

AUFSÄTZE

EU-beihilfenrechtliche Stolpersteine bei der Rekommunalisierung – eine Fallstudie am Beispiel der Wasserwirtschaft (Teil 1)

Die Rekommunalisierung von vormals privaten Unternehmen anvertrauten Ent- oder Versorgungsbereichen boomt seitdem die vor der Liberalisierung lukrative Energieversorgung den Kommunen als Quersubventionierungsquelle im kommunalen Querverbund wettbewerbsbedingt „weggebrochen“ ist. Die folgende Abhandlung erläutert anhand einer Fallstudie mögliche EU-beihilfenrechtliche Sollbruchstellen der Rekommunalisierung am Beispiel der Wasserver- und Abwasserentsorgung.

Deskriptoren: Rekommunalisierung, Inhouse-Geschäft, Öffentliches Preisrecht, Quersubventionierung im Kommunal-Holding-Querverbund, Beihilfenrechtswidrige Begünstigung und Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI).

Normen: Art 106, 107 und 108 AEUV.

Von Christian Koenig*

I. Ausgangslage und Fragestellungen

Die folgende – fiktiv aufbereitete – Fallstudie greift typische Konstellationen der Rekommunalisierung aus der kommunalwirtschaftlichen Praxis auf, um Antworten auf häufig auftretende EU-beihilfenrechtliche Fragen anhand eines Beispiels aus der Wasserwirtschaft zu skizzieren:

Die Aqua4U GmbH („Aqua4U“) ist ein deutsches Tochterunternehmen einer international in der Wasserver- und Abwasserentsorgung tätigen börsennotierten Unternehmensgruppe, der aqua4u ltd. (Malta).

Die Aqua4U erbringt seit dem Jahr 2000 zuverlässig und auf hohem technischem Niveau die Trinkwasserver- und Abwasserentsorgung im Gebiet der Stadt S und der im Umland der S gelegenen Gemeinden. Auftraggeber und Vertragspartner der Aqua4U ist der kommunale S-Wasserzweckverband („Zweckverband“), eine Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Sitz in der Stadt S. Mitglieder des Zweckverbandes sind S und deren Umlandgemeinden. Der Zweckverband ist für das Gebiet seiner Mitglieder Träger der öffentlichen Wasserversor-

gung und Abwasserbeseitigung. Zur Erfüllung seiner satzungsmäßigen Aufgaben hat sich der Zweckverband bisher der Aqua4U bedient. Das im Vertrag zwischen dem Zweckverband und der Aqua4U im Rahmen der Laufzeit vom 1.1.2000 bis zum 31.12.2020 vereinbarte Betreibermodell setzt sich aus den Komponenten Betriebsführung und Betreibung zusammen.

Der Zweckverband beabsichtigt, den Vertrag mit der Aqua4U auf Grundlage entsprechender Ratsbeschlüsse der Stadt S und der Zweckverbandsversammlung mit Wirkung zum 31.12.2020 durch Nichtverlängerung zu beenden. Ab dem 1.1.2021 soll der Zweckverband die ihm satzungsmäßig zugewiesenen Aufgaben selbst wahrnehmen.

Zur Realisierung der Rekommunalisierung soll die Wasserrein GmbH („Wasserrein“) gegründet werden, die ab dem 1.1.2021 mit der Betriebsführung der Anlagen der Wasserver- und Abwasserentsorgung im Verbandsgebiet über einen Betriebsführungszeitraum von 20 Jahren (mit Verlängerungsoption) beauftragt werden soll. Die Wasserrein GmbH soll zusammen von dem Zweckverband und der kommunalen Holdinggesellschaft der Stadt S, der Kommunal-Holding GmbH („Kommunal-Holding“) gegründet werden. Die Kommunal-Holding ist ein 100%iges Tochterunternehmen der Stadt S. Unter ihrem Dach sind die stadteigenen Betriebe, wie ua die Nahverkehrs-GmbH, die Abfallentsorgungs-GmbH und die Stadtwerke GmbH, zusammengefasst. Innerhalb der Kommunal-Holding soll auch die Beteiligung an der Wasserrein angesiedelt werden. Dabei soll die Kommunal-Holding 51% der Anteile an der Wasserrein und der Zweckverband 49% halten. Abweichend von den Beteili-

* Der Autor ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn. Der Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten.

gungsverhältnissen wird der Gewinn der Wasserrein disquotally zugunsten des Gesellschafters Kommunal-Holding ausgeschüttet, die 70% des ausschüttungsfähigen Ergebnisses erhält, der Zweckverband soll nur 30% erhalten. Die von der Größe der Geschäftsanteile abweichende Ergebnisverwendung orientiert sich an den entsprechenden Trinkwassermengen in der Stadt S im Verhältnis zu den beteiligten Umlandgemeinden.

Der zwischen dem Zweckverband und der Wasserrein abzuschließende Betriebsführungsvertrag soll vorsehen, dass das Betriebsführungsentgelt nach Maßgabe des öffentlichen Preisrechts, nämlich nach den Leitsätzen für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten – LSP – (Anlage zur VO PR Nr 30/53) kalkuliert wird. Danach erfolgt eine Entgeltkalkulation nach Maßgabe von Selbstkostenerstattungspreisen mit abgesicherten Gewinn- und Wagniszuschlägen. Die Gewinn- und Wagniszuschläge sollen im Betriebsführungsvertrag zugunsten der Wasserrein auf 3,5 % p.a. statisch fixiert werden. Auch ist zugunsten der Wasserrein der nach der Verordnung PR Nr 30/53 mögliche Eigenkapitalzinssatz i. H. v. 6,5 % p.a. festgesetzt worden. Darüber hinaus sieht der Betriebsführungsvertrag eine statisch zugesicherte Pauschalvergütung zugunsten der Wasserrein von 9 % der Kosten für Investitionsvorhaben vor.

Weder für die vorgelagerte Gründung der Wasserrein GmbH durch den Zweckverband einerseits und die Kommunal-Holding andererseits, noch für die nachgelagerte Beauftragung der Wasserrein mit der Betriebsführung der – im Eigentum des Zweckverbandes verbleibenden – Anlagen der Wasserver- und Abwasserentsorgung ist ein wettbewerbliches Ausschreibungs-/Biet-/Vergabeverfahren vorgesehen. Die kommunale Seite beruft sich auf beiden Transaktionsebenen auf ein vergaberechtlich freigestelltes Inhouse-Geschäft, für das überhaupt kein Markt eröffnet sei.

Unabhängig von der – hier nicht behandelten – vergaberechtlichen Beurteilung stellen sich gleichwohl die folgenden EU-beihilfenrechtlichen Fragen und zwar zum einen auf der vorgelagerten Ebene der Beteiligung der Kommunal-Holding an der Wasserrein GmbH (1. & 2.) und zum anderen auf der nachgelagerten Ebene des Betriebsführungsvertrages zwischen dem Zweckverband und der Wasserrein (3. & 4.). Dabei werden die Fragen aus der Perspektive von bereits erfolgten Vertragsabschlüssen auf der Beteiligungs- und der Betriebsführungsebene beantwortet:

1. Erfüllen die Konditionen der Beteiligung der Kommunal-Holding an der Wasserrein den Beihilfentatbestand im Sinne des Art 107 Abs 1 AEUV?
2. Wenn eine beihilfentatbestandliche Begünstigung der Kommunal-Holding nach Art 107 Abs 1 AEUV mangels eines marktüblichen Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnisses vorliegt, stellt sich die Frage, ob

diese als Ausgleich für im Kommunal-Holding-Querverbund erbrachte defizitäre Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) im Sinne des Art 106 Abs 2 AEUV gerechtfertigt werden kann.

3. Auf der Ebene des Betriebsführungsvertrages zwischen dem Zweckverband und der Wasserrein könnte die Beauftragung der Wasserrein mit der Betriebsführung ohne ein wettbewerbliches Vergabe-/Ausschreibungsverfahren zur Herstellung marktüblicher Bedingungen der Dienstleistungskonzession bzw Dienstleistungserbringung eine beihilfenrechtswidrige Begünstigung der Wasserrein bewirken.
4. Wenn auf der Ebene des Betriebsführungsvertrages eine beihilfentatbestandliche Begünstigung der Wasserrein nach Art 107 Abs 1 AEUV vorliegt, stellt sich wiederum die Frage, ob diese als DAWI-Ausgleich für die Betriebsführung der im Gebiet des Zweckverbandes gelegenen Anlagen der Trinkwasserver- und Abwasserentsorgung gerechtfertigt werden kann.

II. EU-beihilfenrechtliche Bewertung im Einzelnen

1. Der EU-Beihilfentatbestand nach Art 107 Abs 1 AEUV

Nach Art 107 Abs 1 AEUV „sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“.

Für die Erfüllung des Beihilfentatbestands nach Art 107 Abs 1 AEUV ist demnach erforderlich, dass

- auf der vorgelagerten Beteiligungsebene die Konditionen der Beteiligung der Kommunal-Holding an der Wasserrein die **Kommunal-Holding** und/oder
- auf der nachgelagerten Ebene des Betriebsführungsvertrages die Konditionen der Beauftragung der Wasserrein mit der Betriebsführung die **Wasserrein** jeweils als Unternehmen marktunüblich begünstigen.

