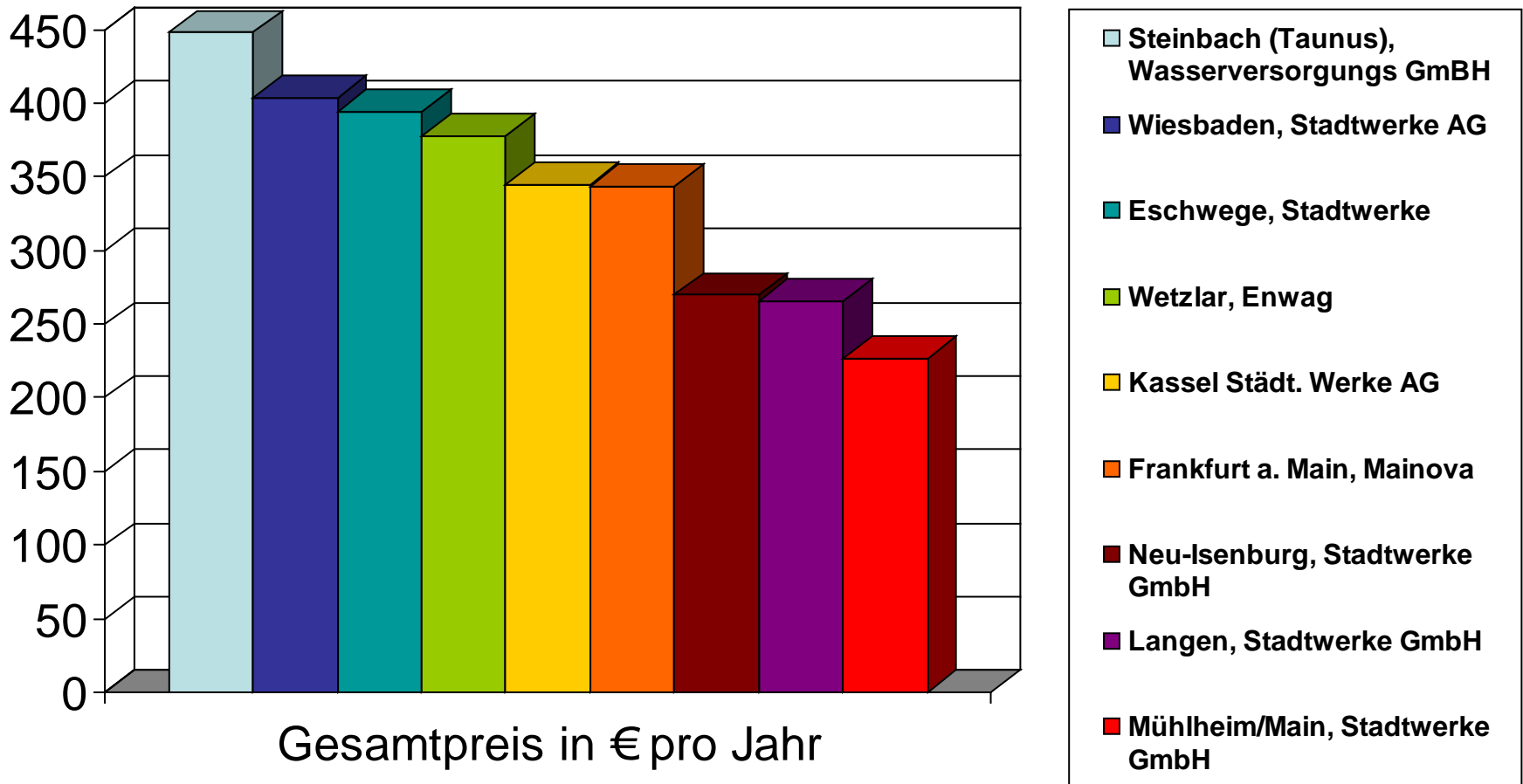


Wettbewerb und Regulierung jetzt auch in der Wasserwirtschaft?

Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M.

- Entscheidungen Landeskartellbehörde Hessen
 - Entscheidung des OLG Frankfurt
 - Entscheidung des BGH
- = Vorboten schärferer Regulierung der Wasserwirtschaft
- Alternativen (sektorspezifische Regulierung; Ausschreibungs-, Durchleitungs- und Stichleitungswettbewerb; Gebührenkontrolle)
 - Frage: Welche Form der Regulierung für maximalen Konsumentennutzen?
 - Vgl. 1 Abs. 1 Energiewirtschaftsgesetz: „möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche“ Versorgung
 - Zahlreiche Untersuchungen zeigen extrem divergierende Wasserpreise

Wasserpreise in Hessen, Stand Januar 2010, Quelle: Hessisches Wirtschaftsministerium



- I. Einführung/Übersicht
- II. Sinn und Zweck einer Regulierung in der Wasserwirtschaft
 1. Notwendigkeit einer Regulierung
 2. Formen und Möglichkeiten eines „echten Wettbewerbs“
 3. Formen und Möglichkeiten eines „simulierten Wettbewerbs“
 4. Grenzen einer öffentlich-rechtlichen Gebührenkontrolle
- III. Rechtliche Ansätze
 1. „Echter Wettbewerb“
 2. „Simulierter“ Wettbewerb im Rahmen einer kartellrechtlichen Kontrolle
 3. Abgabenrechtliche Kontrolle
- IV. Fazit und Ausblick

II. Sinn und Zweck einer Regulierung in der Wasserwirtschaft

1. Notwendigkeit einer Regulierung

- Regulierung = „wirtschaftspolitisch motivierte Eingriffe des Staates zur Beschränkung von Marktmechanismen oder zur Übernahme der Marktfunktionen bei fehlendem Markt“
- Wettbewerb = Situation, in der sich mindestens zwei verschiedene Wirtschaftssubjekte auf einem Markt antagonistisch verhalten
- Wasserversorgung auf Netzebene = natürliches Monopol
 - ⇒ Gefahr des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung
 - ⇒ Regulierung, nicht Privatisierung entscheidend

II. Sinn und Zweck einer Regulierung in der Wasserwirtschaft

2. Formen und Möglichkeiten eines „echten Wettbewerbs“

- a) Wettbewerb um Endkunden durch unterschiedliche Wasserversorger
- vergleichbar Telekommunikations- und Energieordnungen
 - Umsetzung: Durchleitungsrechte durch Versorgungsnetz des lokalen Netzbetreibers

aber:

- technische Schwierigkeiten (unterschiedliche Wasserqualitäten etc.)
 - Kostenanteil des Netzbetriebs so hoch, dass Transaktionskosten für Schaffung von Durchleitungswettbewerb wohl unverhältnismäßig
- ⇒ ökonomisch nur sehr begrenzt sinnvoll

II. Sinn und Zweck einer Regulierung in der Wasserwirtschaft

b) Ausschreibungswettbewerb um den Betrieb eines Wasserversorgers

aber:

- erhebliche Transaktionskosten
 - Preismissbrauchskontrolle weiter notwendig
- ⇒ nur flankierend; auch zur Schaffung von Informationen

c) Stichleitungswettbewerb (nur sehr begrenzt sinnvoll)

II. Sinn und Zweck einer Regulierung in der Wasserwirtschaft

3. Formen und Möglichkeiten eines „simulierten Wettbewerbs“

simulierter Wettbewerb

= virtueller Wettbewerb = wettbewerbsanaloges Ergebnis

⇒ v.a.: unter Wahrung bestimmter Qualitätsmaßstäbe wettbewerbsanalogen Preis als Vergleichsmaßstab ermitteln

⇒ Differenzierung: Vorleistungs- und/oder Endkundenentgelte, freiwillig oder rechtlich verbindlich, ex ante und/oder ex post, sektorspezifisch und/oder allgemeines Kartellrecht, besondere Behörde und/oder allgemeines Kartellamt, Landesbehörden und/oder Bundesbehörden

