

Wettbewerbsbeschränkungen in der Wasserversorgung

Eine Untersuchung nach deutschem und europäischem Kartellrecht

Bearbeitet von
Simon Zepf

1. Auflage 2010. Taschenbuch. 218 S. Paperback
ISBN 978 3 631 58038 7
Format (B x L): 14,8 x 21 cm
Gewicht: 290 g

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Wettbewerbsrecht, Kartellrecht](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

INLEITUNG

§ 1 Problemstellung

I. Entwicklung und Stand der Liberalisierungsdiskussion

Für die Kommission der Europäischen Gemeinschaften (EG-Kommission) steht seit Anfang der 90er Jahre der Wettbewerbsgedanke ganz oben auf ihrer Agenda. Sie hat in früher stark regulierten und monopolistisch strukturierten Märkten einen Prozess der Liberalisierung eingeleitet. Vor allem in den leitungsgebundenen Sektoren wie dem Strom- und Gasmarkt sowie der Telekommunikation hat sie weitreichende Veränderungen angestoßen und durch rechtliche Rahmenbedingungen Wettbewerb eingeführt. Sukzessive führte die EG-Kommission Richtlinien¹ ein, die das Ziel verfolgten, einen Zustand des effektiven Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt vorzubereiten und zu entwickeln. Hierdurch sollten insbesondere die historisch monopolistisch ausgebildeten Marktstrukturen beeinflusst und die jeweiligen Marktteilnehmer zu wettbewerblichem Verhalten angehalten werden². Diese Prozesse sind in den Wirtschaftsbereichen Elektrizität und Telekommunikation bereits weit fortgeschritten, so dass zumindest auf der Ebene des Wettbewerbs um den Letztverbraucher ein gewisser Grad an Liberalisierung vorhanden ist. Der Bereich Gas steht noch am Anfang eines solchen Prozesses. Allen Bereichen ist aber gemeinsam, dass sie weiterhin der Beobachtung und notfalls weiterer Veränderungen bis hin zur Regulierung bedürfen³.

Die Auswirkungen dieses Prozesses auf den deutschen Markt waren auf Grund der relativ zügigen Umsetzung der Richtlinien in nationales Recht schnell sichtbar geworden⁴. Insbesondere das Preisniveau ist innerhalb kurzer Zeit nach Einführung von Wettbewerb merklich gesunken. Aus dieser Tatsache wird deshalb vielfach der Schluss gezogen, dass die Preise in den Jahren zuvor in diesen Bereichen zu hoch waren⁵.

¹ Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG vom 26. Juni 2003, ABl. EG Nr. L 176/37; Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Dezember 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. 1997 Nr. L 27/20; Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG vom 26. Juni 2003, ABl. EG Nr. L 176/57, berichtigt am 23.1.2004, ABl. EG Nr. 16/74; Richtlinie 98/30/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt, ABl. 1998 Nr. L 204/1.

² Vgl. *EG-Kommission*, Mitteilung der Europäischen Kommission über die Vollendung des Energiebinnenmarktes, KOM (2003) 765.

³ Zum Stand der Marktöffnung in der Energiewirtschaft vgl. *Bundeskartellamt*, Marktöffnung und Gewährleistung von Wettbewerb in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft, 2002, insb. S. 2-6.

⁴ Im Bereich der Elektrizitätswirtschaft wurde die ursprüngliche Richtlinie aus 1996 bis Anfang 1998 in dt. Recht umgesetzt, im Bereich der Gaswirtschaft erst 2000. Durch die 3. Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG), die am 01.05.2005 in Kraft getreten ist, wurden nunmehr die Nachfolge-Richtlinien für Elektrizität und Gas aus dem Jahr 2003 in deutsches Recht transformiert.

⁵ *Salzwedel*, Wasserwirtschaft im Spannungsfeld zwischen water industry und Daseinsvorsorge, in: Dolde (Hrsg.), *Umweltrecht im Wandel*, S. 613, 615.

