

Beiträge zum Vergaberecht

Band 8

**Die Vergabe von Wasserkonzessionen
im Lichte der EU-Richtlinientrilogie 2014 und
des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes 2016
(VergRModG 2016)**

Von

Florian Hensel



Duncker & Humblot · Berlin

FLORIAN HENSEL

Die Vergabe von Wasserkonzessionen
im Lichte der EU-Richtlinientrilogie 2014 und
des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes 2016
(VergRModG 2016)

Beiträge zum Vergaberecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Thorsten Siegel, Berlin
Prof. Dr. Jan Ziekow, Speyer

Band 8

Die Vergabe von Wasserkonzessionen
im Lichte der EU-Richtlinientrilogie 2014 und
des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes
2016 (VergRModG 2016)

Von

Florian Hensel



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer
hat diese Arbeit im Jahre 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimplar
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 2364-8724
ISBN 978-3-428-18963-2 (Print)
ISBN 978-3-428-58963-0 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2022/2023 von der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer als Dissertation angenommen.

Meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Wolfgang Weiß, danke ich für die ausgezeichnete Betreuung während des gesamten Promotionsverfahrens.

Weiter möchte ich mich bei Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Jan Ziekow für die Erstellung des Zweitgutachtens und die Aufnahme in die Schriftenreihe „Beiträge zum Vergaberecht“ im Verlag Duncker & Humblot bedanken.

Mein besonderer Dank gilt meinen Eltern, die mich in allem unterstützt und motiviert haben.

Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Schlangen, im März 2023

Florian Hensel

Inhaltsübersicht

1. Teil

Einleitung	33
-------------------	----

2. Teil

Die Wasserversorgung in Deutschland und Europa	43
A. Die Wasserversorgung in Deutschland	43
B. Die Wasserversorgung in anderen europäischen Mitgliedsstaaten	55

3. Teil

Terminologische und gesetzliche Grundlagen im Vergaberecht vor und nach der EU-Richtlinientrilogie 2014	61
A. Wesentliche Eckpunkte und Begriffe im Vergabeverfahren	61
B. Untersuchungsrelevante Terminologie im europäischen Sekundärrecht vor dem EU-Richtlinienpaket 2014	66
C. Untersuchungsrelevante Terminologie im europäischen Sekundärrecht mit dem EU-Richtlinienpaket 2014	73
D. Das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz (VergRModG 2016) als deutsche Umsetzung des Richtlinienpakets 2014	89

4. Teil

Rechtssicherheit bei der Vergabe von Wasserkonzessionen	91
A. Die Klärung des Rechtsrahmens als Prüfungsmaßstab für die Rechtssicherheit	92
B. Rechtliche Einordnung von Wasserkonzessionen	93
C. Primärrechtliche Grundsätze als Auffangregeln i. R. d. Vergabe von Wasserkonzessionen	123
D. Regelungen vergabefreier Konstellationen für Wasserkonzessionen	155
E. Voruntersuchung zur Übertragbarkeit der Rechtslage für qualifizierte Wegenutzungsverträge nach § 46 Abs. 2 EnWG auf Wasserkonzessionsverträge	176
F. Rechtsschutz bei der Vergabe von Dienstleistungs- und Wasserkonzessionen	189
G. Rechtslage zu besonderen verfahrensrechtlichen Fragen zu Eignungs- und Zuschlagskriterien bei der Vergabe von Wasserkonzessionen	244

H. Rechtliche Fragestellungen i.R.d. Vertragsgestaltung von Wasserkonzessionsverträgen	270
I. Kartellrechtliche Vorgaben für Wasserkonzessionen	335

5. Teil

Die abgeleiteten Fragestellungen zum Gesetzgebungsverfahren für die Konzessionsrichtlinie RL 2014/23/EU und dem VergRModG 2016 hinsichtlich der Ausnahme im Bereich der Wasserversorgung	345
A. Entkräftung der Begründungen aus den Gesetzgebungsverfahren	345
B. Zusammenfassung	378

6. Teil

Ergebnisse	380
A. Ergebnisse zur Rechtssicherheit bei der Vergabe von Wasserkonzessionen de lege lata	380
B. Ergebnisse zur Rechtssicherheit bei der Vergabe von Wasserkonzessionen bei Anwendung der RL 2014/23/EU und der RL 2007/66/EG de lege ferenda	387
C. Entkräftung der Begründungen zur Ausnahme der Wasserkonzessionen aus der RL 2014/23/EU	390

7. Teil

Ergebnisabgeleitete gebotene legislative Handlungsoptionen	395
A. Änderungen auf der Ebene des EU-Rechts	395
B. Änderungen auf der Ebene des deutschen Rechts	396
C. Tabellarische Zusammenfassung	396

8. Teil

Fazit und Ausblicke	398
Literaturverzeichnis	400
Stichwortverzeichnis	407

Inhaltsverzeichnis

1. Teil

Einleitung	33
-------------------	----

2. Teil

Die Wasserversorgung in Deutschland und Europa	43
A. Die Wasserversorgung in Deutschland	43
I. Verantwortlichkeit der Gemeinden	43
1. Verfassungsrechtliche Einordnung und Inhalt der Wasserversorgung	43
a) Verfassungsrechtliche Einordnung	43
b) Aufgaben der Gemeinden	44
c) Konkretisierungen in den Landeswassergesetzen	44
d) Inhalt der Wasserversorgung	45
2. Wasserversorgung als Pflichtaufgabe der Gemeinden	46
3. Wasserversorgung als freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe	46
a) Literaturauffassungen	46
b) Eigene Einordnung	47
II. Organisationsformen der Wasserversorgung	47
III. Allgemeine vertragliche Ausgestaltung der Wasserkonzession	49
IV. Die ortsnahe Wasserversorgung, § 50 Abs. 2 S. 1 HS. 1 WHG	50
1. Grundsatz nach § 50 Abs. 2 S. 1 HS. 1 WHG	50
2. Ausnahme nach § 50 Abs. 2 S. 1 HS. 2 WHG	52
3. Ausnahme nach § 50 Abs. 2 S. 2 WHG	52
V. Der Anschluss- und Benutzungszwang	53
VI. Kostendeckungsprinzip und Preiskontrolle	54
B. Die Wasserversorgung in anderen europäischen Mitgliedsstaaten	55
I. England und Wales	56
II. Frankreich	56
1. Privatisierungsmodelle im Vergleich zu England/Wales	56
2. Der Fall von Grenoble, 1989–2000	57
III. Italien	57
IV. Österreich	58

V. Niederlande	58
1. Verantwortlichkeit und Privatisierung	58
2. Eigene Einschätzung	58
VI. Irland	59
VII. Conclusio	59

3. Teil

Terminologische und gesetzliche Grundlagen im Vergaberecht vor und nach der EU-Richtlinientriologie 2014		61
A. Wesentliche Eckpunkte und Begriffe im Vergabeverfahren		61
I. Bekanntmachung		61
II. Vergabeunterlagen		62
1. Leistungsbeschreibung, §§ 152 Abs. 1, 121 Abs. 1 S. 1 GWB		62
2. Vertragsbedingungen, § 16 KonzVgV		62
III. Verfahrensfristen		63
1. Angebotsfrist		63
2. Bindefrist		63
3. Rügefrist		63
4. Informations- und Wartepflicht		64
IV. Prüfung der Angebote		64
1. Formale Prüfung		64
2. Eignungsprüfung		65
a) Zweck der Eignungsprüfung		65
b) Eignungskriterien		65
aa) Befähigung zu der Berufsausübung		65
bb) Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit		65
cc) Technische und berufliche Leistungsfähigkeit		66
3. Preisprüfung		66
4. Zuschlagsprüfung		66
B. Untersuchungsrelevante Terminologie im europäischen Sekundärrecht vor dem EU-Richtlinienpaket 2014		66
I. RL 2004/18/EG (Vergabe öffentlicher Aufträge)		67
1. Anwendungsbereich, Art. 7 RL 2004/18/EG		67
2. Definitionen		67
a) Öffentlicher Auftrag, Art. 1 Abs. 2 lit. a) RL 2004/18/EG		67
b) Dienstleistungskonzession, Art. 1 Abs. 4 RL 2004/18/EG		67
c) Öffentlicher Auftraggeber, Art. 1 Abs. 9 RL 2004/18/EG		68
3. Umzusetzende Vorgaben für die Vergabe öffentlicher Aufträge		68
4. Ausnahme bzgl. Dienstleistungskonzessionen		68

