



Roever Broenner Susat Mazars

Analyse nach § 135 KVG LSA

Stadt Bitterfeld-Wolfen

Durchführung der Aufgabe der Trinkwasserversorgung in den OT Stadt Bitterfeld, Holzweißig und Rödgen mit Zschepkau ab dem 1. Januar 2023

Mazars Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Alt Moabit 2
10557 Berlin

Tel.: +49 30 20888-1074
Fax.: +49 30 20888-1173

Datum: 24. März 2020

Inhalt

A. Auftrag und Auftragsdurchführung	3
I. Hintergrund	3
II. Auftragsgegenstand	4
B. Bewertung und Analyse nach § 135 KVG LSA	5
I. Eigenerfüllung	5
1. Kommunalen Einfluss	6
2. Wirtschaftlichkeit der Aufgabenerfüllung.....	6
a) Konzessionsabgaben und Gewinnabführung	6
b) Auswirkungen auf die Entgelte	7
3. Vergaberecht.....	7
4. Steuerrecht.....	7
5. Haftung	7
6. Personalstruktur	8
7. Zwischenergebnis	8
II. Beauftragung eines privaten Dritten	9
1. Kommunalen Einfluss	9
2. Wirtschaftlichkeit der Aufgabenerfüllung.....	9
a) Konzessionsabgaben und Gewinnabführung	9
b) Auswirkungen auf die Entgelte	10
3. Vergaberecht.....	10
4. Steuerrecht.....	10
5. Haftung	11
6. Personalstruktur	11
7. Zwischenergebnis	11
III. Einbindung / Konzessionierung der BSG.....	12
1. Kommunalrecht.....	12
2. Kommunalen Einfluss	14
3. Wirtschaftlichkeit der Aufgabenerfüllung.....	15
a) Konzessionsabgaben und Gewinnabführung	15
b) Auswirkungen auf die Entgelte	16
4. Vergaberecht.....	16
5. Steuerrecht.....	16
6. Haftung	16
7. Personalstruktur	17
8. Zwischenergebnis	17
C. Bewertung und Ergebnis	18

A. Auftrag und Auftragsdurchführung

I. Hintergrund

Die Stadt Bitterfeld-Wolfen (nachfolgend: „Stadt“) hat mit der MIDEWA GmbH (MIDEWA), an der sie selbst unmittelbar mit 1,13 % und mittelbar über die KOWISA beteiligt ist, für die (vormals selbstständigen) Ortsteile Stadt Bitterfeld, Holzweißig, Rödgen und Zschepkau jeweils einen Wasserkonzessionsvertrag geschlossen. Diese Wasserkonzessionsverträge laufen jeweils zum 31. Dezember 2022 aus. An der MIDEWA ist neben verschiedenen Kommunen in Sachsen-Anhalt die Veolia Wasser Deutschland GmbH beteiligt. Die MIDEWA entrichtet für die Leitungs- und Wegerechte auf der Grundlage der geschlossenen Wasserkonzessionsverträge eine Konzessionsabgabe an die Stadt. Die Konzessionsabgabe wird erst seit dem Zusammenschluss von Bitterfeld und Wolfen entrichtet. Es wird nicht die nach den rechtlichen Rahmenbedingungen höchstmögliche Konzessionsabgabe gezahlt.

Nach Auslaufen der vorgenannten Wasserkonzessionsverträge muss die Stadt über die Sicherstellung der Wasserversorgung und deren Durchführung neu entscheiden. Eine vergabefreie Verlängerung der Konzessionsverträge mit der MIDEWA ist aufgrund einer privaten Beteiligung grundsätzlich nicht möglich.

Denkbar wäre eine Eigenerfüllung durch die Stadt bzw. einen zu gründenden Eigenbetrieb.

Alternativ wäre ein wettbewerbliches Verfahren und die Suche eines geeigneten Konzessionärs auf dem Markt möglich.

In Betracht kommt weiter eine Inhouse-Beauftragung an die Bäder- und Servicegesellschaft Bitterfeld-Wolfen mbH (BSG) und die Integration des operativen Wassergeschäfts in die BSG. Die BSG ist ein 100%-iges Tochterunternehmen der Stadt. Gegenstand der BSG ist unter anderem die Wahrnehmung von Aufgaben und die Einbringung von Dienstleistungen im Bereich der Wasserversorgung, um die Interessen der Stadt und ihrer Bürgerinnen und Bürger im Rahmen einer angemessenen Daseinsvorsorge nachhaltig wahrzunehmen.

II. Auftragsgegenstand

Wir sind damit beauftragt worden, eine Analyse nach § 135 KVG LSA über die künftige Organisation der Wasserversorgung und die Möglichkeit der Integration dieses Bereichs in die BSG durchzuführen.

Die Untersuchung bezieht sich auf die folgenden Varianten:

- Eigenerfüllung durch die Stadt selbst
- Erfüllung durch privaten Dritten
- Beauftragung der BSG mit einer Wasserkonzession

Wirtschaftliche und steuerliche Aspekte werden dem Grunde nach behandelt.