Im Rahmen dieser – insoweit – positiven Erfahrungen rückte Mitte der 90er Jahre auch der Wasserversorgungsmarkt in den Fokus einer Liberalisierungsdebatte. Ausgangspunkt war eine Untersuchung der Weltbank zum Wasserversorgungsmarkt in Deutschland⁶. Während die Weltbank der deutschen Wasserwirtschaft bezüglich der Wasserqualität und Versorgungssicherheit Bestnoten erteilte, beurteilte sie die Wirtschaftlichkeit der vor allem öffentlich-rechtlich organisierten Wasserversorgungsunternehmen als unzureichend und die Wasserpreise als zu hoch⁷. Als Grund hierfür hatte sie vor allem den fehlenden Wettbewerb und - darauf beruhend - die nicht vorhandenen Anreize zur Verfolgung von Einsparpotenzialen ausgemacht. Den vorläufigen Höhepunkt der Liberalisierungsdiskussion in Deutschland stießen dann das Bundeswirtschaftsministerium (BMWi) mit einem Gutachten aus dem Jahr 2001⁸, das Umweltbundesamt (UBA) mit zwei weiteren Gutachten aus 2000⁹ und 2001¹⁰ sowie der Rat von Sachverständigen für Umweltfragen mit seinem Umweltgutachten 2002¹¹ an. Während das Gutachten des BMWi die Möglichkeiten einer Liberalisierung in der Wasserversorgung als positiv bewertete, kommt insbesondere das UBA zu dem Ergebnis, dass das Grundprinzip der Nachhaltigkeit der Wasserversorgung bei Einführung von Wettbewerb gefährdet und des weiteren die Versorgungssicherheit nicht mehr gewährleistet werden könnte¹². Dagegen führte das BMWi als Vorteile einer Öffnung des Wasserversorgungsmarktes für Private vor allem die bessere Finanzierbarkeit der in naher Zukunft anstehenden Investitionen in den Erhalt und den Ausbau der Netzinfrastrukturen ins Felde. Für die nächsten 15 bis 20 Jahre wird insoweit mit einem Investitionsvolumen von annähernd 200 Milliarden Euro gerechnet. Angesichts der angespannten Haushaltslage auf allen staatlichen Ebenen, vor allem jedoch im kommunalen Bereich, wäre diese Aufgabe nur schwerlich zu schultern. Dagegen stünde privaten Unternehmen und Investoren der allgemeine Finanzmarkt als Finanzierungsquelle offen. Auch die im Gegensatz zur internationalen Konkurrenz – vornehmlich den französischen Unternehmen Ondeo und Veolia – vergleichsweise geringe Erfahrung deutscher Wasserversorgungsunternehmen könnte durch die Liberalisierung oder Privatisierung der deutschen Wasserwirtschaft verbessert werden¹³.

Die Forderungen nach Einführung von Liberalisierungs- und Privatisierungsformen stehen auch im Zusammenhang mit einer seit längerem geführten Diskussion auf

⁶ *Briscoe*, Der Sektor Wasser und Abwasser in Deutschland, gwf Wasser/Abwasser 136 (1995) Nr. 8, S. 422-432.

⁷ *Briscoe*, aaO.

⁸ *Bundesministerium für Wirtschaft*, Optionen, Chancen und Rahmenbedingungen einer Marktöffnung für eine nachhaltige Wasserversorgung -Endbericht- Juli 2001.

⁹ *Umweltbundesamt*, Liberalisierung der deutschen Wasserversorgung, Auswirkungen auf den Gesundheits- und Umweltschutz, Skizzierung eines Ordnungsrahmens für eine wettbewerbliche Wasserwirtschaft, 2000.

¹⁰ *Umweltbundesamt*, Nachhaltige Wasserversorgung in Deutschland, Analyse und Vorschläge für eine zukunftsfähige Entwicklung, 2001.

¹¹ *Sachverständigenrat für Umweltfragen*, Umweltgutachten 2002, BT-Drs. 14/8792.

¹² *Umweltbundesamt*, Liberalisierung der deutschen Wasserversorgung, Auswirkungen auf den Gesundheits- und Umweltschutz, Skizzierung eines Ordnungsrahmens für eine wettbewerbliche Wasserwirtschaft, 2000, S. 41 ff.

¹³ So *Bundesministerium für Wirtschaft*, aaO.; zur wirtschaftlichen Bedeutung des Wassermarktes *Fromme*, Internationale Wassermärkte – Chancen und Risiken für deutsche Unternehmen, ENERGIE WASSER PRAXIS 2001, S. 8.

