



Sektoruntersuchung Fremdwasserbezug
Abschlussbericht gemäß § 32e GWB
November 2020

Inhaltsverzeichnis

Abbildungsverzeichnis	4
Glossar	5
1 Zusammenfassung.....	6
2 Einleitung	8
3 Zweck und Umfang der Untersuchung.....	10
3.1 Vorgehensweise und Durchführung der Sektoruntersuchung	12
3.2 Datenerhebung und Auswertung.....	16
4 Struktur des Vorlieferantenmarktes.....	18
4.1 Gegenstand des Fremdwasserbezugs.....	18
4.2 Nachfrage nach Fremdwassermengen	19
4.3 Angebot von Fremdwassermengen.....	20
4.3.1 Vorlieferantenkategorien.....	20
4.3.2 Absatz- und Umsatzdaten	24
4.3.3 Wasserbeschaffung	27
4.4 Durchschnittspreise.....	28
5 Kartellrechtliche Aspekte	30
5.1 Marktabgrenzung	30
5.1.1 Sachliche Marktabgrenzung	30
5.1.2 Räumliche Marktabgrenzung.....	32
5.2 Marktmacht	36
5.2.1 Marktanteil	40
5.2.2 Finanzkraft.....	41
5.2.3 Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten	42
5.2.4 Verflechtungen mit anderen Unternehmen	43
5.2.5 Marktzutrittsschranken.....	45
5.2.6 Tatsächlicher oder potenzieller Wettbewerb	48
5.2.7 Umstellungsflexibilität	49
5.2.8 Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite.....	50
5.2.9 Gesamtschau.....	52

	3
5.3 Missbrauchsaufsicht.....	53
5.3.1 Besondere Missbrauchsaufsicht	54
5.3.1.1 Vergleichsmarktkonzept	54
5.3.1.2 Kostenkontrolle.....	55
5.3.1.3 Befugnisse der Kartellbehörde	56
5.3.2 Allgemeine Missbrauchsaufsicht.....	57
5.3.2.1 Behinderungs- und Diskriminierungsmissbrauch.....	57
5.3.2.2 Ausbeutungsmissbrauch	59
5.3.2.3 Missbrauch durch Fordern ungerechtfertigter Vorteile.....	61
6 Konsequenzen für die Kartellrechtsanwendung	63
7 Wettbewerbsrechtliche Sanktionsmöglichkeiten	71
8 Fazit	73
Schriftenverzeichnis	74

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Fremdwasserbezugsanteile in den Tarifgebieten (2016)	9
Abbildung 2: Marktabdeckung der durchgeführten Abfrage	15
Abbildung 3: Anteile Fremdwasserkategorien (2016)	20
Abbildung 4: Anteile Vorlieferantenkategorien	21
Abbildung 5: Fremdwassermengenanteile (2016)	25
Abbildung 6: Umsatzanteile mit Weiterverteilern (2016)	26
Abbildung 7: Umsatzanteile Fremdwasserkategorien (2016)	27
Abbildung 8: Durchschnittspreise (2016)	28
Abbildung 9: Gesamtumsatzanteil (2016)	42
Abbildung 10: Laufzeiten der Wasserlieferungsverträge	47

Glossar

Begriff	Definition
Eigenförderungskosten	Gesamte Aufwendungen für die Gewinnung und Aufbereitung der Eigenfördermengen.
Entgeltliche Wasserabgabe	Verkaufte Kubikmeter Wasser an die verschiedenen Kundengruppen = Abgabe an Weiterverteiler + Abgabe an Industrie/ Sondervertragskunden + Abgabe an Haushaltskunden/ Kleingewerbe
Fremdbezugskosten	Gesamte Aufwendungen für den Fremdbezug, Verbandsbeiträge und Umlagen an Zweckverbände.
Fremdbezugskostenanteil	Prozentualer Anteil der Fremdbezugskosten an den Gesamtkosten.
Fremdwasserbezug	Wassermengen, die ein (Wasserversorgungs-) Unternehmen gegen Entgelt von einem Vorlieferanten bezieht.
Fremdwasserbezugsanteil	Prozentualer Anteil der Netzabgabe, den der Weiterverteiler nicht über die Eigenförderung decken kann.
Haushalts- und Kleingewerbekunden (HuK)	Kunden, die den veröffentlichten Tarif zahlen.
Letztverbraucher	Kunden, die im Rahmen der unmittelbaren öffentlichen Wasserversorgung im Gebiet der Gebietskörperschaft versorgt werden.
Netzabgabe	Entgeltliche Wasserabgabe + unentgeltliche Wasserabgabe
Netzeinspeisung	Gesamte ins Netz eingespeiste Wassermenge (inkl. Eigenverbrauch, Spülmengen, Wasserverluste etc.)
Sondervertragskunden	Kunden, mit denen die Wasserpreise jeweils bilateral verhandelt werden.
Vorlieferanten	Beliefern Weiterverteiler mit (Trink-)Wasser und können sowohl Unternehmen oder öffentliche Einrichtungen sein, als auch Wasserversorger, die über ihren eigenen Bedarf hinaus Wasser gewinnen und an andere Versorger liefern.
Weiterverteiler	Unternehmen, die Wasser nicht für den eigenen Verbrauch, sondern zum Weiterverkauf (z. B. an ihre eigenen Endkunden) erwerben. Weiterverteiler sind oft kommunale Wasserversorger, für die eine eigene Wassergewinnung zu aufwändig wäre.

