

Berlin, den 21.06.2012

## **Stellungnahme zum Gesetzentwurf**

### **Achtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG) - BT-Drs. 17/9852**

Die AöW nimmt hiermit als Interessenvertretung der öffentlichen Wasserwirtschaft in Deutschland zu oben genanntem Gesetzentwurf unter Berücksichtigung der Stellungnahme des Bundesrates (BT-Drs. 17/9852, S. 40-48, Anl. 3) und der Gegenäußerung der Bundesregierung (BT-Drs. 17/9852, S. 49-54, Anl. 4) Position.

#### **I. Grundsätzliches zum Gesetzentwurf**

Im Gesetzentwurf ist die Übernahme der bisherigen Regelungen für die Wasserwirtschaft, insbesondere von § 131 Abs. 6 GWB iVm. § 103 GWB-1990 in den § 31 GWB-E, vorgesehen. Der Gesetzgeber bestätigt damit, dass die bisherige Struktur der Wasserversorgung es rechtfertigt, im GWB weiterhin eine Sonderstellung zu haben.

Die vorgesehenen Regelungen als Spezialnormen gebieten es allerdings auch, konsequent die Strukturbesonderheiten der Wasserversorgungswirtschaft zu beachten und fortzuschreiben, wenn die anerkannte Sonderstellung beibehalten werden soll.

#### **II. Im Einzelnen**

- **Zur Fusionskontrolle bei Zusammenlegung öffentlicher Einrichtungen und Betriebe (Punkt 3 der Stellungnahme des Bundesrates) und**
- **zur Anwendbarkeit des GWB bei Trägerschaft mehrerer Unternehmen durch eine kommunale Gebietskörperschaft (Punkt 4 der Stellungnahme des Bundesrates)**

Die AöW begrüßt die Forderung des Bundesrates (BT-Drs. 17/9852, S. 41, Punkt 3 und 4), eine klarstellende Regelung zu treffen, wonach die mit einer kommunalen Gebietsreform einhergehende Zusammenlegung öffentlicher Einrichtungen und Betriebe nicht der kartellrechtlichen Fusionskontrolle unterfallen sollen. Dies gilt bezogen auf die Trägerschaft einer kommunalen Gebietskörperschaft über mehrere Unternehmen ebenso.

- **§ 31b Abs. 1 GWB-E (Auskunft von der Kartellbehörde)**

Die frühere Regelung in § 9 Abs. 4 GWB 1990 wurde weitestgehend übernommen. Nicht übernommen wurde Nr. 3 des § 9 Abs. 4 GWB-1990. Diese lautete: „Die Kartellbehörde erteilt ... auf Anfrage Auskunft über ... die von der Kartellbehörde verfügbaren Befristungen, Beschränkungen, Bedingungen und Auflagen.“ Wir fordern aus Transparenzgründen, die Beibehaltung dieser Regelung.

- **§ 31b Abs. 2 GWB-E (Benehmensregelung)**

Die Benehmensregelung setzt ein abgestimmtes Verfahren mit der Fachaufsichtsbehörde voraus. Ein den Besonderheiten der Wasserversorgung gerecht werdendes Verfahren erfordert sowohl von der Kartellbehörde als auch von den Fachbehörden die Berücksichtigung der regionalen Bedingungen und des Umweltschutzes sowie die sich aus der Umsetzung der WRRL ergebenden zukünftigen Herausforderungen. Wir fordern deshalb im Hinblick auf das Verfahren eine Konkretisierung durch Kriterien und Anforderungen.

- **Zum Durchleitungsanspruch im Bereich der Wasserversorgung (Punkt 8 der Stellungnahme des Bundesrates) und zu § 31b Abs. 6 GWB-E**

Die AöW begrüßt die Forderung des Bundesrates (BT-Drs. 17/9852, S. 42, Punkt 8), wonach im Rahmen der Missbrauchskontrolle keine Durchleitungsansprüche im Bereich der Wasserversorgung ermöglicht werden sollen. Der Bundesrat begründet dies damit, dass es aus technischen und hygienischen Gründen nicht sinnvoll erscheint, dies zu ermöglichen. Ein Durchleitungsanspruch kann zur Vermischung von durchgeleitetem Wasser führen. Durch die Vermischung kann auch eine Verschlechterung der Trinkwasserqualität entstehen, weshalb wir die Ermöglichung eines Durchleitungsanspruchs ablehnen.