5. Nationale Umsetzung der Richtlinie	69
II. RL 2004/17/EG (Sektorenvergabe)	69
1. Anwendungsbereich und Begriff des „Auftraggebers“, Art. 2 Abs. 2 RL 2004/17/EG	69
2. Weitere Definitionen	69
a) Öffentlicher Auftraggeber, Art. 2 Abs. 1 RL 2004/17/EG	69
b) Öffentlicher Dienstleistungsauftrag, Art. 1 Abs. 2 lit. d) RL 2004/17/EG/ Dienstleistungskonzession, Art. 1 Abs. 3 lit. b) RL 2004/17/EG	69
c) Tätigkeit im Sinne der Art. 3–7 RL 2004/17/EG	70
3. Umzusetzende Vorgaben für die Vergabe durch Auftraggeber	70
4. Ausnahmen bzgl. Dienstleistungskonzessionen	70
5. Nationale Umsetzung der Richtlinie	70
III. RL 2007/66/EG (Rechtsmittelrichtlinie)	70
1. Anwendungsbereich der RL 2007/66/EG	70
2. Ziel der RL 2007/66/EG	71
3. Kernelemente der Richtlinie hinsichtlich des Rechtsschutzes	71
4. Bedeutung der RL 2007/66/EG für die vorliegende Arbeit	72
5. Nationale Umsetzung der Richtlinie	72
C. Untersuchungsrelevante Terminologie im europäischen Sekundärrecht mit dem EU-Richtlinienpaket 2014	73
I. Die Konzessionsrichtlinie, RL 2014/23/EU	73
1. Persönlicher Anwendungsbereich, Art. 1 Abs. 2 RL 2014/23/EU	74
a) Öffentlicher Auftraggeber, Art. 6 RL 2014/23/EU	74
b) Auftraggeber, Art. 7 RL 2014/23/EU	74
2. Sachlicher Anwendungsbereich, Art. 1 Abs. 1, 2 RL 2014/23/EU	74
3. Der neue Begriff der Dienstleistungskonzession, Art. 5 Nr. 1 lit. b) RL 2014/23/EU	75
a) Die neue Legaldefinition	75
b) Das Betriebsrisiko als Bestandteil der Dienstleistungskonzession	75
aa) Angebots- und Nachfragerisiko	75
bb) Normale Betriebsbedingungen	75
c) Die Betrauung	76
aa) Beschaffungsbezug	76
bb) Wirtschaftliches Interesse des öffentlichen Auftraggebers	77
4. Grundsatz der Verwaltungsautonomie, Art. 2 RL 2014/23/EU	77
5. Kodifizierung der Ausnahmen bei Konzessionen zwischen öffentlich-rechtlichen Körperschaften aus der RL 2014/23/EU	77
a) In-House-Vergabe, Art. 17 Abs. 1 RL 2014/23/EU	78
b) Interkommunale Zusammenarbeit, Art. 17 Abs. 4 RL 2014/23/EU	78

6. Bereichsausnahme für die Vergabe von Wasserkonzessionen, Art. 12 RL 2014/23/EU	79
a) Wasserkonzession nach Art. 12 RL 2014/23/EU als besondere Form der Dienstleistungskonzession nach Art. 5 Nr. 1 lit. b) RL 2014/23/EU	79
b) Bereitstellung oder Betrieb fester Netze	80
c) Zur Versorgung der Allgemeinheit	80
d) Gewinnung, Transport, Verteilung, Einspeisung von Trinkwasser	81
e) Andere Tätigkeiten, die mit der Trinkwasserversorgung in Zusammenhang stehen, Art. 12 Abs. 2 RL 2014/23/EU	81
aa) Der Begriff des „Zusammenhangs“	82
bb) Die 20%-Regelung	82
II. Die allgemeine Vergaberichtlinie, RL 2014/24/EU	83
1. Ablösung der RL 2004/18/EG	84
2. Persönlicher Anwendungsbereich der Richtlinie, Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Nr. 1 RL 2014/24/EU	84
3. Sachlicher Anwendungsbereich der Richtlinie, Art. 1 RL 2014/24/EU und hierzu erforderliche Definitionen	84
a) Regelungsbereich der Richtlinie	84
b) Öffentliche Auftragsvergabe	85
c) Öffentlicher Auftrag	85
4. Die Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE)	85
5. Kodifizierung der Direktvergaben	85
6. Verfahrensarten	86
a) Offenes Verfahren	86
b) Nicht offenes Verfahren	86
c) Verhandlungsverfahren	87
d) Wettbewerblicher Dialog	87
e) Innovationspartnerschaft	87
III. Die Sektorenrichtlinie, RL 2014/25/EU	88
1. Anwendungsbereich	88
2. Vergleich zur allgemeinen Vergaberichtlinie	88
3. Kodifizierung der Direktvergaben	89
D. Das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz (VergRModG 2016) als deutsche Umsetzung des Richtlinienpakets 2014	89

4. Teil

Rechtssicherheit bei der Vergabe von Wasserkonzessionen	91
A. Die Klärung des Rechtsrahmens als Prüfungsmaßstab für die Rechtssicherheit	92

B. Rechtliche Einordnung von Wasserkonzessionen	93
I. Rechtslage vor dem VergRModG 2016 als Beurteilungsgrundlage	93
1. Definition von Wasserkonzessionen	93
2. These zur rechtlichen Einordnung der Wasserkonzession als Dienstleistungskonzession	94
a) EuGH Urteil „WAZV Gotha/Eurawasser“ als Thesegrundlage	94
aa) Gegenstand und Inhalt des Urteils	94
bb) Einordnung der Wasserkonzession als Dienstleistungskonzession nach Art. 1 Abs. 3 lit. b) RL 2004/17/EG	96
b) Thesenverifikation anhand näherer Abgrenzung der Dienstleistungskonzession zum öffentlichen Auftrag	98
aa) Gegenleistung und Entgeltlichkeit als Abgrenzungskriterien	99
(1) Restriktiver thesenstützender Entgeltlichkeitsbegriff	100
(2) Erweiterter thesenkritischer Entgeltlichkeitsbegriff	100
(3) Einschätzung des EuGH und anderer Organe der EU	101
(4) Eigene Bewertung zur Gegenleistung und Entgeltlichkeit: Verifikation der These	101
bb) Umfang und Weite des Betriebsrisikos als Abgrenzungskriterien	102
(1) Weites thesenstützendes Verständnis des EuGH hinsichtlich des Betriebsrisikos	102
(2) Restriktives thesenkritisches Verständnis des EuGH hinsichtlich des Betriebsrisikos	107
(3) Verständnis der EU-Kommission hinsichtlich des Betriebsrisikos	108
(4) Meinungsstand zur Bewertung des Betriebsrisikos in der Literatur	108
(5) Thesenstützende Reaktionen nationaler Gerichte auf die EuGH-Rechtsprechung zum Betriebsrisiko und Einordnung deren Einschätzung	111
(6) Eigene Bewertung der Rechtsprechungen bzgl. des Vorliegens eines Betriebsrisikos: Verifikation der These	113
c) Ergebnis: Verifikation der These	114
3. Ergebnis zur rechtlichen Einordnung von Wasserkonzessionen vor dem VergRModG 2016	114
II. Rechtslage nach dem VergRModG 2016 im Vergleich zur vorherigen	115
1. Änderung der Definition der Dienstleistungs- und Wasserkonzessionen	115
a) Erstmalige Legaldefinition der Wasserkonzession	115
b) Neue Definition der Dienstleistungskonzession	115
aa) Wortlaut der Definition	115
bb) Relevanz der Entgeltlichkeit zur Abgrenzung von Dienstleistungskonzession und öffentlichem Auftrag	116
(1) Verständnis von Entgelt und Gegenleistung in der Richtlinie RL 2014/23/EU und Literatur	116

