

## Die Ausschreibung von Versorgungsgebieten in der Wasserwirtschaft

Von Universitätsprofessor Dr. *Christian Koenig*, LL.M. (LSE), Bonn\*,  
und Privatdozent Dr. *Andreas Haratsch*, Bonn/Potsdam\*\*

*Die Liberalisierung und Privatisierung der Versorgung der Bevölkerung mit Wasser ist in der letzten Zeit zunehmend in das Blickfeld der internationalen, europäischen und nationalen Politik getreten. Die Europäische Kommission und das Bundesministerium für Wirtschaft haben in den vergangenen Jahren jeweils Studien über den Wassersektor und die Wasserversorgung im Auftrag gegeben<sup>1</sup>. Selbst der G8-Weltwirtschaftsgipfel, der vom 1. bis zum 3. 6. 2003 beziehungsweise im französischen Evian getagt hat, hat einen »Aktionsplan Wasser« beschlossen<sup>2</sup>. Im Mittelpunkt der in diesem Zusammenhang angestellten Überlegungen steht zumeist das Anliegen, den Wettbewerb im Bereich der Wasserversorgung zu stärken. Dabei werden zwei unterschiedliche Ansätze verfolgt: Zum einen wird überlegt, den Wettbewerb im Markt anzufachen, etwa durch die Einräumung von Durchleitungsrechten und die Verbindung der lokalen Wasserversorgungsnetze; zum anderen wird über einen verstärkten Wettbewerb um den Markt nachgedacht, wobei das Instrument der Ausschreibung von Versorgungsgebieten das geeignete Mittel zur Zielverwirklichung darstellt. Der G8-Weltwirtschaftsgipfel hat in seinem »Aktionsplan Wasser« jüngst die Erleichterung nationaler und internationaler Ausschreibungen gefordert. Eine zentrale Rolle bei der Frage nach einem Ausschreibungserfordernis im Bereich der Wasserversorgung spielt das Europäische Gemeinschaftsrecht. Im Folgenden soll daher untersucht werden, ob das Europäische Gemeinschaftsrecht de lege lata und de lege ferenda die Ausschreibung von Wasserversorgungsgebieten vorschreibt.*

### I. Einleitung

Bei der Trinkwasserversorgung handelt es sich aufgrund der kostenintensiven leitungsgebundenen Infrastruktur

\* *Christian Koenig* ist Direktor des Zentrums für Europäische Integrationsforschung an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

\*\* *Andreas Haratsch* ist wissenschaftlicher Referent am Zentrum für Europäische Integrationsforschung an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn und Privatdozent an der Universität Potsdam.

1 *WRC and Ecologic*, im Auftrag der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission, Study on the Application of the Competition Rules to the Water Sector in the European Community, December 2002, Study Contract N. COMP/2002/E3/SI2. 334052, abrufbar unter: [http://www.europa.eu.int/comm/competition/publications/studies/water\\_sector\\_report.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/competition/publications/studies/water_sector_report.pdf); BMWi (Hrsg.), Optionen, Chancen und Rahmenbedingungen einer Marktöffnung für eine nachhaltige Wasserversorgung – Endbericht – Juli 2001 (BMW-Forschungsvorhaben 11/00), abrufbar unter: [http://www.bmwi.de/Redaktion/Inhalte/Downloads/Homepage\\_2Fdownload\\_2Fwirtschaftspolitik\\_2FWasserversorgung1.pdf](http://www.bmwi.de/Redaktion/Inhalte/Downloads/Homepage_2Fdownload_2Fwirtschaftspolitik_2FWasserversorgung1.pdf), property=pdf.pdf.

2 Aktionsplan Wasser, abgedruckt in: Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit (Hrsg.), BMWA-Dokumentation Nr. 525, G8-Weltwirtschaftsgipfel, Evian 2003, 2003, S. 46 (47).

um einen Markt, der die Merkmale eines natürlichen Monopols aufweist<sup>3</sup>. Das deutsche Recht enthält in § 131 Abs. 8 GWB i. V. mit § 103 GWB a. F. Sondervorschriften für den Bereich der öffentlichen Wasserversorgung, wonach – anders als im Bereich der Energiewirtschaft – nach wie vor der Abschluss von horizontalen und vertikalen Demarkationsverträgen und die Vergabe ausschließlicher Wegerechte zulässig sind. Insbesondere besteht in der Wasserwirtschaft kein (regulierter) Zugang zu den Leitungsnetzen. Einer Liberalisierung wird auch der auf der Grundlage der Gemeindeordnungen festgelegte Anschluss- und Benutzungszwang im Bereich der kommunalen Wasserversorgung entgegengehalten. Er bewirkt, dass der einzelne Bürger sich des lokalen Versorgers bedienen muss und sich nicht für ein anderes Wasserversorgungsunternehmen entscheiden kann<sup>4</sup>. Damit wird die natürliche Monopolstellung zu einem rechtlichen Gebietsmonopol gesteigert<sup>5</sup>. Ein Wettbewerb im Markt findet derzeit nicht statt<sup>6</sup>.