Die bisherige Regelung in § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 4 GWB-1990, die in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB übertragen wurde, bezieht sich auf die Energiewirtschaft und ist speziell auf die Energiewirtschaft zugeschnitten (vgl. dagegen Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 17/9852, S. 50f., Punkt 8), dies kann nicht auf die Wasserwirtschaft übertragen werden.

Die AöW fordert deshalb eine ausdrückliche Regelung, wonach Durchleitungsansprüche in der Wasserwirtschaft nicht ermöglicht werden sollen.

In diesem Zusammenhang geht die Formulierung „§ 19 bleibt unberührt“ in § 31b Abs. 6 GWB-E auch über den Rahmen hinaus, was geregelt werden soll, wenn sie der BGH-Entscheidung (BGH, Beschl. v. 2.2.2010, KVR 66/08 – Wasserpreise Wetzlar) entsprechen soll. Der BGH hatte sich nämlich nur mit der Preiskontrolle befasst und in diesem Rahmen die Anwendbarkeit von § 19 GWB bestätigt. Konsequenterweise bedeutet dies aber auch, dass nur diesbezüglich die Anwendung von § 19 GWB ermöglicht werden sollte und nicht allgemein, wie z.B. für Durchleitungsansprüche. Wir fordern eine Einschränkung von § 31b Abs. 6 GWB-E in der Weise, dass § 19 GWB nur für die Kontrolle von Wasserpreisen gelten soll.

- **Effizienzkontrolle – Begründung zu § 31 GWB-E**

In der Begründung wird ausgeführt, dass das von einer Kontrolle betroffene Unternehmen auch seine Rationalisierungsbemühungen darzulegen hat, was bedeuten würde, dass die Kartellbehörde auch eine Effizienzkontrolle durchführen müsste (BT-Drs. 17/9852, S. 25 rechte Spalte). Eine solche Befugnis ergibt sich nicht aus dem Gesetz. Wir fordern die Streichung des entsprechenden Satzes.

- **Ergänzung um Kostenkontrolle (Punkt 9 der Stellungnahme des Bundesrates); § 31 Abs. 4 GWB-E**

Die AöW befürwortet die Ergänzung für eine Kostenkontrolle und die entsprechende Erweiterung des § 31 Abs. 4 GWB-E (BT-Drs. 17/9852, S. 42, Punkt 9). Nach Auffassung der AöW ist nämlich zu beachten, dass es sich um die lebenswichtige Aufgabe der Wasserversorgung innerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge handelt. Hierbei sind nicht allein Aspekte der Versorgungssicherheit berührt, sondern auch darüber hinausgehende „Non-Profit“-Aufgaben wie Umweltschutz. Um dieser Verantwortung gerecht zu werden und dabei die Tätigkeit nicht an kurzfristig zu erzielender maximaler Rendite auszurichten, sondern an einer nachhaltig finanzierbaren Leistung bei Gleichbehandlung aller Nutzer, muss als unterste Grenze die Kostendeckung bei einer kartellrechtlichen Kontrolle gewährleistet sein. Auf der anderen Seite gilt dies ebenso dafür, dass nur mindestens kostendeckend arbeitende Unternehmen als Vergleichsunternehmen herangezogen werden dürfen. Dies wird bei einer Kostenkontrolle ermöglicht.

