

## **Arbeitspapier**

# **Die Regulierung der Erlöse der Unternehmen der Wasserversorgung – Grundlegende institutionen- ökonomische Analysen, Einordnung der gegenwärtigen Praxis und Reformempfehlungen für das Land Hessen**

**Autoren:**

**Prof. Dr. Thorsten Beckers**

**Nils Bieschke**

**Dr. Holger Weiß, LL.M. (Kanzlei W2K)**

**Mai 2018**

## Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Einleitung</b> .....	<b>3</b>
<b>2</b>	<b>Abstrakte Analyse der Regulierung von Wasserunternehmen auf Basis der Institutionenökonomik</b> .....	<b>10</b>
2.1	Wasserversorgungsunternehmen.....	10
2.1.1	Regulierung privater Unternehmen.....	10
2.1.1.1	Grundlagen zur Regulierung monopolistischer Unternehmen sowie Schwerpunktsetzungen hinsichtlich der weiteren Analyse.....	11
2.1.1.2	Zentrale Gestaltungsfragen bezüglich des Anreizregimes und idealtypische Regulierungsverfahren .....	12
2.1.1.3	Zentrale Herausforderungen bei einer Regulierung und zentrale Einflussfaktoren auf die (sinnvolle) Ausgestaltung des Regulierungsverfahrens im konkreten Anwendungsfall .....	16
2.1.1.4	Eignung der idealtypischen Regulierungsverfahren sowie einer TOTEX-Anreizregulierung mit einer ex post erfolgenden regulatorischen Vergütungshöhenfestsetzung für die Regulierung von Wasserversorgungsunternehmen.....	21
2.1.2	Regulierung öffentlicher Unternehmen .....	24
2.1.2.1	Ohne Gewinnorientierung.....	24
2.1.2.2	Mit Gewinnorientierung.....	26
2.1.3	Fazit.....	27
2.2	Fernwasserunternehmen.....	28
<b>3</b>	<b>Institutionenökonomische Einordnung der in Deutschland im Allgemeinen und in Hessen im Speziellen praktizierten Regulierungsverfahren bei Wasserunternehmen und interdisziplinäre Ableitung von Reformempfehlungen für das Land Hessen</b> .....	<b>28</b>
3.1	Wasserversorgungsunternehmen.....	28
3.1.1	Einordnung und Kritik .....	29
3.1.1.1	Regulierung nach dem Gebührenrecht.....	29
3.1.1.2	Regulierung nach dem Kartellrecht .....	30
3.1.1.2.1	Kostenprüfung als Regulierungsverfahren .....	31
3.1.1.2.2	Vergleichsmarktkonzept als Regulierungsverfahren.....	32
3.1.1.2.3	Übergreifende Aspekte und Schlussfolgerungen.....	35
3.1.2	Reformempfehlungen für das Land Hessen .....	35
3.2	Fernwasserunternehmen.....	37
<b>4</b>	<b>Fazit</b> .....	<b>38</b>
	<b>Literatur</b> .....	<b>41</b>

# 1 Einleitung

## GRUNDLAGEN ZUR SEKTORORGANISATION IN DEUTSCHLAND UND ZUR REGULIERUNG

Die Verantwortung für die Sicherstellung der Wasserversorgung ist in Deutschland den Gemeinden zugeordnet. Es handelt sich um eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft i. S. d. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG. In Hessen ist die kommunale Verantwortung in § 30 Abs. 1 HWG festgeschrieben. Dabei steht es den Gemeinden frei, wie sie die Wasserversorgung sicherstellen.<sup>1</sup> Häufig schalten sie Wasserversorgungsunternehmen ein, die eine privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Rechtsform aufweisen können. Diese erbringen oftmals sämtliche zentrale Leistungsbereiche „vor Ort“. Dazu gehören die Gewinnung, die Aufbereitung und die Verteilung des Wassers und damit einhergehend auch das Zähler- und Messwesen sowie ggf. außerdem einzelne Aufgaben des Ressourcenmanagements, das die Schnittstelle u.a. zu den Wasservorkommen und damit zum Gewässer und Umweltschutz sowie zur Landwirtschaft darstellt.<sup>2</sup> Zum Teil erfolgt die Gewinnung jedoch auch durch so genannte Fernwasserunternehmen, die Kommunen-übergreifend Wasser „im großen Stil“ gewinnen (aus Brunnen oder auch durch die Entnahme von Wasser aus Oberflächengewässern) und dann zu den kommunal tätigen Wasserversorgungsunternehmen transportieren.<sup>3</sup> Die Gesamtheit aus Wasserversorgungsunternehmen und Fernwasserunternehmen wird im Folgenden auch als „Wasserunternehmen“ bezeichnet.<sup>4</sup>

Aufgrund der Kostenstrukturen – in besonderer Weise im Netzbereich – handelt es sich bei Wasserversorgungsunternehmen um monopolistische Unternehmen, die nicht durch potentielle Konkurrenz oder Substitutionskonkurrenz bedroht sind und somit über eine umfassende Marktmacht verfügen. Für Fernwasserunternehmen gilt dies – ggf. abgesehen von einzelnen Zeiträumen in speziellen Konstellationen, von denen im Folgenden abstrahiert wird – ebenfalls.<sup>5</sup> Im Kontext der hohen spezifischen In-

---

<sup>1</sup> Die Gemeinden können die Aufgabe (vollständig) selbst erfüllen, auf andere Körperschaften des öffentlichen Rechts oder auf eine private Rechtsform aufweisende Dritte übertragen oder sich dieser bei der Erfüllung ihrer Aufgaben bedienen (vgl. § 30 Abs. 2 und 3 HWG). Soweit die Gemeinde die Wasserversorgung selbst durchführt, kann sie zwischen der Leistungserbringung nach öffentlichem Recht oder Privatrecht wählen.

<sup>2</sup> Damit werden die Vorgaben aus § 50 Abs. 1 S. 1 Wasserhaushaltsgesetz (WHG) umgesetzt („Der Wasserbedarf der öffentlichen Wasserversorgung ist vorrangig aus ortsnahen Wasservorkommen zu decken, soweit überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit dem nicht entgegenstehen.“). Im Kontext der mit der Wassergewinnung einhergehenden erheblichen ökologischen Wirkungen, die umfangreich „vor Ort“ (also am Ort der Gewinnung) anfallen, sei angemerkt, dass dieses Gebot zur möglichst ortsnahen Versorgung aus institutionenökonomischer Sicht als sinnvoll anzusehen ist, da damit eine gewisse Überschneidung von potentiellen Schädigern und Geschädigten erreicht werden kann. Dies ist speziell vor dem Hintergrund bedeutsam, dass aufgrund der Komplexität der Zusammenhänge im (die Beziehungen zur natürlichen Umwelt und zur Landwirtschaft etc. einschließenden) „Wasserversorgungssystem“ und auch der Heterogenität der Konstellationen (über verschiedene Gebiete hinweg) zentrale Regulierungen hier nur in einem begrenzten Ausmaß sinnvolle Wirkungen entfalten können. Dies ist nicht zuletzt auch deshalb der Fall, weil Wissen über die Zusammenhänge im Wasserversorgungssystem häufig vornehmlich „vor Ort“ vorliegt.

<sup>3</sup> Diese Option wird in § 50 Abs. 2 S. 2 WHG angesprochen („Der Bedarf darf insbesondere dann mit Wasser aus ortsfernen Wasservorkommen gedeckt werden, wenn eine Versorgung aus ortsnahen Wasservorkommen nicht in ausreichender Menge oder Güte oder nicht mit vertretbarem Aufwand sichergestellt werden kann.“).

<sup>4</sup> Auf die Abwasserentsorgung und die dort tätigen Unternehmen wird in diesem Arbeitspapier im Übrigen nicht eingegangen.

<sup>5</sup> Z.T. wird für den Bereich der Fernwasserbelieferung und damit die dort tätigen Unternehmen die Position vertreten, dass relevante Wettbewerbspotentiale vorliegen. Auch wenn man den Aspekt der Fristigkeit von (vielfach im Kontext des hohen Kapitalbedarfs sehr lange Laufzeiten aufweisenden und damit potentiell in einem relevanten Ausmaß unvollständigen) Wasserbelieferungsverträgen ausklammert, gibt es Anhaltspunkte dafür, dass man

vestitionen auf Seiten der Unternehmen sowie der Abhängigkeit der Nachfrager von der Versorgung mit Wasser stellt eine (Monopol-)Regulierung der monopolistischen Unternehmen eine geeignete Koordinationsform für die Beziehung zwischen den genannten Akteuren (also den Unternehmen und deren Nachfragern) dar.<sup>6</sup> So kann grundsätzlich sichergestellt werden, dass zum einen die Unternehmen ihre spezifischen Investitionen refinanzieren können und zum anderen die Kunden gegen zu hohe an die Unternehmen zu leistende Zahlungen geschützt sind, die bei den Unternehmen zu Überrenditen führen und diesen ggf. außerdem ineffizientes Agieren („ungestraft“) erlauben würden.

Bei privaten (annahmegemäß) stets gewinnorientierten Unternehmen ist eine so genannte „externe Regulierung“ durch einen eigenständigen Regulierer unumgänglich, der über die (ihm gesetzlich zugesprochenen) Kompetenzen verfügt, dem Gewinnstreben der Unternehmen entgegenzutreten. Wenn die Eigentümer öffentlicher Unternehmen diese nicht auf eine Gewinnerzielung ausrichten und die Unternehmen somit eine so genannte „Not-for-Profit-Orientierung“ aufweisen, stellt dies eine so genannte „interne Regulierung“ dar, die eine externe Regulierung überflüssig machen kann. Allerdings werden auch derartige öffentliche Unternehmen oftmals (extern) reguliert – insbesondere im Falle der zentralen Regulierung von dezentralen Unternehmen in Mehrebenensystemen.<sup>7</sup> Im Folgenden wird im Übrigen mit dem alleinstehenden stehenden Begriff „Regulierung“ stets eine externe Regulierung adressiert.

#### **REGULIERUNG IN DEUTSCHLAND IM ÜBERBLICK**

Für die Regulierung der Wasserunternehmen sind in Deutschland zwei (Regulierungs-)Regime etabliert, das eine richtet sich an Unternehmen, die privatrechtliche Entgelte erheben, das andere betrifft Unternehmen, bei denen die Nachfrager öffentlich-rechtliche Beiträge und Gebühren zu zahlen haben:<sup>8, 9</sup>

---

dieses Wettbewerbspotential im Regelfall als eher gering und oftmals als quasi nicht existent ansehen sollte – zumindest, wenn angestrebt wird, auch die divergierenden ökologischen Effekte von Wassergewinnung in unterschiedlichen Gebieten zu berücksichtigen und diesbezüglich gesamtwirtschaftlich effiziente Lösungen anzustreben. Im Falle von einem in einem wettbewerblichen Kontext erfolgenden Wasserhandel können entsprechende ökologische und gesamtwirtschaftliche (Effizienz-)Ziele nur erreicht werden, wenn durch einen „zentralen Planer“ eine Internalisierung externer Effekte sicherstellende Instrumente eingesetzt werden, wobei sich dafür im Einzelfall wohl vornehmlich (oder ggf. sogar ausschließlich) preisliche Instrumente eignen dürften. Die Ausgestaltung dieser Instrumente wird umfangreiches Wissen voraussetzen, das sich nicht nur auf ökologische Zusammenhänge, sondern auch auf industrieökonomische Aspekte (Wettbewerbsverhalten / -strategien der potentiellen Anbieter und Nachfrager von Wasser bezieht) zu beziehen hat. Die Wissensanforderungen bei einem gesamtwirtschaftliche Effizienz anstrebenden (und dabei ökologische Wirkungen und Kosteneffekte berücksichtigenden) zentralen Planer, der über die Wassergewinnung und -zuordnung in einem überörtlichen System entscheidet (und damit einhergehend Wasserhandel überflüssig macht bzw. nicht zulässt), werden – schon allein, weil keine industrieökonomischen Aspekte zu berücksichtigen sind – geringer sein. Daher ist nicht davon auszugehen, dass bei der Option des Wasserhandels vorteilhaftere Allokationsentscheidungen erfolgen werden.

<sup>6</sup> Diese Aussage trifft auch auf die Fernwasserunternehmen zu.

<sup>7</sup> Dies ist grundsätzlich auch aus institutionenökonomischer Sicht sinnvoll, worauf in Abschnitt 2.1.2.1 noch eingegangen werden wird.

<sup>8</sup> Die Darstellungen zur Regulierung von Wasserversorgungsunternehmen in Deutschland in diesem Arbeitspapier basieren im Wesentlichen auf VKU (2014) und BRÜNING (2014).

<sup>9</sup> Z.T. nehmen die Wasserversorgungsunternehmen an so genannten „Benchmarking-Aktivitäten“ in den einzelnen Bundesländern teil, in denen anhand von Kennzahlen für die Effizienz der einzelnen Unternehmen relevante Aspekte beleuchtet werden. Diese Benchmarking-Aktivitäten werden zum Teil als Substitut für eine Regulierung eingestuft. Ohne die Sinnhaftigkeit geeignet ausgestalteter Benchmarking-Verfahren, die dazu führen, dass einzel-

- **Regulierung nach dem Kartellrecht und ergänzend nach § 315 BGB:** Sämtliche Wasserunternehmen, die eine private Rechtsform aufweisen, haben privatrechtliche Entgelte zu erheben. Außerdem haben Unternehmen in öffentlich-rechtlicher (Rechts-)Form die Option, anstelle von Gebühren auf privatrechtliche Entgelte zurückzugreifen. Die privatrechtliche Entgelte (im Folgenden nur als „Entgelte“ bezeichnet)<sup>10</sup> erhebenden Unternehmen werden nach dem Kartellrecht reguliert, das auf nationaler Ebene<sup>11</sup> im „Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen“ (GWB) verankert ist. Die nationale Gesetzgebungskompetenz liegt beim Bund (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG und Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG). Grundlage der kartellrechtlichen Entgeltkontrolle ist das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (§ 19 GWB; § 31 Abs. 3 und 4 GWB). Insoweit wird auch von der „kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht“ gesprochen, mit der einer (missbräuchlichen) Ausnutzung von Marktmacht entgegengetreten werden soll. Für die Anwendung des Kartellrechts und somit die Durchführung der Regulierung sind dabei im Regelfall die Landeskartellbehörden zuständig. Lediglich dann, wenn die Wirkung des in Rede stehenden Verhaltens oder eine Wettbewerbsregel über das Gebiet eines Landes hinausreicht, ist das Bundeskartellamt verantwortlich (§ 48 Abs. 2 GWB); außerdem kann bei Einvernehmen zwischen den Behörden im Einzelfall die Zuständigkeit von einem Landes- auf das Bundeskartellamt übergeben werden und umgekehrt (§ 49 Abs. 3 und 4 GWB).

Die Kartellbehörden können ihre Regulierung von Wasserunternehmen entweder auf dem Sektor-übergreifend gültigen § 19 GWB oder auf dem (Wasser-)Sektor-spezifischen (§ 31b Abs. 5 und 3 i. V. m.) § 31 Abs. 3 und 4 GWB<sup>12</sup> basieren. Beide Vorschriften sind parallel anwendbar (vgl. § 31b Abs. 6 GWB).<sup>13</sup> Sie erlauben den Kartellbehörden jeweils die Auswahl zwischen zwei Regulierungsverfahren, der so genannten „Kostenkontrolle“ und dem so genannten „Vergleichsmarktkonzept“. Praxisrelevante Unterschiede zwischen dem Vergleichsmarktkonzept nach § 19 GWB und § 31 GWB bestehen bei Frage der Beweislastzuordnung zwischen Kartellbehörden und Unternehmen sowie der (bestehenden bzw. nicht bestehenden) Möglichkeit der Rückwirkung von regulatorischen Vorgaben an Unternehmen zu Preissenkungen. Die auf dem Vergleichsmarktkonzept basierende Kontrolle nach § 31 Abs. 4 Nr. 2

---

ne Unternehmen Verbesserungspotentiale identifizieren können, in Frage zu stellen, sei angemerkt, dass diese aktuell praktizierten Benchmarking-Aktivitäten nicht ansatzweise als Verfahren zur Regulierung marktmächtiger Unternehmen eingestuft werden können. Daher wird auf diese Benchmarking-Aktivitäten in diesem Arbeitspapier nicht weiter eingegangen.

<sup>10</sup> Üblicherweise wird der Begriff „Entgelte“ auch als Oberbegriff für privatrechtliche Entgelte und öffentlich-rechtliche Gebühren verwendet. Auf diese Möglichkeit zur Begriffsverwendung wird in diesem Arbeitspapier speziell in Abschnitt 2 zurückgegriffen; ansonsten bezeichnen „Entgelte“ stets privatrechtliche Entgelte.

<sup>11</sup> Kartellrechtliche Vorgaben bestehen auch auf europäischer Ebene (vgl. insb. Art. 101 f. AEUV); sie greifen aber nur bei grenzüberschreitender Relevanz – sog. „Zwischenstaatlichkeitsklausel“, vgl. BECHTOLD / BOSCH (2015, Einführung, Rn. 68); diese ist im Wasserbereich in der Regel nicht erfüllt, vgl. IMMENGA / MESTMÄCKER / KÖRBER (2014, § 31 GWB Rn. 86 (von S. Klaue)).

<sup>12</sup> Unmittelbar anwendbar ist § 31 Abs. 4, wenn ein Konzessionsvertrag mit Ausschließlichkeitscharakter mit dem Unternehmen besteht; gem. § 31b Abs. 5 kann sich die Kartellbehörde unabhängig von einem solchen Konzessionsvertrag auf die Vorschrift stützen, soweit das Unternehmen marktbeherrschend ist; LOEWENHEIM ET AL. (2016, § 31 GWB Rn. 17 (von A. Zuber)).

<sup>13</sup> Vgl. LOEWENHEIM ET AL. (2016, § 31 GWB Rn. 14 (von A. Zuber)).

GWB ist gegenüber der Prüfung nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB durch die Kombination aus weiten Tatbestandsvoraussetzungen in § 31 Abs. 4 Nr. 2 Hs. 1 GWB und der Beweislastumkehr nach § 31 Abs. 4 Nr. 2 Hs. 2 GWB deutlich verschärft.<sup>14</sup>

Im Übrigen besteht für Kunden privatrechtlich agierender Unternehmen die Option, unter Rückgriff auf § 315 BGB vor Zivilgerichten gegen die Höhe der Entgelte wegen Unbilligkeit vorzugehen. Aus verschiedenen Gründen handelt es sich hierbei um eine aus Kundensicht eher „schwache“ Regulierung, auf die in diesem Arbeitspapier nicht weiter eingegangen werden wird.<sup>15</sup>

- **Regulierung nach dem Gebührenrecht:** Öffentlich-rechtliche Unternehmen erheben – sofern sie nicht von der Option der Berechnung von Entgelten Gebrauch machen – öffentlich-rechtliche Beiträge und Gebühren (im Folgenden nur als „Gebühren“ bezeichnet). Deren Höhe wird – i.d.R. unter Rückgriff auf Vorarbeiten und Vorschläge der entsprechenden Unternehmen – durch die Kommunen in Satzungen festgelegt. Dabei sind die landesrechtlichen Vorgaben in den Kommunalabgabengesetzen (KAG) zur Gebührenkalkulation zu berücksichtigen, die wiederum grundsätzliche aus grundgesetzlichen Regelungen folgende Prinzipien zu beachten haben. Daher wird vielfach auch von einer Regulierung nach dem „Gebührenrecht“ gesprochen. In die Überprüfungen der Kosten und der sich aus diesen ergebenden Gebühren können zunächst verschiedene Akteure auf kommunaler Ebene einbezogen sein. Übergeordnet sind die Kommunalaufsichtsbehörden und ggf. auch weitere Akteure auf Landesebene (z.B. der Landesrechnungshof) in die Prüfung der Gebührenhöhe involviert und somit in gewisser Hinsicht als Regulierer tätig. Im Übrigen bestehen auch direkte Rechtsschutzmöglichkeiten für Nachfrager vor den Verwaltungsgerichten, um prüfen zu lassen, ob durch die entsprechende Satzung festgelegte Gebührenhöhen durch die jeweiligen landesrechtlichen Regelungen gedeckt sind.<sup>16</sup>

Über Jahrzehnte haben die Kartellbehörden ihre Regulierungskompetenzen im Bereich der Wasserunternehmen nur eher zurückhaltend wahrgenommen. Dies änderte sich für die Öffentlichkeit wahrnehmbar in den 2000er Jahren in Hessen, als die Landeskartellbehörde unter Rückgriff auf das Regulierungsverfahren des Vergleichsmarktkonzepts gegen einzelne Unternehmen vorging. In diesem Zusammenhang ist vor allem der Fall des Wetzlarer Wasserversorgers enwag zu nennen, gegen den das Landeskartellamt im Jahr 2007 eine Preissenkungsverfügung richtete. Hiergegen klagte die enwag, verlor dieses Verfahren jedoch sowohl in 2008 vor dem Oberlandesgericht (OLG) Frankfurt / M. als auch in den wesentlichen Punkten in 2010 letztinstanzlich vor dem Bundesgerichtshof (BGH). Infolgedessen kam es zeitweise zu einer Absenkung der Entgelte der enwag um über 30%. Im Jahr

---

<sup>14</sup> Vgl. BECHTOLD / BOSCH (2015, § 31 Rn. 18, 23) und IMMENGA / MESTMÄCKER / KÖRBER (2014, § 31 GWB Rn. 57 (von S. Klaue)).

