das WVU Rechte und Pflichten aus dem Konzessionsvertrag auf Dritte, die nicht Vertragspartner geworden sind, könnte das (kartell-)vergaberechtlich einen Fall der wesentlichen Auftragsänderung im Sinne des § 132 Abs. 1 Nr. 4 GWB darstellen. Da diese Gesetzesbestimmung aber auf Konzessionen keine Anwendung findet, kommt es darauf an, ob die Gemeinde vertraglich Vorkehrungen trifft. In der bisherigen Vertragspraxis waren eher einfach gehaltene Bestimmungen gebräuchlich.

Beispiel:

„Das Wasserversorgungsunternehmen kann die Ausübung der Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag ganz oder teilweise auf Beteiligungsunternehmen übertragen. Zur Übertragung der Rechte und Pflichten als solcher auf Dritte bedarf es der Zustimmung der Stadt, die diese nur verweigern wird, wenn gegen den Eintritt des Dritten begründete Bedenken bestehen.“

Bei entsprechendem Anlass kann natürlich auch ausführlicher und vorsichtiger formuliert werden:

Beispiel:

(1) „Das WVU ist zur Übertragung dieses Vertrages oder einzelner Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag – sowohl im Wege der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge, als auch im Wege der Einzelrechtsnachfolge – nur mit schriftlicher Zustimmung der Stadt berechtigt, sofern in diesem Vertrag nichts Abweichendes vereinbart ist. Bestehende gesetzliche Vorgaben für eine Neuvergabe der Wasserkonzession bleiben in jedem Fall unberührt.“

- (2) *Die Stadt ist zur Zustimmung verpflichtet, wenn das WVU berechtigt ist, Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag einem im Sinne von §§ 15 ff. AktG verbundenen Unternehmen für die Laufzeit dieses Vertrages zur Ausübung zu überlassen. Hiervon hat das WVU die Stadt sechs Monate vorher schriftlich zu informieren und auf Verlangen der Stadt die entsprechenden Vereinbarungen im Rahmen des rechtlich Zulässigen und unter Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen (z. B. in geschwärzter Form) nachzuweisen. Die Zustimmung ist auch zu erteilen, falls das WVU hierzu aufgrund sonstiger gesetzlicher Vorgaben oder aus rechtlich zwingenden Gründen verpflichtet ist.*
- (3) *Im Falle einer Übertragung von Rechten und Pflichten – gleich ob nach Abs. (1) oder nach Abs. (2) – hat das WVU stets sicherzustellen, dass die Verpflichtungen gegenüber der Stadt und die Rechte der Stadt aus diesem Vertrag, insbesondere jene der § X und § Y, erfüllt bzw. wahrgenommen werden können.“*

III. Leistungsbeschreibung und Auswahlkriterien

Der in Ziffer II versuchte Überblick über die üblichen Inhalte der in Deutschland verbreiteten Konzessionsverträge zur Wasserversorgung führt hauptsächlich zu zwei Einsichten:

- Eine genauere Beschreibung der vom Konzessionär zugunsten der Kunden zu erbringenden Wasservorhalte- und -lieferleistungen enthalten die Verträge nicht, weder in qualitativer noch in quantitativer Hinsicht. Eine Leistungsbeschreibung, wie sie das Kartellvergaberecht für öffentliche Aufträge nach § 121 GWB, aber auch für Konzessionen in § 15 KonzVGV fordert, ist in aller Regel nicht vorhanden.
- Eine Auswahl zwischen konkurrierenden Bietern bei der Neuvergabe der Konzession ermöglichen die Vertragsinhalte in aller Regel nicht, da sie darauf angelegt sind, von jedem Konzessionär erfüllt werden zu können. Die bisher gebräuchlichen Konzessionsverträge erfüllten ihre Funktion im Umfeld potenzieller, tatsächlich aber seltener Wechsel der WVU bei Vertragsablauf; mit der Stärkung des Wettbewerbs und der Häufung der Wechsel der Konzessionsinhaberschaft wird sich ihr Inhalt und wird sich die Art ihrer Vergabe fortentwickeln müssen.

Demgemäß stellt sich für die Gemeinde bei der wettbewerblichen Vergabe von Konzessionen zur Wasserversorgung eine breit angelegte, sie für lange Zeit bindende¹⁷⁹ und inhaltlich anspruchsvolle Aufgabe.

1. Ausgangslage

Mangels einer Entflechtung und Regulierung der Wasserwirtschaft muss die Gemeinde zukünftig in ihrer Rolle als Konzessionsgeber bei der wettbewerblichen Vergabe von Konzessionsverträgen zur Wasserversorgung sowohl in qualitativer als auch quantitativer Hinsicht umfassende Vorgaben für die vom Konzessionär gegenüber den Endverbrauchern zu erbringenden Leistungen machen. Zum einen sind genaue Vorgaben erforderlich, um einen echten Wettbewerb herzustellen, in dem die Bewerber um den Vertrag auf den gleichen Beschaffungsgegenstand bieten können und müssen; zum anderen muss die Gemeinde nach Zustandekommen des Vertragsschlusses auf Basis der Vorgaben imstande sein, die Erfüllung der angebotenen und vereinbarten Leistungen im Konfliktfall einklagen zu können. So wird der Konzessionsvertrag zunächst die einklagbare Verpflichtung des WVU aussprechen, grundsätzlich jedermann an das örtliche Verteilnetz anzuschließen

¹⁷⁹ vgl. unten Ziffer VIII

und anschließend mit Trinkwasser zu versorgen¹⁸⁰, denn nur dann bildet er überhaupt einen Beschaffungsgegenstand im Sinne des Vergaberechts. In den etwas sperrigen Worten des § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB ausgedrückt wird der Wasserkonzessionär "mit der Erbringung und Verwaltung von Dienstleistungen betraut"¹⁸¹, wobei die Gegenleistung "in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistung" besteht, also in dem Recht zur Wegenutzung, das wiederum Voraussetzung für die Verlegung und den Betrieb des Verteilnetzes ist, an das die für die Wasserlieferung zahlenden Kunden angeschlossen sind. Dieser durch den Konzessionsvertrag eingeräumten Chance auf Erlöse durch die Kundenzahlungen steht das Risiko gegenüber, dass diese nicht die Investitions- und Betriebskosten der Wasserversorgung abdecken, was als sog. Nachfragerisiko gemäß § 105 Abs. 2 GWB ein für die Definition des kartellvergaberechtlichen Konzessionsbegriffs notwendiges „Betriebsrisiko“ darstellt. Die Genauigkeit der Festlegung und die Einklagbarkeit der Verpflichtungen des WVU sind drittens aber vor allem notwendig, um ein Absinken der Qualität der Wasserversorgung als ungewollte Folge der wettbewerblichen Vergabe zu verhindern. Ohne solche Vorgaben wäre zu erwarten, dass manche vom Bieter im Wettbewerb mit dem Ziel des Zuschlags geweckte Erwartungen und gegebene Versprechen von ihm als späterer Vertragspartner der Gemeinde nicht auf Dauer eingehalten werden, insbesondere dann, wenn der neue Konzessionär auf der Erlösseite durch eine Deckelung der Wasserlieferpreise für Endkunden wirtschaftlich unter Druck gesetzt wird.¹⁸² Die Qualität des (Trink-)Wassers und die Sicherheit der Versorgung müssen aber aus der Gewährleistungsverantwortung für die öffentliche Trinkwasserverordnung heraus der Dreh- und Angelpunkt jeder Konzessionsvergabe durch die Gemeinde sein. Erwägungsgrund Nr. 40 der Konzessionsvergaberichtlinie¹⁸³ hat diese Ausnahmestellung des Wassers angesprochen, indem er es als „öffentliches Gut“ bezeichnete, das „für alle Bürger der Union von grundlegendem Wert ist“. In dem gleichen Sinn hat der deutsche Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung zu § 149 Nr. 9 GWB festgehalten, dass diese Ausnahmegesetzgebung „die bestmögliche Trinkwasserversorgung der Bürgerinnen und Bürger“ sicherstellen soll.¹⁸⁴

Die Erfüllung der für die Qualität der Wasserversorgung notwendigen inhaltlichen Anforderungen an die Leistungen des Konzessionärs während der gesamten Konzessionslaufzeit kann rechtstechnisch durch die Aufnahme entsprechender Verpflichtungen direkt in den Vertrag oder aber durch entsprechende Verweise auf die Leistungsversprechen, Zu-

¹⁸⁰ Siehe oben Ziffer I.1a) und Ziff. II.3.

¹⁸¹ Zum wenig passenden Begriff der Dienstleistung siehe oben Ziffer I. 1.b)

¹⁸² Siehe unten Ziffer III. 4.j.

¹⁸³ Richtlinie 2014/23/EU vom 26.02.2014 über die Konzessionsvergabe.

¹⁸⁴ BT-Drs. 18 6281, S. 128.

sagen oder Konzepte in den Angebotsunterlagen (als Anlagen zum Vertrag etc.) im Vertragstext sichergestellt werden. "In den Vertragsbedingungen müssen alle wesentlichen Rechte und Pflichten des Konzessionsnehmers und des Konzessionsgebers definiert werden, um eine ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung des Konzessionsnehmers zu gewährleisten".¹⁸⁵ Dabei ist es der Gemeinde – wie selbst im (hier nicht anwendbaren) Kartellvergaberecht durch § 16 S. 2 KonzVgV anerkannt¹⁸⁶ – unbenommen, den Entwurf des späteren Konzessionsvertrages, der z. B. lediglich an bestimmten Stellen Ergänzungsmöglichkeiten einräumt, verpflichtend den am Auswahlverfahren teilnehmenden Bietern vorzugeben. Sie kann im Rahmen der Gesetze und ihrer Gewährleistungsverantwortung frei entscheiden, welche notwendig zu erfüllenden Klauseln sie in den Konzessionsvertrag aufnimmt. Insgesamt ist die konkrete Vertragsgestaltung zur Erfüllung der genannten Anforderungen über die durchaus langen Laufzeiten¹⁸⁷ hinweg eine durchaus anspruchsvolle Aufgabe. Insbesondere kleine Gemeinden können hier überfordert sein¹⁸⁸, sodass häufig wirtschaftliche und rechtliche Berater hinzugezogen werden.

Im Hinblick auf das hier nicht näher behandelte Verfahren der wettbewerblichen Vergabe des Wasserkonzessionsvertrags ist – ungeachtet der fehlenden direkten Anwendbarkeit – durchaus eine Anlehnung an die das Kartellvergaberecht bestimmenden Grundsätze möglich und sinnvoll. So wird die Gemeinde – ggfs. auf Hinweis ihrer Berater – in den Vergabeunterlagen entsprechend der Idee des § 13 Abs. 1 Nr. 1 KonzVgV angeben, welche Mindestanforderungen sie stellt und welche Eignungskriterien für die Bewerber und welche weiteren Teilnahmebedingungen von ihr festgelegt worden sind. Wie in § 15 Abs. 1 S. 1 KonzVgV vorausgesetzt wird, soll sie die Leistungsbeschreibung in einer Weise fassen, dass allen Unternehmen der gleiche Zugang zum Vergabeverfahren gewährt wird und der Konzessionswettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindert wird. Dabei sollen nach Satz 1 der Vorschrift die vertraglich geforderten Leistungsmerkmale durch technische und funktionelle Anforderungen festgelegt werden. Es wird also weniger gefordert als ein konkretes, erschöpfend aufzählendes Leistungsverzeichnis; bei der funktionalen Ausschreibung genügt es, ist es aber auch erforderlich, den Zweck und die zu erreichenden Ziele verbindlich vorzugeben, sodass der Bieter die Möglichkeit hat, den Weg dorthin eigenständig zu beschreiten.¹⁸⁹ Auch dieser Gedanke kann bei der Vergabe von Konzessionsverträgen zur Wasserversorgung berücksichtigt werden, Denn gerade bei

¹⁸⁵ Kruse, Die Vergabe von Konzessionen, 2017, S. 96; Bergmann in: Burgi / Dreher, Vergaberecht, Band 2, § 16 KonzVgV Rn. 10.

¹⁸⁶ OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.08.2019, Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 156, zu einer Stromkonzession.

¹⁸⁷ Siehe unten Ziffer VIII.

¹⁸⁸ Vgl. Michaels, ZögU 2001, 432, 443.

¹⁸⁹ Kadenbach in: Reidt / Stickler / Glaß, Vergaberecht, § 121 GWB, Rn. 56 ff.; KG, Urteil vom 24.09.2020, Rn. 114 / 115 – Berliner Stromnetz –.

den für Konzessionsverträge zur Wasserversorgung typischen langen Laufzeiten wird regelmäßig nur eine solche funktionale Leistungsbeschreibung praktikabel sein. Dennoch muss auch bei dieser Art der Leistungsbeschreibung sichergestellt bleiben, dass miteinander vergleichbare Angebote abgegeben und bewertet werden können.¹⁹⁰

2. Wer muss entscheiden?

Bei der Entscheidung über die Vergabe der Wasserkonzession fallen Theorie und gängige Praxis wohl weit auseinander: Während es theoretisch schon aufgrund Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG völlig klar ist, dass der Rat der Gemeinde zu entscheiden hat, ob die Wasserversorgung weiter durch eine Konzessionsvergabe sichergestellt werden soll, wie der Konzessionsvertrag ggfs. das gemeindliche Wasserversorgungskonzept (bzw. die relevanten Teile desselben) umsetzen sollte¹⁹¹, welche Qualitätsanforderungen bei der Durchführung der Wasserversorgung zukünftig zu erfüllen sind und welche Eignungs- und Leistungsanforderungen der Vertragspartner erfüllen soll usw., wird dieses Primat der gewählten Vertretung der Bürgerschaft doch häufig untergraben und missachtet. In der Realität ist zu beobachten, dass wesentliche Teile des Entscheidungsprozesses von der Gemeindeverwaltung oder gar von durch die Gemeinde eingeschaltete Berater gemanagt und damit mitunter auch faktisch (vor-)entschieden werden. Wie bei anderen komplexen Entscheidungsprozessen ist auch bei der Vergabe eines Konzessionsvertrages zwar eine gewisse Delegation auf die „Arbeitsebene“ unvermeidlich; deutlich muss jedoch der Tendenz entgegengewirkt werden, im Gemeinderat nur noch „formal“ zu entscheiden und die Auswahl zwischen den Angeboten der Bewerber in der Sache „nach unten“ zu delegieren. Es ist Aufgabe des Rates, über den Abschluss wirtschaftlich und rechtlich so wichtiger Vereinbarungen wie den eines langfristigen Konzessionsvertrages zur Wasserversorgung inhaltlich zu entscheiden. Die Vorbereitung des Ratsbeschlusses über den Vertragsinhalt und -partner muss gegebenenfalls auch die Alternativen aufzeigen und dadurch die Bildung unterschiedlicher Meinungen im Vertretungsorgan möglich machen, damit dort – und nicht nur vorgeschaltet durch die Verwaltung – diskutiert, abgewogen und schließlich durch Bestimmungen endgültig über die Vergabe beschlossen werden kann.

3. Wie groß sind die Entscheidungsspielräume?

Gemäß § 50 Abs. 1 WHG ist die der Allgemeinheit dienende Wasserversorgung eine Aufgabe der Daseinsvorsorge. Als solche ist die öffentliche Wasserversorgung zu den Selbstverwaltungsaufgaben der Gemeinden zu rechnen¹⁹² und verfassungsrechtlich geschützt.

¹⁹⁰ Kadenbach in: Reidt / Stickler / Glaß, Vergaberecht, § 121 GWB, Rn. 59 m.w.N.

¹⁹¹ Siehe oben Ziffer II.5.

¹⁹² Vgl. Czychowski / Reinhardt, Kommentar zum WHG, § 50 Rn. 11.

Die Selbstverwaltungsgarantie sichert den Gemeinden dabei die Befugnis zur eigenverantwortlichen Entscheidung über das Ob und Wann und Wie der Aufgabenwahrnehmung¹⁹³. Daraus folgt die Beschränkung der staatlichen Kommunalaufsicht in der öffentlichen Wasserversorgung auf eine bloße Rechtsaufsicht, sodass Erwägungen zur Zweckmäßigkeit einer Maßnahme allein der Gemeinde obliegen. Schon diese kommunalrechtliche Einbettung der Wasserversorgungsaufgabe zeigt auf, dass für die Gemeinde ein großer Ermessensspielraum besteht, der dem Schutz des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG unterfällt.

Dieser Spielraum wird auch fachgesetzlich kaum eingeschränkt. „Anders als im Bereich der Stromkonzessionen, wo § 46 Abs. 4 S. 1 EnWG von den Kommunen bei der Auswahl des Stromkonzessionärs eine Beachtung der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG verlangt, besteht eine vergleichbare gesetzliche Bindung im Bereich der Wasserkonzessionen nicht.“¹⁹⁴ Allerdings nennt § 31 b Abs. 4 GWB für die Wasserversorgung immerhin das Ziel einer "möglichst sicheren und preisgünstigen Versorgung". Diese Zielfestlegung für die Kartellbehörden bei der Missbrauchsaufsicht (einschließlich der Freistellung von Konzessionsverträgen) im Wassersektor wirkt indirekt auf die Gemeinden zurück, wenn sie einen von ihnen vergebenen Vertrag zur Wasserversorgung zur Freistellung bei der Kartellbehörde anmelden. Das Ziel der möglichst sicheren Wasserversorgung ist gleichzeitig ein gesetzlicher Anknüpfungspunkt für die Lehre von der allgemeinen Gewährleistungsverantwortung der Gemeinden für die Trinkwasserversorgung, der sie sich auch durch die Einschaltung eines Dritten, nämlich eines WVU als Konzessionär, nicht gänzlich entziehen können. Das meint etwa auch § 38 Abs. 1 LWG NRW, wenn dort die Gemeinde berechtigt wird, die Versorgungsaufgabe Dritten zu überlassen, wenn damit die ordnungsgemäße Wasserversorgung im Gemeindegebiet gewährleistet ist, „wobei aber ausdrücklich bei der Gemeinde die Pflicht verbleibt, in ihrem Gebiet eine dem Gemeinwohl entsprechende öffentliche Wasserversorgung sicherzustellen.“ Aus dieser auf jeden Fall verbleibenden Sicherstellungspflicht oder Gewährleistungsverantwortung heraus sollte die Gemeinde bei der Wahl der Vergabekriterien und der (dadurch determinierten) Ausgestaltung des Konzessionsvertrages zur Wasserversorgung darauf achten, dass bei ihr genügende Rechte zur Information, Kontrolle, Weisung und sogar zu Eingriffs- und Rückholmaßnahmen verbleiben.¹⁹⁵

¹⁹³ Gern / Brüning, Deutsches Kommunalrecht, S. 95.

¹⁹⁴ OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.06.2018, Fn. 2, Seite 27 des Urteilsabdrucks – Stadt Übach-Palenberg –, LKartB Nds. Fn. 42, Ziffer III.1.c.

¹⁹⁵ Glöckner, Kommunale Infrastrukturverantwortung, S. 144 ff.; Griesbach, Gewährleistungsverantwortung, S. 32 ff., 35; Brehme, Privatisierung und Regulierung, S. 51 ff.; Burgi, Vergaberecht, § 24 Rn. 24; Katz, KomJur 2018, 1, 8 m. w. N.

Über diese allgemeine Zielfestlegung hinaus kommt noch eine punktuelle Bindung der Gemeinden an das Spezialgesetz in Betracht: Als primär gewässerökologisch konzipiertes Gesetz nennt das WHG in seinem (erst im Jahre 2009 eingefügten) § 1 zwar keinen Zweck, der vergleichbar dem § 1 EnWG bei der Vergabeentscheidung als Korsett dienen könnte; näher "am Thema" ist jedoch § 50 WHG, der u. a. die Versorgung aus ortsnahen Wasservorkommen als Grundsatz festschreibt und in seinem Abs. 3 die Träger der Wasserversorgung verpflichtet, auf einen sorgsamen Umgang mit Wasser hinzuwirken.¹⁹⁶

Im Übrigen hat das OLG Düsseldorf in seiner Entscheidung Übach-Palenberg¹⁹⁷ als Grundlage für die verfahrensbezogenen und materiellen Anforderungen an die Auswahlentscheidung bei der Vergabe einer Konzession zur Wasserversorgung (sich in Teilen überschneidend)

- das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot
 - den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG in Form des Willkürverbots und
 - die primärrechtlichen Grundsätze des EU-Vertrages¹⁹⁸
- genannt.

Diesen Bindungen des (nur) „im Rahmen der Gesetze“ garantierten Selbstverwaltungsrechts der Gemeinden bei der Konzessionsvergabe steht die „Dispositionsfreiheit“ gegenüber, „zu bestimmen, worauf es [ihr] beim Vertragsschluss vor allem ankommt.“¹⁹⁹ So hat die Gemeinde bei der Festlegung der Auswahlkriterien bis hin zur Grenze des Diskriminierungsverbots eine Bestimmungsfreiheit, die auch bei einer gerichtlichen Überprüfung der Vergabeentscheidung verhindert, dass das Gericht seine eigenen Vorstellungen an die Stelle derjenigen der Gemeinde setzen kann.²⁰⁰ Soweit das Gesetz Ziele vorgibt, steht es im Ermessen der Gemeinde, bei gegenläufig gegenüberstehenden Zwecken die Ziele gegeneinander abzuwägen und das Spannungsverhältnis aufzulösen.²⁰¹ Inwieweit die Gemeinde bei der Konkretisierung der Auswahlkriterien von der Übung anderer Gemeinden

¹⁹⁶ Vgl. Ziffer III.4.c) und d)

¹⁹⁷ Fn. 2, Seite 21 / 22.

¹⁹⁸ Siehe oben Ziffer I. 3

¹⁹⁹ OLG Hamm, Urteil vom 26.09.2012, Rn. 67, – Bad Sassendorf –

²⁰⁰ OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.06.2018, Fn. 2, Seite 2 – Stadt Übach-Palenberg –

²⁰¹ OLG Stuttgart, Urteil vom 06.06.2019, VergabeR 2020, 361, 375 – Stromkonzession Stuttgart–

abweicht, ist dabei unerheblich.²⁰² Ihr Spielraum unterliegt lediglich hinsichtlich der äußeren Grenzen wie willkürlicher, diskriminierender und widersprüchlicher Ermessensausübung der Kontrolle durch die Gerichte.²⁰³

Gerichtlich überprüfbar soll damit sein, ob das vorgeschriebene oder selbst auferlegte²⁰⁴ Verfahren eingehalten und von keinem unzutreffenden oder unvollständigen Sachverhalt ausgegangen worden ist, keine sachwidrigen Erwägungen in die Entscheidung der Gemeinde eingeflossen sind²⁰⁵ und sich die Wertungsentscheidung im Rahmen der Gesetze und allgemein gültigen Beurteilungsmaßstäbe hält. Die Wertentscheidung muss nicht nur bezogen auf das einzelne Angebot widerspruchsfrei sein, sondern darf auch im Vergleich der Angebote untereinander nicht willkürlich sein. Die Noten bzw. Punkte müssen im Vergleich der Bieter ohne Benachteiligung des einen oder des anderen plausibel vergeben werden.²⁰⁶

Was das im Einzelfall bedeutet, wird in den nächsten Jahren von der Rechtsprechung weiter konkretisiert werden. Eine Auswahlentscheidung der Gemeinde zu Lasten des Altkonzessionärs, die gegen das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot verstößt, kann nicht durchgesetzt werden: Die Ausübung einer konzessionsvertraglichen Endschafftsbestimmung gerichtet auf den Kauf der Wasserversorgungsanlagen im Gemeindegebiet ist dann nicht nur der Gemeinde verwehrt, sondern auch dem in Aussicht genommenen neuen Konzessionär, da sie den bei der Auswahl begangenen Rechtsverstoß vertiefen würde.²⁰⁷ Auch der Bundesgerichtshof hält es in solchen Fällen für „nicht zweifelhaft, dass die Gemeinde an das Verbot einer Diskriminierung oder unbilligen Behinderung der Bewerber gebunden ist, wenn sie eine privatrechtliche Konzession zur Wasserversorgung in einem wettbewerblichen Verfahren vergibt.“²⁰⁸ Noch „innerhalb der Grenzen“ läge womöglich eine Entscheidung der Gemeinde, für den Zuschlag über die wettbewerbliche Vergabe keine – in der Strom- und Gasversorgung gebräuchliche – sog. Bewertungsmatrix mit Haupt- und Unterkriterien und diesen zugeordneten Punktzahlen bekanntzugeben. § 31 Abs. 1 KonzVgV verlangt selbst bei den unter diese Verordnung fallenden Konzessionen im Einklang mit den EU-Richtlinien nur die Angabe der Zuschlagskriterien in absteigender

²⁰² OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.08.2019, Rn. 148, zu einer Stromkonzession.

²⁰³ Hinweise der KartB Nds. Fn. 42, S. 6; KartB NRW, Fn. 42, Ziff. A. 4; BGH, Urteil vom 17.12.2013 – KZR 65/12; BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 – KZR 66/12; OLG Frankfurt a. M., NVwZ-RR 2018, Rn. 85; OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.08.2019, Rn. 137.

²⁰⁴ Vgl OLG Hamm, Urteil vom 26.09.2012, Rn. 57 bis 59, – Bad Sassendorf –.

²⁰⁵ OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.03.2018, Blatt 14 des Urteilsabdrucks – Wasserversorgung Selm –; Byok /Dierkes, RdE 2011, 394, 400.

²⁰⁶ OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.06.2018, Seite 33 des Urteilsabdrucks m.w.Nw., – Stadt Übach-Palenberg –

²⁰⁷ OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.03.2018, Seite 9 des Urteilsabdrucks, – Wasserversorgung Selm –

²⁰⁸ BGH; Urteil vom 29.03.2019 –Wasserversorgung Selm –

Reihenfolge, keine Angabe einer konkreten Gewichtung.²⁰⁹ Die theoretische rechtliche Zulässigkeit eines solchen Vorgehens ändert allerdings nichts daran, dass es Streitigkeiten provoziert und in der Praxis nicht zu empfehlen ist. Die Grenzen ihres Ermessensspielraumes überschreiten würde dagegen wohl eine Gemeinde, die vollständig auf die Festlegung von Leistungsstandards verzichten würde, da aus ihrer Gewährleistungsverantwortung für die (Trink-)Wasserversorgung die Aufgabe folgt, durch die Nutzung dieses Instruments die Risiken aus der Einschaltung des Konzessionärs als Dritten zu minimieren.²¹⁰ Aus Sicht potenzieller Bewerber ist wichtig, dass die Gemeinde das Auswahlverfahren so gestalten muss, dass die an der Konzession interessierten Unternehmen erkennen können, worauf es ihr bei der zu treffenden Entscheidung ankommt.²¹¹

4. Mögliche Einzelkriterien

Wie sich die Dispositionsfreiheit der Gemeinde auf die konkrete Ausgestaltung des Konzessionsvertrages, der Leistungsbeschreibung, die aufzustellenden Eignungs- und Zuschlagskriterien und die Dichte von deren gerichtlicher Kontrolle auswirkt, ist allerdings bisher nur vereinzelt und lediglich punktuell entschieden worden.²¹² Eine vorgeschaltete Kategorisierung und Gliederung der einzelnen Kriterien ist nur mäßig sinnvoll, da sie nicht mit Rechtsfolgen verknüpft wäre, sondern ihr nur ein beschreibender Charakter zukommen kann:

- So kann man sicherlich zwischen einmaligen Leistungspflichten (typischerweise eingreifend bei Beginn des neuen Konzessionsvertrages) und den oben²¹³ angesprochenen langfristigen (während der Dauer des Vertrages mitlaufenden) Verpflichtungen unterscheiden. Relevant ist diese Unterscheidung im Wesentlichen aber nur für die Frage, ob und wie dauernde Verpflichtungen ggfs. über die Vertragslaufzeit kontrolliert und abgesichert werden sollen. So können von der Gemeinde im Konzessionsvertrag Berichts- und Abstimmungserfordernisse, Weisungsrechte, Vertragsstrafen oder – im Extremfall – Rechte zur außerordentlichen Vertragskündigung zu ihren Gunsten vorgegeben werden. Die Vorgabe von Kündigungsrechten der Gemeinde inklusive (zeitlich begrenzter) Direktionsrechte, Eintrittsrechte in Verträge mit Nachunternehmern oder Heimfallklauseln im Krisenfall ist grundsätzlich durch die fortbestehende Gewährleistungsverantwortung der Gemeinde legitimiert. Dass solche „überschießenden“ Rechte

²⁰⁹ Vgl. Burgi / Wolff in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 31 KonzVgV, Rn. 9 / 10 zum Diskussionsstand; Schröder, NVwZ 2017, 504, 508.

