

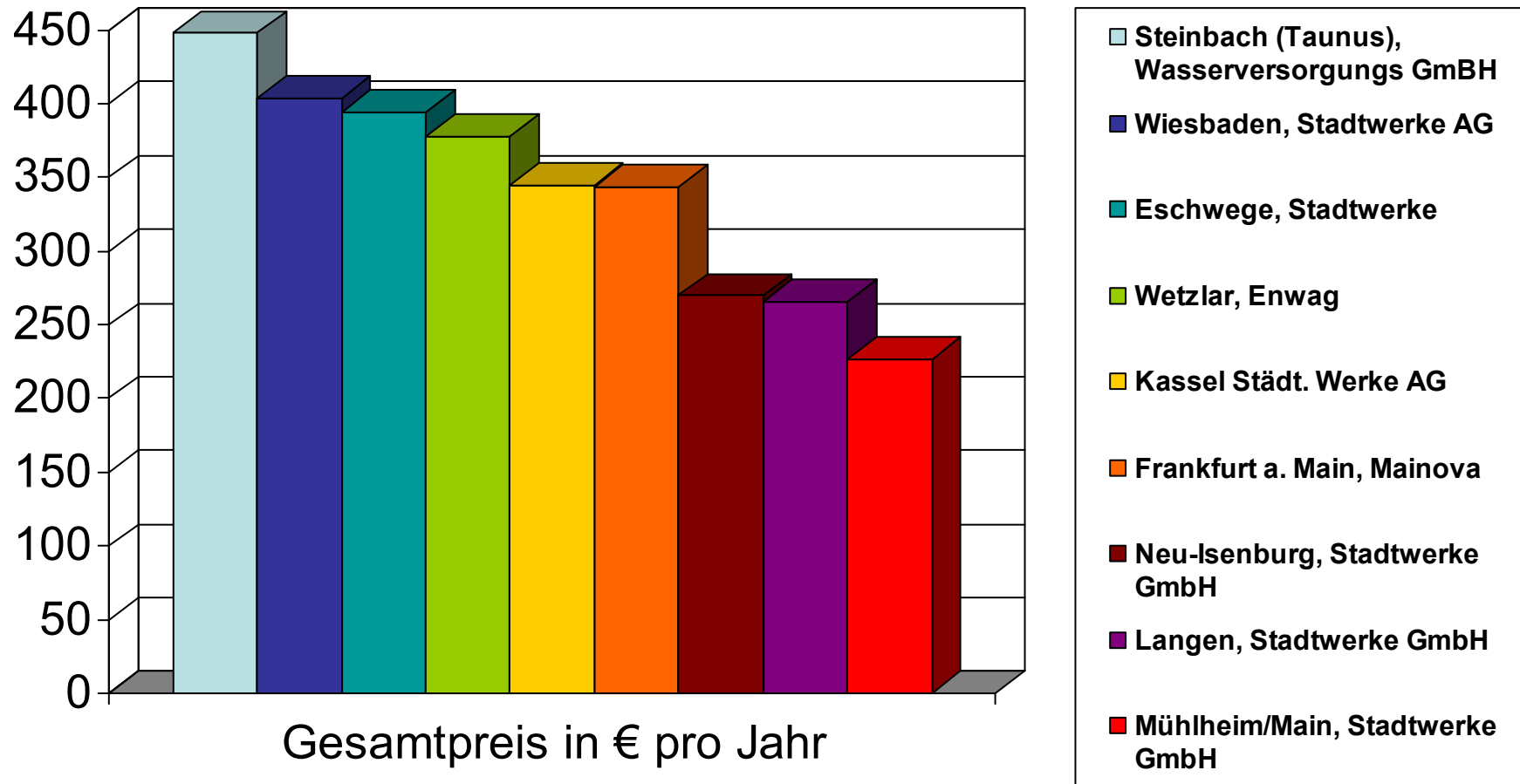
# Die kartellrechtliche Kontrolle und Regulierung der Wasserpreise aus rechtswissenschaftlicher Sicht

Chancen und Alternativen für Wettbewerb und Regulierung in der Wasserwirtschaft?

Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M.

- Entscheidungen Landeskartellbehörde Hessen
  - Entscheidung des OLG Frankfurt
  - Entscheidung des BGH
- = Vorboten schärferer Regulierung der Wasserwirtschaft
- Alternativen (sektorspezifische Regulierung; Ausschreibungs-, Durchleitungs- und Stichleitungswettbewerb; Gebührenkontrolle)
- Frage: Welche Form der Regulierung für maximalen Konsumentennutzen?
- Vgl. § 1 Abs. 1 Energiewirtschaftsgesetz: „möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche“ Versorgung
- Zahlreiche Untersuchungen zeigen extrem divergierende Wasserpreise

**Wasserpreise in Hessen, Stand 1. März 2009, Quelle: Hessisches Wirtschaftsministerium**



- I. Einführung/Übersicht
- II. Sinn und Zweck einer Regulierung in der Wasserwirtschaft
  1. Notwendigkeit einer Regulierung
  2. Formen und Möglichkeiten eines „echten Wettbewerbs“
  3. Formen und Möglichkeiten eines „simulierten Wettbewerbs“
  4. Grenzen einer öffentlich-rechtlichen Gebührenkontrolle
- III. Rechtliche Ansätze
  1. „Echter Wettbewerb“
  2. „Simulierter“ Wettbewerb im Rahmen einer kartellrechtlichen Kontrolle
  3. Abgabenrechtliche Kontrolle
- IV. Fazit und Ausblick

### 1. Notwendigkeit einer Regulierung

- Regulierung = „wirtschaftspolitisch motivierte Eingriffe des Staates zur Beschränkung von Marktmechanismen oder zur Übernahme der Marktfunktionen bei fehlendem Markt“
- Wettbewerb = Situation, in der sich mindestens zwei verschiedene Wirtschaftssubjekte auf einem Markt antagonistisch verhalten
- Wasserversorgung auf Netzebene = natürliches Monopol
  - ⇒ Gefahr des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung
  - ⇒ Regulierung, nicht Privatisierung entscheidend

### 2. Formen und Möglichkeiten eines „echten Wettbewerbs“

#### a) Wettbewerb um Endkunden durch unterschiedliche Wasserversorger

- vergleichbar Telekommunikations- und Energieordnungen
- Umsetzung: Durchleitungsrechte durch Versorgungsnetz des lokalen Netzbetreibers

aber:

- technische Schwierigkeiten (unterschiedliche Wasserqualitäten etc.)
- Kostenanteil des Netzbetriebs so hoch, dass Transaktionskosten für Schaffung von Durchleitungswettbewerb wohl unverhältnismäßig

⇒ ökonomisch nur sehr begrenzt sinnvoll

## II. Sinn und Zweck einer Regulierung in der Wasserwirtschaft

b) Ausschreibungswettbewerb um den Betrieb eines Wasserversorgers

aber:

- erhebliche Transaktionskosten
  - Preismissbrauchskontrolle weiter notwendig
- ⇒ nur flankierend; auch zur Schaffung von Informationen

c) Stichleitungswettbewerb (nur sehr begrenzt sinnvoll)

### 3. Formen und Möglichkeiten eines „simulierten Wettbewerbs“

#### simulierter Wettbewerb

= virtueller Wettbewerb = wettbewerbsanaloges Ergebnis

⇒ v.a.: unter Wahrung bestimmter Qualitätsmaßstäbe wettbewerbsanalogen Preis als Vergleichsmaßstab ermitteln

⇒ Differenzierung: Vorleistungs- und/oder Endkundenentgelte, freiwillig oder rechtlich verbindlich, ex ante und/oder ex post, sektorspezifisch und/oder allgemeines Kartellrecht, besondere Behörde und/oder allgemeines Kartellamt, Landesbehörden und/oder Bundesbehörden