Die **Begünstigung** ist das zentrale Tatbestandsmerkmal des Art 107 Abs 1 AEUV und weit auszulegen. Eine öffentliche Maßnahme ist – unabhängig von ihrer Form und Ausgestaltung – dann als Begünstigung anzusehen, wenn ein Unternehmen eine Leistung ohne angemessene, dh marktübliche, Gegenleistung (Kompensation) erhält. Eine Leistung liegt in jedem geldwerten Vorteil für den Empfänger.¹ An einer marktangemessenen Gegen-

¹ Vgl EuGH, Urt. v. 15.03.1994, Rs C-387/92, *Banco Exterior de España*, Slg 1994, S I-877, Rn 13 f; EuGH, Urt. v. 29.06.1999, Rs C-256/97, *DM Transport*, Slg 1999, S I-3913, Rn 19; EuGH, Urt. v. 17.06.1999, Rs C-295/97, *Piaggio*, Slg 1999, S I-3735,

leistung fehlt es zum einen bei einer einseitigen Vorteils-gewährung und zum anderen, wenn das begünstigte Unternehmen zwar eine Gegenleistung erbringt, diese aber der staatlichen Leistung nach einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung im Wert nicht entspricht.²

Dabei ist die Motivation – wie etwa ein DAWI-Lastenausgleich – der Gewährung geldwerter Vorteile unbeachtlich, die wie hier zB in Bezug auf die disproportionalen Beteiligungskonditionen zugunsten der Kommunal-Holding mit dem erklärten Ziel zugebilligt werden, aus der disproportionalen Gewinnbeteiligung steuerlich wirksame Quersubventionsvorteile zum Ausgleich für im Kommunal-Holding-Querverbund erbrachte defizitäre öffentliche Dienstleistungen zu ziehen. Entscheidend ist allein die objektiv ökonomisch messbare Begünstigungswirkung im Leistungs-Gegenleistungsverhältnis.

Liegt eine Begünstigung im Sinne des Beihilfentatbestands nach Art 107 Abs 1 AEUV vor, so ist von einer Erfüllung der übrigen – hier völlig unproblematischen – Tatbestandsvoraussetzungen des Beihilfenverbotes auszugehen:

Die **Unternehmenseigenschaft** der Kommunal-Holding im Sinne des Art 107 Abs 1 AEUV wird nicht etwa wegen ihrer Ausrichtung als ausgelagerte Beteiligungsverwaltung der Stadt S in Frage gestellt. Die Unternehmenseigenschaft wird nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs³ für „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“ angenommen. In den Erläuterungen der Europäischen Kommission in Ziffer 16 ihrer am 19. Mai 2016 veröffentlichten Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art 107 Abs 1 AEUV⁴ wird lediglich die Selbstverständlichkeit klargestellt, dass eine reine Kapitalbeteiligung, ohne dass der Anteilinhaber eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, alleine noch keine Unternehmenseigenschaft begründet; die Beteiligung als reine Kapitalanlage genügt nicht. Damit stellt die Kommission aber nicht in Frage, dass eine wirtschaftliche Unternehmenseinheit nach der Unionsrechtsprechung gleichwohl vorliegt, wenn eine Holdinggesellschaft auf ein verbundenes Unternehmen kontrollierend Einfluss nehmen kann und die Kontrolle über die wirtschaftliche Tätigkeit des beherrschten Unternehmens – wie im Fall

der Kommunal-Holding in Bezug auf die Wasserrein – auch tatsächlich ausübt.⁵

In seinem Vorabentscheidungsurteil in der Rechtssache *Hydrotherm/Compact* führte der EuGH hierzu aus:

„Im Rahmen des Wettbewerbsrechts ist unter dem Begriff des Unternehmens eine im Hinblick auf den jeweiligen Vertragsgegenstand bestehende wirtschaftliche Einheit zu verstehen, selbst wenn diese wirtschaftliche Einheit rechtlich aus mehreren, natürlichen oder juristischen, Personen gebildet wird.“⁶

Demnach können mehrere juristische Personen (rechtliche Einheiten) einer Unternehmensgruppe zu einer wirtschaftlichen Einheit zusammenzufassen sein und ein Unternehmen im EU-wettbewerbsrechtlichen Sinne darstellen.⁷ Maßgeblich für eine wirtschaftliche Unternehmenseinheit ist danach, dass ein Unternehmen auf ein verbundenes Unternehmen kontrollierend Einfluss nehmen kann und die Kontrolle tatsächlich ausübt.⁸ Nur wenn die juristischen Personen trotz Konzernverbundenheit dagegen autonome Entscheidungsbefugnisse haben, stellen sie selbständige wirtschaftliche Einheiten dar.⁹ Über autonome Entscheidungsbefugnisse verfügt die Wasserrein gegenüber der beherrschenden Kommunal-Holding nicht. Diese Kriterien für die Bildung wirtschaftlicher Unternehmenseinheiten gelten ebenso für öffentlich kontrollierte Holdinggesellschaften bzw Tochterunternehmen.¹⁰

Die die Wasserrein beherrschende Kommunal-Holding bildet nach der Unionsrechtsprechung damit eindeutig eine wirtschaftliche Unternehmenseinheit, da sie die Kontrolle über die wirtschaftliche Tätigkeit der Wasserrein tatsächlich ausübt. Mithin ist die Kommunal-Holding ein begünstigungsfähiges Unternehmen im Sinne des Art 107 Abs 1 AEUV, selbst wenn sie keine Waren und Dienstleistungen auf einem Markt anbietet.

Rn 34; EuG, Urt. v. 16.03.2004, Rs T-157/01, *Danske Busvognmænd*, Slg 2004, S II-917. Siehe zur Problematik eines lediglich mittelbaren wirtschaftlichen Vorteils: *Heidenhain*, EuZW 2007, S 623.

2 Vgl zB EuG, Urt. v. 28.01.1999, Rs T-14/96, *BAI*, Slg 1999, S II-139, Rn 71 ff.

3 Vgl nur EuGH, Urteil vom 10.01.2006 – *Cassa di Risparmio di Firenze SpA u.a.*, Rs C-222/04, Rn 107.

4 http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/notice_aid_en.html.

5 ECLI:EU:C:2010:787, Rn 67; *Bungenberg*, in Birnstiel, *Bungenberg Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht, 1. Auflage, Rn 33 und 34; Urteil *Akzo Nobel u a/Kommission*, Randnr 58; ECLI:EU:C:2011:21, Rn 27; Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht* 5. Auflage 2014, GWB § 36 Grundsätze für die Beurteilung von Zusammenschlüssen, Rn 785.

6 ECLI:EU:C:1984:271, Rn 11.

7 ECLI:EU:C:1984:271, Rn 11; *Intermills / Kommission*; Pollmeier Malchow, ECLI:EU:T:2004:304, Rn 67–70.

8 ECLI:EU:C:2010:787, Rn 67; *Bungenberg*, in Birnstiel, *Bungenberg Heinrich*, Europäisches Beihilfenrecht, 1. Auflage, Rn 33 und 34.

Urteil *Akzo Nobel u a/Kommission*, Randnr 58; ECLI:EU:C:2011:21, Rn 27; Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht*, 5. Auflage 2014, GWB § 36 Grundsätze für die Beurteilung von Zusammenschlüssen, Rn 785.

9 Erwägungsgrund 22 der Verordnung (EG) Nr 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“); ABl Nr L 24 S 1.

10 *Emmerich*, in Immenga/Mestmäcker, *EU-Wettbewerbsrecht*, 5. Auflage 2012, Art 101 Abs 1 AEUV Rn 30.

Sowohl die der Kommunal-Holding (Beteiligungsebene) als auch die der Wasserrein (Betriebsführungsebene) möglicherweise gewährten Vorteile stammen aus **staatlichen Mitteln**. Die öffentlich gewährten Vorteilsleistungen sind dem Mitgliedstaat Deutschland zurechenbar, da sowohl die Beteiligung der Kommunal-Holding an der Wasserrein als auch die Ausgestaltung des Betriebsführungsvertrages nur möglich waren, weil im Mitgliederkreis des Zweckverbandes, also zwischen der Stadt S und den Umlandgemeinden, dies so aktiv ausgehandelt und entschieden worden ist.

Sowohl eine **Wettbewerbsverfälschung** als auch **Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel** sind nach der Mitteilung der Kommission zum Beihilfenbegriff gegeben: Eine Wettbewerbsverfälschung tritt ein, da ein Wettbewerb um die Erbringung der Betriebsführungsdienstleistung („Wettbewerb um den Markt“) möglich, aber vereitelt worden ist und darüber hinaus eine steuerlich wirksame Quersubventionierung im Kommunal-Holding-Querverbund aus öffentlichen Mitteln bewirkt werden soll. Da an einem Wettbewerb um den (kommunalen) Markt der Trinkwasserver- und Abwasserentsorgung potentiell auch Anbieter aus anderen EU-Mitgliedstaaten teilnehmen könnten, liegt auch eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels vor.

Zwischenergebnis:

Einzig der sowohl auf der Beteiligungsebene als auch der auf der Betriebsführungsebene relevante Begünstigungstatbestand nach Art 107 Abs 1 AEUV und dessen fragliche DAWI-Ausgleichsrechtfertigung bedürfen im Folgenden einer näheren Erläuterung.

2. Die beihilfentatbestandlichen Begünstigungskonditionen der Beteiligung der Kommunal-Holding an der Wasserrein

Die Kommunal-Holding könnte vor allem dadurch begünstigt werden, dass sich das Unternehmen ohne marktangemessene Gegenleistung neben dem Zweckverband mehrheitlich am Kapital von Wasserrein beteiligen konnte.

