

EWeRK-Workshop
„(Neu-) Abschluss von
Wasserkonzessionsverträgen,„

Die Perspektive einer Landeskartellbehörde

am 16. März 2012 in Berlin

Heike Zinram
Referatsleiterin



**Niedersächsisches Ministerium
für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr**

Gliederung

Geltende Rahmenbedingungen

- Marktstrukturen
- Rechtlicher Rahmen
 - Kartellrechtliche Freistellung der Wasserversorgung

„Vergabe“ von Wasserkonzessionsverträgen

- Vergabe von Dienstleistungskonzessionen im Bereich Wasserversorgung auf der Grundlage von EU-Recht
- Direktvergabe im Wege eines sog. Inhouse Geschäfts?
- Direktvergabe im Wege der interkommunalen Zusammenarbeit?
- „Rekommunalisierung“ im Bereich Wasserversorgung



(Neu-) Abschluss von Wasserkonzessionsverträgen

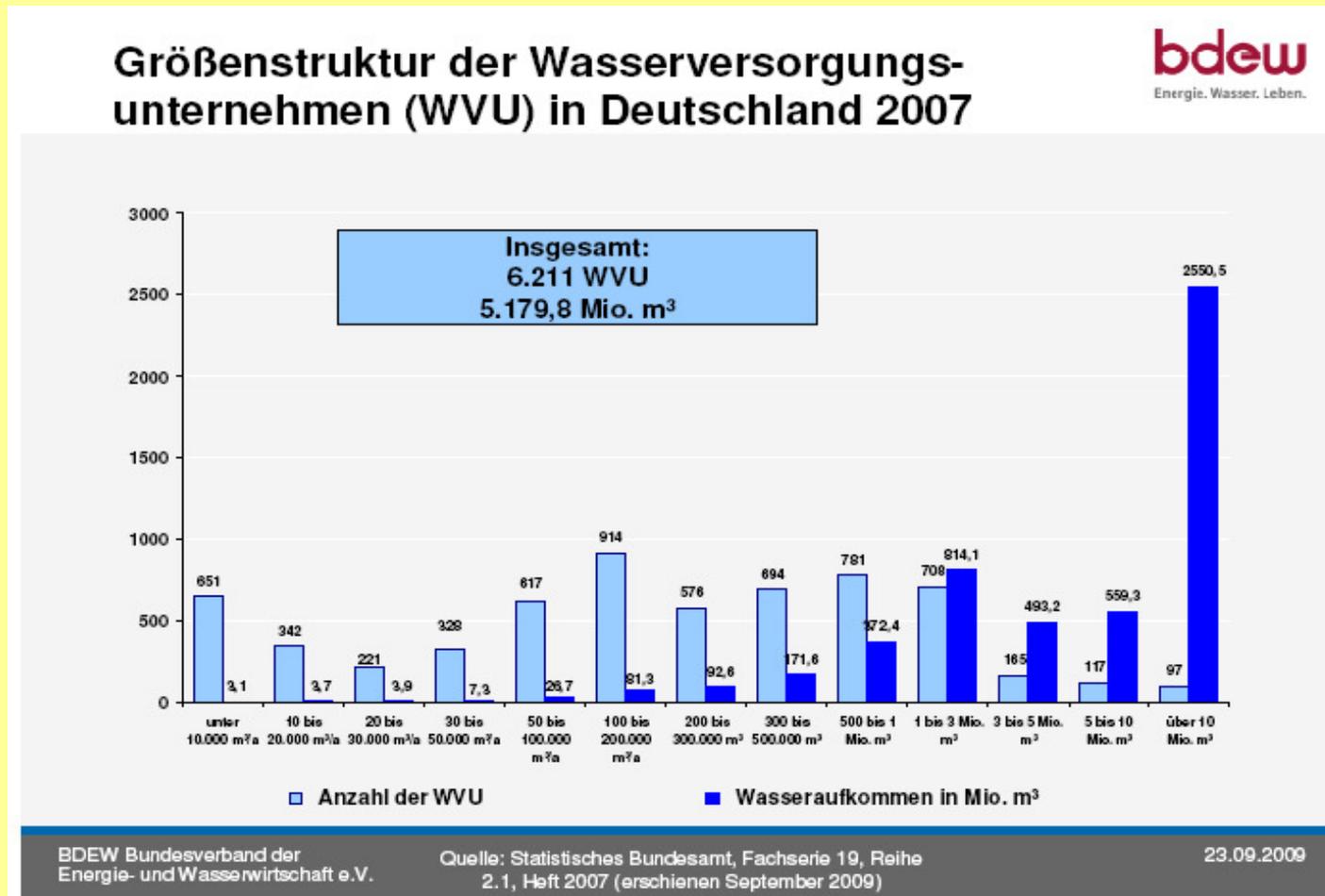
Geltende Rahmenbedingungen

Marktstrukturen