<sup>15</sup> Auf eine vertiefte Betrachtung dieser (auf Klagen einzelner Nachfrager basierenden) Regulierungskomponente wird auch verzichtet, weil – wie ebenfalls in der späteren Fußnote 23 angesprochen – aufgrund der hohen Marktmacht von Wasserunternehmen und der Vielzahl an Nachfragern Regulierungsregime grundsätzlich ungeeignet sind, die auf einzelnen Klagen von Nachfragern basieren.

<sup>16</sup> Die Nachfrager können im Wege des Normenkontrollantrags gegen die Gebührensatzung (§ 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO, § 15 HessAGVwGO) oder im Wege der Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO) gegen Gebührenbescheide vorgehen.

2011 überführte Wetzlar die Wasserversorgung in ein öffentlich-rechtliches Unternehmen, das Gebühr bei den Nachfragern erhebt, und floh damit aus der kartellrechtlichen Regulierung. In den vergangenen Jahren sind auch in anderen Bundesländern Kartellbehörden gegen Wasserversorgungsunternehmen vorgegangen und haben mehrfach Preissenkung erwirkt. Bei ihren Aktivitäten haben die Kartellbehörden überwiegend auf das (Regulierungs-)Verfahren des Vergleichsmarktkonzepts zurückgegriffen (u.a. das Bundeskartellamt in einem Verfahren gegen die Berliner Wasserbetriebe), aber es wurde auch der Kostenprüfungsansatz angewendet (so vom Landeskartellamt in Baden-Württemberg im Verfahren gegen das für die Wasserversorgung in Calw zuständige Unternehmen).

#### **POSITIONEN ZUR DERZEITIGEN REGULIERUNG SOWIE AUSRICHTUNG UND STRUKTUR DIESES ARBEITSPAPIERS**

In vielen ökonomischen Publikationen und Stellungnahmen wird die derzeitige Regulierung im Wassersektor als ungeeignet eingestuft. Dabei wird oftmals insbesondere die Regulierung nach dem Gebührenrecht als aus Verbrauchersicht nachteilig kritisiert. Die Monopolkommission forderte 2010 und 2012 zunächst, dass analog zur Regulierung der Strom- und Gasnetze mit der Bundesnetzagentur als zentral für sämtliche Unternehmen zuständigem Regulierer eine einheitliche Regulierung für die Wasserversorgung implementiert werden sollte.<sup>17</sup> Ferner vertrat sie die Position, dass zwischenzeitlich, d.h. solange diese Regulierung durch die Bundesnetzagentur noch nicht eingeführt ist, die Gesetze so angepasst werden sollten, dass die Regulierung nach dem Kartellrecht auch bei öffentlich-rechtlichen Unternehmen verpflichtend anzuwenden wäre. Insofern sieht die Monopolkommission die Regulierung nach dem Kartellrecht als geeigneter als die Regulierung nach dem Gebührenrecht an, um die Konsumenten vor einer Ausübung von Marktmacht und einem ineffizienten Agieren durch die Unternehmen zu schützen. Vertreter von Wasserunternehmen verweisen hingegen darauf, dass bei einer Regulierung nach dem Kartellrecht insbesondere bei Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts eine Entwertung spezifischer Investitionen drohe und somit eine Unsicherheit bestehe, die zum Unterlassen von eigentlich erforderlichen Investitionen führen könne.<sup>18</sup>

Im Kontext der dargestellten Kontroverse über die derzeitige Regulierung von Wasserunternehmen und der zu erwartenden Investitionserfordernisse im System der Wasserversorgung im Rhein-Main-Gebiet werden in diesem Arbeitspapier (verteilt auf die Abschnitte 2 und 3) folgende Themen betrachtet:

- In Abschnitt 2 erfolgt eine abstrakte Analyse der Regulierung von Wasserversorgungsunternehmen im Mehrebenensystem, die vor allem darauf ausgerichtet ist, die Eignung alternativer Regulierungsverfahren zu beurteilen.<sup>19</sup> Die Analysen basieren auf Erkenntnissen der Institutionenökonomik und dabei insbesondere der Neuen Institutionenökonomik (NIÖ) und sind insofern abstrakt, als dass zwar (implizit) von den technisch-systemischen Rahmenbedingungen auf der Angebots- und der Nachfrageseite sowie von der Unternehmensstruktur ausgegangen

---

<sup>17</sup> Vgl. MONOPOLKOMMISSION (2010) und MONOPOLKOMMISSION (2012).

<sup>18</sup> Diese Sichtweise ist den Autoren dieses Arbeitspapiers von Unternehmensvertretern in verschiedenen Gesprächen dargelegt worden.

<sup>19</sup> Dabei wird die Zuordnung von Regulierungskompetenzen im Mehrebenensystem – abgesehen von den Betrachtungen in Abschnitt 2.1.2 – grundsätzlich nicht untersucht.

wird, die in Deutschland vorliegen, aber keine Berücksichtigung der derzeitigen Regulierung in Deutschland erfolgt. Bei den Analysen steht die Regulierung privater (d.h. im privaten Eigentum stehender) und damit gewinnorientierter Wasserversorgungsunternehmen im Vordergrund, aber es wird auch die Regulierung öffentlicher Wasserversorgungsunternehmen betrachtet, die je nach Vorgabe des Eigentümers entweder eine Gewinnorientierung aufweisen oder nicht. Angemerkt sei, dass bezüglich öffentlicher Unternehmen ein enges Begriffsverständnis zugrunde gelegt wird und nur solche Unternehmen als öffentlich eingestuft werden, die sich (vollständig) im Eigentum der Gebietskörperschaft (bzw. Gebietskörperschaften) befinden, denen die Nachfrager des Unternehmens zugehörig sind.<sup>20</sup> Ergänzend zur Analyse der Regulierung von Wasserversorgungsunternehmen wird auch auf die Regulierung von Fernwasserunternehmen eingegangen.

- In Abschnitt 3 wird – aufbauend auf die in Abschnitt 2 generierten Erkenntnisse – zunächst die derzeitige Regulierung sowohl für die Wasserversorgungs- als auch die Fernwasserunternehmen nach dem Gebührenrecht und nach dem Kartellrecht in Deutschland im Allgemeinen und in Hessen im Speziellen aus institutionenökonomischer Sicht eingeordnet und bewertet.<sup>21</sup> <sup>22</sup> Anschließend wird – die Frage von auf Bundesebene (und dabei ggf. unter Einbezug der Länder über den Bundesrat) zu beschließender Reformoptionen für die Regulierung der Wasserunternehmen ausklammernd – thematisiert, welche Reformen bezüglich der Regulierung der Wasserunternehmen das Land Hessen eigenständig (und damit ohne begleitende Reformen auf Bundesebene) durchführen könnte, um die mit der Regulierung verbundenen Ziele in einem höheren Ausmaß als derzeit zu erreichen. Bei der Analyse derartiger Reformoptionen für die Regulierung der Wasserunternehmen wird juristisches Wissen einbezogen, während ansonsten in dem Arbeitspapier (und damit auch bei Darstellung und Einordnung der aktuellen Regulierung der Wasserunternehmen) rechtliche Aspekte nicht oder nur am Rande bzw. auf einem hohen Aggregationsniveau berücksichtigt werden.

---

<sup>20</sup> Damit wird dem Verständnis von öffentlichen Unternehmen gefolgt, dass in BECKERS ET AL. (2014, S. 218-220) (ausführlicher) dargestellt ist. Wenn sich Wasserunternehmen im Eigentum „fremder“ Gebietskörperschaften (und dies ggf. indirekt, indem zunächst öffentliche Unternehmen aus fremden Gebietskörperschaften ihre Eigentümer sind) befinden, denen die Nutzer der entsprechenden Wasserunternehmen nicht zugehörig sind, dann kann auch von privaten Eigentümern in einem weiten Sinne gesprochen werden. Die private Eigentümerschaft im weiten Sinne umfasst damit dann sowohl private Investoren (als private Eigentümer im engen Sinne) als auch „fremde“ Gebietskörperschaften als Eigentümer.

Die Regulierung von sich im Eigentum fremder Gebietskörperschaften befindender Wasserunternehmen weist insbesondere dann Besonderheiten gegenüber der Regulierung „normaler“ privater Unternehmen, die sich im Eigentum privater Investoren befinden, auf, wenn diese (sich im Eigentum fremder Gebietskörperschaften befindlicher) Unternehmen gegenüber sämtlichen ihrer Nachfrager (und damit nicht nur gegenüber Nachfragern in der Gebietskörperschaft, die ihr Eigentümer ist) eine Not-for-Profit-Ausrichtung aufweisen. Dieser Aspekt wird jedoch in dem vorliegenden Arbeitspapier ausgeklammert.

<sup>21</sup> Die in Abschnitt 3 betrachteten Themen werden im Übrigen ebenfalls – wie auch einige Themen aus Abschnitt 2 – in dem derzeit von Anna Wallbrecht verfolgten Promotionsvorhaben zum Thema „Regulierung der Wasserversorgung – Eine (institutionen-)ökonomische Analyse“ untersucht. Bei der Erstellung ihres Promotionsvorhabens wird Anna Wallbrecht von dem erstgenannten Autor dieses Arbeitspapiers betreut, der in diesem Zusammenhang einige der in diesem Arbeitspapier dargestellten Überlegungen in der Vergangenheit mit Anna Wallbrecht hatte diskutieren können, wofür ihr gedankt sei.

<sup>22</sup> Dabei erfolgt im Übrigen kein Hinterfragen der Zuordnung der Regulierungskompetenzen zwischen Bund und Ländern.

Im Übrigen wird im abschließenden Abschnitt 4 ein kurzes Fazit gezogen.

#### **ANNAHMEN UND ANMERKUNGEN ZU DEN ANALYSEN IN DIESEM ARBEITSPAPIER**

Als Ziel einer Regulierung wird bei den Analysen zunächst eine effektive Erreichung von (übergeordneten) Zielen in den Bereichen der Versorgungssicherheit, der Hygiene und des Gesundheitsschutzes sowie der Interaktion mit der Umwelt (einschließlich der Wasservorkommen) unterstellt. Da der effektiven Erreichung dieser Ziele eine extrem hohe Bedeutung zukommt, können diese auch als Nebenbedingungen eingestuft werden, die in jedem Fall zu berücksichtigen sind. Als weiteres Ziel wird – die Interessen der Nachfrager in den Mittelpunkt stellend – Kosteneffizienz angesehen, worunter eine Minimierung des Barwerts der langfristig von den Nachfragern an die Wasserunternehmen (in Form von Entgelten oder Gebühren) zu leistenden Zahlungen verstanden wird.<sup>23, 24</sup> Dabei ist davon auszugehen, dass die Nebenbedingung zu beachten ist, dass Unternehmen nicht opportunistisch behandelt werden und diese somit ihre Investitionen refinanzieren und Kosten durch die von den Nutzern erzielten Einnahmen abdecken können, soweit diese nicht durch ineffizientes Agieren bedingt sind.

Berücksichtigend, dass die Nachfrager nach den Angeboten der Wasserversorgungsunternehmen auch Steuerzahler sind und es somit eine relevante Überschneidung der Kollektive der Nachfrager und Steuerzahler gibt sowie dass die Nachfrager auch Nutzer von aus den kommunalen Haushalten finanzierten Angeboten sind, dürften von öffentlichen Unternehmen an ihre Eigentümer ausgeschüttete Gewinne eine andere Relevanz für die (jeweils „betroffenen“ und somit im Versorgungsgebiet des entsprechenden Unternehmen ansässigen) Nachfrager haben als von privaten Unternehmen erzielte Gewinne. Dieser Aspekt wird bei den weiteren Analysen z.T. beachtet, worauf an den entsprechenden Stellen hingewiesen wird.

---

<sup>23</sup> Auch die (Transaktions-)Kosten, die durch die Regulierung selber verursacht werden, sollten bei der Analyse von Regulierungsoptionen berücksichtigt werden. Bei den Unternehmen anfallende (Transaktions-)Kosten werden letztendlich von den Nutzern zu tragen sein und sind daher von der aufgeführten Definition von Kosteneffizienz erfasst. Die bei Regierungsbehörden und Gerichten, die Streitigkeiten zwischen Unternehmen und Regierungsbehörden verhandeln, anfallenden (Transaktions-)Kosten werden in der Praxis (die verschiedenen Infrastruktursektoren berücksichtigend) vielfach von den Steuerzahlern getragen. Bei den Analysen in diesem Arbeitspapier wird (implizit) davon ausgegangen, dass diese (Transaktions-)Kosten auch von den Nachfragern zu übernehmen sind, so dass diese auch die Kosteneffizienz beeinflussen. Vor dem Hintergrund, dass bei der hohen Marktmacht von Wasserunternehmen und der Vielzahl der Nachfrager Regulierungsregime grundsätzlich ungeeignet sind, die auf einzelnen Klagen von Nachfragern basieren, wird die Thematisierung der Berücksichtigung von bei Nachfragern aufgrund bestimmter regulatorischer Ausgestaltungen anfallenden (Transaktions-)Kosten im Rahmen des Konzeptes der Kosteneffizienz als nicht erforderlich angesehen.

<sup>24</sup> Berücksichtigend, dass die Nachfrager auch Steuerzahler sind und dass die regulierten Unternehmen und die „hinter diesen stehenden“ Eigentümer auf erzielte Gewinne (Gewinn-)Steuern zu zahlen haben, sei darauf verwiesen, dass in bestimmten Konstellationen eine mit höheren (direkten) Nutzerzahlungen an ein reguliertes Unternehmen einhergehende Regulierungsoption A letztendlich aus Sicht der (auch Steuern zahlenden) Nachfrager besser zu beurteilen sein kann als eine mit niedrigeren Nutzerzahlungen einhergehende Regulierungsoption B. Dies kann speziell dann der Fall sein, wenn bei Regulierungsoption A die (Transaktionskosten einschließenden) gesamtwirtschaftlichen Kosten geringer und die Gewinne des regulierten Unternehmens höher sind als bei Regulierungsoption B, denn bei Anwendung der Regulierungsoption A fließen höhere Steuerzahlungen von dem regulierten Unternehmen an den Staat, was – von identischen Gesamteinnahmen des Haushalts ausgehend – reduzierte Steuerzahlungen der auch Nachfrager darstellenden Steuerzahler erlaubt. Vgl. für ein konkretes Beispiel und ausführlichere Erläuterungen dazu z.B. BECKERS / KÜHLING / KLATT (2010, S. 20). Angemerkt sei, dass in den vorstehenden Überlegungen (implizit) davon ausgegangen wird, dass die Ertragskompetenz bei den berücksichtigten Steuern bei der Gebietskörperschaft liegt, in der das betrachtete regulierte Unternehmen tätig ist. Dies dürfte in der Realität in den in diesem Arbeitspapier betrachteten Konstellationen im Übrigen nur sehr eingeschränkt der Fall.

Angemerkt sei, dass aufgrund von Ressourcen- und dabei vor allem Zeitrestriktionen bei der Erstellung dieses Arbeitspapiers nicht sämtliche Analyseschritte in dem im Hinblick auf eine möglichst unkomplizierte intersubjektive Nachvollziehbarkeit gebotenen Umfang dargelegt werden können und zum Teil die Anwendung von Erkenntnissen der NIÖ nicht explizit erläutert wird, sondern implizit erfolgt. Vertiefte Analysen und ausführlichere Darstellungen zu alternativen Regulierungsverfahren und sonstigen Aspekten von Regulierungsregimen, auf die in diesem Arbeitspapier zurückgegriffen wird, können im Übrigen BECKERS ET AL. (2014) entnommen werden.<sup>25</sup>

## 2 Abstrakte Analyse der Regulierung von Wasserunternehmen auf Basis der Institutionenökonomik<sup>26</sup>

### 2.1 Wasserversorgungsunternehmen

#### 2.1.1 Regulierung privater Unternehmen

Bei den Analysen zur Regulierung privater und damit stets gewinnorientierter Unternehmen in diesem Abschnitt werden zunächst in den (Unter-)Abschnitten 2.1.1.1 bis 2.1.1.3 noch keine Bezüge zur Wasserversorgung hergestellt, sondern vielmehr allgemeine Grundlagen und Zusammenhänge bezüglich der Regulierung erörtert. In den anschließenden (Unter-)Abschnitten 2.1.1.4 wird dann die Analyse auf die Wasserversorgung bezogen und es werden Empfehlungen zur Regulierung von Wasserversorgungsunternehmen abgeleitet.

---

<sup>25</sup> Vgl. BECKERS ET AL. (2014, S. 63 ff), wobei Darstellungen aus dieser Quelle in diesem Arbeitspapier auch ohne weitere Verweise (und z.T. auch wörtlich) übernommen werden. Wesentliche Überlegungen zur Regulierung im Mehrebenensystem im Allgemeinen und von Wasserversorgungsunternehmen im Speziellen, die in diesem Arbeitspapier enthalten sind, basieren im Übrigen auf Forschungsarbeiten, die bereits in die folgenden Präsentationen und Präsentationsunterlagen eingeflossen sind:

- Beckers, T. (2017/02/10): Bedeutung und Ausgestaltung der Konzessionen für Stromverteilnetze und des § 46 EnWG unter Berücksichtigung der (Anreiz)Regulierung - Die (institutionen-)ökonomische Perspektive, Vortrag auf der Tagung „Effiziente Governance für Stromverteilnetze im Kontext der Energiewende: Bedeutung und Ausgestaltung von Konzessionen und des § 46 EnWG als Ergänzung zur (Anreiz)Regulierung“, Berlin, Vortragsfolien sind im Internet veröffentlicht.
- Beckers, T. (2017/09/22): Ökonomische Regulierung von Wasserversorgungsunternehmen in Deutschland - Die (institutionen-)ökonomische Perspektive; Vortrag auf der Konferenz Kommunales Infrastruktur-Management, Berlin, Vortragsfolien sind im Internet veröffentlicht.

