

F. II

## **Wasserwirtschaft und Kundenschutz zwischen Anspruch und Wirklichkeit**

Ein Beitrag zur effizienten kartellrechtlichen  
Kontrolle der Wasserpreise

von

**Hermann Daiber**

## Inhalt

1	Einleitung .....	459
2	Die öffentliche Wasserversorgung in Deutschland – Modellfall für Europa? .....	459
2.1	Die Haltung der Branche und der Bundespolitik .....	459
2.2	Monopolkontrolle .....	460
2.3	Unabhängige Untersuchungen und Kommunalwirtschaft .....	461
3	Europäische Entwicklungen .....	462
4	Deutschland .....	463
4.1	Die „Modernisierung“ der Wasserwirtschaft .....	463
4.2	Benchmarking – Wundermittel oder Scheinveranstaltung? .....	463
5	Der Rechtsrahmen des wirtschaftlichen Verbraucherschutzes .....	465
5.1	Gebühr oder Preis – die Systementscheidung .....	465
5.2	Gebühren, Kommunalabgabenrecht und Kommunalaufsicht .....	466
6	Die Wasserpreiskontrolle, insbesondere Kartellaufsicht .....	467
6.1	Privatklagen .....	467
6.2	Die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht nach § 103 GWB a.F. ....	468
6.2.1	Veränderungen durch die 7. GWB-Novelle 2005 .....	468
6.2.1.1	Enquete-Recht (§ 32e GWB) .....	468
6.2.1.2	Zuständigkeit (§ 49 GWB) .....	468
6.2.1.3	„Feststellungswirkung“ (§ 32 Abs. 3 GWB); „Negativattest“ (§ 32c GWB) .....	469
6.2.2	Die Grundlagen der Missbrauchsaufsicht .....	469
6.2.2.1	Überblick .....	469
6.2.2.2	Die Rechtsgrundlage: § 103 Abs. 5 GWB a.F. ....	470
6.2.2.3	Vorgehen in Hessen .....	471

## 1 Einleitung

Die deutsche Wasserwirtschaft sieht sich als Modell für Europa und lehnt eine effektive Kontrolle ab, da sie im Wettbewerb stünde.<sup>1</sup> Demgegenüber ist mittlerweile in Expertenkreisen unbestritten, dass die öffentliche Wasserversorgung als Monopol der Regulierung bedarf.<sup>2</sup> Unabhängige Untersuchungen lassen zudem an der Selbstregulierungskraft der Wasserbranche auch in wasserwirtschaftlicher und gesundheitlicher Hinsicht zweifeln.<sup>3</sup> Die Antwort der Gesetzgeber der Europäischen Union<sup>4</sup> und Deutschlands<sup>5</sup> auf diese offensichtlichen Widersprüche überzeugt wenig. So verdient etwa die Modernisierungsstrategie von Bundestag und Bundesregierung für die deutsche Wasserversorgung<sup>6</sup> ihren Namen kaum. Deren Kernelement, ein Kennzahlenvergleich (Benchmarking), ist untauglich.<sup>7</sup>

Reformbedürftig, weil zersplittert und wenig wirksam, ist auch der derzeitige Rechtsrahmen für wirtschaftlichen Verbraucherschutz.<sup>8</sup> Das zeigt insbesondere ein Blick auf das kommunale Wirtschaftsrecht und die Kommunalaufsicht.<sup>9</sup> Abschließend wird zunächst auf Rechtsschutzmöglichkeiten Privater gegen hohe Wasserpreise eingegangen;<sup>10</sup> daran schließen sich Ausführungen zur effektiven Kartellaufsicht über Wasserpreise anhand einer Modellrechnung sowie des Fragebogens der Hessischen Landeskartellbehörde an.<sup>11</sup>

## 2 Die öffentliche Wasserversorgung in Deutschland – Modellfall für Europa?

## 2.1 Die Haltung der Branche und der Bundespolitik

Die deutsche Wasserversorgung bescheinigt sich regelmäßig selbst einen Spitzenplatz im Trink- und Abwasser in Europa.<sup>12</sup> Das Kostendeckungsprinzip sei weitgehend Realität, die Wasserverluste seien minimiert. Im europäischen Vergleich

<sup>1</sup> Siehe unten F.II.2.1.

<sup>2</sup> Siehe unten F.II.2.2.

<sup>3</sup> Siehe unten F.II.2.3.

<sup>4</sup> Siehe unten F.II.3.

<sup>5</sup> Siehe unten F.II.4.

<sup>6</sup> Siehe unten F.II.4.1.

<sup>7</sup> Siehe unten F.II.4.2.

<sup>8</sup> Siehe unten F.II.5.1.

<sup>9</sup> Siehe unten F.II.5.2.

<sup>10</sup> Siehe unten F.II.6.1.

<sup>11</sup> Siehe unten F.II.6.2.

<sup>12</sup> *BGW*, Wasserprogrammatik, Januar 2005, S. 6.

lägen die Wasserpreise im Mittel. Wettbewerb finde bereits in ausreichendem Maße statt, indem Konzessionen und Dienstleistungsverträge ausgeschrieben würden. In die gleiche Richtung weist der neue Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD. Dort<sup>13</sup> heißt es:

„Die Kommunen sollen auch in Zukunft eigenständig über die Organisation der Wasserversorgung ... und der Abwasserentsorgung entscheiden können.“

Noch ein Jahr zuvor hatte die CDU unter anderem wegen erheblichen Rationalisierungspotentialen eine behördliche Regulierung gefordert.<sup>14</sup>

Den passenden Kommentar zum Koalitionsvertrag aus Sicht der kommunalen Wasserwirtschaft liefert der Verband kommunaler Unternehmen (VKU). Er sieht<sup>15</sup>

„... erfreuliche Perspektiven in der Energie- und Wasserpolitik ...“;  
 „... besonders erfreut zeigt sich der VKU über das klare Bekenntnis ..., die Kommunen auch in Zukunft eigenständig über die Organisation der Wasserversorgung ... entscheiden zu lassen“.

## 2.2 Monopolkontrolle

Diese Haltung überrascht, jedenfalls in sachlicher Hinsicht. In Expertenkreisen, in der Wissenschaft<sup>16</sup> und auch auf Branchentagungen<sup>17</sup> herrscht Einigkeit darüber, dass die Lieferung von Trinkwasser an Endkunden ein natürliches Monopol darstellt. Wettbewerb im Markt wird es also nicht geben. Immer mehr Experten weisen zudem darauf hin, dass auch Wettbewerb um den (Wasser-) Markt, etwa in Form des Ausschreibungswettbewerbes,<sup>18</sup> nicht zur erwünschten Marktöffnung führen wird. In dieser Lage bedarf es wie bei jeder anderen Marktbeherrschung, etwa bei Telekom, Eisenbahn und Energie, einer effektiven Regulierung. Sowohl „politische Preise“ weit unter der Kostendeckung als auch Preisspreizungen von 280 % und mehr unter rund 270 Versorgern sind Indizien für einen dringenden Handlungsbedarf.<sup>19</sup> Darauf wird von Kartellbehörden,<sup>20</sup> Wirtschaftsverbänden<sup>21</sup> und Medien<sup>22</sup> immer wieder hingewiesen.

<sup>13</sup> CDU, CSU und SPD, Koalitionsvertrag, November 2005, S. 68.

<sup>14</sup> CDU, „Mehr Wachstum durch mehr Wettbewerb“, Berlin, 29.9.2004, S. 14.

<sup>15</sup> VKU, Pressemeldung 14/05, 14.11.2005, abrufbar unter [www.vku.de/vku/Presse](http://www.vku.de/vku/Presse).

<sup>16</sup> Christmann, Liberalisierung, S. 284, m.w.N.

<sup>17</sup> Zuletzt unter anderem auf der Tagung „Wasser- und Abwasserwirtschaft“, Köln, 18./19.4.2005.

<sup>18</sup> Christmann, Liberalisierung, S. 324; jedenfalls hinsichtlich Vollausschreibung ebenso Oelmann, Neuausrichtung, S. 78.

<sup>19</sup> Daiber, Vortrag, Tagung „Wasser- und Abwasserwirtschaft“, Berlin, 15.11.2005, S. 2.

