

Angemessene Wasserpreise und Kartellaufsicht: Der Beschluss des Bundesgerichtshofs schafft der Wasserwirtschaft Probleme

von **Hans-Werner Krüger**, "Wasser in Bürgerhand!"

6. Juli 2010

Vorgeschichte

Das Hessische Wirtschaftsministerium als Kartellbehörde betrieb seit 2002 neun Verfahren gegen hessische Wasserversorger in privater Rechtsform (Frankfurt, Kassel, Oberursel, Eschwege, Herborn, Wetzlar, Gießen, Wiesbaden und Darmstadt) mit der Behauptung missbräuchlich überhöhter Wasserpreise. In drei Fällen wurden Gerichte bemüht, wobei der Fall der Stadt Wetzlar nach Entscheidung des OLG Frankfurt vom 18.11.2008 dem Kartellsenat des Bundesgerichtshofs vorgelegt wurde. Der Bundesgerichtshof hat die entsprechende Preissenkungsverfügung der Kartellbehörde gegen den Wasserversorger der Stadt Wetzlar, die enwag Energie und Wassergesellschaft mbH (enwag) mit Beschluss vom 2. Februar 2010 als rechtmäßig bestätigt (Az.: KVR 66/08). Die Entscheidung des OLG Frankfurt war die erste überhaupt bezüglich der Missbrauchsaufsicht in der Wasserversorgung.

Der BGH in Kürze: Die Hessische Landeskartellbehörde durfte die enwag im Jahr 2007 wegen Preismissbrauchs verpflichten, die Wasserpreise um etwa 30 Prozent zu senken. Öffentliche Wasserversorger seien weiterhin der verschärften kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht nach §§ 103 Abs. 5, 22 Abs. 5 GWB in der Fassung der Bekanntmachung vom 20.02.1990 unterworfen. Danach könne die Kartellbehörde einen Preismissbrauch im Wege des Vergleichs mit den Preisen gleichartiger Versorgungsunternehmen feststellen. Umstände, die ihre höheren Wasserpreise rechtfertigen könnten, habe die enwag nicht nachgewiesen.

Zugleich wurde die Rechtsbeschwerde des Landeskartellamts gegen das Verbot einer rückwirkenden Preissenkungsverfügung (in diesem Fall um zwei Jahre ab 2005) zurückgewiesen.

Der Beschluss des BGH wurde von verschiedenen Seiten begrüßt, auch von Verbraucherorganisationen. Das „Handelsblatt“ vom 3.2.2010 feierte ihn als „Ausrufung einer Revolution“. Der Beschluss wirft jedoch einige Fragen auf, die für die Rechtsstellung insbesondere öffentlicher Wasserversorger und für ihre betriebliche und wasserwirtschaftliche Praxis bedeutsam sind. Die Kernpunkte:

- **Für die Feststellung eines angeblichen Missbrauchs genügen der Kartellbehörde wenige Vergleichsbeispiele und wenige, zum Teil untaugliche Kenndaten**
- **Umgekehrt wird vom betroffenen Unternehmen verlangt, sehr detaillierte Beweise für die Angemessenheit seiner Preise zu erbringen, wobei es kaum zugängliche Details von Vergleichsunternehmen einbeziehen müsste**
- **Besondere örtliche Bedingungen der Versorgung sollen nur sehr eingeschränkt höhere Preise begründen dürfen**
- **Andere als rein betriebswirtschaftliche Kriterien dürfen nicht berücksichtigt werden**

Neben der Feststellung des BGH, dass den Kartellbehörden die Missbrauchsaufsicht über Wasserpreise zusteht, stellt sich die Frage, was BGH und Landeskartellbehörde hauptsächlich im Sinn haben und was sie damit voraussichtlich erreichen bzw. anrichten werden. Dazu einiges zum kommunalen Hintergrund insbesondere der Wasserwirtschaft.

Einführung: Wassergebühren und Wasserpreise – wenig bekannt, kaum reguliert, uneinheitlich

Trinkwasser ist für unser alltägliches Leben und für zahllose wirtschaftliche Nutzungen unverzichtbar. Daran gemessen, sind die 85 Euro, die in der Bundesrepublik durchschnittlich pro Kopf und Jahr für Trinkwasser bezahlt werden, außerordentlich günstig. Für Abwasser sind es 116 Euro. Das hindert einzelne Interessengruppen nicht, immer wieder die vermeintlich zu hohen Wasser- (und Abwasser)preise zu beklagen. Dem schließen sich oft Medien an, die über die Zusammensetzung der Wasserpreise und die Rahmenbedingungen der Wasserversorgung nichts wissen und folglich nichts Sachgerechtes berichten können oder wollen.

Den meisten Verbrauchern sind übrigens laut mehrerer Umfragen die konkreten Wasserpreise in ihrem Versorgungsgebiet nicht bekannt. Ihre Schätzungen gehen außerordentlich weit auseinander und liegen im Durchschnitt viel zu hoch. Die verbreitete Unkenntnis lässt die Annahme zu, dass die Wasser- (und Abwasser)preise in den meisten Haushaltsbudgets kaum als kritische Größe auffallen. (Nettoeinkommen pro „Verbrauchereinheit“, in der Begrifflichkeit des Statistischen Bundesamts, 2007 rund 23.000 Euro.) Großverbraucher haben fast immer je nach der Verbrauchsmenge gegenüber den sogenannten Haushaltstarifen ermäßigte Preise, die lokal üblicherweise als Standortfaktoren betrachtet werden.

Die Wasserpreisfestsetzung folgt nicht allgemein verbindlichen Regeln. In der „Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser“ (AVBWasserV) erscheint die Preisbildung nicht, allerdings genießen die Versorger ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht. Die noch zu rund 90 Prozent in öffentlicher oder gemischtwirtschaftlicher Hand befindliche Wasserversorgung kann von den Gemeinden in öffentlich-rechtlicher (Eigen- oder Regiebetrieb bzw. von den öffentlich-rechtlichen interkommunalen Zweckverbänden als Verband) oder in privatrechtlicher Form organisiert werden. Im ersten Fall handelt es sich bei den Entgelten für die Wasserlieferung um **Gebühren oder Beiträge**, die nicht der Mehrwertsteuerpflicht unterliegen. Bei privatrechtlicher Organisation (GmbH oder AG) handelt es sich um **Preise**, die mit dem ermäßigten Mehrwertsteuersatz von sieben Prozent belegt werden. Öffentlich-rechtliche Betriebe können allerdings auch nach Einführung einer Satzung und bei Zugrundelegung der AVBWasserV (privatrechtliche) Preise wählen. Bei beiden Organisationsformen können die Versorger Beiträge für Baukosten, Inbetriebsetzungskosten und Hausanschlüsse erheben.

Abwasser bleibt als hoheitliche Leistung bislang steuerfrei. Seit Jahren gibt es aus der Privatwirtschaft politischen Druck, die Abwasserentsorgung ebenfalls zu besteuern, vorgeblich aus Gründen der Wettbewerbsgleichheit von öffentlicher und privater Wirtschaft.

Als Gebühr (oder Beitrag) wird derzeit – mit fallender Tendenz – knapp die Hälfte der Wasserentgelte erhoben. Wassergebühren unterliegen den Regeln der **Kommunalabgabengesetze** (Beiträge meist dem Satzungsrecht) und sind demzufolge vor allem nach dem Grundsatz der Kostendeckung zu kalkulieren¹. Insoweit sind die Kommunalbetriebe wie Wirtschaftsunternehmen zu führen. Aus falsch

¹ Beispiel: „Die Höhe der Benutzungsgebühren ist so zu bemessen, daß **alle Kosten der Einrichtungen gedeckt** sowie **Rücklagen** für die wirtschaftliche und technische Entwicklung gebildet werden können.“ (Gesetz über Gebühren und Beiträge des Landes Berlin, § 8, Absatz 3).

