

Gawel, Erik; Bedtke, Norman

**Article — Published Version**

## Wasserpreise zwischen Kartellkontrolle und Nachhaltigkeit

Wirtschaftsdienst

*Suggested Citation:* Gawel, Erik; Bedtke, Norman (2013) : Wasserpreise zwischen Kartellkontrolle und Nachhaltigkeit, Wirtschaftsdienst, ISSN 1613-978X, Springer, Heidelberg, Vol. 93, Iss. 2, pp. 94-102, <https://doi.org/10.1007/s10273-013-1491-7>

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/110291>

**Standard-Nutzungsbedingungen:**

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

**Terms of use:**

*Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.*

*You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.*

*If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.*

Erik Gawel, Norman Bedtke

## Wasserpreise zwischen Kartellkontrolle und Nachhaltigkeit

Die Wasserpreise in Deutschland werden im Zuge der neuerdings aktivierten kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht verstärkt kontrovers diskutiert. Insgesamt ist der Regulierungsrahmen der Wasserwirtschaft unter Veränderungsdruck. Dabei steht die Entgeltkontrolle im Mittelpunkt des Interesses. Eine allein auf Effizienz setzende Preiskontrolle wird aber der komplexen Zielstellung von Wasserpreisen nicht gerecht. Zwar ist der Wassersektor kein effizienzfreier Ausnahmereich, doch die konkurrierenden Vorgaben des Gebühren-, Wettbewerbs- und Wasserrechts müssen aufeinander abgestimmt und Nachhaltigkeitsprobleme einer Effizienzregulierung stärker beachtet werden.

Die Wasserversorgung in Deutschland gilt als eine der letzten wettbewerblichen Ausnahmereiche, die der Liberalisierungspolitik seit den 1990er Jahren in den anderen netzgebundenen Versorgungsbereichen von Strom, Gas, Telekommunikation und Schienenverkehr bis heute erfolgreich getrotzt hat. Auch die anstehende 8. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), die sich im Übrigen gerade wegen mehrerer wasserbezogener Neuregelungen im Gesetzgebungsverfahren seit Längerem hinzieht,<sup>1</sup> stellt die Wasserwirtschaft weiterhin vom allgemeinen Kartellrecht frei, schreibt aber auch die sogenannte verschärfte Missbrauchsaufsicht über die Wasserpreise fort.<sup>2</sup> Das Unbehagen an einer Wasserversorgung, die weitgehend durch regionale Gebietsmonopolisten, zumeist noch in vertikal integrierter Form und ohne wettbewerbliche Kontrolle der Wasserpreise erfolgt, hat seit Mitte der 1990er Jahre<sup>3</sup> zu einer intensiven Diskussion über Effizienz, Marktöffnung und Preisregulierung im deutschen Wassersektor geführt.<sup>4</sup> Verbände der Wasserwirtschaft und Politik setzen

der ökonomischen Kritik eine vermittelnde Strategie der „Modernisierung“ entgegen,<sup>5</sup> die jedenfalls eine behördliche Entgeltregulierung wie im Stromsektor und andere marktöffnende Elemente, die Wettbewerbsdruck erzeugen oder simulieren sollen (etwa eine Vergaberegulierung), zu vermeiden sucht.<sup>6</sup>

Bis heute kommt die deutsche Wasserwirtschaft darüber nicht zur Ruhe: Neben anhaltenden Forderungen vor allem

- 1 Im Vermittlungsausschuss werden gegenwärtig (eher fiktive) Durchleitungsansprüche beim Wassernetz, die Anforderung „rationeller Betriebsführung“ bei und der ausdrückliche Ausschluss der Gebühren von der Missbrauchsaufsicht kontrovers diskutiert. Siehe dazu Bundestags-Drucksachen 17/9852 und 17/11053; sowie die Pressemitteilung des Bundesrates vom 12.12.2012, <http://www.bundesrat.de/DE/presse/pm/2012/193-2012.html>.
- 2 § 103 GWB 1990; § 31 GWB-E 2012.
- 3 Auslöser war eine Weltbank-Studie zum deutschen Wassersektor, vgl. J. Briscoe: Der Sektor Wasser und Abwasser in Deutschland – Qualität seiner Arbeit, Bedeutung für Entwicklungsländer, in: *gwf – Wasser/Abwasser*, 136. Jg. (1995), H. 8, S. 422–432.
- 4 Siehe dazu die frühen zentralen Gutachten zum Für und Wider einer Sektorliberalisierung H. J. Ewers et al.: Optionen, Chancen und Rahmenbedingungen einer Marktöffnung für eine nachhaltige Wasserversorgung, Bonn 2001; H. Brackemann et al.: Liberalisierung der deutschen Wasserversorgung – Auswirkungen auf den Gesundheits- und Umweltschutz, Berlin 2000; Sachverständigenrat für Umweltfragen: Umweltgutachten 2002, Bundestags-Drucksache 14/8792.

- 5 Die Bundesregierung stellte 2006 eine „Modernisierungsstrategie für die Wasserwirtschaft“ vor, vgl. Bericht der Bundesregierung zur Modernisierungsstrategie für die deutsche Wasserwirtschaft und für ein stärkeres internationales Engagement der deutschen Wasserwirtschaft, Bundestags-Drucksache 16/1094; auch auf europäischer Ebene wird ein Modernisierungsansatz verfolgt, vgl. Entschließung des Europäischen Parlaments zu dem Grünbuch der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 14.1.2004, KOM(2003) 270 - 2003/2152(INI), Rn. 47.
- 6 Zum „Modernisierungsansatz“ im kritischen Überblick A. E. Janda: Ökonomische Reformoptionen zur Weiterentwicklung des deutschen Trinkwasserversorgungsmarktes, Bochum 2012, S. 146 ff.

**Prof. Dr. Erik Gawel** ist Direktor des Instituts für Infrastruktur und Ressourcenmanagement an der Universität Leipzig sowie stellvertretender Leiter des Departments Ökonomie am Helmholtz-Zentrum für Umweltforschung – UFZ in Leipzig.

**Norman Bedtke**, Dipl.-Volkswirt, ist wissenschaftlicher Mitarbeiter im Department Ökonomie des UFZ.

der Monopolkommission nach einer Sektorregulierung,<sup>7</sup> EU-Bemühungen zur wettbewerbsorientierten Reform des Vergaberechts<sup>8</sup> und einer Wassereffizienzrichtlinie für Gebäude<sup>9</sup> sowie einem schwebenden Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen unzureichender Umsetzung des Kostendeckungsgrundsatzes aus Art. 9 der Wasserrahmenrichtlinie<sup>10</sup> erregt vor allem das weitere Schicksal der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht nach GWB über die Wasserpreise Aufmerksamkeit.<sup>11</sup> Diese Debatte kreist einerseits *de lege lata* um die Frage, ob und unter welchen Bedingungen sämtliche Wasserentgelte (also auch öffentlich-rechtliche Gebühren) der Missbrauchskontrolle nach §§ 19, 131 Abs. 5 GWB zu unterwerfen sind und wie die kartellrechtlichen Regelungen konkret auszulegen sind (z.B. Beweislasten, Anforderungen an die Vergleichbarkeit von Unternehmen sowie die möglichen Preisrechtfertigungen). Andererseits wird *de lege ferenda* eine Reform des kartellrechtlichen Kontrollregimes diskutiert, insbesondere mit dem Ziel eines umfassenden Zugriffs der Entgeltkontrolle nach GWB, unabhängig von den jeweiligen institutionellen Ausgestaltungen des Versorgungsträgers oder des Versorgungsverhältnisses.<sup>12</sup> Die 8. GWB-Novelle belässt es hingegen im Wesentlichen beim Status quo. Gleichwohl belasten ungeklärte Rechtsfragen, etwa zur Reichweite und zu den preispolitischen Konsequenzen des Kartellrechts, sowie

im Einzelfall durchaus massive Preiseingriffe der Kartellbehörden<sup>13</sup> die Versorger.

