



Positionen des Deutschen Städte- und Gemeindebundes zur EU-Konzessionsrichtlinie

Der Deutsche Städte- und Gemeindebund sieht in dem gegenwärtigen EU-Vorschlag für eine Konzessionsrichtlinie eine Gefährdung der kommunalen Daseinsvorsorge, insbesondere beim öffentlichen Gut der Wasserversorgung. Die Richtlinie wird, soweit sie in bewährte Strukturen der kommunalen Aufgabenverantwortung und speziell in die im Interesse der Bürger mit hoher Umweltqualität wahrgenommene Wasserversorgung in Deutschland eingreift, abgelehnt. Die bestehenden Regeln des EU-Primärrechts mit den Grundsätzen von Transparenz und Gleichbehandlung sind ausreichend.

Er fordert die Bundesregierung auf, sich im Rahmen des Trilog-Verfahrens im EU-Ministerrat nachdrücklich für eine Herausnahme der Wasserversorgung aus der Richtlinie einzusetzen. Auch sind kommunale Kooperationen und kommunale In-House-Geschäfte, einschließlich der Aufgabenwahrnehmung innerhalb von Mehrspartenunternehmen, umfassend von einer Ausschreibungspflicht frei zu stellen.

Inhalt

- I. Erstmalig eigene EU-Konzessionsrichtlinie
- II. Kommunalrelevanz der EU-Konzessionsrichtlinie
- III. Aktuell: Kein rechtsfreier Raum für Dienstleistungskonzessionen
- IV. Erfordernis für eigene EU-Richtlinie nicht nachgewiesen / Bürokratie und Zusatzkosten zu erwarten
- V. Breite Ablehnung der Richtlinie in Deutschland
- VI. Europäische Bürgerinitiative „Wasser ist Menschenrecht“
- VII. Originäre Leistungen der kommunalen Daseinsvorsorge (Wasserversorgung, Rettungsdienste etc.) ausnehmen
- VIII. Zwischen Ausschreibungsfreiheit und Ausschreibungspflicht
 1. Vergaberechtsfreie Konstellationen
 2. Ausschreibungspflichtige Sachverhalte
 3. Umfassende Vergaberechtsfreistellung kommunaler Kooperationen nötig
- IX. Aktivitäten des DStGB und der kommunalen Verbände
- X. Zusammenfassung



I. Erstmalig eigene EU-Konzessionsrichtlinie

Mit dem Ziel der Verschlinkung und Vereinfachung des EU-Vergaberechts hat die EU-Kommission durch EU-Binnenmarktkommissar Barnier am 20. Dezember 2011 neben einer neuen Richtlinie zum allgemeinen Vergaberecht eine komplett eigene „Konzessionsrichtlinie“ (98 Seiten) vorgelegt. Damit sollen erstmalig auch Dienstleistungskonzessionen ab einem Schwellenwert von 5 Millionen Euro (Vorschlag EP-Binnenmarktausschuss: 8 Millionen Euro) einer Vergaberechtspflicht unterworfen werden. Die Konzessionsrichtlinie befindet sich aktuell – ebenso wie die allgemeine Vergaberichtlinie – in der Diskussion und Abstimmung der europäischen Institutionen. Berichterstatte des EU-Parlaments für die Richtlinie ist der Franzose Philippe Juvin. Am 24. Januar 2013 hat die Abstimmung im federführenden EU-Binnenmarktausschuss (IMCO) über die Konzessionsrichtlinie stattgefunden. Nunmehr schließt sich das sogenannte Trilog-Verfahren zwischen Kommission, EU-Parlament und Ministerrat unter Beteiligung der Bundesregierung an. Dieses hat am 13. März begonnen. Eine Befassung des EU-Parlaments ist nach dem jetzigen Stand im Mai 2013 vorgesehen. Inkrafttreten soll die Richtlinie im Jahre 2014.

