

Allianz der öffentlichen Wasserwirtschaft e.V. Reinhardtstr. 18a. 10117 Berlin

Bundesministerium für Wirtschaft und  
Energie  
Referat I B 6  
Herrn Dr. Thomas Solbach  
Scharnhorststr. 34-37  
10115 Berlin

Nur per E-Mail:  
[buero-ib6@bmwi.bund.de](mailto:buero-ib6@bmwi.bund.de)

**Allianz der öffentlichen  
Wasserwirtschaft e.V.**

Reinhardtstr. 18a  
10117 Berlin

Tel.: 030 397436-06  
Fax: 030 397436-83

kutzsch@aew.de  
www.aew.de

Datum:  
2015-05-26

**AöW-Stellungnahme zum BMWi-Referentenentwurf (Stand: 30.04.2015) eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien 2014) [Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergModG]**

Sehr geehrter Herr Dr. Solbach,  
sehr geehrte Damen und Herren,

die Allianz der öffentlichen Wasserwirtschaft e.V. (AöW) nimmt hiermit als Interessenvertretung der öffentlichen Wasserwirtschaft in Deutschland zu oben genanntem Referentenentwurf Stellung. Mitglieder der AöW sind Einrichtungen und Unternehmen der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung, die ihre Leistungen selbst oder durch verselbstständigte Einrichtungen erbringen und vollständig in öffentlicher Hand sind. Ebenso sind Wasser- und Bodenverbände sowie wasserwirtschaftliche Zweckverbände und deren Zusammenschlüsse in der AöW organisiert.

Die vorgesehenen Regelungen betreffen die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit und Formen der Interkommunalen Zusammenarbeit (Zweckverband, öffentlich-rechtliche Vereinbarung oder Zweckvereinbarung, gemeinsame kommunale Anstalt öffentlichen Rechts). Laut dem Eckpunktepapier der Bundesregierung sollen die EU-Vergaberichtlinien [RL 2014/24/EU (Auftragsvergabe-RL); RL 2014/25/EU (Sektoren-RL); RL 2014/23/EU (Konzessions-RL)] zu öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit „eins zu eins“ umgesetzt (Punkt 5 Eckpunktepapier Vergaberecht) werden. Der Referentenentwurf weicht jedoch – wenn auch sehr gering – von den EU-Vergaberichtlinien ab, was zu Rechtsunsicherheit führen kann. Auch sind aus der Begründung Auslegungen zu entnehmen, die über eine „eins-zu-eins“-Umsetzung hinausgehen.

Unser Fokus liegt darauf, zu verhindern, dass in der Wasserwirtschaft in Deutschland private Anbieter oder Öffentlich-Private-Partnerschaften (ÖPP) die bewährten öffentlich-rechtlichen Strukturen verdrängen können. In diesem Zusammenhang ist wichtig, auf den Koalitionsvertrag für die 18. Legislaturperiode hinzuweisen. Darin heißt es: „Die öffentliche Daseinsvorsorge, insbesondere die Daseinsvorsorge auf regionaler und kommunaler Ebene (z. B. die Wasserversorgung) gehört zum Kernbestand staatlicher Aufgaben.“ (S. 164 Koalitionsvertrag).

Von dieser Festlegung weicht aber bereits das Eckpunktepapier zum Vergaberecht (am 07.01.2015 von der Bundesregierung beschlossen) ab, wonach zentrale Leistungen der Daseinsvorsorge „weiterhin sowohl in öffentlicher als auch in privater Verantwortung verbraucherfreundlich und kostengünstig erbracht werden können.“ (Punkt 5. Eckpunktepapier Vergaberecht). Die bisherigen Erfahrungen mit Privatisierungen und Öffentlich-Private-Partnerschaften in Deutschland im Bereich der Trinkwasserversorgung und Abwasserbeseitigung haben aber gezeigt, dass dadurch erhebliche Nachteile für die Nutzer und für die Allgemeinheit entstehen können – und zwar in ökonomischer, ökologischer und sozialer Hinsicht.