Angemerkt sei ferner, dass in dieses Arbeitspapier auch Erkenntnisse bezüglich der Regulierung der Strom- und Gasnetzbetreiber durch die Bundesnetzagentur in Deutschland eingeflossen sind, die z.T. bereits in BECKERS ET AL. (2014, S. 125 ff) und in folgende Stellungnahmen eingeflossen sind:

- Lenz, A.-K. / Beckers, T. / Bieschke, N. / Heurich, J. (2014): Stellungnahme des Fachgebiets Wirtschafts- und Infrastrukturpolitik (WIP) der Technischen Universität Berlin zur Evaluierung der deutschen Anreizregulierung für Stromübertragungsnetzbetreiber, Stellungnahme im Rahmen des Verfahrens zur Evaluierung der Anreizregulierungsverordnung (ARegV), übermittelt an die Bundesnetzagentur (BNetzA) am 24.11.2014, Online-Veröffentlichung.
- Beckers, T. / Bieschke, N. / Heurich, J. (2015): Stellungnahme des Fachgebiets Wirtschafts- und Infrastrukturpolitik (WIP) der Technischen Universität Berlin zur Evaluierung und Weiterentwicklung der deutschen Anreizregulierung für Stromverteilnetzbetreiber, übermittelt an die Bundesnetzagentur (BNetzA) am 17.06.2015, Online-Veröffentlichung.

<sup>26</sup> Dieser Abschnitt 2 ist – weitgehend wörtlich – aus BECKERS / BIESCHKE (2018) übernommen worden.

### 2.1.1.1 Grundlagen zur Regulierung monopolistischer Unternehmen sowie Schwerpunktsetzungen hinsichtlich der weiteren Analyse

#### **GRUNDLAGEN ZUR REGULIERUNG MONOPOLISTISCHER UNTERNEHMEN**

Aus (institutionen-)ökonomischer Sicht kann eine (Monopol-)Regulierung als ein Vertrag zwischen dem Regulierer und dem regulierten Unternehmen angesehen werden, in dem das Unternehmen zur Erbringung bestimmter Leistungen verpflichtet wird, aber es gleichzeitig das Recht auf Erzielung einer Vergütung durch Erhebung von Entgelten bei den Nachfragern erhält. Dabei hat – wie bereits im einleitenden Abschnitt 1 dargestellt – die Regulierung zum einen den Schutz der Nachfrager im Kontext der hohen Marktmacht des Unternehmens zum Ziel und strebt zum anderen den wirtschaftlichen Schutz der spezifischen Investitionen des regulierten Unternehmens an.

Anders als bei einem freiwillig erfolgenden Vertragsschluss von zwei Vertragsparteien auf Basis der normalen diesbezüglichen privatrechtlichen Regelungen ist bei einer Regulierung im Regelfall einem Regulierer vom Gesetzgeber unter der Vorgabe der Beachtung der vorstehend genannten zentralen Regulierungsziele das Recht übertragen worden, den erwähnten Regulierungsvertrag in Kraft zu setzen und anzupassen. Gleichzeitig besitzt das regulierte Unternehmen – zumindest ist dies so in institutionell entwickelten Ländern und hiervon wird im Folgenden ausgegangen – die Möglichkeit, sich gegen als ungerechtfertigt eingestufte Entscheidungen (i. d. R. auf gerichtlichem Weg) zur Wehr zu setzen.

Eine (Monopol-)Regulierung umfasst in diesem Kontext verschiedene Aspekte und insofern auch Gestaltungsbereiche. Es ist nicht verwunderlich, dass sich Regulierungen in der Praxis (über verschiedene Länder und Sektoren hinweg blickend) vielfältig unterscheiden. Zentrale Gestaltungsbereiche hinsichtlich einer Regulierung, über deren Ausgestaltung bei einer konkreten Regulierung – je nach Kompetenzzuordnung vom Gesetzgeber oder vom Regulierer oder von weiteren Akteuren – zu entscheiden ist, sind insbesondere folgende:

- **Regulierungsverfahren:** Das Regulierungsverfahren beschreibt das (vertragliche) Design des Regulierungsvertrags. Dieser umfasst vor allem das Anreizregime, das auch als Regulierungsverfahren im engen Sinne bezeichnet werden kann und im Folgenden stets adressiert wird, wenn kurz von „Regulierungsverfahren“ gesprochen wird. Zu dem Regulierungsverfahren im weiten Sinne können darüber hinausgehend sämtliche Regeln zur Interaktion zwischen dem regulierten Unternehmen und dem Regulierer gezählt werden, z.B. Vorgaben zum Verfahren des Austauschs von Informationen oder Vorgaben des Regulierers zur Art und Weise der Zulieferungen von Daten und Informationen durch das Unternehmen.
- **Kompetenzzuordnungen und institutioneller Rahmen im Allgemeinen:** Zu entscheiden ist bei der (Monopol-)Regulierung zunächst, wer die Kompetenz zur Anwendung der Regulierung und damit eines Regulierungsverfahrens gegenüber dem bzw. den Unternehmen erhält. Regulierer können z.B. Sektor-bezogene oder Sektor-übergreifende Zuständigkeiten aufweisen. Möglich ist es auch, dass regulatorische Kompetenzen aufgesplittet werden. Denkbar ist sogar, einzelne diesbezügliche Kompetenzen der Politik (Exekutive oder Legislative) zukommen zu lassen, was oftmals nicht sinnvoll ist, aber was in bestimmten Konstellationen bezüglich einzelner Entscheidungen durchaus sinnvoll sein kann. Durch den institutionellen Rahmen ei-

ner Regulierung werden diverse Aspekte geregelt, z.B. die Klagemöglichkeiten gegen regulatorische Entscheidungen oder Fragen der Transparenz bezüglich Unternehmensdaten sowie Analysen und Entscheidungen des Regulierers. Ferner können dem institutionellen Rahmen auch (quasi übergeordnete) Regelungen bezüglich der Kompetenzen zur Änderung eines Regulierungsverfahrens zugeordnet werden. Eine zentrale Frage ist dabei, welche diesbezüglichen Rechte dem Regulierer selber oder der Politik (Legislative oder Exekutive) zustehen.

- **... und im Mehrebenensystem im Speziellen:** Die vorgelagerten Gestaltungsfragen stellen sich auch bei einer Regulierung im Mehrebenensystem, bei der (gesetzliche) Regelungen zur Regulierung und die Regulierungskompetenz auf höheren Ebenen (des Mehrebenensystems) „verortet“ sind als die regulierten Unternehmen. Allerdings bestehen dann „über die Ebenen hinweg“ vielmehr Gestaltungsoptionen. Dies gilt bereits in einem Zweiebenensystem, aber vielmehr noch in einem Dreiebenensystem.

#### **INGRENZUNG DES UNTERSUCHUNGSGEBIETS UND SCHWERPUNKTSETZUNGEN FÜR DIE WEITEREN ANALYSEN**

Bei den weiteren Analysen in diesem Arbeitspapier steht die Ausgestaltung der (Regulierungs-) Verfahren zur Regulierung von Wasserunternehmen im Mittelpunkt. Dabei werden auch die Besonderheiten und die speziellen Herausforderungen im Mehrebenensystem berücksichtigt, die sich aus der Regulierung einer Vielzahl von Unternehmen ergeben, die in heterogenen Konstellationen in den von ihnen jeweils versorgten Gebieten tätig sind. Die weiteren vorstehend aufgeführten Aspekte und Gestaltungsbereiche der Regulierung werden nicht oder allenfalls am Rande betrachtet.

#### **2.1.1.2 Zentrale Gestaltungsfragen bezüglich des Anreizregimes und idealtypische Regulierungsverfahren**

##### **ZENTRALE GESTALTUNGSFRAGEN BEZÜGLICH DES ANREIZREGIMES**

Durch die Etablierung eines Anreizregimes wird angestrebt, dass ein reguliertes privates Unternehmen nicht nur keine durch die Ausübung von Marktmacht bedingten Überrenditen erzielt, sondern auch erhöhte Kosten infolge vermeidbaren ineffizienten Verhaltens selber zu tragen hat. Das Design eines Anreizregimes wird vornehmlich durch die Ausgestaltung der drei folgenden Parameter bedingt, wobei der zweite und dritte Parameter lediglich dann von Relevanz sind, wenn beim ersten Gestaltungsparameter eine Output-orientierte Anreizsetzung ausgewählt wird:

- **Anreizsetzungsinstrument („Output-orientierte Anreizsetzung vs. Monitoring“):** Um eine gewünschte Zuordnung von Kostenrisiko an das regulierte Unternehmen (und nicht an die Konsumenten) sicherzustellen, kann auf zwei alternative (Anreizsetzungs-)Instrumente zurückgegriffen werden.<sup>27</sup> Die erste Option ist, eine Output-orientierte Definition der vom Unter-

---

<sup>27</sup> Kostenrisiko beschreibt das Risiko hinsichtlich der Höhe von Kosten, die (zumindest zunächst) bei Unternehmen anfallen. Kostenrisiko bei einem regulierten Unternehmen kann (letztendlich) von dem Unternehmen selber und damit auch von den hinter diesem „stehenden“ Eigentümern oder von den Nachfragern getragen werden. Die mit einer Risikoübernahme durch das Unternehmen für dieses vorliegenden positiven Anreizwirkungen, geringe Kosten anzustreben, stehen den mit einer derartigen Risikoallokation einhergehenden Nachteilen gegenüber. In diesem Zusammenhang sind zunächst die – zumindest bei privaten Unternehmen – in der Regel bei einer Gesamtbetrachtung vorliegenden höheren Kosten der Risikoübernahme zu erwähnen, da private Unternehmen üblicherweise eine höhere Risikoaversion als das Kollektiv der Nachfrager aufweisen, das ggf. (und dies speziell

nehmen zu erbringenden Aufgabe (bzw. mehrerer zu erbringender Aufgaben) während einer bestimmten Zeitdauer, der Regulierungsperiode, durch den Regulierer in Verbindung mit der Fixierung einer Vergütung, die das Unternehmen für die Erfüllung dieser Aufgabe erhält. Diese Option kann auch als „Output-orientierte Anreizsetzung“ bezeichnet werden und ähnelt von den Anreizwirkungen her einem „Festpreisvertrag“. Bei der Alternative des Monitorings gibt der Regulierer dem Unternehmen zwar ebenfalls seine Aufgabe vor, aber kontrolliert die Aktivitäten des Unternehmens, um unangemessen hohe monetäre Forderungen des Unternehmens gegenüber den Nachfragern zu identifizieren. Da das regulierte Unternehmen die Kontrollaktivitäten des Regulierers antizipiert, sind ihm auch bei dieser Option Anreize gesetzt. Üblicherweise wird bei Anwendung des Monitoring-Ansatzes vom Regulierer in Leitlinien in einem gewissen Maße (vor allem mit Bezug zu häufig vorkommenden oder wertmäßig besonders bedeutsamen Aktivitäten) aufgezeigt, welches Entscheidungsverhalten von ihm hinsichtlich der Anerkennung von Kosten, die beim Unternehmen (nach dessen Auskunft) angefallen sind und die dieses an die Nachfrager weiterzureichen beabsichtigt, zu erwarten ist.<sup>28</sup> Z.T. werden bei einem Monitoring direkte Vorgaben vom Regulierer bezüglich einzelner Aktivitäten des Unternehmens gemacht. Entsprechende regulatorische ex ante-Entscheidungen können ggf. auch auf Anfrage des Unternehmens erfolgen, für das sich dadurch Unsicherheit hinsichtlich regulatorischer Entscheidungen reduziert.

Anzumerken ist, dass bei einer Output-orientierten Anreizsetzung auch die Option einer Risikoteilung besteht. Dabei wird zwar vom Regulierer eine Ziel-Vergütung (auch als „Zielpreis“ bezeichnet) festgelegt, aber die dann an das Unternehmen fließende Vergütung ergibt sich aus den tatsächlich beim Unternehmen angefallenen (und ggf. vom Regulierer überprüften) Kosten und dem Zielpreis, die jeweils gemäß einer vorher definierten Risikoteilungsregel gewichtet werden. Ein analoges Vorgehen ist grundsätzlich auch bei der Option des Monitoring denkbar, wird aber in der Praxis wohl nie praktiziert.

- **Aufgabenumfang für Output-orientierte Anreizsetzung(en) („Bundling vs. Unbundling“):** Speziell wenn eine Output-orientierte Anreizsetzung erfolgt, bestehen mehrere Option, worauf sich diese Anreizsetzung bezieht. Eine Option ist, dass die Anreizsetzung die Gesamtaufgabe des regulierten Unternehmens erfasst. Dann bezieht sich die Anreizsetzung „gebündelt“ auf

---

bei einer hohen Nachfrageranzahl) sogar als risikoneutral angesehen werden kann. Vor diesem Hintergrund ist nicht stets die Zuordnung von Kostenrisiko an das regulierte Unternehmen sinnvoll. Insbesondere insoweit die Höhe von Kosten gar nicht durch das regulierte Unternehmen beeinflusst werden kann und vielmehr von exogenen Faktoren (wie z.B. der Entwicklung des allgemeinen Zinsniveaus) abhängt, sprechen gewichtige Gründe gegen eine Risikotragung durch das Unternehmen. Nicht zuletzt sei darauf hingewiesen, dass die Allokation von Kostenrisiko nicht nur im Hinblick auf die intendierten Anreizwirkungen sondern auch auf die jeweils vorliegenden Probleme im Kontext von Wissensdefiziten (wie Kontrahierungsprobleme), die mit der Etablierung von Fehlanreizen einhergehen können, zu beurteilen sind, wobei sich das Ausmaß derartiger Probleme bei den im Folgenden noch betrachteten Regulierungsverfahren regelmäßig (mehr oder weniger) unterscheidet.

<sup>28</sup> Im Übrigen können vergangene Entscheidungen des Regulierers und seine diesbezüglichen Begründungen sowie auch gerichtliche Entscheidungen zu schwierigen (Streit-)Fragen gegebenenfalls eine ähnliche Wirkung aufweisen, speziell wenn sie auch für analoge zukünftige Konstellationen von Relevanz sein dürften. Problematisch ist allerdings bei Anwendung derartiger Leitlinien, dass das Unternehmen u. U. Schwächen bei der Festsetzung sowie der Prüfung der Einhaltung der Regeln ausnutzen kann, was als Reaktion auf Fehlanreize interpretiert werden kann, und damit einhergehend dann die Kosteneffizienz sinkt.

das ganze Unternehmen, weshalb auch von einem „Bundling“ im Rahmen des Anreizregimes gesprochen werden kann. Die alternative Option ist, dass der Regulierer einzelne Teilaufgaben definiert, die im Zusammenspiel zur Erfüllung der übergeordneten Gesamtaufgabe führen. Hierbei wird das Unternehmen vom Regulierer in gewisser Hinsicht „zerteilt“ oder „entbündelt“, was als „Unbundling“ im Rahmen des Anreizregimes angesehen werden kann.

- **Vergütungshöhenfestsetzung bei Output-orientierter Anreizsetzung:** Im Falle von Output-orientierten Anreizsetzungen steht der Regulierer vor der Herausforderung, für die Erfüllung einer vom Regulierer für die Regulierungsperiode definierten Aufgabe, die sich – wie vorstehend thematisiert – auf das ganze Unternehmen oder Teile davon beziehen kann, die Höhe der Vergütung festzusetzen, die an das Unternehmen dafür fließt. Üblicherweise erfolgt eine derartige Vergütungshöhenfestsetzung – genau wie bei einem normalen Vertragsabschluss – vor einer Regulierungsperiode (und somit ex ante), so dass das betroffene Unternehmen von vornherein weiß, welche Vergütung es für die Erfüllung der definierten Aufgabe erhält. Denkbar ist allerdings auch, dass das Unternehmen erst nach der Regulierungsperiode (und somit ex post) erfährt, welche Vergütung ihm zufließt.

Für die Ermittlung einer angemessenen Vergütungshöhe kann der Regulierer auf verschiedene Methoden zurückgreifen und damit einhergehend folgende idealtypische Wege beschreiben:

- Wenn ein Regulierer mehrere Unternehmen reguliert, die als Monopolisten in unterschiedlichen Gebieten mit einer ansonsten identischen Aufgabe betreut sind, kann er quantitative **Effizienzvergleichsverfahren** nutzen, die **mathematische, statistische und/oder ökonomische Analysen** einbeziehen. Im Idealfall kann er durch Rückgriff auf diese Verfahren ermitteln, in welcher Höhe Kosten bei den einzelnen Unternehmen für die Erfüllung ihrer jeweiligen Aufgaben angemessen sind.
- Mithilfe eines so genannten „**analytischen Kostenmodells**“ erstellt der Regulierer ein quantitatives Modell, das die Unternehmensaktivitäten und die dabei anfallenden Kosten abbildet.
- Es kann auch angestrebt werden, über Vergleichsverfahren, die methodisch weniger anspruchsvolle als die vorstehend thematisierten Effizienzvergleichsverfahren sind und vielfach als **Benchmarking-Verfahren** bezeichnet werden können, die Vergütungshöhenfestsetzung durchzuführen. Dabei kann auch auf Kennziffernvergleiche zurückgegriffen werden.
- Ein sehr einfacher Weg für die Vergütungshöhenfestsetzung im Rahmen einer Output-orientierten Anreizsetzung ist es, die **Kosten der Vorperiode** als Indikator für die Kosten der Folgeperiode eines Unternehmens anzusehen. Allerdings ist dieser Weg so in Reinform mit dem großen Nachteil behaftet, dass – davon ausgehend, dass das Unternehmen die entsprechende Verwendung der beobachteten Kosten antizipieren würde – die Anreize zur Kostenreduktion in der vorangehenden Regulierungsperiode für das Unternehmen abgesenkt wären, was auch als „Sperrklinkeneffekt“ bezeichnet wird. Daher ist dieser Ansatz in Reinform grundsätzlich nicht zu empfehlen. Denkbar wäre es, ein Monitoring der Kosten der Vorperiode durchzuführen und lediglich die um

die als ineffizient eingestuften Bestandteile bereinigten Kosten als Basis für die Vergütungshöhenfestlegung für die Folgeperiode zu verwenden („geprüfte und angepasste Kosten der Vorperiode“).

- Für einzelne Teilaufgaben des Unternehmens kann es möglich sein, diese durch **Ausschreibungen** an externe Unternehmen im Wettbewerb zu vergeben. Die im Rahmen der Ausschreibungen wettbewerblich ermittelten Vergütungshöhen für die Erbringung der jeweiligen Teilaufgaben können dann vom Regulierer verwendet werden.

Nicht zuletzt sei darauf hingewiesen, dass auch ein Vorgehen bei der Vergütungshöhenfestsetzung möglich ist, bei der der Regulierer insbesondere auf seine Expertise<sup>29</sup> zurückgreift, wobei er in diesem Kontext dann auch Erkenntnisse aus der Anwendung einzelner der vorstehend vorgestellten Methoden (explizit oder implizit) einbeziehen kann.

