

## Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	13
Abkürzungsverzeichnis	35
Einleitung	45
§ 1 Problemaufriss	45
§ 2 Gang der Untersuchung	48
1. Teil: Die deutsche Trinkwasserversorgung und das Konzessionswesen	51
§ 1 Struktur der deutschen Wasserversorgung	51
A. Kleinteiligkeit der Wasserversorgung	52
B. Wasserqualität und Zustand der Versorgungsinfrastruktur	54
§ 2 Höhe des Wasserentgelts und Kostenstruktur in der Wasserversorgung	55
§ 3 Organisation der Wasserversorgung	57
A. Eigenbetrieb	59
B. Regiebetrieb	64
C. Gesellschaft mit beschränkter Haftung	66
D. Aktiengesellschaft	67
§ 4 Regelung der Trinkwasserversorgung in den Ländern	68
§ 5 Entwicklung des Konzessionswesens bis zur KAEAnO 1941	71
§ 6 Regelungsinhalt der KAEAnO	73
A. Konzessionsabgabenverbot	73
B. Beschränkung von zulässigen Konzessionsabgaben der Höhe nach	75
C. Mindestertragserfordernisse und Nachholbarkeit	78
§ 7 Rechtsnatur der Konzession und wirtschaftliche Bedeutung	79
A. Unterschiedliche Definitionen der Gegenleistung in A/KAE, EnWG und KAV	79

*Inhaltsübersicht*

B. Gegenleistung ist jedenfalls die Sondernutzung des öffentlichen Verkehrsraums	82
C. Konzessionsabgabe keine Gegenleistung für Verleihung eines Hoheitsrechts	84
D. Wirtschaftliche Bedeutung der Konzessionsabgaben	86
§ 8 Rechtsentwicklungen zum Konzessionsabgabenrecht nach Erlass der KAEAnO	87
A. Fortgeltung der KAEAnO 1941 in der BRD	88
B. Abschaffung der Konzessionsabgaben im Jahr 1977 nicht durchsetzbar	90
C. BVerwG hebt 1990 Konzessionsabgabenstopp wegen Willkürverbotsverstoß auf	91
D. Konzessionsabgabenverordnung (KAV) 1992 für Strom und Gas	94
E. Erstes Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24.04.1998	98
F. Richtlinie 2000/60/EG (WRRL) vom 23.10.2000	100
G. Richtlinie 2014/23/EU (Konzessionsvergaberichtlinie) vom 26.02.2014	101
§ 9 Privatisierungen und Rekommunalisierungen in der Trinkwasserversorgung	104
A. Privatisierung	104
B. Rekommunalisierung	109
§ 10 Erhebung öffentlich-rechtlicher Entgelte für die Wasserversorgung	115
A. Abgaben: Steuern, Beiträge, Gebühren	116
B. Benutzungsgebühren für die Inanspruchnahme öffentlicher Einrichtungen	123
C. Bemessungsgrundsätze für Benutzungsgebühren	126
D. Bestandteile der Benutzungsgebühr und Formen	132
§ 11 Rechtsprechung zur Gebührenfähigkeit der Konzessionsabgabe	138
A. OVG Schleswig, Urt. v. 28.11.2001 – 2 K 6/99	138
B. VGH Kassel, Beschl. v. 06.07.2005 - 5 UZ 2618/04	140
C. VG Gießen, Urt. v. 01.02.2012 – 8 K 2781/11.GI	141
D. VG Gelsenkirchen, Urt. v. 05.07.2012 – 13 K 524/11	142
E. VGH Kassel, Beschl. v. 19.09.2013 – 5 A 831/13.Z	143

F. VG Kassel, Urt. v. 27.03.2017 – 6 K 412/13.KS	144
G. VG München, Urt. v. 28.09.2017 – M 10 K 16.282	146
H. VG Düsseldorf, Urt. v. 27.02.2018 – 5 K 15795/16	147
I. VGH Kassel, Urt. 11.12.2018 – 5 A 1305/17	149
J. OVG Saarlouis, Beschl. v. 07.05.2020 – 1 A 196/19	150
K. BVerwG, Beschl. v. 21.07.2020 (9 B 18.19) und Urt. v. 23.03.2021 (9 C 4.20)	152
Ergebnis zum 1. Teil	154
2. Teil: Ansatzfähigkeit der Konzessionsabgaben von Eigenbetrieben	159
§ 1 Eigenbetriebsentgelte als ansatzfähige Verwaltungsgemein- oder Fremdkosten	159
§ 2 Eigenbetriebsentgelte: Kostendeckung, Äquivalenz und Gleichbehandlung	163
§ 3 Konzessionsabgaben eines Eigenbetriebes als betriebsbedingte Kosten	166
A. Merkmal des Güterverbrauchs	168
B. Merkmal der Betriebsbedingtheit	169
C. Merkmal der Bewertung	184
D. Exkurs: Rechtsgrundlage für die Konzessionierung von Abwasser und Fernwärme?	185
Ergebnis zum 2. Teil	187
3. Teil: Konzessionsabgaben und der Grundsatz der Erforderlichkeit der Kosten	189
§ 1 Der Grundsatz der Erforderlichkeit der Kosten als Korrektiv	189
§ 2 Kostenbezogene Erforderlichkeit von Konzessionsabgaben	191
A. Prüfungsmaßstab der kostenbezogenen Erforderlichkeit	191
B. Die Erforderlichkeit der Kostenart der Konzessionsabgaben von Eigenbetrieben	194
C. Die Erforderlichkeit des Kostenumfangs bei Konzessionsabgaben von Eigenbetrieben	238
Ergebnis zu § 2	238
§ 3 Prüfungsmaßstab der einrichtungsbezogenen Erforderlichkeit	241