²¹⁰ Vgl. Griesbach, Gewährleistungsverantwortung, S. 32.

²¹¹ OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.03.2018, Fn. 205, S. 12/13 des Urteilsabdrucks – Wasserversorgung Selm –

²¹² Vgl. aber Lotze / Reinhardt, NJW 2009, 3273 ff; Lotze / Heyers, RdE 2020, 62, 66; Katz, KommJur 2018, 1, 7 und 10: LKartB Nds., Fn. 42, Ziffer III.1.c); Brehme, Privatisierung und Regulierung, S. 87.

²¹³ Vgl. Ziffer III. 1.

des einen Vertragspartners, der Gemeinde, bisher kaum verbreitet sind, geschweige denn ausgeübt worden wären, ist Konsequenz und Beleg der dauerhaften Solidität und Leistungsfähigkeit der deutschen WVU im traditionellen Marktumfeld. Umgekehrt ergibt sich daraus ein Auftrag an die Gemeinde, den Konzessionsvertrag zur Wasserversorgung auch im neuen, wettbewerblichen geprägten Umfeld so auskömmlich für das WVU und gleichzeitig so flexibel zu gestalten, dass dieser nicht Ursache für Krisen der Versorgung werden kann.

- Auch eine Unterscheidung zwischen eigennützigen Kriterien, die die Interessen der Gemeinde im Auge haben, und fremdnützigen Kriterien, zugunsten der Wasserkunden oder auch anderer Interessen (z. B. Umweltschutz durch einen sorgsamen Umgang mit Wasser i. S. d. § 50 Abs. 3 WHG), führt über eine beschreibende Funktion nicht hinaus, da beide Kategorien von Einzelkriterien grundsätzlich zulässig sind. Allerdings steht das Konzessionsabgabenrecht der Eigennützigkeit der Gemeinden, wie bereits dargestellt, strikte äußere Grenzen.²¹⁴
- Offen ist, inwieweit die Gemeinde bei der Auswahl des Bieters neben konkreten, direkt messbaren Leistungskriterien auch konzeptionelle Kriterien wie „das beste Wasserversorgungskonzept“ oder „das beste Wasserpreiskonzept“ verwenden darf. In Frage steht insoweit weniger die Zulässigkeit konzeptioneller Kriterien als vielmehr ihre konkrete Ausgestaltung, die einer willkürlichen Vergabeentscheidung keinen Vorschub leisten darf.²¹⁵
- Die kartellvergaberechtlich aufgrund des Verbots der Vermischung bzw. Doppelberücksichtigung²¹⁶ durchaus relevante Unterscheidung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien dürfte bei der Vergabe von Konzessionsverträgen zur Wasserversorgung ebenfalls keine entscheidende Rolle spielen, da die Spielräume der Gemeinde bei der Wasserkonzessionsvergabe wie dargestellt erheblich weiter sind als bei der Vergabe öffentlicher Aufträge gemäß den §§ 98 ff. GWB. So muss sie nicht bestimmte „Eignungs“- Merkmale in ein Auswahlkriterium „Netzsicherheit“ aufnehmen.²¹⁷ Unverzichtbar dürfte dagegen die Durchführung einer Eignungsprüfung an sich sein, da für die

²¹⁴ Siehe oben Ziffer II. 7.

²¹⁵ Vgl. Wolf / von Rummel, IR 2020, 221 ff.; OLG Celle, Beschluss vom 25.03.2021, Az. 13 VergV 21

²¹⁶ Vgl. OLG Rostock, Beschluss vom 12.08.2020, Az. 17 Verg 2/20; Lausen in: Beck'scher Kommentar zum Vergaberecht, Band 2, § 58 VgV, Rn. 36; Müller-Wrede, in: Müller-Wrede / Braun, KonzVgV, § 31 Rn. 19

²¹⁷ OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.08.2019, Fn. 202, Rn. 166 zur Vergabe einer Stromkonzession.

Übernahme der neuen Konzession zur Wasserversorgung aufgrund der Gewährleistungsverantwortung der Gemeinde²¹⁸ „nur ein solches Unternehmen ausgewählt werden [kann], welches personell, technisch und wirtschaftlich in der Lage ist, das Netz zu übernehmen, also zum Netzbetrieb geeignet ist. Diese Eignung ist aber unabdingbare Voraussetzung der Auswahl...“²¹⁹

Die nachfolgende Übersicht über mögliche Kriterien und deren Grenzen muss daher unvollständig sein.²²⁰ Sie kann bloß als Anstoß zur Diskussion gesehen werden und kann nur gelegentlich eine bereits abgesicherte Wertungsbasis für die von der Gemeinde zu treffende Vergabeentscheidung vor Abschluss eines neuen Konzessionsvertrages zur Wasserversorgung aufzeigen.

a) Anzeige- und Abstimmungspflichten

Es handelt sich um ein eigennütziges Kriterium, das von der Gemeinde vor allem zur Kontrolle der Erfüllung dauerhafter Verpflichtungen des Wasserkonzessionärs eingesetzt werden kann. Aus Sicht der Gemeinde ist es ein wichtiger Belang, dass (auch) der Konzessionsvertragspartner für die Wasserversorgung sich so verhält, dass ihre Planungs- und ihre allgemeine Verwaltungstätigkeit als kommunale Selbstverwaltungskörperschaft durch die Einschaltung des Dritten nicht gestört werden. Sie muss deshalb über dessen Tätigkeit auf dem Laufenden bleiben, vom Konzessionär vorab oder unverzüglich bei relevanten Änderungen informiert werden, ggfs. Vorlaufzeiten eingeräumt bekommen oder sogar inhaltlich mit abstimmen, wann welche (Bau-) Maßnahmen vom WVU vorgenommen werden dürfen. Insbesondere bei Aufgrabungen innerhalb öffentlicher Straßen kann die Gemeinde die geplanten Maßnahmen von ihrer vorherigen Zustimmung abhängig machen.

Deshalb sehen auch bestehende Konzessionsverträge schon Abstimmungs- oder Informationspflichten vor, etwa die Verpflichtung des WVU, Änderungen seiner Versorgungsbedingungen unverzüglich zur Verfügung zu stellen,²²¹ oder die Verpflichtung zur rechtzeitigen Unterrichtung über neue Planungen zur Infrastruktur der Wasserversor-

²¹⁸ Siehe Ziffer III.3

²¹⁹ Vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.08.2019, Fn. 202, Rz. 150, zur Vergabe einer Stromkonzession.

²²⁰ So aber z. B. auch § 58 Abs. 2 VgV für öffentliche Aufträge

²²¹ Siehe Ziffer II. 4, Beispiel 1.

gung, so dass Gelegenheit zur Stellungnahme seitens der Gemeindeverwaltung besteht.²²² Eine frühzeitige Information der Gemeinde durch den Konzessionär dient vielfach als tatsächliche Grundlage für die Prüfung seitens der Gemeindeverwaltung oder die Einleitung von Abstimmungsmechanismen zwischen Gemeinde und WVU bis hin zur Ausübung vertraglicher Rechte (z. B. Untersagen bestimmter Baumaßnahmen) oder zur Verhängung möglicher Sanktionen bei wiederholten Verstößen. Bei Konzessionsverträgen zur Wasserversorgung, die in Wettbewerbsverfahren gewonnen werden müssen, wird das Zusammenspiel von Leistungsversprechen des einen und Sanktionsinstrumentarien des anderen Vertragspartners ein größeres Gewicht erhalten. Die vertragliche Fixierung der im Auswahlverfahren gegebenen Zusagen des Bieters, die vorgesehenen Überprüfungsmöglichkeiten hinsichtlich ihrer Erfüllung und die sich hieran ggfs. knüpfenden Rechtsfolgen gewährleisten die rechtliche Durchsetzbarkeit der Pflichten des Konzessionärs durch die Gemeinde und beugen etwaigen missbräuchlichen Angeboten vor.²²³ Anlässe und Möglichkeiten für vertragliche Regelungen sind nahezu unüberschaubar.

Beispiel für eine Kontrollmöglichkeit:

„Das Unternehmen hat eine Kosten- und Leistungsrechnung vorzuhalten, die eine nachweisbare und prüffähige Kosten und Leistungserfassung sicherstellt.“

Beispiel für eine Informationspflicht:

„Das WVU legt der Gemeinde, ohne dass es einer besonderen Aufforderung bedarf, jährlich zu den genannten Terminen die folgenden Unterlagen vor, soweit sie die Wasserversorgung im Konzessionsgebiet betreffen:

- a) Spartenabschluss für das vergangene Kalenderjahr jeweils bis zum ...*
- b) Nachkalkulation für das vergangene Kalenderjahr jeweils bis zum ...*
- c) Vorkalkulation für das folgende Kalenderjahr jeweils bis zum ...*
- d) Wirtschaftsplan, bestehend aus Investitionsplan, Finanzplan und Erfolgsplan, für die Periode ab dem laufenden Jahr jeweils bis zum ...“*

Beispiel für eine Anzeigepflicht:

„Mindestens acht Wochen, bevor sie Geltung erlangen werden sollen, zeigt das WVU der Gemeinde Änderungen der Tarifpreise an und fügt die zugehörigen Kalkulationsunterlagen der Anzeige bei.“

²²² Siehe Kapitel II. 6, Beispiel 1.

²²³ OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.08.2019, Fn. 202, Rn. 154 zu einer Stromkonzession.

b) Investitionstätigkeit

Die Investitionstätigkeit des WVU im jeweiligen örtlichen Wasserverteilnetz ist in bestehenden Konzessionsverträgen nur sehr selten näher geregelt. In der Praxis wird für Wasserverteilnetze von einer Erneuerungsrate um 1 % als Zielwert ausgegangen, wobei ein stabiles Investitionsverhalten in der Vergangenheit auch niedrigeren Raten erlaubt. Der allseits bekannte und anerkannte hohe Standard des Leitungsbaus und der Leitungsunterhaltung sowie die in aller Regel verlässlich gute Qualität des gelieferten (Trink-) Wassers boten bisher keinen Anlass, entsprechende Vertragsbestimmungen zu entwickeln. Schon immer haben die deutschen WVU erheblichen Summen in ihre Leitungsnetze investiert. So betragen im Jahr 2012 die Investitionen in der öffentlichen Wasserversorgung 2,3 Milliarden Euro, wovon allein 63 % auf die Netze entfielen. Gleichzeitig sind in der deutschen Wasserwirtschaft nur äußerst geringe Wasserverlust- und Schadensraten zu verzeichnen.²²⁴

Mit der Entwicklung des Marktes der Wasserkonzessionen hin zu tatsächlich durchgeführten wettbewerblichen Verfahren mit mehreren Bietern und der vermutlich steigenden Bedeutung des Preiskriteriums²²⁵ wird allerdings der Druck auf den (Neu-)Konzessionär steigen, zu möglichst niedrigen Kosten das Wasser zu fördern oder einzukaufen, über das lokale Leitungsnetz zu verteilen und schließlich an den Endverbraucher zu liefern. Eine Möglichkeit der Kostensenkung besteht dann primär darin, nur zurückhaltend alte Leitungsrohre etc. durch neue Anlagen zu ersetzen. Der „Hebel“ eines Zurückfahrens der Investitionen erscheint gewaltig, da der Anteil des Sachanlagevermögens am Gesamtvermögen deutscher WVU über 90 % betragen soll.²²⁶ Aber auch ein Kontrollwechsel beim betreibenden WVU könnte die Ausrichtung des Unternehmens hin zu einer „kurzfristigen Gewinnoptimierung“ ändern, der durch eine Einschränkung der Investitionstätigkeit Vorschub geleistet werden könnte.²²⁷

Für die Gemeinde stellt sich daher bei der Vergabe einer neuen Wasserkonzession die Frage, ob sie einem möglichen Absinken der Investitionen des WVU in der Zukunft vorbeugen bzw. entgegenwirken möchte. Das Investitionsverhalten des Netzbetreibers beeinflusst über die Zeit allerdings unweigerlich den Zustand des Wasserverteilnetzes und damit die Qualität des gelieferten Wassers. Aufgrund der Gewährleistungsverant-

²²⁴ Griesbach, Gewährleistungsverantwortung, S. 38, m.w.N.; Landesregierung NRW, Benchmarking Projekt – Ergebnisbericht 2018, S. 5 ff., S. 28.

²²⁵ Siehe unten Kapitel III. 4., j)

²²⁶ Vgl. Dierkes / Hamann, Öffentliches Preisrecht in der Wasserwirtschaft, S. 19 ff.; Vgl. auch BDEW, Branchenbild der deutschen Wasserwirtschaft 2020, S. 41 / 42.

²²⁷ OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 03.11.2017, RdE 2019, 135, 140. Siehe unten Ziffer III.4.I)

wortung der Gemeinde auch und gerade für die Sicherung der gewohnten Wasserqualität konzentriert sich die genannte Frage damit allerdings eher auf das „Wie“ und nicht auf das „Ob“ eines vertraglichen Rahmens.²²⁸ Bei der Formulierung entsprechender Klauseln betritt sie ggfs. Neuland, da entsprechende vertragliche Instrumente aktuell noch nicht bereitstehen. Möglichkeiten bestehen etwa

- in der Festschreibung bestimmter Investitionsvorhaben bei Vertragsbeginn. In Anbetracht der langen Laufzeiten von Wasserkonzessionsverträgen in Deutschland wird dieses Instrument allerdings nur in den ersten Vertragsjahren praktikabel sein, da etwa nach fünf Jahren der etablierte, voraussehbare Planungszeitraum verlassen wird,
- in der Vorgabe fester jährlicher Investitionssummen, die vom WVU im Verteilnetz zu verbauen sind. Maßstäbe könnten Euro / m³ oder Euro / km Leitungsnetz sein. Wo möglich bietet es sich in Einzelfällen an, eine Investitionsrate vorzugeben, die oberhalb der Abschreibungen (im Durchschnitt mehrerer Jahre) liegt. Damit ist allerdings noch nichts in Bezug auf die Effizienz der Durchführung der durchzuführenden Baumaßnahmen gewonnen,
- in der Vorgabe eines durchschnittlichen Höchstalters für die Leitungen oder bestimmter Leitungsarten bei Vertragsende, die dann mit den Werten bei Vertragsbeginn korrespondieren sollten,
- in der Festschreibung einer Begutachtung des Netzzustandes bei Vertragsende oder sogar in bestimmten Abständen während der Laufzeit. Die Parameter für die gutachterliche Bewertung sind dann allerdings bereits in der Ausschreibung festzulegen oder von den Bewerbern anzubieten, so dass der mit dem größten Leistungsversprechen die höchste Punktzahl für dieses Kriterium erhält. In der Praxis wird aktuell versucht, in Form sog. Nachhaltigkeitskennzahlen geeignete Parameter für die Leistungsmessung beim Investitionsverhalten zu entwickeln.

Die beiden letztgenannten Vorschläge versuchen, dem Effizienzgedanken – wenn auch unvollkommen – Rechnung zu tragen.

c) Ortsnähe der Wasserdarangebote

Das Kriterium der Ortsnähe fußt auf einer fachgesetzlichen Grundlage. Gemäß § 50 Abs. 2 WHG ist der Wasserbedarf der öffentlichen Wasserversorgung vorrangig aus ortsnahen Wasservorkommen zu decken, soweit überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit dem nicht entgegenstehen. Nach dieser Vorschrift darf der Bedarf insbesondere dann mit Wasser aus ortsfernen Wasservorkommen gedeckt werden, wenn

²²⁸ Griesbach, Gewährleistungsverantwortung, S. 39.

eine Versorgung aus ortsnahen Wasservorkommen nicht in ausreichender Menge oder Güte oder nicht mit vertretbarem Aufwand sichergestellt werden kann. Damit dient diese Bestimmung in erster Linie nicht den Interessen der Gemeinde, sondern denen des Wasserkunden, sofern die Güte des Wasserdargebots thematisiert wird. Im Übrigen dient sie aber „fremdnützig“ dem umweltrechtlichen Interesse des verantwortlichen Umgangs mit regional zur Verfügung stehenden Wasserressourcen und will der Entwicklung von „Opfergebieten“ vorbeugen, deren Grundwasservorkommen für die Versorgung anderer Regionen ausgeschöpft werden könnten.²²⁹ Rechtstatsächlich sollen z. B. in Nordrhein-Westfalen i. d. R. nicht mehr als 25 Kilometer Entfernung zwischen dem Wasserwerk und dem liefernden Unternehmen (bzw. örtlichen Verteilnetz) liegen.²³⁰ Aus rechtspolitischer Sicht wird die Frage gestellt, ob das Ortsnäheprinzip des § 50 Abs. 2 WHG in Zeiten des demografischen und klimatischen Wandels nicht als Auslaufmodell anzusehen sei.²³¹ Bei der Verwendung als Auswahlkriterium sind mehrere Fallkonstellationen zu unterscheiden:

Im Grundsatz ohne Weiteres einsetzbar ist das Kriterium der Ortsnähe, wenn die Versorgung der den Konzessionsvertrag vergebenden Gemeinde aus mehreren leistungsfähigen Wasservorkommen gedeckt werden könnte. Jeder, der über ein hinreichendes Dargebot (und entsprechende Förderanlagen und Leitungsverbindungen) verfügt, kann mit Aussicht auf Erfolg sich um den neuen Vertrag bewerben. In der Praxis allerdings noch nicht gelöst ist der Umgang mit gelegentlich „zu engen“ wasserrechtlichen Erlaubnissen und Bewilligungen. Solche Bescheide berechtigen das WVU u. U. nur zur Nutzung der Wasserressource zur Versorgung bestimmter Gebiete. Sind diese Gebiete – was oft der Fall sein wird – mit denen identisch, die bei der Antragstellung vom WVU versorgt und deshalb in den Antragsunterlagen angeführt worden sind, wird das hinzugewinnende neue Konzessionsgebiet fehlen. Schränkt das die wasserrechtliche Berechtigung zur Nutzung des Dargebots so ein, dass das WVU sein Wasser in der Nachbarschaft nicht anbieten kann, obwohl es technisch und wirtschaftlich sehr wohl möglich wäre? Wäre ein solcher Umstand dann auch im wettbewerblichen Verfahren um ein neues, aber nahe gelegenes Konzessionsgebiet von der Gemeinde als Vergabestelle zu berücksichtigen?

Ist dagegen aufgrund der natürlichen, der technisch-wirtschaftlichen oder der rechtlichen Situation von vornherein nur ein WVU (d. h. in aller Regel der Altkonzessionär) in der Lage, das im Ortsnetz der Gemeinde zu verteilende Wasser aus einer ortsnahen

²²⁹ Czychowski / Reinhardt, WHG, § 50 Rn. 28.

²³⁰ LKartB NRW, Sektoruntersuchung Fremdwasserbezug, S. 35.

²³¹ Reinhardt, W+B 2019, 211 ff.

Quelle zu liefern²³², kann die Verwendung des Kriteriums der Ortsnähe des Wasserdargebots den Wettbewerb auf nur einen Bieter verengen, der aus diesem Blickwinkel dann allein leistungsfähig erscheint. Das würde den Gedanken des Umweltschutzes und des Schutzes der natürlichen Wasserressourcen wohl zu einseitig zu Lasten des ggfs. zum Erliegen kommenden Wettbewerbs betonen. Um aus diesem Dilemma zu entkommen zeichnen sich bisher nur zwei Wege ab:

Entweder verzichten die Gemeinden bei der Konzessionsvergabe ganz darauf, an die Bieter die Anforderung zu stellen, dass diese mit ihrem Angebot nachweisen, dass sie über hinreichende geeignete bzw. hinreichende ortsnahe Wasservorkommen verfügen. Damit läuft die Gemeinde allerdings in das Risiko, bei Beginn der Laufzeit des neuen Konzessionsvertrages keinen leistungsfähigen Vertragspartner zu haben und für die Sicherstellung der ordnungsgemäßen öffentlichen Wasserversorgung weiter auf den bisherigen Konzessionär angewiesen zu sein, mit allen Unzulänglichkeiten und Risiken eines – im Verhältnis zu diesem – (konzessions-)„vertragslosen“ Zustands. Mit dem Gedanken der Gewährleistungsverantwortung der Gemeinde für die Wasserversorgung²³³ lässt sich das nur schwer vereinbaren, insbesondere vor dem Hintergrund der aufgrund des Klimawandels in den letzten trockenen Sommern vermehrt auftretenden Knappheitssituationen in bestimmten Regionen.

Oder die Gemeinde verlangt den Bietern bereits im Vorfeld der Auswahlentscheidung eine „offensive“ Herangehensweise ab. Wer als Bieter nicht selbst über ein ortsnahe leistungsfähiges Wasserdargebot verfügt, wird über die Gestaltung des Vergabeverfahrens dahin geleitet, dass er bereits im Vorfeld gegen den Inhaber der Quelle / des liefernden Wasserwerks im Sinne der Essential-Facilities-Lehre einen Belieferungsanspruch²³⁴ geltend macht, so dass er im Falle des Zuschlags auf sein Angebot seinen Pflichten zur Wasserlieferung an die Endverbraucher nachkommen kann.

d) Sorgsamer Umgang mit Wasser

Im Zusammenhang mit diesem Auswahlkriterium spielen die Maßnahmen des WVU zur Minimierung des Wasserverlustes und die Verbraucherinformationen über Maßnahmen zum Einsparen von Wasser eine erhebliche Rolle.

Es findet eine gesetzliche Grundlage in § 50 Abs. 3 WHG, nach dem die Träger der öffentlichen Wasserversorgung auf einen sorgsamen Umgang mit Wasser hinwirken und

²³² Siehe oben bereits Ziffer I. 4. a) bb

²³³ Siehe oben Ziffer III.3.

²³⁴ Vgl. oben Ziffer I. 4. a) bb).

insbesondere die Wasserverluste in ihren Einrichtungen geringhalten. Aus Sicht der Gemeinde und ihrer Bürger handelt es sich um eine uneigennützige Anforderung zugunsten des Umweltschutzes allgemein und insbesondere des Wasserhaushalts. In Anbetracht des wenig bestimmten, appellativen Charakters der Gesetzesvorschrift²³⁵ bedarf es genauer Vorgeben seitens der Gemeinde, damit das Kriterium bei der Auswahlentscheidung und später beim operativen Betrieb der Wasserversorgung konkrete Auswirkungen zeigen kann.

e) Umweltschutz

Schon im Kartellvergaberecht ist anerkannt, dass Umweltschutzkriterien bei der Entscheidung über das wirtschaftlich günstigste Angebot berücksichtigt werden dürfen, wenn sie mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen.²³⁶ Bei der Vergabe von Konzessionsverträgen zur Wasserversorgung können im Rahmen der „Umweltverträglichkeit“ als Auswahlkriterium insbesondere der Einsatz umweltschonender Materialien und die Maßnahmen zum Schutz der Natur und des Klimas bei der Errichtung und dem Betrieb von Wasserversorgungsanlagen konzeptionell bewertet werden.²³⁷ In der Praxis haben die Gemeinden ihre Vergabeverfahren bisher nur wenig an solchen Gedanken orientiert; schon aufgrund des Klimawandels muss und kann sich das zukünftig ändern. Dabei hat ein Konzessionär, der nicht selbst über Wasserquellen verfügt, allerdings die seitens des Inhabers des liefernden Wasserwerks ergriffenen Umweltmaßnahmen zu akzeptieren, ohne hierauf Einfluss nehmen zu können. Da Gegenstand eines Konzessionsvertrages nur das Wassernetz sein kann, spielen Maßnahmen der Grundwasserabsenkung sowie Wasserschutzgebietsausweisungen im Zusammenhang mit relevanten Wasserdargeboten bei der Vergabe von Wasserkonzessionsverträgen keine Rolle.

Beispiele für Einzelanforderungen mit dem Ziel Umweltschutz sind etwa Verpflichtungen zum Einsatz umweltfreundlicher Baumaterialien und -verfahren beim Leitungsbau, zur Rücksichtnahme auf den Baumbestand bei Neu- und Umbau von Versorgungsanlagen, zur Minimierung des Energieaufwands bei der Erbringung der vertragsgegenständlichen Leistungen des Konzessionärs (gemessen z. B. in kWh pro m³ Wasserabgabe im Durchschnitt mehrerer Vertragsjahre) oder zum Einsatz umweltfreundlich betriebener Fahrzeuge (Anteil elektro- oder gasbetriebener Fahrzeuge o. Ä. am Fuhrpark des WVU, der im Vertragsgebiet eingesetzt wird). Erneut besteht ein weites Ermessen der Gemeinde, ob und inwieweit sie insoweit Anforderungen an die Bieter stellen

²³⁵ Czychowski / Reinhardt, Kommentar zum WHG, § 50, Rn. 35.

²³⁶ EuGH. Urteil vom 4.12.2003, Slg 2003, I:14527 ff., – Wienstrom –

²³⁷ Schröder, NVwZ 2017, 504, 509.

möchte. Es handelt sich um ein fremdnütziges, vom Gesetz nicht vorgeschriebenes Kriterium.

Vielfach verlagern die Gemeinden als Konzessionsgeber die gedankliche Arbeit hin zur Seite der Bewerber, die ihrerseits zur Erstellung eines – in die Bewertung einfließenden – Umweltschutzkonzepts aufgefordert werden.

