Hempel/Franke

Recht der Energie- und Wasser-versorgung

Praktiker-Kommentar

herausgegeben von

Dr. Dietmar Hempel

Rechtsanwalt
Justitiar der Wuppertaler Stadtwerke AG

Peter Franke

Ministerialrat im Ministerium für Wirtschaft, Mittelstand und Energie
des Landes Nordrhein-Westfalen

einschließlich 83. Aktualisierung – Oktober 2006

Luchterhand

1.2.2
Entschließungen und Berichte zum GWB

Entschließung der Kartellreferenten des Bundes und der Länder vom 18. 9. 1997 zur kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle der Wasserpreise von Haushaltskunden

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
1. Zum Hintergrund
2. Beschränkung auf Haushaltskunden

II. Marktmachtmissbrauch (§ 22 GWB) oder Freistellungsmissbrauch (§ 103 Abs. 5 GWB)
1. § 103 Abs. 5 GWB
1.1 Voraussetzung Freistellungsmissbrauch
1.2 Der „Grundsätzeverstoß"
2. § 22 Abs. 4 und 5 GWB i. V. m. § 103 Abs. 7 GWB
2.1 Der relevante Markt
2.2 Wasserversorger als marktbeherrschende Unternehmen

III. Das Vergleichskonzept nach § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB
1. Einleitung
2. „Gleichartige Versorgungsunternehmen"
2.1 Bedeutung
2.2 Gegenwärtige Auffassung aus dem Energiebereich
2.3 Übertragbarkeit auf die Wasserpreiskontrolle
3. „Ungünstigere Preise"
3.1 Vergleichsmethoden
3.2 Typisierte Abnahmefälle
3.2.1 Das Problem: Mehrgliedrige Tarife
3.2.2 Die Lösung: Typfälle
3.2.3 Sonderproblem: Landesspezifische Abgaben
4. „Rechtfertigung"
4.1 „Abweichende Umstände"
4.2 „Kosten" als Rechtfertigung?

I. Einleitung

1. Zum Hintergrund

Während Liberalisierung und effektivere Kontrolle der Strom- und Gasmärkte seit geraumer Zeit diskutiert und nicht zuletzt durch die Kartellbehörden vorangetrieben werden, ist es um die Wasserwirtschaft – bisher – ruhig geblieben. Sie ist aus den aktuellen Reformbestrebungen der Bundesregierung ausgeklammert worden.[1]) Gerichtsentscheidungen blieben in diesem Bereich soweit ersichtlich ebenso die Ausnahme [2]) wie behördliche Verfügungen.[3]) Das überrascht, bestehen doch bundes- und landesweit deutliche Preisunterschiede. Gleichzeitig mehren sich Beschwerden von Kunden, die sich bei den Kartellbehörden über hohe Wasserpreise beklagen. Das ist der Anlass für eine Intensivierung der Wasserpreiskontrolle, der dieses Arbeitspapier dienen soll.

2. Beschränkung auf Haushaltskunden

Wie die Strom- und Gaswirtschaft weist auch die Wasserwirtschaft verschiedene Versorgungsstufen auf (Weiterverteilermarkt, Letztversorgermarkt). Hier interessiert nur die Belieferung von Letztverbrauchern mit Trinkwasser. Die bei weitem größte Kundengruppe bilden dabei die Haushalts- und Kleingewerbekunden. 1994 wurden 78,3 % (alte Bundesländer) bzw. 74,2 % (neue Bundesländer) der gesamten Wasserabgabe an diese Verbrauchergruppe geliefert.[4]) Die Untersuchung beschränkt sich daher von Randbemerkungen abgesehen auf diese Gruppe.

II. Marktmachtmissbrauch (§ 22 GWB) oder Freistellungsmissbrauch (§ 103 Abs. 5 GWB)

Für die kartellrechtliche Kontrolle der Endkunden-Preise von Wasserversorgungsunternehmen kommen § 103 Abs. 5 GWB und § 22 Abs. 4 und 5 GWB in Betracht.

1. § 103 Abs. 5 GWB

1.1 Voraussetzung, Freistellungsmissbrauch

Gibt es einen Konzessions- oder Demarkationsvertrag im Sinne des § 103 Abs. 1 GWB, kann § 103 Abs. 5 GWB direkt angewandt werden. Es kommt in diesen

[1]) Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts, Art. 2, § 103 b GWB (neu), BT-Drs. 13/7274 vom 23. 3. 1997, S. 7.

[2]) Urteil des OLG Düsseldorf vom 12. 10. 1995, 13 U 134/94.

[3]) Abmahnschreiben der Landeskartellbehörde Nordrhein-Westfalen vom 24. 6. 1982, WuW/E LKartB 233, WuW 1983, 257.

[4]) Bundesverband der deutschen Gas und Wasserwirtschaft e. V., (BGW), 106. Wasserstatistik, Berichtsjahr 1994, Bonn 1995, S. 17 f.