- Wasserversorgung und Abwasserentsorgung in Deutschland ist Aufgabe der Kommunen. Diese können in freier Gestaltung die adäquaten organisatorischen und technischen Konzepte individuell wählen.
- Kein Wettbewerb im Markt
- Aber: Wettbewerb um den Markt findet bereits heute statt, wenn sich die Gemeinde dafür entscheidet, die Wasserversorgung zeitlich befristet einem privaten Dritten zu übertragen und diesen im Ausschreibungswettbewerb zu ermitteln.



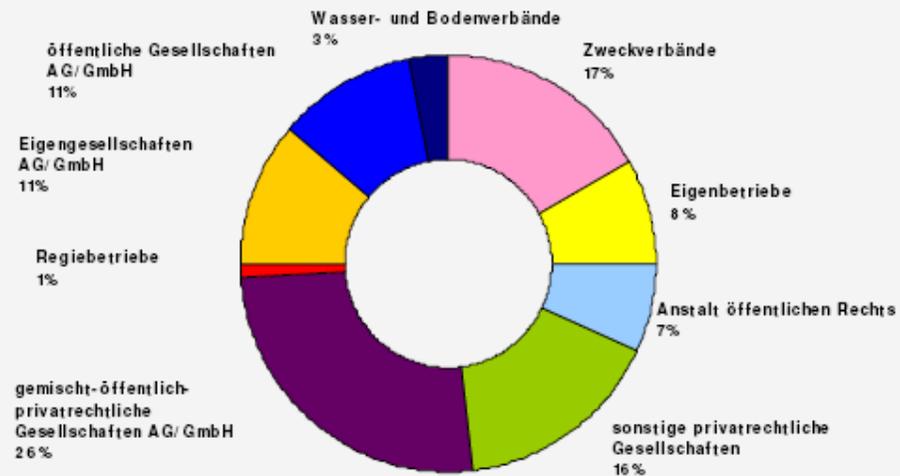
(Neu-) Abschluss von Wasserkonzessionsverträgen



(Neu-) Abschluss von Wasserkonzessionsverträgen

Unternehmensformen in der öffentlichen Wasserversorgung 2008 - Anteile bezogen auf das Wasseraufkommen -

bdeu
Energie. Wasser. Leben.



Quelle: BDEW-Wasserstatistik 2008 (Basis: 1.218 Unternehmen)

BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V.

