



netWORKS - Papers

**Heft 11: Privatisierung und Vergaberecht  
in der Wasserwirtschaft**

Eckard Rehbinder

# Impressum

## Autor

Professor Eckard Rehbinder  
Professur für Wirtschaftsrecht, Umweltrecht und  
Rechtsvergleichung  
Johann Wolfgang Goethe-Universität  
Senckenberganlage 31  
60325 Frankfurt am Main

## Herausgeber

Forschungsverbund netWORKS  
[www.networks-group.de](http://www.networks-group.de)

Diese Veröffentlichung basiert auf Forschungsarbeiten im  
Verbundvorhaben „Sozial-ökologische Regulation netzgebundener  
Infrastruktursysteme am Beispiel Wasser“, das im Rahmen des  
Förderschwerpunkts „Sozial-ökologische Forschung“ des  
Bundesministeriums für Bildung und Forschung (BMBF)  
gefördert wird.

## Verlag und Vertrieb

Deutsches Institut für Urbanistik  
Straße des 17. Juni 110  
10623 Berlin

Telefon: (030) 39 001-0  
Telefax: (030) 39 001-100  
E-Mail: [difu@difu.de](mailto:difu@difu.de)  
Internet: <http://www.difu.de>

## Alle Rechte vorbehalten

**Berlin, Februar 2005**

Gedruckt auf chlorfreiem Recyclingpapier.

**ISBN 3-88118-381-7**

Der Forschungsverbund netWORKS wird von folgenden Forschungseinrichtungen getragen:

Deutsches Institut für Urbanistik (Difu)  
Jens Libbe (Koordination)  
Straße des 17. Juni 112  
10623 Berlin  
Telefon 030/39001-115  
E-Mail: libbe@difu.de



Institut für sozial-ökologische Forschung (ISOE)  
PD Dr. Thomas Kluge (Koordination)  
Hamburger Allee 45  
60486 Frankfurt  
Telefon 069/7076919-18  
E-Mail: kluge@isoe.de



Leibniz-Institut für Regionalentwicklung und Strukturplanung (IRS)  
Dr. Timothy Moss  
Flakenstrasse 28-31  
15537 Erkner  
Telefon 03362/793-185  
E-Mail: mosst@irs-net.de



Arbeitsgruppe für regionale Struktur- und Umweltforschung GmbH (ARSU)  
Apl. Prof. Dr. Ulrich Scheele  
Escherweg 1  
26121 Oldenburg  
Telefon 0441/97174-97  
E-Mail: scheele@arsu.de



Brandenburgische technische Universität Cottbus (BTU)  
Institut für Städtebau und Landschaftsplanung  
Lehrstuhl für Stadttechnik  
Prof. Dr. Matthias Koziol  
Postfach 10 13 44  
03013 Cottbus  
Telefon 0355/693627  
E-Mail: koziol@tu-cottbus.de



## Inhalt

Vorbemerkung .....	4
I Grundlagen .....	5
1 Die Fragestellung .....	5
2 Grundzüge des Vergaberechts.....	5
II Anwendbarkeit auf Privatisierungsvorgänge .....	9
1 Formale Privatisierung.....	9
2 Materielle Privatisierung .....	11
3 Übertragung an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen (Public Private Partnership).....	12
4 Betreiber- und Betriebsführungsmodell .....	15
5 Konzessionsmodell.....	16
III Zulässigkeit von Versorgungs-, Tarifierungs-, Qualitäts- und Umweltvorgaben.....	18
IV Folgerungen .....	23
Literatur.....	25
Anhang .....	27

## Vorbemerkung

Die vorliegende Abhandlung von Eckard Reh binder zu Privatisierung und Vergaberecht in der Wasserwirtschaft schlägt einen Pfad durch das schwierige, komplexe und unübersichtliche Terrain des gegenwärtigen Vergaberechts. Diese Studie bietet eine umfassende Übersicht dazu, welche Privatisierungen grundsätzlich dem Vergabe-Regime unterworfen sind und welche nicht. Aber auch Terrains, die als weitgehend vergabefrei galten, wie z.B. Dienstleistungskonzessionen und bestimmte Formen der „Private Public Partnership“ (PPP) werden auf dem Hintergrund der aktuellen EuGH-Rechtsprechung differenziert dargestellt und analysiert. Auch wenn z.B. hinsichtlich der PPP die alte Faustregel galt, nach der eine einfache Mehrheit der Kommune (als Überwiegen der öffentlichen Kontrolle) ausreicht, um von einer Ausschreibung abzusehen, so hat hier die aktuelle EuGH-Rechtsprechung neue Maßstäbe gesetzt: Bei Aufträgen an gemischtwirtschaftliche Unternehmen gilt nun grundsätzlich Ausschreibungspflicht (Ausnahme Sektorrichtlinie wie z.B. Wasser).

Ähnliches gilt auch hinsichtlich der Dienstleistungskonzession. Auch wenn die neue Richtlinie für Ausschreibungen in den Sektoren (Wasser, Energie und Verkehrsversorgung sowie Postdienste) Dienstleistungskonzessionen aus dem Vergabe-Regime für die Wasserversorgung explizit ausgenommen hat, so ist dies, wenn man das Grünbuch zu den PPP zur Hand nimmt, nicht unumstritten. Die Kommission tendiert zu mehr Transparenz bei der Vergabe von Konzessionen und möchte, allein schon aus dieser Erwägung heraus, die Dienstleistungskonzession dem Vergaberecht unterwerfen. Eine Ausweitung der Ausschreibung könnte insbesondere für die kleinen und mittleren kommunalen Unternehmen (z.B. im Falle ihres Unterliegens bei einer Ausschreibung) eine schwierige Situation (z.B. ihre Abwicklung) bewirken. Ein solcher Aspekt sollte ordnungspolitisch bedacht werden und es wäre in solchen Fällen gleichzeitig auf Alternativen z.B. zu den PPP (wie horizontale Kooperationen, Zweckverbände oder Anstalten des öffentlichen Rechts) hin zu arbeiten.

In der Studie wird zudem deutlich, dass die jüngst ergangenen Richtlinien der EU zur Vergabe und Ausschreibung (vgl. im Einzelnen S. 5 ff.) der Umsetzung in nationales Recht bedürfen. Hierzu muss das nationale Vergaberecht reformiert werden.

Schließlich gibt die Abhandlung einen guten Überblick über die Zulässigkeit von Versorgungs-, Tarifierungs-, Qualitäts- und Umweltvorgaben. Die Belange des Umweltschutzes, aber auch soziale Belange des Gemeinwohls haben eine wesentlich verbesserte Rechtsgrundlage durch Rechtsprechung, aber auch die neue Richtlinie 2004/17 erhalten.

Frankfurt am Main, im Februar 2005

Thomas Kluge

## **I Grundlagen**

### **1 Die Fragestellung**

Privatisierung der Wasserversorgung ist in zahlreichen Formen möglich (vgl. Döring, netWORKS-Papers, Nr. 12), nämlich insbesondere durch

- Übertragung an eine vom Träger der Wasserversorgung gegründete Gesellschaft des Privatrechts, insbesondere GmbH (formale Privatisierung),
- Übertragung (mit Veräußerung oder Verpachtung/Vermietung der Anlagen) an eine unabhängige Gesellschaft des Privatrechts und Rückzug aus der Aufgabe (materielle Privatisierung),
- Übertragung an ein neu gegründetes gemischtwirtschaftliches Unternehmen des Privatrechts, an dem der Träger der Wasserversorgung und Private beteiligt sind (Public Private Partnership i. e. S.),
- Betreiber- und Betriebsführungsmodell, d. h. Übernahme von Bau, Finanzierung und/oder Betrieb der Anlagen durch eine Gesellschaft des Privatrechts als Verwaltungshelfer (funktionale Privatisierung),
- Konzessionsmodell, d. h. Gestattung der Durchführung der Wasserversorgung durch eine Gesellschaft des Privatrechts und Verpflichtung der Gesellschaft hierzu (funktionale Privatisierung).

Bei allen Formen der Privatisierung stellt sich die Frage, ob die damit verbundenen Gründungs- und Übertragungsakte, insbesondere hinsichtlich der Durchführung der Wasserversorgung, als öffentliche Aufträge den Regelungen des Vergaberechts unterliegen und ob und inwieweit die Gemeinde oder der sonstige Träger der Wasserversorgung vergaberichtlich die Einhaltung der von ihm gesetzten Anforderungen an die Versorgungssicherheit, die Erhaltung der Anlagen, die Tarifierung und den Gewässer- und Naturschutz sicherstellen kann.

### **2 Grundzüge des Vergaberechts**

Das deutsche Vergaberecht beruht materialrechtlich auf vier EG-Richtlinien zur Koordinierung der staatlichen Vergabevorschriften, nämlich der Richtlinie 92/50 über Dienstleistungsaufträge (DKR), der Richtlinie 93/36 über Lieferaufträge (LKR), der Richtlinie 93/37 über Bauaufträge (BKR) und der vorliegend in erster Linie anwendbaren Richtlinie 93/38 über Aufträge im Bereich Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (Sektoren-RL – SKR). Außerdem hat die EG zwei Richtlinien erlassen, die sich auf den Rechtsschutz beziehen. Im Januar 2004 hat die EU durch zwei neue Richtlinien die bestehenden Richtlinien im Bereich des materiellen Rechts zu zwei zusammengefasst. Die neue Richtlinie 2004/18 betrifft die Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, die Richtlinie 2004/17 gilt für Ausschreibungen in den Sektoren Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie Postdienste. Diese Richtlinien sind innerhalb von knapp zwei Jahren umzusetzen. Hierzu gibt es bereits erste Überlegungen

des zuständigen Wirtschaftsministeriums, die auf eine grundlegende Umgestaltung des deutschen Vergaberechts unabhängig von der Umsetzung der beiden Richtlinien hinauslaufen. Für Einzelheiten ist die weitere Entwicklung abzuwarten. Da die Richtlinie 2004/17 insbesondere hinsichtlich des Anwendungsbereichs des EU-Vergaberechts und der Zulassung „vergabefremder“ Zwecke wie z.B. des Umweltschutzes wichtige Neuerungen bringt, soll sie im Folgenden ebenfalls berücksichtigt werden.

Deutschland hat die Vergaberichtlinien in den §§ 97-129 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und der Vergabeverordnung (VergV) umgesetzt. Außerdem gelten die Verdingungsordnungen, bei Dienstleistungen die Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A). Das deutsche Vergaberecht weist eine zweigliedrige Struktur auf. Eine öffentliche Auftragsvergabe muss europaweit ausgeschrieben werden, wenn der Auftrag dem in den §§ 97 ff. GWB definierten Anwendungsbereich des Gesetzes unterfällt. Ist dies nicht der Fall, so unterliegt der Auftrag grundsätzlich lediglich dem Primärrecht der EU<sup>1</sup> sowie dem Haushalts- und allgemeinen Wettbewerbsrecht. Sektoraufträge, u. a. im Bereich der Trinkwasserversorgung, nehmen eine Zwitterstellung ein, weil für sie zwar nicht das kartellrechtliche Vergaberecht, wohl aber nach § 98 Nr. 1 GWB in Vbg. mit § 7 Abs. 2 VergV die Regelung der VOL/A gilt.