II. Kommunalrelevanz der EU-Konzessionsrichtlinie

Die EU-Konzessionsrichtlinie hat eine hohe Relevanz für Kommunen. Dies folgt insbesondere aus den von ihr erfassten „kommunalen Bereichen“. Das EU-Vergaberecht (Art. 1 Abs. 4 EU-Vergabekoordinierungsrichtlinie) definiert Dienstleistungskonzessionen wie folgt:

„Dienstleistungskonzessionen sind Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zzgl. der Zahlung eines Preises besteht.“

Dienstleistungskonzessionen beinhalten im Kommunalbereich damit – anders als das klassische und bilateral ausgestaltete Vergaberecht - regelmäßig „Dreiecksstrukturen“. Dabei lassen die Kommunen öffentliche Aufgaben durch Dritte (Konzessionäre) erbringen, zahlen aber – anders als bei klassischen öffentlichen Aufträgen – kein Entgelt hierfür. Vielmehr refinanziert sich der Konzessionär über die in der Regel privaten Nutzer der jeweiligen Dienstleistungen. Beispiele für Konzessionen sind neben der Wasserver- und Abwasserentsorgung, die kommunalen Rettungsdienstleistungen (Konzessionsmodell), die Gesundheitsversorgung, die Breitbandverlegung, die Betreuung von öffentlichen Parkplätzen durch private Dritte, aber auch die Altkleidersammlung sowie die Zurverfügungstellung von Mittagessen an Schulen bei gleichzeitiger Refinanzierung des Konzessionärs bei den Eltern. Nicht erfasst sind daher klassische und einseitig erteilte Konzessionsgenehmigungen (Taxi etc.).

Kennzeichnend für alle Konzessionsmodelle ist, dass der Konzessionär grundsätzlich das wirtschaftliche Risiko des Geschäfts und das Risiko der Refinanzierung (Prinzip: Leistung gegen Recht auf Gebührenerhebung) trägt. Insoweit hatte aber bereits der



EuGH in einer Entscheidung vom 10. September 2009 („Zweckverband Gotha“) festgestellt, dass ein kommunaler Anschluss- und Benutzungszwang in der Wasserwirtschaft eine Dienstleistungskonzession nicht ausschließt. Folge ist, dass an das Vorhandensein eines „wirtschaftlichen Risikos“ nach dieser EuGH-Entscheidung keine allzu großen Anforderungen gestellt werden dürfen.

III. Aktuell: Kein rechtsfreier Raum für Dienstleistungskonzessionen

Aktuell unterfallen Dienstleistungskonzessionen zwar nicht dem Vergaberecht. Dennoch besteht auch schon bisher bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen durch Kommunen kein rechtsfreier Raum. So hat der EuGH vor dem Hintergrund des EU-Primärrechts in über 20 Entscheidungen (s. etwa EuGH „Telaustria“ vom 07.12.2000 -C 324/98-) festgestellt, dass bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen die Grundsätze des EU-Primärrechts und damit das Gebot der Transparenz, der Gleichbehandlung und des Wettbewerbs zu beachten sind. Dies beinhaltet auch, dass bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen bereits heute „ein angemessener Grad an Öffentlichkeit sicherzustellen ist“ (EuGH „Parking Brixen“)

Allerdings würde ein Unterfallen der Dienstleistungskonzessionen unter das EU-Vergaberecht und damit unter die formal strengen Vergaberechtsvorschriften die Flexibilität bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen beeinträchtigen. Hinzu kommt, dass die Anwendung des Vergaberechts auf Dienstleistungskonzessionen zwingend mit einer Anwendung des EU-Rechtmittelrechts verbunden wäre. Für Vergaben in Deutschland würden damit Dienstleistungskonzessionen erstmalig den Nachprüfungsverfahren vor Vergabekammern und Vergabesenaten unterfallen. Verfahrensverzögerungen und Investitionsbeeinträchtigungen könnten die Folge sein.

IV. Erfordernis für eigene EU-Richtlinie nicht nachgewiesen / Bürokratie und Zusatzkosten zu erwarten

Die Kommission begründet das Erfordernis für eine eigene EU-Konzessionsrichtlinie mit einer bestehenden „Regelungslücke“ und einer „schwerwiegenden Verzerrung des EU-Binnenmarkts“. Sie sieht weiter in einer eigenen Richtlinie einen Beitrag zu mehr Transparenz und Rechtssicherheit. Konkrete Belege für eine „schwerwiegende Verzerrung des Binnenmarktes“ liefert die Kommission aber bis heute nicht.

