

Hermann Daiber\*

## Wasserversorgung und Vergleichsmarktkonzept

Trinkwasserversorgung und Wirtschaftlichkeit – ein Gegensatz? Ausgehend von drei aktuellen Entscheidungen der Kartellbehörden untersucht der Autor diese Frage im folgenden Beitrag. Seine Schlussfolgerung: Das kartellrechtliche Vergleichsmarktkonzept, also ein Vergleich mehrerer Versorgungsunternehmen miteinander, gewährleistet den besten Schutz von Wettbewerb und Kunden vor Monopolmissbrauch durch Trinkwasserlieferanten – und damit so viel an Wirtschaftlichkeit wie derzeit möglich. Eine Einzelkostenkontrolle ist demgegenüber deutlich weniger wirksam. Der Autor äußert sich außerdem zur Kartellkontrolle über Wassergebühren.

### I. Einleitung

Eines der letzten nicht regulierten Monopole in Deutschland ist die öffentliche Trinkwasserversorgung. Deren kartellrechtliche Kontrolle hatte jahrelang ein Schattendasein geführt<sup>1</sup>. Erhebliche Defizite bei Wettbewerb und Kundenschutz waren die Folge<sup>2</sup>. Zwar beschlossen die Kartellbehörden des Bundes und der Länder 1997/98, die Wasserpreiskontrolle zu intensivieren<sup>3</sup>. Trotzdem kam es nur vereinzelt zu Kartellverfahren; diese endeten mit einem Vergleich oder wurden ergebnislos eingestellt<sup>4</sup>.

Das hat sich spätestens mit der Grundsatzentscheidung „Wasserpreise Wetzlar“ des BGH aus dem Jahr 2010<sup>5</sup> gründlich geändert. Titel von Medienberichten wie „Flächendeckende Wasserpreiskontrolle ante portas“<sup>6</sup> oder „Wasserversorgung – Wettbewerb Fehlanzeige“<sup>7</sup> spiegeln dies wider. Der Beitrag zeichnet die Entwicklung der Jahre 2011/2012 anhand von drei wichtigen Entscheidungen der Kartellbehörden und Kartellgerichte nach.

### II. § 32 b GWB: Preissenkungen ohne Gerichtsverfahren

#### 1. Mainova, Frankfurt a. M./ Hessische Landeskartellbehörde Energie und Wasser

Der langjährige kartellrechtliche Streit zwischen dem Versorgungsunternehmen Mainova in Frankfurt a. M. und der Hessischen Landeskartellbehörde für Energie und Wasser (LKartB Hessen) über die Wasserpreise in der Bankenmetropole konnte im Juni 2012 abgeschlossen werden. Die erzielte Gesamtvereinbarung umfasst unter anderem eine Zusage des Unternehmens, seine Wasserpreise um 20 %, jeweils bezogen auf die Preise 2012, zu senken<sup>8</sup>. Die Preissenkung gilt für die Jahre 2008 und 2009 sowie 2012 bis 2014. Sie wird für die Jahre 2008 und 2009 durch Gutschriften des Unternehmens an die Wasserkunden und bezogen auf den Wasserabsatz der Jahre 2012 und 2013 vollzogen.

Außerdem verpflichten sich Unternehmen und die Stadt Frankfurt a. M., bis 2014 die Wasserversorgung weiterhin privatrechtlich durchzuführen statt eine öffentlich-rechtliche Wassergebührensatzung zu erlassen. Eine „Flucht ins Gebührenrecht“ wird damit verhindert<sup>9</sup>. Die Senkungszusage des Unternehmens ist mittlerweile durch eine Verfügung der Kartellbehörde nach § 32 b GWB (Verpflichtungszusagenentscheidung<sup>10</sup>) für verbindlich erklärt worden.

Bestandteil der Vereinbarung ist auch die Aufhebung der Kartellverfügung der LKartB Hessen aus dem Jahr 2007<sup>11</sup>. Mainova hatte gegen die dadurch verfügte Preisverminderung von 37 % Beschwerde eingelegt. Die Verfügung gegen das Unternehmen war der Musterverfügung gegen das Unternehmen Enwag im mittelhessischen Wetzlar nachgebildet. Das Beschwerdeverfahren ruhte einvernehmlich im Hinblick auf die erwartete Grundsatzentscheidung des BGH über die Enwag-Verfügung. Nach deren Bestätigung durch den BGH<sup>12</sup> im Jahre 2010 nahmen Mainova und Land Hessen ihre langwierigen Verhandlungen wieder auf. Am Ende stand die dargestellte Preissenkung für alle Tarifwasserkunden.

#### 2. Stadtwerke Mainz/Bundeskartellamt

Ebenfalls im Jahr 2012 einigten sich die Stadtwerke Mainz und das Bundeskartellamt (BKartA) auf eine Senkung der Wasserpreise in Mainz und Umgebung um rund 15 %. Die Preise für Trinkwasser sanken am 1. 1. 2013 und werden bis zum Jahr 2019 nicht erhöht. Das BKartA hat die Zusage durch einen Beschluss nach § 32 b GWB für verbindlich erklärt<sup>13</sup>. Es erwartet dadurch Einsparungen für die Wasserkunden in Höhe von zirka 4,5 Mio. Euro jährlich, insgesamt also über 31 Mio. Euro<sup>14</sup>. Hierbei handelt es sich um den seltenen Fall einer unmittelbaren Zuständigkeit des BKartA wegen grenzüberschreitender einheitlicher Tätigkeit des Un-

\* Der Autor leitet die Hessische Landeskartellbehörde für Energie und Wasser im Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung.

