

Berechnungen werden transparent in einem Excel-Instrument zur Verfügung gestellt.

Mit einer breiten Teilnahme an der Kundenbilanz des BDEW demonstriert die Wasserwirtschaft ihren Willen zu noch mehr Transparenz und Dialog mit den Kunden.

Die Kontrolle von Wasserentgelten oder die Frage, wer prüft was

Rechtsanwalt Dr. Peter Gussone, Berlin*

I. Ausgangslage

Die kartellrechtlichen Preishöhenkontrollverfahren im Bereich der Wasserwirtschaft haben in letzter Zeit erheblich an Bedeutung gewonnen. Vorreiter in dieser Sache ist die *Hessische Landeskartellbehörde* mit ihrem langjährigen Verfahren gegen den Wasserversorger in Wetzlar, die Enwag, gewesen¹. Mittlerweile hat auch das *BKartA* ein groß angelegtes Musterverfahren gegen die Berliner Wasserbetriebe eingeleitet². Dieses Verfahren wird nach der jüngsten Entscheidung des *VG Köln*, welches sich für unzuständig erklärt hat, die Zuständigkeit des *BKartA* zu prüfen, nun weitergehen³. Die *Landeskartellbehörden* sind zum Teil schon deutlich weiter⁴.

Mit seinem Beschluss vom 2.2.2010 hat der *BGH* erstmals zur kartellrechtlichen Wasserpreiskontrolle Stellung genommen⁵. Die in dem Verfahren angegriffene Verfügung der *Landeskartellbehörde Hessen* richtete sich gegen die Enwag, den Wasserversorger in Wetzlar. Noch am 23.12.2010 hat die *Landeskartellbehörde Hessen* eine zweite Preissenkungsverfügung gegen die Enwag erlassen. Die Enwag ist seit dem 1.1.2011 nicht mehr als Wasserversorger tätig, vielmehr ist die Wasserversorgung in Wetzlar nunmehr öffentlich-rechtlich gestaltet⁶.

Das Beispiel in Wetzlar könnte als eine „Flucht in die Gebühren“ bezeichnet werden. Es liegt damit die Frage nahe, ob sich eine solche Flucht lohnt. Mit einer Untersuchung der rechtlichen Prüfungsmaßstäbe im Kartell- sowie Kommunalrecht soll dieser Frage vorliegend nachgegangen werden⁷. Dabei werden nur die Wasserentgelte, also hoheitliche Gebühren und privatrechtliche Preise, unter Vernachlässigung des Abwasserbereiches betrachtet.

II. Grundlagen

1. Systematik der Überprüfung der Wasserpreise

Blickt man auf die Systematik der Wasserpreiskontrolle, zeigt sich eine Zweiteilung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht. Für die Höhe von Gebühren gelten die Grundsätze des öffentlichen Haushaltsrechts und insbesondere der Kommunalabgabengesetze (KAG) der Länder, deren Einhaltung im Wege der Kommunalaufsicht,

durch die *Rechnungshöfe* oder über Widerspruch und Klage gegen einen Gebührenbescheid kontrolliert werden kann. Privatrechtliche Entgelte unterliegen den kartellrechtlichen Beschränkungen; etwaige Verstöße werden durch die Kartellbehörden verfolgt. Daneben kann die Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB greifen, die die Kunden eines Versorgers im Zivilrechtswege geltend machen können.

Die genannte Zweiteilung entspricht der nach wie vor ganz herrschenden Auffassung und der Gesetzeslage, die eine Anwendung der kartellrechtlichen Vorschriften auf hoheitlich ausgestaltete Rechtsverhältnisse ablehnt⁸. Sie wird auch vorliegend als maßgeblich angenommen.

2. Rechtliche Grundlagen

a) *Kartellrecht*. Die Kartellbehörden können die Überprüfung der Wasserpreise entweder auf § 103 V 2 Nr. 2 GWB 1990 oder aber auf § 19 IV Nr. 2 GWB stützen.

§ 131 VI GWB bestimmt, dass §§ 103, 103a, 105 GWB 1990 sowie Vorschriften, auf die diese verweisen und auf die verwiesen wird, im Bereich der Wasserversorgung weiterhin anzuwenden sind. Diese Normen galten ursprünglich auch für den Strom- und Gasbereich. Sie sehen als Ausgleich für den fehlenden Wettbewerb eine stärkere kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht vor.