B. Bewertung und Analyse nach § 135 KVG LSA

Beabsichtigt die Kommune, ein Unternehmen in einer Rechtsform des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts zu errichten, zu übernehmen oder wesentlich zu erweitern oder seine Rechtsform innerhalb des Privatrechts zu ändern, so hat sie gem. § 135 KVG LSA eine Analyse zu erstellen über die Vor- und Nachteile der öffentlichen und der privatrechtlichen Organisationsformen im konkreten Einzelfall.

Als Entscheidungskriterien definiert § 135 Abs. 1 KVG LSA, dass die organisatorischen, personalwirtschaftlichen, mitbestimmungsrechtlichen sowie die wirtschaftlichen, finanziellen, haftungsrechtlichen und steuerlichen Unterschiede und die Auswirkungen auf den kommunalen Haushalt und die Entgeltgestaltung gegenüberzustellen sind.

I. Eigenerfüllung

Die Stadt kann die Aufgaben der Wasserversorgung selbst erbringen. Dafür würden die Konzessionsverträge nach ihrem Auslaufen nicht mehr neu vergeben werden.

Die Stadt müsste eigene Kapazitäten für die Wasserversorgung (Personal, Anlagevermögen) errichten und in Teilbereichen ggf. Drittfirmen mit den erforderlichen Leistungen beauftragen und diese überwachen.

Bei einer Organisation der Wasserversorgung durch die Stadt müssten ggf. weitere Mitarbeiter eingestellt werden, da die städtischen Aufgaben gegenüber dem Status quo deutlich erweitert würden. Gegebenenfalls würden vorhandenen Mitarbeitern der Stadtverwaltung neue Aufgaben zugewiesen werden.

Nach dem bestehenden Konzessionsvertrag mit der MIDEWA hat die Stadt das Recht und die Verpflichtung, das der Wasserversorgung in den Konzessionsgebieten dienende Anlagevermögen der MIDEWA zum Sachzeitwert zu übernehmen. Die Stadt müsste hier voraussichtlich entsprechende Kredite aufnehmen. Der genaue Wert der Anlagen ist Gegenstand einer Bewertung und wird mit der MIDEWA zu verhandeln sein. Aussagen hierzu sind derzeit nicht möglich.

Die Übernahme der Wasserversorgung ist im Übrigen mit der MIDEWA nicht näher in den Endschäftsbestimmungen geregelt. Relevant ist eine Personalübernahme gem. § 613 a BGB in Bezug auf die Mitarbeiter, die überwiegend in den entsprechenden Konzessionsgebieten eingesetzt werden.

In Bezug auf die Übernahme der Wasserversorgung sind verschiedenen Bereiche mit der MIDEWA zu verhandeln und zu klären. Dazu gehören folgende Fragen:

- Personalüberleitung
- Übernahme von Betriebsmitteln
- Umfang der vom Übertragungsanspruch erfassten Anlagen

- Kundendaten, Betriebsdaten
- Prozessleittechnik

Es handelt sich um einen vergleichsweise komplexen Prozess.

Die Stadt hat bisher keine Erfahrungen oder eigenen Ressourcen im Bereich der Wasserwirtschaft.

Zur Refinanzierung der Aufgabenerfüllung kann die Stadt Wassergebühren und -beiträge oder privatrechtliche Wasserentgelt erheben. Die Vorgaben des KAG LSA sind zu beachten.

1. Kommunalen Einfluss

Bei der Eigenerfüllung der Wasserversorgung durch die Stadt selbst ist der kommunale Einfluss größtmöglich ausgeprägt.

Die Stadt kann innerhalb ihrer Verwaltung Anweisungen erteilen und die Geschäfte selbst steuern. Dem steht jedoch ein entsprechender Verwaltungsaufwand gegenüber, um die Wasserversorgung durch die Stadt zu organisieren und sicherzustellen.

2. Wirtschaftlichkeit der Aufgabenerfüllung

a) Konzessionsabgaben und Gewinnabführung

Bei einer Eigenerfüllung der Aufgaben der Wasserversorgung durch die Stadt selbst – auch bei einem Eigetrieb - besteht keine Möglichkeit zur Erhebung und Abführung von Konzessionsabgaben. Die Stadt verfügt bereits über die erforderlichen Leitungs- und Wegerechte und kann hierfür kein Entgelt verlangen. Die bisherigen Einnahmen aus Konzessionsabgaben entfallen.

Eine Erwirtschaftung von „Gewinnen“ ist bei einer Anwendung des KAG LSA grundsätzlich nicht vorgesehen. In Betracht kommen allenfalls (begrenzte) Überschüsse aus der ansatzfähigen Eigenkapitalverzinsung. Von „Gewinnabführen“ an den allgemeinen Haushalt kann bei einer Eigenerfüllung grundsätzlich nicht ausgegangen werden.

b) Auswirkungen auf die Entgelte

Der Wegfall der Konzessionsabgabe wirkt sich zunächst günstig auf die Wassergebühren oder -entgelte aus.