Fällen darauf an, ob die Art der Vertragsdurchführung – also hier das Fordern bestimmter Preise – als Missbrauch der durch die Freistellung des Vertrages nach § 103 Abs. 1 GWB erlangten Stellung anzusehen ist (§ 103 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 GWB). Das ist insbesondere beim sog. „Grundsätzeverstoß" nach § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 GWB oder beim Verlangen von Preisen anzunehmen, die ungünstiger als die gleichartiger Versorgungsunternehmen sind (Vergleichsmarktkonzept des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB, s. Kapitel III.).

1.2 Der „Grundsätzeverstoß"

§ 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 GWB untersagt ein Verhalten, das „den Grundsätzen zuwiderläuft, die für das Marktverhalten von Unternehmen bei wirksamem Wettbewerb bestimmend sind". Diese Regelung hat insbesondere für den Preisstrukturvergleich innerhalb eines Unternehmens ihre Berechtigung. Dessen wichtigste Anwendungsfälle sind die verbotene Quersubventionierung und eine nicht verursachungsgerechte Kostenzuordnungsregel.[1]) Darüber hinaus kann der „Grundsätzeverstoß" bei solchen Verhaltensweisen herangezogen werden, die zwar in Monopolbereichen wie dem betrachteten üblich sind, im allgemeinen Wettbewerb aber keinen Platz hätten. Klar ist allerdings, dass der jeweilige Verstoß „mit Händen zu greifen" sein muss. Das dürfte für Preiserhöhungen um 100 % zutreffen.[2]) Gleiches gilt für „Tarifsprünge", die aus der Kostenstruktur nicht zu rechtfertigen sind.[3]) Das findet seine Parallele in zivilrechtlichen Entscheidungen anhand des Gleichheitssatzes,[4]) der §§ 8, 9 AGBG[5]) oder von § 315 BGB.[6])

2. § 22 Abs. 4 und 5 GWB i. V. m. § 103 Abs. 7 GWB

2.1 Der relevante Markt

Fehlt ein Konzessions- oder Demarkationsvertrag, so kann nur § 22 angewandt werden. Für die Marktmachtkontrolle nach § 22 Abs. 4 und 5 GWB gilt aber

---

[1]) BGH, Beschluss vom 21. 2. 1995, KVR 4/94, WuW/E BGH 2967, 2971, WuW 1995, 501, 505, „Strompreis Schwäbisch Hall"; neuerdings in den Beschlüssen vom 6. 5. 1997, KVR 10/97 und 9/96, WuW BGH 3140, WuW 1997, 724, „Gaspreis", nochmals ausdrücklich betont.

[2]) Abmahnschreiben der nordrhein-westfälischen Landeskartellbehörde vom 24. 6. 1982, WuW/E LKartB 233, WuW 1983, 257.

[3]) OLG München, Beschluss vom 4. 3. 1996, Kart 5/94, WuW/E OLG 5713, 5718, WuW 1997, 85, 90, „Gaspreis".

[4]) BGH, Urteil vom 26. 11. 1975, VIII ZR 164/74, BB 1976, 203, „Preisvergünstigungen für Großabnehmer bei gemeindeeigener Wasserversorgung"; OVG Lüneburg, Urteil vom 18. 2. 1988, 14 OVG A 157/85, Recht der Landwirtschaft 1988, 177.

[5]) BGH, Urteil vom 6. 2. 1985, VIII ZR 61/84, NJW 1985, 3013, „Entgeltklausel für den Bezug von Zusatzwasser".

[6]) AG Moers, Urteil vom 9. 2. 1989, 6 C 384/88, Deutsche Wohnungswirtschaft (DWW), 1989, 264.

wegen § 103 Abs. 7 GWB der Prüfungsmaßstab des § 103 Abs. 5 ebenfalls. Voraussetzung ist, dass das betreffende Unternehmen marktbeherrschend im Sinne des § 22 GWB ist. Das ist nach § 22 Abs. 1 Nr. 1 GWB dann der Fall, wenn das Wasserversorgungsunternehmen ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist. Für die Abgrenzung des sachlich und räumlich relevanten Marktes ist das so genannte Bedarfsmarktkonzept maßgebend. Zum relevanten Markt gehören alle Produkte, die aus der Sicht der Abnehmer nach Eigenschaft, Verwendungszweck und Preislage zur Deckung eines bestimmten Bedarfs austauschbar sind.[1])

2.2 Wasserversorger als marktbeherrschende Unternehmen

Diese Voraussetzungen sind für Wasserversorgungsunternehmen und den Markt der Belieferung von Letztverbrauchern mit Trinkwasser in aller Regel gegeben. Die Wasserbezieher können weder auf ein anderes Produkt (keine Substitutionskonkurrenz) noch auf einen anderen Belieferer ausweichen. Die Nutzung von Privatbrunnen ändert daran nichts. Denn dann kommt es für die Marktbetrachtung nur noch auf die zusätzlich zum selbst gewonnenen Wasser zu beziehende Menge an.

