

# **Der Einfluss des Kartellrechts auf die Wasserwirtschaft**

*Wasserversorgung; Wasserpreise; Missbrauchskontrolle; Daseinsvorsorge; Kommunale Selbstverwaltung; Trinkwasser*

*Im Lichte der Entscheidungspraxis der (Landes-)Kartellbehörden, der Empfehlungen der Monopolkommission und der "Wasserpreise Wetzlar"-Entscheidung des Bundesgerichtshofs stellt sich die Frage, ob die kommunalen Trinkwasserpreise einer Missbrauchskontrolle anhand des Kartellrechts unterworfen sind – und ob sich die Kommunen einer solchen Missbrauchskontrolle u.U. durch Rekommunalisierung, d. h. durch Erhebung von Gebühren anstelle von Preisen, entziehen können.*

## **I. Einleitung**

### **1. Der Kampf um die Trinkwasserpreise**

Die Diskussion über den Einfluss des Kartellrechts auf die Wasserwirtschaft, die teils sogar unter dem Rubrum des „Kampfs um die Trinkwasserpreise“ geführt wird, ist v. a. auf zwei Ereignisse zurückzuführen:

- Der Bundesgerichtshof<sup>1</sup> hat mit Beschluss vom 2. Februar 2010 (Wasserpreise Wetzlar) eine Missbrauchsverfügung der Landeskartellbehörde Hessen bestätigt, die die *enwag* mit Rücksicht auf „erhebliche Preisabweichungen“ in der Trinkwasserversorgung zu einer Preissenkung um 30% verpflichtet hatte.
- Die Monopolkommission hat sich in ihrem 18. Hauptgutachten<sup>2</sup> vom 22. Juli 2010 mit einem Plädoyer für „Mehr Effizienz bei der Bereitstellung von Trinkwasser!“ an die Politik gewandt;<sup>3</sup> sie hat sich für einen einheitlichen Regulierungsrahmens ausgesprochen und angeregt, die deutschen Trinkwasserversorger einer an der effizienten Bereitstellung von Trinkwasser orientierten sektorspezifischen Regulierung zu unterstellen.<sup>4</sup>

Beide Ereignisse werfen im Kern die gleichen Fragen auf: Findet im Bereich der Trinkwasserversorgung ein Preimissbrauch<sup>5</sup> statt, sodass Kartellbehörden, Kommunalaufsicht und/oder der Gesetzgeber aufgerufen sind, gegen (angeblich) überhöhte Preise vorzugehen?

---

1 BGH, NJW 2010, 2573.

2 Monopolkommission, BT-Drucks. 17/2600, S. 1.

3 Monopolkommission, a.a.O., S. 19.

4 Monopolkommission, a.a.O., S. 53.

5 Die Prüfung des Preimissbrauchs hat Tradition: *Martini* berichtet, dass schon der römischer Kaiser Diokletian in seinen Preisedikten Höchstpreise eingeführt und deren Überschreitung mit der Todesstrafe bedroht habe (*Martini*, DVBL 2008, 21).

## 2. Die Trinkwasserversorgung in der Bundesrepublik Deutschland

### a) Bestandsaufnahme

In der Bundesrepublik Deutschland gab es (im Jahre 2001) 6560 Betriebe für die öffentliche Wasserversorgung. Auf 1 Mio. Einwohner kamen also 81 Wasserversorger. In anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union soll die (angebliche) Fragmentierung der Trinkwasserversorgung wesentlich geringer ausfallen; in den Niederlanden bspw. entfallen lediglich 4,4, in Frankreich lediglich 0,13 Wasserversorger auf 1 Mio. Einwohner.<sup>6</sup> Die Kosten der Trinkwasserversorgung sind nach Darstellung der Monopolkommission, „gewaltigen Spreizungen“ unterworfen. Für die angenommene Tagesverbrauchsmenge einer Kleinfamilie (375 Liter) geht sie von einem maximalen Kostenunterschied in Höhe von über 270% des niedrigsten Wertes aus: Bei jährlichen Durchschnittsentgelten von 327,- Euro lag der höchste ermittelte Wert in Bergisch-Gladbach bei 434,- Euro, und der niedrigste in Ingolstadt bei 159,- Euro.<sup>7</sup> Die Trinkwasserversorger selbst sind entweder als Regie- oder Eigenbetriebe öffentlich rechtlich aufgestellt, so dass sie im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnisses *Gebühren* erheben können, oder sie sind als privatrechtliche Unternehmen organisiert, die im Rahmen eines privatrechtlichen Leistungsverhältnisses auf vertraglicher Basis gem. der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (AVBWasserV) *Preise* verlangen.<sup>8</sup>

### b) Reformvorschläge der Monopolkommission

Dieser Befund hat die Monopolkommission dazu bewogen, der Bundesregierung eine grundlegende Reform der Wasserversorgung vorzuschlagen. Die Monopolkommission geht davon aus, dass „die kleinteilige Struktur der deutschen Trinkwasserversorgung“ ineffizient ist; sie lasse vermuten, „dass sich durch die Zusammenlegung von Wasserverteilnetzen und/oder Netzverwaltungen erhebliche Größenvorteile heben und ... Kostendegressionspotentiale ausnutzen“ ließen.<sup>9</sup> Das „Nebeneinander aus privatrechtlicher Preissetzung einerseits und öffentlich-rechtlicher Gebührenfestlegung andererseits“ führe zu einer „faktischen Ungleichbehandlung an sich gleicher Sachverhalte“. Denn stets werde dasselbe homogene Gut, Wasser, von wirtschaftlichen Betrieben, den Wasserversorgern, gegen Entgelt an Verbraucher abgegeben.<sup>10</sup> Mit der Wahl der Rechtsform durch die zuständige Kommune ergäben sich jedoch erhebliche Unterschiede in den Aufsichts-

6 Monopolkommission, a.a.O., S. 49.

7 Monopolkommission, a.a.O. Dazu auch: Breuer, NVwZ 2009, 1249, 1250, mit dem Hinweis auf die regionalen – u. a.: „naturräumliche[n]“ – Unterschiede der Realfaktoren und die geringe Aussagekraft von Vergleichsstudien, die auf einer reinen Gegenüberstellung von Trinkwasserpreisen beruhten und wesentliche Realfaktoren unberücksichtigt ließen.

8 Monopolkommission, a.a.O., S. 51.

9 Monopolkommission, a.a.O., S. 19.

10 Monopolkommission, a.a.O., S. 51.

zuständigkeiten.<sup>11</sup> Die Gebührenhöhe werde, so die Monopolkommission, von der jeweiligen Kommunalaufsicht genehmigt, die Preise der privaten Wasserbetriebe seien hingegen der Missbrauchsaufsicht nach dem Wettbewerbsrecht unterworfen.<sup>12</sup>

Ineffizienz befürchtet die Monopolkommission vor diesem Hintergrund vor allem bei den öffentlich-rechtlichen Wasserversorgern – ohne dass sie den Nachweis geführt hätte, dass überhöhte Preise faktisch gerade bei ihnen zu beobachten sind: Für die Kommunalaufsicht eines Bundeslands spiele das *Konzept der effizienten Leistungsbereitstellung* keine oder allenfalls eine untergeordnete Rolle; stattdessen prüfe die Kommunalaufsicht primär nach dem Äquivalenzprinzip sowie anhand des Kriteriums einer nachhaltigen Haushaltsführung bei den Kommunen.<sup>13</sup> In dem entsprechenden Vollkostenstandard<sup>14</sup> sieht die Monopolkommission „die Gefahr … ineffizient hohe[r] Kosten in der Trinkwasserwirtschaft“.<sup>15</sup>

