

---

# Wettbewerb und Regulierung jetzt auch in der Wasserwirtschaft?

JÜRGEN KÜHLING

---

Jürgen Kühling, Universität Regensburg, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Immobilienrecht, Infrastrukturrecht und Informationsrecht,  
E-Mail: Juergen.Kuehling@jura.uni-regensburg.de

---

**Zusammenfassung:** Die Verfügungen der Landeskartellbehörde Hessen gegen Wasserversorger wegen zu hoher Wasserpreise, die auf eine Vergleichsmarktanalyse gestützt wurden, und deren Bestätigung durch den BGH am 2.2.2010 waren erste Vorboten einer sich verschärfenden kartellrechtlichen Entgeltkontrolle der Wasserwirtschaft. Die folgende Entscheidung der Landeskartellbehörde Baden-Württemberg auf der Basis einer Kostenanalyse ein Jahr später ist dagegen unlängst vom OLG Stuttgart gestoppt worden. Vor dem Hintergrund der dadurch ausgelösten Unsicherheiten stellt sich die Frage, ob die Wasserwirtschaft nicht wie die anderen Netzwirtschaften (Telekommunikation, Energie, Post, Eisenbahntransport) auch einer Regulierung durch die in den übrigen Wirtschaftszweigen erfolgreich tätige Bundesnetzagentur unterworfen werden sollte. Der Beitrag gelangt zu dem Ergebnis, dass der kartellrechtliche Ansatz gegenwärtig sinnvoll ist und die Option auf eine abgabenrechtliche Kontrolle beseitigt werden muss. Sollte sich die kartellrechtliche Kontrolle jedoch nicht als wirksam herausstellen, so wäre eine bundeseinheitliche, sektorspezifische Lösung zu prüfen.

**Summary:** In the past, the Hessian Cartel Authority issued orders against water suppliers because they were charging excessively high prices and abused their dominant position. Those decisions were based on an analysis of comparable markets. These orders were upheld by the Federal Supreme Court (BGH) on February 2, 2010. In this development one can see somewhat of a forerunner of a pricing regulation through antitrust law within the water industry. However, the following decision by the Cartel Authority of Baden-Wuerttemberg one year later, which was based on an analysis of the actual costs was only recently quashed by the Higher Regional Court (OLG) of Stuttgart. Considering the resulting insecurities regarding the application of the legal framework, the question arises, whether the water suppliers should be subjected to regulation by the Federal Network Authority – just like other network based industries, such as telecommunications, energy, post and railways. This paper comes to the conclusion that the current approach using the antitrust law is generally reasonable as a first step. What seems even more important than the choice between a sector specific regulation and antitrust law is to abolish the option of an administrative price control of public water suppliers which proved to be ineffective. Should the full application of cartel law, however, turn out to be ineffective in the future, a national sector specific solution should be considered.

→ JEL Classification: K2

→ Keywords: Kartellrecht, Trinkwasserpreise, Missbrauchskontrolle

Ich danke meinem Mitarbeiter Herrn Andreas Bäuml für die wertvolle Hilfe bei der Anfertigung des Manuskripts. Der Beitrag ist bereits in einer vorherigen Version erschienen im Deutschen Verwaltungsblatt: DVBL 3/125 (2010), 205 ff.

---

## I Einleitung

Die Verfügungen<sup>1</sup> der Landeskartellbehörde Hessen (Hessische LKartB) gegen Wasserversorger können ebenso wie die Entscheidungen des OLG Frankfurt<sup>2</sup> und des BGH<sup>3</sup>, die die Verfügung vom 16. Mai 2007 (überwiegend) bestätigten, als erste Anzeichen einer verschärften Kontrolle der Wasserversorger gedeutet werden. Sie rügen missbräuchlich überhöhte Wasserpreise. Es stellt sich gleichwohl die Frage, ob es bei dieser horizontalen Regulierung flankiert durch weitere sektorenübergreifende Vorgaben – wie das Vergaberecht – bleiben kann oder ob nicht sektorspezifische Normen geschaffen werden müssen, um den langfristigen Konsumentennutzen in der Wasserwirtschaft zu gewährleisten. Denn um jenes Ziel geht es zuvörderst bei jeglicher Regulierung, sei sie sektorspezifisch oder sektorenübergreifend (vgl. dazu Knieps 2008: 80 f. und passim zu entsprechenden Relativierungen). Wenn beispielsweise in der Energiewirtschaft eine „möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche“ Versorgung zum Regulierungszweck erhoben wird (§ 1 Abs. 1 EnWG), dann zielen zumindest die Vorgaben der Sicherheit, Preisgünstigkeit, Verbraucherfreundlichkeit und Effizienz gleichermaßen auf den Konsumentennutzen ab (Hellermann und Hermes 2010: § 1 Rn. 22 ff.; Theobald 2011: § 1 Rn. 11 ff.). Das muss auch für die (kartellrechtliche) Steuerung der Wasserwirtschaft gelten, die auf vergleichbare Ziele des Verbraucherschutzes und des Umweltschutzes ausgerichtet ist bzw. sein sollte.<sup>4</sup> Wettbewerb ist insoweit nur ein Mittel zum Zweck (vgl. § 1 Abs. 2 EnWG; Hellermann und Hermes 2010: § 1 Rn. 46 ff., Salje 2006: § 1 Rn. 80 ff.), als dieser eine entsprechende Preisgünstigkeit, Verbraucherfreundlichkeit und Effizienz neben einer Versorgungssicherheit gewährleisten soll. Diesem Ziel dient die Regulierung, wenn sie sektorspezifisch ausdifferenziert ist. Aber auch das GWB als horizontale Form der Regulierung<sup>5</sup> soll Wettbewerb schaffen, um jenes Ziel des langfristigen Konsumentenutzens zu beflügeln. Die sektorspezifische und die horizontale Regulierung unterscheiden sich im Übrigen durch die Ausdifferenziertheit der normativen Vorgaben einschließlich entsprechender Eingriffsbefugnisse der Behörde. Institutionell bestehen hingegen deutliche Parallelen zwischen Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur (dazu Kühling 2004: 367 ff.), wohingegen eine die Unabhängigkeit der Landeskartellämter in gleicher Hinsicht stärkende institutionelle Ausgestaltung regelmäßig fehlt (siehe auch insoweit Kühling 2004: 411 f.).

Vor diesem Hintergrund verschiedener Regulierungsansätze und der Notwendigkeit einer Regulierung aus ökonomischer Sicht (dazu Kapitel 2.) stellt sich die Frage, inwiefern der geltende

1 Verfügung v. 9.5.2007 (Enwg); Verfügung v. 10.12.2007 (Mainova); Verfügung v. 10.4.2008 (Städt. Werke Kassel); jeweils abrufbar über [www.wirtschaft.hessen.de](http://www.wirtschaft.hessen.de); alle URLs zuletzt abgerufen am 14.12.2011.

2 B. v. 18.11.2008, N&R 2009, 72 ff., im Folgenden Rn. zitiert nach juris.

3 B. v. 2.2.2010, BGHZ 184, 168 ff., im Folgenden Rn. zitiert nach juris.

4 Zur Bedeutung der ökologischen Zielsetzung besonders plastisch die Richtlinie 2000/60/EG („Wasserrahmenrichtlinie“), ABl. EG 2000, Nr. L 327, S. 1 ff., zuletzt geändert durch Richtlinie 2009/31/EG, ABl. EG 2009 L 140, S. 114 ff., Erwägungsgründe 1 und 41. Der verschiedentlich reklamierte Widerspruch zwischen Ortsnähe und Kosteneffizienz, der in den Entscheidungen der Hess. LKartB nicht angemessen berücksichtigt sei, ist nicht recht ersichtlich, vgl. dazu aber Breuer (2009: 1251); Lotze und Reinhardt (2009: 3277). So bleibt unklar, inwiefern es ausgeschlossen sein sollte, dass die „wirtschaftliche Optimierung“ ihre Grenze in einem Vorrang der ortsnahen Versorgung finden sollte und dies nicht prinzipiell als Rechtfertigungsgrund von Preisunterschieden mit entsprechendem substantiiertem Sachvortrag angeführt werden könnte, vgl. dazu allgemein unten Kapitel 3.2, a., bb.

5 Zu dieser begrifflichen Unterscheidung Kühling (2004: 21 ff.).

rechtliche Rahmen der ökonomischen Rationalität entspricht oder modifiziert werden muss (Kapitel 3.).

## 2 Sinn und Zweck einer Regulierung in der Wasserwirtschaft

### 2.1 Die Notwendigkeit einer Regulierung

Aus ökonomischer Sicht besteht dabei eine weitgehende Einigkeit, dass eine Regulierung verstanden als „direkte, wirtschaftspolitisch motivierte Eingriffe des Staates zur Beschränkung von Marktmechanismen oder zur Übernahme von Marktfunktionen (Produktion und Verteilung) bei fehlendem Markt“ (so Aschinger 1985: 545; dazu Kühling 2004: 11 ff.) in der Wasserwirtschaft erforderlich ist.<sup>6</sup> Denn bei der Wasserversorgung handelt es sich auf der Ebene der netzseitigen Wasserverteilung um ein nur sehr begrenzt durch potentielle Konkurrenz bedrohtes und aufgrund versunkener Kosten nicht angreifbares natürliches Monopol, mit der Folge, dass jedenfalls der Missbrauch jener marktbeherrschenden Stellungen zu befürchten ist und daher eine Regulierung erforderlich ist.<sup>7</sup> Dabei entfällt die Realisierungswahrscheinlichkeit jener Missbrauchsgefahr nicht automatisch aufgrund einer spezifischen (etwa nicht gewinnorientierten) öffentlich-rechtlichen Organisationsform, da dies allein einen ineffizienzbasierten Preishöhenmissbrauch nicht zu verhindern mag. Bei einer renditeorientierten (privatrechtlichen) Organisationsform kommen die durch Profitmaximierung begründeten Missbrauchsgefahren hinzu (vgl. dazu zuletzt Haucap und Coenen 2009: 338). Zugespielt formuliert: Privatisierung ohne (adäquate) Regulierung führt keineswegs zwingend zu einer Optimierung der volkswirtschaftlichen Effizienz (zu diesem Zusammenhang auch Schönefuß 2005: 215 ff. und passim).

