



01. Dezember 2023

Seite 1 von 18

Aktenzeichen

83.17.06.01 - 613

Häufig gestellte Fragen zu dem Verfahren, dem Abschluss und der Freistellung von Wasserkonzessionsverträgen

A: Allgemeines

1) Rechtsgrundlagen

Wasserkonzessionsverträge sind grundsätzlich Dienstleistungen i.S. der Richtlinie über die Vergabe von Konzessionen (2014/23/EU - KVR).¹ Deren Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie schließt im Bereich Wasser die Konzessionen für die Bereitstellung und das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Gewinnung, dem Transport oder der Verteilung von Trinkwasser und die Einspeisung von Trinkwasser in diese Netze vom Anwendungsbereich der Richtlinie aus (s. auch § 149 Nr. 9 GWB). Auf die Gestattung von Wegerechten für Wassernetze ist das förmliche Vergaberechtsregime des europäischen Sekundärrechts und des deutschen Vergaberechts (§§ 97 ff GWB) mithin weiterhin nicht anwendbar.

MR'in Krater

Telefon 0211 61772 371

info@landeskartellbehoerde-

energiebereich.nrw.de

Aus den primärrechtlichen Grundsätzen der Wettbewerbsfreiheit, der Dienstleistungsfreiheit und der Nichtdiskriminierung folgt, dass die Wasserkonzessionen nach den o.g. Grundsätzen in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu vergeben sind. Dies gilt insbesondere, wenn an der Konzession ein objektives grenzüberschreitendes Interesse bestehen kann. Diese sog. Binnenmarktrelevanz ist jeweils im Einzelfall zu prüfen. Als objektive Anhaltspunkte können hierbei die geografische Lage des Konzessionsgebietes² sowie das aus der Laufzeit und der Höhe des Konzessionswertes³ folgende wirtschaftliche Gewicht der Konzession⁴ herangezogen werden.

In den Fällen einer fehlenden Binnenmarktrelevanz ist die Gemeinde aufgrund des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbotes des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB verpflichtet, die Wasserkonzession in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu vergeben (es sei denn, die Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe o.ä. liegen vor), da die Gemeinde auf dem sachlich relevanten (Angebots-)Markt für

Berger Allee 25
40213 Düsseldorf

Telefon 0211 61772-0
poststelle@mwike.nrw.de
www.wirtschaft.nrw

¹ So auch bereits EuGH, Urt. v. 10.09.2009, Rs. C-206/08 (WAZV Gotha).

² Das OLG Düsseldorf hat bei einer Entfernung des Wasserkonzessionsgebietes von weniger als 100 km zur niederländischen Grenze die Binnenmarktrelevanz angenommen (vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.03.2018, VI – 2 U (Kart) 6/16).

³ Die Höhe des Konzessionswertes bemisst sich nach dem Auftragswert über die beabsichtigte Vertragslaufzeit.

⁴ OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.06.2018 VI-2 U (Kart) 7/16, S. 22.

Wegenutzungsrechte im Wasserbereich eine Monopolstellung innehat.

Der Transparenzgrundsatz verpflichtet die Gemeinden dazu, einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit herzustellen. Aus diesem Grund ist sowohl die Beendigung (Zeitablauf/Kündigung o.ä.) der ursprünglichen als auch die Neuvergabe der Wasserkonzession (inkl. Aufforderung zur Interessenbekundung) öffentlich bekannt zu machen.⁵ Soweit keine Binnenmarktrelevanz vorliegt, ist eine Bekanntmachung im Bundesanzeiger erforderlich, die Veröffentlichung in den ortsüblichen Medien (Tageszeitung, öffentliche Bekanntmachung, Ratsinformationssystem) kann zusätzlich erfolgen, genügt jedoch allein nicht dem Transparenzgrundsatz. Sobald Binnenmarktrelevanz vorliegt, ist eine europaweite Bekanntmachung im EU-Amtsblatt notwendig.⁶

2) Inhouse-Vergabe

Eine sog. Inhouse-Vergabe der Wasserkonzession macht eine Ausschreibung entbehrlich.

Ob eine Inhouse-Vergabe vorliegt, richtet sich gemäß der europäischen und der nationalen Rechtsprechung danach, ob der Konzessionsgeber über das beauftragte öffentliche Unternehmen eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt (Kontrollkriterium). Außerdem muss der Konzessionsnehmer im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber tätig sein (Wesentlichkeitskriterium).⁷

Ob das Kontrollkriterium und das Wesentlichkeitskriterium erfüllt sind, ist jeweils im Einzelfall anhand der Gesamtschau aller Umstände der Konzessionsvergabe zu entscheiden.⁸

Eine hinreichende Kontrolle erfordert, dass der Konzessionsgeber auf die strategischen Ziele und wichtigen Entscheidungen des Konzessionsnehmers Einfluss nehmen kann.⁹ Das ist nicht mehr gegeben, sobald eine private Beteiligung am Kapital des die Konzession erhaltenden Unternehmens vorliegt.¹⁰ Diese würde dem am Kapital beteiligten

⁵ Dies kann in einem Bekanntmachungstext erfolgen, der beide Informationen enthält.

⁶ OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.06.2018, VI – 2 U (Kart) 7/16.

⁷ OLG Naumburg, Urt. v. 03.06.2022 – 7 U 6/22, Rn. 54; EuGH, Urteil v. 19.4.2007 – C-295/05 (Asemfo) = NZBau 2007, 381 Rn. 55; EuGH, Urt. v. 18.11.1999 – C-107/98 (Teckal).