Zugleich gilt das allgemeine **Verbot der Kostenüberschreitung**. Dieses wird jedoch in der Regel wieder relativiert, denn überwiegend wird auch eine angemessene **Ertragskomponente** berücksichtigt, Beispiel: „Die Gebühren dürfen höchstens so bemessen werden, dass die nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen insgesamt ansatzfähigen Kosten (Gesamtkosten) der Einrichtung gedeckt werden, wobei die Gebühren in Abhängigkeit von Art und Umfang der Benutzung progressiv gestaltet werden können. Versorgungseinrichtungen und wirtschaftliche Unternehmen können einen **angemessenen Ertrag für den Haushalt der Gemeinde abwerfen**.“ (Kommunalabgabengesetz Baden-Württemberg von 2007, § 14, Absatz 1)

Zu den Gebühren werden dabei gezahlt: „die **angemessene Verzinsung des Anlagekapitals** und **angemessene Abschreibungen**; dabei sind auch die aus dem Vermögen der Gemeinde oder des Landkreises bereitgestellten Sachen und Rechte mit dem Wert zum Zeitpunkt der erstmaligen Bereitstellung zu berücksichtigen, **Verwaltungskosten** einschließlich **Gemeinkosten** und bundes- und landesrechtliche Umweltabgaben und das Wasserentnahmeentgelt nach dem Wassergesetz für Baden-Württemberg.“ (ebd.)

Anlagekapital sind die Anschaffungs- und Herstellungskosten des Anlagenvermögens abzüglich Abschreibungen. Als angemessene Verzinsung wurde bisher vielfach der Zinssatz inländischer Inhaberschuldverschreibungen angesetzt. (*Hervorhebungen vom Autor.*)

verständener politischer Rücksichtnahme auf die (meist falsch eingeschätzte) öffentliche Meinung wird jedoch nicht selten die Kostendeckung durch Wasserpreise nicht erreicht. Das kann, wie u.a. der Hessische Rechnungshof feststellte, zu Investitionsstau und Substanzverzehr der Anlagen führen.

Bei der Gebührenfestsetzung gilt weiterhin das sogenannte Äquivalenzprinzip, wonach die Bemessungsgrundsätze entsprechend dem wirtschaftlichen Wert der Leistung und/oder dem sonstigen Nutzen angemessen und die Zeiträume der Veranlagung korrekt sein müssen. Nach dem Gleichheitsprinzip (oder Gleichbehandlungsprinzip) müssen die entstandenen Kosten gleichmäßig auf die Nutzer verteilt werden.

(Aber: Kein Gebot zur Gebührenbemessung nach Maßgabe der durch einzelne Benutzer oder Benutzergruppen verursachten Kosten (OVG Nds. v.29.10.2003, 9 LA 269/03), was den von Großverbrauchern häufig erhobenen Anspruch auf niedrigere Preise einschränkt.)

Neben die Kommunalabgabengesetze treten in über der Hälfte der Bundesländer **Eigenbetriebsverordnungen**, die neben der Substanzerhaltung des haushaltsrechtlich als Sondervermögen geführten Eigenbetriebs ebenfalls eine ausreichende Kapitalausstattung und die Erwirtschaftung eines Gewinns vorsehen². Die häufig anzutreffende Auffassung, Kommunalbetriebe für Grunddienstleistungen hätten sich nur nach der Kostendecke zu strecken, trifft insoweit nicht zu. Sie widerspricht auch dem Grundgedanken nicht nur der politischen, sondern auch der möglichst weitgehenden wirtschaftlichen Selbstorganisation der Gemeinden. Diese müssen in der Lage sein, strukturell dauerhaft defizitäre öffentliche Aufgaben wie Schulen sowie Investitionen in die Infrastruktur zum Teil aus den Überschüssen ertragskräftiger öffentlicher Betriebe mit zu finanzieren.

Die privatrechtliche Preisbildung lässt dagegen größere Spielräume. Soweit sie von Betrieben und Unternehmen der öffentlichen Hand vorgenommen wird, werden eher die kommunalwirtschaftlichen Gesetze und Verordnungen maßstabsetzend sein, weil im Rahmen der politischen Aufsicht bevorzugt bestehende Regularien („Grundsätze des öffentlichen Finanzgebarens“) herangezogen werden. Das schließt jedoch nicht aus, dass seit der Liberalisierung der Energiemärkte auf die eigenen Wasserversorgungsbetriebe vermehrt politischer Druck auf höhere Renditen bzw. Gebührenaufkommen ausgeübt wird. Dies kann sich sowohl in Kosteneinsparungen aller Art als auch im Drehen an der Preis- und Gebührenschaube auswirken. Höhere Gewinne sind auch deshalb beliebt, weil damit die fast immer geschuldeten Konzessionsabgaben für die Nutzung des öffentlichen Grundes durch die Wasserversorger steigen.

Die privatrechtliche Organisationsform von Wasserversorgern wurde von vielen Kommunen in den letzten beiden Jahrzehnten wegen der größeren wirtschaftlichen Gestaltungsfreiheit gewählt. Dies war in zahlreichen Fällen auch der Schritt in die finanzielle Beteiligung von – meist großen – Privatfirmen. Auch die enwag befand sich zu 49,9 Prozent in Privatbesitz, nämlich der Thüga AG, einer Tochter des E.ON-Konzerns, ehe die Thüga am 23. Oktober 2009 an das kommunalen Erwerberkonsortium Integra/KOM9 übergang. Die Thüga hält ihrerseits 110 Stadtwerkebeteiligungen.

Generell gilt, dass die von der Situation der Wassergewinnung und –verteilung gegebene, von den Eigentumsverhältnissen unabhängige Monopolstruktur der Wasserversorgung und damit die fast immer vorhandene klare Gebietsabgrenzung eine durch Wettbewerb beeinflusste Preisgestaltung praktisch ausschließt. Dies hat während der vor rund einem Jahrzehnt heftig aufgeflammt Liberalisierungsdebatte in der Wasserwirtschaft öfter zur Forderung eines Wettbewerbs-Surrogats in Gestalt einer Regulierung der gesamten Branche geführt.

Diese Forderung wurde im Anschluss an den neuen BGH-Beschluss u.a. von der Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) erhoben. Ihr Sprecher Krawinkel erklärte: „Eine Regulierung der Wasserpreise durch die Bundesnetzagentur gewährleistet einen bundesweit einheitlichen Effizienzmaßstab“. Während die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht nur die privatwirtschaftlich organisierten Unternehmen betreffe, wären dadurch alle Wasserversorger einbezogen. „Die Kartellverfahren waren wichtig, um das Problem aufzuzeigen und ein Exempel zu statuieren. Jetzt kommt es darauf an, die Entwicklung in generell gültige Bahnen zu lenken, und das ist eben ein Regulierungsregime“³. Hier liegt augenscheinlich eine sehr oberflächliche Gleichsetzung mit dem Strom- und Gasmarkt vor.

² Beispiel: „Der Jahresgewinn des Eigenbetriebes soll so hoch sein, daß neben angemessenen Rücklagen nach Absatz 3 mindestens eine marktübliche Verzinsung des Eigenkapitals erwirtschaftet wird.“ (Eigenbetriebsverordnung des Saarlands von 1999, § 8, Absatz 5.)

³ Zitiert nach <http://www.uptown-online.de/urban-economy/stadt-und-wasser/archiv/2010/06/wer-darf-den-wasserpreis-bestimmen/>

Die Gebühren- und Preiskontrollen in den Kommunen

Für die Strom- und Gasversorgung entfiel im März 1998 mit der EU-weiten Liberalisierung weitgehend die ursprüngliche Geltung des „Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen“ (GWB) in der Fassung von 1990, vulgo Kartellgesetz. Hingegen bleibt die Wasserversorgung dem alten Recht unterworfen⁴. Insoweit ist die öffentliche Wasserversorgung nicht Teil der Wettbewerbswirtschaft und genießt Gebietsschutz. Den Kartellbehörden steht jedoch das Recht zu, die Wasserpreise auf ihre Angemessenheit zu überprüfen (Preismissbrauchskontrolle), was für Strom und Gas gemäß § 29 GWB in der aktuellen Fassung ebenso gilt.