Die deutsche Wasserversorgung ist infolge dessen durch die Existenz weniger großer und zahlreicher kleiner Versorgungsunternehmen geprägt. Laut einem Gutachten im Auftrag des Bundeswirtschaftsministeriums vom Juli 2001<sup>7</sup> gibt es in Deutschland 6655 Wasserversorgungsunternehmen, die insgesamt 17 849 Wasserwerke betreiben. Dabei versorgen ca. 4500 Wasserversorgungsunternehmen zwischen 50 und 3000 Einwohner. Etwa 85 % der Unternehmen werden in öffentlich-rechtlicher Form, etwa 15 % der Unternehmen werden in privatrechtlicher Form betrieben. Allerdings befinden sich nur ca. 1,6 % der Versorgungsunternehmen vollständig in privatem Eigentum. Es zeichnet sich jedoch in den vergangenen Jahren ein deutlicher Trend ab, verstärkt Private bei der Wasserversorgung einzubeziehen. Die privaten Unternehmen, darunter auch ausländische Unternehmen<sup>8</sup>, haben insbesondere die Chance des umfassenden einheitlichen Versorgungsangebots erkannt und im Rahmen so genannter Multi-Utility-Strategien umgesetzt<sup>9</sup>. Angeboten werden

3 *Salzwedel*, Optionen, Chancen und Rahmenbedingungen einer Marktöffnung für eine nachhaltige Wasserversorgung – Rechtsfragen, NordÖR 2001, 185 (185); *Pöcherstorfer*, Daseinsvorsorge und Marktöffnung durch Gemeinschaftsrecht – auch in der Wasserwirtschaft?, ZUR 2003, 184 (187).

4 *Frenz*, Liberalisierung und Privatisierung der Wasserwirtschaft, ZHR 166 (2002), 307 (312).

5 *Frenz* (Fußn. 4), ZHR 166 (2002), 307 (311).

6 *Salzwedel*, Netzwirtschaft und Regulierung in der Wasserversorgung und Abwasserwirtschaft, N&R 2004, 36 (37); *Frenz* (Fußn. 4), ZHR 166 (2002), 307 (312).

7 Vgl. BMWi (Hrsg.), Optionen, Chancen und Rahmenbedingungen einer Marktöffnung für eine nachhaltige Wasserversorgung (Fußn. 1), Ziff. 2.

8 Vgl. *Wilke*, Liberalisierung der öffentlichen Wasserversorgung?, NordÖR 2001, 192.

9 Vgl. *Sauer/Strecker*, Steigerung der Versorgungseffizienz auf Unternehmens- und Sektorebene – Unternehmensstrategien im Wassermarkt, ZögU 2003, 259 (264).

alle Versorgungsleistungen von der Telekommunikation über Energie und Wasserversorgung bis hin zur Abfallentsorgung aus einer Hand. Durch die Bündelung lassen sich für den Anbieter erhebliche Kostenvorteile erzielen, etwa durch eine einheitliche Ablesung und Abrechnung<sup>10</sup>. Zudem können sich Größen- und Verbundvorteile nutzen lassen, da überregional tätige Unternehmen auch gebietsübergreifend Personal und Technologie einsetzen können.

## II. Offene, diskriminierungsfreie und transparente Ausschreibung gleich Wettbewerb um den Markt

Die Anfachung von Wettbewerb im Wasserversorgungssektor ist vor allem angezeigt, um künftig eine Versorgung der Verbraucher mit Wasser zu angemessenen Preisen sicherzustellen und die Wettbewerbsfähigkeit der nationalen Wasserversorgungsunternehmen im internationalen Vergleich zu gewährleisten. Gemäß der Mitteilung der Kommission vom 7. 5. 2003 bewegen sich die durchschnittlichen jährlichen Wassergebühren innerhalb der Europäischen Gemeinschaft zwischen rund 350,- € in Deutschland und rund 50,- € in Italien<sup>11</sup>, während in Irland überhaupt keine Wassergebühren erhoben werden<sup>12</sup>. Da bei der derzeitigen innerstaatlichen Rechtslage in Deutschland ein Wettbewerb im Wasserversorgungsmarkt, der zu einer Preissenkung durch die Ausschöpfung von Rationalisierungspotenzialen führen könnte, nicht stattfindet, gewinnt die Variante, einen Wettbewerb um den Markt anzufachen, an Bedeutung. Dieser Wettbewerb um den Markt kann durch die Ausschreibung von Versorgungsgebieten in der Wasserwirtschaft initiiert werden, wenn ein Bieterwettbewerb um den lokalen Versorgungsmarkt stattfindet. Dieser Ansatz ist mittlerweile zum bevorzugten Wettbewerbsmodell in der Wasserwirtschaft<sup>13</sup> geworden und hat vor allem in Frankreich eine lange Tradition<sup>14</sup>. Bei einem solchen Wettbewerb um den Markt muss das einem Wettbewerb im Markt entgegenstehende

Gebietsmonopol im Bereich der Wasserversorgung nicht aufgehoben werden<sup>15</sup>.

## III. Vorgaben des gemeinschaftsrechtlichen Vergaberechts

### 1. Die Formen der Einbeziehung Privater in die Wasserversorgung

Inwieweit Vorschriften des Europäischen Gemeinschaftsrechts eine Ausschreibung von Versorgungsgebieten vorschreiben, ist abhängig von der rechtlichen und organisatorischen Ausgestaltung der Einbeziehung privater Dritter in die öffentliche Wasserversorgung.