Allerdings fallen künftig tendenziell höhere Kosten für die Wasserversorgung insgesamt an:

- Die Abschreibungen hängen wesentlich vom Sachzeitwert der Anlagen ab.
- Die Personalkosten werden aufgrund der Übernahme von Mitarbeitern in den öffentlichen Dienst steigen. Die Auslastung des Personals ist häufig nicht vergleichbar effizient.
- Die Stadt muss Software beschaffen und Betriebsmittel / Personalkapazitäten aufbauen.
- Die Beschaffung von Betriebsmitteln, Energie etc. durch die Stadt selbst ist ggf. nicht vergleichbar effizient wie bei einem Wasserversorgungsunternehmen,

Bei einer Durchführung der Aufgabenerfüllung gehen wir erfahrungsgemäß von tendenziell steigenden Wasserpreisen aus.

3. Vergaberecht

Bei der Eigenerfüllung ist das Vergaberecht für die Entscheidung, die Aufgaben selbst zu erbringen, nicht zu beachten, da weder ein Auftrag noch eine Konzession vergeben werden.

Soweit die Stadt im Bereich der Wasserversorgung Leistungen vergibt, ist sie öffentlicher Auftraggeber i. S. d. GWB. Sie hat oberhalb der Schwellenwerte das EU-Vergaberecht und unterhalb der Schwellenwerte das Landesvergabe- und das Haushaltsgesetz zu beachten.

4. Steuerrecht

Im Bereich der Trinkwasserversorgung ist die Stadt Unternehmer i. S. d. UStG. Die Wasserversorgung ist steuerbar. Die Stadt unterliegt insoweit auch der Gewerbesteuerpflicht und Körperschaftsteuerpflicht.

Gem. Nr. 34 der Anlage 2 zu § 12 UStG unterliegt die Lieferung von Wasser dem ermäßigten Steuersatz i.H.v. 7%.

Es bestehen – anders als bei Abwasser - keine steuerlichen Unterschiede zu der Aufgabenerfüllung in einer GmbH.

5. Haftung

Der Eigenerfüllung im Rahmen der Kommunalverwaltung kommt naturgemäß keine eigene Rechtssubjektivität zu. Daher haftet die Stadt für die Schäden im Zusammenhang mit der selbst erbrachten Wasserversorgung unbeschränkt.

Haftungsrisiken können sich insbesondere aus der Übernahme der Wasserversorgung von der MIDEWA ergeben.

6. Personalstruktur

Da aktuell kein bzw. nicht ausreichend Personal bei der Stadt vorhanden ist, um die Aufgaben der Wasserversorgung angemessen zu erfüllen, wäre geeignetes Personal – soweit es nicht gem. § 613 a BGB übernommen wird - einzustellen oder entsprechend weiterzubilden.

Für Angestellte der Stadt findet der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) Anwendung. Bei der Stadt angestelltes Personal ist nach den Vorgaben des TVöD zu vergüten. Es gilt das Personalvertretungsrecht.

Im Übrigen gelten bezogen auf den Bereich der Arbeitnehmer sämtliche sich aus den zivil-, genauer gesagt arbeitsrechtlichen Gesetzen ergebenden Rechte und Pflichten. Es gelten z. B. folgende Arbeitnehmerschutzgesetze:

- Kündigungsschutzgesetz
- Teilzeit- und Befristungsgesetz
- Arbeitszeitgesetz,
- Arbeitnehmerüberlassungsgesetz,
- Entgelttransparenzgesetz,¹
- Mindestlohngesetz,
- Regelungen zur Elternzeit gem. §§ 15ff. Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz etc.

7. Zwischenergebnis

Es lässt sich zusammenfassen, dass eine Eigenerfüllung der Aufgaben der Wasserversorgung durch die Stadt grundsätzlich möglich ist und den höchstmöglichen kommunalen Einfluss auf die Aufgabenerfüllung sicherstellt.

Der organisatorische und wirtschaftliche Aufwand ist in dieser Variante für die Stadt verhältnismäßig hoch. Die Stadt muss eine neue Struktur schaffen und Risiken übernehmen. Eine Konzessionsabgabe kann nicht entrichtet werden. „Gewinnausschüttungen“ sind nur sehr begrenzt denkbar.

¹ Das EntgTranspG gilt nach § 5 Abs. 2 Nr. 2 auch für Beamte.

II. Beauftragung eines privaten Dritten

Daneben besteht die Möglichkeit, ein Konzessionierungsverfahren durchzuführen und einen privaten Dritten mit der Erfüllung der Aufgaben der Wasserversorgung zu beauftragen.