### **IDEALTYPISCHE REGULIERUNGSVERFAHREN**

Aus der Kombination von Ausgestaltungsentscheidungen bezüglich des Anreizregimes ergeben sich die folgenden idealtypischen Regulierungsverfahren, mit denen die Erreichung des Ziels der Kosteneffizienz angestrebt werden kann:

- **TOTEX-Anreizregulierung:** Bei einer so genannten „TOTEX-Anreizregulierung“ erfolgt eine Output-orientierte Anreizsetzung mit Bezug zu der vom Unternehmen wahrzunehmenden (gebündelten) Gesamtaufgabe. Damit bezieht sich die Regulierung auf den aggregierten Output des Unternehmens und somit auf die „Total Expenditure“ (Gesamtausgaben, abgekürzt: „TOTEX“). Für die Festsetzung der Vergütung für die Erfüllung dieser (Gesamt-)Aufgabe während einer Regulierungsperiode kann dann insbesondere auf ein analytisches Kostenmodell, ein Effizienzvergleichsverfahren oder auf geprüfte und angepasste Kosten der Vorperiode zurückgegriffen werden. Denkbar ist auch, dass eine Kombination dieser Methoden eingesetzt wird und der Regulierer dabei umfassend auf Expertise zurückreift.
- **Differenzierte Anreizregulierung:** Die Output-orientierte Anreizsetzung wird ebenfalls bei einer so genannten „differenzierten Anreizregulierung“ angewendet, die sich dann jedoch nicht auf das gesamte Unternehmen, sondern separat auf Teile davon bzw. Teilaufgaben beziehen. Derartige Teilaufgaben können z.B. die Objektplanung und die Bauausführung von Kapazitätserweiternden Neu- und Ausbauprojekten, die Erhaltung bestehender Anlagegüter im Infrastrukturbereich und die Betriebsführung sein. Für die Vergütungshöhenfestsetzung stehen die bereits vorstehend diskutierten Optionen zur Verfügung.

Bislang ist (implizit) davon ausgegangen worden, dass für sämtliche vom Regulierer definierte Teilaufgaben des Unternehmens eine Output-orientierte Anreizsetzung erfolgt, was auch als „**differenzierte Anreizregulierung in Reinform**“ bezeichnet werden kann. Denkbar ist jedoch auch, dass lediglich bei einzelnen Teilaufgaben auf dieses Anreizsetzungsinstrument zurückgegriffen wird, aber bezüglich anderer Teilaufgaben ein Monitoring erfolgt, was dann

---

<sup>29</sup> Siehe Abschnitt 2.1.1.3 zu Erläuterungen bezüglich Expertise als eine Form von Wissen.

als „**differenzierte Anreizregulierung mit Monitoringelementen**“ eingeordnet werden kann. Vorstellbar ist im Übrigen auch, dass regulatorisch definierte Teilaufgaben des Unternehmens nicht von diesem selber erbracht werden, sondern von einem im Rahmen eines wettbewerblich ausgestalteten Ausschreibungsverfahrens ausgesuchten Dritten. Dann kann für diese Teilaufgabe die Vergütungshöhenfestsetzung anhand des Angebots des siegreichen Bieters erfolgen.

- **Monitoring-Regulierung:** Bei einer Monitoring-Regulierung erfolgt ein Monitoring bezüglich der Aktivitäten des Unternehmens und der dabei anfallenden Kosten. Denkbar ist, dass im Rahmen einer Monitoring-Regulierung der Regulierer ebenfalls Vorgaben zur Ausschreibung von Teilaufgaben des Unternehmens macht und dann prüft, ob die Ausschreibungsverfahren, die Vertragsabschlüsse und -anpassungen sowie die Controllingaktivitäten gegenüber den Subunternehmen in einer adäquaten Weise durchgeführt werden bzw. worden sind.

Ein weiteres idealtypisches Regulierungsverfahren stellt die „**Kostendurchreichungs-Regulierung**“ dar, bei der sämtliche beim Unternehmen angefallenen Kosten – auch wenn diese (zumindest der Höhe nach) eine Folge ineffizienten Agierens des Unternehmens sind – von den Nachfragern zu tragen sind. Die Abgrenzung von diesem Regulierungsverfahren zu einer Monitoring-Regulierung ist nicht trennscharf möglich. Regulatorische Maßnahmen zur Identifikation betrügerischer Finanzflüsse des Unternehmens sind sicherlich auch bei einer Kostendurchreichungs-Regulierung geboten. Wenn der Regulierer jedoch nach trickreichen (aber ggf. nicht illegalen) Wegen zur „Aufblähung“ der von den Nachfragern zu tragenden Kosten sucht, die zu höheren Gewinnen bei den Unternehmenseigentümern führen, dann kann dies schon als Übergang zu einer Monitoring-Regulierung angesehen werden. Auf die Kostendurchreichungs-Regulierung wird in diesem Abschnitt 2 im Folgenden nicht weiter eingegangen.

### **2.1.1.3 Zentrale Herausforderungen bei einer Regulierung und zentrale Einflussfaktoren auf die (sinnvolle) Ausgestaltung des Regulierungsverfahrens im konkreten Anwendungsfall**

#### **ZENTRALE HERAUSFORDERUNGEN BEI EINER REGULIERUNG**

Bei der Ausgestaltung einer Regulierung im Allgemeinen und dem Design des Regulierungsverfahrens im Speziellen bestehen – hier zunächst von Fragen des Wissensmanagements auf Seiten des Regulierers abstrahierend – zwei zentrale Herausforderungen im Hinblick auf die effektive Erreichung der Regulierungsziele, welche auch miteinander in Verbindung stehen:

- **Minimierung des regulatorischen Risikos:** Das Risiko für ein reguliertes Unternehmen hinsichtlich zukünftiger regulatorischer Entscheidungen, die direkt oder indirekt dessen (betriebs-)wirtschaftliche Performance und damit die Gewinne beeinflussen bzw. beeinflussen können, wird auch als regulatorisches Risiko bezeichnet.<sup>30</sup> Die Übernahme von Risiko im All-

---

<sup>30</sup> In erster Linie wird die Bezeichnung des regulatorischen Risikos im Kontext der direkt das Vergütungsniveau und damit die betriebswirtschaftliche Performance von Unternehmen beeinflussender Entscheidungen des Regulierers gebraucht. Denkbar ist aber auch, die Unsicherheit bezüglich zukünftiger Entscheidungen hinsichtlich der

gemeinen und damit auch von regulatorischem Risiko im Speziellen verursacht bei einem regulierten Unternehmen Kosten. Diese Kosten sind regelmäßig insbesondere in Form höherer Kapitalkosten beobachtbar und fallen vor allem an, weil erstens das Unternehmen und die „hinter diesem stehenden“ Eigentümer risikoavers sind und zweitens weil beide Ressourcen einsetzen werden, um dieses Risiko zu managen, d.h. seine Ausprägung zu beeinflussen und Vorsorge für verschiedene denkbare Ausprägungen des Risikos zu treffen. In diesem Kontext ist es geboten, dass durch die Ausgestaltung des Regulierungsverfahrens und auch durch den Aufbau einer Reputation auf Seiten des Regulierers angestrebt wird, das regulatorische Risiko nach Möglichkeit zu minimieren. Dazu ist anzumerken, dass das Ausmaß der Herausforderung hinsichtlich der Minimierung regulatorischen Risikos nicht nur durch die technisch-systemischen Konstellation (also z.B. die technischen Charakteristika des Sektors) sondern auch durch die Ausgestaltung des Regulierungsverfahrens beeinflusst wird. Wenn regulatorische Entscheidungen gut nachvollzogen werden können, dann sind regulatorische Fehler relativ einfach identifizierbar – z.B. bei der Überprüfung regulatorischer Entscheidungen durch Gerichte. Ob eine derartige Nachvollziehbarkeit gegeben ist, hängt mit Wissensständen (beim Regulierer, bei Gerichten und bei sonstigen Akteuren) bezüglich der konkret vorliegenden Fragestellungen zusammen, die oftmals wiederum (auch) mit dem angewendeten Regulierungsverfahren zusammenhängen werden, worauf folgend noch einzugehen sein wird.

- **Abgabe glaubhafter Commitments:** Ein Anreizregime wirkt nur dann auf eine effektive Weise, wenn der Adressat, an den sich das Regime richtet, auch davon ausgehen kann, dass es nicht aufgehoben wird. Im Rahmen der (Monopol-)Regulierung bedeutet dies zunächst, dass Output-orientierte Anreizsetzungen und Monitoring-Aktivitäten innerhalb einer Regulierungsperiode vom Grundsatz her in der angekündigten Weise anzuwenden sind. Zum Teil – speziell bei Vorliegen langlebiger Anlagegüter – können Anreizregime etabliert werden, die langfristig und damit auch Perioden-übergreifend aufrechtzuerhalten sind. Wenn ein derartiges Anreizregime angewendet wird, sollte sich der Regulierer jedoch sicher sein, dass es gelingen wird das Anreizregime wirklich entsprechend langfristig zu etablieren und anzuwenden sowie dies auch dauerhaft dem regulierten Unternehmen zu vermitteln. Im Übrigen sind vom Regulierer natürlich auch Commitments gegenüber dem Unternehmen abzugeben, dass dieses dauer-

---

Ausgestaltung des Anreizregimes, die dann die zukünftige betriebswirtschaftliche Performance von Unternehmen beeinflussen, als ein regulatorisches Risiko einzuordnen.

Ferner kann das regulatorische Risiko unter Berücksichtigung der Art des Risikos (welche davon abhängig ist, ob sowohl positive und negative Ausprägung oder lediglich negative Ausprägung aus Sicht des Unternehmens möglich sind) und der Gründe für die Unsicherheit bzw. der Motive für regulatorische Entscheidungen wie folgt systematisierend eingeteilt werden: Als „regulatorisches Risiko im weiten Sinne“ wird demnach jegliche Unsicherheit hinsichtlich zukünftiger regulatorischer Entscheidungen bezeichnet; das „regulatorische Risiko im engen Sinne“ erfasst das Risiko von durch Irrtümer und Opportunismus bedingter Schlechtbehandlung des Unternehmens durch den Regulierer; das „regulatorische Risiko in einem sehr engen Sinne“ umfasst dann lediglich noch das Risiko von durch Opportunismus bedingter Schlechtbehandlung des Unternehmens durch den Regulierer.

Angemerkt sei, dass die Verwendung des Begriffs Risiko hier nicht stets streng der Definition folgt, wonach als Risiko eine Größe angesehen werden kann, die nicht mit Sicherheit bekannt ist, sondern deren Ausprägung positiv oder negativ von einem Erwartungswert abweichen kann, und bezüglich deren möglicher Ausprägungen Wahrscheinlichkeiten hinsichtlich des Auftretens bekannt sind. Vielmehr werden – der umgangssprachlichen Verwendung des Begriffs folgend – auch Größen, bei denen lediglich die Gefahr einseitig negativer Abweichungen von einer bestimmten Ausprägung vorliegt, als Risiko bezeichnet.

haft fair behandelt wird und bei effizientem Agieren seine spezifischen Investitionen refinanzieren kann, was mit der Herausforderung der Minimierung des regulatorischen Risikos korrespondiert.

#### **ZENTRALE EINFLUSSFAKTOREN AUF DIE (SINNVOLLE) AUSGESTALTUNG DES REGULIERUNGSVERFAHRENS**

Für die (sinnvolle) Ausgestaltung des Regulierungsverfahrens im konkreten Anwendungsfall sind zwei Einflussfaktoren von zentraler Bedeutung:

- Wissensstände und
- die Kapitalintensität sowie die (technische und wirtschaftliche) Lebensdauer von Anlagegütern.

Die Ausprägung dieser Einflussfaktoren hängt von der jeweiligen Konstellation ab, die insbesondere durch den Sektor, aber ggf. auch durch Besonderheiten des Gebiets, in dem ein Unternehmen tätig ist, und die Historie des Unternehmens (z.B. Historie der Investitionen) bedingt ist.

#### **WISSENSSTÄNDE ALS EINFLUSSFAKTOR**

Zur adäquaten Wahrnehmung seiner Aufgaben hat der Regulierer über Wissen bezüglich verschiedener Aspekte zu verfügen. Dies betrifft sowohl kodifizierbares und damit Personen-ungebundenes Wissen (in Form von Daten, Informationen und auch kodifizierbarem Know-how) als auch nicht kodifizierbares Wissen in Form von Know-how, das an Personen gebunden ist und damit einhergehend auch in Organisationen verfügbar sein kann, welches auch als Erfahrungswissen oder als Expertise bezeichnet wird. Expertise kann im Übrigen von Bedeutung sein, um kodifiziertes Wissen auszuwerten und zu interpretieren zu können. Folgend steht Erfahrungswissen im Mittelpunkt der Betrachtungen.

Je nach Wissensständen beim Regulierer sowie außerdem bei den Akteuren, die ebenfalls in die Regulierung eingebunden und insbesondere – wie vor allem Gerichte – für die Kontrolle regulatorischer Entscheidungen zuständig sind, eignen sich bestimmte Ausgestaltungsmöglichkeiten bezüglich des Anreizregimes mehr oder weniger. Anzumerken ist, dass es nicht (nur) auf den Wissensstand des Regulierers und von Gerichten (diese hier als Beispiel für weitere relevante Akteure anführend) ankommt, sondern dass die Wissensverbreitung außerhalb der regulierten Unternehmen „im Sektor“ auch eine Rolle spielt. Denn wenn Wissen im Sektor verbreitet ist, hat ein Regulierer grundsätzlich die Möglichkeit, entsprechend kompetente Berater zur Unterstützung einzubinden, und Gerichte können analog auf Gutachter zurückgreifen, um bestimmte Sachverhalte (besser) einordnen zu können. Zu beachten ist allerdings, dass wiederum Kontrahierungsprobleme bezüglich des entsprechenden Wissens vorliegen können, was die effektive und effiziente Nutzung von bei Beratern und Gutachtern verfügbarem Wissen durch den Regulierer und durch Gerichte erschwert. Daher sollte nicht nur die auch kurzfristige bestehende Möglichkeit eines entsprechenden Einbezugs von Auftragnehmern durch den Regulierer berücksichtigt werden, sondern auch die Option des Aufbaus von Wissen auf Seiten des Regulierers, das bereits „durch den Sektor diffundiert ist“.

Insbesondere folgende Arten von Wissen weisen eine Relevanz für die (sinnvolle) Ausgestaltung von Regulierungsverfahren auf:

- **Output-Wissen (bezüglich der Gesamtaufgabe des Unternehmens bzw. bezüglich Teilaufgaben):** Damit eine Output-orientierte Anreizsetzung in einer sinnvollen Weise erfolgen kann, ist es unabdingbar, den entsprechenden Output auch ex ante beschreiben und dessen adäquate Erbringung ex post beurteilen zu können. Hierfür ist so genanntes „Output-Wissen“ erforderlich. Sofern dies nicht der Fall ist, liegt eine schlechte (Output-orientierte) Kontrahierbarkeit vor, was bedeutet, dass eine Output-orientierte Anreizsetzung nicht sinnvoll möglich ist bzw. mit sehr hohen Transaktionskosten einhergeht. Allerdings unterscheidet sich die Art des erforderlichen Output-Wissens in Abhängigkeit des Regulierungsverfahrens. Während bei einer Totex-Anreizregulierung auf die Gesamtaufgabe des Unternehmens bezogenes Output-Wissen vorzuliegen hat, ist für die sinnvolle Anwendung einer differenzierten Anreizregulierung Output-Wissen bezüglich der regulatorisch definierten Teilgebiete des Unternehmens erforderlich, für die jeweils eigenständige Output-Vorgaben erfolgen. Angemerkt sei, dass in technisch dynamischen und ggf. auch bezüglich der Nachfrage volatilen Sektoren sowie bei Vorliegen einer hohen Unsicherheit die Output-orientierte Kontrahierbarkeit regelmäßig eher schlecht ist.
- **Input-Wissen:** Bei einer Monitoring-Regulierung hat Wissen darüber vorzuliegen, ob das Unternehmen auf eine adäquate Weise seine Aufgaben wahrnimmt und ob die nach seinen Angaben hierbei anfallenden Kosten angemessen (und insofern nicht aufgrund von Ineffizienzen oder „Schummeleien“ überhöht) sind. Hierfür ist Wissen erforderlich, dass sich auf den Leistungserstellungsprozess im Unternehmen bezieht, weshalb auch von „Input-Wissen“ gesprochen werden kann. Üblicherweise ist Input-Wissen in technisch-neuartigen oder sehr dynamischen Bereichen zunächst bei Herstellern bzw. Zulieferern und dann bei regulierten Unternehmen und erst später bei Sektorexperten und auch bei Regulieren verfügbar. Input-Wissen ist im Übrigen nicht nur bei einer Monitoring-Regulierung sondern außerdem bei der Vergütungshöhenfestsetzung im Falle Output-orientierter Anreizsetzungen von Bedeutung und dies insbesondere dann, wenn hierfür ein analytisches Kostenmodell eingesetzt wird, vom Unternehmen angegebenen Kosten aus einer Vorperiode hinterfragt werden oder dabei – ggf. im Kontext einer Methodenkombination – umfangreich die Expertise des Regulierers zur Anwendung kommt. Anzumerken ist, dass das Input-Wissen dabei in einer unterschiedlichen Weise auf die Beurteilung der (mehr oder weniger beobachtbaren) Vorgehensweise des bzw. der zu regulierenden Unternehmen angewendet wird. Während bei Anwendung eines analytischen Kostenmodells das Input-Wissen gerade nicht genutzt wird, um das Agieren von Unternehmen im Einzelfall zu beurteilen, ist beim kritischen Hinterfragen von Kosten aus einer Vorperiode genau dies der Fall.<sup>31</sup>  
Ferner spielt Input-Wissen eine Rolle, wenn der Regulierer im Rahmen einer differenzierten Anreizregulierung Teilaufgaben definiert, die das Unternehmen zu erbringen hat. Diese regulatorische „Zerschneidung“ eines Unternehmens führt nur dann nicht zu Ineffizienzen, wenn

---

<sup>31</sup> Bezüglich einer vor allem Expertise-basierten Vergütungshöhenfestsetzung ist dazu keine pauschale Aussage möglich.

der Regulierer auf Basis eines gewissen Umfangs an Input-Wissen das sinnvolle Zusammenwirken der einzelnen Teilgebiete des Unternehmens und der einzelnen Output-Vorgaben sowie Regulierungsperioden-übergreifende Aspekte beurteilen kann.

- **(Institutionen- und industrie-)ökonomisches Wissen und Marktkenntnisse:** Wenn ein Regulierer Ausschreibungen von Teilaufgaben des Unternehmens vorgibt oder im Rahmen einer Monitoring-Regulierung die Durchführung von Ausschreibungen durch das Unternehmen überprüft oder Vorgaben bezüglich zukünftiger Ausschreibungsverfahren definiert, sollte er zunächst über institutionen- und industrieökonomisches Wissen bezüglich der Ausgestaltung von Ausschreibungsverfahren verfügen. Ferner sind Marktkenntnisse bedeutsam.
- **Wissen bezüglich quantitativer Methoden:** Für die Durchführung von Effizienzvergleichsverfahren ist – neben der Verfügbarkeit von Daten von mehreren geeigneten Unternehmen, die miteinander verglichen werden sollen – Wissen über quantitative Methoden aus den Bereichen der Mathematik, der Statistik und / oder der Ökonometrie erforderlich. Im Übrigen ist außerdem Output- und ggf. Input-Wissen bedeutsam, um die Vergleichbarkeit von Unternehmen beurteilen zu können.

Sofern bei einem Regulierer und auch bei Gerichten (diese hier erneut als Beispiel für weitere relevante Akteure anführend) eigentlich bei einer bestimmten Ausgestaltung des Anreizregimes erforderliches Wissen nicht oder nur in einer suboptimalen Weise vorliegt, kann dies (mehr oder weniger) gravierende Konsequenzen haben. Wie dargestellt führen im Kontext eines (zu) geringen Output-Wissens Kontrahierungsprobleme zu hohen Transaktionskosten. Wenn im Rahmen einer Monitoring-Regulierung Regulierer und auch Gerichte nur über geringes Input-Wissen verfügen, ist für sie die Nachvollziehbarkeit der Unternehmensaktivitäten nicht gegeben und der Nachweis überhöhter Kosten oder Kostenangaben durch das Unternehmen schwierig zu führen. Der Regulierer hat dann sinnvollerweise bei seinen Entscheidungen Sicherheitspuffer zu berücksichtigen, die letztendlich zu höheren Zahlungen der Nachfrager führen, um das regulatorische Risiko einer Schlechtbehandlung des Unternehmens zu minimieren. Sofern derartige Sicherheitspuffer nicht vorgesehen werden, wäre ein Anstieg der Kapitalkosten auf Unternehmensseite und dies vermutlich in einer Weise zu erwarten, die vielfach die Nachteile der Berücksichtigung von Sicherheitspuffern noch übertreffen dürfte. Sicherheitspuffer sind analog auch bei der Vergütungshöhenfestsetzung bei Output-orientierten Anreizsetzungen einzuplanen, wenn der Regulierer (und ferner die Gerichte) nicht über das bei Anwendung der ausgewählten Methode erforderliche Wissen verfügt.