Die Kommunal-Holding hält 51 % der Gesellschaftsanteile an Wasserrein verbunden mit einer disquotalen Beteiligung der Kommunal-Holding an Gewinnen von Wasserrein, wonach 70% der von der Gesellschaft erwirtschafteten Gewinne an die Kommunal-Holding ausgeschüttet werden sollen. Abgesehen von der im Gesellschaftsvertrag enthaltenen Zusage der Kommunal-Holding, während der Betriebsführung durch Wasserrein zu deren Gunsten Verbundsynergien zu realisieren, hat die Kommunal-Holding für die Übernahme der Beteiligung an Wasserrein neben der Einzahlung von 51 % des Stammkapitals keine weiteren Gegenleistungen erbracht. Insbesondere hat die Kommunal-Holding kei-

nen Beteiligungspreis gezahlt, obwohl die Beteiligung an Wasserrein (erst recht in Gesamtschau mit der disquotalen Gewinnbeteiligung zugunsten der Kommunal-Holding) im Hinblick auf den Wasserrein erteilten, umfassenden und langfristigen Betriebsführungsauftrag des Zweckverbandes äußerst werthaltig ist, zumal die Vergütung nach Selbstkostenpreisen Verluste nahezu sicher ausschließt und Gewinne sowohl von Wasserrein als auch deren Gesellschafter letztlich garantiert.

Die kommunale Seite vertritt allerdings die Ansicht, dass die Gründung der Wasserrein durch die Kommunal-Holding und den Zweckverband im Rahmen der Bargründung keinen beihilferelevanten Vorteil zugunsten der Kommunal-Holding begründen könne, da die Gegenleistung für die Gewährung der Geschäftsanteile in der Leistung der Stammeinlage liege und gleiches auch für die Dotierung einer Kapitalrücklage in gleicher Höhe durch die Kommunal-Holding und den Zweckverband gelte.

Schon die These, dass ein nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen handelnder Investor, der einem anderen Investor Beteiligungen einräumt, für die es mehrere Interessenten gibt, sich mit der Leistung der Stammeinlage als Gegenleistung für die Gewährung der Geschäftsanteile zufrieden gibt, widerspricht marktwirtschaftlichen Axiomen.

Bei der – durch den Zweckverband zugunsten der Kommunal-Holding gewährten – Einräumung einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung, für die es zumindest einen potentiellen Markt gibt, ist mit höchster Beweiskraft davon auszugehen, dass der Marktpreis ausschließlich dem höchsten Angebot entspricht, das im Zuge eines offenen, diskriminierungsfreien, transparenten und bedingungsfreien Vergabeverfahrens ermittelt wird. Das Banken Burgenland-Urteil des EuGH¹¹ bestätigt damit die von der Kommission in ihrem Leitfaden zur beihilfenkonformen Privatisierung staatseigener Unternehmen¹² vertretene Position.

Zwar lag dem Banken Burgenland-Urteil des EuGH ein Privatisierungssachverhalt zugrunde, während es hier umgekehrt um einen Rekommunalisierungsvorgang geht. Indes ist der vom EuGH klar herausgearbeitete beihilferechtliche Grundsatz, dass das höchste, aus einem offenen, transparenten und bedingungsfreien Bietverfahren resultierende Gebot zu berücksichtigen sei, genauso beim – im Vergleich zur Privatisierung – umgekehrten Vorgang der Rekommunalisierung maßgeblich. Denn so wie eine Privatisierung private Unternehmen zu begünstigen vermag, läuft auch eine Rekommunalisierung umgekehrt Gefahr, öffentliche Unternehmen, wie die Kommunal-

11 EuGH, Urteil vom 24.10.2013, Rs C-214/12 RP, Rn 94.

12 Vom 12.02.2012, SWD (2012) 14 final, S 12.

Holding, im Sinne des Art 107 Abs 1 AEUV zu begünstigen. Vorliegend wurden a priori der Markt und der Wettbewerb um eine Kapitalbeteiligung an der Wasserrein ausgeschlossen. Ein wirtschaftlich orientierter Marktteilnehmer hätte der Kommunal-Holding eine Beteiligung an Wasserrein unter normalen Marktbedingungen nicht zu Konditionen, wie der Leistung der Stammeinlage, gewährt, ohne den Markt um eine solche Kapitalbeteiligung wettbewerbsfähig zu aktivieren (Private-Investor-Test/Private-Vendor-Test).

Die Aqua4U hat wiederholt ihr großes Interesse gegenüber der Stadt S und dem Zweckverband betont, sich als Bieterin an einem Beteiligungs-Ausschreibungsverfahren, also an einem Wettbewerb um eine Kapitalbeteiligung an der Wasserrein, mit einem wettbewerbsfähigen Angebot zu beteiligen.

Darüber hinaus vertritt die Kommunal-Holding die Ansicht, dass bei dem Erwerb der Beteiligung an Wasserrein wegen eines angeblichen Inhouse-Geschäftes überhaupt kein Markt eröffnet sei und sich insoweit auch die Ausführungen zur Ermittlung und zur Beschaffenheit des Marktpreises bei der Veräußerung gesellschaftsrechtlicher Beteiligungen durch die öffentliche Hand im Hinblick auf die Ausschreibungsvorgaben nach dem Banken Burgenland-Urteil des EuGH¹³ erübrigten. Diese Ansicht verkennt, dass es zumindest einen potentiellen Markt um die Kapitalbeteiligung an der Wasserrein gibt.

Selbst wenn man die Prämisse von einem – nur vergaberechtlich, nicht aber beihilfenrechtlich und, worauf hier nur der Vollständigkeit halber hinzuweisen ist, mit Blick auf die §§ 19, 20 GWB ebenso wenig in kartellrechtlicher Hinsicht relevanten – Inhouse-Geschäft (hilfsweise) unterstellt, so würde dieses allenfalls von einem nachgelagerten geregelten Vergabeverfahren über den Abschluss des Betriebsführungsvertrages (mit einer bereits gegründeten Kommunalgesellschaft) vergaberechtlich freizeichnen. Demgegenüber vermag das vergaberechtliche Institut des Inhouse-Geschäftes nicht, die gegenüber dem Vergaberecht autonomen Anforderungen des EU-Beihilferechts nach dem Private-Vendor-Test beim Bestehen eines potentiellen Marktes um die Kapitalbeteiligung auszuschließen.

Die hohe beihilfenrechtliche Relevanz des *Wettbewerbs um den Markt* hat die Europäische Kommission nun auch in den Ziffern 187 und 188 ihrer Bekanntmachung vom 19. Mai 2016 zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art 107 Abs 1 AEUV¹⁴ (mit entsprechenden Rechtsprechungs nachweisen in den Fußnoten) unmissverständlich deutlich gemacht:

„187. Ist eine vom Staat gewährte Maßnahme geeignet, die Wettbewerbsposition des Empfängers gegenüber seinen Wettbewerbern zu verbessern, so wird sie als Maßnahme erachtet, die den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht¹⁵. In der Praxis wird daher im Allgemeinen eine Wettbewerbsverfälschung im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV festgestellt, wenn der Staat einem Unternehmen in einem liberalisierten Wirtschaftszweig, in dem Wettbewerb herrscht oder herrschen könnte, einen finanziellen Vorteil gewährt¹⁶.

188. Die Tatsache, dass die Behörden eine öffentliche Dienstleistung einem internen Dienstleister übertragen (obgleich sie diese auch einem Dritten hätten übertragen können), schließt eine Wettbewerbsverfälschung nicht aus. Ausgeschlossen ist eine Wettbewerbsverfälschung hingegen dann, wenn sämtliche folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- a) eine Dienstleistung unterliegt einem (im Einklang mit dem Unionsrecht errichteten) rechtlichen Monopol¹⁷;
- b) das rechtliche Monopol schließt nicht nur den Wettbewerb auf dem Markt, sondern auch den Wettbewerb um den Markt aus, in dem es jeglichen möglichen Wettbewerb um die Stellung als alleiniger Erbringer einer Dienstleistung ausschließt¹⁸;
- c) die Dienstleistung konkurriert nicht mit anderen Dienstleistungen;
- d) wenn der Dienstleister auf einem anderen für den Wettbewerb geöffneten (räumlich oder sachlich relevanten) Markt tätig ist, muss eine Quersubventionierung ausge-

13 Urteil vom 24. Oktober 2013, Rs C-214/12 RP.

14 http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/notice_aid_en.html.

15 Urteil des Gerichtshofs vom 17. September 1980, Philip Morris, 730/79, ECLI:EU:C:1980:209, Rn 11; Urteil des Gerichts erster Instanz vom 15. Juni 2000, Alzetta, verbundene Rechtssachen T-298/97, T-312/97 usw, ECLI:EU:T:2000:151, Rn 80.

16 Urteil des Gerichts erster Instanz vom 15. Juni 2000, Alzetta, verbundene Rechtssachen T-298/97, T-312/97 usw, ECLI:EU:T:2000:151, Rn 141 bis 147; Urteil des Gerichtshofs vom 24. Juli 2003, Altmark Trans, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415.

17 Ein rechtliches Monopol ist dann gegeben, wenn eine bestimmte Dienstleistung per Gesetz oder Regulierungsmaßnahme einem einzigen Dienstleister vorbehalten wird und allen anderen Marktteilnehmern die Erbringung dieser Dienstleistung (sogar zur Deckung einer etwaigen Restnachfrage bei bestimmten Kundengruppen) klar untersagt wird. Die Betrauung eines Unternehmens mit einer öffentlichen Dienstleistung bedeutet jedoch noch nicht, dass dieses Unternehmen ein rechtliches Monopol hat.