1

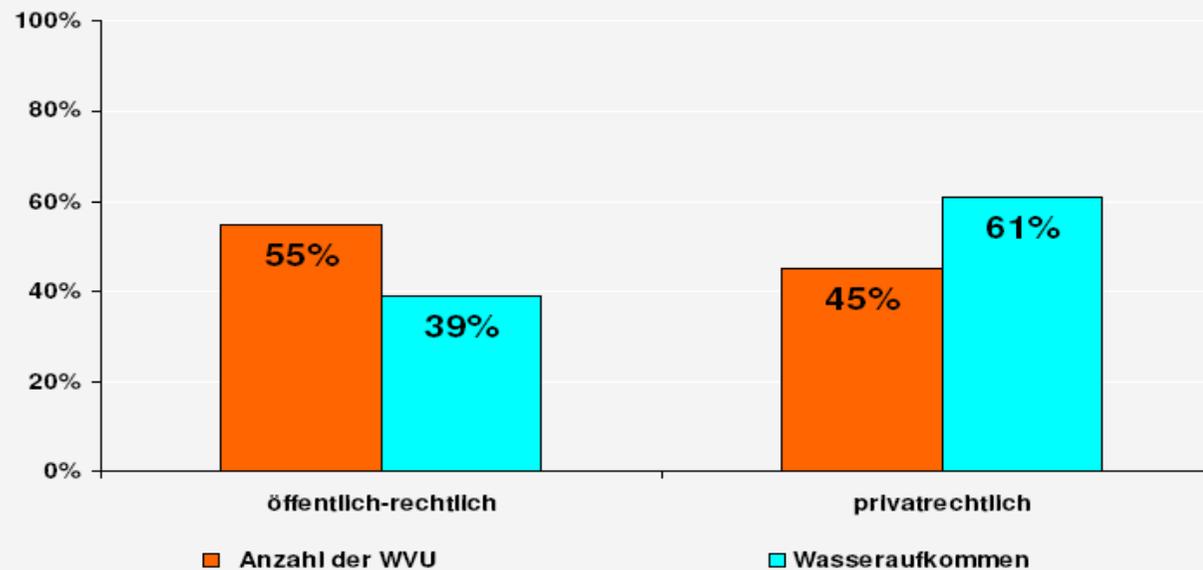


**Niedersächsisches Ministerium
für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr**

(Neu-) Abschluss von Wasserkonzessionsverträgen

Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Unternehmensformen der öffentlichen Wasserversorgung in Deutschland 2007

bdeu
Energie. Wasser. Leben.



BDEW Bundesverband der
Energie- und Wasserwirtschaft e.V.

Quelle: BDEW-Wasserstatistik 2007

10.03.2009



**Niedersächsisches Ministerium
für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr**

(Neu-) Abschluss von Wasserkonzessionsverträgen

- Die deutsche Wasserversorgung ist durch die Existenz weniger großer und einer Vielzahl sehr kleiner Versorgungsunternehmen geprägt, die in unterschiedlichen Rechtsformen geführt werden. Wasserversorgung und Abwasserentsorgung erfolgen in der Regel durch getrennte Unternehmen. Auf der Versorgungsseite existieren 6. 211 WVU, die insgesamt ca. 17.500 Wasserwerke bzw. –gewinnungsanlagen betreiben. Die Abwasserentsorgung erfolgt durch rund 8.000 Betriebe mit insgesamt mehr als 10. 000 Anlagen.



(Neu-) Abschluss von Wasserkonzessionsverträgen

- In 1999 und auch in 2007 liegt das Eigentum an den Unternehmen überwiegend bei den Kommunen.
- In 1999 wurden rund 85 % der WVU in öffentlich-rechtlicher Form betrieben; auf sie entfielen 52% der Wasserabgabemenge. Bei 15% handelte es sich um privatrechtliche Gesellschaften, die 48% der Wasserabgabemenge bereit stellten.
- Im Jahr 2007 werden nur noch 55% der WVU in öffentlich rechtlicher Form betrieben mit 39% Wasseraufkommen und 45% der WVU in privatrechtlicher Form mit 61% Wasserabgabemenge.



(Neu-) Abschluss von Wasserkonzessionsverträgen

- Wasser- und Bodenverbände sind Organisationen, die im öffentlichen Interesse und zum Nutzen ihrer Mitglieder Aufgaben der Wasser- und Bodenwirtschaft wahrnehmen (Gesetz über Wasser- und Bodenverbände, Wasserverbandsgesetz (WVG)). Können von der zuständigen Rechtsaufsichtsbehörde nach § 62 WVG aufgelöst werden.
- In Niedersachsen OOWV 1948 gegründet
(Mitglieder 9 LK, 2 Städte, 2 Gemeinden)
- Wasser- und Abwasserzweckverbände werden organisatorisch nach Ländergesetzen begründet.