Diese Missbrauchsaufsicht bezieht sich allerdings nur auf Preise, nicht auf Gebühren im öffentlich-rechtlichen Geltungsbereich. Im Falle Hessen sind deshalb nur 47 privatrechtlich organisierte Wasserversorger mögliche Zielobjekte der Kartellbehörde, während 352 von ihr nicht zu behelligen sind.

Von diesen wird in Hessen und anderswo angenommen, dass sie gewissermaßen öffentlicher Kontrolle unterliegen. Der Kernbereich der Kommunalaufsicht umfasst dabei die Prüfung der Haushalts- und Nachtragshaushaltspläne, der Stellenpläne, der Wirtschaftspläne der Eigenbetriebe und die Überwachung der wirtschaftlichen Betätigung der kommunalen Gebietskörperschaften. Daraus ließen sich im Einzelfall auch die Preisbildungen überprüfen, wenn die Kontrollen genügend ins Detail gehen könnten oder wollten. Zuständig sind in den Städten typischerweise der Regierungspräsident, auf dem Land die Landkreise bzw. Landräte. Sie haben einen erheblichen Ermessensspielraum für ihr Tätig werden⁵.

Kommunalaufsicht kann und soll sich auch durch die politischen Vertreter in den Aufsichtsorganen von Eigenbetrieben oder privatrechtlichen Gesellschaften verwirklichen. Ob diese inhaltliche Kontrollmöglichkeit regelhaft über gewisse Routinesitzungen und –überprüfungen hinausgeht, mag füglich bezweifelt werden. Hier wird die Annahme einer demokratischen Kontrolle, auch im Sinne einer der Öffentlichkeit geschuldeten verantwortlichen Wahrnehmung von Bürgerinteressen und Gemeinwohlbelangen, zwar normativ begründet, aber praktisch nur lückenhaft eingelöst. Dies allein den gewählten Vertretern anzulasten, würde das verbreitete Desinteresse der BürgerInnen am politischen Alltagsgeschäft übersehen, das allerdings kurzfristig von aktuellen Erregungszuständen überlagert werden kann.

Möglichkeiten der Kartellaufsicht und Rahmenbedingungen der Wasserversorgung

Aufgabe der Kartellbehörden des Bundes und der Länder ist der Schutz des Wettbewerbs vor Beschränkungen unternehmerischer Freiheit durch die Marktteilnehmer und vor dem Missbrauch wirtschaftlicher Macht. Sie können wettbewerbswidriges Verhalten untersagen, zur Ahndung von Kartellordnungswidrigkeiten Bußgelder verhängen oder den durch einen Kartellverstoß erlangten wirtschaftlichen Vorteil abschöpfen. Die Preiskontrolle ist dabei eine Nebenaufgabe, die allerdings durch das Preisgebaren der großen Energieversorger zunehmende Aufmerksamkeit erlangt hat.

⁴ GWB „§ 131 Übergangsbestimmungen (6) Soweit sie die öffentliche Versorgung mit Wasser regeln, sind die §§ 103, 103a und 105 sowie die auf sie verweisenden anderen Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Februar 1990 (BGBl. I S. 235), zuletzt geändert durch Artikel 2 Abs. 3 des Gesetzes vom 26. August 1998 (BGBl. I S. 2512), weiter anzuwenden. Das gilt insoweit auch für die Vorschriften, auf welche die genannten Vorschriften verweisen.“

⁵ Kommunalaufsicht bedeutet zunächst Beratung im Vorfeld kommunaler Entscheidungen. Eine Rechtsverletzung bei der Preisbildung festzustellen und damit einen Eingriffszwang auszulösen, dürfte schwerfallen. Denn ob und inwieweit die Kommunalaufsichtsbehörden gegen Gesetzesverletzungen (soweit es sich bei überhöhten Preisen überhaupt darum handelt) mit den förmlichen Mitteln der Kommunalaufsicht vorgehen, unterliegt dem Opportunitätsprinzip und damit ihrem pflichtgemäßen Ermessen. Für Einzelansprüche bietet sie keine Hilfe, denn sie darf nur im Interesse des öffentlichen Wohls eingreifen, nicht aber mit dem Ziel, einem einzelnen zu seinem Recht zu verhelfen, wenn dieser seine Rechte in einem Zivilprozess oder in einem Verwaltungsstreitverfahren geltend machen kann.

§ 315 I, III BGB bietet mit der „Billigkeitskontrolle“ eine zivilrechtliche Möglichkeit der Klage gegen Preisfestsetzungen.

Die Preise von Wasserversorgern sind bisher kaum Gegenstand der Kartellaufsicht geworden, Stichwort Ermessensspielraum. Eine Ausnahme bildet Hessen, das mit dem Juristen Hermann Daiber, Leiter des Referates Landeskartellbehörde für Energie und Wasser beim Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung, einen Überzeugungstäter beschäftigt⁶. Daiber ist Verfasser der grundlegenden Entschlüsse der Kartellbehörden von 1997 / 1998 zur kartellrechtlichen Kontrolle der Wasserpreise und verantwortlicher Fachbeamter für die Missbrauchsverfügungen gegen enwag Wetzlar (9. Mai 2007), Mainova AG, Frankfurt/Main (10. Dez. 2007) sowie die Städtische Werke Kassel (10. April 2008). Eine Übersicht über die Vorgehensweise im Falle enwag gibt Daiber in seinem Vortrag „Die Untersagung überhöhter Wasserpreise durch die hess. Kartellbehörde“ vom 12.12.2008 an der FU Berlin (im Anhang).

Grundsätzlich ist nicht zu bestreiten, dass es eine staatliche Möglichkeit zur Kontrolle von Wasserpreisen und Abwassergebühren geben muss, weil die Bürger vor einer überhöhten „Abschöpfung“ zu schützen sind. Andererseits geben das Grundgesetz und die Gemeindeordnungen den Kommunen sehr weitgehende Gestaltungsfreiheiten in ihrer hoheitlichen und eigenwirtschaftlichen Selbstverwaltung. Kommunale Betriebe können somit auch Zielsetzungen haben, die nicht ihrem unmittelbaren Aufgabenbereich zufallen, zum Beispiel arbeitsmarktfördernde und umweltpolitische.

Im Falle der Wasserversorgung sind darüber hinaus mit dem Versorgungsauftrag Strukturfragen verbunden, die erhebliche Kosten verursachen oder umgekehrt vermeiden können. So kann die Wahl der Wassergewinnung sowohl nach ihrer Herkunft (Grundwasser, Oberflächenwasser, Uferfiltrat) als auch nach ihrer Qualität erhebliche Folgen für die Wahl der Aufbereitungsverfahren und somit für die Investitions- und Folgekosten haben. Das heißt, je besser die Ausgangsqualität des sogenannten Rohwassers, desto geringer die Kosten der Aufbereitung.

Das heißt aber auch, den Kunden eine möglichst gute Qualität zu bieten. Hier tritt als Norm das „Minimierungsgebot“ („soll“) in § 6 Ziffer 3 der Trinkwasserverordnung ein, das dem Versorger eine möglichst weitgehende Freihaltung des Trinkwassers von chemischen Verunreinigungen nahelegt. Wer sich davon nicht beeindrucken lässt und Trinkwasser an der Obergrenze des Zulässigen liefert, obwohl er es besser könnte, kann viel Geld sparen. Das gilt für den Aufbereitungsaufwand, kann aber auch durch die Wahl bereits belasteter Ressourcen geschehen. Diesbezüglich weitreichende Entscheidungen, die oft auch die Frage berühren, ob vorhandene Verunreinigungen mit viel Aufwand (der meist den Kommunen zufallen würde) insbesondere aus dem Grundwasser entfernt werden können oder sollen, sind kaum ohne die politisch Verantwortlichen vor Ort zu treffen.

