

Jens-Olaf Lenschow

Marktöffnung in der leitungsgebundenen Trinkwasserversorgung



Nomos

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
§ 1 Einleitung	25
Teil 1: Problemstellung	25
Teil 2: Gang der Untersuchung	27
§ 2 Technische und ökonomische Vorfragen	29
Teil 1: Technische Bedingungen	29
A) Arten der Wassernutzung	29
B) Wasser als Lebensmittel	31
C) Leistungsgebundene Versorgungssysteme	32
I) Wasserentnahme und -aufbereitung	32
1) Grundwasser	34
2) Quellwasser	35
3) Oberflächenwasser	35
4) Fazit	36
II) Wasserspeicherung und -transport	37
D) Fazit	40
Teil 2: Wasserversorgung und Wettbewerb	40
A) Grundbegriffe des Wettbewerbs	40
I) Funktionen des Wettbewerbs	41
II) Marktmacht	42
III) Marktversagen	42
IV) Marktzutrittsschranken	43
V) Natürliches Monopol	44
1) Begriff des natürlichen Monopols	44
2) Angreifbarkeit des natürlichen Monopols	45
3) Regulierungsmodelle	46
B) Anwendung der Grundbegriffe	47
I) Marktversagen	48

II) Marktzutrittsschranken	49
III) Beständiges natürliches Monopol	50
IV) Geographischer Umfang des natürlichen Monopols	50
V) Fazit	51
 § 3 Rechtliche Rahmenbedingungen	 53
Teil 1: Rahmenbedingungen in Deutschland	53
A) Das Konzept der Daseinsvorsorge	55
B) Wasserversorgung und Art. 28 Abs. 2 GG	57
I) Gewährleistungsbereich von Art. 28 Abs. 2 GG	58
II) Begrenzungen des Schutzzweckes	60
1) Schutz vor privater Konkurrenz?	61
2) Europarechtlich vorgegebene Liberalisierung	65
III) Eingriff	66
IV) Zwischenergebnis: Die Rolle von Art. 28 Abs. 2 GG für die Wasserversorgung	67
C) Instrumente des Gemeinderechts	67
I) Wasserversorgung als eigene Angelegenheit	68
1) Wasserversorgung als Pflichtaufgabe ohne Weisung	69
2) Wasserversorgung als freiwillige Aufgabe	70
II) Strukturelle Ausgestaltung der gemeindlichen Wasserwirtschaft	72
1) Wasserversorgung als öffentliche Einrichtung	73
2) Benutzungsverhältnis	76
a) Privatrechtliche Trägerschaft	76
b) Öffentlich-rechtliche Trägerschaft	78
3) Anschluss- und Benutzungzwang	78
4) Eigenversorgung durch öffentlich-rechtliche Unternehmen	79
a) Regiebetriebe	80
b) Eigenbetriebe	80
c) Rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts	81
d) Zweckverbände	82
D) Zwischenergebnis: Privilegien und Probleme kommunaler Aufgabenerfüllung	83
Teil 2: Rahmenbedingungen in Frankreich	84
A) Grundkonzept des <i>service public</i>	85
B) Heutige Struktur des <i>service public</i>	87
I) Staatliches Einrichtungsermessen	87
II) Begriff des <i>intérêt général</i>	87
III) Organisation des <i>service public</i>	88
1) Funktionsprinzipien – die <i>lois de Rolland</i>	88
a) Gleichheitsprinzip	89

b)	Kontinuitätsprinzip	90
c)	Flexibilitätsprinzip	90
2)	Institutionelle Ausgestaltung	90
a)	<i>Gestion directe</i>	91
b)	<i>Organisation intercommunale</i>	93
C)	Wasserversorgung als <i>service public</i>	94
D)	Zwischenergebnis	95
Teil 3:	Rahmenbedingungen in England und Wales	96
A)	320 Jahre private Wasserversorgung in London 1582 – 1902	96
B)	Privatisierung der englischen Wasserversorgung	98
I)	Zentralisierung und formelle Privatisierung 1973 – 1989	98
II)	Materielle Privatisierung 1989	99
III)	Marktöffnung ab 1994	100
C)	Nationale Regulierungsbehörden	101
D)	Typen von Wasserversorgern	102
Teil 4:	Zwischenergebnis	103
§ 4 Gesetzliche Grenzen der Gemeindebetätigung		105
Teil 1:	Deutschland	105
A)	Wasserversorgung als wirtschaftliche Tätigkeit	105
I)	Materielle Anforderungen an die Aufnahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit	106
II)	Das Pflichtaufgabenprivileg	107
III)	Bestandsschutz für die gemeindliche Trägerschaft	110
IV)	Fazit	111
B)	Räumliche Grenzen gemeindlicher Wasserwirtschaft	113
I)	Herleitung des Örtlichkeitsprinzips aus Art. 28 Abs. 2 GG	113
II)	Das Örtlichkeitsprinzip in den Gemeindeordnungen	116
III)	Räumliche Beschränkung aufgrund des Gemeindewirtschaftsrecht	119
C)	Fazit	120
Teil 2:	Frankreich	120
A)	Materielle Definition des <i>service public</i>	120
B)	Aufgabekritik in der Rechtsprechung	122
Teil 3:	Zwischenergebnis	123
§ 5 Vergleichender Wettbewerb		125
Teil 1:	Ökonomische Möglichkeiten und Grenzen	125
Teil 2:	Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen	126

