

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	15
I. Die Wasserversorgung in Deutschland	15
II. Monopole im Wassermarkt als Problem?	16
III. Deshalb: Öffnung der Wasserversorgungsmärkte?	19
1. Zuständigkeit	19
2. Modelle für mehr Wettbewerb	21
a) Wettbewerb im Markt	21
b) Wettbewerb um den Markt	23
c) Zwischenfazit	25
3. Umwelt- und gesundheitspolitische Faktoren	25
a) Bedenken im Rahmen des Modells Wettbewerb im Markt	26
b) Bedenken im Rahmen des Modells Wettbewerb um den Markt	27
c) Zwischenfazit	28
4. Kontroll- bzw. Regulierungsbedarf aufgrund der Monopolstellung	28
B. Ausgestaltung und Ordnungsrahmen der Wasserwirtschaft	31
I. Ordnungsrahmen der öffentlichen Wasserversorgung	31
1. Kommunalrecht	31
a) Kommunale Bereitstellungspflicht	32
b) Zugangsanspruch	33
c) Anschluss- und Benutzungszwang	34
d) Kommunales Wirtschaftsrecht	38
2. Straßen- und Wegerecht	41
3. Kartellrecht	42
a) Der Begriff des Unternehmens im Kartellrecht	43
b) Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen	45
aa) Entstehungsgeschichte	45
bb) Tatbestandliche Voraussetzungen	46
(1) Verträge von Wasserversorgungsunternehmen	46
(2) Ausgenommene Verträge	47
(3) Schriftformerfordernis gem. § 31 Abs. 2 GWB und Anmeldung bei der Kartellbehörde gem. § 31a GWB	53
(4) Praktische Bedeutung	54
c) Marktmisbrauchsaufsicht	54

4. Wasserhaushaltrecht	55
a) Grundsätzliches	55
b) Erlaubnis oder Bewilligung	56
c) Voraussetzung der Gestattung	57
5. Trinkwasserverordnung	60
6. Zusammenfassung	61
II. Zusammensetzung der Wasserentgelte	61
1. Grundgebühr und verbrauchsabhängiger Kubikmeterpreis	61
2. Entgeltbedingende Strukturen	61
a) Größe des Versorgungsgebietes	62
b) Dichte des Versorgungsgebietes	62
c) Geographische Bedingungen im Versorgungsgebiet	63
d) Wasserbeschaffung	64
III. Parallelität von privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung der Trinkwasserversorgung	64
1. Ausgestaltungsmodelle	64
2. Organisationsformen	66
a) Abwägungsgesichtspunkte	68
b) Öffentlich-rechtliche Organisationsformen	70
aa) Regiebetrieb	71
bb) Eigenbetrieb	72
cc) Rechtsfähige Anstalt/Kommunalunternehmen	74
c) Privatrechtliche Organisationsformen	77
aa) Einführung	77
bb) Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)	78
cc) Aktiengesellschaft (AG)	84
d) Organisationsformen interkommunaler Zusammenarbeit	86
aa) Zweckverband	87
bb) Gemeinsames Kommunalunternehmen	90
cc) Wasser- und Bodenverband	92
e) Folgen der Organisationsformenwahl für die Ausgestaltung der Entgeltbeziehung zum Verbraucher	93
3. Privatisierung der Wasserversorgung als Ausgestaltungsmodell	93
a) Begriffsbestimmungen und Abgrenzungen	93
aa) Privatisierung	93
bb) Liberalisierung	96
cc) (De-)Regulierung	97
dd) Public-Private-Partnership (PPP)	98
b) Ausgangslage und Motive der Privatisierung	99
aa) Ausgangslage	99