Ebenso hat die Entscheidung über die Festsetzung von Wasserschutzgebieten Kostenfolgen, zumindest indirekte, weil damit Bewirtschaftungsauflagen verbunden sind, die öfter Ausgleichszahlungen nach sich ziehen, die sich im Haushalt auswirken. Dafür werden gewöhnlich die Wasserversorger als „Begünstigte“ direkt von den Kommunen belastet und die Versorger beziehen solche im Grunde systemwidrigen Kosten natürlich in die Preiskalkulation ein.

Je nach örtlicher Verfügbarkeit geeigneter Ressourcen fallen auf der Investitionsseite wie im Betrieb auch die Transportkosten ins Gewicht. Hier spielt der in § 1a Ziffer 3 des Wasserhaushaltsgesetzes und in den Landeswassergesetzen festgelegte Vorrang der ortsnahen Wassergewinnung eine Rolle. Er müsste nicht nur in wasserwirtschaftlichen Rahmenplänen, sondern bei konkreten Standortentscheidungen von (kommunalen) Versorgern Berücksichtigung finden. Das bliebe nicht ohne finanzielle Folgen.

Die hier genannten Gesichtspunkte haben bei der konkreten Umsetzung Kostenfolgen, an die vom Grundsatz her weder der BGH noch die Hessische Kartellbehörde denken wollen.

⁶ Daiber hat in seinem Aufsatz „Wasserwirtschaft und Kundenschutz zwischen Anspruch und Wirklichkeit. Ein Beitrag zur effizienten kartellrechtlichen Kontrolle der Wasserpreise“ in: „Kommunale Wirtschaft im 21. Jahrhundert – Festschrift Peter Becker“, VWEW Energieverlag 2006, Seiten 457 – 475 (plus Anhang Fragebogen „Wasserversorgung“ der Hessischen Kartellbehörde) keinen Zweifel an seiner neoliberalen **Grundüberzeugung gelassen, dass die Wasserwirtschaft insgesamt einer Regulierung bedarf**. Die Begründung mutet eher dogmatisch an, berücksichtigt allerdings auch die Grenzen kommunal(haushalts)politischer und zivilrechtlicher Preiskontrollen..

Der BGH will es den Kartellbehörden leicht machen

Im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren vor dem Bundesgerichtshof hatte die Stadt Wetzlar u.a. aus Gründen der Fortgeltung des Kartellrechts von 1990 für die Wasserversorgung die Zulässigkeit der kartellbehördlichen Überprüfung angezweifelt. Dem ist der BGH nicht gefolgt, wobei hier die Rechtsfragen einer Freistellung von der Aufsicht wegen bestehender Demarkations- und Konzessionsverträge außer Betracht bleiben sollen.

Der BGH argumentiert, Ziel des § 103 Abs. 5 GWB 1990 sei es, mit Blick auf die besondere Marktstellung von Unternehmen der leitungsgebundenen Versorgung (Elektrizität, Gas, Wasser) und die sich aus ihr ergebende erhöhte Missbrauchsgefahr den zuständigen Behörden ein besonders wirksames Instrument der Aufsicht an die Hand zu geben⁷.

Die Wasserversorgung sei in jedem Fall ein natürliches Monopol, in den meisten Fällen auch ein rechtliches. Für die Wasserversorgung (im Unterschied zu Strom und Gas) hätten sich die Rechtsgrundlagen - ebenso wie die tatsächlichen Gegebenheiten - nicht geändert. Insoweit werde mit § 131 Abs. 6 GWB vielmehr der alte Rechtszustand hinsichtlich der Wasserversorgung aufrechterhalten und damit auch die erleichterte Möglichkeit des Nachweises eines Preismissbrauchs in Verfahren nach § 103 Abs. 6 GWB 1990 wie auch nach § 22 Abs. 5 GWB 1990.

Das heißt: durch die **weitgehende Verlagerung der Beweislast auf das betroffene Unternehmen** sollte der Behörde die **Feststellung von Preismissbräuchen** auf diesem Gebiet **deutlich erleichtert** werden. An diese durch andere höchstrichterliche Urteile bestätigte Rechtsauffassung schließt der BGH nun an. Anders ausgedrückt: Der Kartellbehörde wird es leicht, den betroffenen Unternehmen jedoch schwer gemacht.

Grundlage der Missbrauchsaufsicht sollen **Betriebsvergleiche** sein. Aber was ist gleichartig oder mit Fug und Recht vergleichbar? Der BGH postuliert:

„Dem Tatbestandsmerkmal der Gleichartigkeit kommt, wie der Senat bereits für den Bereich der Elektrizitätsversorgung entschieden hat, nur die Funktion zu, eine grobe Sichtung unter den als Vergleichsunternehmen in Betracht kommenden Versorgungsunternehmen zu ermöglichen (BGHZ 129, 37, 46 f. - Weiterverteiler). Nur wenn die Unternehmen sich schon auf erste Sicht so signifikant unterscheiden, dass sich ihre Einordnung als gleichartig von vornherein verbietet, ist es dem betroffenen Unternehmen nicht zumutbar, nachweisen zu müssen, dass seine höheren Preise durch besondere Umstände gerechtfertigt sind. Umgekehrt folgt aus § 103 Abs. 5 GWB 1990, dass nicht all das, was die besonderen Umstände ausmacht, bereits die Gleichartigkeit entfallen lässt. Die mit der Beweislastverteilung bezweckte Verschärfung der Missbrauchsaufsicht im Bereich der leitungsgebundenen Versorgungswirtschaft würde verfehlt, wenn an das Merkmal der Gleichartigkeit zu hohe Anforderungen gestellt würden.“
(Hervorhebungen vom Autor)

Da im Unterschied zu anderen Branchen in der Wasserversorgung kein echtes „Vergleichsmarktkonzept“ mit Wettbewerbspreisen möglich ist, käme es bei einer sachgerechten Vergleichsprüfung umso mehr an auf eine sehr genaue Betrachtung a) sämtlicher im engeren Sinne betriebswirtschaftlicher Kostenfaktoren, b) die Berücksichtigung lokaler Besonderheiten vor allem von Wasser-

⁷ Um das Ziel einer effektiven Missbrauchskontrolle zu erreichen, hat der Gesetzgeber die Beweiserleichterungen für die Kartellbehörde aus § 103 Abs. 5 GWB 1990 nicht nur auf den "Freistellungsmisbrauch" beschränkt, sondern in Abs. 7 auch auf den "Marktmachtmisbrauch" und damit in den Anwendungsbereich des § 22 Abs. 5 GWB 1990 erstreckt. Konkret werden der Missbrauchsverfügung § 103 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 in Verbindung mit Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 zugrunde gelegt. Danach handelt ein Versorgungsunternehmen **missbräuchlich, wenn es ungünstigere Preise oder Geschäftsbedingungen fordert als gleichartige Versorgungsunternehmen, es sei denn, das Versorgungsunternehmen weist nach, dass der Unterschied auf abweichenden Umständen beruht, die ihm nicht zurechenbar sind**.

Anwendbar ist auch § 19, Absatz 4, Satz GWB, wonach Missbrauch insbesondere dann vorliegt, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen „Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden; hierbei sind insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen“.

gewinnung und Wasserverteilung, c) die (unternehmens-)politisch vermittelten zusätzlichen, über den unmittelbaren Versorgungsauftrag hinausgehenden Konditionen⁸.

Wird dies nicht getan, werden sich die betroffenen Wasserversorger, die bisher in Hessen Verfügungen über Preissenkungen im Schnitt über 35 Prozent hinnehmen mussten, regelmäßig auf den Rechtsweg begeben. Unter den nun vom BGH bestätigten Bedingungen der Beweislast würde dies allemal sehr strapaziös. Ob durch eine Reihe solcher Verfahren mehr Rechtssicherheit oder, um es anders auszudrücken, mehr Kundengerechtigkeit im Sinne der Aufsichtsbehörden erreicht werden könnte, muss dahingestellt bleiben.