Diese Debatten spielen sich zudem vor dem Hintergrund langfristig veränderter klimatischer und demographischer Rahmenbedingungen der Wasserwirtschaft ab, die ebenfalls einen erheblichen Einfluss auf die Bereitstellungskosten von Wasserdienstleistungen und damit deren Preise ausüben.<sup>14</sup>

### Aktuelle Regime der Entgeltkontrolle

Aus ökonomischer Sicht erscheinen deutsche Wasserpreise einerseits im internationalen Vergleich allgemein als (zu) hoch.<sup>15</sup> Andererseits bestehen zwischen den Versorgern erhebliche Unterschiede, bei denen sich die Frage stellt, inwieweit hierfür allein abweichende Produktionsbedingungen oder rechtlich differente Kalkulationsvorgaben ursächlich sein können. Fehlender Wettbewerb und Effizienzmängel mögen zu diesem Bild gerade entscheidend beitragen, wie empirische Effizienzanalysen belegen.<sup>16</sup> Zudem zeichnet sich das gegenwärtige Regime der Entgeltkontrolle durch eine historisch gewachsene, vielfache Fragmentierung aus, und zwar nach Leistungsbereich (Abwasserentsorgung als hoheitliche, Wasserversorgung als wirtschaftliche Tätigkeit), nach Entgeltart (Gebühr oder privatrechtliches Entgelt) und Betriebsrechtsform (Umsatzsteuerpflicht für Kapitalgesellschaften auch im Hoheitsbereich). Diese entgeltrelevanten Unterschiede sind jedenfalls nicht durch ökonomisch abweichende Produktions- oder Versorgungsbedingungen veranlasst und führen daher immer wieder zu Forde-

7 Vgl. Monopolkommission: Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahme, 18. Hauptgutachten, Bonn 2010, S. 49 ff.; dies.: Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht, Bonn 2012; dies.: Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen, 19. Hauptgutachten, Bonn 2012.

8 Umstritten sind derzeit die Novellierung der sogenannten „klassischen“ Vergaberichtlinie (2004/18/EG), der Richtlinie zur Auftragsvergabe im Bereich der Wasser-, Energie-, und Verkehrsversorgung (Sektorenrichtlinie 2004/17/EG) sowie eine neu zu schaffende Konzessionsrichtlinie – siehe zu den aktuellen Entwicklungen A. Gyulai-Schmidt: Entwicklung der europäischen Rechtsprechung zum Vergaberecht im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, in: Vergaberecht, 2012, H. 6, S. 809-833; J. Byok: Die Entwicklung des Vergaberechts seit 2011, in: Neue Juristische Wochenschrift, 65. Jg. (2012), H. 16, S. 1124-1131.

9 Vgl. M. Reinhardt: Regelungsbedarf und Regelungsrahmen einer künftigen Europäischen Politik des Wassersparens, in: Zeitschrift für Wasserrecht, 51 Jg. (2012), H. 2, S. 61-70.

10 Vgl. Europäische Kommission: Umwelt: Europäische Kommission bringt Deutschland vor den Gerichtshof wegen unvollständiger Deckung der Kosten für Wasserdienstleistungen, Pressemitteilung, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-12-536\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-536_de.htm) (8.1.2013)

11 Siehe nur M. Reinhardt: Die Kontrolle der Wasserpreisgestaltung zwischen Kommunalabgabenrecht, Wettbewerbsrecht und Gewässerschutz, in: Zeitschrift für Wasserrecht, 47. Jg. (2008), H. 3, S. 125 ff.; D. Ünlü: Die Liberalisierung der Trinkwasserversorgung in Deutschland, Berlin 2009; H. Daiber: Für wirksame Kontrolle der Wasserpreise durch die Kartellbehörde, in: Wirtschaft und Wettbewerb 2010, S. 1141 ff.; B. Wolfers, B. Wollenschläger: Gebühren- oder Kartellrecht: Was gilt?, in: Deutsches Verwaltungsblatt, 127. Jg. (2012), S. 273-279; E. Gawel: Kostenkontrolle wasserwirtschaftlicher Entgelte zwischen Wettbewerbsrecht und Kommunalabgabenrecht – eine Leistungsfähigkeitsanalyse, in: Infrastrukturrecht, 9. Jg. (2012), H. 11, S. 293-296.

12 Vgl. Monopolkommission: Die 8. GWB-Novelle, a.a.O.

13 Zum prominenten Präzedenzfall Wetzlar statt vieler H. Daiber: Der Beschluss des BGH vom 2.2.2010 „Wasserpreise Wetzlar“ – eine Grundsatzentscheidung, in: Versorgungswirtschaft 2010, S. 77 ff.; L. Ritzenhoff: Die kartellrechtliche Wasserpreiskontrolle nach „Wasserpreise Wetzlar“, in: Wettbewerb in Recht und Praxis, 56. Jg. (2010), S. 734 ff.; zum neueren Fall der Berliner Wasserbetriebe siehe „Bundeskartellamt erlässt Preissenkungsverfügung gegen Berliner Wasserbetriebe von insgesamt 254 Mio. Euro für die Jahre 2012 bis 2015“, Pressemitteilung, [http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Presse/2012/2012-06-05\\_PM\\_Wasser\\_Berlin.pdf](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Presse/2012/2012-06-05_PM_Wasser_Berlin.pdf).

14 Dazu statt vieler T. Kluge, J. Libbe (Hrsg.): Transformation netzgebundener Infrastruktur, Berlin 2006.

15 Dies wird von Verbändeseite unter Verweis auf einen „qualitätsbereinigten“ Preisvergleich regelmäßig verneint – siehe [http://www.bdew.de/internet.nsf/id/DE\\_VEWA-Studie\\_Kurzfassung\\_Vergleich\\_Europaeischer\\_Wasser-\\_und\\_Abwasserpreise/\\$file/\\_12\\_seiter\\_vewa\\_studie\\_bdew\\_DEUTSCH\\_V1.pdf](http://www.bdew.de/internet.nsf/id/DE_VEWA-Studie_Kurzfassung_Vergleich_Europaeischer_Wasser-_und_Abwasserpreise/$file/_12_seiter_vewa_studie_bdew_DEUTSCH_V1.pdf).

16 Siehe statt vieler M. Zschille, M. Walter, C. von Hirschhausen: Ineffizienz und Strukturunterschiede in der deutschen Wasserversorgung, in: Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen, 33. Jg. (2010), H. 3, S. 201-216.

rungen nach rechtspolitischer Harmonisierung.<sup>17</sup> Daneben sorgen Landeskompetenzen beim materiellen Recht (Kommunalabgaben) oder im Vollzug (Landeskartellbehörden) zu einer weiteren regionalen Ausdifferenzierung von Entgeltanforderungen und -strukturen.

Insbesondere die Anforderungen an die Entgelthöhe unterliegen je nach Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Versorger und Wassernachfrager höchst unterschiedlichen Regelungssystemen für die Entgeltkontrolle aus dem Gebühren-, Tarif-, Zivil-, Kartell- und Gemeinschaftsrecht: Im Mittelpunkt des Interesses stehen einerseits die traditionellen kommunalabgabenrechtlichen Vorschriften für Benutzungsgebühren im Falle eines öffentlich-rechtlichen Nutzungsverhältnisses. Ihnen steht – nach neuerer obergerichtlicher Judikatur<sup>18</sup> und verstärkter Aktivitätentfaltung einiger Kartellbehörden – zunehmend auch eine kartellrechtliche Missbrauchskontrolle<sup>19</sup> nach GWB gegenüber. Diese erstreckt sich freilich bislang nur auf privatrechtliche Entgelte, auch wenn der Bundesgerichtshof unlängst diese vermeintlich klare Sphärentrennung wieder in Frage gestellt und eine ausnahmsweise Erstreckung der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle auch auf Gebühren zumindest für möglich erachtet hat.<sup>20</sup>