## 2.3 Unabhängige Untersuchungen und Kommunalwirtschaft

Das Selbstbild der Wasserversorgungswirtschaft wird darüber hinaus durch unabhängige Untersuchungen in Frage gestellt, die erheblichen Reformbedarf in wasserwirtschaftlicher und gesundheitlicher Hinsicht belegen. Dazu gehören zwei Studien des Hessischen Rechnungshofes, die die renommierte Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Rödl & Partner GbR, Nürnberg, in den Jahren 2003 und 2005 mit beträchtlichem Aufwand durchführte.<sup>23</sup> Der Prüfungszeitraum umfasste die Jahre 1992 bis 2001<sup>24</sup> beziehungsweise 1994 bis 2003.<sup>25</sup> In der Expertise aus dem Jahre 2005 bezeichnen die Prüfer „Maßnahmen zum Grundwasserschutz“ bei neun von zehn geprüften Gemeinden als geboten. Regelmäßige Kontrolle der Qualität des Trinkwassers wird angeregt. Nur zwei Gemeinden nahmen lückenlos die notwendigen Wasseruntersuchungen vor. Der technische Zustand entsprach bei sechs der zehn Versorger nicht den Anforderungen an das Lebensmittel Trinkwasser. Die Wasserverluste betragen bis zu 38 %. Hohe technische Wasserverluste im Einzelfall belegt auch die – freiwillige – Bayerische Benchmarking-Studie EffWB.<sup>26</sup>

Über die genannten Mängel hinaus gibt es auch im wasserwirtschaftlichen Bereich erhebliche Defizite. Der Hessische Rechnungshof spricht von „Investitionsstau und Substanzverzehr“.<sup>27</sup> Kostendeckende Gebühren wurden nur in der Hälfte der untersuchten Gemeinden verlangt. In einem hessischen Musterprojekt stellten die aus freien Stücken teilnehmenden Versorger fest, dass „ein nicht unerheblicher Teil der Betriebe keine kostendeckenden Gebühren erhebt“.<sup>28</sup> In den beiden Folgekapiteln wird untersucht, ob die geschilderten Befunde echte Reformbemühungen auf europäischer<sup>29</sup> oder deutscher Ebene<sup>30</sup> auslösen.

<sup>20</sup> Hess. Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung als Landeskartellbehörde, Pressemitteilung, 16.8.2005; Rippegather, „Duschen wird billiger“, Frankfurter Rundschau, 23.12.2004; Bund der Steuerzahler Baden-Württemberg, „Erfolge...“, S. 3.

<sup>21</sup> VEA, Wasserpreisvergleich 2005, 18.4.2005; DIHK, Positionspapier, S. 3.

<sup>22</sup> Fischer, Welt am Sonntag, 21.8.2005, S. 29; MDR, „Große Unterschiede bei Wasserkosten in Sachsen“; Artikel „Keine guten Noten für Wasser-/Abwassergebühren“ in Thüringen, EUWID Wa Nr. 44, 13.12.2005, S. 6.

<sup>23</sup> Beispielsweise wurden alle Wasserbehälter der betroffenen Versorgungsunternehmen untersucht.

<sup>24</sup> Hess. Rechnungshof, Trinkwasser, 2003, S. 58 ff.

<sup>25</sup> Hess. Rechnungshof, Trinkwasser II, 2005, S. 102 ff.

<sup>26</sup> Rödl & Partner, EffWB, S. 59 f.

<sup>27</sup> Hess. Rechnungshof, Pressemitteilung, 18.10.2005, S. 8.

<sup>28</sup> Hess. Ministerium für Umwelt, Hessisches Pilotprojekt BKWasser, S. 15.

<sup>29</sup> Siehe unten F.II.3.

<sup>30</sup> Siehe unten F.II.4.

### 3 Europäische Entwicklungen

Die Europäische Union hat ihre Aktivitäten zur Fortentwicklung des Wassersektors<sup>31</sup> zwar nicht eingestellt; eine gewisse Verlangsamung lässt sich aber beobachten. Das gilt etwa für die Europäische Verfassung. Noch vor zwei Jahren konnte man von ihrem In-Kraft-Treten und damit von einer wesentlichen Stärkung der Kompetenzen der Gemeinschaft ausgehen. Der Art. III–122 der neuen Nizza-Verfassung<sup>32</sup> sollte eine eigene Zuständigkeit der Union für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse begründen – und damit die Grundlage für weit gehende Regelungen auch des Wassersektors schaffen. Nach mehreren gescheiterten Referenden, unter anderem in Frankreich, ist derzeit die Zukunft dieses Verfassungsentwurfes völlig ungewiss, auch wenn im aktuellen bundesdeutschen Koalitionsvertrag an der neuen Verfassung festgehalten wird.<sup>33</sup>

Ähnliches lässt sich über die Binnenmarktstrategie der Europäischen Union sowie das Weißbuch „Daseinsvorsorge“ sagen. Im Sommer 2003 hatte die EU-Kommission einen umfangreichen Fragebogen an die Mitgliedstaaten versandt. Die Ergebnisse sind bis heute nicht veröffentlicht, obwohl damals ein baldiger Bericht mit Maßnahmenvorschlägen angekündigt war. Konsequenterweise hat sich das Europäische Parlament mittlerweile das u.a. aus Deutschland kommende Schlagwort der „Modernisierung“ zu Eigen gemacht – und lehnt damit eine fühlbare Regulierung des Sektors ab.<sup>34</sup>

Schließlich sind auch aus dem Bereich des europäischen Vergaberechtes in letzter Zeit kaum positive Signale für mehr Wettbewerb oder besseren Kundenschutz zu vermelden. Selbst das zarte Pflänzchen, der Plan der Europäischen Kommission, Konzessionsverträge für die Wasserversorgung in engen Grenzen ausschreibungspflichtig zu machen, konnte sich nicht erkennbar entwickeln. Stattdessen beherrschen zunehmend Gerichtsentscheidungen die öffentliche Diskussion, zuletzt beispielsweise der EuGH-Spruch<sup>35</sup> *Parking Brixen*<sup>36</sup> oder die Entscheidung des OLG Naumburg<sup>37</sup> zur interkommunalen Zusammenarbeit im Kreis Bernburg.<sup>38</sup> Damit hat der politische Prozess der Regulierung der Wasserversorgung deutlich an Fahrt verloren.

<sup>31</sup> Zur Lage Ende 2003 *Daiber*, *GewArch* 2004, 107 f.

<sup>32</sup> Vertrag über eine Verfassung für Europa, ABl. EU Nr. C 310, 16.12.2004.

<sup>33</sup> *CDU, CSU und SPD*, Koalitionsvertrag, S. 148.

<sup>34</sup> *Kraemer/Herbke*, Vortrag, Tagung „Wasser- und Abwasserwirtschaft“, Berlin, 14./15.11.2005, Folie 7-9.

<sup>35</sup> Dazu und zu möglichen Ausweichreaktionen *Jasper*, Vortrag, Tagung „Wasser- und Abwasserwirtschaft“, Berlin, 14./15.11.2005.

<sup>36</sup> EuGH, IR 2005, 262 f. = *VergabeR* 2005, 737 ff. = *NVwZ* 2005, 1407 f. = *WuW* 2005, 1321 ff. = *NZBau* 2005, 644 ff. = *KommJur* 2005, 461 ff. = *EuZW* 2005, 727 ff.

<sup>37</sup> OLG Naumburg, IR 2006, 23 f.

<sup>38</sup> *N.N.*, *EUWID Wasser/Abwasser* 2005, Nr. 39, 3.

### 4 Deutschland

#### 4.1 Die „Modernisierung“ der Wasserwirtschaft

Der Deutsche Bundestag hat sich einer Modernisierung des Wassersektors verschrieben, die in bewusstem Gegensatz zu mehr Liberalisierung, Privatisierung und Regulierung steht.<sup>39</sup> Das Vorhaben hat vier Bestandteile. Neben freiwilligen Kennzahlenvergleichen (Benchmarking),<sup>40</sup> einer Steuerharmonisierung für Abwasser sowie mehr Kooperationen soll das so genannte Örtlichkeitsprinzip gelockert werden. Dieses verbietet Stadtwerken eine Betätigung außerhalb des Gebietes ihrer Sitzgemeinde. Diese Strategie verspricht wenig Erfolg.<sup>41</sup> Ihr fehlen ein zeitlicher Rahmen sowie Messgrößen für die Zielerfüllung; wichtige Maßnahmen liegen außerhalb der Reichweite des Projektträgers.

An Letzterem krankt beispielsweise die Absicht, Stadtwerke durch Erweiterung ihres Wirkungsbereiches zu stärken. Die dafür beabsichtigte Einschränkung des Örtlichkeitsprinzips ist Ländersache. Diese wird, wenn überhaupt, mit einer deutlichen Verschärfung der Anforderungen an kommunale Wirtschaftstätigkeit im Übrigen verbunden. Das entwertet die beabsichtigte Verbesserung der Position der Kommunalwirtschaft stark. Die Steuerharmonisierung als weiterer Baustein der Modernisierungsstrategie ist – jedenfalls für diese Legislaturperiode – mit dem neuen Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom Tisch.<sup>42</sup>

#### 4.2 Benchmarking – Wundermittel oder Scheinveranstaltung?

Was bleibt, ist das vierte Element der „Modernisierungsstrategie“, nämlich der Kennzahlenvergleich, auch genannt Benchmarking. Davon wird Wettbewerb und Kundenschutz im Sinne niedrigerer Wasserpreise erwartet. Die wasserwirtschaftlichen Verbände bezeichnen freiwilliges Benchmarking als bewährtes Instrument zur Optimierung der ... wirtschaftlichen Leistung ... der Unternehmen.<sup>43</sup> Gleichzeitig wird aber „Vertraulichkeit von Unternehmensdaten“ verlangt. Das Informationsbedürfnis von Politik und Öffentlichkeit wird grundsätzlich begrüßt. Diese interessierten Kreise sollen freilich lediglich in Form eines aggregierten und anonymisierten „Branchenbildes“ unterrichtet werden. Wettbewerb ohne hinreichende Informationen ist bereits ein Widerspruch in sich.