* Der Autor ist Rechtsanwalt der auf Energie- und Infrastrukturrecht spezialisierten überörtlichen Partnerschaft Becker Büttner Held, Berlin.

1 Ausgangspunkt des Verfahrens war die Verfügung zur Absenkung der Wasserpreise der *Hessischen Landeskartellbehörde* im Mai 2007, befristet bis zum 31.12.2008. Hiergegen legte das Unternehmen Beschwerde beim *OLG Frankfurt* ein, welches am 18.11.2008 die Verfügung der *Landeskartellbehörde* bestätigte (*OLG Frankfurt* - 11 W 23/07). Im Rechtsbeschwerdeverfahren entschied der *BGH* am 2.2.2010, dass die Preissenkungsverfügung gegenüber der Enwag rechtmäßig sei (*BGH KVR* 66/08).

2 Tätigkeitsbericht des *BKartA* für 2009/2010, S. 123 – 125.

3 *VG Köln*, Beschl. v. 6.9.2011, 4 K 1465/11.

4 Siehe dazu unten Abschnitt II.3.c).

5 *BGH*, Beschl. v. 2.2.2010, KVR 66/08.

6 Das *OLG Frankfurt* hat deshalb im einstweiligen Rechtsschutz die aufschiebende Wirkung der Beschwerde der Enwag hinsichtlich der Anordnungen für die Zukunft angeordnet, Beschl. v. 3.3.2011, 11 W 3/11. Die mündliche Verhandlung im Hauptsacheverfahren ist für den 25.10.2011 terminiert.

7 Der Beitrag geht auf einen Vortrag zurück, den der Verfasser auf der Konferenz „Kommunales Infrastruktur-Management“ am 24.6.2011 in Berlin gehalten hat. Frau Rechtsanwältin Siebeck gebührt Dank für die Unterstützung bei der Verfassung des Artikels.

8 Auch wenn es in dem gemeinsamen Arbeitskreis der *Landeskartellbehörden* und des *BKartA* in letzter Zeit wieder entsprechende Überlegungen gibt, wie auch Gebühren in die kartellrechtliche Preisaufsicht einbezogen werden können, entspricht es offenbar nach wie vor dem Willen des Gesetzgebers, hier keine Änderungen vorzunehmen. Siehe insofern die durch das *Bundeswirtschaftsministerium* am 1.8.2011 vorgelegten Eckpunkte zur 8. GWB-Novelle. Vgl. im Übrigen *Lotze*, RdE 2010, 113 (119 f.).

§ 103 V GWB 1990 gilt unmittelbar nur für Demarkations- und Konzessionsverträge i.S.v. § 103 I GWB 1990. Über § 103 VII i.V.m. § 22 V GWB 1990 findet die Regelung jedoch auch sonst entsprechende Anwendung, da Wasserversorger über ein Monopol verfügen und damit marktbeherrschende Unternehmen im Sinne der letztgenannten Vorschrift sind.

§ 103 V 2 Nr. 2 GWB 1990 bestimmt, dass ein Missbrauch vorliegt, wenn ein Versorgungsunternehmen ungünstigere Preise fordert als gleichartige Versorgungsunternehmen, sofern nicht das betroffene Unternehmen nachweist, dass der Unterschied auf ihm nicht zurechenbaren abweichenden Umständen beruht. Als Rechtsfolge kommt nur eine Missbrauchsverfügung – insbesondere also eine Preissenkungsverfügung oder ein Preiserhöhungsverbot – mit Wirkung für die Zukunft in Betracht.

Hierin liegt ein wichtiger Unterschied zu § 19 IV Nr. 2 GWB, der den Charakter eines gesetzlichen Verbotes hat⁹ und daher bei Verstößen auch auf den Zeitpunkt des Beginns des Verstoßes zurückwirkende Maßnahmen gestattet. Nach der Vorschrift liegt ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen Entgelte fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden. Dies deckt sich weitgehend mit § 103 V 2 Nr. 2 GWB 1990¹⁰, bei welchem jedoch die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast aus Sicht der Kartellbehörde eine günstigere ist. Denn abweichend von den für § 19 IV Nr. 2 GWB geltenden allgemeinen Prinzipien muss dort der Versorger seine höheren Preise rechtfertigen.