### 2.2 Formen und Möglichkeiten eines „echten Wettbewerbs“

Entscheidend ist demnach weniger die Organisationsform der Regulierungsadressaten als vielmehr die Ausgestaltung der erforderlichen Regulierung. Dabei stellt sich zunächst die Frage, ob diese in der Wasserwirtschaft wie in der Telekommunikations- oder Energieordnung auf einen echten (tatsächlichen) Wettbewerb in dem Sinne abzielen sollte, dass ein Wettbewerb um Endkunden durch unterschiedliche Wasserversorger geschaffen wird, indem den Wasserversorgern Durchleitungsrechte durch das Versorgungsnetz des lokalen bzw. regionalen Netzbetreibers eingeräumt werden. Zwischenzeitlich besteht in der Ökonomie jedoch die vorherrschende Ansicht, dass diese Form des Durchleitungswettbewerbs in der Wasserwirtschaft anders als in der Telekommunikations- und Energieordnung grundsätzlich wenig sinnvoll ist. Das ist zum einen Folge der technischen Schwierigkeiten bei der Schaffung eines solchen Durchleitungswettbewerbs (unterschiedliche Wasserqualitäten etc.). Hinzu kommt zum anderen, dass der Kostenanteil des Netzbetriebs so hoch ist, dass die Transaktionskosten, die für die Schaffung von Durchleitungswettbewerb zu veranschlagen sind, nicht angemessen sind mit Blick auf die dadurch erzielbaren geringen Einspareffekte (statt vieler Schönefuß 2005: 209 ff. m.w.N.).

6 Vgl. exemplarisch Schönefuß (2005: 284 ff.); skeptischer allerdings das im Auftrag des Umweltministeriums durchgeführte Sachverständigengutachten, BT-Drs. 14/8792, S. 450 ff.

7 Grundlegend zur Notwendigkeit der Regulierung derartiger Bottlenecks mit hohen versunkenen Kosten Knieps (2008: 95 ff.).

Durchaus sinnvoll können dagegen – zumindest als flankierende Instrumente – ein Ausschreibungswettbewerb um den Betrieb eines Wasserversorgers sowie im geringen Maße auch ein Stichtungswettbewerb sein (ebenso Schönefuß 2005: 204 ff. m.w.N.). Allerdings ist die Durchführung eines Ausschreibungswettbewerbs zumindest in der Anlaufphase mit erheblichen Transaktionskosten verbunden und beseitigt regelmäßig nicht die Notwendigkeit einer zusätzlichen Preismissbrauchskontrolle. Gleichwohl ist zu betonen, dass derartige Ansätze insbesondere wertvolle Hinweise über marktanaloge Preise zu liefern vermögen, die auch bei Mechanismen des simulierten Wettbewerbs eine wichtige Rolle spielen können. Denn jegliche Regulierung des Wassersektors hat mit erheblichen Informationsdefiziten sowohl auf der Seite der regulierten Unternehmen selbst, vor allem aber mit Blick auf den Regulierer zu kämpfen.<sup>8</sup>

### 2.3 Formen und Möglichkeiten eines durch Regulierung „simulierten Wettbewerbs“

Wesentlich Erfolg versprechender erscheinen im Übrigen jene Instrumente eines „simulierten Wettbewerbs“. Hier geht es also nicht darum, tatsächlich einen Wettbewerb zu erzeugen, sondern virtuell einen Wettbewerb zu simulieren, um so ein wettbewerbsanaloges Ergebnis zu generieren. Dies geschieht vor allem dadurch, dass unter Wahrung bestimmter Qualitätsmaßstäbe ein wettbewerbsanaloger Preis ermittelt und der tatsächliche Preis daran gemessen wird. Im Weiteren ist sodann zu differenzieren: Greift ein System eines Durchleitungswettbewerbs, kann sich die Wettbewerbssimulation sowohl auf die Vorleistungspreise als auch auf die Endkundenpreise beziehen. Entsprechende Vergleiche können freiwillig durchgeführt werden oder rechtlich verbindlich mit der Folge einer obligatorischen Kappung nicht gerechtfertigter Preishöhen erfolgen. Sofern eine rechtsverbindliche Kontrolle durchgeführt wird, können die entsprechenden Preise ex ante insbesondere im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens ermittelt und festgesetzt oder lediglich nachträglich überprüft werden. Dies kann schließlich durch eine besondere Regulierungsbehörde wie die Bundesnetzagentur geschehen oder durch das allgemeine Kartellamt. Das gilt sowohl für die Landes- als auch für die Bundesebene.

Jene Differenzierungen zeigen sich in der Energiewirtschaft besonders plastisch. Hier werden die Netznutzungsentgelte als Vorleistungsentgelte ex ante durch eine besondere Regulierungsbehörde kontrolliert und zwar die kleinen lokalen Weiterverteiler grundsätzlich durch die Landesenergiebehörden und die großen Netzbetreiber durch die Bundesnetzagentur. Die Endkundenentgelte werden dagegen durch die allgemeinen Kartellbehörden kontrolliert, nämlich durch das Bundeskartellamt einerseits und die Landeskartellbehörden andererseits (siehe dazu im Überblick Koenig, Kühling und Rasbach 2008: 108, 114 ff., 228 ff.). In der Telekommunikation hat man sich dagegen für eine unitaristische Lösung im doppelten Sinne entschieden, d.h. sowohl die Vorleistungsentgelte als auch die Endkundenentgelte werden hier durch *eine* Behörde, nämlich die Bundesnetzagentur, reguliert. Im Telekommunikationsgesetz selbst findet sich im Übrigen eine Vorstrukturierung dahin gehend, ob eine Ex-ante- oder eine Ex-post-Regulierung der Entgelte erfolgen soll. Dabei kommen unterschiedliche Entgeltmaßstäbe zur Anwendung. Während für die Ex-ante-Entgeltfestsetzung der strenge Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung greift, gilt im Rahmen der Ex-post-Regulierung lediglich ein abgeschwächter, allgemeiner kartellrechtlicher Missbrauchsmaßstab. Anhand dieser legislativen Vorgaben legt die Bundesnetzagentur jeweils fest, welches Entgelt für welchen Vorleistungs- bzw. Endkunden-

8 Zum Problem von Informationsasymmetrien zwischen Regulierer und reguliertem Unternehmen Knieps (2008: 81 ff.).

markt sie ex ante beziehungsweise ex post reguliert (dazu im Überblick Kühling und Elbracht 2008: 96). In der Eisenbahnwirtschaft wurde ein strukturell vergleichbares, allerdings in der Entgeltregulierung weit weniger effektives System aufgesetzt.<sup>9</sup>

Damit liegen Erfahrungen mit einer Ex-ante-Regulierung in Deutschland bislang also nur in solchen Netzwirtschaften vor, in denen ein Endkunden-Wettbewerb auf Basis eines Netzzugangs geschaffen wurde. Die Ex-ante-Regulierung bezieht sich dabei vor allem auf die Vorleistungsentgelte für die Nutzung der netzseitigen Engpassressourcen. Die Erfahrungen in der Telekommunikationswirtschaft mit diesem Regulierungsansatz sind insgesamt äußerst positiv. Die Marktentwicklung ist durch erhebliche Entgeltsenkungen, umfassende Investitionen auf Seiten des vormaligen Monopolisten und der Wettbewerber sowie der Entfaltung eines dynamischen Wettbewerbs geprägt. In der Energiewirtschaft ist eine vergleichbare Entwicklung bislang lediglich in Ansätzen und hier vor allem im Strombereich erkennbar. Vom Innovationspotenzial entspricht dabei die Wasserwirtschaft allenfalls der Energie- und keinesfalls der Telekommunikationswirtschaft.

Insgesamt kann jedenfalls festgehalten werden, dass sich die Schaffung eines sektorspezifischen Regulierungsrechts einschließlich der Ausstattung einer besonderen Regulierungsbehörde mit wirksamen Instrumenten, insbesondere auch einer Ex-ante-Regulierung, bislang im Wesentlichen als Erfolgsgeschichte darstellt. Gleichwohl zeigen schon die Unterschiede zwischen der Telekommunikations- und Energieregulierung, dass vor einer simplen Übertragung der Erfolgsrezepte aus einer Netzwirtschaft auf die andere gewarnt werden muss. Auch zeigt sich, dass die tendenziell aufwändigere Ex-ante-Entgeltkontrolle bislang nur dort eingesetzt wurde, wo es um die Schaffung tatsächlichen (Durchleitungs-)Wettbewerbs ging und hier erhebliche Vorteile für die Steigerung des Konsumentennutzens erwartet werden konnten. Da ein solcher (Durchleitungs-)Wettbewerb in der Wasserordnung aber gerade nicht im Vordergrund steht, liegt es nahe, dort zunächst auf eine Ex-post-Kontrolle zu setzen. Auch ein Vergleich der Regulierungskosten kann (zunächst) für eine Ex-post-Kontrolle sprechen. Sie hat allerdings die Nachteile einer geringeren Planungssicherheit. Auch ist damit noch nicht entschieden, ob diese sinnvollerweise durch die verschiedenen Landeskartellbehörden auf der Basis des GWB durchgeführt werden sollte. Vielmehr ist auch die Option einer Ex-post-Regulierung durch die Bundesnetzagentur auf der Grundlage eines spezifischen gesetzlichen Rahmens in Erwägung zu ziehen.