Beispiel:

„Die Gemeinde erwartet vom Bewerber im Konzept für den Umweltschutz bei der örtlichen Wasserversorgung Aussagen

- zur möglichst weitgehenden Verwendung umweltschonender Materialien, z. B. zur Aufbereitung und Wiederverwendung des beim Leitungsbau anfallenden Bodenaushubs,²³⁸*
- zur Schonung der Umwelt und des Ortsbilds bei der Durchführung von Baumaßnahmen,*
- zum Anteil umweltfreundlicher Antriebe, gemessen am Gesamtbestand des im Versorgungsgebiet eingesetzten Fuhrparks,*
- zum Betrieb eines Umweltmanagementsystems,*
- zur Information der Kunden über Maßnahmen zur Einsparung von Wasser.“*

f) Wasserqualität

Anders als in der Energieversorgung, in der dem Kunden Strom und Gas als homogene Güter geliefert werden, die aus vorgelagerten Netzstufen bezogen werden, kann das zur (Trink-)Wasserversorgung eingesetzte Wasser ganz unterschiedliche Qualitäten haben. Während es z. B. in der Stromversorgung nur auf die Einhaltung weniger technischer Größen wie etwa Spannung und Stromstärke ankommt, ist bei der Lieferung von Wasser eine Vielzahl von Parametern zu beachten.²³⁹ Da die Kunden von Qualitätsverschlechterungen ggfs. ganz unmittelbar betroffen würden, ist die Gemeinde gut beraten, die Wasserqualität bei der Konzessionsvergabe abzusichern. Dementsprechend ist die Wasserqualität obergerichtlich als zulässiges Wertungskriterium anerkannt.²⁴⁰ Allerdings wird eine Gleichsetzung dieses Kriteriums mit der Anforderung "Einhaltung der Trinkwasserverordnung" in der Regel nicht zu Differenzierungen zwischen Bewerbern um die Wasserkonzession führen, da damit nur eine gesetzliche

²³⁸ Vgl. OLG Düsseldorf, Fn. 2, S. 42 des Urteilsabdrucks – Stadt Übach-Palenberg –

²³⁹ Herbeck, Gemeinsame Netznutzung bei der Trinkwasserversorgung, S. 53 m.w.N.

²⁴⁰ Vgl. OLG Hamm, Urteil vom 26.09.2012, Fn. 199, S. 27 des Urteilsabdrucks – Bad Sassendorf –

Pflicht wiederholt würde, die in Deutschland auch von allen WVU ohnehin beachtet wird. Es bietet sich daher eher an, die Einhaltung der qualitativen Vorgaben der Trinkwasserverordnung als Mindestbedingung für alle Bieter vorzugeben.²⁴¹ Da die in der Trinkwasserverordnung vorgesehenen Parameter meist nicht nur knapp eingehalten, sondern vielfach deutlich unterboten werden²⁴², reicht selbst das als Mindestbedingung ggfs. nicht aus. Um einer Verschlechterung der Trinkwasserqualität vorzubeugen sollte die Gemeinde überlegen, mit einem gewissen Sicherheitsabstand „schärfere“ Werte vorzugeben, wenn diese z. B. von dem bisherigen WVU seit Jahren dauerhaft eingehalten werden konnten. Unter Umständen kann sie dadurch zu Differenzierungen zwischen den Angeboten der Bieter beitragen, wenn diese sich nicht alle die Erfüllung aller Anforderungen einheitlich zutrauen.

Hiervon ausgehend haben die Gemeinden bei wettbewerblichen Konzessionsvergaben bisher vor allem die in der Trinkwasserverordnung nicht geregelte Wasserhärte als Wertungskriterium festgelegt. Entweder in dem Sinne, dass der bisher gemessene Härtegrad auch in Zukunft nicht überschritten werden darf, oder in der Weise, dass höhere Härtegrade weniger Punkte in der Wertung der Angebote erzielen können als geringere Grade bei "weichem" Wasser. Die Härte des Wassers wird gebräuchlicherweise anhand der Wasserhärtebereiche nach dem Wasch- und Reinigungsmittelgesetz²⁴³ bestimmt, das in seinem § 9 Abs. 2 nach dem Gehalt an Calciumcarbonat zwischen den Härtebereichen weich, mittel und hart differenziert. Obwohl sämtliche Wässer innerhalb dieser Bandbreite zur Trinkwasserversorgung eingesetzt werden dürfen, ist es zulässig, wenn die Gemeinde bei der Entscheidung über die Konzessionsvergabe gelegentlich auch als „Komfortwasser“²⁴⁴ bezeichnetes weicherer Wasser gegenüber hartem Wasser präferiert. Als sachliche Gründe für diese Differenzierung werden die bei weicherem Wasser erhöhte Langlebigkeit von Rohren und Armaturen beim Kunden²⁴⁵, die Reduktion der Waschkraft von Reinigungsmitteln und Seifen und die geringere Schlierenbildung und Geschmacksbeeinträchtigung bei Tee- und Kaffeewasser etc. genannt.²⁴⁶ Letztlich wird eine Entlastung des Abwassers durch Einsparung von Waschmitteln erreicht. So hat das OLG Düsseldorf im Fall Übach-Palenberg²⁴⁷ die Bewertung eines Konzessionsangebots mit mittlerem Härtegrad mit der Hälfte der Punkt-

²⁴¹ Vgl. OLG Düsseldorf, Fn. 2, S. 27 des Urteilsabdrucks – Stadt Übach-Palenberg –

²⁴² Vgl. UBA, Rund um das Trinkwasser, S. 24.

²⁴³ Gesetz über die Umweltverträglichkeit von Wasch- und Reinigungsmitteln vom 17.07.2013, BGBl. I, S. 2538.

²⁴⁴ Griesbach, Gewährleistungsverantwortung, S. 148

²⁴⁵ OLG Hamm, Fn. 199, Rn. 70 – Bad Sassendorf –

²⁴⁶ Vgl. OLG Düsseldorf, Fn. 2, Blatt 6 des Urteilsausdruckes – Stadt Übach-Palenberg –

²⁴⁷ Fn. 2, Blatt 40 / 41 des Urteilsausdrucks

zahl gegenüber dem Angebot mit weichem Wasser für das Kriterium der Wasserqualität als zulässig erachtet. Bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse zu den Endverbrauchern des Trinkwassers einschließlich der Erhebung von Gebühren würde allerdings der kommunalabgabenrechtliche Grundsatz der Erforderlichkeit der Gemeinde bei der Umlage der Kosten der Wasserenthärtung bzw. eines Bezugs von teurerem Komfortwasser Grenzen setzen²⁴⁸. Diese äußeren Ermessungsgrenzen sollten dann auch bei privatrechtlicher Ausgestaltung und Einschaltung eines Dritten als Versorgungskonzessionär berücksichtigt werden, da das WVU versuchen wird, evtl. Mehrkosten an den Endverbraucher weiterzureichen.²⁴⁹

Von der Bestimmungsfreiheit der Gemeinde als Konzessionsgeberin noch gedeckt sein soll auch eine Vergabe sein, in der allein die Sicherung einer gleichbleibenden Wasserhärte in der Angebotswertung in Bezug auf die Wasserqualität berücksichtigt wird. Dies soll jedenfalls dann gelten, wenn die an dieser Stelle schlechtere Bewertung durch den Bewerber an anderer Stelle ausgeglichen werden kann.²⁵⁰ Die letztgenannte Einschränkung bezeichnet (und löst für den vom Oberlandesgericht Düsseldorf konkret entschiedenen Fall) den Konflikt, den die Forderung nach Komfortwasser im Verfahren zur wettbewerblichen Konzessionsvergabe auslösen kann: Die Gemeinde kann hohe Anforderungen stellen, insbesondere auch höhere Anforderungen als die TrinkwasserVO, ohne jedoch willkürliche oder diskriminierende Erwägungen und Anforderungen anstellen zu dürfen. Diskriminierende Wirkungen gegenüber Wettbewerbern, die nur über Wasserquellen mit höheren Härtegraden verfügen, liegen bei zu engen Vorgaben zur Trinkwasserqualität allerdings nahe.

Von Bedeutung können aber auch Trübungen oder ein niedriger Gehalt von Chlor und Nitraten sein²⁵¹. Sonstige Parameter, z. B. aus dem Katalog der versorgenden Leistungen der Wasserversorger, können bei der Entscheidung ebenfalls berücksichtigt werden. Erforderlich sind entsprechende sachbezogene Überlegungen der Gemeinde, die in der Vergabeakte zu dokumentieren sind. Die Aufwendungen für die Erbringung dieser überobligatorischen Leistungen wären dann von der Kartellbehörde auch als gerechtfertigte Kostenursachen anzuerkennen. „Maßnahmen zur Umwelt- und Gesundheitsvorsorge sowie zur Gewährleistung der Versorgungs- und Anlagensicherheit, die

²⁴⁸ Griesbach, Gewährleistungsverantwortung, S. 148 / 149.

²⁴⁹ Vgl. auch BKartA, Beschl. Vom 04.06.2012, Beck RS 2013, 10697, Rn. 293.

²⁵⁰ OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.06.2018, Blatt 27 / 28 des Urteilsabdrucks, gegen LG Köln, Urteil vom 01.12.2016, Rn. 87 des Urteilsabdrucks – Stadt Übach-Palenberg –; Schröder, NVwZ 2017, 504, 509.

²⁵¹ So LG Köln, Urteil vom 1.12.2016, Rn. 86 – Stadt Übach-Palenberg –.

Wasserversorger nach Maßstäben, die über das hoheitlich geforderte Maß hinausgehen, erbringen, (sind) im Rahmen von Wirtschaftlichkeits- und Kostenprüfungen dem Grunde nach anzuerkennen, solange kein eklatantes Missverhältnis zwischen Aufwand und Nutzen besteht.“²⁵²

g) Versorgungssicherheit

An der Zulässigkeit dieses Kriteriums ist in Anbetracht der Verankerung des Ziels der "möglichst sicheren Versorgung" in § 31 b Abs. 4 GWB nicht zu zweifeln. Seine Bedeutung wurde in den letzten, durch eine sommerliche Dürre gekennzeichneten Jahren noch einmal unterstrichen. Konstruktion, Zustand und Qualität von Wassernetzen sind in ihren Konsequenzen für die wettbewerbliche Vergabe durch Gemeinden allerdings deutlich schlechter erforscht als Strom- und Gasnetze.²⁵³ Aufgrund der großen Entscheidungsspielräume bei der Vergabe von Konzessionen in der Wasserwirtschaft können die Gemeinden grundsätzlich das Gewicht dieses Kriteriums und ggfs. seiner Unterkriterien frei festlegen, soweit sie nicht die Grenze zur Willkür überschreiten; die in den Leitsätzen und den Entscheidungen zum Energierecht entwickelten und diskutierten "Faustformeln" zur Ausgestaltung und Gewichtung (z. B. Gesamtziele nach § 1 EnWG $\geq 50\%$, Einzelziel "Sicherer Netzbetrieb" $\geq 25\%$)²⁵⁴ müssen nicht übernommen werden.

Ein zentrales Element der Versorgungssicherheit ist in der Praxis die Etablierung eines integrierten und individualisierten Asset-Managements, das ggfs. auf Kennzahlenvergleiche in der Branche zurückgreift. Relevante Kennzahlen betreffen zum Beispiel die realen Wasserverluste, die Anzahl der Leitungsschäden oder die Netzerneuerungsrate²⁵⁵.

Neben den in diesem Leitfaden eigenständig behandelten Themen wie „Wasserqualität“, „Investitionstätigkeit“ und „Zertifizierung“ kommen als Unterkriterien der Versorgungssicherheit vor allem folgende Themen in Frage:

²⁵² Bundesministerium / Bundesgesundheitsministerium, Katalog versorgender Leistungen der Wasserversorger, 2014, Präambel.

²⁵³ Steinfels / Strehl / Hoffian / Hein, IR 2011, 303

²⁵⁴ So etwa KG Berlin Urt. Vom 04.04.2019, RdE 2019, 353, 358 zur Stromversorgung.

²⁵⁵ Vgl. Landesregierung NRW, Benchmarking – Projekt, Ergebnisbericht 2018 / 2019, S. 25 ff.

aa) Personelle Ausstattung

Gefordert werden können Verpflichtungen zur Anzahl und zur Qualifikation der beim Betrieb des örtlichen Verteilnetzes eingesetzten Mitarbeiter. Beispielsweise kann erforderlich sein, dass eine bestimmte Anzahl von Ingenieuren oder Meistern mit vorgegebenen Fachrichtungen und Qualifikationen zur Verfügung stehen. Inwieweit muss das Personal vor Ort arbeiten?²⁵⁶ Muss ein Beschäftigungsverhältnis zum Konzessionär bestehen oder darf dieser auf Unterauftragnehmer zurückgreifen?²⁵⁷ Welche Spezialkompetenzen wie Sicherheitsingenieur oder Datenschutzbeauftragter können eingebracht werden? Welches Konzept für Weiterbildungsmaßnahmen und Fachkunde-Schulungen sagt der Bewerber in seinem Angebot zu?

Bei sog. Newcomern könnte die Gemeinde mindestens die Vorlage plausibler Personal- und Betriebskonzepte mit Zeitplänen, Nachweispflichten und ggfs. Sanktionen bei Nichteinhaltung vorsehen.

bb) Netzbewirtschaftung

Häufig werden die Bewerber aufgefordert, in einem Konzept darzulegen, wie der ordnungsgemäße Netzbetrieb (weiter) dauerhaft sichergestellt werden soll. Ein solches Konzept kann u. a. Angaben zu den vorgesehenen Betriebsstandorten, zu den Einspeisepunkten des Wassers in das Ortsverteilstromnetz, zu den Druckverhältnissen und zu den Fließrichtungen, zu Speicherbehältern und Druckerhöhungsanlagen etc. etc. beinhalten, jeweils bei Vertragsbeginn und in der Entwicklung während der Vertragslaufzeit. Genügt seine eigene technische Ausstattung und Planungskompetenz, um eine qualitativ hochwertige Netzbewirtschaftung durchzuführen? Verfügt er über ein Instandhaltungsmanagement-System und ein Assetmanagement-System zur Optimierung der Wartungs- und Instandhaltungsmaßnahmen?

Gleichzeitig muss die Gemeinde prüfen, ob und wie sie während der Vertragslaufzeit die Leistungen ihres Vertragspartners bei der Netzbewirtschaftung messen und kontrollieren möchte. In Frage kommen Kennzahlen wie die Höhe der Wasserverluste im Rohrnetz (durch Vergleich der Abgabemenge mit der eingespeisten

²⁵⁶ Vgl. Schröder, NVwZ 2017, 504, 509 und sogleich Kapitel III.4. g) dd. Zur fehlenden Relevanz des Unternehmenssitzes vgl. die Antwort der BReg auf die kleine Anfrage der FDP vom 23.10.2020, BT-Drs- 19 / 25620, zur Frage 16.

²⁵⁷ Siehe unten Ziffer III.4.k)

Menge)²⁵⁸ die Anzahl und Schwere von Rohrbrüchen (Grad der Betroffenheit der Endverbraucher, Zeitraum bis zur Reparatur) und ähnliche Parameter.

cc) Hygienekonzept

Zur Sicherstellung der Trinkwasserqualität sollte der Bewerber darstellen, mit welchen technischen, betrieblichen und organisatorischen Maßnahmen er bei der Bewirtschaftung des örtlichen Verteilnetzes sicherstellt, dass jederzeit und bei jedem (Trinkwasser-)Endverbraucher die Vorgaben der Trinkwasserverordnung eingehalten werden. Welche Maßnahmen trifft er über das gesetzliche Maß hinaus? Setzt er ein betriebliches Hygienekonzept um betreffend Werkstoffauswahl und Materiallagerung, betreffend die Arbeitsverfahren bei Hausanschluss- und Netzbaumaßnahmen sowie bei Wartungsarbeiten und betreffend Ort und Häufigkeit von Kontrolluntersuchungen? Welche Parameter werden analysiert und den Behörden bzw. der Öffentlichkeit bei Auffälligkeiten wie schnell mitgeteilt?

dd) Störfallkonzept

Die Bewerber sollten ein Konzept vorstellen, wie bei Störfällen von der ersten Meldung bis zur endgültigen Beseitigung der Betriebsstörung Prozesse organisiert sind und planmäßig ablaufen: Wer meldet die Störung? Wer nimmt die Meldung entgegen, wer entscheidet über Maßnahmen? Wie erfolgt die Reaktion im Normalbetrieb, wie erfolgt sie unter Inanspruchnahme des Bereitschaftsdienstes? Welche technische Ausstattung (Fuhrpark, Geräte, Materialien, Systeme, wesentliche Einrichtungen) und welche personelle Ausstattung (Anzahl und Qualifikationen der zu welchen Zeiten zur Verfügung stehenden Mitarbeiter) stehen für die Beseitigung von Störfällen zur Verfügung? Welche Wassereinspeisungen und welche relevanten Leitungen sind redundant vorhanden, über wie viele Stunden kann die Wasserversorgung im Falle eines Stromausfalls aufrechterhalten werden? Wie kann im Brandfall eine ausreichende Löschwasserversorgung ohne Beeinträchtigung des normalen Netzbetriebs aufrechterhalten werden? Wie agiert das Störfallmanagement, wenn mehrere Störungen gleichzeitig im Versorgungsgebiet auftreten? Zur besseren Vergleichbarkeit der Angebote untereinander können die Bewerber z. B. aufgefordert werden, eine maximale Reaktionszeit zwischen der ersten Meldung eines Schadensereignisses bis zum Eintreffen ihrer Mitarbeiter vor Ort zuzusagen. Die Anforderung, dass spätestens 30 Minuten nach Eingang der Störmeldung Mitarbeiter des WVU mit den erforderlichen Geräten, Materialien und Betriebsmitteln

²⁵⁸ Schröder, NVwZ 2017, 504, 509.

zur Fehlerbeseitigung an der Einsatzstelle eintreffen sollen, ist beim Betrieb von Wasserleitungen nicht zu beanstanden.²⁵⁹

ee) Notversorgungskonzept

Während das Störfallkonzept Krisenfälle beim Betrieb des örtlichen Verteilnetzes abdecken soll, thematisiert die Notversorgung mögliche Krisen auf der vorgelagerten Stufe der Wasserförderung und -aufbereitung bzw. bei der Belieferung des Netzes. Obwohl diese Stufe nicht zum eigentlichen Aufgabenkreis des Konzessionärs als Netzbetreiber gehört, sollte die Gemeinde aus ihrer Gewährleistungsverantwortung heraus auch die sich hier naturgemäß ergebenden Schnittstellen berücksichtigen und in die Vergabe mit einbeziehen.²⁶⁰ So könnte sie die Bewerber zu einem Konzept auffordern, in dem diese darlegen, wie diese im Normalbetrieb, aber eben vor allem auch in Notfällen (wie z. B. bei Auftreten einer sommerlichen Dürre) eine nach Menge und Qualität sichere Wasserbeschaffung gewährleisten wollen. Aus welchem Wasserdargebot – oder besser – aus welchen Wasserdarboten kann der Bedarf des Versorgungsgebiets in ausreichender Menge und mit ausreichendem Druck für die Laufzeit des zur Vergabe gestellten Konzessionsvertrages bewerkstelligt werden? Entspricht die Qualität des gelieferten Wassers (nach Aufbereitung) der Trinkwasserverordnung und ggfs. weiteren Anforderungen.²⁶¹ Werden bei der Trinkwasseraufbereitung naturnahe Verfahren angewandt, wird auf eine chemische Desinfektion verzichtet? Werden umweltfreundliche Betriebsstoffe eingesetzt? Wird die Wasserförderung und -aufbereitung rund um die Uhr überwacht?

Wie wird bei einem möglichen Ausfall des primären Wasserwerks eine Ersatzversorgung sichergestellt, wie lange und mit welchem Volumen? Ist eine Notstromabsicherung vorhanden? Kann im Havariefall auf Lieferungen Dritter zurückgegriffen werden und liegen dazu entsprechende Verpflichtungen Dritter vor?

Im Rahmen von Benchmarking-Projekten wird als Kennzahl etwa die „Nutzung der verfügbaren Ressourcen am Spitzentag“ beleuchtet. Danach kann beurteilt werden, ob auch bei zeitlich begrenzten hohen Abnahmemenge (z. B. an heißen Som-

²⁵⁹ OLG München, Beschluss vom 11.04.2013, Az. Verg 03/13, Rn. 35 und 42, zu einem technischen Betriebsführungsvertrag.

²⁶⁰ Die Zulässigkeit solcher Anforderungen hat das OLG Düsseldorf im Fall Übach-Palenberg, Fn. 2, Blatt 38/39 des Urteilsabdrucks, anerkannt.

²⁶¹ Siehe oben Ziffer III.4.f)

mertagen) ausreichend Trinkwasser für die Versorgung der Bevölkerung zur Verfügung steht. Der in der Branche etablierte Richtwert liegt bei 75 %, muss aber im Einzelfall wegen ggfs. zusätzlicher Speicherkapazitäten, flexibler Bezugsvereinbarungen mit einem Vorlieferanten bei Fremdbezug oder Absprachen mit Nachbargemeinden jeweils hinterfragt werden.²⁶²

h) Zertifizierungen

Unternehmen der deutschen Wasserwirtschaft haben schon immer an Verfahren zur Zertifizierung teilgenommen. Insoweit knüpft die Verwendung dieses Kriteriums in Wettbewerben um neue Konzessionsverträge in der Branche an Bekanntes und Bewährtes an. Dabei können Zertifikate schon in der Eignungsprüfung der Bewerber bei der fachlichen Qualifikation zwingend vorausgesetzt werden oder (weitere) Zertifikate werden bei der fachlichen Qualifikation zwingend vorausgesetzt oder (weitere) Zertifikate werden bei der Auswahl des besten Bewerbers mit Punkten in einer Bewertungsmatrix prämiert. Letzteres kommt insbesondere bei mehr oder weniger weitgehenden Zusagen der Bieter zu künftigen Zertifizierungen in Frage.²⁶³ Dann sind sie quasi ein Unterkriterium zum Hauptkriterium der Versorgungssicherheit. Je nach Vorgabe der Gemeinde müssen die Zertifizierungen vom Bieter oder können (teilweise) auch von einem Unterauftragnehmer des Bieters stammen. Die Gemeinde kann dann die Vorlage entsprechender Verpflichtungserklärungen des Unterauftragnehmers verlangen, wenn der Bieter um die Wasserversorgungskonzession sich auf dessen Leistungsfähigkeit berufen möchte.²⁶⁴ Sowohl die durch die Vorlage entsprechender Zertifikate bzw. Verpflichtungserklärungen Dritter mögliche Rückschau auf das konkrete Leistungsniveau des WVU in der Vergangenheit als auch die ggfs. durch ausdrückliche Zusagen und vertragliche Bestimmungen spezifizierten und messbar gemachten Leistungen sowie die Pönalisierung einer mangelhaften Erfüllung des zugesicherten Leistungsniveaus für die gesamte Laufzeit des nun abzuschließenden Konzessionsvertrages können von Bedeutung sein. Mögliche Themen der Zertifizierung sind heutzutage insbesondere funktionierende Managementsysteme des WVU für Qualität, Umwelt, Energie, Arbeitsschutz oder Risikomonitoring, wobei solche Managementfelder zum Teil auch wieder in integrierten Managementsystemen zusammengefasst geprüft werden. In den letzten Jahren neu hinzugetreten ist die Zertifizierung des Risiko- und Sicherheitsmanagements mit Betonung der IT-Sicherheit.

²⁶² Landesregierung NRW, Benchmarking-Projekt, Ergebnisbericht 2018 / 2019, S. 24.

²⁶³ Vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.06.2018, Fn. 2, Blatt 37 des Urteilsabdrucks – Stadt Übach Palenberg –

²⁶⁴ OLG Düsseldorf, ebenda

i) Verbraucherfreundlichkeit

Das Ziel einer verbraucherfreundlichen Versorgung spielt in der Praxis eine große Rolle, obwohl es im Wasserrecht und den §§ 31 ff. GWB keine Erwähnung findet. Die Anwendung dieses Auswahlkriteriums ist somit zwar nicht vorgeschrieben, aber nichtsdestotrotz zulässig. Es darf und kann im Rahmen der Bestimmungsfreiheit der Gemeinde bei dem Abschluss und der Durchführung von Konzessionsverträgen postuliert und durchgesetzt werden.²⁶⁵ Aus Sicht der Gemeinde handelt es sich dabei um eine „fremdnütziges“, nicht der Gemeindeverwaltung oder dem Gemeindehaushalt, sondern den Bürgerinnen und Bürgern der Gemeinde zu Gute kommendes Kriterium. Das zeigt sich etwa deutlich bei dem häufig verlangten Unterkriterium des „Kundenservice“. Unter diesem Stichwort werden häufig die Einrichtung eines Servicecenters im Gemeindegebiet inklusive Zusagen zu dessen Besetzung und Öffnungszeiten etc. verlangt. Neben die Möglichkeit der persönlichen Ansprache der Mitarbeiter des WVU in einem solchen Kundenbüro treten Zusagen des Konzessionärs zur (ständigen) telefonischen Erreichbarkeit des Bereitschaftspersonals (in Notfällen) und zur Erreichbarkeit per Internet.²⁶⁶

Neben die Verfügbarkeit für Notrufe, Anfragen und Begehren der Kunden tritt die Frage, welche Beratungsleistungen vor Ort erbracht werden sollen. Diese führt wiederum zu möglichen Anforderungen an die Qualifikation der vom WVU in seinem Kundenservice eingesetzten Mitarbeiter. Schon diese Ableitung zeigt die Bandbreite möglicher Auswahlkriterien bzw. Klauseln im Wasserkonzessionsvertrag.²⁶⁷

Ein weiterer Aspekt im Rahmen der Verbraucherfreundlichkeit ist die Schnelligkeit und der Umfang, mit der bzw. dem kundenseitig angefragte Informationen, etwa zur Wasserqualität, erteilt werden. Welche Messergebnisse werden in welchen Abständen (z. B. auf der Internetseite des WVU) veröffentlicht? Welche Parameter werden überhaupt gemessen und mit welchem Qualitätsstandard ausgewertet?

Eng verwandt mit möglichen Anforderungen an Beratungsangebote des WVU sind Vorgaben bezüglich des Beschwerdemanagements: Erreichbarkeit auf welchen Kommunikationswegen? Zeiträume für erste Rückmeldungen? Zeiträume für endgültige Antworten auf Verbraucherbeschwerden? Auch das Berichtswesen im Hinblick auf solche Beschwerden kann zum Beispiel in diesem Zusammenhang abgefragt werden. Oder der

²⁶⁵ OLG Hamm, Fn. 199, Rn. 81 des Urteilsabdrucks – Bad Sassendorf –

²⁶⁶ Zur Zulässigkeit des Kriteriums einer Anlaufstelle vor Ort OLG Stuttgart, Urteil vom 06.06.2019, Rn. 160 ff. zur Energieversorgung.

²⁶⁷ Vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.08.2019, Fn. 201, Rn. 207 zu einer Stromkonzession.

Bewerber verpflichtet sich, im Vorhinein über störende Maßnahmen offensiv zu informieren.