EU-Ebene zur Liberalisierung von Daseinsvorsorgeleistungen. Bestimmend für diese Diskussion waren die Mitteilungen EG-Kommission zur Daseinsvorsorge aus den Jahren 1996¹⁴ und 2000¹⁵ sowie der Kommissionsbericht für den Rat von Laeken von 2001¹⁶. Die EG-Kommission sieht die Leistungen der Daseinsvorsorge als ein Schlüsselement des europäischen Gesellschaftsmodells an. Durch die Einführung von Artikel 16 in den EG-Vertrag wurde die Stellung der Daseinsvorsorge innerhalb der gemeinsamen Werte der Union und ihre Rolle für die Schaffung einheitlicher sozialer Strukturen bestätigt. Auf Grund der vor allem in den oben genannten Bereichen gesammelten Erfahrungen sieht die EG-Kommission ihre Anstrengungen zur Schaffung einheitlicher gemeinschaftsweiter Standards bei der Bereitstellung von Leistungen der Daseinsvorsorge als gelungen an und fühlt sich deshalb bestätigt, diesen Trend auch in weiteren, vor allem netzgebundenen Wirtschaftsbereichen voranzutreiben. Hierbei betont die EG-Kommission jedoch immer, dass sie bei der Verfolgung dieses Ziels das Subsidiaritätsprinzip in gebührender Weise beachten will. Neben der Einführung von Wettbewerb sieht die EG-Kommission aber auch die Notwendigkeit, die derzeit von der öffentlichen Hand großteils erbrachten Leistungen transparenter und offener zu gestalten. Sie unterstellt deshalb Leistungen der Daseinsvorsorge in immer weiterem Umfang den beihilferechtlichen Regelungen und schafft Vorschriften zur Transparenz der einzelnen Leistungen¹⁷.

Die EG-Kommission führte diese Debatte zur Liberalisierung der Daseinsvorsorge zunächst mit einem umfassenden Ansatz und versuchte, für alle davon erfassten Bereiche einheitliche Regelungen zu bestimmen, um die vorhandenen Gemeinsamkeiten herausstellen zu können. Das zwischenzeitlich veröffentlichte Weißbuch der EG-Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse¹⁸ verfolgt jedoch nicht mehr einen solch umfassenden Ansatz, sondern bevorzugt sektorspezifische Regelungen. Die EG-Kommission stellte fest, dass zwar in allen Bereichen der Daseinsvorsorge zum Schutz der Nutzer und Verbraucher Verpflichtungen zum Universaldienst, zur Qualität, der Kontinuität und zur Erschwinglichkeit notwendig erscheinen. Diese Ziele können jedoch auf unterschiedliche Weise entsprechend den Besonderheiten der einzelnen Wirtschaftsbereiche erreicht werden. Bereits im Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse¹⁹ stellte die Kommission in Frage, ob sektorübergreifende Regelungen wirklich Vorteile gegenüber sektorspezifischen Vorschriften haben. Zusätzlich führte an, dass eine Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen erfolgen muss. Allein für

¹⁴ *EG-Kommission*, Mitteilung der Kommission, „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“, KOM (1996) 443.

¹⁵ *EG-Kommission*, Mitteilung der Kommission „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“, KOM (2000) 580 endgültig.

¹⁶ *EG-Kommission*, Bericht für den Europäischen Rat in Laeken, Leistungen der Daseinsvorsorge, KOM (2001), 598 endgültig.

¹⁷ Richtlinie der Kommission RL 80/723/EWG vom 25.06.1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABl. EG 1980 Nr. L 195, geändert durch RL 85/413/EWG, ABl. EG 1985 Nr. L 229 S. 20, RL 93/94/EWG, ABl. EG Nr. L 254 S. 16; ergänzt durch RL 2000/52/EG, ABl. EG Nr. L 193 S. 75 vom 26.07.2000.

¹⁸ *EG-Kommission*, Mitteilung der Kommission an das europäische Parlament, den Rat, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Weissbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2004) 374 endgültig.

¹⁹ *EG-Kommission*, Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003), 270 endgültig.

wirtschaftliche Dienstleistungen können die Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrages gelten. Eine trennscharfe Unterscheidung, die Rechtssicherheit gewähren könnte, blieb die EG-Kommission bisher noch schuldig.

Durch diese Änderung der Sichtweise der EG-Kommission sahen sich in Deutschland vor allem die Umwelt- und Kommunalverbände in ihren Bemühungen gestärkt und hofften auf ein Ende der Liberalisierungsdebatte für die Wasserversorgung auf EU-Ebene. So wurde die Wasserversorgung vielfach als Dienstleistung von nicht-wirtschaftlichem Interesse eingestuft, wobei sich die Kritiker der Liberalisierungsdiskussion vor allem auf die EG-Wasserrahmenrichtlinie (WRRL) berufen, die in Art. 1 festhält: „Wasser ist keine übliche Handelsware, sondern ein ererbtes Gut, das geschützt, verteidigt und entsprechend behandelt werden muss.“²⁰ Dieser Schluss erscheint jedoch nicht zwingend. Die WRRL bezeichnet Wasser selbst als Handelsware und damit als Wirtschaftsgut, darüber hinaus ist auch der Inhalt einer Richtlinie keineswegs rechtsverbindlich. Auch die EG-Kommission selbst scheint davon auszugehen, dass die Wasserversorgung eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ist. Im Jahr 2003 gab sie eine Studie in Auftrag, die die Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts auf den Wasserversorgungsmarkt untersuchen sollte. Würde die EG-Kommission den Wassersektor nicht als eine wirtschaftliche Dienstleistung ansehen, hätte es dieser Studie gar nicht bedurft²¹.