bb) Privatisierungsmotive	100
c) Grundlegende Formen der Privatisierung	103
aa) Organisationsprivatisierung/formelle Privatisierung	104
bb) Aufgabenprivatisierung/materielle Privatisierung	105
cc) Erfüllungsprivatisierung/funktionale Privatisierung	107
dd) Zusammenfassung	107
d) Privatisierungsmodelle in der öffentlichen Trinkwasserversorgung	108
aa) Betriebsführermodell	108
bb) Betreibermodell	109
cc) Beteiligungs-/Kooperationsmodell	110
dd) Konzessionsmodell	112
e) Rekommunalisierung nach Privatisierungswelle der 1990-er Jahre?	114
C. Entgeltkontrolle	117
I. Zweiteilung der Entgeltaufsicht: Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht und öffentlich-rechtliche Kommunalaufsicht	117
1. Einleitung	117
2. Unterschiedliche Methoden	118
3. Unterschiedliche Zuständigkeiten	119
II. Kriterien der Missbrauchsaufsicht über Wasserpreise	120
1. Einleitung	120
2. Nationales Kartellrecht	120
a) Missbrauchstatbestände des § 31 Abs. 3, Abs. 4 GWB	121
aa) Grundsätzeverstoß gem. § 31 Abs. 4 Nr. 1 GWB	123
bb) Preis- und Konditionenmissbrauch – das Vergleichsmarktprinzip gem. § 31 Abs. 4 Nr. 2 GWB	126
(1) Auswahl eines gleichartigen Wasserversorgungsunternehmens	127
(2) Vergleichspreis bzw. Vergleichsmethode	130
(3) Rechtfertigungsgründe für ungünstigere Preise oder Geschäftsbedingungen	133
(4) Darstellung ausgewählter Rechtfertigungsgründe	137
(5) Das Kostendeckungsprinzip als Grenze des Vergleichsmarktkonzepts	142
cc) Kostenkontrolle gem. § 31 Abs. 4 Nr. 3 GWB	143
(1) Kosten	144
(2) Unangemessene Differenz zwischen Kosten und erhobenen Preisen	148
dd) Zwischenergebnis	149
b) Preimissbrauchskontrolle gem. § 19 GWB	150
aa) Einleitung	150

bb) Darstellung ausgewählter Regelbeispiele – Ausbeutungsmissbrauch und Strukturmissbrauch	151
c) Unterschiede zwischen der allgemeinen und der besonderen Missbrauchskontrolle	153
3. Europäisches Kartellrecht	156
a) Wasserversorgungsunternehmen als „Unternehmen“ im Sinne des europäischen Kartellrechts	156
b) Missbräuchliches Ausnutzen einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben	159
c) Bezug zum zwischenstaatlichen Handel	164
d) Ergebnis zur Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts	170
4. Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB (analog)	171
a) Anwendbarkeit auf Trinkwasserversorgungsunternehmen – Monopolrechtsprechung des BGH	171
b) Maßstab zur Bestimmung der Billigkeit i. S. d. § 315 Abs. 3 BGB	173
c) Funktionsadäquate Aufgabenzuweisung durch Parallelität von zivilrechtlicher Billigkeitskontrolle und kartellrechtlicher Missbrauchskontrolle?	173
d) Zwischenergebnis zur zivilrechtlichen Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB (analog)	176
5. Aufsichtsorganisation: Zuständigkeit	176
III. Kriterien der öffentlich-rechtlichen Gebührenkontrolle	178
1. Gebührenbegriff	178
2. Maßstäbe für die Kontrolle von Gebühren	179
a) Einleitung	179
b) Kostendeckungsprinzip	179
aa) Inhalt	179
bb) Bestimmung der ansatzfähigen Kosten nach „betriebswirtschaftlichen Grundsätzen“	180
cc) Verstoß gegen das Kostendeckungsprinzip und dessen Kontrolle	183
c) Verhältnismäßigkeitsprinzip: Äquivalenzprinzip und Erdrosselungsverbot	185
aa) Äquivalenzprinzip	185
bb) Erdrosselungsverbot	186
d) Weitere Verfassungsprinzipien und Grundsätze	187
aa) Sozialstaatsprinzip	187
bb) Allgemeiner Gleichheitssatz	188
cc) Wirtschaftlichkeitsprinzip	189
e) Anwendung des Art. 102 AEUV auf öffentlich-rechtliche Gebühren	189
f) Eingeschränkte Missbrauchskontrolle über Gebühren nach dem GWB	190
aa) Auslegung des Wortlauts	191
bb) Auslegung der Historie der Gesetzgebung	192
cc) Verfassungsrechtliche Erwägungen	193