III. Das Vergleichskonzept nach § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB

1. Einleitung

Nach § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB liegt ein Missbrauch insbesondere dann vor, wenn „. . . ein Versorgungsunternehmen ungünstigere Preise . . . fordert als gleichartige Versorgungsunternehmen, es sei denn, das Versorgungsunternehmen weist nach, daß der Unterschied auf abweichenden Umständen beruht, die ihm nicht zurechenbar sind; . . .". Dieser Vorschrift kommt in der kartellrechtlichen Diskussion um die Kontrolle marktbeherrschender Versorgungsunternehmen besondere Bedeutung zu; das belegen eine ganze Reihe von Entscheidungen der Behörden und der Gerichte aus jüngster Zeit. Zu diskutieren sind insbesondere die Komplexe *„Gleichartige Versorgungsunternehmen" (2.), „ungünstigere Preise" (3.) und „Rechtfertigung" (4.).*

2. „Gleichartige Versorgungsunternehmen"

2.1 Bedeutung

Die Frage der Gleichartigkeit hat eine Schlüsselfunktion für die Anwendung von § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB. Die Kartellbehörde trifft die Beweislast für die

[1]) St. RSpr., vgl. BGH, Beschluss vom 24. 10. 1995, KVR 17/94, WuW/E BGH 3026, 3028, WuW 1996, 318, 320, „Backofenmarkt"; BGH, Beschluss vom 19. 3. 1996, KZR 1/95, WuW/E BGH 3058, 3062, WuW 1996, 728, 732, „Pay-TV-Durchleitung".

Vergleichbarkeit, während das jeweils betroffene Versorgungsunternehmen darzutun und gegebenenfalls zu belegen hat, dass der Preisunterschied auf abweichenden, ihm nicht zurechenbaren Umständen beruht. Je geringer also die Anforderungen an die Gleichartigkeit sind, desto stärker wirkt sich die Beweislast des Unternehmens zur Entkräftung des Missbrauchsvorwurfs unter Hinweis auf strukturbedingte Kosten aus.[1])

2.2 Gegenwärtige Auffassung aus dem Energiebereich

Die Diskussion über die Gleichartigkeit war bisher durch im Wesentlichen zwei unterschiedliche Meinungen gekennzeichnet. Die Kartellbehörden hatten stets geltend gemacht, es komme nur auf die unternehmerische Tätigkeit und die wirtschaftliche Funktion der betrachteten Unternehmen als Versorger von Letztverbrauchern an. Die Gegenmeinung stellte dagegen hohe Anforderungen an die Vergleichbarkeit, die bereits einem Strukturvergleich nahe kamen.[2]) Miteinander verglichen dürften nur Unternehmen der gleichen Stufe werden, also Regionalversorger sowie Stadtwerke je untereinander.

Der Bundesgerichtshof ist Letzterem entgegengetreten.[3]) Er hatte über eine Verfügung der Landeskartellbehörde Baden-Württemberg zu entscheiden, die den Stadtwerken Schwäbisch Hall untersagt hatte, höhere Preise als die Energieversorgung Schwaben (EVS) zu verlangen.[4]) Deren Stromabgabe übersteigt um etwa das 130fache die Abgabe der Stadtwerke.[5]) Der BGH hat beide Unternehmen für vergleichbar angesehen und die Untersagungsverfügung deshalb bestätigt. Zur Begründung hat das Gericht darauf hingewiesen, dass dem Tatbestandsmerkmal der Gleichartigkeit nur die Funktion einer groben Sichtung zukommt. Dafür ist die Sicht der Abnehmer maßgeblich. Für diese ist nur die Gleichartigkeit der ihnen gegenüber entfalteten unternehmerischen Tätigkeit als Stromlieferant an Sondervertragskunden entscheidend, nicht die Gleichartigkeit der jeweiligen Gesamttätigkeit.

Deshalb können jeweils Regionalverteiler und Stadtwerke sowie Vorlieferant und Weiterverteiler miteinander verglichen werden. Das ergibt sich auch daraus, dass Ziel von § 103 Abs. 5 GWB ist, den Vollzug der Missbrauchsaufsicht in den Bereichen Elektrizität, Gas und Wasser (Unterstreichung Verf.) zu erleichtern.[6])

---

[1]) *Büdenbender,* Energiekartellrecht, 1994, § 103 Rn. 410.

[2]) *Büdenbender,* aaO, Rn. 411 m. w. N.

[3]) BGH, Beschluss vom 21. 2. 1995, KVR 4/94, WuW/E BGH 2967, 2973, WuW 1995, 501, 506, „Strompreis Schwäbisch Hall"; kritisch dazu *Bechtold,* WuW 1996, 14.

[4]) Verfügung des baden-württembergischen Ministeriums für Wirtschaft, Mittelstand und Technologie als Landeskartellbehörde vom 10. 9. 1992, I 4452.86/4 (unveröff.); bestätigt durch BGH-Beschluss „Schwäbisch Hall", BGH-Kurzbezeichnung „Weiterverteiler".

[5]) Zitiert nach der Vorinstanz, OLG Stuttgart, Beschluss vom 29. 12. 1993, 2 Kart 4/93, WuW/E OLG 5231, 5233, WuW 1994, 463, 465, „Strompreis Schwäbisch Hall".

[6]) BGH, „Strompreis Schwäbisch Hall", aaO, WuW/E BGH 2973, WuW 1996, 507.