⇒ „simulierter Wettbewerb“ grundsätzlich sehr sinnvoll

## II. Sinn und Zweck einer Regulierung in der Wasserwirtschaft

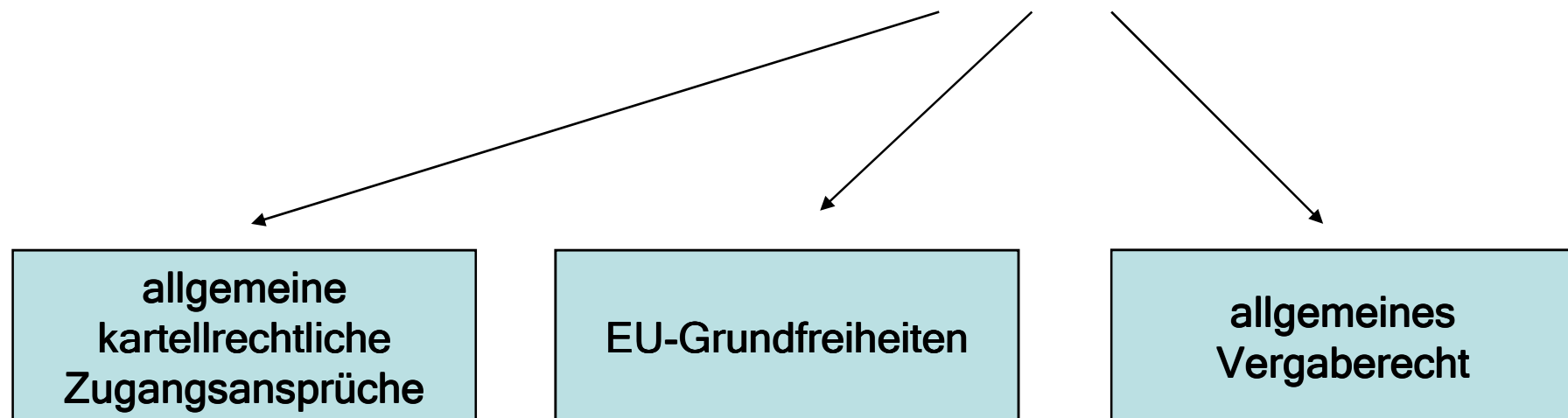
	Vorleistungspreise	Endkundenpreise	Ex ante	Ex post	allg. Kartellrecht	sektorspezifisch	LKartA	BKartA	spezielle Landesbehörde	BNetzA
Wasserwirtschaft	-	(+)	-	(+)	(+)	-	(+)	-	-	-
Eisenbahn	+	(-)	+	+	(-)	+	-	(-)	-	+
Energie	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
TK	+	+	+	+	(-)	+	-	(-)	-	+

### 4. Öffentlich-rechtliche Gebührenkontrolle

- Rechtsgrundlage: jeweiliges Landesrecht
- allgemein gültige Grundsätze (insb. Äquivalenzprinzip, Kostendeckungsgrundsatz)
- nur sehr eingeschränkte Berücksichtigung von Effizienz Gesichtspunkten
  - ⇒ kein taugliches Regulierungsinstrument, sofern effizienzorientierte Preise

## 1. „Echter Wettbewerb“

- nur sehr begrenzte rechtliche Ansätze
- mangels sektorspezifischer Regelungen nur **allgemeine rechtliche Grundsätze**



### a. Allgemeine kartellrechtliche Zugangsansprüche

- Art. 102 AEUV (ex-Artikel 82 EGV)
  - mangels marktbeherrschender Stellungen auf wesentlichem Teil des Gemeinsamen Marktes nicht anwendbar
- § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB
  - Anwendbarkeit: + (so auch BGH, teilweise a.A. Lit., arg. § 131 Abs. 6 GWB)
  - zivilrechtliches Erstreiten eines Zugangsanspruchs bzw. kartellamtliche Feststellung eines Missbrauchs in der Praxis oftmals nicht erfolgreich  
arg: Zugangsverweigerungsgründe, insbesondere Verschlechterung der Wasserqualität; Grundsatz der ortsnahen Versorgung
  - Problem ungeklärter Haftungsfragen
  - Wettbewerbsöffnungspotenzial: unklar aber tendenziell gering