Die Ausnahme für die Vergabe von Konzessionen für den Wasserbereich in § 149 Nr. 9 GWB-RefE setzt Art. 12 der Konzessions-RL um und ist, nachdem sich der Erfolg der Europäischen Bürgerinitiative „right2water“ abzeichnete, aufgenommen worden. Rund 1,9 Mio. EU-Bürger und über 1,3 Mio. aus Deutschland haben dabei den Appell „Wasser ist ein Öffentliches Gut und keine Handelsware“ unterstützt und die EU-Kommission unter anderem aufgefordert: „Die Versorgung mit Trinkwasser und die Bewirtschaftung der Wasserressourcen darf nicht den Binnenmarktregeln unterworfen werden. Die Wasserwirtschaft ist von der Liberalisierungsagenda auszuschließen.“ Im Hinblick auf die Ausnahmen der Konzessions-RL für den Wasserbereich (vorgesehen in § 149 Nr. 9 GWB-RefE) wird die EU-Kommission die wirtschaftlichen Auswirkungen der Ausschlüsse nach Art. 12 Konzessions-RL auf den Binnenmarkt unter Berücksichtigung der besonderen Strukturen in der Wasserwirtschaft prüfen und bis 18. April 2019 darüber Bericht erstatten (sogenannte Review-Klausel). Bereits im Januar 2015 hat die EU-Kommission eine Untersuchung zur Vergabepaxis und den Auswirkungen dieser Ausnahme in Auftrag gegeben. Die Interviews dazu in fünf EU-Staaten laufen noch, die Ergebnisse der Untersuchung sollen bisher nicht veröffentlicht werden. Im Rahmen des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes ist es aus der Sicht der AöW deshalb wichtig, dass ein Rechtsrahmen geschaffen wird, nach dem eine Streichung dieser Ausnahmen durch Regelungslücken oder Ermöglichung von rechtsmissbräuchlichen Öffentlich-Privaten-Partnerschafts-Konstruktionen in Deutschland verhindert wird.

### **Aus dieser einleitenden Perspektive heraus haben wir einige Anmerkungen und Forderungen zu dem Referentenentwurf:**

#### **1.**

#### **Ausnahmen und Struktur der Regelungen**

Die vorgesehenen Regelungen enthalten Ausnahmen für Formen der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit und Formen der Interkommunalen Zusammenarbeit, die sich auf den Anwendungsbereich der öffentlichen Auftragsvergabe, der Sektoren-Auftragsvergabe und ggf. der Konzessionsvergabe beziehen (§ 108 GWB-RefE). Die für uns relevanten Ausnahmen ergeben sich außerdem aus den Regeln für die Vergabe von Ausschließlichkeitsrechten (§ 116 Nr. 6 GWB-RefE für die Auftragsvergabe; § 137 Nr. 6 GWB-RefE für die Sektorenvergabe; ggf. § 149 Nr. 6 GWB-RefE für die Vergabe von Konzessionen). Schließlich ist auch eine besondere Ausnahme für den Wasserbereich in § 149 Nr. 9 GWB-Ref-E betreffend Konzessionen vorgesehen. Zusätzlich sind für uns auch die Ausnahmen für verbundene Unternehmen (§ 138 GWB-RefE betreffend Sektoraufträge; ggf. § 154 Nr. 5 GWB-RefE betreffend Konzessionsvergaben) und

Ausnahmen für Gemeinschaftsunternehmen (§ 139 GWB-RefE betreffend Sektorenaufträge; ggf. § 154 Nr. 6 GWB-RefE betreffend Konzessionsvergaben) von Bedeutung, wobei diese Ausnahmen auch für Auftraggeber in (teilweise) privater Hand angelegt sind.

**Diese vielschichtigen Ausnahmen für Unternehmen in öffentlicher Hand begrüßen wir, sie schaffen für die rein öffentlichen Unternehmen eine größere Rechtssicherheit und die Gesetzesstruktur ist aus unserer Sicht sogar klarer und nachvollziehbarer als die umzusetzenden EU-Vergaberichtlinien.**