Zu Recht sind deshalb die Anforderungen des BGH an die Gleichartigkeit als sehr gering bezeichnet worden.[1]) Das OLG München [2]) sowie das Kammergericht Berlin [3]) sind in Entscheidungen über kartellbehördliche Untersagungsverfügungen gegen Gasversorgungsunternehmen der Rechtsprechung des BGH gefolgt.

2.3 Übertragbarkeit dieser Grundgedanken auf die Wasserpreiskontrolle

Für die Anwendung der geschilderten Rechtsprechung auf die kartellbehördliche Missbrauchskontrolle von Preisen der Wasserversorgungsunternehmen sprechen die zahlreichen Gemeinsamkeiten, die Strom- und Gasversorgung einerseits und die mit Wasser andererseits aufweisen. Energie ist ebenso wie Wasser ein unverzichtbares Handelsgut des täglichen Bedarfes. Die jederzeitige Lieferbereitschaft bedarf erheblicher Investitionen in Versorgungsanlagen wie Leitungen, Erzeugungsanlagen oder Umspann- bzw. Druckhaltungseinrichtungen. Inhaber von Versorgungsnetzen haben im Bereich der leitungsgebundenen Versorgung von Haus aus eine besondere wirtschaftliche Machtstellung.[4]) Das gilt für die Energie- wie für die Wasserversorgung gleichermaßen.

Der Hinweis auf die (vorgeblich) gravierenden Unterschiede zwischen den Unternehmen in der Wasserbeschaffungssituation in Verbindung mit der folgenden Passage der BGH-Entscheidung „Schwäbisch Hall" ändern daran nichts:

> „. . . Für die Annahme der Gleichartigkeit von Versorgungsunternehmen genügt es allerdings nicht, daß sie jeweils Endabnehmer mit Strom beliefern. Gleichartigkeit ist aber . . . jedenfalls dann anzunehmen, wenn hinsichtlich der Stromerzeugung oder -beschaffung bei den verglichenen Versorgungsunternehmen keine wesentlichen Unterschiede vorliegen, die aus der Sicht der Abnehmer . . . von vornherein eine deutlich unterschiedliche Beurteilung der Preisgestaltung rechtfertigen.
>
> Danach kann Gleichartigkeit von Versorgungsunternehmen auch – und wegen der Herkunft des Stroms aus derselben Quelle gerade dann – anzunehmen sein, wenn sie zueinander im Vertikalverhältnis stehen. . ." [5])

Zunächst einmal wird damit von vornherein eingeräumt, dass mindestens diejenigen Wasserversorger untereinander gleichartig sind, die ihr benötigtes Wasser ganz oder weit überwiegend von demselben Vorlieferanten beziehen. Ein Bei-

---

[1]) *Zinow,* et 1996, 247, 248. Der Verfasser arbeitet für die VDEW.

[2]) Beschluss vom 4. 3. 1996, Kart 5/94, WuW/E OLG 5713, 5719, WuW 1997, 85, 91, „Gaspreis"; insoweit von BGH, Beschluss vom 6. 5. 1997, WuW BGH 3140, WuW 1997, 724, „Gaspreis", bestätigt.

[3]) Kammergericht, Beschluss vom 15. 1. 1997, Kart 25/95, „Spreegas", WuW/E OLG 5926, WuW 1997, 1010, nicht rechtskräftig.

[4]) BGH, Beschluss vom 15. 11. 1994, KVR 29/93, WuW/E BGH 2953, 2960, WuW 1995, 311, 318, „Gasdurchleitung".

[5]) BGH, „Strompreis Schwäbisch Hall", aaO, 2972, WuW 1995, 506.

spiel dafür bietet die Gelsenwasser AG, die in Nordrhein-Westfalen zahlreiche andere Unternehmen beliefert, oder der Zweckverband Bodenseewasserversorgung Stuttgart. Zudem ist zwar zuzugeben, dass der BGH – und die ihm folgende Rechtsprechung – ausgeführt hat, dass Unterschiede in der Beschaffungssituation grundsätzlich im Rahmen der Vergleichbarkeitsprüfung relevant sein können. Dem kommt allerdings aus mehreren Gründen kein Gewicht bei.

Gegenüber dem Gesetzgeber senkt der Bundesgerichtshof die Prüfanforderungen für die Kartellbehörden, die § 103 Abs. 5 anzuwenden haben, deutlich ab. Das zeigt ein exakter Vergleich der entsprechenden Passagen in der BGH-Entscheidung und in den Gesetzesmaterialien, auf die das Gericht sich ausdrücklich beruft. Statt einer „. . . ähnliche(n) Beschaffungs-, Erzeugungs- und Vertriebssituation . . .“ [1]) reicht es nach Auffassung des BGH aus, wenn sich in der Stromerzeugung und -Beschaffung keine wesentlichen Unterschiede zeigen, die *von vornherein eine deutlich unterschiedliche* Preisgestaltung rechtfertigen.