A) Deutschland	126
I) Regulierungsansatz	126
1) Freistellungsmisbrauchskontrolle	127
2) Preiskontrolle nach § 103 Abs. 5 S.2 Nr.2 GWB a.F.	128
a) Gleichartige Versorgungsunternehmen	128
b) Ungünstigere Preise	131
aa) Preiskontrolle	131
bb) Benchmarking	132
c) Rechtfertigung	134
II) Preiskontrolle von Wassergebühren?	136
III) Fazit	142
B) Frankreich	143
C) England	144
Teil 3: Zwischenergebnis	147
§ 6 Wettbewerb um Unternehmenskontrolle	149
Teil 1: Ökonomische Möglichkeiten und Grenzen	149
Teil 2: Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen	150
A) Deutschland	150
I) Organisationsprivatisierung	151
1) Zulässigkeit von Eigengesellschaften	151
a) Vorrang des Eigenbetriebes vor der Eigengesellschaft?	152
b) Ausrichtung auf den öffentlichen Zweck	152
c) Kommunale Zusammenarbeit in Gesellschaftsform	153
2) Kontroll-, Weisungs- und Abberufungsrechte	153
a) Steuerungsanforderungen aus dem Demokratieprinzip	154
b) Vertretung der Gemeinde im Gesellschaftergremium	155
c) Vertretung in der GmbH	156
d) Vertretung in der Aktiengesellschaft	157
aa) Aktienrechtliche Leitungsstruktur	157
bb) Gemeinderechtlicher Nachrang der Aktiengesellschaft	158
cc) Gesellschaftsrechtliche Einflussmaximierung	159
dd) Fazit	161
3) Haftungsbeschränkung und Konzernrecht	161
a) Das Problem der Konzernhaftung	161
b) Unzulässigkeit von Beherrschungsverträgen	164
c) Verbot der nachteiligen Einflussnahme	165
4) Fazit	166
II) Funktionsprivatisierung	167

III) Aufgabenprivatisierung	169
1) Begriff	169
2) Konzessionsverträge	171
a) Verfügungsrrecht der Gemeinde über öffentliche Wege	171
b) Inhalt des Konzessionsvertrages	173
3) Demarkationsabsprachen zur Sicherung der Geschlossenheit der Versorgungsgebiete	175
IV) Vermögensprivatisierung	175
1) Begriff	175
2) Privatisierung als „wesentliche Erweiterung“ im Sinne des Gemeindewirtschaftsrechts?	177
3) Gemischtwirtschaftliche Unternehmen	178
V) Zwischenergebnis: Kein Wettbewerb um Kontrolle an Wasserunternehmen	179
B) Frankreich	181
I) <i>Société d'économie mixte locale</i>	181
II) <i>Gestion déléguée</i>	182
1) Vertragskonstruktionen	183
2) Inhalt des Vertrages und Konzessionsabgaben	184
C) England	185
I) Freier Handel der Unternehmensanteile	185
II) Innovative Finanzierungsinstrumente	186
III) Fazit	189
Teil 3: Zwischenergebnis	190
§ 7 Wettbewerb im Wasserversorgungsmarkt	193
Teil 1: Ökonomische Möglichkeiten und Grenzen	193
Teil 2: Technische Möglichkeiten und Grenzen	194
A) Mischbarkeit von Wasser	194
B) Elastizität des Angebots	197
Teil 3: Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen	197
A) Deutschland	197
I) Kartellrecht – Wasser ohne Wettbewerb	197
1) Kartellrechtliche Einordnung von Konzessionen und Demarkationsabsprachen	198
2) Die Bereichsausnahme für die Wasserwirtschaft	199
a) Die alte Bereichsausnahme für die gesamte Versorgungswirtschaft	199
b) Fortgeltung der Ausnahmebestimmungen des GWB a.F.	200
c) Fortgeltende Bestimmungen im Einzelnen	201