Das Vergaberecht des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gilt nur für öffentliche Auftraggeber (§ 98 GWB). Als solche definiert das Gesetz unter anderem:

- Gebietskörperschaften (§ 98 Nr. 1 GWB),
- andere juristische Personen des öffentlichen und Privatrechts, die zum Zweck der Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nichtgewerblicher Art gegründet worden sind, sofern Gebietskörperschaften oder deren Verbände sie durch Beteiligung oder sonstwie überwiegend finanzieren, über ihre Leitung die Aufsicht führen oder mehr als die Hälfte der Mitglieder der Geschäftsführungs- oder Aufsichtsorgane bestimmen (§ 98 Nr. 2),
- Verbände von Gebietskörperschaften oder juristischen Personen nach Nr. 2 (§ 98 Nr. 3 GWB),
- natürliche oder juristische Personen, die auf bestimmten Gebieten der Daseinsvorsorge, insbesondere der Trinkwasserversorgung tätig sind, wenn diese Tätigkeiten auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen von einer Behörde eingeräumten Rechten ausgeübt werden und öffentliche Auftraggeber nach Nr. 1-3 einen beherrschenden Einfluss ausüben können (§ 98 Nr. 4),
- natürliche oder juristische Personen, die Inhaber einer Baukonzession sind (§ 98 Nr. 6).

Die Abgrenzung der einzelnen Kategorien ist zum Teil problematisch. Allgemein geht man z. B. davon aus, dass die Kategorie Nr. 2 wegen strengerer Pflichten Vorrang vor Nr. 4 hat und Stadtwerke und sonstige Versorgungsunternehmen in der Rechtsform der AG oder GmbH unter Nr. 2 fallen.<sup>2</sup> Die Frage besitzt vorliegend aber keine entscheidende Bedeutung, weil es in erster Linie nicht um Aufträge geht, die ein privatisiertes Versor-

---

1 EuGH, Slg. 2000, I-10745 Tz. 60 ff. – Telaustria; Dreher, in: Immenga/Mestmäcker 2001, vor §§ 97 ff. Rdnr. 31 f.

2 Vgl. BKR Anhang I; BayObLG, NZBau 2003, 342; Dreher, in: Immenga/Mestmäcker 2001, § 98 Rdnr. 77, 144 f.; Jasper, DB 1998, 2151, 2153.

gungsunternehmen an Dritte erteilt, sondern um die Einordnung des Privatisierungsvorgangs selbst als öffentlicher Auftrag. Dieser wird aber regelmäßig von einer Gebietskörperschaft oder einem Wasserverband ausgehen, die unzweifelhaft unter § 98 Nr. 1 und Nr. 3 GWB fallen.<sup>3</sup>

Das Gesetz gilt nur für öffentliche Aufträge. Unter dem Begriff des öffentlichen Auftrags versteht § 99 GWB Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträge öffentlicher Auftraggeber, wobei es bei einer Kombination auf den Schwerpunkt ankommt.<sup>4</sup> Der so beschriebene Anwendungsbereich des Gesetzes wird nach § 100 GWB und der Vergabeverordnung durch Schwellenwerte und sonstige Ausschlüsse eingeschränkt. Nach der Vergabeverordnung (§ 2) beträgt z. B. der Schwellenwert für Bauverträge 5 Millionen Euro, für Dienstleistungsverträge im Bereich der Trinkwasserversorgung 400 000 Euro. Diese Beträge werden durch die neue Richtlinie 2004/17 für Bauverträge auf 6,242 Millionen Euro, für Dienstleistungsaufträge auf knapp 500 000 Euro erhöht (Art. 16). Weiterhin enthält § 100 Abs. 2 Buchst. f GWB in Verbindung mit §§ 7-9 VergV auch bei Überschreitung der Schwellenwerte Ausnahmen für Aufträge von Sektoren-Auftraggebern nach § 98 Nr. 1-3 GWB, u. a. solchen in der Trinkwasserversorgung (§ 8 Nr. 1 VergV), die ihrem Gebiet Aufträge vergeben. Nach dem Wortlauf der Vorschrift gehören hierzu auch Privatisierungsvorgänge, sofern sie an sich öffentliche Aufträge darstellen. Diese Frage wird im Schrifttum wenig erörtert, offenbar geht man überwiegend davon aus, dass hier andere Beschaffungsvorgänge gemeint sind.<sup>5</sup> Für die Wasserbeschaffung gilt das autonome nationale Vergaberecht ebenfalls nicht (§ 9 Abs. 7 VergV). Andererseits gibt es eine Rückausnahme, wenn die Trinkwasserversorgung neben der Brauchwasserversorgung nur einen unwesentlichen Teil der Tätigkeit darstellt (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 VergV).<sup>6</sup>

Sofern das Vergaberecht des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen Anwendung findet, gelten für die Vergabe die Grundsätze nach § 97 GWB und ergänzend die Verbindungsordnungen. Es ist europaweit auszuschreiben. Zentrale Grundsätze sind das Wettbewerbs- und Transparenzgebot, das Diskriminierungsverbot und das Wirtschaftlichkeitsprinzip (§ 97 Abs. 1, 2, 5 GWB). Aufträge sind an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu vergeben. Der Zuschlag ist auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen (§ 97 Abs. 5 GWB). Andere Anforderungen, insbesondere „vergabefremde“ Kriterien, können allerdings durch Bundes- oder Landesgesetz – im Rahmen des EU-rechtlich Zulässigen – festgelegt werden (§ 97 Abs. 4 GWB).

Bei Sektoraufträgen im Bereich der Trinkwasserversorgung sind nach § 7 Abs. 2 VergV die VOL/A (und VOB/A) 3. Teil anwendbar (grundsätzlich nationale Ausschreibung im offenen oder beschränkten Verfahren, ggf. auch Verzicht auf Ausschreibung; § 3b VOL/A). Dies muss dann auch für Privatisierungsvorgänge gelten. In den Ausnahmereichen bleibt im Übrigen das EU-Primärrecht anwendbar. Dies bedeutet insbesondere, dass das

3 Vgl. für Wasserverbände Dreher, in: Immenga/Mestmäcker 2001, § 98 Rdnr. 81 (für Einordnung in Nr. 2 oder 3).

4 EuGH, Slg. 2003, I-3609 Tz. 52 – Kommission/BRD; Slg. 1999, I-8121 Tz. 38 – Teckal; Thieme/ Corell, DVBl. 1999, 884, 890.

5 Vgl. Fischer/Zwetkow, ZfW 2003, 129, 151 ff., die hinsichtlich der Privatisierung der Wasserversorgung die Sektorenausnahme nicht erwähnen; wie hier wohl Dreher, NZBau 2004, 14, 16.

6 Vgl. Dreher, in: Immenga/Mestmäcker 2001, § 98 Rdnr. 91, 96.

Diskriminierungsverbot und als dessen Ausprägung der Grundsatz der Transparenz und des Wettbewerbs zu beachten sind.<sup>7</sup>

Das deutsche Vergaberecht soll anlässlich der Umsetzung der neuen Richtlinien grundlegend reformiert und vereinfacht werden. Neben einer Anpassung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist eine Novellierung der Vergabeordnung unter Abschaffung der Verdingungsordnungen vorgesehen. Bisher gibt es nur einen Arbeitsentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Finanzen, sodass die zukünftige Entwicklung abzuwarten ist. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass die neue Richtlinie 2004/17 für Sektoren-Auftraggeber grundsätzlich einen europaweiten Aufruf zum Wettbewerb bzw. eine europaweite Ausschreibung vorsieht, sofern der Auftrag nicht vom Vergaberegime ausgenommen ist.

---

<sup>7</sup> EuGH, Slg. 2000, I-10745 Tz. 60 ff. – Telaustria; Slg. 2001, I-9505 Tz. 19 ff. – Vestergaard.

## II Anwendbarkeit auf Privatisierungsvorgänge

### 1 Formale Privatisierung

Die Übertragung der Anlage und der Wasserversorgung auf eine von der Gemeinde gegründete Gesellschaft des Privatrechts, an der die Gemeinde alle Anteile hält (Eigengesellschaft), stellt in der Substanz keinen öffentlichen Auftrag an einen Dritten, sondern eine Art Unternehmensverkauf im Wege der Ausgliederung (§§ 168 ff. UmwG) dar. Allerdings könnte man in der damit verbundenen Überlassung der Wasserversorgung durch Dienstleistungsvertrag einen öffentlichen Auftrag sehen. Dieser wird jedoch bereits durch § 100 Abs. 2 Buchst. i GWB in Verbindung mit § 10 VergV vom kartellrechtlichen Vergaberecht freigestellt.<sup>8</sup> § 10 Abs. 1 Nr. 1 VergV nimmt Dienstleistungsaufträge eines Auftraggebers, der im Bereich der Wasserversorgung tätig ist, an ein verbundenes Unternehmen im Sektorenbereich vom Vergaberegime völlig aus, sofern das Unternehmen mindestens 80 Prozent seiner Umsätze mit dem Auftraggeber tätigt. Nach der Rechtsprechung ist eine Gemeinde selbst ein (herrschendes) Unternehmen im Sinne der §§ 15 ff. AktG über verbundene Unternehmen, wenn sie die Mehrheit an einer Gesellschaft privaten Rechts besitzt<sup>9</sup>, und erfüllt daher die Anforderungen des § 10 Abs. 2 VergV. Das Gleiche gilt bei Zwischenschaltung einer Holdinggesellschaft, da auch hier verbundene Unternehmen vorliegen (§ 16 Abs. 4 AktG). Es liegt daher kein öffentlicher Auftrag vor, sodass nur Wettbewerbsrecht und primäres EU-Recht gelten. Schließlich sind unter den genannten Voraussetzungen auch Gemeinschaftsunternehmen ausschließlich zwischen Sektoren-Auftraggebern freigestellt (§ 10 Abs. 1 Nr. 2 VergV). Diese Regelungen, die auf Art. 13 SKR beruhen, haben auch nach der neuen Richtlinie 2004/17 Bestand, da insoweit keine Änderung gegenüber dem bisherigen Recht erfolgt ist (Art. 23 Abs. 2 Buchst. b, Abs. 3 RL 2004/17). Dagegen wird § 100 Abs. 2 Buchst. g GWB im Bereich der Wasserversorgung regelmäßig nicht eingreifen. Zwar kann die Eigengesellschaft zum öffentlichen Auftraggeber werden.<sup>10</sup> Auch stellt die Wasserversorgung für die Gemeinde auf Grund der Landeswassergesetze ein ausschließliches Recht dar, jedoch steht der Eigengesellschaft selbst ein ausschließliches Recht im Sinne der Vorschrift nicht zu und kann ihr durch bloße Übertragung der Aufgabe auch nicht verliehen werden.