- 1 Vgl. Daiber, WuW 1996, 362 sowie ders., in: Festschr. f. P. Becker, 2006, S. 457.
- 2 Daiber, GewArch 2004, 107; ders., IR 2004, 59.
- 3 Entschließen der Kartellreferenten vom 18. 9. 1997 und 2. 10. 1998 „Zur kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle der Wasserpreise von Haushaltskunden“, abgedruckt bei Hempel/Franke, Recht der Energie- und Wasserversorgung, Bd. 3: Materialien, Losebl., Stand: April 2013, Abschn. 1.2.2.; dazu Daiber, ZfK Jan. 1999, S. 7; ders., WuW 2000, 352.
- 4 Reif, in: MünchKomm-KartellR, Bd. 2, 2008, § 131 GWB Rdnr. 76; Daiber, WuW 2000, 352 (353).
- 5 BGHZ 184, 168 = NJW 2010, 2573 = LKV 2010, 174 = WuW 2010, 413, WuW/E DE-R 2841 – Wasserpreise Wetzlar.
- 6 Luther, Newsletter KartellR, 4. Quartal 2012, S. 2, unter www.luther-lawfirm.com, zuletzt abgerufen am 26. 6. 2013.
- 7 Titel eines Beitrags des Wirtschafts magazins „plusminus“, gesendet am 5. 12. 2012, s. www.daserste.de/information/wirtschaft-boerse/plusminus/sendung/wdr/2012/05122012-wasserversorgung-100.html; zuletzt abgerufen am 26. 6. 2013.
- 8 Pressemeldung v. 15. 6. 2012, www.mainova.de/static/de-mainova/downloads/PM-15062012-Wasserkartellverfahren-Mainova.pdf, zuletzt abgerufen am 26. 6. 2013.
- 9 Wegen der Einzelheiten vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 13. 7. 2012 – 11 W 2/08 (Kart), BeckRS 2013, 10695.
- 10 Land Hessen, Bekanntmachung einer Verfügung nach § 32 b GWB v. 3. 9. 2012 – Sts/III-78k20-01/575-18, BAnz AT v. 17. 9. 2012; aufgehoben durch OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 14. 3. 2013 – 11 W 33/12 (Kart).
- 11 LKartB Hessen, Verf. v. 10. 12. 2007 – IV 5 b-78k20-01/575-17, www.wirtschaft.hessen.de/irj/HMWVL\_Internet?cid=5108cc51bcc241ce5b4d378fc7c00c88; Pressemitt. v. 11. 12. 2007, www.wirtschaft.hessen.de, Presse/Pressearchiv; beides zuletzt abgerufen am 26. 6. 2013.
- 12 BGHZ 184, 168 = NJW 2010, 2573 = LKV 2010, 174 = WuW 2010, 413, WuW/E DE-R 2841 – Wasserpreise Wetzlar.
- 13 BKartA, Beschl. v. 8. 5. 2012 – B8-159/11, BeckRS 2013, 10696.
- 14 Pressemeldung des BKartA v. 9. 5. 2012, www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Presse/2012/2012-05-09\_PM\_Wasser\_Mainz-neu.pdf, zuletzt abgerufen am 26. 6. 2013.

ternehmens. Mit Trinkwasser versorgen die Stadtwerke Mainz sowohl die Stadt Mainz als auch fünf Gebiete in Hessen. Die Stadtwerke verlangten in Hessen mit die höchsten Wasserpreise<sup>15</sup>.

Grundlage der Kartellamtsentscheidung war eine vorläufige rechtliche Würdigung, nach der missbräuchlich überhöhte Wasserpreise vorlagen – und damit ein Verstoß sowohl gegen § 19 IV Nr. 2 GWB als auch gegen § 103 V 2 Nr. 2 GWB 1990. Dies wurde auf der Grundlage eines Vergleichs mit 38 bundesweiten Wasserunternehmen begründet, denen die Stadtwerke Mainz strukturell sehr ähnlich sind. Außerdem hat das BKartA ausgeführt, dass die vom Unternehmen vortragenen Rechtfertigungsfaktoren zwar größtenteils unternehmensindividuell sind und daher abweichende Preise nicht begründen können. Es lägen aber auch objektiv strukturbezogene Faktoren vor, die in der Entscheidung allerdings nicht genannt werden: Das BKartA hat Rechtfertigungsgründe „nicht im Einzelnen ... überprüft, da auf Grund der Bereitschaft der Beteiligten, ihre Wasserpreise ... signifikant zu senken, auf eine vollständige Ausermittlung des Sachverhaltes verzichtet werden konnte“. Tragende Ermessensgründe für die Entscheidung nach § 32b GWB waren eine „spürbare und zeitnahe Entlastung der Verbraucher“, die Kooperationsbereitschaft des Unternehmens sowie die Vermeidung jahrelanger und sehr ressourcenintensiver Rechtsstreitigkeiten.

### III. Angeordnete Preissenkung: Berliner Wasserbetriebe

Mit Beschluss vom 4. 6. 2012<sup>16</sup> hat das BKartA eine Senkung der Trinkwasserpreise in Berlin um netto 18 % (2012, beginnend mit der Abrechnung im Jahr 2013) sowie 17 % (2013 bis 2015) angeordnet. Die Berliner Wasserbetriebe (BWB), das mit Abstand größte deutsche Wasserunternehmen, müssen für diese Zeiträume ihre Erlöse um insgesamt rund 254 Mio. Euro senken<sup>17</sup>. Das BKartA ist durch Abgabe der LKartB Berlin nach § 49 III GWB zuständig geworden. Da kein einstweiliger Rechtsschutz beantragt wurde, mussten die BWB mit der Preisreduzierung zum 1. 1. 2013 beginnen. Über die Beschwerde der BWB gegen die Entscheidung des BKartA sollte das *OLG Düsseldorf* ursprünglich in der ersten Jahreshälfte 2013 verhandeln<sup>18</sup>; mittlerweile ist dafür der 25. 9. 2013 vorgesehen.

Das BWB-Verfahren<sup>19</sup> ist durch zahlreiche Besonderheiten gekennzeichnet, die eine Verallgemeinerung erschweren. Die BWB sind eine Anstalt öffentlichen Rechts mit Beteiligung einer privatrechtlichen Holding und einem komplexen System vertraglicher Regelungen. Darauf hat der Landesgesetzgeber Berlin die landesrechtlichen Vorschriften für Trink- und Abwasser zugeschnitten. Nach Auffassung von BWB stellen sie ein derart dichtes Regelungsgeflecht dar, dass daneben für die Kartellaufsicht kein Raum ist.

Die BWB haben deshalb versucht, das Kartellverfahren auf dem Verwaltungsrechtsweg für unzulässig erklären zu lassen. Es handele sich um „Gebühren im Preisgewand“, die nicht dem Kartellrecht unterlägen und strikt durch Landesgesetze und Genehmigungsverfahren bestimmt und kontrolliert würden<sup>20</sup>. Das OVG Münster hat dies abgelehnt, weil „die Argumentation der BWB weder grundsätzlich noch im konkreten Fall überzeugt“<sup>21</sup>. Richtigerweise sieht sich das BKartA als zuständig an<sup>22</sup>. Dies folgt aus der privatrechtlichen Rechtsform der Entgelte und der Eigenschaft als Unternehmen i. S. des § 1 GWB.

Grundlage der Entscheidung des BKartA war § 103 V 2 Nr. 2 GWB 1990 und das dort angelegte Vergleichsmarkt-

prinzip. Dabei schied der herkömmliche Typfallvergleich wegen der nahezu undurchschaubaren Tarifstruktur aus. Die Kontrolle ist daher im Wege eines Gesamterlösvergleichs vorgenommen worden. Das BWB-Verfahren war von hoher Komplexität und teilweise außerordentlicher Prüfungstiefe geprägt; der Abdruck der Entscheidung umfasst 209 Seiten, nach Auffassung des BKartA gleichsam der „Mount Everest“ des Wettbewerbsrechts<sup>23</sup>.

