

Rekommunalisierung der Wasserversorgung

Die Wasserversorger waren erleichtert, als 2013 die Wasserversorgung von der bis dahin stark umstrittenen EU-Konzessionsvergaberichtlinie ausgenommen wurde. Ebenso erfreulich war es, dass der Gesetzgeber öffentlich-rechtliche Gebühren und Beiträge im Zuge der Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ausdrücklich aus dem Geltungsbereich der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle ausgeschlossen hat. Nachdem die Kartellbehörden in vielen Bundesländern angetreten sind, die Wasserpreise teilweise erheblich zu senken, haben sich insofern auch mehrere Wasserversorger entschieden, die „Flucht ins Gebührenrecht“ anzutreten. Ohne zu behaupten, dass die Rückführung der Wasserversorgung in den hoheitlichen Bereich in jedem Fall der richtige Weg ist, stellen wir in diesem Beitrag den kartellrechtlichen Rahmen der Wasserpreiskontrolle dar und erläutern einige wesentliche Aspekte der Rekommunalisierung.

Die öffentliche Wasserversorgung in Deutschland ist durch ein Nebeneinander von privatrechtlich und öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen geprägt, wobei seit längerem eine Tendenz zu privatrechtlichen Organisationsformen festzustellen ist. Im Zuge von Preismissbrauchsverfahren ist die öffentliche Wasserversorgung seit einigen Jahren verstärkt in den Blick der Kartellbehörden des Bundes und der Länder geraten. Einige Verfahren endeten mit z.T. deutlichen Preissenkungen im Vergleich, in anderen Fällen wurden Preissenkungen verfügt, die in einem Fall auch vom BGH (Beschluss vom 2. Februar 2010 – KVR 66/08 – (www.bundesgerichtshof.de unter *Entscheidungen*; vgl. auch *pwc:public services* März 2010, S. 13)) bestätigt wurden. Spätestens seit dieser Entscheidung ist die Thematik auch in den öffentlichen Medien präsent.

Risiken aus kartellrechtlichen Preismissbrauchsverfahren

Die laufenden oder bereits abgeschlossenen Verfahren lassen die Tendenz erkennen, dass Wasserpreise zwischen 1,60 und 1,70 Euro/m³ (abgabenbereinigte Durchschnittserlöse) als missbrauchsfrei anerkannt werden. Die Maßnahmen der Kartellbehörden führten bei den betroffenen Wasserversorgungsunternehmen zu Erlöskürzungen von etwa 15 bis 40 %. Bei Kürzungen in dieser Höhe kann die Wasserversorgung nach der Absenkungsverfügung oftmals nicht mehr kostendeckend betrieben werden, die städtische Konzessionsabgabe reduziert sich. Bei nachhaltiger Ergebnisminderung sinkt der Unternehmenswert entsprechend.

Grundlagen der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle

Grundlage aller bisherigen Verfahren waren die aufgrund einer Überleitungsvorschrift in § 131 Abs. 6 GWB für die Wasserversorgung weiterhin anzuwendenden Regelungen der besonderen Missbrauchskontrolle in § 103 Abs. 5 Satz 2 GWB 1990 bzw. der allgemeinen Missbrauchskontrolle des § 19 GWB. Die Regelungen zur besonderen Missbrauchskontrolle wurden durch die am 30. Juni 2013 in Kraft getretene Novelle des GWB praktisch inhaltsgleich in die §§ 31 bis 31b GWB übernommen.

In der Mehrzahl der Fälle stützen sich die Kartellbehörden auf das Vergleichsmarktkonzept, wonach ein Missbrauch insbesondere vorliegt (§ 31 Abs. 4 Satz 2 GWB bzw. § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 und Abs. 6 GWB 1990), wenn ein Versorgungsunternehmen ungünstigere Preise fordert als gleichartige Versorgungsunternehmen, es sei denn, das Unternehmen weist nach, dass der Unterschied auf abweichenden Umständen beruht, die ihm nicht zuzurechnen sind.

Durch die GWB-Novelle ist überdies das Prinzip der Kostenprüfung gesetzlich verankert worden. Nach § 31 Abs. 4 Nr. 3 GWB liegt ein Missbrauch insbesondere auch vor, wenn ein Wasserversorgungsunternehmen Entgelte fordert, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten; anerkannt werden Kosten, die bei rationeller Betriebsführung anfallen.

Auch nach der GWB-Novelle bleibt es bei der Anwendbarkeit der allgemeinen Missbrauchskontrolle nach § 19 GWB. Ein Missbrauch liegt dabei vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden; hierbei sind insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen. Im Rahmen der allgemeinen Missbrauchskontrolle kann die Kartellbehörde auch rückwirkende Preissenkungsverfügungen durchsetzen (§ 32 Abs. 2a GWB).

Keine Anwendung des Kartellrechts auf Gebühren

Das GWB ist nur anwendbar, wenn es sich bei dem Wasserversorger um ein Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne handelt. Nach dem funktionalen Unternehmensbegriff ist das nur dann der Fall, wenn der Versorger – unabhängig von der Rechtsform – „unternehmerisch“ (privatrechtlich) tätig wird. Davon ist auszugehen, wenn auf privatrechtlicher Basis Wasserpreise verlangt werden. Liegt hingegen eine „hoheitliche Tätigkeit“ vor, die ausschließlich einem Träger der öffentlichen Hand zuzuordnen ist, ist das GWB nach herrschender Meinung nicht anzuwenden, so dass die Kartellbehörde nicht zuständig ist, wenn die Leistungsbeziehung öffentlich-recht-

lich ausgestaltet ist (Erhebung von Gebühren) und Anschluss- und Benutzungszwang besteht.