(2) Eigene Einschätzung zum Verständnis von Entgelt und Gegenleistung	117
(3) Auswirkungen der unterschiedlichen Auslegungen des Entgeltbegriffs auf die Einordnung einer Dienstleistungskonzession nach Art. 5 Nr. 1 lit. b) RL 2014/23/EU	118
cc) Das Betriebsrisiko als Abgrenzungskriterium der Dienstleistungskonzession zu dem öffentlichen Auftrag	119
2. Auswirkungen des Einbezugs von Dienstleistungskonzessionen in die RL 2014/23/EU und Herausnahme von Wasserkonzessionen	120
a) Fortgeltende Einordnung der Wasserkonzessionen als Dienstleistungskonzessionen	121
b) Änderung des Vergleichsmaßstabs für Wasserkonzessionen	121
c) Relevanz der Abgrenzungsproblematik zwischen öffentlichen Aufträgen und Dienstleistungskonzessionen	122
3. Ergebnis zur rechtlichen Einordnung von Wasserkonzessionen nach dem VergRModG 2016	122
III. Zusammenfassung zur rechtlichen Einordnung von Wasserkonzessionen	122
C. Primärrechtliche Grundsätze als Auffangregeln i. R. d. Vergabe von Wasserkonzessionen	123
I. Rechtslage vor dem VergRModG 2016 als Beurteilungsgrundlage	123
1. Vorfrage: Anwendbarkeit des Sekundärrechts für die Vergabe von Wasserkonzessionen	123
a) Ausschluss aus Vergabe- und Rechtsmittelrichtlinie	124
aa) Ausschluss nach Art. 17 RL 2004/18/EG und Art. 18 RL 2004/17/EG	124
bb) Auswirkung der Einordnung als Dienstleistungskonzession oder öffentlichem Auftrag auf die Anwendbarkeit der Vergaberichtlinien ..	124
cc) Begründungen des Ausschlusses im Gesetzgebungsverfahren	125
dd) Begründungen des Ausschlusses aus der Literatur	125
b) Entsprechende Anwendung der Vorgaben für öffentliche Aufträge und Baukonzessionen	126
c) Ergebnis zur Vorfrage	127
2. Anwendbarkeit der primärrechtlichen Grundsätze	127
a) Grenzüberschreitendes Interesse/Binnenmarktrelevanz als Grundvoraussetzung	127
b) Der Gleichbehandlungsgrundsatz und seine Konkretisierungen	129
aa) Der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz	129
(1) Entwicklung durch den EuGH	129
(2) Anwendung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes im Vergaberecht	132
(3) Vergaberechtliche Kasuistik zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz	133
bb) Konkretisierungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz ..	133

c) Der Transparenzgrundsatz	134
aa) Der Transparenzgrundsatz als Ausdruck der Offenheit im Unionsrecht	134
bb) Der Transparenzgrundsatz im Vergaberecht	135
(1) Entwicklung durch den EuGH sowie Anwendung für Dienstleistungs-	
konzessionen	135
(2) Anwendungsbeispiel: Die Bekanntmachung	138
(3) Anwendungsbeispiel: Die Dokumentation des Vergabeverfahrens	139
d) Verhältnis von Transparenz zu Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung	140
e) EuGH-Rechtsprechung zu beiden Grundsätzen	141
aa) Ausgestaltung und Umgang mit Zuschlagskriterien	141
bb) Folgen fehlender Transparenz	142
cc) Überprüfung von Bieterangaben	142
3. Anwendung der primärrechtlichen Grundsätze durch die Rechtsprechung in Deutschland und Österreich	142
a) Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes	143
aa) Deutschland	143
bb) Österreich	143
b) Anwendung des Transparenzgrundsatzes	144
aa) Deutschland	144
bb) Österreich	145
4. Rechtfertigung von Nichtanwendung der primärrechtlichen Grundsätze ..	146
a) Rechtfertigung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV	146
b) Eigene Subsumtion zur Anwendung des Art. 106 Abs. 2 AEUV am Beispiel des Örtlichkeitsprinzips nach § 50 Abs. 2 WHG	148
c) Weitere Rechtfertigungen	150
d) Eigene Einordnung der Rechtfertigungen	150
5. Ergebnis zur Anwendung der primärrechtlichen Grundsätze vor dem VergRModG 2016	150
II. Rechtslage nach dem VergRModG 2016 im Vergleich zur vorherigen	151
1. Kontra Anwendung der primärrechtlichen Grundsätze auf die Vergabe von Wasserkonzessionen	151
2. Pro Anwendung der primärrechtlichen Grundsätze auf die Vergabe von Wasserkonzessionen	152
3. Anwendung der primärrechtlichen Anforderungen für die Vergabe von Wasserkonzessionen durch die Rechtsprechung	153
4. Eigene Stellungnahme zur Anwendung der primärrechtlichen Grundsätze auf die Vergabe von Wasserkonzessionen	154
5. Ergebnis zur Anwendung der primärrechtlichen Grundsätze nach dem VergRModG 2016	154
III. Zusammenfassung zu: Primärrechtliche Grundsätze als Auffangregeln i. R. d. Vergabe von Wasserkonzessionen	154

D. Regelungen vergabefreier Konstellationen für Wasserkonzessionen	155
I. Rechtslage vor dem VergRModG 2016 als Beurteilungsgrundlage	155
1. Die In-House-Vergabe als vergabefreie Konstellation	155
a) Kontrollkriterium	156
b) Wesentlichkeitskriterium	157
2. Die innerstaatliche Zusammenarbeit als vergabefreie Konstellation	159
3. Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zu den vergabefreien Konstellationen	159
a) In-House	159
b) Interkommunale Kooperation	162
4. Problematiken bzgl. der Voraussetzungen an die In-House-Vergabe	163
a) Erfüllung des Kontrollkriteriums bei privater Beteiligung an Stadtwerken und Verbänden	163
b) Erfüllung des Wesentlichkeitskriteriums bei Mehrspartenstadtwerken	163
5. Ergebnis zu vergabefreien Konstellationen für Wasserkonzessionen vor dem VergRModG 2016	164
II. Rechtslage nach dem VergRModG 2016 im Vergleich zur vorherigen	165
1. Kodifizierung der vergabefreien Konstellationen für Dienstleistungskonzessionen	165
2. Geltung der kodifizierten vergabefreien Konstellation der In-House-Vergabe für Dienstleistungskonzessionen nach Art. 17 Abs. 1 RL 2014/23/EU	165
a) Anforderungen an das Wesentlichkeitskriterium	166
b) Möglichkeit privater Beteiligungen an der kontrollierten juristischen Person	166
3. Geltung der vergabefreien Konstellationen für Wasserkonzessionen	167
a) Ausschluss nach Art. 12 Abs. 1 RL 2014/23/EU	167
b) Anwendung der EuGH-Rechtsprechung zu den Vergabefreiheiten	167
c) Entsprechende Anwendung von § 108 GWB für Wasserkonzessionen de lege lata	169
4. Ergebnis zu vergabefreien Konstellationen für Wasserkonzessionen nach dem VergRModG 2016	169
III. Einbezug von Wasserkonzessionen in die RL 2014/23/EU de lege ferenda	169
1. Unterschiede zwischen der EuGH-Rechtsprechung und dem Sekundärrecht zur In-House-Vergabe von Wasserkonzessionen	169
a) Einhaltung des Wesentlichkeitskriteriums	170
b) Private Beteiligung an einem In-House-Unternehmen	170
2. Relevanz der Unterschiede zwischen der EuGH-Rechtsprechung und dem Sekundärrecht	171
a) Eigene Bewertung des Unterschiedes bei der Wesentlichkeitsschwelle	172
b) Eigene Bewertung des Unterschieds bei der Beteiligungsmöglichkeit Privater im Rahmen des Kontrollkriteriums	172
c) Relevanz für Wasserkonzessionen	174