3. Umlagefähigkeit von Ineffizienzkosten im Gebührenrecht	193
4. Aufsichtsorganisation: Zuständigkeit	195
5. Zwischenergebnis	197
IV. Vergleich der Kontrollregime von Preisen und Gebühren	198
1. Maßstäbe	198
2. Methoden	199
3. Zuständigkeiten	201
4. Zwischenergebnis	201
D. Kardinalfrage: Vereinheitlichung der aufgezeigten Kontrollmaßstäbe?	202
I. Reformierungsbedarf: Notwendigkeit der Vereinheitlichung	202
1. Gleichbehandlungsgrundsatz	202
2. Praktische Erfahrungen	203
3. Zwischenergebnis	203
II. Reformierungsoptionen	203
1. Schaffung zusätzlicher Transparenzvorgaben zur Gebührenhöhe in Kommunalabgabengesetzen	204
2. Engere Zusammenarbeit zwischen Kartellbehörden und Kommunalaufsichtsbehörden	207
3. Effektivierung eines „Rechts auf gute Verwaltung“ aus Art. 41 EU-Grundrechtecharta	208
4. Stärkere Privatisierung der Wasserversorgung	210
5. Durchbrechung des Grundsatzes der ortsnahen Wasserversorgung (§ 50 Abs. 2 WHG)	212
a) Durchbrechung de lege lata	213
b) Durchbrechung de lege ferenda	214
c) Zusammenfassung	215
6. Ausschreibungswettbewerbe: Mehr Wettbewerb um den Markt?	215
7. Benchmarking	217
8. Anwendung der Sanktionsnorm des § 31b Abs. 3 GWB auf Gebühren	220
9. Verbot der Rekommunalisierung bei laufenden Kartellverfahren	223
a) Problemaufriss	223
b) Lösungsvorschläge	224
aa) Umfassendes Rekommunalisierungsverbot	224
bb) Rekommunalisierungsverbot während laufender Kartellverfahren	225
cc) Einführung einer Genehmigungspflicht für Entgeltumstellungen bei Rekommunalisierungen	225
c) Ergebnis	226
10. Schaffung eines deutschen Art. 106 Abs. 2 AEUV	226
a) Erwägungsgrund	226
b) Art. 106 Abs. 2 AEUV	227

c) Umsetzung des Ansatzes im GWB	228
d) Bewertung des Ansatzes	228
11. Etablierung eines gebühren- und preiserfassenden Regulierungsregimes ...	229
a) Vertretene Auffassungen	230
b) Möglichkeiten einer sektorspezifischen (Entgelt-)Regulierung in der Trinkwasserversorgung	232
aa) Regulierungsbegriff und Regulierungsgegenstand	232
bb) Regulierungsmaßstäbe und Regulierungsmethoden im Rahmen einer Entgeltregulierung	233
cc) Skizzierung einer Regulierung für die Wasserversorgung	235
(1) Inhalt	235
(2) Zuständigkeit: Aufsichtsorganisation	237
(a) Zuständigkeitsverortung bei der Bundesnetzagentur?	238
(b) Unabhängigkeit der Regulierungsinstanz?	240
(aa) De lege lata: Rechtfertigungsmöglichkeiten einer weisungsfreien Bundesnetzagentur im Bereich der Regulierung von Trinkwasserentgelten	242
(bb) De lege ferenda: Verstärkte parlamentarische Kontrolle zur Erreichung eines bestimmten Legitimationsniveaus	244
(cc) Gleichlauf mit Rechtsentwicklung auf europäischer Ebene	247
(dd) Ergebnis zur demokratischen Legitimation	247
(c) Gebietet der grundrechtlich geschuldete Schutz der Gebührenpflichtigen vor „Ausbeutung“ eine unabhängige Aufsichtsstruktur auch bei öffentlich-rechtlichen Wasserentgelten?	247
c) Zwischenergebnis	248
12. Anwendbarkeit des GWB auf öffentlich-rechtliche Leistungsbeziehungen	251
a) Rechtslage de lege lata	251
b) Rechtslage de lege ferenda	253
aa) Verfassungsmäßigkeit des § 185 Abs. 1 Satz 2 GWB	253
(1) Formelle Verfassungsmäßigkeit: Kompetenz des Bundes zur Erstreckung der kartellrechtlichen Entgeltkontrolle auf landesrechtliche Gebührensachverhalte?	253
(a) Grundsätzliche Gesetzgebungskompetenz der Länder für Trinkwassergebühren	253
(b) Trotz dessen Kompetenz des Bundes zur Erstreckung der kartellrechtlichen Entgeltkontrolle auf landesrechtliche Gebührensachverhalte?	254
(c) Zwischenergebnis zur formellen Verfassungsmäßigkeit	257
(2) Materielle Verfassungsmäßigkeit	257
(a) Schutzpflichtverletzung	257

Inhaltsverzeichnis	13
(b) Allgemeiner Gleichheitssatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG	258
(aa) Ungleichbehandlung von Gleichen	258
(bb) Rechtfertigung der Ungleichbehandlung	259
(α) Kostenintensität der Daseinsvorsorge	260
(β) Grundlegende Verschiedenheit zwischen Kartellrecht und Gebührenrecht	261
(γ) Eindimensionalität des Kartellrechts?	261
(δ) Kommunale Selbstverwaltungsgarantie der öffentli- chen Hand gem. Art. 28 Abs. 2 GG?	262
(ε) Demokratische Kontrolle	264
(ζ) Zwischenergebnis zur Vereinbarkeit des § 185 Abs. 1 Satz 2 GWB mit Art. 3 Abs. 1 GG	264
bb) Ergebnis	264
III. Bewertung der Reformierungsoptionen und Ausblick	265
E. Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen	268
Literaturverzeichnis	274
Sachwortverzeichnis	298