Geklärt scheint die in der Literatur diskutierte Frage, ob neben der durch das Beibehalten der alten Regelungen des § 103 V GWB 1990 für den Wasserbereich vorliegenden Spezialregelung überhaupt die allgemeine Missbrauchsaufsicht Anwendung findet. In der Literatur gibt es Vertreter, die hier eine Sperrwirkung des § 103 V GWB 1990 annehmen und auf den anderenfalls entste-

henden Systembruch verweisen¹¹. Die Gegenauffassung hält dagegen auch die allgemeine Missbrauchsaufsicht neben der verschärften und besonderen Missbrauchsaufsicht für Wasserpreise für anwendbar. Dies folge bereits aus dem Verhältnis des § 103 GWB 1990 zu §§ 22, 26 GWB 1990¹². Dieser Auffassung hat sich auch das *OLG Stuttgart* in seinem Beschluss Energieversorgung Calw unter Bezugnahme auf die *BGH*-Entscheidung in Sachen Enwag angeschlossen¹³, wobei die Fragestellung vor dem *BGH* anders gelagert war.

Die kartellrechtliche Preishöhenkontrolle ist im Einzelnen sehr umstritten und stellt die Kartellbehörden vor schwierige Nachweisprobleme. Die mit 30% deutliche Preissenkungsverfügung der *Landeskartellbehörde Baden-Württemberg* gegen die Energieversorgung Calw hat das *OLG Stuttgart* vor kurzem gestoppt¹⁴. Das Gericht weist dabei bereits den Ansatz der *Landeskartellbehörde Baden-Württemberg* zurück, wonach eine isolierte Kostenkontrolle eine kartellrechtliche Preissenkungsverfügung begründen kann¹⁵.

b) *Kommunalabgabenrecht*. Die Überprüfung von kommunalen Gebühren richtet sich in aller Regel nach den jeweiligen KAG der Länder. Daneben spielen die teilweise aus dem Grundgesetz (GG) herzuleitenden Grundsätze, insbesondere das Äquivalenz- und das Gleichbehandlungsprinzip, eine wichtige Rolle bzw. finden sich in den KAG wieder. Das Äquivalenzprinzip als Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsprinzips verbietet ein Missverhältnis zwischen dem Wert der erbrachten Leistung und der zu entrichtenden Gebühr im Einzelfall¹⁶. Das Gleichbehandlungsprinzip ist Ausdruck des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 3 I GG. Eine unterschiedliche Behandlung bei der Erhebung von Gebühren bedarf deshalb einer sachlichen Rechtfertigung. Die Überprüfung wird durch die Kommunalaufsichtsbehörden im Rahmen der Rechtsaufsicht wahrgenommen. Diese repressive Aufsicht obliegt der jeweiligen Rechtsaufsichtsbehörde (je nach Bundesland unterschiedlich, z.B. Landratsamt) beim Bekanntwerden von Sachverhalten, die Zweifel an der Rechtmäßigkeit einer hoheitlichen Maßnahme, also z.B. einem Gebührenbescheid, begründen¹⁷. Hier besteht, wie bei den *Kartellbehörden*, ein Aufgreifermessen auf Seiten der Kommunalaufsichtsbehörden¹⁸. Auch die *Landesrechnungshöfe* können im Rahmen ihrer Prüfungsgruppenkompetenz Gebührensatzungen und ähnliches überprüfen¹⁹.

3. Kontrollpraxis der Kartellbehörden

a) *Ablauf der Untersuchung*. Für die kartellrechtlichen Verfahren sind grundsätzlich die Landeskartellbehörden zuständig, sofern nicht – wie im Falle der Berliner Wasserbetriebe geschehen – das Verfahren nach § 49 III GWB auf Antrag des *BKartA* an dieses abgegeben wird. Auch bei einem länderübergreifenden Bezug, etwa einem grenzüberschreitenden Versorgungsgebiet, wird die Zuständigkeit des *BKartA* begründet.

In der Praxis leiten die Kartellbehörden häufig zunächst eine Sektorenuntersuchung nach § 32e GWB ein, um

9 *Emmerich*, Kartellrecht, § 27 Rdnr. 122.

10 *Emmerich*, (o.Fußn. 9), § 36 Rdnr. 34.

11 *Gerstner*, N&R 2009, 52 (53 f.); *Klaue*, ZNER 2010, 233 f.; *Ritzenhoff*, BRP 2010, 734 (738).

12 *Markert*, N&R 2009, 118 (121 f.); *Reif*, in: Münchener Kommentar zum GWB, § 131 Rdnr. 85.

