

# Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 2. Februar 2010, „Wasserpreise Wetzlar“ – neuere Entwicklungen des Wasserkartellrechts

Hermann Daiber



## (A) Vorbemerkung

Bis vor wenigen Jahren gab es in der deutschen Wasserversorgung praktisch keine Diskussion um Wirtschaftlichkeit und Preise – und das, obwohl es sich dabei um eines der letzten Monopole handelt. Dies hat sich gründlich geändert, zuletzt mit dem richtungweisenden Beschluss des Bundesgerichtshofes (BGH) vom 2. Februar 2010 „Wasserpreise Wetzlar“. Die Entscheidung steht daher im Mittelpunkt dieses Beitrages. Anschließend werden die Diskussion in Öffentlichkeit und Fachwelt ebenso beleuchtet wie erste Reaktionen der Branche auf den aktuellen Beschluss des BGH. Zum Schluss werden die Vorwürfe, die

Kartellbehörde gefährde die Versorgungssicherheit und missachte die kommunale Selbstverwaltungsgarantie ebenso behandelt wie Umfragen, Benchmarking-Studien und die Transparenzinitiative der Wirtschaft.

## (B) Die BGH-Entscheidung vom 2. Februar 2010

### I. Einleitung

Die hessische Kartellbehörde verfügte am 9. Mai 2007, dass das Wasserunternehmen Enwag in Wetzlar seine Wasserpreise um 29% senken muss.<sup>1</sup> Die Beschwerde des Unternehmens gegen diese Verfügung ist vom Oberlandesgericht Frankfurt am Main (OLG) am 18. November 2008 in den wesentlichen Punkten zurückgewiesen worden.<sup>2</sup> Dagegen legte Enwag Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof (BGH) ein. Durch seinen mit Spannung erwarteten Grundsatzbeschluss vom 2. Februar 2010<sup>3</sup> bestätigt der BGH die Entscheidung des OLG – und damit die Landeskartellbehörde für Energie und Wasser Hessen.

Das gilt hinsichtlich der Rechtsgrundlagen (§ 103 Abs. 5 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB – in der Fassung von 1990, im Folgenden: GWB 1990 und § 19 des aktuellen GWB), der Übertragbarkeit der Maßstäbe des Energiekartellrechtes sowie für die drei Tatbestandsmerkmale von § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 – gleichartige Unternehmen, ungünstigere Preise und Preisrechtfertigung.

### II. Grundsatzbeschluss für wirksame Kartellaufsicht

Der BGH hat mit dem Enwag-Beschluss eine Grundsatzentscheidung gefällt.<sup>4</sup> So ist beispielsweise

die Rede davon, dass die Unternehmen der leitungsgebundenen Versorgung (Elektrizität, Gas, Wasser) eine besondere Marktstellung innehaben. Daraus folgt eine erhöhte Missbrauchsgefahr. Deshalb ist es gesetzgeberisches Ziel, den Kartellbehörden ein „besonders wirksames Instrument der Aufsicht“ an die Hand zu geben.<sup>5</sup> Dies trifft in erhöhtem Maße auf die Wasserwirtschaft zu, in der Leitungsinhaber über ein natürliches Monopol verfügen.

Die vom Gesetzgeber bezweckte Verschärfung der Missbrauchsaufsicht würde verfehlt, wollte man an das Merkmal der Gleichartigkeit zu hohe Anforderungen stellen.<sup>6</sup> Im Interesse wirksamer Aufsicht ist es hinzunehmen, dass in den Preisvergleich nur Verbrauchspreise, nicht aber Baukostenzuschüsse einbezogen werden müssen.<sup>7</sup> Ein Bestandschutz für monopolbedingte Ineffizienzen oder Preisüberhöhungstendenzen ist nicht anzuerkennen.<sup>8</sup> Bei Netzinvestitionen kommt es unter anderem darauf an, ob „das betroffene Unternehmen unter dem Schutz seiner Monopolstellung“ erforderliche Investitionen in der Vergangenheit unterlassen oder ineffektiv durchgeführt hat.<sup>9</sup>

### III. Anwendbarkeit von § 103 Abs. 5 GWB 1990 und von § 19 GWB

Es war zentrales Anliegen des Unternehmens Enwag, die Anwendbarkeit von § 103 Abs. 5 GWB 1990 und damit das Vergleichsmarktkonzept der Kartellbehörde prüfen zu lassen. Der BGH hat entschieden, dass § 103 Abs. 5 GWB 1990 anzuwenden ist.<sup>10</sup> Das OLG durfte, so der BGH, dabei zu Recht offen lassen, ob die Regelung direkt oder indirekt

<sup>1</sup> Verfügung der Hessischen Landeskartellbehörde für Energie und Wasser vom 9. Mai 2007, III 2 A – 78 k 20 – 01 / 556-06, auszugsweise abgedruckt in: *Wirtschaft und Wettbewerb (WuW)* 2008, S. 91, WuW/E DE-V S. 1487 „Wasserversorgung Wetzlar“, vollständig unter [www.wirtschaft.hessen.de](http://www.wirtschaft.hessen.de), Button „Energiewirtschaft/Strom-/Gas-/Wasserpreise/Preiskontrolle bei Wasser“, sodann Downloads rechts. Siehe auch Pressemitteilung des Hess. Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung vom 14. Mai 2007.

<sup>2</sup> OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 18. Nov. 2008, 11 W 23/07, *Versorgungswirtschaft* 2009, S. 44; *Wirtschaft und Wettbewerb (WuW)* 2009, S. 312, WuW/E DE-R S. 2526, „Wasserversorgung Wetzlar“; ZNER 2008, S. 375; RdE 2009, S. 99.

<sup>3</sup> KVR 66/08, „Wasserpreise Wetzlar“ zitiert nach [www.BGH.de](http://www.BGH.de).

<sup>4</sup> Bundesgerichtshof, Presseerklärung Nr. 24/2010 vom 2. Februar 2010.

<sup>5</sup> BGH, Beschluss vom 2. Februar 2010, Rz. 23.

<sup>6</sup> BGH, Rz. 29.

<sup>7</sup> BGH, Rz. 40.

<sup>8</sup> BGH, Rz. 42.

<sup>9</sup> BGH, Rz. 57.

<sup>10</sup> Zum Folgenden vgl. BGH, Rz. 18 bis 27.

über die Verweisungskette des § 22 Abs. 5 GWB 1990 in Verbindung mit § 103 Abs. 7 GWB 1990 gilt. Selbst wenn es wegen eines Konzernverhältnisses zwischen Versorgungsunternehmen und Stadt Wetzlar, die zu 50,1% Eigentümerin ist, keinen wettbewerbsbeschränkenden Vertrag im gesetzlichen Sinne gebe, sei Enwag auf jeden Fall marktbeherrschend im Sinne von § 22 Abs. 5 GWB 1990.<sup>11</sup>

Gleichzeitig haben die Bundesrichter den Rechtsschutz der Wasserkunden verbessert. Sie erklären § 19 GWB neben § 103 GWB 1990 für anwendbar.<sup>12</sup> § 19 GWB verbietet den Wasserunternehmen, unzulässige Preise zu verlangen. Darauf können sich die Wasserabnehmer unmittelbar berufen. Dabei sind sie auf die tatsächlichen Feststellungen der Kartellbehörde angewiesen. Denn sie verfügen nicht über die Ermittlungsbefugnisse und fundierten Informationen, auf deren Grundlage die Enwag-Verfügung erlassen wurde.