Die beiden Entgeltkontrollregime von Gebührenrecht und Wettbewerbsrecht basieren auch materiell auf vollkommen verschiedenen Regelungskonzepten: Dem kommunalabgabenrechtlichen Kostenpreis, der die Entgelthöhe an beobachtbare, nach bestimmten Regeln zu bewertende Ressourcenverbräuche (Kosten) des jeweiligen Anbieters knüpft, steht im Rahmen der neuerdings verstärkt herangezogenen kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht ein Vergleichsmarktkonzept gegenüber, das die Legitimation von Entgeltforde-

rungen im Wesentlichen anhand der Vergleichbarkeit mit beobachteten Preisen anderer Unternehmen überprüft, jedenfalls soweit diese „ähnliche“ Produktions- und Versorgungsbedingungen aufweisen. Die sich aus dieser Unterscheidung ergebenden Auswirkungen auf die Kontroll- und Begrenzungskompetenz der Entgeltregime sind erheblich.<sup>21</sup>

In der juristischen Debatte werden Gebühren- und Kartellrecht als funktional gleichwertig betrachtet<sup>22</sup> und zielen gleichermaßen darauf ab, die Marktmacht eines monopolistischen Versorgers zu begrenzen und dadurch die Nutzer vor „übermäßiger finanzieller Beanspruchung“<sup>23</sup> zu bewahren.<sup>24</sup> In der wettbewerbsökonomischen Literatur hingegen, die alternative Ansätze zur Entgeltkontrolle durch Simulation von Wettbewerb unter den Bedingungen eines natürlichen Monopols seit langem theoretisch-abstrakt<sup>25</sup> sowie in neuerer Zeit auch verstärkt mit Blick auf die deutsche Wasserversorgung diskutiert,<sup>26</sup> werden die bisherigen Praxisansätze kritisch gesehen: Weder gebührenrechtliche Kostenpreise noch punktuelle behördliche Missbrauchsverfügungen erscheinen für sich genommen ausreichend, um Wettbewerbseffekte in Monopolbereichen wirksam zu simulieren, noch wird hier funktionale Gleichwertigkeit beider Kontrollregime angenommen.<sup>27</sup>

Dies nimmt etwa die Monopolkommission zum Anlass, kurzfristig eine Ausdehnung des als überlegen wahrgenom-

17 So mit Blick auf eine einheitlich zu gestaltende kartellrechtliche Entgeltkontrolle Monopolkommission: Mehr Wettbewerb, a.a.O.; dies.: Die 8. GWB-Novelle, a.a.O.; Bundeskartellamt: Stellungnahme zum Regierungsentwurf zur 8. GWB-Novelle, 22.6.2012. Das juristische Schrifttum zeigt sich bisher ablehnend, siehe statt vieler V. Emmerich, in: U. Immenga, E.-J. Mestmäcker (Hrsg.): Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 4. Aufl., 2007, § 130, Rn. 39; R. Breuer: Wasserpreise und Kartellrecht, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2009, S. 1249 f.; J. Kühling: Wettbewerb und Regulierung jetzt auch in der Wasserwirtschaft?, in: Deutsches Verwaltungsblatt, 2010, S. 212; M. Reinhardt: Öffentliche Abgaben unter Kartellkontrolle?, in: Landes- und Kommunalverwaltung, 2010, S. 296.

18 Siehe hierzu Bundesgerichtshof, B. vom 2.2.2010 – KVR 66/08; Oberlandesgericht Düsseldorf, B. vom 8.12.2010 – VI-2 Kart 1/0 (V); Oberlandesgericht Frankfurt, B. vom 3.3.2011 – 11 W 2/11(Kart).

19 Hierzu im Überblick statt vieler A. Lotze, M. Reinhardt: Die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle bei Wasserpreisen, in: Neue Juristische Wochenschrift, 2009, S. 3273, mit weiteren Nachweisen.

20 Bundesgerichtshof, B. vom 18.10.2011 – KVR 9/11; dazu M. Hellriegel: Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 18.10.2011, in: Natur und Recht, 2012, S. 118 f.; sowie M. Hellriegel, L. Teichmann: Kartellrechtliche Preiskontrolle auch von Gebühren? – Die Entscheidung des BGH vom 18.10.2011, in: Infrastrukturrecht, 2012, H. 11, S. 296 ff. Zu dieser Frage auch M. Reinhardt: Öffentliche Abgaben ..., a.a.O.

21 Siehe zu diesem Vergleich jüngst E. Gawel: Entgeltkontrolle in der Wasserwirtschaft zwischen Wettbewerbsrecht und Kommunalabgabenrecht – eine komparative Leistungsfähigkeitsanalyse, in: Zeitschrift für Wasserrecht, 52. Jg. (2013), H. 1, S. 13-35.

22 So ausdrücklich M. Reinhardt: Öffentliche Abgaben ..., a.a.O., S. 296, der von „gleichwertigen“ Kontrollsystemen spricht und auch bei öffentlich-rechtlichen Versorgungsverhältnissen eine ebenso wirksame Missbrauchskontrolle gegeben sieht.

23 Vgl. M. Reinhardt: Die Kontrolle der Wasserpreisgestaltung ..., a.a.O., S. 144.

24 An diese unterstellte Funktionsäquivalenz werden bisweilen sogar verfassungsrechtliche Ausschlusswirkungen geknüpft, die eine parallele Anwendbarkeit beider Kontrollregime gegenseitig ausschließen könne – siehe B. Wolfers, B. Wollenschläger, a.a.O., S. 277.

25 J. J. Laffont, J. Tirole: Theory of Incentives in Procurement and Regulation, Cambridge MA 1993; A. Shleifer: A Theory of Yardstick, in: The Rand Journal of Economics, 16. Jg. (1985), H. 3, S. 319-327; S. Littlechild: Economic regulation of privatised water authorities and some further reflections, in: Oxford Review of Economic Policy, 4. Jg. (1986), S. 40-68.

26 Siehe z.B. M. Oelmann: Zur Neuausrichtung der Preis- und Qualitätsregulierung in der deutschen Wasserwirtschaft, Köln 2005; B. Stuchtey: Wettbewerb auf dem Markt für leitungsgebundene Trinkwasserversorgung, Baden-Baden 2002; I. Bösch: Wettbewerb in der Trinkwasserversorgung, Köln 2006; S. Schönefuß: Privatisierung, Regulierung und Wettbewerbselemente in einem natürlichen Infrastrukturmonopol, Berlin 2005; B. Bracht: Effizienzsteigerungen in der deutschen Wasserversorgung – eine industrieökonomisch fundierte Analyse, Berlin 2008; M. Egerer: Marktstrukturveränderungen in der Trinkwasserversorgung – Eine Analyse ökonomischer, ökologischer und sozialer Auswirkungen am Beispiel Deutschlands, München 2005; G. Meran: Europäische Preisregulierungssysteme in der Wasserwirtschaft: Konzepte und Umsetzungsprobleme, in: Vierteljahrshefte zur Wirtschaftsforschung, 81. Jg. (2012), S. 167 ff.; E. Gawel, Entgeltkontrolle ..., a.a.O.; A. E. Janda, a.a.O.

27 Siehe etwa M. Oelmann, a.a.O.

menen Missbrauchskontrollkonzeptes im GWB auf sämtliche Wasserversorgungsverhältnisse (auch im Gebührenbereich) zu fordern sowie – wegen insgesamt immer noch unbefriedigender Wirkmacht der so erzielbaren Kontrolle – perspektivisch eine noch weitergehende Unterstellung des Wassersektors unter eine (Anreiz-)Regulierung durch die Bundesnetzagentur für geboten zu erachten.<sup>28</sup> Allerdings sind die ökonomischen Analysen typisiert-abstrakt: Weder stehen die gegenwärtig in der Praxis relevanten Kontrollsysteme des Gebühren- und Kartellrechts im Vordergrund noch werden dabei die institutionellen Bedingungen der konkreten Steuerungsansätze im deutschen Entgeltrecht berücksichtigt. Stattdessen steht die Frage im Vordergrund, welches Verfahren der Regulierung natürlicher Monopole (z.B. Anreizregulierung, Vergabewettbewerb) am ehesten eine Versorgungseffizienz verspricht. Rechtspolitische Debatte und ökonomische Analyse bewegen sich daher – sowohl was die Verfahren als auch die Ziele der Regulierung angeht, auf unterschiedlichen Ebenen.