- 3. Eigene Würdigung zur Anwendung der RL 2014/23/EU für die Vergabe von
Wasserkonzessionen de lege ferenda 174
 - a) Erfüllung des Wesentlichkeitskriteriums 174
 - b) Möglichkeit privater Beteiligung an der kontrollierten juristischen Person 174
 - c) Übrige Regelung durch Art. 17 Abs. 1 RL 2014/23/EU 175
 - d) Anzuwendende europäische und nationale Vorschriften 175
- IV. Zusammenfassung zu den Regelungen vergabefreier Konstellationen für Was-
serkonzessionen 175
- E. Voruntersuchung zur Übertragbarkeit der Rechtslage für qualifizierte Wegenut-
zungsverträge nach § 46 Abs. 2 EnWG auf Wasserkonzessionsverträge 176
 - I. Rechtslage vor dem VergRModG 2016 als Beurteilungsgrundlage 176
 - 1. Definition und Inhalt der qualifizierten Wegenutzungsverträge in der Ener-
gieversorgung nach dem EnWG 176
 - 2. Qualifizierte Wegenutzungsverträge in der Energieversorgung nach § 46
Abs. 2 EnWG als Dienstleistungskonzessionen 177
 - 3. Vergleichbarkeit hinsichtlich der Ausgestaltung des Wegerechts sowie seiner
Ausschließlichkeit 178
 - 4. Ergebnis zur Vergleichbarkeit vor dem VergRModG 2016 178
 - II. Rechtslage nach dem VergRModG 2016 im Vergleich zur vorherigen 179
 - 1. Definition und Inhalt Qualifizierter Wegenutzungsverträge nach § 46 Abs. 2
EnWG 179
 - 2. Marktbeherrschende Stellung in der Energie- und Wasserversorgung und
Kostenaspekte 180
 - 3. Vorliegen einer Dienstleistungskonzession und Ausnahme aus der Konzes-
sionsrichtlinie nach Art. 10 Abs. 8 lit. a) i. V.m. Erwägungsgrund Nr. 16 ... 181
 - a) Auswertung der Literatur 181
 - b) Eigene Auffassung 185
 - c) Zwischenergebnis zur Vergleichbarkeit hinsichtlich dem Vorliegen einer
Dienstleistungskonzession und der Ausnahme aus der RL 2014/23/EU 186
 - 4. Vergleichbarkeit aufgrund von Rechtsprechung zur Übertragung der
„Berkenthin“-Entscheidung des BGH 187
 - 5. Weitere Vergleichskriterien 187
 - 6. Ergebnis zur Vergleichbarkeit nach dem VergRModG 2016 188
 - III. Zusammenfassung zur Voruntersuchung 189
- F. Rechtsschutz bei der Vergabe von Dienstleistungs- und Wasserkonzessionen 189
 - I. Rechtslage vor dem VergRModG 2016 als Beurteilungsgrundlage 189
 - 1. Das Nachprüfungsverfahren für öffentliche Aufträge 189
 - a) Geltung für öffentliche Aufträge und Zweck 189
 - b) Die Informations- und Wartepflicht nach § 101a GWB a.F. und de facto-
Vergaben im Nachprüfungsverfahren 191
 - c) Rügeobliegenheit und Rügepräklusion 194
 - aa) Definition und Zweck von Rügeobliegenheit und Rügepräklusion .. 194

bb) Europarechtliche Grundlagen der Rügeobliegenheit und Rügepräklusion	195
cc) Die verschiedenen Fälle und Voraussetzungen von Rügeobliegenheiten nach § 107 Abs. 3 GWB a. F.	196
d) Weitere Verfahrensfrist nach § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB a. F.	198
2. Der gerichtliche Eilrechtsschutz für Dienstleistungs- und Wasserkonzessionen	199
3. Rechtsschutz bei Verletzung der Grundsätze des Primärrechts	200
a) Rechtsschutz durch die Mitgliedsstaaten	200
b) Rechtsschutz hinsichtlich der Grundsätze des Primärrechts aus zivilrechtlicher Sicht	201
c) Die Grundsätze des Primärrechts als subjektive Rechte aus verwaltungsgerichtlicher Sicht	202
d) Zusammenfassung	203
4. Der gerichtliche Eilrechtsschutz im Abgleich zum Nachprüfungsverfahren	204
a) Primärrechtsschutz vor Zuschlagserteilung	204
b) Verweis auf Sekundärrechtsschutz	204
c) Einflussmöglichkeiten auf das Vergabeverfahren	205
d) Gerichtsverfahrensbezogene Problematiken	206
aa) Abgrenzung zivilrechtliches und verwaltungsgerichtliches Verfahren	206
bb) Zivilgerichtliches Verfahren	207
cc) Prüfungsmaßstab im verwaltungsrechtlichen Verfahren	210
5. Eigene Einschätzung zur Auswirkung der Einordnung als Dienstleistungskonzession oder öffentlichen Auftrag auf den Rechtsschutz im Nachprüfungsverfahren	210
6. Übertragung von Rügeobliegenheit/Rügepräklusion auf Dienstleistungs- und Wasserkonzessionen	212
a) Geltung der Rügeobliegenheit und Rügepräklusion für Dienstleistungskonzessionen	212
aa) Rechtsprechung pro: Vergabekammern und Vergabesenate	212
bb) Rechtsprechung kontra: BGH v. 17. 12. 2013, KZR 66/12, „Berkenthin“	214
b) Eigene Einschätzung	215
7. Informations- und Wartepflicht für Dienstleistungs- und Wasserkonzessionen	217
a) Bestehen einer Informations- und Wartepflicht für Dienstleistungskonzessionen, insbesondere Anwendung des § 101a GWB a. F.	218
aa) Anwendung der Rechtsmittelrichtlinie auf Dienstleistungskonzessionen in den Mitgliedsstaaten	218
bb) Entsprechende Anwendung des § 13 VgV a. F. für Dienstleistungskonzessionen	219
cc) Unmittelbare Anwendung des § 101a GWB a. F.	219

dd) Rechtsprechung pro Informations- und Wartepflicht für Dienstleistungskonzessionen	220
ee) Rechtsprechung kontra einer Informations- und Wartepflicht für Dienstleistungskonzessionen	223
ff) Literaturmeinungen	225
gg) Regelungen zur Informations- und Wartepflicht in anderen Mitgliedsstaaten	226
b) Eigene Einschätzung zum Bestehen einer Informations- und Wartepflicht für Dienstleistungs- und Wasserkonzessionen	226
aa) Informations- und Wartepflicht als Ausdruck von Transparenz	227
bb) Rechtsprechung und Literatur	227
cc) Parallele zwischen Dienstleistungskonzessionen und unterschwelligen Aufträgen anhand der Entscheidung des BVerfG aus 2006	228
dd) „Berkenthin“-Entscheidung	229
ee) Sinn und Zweck der Informations- und Wartepflicht	229
ff) Informations- und Wartepflicht als Ausdruck des Gleichbehandlungsgrundsatzes	230
gg) Effektiver Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG, z. B. in beamtenrechtlichen Auswahlverfahren	231
c) Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Informations- und Wartepflicht	231
aa) Vorgaben der Rechtsmittelrichtlinie RL 2007/66/EG und Umsetzung im GWB	231
bb) Rechtsfolgen bei bestehender Informations- und Wartepflicht für Dienstleistungs- und Wasserkonzessionen	232
cc) Rechtsfolgen bei fehlender Informations- und Wartepflicht für Dienstleistungskonzessionen	233
dd) Eigene Stellungnahme	233
8. Ergebnis zum Rechtsschutz vor dem VergRModG 2016	233
II. Rechtslage nach dem VergRModG 2016 im Vergleich zur vorherigen	234
1. Änderungen im System des Nachprüfungsverfahrens	234
2. Geltung der Rügeobliegenheit und Rügepräklusion für Dienstleistungs- und Wasserkonzessionen	236
3. Geltung der Informations- und Wartepflicht für Dienstleistungs- und Wasserkonzessionen	237
4. Rechtsfolgen bei Verletzung der Informations- und Wartepflicht für Dienstleistungs- und Wasserkonzessionen	239
5. Ergebnis zum Rechtsschutz nach dem VergRModG 2016	240
III. Eigene Würdigung zur Einbeziehung der Dienstleistungskonzession in die RL 2014/23/EU und die RL 2007/66/EG de lege lata	240

