

An das
Regierungspräsidium Stuttgart
Referat 14 – Kommunales, Stiftungen,
Sparkassenwesen und Tariftreue
Frau Akçin
Ruppmannstraße 21
70565 Stuttgart

Freiburg, 18.11.2020
Rechtsanwalt Prof. Dr. Kupfer
Sekretariat Petra Richter
Durchwahl +49(761) 21114934

unser AZ: 20/0297-KUP/kup
(Bitte angeben)

**Kirchheim unter Teck, Verwaltungsvereinbarung Wasserkonzession
Ihre E-Mail v. 29.10.2020 an Frau Riesener**

Sehr geehrte Frau Akçin,

die Stadt Kirchheim unter Teck, namentlich die Leiterin der Stabstelle Recht, Frau Riesener, hat uns gebeten, ein Gutachten nach § 107 Abs. 1 S. 2 GemO im Hinblick auf die von der Stadt angestrebte Verwaltungsvereinbarung über die Wasserkonzession zu erarbeiten. Die Stadt möchte die Verwaltungsvereinbarung mit ihrem rechtlich unselbständigen Eigenbetrieb „Stadtwerke“ schließen.

Mit Schreiben vom 29. Oktober hatten Sie der Stadt empfohlen, hierzu ein Gutachten nach § 107 Abs. 1 GemO einzuholen. Nach Prüfung der Rechtslage meinen wir jedoch, dass § 107 Abs. 1 GemO im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung kommt.

FREIBURG

Hansjörg Wurster
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Prof. Dr. Dominik Kupfer
Dr. Holger Weiß, LL. M.
Dr. Björn Reith
Klaus Berger, LL. M.
Jens Baltschukat, LL. M.
Johannes Kupfer
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Dr. Till Götz Karrer
Prof. Dr. Alexander Wichmann
Christoph Mayer LL. M.
Kaiser-Joseph-Straße 247
D-79098 Freiburg
Telefon: (07 61) 21 11 49-0
Telefax: (07 61) 21 11 49-45
freiburg@w2k.de

STUTT GART

Alfred Bauer
Bastian Reuße, LL. M.
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Charlottenstraße 21b
D-70182 Stuttgart
Telefon: (07 11) 24 85 46-0
Telefax: (07 11) 24 85 46-19
stuttgart@w2k.de
www.w2k.de

Vor diesem Hintergrund bitten wir Sie, unsere nachfolgenden Erwägungen nachzuvollziehen und sich damit einverstanden zu erklären, dass die Stadt weder ein Gutachten nach § 107 Abs. 1 GemO in Auftrag geben noch den Beschluss des Gemeinderates über den Abschluss der Verwaltungsvereinbarung dem Regierungspräsidium nach § 108 GemO vorlegen wird. Im Einzelnen:

Nach § 107 Abs. 1 S. 2 i.V.m. S. 1 GemO soll dem Gemeinderat vor der Beschlussfassung über einen Wasserkonzessionsvertrag, durch den die Gemeinde einem Wasserversorgungsunternehmen die Benützung von Gemeindeeigentum einschließlich der öffentlichen Straßen, Wege und Plätze für Leitungen zur Versorgung der Einwohner überlässt, ein Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen vorgelegt werden, das die folgenden Fragen beantwortet: Wird durch den Abschluss des Konzessionsvertrags die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde gefährdet?

Wahrt der Konzessionsvertrag die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner?

Bei der von der Stadt Kirchheim unter Teck angestrebten Verwaltungsvereinbarung handelt es sich jedoch nicht um einen „Vertrag“ nach dem Wortlaut des § 107 Abs. 1 S. 1 GemO (1). Die Ausnahme von Verwaltungsvereinbarungen vom Anwendungsbereich des § 107 GemO entspricht dem Sinn und Zweck des Gesetzes (2).

1. Die Verwaltungsvereinbarung einer Gemeinde mit ihrem Eigenbetrieb ist kein Vertrag

Mit den in § 107 Abs. 1 S. 1 GemO ausdrücklich verwendeten Begriffen – „Verträge“ und „Konzessionsverträge“ – nimmt die Gemeindeordnung Bezug auf den üblichen Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuches. Sowohl bei Verträgen über die Lieferung von Energie oder Wasser als auch bei Konzessionsverträgen handelt es sich um zivilrechtliche Verträge. Dementsprechend ist der Begriff des Vertrages bzw. des Konzessionsvertrages im Sinne einer rechtlich verbindlichen Vereinbarung zweier Beteiligter zu verstehen. Die §§ 145 ff. BGB verwenden den Begriff „Vertrag“, wobei der Abschluss einer rechtlich verbindlichen Regelung zwischen zwei Rechtssubjekten gemeint ist. Die (mindestens) erforderliche Zweierbeziehung verdeutlicht auch § 145 BGB, wonach „einem anderen“ ein Antrag zu machen ist.

Ein Eigenbetrieb ist aber keine gegenüber der Gemeinde „andere“ Rechtsperson. Der Eigenbetrieb ist Teil der juristischen Person Gemeinde. Dementsprechend lautet § 6 Abs. 1 S. 1 EigBG:

„Die Betriebsleitung vertritt **die Gemeinde** im Rahmen ihrer Aufgaben.“

Der Wortlaut ist eindeutig: Die Betriebsleitung vertritt nicht den Eigenbetrieb, denn dieser kann im Rechtsverkehr nicht selbständig auftreten. Deshalb vertritt die Betriebsleitung im Rechtsverkehr auch die Gemeinde.