Grundsätzlich ließe sich die Frage stellen, ob unter der Voraussetzung real eingestander Schwierigkeiten eines beidseitig akzeptierten Vergleichs dieser zwar als Hilfsinstrument, nicht aber als alleiniges Entscheidungskriterium benutzt wird.

Grundsätzlich wäre es bei einer nach Haushalts- und Handelsrecht üblichen Buchführung und Kostenrechnung nach Kostenstellen und Kostenarten unter Einbeziehung aller Zuführungen aus Zuschüssen von privater und öffentlicher Hand möglich, sowohl die Umsatz- als auch die Eigenkapitalrendite zu ermitteln. Dann ließe sich unschwer bestimmen, ob Preise (oder Gebühren) angesichts des Betriebsergebnisses „angemessen“ sind. (Siehe den späteren Hinweis auf das BDEW-„Eckpunktepapier“.)

Allerdings ist wegen der hessischen Praxis, sich mittlerweile die Vergleichsdaten von 270 Unternehmen (Stand 2006) nicht nur aus Hessen, sondern aus dem gesamten Bundesgebiet beschafft zu haben, die Vermutung angebracht, dass Herman Daiber und sein Ministerium sich keineswegs als individuelle Wirtschaftsprüfer verstehen wollen. **Vielmehr lässt die immer weiter ausgedehnte Datensammlung die Annahme zu, das damit das Fundament für eine Regulierungsbehörde geschaffen werden soll. Selbst wenn sie (noch) nicht de jure existiert, könnte sie bei entsprechend exzessiver Verfügungspraxis de facto diese Rolle zunächst für Hessen übernehmen.** Gleichgesinnte Länder könnten folgen.

Zumindest bietet sich die fleißige hessische Datensammlung, von welcher Qualität sie immer sein mag, als Einladung für andere Kartellbehörden an, nun mal loszulegen. (Daiber würde sicher gerne seine Datenbank öffnen.) Die Bundesregierung hat auf eine Kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vom 16.3.2010 (Drucksache 11/1046) zu den Folgen des BGH-Entschlusses mitgeteilt, sie erwarte, dass die Kartellbehörden die Wasserversorger verstärkt auf eventuell missbräuchlich überhöhte Preise überprüfen werden.

Ein Unternehmen als ausreichender Vergleich?

Zurück zur Einzelfallprüfung aus BGH-Sicht. Danach sind zwei Unternehmen „jedenfalls dann gleichartig, wenn zwischen ihnen hinsichtlich der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen keine wesentlichen Unterschiede bestehen, die aus der Sicht der Abnehmer gemäß der Zielsetzung einer möglichst sicheren und preiswürdigen Versorgung mit Trinkwasser von vornherein eine deutlich unterschiedliche Beurteilung der Preisgestaltung rechtfertigen (vgl. BGHZ 129, 37, 46 f. - Weiterverteiler). Dabei kommt es - entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde - nicht auf eine umfassende Feststellung aller maßgeblichen Strukturdaten an.“ (Randziffer (RZ) 30, *Hervorhebung vom Autor.*)

Und weiter im konkreten Fall: „Die Kartellbehörde hätte sogar nur ein einziges Unternehmen als Vergleichsunternehmen heranziehen können, wobei dann die wegen der schmalen Vergleichsbasis bestehenden Unsicherheiten angemessen hätten berücksichtigt werden müssen.“ (RZ 68, *Hervorhebung vom Autor.*) Dies ist vom BGH schon früher so entschieden worden.

Es ist schwer nachzuvollziehen, warum der BGH bei der Einschätzung, ob verschiedene Unternehmen gleichartig seien, dies ausgerechnet an der Abnehmersicht hinsichtlich der Aufgabenerfüllung als kompetenter und zugleich vergleichsweise preiswürdiger Wasserversorger festmachen will. Selbst

⁸ Im Grunde wären hier auch Belastungen zu berücksichtigen, die nur schwer in normalen Wirtschaftsplänen untergebracht werden können. Dazu gehören zum Beispiel nicht „verursachergerechte“ Kostenübernahmen bei Straßenbauarbeiten, „gelenkte“ Förderhilfen für Schulen, Sportvereine und Kultureinrichtungen durch Sponsoring seitens der Unternehmen, Kostenverschiebungen zwischen einzelnen städtischen Unternehmen über manipulierte Verrechnungssätze, usw.

wenn angenommen würde, die Verbraucher könnten sich in ihrem Versorgungsgebiet ein einigermaßen zutreffendes Urteil bilden, muss das für entferntere Versorger stark bezweifelt werden.

Ebenso erstaunlich ist die zulässige Beschränkung auf ein einziges Vergleichsunternehmen. Die Hessische Kartellbehörde hatte immerhin 18 Unternehmen in den Vergleich einbezogen und dann schließlich 9 für den direkten Vergleich mit der enwag ausgewählt⁹. Die wichtigsten Vergleichskriterien waren mit den Worten des BGH: „Die Landeskartellbehörde hat jeweils die Versorgungsdichte (Metermengenwert), die Abnehmerdichte (Netzlänge pro Hausanschluss), die Anzahl der versorgten Einwohner, die nutzbare Wasserabgabe, die Abgabestruktur (Haushalts- und Kleingewerbekunden) und die Gesamterträge der Wassersparte ermittelt und gegenübergestellt. Damit hat sie wesentliche Kennwerte der Kostenstruktur zur Grundlage ihrer Auswahl gemacht. Das gilt insbesondere für die Versorgungs- und Abnehmerdichte, aus denen sich Rückschlüsse auf die Vertriebskosten ziehen lassen. Der Metermengenwert, der angibt, wie viele Kubikmeter Wasser pro Meter Leitungsnetz geliefert werden, weist alle Versorgungsgebiete als ländlich bis kleinstädtisch aus.“ (RZ 32)

Praktisch ebenso wie statistisch sinkt die Zuverlässigkeit eines Vergleichs mit abnehmender Zahl der Vergleichsobjekte. Aber da der Missbrauchskontrolle ja keine zu hohen Anforderungen zugemutet werden sollen, damit sie scharf zugreifen kann, lässt der BGH eben das absolute Minimum zu. Das schadet aus seiner Sicht ja auch nichts, denn die erleichterte Kartellbehörde wird es schon mit **Zu- und Abschlägen** auf einzelne betriebliche und strukturelle Merkmale wie unterschiedliche Topographie, unterschiedliche Länge des Verteilungsnetzes, unterschiedliche Versorgungsdichte usw. so richten, dass es irgendwie passt.

Praktisch werden damit die Kartellbehörden nicht nur in betriebswirtschaftlicher, sondern auch im weitesten Sinne technischer Hinsicht mit Universalkompetenz in wasserwirtschaftlichen Fragen beliehen. Daran sind im Falle Hessen trotz beträchtlichen Aufwands erhebliche Zweifel anzumelden. Generell müssen bereits die Preissenkungsverfügungen zwischen 30 und 44 Prozent die Frage aufwerfen, ob alle betroffenen Wasserversorger voller Raubgier sind und der Kommunalaufsicht dauerhaft entwischen oder aus lauter Unfähigkeit sich ständig maßlos zu ihren Gunsten verrechnen oder ob umgekehrt die Hessische Kartellbehörde mit zu groben oder falschen Rastern arbeitet.

So wird beispielsweise der sogenannte Metermengenwert, der angibt, wie viele Kubikmeter Wasser pro Meter Leitungsnetz geliefert werden, als Kostenindex für verschiedene Unternehmen statistisch nichts hergeben, weil die Unterschiede in den Versorgungsnetzen selbst bei genauer vergleichbaren Unternehmen zu groß sind. An anderen Indexwerten wie der Abnehmerdichte ist nicht erst seit dem BGH-Beschluss ebenfalls begründete Fachkritik, nicht nur von den betroffenen Versorgern, angebracht worden. Sie ist bei der Daiber-Gruppe offenbar noch nicht durchgedrungen. Vielmehr hält sie ihre Modellrechnungen für die Bildung „wettbewerbsanaloger“ Preise für maßstabsetzend. Da ihr Vorgehen bisher einzigartig ist, hat sie einen von der Rechtsprechung gestützten Vorsprung.