IV. Eigene Würdigung zur Anwendung der RL 2014/23/EU, der RL 2007/66/EG und des GWB für die Vergabe von Wasserkonzessionen de lege ferenda	241
1. Anwendung des Nachprüfungsverfahrens für Wasserkonzessionen	241
a) Eigene Würdigung	241
b) Anzuwendende europäische und nationale Vorschriften	242
2. Anwendung der Rügevorschriften des GWB	242
a) Eigene Würdigung	242
b) Anzuwendende europäische und nationale Vorschriften	243
3. Anwendung der Informations- und Wartepflicht nach § 134 GWB und Rechtsfolgen	243
a) Eigene Würdigung	243
b) Anzuwendende europäische und nationale Vorschriften	243
V. Zusammenfassung zum Rechtsschutz bei der Vergabe von Dienstleistungs- und Wasserkonzessionen	244
G. Rechtslage zu besonderen verfahrensrechtlichen Fragen zu Eignungs- und Zuschlagskriterien bei der Vergabe von Wasserkonzessionen	244
I. Rechtslage vor dem VergRModG 2016 als Beurteilungsgrundlage	245
1. Eignungs- und Zuschlagskriterien bei der Vergabe von Wasserkonzessionen	245
a) Prüfung von Eignungs- und Zuschlagskriterien aus primärrechtlichen Grundsätzen	245
b) Pflicht zur Bekanntmachung der Zuschlagskriterien	246
c) Auswahl und Gewichtung der Zuschlagskriterien	246
d) Konkrete Beispiele von Zuschlagskriterien im Rahmen der Vergabe von Wasserkonzessionen	247
aa) Wasserqualität	247
bb) Konzessionsabgaben	248
cc) Weitere Zuschlagskriterien im Rahmen der Wasserversorgung	249
2. Vermischung und Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien bei der Vergabe von Wasserkonzessionen	250
a) Inhalt der Vermischung	250
b) Anwendbarkeit der Regelungen für überschwellige öffentliche Aufträge	250
c) Ansätze zur Geltung des Trennungsgebotes von Eignungs- und Zuschlagskriterien für die Vergabe von Dienstleistungs- und Wasserkonzessionen	251
aa) Herleitung des Trennungsgebots aus den primärrechtlichen Grundsätzen	252
bb) Freiwillige entsprechende Anwendung der VOL/A EG durch Konzessionsgeber	253
cc) Analoge Anwendung der Liefer-, Bau- und Dienstleistungsrichtlinien bzgl. des Trennungsgebots	255
dd) Analoge Anwendung der unterschwelligen VOL/A, Abschnitt 1 bzgl. des Trennungsgebots	255

ee) Eigene Gewichtung der Ansätze	257
d) Die Vermischungsproblematik im Rahmen der Rügepräklusion	258
aa) Geltung der Rügeobliegenheit und Rügepräklusion für Dienstleistungs- und Wasserkonzessionen	258
bb) Erkennbarkeit der Vermischung	258
e) Eigene Einschätzung zum Vermischungsverbot von Eignungs- und Zuschlagskriterien für Dienstleistungs- und Wasserkonzessionen	260
aa) Freiwillige Anwendung der VOL/A EG	260
bb) Rechtsschutz bei freiwilliger Anwendung der VOL/A EG	260
cc) Fehlende Klärung in Form deutlicher Vorgaben	261
dd) Differenzierter Zweck von Eignungs- und Zuschlagskriterien	261
3. Ergebnis zur Rechtslage vor dem VergRModG 2016	261
II. Rechtslage nach dem VergRModG 2016 im Vergleich zur vorherigen	262
1. Bekanntmachung der Zuschlagskriterien	262
2. Wertung und Gewichtung der Zuschlagskriterien	262
3. Auswahl der Zuschlagskriterien	263
4. Geltung der Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien für Dienstleistungs- und Wasserkonzessionen	265
5. Erkennbarkeit der Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien im Rahmen der Rügepräklusion	267
6. Ergebnis zur Rechtslage nach dem VergRModG 2016	268
III. Eigene Würdigung zur Anwendung der RL 2014/23/EU, des GWB und der KonzVgV für die Vergabe von Wasserkonzessionen de lege ferenda	268
1. Argumentationsaufwand bei Herleitung der Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien	268
a) Eigene Würdigung	268
b) Anzuwendende europäische und nationale Vorschriften	269
2. Erkennbarkeit von Vermischungen aus Eignungs- und Zuschlagskriterien i. R. d. Rügepräklusion	269
IV. Zusammenfassung für die Rechtslage zu besonderen verfahrensrechtlichen Fragen zu Eignungs- und Zuschlagskriterien bei der Vergabe von Wasserkonzessionen	270
H. Rechtliche Fragestellungen i. R. d. Vertragsgestaltung von Wasserkonzessionsverträgen	270
I. Rechtslage vor dem VergRModG 2016 als Beurteilungsgrundlage	270
1. Laufzeiten von Konzessionsverträgen über die Wasserversorgung	270
2. Übertragungs- und Überlassungspflichten bzgl. der Versorgungsanlagen bei Wechsel des Konzessionärs am Ende der Vertragslaufzeit	272
a) Versorgungsleitungen als wesentlicher Bestandteil oder Scheinbestandteil nach §§ 94 ff. BGB	272
b) Bestehen von Übertragungspflichten nach Ende der Laufzeit des Wasserkonzessionsvertrags	276

c) Entscheidung des OLG Frankfurt zum Eigentum an Versorgungsleitungen als Ausschließlichkeitsrecht	277
aa) Die Entscheidung des OLG Frankfurt, Beschluss v. 30.08.2011	278
bb) Interpretation der Entscheidung durch die Literatur	281
cc) Eigene Einordnung der Entscheidung	282
(1) Vertraglicher Eingriff der Gemeinde während der Vertragslaufzeit und Fortbestand des Vertrags in geänderter Form	282
(2) Ausschreibungsfreiheit der aus dem Konzessionsvertrag herausgelösten Betriebsführung	282
(3) Relevanz der Entscheidung und Motivation für eine Umgestaltung der Wasserversorgungsstruktur (Rekommunalisierung)	283
(4) Notwendigkeit einer vertraglichen Regelung zur Abbildung von Umstrukturierungen während der Vertragslaufzeit	284
3. Vertragsänderungen bei Wasserkonzessionen	284
a) Vorstellung der Rechtsprechung des EuGH zu wesentlichen Vertragsänderungen	285
b) Eigene Einschätzung der Rechtsprechung des EuGH hinsichtlich der Übertragung auf Wasserkonzessionsverträge	287
c) Literaturansichten zur Vertragsänderung bei Dienstleistungskonzessionen	289
d) Eigene Einschätzung zur Einordnung der obigen Entscheidung des OLG Frankfurt (Rekommunalisierung der Wasserversorgung) bzgl. der Anforderungen an Vertragsänderungen	289
e) Nachträgliche Vertragsänderungen aufgrund von Vertragsänderungsklauseln	290
aa) Unterschiedliches Verständnis des EuGH zu Vertragsklauseln	290
bb) Grenzen von vertraglichen Anpassungsklauseln in der Literatur	291
cc) Untersuchung der Beispiele von Vertragsänderungsklauseln in Wasserkonzessionsverträgen	291
(1) Allgemeine Änderungsklauseln/Überprüfungsklauseln	292
(2) Erweiterung oder Eingrenzung des Konzessionsgebiets	294
(3) Wechsel oder Umorganisation des Auftragnehmers	297
dd) Zusammenfassende Wertung zu nachträglichen Vertragsänderungen aufgrund von Vertragsänderungsklauseln i. R. v. Wasserkonzessionen	299
f) Rechtsfolgen von unzulässigen nachträglichen wesentlichen Vertragsänderungen	299
aa) Ausschreibungspflicht bei wesentlichen Vertragsänderungen und de facto-Vergabe	300
bb) Wirksamkeit der Vertragsänderung anhand der Rechtsprechung des EuGH, Kommission/Deutschland, Urteil v. 18.07.2007	300
(1) Rechtslage bis zum Erlass des § 101b GWB a. F.: Orientierung an EuGH, C-503/04, 18.07.2007	300
(2) Rechtslage ab dem Erlass des § 101b GWB a. F. und eigene Auffassung	303