18 Urteil des Gerichts vom 16. Juli 2014, Deutschland/Kommission, T-295/12, ECLI:EU:T:2014:675, Rn 158; Beschluss der Kommission vom 7. Juli 2002 über die staatliche Beihilfe N 356/2002 — Vereinigtes Königreich — Network Rail (ABl C 232 vom 28.9.2002, S 2), Erwägungsgründe 75, 76 und 77. Wenn beispielsweise eine Konzession auf der Grundlage eines wettbewerbslichen Verfahrens erteilt wird, besteht Wettbewerb um den Markt.

geschlossen werden. Dies setzt voraus, dass getrennte Bücher geführt werden, Kosten und Einnahmen ordnungsgemäß zugewiesen werden, und die staatlichen Zuwendungen für die einem rechtlichen Monopol unterliegende Dienstleistung nicht für andere Tätigkeiten verwendet werden können.“

Wenn die Europäische Kommission in den Ziffern 187 und 188 ihrer Bekanntmachung zum Beihilfenbegriff das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsverfälschung adressiert, setzt sie die Erfüllung des Begünstigungsmerkmals nach Art 107 Abs 1 AEUV voraus. In Ziffer 188 der Bekanntmachung wird insbesondere die These widerlegt, dass ein Inhouse-Geschäft die autonomen Anforderungen des EU-Beihilferechts nach dem Private-Vendor-Test beim Bestehen eines potentiellen Wettbewerbs um den Markt auszuschließen vermag. Ganz offensichtlich erfüllt das „Wasserrein-Modell“ auch nicht die von der Kommission in Ziffer 188 Satz 2 lit a) bis d) kumulativ („sämtliche“) aufgestellten Ausnahmeveraussetzungen.

Grundlegend hat auch das EuG in seinem Tierkörperbeseitigungs-Urteil vom 16. Juli 2014 die EU-beihilferechtliche Relevanz eines potentiellen Wettbewerbs um den Markt betont und dem Vorbringen des Klägers bezüglich des Fehlens eines Marktes aufgrund der „öffentlichen Aufgabe“ (Beseitigung von Tierkörpermaterial der Kategorien 1 und 2) eine grundsätzliche Absage erteilt.¹⁹

Das Vorliegen einer beihilfenrechtlichen Begünstigung der Kommunal-Holding könnte nur dann verneint werden, wenn die Kommunal-Holding für die Beteiligung am Kapital von Wasserrein den Marktpreis gezahlt hätte. Insoweit kann bei der gemeinsamen Gründung einer Gesellschaft durch eine staatliche Stelle wie dem Zweckverband und einem Unternehmen wie der Kommunal-Holding nichts anderes gelten als bei der Veräußerung von Beteiligungen an bestehenden Gesellschaften durch die öffentliche Hand (Privatisierungsvorgänge). Nur wenn die öffentliche Hand eine Beteiligung an einem ihr gehörenden bzw an einem von ihr mitgegründeten Unternehmen im Rahmen eines offenen, transparenten und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahrens verkauft, kann vermutet werden, dass der Marktpreis dem höchsten Angebot entspricht.²⁰

Der Beteiligung der Kommunal-Holding am Kapital von Wasserrein ist indessen kein offenes, transparentes

und bedingungsfreies Ausschreibungsverfahren vorausgegangen. Gespräche über eine Beteiligung sind exklusiv mit der Kommunal-Holding geführt worden. In Ermangelung eines solchen Ausschreibungsverfahrens ist zweifelhaft, ob von öffentlicher Seite anderweitig dargelegt und bewiesen werden kann, dass es sich hierbei um marktübliche Beteiligungskonditionen handelt, welche eine Begünstigung der Kommunal-Holding im Sinne des Beihilfentatbestandes nach Art 107 Abs 1 AEUV auszuschließen vermögen. In Betracht kommt allenfalls ein unabhängiges Bewertungsgutachten, wenn die Kommunal-Holding möglicherweise doch eine marktangemessene Gegenleistung für die Möglichkeit, sich am Kapital an Wasserrein zu beteiligen, geleistet hat.

Angesichts der Transaktionskoordinaten, insbesondere der disquotalen Gewinnbeteiligung zugunsten der Kommunal-Holding in Bezug auf den höchst werthaltigen langfristigen Betriebsführungsauftrag, ist es eher unwahrscheinlich, dass es der öffentlichen Seite gelingt, anhand eines qualifizierten und unabhängigen Bewertungsgutachtens darzulegen und zu beweisen, dass die Kommunal-Holding eine marktangemessene Gegenleistung für die erworbene Mehrheitsbeteiligung an Wasserrein erbracht hat. Denn marktüblich wäre eine Gegenleistung nur dann, wenn ein – anstelle des Zweckverbandes hypothetisch simulierter – privater Investor ebenso einem anderen Investor vergleichbare Konditionen für die Mehrheitsbeteiligung eingeräumt hätte wie hier die öffentliche Hand des Zweckverbandes.²¹

Auch angesichts der im Rahmen von Rekommunalisierungsvorhaben regelmäßig offen bekundeten Quersubventionierungsstrategien durch einen gesteuerten Ressourcentransfer innerhalb von kommunalen Holding-Gruppen obliegt es der öffentlichen Seite – etwa aufgrund eines qualifizierten und unabhängigen Bewertungsgutachtens – darzulegen und zu beweisen, dass die aus öffentlichen Mitteln gespeisten Quersubventionierungen nicht ihrerseits beihilfentatbestandliche Begünstigungen darstellen. Im Rahmen eines solchen qualifizierten und unabhängigen Bewertungsgutachtens müssten die folgenden Koordinaten aus der Unionsrechtsprechung und Kommissionspraxis zur EU-beihilfenrechtlichen Bewertung von Quersubventionierungen innerhalb von öffentlichen Unternehmensgruppen zugrunde gelegt werden:

In der Unionsrechtsprechung und Kommissionspraxis ist anerkannt, dass quersubventionierende Güter- und Dienstleistungstransaktionen zu Vorzugsbedingungen innerhalb von öffentlichen Unternehmensgruppen den

19 EuG, Urteil vom 16.07.2014 – Zweckverband Tierkörperbeseitigung in Rheinland-Pfalz, im Saarland, im Rheingau-Taunus-Kreis und im Landkreis Limburg-Weilburg, Rs T-309/12, insb Rn 204.

20 EuGH, Urteil vom 24.10.2013, C-214/12 P, Rn 94; EuG, Urteil vom 28.2.2012, verbundene Rechtssachen T-268/08 und T-281/08, Rn 70 und 87.

21 Vgl die Mitteilung der Kommission zum Beihilfiebegriff, ABl EU 2016 Nr C 262, S 1, Rn 86.

Beihilfentatbestand nach Art 107 Abs 1 AEUV erfüllen können.²² Die Unionsrechtsprechung hat dabei u a die gemeinsame Nutzung („shared services“) von Datenbanken oder Know-how²³, von Infrastrukturen²⁴ und Reparaturwerkstätten²⁵ der Beihilfenkontrolle unterworfen. Werden innerhalb von öffentlichen Unternehmensgruppen Güter oder Dienstleistungen unterhalb des Marktpreises ausgetauscht, geht auch die Kommissionspraxis grundsätzlich sowohl von einem Verzicht auf staatliche Mittel, als auch von der mitgliedstaatlichen Zurechenbarkeit dieses Verzichtes aus²⁶, wenn nicht zwischen den öffentlichen Gruppenunternehmen nach Maßgabe von – im Vergleich zu privaten Unternehmensgruppen – marktüblichen internen Verrechnungs- oder Transferpreisen²⁷ für „shared services“ abgerechnet wird. Die Kommission bezieht sich in diesem Zusammenhang auf die Transaktionsbedingungen auf dem sachlich relevanten Markt oder auf sachlich vergleichbaren Märkten.²⁸ Dabei sind nach Auffassung der Kommission die marktüblichen Transaktionsbedingungen primär anhand empirischer Marktdaten („*pari passu*“) und nur hilfsweise anhand anderer Bewertungsmethoden, wie des Benchmarking, zu ermitteln.²⁹

Zwischenergebnis:

Die beihilfentatbestandliche Begünstigung der Kommunal-Holding ergibt sich zum einen aus ihrer marktunüblich günstigen Beteiligung an der Wasserrein, insbesondere aus einer disquotale vorteilhaften Beteiligung der Kommunal-Holding an den Wasserrein-Gewinnen, ohne Durchführung eines wettbewerblichen Ausschreibungs-/Bietverfahrens, in dem die Aqua4U für eine Beteiligung an der Wasserrein – marktüblich – mehr einbringen („bezahlen“) könnte.

Ohne einen entsprechenden qualifizierten Gegenbeweis aufgrund eines unabhängigen Bewertungsgutachtens ist davon auszugehen, dass der Kommunal-Holding-Gruppe zum anderen eine beihilfentatbestandliche Begünstigung aufgrund der im Wege der Beteiligung an der Wasserrein eröffneten Quersubventionierungsoptionen durch den öffentlichen Ressourcentransfer erwächst. Angesichts der bekundeten Quersubventionierungsstrategie durch einen gesteuerten Ressourcentransfer innerhalb der Kommunal-Holding-Gruppe muss davon ausgegangen werden, dass andere – insbesondere defizitäre – Kommunal-Holding-Unternehmen auch durch Mittelverschiebungen und den Ausgleich von Gemeinkosten nun von der Eingliederung der Wasserrein in den Unternehmensverbund marktunüblich profitieren.