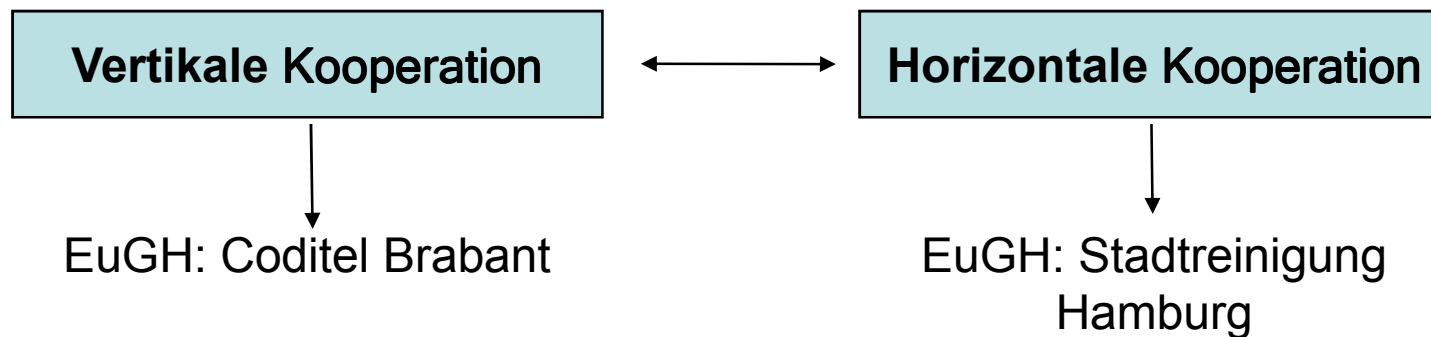
## b. EU-Grundfreiheiten und Bezugsmonopole/Stichleitungswettbewerb

Warenverkehrsfreiheit, Art. 34 AEUV (ex-Artikel 28 EGV)

- Wasser = Ware im Sinne des Art. 34 AEUV
- Sachliche Rechtfertigung bei Beschränkung erforderlich
  - exemplarisch: Streit um Novellierung des sächsischen Wassergesetzes
  - Beispiele für Rechtfertigungsgründe
    - Prinzip der Ortsnähe
    - Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen Versorgungssystems
  - aber: ausländische ortsnahe potentielle Lieferanten dürfen nicht pauschal ausgeschlossen werden!
- Wettbewerbsöffnungspotenzial: unklar aber tendenziell gering

### c. Ausschreibungswettbewerb und vergaberechtliche Pflichten

- Keine Privatisierungs- und Ausschreibungspflichten, wenn öffentlich-rechtlich
- „In-house“-Privileg (keine Ausschreibungspflicht), vgl. EuGH, 18.11.1999, Slg. 1999 I-8121, Teckal
  - Kontrolle wie über eigene Dienststellen
  - Tätigkeit im Wesentlichen für öff. Auftraggeber
- Interkommunale Zusammenarbeit



## Entscheidung des EuGH: Coditel Brabant (13.11.2008, Rs. C-324/07)

- Sachverhalt: Kabelnetzbetreiber von Gemeinden geschaffen + für diese tätig
- „Teckal“ ist modifiziert anwendbar
  - Kontrolle wie über eigene Dienststellen
    - ⇒ Kontrolle durch mehrere Kommunen gemeinsam
  - Tätigkeit im Wesentlichen für öffentliche Auftraggeber
    - ⇒ Tätigkeit im Wesentlichen für alle Anteilseigner