## 2.4 Die Grenzen einer öffentlich-rechtlichen Gebührenkontrolle

Die Regulierung der Wasserpreise könnte zudem durch das öffentliche Gebührenrecht erfolgen. Dessen Kontrollmaßstab bezieht keine Wettbewerbskriterien und nur sehr eingeschränkt Effizienzgesichtspunkte mit ein.<sup>10</sup> Aus ökonomischer Sicht vermag daher eine öffentlich-rechtliche Gebührenkontrolle nicht zu überzeugen, soll es darum gehen, die Steigerung der Effizienz und des Konsumentennutzens zu bewirken.

9 Vgl. zur Entgeltregulierung nach geltendem Recht Kühling, Hermeier und Heimeshoff (2007); zur Zukunft der Entgeltregulierung in der Eisenbahnordnung Kühling (2009: 36 ff.).

10 Vgl. zu der entsprechenden praktischen Handhabung die Hinweise unten im Kapitel 3.3.

### 3 Rechtliche Ansätze

Da die rechtlichen Instrumente (zu Recht) nur sehr begrenzt einen „echten“ Wettbewerb in der Wasserwirtschaft erzwingen (dazu Kapitel 3.1), liegt der Fokus im Wesentlichen auf der kartellrechtlichen Kontrolle (Kapitel 3.2), die gegebenenfalls durch eine sektorspezifische Regulierung substituiert werden könnte. Keine taugliche Alternative stellt dagegen bislang der Ansatz einer gebührenrechtlichen Kontrolle dar (Kapitel 3.3).

#### 3.1 „Echter“ Wettbewerb

Bislang bestehen nur begrenzte rechtliche Ansätze zur Verwirklichung eines „echten“ Wettbewerbs in der Wasserwirtschaft. In Anbetracht einer fehlenden sektorspezifischen Regulierung kommen dabei lediglich allgemeine rechtliche Grundsätze in Betracht. Diese speisen sich aus drei wesentlichen Quellen, nämlich erstens aus den allgemeinen kartellrechtlichen Zugangsansprüchen, die einen Durchleitungswettbewerb generieren könn(t)en, zweitens aus den EU-Grundfreiheiten, die zumindest bestimmte Bezugsmonopole aufzubrechen vermögen, und schließlich aus den allgemeinen vergaberechtlichen Vorgaben, die einen Ausschreibungswettbewerb initiieren können. Entsprechend den ökonomischen Vorgaben existieren aber grundsätzlich zu Recht keine weitreichenden und vor allem keine pauschalen normativen Pflichten zur Schaffung von echtem Wettbewerb. Zwar gibt es im Einzelfall durchaus die Möglichkeit, auf sinnvolle Weise Wettbewerbselemente zu implementieren, und dies insbesondere in Form der Schaffung eines Ausschreibungswettbewerbs. Die Sprengkraft der kartellrechtlichen Zugangsansprüche und der EU-Grundfreiheiten ist dabei noch nicht ausgelotet, dürfte aber vergleichsweise begrenzt sein (dazu ausführlicher Kühling 2010: 208 f.).

#### 3.2 „Simulierter“ Wettbewerb im Rahmen der kartellrechtlichen Kontrolle

Angesichts der de lege lata rechtlich und auch tatsächlich begrenzten Möglichkeiten eines echten Wettbewerbs stellt sich die Frage nach der Funktionstüchtigkeit des durch das allgemeine Kartellrecht simulierten Wettbewerbs. Erst im Anschluss daran kann die Frage beantwortet werden, ob angesichts diesbezüglicher Funktionsdefizite nicht besser die Bundesnetzagentur mit entsprechenden Regulierungskompetenzen betraut werden sollte. Nach einer anfänglichen kartellrechtlichen Apathie ist die Hessische LKartB<sup>11</sup> 2007 mit einer scharfen Anwendung des kartellrechtlichen Instrumentariums vorangeschritten und vom OLG Frankfurt sowie dem BGH in diesem Ansatz bestärkt worden. Damit hat das hessische Kartellamt eine Vorreiterrolle übernommen, und es ist zu prüfen, ob die Behörde die Weichen richtig gestellt hat (dazu a. und c.) und inwiefern ihr inzwischen die übrigen Landeskartellbehörden und das Bundeskartellamt gefolgt sind (b.).

##### a. Die Verfügung(en) der Hessischen LKartB im Spiegel der Rechtsprechung

Die Missbrauchsverfügungen der Hessische LKartB sind der Abschluss umfassender Regulierungsverfahren. Weitere Verfahren wurden angesichts einer vereinbarten Preissenkung eingestellt.<sup>12</sup> Andere Verfahren laufen gegenwärtig noch. Die erste Verfügung mit entsprechender

11 LKartB ist das Hessische Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Verbraucherschutz.

12 Vgl. Pressemitteilung der LKartB v. 7.10.2005, abrufbar über [www.wirtschaft.hessen.de](http://www.wirtschaft.hessen.de).

Pilotwirkung (Fabry und Meßmer 2008: 198) erging gegen den Versorger Enwag aus Wetzlar, auf welche im Folgenden im Wesentlichen abgestellt wird. Diese war bereits Gegenstand einer gerichtlichen Kontrolle<sup>13</sup> und wurde von den Gerichten in den Kernpunkten bestätigt.

Rechtsgrundlage der Untersagung waren jeweils die §§ 103 Abs. 5 S.1 Nr. 1, S. 2 Nr. 2 GWB a. F. i. V. m. 103 Abs. 6 Nr. 1 GWB a. F. i. V. m. § 131 Abs. 6 GWB. Sinn und Zweck der genannten Normen ist es, bei Unternehmen, die gemäß § 103 Abs. 1 GWB a. F. von einigen kartellrechtlichen Vorgaben freigestellt sind, monopolbedingte Ineffizienzen aufzudecken und zu unterbinden.<sup>14</sup>

Von entscheidender Bedeutung und damit zugleich Kernelemente der Auseinandersetzung zwischen den betroffenen Unternehmen und der Hessischen LKartB waren dabei erstens die Frage, unter welchen Voraussetzungen gleichartige Unternehmen vorliegen (aa), und zweitens das Problem der Rechtfertigungsmöglichkeiten etwaiger Preisunterschiede (bb). Des Weiteren war die rückwirkende Feststellung der Rechtswidrigkeit (cc) sowie die Anordnung der Rückerstattung (dd) umstritten.

aa) Gleichartigkeit der Unternehmen i.S.d. § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB a. F.

Die Hessische LKartB hat die Rechtsprechung zur Energieversorgung<sup>15</sup> auf die Wasserwirtschaft zu Recht übertragen<sup>16</sup> und ist daher davon ausgegangen, dass das Merkmal der Gleichartigkeit nur die Funktion einer groben Sichtung aus dem Blickwinkel der Abnehmer hat. Diese Auffassung bestätigten das OLG Frankfurt und der BGH, und die Gerichte betonten die geringen Anforderungen an dieses Merkmal.<sup>17</sup> Entscheidend sei daher, ob die betrachteten Unternehmen jeweils eine unternehmerische Tätigkeit auf demselben Markt und eine vergleichbare wirtschaftliche Funktion ausüben.<sup>18</sup> Entgegen der Ansicht der Hessischen LKartB<sup>19</sup> reiche aber für das Vorliegen der Vergleichbarkeit alleine die Belieferung von letztverbrauchenden Haushalts- und Kleingewerbekunden mit Trinkwasser nicht aus.<sup>20</sup> Auch die Strukturgesichtspunkte seien nicht bei der Gleichartigkeitsprüfung<sup>21</sup> sondern erst bei den „abweichenden Umständen“ zu berücksichtigen.<sup>22</sup> Damit wird sehr deutlich, dass die Vergleichsbasis relativ flexibel von der Kartellbe-

13 OLG Frankfurt (siehe Fußnote 2), Rn. 72 ff.; BGH (siehe Fußnote 3), Rn. 168 ff.

14 LKartB (siehe Fußnote 1, „Enwag“), Rn. 39.

15 BGH, B. v. 21.2.1995, BGHZ 129, 37ff. („Strompreis Schwäbisch Hall“, BGH-Bezeichnung: „Weiterverteiler“).

16 Der Übertragung dieser Rechtsprechung auf die Wasserwirtschaft zustimmend Daiber (2000: 354 f.); ablehnend Decker (1999: 970 ff.); Lotze und Reinhardt (2009: 3276); kritisch auch und Bechtold (2009: 3701); Meßmer (2009: 762 f.); zum allgemeinen Kartellrecht vgl. BGH, B. v. 6.3.2007, NVwZ 2007, 1219 (1219) m.w.N. (PETCYCLE).

17 BGH (siehe Fußnote 3), Rn. 28 ff.; OLG Frankfurt (siehe Fußnote 3), Rn. 41 ff.

18 BGH, U. v. 17.3.1998, WuW/E DE-R 134 (134 f.); LKartB (siehe Fußnote 1, „Enwag“), Rn. 31; LKartB (siehe Fußnote 1, „Mainova“), Rn. 36; LKartB (siehe Fußnote 1, „Städt. Werke Kassel“), Rn. 51.