Angemerkt sei (nochmals), dass bestimmte technische Charakteristika des Sektors und auch Eigenschaften der Nachfrageseite einen direkten Einfluss auf die Möglichkeit haben, bestimmte Wissensstände (auf Seiten des Regulierers, aber auch bei anderen Akteuren) zu erreichen. Beispielsweise kann es in technisch sehr dynamischen Sektoren oder im Kontext einer hohen Umweltunsicherheit aufgrund der begrenzten Rationalität von Akteuren „von der Natur der Sache her“ quasi unmöglich sein, Wissensstände zu erreichen, die eine (Output-orientierte) Kontrahierung bestimmter Unternehmensaufgaben erlauben.

Für die die Eignung von Regulierungsverfahren ist – polit-ökonomisch erklärbare Probleme berücksichtigend – auch deren Nachvollziehbarkeit durch gesellschaftliche Akteure (u.a. auch aus der Wis-

senschaft) und dabei nicht zuletzt auch durch die Politik keinesfalls bedeutungslos. Sehr komplexe Regulierungsverfahren, die vom Regulierer selbst und auch von Gerichten unter Einbezug von Gutachtern verstanden werden, aber ansonsten kaum nachvollzogen werden können, erschweren die gesellschaftliche Kontrolle regulatorischer Aktivitäten und in diesem Zusammenhang ggf. auch das adäquate Eintreten für berechnigte Nachfragerinteressen.

#### **KAPITALINTENSITÄT SOWIE DIE LEBENSDAUER VON ANLAGEGÜTERN ALS EINFLUSSFAKTOREN**

Neben Wissensständen stellen die Eigenschaften von Anlagegütern, speziell deren Kapitalintensität und Lebensdauer, einen zentralen Einflussfaktor auf die Eignung von Regulierungsverfahren dar. Dabei wird davon ausgegangen, dass eine hohe technische Lebensdauer „genutzt“ wird, um Anlagegüter über lange Zeiträume abzuschreiben, was bedeutet, dass eine hohe (bzw. niedrige) technische mit einer hohen (bzw. niedrigen) wirtschaftlichen Lebensdauer einhergeht.

Kapitalintensität und Lebensdauer von Anlagegütern beeinflussen speziell die Eignung einer TOTEX-Anreizregulierung, was wie folgt zu erklären ist:

- Um für das Unternehmen Anreize zu etablieren, über den (Neu- Aus- oder Um-)Bau von Anlagegütern und deren Erhaltung hinweg die (Lebenszyklus-)Kosten zu minimieren, haben Anreizregime bei einer TOTEX-Anreizregulierung für die Lebensdauer der Anlagegüter bzw. ggf. sogar darüber hinausgehend hinweg etabliert zu werden. Im Falle langer Lebensdauern bedeutet dies, dass regulatorische Commitments entsprechend lange aufrecht zu erhalten sind, was als sehr und oftmals sicherlich als zu große Herausforderung anzusehen ist. Hinsichtlich dieses Commitment-Aspekts spielt die Kapitalintensität insofern eine Rolle, als dass speziell bei Vorliegen einer hohen Kapitalintensität die hier thematisierte Commitment-Thematik bei einer Gesamtbetrachtung eine hohe Bedeutung für die Ausgestaltung des Regulierungsverfahrens aufweist.
- Im Falle einer hohen Kapitalintensität und langer Lebensdauern der Anlagegüter ist im Rahmen einer TOTEX-Anreizregulierung die Kalkulation von angemessenen Vergütungshöhen für Regulierungsperioden eine extrem hohe Herausforderung, die mit sehr und sicherlich oftmals nicht erfüllbar hohen Anforderungen an den Wissensstand des Regulierers einhergehen. Dies gilt in besonderer Weise bei quantitativen Effizienzvergleichsverfahren, aber trifft ebenso auf die anderen relevanten Optionen (analytisches Kostenmodell und hinterfragte Kosten der Vorperiode) zu. Die Sicherheitspuffer, die im Falle derartiger Wissensdefizite einkalkuliert werden sollten, können bei der hier betrachteten Konstellation ggf. sehr große Ausmaße einnehmen.

#### **2.1.1.4 Eignung der idealtypischen Regulierungsverfahren sowie einer TOTEX-Anreizregulierung mit einer ex post erfolgenden regulatorischen Vergütungshöhenfestsetzung für die Regulierung von Wasserversorgungsunternehmen**

Nachdem in den vorangegangenen Abschnitten 2.1.1.1 bis 2.1.1.3 ohne Sektorbezug die Ausgestaltung von regulatorischen Anreizregimen untersucht worden ist, wird nun der Bezug zur Regulierung in der Wasserversorgung hergestellt und die Eignung der idealtypischen Regulierungsverfahren für Wasserversorgungsunternehmen thematisiert. Ergänzend wird auch die Variante einer TOTEX-

Anreizregulierung untersucht, bei der die Vergütungshöhenfestsetzung ex post (also nach Ablauf einer Regulierungsperiode) erfolgt.

Die Analysen berücksichtigen (implizit) die technisch-systemischen Konstellationen im Bereich der Wasserversorgung in Deutschland, aber abstrahieren vollumfänglich vom bestehenden Regulierungsrahmen; sie erfolgen sozusagen „am grünen Tisch“. Ferner wird (implizit) angenommen, dass der Regulierer nicht für die Regulierung von einem einzelnen Unternehmen, sondern übergreifend von mehreren Unternehmen zuständig ist, so dass eine „Mehrebenen-Konstellation“ vorliegt. Diese ermöglicht dem Regulierer die Realisierung von Skaleneffekten bei der Regulierung, was die Inkaufnahme gewisser Fixkosten für den Aufbau von Wissen rechtfertigt und somit den Aufbau regulatorischer Kompetenz unterstützt. Diese Annahme korrespondiert mit der Situation in Deutschland, wo – wie im einleitenden Abschnitt 1 dargestellt – die Kompetenz zur Durchführung der Regulierung – abgesehen von einzelnen Zuständigkeiten des Bundeskartellamts – bei den Ländern liegt.

#### **TOTEX-ANREIZREGULIERUNG IN REINFORM UND ALS VARIANTE MIT EX POST ERFOLGENDER VERGÜTUNGS-HÖHENFESTLEGUNG**

Eine TOTEX-Anreizregulierung bietet sich bei Wasserversorgungsunternehmen aus folgenden Gründen offensichtlich nicht an:

- Bei Wasserversorgungsunternehmen ist die Kapitalintensität hoch und die Lebensdauern der wertmäßig bedeutsamen Anlagegüter sind lang. Wie (in Abschnitt 2.1.1.3) thematisiert, ist die Anwendung einer TOTEX-Anreizregulierung in einer derartigen Konstellation nicht sinnvoll.
- Nicht zuletzt aufgrund der Aktivitäten im Umwelt- und Ressourcenschutz ist die Gesamtaufgabe von Wasserversorgungsunternehmen nicht sinnvoll (Output-orientiert) kontrahierbar. Auch dies spricht deutlich (wiederum Überlegungen aus Abschnitt 2.1.1.3 aufgreifend) gegen die Anwendung einer TOTEX-Anreizregulierung bei Wasserversorgungsunternehmen.

Ein Grund, eine TOTEX-Anreizregulierung in Betracht zu ziehen, kann das Fehlen von Input-Wissen auf Seiten des Regulierers sein. Allerdings ist im Bereich der Wasserversorgung Input-Wissen keinesfalls exklusiv bei den Unternehmen vorhanden, sondern grundsätzlich unkompliziert im Sektor verfügbar. Aufgrund der Deutlichkeit der bisherigen Analyseergebnisse kann bereits an dieser Stelle – obwohl die alternativen Regulierungsverfahren noch nicht betrachtet worden sind – festgehalten werden, dass eine TOTEX-Anreizregulierung für private Wasserversorgungsunternehmen komplett ungeeignet ist.

Während bislang (implizit) davon ausgegangen worden ist, dass die Vergütungshöhenfestsetzung bei einer TOTEX-Anreizregulierung – wie üblich – vor einer Regulierungsperiode erfolgt, wird nun auf die Variante eingegangen, dass diese vielmehr ex post, also nach der entsprechenden Regulierungsperiode, stattfindet. Eine derartige ex post-Vergütungsfestlegung im Rahmen einer TOTEX-Anreizregulierung erfordert hohe Commitments des Regulierers hinsichtlich einer nicht-opportunistischen Behandlung des regulierten Unternehmens; ein derartiges Commitment wird in institutionell entwickelten Ländern wie Deutschland jedoch grundsätzlich – wenn der institutionelle Rahmen geeignet ausgestaltet ist – in einer sinnvollen Weise abgegeben werden können. Eine nachträgliche Vergütungshöhenfestsetzung führt dazu, dass der Regulierer auf in der entsprechenden Regulie-

rungsperiode generiertes bzw. entstandenes Wissen zurückgreifen kann, was Vorteile haben kann. Allerdings ist – auch die Schwierigkeiten bei der Durchführung der Effizienzvergleiche im Bereich der Stromverteilnetze in Deutschland berücksichtigend – dennoch nicht davon auszugehen, dass bei einer ex post Vergütungshöhenfestsetzung auf die Einberechnung erheblicher Sicherheitspuffer verzichtet werden kann. Dies ist auch dadurch bedingt, dass bei der Wasserversorgung eine besondere große Heterogenität zwischen den Unternehmen besteht, die nicht zuletzt auch durch die regional sehr unterschiedlichen Interaktionsbeziehungen mit der natürlichen Umwelt zu erklären ist. Dieser Aspekt ist letztendlich jedoch auch nicht von entscheidender Bedeutung für die Beurteilung dieser Regulierungsvariante. Denn eine TOTEX-Anreizregulierung mit einer ex post erfolgenden regulatorischen Vergütungshöhenfestsetzung ist alleine schon deshalb für Wasserversorgungsunternehmen ungeeignet, weil die (Output-orientierte) Kontrahierbarkeit bezüglich deren Gesamtaufgabe nicht (sinnvoll) möglich ist.

### **MONITORING-REGULIERUNG**

Aufgrund der weiten Verbreitung von Input-Wissen ist eine Monitoring-Regulierung bei Wasserversorgungsunternehmen relativ unkompliziert umsetzbar. Bei größeren Baumaßnahmen können dabei ggf. Vergütungsgrenzen mit Bezug zu den Ergebnissen von Ausschreibungen der entsprechenden Arbeiten festgelegt werden. Hinsichtlich zentraler Entscheidungen – wie beispielsweise größere Kapazitätsausbauvorhaben – bietet es sich an, dass dazu im Einzelfall ex ante Abstimmungen zwischen Regulierer und Unternehmen erfolgen. Insbesondere sollte eine enge Abstimmung zwischen der Raum- und der (wasserwirtschaftlichen) Fachplanung auf der einen Seite und dem Wasserversorgungsunternehmen und seinem Regulierer bezüglich der Kapazitätsplanung und der Wasserförderung durchgeführt werden. Auch wenn eine Monitoring-Regulierung für Wasserversorgungsunternehmen grundsätzlich geeignet ist, wird diese – wie jedes Regulierungsverfahren – auch nicht frei von Nachteilen sein. Letztendlich liegt gerade auch bei einer Monitoring-Regulierung die in der Literatur vielfach diskutierte Informationsasymmetrie zwischen Regulierer und Unternehmen vor. Die weite Verbreitung von Input-Wissen im Sektor dürfte jedoch dazu beitragen, dass die Nachteile und Probleme bei Anwendung dieses Regulierungsverfahrens relativ begrenzt bleiben können. Dies gilt speziell für den Fall, dass der Regulierer über eine adäquate Ressourcenausstattung verfügt. Nicht zuletzt sei angemerkt, dass es im Rahmen einer Monitoring-Regulierung auch relativ problemlos möglich ist, dezentrales Wissen und dezentrale Kompetenzen der dortigen Politik und Stakeholder in einem gewünschten Ausmaß einfließen zu lassen. Dies ist aufgrund des Ortsbezugs der Wasserversorgung ein durchaus relevanter Aspekt.

### **DIFFERENZIERTE ANREIZREGULIERUNG**

Allerdings ist im Kontext der Wissensstände im Sektor der Wasserversorgung auch die Anwendung einer differenzierten Anreizregulierung mit Monitoringelementen eine erwägenswerte Option. Für die unternehmerische Teilaufgabe des Ressourcen- und Umweltschutzes und dabei auch bei der Interaktion mit der Landwirtschaft ist es sicherlich sinnvoll, auf Monitoringaktivitäten zurückzugreifen. Für Kapazitätsaus- und -umbaumaßnahmen, die Infrastrukturerhaltung und die Betriebsführung sind jedoch auch Teilaufgaben-bezogene Output-orientierte Anreizsetzungen denkbar, wobei stets Risikoteilungsregelungen angewendet werden sollten. Im Rahmen der Definition dieser Teilaufgaben kann der

Regulierer auch in Betracht ziehen, Nachfrager zu konsultieren (so genanntes „Stakeholder Involvement“). Allerdings wird es bei einzelnen dieser Teilaufgaben ggf. vorteilhaft(er) sein, dass der Regulierer auf Monitoringaktivitäten zurückgreift. Dies kann an dieser Stelle nicht genau beurteilt werden. Vermutlich dürfte es speziell bei kleineren Unternehmen oftmals weniger sinnvoll als bei größeren Unternehmen sein, für Teilaufgaben Output-orientierte Anreizsetzungen durchzuführen, da der dabei anfallende Aufwand nicht unerheblich sein dürfte.

### **FAZIT**

Abschließend kann festgehalten werden, dass eine TOTEX-Anreizregulierung in Reinform und als Variante mit ex post erfolgreicher Vergütungshöhenfestlegung für die Wasserversorgung komplett ungeeignet ist. Eine Monitoring-Regulierung hingegen kann sinnvoll bei privaten Wasserversorgungsunternehmen angewendet werden. Grundsätzlich gilt dies auch für eine differenzierte Anreizregulierung mit Monitoringelementen, die jedoch bei kleineren Unternehmen weniger geeignet als bei größeren sein dürfte.<sup>32</sup> Damit soll jedoch nicht ausgedrückt werden, dass bei größeren Unternehmen eine differenzierte Anreizregulierung mit Monitoringelementen geeigneter ist als eine Monitoring-Regulierung. Die relative Eignung dieser Verfahren kann an dieser Stelle nicht abschließend beurteilt werden.

## **2.1.2 Regulierung öffentlicher Unternehmen**

Je nach Vorgabe ihrer Eigentümer können öffentliche Unternehmen eine Not-for-Profit-Ausrichtung aufweisen oder Gewinnerzielungsabsichten genau wie private Unternehmen verfolgen. Im Folgenden wird mit Bezug zu einem Mehrebenensystem, in dem auf einer übergeordneten Ebene die Regulierung angesiedelt ist und die Unternehmen auf einer untergeordneten Ebene dezentral tätig sind, die Regulierung öffentlicher Wasserversorgungsunternehmen zunächst ohne Gewinnorientierung (in Abschnitt 2.1.2.1) und anschließend mit Gewinnorientierung (in Abschnitt 2.1.2.2) untersucht.

### **2.1.2.1 Ohne Gewinnorientierung**

Bei dezentral und somit – hier die reale Situation in Deutschland berücksichtigend – kommunal tätigen öffentlichen Unternehmen ohne Gewinnorientierung könnte angestrebt werden, alleine durch eine interne Regulierung, d.h. über die Steuerung durch die Eigentümer auf den üblichen Wegen (z.B. über die Gesellschafterversammlung bei einer GmbH), die Erreichung der Regulierungsziele sicherzustellen. Bei Fehlen einer Gewinnorientierung betrifft dies speziell die Verhinderung von ineffizientem Agie-

---

<sup>32</sup> Bei der bisherigen Analyse ist folgender Aspekt noch nicht berücksichtigt worden, der jedoch die Argumente dafür verstärkt, dass vor allem eine Monitoring-Regulierung, aber außerdem auch eine differenzierte Anreizregulierung für die Regulierung von privaten Wasserversorgungsunternehmen geeignet ist, während eine TOTEX-Anreizregulierung als ungeeignet einzustufen ist: Bei Anwendung einer Monitoring-Regulierung ist es relativ unkompliziert möglich, vom Unternehmen nicht beeinflussbares Kostenrisiko den Nachfragern zuzuordnen, was sinnvoll ist, da diese als Kollektiv (d.h. in ihrer Gesamtheit) i.d.R. (und hiervon sei an dieser Stelle ausgegangen) eine geringere Risikoaversion aufweisen als das private Wasserversorgungsunternehmen bzw. die hinter diesem stehenden Eigentümer. Bei einer TOTEX-Anreizregulierung ist es hingegen relativ kompliziert, speziell das vom regulierten Unternehmen nicht beeinflussbare Kostenrisiko den Nachfragern zuzuordnen. Um dies zu erreichen, hat der Regulierer über recht viel Input-Wissen zu verfügen, wobei es ansonsten ja ein großer Vorteil einer TOTEX-Anreizregulierung sein kann, dass der Regulierer grundsätzlich gerade nicht Input-Wissen aufzuweisen hat. Wenn ein Regulierer über ausreichendes Input-Wissen verfügt, um eine differenzierte Anreizregulierung anzuwenden, ist es für ihn i.d.R. auch recht problemlos möglich, vom Unternehmen nicht beeinflussbares Risiko (zumindest weitgehend) den Nachfragern zuzuordnen.

ren durch die Unternehmen, was ja erhöhte Kosten und demzufolge höhere von den Nachfragern an die Unternehmen zu leistende Zahlungen zur Folge hätte.