Obwohl aufgrund der Bereichsausnahme des § 149 Nr. 9 GWB für Vergabe von Konzessionen im Bereich Wasser, die die Bereitstellung oder das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Gewinnung, dem Transport oder der Verteilung von Wasser oder die Einspeisung von Wasser in diese Netze betreffen, kein förmliches Vergabeverfahren nach GWB durchgeführt werden muss, müssen Kommunen dennoch ein strukturiertes, transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren durchführen.

Dabei ist sowohl eine Beauftragung der MIDEWA als auch eines anderen Wasserversorgungsunternehmens grundsätzlich möglich. Das beauftragte Unternehmen wird dann (neuer) Konzessionsnehmer und entrichtet der Stadt gegenüber eine Konzessionsabgabe.

Die Stadt wird ihre Übernahmerechte (Anlagevermögen/Sachzeitwert) aus dem alten Konzessionsvertrag an den neuen Konzessionär abtreten. Dieser hat gem. § 613 a BGB auch Personal der MIDEWA zu übernehmen.

1. Kommunalen Einfluss

Würden die Aufgaben der Wasserversorgung ganz durch ein privates Unternehmen übernommen, so bestehen keine bzw. sehr geringe vertragliche Einflussnahmemöglichkeiten der Stadt auf das Wasserversorgungsunternehmen und die Aufgabenerfüllung.

2. Wirtschaftlichkeit der Aufgabenerfüllung

a) Konzessionsabgaben und Gewinnabführung

Die Zahlung einer (höchstzulässigen) Konzessionsabgabe ist fester Bestandteil von Konzessionsverträgen mit Wasserunternehmen.

Die höchstzulässige Konzessionsabgabe beträgt in Bezug auf die Stadt derzeit 12 v. H. der Entgelte aus der Abgabe von Wasser an letzte Verbraucher, die zu den allgemeinen Tarifpreisen versorgt werden sowie 1,5 v. H. der Roheinnahmen ausschließlich der Umsatzsteuer aus der Abgabe von Wasser an letzte Verbraucher, die nicht zu den allgemeinen Tarifpreisen versorgt werden.

Eine Gewinnabführung an die Stadt findet nicht statt.

b) Auswirkungen auf die Entgelte

Im Rahmen dieser Gestaltungsvariante wird der beauftragte Dritte im eigenen Namen und für eigene Rechnung von den Wasserkunden im Versorgungsgebiet Entgelte erheben.

Bei der Wasserversorgung ist der rechtliche Rahmen für eine Entgelterhebung im Wesentlichen durch die Verordnung über die Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (AVB-WasserV) vorgegeben.

Eine Prognose über die Wasserentgelte ist nur schwer möglich, da diese von der Kostenstruktur des erst noch auszuwählenden Konzessionärs abhängt. Die Übernahme der Anlagen von der MIDEWA zum Sachzeitwert ist ein wesentlicher Bestandteil der künftigen Kostenstrukturen.

3. Vergaberecht

Nach § 149 Nr. 9 GWB finden die Vergabevorschriften des GWB keine Anwendung auf die Vergabe von Konzessionen im Bereich Wasser, die 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.

Aus dem Vorliegen der Voraussetzungen der Bereichsausnahme in § 149 Nr. 9 GWB lässt sich jedoch nicht zwingend auf ein völliges Absehen von vergaberechtlichen Anforderungen schließen.

Denn die Bereichsausnahme nach § 149 Nr. 9 GWB lässt grundsätzlich die Anwendbarkeit des Europäischen Primärrechts unberührt:

„§ 149 Nummer 9 setzt die Ausnahme des Artikels 12 der Richtlinie 2014/23/EU für Konzessionen im Wasserbereich um. Durch diese Ausnahme vom EU-Sekundärrecht [...]. Gleichwohl ist im Vergabeverfahren für Konzessionen im Wasserbereich die durch das Europäische Primärrecht gebotene Transparenz, Gleichbehandlung und Verhältnismäßigkeit zu beachten.“ (BT-Drs. 18/6281,128)

Eine Kommune ist nach einer aktuellen Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26. Februar 2019 (Az. KZR 22/18) an das Verbot einer Diskriminierung oder unbilligen Behinderung der Bewerber gebunden, wenn sie eine privatrechtliche Konzession für die Wasserversorgung in einem wettbewerblichen Verfahren vergibt.

Die Stadt muss daher diese Anforderungen bei ihrer Auswahlentscheidung beachten und vor der Neuvergabe einer Wasserkonzession ein strukturiertes, transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren durchführen.

4. Steuerrecht

Die Wasserversorgung ist steuerbar. Zwischen den Varianten bestehen insoweit keine Unterschiede.

5. Haftung

Soweit ein privater Dritter bei der Ausführung seiner Aufgaben haftbar gemacht wird, trifft diese Haftung unabhängig von der konkreten Ausgestaltung der Unternehmensstruktur allein diesen privaten Dritten.

Haftungsrisiken der Stadt ergeben sich aus dem Wettbewerbsverfahren und – soweit die Wasserversorgung nicht sichergestellt wird – aus ihrer Stellung als Aufgabenträger.