<sup>39</sup> *Deutscher Bundestag*, Nachhaltige Wasserwirtschaft in Deutschland; *Daiber*, *GewArch* 2004, 208 ff.

<sup>40</sup> Siehe dazu unten F.II.4.2.

<sup>41</sup> *Daiber*, IR 2004, 59, 60.

<sup>42</sup> *CDU, CSU und SPD*, Koalitionsvertrag, S. 29.

<sup>43</sup> *ATT/BGW/DBVW/DVGW/DWA/VKU*, (Fortgeschriebene) Verbändeerklärung Benchmarking.

Kostenminderungsdruck kann bei fehlendem Wettbewerb und nicht existierender Regulierung wie in der Wasserversorgung nur dadurch entstehen, dass sachkundige Entscheider die Wahl zwischen mehreren Alternativen haben. Das könnten nur Kommunalparlamentarier oder deren gewählte Vertreter in den Aufsichtsräten der Wasserversorgungsunternehmen sein. Wer sich einmal die Entscheidungsprozesse in den Kommunen ansieht, wird bestätigen können, dass diese Qualitätsanforderungen eher selten erfüllt werden. Dazu passt, dass bisher niemand den Preissenkungseffekt dieser Art des freiwilligen Benchmarkings einzuschätzen vermag.

Eine Breitenwirkung würde zudem verlangen, dass es in einer Vielzahl von Fällen zu Benchmarking-Untersuchungen käme, was derzeit nicht wahrscheinlich ist. Man müsste weiter unterstellen, dass die Versorger daraus Effizienzgewinne zögen und ihre Kosten reduzieren würden. Diese Wirkung mag in dem einen oder anderen Fall entstehen, wenn sich eine passende kommunalpolitische Konstellation einstellt und die soeben geschilderten strukturellen Erfordernisse erfüllt sind. Daraus entstünde allenfalls eine Erhöhung des Gewinnes. Der dürfte entweder für eine (ggf. erhöhte) Konzessionsabgabe genutzt oder direkt an die Eigentümer ausgeschüttet werden. Dies dient den Anteilhabern, in der Regel also den Kommunen. Sie würden dadurch ihre massiven Defizite verringern. Am unwahrscheinlichsten ist, dass eine solche „Effizienzdividende“ beim Kunden in Form von niedrigeren Wasserpreisen ankäme.

Das Ergebnis einer umfassenden und international angelegten Vergleichsstudie stützt die Skepsis. Im Hinblick auf das sich immer mehr zum Modell entwickelnde bayerische Benchmarking-Projekt EffWB findet sich etwa die Aussage, es verharre zumeist auf der Ebene der Selbstbestätigung.<sup>44</sup> Benchmarking-Untersuchungen seien weit von einer Flächendeckung entfernt; die erreichbaren Regulierungsziele des freiwilligen Benchmarking deutscher Prägung könnten nur als vergleichsweise beschränkt bezeichnet werden.<sup>45</sup> Das sieht auch der Wirtschaftsrat der CDU so, ohne allerdings bisher Taten folgen zu lassen.<sup>46</sup> Zum selben Resultat führt eine Analyse eines deutschen Verbundes aus fünf Forschungsinstituten. Die Autoren betonen, dass die Rückkopplung von Informationen und deren offener Austausch elementare Voraussetzung einer funktionierenden Benchmarking-Strategie seien. Dies werde in Deutschland vernachlässigt.<sup>47</sup> Als vorläufiges Fazit bleibt, dass die deutsche Form des Benchmarking in der Wasserwirtschaft Züge einer Scheinveranstaltung trägt. Es soll der Eindruck von Aktivitäten ohne grundlegende Verbesserungen erzeugt werden. Eine Modernisierungsstrategie, die diesen Namen verdient, gibt es folglich nicht.

<sup>44</sup> Winkler, Wettbewerb, S. 172.

<sup>45</sup> Winkler, Wettbewerb, S. 177.

<sup>46</sup> CDU-Wirtschaftsrat, Modernisierung der deutschen Wasserwirtschaft, S. 2.

<sup>47</sup> Lux/Scheele/Schramm, Benchmarking, S. 31 f.

Diese Ergebnisse nähren starke Zweifel am Reformwillen sowohl auf der europäischen wie auf der deutschen Bühne. Was bleibt, ist ein Blick auf den bestehenden Rechtsrahmen des wirtschaftlichen Verbraucherschutzes,<sup>48</sup> wobei zuerst die Kontrolle von Wassergebühren durch Gerichte und Kommunalaufsicht behandelt wird.<sup>49</sup> Deren relative Unwirksamkeit leitet zur – jedenfalls potentiell – wirksamen Kartellaufsicht<sup>50</sup> über.

## 5 Der Rechtsrahmen des wirtschaftlichen Verbraucherschutzes

### 5.1 Gebühr oder Preis – die Systementscheidung

Die Anwendung des Verbraucherschutzrechtes hängt davon ab, ob die Kommune als Träger der Wasserversorgung das Wasser gegen *Gebühr* abgibt oder einen *Preis* verlangt. Ersteres übernimmt meist der Eigen- oder Regiebetrieb Wasserwerk der Gemeinde; Preis statt Gebühr wird in der Regel an eine kommunal beherrschte GmbH oder AG gezahlt.

Entscheidet sich die Kommune für Wassergebühren, so richtet sich die Rechtskontrolle nach dem Kommunalabgabengesetz des Landes. Dies betrifft etwa die Hälfte des in Deutschland abgegebenen Wassers sowie eine Vielzahl von Wasserversorgungsunternehmen. Oft handelt es sich dabei um kleine oder mittlere ländliche Versorger. Der betroffene Bürger kann gegen überhöhte Gebühren entweder vor dem Verwaltungsgericht Klage erheben oder die Aufsicht einschalten. Diese wird durch die jeweilige Kommunalaufsichtsbehörde ausgeübt.<sup>51</sup>

Die anderen 50 % des Trinkwassers liefern privatrechtlich tätige Wasserunternehmen, die dafür einen Wasserpreis verlangen.<sup>52</sup> In diesem Falle gilt Zivilrecht; die Kartellaufsicht kann einschreiten. Das ist in der Regel die Landeskartellbehörde des Wirtschaftsministeriums, weil Wasserversorgung kleinräumig betrieben wird und meist Ländergrenzen nicht überschreitet. Dem Bürger steht der Rechtsweg zu den Zivilgerichten offen.

Diese Unterscheidung zwischen Gebühren und Preisen, die den Schutz des Bürgers bestimmt, ist dem Wasserkunden kaum begreiflich zu machen. Eine inhaltliche Begründung dafür gibt es nicht mehr, seitdem auch kommunale Betriebe nach den Grundsätzen eines Wirtschaftsbetriebes geführt werden müssen – und damit privaten Betreibern gleichgestellt sind. Zudem überzeugt es wenig, die

<sup>48</sup> Siehe unten F.II.5.1.

<sup>49</sup> Siehe unten F.II.5.2.

<sup>50</sup> Siehe unten F.II.6.

<sup>51</sup> Siehe dazu unter F.II.5.2.

<sup>52</sup> Siehe dazu unter F.II.6.

Wasserlieferung durch Kommunalbetriebe als hoheitliches Handeln anzusehen – das ist es nach Kommunalabgabenrecht –, private Trinkwasserversorgung dagegen nicht.

