

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
Einleitung	21
A. Hintergrund	21
B. Das Thema	23
C. Gang der Untersuchung	25
1. Teil - Faktische und rechtliche Grundlagen der leitungsgebundenen Wasserversorgung in Deutschland	27
1. Kapitel: Die Struktur der Entgeltkontrolle im Bereich der leitungsgebundenen Trinkwasserversorgung als Teil ihrer organisatorischen Rahmenbedingungen	27
A. Die organisatorischen Rahmenbedingungen der Trinkwasserversorgung in Deutschland	27
I. Die unternehmerischen Marktstrukturen	27
II. Die technischen Prozesse der Wasserversorgung	30
III. Trinkwasserversorgung durch Infrastrukturmonopole	31
1. Wasser als existentielles Gut menschlichen Lebens	32
2. Faktische Aspekte – Gutseigenschaften	33
a) Die Leitungsgebundenheit	33
b) Die unzureichenden Möglichkeiten der gemeinsamen Netznutzung	35
IV. Rechtliche Rahmenbedingungen für die Trinkwasserversorger	37
1. Der unionsrechtliche Rahmen	38
a) Europäisches Primärrecht	38
b) Europäisches Sekundärrecht	40
2. Die Regelungen des Bundes	41
a) Grundgesetz	41
b) Parlamentsgesetze und Verordnungen	44
3. Landesrechtliche Vorgaben	46

## *Inhaltsverzeichnis*

a) Wassergesetze	47
b) Kommunalrecht	48
aa) Gemeindewirtschaftsrecht	48
bb) Anschluss- und Benutzerzwang	50
4. Wahlfreiheit und Steuerung durch die Kommunen	51
 V. Zwischenfazit	 52
 B. Die rechtlichen Entgeltbeziehungen zu den Kunden	 53
I. Entgeltbeziehungen bei öffentlich-rechtlichen Organisationsformen	53
II. Entgeltbeziehungen bei Organisationsprivatisierung	54
III. Entgeltbeziehungen bei Funktions- und Aufgabenprivatisierung	55
 C. Die Konsequenzen für die rechtliche Struktur der Entgeltkontrolle	 56
I. Kommunalaufsicht und verwaltungsgerichtliche Kontrolle	57
II. Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht	59
III. Die zivilrechtliche Preiskontrolle nach § 315 III BGB	60
IV. Vorläufige Folgerungen zur Struktur der Entgeltkontrolle	64
 D. Zwischenfazit	 65
 2. Kapitel: Die Preisbildung – Spezifische Kostenfaktoren im Rahmen der Wasserversorgung und rechtliche Vorgaben für Kostenrechnung und Preiskalkulation	 66
 A. Spezifische Kostenfaktoren im Bereich der Wasserversorgung	 66
I. Naturräumliche Gegebenheiten	67
II. Abnehmerstruktur im Versorgungsgebiet	69
III. Ansatzmodalitäten für Kapitalkosten	70
IV. Beiträge und Baukostenzuschüsse	71
V. Subventionen	72
VI. Konzessionsabgaben und Wasserentnahmeeentgelte	73
VII. Kosten für Gewässerschutz und -bewirtschaftung	75
VIII. Vorrang ortsnaher Versorgung	77
 B. Rechtliche Vorgaben für die Entgeltkalkulation der Wasserversor- ger	 78
 I. Geltungsbereich des kommunalen Abgabenrechts	 79

1. Unmittelbare Geltung der kommunalabgabenrechtlichen Bestimmungen	79
2. Geltung der allgemeinen abgabenrechtlichen Grundsätze	81
II. Die allgemeinen kommunalabgabenrechtlichen Grundsätze	84
1. Der Gleichheitsgrundsatz	84
2. Das Äquivalenzprinzip	85
3. Das Erforderlichkeitsprinzip	87
4. Das Kostendeckungsprinzip	89
5. Gewinnbegrenzung und Ertragsprinzip	90
III. Rechtlicher Rahmen für die Kostenrechnung	92
1. Kostenrechnung bei der Gebührenkalkulation	92
a) Kalkulatorische Kosten	93
aa) Kalkulatorische Abschreibungen	94
bb) Kalkulatorische Zinsen	96
cc) Kalkulatorische Wagnisse	97
b) Fremdkosten	99
2. Ansatzfähige Kosten bei privatrechtlichen Entgelten	100
a) Gegenüber den Endnutzern	100
b) Gegenüber den Kommunen	101
IV. Besondere Lenkungsziele	104
C. Zwischenfazit	106
2. Teil - Ausgestaltung und Anwendungsbereich der kartellrechtlichen Preishöhenmissbrauchskontrolle	109
3. Kapitel: Funktionen der gesetzlichen Grundlagen der kartellrechtlichen Preishöhenmissbrauchskontrolle und ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht	109
A. Missbrauchsaufsicht als Rechtsaufsicht	109
I. Abgrenzung zwischen Rechtsaufsicht und Wirtschaftslenkung	112
II. Gesetzliche Konkretisierungen des Missbrauchs begriffs	115
1. Die Missbrauchsaufsicht im System des GWB	115
2. Der Preimmissbrauch als Gegenstand der Missbrauchsaufsicht	117
a) Erscheinungsformen - insbes. der Preishöhenmissbrauch	117
b) Unterscheidung nach Wirtschaftssektoren	120

