

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) Marktmissbrauchsaufsicht | 54 |

| | |
|---|----|
| 4. Wasserhaushaltsrecht | 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 Entgelt- beziehung 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) Preismissbrauchskontrolle 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 ortsnahe 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 wei- sungsfreien Bundesnetzagentur im Bereich der Regulie- rung 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 Gebüh- renpflichtigen vor „Ausbeutung“ eine unabhängige Auf- sichtsstruktur auch bei öffentlich-rechtlichen Wasserentgel- ten? | 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 Er- streckung der kartellrechtlichen Entgeltkontrolle auf landes- rechtliche Gebührensachverhalte? | 253 |
| (a) Grundsätzliche Gesetzgebungskompetenz der Länder für Trinkwassergebühren | 253 |
| (b) Trotz dessen Kompetenz des Bundes zur Erstreckung der kartellrechtlichen Entgeltkontrolle auf landesrechtliche Ge- bührensachverhalte? | 254 |
| (c) Zwischenergebnis zur formellen Verfassungsmäßigkeit | 257 |
| (2) Materielle Verfassungsmäßigkeit | 257 |
| (a) Schutzpflichtverletzung | 257 |

| | |
|--|-----|
| (b) Allgemeiner Gleichheitssatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG | 258 |
| (aa) Ungleichbehandlung von Gleichem | 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 |