#### a) Organisationsprivatisierung

Bei der Organisationsprivatisierung wird lediglich die öffentlich-rechtliche Verwaltungsform durch eine Verwaltung in Privatrechtsform mittels Gründung einer Eigen- oder gemischt-wirtschaftlichen Gesellschaft der Gemeinde ersetzt<sup>16</sup>. In ihnen können außerhalb der Verwaltung stehende Private durch eine Beteiligung mitwirken. Es kann aber auch von Beginn an zur Gründung eines gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens kommen (Public Private Partnership).

#### b) Funktionale Privatisierung

Bei einer funktionalen Privatisierung werden private Dritte in der Regel als Verwaltungshelfer an der Aufgabenerfüllung beteiligt<sup>17</sup>. Dies geschieht meist mittels Betreiber- oder Betriebsführungskonzepten, wobei die Aufgabenverantwortung bei der Kommune erhalten bleibt<sup>18</sup>. Bei Betriebsführungsmodellen handelt der beauftragte Private regelmäßig im Namen und für Rechnung der bestellenden Kommune und tritt regelmäßig nicht in eine direkte Vertragsbeziehung zum Endverbraucher<sup>19</sup>. Bei einem Betreibervertrag delegiert die Kommune die Verantwortung für die Dienstleistungserbringung einschließlich der notwendigen Investitionen auf einen privaten Dritten. Das Anlagevermögen und die öffentlich-rechtliche Verantwortung verbleiben allerdings weiterhin bei der Kommune<sup>20</sup>. Unterschieden werden hier die unechte und die echte funktionale Privatisierung. Während bei einer echten funktionalen Privatisierung der Partner aus der Privatwirtschaft stammt, geht der »private« Partner bei der unechten funktionalen Privatisierung aus einer Kommune hervor<sup>21</sup>.

10 Frenz (Fußn. 4), ZHR 166 (2002), 307 (314).

11 Es handelt sich um die Wassergebühren für eine Familie, die in einem Haus lebt und 200 m<sup>3</sup>/Jahr verbraucht, »Study on the application of the Competition Rules to the Water Sector in the EC«; vgl. WRC and Ecologic (Fußn. 1), S. 33.

12 Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Binnenmarktstrategie, Vorrangige Aufgaben 2003–2006, KOM (2003) 238 endg. vom 7. 5. 2003, S. 14.

13 Ein Wettbewerb im Markt, der notwendig mit der Einräumung von Durchleitungsrechten verbunden ist, wird vor allem deswegen für schwierig realisierbar gehalten, da die Mischung unterschiedlicher Wasserqualitäten nur unter Beachtung hygienischer und wasserchemischer Grenzen möglich ist. Unerwünschte Effekte könnten Ausfällungen, das Ablösen von Belägen in den Versorgungsleitungen sowie Keimvermehrungen sein; vgl. Pöchersdorfer (Fußn. 3), ZUR 2003, 184 (188).

14 Fischer/Zwetkow, Privatisierungsoptionen für den deutschen Wasserversorgungsmarkt im internationalen Vergleich, ZfW 2003, 129 (134 f.); Sauer/Strecker (Fußn. 9), ZögU 2003, 259 (268).

15 Fischer/Zwetkow (Fußn. 14), ZfW 2003, 129 (131).

16 Schoch, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, 962 (962); Frenz (Fußn. 4), ZHR 166 (2002), 307 (309); Fischer/Zwetkow (Fußn. 14), ZfW 2003, 129 (138); Endler, Privatisierungen und Vergaberecht, NZBau 2002, 125 (125).

17 Schoch (Fußn. 16), DVBl. 1994, 962 (963); Fischer/Zwetkow (Fußn. 14), ZfW 2003, 129 (138).

18 Fischer/Zwetkow (Fußn. 14), ZfW 2003, 129 (138); Frenz (Fußn. 4), ZHR 166 (2002), 307 (309 f.).

19 Tettinger, Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnership, DÖV 1996, 764 (765).

20 Fischer/Zwetkow (Fußn. 14), ZfW 2003, 129 (148).

21 Burgi, Kommunales Privatisierungsfolgenrecht: Vergabe, Regulierung und Finanzierung, NVwZ 2001, 601 (603); Fischer/Zwetkow (Fußn. 14), ZfW 2003, 129 (138).

### c) Aufgabenprivatisierung

Von einer funktionalen Privatisierung ist die Aufgabenprivatisierung zu unterscheiden. Hier wird die Aufgabe als solche und nicht nur deren Durchführung auf einen Privaten übertragen<sup>22</sup>. Bei einer unechten Aufgabenprivatisierung werden zeitlich befristete Konzessionen vergeben, wobei die Kommune über die Ausgestaltung des Konzessionsvertrags ihren Einfluss wahren kann. Der Konzessionär übernimmt für einen bestimmten Zeitraum den selbständigen Betrieb der Wasserversorgung, die Investitionen für die Instandhaltung des Wasserversorgungsnetzes und den Gebühreneinzug. Bei Vertragsende übernimmt wieder die Kommune die Wasserversorgungseinrichtung. Dabei gilt, dass im Hinblick auf die Wahrung der kommunalen Flexibilität die jeweilige Vertragsdauer nicht zu lang sein sollte, im Hinblick auf betriebswirtschaftliche Investitionsanreize jedoch auch nicht zu kurz bemessen sein darf<sup>23</sup>. Reine Betriebskonzessionen können auf fünf bis zehn Jahre terminiert sein. Will man hingegen auch Anreize zu einer umfassenden Investitionstätigkeit in das Anlagevermögen setzen, müssen die Laufzeiten wesentlich länger, bis zu 30 Jahre, betragen, um eine Amortisation des eingesetzten Kapitals zu ermöglichen<sup>24</sup>. Bei der echten Aufgabenprivatisierung wird demgegenüber die Aufgabe vollständig und ohne Rückholrechte auf einen Privaten übertragen, etwa indem die Kommune einen bisherigen Eigenbetrieb an einen Dritten veräußert. Auch hier kann die Kommune über satzungsrechtliche Vorgaben Einfluss auf die Aufgabenerfüllung nehmen<sup>25</sup>.