### Preispolitisches Zielsystem

Bei der Gestaltung des Ordnungsrahmens muss aber berücksichtigt werden, dass Wasserpreise nicht allein die (betriebswirtschaftliche) Effizienz der Produktion widerspiegeln sollen. Vielmehr müssen in einer einzigen Variablen so unterschiedliche preispolitische Zielsetzungen wie Versorgungseffizienz, Erschwinglichkeit der Entgelte, Anreize zum Schutz natürlicher Wasserressourcen sowie auskömmliche Refinanzierung für die Dienstleister sichergestellt und sinnvoll miteinander versöhnt werden.<sup>29</sup> Die gegenwärtig die Debatte beherrschende Besorgnis einer die besondere Marktstellung missbräuchlich nutzenden Entgeltüberhöhung fokussiert allzu einseitig auf den Aspekt der betriebswirtschaftlichen Produktionseffizienz bei der Preisgestaltung.

Ökologische Kosten der Versorgung, angemessene Nachfrageanreize sowie die Aufrechterhaltung der Investitionsbereitschaft in einer sich klimatisch und demographisch verändernden Versorgungswelt werden so zu Unrecht ausgeblendet. Daher werden Konzepte benötigt, welche die bislang separat kodifizierten entgeltrechtlichen Wertungen diverser Rechtsbereiche (Wasserrahmenrichtlinie, Kommunalabgabengesetze, GWB, Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB) möglichst bruchlos zu einem konsistenten Anforderungssystem an die Entgelte für Wasserdienstleistungen unter Berücksichtigung des komplexen Zielfächers zusammenzufügen versteht. Denn auch wissenschaftlich erscheint bislang noch weitgehend unklar, wie in der Praxis eine überzeugenden,

integrierte Lösung aller konkurrierenden Preisansprüche aussehen könnte.

Ein Entgeltkontrollregime zur Begrenzung preislicher Monopolmacht kann vor diesem Hintergrund wohl nur dann als „leistungsfähig“ gelten, wenn ihm unter Praxisbedingungen einerseits eine wirksame Begrenzung der Entgelthöhe gelingt (Effektivität), andererseits beim Versorger Anreize gesetzt werden, unter Beachtung der zu stellenden Qualitätsanforderungen zu Minimalkosten zu produzieren und damit die Preisforderungen an die Nutzer von nicht erforderlichen Kostenbestandteilen freizustellen (Effizienz), und schließlich konkurrierende preispolitische Ziele, die möglicherweise in unterschiedlichen Rechtsbereichen kodifiziert sind, zu berücksichtigen und auch konsistent zu verarbeiten (Integration).

### Wasserpreise gleichzeitig zu hoch und zu niedrig

Vor dem Hintergrund des pluralen preispolitischen Zielfächers erweisen sich Wasserpreise nämlich gegenwärtig einerseits als „zu hoch“ (weil Monopolrenten enthaltend), andererseits aber auch als „zu niedrig“ (weil durch Zuschüsse subventioniert und ohne Umwelt- und Ressourcenkosten kalkuliert). So bestehen jedenfalls ernstliche Zweifel, ob die derzeitigen Entgelte für Wasserdienstleistungen in Deutschland im Lichte der Anforderungen an eine nachfrageorientierte Preisgestaltung aus Art. 9 WRRL<sup>30</sup> insgesamt bereits als „kostendeckend“ gelten können.<sup>31</sup> Empirische Evidenz für „zu niedrige Entgelte“ bieten einerseits Refinanzierungsprobleme im Bereich des Anlagen-Substanzerhalts (z.B. Netzsanierung)<sup>32</sup> sowie mit Blick auf den anstehenden Systemumbau wegen Klimaanpassung und der Nachfrageschrumpfung. Andererseits ist unter Nachhaltigkeitsgesichtspunkten nicht nur die Vollkostendeckung nach Art. 9 WRRL („Umwelt- und Ressourcenkosten“) unvollständig; selbst eine rein betriebswirtschaftliche Vollkostendeckung

<sup>28</sup> Monopolkommission: Die 8. GWB-Novelle, a.a.O.

<sup>29</sup> Siehe nur OECD: Pricing Water Resources and Water and Sanitation Services, Paris 2010.

<sup>30</sup> Die Auswirkungen von Art. 9 WRRL auf die kommunalen Entgelte diskutieren S. Schmutzer: Umsetzung des EG-Wasserrahmenrichtlinie in die Kommunalabgabengesetze, in: Deutsches Verwaltungsblatt 2006, S. 228 ff.; E. Gawel: Art. 9 WRRL – Wo bleibt die Reform des Kommunalabgabenrechts?, in: Kommunale Steuer-Zeitschrift 2012, S. 1 ff.; S. Desens: Wasserpreisgestaltung nach Art. 9 EG-WRRL, Berlin 2008, S. 266 ff.; S. Kolcu: Der Kostendeckungsgrundsatz für Wasserdienstleistungen, Berlin 2008, S. 139 ff.

<sup>31</sup> Dazu E. Gawel: Sind die Preise für Wasserdienstleistungen der Ver- und Entsorgung in Deutschland wirklich kostendeckend?, in: Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen, 35. Jg. (2012), H. 3, S. 243-266.

<sup>32</sup> So auch T. Hillenbrand et al.: Demografischer Wandel als Herausforderung für die Sicherung und Entwicklung einer kosten- und ressourceneffizienten Abwasserinfrastruktur, Dessau-Roßlau 2010.

ist nach deutschem Entgeltrecht nicht zwingend, bzw. rechtlich gar nicht möglich.<sup>33</sup>

Dies gilt völlig unabhängig von der Frage, ob möglicherweise gleichzeitig die Entgelte dadurch „überhöht“ anmuten, dass mangels Wettbewerb bzw. äquivalentem Kostendruck Monopolrenten durch nicht „erforderlichen“ Werteverzehr entstehen. Beide Phänomene können auch gleichzeitig auftreten und erschweren eine einfache Außendiagnose über die Angemessenheit der Entgelte. In der ökonomischen Theorie wird dieses Problem zeitgleich „zu hoher“ und „zu niedriger“ Preisforderungen seit langem an dem für die Wasserversorgung durchaus einschlägigen Beispiel eines Monopolanbieters diskutiert, der ein Produkt mit externen Umwelt- und Ressourcenkosten herstellt.<sup>34</sup> In diesem Falle führt eine rein wettbewerbsorientierte Monopolpolitik zu Wohlfahrtsverlusten, soweit die Auswirkungen auf die Umwelt nicht berücksichtigt werden; erst eine integrierte Betrachtung und instrumentell modifizierte Monopolkontrolle kann eine gesellschaftlich optimale Monopolpolitik sicherstellen.<sup>35</sup> Bedauerlicherweise bleiben die Ausführungen der Monopolkommission zur Regulierung des Trinkwassersektors ohne erkennbare Referenz auf diese bereits in den 1960er Jahren formulierten Notwendigkeiten einer integrierten Preiskontrolle bei Monopolbetrieben.

Die ökologischen Kosten der Wasserentnahme und die Auswirkungen auf den natürlichen Wasserhaushalt sind zwar in der europäischen WRRL („guter Gewässerzustand“) sowie im neuen Leitbild des Wasserhaushaltsgesetzes (§ 1 WHG) prominent gewürdigt und in der Hydrologie seit Längerem als Konzept des „Wasserstress“ präsent – in der Praxis herrscht freilich weiterhin vielfach die Perspektive eines vermeintlichen Gratisangebotes der Natur aus einem Dargebotsüberschuss vor.<sup>36</sup> Erst recht bleibt die ökonomische

33 So wurde unlängst in Hessen die Berücksichtigung von Beitragszahlungen auch bei der kalkulatorischen Abschreibung erstmals untersagt (§ 10 Abs. 2 S. 4 HKAG). Die Entgelte werden so aus politischen Gründen unter der Vollkostendeckung gehalten – dazu E. Gawel: Gebührenkalkulation in Hessen nach der HKAG-Novelle 2012, in: Zeitschrift für Landes- und Kommunalrecht, 7. Jg. (2013), H. 2, S. 51-56.

