

Kolloquium „Die deutsche Wasserwirtschaft nach der BWB-Entscheidung des Bundeskartellamts vom 5.6.2012“

Ko-Referat zu den Auswirkungen der 8. GWB-Novelle

I. Gesetzgeberische Konzeption der §§ 31 ff.

1. Im Wesentlichen unveränderte Fortführung der bisherigen Rechtslage nach § 103 GWB 1990.
2. Freistellung vom Kartellverbot spielt im Vergleich zur Strom- und Gaswirtschaft praktisch keine wesentliche Rolle.
3. Deswegen liegt das Schwergewicht der Missbrauchsaufsicht auf § 31b Abs. 5 (= § 103 Abs. 7 GWB 1990), der die entsprechende Anwendung der Missbrauchsvorschriften beim Vorliegen der Marktbeherrschung vorsieht.
4. Gesetzgeberische Konzeption unklar:
 - Wieso reicht § 19 nicht aus ?
 - Missbrauchsaufsicht durch Vergleich mit anderen Wasserversorgern und der Beweislastumkehr hat „schikanösen“ Charakter. Strom- und Gasversorger sind untereinander viel eher vergleichbar als die Wasserversorger, bei denen die Topografie, die historische Entwicklung usw. zu viel größeren Unterschieden führen als bei Strom und Gas. Die vorwiegend kleinen Wasserversorger können den Anforderungen der Beweislastumkehr praktisch nicht genügen.
 - Das gilt um so mehr, als wegen des Fehlens einer Regulierung eines Teils des Kostenblocks der Prüfungsumfang in der Missbrauchsaufsicht bei Wasser viel größer ist als bei Strom und Gas.

II. Details der Regelung

1. Die Freistellungstatbestände des § 31 Abs. 1 entsprechen denen des § 103 Abs. 1 GWB 1990. Sie gelten nur dann, wenn § 1 überhaupt anwendbar wäre. Das ist, weil konzernintern, im Verhältnis zwischen der Kommune und der Tochtergesellschaft, die die Wasserversorgung betreibt, nicht der Fall.
2. Von praktischer Bedeutung ist der Begriff des „Wasserversorgungsunternehmens“. Er ist definiert als „Unternehmen der öffentlichen Versorgung mit Wasser“. Er gilt nicht für Unternehmen, die Wasser nur an öffentliche Wasserversorger zuliefern, ohne eigene Gebietsversorgung. Das hat praktische Bedeutung z.B. für die Bodensee-Wasserversorgung oder den Fall, dass bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung der Wasserversorgung die Stadtwerke das Wasser von einem Wasserproduzenten beziehen, der darüber hinaus keine eigene Wasserversorgung betreibt.
3. § 31 Abs. 2 sieht „Schriftform“ vor. Bedeutet das Schriftform i.S.v. § 34 GWB a.F. oder – uneingeschränkt – i.S.v. § 126 BGB ?