Unabhängig davon ergibt sich die Freistellung aus allgemeinen Überlegungen. Der Europäische Gerichtshof legt in seiner Rechtsprechung nicht einen organisatorischen, sondern einen funktionalen Begriff des öffentlichen Auftraggebers zugrunde. Er sieht die Vergabe einer Lieferung, Bauleistung oder Dienstleistung daher nicht als öffentlichen Auftrag an, wenn sie an eine Gesellschaft erfolgt, die vom öffentlichen Auftraggeber beherrscht wird, d. h. keine eigene Entscheidungsgewalt besitzt und im Wesentlichen für diesen tätig ist.

---

8 Vgl. Dreher, in: Immenga/Mestmäcker 2001, § 99 Rdnr. 26, § 100 Rdnr. 22.

9 BGHZ 135, 107.

10 Vgl. EuGH, Slg. 1999, I-6868 Tz. 40 ff. – Gemeinde Arnheim.

Unter diesen Voraussetzungen sind die Leistungsbeziehungen zwischen öffentlicher Hand als Auftraggeber und beherrschter Eigengesellschaft als „Auftragnehmer“ vergaberechtsfrei.<sup>11</sup>

Eine solche Beherrschungsmöglichkeit ist bei Eigengesellschaften in der Rechtsform einer GmbH ohne weiteres gegeben, da die Gemeinde nicht nur die Geschäftsführung besetzen, sondern alle wesentlichen Entscheidungen in der Gesellschafterversammlung selbst treffen kann. Dies gilt auch bei Zwischenschaltung einer Holdinggesellschaft.<sup>12</sup> Auch bei Eigengesellschaften in der Rechtsform der Aktiengesellschaft ist die Herrschaftsmöglichkeit grundsätzlich zu bejahen, wenn die Gemeinde die Mehrheit des Aufsichtsrats stellt (vgl. §§ 17 Abs. 2, 311 AktG).

Auch wenn eine Eigengesellschaft nicht von einer, sondern von mehreren Gemeinden gegründet wird und demnach eine gemeinsame Beherrschung vorliegt, sind die Leistungsbeziehungen zwischen den Gemeinden und der Eigengesellschaft wohl vergaberechtsfrei.<sup>13</sup> Dies lässt sich aus der – allerdings nicht völlig eindeutigen – Teckal-Entscheidung und der sie bestätigenden Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Sache „Kommission/Spanien“<sup>14</sup> schließen. In der Teckal-Entscheidung ging es um ein Gemeinschaftsunternehmen zahlreicher öffentlicher Auftraggeber; der Gerichtshof hat hierauf ausdrücklich hingewiesen, aber die strikte Ablehnung einer Beherrschung „wie eine Dienststelle“ bei einer solchen Konstellation durch den Generalanwalt nicht übernommen. In der Rechtssache „Kommission/Spanien“ hat der Europäische Gerichtshof für den Fall der interkommunalen Zusammenarbeit auf die mögliche Vergabefreiheit nach den Grundsätzen der Teckal-Entscheidung hingewiesen. Der Grund für die Zulässigkeit gemeinsamer Beherrschung liegt darin, dass für die In-House-Qualifizierung es nicht so sehr auf die Kontrolle, sondern darauf ankommt, ob die abhängige Gesellschaft eigene Entscheidungsgewalt besitzt und als wirtschaftlich selbstständiges Unternehmen handeln kann oder nicht. Die Kontrolle ist lediglich ein Hilfskriterium.<sup>15</sup> Neuere deutsche Entscheidungen, wonach die Beauftragung einer Nachbargemeinde mit der Abfallentsorgung dem Vergaberegime unterliegt<sup>16</sup>, stehen dem nicht entgegen, da und soweit es hier um die Übertragung der Aufgabenerfüllung an eine wirtschaftliche selbständige juristische Person des öffentlichen Rechts ging.

Entsprechendes gilt bereits nach allgemeinem Recht folgerichtig auch für Wasserverbände im Bereich der Wasserversorgung, an denen die Gemeinde neben anderen Gemein-

---

11 EuGH, Slg. 1999, I-8121 Tz. 50 f. – Teckal; Slg. 2000, I-11037 Tz. 40 – ARGE Gewässerschutz/BMLF; NVwZ 2005, 187 Tz. 49 – Stadt Halle/TREA Leuna; ebenso BGH, VergabeR 2001, 286; BayObLG, NZBau 2002, 397; OLG Brandenburg, NZBau 2003, 229; OLG Naumburg, NZBau 2004, 62; OLG Düsseldorf, NVwZ 2004, 254; 2004, 510; Dreher, in: Immenga/Mestmäcker 2001, § 99 Rdnr. 26 f.; ders., NZBau 2004, 14, 16; Opitz, ZVgR 2000, 97, 105; Burgi, NVwZ 2001, 601, 605.

12 OLG Düsseldorf, NVwZ 2004, 254, 256; 2004, 510, 512; Heinbuch/Bohm, NVwZ 2004, 177.

13 Dreher, NZBau 2004, 11, 15 und 17; Zirbes, Anm. VergabeR 2004, 622, 623.

14 EuGH, Slg. 1999, I-8121 Tz. 50 f. – Teckal; Urt. V. 13.01.2005, Rs. C 84/04 – Kommission/Spanien (noch unveröffentlicht).

15 EuGH, aaO, Tz. 51 – Teckal; EuGH, Slg. 2000, I-11037 Tz. 40 – ARGE Gewässerschutz/BMLF; Dreher, NZBau 2004, 11, 17; Rindtorff/Gabriel, VergabeR 2004, 577, 579.

16 OLG Düsseldorf, VergabeR 2004, 619; NVwZ 2004, 510, 512; in der Sache ebenso EuGH v 13.01.2005, oben Fn. 14.

den beteiligt ist. Darauf kommt es künftig aber nicht an. Unabhängig von der Anwendbarkeit der Grundsätze des In-House-Geschäfts wird die Vergaberechtsfreiheit hier nunmehr durch Art. 23 Abs. 4 RL 2004/17 positiv-rechtlich festgelegt. Die Übertragung der Wasserversorgung an einen Wasserverband stellt danach keinen öffentlichen Auftrag dar, wenn dieser die Wasserversorgung für mindestens drei Jahre übernimmt und die Gemeinde für diese Zeit Mitglied ist. Die bloße gemeinsame Wasserbeschaffung über einen Wasserverband ist im Übrigen schon nach § 9 VergV vom Vergaberegime ausgenommen.

Eine Tätigkeit „im Wesentlichen“ für den öffentlichen Auftraggeber im Sinne der Rechtsprechung wird überwiegend bei Einhaltung der 80-Prozent-Grenze in Art. 13 SKR bzw. § 10 VergV angenommen,<sup>17</sup> zum Teil aber auch eine durch Satzung gewährleistete nahezu ausschließliche Tätigkeit für diesen gefordert.<sup>18</sup> Im Schrifttum<sup>19</sup> ist allerdings darauf hingewiesen worden, dass im italienischen Originaltext der Teckal-Entscheidung<sup>20</sup> nicht davon gesprochen werde, dass eine abhängige Gesellschaft „im Wesentlichen“ für den öffentlichen Auftraggeber tätig sein, sondern nur davon, dass sie den „größten Teil“ ihrer Tätigkeit für diesen durchführen müsse („la parte più importante“). Dies legt eine großzügigere Auslegung des Wesentlichkeitskriteriums nahe. Für Sektoren-Auftraggeber, insbesondere im Bereich der Wasserversorgung, sind diese Überlegungen allerdings letztlich ohne Bedeutung, weil hier die 80-Prozent-Grenze in Art. 13 SKR bzw. Art. 23 RL 2004/17 festgelegt ist.

Problematisch ist das Erfordernis der Wesentlichkeit bei Zwischenschaltung einer Holding, die noch andere Enkelgesellschaften beherrscht. Können deren Tätigkeiten aber ebenfalls der Gemeinde zugerechnet werden, liegt ein In-House-Geschäft vor.<sup>21</sup>

## 2 Materielle Privatisierung

Bei der materiellen Privatisierung (die nur in Baden-Württemberg, Rheinland-Pfalz und im Saarland zulässig ist) zieht sich die Gemeinde völlig aus der Aufgabe zurück. Die Übertragung der Wasserversorgungsanlage an ein von der Gemeinde unabhängiges Unternehmen des Privatrechts stellt in der Sache einen Unternehmensverkauf (oder ggf. eine Unternehmensverpachtung) dar, die dem Vergaberecht nicht unterliegt.<sup>22</sup> Allerdings wird in der Rechtsprechung die Auffassung vertreten, dass der wirtschaftliche Zweck der Transaktion entscheide und Umgehungen entgegengewirkt werden müsse.<sup>23</sup> Wenn die Transaktion einen Beschaffungsbezug hat, weil das vertragliche Arrangement einer Auftragsneuerteilung gleichkommt, soll das Vergaberegime Anwendung finden. Einen solchen vergaberechtlichen Bezug sieht man z.B. im Eintritt des Erwerbers im Wege der Gesamtrechtsnachfolge in laufende Liefer- oder Dienstleistungsverträge, die die Gemeinde

---

17 Nachw. in OLG Naumburg, NZBau 2003, 224, 228.

18 OLG Düsseldorf, NVwZ 2004, 510, 512; vgl. Dreher, NZBau 2001, 360, 363 f.

19 Dreher, NZBau 2002, 245, 253; ders., NZBau 2001, 360, 363 f.; Jasper/Pooth, VergabeR 2003, 613, 615 ff.; Rindtorff/Gabriel, VergabeR 2004, 577, 580.

20 Oben Fn. 14 Tz. 50 f.; ebenso GA Léger in EuGH, Slg. 2000, I-11037 Tz. 83 - ARGE Gewässerschutz/BMLF.

21 Vgl. Heinbuch/Bohm, NVwZ 2004, 177, 178.

22 Otting, VergabeR 2002, 11, 15; Fischer/Zwetkow, ZfW 2003, 129, 154.

23 BayObLG, VergabeR 2003, 329; OLG Brandenburg, VergabeR 2002, 45.

als Auftraggeber abgeschlossen hatte, oder in der Übernahme nicht marktüblicher Verpflichtungen durch den Erwerber.<sup>24</sup>

Bei der materiellen Privatisierung der Trinkwasserversorgung ist ein Vertragsübergang nicht notwendig, um dem Erwerber Zugang zu den Kunden zu verschaffen, da diesen wegen der Leitungsgebundenheit der Wasserversorgung keine Alternative zur Verfügung steht. Entscheidend dürfte insoweit jedoch sein, dass der Erwerber nicht in auf Beschaffung gerichtete Verträge eintritt. Nur wenn er die Dienstleistung Trinkwasserversorgung für die Gemeinde durchführt, indem er soziale (z. B. Gebührengestaltung) oder umweltbezogene Bindungen auf sich nimmt, könnte das Vergaberegime anwendbar sein. Bei eigenverantwortlicher Durchführung hat sich die Gemeinde der Aufgabe entledigt. Hier kommt ein Ausschreibungszwang allenfalls nach allgemeinem Kartellrecht unter den Voraussetzungen des § 20 Abs. 1 GWB in Betracht.<sup>25</sup>