19 LKartB (siehe Fußnote 1, „Enwag“), Rn. 31; LKartB (siehe Fußnote 1, „Mainova“), Rn. 36; LKartB (siehe Fußnote 1, „Städt. Werke Kassel“), Rn. 51.

20 OLG Frankfurt (siehe Fußnote 2), Rn. 40.

21 So LKartB (siehe Fußnote 1, „Enwag“), Rn. 52; LKartB (siehe Fußnote 1, „Mainova“), Rn. 43; LKartB (siehe Fußnote 1, „Städt. Werke Kassel“), Rn. 49.

22 BGH (siehe Fußnote 3), Rn. 30; OLG Frankfurt (siehe Fußnote 2), Rn. 44 ff.

hörde entwickelt werden kann, sofern nicht erhebliche Unterschiede in Bezug auf die herangezogenen Unternehmen bestehen. Die Bedeutung der Rechtfertigungsprüfung nimmt somit erheblich zu. Dies ist für das kontrollierte Unternehmen insoweit von erheblicher Relevanz, als sich dadurch das Ausmaß der Darlegungs- und Beweislast, die für jene Rechtfertigungsgründe dem kontrollierten Unternehmen obliegt, steigert. Die Anforderungen sind dabei – dies zeigen die Entscheidungen des OLG Frankfurt<sup>23</sup> und des BGH<sup>24</sup> – relativ hoch.

#### bb) Die Rechtfertigung von Preisunterschieden

Da somit dem Grunde nach ein effektiver Vergleichsmaßstab besteht, wird künftig sicherlich von noch größerer Bedeutung sein, inwieweit höhere Wasserpreise gerechtfertigt werden können. Die Möglichkeit der Rechtfertigung folgt aus § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB a. F., demzufolge die Unternehmen abweichende Umstände vortragen können, um so einen vergleichsweise hohen Preis gegebenenfalls zu rechtfertigen. Eine solche Rechtfertigung kann durch den Nachweis objektiver Strukturnachteile erfolgen (vergleiche auch Reif 2008: § 131 Rn. 132). Wenn solche ungünstigeren Versorgungsverhältnisse vorliegen, hat das dem Missbrauchsverdacht ausgesetzte Unternehmen darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen, welche zusätzlichen oder aufwändigeren Versorgungseinrichtungen bzw. Maßnahmen die Überwindung der objektiven Nachteile erfordert. Das Unternehmen muss aber nach den Grundsätzen einer rationellen Betriebsführung handeln, sodass in der Folge Fehlinvestitionen gerade nicht einen höheren Preis rechtfertigen können. Weiter fordert die Kartellbehörde, dass Maßnahmen und Einrichtungen zur Überwindung objektiver Strukturnachteile, um diese als rechtfertigend anzuerkennen, wirtschaftlich optimiert sein müssen.<sup>25</sup>

Keine rechtfertigende Wirkung haben zudem Besonderheiten des Unternehmens selbst. Das OLG Frankfurt und der BGH bestätigten die Hessische LKartB diesbezüglich (fast) vollumfänglich und schärften die Voraussetzungen im Einzelnen sogar noch. Mehrkosten bei der Erneuerung von Hausanschlüssen, bei der Netzerneuerung, für die Netzinstandhaltung, den Netzbetrieb und die Netzverwaltung können nicht als rechtfertigend anerkannt werden, da diese die Beschwerdeführer individuell betreffen. Der Umstand, dass in der Vergangenheit Erneuerungen unterlassen wurden und jetzt Investitionen erforderlich sind, sei ein nicht rechtfertigendes individuelles Verhalten.<sup>26</sup> Unverständlich ist nach dieser klaren – allerdings nicht unproblematischen (dazu sogleich c.) – Aussage die anschließende Ausführung, dass jedenfalls keine Darlegung erfolgt sei, dass es sich um ein betriebswirtschaftlich optimales Investitionsverhalten handle.<sup>27</sup> In einem Punkt jedoch hat der BGH dem Grunde nach abweichend vom OLG Frankfurt entschieden. Das OLG hatte noch übereinstimmend mit der LKartB Hessen angenommen, dass niedrigere Baukostenzuschüsse per se nicht als Rechtfertigungsgrund anzuerkennen seien.<sup>28</sup> Denn diese führen zu einem dazu, dass die Baukosten auf alle versorgten Haushalte umgelegt werden

<sup>23</sup> OLG Frankfurt (siehe Fußnote 2), Rn. 67 f. und passim.

<sup>24</sup> BGH (siehe Fußnote 3), Rn. 41 ff.

<sup>25</sup> LKartB (siehe Fußnote 1, „Mainova“), Rn. 59.

<sup>26</sup> BGH (siehe Fußnote 3), Rn. 55 ff.; OLG Frankfurt (siehe Fußnote 2), Rn. 61 f.

<sup>27</sup> BGH (siehe Fußnote 3), Rn. 58 ff.; OLG Frankfurt (siehe Fußnote 2), Rn. 62 a.E.

<sup>28</sup> Dazu zu Recht kritisch Lindt und Kiesel (2010: 8 ff.).

und nicht nur auf die neu anzuschließenden. Zum anderen sei die Entscheidung über niedrigere Baukostenzuschüsse eine individuelle Entscheidung, sodass dadurch bedingte höhere Wasserpreise nicht gerechtfertigt werden können.<sup>29</sup> Anders zu Recht der BGH (so auch schon Kühling 2010: 211), der dem Versorger in dieser Hinsicht eine Tarifgestaltungsfreiheit einräumt, da auch bei bestehendem Wettbewerb eine Werbung neuer Kunden durch geringere Baukostenzuschüsse auf Kosten der Tarifkunden nicht von vornherein als missbräuchlich anzusehen sei.<sup>30</sup>

Im Rahmen dieser Rechtfertigungsprüfung zeigte sich insgesamt sowohl in der Verfügung der Hessischen LKartB<sup>31</sup> als auch in den Entscheidungen der Gerichte<sup>32</sup> die Strenge der Darlegungs- und Beweislast sehr deutlich (kritisch hierzu Breuer 2009: 1254; Lotze und Reinhardt 2009: 3275 f.). So wurde das Vorhandensein einiger vorgebrachter Rechtfertigungsgründe bereits deshalb nicht geprüft, da das Vorbringen der Enwag zu pauschal sei und daher kein hinreichender Nachweis für den Einzelfall erbracht sei. Im Ergebnis wurden die höheren Wasserpreise daher als nicht gerechtfertigt angesehen.

#### cc) Rückwirkende Feststellung der Missbräuchlichkeit, § 32 Abs. 3 GWB

Die Hessische LKartB vertrat den Standpunkt, dass § 103 GWB a. F. im Lichte der 7. GWB-Novelle harmonisiert auszulegen sei. Nur so könne dem durch die Gesetzesänderung bezweckten verstärkten kartellrechtlichen Schutz nachgekommen werden. Zudem würde mit der Feststellung eine Signalwirkung an die anderen Wasserversorger einhergehen.<sup>33</sup> Die Enwag hingegen brachte vor, dass § 103 Abs. 6 GWB a. F. abschließend sei und somit keine auf § 32 Abs. 3 GWB gestützte Verfügung erlassen werden dürfe.<sup>34</sup> Diese Annahme einer Sperrwirkung des § 131 Abs. 6 GWB a. F. mit der Folge einer Fortgeltung des Sanktionensystems in der Fassung der 5. GWB-Novelle, ist jedoch wenig überzeugend (dagegen überzeugend Herbeck 2006: 79 ff.). Das OLG Frankfurt hat die Frage der grundsätzlichen Anwendbarkeit offen gelassen.<sup>35</sup> Der Tatbestand des § 32 Abs. 3 GWB sei schon deswegen nicht gegeben, da dieser voraussetze, dass das missbräuchliche Verhalten vor Erlass einer Untersagungsverfügung beendet wurde. Für eine analoge Anwendung des § 32 Abs. 3 GWB sah das Gericht keinen Raum.<sup>36</sup> Dem ist auch der BGH gefolgt, hat aber zugleich auf die Möglichkeit des § 19 GWB verwiesen, der eine rückwirkende Abschöpfung eröffnet.<sup>37</sup>

29 OLG Frankfurt (siehe Fußnote 2), Rn. 59.

30 BGH (siehe Fußnote 3), Rn. 48 f.

31 LKartB (siehe Fußnote 1, „Enwag“), Rn. 85 u. 113.

32 Vgl. BGH (siehe Fußnote 3), Rn. 41 ff.; OLG Frankfurt (siehe Fußnote 2), Rn. 69.

33 LKartB (siehe Fußnote 1, „Enwag“), Rn. 156 f.; LKartB (siehe Fußnote 1, „Mainova“), Rn. 141; LKartB (siehe Fußnote 1, „Städt. Werke Kassel“), Rn. 222.