## *Inhaltsverzeichnis*

<b>B. Ziele und bisherige Entwicklung der Preishöhenmissbrauchskontrolle</b>	<b>122</b>
I. Die allgemeine Missbrauchsaufsicht	123
II. Die Missbrauchsaufsicht über freigestellte Versorgungsunternehmen	126
III. Zwischenfazit	129
<b>C. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Ermächtigungsgrundlagen</b>	<b>129</b>
I. Allgemeine rechtsstaatliche Grundsätze	130
1. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	130
2. Das Bestimmtheitsgebot	132
II. Wahrung der Rechtsweggarantie	135
<b>D. Verhältnis zu unionsrechtlichen Vorgaben</b>	<b>136</b>
<b>E. Abgrenzung zur Kommunalaufsicht</b>	<b>138</b>
<b>4. Kapitel: Die Bestimmung des Anwendungsbereichs der kartellrechtlichen Preishöhenmissbrauchskontrolle auf Trinkwasserversorger</b>	<b>140</b>
A. Die Unterscheidung zwischen privatrechtlichen Entgelten und öffentlich-rechtlichen Gebühren als Ausgangspunkt	140
I. Die Neuregelung in § 130 I 2 GWB im Kontext des § 130 I 1 GWB	142
1. Der Unternehmensbegriff in § 130 I 1 GWB	143
2. Ausschluss der Anwendbarkeit bei Anschluss- und Benutzerzwang	145
II. Es bleibt: Die Ausgestaltung der Entgeltbeziehung als Ausschlussgrund	147
B. Die Begrenzungsfunktion des § 130 I 2 GWB	147
I. Das rechtsstaatliche Gebot klarer (Kontroll-)Zuständigkeiten	148
II. Der Begriff der Gebühren und Beiträge in § 130 I 2 GWB - Die Erhebung von Entgelten als hoheitliches Handeln	149
III. Die Vereinbarkeit des § 130 I 2 GWB mit dem europäischen Wettbewerbsrecht	152

IV. Die kartellrechtliche Kontrolle von öffentlich-rechtliche Entgelten ohne § 130 I 2 GWB?	153
1. Die Verknüpfung von Tätigkeit und Entgeltbeziehung	154
2. Die einheitliche Geltung von nationalem und europäischem Wettbewerbsrecht	157
3. Effektive Durchsetzung des GWB	161
a) „Ersatz“ bei faktischem Kontrolldefizit	161
b) Verhinderung der „Flucht ins Hoheitsrecht“	164
4. Zwischenfazit	168
 V. Exkurs: Die Möglichkeiten des Bundesgesetzgebers de lege ferenda	 169
1. Die Regelungskompetenz nach Art. 74 I Nr. 11 GG	169
2. Die Reichweite des Art. 74 I Nr. 16 GG	170
3. Verfahrensrechtliche und prozessuale Folgen einer kartellbehördlichen Gebührenkontrolle	174
4. Zwischenfazit	176
 C. Privatrechtlich vereinbarte Entgelte	 176
 I. Die Bindung an die abgabenrechtlichen Grundsätze	 177
II. Die Regelungen zur Entgeltkalkulation und -kontrolle in Berlin	181
1. Ausgangslage	181
2. Vereinbarkeit mit der kartellrechtlichen Preishöhenmissbrauchskontrolle	182
a) Die Bindung an die Kalkulationsvorgaben des BerlBG	183
b) Das Verhältnis zu Tarifgenehmigungsentscheidungen	184
 III. Zwischenfazit	 187
 3. Teil - Anwendung der kartellrechtlichen Preishöhenmissbrauchskontrolle im Wassersektor	 188
5. Kapitel: Struktur der Eingriffsgrundlagen im GWB für die Preishöhenmissbrauchskontrolle für den Wassersektor	188
 A. Rechtsgrundlagen der kartellrechtlichen Preiskontrolle im Bereich der Trinkwasserversorgung	 188
I. Die Rechtslage für die Wasserpreiskontrolle nach GWB i.d.F. von 1990	188