### **3 Übertragung an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen (Public Private Partnership)**

Die vergaberechtliche Behandlung der Übertragung der langjährigen Finanzierungs- und Betriebsverantwortung auf ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen<sup>26</sup> war bisher recht umstritten. Mögliche Konstellationen sind die Neugründung einer solchen Gesellschaft bei gleichzeitiger Auftragsvergabe an sie oder die spätere Veräußerung von Gesellschaftsanteilen an einer bereits beauftragten Eigengesellschaft. Denkbar und in der Praxis üblich ist auch, dass das Gemeinschaftsunternehmen zwar mit der Dienstleistung betraut wird, aber der private Partner der Gesellschaft vertraglich die Betriebsführung übernimmt. Für die Anwendung des Vergaberechts kommt es hier – abgesehen von den seltenen Fällen, dass der Rechtsvorgänger die Rechte und Pflichten aus einem auf Beschaffung gerichteten Vertrag nicht mehr wahrnehmen konnte oder wollte und daher den Vertrag beendet hätte und es zu der Neuvergabe gekommen wäre<sup>27</sup> – in aller Regel darauf an, ob ein mittelbarer Beschaffungsbezug vorliegt. Dieser kann einmal darin liegen, dass mit dem Eintritt eines Privaten in eine Eigengesellschaft de facto die Übernahme eines bereits erteilten öffentlichen Auftrags verbunden ist.<sup>28</sup> Zum anderen ist eine Neuvergabe eines Auftrags an eine, in diesem Fall meist neugegründete gemischtwirtschaftliche Gesellschaft und/oder deren privaten Partner denkbar, die in unmittelbarem Anschluss an die Errichtung der Gesellschaft erfolgt. In Fällen dieser Art werden nach herrschender Meinung Gesellschaftsgründung oder Beitritt zur Gesellschaft und die vorhergehende oder nachfolgende Auftragsvergabe als einheitlicher Vorgang betrachtet. Bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise sind Vorgänge dieser Art als Beschaffung zu werten, wenn sie in eine Gesamtkonstruktion eingebettet sind, deren Ziel die Umgehung des Vergaberechts ist, insbesondere wenn sich die Gemeinde Einflussmöglichkeiten auf die (neue) Gesell-

---

24 BayObLG, VergabeR 2003, 329; VK Düsseldorf, NZBau 2001, 46; Dreher, in: Immenga/Mestmäcker 2001, § 99 Rdnr. 24; Opitz, ZVergR 2000, 97; Otting, VergabeR 2002, 11, 16; Jaeger, NZBau 2001, 6, 10.

25 Vgl. dazu BGH, NJW 2003, 2684.

26 Zur öffentlichrechtlichen Zulässigkeit OLG Dresden, NVwZ 1998, 1331.

27 Vgl. OLG Brandenburg, NZBau 2002, 245.

28 Vgl. Dreher, NZBau 2002, 245, 248; Kommission, Grünbuch, KOM (2004) 327, S. 23.

schaft sichert und letztlich nur in anderer Form mithilfe von Privaten die öffentliche Aufgabe wahrnimmt. Folgerichtig ist dann die Gesellschafterstellung auszuschreiben.<sup>29</sup> Dies gilt insbesondere, wenn die Beauftragung einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft ihrer Gründung oder der Aufnahme eines privaten Gesellschafters nachfolgt. Diese Grundsätze werden aber auch auf den Fall einer Anteilsveräußerung übertragen, die in einem sachlichen und zeitlichen Zusammenhang mit einem bereits an die ursprünglich reine Eigengesellschaft erteilten Auftrag steht. Sie gelten schließlich auch für die nachfolgende Beauftragung eines privaten Partners der Gesellschaft.

Diese Gesamtbetrachtung erscheint vergaberechtlich sinnvoll. Wäre die Gesellschaftsgründung oder der Beitritt zur Gesellschaft vergaberechtsfrei, so müsste man jedenfalls die Übertragung der Dienstleistung an das Gemeinschaftsunternehmen oder dessen privaten Partner als öffentlichen Auftrag betrachten. Müsste sodann der Auftrag auf Grund einer Ausschreibung an einen Dritten vergeben werden, weil dieser das günstigste Angebot gemacht hat, würde die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens oder der Beitritt des privaten Partners zu diesem seinen Zweck verfehlen.

Andererseits bedarf es einer Abgrenzung zum „In-House“-Geschäft, d. h. der Durchführung der öffentlichen Aufgabe durch eine Eigengesellschaft, die keinen öffentlichen Auftrag darstellt. Wie dargelegt, geht der Europäische Gerichtshof davon aus, dass es im Fall der Beherrschung an den Merkmalen eines öffentlichen Auftrags fehlt. Die Frage, wie das vom Gerichtshof verwendete Kriterium der Kontrolle „wie eine Dienststelle“ (richtiger nach dem italienischen Originaltext: „entsprechend einer Dienststelle“) in das Gesellschaftsrecht zu übersetzen ist – umfassende Kontrolle oder nur Weisungsrecht in Bezug auf den Auftrag, faktische Kontrolle oder nur Kontrollrecht – und ob und wann eine solche Kontrolle bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen gegeben sein kann, war bisher ungeklärt und Gegenstand einer Vorlage an den Gerichtshof.<sup>30</sup> Die überwiegende Meinung lehnte bisher bei privater Beteiligung ab 10 Prozent eine Ausnahme vom Vergaberegime ab, da die Minderheitsrechte des privaten Gesellschafters die Entscheidungsgewalt der Gemeinde beeinträchtigen.<sup>31</sup> In der Praxis wurde allerdings bei lediglich einfacher Mehrheitsbeteiligung der Gemeinde in der Regel von einer Ausschreibung abgesehen.

Der überwiegenden Meinung könnte man entgegenhalten, dass nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs offenbar entscheidend nicht die Art der Beteiligung, sondern die Kontrolle des öffentlichen Auftraggebers bzw. das Fehlen einer eigenen Entscheidungsgewalt der abhängigen Gesellschaft ist. Generalanwalt Léger hat im Fall AR-GE Gewässerschutz/BMLF<sup>32</sup> eine Beteiligung von 50,5 Prozent als ausreichende Grundlage für Kontrolle des öffentlichen Auftraggebers angesehen. Es käme danach nur darauf

---

29 VK Düsseldorf, NZBau 2001, 46; VK Stuttgart, NZBau 2001, 340; VK Lüneburg, NZBau 2001, 51; OVG Schleswig, DWW 1999, 27; Dreher, NZBau 2002, 245, 248; Otting, VergabeR 2002, 11, 12 ff.; Jaeger, NZBau 2001, 6, 11; Kullak, in Heiermann 2003, § 99 GWB Rdnr. 29; Faber, DVBl. 2001, 248, 257; Gröning, ZIP 2001, 497, 503; Fischer/Zwetkow, ZfW 2003, 129, 155 f.; Kommission, Grünbuch, KOM (2004) 327, S. 20 f.; a. M. wohl Jasper/Pooth, VergabeR 2003, 613, 618 ff.; Zacharias, DÖV 2001, 454, 456; für nachträgliche Anteilsveräußerungen auch OLG Brandenburg, VergabeR 2002, 45.

30 OLG Naumburg, NZBau 2003, 224; dazu Jasper/Pooth, VergabeR 2003, 613.

31 Siehe oben Fn. 29.

32 EuGH, Slg. 2000, I-11037 Tz. 40.

an, ob dieser trotz der Minderheitsrechte des privaten Partners einen ausreichenden Einfluss ausüben kann – was nicht zuletzt von der Höhe der Minderheitsbeteiligung abhängen dürfte.<sup>33</sup> Auch wenn man hiervon ausginge, ist aber darauf hinzuweisen, dass bei gleichberechtigten gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, insbesondere gesellschaftsvertraglicher Einräumung wesentlicher Einflussrechte des privaten Minderheitsgesellschafters, mangels Kontrolle des öffentlichen Auftraggebers das Vergaberegime auf jeden Fall anwendbar wäre.<sup>34</sup> Obwohl die meisten Gemeindeordnungen gemischtwirtschaftliche Unternehmen nur bei einer Kapitalmehrheit oder sonstigem angemessenen Einfluss der Kommunen zulassen, scheinen solche deren Einfluss relativierende Gestaltungen in der Praxis üblich zu sein.<sup>35</sup>

In jedem Fall ist weitere Voraussetzung für die Anwendung des Vergaberechts, dass dem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen eine Dienstleistung im Betreibermodell oder einem vergleichbaren Verhältnis (und nicht lediglich im Konzessionsmodell; vgl. unten 4 und 5) übertragen wird. Bei Übertragung der Wasserversorgung nicht an das gemischtwirtschaftliche Unternehmen als solches, sondern an den privaten Partner, wären die Voraussetzungen des „In-House“-Geschäfts nach der Sektorenrichtlinie nicht erfüllt.

In dem auf Vorlagebeschluss des Oberlandesgerichts Naumburg ergangenen Urteil vom 11. Januar 2005 in der Rechtssache Stadt Halle/TREA Leuna<sup>36</sup> hat der Europäische Gerichtshof die Voraussetzungen der Anerkennung eines „In-House“-Geschäfts in der Weise verschärft, dass jegliche private Kapitalbeteiligung zur Anwendbarkeit des Vergaberegimes führt. Danach „schließt die – auch nur minderheitliche – Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital der Gesellschaft, an der auch der öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, es auf jeden Fall aus, dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt, wie über seine eigenen Dienststellen“.<sup>37</sup> Diese sehr restriktive Auslegung wird damit begründet, dass die Anlage von privatem Kapital in einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen privaten Interessen diene und die Erteilung eines Auftrags an ein solches Unternehmen ohne Vergabeverfahren dem privaten Partner einen ungerechtfertigten Vorteil gegenüber seinen Wettbewerbern verschaffen könne. Mit dem Urteil steht fest, dass nach allgemeinem Vergaberecht ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen unabhängig von der Höhe der privaten Beteiligung und den hinsichtlich der Unternehmenstätigkeit getroffenen Vereinbarungen dem Vergaberegime unterliegt.