Der DStGB hat vor diesem Hintergrund von Beginn an das Erfordernis für eine eigene Konzessionsrichtlinie bestritten. Die Regeln des EU-Primärrechts sowie die ausdifferenzierte EuGH-Rechtsprechung reichen insoweit aus. Die zusätzliche Konzessionsrichtlinie bedeutet zumindest in ihrer jetzigen komplexen Form demgegenüber ein Mehr an Verrechtlichung und Bürokratie. Sie erzeugt einen intensiven und kostenträchtigen Beratungsbedarf bei Kommunen und birgt die Gefahr zeitlicher Verzögerungen, insbesondere auch durch Nachprüfungsverfahren vor Vergabekammern. Profitieren würden im Ergebnis Rechtsanwälte und Berater. Der eigene Anspruch der



Kommission nach einem schlanken Regelwerk und nach „better regulation“ wird jedenfalls nicht erfüllt.

Hinzu kommt, dass gerade der Bereich der in Deutschland kommunal verantworteten Wasserversorgung dezentral und kleinteilig organisiert ist. Folge ist, dass es trotz Überschreitens von EU-Schwellenwerten (5 Millionen bzw. 8 Millionen Euro) oftmals an einem entsprechenden grenzüberschreitenden Bewerbermarkt fehlt. Zu befürchten wäre daher, dass zwar formale sowie zeit- und kostenintensive EU-weite Ausschreibungsverfahren stattfinden müssen ohne ein Mehr für den EU-Binnenmarkt zu erreichen.

Insofern werden bereits heute bei stattfindenden EU-Ausschreibungen nach einer Untersuchung der EU-Kommission nur 1,5 % aller Aufträge an Unternehmen mit Sitz im EU-Ausland vergeben. Grund für diese Zurückhaltung und einen damit nicht gegebenen grenzüberschreitenden EU-Binnenmarkt ist neben der vorhandenen Regionalbezogenheit vieler Märkte insbesondere die „Sprachbarriere“.

V. Breite Ablehnung der Richtlinie in Deutschland

Die EU-Konzessionsrichtlinie ist in Deutschland in einer kaum bekannten und breiten Form auf Ablehnung gestoßen. Gegen die Richtlinie haben sich nicht nur die kommunalen Spitzenverbände und der VKU gewandt. Ebenso sind der BDI und die Gewerkschaften deutlich gegen die Richtlinie aufgetreten. Auch der Bundesrat hat im März 2012 den Richtlinienvorschlag der Kommission in einer sogenannten Subsidiaritätsrüge zurückgewiesen und sich auch nochmals am 1. März 2013 für die Herausnahme des Wasserbereichs aus der Richtlinie ausgesprochen. Auf der Ebene der Bundestagsfraktionen hatten sich zunächst vier von fünf Fraktionen (außer FDP) gegen die Richtlinie ausgesprochen. So hat auch die CDU auf ihrem Parteitag in Hannover die Richtlinie abgelehnt. Allein die FDP-Fraktion und das federführende Bundeswirtschaftsministerium haben zunächst die Pläne der Kommission unterstützt. Allerdings hat auch Bundeskanzlerin Merkel in einem Schreiben an die Gewerkschaften die Richtlinie im Grundsatz begrüßt. Am 28. Februar haben die drei Oppositionsfraktionen im Plenum des Deutschen Bundestages unter dem Stichwort „Privatisierung der Wasserversorgung verhindern“ eine Ablehnung der Richtlinie gefordert. Der Antrag ist von den Regierungsfractionen zurückgewiesen worden.

VI. Europäische Bürgerinitiative „Wasser ist Menschenrecht“

Eine europäische Bürgerinitiative „Wasser ist Menschenrecht – Right 2 WATER“ hat sich mit mittlerweile mehr als einer Million Unterschriften ebenfalls gegen die EU-Konzessionsrichtlinie gewandt und will verhindern, dass Wasser privatisiert wird. Allerdings muss noch eine ausreichende Zahl von Menschen aus sieben Ländern unterzeichnen. Bisher ist das im EU-Recht vorgesehene Quorum offenbar nur in Deutschland und Österreich erreicht. Bis November 2013 hat die Initiative Zeit für die Unterschriftensammlung.



