

Inhalt

Vorwort des Herausgebers	V
Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
I. Einleitung – Struktur der deutschen Wasserwirtschaft	1
<i>A. Wasserversorgung</i>	1
<i>B. Abwasserbeseitigung</i>	2
II. Wasser- und kommunalrechtlicher Rahmen der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung	3
<i>A. Nationales Recht</i>	3
1. Gesetzgebungskompetenz	3
2. Wasserhaushaltsgesetz	3
a. Allgemeine Regelungen	3
b. Wasserversorgung, § 50 WHG	4
c. Abwasserbeseitigung, §§ 55, 56, 57 WHG	5
3. Weitere wasserrechtliche Regelungen auf Bundesebene	7
a. Wasserversorgung	7
b. Abwasserbeseitigung	7
4. Landeswassergesetze	8
a. Wasserversorgung	8
(1) Kommunale Zuständigkeit nach Art. 28 Abs. 2 GG	8
(2) Zuständigkeitsregelungen in den Ländern im Einzelnen	9
i. Baden-Württemberg	9
ii. Bayern	10
iii. Berlin	10
iv. Brandenburg	10
v. Bremen	10
vi. Hamburg	11
vii. Hessen	11
viii. Mecklenburg-Vorpommern	11
ix. Niedersachsen	11
x. Nordrhein-Westfalen	12
xi. Rheinland-Pfalz	12
xii. Saarland	13
xiii. Sachsen	13
xiv. Sachsen-Anhalt	13
xv. Schleswig-Holstein	13
xvi. Thüringen	14
b. Abwasserbeseitigung	14
(1) Kommunale Zuständigkeit nach Art. 28 Abs. 2 GG	14
(2) Zuständigkeitsregelungen in den Ländern im Einzelnen	14
i. Baden-Württemberg	14

ii.	Bayern	15
iii.	Berlin	15
iv.	Brandenburg	15
v.	Bremen	16
vi.	Hamburg	16
vii.	Hessen	16
viii.	Mecklenburg-Vorpommern	17
ix.	Niedersachsen	17
x.	Nordrhein-Westfalen	18
xi.	Rheinland-Pfalz	19
xii.	Saarland	19
xiii.	Sachsen	20
xiv.	Sachsen-Anhalt	20
xv.	Schleswig-Holstein	21
xvi.	Thüringen	21
(3)	Überlassungspflicht	22
5.	Kommunalrecht	22
a.	Zuständigkeitsregelungen und Organisationsformen	22
b.	Anschluss- und Benutzungszwang	23
(1)	Wasserversorgung	24
(2)	Abwasserbeseitigung	26
6.	Zusammenfassung und Fazit zum wasser- und kommunalrechtlichen Rahmen in Deutschland	27
<i>B.</i>	<i>Europäisches Recht</i>	28
1.	WasserRRL	28
2.	Weiteres wasserspezifisches Sekundärrecht	29
3.	Transparenzrichtlinie	30
4.	Zusammenfassung und Fazit zum europäischen wasserrechtlichen Rahmen	30
III.	Binnenmarkt- und wettbewerbsrechtliche Aspekte der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung	31
<i>A.</i>	<i>Marktsituation, Wettbewerbsformen und Beteiligungsmöglichkeiten Privater</i>	31
1.	Marktsituation der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung	31
2.	(Theoretische) Wettbewerbsmöglichkeiten im Bereich der Wasserversorgung	32
a.	Wettbewerb »im Markt«	32
(1)	Eigenversorgung	32
(2)	Wettbewerb durch freien Leitungsbau	32
(3)	Wettbewerb durch gemeinsame Netznutzung (Durchleitung »common carriage«)	33
(4)	Wettbewerb durch Einschaltung von Zwischenhändlern	34
(5)	Kein Markt für Rohwasser	34
b.	Wettbewerb um den Markt	35
3.	Theoretische Wettbewerbsmöglichkeiten im Bereich der Abwasserbeseitigung	35
a.	Wettbewerb »im Markt«	35
(1)	Dezentrale Eigenversorgung	35
(2)	Freier Kanalbau	35
(3)	Wettbewerb durch gemeinsame Netznutzung (Durchleitung, »common carriage«)	36
(4)	Wettbewerb durch Einschaltung von Zwischenhändlern	36
b.	Wettbewerb »um den Markt«	37

