

## Inhaltsverzeichnis

Einleitung.....	1
<i>A. Problemstellung</i> .....	1
<i>B. Forschungsstand und Forschungsbedarf</i> .....	8
<i>C. Ziel und Gang der Untersuchung</i> .....	11
1. Teil: Grundlagen des Privatisierungs- und des Privatisierungsfolgenrechts.....	15
<i>A. Der Begriff der Privatisierung</i> .....	15
I. Die Aufgabe.....	16
II. Der Private.....	19
III. Definition.....	23
<i>B. Erscheinungsformen der Privatisierung</i> .....	23
I. Formelle Privatisierung.....	24
II. Materielle Privatisierung.....	26
III. Funktionale Privatisierung.....	27
<i>C. Motive der Privatisierung</i> .....	29
I. Rechtliche Motive.....	29
II. Politische und ökonomische Motive.....	31
1. Ordnungspolitische Erwägungen.....	31
2. Finanz- und haushaltspolitische Erwägungen.....	32
3. Betriebswirtschaftliche Erwägungen.....	34
<i>D. Abgrenzungen</i> .....	35
I. Deregulierung.....	35
II. Liberalisierung.....	36
III. Public-Private Partnership.....	37

<i>E. Privatisierung als Prozess</i> .....	38
I. Phasen des Privatisierungsprozesses .....	38
II. Rechtliche Determination .....	39
III. Typologie der Privatisierungsdeterminanten .....	40
<i>F. Privatisierungsfolgen</i> .....	42
I. Staatliche Verantwortung für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben .....	42
1. Verantwortung: Begriff und Funktion in der Privatisierungsdogmatik .....	42
2. Stufen staatlicher Verantwortungsverantwortung .....	46
a) Erfüllungsverantwortung .....	49
b) Gewährleistungsverantwortung .....	51
c) Auffangverantwortung .....	52
II. Erfüllung staatlicher Verantwortung durch Regulierung .....	53
1. Begriff der Regulierung .....	53
2. Regulierungskonzepte .....	57
3. Insbesondere: Regulierte Selbstregulierung .....	59
<i>G. Fazit</i> .....	60
<b>2. Teil: Die politische, ökonomische und technische Situation der öffentlichen Wasserversorgung</b> .....	62
<i>A. Grundüberlegungen zur öffentlichen Wasserversorgung</i> .....	62
I. Aufgabenfeld .....	62
II. Marktstruktur .....	64
1. Überblick .....	64
2. Privatisierungstendenzen .....	68
3. Einflüsse der Wiedervereinigung .....	71
III. Sektorspezifische Besonderheiten .....	76
1. Netzinfrastruktursektor .....	76
2. Natürliches Monopol .....	78
3. Gutseigenschaften .....	80
<i>B. Reformansätze für den Wasserversorgungsmarkt</i> .....	81
I. Wettbewerb im Markt .....	81
1. Gemeinsame Netznutzung .....	82
2. Freier Leitungsbau .....	84
3. Einschaltung von Zwischenhändlern .....	85
4. Eigenversorgung .....	86
II. Wettbewerb um den Markt .....	86

C. Modernisierungsstrategie für die deutsche Wasserwirtschaft .....	88
I. Förderung von Konzentration und Wettbewerbsfähigkeit .....	89
II. Lockerung des Örtlichkeitsprinzips .....	90
III. Verbessertes Informationsangebot über Organisationsmöglichkeiten .....	91
IV. Benchmarking .....	91
V. Steuerrechtliche Gleichstellung .....	93
D. Fazit .....	94