- cc) Vergaberechtswidrige Verträge als Verstöße gegen gesetzliche Verbote 307
 - (1) Gesetzliches Verbot nach § 134 BGB 307
 - (2) Rechtsprechung 308
 - (3) Literaturansichten 308
 - (4) Stellungnahme des Bundesrates zu Umgehungs- und Missbrauchspotential im Rahmen von § 101b GWB a.F. 310
 - (5) Rechtsprechung zur Auslegung des § 13 VgV a.F., insbesondere die analoge Anwendung auf de facto-Vergaben 311
 - (6) Eigene Einschätzung zu vergaberechtswidrigen Verträgen als Verstöße gegen gesetzliche Verbote 312
- 4. Ergebnis zur Rechtslage vor dem VergRModG 2016 314
- II. Rechtslage nach dem VergRModG 2016 im Vergleich zur vorherigen 316
 - 1. Laufzeiten von Konzessionsverträgen 316
 - 2. Übertragungs- und Überlassungspflichten für die Vergabe von Wasserkonzessionen nach dem VergRModG 2016 317
 - a) Versorgungsleitungen als wesentliche Bestandteile oder Scheinbestandteile nach §§ 94 ff. BGB 317
 - b) Bestehen von Übertragungspflichten nach Ende der Laufzeit des Wasserkonzessionsvertrages 320
 - c) Eigentum an den Versorgungsleitungen als Ausschließlichkeitsrecht ... 321
 - 3. Vertragsänderungen Wasserkonzessionen und übrige Dienstleistungskonzessionen 323
 - a) Wesentliche nachträgliche Vertragsänderungen bei Dienstleistungskonzessionen, für die die RL 2014/23/EU Anwendung findet 323
 - aa) Vertragsänderungsklauseln und Wechsel des Konzessionsnehmers .. 323
 - bb) Rechtsfolgen wesentlicher Vertragsänderungen 325
 - (1) Änderung des Unwirksamkeitsmaßstabes 325
 - (2) Auslösung der Frist zur Geltendmachung eines Verstoßes 325
 - (3) Verhinderung der Unwirksamkeit durch ex-ante-Bekanntmachung, § 135 Abs. 3 GWB 325
 - (4) Ex-post-Transparenz, § 135 Abs. 2 GWB 326
 - (5) Zweck der neuen Fristensystematik 326
 - (6) Eigene Einschätzung der Literatur zum Zweck der neuen Fristensystematik des § 135 GWB 327
 - (7) Neues besonderes gesetzliches Kündigungsrecht 327
 - (8) Nichtigkeit nach §§ 134, 138 BGB 327
 - (9) Mögliche Schadenspositionen im Sekundärrechtsschutz 328
 - b) Wesentliche nachträgliche Vertragsänderungen bei Wasserkonzessionen 329
 - aa) Fortgeltung der EuGH-Rechtsprechung „Presstext“ 329
 - bb) Vertragsänderungsklauseln in Wasserkonzessionsverträgen 329

cc) Rechtsfolgen von unzulässigen Vertragsänderungen nach Vertragsschluss von Wasserkonzessionen	330
4. Ergebnis zur Rechtslage nach dem VergModG 2016	331
III. Eigene Würdigung zur Anwendung der RL 2014/23/EU, RL 2007/66/EG, der KonzVgV und des GWB für die Vergabe von Wasserkonzessionen de lege ferenda	332
1. Vertragslaufzeiten	332
a) Eigene Würdigung	332
b) Anzuwendende europäische und nationale Vorschriften	333
2. Vertragsänderungen	333
a) Vorgaben an Vertragsänderungsklauseln	333
aa) Eigene Würdigung	333
bb) Anzuwendende europäische und nationale Vorschriften	333
b) Rechtsfolgen von de facto-Vergaben	334
aa) Eigene Würdigung	334
bb) Anzuwendende europäische und nationale Vorschriften	334
IV. Zusammenfassung zu: Rechtliche Fragestellungen i. R. d. Vertragsgestaltung von Wasserkonzessionsverträgen	335
I. Kartellrechtliche Vorgaben für Wasserkonzessionen	335
I. Anwendung der §§ 19 ff. GWB auf die Vergabe von Wasserkonzessionen	336
1. Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB	336
2. Abgrenzung des Kartellrechts zum Vergaberecht anhand der Marktstellung des Auftraggebers	336
II. Rechtsprechungsübersicht	337
III. Rechtsfolgen von kartellrechtlichen Verstößen gegen §§ 19 ff. GWB bei Wasserkonzessionen	339
1. Geltung der Nichtigkeit nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB i. V. m. § 134 BGB für Wasserkonzessionen	339
2. Verbotswirkung des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB	339
3. Argumentation des BGH zur Geltendmachung des Verstoßes gegen § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB als Voraussetzung für die Nichtigkeit und Übertragung auf Wasserkonzessionen	340
a) Einschränkung der Nichtigkeitsfolge	340
b) Übertragung der Argumentation des BGH zur Einschränkung der Nichtigkeit auf Wasserkonzessionen	341
c) Eigene Einschätzung	341
IV. Kartellrechtliche Preisabschirmung bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung der Wasserversorgung	343

5. Teil

Die abgeleiteten Fragestellungen zum Gesetzgebungsverfahren für die Konzessionsrichtlinie RL 2014/23/EU und dem VergRModG 2016 hinsichtlich der Ausnahme im Bereich der Wasserversorgung		345
A. Entkräftung der Begründungen aus den Gesetzgebungsverfahren		345
I. Argumentation „Rechtssicherheit für die Vergabe“		345
1. Kontra Konzessionsrichtlinie, kontra Einbezug der Wasserkonzession		345
a) Ausschuss für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten (EMPL)		345
b) Ausschuss für Verkehr und Fremdenverkehr (TRAN)		347
c) Der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss (EWSA)		347
d) Die Kommunen und kommunale Vertreter		348
2. Pro Konzessionsrichtlinie, pro Einbezug der Wasserkonzessionen		349
a) Die EU-Kommission		349
b) Der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss (EWSA)		351
c) Der Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz (IMCO)		351
d) Der Ausschuss für Industrie, Forschung und Energie (ITRE)		353
e) Der Rechtsausschuss (JURI)		353
f) Ausschuss der Regionen (AdR)		354
g) Der Ausschuss für regionale Entwicklung (REGI)		355
3. Kommentierungen des Referentenentwurfs zum VergRModG 2016		355
a) Allianz der öffentlichen Wasserwirtschaft e. V. (AöW)		355
b) Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände		356
c) Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V. (BDEW)		358
d) Verband kommunaler Unternehmer e. V. (VKU)		358
e) Stellungnahme des Bundesrates, Art. 76 Abs. 2 GG		359
f) Eigene Stellungnahme zur Besprechung des Referentenentwurfs		359
4. Eigene Stellungnahme und Entkräftung der Kontra-Argumente aufgrund der Untersuchung im 4. Teil		361
II. Argumentation „Organisationsfreiheit der Auftraggeber“		363
1. Kontra Konzessionsrichtlinie, kontra Einbezug der Wasserkonzessionen		363
2. Pro Konzessionsrichtlinie, pro Einbezug der Wasserkonzessionen		363
a) Die EU-Kommission		363
b) Der ITRE		363
c) Der REGI		364
3. Kommentierung des Referentenentwurfs zum VergRModG 2016		364
a) Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V. (BDEW)		364
b) Verband kommunaler Unternehmen e. V. (VKU)		364
4. Eigene Stellungnahme und Entkräftung der Kontra-Argumente aufgrund der Untersuchung im 4. Teil		365

III. Argumentation „Bedeutung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI)“	366
1. Kontra Konzessionsrichtlinie	366
a) Der EWSA	366
b) Der EMPL	366
c) Der TRAN	367
2. Pro Konzessionsrichtlinie	367
a) Der AdR	367
b) Der REGI	368
3. Eigene Stellungnahme und Entkräftung aufgrund der Untersuchungen im	
4. Teil	368
IV. Argumentation „Privatisierung von Dienstleistungen“	369
1. Kontra Konzessionsrichtlinie, kontra Einbezug der Wasserkonzession	369
a) Der EMPL	369
b) Die Kommunen und kommunalen Vertreter	369
c) Die Bürgerinitiative „right2water“	370
d) Hauptversammlung des Deutschen Städtetags, 8. April 2013	371
2. Pro Konzessionsrichtlinie mit Ausnahmen und Regelungsvorschläge	371
3. Eigene Stellungnahme und Entkräftung der Kontra-Argumente aufgrund der Untersuchung im 4. Teil	371
V. Weitere Argumentationen	374
1. Kontra Einbezug der Wasserkonzession	374
a) Der Ausschuss für Wirtschaft und Technologie	374
b) Die Kommunen und kommunalen Vertreter	374
c) Erklärung Michel Barnier am 21.06.2013	375
d) Die Antworten der EU-Kommission auf die Forderungen von „right2water“	376
2. Pro Konzessionsrichtlinie, pro Einbezug der Wasserkonzessionen	376
3. Eigene Stellungnahme	377
B. Zusammenfassung	378

6. Teil

Ergebnisse	380
A. Ergebnisse zur Rechtssicherheit bei der Vergabe von Wasserkonzessionen de lege lata	380
I. Ergebnisse zur rechtlichen Einordnung von Dienstleistungs- und Wasserkonzessionen durch Schaffung der RL 2014/23/EU und der Ausnahme für Wasserkonzessionen	380
II. Ergebnisse zur Anwendung der Grundsätze des Primärrechts	381
III. Ergebnisse zur Vergabefreiheit i. R. d. In-House-Vergabe	382