34 J. M. Buchanan, W. C. Stubblebine: Externality, in: *Economica*, 29. Jg. (1962), S. 371-384; J. M. Buchanan: External Diseconomies, Corrective Taxes, and Market Structure, in: *American Economic Review*, 59. Jg. (1969), H. 1, S. 174-177; in neuerer Zeit u.a. A. H. Barnett: The Pigouvian Tax Rule Under Monopoly, in: *American Economic Review*, 70 Jg. (1980), H. 5, S. 1037-1041.

35 Siehe etwa A. H. Barnett, a.a.O., der theoretisch aufzeigt, dass hier eine (Second-best-)Pigou-Steuer gerade kleiner als der Grenzscha-den im Optimum anzusetzen ist, um die Optimalität zu sichern.

36 Zu dieser Diskursspaltung M. Wissen: Wassermangel im Überfluss – zum Spannungsverhältnis von Infrastruktur- und Wasserhaushaltsproblemen, in: C. Bernhardt, H. Kilper, T. Moss (Hrsg.): Im Interesse des Gemeinwohls, Frankfurt a.M., New York 2009, S. 115 ff. Zu den ökologischen Kosten E. Gawel, M. Fälsch: Wasserentnahmeentgelte zwischen Wassersparen und Wasserdargebot – Ist Ressourcenschonung eine sinnvolle Zielsetzung für Wasserentnahmeentgelte?, in: *gwf - Wasser/Abwasser*, 152. Jg. (2011), H. 9, S. 838 ff.

Liberalisierungs- und Regulierungsdebatte unbeeindruckt von ökologischen Kosten der Wasserversorgung.

### Probleme einer isolierten Effizienzstrategie

Ein vor allem auf Effizienz ausgelegtes Kontrollregime muss jedenfalls klären, wie dadurch ausgelöster Kostendruck bei den Versorgern verarbeitet wird und inwieweit dabei konkurrierende preispolitische Belange (Substanzerhalt, Gewässerschutz etc.) noch ausreichend berücksichtigt werden können. In der aktuellen Debatte wird vielfach die Besorgnis geäußert, dass sich der durch die Missbrauchsaufsicht erzeugte Kostendruck negativ auf andere Ziele der Versorgung auswirken könnte (etwa die Trinkwasserqualität oder die gewässerschutzbezogene Nachhaltigkeit der Versorgung).<sup>37</sup> Auch in der ökonomischen Theorie werden Qualitätsprobleme und Investitionszurückhaltung als Folge von Effizienzregulierung institutionenökonomisch als sogenanntes Hold-up-Problem<sup>38</sup> des Aufschiebens von Investitionen kritisch diskutiert.<sup>39</sup> Denn ein reguliertes Unternehmen wird grundsätzlich Investitionen in betriebsspezifische wasserwirtschaftliche Infrastruktur nur dann tätigen, wenn es ausreichend Gewähr hat, die entsprechenden Ausgaben auch entgolten zu bekommen. Hier schneidet offensichtlich eine Kostenpreis-Regulierung günstig ab, denn sie stellt – zumindest rechtlich – keinerlei Risiko für die Refinanzierung dar, kann das Unternehmen doch seinen Refinanzierungsbedarf über die Kosten im Wesentlichen selbst bestimmen. Effizienzorientierte Preisregulierungen hingegen lassen es je nach Ausgestaltung weniger sicher erscheinen, ob die Investitionsausgaben – etwa im Vergleichsmaßstab – als entgeltfähig angesehen werden.

Zu der Frage, ob und inwieweit die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht (oder gar weitergehende Anreizregulierungen) eine Erfüllung von Qualitätszielen der Versorgung strukturell gefährdet, bestehen zwei unterschiedliche Sichtweisen: Einerseits wird argumentiert, dass eine unabhängig von der Entgeltkontrolle bestehende Qualitäts- und Gewässerschutzregulierung die Erfüllung der dort formulierten Anforderungen unbeeinflusst vom jeweils zugestandenen Kostenniveau sicherstellen könne und insoweit nicht zu befürchten sei, dass sich eine Effizienzregulierung negativ

37 Siehe nur H. Brackemann et al., a.a.O.; W. Merkel: Keine Regulierung der Wasserpreise! Die deutsche Wasserwirtschaft steht zu ihrem öffentlichen Auftrag und setzt auf Transparenz, in: *gwf - Wasser/Abwasser*, 151. Jg. (2010), S. 100-105; G. Röstel: Wasserpreiskontrolle in Deutschland – Wie stellt sich die Branche dazu?, in: *gwf - Wasser/Abwasser* 2011, H. 7/8, S. 722 ff.

38 Dazu modelltheoretisch B. Homström, J. Roberts: The Boundaries of the Firm Revisited, in: *Journal of Economic Perspectives*, 12. Jg. (1998), H. 4, S. 73 ff.

39 D. Bös: *Regulation: Theory and Concepts*, Bonn 2001, S. 2.

auswirkt.<sup>40</sup> Die entgegengesetzte Auffassung betont demgegenüber die Gefahr, dass Effizienzdruck auf die Entgelte zu einem Mangel an Effektivität der Daseinsvorsorge und zu Qualitätseinbußen beim Trinkwasser selbst, beim Service, aber auch mit Blick auf eine nachhaltige Gewässerbewirtschaftung beitrage, und Unternehmen in einem wirtschaftlich ungünstigem Umfeld komplett aus dem Markt dränge, soweit „der Preis von der günstigsten ‚peer firm‘ gesetzt wird“<sup>41</sup>.

Der Streit kann hier nicht entschieden werden, jedoch liegt es auf der Hand, dass sich effizienzorientierte Entgeltregulierungsverfahren mit dieser Verschränkungsproblematik sorgfältig auseinandersetzen müssen. Dies gilt erst recht dann, wenn die Reichweite von kartellrechtlicher Missbrauchskontrolle ausgedehnt oder gar das Regulierungsregime – etwa als Anreizregulierung – künftig noch verschärft werden wird. Natürlich ist die Problematik nicht völlig neu und stellt sich auch in anderen Netzsektoren. Allerdings wird gegenwärtig auch mit Blick auf die Anreizregulierung der Stromnetzbetreiber die Frage kritisch diskutiert, inwieweit diese Form der Entgeltbegrenzung mit einem jetzt geforderten raschen und großmaßstäblichen Ausbau der Netze im Rahmen der Energiewende vereinbar sein kann.<sup>42</sup>

Jedenfalls reicht der bloße Verweis auf die Bestimmungen der parallelen Qualitätsregulierungen und Nachhaltigkeitsgebote nicht aus. Forcierte Kostenschumpfung kann sich zu Lasten von Qualität und Nachhaltigkeit auswirken; hier handelt es sich keineswegs um Chimären: Bereits jetzt treten vorrangig im Abwasserbereich Qualitätsprobleme durch laufenden Substanzverlust in den Rohrleitungsnetzen als Folge eines anhaltenden Sanierungsstaus auf.<sup>43</sup> Zwar gestattet die Kostenpreis-Regulierung die Umlage entsprechender Netzinvestitionen auf die Entgelte, aus entgeltpolitischen Gründen wird darauf jedoch zumeist verzichtet. Erst recht wird sich der Druck verstärken, wenn alle Investments

auf den kartellrechtlichen Prüfstand gestellt werden müssen. Weiter treten schon heute Qualitätsprobleme durch unzureichenden Wasserdurchsatz auf; Versorger weisen daher darauf hin, dass bei weiterer Schrumpfung der Systeme die Trinkwasserqualität im Netz kaum flächendeckend aufrechtzuerhalten sein wird.<sup>44</sup>

Es bleibt abzuwarten, ob die Politik diesem Problemdruck durch extrem kostenintensive Investitionen zur Qualitätssicherung oder aber durch situative Anpassungen von Qualitätsnormen abhelfen wird. Insoweit ist die Verschränkung zwischen zugestandener bzw. durchsetzbarer Kostenmasse und den vielfältigen Qualitätsdimensionen der Versorgung durchaus offensichtlich und auch praktisch relevant. Dass dies in der Praxis längst ein relevantes Verschränkungsproblem darstellt, hat unlängst die Lockerung der Trinkwasserordnung beim Schutz vor Legionellen demonstriert:<sup>45</sup> Letztlich aus Kostengründen wurde das Kontrollintervall für Mehrparteienhäuser kurzerhand wieder gelockert, obwohl Legionellenbefall sogar ein ernstliches Gesundheitsrisiko darstellt. Ganz abgesehen davon existieren natürlich auch unregulierte Qualitätsdimensionen, etwa im Servicebereich, die nicht durch entsprechende Vorgaben geschützt sind.