## IV. Wirksame Wasserpreiskontrolle durch die Kartellbehörden

### 1. Vergleichsmarktkonzept

Die tragende Säule der Wasserpreiskontrolle bildet das Vergleichsmarktkonzept. Die Kartellbehörden stützen sich dabei bisher auf §§ 22, 103 V 2 Nr. 2 GWB 1990 sowie § 19 IV Nr. 2 GWB. Die 8. GWB-Novelle wird daran im Ergebnis nichts ändern. Durch das neue Recht wird der bisherige § 103 GWB 1990 zwar in die neuen Regelungen der §§ 31 bis 31b GWB überführt; der materielle Gehalt ändert sich aber nicht, so dass die vorliegende Rechtsprechung und Verwaltungspraxis weiterhin maßgeblich bleiben<sup>24</sup>. Die Fragen der Vergleichbarkeit der herangezogenen Unternehmen sowie des Entgeltvergleichs sind weitgehend geklärt<sup>25</sup>. Im Interesse effektiver Kartellrechtsdurchsetzung reicht es aus, wenn die verglichenen Unternehmen hinsichtlich Versorgungsdichte und einigen wenigen weiteren Merkmalen ähnlich sind. Zum Vergleich der verlangten Entgelte können charakteristische Verbrauchs-Typfälle ebenso herangezogen werden wie die durchschnittlichen Erlöse pro abgegebenem Kubikmeter Trinkwasser. Bei der Rechtfertigung höherer Preise stellen sich hingegen noch eine Reihe von Einzelfragen.

a) *Objektive, abweichende Umstände.* Preisrechtfertigende Wirkung entfalten nur objektive Umstände, die ungünstiger sind als diejenigen, welche die Vergleichsunternehmen vorfinden<sup>26</sup>. Damit sind solche Faktoren gemeint, die auch jedes

15 Vgl. LKartB Hessen, Wasserentgelte in Hessen, Stand: März 2013, dort nunmehr auf Grund der Preissenkung unter Nr. 5 von 49 Versorgungsgebieten ([www.wirtschaft.hessen.de/irj/HMWVL\\_Internet?cid=5108cc511bcc241ce5b4d378fc7c00c88](http://www.wirtschaft.hessen.de/irj/HMWVL_Internet?cid=5108cc511bcc241ce5b4d378fc7c00c88), zuletzt abgerufen am 26. 6. 2013).

16 BKartA, Beschl. v. 4. 6. 2012 – B8–40/10, BeckRS 2013, 10697.

17 Pressemeldung des BKartA v. 5. 6. 2012, vgl. [www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/archiv/PressemeldArchiv/2012/2012\\_06\\_05.php](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/archiv/PressemeldArchiv/2012/2012_06_05.php), zuletzt abgerufen am 26. 6. 2013.

18 Antwort der Senatsverwaltung für Wirtschaft, Technologie und Forschung vom 2. 10. 2012 auf eine kleine Anfrage des Abgeordneten Dr. Lederer vom 5. 9. 2012, Nr. 5, LT-Dr 17/10923, Abgeordnetenhaus Berlin.

19 Dazu ausführlich *Bangard/Parulava*, EnWZ 2012, 23.

20 *Simon*, Vorstandsvorsitzender BWB, auf der 11. Wasserwirtschaftlichen Jahrestagung des BDEW am 19. und 20. 11. 2012 in Berlin, zit. nach BDEW direkt 12/2012 v. 5. 12. 2012, S. 3.

21 OVG Münster, N&R 2012, 302 (303), dazu Pressemitteilung der BWB v. 12. 7. 2012 „Anwendbarkeit des Kartellrechts bleibt weiter ungeklärt“, [www.bwb.de/content/language1/html/299\\_9351.php](http://www.bwb.de/content/language1/html/299_9351.php), zuletzt abgerufen am 26. 6. 2013.

22 BKartA, Beschl. v. 4. 6. 2012 – B8–40/10, BeckRS 2013, 10697 Rdnrn. 45 ff.

23 *Andreas Mundt*, Präsident des BKartA, auf der 11. Wasserwirtschaftlichen Jahrestagung des BDEW am 19./20. 11. 2012 in Berlin, zitiert nach BDEW direkt 12/2012 v. 5. 12. 2012, S. 3.

24 BT-Dr 17/9852, S. 21.

25 Ausführlich dazu *Daiber*, in: Festschr. f. P. Becker (o. Fußn. 1), S. 457 (467 ff.); *ders.*, Versorgungswirtschaft 2010, 77 sowie *Gussone*, IR 2012, 299.

26 Zusammenfassend *Daiber*, Versorgungswirtschaft 2010, 77 (81 f.) mit einer tabellarischen Übersicht; umfassend *Reif*, in: MünchKomm-KartellR (o. Fußn. 4), § 131 GWB Rdnrn. 131 ff.; außerdem LKartB Hessen, Verf. v. 23. 12. 2010 – IV5b-78k20–01/556–07, S. 18 ff. Rdnrn. 48 ff. – Wasserversorgung Wetzlar II, [www.wirtschaft.hessen.de/irj/HMWVL\\_Internet?cid=5108cc511bcc241ce5b4d378fc7c00c88](http://www.wirtschaft.hessen.de/irj/HMWVL_Internet?cid=5108cc511bcc241ce5b4d378fc7c00c88), zuletzt abgerufen am 26. 6. 2013.

andere Unternehmen in der Lage des angegriffenen Versorgers vorfinden würde und nicht beeinflussen könnte. Dazu zählen insbesondere strukturelle Gegebenheiten des Versorgungsgebiets wie Topographie oder Geologie<sup>27</sup>. Besonders wichtig ist die Versorgungsdichte, da sie ein Maß für die Vertriebskosten bildet, die wiederum bis zu 87 % der Gesamtkosten der Wasserversorgung darstellen können<sup>28</sup>. Den Gegenpol bilden individuelle Umstände<sup>29</sup>, beispielsweise unternehmerische Investitionsentscheidungen.