### 3. Teil: Die öffentliche Wasserversorgung im Übergang vom Leistungs- zum Regulierungsstaat .....

96

A. Historische Entwicklung der öffentlichen Wasserversorgung zur Aufgabe der kommunalen Daseinsvorsorge .....	96
I. Mittelalter .....	96
II. Absolutismus und Reformzeitalter (18./19. Jh.) .....	98
1. Absolutismus .....	99
2. Reformzeitalter .....	100
a) Preußische Städteordnung .....	101
b) Verengung des Polizeibegriffs .....	102
3. Auswirkungen der Reformen .....	105
III. Entstehung der kommunalen Leistungsverwaltung .....	106
1. Wandel des kommunalen Aufgabenbildes .....	106
2. Entwicklung der öffentlichen Wasserversorgung .....	109
a) Moderne Aufgabenwahrnehmung .....	109
b) Kommunalisierung .....	112
c) Anfänge interkommunaler Zusammenarbeit .....	114
3. Entwicklung des Rechtsrahmens .....	116
a) Aufgabenzuordnung .....	116
b) Rechtliche Einordnung der Aufgabenwahrnehmung .....	117
c) Wasserrecht .....	121
IV. Weimarer Republik und Nationalsozialismus .....	123
1. Öffentlicher Zweck als Rechtsgrund des Verwaltungshandelns .....	123
2. Ausgestaltung des kommunalen Wirtschaftsrechts .....	124
a) Hintergründe .....	124
b) Entwicklung des Gemeindefinanzrechts .....	128
c) Wirtschaftsklausel des § 67 DGO .....	130
d) Wirtschaftliche Unternehmen/öffentliche Einrichtungen .....	133
3. Forsthoffs Lehre von der Daseinsvorsorge .....	134
V. Entwicklungen seit der Nachkriegszeit .....	139
1. Entwicklung der öffentlichen Wasserversorgung .....	139

2. Entwicklung des Rechtsrahmens .....	140
a) Aufgabenzuordnung.....	140
aa) Öffentliche Wasserversorgung als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft.....	140
(1) Entörtlichung der öffentlichen Wasserversorgung? .....	141
(2) Zuordnungskriterien.....	142
(3) Zuordnung der öffentlichen Wasserversorgung .....	145
(a) Großräumige Versorgungsstrukturen .....	145
(b) Privatisierungsprozesse .....	147
(c) Wasserwirtschaftliche Planung.....	148
bb) Ergänzende Aufgabenkompetenz der Kreise .....	149
cc) Gewährleistungsgehalt der Selbstverwaltungsgarantie.....	151
b) Wasserrecht .....	153
 <i>B. Ordnungsrahmen der öffentlichen Wasserversorgung.....</i>	 154
I. Kommunalrecht .....	154
1. Kommunales Anstaltsrecht.....	154
a) Kommunale Bereitstellungspflicht .....	154
b) Organisationsformen.....	157
aa) Öffentlich-rechtliche Organisationsformen .....	157
bb) Privatrechtliche Organisationsformen .....	158
cc) Interkommunale Zusammenarbeit.....	158
(1) Zweckverbände.....	159
(2) Wasser- und Bodenverbände .....	160
c) Zugangsanspruch .....	161
d) Leistungs- und Benutzungsverhältnis .....	162
aa) Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Ausgestaltung .....	162
bb) Allgemeine Versorgungsbedingungen (AVBWasserV) .....	165
e) Anschluss- und Benutzungszwang.....	167
2. Kommunales Wirtschaftsrecht.....	168
a) Anwendungsbereich.....	169
aa) Wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Unternehmen .....	169
bb) Kommunales Unternehmensrecht .....	172
b) Regelungsgehalt.....	172
aa) Wahl der Rechtsform.....	173
bb) Unternehmensführung .....	174
II. Straßen- und Wegerecht .....	176
1. Straßenrechtliche Einordnung .....	176
2. Privatrechtliche Gestattung (Konzession) .....	177
III. Kartellrecht.....	178
1. Anwendungsbereich.....	178
2. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen .....	180
a) Demarkations- und Konzessionsverträge .....	180
b) Bereichsausnahme für die Wasserversorgung .....	181
c) Praktische Relevanz.....	183
3. Missbrauchsaufsicht.....	184
a) Freistellungsbezogene Missbrauchsaufsicht.....	184
b) Allgemeine Missbrauchsaufsicht .....	184
IV. Wasserhaushaltsrecht .....	189