#### **RATIONALITÄT FÜR EINE ÜBERGEORDNET „VERORTETE“ REGULIERUNG**

Allerdings gibt es durchaus Argumente dafür, auch bei nicht gewinnorientierten öffentlichen Wasserversorgungsunternehmen eine (externe) Regulierung zu etablieren, die in einem Mehrebenensystem auf einer übergeordneten Ebene verortet sein sollte:

- **Übergeordnete Regulierung als Unterstützung der dezentralen Unternehmenssteuerung und -kontrolle:** Durch die Etablierung von Standards hinsichtlich des Rechnungswesen, von Transparenzvorgaben bezüglich des Unternehmens etc. kann eine übergeordnete Regulierung die dezentrale Steuerung und Kontrolle öffentlicher Unternehmen durch die Eigentümer und letztendlich auch durch die Bürger und die (Kunden des regulierten Unternehmens darstellende) Unternehmen als Nachfrager vor Ort unterstützen. Dadurch, dass diese Vorgaben auf einer übergeordneten Ebene erstellt werden, können Synergieeffekte realisiert werden.<sup>33</sup>
- **Übergeordnete Regulierung als Schutz vor Opportunismus auf der dezentralen Ebene:** Zur Vermeidung von opportunistischem Verhalten politischer Akteure auf der dezentralen Ebene kann es – hier zunächst ganz grundsätzlich und Sektor-unabhängig denkend – sinnvoll sein, dass die dortige Politik nicht über die Kompetenz verfügt, aktuelle politische Mehrheiten nutzend gravierende Entscheidungen kurzfristig und ohne Einbezug einer weiteren Kontrollinstanz zu fällen. Derartige gravierende Entscheidungen können auch im Bereich von Wasserversorgungsunternehmen getroffen werden. Allerdings betrifft diese Problematik eher private Unternehmen (und allenfalls auch öffentliche Unternehmen mit Gewinnorientierung), jedoch nicht öffentliche Wasserversorgungsunternehmen ohne Gewinnorientierung. Dennoch können auch in diesen Unternehmen gewisse Fehlentwicklungen stattfinden, die von der Politik und damit potentiell auch einem Regulierer „vor Ort“, dessen politikferne im kommunalen Kontext kaum sinnvoll sicherzustellen sein wird, mitgetragen oder zumindest toleriert werden. Dem kann durch die übergeordnete „Verortung“ einer Regulierung entgegengewirkt werden. Allerdings ist dann bei der Ausgestaltung der Regulierung und dabei auch dem Design des Anreizregimes zu berücksichtigen, dass die Regulierer der hier betrachteten Unternehmen deutlich anders motiviert ist als bei den privaten (und somit gewinnorientierten) Wasserversorgungsunternehmen.
- **Indirekte Netzwerkeffekte infolge übergeordnet definierter Standards:** Übergeordnet definierte Regulationsregeln führen zu indirekten Netzwerkeffekten, da bezüglich des Regulierungssystems aufgebautes Wissen (z.B. bei Beratern) bei den verschiedenen regulierten Un-

---

<sup>33</sup> In diesem Zusammenhang kann die Frage aufgeworfen werden, ob die Bereitstellung entsprechender Vorgaben an die Unternehmen (Standards hinsichtlich des Rechnungswesens, Transparenzvorgaben etc.) nicht auch erfolgen könnte, ohne dass bereits von der übergeordneten Regulierung deren Anwendung im Einzelfall vorgegeben ist, worüber dann auf der dezentralen Ebene entschieden werden könnte. Die Synergieeffekte bei der Erstellung der entsprechenden Vorgaben könnten so auch realisiert werden. Allerdings erzeugt bei einem derartigen Vorgehen die übergeordnete Regulierung keine bzw. zumindest lediglich in einer suboptimalen Weise Schutzwirkungen gegen Opportunismuspotentiale „vor Ort“ auf der dezentralen Ebene, auf welche folgend noch eingegangen werden wird.

ternehmen sinnvoll eingesetzt werden kann. In diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, dass die gesellschaftliche Kontrolle des Regulierungssystems infolge dieser indirekten Netzwerkeffekte besser funktionieren dürfte.

Vor diesem Hintergrund ist eine übergeordnete Regulierung auch bei öffentlichen Wasserversorgungsunternehmen ohne Gewinnorientierung als sinnvoll anzusehen, wenn sichergestellt ist, dass in einem angemessenen Ausmaß dezentrales Wissen und dabei auch dezentrale Präferenzen berücksichtigt werden.

### **AUSGESTALTUNG DER REGULIERUNG**

Als Regulierungsverfahren bietet sich für die hier betrachteten öffentlichen Wasserversorger ohne Gewinnorientierung eine Monitoring-Regulierung an, wobei die Intensität des Monitorings deutlich geringer sein kann und sollte als bei privaten Wasserversorgungsunternehmen. Beinhalten sollte die Regulierung jedoch auch Vorgaben, bestimmte Entscheidungen ex ante mit dem Regulierer abzustimmen. Dies sollte u.a. den Abschluss umfangreicher Outsourcing und vor allem von so genannten „ÖPP (Öffentlich-Private-Partnerschaften)-Vorhaben“ betreffen. Derartige Verträge werden nicht selten im Kontext politischer Kurzfristorientierung oder aus anderen opportunistischen Motiven abgeschlossen. Dies ist einer der Gründe, warum derartige Verträge aus regulatorischer Sicht von hoher Relevanz sind und ex ante geprüft werden sollten. Da derartige Verträge außerdem ggf. de facto eine privatisierungsähnliche Wirkung entfalten können, liegt bei deren Abschluss aus regulatorischer Sicht u.U. eine Situation vor wie bei der Regulierung privater Wasserversorgungsunternehmen.

#### **2.1.2.2 Mit Gewinnorientierung**

Wenn öffentliche Unternehmen eine Gewinnorientierung aufweisen, könnte zunächst die Position vertreten werden, dass diese dann genauso wie private (stets gewinnorientierte) Unternehmen reguliert werden sollten. Im Lichte der den Analysen in diesem Arbeitspapier zugrunde liegenden Zielsystems sind von öffentlichen Wasserversorgungsunternehmen infolge entsprechend gesetzter Preise erzielte Gewinne jedoch anders zu bewerten als bei privaten Unternehmen, da ja das Kollektiv der Nachfrager der Unternehmen eine Überschneidung mit dem Kollektiv der Steuerzahler in den entsprechenden Gebietskörperschaften aufweist. Allerdings ist diese Überschneidung auch nicht vollumfänglich, d.h. es handelt sich um keine reinen „rechte Tasche linke Tasche“-Geschäfte. Ferner gibt es durchaus eine Rationalität für (übergeordnete) Meta-Regeln, nach denen die öffentliche Hand ihre Haushaltseinnahmen nicht durch die Ausnutzung monopolistischer Stellungen im Unternehmensbereich erzielen darf. In diesem Kontext kann festgehalten werden, dass auch bei Berücksichtigung des den Analysen hier zugrundeliegenden Zielsystems eine regulatorische Begrenzung des Gewinnstrebens von öffentlichen Wasserversorgungsunternehmen geboten ist.<sup>34</sup> Neben der Anwendung der für private Unternehmen vorgesehenen Regulierung ist allerdings auch denkbar, öffentliche Wasserversorgungsunternehmen mit Gewinnorientierung analog zur Regulierung der öffentlichen Unternehmen

---

<sup>34</sup> Im Lichte des in diesem Arbeitspapier zugrunde gelegten Zielsystems sollten öffentlichen Wasserversorgungsunternehmen vermutlich zwar höhere Gewinne zugestanden werden als privaten Unternehmen, aber dieser Aspekt soll hier unberücksichtigt bleiben.

ohne Gewinnorientierung zu regulieren (und insofern eine Monitoring-Regulierung mit einer reduzierten regulatorischen Prüfintensität anzuwenden), aber ihnen eine ähnliche Rendite wie privaten Unternehmen zuzugestehen.<sup>35</sup> Da die beiden hier in Betracht gezogenen Regulierungsverfahren beide als grundsätzlich geeignet angesehen werden können, soll eine vertiefte Auseinandersetzung mit deren relativer Eignung an dieser Stelle unterbleiben.

Im Übrigen sei angemerkt, dass bei öffentlichen Wasserversorgungsunternehmen mit Gewinnorientierung eine TOTEX-Anreizregulierung u.U. deutlich positiver zu bewerten sein kann als bei privaten Unternehmen. Dies ist speziell dann der Fall, wenn öffentliche Unternehmen keine oder zumindest eine relativ geringe Risikoaversion aufweisen und auf die Fehlanreize, die sich im Kontext von Kontrahierungsproblemen bei einer Output-orientierten Anreizsetzung ergeben, nicht reagieren und vielmehr ein aus Sicht der Nachfrager langfristig effizientes Verhalten an den Tag legen. Zwar ist zu erwarten, dass – ein adäquates Agieren des Regulierers vorausgesetzt – hohe Gewinne bei den Unternehmen infolge der Berücksichtigung von Sicherheitspuffern anfallen werden, aber diese sind im Lichte des den Analysen in diesem Arbeitspapier zugrunde liegenden Zielsystems ja unproblematisch.

### 2.1.3 Fazit

Über die verschiedenen Typen von Wasserversorgungsunternehmen (also private Unternehmen sowie öffentliche Unternehmen mit und ohne Gewinnorientierung) hinweg kann eine Monitoring-Regulierung als grundsätzlich stets geeignetes Regulierungsverfahren angesehen werden. Mit Bezug zu den einzelnen Unternehmenstypen ist dies wie folgt zu ergänzen:

- Für private Unternehmen ist – insbesondere bei eher größeren Unternehmen – alternativ auch eine differenzierte Anreizregulierung mit Monitoringelementen in Betracht zu ziehen. Hinsichtlich der (relativen) Eignung im Vergleich zu einer Monitoring-Regulierung sind keine klaren Aussagen möglich, was auf vertieften Untersuchungsbedarf hindeutet.
- Bei öffentlichen Unternehmen ohne Gewinnorientierung kann und sollte die Monitoring-Intensität im Rahmen der Regulierung geringer als bei privaten Unternehmen sein.
- Bei öffentlichen Unternehmen mit Gewinnorientierung kann sowohl eine Regulierung wie bei privaten Unternehmen (also eine Monitoring-Regulierung oder ggf. alternativ eine differenzierte Anreizregulierung mit Monitoringelementen) als auch eine Monitoring-Regulierung mit einer reduzierten regulatorischen Prüfungsintensität wie bei öffentlichen nicht-gewinnorientierten Unternehmen sinnvoll sein, wobei ihnen bei letztgenannter Alternative jedoch eine ähnliche Rendite wie privaten Unternehmen zuzugestehen wäre.

---

<sup>35</sup> Als Exkurs sei angemerkt, dass es für die Generierung von Haushaltseinnahmen im Kontext der Tätigkeit von Wasserversorgungsunternehmen im Allgemeinen und öffentlichen Wasserversorgungsunternehmen im Speziellen ein vorteilhafter Ansatz sein dürfte, auf nicht an den unternehmerischen Erfolg anknüpfende Instrumente zurückzugreifen, was bei Konzessionsabgaben der Fall ist, deren Höhe jedoch durch (übergeordnete) Meta-Regeln gedeckelt ist. Wenn es von der (für die Gesetzgebung auf der entsprechenden Normenebene zuständigen) Politik dann gewollt ist, dass höhere Haushaltseinnahmen im Kontext der Tätigkeit von Wasserversorgungsunternehmen erzielt werden können, dann wäre eine Anhebung der entsprechenden Deckelung der Höhe der Konzessionsabgabe vorzunehmen.

In diesem Kontext wäre es durchaus sinnvoll, die Regulierungsverfahren je nach Unternehmenstyp zu differenzieren. Sofern dies – warum auch immer – nicht erfolgen kann oder soll, bietet sich der Rückgriff auf eine „normale“ Monitoring-Regulierung für sämtliche Unternehmen an.

Festgehalten werden kann ferner, dass eine TOTEX-Anreizregulierung sowohl in Reinform als auch als Variante mit ex post erfolgreicher Vergütungshöhenfestlegung für Wasserversorgungsunternehmen völlig ungeeignet ist.

## **2.2 Fernwasserunternehmen**

Fernwasserunternehmen sind regelmäßig deutlich größer und verfügen über ein viel höheres Anlagevermögen als „normale“ Wasserversorgungsunternehmen. Allerdings ist Wissen bezüglich der Fernwasserversorgung in ähnlicher Weise „im Sektor verteilt“ wie bei Wasserversorgungsunternehmen. Daher gelten die vorstehend in Abschnitt 2.1 abgeleiteten Empfehlungen für die Regulierung von privaten Unternehmen sowie für öffentliche Unternehmen ohne und mit Gewinnorientierung grundsätzlich in identischer Weise.

# **3 Institutionenökonomische Einordnung der in Deutschland im Allgemeinen und in Hessen im Speziellen praktizierten Regulierungsverfahren bei Wasserunternehmen und interdisziplinäre Ableitung von Reformempfehlungen für das Land Hessen**

## **3.1 Wasserversorgungsunternehmen**

Folgend wird zunächst in (Unter-)Abschnitt 3.1.1 die derzeitige Regulierung der Wasserversorgungsunternehmen nach dem Gebühren- und nach dem Kartellrecht in Deutschland im Allgemeinen und in Hessen im Speziellen auf Basis der NIÖ und mit Bezug zu den im vorangegangenen Abschnitt 2 generierten Erkenntnissen eingeordnet und bewertet. Auf eine genaue Darstellung der derzeitigen Regulierung, wie sie beispielsweise VKU (2014) und – speziell bezüglich einzelner zentraler spezieller Rechtsfragen – BRÜNING (2014) entnommen werden kann, wird verzichtet; es wird lediglich angestrebt, die praktizierten Regulierungsverfahren unter Berücksichtigung der in Abschnitt 2 betrachteten idealtypischen Regulierungsverfahren zu charakterisieren und im Kontext der begrenzten (Zeit-) Ressourcen für die Erstellung dieses Arbeitspapiers zumindest zentrale weitere für eine Beurteilung der Regulierung auf Basis der NIÖ relevante Aspekte zu identifizieren.<sup>36</sup> Im (Unter-)Abschnitt 3.1.2 wird dann auf Reformoptionen für die Regulierung der Wasserversorgungsunternehmen eingegangen, die das Land Hessen eigenständig, d.h. ohne Involvierung des Gesetzgebers auf Bundesebene oder

---

<sup>36</sup> Es wird im Kontext der (institutionen-)ökonomischen Schwerpunktsetzung in diesem Arbeitspapier auch darauf verzichtet, das Verhältnis von Gebühren/Kartellrecht zum Wasserhaushaltsrecht (Art. 9 WRRL, § 6a WHG) näher zu beleuchten. Angemerkt sei aber, dass die unionsrechtlichen Bestimmungen der WRRL gegenüber den Vorgaben des nationalen (Kartell-)Rechts Vorrang beanspruchen, so dass die Vorgaben der WRRL jedenfalls als Rechtfertigungsgrund für die betroffenen Wasserunternehmen hinsichtlich ihrer Preisgestaltung herangezogen werden können; IMMENGA / MESTMÄCKER / KÖRBER (2014, § 31 GWB Rn. 79 (von S. Klau)); vgl. auch die Mitteilung der EU-Kommission vom 26.07.2000 über die Preisgestaltung als politisches Instrument zur Förderung eines nachhaltigen Umgangs mit Wasserressourcen, KOM(2000) 477 endg.

des Bundeskartellamtes, umsetzen kann und die zu einer verbesserten Erreichung der mit der Regulierung verbundenen Ziele führen würden. Bei der Entwicklung und Darstellung dieser Reformoptionen wird dann nicht nur auf institutionenökonomische, sondern auch auf juristische Erkenntnisse zurückgegriffen. Reformoptionen für die Regulierung der Wasserunternehmen, die auf der Bundesebene (und dabei ggf. unter Einbezug der Länder über den Bundesrat) zu beschließen wären, werden nicht thematisiert.

### **3.1.1 Einordnung und Kritik**

#### **3.1.1.1 Regulierung nach dem Gebührenrecht**

Die Regulierung von Wasserversorgungsunternehmen nach dem Gebührenrecht entspricht vom Grundgedanken her einer Monitoring-Regulierung.<sup>37</sup> Bei der Anwendung des Gebührenrechts ist neben den Regelungen in dem Kommunalabgabengesetzen (KAG) der Länder eine umfangreiche diesbezügliche Rechtsprechung zu beachten. Dies geht damit einher, dass es für die nach dem Gebührenrecht regulierten Wasserversorgungsunternehmen recht gut prognostizierbar ist, dass sie vom Regulierer nicht opportunistisch behandelt werden. Das regulatorische Risiko ist folglich gering, was c.p. zu relativ niedrigen Kapitalkosten bei den Unternehmen führt und somit auch im Interesse der Konsumenten ist.

Für die Bewertung einer Regulierung im Lichte des den Analysen in diesem Arbeitspapier zugrunde liegenden Zielsystems sind neben dem Anreizregime jedoch noch diverse weitere Aspekte von Relevanz. In diesem Zusammenhang ist nicht zuletzt auf die Kompetenz des Regulierers und die Art der von ihm praktizierten Anwendung des Regulierungsverfahrens zu verweisen. In diesem Arbeitspapier ist keine empirische Analyse der Regulierungspraxis möglich. Es kann jedoch auf die anekdotische Evidenz verwiesen werden, dass die Anwendung des Gebührenrechts in den Ländern vielfach eher „lasch“ ist und dass die Kommunalaufsichtsbehörden, die in den Bundesländern überwiegend für die Durchführung der Regulierung die (Haupt-)Verantwortung tragen, über eine unzureichende Ressourcenausstattung für die Regulierung der Wasserversorgungsunternehmen verfügen. Dabei dürften diese Defizite je nach Bundesland eine unterschiedliche Ausprägung aufweisen. Auch wenn bei öffentlichen Unternehmen gemäß der Analyseergebnisse aus Abschnitt 2 eine reduzierte Kontrollintensität bei einer Monitoring-Regulierung unproblematisch sein kann, erscheint es doch fraglich, dass die praktische Durchführung der Regulierung im Lichte des den Analysen hier zugrunde liegenden Zielsystems und damit aus der Perspektive der Nachfrager nicht zu kritisieren ist.

Vor diesem Hintergrund kann bezüglich der Regulierung der Wasserversorgungsunternehmen nach dem Gebührenrecht festgehalten werden, dass

- es sich um ein grundsätzlich geeignetes Regulierungsverfahren handelt, da es als Monitoring-Regulierung einzuordnen ist, und

---

<sup>37</sup> BRÜNING (2014, S. 24 f.) zeigt auf, dass es sich bei der Regulierung nach dem Gebührenrecht – anders als vielfach und gerade in ökonomischen Publikationen geäußert – nicht um eine Kostendurchreichungs- sondern um eine Monitoring-Regulierung handelt.

- es Hinweise auf eine in der Praxis suboptimale Durchführung der Regulierung gibt, wobei das Ausmaß von Defiziten, das im Übrigen zwischen den Ländern unterschiedlich sein dürfte, hier weder übergreifend noch speziell mit Bezug zum Land Hessen beurteilt werden kann.

### 3.1.1.2 Regulierung nach dem Kartellrecht

Kartellbehörden können bei ihren Regulierungsaktivitäten gegenüber Wasserversorgungsunternehmen auswählen, ob sie auf das Regulierungsverfahren der Kostenprüfung oder das des Vergleichsmarktkonzepts zurückgreifen. Dabei kann die Anwendung beider Verfahren sowohl über den Sektorübergreifend gültigen § 19 GWB als auch über den (Wasser-)Sektor-spezifischen (§ 31b Abs. 5 und 3 i. V. m.) § 30 Abs. 3 und 4 GWB erfolgen (vgl. § 31b Abs. 6 GWB).<sup>38</sup> Da das Missbrauchsverbot des § 19 GWB – anders als dasjenige des § 30 Abs. 3 – unmittelbar von Gesetzes wegen gilt, können die Kartellbehörden bei Anwendung des § 19 GWB rückwirkende Feststellungen bezüglich des Markt-machtmissbrauchs treffen und damit einhergehend Rückzahlungen an die Nachfrager anordnen (vgl. § 32 Abs. 2a GWB). Ferner schaffen Missbrauchsfeststellungen durch die Kartellbehörden nach § 19 GWB die Grundlage für kartellrechtliche Schadensersatzklagen (vgl. § 33 Abs. 3 GWB). Beides ist bei einem Bezug der Kartellbehörden auf § 30 GWB nicht möglich.<sup>39</sup> Allerdings ist die Feststellung eines Missbrauchs bei § 31 Abs. 3 und 4 GWB insbesondere beim Vergleichsmarkttansatz des § 31 Abs. 4 Nr. 2 GWB durch den weiten Tatbestand (§ 31 Abs. 4 Nr. 2 Hs. 1 GWB) und die Beweislastumkehr (§ 31 Abs. 4 Nr. 2 Hs. 2 GWB) zu Lasten der Unternehmen erheblich erleichtert. Die Kartellbehörde muss lediglich aufzeigen, dass gleichartige Unternehmen niedrigere Preise als das kontrollierte Unternehmen fordern. Dabei wird der Begriff der Gleichartigkeit weit ausgelegt. Sie liegt nur dann nicht vor, wenn sich die Unternehmen schon auf den ersten Blick signifikant unterscheiden. Eine umfassende Feststellung der maßgeblichen Strukturdaten ist nicht gefordert. Vielmehr obliegt es dem kontrollierten Unternehmen nachzuweisen, dass der Preisunterschied auf abweichenden Umständen beruht, die ihm nicht zurechenbar sind. Dazu muss das betroffene die kostenmäßigen Auswirkungen seiner besonderen Strukturmerkmale sowie deren Unvermeidbarkeit durch eine rationelle Betriebsführung darlegen und beweisen.<sup>40</sup> Im Rahmen eines auch bei § 19 GWB möglichen Preisvergleichs muss dagegen die Kartellbehörde nachweisen, dass höhere Preise und Kosten nicht auf strukturellen, dem Unternehmen zurechenbaren Umständen beruhen.