Die (angebliche) Ineffizienz der Trinkwasserversorgung und die Disparität der Kontrollmaßstäbe und -strukturen trotz Homogenität des Produkts rechtfertigen nach Meinung der Monopolkommission eine grundlegende Reform: Es gelte, die Wasserversorgung generell an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung auszurichten und „die faktische Ungleichbehandlung von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Wasserversorgern“ abzustellen.<sup>16</sup> Den Königsweg sieht die Monopolkommission allerdings nicht darin, die Missbrauchsaufsicht – auf der Basis des geltenden Rechts – auf öffentlich-rechtliche Wasserversorger auszudehnen. Denn „bei der Verfolgung eines Preishöhenmissbrauchs im Bereich der natürlichen Monopole in der deutschen Trinkwasserwirtschaft [werde] typischerweise eine Situation untersucht …, die *nicht* für eine kartellrechtliche Problematik“ spreche.<sup>17</sup> Eine Kartellbehörde könne nicht durch eine einmalige Entscheidung dauerhaft Abhilfe schaffen, vielmehr müsse sie periodisch wiederkehrend Entgelte auf den Wassermärkten kontrollieren und vergleichen. Das sei jedoch „sinnvollerweise Aufgabe einer sektorspezifischen Regulierung.“<sup>18</sup>

Dementsprechend empfiehlt die Monopolkommission, die deutschen Trinkwasserversorger einer einheitlichen und an der effizienten Bereitstellung von Trinkwasser orientierten sektorspezifischen Regulierung zu unterstellen.<sup>19</sup> In der Phase der Einführung eines einheitlichen Regulierungsrahmens solle zunächst der Bundesnetzagentur die volle Handlungskompetenz übertragen werden.<sup>20</sup> Erst später sollten die Bundesländer die sektorspezifische Regulierung überneh-

---

11 In Deutschland liegt die Trinkwasserversorgung grds. in den Händen der Kommune, die „durch Satzungsrecht Anschluss- und Benutzungszwänge verhängen sowie ausschließlich Wegenutzungsrechte durch Konzessionsverträge vergeben“. 2/3 der Wasserversorger sind öffentlich-rechtlich, 1/3 ist privatrechtlich organisiert. Die Kommunen sind jedoch praktisch immer an den privatrechtlich organisierten Wasserversorgern beteiligt (vgl.: Monopolkommission, S. 49).

12 Monopolkommission, a.a.O., S. 51.

13 Monopolkommission, a.a.O. Zum Äquivalenzprinzip: Hempel, in: Hempel/Franke (Hrsg.), Recht der Energie- und Wasserversorgung, III AVBWasserV, 64. Erg.-Lieferung, Mai 2001, Einführung, Rn. 104 ff. („Die Gebühren dürfen nicht in einem Missverhältnis zu der Leistung des Trägers der Wasserversorgung stehen“).

14 Evtl. ist das Kostendeckungsprinzip gemeint. Dazu: Hempel, a.a.O., Rn. 102: „Die Beiträge und Gebühren müssen so bemessen sein, dass die Gesamtkosten der Einrichtung gedeckt sind.“

15 Monopolkommission, a.a.O., S. 51.

16 Monopolkommission, a.a.O., S. 53.

17 Monopolkommission, a.a.O., S. 19.

18 Monopolkommission, a.a.O.

19 Monopolkommission, a.a.O.

20 Monopolkommission, a.a.O., S. 19, 53.

men.<sup>21</sup> Diese Regulierung solle „kurzfristig als Anreizregulierung für alle deutschen Wasserversorger nach einheitlichen Standards vorgenommen werden“. Hierdurch könnten Wasserversorger Anreize gesetzt werden, bei ineffizient hohen Gemeinkosten ihre Größe durch Fusion mit einem anderen Trinkwasseranbieter zu erhöhen und so die Degression der unspezifischen Gemeinkosten zu verbessern. Hierzu sei nicht notwendig die physische Zusammenlegung von Netzen erforderlich. Auch ein verstärktes *Outsourcing* könne zu einer Erhöhung der Effizienz auf dem deutschen Wassermarkt beitragen.<sup>22</sup>

### c) Kritik

Die Kritik an dem Bericht hat nicht lange auf sich warten lassen. Kritisiert wurde u. a., dass die Monopolkommission die angeblichen Effizienzvorteile von Fusionen nicht hinreichend nachgewiesen habe<sup>23</sup> und dass Preisdifferenzen als solche noch kein Indiz für Ineffizienz seien; vielmehr seien „die anfallenden Kostenvolumina und -strukturen“ aufgrund unterschiedlicher Naturräume, unterschiedlicher Siedlungsstrukturen und „abweichender Kapitalbewertungsansätze, die sich auch in den Kommunalabgabengesetzen“ spiegelten, sehr unterschiedlich.<sup>24</sup> Die Preisunterschiede sollen also rational erklärbar sein; sie sollen auf die Disparität der regionalen Rahmenbedingungen zurückzuführen sein, auf die jeder Wasserversorger trafe – gleichgültig, ob er privat- oder öffentlich-rechtlich strukturiert ist.

Die Bundesregierung hat sich die Reformvorschläge der Monopolkommission nicht zu Eigen gemacht; sie begrüßt zwar die grundsätzliche Absicht, Effizienzreserven in der Wasserwirtschaft zu identifizieren und zu heben, lehnt eine einheitliche sektorspezifische Regulierung jedoch ab.<sup>25</sup> Damit relativiert sich indes nur die rechtspolitische Dimension des Themas. Denn mit ihrem Bekenntnis zu einer Missbrauchsaufsicht über Preise *und* Gebühren hat die Monopolkommission auch die Diskussion über die rechtsformunabhängige Bindung der Kommunalwirtschaft an das (geltende) Kartellrecht erheblich verschärft.

## II. Die Missbrauchsaufsicht

Das Kartellrecht der Trinkwasserversorgung ergibt sich primär aus § 103 GWB 1990, der De-markations- und Konzessionsverträge sowie den Missbrauch von Marktmacht regelt und der gem. § 131 Abs. 6 GWB fort gilt.<sup>26</sup> Nach § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB 1990 finden §§ 1, 15 und 18 GWB

21 Monopolkommission, a.a.O., S. 53.

22 Monopolkommission, a.a.O., S. 19, 54.

23 Lenk/Rottmann/Hesse/Fälsch, Replik zur Drucksache 17/2600, S. 2, im Internet verfügbar unter [http://www.uni-leipzig.de/fiwi/Kompetenzzentrum/pdf/100915\\_VKU\\_Monopolkommission.pdf](http://www.uni-leipzig.de/fiwi/Kompetenzzentrum/pdf/100915_VKU_Monopolkommission.pdf); vgl. allg. zur Privatisierung der Wasserversorgung auch: Laskowski, KJ 2011, 185.

24 Lenk/Rottmann/Hesse/Fälsch, a.a.O., S. 3.

25 Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drucks. 17/4305 vom 17.12.2010, S. 2.

26 § 131 Abs. 6 lautet: „Soweit sie die öffentliche Versorgung mit Wasser regeln, sind die §§ 103, 103 a und 105 sowie die auf sie verweisenden anderen Vorschriften des GWB in der Fassung der Bekanntmachung vom 20.2.1990 (BGBl. I, S. 235) ... weiter anzuwenden. Das gilt insoweit auch für die Vorschriften, auf welche die genannten Vorschriften verweisen.“.

1990 „keine Anwendung auf Verträge von Unternehmen der öffentlichen Versorgung mit ... Wasser (Versorgungsunternehmen) mit anderen Versorgungsunternehmen oder mit Gebietskörperschaften, soweit sich durch sie ein Vertragsbeteiligter verpflichtet, in einem bestimmten Gebiet eine öffentliche Versorgung über feste Leitungswege mit ... Wasser zu unterlassen.“ *Demarkationsverträge* sind kartellrechtlich also nicht zu beanstanden.<sup>27</sup> Parallel dazu sieht § 103 Abs. 1 Nr. 2 GWB 1990 auch eine Freistellung von *Konzessionsverträgen* vor. Die verschärzte Missbrauchsaufsicht (s. u.) richtet sich nach § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990. Mangels Sperrwirkung (str.)<sup>28</sup> kommt aber auch die allgemeine Missbrauchsaufsicht gem. § 19 Abs. 4 GWB zum Tragen.<sup>29</sup> Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie hat in seinen „Eckpunkte[n] für eine 8. GWB-Novelle“ vom 1.8.2011 angekündigt, dass die Regelung des § 103 GWB 1990 in den aktuellen Gesetzesentext überführt werden soll. Das ist im Interesse der Rechtssicherheit und -klarheit uneingeschränkt zu befürworten.