⁸ OLG Naumburg, Urt. v. 03.06.2022 – 7 U 6/22, Rn. 55.

⁹ EuGH, Urteil v. 13.11.2008 – C 324-/07 – (Coditel Brabant) = NZBau 2009, 54, Rn. 28, 34.

¹⁰ EuGH, Urteil v. 13.11.2008 – C 324-/07 – (Coditel Brabant) = NZBau 2009, 54, Rn. 30.

Unternehmen einen Wettbewerbsvorteil gegenüber Konkurrenten verschaffen.¹¹ Gerade die Auslegung durch den EuGH ist hier sehr strikt.¹² Daher steht auch eine sehr geringe private Beteiligung einer Inhouse-Vergabe entgegen. Hält hingegen der öffentliche Auftraggeber allein oder zusammen mit anderen öffentlichen Einrichtungen das gesamte Kapital an dem Konzessionär, ist dies ein starkes Indiz dafür, dass er die Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt.¹³

Zur Beurteilung, ob der Konzessionär seine Leistungen im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber erbringt, kann im Rahmen der Gesamtbetrachtung sowohl auf qualitative als auch quantitative Aspekte abgestellt werden.¹⁴ Für die quantitative Beurteilung kristallisiert sich in der Rechtsprechung heraus, dass auf Grundlage des AEUV und des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbotes ein Anteil von 90 % an sogenannten Eigengeschäften erforderlich ist.¹⁵ Nach aktueller Rechtsprechung kann hingegen nicht § 108 GWB herangezogen werden, der voraussetzt, dass der Auftragnehmer 80 % seiner Umsätze durch Eigengeschäfte erzielt.¹⁶

Von einem Eigengeschäft kann dabei nur gesprochen werden, wenn der jeweilige Umsatz ursächlich auf der Konzessionsvergabe beruht. Die Inanspruchnahme der Leistungen des Konzessionärs darf also nicht Folge einer autonomen Entscheidung der Nutzer sein.¹⁷ In die Berechnung der Eigen- und Fremdgeschäfte sind auch die Umsätze einer Tochtergesellschaft des beauftragten Unternehmens einzubeziehen, wenn es sich um eine 100%ige Tochtergesellschaft handelt, für beide Gesellschaften ein gemeinsamer konsolidierter Jahresabschluss stattfindet und die Tochtergesellschaft über keine eigenen, ausreichenden personellen und sachlichen Ressourcen für die Ausführung ihrer Tätigkeit verfügt.¹⁸

¹¹ EuGH, Urt. v. 11.1.2005 – C-26/03 (Stadt Halle und RPL Lochau); OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.3.2018, VI – 2 U (Kart) 6/16, S. 13, 14.

¹² EuGH, Urt. v. 19.6.2016 – C-574/12 (Centro Hospitalar), Rn. 32-44.

¹³ EuGH, Urt. v. 13.11.2008 – C 324/07 – (Coditel Brabant) = NZBau 2009, 54 Rn. 31.

¹⁴ OLG Naumburg, Urt. v. 03.06.2022 – 7 U 6/22, Rn. 60; EuGH, Urt. v. 11.05.2006, C-340/04 (Carbotermo), Rn. 36 ff.

¹⁵ OLG Naumburg, Urt. v. 03.06.2022 – 7 U 6/22 Rn. 60; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 2.11.2016 – VII-Verg 23/16 = NZBau 2007, 381 Rn. 23; EuGH, Urt. v. 19.4.2007 – C 295/05 – (Asemfo) = NZBau 2007, 381, Rn. 63.

¹⁶ OLG Naumburg, Urt. v. 03.06.2022 – 7 U 6/22, Rn. 51.

¹⁷ OLG Naumburg, Urt. v. 3.6.2022 – 7 U 6/22, Rn. 75; OLG Hamburg, Urt. v. 14.12.2010 – 1 Verg 5/10 = NZBau 2011, 185 (187).

¹⁸ OLG Celle, Beschl. v. 29.10.2009 – 13 Verg 8/09 = NZBau 2010, 194, (197).

Außerdem ist das Wesentlichkeitskriterium nach Auffassung der nationalen Rechtsprechung bei Mehrsparten-Versorgern regelmäßig nicht mehr erfüllt, da diese in den Bereichen Gas und Strom im Wettbewerb stehen und nicht für die Kommune tätig sind.¹⁹

3) Ausschließlichkeitsrechte

Eine Ausschreibungspflicht besteht auch dann, wenn eine konzessionsvertragliche Pflicht, das Eigentum an den Wasserversorgungsanlagen vom Alt- auf die Kommune und/oder einen evtl. Neukonzessionär zu übertragen, fehlt. Vielmehr erfolgt die Vergabe der Wasserkonzession unabhängig vom Eigentum am Wasserversorgungsnetz.²⁰

Trotz der Bereichsausnahme nach Art. 12 KVR wird in der Diskussion über das ausschließliche Recht Art. 31 Abs. 4 S. 1 c) KVR herangezogen. Die alleinige Ausrichtung am Primärrecht könne nicht strenger sein als das Sekundärrecht²¹. Diese Betrachtung lässt Art. 31 Abs. 4 S. 2 KVR unberücksichtigt. Danach ist gleichwohl auszuschreiben, wenn es eine sinnvolle Alternative oder Ersatzlösung gibt und der fehlende Wettbewerb das Ergebnis einer künstlichen Einengung der Konzessionsvergabeparameter ist.

Das Eigentum an einem Wassernetz ist nicht notwendige Voraussetzung, um die Wasserversorgung zu betreiben. Hier kommt auch ein Pacht-, Leasing- oder Betriebsführungsvertrag o.ä. in Betracht.²² Mithin besteht eine sinnvolle Alternative i.S. des Art. 31 Abs. 4 S. 2 KVR.