Beispiel für eine Verbraucherinformation zu Baumaßnahmen²⁶⁸:

„Der Bieter sagt eine schriftliche Information der betroffenen Anwohner, einen öffentlichen Aushang sowie eine Information über die lokale Presse und die Homepage des Bieters jeweils mindestens 21 Kalendertage vor Durchführung der Baumaßnahme verbindlich im Konzessionsvertrag zu. Der Bieter hält überdies eine Hotline für Rückfragen der Anwohner bereit.“

Auf die Reaktionsdauer und Bearbeitungszeit auf Seiten des WVU zielen schließlich auch Unterkriterien ab, die nach den Fristen fragen, die das WVU für die Erstellung eines Hausanschlusses nach Stellung eines entsprechenden Antrages durch den bauwilligen Endverbraucher als Eigentümer eines Grundstücks im Versorgungsgebiet fragen. Dabei wird vielfach eine Ausgestaltung dieses Kriteriums gewählt, nach der die Zusage eines kürzeren Bearbeitungszeitraums durch den Bieter höhere Punktzahlen in der Bewertung im Vergleich zu anderen Bietern begründen kann. Die Grenze für solche Anforderungen wird erst erreicht, wenn sie Bieter aus anderen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union benachteiligen. Das wäre etwa der Fall, wenn die Teilnahme des Bewerbers davon abhängig gemacht würde, dass dieser in der Region ansässig ist.²⁶⁹

Möglich, wenn auch kaum dem Zeitgeist entsprechend, erscheint etwa auch die Anforderung, dass eine Liefersperre vom WVU verhängt wird, sofern die allgemeinen Versorgungsbedingungen dauerhaft durch einen Kunden verletzt werden, weil nur auf diese Weise die übrigen versorgten „solider haftenden“ Kunden vor materiellen und qualitativen Einbußen effektiv geschützt werden können. Umgekehrt könnte die Gemeinde auch prämiieren, dass Liefersperrern nur noch selten durchgeführt werden, wenn sie größeren Wert auf – aus ihrer Sicht gegebene – soziale Erfordernisse legt.²⁷⁰ Hier bietet die Festlegung des Kriteriums Raum für kommunalpolitische Diskussionen.

Heute bereits erkennbar werden die Entwicklungen in absehbarer Zukunft in Richtung elektronische Wasserzähler gehen. Der technische Fortschritt in diesem Bereich wird

²⁶⁸ OLG Stuttgart, Urteil vom 06.06.2019, Fn. 201, Rn. 100 zur Energieversorgung.

²⁶⁹ Schröder, NVwZ 2017, 504, 508.

²⁷⁰ Zur Diskussion um die Berechtigung von Stromsperrern vgl. die Anträge der Fraktion Bündnis 90 / die Grünen, BT-Drs. 19 / 9958 und der Fraktion Die Linke, BT-Drs. 19 / 14334 sowie die Beschlussempfehlung in BT-Drs. 19 / 25669.

voraussichtlich ermöglichen, auf die alljährlichen manuellen Zählerablesungen und -meldungen nach und nach zu verzichten, was beim WVU Ableseaufwand und damit Kosten ersparen und beim Kunden ebenfalls zu einem Komfortgewinn führen könnte. Die Gemeinden könnten zukünftig diesen Trend bei der Konzessionsvergabe aufgreifen und die Bereitschaft zum Einbau und zur Verwendung elektronischer Zähler im Rahmen der Auswahlkriterien prämiieren. Inwieweit über die Erfassung des Zählerstands hinaus weitere Daten elektronisch abgelesen und ggfs. per Funk automatisiert gemeldet werden können und – unter Beachtung des Datenschutzes – werden sollen, wird (auch) von der weiteren technischen Entwicklung abhängen.

Bestimmte Aspekte der Verbraucherfreundlichkeit werden schließlich künftig vom Gesetzgeber auferlegt. Die am 16.12.2020 novellierte Trinkwasserrichtlinie EU 2020/2184²⁷¹ möchte u. a. die Verbraucher stärker für die Auswirkungen des Wasserverbrauchs sensibilisieren. Art. 17 der Richtlinie in Verbindung mit deren Anhang IV sieht daher vor, dass – ohne Antrag des Verbrauchers – Informationen zur Wasserqualität, zum Preis und zum Verbrauch etc. der Öffentlichkeit zugänglich zu machen sind. Diese Informationen werden typischerweise vom WVU zu liefern bzw. zu veröffentlichen sein. Die Trinkwasserrichtlinie ist bis zum 12.01.2023 in nationales Recht umzusetzen. Es ist abzusehen und zu empfehlen, dass ein weiterer Umsetzungsschritt in den Konzessionsverträgen zur Wasserversorgung erfolgt, indem die Gemeinden ihre Vertragspartner entsprechend zur Zuarbeit oder zur eigenen Bekanntmachung verpflichten.

j) Preisgünstigkeit

Das Auswahlkriterium „Preisgünstigkeit“ liegt für sich genommen auf der Hand. An seiner Zulässigkeit ist schon deshalb nicht zu zweifeln, weil § 31 b Abs. 4 GWB die Preisgünstigkeit der Wasserversorgung ausdrücklich zum gesetzlichen Ziel erhebt. Parallel wird aus der Gewährleistungsverantwortung der Gemeinde für die Trinkwasserversorgung allgemein hergeleitet, dass sie ihrem Bürger eine preisgünstige öffentliche Wasserversorgung zu verschaffen hat.²⁷² Auch das Kartellvergaberecht geht in § 97 Abs. 5 GWB davon aus, dass der Zuschlag im Vergabewettbewerb auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt wird, also auf das beste Preis-Leistungs-Verhältnis, wobei das nicht ausschließt, im Ausnahmefall allein auf den niedrigsten Preis abzustellen.²⁷³ Dass §

²⁷¹ Dazu Wrede, ZfW 3/2021, S. 97 ff.

²⁷² Glöckner, Kommunale Infrastrukturverantwortung, S. 176-180; Griesbach, Gewährleistungsverantwortung, S. 27.

²⁷³ Fehling in: Pünder / Schellenberg, Vergaberecht, § 97 GWB, Rn. 174; VK Lüneburg, Beschluss vom 27.04.2020, Az. VgK-04/2020.

152 Abs. 3 S. 3 GWB den Preis nicht als Zuschlagskriterium aufzählt, steht dem nicht entgegen, da es sich um eine nicht abschließende Aufzählung handelt.²⁷⁴

Auf der anderen Seite besteht weder unionsrechtlich noch nach deutschem Vergaberecht ein Gebot, dass der Preis stets ein bestimmtes prozentuales Mindestgewicht innerhalb der Auswahlkriterien erhalten müsste.²⁷⁵ Vergaberechtlich soll noch nicht einmal eine Verpflichtung bestehen, den Preis überhaupt als Auswahlkriterium zu berücksichtigen.²⁷⁶ Bei Konzessionen zur Trinkwasserversorgung ist das insofern fraglich, als sonst auf andere Weise sichergestellt werden muss, dass die Gemeinde eine preisgünstige Versorgung durch den Konzessionär gewährleisten kann. Möglich ist das etwa durch eine für alle Bieter vorgegebene konzessionsvertragliche Bindung der Endverbraucherpreise an die kartellrechtlichen Vorgaben, insbesondere an die bei einem rationellen Betrieb der Wasserversorgung entstehenden Selbstkosten des WVU, vgl. § 31 Abs. 4 Nr. 3 GWB. Stattdessen oder daneben könnte die Gemeinde durch den (Entwurf des) Konzessionsvertrag(s) dem WVU auch auferlegen, dauerhaft an einem geeigneten Benchmarking teilzunehmen und dort im Preis-Leistungs-Vergleich nicht schlechter als der Durchschnitt mit ihm vergleichbarer Unternehmen abzuschneiden.

aa) Bezugspunkt des Preiskriteriums

Steht die Tür für die Anwendung des Kriteriums Preisgünstigkeit demnach grundsätzlich offen und entscheidet sich die Gemeinde nach ihrem freien Ermessen dazu, davon Gebrauch zu machen, stellen sich allerdings bei seiner Anwendung als Auswahlkriterium im wettbewerblichen Verfahren eine ganze Reihe von Problemen. Zunächst stellt sich die Frage nach dem Bezugspunkt:

- Gewährt die Gemeinde dem WVU für die Durchführung der öffentlichen Wasserversorgung Zuschüsse, könnte ein Zuschlagskriterium gebildet werden, das auf die Höhe des Zuschusses abstellt. Die Bieter wären dann aufgefordert, einen möglichst niedrigen Betrag zu nennen, den sie in ihrem Angebot für die Leistungserbringung voraussetzen würden. Das Angebot mit dem geringsten Zuschussbedarf würde in dieser Kategorie die höchste Zahl an Wertungspunkten erhalten. Die rechtliche Zulässigkeit einer solchen Gestaltung, die überdies auch noch recht einfach handhabbar wäre, ist anerkannt.²⁷⁷ Auch macht der Zu-

²⁷⁴ Müller-Wrede in: Müller-Wrede / Braun, KonzVgV, § 31, Rn. 29.

²⁷⁵ Fehling, Fn. 272, Rn. 185.

²⁷⁶ Müller-Wrede in: Müller-Wrede / Braun, KonzVgV, § 31, Rn. 35.

²⁷⁷ Müller-Wrede in: Müller-Wrede / Braun, KonzVgV, § 31, Rn. 30.

schuss, solange er nicht prägend für die Geschäftsbeziehung wird, den Konzessionsvertrag nicht zu einem öffentlichen Auftrag im vergaberechtlichen Sinne, da § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB neben dem Recht zur Verwertung der Dienstleistung ausdrücklich auch noch eine Zahlung als Gegenleistung zulässt, ohne dass sich die Einordnung als Konzession ändern müsste.²⁷⁸ In den meisten Fällen wird aber die tatsächliche Grundlage für diese Gestaltungsmöglichkeit fehlen, da Zuschüsse der Gemeinde an das WVU zu dessen Leistungserbringung in der deutschen Wasserwirtschaft kaum bzw. kaum mehr geleistet werden.

- Scheidet die Höhe von Zuschüssen der Gemeinde in der Praxis in aller Regel als Preiskriterium aus, kann auch nicht umgekehrt auf die Höhe möglicher Zahlungen des Konzessionärs an die Gemeinde ausgewichen werden. In der Wasserversorgung sind solchen Zahlungen und vergleichbaren Leistungen des WVU für die Gemeinde durch das Konzessionsabgabenrecht enge Grenzen gezogen.²⁷⁹ Da wie erwähnt in aller Regel der Höchstsatz der Konzessionsabgaben vereinbart und gezahlt wird, ist das Kriterium nicht geeignet, Angebote der Bieter voneinander zu unterscheiden.
- Damit bleibt im Ergebnis nur der Endverbraucherpreis als mögliches Zuschlagskriterium in der Kategorie Preis.²⁸⁰ Dabei ist zu beachten, dass in aller Regel neben dem Grund- und Arbeitspreis gemäß dem Allgemeinen Tarif das WVU auch Baukostenzuschüsse gemäß § 9 AVBWasserV von den Endverbrauchern erheben wird.²⁸¹ Wenn man sie und die Hausanschlusskosten nach § 10 Abs. 4 AVB WasserV einbezieht, erschwert das einen Preisvergleich erheblich.²⁸² So weichen die Preissysteme in der Praxis der Wasserversorgung im Einzelnen durchaus voneinander ab. Sinnvollerweise kann nur die Gesamtbetrachtung der laufenden Entgelte mit den einmalig zu leistenden Baukostenzuschüssen (und ggfs. Kostenerstattungen) der Kunden des WVU ein vollständiges Bild der Entgeltseite ergeben.²⁸³ Dabei hätte es im Sinne der Gewährleistungsverantwortung der Gemeinde wenig Sinn, nur auf die Gesamtsumme der Entgelte im ersten Vertragsjahr des neu zu vergebenden Konzessionsvertrages zu blicken;

²⁷⁸ Vgl. im Einzelnen Wollenschläger in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 105 GWB, Rn. 68-70.

²⁷⁹ Vgl. oben Ziffer II. 7.

²⁸⁰ Byok / Dierkes, RdE 2011, 394, 402 m.w.Nw. und bereits oben Ziffer II.4.

²⁸¹ Siehe oben Ziffer II. 4 zur AVBWasserV

²⁸² BGH, Beschluss vom 2.02.2010, Rn. 40 des Urteilsabdrucks – Wasserpreis Wetzlar –

²⁸³ Offener dagegen OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.08.2016, Rn. 179, zur Vergabe einer Stromkonzession.

eine objektive Bewertung müsste vielmehr so aufgebaut werden, dass die Entgelthöhe in allen Vertragsjahren zählt und so eine der langen Vertragsdauer der Konzession entsprechende dauerhafte Entgeltbegrenzung erreicht wird. Regelmäßig wird es dann sinnvoll sein, den „Preisvergleich“ der einzelnen Angebote auf Typfälle zu beziehen, soweit die (Landes-)Kartellbehörden bei der Ausübung ihrer Funktion als Preisaufsicht auf diese zurückgreifen.

Wenn die gemeindliche Verantwortung für die Preisgünstigkeit der Wasserversorgung so verstanden und gelebt wird, handelt es sich um eine altruistische Ausrichtung des Preiskriteriums in der Hand der konzessionsvergebenden Gemeinde. Der Gemeindegänger, die Gemeindegängerin könnten vom preislich günstigeren Angebot profitieren, indem die Preise für seine Belieferung mit Wasser „im Wettbewerb“ ermittelt würden. In der Praxis gibt es dafür bisher wenig Beispiele, womöglich auch deshalb, weil die Gemeinde bei zu strikten Vorgaben für die Entgelthöhe ihrem eigenen Haushalt mögliche Einnahmen vorenthält: Die Höhe der ihr ggfs. zustehenden Konzessionsabgaben hängt auch von der Summe der Entgelte ab, die das WVU bei den Kunden im Gemeindegebiet erzielt.²⁸⁴

bb) Preisprognosen

Größere Probleme als die Definition des richtigen Bezugspunktes dürfte das Preiskriterium aufgrund der typischerweise besonders langen Vertragsdauer der Konzessionsverträge zur Wasserversorgung aufwerfen, wenn der Bieter – wie schon angeklungen - Aussagen zur Preisentwicklung in späteren Vertragsjahren treffen soll.

Genau und verbindliche Angaben der Bieter zur Entgelthöhe in den späteren Vertragsjahren zu erlangen dürfte eine eher unrealistische Forderung sein, da die Entwicklung der Tarife und Baukostenzuschüsse naturgemäß von einer Vielzahl von Faktoren abhängt, die im Zeitpunkt des wettbewerblichen Auswahlverfahrens für alle Beteiligten nur eingeschränkt kalkulierbar sind. Weicht die Gemeinde deshalb für solche späteren Jahre darauf aus, dass die Bieter für mittel- und langfristige Planungszeiträume nur noch unverbindliche Prognosen anzubieten haben, führt das zu Problemen bei der Angebotswertung. Zwar bestehen keine grundsätzlichen Bedenken, einerseits das aktuelle Entgelt bei Vertragsbeginn der neuen Konzessionsvereinbarung und andererseits das künftige Entgelt in Form einer Prognose in

²⁸⁴ Siehe oben Ziffer II. 7.

der Angebotswertung zu berücksichtigen²⁸⁵; für das Kartellvergaberecht ist allerdings anerkannt, dass ein (Prognose-)Kriterium, das keine effektive Kontrolle der Richtigkeit der Angaben der Bieter ermöglicht, gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßen kann, weil die Transparenz und Objektivität des Verfahrens beeinträchtigt sein kann²⁸⁶.

cc) Abhängigkeit von einer Leistungsbeschreibung

Das Hauptproblem der Anwendung der Preisgünstigkeit als Auswahlkriterium mit Differenzierungswirkung besteht aktuell darin, dass Konzessionsverträgen zur Wasserversorgung in aller Regel keine detaillierte Leistungsbeschreibung zugrunde liegt, die Preisversprechen der Bieter zu Recht bewertbar machen könnten²⁸⁷. Denn nur wenn der Bieter an seinen anfangs im Wettbewerbsangebot gemachten Versprechungen auch in späteren Vertragsjahren, wenn er unter Kostendruck gerät, Punkt für Punkt festgehalten werden kann, kann die Verpflichtung auf Höchstpreise im Auswahlverfahren Sinn machen. Die Günstigkeit eines Preises lässt sich nämlich nur vor dem Hintergrund des Leistungsspektrums, das für diesen Preis erbracht wird, bewerten. Das vorrangige Ziel kann es nicht sein, den Preis – gleichsam als Selbstzweck – so gering wie möglich zu halten. Insofern ist der vom Gesetz verwendete überkommene Begriff der „Preisgünstigkeit“ in der Sache eher als Gebot der „Preiseffizienz“ zu lesen und umzusetzen.

Detailliertere Leistungsbeschreibungen für eine technisch und betrieblich komplexe, auf Jahrzehnte angelegte Versorgungsaufgabe sind jedoch nahezu unmöglich. Soweit Leistungsbeschreibungen überhaupt erstellt werden, weicht die Praxis der Wasserversorgung deshalb auf funktionale Leistungsbeschreibungen aus. Diese sind isoliert betrachtet zwar vergaberechtlich zulässig; die Rechtsprechung zur Vergabe öffentlicher Aufträge stellt aber jedenfalls für Vergaben mit dem Preis als einziges Zuschlagskriterium die Anforderung auf, dass die zu vergebende Leistung hinreichend genau und nicht lediglich funktional beschrieben worden ist²⁸⁸. Ob diese Einschränkung auf die Vergabe von Konzessionen übertragen werden muss, ist aktuell umstritten²⁸⁹, die weitere Übertragbarkeit dieses Gedankens auf

²⁸⁵ So OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 03.11.2017, RdE 2019, 135, 138 zum Netznutzungsentgelt bei einer Stromkonzession; ebenso OLG Stuttgart, Urteil vom 06.06.2019, Fn. 201, Rn. 153 zu einer Energiekonzession.

²⁸⁶ So EuGH, NVwZ 2004, 201 (204) – Wienstrom –; Schröder, NVwZ 2017, 504, 509.

²⁸⁷ Siehe oben Ziffer III.

²⁸⁸ VK Niedersachsen, Beschluss vom 12.06.2015, Az. VgK 17/2015; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.06.2018, VZZ-Verg. 59/17.

²⁸⁹ Müller-Wrede in: Müller-Wrede / Braun, KonzVgV, § 31, Rn. 32 m.w.N.

die Konzessionsvergabe außerhalb des Kartellvergaberechts nicht entschieden.

dd) Preisanpassungsmechanismen

Die bei der Verwendung eines Auswahlkriteriums Preiswürdigkeit dargestellten drohenden Schwierigkeiten sprechen dafür, in diesem Bereich Vorsicht walten zu lassen. Bisher wird demgemäß der Endverbraucherpreis bzw. die langjährige Preisentwicklungsprognose kaum als Kriterium für die Auswahl zwischen konkurrierenden Angeboten angewendet. Eher wird darauf gesetzt, einen bestimmten Preis – etwa die bei Beginn des Auswahlverfahrens geltenden Tarife und Baukostenzuschüsse – als Ausgangspunkt für alle Bieter festzulegen und für deren in Folgejahren erforderlich werdende Anpassungen Mechanismen zur Entgeltänderung festzulegen. Solche Mechanismen sollen verhindern, dass die Preisentwicklung ins Belieben einer Partei gestellt wird: Würde sie allein von der Entscheidung der Gemeinde abhängig gemacht, droht regelmäßig eine (lokal-)politisch gesteuerte Niedrigpreisentwicklung, unter der mittel- und langfristig die Qualität der Wasserversorgung leiden müsste. Bleibt die Entscheidung allein beim WVU, bestehen Korrekturmöglichkeiten und Bremsen immerhin darin, dass die Endverbraucher die Billigkeit des Wasserpreises nach § 315 Abs. 1 und 3 BGB vor den Zivilgerichten einklagen können und dass die Kartellbehörden als Missbrauchsaufsicht eine Preiskontrolle ausüben. Sollen darüber hinaus Festlegungen zur Preisanpassung im Konzessionsvertrag erfolgen, bieten sich – wie schon erwähnt – als inhaltlicher Maßstab die Kosten der rationellen Betriebsführung (einschließlich eines angemessenen Gewinnzuschlags) im Sinne des § 31 Abs. 4 Nr. 3 GWB an, während gleichzeitig auch die Verfahrensweise geregelt werden kann, wie die Tarife usw. geändert werden. Entsprechende vertragliche Bestimmungen sollten, (nur) dem Rechtsgedanken des § 132 Abs. 2 Nr. 1 GWB folgend, als klare, genaue und eindeutig formulierte Überprüfungsklauseln ausgestaltet sein, die Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen möglicher Preisanpassungen enthalten. In der Praxis verbreitet sind zum Beispiel Preisanpassungsmechanismen, die darauf abstellen,

- wie die allgemeine Inflation oder etwa die Wasserpreise im Landesdurchschnitt sich künftig entwickeln („Preisgleitklausel“),
- wie die Kostenbasis des WVU bei der Durchführung der Wasserversorgung im Stadtgebiet sich verändert. Maßstab können hier – nicht aufgrund gesetzlichen

Zwangs, aber auf Basis freiwilliger Vereinbarungen – etwa die nach dem öffentlichen Preisrecht ansetzbaren Selbstkosten gemäß den LSP sein²⁹⁰. Möglich erscheint auch eine Anlehnung an eine der Kalkulationsmethoden, wie sie im BDEW-Leitfaden zur Kalkulation von Wasserpreisen zur Ermittlung der Selbstkosten vorgeschlagen werden,²⁹¹

- dass ein möglichst neutraler Gutachter (z. B. der Abschlussprüfer des WVU) mögliche Preisanpassungsbegehren des Konzessionärs bewerten darf,
- dass ein paritätisch besetztes Schiedsgericht über die Zulässigkeit von Preisanpassungen entscheidet,

Beispiel:

„Wenn aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen der bei Vertragsbeginn geltende oder der spätere festgesetzte „Allgemeine Tarif“ (aus Grund- und Arbeitspreise der Wasserversorgung sowie Baukostenzuschüssen zusammengesetzt) die erforderlichen Kosten einer rationell betriebenen Wasserversorgung ohne Verschulden des ... [WVU] nicht mehr deckt, kann jeder Vertragspartner eine Anpassung an die eingetretenen veränderte Verhältnisse verlangen. Können sich die Vertragspartner nicht innerhalb von drei Monaten über die Höhe der Anpassung verständigen, kann jeder das Schiedsgericht anrufen, das in diesem Falle nach Anhang ... zu diesem Vertrag zu konstituieren ist. Das Schiedsgericht entscheidet über die begehrte Anpassung endgültig unter Ausschluss des ordentlichen Rechtswegs.“

- dass bei WVU mit kommunaler Mehrheitsbeteiligung oder im Alleineigentum der Gemeinde dem Aufsichtsrat die Bestimmung zu möglichen Tarifierhöhungen (oder deren Verweigerung) zugewiesen wird.

Alle diese Orientierungsmaßstäbe und Methoden der Preisfindung sind natürlich miteinander kombinierbar oder durch weitere Vorkehrungen ergänzbar.

²⁹⁰ Vgl. Dierkes / Hamann, Öffentliches Preisrecht, S. 136 / 137 und 148 / 149.

²⁹¹ BDEW, Gutachten „Kalkulation von Trinkwasserpreisen, 2012

k) **Selbstaussführung und Eignungsleihe**

Sowohl den Interessen der an die öffentliche Wasserversorgung angeschlossenen Bürger als auch den Interessen der Gemeinde als langjährigem Vertragspartner des WVU kann es dienen, zunächst bei der Auswahl des neuen Konzessionärs und dann während der Vertragslaufzeit sicherzustellen, dass der richtige Partner ausgewählt wird und dann auch dieser – und nicht beliebige Unterauftragnehmer – die versprochene Leistungen erbringt. Bei der Auswahlentscheidung im Rahmen der Konzessionsvergabe wird die Gemeinde unter den Gesichtspunkten der fachlichen und der persönlichen Eignung darauf achten, dass der Bieter „nachweisbar in der Lage“ ist, „die Aufgabe in rechtlicher, tatsächlicher, organisatorischer, finanzieller, personeller und unternehmerischer Hinsicht erledigen zu können“.²⁹² Dabei liegt es im Ermessen der Gemeinde, ob und inwieweit sie den Bietern einräumt, sich der Leistungen Dritter bei der Durchführung der Wasserversorgung zu bedienen. Im Kartellvergaberecht hat diese – in den Einzelheiten lange umstrittene – Befugnis in § 47 der Vergabeverordnung 2016 eine gesetzliche Regelung erfahren. Nach § 47 Abs. 1 S. 1 VgV kann der Bieter im Hinblick auf die erforderliche Leistungsfähigkeit die Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch nehmen, wenn er nachweist, dass die ihm für den Auftrag erforderlichen Mittel tatsächlich zur Verfügung stehen werden. Gebräuchlich sind insoweit entsprechende, vom vorgesehenen Unterauftragnehmer unterzeichnete Verpflichtungserklärungen. Nur Teilleistungen, die sich auf reine Hilfsfunktionen beschränken, wie zum Beispiel Speditionsleistungen, Gerätemiete oder Baustofflieferungen, sind in der Regel nicht als Nachunternehmerleistungen zu qualifizieren und brauchen deshalb ggfs. nicht mit der Angebotsabgabe benannt werden.²⁹³ Allerdings kann die Gemeinde auch im Kartellvergaberecht nach § 47 Abs. 5 VgV vorschreiben, dass bestimmte kritische Aufgaben direkt vom Bieter selbst (oder im Fall einer Bietergemeinschaft von einem Teilnehmer der Bietergemeinschaft) ausgeführt werden müssen.²⁹⁴

Bei der Ausübung ihres Ermessens betreffend die Zulassung einer Eignungsleihe oder die Forderung der Selbstaussführung hat die Gemeinde im Einzelfall einen weiten Spielraum, der letztlich nur in dem Verbot eine Grenze findet, über das Gebot der Selbstaussführung Newcomern den Marktzutritt zu verwehren. Möchte sie in bestimmtem Umfang den Nachweis der Eignung des Bieters durch Dritte zulassen, wird dies in der Praxis in den Vergabeunterlagen z. B. im „Ersten Verfahrensbrief“ mitgeteilt.

²⁹² Griesbach, Gewährleistungsverantwortung, S. 32.

²⁹³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.04.2020, VergabeR 2020, 946 ff. – Rohrvortrieb –.

²⁹⁴ Zu den Grenzen dieser Befugnis im Kartellvergaberecht zuletzt EuGH, Urteil vom 26.09.2019 – Rs. C – 63/18 –.

Beispiel:

„Bieter (oder Bietergemeinschaften) können sich zum Nachweis ihrer Fachkunde und Leistungsfähigkeit auf Dritte berufen, indem sie in dem in Anspruch genommenen Umfang die entsprechend ... genannten Unterlagen und Erklärungen für die betroffenen Dritten / Unterauftragnehmer vorlegen. Eine Zurechnung der Fachkunde und / oder der Leistungsfähigkeit des Dritten erfolgt, wenn der Bieter durch vom Dritten rechtsverbindlich unterzeichnete Verpflichtungserklärungen gemäß Vordruck ... nachweist, dass er tatsächlich uneingeschränkt über die im Vordruck angegebenen Leistungen des Dritten verfügt. Dritte in diesem Sinne sind auch Konzernunternehmen des Bieters.“

In der Praxis entwickelt sich – erneut in Parallele zu ähnlichen Modellen in der Energiewirtschaft – zur Zeit eine Tendenz, die Eignungsleihe sogar in Form der Verpachtung des Wasserversorgungsnetzes durch den Konzessionär / Verpächter an den unterbeauftragten Dritten / Pächter zuzulassen.