Sollten die nötigen Unterschriften erreicht werden, muss sich die EU-Kommission mit dieser Initiative, die allerdings zum Thema „Wasser“ breit angelegt ist und über die Problematik der Dienstleistungskonzession weit hinaus geht sowie maßgeblich von gewerkschaftlicher Seite getragen wird, befassen.

VII. Originäre Leistungen der kommunalen Daseinsvorsorge (Wasserversorgung, Rettungsdienste etc.) ausnehmen

Eine Ablehnung der Konzessionsrichtlinie in den EU-Gremien ist wegen der vorhandenen Mehrheiten nicht zu erwarten. Aus DStGB-Sicht muss aber in der Richtlinie eine explizite Ausnahme für originäre Aufgaben der kommunalen Daseinsvorsorge, also insbesondere der Wasserversorgung (einschließlich Abwasserentsorgung) und auch der Notfall-Rettungsdienstleistungen, erfolgen. Diese ureigenen kommunalen Leistungen sind von ihrer Natur nach anders zu beurteilen als etwa die Betreibung eines Parkplatzes. Gerade Wasser ist als Lebensmittel kein normales Wirtschaftsgut, sondern als öffentliches Gut lebensnotwendig für die Bürger. Ein Unterfallen unter den Begriff der „Ware“ verbietet sich daher. Zudem wird gerade eine kommunal verantwortete und auf höchstem Umweltniveau wahrgenommene Wasserversorgung von der weit überwiegenden Mehrheit der Bürgerschaft unterstützt und gefordert.

Die Konzessionsrichtlinie könnte jedenfalls je nach Inhalt die kommunalwirtschaftlichen und dezentralen Strukturen der Wasserwirtschaft in Deutschland untergraben. Neben der Wasserversorgung und der Abwasserentsorgung müssen ebenso die Rettungsdienste als Bestandteil des Zivil- und Katastrophenschutzes von der Richtlinie ausgenommen werden. Im Interesse des Bürgers muss eine schnell einsatzbereite Notfallrettung gesichert sein. Diese ist bei größeren Unfällen und Katastrophen nur durch eine Ergänzung der hauptamtlichen Strukturen durch ehrenamtliche Kräfte der Hilfsorganisationen in den Kommunen gewährleistet.

Zudem steht die vorgesehene Erfassung originärer Leistungen der kommunalen Daseinsvorsorge (Wasserversorgung, Rettungsdienste etc.) auch im Spannungsverhältnis zum Vertrag von Lissabon und dem Protokoll zu den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Diese Regeln betonen die lokale Selbstverwaltung und das Subsidiaritätsprinzip. Sie geben den Staaten einen weiten Ermessensspielraum zur Aufgabenwahrnehmung von Leistungen der Daseinsvorsorge.

Auch wenn die EU-Parlamentarier in ihrer Abstimmung am 24. Januar im federführenden EU-Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz zumindest die Notfall-Rettungsdienste (sowie auch die kommunalen Kreditaufnahmen) vom Anwendungsbereich der Konzessionsrichtlinie ausgenommen haben, steht ein abschließendes Votum der anderen EU-Institutionen und insbesondere auch des EU-Parlaments noch aus. Die Forderung zur Herausnahme sowohl der Wasserversorgung als auch der Notfall-Rettungsdienste bleibt daher aufrecht erhalten.



VIII. Zwischen Ausschreibungsfreiheit und Ausschreibungspflicht

Aktuell dürfte weder eine generelle Ablehnung der Richtlinie noch unbedingt eine Herausnahme des Wasserbereichs (Anders: Notfallrettungsdienste) von Erfolg gekrönt sein. Daraus folgt, dass auch eine verstärkt inhaltliche Diskussion zu den geplanten Regeln stattfinden muss. Dies beinhaltet eine Versachlichung der zum Teil sehr emotional geführten Debatte. Denn auch bei einer Verabschiedung der Konzessionsrichtlinie werden nach wie vor weite Bereiche der kommunalen Wasserversorgung nicht ausschreibungspflichtig werden.