34 LKartB (siehe Fußnote 1, „Enwag“), Rn. 157.

35 OLG Frankfurt (siehe Fußnote 2), Rn. 74.

36 OLG Frankfurt (siehe Fußnote 2), Rn. 76 f.

37 BGH (siehe Fußnote 3), Rn. 77 f.

In einer neueren Verfügung vom 23. Dezember 2010<sup>38</sup> hat die hessische Kartellbehörde den Hinweis des BGH aufgegriffen und nun auf der Basis des § 19 GWB auch rückwirkend die Missbräuchlichkeit von Entgelten festgestellt und erstmals die Rückerstattung der überhöhten Entgelte gegenüber den Endkunden angeordnet. Insoweit wurde sie zwischenzeitlich vom OLG Frankfurt in einem Beschluss vom 3. März 2011 im einstweiligen Rechtsschutz bestätigt.<sup>39</sup> Das Gericht konnte jedenfalls keine ernstlichen rechtlichen Zweifel erkennen. Nur in Bezug auf die Vorgaben der künftigen Preisgestaltung wurde die Landeskartellbehörde vorläufig gestoppt, da die Verfügung nicht hinreichend den zwischenzeitlichen Rechtsformwechsel reflektierte. So hatte der betroffene Wasserversorger Enwag in Wetzlar eine Rekommunalisierung<sup>40</sup> durchgeführt und damit die „Flucht ins Gebührenrecht“ angetreten. Dies könne nicht allein mit der Anordnung einer Erlösobergrenze antizipiert werden. Eine neue kartellrechtliche Verfügung wird also erforderlich werden, sollte die hessische Kartellbehörde zu Recht davon ausgehen, dass der Rechtsformwechsel dem nicht entgegen steht.<sup>41</sup> Das OLG Frankfurt lässt dabei durchaus Zweifel an der Vorgehensweise der Kommune erkennen und spricht von Anzeichen für eine „Schein-Rekommunalisierung“.<sup>42</sup> Damit zeichnet sich aber im Übrigen ab, dass auch die weitere Verschärfung des kartellrechtlichen Ansatzes – mit rückwirkender Feststellung – von der Rechtsprechung prinzipiell mitgetragen wird.

#### dd) Die Anordnung der Zurückerstattung zu viel verlangter Entgelte durch die Kartellbehörde

In der zweiten Missbrauchsverfügung gegen Enwag vom 23.12.2010<sup>43</sup> hat die Landeskartellbehörde Hessen zudem der Betroffenen auferlegt, die im Rahmen des Tenors festgestellten, zu viel vereinnahmten Entgelte für die Wasserversorgung in Wetzlar an ihre jeweiligen Vertragspartner rückzuerstatten und zwar mit der Jahresabrechnung für das Jahr 2010.<sup>44</sup> Das OLG Frankfurt hat in seinem Beschluss vom 3.3.2011 im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes den auch gegen diese Verfügungsziffer gerichteten Antrag auf Anordnung/Wiederherstellung der aufschie-

38 LKartB, Verfügung v. 23.12.2010 (Enwag II, auch sog. „Weihnachtsverfügung“), abrufbar über [www.wirtschaft.hessen.de](http://www.wirtschaft.hessen.de).

39 OLG Frankfurt, B. v. 3.3.2011, ZNER 2011, 194 ff., im Folgenden Rn nach juris.

40 Zur Rekommunalisierung vgl. auch Hellriegel und Schmitt (2011: 296 f.).

41 Ein anderer Ansatzpunkt, nämlich nicht die kartellrechtliche Kontrolle der Endkundenbeziehung, sondern der Geschäftsbeziehung zwischen dem kommunalen Eigenbetrieb einerseits und dem ehemaligen Versorger andererseits, lag einer Auskunftsverfügung der Hess. LKartB vom 27.4.2011 zugrunde (OLG Frankfurt, B. v. 20.9.2011, Az. 11 W 24/11 (Kart), Rn. 21 ff. (juris)). Hierbei hat das OLG Frankfurt im einstweiligen Rechtsschutz die Maßnahmen zwischen dem kommunalen Eigenbetrieb und dem ehemaligen Versorger Enwag als nicht von der kartellrechtlichen Kontrolle erfasst angesehen, da es sich um die Beziehungen zwischen einer herrschenden und einer beherrschten Gesellschaft handelt (Rn. 25 ff.). Zugleich geht das Gericht davon aus, dass öffentliche Unternehmen, die im Rahmen von Gebühren auf der Basis eines Anschluss- und Benutzungszwangs die Leistungsbeziehungen zu den Endkunden ausgestalten, nicht vom GWB-Kartellrecht erfasst werden, a.a.O. Rn. 15 f. (juris).

42 OLG Frankfurt (siehe Fußnote 39), Rn. 15. In seinem Beschluss vom 20.9.2011 (siehe Fußnote 41; Ls. 3 und Rn. 28) sieht das OLG Frankfurt die „Rekommunalisierung“ als eine grundsätzlich legitime Rechtsformwahl an. Anders als im Fall der Enwag, in dem die Rekommunalisierung eine Bestrebung des Versorgers war, stellt sich der Fall der Berliner Wasserbetriebe da. Am 13.2.2011 war der vom Berliner Wassertisch initiierte Volksentscheid über die Offenlegung der Privatisierungsverträge erfolgreich (<http://berliner-wassertisch.net>). Eine mit dem Volksentscheid verbundene Hoffnung auf eine Rekommunalisierung ([www.tagesspiegel.de](http://www.tagesspiegel.de), 9.3.2011, „Berliner Wasser zu teuer“) hat sich bisher aber nicht verwirklicht. Allerdings steht gegenwärtig eine Klage gegen die Privatisierungsverträge durch Abgeordnete des Berliner Abgeordnetenhauses in Rede, mit dem Ziel, eine Rekommunalisierung zu erreichen, sowie ein weiteres Volksbegehren, mit dem Ziel, ein Rekommunalisierungsgesetz zu beschließen (<http://berliner-wasserbuenger.de>).

43 LKartB, Verfügung v. 23.12.2010 (Enwag II), abrufbar über [www.wirtschaft.hessen.de](http://www.wirtschaft.hessen.de).

44 Vgl. dazu LKartB (siehe Fußnote 38, „Enwag II“), Ziffer 5 des Tenors sowie Rn. 312–315.

benden Wirkung zurückgewiesen.<sup>45</sup> In der Hauptsache ist allerdings noch kein Urteil ergangen.<sup>46</sup> Auch die LKartB Baden-Württemberg ist in ihrer Missbrauchsverfügung vom 24.02.2011 entsprechend vorgegangen.<sup>47</sup> Die Behörden stützen sich dabei – wie schon zuvor das Bundeskartellamt<sup>48</sup> – auf ein obiter dictum des BGH<sup>49</sup>, das diese Vorgehensweise als von § 32 Abs. 2 GWB gedeckt ansieht<sup>50</sup>. Eine solche Vorgehensweise ist in der Literatur allerdings umstritten.<sup>51</sup> Daher will der Gesetzgeber im Rahmen der gegenwärtig anstehenden 8. GWB-Novelle eine entsprechende Klarstellung des § 32 Abs. 12a GWB vornehmen, der zufolge künftig eine Rückerstattung angeordnet werden kann.<sup>52</sup> Dies würde sicherlich einen deutlichen Abschreckungseffekt mit sich bringen.

## b. Die Trinkwasserpreisregulierung der Kartellbehörden außerhalb Hessens

Die übrigen Landeskartellbehörden verhalten sich bislang zurückhaltender. Teils werten sie noch die erhobenen Daten aus (Thüringen), teils wurden auch bereits konkrete Missbrauchsverfahren eingeleitet (Sachsen-Anhalt, Niedersachsen) (Gussone 2011: 292). Die Aktivitäten der Sächsischen Landeskartellbehörde führten in zwei Fällen zu freiwilligen Preissenkungen, in drei weiteren wurde gegenüber den Wasserversorgern verfügt, die Preise bis 2015 nicht zu erhöhen.<sup>53</sup> In Brandenburg sind Unternehmen mit möglicherweise überhöhten Preisen zur Stellungnahme aufgefordert worden.<sup>54</sup> Das Bundeskartellamt geht im Fall der Berliner Wasserbetriebe von einem Preishöhenmissbrauch aus und hat ebenfalls einen Vergleichsmarkansatz gewählt, sich dabei aber vom Typenvergleich gelöst und einen breiteren Vergleich der Erlöse der Unternehmen insgesamt zugrunde gelegt. Der erste Versuch der Berliner Wasserbetriebe, sich bereits im Vorfeld mittels einer Klage beim VG Köln einer kartellbehördlichen Verfügung zu entziehen, scheiterte bereits daran, dass der falsche Rechtsweg gewählt wurde und deshalb das Verfahren vom VG Köln an den Kartellsenat des OLG Düsseldorf verwiesen wurde.<sup>55</sup> Am 5. Dezember 2011 hat das Bundeskartellamt eine Abmahnung an die Berliner Wasserbetriebe versandt, da es zu dem Ergebnis gekommen ist, dass die Preise der Berliner Wasserbetriebe für die Jahre 2012 bis 2014

45 OLG Frankfurt (siehe Fußnote 39), Rn. 18 ff.

46 Die mündliche Verhandlung in der Hauptsache hat am 25.10.2011 stattgefunden ([www.derenergieblog.de/alle-themen/wasser/wasser-in-wetzlar-die-unendliche-geschichte-geht-weiter](http://www.derenergieblog.de/alle-themen/wasser/wasser-in-wetzlar-die-unendliche-geschichte-geht-weiter)).

47 Vgl. OLG Stuttgart, B. v. 25.8.2011, Az. 201 Kart 2/11, Rn. 5 (juris).

48 BKartA, B. v. 16.9.2009, Az. B 10 – 11/09 (Gasversorgung Ahrensburg), Ziffer 3 des Tenors, Abruf unter [www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Missbrauchsaufsicht/B10-11-09\\_GAG\\_Ahrensburg.pdf](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Missbrauchsaufsicht/B10-11-09_GAG_Ahrensburg.pdf).

