- RECHT AKTUELL -

Kurzinfo zum Wasserrecht

Nr. 1 / 15. August 2018

- Wasserversorgung in Niedersachsen -

1. Mitglied beim OOWV werden?

Viele Kommunen in Niedersachsen tragen sich derzeit mit dem Gedanken, ob sie Mitglied des OOWV werden sollen und haben bereits die Beschlussfassungen dazu in die Wege geleitet.

Die Kommunen sollte aber nicht vorschnell handeln. Die Rechtslage ist – anders als der OOWV und das Ministerium für Umwelt, Energie, Bauen und Klimaschutz (MfU) glauben machen wollen – durchaus kritisch. Ein Beitritt könnte mit unerwünschten Rechtsfolgen verbunden sein, die von den damit ggf. erhofften Vorteile nicht aufgewogen werden.

a) Motivation

Viele Kommunen wollen Mitglied des OOWV werden weil sie

1. sich den Aufbau einer eigenen Wasserversorgung nicht zutrauen und/oder
2. die Ausschreibung eines Wasserkonzessionsvertrages u.a. aus Kostengründen vermeiden wollen und/oder
3. weil sie sich mehr Einfluss auf die eigene Wasserversorgung durch Beitritt zum OOWV versprechen und/oder
4. glauben nach zwanzig Jahren die Frage neu überdenken zu können.

Der OOWV droht unverhohlen damit, dass jede Kommune, die sich ihm nicht anschließt, mit einem Streit um die Wasserversorgungsanlagen rechnen muss. Die Landkreise oder die Aufsichtsbehörde des OOWV erwecken nicht den Eindruck, dass sie einer Kommune den Rücken stärken würden, wenn es zu einer streitigen Auseinandersetzung käme.

Kommunen, die eine Auseinandersetzung mit dem OOWV und dem Landkreis vermeiden wollen, bleiben deshalb nur folgende Möglichkeiten:

- Verhandeln eines reinen Wegerechtsvertrages ohne Ausschreibung
- Antrag auf Beitritt mit den z.T. negativen Rechtsfolgen
- Abschluss einer Zweckvereinbarung mit einer anderen Gemeinde und eine zeitlich befristete Übertragung der Aufgabe der Wasserversorgung auf diese.

b) Folgen eines Beitritts

Will eine Kommune jedoch sichergehen, dass sie jederzeit oder jedenfalls nach zwanzig Jahren sicher die Möglichkeit hat, die Wasserversorgung doch wieder in eigene Hände zu nehmen, so sollte sie **in keinem Fall Mitglied des OOWV** werden.

Denn anders als der OOWV und deren Aufsichtsbehörde behaupten, wäre der abgeschlossene Begleitvertrages – wie er derzeit vorgesehen ist – wegen eines Verstoßes gegen das Wasserverbandsgesetz und die Satzung des OOWV nichtig.

Ein Wasserverband ist gerade **kein Zweckverband** im Sinne des niedersächsischen Gesetzes über die kommunale Zusammenarbeit (NKomZG). So kann der Beitritt oder die Kündigung z.B. bei einem Zweckverband durch Satzung frei gestaltet werden (§ 9 Abs. 2 Ziffer 9 und Abs. 4 NKomZG). Das WVG sieht eine solche Möglichkeit nicht vor. Auch ist eine Aufgabenübertragung an den Wasserverband durch eine Beitrittsvereinbarung nicht erforderlich, sondern die Aufgabenübertragung ergibt sich aus der Rechtsstellung des Mitglieds und den Aufgaben des Wasserverbandes selbst.

Eine befristete Aufgabenübertragung kann es deshalb im Wasserverbandsrecht gar nicht geben. Diese kann deshalb auch nicht Gegenstand einer sog. „Begleitvereinbarung" sein. Insoweit ist die Rechtsauffassung des Ministeriums für Umwelt, Energie, Bauen und Klimaschutz des Landes Niedersachsen (MfU) dazu, dass es eine „Begleitvereinbarung" regelmäßig auch bei Fällen der kommunalen Zusammenarbeit gebe, zwar nicht zutreffend, sagt aber nichts über ihre Zulässigkeit bei Beitritten nach dem WVG aus.