III. Missbrauchsaufsicht

1. Missbrauch der durch die Freistellung erlangten Stellung i.S.v. § 31 Abs. 3 spielt praktisch keine Rolle; Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung wird genauso behandelt.
2. Das Gesetz enthält mit der ansonsten ungewöhnlichen Formulierung in § 31 Abs. 2 („darf ... nicht missbraucht werden“) kein Missbrauchsverbot, sondern nur die Möglichkeit der Untersagung für die Zukunft. Das ergibt sich u.a. aus der Historie, dem Fehlen eines Bußgeldtatbestandes und der Regelung in § 81 Abs. 2 Nr. 2 lit. a), wonach nur derjenige ordnungswidrig handelt, der einer „vollziehbaren Anordnung nach § 31b Abs. 3“ zuwider handelt. Die Beschwerde hat aufschiebende Wirkung nach § 64 Abs. 1 Nr. 2, also nach der Vorschrift, die rechtsgestaltende Verfügungen betrifft wie z.B. die Missbrauchsverfügung gegen Preisbindung für Zeitungen und Zeitschriften.
3. Unklar ist, ob trotz aufschiebender Wirkung der Beschwerde die Missbrauchsverfügung für die Zeit zwischen Erlass und Rechtskraft nicht indirekt Wirkungen hat, weil der in dieser Zeit erlangte Vorteil des Wasserversorgers nach § 34 abgeschöpft werden könnte.
 - Das ist im GWB 1990 klar geregelt gewesen: Die Mehrerlösabschöpfung nach § 37b konnte bei Missbrauchsverfügungen nach § 22 Abs. 5 oder § 103 Abs. 6 gerade für diesen Zeitraum erfolgen.
 - § 34 spricht aber nur von einem Verstoß gegen eine Verfügung der Kartellbehörde, ohne dieses Problem exakt anzusprechen. In der Literatur gehen Bornkamm (LB) und Rehbinde (L/M/R) davon aus, dass § 34 nicht die Rechtskraft der Verfügung voraussetzt. § 33 Abs. 1 spricht im Zusammenhang mit Schadensersatz, Unterlassung und Beseitigung ebenfalls von „Verfügung der Kartellbehörde“. Dort wird allgemein die Rechtskraft der Verfügung verlangt (auch Bornkamm, Rehbinde).
4. § 31 Abs. 4 Nr. 2 sieht vor, dass Preisabweichungen dann gerechtfertigt sind, wenn die Abweichung „auf abweichenden Umständen beruht, die (dem betroffenen Unternehmen) nicht zurechenbar sind“. Der neue Abs. 4 Nr. 3 sieht für die Kostenkontrolle vor, dass die Kosten anzuerkennen sind, die bei einer „rationellen Betriebsführung anfallen“.
 - Da es für die Rechtfertigung nach Nr. 2 auch wesentlich auf die Kosten ankommt, hat Nr. 3 eine Austrahlungswirkung auch auf die Nr. 2.
 - Entscheidend ist, welcher Maßstab für die „rationelle Betriebsführung“ angelegt wird. Was bedeutet das für den Fall, dass frühere Fehler in der Betriebsführung, die heute nicht mehr ohne weiteres zu beseitigen sind, dazu führen, dass die Kosten im Vergleich zu einem theoretischen Modell der rationellen Betriebsführung nicht anfielen?
5. § 31 Abs. 5 Nr. 3 enthält keine Beweislastregel, also keine Umkehrung der Beweislast. Das Unternehmen muss sicherlich die Kosten darlegen; die Kartellbehörde muss dann nachweisen, dass sie bei einer rationellen Betriebsführung nicht anfielen. Insoweit besteht ein methodisches Ungleichgewicht zwischen der Nr. 2 und der Nr. 3.
6. Der Gesetzeswortlaut des § 31 Abs. 4 Nr. 2 und 3 enthält keine Aussagen über Sicherheits- und Erheblichkeitszuschläge.
 - Die Notwendigkeit von Sicherheitsabschlägen ist unbestritten.

- Der BGH hat im Fall Schwäbisch Hall die Notwendigkeit eines Erheblichkeitszuschlages sehr spezifisch für § 103 (Freistellung) abgelehnt. Inzwischen hat sich überall die Notwendigkeit eines Erheblichkeitszuschlages durchgesetzt. Er gilt auch im Rahmen des § 29, wo der Gesetzgeber zunächst ausdrücklich regeln wollte, dass die Preisabweichung nicht erheblich sein muss; das ist dann aber gestrichen worden.
- All das gilt um so mehr, als § 31 in der Praxis nicht am Freistellungssachverhalt anknüpft, sondern an der Marktbeherrschung.

IV. Noch offene Punkte in der 8. GWB-Novelle

1. Der Bundesrat will ausdrückliche Klarstellung, dass im Rahmen der Missbrauchsaufsicht keine Durchleitungsansprüche für Wasser geltend gemacht werden können.
 - Der alte § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 4 GWB 1990 betraf die Durchleitung, aber ausdrücklich nur für Strom und Gas.
 - Wenn die Durchleitung tatsächlich möglich und sinnvoll ist, kann die Verweigerung i.S.d. Generalklausel des Abs. 3 missbräuchlich sein; außerdem ist über § 31b Abs. 6 auch § 19 Abs. 2 Nr. 4 anwendbar.
2. Der Bundesrat will in § 130 Abs. 1 ausdrückliche Klarstellung, dass „in Bezug auf öffentlich-rechtliche Gebühren und Beiträge ... eine kartellrechtliche Missbrauchskontrolle“ nicht stattfindet.
 - Der BGH hat sich dazu bisher nicht festgelegt; er hat nur die Auskunftspflicht eines Wasserversorgers bejaht, der auf öffentlich-rechtlicher Grundlage arbeitet.
 - Wenn die öffentliche Hand eine Wahlfreiheit in der Tätigkeit zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht hat, bezieht das die jeweils unterschiedlichen Regelungs- und Kontrollsysteme ein. Privatrechtliche Tätigkeit unterliegt dem Kartellrecht, öffentlich-rechtliche Tätigkeit den dafür geltenden Normen, insbesondere den allgemeinen Grundsätzen des Gebührenrechts, den spezial-gesetzlichen Regelungen, der Kommunalaufsicht und der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle.
 - Umgehungseinwand zieht nicht: Wenn die Wahlfreiheit besteht, darf von ihr Gebrauch gemacht werden.