### 2. Die Anwendbarkeit des gemeinschaftlichen Vergaberechtsregimes

Bei einer echten funktionalen Privatisierung erhält ein Privater den Auftrag, als Verwaltungshelfer für die beauftragende Kommune Dienstleistungen im Bereich der Wasserversorgung zu erbringen. Dieser Auftrag unterfällt dem vergaberechtlichen Regime der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. 3. 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (SKR)<sup>26</sup>. Unter diese Richtlinie fallen nach ihrem Art. 4 Abs. 1 die Bereitstellung und das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Gewinnung, der Fortleitung und der Abgabe von Trinkwasser (lit. a) sowie die Einspeisung von Trinkwasser in diese Netze (lit. b). Dieser sachliche Anwendungsbereich des EG-Vergaberechts ist eröffnet für Dienstleistungsaufträge oberhalb des Schwellenwertes von 499 000 Euro<sup>27</sup>.

Ausgenommen ist nach Art. 4 Abs. 3 SKR die Einspeisung von Trinkwasser in ein Wasserversorgungsnetz durch einen privaten Sektorauftraggeber, sofern die Erzeugung von Trinkwasser durch diesen selbst erfolgt und für die Ausübung einer Tätigkeit erforderlich ist, die nicht in einen der Sektoren der Sektorenkoordinierungsrichtlinie fällt, die Einspeisung in das öffentliche Netz nur vom Eigenverbrauch des betreffenden Auftraggebers abhängt und nicht mehr als 30 % der gesamten Trinkwassererzeugung des Auftraggebers ausmacht. Die Richtlinie gilt ebenfalls nicht für Aufträge zur Beschaffung von Wasser, die von Auftraggebern, die entweder ein Wasserversorgungsnetz betreiben oder Wasser in ein solches Netz einspeisen, vergeben werden (Art. 26 lit. a SKR). Die Vergabevorschriften der Sektorenkoordinierungsrichtlinie werden als ungeeignet für die Beschaffung von Wasser angesehen, da die Notwendigkeit besteht, sich aus in der Nähe des Verwendungsortes gelegenen Quellen zu versorgen (26. Begründungserwägung SKR).

Ausdrücklich ausgenommen aus dem Anwendungsbereich der Sektorenkoordinierungsrichtlinie sind nach ihrem Art. 18 auch Bau- und Dienstleistungskonzessionen, die von Sektorauftraggebern im jeweiligen Sektor vergeben werden.

Schwieriger zu beurteilen sind die Fälle der Organisationsprivatisierung und der unechten funktionalen Privatisierung. Das Vergaberecht verlangt eine Personenverschiedenheit zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer. Sowohl die Organisationsprivatisierung als auch die unechte funktionale Privatisierung sind allerdings dadurch gekennzeichnet, dass an ihnen ausschließlich die öffentliche Hand beteiligt ist. Für den Europäischen Gerichtshof kommt es für die Beantwortung der Frage, ob es sich um unterschiedliche Personen im Sinne des Vergaberechts handelt, darauf an, ob die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und ob diese Person ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft verrichtet, die ihre Anteile innehat<sup>28</sup>. Sind diese beiden Voraussetzungen erfüllt, kommt eine Anwendung des Vergaberechts auf ein solches Inhouse-Geschäft nicht in Betracht. Bei einer reinen Organisationsprivatisierung wird daher eine Anwendung vergaberechtlicher Vorschriften ausscheiden<sup>29</sup>, bei einer unechten funktionalen Privatisierung hängt die Anwendung des Vergaberechts davon ab, inwieweit der Betreiber von der Kommune verschieden ist oder ob ein gemischt-wirtschaftliches Unternehmen eingeschaltet wird<sup>30</sup>. Ist die Kommune an einem gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen lediglich als Minderheitsgesellschafter beteiligt, kommen die vergaberechtlichen Bestimmungen zur Anwendung<sup>31</sup>. Ist die Kommune Mehrheitsgesell-

22 Endler (Fußn. 16), NZBau 2002, 125 (125).

23 Sauer/Strecker (Fußn. 9), ZögU 2003, 259 (268).

24 Laskowski, Die deutsche Wasserwirtschaft im Kontext von Privatisierung und Liberalisierung, ZUR 2003, 1 (8); Sauer/Strecker (Fußn. 9), ZögU 2003, 259 (268); Fischer/Zwetkow (Fußn. 14), ZfW 2003, 129 (150).