⇒ „simulierter Wettbewerb“ grundsätzlich sehr sinnvoll

II. Sinn und Zweck einer Regulierung in der Wasserwirtschaft

	Vorleistungspreise	Endkundenpreise	Ex ante	Ex post	allg. Kartellrecht	sektorspezifisch	LKartA	BKartA	spezielle Landesbehörde	BNetzA
Wasserwirtschaft	-	(+)	-	(+)	(+)	-	(+)	-	-	-
Eisenbahn	+	(-)	+	+	(-)	+	-	(-)	-	+
Energie	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
TK	+	+	+	+	(-)	+	-	(-)	-	+

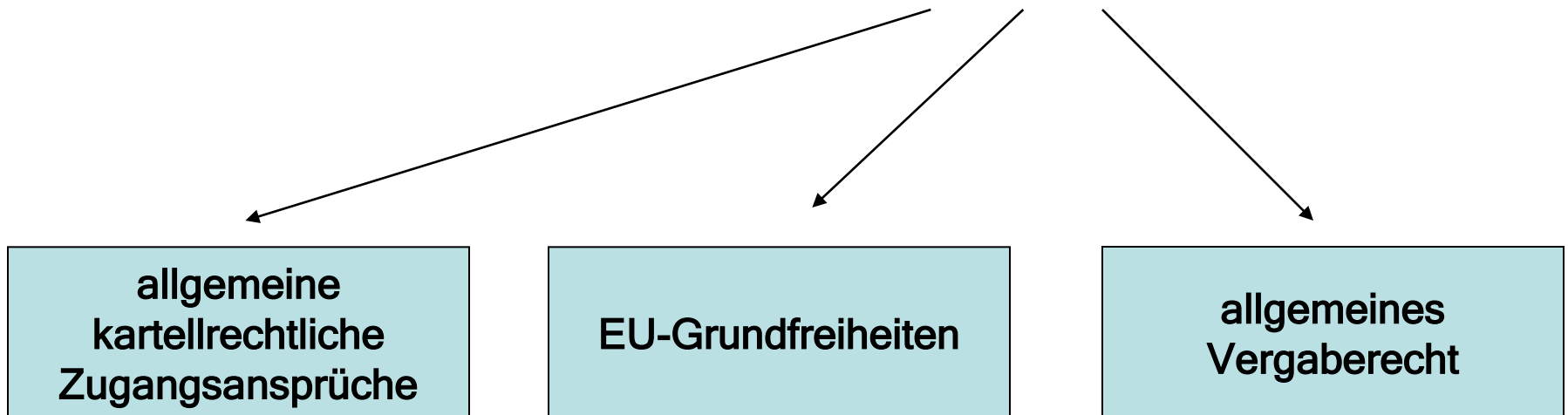
II. Sinn und Zweck einer Regulierung in der Wasserwirtschaft

4. Öffentlich-rechtliche Gebührenkontrolle

- Rechtsgrundlage: jeweiliges Landesrecht
- allgemein gültige Grundsätze (insb. Äquivalenzprinzip, Kostendeckungsgrundsatz)
- nur sehr eingeschränkte Berücksichtigung von Effizienz Gesichtspunkten
 - ⇒ kein taugliches Regulierungsinstrument, sofern effizienzorientierte Preise