(Neu-) Abschluss von Wasserkonzessionsverträgen

Rechtlicher Rahmen

Kartellrechtliche Freistellung der Wasserversorgung

- Fortbestehen der kartellrechtlichen Freistellung der Wasserversorgung nach §§ 103, 103a und 105 GWB a.F., § 131 Abs. 6 GWB.
- Gemeinden können im Rahmen der Konzessionsverträge ausschließliche Wegerechte vergeben.



(Neu-) Abschluss von Wasserkonzessionsverträgen

- Bezüglich der Wasserversorgung dürfen weiterhin folgende, ansonsten als wettbewerbswidrig anzusehende Vertragsarten verwandt werden:
 - Demarkationsverträge i.S. von § 103 Abs. 1 Nr.1 GWB a.F.: Verträge zwischen Versorgungsunternehmen untereinander oder mit Gebietskörperschaften, die den Markt unter sich räumlich aufteilen, in denen sich eine Vertragspartei verpflichtet, die öffentliche Versorgung über feste Leitungswege mit Wasser in bestimmten Gebieten zu unterlassen.
 - Konzessionsverträge i.S. von § 103 Abs. 1 Nr. 2 GWB a.F. mit Ausschließlichkeitsregelungen sind Verträge zwischen Gebietskörperschaften und Versorgungsunternehmen, in denen sich die Gebietskörperschaft



(Neu-) Abschluss von Wasserkonzessionsverträgen

- ggü. einem WVU verpflichtet, die Nutzung öffentlicher Wege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Endverbrauchern mit Wasser in ihrem Gebiet ausschließlich einem Unternehmen zu gestatten.
- Preisbindungsverträge gemäß § 103 Abs. 1 Nr. 3 GWB a.F., Verträge zwischen WVU und Lieferant mit der Verpflichtung, seine Abnehmer nicht zu ungünstigeren Preisen oder Bedingungen zu beliefern, als der Lieferant vergleichbaren Abnehmern gewährt.



(Neu-) Abschluss von Wasserkonzessionsverträgen

- Verbundverträge, § 103 Abs. 1 Nr. 4 GWB a.F., Verträge zwischen WVU, feste Leitungswege ausschließlich einem oder mehreren Unternehmen zur Verfügung zu stellen.



(Neu-) Abschluss von Wasserkonzessionsverträgen

- Die Begrenzung der Freistellung von Verträgen der Versorgungsunternehmen nach § 103a GWB a.F. findet keine Anwendung auf WVU, d.h. keine Befristung auf 20 Jahre. In der Praxis finden sich Begrenzungen von 20 bis zu 40 Jahren.
- Prüfungsverfahren des § 103a Abs. 2 GWB a.F. gilt nicht für Wasser.
- § 103a Abs. 1 S. 3 GWB a.F. gilt auch nicht für Wasser, d.h. Vertragsparteien sind nicht verpflichtet, eine Vertragsverlängerung oder einen Neuabschluss bei der Kartellbehörde anzumelden.



(Neu-) Abschluss von Wasserkonzessionsverträgen

- Fortgeltung der kartellrechtlichen Freistellung von Wasserkonzessionsverträgen
und
Verhältnis zu Art. 101, 102 AEUV?



(Neu-) Abschluss von Wasserkonzessionsverträgen

- In der Wasserversorgung entscheiden die Gemeinden durch den Abschluss von Wasserkonzessionsverträgen über den Betreiber des Leitungsnetzes der allgemeinen Versorgung **und** über den jeweiligen Grundversorger.
- Fortgeltung der Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände vom 04.03.1941 (KAE). Danach hat das WVU Konzessionsabgaben an die Gemeinde für die Einräumung eines Wegenutzungsrechtes und die Ausschließlichkeitszusage zu zahlen.