6. Personalstruktur

Die Personalstruktur und die arbeitsrechtlichen Bedingungen unterliegen der Organisationsentscheidung des privaten Konzessionärs. Der private Dritte kann entscheiden, ob er z. B. bereits vorhandenes Personal für die Wasserversorgung in Bitterfeld-Wolfen einsetzt, Niederlassungen eröffnet oder Aufgabenbereiche verlagert.

7. Zwischenergebnis

Die Beauftragung eines privaten Drittunternehmens mit den Aufgaben der Wasserversorgung und der entsprechenden Vergabe der Wasserkonzession ist in wirtschaftlicher Hinsicht für die Stadt insoweit vorteilhaft, als keine eigenen Ressourcen eingesetzt werden müssen und das Haftungsrisiko weitgehend dem Dritten obliegt. Eine Konzessionsabgabe kann von der Stadt vereinbart werden.

Gewinnabführungen an den städtischen Haushalt erfolgen nicht. Die Auswirkungen auf die künftigen Wasserentgelte sind offen und von der Kostenstruktur des künftigen Konzessionärs abhängig.

Es besteht kein wesentlicher kommunaler Einfluss auf die Aufgabenerfüllung.

III. Einbindung der BSG / Vergabe einer Wasserkonzession an die BSG

Mit der Änderung des Gesellschaftervertrages (Beschluss des Stadtrates der Stadt Bitterfeld-Wolfen Nr.: 117-2019) wurde das Betätigungsfeld der BSG, ehemals Bädergesellschaft Bitterfeld-Wolfen mbH, um den Gegenstand der Wasserversorgung erweitert.

Die BSG kann im Rahmen einer sog. In-house-Vergabe direkt beauftragt werden. Die Stadt tritt Ihre Rechte aus den Endschafftsregelungen des Konzessionsvertrages mit der MIDEWA an die BSG ab. Das Anlagevermögen geht zum Sachzeitwert auf die BSG über. Die BSG übernimmt gem. § 613 a BGB bisher von der MIDEWA eingesetztes Personal. BSG wird weiter von MIDEWA die erforderlichen Kundendaten und weitere Betriebsmittel übernehmen bzw. die Übernahme verhandeln.

Es besteht die Möglichkeit in Kooperationen mit anderen Unternehmen der Stadt Synergien zu heben und die Effizienz zu verbessern.

Die BSG zahlt an die Stadt eine Konzessionsabgabe. Handelsrechtliche Gewinne können an die Stadt ausgeschüttet werden.

1. Kommunalrecht

Gemäß §§ 70 Abs. 1, 78 Abs. 1 des Wassergesetzes für das Land Sachsen-Anhalt (WG-LSA) haben Gemeinden grundsätzlich die gesamte Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung innerhalb ihres Gebietes sicherzustellen. Die Versorgung mit Wasser erstreckt sich dabei auf die Bevölkerung und die gewerblichen und sonstigen Einrichtungen. Nach §§ 70 Abs. 2 WG-LSA können sich Gemeinden zur Erfüllung ihrer Aufgabe der Wasserversorgung auch eines Dritten bedienen. Entsprechendes folgt für die Abwasserbeseitigung aus § 56 des Wasserhaushaltsgesetz (WHG).

Die Zulässigkeit wirtschaftlicher Unternehmen bestimmt sich im Land Sachsen-Anhalt (LSA) nach § 128 Kommunalverfassungsgesetz des Landes Sachsen-Anhalt (KVG LSA).

Die grundsätzliche Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung der BSG ist bereits im Zusammenhang mit der Übertragung der Aufgaben der Straßenbeleuchtung geprüft und bejaht worden. Auch die Erfüllung der Aufgaben der Wasserversorgung ist gem. §§ 128, 129 KVG LSA zulässig.

Nach § 128 Abs. 1 KVG LSA darf sich die Kommune in Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft auch außerhalb ihrer öffentlichen Verwaltung in den Rechtsformen des Eigenbetriebes, der Anstalt des öffentlichen Rechts oder in einer Rechtsform des Privatrechts wirtschaftlich betätigen, wenn

1. ein öffentlicher Zweck die Betätigung rechtfertigt,
2. wirtschaftliche Betätigungen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune und zum voraussichtlichen Bedarf stehen und
3. der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

Mit dem gesetzlich nicht definierten Begriff des „öffentlichen Zwecks“ ist der Bereich der Daseinsvorsorge angesprochen; städtisches Handeln muss dem Gemeinwohl der Einwohner der Stadt dienen. Nach § 128 Abs. 2 KVG LSA dienen u.a. Betätigungen in den Bereichen der Wasserversorgung einem öffentlichen Zweck und sind unter der Voraussetzung des Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 zulässig.

Das Voraussetzungsmerkmal von Leistungsfähigkeit und Bedarf nach § 128 Abs. 1 Nr. 2 KVG LSA wird ebenfalls gegenwärtig und künftig erfüllt. Die Stadt hält für die Aufgabe der Wasserversorgung derzeit kein eigenes Personal vor, diese Leistungen werden aktuell durch Dritte erbracht.