1. „Echter Wettbewerb“

- nur sehr begrenzte rechtliche Ansätze
- mangels sektorspezifischer Regelungen nur **allgemeine rechtliche Grundsätze**



a. Allgemeine kartellrechtliche Zugangsansprüche

- Art. 102 AEUV (ex-Artikel 82 EGV)
 - mangels marktbeherrschender Stellungen auf wesentlichem Teil des Gemeinsamen Marktes nicht anwendbar
- 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB
 - Anwendbarkeit: + (so auch BGH, teilweise a.A. Lit., arg. 131 Abs. 6 GWB)
 - zivilrechtliches Erstreiten eines Zugangsanspruchs bzw. kartellamtliche Feststellung eines Missbrauchs in der Praxis oftmals nicht erfolgreich
arg: Zugangsverweigerungsgründe, insbesondere Verschlechterung der Wasserqualität; Grundsatz der ortsnahen Versorgung
 - Problem ungeklärter Haftungsfragen
 - Wettbewerbsöffnungspotenzial: unklar aber tendenziell gering

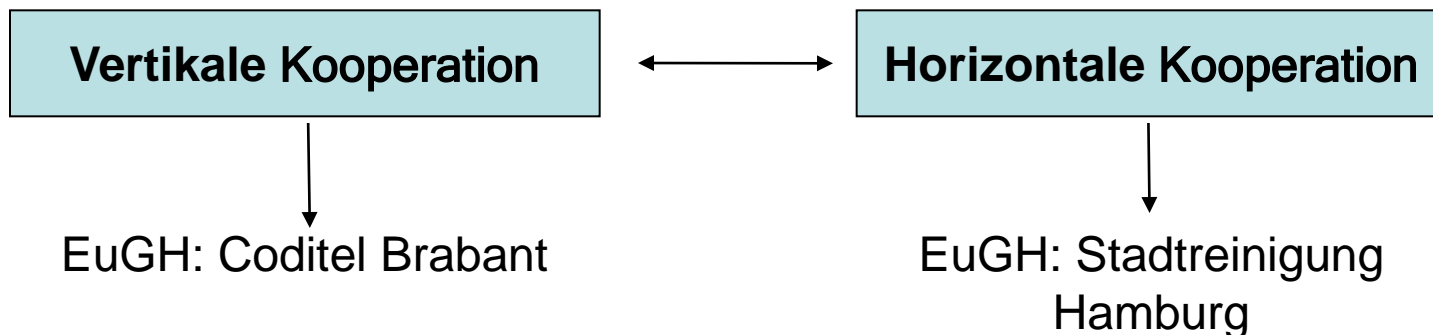
b. EU-Grundfreiheiten und Bezugsmonopole/Stichleitungswettbewerb

Warenverkehrsfreiheit, Art. 34 AEUV (ex-Artikel 28 EGV)

- Wasser = Ware im Sinne des Art. 34 AEUV
- Sachliche Rechtfertigung bei Beschränkung erforderlich
 - exemplarisch: Streit um Novellierung des sächsischen Wassergesetzes
 - Beispiele für Rechtfertigungsgründe
 - Prinzip der Ortsnähe
 - Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen Versorgungssystems
 - aber: ausländische ortsnahe potentielle Lieferanten dürfen nicht pauschal ausgeschlossen werden!
- Wettbewerbsöffnungspotenzial: unklar aber tendenziell gering

c. Ausschreibungswettbewerb und vergaberechtliche Pflichten

- Keine Privatisierungs- und Ausschreibungspflichten, wenn öffentlich-rechtlich
- „In-house“-Privileg (keine Ausschreibungspflicht), vgl. EuGH, 18.11.1999, Slg. 1999 I-8121, Teckal
 - Kontrolle wie über eigene Dienststellen
 - Tätigkeit im Wesentlichen für öff. Auftraggeber
- Interkommunale Zusammenarbeit



2. „Simulierter“ Wettbewerb im Rahmen der kartellrechtlichen Kontrolle

a) Regulierungsverfügung der Landeskartellbehörde Hessen vom 16. Mai 2007 gegen Enwag

- Rechtsgrundlage: 103 Abs. 5 S. 1 Nr. 1, S. 2 GWB a.F. i.V.m. 103 Abs. 6 Nr. 1 GWB a.F.; 131 Abs. 6 GWB; 32 Abs. 3 GWB
- Inhalt
 - Untersagung von überhöhten Wasserpreisen
 - Rückwirkende Feststellung der Missbräuchlichkeit entsprechender Wasserpreise