1. Erlaubnis- oder Bewilligungspflichtigkeit.....	189
2. Gestattung der Gewässerbenutzung .....	190
a) Erlaubnis und Bewilligung .....	190
b) Voraussetzungen der Gestattung .....	191
3. Bewirtschaftungsermessen .....	193
V. Gesundheitsschutz- und Lebensmittelrecht .....	195
VI. Sicherstellung der öffentlichen Wasserversorgung .....	196
<i>C. Privatisierungsmodelle</i> .....	198
I. Kooperationsmodell .....	198
II. Betriebsführungs- und Betreibermodell .....	201
III. Konzessionsmodell .....	203
1. Dienstleistungs- und Baukonzessionen .....	203
2. Umsetzung in der öffentlichen Wasserversorgung .....	204
3. Konzessionsarten .....	206
a) Konzession ersten Grades .....	206
b) Konzession zweiten Grades.....	206
aa) Charakteristika .....	206
bb) Abgrenzung zur Beleihung .....	208
4. Zuordnung zu den Privatisierungsformen .....	211
IV. Materielle Privatisierung.....	212
<i>D. Folgefragen</i> .....	212
I. Reichweite des kommunalen Anstaltsrechts.....	213
1. Öffentliche Einrichtungen .....	213
2. Versorgungsverhältnisse außerhalb des Anstaltsrechts.....	215
a) Kontrahierungspflichten.....	215
b) Anschluss- und Benutzungszwang für private Einrichtungen?.....	216
II. Wasserrechtliche Gestattungspflicht.....	217
<i>E. Exkurs: Entwicklungstendenzen der öffentlichen Wasserversorgung in der Europäischen Gemeinschaft</i> .....	220
I. Staatliche Aufgabenwahrnehmung.....	220
II. Einbeziehung Privater in die Aufgabenwahrnehmung .....	222
1. Das „Französische Modell“ .....	222
2. Vorbildwirkung im europäischen Raum.....	225
III. Materielle Privatisierung und Liberalisierung .....	227
1. England und Wales .....	227
a) Organisationsstruktur und Privatisierungsprozess .....	227
b) Regulierungsregime .....	230
aa) Institutioneller Rahmen .....	230
bb) Preisregulierung .....	231
cc) Wettbewerbsregulierung.....	233
2. Erfahrungen und Schlussfolgerungen .....	234
<i>F. Fazit</i> .....	238

4. Teil: Der rechtliche Rahmen für die Privatisierung der öffentlichen Wasserversorgung .....	241
<i>A. Relevanz der Staatsaufgabenlehre für die Beurteilung von Privatisierungsprozessen</i> .....	241
I. Systematisierung von Staatsaufgaben .....	242
1. Freiwillige Staatsaufgaben .....	243
2. Ausschließliche Staatsaufgaben .....	243
3. Obligatorische Staatsaufgaben .....	245
II. Methode der Konkretisierung obligatorischer Staatsaufgaben .....	247
<i>B. Vorgaben des Gemeinschaftsrechts</i> .....	248
I. Privatisierungsfördernde Determinanten .....	248
1. Art. 106 Abs. 1 AEUV als „Privatisierungshebel“ .....	249
a) Anwendungsbereich .....	250
b) Vertragskonformität des Ordnungsrahmens .....	252
aa) Grenzüberschreitender Bezug .....	252
bb) Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten .....	254
(1) Warenverkehrsfreiheit .....	254
(2) Dienstleistungsfreiheit .....	255
(3) Rechtfertigung von Beeinträchtigungen .....	256
cc) Vereinbarkeit mit den Wettbewerbsregeln .....	258
(1) Art. 101, 102 AEUV .....	258
(2) Art. 107 AEUV .....	261
2. Ausnahmen gem. 106 Abs. 2 S. 1 AEUV .....	262
a) Anwendungsbereich .....	263
b) Voraussetzungen der Ausnahmeregelung .....	265
c) Verhältnismäßigkeit .....	267
aa) Demarkations- und Konzessionsverträge .....	267
bb) Verweigerung der Wasserdurchleitung .....	269
cc) Staatliche Beihilfen .....	269
3. Vorgaben für den Privatisierungsprozess .....	270
II. Privatisierungsbegrenzende und verantwortungsbegründende Determinanten .....	272
<i>C. Vorgaben des nationalen Rechts</i> .....	274
I. Verfassungsrecht .....	274
1. Privatisierungsfördernde Determinanten .....	274
a) Subsidiaritätsprinzip .....	274
aa) Herleitung und Inhalt .....	274
bb) Subsidiarität als Verfassungsprinzip? .....	276
b) Grundrechte .....	281
aa) Zulässigkeit des Verwaltungsmonopols .....	281
bb) Zulässigkeit kommunaler Betätigung .....	282
cc) Gebot grundrechtsfreundlicher Auslegung .....	284
c) Wirtschaftlichkeitsprinzip .....	284