25 Burgi (Fußn. 21), NVwZ 2001, 601 (603).

26 ABl. EU 2004 Nr. L 134/1. – Siehe dazu auch Fischer/Zwetkow (Fußn. 14), ZfW 2003, 129 (151 f.); Burgi (Fußn. 21), NVwZ 2001, 601 (604).

27 Vgl. Art. 16 lit. a SKR.

28 EuGH, Rs. C-107/98, Teckal, Slg. 1999, I-8121, Rdnr. 50.

29 Thieme, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1, 9. Aufl. 2001, § 99 GWB Rdnr. 30 m. w. N.

30 Fischer/Zwetkow (Fußn. 14), ZfW 2003, 129 (153).

31 Böckel, Die Auftragsvergabe im Rahmen eines Inhouse-Geschäftes, Der Landkreis 2003, 518 (520); Endler (Fußn. 16), NZBau

schafter, ist deren Anwendung umstritten<sup>32</sup>. Da dem Unternehmen auch bei einer Mehrheitsbeteiligung der Kommune gegenüber keine einer Dienststelle vergleichbare Stellung zukommt und das gemischt-wirtschaftliche Unternehmen einen von der Gemeinde zu unterscheidenden Dritten darstellt, spricht dies für die Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Vergabevorschriften. Das Hinzutreten eines »echten« privaten Partners begründet die Anwendung des Vergaberechts<sup>33</sup>.

Wird einem Privaten ein Recht zur eigenverantwortlichen Nutzung von Infrastruktureinrichtungen im Bereich der Wasserversorgung mittels Konzession übertragen, scheidet dieser Vorgang gem. Art. 18 SKR aus dem Anwendungsbereich des gemeinschaftlichen Vergaberechtsregimes aus<sup>34</sup>, da es sich bei einem Vertrag über eine Konzession regelmäßig nicht um einen »entgeltlichen Vertrag« im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. a SKR handelt. Anders als nach der früheren Rechtslage<sup>35</sup> sind nunmehr auch Baukonzessionen gemäß Art. 18 SKR ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich des EG-Vergaberechts im Bereich der Wasserversorgung herausgenommen. Dienstleistungskonzessionen unterfielen demgegenüber auch bereits vor Inkrafttreten der neuen Sektorenkoordinierungsrichtlinie nicht dem Anwendungsbereich des gemeinschaftlichen Vergaberechts<sup>36</sup>. Der Grund hierfür wird da-

rin erblickt, dass Dienstleistungskonzessionen Verträge sind, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Dienstleistung ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht<sup>37</sup>. Die Ausübung des Nutzungsrechts ermöglicht dem Konzessionär eine Refinanzierung seines Angebotes über den Markt. Während dem Bieter bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen die Amortisierung seines Einsatzes durch den Zuschlagspreis sicher ist, übernimmt der Konzessionär regelmäßig ein eigenes Nutzungsrisiko.

Fraglich ist allerdings, ob diese Grundannahmen bei der Konzessionierung von Wasserversorgungsgebieten, wenn der Konzessionär ein Gebietsmonopol übernimmt<sup>38</sup>, zutreffen. Man könnte hier annehmen, dass ein deutlich verringertes Vermarktungsrisiko vorliegt und die Amortisierung des Einsatzes mangels Konkurrenten im Markt besser gesichert erscheint als in den übrigen Fällen einer Konzessionsvergabe. Der private Wasserversorger, der aufgrund einer vertraglichen Konzessionsvergabe in eine Gebietsmonopolstellung einer Kommune nachfolgt, verfügt regelmäßig über einen kartellrechtlichen Gebietsschutz (§ 131 Abs. 8 GWB i. V. mit § 103 GWB a. F.), und ihm kommt ein Anschluss- und Benutzungszwang zugute. Nähme man an, dass solchermaßen durch Monopolrenten gesicherte Verwertungseinnahmen einem vom öffentlichen Auftraggeber vertraglich zugesicherten Entgelt risikookonomisch zumindest gleich stehen, könnte dies dafür sprechen, die vertragliche Konzessionsvergabe durch die öffentliche Hand hinsichtlich einer Monopolstellung in einem Wasserversorgungsgebiet als »atypische, auftragsähnliche Konzession« dem gemeinschaftsrechtlichen Vergaberegime zu unterstellen.

Die Veräußerung von Unternehmensanteilen durch die öffentliche Hand unterliegt hingegen nicht dem Vergaberecht, da kein Beschaffungsvorgang vorliegt<sup>39</sup>. Mangels eines öffentlichen Auftrags sind derartige Vorgänge grundsätzlich vergaberechtsfrei<sup>40</sup>. Etwas anderes gilt allerdings, wenn die Veräußerung mit einer Auftragsvergabe verbunden ist<sup>41</sup> oder sich die Anteilsveräußerung bei der vergaberechtlich gebotenen funktionellen Betrachtung im wirtschaftlichen Kern als verschleierte Auftragsvergabe erweist<sup>42</sup>. Entsprechendes gilt bei der Aufnahme eines pri-

2002, 125 (132); *Ortlieb*, Inhouse-Geschäft als Ausnahme zur Ausschreibungspflicht, ZNER 2002, 29 (32); *Gröning*, Public Private Partnerships unter den Zwängen des Vergabe-, Gemeindefirtschafts- und Wettbewerbsrechts, ZIP 2001, 497 (501 f.); *Frenz* (Fußn. 4), ZHR 166 (2002), 307 (329 f.).