Beispiel einer Verpflichtungserklärung des Netzpächters:

„Wir verpflichten uns, im Falle der Erteilung der Konzession zur Wasserversorgung im Gemeindegebiet von ... an den ... (Name des Bieters) die Anlagen der öffentlichen Wasserversorgung unter Beachtung der Gesetze, Verordnungen und technischen Regelwerke, der behördlichen Vorgaben und der Vorgaben an den ... (Name des Bieters) aus dem Konzessionsvertrag und sonstigen Inhalten des verbindlichen Bieterangebotes zu pachten und ordnungsgemäß zu betreiben. Es wird derzeit davon ausgegangen, dass die Verpachtung der örtlichen Wasserversorgungsanlagen bzw. deren Betriebs nicht gesondert außerhalb des aktuellen Verfahrens zur Vergabe der Wasserversorgungskonzession in ... ausgeschrieben werden muss. Sollte gleichwohl eine Ausschreibungspflicht bestehen, verpflichten wir uns, im Falle der Durchführung des Ausschreibungsverfahrens ein entsprechendes Angebot abzugeben.“

Dieser Formulierungsvorschlag für eine Verpflichtungserklärung des Pächters lässt erkennen, dass durch solche Konstruktionen die Grenzen des Ermessensspielraums der Gemeinde bei der Konzessionsvergabe ausgetestet werden. Werden nicht nur die Anlagen (etwa zu Zwecken der Refinanzierung), sondern wird auch der Anlagenbetrieb verpachtet, „kauft“ der Bieter „Fremdleistung“ für fast alle Aspekte seiner Rolle als Konzessionär der Wasserversorgung ein. Das erweckt Bedenken unter dem Aspekt der fortbestehenden Gewährleistungsverantwortung der Gemeinde, die nur noch indirekt einen Zugriff auf die Leistungen zum Betrieb der öffentlichen Wasserversorgung be-

hält, da der Pächter nicht ihr Vertragspartner wird. Eine Betriebspacht mit weitgehenden Leistungsversprechen des Pächters zum ordnungsgemäßen Anlagenbetrieb, der Voraussetzung für die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Wasserversorgung auf Dauer ist, geht weit über eine Anlagenpacht hinaus. Unter dem Kartellvergaberecht ist aber nur letztere im Prinzip von der Pflicht zur wettbewerblichen Vergabe ausgenommen.

l) Kontrollwechsel

In bestehenden Konzessionsverträgen zur Wasserversorgung nicht oder oft nur stiefmütterlich geregelt ist der Fall eines Kontrollwechsels aufseiten des WVU. Eine vertragliche Bestimmung über besondere Rechte der Gemeinde, wenn der Gesellschafter des jeweiligen WVU sich ändert, rückt in der Praxis aber mehr und mehr in den Blickpunkt.²⁹⁵

Da Konzessionen zur Wasserversorgung häufig noch längere Laufzeiten vorsehen als die in der Energiewirtschaft höchstens zulässigen 20 Jahre, kommt einer Change-of-Control-Klausel in diesem Sektor eine noch größere Bedeutung zu. Sie lässt sich als Pendant zur Eignungsprüfung der Bieter zu Beginn des wettbewerblichen Vergabeverfahrens begreifen: Durch den Wechsel in der Kontrolle des vertragsdurchführenden WVU könnte die eingangs festgestellte Eignung nachträglich eingeschränkt werden oder entfallen. Gleichzeitig sichert sie das Interesse der Gemeinde ab, den Vertragspartner mit der personellen Ausstattung und Entscheidungsstruktur auf Dauer zu behalten, der mit seinen Angeboten vor Abschluss und durch den Abschluss des Konzessionsvertrages die weitgehendsten Leistungsversprechen unterbreitet und das größte Vertrauen erworben hat. Oft sollen solche Klauseln z. B. verhindern, dass ein kommunal geprägter Partner des Konzessionsvertrages durch den Kontrollwechsel sein ursprüngliches kommunales Umfeld verlässt und Teil eines größeren Konzerns wird, von dem die Gemeinde befürchtet, dort nicht mehr die geeigneten Ansprechpartner für ihre örtlichen Belange zu finden. Insofern gestehen die durch eine Change-of-Control-Klausel ggfs. eingeräumten Interventionsrechte der Gemeinde (-verwaltung) Reaktionsmöglichkeiten ein, die sie nutzen kann, aber nicht nutzen muss, wenn sie mit den bisherigen Leistungen des WVU zufrieden ist. Wie weit sie dabei gehen darf, ist im Einzelnen umstritten.²⁹⁶

²⁹⁵ Vgl. Giebler, DÖV 2020, 476, 484.

²⁹⁶ Insgesamt kritisch Säcker, RdE 2015, 1, 9, zur Energieversorgung.

Beispiel 1:

„Ändert sich die mittelbare und die unmittelbare Kontrolle über die Gesellschaft, so hat sie diesem Umstand gegenüber der Stadt unverzüglich schriftlich anzuzeigen (anzeigepflichtiger Kontrollwechsel).“

Ein anzeigepflichtiger Kontrollwechsel liegt vor, wenn ein anderes Unternehmen die mittelbare oder die unmittelbare Kontrolle über die Gesellschaft im Sinne vom § 37 Abs. 1 Nr. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen erlangt. Insbesondere fallen hierunter:

...

Ein anzeigepflichtiger Kontrollwechsel liegt auch dann vor, wenn ein anderes Unternehmen auf die Gesellschaft einen beherrschenden Einfluss im Rahmen einer Maßnahme nach dem Umwandlungsgesetz erlangt.

Liegt ein anzeigepflichtiger Kontrollwechsel vor, kann die Stadt binnen von 6 Monate nach Kenntnisnahme von diesem Umstand diesen Vertrag mit einer Frist von mindestens 12 und höchstens 24 Monaten schriftlich zum Monatsende zu kündigen, sofern die Stadt dem Kontrollwechsel nicht zuvor zugestimmt hat.“

Beispiel 2:

„Ein Kontrollwechsel liegt vor, wenn ein Dritter oder mehrere gemeinsam handelnde Dritte mehr als ... % der Gesellschaftsanteile am WVU erwerben und dadurch die Stellung der Gemeinde mehr als nur unwesentlich berührt wird. Bleiben Gesellschaftsanteile mittelbar oder unmittelbar mehrheitlich in kommunaler Hand, liegt nur eine unwesentliche Berührung gemeindlicher Belange vor.“

Im Falle eines Kontrollwechsels hat die Gemeinde ein einmaliges Sonderkündigungsrecht mit einer Frist von ... Monaten zum Monatsende. Das Sonderkündigungsrecht kann nur innerhalb von ... Monaten nach Kenntniserlangung vom Kontrollwechsel ausgeübt werden.“

m) Endschaftsregelungen

Auch bestehende Konzessionsverträge enthalten in der Regel Bestimmungen darüber, wie nach Ablauf der Vertragslaufzeit (oder mit angemessenem Vorlauf) vom Konzessionär der Gemeinde zusätzliche Informationen zur Verfügung gestellt werden²⁹⁷, welche

²⁹⁷ Siehe unten Kapitel V

zusätzlichen Abstimmungen mit der Gemeinde in der Übergangszeit vorzunehmen sind oder in welchem Umfang und zu welchem Kaufpreis das im Gemeindegebiet belegene Wasserverteilnetz herauszugeben ist.²⁹⁸ Sie dienen dem Interesse der Gemeinde und der Kunden, ggf. einen möglichst reibungs- und störungslosen Wechsel des Konzessionsvertragspartners herbeiführen zu können. Ihre Auswirkungen zeigen sich allerdings meist erst in ferner Zukunft, bei Ablauf des neuen Konzessionsvertrages.

In der Vergangenheit fanden wohl auch deshalb Endschaftsregelungen wenig Interesse. Daneben mag auch eine Rolle gespielt haben, dass der Altkonzessionär häufig seinen Konzessionsvertrag verlängern konnte. Aktuell bildet sich aber eine neue Vertragspraxis heraus, die das überkommene „Set“ von Endschaftsregelungen zugunsten der Gemeinde umstellen und anreichern möchte, ggfs. auch mit dem Ziel, zu diesem Punkt Bieterangebote zu erhalten, die inhaltlich unterschiedlich weit gehen. Das ist rechtlich unbedenklich. Diskussionswürdig ist allerdings die – durchaus verbreitete – Variante, dass die Umstellung aus Sicht des Altkonzessionärs auf seine Kosten erfolgen soll: Sah der bisherige Konzessionsvertrag z. B. eine Herausgabe der Wasserversorgungsanlagen an die Gemeinde zum Sachzeitwert vor und sieht der in den Bieterwettbewerb gestellte Entwurf des neuen Konzessionsvertrages eine Herausgabe an die Gemeinde oder den neuen Konzessionär nach Ablauf des neuen Konzessionsvertrag zum Ertragswert vor, verschlechtert sich im Grundsatz die Position des Altkonzessionärs unter dem neuen Vertrag, (auch) wenn er im Wettbewerb obsiegt. Diese (mindestens empfundene) Schräglage wird, soweit ersichtlich, von den Marktteilnehmern derzeit hingenommen.²⁹⁹ In der Energieversorgung wird angenommen, dass die Gemeinde in solchen Fällen ihre bei der Vergabe von Wegerechten bestehende Marktmacht erst dann außerhalb der durch § 19 Abs. 1 S. 2 GWB gezogenen Grenzen ausnutzt, wenn sie im Angebot zum Abschluss eines neuen Konzessionsvertrages einen Kaufpreis bei Vertragsende voraussetzt, der weit unterhalb des Ertragswertes liegt.³⁰⁰ Das ist schon in dieser Branche umstritten; für die Wasserversorgung kann dies aber ohnehin kein Maßstab sein, da hier der Sachzeitwert überragende Bedeutung hat.³⁰¹ Die Gemeinde muss sich jedoch auch nicht ohne Not auf solch umstrittenes Terrain wagen. Sie kann vielmehr durch entsprechende Formulierungen durchaus auf flexiblere Weise die kommenden Entwicklungen in Bezug nehmen, ihre Rechte wahren und mögliche Konflikte in die Zukunft verlagern, wie Satz 2 des nachfolgenden Beispiels

²⁹⁸ Zu den möglichen Folgen des Fehlens vertraglicher Herausgabeansprüche siehe oben Kapitel I. 4. a) aa).

²⁹⁹ Vgl. KG, Berlin, Urteil vom 25.10.2018, VergabeR 2020, 382 ff., Rn. 74 und 77, für ein Stromnetz.

³⁰⁰ OLG Stuttgart, Urteil vom 06.06.2019, Fn. 201, VergabeR 2020, 361, 381.

³⁰¹ Siehe Ziffer VII.1.

zeigt³⁰²:

Beispiel:

„Als Kaufpreis wird die wirtschaftlich angemessene Vergütung auf Basis des Sachzeitwerts vereinbart. Der Sachzeitwert ist der Wiederbeschaffungswert der Anlagen zum Zeitpunkt der Übernahme, d. h. der Wert, zu dem das Netz tatsächlich gebaut werden kann, abzüglich der Wertminderung unter Berücksichtigung von Alter, technischer und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit sowie ihres Erhaltungszustandes. Sollte kraft gesetzlicher Normierung oder höchstrichterlicher Rechtsprechung ein anderer Wert als der Sachzeitwert für die Bestimmung der wirtschaftlich angemessenen Vergütung allein maßgeblich sein, so gilt dieser Wert ab dem Zeitpunkt der Rechtsgültigkeit der gesetzlichen Regelung bzw. Rechtskraft der höchstrichterlichen Entscheidung.“

³⁰² Zu anderen Formulierungen vgl. auch Ziffer VII.

IV. Bekanntmachung

Der primärrechtliche Transparenzgrundsatz verpflichtet die Gemeinden bei der Vergabe von ausschließlichen Wegerechten dazu, den in einem anderen Unionsstaat niedergelassenen Unternehmen Zugang zu angemessenen Informationen über die jeweiligen Konzessionen vor deren Vergabe zu ermöglichen, so dass sie gegebenenfalls ihr Interesse am Erhalt der Konzession bekunden können. Deshalb ist ein angemessener Grad von Öffentlichkeit zu gewährleisten, wenn ein neuer Vertrag zur öffentlichen Wasserversorgung abgeschlossen werden soll³⁰³. Im Prinzip ist sowohl die Beendigung des bisherigen Konzessionsvertrages als auch die Neuvergabe der Konzession zur Wasserversorgung mit der Aufforderung zur Interessenbekundung öffentlich bekannt zu machen; das kann jedoch in einem Bekanntmachungstext erfolgen, der beide Informationen enthält.³⁰⁴ Die Transparenzpflicht kommt dabei allen – nicht nur den ausländischen – potenziellen Bietern zugute, unabhängig davon, ob sie in Deutschland niedergelassen sind. Es reicht nicht aus, wenn nur eine bestimmte Anzahl potenzieller Konzessionsnehmer direkt vom Konzessionsgeber kontaktiert wird oder Letzterer lediglich auf Informationsgesuche von Interessenten reagiert.³⁰⁵ Vor der Konzessionsvergabe ist vielmehr eine hinreichend zugängliche Bekanntmachung zu veröffentlichen, deren Reichweite umso größer sein muss, desto interessanter die Wasserkonzession für potenzielle Konzessionsnehmer ist.³⁰⁶ Als übliche Veröffentlichungsmedien gelten das Internet, Amts- oder Ausschreibungsblätter, regionale oder überregionale Zeitungen oder das Amtsblatt der EU. Welcher von den verschiedenen Bekanntmachungswegen am besten geeignet ist, entscheidet die Gemeinde als Konzessionsgeber im Einzelfall.

Bei der Entscheidungsfindung über die Art und Weise der Bekanntmachung sind die Kriterien für die Beurteilung der Binnenmarktrelevanz einzubeziehen³⁰⁷: Sofern der geschätzte Vertragswert einer Wasserkonzession den jeweils gültigen EU-Schwellenwert für die Vergabe von Konzessionen übersteigt, empfiehlt sich eine Bekanntmachung im Amtsblatt der EU.³⁰⁸ Das wird regelmäßig der Fall sein, da der Umfang der Tätigkeit und der Umsätze aus dem Wasserlieferungen sowie die typischerweise langen Vertragslaufzeiten [siehe unten Ziffer VIII.] hohe Werte der Konzessionsverträge zur Wasserversorgung induzieren.³⁰⁹ Auch die geografische Lage des Konzessionsgebietes spielt oft eine Rolle. Das OLG Düsseldorf³¹⁰

³⁰³ Für viele OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.06.2018, Fn. 2, S. 22 des Urteilsabdrucks – Stadt Übach-Palenberg –

³⁰⁴ LKartB NRW, Fn. 42, Ziff. A.I.

³⁰⁵ Mitteilung der EU-Kommission, ABl. EU vom 01.08.2006 C 179, 2.4.

³⁰⁶ Schröder, NVwZ 2017, S. 504, 505; LKartB Nds., Fn. 42, Ziffer III.1.b)

³⁰⁷ Vgl. Dörr, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Einleitung Rn. 174.

³⁰⁸ Schröder, NVwZ 2017, 504, 505; Gesterkamp, VergabeR 2020, 705, 713.

³⁰⁹ Wittenstein, W+B 2019, S. 168 m.w.Nw.

³¹⁰ Urteil vom 21.03.2018, Bl. 12 des Urteilsabdrucks – Wasserversorgung Selms –; vgl. auch Schröder, NVwZ 2017, 504, 505.

geht von der örtlichen Binnenmarktrelevanz aus, wenn die Gemeinde weniger als 100 km von der Grenze eines EU-Mitgliedsstaates entfernt liegt.

Im Ergebnis wird meist eine europaweite Bekanntmachung im EU-Amtsblatt zu empfehlen sein³¹¹, ungeachtet der Tatsache, dass Bewerber um einen Konzessionsvertrag aus anderen Mitgliedsstaaten bisher in der Praxis nur sehr selten auftreten. In den übrigen Fällen dürfte eine Anzeige im Bundesanzeiger ratsam sein.³¹²

Der notwendige Inhalt der Bekanntmachung bestimmt sich nach ihrer Funktion. Erforderlich sind danach mindestens Angaben zur Beendigung eines bisherigen Konzessionsvertrages durch Zeitablauf, Kündigung etc. und die Aufforderung, das Interesse an der neuen, durch Angaben zum Versorgungsgebiet und zur beabsichtigten Laufzeit zu individualisierenden Konzession zu bekunden. Gewöhnlich werden von der Gemeinde darüber hinausgehende Angaben gemacht, schon weil das Formular der EU-Kommission für derartige Bekanntmachungen weitere Kategorien vorsieht. Diese werden in der Praxis später durch „Verfahrensbriefe“ an die Interessenten für den Konzessionsvertrag weiter konkretisiert.

Beispielsweise erfolgt in europaweiten Bekanntmachungen unter Abschnitt VI.3 – „Zusätzliche Angaben“ – des Bekanntmachungsformulars häufig folgender Hinweis:

„Diese freiwillige Aufforderung zur Interessenbekundung leitet kein formelles Vergabeverfahren ein. Es wird deshalb ausdrücklich darauf hingewiesen, dass insbesondere die europäischen Richtlinien 2014/24/EU, 2014/23/EU, 2014/25/EU, das GWB, die VgV, die KonzVgV, die SektVO, die VOB/A und die UVgO, ganz gleich in welcher Fassung, keine Anwendung finden.“

Neben solchen allgemeinen Klarstellungen zum Vergaberegime können insbesondere Hinweise zu charakteristischen Merkmalen des zur Vergabe anstehenden Konzessionsvertrages sinnvoll sein, um Interessenten von Anfang an in die örtlichen Gegebenheiten einzustimmen: Betrifft die Versorgungstätigkeit das gesamte Gemeindegebiet, oder werden Gebietsteile von einem Dritten mit Wasser versorgt?³¹³ Aus welchen Werken kann oder muss das zu verteilende Wasser bezogen werden?³¹⁴ Wird das zu verteilende Wasser von der Gemeinde

³¹¹ Für viele Byok / Dierkes, RdE 2011, 394, 397; Heller, EWeRK 2016, 210, 211.

³¹² Dieses Phänomen ist auch aus anderen Branchen bekannt, vgl. die Antwort der BReg auf die kleine Anfrage der FDP vom 23.12.2020, BT-Drs. 19 / 25620, zu Bauleistungen.

³¹³ Vgl. Ziffer II.1.

³¹⁴ Vgl. Ziffer I.4. a) bb) und III. 4. C).

beigestellt oder müssen die Bieter sich (ggfs. im Vorfeld) selbst um die Belieferung kümmern?³¹⁵ Welche Vorgaben sind den Endschaftsbestimmungen des auslaufenden Konzessionsvertrages zu entnehmen?³¹⁶

Seit einigen Jahren treten in der Praxis neben den Bekanntmachungen über die Absicht, eine Konzession zur Wasserversorgung in einem wettbewerblichen Verfahren neu vergeben zu wollen, auch Bekanntmachungen mit einer ganz anderen Zielrichtung auf. Sie informieren über die Absicht der Gemeinde, den neuen Konzessionsvertrag gerade ohne ein solches vorgeschaltetes Verfahren vergeben zu wollen. Hintergrund dieses Phänomens ist die kartellvergaberechtliche Vorschrift des § 135 GWB zur Feststellung der Unwirksamkeit von öffentlichen Aufträgen bzw. deren Fehlen in bestimmten Konstellationen. Nach dessen Abs. 3 ist eine Auftragsvergabe ohne eine an sich vorgeschriebene vorherige Veröffentlichung ausnahmsweise nicht (im Sinne des Abs. 1 der Vorschrift) unwirksam, wenn der öffentliche Auftraggeber der Ansicht ist, dies sei zulässig, die Absicht zum Vertragsschluss im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht und eine Wartefrist von mindestens zehn Kalendertagen ab Veröffentlichung der Bekanntmachung einhält. Solche Überlegungen aufseiten der Gemeinde kommen in Frage, etwa wenn sie von einem Inhouse-Geschäft ausgeht oder wenn sie den Binnenmarktbezug der Vergabe ihres Wasserkonzessionsvertrages verneint.

Beispiel³¹⁷:

„Auch greifen keine ... europarechtlichen Vorgaben zur Ausschreibung ein. Dies folgt bereits daraus, dass kein Bezug zwischen der Trinkwasserversorgung ... und dem europäischen Binnenmarkt erkennbar ist. Insbesondere fehlt es an einem lokalen grenzüberschreitenden Bezug, weil die nächste Staatsgrenze ca. 200 km entfernt liegt.“

Freilich ist die Frage, ob bei Wasserkonzessionen die Gemeinde bei Inanspruchnahme einer Ausnahme vom Veröffentlichungs- / Vergabeerfordernis analog § 135 GWB durch eine Vorabinformation über den beabsichtigten Vertragsabschluss und anschließenden Fristablauf die Rechtssicherheit für den eingeschlagenen Weg erhöhen kann, noch nicht entschieden³¹⁸. Da es sich gerade nicht um Konzessionen handelt, die dem Kartellvergaberecht unterliegen, reicht der Verweis des § 154 Nr. 4 GWB auf § 135 GWB nicht aus, um diese Frage zu entscheiden. Trotz der Ungewissheit ob so tatsächlich die Rechtsfolgen des § 135 Abs. 3 GWB

³¹⁵ Vgl. Gesterkamp, VergabeR 2020, 705, 713.

³¹⁶ Vgl. unten Ziffer VI. und VII.

³¹⁷ Bekanntmachung der Stadt Nienburg (Saale) vom 04.12.2020, EU-ABI S. 237, 585894-2020-DE.

³¹⁸ Lotze / Heyers, RdE 2020, 62, 66.

ausgelöst werden können, kann es sich aus Sicht der Gemeinde allerdings auch aus anderen Gründen anbieten, das Mittel der Vorabinformation zu nutzen. Denn auf jeden Fall könnte eine Kartellbehörde, wenn sie das Absehen von der Durchführung eines Konzessionswettbewerbs für zweifelhaft hält, eine derartige Bekanntmachung des Sachverhalts und das Ausbleiben von Rügen durch Dritte in ihre Ermessenserwägung mit einbeziehen, ob sie den Fall nach § 32 Abs. 1 GWB aufgreifen möchte oder nicht. Dritte haben dann grundsätzlich keinen Anspruch auf ein Einschreiten durch die Wettbewerbsbehörden.

V. Auskunftsansprüche

1. Ansprüche im Vorfeld der Konzessionsvergabe

Die Kartellbehörde muss Dritten auf Anfrage Auskunft über die Angaben nach § 31a GWB, den wesentlichen Inhalt der Verträge und Beschlüsse, insbesondere Angaben über den Zweck, über die beabsichtigten Maßnahmen und über Geltungsdauer, Kündigung, Rücktritt und Austritt erteilen (§ 31b Abs. 1 GWB). Trotz der Bezugnahme auf den „wesentlichen“ Inhalt der (Konzessions-)Verträge soll damit eine vollständige Einsichtnahme gefordert werden können.³¹⁹ Die Auskunft ist nach § 80 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 31b Abs. 1 GWB gebührenpflichtig. Die Höchstgebühr kann nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 GWB bis zu 5000 € betragen.

Ist die konzessionsgewährende Gemeinde im Besitz weiterer Erkenntnisse über die Wasserversorgung in ihrem Gemeindegebiet, hat sie auch diese zur Ermöglichung eines fairen Wettbewerbs zur Verfügung zu stellen. Soweit vorhanden sind deshalb im Vorfeld der Konzessionsvergabe u. a. zutreffende Informationen über die kalkulatorischen Netzdaten zu offenbaren, insbesondere dann, wenn von den Konzessionsbieterern eine Prognose der zu erwartenden Wasserpreise verlangt wird.³²⁰

Beispiel:

„Beabsichtigt die Gemeinde, ein Auswahlverfahren für den Abschluss eines neuen Vertrags über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege zur Versorgung von Wasser durchzuführen, stellt der Konzessionsnehmer der Gemeinde frühestens drei Jahre vor Vertragsabschluss auf deren Verlangen diejenigen Informationen über die technische und wirtschaftliche Situation des Wasserversorgungsnetzes zur Verfügung, die für dessen Bewertung im Rahmen einer Bewegung um den Abschluss eines Konzessionsvertrages erforderlich sind.“

Vielfach wird, wenn es sich um Daten handelt, die vom Altkonzessionär zur Verfügung gestellt wurden, die Übermittlung von der vorherigen Unterzeichnung einer Vertraulichkeitsvereinbarung durch den Bewerber abhängig gemacht.³²¹ Einen speziell gesetzlich geregelten Auskunftsanspruch, um Informationen über die technische und wirtschaftliche Situation des Wasserversorgungsnetzes vom bisherigen Nutzungsberechtigten zu erhalten, kann der Konzessionsgeber allerdings nicht geltend machen.³²² Liegen der den Wettbewerb um die Konzession veranstaltenden Gemeinde Informationen nicht vor bzw. stellt der Altkonzessionär

³¹⁹ Reif, in: Münchner Kommentar zum GWB, § 31 b Rn. 3

³²⁰ LG Köln, Urteil vom 1.12.2016, Rn. 100., – Stadt Übach-Palenberg –

³²¹ So etwa die Bekanntmachung der Stadt Herford vom 22.07.2019, EU-AB. 561 406 – 2019-DE, Ziff. VI.3.

³²² BT-Drs. 18/8184, 6, 16.

ihr keine weiteren Informationen zur Verfügung, braucht sie diese grds. nicht zu beschaffen. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Beschaffung mit einem größeren Aufwand verbunden wäre.³²³ Ist sie Mitgesellschafterin des bisher versorgenden WVU, wird sie dies regelmäßig nicht zur Beschaffung weitergehender Informationen nutzen können bzw. müssen, da einem solchen Verlangen gegenüber dem Beteiligungsunternehmen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht entgegen stehen kann.³²⁴

Empfehlenswert, bisher aber nur vereinzelt vereinbart, sind Klauseln im Konzessionsvertrag, die den bisherigen Wasserkonzessionär im Vorfeld der Neuvergabe der Konzession ausdrücklich und konkret zu Auskünften über das Versorgungsnetz verpflichten.³²⁵

2. Ansprüche bei der Konzessionsvergabe

Ob eine Verpflichtung der Gemeinde besteht, in ihrer Funktion als Vergabestelle vor dem Abschluss des Konzessionsvertrages zur Wasserversorgung mit dem obsiegenden Bieter die Auswahlentscheidung den unterlegenen Wettbewerbern mitzuteilen, ist umstritten. Eine gesetzliche Verpflichtung dazu besteht nicht, die dies für Konzessionsvergaben unter dem Kartellvergaberecht regelnden §§ 154 Nr. 4, 134 GWB finden keine Anwendung. In Anlehnung an den dort zum Ausdruck gekommenen Rechtsgedanken möchte eine Auffassung jedoch einen effektiven Primärrechtsschutz für die leer ausgehenden Bewerber ermöglichen und fordert eine vorhergehende Information mit einer ausreichenden Karenzzeit von etwa zwei Wochen, um diesen die Einlegung von Rechtsbehelfen gegen die Entscheidung der Gemeinde zu ermöglichen.³²⁶

Die Gegenmeinung verweist darauf, dass die Rechtsprechung auf EU-Ebene zwar einen effektiven, aber nur einen zum mitgliedstaatlichen Recht äquivalenten Rechtsschutz verlangt³²⁷. Der deutsche Gesetzgeber sei auch verfassungsrechtlich nicht dazu verpflichtet, eine Vorabinformationspflicht der Gemeinde vorzusehen, um einen Primärrechtsschutz gegen Entscheidungen über Konzessionsvergaben zu ermöglichen.³²⁸ Es genüge die Möglichkeit, nach der Auswahlentscheidung und dem anschließenden Vertragsabschluss in Wege des Sekundärrechtsschutzes eine gerichtliche Nachprüfung durchzuführen.³²⁹

³²³ Gesterkamp, VergabeR 2020, 705, 714.