3. Keine DAWI-Ausgleichsfähigkeit der (Quersubventionierungs-)Begünstigung der Kommunal-Holding für im Kommunal-Holding-Querverbund erbrachte defizitäre öffentliche Dienstleistungen

Die danach gegebene beihilfentatbestandliche Begünstigung der Kommunal-Holding aufgrund der marktunüblichen Konditionen ihrer Beteiligung an der Wasserrein und die daraus erwachsenden Quersubventionierungsvorteile im Kommunal-Holding-Querverbund sind auch nicht als DAWI-Ausgleich für in diesem Querverbund erbrachte defizitäre öffentliche Dienstleistungen gemäß Art 106 Abs 2 AEUV gerechtfertigt. Die von der Europäischen Kommission in ihrem Beschluss über die Anwendung von Art 106 Abs 2 AEUV auf staatliche Beihilfen („DAWI-Freistellungsbeschluss“)³⁰ bzw in ihrem EU-Rahmen für staatliche Beihilfen („DAWI-Beihilfenrahmen“)³¹ definierten, auf

22 EuG, Urt. v. 28.02.2012, verb. Rs T-268/08 und T-281/08, Land Burgenland / Kommission, ECLI:EU:T:2012:90, Rn 47; *Najork*, Die Beurteilung von Quersubventionen nach den Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags, S 98; Kommission, Entsch. v. 11.04.2000, 2001/274/EG – über die Maßnahme, die die Gesellschaft Electricité de France zugunsten bestimmter Unternehmen der Papierindustrie durchgeführt hat, ABl L 95 vom 05.04.2001, S 18–26, Rn 62 ff; siehe auch: *Segura*, in Schröter/Jakob/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art 107 Rn 28.

23 *Najork*, Die Beurteilung von Quersubventionen nach den Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags, S 99.

24 EuGH, Urt. v. 11.07.1996, Rs C-39/94, SFEI ua / La Poste, ECLI:EU:C:1996:285.

25 EuG, Urt. v. 28.09.1995, Rs T-95/94, Sytraval und Brink's France / Kommission, Rn 67.

26 Vgl Kommission, Bekanntmachung zum Beihilfegriff, Rn 52: „Wenn Behörden oder öffentliche Unternehmen Waren oder Dienstleistungen zu einem Preis anbieten, der unter dem Marktpreis liegt, oder in einer Weise in ein Unternehmen investieren, die nicht das ab Randnummer 73 beschriebene Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten erfüllt, stellt dies einen Verzicht auf staatliche Mittel (sowie die Gewährung eines Vorteils) dar.“

27 *Dautzenberg/Engelhard/Piekenbrock*, in: Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort: Verrechnungspreis.

28 Kommission, Bekanntmachung zum Beihilfegriff, Rn 98–114.

29 Kommission, Bekanntmachung zum Beihilfegriff, Rn 85 und 97; die Marktpreisermittlung im Wege des offenen, transparenten und diskriminierungsfreien wettbewerblichen Bietverfahrens ist für konzerninterne Transaktionen als Marktpreisermittlungsinstrument in der Regel ungeeignet.

30 Beschluss der Kommission über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ABl EU 2012 Nr L 7, S 3.

31 Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011), ABl EU 2012 Nr C 8, S 15.

dem *Altmark-Trans*-Urteil des EuGH³² beruhenden Ausgleichsvoraussetzungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen sind nicht erfüllt.

Wichtigste Voraussetzung für eine Freistellung von Ausgleichszahlungen nach dem Freistellungsbeschluss ist die Beauftragung der jeweils (potentiell) begünstigten Kommunal-Holding-Gesellschaften mit der Erfüllung der entsprechenden DAWI durch einen qualifizierten Betrauungsakt. Diese Betrauung kann sowohl hoheitlich durch Verwaltungsakt erfolgen als auch durch einen öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Vertrag; entscheidend ist, dass es sich um einen verbindlichen Rechts- oder Verwaltungsakt handelt.³³

Die Einbeziehung anderer (defizitärer) Unternehmensbereiche im Kommunal-Holding-Verbund, etwa im ÖPNV, als DAWI ist indessen schon deshalb ausgeschlossen, da die Kommunal-Holding hierzu weder im Wasserrein-Gesellschaftsvertrag noch in einem anderen Rechtsakt verpflichtet („betraut“) ist und es insoweit schon a priori an einem im DAWI-Freistellungsbeschluss bzw im DAWI-Beihilfenrahmen streng definierten Betrauungsakt fehlt. Der Betrauungsakt hat die Funktion, ein hohes Maß an Transparenz herzustellen, soll gleichzeitig aber auch Kontroll- und Sicherstellungsfunktionen erfüllen. Diese Funktionen spiegeln sich in Art 4 des Freistellungsbeschlusses wieder, der die Voraussetzungen, die der Betrauungsakt erfüllen muss, wie folgt festsetzt:

Artikel 4

Betrauung

Die Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem öffentlichen Interesse wird dem Unternehmen im Wege eines oder mehrerer Betrauungsakte übertragen, deren Form von den einzelnen Mitgliedstaaten bestimmt werden kann. In dem Akt/den Akten muss insbesondere Folgendes festgelegt sein:

- a) *Gegenstand und Dauer der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen;*
- b) *das Unternehmen und gegebenenfalls das betreffende Gebiet;*
- c) *Art etwaiger dem Unternehmen durch die Bewilligungsbehörde gewährter ausschließlicher oder besonderer Rechte;*
- d) *Beschreibung des Ausgleichsmechanismus und Parameter für die Berechnung, Überwachung und Änderung der Ausgleichsleistungen;*
- e) *Maßnahmen zur Vermeidung und Rückforderung von Überkompensationszahlungen und*

- f) *einen Verweis auf diesen Beschluss.* Der Betrauungsakt muss gemäß Art 4 lit a) des Freistellungsbeschlusses die Art und Dauer der übertragenen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen festsetzen. Dabei muss eine möglichst exakte Definition der einzelnen zu erbringenden DAWI im Betrauungsakt formuliert werden.³⁴

Weder der Wasserrein-Gesellschaftsvertrag noch ein anderer Rechtsakt enthält eine – für einen Betrauungsakt erforderliche – Verknüpfung zwischen DAWI-Ausgleichsleistungen (hier aus einer disquotale vorteilhaften Beteiligung der Kommunal-Holding an den Gewinnen von Wasserrein) einerseits und andererseits den (darauf konnex-bezogenen) betrauten DAWI-Verpflichtungen der Kommunal-Holding zur Erbringung defizitärer öffentlicher Dienstleistungen im Kommunal-Holding-Verbund (insbesondere im ÖPNV). Vielmehr wird der Kommunal-Holding die disquotale vorteilhafte Gewinnbeteiligung an der Wasserrein vertragsrechtlich unabhängig davon eingeräumt, ob sie außerhalb der Wasserver- und Abwasserentsorgung liegende defizitäre öffentliche Dienstleistungen erbringt.

Der von der Kommunal-Holding als solcher angeführte „Betrauungsakt“ in Bezug auf die defizitäre Nahverkehrs-GmbH ist ungeeignet, die Einordnung der Gewinnverwendung auf der Ebene der Kommunal-Holding-Gruppe als insgesamt ausgleichsfähige DAWI im Kommunal-Holding-Querverbund zu begründen. Denn dieser nur auf die Nahverkehrs-GmbH – nicht aber auf den Kommunal-Holding-Querverbund – bezogene Rechtsakt erweist sich auf der Ebene der gesamten Kommunal-Holding-Gruppe in Bezug auf den aufgrund der Verbundintegration von Wasserrein intendierten öffentlichen Ressourcentransfer sowohl von Art und Umfang der DAWI-Betrauung als auch hinsichtlich der Ausgleichskalkulation nach der sog. Nettomehrkostenmethode für die Erbringung der DAWI als vollkommen unzureichend. Auch dürften die Gewinne aus der Wasserrein-Beteiligung zu einer Überkompensation führen, da sie zusätzlich zu den – in dem auf die Nahverkehrs-GmbH bezogenen „Betrauungsakt“ – definierten Zahlungen erfolgen.

Trotz dieses – den DAWI-Ausgleich schon a priori ausschließenden – rechtlichen Konstruktionsfehlers soll hier gleichwohl weiter dargelegt werden, dass vorliegend weder die weiteren spezifischen Voraussetzungen an den Betrauungsakt, noch an die Ausgleichsberechnung der Nettomehrkosten einer DAWI für im Kommu-

32 EuGH, Urt. v. 24.07.2003, Rs C-280/00, *Altmark Trans*, Slg 2003, I-7747.

33 Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfevorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl EU 2012 Nr C 8, S 2, Rn 52.

34 Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, Leitfaden zur Anwendung der Vorschrift der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vom 29.04.2013, SWD(2013) 53 final/2, S 70.

nal-Holding-Querverbund erbrachte defizitäre öffentliche Dienstleistungen erfüllt werden.

Der Betrauungsakt muss gemäß Art 4 lit d) des Freistellungsbeschlusses eine Vorabfestlegung und -definition des Ausgleichsmechanismus und der Parameter für die Berechnung, Überwachung und Änderung der Ausgleichsleistungen enthalten.