### Probleme der Missbrauchskontrolle

Ferner darf nicht übersehen werden, dass die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle erhebliche spezifische Defizite aufweist: Das in den §§ 19, 131 GWB verankerte Vergleichsmarktkonzept bemisst in unterschiedlichen Spielarten (Entgeltvergleich oder Erlösvergleich<sup>46</sup>) die Legitimation einer Entgeltforderung danach, inwieweit vergleichbare, andere Unternehmen ähnliche Entgelte verlangen bzw. eventuelle Abweichungen durch nicht zu vertretende Umstände des Einzelfalles bedingt sind.<sup>47</sup> Es werden mithin Preisvergleiche mit anderen Unternehmen herangezogen, um Missbrauch aufzudecken und gegebenenfalls Preissenkungsverfügungen durchzusetzen (Als-ob-Wettbewerb). Die Preisrechterfertigung ungünstigerer Entgelte kann auf strukturbedingte Mehrkosten gestützt werden, steht aber selbst dann unter dem Vorbehalt, dass sämtliche Rationalisierungspotenziale ausgeschöpft werden; einen Bestandsschutz für (monopolbedingte) Ineffizienzen kennt das Kartellrecht nicht.<sup>48</sup>

40 Siehe nur G. Meran: Ökonomische Grundlagen der Monopolregulierung in der Wasserversorgung, in: Verein zur Förderung des Instituts IWAR der TU Darmstadt e.V.: Preis und Leistung – Wasserversorgung bewerten und vergleichen, Darmstadt 2011, S. 41, der entsprechende Besorgnisse „aus dem Blickwinkel von Mainstream-Ökonomen“ für „völlig unverständlich“ hält. Aus dem übrigen Schrifttum, das dieses Problem zumindest für beherrschbar hält, Bundesregierung, Stellungnahme zum 18. Hauptgutachten der Monopolkommission, Bundestags-Drucksache 17/4305, Ziff. 12; M. Oelmann, a.a.O.

41 G. Meran: Ökonomische Grundlagen ..., a.a.O., S. 41; in diesem Sinne etwa statt vieler H. Brackemann et al., a.a.O.; R. Holländer: Kosten und finanzielle Nachhaltigkeit in der kommunalen Wasserwirtschaft, in: Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen, 2011, S. 409 f.

42 Siehe nur W. Bayer (Hrsg.): Anreizregulierung in der Bewährung: Notwendige Investitionen in die Netzinfrastruktur?, Jena 2011; G. Brunekreeft, R. Meyer: Netzinvestitionen im Strommarkt: Anreiz- oder Hemmniswirkungen der deutschen Anreizregulierung?, in: Energie-wirtschaftliche Tagesfragen, 61. Jg. (2011), H. 1/2, S. 40.

43 W. Merkel: Wasser- und Abwasserwirtschaft: Sicherheit und Qualität bestimmen den Preis, nicht umgekehrt!, in: gwf – Wasser/Abwasser, 2009, H. 1, S. 72.

44 J. Maier: Demographischer Wandel in Bayern bis 2020 und mögliche Auswirkungen auf die Bautätigkeit, 2008, S. 16 f., [https://www.stmi.bayern.de/imperia/md/content/stmi/bauen/themen/demographie/infos/vortrag/prof\\_dr\\_maier.pdf](https://www.stmi.bayern.de/imperia/md/content/stmi/bauen/themen/demographie/infos/vortrag/prof_dr_maier.pdf) (13.1.2013).

45 Siehe Trinkwasserordnung in der Fassung vom 28.11.2011 (BGBl. I S. 2370), zuletzt geändert durch Art. 1 der Verordnung vom 5.12.2012 (BGBl. I S. 2562), Anlage 4, Teil II, Buchstabe b.

46 Dazu P. Gussone, J. Siebeck: Kartellrechtliche Wasserpreiskontrolle – Teil 1: Welche Behörde wie prüft, in: Infrastrukturrecht, 2012, S. 299 ff.

47 In Baden-Württemberg wird daneben auch eine auf § 19 GWB gestützte Kostenprüfung praktiziert, vgl. P. Gussone, J. Siebeck, a.a.O.

48 Bundesgerichtshof, in: Landes- und Kommunalverwaltung, 2010, 174, 176; Bundesgerichtshof, in: Neue Juristische Wochenschau, 2000, S. 76, S. 78.

Dabei reicht die gesetzliche definierte Missbrauchssphäre grundsätzlich bis zum Entgeltniveau des günstigsten Vergleichsunternehmens, soweit keine Entlastungstatbestände des Einzelfalles greifen. Zwar wird in der Praxis das Preisenkungsniveau im Rahmen des Vergleichsmarktkonzeptes in den Ländern höchst unterschiedlich festgelegt und dabei der theoretisch eröffnete Spielraum bis zum günstigsten gleichartigen Unternehmen (unter Berücksichtigung aller Rechtfertigungsgründe und sogenannter Sicherheits- und Erheblichkeitszuschläge) nicht voll ausgeschöpft.<sup>49</sup>

Gleichwohl lässt sich dem Vergleichsmarktkonzept konzeptionell durchaus das Leitbild einheitlicher Wasserpreise auf dem Niveau des effizientesten Versorgers entnehmen. Dies ist deshalb beachtlich, weil es dem Leitbild der kommunalabgabenrechtlichen Entgeltregulierung grundsätzlich widerspricht: Hier nämlich wird jedem Versorger bzw. dessen Träger die Formulierung eigener Zielsetzungen zur Kostenbewertung und zur Entgeltermittlung (z.B. Refinanzierung, Kapitalerhaltung, bestimmte Substanzerhaltungskonzepte wie Brutto- oder Netto-Substanzerhaltung und anderes mehr<sup>50</sup>) zugebilligt. Eine Nivellierung oder gar Vereinheitlichung des Entgeltniveaus widerspricht hingegen der Kontrollkonzeption des Kommunalabgabenrechts und möglicherweise auch dem kommunalen Selbstverwaltungsrecht aus Art. 28 Abs. 2 GG, das in erster Linie einer demokratischen Kontrolle unterliegt und daher vorrangig über Wahlen kontrolliert wird und nicht durch Kartellbehörden oder Gerichte.

Hier stellt sich die interessante Frage, inwieweit die Inanspruchnahme der im Rahmen der verfassungsrechtlich garantierten kommunalen Selbstverwaltung eröffneten Gestaltungsspielräume zur Regelung örtlicher Angelegenheiten zugleich kartellrechtlich als Missbrauch angesehen werden kann, wenn nur andere Träger ihr Organisationsermessen anders nutzen mit der Folge niedrigerer Entgelte. So können Versorgungsdienste selbstredend auch mit höherer Service- oder Versorgungsqualität erbracht oder nach ambitionierteren Substanzerhaltungszielen kalkuliert werden, was insoweit höhere Entgelte nach sich zieht, ohne dass dies entgeltrechtlich zunächst beanstandet werden könnte. In diesen Fällen nach den Tatbeständen der §§ 19, 131 GWB Missbrauchsindikationen zu stellen, überzeugt offensichtlich nicht. Ferner drohen Friktionen mit den preisrechtlichen Wertungen anderer Entgeltrechtsbereiche: Eine europarechtskonforme Entgeltgestaltung nach Art. 9 WRRL – z.B. über Kalkulationen, die Anreize zur effizienten Nutzung setzen<sup>51</sup> – darf wohl kaum deswegen für missbräuchlich erkannt werden, nur weil sie zu einer Abweichung ge-

genüber dem günstigsten Vergleichsunternehmen führt, das möglicherweise eine andere oder gar keine Umsetzung der Art. 9 WRRL zu entnehmenden Preisgestaltungsgebote vorgenommen hat.