4.	Beteiligungsmöglichkeiten Privater in der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung	37
a.	Liberalisierungs-/Privatisierungsmöglichkeit auf staatlicher Ebene	37
	(1) Wasserversorgung	37
	(2) Abwasserbeseitigung	39
b.	Privatisierung auf Gemeindeebene	39
	(1) Wasserversorgung	39
	(2) Abwasserbeseitigung	40
c.	Beteiligungsmodelle im Rahmen der funktionalen Privatisierung	40
	(1) Betriebsführermodell	41
	(2) Betreibermodell	41
	(3) Kooperationsmodell	42
	(4) Konzessionsmodell	42
	i. Merkmale der Konzession	42
	ii. Zulässigkeit des Konzessionsmodells im Wassersektor in Deutschland aufgrund wasser- und kommunalrechtlicher Vorgaben zweifelhaft	43
d.	Anschluss- und Benutzungszwang bei Einbindung privater Dritter	45
5.	Zusammenfassung und Fazit zur Marktsituation	46
<i>B.</i>	<i>Wettbewerbs-, binnenmarkt- und beihilferechtlicher Rahmen</i>	48
1.	Nationales Recht	48
a.	Kartellrecht	48
	(1) Unternehmensbegriff des GWB	48
	(2) Wasserversorgung als wirtschaftliche Tätigkeit	49
	(3) Sonderfall Anschluss- und Benutzungszwang	50
	(4) Abwasserbeseitigung als wirtschaftliche Tätigkeit	51
	(5) Unternehmenseigenschaft der Gemeinden im Hinblick auf die Vergabe von Konzessionen	51
	(6) Kartellverbot, § 1 GWB	53
	i. Ausnahme vom Kartellverbot gemäß § 31 ff. GWB	53
	ii. Besondere Missbrauchsaufsicht nach § 31 b GWB	55
	(7) Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, §§ 19, 31 Abs. 4 GWB	56
	i. Verhältnis § 19 GWB – § 31 GWB (Anwendbarkeit § 19 GWB auf Wasserversorgung)	57
	ii. Marktbeherrschende Stellung i.S.d. §§ 19, 31 Abs. 4 GWB	59
	iii. Behinderungsmissbrauch, § 19 Abs. 2 Nr. 1 1. Fall GWB	60
	iv. Diskriminierungsmissbrauch, § 19 Abs. 2 Nr. 1 2. Fall GWB	61
	v. Ausbeutungsmissbrauch (Preismissbrauch), §§ 31 Abs. 4, 31 b GWB, § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB	63
	(a) Preismissbrauchskontrolle in Abhängigkeit von der Ausgestaltung des Nutzungsverhältnisses	63
	(b) Kartellrechtliche Preiskontrolle	64
	(i) Preiskontrolle, § 31 Abs. 4 Nr. 2 GWB	66
	(ii) Kostenkontrolle gemäß § 31 Abs. 4 Nr. 3 GWB	66
	(iii) Kostendeckungsprinzip gemäß WasserRRL 2000/60/EG	67
	(c) Verwaltungsrechtliche Gebührenkontrolle	68
	vi. Strukturmissbrauch, § 19 Abs. 2 Nr. 3 GWB	69
	vii. Zugangsverweigerung, § 19 Abs. 2 Nr. 4, § 31 Abs. 5 GWB	69
	(8) Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen §§ 19, 31 GWB (Ansprüche der betroffenen Wettbewerber)	70
	i. Verstoß gegen § 19 GWB	70