### VI. Übertragbarkeit des Energiekartellrechtes

Die Vertreter der Enwag haben stets bestritten, dass die von der Rechtsprechung zu § 103 Abs. 5 GWB 1990 und zuvor entwickelten Grundsätze des Energiekartellrechtes auf die Wasserversorgung übertragbar seien. Die Verhältnisse unterschieden sich vollständig, so dass nach anderen Wegen der Prüfung von Wasserpreisen gesucht werden müsse. Dafür wurden wahlweise eine Kostenkontrolle am Maßstab des § 315 BGB, die Anwendung der Gasnetzentgeltverordnung oder auch des kommunalen Gebührenrechtes vorgeschlagen.

Die Kartellbehörden haben das immer zurückgewiesen. Sowohl OLG als auch BGH haben die Position der Kartellbehörden bestätigt und in ihren beiden Enwag-Beschlüssen mehrfach Entscheidungen zur Kontrolle von Energieversorgern zitiert.<sup>13</sup> So wurden nicht nur die Leitentscheidung „Strom-Tarif“<sup>14</sup> aus dem Jahre 1972

einbezogen, sondern auch die Pilotentscheidungen „Strombezugspreis“,<sup>15</sup> „Glockenheide“, „Stadwerke Mainz“,<sup>16</sup> „Gasdurchleitung“,<sup>17</sup> „Weiterverteiler“<sup>18</sup> und „Gaspreis“.<sup>19</sup>

### V. Gleichartigkeit

#### (1) Grundsätze

Ein wichtiger Streitpunkt war, welche Unternehmen im Sinne des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 „gleichartig“ mit dem hochpreisigen Wasserversorger sind. Enwag hatte dafür eine umfassende Würdigung aller maßgeblichen Strukturdaten gefordert. Ihre Rechtsvertreter sahen keinen anderen Versorger in Deutschland als mit ihnen vergleichbar an. Damit verknüpften sie die Forderung, die Wasserpreise anhand der Kostenprüfung nach der Gasnetzentgeltverordnung zu untersuchen. Danach seien die Preise nicht zu beanstanden.

Der BGH hat dies ebenso wie das OLG Frankfurt am Main anders gesehen. Er hat im Anschluss an seine Rechtsprechung zur Stromversorgung klargestellt, dass dem Tatbestandsmerkmal der Gleichartigkeit lediglich die Funktion einer groben Sichtung zukommt. Bemerkenswert ist die Verknüpfung mit der Rechtfertigung höherer Preise. Das Gericht führt dazu aus: „Nur wenn die Unternehmen sich schon auf erste Sicht so signifikant unterscheiden, dass sich ihre Einordnung als gleichartig von vornherein verbietet, ist es dem betroffenen Unternehmen nicht zumutbar, nachweisen zu müssen, dass seine höheren Preise durch besondere Umstände gerechtfertigt sind. Umgekehrt folgt, dass nicht all das, was die besonderen Umstände ausmacht, bereits die Gleichartigkeit entfallen lässt. ... Gleichartig sind Unternehmen, wenn zwischen ihnen hinsichtlich der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen keine wesentlichen Unterschiede bestehen, die aus der Sicht der Abnehmer gemäß der Zielsetzung einer möglichst sicheren und preiswürdigen Versorgung von vornherein eine deutlich

unterschiedliche Beurteilung der Preisgestaltung rechtfertigen.“<sup>20</sup>

Nach diesen Maßstäben sind alle von der Landeskartellbehörde herangezogenen 18 Wasserversorger mit dem Unternehmen in Wetzlar vergleichbar.

#### (2) Versorgungsdichte (Metermengenwert)

Die Kartellbehörde hat die Merkmale Versorgungsdichte, Abnehmerdichte sowie die versorgten Einwohner, die Wasserabgabe, die Abgabestruktur und die Gesamterträge zum Vergleich herangezogen. Der BGH stimmt dem zu und erläutert, dass es sich dabei um wesentliche Kennwerte der Kostenstruktur handelt.<sup>21</sup> Das gilt vor allem für die Versorgungsdichte, weil sich daraus Rückschlüsse auf die Vertriebskosten ziehen lassen. Diese machen einen höheren Anteil an den Gesamtkosten aus als bei der Strom- und Gasversorgung. Der Metermengenwert gibt an, wie viele Kubikmeter Wasser pro Meter Leitungsnetz geliefert werden. Ein niedrigerer Metermengenwert weist auf potenziell ungünstigere Vertriebsbedingungen hin. Daher ist ein Kennwert zwischen 2,9 und 6,9 – wie ihn die 18 herangezogenen Vergleichsunternehmen aufweisen – nicht zu beanstanden. Bei Enwag betrug der Kennwert 5,1. Damit konnten sich die Vertreter von Enwag und Wasserwirtschaft<sup>22</sup>

<sup>11</sup> BGH, Rz. 26f.

<sup>12</sup> BGH, Rz. 26f., 76, ebenso *Reif*, in Münchener Kommentar zum GWB, 2008, § 131 Rz. 85f.

<sup>13</sup> Ebenso ausführlich *Reif*, a.a.O., Rz. 114ff., 116, 117.

<sup>14</sup> BGH, Rz. 42.

<sup>15</sup> BGH, Rz. 75.

<sup>16</sup> s. BGH, Rz. 42, 46.

<sup>17</sup> BGH, Rz. 23, m.w.N.

<sup>18</sup> BGH, Rz. 29.

<sup>19</sup> BGH, Rz. 40.

<sup>20</sup> BGH, Rz. 29.

<sup>21</sup> BGH, Rz. 31ff.

<sup>22</sup> BDEW, Presseerklärung vom 19. Januar 2010: „Vergleichsmaßstab Metermengenwert ungeeignet“, gestützt auf eine Ausarbeitung von PwC/Wibera.

mit ihrem Widerspruch gegen die Eignung der Versorgungsdichte nicht durchsetzen.

Darüber hinaus hat das Gericht auch die Zu- und Abschlagsrechnung der Kartellbehörde auf der Grundlage von Meternmengenwert und Verteilungskosten in Wetzlar in vollem Umfang bestätigt.<sup>23</sup> Dadurch ist die Bedeutung der Versorgungsdichte zusätzlich unterstrichen worden.

### (3) Wasserbeschaffung

Das Wasserunternehmen Enwag hatte verlangt, auch die Kosten für Wasserbeschaffung und -aufbereitung in die Gleichartigkeitsprüfung einzubeziehen. Diese seien gänzlich unterschiedlich, je nachdem, ob es sich um örtliche Gewinnungsanlagen handele oder das Wasser teuer eingekauft werden müsse – und führten damit zur generellen Unvergleichbarkeit. Dem hatte das OLG Frankfurt am Main widersprochen. Die Kosten der Wassergewinnung und des Wasserbezuges spielen anders als bei der Strom- und Gasversorgung eine untergeordnete Rolle.<sup>24</sup> Sie können daher nicht als Merkmal der Gleichartigkeit herangezogen werden.

Anders als das OLG schließt der BGH nicht aus, dass Wasserbeschaffungskosten im Einzelfall in die Prüfung der Gleichartigkeit einzubeziehen sind. Das kann dann zutreffen, wenn die Kostenunterschiede sehr groß sind. Selbst dies beschränkt die Kartellbehörde aber im vorliegenden Falle nicht, da sie die Kostenabweichungen durch Zuschläge

ausgeglichen hat. So wurde die Gleichartigkeit gewahrt.<sup>25</sup>

Durch die Methodik des BGH werden Wertungswidersprüche vermieden. Nur solche Wasserkosten spielen – ob bei Gleichartigkeit oder Rechtfertigung der Wasserpreise – eine Rolle, die strukturell bedingt sind. Sie können etwa durch das Gebot ortsnahe Wassergewinnung nach § 1a Abs. 3 WHG verursacht werden, einem geradezu klassischen Rechtfertigungsgrund für höhere Preise. Andererseits sind Kosten aufgrund unternehmensindividueller Entscheidungen<sup>26</sup> weder bei der Gleichartigkeitsprüfung noch als unvertretbarer Umstand, der höhere Preise rechtfertigt, von Belang.