## **1. Der Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 2. Februar 2010 (Wasserpreise Wetzlar)**

Der BGH hatte über die Rechtmäßigkeit einer Missbrauchsverfügung der Landeskartellbehörde Hessen zu entscheiden. Die *enwag* mbH belieferte in der Stadt Wetzlar Kunden mit Trinkwasser. Die Kommune war mit 50,1%, der E.ON-Konzern mit 49,9% an dem Unternehmen beteiligt. Der Konzessionsvertrag zwischen der Stadt und der *enwag* räumte dieser gegen Entgelt das ausschließliche Recht zur Benutzung der städtischen Straßen und Wege für die Verlegung und den Betrieb von Wasserversorgungsleitungen ein. Das Preisgefüge bei der EnWaG sah wie folgt aus:

Typfall 1	Jahresverbrauch $150 \text{ m}^3$ Wasserzähler bis $5 \text{ m}^3/\text{h}$	2,35 Euro/ $\text{m}^3$
Typfall 2	Jahresverbrauch $400 \text{ m}^3$ Wasserzähler bis $5 \text{ m}^3/\text{h}$	2,10 Euro/ $\text{m}^3$

Mit Verfügung vom 9.5.2007 hatte die Hessische Landeskartellbehörde der *enwag* für die Zeit bis zum 31.12.2008 untersagt, für die Lieferung von Trinkwasser einen Preis von mehr als 1,66 Euro/ $\text{m}^3$  im Typfall 1 und von mehr als 1,48 Euro/ $\text{m}^3$  im Typfall 2 zu verlangen. Darüber hinaus hatte sie festgestellt, dass die Preise seit dem 1.7.2005 überhöht waren, soweit sie die genannten Beträge überstiegen. Begründet hatte die Landeskartellbehörde die Verfügung damit, dass die *enwag* die [Monopol-]Stellung, die sie durch die Freistellung ihres Konzessionsvertrags nach § 103 GWB 1990 erlangt habe, missbrauche, indem sie ungünstigere Wasserpreise als vergleichbare Versorgungsunternehmen gefordert habe.

Rechtsgrundlage der Missbrauchsverfügung war § 103 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 i. V. m. Satz 2 Nr. 2 GWB 1990, der nach wie vor gilt (s. o.). Dort heißt es wie folgt:

---

27 Einzelheiten: Klaue, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd.2. GWB, 2. Aufl. 1992, § 103 Rn. 12 ff.  
28 Nach BGH, NJW 2010, 2573, entfaltet § 103 Abs. 5 GWB 1990 keine Sperrwirkung; vertiefend: Ritzenhoff, WRP 2010, 734, 735; Klaue, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd.2. GWB, 4. Aufl. 2007, § 131 Rn. 30.

29 Dazu jetzt auch: OLG Frankfurt, Beschluss vom 3.3.2011, 11 W 2/11 (Kart), ZNER 2011, 194 = WuW/E DER 3238.

## § 103 [Versorgungsunternehmen]

(5)<sup>1</sup> In den Fällen des Absatzes 1 kann die Kartellbehörde unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Freistellung, insb. der Zielsetzung einer möglichst sicheren und preiswürdigen Versorgung, die in Absatz 6 bezeichneten Maßnahmen treffen [d. h. u. a., dem „Unternehmen aufgeben, einen beanstandeten Missbrauch abzustellen“].

1. soweit die Verträge oder die Art ihrer Durchführung einen Missbrauch der durch Freistellung von den Vorschriften dieses Gesetzes erlangten Stellung im Markt darstellen.

<sup>2</sup> Ein Missbrauch im Sinne des Satzes 1 Nr. 1 liegt insb. vor, wenn [...].

2. 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; [...].

Die Besonderheit dieses Reglements besteht in der Beweislastverteilung: Aus der Formulierung „*es sei denn, das Versorgungsunternehmen weist nach, dass der Unterschied auf abweichenden Umständen beruht*“ folgt, dass nicht die Kartellbehörden den Nachweis führen müssen, dass höhere Preise einen Missbrauch darstellen, sondern umgekehrt, dass der Marktbeherrschter anhand abweichender Umstände nachweisen muss, dass die höheren Preise gerechtfertigt sind.

## 2. Preiskontrolle

Im Detail setzt ein Missbrauchsverfügung gem. § 103 Abs. 5 GWB 1990 voraus, dass ein marktbeherrschender Wasserversorger „ungünstigere Preise fordert als gleichartige“ Wasserversorger und dass sich die Preisunterschiede nicht durch „abweichende Umstände“ rechtfertigen lassen.

### a) Marktbeherrschendes Unternehmen

Die Feststellung, dass ein Wasserversorger Marktbeherrschter i. S. von § 22 Abs. 5 GWB 1990 bzw. i. S. von 19 Abs. 2 GWB ist, ergibt sich im Regelfall aus einer Kombination ökonomischer und rechtlicher Faktoren. Der Trinkwassertransport ist, wie die Monopolkommission schreibt, an ein stationäres Leitungsnetz gebunden mit der Folge, „dass jeder Wasserversorger typischerweise ein natürlicher Monopolist in seinem Gebiet ist, dessen Preissetzungspotential in keinem Fall durch potentielle Konkurrenz beschränkt wird.“<sup>30</sup> Parallelle Leitungsnetze kommen aus wirtschaftlichen Gründen nicht infrage. Durchleitungswettbewerb verfügt wegen der Transportkostenempfindlichkeit nur über ein sehr geringes Potential zur Erhöhung des Preisdrucks auf die etablierten Trinkwasseranbieter.<sup>31</sup> Rechtlich wird dieses Monopol (ggf.) noch verstärkt durch Demarkations- und Konzessionsverträge (s. o.), durch einen (öffentlicht-rechtlichen) Anschluss- und Benutzungzwang und durch die in § 50 Abs. 2 WHG angeordnete vorrangige Bedarfsde-

30 Monopolkommission, a.a.O., S. 50.

31 Monopolkommission, a.a.O.

ckung aus ortsnahen Wasservorkommen – mit der Folge, dass keine weiträumigen Fernwasser-versorgungssysteme entstehen.<sup>32</sup>

## b) Preisvergleich

### aa) Gleichartige Unternehmen

Der BGH hat – in Einklang mit der std. Rspr. im Bereich der Energieversorgung<sup>33</sup> – klargestellt, dass „[d]em Tatbestandsmerkmal der Gleichartigkeit ... nur die Funktion [zukomme], eine *grobe Sichtung* unter den als Vergleichsunternehmen in Frage kommenden Versorgungsunternehmen zu ermöglichen.“<sup>34</sup> Nur wenn die Unternehmen sich schon auf erste Sicht so signifikant unterschieden, dass sich ihre Einordnung als gleichartig von vornherein verbiete, sei es dem betroffenen Unternehmen nicht zumutbar, nachweisen zu müssen, dass seine höheren Preise durch besondere Umstände gerechtfertigt seien. Dabei folge aus § 103 Abs. 5 GWB 1990, dass nicht all das, was die besonderen Umstände ausmache, bereits die Gleichartigkeit entfallen lasse.<sup>35</sup> Der BGH geht vor diesem Hintergrund davon aus, dass „Unternehmen jedenfalls dann gleichartig sind, wenn zwischen ihnen hinsichtlich der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen keine wesentlichen Unterschiede bestehen, die aus Sicht der Abnehmer gem. der Zielsetzung einer möglichst sicheren und preiswürdigen Versorgung mit Trinkwasser von vornherein eine deutlich unterschiedliche Beurteilung der Preisgestaltung rechtfertigen.“<sup>36</sup>

In der *enwag*-Entscheidung hat der BGH die Kriterien, die die Landeskartellbehörde bei der Auswahl der Vergleichsunternehmen herangezogen hat, ausdrücklich gebilligt: Berücksichtigung finden die Versorgungsdichte (Meternengenwert = m<sup>3</sup> Wasser pro m Leitung), die Abnehmerdichte, die Anzahl der versorgten Einwohner, die nutzbare Wasserabgabe, die Abgabestruktur und die Gesamterträge der Wassersparte. Die *Unterschiede der Beschaffungs- und Aufbereitungskosten*, die, so der BGH, ohnehin nur „einen geringen Teil der Gesamtkosten“ ausmachten, habe die Kartellbehörde „durch Zu- und Abschläge auf die Vergleichspreise“ ausgeglichen „und so Vergleichbarkeit hergestellt.“ Die *Topographie* der Versorgungsgebiete will der BGH bei der Prüfung der Vergleichbarkeit *nicht* berücksichtigen. Er behandelt sie stattdessen als „abweichende ... Umstände“, die gem. § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 höhere Preise rechtfertigen können, die der Wasserversorger ggf. jedoch behaupten und beweisen muss.