*Inhaltsübersicht*

A. Einrichtungsbezogene Erforderlichkeit und (Regie-)Kostenvergleich	241
B. Einrichtungsbezogene Erforderlichkeit und Vergabeverfahren	245
C. Einrichtungsbezogene Erforderlichkeit und interkommunaler Gebührenvergleich	247
Ergebnis zu § 3	249
§ 4 Konzessionsabgaben von Eigenbetrieben im Regiekostenvergleich	250
A. Gebührenfähigkeit der Konzessionsabgabe von Nichtbeteiligungsgesellschaften	253
B. Gebührenfähigkeit der Konzessionsabgabe von Beteiligungs-/Eigengesellschaften	295
C. Gebührenfähigkeit der Konzessionsabgabe von Regiebetrieben	348
D. Gebührenfähigkeit der Konzessionsabgabe von Eigenbetrieben	363
Ergebnis zu § 4	480
Ergebnis zum 3. Teil	484
4. Teil: Rechtsvergleichende Untersuchung	489
§ 1 Situation in Österreich	489
A. Die Wasserversorgung in Österreich	489
B. Gebrauchsabgaberegelungen in den einzelnen neun österreichischen Bundesländern	502
C. Gebührenfähigkeit der Gebrauchsabgabe	508
Ergebnis zu § 1	515
§ 2 Situation in der Schweiz	516
A. Die Struktur der öffentlichen Wasserversorgung in der Schweiz	516
B. Öffentliche Abgaben	517
C. Grundprinzipien des Gebührenrechts	519
D. Konzessionsgebühren als Gegenleistung für Verlegung von Wasserleitungen	523
Ergebnis zu § 2	529

*Inhaltsübersicht*

5. Teil: Die Kontrolle von Wassergebühren de lege ferenda	531
§ 1 Die Situation bis zum Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle	532
A. Die kartellrechtliche Wasserentgeltkontrolle im GWB 2005	533
B. Die BGH-Entscheidung „Wasserpreise Wetzlar“ vom 02.02.2010	540
C. Die OLG Frankfurt-Entscheidung „Wasserpreise Wetzlar II“ vom 20.09.2011	543
D. Die BGH-Entscheidung „Niederbarnimer Wasserverband“ vom 18.10.2011	546
E. Die BGH-Entscheidung „Wasserpreise Calw“ vom 15.05.2012	548
§ 2 Die 8. GWB-Novelle und der Bereich der Wasserwirtschaft	551
A. Überarbeitung der §§ 18, 19 GWB	551
B. Überführung der verschärften Aufsicht über Versorgungsunternehmen in das GWB	552
C. Ausnahme der Marktmachtmissbrauchskontrolle von Gebühren und Beiträgen	559
D. Keine Bereichsausnahme der Missbrauchsaufsicht bei Durchleitungsansprüchen	560
E. Auskunftsansprüche gegen Wassergebühren erhebende Versorgungsunternehmen	562
F. Übersicht: Die kartellrechtliche Wasserentgeltkontrolle nach der 8. GWB-Novelle	563
§ 3 Die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle von Wasserentgelten	567
A. Vergleichsmarktprüfung (§ 31 Abs. 4 Nr. 2 GWB)	567
B. Preisbildungsfaktorenprüfung (§ 31 Abs. 4 Nr. 3 GWB)	595
C. Auswertung	613
§ 4 Die gebührenrechtliche Entgeltkontrolle in der Praxis	621
A. Beurteilung der „Wasserpreise Wetzlar“	622
B. Beurteilung der „Wasserpreise Gießen“	630
C. Auswertung	636
§ 5 Vor- und Nachteile kartellrechtlicher Prüfungsverfahren im Gebührenrecht	637
A. Eingeschränkte wettbewerbliche Effizienzüberlegungen im Gebührenrecht	638

*Inhaltsübersicht*

B. Keine Verbesserung durch Übernahme der Preisbildungsfaktorenkontrolle ersichtlich	642
C. Unterschiedlichkeit der Effizienzbegriffe im GWB und in den KAG	642
D. Vergleichsmarktprüfung zeigt wettbewerbliche Effizienzpotenziale	659
E. Erweiterung bestehender gebührenrechtlicher Kostenvergleichssysteme	660
§ 6 Implementierung der Vergleichsmarktprüfung de lege ferenda	663
A. Keine kartellrechtliche Vergleichsmarktprüfung durch Kommunalaufsichten	663
B. Keine Ausdehnung der kartellrechtlichen Kontrolle auf Wassergebühren	665
C. Beteiligung der Kartellbehörden im Rahmen der Gebührenprüfung	667
Ergebnis zum 5. Teil	677
Literatur- und Quellenverzeichnis	683
Stichwortverzeichnis	701

## Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	35
Einleitung	45
§ 1 Problemaufriss	45
§ 2 Gang der Untersuchung	48
1. Teil: Die deutsche Trinkwasserversorgung und das Konzessionswesen	51
§ 1 Struktur der deutschen Wasserversorgung	51
A. Kleinteiligkeit der Wasserversorgung	52
B. Wasserqualität und Zustand der Versorgungsinfrastruktur	54
§ 2 Höhe des Wasserentgelts und Kostenstruktur in der Wasserversorgung	55
§ 3 Organisation der Wasserversorgung	57
A. Eigenbetrieb	59
B. Regiebetrieb	64
C. Gesellschaft mit beschränkter Haftung	66
D. Aktiengesellschaft	67
§ 4 Regelung der Trinkwasserversorgung in den Ländern	68
§ 5 Entwicklung des Konzessionswesens bis zur KAEAnO 1941	71
§ 6 Regelungsinhalt der KAEAnO	73
A. Konzessionsabgabenverbot	73
B. Beschränkung von zulässigen Konzessionsabgaben der Höhe nach	75
C. Mindestertragserfordernisse und Nachholbarkeit	78
§ 7 Rechtsnatur der Konzession und wirtschaftliche Bedeutung	79
A. Unterschiedliche Definitionen der Gegenleistung in A/KAE, EnWG und KAV	79
1. KAV: Konzessionsabgabe keine Gegenleistung mehr für Versorgungsverzicht	80