## 5.2 Gebühren, Kommunalabgabenrecht und Kommunalaufsicht

Wassergebühren müssen die Grenzen der Kommunalabgabengesetze der Länder beachten; dabei spielt die Wirtschaftlichkeit im Sinne nachhaltigen, langfristigen und effizienten Handelns keine Rolle. Es geht im Kern darum, ob die entstandenen Kosten ordnungsgemäß auf die Benutzer aufgeteilt worden sind,<sup>53</sup> ob die Kalkulationszeiträume korrekt bemessen wurden und die Zurechnungsmaßstäbe beanstandungsfrei sind. Im Abwasserbereich spielt häufig die Frage eine Rolle, ob beim Gebührenmaßstab alleine auf den Frischwasserverbrauch abgestellt werden oder auch das so genannte Niederschlagswasser einbezogen werden muss.<sup>54</sup>

Betroffene Verbraucher bzw. deren Anwälte können nur dann erfolgreich klagen, wenn sie über hervorragende Kenntnisse des Kommunal- und Vergaberichtes sowie der versorgungswirtschaftlichen Zusammenhänge verfügen. Das ist leider selten der Fall. Umso wichtiger wäre tatkräftiges Handeln der Kommunalaufsicht. Diese lehnt freilich regelmäßig ein Einschreiten ab. Eine

„Intervention zu Gunsten von Einzelinteressen (kommt) regelmäßig nur in Ausnahmefällen und nur dann in Betracht, wenn es den Betroffenen nicht in zumutbarer Weise möglich ist, ihre ... Ansprüche ... auf dem Rechtsweg geltend zu machen.“<sup>55</sup>

Anreize zur Kostenreduzierung setzt die Kommunalaufsicht nicht.<sup>56</sup> Selbst in Fällen, in denen die Unwirtschaftlichkeit klar ist, sieht die Aufsichtsbehörde ihre Hände durch das Recht der kommunalen Selbstverwaltung gebunden. Ein besonders krasser Fall hat sich im rheinland-pfälzischen Blindert zugetragen, einem Ortsteil der Ortsgemeinde Hümmel in der Eifel. Dort wird die Kanalisation auf großstädtisches Niveau ausgebaut, obwohl ein Bedarf dafür fehlt. Ein kleiner Aufstand wirtschaftlich denkender Bürger blieb ohne Wirkung.<sup>57</sup>

Regelmäßig wird die Kommunalaufsicht zwar dann tätig, wenn die Aufnahme weiterer kommunaler Schulden genehmigt werden muss. In diesem Falle sind

<sup>53</sup> Ein Beispiel bietet der Beschluss des Hess. VGH, IR 2005, 257, in dem es um Müllgebühren ging.

<sup>54</sup> Vgl. VG Darmstadt, HGZ 2001, 263 ff.

<sup>55</sup> Zitat aus einem offiziellen Schreiben eines Landrates.

<sup>56</sup> Christmann, Liberalisierung, S. 275.

<sup>57</sup> Kammertöns, DIE ZEIT, 8.9.2005, S. 8.

die Städte und Gemeinden aber gehalten, alle Einnahmemöglichkeiten auszuschöpfen. Dies führt zu Erhöhungen der Wasser- und Abwassergebühren, nicht zur Senkung. Sie waren allerdings schon lange Jahre vorher in der Regel nicht kostendeckend bemessen, ohne dass die Aufsicht gegen diesen Rechtsverstoß eingeschritten wäre. Wie bereits gezeigt,<sup>58</sup> erzielen nur die Hälfte der vom Hessischen Rechnungshof geprüften Kommunen Gebühren, die die verursachten Kosten decken.

## 6 Die Wasserpreiskontrolle, insbesondere Kartellaufsicht

### 6.1 Privatklagen

Verlangt der örtliche Wasserversorger Wasserpreise, so handelt es sich um eine zivilrechtliche Entgeltforderung. Neben der Einschaltung der Kartellaufsicht hat der Verbraucher die Möglichkeit, vor den Zivilgerichten zu klagen. Er wird sich in der Regel auf §§ 315, 316 BGB berufen. Diese Vorschriften verlangen, dass der Wasserpreis der „Billigkeit“ entspricht. Nach der Rechtsprechung genügt es, wenn der örtliche Versorger nachweist, dass die Wassertarife (nur) die Kosten einschließlich eines vertretbaren Gewinnes decken. In schöner Klarheit hat dazu das LG Frankfurt in Übereinstimmung mit der obergerichtlichen Rechtsprechung in einem Rechtsstreit um die Wasserpreise in Wiesbaden ausgeführt:<sup>59</sup>

„(Es) ... ist davon auszugehen, dass im Rahmen des § 315 BGB eine Nachprüfung der unternehmerischen Entscheidungen ... (der Stadtwerke) ... auf Richtigkeit und Zweckmäßigkeit nicht zu erfolgen hat. Es kommt allein darauf an, ob die in Ansatz gebrachten Kosten tatsächlich angefallen sind und billigem Ermessen gemäß in Ansatz gebracht wurden.“

In die gleiche Richtung weist eine andere Entscheidung zu § 315 BGB, in der es heißt:<sup>60</sup>

„(Es) steht dem Fernwasserversorgungsunternehmen ein Ermessensspielraum für unternehmerische Entscheidungen zu, der nur begrenzt der gerichtlichen Überprüfung unterliegt.“

<sup>58</sup> Siehe oben F.II.2.3.

<sup>59</sup> LG Frankfurt, Urt. v. 20.4.2005, Az. 2/6 S 14/00 (92 C 5026/96-12), Umdruck S. 9.

<sup>60</sup> OLG Dresden, WuW/E DE-R 169.

Beide Gerichte geben den Hinweis auf die Kontrollmöglichkeiten der Kartellbehörde; diese werden nachfolgend dargestellt.

## 6.2 Die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht nach § 103 GWB a.F.

### 6.2.1 Veränderungen durch die 7. GWB-Novelle 2005

Neben der Weitergeltung von § 103 GWB<sup>61</sup> in der bis 31. Dezember 1998 maßgeblichen Fassung<sup>62</sup> hat die 7. GWB-Novelle<sup>63</sup> aus dem Jahre 2005 einige kleinere, aber für die Arbeit der Kartellbehörden hilfreiche Änderungen gebracht. Es handelt sich um das Enquete-Recht,<sup>64</sup> flexiblere Zuständigkeitsvorschriften<sup>65</sup> sowie die Befugnis, „Negativatteste“ und „Feststellungsbescheide“ zu erlassen.<sup>66</sup>

#### 6.2.1.1 Enquete-Recht (§ 32e GWB)

Lassen „starre Preise oder andere Umstände“ vermuten, dass der Wettbewerb eingeschränkt ist, so können die Kartellbehörden einen bestimmten Wirtschaftszweig untersuchen lassen und darüber öffentlich berichten. § 32e Abs. 2 erlaubt alle dafür notwendigen Ermittlungen. Dieses sog. Enquete-Recht ist lange von den Wirtschaftsverbänden bekämpft worden. Erfreulich ist aus Sicht einer Länderkartellbehörde, dass im Rahmen der Beteiligung des Bundesrates neben dem Bundeskartellamt nun auch die zuständigen obersten Landesbehörden auskunftsbefugte Stellen sind.

#### 6.2.1.2 Zuständigkeit (§ 49 GWB)

Bisher war die Landeskartellbehörde zuständig, wenn das betroffene Versorgungsunternehmen lediglich in einem Bundesland tätig war. Wegen des starken örtlichen Bezugs der Trinkwasserbeschaffung und -verteilung trifft das auf die große Mehrheit der Unternehmen zu. Wasserversorger hingegen, die in zwei Bundesländern Wasserabnehmer beliefern, unterlagen der – ausschließlichen – Kontrolle durch das Bundeskartellamt. Das galt bisher beispielsweise für die Stadt-

<sup>61</sup> Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, i.d.F. der Bek.; 20.2.1990, BGBl. I S. 235, zuletzt geändert durch Gesetz, 24.4.1998, BGBl. I S. 730 – mit dem Zusatz versehen: a.F.

<sup>62</sup> Siehe dazu unter F.II.6.2.2.

<sup>63</sup> Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, neu gefasst durch Bek., 15.7.2005, BGBl. I S. 2114, zuletzt geändert durch Gesetz, 1.9.2005, BGBl. I S. 2676 – mit dem Zusatz versehen: n.F.

<sup>64</sup> Siehe dazu unter F.II.6.2.1.1.

<sup>65</sup> Siehe dazu unter F.II.6.2.1.2.

<sup>66</sup> Siehe dazu unter F.II.6.2.1.3.

werke Mainz, die sowohl Kunden in Hessen als auch in Rheinland-Pfalz haben. Nach § 49 Abs. 4 GWB kann das Bundeskartellamt nunmehr eine Sache, für die es zuständig ist, an die oberste Landesbehörde (also die Landeskartellbehörde) abgeben. Voraussetzung dafür ist vor allem, dass die betroffenen Landesbehörden dem nicht widersprechen.

#### 6.2.1.3 „Feststellungswirkung“ (§ 32 Abs. 3 GWB); „Negativattest“ (§ 32c GWB)

Das neue Recht erlaubt es der Kartellbehörde, zu entscheiden, dass kein Anlass zum Tätigwerden besteht. Diese Kodifizierung erleichtert die Ausübung der bisherigen Ermessenspraxis der Kartellbehörden beispielsweise im Rahmen der Gaspreisprüfungen.