32 Breuer, NVwZ 2009, 1249; in § 50 WHG [Öffentliche Wasserversorgung] heißt es auszugsweise: „(2) Der Wasserbedarf der öffentlichen Wasserversorgung ist vorrangig aus ortsnahen Wasservorkommen zu decken, soweit überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit dem nicht entgegenstehen.“

33 Kritisch: Breuer, NVwZ 2009, 1249, 1253, der auf die Unterschiede zwischen der Energie- und der Wasserversorgung „in tatsächlicher, rechtlicher und ressourcenspezifischer Hinsicht“ verweist und (zu Unrecht) meint, dass man mit der „unterstellten Gleichartigkeit der Versorgungsunternehmen ... die standortbedingten Unterschiede für unerheblich“ erkläre.

34 BGH, a.a.O. Hervorhebung des Verf. Kritisch: Breuer, NVwZ 2009, 1249, 1253.

35 BGH, a.a.O. In der Begründung (BT-Drucks. 8, 2136 vom 27.9.1978, S. 33) hieß es dazu, dass „die Kartellbehörden [im Rahmen des Vergleichs] in erster Linie auf solche Unternehmen abstellen [werden], deren Beschaffungs-, Erzeugungs- und Vertriebssituation ähnlich gelagert sind.“.

36 BGH, a.a.O.

## bb) Erhebung ungünstigerer Preise

Die Frage, ob ein Unternehmen ungünstigere Preise verlangt, ist anhand der von allen Kunden geforderten Verbrauchspreise, umgerechnet auf vergleichbare Typgruppen, zu beurteilen. Baukostenzuschüsse sind nicht zu berücksichtigen. Denn nach Meinung des BGH handelt es sich auch dabei allenfalls um abweichende Umstände, die ggf. höhere Preise rechtfertigen können.

## c) Nachweis abweichender Umstände

Der BGH versteht unter abweichenden Umständen, die höhere Preise rechtfertigen können, „grundätzlich solche Kostenfaktoren …, die auch jedes andere Unternehmen in der Situation des Betroffenen vorfinden würde und nicht beeinflussen könnte, etwa ungünstige strukturelle Gegebenheiten des Versorgungsgebiets.“ Dazu heißt es in der *enwag*-Entscheidung, dass die Landeskartellbehörde sowohl die unterschiedliche Versorgungsdichte, die wesentlichen Einfluss auf die Kostenstruktur habe, als auch die Höhe der Konzessionsabgaben durch Zu- und Abschläge berücksichtigt habe. Dass niedrigere Baukostenzuschüsse die höheren Preise rechtfertigten, habe die *enwag* nicht nachgewiesen. Auf die unterschiedliche Kostenstruktur (Eigen- und Fremdkapital) komme es grundsätzlich nicht an. Außergewöhnliche Kapitalkosten könnten im Einzelfall höhere Preise rechtfertigen, seien aber nicht hinreichend nachgewiesen. Ein erhöhter Erneuerungs- und Instandsetzungsbedarf rechtfertige höhere Preise grundsätzlich nicht. Etwas anderes gelte nur, wenn das Unternehmen nachweise, dass der Investitionsbedarf *nicht* darauf beruhe, dass man das Netz früher vernachlässigt habe.<sup>37</sup>

Im Hinblick auf die ungünstigere Topographie, die ungünstigere Preise grundsätzlich rechtfertigen könne, habe die *enwag* „nicht nachgewiesen, welche Mehrkosten ihr dadurch“ entstanden seien und dass diese Mehrkosten nicht durch eine rationellere Betriebsführung hätten vermieden werden können. Das Unternehmen habe „konkret nachzuweisen, in welcher Höhe solche Mehrkosten“ anfielen, „wie diese Mehrkosten in die verlangten Preise“ einflössen „und dass insoweit keine Rationalisierungsreserven bestünden.“<sup>38</sup> Der BGH hat in diesem Kontext klargestellt, dass im Rahmen der Rechtfertigung von Preisunterschieden „nicht nur strukturelle Besonderheiten des überprüften Unternehmens, sondern – spiegelbildlich dazu – auch strukturelle Besonderheiten der Vergleichsunternehmen in die Betrachtung einzubeziehen“ seien.<sup>39</sup> Berücksichtigt werden müsse, so der BGH, ob die Preise der Vergleichsunternehmen aufgrund individueller Umstände niedrig gehalten würden. Ebenso wenig wie das betroffene Unternehmen (= der Marktbefehrscher) verpflichtet werden könne, Preise zu verlangen, die auch bei wirtschaftlicher Betriebsführung seine Selbstkosten nicht deckten,<sup>40</sup> könnten Preise von Vergleichsunternehmen zugrunde gelegt werden, die unter deren Selbstkosten lägen.

---

37 BGH, a.a.O.

38 BGH, a.a.O. Dreyer und Bartl (NJW 2010, 2553) haben in diesem Kontext darauf hingewiesen, dass Kosten, die gerade auf der Ineffizienz des Marktbefehrschers beruhten, nicht zu berücksichtigen seien; ein besonders hoher Personalstand wirke sich ebenso wenig zugunsten des Marktbefehrschers aus wie bspw. veraltete Anlagen.

39 BGH, a.a.O.

40 Büdenbender (LMK 2010, 300577) hat insoweit mit Recht hervorgehoben, dass „das missbrauchsverdächtige Unternehmen vorher sämtliche Rationalisierungsreserven ausgeschöpft“ haben muss.

## d) Kritik

Bei der Bewertung dieses BGH-Beschlusses ist die Literatur gespalten: Im Kartellrecht wird der Beschluss befürwortet,<sup>41</sup> in der öffentlich-rechtlichen Literatur kritisiert – besonders prominent von Reinhardt.<sup>42</sup> Er wirft dem BGH vor, die kommunale Selbstverwaltungsgarantie (Art. 28 Abs. 2 GG) zu ignorieren, gegen das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) zu verstößen und die inhaltliche Einbindung des Rechts der Wasserversorgung in den Umweltstaat zu verkennen.