Die EG-Kommission hat insoweit auch in ihrer Binnenmarktstrategie für die Jahre 2003 bis 2006 den Wassersektor als wichtigen Wirtschaftsbereich eingestuft, der weiter beobachtet werden muss und in dem gegebenenfalls Maßnahmen zu einer Marköffnung ergriffen werden müssen²².

Im Sommer 2004 wurde dann bekannt, dass EG-Wirtschaftskommissar Boelkestein die Öffnung des Wasserversorgungsmarktes konkret vorantreiben will²³. Grundlage soll hierfür eine Richtlinie entsprechend den bereits existierenden Richtlinien für Elektrizität und Telekommunikation sein. Vorbereitungen hierzu waren bis jetzt aber noch nicht weiter offensichtlich geworden.

Diese Einstellung korrespondiert auch mit den Bemühungen der EG-Kommission, den Wasserversorgungsmarkt im Rahmen des GATS²⁴-Verhandlungen zu themati-

²⁰ Vgl. *Verband kommunaler Unternehmen e.V. (VKU)*, Liberalisierung der Wasserwirtschaft? Der Preis für Verbraucher und Umwelt wäre zu hoch, abrufbar unter: http://www.vku.de/vku/themen/wasser/wasser_11.pdf (Stand 02.12.2004); *Bundesverband der Gas- und Wasserwirtschaft e.V. (BGW)*, Presseinformation vom 15.01.2004, abrufbar unter: <http://www.bundesverband-gas-und-wasser.de/bgw/presse/pressemitteilungen/presseinfo040115.pdf> (Stand 02.12.2004).

²¹ *Hansen*, Im Wettbewerb zählt jeder Tropfen, *ENTSORGA-Magazin* Heft 06/2003, Seite 34-36.

²² *EG-Kommission*, Mitteilung der Kommission an den Rat, das europäische Parlament den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Binnenmarktstrategie, Vorrangige Aufgaben 2003 – 2006, KOM(2003) 238 endgültig, S. 12, 50.

²³ *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, Kommunen sehen die Aufgabe der Daseinsvorsorge schrumpfen, 24.07.2004, S. 10; vgl. zur Novelle des Landeswassergesetzes Nordrhein-Westfalens BGW, Presseinfo vom 12.07.2004, abrufbar unter: <http://www.bundesverband-gas-und-wasser.de/bgw/presse/pressemitteilungen/presseinfo040707.pdf> (Stand 02.12.2004).

²⁴ Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (General Agreement on Trade in Services - GATS) wurde 1994 geschlossen, bildet aber lediglich einen Einstieg in die Libera-

sieren. An insgesamt über 70 Länder hat die EG-Kommission Forderungen zur Öffnung der Wasserversorgung für europäische Unternehmen gestellt. Die Kommission sieht offensichtlich ein erhebliches Wirtschaftspotential im Markt der Wasserversorgung begründet.

Die Liberalisierungsdebatte geht mit einer bereits seit längerem eingeleiteten Privatisierungswelle in der Wasserversorgung einher. Während die Öffentlichkeit anfangs nur den Kauf oder den Einstieg von Großkonzernen bei kommunalen Stromversorgern wahrnahm, gerieten die Bemühungen privater Energiekonzerne um die Wasserversorgung erst in den Blickpunkt der Öffentlichkeit, als 1999 die Stadt Berlin ihre hoch defizitären Wasserbetriebe in eine privatrechtliche Gesellschaft überführte, die faktisch – aufgrund umfassender rechtlicher Vereinbarungen über Kontroll- und Aufsichtsmechanismen – von ausländischen und deutschen Investoren geführt wird. Weitere Projekte in Rostock und Potsdam folgten. Die Beteiligung der großen Energiekonzerne in Deutschland, vor allem der E.ON AG über ihre Tochter Thüga AG und der Rheinisch-Westfälische Elektrizitätswerke AG (RWE AG) über die „Wassertochter“ Thames Water plc.²⁵, an kommunalen Stadtwerken erfasst auch den Wasserversorgungsmarkt, da die kommunalen Stadtwerke zumeist horizontal integriert sind und nicht nur die Strom- und Gasversorgung, sondern auch die städtische Wasserversorgung betreiben.