Darüber hinaus lässt nunmehr § 32 Abs. 3 GWB zu, eine Zuwiderhandlung festzustellen, nachdem diese beendet ist. Bisher konnte die Kartellbehörde im Rahmen einer Preissenkungsverfügung nur die Zuwiderhandlung „Fordern überhöhter Preise“ abstellen und damit in die Zukunft wirken. Sie kann nach neuem Recht auch aussprechen, dass und in welcher Höhe Preise schon in der Vergangenheit missbräuchlich waren. Dies ist beispielsweise für Kunden wichtig, die unter Berufung auf § 33 Abs. 1 GWB Schadensersatz für in der Vergangenheit liegende überhöhte Wasserpreisforderungen verlangen. Außerdem bietet die neue Gestaltungsmöglichkeit der Kartellbehörde Wasserkunden eine weitere Klagegrundlage. Ist mit Wirkung für die Vergangenheit die Missbräuchlichkeit von Wasserpreisen festgestellt, so sind diese ohne rechtliche Grundlage gezahlt worden. Das ist wiederum Voraussetzung für einen Rückzahlungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 BGB), den Wasserkunden in diesem Fall gegen das Wasserversorgungsunternehmen geltend machen können.

## 6.2.2 Die Grundlagen der Missbrauchsaufsicht

### 6.2.2.1 Überblick

Die Kartellbehörden wenden für die Missbrauchsaufsicht über Wasserpreise das Vergleichsmarktkonzept an.<sup>67</sup> Auf dessen Grundlage konnten in Hessen zuletzt erhebliche Erfolge erzielt werden.<sup>68</sup> Die Gesamtsumme aller Preissenkungen durch die Hessische Landeskartellbehörde beträgt rund 10,3 Mio. € pro Jahr,<sup>69</sup> weitere Verfahren laufen. Das ist auch dringend erforderlich, werden doch in

<sup>67</sup> Vgl. *Kartellbehörden*, EntschlieBungen, S. 10 m.w.N.

<sup>68</sup> *Hess. Ministerium für Wirtschaft*, Pressemitteilung, 16.8.2005.

<sup>69</sup> *Hess. Ministerium für Wirtschaft*, Presseinformation, 7.10.2005 a.E.; vgl. *Köhler*, FAZ, 22.10.2005, S. 65.

Hessen im Bundesvergleich sehr hohe Wasserpreise verlangt.<sup>70</sup> Das hessische Vorgehen unter Nutzung einer umfassenden Datenbank sowie von Fragebogen-Erhebungen wird geschildert<sup>71</sup> und insbesondere anhand typischer Rechtfertigungsargumente für höhere Preise erläutert.<sup>72</sup> Den Ausgangspunkt bildet ein nachfolgender Überblick über die aktuelle Rechtslage anhand von Rechtsprechung und Literatur.

### 6.2.2.2 Die Rechtsgrundlage: § 103 Abs. 5 GWB a.F.

Die Vergleichsmarktprüfung beruht nach wie vor auf § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB a.F.<sup>73</sup> Die Vorschrift ist durch § 131 Abs. 6 GWB n.F. beibehalten worden.<sup>74</sup> Sie verbietet es Wasserversorgern, ungünstigere Preise als gleichartige Unternehmen zu verlangen, es sei denn, der Wasserversorger weist nach, dass sie auf abweichenden und nicht zurechenbaren Umständen beruhen. Die Kartellbehörde kann einen Verstoß dagegen untersagen.

Die Grenzen – und Chancen – dieses Vergleichsmarktkonzeptes sind in jüngster Zeit vom Bundesgerichtshof vor allem in der Entscheidung *Stadtwerke Mainz* erneut aufgezeigt worden. Sie steht für große Kontinuität, bezieht sie sich doch über Verweisungsketten auf die „Urentscheidung“ *Stromtarif* aus dem Jahre 1972. Für die Vergleichbarkeit der Unternehmen genügt gleiche unternehmerische Tätigkeit und wirtschaftliche Funktion,<sup>75</sup> hier also Lieferung von Wasser an Privatkunden, das der Trinkwasserverordnung entspricht; ähnliche Unternehmensgröße ist genauso wenig erforderlich wie die Heranziehung von mehr als einem Vergleichsunternehmen.<sup>76</sup> Im Einzelfall ist der wettbewerbsanaloge Preis durch Zu- und Abschläge zu ermitteln, die insbesondere die Unterschiede in der Netzstruktur ausgleichen müssen. Ein Erheblichkeitszuschlag ist nicht notwendig. Höhere Preise können nur durch strukturelle Gegebenheiten gerechtfertigt werden, die jeden Versorger in diesem Gebiet treffen würden.<sup>77</sup> Der BGH bestätigt erneut, dass das Kartellrecht eine wirksame Kontrolle von marktbeherrschenden Unternehmen erleichtern soll. Damit hat sich der BGH im Wesentlichen der Rechtsauffassung der Kartellbehörden angeschlossen.<sup>78</sup>

<sup>70</sup> *BGW Hessen*, Durchschnittliche Wasserpreise 2003-2004: Hessen 2,06 €/m<sup>3</sup> im Jahre 2004, Bundesdurchschnitt 1,77 €/m<sup>3</sup> – jeweils mengengewichtet.

<sup>71</sup> Siehe unten F.II.6.2.2.3.

<sup>72</sup> Siehe unten F.II.6.2.2.3 „Datenbank und Fragebogen“ sowie „Modellrechnung“.

<sup>73</sup> *Daiber*, WuW 1996, 361 ff.; *Daiber*, WuW 2000, 352 ff., jeweils m.w.N., sowie sehr gründlich und fast immer überzeugend *Reif*, in: Müko, GWB, § 131 Abs. 6, Abschn. IV. 4., insbes. h) sowie *Reif*, Preiskalkulation, S. 325 ff.

<sup>74</sup> GWB in der ab 1.7.2005 geltenden Fassung, siehe Fn. 63.

<sup>75</sup> BGH, WuW/E, DE-R 1251 ff.

<sup>76</sup> BGH, WuW/E, DE-R 1513 ff.

<sup>77</sup> BGH, WuW/E, DE-R 375 ff.

<sup>78</sup> *Reif*, in: Müko, GWB, § 131 Abs. 6, Abschn. IV. 4., insbes. h).

### 6.2.2.3 Vorgehen in Hessen

#### *Effizient vergleichen*

Diese günstige rechtliche Ausgangsposition kann die Kartellbehörde weiter verbessern – was sich angesichts der ausbaufähigen Personalausstattung geradezu aufdrängt. So wird frühzeitig das vermieden, was die Wasserversorgungsbranche Wasserpreisvergleichen gerne vorwirft, nämlich den Vergleich von „Äpfeln mit Birnen“. Im Mittelpunkt steht dabei der legendäre Streit um Zahl und Eignung von Vergleichsunternehmen. Die Hessische Kartellbehörde benennt eine Mehrzahl von passenden Vergleichsunternehmen, anstatt nur einen Versorger – was rechtlich zulässig wäre. Sie bezieht zudem schon in die Unternehmensauswahl die Versorgungsdichte als entscheidenden Rechtfertigungsgesichtspunkt ein. Dadurch werden betroffene hochpreisige hessische Wasserversorger nur mit denjenigen preisgünstigen Wasserlieferanten verglichen, die ähnliche oder ungünstigere Netzstrukturen aufweisen. Vergleichsgröße für die Versorgungsdichte ist der so genannte Metermengenwert (MMW). Er gibt das Verhältnis des gesamten Wasserabsatzes zum kompletten Leitungsnetz (mit Hausanschlüssen) an. Das hat besondere Aussagekraft, weil diese Kennzahl Bau und Betrieb des Wasserleitungsnetzes als Hauptkostenfaktor ausdrücken kann.

Darüber hinaus scheiden solche Unternehmen als Vergleichsversorger aus, die in den vergangenen Jahren in größerem Umfang Landesfördergelder erhalten haben. Von Wasserversorgern mit hohen Wasserpreisen ist in der Vergangenheit immer bemängelt worden, dass hohe Landeszuwendungen einen Vergleich verfälschen würden.<sup>79</sup> Dieses Vorgehen ermöglicht nicht zuletzt die Konzentration auf diejenigen Vergleichsversorger, die vermutlich den höchsten Wasserpreisabstand nach Einpreisung der Strukturrechtfertigung ergeben. Treffend ist dieses Verfahren als Cost-Benchmarking bezeichnet worden.<sup>80</sup> Wie die von der Rechtsprechung geforderten wettbewerbsanalogen Preise gebildet werden, wird im Folgenden erläutert,<sup>81</sup> nachdem Datenbank und Fragebogen vorgestellt wurden.<sup>82</sup>

#### *Datenbank und Fragebogen*

Das Prüfkonzept der Hessischen Kartellbehörde steht und fällt mit einer ausreichend breiten Zahlengrundlage. Sie pflegt dafür eine Datenbank mit Preisen und Versorgungskennzahlen von derzeit rund 270 deutschen Wasserversorgungsunternehmen. Dazu gehören neben allen 44 privatrechtlich tätigen Wasser-

<sup>79</sup> Tatsächlich sind im Freistaat Bayern seit 1959 (bis 2003) ca. 3,1 Mrd. € staatliche Förderung an die Wasserwirtschaft gezahlt worden, vgl. *Berger*, Vortrag Tagung „Benchmarking in der Wasserwirtschaft“, Köln, 25./26.1.2005, S. 5.