### a) Kommunale Selbstverwaltungsgarantie

Der Kernvorwurf knüpft an die Daseinsvorsorge an: Der BGH habe die Daseinsvorsorge, so Reinhardt, „mit keiner Silbe“ erwähnt,<sup>43</sup> er ignoriere also „die besondere verfassungsrechtliche Ausgestaltung kommunaler Wirtschaftstätigkeit unter dem Schutz des Art. 28 Abs. 2 GG“ und setze sich „in Widerspruch zur Rechtsprechung des BVerfG“. Das BVerfG habe in dem grundlegenden *Rastede*-Beschluss darauf hingewiesen, dass „Gründe der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ... nicht schon aus sich heraus eine Beeinträchtigung des Schutzbereichs des Art. 28 Abs. 2 GG“ rechtfertigten;<sup>44</sup> vielmehr sei ein staatliches Eingreifen nur gerechtfertigt, wenn anderfalls „ein unverhältnismäßiger Kostenanstieg entstünde“. Reinhardt will mithilfe dieser Entscheidungsgründe die „inhaltliche[n] Entscheidungsspielräume“ der Kommune verteidigen, der u. a. auch die „Instrumentalisierung des Preises zur Lenkung der Nutzungsumfangs“ freistehet.<sup>45</sup> Gemeint ist offenbar, dass die Kommune die Preise für Wasser auch „politisch“ festsetzen kann – bspw., um die Bürger zu mehr Sparsamkeit im Umgang mit natürlichen Ressourcen anzuhalten. Parallel dazu hat Breuer – noch vor der BGH-Entscheidung – hervorgehoben, dass „isolierte Wasserpreisvergleiche“ aus einer „ökonomischen Blickverengung“ resultierten und die Freiheit der Kommunen ausblendeten, unterschiedliche Prioritäten zu setzen, d.h. auch „verschieden teure Einrichtungen, Bau- und Unterhaltungsmaßnahmen sowie Betriebsweisen“ zu wählen.<sup>46</sup>

### bb) Rechtsstaatsprinzip

Der BGH verletzt angeblich auch das Rechtsstaatsprinzip: Indem er das in § 103 Abs. 5 GWB 1990 enthaltene Tatbestandsmerkmal „gleichartige Versorgungsunternehmen“ auf eine „grobe Sichtung“ reduziere, verschiebe er „ohne zureichenden normativen Anknüpfungspunkt“ die Darlegungslast einseitig zugunsten der Kartellbehörde.<sup>47</sup> Die teleologische Argumentation des BGH

41 Büdenbender, a.a.O.

42 Reinhardt, LKV 2010, 145.

43 Reinhardt, a.a.O., S. 150.

44 Reinhardt, a.a.O., S. 150, 148 unter Berufung auf BVerfGE 79, 127.

45 Reinhardt, a.a.O., S. 150, unter Berufung auf das BVerfG, das sich wie folgt geäußert habe: „Eine zentralistisch organisierte Verwaltung könne ... in vielerlei Hinsicht rationeller und billiger arbeiten; die Verfassung setze diesen ökonomischen Erwägungen jedoch den politisch-demokratischen Gesichtspunkt der Teilnahme der örtlichen Bürgerschaft an der Erledigung ihrer öffentlichen Aufgaben ... entgegen und gibt ihm den Vorzug.“.

46 Breuer, NVwZ 2009, 1249, 1252.

47 Reinhardt, a.a.O., S. 151.

ziele ausdrücklich auf eine „Verschärfung der Missbrauchsaufsicht“, die im Normtext keine Grundlage finde und „auch mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht vereinbar“ sei.<sup>48</sup>

### cc) Stellungnahme

Die Kritik an dem Beschluss des BGH ist unberechtigt. Das Kartellrecht – namentlich § 103 Abs. 5 GWB 1990 – beeinträchtigt das Recht auf kommunale Selbstverwaltung nicht; vielmehr gehört es zu den allgemeinen Gesetzen, in deren Rahmen die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft eigenverantwortlich zu regeln sind.<sup>49</sup> In den *Kernbereich* kommunaler Selbstverwaltung greift die Missbrauchsregelung in § 103 Abs. 2 GWB erkennbar nicht ein.<sup>50</sup> Der Gesetzgeber „durf die identitätsbestimmenden Merkmale gemeindlicher Selbstverwaltung [zwar] weder faktisch noch rechtlich beseitigen“.<sup>51</sup> Davon kann aber auch keine Rede sein, nur weil Teile der Kommunalwirtschaft einer Missbrauchskontrolle anhand des GWB unterworfen werden. Davon abgesehen lässt sich der Rastede-Beschluss ohnehin nicht 1:1 auf die Frage der Missbrauchsaufsicht über kommunale Trinkwasserversorger übertragen; schließlich hatte das BVerfG vor allem die Kompetenzverteilung zwischen Landkreisen und (kreisangehörigen) Gemeinden im Blick, nicht die Frage, an welche rechtlichen Maßstäbe die – als solche gar nicht in Frage gestellte – Kommunalwirtschaft gebunden sein könnte.

Der Begriff der „Daseinsvorsorge“, den Reinhardt zur Begründung der Kartellrechtsfestigkeit der Kommunalwirtschaft heranzieht, schließt eine Missbrauchsaufsicht nicht aus. Es handelt sich, wie Tettinger und Schwarze mit Recht feststellen „um eine eher deskriptive, soziologisch grundierte Formel zur Beschreibung der öffentlichen Leistungsverwaltung“.<sup>52</sup> Die Einordnung der Trinkwasserversorgung als Daseinsvorsorge (vgl. § 50 Abs. 1 WHG)<sup>53</sup> besagt mithin nicht, dass die Kommunalwirtschaft prinzipiell nicht unter das Kartellrecht fiele. Dies hat der BGH in einer Parallelentscheidung zur Fusionskontrolle im öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) wie folgt formuliert: Beteiligen sich die Gemeinden „mit eigenen Unternehmen am ÖPNV …, müssen sich diese freilich an die Schranken halten, die die Rechtsordnung – etwa … durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – der wirtschaftlichen Betätigung von Unternehmen in diesem wie in anderen Wirtschaftsbereichen auferlegt … Sofern hier überhaupt eine Einschränkung der kommunalen Selbstverwaltung liegt und sich … die Frage nach der Verhältnismäßigkeit stellen sollte, wäre diese ohne weiteres zu bejahen.“ Denn die Fusionskontrolle diene dazu, „ein nachfragegerechtes, effizientes und preiswertes Waren- und Dienstleistungsangebot [zu] fördern“.<sup>54</sup> Diese Überlegung ist ohne weiteres auf die Missbrauchsaufsicht über kommunale Trinkwasserversorgung übertragbar.

48 Reinhardt, a.a.O.

49 Dazu: BGHZ 168, 295, 300 [Bagatellmarktklausel].

50 Eingehend zur Kernbereichslehre: Tettinger/Schwarz, in: von Mangold/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 28 Abs. 2, Rn. 190 ff.; vgl. auch: BVerfG 11, 266, 274; BVerfG 107, 1, 18.

51 BVerfGE 107, 1, 12.

52 Tettinger/Schwarz, a.a.O., Art. 28 Abs. 2, Rn. 207.

53 Dazu im Einzelnen: Czuchowski/Reinhardt, WHG, Kommentar, 10. Aufl. 2010, § 50, Rn. 1 ff.

54 BGH, a.a.O.

Ebenso wenig liegt ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip vor. Der BGH hat § 103 Abs. 5 GWB 1990 *lege artis* ausgelegt und angewendet. Die Beweislastverteilung ist in § 103 Abs. 5 GWB 1990 vorgegeben. Es liegt auf der Hand, dass nicht sämtliche abweichenden Umstände (Satz 2 Nr. 2) bereits bei der Identifikation vergleichbarer Unternehmen berücksichtigt werden können – andernfalls liefe das Tatbestandsmerkmal der abweichenden Umstände leer. Es ist auch nicht zu beanstanden, dass der BGH den Normzweck des § 103 Abs. 5 GWB 1990 heranzieht und von einer „Verschärfung der Missbrauchsaufsicht“ spricht. Denn der BGH beschreibt lediglich die gegenüber § 19 Abs. 1 und 4 GWB verschärft – für die Trinkwasserversorger nachteilige – Beweislast der Regelungsadressaten. Es geht also nicht darum, dass der BGH die Missbrauchsaufsicht gem. § 103 Abs. 5 GWB durch eigene, rechtsstaatlich nicht hinreichend legitimierte Bewertungsmaßstäbe verschärft. Es geht darum, dass er die in der Beweislastverteilung angelegte, d. h. *gesetzlich vorgesehene* Verschärfung als solche beschreibt und regelgerecht anwendet. Einzuräumen ist zwar, dass die Beweislast der Unternehmen nicht überspannt werden darf. Breuer weist mit Recht darauf hin, dass der Marktbeherrschende nicht imstande ist, „im Rahmen eines branchenweiten [Preis-]Vergleichs die differierenden Real faktoren der Standorte, der Produkterstellung und -bereitstellung sowie der Kosten und der Investitions- und Finanzierungsmodalitäten darzulegen und zu beweisen.“<sup>55</sup> Darauf kam es in der *enwag*-Entscheidung jedoch nicht an. Denn die *enwag* hat sich im Hinblick auf mögliche Mehrkosten aufgrund geologisch und/oder topographisch schwieriger Bedingungen auf bloße Behauptungen beschränkt.<sup>56</sup>