Das MfU leitet zutreffend aus dem Wegfall der Aufgabe auch nicht automatisch einen Anspruch des Mitglieds auf Aufhebung der Mitgliedschaft nach § 24 Abs. 1 WVG ab, hält aber eine einvernehmliche Aufhebung der Mitgliedschaft für möglich (Schreiben des MfU Nds v. 11.07.2018). Richtig ist, dass eine einvernehmliche Aufhebung der Mitgliedschaft möglich ist. Allerdings darf eine Aufhebung der Mitgliedschaft nur erfolgen, wenn diese zu keinen Nachteilen für den Wasserverband führt. So frei, wie behauptet, ist der Wasserverband deshalb in seiner Entscheidung nicht.

Ein Wasserverband dient vorrangig dem öffentlichen Interesse und erst nachrangig dem Interesse seiner Mitglieder (Hasche in Reinhardt/Hasche, Wasserverbandsgesetz, zu § 22, Rn. 3). Dies ist bei einem Zweckverband anders. Deshalb kann eine Zweckverband auch die Kündigung einzelner Mitglieder zulassen. Das Fortbestehen des Wasserverbandes ist somit von Gesetzes wegen das wichtigste Ziel.

Fazit:

- Eine befristete Aufgabenübertragung ist wegen eines Verstoßes gegen das WVG unwirksam. Die Aufgabenübertragung erfolgt unmittelbar durch den Beitritt und zwar unbefristet.
- Ein Anspruch auf Aufhebung der Mitgliedschaft besteht ebenfalls nicht.
- Die Kommune die beitreten will, sollte sich deshalb darauf einstellen, unbefristet Mitglied des OOWV zu sein.

c) Vorteile aus einem Beitritt zum OOWV

Der OOWV zahlt keine Konzessionsabgaben, bietet aber den Kommunen über die Begleitvereinbarung die kostenlose Bereitstellung von Feuerlöschwasser an. Gleichzeitig erhalten Kommunen 10 % Rabatt auf die Wasserpreise.

Schließlich enthält die Begleitvereinbarung eine Endschaftsklausel, die eine Übernahme der Wasserversorgung zum Zeitpunkt der Beendigung der Begleitvereinbarung regelt.

Es bestehen derzeit allerdings rechtliche Bedenken dagegen, dass die in der Begleitvereinbarung geregelten Leistungen in zulässiger Weise vereinbart werden dürfen, da sie in der Satzung nicht vorgesehen sind und teilweise auch nach dem WVG nicht zulässige Aufgaben betreffen.

So gehört derzeit die Löschwasserversorgung nicht zu den zulässigen Aufgaben nach dem WVG, die dort unmittelbar genannt sind. Gleiches gilt für die Errichtung von Hydranten.

Soweit über diese Zusagen Kosten entstehen und diese in die Wasserpreise eingepreist werden, könnte dies dazu führen, dass die Wasserpreiskalkulation des OOWV angegriffen werden kann. Hieraus könnten sich Risiken für den OOWV und seine Mitglieder ergeben.

Löschwasserkosten sind zudem grundsätzlich aus dem Gewinnanteil zu finanzieren (VGH Kassel, Beschl. v. 08.04.2014 – 5 A 1994/12; VGH Kassel, Beschl. v. 18.04.2016 – 5 C 2174/13.N; für privatrechtliche Entgelte wird dies von den Kartellbehörden ebenfalls vertreten) und dürfen nicht Teil der Wasserpreise sein, es sei denn, sie sind – wie z.B. in Rheinland-Pfalz - Teil der Wasserversorgung. Hier soll allerdings eine Gesetzesänderung in Niedersachsen auf den Weg gebracht sein.

Fraglich ist aber, ob die vom OOWV zugesagten Leistungen derzeit überhaupt in zulässiger Weise erbracht werden dürfen. Sollte die Begleitvereinbarung wegen eines Verstoßes gegen das WVG nichtig sein, bestünde auch keine Rechtsgrundlage mehr für das Erbringen dieser Leistungen.