## *Inhaltsverzeichnis*

2. EnWG: Konzessionsabgabe keine Gegenleistung mehr für Versorgungsverzicht	81
3. KAV/EnWG: Konzessionsabgabe als Gegenleistung auch für Leitungsbetrieb	82
B. Gegenleistung ist jedenfalls die Sondernutzung des öffentlichen Verkehrsraums	82
C. Konzessionsabgabe keine Gegenleistung für Verleihung eines Hoheitsrechts	84
D. Wirtschaftliche Bedeutung der Konzessionsabgaben	86
§ 8 Rechtsentwicklungen zum Konzessionsabgabenrecht nach Erlass der KAEAnO	87
A. Fortgeltung der KAEAnO 1941 in der BRD	88
B. Abschaffung der Konzessionsabgaben im Jahr 1977 nicht durchsetzbar	90
C. BVerwG hebt 1990 Konzessionsabgabenstopp wegen Willkürverbotsverstoß auf	91
D. Konzessionsabgabenverordnung (KAV) 1992 für Strom und Gas	94
E. Erstes Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24.04.1998	98
F. Richtlinie 2000/60/EG (WRRL) vom 23.10.2000	100
G. Richtlinie 2014/23/EU (Konzessionsvergabrichtlinie) vom 26.02.2014	101
§ 9 Privatisierungen und Rekommunalisierungen in der Trinkwasserversorgung	104
A. Privatisierung	104
1. Formen	104
2. Motive	105
3. Modelle	106
B. Rekommunalisierung	109
1. Formen	109
2. Motive	109
3. Modelle	112
a. Kassel und Vellmar	112
b. Wuppertal	113

§ 10 Erhebung öffentlich-rechtlicher Entgelte für die Wasserversorgung	115
A. Abgaben: Steuern, Beiträge, Gebühren	116
B. Benutzungsgebühren für die Inanspruchnahme öffentlicher Einrichtungen	123
C. Bemessungsgrundsätze für Benutzungsgebühren	126
1. Kostendeckungsgebot und Kostenüberschreitungsverbot	127
2. Äquivalenzprinzip	129
3. Gleichbehandlungsgrundsatz	131
D. Bestandteile der Benutzungsgebühr und Formen	132
1. Bemessung der Benutzungsgebühr an Kosten der öffentlichen Einrichtung	132
2. Grund-, Mindest-, Zusatz- und Mengengebühren	136
§ 11 Rechtsprechung zur Gebührenfähigkeit der Konzessionsabgabe	138
A. OVG Schleswig, Urt. v. 28.11.2001 – 2 K 6/99	138
B. VGH Kassel, Beschl. v. 06.07.2005 - 5 UZ 2618/04	140
C. VG Gießen, Urt. v. 01.02.2012 – 8 K 2781/11.GI	141
D. VG Gelsenkirchen, Urt. v. 05.07.2012 – 13 K 524/11	142
E. VGH Kassel, Beschl. v. 19.09.2013 – 5 A 831/13.Z	143
F. VG Kassel, Urt. v. 27.03.2017 – 6 K 412/13.KS	144
G. VG München, Urt. v. 28.09.2017 – M 10 K 16.282	146
H. VG Düsseldorf, Urt. v. 27.02.2018 – 5 K 15795/16	147
I. VGH Kassel, Urt. 11.12.2018 – 5 A 1305/17	149
J. OVG Saarlouis, Beschl. v. 07.05.2020 – 1 A 196/19	150
K. BVerwG, Beschl. v. 21.07.2020 (9 B 18.19) und Urt. v. 23.03.2021 (9 C 4.20)	152
Ergebnis zum 1. Teil	154
2. Teil: Ansatzfähigkeit der Konzessionsabgaben von Eigenbetrieben	159
§ 1 Eigenbetriebsentgelte als ansatzfähige Verwaltungsgemeinde- oder Fremdkosten	159
§ 2 Eigenbetriebsentgelte: Kostendeckung, Äquivalenz und Gleichbehandlung	163

*Inhaltsverzeichnis*

§ 3 Konzessionsabgaben eines Eigenbetriebes als betriebsbedingte Kosten	166
A. Merkmal des Güterverbrauchs	168
B. Merkmal der Betriebsbedingtheit	169
1. Rechtliche Möglichkeit der Erhebung einer Konzessionsabgabe beim Eigenbetrieb	169
a. §§ 46, 48 EnWG sind keine Rechtsgrundlage für Konzessionsabgabe	169
b. KAEAnO/KAV ist keine Rechtsgrundlage für Konzessionsabgabe	174
c. Erhebung einer Konzessionsabgabe vom Eigenbetrieb durch Verwaltungsanweisung	175
2. Kausaler Zusammenhang zwischen Sondernutzung und Konzessionsabgabe	178
3. Kausaler Zusammenhang auch ohne Rechtsgrund	182
C. Merkmal der Bewertung	184
D. Exkurs: Rechtsgrundlage für die Konzessionierung von Abwasser und Fernwärme?	185
Ergebnis zum 2. Teil	187
3. Teil: Konzessionsabgaben und der Grundsatz der Erforderlichkeit der Kosten	189
§ 1 Der Grundsatz der Erforderlichkeit der Kosten als Korrektiv	189
§ 2 Kostenbezogene Erforderlichkeit von Konzessionsabgaben	191
A. Prüfungsmaßstab der kostenbezogenen Erforderlichkeit	191
B. Die Erforderlichkeit der Kostenart der Konzessionsabgaben von Eigenbetrieben	194
1. Erforderlichkeit nach EnWG, KAV und KAEAnO	195
2. Erforderlichkeit nach den Eigenbetriebsregelwerken	195
a. Die angemessene Vergütung nach den Eigenbetriebsregelwerken	196
(1) Hessen	196
(2) Baden-Württemberg	198
(3) Nordrhein-Westfalen	200
(4) Mecklenburg-Vorpommern	201
(5) Rheinland-Pfalz	204
(6) Bayern	205