Häufig argumentieren Unternehmen mit felsigem und damit für die Rohrverlegung kostentreibendem Boden. Bei näherer Prüfung lässt sich diese Behauptung meist nicht nachvollziehen. So ist etwa das Stadtgebiet von Kassel durch eine eiszeitliche Lössschicht geprägt, die beste Bauvoraussetzungen bietet<sup>30</sup>. Auch angebliche Mehrkosten, die Trümmerschutt aus dem Zweiten Weltkrieg verursachen soll, sind bisher nicht nachgewiesen worden<sup>31</sup>. Ein „höheres Netzalter“, mit dem ein größerer Aufwand teilweise begründet wird, kann statt höherer sogar niedrigere Kosten durch abgeschriebene Anlagen mit sich bringen<sup>32</sup>. Auch Konzessionsabgaben oder andere Vereinbarungen in Konzessionsverträgen werden häufig zur Rechtfertigung herangezogen<sup>33</sup>. Konzessionsabgaben rechtfertigen höhere Preise nicht. Kommunale Versorgungsunternehmen können sich insoweit unter der Geltung der Verbundklausel des § 36 II GWB nicht auf ein faktisches Diktat der Kommune berufen<sup>34</sup>.

Außergewöhnliche Finanzierungsabweichungen bei den Vergleichsunternehmen sind zu berücksichtigen, etwa bei einem Renditeverzicht<sup>35</sup>. Grundsätzlich sind aber die Kapitalkosten der Vergleichsunternehmen unternehmensindividuelle Umstände, die keine Rolle spielen<sup>36</sup>. Darüber hinaus darf das von einer Missbrauchsverfügung betroffene Unternehmen selbst nicht in die Gefahr geraten, nach Preissenkung seine handelsrechtlichen Selbstkosten<sup>37</sup> nicht mehr decken zu können. Dies setzt allerdings voraus, dass die Kosten korrekt zugeordnet und alle Kostensenkungspotenziale ausgeschöpft sind.

b) *Nachweis konkreter Maßnahmen.* Hat das betroffene Versorgungsunternehmen ungünstigere Versorgungsverhältnisse als Vergleichsunternehmen zu bewältigen, so können grundsätzlich alle Maßnahmen und Einrichtungen anerkannt werden, die dem Ausgleich dienen. Ein zerklüftetes Versorgungsgebiet erfordert möglicherweise mehr Pumpwerke und Hochbehälter als andernorts. Diese Anlagen muss das Unternehmen zutreffend und widerspruchsfrei erfassen. Ein „Mehr“ solcher Einrichtungen ist anhand von Kennwerten zu ermitteln, nicht durch den Vergleich bloßer Anlagenzahlen. Nur so können die jeweils unterschiedlichen Größenverhältnisse zutreffend erfasst werden. Beispielsweise kommt es beim Vergleich von Wasserbehältern nicht auf deren Zahl, sondern auf das Verhältnis von Speichervolumen zur täglichen Netzinspeisung des Unternehmens an<sup>38</sup>.

c) *Optimierung und Effizienz.* Die Wasserunternehmen müssen die Grundsätze rationaler Betriebsführung einhalten und alle Rationalisierungspotenziale ausschöpfen<sup>39</sup>. Dafür ist beispielsweise ein sachgerechtes Wasserversorgungskonzept auf der Grundlage aktueller Rohrnetzrechnungen erforderlich<sup>40</sup>. Dies ist umso wichtiger, als die derzeitigen Versorgungsnetze meist überdimensioniert sind<sup>41</sup>. Eine große Rolle spielt es daher, ob die Versorgungsanlagen korrekt bewertet worden sind. Trägt ein Unternehmen etwa vor, dass eine detaillierte Schlüsselung der Kosten für Wasserbezug und Verteilung nicht möglich sein soll<sup>42</sup>, so ist schwerlich von einem wirtschaftlichen Handeln zu sprechen.

Auch bei der Wasserbeschaffung hapert es an rationellem Wirtschaften, wenn Entscheidungen für unternehmenseigene Gewinnungsanlagen getroffen werden, obwohl im konkreten Fall ein Anschluss an eine Fernwasserleitung sinnvoller wäre<sup>43</sup>.

d) *Kosten sowie Zu- und Abschlagsrechnung.* Die Kartellbehörde hat schließlich den sachgerechten Kostennachweis bei richtiger Kostenzuordnung durch das betroffene Versorgungsunternehmen zu prüfen. Dafür sind unter anderem Spartenbilanzen, die Betriebsabrechnungsbögen sowie geeignete Aufstellungen aller direkten, kalkulatorischen und Gemeinkosten vorzulegen. Kosten etwa der Geschäftsführung, des Betriebsrats oder für Verwaltungsgebäude zählen als Ge-