ii.	Verstoß gegen § 31 ff. GWB	72
(9)	Zusammenfassung und Fazit zum wettbewerbsrechtlichen Rahmen in Deutschland	73
b.	Vergaberecht	74
(1)	Rechtliche Grundlagen	75
(2)	Vergaberechtliche Anforderungen an die Vergabe öffentlicher Aufträge – Betriebsführungsmodell, Betreibermodell	75
(3)	Vergaberechtliche Vorgaben für die Durchführung von Wasserversorgungs-/ Abwasserbeseitigungsaufgaben durch gemeinsame privatrechtliche Unternehmen (öffentlich-private Partnerschaft – ÖPP) – Kooperationsmodell	77
(4)	Vergaberechtliche Anforderungen an die Vergabe von Konzessionen – Konzessionsmodell	78
i.	Ausnahme der Wasser- und Abwasserkonzessionen aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts	78
ii.	Anwendbarkeit des EU-Primärrechts auf die Vergabe von Wasser- und Abwasserkonzessionen	78
iii.	Primär- und wettbewerbsrechtliche Anforderungen an die Vergabe von Konzessionen im Wasserbereich	79
(a)	Anforderungen aus dem Transparenzgebot	80
(b)	Anforderungen aus dem Diskriminierungsverbot, dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Wettbewerbsgebot	80
(5)	Ausnahmen vom Vergaberecht – In-House-Vergaben, § 108 GWB	83
i.	Kriterien In-House-Vergabe	83
ii.	Zweifelhaft, ob in-House-Kriterien im Einklang mit dem AEUV stehen	84
(6)	Ausnahmen vom Vergaberecht – Vergaben an ein verbundenes Unternehmen und ein Gemeinschaftsunternehmen, §§ 138, 139 GWB	87
i.	Vergaben an ein verbundenes Unternehmen, § 138 GWB	87
ii.	Vergabe an ein Gemeinschaftsunternehmen, § 139 GWB	88
(7)	Keine Anwendung der in-House-Ausnahmen und Ausnahmen für verbundene Unternehmen und Gemeinschaftsunternehmen bei der Vergabe von Konzessionen	89
(8)	Erfüllung des Wesentlichkeitskriteriums nach § 108 Abs. 1 Nr. 2, § 138 Abs. 3 GWB bei Mehrsparten-Stadtwerken fraglich	90
(9)	Rechtsschutzmöglichkeiten bei Verstößen gegen vergaberechtliche Vorgaben	92
i.	Nachprüfungsverfahren gemäß § 155 ff. GWB	93
ii.	Sonderfall Rechtsschutz bei Vergabe von Wasser- und Abwasserkonzessionen	94
(10)	Zusammenfassung und Fazit zum vergaberechtlichen Rahmen in Deutschland	95
c.	Transparenzrichtliniengesetz	98
2.	Europarecht	99
a.	Wirtschaftspolitische Grundsätze, Art. 119 Abs. 1, 2, Art. 120 und Art. 345 AEUV	99
b.	Grundfreiheiten (Warenverkehrs-, Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit)	100
(1)	Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auf die Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung	100
(2)	Grenzüberschreitender Bezug	100
(3)	Warenverkehrsfreiheit	102
(4)	Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit	104

i.	Ausnahme für Tätigkeiten in Ausübung öffentlicher Gewalt nach der deutschen Rechtsprechung	104
ii.	Ausnahmen für Tätigkeiten in Ausübung der öffentlichen Gewalt nach der Rechtsprechung des EuGH und des EuG?	106
iii.	Rechtfertigung von Beeinträchtigungen der Dienst- und Niederlassungsfreiheit aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses	108
(5)	Zusammenfassung und Fazit zu den Grundfreiheiten	109
c.	Wettbewerbsrecht, Art. 101 ff, Art. 106 Abs. 1 AEUV	110
(1)	Unternehmenseigenschaft der öffentlichen Wasserversorger und Abwasserbeseitigungspflichtigen im Sinne der Art. 101 ff. AEUV	111
i.	Unternehmensbegriff der Art. 101 ff. AEUV	111
ii.	Unternehmenseigenschaft der Wasserversorger	113
iii.	Unternehmenseigenschaft der Abwasserbeseitigungspflichtigen zweifelhaft	113
(2)	Keine wettbewerbshindernden Maßnahmen in Bezug auf öffentliche Unternehmen, Art. 106 Abs. 1 AEUV	115
(3)	Zwischenstaatlicher Bezug der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung	117
i.	Zwischenstaatlicher Bezug hinsichtlich der Lieferung von Trinkwasser	118
ii.	Zwischenstaatlicher Bezug hinsichtlich unterstützender Tätigkeiten zur Trinkwasserversorgung	119
iii.	Zwischenstaatlicher Bezug hinsichtlich der Abwasserbeseitigung	120
(4)	Kartellverbot, Art. 101 AEUV	121
(5)	Missbrauchsverbot, Art. 102 AEUV	122
i.	Durchleitungsverweigerung	122
ii.	Preismissbrauch	123
iii.	Diskriminierungsverbot	123
(6)	Verhältnis von GWB zu Art. 101, 102 AEUV	123
(7)	Rechtsschutz	124
(8)	Zusammenfassung und Fazit zum EU-Wettbewerbsrecht	125
d.	Beihilferecht	126
(1)	Wasserversorger und Abwasserbeseitigungspflichtige Körperschaften/Anstalten als Unternehmen i.S.d. Art. 107 AEUV	126
(2)	Begünstigungen	128
(3)	Finanzierung aus staatlichen Mitteln	129
(4)	Selektivität	130
(5)	Drohende Verfälschung des Wettbewerbs und Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten	131
(6)	Sonderregelungen für Beihilfen in Bezug auf DAWI	131
i.	Inhalt des Almunia-Paketes	132
ii.	Betrugung mit der DAWI Wasserversorgung/Abwasserbeseitigung	132
iii.	Tatbestandsausnahme für bestimmte Ausgleichsleistungen	134
iv.	Als mit dem Binnenmarkt vereinbar geltende Beihilfen – Freistellung von der Notifizierungspflicht	135
v.	Zulässigkeit von Quersubventionen innerhalb von DAWI-Unternehmen nach der EuGH-Rechtsprechung	136
(7)	Rechtsschutzmöglichkeiten in Bezug auf Beihilfen	137
(8)	Zusammenfassung und Fazit zum Beihilfenrecht	139