II. Neue Strukturen für die Wasserversorgung?

In der Diskussion um mögliche Modelle eines liberalisierten Wasserversorgungsmarktes dominieren der sog. „Wettbewerb im Markt“ in verschiedensten Ausprägungsformen sowie der sog. „Wettbewerb um den Markt“.

Wettbewerb im Markt²⁶ setzt einen freien Zugang der Wettbewerber zu den Endverbrauchern voraus. Voraussetzung wäre entweder ein Recht auf Durchleitung von Wasser durch das Versorgungsnetz des bisherigen Monopolbetreibers oder aber ein paralleler Leitungsbau. Es wird vielfach bezweifelt, dass die Durchleitung – zwangsläufig mit der Mischung von Wässern verbunden – oder der parallele Leitungsbau durchführbar sind. Gegen die Durchleitung sprechen insbesondere technisch-hygienische Gründe. Bei der Mischung von Wässern unterschiedlicher Zusammensetzung bilden sich Ausfällungen und Trübungen des Wassers, die die Qualität nachhaltig beeinträchtigen. Des Weiteren kann das Mischwasser die in den Rohrleitungen vorhandenen Keimschichten angreifen und teilweise auflösen, was ebenfalls zu opti-

lisierung des Dienstleistungsverkehrs, dem weitere Schritte folgten. Im Jahr 2003 hat die Europäische Gemeinschaft ein umfassendes Angebot für die weitere Liberalisierung des Dienstleistungshandels vorgelegt, vgl. *EG-Kommission*, Trade in Services. Conditional Offer from the EC and its Member States, 29.04.2003, abrufbar unter: http://europe.eu.int/comm/trade/services/index_en.htm. (Stand: 02.12.2004). Hierzu umfassend *Falke*, Normung und Dienstleistung.

²⁵ Im Herbst 2006 hat RWE den Konzernbereich RWE Thames Water an ein Konsortium australischer Investoren verkauft, was mit der Konzentration auf die Geschäftsfelder Energie (RWE Energy) und Kraftwerkbetrieb (RWE Power) begründet wird, vgl. Pressemitteilungen der RWE AG vom 04.11.2005 und 01.12.2006; Geschäftsbericht 2006 der RWE AG, S. 35.

²⁶ Zum „Wettbewerb im Markt“ vgl. *Bundeswirtschaftsministerium*, aaO., S. 37, insb. S. 41 ff.

schen, aber auch hygienischen Beeinträchtigungen des Wassers führt²⁷. Die Durchleitung von Wasser erfordert ebenfalls ein zusammenhängendes Trinkwasserleitungsnetz, das in den meisten Teilen Deutschlands, aber auch in anderen europäischen Ländern, in dieser Form bisher nicht existiert.

Gegen den parallelen Leitungsbau sprechen vor allem die hohen Kosten. Die großflächige Anlage eines zweiten Leitungsnetzes würde immense Summen verschlingen, die nicht refinanzierbar wären. Bereits der Unterhalt des vorhandenen Leitungsnetzes schlägt sich mit ca. 80 % im Wasserpreis nieder. Lediglich in Einzelfällen, vor allem bei Großabnehmern oder bei der Erschließung neuer Bau- oder Gewerbegebiete, bestünde die Möglichkeit des Baus paralleler Versorgungsstrukturen.

Wettbewerb um den Markt ist hingegen als Wettbewerb um die Versorgungsgebiete angelegt. In einem Ausschreibungsverfahren soll einem Wettbewerbspräferierten eine zeitlich befristete Konzession zum Betrieb der Wasserversorgung übertragen werden. Das Wettbewerbselement kommt hierbei erst durch die Pflicht zu wiederholter Ausschreibung zur Anwendung. Größtes Problem scheint für diese Form von Wettbewerb die Frage nach der richtigen Dauer der Konzessionsvergabe zu sein. Während kurze Zeitintervalle die Wettbewerbsintensität erhöhen könnten, dürfen die Interessen der Wasserversorgungsunternehmen nach möglichst langen Vertragslaufzeiten nicht unberücksichtigt bleiben. Soweit das Wasserversorgungsunternehmen im Rahmen des Konzessionsvertrags zum Erhalt und Ausbau der Infrastruktur verpflichtet wird, muss den Betreibern eine Möglichkeit zur Amortisation und Abschreibung ihrer Aufwendungen geschaffen werden²⁸.