### 3. Gebührenkontrolle

Bleibt die Frage, ob auch die durch Satzung festgesetzten Gebühren öffentlich-rechtlich organisierter Wasserversorger der Missbrauchsaufsicht gem. § 103 Abs. 5 GWB 1990 und gem. § 19 Abs. 1 GWB unterworfen sind. In der Literatur wird eine Missbrauchsaufsicht über öffentlich-rechtliche Wasserversorger meist gar nicht in Erwägung gezogen.<sup>57</sup> Deswegen wird vielfach auch die Flucht in das öffentliche Recht erwogen – die Rekommunalisierung der Wasserversorgung, die eine kartellrechtliche Preiskontrolle (vermeintlich) ausschließt.<sup>58</sup> Die Monopolkommission vertritt nun aber, dass das GWB auch auf *Gebühren* in der Wasserwirtschaft angewendet werden könne.<sup>59</sup> Das setzt indes voraus, dass ein Wasserversorger auch dann noch als *Unternehmen* i. S. des GWB einzustufen ist, wenn er öffentlich-rechtlich organisiert ist und das Benutzungsverhältnis auf der Basis einer Gebührensatzung öffentlich-rechtlich ausgestaltet hat.

55 Breuer, NVwZ 2009, 1249, 1254.

56 BGH, a.a.O., Rn. 62 ff.

57 *Ritzenhoff*, WRP 2010, 734 („Die Anwendbarkeit des GWB ist ausschließlich im Bereich der privatrechtlich organisierten Wasserversorger gegeben, die einen Wasserpreis erheben und keine Gebühr verlangen können“); ähnlich: *Lotze*, RdE 2010, 113, 119 „[...] dass die einschlägige Vorschrift des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 nur dort zur Anwendung kommt, wo die Wasserentgelte privatrechtlich und nicht als kommunale Gebühren ausgestaltet sind.“

58 Siehe dazu auch: OLG Frankfurt, Beschluss vom 3.3.2011, 11 W 2/11 (Kart), ZNER 2011, 194 = WuW/E DE-R 3238.

59 Monopolkommission, a.a.O., S. 51.

## a) Der Unternehmensbegriff des GWB

Der BGH<sup>60</sup> legt in ständiger Rechtsprechung einen funktionalen Unternehmensbegriff zugrunde, der „durch jedwede Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr erfüllt wird.“ Die Eigentumsverhältnisse an dem Unternehmen spielen keine Rolle. Denn gem. § 130 Abs. 1 GWB findet „[d]ieses Gesetz ... auch Anwendung auf Unternehmen, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden.“ Nach allgemeiner Meinung<sup>61</sup> spielt auch die Unternehmensform keine Rolle: Der Bundesgerichtshof hat „eine öffentlich-rechtliche Organisationsform des am geschäftlichen Verkehr Teilnehmenden nicht allein als ausreichend angesehen, um ihn aus dem Geltungsbereich des Gesetzes [gegen Wettbewerbsbeschränkungen] zu entlassen.“<sup>62</sup> Daher unterfallen auch Gemeinden „[a]ls Träger hoheitlicher Gewalt ... dann dem GWB, wenn sie sich wirtschaftlich betätigen.“<sup>63</sup> Greife ein Hoheitsträger, so der BGH, im Rahmen der Erfüllung seiner Aufgaben zu den von der Privatrechtsordnung bereitgestellten Mitteln, unterliege er in diesem Bereich den gleichen Beschränkungen wie jeder andere; er habe insbesondere die durch das Wettbewerbsrecht gezogenen Grenzen einer solchen Tätigkeit zu berücksichtigen.<sup>64</sup>

Dementsprechend hat auch das OLG Düsseldorf in einem Beschluss vom 8. Dezember 2010 ausgeführt, dass „der Rechtscharakter eines [Brandenburgischen] Wasser- und Abwasserzweckverbandes, eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, ... der Einordnung als Unternehmen i. S. des GWB nicht von vornherein“ entgegenstehe.<sup>65</sup> Es gelte vielmehr ein *funktionaler Unternehmensbegriff*. Danach unterliege „die Tätigkeit des Staates dann dem GWB, wenn er sich auf dem Markt als Anbieter wirtschaftlicher Leistungen“ betätige. Das OLG Düsseldorf betont indes in Einklang mit der herrschenden Lehre,<sup>66</sup> dass das GWB nur für eine wirtschaftliche, nicht aber für eine hoheitliche Tätigkeit des Staates gelte. Immer dann, so Bornkamm,<sup>67</sup> wenn die öffentliche Hand (schlicht) hoheitlich handle, sei ihr Verhalten dem Kartellrecht entzogen; dagegen müsse sich die öffentliche Hand immer dann, wenn sie am allgemeinen Geschäftsverkehr teilnehme und ihr keine (öffentlicht-rechtlichen) Sonderregelungen zu Gebote stünden, an den Maßstäben messen lassen, die für jeden anderen Marktteilnehmer gelten würden.<sup>68</sup>

---

60 BGH, WuW/E DE-R 289, 291 – Lottospielgemeinschaft; grundlegend: BGH WuW/E BGH 1474, 1477 – Architektenkammer.

61 Stadler, in: Langen/Bunte, Bd.1, Deutsches Kartellrecht, 11. Aufl. 2011, § 130 Rn. 13; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, GWB, § 130 Rn. 44; Bechtold, GWB, 6. Aufl. 2010, § 1 Rn. 10.

62 BGH Beschluss vom 9.3.1999, a.a.O. (Lottospielgemeinschaft); siehe auch: BGHZ 67, 81, 84 (Auto-Analyzer).

63 BGH, Urt. v. 21.11.2002, WuW/E DE-R 1087, 1089 – Kommunale Einkaufsgemeinschaften (Feuerlöschzüge).

64 BGH, a.a.O.; siehe auch: BGHZ 168, 295, 300 f.

65 OLG Düsseldorf, KommJu 2011, 61.

66 Stadler, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd.1, 10. Aufl. 2006, § 130 Rn. 16; Bornkamm, in: FS Hirsch, 231, 233; vgl. auch: Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd.2. GWB, 4. Aufl. 2007, § 1 Rn. 30.

67 Bornkamm, a.a.O.

68 Bornkamm, a.a.O.

## b) Die Rechtsauffassung des OLG Düsseldorf

Das OLG Düsseldorf hat eine wirtschaftliche Tätigkeit in dem von ihm entschiedenen Fall verneint; unabhängig von der Frage, ob bereits die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Wasser- und Abwasserzweckverband und den Verbrauchern für die Einordnung als hoheitliche Tätigkeit ausreiche, sei die Versorgungstätigkeit jedenfalls wegen des Anschluss- und Benutzungzwangs nicht als wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen. Die Anwendbarkeit des GWB setze „potentielle Wettbewerbsbeziehungen zu Dritten“ voraus.<sup>69</sup> Das sei dann nicht der Fall, wenn der Wasserversorger die Verbraucher auf Grund öffentlich-rechtlicher Rechtsbeziehungen auf der Grundlage eines Anschluss- und Benutzungzwangs mit Trinkwasser versorge. In diesem Fall werde der Staat nicht nur auf öffentlich-rechtlicher Grundlage tätig; vielmehr schließe er „durch die (rechtlich zulässige) Monopolisierung … jedweden Wettbewerb Dritter von vornherein aus.“

Das OLG Düsseldorf beruft sich insoweit auf die h. M.<sup>70</sup> und auf die Begründung der 6. GWB-Novelle (BT-Drucks. 13/9720, S. 70), die – wenn auch nur am Rande – den Hinweis enthält, dass „das Kartellrecht ohnehin in den zahlreichen Fällen keine Anwendung [finde], in denen die Versorgung von Endverbrauchern öffentlich-rechtlich ausgestaltet“ sei. In der Literatur wird der Beschluss des OLG Düsseldorf teils befürwortet – die Kartellbehörde sei, so pointiert Zuber,<sup>71</sup> keine „Superrevisionsinstanz“ der Kommunalaufsicht in Gebührenfragen –, teils aber auch abgelehnt.<sup>72</sup> Dogmatisches Kernproblem bleibt die Frage, wie sich hoheitliche und wirtschaftliche, d. h. (auch) anhand des Kartellrechts überprüfbare Tätigkeiten voneinander abgrenzen lassen.