Die AöW lehnt eine einschränkende Formulierung wie „Kosten, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden, dürfen bei der Feststellung eines Missbrauchs nicht berücksichtigt werden“ (siehe Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 17/9852, S. 84, Punkt 9). Die Formulierung schafft für die Wasserwirtschaft Rechtsunsicherheit und ist rechtsunklar. Die beabsichtigte Klarstellung für die Kartellbehörden würde gerade damit nicht geschaffen werden. Denn z.B. Maßnahmen zur Ressourcenschonung, die sich in den Kosten ausdrücken, sind vielfältig und es kann bei den auf lange Zeiträume ausgerichteten Investitionen nicht objektiv sicher beurteilt werden, ob diese im Wettbewerb nicht auch vorgenommen würden. Diese Unsicherheit folgt insbesondere aus dem für die Wasserwirtschaft geltenden Vorsorgeprinzip, dem die Wasserversorger verpflichtet sind.

Wir regen eine Regelung an, die die bewährten Regeln des Gebührenrechts der jeweiligen Kommunalabgabengesetze der Länder (KAG) der Preisgestaltung zugrunde legt. Durch das Kostendeckungsprinzip der KAG ist ein Missbrauch ausgeschlossen. Als Grundvoraussetzung gilt, dass die Gebühren und Preise, die nach KAG kalkuliert werden, kostendeckend sein müssen mit einer Grenze nach oben, dem Kostenüberschreitungsverbot. Entsteht im Nachhinein trotzdem ein Überschuss, muss er den Nutzern wieder zugutekommen. Es gibt in der Praxis gut handhabbare Normen und eine Vielzahl gerichtlicher Entscheidungen, nach denen die Kostenansätze für die Gebührenerhebung anerkannt werden. Grundlage sind die Prinzipien der Betriebsbedingtheit und der Erforderlichkeit von Kosten. Die Verbraucher werden so vor dem Missbrauch eines natürlichen Monopols geschützt und die Unternehmen sind zur Wirtschaftlichkeit angehalten. Hinzu kommt, dass ein ständiger politischer Wille und Druck auf Gebührenstabilität bis hin zu Gebührensenkung besteht. Die Anwendung der Regeln und Kriterien des Gebührenrechts als Grundlage für die Preisgestaltung verschafft den Versorgungsunternehmen mehr Sicherheit bei der Erzielung kostendeckender Entgelte.

- **Missbrauchsaufsicht gem. § 31b Abs. 3 iVm. §§ 31 Abs. 3, 4 GWB-E**

In der Begründung zum GWB-E heißt es zur Missbrauchsaufsicht: „Im Rahmen der Preishöhenkontrolle sind Tarif- oder Erlösvergleiche möglich“ (BT-Drs. 17/9852, S. 26 vierter Absatz, fünfter Satz). Diese Begründung ist irritierend und widerspricht dem Gesetztext. Wir fordern hierzu eine Klarstellung.

Nach unserer Einschätzung findet bei einer kartellrechtlichen Kontrolle gerade keine Erlöskontrolle hinsichtlich der Kontrolle eines angemessenen Gewinns statt. Über das Vergleichsmarktkonzept werden einzelne Bestandteile der Entgelte nicht untersucht, damit auch nicht die erzielten Gewinne. Die Festlegung einer Obergrenze für angemessene Gewinne und eine Kostenkontrolle wären hinsichtlich dieser Ziele verfahrenstechnisch effizienter (siehe Position zuvor).

Außerdem heißt es im gleichen Absatz der Begründung: „Eine vergleichende Betrachtung mit gleichartigen Wasserversorgern ist daher sachgerecht.“ (BT-Drs. 17/9852, S. 26 vierter Absatz, vierter Satz) In der Wasserwirtschaft besteht Übereinstimmung darüber, dass bei einem Entgeltvergleich zwischen verschiedenen Dienstleistern die regionalen Strukturunterschiede berücksichtigt werden müssen, um eine sachgerechte Aufgabenerfüllung gewährleisten zu können. Auch der Bundesrat (BT-Drs. 17/9852, S. 42 Begründung zu Punkt 9) und die Bundesregierung (BT-Drs. 17/9852, S. 51 Begründung zu Punkt 9) sehen eine vergleichende Betrachtung grundsätzlich kritisch. Wir fordern die Streichung dieses Satzes in der Begründung.