### (4) Topografie und Geologie

Nach Auffassung von Enwag und der gesamten Wasserbranche sind die Unterschiede in Topografie und Geologie jeweils so groß, dass die Unternehmen untereinander nicht vergleichbar sind. Der BGH sieht das anders. Die naturräumliche Lage und die Geologie des Untergrundes eignen sich schon wegen ihrer Vieltätigkeit und schwierigen Erfassung durch vergleichsfähige Werte nicht für eine generalisierende Beurteilung im Rahmen der Gleichartigkeit.<sup>27</sup> Die nötigen umfangreichen Untersuchungen sind deshalb Sache der Unternehmen bei ihrer Darlegung besonderer Umstände – mithin also der Rechtfertigung höherer Preise, für die sie die Beweislast tragen.

### VI. Ungünstigere Preise

Der BGH stellt fest, dass die Wasserpreise „anhand der von allen Kunden geforderten Verbrauchspreise, umgerechnet auf vergleichbare Typgruppen“ verglichen werden können.<sup>28</sup> Damit wird die Typfallbildung der Kartellbehörde gebilligt, die Grund- und Kubikmeterpreis einbezieht und daraus einen Jahresgesamtpreis bildet, von dem länderspezifische Grundwasserabgaben abgezogen werden. Sie

beruht auf dem Vergleich von bis zu vier Musterfällen. Bei Enwag waren die beiden Fälle „Einfamilienhaus“ (150 m<sup>3</sup> Jahreswassergebrauch, kleinste Zählergröße) sowie „Mehrfamilienhaus“ (400 m<sup>3</sup> Jahresabnahme, kleinste Zählergröße) maßgebend.

Die sonstigen Geschäftsbedingungen, wie Baukostenzuschüsse (BKZ), müssen nicht berücksichtigt werden. Allerdings schließt der Bundesgerichtshof nicht aus, dass geringere Kostenzuschüsse bei der Preisrechtfertigung einbezogen werden müssen – was der betroffene Wasserversorger aber nachweisen muss.

### VII. Abweichende Umstände, die höhere Preise rechtfertigen können

Gerade für die weitere Verwaltungspraxis ist es von besonderer Bedeutung, wie Preisabweichungen begründet werden können. Enwag hat jedenfalls nicht nachgewiesen, dass die Preisunterschiede zu den vergleichbaren Unternehmen auf abweichenden, nicht zurechenbaren Umständen im Sinne des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 beruhen. Darin stimmen Bundesgerichtshof, OLG Frankfurt am Main und die hessische Landeskartellbehörde überein. Im Folgenden werden ausgewählte Aspekte geschildert.

#### (1) Maßstab der Prüfung

Ein von einem Kartellverfahren betroffenes Unternehmen kann seine höheren Preise durch abweichende Umstände rechtfertigen, die ihm nicht zuzurechnen sind.<sup>29</sup> Nach Auffassung des Bundesgerichtshofes sind darunter grundsätzlich nur solche Kostenfaktoren zu verstehen, die auch jedes andere Unternehmen in der Lage des Betroffenen vorfinden und nicht beeinflussen könnte.<sup>30</sup> Die dadurch verursachten Preisunterschiede sind deshalb von den Wasserabnehmern hinzunehmen.

Den Gegenpol bilden individuelle Umstände, auf die sich das

<sup>23</sup> BGH Rz. 46.

<sup>24</sup> OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 18. Nov. 2008, 11 W 23/07 (Kart), WuW 2009, S. 312, 314, DE-R S. 2526, 2528, „Wasserversorgung Wetzlar“, Rz. 50; Versorgungswirtschaft, 2009, S. 44, 45.

<sup>25</sup> BGH, Rz. 35f.

<sup>26</sup> Vgl. BGH, a.a.O., Rz. 35.

<sup>27</sup> BGH, Rz. 37.

<sup>28</sup> BGH, Rz. 39f.

<sup>29</sup> Dazu umfassend Reif, a.a.O., Rz. 131ff.

<sup>30</sup> BGH, Rz. 42ff., auch zum Folgenden.

betroffene Unternehmen nicht berufen kann. Sie gehen beispielsweise auf eine unternehmerische Entscheidung oder die Struktur des Versorgungsunternehmens zurück. Ein Bestandsschutz für ineffiziente Unternehmen wird nicht gewährt.

Das betroffene Unternehmen muss durch das, was es vorträgt, eine umfassende Bewertung seiner Preise und derjenigen der Vergleichsunternehmen ermöglichen. Der BGH hat ausgeführt, dass an den Nachweis ungünstiger Umstände nicht zu geringe Anforderungen gestellt werden dürfen. Nur so lässt sich der Gefahr der Kostenüberhöhung im Monopol begegnen. Gerechtfertigte Unterschiede können durch Zu- und Abschläge zum Vergleichspreis ausgeglichen werden. Die bereinigten Preise dürfen insgesamt aber nicht niedriger sein als die tatsächlich verlangten Preise.

Spiegelbildlich zum betroffenen Unternehmen sind auch strukturelle Besonderheiten und außergewöhnliche Umstände von Vergleichsunternehmen in die Betrachtung einzubeziehen, die Vergleichspreise niedrig halten;<sup>31</sup> gegebenenfalls sind Unterschiede durch einen Zuschlag auszugleichen. Als Beispiele nennt der BGH fehlende Eigenkapitalrendite oder Preise unter Selbstkosten. Darauf wird später eingegangen.

## (2) Wasserbeschaffungskosten

Wie gezeigt, kam es im Ergebnis auf die Wasserbeschaffung bei der Gleichartigkeit der herangezogenen Unternehmen nicht an. Die Kartellbehörde hatte Kostenunterschiede durch einen Zuschlag ausgeglichen. Deshalb spielten sie auch bei der Rechtfertigungsprüfung keine Rolle.

Bei strikter Anwendung des Kartellrechts wäre es wahrscheinlich nicht zum Zuschlag gekommen, weil das Unternehmen weder seine Kosten noch deren Unausweichlichkeit belegen konnte. Der Hinweis auf das Gebot ortsnaher Gewinn-

nung war teilweise verfehlt, bezog Enwag doch etwa zwei Drittel des benötigten Wassers von einem Fernlieferer. Neben einer Reihe von weiteren Ungereimtheiten gab es aus eigenem Vorbringen des Unternehmens gravierende Hinweise auf unwirtschaftliches Handeln.<sup>32</sup>

## (3) Versorgungsdichte

Die Versorgungsdichte, ermittelt als Kennzahl aus Wasserabgabe pro Meter Leitung, hat wesentlichen Einfluss auf die Kostenstruktur. Dies unterstreicht der Bundesgerichtshof wie schon im Rahmen der Gleichartigkeitsprüfung.<sup>33</sup> Die Skepsis des betroffenen Unternehmens wie der Wasserwirtschaft ist unbegründet. Abweichungen zwischen den Verteilungskosten von Unternehmen mit ähnlichen Metermengenwerten können auf anderweitige strukturelle Unterschiede zurückzuführen sein.<sup>34</sup> Darüber hinaus sieht der BGH das gewählte Zu- und Abschlagsverfahren als rechtsfehlerfrei an. Unterschiede hat die Kartellbehörde anhand des Metermengenwertes im Bezug zu den Verteilungskosten des betroffenen Versorgers umgerechnet.<sup>35</sup> Dieselbe Methode kann auch für alle anderen mit Kennwerten errechenbaren Strukturunterschiede gewählt werden, zum Beispiel für Wasserbehälter.<sup>36</sup>