Das Urteil des Gerichtshofs hat jedoch nur beschränkte Auswirkungen auf die Wasserversorgung, weil diese nicht dem allgemeinen Vergaberecht, sondern dem Sektorenvergaberecht unterliegt. Hier wird regelmäßig die weitergehende Ausnahme nach § 100 Abs. 2 Buchst. i GWB anwendbar sein, der Art. 13 SKR umsetzt. Diese Vorschrift in Vbg. mit § 10 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 VergV stellt Verträge zwischen einem öffentlichen Sektorauftraggeber und einem verbundenen Unternehmen im Sektorenbereich vom Vergaberegime frei, sofern dieses mindestens 80 Prozent seiner Umsätze mit dem Auftraggeber tätigt. Sie knüpft primär an den Konzernbegriff nach § 290 Abs. 1 HGB an und verlangt da-

33 Dreher, NZBau 2001, 260, 262; ders., NZBau 2004, 11, 17; Rindtorff/Gabriel, VergabeR 2004, 577, 579.

34 Vgl. BayObLG, NZBau 2002, 397.

35 Vgl. Salzwedel 2001, S. 616.

36 NVwZ 2005, 187.

37 AaO, S. 190 Rdnr. 50.

mit keine Beteiligung zu 100 Prozent, sondern lediglich eine faktische einheitliche Leitung oder das Bestehen eines Beherrschungsvertrags. Nach § 10 Abs. 2 VergV genügt darüber hinaus bereits die Möglichkeit eines beherrschenden Einflusses, wobei die Ausübung eines solchen Einflusses bei einer Kapital- oder Stimmenmehrheit oder beim Recht zu mehrheitlicher Besetzung der Leitungs- oder Aufsichtsorgane vermutet wird. Nach der gesetzlichen Wertung wird also im Sektorenbereich auch bei bloßer Mehrheitsbeteiligung ein beherrschender Einfluss mit der Folge einer Freistellung vom Vergaberegime ausgeübt. Damit soll der Unternehmensgruppe als Realität des Wirtschaftslebens umfassend Rechnung getragen werden.<sup>38</sup> Diese Ausnahmeregelung wird durch Art. 23 Abs. 1 RL 2004/17 bestätigt und hat daher auch für die absehbare Zukunft Bestand. Sie wird vielfach bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen im Bereich der Wasserversorgung anwendbar sein. Allerdings gilt dies nicht für Fälle, in denen die vertraglichen Vereinbarungen mit dem privaten Minderheitsgesellschafter die Ausübung von Herrschaft ausschließen, wie das häufig der Fall sein wird. Auch bei Übertragung der Wasserversorgung an den privaten Partner des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens liegen die Voraussetzungen der Ausnahme für verbundene Unternehmen nicht vor, da zwar möglicherweise die Übertragung an dieses Unternehmen, nicht aber die Weiterübertragung an den privaten Partner privilegiert ist. Bei Vergaben seitens eines Gemeinschaftsunternehmens im Sektorenbereich gilt die Ausnahme nur, wenn das Gemeinschaftsunternehmen gänzlich aus öffentlichen Auftraggebern gebildet wird und der Auftrag an einen der Gesellschafter oder ein mit diesem verbundenes Unternehmen vergeben wird.

Von der Frage, ob die Übertragung der Wasserversorgung auf ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen ein öffentlicher Auftrag sein kann, ist die andere Frage zu trennen, ob dieses Unternehmen nach der Übertragung selbst ein öffentlicher Auftraggeber für eigene Beschaffungen ist. Dabei gibt insbesondere das Merkmal des § 98 Nr. 2 GWB, wonach es bei einer Minderheitsbeteiligung einer Gebietskörperschaft genügt, dass diese die Aufsicht über die Leitung des Unternehmens ausüben kann, Anlass zu Streit, zumal die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs bisher recht kasuistisch ist.<sup>39</sup> Wenn man es ablehnt, die Gründung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens mit anschließender Beauftragung des privaten Partners dieses Unternehmens als Gesamtvorgang vergaberechtlich zu erfassen, so würde jedenfalls die Beauftragung des Partners nach dem Betreiber- oder Betriebsführungsmodell (vgl. 4) grundsätzlich dem Vergaberegime unterfallen. Allerdings gilt im Bereich der Wasserversorgung gemäß § 7 Abs. 2 VergV nur die VOL/A, da es sich um einen Sektoren-Auftrag handelt.

#### **4 Betreiber- und Betriebsführungsmodell**

Beim Betreibermodell übernimmt ein privater Dritter den Bau, die Finanzierung und (auf Zeit) den Betrieb der Wasserversorgungsanlage als Verwaltungshelfer (BOT-Modell). Nach außen bleibt die Gemeinde für die Wasserversorgung verantwortlich. In diesem Fall

---

<sup>38</sup> Vgl. Dreher, NZBau 2004, 11, 16.

<sup>39</sup> Vgl. EuGH, Slg. 2001, I-939 Tz. 48 – Kommission/Frankreich; Slg. 2003, I-1931 Tz. 73 f. – Truley; sehr weitgehend in der Bejahung der Auftraggebereigenschaft OLG Düsseldorf, NZBau 2003, 400; kritisch Dietlein/Heinemann, NVwZ 2003, 1080; Ziekow, NZBau 2004, 181, 184 ff.

liegt entsprechend dem Schwergewicht des Vertrages regelmäßig ein öffentlicher Bauauftrag vor, der der europaweiten Ausschreibung bedarf, wenn die Schwellenwerte überschritten werden.<sup>40</sup> Auch wenn ein Betreibermodell in der Form vereinbart wird, dass der Dritte nur die Betriebsführung als Verwaltungshelfer übernimmt (Betriebsführungsmodell), handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag in Form eines Dienstleistungsauftrags, sodass Vergaberecht grundsätzlich Anwendung findet.<sup>41</sup> Nach § 7 Abs. 2 VergV bedeutet dies, dass die VOL/A anzuwenden ist.

## 5 Konzessionsmodell

Beim Konzessionsmodell wird dem Konzessionär der Betrieb der Wasserversorgung auf eigene Rechnung gestattet und er wird dazu verpflichtet. Die Wasserversorgung liegt aber grundsätzlich weiterhin im Verantwortungsbereich der Gemeinde. Der Konzessionär hat eine Konzessionsabgabe zu zahlen. Die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistung stammt nicht aus öffentlichen Mitteln, sondern liegt in den Erträgen aus dem Angebot der Dienstleistung gegenüber den Benutzern, also bei der Trinkwasserversorgung aus den privatrechtlichen Entgelten für den Wasserverbrauch. Es liegt daher kein öffentlicher Auftrag vor. Dies kann man im Umkehrschluss auch daraus folgern, dass die Richtlinie über Bauaufträge die Baukonzession ausdrücklich erfasst. Aus der Entstehungsgeschichte der Richtlinie 92/50 ergibt sich außerdem, dass der Rat Kommissionsvorschläge auf Einbeziehung von Dienstleistungskonzessionen abgelehnt hat. Es entspricht daher allgemeiner Auffassung, dass die Dienstleistungskonzession nicht dem Vergaberecht, auch nicht der VOL/A, unterliegt.<sup>42</sup> In der neuen Richtlinie 2004/17 wird die Dienstleistungskonzession nunmehr definiert und – entgegen den Vorschlägen der Kommission – ausdrücklich vom Vergaberegime ausgenommen (Art. 18). Sie unterliegt aber den Grundregeln des EG-Rechts, insbesondere dem Diskriminierungsverbot mit dem zugehörigen Transparenzgebot.<sup>43</sup> Auch das Beihilfeverbot kann anwendbar sein, etwa wenn die Konzessionsabgabe erheblich unter dem marktüblichen Entgelt liegt. Der Unterschied zum Vergaberegime liegt vor allem im geringeren Maß an Formalisierung und Kontrolle; insbesondere gibt es kein strenges Gebot zu einer formalisierten Ausschreibung. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Möglichkeiten einer vergaberechtsfreien „Flucht in die Dienstleistungskonzession“ aus betriebswirtschaftlichen Gründen begrenzt sind. Im Gegensatz zum Betreiber- und Betriebsführungsmodell trägt der Dienstleistungskonzessionär das volle Unternehmerrisiko, da er von der Gemeinde kein Entgelt erhält, sondern seine Kosten einschließlich der Konzessionsabgabe an die Gemeinde und Gewinne durch privatrechtliche Entgelte auf dem Markt verdienen muss.

40 Dreher, in: Immenga/Mestmäcker 2001, § 98 Rdnr. 115 ff., § 99 Rdnr. 41.

41 OVG Lüneburg, NVwZ 1999, 1129; Frenz/Kafka, GewA 2000, 129, 131 m. w. Nachw.

42 EuGH, Slg. 2000, I-10745 Tz. 46 ff. – Telaustria; Slg. 2002, I-4685 Tz. 28 f. – Buchhändlervereinigung/Saur; BayObLG, VergabeR 2002, 55; OLG Brandenburg, VergabeR 2002, 45; OLG Naumburg, VergabeR 2002, 309; Koenig/Haratsch, NJW 2003, 2637, 2639; Dreher, in: Immenga/Mestmäcker 2001, § 98 Rdnr. 140; Byok, NJW 2004, 198, 202; Burgi, NVwZ 2001, 601, 604; einschränkend VG Neustadt, VergabeR 2002, 51.

43 Vgl. Gröning, VergabeR 2002, 24, 30 f.

Schließlich ist nicht sicher, ob die Ausnahmeregelung für Dienstleistungskonzessionen auf Dauer Bestand haben wird. Die Kommission verfolgt ihre seit langem bestehende Absicht, Dienstleistungskonzessionen dem europäischen Vergaberecht zu unterwerfen, auch nach dem Erlass der Richtlinie 2004/17 weiter, weil sie der Auffassung ist, dass die fehlende Transparenz der Vergabe von Konzessionen zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs für Dienstleistungen führe.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> Grünbuch, KOM (2004) 327, S. 11 ff.; vgl. FAZ v. 28.09.2004, S. 22; v. 19.10.2004, S. 13.

### III Zulässigkeit von Versorgungs-, Tarifierungs-, Qualitäts- und Umweltvorgaben

Die Gemeinde wird bei jeder Form der Privatisierung der Wasserversorgung daran interessiert sein, dem Unternehmen, das die Wasserversorgung „übernimmt“, Auflagen hinsichtlich der Gewährleistung der Versorgungssicherheit, der Berücksichtigung von sozialen und Umweltbelangen bei der Tarifierung und der Einhaltung von Qualitäts- und Umweltanforderungen bei der Wassergewinnung und -aufbereitung zu machen. Die Frage, ob solche Zwecke im Vergabeverfahren berücksichtigt werden können, war bisher stark umstritten.<sup>45</sup> § 97 GWB enthält mit der Anknüpfung an die Fachkundigkeit, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit sowie der Verpflichtung, den Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen, auf den ersten Blick keine Ansatzpunkte für die Berücksichtigung „vergabefremder“ Zwecke (im weiten Sinne). Das Gleiche gilt für die EG-Richtlinien, die durch § 97 GWB umgesetzt werden. Allerdings ist durch die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs im Fall „Concordia Bus Finland“<sup>46</sup> und „Wienstrom“<sup>47</sup> und Kommissions-Mitteilungen aus dem Jahre 2001<sup>48</sup> insbesondere hinsichtlich des Umweltschutzes eine Klärung eingetreten. Die neue Richtlinie 2004/17 sieht nunmehr ausdrücklich vor, dass soziale und umweltbezogene Belange in weiterem Umfang, als bisher allgemein akzeptiert, bei der Vergabe berücksichtigt werden können.