Das EuG hat in seinem Urteil in der Rechtssache Zweckverband Tierkörperbeseitigung angemahnt, dass gerade aufgrund des den Mitgliedstaaten eingeräumten Ermessens bei der Bestimmung der Parameter zur Berechnung der Ausgleichsleistung erhöhte Anforderungen an die Objektivität und Transparenz der aufzustellenden Parameter zu stellen sind:

„Gerade weil die Bestimmung des Ausgleichs nur einer beschränkten Kontrolle der Organe zugänglich ist, müssen diese Organe gemäß dem zweiten Kriterium des Urteils Altmark, oben in Rn 21 angeführt, in der Lage sein, das Vorhandensein objektiver und transparenter Parameter zu überprüfen, die so genau gefasst sein müssen, dass jeder missbräuchliche Rückgriff des Mitgliedstaats auf den Begriff der DAWI ausgeschlossen ist.“³⁵

Nicht ausreichend ist bspw die Bestimmung, dass Verluste (pauschal – wie im Kommunal-Holding-Querverbund offenbar avisiert) ausgeglichen werden sollen. Es fehlt an einem objektiven Maßstab für die Berechnung dieser Verluste.³⁶ Daher kann bei einer solchen Festsetzung nicht objektiv und transparent ermittelt werden, ob tatsächlich nur die Nettomehrkosten, die im Rahmen der Erbringung der DAWI entstanden sind, zugrunde gelegt wurden.

Mithin muss im Rahmen des Betrauungsaktes festgelegt werden, welche Parameter für die Bestimmung der Kosten für jede einzelne Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zugrunde gelegt werden.³⁷ Ausreichend ist im Rahmen des Betrauungsaktes, wenn die Grundlagen der zukünftigen Berechnung des Ausgleichs dargelegt sind. Entscheidend ist nicht die Art der entstandenen Kosten, sondern allein, dass diese durch die Erbringung der DAWI entstanden sind.³⁸

Gemäß Art 5 Abs 9 des Freistellungsbeschlusses ist im Betrauungsakt zudem festzulegen, anhand welcher Parameter die Zuordnung der Kosten und Einnahmen zu den einzelnen Tätigkeitsbereichen erfolgt. Die Kostenarten-, Kostenstellen- und Kostenträgerrechnung ist eine betriebswirtschaftlich anerkannte Methode der Kostenzuschlüsselung, die es ermöglicht, die in einem Unternehmen entstehenden Kosten verursachungsgerecht zuzuschlüsseln.

Sofern dem betrauten Unternehmen im Rahmen der Ausgleichsleistungen auch ein angemessener Gewinn zukommen soll, müssten auch die Parameter für die Berechnung dieses Gewinns als Bestandteil der Ausgleichsleistungen für jeden einzelnen gemeinwirtschaftlichen Dienstleistungsbereich im Kommunal-Holding-Verband separat und in objektiver und transparenter Weise in dem Betrauungsakt enthalten sein.³⁹

Auch die gebotene Beschränkung der DAWI-Ausgleichsleistungen auf die Nettomehrkosten ist angesichts einer offen bekundeten Quersubventionierungsstrategie durch einen gesteuerten Ressourcentransfer innerhalb der Kommunal-Holding-Gruppe nicht erkennbar, wenn defizitäre Kommunal-Holding-Unternehmen durch Mittelverschiebungen oder den Ausgleich von Gemeinkosten nun von der Eingliederung der Wasserrein in den Unternehmensverbund profitieren sollen.

Eine Überkompensation besteht dann, wenn entweder unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns die Ausgleichszahlungen über die im Rahmen der Erfüllung der DAWI erforderlichen Nettomehrkosten hinausgehen oder die Ausgleichszahlungen einen nicht angemessenen Gewinn umfassen. Die Mitgliedstaaten sind gemäß Art 6 Abs 1 des Freistellungsbeschlusses verpflichtet, sicherzustellen, dass der gewährte Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nicht höher ist als in Art 5 des Freistellungsbeschlusses vorgesehen.

Gemäß Art 5 Abs 1 des Freistellungsbeschlusses darf *„[d]ie Höhe der Ausgleichsleistungen [...] unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verursachten Nettokosten abzudecken.“*

Diese Ausgleichsbeschränkung auf die Nettomehrkosten entspricht der dritten Voraussetzung nach dem *Altmark-Trans-Urteil*⁴⁰, in dem der EuGH die Kalkula-

35 EuG, Urt. v. 16.07.2014, Rs T-309/12, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung*, noch nicht in aml. Slg, Rn 14; weitgehend identisch bereits EuG, Urt. v. 12.02.2008, Rs T-298/03, *BUPA*, Slg 2001, S II-81, Rn 214.

36 Beschluss der Kommission v. 25.04.2012, SA.25051, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung*, ABl EU 2012 Nr L 236/1, Rz 200 f.

37 Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfevorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl EU 2012 Nr C 8, S 2, Rn 56.

38 Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, Leitfaden zur Anwendung der Vorschrift der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und insbe-

sondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vom 29.04.2013, SWD(2013) 53 final/2, S 74.

39 Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfevorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl EU 2012 Nr C 8, S 2, Rn 57.

40 EuGH, Urt. v. 24.07.2003, Rs C-280/00, *Altmark Trans*, Slg 2003, I-7747.

tionsbedingungen festgesetzt hat, unter denen staatliche Ausgleichsleistungen an ein Unternehmen für die Erbringung von DAWI keine Begünstigung im beihilfenrechtlichen Sinne darstellen.

Maßgeblich für die Berechnung der Höhe der Ausgleichsleistungen im Sinne des Freistellungsbeschlusses ist daher sowohl eine korrekte Ermittlung der Nettomehrkosten der jeweiligen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung als auch eine korrekte Ermittlung des angemessenen Gewinns. In Art 5 Abs 2-4 des Freistellungsbeschlusses hat die Kommission zwei Methoden zur Berechnung der Nettomehrkosten einer DAWI festgesetzt. Die Verwendung einer dieser Berechnungsmethoden ist zwar nicht zwingend, aber vor dem Hintergrund, dass die Kommission beide Methoden anerkannt hat, unbedingt anzuraten:

Artikel 5

Ausgleich

[...]

(2) Die Nettokosten sind die Differenz zwischen den Kosten nach Absatz 3 und den Einnahmen nach Absatz 4. Sie können aber auch als Differenz zwischen den Nettokosten des Dienstleistungserbringers aus der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung und den Nettokosten oder Gewinnen desselben Dienstleistungserbringers ohne eine solche Verpflichtung berechnet werden.

(3) Die zu berücksichtigenden Kosten umfassen sämtliche in Verbindung mit der Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse angefallenen Kosten. Sie sind auf der Grundlage von allgemein anerkannten Rechnungslegungsgrundsätzen wie folgt zu bestimmen:

[...]

Zwischenergebnis:

Angesichts einer offen bekundeten Quersubventionierungsstrategie und des Fehlens eines qualifizierten Betrauungsaktes wird keine der vorstehend aufgeführten Voraussetzungen für ausgleichsfähige DAWI im Kommunal-Holding-Querverbund erfüllt, unter denen die – aus der Begünstigung der Kommunal-Holding aufgrund ihrer marktunüblichen Wasserrein-Gewinnbeteiligung gespeisten – Quersubventionierungsvorteile im Kommunal-Holding-Querverbund als staatliche Ausgleichsleistungen an defizitäre Kommunal-Holding-Unternehmen für die Erbringung von DAWI beihilfenrechtlich gerechtfertigt werden könnten.

4. Die beihilfentatbestandliche Begünstigung der Wasserrein aufgrund des Betriebsführungsvertrages

Die Wasserrein könnte durch das vereinbarte Betriebsführungsentgelt beihilfenrechtswidrig begünstigt werden. Eine

Begünstigung der Wasserrein im Sinne des Beihilfentatbestandes nach Art 107 Abs 1 AEUV könnte dadurch eintreten, dass das nach Maßgabe des öffentlichen Preisrechts, nämlich nach den Leitsätzen für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten – LSP – (Anlage zur VO PR Nr 30/53) kalkulierte Betriebsführungsentgelt regelmäßig höher ausfällt als ein im Rahmen eines wettbewerblichen Vergabe-/Ausschreibungsverfahrens ermitteltes Entgelt, das sich aufgrund des Wettbewerbsdrucks den Kosten einer effizienten Leistungserbringung nähert. Demgegenüber ist im Betriebsführungsvertrag eine Entgeltkalkulation nach Maßgabe der Selbstkosten mit abgesicherten Gewinn- und Wagniszuschlägen vereinbart worden.

Im Hinblick auf die Anwendung einer beihilfenrechtskonformen Bewertungsmethode zur Ermittlung der Marktüblichkeit von Leistungsentgelten bevorzugt die Kommission in ihrer Mitteilung zum Beihilfebegriff ein offenes, transparentes und bedingungsfreies Ausschreibungsverfahren.⁴¹ Dies gilt auch dann, wenn – wie hier beim Abschluss des Betriebsführungsvertrages – kein reguliertes Vergabeverfahren durchgeführt worden ist. Denn die gegenüber dem Vergaberecht autonomen Anforderungen des EU-Beihilferechts greifen hier beim Bestehen eines potentiellen Wettbewerbs um den Betriebsführungsmarkt auch dann durch, wenn man der Prämisse von einem – nur vergaberechtlich, nicht aber beihilfenrechtlich relevanten – Inhouse-Geschäft folgen würde. Das vergaberechtliche Institut des Inhouse-Geschäftes kann nicht die gegenüber dem Vergaberecht autonomen Anforderungen des EU-Beihilferechts ausschließen. Dies hat die Europäische Kommission unter Betonung der hohen beihilfenrechtlichen Relevanz des Wettbewerbs *um den Markt* in Ziffer 188 ihrer Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe unmissverständlich deutlich gemacht:

“Die Tatsache, dass die Behörden eine öffentliche Dienstleistung einem internen Dienstleister übertragen (obgleich sie diese auch einem Dritten hätten übertragen können), schließt eine Wettbewerbsverfälschung nicht aus.”