## Entscheidung des EuGH: Hamburger Stadtreinigung (9.6.2009, Rs. C-480/06)

- Kernaussagen
  - Keine generelle Freistellung vom Vergaberegime
  - Keine Anwendbarkeit der „Teckal“-Kriterien
  - Aber ggfls. Vergabefreiheit neben Kategorie der „Inhouse“-Geschäfte
- EuGH-Kriterien für Vergabefreiheit
  - 1) Aufgabe aller Kommunen im Allgemeininteresse
  - 2) Sicherstellung dieser Aufgabe
  - 3) Reine Kostenerstattung, keine zusätzlichen Finanztransfers
  - 4) Keine Beteiligung Privater
  - 5) Keine Umgehung

- Konsequenzen
  - Stärkung des kommunalen Selbstverwaltungsrechts, Art. 28 Abs. 2 GG = +
  - Unterscheidung mandatierende / delegierende Aufgabenübertragung  
hinfällig = ++
- Bewertung
  - Auch für Wasserwirtschaft - mehr vergabefreie Gestaltungsmöglichkeiten im Rahmen interkommunaler (ÖPP) Kooperationen, ABER:
  - Unsicher, da keine verallgemeinerungsfähigen Aussagen

## Fazit

- Grundsätze auf Wasserversorgung übertragbar
- Solange keine privaten Unternehmen an Aufgabenerfüllung beteiligt oder durch diese begünstigt → keine Ausschreibungspflicht
- aber EuGH: Mödling (10.11.2005, Rs. C-29/04):  
(Teil-)Privatisierung ausschreibungspflichtig, wenn im Kontext der Beauftragung mit öffentlichen Aufgaben
- Ausschreibungspflichten gering

## 2. „Simulierter“ Wettbewerb im Rahmen der kartellrechtlichen Kontrolle

### a) Regulierungsverfügung der Landeskartellbehörde Hessen vom 16. Mai 2007 gegen Enwag

- Rechtsgrundlage: § 103 Abs. 5 S. 1 Nr. 1, S. 2 GWB a.F. i.V.m. § 103 Abs. 6 Nr. 1 GWB a.F.; § 131 Abs. 6 GWB; § 32 Abs. 3 GWB
- Inhalt
  - Untersagung von überhöhten Wasserpreisen
  - Rückwirkende Feststellung der Missbräuchlichkeit entsprechender Wasserpreise

- Hauptstreitpunkte
  - Welche Unternehmen sind vergleichbar?
    - ⇒ Kriterium: Gleichartigkeit
  - Rechtfertigungsprüfung
  - Kann eine Feststellung der Missbräuchlichkeit auf § 32 GWB gestützt werden?

- b) **Beschluss des OLG Frankfurt vom 18. November 2008 (Az. 11 W 23/07)**
- Preissenkungsverfügung im Wesentlichen bestätigt
    - Vergleichbarkeit der Unternehmen
    - Belieferung von HuK-Kunden alleine begründet nicht Vergleichbarkeit; aber geringe Anforderung - grobes Raster - Übertragung BGH-Rechtsprechung in der Energiewirtschaft
    - strukturelle Unterschiede im Rahmen der Rechtfertigung prüfen
  - lediglich rückwirkende Feststellung der Missbräuchlichkeit aufgehoben

- Rechtfertigung höherer Preise
  - (tendenziell) nicht rechtfertigend
    - o Kosten aufgrund der Rechtsformwahl (Kapitalkosten, Gewerbesteuer)
    - o niedrigere Baukostenzuschüsse
    - o Mehrkosten bei Erneuerung von Hausanschlüssen, bei Netzerneuerung, für Netzinstandhaltung, Netzbetrieb und Netzverwaltung
  - letztlich nicht entschieden, inwiefern rechtfertigend
    - o Kosten aufgrund von Wasserverlusten (da nicht dargelegt)
    - o Konzessionskosten (da grundsätzlich anerkannt und nur in Höhe nicht dargelegt)
    - o Verhältnis Eigengewinnung - Fremdbezug (da anerkannt)