Fazit:

Die zusätzlichen Leistungen sind verlockend, ihre rechtliche Zulässigkeit ist aber fraglich.

d) Mitspracherechte

Die Gemeinde darf zwei Vertreter in die Verbandsversammlung entsenden. Bei 1.000 Stimmen insgesamt kommt der Kommune aber nur ein geringes Gewicht zu. Die Landkreise können zudem immer noch ein Veto

einlegen, obwohl Ihnen die Aufgabe der Trinkwasserversorgung als Ergänzungsaufgabe nicht mehr zukommt.

Fazit:

Die Mitsprachemöglichkeit bleibt gering.

2. Alternativen

a) Abschluss eines reinen Wegnutzungsvertrages

Eine Alternative zum Beitritt zum OOWV könnte der Abschluss eines **reinen Wegnutzungsvertrages** mit dem OOWV ohne vorheriges Ausschreibungsverfahren sein.

Diese Alternative kommt für Kommunen in Betracht, für die ein Landkreis bisher Mitglied beim OOWV ist und die Aufgabe der Wasserversorgung in der Vergangenheit als sog. Ergänzungsaufgabe wahrgenommen hat.

Hintergrund ist, dass zwischen einigen Gemeinden und dem OOWV in der Vergangenheit Konzessionsverträge über die Wegenutzung geschlossen wurden, die nun offenbar zum 31.12.2019 auslaufen. In einigen Kommunen gibt es dagegen allein reine Wegnutzungsverträge in Form sog. Sammelverträge.

Die Kartellbehörden drängen darauf, dass die Gemeinden ihre Wasserkonzessionsverträge neu ausschreiben.

b) Aber müssen die Kommunen ihre Wegerechte überhaupt ausschreiben?

Das kommt darauf an.

Entscheidend ist, ob die Gemeinde überhaupt (noch) Inhaberin der Aufgabe der Wasserversorgung ist. Ist sie dies derzeit nicht, so besteht auch keine Ausschreibungspflicht. Denn das Bundeskartellamt geht von einer Ausschreibungspflicht nur dann aus, wenn ein Wegerecht nicht isoliert vergeben wird, sondern die Kommune im Ergebnis einem Marktteilnehmer eine weitgehend ausschließliche Versorgerstellung verschafft (so für die Fernwärme Bundeskartellamt, Sektorenuntersuchung Fernwärme, August 2012, Rn. 255).

Liegt die Aufgabe aber nicht bei der Kommune, kann sie dem OOWV auch keine ausschließliche Versorgerstellung verschaffen. Mithin bestünde keine Ausschreibungspflicht.

c) Wer ist Träger der Aufgabe der Wasserversorgung?

Ob die Aufgabe der Wasserversorgung bereits beim OOWV liegt, ist teilweise zwischen dem OOWV und einzelnen Kommunen umstritten.

Der OOWV beruft sich darauf, dass die bei ihm als Mitglied geführten Landkreise Träger der Aufgaben der Wasserversorgung geworden seien, da sie vor langer Zeit den Gemeinden die Aufgabe der Wasserversorgung im übergeordneten Interesse und wegen der fehlenden Leistungsfähigkeit der Kommune weggenommen hätten (sog. Ergänzungsaufgaben). Die Landkreise sind teilweise Gründungsmitglieder, teilweise aber auch aufgrund von Entscheidungen der Aufsichtsbehörde als Zwangsmitglieder durch Zuweisung Mitglieder des OOWV geworden. Seitdem führt der OOWV die Wasserversorgung auch in den Gemeinden durch, deren Landkreise Mitglieder des OOWV sind und die keine eigene Wasserversorgung betreiben.

Die öffentlichen Wege der Landkreise konnte und kann der OOWV allein aufgrund seiner Satzungsbestimmung zur unentgeltlichen Wegenutzung für die Wasserversorgung nutzen. Auch wenn die Landkreise die gemeindliche Aufgabe der Wasserversorgung an sich gezogen haben, gilt dies aber nicht für die Befugnis über die öffentliche Wege der Kommunen zu verfügen. Dies war der Grund dafür, dass der OOWV in der Vergangenheit zunächst in Form eines Sammelvertrages mit Kommunen Verträge über die Nutzung der gemeindlichen Wege abgeschlossen hat (reine Wegenutzungsverträge). Später schloss der OOWV dann aber auch Verträge ab, die Wasserkonzessionsverträgen gleichen, mit denen der OOWV neben der Einräumung des Wegerechts auch mit der Wasserversorgung im Konzessionsgebiet von der Gemeinde betraut wurde.