## (4) Konzessionsabgabe

Die hessische Kartellbehörde hat neben Unterschieden in Versorgungsdichte und Wasserbeschaffungskosten auch Abweichungen hinsichtlich der gezahlten Konzessionsabgabe durch Zu- und Abschläge berücksichtigt. Ähnlich wie bei den Beschaffungskosten war damit ein möglicher Rechtfertigungseinwand abgeschnitten. Der Bundesgerichtshof billigt auch die Umsetzung durch die Kartellbehörde anhand eines prozentualen Preisaufschlages zu den jeweiligen Entgelten.<sup>37</sup> Damit konnte offen bleiben, ob die Konzessionsabgabe als Teil eines ausgehandelten Ver-

trages überhaupt unbeeinflussbar ist und welche Rolle das von der Enwag selbst herangezogene Konzernverhältnis spielt. Nach Auffassung aller Kartellbehörden handelt es sich dabei um einen unternehmensindividuellen Umstand ähnlich der Eigenkapitalausstattung, der keine Preisrechtfertigung vermittelt.

## (5) Baukostenzuschüsse (BKZ)

Das OLG hatte wie die Kartellbehörde angenommen, dass das Verlangen von Baukostenzuschüssen auf einer eigenständigen Entscheidung des Unternehmens beruht, ähnlich seiner Finanzierungsstruktur. Deshalb lag kein Rechtfertigungsgrund vor. Anders nunmehr der Bundesgerichtshof. Er erkennt grundsätzlich an, dass wegen der Tarifgestaltungsfreiheit höhere Preise hinzunehmen sind.<sup>38</sup> Da es aber an der Betroffenen lag, den tatsächlichen Einfluss auf die eigene Preisgestaltung nachzuweisen, was sie nicht getan hat, scheidet die Rechtfertigung.

## (6) Kapitalkosten

Auch in diesem Punkt ist der Bundesgerichtshof der Kartellbehörde und dem OLG nur im Ergebnis gefolgt. Zwar stimmt der BGH im Ausgangspunkt mit der Vorinstanz überein, dass die Finanzierung eines Unternehmens als individueller Umstand grundsätzlich nicht zur Rechtfertigung höherer Preise die-

<sup>31</sup> BGH, Rz. 52, 67.

<sup>32</sup> Verfügung der hess. Kartellbehörde vom 9. Mai 2007, a.a.O., Rz. 90ff., 94, 98ff., 105–110.

<sup>33</sup> BGH, Rz. 46.

<sup>34</sup> Was PwC/WIBERA in ihrer Ausarbeitung für BDEW „Vergleichsmaßstab Metermengenwert ungeeignet“ übersieht.

<sup>35</sup> Verfügung der hess. Kartellbehörde vom 9. Mai 2007, a.a.O., Rz. 141–146.

<sup>36</sup> Dazu ausführlich *Daiber*, Festschrift Dr. Peter Becker, Kommunale Wirtschaft im 21. Jahrhundert, 2006, S. 457, 472f.

<sup>37</sup> BGH, Rz. 47.

<sup>38</sup> BGH, Rz. 48ff.



nen kann.<sup>39</sup> Das kann allerdings anders sein, wenn die Kapitalkosten des Vergleichsunternehmens ungewöhnlich niedrig sind. Als Beispiel nennt er den Verzicht auf eine Rendite des eingesetzten Kapitals.

Das OLG hatte die Frage freilich nur hinsichtlich des Eigenbetriebes Verbandsgemeindewerke Montabaur angesprochen – und offen gelassen. Selbst wenn man daher dem Vortrag der Betroffenen für Montabaur folgt, so ändert dies an der Gesamtwertung nichts. Die Verfügung bleibt auf die anderen acht von der Kartellbehörde benannten Versorger mit niedrigerem Wasserpreis gestützt. Dem Argument wird in künftigen Kartellverfahren durch eine entsprechende Ermittlung sowie einen möglicherweise daraus folgenden Zu- oder Abschlag Rechnung zu tragen sein.

### (7) Kostendeckung

In engem Zusammenhang mit den Kapitalkosten stehen die Ausführungen des BGH zu kostendeckenden Preisen.<sup>40</sup> Wiederum verweist das Gericht darauf, dass berücksichtigt werden müsse, ob die Preise der Vergleichsunternehmen durch außergewöhnliche individuelle Umstände niedrig gehalten werden, zum Beispiel wenn Preise unter Selbstkosten verlangt würden. Im konkreten Fall konnte dies offen

bleiben. Denn selbst nach dem Vortrag der Betroffenen fordern mindestens drei Vergleichsunternehmen kostendeckende und niedrigere Preise als Montabaur. Das reicht aus, die Verfügung juristisch zu tragen. Damit hat sich die Heranziehung einer großen Vergleichsgruppe durch die hessische Kartellbehörde bewährt.<sup>41</sup> Diese Ermessensentscheidung bestätigt der BGH.<sup>42</sup>

Es musste außerdem vermieden werden, dass die betroffene Enwag in Gefahr gerät, nicht mehr kostendeckend arbeiten zu können.<sup>43</sup> Der BGH hat dazu seine Entscheidung „Flugpreisspaltung“ herangezogen.<sup>44</sup> Dort ist erläutert, dass nur solche Kosten maßgebend sein können, die auf objektiven Umständen beruhen, ordnungsgemäß zugeordnet sind und wirtschaftlichem Handeln entspringen.<sup>45</sup> Dies ist auch die Auffassung aller Kartellbehörden.<sup>46</sup> Monopolvorteile sollten gerade nicht ausgenutzt werden dürfen. Enwag kann sich darauf aber nicht mit Erfolg berufen, weil sie nicht nachgewiesen hat, dass sie sämtliche Rationalisierungsreserven ausgeschöpft hat.

Die Unternehmen haben aussagekräftige Unterlagen vorzulegen. Dazu gehören prüffähige Aufstellungen und Anlagenspiegel, Wirtschaftsprüferberichte sowie gerade

bei Mehrspartenunternehmen eine Spartenbilanz. Es muss plausibel erläutert sein, wie zum Beispiel Gemeinkosten zugeordnet werden. Offensichtliche Fehler, divergierende Angaben, grobe Unklarheiten und anderes mehr machen angegebene Zahlen nutzlos. Dem Unternehmen ist Gelegenheit zur Klarstellung zu geben. Daran schließt sich der Nachweis durch den Versorger an, dass er alle Möglichkeiten, wirtschaftlich zu handeln, genutzt hat.