- Rechtfertigung höherer Preise
  - rechtfertigend (aber nicht dargelegt)
    - o Höhenverhältnisse, Druckzonen
    - o Wasserverteilungs- und Speicherkosten
    - o keine Selbstkostendeckung (also Verluste)

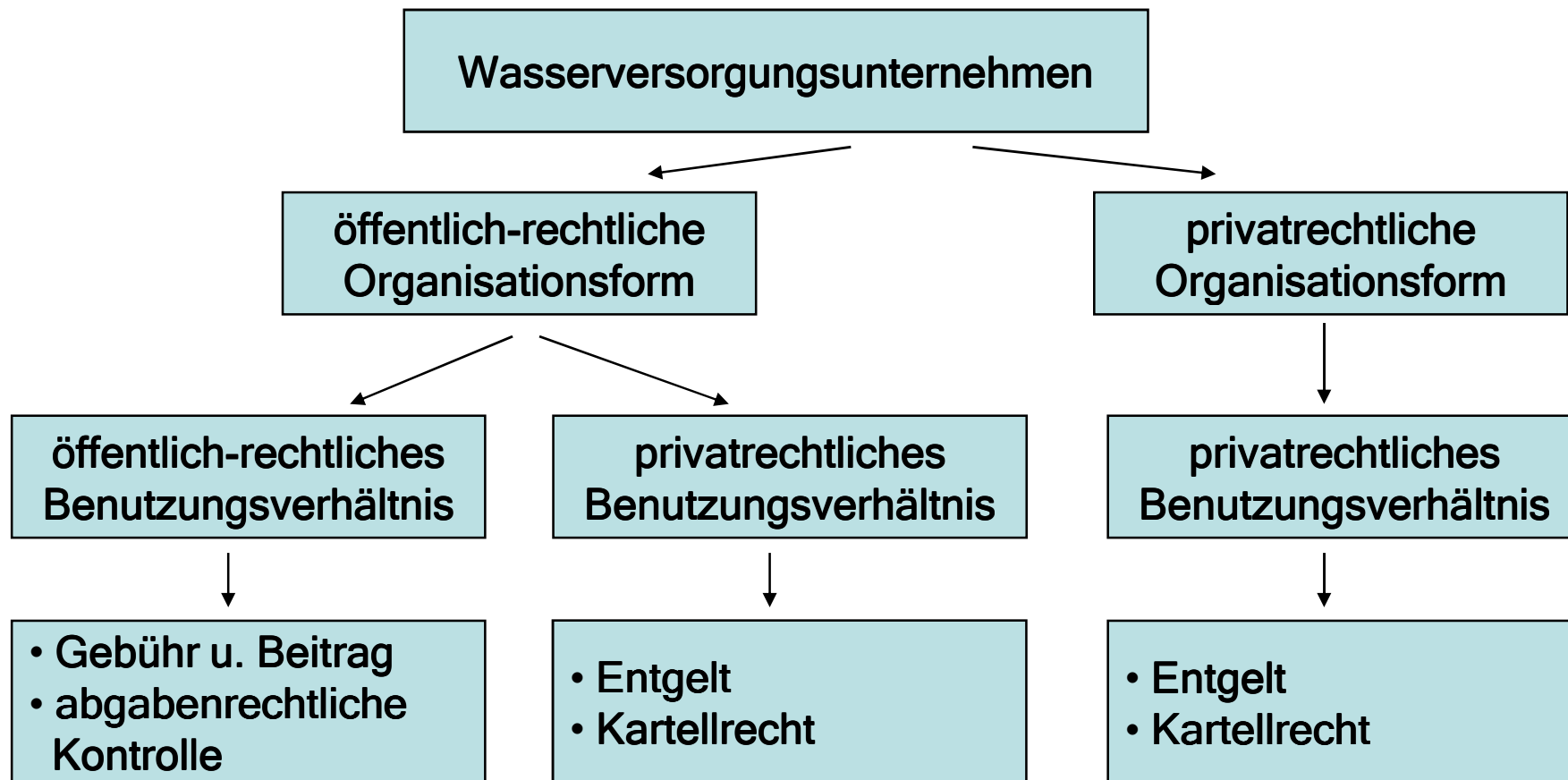
- c) **Beschluss des BGH vom 2. Februar 2010 (Az. KVR 66/08)**
- Anwendbare Vorschriften
    - Sowohl Freistellungsmissbrauch als auch Marktmachtmissbrauch durch das GWB untersagt; rechtliche und natürliche Monopole müssen gleich behandelt werden
  - Rechtfertigung höherer Preise
    - Baukostenzuschüsse
      - (+) (anders OLG Frankfurt)
      - Arg für Anerkennung: kann für Endabnehmer dennoch günstiger sein
      - Aber: müssen vom Unternehmen dargelegt werden
    - Konzessionsabgaben (?)
    - Erhöhte Erneuerungs- und Instandhaltungsbedürftigkeit des Netzes (-)