13 *OLG Stuttgart*, Beschl. v. 25.8.2011, 201 Kart 2/11, Rdnr. 20.

14 *OLG Stuttgart*, (o. Fußn. 13).

15 *OLG Stuttgart*, (o. Fußn. 13).

16 *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, Rdnr. 999.

17 *Meyer*, NVwZ 2003, 818.

18 Den Kommunalaufsichtsbehörden kommt ein pflichtgemäßes Entschließungsermessen zu, ob und inwieweit sie gegen Gesetzesverletzungen mit den förmlichen Mitteln der Kommunalaufsicht einschreiten; sie unterliegen also dem Opportunitätsprinzip; *Brüning/Vogelsang*, Die Kommunalaufsicht, 2009, Rdnr. 150.

19 *Dierkes/Hamann*, Öffentliches Preisrecht, 46 (85 f.).

ausreichend Daten über die ländereigene Wasserwirtschaft sammeln zu können. Nach Auswertung dieser Daten werden dann die Unternehmen mit den höchsten Preisen – zumeist unter Benennung von Vergleichsunternehmen mit günstigeren Preisen – aufgefordert, die Preisunterschiede zu erklären. Hieran schließt sich in der Regel ein längerer schriftlicher und mündlicher Austausch mit der Behörde an. Sollte hier eine Rechtfertigung der Preise des Wasserversorgers nicht gelingen, kann eine Missbrauchsverfügung seitens der Kartellbehörde drohen. Die Bandbreite möglicher Anordnungen reicht von einer Preissenkungsverfügung für die Zukunft bis zu einer Rückzahlungsverpflichtung wegen der in der Vergangenheit überhöhten Preise. Das betroffene Unternehmen hat die Möglichkeit, gegen eine solche Verfügung Beschwerde beim jeweiligen OLG einzulegen. Eine Rechtsbeschwerde gegen dessen Entscheidung zum BGH bedarf der besonderen Zulassung (§§ 74 ff. GWB).

b) *Datenerhebung.* Auf Grundlage des in Hessen entwickelten Fragebogens wurde von BKartA und Landeskartellbehörden ein bundeseinheitlicher, Excel-basierter Fragebogen erarbeitet. Durch die Abfrage detaillierter Wirtschafts- und Strukturdaten können Kennwerte errechnet werden, die einen Vergleich der Rahmenbedingungen ermöglichen sollen. Im Verfahren gegen die Berliner Wasserbetriebe hat das BKartA die Daten von etwa 40 Versorgern mittels dieses Fragebogens erhoben. Nicht alle Landeskartellbehörden haben aber den Fragebogen übernommen (beispielsweise verwenden Niedersachsen und Thüringen ein Formular mit deutlich geringerer Abfragetiefe).

c) *Preisaufsicht in den Bundesländern.* Das Ausmaß der kartellbehördlichen Aktivitäten ist in den einzelnen Bundesländern sehr unterschiedlich. Die Bandbreite wird abgesteckt am einen Ende durch Hessen, wo bereits zum wiederholten Male Missbrauchsverfügungen erlassen wurden, und am anderen Ende durch Bayern, wo ein Einschreiten bislang überhaupt nicht für erforderlich gehalten wird. In Thüringen werden derzeit die erhobenen Daten ausgewertet. In Sachsen-Anhalt und Niedersachsen sind schon vor einiger Zeit konkrete Missbrauchsverfahren eingeleitet worden. In Brandenburg wurden Versorger, die die Kartellbehörde des Preismissbrauchs verdächtigte, bereits Ende letzten Jahres zur Stellungnahme aufgefordert. Die Landeskartellbehörde Hessen führt seit vielen Jahren kontinuierlich Überprüfungen der Wasserpreise durch, die für eine Reihe von Versorgern zu Missbrauchsverfügungen geführt haben. Das Wetzlarverfahren ist nur das prominenteste Beispiel. In Baden-Württemberg ist die erste Missbrauchsverfügung gegen einen Wasserversorger, die Energieversorgung Calw, vorerst durch das OLG Stuttgart gestoppt worden²⁰. Die Sächsische Landeskartellbehörde hat die Überprüfung der Wasserpreise Mitte des Jahres abgeschlossen. Dabei wurden gegen zwei Versorger Preissenkungsverfügungen erlassen und weiteren drei Versorgern bis 2015 eine Erhöhung der Preise untersagt. Die zu Vergleichszwecken von öffentlich-

rechtlichen Wasserversorgern erhobenen Daten wurden an das *Sächsische Staatsministerium des Innern* als oberste *Kommunalaufsichtsbehörde* weitergegeben. Bisher nur angekündigt worden sind Untersuchungen in Schleswig-Holstein, Mecklenburg-Vorpommern und Saarland. Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz haben sich bisher nicht eindeutig positioniert. Hier wird offenbar ein sog. Benchmarkansatz präferiert, also ein freiwilliger Vergleich der Branche mit einem Schwerpunkt auf qualitativen Kriterien.