- Hauptstreitpunkte
 - Welche Unternehmen sind vergleichbar?
 - ⇒ Kriterium: Gleichartigkeit
 - Rechtfertigungsprüfung
 - Kann eine Feststellung der Missbräuchlichkeit auf § 32 GWB gestützt werden?

b) Beschluss des BGH vom 2. Februar 2010 (Az. KVR 66/08)

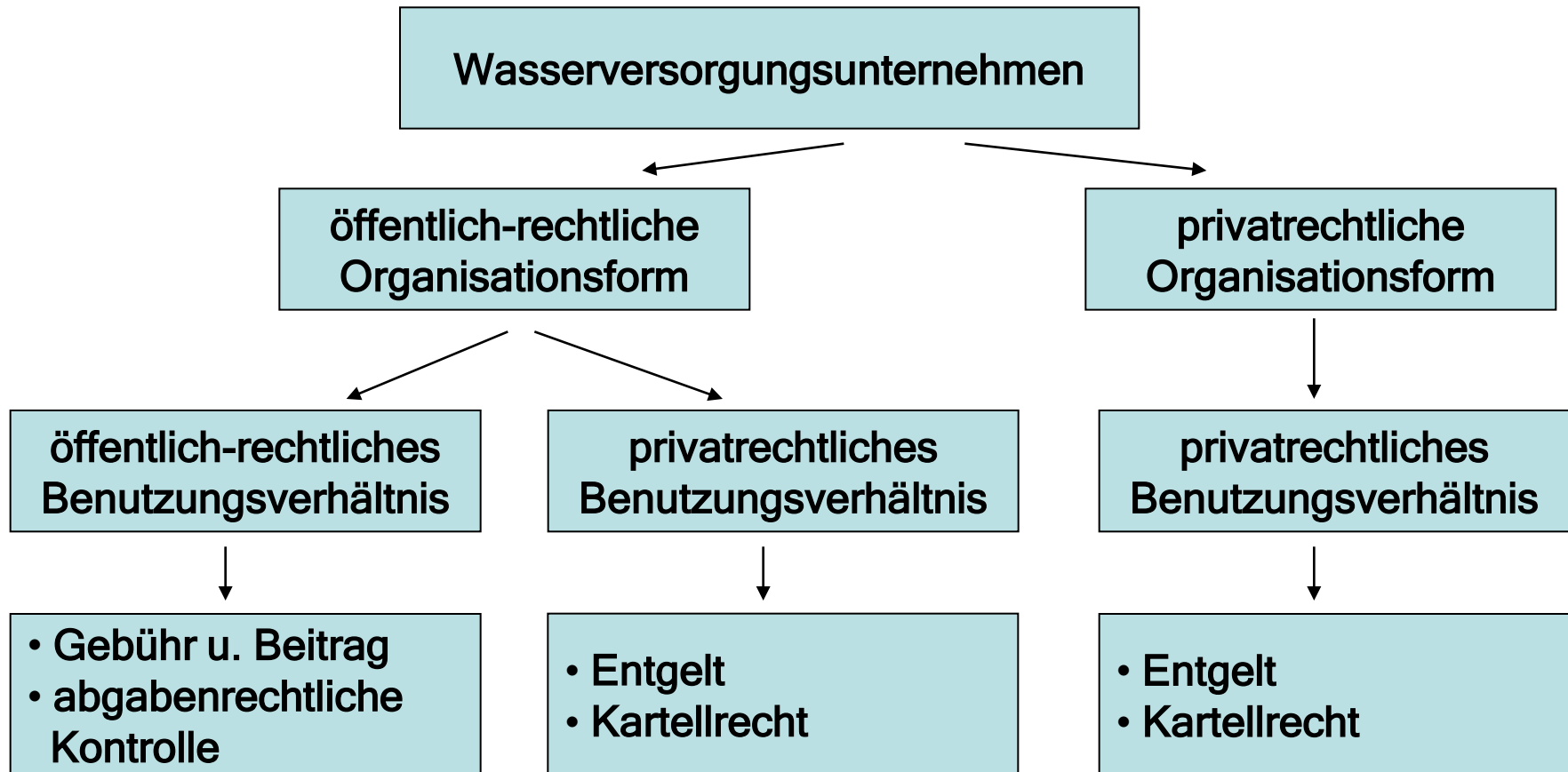
- Anwendbare Vorschriften
 - Sowohl Freistellungsmissbrauch als auch Marktmachtmissbrauch durch das GWB untersagt; rechtliche und natürliche Monopole müssen gleich behandelt werden
- Rechtfertigung höherer Preise
 - Baukostenzuschüsse
 - (+) (anders OLG Frankfurt)
 - Arg für Anerkennung: kann für Endabnehmer dennoch günstiger sein
 - Aber: müssen vom Unternehmen dargelegt werden
 - Konzessionsabgaben (?)
 - Erhöhte Erneuerungs- und Instandhaltungsbedürftigkeit des Netzes (-)