32 Dagegen *Portz*, in: *Ingenstau/Korbion* (Hrsg.), Kommentar zur VOB, 2001, § 32aVOB/A Rdnr. 13; *Frenz* (Fußn. 4), ZHR 166 (2002), 307 (330). – Dafür *Fischer/Zwetkow* (Fußn. 14), ZfW 2003, 129 (155 f.). – Differenzierend *Gröning* (Fußn. 31), ZIP 2001, 497 (502 f.); *Böckel* (Fußn. 31), Der Landkreis 2003, 518 (521); *Dreher*, Die Privatisierung bei Beschaffung und Betrieb der Bundeswehr, NZBau 2001, 360 (363); *Ortlieb* (Fußn. 31), ZNER 2002, 29 (32 f.).

33 *Burgi* (Fußn. 21), NVwZ 2001, 601 (605); *Fischer/Zwetkow* (Fußn. 14), ZfW 2003, 129 (156); *Endler* (Fußn. 16), NZBau 2002, 125 (132); so wohl auch *Jestadt*, in: *Jestadt/Philippeit*, Auftragsvergabe in der Energie- und Wasserwirtschaft, 2001, S. 29.

34 So auch bereits *Fischer/Zwetkow* (Fußn. 14), ZfW 2003, 129 (153 f.); *Burgi* (Fußn. 21), NVwZ 2001, 601 (604); *Koch*, Vorgaben des europäischen und bundesdeutschen Rechts für eine Neuorganisation der kommunalen Wasserversorgung, ZögU 2003, 241 (256 f.); *Frenz/Kafka*, Vergaberechtliche Grenzen bei der Einbeziehung Privater in die Abfallentsorgung, GewArch. 2000, 129 (132); *Gröning*, Public Private Partnerships bei Dienstleistungskonzessionen, NZBau 2001, 123 (124).

35 Zur früheren Rechtslage vgl. Art. 3 der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. 6. 1993 zur Koordinierung der Verfahren öffentlicher Bauaufträge (BKR), ABl. EG 1993 Nr. L 199/54, zul. geänd. ABl. EG 2001 Nr. L 285/1, ber. ABl. EG 2002 Nr. L 214/1.

36 Vgl. EuGH, Rs. C-358/00, *Buchhändler Vereinigung*, Slg. 2002, I-4685, Rdnr. 26 ff.; Rs. C-324/98, *Telaustria*, Slg. 2000, I-10745, Rdnr. 57 f.; vgl. auch die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht vom 12. 4. 2000, ABl. EG 2000 Nr. C 121/2, Ziff. 2.4; Europäische Kommission, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 21. Mai 2003, KOM(2003) 270 endg., Ziff. 81.

37 Vgl. die Definition des Begriffs in der Mitteilung der Kommission zu Konzessionen im Gemeinschaftsrecht (Fußn. 36), Ziff. 2.4, sowie im Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen vom 30. 4. 2004, KOM(2004) 327 endg., Ziff. 9.

38 Vgl. *Theobald*, Aktuelle Fragen des Infrastrukturrechts, NJW 2003, 324 (327).

39 *Frenz* (Fußn. 4), ZHR 166 (2002), 307 (332 f.); *Fischer/Zwetkow* (Fußn. 14), ZfW 2003, 129 (154); *Endler* (Fußn. 16), NZBau 2002, 125 (132); *Jestadt*, in: *Jestadt/Philippeit* (Fußn. 33), S. 33.

40 *Dreher*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl. 2001, § 99 Rdnr. 24.

41 *Dreher*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Fußn. 40), § 99 Rdnr. 24.

42 *Endler* (Fußn. 16), NZBau 2002, 125 (133 f. m. w. N.); *Fischer/Zwetkow* (Fußn. 14), ZfW 2003, 129 (154); *Frenz* (Fußn. 4), ZHR 166 (2002), 307 (333).

vaten Investors als Mitgesellschafter eines gemischt-wirtschaftlichen Wasserversorgungsunternehmens, da es sich um den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags handelt, nicht um eine Auftragsvergabe<sup>43</sup>.

#### IV. Diskriminierungsfreie, transparente und wettbewerbsoffene Konzessionsvergabe

Zu beachten ist jedoch, dass die Grundregeln des EG-Vertrags, insbesondere das Diskriminierungsverbot, das Transparenzgebot und das Gebot der Wettbewerbsoffenheit, auch außerhalb des Vergaberechts einzuhalten sind. Dies hat der EuGH in der Rechtssache »Telaustria« ausdrücklich betont<sup>44</sup>. Auch in den Fällen einer Dienstleistungskonzession ist der Auftraggeber jedenfalls verpflichtet, zu Gunsten der potenziellen Bewerber einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen, der den Wasserversorgungsmarkt dem Wettbewerb um den Konzessionsmarkt öffnet und eine Nachprüfung ermöglicht, ob die Konzessionsvergabe unparteiisch und diskriminierungsfrei durchgeführt wurde<sup>45</sup>. Um dem gemeinschaftsrechtlichen Transparenzgebot wie dem Diskriminierungsverbot zu genügen, ist die Absicht, eine Dienstleistungskonzession zu vergeben, gemeinschaftsweit publik zu machen, da ausländische Interessenten nicht wegen ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert werden dürfen<sup>46</sup>.