III. Instrumente und Prüfungsmaßstäbe der Entgeltkontrolle im Wasser

Im Vordergrund der nachstehenden Betrachtungen sollen die durch eine Aufsichtsbehörde vorgenommenen Überprüfungen der Wasserpreise stehen. Die sich im bilateralen Verhältnis zwischen Wasserversorgungsunternehmen (WVU) und Kunden abspielende Billigkeitsprüfung nach § 315 BGB wird insofern außer Acht gelassen²¹.

Im Kartellrecht finden sich, wie gezeigt, die verschärfte und die allgemeine Missbrauchsaufsicht. Im hoheitlichen Bereich der Gebührenerhebung gelten die Kommunalabgabengesetze der einzelnen Bundesländer. Wenn nun, wie z.B. in § 7 IX Kommunalabgabengesetz Rheinland-Pfalz (KAG RP) die Grundsätze des kommunalen Abgabenrechtes auch auf privatrechtliche Entgelte erstreckt werden, kommt es möglicherweise zu einem Normkonflikt²². Können also im Rahmen eines Kartellverfahrens nach dem GWB die Grundsätze der KAG als Rechtfertigung dienen? Wie stehen im Ergebnis die kartellrechtliche und die kommunalabgabenrechtliche Prüfung von Wasserpreisen bzw. -gebühren zueinander? Kann es hier unterschiedliche Maßstäbe geben?

1. Kartellrechtliche Kontrolle

Bei allen Unterschieden im Detail ist der Ansatzpunkt zunächst einmal sowohl bei der verschärften Missbrauchsaufsicht nach § 103 V 2 Nr. 2 GWB 1990 als auch der allgemeinen Missbrauchsaufsicht insbesondere nach § 19 IV Nr. 2 GWB gleich. Anlass und Gegenstand der kartellrechtlichen Kontrolle ist der gesamte Endpreis, wie ihn das WVU gegenüber einer bestimmten Kundengruppe erhebt. Kartellrechtlich – und dies gilt allgemein, also auch für die verschärfte Missbrauchsaufsicht im Wasserbereich – kann „Gegenstand der Missbrauchsaufsicht nicht der Ansatz einzelner Kalkulationsposten sein, sondern immer nur deren Gesamt-

20 OLG Stuttgart, (o. Fußn. 13).

21 Grundsätzlich findet § 315 BGB auf faktische Bestimmungsrechte keine Anwendung. Dies verhält sich allerdings anders bei Tarifen für Leistungen der Daseinsvorsorge, sofern eine Monopolstellung des Versorgungsunternehmens besteht; eine parallele Anwendung von kartellrechtlichen Missbrauchsvorschriften nach GWB steht einer Billigkeitsprüfung nach § 315 nicht entgegen (so *Grüneberg*, in: *Palandt*, § 315 Rdnr. 4; a.A. vertritt *Büdenbender*, NJW 2007, 2945).

22 Wobei allerdings wegen Art. 31 GG grundsätzlich das GWB als Bundesrecht den KAG der Länder vorgehen dürfte.

ergebnis²³. Das GWB gebietet nicht eine bestimmte Art und Weise der Preiskalkulation, sondern verbietet das Fordern missbräuchlich überhöhter Entgelte²⁴.