³²⁴ Vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 30.08.2011, Fn. 6, VergabeR 2012, 48, 56, – Stadt Wetzlar / Enwag –; a. A. Gesterkamp, Vergabe R 2020, 705, 714.

³²⁵ Siehe oben Ziffer II.6.

³²⁶ Vgl. OVG Berlin – Brandenburg, NVwZ-RR 2011, 293 ff.

³²⁷ So z. B. EuGH, Urteil vom 22.01.2015, NVwZ 2015, 506, 508 = NZBau 2015, 436, = DÖV 2015, 342

³²⁸ Vgl. BVerfGE 116, 135 ff.

³²⁹ Zum Ganzen Schröder, NVwZ 2017, 504, 509 / 510.

Die Reichweite dieses Meinungsstreites ist allerdings begrenzt. Da innerhalb der mit der Konzessionsvergabe befassten Gemeinde der Rat über die Auswahl des besten Angebots entscheidet³³⁰, werden die nicht berücksichtigten Wettbewerber über das jeweilige Ratsinformationssystem, die lokale Presseberichterstattung oder auf ähnliche Weise rechtzeitig erfahren, wann diese Frage zur Entscheidung ansteht und könnten ggfs. auf einstweiligen Rechtsschutz gegen den Abschluss des Konzessionsvertrages mit einem Konkurrenten dringen. Wohl auch deshalb ist es in der Praxis üblich, dass die Gemeinde allen Bewerbern gegenüber ankündigt, zwischen der Auswahlentscheidung und dem Vertragsschluss einige Tage Zeit einzuräumen, sodass Gelegenheit besteht, Anträge auf (Primär-)Rechtsschutz und begleitend häufig auch Anträge auf Akteneinsicht in die Vergabeunterlagen zu stellen.³³¹

Die Konzessionsbieter wiederum, die bestimmte Verfahrenspunkte oder Entscheidungen gegenüber dem Konzessionsgeber als rechtswidrig beanstandet bzw. gerügt haben, sind nicht verpflichtet, sogleich um einstweiligen Rechtsschutz nachzusuchen. Eine auch nur analoge Anwendung der für förmliche Konzessionsvergabeverfahren geltenden Präklusionsbestimmung des § 160 Abs. 3 GWB auf das Wasserkonzessionsverfahren ist ausgeschlossen, weil dem Gebot der Fairness durch die während des Konzessionsverfahrens erhobenen Rügen bzw. Beanstandungen bereits hinreichend Rechnung getragen wird.³³²

3. Ansprüche nach der Konzessionsvergabe

Der EuGH verlangt in Hinblick auf die Vergabe von Konzessionen, dass nachgeprüft werden kann, ob das Verfahren unparteiisch durchgeführt wurde.³³³ Um dem Erfordernis eines effektiven Rechtsschutzes zu genügen, müssen zumindest Entscheidungen mit ungünstigen Auswirkungen für Unternehmen, die ein Interesse am Erhalt der Konzession haben oder hatten, auf etwaige Verstöße gegen die aus dem europäischen Primärrecht abgeleiteten Grundanforderungen nachgeprüft werden können.³³⁴ Daher sind die Gründe für die Nichtberücksichtigung von Konzessionsbiestern entweder in der Entscheidung selbst oder auf deren Antrag nach der Mitteilung der Entscheidung von der Gemeinde als Vergabestelle darzulegen.³³⁵

³³⁰ Siehe oben Ziffer III. 2.

³³¹ Zur Bedeutung der Akteneinsicht in Verfahren zur wettbewerblichen Vergabe vgl. KG, Urteil vom 24.09.2020, Rn. 92 ff – Berliner Stromnetz –; OLG Hamburg, Beschluss vom 30.03.2020, IR 2020, 308 / 309; OLG Düsseldorf, Urteil vom 4.11.2020, Rn. 47 ff., zur Stromversorgung.

³³² LG Köln, Urteil vom 1.12.2016 –, Rn. 68.

³³³ EuGH, Slg. 2000, I-10745 = NZBau 2001, 148 (151) – Teleaustria –.

³³⁴ EuGH, Slg. 2000, I-10745 = NZBau 2001, 148 (151) – Teleaustria –.

³³⁵ EuGH, Urteil vom 15.10.1987 – C-222/86 Rn. 15 – Heylens –.

VI. Herausgabeansprüche

Die Frage nach Ansprüchen auf Herausgabe der zur Wasserversorgung dienenden Leitungen stellt sich, wenn eine Konzession nicht erneut an den bisherigen Vertragspartner der Gemeinde vergeben werden soll.

Mit Ablauf des Konzessionsvertrages fällt (1.) das Eigentum an den der Wasserversorgung dienenden Leitungen nicht automatisch an die Gemeinde als Wegeeigentümerin. Regelmäßig enthalten Konzessionsverträge daher (2.) Endschafftsklauseln, die die Grundlage für Herausgabeansprüche der Gemeinde gegen den Altkonzessionär bilden. Umfang und Rechtsfolgen solcher Herausgabeansprüche können Anlass zu Streitigkeiten geben, die widrigenfalls die Überleitung der Versorgungstätigkeit auf die Gemeinde bzw. den Neukonzessionär verzögern (3.).

1. Eigentum an den Versorgungsleitungen

Verlegt ein WVU auf Basis des mit dem Konzessionsvertrag eingeräumten Wegerechts in den Wegen und Straßen der Gemeinde Leitungen zur Wasserversorgung, werden die Rohre, Schieber, Druckerhöhungsanlagen etc. tatsächlich mit dem Grund und Boden verbunden. Trotz der Verbindung der genannten (ursprünglich) beweglichen Sachen mit den gemeindlichen Wegegrundstücken erwirbt die Gemeinde als Grundstückseigentümerin aber nicht nach § 946 BGB das Leitungseigentum: Durch die Verlegung werden diese nämlich nicht wesentliche Bestandteile der Grundstücke i. S. d. § 94 BGB, vielmehr bleiben die Leitungen als sog. Scheinbestandteile nach § 95 Abs. 1 S. 1 BGB im Eigentum des WVU. Nach dessen Willen im Zeitpunkt der Verlegung werden sie nämlich nur vorübergehend für die Dauer des Konzessionsvertrages mit den Wegegrundstücken verbunden. Weder die massive Bauweise im Untergrund des Straßenkörpers noch die typischerweise langen Laufzeiten von Wasserkonzessionsverhältnissen stehen dem entgegen. Der Wille des WVU zu einer nur vorübergehenden Verbindung ergibt sich häufig aus dem Vertragstext (z. B. dem Vorhandensein entsprechender Endschafftsklauseln); jedoch spricht nach der Rechtsprechung auch bei fehlender ausdrücklicher Vereinbarung regelmäßig eine Vermutung dafür, dass die Verbindung der Leitungen mit dem Straßengrundstück nur im Interesse des WVU für die Dauer des Vertragsverhältnisses und damit zu einem nur vorübergehenden Zweck geschieht.³³⁶

³³⁶ Vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 26.03.2020, Fn. 38, S. 234/325 m. w. Nw. – Fernwärme Stuttgart –; BGHZ 165, 184, 188 ff zur Sonderrechtsfähigkeit von Versorgungsleitungen; kritisch Mahne, Eigentum an Versorgungsleitungen, S. 169 ff., 176.

Beispiel:

„Wird nach Ablauf dieses Vertrages kein neuer Vertrag über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege zur Versorgung und Lieferung von Wasser zwischen den Vertragspartnern geschlossen, ist die Gemeinde berechtigt und auf Verlangen des Konzessionsnehmers verpflichtet, das Eigentum am Wasserversorgungsnetz zu erwerben. Zwischen den Vertragspartnern besteht Einigkeit darüber, dass die Errichtung von Wasserversorgungsanlagen auf Grundstücken zur Erfüllung zeitlich begrenzter Verpflichtungen erfolgt und diese Wasserversorgungsanlagen daher Scheinbestandteile im Sinn des § 95 Abs. 1 BGB darstellen, welche als rechtlich selbstständige bewegliche Sachen nach Satz 1 zu übereignen sind. Das Erwerbsrecht ist mit allen hieraus resultierenden Rechten und Pflichten auf Dritte übertragbar“.

Läuft der Konzessionsvertrag zur Wasserversorgung und damit das Wegerecht des WVU aus, bleibt es grundsätzlich bei der im Zeitpunkt des Einbaus der Leitungen getroffenen Bestimmung zu einem nur vorübergehenden Zweck. Bis zu einer Änderung dieser Zweckbestimmung gilt die ursprüngliche Zweckbestimmung weiter. Ihre Änderung setzt wiederum eine dahingehende Einigung zwischen der Gemeinde und dem bisherigen WVU voraus³³⁷, an der es meist fehlen wird, wenn um die Herausgabe der Versorgungsleitungen bei Vertragsende Streit entsteht.

Nur zur Klarstellung sei erwähnt, dass nichts anderes daraus folgt, dass die örtlichen Versorgungsleitungen zivilrechtlich traditionell als Zubehör zum Wasserwerksgrundstück gemäß § 97 BGB angesehen werden. Die Rechtsprechung folgt insoweit seit dem Reichsgericht der sog. „Krakentheorie“³³⁸, wonach die über fremde Grundstücke verlaufenden Leitungen – wie die Arme einer Krake – Zubehör des Grundstücks bleiben, auf dem das (Elektrizitäts-, Gas- oder Wasser-)Werk betrieben wird.³³⁹ Darüber, welche Rechtsfolgen die Zubehöreigenschaft einer Sache im Falle ihrer Übereignung hat, trifft das BGB in den §§ 97, 98 BGB aber keine Aussage; auch zivilrechtlich bleibt Zubehör rechtlich selbstständig und teilt keinesfalls zwingend das rechtliche Schicksal der Hauptsache.³⁴⁰ Erst recht wäre es fernliegend, aus der Übertragung des Zubehörs (hier der Wasserversorgungsleitungen) automatische Folgen für die Hauptsache (hier das Wasserwerksgrundstück) abzuleiten.³⁴¹

³³⁷ OLG Stuttgart, Urteil vom 26.03.2020, Fn. 38, S. 325 – Fernwärme Stuttgart –

³³⁸ Begriff und Überblick nach Mahne, Eigentum an Versorgungsleitungen, S. 25 ff.

³³⁹ Zuletzt BGHZ 37, 353 ff.

³⁴⁰ Stresemann, in: Münchner Kommentar zum BGB, § 97 BGB, Rn. 41 ff.

³⁴¹ Siehe oben Ziffer I. 4. a) bb).

2. Endschaftsklauseln

Für Wegenutzungsverträge zur Strom- und Gasversorgung hat der Gesetzgeber in § 46 Abs. 2 S. 2 bis 5 EnWG einen gesetzlichen Herausgabeanspruch betreffend das örtliche Versorgungsnetz geschaffen. Da diese Vorschrift auf Konzessionen zur Wasserversorgung keine Anwendung findet,³⁴² kommt es in diesem Sektor entscheidend auf vertragliche Endschaftsklauseln an³⁴³. Sie regeln, in welchem Umfang, auf welche Art und zu welchen Konditionen der Altkonzessionär die Versorgungsanlagen nach Beendigung des Konzessionsvertrages auf den Konzessionsgeber (Gemeinde) oder auf einen Dritten (Neukonzessionär) zu übertragen hat.³⁴⁴ Solche Klauseln sind rechtlich zulässig, unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistungsverantwortung der Gemeinde für den ungestörten (Weiter-)Bestand der öffentlichen Wasserversorgung sogar geboten.³⁴⁵ Die Ausgestaltung von Endschaftsklauseln kann zudem als Auswahlkriterium verwendet werden, wenn das Angebot mit dem möglichst einfachen und günstigen Weg eines Netzübergangs bei Ablauf des (neuen) Konzessionsvertrages mit Punkten prämiert wird, da dies den Wettbewerb um die Netze fördert.³⁴⁶

Bei der Ausgestaltung konzessionsvertraglicher Endschaftsklauseln genießen die Gemeinde und das WVU – wie bei anderen Vertragsinhalten bzw. vorgelagerten Auswahlkriterien bei der Konzessionsvergabe³⁴⁷ – einen erheblichen Entscheidungsspielraum, der fachgesetzlich nicht eingeschränkt ist. Lediglich das Konzessionsabgabenrecht enthält in § 13 A/KAE ein Verbot sog. Heimfallrechte der Gemeinden, das heißt, Ansprüche der Gemeinde auf Übertragung der örtlichen Versorgungsanlagen ohne eine wirtschaftlich angemessene Gegenleistung bestehen nicht. Sie würden unter das Verbot von Nebenleistungen fallen. Ziff. 60 D/KAE enthält weiterhin eine Konkretisierung dahingehend, dass eine Vergütung mindestens in Höhe des Sachzeitwerts der übergehenden Anlagen geschuldet wird.³⁴⁸

In der Praxis gebräuchliche Endschaftsklauseln gehen allerdings nur zum Teil auf die Schwierigkeiten ein, die sich bei Auslaufen des Konzessionsvertrages zwischen Gemeinde, Altkonzessionär und Neukonzessionär stellen können.

³⁴² Siehe oben Ziffer I.2

³⁴³ Byok / Dierkes, RdE 2011, 394, 395; zur ausnahmsweisen gesetzlichen Regelung durch das Landeswasserrecht in Rheinland-Pfalz, siehe oben Ziffer I. 4. a) aa)

³⁴⁴ Siehe oben Ziffer III.4.m)

³⁴⁵ Vgl. Griesbach, Gewährleistungsverantwortung, S. 35; a. A. für die Fernwärmeversorgung Müller / Viole, Versorgungsw, 133

³⁴⁶ So jedenfalls für Energiekonzessionen OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.08.2019, Fn. 27, Rn. 219; OLG Brandenburg, Urteil vom 22.08.2017, Az. 6 U 1/17 Kart, Rn. 96

³⁴⁷ Siehe oben Ziffer III.3

³⁴⁸ Zu Bewertungsfragen sogleich unten Ziffer VII.

Beispiel 1:

„Die Stadt kann nach Ablauf des Vertrages die im Vertragsgebiet liegenden Versorgungsanlagen des WVU übernehmen oder ihre Übertragung auf einen Dritten verlangen. Das gilt nicht für Fern- und Durchgangsleitungen mit den dazugehörenden Anlagen.“

Beispiel 2:

„Erlischt der Vertrag und wird zwischen der Stadt und dem Versorgungsunternehmen kein neuer Konzessionsvertrag abgeschlossen, so ist die Stadt berechtigt und auf Verlangen des Versorgungsunternehmens verpflichtet, die im Stadtgebiet vorhandenen Anlagen (einschl. zugehöriger Grundstücke und Rechte) des Versorgungsunternehmens, soweit sie ausschließlich der Wasserversorgung im Stadtgebiet dienen, zu erwerben. Soweit Anlagen und Leitungen ausschließlich zur Durchleitung von Wasser durch das Stadtgebiet vorhanden sind, verbleiben sie beim Versorgungsunternehmen.“

Beispiel 3:

„Bei Beendigung dieser Vereinbarung hat der Konzessionär seine für den Betrieb des Wasserversorgungsnetzes für das Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen der Gemeinde oder auf deren Weisung einem Dritten zu überlassen. Transport- und Durchgangsleitungen sowie Verteilungsanlagen, die nicht ausschließlich der örtlichen Wasserversorgung dienen, verbleiben beim Konzessionär.“

3. Mögliche Streitfragen

In der Öffentlichkeit, z. T. auch in der Fachöffentlichkeit, konzentriert sich das Interesse bei Auslaufen eines Konzessionsvertrages häufig auf Bewertungsfragen, den „Kaufpreis“ für das Versorgungsnetz.³⁴⁹ Ob es dazu kommt und ggfs. bevor es dazu kommt, können aber noch eine ganze Reihe von Vor- und Begleitfragen zu lösen sein. Neben den bereits angesprochenen Themen der (fehlenden) Verpflichtung zur Herausgabe des beliefernden Wasserwerks mit dem Netz und dem ggfs. zu bejahenden Anspruch auf Wasserlieferung, wenn das Versorgungsnetz darauf angewiesen ist³⁵⁰, stellen sich Fragen betreffend die Übergabe der technischen Dokumentationen zum Verteilnetz und den Hausanschlüssen, betreffend die schuldrechtlichen und dinglichen Grundstücksbenutzungsrechte, die die Leitungen und sonstigen Wasserversorgungsanlagen absichern (vgl. § 1092 Abs. 3 BGB), und betreffend die

³⁴⁹ Siehe dazu Ziffer VII.

³⁵⁰ Siehe oben Ziffer I.4.a) bb).

sonstigen Verträge, die für den Netzbetrieb vom bisherigen Konzessionär abgeschlossen wurden.³⁵¹ Aus wirtschaftlicher Sicht stehen die folgenden Fragen im Vordergrund:

a) Herausgabe von Transportleitungen?

Die öffentliche Wasserversorgung setzt das Bestehen eines geeigneten Leitungsnetzes voraus. Bei einer Neuvergabe des Wasserkonzessionsvertrages werden die örtlichen Wasserleitungen vom Neukonzessionär für seine künftige Tätigkeit benötigt, während der Altkonzessionär nach Vertragsablauf für sie keine Verwendung mehr hat. Anders ist die Interessenlage, wenn Leitungen im Konzessionsgebiet der Versorgung von Gebieten bzw. Kunden dienen, die außerhalb des Konzessionsgebietes liegen: Hier besteht das Interesse des Altkonzessionärs an diesen Transportleitungen und den sie sichernden Wegerechten fort. Konzessionsverträge treffen daher für diesen Fall häufig Vorsorge und unterscheiden zwischen beim Altkonzessionär verbleibenden Transportleitungen (auch „Fernleitungen“ oder „Durchgangsleitungen“ genannt, siehe vorstehendes Beispiel 3) und den rein örtlichen Leitungen und Anlagen, die je nach Ausgestaltung der Vertragsbestimmungen auf die Gemeinde oder (auf deren Wunsch) an den Neukonzessionär übergehen sollen. Für die Transportleitungen wird vertraglich oft ein einfaches Wegerecht zugunsten des Altkonzessionärs vorgesehen, das ihm für eine – unter Umständen lange – Zeit nach Ablauf des Konzessionsvertrages weiter zusteht.

Beispiel 1:

„Das Versorgungsunternehmen kann die Leitungen und Anlagen auch für die Versorgung mit Wasser von Gebieten außerhalb des durch diesen Vertrag bezeichneten Konzessionsgebietes benutzen, und es kann zu diesem Zweck Leitungen im Vertragsgebiet errichten und betreiben. Die Leitungen sind auch nach Ablauf des Vertrags noch so lange zu dulden, wie dies für Zwecke der Wasserbeschaffung und -verteilung durch das Versorgungsunternehmen erforderlich ist. Bei der Benutzung der öffentlichen Flächen wird das Versorgungsunternehmen die berechtigten Interessen der Stadt im Hinblick auf die geringstmögliche Beeinflussung beachten und alle in dem Zusammenhang anfallenden Kosten tragen.“

Beispiel 2:

„Auch nach Ablauf des Vertrages verbleibt dem WVU für die Dauer von 30 Jahren das Recht, Wasser durch das Stadtgebiet durchzuleiten. Hierfür gelten die Bestimmungen

³⁵¹ Vgl. z. B. OLG Koblenz, Urteil vom 23.04.2009, ZNER 2009, 146 ff, Rn. 198 ff., zur Stromversorgung.

der §§ ... des Vertrages sinngemäß weiter. Das WVU ist verpflichtet, dann eine Benutzungsgebühr in gleicher Höhe zu zahlen, wie sie für Leitungsverlegungen in Kreisstraßen erhoben wird.“

Hohe praktische Bedeutung hat deshalb die Bestimmung des Umfangs eines Herausgabeanspruchs und damit die Frage, ob er auch sogenannte gemischt genutzte Leitungen umfasst, die sowohl der örtlichen Versorgung im Konzessionsgebiet wie auch der Durchleitung von Trinkwasser in andere Versorgungsgebiete dienen. Solche Leitungen gibt es aus unterschiedlichen wasserwirtschaftlichen Gründen; oftmals leisten sie – im Sinne einer Redundanz von Versorgungseinrichtungen – einen wichtigen Beitrag zur Versorgungssicherheit. Denkbar ist etwa eine Netzstruktur, in der mehrere Gemeinden von vornherein über eine ringförmige Transportleitung von einem Wasserwerk versorgt werden und von diesem Leitungsring aus die örtlichen Versorgungsleitungen abzweigen. Weit verbreitet sind auch gewachsene Netzstrukturen, in denen lokale Kunden an eine vorhandene Transportleitung angeschlossen werden oder, umgekehrt, ursprünglich rein lokale Versorgungsleitungen nachträglich dazu ertüchtigt werden, auch Kunden außerhalb des Gemeindegebiets zu versorgen. Gemischt genutzte Leitungen können zudem die Folge hoheitlicher Entscheidungen sein, wenn Teile eines zuvor einheitlichen Versorgungsnetzes durch die Umgemeindung von Ortsteilen einem neuen, benachbarten Konzessionsgebiet zufallen.

Sofern sich der Herausgabeanspruch der Gemeinde bzw. des neuen Konzessionärs auch auf solche gemischt genutzten Leitungen erstrecken würde, liegen die versorgungstechnischen Folgen auf der Hand: Der bisherige Konzessionär könnte seine Kunden in den übrigen Netzteilen, die hinter dem betroffenen Netzabschnitt liegen, nur mit Trinkwasser versorgen, das zuvor mittels Durchleitung durch ein anderes, nunmehr fremdes Versorgungsnetz transportiert wurde.

Diese versorgungstechnische Folge ist rechtlich das zwingende Argument dafür, dass konzessionsvertragliche Herausgabeansprüche in der Wasserwirtschaft keine gemischt genutzten Leitungen umfassen. Die gegenteilige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aus dem Strom- und Gasbereich ist ausdrücklich nicht übertragbar.³⁵² Denn der BGH begründet die dort stattfindende Einbeziehung von gemischt genutzten Leitungen in den Netzübertragungsanspruch nach § 46 Abs. 2 EnWG maßgeblich damit, dass dem bisherigen Konzessionär für sein früheres Netz nach § 20 Abs. 1 EnWG ein Anspruch auf diskriminierungsfreien Netzzugang zwecks Durchleitung verbleibt;

³⁵² Byok / Dierkes, RdE 2011, 394, 396; a. A. Kramer, GWF W+A 2015, 448, 450 / 451.

dieses Recht ermögliche ihm dauerhaft die Erfüllung seiner Versorgungsaufgaben auch in nachgelagerten Netzteilen.³⁵³ Der Bundesgerichtshof hat hierin den entscheidenden Gesichtspunkt gesehen, um die Verfassungsmäßigkeit seiner Rechtsprechung im Hinblick auf das (grundsätzlich auch aus seiner Sicht betroffene) Eigentumsrecht des bisherigen Versorgers nach Art. 14 Abs. 1 GG zu begründen³⁵⁴.

Für Wasserversorgungsnetze besteht ein solcher Durchleitungsanspruch aber gerade nicht. Im Rahmen der 8. GWB-Novelle wurde auf Bitte des Bundesrates die neue Vorschrift des § 31 Abs. 5 in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen eingefügt, die klarstellt, dass kartellrechtlich kein Missbrauch vorliegt, „wenn ein Wasserversorgungsunternehmen sich insbesondere aus technischen oder hygienischen Gründen weigert, mit einem anderen Unternehmen Verträge über die Einspeisung von Wasser in sein Versorgungsnetz abzuschließen, und eine damit verbundene Entnahme (Durchleitung) verweigert“. Die Regelung wurde im Gesetzgebungsverfahren³⁵⁵ mit der umfassenden Begründung als notwendig angesehen, dass in der Wasserwirtschaft „Durchleitungsansprüche, die vor allem aus technischen und hygienischen Gründen³⁵⁶ nicht sinnvoll erscheinen, nicht ermöglicht werden sollen“. Im Ergebnis werden durch die „insbesondere“-Formulierung alle sachlichen Gründe zugelassen, d. h., bei entsprechender Begründung wird das gesetzgeberische Ziel erreicht, praktisch jegliche Wasserdurchleitung auszuschließen.³⁵⁷

Diese normative Vorgabe schlägt unmittelbar durch auf den Umfang des Herausgabeanspruchs.³⁵⁸ Weil eine Durchleitung zur Versorgung von Kunden in nachgelagerten Netzabschnitten ausgeschlossen ist, würde die Übertragung von gemischt genutzten Leitungen Versorgungsaufträge des bisherigen Konzessionärs außerhalb des betroffenen Konzessionsgebietes „aushebeln“. Er könnte andere Konzessionsverträge mit längerer Laufzeit nicht mehr ordnungsgemäß erfüllen. Hierfür ist, zumal im Hinblick auf sein Eigentumsrecht an den im Gemeindegebiet verbleibenden örtlichen Verteilungsnetzen, verfassungsrechtlich kein Raum. Das gesetzliche Leitbild ist dabei so eindeutig, dass der Nachweis entsprechender Durchleitungsprobleme im Einzelfall (wie Hygieneprobleme durch Nutzung fremder Netze oder Qualitätsprobleme durch Vermischung verschiedener Wässer) entbehrlich ist. Dass nur diese Lösung interessen- und

³⁵³ BGH, Beschluss vom 03.06.2014, Rn. 41 ff – Stromnetz Homberg –

³⁵⁴ BGH, ebenda, Rn. 49.

³⁵⁵ Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs, 176 / 12, Ziff. 8.

³⁵⁶ Vgl. Herbeck, Gemeinsame Netznutzung, S. 53-56; Greb / Böcker, RdE 2013, 15, 16: Wasser im Unterschied zu Strom und Gas kein homogenes Gut

³⁵⁷ Reif, in: Münchener Kommentar zum GWB, § 31, Rn. 311; Bechtold / Bosch, Kommentar zum GWB, § 31, Rn. 32.