## c) Stellungnahme

Das OLG Düsseldorf verneint eine wirtschaftliche Tätigkeit vor allem aufgrund des Anschluss- und Benutzungzwangs<sup>73</sup> und knüpft damit an ein ungeeignetes Kriterium an.<sup>74</sup> Denn die Beobachtung, dass ein Monopol auf eine gesetzliche Vorschrift zurückzuführen ist, steht der Missbrauchskontrolle nach std. Rspr. des BGH<sup>75</sup> nicht entgegen. Daran ändert auch der Hinweis auf den Effekt des Anschluss- und Benutzungzwangs nichts: Die Anwendbarkeit des GWB setze potentielle Wettbewerbsbeziehungen zu Dritten voraus.<sup>76</sup> Daran fehle es, so das OLG Düsseldorf, wenn der Wasserversorger die Verbraucher auf Grund öffentlich-rechtlicher Rechtsbeziehungen

69 OLG Düsseldorf, a.a.O., unter Berufung auf Stadler, in: Langen/Bunte, a.a.O., § 130 Rn. 16, 21.

70 Reif, in: Münchener Kommentar, GWB, § 131 Rn. 48 ff.; Klaue, in: Immenga/Mestmäcker, 4. Aufl. 2007, § 131 Rn. 32; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 130 Rn. 40; Zuber, in: Loewenheim/Meesen/Riesenkampff, GWB, § 131 Rn. 13; Kühling, DVBl. 2010, 205, 212; Breuer, NVwZ 2009, 1249, 1250; vgl. auch: Stadler, in: Langen/Bunte, a.a.O., § 130 Rn. 17.

71 Zuber, KommJur 2011, 61, 64.

72 Wolf, BB 2011, 648.

73 Dazu allg.: Mann, in: Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 1, 3. Aufl. 2007, § 17 Rn. 41 ff.

74 Ebenso wie hier: Wolf, BB 2011, 648, 649 f.; Zuber, a.a.O.

75 BGH, a.a.O.; BGH WuW/E DE-R 1555 – Friedhofsrhue; BGH WuW/E BGH 647, 649 – Rinderbesamung I; BGH WuW/E BGH 863, 864 – Rinderbesamung II; vgl. auch: Wolf, BB 2011, 648, 649 m. w. N.

76 OLG Düsseldorf, a.a.O., unter Berufung auf Stadler, in: Langen/Bunte, GWB, 11. Aufl. § 130 Rn. 16, 21 m. w. N.

auf der Grundlage eines Anschluss- und Benutzungzwangs mit Trinkwasser versorge.<sup>77</sup> In diesem Fall schließe der Staat durch die (rechtlich zulässige) Monopolisierung jedweden Wettbewerb Dritter von vornherein aus.<sup>78</sup> Klarzustellen ist jedoch, dass die Missbrauchsgefahr, die §§ 19 Abs. 1 GWB, 103 Abs. 5 GWB 1990 bekämpfen wollen, gerade in den Fällen am größten ist, in denen das marktbeherrschende Unternehmen noch nicht einmal eine potentielle Konkurrenz zu befürchten hat.<sup>79</sup> Daher wenden Rspr. und Literatur § 19 Abs. 1 GWB mit Recht auch auf gesetzliche Monopole an.<sup>80</sup> Dafür spricht,

- dass das Missbrauchsverbot nach allgemeiner Meinung auch auf *natürliche Monopole*<sup>81</sup> anwendbar ist<sup>82</sup> – und das ungeachtet der Tatsache, dass auch insoweit keine (potentielle) Konkurrenz besteht, und
- dass der Unternehmensbegriff tätigkeitsbezogen zu verstehen ist: Es kommt nicht auf den Entstehungstatbestand der Marktmacht sondern allein auf die Einordnung der konkret entfallenen Tätigkeit als hoheitlich oder als wirtschaftlich an.

Eventuell könnte der Unternehmensbegriff allerdings verfassungskonform so auslegen sein, dass der Kommune im Lichte von Art. 28 Abs. 2 GG die Freiheit bleiben muss, die Missbrauchsaufsicht dadurch abzuwählen, dass sie die Leistungsbeziehungen öffentlich-rechtlich ausgestaltet.<sup>83</sup> Das Gebot verfassungskonformer Auslegung verlangt, von mehreren möglichen Normdeutungen, die teils zu einem verfassungswidrigen, teils zu einem verfassungsmäßigen Ergebnis führen, diejenige vorzuziehen, die mit dem Grundgesetz in Einklang steht.<sup>84</sup> Klarzustellen ist indes, dass die rechtsformunabhängige Bindung der kommunalen Trinkwasserversorgung an das Missbrauchsverbot keineswegs verfassungswidrig wäre (s. o.). Art. 28 Abs. 2 GG könnte zwar auch unabhängig davon auf die Interpretation des Unternehmensbegriffs ausstrahlen, so dass er den Kommunen im Ergebnis die Flucht in das öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnis ermöglicht. Dies würde jedoch zu einem rein formalen, an die gewählte Handlungsform gebundenen Unternehmensbegriff führen – ohne Rücksicht auf die materielle Einordnung ein- und derselben Leistungsbeziehung (Trinkwasserversorgung) als hoheitlich oder wirtschaftlich. Dies würde außerdem die Effektivität des Kartellrechts in Frage stellen, das aufgrund der „*opt out*“-Befugnis zur Disposition der Kommunen stünde, und es würde den Blick dafür verstellen, dass allein die Einordnung der Wasserversorgung als öffentliche Aufgabe (Daseinsvorsorge) im Gewährleistungsstaat keineswegs impliziert, dass die Erfüllung dieser Aufgabe als hoheitliche, nicht-wirtschaftliche Tätigkeit einzustufen ist; vielmehr ist die in vielen Kommunen beobachtete Privatisierung der Trinkwasserver-

---

77 OLG Düsseldorf, a.a.O.

78 OLG Düsseldorf, a.a.O.

79 Ähnlich: Wolf, BB 2011, 648, 649.

80 Siehe nur: Paschke, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, § 19 GWB 2005, Rn. 168 m.w.N.; Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, 4. Aufl. 2007, § 19 Rn. 45.

81 Begriff: Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 7. Aufl. 2001, S. 36; Stocker, Moderne Volkswirtschaftslehre, 6. Aufl. 2009, S. 75; auch Samuelson/Nordhaus, Volkswirtschaftslehre, 15. Aufl. 1998, S. 385, behandeln die Trinkwasserversorgung als Musterbeispiel für ein natürliches Monopol.

82 Dazu auch: Wolf, BB 2011, 648, 649, mit dem Hinweis, dass Betreiber von Stromverteilnetzen als natürliche Monopolisten unzweifelhaft Unternehmen seien.

83 Der Verfasser hat diese These auf der Jahrestagung (2011) des Bundesverbands Öffentliche Dienstleistungen (BVÖD) selbst ins Spiel gebracht.

84 BVerfGE 119, 247, 274 (std. Rspr.); vertiefend: Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. I, 10. Aufl. 2009, Rn. 100 bis 104.

sorgung ein klares Indiz dafür, dass es sich nicht um eine hoheitliche, sondern um eine wirtschaftliche Tätigkeit handelt.