Für beide Marktmodelle gibt der europäische Wasserversorgungsmarkt Beispiele. Ausschreibungswettbewerb existiert seit vielen Jahren bereits in Frankreich, eine weitergehende Liberalisierung mit Elementen eines Endkundenwettbewerbs wurde in Großbritannien eingeführt. Vor allem die Erfahrungen aus England und Wales werden von den Kritikern angeführt, um die Gefahren einer umfassenden Liberalisierung der Wasserversorgung aufzuzeigen. Ob diese negativen Gesichtspunkte - schlechte Qualität des Wassers, fehlende Investitionen im Wasserschutz, trotzdem hohe Trinkwasserpreise – durch rechtliche Regelungen verhindert werden können, scheint fraglich.

Der Ausschreibungswettbewerb in Frankreich wird durch die beiden größten Wasserversorgungsunternehmen der Welt, Ondeo und Veolia, dominiert. An der Ausschreibung nehmen dann auch überwiegend nur diese beiden Unternehmen teil, so dass auch hier die Einführung von Wettbewerb nicht als gelungenes Beispiel angeführt werden kann. Angesichts der historisch bedingten, kleinteiligen Versorgungsstruktur mit einer Vielzahl von Wasserversorgungsunternehmen scheint sich in Deutschland eine andere Ausgangslage für einen Ausschreibungswettbewerb zu bieten.

²⁷ DVGW Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches e.V., Grundsätze einer gemeinsamen Netznutzung in der Trinkwasserversorgung, ENERGIE WASSER PRAXIS 9/2001, S. 1.

²⁸ Zum „Wettbewerb um den Markt“ vgl. Bundeswirtschaftsministerium, aaO., S. 38, insb. S. 57 ff.

Fast unbestritten ist, dass sich die Wasserversorgung in ihrer bisherigen Form als zumeist öffentlich-rechtlich geführter Betrieb ohne relevanten Einspardruck im Hinblick auf Tarif- und Preisgestaltung einer Modernisierung unterziehen sollte. In vielen öffentlich-rechtlich geführten Wasserversorgungsunternehmen hat betriebswirtschaftliches Denken bereits Einzug gehalten. Oftmals ist das Wasserversorgungsunternehmen für die Kommune ein profitables Unternehmen, das andere defizitäre kommunale Einrichtungen wie z.B. den öffentlichen Personennahverkehr quersubventioniert und einen nicht zu vernachlässigenden Einnahmeposten für den kommunalen Haushalt darstellt. Viele Kritiker einer Wettbewerbsöffnung der Wasserversorgung halten deshalb eine Modernisierung der bestehenden Strukturen für ausreichend. Diesen Ansatz befürworteten neben der Bundesregierung²⁹ auch die Länderarbeitsgemeinschaft Wasser der Bundesländer (LAWA)³⁰. Neben einer steuerlichen Gleichbehandlung von Wasser- und Abwasserwirtschaft, was eine Zusammenlegung beider Bereiche und erhebliche Synergieeffekte ermöglichen würde, wird vor allem die Einführung eines verpflichtenden Benchmarkings gefordert, um die Leistungsfähigkeit der Wasserversorgungsunternehmen beurteilen zu können. Ziel soll sein, innerhalb der bestehenden - und bewährten - Versorgungsstrukturen die Wasserversorgung günstiger zu gestalten und so den größten Kritikpunkt an der heutigen Wasserversorgung, die hohen Wasserpreise, zu beseitigen. Benchmarking soll hierbei unabhängig von den Fragen einer Liberalisierung oder Privatisierung der Wasserversorgung dazu beitragen, die Strukturen der Wasserversorgung effizienter zu gestalten und Kosteneinsparungspotentiale aufzuzeigen³¹ und steht damit nicht im Widerspruch zu Strukturveränderungen. Idealerweise sind die Ergebnisse von Benchmarkingstudien erst der Anlass für weitergehende Überlegungen zur Veränderung, wenn sich in den Vergleichen herausgestellt hat, dass andere Wirtschaftsstrukturen bessere Ergebnisse erzielen helfen.