Im Fall „Schwäbisch Hall“ hat der BGH außerdem der Beschaffungssituation letztlich keine Bedeutung beigemessen, obwohl das nahegelegen hätte.[2]) Die betrachteten Energieversorgungsunternehmen weisen in Erzeugung und Beschaffung von Elektrizität sehr große Ungleichheiten auf. EVS produziert den benötigten Strom im Wesentlichen selbst und bedient sich dazu zahlreicher verschiedener Quellen; das schließt Bezüge aus der Schweiz und von Kernkraftwerken ein. Die Stadtwerke Schwäbisch Hall beziehen dagegen mehr als 85 % ihrer Stromabgabe bei EVS.[3]) Trotzdem hat der Bundesgerichtshof beide Versorger als gleichartig angesehen. Das lässt nur den Schluss zu, dass die von ihm selbst angesprochenen Unterschiede ein außerordentliches Gewicht haben müssen, um die Unvergleichbarkeit zu belegen.

Schließlich gibt es ein weiteres Argument, das belegt, dass Unterschiede in der Beschaffungssituation von Wasserversorgungsunternehmen in aller Regel nicht zu deren Unvergleichbarkeit im Sinne des Kartellrechts führen können. Während nämlich Bezug und Erzeugung von Strom insbesondere bei Weiterverteilern bis zu ⅔ aller Kosten ausmachen – und damit jedenfalls prinzipiell Unvergleichbarkeiten zu begründen geeignet sind – spielen die Kosten der Gewinnung und Aufbereitung des Rohwassers im Rahmen der Wasserversorgung eine untergeordnete Rolle.

Die aktuelle Verbandsstatistik unterstreicht das. Danach haben alleine die Investitionen in Rohrnetz und Wasserspeicherung einen Anteil von über 65 % (alte

[1]) BT-Drs. 8/2136, 33.

[2]) Darauf hat *Markert,* RdE 1996, 205, 208, zu Recht hingewiesen.

[3]) Zitiert nach der Vorinstanz, OLG Stuttgart, Beschluss vom 29. 12. 1993, 2 Kart 4/93, WuW/E OLG 5231, 5233, WuW 1994, 463, 465, „Strompreis Schwäbisch Hall“.

Bundesländer) bzw. 69 % (neue Bundesländer) an den Gesamtinvestitionen.[1]) 1996 investierten die Unternehmen der öffentlichen Wasserversorgung rund 6,2 Milliarden DM; davon flossen nur rund 20 % in Wassergewinnung und Aufbereitung.[2]) Würde vor diesem Hintergrund maßgeblich auf die Beschaffungsverhältnisse abgestellt, könnten Unterschiede in Höhe weniger Pf je abgegebenem Kubikmeter über Gleichartigkeit oder Ungleichartigkeit entscheiden.

Unterschiede in Gewinnung und Aufbereitung des abgegebenen Wassers führen somit in aller Regel nicht zur Unvergleichbarkeit von betrachteten Wasserversorgungsunternehmen im Sinne von § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB. Strukturelemente wie spezifische Leitungslängen sind erst im Rahmen der „Rechtfertigung" zu prüfen und spielen für die Gleichartigkeit keine Rolle.[3])

3. „Ungünstigere Preise"

3.1 Vergleichsmethoden

Für die Bestimmung „ungünstigerer Preise" im Sinne von § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB haben sich zwei Ansätze herausgebildet.[4]) Ein prägnantes Beispiel für den sog. „Preisniveaumissbrauch" bietet die Verfügung der Landeskartellbehörde Baden-Württemberg in Sachen „Schwäbisch Hall".[5]) Dem Stadtwerk Schwäbisch Hall war untersagt worden, insgesamt, das heißt über alle Kundengruppen hinweg (ohne Tarifkunden) höhere Strompreise zu verlangen, als das der Vorlieferant EVS tun würde, wenn er im betreffenden Stadtgebiet zu seinen Preisen versorgen würde.

Mit der zweiten Methode werden einzelne Kundengruppen der jeweiligen Unternehmen miteinander verglichen. Unter dem Gesichtspunkt des Kundenschutzes, den auch die Rechtsprechung immer wieder als Hauptziel der Missbrauchskontrolle betont,[6]) ist es zulässig, schon einzelne Kunden zu schützen. Umso eindeutiger ist jedenfalls, dass wirtschaftlich bedeutsame Gruppen innerhalb der Kundschaft mit denselben Gruppen eines anderen Versorgungsunternehmens

[1]) BGW, 106. Wasserstatistik, S. 17 f. Die Netzinvestitionen haben in den vergangenen Jahren sogar einen noch höheren Anteil ausgemacht, teilweise (1986) bis zu rund 75 %, BGW aaO, S. 55 „Investitionen 1970—1994".

[2]) BGW, zitiert nach Handelsblatt vom 3. 3. 1997 sowie ZfK Februar 1997.

[3]) Das ist Stand der Rechtsprechung seit der grundlegenden BGH-Entscheidung „Stromtarif"; BGH, Beschluss vom 31. 5. 1972, KVR 2/71, WuW/E BGH 1221, 1225, WuW 1972, 819, 823 f.

[4]) Instruktiv *Klaue* in: *Immengal/Mestmäcker,* GWB 2. Aufl. 1992, § 103 Rn. 63 m. w. N.