- 27 BGHZ 184, 168 (179 ff.) = NJW 2010, 2573 (2577 f.) = LKV 2010, 174 = WuW 2010, 413 (419 ff.), WuW/E DE-R 2841 (2847 f.) Rdnrn. 41 ff. – Wasserpreise Wetzlar.
- 28 BGHZ 184, 168 (176) = NJW 2010, 2573 (2575 f.) = LKV 2010, 174 = WuW 2010, 413 (417), WuW/E DE-R 2841 (2845) Rdnrn. 30, 32 – Wasserpreise Wetzlar; BGH, NJW-RR 2011, 774 (775) = WuW 2011, 151 (155), WuW/E DE-R 3145 (3149) Rdnr. 19 – Entega II; *Mutschmann/Stimmelmayer*, Taschenbuch der Wasserversorgung, 15. Aufl. (2011), S. 800, Abschn. 12.5; vgl. *OLG Frankfurt a. M.*, WuW 2009, 312 (314), WuW/E DE-R 2526 (2528) = ZNER 2008, 375 (377) = BeckRS 2008, 23906 Rdnrn. 50 ff. – Wasserversorgung Wetzlar.
- 29 BGHZ 142, 239 (249) = NJW 2000, 76 (78) = GRUR 2000, 163 = WuW 1999, 1205 (1208), WuW/E DE-R 375 (378) – Flugpreisspaltung; BGHZ 163, 282 (293) = NVwZ 2006, 853 (855) = WuW 2005, 917 (922), WuW/E DE-R 1513 (1518) = NJW 2006, 2333 L – Stadtwerke Mainz.
- 30 LKartB Hessen, Verf. v. 20. 4. 2008 – IV 5 b–78k20/01–538-11, S. 58 ff. Rdnrn. 182 ff. – Städtische Werke Kassel, www.wirtschaft.hessen.de/irj/HMWVL\_Internet?cid=5108cc51bcc241ce5b4d378fc7c00c88, zuletzt abgerufen am 26. 6. 2013.
- 31 LKartB Hessen, Verf. v. 20. 4. 2008 – IV 5 b–78k20/01–538-11, S. 61 ff. Rdnrn. 188 ff. – Städtische Werke Kassel, www.wirtschaft.hessen.de/irj/HMWVL\_Internet?cid=5108cc51bcc241ce5b4d378fc7c00c88, beide zuletzt abgerufen am 26. 6. 2013.
- 32 BGHZ 184, 168 (183 f.) = NJW 2010, 2573 (2578) = WuW 2010, 413 (421 f.); WuW/E DE-R 2841 (2850) = LKV 2010, 174 Rdnrn. 55 ff. – Wasserpreise Wetzlar.
- 33 Vgl. LKartB Hessen, Verf. v. 23. 12. 2010 – IV 5 b–78k20–01/556–07, S. 51 ff. Rdnrn. 190 ff. – Wasserversorgung Wetzlar II, www.wirtschaft.hessen.de/irj/HMWVL\_Internet?cid=5108cc51bcc241ce5b4d378fc7c00c88, zuletzt abgerufen am 26. 6. 2013.
- 34 *Mohr*, in: *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, Veröffentlichungen des Instituts für Wettbewerbs- und Regulierungsrecht, 2010, S. 194 ff.
- 35 BGHZ 184, 168 (182) = NJW 2010, 2573 (2578) = LKV 2010, 174 = WuW 2010, 413 (421), WuW/E DE-R 2841 (2849) Rdnr. 52 – Wasserpreise Wetzlar; ebenso LKartB Hessen, Verf. v. 23. 12. 2010 – IV 5 b–78k20–01/556–07, S. 53 Rdnrn. 203 ff. – Wasserversorgung Wetzlar II, www.wirtschaft.hessen.de/irj/HMWVL\_Internet?cid=5108cc51bcc241ce5b4d378fc7c00c88, zuletzt abgerufen am 26. 6. 2013.
- 36 BGHZ 59, 42 (47 f.) = NJW 1972, 1369 (1371) = WuW 1972, 819 (822), WuW/E BGH 1221 (1224) – Stromtarif.
- 37 Dazu *Säcker/Engelsing*, in: *BerlKomm-EnergieR*, 2. Aufl. (2010), Bd. 2, § 19 GWB Rdnrn. 207 f. m. w. Nachw.
- 38 Vgl. die Grafiken in LKartB Hessen, Verf. v. 20. 4. 2008 – IV 5 b–78k20/01–538-11, S. 53 ff. Rdnrn. 166 ff. – Städtische Werke Kassel, www.wirtschaft.hessen.de/irj/HMWVL\_Internet?cid=5108cc51bcc241ce5b4d378fc7c00c88, zuletzt abgerufen am 26. 6. 2013.
- 39 BGHZ 142, 239 (247 f.) = NJW 2000, 76 (78) = WuW 1999, 1205 (1207 f.) = GRUR 2000, 163 = WuW/E DE-R 375 (377 f.) – Flugpreisspaltung; BGHZ 184, 168 (186) = NJW 2010, 2573 (2579) = LKV 2010, 174 = WuW 2010, 413 (423), WuW/E DE-R 2841 (2851) Rdnr. 67 – Wasserpreise Wetzlar.
- 40 Vgl. etwa *Wehr*, Berechnung und Dokumentation von Wasserrohrnetzen, in: *Richter*, Instandhaltung von Wasserversorgungsnetzen, 2010, S. 139 ff.
- 41 *König*, *Energie/Wasser-Praxis* 5/2010, S. 8.
- 42 LKartB Hessen, Verf. v. 10. 12. 2007 – IV 5 b–78k20/01–575–17, S. 29 Rdnr. 73 – Mainova, www.wirtschaft.hessen.de/irj/HMWVL\_Internet?cid=5108cc51bcc241ce5b4d378fc7c00c88, zuletzt abgerufen am 26. 6. 2013.
- 43 *Nickel et al.*, „Ökologische und hygienische Kennzahlen im Benchmarking der Wasserversorgung“, Umweltbundesamt, Texte 16/2013, S. 83 f., www.uba.de/uba-info-medien/4445.html, zuletzt abgerufen am 26. 6. 2013.

meinkosten nicht zu den anerkennungsfähigen Kosten<sup>44</sup>. Sie sind unternehmensindividuell und haben nichts mit Strukturgegebenheiten zu tun. Darüber hinaus dürfen Kosten für Löschwasserbereitstellung<sup>45</sup> und Baumaßnahmen der Kommune nicht dem Monopolbereich Wasserversorgung zugerechnet werden.

Anhand der abschließend geprüften Kosten und der Strukturkennwerte wird eine Zu- und Abschlagsrechnung durchgeführt<sup>46</sup>. Dafür können die Kosten des angegriffenen Versorgers herangezogen werden, die sich in den Gesamterlösen abbilden, ohne dass es auf die „Richtigkeit“ der Kalkulationsmethoden ankommt. Die Kosten der Vergleichsunternehmen sind unerheblich<sup>47</sup>; deshalb läuft der Einwand, deren Kenntnis sei für die Preisrechtfertigung des angegriffenen Unternehmens unabdingbar, „schon grundsätzlich ins Leere“<sup>48</sup>.

Nur bei der Wasserbeschaffung spielen die Kosten der Vergleichsunternehmen eine Rolle. Die Unterschiede der Gewinnsbedingungen, des Reinigungsaufwands und bei der Kostenverursachung sind groß. Deshalb kann ein einheitlicher Strukturkennwert – wie der Metermengenwert für die Wasserverteilung – nicht gebildet werden. Daher wird ein Kostenkennwert aus den Beschaffungskosten im Verhältnis zur gesamten Wasserabgabe in Euro/m<sup>3</sup> errechnet<sup>49</sup>.

## 2. Kostenprüfung

Spätestens durch die Entscheidung „Wasserpreise Calw“ des *BGH* ist klargestellt worden, dass Trinkwasserpreise nicht nur nach dem Vergleichsmarktprinzip geprüft werden können, sondern auch anhand des Konzepts der Kostenkontrolle<sup>50</sup>. Nach Auffassung des *BGH* kommt es dabei auf den Erlös an, der einerseits Kostendeckung sowie Rendite umfasst, andererseits aber nicht so hoch sei, als dass Kunden zu Wettbewerbern abwanderten. Die Kartellbehörde darf grundsätzlich nicht die Art der Preisfindung kontrollieren, sondern nur das Gesamtergebnis. Ein Indiz für Missbräulichkeit kann aber auch in einer Mehrheit von wettbewerbsfremden Preisbildungsfaktoren liegen<sup>51</sup>. Wettbewerb ist aber ein Entdeckungsverfahren, dessen Ergebnis sich nicht vorhersehen lässt, da es eine außerordentliche Bandbreite von Gewinnspannen umfasst. Daher wird der Kostenkontrollansatz teilweise als der Wettbewerbsordnung wesensfremd abgelehnt<sup>52</sup>.