#### V. EG-beihilfenrechtliche Ausschreibung

Gelangen die vergaberechtlichen Bestimmungen des europäischen Gemeinschaftsrechts nicht zur Anwendung, wie etwa bei der Veräußerung von Unternehmensanteilen durch die öffentliche Hand oder die Aufnahme eines privaten Investors als Mitgesellschafter, könnte sich die Notwendigkeit einer Ausschreibung aus den Regelungen des gemeinschaftlichen Beihilfenrechts ergeben. Bereits seit längerer Zeit geht die Kommission davon aus, dass beihilfenrelevante Begünstigungen von Unternehmen bei Geschäften mit staatlichen Stellen in der Regel dann ausscheiden, wenn die Geschäftsvereinbarung im Anschluss an ein besonderes Biet- oder Ausschreibungsverfahren getroffen wird, das einer Vielzahl von Unternehmen die Möglichkeit des Geschäftsabschlusses eröffnet<sup>47</sup>. Auch der Europäi-

sche Gerichtshof hat kürzlich in seinem – den öffentlichen Personennahverkehr betreffenden – Urteil in der Rechtssache »Altmark Trans«<sup>48</sup> die Durchführung eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge ausdrücklich als eine Möglichkeit bezeichnet, eine staatliche Überkompensation für die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen auszuschließen. Nur wenn die Auswahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung einer solchen Verpflichtung betraut werden soll, im konkreten Fall nicht im Rahmen eines Vergabeverfahrens erfolge, sei die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte<sup>49</sup>. Dieser Grundgedanke muss auch bei der Veräußerung von Anteilen an der kommunalen Wasserversorgung zum Tragen kommen.

Voraussetzung für ein beihilfenrechtlich gebotenes Ausschreibungsverfahren ist allerdings, dass die Beihilfenregelungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts anwendbar sind. Nach Art. 86 Abs. 1 EG dürfen die Mitgliedstaaten in Bezug auf öffentliche Unternehmen sowie auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine dem gemeinschaftlichen Wettbewerbsrecht widersprechenden Maßnahmen treffen oder beibehalten. Ein privates Unternehmen, das ein Wasserversorgungsgebiet übernimmt und dabei in die Monopolstellung des kommunalen Versorgers nachrückt, erhält ein ausschließliches Recht im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EG<sup>50</sup>. Dies gilt ungeachtet der öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Form der Einräumung dieses Rechts<sup>51</sup>. Dies verdeutlicht, dass die Wettbewerbsregeln des Europäischen Gemeinschaftsrechts, insbesondere das Beihilfenregime, bei einer Privatisierung des kommunalen Wasserversorgungsmonopols Anwendung finden. Das Gleiche folgt aus Art. 86 Abs. 2 EG, wonach die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags für Unternehmen gelten, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind. Bei der öffentlichen Wasserversorgung handelt es sich um eine den Anwendungsbereich des Art. 86 Abs. 2 EG eröffnende Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse<sup>52</sup>. Da die Anwendung dieser Regeln die Erfüllung der übertragenen Aufgabe der Wasserversorgung weder rechtlich noch tatsächlich verhindert, ist das gemeinschaftsrechtliche Wettbewerbsrecht anwendbar<sup>53</sup>. Gestützt wird die Anwendbarkeit des EG-Beihilfenrechts auch indirekt durch die Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates

43 *Burgi* (Fußn. 21), NVwZ 2001, 601 (605); *Fischer/Zwetkow* (Fußn. 14), ZfW 2003, 129 (154). Anders kann sich die Rechtslage freilich darstellen, wenn die Einbeziehung Privater in eine Gesellschaft Hand in Hand mit einer Beauftragung zur Dienstleistungserbringung geht, vgl. dazu *Frenz* (Fußn. 4), ZHR 166 (2002), 307 (331 f.).

44 EuGH, Rs. C-324/98, *Telaustria*, Slg. 2000, I-10745, Rdnr. 62.

45 *Koenig/Kühling*, Infrastrukturförderung im Ausschreibungsverfahren, DVBl. 2003, 289 (298); *Endler* (Fußn. 16), NZBau 2002, 125 (127); *Gröning* (Fußn. 34), NZBau 2001, 123 (123 ff.).

46 *Gröning* (Fußn. 34), NZBau 2001, 123 (124 ff.).

47 Vgl. z. B. Entscheidung der Kommission vom 25. 3. 1992, *Hilaturas Y Tejidos Andaluces*, ABl. EG 1992 Nr. L 171/54, Ziff. IV; Entscheidung der Kommission vom 25. 3. 1992, *Intelhorse SA*, ABl. EG 1992 Nr. L 176/57, Ziff. V; XXIII. Wettbewerbsbericht der Kommission 1993, Rdnr. 403; dazu eingehend *Koenig/Kühling* (Fußn. 45), DVBl. 2003, 289 (290 f.); *dies.*, Diskriminierungs-

freiheit, Transparenz und Wettbewerbsoffenheit des Ausschreibungsverfahrens – Konvergenz von EG-Beihilfenrecht und Vergaberecht, NVwZ 2003, 779 (779 ff.).

48 EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark Trans GmbH*, Slg. 2003, I-7747.

49 EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark Trans GmbH*, 2003, I-7747, Rdnr. 93.

50 *Koch* (Fußn. 34), ZögU 2003, 241 (249); *Laskowski* (Fußn. 24), ZUR 2003, 1 (8).