(Neu-) Abschluss von Wasserkonzessionsverträgen

- Nach § 2 Abs. 2 KAE werden die Konzessionsabgaben als Prozentsatz der Wasserentgelte festgelegt; die Höchstsätze für Tarifabnehmer sind nach Gemeindegröße gestaffelt; für Sonderabnehmer nicht mehr als 1,5%.
- Nach § 5 Abs. 4 KAE dürfen die vereinbarten KA nur dann an die Gemeinde gezahlt werden, wenn das WVU einen Mindestgewinn von 4% seines Eigen- oder Nominalkapitals erwirtschaftet hat.
- KA geht in die Gesamtkosten des WVU ein.
- Beachtung von § 6 KAE für die Wasserversorgung (Nebenleistungsverbot)
- Entsprechende Anwendung des § 48 EnWG auf den Wasserbereich, § 117 EnWG



(Neu-) Abschluss von Wasserkonzessionsverträgen

- Gemeinde ist marktbeherrschende Alleinanbieterin von Wegerechten in ihrem Gemeindegebiet als dem räumlich relevanten Markt iSv § 19 Abs. 2 GWB, so dass die Gemeinde über eine marktbeherrschende Stellung i.S. der §§ 19, 20 GWB auf dem Markt für die Vergabe des Wasserkonzessionsvertrages verfügt.
- Verpflichtung zur Beachtung der Grundsätze aus dem AEUV für wettbewerbliches Verfahren und
 - >> des Missbrauchsverbotes nach § 19 Abs. 1 iVm Abs. 4 Nr. 1 GWB (Behinderungsmissbrauch) und
 - >> des Diskriminierungsverbotes nach § 20 Abs. 1 GWB.



(Neu-) Abschluss von Wasserkonzessionsverträgen

„Vergabe“ von Wasserkonzessionsverträgen

- Grundsätzlich müssen Gemeinden ihre Wegenutzungsrechte für die Wasserversorgung nicht in einem Vergabeverfahren vergeben.

Vergaberecht ist **nicht** anwendbar!

Da es sich bei der Vergabe eines Wasserkonzessionsvertrages um eine **Dienstleistungskonzession** handelt.



(Neu-) Abschluss von Wasserkonzessionsverträgen

Vergabe von Dienstleistungskonzessionen im Bereich Wasserversorgung auf der Grundlage von EU-Recht

- Nach Art. 1 Abs. 3 Ziff. b) der Richtlinie 2004/17/EG (Sektorenrichtlinie – SKR) und Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18/EG (Vergabekoordinierungsrichtlinie – VKR) ist eine Dienstleistungskonzession ein Vertrag, der von einem Dienstleistungsauftrag nur insoweit abweicht, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistung ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.



(Neu-) Abschluss von Wasserkonzessionsverträgen

- Eine Dienstleistungskonzession liegt dann vor, wenn die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen in dem Recht zur Nutzung/Verwertung der Dienstleistung besteht und der Dienstleistungserbringer das mit den fraglichen Dienstleistungen verbundene Betriebsrisiko übernimmt (siehe EuGH Urteil v. 13.08.2005, C-458/03 – Parking Brixen; EuGH Urteil v. 18.07.2007, C-382/05 EuGH Urteil v. 10.09.2009, Rs. C-206/08 WAZV Gotha, Rn 51, 59, 68)



(Neu-) Abschluss von Wasserkonzessionsverträgen

- Recht zur Nutzung als Gegenleistung
in der Trinkwasserversorgung: Konzessionär erhält das Recht, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Entgelte von den Nutzern zu erheben. (EuGH Gotha, Rn 51, 59, 77)
- Konzessionär trägt das wirtschaftliche Risiko
in der Trinkwasserversorgung: Nur wenn die öffentliche Hand dem Konzessionär das mit der Dienstleistung verbundene Risiko ganz oder zu einem erheblichen Teil überträgt. Selbst wenn das Risiko des öffentl. AG erheblich eingeschränkt ist, ist es erforderlich, dass er das volle Betriebsrisiko oder zumindest einen wesentlichen Teil davon auf den Konzessionär überträgt. (EuGH Gotha, Rn 77)