IV. Ergebnisse zum Rechtsschutz 382

 V. Ergebnisse zu Eignungs- und Zuschlagskriterien 384

 VI. Ergebnisse zur Vertragsgestaltung 385

B. Ergebnisse zur Rechtssicherheit bei der Vergabe von Wasserkonzessionen bei Anwendung der RL 2014/23/EU und der RL 2007/66/EG de lege ferenda 387

 I. Leichtere Erfüllung der Anforderungen an die In-House-Vergabe 387

 II. Effektiverer Rechtsschutz durch das Nachprüfungsverfahren 388

 III. Verbesserte Trennung der Eignungs- und Zuschlagskriterien 389

 IV. Klarer gesetzlicher Maßstab von Vertragslaufzeiten 389

 V. Planungssicherheit bei wesentlichen nachträglichen Vertragsänderungen und klarere Rechtsfolgen von de facto-Vergaben 389

C. Entkräftung der Begründungen zur Ausnahme der Wasserkonzessionen aus der RL 2014/23/EU 390

 I. Unbegründete Privatisierungsangst und keine Aufhebung der Organisationsfreiheit der Auftraggeber bei Einbezug von Wasserkonzessionen in die RL 2014/23/EU 390

 II. Keine unzureichende Berücksichtigung der besonderen Bedeutung der DAWI bei Anwendung der RL 2014/23/EU und RL 2007/66/EG für Wasserkonzessionen 391

 III. Keine ausreichenden Regelungen bzgl. der Rechtssicherheit für Wasserkonzessionen bei Ausnahme aus der RL 2014/23/EU und RL 2007/66/EG 391

 IV. Unschädlichkeit der für die Vergabe von Wasserkonzessionen vorteilhaften Regelungen der RL 2014/23/EU hinsichtlich der Förderung von Privatisierung 392

 V. Keine generelle Ausschreibungsfreiheit durch Ausnahme von Wasserkonzessionen aus der RL 2014/23/EU 392

 VI. Keine Beschränkung öffentlicher Zusammenarbeitsformen bei Anwendung der RL 2014/23/EU für Wasserkonzessionen 392

 VII. Keine Eignung der Ausnahme von Wasserkonzessionen aus der RL 2014/23/EU zur Vermeidung von Privatisierung 393

7. Teil

Ergebnisabgeleitete gebotene legislative Handlungsoptionen 395

A. Änderungen auf der Ebene des EU-Rechts 395

B. Änderungen auf der Ebene des deutschen Rechts 396

C. Tabellarische Zusammenfassung 396

8. Teil

Fazit und Ausblicke 398

Literaturverzeichnis 400

Stichwortverzeichnis 407

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Auffassung
ABl.	Amtsblatt
ABIEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
AdR	Ausschuss der Regionen
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
Alt.	Alternative
AöW	Allianz der öffentlichen Wasserwirtschaft e. V.
Art.	Artikel
AVBWasserV	Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser
BB	Betriebsberater
BDE	Bundesverband der Deutschen Entsorgungs-, Wasser- und Rohstoffwirtschaft e. V.
BDEW	Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V.
BeckRS	Beck Rechtsprechung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BT-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BvR	Aktenzeichen einer Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
c. i. c.	culpa in contrahendo (lateinisch: Verschulden bei Vertragsschluss)
CMP	Code des marchés public
COD	Akronym für ordentliches Gesetzgebungsverfahren im Europäischen Parlament
COM	European Commission
DAWI	Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse
d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DLT	Deutscher Landkreistag
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DStGB	Deutscher Städte- und Gemeindebund
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EEE	Einheitliche europäische Eigenerklärung
EG	Europäische Gemeinschaft

EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EMPL	Ausschuss für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten
EnWZ	Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft
EU	Europäische Union
EUAbI.	Amtsblatt der Europäischen Union
EuG	Gericht der Europäischen Union (frühere Bezeichnung: Gericht erster Instanz)
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuR	Zeitschrift Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWerK	Energie- und Wettbewerbsrecht in der Kommunalen Wirtschaft
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. März 1957
EWSA	Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FHOeffR	Fundheft für Öffentliches Recht
Fn.	Fußnote
GA	Generalanwältin/Generalanwalt beim EuGH
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GOBT	Geschäftsordnung des deutschen Bundestages
GOEP	Geschäftsordnung des europäischen Parlaments
GO NRW	Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen
GRC/GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GVBl./GVOBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWB-RefE	Referentenentwurf zum VergRModG
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
IBR	Immobilien- und Baurecht (Zeitschrift)
IBRRS	Immobilien- und Baurecht, Rechtsprechung
i. d. R.	in der Regel
i. H. v.	in Höhe von
IMCO	Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
INTA	Ausschuss für internationalen Handel
IR	Infrastruktur Recht
i. R. d.	im Rahmen der/des
i. R. e.	im Rahmen einer/eines
i. R. v.	im Rahmen von
i. S. d.	im Sinne des/der

i. S. e.	im Sinne eines/einer
i. S. v.	im Sinne von
ITRE	Ausschuss für Industrie, Forschung und Energie
i. V. m.	in Verbindung mit
JURI	Rechtsausschuss des europäischen Parlaments
Juris	Juristisches Informationssystem
Kap.	Kapitel
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KOM	Europäische Kommission
KommJur	Zeitschrift Kommunaljurist
KonzVgV	Konzessionsvergabeverordnung
KVR	Konzessionsvergaberichtlinie
KZR	Kartellsenat des Bundesgerichtshofes
LG	Landgericht
lit.	littera (lateinisch: Buchstabe)
LKRZ	Zeitschrift für Landes- und Kommunalrecht Hessen/Rheinland-Pfalz/Saarland
LKV	Zeitschrift Landes- und Kommunalverwaltung
LSK	Leitsatzkartei
m. a. W.	mit anderen Worten
Mitgliedstaaten	Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften bzw. der Europäischen Union
MüKo	Münchener Kommentar
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJWE-WettbR	Neue Juristische Wochenschrift, Entscheidungsdienst Wettbewerbsrecht
NordÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht in Norddeutschland
N&R	Netzwerkwirtschaften und Recht
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
OLG	Oberlandesgericht
OpenJur	Freie juristische Fachdatenbank
OVG	Oberverwaltungsgericht
PCR	Public Contracts Regulations
PdK	Praxis der Kommunalverwaltung
Rat	Rat der Europäischen Union
RdE	Recht der Energiewirtschaft
RefE	Referentenentwurf
REGI	Ausschuss für regionale Entwicklung
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Satz/Seite
Slg.	Sammlung
s. o.	siehe oben
TRAN	Ausschuss für Verkehr und Fremdenverkehr
UAbs.	Unterabsatz

Urt.	Urteil
u. U.	unter Umständen
UVgO	Unterschwellenvergabeordnung
v.	vom
VergRModG	Vergaberechtsmodernisierungsgesetz
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VgV	Vergabeverordnung
VIZ	Zeitschrift für Vermögens- und Immobilienrecht
VK	Vergabekammer
VKU	Verband kommunaler Unternehmer e. V.
VO	Verordnung
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
VOF	Vergabe- und Vertragsordnung für freiberufliche Dienstleistungen
VOL	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen
VOL/A	Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen
VOL/B	Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen
VPR	Vergabep Praxis & -recht
VPRRS	Vergabep Praxis & -recht, Rechtsprechungs-Report
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WAZV	Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden
WiVerw	Zeitschrift für Wirtschaftsverwaltungsrecht
WRL	Wasserrahmenrichtlinie
z. B.	zum Beispiel
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZfW	Zeitschrift für Wasserrecht
ZHR	Zeitschrift für das ges. Handelsrecht & Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZNER	Zeitschrift für Neues Energierecht
ZPO	Zivilprozessordnung
z. T.	zum Teil
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht

1. Teil

Einleitung

Wasser ist für die Bevölkerung ein lebensnotwendiges Gut.¹

Gemäß § 50 Abs. 1 Wasserhaushaltsgesetz² (WHG) ist die öffentliche Wasserversorgung eine Aufgabe der Daseinsvorsorge.