Unabhängig davon welche Wirkung evtl. entgegenstehende (konzessions-)vertragliche Regelungen zwischen den Vertragsparteien entfalten, sind diese jedoch nicht geeignet, übergeordnetes Recht – wie das europäische Primärrecht oder das GWB - außer Kraft zu setzen.

¹⁹ OLG Hamburg, Beschl. v. 14.12.2010, I Verg 5/10; OLG Frankfurt/M., Beschl. v. 30.08.2011, 11 Verg 3/11.

²⁰ Heller, Wasserkonzessionen nach der Vergaberechtsreform, EWeRK, 2016, 210, 212.

²¹ Sudbrock, Wasserkonzessionen, In-House-Geschäfte und interkommunale Kooperationen nach den neuen EU-Vergaberichtlinien, KommJur 2014, 42; Schröder, Das Verfahren zur Vergabe von Wasserkonzessionen, NVwZ, 2017 504, 506.

²² OLG Koblenz, Grund- und Teilurt. v. 23.04.2009, U 646/08 Kart, Rn. 171; OLG Frankfurt Beschl. v. 30.08.2011, 11 Verg 3/11, Rn. 78; VG Düsseldorf, Ur. v. 27.02.2018, 5 K 15795/16.

Hinzu kommt die Überlegung, dass Konzessionsverträge ohne entsprechende Endschaftsklausel gegen Art. 106 i.V.m. Art. 102 AEUV verstoßen können²³ und somit gemäß § 134 BGB nichtig wären. Ein solcher Vertrag kann mithin auch die künstliche Einengung von Konzessionsparametern sein, insbesondere wenn der Konzessionsvertrag ohne entsprechende Endschaftsklausel nach In-Kraft-Treten der primärrechtlichen Regelungen bzw. der Vorläuferregelungen (Art. 81 und 86 EGV) abgeschlossen wurde.

Deshalb wird ein Konzessionsvertrag, der ohne entsprechende Endschaftsklausel zur Freistellung vorgelegt wird, nicht freigestellt werden können, da hierin auf jeden Fall ein Verstoß gegen Art. 106 i.V.m. Art. 102 AEUV bzw. § 31 Abs. 3 GWB zu sehen ist.

4) Verfahren zur Vergabe von Wasserkonzessionen

Bei der Vergabe von Wasserkonzessionen sind verfahrensbezogene und materielle Anforderungen zu beachten. Der Kommune steht bei der Vergabe der Wasserkonzession ein weiter Gestaltungs- und Ermessensspielraum bei der Auswahl der Zuschlagskriterien zu. Jedoch muss auch hier die Bestimmung der Zuschlagskriterien auf sachlich nachvollziehbaren Erwägungen beruhen und darf nicht willkürlich sein. Es wird empfohlen, die einschlägige Rechtsprechung des OLG Düsseldorf²⁴ zu den verfahrensbezogenen und materiellen Anforderungen bei der Vergabe von Wasserkonzessionen zu berücksichtigen.

5) Was muss bei der Kartellbehörde angemeldet werden?

Gemäß § 31a Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) müssen folgende Verträge der öffentlichen Wasserversorgung sowie deren Änderungen und Ergänzungen bei der Kartellbehörde angemeldet werden:

- *Demarkationsverträge* (§ 31 Abs. 1 Nr. 1 GWB): hierunter sind Verträge zwischen Wasserversorgungsunternehmen untereinander oder mit Gebietskörperschaften zu verstehen, soweit sich damit ein Vertragsbeteiligter verpflichtet, in einem bestimmten Gebiet eine öffentliche Wasserversorgung über feste Leitungswege zu unterlassen;

²³ S. EuGH, Urt. v. 17.7.2014, C-553/12 P, (Griechische Braunkohle), Rn. 46, Berg in: Berg/Mäsch, Deutsches u. Europäisches Kartellrecht, 2. Aufl., Art. 106 AEUV, Rn. 20, 22, 23; Dallmann in Schulte/Just, Kartellrecht, 2. Aufl., Art. 106 Rn. 12, 13; kritisch: - Dohms in Wiedemann, Kartellrecht, 3. Aufl., § 35 Rn. 161.

²⁴ Urt. v. 21.03.2018, VI – 2 U (Kart) 6/16 und Urt. v. 13.06.2018, VI – 2 U (Kart) 7/16).

- *Konzessionsverträge (§ 31 Abs. 1 Nr. 2 GWB)*: damit sind Verträge zwischen Wasserversorgungsunternehmen und Gebietskörperschaften gemeint, soweit sich damit eine Gebietskörperschaft 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. Nicht ausschließliche Wegerechte im Wasserbereich sind anders als bei Gas und Strom, wo einfache und qualifizierte Wegerechte gestattet werden können, mangels alternativem Leitungsbau praktisch nicht relevant bzw. zumindest ungewöhnlich. Da sich die kartellrechtliche Beurteilung deshalb nicht auf den Wortlaut des Vertrages beschränken kann, hat sie den Hintergrund dieser Besonderheit aufzuklären.²⁵ In diesen Fällen wird die Kommune regelmäßig um entsprechende Stellungnahme gebeten werden.
- *Verbundverträge (§ 31 Abs. 1 Nr. 4 GWB)*: darunter sind Verträge zwischen Wasserversorgungsunternehmen zu verstehen, soweit sie zu dem Zweck abgeschlossen sind, bestimmte Versorgungsleistungen über feste Leitungswege einem oder mehreren Versorgungsunternehmen ausschließlich zur Durchführung der öffentlichen Versorgung zur Verfügung zu stellen.