<sup>80</sup> *BMWA*, Wasserleitfaden, S. 10.

<sup>81</sup> Siehe unten F.II.6.2.2.3 „Modellrechnung“.

<sup>82</sup> Siehe unten F.II.6.2.2.3 „Datenbank und Fragebogen“.



lieferanten in Hessen sowie vielen der Unternehmen des Wasserpreisvergleiches des Bundesverbandes der Energieabnehmer (VEA)<sup>83</sup> insbesondere Betriebe mit niedrigen Preisen. Die Datenbank wird durch umfangreiche Fragebögen für wichtige Unternehmen sowie ergänzende Einzelermittlungen gespeist.

Das Einzeldatenblatt „Fragebogen“<sup>84</sup> umfasst im Wesentlichen sechs Teile. Tragende Bedeutung kommt den Zeilen 17 bis 74 („wirtschaftliche Grunddaten“) sowie 111 bis 276 („Wasserwirtschaftliche Grundstruktur des Gebietes“) zu. Sie liefern wesentliche Daten für die Bestimmung des Vergleichsunternehmens sowie die Einschätzung von Rechtfertigungsgesichtspunkten und deren Umrechnung in Jahres-Geldbeträge. Der Index für die Versorgungsdichte, der Metermengenwert, wird beispielsweise in Zeile 182 durch eine hinterlegte Formel selbstständig berechnet. Die nutzbare Gesamtwasserabgabe<sup>85</sup> wird dafür durch die Gesamtnetzlänge<sup>86</sup> geteilt.<sup>87</sup>

Die bereits erwähnten Korrekturzuschläge für ungünstige strukturelle Umstände des Hochpreis-Unternehmens lassen sich als Bestandteil der „Gesamtkosten“ in Zeile 31 ausweisen. Diese werden durch Abzug derjenigen Ausgaben von allen betrieblichen Erträgen gewonnen, die entweder bereits vom Wasserpreis subtrahiert worden sind (Wasserentnahmeentgelt, Zeile 20) oder kartellrechtlich höhere Preise nicht rechtfertigen können (Ergebnis vor Steuern und Konzessionsabgabe, Zeilen 19 und 21). Die so gewonnenen „Gesamtkosten“ spiegeln alle Aufwendungen wieder, die im Rahmen der Rechtfertigungsdiskussion eine Rolle spielen können. Sie sind auf die drei Bereiche „Wasserbezug“, „Wassergewinnung“ und „Wasserverteilung“ aufzuteilen (Zeilen 33 bis 35). Kennwerte werden daraus gewonnen, indem die Kosten auf die nutzbare Abgabe bezogen werden. Das wiederum erlaubt eine erste Einschätzung, bei welchen Kostenbereichen vertieft kartellrechtlich kontrolliert werden sollte. Das wird durch eine Modellrechnung anhand der Argumente „hohe Wasserbeschaffungskosten“ sowie „Speicherkosten“ erklärt.

#### Modellrechnung zur Bildung wettbewerbsanaloger Preise

Die Modellannahmen bewegen sich in realistischen Größenordnungen. Den Ausgangspunkt bildet der Wasserpreis. Hier soll der Verbrauchsfall 150 m<sup>3</sup> Jahreswasserabnahme („Einfamilienhaus“) zugrunde gelegt werden.<sup>88</sup> Ein hessischer Wasserversorger (Unternehmen A) hat beispielsweise einen Durchschnittswasserpreis von 2,30 €/m<sup>3</sup>. Er soll mit drei anderen Wasserlieferanten verglichen wer-

<sup>83</sup> Vgl. die aktuelle Liste: VEA, Wasserpreisvergleich 2006, 6.3.2006.

<sup>84</sup> Der Muster-„Fragebogen Wasserversorgung“ ist im Anschluss an diesen Beitrag abgedruckt. Er wird im Folgenden mit „FB“ abgekürzt.

<sup>85</sup> FB, Zeile 130.

<sup>86</sup> FB, Zeile 141.

<sup>87</sup> Eine Modellrechnung erfolgt unter F.II.6.2.2.3 „Modellrechnung“.

<sup>88</sup> Wegen der Einzelheiten vgl. *Kartellbehörden*, Entschließung, S. 18 ff.

den. Diese verlangen 1,10 €/m<sup>3</sup> (Versorger B), 1,30 €/m<sup>3</sup> (Lieferant C) sowie 1,50 €/m<sup>3</sup> (Wasserunternehmen D). Der Abstand beträgt also 1,20 €/m<sup>3</sup> (A/B), 1,00 €/m<sup>3</sup> (A/C) sowie 0,80 €/m<sup>3</sup> (A/D).

Der Metermengenwert MMW von A sei 6,1, derjenige von B 6,7, C hat 4,3 und D 8,8. Damit scheidet D als taugliches Vergleichsunternehmen aus, weil es eher städtisch geprägt ist. Mit A können weiterhin B und C verglichen werden. Auf das Argument, niedrigere Versorgungsdichten erzwingen höhere spezifische Netzaufwendungen, kann sich Versorger A nicht mehr beziehen. Neben der Versorgungsdichte hat A weitere strukturelle Gründe zur Rechtfertigung höherer Preise geltend gemacht.<sup>89</sup> Handelt es sich um Umstände, die jeden dort versorgenden Wasserlieferer treffen würden, so muss A nachweisen, dass der genannte Umstand zwangsläufig zu den genannten Kosten führt (Kausalität). Unausweichlich sind nur Kosten, die bei rationeller Betriebsführung anfallen. Bleiben vernünftige Zweifel daran, dass der Versorger alles getan hat, um so wirtschaftlich wie möglich zu handeln, ist die Rechtfertigung misslungen.<sup>90</sup>

Weitere Rechtfertigungsgründe können beispielsweise unvermeidbar hohe Beschaffungskosten sein.<sup>91</sup> Die Kartellbehörde wird nun Vergleichsunternehmen mit denselben oder höheren spezifischen Kosten für Bezug und Gewinnung des Wassers suchen. Gelingt ihr das, stimmen die Kosten insoweit überein und können keine höheren Preise rechtfertigen. Erfahrungsgemäß wird das bei Wasserbeschaffungskosten ab ca. 0,40 €/m<sup>3</sup> schwer werden. Das Wasser aus wirtschaftlich betriebenen Brunnen kostet maximal 0,30 €/m<sup>3</sup>, oft auch viel weniger. Höhere Eigengewinnungskosten von A können aber auf der anderen Seite ein Indiz für überhöhte Kosten sein. Es ist zu fragen, ob es sich um eine „historisch“ gewachsene Struktur handelt, die durch mangelnde Konzentration auf wirklich ergiebige Vorkommen oder die Nutzung „politisch gewünschter“ und damit oft überteuerter Brunnen und Quellen zustande gekommen ist. Gelegentlich finden sich auch 200%-ige Abdeckungen des Bedarfes durch Eigenbeschaffung und fremde Bezugsquellen. Der hochpreisige Wasserversorger ist in diesem Falle gehalten, die wirtschaftlichere Alternative zu wählen.

Für den Fremdbezug von Wasser sind andere Wirtschaftlichkeitsüberlegungen anzustellen. Der Versorger A hat in geeigneten Fällen darzulegen, dass er eine Stichleitung oder Durchleitungen von weiter entfernten Wasseranbietern konkret geprüft hat und dass dies zu keiner wirtschaftlichen Verbesserung geführt hätte. Er muss beispielsweise Wasserbezug grundsätzlich auch ausschreiben. Dazu kommt, dass der Versorger, der sich auf unausweichlich teure Vorbezugskosten beruft, darzulegen hat, wieso er sich nicht an die Kartellbehörde mit der Bitte

<sup>89</sup> *Kartellbehörden*, Entschließung, S. 19 f., 21 f.; Daiber, WuW 2000, 357; Daiber, Vortrag „Wasser- und Abwasserwirtschaft“, Berlin, 1./2.7.2002, S. 8 ff.; Reif, in: Mülko, GWB, § 131 Abs. 6, Abschn. IV. 4., insbes. h) dd).

<sup>90</sup> Ausführlich Daiber, WuW 2000, 352, 355 ff.

