



RUHR-UNIVERSITÄT BOCHUM

Der öffentliche Wassersektor in Deutschland - Evang. Akademie Hofgeismar, 29. Juni 2011 –

Rekommunalisierung als Option: Rechtliche Rahmenbedingungen

Prof. Dr. iur. Johann-Christian Pielow
Ruhr-Universität Bochum
Fakultät für Wirtschaftswissenschaft /
Institut für Berg- und Energierecht

Überblick

- Neue (nicht nur) deutsche Welle: (Re-) Kommunalisierung
- „Re“-Kommunalisierung in der dt. Wasserwirtschaft
- (Verfassungs-) Pflicht zur Kommunalisierung?
- Grenzen der Re-Kommunalisierung

(Re-)Kommunalisierung von Aufgaben der Daseinsvorsorge

- nach Welle aus Privatisierung & Liberalisierung, *New Public Management & Lean Administration* / Rückzug des Staates → *Bringing the State back in* !
- „(Re-) Kommunalisierung“ als (Rück-) Übertragung von *Erfüllungsverantwortung* für bestimmte öff./kommunale Aufgaben (i.d.R. von zuvor privaten Trägern)
- *Motive*: Schlechterfüllung durch Private, Umwelt-/Klimaschutzbelange; Synergien; Bürgervoten (Volksbegehren Berlin), Finanzkrise & fiskalische Interessen
- Nicht beschränkt auf kommunale Monopolaufgaben, auch z.B. Energieversorgung & Netzbetrieb, Abfallwirtschaft
- auch: „staatsinterne“ Kommunalisierungen, z.B. Aufgabenübertragungen Land → Kommunen im Zuge der Verwaltungsmodernisierung NRW

Rekommunalisierung in der dt. Wasserwirtschaft

- Ursprünglich & weiterhin *Verwaltungsmonopole*
 - Wasserversorgung: z.B. 47a LWG NRW:
„Die Gemeinden haben in ihrem Gebiet eine dem Gemeinwohl entsprechende öffentliche Wasserversorgung sicherzustellen“
 - Abwasserbeseitigung: 56 WHG n.F. i.V.m. Landesrecht, z.B. 53 LWG NRW
 - zudem möglicher Anschluss- und Benutzungszwang, s. z.B. 9 GO NRW
- im Prinzip nur „funktional“ privatisierbar
- Entscheidung zwischen „privat“ und „kommunal“ unterfällt der kommunalen *Organisationshoheit* (Art. 28 II GG), allerdings „im Rahmen der Gesetze“
- (Ab-)Wassermonopole sind (bislang) auch EU-rechtlich akzeptiert resp. toleriert
 - allerdings: Wasserversorgung & Abwasserbeseitigung sind „Unternehmen“ (= *wirtschaftliche* Betätigung) i.S. u.a. des Art. 106 I AEUV und unterfallen daher prinzipiell allen Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln des EU-Rechts / keine Bereichsausnahmen

Rekommunalisierung in der deutschen Wasserwirtschaft

- *Dennoch*: Rekommunalisierung ist kein Selbstläufer sondern bedarf stets der Legitimation anhand hinreichender Gemeinwohlgründe!
- Öffentliche = kommunale Wasserwirtschaft ist nicht *per se* effizienter
- Fraglich: Wie weit reicht die im Grundsatz anerkannte *Einschätzungsprärogative* der Gemeinde bzw. inwieweit sind ihre Entscheidungen evtl. sogar gerichtlich überprüfbar?

(Verfassungs-) Pflicht zur Kommunalisierung?