Dennoch wird das Konzept der Kostenkontrolle, auch in der Spielart des Gewinnbegrenzungskonzepts, von manchen Autoren als ausgereift und tragfähig angesehen<sup>53</sup>. Deren Hinweis auf die „einschlägigen ökonomischen Theorien“<sup>54</sup> zur Festlegung eines Ergebnisses führt aber letztlich nicht weiter. Die häufig zitierte Entscheidung „United Brands/Chiquita“ des *EuGH* spricht von „angemessenem Verhältnis“ zwischen Preis und wirtschaftlicher Leistung und von „verschiedenen weiteren Methoden, die die wirtschaftswissenschaftliche Theorie entwickelt“ hat, ohne näher darauf einzugehen<sup>55</sup>. Eine Bestätigung eines Kontrollkonzepts kann dem nicht entnommen werden.

Zentrales Problem ist also, welche Kosten berücksichtigt werden können und in welcher Höhe. Die Monopolkommission will dafür wie auch die Landeskartellbehörde Baden-Württemberg die Regulierungsregeln für Strom- und Gasnetze entsprechend heranziehen<sup>56</sup>. Das ist zweifelhaft, handelt es sich doch um Spezialregeln mit zahlreichen Besonderheiten, die vom Gesetzgeber gerade nicht auf die Wasserversorgung ausgedehnt wurden. Es fehlt auch an der

strukturellen Vergleichbarkeit: Die Missbrauchsaufsicht ist keine Regulierung. Auch § 29 GWB liefert keine belastbaren Maßstäbe<sup>57</sup>. Dies gilt entsprechend für die jeweiligen Kommunalabgabengesetze; deren Unterschiede von Land zu Land sind ebenso groß wie die Ermessensspielräume innerhalb jedes Landesgesetzes. Dies bestätigt eine aktuelle Verbandsuntersuchung, die zahlreiche Wahlmöglichkeiten der Unternehmen aufzeigt, etwa bei der Verzinsungsbasis, der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung und der Kapitalstruktur<sup>58</sup>.

Die Gesamtschau zeigt, dass auch nach der *BGH*-Entscheidung „Wasserpreise Calw“ sehr starke Zweifel am Konzept der Kostenkontrolle bleiben<sup>59</sup>. Denn die Kosten im betriebswirtschaftlichen Sinne sind weder rechtlich noch nach dem Stand der Betriebswirtschaftslehre in irgendeiner Weise fest geregelt<sup>60</sup>. Erhebliche praktische Unsicherheiten und weitreichende Gestaltungsspielräume bei den preisrelevanten Faktoren sind die Folge<sup>61</sup>.

## 3. Vergleich Kostenprüfung/Vergleichsmarktkonzept

Beim Vergleichsmarktkonzept entfallen Kostenbetrachtungen, wenn (nur) Vergleichsunternehmen mit gleichen Versorgungsstrukturen herangezogen werden. Gemeinsamkeiten zwischen den beiden Konzepten gibt es erst, wenn das hochpreisige Unternehmen ungünstigere Strukturen hat, die letztlich in Kostenunterschieden auszudrücken sind. Die verblei-

- 44 LKartB Hessen, Verf. v. 23. 12. 2010 – IV5 b–78k20–01/556–07, S. 32 ff. Rdnrn. 108 ff. – Wasserversorgung Wetzlar II, www.wirtschaft.hessen.de/irj/HMWVL\_Internet?cid=5108cc51bcc241ce5b4d378fc7c00c88, zuletzt abgerufen am 26. 6. 2013; insoweit bestätigt in der Eilentscheidung *OLG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 3. 3. 2011 – 11 W 2/11, BeckRS 2011, 06048 – Kart Lareda Hessen.
- 45 Dazu LKartB Hessen, Verf. v. 23. 12. 2010, – IV5 b–78k20–01/556–07, S. 70 f. Rdnr. 275 – Wasserversorgung Wetzlar II, www.wirtschaft.hessen.de/irj/HMWVL\_Internet?cid=5108cc51bcc241ce5b4d378fc7c00c88, zuletzt abgerufen am 26. 6. 2013; ähnlich Landeskartellbehörde Baden-Württemberg (BadWürttLKartB), Verf. v. 24. 2. 2011 – 6-4452.88/96, S. 66 ff. – Wasserpreise Calw.
- 46 Zu den Einzelheiten LKartB Hessen, Verf. v. 23. 12. 2010 – IV5 b–78k20–01/556–07, S. 59 f. Rdnrn. 225 ff. – Wasserversorgung Wetzlar II, www.wirtschaft.hessen.de/irj/HMWVL\_Internet?cid=5108cc51bcc241ce5b4d378fc7c00c88, zuletzt abgerufen am 26. 6. 2013.
- 47 Das übersehen *Sydow/Gussone*, IR 2013, 10, die auf Details der Kostenrechnung eingehen.
- 48 So wörtlich *BGHZ* 184, 168 (185 f.) = NJW 2010, 2573 (2579) = LKV 2010, 174 = WuW 2010, 413 (423), WuW/E DE-R 2841 (2851) Rdnr. 64 – Wasserpreise Wetzlar.
- 49 Vom *BGH* ausdrücklich gebilligt: *BGHZ* 184, 168 (177) = NJW 2010, 2573 (2576) = LKV 2010, 174 = WuW 2010, 413 (418), WuW/E DE-R 2841 (2846) Rdnrn. 35 f – Wasserpreise Wetzlar.
- 50 NJW 2012, 3243 = WuW 2012, 848, WuW/E DE-R 3632 – Wasserpreise Calw.
- 51 *BGH*, NJW 2012, 3243 (3244) = WuW 2012, 848 (851 f.), WuW/E DE-R 3632 (3635 f.) Rdnr. 15 – Wasserpreise Calw.
- 52 *Götting*, in: *Loewenheim/Meesen/Riesenkampf*, KartellR, 2006, Bd. 2, § 19 GWB Rdnr. 80; *Reif*, in: *MünchKomm-KartellR* (o. Fußn. 4), § 131 GWB Rdnrn. 146 ff. m. w. Nachw., auch zum Folgenden.
- 53 *Weyer*, in: *Frankfurter Komm. z. KartellR, GWB, Loseblatt, Stand: Dez. 2012*, § 19 Rdnrn. 1215 ff.; speziell zum Energiebereich *Säcker/Engelsing*, in: *BerlKomm-EnergieR* (o. Fußn. 37), § 19 GWB Rdnrn. 165 ff.
- 54 Vgl. die Gesetzesbegründung zu § 29 GWB, BT-Dr 16/5847, S. 11.
- 55 *EuGH*, NJW 1978, 2439 (2443).
- 56 Monopolkommission, 19. Hauptgutachten 2010/2011, BT-Dr 17/10365, S. 268 Rdnr. 638.
- 57 *Bruhn*, in: *BerlKomm-EnergieR* (o. Fußn. 37), § 29 GWB Rdnrn. 57 ff.
- 58 BDEW/VKU, „Leitfaden zur Wasserpreiskalkulation“, 2012, insb. S. 74 ff. sowie die Übersicht S. 260 f.
- 59 Die früher schon *Reif*, in: *MünchKomm-KartellR* (o. Fußn. 4), § 131 GWB Rdnr. 156, geäußert hat.
- 60 *Busse von Colbe*, in: *Festschrift f. Säcker*, 2011, S. 575 (578); *Nothdurft*, in: *Langen/Bunte*, KartellR, 11. Aufl. (2011), § 19 Rdnr. 127.
- 61 *Gussone*, N&C 2012, 299 (301); *Götting*, in: *Loewenheim/Meesen/Riesenkampf* (o. Fußn. 52), § 19 Rdnr. 80; *Gussone*, IR 2011, 290 (293); *Reif*, in: *MünchKomm-KartellR* (o. Fußn. 4), § 131 GWB Rdnr. 150; *OLG Stuttgart*, WuW 2011, 1099 (1107), WuW/E DE-R 3389 (3397) = BeckRS 2011, 21532 – Tarifwasser-Kunden.