<sup>91</sup> FB, Zeilen 33, 34; spezifische Beschaffungskosten: Zeilen 63, 64.

gewandt hat, verschiedene Lieferanten von Fernwasser untereinander zu vergleichen – mit dem Ziel, zu günstigeren Gesteungskosten zu kommen. Die Bodenseewasserversorgung liefert Trinkwasser über Hunderte von Kilometern hinweg schon für 0,35 €/m<sup>3</sup>. Der Versorger A kann nach Prüfung durch die Kartellbehörde 0,60 €/m<sup>3</sup> abgegebenen Wassers als unausweichliche Beschaffungskosten geltend machen. Versorger B hat 0,30 €/m<sup>3</sup> Kosten und C 40 Cent. Damit verringert sich der Preisabstand um 0,30 €/m<sup>3</sup> (A/B) bzw. 0,20 €/m<sup>3</sup> (A/C). Der Ausgangspreisabstand sinkt damit auf 0,90 €/m<sup>3</sup> (A/B) sowie 0,80 €/m<sup>3</sup> (A/C).

Zahl und Volumen der örtlichen Wasserspeicher sind ein weiteres beliebtes Rechtfertigungsargument. Dies wird darauf gestützt, dass das jeweilige Versorgungsgebiet sehr kleinteilig und weitläufig strukturiert sei, und deshalb unverhältnismäßig viele und kleine Wasserbehälter notwendig werden. Auch dieses Argument lässt sich in Kennwerte umrechnen.<sup>92</sup> Lautet dieser beispielsweise 2,5, so bedeutet dies, dass der betreffende Versorger bei komplettem Ausfall seiner Wasserbeschaffung rechnerisch 2,5 Tage das Stadtgebiet mit Wasser aus den Vorratsbehältern versorgen könnte. Dieser Wert ist sehr hoch. Der Versorger muss sich deshalb die Frage gefallen lassen, ob er alles getan hat, um die Aufwendungen gering zu halten.

Dazu tritt das Problem des Brandschutzes. Seine Bewältigung spielt insbesondere in kleinen Netzen oder bei Inselversorgungen eine Rolle.<sup>93</sup> Wird Löschwasser in den Behältern vorgehalten, so hat die Kommune als brandschutzverpflichtete Dienststelle die Kosten dafür zu zahlen – und damit auch anteilig Erneuerungsaufwendungen. Das sehen die Brandschutzhilfedienstleistungsgesetze der Länder vor.<sup>94</sup> Hat der örtliche Wasserversorger dies nicht bei seiner Kommune geltend gemacht, so vermindert die Kartellbehörde insoweit die (Unterschieds-)Kosten.

Für die Umrechnung der – als gerechtfertigt unterstellten – Aufwendungen bietet sich in diesem Falle ein anderes Vorgehen als bei den Beschaffungskosten an. Angenommen, der Versorger A kann für das betrachtete Jahr den – hohen – Betrag von 0,30 € pro m<sup>3</sup> abgegebenen Wassers geltend machen. Das spezifische Speichervolumen von B seien 1,25 Normtage. Im Verhältnis zu B kann A somit die Hälfte der geltend gemachten Aufwendungen gutgeschrieben werden, also 0,15 €/m<sup>3</sup>. Damit sinkt der Preisabstand von A zu B von 0,90 auf 0,75 €/m<sup>3</sup>. Das Vergleichsunternehmen C betreibt keine Speicher. Die gesamten Speicherkosten können A gutgeschrieben werden. Im Verhältnis zu C vermindert sich der verbleibende Preisabstand von 0,80 €/m<sup>3</sup> auf 0,50 €/m<sup>3</sup>.

Die Kartellbehörde erhöht ihre Chancen vor Gericht, wenn sie sich auf möglichst viele Vergleichsversorger berufen kann. Deshalb wird sie auf der Basis der Modell-

rechnung eine Preissenkung um 0,50 €/m<sup>3</sup> verfügen (A/C), nicht um 0,75 €/m<sup>3</sup> (A/B). Auf diese Weise muss der teure Versorger A nicht nur ein Vergleichsunternehmen juristisch „aus dem Feld schlagen“, sondern zwei. Trotzdem kann Versorger A durch Kartellverfügung gezwungen werden, seine Preise für den Typfall „Einfamilienhaus“ von 2,30 €/m<sup>3</sup> auf 1,80 €/m<sup>3</sup> zu senken. Das entspricht immerhin einer Preisverminderung um fast 22 Prozent, also über ein Fünftel.

<sup>92</sup> FB, Zeilen 115, 116, 245 ff.

<sup>93</sup> Bemessung s. *DVGW*, Arbeitsblatt W 405; vgl. Pressemitteilung: „Zweckverband: Fehler bei Löschwasser-Diskussion“, Holdorf, 10.11.2003.

<sup>94</sup> *Bay. Staatsministerium des Innern*, Versorgungswirtschaft 2005, 228.

A	B	C	D	E	F	G	H
1	Musterunternehmen						
2	Datenblatt						
3							
4	Gespräch Hr. GF / xxx am ..... 2005						
5	Zusätzliche Hinweise:						
6	Frage: Gab oder gibt es Landeszuwendungen, die sich bei heute kostennormierend auswirken? Falls ja, geben Sie bitte hier die aktuelle Minderung in € an: (Zuständiges unterstrichen)						
7	Frage: Wie hoch sind die Zuschüsse von Wasserversorger an die Untertreiber? (an den Eigentümer)						
8	Gibt es BKZ?						
9	Gibt es BKZ?						
10	Vorkonkurrenzen (ggf.):						
11	Konkurrenzenverträge mit:						
12	Wird maximale KA gezahlt?						
13							
14							
15	Wirtschaftliche Grundlagen der Wasserversorgung						
16							
17	Alle bei öffentlichen Entwürfen, netzbes. Umsatzerlöse, aktive Ergänzleistungen						
18	Zu den netzbes. Entwürfen (ohne Zuschüsse)						
19	Konkurrenzverträge (KA)						
20	Grundwasserentnahme (GW)						
21	Wassermehrentnahme (WME)						
22	Ergebnis d. gewöhnl. Wirtschaftl. Tätigkeit - vor Steuern -						
23	KA-Gewinn (Ergänzung)						
24	netzbes. Umsatzerlöse						
25	aktive Ergänzleistungen						
26	Zu den netzbes. Entwürfen (ohne Zuschüsse)						
27	KA in % d. netzbes. Erlöse						
28	KA in % d. netzbes. Erlöse						
29	Unterchied in € d. netzbes. Erlöse						
30	Ergebnis d. gewöhnl. Wirtschaftl. Tätigkeit - vor Steuern -						
31	Gesamtkonsum						
32	Wasserverbrauch						
33	Wasserverbrauch (eigentlich)						
34	Wasserverbrauch (eigentlich) - Wasserentnahme						
35	Wasserverbrauch (eigentlich) - Wasserentnahme						
36	davon: OZS						
37	Wasserverbrauch (eigentlich) - Wasserentnahme						
38	* Differenz aus Anlage - minus KA - minus Grundwasserabgabe - minus Ergebnis vor Steuern						
39	* Jahres ohne Grundwasserabgabe bzw. Wasserentnahmeergänzung						

A	B	C	D	E	F	G	H
40	Spezifische Kosten pro Bereich						
41							
42	Bezug, € pro m³						
43	Netzbesp.						
44	netzbes. Abg.						
45	netzbes. Abg.						
46	netzbes. Abg.						
47	7-Jahres-Wert						
48	2001 - 2004						
49	3-Jahres-Wert						
50	2002 - 2004						
51	(Eigen-)Gewinnung € pro m³						
52	Netzbesp.						
53	netzbes. Abg.						
54	netzbes. Abg.						
55	netzbes. Abg.						
56	7-Jahres-Wert						
57	1998 - 2004						
58	4-Jahres-Wert						
59	2001 - 2004						
60	3-Jahres-Wert						
61	2002 - 2004						
62	Beschaffung gesamt, € pro m³						
63	Netzbesp.						
64	netzbes. Abg.						
65	netzbes. Abg.						
66	7-Jahres-Wert						
67	1998 - 2004						
68	4-Jahres-Wert						
69	2001 - 2004						
70	3-Jahres-Wert						
71	2002 - 2004						
72	Verteilung						
73	7-Jahres-Wert						
74	1998 - 2004						
75	4-Jahres-Wert						
76	2001 - 2004						
77	3-Jahres-Wert						
78	2002 - 2004						

Fragebogen "Wasserversorgung" der hess. Landeskarteibehörde/HMWV  
- Bearbeitungsstand 6. Januar 2006 -