Auch haben Kommunen grundsätzlich auch künftig die freie Wahl, ob sie selbst oder gemeinsam mit anderen kommunalen Einrichtungen die Wasserversorgung in der Form der Eigenerledigung vergaberechtsfrei betreiben oder aber nach bewusster Übertragung an private Dritte eine Ausschreibungspflicht begründen. Dies soll auch durch einen ausdrücklichen Passus in der Richtlinie („Wasser ist öffentliches Gut; Privatisierung ist nicht das Ziel der Richtlinie“) sichergestellt werden. Dennoch liegt auch bei der Richtlinie, insbesondere bei Mehrspartenunternehmen, der „Teufel im Detail“. Folge ist, dass insbesondere bei diesen Unternehmen eine nicht gewollte Ausschreibungspflicht begründet werden kann. Aktuell muss die Grenze zwischen Vergaberechtspflicht und -freiheit wie folgt getroffen werden:

1. Vergaberechtsfreie Konstellationen

Zu den auch künftig vergaberechtsfreien Fällen, insbesondere bei der kommunalen Wasserversorgung, gehören insbesondere folgende Konstruktionen:

- Ein kommunaler Regie- oder Eigenbetrieb oder ein rein kommunales Wasserwerk, etwa in der Rechtsform der GmbH, oder als Anstalt öffentlichen Rechts etc. führen die Wasserversorgung für das Gemeindegebiet durch.
- Ein gemeinsam von mehreren Städten und Gemeinden getragener kommunaler Zweck- oder Wasserverband oder eine gemeinsam getragene kommunale GmbH oder eine gemeinsam getragene Anstalt öffentlichen Rechts etc. führen die Wasserversorgung für das Gebiet ihrer Städte und Gemeinden aus.
- Die Wasserversorgung wird rein kommunal in öffentlicher Rechtsform betrieben oder in privater Rechtsform (GmbH) bei einer 100%-igen Kontrolle durch eine einzelne oder mehrere Kommunen und die Gesamttätigkeit bzw. der Gesamtumsatz der Wasserversorgung bezogen auf das jeweilige Kommunalgebiet macht mehr als 80 % aus (Bisher: Mindestens 90 %). Diese Voraussetzung dürfte bei vielen „reinen“ Wasserversorgungsbetrieben und Wasserversorgungsgesellschaften in der Regel erfüllt sein.



2. Ausschreibungspflichtige Sachverhalte

Demgegenüber werden nach dem jetzigen Richtlinienvorschlag künftig folgende Fälle ausschreibungspflichtig:

- Mehrspartenunternehmen mit umfassender kommunaler Kontrolle (100%), wenn dieses weniger als 80 % der Gesamttätigkeit bzw. des Gesamtumsatzes außerhalb der eigenen Kommunalgrenzen verrichtet bzw. erwirtschaftet. Damit ist das Privileg der Vergaberechtsfreiheit regelmäßig nicht bei kommunalen Mehrspartenunternehmen erfüllt, die neben der Wasserversorgung auch noch die Energieversorgung (Strom / Gas) oder den ÖPNV ausüben. Denn insoweit sind etwa nach der OLG-Rechtsprechung in Deutschland (OLG Hamburg etc.) alle Umsätze, die das Unternehmen mit der Belieferung von Einwohnern der Kommune mit Strom erbringt, als Fremdgeschäft zu werten und daher bei mehr als 20% In-house-schädlich und damit negativ anzurechnen. Folge wäre eine Ausschreibungspflicht. Daher soll nach dem Willen der Kommission zur Vergaberechtsfreiheit künftig eine Ausgliederung der separaten Wassersparte in eine rein kommunale Einrichtung erforderlich sein.
- Mehrspartenunternehmen, unabhängig von dem 80% / 20% Tätigkeitsumfang dann, wenn an ihnen private Partner, wenn auch mit Minderheit, beteiligt sind (Bsp.: 51 % kommunal und 49 % privater Anteil). Gemischtwirtschaftliche Unternehmen, an denen private Dritte beteiligt sind, sind daher nicht In-house-fähig und begründen eine Ausschreibungspflicht.
- Einspartenunternehmen (nur Wasserbereich), wenn diese weniger als 80 % ihrer Gesamttätigkeit bzw. ihres Gesamtumsatzes in der eigenen Kommune bzw. in den eigenen Kommunen verrichten bzw. erwirtschaften. Dies dürfte aber in der Regel kaum vorkommen.
- Einspartenunternehmen, an denen private Dritte beteiligt sind.