- Strenge Anforderungen an Darlegungs- und Beweislast
- § 32 Abs. 3 GWB ist nicht anwendbar
- § 103 Abs. 5 GWB a.F. ist kein gesetzliches Verbot
- Aber i.V.m. § 19 GWB

#### d) Bewertung und Ausblick

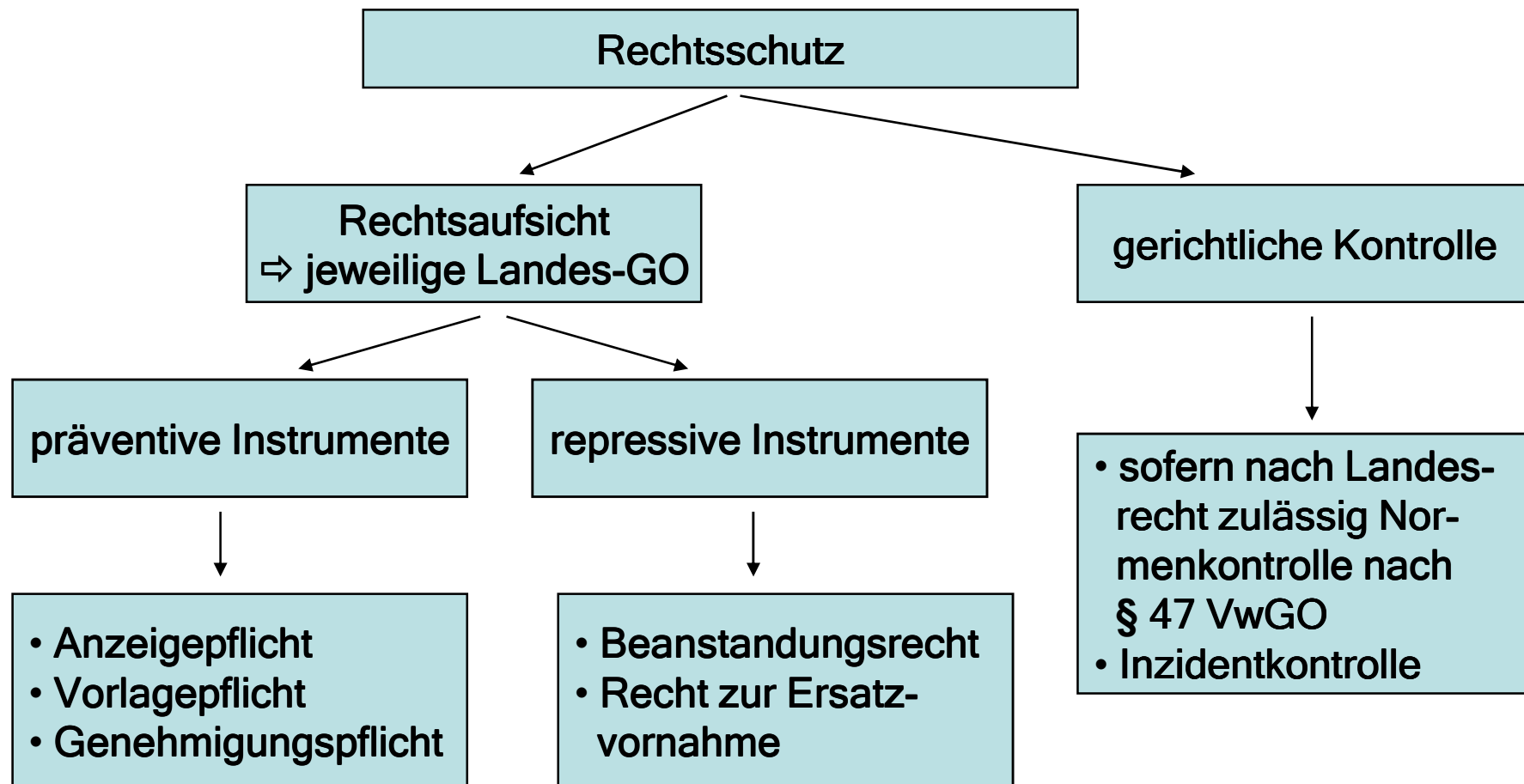
- Einleitung weiterer Kartellverfahren führte zu „freiwilligen“ Preissenkungen
- weitere Verfügungen
- hohe Anforderungen an Darlegung grds. zutreffend (Kostenrechnung!)
- (ursprünglich) enge Anerkennung von Rechtfertigungsgründen (v.a. Baukosten) problematisch - aber Mischung aus Nichtanerkennung und Darlegungsinsuffizienz
- Signalwirkung für andere Bundesländer
- Abgestimmte Vorgehensweise der Landeskartellbehörden