Folgend werden die beiden bei der Regulierung durch die Kartellbehörden zur Verfügung stehenden Regulierungsverfahren betrachtet (Kostenkontrolle in (Unter-)Abschnitt 3.1.1.2.1 und Vergleichsmarktkonzept in (Unter-)Abschnitt 3.1.1.2.2) sowie übergreifende Aspekte thematisiert und Schlussfolgerungen gezogen (in (Unter-)Abschnitt 3.1.1.2.3).

---

<sup>38</sup> Vgl. LOEWENHEIM ET AL. (2016, § 31 GWB Rn. 17 (von A. Zuber)).

<sup>39</sup> Vgl. BECHTOLD / BOSCH (2015, §31b Rn. 9 und § 33 Rn. 7).

<sup>40</sup> Vgl. hierzu übergreifend BECHTOLD / BOSCH (2015, §31 Rn. 18 ff), LOEWENHEIM ET AL. (2016, § 31 GWB Rn. 17 ff (von A. Zuber)) und IMMENGA / MESTMÄCKER / KÖRBER (2014, § 31 GWB Rn. 57 ff (von S. Klaue)).

### 3.1.1.2.1 Kostenprüfung als Regulierungsverfahren

Die Regulierung von Wasserversorgungsunternehmen durch Kartellbehörden nach dem Kostenprüfungsansatz ist bislang – im Gegensatz zur Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts – kaum praktiziert worden. Breit wahrgenommen worden ist lediglich das Vorgehen der Landeskartellbehörde Baden-Württembergs gegen das für die Wasserversorgung in Calw zuständige Unternehmen, mit dem sich auch das OLG Stuttgart und der BGH zu befassen hatten.

Eine eindeutige Einordnung der kartellrechtlichen Kostenprüfung in eines der im vorstehenden Abschnitt 2 vorgestellten idealtypischen Regulierungsverfahren erscheint nicht möglich. Vielmehr kann die kartellrechtliche Kostenprüfung als eine Monitoring-Regulierung angesehen werden, die jedoch auch Elemente einer TOTEX-Anreizregulierung enthält, bei der die Vergütungshöhe ex post festgelegt wird. Dies ist wie folgt begründet:

- Die Kartellbehörden prüfen zunächst nicht die Kosten aller Unternehmen detailliert, sondern vergleichen erst einmal die Preise, Tarife und / oder Kosten sämtlicher Unternehmen und wählen dann für eine nähere Betrachtung Unternehmen aus, die bei dieser groben Betrachtung auffallen. Dieses Vorgehen, das in etwa einer sehr abgeschwächten Anwendung des (im Folgeabschnitt 3.1.1.2.2 ja genauer betrachteten) Vergleichsmarktkonzepts entspricht, folgt in etwa dem Grundgedanken einer TOTEX-Anreizregulierung.
- Bei der anschließenden relativ detaillierten Kostenprüfung bei den Unternehmen, bei denen der Verdacht eines Marktmachtmissbrauchs besteht, sind die Analysen der Kartellbehörden darauf ausgerichtet, sowohl ineffizientes Agieren der Unternehmen als auch überhöhte Kostenangaben und Gewinne bzw. Kapitalrenditen zu identifizieren, um die Nachfrager hiervor schützen zu können. Dies entspricht dem Vorgehen bei einer Monitoring-Regulierung. Anzumerken ist, dass Kartellbehörden große Spielräume zu haben scheinen, wie sie bei Kostenprüfung vorgehen. Zwar sind (auch) in dem 2013 gefällten Urteil des BGH im Verfahren zu den „Wasserpreisen in Calw“ gewisse Leitlinien enthalten, aber im Vergleich zur Monopolregulierung in anderen Netzindustrien besteht eine erhebliche Unsicherheit über die Möglichkeiten der Kartellbehörden bei ihren Prüfschritten. Grundsätzlich anerkannt ist, dass die Kartellbehörden bei ihren Prüfungen in bestimmten Konstellationen Sicherheitspuffer einzukalkulieren haben.

Eine Beurteilung der Regulierung nach dem kartellrechtlichen Verfahren der Kostenprüfung kann hier – ob der nicht erfolgten juristischen Analysen und detaillierten empirischen Analysen zu entsprechenden Verfahren – grundsätzlich nur in einer vorsichtigen Form erfolgen. Dennoch kann die folgende Kritik geübt werden:

- Da im Wassersektor stabile Marktmacht vorliegt, ist es unbefriedigend, wenn nicht sämtliche Unternehmen einer genauen und regelmäßigen Kostenprüfung unterzogen werden.<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> Unter Berücksichtigung des den Analysen in diesem Arbeitspapier zugrunde liegenden Zielsystems gilt dies für öffentliche Unternehmen nur in einer eingeschränkten Weise.

- Bei der Auswahl der Unternehmen in dem vorgelagerten, dem Grundgedanken einer TOTEX-Anreizregulierung folgenden Schritt besteht die große Gefahr bzw. ist sogar davon auszugehen, dass (zumindest einige) Unternehmen, bei denen die Kosten aufgrund günstiger struktureller Gegebenheiten niedrig sind, aber die ineffizient agieren und/ oder überhöhte Renditen einkalkulieren nicht identifiziert werden.
- Für die Durchführung einer Kostenprüfung sollten – wie auch bei der Regulierung der Strom- und Gasnetze – klare Standards definiert sein. Im Kontext der stabilen Marktmacht der Unternehmen und des hohen monetären Volumens der Nachfragerzahlungen sind derartige Festlegungen eindeutig sinnvoll, um erstens damit einhergehend regulatorisches Risiko zu senken und zweitens die im Zusammenhang des derzeit (viel zu) geringen Umfangs an Standardisierungen bestehende Notwendigkeiten zur Berücksichtigung von Sicherheitspuffern zu beseitigen, denn diese führen letztendlich zu höheren von den Nachfrager zu tragenden Entgelten. Ein besonders großes Ausmaß dürften Sicherheitspuffer im Übrigen bei einem Vorgehen von Kartellbehörden auf Basis von § 19 GWB aufweisen, wenn Beweislasten vornehmlich den Behörden zugeordnet sind. Keinesfalls ausgeschlossen werden kann, dass Kartellbehörden auf die gebotene Berücksichtigung von Sicherheitspuffern verzichten, was dann wiederum die Frage der Berechenbarkeit regulatorischen Handelns und damit auch des regulatorischen Risikos tangiert.

Nicht undenkbar ist, dass das bei Anwendung der kartellrechtlichen Kostenprüfung vorliegende regulatorische Risiko so hoch sein kann, dass dieses im Einzelfall nicht nur zu überhöhten Kapitalkosten führt, deren „Durchreichung“ an die Nachfrager im Übrigen ein (anständiger) Regulierer akzeptieren würde, sondern dass eine Investitionszurückhaltung auf Seiten von Wasserversorgungsunternehmen entsteht. Diese Investitionszurückhaltung könnte zum einen erhöhte langfristige Kosten auf Seiten der Unternehmen und zum anderen ein Verfehlen der übergeordneten Bereitstellungsziele im Bereich der Wasserversorgung (Versorgungssicherheit, Umweltschutz etc.) zur Folge haben.

#### **3.1.1.2.2 Vergleichsmarktkonzept als Regulierungsverfahren**

Auch eine eindeutige Einordnung der Regulierung nach dem Kartellrecht unter Rückgriff auf das Vergleichsmarktkonzept erscheint nicht möglich. Das Vergleichsmarktkonzept folgt vornehmlich dem Grundgedanken einer TOTEX-Anreizregulierung, aber enthält auch (mehr oder weniger) Elemente einer Monitoring-Regulierung, was wie folgt begründet ist:

- Der Kernbestandteil der Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts ist ein Vergleich der Preise oder alternativ der Erlöse von Wasserversorgungsunternehmen durch die Kartellbehörden. Es wird angestrebt, durch diesen Vergleich diejenigen Unternehmen zu identifizieren, die Marktmacht ausüben, sowie das Ausmaß der Marktmachtausübung zu ermitteln. Dabei werden (sinnvollerweise) verschiedene Einflussfaktoren auf die Kosten und infolgedessen auf die Preise und Erlöse berücksichtigt, auf die die jeweiligen Unternehmen keinen Einfluss haben, wobei hier offengelassen werden soll, inwieweit die Kartellbehörden hierbei sachgerecht agieren. Das Vorgehen erfolgt regelmäßig in zwei Schritten:

- Zunächst erfolgt ein eher grober Vergleich der Preise oder Erlöse sämtlicher Unternehmen. Dann werden Unternehmen ausgewählt, bei denen die Preise oder Erlöse auffällig hoch sind, um sich mit diesen vertieft zu befassen.
- Anschließend erfolgt eine detaillierte Auseinandersetzung mit diesen Unternehmen, die in den Verdacht geraten sind, Marktmacht auszuüben. Hierfür werden Vergleichsunternehmen hinsichtlich verschiedener nicht beeinflussbarer Faktoren auf die Kosten ausgesucht und die jeweils verlangten Preise bzw. erzielten Erlöse verglichen. Dabei unterscheidet sich das Vorgehen je nachdem, ob die Kartellbehörde § 19 GWB oder nach § 31 GWB heranzieht (siehe oben 3.1.1.2). In beiden Fällen wird angestrebt, eine Marktmachtausnutzung und deren Ausmaß zu identifizieren.

Dieses Verfahren ähnelt einer TOTEX-Anreizregulierung, bei der die Vergütungshöhe ex post festgelegt wird. Allerdings ist das hier erfolgende Vorgehen als sehr rudimentär entwickelt einzuordnen, so wird beispielsweise von (zumindest einigen) Kartellbehörden nicht berücksichtigt, welche der handelsrechtlich zur Verfügung stehenden Optionen für die Durchführung von Abschreibungen und die Bewertung von Anlagegütern von den einzelnen Unternehmen, die miteinander verglichen werden, angewendet werden. Infolgedessen ist es geboten, entsprechende Sicherheitspuffer einzukalkulieren. Für den Vergleich der Unternehmen bzw. ihrer Preise oder Erlöse werden – gerade auch unter Berücksichtigung des relativ ausgefeilten und methodisch anspruchsvollen Vorgehens beim Effizienzvergleich im Rahmen der Strom- und Gasnetzregulierung, dessen Aussagekraft dennoch als zumindest sehr begrenzt angesehen werden kann – i.d.R. methodisch wenig anspruchsvolle Wege beschritten. Soweit ersichtlich werden regelmäßig unter Rückgriff auf die Expertise der Kartellbehörden verschiedene Ansätze, u.a. Kennzahlenvergleiche, miteinander kombiniert und begleitend wird das entsprechende Vorgehen (mehr oder weniger detailliert) begründet. Dieses Vorgehen bietet das Potential, den Besonderheiten des Einzelfalls besser gerecht zu werden als dies bei methodisch ausgefeilten Verfahren z.T. möglich ist, aber es besteht auch die Gefahr eher willkürlicher Entscheidungen. Auch in diesem Kontext werden (erneut) Sicherheitspuffer einzukalkulieren sein.

- Unternehmen, denen dann konkret von den Kartellbehörden ein Marktmachtmissbrauch vorgeworfen wird, der auch hinsichtlich des Ausmaßes zu beziffern ist, haben die Möglichkeit darzulegen, warum ihre Preise bzw. Erlöse höher sind als bei den Vergleichsunternehmen. Dabei können die Unternehmen auf von den Kartellbehörden nicht berücksichtigte Einflussfaktoren hinsichtlich ihrer erhöhten Kosten verweisen und in diesem Zusammenhang auch versuchen, die Höhe ihrer Kosten (sowie darauf aufbauend dann ihrer Preise und Erlöse) zu rechtfertigen.<sup>42</sup> Die vorgebrachten Argumente werden dann wiederum von der Kartellbehörde

---

<sup>42</sup> Um höhere Preise als bei Vergleichsunternehmen rechtfertigen zu können, ist es bedeutsam, dass die des Marktmachtmissbrauchs beschuldigten Unternehmen auch betriebswirtschaftliche Informationen und Daten über die Unternehmen erhalten, mit denen sie verglichen werden. Wenn die Kartellbehörden jedoch auf Basis des § 31 Abs. 4 Nr. 2 GWB vorgehen, dann liegen Beweislasten vornehmlich bei den beschuldigten Unternehmen, denen von den Vergleichsunternehmen mit Verweis auf ihre Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse jedoch ggf. nicht gestattet wird, Einsicht in ihre betriebswirtschaftlichen Zahlenwerke zu nehmen. Infolgedessen kann es für die beschuldigten Unternehmen – so die Kritik von den die Interessen der Wasserversorgungsunternehmen vertretenden Verbände – nahezu unmöglich sein, Preis- bzw. Erlösunterschiede gegenüber Vergleichsunternehmen zu

geprüft. Dieses Vorgehen ähnelt einer Monitoring-Regulierung. Allerdings existieren auch hier im Vergleich zur „normalen“ Monopolregulierung viele Freiheitsgrade für die Kartellbehörden, wenn sie über die Stichhaltigkeit der Argumente der betroffenen Unternehmen entscheiden. Dabei gehen die einzelnen Kartellbehörden wohl auch unterschiedlich und letztendlich nicht klar prognostizierbar vor. Dies hat dann wiederum entsprechende Auswirkungen auf die Höhe des regulatorischen Risikos.

Auch bezüglich der Regulierung nach dem kartellrechtlichen Verfahren des Vergleichsmarktkonzepts kann eine Bewertung – wiederum ob der nicht erfolgten juristischen Analysen und detaillierten empirischen Analysen zu entsprechenden Verfahren – lediglich in einer vorsichtigen Weise durchgeführt werden. Folgende Kritik an dem Verfahren scheint jedoch in jedem Fall angebracht zu sein:

- Auch bei Anwendung des Vergleichsmarktkonzeptes ist davon auszugehen, dass der Markt-machtmissbrauch durch (zumindest einige) Unternehmen, bei denen die Kosten aufgrund günstiger struktureller Gegebenheiten niedrig sind, aber die ineffizient agieren und/ oder überhöhte Renditen einkalkulieren, nicht erkannt wird.
- Fehlende Standards, wie beispielsweise wiederum bezüglich der Durchführung von Abschreibungen und der Bewertung von Anlagevermögen, erschweren die Vergleichbarkeit von Unternehmen und führen letztendlich dazu, dass der Regulierer – von einem anständigen und somit nicht opportunistischen Verhalten gegenüber den Unternehmen ausgehend – Sicherheitspuffer einzukalkulieren hat. In diesem Zusammenhang ist auch darauf zu verweisen, dass die vielfältigen Vorgehensmöglichkeiten der Kartellbehörden im Kontext fehlender Regelungen bezüglich diverser Aspekte mit einem entsprechend hohen regulatorischen Risiko einhergehen. Es erscheint auf Basis der in diesem Arbeitspapier an dieser Stelle vorliegenden Betrachtungstiefe (d.h. „aus der Ferne betrachtet“) letztendlich unklar, ob ungerechtfertigte Beschuldigung des Markt-machtmissbrauchs von den betroffenen Unternehmen regelmäßig im Rahmen der Rechtfertigung ihrer Kosten erfolgreich abgewiesen werden können.

Die vorstehenden Kritikpunkte weisen darauf hin, dass im Lichte der Analysen in diesem Arbeitspapier zugrunde liegenden Zielsystems und damit gerade auch aus Sicht der Nachfrager die Regulierung der Wasserversorgungsunternehmen unter Rückgriff auf das Vergleichsmarktkonzept sehr negativ zu bewerten ist. Vielmehr noch als beim Ansatz der Kostenprüfung erscheint es denkbar, dass infolge dieser Regulierung sogar Unternehmen ihr Investitionsverhalten auf eine aus Nachfragersicht negative Weise anpassen und sinnvolle Investitionen unterbleiben.

Abschließend sei angemerkt, dass die Kartellbehörde in Hessen – wie die Mehrzahl der Kartellbehörden in Deutschland – auf das Vergleichsmarktkonzept zurückgreift, um eine Markt-machtausnutzung von Wasserversorgungsunternehmen zu identifizieren.

---

rechtfertigen. Diese Kritik erscheint gerechtfertigt, kann jedoch im Rahmen dieses Arbeitspapiers auch nicht endgültig eingeordnet werden.

### **3.1.1.2.3 Übergreifende Aspekte und Schlussfolgerungen**

Die Regulierung der Wasserversorgungsunternehmen auf Basis des Kartellrechts weist also bei Anwendung sowohl des Verfahrens der Kostenprüfung als auch des Vergleichsmarktkonzeptes gravierende Defizite auf. In beiden Fällen dürften Unternehmen, die ineffizient agieren und / oder zu hohe Kapitalrenditen ansetzen und insofern Marktmacht ausnutzen, z.T. nicht identifiziert werden. Bei beiden Verfahren ist es im Kontext fehlender Standards hinsichtlich diverser Aspekte geboten, in einem nicht nur geringen Umfang Sicherheitspuffer einzukalkulieren – zumindest würde ein „anständiger“ Regulierer so vorgehen, um Schlechtbehandlungen der regulierten Unternehmen vorzubeugen. Aufgrund erheblicher Spielräume für die Kartellbehörden ist das regulatorische Risiko in jedem Fall als sehr hoch einzustufen, was nicht nur mit erhöhten Kapitalkosten sondern auch der Gefahr des Zurückstellens eigentlich sinnvoller Investitionen durch die Unternehmen einhergeht. Die geschilderten Defizite dürften bei Anwendung des Vergleichsmarktkonzeptes größer sein als bei Anwendung des Ansatzes der Kostenprüfung. Im Übrigen dürfte die Gefahr einer ineffizienten Investitionszurückhaltung – berücksichtigend, dass auf Basis des Kartellrechts sämtliche Unternehmenstypen (private Unternehmen sowie öffentliche Unternehmen ohne und mit Gewinnorientierung) identisch reguliert werden – bei privaten Unternehmen größer sein als bei öffentlichen Unternehmen.

Es gibt Hinweise darauf, dass die Kartellbehörden – vom Einzelfall abstrahierend und sich auf die Gesamtmenge der Kartellbehörden in Bund und Länder beziehend – nicht über die Ressourcen und infolgedessen auch nicht über die Kompetenzen verfügen, um ihren Aufgaben als Regulierer adäquat gerecht zu werden. Bezüglich dieses Aspekts gibt es also eine parallele zur Regulierung nach dem Gebührenrecht, bei der die für die Regulierung zuständigen Behörden ja ebenfalls eine zu geringe Ressourcenausstattung aufweisen. Allerdings sind die Konsequenzen daraus im Bereich der Regulierung auf Basis des Kartellrechts deutlich gravierender, da bezüglich des Gebührenrechts viel (wichtiges) Wissen in kodifizierter Form (gesetzliche Regelungen, Gerichtsurteile, definierte Standards etc.) vorliegt, während dies bezüglich der Regulierung auf Basis des Kartellrechts nicht der Fall ist.