Schwerwiegender, weil der allgemeinen Überprüfung gar nicht zugänglich, sind die von der Kartellbehörde praktizierten, vom BGH ausdrücklich anerkannten Zu- und Abschläge bei einzelnen Kostenmerkmalen, wenn die Gleichartigkeit nicht groß genug ist. Sie öffnen der Unkenntnis und der Willkür ein weites Feld und ließen sich allenfalls im Verwaltungsgerichtsverfahren am Einzelfall, nicht aber systematisch überprüfen. An die Verfahrensart der gerichtlich überprüften Missbrauchsaufsicht darf in materieller Hinsicht keine große Erwartung hinsichtlich Sachgerechtigkeit in allen Details geknüpft werden.

Dieser Pferdefuß ist offensichtlich, wie aus einer Stelle im BGH-Beschluss hervorgeht, wo sich die Betroffene gegen Einzelfeststellungen der Kartellaufsicht wehrt: „Der Einwand der Rechtsbeschwerde, dass der Betroffenen ein substanziiertes Vorbringen dazu mangels Kenntnis der Bedingungen bei den Vergleichsunternehmen unmöglich und jedenfalls unzumutbar sei, geht im Übrigen schon grundsätzlich ins Leere. Wie der Vertreter der Landeskartellbehörde in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nämlich ausgeführt hat, hätte diese sich, wenn die Betroffene die Kosten der einzelnen Hochbehälter und sonstigen auf die Topografie ihres Versorgungsgebiets zurückzuführenden Einrichtungen hinreichend genau aufgeschlüsselt hätte, darauf beschränkt, diese Einrichtungen zahlenmäßig mit denen der anderen Unternehmen zu vergleichen und daraus Zu- und Abschläge auf die Preise zu errechnen.“ (RZ 64, *Hervorhebung vom Autor*)

⁹ Daiber in (2006): „**Das Prüfkonzept der Hessischen Kartellbehörde steht und fällt mit einer ausreichend breiten Zahlengrundlage**“ (a.a.O, S. 471) „**Die Kartellbehörde erhöht ihre Chancen vor Gericht, wenn sie sich auf möglichst viele Vergleichsversorger berufen kann**“ (a.a.O, S.474)

Diese Wendung ist auch deswegen bemerkenswert einseitig, weil sich die Betroffene, wenn sie die Angemessenheit ihrer Preisabweichung von dem oder den Vergleichsunternehmen darstellen muss, nicht auf Zu- oder Abschläge nach eigener Einschätzung berufen kann. Vielmehr muss sie detailliert und belegbar („substanziert“) die Unterschiede darlegen. Das kann sie jedoch in aller Regel nicht, schon weil sie auf normalem Wege nicht alle für eine realistische Vergleichsbildung relevanten Daten und Fakten zur Verfügung gestellt bekommt und weil davon ausgegangen werden muss, dass zwischen verschiedenen Unternehmen die Standards von Buchführung und Kostenstellenrechnung, vorsichtig ausgedrückt, die Vergleichbarkeit erschweren. Außerdem würde eine solche Beweisführung einen immensen Aufwand bedeuten. Von der in der Jurisprudenz manchmal bemühten „Waffengleichheit“ kann deshalb in Kartellverfahren solcher Art kaum die Rede sein.

Offensichtlich unter dem Eindruck des BGH-Beschlusses und der daraufhin eingetretenen starken Verunsicherung unter den Wasserversorgern hat der BDEW (Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V.) am 17. Juni 2010 eine 60-seitige Ausarbeitung **„Eckpunkte einer Wasserentgeltkalkulation in der Wasserwirtschaft“** herausgegeben. Darin wird ausführlich ein Modell einer betrieblichen Kostenrechnung dargestellt, das mindestens teilweise auf die Betriebskostenrechnung der Thüga in einem Wasserversorgungsbetrieb zurückgreift. Sie sollte als notwendiger Beitrag für einen fälligen Dialog zwischen Wasserversorgern und Kartellbehörden gelesen werden. (Zum Vergleich der Fragebogen der Hessischen Kartellbehörde in dem Daiber-Beitrag von 2006.) Zumindest in Hessen scheinen die Fronten im Moment verhärtet, weil sich die betroffenen Wasserversorger in ihrer Existenz gefährdet sehen und weil die Kartellbehörde ihre Missbrauchsaufsicht, sprich ihr Regulierungsbedürfnis, sehr weit gespannt sehen will.

Wasserversorger sollen effizient sein – was heißt das?

Seit der Liberalisierungs- und damit auch Regulierungsdiskussion wird die Frage nach der Effizienz der öffentlichen Wasserversorgung gestellt. Hintergrund ist die Behauptung, private Unternehmen seien grundsätzlich effizienter und die öffentlichen daher ein Fall entweder für die Übernahme oder für eine Aufsicht, die ihnen die Regeln des Wettbewerbs ersatzweise durch Verfügung von oben auferlegt. Nutznießer der Übung sollen die Kunden durch niedrigere Wasserpreise sein.

Die deutsche Wasserwirtschaft hat auf diese auch über die EU getragene Diskussion mit ihrer 2001 auf Bundesebene abgesprochenen „Modernisierungsstrategie“ reagiert, die 2006 in erweiterter Form von der Bundesregierung vorgelegt wurde. Kernpunkt ist ein freiwilliges Benchmarking, also ein Kostenvergleich von Unternehmen mit dem Ziel, daraus Verbesserungen für die betriebliche Praxis abzuleiten¹⁰.

Hermann Daiber hält von dieser Benchmarking-Offensive sehr wenig. Er betrachtet sie eher als eine im Ergebnis wenig aussagekräftige Scheinveranstaltung und vermutet, dass Kommunen, wenn ihre Versorger tatsächlich Effizienzgewinne erzielen würden, diese eher zu höheren Konzessionsabgaben und höheren direkten Ausschüttungen an die städtischen Eigner veranlassen würden. Mit Preisensenkungen rechnet er, außer bei entsprechenden politischen Konstellationen, nicht. In diesen Punkten ist Daiber nicht ohne weiteres zu widersprechen.

Fragwürdig wird der BGH-Beschluss auch in einem Bereich, der sich in den reinen betriebswirtschaftlichen Zahlen und den Kennwerten à la Daiber nicht wiederfindet. Kartellbehörde und BGH stellen zwar fest, dass die Struktur des Versorgungsgebietes und bestimmte Randbedingungen zu berücksichtigen sind, aber nur, wenn sie bei Vergleichsunternehmen ähnlich auftreten oder behandelt wurden. Das heißt, aus Sicht der Kartellbehörde unternehmerisch oder politisch falsche Entscheidungen dürfen nicht für Preiserhöhungen herangezogen werden.