Eine erste im Grundsatz unstrittige Möglichkeit zur Berücksichtigung von Belangen der Versorgungssicherheit, sozialen, Qualitäts- und Umweltbelangen liegt in der Auswahl und Spezifikation des Auftragsgegenstands. Die Vergaberichtlinien und § 97 GWB legen nicht fest, was und in welcher Qualität beschafft werden soll. Der Auftraggeber kann sich daher durchaus für eine sozial ausgewogene und umweltfreundliche Dienstleistung entscheiden und diese Anforderungen insbesondere bei der Wasserversorgung in der Definition des Leistungsgegenstands und in der Leistungsbeschreibung festlegen, sofern dies in diesem Stadium schon möglich und erwünscht ist. Die Wasserversorgung ist nicht lediglich Lieferung des Produkts Wasser; der Leistungsgegenstand wird entscheidend durch die Durchführung der Versorgungsaufgabe im Ganzen bestimmt.<sup>49</sup> Dies gilt etwa für die Gewährleistung der Versorgungssicherheit durch Instandhaltung und Erneuerung des Leitungsnetzes oder Vorhaltung von Reservekapazität, die Preisgestaltung, die Qualität des Rohwassers, die Art der Aufbereitung (z. B. Verbot der Chlorung des Trinkwassers) und die Durchführung von Umweltschutzmaßnahmen, die unmittelbar auf die Wasserförderung und damit mittelbar auf die Qualität des Rohwassers bezogen sind.<sup>50</sup> Ferner können die Eignungskriterien für die Bieterauswahl (finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit) herangezogen werden, um die Erfüllbarkeit der in der Leistungsbeschrei-

45 Vgl. die Nachweise bei Bungenberg/Nowak, ZUR 2002, 10, 11 Fn. 12, 15.

46 EuGH, Slg. 2002, I-7213 Tz. 53 ff.

47 EuGH, EuZW 2004, 81 Tz. 35 ff.

48 Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, ABl. 2001 Nr. C 333/12 ff.; entsprechend für soziale Belange, ABl. 2001 Nr. C 333/27 ff.

49 Opitz, VergabeR 2004, 421, 423.

50 Vgl. Mitteilung der Kommission, oben Fn. 46, Ziff. I, II.1.1, 1.2 und 1.3; OLG Kiel, 6.7.1999, 14 O Kart 184/98; Bungenberg/Nowak, ZUR 2003, 10, 13; Kühling, VerwA 95 (2004), 337, 340 f.; Beckmann, NZBau 2004, 600 f.; Opitz, VergabeR 2004, 421, 422 ff.; Kling, 2000, S. 599.

bung festgelegten sozialen und qualitäts- und umweltbezogenen Anforderungen an die Dienstleistung sicherzustellen (z.B. Ausstattung, technische Ausrüstung, Erfahrung, ggf. Umweltmanagementsystem).<sup>51</sup> Es muss sich aber immer um Anforderungen handeln, die unmittelbar mit dem Auftragsgegenstand oder der Ausführung des Auftrags verknüpft sind.<sup>52</sup> Die eigentlich streitige Frage ist, ob die durch die Notwendigkeit der Auswahl und abschließenden Spezifizierung des Auftrags und das Erfordernis der Auftragsbezogenheit von Eignungskriterien begrenzten Möglichkeiten des öffentlichen Auftraggebers, versorgungsbezogene, soziale, Qualitäts- und Umweltbelange zu berücksichtigen, in der Phase der Zuschlagserteilung, d. h. bei der Wertung der Wirtschaftlichkeit des Angebots, erweitert werden können. Dies liegt insbesondere bei Umwelt- und Ressourcenkriterien nahe, da der EG-Vertrag dem Umwelt- und Ressourcenschutz einen hohen Rang verleiht und deshalb eine praktische Konkordanz zwischen diesem Belang und dem Wettbewerbsprinzip, das den Vergaberichtlinien zugrunde liegt, gesucht werden muss.<sup>53</sup>

Der Europäische Gerichtshof hat zunächst entschieden, dass die Versorgungssicherheit, selbst wenn nicht in der Leistungsbeschreibung enthalten, ein Wirtschaftlichkeitskriterium darstellt und daher bei der Bieterauswahl berücksichtigt werden kann.<sup>54</sup> Auch arbeitsmarkt- und sozialpolitische Vergabeanforderungen sind vom Gerichtshof – unter nicht ganz klaren Voraussetzungen – hingenommen worden.<sup>55</sup> Die für Umweltvorgaben geltenden Grundsätze sind in der jüngsten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs weitgehend geklärt worden.

Im Fall *Concordia Bus Finland*<sup>56</sup> hatte der öffentliche Auftraggeber den Betrieb des innerstädtischen Busverkehrs im Hinblick darauf an einen Bewerber vergeben, dass dieser durch den Einsatz schadstoffarmer Fahrzeuge die Immissionen im Stadtgebiet reduziere. Der Europäische Gerichtshof hat die Auffassung vertreten, dass das Merkmal der Wirtschaftlichkeit nicht rein ökonomisch zu verstehen sei und eine Berücksichtigung von Umweltkriterien erlaube, weil und soweit sich diese auf den Wert des Angebots für den Auftraggeber auswirkten. Dabei handelt es sich um sekundäre Kriterien, die das primäre Kriterium der Preisgünstigkeit auch relativieren können, sodass der Auftraggeber nicht notwendig gezwungen ist, dem preisgünstigsten Anbieter den Zuschlag zu erteilen.<sup>57</sup> Nach der Auffassung des Gerichtshofs müssen diese Kriterien aber mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen, dürfen dem Auftraggeber keine unbeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen, müssen ausdrücklich im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung des Auftrags genannt sein und dürfen nicht gegen andere Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere das Diskriminierungsverbot, verstoßen.

---

51 OLG Saarbrücken, NZBau 2003, 625 (Zertifizierung).

52 Vgl. Mitteilung der Kommission, oben Fn. 46, Ziff. II. 2; Kling 2000, S. 615 f.; Opitz, VergabeR 2004, 421, 426.

53 Vgl. Bungenberg/Nowak, ZUR 2003, 10, 12.

54 EuGH, Slg. 1995, I-563 Tz. 40 ff. – *Evans Medical Ltd.*

55 EuGH, Slg. 1988, 4635 Tz. 28 ff., 35 f. – *Beentjes*; Slg. 2000, I-7445 Tz. 46 ff. – *Kommission/Frankreich (Nord Pas de Calais)*.

56 Oben Fn. 44.

57 Schneider, DVBl. 2003, 1186, 1189 ff.; Kühling, VerwA 95 (2004), 337, 347 ff.; Bungenberg, NVwZ 2003, 314, 315 f.

Diese Position hat der Europäische Gerichtshof im Fall Wienstrom<sup>58</sup>, in dem es um die Zulässigkeit eines Zuschlagskriteriums ging, wonach der Nettopreis mit 55 Prozent, die Nutzung von Energie aus erneuerbaren Energieträgern mit 45 Prozent festgelegt worden waren, im Wesentlichen bestätigt. Insbesondere wird an der Auftragsbezogenheit festgehalten und aus diesem Grunde die Forderung des Auftraggebers nach größtmöglichem Angebot von solcher Energie an einen nicht bestimmten Abnehmerkreis unabhängig von dem im Rahmen des Auftrags ausgeschriebenen Verbrauch als unzulässig angesehen. Hierbei geht es um Anforderungen an das allgemeine Umweltverhalten des beauftragten Unternehmens, denen ein Auftragsbezug fehlt. Zusätzliche Klarstellungen bringt das Urteil insbesondere hinsichtlich der Gewichtung nichtpreisbezogener (sekundärer) Kriterien im Rahmen der Beachtung des Diskriminierungsverbots. Eine Gesamtwürdigung aller Kriterien zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots soll zulässig sein. Sekundäre Kriterien könnten ein hohes Gewicht haben, wenn hierfür eine entsprechende Rechtfertigung (hohes Rechtsgut, einschlägige Rechtsvorschriften zu seinem Schutz) besteht, was beim Umwelt- und Ressourcenschutz ohne weiteres gegeben ist. Feste Gewichtsvorgaben hat der Europäische Gerichtshof nicht gemacht. Gleichwohl wird zum Teil angenommen, dass die Grenze bei knapp unter 50 Prozent liege, um dem Primärkriterium der ökonomischen Wirtschaftlichkeit genügend Gewicht zu erhalten.<sup>59</sup> Da der Europäische Gerichtshof die Wirtschaftlichkeit aber nicht betriebswirtschaftlich, sondern wohlfahrtsökonomisch versteht<sup>60</sup>, ist eine feste Grenze abzulehnen. Maßgeblich kann vielmehr nur die optimale Zweck-Mittel-Relation sein.<sup>61</sup>

Die Deutung der genannten Urteile vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung ist umstritten. Zum Teil wird angenommen, dass frühere Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs zur Berücksichtigung arbeitsmarktpolitischer und sozialer Gesichtspunkte, die nicht deutlich auf den Auftragsbezug abstellen, nicht mehr Bestand haben; andererseits wird auch geltend gemacht, dass es nur darauf ankommt, ob sich die Vergabekriterien auf die Auftragsdurchführung beziehen, was auch bei Anforderungen sozialer Art, etwa hinsichtlich des Personaleinsatzes, der Fall sein könne.<sup>62</sup>

Gegen die Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Belange hat man sich im Schrifttum bisher vielfach auch auf das Beihilfeverbot des Art. 87 EGV berufen.<sup>63</sup> Dieser Auffassung ist jedoch spätestens durch die neuere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, wonach eine staatliche Leistung zur Kompensation einer im Interesse des Gemeinwohls auferlegten Verpflichtung keine staatliche Beihilfe darstellt<sup>64</sup>, der Boden entzogen. Mangels Vergleichbarkeit von privatem und öffentlichem Beschaffungsmarkt ist der „market economy investor“-Test nicht brauchbar, weil er ein implizites Verbot der

---

58 Oben Fn.45.

59 Wenzel, EurUP 2003, 82, 84 (knapp unter 50 %); OLG Dresden, Beschl. V. 05.01.2004, WVerg 1/4 (30 %); vgl. Opitz, VergabeR 2004, 421, 428.

60 Beckmann, NZBau 2004, 600, 602; Krohn, NZBau 2004, 92, 95; a.M. Bultmann, ZfBR 2004, 134, 135.

61 Kühling, VerwA 95 (2004), 337, 355 f.; Beckmann, NZBau 2004, 600, 604 f.; Krohn, NZBau 2004, 92, 95; auch Bultmann, ZfBR 2004, 134, 138.

62 Wenzel, EurUP 2003, 82, 84; Bungenberg, NVwZ 2003, 314, 316; Steinberg, EuZW 2004, 76, 77 f. einerseits; Kühling, VerwA 95 (2004), 337, 346 f. andererseits.

