

Die EU-Konzessionsrichtlinie aus Sicht der deutschen Kommunen:

Wasserversorgung muss in öffentlicher Hand bleiben

Der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine EU-Konzessionsrichtlinie gefährdet die kommunale Daseinsvorsorge. Die kommunalen Spitzenverbände in Deutschland lehnen die Richtlinie ab, soweit sie in bewährte Strukturen der kommunalen Wasserversorgung eingreift. Sie fordern die Bundesregierung auf, sich im EU-Ministerrat für eine Herausnahme der Wasserversorgung aus der Richtlinie einzusetzen. Auch kommunale Kooperationen und In-House-Geschäfte sind umfassend von einer Ausschreibungspflicht freizustellen.

Ein Beitrag von
Norbert Portz

Die Europäische Kommission hat am 20. Dezember 2011 neben einem Entwurf für eine neue Richtlinie zum allgemeinen Vergaberecht auch einen **Vorschlag für eine Konzessionsrichtlinie** vorgelegt. Damit sollen erstmals auch Dienstleistungskonzessionen ab einem Schwellenwert von fünf Millionen Euro – beziehungsweise acht Millionen Euro nach dem Vorschlag des Binnenmarktausschusses des Europäischen Parlamentes (EP) – einer Vergaberechtspflicht unterworfen werden. Die Konzessionsrichtlinie befindet sich derzeit – wie auch die allgemeine Vergaberichtlinie – in der Diskussion und Abstimmung der europäischen Institutionen. Der federführende EP-Binnenmarktausschuss hat am 24. Januar 2013 über den Kommissionsvorschlag abgestimmt und den **Text mit Änderungen** angenommen. Seit dem 13. März 2013 verhandeln Kommission, Parlament und EU-Ministerrat im so genannten Trilog-Verfahren, das bis Mitte Juni dauern wird. Die Richtlinie soll dann 2014 in Kraft treten.

Kommunalrelevanz der Richtlinie

Die geplante EU-Konzessionsrichtlinie hat eine hohe Relevanz für Kommunen. Dies folgt insbesondere aus den von ihr erfassten „kommunalen Bereichen“. Nach Artikel 1 Absatz 4 der **EU-Vergabekoordinierungsrichtlinie** sind Dienstleistungskonzessionen „Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen



Die EU-Konzessionsrichtlinie könnte sich negativ auf die kommunale Wasserversorgung auswirken

nur insoweit abweichen als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.“ Dienstleistungskonzessionen beinhalten im Kommunalbereich damit regelmäßig „Dreiecksstrukturen“. Dabei lassen Kommunen öffentliche Aufgaben durch Dritte erbringen, zahlen aber – anders als bei klassischen öffentlichen Aufträgen – grundsätzlich kein Entgelt an den Konzessionär hierfür. Vielmehr refinanziert sich der Konzessionär in der Regel über die privaten Nutzer der jeweiligen Dienstleistung. Beispiele für Konzessionen sind die Wasser- und Abwasserentsorgung, die Breitbandverlegung und die Betreibung von öffentlichen Parkplätzen durch Private, aber auch Altkleidersammlungen sowie die Bereitstellung von Mittagessen an Schulen.

Zum Autor:

Norbert Portz ist Beigeordneter für Gemeinde- und Stadtentwicklung, Wohnungswesen, Raumordnung, Vergaberecht, Abfallwirtschaft und Wasserversorgung des Deutschen Städte- und Gemeindebundes (DStGB).

Kennzeichnend für alle Konzessionsmodelle ist, dass der Konzessionär grundsätzlich das wirtschaftliche Risiko des Geschäfts und der Refinanzierung trägt. Insoweit hatte aber bereits der Europäische Gerichtshof (EuGH) in einer Entscheidung vom 10. September 2009 („Zweckverband Gotha“) festgestellt, dass ein kommunaler Anschluss- und Benutzungszwang in der Wasserwirtschaft eine – vergaberechtsfreie – Dienstleistungskonzession nicht ausschließt.