Der Gesamtpreis ist damit Anlass und Auslöser für die kartellbehördliche Überprüfung von Wasserpreisen. Dieser muss in Vergleich mit den Preisen anderer Versorger gesetzt werden, um bei deutlicher Abweichung nach oben einen Anfangsverdacht begründen zu können. Im Rahmen der verschärften Missbrauchsaufsicht reicht hier der Vergleich mit anderen, gleichartigen Unternehmen. Unabhängig davon, ob es sich bei den Märkten um monopolistisch strukturierte Märkte handelt, kommt es auf die Gleichartigkeit der miteinander verglichenen Unternehmen an. Nach Ansicht des *BGH* kommt dem Tatbestandsmerkmal der Gleichartigkeit dabei nur die Funktion eines sehr groben Filters zu²⁵. Zur Bestimmung der Gleichartigkeit reicht es aus, wenn die *Kartellbehörde* jeweils die Versorgungsdichte (Metermengenwert, d.h. Kubikmeter Wasserabgabe pro Meter Netzlänge), die Abnehmerdichte (Hausanschlüsse pro Kilometer Netzlänge), die Anzahl der versorgten Einwohner, die nutzbare Wasserabgabe, die Abgabestruktur (Haushalts- und Kleingewerbekunden) und die Gesamterträge der Wassersparte ermittelt und gegenüberstellt²⁶. Weitere Gegebenheiten, die die individuelle Kostenstruktur des WVU beeinflussen können, spielen dann in der Regel auf der Rechtfertigungsseite eine Rolle und müssen deshalb nicht von der Kartellbehörde ermittelt werden.

Die Frage des Prüfungsmaßstabes, d.h. insbesondere der ansatzfähigen Kosten, verlagert sich durch die Umkehr der Beweislast im Rahmen der verschärften Missbrauchsaufsicht auf die betroffenen WVU. Während die *Kartellbehörde* die Gleichartigkeit darzulegen hat, muss das WVU die Abweichung von den Preisen des gleichartigen Versorgers im Einzelnen rechtfertigen.

Bei der allgemeinen Missbrauchsaufsicht nach § 19 GWB hat die *Kartellbehörde* grundsätzlich den wettbewerbsanalogen Preis zu ermitteln. Der Verweis auf gleichartige Versorger mit günstigeren Preisen reicht nicht. Als Methode der Ermittlung soll sie sich dabei insbesondere des Vergleichmarktkonzeptes, § 19 IV Nr. 2 a.E. GWB, bedienen. Nach Auffassung des *OLG Stuttgart* hat die Behörde diese Methode auch in monopolistisch geprägten Märkten vorrangig anzuwenden²⁷.

Weil die Vergleichsmärkte mit dem beherrschten Markt nie ganz übereinstimmen werden, hat die Kartellbehörde bei den auf diese Weise ermittelten Vergleichspreisen in jedem Fall einen Erheblichkeitsaufschlag auf den ermittelten Preis vorzunehmen. Ein zusätzlicher Sicherheitsaufschlag ist bereits davor bei den kosten- und damit preisrelevanten Umständen zu berücksichtigen, die für das kontrollierte Unternehmen ungünstiger sind. Im Rahmen der allgemeinen Missbrauchsaufsicht ist es grundsätzlich an der Kartellbehörde, auch solche Umstände für den Nachweis des Als-ob-Wettbewerbspreises darzulegen. Ziel der Behörde muss es sein, einen tauglichen Vergleichspreis auf einer ausreichend breiten Datengrundlage zu ermitteln, ohne allzu große Korrekturzuschläge vornehmen zu müssen²⁸.

Gelangt die *Kartellbehörde* damit entweder von der einen (verschärfte Missbrauchsaufsicht) oder der anderen (allgemeine Missbrauchsaufsicht) Richtung zu einer Betrachtung der Kosten, gelten für die Bewertung gemeinsame Grundsätze. Als Rechtfertigung können grundsätzlich nur strukturelle, d.h. den jeweiligen WVU nicht zurechenbare Umstände Berücksichtigung finden²⁹. Ob dieser Maßstab auch für Entscheidungen aus der Vergangenheit sachgerecht ist, die vor dem von der Kartellbehörde untersuchten Zeitraum liegen, kann bezweifelt werden.