49 BGH, B. v. 10. 12. 2008, NJW 2009, 1212 f. (Stadtwerke Uelzen), Rn. 21 (juris).

50 Vgl. LKartB (siehe Fußnote 38, „Enwag II“), Rn. 313; BKartA (siehe Fußnote 48), Rn. 72.

51 Für eine solche Vorgehensweise Bornkamm (2011: § 32 GWB Rn. 32) und Keßler (2011: 771 ff.), gegen eine solche Vorgehensweise gestützt auf § 32 Abs. 2 GWB Bechtold (2010: § 32 Rn. 14) sowie Fuchs (2009: 207).

52 Vgl. dazu den Gesetzentwurf der Bundesregierung zur 8. GWB-Novelle, abrufbar unter <http://bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/G/gwb-novelle,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>.

53 Pressemitteilung vom 5.7.2011, abruf unter [www.smda.sachsen.de/set/431/PM2.pdf](http://www.smda.sachsen.de/set/431/PM2.pdf); Sächsische Zeitung, abrufbar unter [www.sz-online.de/nachrichten/artikel.asp?id=2804945](http://www.sz-online.de/nachrichten/artikel.asp?id=2804945).

54 [www.derenergieblog.de/alle-themen/wasser/kartellbehorden-nehmen-wasserpreise-unter-die-lupe](http://www.derenergieblog.de/alle-themen/wasser/kartellbehorden-nehmen-wasserpreise-unter-die-lupe).

55 VG Köln, B.v. 6.9.2011, Az. 4 K 1465/11 (juris).

um circa 19 Prozent gegenüber den Preisen von 2010 zu senken sind. Den Beteiligten wurde die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt und die endgültige Entscheidung für Anfang 2012 angekündigt.<sup>56</sup>

Demgegenüber hat die Landeskartellbehörde in Baden-Württemberg bereits am 24. Februar 2011 eine erste Missbrauchsverfügung erlassen.<sup>57</sup> Um etwa ein Drittel muss die Energie Calw GmbH danach ihre Preise senken. Die Behörde griff jedoch nicht auf eine Vergleichsmarktbetrachtung zurück, sondern analysierte die einzelnen Kostenpositionen auf ihre Effizienz hin. Auch dieser Ansatz ist dem Grunde nach etabliert. Er verursacht allerdings einen relativ hohen Aufwand, da sämtliche Kostenpositionen der betroffenen Unternehmen durchgegangen werden müssen. Andererseits erlangt die Kartellbehörde so einen wertvollen Einblick in die Kostenstrukturen der Wasserversorger. Möglicherweise kann so die Gefahr einer Kostenunterdeckung minimiert werden, die bei einer Vergleichsmarktbetrachtung darin besteht, dass zu Unrecht kostenunterdeckend arbeitende Unternehmen in den Vergleich mit einbezogen werden. Allerdings ist die Landeskartellbehörde bei ihrer konkreten Anwendung des Ansatzes durch das OLG Stuttgart gestoppt worden.<sup>58</sup> Das OLG führte zunächst aus, dass die Kartellbehörde ihre Verfügung auf §§ 19, 32 GWB stützen konnte und damit entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin eine Rechtsgrundlage für die streitgegenständliche Verfügung existiert.<sup>59</sup> Weiter legte das Gericht dar, dass Maßstab der Preiskontrolle in erster Linie der „Als-ob-Wettbewerbspreis“ (Vergleichsmarktkonzept) sei und ein Rückgriff auf die Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB nur subsidiär möglich sei. Voraussetzung für einen dementsprechenden Rückgriff sei das Vorliegen besonderen Umstände, die gerade dann gegeben sind, wenn es an aussagekräftigen Vergleichsmärkten fehlt.<sup>60</sup> Von diesem Ansatz ausgehend hat das OLG der Beschwerde des Wasserversorgers folgerichtig stattgegeben und ausgeführt, dass in einem Fall (wie dem vorliegenden), in dem die Kartellbehörde über eine vollständige Übersicht über die Preise der Wasserversorger verfügt, dass Vergleichsmarktkonzept zur Anwendung gelangen müsste.<sup>61</sup> Zudem hat das Gericht, wenig überzeugend, die hohe Mitwirkungslast des Versorgers, die ein kostenrechtlicher Ansatz nach sich zieht, mit dem auch für § 19 GWB geltenden Untersuchungsgrundsatz des § 57 GWB für unvereinbar erachtet.<sup>62</sup> Dass das OLG Stuttgart gegen die Verfügung der Landeskartellbehörde auch Bedenken geäußert hat im Hinblick darauf, dass die Berücksichtigung eines Erheblichkeitszuschlags unterblieben ist,<sup>63</sup> dürfte einer künftigen Verfügung nicht entgegenstehen, da trotz Annahme eines Erheblichkeitszuschlags noch Raum für eine Preissenkungsverfügung verbleibt.

56 Pressemitteilung des BKartA v. 5.12.2011, abrufbar unter [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de).

57 Pressemitteilung der LKartB Baden-Württemberg vom 28.2.2011, [www.versorger-bw.de](http://www.versorger-bw.de); OLG Stuttgart, (siehe Fußnote 47).

58 OLG Stuttgart (siehe Fußnote 47).

59 OLG Stuttgart (siehe Fußnote 47), Rn. 19 ff.

60 OLG Stuttgart (siehe Fußnote 47), Rn. 31.

61 OLG Stuttgart (siehe Fußnote 47), Rn. 42.

62 OLG Stuttgart (siehe Fußnote 47), Rn. 39 f.

63 OLG Stuttgart (siehe Fußnote 47), Rn. 37.

### c. Bewertung

Damit ist zumindest die Variante der Vergleichsmarktbetrachtung gemäß dem Ansatz der Hessischen LKartB durch den BGH weitgehend „abgesegnet“ worden. Der Hessischen LKartB ist es zu verdanken, dass die weitgehende kartellrechtliche Kontrollapathie beseitigt wurde und die Branche damit in Bewegung gebracht wurde. Auch in den Details ist die Argumentation in vielen Punkten – etwa mit Blick auf die geringen Anforderungen bei der Bildung des Vergleichsmaßstabs – überzeugend. Bei der Fortentwicklung der Ansätze ist aber darauf zu achten, dass Kartellbehörden und Gerichte nicht über das Ziel hinausschießen.

Mit Blick auf die prinzipielle Zurückhaltung gegenüber der Anerkennung „nachholender Investitionen“ ist künftig dafür Sorge zu tragen, dass gerade bei einem Eigentümerwechsel mit dem Ziel, eingetretene Investitionsstaus zu beseitigen, diesem ein entsprechender Handlungsspielraum belassen wird. Andernfalls droht die Gefahr von negativen Investitionsanreizen und damit einhergehenden Qualitätsverlusten. Insoweit ist auch eine gewisse Pfadabhängigkeit in der Regulierungspraxis zu beachten. Allerdings dürften entsprechende Investitionsstaus regelmäßig in den Kaufpreis eingepreist worden sein, sodass eine spätere Berücksichtigung im Rahmen der Entgelte oftmals nicht aner kennenswert ist. Noch weiter zu klären werden ferner die konkreten Anforderungen an einen Beweis für die Kostenunterschiede sein, die durch unterschiedliche topografische Gegebenheiten entstehen.<sup>64</sup> Hier stellt sich die Frage, ob ähnlich wie in der Energiewirtschaft eine entsprechende Strukturklassenbildung erfolgen sollte (Koenig, Kühling und Rasbach 2008: 125 f., De Wyl, Müller-Kirchenbauer und Thole 2008: § 15 Rn. 241 f.). Dem BGH ist ferner in der „großzügigeren“ Beurteilung der Baukostenzuschüsse zuzustimmen. So ist es sicherlich zutreffend, dass niedrigere Baukostenzuschüsse dazu führen, dass von dem bestehenden Kostenblock ein höherer Anteil auf die Wasserpreise und damit auf sämtliche Nutzer umgelegt wird. Ob dieser Anteil zu hoch ist, kann jedoch nicht pauschal im Wege des Vergleichs mit anderen Anbietern und dem Hinweis auf die flexible Möglichkeit der entsprechenden Festsetzung beantwortet werden. Denn es ist keinesfalls gesichert, dass die Baukostenzuschüsse andernorts sinnvoller festgesetzt werden. Vielmehr muss eine andere Verteilung der Kosten auf Baukostenzuschüsse und laufende Wasserpreise solange akzeptiert werden, wie nicht in einem normativen Kostenmodell eine angemessene Verteilung untersucht und festgestellt worden ist. Bedauerlich ist im Übrigen, dass in der BGH-Entscheidung naturgemäß eine Reihe weiterer Punkte offen gelassen wurde. Insoweit bleibt eine erhebliche Unsicherheit über die künftige Anerkennungsfähigkeit von Faktoren, die einen Preisunterschied rechtfertigen können wie beispielsweise divergierende Konzessionsgebühren. Auch hier wird sich jeweils die Frage stellen, inwiefern eine gewisse Pfadabhängigkeit in der Entwicklung der Wasserwirtschaftsordnung (wozu divergierende Konzessionskosten zählen) anzuerkennen ist.