Die öffentliche Wasserversorgung nahm im Jahr 2013 nur rund 3 % des gesamten zur Verfügung stehenden Wasseraufkommens in Deutschland von insgesamt 188 Milliarden Kubikmeter in Anspruch. Über 80 % der Wasserkapazitäten sind ungenutzt. Die übrigen Anteile der Wassernutzung verteilen sich auf die Energieversorgung sowie den Bergbau und die landwirtschaftliche Beregnung.³

Aufgrund der Zuordnung der öffentlichen Wasserversorgung zur Daseinsvorsorge sind in Deutschland die Gemeinden nach Art. 28 Abs. 2 GG⁴ für deren Durchführung zuständig.⁵ Damit ist aber nicht ausgeschlossen, dass die Gemeinde diese Aufgabe vollständig oder teilweise auf private Dritte überträgt.⁶

Im Jahr 2015 waren von untersuchten 1.631 der ca. 6.000 mit der Wasserversorgung in Deutschland befassten Unternehmen 64 % öffentlich-rechtlich und 36 % privatrechtlich organisiert.⁷

Diese Aufgabenübertragung an private Dritte erfordert die Beachtung des Vergaberechts.

Das Vergaberecht regelt die staatliche Beschaffung von Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen. Der Staat wählt dabei die Handlungsform des privaten

¹ BVerfGE 10, 89, Urteil v. 29.07.1959, 1BvR 394/58.

² BGBl. I S. 2585, Art. 1 des Gesetzes v. 31.07.2009, zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 18.08.2021, BGBl. I S. 3901.

³ Statistisches Bundesamt, Wiesbaden 2013; Öffentliche Wasserversorgung und öffentliche Abwasserentsorgung, Fachserie 19 Reihe 2.1.1; Nichtöffentliche Wasserversorgung und nichtöffentliche Abwasserentsorgung, Fachserie 19, Reihe 2.2.

⁴ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, BGBl. Teil III, Gliederungsnummer 100-1, zuletzt geändert durch Art. 1 u. 2 Satz 2 des Gesetzes vom 29. September 2020 (BGBl. I S. 2048).

⁵ BVerfG, Beschluss v. 16.05.1989, 1 BvR 705/88.

⁶ BT-Drs. 16/12275, S. 66.

⁷ BDEW-Wasserstatistik 2015: Wasserwirtschaft in Deutschland – Grundlagen, Belastungen, Maßnahmen (umweltbundesamt.de), S. 48 f., zuletzt besucht 11.08.2021.

Vertrages. Soweit die ausgewählten privaten Vertragspartner als Gegenleistung ein ausschließliches Nutzungsrecht erhalten, wird von einer „Konzession“ gesprochen.⁸

Wasserkonzessionen sind nach heutiger Definition Konzessionen, die die Bereitstellung und den Betrieb fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Gewinnung, dem Transport und der Verteilung von Trinkwasser oder die Einspeisung von Trinkwasser in diese Netze betreffen, Art. 12 RL 2014/23/EU⁹.

Das Vergaberecht beinhaltet alle rechtlichen Fragestellungen, die sich in zeitlicher Abfolge von der Bekanntmachung einer Beschaffungsabsicht bis zum Vertragsschluss zwischen Staat und dem Vertragspartner ergeben. Es umfasst daher die Gesamtheit der Normen, die ein Träger öffentlicher Gewalt bei der Bedarfsdeckung zu beachten hat.¹⁰

Der europäische Gesetzgeber hat im Jahr 2014 durch eine Richtlinientrilogie zur Modernisierung des Vergaberechts die neue Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe¹¹ geschaffen. Diese wurde in Deutschland im Jahr 2016 durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz vom 17. Februar 2016 (VergRModG 2016)¹² umgesetzt.¹³

Jedoch sind Wasserkonzessionen gemäß Art. 12 Abs. 1 RL 2014/23/EU von der Anwendung der Richtlinie RL 2014/23/EU wieder ausgenommen. Diese Bereichsausnahme für die Wasserversorgung wurde sowohl auf europäischer als auch auf deutscher nationaler Ebene kontrovers diskutiert.¹⁴ Die Ausnahme war zu Beginn des Gesetzgebungsverfahrens zu der RL 2014/23/EU zunächst nicht vorgesehen. Die Wasserversorgung war vielmehr in dem ersten Richtlinienentwurf der Kommission zu der RL 2014/23/EU von dem Anwendungsbereich und der Geltung derselben erfasst.¹⁵

Für die Herausnahme der Wasserversorgung machten sich insbesondere die europäische Bürgerinitiative „right2water“ und kommunale Interessenverbände stark.¹⁶ Die Initiative „right2water“ hat sich den Leitsatz

⁸ *Burgi*, § 1 Rn. 1.

⁹ EUAbI. v. 28.03.2014, L 94/1.

¹⁰ *Weiner*, in: Gabriel/Krohn/Neun, § 1 Rn. 1.

¹¹ EUAbI. v. 28.03.2014, L 94/1.

¹² BGBl. 2016, Teil I Nr. 8, 23.02.2016.

¹³ Im Folgenden wird die Konzessionsrichtlinie als RL 2014/23/EU und das Vergabemodernisierungsgesetz 2016 als VergRModG 2016 bezeichnet.

¹⁴ *Heuber-Sänger*, EuR 2015, 238.

¹⁵ Erwägungsgrund Nr. 11 des Richtlinienentwurfs der Kommission: KOM (2011), 892, 20.12.2011.

¹⁶ *Heuber-Sänger*, EuR 2015, 238, 239.

„Wasser und sanitäre Grundversorgung sind ein Menschenrecht! Wasser ist ein öffentliches Gut und keine Handelsware!“¹⁷

selbst gegeben. Die Privatisierungen der Wasserdienstleistungen sollten nach Auffassung von „right2water“ verhindert werden.¹⁸

Der damalige EU-Binnenmarktkommissar Michel Barnier äußerte sich am Ende der Diskussion um die Herausnahme der Wasserversorgung aus dem Richtlinienentwurf folgendermaßen:

„Meiner Ansicht nach wäre es am besten, die Wasserversorgung vom Anwendungsbereich der Konzessionsrichtlinie auszunehmen. Wir müssen den Bedenken so vieler Bürgerinnen und Bürger Rechnung tragen.“¹⁹

Neben der genannten Debatte um Privatisierungen in der Wasserversorgung spaltete sich die Diskussion um das Erfordernis der Einbeziehung von Wasserkonzessionen in die RL 2014/23/EU insbesondere an der Frage, ob die Regelungen für die Vergabe von Wasserkonzessionen ohne Anwendung der RL 2014/23/EU ausreichend seien, um Rechtssicherheit zu gewährleisten. Diese Frage reiht sich in die ebenfalls geführte Diskussion einer generellen Erforderlichkeit der Richtlinie für Dienstleistungskonzessionen ein.²⁰

Rechtssicherheit bedeute in diesem Zusammenhang nach Einschätzung der Kommission, den gültigen Rechtsrahmen für die Regelungen bei der Vergabe zu klären. Der Anwendungsbereich dieses Rechtsrahmens soll klar konturiert werden. Die Rechtssicherheit wird von der Kommission anhand verschiedener rechtlicher Problemfelder erörtert, so z. B. hinsichtlich der Begriffsbestimmung der Konzession, der Voraussetzungen an vergabefreie Konstellationen bei öffentlicher Zusammenarbeit sowie der Vertragsänderungen während der Laufzeit.²¹

Die Rechtssicherheit ist ein Grundprinzip des Unionsrechts, welches sich insbesondere durch das Gebot der Normenklarheit ausdrückt. Eine Regelung muss klar und eindeutig sein, damit ihre Adressaten ihre Rechte und Pflichten unzweideutig erkennen und sich entsprechend hiernach verhalten können.²² I. R. d. europarechtlichen Sekundärrechts wirkt sich diese Vorgabe der Bestimmtheit insbesondere bei der hinreichend konkreten, genauen und eindeutigen Umsetzung von Richtlinien durch die Mitgliedsstaaten aus.²³

¹⁷ KOM (2014), 177, 19.03.2014.

¹⁸ *Sule*, EuZW 2014, 725.

¹⁹ EU-KOMMISSION: Erklärung von EU-Kommissar Michel Barnier / Ausschluss des ... | Presseportal, zuletzt besucht am 10.08.2021.

²⁰ KOM (2011), 897, 20.12.2011.

²¹ KOM (2011), 897, S. 6.

²² *Bittner*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, Art. 40 AEUV, Rn. 57 f.; *von Rintelen*, in: Das Recht der Europäischen Union, Art. 43 AEUV, Rn. 106 f.

²³ *Schmahl*, in: Schulze/Janssen/Kadelbach, § 6, Rn. 43.