[5]) Verfügung des baden-württembergischen Ministeriums für Wirtschaft, Mittelstand und Technologie als Landeskartellbehörde vom 10. 9. 1992, I 4452.86/4 (unveröff.).

[6]) Vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 9. 5. 1995, 11 VA (Kart) 1/94, WuW/E OLG 5416, 5428, WuW 1995, 760, 772, „Konzessionsvertrag Niedernhausen" und zuletzt BGH, Beschlüsse vom 6. 5. 1997, KVR 10/96 und 9/96, WuW BGH 3140, WuW 1997, 724, „Gaspreis".

verglichen werden können.[1]) Bei der Stromversorgung sind das beispielsweise die sog. Normsondervertragskunden, also diejenigen Strombezieher, die nach einheitlichen Verträgen beliefert werden und für die das Unternehmen ein umfassendes Preisschema aufgestellt hat. Diese Gruppe ist in aller Regel die größte unter allen Sondervertragskunden. Im Rahmen der Gasversorgung [2]) und der Wasserversorgung [3]) bilden die Haushalts- und Kleingewerbekunden eine solche Gruppe.

3.2 Typisierte Abnahmefälle

3.2.1 Das Problem: Mehrgliedrige Tarife

Als Maßstab der Missbrauchskontrolle können typisierte Abnahmefälle dienen. Das hat sich bei der Strompreisprüfung bewährt und wird von den Elektrizitätsversorgungsunternehmen praktiziert.[4]) Auch im Rahmen der Kontrolle von Gaspreisen gehen die Kartellbehörden von typischen, repräsentativen Abnahmeverhältnissen aus.[5]) Ein entsprechendes Vorgehen bietet sich bei der Wasserpreiskontrolle an. Energie- wie Wasserpreise sind nämlich mehrgliedrig. Sie bestehen aus einem Arbeitspreis pro abgegebener Einheit sowie weiteren Bestandteilen, die unter anderem von der Leistung (Strom), dem Anschlusswert (Gas) oder der Zählergröße (Wasser) abhängig sind. Vergleichbar ist nur der jeweilige Gesamtbetrag, der vom Kunden verlangt wird. Der im Wasserpreis enthaltene Arbeitspreis ist – anders als beim Gas- oder Strompreis – häufig über zahlreiche Abnahmeverhältnisse gleich. Der Messpreis als bezugsmengenunabhängige Größe dürfte in der Regel verhältnismäßig gering sein. Hin und wieder finden sich sogar Unternehmen, die außer einem einheitlichen Preis pro Kubikmeter nichts verlangen. Aus diesen Gründen reichen für die Wasserpreiskontrolle in der Regel einer oder wenige Abnahmefälle aus, um die wirtschaftlich bedeutungsvollen Kundengruppen zu erfassen.

---

[1]) BGH, Beschluss vom 31. 5. 1972, KVR 2/71, WuW/E BGH 1221, 1225, WuW 1972, 819, 823, „Stromtarif".

[2]) OLG München, Beschluss vom 4. 3. 1996, Kart 5/94, WuW/E OLG 5713, 5722, WuW 1997, 85, 94, „Gaspreis"; inhaltlich durch die BGH-Beschlüsse vom 6. 5. 1997, KVR 10/96 und 9/96, aaO, bestätigt.

[3]) S. dazu die statistischen Angaben bei BGW, 106. Wasserstatistik, S. 17 f.

[4]) Vereinigung Deutscher Elektrizitätswerke (VDEW), Strompreise für Sondervertragskunden, B, Vergleichsgrundlagen . . .; 1983, S. 4.

[5]) Vgl. etwa Verfügung des bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft und Verkehr vom 11. 1. 1994, 5597b-"/2b – 61855 I, WuW/E LKartB 345, 346, WuW 1994, 473, 474, „Gaspreisvergleich", aufgehoben durch OLG München, Beschluss vom 4. 3. 1996, Kart 5/94, WuW/E OLG 5713, WuW 1997, 85, „Gaspreis". Der BGH hat mit den Beschlüssen vom 6. 5. 1997, KVR 10/96 und 9/96, aaO, die bayerischen Verfügungen bestätigt und die anderslautenden Entscheidungen des OLG München aufgehoben.

3.2.2 Die Lösung: Typfälle

Eine gute Vergleichsbasis dürften etwa die Typfälle bilden, die der Bundesverband der Energie-Abnehmer e. V. (VEA) vorschlägt.[1]) Dabei handelt es sich um die Abnahmen „Ein-Familien-Haus" (Jahresabnahme 150 m³, kleinste Anschlussgröße ⅗ m³) sowie „Vier-Familien-Haus", (400 m³, gleicher Anschluss). Daneben können im Einzelfall noch die Abnahmefälle Industrie I (7500 m³, DN 50 mm) und Industrie II (100 000 m³, DN 150 mm) einbezogen werden. Der BGH hat klargestellt, dass die Abweichung der Preise des betroffenen Unternehmens von der Preisstellung des oder der Vergleichsunternehmen nicht „erheblich" sein muss.[2]) Für die Anwendung eines Unsicherheitszuschlages ist dementsprechend auch bei Wasserpreisen kein Raum, weil diese zweifelsfrei feststehen.