³⁵⁸ Lotze / Heyers, RdE 2020, 62, 67.

letztlich auch verbrauchergerecht ist, zeigt sich, wenn man einmal gedanklich eine Netzübergabe an die wegeberechtigte Gemeinde bzw. deren Neukonzessionär unterstellt: Selbst wenn Letztere trotz fehlender gesetzlicher Verpflichtung dem Altkonzessionär die Durchleitung von Wasser durch das Gemeindegebiet zwecks Verbindung der ihm verbliebenen Versorgungsgebiete außerhalb einräumen würde, liefe er Gefahr, dass im Gemeindegebiet auftretende Verschmutzungen aus dem Ortsnetz in sein durchgeleitetes Wasser gelangen. Offensichtlich würden sich dann verwickelte Verursachungs-, Beweis- und Haftungsfragen stellen, wenn er in der Folge in den vom Altkonzessionär versorgten Gebieten außerhalb der Gemeinde Qualitätsprobleme der Trinkwasserlieferungen auftreten.³⁵⁹ Der grundsätzliche Ausschluss von Durchleitungsansprüchen in der Trinkwasserversorgung durch § 31 Abs. 5 GWB hat seinen guten Sinn. (Trink-)Wasser ist – anders als Strom oder Gas – eben nicht als homogenes Gut anzusehen, sondern weist aufgrund seines natürlichen Ursprungs unterschiedliche Qualitäten auf. Eine Durchleitung „fremden“ Wassers ist regelmäßig nicht praktikabel, da bei der damit verbundenen Vermischung chemische Reaktionen auftreten und Qualitätsverluste entstehen können.³⁶⁰

b) Entflechtung

Durchaus anzuerkennen ist, dass versorgungstechnisch ein erheblicher Aufwand entsteht, wenn bei einem Wechsel des Konzessionärs die örtlichen Versorgungsleitungen von den Transportleitungen abgetrennt werden müssen. Die technischen und hygienischen Gründe, die in der Regel gegen eine Durchleitung fremden Wassers durch ein Leitungsnetz sprechen, sind im Falle einer Aufteilung eines bisher einheitlichen Versorgungssystems in beim Altkonzessionär verbleibende Transportleitungen und übergehende Leitungen der örtlichen Wasserverteilung jedoch genauer zu prüfen. Regelmäßig wird es auf die (Druck-)Verhältnisse im jeweils konkreten Fall ankommen, welche technischen Maßnahmen jeweils als geeignet und erforderlich anzusehen sind. Im ungünstigen Fall müsste eine neue Transportleitung geschaffen werden, wofür bei einer verdichteten innerstädtischen Bebauung oftmals kein Platz mehr ist, oder es müssen aufwendige Baumaßnahmen für Übergabevorrichtungen zwischen Transportleitung und den Leitungsrohren für die lokale Verteilung durchgeführt werden.

Selbst solche praktischen Probleme führen jedoch nicht dazu, dass der Wechsel eines Konzessionärs wirtschaftlich und tatsächlich nicht mehr darstellbar ist. Die beteiligten

³⁵⁹ Byok / Dierkes, RdE 2011, 394, 396.

³⁶⁰ Siehe oben Ziffer III.4.f) und LKartB NRW, Sektoruntersuchung Fremdwasserbezug, S. 33.

Kommunen haben vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten, die Besonderheiten der Netzstruktur bereits im Rahmen der Ausschreibung zu berücksichtigen, konkret etwa durch die Aufspaltung des Gemeindegebiets in unterschiedliche Versorgungsgebiete oder die Anforderung entsprechender technisch-wirtschaftlicher Konzepte von den Bietern. Zudem bleibt es ihnen unbenommen, Konzessionen gemeinsam mit den Nachbargemeinden (etwa durch Gründung eines Zweckverbandes) auszuschreiben, um ihr vermaschtes Versorgungsnetz dann einheitlich in die Hände eines neuen Konzessionärs zu überführen zu können, wenn das wettbewerbliche Auswahlverfahren zu einem Wechsel Anlass gibt.

Mit diesen generellen Fragen beschäftigen sich die gebräuchlichen Vertragsklauseln zur Netzentflechtung kaum. Sie widmen sich vor allem der Kostenfrage und regeln die Verteilung der wirtschaftlichen Lasten häufig dahin gehend, dass die Kosten der Entflechtung (im Sinne der Trennung der Anlagen) vom Altkonzessionär, die Einbindungskosten dagegen von der Gemeinde zu tragen sind.

Beispiel 1:

„Sollten aufgrund des Anlagenerwerbs Entflechtungsmaßnahmen erforderlich werden, so sind die hierdurch in den beim Versorgungsunternehmen verbleibenden Netzen anfallende Kosten vom Versorgungsunternehmen zu tragen. Die erforderlichen Einbindungskosten trägt die Stadt. Das Versorgungsunternehmen muss alle Unterlagen zur Verfügung stellen, die die Stadt zur Ausübung des Übernahmerechts benötigt.“

Beispiel 2:

Die Entflechtungskosten (Kosten der Netztrennung und der Wiederherstellung der Versorgungssicherheit bezüglich der bei dem Konzessionsnehmer verbleibenden Wasserversorgungsanlagen) sind von dem Konzessionsnehmer zu tragen, die Einbindungskosten (Kosten für Maßnahmen zur Wiederherstellung der Versorgungssicherheit der vom Konzessionsnehmer nach Abs 1 Satz 1 zu übereignenden oder zu überlassenden Wasserversorgungsanlagen und zur Anbindung an das vorgelagerte Netz) vom Neukonzessionär. Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich, dazu beizutragen, dass Maßnahmen der Entflechtung und Einbindung auf das bei Beachtung der Versorgungssicherheit geringstmögliche Maß beschränkt und die Kosten möglichst gering gehalten werden können.“

c) Herausgabe der Kunden?

Gemäß § 32 Abs. 5 AVB WasserV ist der Wechsel des Wasserversorgungsunternehmens öffentlich bekannt zu machen. Bei Eintritt des neuen WVU in die aus dem Vertragsverhältnis mit den Kunden der Wasserversorgung ergebenden Rechte und Pflichten bedarf es nicht der Zustimmung der Kunden. Hiervon ausgehend versuchen manche Konzessionsverträge, den Übergang der Kunden zum neuen WVU ausdrücklich zu regeln.

Beispiel 1:

„Mit dem Kauf der Anlage gemäß Abs. 1 dieser Bestimmungen gehen alle Rechte und Verpflichtungen aus bestehenden Verträgen über die Versorgung mit Wasser auf die Stadt über.“

Beispiel 2:

„Die Stadt bzw. ein von ihr bestimmter Dritter, der wirksam neuer Inhaber der Wegenutzungsrechte für das örtliche Wasserversorgungsnetz geworden ist, treten nach Ablauf dieser Vereinbarung in die bestehenden Wasserversorgungsverträge mit den Kunden ein. Auf Wunsch der Stadt wird das WVU die bestehenden Wasserversorgungsverträge mit den Kunden beenden. Bei dem WVU verbleiben lediglich die in Anlage ... aufgeführten Wasserlieferverträge mit Sonderkunden.“

Am Übergang der Kundenbeziehungen zeigt sich ein weiteres Mal, dass sich die Wege der Wasserwirtschaft und der Energiewirtschaft seit der Liberalisierung und Regulierung des letztgenannten Sektors getrennt haben. Während die Kundenbeziehungen in der Energiewirtschaft von einer Veräußerung des örtlichen Strom- oder Gasnetzes heutzutage unbeeinflusst bleiben, zieht der Netzübergang in der Wasserwirtschaft nach wie vor den Kundenübergang nach sich.³⁶¹ Der Rechtszustand entspricht im Prinzip dem, wie er vor der Reform des Energiemarktes im Jahr 1998 auch dort bestand: Der Kunde geht mit dem Netz über, da dies grundsätzlich seinen Interessen entspricht.³⁶² Er „hängt“ am lokalen Wasserverteilnetz, da der Bau paralleler Leitungsnetze weder ökologisch vertretbar noch rechtlich möglich erscheint.³⁶³

³⁶¹ Lotze / Dierkes, RdE 2017, 165, 171. Zu den möglichen Schwierigkeiten während des Übergangs zur Liberalisierung in der Energiewirtschaft vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 24.10.2019, RdE 2021, 445 ff.

³⁶² Vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 18.08.2005. IR 2005, 231 / 232 = ZNER 2005, 237 ff mit zustimmender Anmerkung von Michaels; OLG Schleswig, ZNER 2006, 199 ff; Kermel, in: Kermel / Bruckner / Baumann, Wegenutzungsverträge, S. 136 – 138; zur späteren Änderung der Rechtslage im Energierecht vgl. OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 29.01.2008, RdE 2008, 146, 150 m. w. Nw.

³⁶³ LKartB NRW, Sektoruntersuchung Fremdwasserbezug, S. 33.

Weil zudem in der Wasserwirtschaft Netz und Vertrieb nicht entflochten worden sind, hängt der Kunde auch am Betreiber des Verteilnetzes, ohne technisch oder wirtschaftlich auf einen anderen Wasserlieferanten ausweichen zu können. Jedenfalls trifft das für die Masse der (Haushalts- und Kleingewerbe-)Kunden zu. Nur ganz ausnahmsweise verbleiben bestimmte Kunden beim bisherigen WVU, wie der letzte Satz des Beispiels 2 andeutet: Verbleiben die Transportleitungen beim Altkonzessionär, kann es wirtschaftlich geboten sein, einzelne, direkt an den bei ihm verbleibenden Rohrleitungen angeschlossene Kunden dort zu belassen, um unverhältnismäßige Entflechtungskosten zu sparen. Andere Kunden speziell am Rande des Gemeindegebiets bzw. Netzgebiets erhalten ihr Wasser u.U. schon immer aus in der Nachbargemeinde verlaufenden Rohrleitungen und sollten dann ggfs. vom benachbarten WVU weiter versorgt und möglicherweise auch abgerechnet werden. So etwa auch in den gelegentlich vorkommenden Konstellationen, in denen ein im Gemeindegebiet ansässiger Großverbraucher über eine „Stichleitung“ aus einem benachbarten Wassernetz bzw. aus einer in der Nähe verlaufenden Transportleitung eines Dritten beliefert wird. In diesen Fällen besteht vielfach ein einfaches Wegerecht des anderen WVU oder es wird anlässlich der Neuordnung der Versorgungsverhältnisse beim Konzessionsübergang vereinbart, ohne die im Übrigen bestehende Ausschließlichkeit des Wegerechts des im abgeschlossenen Auswahlverfahren gefundenen neuen Konzessionsvertragspartners generell in Frage zu stellen.

Selbstredend besteht auch aus Sicht des die Wasserversorgung übernehmenden neuen Konzessionärs ein großes Interesse, die Kunden möglichst vollständig und zügig zu übernehmen. Er ist auf die Kundenzahlungen für die Wasserlieferung angewiesen, um seine Übernahme- und Betriebskosten zu refinanzieren.

Um die Kundenbeziehungen überzuleiten, ist der Wechsel des WVU nach § 32 Abs. 5 S. 2 AVB WasserV öffentlich bekannt zu machen. Dies dient der Information der Kunden, eine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Vertragsübernahme ist das jedoch nicht. Eine besonderes Kündigungsrecht der Kunden wird durch die Vertragsüberleitung nicht ausgelöst.³⁶⁴

³⁶⁴ Morell, AVB WasserV, § 32, S. 9.

d) Herausgabe des Betriebspersonals?

Ein Anspruch des neuen Konzessionärs gegen den Altkonzessionär auf „Herausgabe“ der mit dem Betrieb des Wasserverteilnetzes bisher beschäftigten Mitarbeiter besteht nicht. Er ist auch nicht notwendig, da jeder Bewerber um die Konzession bereits im Rahmen der Prüfung seiner Eignung darlegen muss, dass er (auch) personell in der Lage ist, das Netz zu übernehmen.³⁶⁵ Vielmehr stellt sich umgekehrt die Frage, ob er ggfs. nach § 613 a BGB verpflichtet sein kann, das dem Netzbetrieb zuzuordnende Personal zu übernehmen. Ein Betriebsübergang im Sinne dieser Vorschrift kommt vor allem bei in sich abgeschlossenen Ortsnetzen der Wasserversorgung in Frage, bei denen eine klare Zuordnung der Mitarbeiter möglich ist. Größere Streitigkeiten um diesen Themenkomplex sind bisher nicht bekannt geworden.

4. Ausschluss von Herausgabeansprüchen

Die Geltendmachung zivilrechtlicher Einwendungen bleibt gegenüber sämtlichen vorgenannten Herausgabeansprüchen möglich. Hohe praktische Bedeutung hat, dass solche Ansprüche stets eine ordnungsgemäße Vergabe an den Neukonzessionär voraussetzen, insbesondere eine rechtmäßige Auswahlentscheidung. Sofern es hieran fehlt, kann sich der Altkonzessionär auf den Einwand unzulässiger Rechtsausübung nach § 242 BGB berufen. Er hat ein schutzwürdiges Eigeninteresse, eine verfahrensfehlerhafte Auswahlentscheidung der Gemeinde und den damit einhergehenden Kartellrechtsverstoß nicht dadurch zu vertiefen, dass er den zum Vollzug des Wechsels des Netzbetreibers gestellten Herausgabeverlangen nachkommt.³⁶⁶

³⁶⁵ Siehe oben Ziffer III.4

³⁶⁶ OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.03.2018, Rn. 38, S. 17 des Urteilsabdrucks – Wasserversorgung Selm –; bestätigt durch BGH, Beschluss vom 26.02.2019, KZR 22/18

VII. Bewertungsfragen

Die Endschaftsklauseln der Konzessionsverträge zur Wasserversorgung sehen regelmäßig vor, dass das örtliche Verteilnetz zum Sachzeitwert auf die Gemeinde oder ggfs. einen von ihr zu bestimmenden Dritten (= den neuen Konzessionär) übergehen soll.³⁶⁷

Beispiel 1:

„Als Übernahmeentgelt ist der Sachzeitwert der öffentlichen Wasserversorgungsanlagen zum Übertragungszeitpunkt vereinbart. Zuzüglich zum Übernahmeentgelt ist die jeweils gültige Umsatzsteuer zu zahlen.“

Beispiel 2:

„Als Kaufpreis ist der Sachzeitwert vereinbart. Bei der Ermittlung des Kaufpreises sind die von Anschlussnehmern, der Stadt oder Dritten geleisteten und noch nicht aufgelösten Baukostenzuschüsse oder vergleichbare Leistungen, insbesondere der Wert unentgeltlich der Gesellschaft von Erschließungsträgern übertragener Anlagen, zu berücksichtigen.“

Beispiel 3:

„Der Kaufpreis ist der Sachzeitwert der übergehenden Versorgungsanlagen zuzüglich Umsatzsteuer und abzüglich von Baukostenzuschüssen, Hausanschlusskostenbeiträgen sowie vergleichbarer Zuschüsse, soweit sie vom Konzessionsnehmer noch nicht aufgelöst wurden. Der Sachzeitwert ist der Wiederbeschaffungswert der Anlagen zum Zeitpunkt der Übernahme abzüglich der Wertminderung unter Berücksichtigung von Alter, technischer und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit sowie ihres Erhaltungszustandes. Sollte kraft gesetzlicher Normierung oder höchstrichterliche Rechtsprechung ein anderer Wert als der Sachzeitwert für die Kaufpreisbestimmung allein maßgeblich sein, so gilt dieser Wert ab dem Zeitpunkt der Rechtsgültigkeit der gesetzlichen Regelungen bzw. Rechtskraft der höchstrichterlichen Entscheidung.“

Bei der Feststellung der Höhe des Wertes gemäß Abs. 1 sind von der Gesellschaft empfangene Baukostenzuschüsse, Hausanschlusskostenbeiträge sowie vergleichbare Zuschüsse, soweit sie zum Übernahmzeitpunkt nicht aufgelöst sind, zu berücksichtigen.“

³⁶⁷ Byok / Dierkes, RdE 2011, 394, 396.

Die Zulässigkeit solcher Endschaftsklauseln ist allgemein anerkannt. In der Praxis ist in Übereinstimmung mit bzw. in Folge solcher vertraglichen Bestimmungen die Überlassung von Wasserversorgungsnetzen auf Basis des Sachzeitwertes üblich.³⁶⁸

1. Sachzeitwert

Die Inbezugnahme des Sachzeitwerts in den vertraglichen Endschaftsregeln von Wasserkonzessionsverträgen geht auf eine lange Tradition zurück. Eine Grundlage dafür ist das seit den 1940er-Jahren unverändert geltende Recht der Konzessionsabgaben für die Wasserversorgung.³⁶⁹ § 6 Abs. 1 KAE verbietet den Gemeinden grundsätzlich die Erhebung von Sachleistungen neben oder an Stelle von Konzessionsabgaben. Als (verbotene) verbilligte Sachleistungen gelten nach § 13 Satz 1 A/KAE auch Heimfallverpflichtungen. Darunter sind Verpflichtungen von Versorgungsunternehmen zu verstehen, nach Ablauf des Konzessionsvertrages ihre (Wasserversorgungs-)Anlagen unentgeltlich oder gegen eine nur teilweise Entschädigung auf die Gemeinde zu übertragen.³⁷⁰ Nr. 60 D/KAE schreibt Ausgleichszahlungen für wegfallende Heimfallverpflichtungen zwingend vor. Indem die Regelung im letzten Satz einräumt, dass (vertragliche) Rechte zur Übernahme von (Wasserversorgungs-)Anlagen unberührt bleiben, die eine „Zahlung einer dem Sachzeitwert der Anlagen im Übernahmezeitpunkt entsprechenden oder höheren Vergütung vorsehen“, gibt sie zugleich den Sachzeitwert faktisch als Minimum der Entschädigung für lokale Wasserversorgungsnetze vor.³⁷¹

Hiervon ausgehend war und ist in der Wasserwirtschaft nach der Definition des Sachzeitwertes bzw. der Methode seiner Ermittlung zu fragen. Beispiel 3 stellt auf den Wiederbeschaffungswert ab und folgt damit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der den Sachzeitwert als „auf der Grundlage des Tagesneuwerts (Wiederbeschaffungswerts) unter Berücksichtigung seines Alters und Zustands ermittelten Restwert eines Wirtschaftsguts im Sinne des Bruttorekonstruktionswerts“ versteht. Dabei soll der Wiederbeschaffungswert den Wert widerspiegeln, „den ein gebrauchtes Wirtschaftsgut unter Berücksichtigung des aktuellen Neuwerts eines gleichwertigen Guts und seines Alters und Erhaltungszustands noch verkörpert.“³⁷² Unter Tagesneuwert wird der unter Beach-

³⁶⁸ Vgl. den Sachverhalt im Urteil des OLG Düsseldorf vom 13.08.2018, Fn. 2, S. 24 – 26 des Urteilsabdrucks – Stadt Übach Palenberg–; Byok / Dierkes, RdE 2011, 394, 396.

³⁶⁹ Vgl. dazu oben Ziffer II. 7.

³⁷⁰ Kermel, Praxishandbuch, Kapitel 2, Rn. 263.

³⁷¹ Papier / Schröder, RdE 2012, 125, 131; LKartB NRW, Fn. 42, Ziffer B. 6): Anhaltspunkt Sachzeitwert des Netzes.

³⁷² BGH, Urteil vom 16.11.1999, BGHZ 143, 128 ff = NJW 2000, 577, 579 = RdE 2000, 108 ff = ZNER 1999, 137 ff. – Kaufering –; BGH, Urteil vom 28.06.2006, NVwZ-RR 2006, 808 = WM 2006, 2049 ff., Rn. 19 / 20 m. w. Nw. – Stadt Jever –

tung technischer Entwicklung maßgebliche Anschaffungswert für ein neues Wirtschaftsgut im jeweiligen Bewertungszeitpunkt verstanden. Andere Methoden gehen von den historischen Anschaffungskosten, dem ersparten Investitionsaufwendungen, den Kosten einer fiktiven Neuerstellung oder dem Bruttokonstruktionswert aus.³⁷³ Der Sachzeitwert eines lokalen Wasserverteilnetzes entspricht damit der Summe der für die einzelnen Netzkomponenten gesondert ermittelten Sachzeitwerte.³⁷⁴

Bei der Ermittlung des Sachzeitwerts ist insbesondere die betriebliche technisch-wirtschaftliche Nutzungsdauer der Einzelkomponenten in Rechnung zu stellen, die etwa bei den das Wasserverteilnetz bildenden Rohrleitungen abhängig vom Werkstoff regelmäßig mehr als 50 Jahre beträgt. Ab den 1980er Jahren verbaute Stahlleitungen sowie Leitungen aus dem Kunststoff PE 100 lassen aufgrund der geringeren Alterung und der geringeren Ausfallhäufigkeit sogar noch längere Nutzungsdauern erwarten.

2. Begrenzung durch den Ertragswert?

Läuft ein Konzessionsvertrag zur Wasserversorgung aus, entzündet sich in der Praxis gelegentlich ein Streit an der Frage, ob die regelmäßig in den maßgeblichen vertraglichen Endschaftsbestimmungen vorgesehene Herausgabe des lokalen Wasserverteilnetzes durch den Altkonzessionär gegen Zahlung des Sachzeitwertes zu korrigieren bzw. zu „deckeln“ ist.³⁷⁵ Ausgangspunkt für solche Überlegungen ist das „Kaufering“-Urteil des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1999³⁷⁶ zur Stromversorgung, in dem dieser von der Annahme ausging, dass „der vertraglich geforderte Netzkaufpreis prohibitiv wirkt, wenn er die Übernahme der (Strom-)Versorgung durch einen nach den Maßstäben wirtschaftlicher Vernunft handelnden anderen Versorger ausschließt und die Kommune faktisch an den bisherigen Versorger gebunden bleibt. Diese Grenze ist erreicht, wenn der Sachzeitwert den Ertragswert des Versorgungsnetzes nicht unerheblich übersteigt.“³⁷⁷ Speziell für die Übertragung von Wasserverteilnetzen hat die Rechtsprechung diese Begrenzung auf den Ertragswert aber nicht vorgenommen. Seinen Ausgangspunkt hatte dieser Ansatz mit dem zum Wasserbereich ergangenen, zeitlich späteren „Jever“-Urteil, in dem der Bundesgerichtshof eine in einem als „Wasserlieferungsvertrag“ bezeichneten Konzessionsvertrag mit einer Gemeinde enthaltene Endschaftsbestimmung auslegte,

³⁷³ Zum Ganzen Papier/Schröder, RdE 2012, 125, S. 131 m. w. Nw.

³⁷⁴ Lotze / Heyers, RdE 2020, 62, 67.

³⁷⁵ So etwa Kramer, GWF W+A, 448, 452.

³⁷⁶ S. o. Fn. 372

³⁷⁷ BGH, Fn. 372, Leitsatz 1 – Kaufering –; BGH, Urteil vom 07.06.2006, IR 2006, 155 ff. = ZNER 2006, 140 ff. –Stadt Lippstadt –; Darstellung zuletzt bei Säcker / Mohr / Wolf, Konzessionsverträge, S. 144-147.

die die Erstattung des „Zeitwerts“ der Wasserversorgungsanlagen durch die übernehmende Gemeinde vorsah. Als Revisionsinstanz sah der BGH keinen Anlass, die Auslegung des Berufungsgerichts zu beanstanden, das den Begriff „Zeitwert“ mit dem „Sachzeitwert“ im Sinne der vorstehend dargestellten Definitionen gleichgesetzt hatte.³⁷⁸ Instanzgerichtlich wurde danach festgehalten, dass die Grundsätze der Kaufering-Entscheidung auf Endchaftsbestimmungen in Wasserversorgungsverträgen nicht übertragbar sind.³⁷⁹

Diese Unterscheidung erscheint durchaus sachgerecht, wenn man sich vor Augen führt, dass die Wege der Wasserwirtschaft und der Energiewirtschaft spätestens seit der Liberalisierung und Regulierung des letztgenannten Sektors in unterschiedliche Richtungen laufen:

- Im Kaufering-Urteil spielte die Beschränkung der Laufzeit energiewirtschaftlicher Konzessionsverträge auf 20 Jahre eine entscheidende Rolle, die der Gesetzgeber mit der 4. GWB-Novelle in § 103 a GWB a. F. eingeführt hatte. Der Bundesgerichtshof ging vor diesem Hintergrund davon aus, dass Endchaftsbestimmungen energiewirtschaftlicher Konzessionsverträge mit § 103 a GWB a. F. unvereinbar seien, die in ihren tatsächlichen Auswirkungen zu einer über zwanzig Jahre hinausreichenden Bindung der Vertragsparteien führen.³⁸⁰ Eine solche gesetzlich vorgegebene Höchstlaufzeit des Konzessionsvertrages kennt die Wasserwirtschaft nicht, behördlicherseits anerkannt werden vielmehr Laufzeiten bis zu 40 Jahren.³⁸¹
- Für die Versorgung mit elektrischer Energie bestand zu der Zeit, als der Bundesgerichtshof den Kaufering-Fall entschied, ein Preisgenehmigungsverfahren für die allgemeinen Tarife auf Basis der nach der BTO EIt ermittelten Kosten des Versorgungsunternehmens. Deshalb durfte bei der kartellrechtlichen Beurteilung einer möglichen prohibitiven Wirkung des für die Übertragung des Stromnetzes zu zahlenden Kaufpreises nicht „gänzlich außer Betracht“ gelassen werden, „ob und in welchem Umfang der Übernehmer diese Vergütung im Preisgenehmigungsverfahren als Aufwand geltend machen und über den Strompreis amortisieren kann.“³⁸² Das war schon auf Basis der damaligen Rechtslage im Energierecht „ein ganz entscheidender Punkt“. ³⁸³ Erst recht muss das auf der Grundlage der heute die Strom- und Gaswirtschaft beherrschenden Regulierung der

³⁷⁸ BGH, Fn. 372, Rn. 19 / 20 – Stadt Jever –.

³⁷⁹ LG München I, Urteil vom 11.05.2010, Az. 33 O 3099/09, S. 12 des Urteilsabdrucks

³⁸⁰ BGH, Fn. 372, NJW 2000, 577, 581 – Kaufering –

³⁸¹ Siehe dazu sogleich Ziffer VIII.

³⁸² BGH, Fn. 372, NJW 2000, 577, 582 – Kaufering –

³⁸³ Lecheler, in: Ballwieser / Lecheler, S. 39

Netzentgelte gelten.³⁸⁴ Demgegenüber kennt die Wasserwirtschaft eine solche Preisaufsicht nicht (bzw. nicht mehr, seit die Wasserpreise Ende der 1950er Jahre aus der Preiskontrolle entlassen wurden). Auch die zunehmende Intensität der kartellrechtlichen Preismissbrauchsaufsicht kann nicht der Prüfindensität gleichgestellt werden, die (früher) Preisaufsicht und (heute) Netzregulierung z. B. in der Energiewirtschaft im Rahmen der dort ausgeübten Vorabkontrolle entfalten.

Während sich also heute in der Energieversorgung „eine objektive Wertminderung der Eigentumsposition „Verteilnetz“ ... nicht nur aus der zeitlichen Begrenzung des Wegerechts auf höchstens zwanzig Jahre ..., sondern auch und insbesondere aus der Regulierung der Strom- und Gasnetze“ ergibt³⁸⁵, treten diese wertmindernden Aspekte in der Wasserwirtschaft so nicht auf. In diesem Sektor kommt der Vereinbarung des Sachzeitwerts in der Endschafftsklausel von Konzessionsverträgen deshalb in aller Regel keine prohibitive Wirkung im Sinne des Kaufering-Urteils zu. Die Übernahme der Versorgung durch einen nach dem Maßstab wirtschaftlicher Vernunft handelnden neuen Konzessionär wird durch einen Netzkaufpreis in Höhe des Sachzeitwertes in der Wasserversorgung nicht ausgeschlossen, die Kommune bleibt infolgedessen nach Beendigung des Konzessionsvertrages mit einer entsprechenden Bestimmung nicht faktisch an den bisherigen Versorger gebunden.³⁸⁶

Hinzu kämen praktische Probleme bei der Übernahme von energiewirtschaftlichen Ansätzen. Der Rückgriff auf den Standard IDW S1, der das Ertragswertverfahren als einen möglichen Bewertungsansatz für Strom- und Gasnetze ansieht, ist bereits aus dem Grund nicht möglich, weil das Rohrleitungsnetz in der deutschen Wasserversorgung regelmäßig nicht als selbstständiger Unternehmensteil betrieben wird. Mangels Unbundling der Wasserwirtschaft ist das örtliche Verteilnetz hier untrennbar mit der Wasserlieferung an die versorgten Kunden verbunden.