2. Privatisierungsbegrenzende und verantwortungsbegründende	
Determinanten .....	287
a) Kommunale Selbstverwaltungsgarantie .....	287
aa) Heteronome Privatisierung .....	288
bb) Autonome Privatisierung .....	291
(1) Pflichten aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG? .....	291
(2) Selbstverwaltungspflicht und Privatisierung .....	294
(a) Kommunale Aufgabenverantwortung .....	294
(b) Wesensgehaltsgarantie .....	297
b) Demokratieprinzip .....	299
aa) Reichweite bei Privatisierungsprozessen .....	299
bb) Anforderungen .....	302
(1) Privatisierungsentscheidung .....	306
(2) Kommunales Handeln im Kooperationsverhältnis .....	307
(a) Aufgabenerledigung durch Kooperationsgesellschaften .....	307
(aa) Kommunale Einwirkungspflicht .....	308
(bb) Gebot des beherrschenden Einflusses? .....	310
(b) Aufgabenerledigung durch „echte“ Private .....	311
(aa) Betriebsführungs- und Betreibermodell .....	311
(bb) Konzessionsmodell .....	314
(cc) Materielle Privatisierung .....	315
c) Rechtsstaatsprinzip .....	316
aa) Vorrang des Gesetzes .....	316
bb) Vorbehalt des Gesetzes .....	318
(1) Grundrechtlicher Gesetzesvorbehalt .....	319
(2) Organisatorisch-institutioneller Gesetzesvorbehalt .....	319
(3) Demokratisch-rechtsstaatlicher Gesetzesvorbehalt .....	321
d) Sozialstaatsprinzip .....	324
aa) Daseinsvorsorge und Sozialstaatsprinzip .....	324
bb) Vorgaben des Sozialstaatsprinzips .....	328
e) Staatsziel Umweltschutz .....	332
f) Grundrechte .....	334
aa) Eingriffe bei privatisierter Aufgabenerledigung .....	335
bb) Klassische Grundrechtsfunktionen .....	338
(1) Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG .....	338
(2) Leistungs- und Teilhaberechte .....	339
(a) Originäre Leistungsrechte .....	339
(b) Derivative Teilhaberechte .....	343
cc) Schutzpflichtendimension .....	343
(1) Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG .....	343
(2) Art. 3 Abs. 1 GG .....	345
g) Funktionenvorbehalt .....	348
II. Gesetzesrecht .....	352
I. Sektorspezifische Ausgestaltung der Aufgabe .....	352
a) Freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe .....	352
b) Pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe .....	353
aa) Kommunale Versorgungspflicht .....	354
(1) Vereinbarkeit mit den Privatisierungsmodellen .....	354
(2) Privatisierungsberechtigungen .....	357
(a) Einbeziehung privater Dritter .....	357