(7) Brandenburg	206
(8) Regelungen in den anderen Bundesländern	206
(9) Auswertung	208
b. Steuerrechtliche Anerkennung von Konzessionsabgaben von Eigenbetrieben	210
c. Angemessene Eigenbetriebsvergütung nur bei Beachtung der KAEAnO	214
d. Bewertung: Erforderliche Kostenart bei steuerrechtlicher Anerkennung	215
3. Erforderlichkeit nach der PreisVO und den LSP	217
a. Keine Anwendbarkeit der PreisVO bei „Auftrag“ an Eigenbetrieb	218
b. Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten und wertmäßiger Kostenbegriff	219
c. Konzessionsabgaben als „sonstige Kosten“ nach Nr. 34 LSP	221
4. Erforderlichkeit nach Vergaberecht	222
a. Keine harte Ausschreibungspflicht nach Kommunalabgabengesetzen	223
b. Diskriminierungsfreies Vergabeverfahren für Wasserkonzessionen	224
(1) Keine GWB-Vergabe von Wasserkonzessionen wegen § 149 Nr. 9 GWB	224
(2) Diskriminierungsfreie Vergabe nach §§ 117, 48 Abs. 3, 46 Abs. 1 S. 1 EnWG	225
(3) Diskriminierungsfreie Vergabe nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB und AEUV	227
(4) Unsicherheiten bei der Ausgestaltung des wettbewerblichen Auswahlverfahrens	227
c. Beteiligung von Eigenbetrieben am Vergabeverfahren	228
d. Kostenbezogene Erforderlichkeit bei Vergabe an Eigenbetrieb	229
5. Erforderlichkeit nach interkommunalem Gebührenvergleich	231
6. Keine Erforderlichkeit wegen vorherigem kostenlosen Nutzungsrecht?	234
C. Die Erforderlichkeit des Kostenumfangs bei Konzessionsabgaben von Eigenbetrieben	238

*Inhaltsverzeichnis*

Ergebnis zu § 2	238
§ 3 Prüfungsmaßstab der einrichtungsbezogenen Erforderlichkeit	241
A. Einrichtungsbezogene Erforderlichkeit und (Regie-)Kostenvergleich	241
1. Regiekostenvergleich und Abnehmerschutz vor übermäßigen und überflüssigen Kosten	241
2. Keine Pflicht zum Regiekostenvergleich, aber nachgelagerte Nachweisprobleme	244
B. Einrichtungsbezogene Erforderlichkeit und Vergabeverfahren	245
C. Einrichtungsbezogene Erforderlichkeit und interkommunaler Gebührenvergleich	247
Ergebnis zu § 3	249
§ 4 Konzessionsabgaben von Eigenbetrieben im Regiekostenvergleich	250
A. Gebührenfähigkeit der Konzessionsabgabe von Nichtbeteiligungsgesellschaften	253
1. Konzessionsabgaben als ansatzfähige Kosten in der Gebührenkalkulation	253
2. Ansichten für die Gebührenfähigkeit	254
3. Ansichten gegen die Gebührenfähigkeit	257
4. Bewertung	258
a. Kein absoluter Grundsatz der fehlenden Erforderlichkeit bei Mehrkosten	259
b. Prüfung sachlicher Gründe und struktureller Ausnahmen für Mehrkosten	261
(1) Bundesrecht (EnWG/KAEAnO) bricht Landesrecht (KAG/GO)	261
aa. Keine Korrektur der Entgeltlichkeit (EnWG/KAEAnO) durch Landesrecht	262
bb. KAEAnO will Gebührenverbilligung durch Begrenzung der Konzessionsabgaben	264
cc. EnWG-Gesetzgeber wollte Realisierung der Konzessionsabgaben bei Gebühren	267
dd. Fehlende Gebührenfähigkeit und unzulässiger (EnWG/WHG) Gemeingebrauch	269

(2) Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung und Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB	272
(3) Gebührenfähig trotz Erstattung – die Gewerbesteuer	275
(4) Fehlende Gebührenfähigkeit enthält über KAEAnO hinausgehendes Verbot	277
(5) Gebührenfähigkeit der Konzessionsabgabe als kalkulatorische Miete	278
(6) Verzicht auf Konzessionsabgabe als Verstoß gegen Einnahmenbeschaffungspflicht	283
(7) Konzessionsabgabe in Nichtbeteiligungsfällen im Steuerrecht	291
Ergebnis zu A.	292
B. Gebührenfähigkeit der Konzessionsabgabe von Beteiligungs-/Eigengesellschaften	295
1. Konzessionsabgaben als ansatzfähige Kosten in der Gebührenkalkulation	296
2. Ansichten für die Gebührenfähigkeit	297
3. Ansichten gegen die Gebührenfähigkeit	298
4. Bewertung	299
a. Konzessionsabgabe von Beteiligungsgesellschaft keine illegale Finanzquelle	299
b. Konzessionsabgaben von Beteiligungsgesellschaft keine provozierte Kostenerhöhung	302
(1) Bundesgesetzgeber provoziert mit §§ 117, 48, 46 EnWG Kostenerhöhung	303
(2) Landesgesetzgeber provozieren bei wirtschaftlicher Tätigkeit Kostenerhöhung	304
aa. Hessen (Pflichtaufgabe und Ertragsprinzip)	304
bb. Brandenburg (Pflichtaufgabe und Ertragsprinzip)	305
cc. Nordrhein-Westfalen (Pflichtaufgabe und Ertragsprinzip)	307
dd. Niedersachsen (freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe und Ertragsprinzip)	307
ee. Baden-Württemberg (Pflichtaufgabe und Ertragsprinzip)	308