Das setzt ein fortgeschriebenes, belastbares sowie prüffähiges Wirtschaftlichkeitskonzept voraus. Dazu gehört nicht bloß ein technisches Anlagenkonzept sondern auch eine Prüfung der wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung. Dabei ist besonders zu fragen, wie Leistungen, Anlagen, Maßnahmen und anderes mehr kostengünstiger erbracht beziehungsweise betrieben werden können. Vergleiche aus Benchmarking-Berichten können wertvolle Hinweise geben, aber eben auch der direkte Blick auf die von der Kartellbehörde benannten Vergleichsunternehmen. Bei zurückgehendem Absatz von Trinkwasser ist zu fragen, ob Kooperationen möglich und welche Anlagenteile wegen geringer Auslastung (teilweise) kaufmännisch auszubuchen sind. Fragen der Kartellbehörde können sich anschließen, etwa ob es ein Konzept zum wirtschaftlichen Pumpeneinsatz gibt,<sup>47</sup> ob die Netzerneuerung effizient ist<sup>48</sup> und ob Synergiepotenziale<sup>49</sup> genutzt werden. Das reicht bis zur Prüfung, ob Vakuumbrecher eingesetzt werden (können), die Schäden am Netz durch Druckstöße bei Entnahme von Feuerlöschwasser verhindern.<sup>50</sup>

### (8) Erhöhter Netzaufwand, auch in der Vergangenheit

Nach Auffassung des Versorgungsunternehmens Enwag in Wetzlar sind erhöhte Erneuerungsaufwendungen für das Wasserleitungsnetz siedlungsstrukturell bedingt. Sie seien daher als Rechtfertigung der

<sup>39</sup> BGH, Rz. 51ff.

<sup>40</sup> BGH, Rz. 65ff.

<sup>41</sup> Dazu auch *Reif*, a.a.O., Rz. 118.

<sup>42</sup> BGH, Rz. 68.

<sup>43</sup> BGH, Rz. 70-72.

<sup>44</sup> BGHZ 142, S. 239, 246f.

<sup>45</sup> *Daiber*, WuW 2000, 352, 359, m.w.N.; i. Erg. vergleichbar *Reif*, a.a.O., Rz. 144.

<sup>46</sup> Entschlüsse der Kartellreferenten des Bundes und der Länder vom 18. September 1997 und 2. Oktober 1998, abgedruckt bei *Hempel/Franke*, *Recht der Energie- und Wasserversorgung*, Band 3, Materialien, Nr. 1.2.2 sowie bei *Fuchs/Klaue*, in: *Immenga/Mestmäcker*, 2007, § 131 GWB – Anhang –, Abschnitt 4.2.

<sup>47</sup> Vgl. *Müller/Jeschke/Kobel*, Forschungsprogramm „Pumpencheck ...“, *energie wasser – praxis* 12/2009, S. 50.

<sup>48</sup> Vgl. *Feddern/Maler*, *Schadensprognosen und Netzbewertung ...*, *energie wasser – praxis* 7/8/2009, S. 32; *Fuchs-Hanusch*, *Effiziente Instandhaltung von Wasserverteilungsanlagen*, *energie wasser – praxis* 1/2009, S. 12.

<sup>49</sup> Artikel „Zweckverbände aus Borna, Espenhain und Leipzig lassen Synergiepotenziale prüfen“, [www.wasserkaufen.de](http://www.wasserkaufen.de), 14. Mai 2009.

<sup>50</sup> *Jollet Apparatebau GmbH*, *Vakuumbrecher verhindert Schäden am Trinkwassernetz*, *energie wasser – praxis* 1/2009, S. 85.

höheren Wasserpreise anzuerkennen. Der BGH weist darauf hin, dass es nicht reicht, alleine auf den derzeitigen Zustand des Netzes abzustellen. Das Unternehmen muss vielmehr auch nachweisen, dass es in der Vergangenheit erforderliche Investitionen durchgeführt hat. Daran fehlt es hier. Das Versorgungsgebiet hat seinen derzeitigen Zuschnitt mit der kommunalen Gebietsreform in den 1970er Jahren erhalten. Der grundlegende Aufbau der Wasserversorgung und der Zustand der Anlagen gehen daher zumindest teilweise auf unternehmerische Entscheidungen zurück, die Enwag selbst zu vertreten hat.

Mit dieser Argumentation lässt sich auch Kritikern begegnen, die bemängeln, unverrückbare Gegebenheiten wie Investitionsentscheidungen der Vergangenheit würden Behörden und Gerichte nicht anerkennen. Das gälte „unverständlicherweise“ selbst dann, wenn sich diese erst im Nachhinein als falsch herausstellten, weil die Nachfrage hinter der Absatzprognose zurückgeblieben sei.<sup>51</sup> Selbst wenn man unterstellt, dass es um Anlagen geht, die früher erforderlich waren, so kann sich dies mit den Jahren geändert haben. Dann sind die Versorgungseinrichtungen dem tatsächlichen Bedarf anzupassen. Fehlt diese Nachjustierung, so handelt es sich, wie der BGH klarstellt, um individuelle (Fehl-)Entscheidungen. Sie dürfen nicht dem Wasserkunden aufgebürdet werden. Dies gilt in technischer Hinsicht ebenso wie in kostenrechnerischer. Das kann beispielsweise erfordern, eine dauerhaft wenig ausgelastete Anlage teilweise auszubuchen – wie das etwa die Hallesche Wasser und Abwasser GmbH getan hat.<sup>52</sup>

#### (9) Topografie/Verteilungs- und Speicherkosten

Hessische Kartellbehörde, OLG und Bundesgerichtshof gehen einhellig davon aus, dass eine ungünstige Topografie grundsätzlich höhere Preise rechtfertigen kann.<sup>53</sup> Enwag

ist aber ihrer Nachweispflicht nicht nachgekommen. Das Unternehmen konnte weder seine Kosten noch deren Einfluss auf die aktuellen Preise darlegen. Offen blieb auch, ob alle Rationalisierungsreserven genutzt wurden. Die Einrichtungen zum Ausgleich der anspruchsvollen Geländestruktur sind ebenfalls nicht nachgewiesen worden. Es fehlt sowohl an prüffähigen Unterlagen als auch an belastbaren Plänen. Die bloße Behauptung, sämtliche Wasserverteilungs- und Speicherkosten beruhten unausweichlich auf den besonderen Merkmalen des Versorgungsgebietes, genügt nicht.

Darüber hinaus macht der BGH deutlich, dass „ein isolierter Blick auf topografisch bedingte Mehrkosten nur wenig Aussagekraft hat“.<sup>54</sup> Je nach den Bedingungen können Höhenunterschiede beispielsweise zu Mehrkosten führen (Aufrechterhaltung des Wasserdrucks) oder auch zu Minderkosten (Höhenlage der Wasserbehälter sorgt kostengünstig für ausreichenden Wasserdruck im niedriger gelegenen Versorgungsgebiet).

#### (10) Beweislast

Die soeben dargelegten Beweislastregeln hatte die Versorgungswirtschaft vor dem BGH-Beschluss als „rechtsstaatlich kaum vertretbare Bürde“ bezeichnet. Die Unternehmen hätten praktisch keine Möglichkeit, an die notwendigen Daten der Vergleichsunternehmen zu

kommen.<sup>55</sup> Es bleibe „rätselhaft, wie die Forderungen des Kartellrechts auch nur theoretisch umzusetzen seien“.<sup>56</sup>

Das ist ebenso plakativ wie falsch. Denn jedes von Kartellverfahren betroffene Unternehmen erhält in den gesetzlichen Grenzen Einsicht in alle Akten, einschließlich der ausführlichen Fragebögen aller Vergleichsunternehmen. Der Aufbau der Bögen ist gleich, so dass die Strukturen einheitlich und umfassend erfasst sowie bewertet werden können.<sup>57</sup>

Das hat auch das vorliegende Verfahren geprägt. Der Bundesgerichtshof geht auf der Grundlage des umfangreichen Zahlenmaterials der Kartellbehörde differenziert und sachkundig auf die Bedingungen der Wasserwirtschaft ein. Dies gilt besonders für den Nachweis ungünstiger Umstände. Enwag hatte bemängelt, ein substantiiertes Vortrag zu den Kosten der Vergleichsunternehmen sei ausgeschlossen. Der BGH schreibt dem Unternehmen ins Stammbuch, dass dies „schon grundsätzlich ins Leere“<sup>58</sup> geht. Grundlage der Zu- und Abschläge sind nämlich nicht die Kosten der Vergleichsversorger, sondern des betroffenen Unternehmens selbst. Enwag hat dazu keine prüffähigen Angaben gemacht.