Schließlich ist dem OLG Frankfurt und dem BGH zuzustimmen, dass eine etwaige Regelungslücke in § 32 Abs. 3 GWB mangels erwiesener Planwidrigkeit tatsächlich vom Gesetzgeber geschlossen werden sollte, wenn er dies für erforderlich hält. Insgesamt ist die Verweisungstechnik (vgl. Markert 2009: 120) über § 131 Abs. 6 GWB höchst unbefriedigend und sollte bei der nächs-

64 Zur Berücksichtigung in der Stromwirtschaft vgl. BGH, B. v. 31.5.1972, BGHZ 59, 42 (49) („Stromtarif“); Monopolkommission, Hauptgutachten 2000/2001, Netzettbewerb durch Regulierung, Tz. 388.

ten GWB-Novelle dringend vereinfacht werden, wobei auch über die Abschaffung des Sonderregimes für den Wasserbereich nachzudenken ist.<sup>65</sup>

Insgesamt ist zu begrüßen, dass die Hessische LKartB, gestützt von OLG Frankfurt und BGH, das Kartellrecht zu einem sehr scharfen Schwert der Entgeltkontrolle ausgebaut hat und eine strenge Orientierung an einer effizienten Produktionsstruktur erkennen lässt, indem Erheblichkeitszuschläge nicht gewährt werden und für die Rechtfertigung von Preisunterschieden eine hohe Beweis- und Darlegungslast auferlegt wird.

### 3.3 Abgabenrechtliche Kontrolle

Für den größten Teil der Wasserversorger greifen die soeben dargelegten, verschärften Anforderungen aus dem Kartellrecht nach h. M. jedoch nicht. Denn die Bestimmungen des Wettbewerbsrechts finden nur auf privatrechtlich geordnete Wettbewerbsbeziehungen der öffentlichen Hand und deren Unternehmen zu anderen Anbietern oder Nachfragern von Produkten oder Dienstleistungen Anwendung (Emmerich 2007: § 130 Rn. 39). Das Vorliegen einer solchen privatrechtlichen Wettbewerbsbeziehung wird allerdings regelmäßig abgelehnt, wenn die Leistungen aufgrund öffentlich-rechtlicher Bestimmungen gefordert und gewährt werden.<sup>66</sup> Gerade dies wird üblicherweise angenommen, wenn ein Anschluss- und Benutzungszwang angeordnet wird oder eine Entgelterhebung auf der Basis von Satzungen erfolgt. Dann wird davon ausgegangen, dass das GWB nicht anwendbar ist (Breuer 2009: 1250; Emmerich 2007: § 130 Rn. 40). Dieser Auffassung hat sich das OLG Düsseldorf in einem Beschluss vom 8. Dezember 2010 angeschlossen<sup>67</sup> und deshalb einen Auskunftsbefehl des Bundeskartellamts gegen einen öffentlich-rechtlich organisierten Trinkwasserversorger abgelehnt.<sup>68</sup> Maßgeblich abgestellt hat das Gericht dabei auf die Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen im Wege eines Anschluss- und Benutzungszwanges, da dadurch der Wettbewerb durch Dritte von vornherein ausgeschlossen werde.<sup>69</sup> Angesichts der obigen Ausführungen zum Charakter der Wasserversorgung als natürliches Monopol scheidet ein solcher Wettbewerb aber ohnehin aus. Auch kann ein derartiger Zwang gleichermaßen zugunsten eines privat organisierten Wasserversorgers erhoben werden, ohne dass sich dieser deshalb der kartellrechtlichen Kontrolle entziehen könnte (Wolf 2011: 649). Es spricht daher vieles dafür, eher auf den wirtschaftlichen Charakter abzustellen. Inzwischen liegt auch die Entscheidung des BGH über die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des OLG Düsseldorf vor. Mit Beschluss vom 18.10.2011<sup>70</sup> hat der BGH, anders als das OLG Düsseldorf, entschieden, dass auch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, die Trinkwasser auf der Grundlage eines Anschluss- und Benutzungszwangs liefert und hierfür Gebühren vereinnahmt, ein Unternehmen i. S. d. § 59 Abs. 1 GWB und somit zur Auskunft verpflichtet ist. Inwiefern dieser Unternehmens-

65 Dafür Markert (2009: 119). Der Referentenentwurf der 8. GWB-Novelle (siehe Fußnote 52) sieht in § 31 GWB n.F. eine Neufassung der Regelung für die Wasserwirtschaft vor, ohne allerdings das Ziel einer inhaltlichen Änderung zu verfolgen.

66 LG Frankfurt/Main, U. v. 22.8.1963, WuW/E LG/AG 241 (241); Emmerich (2007: § 130 Rn. 40); Stockmann (2009: § 130 Rn. 5).

67 OLG Düsseldorf, N&R 2011, 108 f.; ausführlich besprochen von Wolf (2011: 648 ff.).

68 Auch das OLG Frankfurt vertrat zuletzt diese Einschätzung, vgl. den Hinweis in Fußnote 41.

69 OLG Düsseldorf (siehe Fußnote 67), Rn. 15 f.

70 B.v. 18.11.2011, NJW 2012, 1150 ff.

begriff auch bei der Auslegung anderer Normen des GWB zugrunde zu legen ist, hat der BGH ausdrücklich offengelassen.

Die Gebühren und Beiträge werden aufgrund einer besonderen kommunalen Satzung erhoben. Die Gebühren- und Beitragshöhe bestimmt sich dabei nach den Regelungen der jeweiligen Kommunalabgabengesetze der Länder. Trotz teilweise abweichender materiell-rechtlicher Vorgaben in den einzelnen Landesgesetzen lassen sich allgemeingültige Grundsätze für die Gebühren- und Beitragshöhe ausmachen. Diese sind das Äquivalenzprinzip, der Kostendeckungsgrundsatz und bei Beiträgen zusätzlich der Grundsatz des Vorteilsausgleichs (Reinhardt 2008: 136), die in der Prüfungskontrolle regelmäßig nicht zu einer angemessenen Überprüfung führen.<sup>71</sup> Daher ist die weitgehend praktizierte öffentlich-rechtliche Gebührenkontrolle kein tauglicher Regulierungsmechanismus, die gegenwärtig zu beobachtende Gefahr einer „Rolle rückwärts“ in das Gebührenrecht auf der Grundlage einer Rekommunalisierung grundsätzlich abzulehnen.

## 4 Fazit und Ausblick

Durch die beherzten Entscheidungen der Hessischen LKartB und die sie bestätigenden Rechtsprechung des OLG Frankfurt und des BGH wurde das Potenzial einer Ex-post-Kontrolle der Wasserentgelte durch die Kartellbehörden als Form des „simulierten Wettbewerbs“ deutlich. Ein solcher Ansatz erscheint gegenwärtig auch sinnvoll, bedarf jedoch noch der Konkretisierung in erheblichem Umfang. Gleichwohl stellt sich die Frage, ob nicht auch in der Wasserwirtschaft eine sektorbezogene Regulierung durch die institutionell sicherlich besser ausgestattete Bundesnetzagentur vorzugswürdig ist. Angesichts der stark kommunalen und landespolitischen Prägung der Wasserordnung ist es allerdings politökonomisch fraglich, ob hier zeitnah eine zentrale Lösung auf Bundesebene gefunden wird. Daher muss es jedenfalls kurzfristig darum gehen, durch weitere gemeinsame Eckpunktepapiere und ähnliche Abstimmungen der Landeskartellbehörden schnell für Rechtssicherheit und Konsistenz in der Entgeltkontrolle zu sorgen, und zwar insbesondere hinsichtlich der Frage, welche Aspekte unterschiedliche Preise rechtfertigen. Wenn die allgemeine kartellrechtliche Kontrolle allerdings nicht zu überzeugenden Ergebnissen führt, wird sich die Frage nach einer bundeseinheitlichen und dann sektorspezifischen Lösung für die Wasserwirtschaft umso dringender stellen. Gerade im Vergleich zur Energiewirtschaft, bei der die Endkundenentgeltkontrolle, um die es vorliegend ja primär geht, weiterhin bei den Kartellbehörden verblieben ist, wäre eine solche Verlagerung hin zur Bundesnetzagentur aber wohl erst in einem späteren Schritt denkbar, wenn auch der Mehrwert konkret aufgezeigt worden ist.

Unabhängig davon ist die Option auf eine abgabenrechtliche Kontrolle zu beseitigen. Es ist keineswegs einzusehen, warum unterschiedlich strenge Kontrollmaßstäbe für die Effizienz öffentlicher und privater Wasserversorger gelten sollten. So greifen bei öffentlich-rechtlich organisierten Versorgern keineswegs alternative Kontrollmechanismen, die die Endkunden vor einer Ausbeutung schützen. Nur wenn dies der Fall wäre, könnte eine entsprechende Differenzierung gerechtfertigt werden. Alternativ wäre auch eine Effektivierung der öffentlich-rechtlichen Gebührenkontrolle denkbar.

71 Dazu ausführlicher Kühling (2010: 212 f.). Das gilt im Übrigen auch für die Abwasserentgeltkontrolle, worüber Einzelentscheidungen zu Teilaspekten nicht hinwegtäuschen dürfen, siehe dazu etwa die Entscheidung des VG Regensburg vom 24.10.2011, Az. RO 8 K 10.1039 (nicht veröffentlicht).

Neben den Trinkwasserentgelten treten vermehrt auch die Abwassergebühren in den Fokus der Diskussion.<sup>72</sup> Trotz der Unterschiede beider Netzinfrastrukturen bestehen aber auch Gemeinsamkeiten. Trinkwasser- und Abwassergebühren werden jeweils von einem Monopolunternehmen erhoben und die (allgemeinen) Schwächen des Gebührenrechts (mangelnde kommunalaufsichtliche Initiative, großzügige Handhabung der gebührenrechtlichen Prinzipien) sind somit in beiden Bereichen gleichermaßen verankert. Sollte in der aktuellen Diskussion um die Anwendung des Kartellrechts auf die Trinkwasserpreise (vergleiche hierzu Wolf 2011: 648 ff.), dessen Anwendbarkeit gerichtlich bestätigt werden, so wären auch die Abwassergebühren ein potentieller Anwendungsbereich des Kartellrechts.