### 3. Abgabenrechtliche Kontrolle



## Grundsätze des Gebühren- und Beitragsrechts

- Erhebungsgrundlage: Satzung
- maßgeblich - jeweiliges Landesrecht - allgemeingültige Grundsätze
  - Äquivalenzprinzip
  - Kostendeckungsgrundsatz
  - Grundsatz des Vorteilsausgleichs



## Fazit abgabenrechtliche Kontrolle

- Äquivalenzprinzip belässt weiten Spielraum
- Kommune kann im Rahmen des Kostendeckungsprinzips selbst entscheiden, welche Positionen sie auf der Ausgabenseite einstellt
- nur tatsächliche Kosten
- ⇒ keine Effizienzkontrolle
- ⇒ kein taugliches Regulierungsinstrument

- Kartellrechtliche Ex-post-Kontrolle zunächst grundsätzlich ausreichend - konsequent anwenden
- Option auf gebührenrechtliche Kontrolle abschaffen
- Sektorspezifische Regulierung lediglich als subsidiäre Option (gegebenenfalls entsprechend Test im TKG - Insuffizienz des allgemeinen Wettbewerbsrechts)
- Grundsätzlich kein Zwang zu Durchleitungs- und Ausschreibungswettbewerb
- Konsequenzen für strategische Ausrichtung: Effizienzsteigerung + Verbesserung der Rechnungslegung
- Konsequentes und abgestimmtes Vorgehen der Landeskartellbehörden

# Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Hierzu: Kühling, Wettbewerb und Regulierung jetzt auch in der Wasserwirtschaft?,  
in: DVBl. 2010, S. 205 - 214

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Immobilienrecht  
Prof. Dr. iur. Jürgen Kühling, LL.M.

Universität Regensburg  
Universitätsstraße 31  
93053 Regensburg  
Telefon: 0941-943-6061 (Skr.) / -6060 (direkt)  
Fax: 0941-943-6062  
E-Mail: [juergen.kuehling@jura.uni-regensburg.de](mailto:juergen.kuehling@jura.uni-regensburg.de)