(Neu-) Abschluss von Wasserkonzessionsverträgen

Zudem sind bei der Vergabe von DLK die

Grundprinzipien des AEUV zu beachten:

- Grundsatz der Transparenz
- Grundsatz der Nichtdiskriminierung
- Grundsatz der Gleichbehandlung
- Grundsatz der Verhältnismäßigkeit



(Neu-) Abschluss von Wasserkonzessionsverträgen

- Mitgliedschaft im OOWV
 - LK sind Mitglieder im OOWV. Gemeinden in den LK auch? Was ist zu beachten, wenn Gemeinde die Wasserversorgung vergeben will?
 - Ist der Beitritt zum Verband eine vergaberechtspflichtiger Vorgang?
 - Rechte und Pflichten der Gemeinden, die bereits Mitglieder des OOWV sind. Möglichkeiten des Verbandsaustritts, um Wasserkonzessionsvertrag im Wettbewerb vergeben zu können?



(Neu-) Abschluss von Wasserkonzessionsverträgen

Direktvergabe einer Wasserkonzession im Wege eines sog. Inhouse Geschäfts?

- Voraussetzung ist grundsätzlich, dass der öffentl. AG den Auftragnehmer “wie eine eigene Dienststelle kontrollieren kann“ und dieser „im Wesentlichen für den Auftraggeber tätig“ ist.
- Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ist dann nicht mehr anzunehmen, wenn die Konzession an ein gemischt-wirtschaftliches Unternehmen gehen soll, bei dem neben dem öffentl. Anteilseigner auch ein Privater am Kapital beteiligt ist.



(Neu-) Abschluss von Wasserkonzessionsverträgen

- Marktkriterium – Ausschluss einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs: „Im Wesentlichen für den Auftraggeber tätig“

Nach der EuGH Rechtsprechung dann erfüllt, wenn Auftragnehmer seine geschäftliche Tätigkeit „nahezu ausschließlich“ (92,5%) für den öffentl. AG erbringt, der das Unternehmen kontrolliert. (EuGH, Urteil vom 19.04.2007, RS C-295/05 Asemfo)

- „Fall Hinte“ im Jahr 2005 - Übertragung der Abwasserbeseitigung auf den OOWV.

EU KOM wollte Klage erheben, weil keine vollständige Kompetenzübertragung der Gemeinde Hinte.



(Neu-) Abschluss von Wasserkonzessionsverträgen

Direktvergabe im Rahmen der interkommunalen Zusammenarbeit?

- Keine Ausschreibungspflicht, wenn staatliche Einheiten im Rahmen einer Kooperation eine ihnen allen gemeinsam oder ihnen jeweils für ihren Zuständigkeitsbereich obliegende Aufgabe auf die andere staatliche Einheit. Dabei dürfen nur im öffentlichen Interesse liegende Ziele verfolgt werden und der staatliche Bereich darf materiell nicht verlassen werden. (EuGH, Urteil v. 9. 6. 2009-C-480/06 Rotenburg/Wümme)



(Neu-) Abschluss von Wasserkonzessionsverträgen

Zulässigkeit der Änderung von laufenden Dienstleistungskonzessionen

- führt nach der EuGH Rechtsprechung zu der Pflicht, diese neu zu vergeben, wenn es sich um eine wesentliche Änderung handelt. (EuGH, Urteil v. 19.06.2008, RS C-454/06 Presstext, Rn 34)
- ...“den Willen der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen des Vertrages erkennen (lässt)“.
- „...das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrages in einer im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehenen Weise zugunsten des Auftragnehmers ändert.“



(Neu-) Abschluss von Wasserkonzessionsverträgen

- Verlängerung der Laufzeit eines Vertrages.
- Änderung des vertraglich vereinbarten Leistungsentgelts.
- automatische Verlängerung einer Konzession durch Kündungsverzicht ist kein vergaberechtlich relevanter Vorgang;
- ebenso, wenn es sich um eine wesentliche Änderung zulasten des Konzessionsnehmers handelt oder eine Änderung im Vertrag bereits angelegt ist, es sei denn die betreffende Ausgangsbedingung war ein für den Abschluss des Vertrages ausschlaggebender Umstand.