Zudem sind der Kartellbehörde die Änderungen (auch Verlängerungen), Ergänzungen sowie die Beendigung oder Aufhebung der oben genannten Verträge mitzuteilen (§ 31a GWB).

Die Konzessionsverträge nach § 31 Abs. 1 Nr. 2 GWB selbst sind zivilrechtlicher Natur.²⁶

6) Warum muss angemeldet werden?

Die Anmeldung der Verträge gewährleistet der Kartellbehörde die Missbrauchsaufsicht und verschafft ihr einen Überblick über die abgeschlossenen Verträge der Wasserwirtschaft sowie deren Inhalt. Diese bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der vollständigen Anmeldung bei der Kartellbehörde (§ 31a Abs. 1 GWB). Erst die Anmeldung löst die kartellrechtliche Freistellung vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach § 1 GWB aus.

²⁵ Klauke in Immenga/Mestmäcker, 6. Aufl., § 31 Rn. 34.

²⁶ OLG Hamm, Urte. v. 26.9.2012, I-12 U 142/12.

Dies gilt unabhängig von der dogmatischen Diskussion, ob die Freistellung rein deklaratorisch – also mit Anmeldung des Vertrags automatisch eintritt – oder konstitutiv – die Freistellung auslösend – wirkt. Denn jedenfalls sind die Wasserkonzessionsverträge auf ihre Vereinbarkeit mit § 1 GWB von der Landeskartellbehörde zu prüfen.

Wird die Anmeldung unterlassen, sind die Verträge nichtig.²⁷

Nach § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB ist die fehlende Anmeldung des Vertrages durch dessen Abschluss und Anwendung ordnungswidrig und kann gemäß § 81c Abs. 1 S. 1 GWB mit einem Bußgeld geahndet werden.²⁸

7) Besteht eine Anmeldepflicht bei Konzessionsverträgen zwischen einer Kommune und einem gemeindeeigenen Wasserversorgungsunternehmen?

Diese Verträge sind der Kartellbehörde vorzulegen.

Das gilt nach hiesiger Auffassung auch, wenn die Lieferbeziehungen zwischen Wasserversorger und Endverbrauchern öffentlich-rechtlich ausgestaltet sind, d.h. wenn gegenüber Kundinnen und Kunden Gebühren auf der Grundlage des Kommunalabgabengesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen (KAG NRW) erhoben werden. Denn soweit ein zivilrechtlicher ausschließlicher Konzessionsvertrag geschlossen wird, besteht eine Anmeldepflicht, unabhängig davon, ob die Wasserversorgung öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestaltet ist.

Bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung der Endkundenbeziehung ist eine formale Freistellung durch die Kartellbehörde jedoch zu ihrer Wirksamkeit nicht erforderlich. Dies folgt aus § 185 Abs. 1 S. 2 GWB, wonach die Bestimmungen der kartellrechtlichen Verhaltenskontrolle über marktbeherrschende und marktstarke Unternehmen keine Anwendung auf öffentlich-rechtliche Gebühren und Beiträge finden.

Bei Wasserkonzessionsverträgen zwischen Kommunen und gemeindeeigenen Wasserversorgungsunternehmen ohne eigene Rechtspersönlichkeit (z. B. Eigenbetrieb oder nicht rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts) liegt nach hiesiger Auffassung ein sog. Ingeschäft ohne Außenwirkung vor, da die Kommune

²⁷ OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.09.2005, VI-2 U (Kart) 2/05.

²⁸ Bunte, Kommentar zum Europäischen und Deutschen Kartellrecht, 14. Auflage, § 31a Rn. 8.

mit sich selbst einen Vertrag abschließt.²⁹ Auch hier wird der Wasserkonzessionsvertrag nicht formal freigestellt.

Damit die Kartellbehörde jedoch weiterhin einen Überblick über alle abgeschlossenen Verträge der Wasserwirtschaft sowie deren Inhalt hat, sind auch diese Verträge bei der Kartellbehörde vorzulegen. Da in diesen Fällen eine kartellrechtliche Prüfung entfällt, werden auch keine Gebühren fällig.

8) Haben Dritte Zugang zu den Daten eines Wasserkonzessionsvertrages?

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).

Die Auskunft ist nach § 62 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 i.V.m. § 31b Abs. 1 GWB gebührenpflichtig. Die Höchstgebühr kann nach § 62 Abs. 2 S. 2 Nr.4 GWB bis zu 5.000 € betragen.³⁰

²⁹ Langen/Bunte, Kommentar zum Europäischen und Deutschen Kartellrecht, 12. Auflage, § 31 Rn. 28; zur Frage nach der Zulässigkeit von KA Zahlungen an ein und denselben Rechtsträger s. VGH Kassel, Urt v. 11.12.2018, 5 A 1307/17 (n.rechtskr.); a.A. OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.2.2018, 5 K 15795/16, Rn. 115 bei Aufgabenerfüllung des Eigenbetriebs durch eigenständige Person des Privatrechts. -

³⁰ Eine Gebührentabelle, gestaffelt nach dem Umfang der Auskunft, finden Sie hier: https://www.wirtschaft.nrw/sites/default/files/asset/document/gebuehrentabelle_kartb_nrw_bei_auskunftsverlangen_wasserkonz11-09-2017_-3-.pdf

1) Welche Konzessionsabgabenhöhe ist zulässig?