## **2.**

### **Ausnahme für gesetzlich vorgeschriebene Privatbeteiligungen**

§ 108 Abs. 1 GWB-RefE betrifft die Inhouse-Konstellation, in der ein öffentlicher Auftraggeber ein von ihm kontrolliertes Unternehmen beauftragt. Die Regelungen berücksichtigen die bisherige EuGH-Rspr. dazu, sowie die Vorgaben aus den EU-Vergaberichtlinien [Art. 12 Auftragsvergabe-RL; Art. 17 Konzessions-RL; Art. 28 Sektoren-RL]. Nach § 108 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 GWB-RefE darf dabei keine „direkte“ private Beteiligung an der kontrollierten juristischen Person bestehen. Eine wichtige Ausnahme davon ist, wenn die direkte private Beteiligung gesetzlich vorgeschrieben ist (Zwangsbeteiligung) und keinen ausschlaggebenden Einfluss hat. Diese Vorgabe gilt auch bei der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit nach § 103 Abs. 3 GWB-RefE und § 103 Abs. 4 GWB-RefE. **Dies begrüßen wir.**

## **3.**

### **Vermutungsregel über das Kontrollkriterium**

§ 108 Abs. 2 GWB-RefE betrifft eine Vermutungsregel zum Kontrollkriterium, wenn nämlich „der öffentliche Auftraggeber einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person ausübt.“ Laut der Begründung zum GWB-RefE dient dies nur der Umsetzung von Art. 12 Abs. 1 Unterabs. 2 der Auftragsvergabe-RL (vgl. S. 96 des RefE). Zu berücksichtigen ist jedoch, dass der § 108 GWB-RefE auch der Umsetzung der Sektoren-RL und der Konzessions-RL dient, dies folgt insbesondere aus § 108 Abs. 8 GWB-RefE.

**→ Zur Klarstellung sollte in der Begründung zu § 108 Abs. 2 GWB-RefE und § 108 Abs. 3 GWB-RefE ausdrücklich erwähnt werden, dass diese Regelung auch zur Umsetzung der Art. 28 Abs. 1 Unterabs. 1 der Sektoren-RL und Art. 17 Abs. 1 Unterabs. 1 Konzessions-RL dient.**

## **4.**

### **Ausnahme für die Interkommunale Zusammenarbeit**

§ 108 Abs. 6 GWB-RefE betrifft die Zusammenarbeit zwischen zwei oder mehr öffentlichen Auftraggebern (Interkommunale Zusammenarbeit). In der Gesetzesbegründung zu § 108 Abs. 6 GWB-RefE heißt es: „Unerheblich ist nach § 108 Absatz 6, ob an den öffentlichen Auftraggebern nach § 99 Nummer 1 bis 3 eine private Kapitalbeteiligung besteht. Sofern der Auftrag ausschließlich zwischen öffentlichen Auftraggebern nach § 99 Nummer 1 bis 3 geschlossen wird und die übrigen Voraussetzungen des § 108 Absatz 6 Nummer 1 bis 3 erfüllt sind, können somit auch öffentliche Auftraggeber mit einer privaten Kapitalbeteiligung

die Ausnahmeregelung für die horizontale Zusammenarbeit in Anspruch nehmen.“ (S. 97 des RefE)

Nach dieser Auslegung können auch Öffentlich-Private-Partnerschaften durch § 99 Nummer 2 GWB-RefE vergaberechtsfrei zustande kommen. Eine solche weite Auslegung ergibt sich keineswegs aus der Formulierung der Richtlinien und ist auch nach unserer Ansicht vom EU-Gesetzgeber nicht gewollt gewesen. Eine solche Auslegung kann Anreize für neue Konstruktionen von Öffentlich-Privaten-Partnerschaften und für Umgehungsmöglichkeiten der Vergabe-RL schaffen. Das führt womöglich sogar zur Streichung der Bereichsausnahme nach Art. 12 Konzessions-RL.

- **Wir fordern die Streichung der entsprechenden Textpassage in der Gesetzesbegründung (S. 97 des RefE).**
- **Die Begründung sollte für den Fall der privaten Beteiligung an dem Auftraggeber allein auf die Ausnahme nach den Regelungen für verbundene Unternehmen verweisen (§ 138 GWB-RefE betreffend Sektoraufträge und § 154 Nr. 5 GWB-RefE betreffend Konzessionsvergaben).**
- **Des Weiteren muss ein Kriterium, wie in § 108 Abs. 1 Nr. 3 formuliert, für Zwangsbeteiligungen durch gesetzliche Vorschriften erwähnt werden.**

## 5.

### **Ausnahmen für Ausschließlichkeitsrechte**

Gemäß § 116 Nr. 6 GWB-RefE findet der Abschnitt 2 Unterabschnitt 1 (Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber) keine Anwendung bei Dienstleistungsaufträgen, die an einen öffentlichen Auftraggeber vergeben werden, der ein auf Gesetz oder Verordnung beruhendes ausschließliches Recht hat, die Leistung zu erbringen.