III. Rechtlicher Hintergrund

1. Nationales Kartellrecht

Der Wasserversorgungsmarkt in Deutschland ist seit jeher davon geprägt, dass innerhalb sehr kleinräumiger Strukturen überwiegend die Kommunen oder kommunale Verbände die Wasserversorgung allein betreiben. Diese als Monopole ausgebildeten Versorgungsstrukturen gründen sich in rechtlicher Hinsicht auf einen kartellrechtlichen Ausnahmebereich nach § 131 Abs. 6 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)³², der auch im Rahmen der 7. GWB-Novelle³³ beibehalten wurde³⁴. Diese Vorschrift nimmt für die Versorgung mit Wasser auf die §§ 103, 103a und 105 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Be-

²⁹ Bundesregierung, Antwort auf die Kleine Anfrage zur Zukunft der Wasserwirtschaft in Deutschland vom 16.02.2004, BT-Drs. 15/2529. Der Antwort der Bundesregierung liegt der Bundestagsbeschluss vom 21.03.2002 „Nachhaltige Wasserwirtschaft in Deutschland“, BT-Drs. 14/7177 zugrunde.

³⁰ Zur LAWA siehe <http://www.lawa.de>.

³¹ Zum Konzept und Ziel des Benchmarking vgl. *Clausen/Scheele*, Benchmarking in der Wasserwirtschaft.

³² Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) in der Fassung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2114), zuletzt geändert am 1. September 2005 (BGBl. I S. 2676).

³³ Zur 7. GWB-Novelle 2005, vgl. *Bechtold*, Kartellrecht, 4. Auflage, Einführung Rn. 17 ff.

³⁴ *Zuber* in: *Loewenheim/Meesen/Riesenkampff*, Kartellrecht, Band 2, § 131 Rn. 11 ff.

kantnmachung vom 20. Februar 1990 (GWB-1990)³⁵ Bezug und entzieht damit bestimmte wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen von Wasserversorgungsunternehmen untereinander und von Wasserversorgungsunternehmen mit Gemeinden den allgemeinen Kartellvorschriften der §§ 1 bis 3 GWB.

Hierzu zählen insbesondere Vereinbarungen und Absprachen zur Gebietsabgrenzung oder -aufteilung, sogenannte Demarkationsvereinbarungen, und Vereinbarungen der Wasserversorgungsunternehmen mit Gemeinden zur Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte öffentlicher Straßen zur Verlegung von Wasserversorgungsleitungen, sogenannte Konzessionsvereinbarungen. Die mit Einführung des GWB 1957³⁶ erstmals festgehaltenen Ausnahmen vom Kartellverbot zeichneten überwiegend die historisch gewachsene Struktur der Wasserversorgung in Deutschland nach, waren aber auch von der Vorstellung „besonderer technischer und wirtschaftlicher Verhältnisse“ in der Wasserversorgung geleitet³⁷.

2. Nationales, öffentliches Recht

Des Weiteren prägt den deutschen Wasserversorgungsmarkt die Möglichkeit, zu Gunsten der öffentlichen Wasserversorgung³⁸ einen Anschluss- und Benutzungszwang (AuB) auf Grund von Vorschriften der Gemeindeordnungen der Länder durch kommunale Satzungen einzuführen und auch so einen Wettbewerb um die vom AuB betroffenen Verbraucher auszuschließen.

3. Europäisches Recht, insbesondere europäisches Wettbewerbsrecht

Kernproblem der rechtlichen Auseinandersetzung ist jedoch, ob die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages auf die Wasserversorgung Anwendung finden und, falls ja, ob die vorhandenen Wettbewerbsbeschränkungen unzulässig sein können. Voraussetzung für die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln ist jedoch, dass die Versorgung mit Wasser eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt, die den zwischenstaatlichen Handel beeinflusst³⁹.

Zusätzlich stellt sich die Frage, ob die Wasserversorgung eine Dienstleistung von allgemeinem *wirtschaftlichen* Interesse, darstellt. Artikel 86 Abs. 2 EGV erklärt die EG-Wettbewerbsregeln auch nur in soweit für anwendbar, als durch die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften die Durchführung der Dienstleistung von allgemeinem *wirt-*

³⁵ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Februar 1990 (BGBl. I S. 235), zuletzt geändert durch Artikel 1 und 2 Abs. 3 des Gesetzes vom 26. August 1998 (BGBl. I S. 2512).

³⁶ Das GWB wurde 1957 nach den Vorstellungen der früheren Besatzungsmächte der Westzonen nach dem Vorbild des amerikanischen Antitrust-Rechts eingeführt und stellte die erste deutsche Regelung zur Verhinderung von Kartellen nach den Dekartellierungsgesetzen in den westlichen Besatzungszonen dar, vgl. zur Geschichte des Kartellrechts *Bechtold*, GWB, 4. Auflage, Einführung, Rn. 1 ff.

³⁷ vgl. *Klaue*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 1981, Vor § 103 Rn. 1.

³⁸ Öffentliche Wasserversorgung ist hier gemeint als jede Versorgung mehrerer Verbraucher, also nicht nur die Versorgung eines Einzelnen und auch nicht als Eigenversorgung.