## Inhaltsverzeichnis

1. Das Verhältnis von § 103 zu § 22 GWB a.F.	189
2. Rechtliche Wirkungen nach alter Rechtslage	190
3. Umfang der Fortgeltung der alten Rechtslage bis zum 30.06.2013	191
a) Das Verhältnis zu § 19 GWB	192
b) Umfang der Anordnungsbefugnisse	193
 II. Die Rechtslage nach der 8. GWB-Novelle	194
1. Das Verhältnis von § 31 zu § 19 GWB	194
2. Umfang der Anordnungsbefugnisse	195
a) Preissenkungs- und Rückzahlungsanordnungen	196
b) Verpflichtungszusagen	199
 B. Das Regelungskonzept des § 31 IV GWB	200
 I. Denkbare Mittel zur Konkretisierung des (Preis-) Missbrauchs begriffs	201
1. Als-ob-Konzept	202
a) Als-ob-Wettbewerb	202
b) Aktuelle Bedeutung im Bereich der Wasserversorgung	205
2. Vergleichskonzepte	206
a) Vergleichsmarktkonzepte für potentielle Wettbewerbsmärkte	206
aa) Sachlicher Vergleichsmarkt	207
bb) Zeitlicher Vergleichsmarkt	207
cc) Räumlicher Vergleichsmarkt	208
b) Monopolpreisvergleich	209
c) Erlösvergleich	210
3. Konzept der Gewinnbegrenzung	211
4. Konzept der Kostenkontrolle	213
 II. Die gesetzliche Fixierung der Maßstäbe	215
1. Strukturvergleich nach § 31 IV Nr. 2 GWB	216
2. Gewinnspannenbegrenzung nach § 31 IV Nr. 3 GWB	217
 III. Das Verhältnis der Prüfmaßstäbe zueinander	218
6. Kapitel: Die Notwendigkeit der Annäherung der Kontrollmaßstäbe von kommunal- und kartellaufsichtlicher Entgeltkontrolle im Bereich der Trinkwasserversorgung	220
 A. Verfassungs-, verwaltungs- und prozessrechtliche Eckpunkte des Interessenkonflikts um die Entgelte	222

I. Die Rechte des Abnehmers	222
1. Reichweite der Schutzpflicht aus Art. 2 II GG	222
2. Mitbestimmung	223
3. Rechtsweggarantie	224
II. Kommunale Selbstverwaltung	225
1. Die Sicherstellung der Aufgabe der Wasserversorgung	225
2. Die rechtlichen Freiräume	226
a) Anspruch auf Substanzerhaltung	226
b) Prognosespielräume bei der Kapazitätsplanung	227
c) Spielräume bei den Vorgaben bzgl. Wasserqualität und Gewässerschutz	228
d) Erhebung von Konzessionsabgaben	229
III. Die Bindungen der Kartellbehörden und Zivilgerichte im Verwaltungs- und Gerichtsverfahren	229
1. Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit	229
2. Folgerungen für die Darlegungs- und Beweislast	230
a) Umfang des Amtsermittlungsgrundsatzes im Verwaltungsverfahren	230
aa) Allgemein	230
bb) Ausgestaltung des § 31 IV Nr. 2 GWB	232
b) Umfang der Mitwirkungs- und Auskunftspflichten	234
c) Die Darlegungs- und Beweislast im Gerichtsverfahren	237
aa) Allgemein	237
bb) § 31 IV Nr. 2 GWB	238
B. Die Integration einfachgesetzlicher Rahmenbedingungen in das Kartellrecht	240
I. Erforderlichkeit und Grenzen der Berücksichtigung außerkartellrechtl. Wertungen im Rahmen kartellrechtlicher Entscheidungen	241
1. Verfassungsrechtliche Vorgaben	241
2. Kartellrechtsimmanente Grenzen	244
II. Die möglichen Wege der Aufnahme kartellrechtsfremder Wertungen	245
1. Steuerungsmöglichkeiten im Rahmen der Missbrauchskontrolle	245
a) Begründung eines Missbrauchs durch kartellrechtsfremde Wertungen	246
b) Rechtfertigung missbräuchlichen Verhaltens durch kartellrechtsfremde Wertungen	247