- Strenge Anforderungen an Darlegungs- und Beweislast
- 32 Abs. 3 GWB ist nicht anwendbar
- 103 Abs. 5 GWB a.F. ist kein gesetzliches Verbot
- Aber i.V.m. 19 GWB

c) Bewertung und Ausblick

- Einleitung weiterer Kartellverfahren führte zu „freiwilligen“ Preissenkungen
- weitere Verfügungen
- hohe Anforderungen an Darlegung grds. zutreffend (Kostenrechnung!)
- (ursprünglich) enge Anerkennung von Rechtfertigungsgründen (v.a. Baukosten) problematisch - aber Mischung aus Nichtanerkennung und Darlegungsinsuffizienz
- Signalwirkung für andere Bundesländer
- Abgestimmte Vorgehensweise der Landeskartellbehörden

3. Abgabenrechtliche Kontrolle



Grundsätze des Gebühren- und Beitragsrechts

- Erhebungsgrundlage: Satzung
- maßgeblich - jeweiliges Landesrecht - allgemeingültige Grundsätze
 - Äquivalenzprinzip
 - Kostendeckungsgrundsatz
 - Grundsatz des Vorteilsausgleichs

Fazit abgabenrechtliche Kontrolle

- Äquivalenzprinzip belässt weiten Spielraum
- Kommune kann im Rahmen des Kostendeckungsprinzips selbst entscheiden, welche Positionen sie auf der Ausgabenseite einstellt
- nur tatsächliche Kosten
- ⇒ keine Effizienzkontrolle
- ⇒ kein taugliches Regulierungsinstrument

- Kartellrechtliche Ex-post-Kontrolle zunächst grundsätzlich ausreichend - konsequent anwenden
- Option auf gebührenrechtliche Kontrolle abschaffen
- Sektorspezifische Regulierung lediglich als subsidiäre Option (gegebenenfalls entsprechend Test im TKG - Insuffizienz des allgemeinen Wettbewerbsrechts)
- Grundsätzlich kein Zwang zu Durchleitungs- und Ausschreibungswettbewerb
- Konsequenzen für strategische Ausrichtung: Effizienzsteigerung + Verbesserung der Rechnungslegung
- Konsequentes und abgestimmtes Vorgehen der Landeskartellbehörden

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Vgl.: Kühling, Wettbewerb und Regulierung jetzt auch in der Wasserwirtschaft?,
in: DVBl. 2010, S. 205 - 214

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Immobilienrecht
Prof. Dr. iur. Jürgen Kühling, LL.M.

Universität Regensburg
Universitätsstraße 31
93053 Regensburg

Telefon: 0941-943-6061 (Skr.) / -6060 (direkt)

Fax: 0941-943-6062

E-Mail: juergen.kuehling@jura.uni-regensburg.de