Bei der Bewertung von einzelnen Kostenpositionen ist jedenfalls der große Gestaltungsspielraum des WVU zu berücksichtigen. Die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht ist klar von einer regulierungsrechtlichen Kostenkontrolle zu unterscheiden. Insbesondere ist damit einer pauschalen Übertragung des im Rahmen der regulierungsrechtlichen Vorgaben für die Strom- und Gassektoren zugrunde gelegten Effizienzbegriffes eine Absage zu erteilen³⁰. Im Rahmen des Kartellrechts gibt es keine gesetzgeberischen Vorgaben, welche Kosten ansatzfähig sind und ob diese im Einzelfall als effizient angesehen werden können. Stellt sich etwa der Preis des Wasserversorgers als marktgerecht dar oder kann er insgesamt gerechtfertigt werden, spielt es keine Rolle, ob einzelne Kostenansätze nicht den Grundsätzen einer rationellen Betriebsführung genügen. Es gibt für Wasserpreise keine den Vorgaben von Strom- und GasNEV entsprechenden Regelungen. Zudem ist auch in den regulierten Sektoren anerkannt, dass trotz enger Vorgaben den Unternehmen eine Einschätzungsprärogative hinsichtlich der Kostenansätze zusteht³¹. Dies gilt dann umso mehr im Wasserbereich, der weiterer normativer Vorgaben entbehrt.

Als generellen Prüfungsmaßstab hat die Rechtsprechung das Kriterium einer rationellen Betriebsführung entwickelt, aber bislang nicht hinreichend konkretisiert. Ob dies überhaupt möglich ist, kann angesichts der auch in der ökonomischen Literatur umstrittenen Kostenprüfungsmethoden des Kartellrechts bezweifelt werden³². Als weiterer Grundsatz gilt auch im Kartellrecht eine Art Kostendeckungsgebot. Auch ein marktbeherrschendes Unternehmen kann nicht gezwungen werden, die

23 *OLG Stuttgart*, (o. Fußn. 13), Rdnr. 31.

24 Diesen Ansatz hat bereits das *OLG Düsseldorf* im Verfahren vertreten, vgl. *OLG Düsseldorf*, WuW/E DE-R 1239 ff.

25 BGHZ 129, 37 (46 f.) – Weiterverteiler; *BGH*, Beschl. v. 2.2.2010, KVR 66/08, Rdnr. 29.

26 *BGH*, Beschl. v. 2.2.2010, Rdnr. 32.

27 *OLG Stuttgart*, (o. Fußn. 13), Rdnr. 41 ff.

28 *OLG Stuttgart*, (o. Fußn. 13).

29 Zur Gemeinsamkeit: *Emmerich*, Kartellrecht, § 26 Rdnr. 34.

30 Vgl. hierzu insbesondere auch *Gerstner*, N&R 2009, 52 ff.

31 *VG Köln*, N&R 2008, 221 (224 u. 227 f.).

32 Vgl. insgesamt *Kuhn*, WuW 2006, 578 ff.

Preise bis unter die Selbstkosten zu senken. Eine korrespondierende Obergrenze für Preise lässt sich nicht eindeutig feststellen. Im Rahmen der kartellrechtlichen Preismissbrauchsaufsicht gilt eine extreme Differenz zwischen Herstellernkosten und Erlösen nur als Indiz und begründet für sich keinen Missbrauch. Eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Eigenkapitals ist dabei als kalkulatorische Kostenposition zu betrachten und nicht als Gewinn. Die Bestimmung, wann eine darüber hinausgehende Gewinnmarge unangemessen ist, ist ungeklärt bzw. für die *Kartellbehörden* höchst schwierig zu ermitteln³³.

2. Kommunalabgabenrechtliche Kontrolle

Die Kontrolle von Wasserpreisen nach den KAG der Länder folgt den bereits oben beschriebenen allgemeinen Grundsätzen sowie den länderspezifischen Vorgaben im Einzelnen. Aus dem hier tragenden Äquivalenzprinzip folgt, dass weniger der Vergleich mit anderen öffentlich-rechtlichen Wasserversorgern eine Rolle spielt, als eine Betrachtung von Leistung und Gegenleistung. Hier gilt der Maßstab der Rechtsprechung, wonach ein grobes Missverhältnis zwischen der Gebühr und der Leistung des Hoheitsträgers zu vermeiden ist³⁴.