Die Zulässigkeit der Höhe von Konzessionsabgaben richtet sich nach der weiterhin geltenden Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände vom 04.03.1941 (KAEAnO) sowie der Ausführungsanordnung zur Konzessionsabgabenordnung vom 27.02.1943 (A/KAE) und den Durchführungsbestimmungen zur Konzessionsabgabenanordnung und zu ihrer Ausführungsanordnung vom 27.02.1943 (D/KAE). Die zulässige Höhe (Höchstgrenze, die nicht überschritten werden darf) ist gemäß § 2 KAEAnO gestaffelt und hängt von der vom statistischen Landesamt amtlich fortgeschriebenen Einwohnerzahl der jeweiligen Gemeinde ab.³¹ Diese rechtliche 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 nur dann zulässig, soweit deren Höhe bei Sondervertragskunden auf Grundlage der Roheinnahmen ausschließlich der Umsatzsteuer (§ 2 Abs. 1 lit. a) KAEAnO) sowie bei Tarifkunden auf Grundlage der Entgelte (§ 2 Abs. 2 KAEAnO) berechnet wird. Aus den Ziffern 9 und 10 der D/KAE zu § 2 Abs. 1 KAEAnO 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 KAEAnO wird näher erläutert, inwiefern bei den Roheinnahmen andere Berechnungswerte anzusetzen sind als bei der Ermittlung der Entgelte.

Deshalb sieht die Kartellbehörde eine rein dynamische Verweisung auf die o.g. Anordnung und die Durchführungsbestimmung kritisch. Vielmehr sollte in den Wasserkonzessionsverträgen wie folgt formuliert werden:

³¹ BFH, Urt. v. 31.1.2012, I R 1/11.

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:

§ 1 „Konzessionsabgabe

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 von Gemeinde X 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);“*

2) Was ist mit Änderungen des Gemeinde- bzw. Versorgungsgebiets?

Eine Vertragsvereinbarung, wonach hinzukommendes Gemeindegebiet automatisch vom Konzessionär mit versorgt wird, ist unzulässig, da dies in aller Regel eine wesentliche Vertragsänderung ist. Deshalb müssten nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts des betroffenen Mitgliedstaats alle zur Wiederherstellung der Transparenz des Verfahrens erforderliche

Maßnahmen, zu denen auch ein neues Vergabeverfahren gehört, gewährt werden.³²

Zu beachten ist, dass eine Kündigungsverpflichtung der Gemeinde gegenüber dem bisherigen Konzessionär des hinzu kommenden Gebietes entsteht. Dies ist als Vertrag zu Lasten Dritter zu qualifizieren. Mit der Zwangskündigung des ursprünglich zwischen der Gemeinde und dem bisherigen Konzessionär vereinbarten Vertrages können je nach Vertragsinhalt auch Schadenersatzansprüche auf die Gemeinde zukommen.

3) Was ist unter dem sog. Nebenleistungsverbot zu verstehen?

Nach dem sog. Nebenleistungsverbot aus § 6 Abs. 1 KAEAnO dürfen Gemeinden Finanzaufschläge oder sonstige Leistungen von Versorgungsunternehmen neben oder an Stelle von Konzessionsabgaben nicht mehr erheben. Insbesondere konzessionsvertragliche Regelungen über Kostentragungspflichten zu Lasten der Versorgungsunternehmen können eine unzulässige Nebenleistung darstellen.

Unter Folgepflicht ist die vertragliche Verpflichtung des Konzessionärs zu verstehen, im öffentlichen Bereich eine Sicherung, Veränderung oder Umlegung der Einrichtungen aus Gründen des Straßenbaus, der Verkehrssicherheit oder aus sonstigen Gründen des öffentlichen Interesses vorzunehmen.³³

Unter Folgekostenpflicht ist die vertragliche Verpflichtung zur Übernahme der aus den Folgepflichten erwachsenden Kosten zu verstehen. Der Träger der Folgepflichten, also der Konzessionär, ist nicht automatisch auch Träger der Folgekostenpflicht. Vielmehr gilt hier das Verursacherprinzip. Zur Bestimmung der Folgekostenpflicht haben sich auch gestaffelte Kostentragungsregelungen etabliert, die sich primär am Alter der Infrastruktureinrichtung orientieren.³⁴

Bereits im Ausschreibungsverfahren muss angegeben werden, welche Folge- und kostenpflichten den Konzessionsnehmer treffen sollen. Rein rechtlich kann der Konzessionsgeber den Konzessionär auch dazu verpflichten, stillgelegte Anlagen nach Ablauf des Konzessionsvertrages vollständig zu entfernen, ohne dass dies gegen das Nebenleistungsverbot gem. § 6 Abs. 1 S. 1

³² EuGH, Urt. v. 13.04.2010, Rs. C-91/08 (Wall AG).

³³ Kermel in Kermel/Geipel, Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, 2. Aufl., Kap. 1 Rn. 162.

³⁴ Kermel in Kermel/Geipel, Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, 2. Aufl., Kap. 1 Rn. 166.

KAEAnO verstieße³⁵ und ihm auch die entsprechenden Kosten auferlegen. Es sollte aber geprüft werden, ob eine vollständige Entfernung für die Kommune wirklich notwendig ist. Es kann etwa alternativ aus Effizienz- und Kostenaspekten eine Regelung getroffen werden, wonach diese Anlagen erst dann entfernt werden müssen, soweit sie Maßnahmen der Kommune erheblich erschweren oder behindern bzw. von ihnen Gefahren ausgehen.³⁶

Die unentgeltliche Erarbeitung eines Wasserversorgungskonzeptes nach § 38 Abs. 3 des Landeswassergesetzes Nordrhein-Westfalen (LWG) ist ebenfalls eine unzulässige Nebenleistung. Die Vorlage des Wasserversorgungskonzeptes ist Aufgabe der Kommune. Die Kommune kann sich bei der Erarbeitung Dritter bedienen. Somit ist die Übertragung der Erarbeitung des Wasserversorgungskonzeptes auf den die Aufgabe für die Kommune übernehmenden Wasserversorger zwar zulässig, allerdings nur gegen ein angemessenes, marktübliches Entgelt.