Der BGH ist der Frage bei „nachholenden“ Investitionsvorhaben nachgegangen und führt aus: „Bei der Frage, ob ein erhöhter Investitionsbedarf nach § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 einen höheren Preis rechtfertigen kann, ist nicht allein auf den derzeitigen Zustand des Netzes abzustellen. Vielmehr

¹⁰ Der BDEW hat dazu am 11.3.2010 eine Broschüre „Benchmarking: „Lernen von den Besten“ – Leistungsvergleiche in der deutschen Wasserwirtschaft“ herausgegeben, (http://www.bdew.de/bdew.nsf/id/DE_Benchmarking-Broschuere?open&l=DE&ccm=420060010). Sie bietet eine kurze Einführung. Die Benchmarking-Projekte werden in den einzelnen Bundesländern von Unternehmensberatern durchgeführt.

ist nach der Zielsetzung der Norm, ein Korrektiv für das Fehlen von Wettbewerb zu sein (BGHZ 129, 37, 49 - Weiterverteiler), auch zu berücksichtigen, ob das betroffene Versorgungsunternehmen unter dem Schutz seiner Monopolstellung in der Vergangenheit erforderliche Investitionen unterlassen oder ineffektiv durchgeführt hat. Nur so ist gewährleistet, dass die Abnehmer nicht mit Kosten belastet werden, die allein auf Fehlentscheidungen des Monopolunternehmens beruhen und nicht durch die Struktur des Versorgungsgebiets vorgegeben sind... Der Einwand der Rechtsbeschwerde, bei zusätzlichen Investitionen wären auch die Wasserpreise in der Vergangenheit höher gewesen, ist in der bestehenden Monopolsituation nicht belegt.“ (RZ 57)

Die betroffene enwag hatte dargelegt, dass die besonders schwierigen Geländeverhältnisse und das Alter des Netzes höhere Kosten als üblich verursachen würden. Konkret hätte sie nachweisen müssen, dass sie zumindest seit einem halben Jahrhundert stets die richtigen Entscheidungen für einen optimierten Netzbetrieb und für eine optimale Netzstruktur getroffen habe – ein in der Praxis absurd aufwendiges und kaum realisierbares Ansinnen. Im Übrigen ist die Unterstellung des BGH, die Wasserpreise wären in der Vergangenheit bei entsprechend höheren Investitionen nicht entsprechend angestiegen, eher kurios.

Der BGH hat noch eins draufgesetzt und festgestellt: „Denn die Betroffene hat nicht nachgewiesen, welche Mehrkosten ihr dadurch entstehen und dass diese Mehrkosten nicht durch eine rationellere Betriebsführung vermieden werden können.“ (RZ 59). Gemeint sind hier die Mehrkosten durch eine ungünstige Topographie. Die Kartellbehörde hatte von der enwag solche Nachweise verlangt, zum Beispiel bei der Wasserbeschaffung, beim Leitungsnetz, bei Wasserspeichern, der Druckhaltung und Druckerhöhung. Die Kartellbehörde hatte zum Beispiel bezweifelt, dass die enwag das Verhältnis von Eigengewinnung und Fremdbezug des Wassers optimiert habe.

Hinsichtlich der auch bis in die Gegenwart reichenden rationelleren Betriebsführung werden die Anforderungen an eine hinreichende Beweisführung mindestens ebenso überspannt. Bei künftigen Kartellverfahren könnten nach dieser Vorgabe alle Betroffenen grundsätzlich gezwungen werden, ihre „Effizienz“ in sehr umfassender Weise zu belegen, weil „Rationalisierungsreserven“ in vielen Bereichen möglich sind.

Zum Beispiel könnten an sich sehr sinnvolle Laboruntersuchungen des Rohwassers, der Förderbrunnen und Beobachtungsbrunnen und des Wassers im Verteilungsnetz ausgedünnt und entsprechend Personal eingespart werden. Ebenso ließen sich Kontrollen im Rohrnetz, die der Vorbeugung von Netzschäden und damit der späteren Kosteneinsparung dienen, nach der Maxime „der Rohrbruch belegt am besten den Zustand des Netzes“ einschränken. Oder die Netzüberwachung wird „outgesourct“, das heißt gewöhnlich an weniger erfahrene Fremdbetriebe - im Zweifel sogar mit Billig- arbeitskräften - vergeben. Auch das spart kurzfristig Kosten und erfüllt kurzfristige betriebswirtschaftliche Effizienzkriterien.

Was die Kartellbehörde ebenso wenig sehen kann und was sich trefflich zum vordergründigen Effizienzbeweis umfälschen ließe, sind die vielfältigen Möglichkeiten, an der Materialqualität zu sparen. Zum Beispiel: Absperrschieber und -klappen im Verteilungsnetz, ein wesentlicher Posten in der Materialbeschaffung, können nach guter alter Art mit Vollemailbeschichtung 70 Jahre halten. Ohne diese, nicht DIN-gerechte aus ausländischer Quelle (der Hinweis ist kein Nationalismus, sondern eine Erscheinung des sogenannten Wettbewerbs) können bei ungünstigen Wässern und Untergrundverhältnissen bereits nach 10 Jahren Defekte bis zur Funktionsunfähigkeit aufweisen. Kurzfristig 40 Prozent gespart, mittel- und langfristig voll danebengegriffen.

Der in der kommunalen und teilprivatisierten Wasserwirtschaft immer häufiger zu beobachtende rasche Wechsel in den Geschäftsführungen, der wachsende Einfluss der kaufmännischen gegenüber der technischen Leitung und das Einwandern branchenfremder Jobhopper in die strukturell auf unbegrenzte Zeit angelegte Wasserversorgung begünstigen leider solche „Optimierungsprozesse“. Zum Teil wird bewusst „auf Verschleiß gefahren“, weil wie in der Finanzbranche der individuelle Schnitt gemacht wurde, ehe die Allgemeinheit die Kosten zu tragen hat..

Wer also soll hier die vertretbaren Effizienzkriterien bestimmen? Die Hessische Kartellbehörde ist für den in der Wasserwirtschaft existenziell wichtigen Grundsatz der Nachhaltigkeit verbal durchaus aufgeschlossen. Aus den bekannt gewordenen Verfahrensbestandteilen ist jedoch nicht zu erkennen, ob und wie diese in angemessener Weise berücksichtigt wurden. Es ist zu besorgen, dass sie sich letztlich am Minimum des betrieblich und gesetzlich Notwendigen ausrichten werden. Damit sind allerdings die im internationalen Vergleich immer wieder hervorgehobenen Struktur- und Leistungsvorteile der

öffentlichen Wasserversorgung in Deutschland gefährdet, die wesentlich auf einem inhärenten Grundsatz fachlicher Qualitätsoptimierung und freiwilliger Leistungen beruhen.

Grundsätzlich ist zu fragen, ob hier nicht auf gewaltsame Art der Wasserwirtschaft die Wettbewerbsidee als verkapptes strukturformendes und somit im gewünschten Sinne strukturveränderndes Element eingepflanzt werden soll. Im Endeffekt würde sie sich nämlich bis in den Bereich (unternehmens-)politischer Grundsatzentscheidungen erstrecken. Dies wird an folgender Feststellung deutlich: „Bereits in der Begründung des Regierungsentwurfs zur 4. GWB-Novelle 1978 wird darauf abgehoben, dass die Berücksichtigung der strukturellen Verhältnisse des Versorgungsgebiets nicht zu einer ungerechtfertigten Konservierung ungünstiger Gebiets- und Unternehmensstrukturen führen dürfe (BT-Drucks. 8/2136 S. 33 f.)“ (RZ 62, *Hervorhebung vom Autor*)

Hier sei an die bereits gemachten Ausführungen zur Standortwahl der Wassergewinnung erinnert. Ein weiteres Beispiel sind die von vielen Wasserversorgern übernommenen Zahlungen an Landwirte und andere Nutzer, wenn diese sich freiwillig und nicht nur über den Pflichtausgleich zu Schutzmaßnahmen in Wassergewinnungsgebieten verpflichten. Eine auch im Fall Wetzlar besonders knifflige Frage ist die Vorhaltung von Überkapazitäten/Kapazitätsreserven. Diese können sich sowohl auf die Wassergewinnungsanlagen als auch auf die Verteilung (Speicherung und Pumpenleistung) beziehen. Sie sind besonders schwierig zu beantworten, weil seit fast zwei Jahrzehnten ein leichter, aber kontinuierlicher Verbrauchsrückgang zu verzeichnen ist, dem naturgemäß die auf lange Zeit angelegten Anlagen nur schlecht oder zum Teil gar nicht bzw. nur mit sehr hohem Kostenaufwand angepasst werden können.

Hier gilt es, die Entwicklung sowohl auf der Verbrauchs- als auch auf der Ressourcenseite (fortschreitende Verunreinigungen versus Sanierungserfolge) abzuschätzen. Ebenso gibt es in der Wasserwirtschaft unterschiedliche Auffassungen über die anlagentechnische Ausrichtung an Spitzenlasten, zu schweigen vom Spezialthema der Feuerwehrversorgung. Die versorgungstechnische und –politische und die betriebswirtschaftliche Sicht dürften in den angeführten Fragen öfter nicht zur Konkordanz führen.