3)	Wasserdurchleitung nach § 19 Abs. 4 Nr.4 GWB n.F.?	201
4)	Kollision des Kartellrechts mit hoheitlicher Aufgabenerfüllung	205
5)	Fazit – Keine Marktöffnungsimpulse aus dem Wettbewerbsrecht	207
II)	Wasserwirtschaftsrecht – Wettbewerb ohne Wasser?	208
1)	Die Zuteilung von Wasser	208
2)	Prinzip der ortsnahen Gewinnung	211
3)	Prinzip der Kostendeckung	212
4)	Umweltrecht und Trägerschaft der Gemeinden	214
5)	Fazit: Wettbewerbsfeindliche Wasserbewirtschaftung	215
B)	Frankreich	215
I)	Anwendung des Wettbewerbsrechts auf den <i>service public</i>	215
1)	Die Delegationsausnahme des <i>droit public de la concurrence</i>	215
2)	Verbleibender Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts in der Wasserversorgung	218
a)	Kartellverbot	218
b)	Missbrauchsaufsicht	219
II)	Wasserwirtschaftsrecht	220
III)	Fazit	220
C)	England	221
I)	Anwendung des Wettbewerbsrechts auf den Wasserversorgungssektor	222
1)	Anwendung des CA 1998 auf die Wasserversorgung	222
a)	Ausnahme für Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse	222
b)	Zuständige Behörden	224
2)	Die <i>Chapter I prohibition</i> und die Wasserwirtschaft	225
3)	Die <i>Chapter II prohibition</i> und <i>common carriage</i>	226
a)	Voraussetzungen von <i>common carriage</i> nach der <i>essential facilities doctrine</i>	227
aa)	Marktdefinition	227
bb)	Marktbeherrschende Stellung	229
cc)	Essential facilities	230
dd)	Vertikale Entflechtung?	231
ee)	Rechtfertigung einer Durchleitungsverweigerung	232
ff)	Preis und Konditionen	233
b)	Ausgestaltung von <i>common carriage</i>	233
aa)	Access codes	233
bb)	Trinkwasserqualität	235
c)	Bisherige Verwaltungspraxis und Rechtsprechung	237
II)	Wasserwirtschaftsrecht	240

1) Die Zuteilung von Wasserentnahmerechten vor dem Water Act 2003	240
2) Die Reform durch den Water Act 2003	241
a) Keine rein wirtschaftliche Allokation von Wasserentnahmerechten	241
b) Entkoppelung von Anlage und Genehmigung	242
c) Licence Trading?	242
III) Fazit	244
Teil 4: Zwischenergebnis	245
 § 8 Wettbewerb um Wasserversorgungsmärkte	247
Teil 1: Ökonomische Möglichkeiten und Grenzen	247
Teil 2: Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen	249
A) Deutschland	249
I) Das neue GWB-Vergaberecht	250
II) Das Potenzial des Vergaberechts	251
III) Vergaberecht und Privatisierung	251
IV) Auftraggeber im Sinne des GWB	252
V) Erfasste Privatisierungsmodelle	253
1) Vermögensprivatisierung	254
2) Funktionsprivatisierung	255
a) Beauftragung von Privaten	255
b) In-house-Geschäfte	256
3) Kombinationen von Vermögens- und Funktionsprivatisierung	258
4) Aufgabenprivatisierung	259
VI) Interessenbekundungsverfahren nach Maßgabe von Gemeinschafts- und Gemeinderecht	260
VII) Fazit	265
B) Frankreich	266
I) Französisches Vergaberecht	267
II) Die <i>loi Sapin</i>	267
1) Grundsätzliche Vorgaben	268
2) Ausnahme für die Betreuung öffentlicher Unternehmen	269
III) Fazit	269
C) England	269
I) Keine Ausschreibung der Versorgungsgebiete	270
II) Wettbewerb um Teilmärkte	270
1) Grenzüberschreitende Versorgung	271
2) <i>Inset appointments</i>	271
III) Ausschreibungspflichten der Wasserunternehmen	272