Was die Möglichkeiten eines „echten Wettbewerbs“ anbelangt, so ist zumindest im Rahmen von Privatisierungen ein Ausschreibungswettbewerb zwingend erforderlich. Im Übrigen sollte es bei der jetzigen Situation der freiwilligen Implementierung von Elementen echten Wettbewerbs durch Ausschreibungen bleiben. Auch der „Stichleitungswettbewerb“ wird rechtlich zwingend nur im begrenzten Umfang zum Tragen kommen. Das gilt erst recht für einen „echten Durchleitungswettbewerb“. Insoweit unterscheidet sich die Wasserwirtschaft deutlich von der Telekomunikations- und Energieordnung.

Die Diskussion um die Einführung von Wettbewerbselementen in der Wasserwirtschaft muss jedenfalls proaktiv von allen Seiten aufgegriffen werden. Die Entscheidungen der Hessischen LKartB und die sie bestätigende Rechtsprechung insbesondere des BHG haben schon insoweit einen großen Erfolg erzielt, als sie dazu zwingen, jene Diskussion jetzt konzeptionell anzugehen.

## Literaturverzeichnis

- Aschinger, G. (1985): Regulierung und Deregulierung. *Wirtschaftswissenschaftliches Studium (WiSt)*, 545–549.
- Bechtold, R. (2009): Die Entwicklung des deutschen Kartellrechts. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 3699–3706.
- Bechtold, R. (2010): *GWB – Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*. 6. Aufl. München, Verlag C. H. Beck.
- Bornkamm, J. (2011) in: E. Langen und H.-J. Bunte (Hrsg.): *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht – Band 1: Deutsches Kartellrecht*. 11. Aufl. Köln, Wolters Kluwer Deutschland GmbH.
- Breuer, R. (2009): Wasserpreise und Kartellrecht. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 1249–1255.

---

72 Siehe etwa zuletzt das Urteil des VG Regensburg (Fußnote 70), im Rahmen einer kommunalabgabenrechtlichen Kontrolle, allerdings mit großer Zurückhaltung gegenüber einer verschärften Anwendung des Äquivalenzprinzips auf der Basis von Gebührenvergleichen. Diese hält das Gericht ohne weitere Darlegungen nicht für möglich (Ziff. 4.1 des Entscheidungsumdrucks), da entsprechende Kommunen von der Topologie etc. her nicht vergleichbar seien und auch nicht nachgewiesen werden könne, dass die zum Vergleich herangezogenen Gebühren tatsächlich kostendeckend seien. Erst wenn diese beiden Hürden überwunden würden, wäre ein Vergleich möglich. Die Parallelität zu den in der kartellrechtlichen Kontrolle der Wasserentgelte überwundenen diesbezüglichen Probleme liegt auf der Hand. Ansonsten wurde vom Gericht eine strenge Kontrolle insbesondere der angemessenen Kostenzuschlüsselung und der ungerechtfertigten Berücksichtigung von Einnahmeausfällen durchgeführt.

- Daiber, H. (2000): Wasserpreise und Kartellrecht – Zur Fortentwicklung der Missbrauchsaufsicht über Wasserversorgungsunternehmen. *Wirtschaft und Wettbewerb (WuW)*, 352–365.
- Decker, E. (1999): Preismissbrauchskontrolle über Wasserversorgungsunternehmen. *Wirtschaft und Wettbewerb (WuW)*, 967–976.
- De Wyl, C., J. Müller-Kirchenbauer und C. Thole (2008) in: J.-P. Schneider und C. Theobald (Hrsg.): *Recht der Energiewirtschaft – Praxishandbuch*. München, Verlag C. H. Beck.
- Emmerich, V. (2007) in: U. Immenga und E.-J. Mestmäcker (Hrsg.): *Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB – Kommentar zum Deutschen Kartellrecht*. 4. Aufl. München, Verlag C. H. Beck.
- Fabry, B. und S. Meßmer (2008): Missbrauchsaufsicht über Wasserversorger – kartellrechtliches Brachland wird wiederbelebt! *Recht der Energiewirtschaft (RdE)*, 197–203.
- Fuchs, A. (2009): Die Anordnung von Wiedergutmachungszahlungen als Inhalt kartellbehördlicher Abstellungsverfügungen nach § 32 GWB? *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht (ZWeR)*, 176–208.
- Gussone, P. (2011): Die Kontrolle von Wasserentgelten oder die Frage, wer prüft was. *InfrastrukturRecht (IR)*, 290–294.
- Haucap, J. und M. Coenen (2009): Wettbewerb und öffentliche Unternehmen in der Finanz- und Wirtschaftskrise. *InfrastrukturRecht (IR)*, 338–342.
- Hellermann, J. und G. Hermes (2010) in: G. Britz, J. Hellermann und G. Hermes (Hrsg.): *Energiewirtschaftsgesetz – Kommentar*. 2. Aufl. München, Verlag C. H. Beck.
- Hellriegel, M. und T. Schmitt (2011): Mehr Wettbewerb in der Wasserwirtschaft? Aktuelle nationale und europäische Entwicklungen. *InfrastrukturRecht (IR)*, 294–299.
- Herbeck, S. (2006): *Gemeinsame Netznutzung bei der Trinkwasserversorgung – Aktuelle Rechtslage und gesetzlicher Rahmen für eine mögliche Liberalisierung*. Frankfurt a. M., Peter Lang.
- Keßler, J. (2011): Die Zulässigkeit von Wiedergutmachungsverfügungen gem. § 32 Abs. 2 GWB – grundsätzliche Bemerkungen zu einem obiter dictum. In: D. Joost, H. Oetker und M. Paschke (Hrsg.): *Festschrift für Franz Jürgen Säcker zum 70. Geburtstag*. München, Verlag C. H. Beck.
- Knieps, G. (2008): *Wettbewerbsökonomie: Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik*. 3. Aufl. Berlin, Heidelberg, Springer-Verlag.
- Koenig, C., J. Kühling und W. Rasbach (2008): *Energierrecht*. 2. Aufl. Frankfurt a. M., Verlag Recht und Wirtschaft GmbH.
- Kühling, J. (2004): *Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften – Typologie, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Wirtschaftsverfassungsrecht*. München, C. H. Beck Verlag.
- Kühling, J. (2009): Die Zukunft der Eisenbahntgeltregulierung zwischen Vertragsverletzungsverfahren und Reformoption. *Netzwirtschaften und Recht (N & R)*, 36–43.
- Kühling, J. (2010): Wettbewerb und Regulierung jetzt auch in der Wasserwirtschaft? *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.)*, 205–214.
- Kühling, J. und A. Elbracht (2008): *Telekommunikationsrecht*. Heidelberg, C. F. Müller Verlag.
- Kühling, J., G. Hermeier und U. Heimeshoff (2007): *Entgeltregulierung im Eisenbahnrecht: Gemeinschaftsrecht, AEG und EIBV*. Münster, Edition MV-Wissenschaft, Monsenstein und Vannerdat.
- Lindt, P. und H. Kiesl (2010): Ceci n'est pas une pomme oder Kein Preisvergleich ohne Baukostenvorschüsse. *Infrastrukturrecht (IR)*, 8–11.

- Lotze, A. und M. Reinhardt (2009): Die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle bei Wasserpreisen – Anforderungen und Grenzen aus verfassungsrechtlicher, kartellrechtlicher und umweltverwaltungsrechtlicher Sicht. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 3273–3278.
- Markert, K. (2009): Wasserpreise und Kartellrecht. *Netzwirtschaften und Recht (N & R)*, 118–123.
- Meßmer, S. (2009): Die „enwag“- Entscheidung des OLG Frankfurt: eine weitere Bastion fällt? *Wirtschaft und Wettbewerb (WuW)*, 760–764.
- Reif, T. (2008) in: G. Hirsch, F. Montag und F.J. Säcker (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht)*, Band 2. München, Verlag C. H. Beck.
- Reinhardt, M. (2008): Die Kontrolle der Wasserpreisgestaltung zwischen Kommunalabgabenrecht, Wettbewerbsrecht und Gewässerschutz. *Zeitschrift für Wasserrecht (ZfW)*, 125–148.
- Salje, P. (2006): *Energiewirtschaftsgesetz – Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung*. Köln, Carl Heymanns Verlag.
- Schönefuß, S. (2005): *Privatisierung, Regulierung und Wettbewerbselemente in einem natürlichen Infrastrukturmonopol – Ein ordnungsökonomischer Ansatz bezogen auf die Wasserwirtschaft*. Berlin, Duncker & Humblot.
- Stockmann, K. (2009) in: U. Loewenheim, K. M. Meessen und A. Riesenkampff (Hrsg.): *Kartellrecht – Kommentar*. 2. Aufl. München, Verlag C. H. Beck.
- Theobald, C. (2011) in: W. Danner, und C. Theobald (Hrsg.): *Energierrecht*, Band 1. (Stand September 2011). München, Verlag C. H. Beck.
- Wolf, M. (2011): Unternehmensbegriff, Zuständigkeit der Kartellämter und Rechtsweg bei öffentlich-rechtlichen Leistungsbeziehungen. *Betriebsberater (BB)*, 648–654.