3. Umfassende Vergaberechtsfreistellung kommunaler Kooperationen nötig

Über die genannten Fälle der Ausschreibungsfreiheit und der Ausschreibungspflicht hinaus gibt es viele Grauzonen. So dürften einschränkend zur EuGH-Rechtsprechung „Stadt Hamburg“ (09. Juni 2009) horizontale Kooperationen zwischen einer Kommune oder Kommunen auch als Eigenbetrieb, GmbH, Zweck- oder Wasserverband etc. im Bereich der Wasserversorgung mit (Nachbar-) Kommunen auf der Grundlage von öffentlich-rechtlichen Verträgen ausschreibungspflichtig werden. Dies muss verhindert werden, da die Rechtsform der Kooperation innerhalb der Kommunen keine Rolle spielen darf.



Auch der Umstand, dass nach dem gegenwärtigen Erwägungsgrund 14a der Konzessionsrichtlinie und der hier für „Citizens“, also für die eigene Bürgerschaft (nicht aber die örtliche Wirtschaft), erwähnten 20%-Tätigkeitsgrenze die eigene Bürgerschaft einer Gemeinde als negativ vergaberechtsrelevant angerechnet wird, ist abzulehnen. Folge wäre, dass bei einem Mehrspartenstadtwerk mit einer „Wasser- und Stromsparte“ wegen der im Strombereich im Jahre 1998 erfolgten Liberalisierung dann nie mehr eine vergaberechtsfreie In-house-Vergabe durch eine Stadt, etwa bei der Lieferung von Strom an die eigenen städtischen Schulen, aber auch nicht mehr bei der eigenen Wasserversorgung, ohne vorherige Ausschreibung stattfinden könnte.

Denn oft beziehen in einer Stadt oder Gemeinde mehr als 20% der Bürger ihren Strom wegen der freien Wahl des Strompartners nicht vom kommunalen Stadtwerk (Eigengesellschaft) und handeln damit vergaberechtsschädlich i. S. eines nicht mehr gegebenen „In-house-Geschäfts“. Dies darf nicht sein, weil es die Gründung jeglicher Mehrspartenstadtwerke durch Kommunen unterminieren würde. Daher darf die nicht von der Kommune beeinflussbare Entscheidung der eigenen Bürger, einen anderen Stromanbieter zu wählen, nicht zu einer Ausschreibungspflicht führen.

Die auf EU-Ebene diskutierte Übergangsfrist für Mehrspartenwerke zur gesellschaftsrechtlichen oder auch – nach dem Vorschlag von Kommissar Barnier – organisationsrechtliche oder buchhalterische Trennung von Wassersektor einerseits und Energiesektor und ÖPNV andererseits in getrennte Rechnungskreise bis zum Jahr 2020 ist ein richtiger Ansatz. Eine rein formale Umorganisation in eine eigene 100 %-ige „Wassertochter“ der Kommune kann demgegenüber kompliziert und kostenintensiv sein und Synergieeffekte verhindern. Der Wegfall des Querverbands beinhaltet zudem die Gefahr von Preissteigerungen und von Qualitätsverlusten. Mehrspartenunternehmen muss daher unter Einbezug des Wasser- und gleichzeitig des Strom-Sektors auch künftig eine Ausschreibungsfreiheit ermöglicht bleiben. Dies kann erfolgen, indem bei den jeweiligen Sparten (Wasser und Strom) nur der auf diese Sparten entfallene Umsatzanteil jeweils separat berücksichtigt wird und keine operative Trennung der Sparten erforderlich wird.