Ob ein Verstoß gegen 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. Damit ist auch der Wasserkonzessionsvertrag nach § 134 BGB nichtig.³⁷ Es wird empfohlen, dies bereits bei der Vergabe der Wasserkonzession zu berücksichtigen.

4) Was ist bei Vereinbarungen zur Löschwasserversorgung zu beachten?

Grundsätzlich ist die Sicherstellung der örtlichen Löschwasserversorgung eine Pflichtaufgabe zur Erfüllung nach Weisung der Kommune im Rahmen der ordnungsrechtlichen Gefahrenabwehr. Nach § 38 Abs. 1 S. 1, 2. Halbsatz LWG ist von den Gemeinden die örtlich angemessene Löschwasserversorgung sicherzustellen.³⁸ Die Kommune kann die Durchführung dieser Aufgabe allerdings auch auf Dritte übertragen. Häufig übernehmen Wasserversorgungsunternehmen neben der Trinkwasserversorgung auch die **leitungsgebundene**

³⁵ OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.03.2022 – VI-2 U (Kart) 5/21, Rn. 1.8.

³⁶ So auch empfohlen von Kermel in: Kermel/Geipel, Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, 2. Aufl., Kap. 1, Rn. 174.

³⁷ Arnold in Kermel, Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, 1. Aufl., Kap. 4, Rn. 153/154.

³⁸ Wellmann, Kosten der Löschwasserversorgung und privatrechtliche Preise der Wasserversorgungsunternehmen in NRW, wlb 2017.

Löschwasserversorgung. Aufgrund dessen werden in den Wasserkonzessionsverträgen oftmals Vereinbarungen über eine verbilligte oder unentgeltliche Löschwasserversorgung getroffen. Dabei ist darauf zu achten, dass keine unzulässige verbilligte Sachleistung vereinbart wird. Denn gem. § 6 Abs. 1 und Abs. 3 KAEAnO i.V.m. § 12 Abs. 1 der Ausführungsanordnung zur Konzessionsabgabenanordnung (A/KAE) sind nur unentgeltliche oder verbilligte Wasserlieferungen für Feuerlösch- und Feuerlöschübungszwecke, für Zwecke der Straßenreinigung und für öffentliche Zier- und Straßenbrunnen (auch Wasserkünste) sowie die verbilligte oder kostenlose Einrichtung und Unterhaltung von Anlagen für Löschwasserversorgung und Feuerschutz durch ein Wasserwerk zulässig; sie sind folglich keine verbilligte Sachleistung. Nur derartige Leistungen sind vom Nebenleistungsverbot ausgenommen und können im Rahmen eines Wasserkonzessionsvertrages zulässigerweise vereinbart werden.

Nach § 39 Satz 2 LWG sind die Kosten für die **Anlagen** (nicht das Löschwasser!) einer den örtlichen Verhältnissen angemessenen Löschwasserversorgung nach dem BHKG NRW gebührenfähig auf der Grundlage des Kommunalabgabengesetzes (KAG NRW). Eine solche Regelung zur Kostenumlage bei privatrechtlich organisierten Wasserversorgungsunternehmen gibt es (mangels Gesetzgebungskompetenz des Landes) nicht.

Die unterschiedliche Kostenregelung für die Erhebung von Benutzungsgebühren und privatrechtlichen Entgelten erscheint nicht sachgerecht. Deshalb können die Kosten von **leitungsgebundenen Anlagen** zur Sicherstellung einer den örtlichen Verhältnissen angemessenen Löschwasserversorgung in der Wasserpreiskalkulation eines Wasserversorgers grundsätzlich als kartellrechtlich zulässig angesehen werden, soweit diese Aufgabe dem Wasserversorger von der Kommune im Wasserkonzessionsvertrag übertragen worden ist³⁹. Dafür wird folgende Formulierung vorgeschlagen:

„Die Stadt XY überträgt der Stadtwerke XY 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

³⁹ S. gemeinsames Rundschreiben von VKU, BDEW sowie Städte- und Gemeindebund NRW vom 27.02.2018 bzgl. der Einbeziehung von Löschwasservorhaltekosten in privatrechtliche Trinkwasserentgelte (www.wirtschaft.nrw/konzessionsvergabe-wasser).

Verhältnissen angemessenen Löschwasserversorgung. Die Kosten trägt die Stadtwerke XY GmbH. Die Anlagenkosten, die über die angemessenen Kosten i.S. des Satzes 1 hinausgehen, trägt die Stadt XY.“⁴⁰

Für Verträge, die neu zur Freistellung vorgelegt werden, empfiehlt die Landeskartellbehörde eine entsprechende Ergänzung des Wasserkonzessionsvertrages. Soweit laufende Wasserkonzessionsverträge eine solche Vereinbarung nicht enthalten, bleibt dies seitens der Landeskartellbehörde unbeanstandet. Diesbezügliche Änderungen und/oder Ergänzungen des laufenden Wasserkonzessionsvertrages sind gebührenfrei. Eine Regelung in einer separaten Vereinbarung über die Löschwasserversorgung und die Anlagenkosten ist aus kartellrechtlicher Sicht ebenfalls nicht zu beanstanden, insbesondere wenn sie ausdrücklich Bestandteil des Wasserkonzessionsvertrages ist.