3. Berücksichtigung von Zuschüssen?

Gemäß § 9 Abs. 1 AVB WasserV ist das WVU berechtigt, von den Anschlussnehmern einen angemessenen Baukostenzuschuss zur Abdeckung von höchstens 70 % der Kosten zu verlangen, die bei wirtschaftlicher Betriebsführung für die Erstellung oder Verstärkung örtlicher Verteilungsanlagen notwendig sind. Dieses Recht hat für die Versorgungsunternehmen, vor allem aber auch für die verursachungsgerechte Verteilung der Kosten

³⁸⁴ Für viele OLG Schleswig, Urteil vom 29.10.2018, RdE 2019, 198, Leitsatz 1

³⁸⁵ Genten / Krämer / Theobald / Wolkenhauer, RdE 2014, 213, 218.

³⁸⁶ Vgl. BGH, Fn. 372, Leitsatz 1 – Kaufering –

der leitungsgebundenen Wasserversorgung, erhebliche wirtschaftliche Bedeutung.³⁸⁷ § 10 Abs. 4 AVBWasserV trifft für die Erstattung der Kosten für die Erstellung oder Veränderung von Hausanschlüssen eine ähnliche Regelung. Die meisten WVU machen von diesen Rechten Gebrauch und stellen die Anlagen der Wasserversorgung mit Hilfe solcher Beiträge und Zuschüsse der Anschlussnehmer her. Daraus folgt bei einem Übergang des Verteilnetzes keine Verpflichtung des Altkonzessionärs, der Gemeinde bzw. dem Neukonzessionär Versorgungsanlagen unentgeltlich zu übertragen, die auf diese Weise finanziert worden sind, aus dem Gesichtspunkt einer ungerechtfertigten Bereicherung.³⁸⁸

In aller Regel führen die WVU nämlich diese vom Kunden gezahlten Beträge einer Rückstellung zu, die über einen Zeitraum von z. B. zwanzig Jahre linear aufgelöst wird, wobei die jährlichen Auflösungsbeträge bei der Tarifikalkulation als Erträge behandelt werden. Im Zeitpunkt der Netzübertragung noch nicht aufgelöste Rückstellungen dieser Art sind deshalb dem Altkonzessionär zu erstatten.³⁸⁹ Dieser Vorgang ist gemeint, wenn in Beispiel 2 und 3 von der „Berücksichtigung“ empfangener Baukostenzuschüsse etc. die Rede ist.

Erneut kommt es allerdings im Streitfall auf den Wortlaut der jeweiligen Endschaftsklauseln an. Nicht immer ist so deutlich wie im oben genannten Beispiel 3 in Anlehnung an die Begrifflichkeit der AVBWasserV vom Abzug „von Baukostenzuschüssen, Hausanschlusskosten sowie vergleichbarer Zuschüsse“ die Rede, „soweit sie vom Konzessionsnehmer noch nicht aufgelöst wurden“. Bei der Auslegung oft weniger ausführlich und detailliert gestalteter Endschaftsbestimmungen seit langen Jahren laufender Konzessionsverträge ist durchaus Vorsicht geboten. Oft erwähnen sie, wie Beispiel 1, die Frage etwaiger Zuschüsse nicht. Oder sie sprechen z. B. ganz allgemein von „Zuschüssen“, „Zuschussleistungen“, „Zahlungen Dritter“ oder „erstatteten Kosten“. Hier wird es auf die Interpretation der unterschiedlichen Regelungen im Einzelfall ankommen: Wird nur die Anrechnung von Baukostenzuschüssen auf den Netzwert geregelt, sind Anschlusskostenbeiträge grundsätzlich davon nicht erfasst (und umgekehrt).³⁹⁰ Die Anrechenbarkeit von „Zuschüssen“ im Sinne öffentlicher Finanzierungshilfen erstreckt sich u. U. auch nicht auf „Baukostenzuschüsse“, jedenfalls dann nicht, wenn der bisherige Konzessionsvertrag erkennbar überkommene Begrifflichkeit aus der Zeit vor Erlass der AVB WasserV im Jahre 1980 benutzt, die erstmalig den Baukostenzuschuss gesetzlich definierte.

³⁸⁷ Vgl. Morell, Kommentar zur AVBWasserV, §9 Anm. a)

³⁸⁸ BGH, Fn. 372, NJW 2000, 577, 585 – Kaufering –

³⁸⁹ BGH, Fn. 372, – Kaufering –

³⁹⁰ Vgl. Bauer, in: ders., Ablauf von Konzessionsverträgen, S. 34 / 35.

VIII. Laufzeiten

Die Frage der zulässigen Laufzeit von Konzessionsverträgen in der Wasserwirtschaft entscheidet sich in einem Spannungsfeld zwischen der Forderung nach einer möglichst geringen Einschränkung des „Wettbewerbs um das Netz“, dem Interesse des Konzessionärs an der Amortisation seiner Investitionen zuzüglich einer angemessenen Eigenkapitalrendite sowie seinem gemeinsamen Interesse mit der Gemeinde als Vergabestelle, nicht zu häufig die nicht unbeträchtlichen Verwaltungsaufwendungen und Transaktionskosten für eine wettbewerbliche Konzessionsvergabe tragen zu müssen. Gleichzeitig sollen Qualität und Sicherheit der Trinkwasserversorgung durch die Verstärkung des periodisch stattfindenden Wettbewerbs nicht leiden.³⁹¹ Neben der Frage der Höchst- und der Mindestlaufzeit kann auch ein sog. vertragsloser Zustand Anlass von Konflikten werden.

1. Höchstlaufzeit

Um den Konzessionsmarkt nicht abzuschotten und den Wettbewerb nicht unzulässig einzuschränken, ist die Laufzeit einer Konzession zu begrenzen. Eine unbegrenzte oder zu lange Vertragslaufzeit kann dazu führen, dass der Wettbewerb um das Netz auf Dauer faktisch ausgeschlossen wird³⁹². Eine praktisch unbegrenzte Laufzeit kann als wettbewerbsbeschränkendes Verhalten nach den §§ 19, 20 GWB und dem (bei Binnenmarktrelevanz) grundsätzlich auch für Wasserkonzessionsverträge geltenden europäischen Primärrecht, Art. 102 AEUV, zu werten sein, da sie die Erbringung von Versorgungsleistungen durch in anderen Unionsstaaten ansässige Unternehmen behindern oder sogar verhindern kann.³⁹³

Ausdrückliche gesetzliche Regelungen zur Höchstlaufzeit für Konzessionsverträge zur Wasserversorgung liegen nicht vor. § 3 der Konzessionsvergabeverordnung greift wegen § 149 Nr. 9 GWB nicht ein. Die 20-Jahresgrenze des § 46 Abs. 2 S. 1 EnWG für Strom- und Gas Konzessionen findet in der Wasserwirtschaft keine Anwendung.³⁹⁴ Im Gegenteil indiziert die gesetzliche Höchstlaufzeit für Konzessionsverträge der Strom- und Gasversorgung, dass zuvor noch langfristige Verträge abgeschlossen wurden.³⁹⁵ Diese Rechtslage gilt für die Wasserwirtschaft fort, da § 31 GWB die Laufzeitbeschränkung nicht aufgenommen hat. Dennoch wird versucht, die in den allgemeinen vergaberechtlichen Vorschriften zur Konzessionsvergabe zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken als Maßstäbe für eine Höchstdauer von

³⁹¹ Lotze/Dierkes, RdE 2017, 165 ff, 167.

³⁹² Christ, in: Kermel (Hrsg.), Praxishandbuch der Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben 2012, Kapitel 2, Rn. 216; in diese Richtung gehend auch EuGH, Urteil v. 9.03.2006, Az. C-323/03, „Kommission ./ Spanien“, Rn. 44; Schröder, NVwZ 2017, 504 ff., 508.

³⁹³ Vgl. Säcker / Mohr / Wolf, Konzessionsverträge, S. 126; Gesterkamp, VergabeR 2020, 705, 714; LKartB Nds., Fn. 42, Ziff. II. 4. b).

³⁹⁴ Siehe oben Ziffer I. 2; Schröder, NWZ 2017, 504, 508; Gesterkamp, VergabeR 2020, 705, 714.

³⁹⁵ FG Köln, Urteil vom 09.08.2019, RdE 2019, 40, 45.

Wasserkonzessionen heranzuziehen, da sie die frühere EuGH-Rechtsprechung widerspiegeln und weiterführen: Stichworte sind wie erwähnt die Transaktionskosten³⁹⁶, die Versorgungsqualität und die Amortisation der vertragsgegenständlichen.³⁹⁷ Investitionen des Konzessionärs in das Wasserverteilnetz zuzüglich einer angemessenen Rendite.³⁹⁸ Bei dem letztgenannten Aspekt greift man allerdings zu kurz, wenn man mit der Landeskartellbehörde Niedersachsen³⁹⁹ allein darauf abstellt, dass eine Amortisation der vom Konzessionär getätigten Investitionen im Laufe von 30 Jahren regelmäßig möglich erscheint, „da die meisten in der AfA gelisteten Investitionsgüter in diesem Zeitraum abgeschrieben werden können.“ Zum einen haben gerade die den Hauptteil der Netzinvestitionen ausmachenden Leitungsrohre i.d.R. noch längere Abschreibungsdauern⁴⁰⁰; zum anderen werden Investitionen in das örtliche Verteilnetz ja nicht einmalig am Laufzeitbeginn des Konzessionsvertrages zur Wasserversorgung getätigt, um dann kontinuierlich abgeschrieben zu werden, sondern sie erfolgen orientiert an den technischen Gegebenheiten nach und nach über die gesamte Vertragsdauer. Das Kartellvergaberecht erkennt in § 3 Abs. 2 S. 2 KonzVgV ausdrücklich an, dass bei der Berechnung der zulässigen Laufzeit von Konzessionen bzw. der dabei zugrunde zu legenden Investitionsaufwendungen sowohl die zu Anfang als auch die während der Laufzeit vorzunehmenden Investitionen zu berücksichtigen sind. In die Betrachtung einzubeziehen sind schließlich die Endschaftsbestimmungen des neuen Konzessionsvertrages für den Zeitpunkt des Auslaufens, da auch dieser Faktor über das wirtschaftliche Risiko mitbestimmt, das vom WVU zu tragen ist.⁴⁰¹

Schon der Erwägungsgrund 84 der EU-Richtlinie zur Konzessionsvergabe erwähnt ausdrücklich die Bedeutung der Transaktionskosten. Neben Beraterkosten⁴⁰² drohen der Gemeinde der Aufwand und die Kosten eines Rechtsstreits, wenn sich unterlegene Bieter im Verfahren oder durch die Zuschlagsentscheidung benachteiligt fühlen. Vor allem kann aber bei einem Wechsel des Konzessionärs Streit um die Netzbewertung und die Herausgabe der Anlagen entstehen. Da in der deutschen Wasserwirtschaft der Wechsel des versorgenden WVU in der Regel mit einer Übertragung des Eigentums am Wasserversorgungsnetz einhergeht, entstehen auf dieser Seite oft ganz erhebliche Kosten, die in traditionell anderen nationalen Strukturen wie dem Affermage-Modell in Frankreich nicht bekannt sind. Hier liegt einer der Hauptgründe für die vergleichsweise lange Dauer in Deutschland abgeschlossener Konzessionsverträge zur Wasserversorgung.

³⁹⁶ Lotze / Dierkes, RdE 2017, 165, 171 / 172.

³⁹⁷ Kadenbach in: Müller-Wrede / Braun, KonzVgV, § 3, Rn. 22.

³⁹⁸ Lotze / Dierkes, RdE 2017, 165 ff.

³⁹⁹ Siehe Fn. 42, Ziff. III. 1. D)

⁴⁰⁰ Siehe oben Ziffer VII.2.

⁴⁰¹ Lotze / Dierkes, RdE 2017, S. 169 / 170.

⁴⁰² Siehe oben Kapitel III.2

Auch das generelle Argument von der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung unbegrenzter oder zu langer Laufzeiten von Wasserkonzessionsverträgen wird in seiner Bedeutung relativiert, wenn man es im Gesamtzusammenhang sieht: Erkennt man die Möglichkeit der In-house-Vergabe ohne wettbewerbliches Verfahren an, können Gemeinden, die mit ihren Stadtwerken etc. die dafür erforderlichen Voraussetzungen auf Dauer aufrechterhalten, durchaus immer wieder und damit praktisch unbefristet die Konzession zur Wasserversorgung in der Hand des kommunalen Trabanten belassen.⁴⁰³ Zudem ist bei den „eigentlichen“ öffentlichen Aufträgen, für die das Kartellvergaberecht in vollem Umfang gilt, nach wie vor anerkannt, dass solche Aufträge von der Gemeinde auch unbefristet vergeben werden können.⁴⁰⁴

Vor diesem Hintergrund erscheint die wasserwirtschaftliche Praxis als gerechtfertigt, in der Vertragslaufzeiten von 20 bis 40 Jahren üblich sind.⁴⁰⁵ So hat der Europäische Gerichtshof eine Höchstlaufzeit für eine Wasserversorgungskonzession von 30 Jahren nicht beanstandet.⁴⁰⁶ Auch das bereits erwähnte „Jever“-Urteil des Bundesgerichtshofs hatte einen Konzessionsvertrag zur Wasserversorgung mit einer dreißigjährigen Laufzeit zum Gegenstand, während der Vorgängervertrag zwischen der Gemeinde und dem Deutschen Reich noch eine Mindestlaufzeit von 40 Jahren vorgesehen hatte. Der BGH nahm anlässlich seiner ausführlichen Auslegung der vertraglichen Endschaftsbestimmungen daran keinen Anstoß.⁴⁰⁷ Schließlich hat das OLG Düsseldorf in einer neueren Entscheidung eine Vertragslaufzeit von 30 Jahren ebenfalls als zulässig erachtet.⁴⁰⁸ Die Landeskartellbehörde Nordrhein-Westfalen lässt Verträge mit einer Laufzeit von höchstens 40 Jahren zu; eine Freistellung von Verträgen mit längeren Laufzeiten wird nicht erteilt.⁴⁰⁹

Wie lang die Höchstlaufzeit des Konzessionsvertrages zur Wasserversorgung im konkreten Fall bemessen wird, ist eine in diesem Rahmen von der Gemeinde abzuwägende Ermessensentscheidung. Nach Erwägungsgrund 76 der EU-Richtlinie zur Konzessionsvergabe besteht die „Notwendigkeit, ein angemessenes Verhältnis zwischen den bei der Vorbereitung

⁴⁰³ Vgl. oben Ziff. I.4.b)

⁴⁰⁴ Ziekow, VergabeR 2016, 278, 283; Lotze / Dierkes, RdE 2017, S. 166 / 167 m.w.Nw.; Wegener in: Pünder / Schellenberg, § 99 GWB, Rn. 43.

⁴⁰⁵ Schröder, NVwZ 2017, S. 504 ff. m. w. NW.; Giebler, DÖV 2020, 476, S. 484; Lotze / Heyers, RdE 2020, 62, 66, Katz, KomJur 2020, 1,10 und Fn. 98; Reif, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, § 31 GWB, Rn. 89: „30 bis 40 Jahre plausibel“; Bekanntmachung der Stadt Herford vom 22.07.2019, EU-Abl., 561406-2019-DE, Ziff. II.1.4: „Laufzeit von maximal 40 Jahren“; Stadtwerke Gütersloh, Internet-Seite vom 16.09.2021, „Trinkwasser bis 2060 gesichert“.

⁴⁰⁶ EuGH; Urteil vom 15.10.2009, Rn. 40 / 41, – Acoset –

⁴⁰⁷ BGH, Fn. 372, Rn. 2-4, –Stadt Jever –

⁴⁰⁸ OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.03.2018, Fn. 2 – Stadt Übach-Palenberg –

⁴⁰⁹ LKartB NRW, Fn. 42, Ziff. A.3) und B.5)

der Zuschlagserteilung eingesetzten Ressourcen und dem absehbaren Nutzen zu gewährleisten.“ Die Entscheidung der Gemeinde ist nur – aber immerhin – beschränkt gerichtlich überprüfbar.⁴¹⁰

2. „Evergreen“-Klauseln

In nicht wenigen Konzessionsverträgen sind zwar zunächst feste Höchstlaufzeiten von 20 oder 30 Jahren vorgesehen, oft jedoch in Verbindung mit Klauseln zu einer automatischen Vertragsverlängerung auch über den Erstzeitraum hinaus. Danach kommt etwa eine Verlängerung der ursprünglichen Laufzeit um z.B. zehn Jahre zustande, soweit nicht zwei oder fünf Jahre vor Laufzeitende von einer Vertragspartei die Kündigung erklärt wird. Die „automatische“ Verlängerung ohne ein aktives Tun der Vertragsparteien führt aus vergaberechtlicher Sicht dazu, dass keine neue „Vergabe“ anzunehmen ist.⁴¹¹ Oft sehen solche Endschaftsbestimmungen sogar vor, dass die automatische Verlängerung wiederholt eintreten kann.

Beispiel⁴¹²:

„Dieser Vertrag läuft jeweils stillschweigend um 5 Jahre weiter, wenn er nicht 2 Jahre vor seinem jeweiligen Fristablauf durch eingeschriebenen Brief gekündigt wird.“

Solche „Evergreen“-Klauseln haben zur Folge, dass Wasserkonzessionsverträge im Prinzip unbefristet über Jahrzehnte hinweg immer wieder verlängert werden können. Manche sehen in dem Abschluss von Konzessionsverträgen mit solchen Klauseln ein „Umgehungs-geschäft“: Da faktisch ein Vertrag mit unbestimmter Laufzeit geschlossen werde, wird der Vertragsschluss in solchen Fällen als unzulässig angesehen.⁴¹³ Ein solcher Schluss geht jedoch zu weit: Im Kartellvergaberecht zeigt § 132 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB auf, dass in der (Erst-) Ausschreibung bereits eine Option vorgesehen werden kann, ohne neue Ausschreibung befristet vergebene öffentliche Aufträge über die ursprüngliche Frist hinaus zu verlängern. Entsprechendes muss dann auch für (Konzessions-)Verträge gelten, die eine automatische Verlängerung für den Fall vorsehen, dass die vorgesehene Kündigungsoption nach Ablauf der Erstlaufzeit nicht genutzt wird.⁴¹⁴

Für die Betrachtung unter dem Aspekt der Höchstlaufzeit ist daher die Ausübung / Ausnutzung der Evergreen-Klausel nach Ablauf der ursprünglichen Vertragslaufzeit ein besserer

⁴¹⁰ Vgl. Wollenschläger in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 3 KonzVgV Rn. 35.

⁴¹¹ OLG Celle, Beschluss vom 04.05.2001, VergabeR 2001, 325, 326; Wiedemann, in: Byok / Jaeger, Vergaberecht, § 132 GWB Rn. 40; Ziekow, VergabeR 2016, 278, 283.

⁴¹² Vgl. den Sachverhalt bei BGH, Fn. 371 – Stadt Jever –, Rn. 4.

⁴¹³ So wohl LKartB Nds., Fn. 42, Ziff. III1.d); Säcker / Mohr / Wolf, Konzessionsverträge, S. 148.

⁴¹⁴ Ziekow, VergabeR 2016, 278, 283; Siebler / Wellmann, VersorgungsW 2015, 172, 173.

Anknüpfungspunkt als der Vertragsschluss: Erst wenn durch (wiederholte) Inanspruchnahme der automatischen Verlängerung die allgemeine Höchstlaufzeit überschritten werden würde, wird die Vertragsverlängerung (kartell-)rechtswidrig. Offenbar in diesem Sinne ist die Ankündigung der Landeskartellbehörde NRW zu verstehen, sie werde Freistellungen von Wasserkonzessionsverträgen nicht mehr erteilen, wenn eine Laufzeit von 40 Jahren überschritten wird.⁴¹⁵ Gedanklich setzt das voraus, dass mit der ersten Freistellung eines zur Kartellbehörde angemeldeten Konzessionsvertrages zur Wasserversorgung nur die Erstlaufzeit freigestellt wird, sodass folgende „automatisch“ eintretende Verlängerungszeiträume aufgrund einer „Evergreen-Klausel“ jeweils neu anzumelden sind.

3. Mindestlaufzeit

Zu kurze Laufzeiten sind ebenfalls abzulehnen, da aufgrund der investitionsintensiven Anlagen und evtl. Transaktionskosten dann nur der Altkonzessionär ernsthaft die Fortsetzung des Vertrages in Erwägung ziehen kann.⁴¹⁶ Nur der Altkonzessionär hatte die Chance, während der vorangegangenen Vertragslaufzeit seine Investitionen bereits zu amortisieren.⁴¹⁷ Jedenfalls treffen ihn die in Zusammenhang mit der Neuvergabe anfallenden Transaktionskosten nicht in demselben Maße wie andere Bewerber, da er die Versorgungstätigkeit nicht neu organisieren muss und ggfs. auch keine Entflechtungskosten tragen muss.⁴¹⁸ Aus betriebswirtschaftlicher Sicht wird auf den hohen Fixkostenanteil von ca. 80 % in der Wasserversorgung hingewiesen⁴¹⁹ bei zu kurzen Vertragslaufzeiten erlange das WVU nur einen Einfluss auf die variablen Kosten.⁴²⁰

Ordentliche Kündigungsrechte, d.h. das Recht einer Partei zur Kündigung des Konzessionsvertrages ohne besonderen Grund, können die gleiche Wirkung wie eine von der Gemeinde vorgegebenen zu kurze Laufzeit haben und unterliegen deshalb ebenfalls den vorstehenden einschränkenden Überlegungen. In der Praxis haben sich aber Sonderkündigungsrechte durchgesetzt, z.B. wenn das WVU wesentlichen vertraglichen Pflichten aus dem Konzessionsvertrag auch nach Aufforderung durch die Gemeinde und Ablauf einer angemessenen Frist nicht nachkommt.

Etwas anderes kann zulässig sein, wenn die Arrondierung eines Versorgungsgebietes in Rede steht, das noch mit mehreren Wasserkonzessionsverträgen mit unterschiedlichen

⁴¹⁵ LKartB NRW, Fn. 42, Ziff. B.5)

⁴¹⁶ Säcker, RdE 2015, 1, 9.; LKartB Nds., Fn. 42, Ziff. III.1.d); LKartB NRW, Fn. 42, Ziff. B.5); Lotze / Heyers, RdE 2020, 62, 66.

⁴¹⁷ Zur begrenzten Reichweite dieses Arguments vgl. aber Ziffer VIII.1.

⁴¹⁸ Vgl. oben Ziffer VI. 3.b); Byok/Dierkes, RdE 2011, 394, 395

⁴¹⁹ Siehe oben Ziffer III. 4. B)

⁴²⁰ Michaelis, ZögU 2001, 432, 442.

Laufzeitenden belegt ist. Hauptbeispiel ist ein durch Eingemeindung gewachsenes Gebiet einer politischen Gemeinde, die anstrebt, nur noch einen Konzessionsvertrag zur Wasserversorgung für ihr Gesamtgebiet abzuschließen.

4. Vertragsloser Zustand

Nach Ablauf der Laufzeit tritt, wenn keine automatische Verlängerung eintritt und nicht rechtzeitig ein neuer Konzessionsvertrag abgeschlossen wird, ein vertragsloser Zustand ein.

Im Hinblick auf die Zahlung der Konzessionsabgabe in dieser Situation verweist § 117 EnWG für die Wasserversorgung auf § 48 EnWG. Entsprechend Abs. 4 dieser Vorschrift besteht die Pflicht des WVU zur Zahlung der vertraglich vereinbarten Konzessionsabgaben auch nach Ablauf des Wegenutzungsvertrages bis zur Übertragung der Verteilungsanlagen auf einen neuen Vertragspartner fort.

Weitere Vorgaben gesetzlicher Art bestehen für den vertragslosen Zustand nicht. Um diese Lücke zu füllen, enthalten die Endschaftsklauseln von Konzessionsverträgen gelegentlich eine Bestimmung, dass der bisherige Konzessionär „auf Sicht“ den Betrieb der Wasserversorgung fortführt.⁴²¹ Vereinzelt taucht in der Praxis der Wasserversorgung auch noch der Fall auf, dass gar kein – jedenfalls kein schriftlicher – Konzessionsvertrag existiert oder als Dokument aufzufinden ist. Dann stellt sich die Frage, ob und welche Vereinbarung des WVU mit der Gemeinde auf andere Weise rekonstruiert und glaubhaft nachgewiesen werden kann, insbesondere im Hinblick auf die Gewährung eines ausschließenden Wegerechts.

⁴²¹ Siehe oben Ziffer II.4.

Danksagung

Die vorliegende BDEW-Anwendungshilfe zu Konzessionsverträgen in der Wasserversorgung ist auf Anregung des Fachausschusses Wasserrecht des BDEW entstanden. Auf der Grundlage langjähriger Diskussionen hat sich der Fachausschuss Wasserrecht dazu entschlossen, die gesammelten Praxiserfahrungen und rechtlichen Überlegungen für die Branche in Form einer Anwendungshilfe nutzbar zu machen. Dank gilt daher den Mitgliedern des Fachausschusses Wasserrecht für ihre wertvollen Anregungen und Beiträge. Besonderer Dank gilt Frau Katrin Dietrich (MVV), Herrn Dr. Henning Grotelüschen (RWW), Herrn Dr. Frank Hasche (Hessenwasser), Herrn Ralph Kühr (Aggerverband), Herrn Carsten Pohl (Hamburg Wasser) und Herrn Achim Schubert (RWW) für die konkrete Ausarbeitung der Anwendungshilfe. Dem Fachausschuss Konzessionen des BDEW gilt besonderer Dank für die kritische Durchsicht der Anwendungshilfe und die Bereicherung der Diskussion aus Sicht der Energiewirtschaft.

Herausgeber

BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V.
Reinhardtstraße 32
10117 Berlin

T +49 30 300199-0
F +49 30 300199-3900
info@bdew.de
www.bdew.de

Ansprechpartner in BDEW

Geschäftsbereich Musterfragen und Antworten
Magdalene Musterfrau
magdalene.musterfrau@bdew.de

Verlag und Vertrieb

wvgw Wirtschafts- und Verlagsgesellschaft Gas und Wasser mbH
Josef-Wirmer-Straße 3
53123 Bonn

T +49 2289 191-??
F +49 2289 191-???
info@wvgw.de
www.wvgw.de

Druck und Verarbeitung

Siebel Druck und Grafik
Ein Unternehmen der Limberg-Druck GmbH
Urbacher Straße 12
53842 Troisdorf

T +49 2266 4721-0
F +49 2202 98883-48
info@siebel-druckundgrafik.de
www.siebel-druckundgrafik.de

Stand: Januar 2022