Weiter ist nicht klar, ob zu den anrechenbaren Umsatzzahlen (80 % zu 20 %) der reine Tätigkeitsbereich eines kommunalen Wasserunternehmens in dieser konkreten Sparte gehört oder ob auch eine außerhalb liegende Wertschöpfungskette, wie etwa beim Beispiel München, dazu gerechnet wird, weil „München“ das Wasser fernab aus den Alpen bezieht und damit womöglich die In-House-Konstellation nicht mehr gegeben wäre. Dies kann und darf nicht sein. Insgesamt ist auch noch fraglich, ob – was gegenwärtig noch zu empfehlen ist – Konzessionen ohne Ausschreibung auf lange Sicht abgeschlossen werden können und welche Laufzeiten diese zukünftig haben.



Schließlich ist endgültig klarzustellen, dass nur operative private Partner in einer ÖPP-Gesellschaft eine Ausschreibung begründen, nicht aber bloße stille oder gesetzlich vorgeschriebene Beteiligungen Privater. Insoweit konnte sich aufgrund der Ausschussberatungen im EU-Binnenmarktausschuss eine ergänzende Formulierung in den EU-Vergaberichtlinien durchsetzen, wonach keine private Beteiligung vorliegen darf, Ausnahmen aber bei gesetzlich vorgeschriebenen Formen privater Beteiligung, sofern diese dem EU-Recht entsprechen und keinen Einfluss auf Entscheidungen des Auftraggebers haben, zulässig sind. Damit können private Pflichtmitglieder, etwa in einem gemeinsamen Zweck- oder Wasserverband, unter den genannten Voraussetzungen für eine Ausschreibungspflicht unschädlich sein.

IX. Aktivitäten des DStGB und der kommunalen Verbände

Die kommunalen Spitzenverbände haben sich von Beginn in Presserklärungen, zahlreichen schriftlichen Stellungnahmen gegenüber der Kommission und dem EU-Parlament sowie der Bundesregierung gegen eine Konzessionsrichtlinie gewandt. Ergänzend sind die Kommunen für eine Herausnahme des Wasserbereichs und der (Notfall-)Rettungsdienste aus der Richtlinie und für eine Orientierung der Inhalte an der kommunalfreundlichen EuGH-Rechtsprechung zur interkommunalen Kooperation eingetreten. Zu diesen Themen sind gemeinsam mit den anderen Kommunalvertretern viele Gespräche, insbesondere mit der Kommission in Brüssel, geführt worden.

Ende 2012 haben kommunale Spitzenverbände und VKU in einem Gespräch mit EU-Kommissar Barnier eine umfassende Freistellung interkommunaler Kooperationen vom Vergaberecht gefordert. Diese Positionen sind auch schriftlich an Kommissar Barnier herangetragen worden. Am 08. Februar 2013 haben die Präsidenten der kommunalen Spitzenverbände und des VKU schriftlich an Bundeskanzlerin Dr. Merkel appelliert, die Wasserversorgung und die Rettungsdienste aus der Richtlinie auszunehmen. Die kommunalen Positionen sind zuletzt am 18.02.2013 in Brüssel gegenüber Vertretern der EU-Kommission und dem binnenmarktpolitischen Sprecher der EVP-Fraktion, MdEP Dr. Schwab, deutlich gemacht worden.



X. Zusammenfassung

Der DStGB sieht in einer eigenen EU-Konzessionsrichtlinie eine Gefährdung der kommunalen Daseinsvorsorge, insbesondere beim öffentlichen Gut der Wasserversorgung. Wasser ist lebensnotwendig für die Bevölkerung und keine normale Handelsware. Die Richtlinie wird, soweit sie in bewährte Strukturen der kommunal verantworteten Aufgabe der Wasserversorgung in Deutschland eingreift, abgelehnt. Der eigene Anspruch der Kommission nach einem schlanken Regelwerk wird mit der Richtlinie nicht erfüllt. Das aktuell anwendbare EU-Primärrecht (Transparenz, Gleichbehandlung) reicht daher aus.

Originäre Bereiche der kommunalen Daseinsvorsorge und hierbei insbesondere die Wasserversorgung sowie die (Notfall-)Rettungsdienste sind auf der Grundlage des Vertrages von Lissabon und des Grundsatzes der lokalen Selbstverwaltung sowie der Subsidiarität aus dem Bereich der Konzessionsrichtlinie auszunehmen. Auch muss eine umfassende Freistellung interkommunaler Kooperationen und In-House-Geschäfte von der Ausschreibungspflicht erfolgen.