Die besondere Löschwasserversorgung und –rückhaltung bei erhöhter Brandlast oder Brandgefährdung nach § 3 Abs. 2 Satz 3 des Gesetzes über den Brandschutz, die Hilfeleistung und den Katastrophenschutz (BHKG NRW) bleibt unberührt.

5) Trinkwasserbrunnen

Gemäß dem am 12.01.2023 in Kraft getretenen § 50 Abs. 1 S. 2 WHG gehört zur öffentlichen Wasserversorgung nunmehr auch die Bereitstellung von Trinkwasser aus dem Leitungsnetz an öffentlichen Orten durch Innen- und Außenanlagen. Aufgrund der Zuordnung der öffentlichen Wasserversorgung zur Daseinsvorsorge sind Adressaten dieser neuen Pflicht zunächst die Gemeinden. Falls sie die Trinkwasserbrunnen allerdings nicht selbst errichten möchten, besteht grundsätzlich gem. § 38 Abs. 1 S. 2 LWG NRW auch die Möglichkeit, diese Aufgabe auf das Wasserversorgungsunternehmen zu übertragen. Dabei ist aber die Grenze des Nebenleistungsverbots gem. § 6 Abs. 1 KAEAnO zu beachten. Die Errichtung eines Trinkwasserbrunnens ist als sonstige Leistung im Sinne dieser Vorschrift zu sehen, und darf deswegen neben den Konzessionsabgaben nicht verlangt werden. Allerdings liegt gem. § 6 Abs. 3b KAEAnO dann kein Verstoß vor, wenn die Gemeinde eine Gegenleistung erbringt, in diesem Fall also die Errichtung der Trinkwasserbrunnen

⁴⁰ Die Kartellbehörde NRW hält einen Anteil von ca. 3% der Gesamtkosten des Wasserversorgers für vertretbar. Mehrkosten sind grundsätzlich im Einzelfall nachzuweisen. Soweit der Ansatz von 3% an den Gesamtkosten der Kartellbehörde nicht plausibel erscheint, sind die Kosten der Kartellbehörde ebenfalls im Einzelnen nachzuweisen.

finanziert. Sofern die Gemeinde das Wasserversorgungsunternehmen beauftragt, dürfen diesem also keine zusätzlichen Kosten entstehen.

Wenn ein Wasserversorgungsunternehmen sich selbstständig dazu entschließt, einen Trinkwasserbrunnen zu errichten, muss es diese Kosten aus dem eigenen Vermögen decken. Eine Einbeziehung in die beim Kunden erhobenen Wasserpreise ist nicht zulässig. Dafür fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage. Die Entscheidung des Gesetzgebers, dass die Errichtung von Trinkwasserbrunnen zur öffentlichen Wasserversorgung gehört, hat nicht zur Folge, dass auch die Kosten für die gesamte Wasserversorgung auf den Kunden umgelegt werden dürfen. Die Einbeziehung ist vielmehr mit den kartellrechtlichen Grundsätzen des § 31 Abs. 4 GWB unvereinbar und führt zum Preishöhenmissbrauch. Als Grundsätzeverstoß gem. § 31 Abs. 4 Nr. 1 GWB ist es auch zu werten, wenn die Wasserpreise nicht nach dem Kostenverursachungsprinzip kalkuliert werden.⁴¹ Es dürfen also keine Kosten für Leistungen bei Kunden erhoben werden, die ausschließlich oder zumindest vorwiegend anderen Kunden zugutekommen. Die Einbeziehung der Kosten für Trinkwasserbrunnen ist mit diesem Grundsatz nicht vereinbar. Die Errichtung von Trinkwasserbrunnen zählt nämlich nicht zu den Leistungen, die die Kunden unmittelbar vom Wasserversorgungsunternehmen in Anspruch nehmen. Die Trinkwasserbrunnen werden auch zu einem großen Teil von ortsfremden Dritten genutzt, da diese oftmals in Innenstädten oder anderen stark frequentierten Orten aufgestellt werden. Die Anwohner selbst sind hingegen bereits durch ihren örtlichen Hausanschluss mit Trinkwasser versorgt und werden in vergleichsweise geringerer Frequenz von den Brunnen Gebrauch machen.

Gleichzeitig liegt ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vor. Die Kunden, die selten oder keinen Gebrauch von den Trinkwasserbrunnen machen, werden ungleich behandelt, da sie trotzdem gleichermaßen die Kostenlast für die Errichtung tragen müssen.

6) Für welchen Zeitraum kann der Wasserkonzessionsvertrag abgeschlossen werden?

In nicht wenigen Wasserkonzessionsverträgen sind zwar feste Laufzeiten von 20 bis 30 Jahren vorgesehen, allerdings in

⁴¹ MüKoEuWettbR/Reif, GWB, § 31 Rn. 149.

Verbindung mit automatischen Verlängerungsklauseln, soweit nicht fünf oder zehn Jahre vor Laufzeitende von einer Vertragspartei gekündigt wird. Das hat zur Folge, dass Wasserkonzessionsverträge unbefristet über Jahrzehnte hinweg laufen.