Aktuell unterfallen Dienstleistungskonzessionen zwar nicht dem Vergaberecht. Dennoch besteht bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen durch Kommunen kein rechtsfreier Raum. So hat der EuGH in über 20 Entscheidungen 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. Allerdings würde ein Unterfallen unter die formal strengen Vorschriften des EU-Vergaberechts die Flexibilität bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen berühren. Hinzu kommt, dass die Anwendung des Vergaberechts zwingend mit einer Anwendung des EU-Rechtmittelrechts verbunden wäre. Für Vergaben in Deutschland würden damit Dienstleistungskonzessionen erstmals den Nachprüfungsverfahren vor Vergabekammern und Vergabesenaten unterfallen. Verfahrensverzögerungen und Investitionsbeeinträchtigungen könnten die Folge sein.

Kein Erfordernis für EU-Richtlinie

Die Europäische Kommission begründet das Erfordernis für eine eigene EU-Konzessionsrichtlinie mit einer bestehenden „Regelungslücke“ und einer „schwerwiegenden Verzerrung des EU-Binnenmarkts“. Zudem sieht sie darin einen Beitrag zu mehr Transparenz und Rechtssicherheit. Konkrete Belege für eine „schwerwiegende Verzerrung des Binnenmarktes“ liefert die Kommission aber nicht.

Die kommunalen Spitzenverbände in Deutschland haben vor diesem Hintergrund das Erfordernis für eine EU-Konzessionsrichtlinie bestritten. Die bestehenden Regeln des EU-Primärrechts und die EuGH-Rechtsprechung reichen aus. Die zusätzliche Richtlinie bedeutet zumindest in ihrer jetzigen Form demgegenüber ein Mehr an Verrechtlichung und Bürokratie. Sie erzeugt einen intensiven und kostenträchtigen Beratungsbedarf bei Kommunen und birgt die Gefahr zeitlicher Verzögerungen. Profitieren würden im Ergebnis Rechtsanwälte und Berater.

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 häufig an einem entsprechenden grenzüberschreitenden Bewerbermarkt fehlt. Zu befürchten wäre, dass formale sowie zeit- und kostenintensive EU-weite Ausschreibungsverfahren stattfinden müssen, ohne ein Mehr für den Binnenmarkt zu erreichen. Denn nach einer Untersuchung der Kommission werden bei EU-Ausschreibungen schon heute lediglich 1,5 Prozent aller Aufträge an Unternehmen mit Sitz im EU-Ausland vergeben.

Breite Ablehnung und europäische Bürgerinitiative

Die geplante Konzessionsrichtlinie ist in Deutschland in einer kaum bekannten und breiten Form auf Ablehnung gestoßen. Nicht nur die kommunalen Spitzenverbände und der Verband kommunaler Unternehmen (VKU), sondern auch der Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) und die Gewerkschaften haben sich deutlich gegen die Richtlinie gewandt. Der Bundesrat hat im März 2012 den Richtlinienvorschlag in einer so genannten Subsidiaritätsrüge zurückgewiesen und sich 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 gegen die Richtlinie ausgesprochen. Allein die FDP-Fraktion und das federführende Bundeswirtschaftsministerium haben die Kommissionspläne unterstützt. Am 28. Februar 2013 haben die drei Oppositions-Fraktionen im Deutschen Bundestag unter dem Stichwort „Privatisierung der Wasserversorgung verhindern“ eine Ablehnung der Richtlinie gefordert. Der Antrag ist allerdings von den Regierungsfractionen zurückgewiesen worden.

Unter dem Titel **„Wasser ist ein Menschenrecht“** hat sich aktuell eine erfolgreiche europäische Bürgerinitiative mit mehr als einer Million Unterschriften in acht EU-Ländern auch gegen die Richtlinie formiert. Diese Bürgerinitiative will insbesondere verhindern, dass die Wasserversorgung privatisiert wird.

Sonderbehandlung der Wasserversorgung

Die Wasserversorgung verdient in der Richtlinie eine Sonderbehandlung. Wasser ist als Lebensmittel kein normales Wirtschafts-



Die Bürgerinnen und Bürger in Deutschland befürchten, dass mit einer Liberalisierung des Wassermarktes der Preis für einen Liter Wasser steigen könnte

gut, sondern als öffentliches Gut lebensnotwendig für die Bürger. Auch wird gerade eine kommunal verantwortete und auf höchstem Umweltniveau wahrgenommene Wasserversorgung von der Mehrheit der Bürgerschaft gefordert.