IV. Kooperation von Kommunen im Wassersektor – Möglichkeiten und rechtliche Grenzen 143

A. Kooperationsformen der Kommunen 143

B.	<i>Anwendbarkeit des Vergaberechts auf interkommunale Kooperationen</i>	146
1.	Anwendbare Vorschriften	146
2.	Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts für Kooperationen auf vertraglicher Grundlage, § 108 Abs. 6 GWB	146
a.	Kriterien der ausschreibungsfreien horizontalen Kooperation gemäß § 108 Abs. 6 GWB	146
b.	Abweichungen der In-House/IKZ-Kriterien von den EuGH-Vorgaben	148
	(1) Abweichungen von den EuGH-Vorgaben	149
	(2) Folgen der Abweichung	152
3.	Ausschreibungserfordernis bei Gründung von Zweckverbänden und AöR und dem Abschluss von Zweckvereinbarungen	153
C.	<i>Kommunalwirtschaftsrechtliche Grenzen der öffentlichen Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung und der interkommunalen Zusammenarbeit</i>	155
1.	Kommunalwirtschaftsrechtliche Vorgaben – Überblick	155
2.	Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung als wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Kommunalwirtschaftsrechts	156
a.	Wasserversorgung	157
b.	Abwasserbeseitigung	157
3.	Zweckbindung	158
4.	Subsidiarität	159
a.	Anwendbarkeit des Subsidiaritätsprinzips auf die Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung in den verschiedenen Bundesländern	159
b.	Einschränkung des Subsidiaritätsprinzips durch Bestandsschutzklauseln	160
5.	Örtlichkeitsprinzip	161
a.	Anwendbarkeit des Örtlichkeitsprinzips auch auf nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten	162
b.	Ausgestaltung des Örtlichkeitsprinzips in den einzelnen Bundesländern	163
	(1) Berlin, Bremen und Hamburg	163
	(2) Baden-Württemberg	164
	(3) Bayern	164
	(4) Brandenburg	165
	(5) Hessen	165
	(6) Mecklenburg-Vorpommern	166
	(7) Niedersachsen	166
	(8) Nordrhein-Westfalen	166
	(9) Rheinland-Pfalz	167
	(10) Saarland	168
	(11) Sachsen	169
	(12) Sachsen-Anhalt	169
	(13) Schleswig-Holstein	169
	(14) Thüringen	170
c.	Anwendbarkeit des Örtlichkeitsprinzips auf interkommunale Kooperationen	171
	(1) Anwendbarkeit des gemeindegewirtschaftsrechtlichen Örtlichkeitsprinzips auf Kooperationen nach den Gesetzen über kommunale Gemeinschaftsarbeit/kommunale Zusammenarbeit	171
	(2) Anwendbarkeit des wasserrechtlichen Örtlichkeitsprinzips nach § 50 Abs. 2 WHG	171
	(3) Spezielles Örtlichkeitsprinzip im Abwasserbereich nach Landeswassergesetzen	172
d.	Zweckbindung bei grenzüberschreitender Kooperation und Auftrags erledigung	172
	(1) Bezugspunkt und Inhalt der Zweckbindung	173