(Neu-) Abschluss von Wasserkonzessionsverträgen

Zulässige Höchstlaufzeit von Dienstleistungskonzessionen

- Vergabe öffentlicher Aufträge auch auf unbestimmte Dauer zulässig (EuGH, Urteil v. 19.06.2008, RS C-454/06 P, Presstext, Rn 74)



(Neu-) Abschluss von Wasserkonzessionsverträgen

„Rekommunalisierung in der Wasserversorgung“

Beschluss des OLG Frankfurt v. 30.08.2011-11 Verg:

Aufgrund einer kartellrechtlichen Preissenkungsverfügung entschied eine Kommune 2010, die Wasserversorgung künftig wieder in öffentl.-rechtl. Form zu erbringen, dazu gründete sie einen Eigenbetrieb und schloss mit der GmbH ohne vorherige Ausschreibung einen Pacht- und Betriebsführungsvertrag mit 5jähriger Laufzeit. Dies griff ein Wettbewerber im Nachprüfungsverfahren an.

- Rekommunalisierung kann öffentl. Auftrag darstellen.
- vergaberechtsfreies Inhouse-Geschäft liegt nicht vor.
- das in § 3a VOL/A erwähnte Ausschließlichkeitsrecht liegt hier vor, weil der AG seinen Beschaffungsbedarf nur mit dem nämlichen Schutzrecht oder Eigentum oder unter dessen Zuhilfenahme decken kann. Ausschließlichkeitsrecht kann auch in einem langfristig bindenden Vertrag begründet sein. Pacht- und Betriebsführungsvertrag konnte nur mit GmbH abgeschlossen werden, da nur sie Eigentümerin der technischen Anlagen zur Wasserversorgung im Gemeindegebiet war.



(Neu-) Abschluss von Wasserkonzessionsverträgen

Daraus folgt,

- Dienstleistungskonzessionen fallen (noch) nicht unter den Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts.
- Grundprinzipien des AEUV sind zu beachten.
- Freihändige Vergabe von Dienstleistungskonzessionen ist zulässig bei Inhouse-Geschäften und interkommunaler Zusammenarbeit.



(Neu-) Abschluss von Wasserkonzessionsverträgen

- Stärkung des Wettbewerbs in der Wasserwirtschaft
- BMWi Forschungsvorhaben: Optionen, Chancen und Rahmenbedingungen einer Marktöffnung für eine nachhaltige Wasserversorgung, Endbericht - Juli 2001
- Beschluss der WMK 2./3.5.2002: Liberalisierung der Wasserwirtschaft ist problematisch, aber Einbeziehung wettbewerblicher Elemente
- Bericht der Bundesregierung zur Modernisierungsstrategie für die deutsche Wasserwirtschaft und für ein stärkeres internationales Engagement der deutschen Wasserwirtschaft, 2006
- 8. GWB Novelle - § 31 E- Überführung der Normen aus dem GWB a.F.
- Richtlinienvorschlag über die Konzessionsvergabe, KOM (2011) 897 endgültig
- Sondergutachten der Monopolkommission zur 8. GWB-Novelle - langfristig eine sektorspezifische Regulierung der Wasserentgelte einführen.



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Heike Zinram

Niedersächsisches Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr

Tel. 0511 - 120 5546

Fax. 0511 - 120 99 5546

Heike.Zinram@mw.niedersachsen.de



**Niedersächsisches Ministerium
für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr**