

*Sind Gebührenbescheide von  
Eigenbetrieben und öffentlich-  
rechtlichen Anstalten, die aus  
Eigengesellschaften umgewandelt  
wurden, per se dem Kartellrecht  
entzogen?*

Institut für Energie- und Regulierungsrecht  
- Workshop zum Wasserrecht -

17. April 2015

---

# ***Agenda***

**1** Der Wassermarkt in Deutschland

---

**2** Entgeltbildung und -kontrolle in der Wasserversorgung

**2.1** Entgeltbildung in der Wasserversorgung

**2.2** Entgeltkontrolle in der Wasserversorgung

---

**3** Geltung des Kartellrechts

---

**4** Fazit

## ***Der Wassermarkt in Deutschland ist fast vollständig im Eigentum der öffentlichen Hand – ein Überblick***



- Auf dem deutschen Wassermarkt gibt es rund 6.000 öffentliche Wasserversorger (Stand: 2010)
- 90% von ihnen sind mehrheitlich im Eigentum der öffentlichen Hand
- Unter den 1.558 größeren Trinkwasserversorgern sind etwa\*
  - 9 % Eigenbetriebe
  - 19 % Zweckverbände
  - 20 % der Betriebe sind gemischt ö/p-rechtlich, 33% sind privatrechtlich, Anstalten öffentlichen Rechts bestehen zu 6%
  - Nur 3 % der Trinkwasserversorger sind Wasser- und Bodenverbände
- Das Wasseraufkommen wird zu 40 % von öffentlich-rechtlich organisierten Wasserversorgern bewirtschaftet

\*BDEW Branchenbild der Wasserwirtschaft 2015

## Die Höhe der Trinkwasserpreise unterscheidet sich innerhalb Deutschlands erheblich

- Die Trinkwasserpreise sind in den letzten Jahren tendenziell angestiegen.
- Die Entwicklung in den einzelnen Bundesländern ist unterschiedlich.
- Zwischen „Gebühren“, die im Rahmen öffentlich-rechtlicher Kundenbeziehungen erhoben werden, und „Preisen“, die auf privatrechtlichen Kundenbeziehungen fußen, ist zu unterscheiden.
- Maßgebend ist die Organisationsform, über die die Städte und Gemeinden im Rahmen ihrer Selbstverwaltungsfreiheit entscheiden können.
- Aufgrund regionaler Unterschiede (z.B. Topografie, Rohwasserqualität, Siedlungsdichte) sind einfache Preis- oder Gebührenvergleiche allerdings nicht zielführend

Bund/Land	Trinkwasserentgelt <sup>1</sup> in Euro pro Kubikmeter		Grundgebühr <sup>1</sup> in Euro pro Jahr		Kosten <sup>1</sup> in Euro pro Jahr bei Bezug von 80 Kubikmeter inklusive Grundgebühr	
	2005	2013	2005	2013	2005	2013
Deutschland	1,57	1,69	59,66	70,98	185,03	206,18
Baden-Württemberg	1,75	2,01	26,22	33,14	166,04	193,94
Bayern	1,23	1,45	31,50	45,19	129,51	161,19
Berlin	2,21	2,17	–	17,58	176,80	191,18
Brandenburg	1,50	1,52	100,52	79,62	220,45	201,22
Bremen	1,98	1,98	31,53	28,62	189,79	187,02
Hamburg	1,49	1,72	53,88	62,92	173,08	200,52
Hessen	1,91	1,98	28,65	33,86	181,53	192,26
Mecklenburg-Vorpommern	1,51	1,61	78,31	87,57	199,26	216,37
Niedersachsen	1,16	1,23	44,48	61,74	137,06	160,14
Nordrhein-Westfalen	1,55	1,62	103,44	118,90	227,49	248,50
Rheinland-Pfalz	1,50	1,70	57,00	77,42	177,14	213,42
Saarland	1,74	1,87	48,57	96,99	187,73	246,59
Sachsen	1,95	1,92	114,46	114,21	270,66	267,81
Sachsen-Anhalt	1,56	1,64	94,58	101,84	219,31	233,04
Schleswig-Holstein	1,29	1,42	33,80	47,17	137,21	160,77
Thüringen	2,00	2,00	104,79	126,07	264,98	286,07

Quelle: [http://www.focus.de/immobilien/energiesparen/trinkwasser-und-abwasser-wo-wasser-in-deutschland-am-meisten-kostet\\_id\\_3706180.html](http://www.focus.de/immobilien/energiesparen/trinkwasser-und-abwasser-wo-wasser-in-deutschland-am-meisten-kostet_id_3706180.html) nach DESTATIS Entgelte für die Trinkwasserversorgung privater Haushalte in Deutschland 2005 und 2013

## *Eine öffentlich-rechtliche Wassergebührenkalkulation fordert Konformität zum KAG und zur Verfassung*

Der Erhebung von Gebühren liegen **drei wesentliche Prinzipien des öffentlichen Finanzgebarens** zugrunde:

- Gemäß dem **Äquivalenzprinzip** darf die Gebühr nicht im Missverhältnis zur Leistung stehen.
- Der **Gleichheitsgrundsatz** gebietet das Verbot willkürlicher Gebührenfestsetzung und die Bevor- oder Benachteiligung Einzelner oder Gruppen ohne sachlich anerkannten Grund.
- Darüber hinaus müssen die in die Kalkulation einfließenden Kosten dem **Grundsatz der Erforderlichkeit** entsprechen.

**Gebührenrechtlich** spielt der Kostendeckungsgrundsatz eine maßgebliche Rolle.

Zum einen sollen die Kosten der Einrichtung gedeckt sein (**Kostendeckungsgebot**), zum anderen sollen keine Profite eingefahren werden (**Kostenüberschreitungsverbot**).

Als **Gebührenbemessungsmaßstäbe** kommen zwei Möglichkeiten in Betracht:

- Vorzugsweise sollte eine exakte Messung der Leistung durch den Nutzer zugrunde gelegt werden (**Wirklichkeitsmaßstab**).
- Wenn Alternative 1 unwirtschaftlich oder nicht möglich ist, so ist eine Bemessung nach durchschnittlicher Beanspruchung der Leistung möglich (**Wahrscheinlichkeitsmaßstab**).
- Bei der Wasserversorgung ist die Anwendung des Wirklichkeitsmaßstabs in der Regel unproblematisch.

## ***Die Kalkulation privatrechtlicher Wasserpreise unterliegt keiner bindenden Kalkulationsvorschrift***

### Analoge Anwendung des KAG und des Grundgesetzes

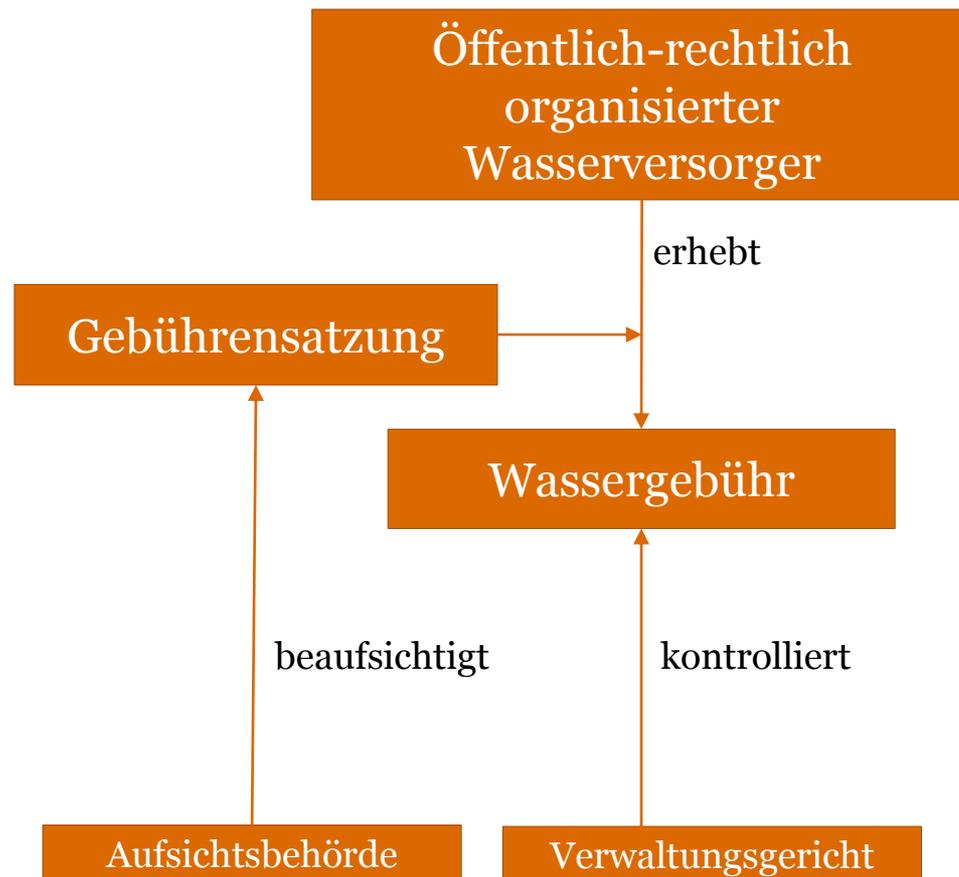
- Für **mehrheitlich kommunale Unternehmen**, die Aufgaben der Daseinsvorsorge erfüllen gilt das sog. Verwaltungsprivatrecht.
- Dieses bindet den Wasserversorger an **die Prinzipien des öffentlichen Finanzgebarens** wie das Äquivalenzprinzip und den Gleichheitsgrundsatz im Sinne des Grundgesetzes.

### Bürgerliches Gesetzbuch

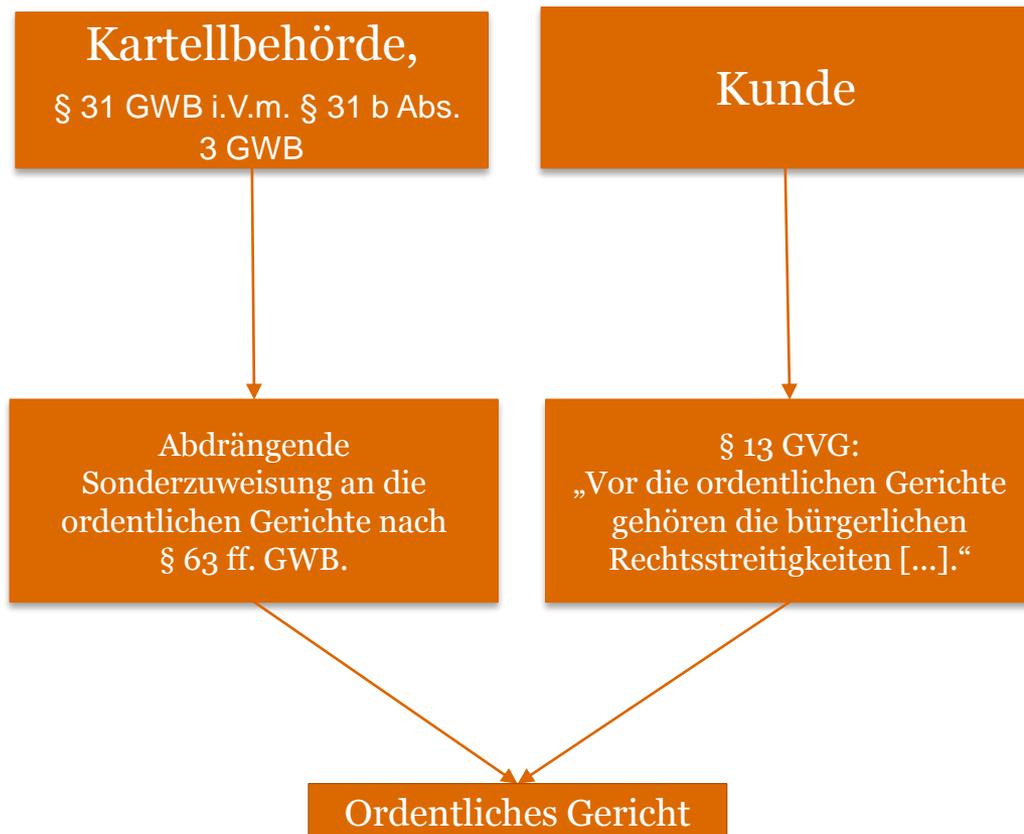
- Gemäß § 315 BGB ist eine **Billigkeitskontrolle** durchzuführen
- Die Bestimmung des Preises ist für alle Nutzer nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht.
- Maßgeblich für die Bestimmung des Preises ist der Wert der Leistung.
- Die Einhaltung der abgabenrechtlichen Prinzipien bildet einen wesentlichen Beitrag zur Rechtfertigung der Billigkeitsentscheidungen vor Gericht.

# **Wassergebühren unterliegen der Kontrolle der Verwaltungsgerichte**

- Öffentlich-rechtlich organisierte Wasserversorger dürfen **sowohl** Wasser**preise** als auch Wass**ergebühren** erheben!
- Erheben sie Gebühren, so muss dies auf Grundlage einer Gebührensatzung geschehen. Die Gebührensatzung wird durch die Aufsichtsbehörde auf ihre Rechtmäßigkeit hin kontrolliert.
- Die Wassergebühr bzw. der ergangene Bescheid unterliegt im Streitfall der Kontrolle des zuständigen Verwaltungsgerichtes
- Erhebt ein öffentlich-rechtlich organisierter Wasserversorger hingegen Wasserpreise, so gelten die abweichenden Angemessenheits- und Kontrollmaßstäbe für Wasserpreise



## **Wasserpreise unterliegen der Kontrolle der ordentlichen Gerichte**



- **Privatrechtlich** organisierte Wasserversorger dürfen ausschließlich Wasserpreise erheben, also keine Gebühren
- Aufsicht über die Wasserpreise führt die Kartellbehörde in Form der Missbrauchskontrolle nach § 31 Abs. 3 GWB
- Gegen Preissenkungsverfügungen der Kartellbehörde steht der Weg zu den ordentlichen Gerichten offen
- Das ordentliche Gericht führt die Preiskontrolle nach § 315 BGB durch

## ***Die Wasserversorgung auf öffentlich-rechtlicher Grundlage unterliegt keiner kartellrechtlichen Kontrolle (1/2)***

### **Die Kartellbehörde ist zuständig**

- Soweit ein Wasserversorgungsunternehmen, unabhängig von seiner Rechtsform und der Art seiner Finanzierung, „unternehmerisch“ (wirtschaftlich) tätig wird.
- Dies ist der Fall, wenn auf privatrechtlicher Basis **Wasserpreise** verlangt werden.



### **Die Kartellbehörde ist unzuständig**

- Soweit eine „Verwaltungstätigkeit“ der Kommune bzw. des städtischen Betriebes vorliegt.
- Dies ist der Fall, wenn hoheitlich (auf Grundlage einer kommunalen Satzung) **Wassergebühren** erhoben werden.



Bei einer öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung der Wasserversorgung mit Anschluss- und Benutzungszwang findet das Kartellrecht keine Anwendung:

- OLG Frankfurt, Beschluss v. 20.09.2011, 11 W 24/11 (Kart)
- Herrschende Meinung in der Fachliteratur (Bechtold, GWB Kommentar, 6. Aufl. 2010, § 1 Rn. 10 ff.)
- Im Ergebnis offen gelassen vom BGH, Beschluss v. 18.10.2011, KVR 9/11 („Niederbarnimer Wasserverband“)
- Gesetzliche Regelung durch 8. GWB-Novelle: § 130 Abs. 1 Satz 2 GWB i.d.F. der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013

## ***Die Wasserversorgung auf öffentlich-rechtlicher Grundlage unterliegt keiner kartellrechtlichen Kontrolle (2/2)***

### **§ 130 Abs. 1 GWB:**

*„Dieses Gesetz findet auch Anwendung auf Unternehmen, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden. Die §§ 19, 20 und 31 b Abs. 5 finden keine Anwendung auf öffentlich-rechtliche Gebühren und Beiträge.“*

Keine Anwendung der allgemeinen Missbrauchskontrolle für marktbeherrschende Unternehmen (§ 19 GWB) bzw. für Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht (§ 20 GWB)

Keine Anwendung der Sanktionen im Rahmen der besonderen Missbrauchskontrolle (§ 31 b Abs. 5 GWB i.V.m. § 31 Abs. 3 GWB)

Die Regelung geht auf eine Initiative des Bundesrats zurück. Zur Begründung bezog dieser sich darauf, dass Kalkulation und Abrechnung von Gebühren der kommunalaufsichtlichen und verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterlägen. Für eine kartellrechtliche Prüfung bestehe daher kein Raum.

## ***Stimmen in Rechtsprechung und Literatur stellen diesen Grundsatz in Frage***

- In seiner Entscheidung vom 18.10.2011 (KVR 9/11 „Niederbarnimer Wasserverband“) hatte der BGH offengelassen,  
*„ob der Grundsatz, dass bei einer öffentlich-rechtlich organisierten Leistungsbeziehung die Anwendung des GWB ausgeschlossen sei, auch dann Geltung beanspruchen kann, wenn die öffentlich-rechtliche und die privatrechtliche Leistungsbeziehung – wie im Fall der Wasserversorgung - weitgehend austauschbar sind.“*
- Säcker (NJW 2012, 1105, 1110) sieht es als Aufgabe der Kartellbehörden und der Rechtsprechung an,  
*„durch einzelfallbezogene Betrachtung solche öffentlich-rechtlichen Wasserversorger dem Kartellrecht zu unterwerfen, die ihre Dienstleistungen weitgehend austauschbar mit privatrechtlichen Wasserversorgern erbringen, indem sie statt eigenständigen Betriebs (nahezu) alle bedeutsamen Funktionen der Wasserversorgung über privatrechtliche Service Agreements oder Betriebsführungsverträge auf private Dritte übertragen.“*

## ***Sowohl formale als auch inhaltliche Gründe sprechen gegen eine Ausdehnung der kartellrechtlichen Kontrolle auf Gebühren***

- **Ausdrückliche gesetzliche Regelung** zur Nichtanwendbarkeit der Missbrauchskontrolle sowie der kartellrechtlichen Sanktionen auf Gebühren durch § 130 Abs. 1 Satz 2 GWB.
- **Keine Gesetzeslücke**, die durch eine entsprechende Anwendung der kartellrechtlichen Vorschriften geschlossen werden könnte (vgl. hierzu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.02.2014. VI-2 Kart 4/12 (V) „Berliner Wasser“).
  - Streit um Anwendbarkeit des Kartellrechts auf öffentlich-rechtliche Gebühren war zum Zeitpunkt der Beschlussfassung über die 8. GWB-Novelle bekannt.
  - Ebenso bekannt waren die ersten Fälle einer Rekommunalisierung (vgl. OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 20.09.2011, 11 W 24/11 (Kart) und die hierzu ergangenen Aufsätze in der Fachpresse.
- **Doppelkontrolle**“ durch Verwaltungsgerichte einerseits und Kartellbehörden andererseits ist grundsätzlich **unzulässig**.
- **Unterschiedliche Maßstäbe** (Vergleichsmarktkonzept vs. Kostenkontrolle) schaffen Rechtsunsicherheit.
- **Äußere Form des Handelns** ist für die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs maßgeblich; der Gebührenbescheid kann als Verwaltungsakt (nur) vor dem Verwaltungsgericht beklagt werden.
- **Im Sinne der Rechtssicherheit** kann es insofern auch keine „einzelfallbezogene Betrachtung“ geben, aufgrund derer die äußere oder gar innere Organisation des öffentlich-rechtlichen WVU dafür maßgeblich wäre, welche Kontrollinstanzen zuständig sind und welcher Rechtsweg einzuschlagen ist.

## ***Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Leistungsbeziehungen in der Wasserversorgung sind nicht austauschbar***

§ 35 Abs. 1, 1.HS AVBWasserV begründet die Verpflichtung, Rechtsvorschriften, die das Versorgungsverhältnis öffentlich-rechtlich regeln, den Bestimmungen der AVBWasserV entsprechend zu gestalten

Unberührt bleiben aber die Regelungen des Verwaltungsverfahrens sowie gemeinderechtliche Vorschriften des Abgabenrechts (§ 35 Abs. 1, 2. HS AVBWasserV)

Entgeltbildungs- und Entgeltkontrollmechanismen basieren auf grundsätzlich unterschiedlichen Kommunalabgabengesetzen der Länder

1

Die Bestimmungen der AVBWasserV entfalten auch nach einer Re-kommunalisierung Bestimmungsgehalt

2

Das Abgabenrecht und die Regelungen des VwVfG bleiben unberührt

3

Eine Austauschbarkeit der Leistungsbeziehung auf öffentlich- oder privatrechtlicher Ebene ist nicht ersichtlich

## ***Eine Rekommunalisierung kann nicht als „Flucht ins öffentliche Recht“ gebrandmarkt werden...***

### **I**

- Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG gibt den Kommunen im Rahmen der objektiven Rechtsinstitutionsgarantie auch die freie Wahl des Mittels der Aufgabenerfüllung, d.h. sie darf über die Wahl der Rechtsform frei entscheiden

### **II**

- Eine Einbindung des bisherigen Wasserversorgers kann aus rechtlichen oder steuerlichen Gründen zwingend sein, um die Übernahme umsetzen zu können, z.B.:
- Wahrung der Eigentumsrechte und der vertraglichen Rechte des bisherigen Wasserversorgers
- Vermeidung steuerlicher Belastungen bei einem Verkauf

### **III**

- Auch bei Einbindung des bisherigen WVU bleiben wichtige Funktionen schon aus verwaltungsrechtlichen Gründen der Kommune vorbehalten:
- Beurteilung und Entscheidung aller wesentlichen investiven Maßnahmen
- Kontrolle des Betriebsführers
- Wahrnehmung hoheitlicher Funktionen (insb. satzungsrechtliche Entscheidungen, Erlass von (Abgaben-)Bescheiden)

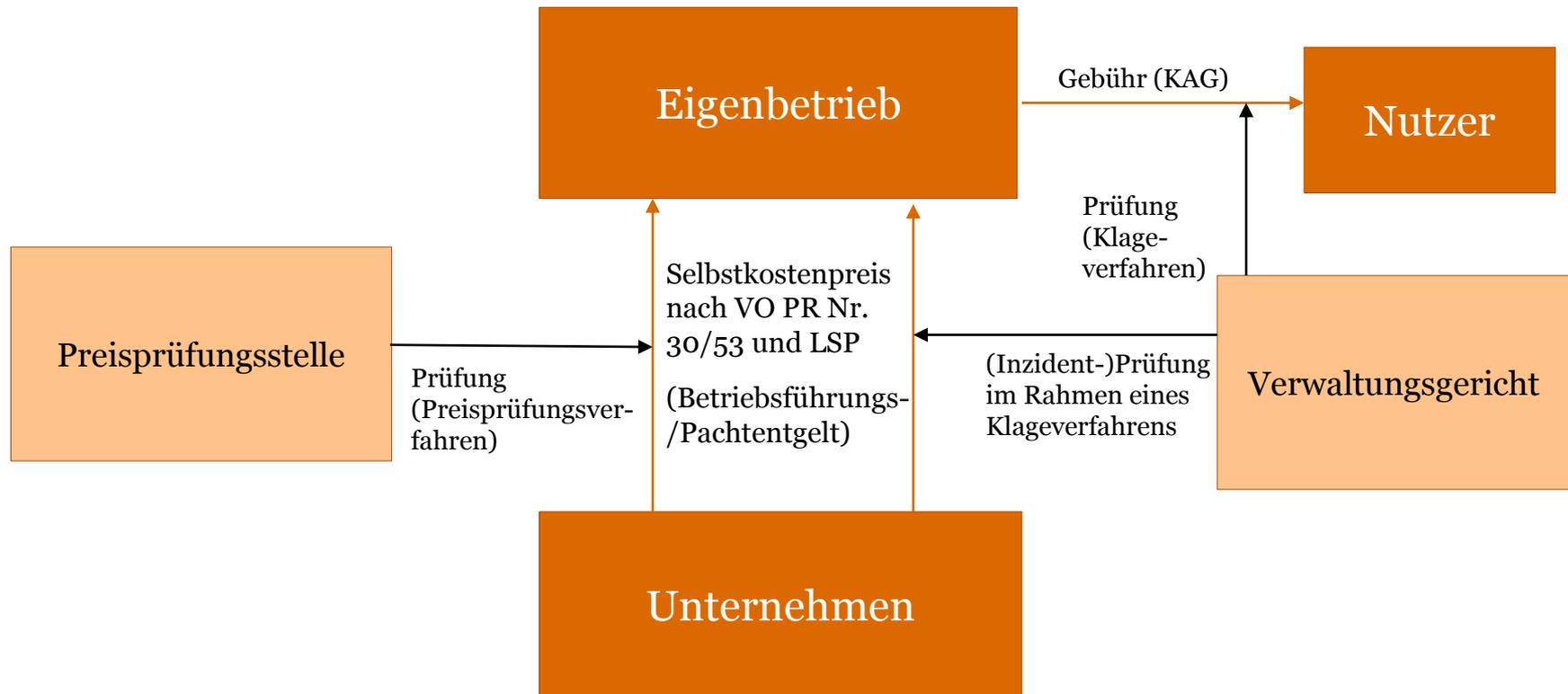
# ***Eine Rekommunalisierung schafft keinen „rechtsfreien Raum“***

- Kontrollen durch die Kartellbehörden und die Zivilgerichte werden weitgehend durch Kontrollen der Verwaltungsgerichte ersetzt.
- Das gilt in verstärktem Maß auch dann, wenn das bisherige Wasserversorgungsunternehmen als Verpächter und als Betriebsführer für den Eigenbetrieb / die AöR tätig bleibt.
- Die für die Leistungen des bisherigen WVU an den Eigenbetrieb / die AöR anfallenden Entgelte unterliegen den Vorschriften des öffentlichen Preisrechts
- Soweit keine Marktpreise festgestellt werden können, sind Selbstkostenpreise auf der Basis der LSP zu vereinbaren.
- Die Einhaltung der preisrechtlichen Vorschriften wird durch Preisprüfungsbehörden der Länder überwacht.
- Im Rahmen von Gebührenstreitverfahren nehmen auch die Verwaltungsgerichte ggf. eine Inzidentprüfung der in den Gebühren enthaltenen Fremdleistungsentgelte vor.



## ***Bei der Rekommunalisierung entsteht ein geschlossenes System der Gebührenbemessung und –kontrolle***

Exemplarische Gestaltung nach Rekommunalisierung



# Fazit

1

Für die kartellrechtliche Einordnung einer öffentlich-rechtlichen Kundenbeziehung mit Gebührenerhebung hat die organisationsrechtliche Gestaltung nach geltendem Recht keine Bedeutung. Maßgebend ist alleine das Handeln der Kommune in öffentlich-rechtlicher Form durch Verwaltungsakt (Gebührenbescheid) auf der Grundlage einer gültigen Satzung.

2

Ein Missbrauch von Gestaltungsrechten ist hiermit auch dann nicht verbunden, wenn ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen von der Kommune mit der Wahrnehmung bedeutsamer Funktionen der Wasserversorgung – etwa als Verpächter oder Betriebsführer – beauftragt ist.

3

Bei der Rekommunalisierung wird ein geschlossenes System der Preisbildung und Preiskontrolle durch Kartellbehörden und Zivilgerichte durch ein ebenso geschlossenes, kostenorientiertes System der Gebührenbemessung und Gebührenkontrolle durch die Verwaltungsgerichte, Aufsichtsbehörden und – bei Verrechnung von Fremdleistungsentgelten in der Gebühr – auch die Preisprüfungsbehörden ersetzt.

4

Für eine – womöglich sogar einzelfallorientierte – Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften bleibt kein Raum.

*Vielen Dank für Ihre  
Aufmerksamkeit.*



**Dr. Sven-Joachim Otto**  
Partner

PricewaterhouseCoopers AG  
Moskauer Str. 19, 40227 Düsseldorf  
Tel.: 0211/981- 2739  
Fax: 0211/981- 4010  
E-Mail: [sven-joachim.otto@de.pwc.com](mailto:sven-joachim.otto@de.pwc.com)

© 2015 PricewaterhouseCoopers Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft.

Alle Rechte vorbehalten. „PwC“ bezeichnet in diesem Dokument die PricewaterhouseCoopers Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, die eine Mitgliedsgesellschaft der PricewaterhouseCoopers International Limited (PwCIL) ist. Jede der Mitgliedsgesellschaften der PwCIL ist eine rechtlich selbstständige Gesellschaft.