*Inhaltsverzeichnis*

ff.	Bayern (Pflichtaufgabe und Kostendeckungsprinzip)	309
gg.	Thüringen (Pflichtaufgabe und Kostendeckungsprinzip)	310
hh.	Rheinland-Pfalz (Pflichtaufgabe und Kostendeckungsprinzip)	311
ii.	Saarland (freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe und Ertragsprinzip)	312
jj.	Sachsen (Pflichtaufgabe und Kostendeckungsprinzip)	312
kk.	Schleswig-Holstein (freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe und Ertragsprinzip)	313
ll.	Mecklenburg-Vorpommern (Pflichtaufgabe und Kostendeckungsprinzip)	314
mm.	Sachsen-Anhalt (Pflichtaufgabe und Ertragsprinzip)	315
nn.	Hamburg (Pflichtaufgabe und Ertragsprinzip)	315
oo.	Berlin (Pflichtaufgabe und Ertragsprinzip)	316
pp.	Bremen (freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe und Ertragsprinzip)	317
(3)	Auswertung	318
c.	Explizite Ansatzfähigkeit in Niedersachsen und Rheinland-Pfalz	320
d.	Benachteiligungen von Beteiligungsgesellschaften bei Ausschreibungen	322
e.	Konzessionsabgaben von Beteiligungsgesellschaften im Steuerrecht	324
f.	Fehlende Gebührenfähigkeit der Konzessionsabgabe und Beihilferecht	327
(1)	Keine Beihilfe zugunsten des Abnehmers durch fehlende Gebührenfähigkeit	328

## *Inhaltsverzeichnis*

(2) Keine Beihilfe zugunsten der Eigengesellschaft	330
aa. Die Wasserversorgung als wirtschaftliche Tätigkeit im unionsrechtlichen Sinne	331
bb. Verzicht auf Konzessionsabgabe aus staatlichen Mitteln	333
cc. Befreiung von Konzessionsabgaben und Private-Investor-Test	334
dd. Nicht nur versuchte bzw. hypothetische Auswirkungen auf den Binnenmarkt	335
ee. Keine (Eignung zur) Verfälschung des Wettbewerbs	336
(3) Keine Beihilfe zugunsten von Nichtbeteiligungsgesellschaften	337
g. Verunmöglichung der Gründung und Beauftragung von Beteiligungsgesellschaften	337
h. Entsprechende Anwendung der Argumente bei Nichtbeteiligungsgesellschaften	339
(1) Keine Korrektur der Entgeltlichkeit (EnWG/KAEAnO) durch Landesrecht	339
(2) KAEAnO will Gebührenverbilligung durch Begrenzung der Konzessionsabgaben	340
(3) EnWG-Gesetzgeber will Konzessionsabgabenrealisierung bei Eigengesellschaften	340
(4) Fehlende Gebührenfähigkeit und unzulässiger (EnWG/WHG) Gemeingebräuch	341
(5) Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung und Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB	341
(6) Gebührenfähig trotz Erstattung – die Gewerbesteuer	342
(7) Fehlende Gebührenfähigkeit enthält über KAEAnO hinausgehendes Verbot	342
(8) Ansatzfähigkeit der Konzessionsabgabe als kalkulatorische Miete	343
(9) Verzicht auf Konzessionsabgabe als Verstoß gegen Einnahmenbeschaffungspflicht	344
Ergebnis zu B.	344

## *Inhaltsverzeichnis*

C. Gebührenfähigkeit der Konzessionsabgabe von Regiebetrieben	348
1. Möglichkeit der Erhebung einer Wasserkonzessionsabgabe von Regiebetrieben	348
a. Regiebetriebe sind Energieversorgungsunternehmen i.S.d. EnWG	348
b. KAEAnO, Handelsbilanz, Eigenkapital und Regiebetrieb	351
(1) Buchführungspflichten von Regiebetrieben	351
(2) Eigenkapital von Regiebetrieben	353
(3) Konzessionierung von Regiebetrieben in der Praxis	354
c. Fehlende praktische Relevanz des Regiebetriebs im Bereich der Wasserversorgung	355
2. Fehlende Gebührenfähigkeit der Konzessionsabgabe vom Regiebetrieb	356
a. Eigenbetriebe und die wirtschaftliche Selbstständigkeit	357
b. Regiebetriebe und die wirtschaftliche Unselbstständigkeit	359
c. Eigenbetriebsregelwerke und der fingierte Vertragspartner	359
d. Regiebetriebe sind keine fingierten Vertragspartner, sondern Verwaltungsbestandteil	360
e. Konzessionsabgaben von Regiebetrieben sind keine betriebsbedingten Kosten	360
f. Konzessionsabgaben von Regiebetrieben sind keine kalkulatorischen Mieten	361
Ergebnis zu C.	362
D. Gebührenfähigkeit der Konzessionsabgabe von Eigenbetrieben	363
1. Ansichten für die Gebührenfähigkeit	363
2. Ansichten gegen die Gebührenfähigkeit	366
3. Bewertung	369
a. Regiekostenvergleich I: Konzessionsabgabe bei Betrieb in privater Form	370

b. Regiekostenvergleich II: Keine Konzessionsabgabe bei Betrieb durch Regiebetrieb	370
(1) Kein Kostenvergleich am Regiebetrieb in Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein	370
aa. Bayern (Kein Anwendungsbefehl für/gegen Regie-/Eigenbetrieb)	371
bb. Baden-Württemberg (Kein Anwendungsbefehl für/gegen Regie-/Eigenbetrieb)	371
cc. Saarland (Kein Anwendungsbefehl für/ gegen Regie-/Eigenbetrieb)	372
dd. Rheinland-Pfalz (Wasserversorgung als Eigenbetrieb)	372
ee. Hessen (Kein Anwendungsbefehl für/gegen Regie-/Eigenbetrieb)	372
ff. Thüringen (Kein Anwendungsbefehl für/ gegen Regie-/Eigenbetrieb)	374
gg. Sachsen-Anhalt (Kein Anwendungsbefehl für/gegen Regie-/Eigenbetrieb)	374
hh. Sachsen (Kein Anwendungsbefehl für/ gegen Regie-/Eigenbetrieb)	375
ii. Brandenburg (Kein Anwendungsbefehl für/ gegen Regie-/Eigenbetrieb)	375
jj. Niedersachsen (Kein Anwendungsbefehl für/gegen Regie-/Eigenbetrieb)	376
kk. Nordrhein-Westfalen (Kein Anwendungsbefehl für/gegen Regie-/Eigenbetrieb)	376
ll. Schleswig-Holstein (Wasserversorgung als Eigenbetrieb)	377
mm. Mecklenburg-Vorpommern (Kein Anwendungsbefehl für/gegen Regie-/Eigenbetrieb)	377
nn. Berlin (Anwendungsbefehl für Anstalt des öffentlichen Rechts)	377
oo. Hamburg (Kein Anwendungsbefehl für/ gegen Regie-/Eigenbetrieb)	378