benden Schwierigkeiten der Kostenbestimmung sind durch geeignetes Vorgehen der Kartellbehörden weiter zu minimieren, womit wesentliche Kritikpunkte der Literatur ausgeräumt werden können<sup>62</sup>. Dazu zählt auch die Verbreiterung der Vergleichsbasis. Vergleichsunternehmen können aus dem ganzen Bundesgebiet und auch aus dem Kreis der „Gebühren“-Unternehmen ausgewählt werden. Die erläuterten Probleme der Kostenkontrolle spielen somit bei Anwendung des Vergleichsmarktprinzips eine potenziell sehr viel geringere Rolle<sup>63</sup>.

Durch die Auswahl mehrerer Vergleichsunternehmen lässt sich darüber hinaus die Gefahr von statistischen Ausreißern begrenzen; Sicherheitszuschläge werden überflüssig. Dieses Modell ist flexibel, da eine starre „Clusterung“ vermieden wird. Aus den Vergleichspreisen kann die Kartellbehörde einen „mittleren“ Vergleichspreis auswählen statt des niedrigsten<sup>64</sup>. Es dürfen, wie gezeigt, nur direkte und kalkulatorische Kosten, nicht aber Gemeinkosten berücksichtigt werden. Schließlich ist die vorgestellte Ausprägung des Vergleichsmarktprinzips verwaltungserprobt und gerichtsfest. Es wurde in wesentlichen Teilen von der Rechtsprechung gebilligt. Das trifft auf das Modell der Kostenkontrolle so nicht zu. Besonders wichtig ist schließlich, dass durch Vergleiche mit anderen Versorgungsunternehmen der Wasserwirtschaft ein Effizienzvergleich möglich ist, den das Kostenkontrollkonzept nicht kennt. Das Vergleichsmarktprinzip führt somit im Interesse des Verbraucherschutzes in aller Regel zu deutlich besseren Ergebnissen als die Kostenkontrolle<sup>65</sup>.

#### 4. Verpflichtungszusagen nach § 32 b GWB

Die Bedeutung von Verpflichtungszusagenentscheidungen der Kartellbehörden auf der Grundlage von § 32 b GWB nimmt zu (vgl. LKartB Hessen/Mainova; BKartA/Stadtwerke Mainz). Die Kartellbehörde hat dabei eine sachgerechte Ermessensentscheidung zu treffen. Dafür ist in Preismissbrauchsverfahren das Abschöpfungspotenzial nach Abzug der bei der Rechtfertigung anzuerkennenden Kosten zu ermitteln<sup>66</sup>. Dazu gehört auch die Klärung der Frage, ob die festgestellten Preisunterschiede gerechtfertigt sind.

Abwägungserheblich ist ebenfalls, ob eine Missbrauchsverfügung vor den Gerichten standhalten wird. Davon kann mittlerweile bei Anwendung des Vergleichsmarktprinzips ausgegangen werden. Besonderen Schutzes bedürfen Haushaltskunden. Diese klagen sehr selten, da die Einzelsummen gering sind und die Materie höchst komplex ist. Gleichzeitig ist aber der Gesamtschaden enorm.

In den Wasserkartellverfahren ist der Umfang der Preissenkung letztlich entscheidend. So kann ein Versorgungsunternehmen verpflichtet werden, die Differenz zwischen dem missbräuchlichen und dem angemessenen Preis zurückzuerstatten<sup>67</sup>. Für die korrekte Einschätzung sind von der angebotenen Absenkungssumme unter anderem Einnahmen abzusetzen, auf die das Unternehmen bewusst verzichtet, wie etwa für die Bereitstellung von Löschwasser oder die stadtplanerisch veranlasste Leitungsumlegung, deren Kosten nicht den Wasserkunden aufgebürdet werden dürfen. Auch die Konzessionsabgabe kann eine ganz erhebliche Rolle spielen, fließen an die Kommune geleistete Beträge doch im Falle einer Preissenkung in anteiliger Höhe zurück. Das macht in Frankfurt a. M. beispielsweise 18 % der Roheinnahmen von Haushaltskunden aus.

§ 32 b GWB lässt es zu, zurückliegende Zeiträume einzubeziehen, häufig auf Wunsch der Unternehmen. Das ist schon deshalb sachgerecht, weil der kartellrechtliche Verdacht auf

bereits abgelaufenen Rechnungsperioden („ex-post-Kontrolle“) beruht. Die rückwirkende Auszahlung hat verursachungsgerecht zu erfolgen. Aus der Rechtsprechung des BGH zum Energiewirtschaftsrecht<sup>68</sup> kann eine Privilegierung des Wasserunternehmens im Sinne einer „Ersparnis zielgenauer Rückzahlungen“ wegen anderer Voraussetzungen nicht abgeleitet werden.

#### V. Fazit und Ausblick

Den Kartellbehörden steht zur Kontrolle der Wasserentgelte neben dem Vergleichsmarktprinzip auch die Methode der (Einzel-)Kostenkontrolle zur Verfügung. Die Vergleichsmarktprüfung ist aber vorzugswürdig, weil sie wirksam, flexibel und gerichtsfest ist und einen unternehmensübergreifenden Effizienzvergleich gewährleistet. Die kommenden Jahre werden zeigen, ob die Kartellbehörden diese Instrumente durch überzeugende Gesetzesanwendung<sup>69</sup> im Sinne von mehr Kunden- und Wettbewerbsschutz nutzen werden. Sie können so der Kritik der Monopolkommission entgegenreten, die eine zögerliche und uneinheitliche Kontrollpraxis der Kartellaufsicht feststellt und die Regulierung des gesamten Sektors durch die Bundesnetzagentur fordert<sup>70</sup>.