Grundsätzlich sind in allen KAG die nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ansatzfähigen Kosten Grundlage der Gebührenberechnung. Weiter gilt wegen der Gebote der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit der öffentlichen Hand, dass hierbei nur die erforderlichen Kosten ansatzfähig sind. Wie im Kartellrecht fehlt es an weiteren Angaben, welche Kosten in concreto im Rahmen einer wirtschaftlichen Betriebsführung ansatzfähig sind. Hier gelten vergleichbare, allgemeine Grundsätze. Insbesondere herrscht auch im Kommunalabgabenrecht kein regulierungsrechtlicher Effizienzbegriff. Weiter gilt in sämtlichen KAG der Länder das Kostendeckungsgebot, wonach die vom WVU erhobenen Gebühren grundsätzlich die tatsächlichen Kosten der Bereitstellung decken müssen³⁵. In einigen Bundesländern findet sich darüber hinaus ein Kostenüberschreitungsverbot. Andere Bundesländer (z.B. Baden-Württemberg) erlauben den kommunalen Wirtschaftsunternehmen ausdrücklich, einen zusätzlichen Gewinn zu erzielen. Die angemessene Eigenkapitalverzinsung stellt auch im Kommunalabgabenrecht kalkulatorische Kosten und keinen Gewinn dar. Zu einem Gratisangebot sind kommunale Versorger weder verpflichtet noch ist dies nach den öffentlich-rechtlichen Haushaltsgrundsätzen zulässig.

IV. Fazit

Der Wasserpreis bzw. die Wassergebühr bilden den Ausgangspunkt für die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Preis- oder Gebührenhöhe durch eine Behörde. Die Rechtfertigung des Preises bzw. der Gebühr erfolgt an unterschiedlichen Stellen, setzt jedoch in jedem Fall eine ausreichend detaillierte und nachvollziehbare Kalkulation des WVU voraus. Der grundsätzliche Prüfungsmaßstab gleicht sich dabei sowohl im Kartellrecht als auch im Kommunalabgabenrecht (rationelle, wirtschaft-

liche Betriebsführung im GWB und nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ansatzfähige Kosten in den KAG). Es gilt ein vergleichbarer, an den betriebswirtschaftlichen Grundsätzen orientierter Kostenbegriff. Ebenso gleichen sich die weiteren Grundsätze der Prüfung: Kostendeckungsgebot, angemessene Eigenkapitalverzinsung, keine Effizienzbetrachtung einzelner Kostenpositionen.

Im Ergebnis erscheinen damit die kartellrechtliche und die kommunalabgabenrechtliche Kontrolle vergleichbar; eine „Flucht in die Gebühren“ ist jedenfalls aus rechtlichen Gesichtspunkten nicht naheliegend. Auch einen Normkonflikt kann es nach der hier vertretenden Auffassung nicht geben mit der Folge, dass etwa die Wertungen des Kommunalabgabenrechts ggf. als Rechtfertigung im Rahmen der kartellrechtlichen Preishöhenkontrolle berücksichtigt werden müssen. Die derzeit stärkere Kontrollaktivität der *Landeskartellbehörden* mag dennoch kurzfristig eine Flucht in die Gebühren nahelegen. Weder sind aber abschließend die Reichweite und der Umfang der kartellrechtlichen Kontrolle von Wasserpreisen geklärt (einstweilen hat das *OLG Stuttgart* deutlich den Ansatz der Kartellbehörde kritisiert). Noch ist absehbar, ob die *Kommunalaufsichtsbehörden* weiter relativ untätig bleiben, zumal wenn sie, wie in Sachsen, mit den von der *Kartellbehörde* ermittelten Vergleichsdaten „gefüttert“ werden. Eine detaillierte und nachvollziehbar aufgebaute Kostenkalkulation ist in beiden Fällen die einzig geeignete Vorsorge.

Mehr Wettbewerb in der Wasserwirtschaft? Aktuelle nationale und europäische Entwicklungen

*Rechtsanwälte Dr. Mathias Hellriegel LL.M., Berlin, und Dr. Thomas Schmitt, Mainz/Koblenz**

Die leitungsgebundene Versorgung mit Trinkwasser ist eine (pflichtige oder freiwillige) Selbstverwaltungsaufgabe der Gemeinden und als klassische „Netzindustrie“ darüber hinaus auch ein natürliches Monopol. Aufgrund der regional bestehenden Preisunterschiede ist seit mehreren Jahren eine lebhaft öffentliche Diskussion über die Angemessenheit der Entgelte von Wasserversorgungsunternehmen (WVU) im Gange. Im Zentrum der Debatte steht der Verdacht missbräuchlich überhöhter Wasserpreise aufgrund monopolbedingter Ineffizienzen. Zum Schutz der Verbraucher vor überhöhten Entgelten der WVU wird daher immer

33 *Kuhn* hält dies für „nahezu ausgeschlossen“, WuW 2006, 578 (590).

34 *BVerfG*, NJW 1992, 1673; *BVerwGE* 12, 162 (166).

35 *Gerstner*, N&R 2009, 52 (59).