§ 9 Aktuelle Marktöffnungsimpulse

275

Teil 1: Europa

276

A) Wassermarktordnung und Art. 86 Abs. 1 EG	279
I) Staatliche Maßnahmen	279
II) Betroffene Unternehmen	281
1) Unternehmen	281
2) Öffentliche Unternehmen	282
3) Unternehmen mit Sonderrechten	284
III) Ein Sonderfall: die deutschen Konzessionen	285
B) Konformität der Wassermarktordnungen mit dem EG-Vertrag	286
I) Verstoß gegen die Freiverkehrsrechte	287
1) Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit	287
2) Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit	288
3) Rechtfertigung der Beschränkungen nach <i>Cassis oder Keck?</i>	289
a) Zwingende Erfordernisse	289
b) <i>Keck</i> -Rechtsprechung	291
4) Fazit	292
II) Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht	292
1) Veranlassung von Kartellen	294
2) Veranlassung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung	296
a) Rechtsprechung und Praxis zur Missbrauchsveranlassung	296
b) Missbrauchsgeneigte Sonderrechte in Netzwirtschaften: Das Fehlen eines Durchleitungsregimes	299
aa) Entwicklung der <i>essential facilities doctrine</i>	300
(1) <i>Essential facilities</i> in der US-amerikanischen Rechtsprechung	301
(2) Rechtsprechung des Supreme Court	302
(3) Rechtsprechung der Instanzgerichte	304
(4) Fazit	307
bb) Wesentliche Einrichtungen in der Rechtsprechung von EuGH und EuG	307
(1) <i>Commercial Solvents</i>	307
(2) <i>Telemarketing</i>	308
(3) <i>Magill</i>	309
(4) <i>Bronner</i>	311
(5) <i>Tiercé Ladbroke</i>	312

cc) Wesentliche Einrichtungen in der Kommissionspraxis	312
dd) Unstreitiger Bestand der essential facilities doctrine	314
ee) Erfordernis eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen Besitzer und Petenten?	315
c) Missbrauchsneigung der Wassermarktordnungen	319
aa) Fehlen einer Durchleitungspflicht	319
bb) Technische Hindernisse als Rechtfertigungsgrund?	320
cc) Zwischenstaatlichkeit	320
C) Rechtfertigung von Beschränkungen nach Art. 86 Abs. 2 EG	322
I) Grundkonzepte	323
1) Ansatz des EuGH	323
2) Ansatz der EG-Kommission	324
3) Änderungen durch den Verfassungsentwurf?	326
4) Konzepte der Literatur	328
a) Ältere Ansätze	328
b) Neuere Entwicklungen	329
5) Fazit	331
II) Art. 86 Abs. 2 EG im einzelnen	332
1) Betrauung	332
a) Art. 86 Abs. 2 und Abs. 1 EG im Zusammenspiel	332
b) Betrauung	334
aa) Erfordernis eines Hoheitsaktes?	334
bb) Französische <i>délégation</i> und englisches <i>appointment</i>	337
cc) Deutsche Konzessionen	338
dd) Deutscher Anschluss- und Benutzungzwang	339
ee) Fazit	340
c) Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse	341
2) Konflikt von Sonderaufgabe und Gemeinschaftsrecht	343
a) Auslegung des Merkmals „verhindern“	344
b) Verhältnismäßigkeitsprüfung	346
aa) Grundzüge des Verhältnismäßigkeitsprinzips in Art. 86 Abs. 2 EG	346
bb) Insbesondere: Die Frage der Erforderlichkeit	348
cc) Beweislast	352
c) Fazit	354
D) Kommissionsbefugnisse nach Art. 86 Abs. 3 EG	355
Teil 2: Art. 12 GG und Wasserversorgungsmonopole	356
A) Anwendbarkeit der Berufsfreiheit auf Monopole	356
B) Eingriff in die Berufsfreiheit privater Anbieter	359
C) Rechtfertigung des Eingriffes	360
I) Formelle Rechtfertigung	360
II) Materielle Rechtfertigung	360



1) Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter	361
2) Erforderlichkeit örtlicher Monopole	364
a) Bezugspunkt der Erforderlichkeitsprüfung	364
b) Eignung und Eingriffsintensität	366
aa) Eingriffsintensität	366
bb) Eignung	368
3) Verhältnismäßigkeit	368
D) Fazit	369
Teil 3: Reformgutachten	370
A) Reformvorschläge	371
B) Eigene Stellungnahme	373
 § 10 Wesentliche Ergebnisse	 375
Technische und ökonomische Grenzen des Wettbewerbs	375
Der rechtliche Rahmen	376
Gesetzliche Beschränkungen der deutschen Gemeinden	377
Ungenutzte Marktöffnungspotenziale	378
Vergleichender Wettbewerb	378
Wettbewerb um Unternehmenskontrolle	379
Wettbewerb im Markt	380
Wettbewerb um den Markt	381
Aktuelle Marktöffnungsimpulse	383
 Verzeichnis der zitierten Literatur	 387