- **Trennung zwischen Gebühren und Preisen (Punkt 20 der Stellungnahme des Bundesrates)**

Die AöW begrüßt die Forderung des Bundesrates, wonach in § 130 Abs. 1 S. 1 GWB folgender Satz eingefügt werden soll: "In Bezug auf öffentlich-rechtliche Gebühren und Beiträge findet eine kartellrechtliche Missbrauchskontrolle nicht statt." (BT-Drs. 17/9852, S. 47, Punkt 20)

Die AöW erachtet die vorgenannte Formulierung zur Klarstellung erforderlich, weil bisher Einigkeit darüber bestand, dass gebührenerhebende Wasserversorger nicht in den Anwendungsbereich des GWB fallen. Gleichwohl wurde im Referentenentwurf zum GWB in der Begründung die Rechtsauffassung vertreten, dass die Einbeziehung von gebührenerhebenden Wasserversorgern mit öffentlich-rechtlicher Leistungsbeziehung im Einklang mit dem einheitlichen Unternehmensbegriff im GWB stehe (Ref-Entw. GWB v. Nov. 2011, S. 36 vorletzter Absatz am Ende). In der BGH-Entscheidung v. 18.10.2011 (KVR 9/11, Niederbarnim) wurde die Frage des einheitlichen Unternehmensbegriffs jedoch ausdrücklich offen gelassen und als rechtlich ungeklärt eingestuft. Allerdings wurde diese Entscheidung erst im Januar 2012 veröffentlicht. Und erst hiernach stand fest, dass die Rechtsauslegung im Referentenentwurf nicht geklärt ist und deshalb findet sich dieser Passus in dem aktuellen Gesetzentwurf nicht mehr.

Nach unserer Ansicht kann der Unternehmensbegriff des GWB nicht auf alle Wasserversorger einheitlich angewendet werden. Gerade bei Unternehmen in rein öffentlicher Hand ist zu berücksichtigen, dass ihre Tätigkeit als kommunale Aufgabe

wahrgenommen wird und dass bei der Wahrnehmung der Aufgabe aufgrund des Anschluss- und Benutzungszwangs kein Marktbezug existiert.

Durch eine Klarstellung im GWB wird die Trennung zwischen den öffentlichen Strukturen und öffentlich-rechtlichen Regelungen sowie dem privat-rechtlichen Bereich erreicht. Gebühren müssen kostendeckend kalkuliert werden. Bei einer kartellbehördlichen Verfügung würde sich dann die Frage ergeben, wie eine kostendeckende Gebühr, die sich in den gebührenrechtlichen Maßgaben des KAG bewegt, als missbräuchlich im Sinne des GWB gewertet werden kann.

Der AöW ist es wichtig, die vorrangige Zuordnung der Wasserversorgung in die kommunalen Strukturen, darunter gehört auch die Satzungshoheit über Gebühren, weiterhin beizubehalten und zu respektieren, weshalb wir eine ausdrückliche Regelung, wie vom Bundesrat vorgeschlagen, für erforderlich halten.

Christa Hecht  
Geschäftsführerin

Allianz der öffentlichen Wasserwirtschaft e.V.  
Reinhardtstraße 18a, 10117 Berlin  
Tel. 0049/39 74 36 06  
Fax: 0049/39 74 36 83  
hecht@aew.de [www.aew.de](http://www.aew.de)

#### **Die Allianz der öffentlichen Wasserwirtschaft (AöW) e.V.**

Die AöW ist die Interessenvertretung der öffentlichen Wasserwirtschaft in Deutschland. Gegründet im Jahr 2007 kommen unsere Mitglieder aus allen Bundesländern. Wir sind ein Zusammenschluss von öffentlich-rechtlichen Einrichtungen und Unternehmen der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung, der Wasser- und Bodenverbände sowie des Flussgebietsmanagements, die ihre Leistungen ausschließlich selbst oder durch verselbständigte Einrichtungen in öffentlichrechtlichen Organisationsformen erbringen. Zweck des Vereins ist die Förderung der öffentlichen Wasserwirtschaft durch die Bündelung der Interessen und Kompetenzen der kommunalen und verbandlichen Wasserwirtschaft.