Profitieren die Verbraucher und leiden die Wasserversorger?

Von Seiten der Versorger und ihrer Verbände kam fast nur Kritik: „Anscheinend sah sich der BGH auf der Grundlage des bestehenden Rechtsrahmens nicht in der Lage, für die Überprüfung von Wasserpreisen, insbesondere die Vergleichbarkeit von Wasserversorgern, spezifische Kriterien zu entwickeln“, so kommentierte Hans-Joachim Reck, Hauptgeschäftsführer des Verbands Kommunaler Unternehmen (VKU). Und Martin Weyand vom BDEW: „Das Urteil des Bundesgerichtshofes (BGH) führt zu einer massiven Rechtsunsicherheit für die Unternehmen der Wasserwirtschaft. Nach dem Urteil ist unklar, wie Wasserpreise ermittelt werden können, die vor Landeskartellbehörden und Gerichten Bestand haben“. Grundsätzlich handele es sich um einen sehr stark ökonomisch ausgerichteten Richterspruch, der die Interessen der Umwelt- und Gesundheitspolitik sowie der Ressourcenschonung unberücksichtigt lasse. Sein Fazit: „Der wirtschaftliche Betrieb und die bewährte Struktur der Wasserversorgung in Deutschland werden damit zumindest teilweise in Frage gestellt.“

Der BGH-Beschluss lässt beim künftigen Umgang mit der Missbrauchsaufsicht immerhin einige Möglichkeiten offen, die von der einen oder anderen Seite offensiv ausgenutzt werden können. Die Wasserversorger werden dabei die schlechteren Karten haben, wenn sie hinsichtlich ihrer Preisgestaltung nicht mehr Transparenz an den Tag legen werden und in ihrer betrieblichen Kostenrechnung nicht zuverlässiger und detaillierter werden. Beschwerden gegen Verfügungen zur Preissenkung in der hessischen Art – ob sie nun für begründet gehalten werden oder nicht - werden sonst kaum zum Erfolg führen können. Das gilt insbesondere für plausible Begründungen hinsichtlich derjenigen Faktoren, die weit vom Durchschnitt abweichen und hinsichtlich der erwähnten unternehmenspolitischen Richtungsentscheidungen. Das bislang praktizierte Benchmarking dürfte wohl kaum zu gerichtsfesten Grundlagen für eine Positionsverteidigung führen.

Die mit den Verfügungen überzogenen Wasserversorger haben verständlicherweise erklärt, mit den verfügbaren Preissenkungen kämen sie nicht mehr auf ihre Kosten. Der Hessische Städtetag verlautbarte, mit den verfügbaren Preisen lägen die Versorger deutlich unter ihrem Aufwand. Im Falle der Mainova in Frankfurt ist die Situation besonders verwirrend, weil die Hessische Kartellbehörde eine Preissenkung von 37 Prozent fordert, während der Landesrechnungshof eine Preiserhöhung zur Kostendeckung angemahnt hat. Unter dem Druck der staatlichen Preisaufsicht für Trinkwasser prüft

das Frankfurter Versorgungsunternehmen Mainova AG die Aufgabe dieses Geschäftsfeldes. Falls die Landeskartellbehörde an ihren Forderungen zu billigerem Wasser festhalte, ergäben sich Risiken in dreistelliger Millionenhöhe, erklärte Mainova-Chef Constantin Alsheimer¹¹.

Stadtkämmerer Uwe Becker (CDU) erklärte, solle das Ministerium allerdings darauf beharren, dass die Mainova bei den Preisen nachgeben müsse, stelle sich für die Stadtregierung die Frage, die Wasserversorgung wieder zu einer originär kommunalen Aufgabe zu machen, also das Netz in eigener Regie zu betreiben. Ob dies dann billiger werde, wage er in Frage zu stellen¹². Das Netz, so allerdings der Rechnungshof, sei überaltert und überdimensioniert, deswegen auch die Forderung nach höheren Investitionen und höheren Preisen.

Durch die Privatisierungsdiskussion geprüfte Zeitgenossen könnten für die reinen Wasserversorger sogar auf die Idee kommen, dass diese bei tatsächlich weit überzogenen Preisabschlägen, wenn sie nicht in die Arme von Stadtwerken flüchten können, den Ruin nur durch Verkauf an einen privaten Konzern abwenden könnten. Dann hätte der neoliberale Wettbewerbsgedanke mit einem staatlichen Treibsatz eine erhebliche Sprengwirkung.

Die enwag in Wetzlar will, wie andere auch, wieder zum Gebührensystem zurückkehren und sich damit dem Zugriff entziehen. Das ließe sich als eine Variante der (vor allem im Energiebereich bereits angelaufenen) Rekommunalisierung bezeichnen. Insoweit könnte ein Katz und Maus-Spiel einsetzen, das die im Prinzip berechnete Kartellaufsicht ad absurdum führen könnte. Würde sich diese Wirkung einstellen, dürfte nach dem BGH-Beschluss mit Reaktionen auf Landes- und Bundesebene zu rechnen sein. Sie könnten möglicherweise im Ansatz auf eine Gesamtregulierung aller Wasserversorger abzielen. Das hat die Wasserwirtschaft bisher mit guten Gründen strikt abgelehnt. Dazu wären allerdings auch Teile des Gemeinderechts abzuändern, was wiederum die Hüter der kommunalen Selbstverwaltung auf den Plan rufen würde.

Eine Flucht in das Gebührenrecht vor der überzogenen Praxis der Hessischen Kartellbehörde muss für die Verbraucher durchaus nicht zu Preissenkungen führen, zumal die Verlockung in Zeiten fast überall leerer Haushaltskassen auf der Hand liegt. Sollten die Preissenkungsverfügungen bestehen bleiben und die Versorger damit zurechtkommen müssen, ist mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit ein Qualitätsverfall auf allen Ebenen der Wasserversorgung zu befürchten. Dann würde der über das Kartellrecht intendierte Verbraucherschutz pervertiert. Das kann weder im Interesse einer Landesbehörde noch in dem der Wasserverbraucher liegen.

Die eindeutige Beweislastverteilung bei angeblich überhöhten Preisen muss ebenfalls überdacht werden, wobei der BGH kaum von seiner Linie abweichen wird. Der Einwand der Kartellbehörden, die betroffenen Unternehmen erhielten Einsicht in die Unterlagen der Vergleichsunternehmen, verkennt schlicht deren unzureichende Qualität. Übrig bliebe auf jeden Fall ein unziemlicher Aufwand für den Versorger zumal unter dem Zeitdruck der Kartellverfahren.

Die Lösung kann nicht darin liegen, jeden Einzelfall von Gerichten entscheiden zu lassen, die damit in der Regel mindestens ebenso überfordert wären. Es muss also auf eine Alternativlösung hingearbeitet werden. Sie hätte auch die unterschiedlichen Ermittlungen von Selbstkosten, Abschreibungsmethoden, Finanzierungen und Zinsen zu berücksichtigen. Ebenso muss der Nachweis möglich sein, dass der angeordnete Preis selbst nach Ausschöpfung aller objektivierbaren Rationalisierungsmöglichkeiten unter den Selbstkosten liegen kann, was das Kartellrecht bisher gar nicht vorsieht.

Schließlich bleibt die wichtige Frage nach der Objektivierbarkeit von Strukturentscheidungen, die auch umweltpolitische Belange berühren und bisher in der Verfügungspraxis völlig unterbelichtet geblieben sind.

Die Zwischenbilanz kann insofern auch aus Verbrauchersicht nur lauten: Mehr Verunsicherung als Klarheit, zweifelhafte Aussichten auf Vorteile bei den Preisen, eher trübe Aussichten bei der Versorgungsqualität und bei der Nachhaltigkeit der Wasserwirtschaft.

¹¹ Zitiert nach FR-online vom 6. Juli 2010

¹² ebenda