## **3.1.2 Reformempfehlungen für das Land Hessen**

Die vorstehend (in Abschnitt 3.1.1) aufgeführten Kritikpunkte an der derzeitigen Regulierung der Wasserversorgungsunternehmen in Deutschland im Allgemeinen und in Hessen im Speziellen bilden den Ausgangspunkt für die nun erfolgende interdisziplinäre Ableitung von Reform- und damit auch Handlungsempfehlungen unter Berücksichtigung institutionenökonomischer und juristischer Erkenntnisse, die an das Land Hessen gerichtet sind. Im Kontext der im vorstehenden Abschnitt 3.1.1 angesprochenen gewissen Beurteilungsprobleme hinsichtlich der Defizite der derzeitigen Regulierung sowie der Ressourcen- und dabei vor allem Zeitrestriktionen bei der Erstellung dieses Arbeitspapiers sind die folgend aufgeführten Reformempfehlungen z.T. allerdings eher als Anregungen zu interpretieren, die im Rahmen ergänzender Analysen noch vertieft zu betrachten sind.

### ***REFORMBEDARF BEI DER REGULIERUNG DER DERZEIT GEBÜHREN ERHEBENDEN UNTERNEHMEN***

Bei der Regulierung der Unternehmen nach dem Gebührenrecht, die derzeit Gebühren erheben, sind folgende Reformen zur Beseitigung der bestehenden Defizite zu empfehlen bzw. in Betracht zu ziehen und vertieft zu prüfen:

- Die für die Durchführung der Regulierung zuständigen Behörden haben über eine adäquate Ressourcenausstattung zu verfügen; soweit Defizite bestehen, sind diese zu beseitigen. In diesem Zusammenhang ist die Einführung eines landesweiten Wissensmanagements zu prüfen, das darauf ausgerichtet ist, die Anwendung des Gebührenrechts effektiver und effizienter zu gestalten.
- Es ist sicherzustellen, dass die für die Regulierungsaufgaben zuständigen Behörden über Zugang zu sämtlichen relevanten wirtschaftlichen Informationen und Daten der Unternehmen verfügen. Sofern bestimmte für die Regulierung bedeutsame Daten und Informationen (z.B. über bestimmte Kosten bei Investitionen oder im Betrieb) eine Relevanz im Rahmen der Bewertung von Investitions- und Entscheidungsalternativen bei der (Raum- oder Fach-)Planung haben, sollten diese auch hierfür nutzbar sein und vice versa. Eine verpflichtende Transparenz hinsichtlich bestimmter zentraler wirtschaftlicher Daten der Unternehmen auch gegenüber der Öffentlichkeit dürfte im Monopolbereich der Wasserversorgung grundsätzlich unkritisch sein und zur effektiveren Kontrolle und stärkeren Akzeptanz der Regulierung in der Gesellschaft erheblich beitragen.
- Anknüpfend an die beiden vorstehenden Reformüberlegungen sollte auch in Betracht gezogen werden, die Zuständigkeit für die Regulierung nicht den Kommunalaufsichtsbehörden zuzuordnen und dabei innerhalb des Landes stärker zu zentralisieren. Eine Option ist, die Regulierungszuständigkeit den Wasserbehörden zu übertragen, deren Ressourcenausstattung dann wie vorstehend erläutert anzupassen wäre, damit sie ihren (neuen) Aufgaben gerecht werden können.

#### **REFORMBEDARF BEI DER REGULIERUNG NACH DEM KARTELLRECHT**

Vor dem Hintergrund, dass die Anwendung des Vergleichsmarktkonzept bei der Regulierung der derzeit privatrechtliche Entgelte erhebenden Unternehmen im Lichte des in diesem Arbeitspapier angewendeten Zielsystems (und damit nicht zuletzt auch aus Sicht der Konsumenten) als nicht sinnvoll einzustufen ist, sollte bei einer Regulierung nach dem Kartellrecht stets auf den Ansatz der Kostenprüfung zurückgegriffen werden. Dabei sollten sämtliche privatrechtliche Entgelte erhebenden Unternehmen in einer Art und Weise reguliert werden, wie dies in Abschnitt 2 mit Bezug zu einer Monitoring-Regulierung empfohlen worden ist. Von der Kartellbehörde als Regulierer sind klare Standards – z.B. hinsichtlich des Vorgehens bei der Abschreibung von Anlagegütern – vorzugeben, welche effektiv zur Erreichung der mit der Regulierung verbundenen Ziele beitragen. Diese Standards sind mit den für die Regulierung nach dem Gebührenrecht bestehenden Vorgaben abzustimmen bzw. zu harmonisieren. In diesem Zusammenhang ist auch zu erwägen, dem rheinland-pfälzischen Ansatz zu folgen, wo vorgegeben ist, dass die im dortigen Kommunalabgabengesetz etablierten Regeln zur Regulierung nach dem Gebührenrecht auch für die Festsetzung der privatrechtlichen Entgelte heranzuziehen sind.

Die Ressourcenausstattung der Kartellbehörde für die Regulierung der privatrechtliche Entgelte erhebenden Unternehmen sollte verbessert werden. Für die sowohl für die Regulierung nach dem Gebührenrecht als auch die für die Regulierung nach dem Kartellrecht zuständigen Behörden sollte ein übergreifendes einheitliches Wissensmanagementkonzept etabliert werden.

**(HANDLUNGS- BZW. PRÜF-)EMPFEHLUNG HINSICHTLICH DER ANWENDUNG DES GEBÜHRENRECHTS AUCH BEI PRIVATRECHTLICHEN UNTERNEHMEN UND EINER VEREINHEITLICHUNG DER REGULIERUNG**

Zu beachten ist, dass das Kartellrecht in der Kompetenz des Bundesgesetzgebers liegt, so dass auf Landesebene ein langfristiges Commitment hinsichtlich der geschilderten zu empfehlenden Vorgehensweise bei der Regulierung nach dem Kartellrecht durch eine Gesetzesänderung nicht möglich ist. Dies ist im Kontext der langen Amortisationszeiten bei den kapitalintensiven Anlagegütern in der Wasserversorgung problematisch. Daher ist daher zu prüfen, ob den privatrechtlich organisierten Wasserversorgungsunternehmen der Weg zur Erhebung von Beiträgen und Gebühren eröffnet werden kann. Dann würde gemäß § 185 Abs. 1 Satz 2 GWB das Kartellrecht keine Anwendung mehr finden<sup>43</sup> und die entsprechenden privatrechtlich organisierten Unternehmen könnten nach dem Gebührenrecht reguliert werden. Das rechtliche Instrument hierzu kann die Beleihung der Wasserversorgungsunternehmen sein.

Aus Sicht der Nachfrager wäre es vorteilhaft, wenn einheitlich sämtliche Unternehmen Gebühren erheben würden. Damit würden auch ggf. bestehende Optionen zum „Rosinenpicken“ für Unternehmen beseitigt werden, für die eine Auswahlmöglichkeit zwischen einer Regulierung nach dem Kartell- oder dem Gebührenrecht besteht bzw. bestehen würde. Vor diesem Hintergrund sollte die Einführung einer Regelung im Hessischen Wassergesetz geprüft werden, die die Erhebung von Beiträgen und Gebühren auch durch privatrechtlich organisierte Wasserversorger vorsieht (Beleihung).<sup>44</sup> In diesem Zusammenhang wäre eine vertiefte Betrachtung der Maßstäbe für die Bildung von Beiträgen und Gebühren durchzuführen (entsprechende Heranziehung des KAG; ggf. ergänzende Regelungen). Unter Berücksichtigung der in Abschnitt 2 erzielten Ergebnisse ist auch – ggf. infolge (landes-)gesetzlicher Reformen – eine gewisse Differenzierung der Regulierung der Unternehmen nach ihrer Größe und Eigentümerschaft sowie die Etablierung der Option der Anwendung von Elementen einer differenzierten Anreizregulierung bei bestimmten (speziell größeren privaten) Unternehmen genauer zu untersuchen.

### **3.2 Fernwasserunternehmen**

Die rechtlichen Grundlagen für die Regulierung der Fernwasserunternehmen in Deutschland korrespondieren in wesentlichen Punkten mit denen, die für die Regulierung der Wasserversorgungsunternehmen von Relevanz sind. Es bestehen jedoch auch gewisse Unterschiede, welche im Rahmen dieses Arbeitspapiers im Kontext der bei seiner Erstellung bestehenden Ressourcen- und dabei auch Zeitrestriktionen nicht thematisiert werden können. Unter Berücksichtigung der in Abschnitt 2 (und dort konkret in Abschnitt 2.2) generierten Ergebnisse liegt es jedoch nahe, als Vorzugslösung – genau wie bei den Wasserversorgungsunternehmen – eine einheitliche Regulierung von öffentlich-rechtlichen

---

<sup>43</sup> Vgl. LOEWENHEIM ET AL. (2016, § 31 GWB Rn. 14 (von A. Zuber)).

<sup>44</sup> Eine Beleihungsregelung für privatrechtliche Unternehmen im Infrastrukturbereich sieht beispielsweise § 2 des Gesetzes über den Bau und die Finanzierung von Bundesfernstraßen durch Private vor (Mautgebührenerhebung durch Private).

und (beliehenen) privatrechtlichen Fernwasserunternehmen nach dem Gebührenrecht anzustreben. Die Ausgestaltung des Anreizregimes sollte den in Abschnitt 2 abgeleiteten Empfehlungen folgen.

## 4 Fazit

### **(ABSTRAKTE) EMPFEHLUNGEN ZUR REGULIERUNG**

Die abstrakte Analyse von Regulierungsverfahren für Wasserunternehmen (also sowohl Wasserversorgungsunternehmen als auch Fernwasserunternehmen) weist im Kontext von deren hoher Kapitalintensität und der weiten Verbreitung von Wissen im Sektor darauf hin, dass über die verschiedenen Typen von Unternehmen (also private Unternehmen sowie öffentliche Unternehmen mit und ohne Gewinnorientierung) hinweg eine Monitoring-Regulierung als grundsätzlich geeignetes Regulierungsverfahren angesehen werden kann. Mit Bezug zu den einzelnen Unternehmenstypen ist dies wie folgt zu ergänzen:

- Für private Unternehmen ist – insbesondere bei eher größeren Unternehmen – alternativ auch eine differenzierte Anreizregulierung mit Monitoringelementen in Betracht zu ziehen.
- Bei öffentlichen Unternehmen ohne Gewinnorientierung kann und sollte die Monitoring-Intensität im Rahmen der Regulierung geringer als bei privaten Unternehmen sein.
- Bei öffentlichen Unternehmen mit Gewinnorientierung kann sowohl eine Regulierung wie bei privaten Unternehmen als auch eine Monitoring-Regulierung mit einer reduzierten regulatorischen Prüfungsintensität wie bei öffentlichen nicht-gewinnorientierten Unternehmen sinnvoll sein, wobei ihnen bei letztgenannter Alternative jedoch eine ähnliche Rendite wie privaten Unternehmen zuzugestehen wäre.

In diesem Kontext wäre es durchaus sinnvoll, die Regulierungsverfahren je nach Unternehmenstyp zu differenzieren. Sofern dies – warum auch immer – nicht erfolgen kann oder soll, bietet sich der Rückgriff auf eine „normale“ Monitoring-Regulierung für sämtliche Unternehmen an.

Festgehalten werden kann ferner, dass eine TOTEX-Anreizregulierung sowohl in Reinform als auch als Variante mit ex post erfolgreicher Vergütungshöhenfestlegung für Wasserunternehmen ungeeignet ist.

### **EINORDNUNG UND BEWERTUNG DER DERZEITIGEN REGULIERUNG IN DEUTSCHLAND**

Vor dem Hintergrund der Ergebnisse der abstrakten (die derzeitige Regulierung in Deutschland also nicht berücksichtigenden) Analysen kann bezüglich der derzeitigen Regulierung der Wasserversorgungsunternehmen nach dem Gebührenrecht in Deutschland im Allgemeinen und in Hessen im Speziellen festgehalten werden, dass

- es sich um ein grundsätzlich geeignetes Regulierungsverfahren handelt, da es als Monitoring-Regulierung einzuordnen ist, und
- es Hinweise auf eine in der Praxis suboptimale Durchführung der Regulierung gibt, die nicht zuletzt auch durch Ressourcendefizite auf Seiten der Regulierer bedingt sein dürfte. Das Ausmaß von diesen Defiziten, das zwischen den Ländern unterschiedlich sein dürfte, kann hier weder übergreifend noch speziell mit Bezug zum Land Hessen beurteilt werden.

Die Regulierung der Wasserversorgungsunternehmen auf Basis des Kartellrechts weist sowohl bei Anwendung des Verfahrens der Kostenprüfung als auch des Vergleichsmarktkonzeptes, das dem Grundgedanken einer TOTEX-Anreizregulierung folgt, aber auch Elemente einer Monitoring-Regulierung enthält, gravierende Defizite auf. Diese Defizite dürften bei Anwendung des Vergleichsmarktkonzeptes größer sein als bei Anwendung des Ansatzes der Kostenprüfung, die als eine Monitoring-Regulierung angesehen werden kann, die jedoch auch Elemente einer TOTEX-Anreizregulierung enthält, bei der die Vergütungshöhe ex post festgelegt wird. Insofern ist die Anwendung des Vergleichsmarktkonzeptes bei der Regulierung der Wasserversorgungsunternehmen nach dem Kartellrecht in Hessen als nicht sinnvoll einzuordnen. Im Übrigen gibt es auch bei der Regulierung nach dem Kartellrecht Hinweise darauf, dass die zuständigen (Kartell-)Behörden – vom Einzelfall abstrahierend und sich auf die Gesamtmenge der Kartellbehörden in Bund und Länder beziehend – nicht über die Ressourcen verfügen, um ihren Aufgaben als Regulierer adäquat gerecht zu werden.

#### **REFORMEMPFEHLUNGEN FÜR DAS LAND HESSEN**

Bei der Regulierung der Wasserversorgungsunternehmen nach dem Gebührenrecht in Hessen sind folgende Reformen zur Beseitigung der bestehenden Defizite zu empfehlen bzw. in Betracht zu ziehen und vertieft zu prüfen:

- Verbesserung der Ressourcenausstattung für die Regulierung bei den zuständigen Behörden und Etablierung eines landesweiten Wissensmanagements bezüglich der Regulierung.
- Behördliche Zusammenarbeit und Möglichkeit zum Austausch von Daten und Informationen über die Unternehmen über die behördlichen Aufgaben der Regulierung und der (Raum- und Fach-)Planung hinweg sowie Sicherstellung einer Transparenz hinsichtlich bestimmter zentraler wirtschaftlicher Daten der Unternehmen auch gegenüber der Öffentlichkeit.
- Stärkere Zentralisierung der Regulierungszuständigkeit und Prüfung von deren Verlagerung zu den Wasserbehörden.

Vor dem Hintergrund, dass die Anwendung des Vergleichsmarktkonzeptes bei der Regulierung der derzeit privatrechtliche Entgelte erhebenden Unternehmen als nicht sinnvoll einzustufen ist, sollte in Hessen bei einer Regulierung nach dem Kartellrecht stets auf den Ansatz der Kostenprüfung zurückgegriffen werden. Dabei sollten sämtliche privatrechtliche Entgelte erhebenden Unternehmen einer Monitoring-Regulierung unterzogen werden. Von der Kartellbehörde als Regulierer sind klare Standards – z.B. hinsichtlich des Vorgehens bei der Abschreibung von Anlagegütern – vorzugeben, welche effektiv zur Erreichung der mit der Regulierung verbundenen Ziele beitragen. Diese Standards sind mit den für die Regulierung nach dem Gebührenrecht bestehenden Vorgaben abzustimmen bzw. zu harmonisieren.

Zu beachten ist, dass das Kartellrecht in der Kompetenz des Bundesgesetzgebers liegt, so dass auf Landesebene ein langfristiges Commitment hinsichtlich der geschilderten zu empfehlenden Vorgehensweise bei der Regulierung nach dem Kartellrecht durch eine Gesetzesänderung nicht möglich ist. Dies ist im Kontext der langen Amortisationszeiten bei den kapitalintensiven Anlagegütern in der Wasserversorgung problematisch. Daher ist die Aufnahme einer Regelung in das Hessische Wassergesetz zu prüfen, die (auch) bei den privatrechtlich organisierten Wasserversorgungsunternehmen die

Erhebung von Beiträgen und Gebühren vorsieht (Beleihung). Dann würde gemäß § 185 Abs. 1 Satz 2 GWB das Kartellrecht keine Anwendung mehr finden und die entsprechenden privatrechtlich organisierten Unternehmen könnten nach dem Gebührenrecht reguliert werden.. Aus Sicht der Nachfrager wäre es vorteilhaft, wenn einheitlich sämtliche Unternehmen Beiträge und Gebühren erheben würden.

Auch ohne auf die derzeitige Regulierung der Fernwasserunternehmen in Hessen speziell eingegangen zu sein, kann empfohlen werden, als Vorzugslösung – genau wie bei den Wasserversorgungsunternehmen – eine einheitliche Regulierung von öffentlich-rechtlichen und beliehenen privatrechtlichen Fernwasserunternehmen nach dem Gebührenrecht anzustreben. Die Ausgestaltung des Anreizregimes sollte den im Rahmen der abstrakten Analyse abgeleiteten Empfehlungen folgen.

## Literatur

- Bechtold, R. / Bosch, W. (2015):** Kartellgesetz: GWB – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 1-96, 130, 131) – Kommentar, 8. Auflage, Verlag C.H. Beck.
- Beckers, T. / Bieschke, N. / Lenz, A.-K. / Heurich, J. / Kühling, J. / Hertel, W. / Schäfer, D. (2014):** Alternative Modelle für die Organisation und die Finanzierung des Ausbaus der Stromübertragungsnetze in Deutschland – Eine (institutionen-)ökonomische Analyse unter Einbezug juristischer und technisch-systemischer Expertise; Gutachten im Rahmen des vom Ministerium für Finanzen und Wirtschaft (MFW) des Landes Baden-Württemberg, vom Ministerium für Wirtschaft, Energie, Industrie, Mittelstand und Handwerk (MWEIMH) des Landes Nordrhein-Westfalen und vom Thüringer Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Technologie (TMWAT) beauftragten Projektes „Alternativen zur Finanzierung des Ausbaus der Übertragungsnetze in Deutschland“, Online-Veröffentlichung.
- Beckers, T. / Bieschke, N. (2018):** Grundlagen zur Regulierung monopolistischer Infrastrukturnetzbetreiber im Mehrebenensystem im Allgemeinen und von Wasserunternehmen im Speziellen – Eine institutionenökonomische Analyse, unveröffentlichtes Manuskript.
- Brüning, Chr. (2014):** Zur Auslegung des Begriffs „rationelle Betriebsführung“ in Anlehnung an das KAG (dargestellt für den Bereich der Wasserversorgung); Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesverbandes der Energie- und Wasserwirtschaft (BDEW).
- Immenga, U. / Mestmäcker, E.-J./ Körber, T. (2014):** Wettbewerbsrecht, Band 2, GWB/Teil 1, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 5. Auflage, Verlag C.H. Beck.
- Loewenheim, U. / Meessen, K. M. / Riesenkampf, A. / Kersting, Chr. / Meyer-Lindemann, H. J. (2016):** Kartellrecht, Kommentar, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck.
- Monopolkommission (2010):** Achtzehntes Hauptgutachten der Monopolkommission 2008/2009, Online-Veröffentlichung.
- Monopolkommission (2012):** Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht, Sondergutachten 63 (Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB), Online-Veröffentlichung.
- VKU – Verband kommunaler Unternehmen (2014):** Kartellrechtliche Wasserpreiskontrolle nach der 8. GWB-Novelle, Leitfaden.