

Die Konzessionsvergaberichtlinie auf dem Prüfstand: Die Wasserwirtschaft kann Position beziehen

Categories : [Europarecht](#), [Kommunen](#), [Konzessionsrecht](#), [Vergabe](#), [Verwaltungsrecht](#), [Wasser](#), [Wettbewerbs- und Kartellrecht](#)

Tagged as : [Ausschreibungspflicht](#), [Bereichsausnahme](#), [Binnenmarktrelevanz](#), [Daseinsvorsorge](#), [GWB](#), [Inhouse-Vergabe](#), [Konzessionsvergaberichtlinie](#), [Mehrsparten-Stadtwerke](#), [Organisationshoheit](#), [RL 2014/23/EU](#), [Wasserkonzessionen](#)

Date : 19. Februar 2021

Schon bei ihrer Entstehung sorgte die [Konzessionsvergaberichtlinie](#) (RL 2014/23/EU) für heftige politische Diskussionen. Vor allem die Angst vor flächendeckenden Privatisierungen im Wasser-Sektor führte zur ersten Europäischen Bürgerinitiative und schließlich zur Herausnahme des Wasser- und Abwasserbereichs aus dem Anwendungsbereich der Konzessionsvergaberichtlinie ([wir berichteten](#)). Genau dies steht nun auf dem Prüfstand.

Anstehende Berichterstattung der EU-Kommission

Die Konzessionsvergaberichtlinie sieht eine Pflicht zur „Überwachung und Berichterstattung“ über die Richtlinien Auswirkungen und insbesondere über die Wirkung der Bereichsausnahme für den Wasser-Sektor vor. Dieser Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat war bereits für Anfang 2019 vorgesehen, aber nun geht es wirklich los: Mit einem Fragebogen wandte sich die Kommission an das BMWi und bittet bis 31.3.2021 um Antwort. Das BMWi leitete den Fragebogen nun offenbar mit Bitte um Stellungnahme bis zum 28.2.2021 an die betreffenden Verbände weiter. Für die Branche ein Anlass, sich zu den Auswirkungen der Richtlinie zu positionieren.

Ausschreibungspflicht oder keine Ausschreibungspflicht?

Von Beginn an stellte sich die Frage, ob die Bereichsausnahme für die Wasserversorgung Fluch oder Segen sei ([wir berichteten](#)). Dem Grundsatz nach ist sie zwar zu begrüßen, aber der sprichwörtliche „Pferdefuß“ fand sich bereits in der Gesetzesbegründung zur damaligen Neufassung des [§ 149 Nr. 9a GWB](#) (vgl. [BT-Drs. 18/6281](#)), in der bereits darauf hingewiesen wurde:

„Gleichwohl ist im Vergabeverfahren für Konzessionen im Wasserbereich die durch das Europäische Primärrecht gebotene Transparenz, Gleichheit und Verhältnismäßigkeit zu beachten“.

Und das Europäische Primärrecht gilt – was bei Wasserkonzessionsvergaben nicht selten der Fall ist – immer dann, wenn eine sog. Binnenmarktrelevanz anzunehmen ist. Gilt also doch eine Ausschreibungspflicht für Wasserkonzessionen? Wie so oft bei Juristen ist die Antwort auch in diesem Fall: „Es kommt drauf an...“.

Sowohl das Europarecht als auch das nationale Kartellrecht erkennen die Organisationshoheit der Kommunen für den Bereich der Wasserversorgung als Teil der Daseinsvorsorge an. Kommunen können die Wasserversorgung also „selbst“ in die Hand nehmen – sei es in Form eines Eigen- oder Regiebetriebes, eines Zweckverbands oder in sonstigen öffentlich-rechtlichen Organisationsformen. Nicht ganz so einfach ist es allerdings, wenn Kommunen ihre Wasserversorgung privatrechtlich organisiert haben (z.B. in Form einer GmbH): Dann bleibt nämlich das europäische Primärrecht ebenso wie – so

jedenfalls die Auffassung der Kartellbehörden – das nationale Kartellrecht grundsätzlich anwendbar. Für die Vergabe von Wasserkonzessionen (anders als bei der Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen) ist die Zulässigkeit einer Inhouse-Vergabe unter bestimmten Voraussetzungen zwar anerkannt, aber welche konkreten Vorgaben dabei gelten und wann diese tatsächlich erfüllt sind, ist umstritten und wird von den Kartellbehörden mit Argusaugen beobachtet.

Nach aktueller Rechtslage scheitert eine Inhouse-Vergabe teilweise an privaten Beteiligungen am Stadtwerk, besonders häufig aber am sog. Wesentlichkeitskriterium. Die Kartellbehörden sehen nämlich Umsätze aus liberalisierten Wirtschaftsbereichen (u.a. Umsätze aus dem Strom- und Gasvertrieb) bereits ab einer Schwelle von 10 bis 20 Prozent als inhouseschädlich an. Grundsätzlich verneinen sie deshalb die Möglichkeit einer Inhouse-Vergabe an Mehrsparten-Stadtwerke. Die Folge ist eine Pflicht zur Ausschreibung von Wasserkonzessionen nach den – gesetzlich nicht näher definierten – allgemeinen Grundsätzen „transparent und diskriminierungsfrei“.

Gelegenheit, auf das Problem hinzuweisen

Und was ist nun mit der Bereichsausnahme der Konzessionsvergaberichtlinie? Man könnte – jedenfalls für privatrechtlich organisierte Stadtwerke – fast sagen: „Wie gewonnen, so zerronnen“. Wirklich überraschend war das allerdings nicht. Bereits bei der Beratung zur Konzessionsvergaberichtlinie wurde über eine Anpassung der Inhouse-Vergabe-Kriterien auf die Besonderheiten der Wasserwirtschaft diskutiert und selbst die Kommission hatte sich im Richtlinienentwurf damals auf einen Kompromiss eingelassen, der vor allem auf die Initiative der deutschen Wasserwirtschaft zurückging. Er sah für den Wasserbereich Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht vor, was Inhouse-Vergaben auch an Mehrsparten-Stadtwerke in einer Übergangszeit noch generell und anschließend immerhin unter deutlich „großzügigeren“ Bedingungen ermöglicht hätte. Nur fielen diese Überlegungen dann schließlich der generellen Bereichsausnahme zum Opfer und werden nun schmerzlich im Anwendungsbereich des europäischen Primär- und nationalen Kartellrechts vermisst.

Die Vorbereitung des Kommissionsberichts bietet Gelegenheit, auf die vorgenannten Problemstellungen hinzuweisen. Ob und welche konkreten Forderungen dabei mit Blick auf die Besonderheiten der Wasserwirtschaft gestellt werden sollten, ist sicher noch im Einzelnen zu diskutieren.

Ansprechpartner*innen Konzessionen: [Prof. Dr. Christian Theobald/Astrid Meyer-Hetling/Oliver Eifertinger/Matthias Pöhl](#)

Ansprechpartner*innen Wasser: [Daniel Schiebold/Beate Kramer/Frank Licht](#)

PS: Sie interessieren sich für dieses Thema, dann schauen Sie gern [hier](#) und [hier](#).