pp. Bremen (Kein Anwendungsbefehl für/ gegen Regie-/Eigenbetrieb)	378
qq. Auswertung	378
(2) Keine strukturelle Ausnahme im Regiekostenvergleich bzgl. Konzessionsabgabe	378
c. Regiekostenvergleich III: Unzulässiger modifizierter Regiekostenvergleich	380
(1) Der modifizierte Regiekostenvergleich in der Rechtsprechung	380
aa. OVG Schleswig, Urt. v. 28.11.2001 – 2 K 6/99	381
bb. VGH Kassel, Beschl. v. 06.07.2005 – 5 UZ 2618/04	381
cc. VG Gießen, Urt. v. 01.02.2012 – 8 K 2781/11.GI	382
dd. VG Kassel, Urt. v. 27.03.2017 – 6 K 412/13.KS	382
ee. OVG Saarlouis, Urt. v. 07.05.2020 – 1 A 196/19	383
(2) Fehlerhafte Subsumtion der Gerichte unter modifizierten Regiekostenvergleich	383
aa. OVG Schleswig, Urt. v. 28.11.2001 – 2 K 6/99 – kein Aufwand nach EigVO	383
bb. VGH Kassel, Beschl. v. 06.07.2005 – 5 UZ 2618/04 – kein Aufwand nach EigBGes	385
cc. VG Gießen, Urt. v. 01.02.2012 – 8 K 2781/11.GI – kein Aufwand nach EigBGes	386
dd. VG Kassel, Urt. v. 27.03.2017 – 6 K 412/13.KS – kein Abstellen auf EigBGes	386
ee. OVG Saarlouis, Urt. v. 07.05.2020 – 1 A 196/19 – kein Aufwand nach EigVO	389
(3) Unzulässige Einzelkostenbetrachtung statt gebotener Gesamtkostenbetrachtung	389
(4) Modifizierter Regiekostenvergleich verstößt gegen Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG	392
aa. Eingriff in die Wahlfreiheit der Organisationsform (Eigenbetrieb)	392
bb. Eingriff in die Wahlfreiheit des Benutzungsverhältnisses (Gebühren)	397

cc.	Kein Eingriff in den Schutzbereich der Gewährleistung kommunalen Eigentums	401
dd.	Keine Rechtfertigung der Eingriffe wegen Verstoßes gegen Willkürverbot	402
(5)	Modifizierter Regiekostenvergleich und Gleichbehandlungsgesetz, Art. 3 Abs. 1 GG	405
(6)	Klassischer Regiekostenvergleich verstößt nicht gegen Willkürverbot	406
(7)	Fehlende Ansatzfähigkeit beim Regiebetrieb verstößt nicht gegen Art. 28 GG	407
d.	Sachliche Gründe und strukturelle Ausnahmen für Gebührenfähigkeit	407
(1)	Konzessionsabgabe eines Eigenbetriebes zur Haushaltsfinanzierung	408
(2)	Umweltpolitische Aspekte der Konzessionsabgabe als Grund für Mehrkosten	411
aa.	Höhere Wasserpreise wirken Wasserverschwendungen entgegen	412
α)	Hoher Fixkostenanteil bei der Wassergewinnung	412
β)	Möglichkeit der Erhebung von Grundgebühren nach den KAG	413
γ)	Anteil von 40 % bis 60 % der Grundgebühr an den Gesamtgebühren	415
δ)	Kostenüberschreitungsverbot verhindert „künstliche“ Verteuerung	416
ε)	Konzessionsabgabe verteutert Grundgebühr und Verbrauchsgebühr	417
ζ)	Auswertung	420
bb.	Mehreinnahmen für bessere Infrastruktur zum schonenderen Wasserumgang	422
cc.	Berücksichtigung umweltschonender Aspekte bei den Benutzungsgebühren	424
(3)	Vorteile des Eigenbetriebs gegenüber Regiebetrieb zur Mehrkostenrechtfertigung	427
aa.	Mehr Transparenz für Gemeinde und Bürger durch eigenes Kassensystem	427

## Inhaltsverzeichnis

bb.	Stärkere Sachnähe und größere Flexibilität im operativen Bereich	429
cc.	Fazit: Transparenz und Flexibilität stellen sachliche Gründe dar	430
(4)	Keine rechtsmissbräuchliche Scheinrekkommunalisierung	431
aa.	„Flucht in die Gebühr“	431
α)	Kassel und Vellmar	432
β)	Wuppertal	433
γ)	Wetzlar	434
bb.	Rekommunalisierung als Rechtsgebrauch und nicht als Rechtsmissbrauch	435
α)	Von der Selbstverwaltungsgarantie geschützte Organisationsentscheidung	435
β)	Gesetzgeber ermöglichte „sehenden Auges“ Flucht in die Gebühr	437
γ)	GWB-Prüfungsregime ist „anders“, nicht „besser“ als KAG-Prüfungsregime	440
δ)	Pflicht zur Rekommunalisierung aus der Einnahmenbeschaffungspflicht?	442
(5)	Irrelevanz der rechtlichen Selbstständigkeit beim Gemeinderabatt	443
(6)	Keine Gebührenfähigkeit der Konzessionsabgabe von Eigenbetrieben nach BGH/BVerwG?	446
(7)	Eine innerkörperschaftliche Verrechnung hindert Gebührenfähigkeit nicht	451
(8)	Steuervorteile der nicht ansatzfähigen Konzessionsabgabe als ansatzfähige Kosten?	454
aa.	Erhebung zur Verminderung der Steuerlast	454
bb.	Ansatz und Versteuerung einer kalkulatorischen Kapitalverzinsung	455
cc.	Ansatz und Versteuerung von Abschreibungen	458
dd.	Ansatz und Versteuerung kalkulatorischen Unternehmerwagnisses	459
ee.	Bewertung	460