Wenn die Kommission in Ziffer 188 das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsverfälschung adressiert, so setzt sie die Erfüllung des Begünstigungsmerkmals nach Art 107 Abs 1 AEUV voraus.

Wird ein offenes, transparentes und bedingungsfreies Ausschreibungsverfahren nicht durchgeführt, so ist die Marktüblichkeit der Gegenleistung zwar nicht ausgeschlossen, ihr Nachweis durch anerkannte Bewertungsmethoden, insbesondere Benchmarkverfahren aufgrund verfügbarer objektiver, überprüfbarer und zuverlässiger

⁴¹ Kommission, Mitteilung zum Beihilfebegriff, ABl EU 2016 Nr C 262, S 1, Rn 84, 89 ff.

Marktdaten, unterliegt aber den von der Kommission in ihrer Bekanntmachung veröffentlichten strengen beihilfenrechtlichen Maßstäben.⁴²

Eine reine Vergleichsbetrachtung der bisher im – zum 31.12.2020 auslaufenden – Aqua4U-Modell angesetzten Betriebsführungsentgelte greift im Sinne einer beihilfenrechtskonformen Benchmarkmethode nicht nur zu kurz, sie wäre vielmehr unzulässig. Zum einen ist im Rahmen einer beihilfenrechtskonformen Vergleichsmarktmethode eine umfassende Integralbewertung sämtlicher vergleichbarer Leistungen und Gegenleistungen vorzunehmen, also von vergleichbaren Betriebsführungsleistungen und -entgelten auf anderen räumlichen Märkten. Anschließend müssen die so ermittelten Wirtschaftlichkeitsbenchmarks nach Maßgabe der sachlichen und räumlichen Strukturspezifika der Trinkwasser- und Abwasserentsorgung im Verbandsgebiet angepasst und fortgeschrieben werden. Die von Wasserrein zu erbringenden Betriebsführungsleistungen sind indes nicht mit jenen Leistungen vergleichbar, die derzeit noch von Aqua4U erbracht werden. Aqua4U ist nicht (nur) mit der Betriebsführung der im künftig im Eigentum des Zweckverbandes stehenden Anlagen der Trinkwasser- und Abwasserentsorgung beauftragt, sondern (wirtschaftlicher) Eigentümer und letztlich Betreiber (nicht nur Betriebsführer) der Anlagen. Anders als das künftige Betriebsführungsentgelt von Wasserrein umfasst die vom Zweckverband an Aqua4U derzeit zu zahlende Vergütung auch sämtliche Kapitalkosten des Anlagevermögens (Zinsen und Abschreibungen). Soweit daher die Betriebsführungsvergütung von Wasserrein mit dem Betreiberentgelt von Aqua4U verglichen wird, werden der Sache nach Äpfel mit Birnen verglichen.

Zum anderen darf die Vergleichsbetrachtung nicht rein vergangenheitsbezogen sein, vielmehr müssen die Wirtschaftlichkeitsbenchmarks für die Zukunft angepasst und fortgeschrieben werden. Denn *ratione temporis* geht es hier nicht um das zum 31.12.2020 auslaufende Aqua4U-Modell, sondern um die im (potentiellen) Wettbewerb um den Betriebsführungsmarkt der Trinkwasser- und Abwasserentsorgung nach dem 31.12.2020 zu ermittelnden Wirtschaftlichkeitsbenchmarks, insbesondere wenn potentielle Bieter wie Aqua4U an der Leistungserbringung ohne jede beihilfentatbestandliche DAWI-Ausgleichsleistungen konkret interessiert sind.

Vom Vorliegen einer marktüblichen Vergütung für die von ihr zu erbringenden Leistungen kann auch nicht im Hinblick darauf ausgegangen werden, dass die Vergütung von Wasserrein nach den Bestimmungen des öffentlichen Preisrechts ermittelt werden soll. Die Anwen-

dung des öffentlichen Preisrechts (VO PR Nr 30/53, Leitsätze für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten – LSP) stellt keine beihilfenrechtskonforme Methode zur Ermittlung der Marktüblichkeit des Betriebsführungsentgeltes dar.⁴³

Den entscheidenden Einwand gegen die Eignung des Selbstkostenansatzes nach öffentlichem Preisrecht zur Ermittlung der Marktüblichkeit von Entgelten hat das Bundeskartellamt artikuliert und herausgearbeitet, dass die preisrechtlichen Maßstäbe (historisch) kostenorientiert und auf die Festlegung von Preisobergrenzen ausgerichtet sind, dabei aber die Wettbewerbskräfte zur Kostensenkung (*pro futuro*) weitgehend unberücksichtigt lassen.⁴⁴ Auch enthalten die LSP keine wettbewerbsanaloge Vorgaben zu den marktüblichen Abschreibungsdauern, zum Anteil des betriebsnotwendigen Vermögens oder zur Berücksichtigung von Produktivitäts- und Effizienzfortschritten.

Aus dem Umstand, dass Selbstkostenpreise im wirksamen Wettbewerb auf dem Markt nicht durchgesetzt werden können, hat auch der BGH die Konsequenz gezogen, dass für die wettbewerbsrechtliche Prüfung des Marktmissbrauchs bei der Festlegung von Wasserpreisen nicht auf die Maßstäbe des öffentlichen Preisrechts abzustellen ist, vielmehr auf eine Vergleichsmarktanalyse bzw wettbewerbsanaloge Kostenkontrolle.⁴⁵

Nach allem ist es äußerst unwahrscheinlich, dass sich die zugunsten von Wasserrein vorgesehene Absicherung einer Selbstkostenerstattung sowie von entsprechend fixierten Gewinn- und Wagniszuschlägen über einen Betriebsführungszeitraum von mindestens 20 Jahren in einem wettbewerblichen Vergabe-/Ausschreibungsverfahren ergeben hätte. Denn der damit einhergehende Wettbewerbsdruck veranlasst die Bieter doch gerade, möglichst geringe Kosten zu generieren und mehr Risiken bei der Kostenamortisierung einzugehen. Gerade über einen so langen Betriebsführungszeitraum von mindestens 20 Jahren bewirkt der in einem Vergabe-/Ausschreibungsverfahren induzierte Wettbewerbsdruck regelmäßig eine erhebliche (Grenz-)Kostendegression, also eine Senkung der Stückkosten in der Trinkwasser- und Abwasserentsorgung mit jeder zusätzlich produzierten Einheit. Mit anderen Worten wirkt auf die Bieter ein starker Wettbewerbsanreiz ein, ihr Entgeltgebot eng an den Kosten einer effizienten Leistungserbringung zu orientieren.

42 Kommission, Mitteilung zum Beihilfegriff, ABl EU 2016 Nr C 262, S 1, Rn 97 ff.

43 Zum Diskussionsstand: pro Marktüblichkeit des Selbstkostenansatzes nach öffentlichem Preisrecht: Brüning, DVBl. 2016, 1349 ff; contra: Lotze/Dierkes, RdE 2013, 401 ff (404) und Höfler, NZBau 2015, 736 ff (743).

44 BKartA, Beschl. v. 04.06.2012, Az: B8-40/10, Rn 58 – Berliner Wasserbetriebe.

45 BGH, Beschl. v. 14.07.2015, Az: KVR 77/13, insb Rn 22-25 BA – Wasserpreise Calw II.

Der Verzicht auf ein wettbewerbliches Vergabe-/Ausschreibungsverfahren setzt EU-beihilfenrechtlich zumindest den Einsatz einer wettbewerbsanalogen Bewertungsmethode, wie Vergleichsmarktverfahren, voraus, um insbesondere den Anteil des betriebsnotwendigen Vermögens, die Abschreibungsdauer, Produktivitätsfortschritte, die anzusetzenden Gewinn- und Wagniszuschläge im Wege einer Wettbewerbssimulation beihilfenrechtskonform bewerten zu können.

Hier sind weder die Kosten der Leistungserbringung wettbewerblich ermittelt worden, noch hat eine wettbewerbsanaloge Ermittlung der Gewinn- und Wagniszuschläge stattgefunden, wenn deren Absicherung zugunsten der Wasserrein auf 3,5 % p.a. statisch fixiert worden ist, ohne marktüblich zu hinterfragen, wie sich das von der Wasserrein eingegangene Betriebsführungsrisiko tatsächlich darstellt und über die Vertragslaufzeit entwickelt. Entsprechendes gilt im Hinblick auf die der Wasserrein statisch zugesicherte Pauschalvergütung von 9 % der Kosten für Investitionsvorhaben. Eine marktübliche Verzinsung muss dem tatsächlich eingegangenen Risiko entsprechen und sich an der marktüblichen Eigenkapitalrendite orientieren. Dagegen ist zugunsten der Wasserrein der nach der Verordnung PR Nr 30/53 mögliche, unter den gegenwärtigen Kapitalmarktbedingungen aber als "Mond-Zinssatz" anmutende Eigenkapitalzinssatz i. H. v. 6,5 % p.a. pauschal, aber nicht dem tatsächlich eingegangenen Risiko entsprechend festgesetzt worden. Wenn aber die notwendigen Investitionen ohnehin vom Zweckverband zu finanzieren sind und das unternehmerische Risiko von Wasserrein angesichts des vertraglich-statisch abgesicherten, nach öffentlichem Preisrecht kalkulierten Betriebsführungsentgelts über den Betriebsführungszeitraum von mindestens 20 Jahren sehr gering ist, kann kaum von einer marktüblichen Gegenleistung ausgegangen werden, die einen solchen Gewinn- und Wagniszuschlag einschließlich der Eigenkapitalverzinsung zu rechtfertigen vermag.