3.2.3 Sonderproblem: Landesspezifische Abgaben

Werden über Ländergrenzen hinweg Preise verglichen, so können sich von Bundesland zu Bundesland unterschiedliche Abgabenlasten ergeben. Hessen erhebt beispielsweise eine Grundwasserabgabe, Baden-Württemberg den Wasserpfennig. Bei der Preisermittlung sind dafür Abschläge vom Wasserpreis zu machen. Erst die verminderten Beträge können – etwa – mit den Preisen in Bayern verglichen werden, wo es keine gesonderte Abgabe gibt.

4. „Rechtfertigung"

4.1 „Abweichende Umstände"

Hat das betroffene Unternehmen ungünstigere Preise als vergleichbare Versorgungsunternehmen, so kann es das nur im Einzelfall durch den Nachweis von abweichenden Umständen rechtfertigen, welche ihm nicht zurechenbar sind (§ 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 am Ende GWB). Damit ist der Unterschied zwischen individueller Entscheidung des Unternehmens – die es selbst zu verantworten hat – und gleichsam schicksalhafter Struktur des Gebietes – die jedes andere Versorgungsunternehmen auch vorfände – angesprochen. Die Beweislast für die schlechtere Struktur liegt beim teureren Unternehmen.

Solche Strukturelemente können sein:

— Bevölkerungsdichte,

— Dichte der Abnehmer je km²,

— Abgabe an die Kundengruppen im Vergleich zueinander[3])

[1]) Verband der Energieabnehmer (VEA), Wasserpreisvergleich 1995, Stichtag 1. 1. 1995, Vorbemerkung.

[2]) Beschluss „Strompreis Schwäbisch Hall", WuW/E BGH, 2974, WuW 1995, 508.

[3]) BGH, Beschluss vom 31. 5. 1972, KVR 2/71, WuW/E BGH 1221, 1225, WuW 1972, 819, 823, „Stromtarif".

sowie insbesondere

— spezifischer Netzaufwand je Kunde (etwa durchschnittliche Abgabe pro Hausanschluss oder Kilometer Versorgungsnetz).[1])

Darüber hinaus können als Besonderheit der Wasserversorgung auch Anzahl und Kapazität der Wasserspeicher Kriterien sein.

Das betroffene Unternehmen muss genaue Angaben zu Grund und Höhe der nicht zu vertretenden Umstände machen. Es wird dann Aufgabe der Kartellbehörde sein, zu prüfen, ob bei den Vergleichsunternehmen ähnliche Umstände vorliegen – dann scheidet die Rechtfertigung aus – oder nicht – dann ist ein entsprechender Preisabschlag beim Hochpreis-Unternehmen zu machen.

4.2 „Kosten" als Rechtfertigung?

Die „Kostensituation" ganz allgemein gesprochen kann höhere Preise nicht rechtfertigen. Zwar hat das OLG Potsdam eine Preismissbrauchsverfügung der brandenburgischen Landeskartellbehörde wegen Gaspreisen[2]) unter anderem mit der Begründung aufgehoben, das betroffene Unternehmen erwirtschafte bei Befolgung der Verfügung erhebliche Verluste.[3]) Dieser Auffassung ist zu Recht entgegengehalten worden, die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht umfasse grundsätzlich gerade keine Prüfung der unternehmensinternen Kostensituation.[4]) Am Markt, dessen Auswirkungen die Kartellaufsicht jedenfalls teilweise zu simulieren hat, gibt es lediglich Konkurrenz mit dem Mittel der Preise und mit weiteren wettbewerblichen Instrumenten, hingegen keinen Anspruch auf Kostenerstattung.

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass schon die Eigengesetzlichkeit der Versorgungswirtschaft in Gestalt der Maxime möglichst preisgünstiger Versorgung der Kostendeckungsgarantie entgegensteht.[5])

---

[1]) Vgl. OLG Stuttgart, Beschluss vom 29. 12. 1993, 2 Kart 4/93, WuW/E OLG 5231, 5238, WuW 1994, 463, 470, insoweit vom BGH bestätigt, „Strompreis Schwäbisch Hall", WuW/E BGH, 507, WuW 1995, 2973.

[2]) Verfügung vom 22. 4. 1992, WuW/E LKartB 297, WuW 1992, 781, „Stadtgaspreise Potsdam", in letzter Instanz aufgehoben durch Beschluss des BGH vom 26. 9. 1995, KVR 24/94, WuW/E BGH 3009, WuW 1996, 37, „Stadtgaspreis Potsdam".

[3]) Beschluss des Brandenburgischen Oberlandesgerichtes vom 21. 6. 1994, 6 Kart 3/93, S. 9, m. w. N.; im Ergebnis bestätigt durch Beschluss des BGH vom 26. 9. 1995, KVR 24/94, WuW/E BGH 3009, WuW 1996, 37, „Stadtgaspreis Potsdam". Auf die Frage der Kostenerstattung kam es in der BGH-Entscheidung nicht an.