Das Gleiche gilt für landesrechtlich abweichende Gebührenkalkulationsregeln, z.B. das in den Kommunalabgabengesetzen der Länder höchst unterschiedlich ausgestaltete Wahlrecht zugunsten von Zeitwertabschreibungen: Erodieren nun kartellrechtlich dieser Anspruch, weil einzelne Versorger darauf verzichten und damit die Benchmark im Rahmen des Vergleichsmarktkonzeptes setzen? Oder werden die abweichenden preisrechtlichen Wertungen in den Rang von Entlastungstatbeständen im Sinne von § 131 GWB erhoben? Zwar wird betont, dass „zwingende Vorgaben“ des Abgaben- oder Tarifrechts als strukturbedingte Umstände anzusehen seien, die einen Missbrauch im kartellrechtlichen Sinne ausschließen.<sup>52</sup> Allerdings sind Abgaben- und Tarifrecht gerade weitgehend frei von „zwingenden“ Ansätzen und formulieren ganz überwiegend vielmehr negatorisch die als unzulässig anzusehenden Ansätze. Wie also soll das Kartellrecht bei bloßen Wahlrechten verfahren? Und wie zuverlässig lässt sich beurteilen, inwieweit sich Entgeltunterschiede gerade darauf zurückführen lassen? Fest steht, dass erhebliche Wertungswidersprüche drohen, wenn eine konsistente Abstimmung preisrechtlicher Wertungen des Gebühren-, Tarif- und Kartellrechts, der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB und der Anforderungen aus Art. 9 WRRL unterbleibt – jedenfalls soweit immer stärker einer parallelen Anwendung des Kartellrechts das Wort geredet wird.

Darüber hinaus treten im kartellrechtlichen Kontrollregime gravierende methodische Probleme einer trennscharfen Missbrauchsaufdeckung auf: Zunächst steht naturgemäß die Anforderung der Vergleichbarkeit der Produktionsbedingungen zwischen unterschiedlichen Unternehmen in Frage (Betriebsgröße, Beschaffungs- und Verteilungsaufwand, Aufbereitungsnotwendigkeit, auferlegte Gewässerschutzkosten u.a.).<sup>53</sup> Die Herausforderung, mit Heterogenität der Unternehmen im Rahmen effizienzorientierter Regulierung umzugehen, ist auch in der Regulierungs- und Wettbewerbstheorie von Anfang an gesehen und erörtert worden.<sup>54</sup>

49 Vgl. P. Gussone, J. Siebeck, a.a.O.

50 Dazu im Überblick E. Gawel: Betriebswirtschaftliche Probleme der Gebührenkalkulation, Berlin 1999, S. 55 ff.

51 Dazu im Einzelnen E. Gawel, Art. 9 WRRL, a.a.O.

52 M. Hellriegel, T. Schmitt: Das Verhältnis des Kartellrechts zu weiteren Entgeltmaßstäben für Wasserpreise: Billigkeit (§ 315 BGB), Gebühren- u. Tarifrecht, in: *Infrastrukturrecht*, 7. Jg. (2010), H. 11, S. 276-281.

53 Siehe hierzu statt vieler rechtfertigend H. Daiber: Für wirksame Kontrolle ..., a.a.O.; differenzierter R. Holländer et al.: *Trinkwasserpreise in Deutschland. Welche Faktoren begründen regionale Unterschiede?*, 2008; dies.: *Trinkwasserpreise in Deutschland. Wie lassen sich verschiedene Rahmenbedingungen für die Trinkwasserversorgung anhand von Indikatoren abbilden?*, Leipzig 2009; H. Löhner, C. Treskatis, W. Urban: *Entwicklung von Strukturmerkmalen in der Wasserversorgung – Methodik*, in: *gwf – Wasser/Abwasser* 2010, H. 7/8, S. 716 ff.; sehr kritisch hingegen G. Röstel, a.a.O.

54 Siehe etwa A. Shleifer, a.a.O., S. 319.



Ferner muss beachtet werden, dass die den zu vergleichenden Wasserpreisen jeweils zugrunde liegenden gebührenrechtlich verbindlichen Preis-Kalkulationsregeln gar nicht für Wirtschaftlichkeitsvergleiche geeignet sind: Ein Beispiel mag dies verdeutlichen: Will man – wie im Kommunalabgabenrecht üblich – Kosten kalkulieren, um einen kostendeckenden Preis zu ermitteln, so mag es genügen, bereits voll abgeschriebene, aber noch Leistungen abgebende Wirtschaftsgüter trotz ihres aktuellen Werteverzehrs nicht mehr in die Kostenrechnung zu übernehmen, da z.B. ein Refinanzierungsziel durch die Vollabschreibung längst erfüllt ist.<sup>55</sup> Bei einem auf die aktuelle Periode bezogenen Wirtschaftlichkeitsvergleich mit einem anderen Versorger hingegen müsste dieser Werteverzehr aber zwingend berücksichtigt werden, um nicht verzerrte Ergebnisse zu erzeugen; ansonsten nämlich würden Abschreibungsfehler der Vergangenheit dazu führen, dass ein Unternehmen mit vorschneller Abschreibung im Vergleich scheinbar „günstiger“ dasteht, obwohl unter Umständen in beiden Betrieben dasselbe Anlagevermögen in der aktuellen Betrachtungsperiode dasselbe Leistungsvolumen abgibt. Altersstruktureffekte im Anlagevermögen führen so zu Vergleichbarkeitsproblemen bei kalkulatorischen Kosten, wenn diese im Rahmen des Vergleichsmarktkonzepts unbeschrieben zu Wirtschaftlichkeitsvergleichen herangezogen werden, wofür sie gar nicht ermittelt wurden.<sup>56</sup>

Schließlich ist die notwendige Vergleichbarkeit der Entgelte schon dadurch verletzt, dass sich die – im Rahmen des Verwaltungsprivatrechts jeweils zu beachtenden – landesspezifischen Entgeltermittlungsvorgaben in insgesamt 16 Kommunalabgabengesetzen bzw. Gebührengesetzen signifikant unterscheiden.<sup>57</sup> Entgeltunterschiede, die auf differentes Kalkulationsrecht der Länder zurückgehen, kommen wohl kaum als missbräuchliche Ausnutzung von marktbeherrschender Stellung in Frage.

### Prozedurale Schwächen

Die materiellen Anforderungen, die sich aus dem Vergleichsmarktkonzept ergeben, müssen schließlich im Vollzug umgesetzt werden. Hier ergeben sich für den kartellrechtlichen Ansatz weitere empfindliche Effektivitäts-

einbußen: Zunächst sind nach den Zuständigkeitsregeln der §§ 48 ff. GWB Landeskartellbehörden oder aber das Bundeskartellamt betraut. Die zu erwartende Ausdifferenzierung in Vollzugsaktivität und Vollzugsverfahren lässt sich auch empirisch eindrucksvoll belegen.<sup>58</sup> Demnach ergeben sich ganz erhebliche Unterschiede der Vollzugspraxis hinsichtlich der Prüfmaßstabes (Vergleichsmarktkonzept nach Preis- oder Erlösvergleich, Kostenprüfung), des Ansatzes kalkulatorischer Kosten, der Handhabung sogenannter Sicherheits- und Erheblichkeitszuschläge, des typischen Inhalts von Missbrauchsverfügungen bzw. Verpflichtungszusagen (Preissenkung, Preiserhöhungsverbot, Erlösobergrenze, Rückzahlung) sowie des maßgeblichen Preissenkungsniveaus (mittleres Niveau der Vergleichsunternehmen, Niveau eines besonders „ähnlichen“ Vergleichsunternehmens u.a.).