Diese Erkenntnis – ein Vertrag setzt eine Übereinkunft zwischen zwei selbständigen Rechtssubjekten voraus – ergibt sich schließlich auch aus einem Umkehrschluss zu § 46 Abs. 6 EnWG. Nach dieser Vorschrift finden die Regelungen der Absätze 2 bis 5 des § 46 EnWG – also die Vorschriften zur wettbewerblichen Vergabe von Energiekonzessionsverträgen durch die Gemeinden – auch dann Anwendung, wenn eine Gemeinde ihren Eigenbetrieb konzessionieren möchte. Gäbe es eine solche den Anwendungsbereich der Absätze 2 bis 5 des § 46 EnWG erweiternde Vorschrift nicht, könnten Gemeinden Strom- und Gaskonzessionen ohne wettbewerbliches Verfahren an ihre Eigenbetriebe geben. Die Verpflichtung zum Wettbewerb bezieht sich in § 46 Abs. 2 S. 1 EnWG nämlich ausdrücklich nur auf „Verträge“. Da eine Gemeinde mit ihrem Eigenbetrieb aber keinen Vertrag schließen kann (bloßes „Insichgeschäft“!), wäre eine Inhouse-Vergabe möglich. Mit den Worten des Bundesgerichtshofs:

*§ 46 Abs. 6 EnWG (§ 46 Abs. 4 EnWG a.F.) „regelt damit Pflichten der Gemeinde bei der Übertragung der Wegenutzung auf Eigenbetriebe. Dies war notwendig, um die Anwendung der an Vertragsschlüsse anknüpfenden Regelungen in § 46 Abs. 2 und 3 EnWG auf die Wegenutzung durch **Eigenbetriebe, die mangels eigener Rechtspersönlichkeit keine Verträge mit der Gemeinde schließen können**, zu ermöglichen“.*

So BGH, Urt. v. 17.12.2013 – KZR 65/12 – juris, Rn. 33 (Hervorhebung nicht im Original).

2. Sinn und Zweck des § 107 Abs. 1 GemO

Das Erfordernis eines Zwei-Personen-Verhältnisses für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 107 Abs. 1 GemO wird aber nicht nur durch den Wortlaut des Gesetzes („Vertrag“) gestützt. Schließt eine Gemeinde eine Verwaltungsvereinbarung mit ihrem Eigenbetrieb ab,

gerät sie nicht in die rechtliche Bindung, die Anlass für den Gesetzgeber war, vorab ein Sachverständigengutachten zu fordern.

Hierzu hat die Landesregierung in ihrem Gesetzentwurf ausgeführt:

*„Gemeinden dürfen nach § 107 Abs.1 Konzessionsverträge, durch die sie einem Energieversorgungsunternehmen die Benutzung von Gemeindeeigentum einschließlich der öffentlichen Straßen, Wege und Plätze für Leitungen zu Versorgung der Einwohner nur überlassen, wenn die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde nicht gefährdet wird und die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner gewahrt sind. Diese Vorschrift gilt nicht für Konzessionsverträge der Wasserversorgung. Diese müssen deshalb auch nicht nach § 108 der Rechtsaufsichtsbehörde vorgelegt werden und können ohne Sachverständigengutachten abgeschlossen werden. Diese Differenzierung erscheint angesichts der erfolgten Veräußerung einiger kommunaler Wasserversorgungsnetze und der anhaltenden Erwerbsbemühungen vor allem einiger größerer Energieversorger nicht mehr sachgerecht. In den Konzessionsverträgen der Wasserversorgung sind dieselben bedeutsamen Gegenstände zu regeln wie im Energieversorgungsbereich. Regelmäßig werden darin **Regelungen mit ebenso weitreichenden finanziellen Auswirkungen und Konsequenzen auf die Verfügungs- und Planungshoheit der Gemeinde** getroffen (Überlassung von Gemeindeeigentum, Folgekostentragung bei Veränderung, Endschafts- und Übernahmebestimmungen). Die Rechtsaufsichtsbehörden haben deshalb schon bisher die Einholung von Sachverständigengutachten auch im Wasserversorgungsbereich empfohlen. **Nach den Erfahrungen der Gemeindeprüfungsanstalt lassen sich teilweise Gemeinden aufgrund fehlender Erfahrung auch auf nachteilige Regelungen ein, an die sie dann langfristig gebunden sind. Im Bereich der Wasserversorgung gelten die gesetzlichen Laufzeitbeschränkungen der Energieverträge nicht. Der Geltungsbereich wird deshalb auf alle Konzessionsverträge ausgedehnt.**“*

LT-Drs. 13/4767, S. 10 f. (Hervorhebungen nicht im Original)

Diese Gefahrenlage – Übereignung der kommunalen Wasserversorgungsnetze an privatwirtschaftliche Unternehmen und Bindung der Gemeinde an nachteilige Vertragsklauseln über eine sehr lange Zeit – besteht bei einer Verwaltungsvereinbarung, die eine Gemeinde mit ihrem Eigenbetrieb geschlossen hat, von vornherein nicht. Die Gemeinde kann jederzeit alleine bestimmen, ob eine bestehende Verwaltungsvereinbarung aufgehoben oder geändert werden soll. Sie braucht hierzu nicht die Zustimmung eines dritten privatwirtschaftlichen Unternehmens. Im Rahmen der Gesetze ist und bleibt sie frei!

Sehr geehrte Frau Akçin,

wir hoffen sehr, dass die oben stehenden Ausführungen nachvollziehbar und überzeugend sind. Sehr gerne stehe ich Ihnen auch für ein Telefonat oder einen Austausch per Webkonferenz zur Verfügung. Da der Gemeinderat bereits im Dezember über den Abschluss der Verwaltungsvereinbarung entscheiden soll, sind die Stadt und ich Ihnen für eine alsbaldige Rückmeldung sehr dankbar.

Für Ihre Mühe danke ich Ihnen bereits im Voraus und verbleibe

mit freundlichen Grüßen



Prof. Dr. Kupfer
Rechtsanwalt