(2) Rechtfertigung und Erforderlichkeit der Betätigung	175
6. Rechtsschutzmöglichkeiten bei Verstößen gegen das Örtlichkeitsprinzip	175
a. Öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch	176
b. Wettbewerbsrechtlicher Anspruch auf Ausschluss des öffentlichen Unternehmens/der Gemeinde vom Vergabeverfahren nach § 97 GWB	178
D. Zusammenfassung und Fazit zu den Möglichkeiten und rechtlichen Grenzen der Kooperation von Kommunen im Wassersektor	180
V. Wettbewerbsverzerrungen durch Befreiung der öffentlich-rechtlichen Abwasserbeseitigung und öffentlich-öffentlicher Kooperationen in der Wasserversorgung von der Umsatzsteuer	183
A. Umsatzsteuerbefreiung der Abwasserbeseitigung	183
1. Bisherige Rechtslage	184
2. Rechtslage ab 01.01.2017	185
B. Umsatzsteuerbefreiung öffentlich-öffentlicher Kooperationen	185
1. Bisherige Rechtslage	185
2. Rechtslage ab 01.01.2017	186
3. Zusammenfassung und Fazit zur Umsatzsteuerbefreiung der Abwasserbeseitigung und öffentlich-öffentlicher Kooperationen in der Wasserversorgung	189
C. Europarechtliche Beurteilung der Umsatzsteuerbefreiung	191
1. Vereinbarkeit mit der Mehrwertsteuersystem-Richtlinie 2006/112/EG	191
a. Umsatzsteuerbefreiung der Abwasserbeseitigung	191
b. Umsatzsteuerbefreiung der öffentlich-öffentlichen Kooperationen	192
2. Vereinbarkeit mit dem Beihilfenrecht	194
a. Steuerbefreiung als Vorteil im Sinne des Art. 107 AEUV	194
b. Keine Ausübung hoheitlicher Tätigkeit – Unternehmenseigenschaft Beistand leistender juristischer Personen	194
c. Weitere Tatbestandsmerkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV	195
d. Rechtsschutzmöglichkeiten	196
D. Zusammenfassung und Fazit zur Europarechtlichen Bewertung der Umsatzsteuerbefreiung der Abwasserbeseitigung und öffentlich-öffentlicher Kooperationen	196
VI. Ausnahme der Wasserwirtschaft vom Binnenmarkt-, Wettbewerbs-, Beihilfen- und Steuerrecht unter dem DAWI-Regime gemäß Art. 14, 106 Abs. 2 AEUV	199
A. Voraussetzungen der Ausnahme nach Art. 106 Abs. 2 AEUV	199
1. Unternehmenseigenschaft der Wasserversorger und Abwasserbeseitigungspflichtigen	200
2. Betrauung	200
3. Verhinderung der Wasserversorgung oder Abwasserbeseitigung zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen durch Anwendung des Wettbewerbs- und Binnenmarktrechts	202
a. Geringe Anforderungen an die Verhinderung in der Rechtsprechung des EuGH	202
b. Zweifel an einer möglichen Gefährdung der Erfüllung der Wasserversorgung/ Abwasserbeseitigung zu wirtschaftlichen Bedingungen bei öffentlich-rechtlicher Leistungsbeziehung (Gebührenerhebung)	204
c. Zulässigkeit einzelner Wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen nach Art. 106 Abs. 2 AEUV	205

(1) Vereinbarungen im Sinne von Art. 101 AEUV (Demarkations- und Konzessionsverträge)	205
(2) Missbrauch im Sinne des Art. 102 AEUV durch Verweigerung des Netzzugangs	206
(3) Befreiung der öffentlich-öffentlichen Kooperationen im Wasser-/Abwasserbereich von der Mehrwertsteuer	206
4. Keine Beeinträchtigung der Entwicklung des Handelsverkehrs in einem dem Gemeinschaftsinteresse zuwiderlaufenden Ausmaß	207
<i>B. Zusammenfassung und Fazit zur Geltung des Art. 106 Abs. 2 AEUV</i>	208
VII. Zusammenfassung	211
Abkürzungen	217
Literatur	223
Sachregister	231