51 Vgl. EuGH, Rs. 30/87, *Bodson*, Slg. 1988, 2479, Rdnr. 16 ff.

52 *Pöcherstorfer* (Fußn. 3), ZUR 2003, 184 (186).

53 *Pöcherstorfer* (Fußn. 3), ZUR 2003, 184 (189); anders wohl *Laskowski* (Fußn. 24), ZUR 2003, 1 (9).

vom 23. 10. 2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik<sup>54</sup> (Wasserrahmenrichtlinie). Sie schreibt in ihrem Art. 9 Abs. 1 den »Grundsatz der Deckung der Kosten der Wasserdienstleistungen« vor. Dieser Grundsatz hat auch eine beihilfenrechtliche Komponente, da hierdurch Überkompensationen und unzulässige staatliche Beihilfen im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG untersagt werden und die Geltung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln nochmals betont wird<sup>55</sup>.

Veräußert eine Kommune einen Eigenbetrieb, dem bislang die öffentliche Wasserversorgung oblag, oder wird ein privater Investor als Mitgesellschafter eines gemischt-wirtschaftlichen Wasserversorgungsunternehmens gewonnen, kann eine gemeinschaftsrechtswidrige Beihilfe weitgehend dadurch ausgeschlossen werden, dass ein offenes, transparentes und, soweit sinnvoll, europaweites Ausschreibungsverfahren durchgeführt wird<sup>56</sup>. Ein qualifiziertes Ausschreibungsverfahren ist in diesen Fällen, wie der EuGH im Fall »Altmark Trans« aufgezeigt hat, zwar nicht der einzige Weg, Begünstigungen auszuschließen, doch entpuppt es sich zunehmend als »Königsweg«<sup>57</sup>. Dies gilt auch für den Bereich der öffentlichen Wasserversorgung.

## VI. Fazit

Nach dem gegenwärtigen Stand des europäischen Gemeinschaftsrechts ist für nahezu alle Fälle der Einschaltung Privater in die öffentliche Wasserversorgung die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens entweder vorgeschrieben oder zumindest beihilfenrechtlich angezeigt. Da nach bislang herrschender Auffassung die Fälle, in denen die Wasserversorgung Privaten im Wege vertraglicher Konzessionen übertragen werden, nicht vom gemeinschaftlichen Vergaberecht erfasst werden, besteht ge-

setzgeberischer Handlungsbedarf. Seit geraumer Zeit stellt die Europäische Kommission Überlegungen an<sup>58</sup>, inwieweit die Problematik von Konzessionen über den Bereich der Baukonzession<sup>59</sup> hinaus auch für die Anwendungsgebiete der anderen Auftragsarten (Leistungen und Lieferungen) geregelt werden soll. Erwogen wird, durch eine Änderung der entsprechenden Richtlinien künftig alle Formen von Konzessionen zu erfassen und sicherzustellen, dass diese nach einem Aufruf zum Wettbewerb in einem gesetzlich geregelten Verfahren vergeben werden<sup>60</sup>. Bereits zur Herstellung von Rechtssicherheit ist der Erlass einer solchen Konzessionsrichtlinie längst überfällig. Auch der Vorschlag eines Bundesgesetzes über die Privatisierung der Wasserversorgung, das vor allem den Wettbewerb um den Versorgungsmarkt durch die Einführung von Ausschreibungspflichten für Versorgungsgebiete eröffnen soll<sup>61</sup>, ist unter diesem Blickwinkel zu begrüßen, wobei freilich die Gesetzgebungskompetenz des Bundes zu prüfen ist. Auch wenn das Gemeinschaftsrecht hinsichtlich der Durchführung von Ausschreibungsverfahren für Wasserversorgungsgebiete bereits Regelungen bereit hält, erscheint ein einheitliches und seinerseits transparentes Rechtsregime nicht nur aus Gründen der Rechtssicherheit erforderlich. Es gilt, den Wettbewerb in diesem Sektor wirksam zu stärken, um so eine kosteneffiziente und hochqualitative Wasserversorgung der Verbraucher zu gewährleisten.

54 ABl. EG 2000 Nr. L 327/1, geänd. ABl. EG 2001 Nr. L 331/1.

55 Geiger/Freund, Europäische Liberalisierung des Wassermarktes, EuZW 2003, 490 (491).

56 Koenig/Kühling (Fußn. 45), DVBl. 2003, 289 (296).

57 So auch Koenig/Kühling (Fußn. 45), DVBl. 2003, 289 (297).

58 Vgl. die Mitteilung der Kommission zu Konzessionen im Gemeinschaftsrecht (Fußn. 36), Ziff. 3.3.

59 Vgl. Art. 56 ff. der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. 3. 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. EU 2004 Nr. L 134/114.

60 Vgl. BMWi (Hrsg.), Optionen, Chancen und Rahmenbedingungen einer Marktöffnung für eine nachhaltige Wasserversorgung (Fußn. 1), Ziff. I.4.3.

61 Vgl. BMWi (Hrsg.), Optionen, Chancen und Rahmenbedingungen einer Marktöffnung für eine nachhaltige Wasserversorgung (Fußn. 1), Ziff. IV.1; dazu Salzwedel (Fußn. 6), N&R 2004, 36 (40).