Zwischenergebnis:

Die Wasserrein wird durch das nach dem Betriebsführungsvertrag vereinbarte Betriebsführungsentgelt im Sinne des Beihilfentatbestandes nach Art 107 Abs 1 AEUV begünstigt. Das nach Maßgabe des öffentlichen Preisrechts, nämlich nach den Leitsätzen für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten – LSP – (Anlage zur VO PR Nr 30/53) kalkulierte Betriebsführungsentgelt fällt höher aus als ein im Rahmen eines wettbewerblichen Vergabe-/Ausschreibungsverfahrens oder zumindest einer wettbewerbsanalogen Bewertungsmethode, wie Vergleichsmarktverfahren, ermitteltes marktübliches Entgelt.

Insbesondere eine wettbewerbsanaloge Ermittlung der Kosten sowie der Gewinn- und Wagniszuschläge hat hier aber nicht stattgefunden, wenn deren Absicherung zugunsten der Wasserrein auf 3,5 % p.a. statisch fixiert worden ist, ohne marktüblich zu hinterfragen, wie sich das von der Wasserrein eingegangene Betriebsführungsrisiko tatsächlich darstellt und über die Vertragslaufzeit entwickelt. Entsprechendes gilt im Hinblick auf die der Wasserrein statisch zugesicherte Pauschalvergütung von 9 % der Kosten für Investitionsvorhaben.

Auch ist zugunsten der Wasserrein der nach der Verordnung PR Nr 30/53 mögliche, unter den gegenwärtigen Kapitalmarktbedingungen aber als "Mond-Zinssatz" anmutende Eigenkapitalzinssatz i. H. v. 6,5 % p.a. pauschal, aber nicht dem tatsächlich eingegangenen Risiko entsprechend festgesetzt worden. Wenn aber die notwendigen Investitionen ohnehin vom Zweckverband zu finanzieren sind und das unternehmerische Risiko von Wasserrein angesichts des vertraglich-statisch abgesicherten, nach öffentlichem Preisrecht kalkulierten Betriebsführungsentgelts über den Betriebsführungszeitraum von mindestens 20 Jahren sehr gering ist, kann kaum von einer marktüblichen Gegenleistung ausgegangen werden, die einen solchen Gewinn- und Wagniszuschlag einschließlich der Eigenkapitalverzinsung zu rechtfertigen vermag.

5. Keine DAWI-Ausgleichsfähigkeit der Begünstigung der Wasserrein für die Trinkwasserver- und Abwasserentsorgung

Eine Qualifizierung der Trinkwasserver- und Abwasserentsorgung als DAWI erweist sich als nicht haltbar. Dies erfordert nämlich, dass die Leistungserbringung ohne DAWI-Ausgleichsleistungen in wirtschaftlicher Weise nicht möglich ist. Die Aqua4U erbringt aber seit dem Jahr 2000 als ein privatwirtschaftlicher Anbieter die Trinkwasserver- und Abwasserentsorgung für die Stadt S und die Umlandgemeinden. Damit ist schon die Indikation eines Marktversagens für eine Qualifikation der Trinkwasserver- und Abwasserentsorgung als DAWI zu verneinen, da Aqua4U auch weiterhin als ein privatwirtschaftlicher Anbieter für die Trinkwasserver- und Abwasserentsorgung zur Verfügung steht. Die Durchführung eines hier verweigerten wettbewerblichen Ausschreibungs- und Vergabeverfahrens würde ganz offensichtlich das Vorliegen eines entwickelten Betriebsführungsmarktes der Trinkwasserver- und Abwasserentsorgung mit mehreren Bietern/Anbietern – unter ihnen Aqua4U – belegen, die an der Leistungserbringung ohne jede beihilfentatbestandliche Ausgleichsleistungen stark interessiert sind.

Doch selbst wenn man eine geeignete DAWI-Betrauung der Wasserrein nach dem Freistellungsbeschluss bzw dem Beihilfenrahmen der Europäischen Kommission annehmen würde, so müssten die Parameter für die Berechnung der DAWI-Ausgleichsleistungen für jeden einzelnen gewirtschaftlichen Dienstleistungsbereich der Trinkwasser- und Abwasserentsorgung separat und in objektiver und transparenter Weise in dem Betrauungsakt enthalten und die Ausgleichskalkulation entsprechend den (oben unter II. 3. dargelegten) Vorgaben des Freistellungsbeschlusses bzw des Beihilfenrahmens durchgeführt worden sein, um eine Überkompensation zu vermeiden und eine Beschränkung auf die Nettomehrkosten zu gewährleisten. Das nach dem Betriebsführungsvertrag vereinbarte Betriebsführungsentgelt entspricht offensichtlich weder den in objektiver und transparenter Weise in dem Betrauungsakt zu verankernden Ausgleichskalkulationsvorgaben, noch den Vorgaben des DAWI-Freistellungsbeschlusses bzw des DAWI-Beihilfenrahmens zur Vermeidung von Überkompensationen und zur Ausgleichsbeschränkung auf die Nettomehrkosten.

Zwischenergebnis:

Eine DAWI-Ausgleichsfähigkeit der Begünstigung der Wasserrein für die Trinkwasser- und Abwasserentsorgung ist nicht gegeben. Denn eine Qualifizierung der Trinkwasser- und Abwasserentsorgung als DAWI erweist sich als nicht haltbar.

III. Zur Sanktion der Nichtigkeit von beihilfeninfinzierten Verträgen nach § 134 BGB iVm Art 108 Abs 3 S 3 AEUV

Nach Art 108 Abs 3 S 3 AEUV, einem gesetzlichen Verbot im Sinne von § 134 BGB⁴⁶, dürfen Beihilfenmaß-

nahmen nicht durchgeführt werden, bevor die Europäische Kommission – nach entsprechender mitgliedstaatlicher Notifizierung der Maßnahmen (Art 108 Abs 3 S 1 AEUV) – einen abschließenden Genehmigungsbeschluss erlassen hat (Durchführungsverbot). Rechtsgeschäftliche und gesellschaftsvertragliche – beihilfentatbestandliche – Begünstigungsgrundlagen, wie hier der Wasserrein-Gesellschaftsvertrag und der Betriebsführungsvertrag, die gegen das unionsrechtliche Durchführungsverbot (Art 108 Abs 3 S 3 AEUV) verstoßen, unterliegen damit zudem der Nichtigkeitsanktion nach § 134 BGB und folglich einem kondiktionsrechtlichen Rückforderungsrisiko nach §§ 812 ff BGB. Auch besteht das Risiko von vor dem zuständigen Zivilgericht erhobenen Konkurrentenklagen auf Rückabwicklung der unionsrechtswidrigen Beihilfenmaßnahmen. Nach der Rechtsprechung des BGH in seinen sog Flughafen-Urteilen⁴⁷ vom 10.02.2011 kann der öffentliche Beihilfengeber sogar von durch die Beihilfen Betroffenen wie Wettbewerbern des Beihilfenempfängers auf Auskunft, Beseitigung der Beihilfe, Unterlassung und Schadensersatz aus §§ 9, 8, 3, 4 Nr 11 UWG sowie aus § 823 Abs 2 BGB jeweils iVm Art 108 Abs 3 Satz 3 AEUV in Anspruch genommen werden.⁴⁸

53/03, Rn 17, NVwZ 2004, S 636 (637); bestätigt durch BGH, Urt. v. 05.12.2012 – I ZR 92/11, Rn 34.

47 BGH, EuZW 2011, 440 = GRUR 2011, 444; BGH, Az I ZR 213/08 = BeckRS 2011, 5517.

48 Gesterkamp/Hellstern/Koenig, Wettbewerberschutz gegen Quersubventionen im Rahmen von Rekommunalisierungsstrategien am Beispiel des Abfallrechts, WRP 8/2011, S 1047 ff; Koenig/Hellstern, Klagebefugnis und Aktivlegitimation bei lauterkeits- und deliktsrechtlichen Ansprüchen wegen formell unionswidriger Beihilfen, BRZ 3/2013, S 127 ff; Koenig/Hellstern, Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche nach dem UWG gegen Empfänger EU-rechtswidriger Beihilfen, EWS 6/2011, S 216 ff.

46 St. Rspr. seit BGH, Urt. v. 04.04.2003 – V ZR 314/02, Rn 13, EuZW 2003, S 444 (445); BGH, Urt. v. 20.01.2004 – XI ZR

Fazit

Die EU-beihilfenrechtlichen Stolpersteine lassen sich im Rahmen einer Rekommunalisierung zuverlässig nur aufgrund der Durchführung eines offenen, diskriminierungsfreien, transparenten, bedingungsfreien und wettbe-

werblichen Ausschreibungs-/Biet-/Vergabeverfahrens sowohl auf der vorgelagerten Beteiligungs-, als auch auf der nachgelagerten (Betriebsführungs-) Auftragebene ausräumen.