Ob Behörden überhaupt hinsichtlich der Kontrolle der Wasserentgelte aktiv werden, obliegt zudem dem Aufgreifer messen der Kartellbehörden, das bislang regional höchst unterschiedlich gehandhabt wird. Insbesondere der materielle und regionale Fragmentierungsgrad der Kontrolle ist damit beachtlich; zusammen mit dem Zeitpunkt des Zugriffs (nachträgliche Einzelfallprüfungen) ergeben sich so ernstliche Hindernisse im Verfahren für eine effektive Entgeltbegrenzung. Eine flächendeckende, an einheitlichen Kriterien ausgerichtete, wirkungsvolle Entgeltkontrolle erscheint unter den Auspizien des gegebenen Kartellrechts jedenfalls kaum leistbar. Aus der begrenzten Wirkmacht der Missbrauchskontrolle jedoch den Schluss zu ziehen, diese durch eine umfassenden Sektorregulierung abzulösen, wie dies die Monopolkommission fordert,<sup>59</sup> mutet konsequent an, schafft aber neue Probleme: Auch eine bisher nicht einmal praxistauglich konturierte spezifische Sektorregulierung müsste Effektivität, Effizienz und Zielintegration der Preiskontrolle erst noch unter Praxisbedingungen unter Beweis stellen. Bei der vergleichenden Diskussion von Preiskontrollsystemen sollte jedenfalls ein Nirvana-Approach vermieden werden, der das empirische Versagen von Kostenpreisen mit Lehrbuch-Regulierungen kontrastiert.

### Fazit

Wie sollte nun der Ordnungsrahmen für die Kontrolle der Wasserpreise künftig weiterentwickelt werden? Der klassische Gebührenansatz der Kostenpreise kann schon konzeptionell weder wirksam die Entgelte begrenzen (Effektivität) noch zureichend den im Preis verrechneten Werteverzehr auf ein „erforderliches Maß“ beschränken (Effizienz).

55 Siehe dazu E. Gawel: Zur Kostenrelevanz voll abgeschriebener Anlagegüter in der Kalkulation kommunaler Benutzungsgebühren, in: Zeitschrift für Kommunal финанzen, 44. Jg. (1994), S. 248, in kritischer Auseinandersetzung mit Oberverwaltungsgericht Münster, Urteil vom 5.8.1994 – 9 A 1248/92.

56 So mit Blick auf den verzerrenden Einfluss von Baukostenzuschüssen auch zu Recht H. Kiesel, P. Lindt: Ceci n'est pas une pomme oder Kein Preisvergleich ohne Baukostenzuschüsse, in: Infrastrukturrecht, 2010, S. 8 ff.

57 Siehe nur E. Gawel, Art. 9 WRRL, a.a.O.; H. Kiesel, J. Schielein: Wasserpreise und kein Ende, in: Versorgungswirtschaft, 2009, S. 129 ff.

58 Dazu instruktiv im Überblick P. Gussone, J. Siebeck: Kartellrechtliche Wasserpreiskontrolle – Teil 1: Welche Behörde wie prüft, in: Infrastrukturrecht, 2012, S. 299 ff.

59 Siehe zuletzt Monopolkommission: Die 8. GWB-Novelle ..., a.a.O., Rn. 111 ff.

Das Kartellrecht zeigt in den Bereichen Effektivität und Effizienz eine höhere, wenn auch noch keine wirklich zufriedenstellende Leistungsfähigkeit. Nicht zuletzt im Vollzug zeigen sich wegen des Aufgreifermessens und der hohen Fragmentierung weitere Schwächen.

Hinsichtlich der Integration ist das Kartellrecht bislang überfordert, da es explizit nur das Ziel der Wirtschaftlichkeitskontrolle verfolgt und preisrechtliche Wertungswidersprüche zum Gebühren-, Zivil-, Tarif- und Gemeinschaftsrecht und die dahinterliegenden Ziele der Wasserpreispolitik nicht zu verarbeiten vermag. Es geht implizit von der theoretisch wie empirisch brüchigen Annahme aus, Effizienzprobleme ließen sich gleichsam additiv auf andere preisrechtliche Entgeltregime aufsetzen, ohne in Bezug auf diese Störungen zu begründen.

Gebühren- wie Kartellrecht erscheinen für sich genommen jeweils weder suffizient noch äquivalent in der Zielerfüllung zur Begrenzung von Monopolmacht; vielmehr bestehen signifikante Wirkunterschiede und Leistungsdefizite. Es zeigt sich aber, dass auch keine bruchlose Komplementarität beider Systeme besteht, sondern im Falle paralleler Anwendung Friktionen drohen, die eine sorgfältigen Abstimmung der preisrechtlichen Wertungen der verschiedenen entgeltrechtlich relevanten Rechtsbereiche erforderlich macht. Die hierzu nötigen dogmatischen Klärungen – insbesondere zur Rolle preisrechtlicher Wertungen anderer Entgeltrechtsbereiche für die Missbrauchsindikation des Kartellrechts – stehen dabei erst am Anfang. Umgekehrt besteht mangels Äquivalenz aber auch keine perfekt substitutive Beziehung, so dass insbesondere das Gebührenrecht in seiner gegenwärtigen Gestalt eine wirksame Effizienzkontrolle durch wettbewerbspolitische Maßnahmen keineswegs erübrigen kann.<sup>60</sup>

<sup>60</sup> So aber wohl M. Reinhardt: Öffentliche Abgaben ..., a.a.O.; und B. Wolfers, B. Wollenschläger, a.a.O.

Ökonomische Reformüberlegungen zur Weiterentwicklung der Wettbewerbsordnung im Wassersektor sind vor diesem Hintergrund fraglos angezeigt und finden sicherlich auch keinen kategorialen Ausnahmebereich vor, der dauerhaft vor Wettbewerbselementen abzuschirmen sei. Gleichwohl bleibt zu beachten, dass Preise multiple Funktionen besitzen und dass auch das preispolitische Ziel des Ressourcenschutzes derzeit nur schwach verankert ist; Entgelte erscheinen daher oftmals gleichzeitig „zu hoch“ und „zu niedrig“. Will man (zunächst) allein die Wirtschaftlichkeit mit Hilfe anreizorientierter Verfahren verbessern, sind sowohl ein Nirvana-Approach zu vermeiden als auch die Praxisreife von Als-ob-Wettbewerbselementen genau zu belegen: Inwieweit verbessert sich tatsächlich die Effektivität (wirksame Kostenbegrenzung) und die Effizienz (Auffinden von Minimalkosten)? Welche Probleme und Herausforderungen sind damit im Vollzug verbunden? Wie lassen sich die Auswirkungen auf andere (preispolitische) Ziele integrieren?

Diese Probleme sind durchaus lösbar, aber die Herausforderungen müssen praxistauglich angegangen werden. Die Erforschung von Anwendungsvoraussetzungen und Konsequenzen eines durch simulierten Wettbewerb erzeugten Kostendrucks sowie eine komparative Institutionenanalyse des dazu eingesetzten Regulierungsverfahrens sind dabei ebenso nötig wie bisher noch ausstehend. Eine derartige Analyse würde wohl auch die Konsensfähigkeit rechtspolitischer Reformvorhaben deutlich verbessern, soweit nämlich weitreichende politische Gestaltungsempfehlungen nicht länger allein auf der Grundlage allgemeiner ordnungspolitischer Grundsätze („mehr Wettbewerb!“, „Monopolpreise begrenzen!“), sondern vielmehr in Kenntnis der institutionellen Voraussetzungen und mutmaßlichen Wirkungen differenziert abgeleitet und dabei die übrigen Diskursstränge zum Entgeltrecht (Nachhaltigkeit, Systemumbau, Qualitätssicherung) angemessen berücksichtigt werden.

---

**Title:** *Water Pricing in Germany between Control of Abusive Practice and Sustainability*

**Abstract:** *The regulatory framework of the German water sector is currently undergoing a reorientation process at both the EU and national levels. Price regulation of water utilities is particularly controversial. Recently, some national antitrust authorities have significantly increased their oversight of abusive practices. However, the focus of the regulation in this field is exclusively on efficiency while neglecting other pricing objectives (e.g. internalisation of environmental costs). The article examines the current practice of different price regulation schemes (cost plus pricing and control of abusive practice) and identifies its shortcomings. It is shown that different regulating principles of relevant laws (law of charges, competition law and water law) have to be better aligned and sustainability issues need to be taken into account in theory and practice when addressing efficiency requirements for water utilities.*

**JEL Classification:** D42, L40, Q01