Erhebliche Bedeutung hätte dabei die Kontrolle öffentlich-rechtlicher Gebühren durch die Kartellbehörden gehabt. Dies wäre gerade in denjenigen Fällen angezeigt gewesen, in denen Städte durch schlichten Rechtsformwechsel die „Flucht in die Gebühr“ angetreten haben, wie zum Beispiel Wetzlar, Kassel, Wiesbaden, Gießen oder neuerdings Wuppertal.

Die Voraussetzungen dieser Gebührenkontrolle lagen vor. Nach zutreffender Meinung konnten auch Wassergebühren von der Kartellaufsicht kontrolliert werden<sup>71</sup>. Denn: Das Kartellrecht gewährleistet eine Effizienzkontrolle, anders als die Kommunalaufsicht<sup>72</sup>. Diese dient lediglich der Sicherstellung einer auskömmlichen Haushaltsführung der Kommunen und daneben der Prüfung der korrekten Rechnungsführung<sup>73</sup>. Die Kommunen haben auch keinen Anspruch darauf,

62 Monopolkommission, 19. Hauptgutachten 2010/2011, BT-Dr 17/10365, S. 265 Rdnrn. 622 ff.

63 Weyer, in: Festschr. f. Säcker (o. Fußn. 60), S. 999 (1006).

64 Reif, in: MünchKomm-KartellR (o. Fußn. 4), § 131 GWB Rdnrn. 118, 121, dort auch zur Kritik, die zurückgewiesen wird.

65 Nothdurft, in: Langen/Bunte (o. Fußn. 60) § 19 Rdnr. 127; Monopolkommission, 19. Hauptgutachten 2010/2011, BT-Dr 17/10365, S. 266 Rdnr. 631.

66 Vgl. dazu Becker/Blau, Die Preismissbrauchs-Novelle in der Praxis, 2010, Rdnrn. 183 ff.

67 Bornkamm, in: Festschr. f. Bechtold, 2006, S. 45 (51 ff.).

68 BGH, BeckRS 2008, 20436 Rdnrn. 20 f. = NVwZ 2008, 1392 L – Vattenfall; BeckRS 2008, 20432 Rdnr. 32 = NVwZ 2008, 1392 L – Stadtwerke Engen.

69 Dies fordern Haucap/Kühling, Gerechtere Wasserpreise, FAZ v. 14. 6. 2011 und Kühling, Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung, 2012, 183 (197 f.), ein.

70 Monopolkommission, 19. Hauptgutachten 2010/2011, BT-Dr 17/10365, S. 261 ff., Tab. IV. 1; ähnlich Sydow/Gussone, IR 2013, 10 (13) sowie Busse von Colbe, in: Festschrift f. Säcker (o. Fußn. 60), S. 575; Janda, Ökonomische Reformoptionen zur Weiterentwicklung des deutschen Trinkwasserversorgungsmarktes, 2012, S. 182 ff.

71 Monopolkommission, 18. Hauptgutachten 2008/2009, BT-Dr 17/2600, S. 51 f., S. 208 f.; Wolf, BB 2011, 648; nunmehr stärker differenzierend ders., NZKart 2013, 17; BKartA, Beschl. v. 4. 6. 2012 – B8-40/10, BeckRS 2013, 10697 Rdnrn. 48 ff.; a. A. Wolfers/Wollenschläger, DVBl 2012, 273 (278) m. w. Nachw.; Säcker, NJW 2012, 1105.

72 Aufschlussreich dazu der Artikel „RP hat Wirtschaftlichkeit nicht überprüft“, Gießener Allgemeine Zeitung, v. 9. 3. 2012, S. 26 zum Preisprüfungsbericht des Regierungspräsidiums Gießen (RP) zu Wassergebühren der Stadt Gießen vom 11. 10. 2011 – III-32-75-B2n-11/11, www.parlamentsinfo.giessen.de/to0040.php?\_ksinr=2999, Anlage Preisprüfungsbericht, zuletzt abgerufen am 26. 6. 2013.

73 Monopolkommission, Sondergutachten „Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht“, BT-Dr 17/8541, S. 30 f. Rdnr. 118; Kühling, DVBl 2010, 205 (213).

sich durch öffentlich-rechtliche Ausgestaltung der Wasserversorgung Immunität von einer für einen gesamten Wirtschaftszweig geltenden Regelung wie dem GWB zu verschaffen; Art. 28 GG – Selbstverwaltungsgarantie – wäre durch eine Kartellkontrolle nicht verletzt worden<sup>74</sup>.

Der *BGH* hatte bereits auf die weitgehende Austauschbarkeit zwischen der öffentlich-rechtlichen und der privatrechtlichen Ausgestaltung der Wasserlieferung hingewiesen, die für eine einheitliche Kontrolle durch die Kartellbehörden sprach<sup>75</sup>. Zur endgültigen Klärung der Frage durch den *BGH* wird es nicht mehr kommen. Überraschend hat der Vermittlungsausschuss von Bundesrat und Bundestag im Rahmen der 8. GWB-Novelle eine Regelung vorgeschlagen, wonach künftig öffentlich-rechtliche Gebühren und Beiträge ausdrücklich nicht (mehr) dem Kartellrecht unterliegen sollen<sup>76</sup>. Der Bundestag ist dem am 6. 6. 2013 gefolgt<sup>77</sup>, der Bundesrat am

7. 6. 2013. Die Pressekommentare dazu lassen an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig<sup>78</sup>. Tatsächlich wird durch die Gesetzesänderung ein wirksamer Anreiz für Wasserunternehmen geschaffen, sich der Kartellaufsicht durch „Flucht in die Gebühr“ zu entziehen. Dies erschwert die zukünftige Kartellrechtsdurchsetzung deutlich. ■

74 *BVerfG*, NVwZ 1982, 306.

75 *BGH*, NJW 2012, 1150 (1151) = WuW 2012, 273 (274 f.) = WuW/E DE-R 3497 (3498 f.) Rdnrn. 10 ff. – Niederbarnimer Wasserverband; im Anschluss daran *BGH*, ZNER 2012, 487 Rdnr. 1

76 Vermittlungsausschuss, Beschl. v. 5. 6. 2013, BT-Dr 17/13720, Anl. Nr. 1 i.

77 BR-Dr 475/13.

78 „Wasser entrinnt den Wächtern“, *Wetzlarer Neue Zeitung* v. 5. 6. 2013; „Unbequemer Wettbewerb“, *FAZ* v. 6. 6. 2013 und „Der gefangene Kunde – Bund und Länder blockieren die effektive Kontrolle des Wassermarktes“, *Handelsblatt* v. 7. 6. 2013.