³⁹ Zum Verhältnis von deutschem und europäischem Kartellrecht nach der 7. GWB-Novelle ausführlich unten in § 5.

schäftlichen Interesse rechtlich oder tatsächlich nicht verhindert wird. Hierbei stellt sich dann insbesondere die Frage, ob die in der deutschen Wasserversorgung angelegten Wettbewerbsbeschränkungen in diesem Sinne notwendig zur Durchführung der Wasserversorgung sind oder aber ob nicht auch in einer anderen - rechtlichen oder tatsächlichen - Form die Wasserversorgung ebenso sicher und günstig erbracht werden könnte.

4. Inhalt der Arbeit

Das Ziel der Arbeit ist eine umfassende kartellrechtliche Bestandsaufnahme von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und sonstigen Regelungen in der deutschen Wasserversorgung *de lege lata* und die Analyse zur Vereinbarkeit dieser Regelungen mit dem deutschen und insbesondere europäischem Recht.

Eine rechtliche Beurteilung ist bisher – soweit ersichtlich – im deutschen Recht für die Wasserversorgung noch nicht erfolgt. Die Erörterung dieser rechtlichen Fragestellungen stellt die vorliegende Arbeit deshalb in den Mittelpunkt der Ausführungen.

Mit den Fragen der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer Liberalisierung der Wasserversorgung⁴⁰ und der Zulässigkeit und Erforderlichkeit geschlossener Versorgungsgebiete als Monopol in wirtschaftswissenschaftlicher Hinsicht⁴¹ befassen sich bereits monografische Untersuchungen, so dass sich die vorliegende Arbeit auf die kartellrechtlichen Aspekte der Wasserversorgung konzentrieren kann. Ergänzend kommen im Bereich des europäischen Rechts noch Untersuchungen zur Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten hinzu.

§ 2 Gang der Arbeit

In **Teil 1** soll zunächst die Wasserversorgung als Wirtschaftsbereich vorgestellt werden. Neben der geschichtlichen Entwicklung der Wasserversorgung in Deutschland widmet sich § 3 den derzeitigen wirtschaftlichen Gegebenheiten und den unterschiedlichen Unternehmensformen der deutschen Wasserversorgung. § 4 wirft dann einen kurzen Blick auf die verschiedenen Versorgungsmodelle in Frankreich, England und Wales sowie den Niederlande.

Nachdem sich die EG-Kommission aber des Wasserversorgungsmarktes angenommen hat, müssen sich die deutschen Wasserversorgungsunternehmen, gleichgültig ob öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisiert, ob ausschließlich in öffentlicher Hand oder bereits unter Beteiligung privater Gesellschafter, fragen lassen, ob das bestehende System auf Wettbewerbsbeschränkungen beruht, die mit dem europäischen Recht vereinbar sind oder nicht. Dazu stellt **Teil 2** der Arbeit zunächst die Beschränkungen des Wettbewerbs in der deutschen Wasserversorgung vor. Die Vereinbarungen und Regelungen werden im Einzelnen dargestellt und deren rechtliche Zulässigkeit nach nationalem Recht untersucht. Der kartellrechtliche Ausnahmebe-

⁴⁰ *Weiß*, Liberalisierung der Wasserversorgung.

⁴¹ *Stuchtey*, Wettbewerb auf dem Markt für leitungsgebundene Trinkwasserversorgung.

reich des § 131 Abs. 6 GWB (§ 5) sowie die landesrechtlichen Regelungen zum Anschluss- und Benutzungszwang (§ 6) stellen hierbei die Kernpunkte dar.

Daran anschließend in **Teil 3** muss sich dieses System von Wettbewerbsbeschränkungen an den Vorschriften des EG-Wettbewerbsrechts messen lassen. Art. 81 EG stellt den Maßstab für diese Beurteilung dar (§ 7). Es folgt eine Untersuchung zur Vereinbarkeit der Wettbewerbsbeschränkungen mit den Grundfreiheiten (§ 8), bevor dann in § 9 der Anwendungsbereich von Art. 86 Abs. 2 EGV entwickelt und dessen Verhältnis zu Art. 81 EG sowie den Grundfreiheiten beleuchtet wird. § 10 stellt die in der Diskussion befindlichen Liberalisierungsmodelle dar und untersucht die Möglichkeiten des europäischen Rechts, eine Öffnung des Wasserversorgungsmarktes verbindlich einzuführen.

Teil 4 fasst die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung nochmals thesenartig zusammen.