Nachdem die Nichtanwendbarkeit der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle auf Gebühren in Literatur und Rechtsprechung teils in Frage gestellt, teils die Einbeziehung von Gebühren in die Missbrauchskontrolle ausdrücklich gefordert wurde, hat die GWB-Novelle diese Frage geklärt. Nach § 130 Abs. 1 Satz 2 GWB finden § 19, § 20 und § 31b Abs. 5 GWB keine Anwendung auf öffentlich-rechtliche Gebühren und Beiträge.

Sichere Kostendeckung durch Rekommunalisierung

Das Risiko, die Kosten der Wasserversorgung aufgrund einer Preissenkungsverfügung nicht decken zu können, kann durch eine Rekommunalisierung, d.h. die Überführung der Wassersparte in eine öffentlich-rechtliche Organisationsform, z.B. einen Eigenbetrieb, vermieden werden. Für die Kalkulation der hierbei erhobenen städtischen Gebühren ist eine Kostendeckung nach Maßgabe des Kommunalabgabenrechts ausdrücklich geboten.

Ziele und Prämissen

Rekommunalisierungsprojekte in der Wasserversorgung haben die Interessen sowohl der Kunden als auch des bisherigen privaten sowie des zukünftigen öffentlich-rechtlichen Wasserversorgers angemessen zu berücksichtigen. Nach unserer Projekterfahrung zählen dazu insbesondere

- die Gewährleistung der Haushaltsneutralität der Kommune,
- die Sicherstellung
 - der Umsatzneutralität der Wasserversorgung und der Gebührenneutralität,
 - kostendeckender Entgelte sowie des weitgehenden Erhalts der Wertschöpfung beim bisherigen Wasserversorger,
 - der steuerneutralen Umstrukturierung,
- die Erhaltung
 - des steuerlichen Querverbands,
 - der synergetischen Versorgungsstruktur sowie
 - des Finanzflusses an die Kommune (Konzessionsabgabe, Gewerbesteuer).

Eine Überführung der Wasserversorgung in eine öffentlich-rechtliche Organisationsform darf keine „Scheinkonstruktion“ darstellen. Vielmehr ist der öffentlich-rechtliche Wasserversorger in die Lage zu versetzen, die Betreiberfunktion zu übernehmen, d.h. die Wasserversorgung im eigenen Interesse und in eigener Verantwortung zu führen. Er muss die wesentlichen betrieblichen Entscheidungen selbst treffen, hoheitliche Aufgaben wahrnehmen und über die hierzu notwendige Personalausstattung verfügen.

Rekommunalisierungsmodelle

Ob und in welchem Umfang diese Vorgaben umgesetzt werden können, hängt auch vom Rekommunalisierungsmodell ab. Hier stehen vor allem das Eigentums- und das Pachtmodell zur Verfügung. Beim Eigentumsmodell werden die Wasserverteilungsanlagen auf den öffentlich-rechtlichen Betreiber übertragen. Der bisherige Wasserversorger übernimmt dabei in der Regel die Betriebsführung. Nachteil dieses Modells: Mit der Übertragung der Anlagen wird auch die Wertschöpfung übertragen. Zudem kommt es regelmäßig zur Aufdeckung stiller Reserven. Beim Pachtmodell werden die Verteilungsanlagen an den öffentlich-rechtlichen Betreiber verpachtet. Auch hier übernimmt der bisherige Wasserversorger die Betriebsführung und stellt die Wasserlieferung sicher. Welches Modell letztlich in Frage kommt, hängt von der Gewichtung der Ziele und Prämissen sowie von der konkreten Ergebnissituation der Beteiligten ab.

Weitere Rechtsfragen

Bei der Entscheidung für eine Rekommunalisierung sind, neben den wirtschaftlichen Auswirkungen, auch die damit verbundenen sonstigen Rechtsfragen zu berücksichtigen. So kann eine Rekommunalisierung einen Betriebsübergang nach § 613a BGB auslösen, so dass eine frühzeitige Einbeziehung der Arbeitnehmer erforderlich ist. Ferner ergeben sich kommunalrechtliche Fragen, wenn die Wasserversorgung mit anderen Tätigkeiten der Kommune (z.B. der Stadtentwässerung) zusammengefasst werden soll. Nicht zuletzt sind mögliche neue Leistungsbeziehungen zwischen dem bisherigen Wasserversorger und dem öffentlich-rechtlichen Betreiber vergaberechtlich zu würdigen.

Ausblick

Die Rekommunalisierung kann ein Weg sein, die Wasserversorgung sicher für die Zukunft auszugestalten. Abhängig von der örtlichen Situation und der Interessenlage können aber auch völlig andere Maßnahmen in Frage kommen, so z.B. die Absicherung des Wasser-Konzessionsvertrags durch eine jetzt noch weitgehend vergaberechtsfreie Laufzeitverlängerung. Sie könnte den Wasserversorger ohne großen Aufwand jedenfalls vor einem neuen Anlauf zur Liberalisierung der Wasserversorgung auf europäischer Ebene schützen. In jedem Fall erscheint es lohnenswert, darüber nachzudenken, ob die eigene Struktur der Wasserversorgung als zukunftssicher gelten kann und welche Maßnahmen ggf. zweckmäßig sind, um diese Sicherheit zu erreichen.

Ihre Ansprechpartnerin

RAin Dagmar Holz

Tel.: +49 211 981-4715

E-Mail: dagmar.holz@de.pwc.com