(9) Sachliche Mehrkostengründe analog	
Nichtbeteiligungs-/Eigengesellschaft	463
aa. Keine Korrektur der Entgeltlichkeit (EnWG/KAEAnO) durch Landesrecht	464
bb. KAEAnO will Gebührenverbilligung durch Begrenzung der Konzessionsabgaben	464
cc. EnWG-Gesetzgeber will Konzessionsabgabenrealisierung auch bei Eigenbetrieben	464
dd. Fehlende Gebührenfähigkeit und unzulässiger (EnWG/WHG) Gemeingebräuch	465
ee. Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung und Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB	465
ff. Gebührenfähig trotz Erstattung – die Gewerbesteuer	466
gg. Fehlende Gebührenfähigkeit enthält über KAEAnO hinausgehendes Verbot	466
hh. Ansatzfähigkeit der Konzessionsabgabe als kalkulatorische Miete	467
ii. Verzicht auf Konzessionsabgabe als Verstoß gegen Einnahmenbeschaffungspflicht	468
jj. Kein Erschließen einer illegalen Finanzquelle	469
kk. Konzessionsabgaben keine provozierte Kostenerhöhung i.S.v. Thiem/Böttcher	469
ll. Wettbewerbsnachteil des Eigenbetriebs bei Konzessionsvergabe	470
mm. Explizite Anisatzfähigkeit in Niedersachsen und Rheinland-Pfalz	470
nn. Die nichtgebührenfähige Konzessionsabgabe als Verlustgeschäft	471
Ergebnis zu D.	471
Ergebnis zu § 4	480
Ergebnis zum 3. Teil	484

## *Inhaltsverzeichnis*

4. Teil: Rechtsvergleichende Untersuchung	489
§ 1 Situation in Österreich	489
A. Die Wasserversorgung in Österreich	489
1. Organisation der Wasserversorgung in Österreich	490
2. Betriebsformen der Wasserversorgung	490
a. Freiheit des Benutzungsverhältnisses bei der Wasserversorgung	490
b. Freiheit der Organisation der Wasserversorgung	492
c. Der Eigenbetrieb in Österreich	495
3. Grundsätze der Wassergebührenbemessung	497
a. Fixe und variable Wassergebühren	497
b. Äquivalenzprinzip	498
4. Gebrauchsabgaben	500
a. Rechtsgrundlage	501
b. Sinn und Zweck von Gebrauchsabgaben	501
c. Wirtschaftliche Bedeutung der Gebrauchsabgabe	501
B. Gebrauchsabgaberegelungen in den einzelnen neun österreichischen Bundesländern	502
1. Burgenland	502
2. Kärnten	502
3. Niederösterreich	503
4. Oberösterreich	504
5. Salzburg	505
6. Steiermark	505
7. Tirol	506
8. Vorarlberg	507
9. Wien	507
10. Zwischenergebnis	507
C. Gebührenfähigkeit der Gebrauchsabgabe	508
1. Möglichkeit der Subsumtion des Eigenbetriebs unter Landesgesetze	508
2. KAEAnO, die Eigenbetriebe erfasst, als Grundlage für Österreich	510
3. Leistungsverkehr an Eigenbetriebe ist haushaltsintern zu vergüten	511
4. Steuervorteil als Zweck der Gebrauchsabgabe-/Benützungsabgabegesetze	511

5. Gebührenwirksamkeit der Gebrauchsabgabe als Verrechnungsposition (VRV)	513
Ergebnis zu § 1	515
§ 2 Situation in der Schweiz	516
A. Die Struktur der öffentlichen Wasserversorgung in der Schweiz	516
B. Öffentliche Abgaben	517
C. Grundprinzipien des Gebührenrechts	519
1. Geltung des Kostendeckungsprinzips mit Ausnahme bei Konzessionsgebühren	519
2. Äquivalenzprinzip – keine ausreichende Beschränkung bei Konzessionsgebühren	520
3. Legalitätsprinzip	522
D. Konzessionsgebühren als Gegenleistung für Verlegung von Wasserleitungen	523
1. Bundesrecht (Art. 664 Satz 1 ZGB)	524
2. Situation im Kanton Schwyz	525
a. Regelung in der Gemeinde Morschach	526
b. Regelung in der Gemeinde Arth	527
c. Finanzhaushaltsgesetz für die Bezirke und Gemeinden	528
Ergebnis zu § 2	529
5. Teil: Die Kontrolle von Wassergebühren de lege ferenda	531
§ 1 Die Situation bis zum Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle	532
A. Die kartellrechtliche Wasserentgeltkontrolle im GWB 2005	533
1. § 19 GWB – Missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung	533
2. § 131 Abs. 6 GWB – Verschärfte Missbrauchsaufsicht über Wasserversorgung	535
B. Die BGH-Entscheidung „Wasserpreise Wetzlar“ vom 02.02.2010	540
C. Die OLG Frankfurt-Entscheidung „Wasserpreise Wetzlar II“ vom 20.09.2011	543
D. Die BGH-Entscheidung „Niederbarnimer Wasserverband“ vom 18.10.2011	546