#### (11) Übersichtstabelle zur Rechtfertigung

In der folgenden Tabelle sind der besseren Übersicht halber die

<sup>51</sup> Lindt/Schielein, *Versorgungswirtschaft* 2009, S. 273, 275.

<sup>52</sup> Wegen der Einzelheiten vgl. EUWID, Wa Nr. 44, 28. Oktober 2008, S. 4.

<sup>53</sup> BGH, Rz. 59ff.

<sup>54</sup> BGH, Rz. 37.

<sup>55</sup> Drack, (PwC/WIBERA), „Grundzüge der Wasserpreiskalkulation“, Beitrag auf dem Workshop zum Wasserrecht, Berlin, 12. Dezember 2008, Folie 29; ebenso Lindt/Schielein (Mitarbeiter von Rödl & Partner), *Versorgungswirtschaft* 2009, S. 273, 275.

<sup>56</sup> Lindt/Schielein, a.a.O., S. 275; ungeklärt bleibt, wieso die Autoren im Folgeabsatz ihres Artikels einräumen, dass ihre Forderungen – jedenfalls von der hess. Kartellbehörde – „dem Grunde nach anerkannt“ werden.

<sup>57</sup> Einzusehen unter [www.wirtschaft.hessen.de](http://www.wirtschaft.hessen.de), Button „Energiewirtschaft/Strom-/Gas-/Wasserpreise/Preiskontrolle bei Wasser“, sodann Downloads rechts, oder unter [service/Strom-/Gas-/Wasserpreise](http://service/Strom-/Gas-/Wasserpreise), „Fragebogen der Landeskartellbehörde“, Bearbeitungsstand 14. Jan. 2010.

<sup>58</sup> BGH, Rz. 64.

Lfd. Nr.	Rechtfertigungsgrund	Verfügung gegen Enwag, 9. Mai 2007	Verfügung gegen Mainova, 10. Dez. 2007	Verfügung gegen Städt. Werke Kassel, 10. April 2008	Beschluss OLG Frankfurt, 18. Nov. 2008 <sup>1)</sup>	Beschluss BGH vom 2. Feb. 2010
		Angegeben ist jeweils die zugehörige Randziffer				

#### Allgemeine Anforderungen

1.	Objektive Strukturnachteile	80-88	60	117-126		42-43, 62
2.	Anlagen/Maßnahmen		61-63	127-130		
3.	Unverzichtbarkeit/Optimierung		64-70	131-138	70	59
4.	Mehrkostennachweis		71-73	139-140	67-69	59, 62-64

#### Strukturgründe, die nicht einzelne Aspekte der Wasserverteilung betreffen

5.	Wasserbeschaffungskosten	90-111	98-112 <sup>2)</sup>	141-157	43, 64	35, 44-45
6.	Mischwässer		79, 96			
7.	Konzessionsabgabe	89	113-116	202-206	60	47
8.	Baukostenzuschüsse, Hausanschlusskostenbeiträge (BKZ, HAKB), auch der Vergleichsunternehmen				59	48-50
9.	Kapitalkosten/außergewöhnliche Umstände der Vergleichsversorger				58	52
10.	Kostendeckung		137	95, 216	71-72	65-72

#### Struktur der Wasserverteilung

11.	Topografische und geologische Umstände, u. a. Höhenunterschiede und Druckzonen	112-118	79	158-164	66	37, 59-64
12.	Versorgungsdichte	141-146	118-121	-	50f., 65	32, 46
13.	Wasserhochbehälter	119-124	76, 79	165-174		37
14.	Pumpwerke, Pumpstrom, Druckminderung	125-133	76, 79, 96	175-177		37
15.	Hoher Versiegelungsgrad der Oberflächen	79	79, 85			
16.	Von Dritten verursachte Leitungsumlegungen/Überbauung		79, 96			
17.	Gussrohre		79, 82, 93, 94			
18.	Fels, Lehm, Fließeande, Munition, Trümmerschutt des Zweiten Weltkrieges, sonstige belastete Böden	134-137	79, 86, 87, 89, 95	180-187, 188-201		
19.	„Komplexe Versorgungsstruktur“, starke Vermaschung des Netzes, historisches Netz	138-140	80, 89, 90			
20.	Straßenbahn, erhöhtes Verkehrsaufkommen, Querung von Verkehrswegen, Verlegetiefe		79, 84	196-201		
21.	Mehrspartenhausanschlüsse, teure Hausanschlüsse wegen enger innerstädtischer Bebauung, Bleihausanschlüsse		81, 85, 88			
22.	hochverdichtete innerstädtische Bebauung, Überdimensionierungen, hoher Anteil an Pendlern und Übernachtungsgästen		91, 92, 97			
23.	Mehr Erneuerung/Instandhaltung/höhere Wasserverluste				61-63	55

Anmerkung:

<sup>1)</sup> Zitiert nach „Hessenrecht, Landesrechtsprechungsdatenbank“, Beschluss 11 W 23/07 (Kart).

<sup>2)</sup> Sonderfall einer Ausgründung der gesamten Wasserbeschaffung in Tochtergesellschaft Hessenwasser GmbH.

wesentlichen Rechtfertigungsgründe für höhere Wasserpreise zusammengestellt, die in den drei Wasserkartellverfahren<sup>59</sup> gegen hessische Wasserunternehmen genannt wurden. Neben der Erwähnung in der jeweiligen Kartellverfügung wird auch der Fundort, an dem sich gegebenenfalls OLG und BGH dazu geäußert haben, aufgeführt.

### (C) Öffentliche Diskussion und Abwehrstrategien der Wasserbranche

#### I. Die Diskussion in der Öffentlichkeit

Die Aktivitäten von Kartellbehörden und Gerichten lösten eine anhaltende Diskussion sowohl in der Öffentlichkeit als auch in der Wasserbranche aus. Umstritten sind insbesondere die Verfügung der hessischen Landeskartellbehörde gegen Enwag (Mai 2007), OLG-Beschluss, BGH-Entscheidung, aber auch die hessischen Kartellverfügungen gegen Mainova, Frankfurt am Main (Dezember 2007)<sup>60</sup> und gegen die Städtischen Werke in Kassel (April 2008).<sup>61</sup> Kontrovers erörtert werden auch alle anderen Wasserpreisprüfungen der Kartellbehörden. Dazu gehören neben sechs weiteren Kartellverwaltungsverfahren in Hessen<sup>62</sup> auch das Verfahren der Landeskartellbehörde Baden-Württemberg gegen die Energie Calw<sup>63</sup> sowie die angekündigten Tätigkeiten der Kartellbehörden unter anderem in Sachsen, Sachsen-Anhalt, Brandenburg und Niedersachsen.

Schlagzeilen wie „Der letzte Kampf der Wasser-Monopolisten“,<sup>64</sup> „Quelle des Zorns“,<sup>65</sup> „Wasserbranche beugt sich dem Druck“<sup>66</sup> oder „Missbrauchsaufsicht über Wasserversorger – kartellrechtliches Brachland wird wiederbelebt!“<sup>67</sup> prägen diese öffentliche Auseinandersetzung. Oder es wird nach dem Regulierer gerufen.<sup>68</sup> Kein Wunder, dass manche die „Wasserbranche am Scheideweg(?)“<sup>69</sup> sehen. Auch Fernsehen und Rundfunk haben sich des Themas angenommen. So berich-

tete vor der BGH-Entscheidung zum Beispiel das ZDF-Magazin „Frontal 21“ am 19. Januar 2010 über das Kartellverfahren gegen Enwag Wetzlar. Schließlich löste der Beschluss des BGH bundesweit eine breite Berichterstattung in allen Medien aus. Wie reagiert die Wasserwirtschaft hierauf?

