

Kartellrechts-Novelle: Altes Wasser in neuen Schläuchen?

Categories : [Kommunen](#), [Regulierung](#), [Verwaltungsrecht](#), [Wasser](#), [Wettbewerbs- und Kartellrecht](#)

Tagged as : [8. GWB-Novelle](#), [allgemeine Missbrauchsaufsicht](#), [GWB](#), [kartellrechtliche Auskunftsvorfügung](#), [Preisüberhöhung](#), [Rationalisierungspotenzial](#), [Rückzahlungsverpflichtung](#), [Vergleichsmarktkonzept](#), [verschärfte Missbrauchsaufsicht](#), [§ 103 GWB 1990](#)

Date : 30. November 2011

Auf den ersten Blick kann man den Eindruck bekommen, dass die 8. GWB-Novelle für den Wassersektor nicht sonderlich relevant ist. Nach dem Referentenentwurf vom 8. November 2011 wird lediglich die Vorschrift des alten § 103 GWB 1990 in Form des § 31 GWB übernommen. Inhaltlich passiert, außer ein paar kosmetischer Änderungen bzw. Streichungen, nichts. Ziel der Gesetzesintegration ist es, die „Systematik des GWB“ zu verbessern und die „Anwendbarkeit für die Vollzugsbehörde“ zu erleichtern.

Doch wer glaubt, dass hier der Gesetzgeber nur altes Wasser in neue Schläuche füllen will, täuscht sich womöglich. Ein Blick in die Begründung zur Gesetzesänderung zeigt, dass sich der Gesetzgeber aktueller Probleme und Diskussionen rund um die kartellrechtliche Kontrolle von Wasserpreisen bewusst ist. Auch jüngste Verlautbarungen des [Bundeskartellamtes](#) (BKartA) deuten darauf hin, dass hier möglicherweise noch nicht das letzte Wort gesprochen ist.

Im Einzelnen: Der Referentenentwurf konstatiert, dass die praktische Bedeutung der kartellrechtlichen Missbrauchsvorschriften im Wasserbereich nach den Grundsatzentscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGH) in [Sachen Wetzlar](#) gestiegen ist. Damit sei das Vergleichsmarktkonzept einschließlich der Beweiserleichterungen für die Kartellbehörden anerkannt worden und habe an Bedeutung gewonnen.

Ob diese Aussage in ihrer Allgemeinheit zutrifft, ist doch fraglich. Der BGH hat sicherlich die Grundstrukturen der so genannten verschärfte Missbrauchsaufsicht im Wasserbereich konturiert. Zugleich aber sind in diesem Beschluss viele Fragen, insbesondere im Hinblick auf eine Rechtfertigung der Wasserversorgungsunternehmen von bestehenden Preisunterschieden zu den Vergleichsunternehmen, offen geblieben. Im Übrigen ist der Vergleich im Rahmen der verschärfte Missbrauchsaufsicht deutlich von dem Vergleichsmarktkonzept zu unterscheiden, welches die Kartellbehörden im Rahmen der allgemeinen Missbrauchsaufsicht des [§ 19 GWB](#) anzuwenden haben. Hier herrscht noch in keiner Weise Klarheit, wie der jüngste Beschluss des [OLG Stuttgart](#) in Sachen Energieversorgung Calw gezeigt hat.

Der Gesetzgeber nimmt einen weiteren Gedanken des BGH in seinem [Wetzlar-Beschluss](#) auf. Bei der Rechtfertigung verweist der Referentenentwurf darauf, dass das betroffene Unternehmen auch seine Rationalisierungsbemühungen darzulegen habe. An dieser Stelle hat der BGH angedeutet, dass selbst bei Vorliegen struktureller Unterschiede eine Preisrechtfertigung nur dann möglich sein wird, wenn das Wasserversorgungsunternehmen dargelegt hat, dass es die aufgrund dieser Unterschiede bestehenden Preisdifferenzen nicht auf andere Weise (Rationalisierungspotenziale) korrigieren kann.

Bemerkenswert ist schließlich in der Begründung zum Referentenentwurf, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass Auskunftsvorfügungen der Kartellbehörden grundsätzlich an alle Wasserversorger - unabhängig von der Rechtsform und Ausgestaltung der Leistungsbeziehungen zu den Kunden - ergehen können. In dieser Sache ist jedoch der Beschluss des BGH in Sachen Zweckverband Niederbarmmin (KVR 9/11) erst noch abzuwarten. Das [OLG Düsseldorf](#) hat bislang eine kartellrechtliche Auskunftsvorfügung an einen öffentlich-rechtlichen Wasserversorger durch die Kartellbehörde für unzulässig erachtet.

Unverändert erhalten bleibt auch das so genannte Benehmensefordernis, § 103 Abs. 4 GWB 1990. Die Kartellbehörde kann auf dieser Grundlage nur agieren, wenn zuvor das Benehmen mit der Fachaufsichtsbehörde getroffen worden ist. Die Begründung führt aus, dass auf diese Weise sichergestellt werden soll, dass „neben ökonomischen auch sonstige Gesichtspunkte, wie beispielsweise des Umwelt- und Gesundheitsschutzes sowie der Versorgungssicherheit, hinreichend berücksichtigt“ werden sollen.

Dem BKartA scheint diese Integration der bestehenden Rechtslage in das zu novellierende GWB nicht zu genügen. Es wirbt offen für eine Verstärkung der Missbrauchsaufsicht im Wasserbereich. So ist ein Ansatz des BKartA, die bestehende verschärfte Missbrauchsaufsicht im Rahmen der Energieversorgung ([§ 29 GWB](#)), die auch nach Ansicht des [Bundeswirtschaftsministeriums](#) (BMW) offenbar verlängert werden soll, auf den Wasserbereich zu erstrecken (FAZ v. 25.11.2011, S. 13).

Die verschärfte Missbrauchsaufsicht mit ihrer reduzierten Darlegungslast für die Kartellbehörden und gesteigerten Mitwirkungs- und Rechtfertigungslast der Wasserversorgungsunternehmen wäre damit abermals verschärft: Denn die Kartellbehörden können ihre Sanktionsinstrumente aus der allgemeinen Missbrauchsaufsicht leichter einsetzen. So wäre demnach eine Rückzahlungsverpflichtung für die Vergangenheit möglich, ohne dass die Kartellbehörde, wie sonst notwendig, die Preisüberhöhung im Einzelnen nachweisen müsste.

Ansprechpartner: [Daniel Schiebold](#)

Weitere Ansprechpartner in Fragen des Kartellrechts und der Preisbildung finden Sie [hier](#). Und wenn Sie etwas lesen möchten, dann schauen Sie z.B. [hier](#), Stichwort Preise.