*Inhaltsverzeichnis*

E. Die BGH-Entscheidung „Wasserpreise Calw“ vom 15.05.2012	548
§ 2 Die 8. GWB-Novelle und der Bereich der Wasserwirtschaft	551
A. Überarbeitung der §§ 18, 19 GWB	551
B. Überführung der verschärften Aufsicht über Versorgungsunternehmen in das GWB	552
1. § 31 GWB – Verträge der Wasserwirtschaft	552
a. Vergleichsmarktprüfung (§ 31 Abs. 4 Nr. 2 GWB)	553
b. Preisbildungsfaktorenprüfung (§ 31 Abs. 4 Nr. 3 GWB)	554
2. § 31a GWB – Meldepflichten	556
3. § 31b GWB – Aufgaben und Befugnisse der Kartellbehörden	557
C. Ausnahme der Marktmachtmissbrauchskontrolle von Gebühren und Beiträgen	559
D. Keine Bereichsausnahme der Missbrauchsaufsicht bei Durchleitungsansprüchen	560
E. Auskunftsansprüche gegen Wassergebühren erhebende Versorgungsunternehmen	562
F. Übersicht: Die kartellrechtliche Wasserentgeltkontrolle nach der 8. GWB-Novelle	563
§ 3 Die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle von Wasserentgelten	567
A. Vergleichsmarktprüfung (§ 31 Abs. 4 Nr. 2 GWB)	567
1. Ermittlung gleichartiger Unternehmen	567
a. Bewertung der Gleichartigkeit der Unternehmen nach Gesamtkosten	568
b. Berücksichtigung weiterer Kriterien ggf. erst auf Rechtfertigungsebene	570
2. Prüfung des Vorliegens ungünstigerer Preise	572
a. Bildung von Typfällen	572
b. Erlösvergleich	573
c. Sicherheitszuschlag und Erheblichkeitszuschlag	574
3. Nachweis der fehlenden Zurechenbarkeit des ungünstigeren Preises	575
a. Höhenunterschiede im Versorgungsgebiet	576
b. Anspruchsvolle Bodenverhältnisse	577
c. Komplexe Infrastrukturbedingungen	578

d. Aufwendige Wassergewinnung	579
e. Kalkulatorische Kosten	581
f. Erneuerungs- und Instandhaltungskosten	584
g. Wasserentnahmeeentgelt	586
h. Hausanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse	590
i. Wiedervereinigungsbedingte Kosten	591
j. Freiwillig übernommene Verpflichtungen	592
k. Optimierungskonzept und Rationalisierungsreserven	592
l. Unterschreitung der Kostendeckung	594
B. Preisbildungsfaktorenprüfung (§ 31 Abs. 4 Nr. 3 GWB)	595
1. Die OLG-Entscheidung „Wasserpreise Calw II“ vom 05.09.2013	596
a. Untersuchung der aufwandsgleichen Kosten	597
(1) Sonstige betriebliche Aufwendungen	597
(2) Personal	598
(3) Fremdleistungen	600
(4) Fremdkapitalzinsen	601
(5) Wasserbezugskosten	601
b. Untersuchung der kalkulatorischen Kosten	602
(1) Kalkulatorische Abschreibungen	603
(2) Kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung	605
(3) Kalkulatorische Gewerbesteuer	607
(4) Kalkulatorische Konzessionsabgabe	608
c. Erheblichkeitszuschlag	608
d. Zurückverweisung zur erneuten Bescheidung an die Landeskartellbehörde	608
2. Die BGH-Entscheidung „Wasserpreise Calw II“ vom 14.07.2015	609
3. Vergleich zwischen Landeskartellbehörde und der Energie Calw GmbH	612
C. Auswertung	613
1. Vergleichsmarkt- und Preisbildungsfaktorenprüfung bei Abschreibungen	613
2. Vergleichsmarkt- und Preisbildungsfaktorenprüfung bei Wasserbezugskosten	616
3. Bewertung von Vergleichsmarkt- und Preisbildungsfaktorenprüfung	617

## *Inhaltsverzeichnis*

§ 4 Die gebührenrechtliche Entgeltkontrolle in der Praxis	621
A. Beurteilung der „Wasserpreise Wetzlar“	622
1. Wasserbezugskosten	622
2. Personalkosten	624
3. Laufende Betriebskosten	625
4. Löschwasser	625
5. Kapitalkosten	626
6. Zwischenergebnis	626
B. Beurteilung der „Wasserpreise Gießen“	630
1. Wasserbezugskosten	632
2. Personalkosten	632
3. Fixkosten	633
4. Kalkulatorische Kosten	633
5. Zwischenergebnis	633
C. Auswertung	636
§ 5 Vor- und Nachteile kartellrechtlicher Prüfungsverfahren im Gebührenrecht	637
A. Eingeschränkte wettbewerbliche Effizienzüberlegungen im Gebührenrecht	638
B. Keine Verbesserung durch Übernahme der Preisbildungsfaktorenkontrolle ersichtlich	642
C. Unterschiedlichkeit der Effizienzbegriffe im GWB und in den KAG	642
1. Beispiel: Wasserbezugskosten	643
2. Beispiel: Kapitalkosten	647
a. Kalkulatorische Abschreibungen	647
b. Kalkulatorischer Gewinn	649
c. Kalkulatorische Zinsen	651
d. Eigen- und Fremdkapitalquote	652
3. Beispiel: Freiwillige Leistungen	654
4. Beispiel: Optimierungskonzept	656
5. Auswertung: Wettbewerb als GWB-Leitmotiv vs. Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit	658
D. Vergleichsmarktprüfung zeigt wettbewerbliche Effizienzpotenziale	659
E. Erweiterung bestehender gebührenrechtlicher Kostenvergleichssysteme	660

*Inhaltsverzeichnis*

§ 6 Implementierung der Vergleichsmarktprüfung de lege ferenda	663
A. Keine kartellrechtliche Vergleichsmarktprüfung durch Kommunalaufsichten	663
B. Keine Ausdehnung der kartellrechtlichen Kontrolle auf Wassergebühren	665
C. Beteiligung der Kartellbehörden im Rahmen der Gebührenprüfung	667
1. Kartellrechtliche Gebührenkontrolle de lege ferenda	667
a. Keine sektorspezifische Regulierung durch obligatorische Satzungskontrolle	668
b. Kartellrechtliches Initiativrecht zur Durchführung einer Überörtlichen Prüfung	669
c. Sicherstellung der Beteiligung der Kartellbehörde durch Anpassung des ÜPKKG	670
2. Anpassung des § 31b GWB zur Erweiterung von Auskunftsrechten	672
3. Veröffentlichungspflicht des Prüfungsergebnisses	673
4. Verbesserung des Demokratieprinzips und Beispielwirkung für den Gesamtmarkt	674
Ergebnis zum 5. Teil	677
Literatur- und Quellenverzeichnis	683
Stichwortverzeichnis	701