Gemäß § 137 Nr. 6 findet der Abschnitt 3 Unterabschnitt 1 (Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch Sektorauftraggeber) keine Anwendung bei Dienstleistungsaufträgen im Sinne des § 116 Nummer 6, die aufgrund eines ausschließlichen Rechts vergeben werden.

Gemäß § 149 Nr. 6 findet der Abschnitt 3 Unterabschnitt 3 (Vergabe von Konzessionen) bei Dienstleistungskonzessionen keine Anwendung, die an einen Konzessionsauftraggeber nach § 101 Absatz 1 Nummer 1 oder § 101 Absatz 1 Nummer 2 aufgrund eines auf Gesetz oder Verordnung beruhenden ausschließlichen Rechts vergeben werden.

**Die Ausnahmen für Ausschließlichkeitsrechte begrüßen wir.**

## 6.

### **Konzessionsbegriff**

Der Begriff Konzessionen ist in § 105 GWB-RefE definiert und ist stark an Art. 5 Abs. 1 Konzessions-RL angelehnt. In der Praxis werden Konstruktionen für Öffentlich-Private-Partnerschaften geschaffen und das kann ein „Rosinenpicken“ der anzuwendenden Vorschriften bzw. Umgehung des Vergaberechts nach sich ziehen. Hierdurch können erhebliche Nachteile für die Nutzer und für die Allgemeinheit entstehen. Dieses Problem wird

mit der neuen § 105 GWB-RefE nicht gelöst und die Abgrenzungsschwierigkeiten bleiben weiterhin bestehen.

- ➔ **Wir fordern deshalb vor Abschluss von ÖPP-Verträgen und Privatisierungen eine Offenlegung aller Verhandlungen und der Vertragsentwürfe im Sinne der Informationsfreiheitsgesetze. Nur so können auch Bürger sich gegen nachteilige Privatisierungen und Öffentlich-Private Partnerschaften, in welcher Konstruktion auch immer, wirksam wehren.**
- ➔ **Bei Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen der Behandlung als Konzession oder als Auftragsvergabe sollten diese Fälle als vergabepflichtig behandelt werden. Dies ist in den Verordnungsermächtigungen aufzunehmen. Damit lässt sich eine Umgehung des Vergaberechts wirksam verhindern.**



Christa Hecht  
Geschäftsführerin

Allianz der öffentlichen Wasserwirtschaft e.V.  
Reinhardtstr. 18a, 10117 Berlin

Tel.: 0 30/39 74 36 06

Fax: 0 30/39 74 36 83

[hecht@aoew.de](mailto:hecht@aoew.de)

[www.aoew.de](http://www.aoew.de)

#### **Die Allianz der öffentlichen Wasserwirtschaft e.V. (AöW)**

Die AöW ist die Interessenvertretung der öffentlichen Wasserwirtschaft in Deutschland. Zweck des Vereins ist die Förderung der öffentlichen Wasserwirtschaft durch die Bündelung der Interessen und Kompetenzen der kommunalen und verbandlichen Wasserwirtschaft.

AöW-Mitglieder sind Einrichtungen und Unternehmen der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung, die ihre Leistungen selbst oder durch verselbstständigte Einrichtungen erbringen und vollständig in öffentlicher Hand sind. Ebenso sind Wasser- und Bodenverbände sowie wasserwirtschaftliche Zweckverbände und deren Zusammenschlüsse in der AöW organisiert. Allein über den Deutschen Bund der verbandlichen Wasserwirtschaft (DBVW) sind über 2000 wasserwirtschaftliche Verbände in der AöW vertreten. Außerdem sind Personen, die den Zweck und die Ziele der AöW unterstützen sowie solche Interessenverbände und Initiativen, Mitglied in der AöW.