Nach dem Leitfaden des Ministeriums des Innern „Nr. 1: Zulässigkeit, Steuerung und Kontrolle kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform“ ist das Merkmal Leistungsfähigkeit und Bedarf insbesondere dann erfüllt, wenn die Kommune jederzeit in der Lage ist, das Unternehmen kontrollieren und steuern und etwaige finanzielle Risiken tragen zu können (vgl. Leitfaden, a. a. O., Seite 8, U. 2. b). Dies ist im vorliegenden Fall erfüllt. Die Stadt ist jederzeit in der Lage, das Unternehmen kontrollieren und steuern und etwaige finanzielle Risiken tragen zu können.

Des Weiteren ist zu prüfen, ob der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann (§ 128 Abs. 1 Nr. 3 KVG LSA). Hierbei steht im Vordergrund die Beurteilung der Frage, ob nicht ein anderer privater Unternehmer die Aufgabe besser oder wirtschaftlicher erbringen kann. Nach § 128 Abs. 2 KVG LSA dienen Betätigungen in den Bereichen der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung, der Wasserversorgung, Abfallentsorgung, Abwasserbeseitigung, Breitbandversorgung, Wohnungswirtschaft und des öffentlichen Verkehrs per se einem öffentlichen Zweck und sind unter der Voraussetzung des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 2 zulässig; sie sind somit vom Subsidiaritätsgedanken des § 128 Abs. 1 Nr. 3 KVG LSA ausgenommen.

Gemäß § 129 KVG LSA darf die Kommune ein Unternehmen in einer Rechtsform des Privatrechts nur unterhalten oder wesentlich erweitern, wenn die Voraussetzungen des § 128 KVG LSA vorliegen und

1. der öffentliche Zweck des Unternehmens nicht ebenso durch einen Zweckverband, einen Eigenbetrieb oder eine Anstalt des öffentlichen Rechts erfüllt wird oder erfüllt werden kann,
2. durch die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages oder der Satzung sichergestellt ist, dass der öffentliche Zweck des Unternehmens erfüllt wird,
3. die Kommune einen angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan des Unternehmens, erhält und dieser durch Gesellschaftsvertrag, Satzung oder anderer Weise gesichert wird,
4. die Haftung der Kommune auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt wird,
5. die Einzahlungsverpflichtungen der Kommune in einem angemessenen Verhältnis zu ihrer Leistungsfähigkeit stehen,
6. die Kommune sich nicht zur Übernahme von Verlusten in unbestimmter oder unangemessener Höhe verpflichtet.

Ein Zweckverband oder eine Anstalt des öffentlichen Rechts, welche die Aufgabe unmittelbar übernehmen könnte, sind nicht vorhanden. Die Gründung eines solchen Unternehmens mit entsprechenden personellen, fachlichen und wirtschaftlichen Ressourcen wäre mit erheblichen Aufwendungen verbunden. Diese Aufwendungen für Gründung, Sitz und Ausstattung sind nicht gerechtfertigt, da es mit der BSG eine vorhandene Struktur gibt, welche diese Aufgabe weitestgehend in personeller, fachlicher und wirtschaftlicher Hinsicht erfüllen kann.

Die BSG ist eine 100 %ige Tochtergesellschaft der Stadt und hat daher die Möglichkeit auch auf die Ressourcen der Stadt und Ihrer Beteiligungsunternehmen zuzugreifen. Dies gilt auch für die Stadtwerke Bitterfeld-Wolfen GmbH, an denen die Stadt mehrheitlich beteiligt ist.

Die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages der BSG sichert, dass der öffentliche Zweck des Unternehmens erfüllt wird. Eine Einflussnahme der Kommune ist durch den Gesellschaftsvertrag und dem Überwachungsorgan, welches nach Satzung zwingend vorzuhalten ist, gesichert. Die BSG haftet als Kapitalgesellschaft in der Rechtsform einer GmbH nur mit dem haftenden Stammkapital.

2. Kommunalen Einfluss

Die Erfüllung der Aufgaben der Wasserversorgung in einer GmbH ermöglicht es einerseits, dem Führungs- und Leitungsorgan möglichst viele Entscheidungsfreiheiten zuzugestehen, um die Entscheidungswege kurz zu halten und dadurch die Wirtschaftlichkeit zu erhöhen, andererseits aber auch, der Stadt ausreichende und zielgerichtete Einwirkungsmöglichkeiten zu gewähren. Das GmbH-Gesetz lässt der Gesellschafterin bei der Gestaltung und Änderung des Gesellschaftsvertrags weitgehende Freiheiten, da viele seiner Regelungen disponibel sind (vgl. §§ 45, 37 Abs. 1, 52 Abs. 1 GmbHG).

Die Möglichkeiten für die Kompetenzverteilung zwischen der Geschäftsführung als Führungs- und Leitungsorgan und der Stadt als Alleingeschafterin sind nahezu unbegrenzt. Die damit verbundene hohe Flexibilität ermöglicht es, der Geschäftsführung die für eine zeitgemäße Aufgabenerfüllung notwendige Entscheidungsfreiheit einzuräumen. Aufgrund der strikten Regelungen im GmbHG über Kapitalaufbringung und -erhaltung ist ein frühzeitiges Erkennen nachteiliger wirtschaftlicher Entwicklungen möglich, wodurch rechtzeitig Gegenmaßnahmen ergriffen werden können. Schließlich lässt das Recht der GmbH grundsätzlich weite Spielräume bei der Gestaltung von Weisungsrechten der Gesellschafter gegenüber Geschäftsführung und (fakultativem) Aufsichtsrat.

Die BSG ist eine Eigengesellschaft der Stadt. Allein dadurch hat die Stadt umfassenden gesellschaftsrechtlichen Einfluss auf die BSG und die künftige Wasserversorgung.

Eine Konzessionierung der BSG bedeutet organisatorisch eine hohe unternehmerische Freiheit. Gleichzeitig bleibt durch die Gesellschafterstellung der Stadt der kommunale Einfluss auf das Unternehmen und seine Aufgabenerfüllung dennoch umfassend gewahrt.

3. Wirtschaftlichkeit der Aufgabenerfüllung

a) Konzessionsabgaben und Gewinnabführung

Hinsichtlich der Konzessionsabgaben bestehen gegenüber der Beauftragung eines privaten Dritten keine Unterschiede. Die Stadt kann mit der BSG Konzessionsabgaben vereinbaren und diese vereinnahmen.

Die Stadt ist als Alleingesellschafterin auch unmittelbar an den handelsrechtlichen Überschüssen aus der BSG beteiligt.

Die Variante stellt sich damit bereits unter diesen Aspekten für die Stadt als sehr wirtschaftlich dar.

Eine Konzessionierung der BSG mit den Aufgaben der Wasserversorgung birgt weitere mögliche Synergie- und Optimierungspotentiale. Diese sind z.B.:

- Kooperationen mit der Stadtwerke Bitterfeld Wolfen GmbH (soweit vergaberechtlich möglich)
- Sitz der BSG in der Stadt sichert kurze Wege, schnelle Entscheidungen und schnelles Handeln im Sinne der Wirtschaftlichkeit.
- Die Stadt sichert sich langfristig das Know-how für diese wichtige Aufgabe der Daseinsvorsorge.
- Durch den Ausbau von Eigenleistungen wird die Wertschöpfung in der Stadt gestärkt.
- Wachstum als Dienstleister für Nachbarkommunen.
- Entwicklung von kommunalen Lösungen für die Löschwasserproblematik.
- dauerhafte Stärkung der städtischen Wirtschaftskraft.
- Kaufmännische Synergien mit dem Bäderbereich.
- erhebliches Potenzial zur Produktdiversifikation
- langfristiger Imagegewinn durch einen starken Stadtkonzern
- Identitätsfaktor und Verbesserung der Außenwahrnehmung der Stadt BiWo
- nachhaltiger Partner und Gestalter der städtischen Lebenskultur (Vereinsleben, Sport etc.)
- Aktives Kostenmanagement im Controlling
- Koordinierung der Baumaßnahmen mit anderen Medien (Stadtwerke)
- Kostensenkung durch gleichzeitige Verlegung anderer Medien.

Diese Effekte wirken sich günstig auf die Stadt und die Wirtschaftlichkeit der Aufgabenerfüllung – auch im Interesse der Wasserkunden - aus.

b) Auswirkungen auf die Entgelte

Auch die BSG wird im eigenen Namen und für eigene Rechnung von den Wasserkunden im Versorgungsgebiet Entgelte erheben. Die Rechtsgrundlage bildet die AVBWasserV.

Die o. g. Wirtschaftlichkeitsaspekte wirken sich günstig auf die künftigen Wasserentgelte aus.

4. Vergaberecht

Die Vergabe der Konzession an die BSG kann ohne Ausschreibung erfolgen. Hinsichtlich der Möglichkeit der In-house-Beauftragung der BSG durch die Stadt verweisen wir auf unser Gutachten „Vergaberechtliche *Bewertung des Neuabschlusses des Wasserkonzessionsvertrages für die Ortsteile Stadt Bitterfeld, Holzweißig, Rödgen und Zschepkau mit der Bäder- und Servicegesellschaft Bitterfeld-Wolfen mbH sowie Bewertung des vorgelegten Entwurfs des Wasserkonzessionsvertrags*“ vom 30. Januar 2020.

Die in der Rechtsform der GmbH organisierten Eigengesellschaften unterliegen hingegen unterhalb der Schwellenwerte geringeren vergaberechtlichen Beschränkungen. Im Übrigen ist die BSG Sektorenauftraggeber i. S. d. GWB. Insgesamt ergeben sich daher hinsichtlich der Flexibilität und Wirtschaftlichkeit der Aufgabenerfüllung leichte Vorteile für die in privater Rechtsform gegenüber einer Eigenerfüllung.