Eine Erfassung der Wasserversorgung von der Konzessionsrichtlinie steht zudem 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 und geben den Staaten einen weiten Ermessensspielraum zur Aufgabenwahrnehmung von Leistungen der Daseinsvorsorge.

Zwischen Ausschreibungsfreiheit und Ausschreibungspflicht

Da derzeit weder eine generelle Ablehnung der Richtlinie noch eine Herausnahme des Wasserbereichs unbedingt von Erfolg gekrönt sein wird, muss eine verstärkt inhaltliche Diskussion zu den geplanten Regeln stattfinden. Dies beinhaltet eine Versachlichung der zum Teil sehr emotional geführten Debatte. Denn auch bei einer Verabschiedung der Richtlinie werden nach wie vor weite Bereiche der kommunalen Wasserversorgung nicht ausschreibungspflichtig werden.

Vergaberechtsfreie Konstellationen

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

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

Ausschreibungspflichtige Sachverhalte

Demgegenüber werden nach dem Richtlinienvorschlag künftig folgende Fälle ausschreibungspflichtig:

- Mehrspartenunternehmen mit umfassender kommunaler Kontrolle (100 Prozent), wenn dieses weniger als 80 Prozent der Gesamttätigkeit oder des Gesamtumsatzes innerhalb der eigenen Kommunalgrenzen verrichtet oder erwirtschaftet. Damit ist das Privileg der Vergaberechtsfreiheit regelmäßig nicht bei kommunalen Mehrspartenunternehmen erfüllt, die neben der Wasserversorgung auch noch die Energieversorgung oder den Öffentlichen Personennahverkehr ausüben. Denn insoweit sind etwa nach der Rechtsprechung in Deutschland 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 Prozent In-House-schädlich und damit negativ anzurechnen. Folge wäre eine Ausschreibungspflicht. Daher soll nach dem Willen der Kommission zur Vergaberechtsfreiheit künftig eine buchhalterische Trennung der separaten Wassersparte von den liberalisierten Sparten (Strom, etc.) erforderlich sein.
- Einsparten- oder Mehrspartenunternehmen, an denen private Partner, wenn auch mit Minderheit, beteiligt sind. Gemischtwirtschaftliche Unternehmen, an denen private Dritte beteiligt sind, sind daher nicht In-House-fähig und begründen eine Ausschreibungspflicht.
- Einspartenunternehmen im Wasserbereich trotz kommunal umfassender Kontrolle, wenn diese weniger als 80 Prozent ihrer Gesamttätigkeit oder ihres Gesamtumsatzes in der eigenen Kommune oder in den eigenen Kommunen verrichten oder erwirtschaften. Dies dürfte aber in der Regel kaum vorkommen.

Vergaberechtsfreistellung kommunaler Kooperationen

Darüber hinaus gibt es viele Grauzonen. So würden nach dem aktuellen Wortlaut der Richtlinie („Echte“ Zusammenarbeit) einschränkend zur EuGH-Rechtsprechung vom 9. Juni 2009 („Stadt Hamburg“) horizontale

Infos

Vorschlag für die Richtlinie über die Konzessionsvergabe vom 20. Dezember 2011:

☞ http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/concessions/conc_act_de.pdf

Text mit Änderungen des Binnenmarktausschusses des Europäischen Parlaments vom 23. Januar 2013 (englisch):

☞ http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/imco/dv/ca-juvin_/ca-juvin_en.pdf

EU-Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge vom 31. März 2004:

☞ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:134:0114:024:o:de:PDF>

Europäische Bürgerinitiative „Wasser ist ein Menschenrecht“:

☞ <http://www.right2water.eu/de>

Kooperationen zwischen einer Kommune oder Kommunen auch als Eigenbetrieb, GmbH, Zweck- oder Wasserverband 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 nach dem EuGH keine Rolle spielen darf.