	A	B	C	D	E	F	G	H
	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	
76								
77	Erneuerungskosten: 1)							
	Gesamtnetz ohne							
78	Hausranschließleitungen,							
	78 DM, ab 2002 € pro lfd. m							
79	Erneuerter Länge in m							
80	Hausranschluß pro Stück,							
	80 ab 2002 €							
81	Erneuerter Hausranschluß							
82	durchschn. Länge HAL	=C146		=E146		=G146		=H146
83	Versorgungsnetz-erneuerung in % d. Vorjahres	=C79/(C90)88*(46+143)	=D79/(D90)101*(42+143)	=E79/(E90)114*(42+143)	=F79/(F90)142*(42+143)	=G79/(G90)164*(42+143)	=H79/(H90)191*(42+143)	
84	Vorgabes	=D21/(C20)1000*(144)	=E21/(D20)1000*(144)	=F21/(E20)1000*(144)	=G21/(F20)1000*(144)	=H21/(G20)1000*(144)	=I21/(H20)1000*(144)	
85	HAL/HAL							
86	HL/HL							
87	HL/HL							
88	HL/HL							
89	HL/HL							
90	Fragen zum Gesamtnetz							
91	Umsatzsteigerung in Mio. €							
92	Ergebnis vor Steuern, Mio. €							
93	Eigentümer (ggf. Prozentsatz)							
94	Wichtigste Geschäftsleiter (Stamm, Geb. ...)							
95	nachrichtlich Einnahmen aus:							
96	DL-Ergebnis							
97	DL-Ergebnis							
98	Feuerfischhaltung							
99	Löschwasser							
100								
101								
102								

Fragebogen "Wasserversorgung" der hess. Landeskarteibehörde/HMWV  
- Bearbeitungsstand 6. Januar 2006 -

	A	B	C	D	E	F	G	H
	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	
104	Wasserswirtschaftliche Grundstruktur des Gebietes							
105	Alle wasserbezogenen Angaben in 1000 m <sup>3</sup> , wenn nicht anders angegeben							
107	Leitungslänge als 1000 m Leitungslänge							
108								
109								
110	Wasserbezug							
111	Wasserbezug							
112	Eigenbedarf							
113	Jährl. Netzeinspeisung Tsd. m <sup>3</sup> /a							
114	Jährl. Netzeinspeisung im Jahresmittel Tsd. m <sup>3</sup> /d							
115	Zahl Behälter, Wasserläufe -							
116	Gesamtvolumen in m <sup>3</sup>							
117	Darvon Brandentwässerung							
118	Burgen							
120	von - bis in m							
121	Dübeln, Schürflungen							
122								
123	Pumpen: P-							
124	Wassermenge aller Art							
125	Pumpenleistung MWh							
126	Darvon für Wasserverteilung (einst. Wasserförderung)							
127	durchschnittl. Pumpenstrom							
128	1998-2002							
129								
130	Wassernutzungsarten: -/H							
131	Wassernutzungsarten: -/H							
132	Wassernutzungsarten: -/H							
133	Wassernutzungsarten: -/H							
134	Wassernutzungsarten: -/H							
135	Wassernutzungsarten: -/H							
136	Wassernutzungsarten: -/H							
137	1998-2002							
138	Wassernutzungsarten: -/H							
139	Wassernutzungsarten: -/H							
140	Wassernutzungsarten: -/H							

A	B	C	D	E	F	G	H
141	<b>Gesamtnetz</b>						
142	Dennon Zubringleitung						
143	Öffentl. Wasserversorgungsanlagen						
144	HAU (HAL)						
145	Hausanschlüsse						
146	Durchschn. Länge HA	=B144B145/1000	=D144D145/1000	=E144E145/1000	=F144F145/1000	=G144G145/1000	=H144H145/1000
147	Wasserzähler						
148	Netzschalter						
149	Druckmessstellen						
150	Rohrnetzmerkmale						
151	Quote nkt. HAL in % d. Vorjahresnetzes <sup>a)</sup>						
152	Druckverlust						
153	Druckverlust in %						
154	Druckverlust in %						
155	Druckverlust in %						
156	Druckverlust in %						
157	Druckverlust in %						
158	Druckverlust in %						
159	Druckverlust in %						
160	Druckverlust in %						
161	Druckverlust in %						
162	Druckverlust in %						
163	Druckverlust in %						
164	Druckverlust in %						
165	Druckverlust in %						
166	Druckverlust in %						
167	Druckverlust in %						

A	B	C	D	E	F	G	H
168	<b>Spezifische Kennzahlen für Benchmarking:</b>						
169	Quelle: Dr.-Ing. Wolfram Hirner; Kriterien und Kennzahlen für die Beurteilung von Wasserversorgungssystemen, Anlage 12, Tabelle 4:						
170	Physikalische Kennzahlen der Wasserversorgung, Vortrag beim 2. Tagungsforum der hess. Landeskantalarbeitshilfen vom 12. bis 14. März 2008 in Wülfersheim a. d. Rhod.						
171	4. Jahres-Wert:						
172	7. Jahres-Wert:						
173	1998 - 2004						
174	1998 - 2004						
175	1998 - 2004						
176	1998 - 2004						
177	1998 - 2004						
178	1998 - 2004						
179	1998 - 2004						
180	1998 - 2004						
181	1998 - 2004						
182	1998 - 2004						
183	1998 - 2004						
184	1998 - 2004						
185	1998 - 2004						
186	1998 - 2004						
187	1998 - 2004						
188	1998 - 2004						
189	1998 - 2004						
190	1998 - 2004						
191	1998 - 2004						
192	1998 - 2004						
193	1998 - 2004						
194	1998 - 2004						
195	1998 - 2004						
196	1998 - 2004						
197	1998 - 2004						
198	1998 - 2004						
199	1998 - 2004						
200	1998 - 2004						
201	1998 - 2004						
202	1998 - 2004						
203	1998 - 2004						
204	1998 - 2004						
205	1998 - 2004						
206	1998 - 2004						
207	1998 - 2004						
208	1998 - 2004						
209	1998 - 2004						
210	1998 - 2004						
211	1998 - 2004						
212	1998 - 2004						
213	1998 - 2004						
214	1998 - 2004						
215	1998 - 2004						
216	1998 - 2004						
217	1998 - 2004						

	A	B	C	D	E	F	G	H
218	... m <sup>3</sup> pro Person der vers. Bevölkerung (Gesamtabg.)							
219		=SUMME(B107:G08)E12	=SUMME(C139:G08)E12	=SUMME(D139:G08)E12	=SUMME(E139:G08)E12	=SUMME(F139:G08)E12	=SUMME(G139:G08)E12	=SUMME(H139:G08)E12
220								
221	... 1000 m <sup>3</sup> pro einem km <sup>2</sup> versorgtes Gebiet (Gesamtabg.)							
222		=C130/C154	=C130/C154	=C130/C154	=E130/E154	=F130/F154	=G130/G154	=H130/H154
223								
224								
225								
226								
227								
228	<b>Netzleistung</b>							
229								
230								
231	Pumpstrom i. Netz zu jährlichen Netzleistung (MMWh/100.000 m <sup>3</sup> /a)							
232		=B124/B131*1000	=C126/C131*1000	=D130/D131*1000	=E124/E131*1000	=F125/F131*1000	=G126/G131*1000	=H123/H131*1000
233								
234								
235								
236								
237								
238	Schützenkabr: Spitzenleistungsbedarf!							
239	jährsamittlere Bfgr. Netzleistung m <sup>3</sup> /m <sup>3</sup> /d							
240		=B130/B114	=C130/C114	=D130/D114	=E130/E114	=F130/F114	=G130/G114	=H130/H114
241	Prozent von BGN-Wert	=B241/2	=C241/2	=D241/2	=E241/2	=F241/2	=G241/2	=H241/2
242								
243								
244	Speicherkapazität in Tagen m <sup>3</sup> /d als Gesamt-Speichervolumen!							
245	jährsamittlere Bfgr. Netzleistung							
246								
247								
248								
249								
250								
251								
252								
253	<b>Schieber, Hydranten, Hausanschlüsse</b>							
254								
255	Schieber: Nebenschleber pro Netzlänge - ohne HAL -							
256								
257	Prozent von BGN-Wert	=B140/B141*100	=C140/C141*100	=D140/D141*100	=E140/E141*100	=F140/F141*100	=G140/G141*100	=H140/H141*100
258	(10)	=G257/10	=G257/10	=G257/10	=E257/10	=F257/10	=G257/10	=H257/10
259								
260	Hydranten: Hydranten pro Netzlänge - ohne HAL -							
261								
262	Prozent von BGN-Wert	=B140/B141*100	=C140/C141*100	=D140/D141*100	=E140/E141*100	=F140/F141*100	=G140/G141*100	=H140/H141*100
263	(5)	=G262/5	=G262/5	=G262/5	=E262/5	=F262/5	=G262/5	=H262/5
264								
265								
266	Hausanschlüsse / Netzlänge in km ohne HAL							
267		=B142/B141*1000	=C142/C141*1000	=D142/D141*1000	=E142/E141*1000	=F142/F141*1000	=G142/G141*1000	=H142/H141*1000
268								
269								
270	Netzleistung ohne HAL in m <sup>3</sup> / Hausanschlüsse							
271		=B142/B141*1000*G145	=C142/C141*1000*G145	=D142/D141*1000*G145	=E142/E141*1000*G145	=F142/F141*1000*G145	=G142/G141*1000*G145	=H142/H141*1000*G145
272	Netzleistung: Jährl. Netzleistung m <sup>3</sup> /km Netzlänge (ohne HAL)							
273								
274								
275								
276								
277								