(b) Übertragung der Wasserversorgungspflicht .....	358
(aa) Hessen .....	358
(bb) Sachsen und Sachsen-Anhalt .....	359
bb) Kommunale Sicherstellungspflicht .....	360
(1) Vereinbarkeit mit den Privatisierungsmodellen .....	361
(2) Privatisierungsberechtigungen .....	362
(a) Nordrhein-Westfalen .....	362
(b) Rheinland-Pfalz .....	362
cc) Privatisierungsimpulse aus Privatisierungsberechtigungen? .....	365
2. Kommunales Wirtschaftsrecht .....	367
a) Privatisierungsimpulse aus den Wirtschaftsklauseln? .....	367
aa) Relevanz für Privatisierungsprozesse .....	368
bb) Voraussetzungen .....	369
(1) Bindung an einen öffentlichen Zweck .....	369
(2) Leistungsfähigkeit und Bedarf .....	371
(3) Sog. Subsidiaritätsklausel .....	372
(a) Unechte Subsidiaritätsklauseln .....	373
(b) Annäherungen und echte Subsidiarität .....	376
b) Privatisierungsregelnde und -begrenzende Vorgaben .....	379
aa) Gründung und Beteiligung an Gesellschaften .....	380
bb) Veräußerung von Unternehmen .....	383
3. Vergaberecht .....	383
a) Kartellvergaberecht .....	385
aa) Anwendungsbereich .....	385
(1) Öffentlicher Auftraggeber i.S.v. § 98 GWB .....	386
(2) Öffentlicher Auftrag i.S.v. § 99 Abs. 1 GWB .....	387
(a) Kooperationsmodell .....	388
(b) Betriebsführungs- und Betreibermodell .....	391
(c) Konzessionsmodell .....	392
(aa) Dogmatische Einordnung .....	392
(bb) Konzession trotz Gebietsmonopols? .....	395
(d) Materielle Privatisierung .....	397
(3) Ausnahmen vom Anwendungsbereich .....	398
(a) Schwellenwerte gem. § 100 Abs. 1 GWB .....	398
(b) Ausnahmen gem. § 100 Abs. 2 GWB .....	399
bb) Vorgaben für das Vergabeverfahren .....	400
b) Haushaltsrecht .....	403
D. Fazit .....	405

5. Teil: Regulierung einer privatisierten öffentlichen Wasserversorgung .....	415
<i>A. Vergaberegulierung als Regulierungsregime für die privatisierte öffentliche Wasserversorgung .....</i>	<i>415</i>
I. Unterscheidung von Netz- und Vergaberegulierung .....	415
1. Charakteristika der Netzregulierung .....	416
2. Erfordernis und Gegenstand einer Vergaberegulierung .....	419
II. Ausgestaltung einer Vergaberegulierung .....	423
1. Legislative Regulierung .....	424
2. Administrative Regulierung .....	424
<i>B. Anforderungen an die Regulierung der privatisierten öffentlichen Wasserversorgung .....</i>	<i>426</i>
I. Legislative Regulierung .....	426
II. Administrative Regulierung .....	429
1. Auswahl des privaten Leistungserbringers .....	430
a) Anforderungen an die Auswahlentscheidung .....	430
b) Vorgaben der Landeswassergesetze .....	433
c) Vorgaben des Vergaberechts .....	433
aa) Kartellvergaberecht .....	433
(1) Definition des Auftragsgegenstandes .....	434
(2) Technische Spezifikationen .....	435
(3) Kriterien der Auftragsvergabe .....	436
(a) Auswahl der geeigneten Bewerber .....	436
(b) Zuschlagserteilung .....	437
(aa) Wirtschaftlichstes Angebot .....	437
(bb) Zusätzliche Bedingungen .....	439
bb) Haushaltsrecht .....	440
2. Ausgestaltung des Kooperationsverhältnisses im Veranlassungsakt .....	440
a) Aufgabenübertragung auf Kooperationsgesellschaften .....	441
aa) Kommunal beherrschte Kooperationsgesellschaften .....	441
(1) Steuerung bei der GmbH .....	442
(2) Steuerung bei der AG .....	444
(3) Ergänzende vertragliche Steuerung .....	446
bb) Privat beherrschte Kooperationsgesellschaften .....	447
b) Aufgabenübertragung auf „echte“ Private .....	447
aa) Anforderungen an das Kooperationsverhältnis .....	447
bb) Ausgestaltung des Kooperationsverhältnisses .....	449
(1) Hoheitliche Ausgestaltung .....	449
(2) Vertragliche Ausgestaltung .....	450
<i>C. Fazit .....</i>	<i>455</i>

<b>Resümee</b> .....	460
Literaturverzeichnis.....	465
Stichwortverzeichnis .....	505