63 Vgl. Cremer, ZUR 2003, 265 m. w. Nachw.

64 EuGH, Slg. 2001, I-9067 Tz. 23 ff. – Ferring; Slg. 2003, I-7747 Tz. 85 ff. – Altmark Trans.

Nachfrage nach Umweltleistungen enthält. Im Vergabeverfahren bildet sich ein angemessenes Marktentgelt für die ökologische Leistung im Wettbewerb der Bieter. Daher fehlt es an einem beihilferechtlichen Begünstigungstatbestand.<sup>65</sup>

Aus alledem folgt nach geltendem Recht, dass die Gemeinde in jedem Fall die Möglichkeit hat, versorgungsbezogene, soziale, qualitative und Umweltkriterien der Leistung auszuwählen und derart in der Leistungsbeschreibung zu spezifizieren, dass die Leistung in einer genau bestimmten Weise, z.B. bezüglich der Versorgungssicherheit, der Qualität des Rohwassers, der Tarifierung oder der Wasseraufbereitung, erbracht werden muss. Ist dies nicht möglich oder erwünscht, etwa weil nach den Vorstellungen der Gemeinde es sich nicht um zwingende Anforderungen unabhängig vom Preis der Leistung handeln, sondern eine Abwägung stattfinden soll, so besteht nach den genannten Entscheidungen die Möglichkeit, entsprechende sekundäre Zuschlagskriterien zu formulieren, deren Art und Gewicht allerdings im Voraus bestimmt werden müssen. Es fragt sich allerdings, ob dies ohne Änderung des § 97 Abs. 5 GWB – Wirtschaftlichkeit des Angebots – zulässig ist. Da der Europäische Gerichtshof das Merkmal der Wirtschaftlichkeit in Art. 36 DKR und Art. 30 BKR im Lichte anderer Gemeinschaftspolitiken auslegt, gibt es keinen Grund, dem nicht auch für den die Richtlinien umsetzenden § 97 Abs. 5 GWB zu folgen. Einer Gesetzesänderung bedarf es insoweit nicht.<sup>66</sup> Der Vorbehalt in § 97 Abs. 4, 2. Hs. GWB bezieht sich nur noch auf nicht streng auftragsbezogene Anforderungen an Auftragnehmer, nicht auf solche an die Dienstleistung selbst. Die Länder könnten durch Gesetzgebung vorschreiben, dass insoweit bestimmte vergabefremde Zwecke bei der Vergabe durchgesetzt werden müssen. Wo hier nach bisherigem Recht die EG-rechtlichen Grenzen liegen, ist allerdings alles andere als klar.

Die neue Richtlinie 2004/17 bestätigt und konkretisiert zunächst die bisherige Rechtslage hinsichtlich der Berücksichtigung von Umwelanforderungen bei der Spezifikation (umweltbezogene Funktionsanforderungen, Art. 34 Abs. 2 Buchst. b, Abs. 6) und von Umwelteigenschaften, die mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen, bei den Zuschlagskriterien (Art. 55 Abs. 1). Sie geht hinsichtlich der Berücksichtigung von „vergabefremden“ Aspekten aber insofern möglicherweise weiter, als das Erfordernis der Auftragsbezogenheit gelockert wird.<sup>67</sup> Umwelt- und soziale Belange können als zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags auch auf den Produktions- oder Dienstleistungsprozess bezogen werden (Art. 38). Z. B. kann die Verwendung umweltfreundlicher Verfahren zur Herstellung von Baustoffen, die Gegenstand eines Bauauftrags sind, oder die Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen, Behinderten und Lehrlingen bei der Ausführung des Auftrags verlangt werden. Auch die Durchführung zusätzlicher Maßnahmen des Umweltschutzes bei der Trinkwasserförderung kann wohl nunmehr vorgegeben werden. Allgemeine Anforderungen an die Umweltfreundlichkeit des beauftragten Unternehmens sind aber nicht zulässig. Die Grenze bilden die „Produktionsfaktoren“ der Dienstleistung.

---

65 Vgl. Cremer, ZUR 2003, 265 ff.; Jennert, NZBau 2003, 417 ff.; Pünder, NZBau 2003, 530, 532 f.; Kühling, VerwA 95 (2004), 337, 353 f.; Fischer, VergabeR 2004, 1, 6 f.

66 Ebenso Bungenberg, NVwZ 2003, 314, 317; Kühling, VerwA 95 (2004), 337, 355; a. M. Rösner/Schalast, NJW 2003, 2361, 2363.

67 Vgl. hierzu Beckmann, NZBau 2004, 600, 602; Krohn, NZBau 2004, 92, 94; Opitz, VergabeR 2004, 421, 423 ff.; enger wohl Bultmann, ZfBR 2004, 134, 135 f.

Die Gewichtung von sekundären Zuschlagskriterien muss bereits in der europaweiten Ausschreibung angegeben werden (Art. 55 Abs. 2). Bedingungen für die Auftragsausführung müssen mit dem primären Gemeinschaftsrecht vereinbar sein und in der Aufforderung zum Wettbewerb oder den Verdingungsunterlagen angegeben werden (Art. 38).

Es ist unklar, welche Auswirkungen die neue Rechtsprechung auf öffentliche Aufträge hat, die nur dem EU-Primärrecht, dem nationalen Haushalts- und Wettbewerbsrecht oder der VOL/A unterliegen, wie das bei einzelnen Formen der Privatisierung der Wasserversorgung regelmäßig der Fall ist. Das der VOL/A zugrunde liegende Wirtschaftlichkeitsprinzip kann EU-konform ausgelegt werden. Im Übrigen entwickelt der Europäische Gerichtshof seine Grundsätze aus dem Diskriminierungsverbot, sodass sie allgemeine Geltung beanspruchen. Insofern lässt sich die Zulassung auftragsbezogener Sekundärzwecke auf vergabefreie oder der VOL/A unterliegende Privatisierungsvorgänge übertragen. Das Erfordernis in § 2 Nr. 4 VOL/A, dass vergabefremde Anforderungen nur nach Maßgabe von Rechts- oder Verwaltungsvorschriften zu berücksichtigen sind, hat daher keine Bedeutung für das Zuschlagskriterium der Wirtschaftlichkeit. Nationales Recht steht dem nicht entgegen.<sup>68</sup>

---

68 Kling, 2000, S. 253 ff.

## IV Folgerungen

Vergaberechtlich gilt für Privatisierungen im Bereich der Wasserversorgung ein unterschiedliches Regime je nach dem Privatisierungsvorgang. Die formale Privatisierung durch Übertragung der Aufgabe an eine Eigengesellschaft, an eine von einer kommunalen Holdinggesellschaft beherrschte Enkelgesellschaft oder ein zusammen mit anderen Gemeinden beherrschtes Gemeinschaftsunternehmen oder einen Wasserverband ist grundsätzlich vergaberechtsfrei („In-House“-Geschäft). Allerdings werden die beherrschte Gesellschaft oder der Verband für die eigenen Beschaffungen zum öffentlichen Auftraggeber. Auch die – nur in wenigen Bundesländern zulässige – materielle Privatisierung durch Aufgabe der Wasserversorgung und Übertragung an ein privates Unternehmen unterliegt grundsätzlich nicht dem Vergaberecht, es sei denn, die Gemeinde behält sich erhebliche soziale oder umweltbezogene Einwirkungen vor.

Besondere vergaberechtliche Probleme bereitet die Übertragung der Trinkwasserversorgung an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen. Grundsätzlich sind hier Gesellschaftsgründung oder Beitritt und die vorhergehende oder nachfolgende Vergabe (Übertragung der Wasserversorgung) als Einheit zu betrachten und schon die gesellschaftsrechtlichen Vorgänge auszuschreiben. Vergaberechtsfreiheit nach den allgemeinen Grundsätzen des „In-House“-Geschäfts wurde bisher überwiegend bei einer öffentlichen Beteiligung ab 90 Prozent angenommen. Durch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 11. Januar 2005 in der Rechtssache Stadt Halle/TREA Leuna sind die Voraussetzungen des „In-House“-Geschäfts erheblich eingeschränkt worden; nach allgemeinem Vergaberecht unterliegt nunmehr jedes gemischtwirtschaftliche Unternehmen unabhängig von der Höhe der privaten Beteiligung der Anwendbarkeit des Vergaberegimes. Das Urteil hat aber nur beschränkte Bedeutung für die Wasserversorgung, weil für diese das Sektorenvergaberegime gilt. Bei der Wasserversorgung führt die Regelung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und der Vergabeverordnung für Sektoren-Auftraggeber dazu, dass hier die Möglichkeit eines beherrschenden Einflusses ausreicht und Minderheitsbeteiligungen Privater grundsätzlich unschädlich sind. Diese Regelung steht im Einklang mit der bis Ende 2005 geltenden Sektorenrichtlinie von 1993. Allerdings gilt die Ausnahmeregelung nicht für Fälle, in denen die vertraglichen Vereinbarungen mit dem privaten Minderheitsgesellschafter die Ausübung von Herrschaft seitens der Gemeinde ausschließen oder die Dienstleistung an diesen übertragen wird.

Privatisierungen nach dem Betreiber- und Betriebsführungsmodell unterliegen dem Vergaberecht, während solche nach dem Konzessionsmodell vergaberechtsfrei sind.

Soweit auf Privatisierungsvorgänge im Bereich der Wasserwirtschaft Vergaberecht anwendbar ist, bedarf es auf Grund der Sektorenausnahme keiner europaweiten Ausschreibung, vielmehr gilt grundsätzlich die VOL/A, die den öffentlichen Auftraggeber freier stellt.

Die Frage, inwieweit im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge „vergabefremde“ Zwecke hinsichtlich Versorgungssicherheit, Tarifierung, Produktqualität und Umweltschutz verfolgt werden können, ist im Anwendungsbereich der europäischen Vergaberichtlinien durch die neuere Rechtsprechung weitgehend geklärt. Derartige Vorgaben (z.B. Verbot der Chlorung des Trinkwassers) können – mit entsprechender starrer Bindung auch des

öffentlichen Auftraggebers – ohne weiteres durch Auswahl und Spezifikation des Auftragsgegenstands erfolgen. Wünscht der Auftraggeber, solche Anforderungen dagegen nur als einen Faktor bei der Bewertung der Wirtschaftlichkeit des Angebots zu berücksichtigen, so ist dies zulässig, soweit es sich um ein auftragsbezogenes Kriterium handelt und dieses nach Art und Gewicht in der Ausschreibung bestimmt ist.

Diese Grundsätze dürften auch auf die Trinkwasserversorgung übertragbar sein, die nicht den EG-Vergaberichtlinien, sondern nur der VOL/A unterliegt, da es sich um EG-konforme Auslegung und Ausprägungen des allgemein geltenden Diskriminierungsverbots handelt.

Die neue, bis zum 31. Januar 2006 umzusetzende Sektorenrichtlinie (RL 2004/17) bestätigt und konkretisiert die bisherige Rechtslage. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Vergabefreiheit gemischtwirtschaftlicher Unternehmen im Sektorenbereich, soweit die Kommune als herrschendes Unternehmen anzusehen ist. Die neue Richtlinie enthält aber mit der ausdrücklichen Zulassung von sozialen und Umwelanforderungen bei der Durchführung des Auftrags eine gewisse Erweiterung. Obwohl die Richtlinie neueren Datums ist, kann man die Entwicklung des europäischen Vergaberechts noch nicht als abgeschlossen ansehen, da die Kommission ihre weitergehenden Vorstellungen zur Einbeziehung bestimmter Gestaltungen, wie insbesondere Dienstleistungskonzessionen und Public-Private-Partnerschaften im Sektorenbereich, weiterverfolgt. Insoweit gibt es einen Unsicherheitsfaktor, der jedenfalls bei langfristiger Planung bedacht werden muss. Hinzu kommen Unsicherheiten durch die anstehende Umsetzung der Richtlinien in deutsches Recht, die mit einer grundlegenden Reform des deutschen Vergaberechts verbunden werden soll.