Nach hiesiger Auffassung ist eine praktisch unbegrenzte Laufzeit als wettbewerbsbeschränkendes Verhalten nach den §§ 19, 20 GWB und dem auch für Wasserkonzessionsverträge geltenden europäische Primärrecht, Art. 102 AEUV, zu werten⁴², so dass in NRW eine Laufzeit von höchstens 40 Jahren zugelassen wird. Eine Freistellung des Wasserkonzessionsvertrages wird andernfalls nicht erteilt werden. Dieser Zeitraum erscheint vor dem Hintergrund notwendiger Investitionen und deren Rentabilität vertretbar.⁴³

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.

Kürzere Laufzeiten können zulässig sein, wenn die Arrondierung eines Versorgungsgebietes in Rede steht, das noch mit verschiedenen Wasserkonzessionsverträgen unterschiedlicher Laufzeitenden belegt ist.

7) Was darf das Wassernetz kosten?

Dazu existiert ebenfalls keine gesetzliche Regelung. Eine zumindest rudimentäre Regelung findet sich in Nr. 60 der Durchführungsbestimmungen vom 27.02.1943 zur Konzessionsabgabenordnung - D/KAE. Da der Kaufpreis grundsätzlich keine prohibitive Wirkung entfalten darf, kommt als Anhaltspunkt der Sachzeitwert des Netzes in Betracht.⁴⁴

C: Verfahren

1) Wer muss anmelden?

Die Anmeldung kann durch eine der beiden Vertragsparteien vorgenommen werden.

⁴² Von Lucius in: Kermel/Geipel, Praxishandbuch der Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben, 2. Aufl., Kap. 7 Rn. 73.

⁴³ Im Fall „WAZV Gotha“ blieb eine Laufzeit von 20 Jahren mit einer Verlängerungsoption um 5 Jahre unbeanstandet, im Fall „Acosef“ eine Laufzeit von 30 Jahren.

⁴⁴ BGH, Urt. v. 28.06.2006, VIII ZR 255/05.

2) Wo ist anzumelden?

Grundsätzlich ist für die Anmeldung die jeweilige Landeskartellbehörde desjenigen Landes zuständig, in dem sich die Wettbewerbsbeschränkung auswirkt. Reicht die Wirkung der Wettbewerbsbeschränkung allerdings über das Gebiet eines Landes hinaus, ist das Bundeskartellamt zuständig (§ 48 Abs. 2 GWB).

Soweit es sich um Verträge handelt, deren Versorgungsgebiete ausschließlich in Nordrhein-Westfalen liegen, ist der Vertrag postalisch beim Ministerium anzumelden.

3) Wie ist anzumelden?

Gemäß § 31a Abs. 1 S. 2 GWB sind bei der Anmeldung für jedes beteiligte Unternehmen die folgenden Anmeldekriterien anzugeben:

1. Firma oder sonstige Bezeichnung,
2. Ort der Niederlassung oder Sitz,
3. Rechtsform und Anschrift sowie
4. Name und Anschrift des bestellten Vertreters oder des sonstigen Bevollmächtigten, bei juristischen Personen des gesetzlichen Vertreters.

Darüber hinaus sind kartellrechtlich bedeutsame Bestandteile des Vertrages (einschließlich Lagepläne, Gebietskarten des Versorgungsgebietes, Löschwasserverträge etc.) beizufügen. Die Verträge sind nebst Anlagen vollständig postalisch zu übermitteln.

4) Was kostet eine Anmeldung?

Die Anmeldung der Verträge ist gebührenpflichtig (§ 62 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB). Die Gebührenhöhe ist abhängig vom personellen und sachlichen Aufwand der Kartellbehörde unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung der jeweiligen Vereinbarung. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der personelle und sachliche Aufwand bei pflichtgemäßer Amtsausübung umso höher ist, je gewichtiger die wirtschaftliche Bedeutung im Einzelfall ist. Bei Wasserkonzessionsverträgen kann die vereinbarte Konzessionsabgabenhöhe als Indikator für die wirtschaftliche Bedeutung gesehen werden. In Gemeinden mit vielen Einwohnern kann ein höherer Konzessionsabgabenhöchstsatz als in kleineren Gemeinden mit weniger Einwohnern vereinbart werden. Vor diesem Hintergrund

hat die Landeskartellbehörde NRW für ihre Gebührentabelle die Einwohnerzahl als Maßstab zur Bemessung der wirtschaftlichen Bedeutung herangezogen.⁴⁵

Eine Mindesthöhe ist in § 62 Abs. 2 GWB nicht vorgesehen. In Ausübung ihres Gebührenermessens hat die Landeskartellbehörde als Mindestgebühr für die Freistellung 300 € für Gemeinden mit bis zu 9.999 Einwohnern festgelegt. Die Höchstgebühr wurde auf 3.050 € festgesetzt, sodass die gesetzliche Höchstgrenze der zu erhebenden Gebühr in Höhe von 5.000 € (§ 62 Abs. 2 S.1 und S. 2 Nr. 4 GWB) nicht ausgeschöpft wird. Zwischen der Mindestgebühr und der maximalen Gebühr in Höhe von 3.050 € für Gemeinden ab 501.000 Einwohnern sind die jeweiligen Gebühren nach Einwohnerzahlen gestaffelt. Wird eine Anmeldung zur Freistellung zurückgezogen, ist die Hälfte der Gebühr fällig (§ 62 Abs. 5 GWB).

5) Wer muss bezahlen?

Gebührenschildner ist derjenige, der den Vertrag bei der Kartellbehörde anmeldet, es sei denn, aus den Unterlagen oder dem Anschreiben ergibt sich etwas anderes (§§ 31a, 62 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, Abs. 6 Nr. 1 GWB).

⁴⁵ Die Gebührentabelle ist unter <https://www.wirtschaft.nrw/konzessionsvergabe-wasser> abrufbar.