[4]) *Wolf,* WuW 1994, 415; ihm folgend OLG Stuttgart, Beschluss vom 29. 12. 1993, 2 Kart 4/93, WuW/E OLG 5231, 5238, WuW 1994, 463, 470, „Strompreis Schwäbisch Hall"; BKartA, Beschluss vom 19. 2. 1997, B9-62100-T-99/95, WuW/E BKartA, 2875, 2883, WuW 1997, 459, 467, „Flugpreis Berlin-Frankfurt/M.".

[5]) Kammergericht, Beschluss vom 15. 1. 1997, Kart 25/95, „Spreegas", WuW/E OLG 5926, 5931 f., WuW 1997, 1010 f.

Das Ziel des Systems geschlossener Versorgungsgebiete – die Vermeidung unwirtschaftlicher Doppelleitungen – würde geradezu in sein Gegenteil verkehrt, wenn ein finanzschwaches Unternehmen diese Konkurrenzfreiheit durch höhere Preise, als sie anderswo berechnet werden, ausnutzen und sich so sanieren könnte. Einen Bestandsschutz genießen Versorgungsunternehmen nicht.[1])

Entschließung der Kartellreferenten des Bundes und der Länder vom 2. 10. 1998 zur kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle der Wasserpreise von Haushaltskunden

1. Die Kartellbehörden bekräftigen ihren umfassenden Beschluss vom 18. Sept. 1997 in Kiel mit folgenden Maßgaben:
   a) Aus Gründen bundeseinheitlicher Vergleichbarkeit sollten in künftige Wasserpreisvergleiche mindestens zwei Typfälle mit einer jährlichen Abnahmemenge an Trinkwasser von 150 m^3 und 400 m^3 einbezogen werden.
   b) Der Interpretation des Merkmals „abweichende Umstände" (§ 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 a. E. GWB), wie sie in der beigefügten Anlage niedergelegt ist, wird zugestimmt.
2. Die Arbeitsgruppe der Kartellbehörden wird beauftragt, die Verbände über diesen Beschluss zu informieren und ihn zusammen mit dem Arbeitspapier in geeigneter Weise zu veröffentlichen (z. B. WuW, ZfK, VKU-ND).

Anlage:

Zur Interpretation des Merkmals „abweichende Umstände" nach § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 a. E. GWB im Rahmen der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle der Wasserpreise von Haushaltskunden

1. Rechtfertigung

Unter anderem die unter a) und b) genannten konkreten Gesichtspunkte können als „abweichende Umstände" i. S. d. § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 a. E. GWB unterschiedliche Preise rechtfertigen. Voraussetzung ist der umfassende Nachweis durch das Unternehmen mit Angabe von Beträgen in Pf/m^3 sowie die plausible Darlegung ggf. samt Beweis, dass die jeweiligen Kosten für jeden dort tätigen Versorger grundsätzlich und in ihrer Höhe unvermeidbar sind. Das Wasserversorgungsunternehmen hat bei allen über die Zeit beeinflussbaren Größen und Verhältnissen überzeugend zu erläutern, welche Kostensenkungsmaßnahmen durchgeführt wurden und wieso beispielsweise „unwirtschaftliche" Strukturen nicht verändert wurden, etwa durch Kooperation oder Veränderung der Versorgungsstrukturen.

[1]) Kammergericht, aaO, WuW/E OLG 5932, WuW 1997, 1016.

a) Wassergewinnung

— außerordentliche Länge der notwendigen Transportleitungen bei Wassereigenerzeugung

— Vorhalten von Situationen zur Mischung von hartem und weichem Wasser samt getrennten Zuführungsleitungen

— unvermeidbare Entschädigungszahlungen an Landwirte im Rahmen des Landeswassergesetzes

— hoher Aufwand für Eliminationstechnik bei Huminsäuren

— hoher Überwachungsaufwand wegen starker Konzentrationssprünge z. B. bei hoher Manganbelastung durch landwirtschaftliche Nutzung der Wassergewinnungsfelder

— hoher Wartungsaufwand infolge Brunnenverockerung wegen vermehrten Abscheidens von Eisen- und Aluminiumoxyden bei landwirtschaftlicher Nutzung

b) Wasserverteilung

— Mehraufwand für Spülungen von Graugussleitungen zur Vermeidung von „braunem Wasser“

— Zahlreiche Pumpstationen und Hochbehälter wegen großer Höhenunterschiede des Versorgungsgebietes

2. Keine Rechtfertigung

— Gesellschaftsrechtliche Beteiligung an einem Vorlieferanten

— Zahlung von Konzessionsabgaben

— unterschiedliche Abschreibungsmodalitäten

— (beim Vergleichsunternehmen) fehlende Eigenkapitalverzinsung

— Verluste des Vergleichsunternehmens

— rückläufiger Absatz infolge Wasser-Sparverhaltens

— nicht erstattete Kosten für Leitungsumlegungen im Rahmen von U-Bahn-Bauten und sonstigen großen Baumaßnahmen

— im Vergleich zu anderen Unternehmen hoher Handlungsdruck zur Sanierung alter Leitungen