## Literatur

- Beckmann, Martin (2004): Die Verfolgung ökologischer Zwecke bei der Vergabe öffentlicher Aufträge. In: NZBau, 600.
- Bultmann, Peter Friedrich (2004): Beschaffungsfremde Kriterien: Zur "neuen" Formel des Europäischen Gerichtshofs. In: ZfBR, 134.
- Bungenberg, Mark (2003): Die Berücksichtigung des Umweltschutzes bei der Vergabe öffentlicher Aufträge. In: NVwZ, 314.
- Bungenberg, Marc/Nowak, Carsten (2002): Europäische Umweltverfassung und EG-Vergaberecht – zur Berücksichtigung von Umweltschutzbelangen bei der Zuschlagserteilung. In: ZUR, 10.
- Burgi, Martin (2001):, Kommunales Privatisierungsfolgenrecht: Vergabe, Regulierung und Finanzierung. In: NVwZ, 601.
- Byok, Jan (2004): Die Entwicklung des Vergaberechts seit 2002. In: NJW, 198.
- Cremer, Wolfram (2003): Ökologische Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und EG-Beihilferecht – Materialrechtliche und verfahrensrechtliche Aspekte. In: ZUR, 265.
- Dietlein, Johannes/Heinemann, Jan (2003): „Public-private-partnership“ und Vergaberecht im Bereich der Bundeswehr. In: NVwZ, 1080.
- Dreher, Meinhard (2001): Die Privatisierung bei Beschaffung und Betrieb der Bundeswehr. In: NZBau, 360.
- ders. (2004): Public Private Partnership und Kartellvergaberecht – Gemischtwirtschaftliche Unternehmen, In-house-Vergabe, Betreibermodell und Beleihung Privater. In: NZBau, 245.
- ders. (2004): Das In-house-Geschäft. In: NZBau, 14.
- Faber, Angela (2001): Öffentliche Aufträge an kommunalbeherrschte Unternehmen – In-house-Geschäfte oder Vergabe im Wettbewerb? In: DVBl., 248.
- Fischer, Hans Georg (2004): Öffentliche Aufträge im Spannungsfeld zwischen Vergaberecht und europäischem Beihilfenrecht. In: VergabeR, 1.
- Fischer, Martin/Zwetkow, Karin (2003) Privatisierungsoptionen für den deutschen Wassermarkt im internationalen Vergleich. In: ZfW, 129.
- Frenz, Walter/Kafka, Axel (2000): Vergaberechtliche Grenzen bei der Einbeziehung Privater in die Abfallentsorgung. In: GewA, 129.
- Gröning, Jochem (2001): Public Private Partnerships unter den Zwängen des Vergabe-, Gemeindefirtschafts- und Wettbewerbsrechts. In: ZIP, 497.
- ders. (2002): Der Begriff der Dienstleistungskonzession, Rechtsschutz und Rechtsweg. In: VergabeR, 24.
- Heiermann, Wolfgang (2003): Handkommentar zur VOB. 10. Aufl., Wiesbaden.
- Heinbuch, Holger/Bohne, Jochen (2004): Sind Stadtwerke Inhouse-fähig? In: NVwZ, 177.
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (2001): GWB. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Kommentar, 3. Aufl., München.
- Jaeger, Wolfgang (2001): Public Private Partnership und Vergaberecht. In: NZBau, 6.
- Jasper, Ute (1998): Das Vergaberechtsänderungsgesetz. In: DB, 2151.
- Jasper, Ute/Pooth, Stefan (2003): Die Auslegung der In-house-Kriterien. In: VergabeR, 613.

- Jennert, Carsten (2003): Vergabefremde Kriterien – keine Beihilfen, sondern gemeinwirtschaftliche Pflichten. In: NZBau, 417.
- Kling (2000): Zur Zulässigkeit vergabefremder Regelungen – Möglichkeiten und Grenzen einer politischen Instrumentalisierung der Vergabe öffentlicher Aufträge, Forum Vergabe (Hrsg.), Berlin.
- Koenig, Christian/Haratsch, Andreas (2003): Grundzüge des deutschen und europäischen Vergaberechts. In: NJW, 2637.
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2004): Grünbuch zu Öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftsrechtlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM, 327 endg.
- dies. (2001): Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, ABl. 2001 Nr. C 333/12 ff.
- Krohn, Wolfram (2004): Umweltschutz als Zuschlagskriterium: Grünes Licht für Ökostrom. In: NZBau, 92.
- Kühling, Jürgen (2004): Rechtliche Grenzen der „Ökologisierung“ des öffentlichen Beschaffungswesens. In: VerWA 95, 337.
- Opitz, Marc (2000): Kontraktive Privatisierung und Kartellvergaberecht. In: ZVgR, 97.
- ders. (2004): Das Legislativpaket: Die neuen Regelungen zur Berücksichtigung umwelt- und sozialpolitischer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge. In: VergabeR, 421.
- Otting, Olaf (2002): Privatisierung und Vergaberecht. In: VergabeR, 11.
- Pünder, Herrmann (2003): Die Vergabe öffentlicher Aufträge unter den Vorgaben des europäischen Beihilferechts. In: NZBau, 530.
- Rindtorff, Ermbrecht/ Gabriel, Marc (2004): Das Legislativpaket kommt – „In-House“-Geschäfte bleiben. In: VergabeR, 577.
- Rösner, Sören/Schalast, Christoph (2003): Umweltschutz und Vergabe in Deutschland nach der Entscheidung des EuGH – Concordia Bus Finland. In: NJW, 2361.
- Salzwedel, Jürgen (2001): Die Wasserwirtschaft im Spannungsverhältnis zwischen water industry und Daseinsvorsorge. In: Dolde, Klaus Peter (Hrsg.): Umweltrecht im Wandel, S. 616.
- Schneider, Jens-Peter (2003): EG-Vergaberecht zwischen Ökonomisierung und umweltpolitischer Instrumentalisierung. In: DVBl., 1186.
- Steinberg, Philipp (2004): Die „Wienstrom“-Entscheidung des EuGH. In: EuZW, 76.
- Thieme, Hinrich/Corell, Cathrin (1999): Deutsches Vergaberecht zwischen nationaler Tradition und europäischer Integration. In: DVBl., 884.
- Wenzel, Frank (2003): Der Schutz der Umwelt und das Vergaberecht. In: EurUP, 82.
- Zacharias, Diana (2001): Privatisierung der Abwasserbeseitigung. In: DÖV, 454.
- Ziekow, Jan (2004): Die vergaberechtliche Auftraggebereigenschaft konzernverbundener Unternehmen. In: NZBau, 181.

## Anhang

### netWORKS-Papers

Die Ergebnisse des Forschungsverbundes netWORKS erscheinen in der Reihe netWORKS-Papers. Kommunen haben die Möglichkeit, diese Veröffentlichungen kostenlos über das Deutsche Institut für Urbanistik zu beziehen. Interessenten aus Wissenschaft und Forschung sowie der übrigen Fachöffentlichkeit können sich die Texte kostenlos von der Projektplattform [www.networks-group.de](http://www.networks-group.de) herunterladen. Bisher sind folgende Papers erschienen:

- Kluge, Thomas/Scheele, Ulrich  
**Transformationsprozesse in netzgebundenen Infrastrukturektoren.  
Neue Problemlagen und Regulationserfordernisse**  
Berlin 2003 (netWORKS-Papers, Nr. 1)
- Kluge, Thomas/Scheele, Ulrich  
**Transformation Processes in Network Industries.  
Regulatory Requirements**  
Berlin 2003 (netWORKS-Papers, No. 1)
- Kluge, Thomas/Koziol, Matthias/Lux, Alexandra/Schramm Engelbert/Veit, Antje  
**Netzgebundene Infrastrukturen unter Veränderungsdruck –  
Sektoranalyse Wasser**  
Berlin 2003 (netWORKS-Papers, Nr. 2)
- Bracher, Tilman/Trapp, Jan Hendrik  
**Netzgebundene Infrastrukturen unter Veränderungsdruck –  
Sektoranalyse ÖPNV**  
Berlin 2003 (netWORKS-Papers, Nr. 3)
- Bracher, Tilman/Trapp, Jan Hendrik  
**Network-Related Infrastructures under Pressure für Change –  
Sectoral Analysis Public Transport**  
Berlin 2003 (netWORKS-Papers, No. 3)
- Scheele, Ulrich/Kühl, Timo  
**Netzgebundene Infrastrukturen unter Veränderungsdruck –  
Sektoranalyse Telekommunikation**  
Berlin 2003 (netWORKS-Papers, Nr. 4)
- Monstadt, Jochen/Naumann, Matthias  
**Netzgebundene Infrastrukturen unter Veränderungsdruck –  
Sektoranalyse Stromversorgung**  
Berlin 2003 (netWORKS-Papers, Nr. 5)
- Tomerius, Stephan  
**Örtliche und überörtliche wirtschaftliche Betätigung kommunaler  
Unternehmen.** Zum aktuellen Diskussionsstand über die rechtlichen  
Möglichkeiten und Grenzen in Literatur und Rechtsprechung  
Berlin 2004 (netWORKS-Papers, Nr. 6)

- Kluge, Thomas/Scheele, Ulrich  
**Benchmarking – Konzepte in der Wasserwirtschaft: Zwischen betrieblicher Effizienzsteigerung und Regulierungsinstrument.** Dokumentation des Symposiums am 28.4.2004 in Frankfurt a.M.  
Berlin 2004 (netWORKS-Papers, Nr. 7)
- Libbe, Jens/Trapp Jan Hendrik/Tomerius Stephan  
**Gemeinwohlsicherung als Herausforderung – umweltpolitisches Handeln in der Gewährleistungskommune.** Theoretische Verortung der Druckpunkte und Veränderungen in Kommunen  
Berlin 2004 (netWORKS-Papers, Nr. 8)
- Hummel, Diana/Kluge, Thomas  
**Sozial-ökologische Regulationen.**  
Berlin 2004 (netWORKS-Papers, Nr. 9)
- Monstadt, Jochen/Naumann, Matthias  
**Neue Räume technischer Infrastruktursysteme.** Forschungsstand und -perspektiven zu räumlichen Aspekten des Wandels der Strom- und Wasserversorgung in Deutschland  
Berlin 2004 (netWORKS-Papers, Nr. 10)
- Reh binder, Eckard  
**Privatisierung und Vergaberecht in der Wasserwirtschaft**  
Berlin 2005 (netWORKS-Papers, Nr. 11)

Weitere Veröffentlichungen des Forschungsverbundes netWORKS:

- Trapp, Jan Hendrik/Bolay, Sebastian  
**Privatisierung in Kommunen – eine Auswertung kommunaler Beteiligungsberichte**  
Berlin 2003, Schutzgebühr Euro 15,- (Difu-Materialien 10/2003)
- Trapp, Jan Hendrik/Bolay, Sebastian  
**Privatisation in Local Authorities – An Analysis of Reports on Municipal Holdings**  
Berlin 2003 (Translated from Difu-Materialien 10/2003)
- Tomerius, Stephan  
**Gestaltungsoptionen öffentlicher Auftraggeber unter dem Blickwinkel des Vergaberechts**  
Berlin 2005, Schutzgebühr Euro 15,- (Difu-Materialien 1/2005)