5. Steuerrecht

In steuerrechtlicher Hinsicht bestehen zwischen den Varianten keine Unterschiede, da die Leistungen der Wasserversorgung grundsätzlich steuerbar sind.

Die BSG ist kraft Rechtsform unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG) und gewerbsteuerpflichtig (§ 2 Abs. 2 GewStG). Der von der GmbH erzielte Gewinn bildet den Ausgangspunkt für die Ermittlung der Gewerbeertragsteuer.

Die BSG wird Ihren Sitz in der Stadt haben. Die Einnahmen aus Gewerbesteuer kommen direkt und ungeschmälert der Stadt zugute. Eine Gewerbesteuererlegung ist nicht erforderlich.

6. Haftung

Als juristische Person haftet die GmbH im Außenverhältnis unbeschränkt mit ihrem Vermögen. Bei der GmbH ist indessen eine unmittelbare Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft ausgeschlossen (Trennungsprinzip). Eine Durchgriffshaftung auf die Gesellschafterin (die Stadt) kommt nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht. Damit besteht für die Stadt im Gegensatz zu einer Eigenerfüllung keine Gefahr einer unbegrenzten Haftung. Das finanzielle Risiko ist kalkulierbar und begrenzt.

Gemäß § 5 Abs. 1 GmbHG hat die GmbH ein Stammkapital. Seine Existenz bietet den notwendigen Ausgleich für den nach § 13 Abs. 2 GmbHG angeordneten Haftungsausschluss. Das Stammkapital dient der Sicherung der Gläubiger, weil die GmbH über Vermögensgegenstände verfügen muss, deren Gesamtwert wenigstens dem Betrag des Stammkapitals entspricht.

Risiken aufgrund der Übernahme von Anlagevermögen und Personal von der MIDEWA trägt die BSG und nicht die Stadt.

7. Personalstruktur

Die bisher überwiegend in den Konzessionsgebieten eingesetzten Mitarbeiter der MIDEWA gehen auf die BSG gem. § 613 a BGB über. Die genaue Personalstruktur der BSG kann erst dann beschrieben werden, wenn feststeht, welche Personalressourcen genau auf die BSG übergehen werden.

Da die BSG nicht unmittelbar der Stadtverwaltung angehört, sondern eine privatrechtliche Beteiligung der Stadt darstellt, unterfallen die Beschäftigten nicht den Tarifregime des TVöD, sondern den eigenen Tarifregelungen der BSG. Insoweit besteht hier ein höherer wirtschaftlicher Spielraum für die Neuanstellung von Personal, als es bei der Eigenerfüllung mit städtischem Personal der Fall wäre.

Es kommen auch Kooperationen mit anderen städtischen Gesellschaften oder der Stadt selbst (Personalgestellung) in Betracht.

8. Zwischenergebnis

Die Beauftragung der BSG sichert den kommunalen Einfluss der Stadt als Alleingesellschafterin bei gleichzeitig besonders wirtschaftlicher Aufgabenerfüllung und städtischer sowie regionaler Wertschöpfung.

Aufgrund der Abführung von Konzessionsabgaben und handelsrechtlichen Gewinnen von der BSG an die Stadt und den Gestaltungsmöglichkeiten in personeller Hinsicht stellt sich diese Variante als besonders wirtschaftlich dar.

Hinzu kommen Optimierungspotentiale bei der BSG, die bei Eigenerfüllung und Vergabe an einen privaten Dritten nicht in gleichem Maße zu realisieren wären.

C. Bewertung und Ergebnis

Die möglichen Organisationsformen sind entsprechend wie folgt zu bewerten:

Wertungsmatrix				
Nr.	Wertungskriterium	Eigenerfüllung	Beauftragung privater Dritter	Beauftragung der BSG
1.	Kommunaler Einfluss	++	--	+
2.1	Wirtschaftlichkeit - Konzessionsabgaben und Gewinnabführung	-	+	++
2.2	Wirtschaftlichkeit - Auswirkung auf Entgelte	o	+	+
3.	Vergaberecht	+	-	+
4.	Steuerrecht	+	+	+
5.	Haftung	--	+	+
6.	Personalstruktur	o	+	+
	Gesamt	o	o	+

Als Ergebnis der Untersuchung stellen wir fest:

Grundsätzlich sind alle Varianten für die Durchführung der Wasserversorgung möglich.

Die Vergabe der Wasserkonzession an die BSG und die Durchführung der Wasserversorgung durch die BSG stellt sich insgesamt für die Stadt als am vorteilhaftesten dar. Wir empfehlen daher diese Variante.

Mazars Rechtsanwaltsgesellschaft



Philipp Hermisson
Rechtsanwalt



Denis Bogaczyk
Rechtsanwalt