Die von der Europäischen Kommission vorgeschlagene prozentuale Aufteilung, wonach ein Unternehmen im Falle von In-House-Vergaben dann vollständig von der Richtlinie freigestellt ist, wenn es von einer Kommune beziehungsweise von Kommunen gemeinsam kontrolliert wird und 80 Prozent des Umsatzes aus dem Wasserbereich des Unternehmens für diese Gebietskörperschaft(en) erbracht werden („Wesentlichkeitskriterium“), ist gegenüber dem bestehenden Rechtszustand (mindestens 90 Prozent Tätigkeitserbringung für die kontrollierenden Kommunen) ein Fortschritt. Dies gilt auch insofern, als dass der EU-Kommissar für Binnenmarkt, Michel Barnier, es bei so genannten Mehrspartenstadtwerken, die sowohl im liberalisierten Strombereich als auch im Bereich der Wasserversorgung tätig sind, bis zur Vergaberechtsfreiheit genügen lässt, wenn „nur“ eine buchhalterische Trennung zwischen dem Wasserbereich und dem Strombereich stattfindet. In der Konsequenz bedeutet dies, dass es bei diesen Mehrspartenstadtwerken vergaberechtlich unschädlich ist, wenn im liberalisierten Strombereich das jeweilige Stadtwerk mehr als 20 Prozent seiner Tätigkeit außerhalb der eigenen Gebietsgrenzen und damit für externe Partner erbringt.

Daher muss im Hinblick auf das Wesentlichkeitskriterium bei Mehrspartenunternehmen stets eine auf die jeweilige Sparte bezogene Umsatzbetrachtung erfolgen. Erforderlich ist darüber hinaus, dass das 80:20-Kriterium zumindest dann unberücksichtigt bleibt, wenn es sich um eine rein interkommunale Zusammenarbeit in der Region handelt.

Sichergestellt werden muss außerdem, dass die Beteiligung Privater an Wasser- und Zweckverbänden nach den Regeln des jeweiligen Nationalrechts und damit auch des Deutschen Wasserverbandsgesetzes beziehungsweise der Ländergesetze über die kommunale Zusammenarbeit weder einer In-House-Vergabe noch einer vergaberechtsfreien – horizontalen – interkommunalen Zusammenarbeit entgegensteht. In diesem Zusammenhang ist auch klarzustellen, dass nur operativ-private Partner im Rahmen einer

öffentlich-privaten Gesellschaft eine Ausschreibungspflicht begründen können, nicht aber bloße stille Beteiligungen Privater ohne Beschaffungsbezug.

Aktivitäten der kommunalen Verbände

Die kommunalen Spitzenverbände haben sich von Anfang an gegenüber den EU-Institutionen sowie der Bundesregierung gegen eine Konzessionsrichtlinie gewandt. Ergänzend sind die Kommunen für eine Ausnahme des Wasserbereichs und der (Notfall-) Rettungsdienste aus der Richtlinie und für eine Orientierung der Inhalte an der kommunalfreundlichen EuGH-Rechtsprechung zur interkommunalen Kooperation eingetreten.

Die kommunalen Spitzenverbände und der VKU haben darüber hinaus in einem Gespräch sowie auch schriftlich gegenüber EU-Binnenmarktkommissar Michael Barnier eine umfassende Freistellung interkommunaler Kooperationen vom Vergaberecht gefordert. Am 8. Februar 2013 haben die Präsidenten der kommunalen Spitzenverbände und des VKU in einem Schreiben an Bundeskanzlerin Dr. Angela Merkel appelliert, die Wasserversorgung und die (Notfall-)Rettungsdienste aus der Richtlinie auszunehmen.

Zusammenfassung

Die kommunalen Spitzenverbände in Deutschland sehen in einer eigenen EU-Konzessionsrichtlinie eine Gefährdung der kommunalen Daseinsvorsorge, insbesondere bei der Wasserversorgung. Wasser ist als Lebensmittel ein öffentliches Gut für die Bevölkerung und keine normale Handelsware. Die Richtlinie wird, soweit sie in bewährte Strukturen der kommunal verantworteten Aufgabe der Wasserversorgung in Deutschland eingreift, daher abgelehnt. Der Anspruch der Kommission nach einem schlanken Regelwerk wird mit der Richtlinie nicht erfüllt. Das aktuell anwendbare EU-Primärrecht reicht aus.

Originäre Bereiche der kommunalen Daseinsvorsorge und 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. ■



Die kommunalen Spitzenverbände fordern, dass die Notfallrettungsdienste von der Konzessionsrichtlinie ausgenommen werden