#### II. Die Unternehmen und ihre Verbände zum BGH-Beschluss

Noch am Tag der Verkündung (2. Februar 2010) warf der Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft (BDEW) dem BGH vor, massive Rechtsunsicherheit zu schaffen. Ferner lasse das Gericht entscheidende Strukturunterschiede unberücksichtigt.<sup>70</sup> Der Verband kommunaler Unternehmen (VKU) ergänzte: „Anscheinend sah sich der BGH ... nicht in der Lage, für die Überprüfung von Wasserpreisen ... spezifische Kriterien zu entwickeln.“<sup>71</sup> Die Verbände forderten daher gesetzliche Änderungen.

VKU und BDEW äußerten sich in der zitierten Weise, obwohl die ausführliche schriftliche Begründung des BGH-Beschlusses noch nicht vorlag. Das erweckt den Eindruck,

dass die Branche sich unter „Generalverdacht“ sieht. Dies ist unbegründet. Die Aufsicht durch die Kartellbehörden unterstellt gerade nicht flächendeckenden Preismissbrauch. Viele Versorger, darunter insbesondere die Vergleichsunternehmen, bieten hohe Trinkwasserqualität zu günstigen Preisen. Die Kartellbehörde nimmt sich lediglich der „Schwarzen Schafe“ an. Das missverstehen VKU und BDEW, die mit ihrer Fundamentalkritik die sehr gute Arbeit vieler Unternehmen nicht angemessen würdigen.

#### III. Die längerfristige Strategie der Branche

Wie geht die Wasserbranche mit den durch den BGH-Beschluss zusätzlich unterstrichenen Forderungen nach besserer Kontrolle von Wirtschaftlichkeit und Preisen um? Deren Meinung ist schnell auf den Punkt gebracht: „Bloß keine Regulierung“.<sup>72</sup> Welche Argumente hat nun die Branche, um dies zu begründen, und welche Abwehrmaßnahmen werden ergriffen? Mit Schlagwörtern wie „Versorgungssicherheit gefährdet“ oder „Selbstverwaltungsgarantie verletzt“ wird

<sup>59</sup> Insoweit nicht veröffentlicht in WuW, deshalb: Homepage [www.wirtschaft.hessen.de](http://www.wirtschaft.hessen.de), s. dort Button „Energiewirtschaft/Strom-/Gas-/Wasserpreise/Preiskontrolle bei Wasser“ sodann Downloads rechts, oder unter [service/Strom-/Gas-/Wasserpreise](http://service/Strom-/Gas-/Wasserpreise).

<sup>60</sup> Verfügung der hess. Kartellbehörde gegen Mainova, Frankfurt am Main, 10. Dezember 2007, IV 5 b – 78 k 20 – 01 / 575 – 17, unter [www.wirtschaft.hessen.de](http://www.wirtschaft.hessen.de) (s.o.); dazu Presseerklärung des Hess. Wirtschaftsministeriums vom 11. Dez. 2007.

<sup>61</sup> Verfügung der hess. Landeskartellbehörde für Energie und Wasser gegen die Städt. Werke Kassel vom 10. April 2008, IV 5 b – 78 k 20 – 01 / 538 – 11, über Homepage [www.wirtschaft.hessen.de](http://www.wirtschaft.hessen.de); vgl. Presseinformation Wirtschaftsministerium vom 11. April 2008.

<sup>62</sup> Dazu unter anderem Pressemitteilung des Hess. Wirtschaftsministeriums vom 27. Mai 2009.

<sup>63</sup> Artikel „Kartellverfahren gegen Wasserfirma Baden-Württemberg nimmt Wassermarkt ins Visier“, Handelsblatt, 25. Juni 2009.

<sup>64</sup> GELDidee, 1/2009, S. 36.

<sup>65</sup> Süddeutsche, 16. April 2009.

<sup>66</sup> Handelsblatt, 3. Juli 2009.

<sup>67</sup> *Fabry/Messmer*, RdE 2008, S. 197.

<sup>68</sup> Vgl. „Die Wasserwirtschaft muss reguliert werden, um überhöhte Preise zu verhindern“, in „Sechs Fragen an Christian von Hirschhausen“, Wochenbericht des DIW vom 4. März 2009, Nr. 10/2009, S. 151.

<sup>69</sup> Interview mit *Andreas Schirmer*, Vizepräsident des VKU, (vormals) Geschäftsführer der Kommunalen Wasserwerke Leipzig GmbH, *energie wasser – praxis* 1/2009, S. 18.

<sup>70</sup> BDEW, Presseerklärung vom 2. Februar 2010.

<sup>71</sup> VKU, Presseerklärung Nr. 6/10 vom 2. Februar 2010.

<sup>72</sup> Titel eines Aufsatzes von Prof. Dr. *Wolfgang Merkel*, *gwf-Wasser | Abwasser*, 2010, S. 100.



Stimmung gegen eine aktive Aufsicht gemacht – ohne dass die angeführten Argumente überzeugen. Gleichzeitig setzt die Branche auf Umfragen, Benchmarking und „Transparenzinitiativen“.

#### (1) Argument:

##### Versorgungssicherheit gefährdet

In Fachkreisen wird zunehmend behauptet, die Kartellkontrolle gefährde die Versorgungssicherheit;<sup>73</sup> mehr noch, die Kartellbehörde kündige den „allgemein anerkannten Konsens zur Versorgungssicherheit auf.“<sup>74</sup> Bei der Aufsicht müsse auch „Qualität und Regionalität des Trinkwassers“<sup>75</sup> berücksichtigt werden. In der Sache sind diese Vorwürfe gemessen an der differenzierenden Entscheidung des Bundesgerichtshofes zurückzuweisen. Es ist nicht zu bestreiten, dass sauberes und jederzeit verfügbares Trinkwasser eine der Grundvoraussetzungen für das Funktionieren menschlicher Gemeinschaften ist. Hüter von Qualität und Nachhaltigkeit der Wasserversorgung sind die

Wasser- und die Gesundheitsbehörden. Deren Aufgabe ist die Ausübung der „strengen Fachaufsicht“.<sup>76</sup> Die Wasserwirtschaft ist von Zulassungen der Wasserbehörden abhängig und unterliegt der Überwachung durch die Gesundheitsämter.<sup>77</sup>

Die Anordnungen dieser Behörden sind für die Kartellbehörde bindend, es sei denn, sie wären rechtswidrig. Unvermeidbare Kosten, die deren Befolgung verursacht, werden bei der kartellrechtlichen Prüfung anerkannt. Dazu kommt, dass die Kartellbehörde eine Verfügung im Benehmen mit der Fachaufsichtsbehörde zu treffen hat.<sup>78</sup> Das ist bei allen drei bisher ergangenen hessischen Verfügungen geschehen.<sup>79</sup> Bedenken gegen die Versorgungssicherheit sind dabei von der Aufsichtsbehörde nicht vorgebracht worden.