Fraglich ist aber, ob diese Betrauung überhaupt rechtliche Bedeutung erlangen kann, wenn den Gemeinden die Aufgabenträgerschaft der Wasserversorgung gar nicht mehr zukam. Denn kann die Kommune keine Aufgabe vergeben, so sind auch die als Wasserkonzessionsverträge bezeichneten Verträge als reine Wegenutzungsverträge zu behandeln.

Eine Ausschreibungspflicht besteht hierfür aber gerade nicht.

d) Vor und Nachteile eines reinen Wegenutzungsvertrages

Vorteile	Nachteile
Keine Kosten für eine Ausschreibung	
Keine streitige Auseinandersetzung mit dem OOWV oder dem Landkreis	Ggf. Argumentation gegenüber der Landeskartellbehörde notwendig.
Kein Beitritt zum OOWV erforderlich	Keine Einflussnahmemöglichkeit auf die Wasserversorgung
Abschluss eines reinen Wegenutzungsvertrages mit Endschaftsklausel sollte verhandelt werden.	**keine Nebenleistungen:** Feuerlöschwasser Preisnachlass
	Beteiligung an Lasten des OOWV ggf. über Kreisumlage mittelbar
Aufgabe der Wasserversorgung könnte nach Kommunalrecht bei Leistungsfähigkeit der Kommune und Ablauf des Wegnutzungsvertrages zurückgeholt werden.	

e) Wie bekommt die Gemeinde die Wasserversorgung zurück?

Die Gemeinde kann ihre Aufgabenträgerschaft gem. § 5 Abs. 4 NKomVG bei wiedererlangter Leistungsfähigkeit jederzeit zurückholen (OVG Lüneburg, 07.07.2004, Az. 10 LB 4/02). Bis dahin verbleibt die Aufgabe zunächst beim Landkreis bzw. beim OOWV. Die Kommune könnte aber bei wiedererlangter Leistungsfähigkeit später die Aufgabe jederzeit zurückholen und selbst die Wasserversorgung aufnehmen. Denn die Ergänzungsaufgabe fällt automatisch an die Gemeinde zurück, ohne dass es eines Tätigwerdens des OOWV bedarf.

Für weitere Fragen steht Ihnen

Rechtsanwältin Wibke Reimann
Tel.: 030 / 89 04 92 – 12
E-Mail: reimann@brs-rechtsanwaelte.de

jederzeit gerne zur Verfügung.

gez.
Wibke Reimann
Rechtsanwältin

Redaktion: Rechtsanwältin Wibke Reimann
Herausgeber: Bethge.Reimann.Stari Rechtsanwälte Partnerschaft mbB, Berlin
Sekretariat: Frau Katja Schäbsdat, Tel: 030 – 890492-12, Fax: 030 – 890492-10

Recht aktuell wird nach sorgfältig ausgewählten Unterlagen erstellt. Diese Veröffentlichung verfolgt ausschließlich den Zweck, bestimmte Themen anzusprechen und erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Für die Anwendung im konkreten Fall kann eine Haftung nicht übernommen werden. Sollten Sie weitere Fragen zu den angesprochenen Themen haben, so wenden Sie sich bitte an unsere Ansprechpartner. Der Nachdruck - auch auszugsweise – ist nur mit Quellenangabe gestattet.

Sie sind berechtigt, einer Direktwerbung jederzeit telefonisch, schriftlich oder per Email an datenschutz@brs-rechtsanwaelte.de mit Wirkung für die Zukunft zu widersprechen. Wenn Sie die Publikation nicht mehr erhalten wollen, teilen Sie uns dies bitte per E-Mail mit.

Bethge.Reimann.Stari Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB, Partnerschaftsregister: Amtsgericht Berlin, Registernummer: PR 1040 B, Kurfürstendamm 67, 10707 Berlin, Tel.: +49 30 – 890492-0, Fax: +49 30 – 8904921-0, E-Mail: brs@brs-rechtsanwaelte.de