

AUFSÄTZE

EU-beihilfenrechtliche Stolpersteine bei der Rekommunalisierung – eine Fallstudie am Beispiel der Wasserwirtschaft (Teil 2)

(Fortsetzung aus BRZ 2017, Heft 4)

Von Christian Koenig*

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 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; ent-

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

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.

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 Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl EU 2012 Nr C 8, S 2, Rn 52.

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 Wasser- und Abwasserentsorgung liegende defizitäre öffentliche Dienstleistungen erbringt.

Der von der Kommunal-Holding als solcher angeführte „Beträuungsakt“ 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-Beträuung 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 „Beträuungsakt“ – 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 Kommunal-Holding-Querverbund erbrachte defizitäre öffentliche Dienstleistungen erfüllt werden.

34 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 insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vom 29.04.2013, SWD(2013) 53 final/2, S 70.

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

35 EuG, Urte. v. 16.07.2014, Rs T-309/12, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung*, noch nicht in amt. Slg, Rn 14; weitgehend identisch bereits EuG, Urte. 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 Beihilfavorschriften 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 insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vom 29.04.2013, SWD(2013) 53 final/2, S 74.

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-Verbund 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 Kalkulationsbedingungen 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 marktüblichen 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 Beihilfentatbe-

³⁹ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften 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.

standes 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 bedingungsloses Ausschreibungsverfahren.⁴¹ Dies gilt auch dann, wenn – wie hier beim Abschluss des Betriebsführungsvertrages – kein geregeltes 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 bedingungsloses 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 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 Anwendung des öffentlichen Preisrechts (VO PR Nr 30/53,

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

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

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 wettbewerbsanalogen 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 Marktmachtmissbrauchs 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.

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 Betriebsführungsentgeltes 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.

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.

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-Betrachtung 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 gemeinwirtschaftlichen Dienstleistungsbereich der Trinkwasserver- 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 Trinkwasserver- und Abwasserentsorgung ist nicht gegeben. Denn eine Qualifizierung der Trinkwasserver- und Abwasserentsorgung als DAWI erweist sich als nicht haltbar.

III. Zur Sanktion der Nichtigkeit von beihilfeninfinanzierten 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 Beihilfenmaßnahmen 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 Nichtigkeitssanktion nach § 134 BGB und folglich einem kondiktionsrechtlichen Rückforderungsrisiko nach §§ 812 ff BGB. Auch besteht das Risiko von vor dem zuständigen Zivilgericht erhobenen

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

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

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.

Fazit

Die EU-beihilfenrechtlichen Stolpersteine lassen sich im Rahmen einer Rekommunalisierung zuverlässig nur aufgrund der Durchführung eines offenen, diskriminierungsfreien, transparenten, bedingungsfreien und wettbewerblichen Ausschreibungs-/Biet-/Vergabeverfahrens sowohl auf der vorgelagerten Be-

teiligungs-, als auch auf der nachgelagerten (Betriebsführungs-) Auftragsebene ausräumen.

Korrespondenz:

Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig, LL.M. (LSE), profkoenig@gmx.de