#### (2) Argument: Selbstverwaltungsgarantie verletzt

Teilweise wird gerügt, dass im Rahmen eines Kartellverfahrens „Ermes-

sentsentscheidungen der Kommunen zugunsten des Gemeinwohls ... über die Maßen eingeschränkt“<sup>80</sup> würden. Darin läge eine Verletzung von Art. 28 Grundgesetz. Es müsse zulässig sein, dass Städte und Gemeinden sich für eine sehr hohe Reinheit des Wassers beziehungsweise sehr hohe Versorgungssicherheit entscheiden. Die Kartellbehörde habe das zu akzeptieren, denn die Kommune besitze das Recht, „auf eigene Kosten Dummheiten“ zu machen.<sup>81</sup>

Das trifft nicht zu, da die Wasserpreise von den Kunden bezahlt werden. Für die Höhe der Preise gibt es gesetzliche Grenzen, an die sich auch die kommunalen Unternehmen zu halten haben. Diese Grenzen werden überschritten, wenn es sich um missbräuchlich hohe Preise handelt.

#### (3) Umfragen, Benchmarking-Studien, Transparenzinitiative

Neben diesen fachlich nicht überzeugenden Argumenten setzt die Branche ergänzend auf aktive Gegenmaßnahmen, wie Umfragen zur Kundenzufriedenheit zum Beispiel im „Kundenbarometer Wasserwirtschaft“.<sup>82</sup> Die Umfrageergebnisse zeigten, dass es keinen Änderungsbedarf gebe. Allerdings: Bei den Meinungsbefragungen wurden die Kunden nicht gefragt, ob sie gerne 110 € im Jahr weniger für ihr Wasser bei gleicher Qualität bezahlen würden. Das ist der Umfang der Preissenkungsverfügung der hessischen Landeskartellbehörde gegen Enwag Wetzlar.<sup>83</sup>

Darüber hinaus führen Unternehmen und Verbände der Wasserwirtschaft verschiedene laufende Benchmarking-Untersuchungen fort oder beginnen neue. Nachprüfbarbare Angaben zu besserer Wirtschaftlichkeit finden sich in den Benchmarking-Studien so gut wie nicht. Das viel gelobte Instrument „Benchmarking“ darf mangels Messgrößen für die Zielerreichung weiterhin als Scheinlösung bezeichnet werden.<sup>84</sup>

<sup>73</sup> Vgl. *Wegener*, Meinungsartikel, gwf-Wasser|Abwasser, 2010, S. 1, der die Kartellkontrolle, „hohe Versorgungssicherheit“ und „kaum mögliche Anforderungen“ der Behörde in Zusammenhang bringt und davon spricht, „Entscheidungen Fachfremder“ [gemeint: der Kartellbehörde, der Verfasser] dürften das erreichte Qualitätsniveau in der Wasserversorgung nicht gefährden.

<sup>74</sup> *Abke*, Trinkwasserpreise im Visier der Kartellbehörden, Folienvortrag anlässlich der 8. Wasserwirtschaftlichen Jahrestagung des BDEW am 26./27. Okt. 2009 in Berlin, Folie 8.

<sup>75</sup> *Lindt/Schielein*, Versorgungswirtschaft 2009, S. 273, 274.

<sup>76</sup> So ausdrücklich die Begründung des Gesetzgebers zur Belassung des § 103 GWB für Wasser, während er für Strom und Gas gestrichen wurde; BTDrS. 13/9720, S. 70, „zu Absatz 2“.

<sup>77</sup> Darauf weist zu Recht stets der Nestor des deutschen Wasserrechts, Professor Dr. *Jürgen Salzwedel*, hin, N&R 2004, S. 36.

<sup>78</sup> § 103 Abs. 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB; Fassung vom 20. Februar 1990, BGBl. I S. 235, zuletzt geändert am 26. August 1998 (BGBl. I S. 25 12) i. V. m. § 131 Abs. 6 GWB, BGBl. I S. 2114.

<sup>79</sup> Beispielhaft die Musterverfügung „Wasserversorgung Wetzlar“, Landeskartellbehörde Hessen, 9. Mai 2007, a.a.O., Rz. 29.

<sup>80</sup> *Lindt/Schielein*, a.a.O., S. 276.

<sup>81</sup> *Lotze/Reinhardt*, Kartellrechtliche Überprüfung von Wasserpreisen, Gutachten im Auftrag des BDEW, 2009, S. 19.

<sup>82</sup> Vgl. die Rede von *Peter Rebohle*, Vizepräsident des BDEW, Wasserwirtschaftliche Jahrestagung 2009 des BDEW, 26. Okt. 2009, Berlin, „Aktuelle und zukünftige Herausforderungen für die deutsche Wasserwirtschaft“ Manuskript, S. 3.

<sup>83</sup> Presseerklärung des Hess. Wirtschaftsministeriums vom 14. Mai 2007, auf [www.wirtschaft.hessen.de](http://www.wirtschaft.hessen.de).

<sup>84</sup> Vgl. *Daiber*, Wasserwirtschaft und Kundenschutz zwischen Anspruch und Wirklichkeit, in: Festschrift Dr. Peter Becker, Kommunale Wirtschaft im 21. Jahrhundert, 2006, S. 457, 463.

Schließlich haben einzelne Unternehmen mit Unterstützung des Verbandes der Energie- und Wasserwirtschaft (BDEW) eine Initiative für mehr Transparenz angestoßen.<sup>85</sup> Die wesentlichen preisbildenden Faktoren sollen so erläutert werden, dass „jeder auf einfache Weise verstehen kann, wodurch sich die Preisunterschiede ergeben“.<sup>86</sup> Effizienzunterschiede bleiben aber außerhalb der zugäng-

lichen Darstellung und unterliegen dem Vertraulichkeitsschutz.<sup>87</sup> Die Versorger wollen somit weiterhin selbst entscheiden, wie sie mit diesen Unterschieden umgehen. Bei vorhandenem Wettbewerb mag das angehen, nicht aber im Monopol. Es ist Aufgabe der Kartellbehörden, für mehr Effizienz zu sorgen.

Dieser Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Meinung des Verfassers wieder.

#### Autor

Ministerialrat **Hermann Daiber**

E-Mail: [hermann.daiber@hmwvl.hessen.de](mailto:hermann.daiber@hmwvl.hessen.de) |

Referatsleiter der Landeskartellbehörde  
Energie und Wasser |

Hessisches Ministerium für Wirtschaft,  
Verkehr und Landesentwicklung |

Kaiser-Friedrich-Ring 75 |

D-65185 Wiesbaden

<sup>85</sup> Etwa *Abke*, zitiert nach *Ziegler*, Tagungsbericht, *gwf-Wasser|Abwasser*, 2009, S. 1031, 1035.

<sup>86</sup> So ausdrücklich *Otillinger*, Kundenbilanz und Transparenzinitiative – Kostenbelastung und qualifizierter Preisvergleich, Vortrag gehalten auf der 8. Wasserwirtschaftlichen Jahrestagung des BDEW, 26./27. Okt. 2009, Berlin, Folie 12.

<sup>87</sup> *Otillinger*, a.a.O. Folie 13; ebenso *Merkel*, *gwf-Wasser|Abwasser*, 2010, S. 100, 104, der formuliert „... Effizienzunterschiede [bleiben, der Verfasser] ... selbstverständlich vertraulich.“



## 2. Deutscher Tag der Grundstücksentwässerung - Grundstücksentwässerung im Aufbruch -

5. - 6. Mai 2010 in Dortmund

Mit Fachausstellung

Weitere Informationen und Anmeldemöglichkeiten erhalten Sie bei der TAH unter Telefon 0511 / 394 33 30 oder im Internet unter [www.ta-hannover.de](http://www.ta-hannover.de)