## *Inhaltsverzeichnis*

2. Die kartellrechtlichen Leitmaximen und ihre Berücksichtigung auf Tatbestandsebene	250
a) Wettbewerbsmaßstab	250
b) Sichere und preisgünstige Versorgung	253
c) Berücksichtigung der Leitmaximen bei Auslegung der Tatbestandsmerkmale	257
3. Entscheidungskriterium im Rahmen kartellrechtlichen Ermessens	258
III. Folgerungen für die Berücksichtigung außerkartellrechtlicher Wertungen bei der Wasserpriekontrolle	259
1. Das Verhältnis zum abgabenrechtlichen Kontrollregime	260
2. Das Verhältnis zu außerkartellrechtlichen Kalkulationsvorgaben	261
a) Kalkulationsvorgaben als „aktiver“ Maßstab zur Missbrauchsbestimmung	262
b) Sperrwirkung von Kalkulationsvorgaben bei der Missbrauchsbestimmung	264
3. Die Wertungen des Gemeindewirtschaftsrechts	265
4. Das Verhältnis zum Gewässerschutzrecht	265
IV. Konkrete Auswirkungen auf die Norminterpretation	266
C. Zwischenfazit	268
7. Kapitel: Auslegung und Anwendung des Strukturvergleichs nach § 31 IV Nr. 2 GWB sowie der Gewinnspannenbegrenzung nach § 31 IV Nr. 3 GWB	269
A. Der Strukturvergleich nach § 31 IV Nr. 2 GWB	270
I. Gleichartige Versorgungsunternehmen	271
1. Auslegungsgrundsätze für den Begriff der Gleichartigkeit	271
a) Die potentielle Vergleichsgruppe	271
aa) Die Praxis der Kartellbehörden	272
(1) Energiewirtschaft	272
(2) Übertragung auf die Wasserversorgung	273
(a) Allgemeine Kriterien zur Abgabenstruktur	275
(b) Versorgungsdichte als wesentliche Strukturkennzahl	275
(c) Bestätigung durch die Gerichte	276
bb) Die Kritik der Literatur	277

(1) Keine Aussparung einzelner Produktionsstufen	277
(2) Eignung des Metermengenwertes	279
b) Die notwendige Anzahl der Vergleichsunternehmen	280
2. Die einzelnen Strukturdaten der Versorgungsgebiete - Bewertung	281
a) Wassergewinnung bzw. -beschaffung und -aufbereitung	281
b) Vertriebssituation	283
aa) Abnahmestruktur im Versorgungsgebiet	283
bb) Naturräumliche Gegebenheiten	285
3. Zwischenfazit	286
 II. Ungünstigere Preise	287
1. Maßstäbe für den Preisvergleich	288
a) Tarifvergleich	288
b) Erlösvergleich	290
2. Preisbereinigung	291
a) Besteuerung	291
b) Landes- und kommunalspezifische Abgaben	292
aa) Wasserentnahmehentgelte	292
bb) Konzessionsabgaben	292
c) Baukostenzuschüsse und Hausanschlusskosten	294
3. Toleranzschwellen für Abweichungen	295
a) Unsicherheitszuschläge	296
b) Erheblichkeitszuschläge	297
 III. Abweichende Umstände	300
1. Auslegungsgrundsätze	301
a) Kausalitätserfordernis	301
b) Das Kriterium der Nicht-Zurechenbarkeit	302
aa) Abgrenzung zwischen Marktstrukturvorgaben und individueller Unternehmensentscheidung	302
bb) Effizienzelemente	303
2. Mögliche Rechtfertigungsgründe im Einzelnen	305
a) Wasserbewirtschaftung	306
aa) Wasserbeschaffung	306
bb) Sicherung der Versorgung durch Ressourcenschonung	308
cc) Maßnahmen zur Steigerung der Wasserqualität und Versorgungssicherheit	311
b) Konzessionsabgaben	311
c) Baukostenzuschüsse	313
d) Netzaufwand	315
aa) Kapazitätsplanungen	315

## *Inhaltsverzeichnis*

(1) Erweiterungs- oder Reduzierungsbedarf	316
(2) Sanierungsbedarf	317
bb) Naturräumliche Gegebenheiten	319
e) Kapitalkosten - Finanzierung und Abschreibungen	319
f) Kostendeckung	322
aa) Nicht kostendeckende Preise bei Vergleichsunternehmen	323
bb) Fehlende Kostendeckung beim überprüften Preis	323
cc) Fehlende Kostendeckung beim festgesetzten Preis	325
IV. Zwischenfazit zum Strukturvergleich	326
B. Strukturen der kartellrechtlichen Gewinnspannenbegrenzung im Bereich der Trinkwasserversorgung	328
I. Gewinnspannenbegrenzung nach § 31 IV Nr. 3 GWB	329
1. Entgelte	329
2. Kostenmaßstab	330
3. Beschränkung auf Kosten rationeller Betriebsführung	333
4. Unangemessene Überschreitung	336
II. Umfang der Darlegungs- und Beweislast	339
III. Das Verhältnis zu § 31 IV Nr. 1 GWB	340
C. Fazit	340
Schlussbetrachtung	343
Literaturverzeichnis	347