- „Gemeinden schaffen die für die Betreuung ihrer Einwohner erforderlichen öffentlichen Einrichtungen“, vgl. z.B. § 8 GO NRW
 - Kommunale Gewährleistungs- resp. Infrastrukturverantwortung auch als Ausfluss des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 I GG) und grundrechtlicher Schutzpflichten (i.V.m. Art. 28 II GG)
 - Bei Schlecht- oder Nichterfüllung durch Private: Einstandspflicht des Staates (*Residualverantwortung*)
- ursprüngliche Erfüllungspflicht kann mithin wieder aufleben

Rechtliche Grenzen der Kommunalisierung

- **geltende (Konzessions- / Gesellschafts-) Verträge**
 - Kündigungsfristen und -folgen?
 - insbes. Endschaftsklauseln (u.a. betr. Heimfall / Rückkauf des Netzes)?
 - evtl. Schadensersatzfolgen

Rechtliche Grenzen der Kommunalisierung

EU-Vergaberecht (97 ff. GWB i.V.m. VgV)

- Gemeinde als „Auftraggeber“ (Beschaffungsvorgang)?
- (-) , soweit unterhalb der Schwellenwerte oder reines *inhouse*-Geschäft nach „Teckal-Kriterien“ des EuGH
- aber (+) z.B. bei Übertragung an eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft
- „öffentlicher Auftrag“ oder nur „Dienstleistungskonzession“ ?
 - *EuGH v. 10.9.2009, Rs. C-206/08 – WAZV Gotha / Eurawasser*
Bei DLK genügt Vergütung des Auftragnehmers durch Entgelte Dritter, ohne dass ein besonderes Betriebsrisiko übernommen werden müsste
 - im Fall bloßer DLK: Vergaberecht „light“ (Transparenz, Nichtdiskriminierung)
- Ausschreibungspflicht bei *interkommunaler Kooperation*?
 - s. *EuGH v. 9.6.2009 – „MVA Rugenberger Damm“*: auch formlose Kooperation bedarf nicht mehr zwingend der Ausschreibung
- *I.Ü. zu beachten: Beihilfeverbot (Art. 107 AEUV) und Grundfreiheiten*

Rechtliche Grenzen der Kommunalisierung

Fachgesetzliche Grenzen

- Gebot „funktionaler Adäquanz“: Sind ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung und Qualitätsstandards nach dem jeweiligen Wasser- / Fachrecht durch die Gemeinde gewährleistet?
- auch nach der finanz. Leistungskraft der Gemeinde zu beurteilen, → kommunales Wirtschaftsrecht, s. *sogleich*

Rechtliche Grenzen der Kommunalisierung

Kommunalrechtliche Grenzen

- Verfolgung eines (u.U. dringenden) öffentlichen Zwecks?
- nur im Rahmen der finanziellen Leistungskraft der Gemeinde
- *Abwasserbeseitigung* ist davon z.T. ausgenommen, s. z.B. 107 II Satz 1 Nr. 4 GO NRW
- *keine* Anwendung der „Subsidiaritätsklausel“, s. z.B. 107 I S. 1 Nr. 3 GO NRW

Haushaltsrechtliche Grenzen

- Gebot der Wirtschaftlichkeit & Sparsamkeit der Verwaltung
 - Privatisierungsprüfpflicht bzw. Pflicht zu Wirtschaftlichkeitsvergleich/Marktanalyse (§ 6 HaushaltgrundsätzeG) , s.a. § 7 BHO)
 - Pflicht zur Markterkundung / Berücksichtigung der Interessen von KMU z.T. auch nach Kommunalrecht, s. z.B. § 107 V GO NRW

Rechtliche Grenzen der Kommunalisierung

Organisationsrechtliche Grenzen

- grds. freie Wahl der Organisationsform (öff. / privat-rechtlich)
- aber: Gewährleistung hinreichender Rückbindung an die Gemeindevertretung (demokratische Legitimation)!
- Eigengesellschaft (AG/GmbH) tendenziell „demokratiefeindlich“
- am ehesten (+) im Fall des Eigenbetriebs oder der Anstalt des öffentlichen Rechts (Kommunalunternehmen, AöR)

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit !

Prof. Dr. Joh.-Christian Pielow

Ruhr-Universität Bochum

Institut für Berg- und Energierecht

Tel.: +49 - 234 – 32-27333

E-Mail: ibe@rub.de

Web: www.rub.de/ibe