## IV. Perspektiven

Besteht nach alledem das Risiko einer einseitig auf Effizienz ausgerichteten Missbrauchsaufsicht, das sich durch den „*More Economic Approach*“ im Europäischen Kartellrecht,<sup>85</sup> d. h. durch das Bekenntnis zu Konsumentensouveränität und effizienter Ressourcenallokation auf Dauer sogar noch erhöhen könnte? Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass das Kartellrecht bestimmte Handlungsspielräume der Kommunen verstellt – auch wenn Wolf mit Recht darauf hingewiesen hat, dass die Kartellbehörden im Rahmen der Missbrauchskontrolle auch „öffentliche Belange“ berücksichtigen.<sup>86</sup> Ein gespaltener Kontrollmaßstab, je nachdem, ob die Trinkwasserversorgung privat- oder öffentlich-rechtlich ausgestaltet ist, kann auf Dauer aber trotzdem nicht überzeugen. Denn der Befund, dass „durch eine missbräuchliche Preisgestaltung das Interesse der Allgemeinheit an einer bestmöglichen und preisgünstigen Versorgung gefährdet werde“ (OLG Frankfurt),<sup>87</sup> hängt nicht davon ab, ob ein Wasserversorger im Einzelfall überhöhte Preise oder überhöhte Gebühren verlangt.

### Abstract

*Christoph Brömmelmeyer; Water supply and distribution under the influence of competition law*

*Water Supply; Price of (Drinking) Water; Municipal Autonomy; Drinking Water*

*Recent decisions of german (regional) antitrust authorities, recommendations of the monopoly-commission and the "Wasserpreise Wetzlar"-decision of the German Federal Court of Justice raise the question, whether municipal prices of drinking water are subject to a scrutiny of the antitrust authorities – esp. in respect to possible abuses of a dominant position – and whether the municipality might escape such scrutiny by returning to public rather than private forms of enterprises.*

<sup>85</sup> Dazu: Jones/Sufrin, EU-Competition Law, 4th ed. 2010, p. 9-11. Leitbild des Deutschen Kartellrechts ist dieser More Economic Approach nach h. M. nicht (siehe statt aller: Nothdurft, in: Langen/Bunte, § 19 Rn. 5 f.).

<sup>86</sup> Wolf, BB 2011, 648, 652, mit dem Hinweis auf BGH, WuW/E DE-R 2163, 2165; BGH, WuW/E DE-R 1951, 1952 f.; BGH, WuW/E DE-R 2581, 2584 – Neue Trift.

<sup>87</sup> OLG Frankfurt, Beschluss vom 3.3.2011, 11 W 2/11 (Kart), ZNER 2011, 194 = WuW/E DE-R 3238, das sich die entsprechende Rechtsauffassung der Landeskartellbehörde zu Eigen gemacht hat.

## Literaturverzeichnis

- Bechtold, Rainer (2010), GWB-Kommentar, 6. Auflage, München.
- Bornkamm, Joachim (2008), Hoheitliches und unternehmerisches Handeln der öffentlichen Hand im Visier des europäischen Kartellrechts – Der autonome Unternehmensbegriff der Art. 81, 82 EG, in: Müller, Gerda, Eilert Osterloch und Torsten Stein, Festschrift für Günter Hirsch zum 65. Geburtstag, München, S. 231- 239.
- Breuer, Rüdiger (2009), Wasserpreise und Kartellrecht, in: NVwZ, 28. Jg., Heft 20, S. 1249-1255.
- Büdenbender, Ulrich (2010), Kartellrechtliche Preismissbrauchskontrolle der Wasserpreise – Wasserpreise Wetzlar (Anmerkung), in: LMK, Ausgabe 04, 300577.
- Czychowski, Manfred und Michael Reinhardt (2010), Wasserhaushaltsgesetz, Kommentar, 10. Auflage, München.
- Dreyer, Jan und Ulrich Bartl (2010), Preishöhenkontrolle bei Wasserlieferungen – Wasserpreise Wetzlar, in: NJW 63. Jg., Heft 35, S. 2553/2554.
- Paschke, Marian (2006), in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, § 19 GWB, Loseblattwerk, 61. Lieferung, Köln.
- Hempel, Dietmar und Peter Franke (Hrsg.), Recht der Energie und Wasserversorgung, Band III AVBWasserV, 64. Erg.-Lieferung, Stand: Mai 2001, Köln.
- Immenga, Ulrich und Ernst-Joachim Mestmäcker (1992), Wettbewerbsrecht, Band 2, GWB, 2. Auflage, München.
- Immenga, Ulrich und Ernst-Joachim Mestmäcker (2007), Wettbewerbsrecht, Band 2, GWB, 4. Auflage, München.
- Jones, Alison und Brenda Sufrin (2010), EU-Competition Law, 4th edition, Oxford.
- Kühling, Jürgen (2010), Wettbewerb und Regulierung jetzt auch in der Wasserwirtschaft?, in: DVBl., 125. Jg., Heft 4, S. 205-214.
- Langen, Eugen und Hermann-Josef Bunte (Hrsg.) (2011), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1, Deutsches Kartellrecht, 11. Auflage, Köln.
- Laskowski, Silke Ruth (2011), Privatisierung der Wasserversorgung, in: KJ, 44. Jg., Heft 2, S. 185-195.
- Lenk, Thomas, Oliver Rottmann, Mario Hesse und Marcel Fälsch (2010), Replik zur Drucksache 17/2600 Dt. Bundestag, 17. Wahlperiode „Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik“, Monopolkommission, [http://www.uni-leipzig.de/fiwi/Kompetenzzentrum/pdf/100915\\_VKU\\_Monopolkommission.pdf](http://www.uni-leipzig.de/fiwi/Kompetenzzentrum/pdf/100915_VKU_Monopolkommission.pdf) (Zugriff 17.01.2012).
- Lotze, Andreas (2010), Kartellrechtliche Wasserpreis-Missbrauchskontrolle nach „enwag“ – Grundlegende Einzelfallentscheidung und kein Generalverdacht gegen eine Branche, in: RDE, 2010, Heft 4-5, S. 113-121.
- Loewenheim, Ulrich, Karl M. Meessen und Alexander Riesencampff (Hrsg.) (2009), Kartellrecht, Europäisches und Deutsches Recht – Kommentar, 2. Auflage, München.
- v. Mangoldt, Hermann, Friedrich Klein und Christian Starck (Hrsg.) (2010), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 6. Auflage, München.
- Mann, Thomas und Günter Püttner (2007), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 1, 3. Auflage, Berlin.
- Müller, Friedrich und Ralph Christensen, Juristische Methodik: Grundlagen Öffentliches Recht, Bd. I, 10. Auflage, Berlin.
- Reif, Thomas (2008), in: Münchener Kommentar, Bd. 2, GWB, § 131 GWB, München.
- Reinhardt, Michael (2010), Die kartellrechtliche Kontrolle der Wasserpreise aus rechtswissenschaftlicher Sicht, in: LKV, 20. Jg., Heft 4, S. 145-152.
- Ritzenhoff, Lukas (2010), Die kartellrechtliche Wasserpreiskontrolle nach „Wasserpreise Wetzlar“, in: WRP, 56. Jg., Heft 6, S. 734-742.
- Samuelson, Paul Antony und William D. Nordhaus, (1998) Volkswirtschaftlehre, 15. Auflage, Frankfurt am Main, Wien.
- Schmidt, Ingo (2001), Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 7. Auflage, Stuttgart.
- Stocker, Ferry (2009), Moderne Volkswirtschaftslehre, Logik der Marktwirtschaft, 6. Auflage, München.
- Wolf, Maik (2011), Unternehmensbegriff, Zuständigkeit der Kartellämter und Rechtsweg bei öffentlich-rechtlichen Leistungsbeziehungen, in: BB, 66. Jg., Heft 1, S. 648-654.
- Zuber, Andreas (2011), Praxishinweis zum Beschluss des OLG Düsseldorf vom 8.12.2010, in : KommJur, 8. Jg., Heft 2, S. 64.