1 Zusammenfassung

Die Landeskartellbehörde legt mit diesem Bericht ihre Ergebnisse aus der Sektoruntersuchung im Wirtschaftszweig des Fremdwasserbezugs¹ der nordrhein-westfälischen Wasserversorgungsunternehmen vor. Die im Jahre 2017 aufgrund von vermehrten Hinweisen aus der Wasserwirtschaft gestartete Marktuntersuchung soll Aufschluss über die Marktverhältnisse und die Marktakteure sowie über die Wettbewerbsintensität beim Fremdbezug von (Trink-)Wasser geben. Mit den Erhebungsunterlagen wurden entsprechende Daten der Jahre 2014 bis 2016 bei den Unternehmen abgefragt.

Die Sektoruntersuchung ergab, dass in Nordrhein-Westfalen viele verschiedenartige Unternehmen als Vorlieferanten tätig sind. Im Rahmen der Untersuchung wurden insgesamt 103 Unternehmen ermittelt, die Fremdwassermengen liefern. Rund die Hälfte davon sind Stadtwerke, die Fremdwasser an benachbarte Unternehmen abgeben. Darüber hinaus gibt es einige Wassergesellschaften, die sich ausschließlich auf die Belieferung mit Fremdwasser spezialisiert haben. Des Weiteren existieren einige Wasser- und Bodenverbände, die Fremdwassermengen für die eigenen Mitglieder bereitstellen. Eine Besonderheit stellen in Nordrhein-Westfalen die sog. sondergesetzlichen Wasserverbände dar, die für die Bewirtschaftung ganzer Flussgebiete zuständig sind und teilweise auch Fremdwassermengen zur Verfügung stellen.

Nach Auswertung der erhobenen Daten nimmt die Landeskartellbehörde einen eigenständigen sachlich relevanten Markt für die Belieferung mit Fremdwassermengen in Trinkwasserqualität² an. Der Vorlieferantenmarkt ist somit die der öffentlichen Trinkwasserversorgung vorgelagerte „Großhandelsstufe“ für Fremdwassermengen in Trinkwasserqualität. In räumlicher Hinsicht grenzt die Landeskartellbehörde den Markt regional ab, da die Abnehmer die relevanten Fremdwassermengen innerhalb ortsnaher bzw. regionaler Gebiete beziehen.

¹ In diesem Zusammenhang hat die Landeskartellbehörde den Fremdwasserbezug als diejenigen Wassermengen definiert, die ein (Wasserversorgungs-)Unternehmen gegen Entgelt von einem Vorlieferanten bezieht.

² Trinkwasser ist Süßwasser mit einem hohen Reinheitsgrad, das zum Trinken oder zur Zubereitung von Speisen und Getränken durch den Menschen geeignet ist und den Anforderungen der Trinkwasserverordnung entspricht.

Innerhalb dieser regionalen Gebiete herrschen ganz unterschiedliche Wettbewerbsverhältnisse, aufgrund derer eine generelle Bewertung der Marktmachtverhältnisse auf dem Vorlieferantemarkt schwierig ist. In einigen Regionen herrschen monopolartige Strukturen vor, in anderen Regionen scheinen Vorlieferanten zueinander im Wettbewerb zu stehen. Insgesamt lassen sich deshalb keine verallgemeinerbaren Schlussfolgerungen ziehen. Allerdings ist trotz der regionalen Unterschiede festzuhalten, dass der betrachtete Markt mit den analysierten Merkmalen marktbeherrschende Verhältnisse systemimmanent begünstigt. Aufgrund der Besonderheiten in der Wasserwirtschaft wird den Abnehmern ein Vorlieferantenwechsel erschwert und damit der Wettbewerb weiter begrenzt. Allein der Grundsatz der ortsnahen Wasserversorgung sowie die beschränkte Transportfähigkeit von Wasser sorgen dafür, dass der Wasserbedarf der öffentlichen Wasserversorgung vorrangig aus ortsnahen Wasservorkommen zu decken ist und ein Vorlieferant an einem Ort in möglichst unmittelbarer Nähe zu den Abnehmern angesiedelt sein muss, an dem geeignete und ausreichende Wasservorkommen vorzufinden sind. Neue Markteintritte werden aufgrund der zu tätigen erheblichen Investitionen erschwert. Dadurch ist bereits die Auswahl an potentiellen Vorlieferanten erheblich eingeschränkt. Darüber hinaus eröffnen die langen Vertragslaufzeiten von Wasserlieferungsverträgen nur in sehr großen zeitlichen Abständen überhaupt die Situationen für einen Vorlieferantenwechsel und beeinflussen die Wettbewerbsintensität somit negativ.

In einzelnen regionalen Gebieten mit einem besonders hohen Preisniveau ist nicht auszuschließen, dass im Einzelfall die Voraussetzungen eines Preishöhenmissbrauchs erfüllt sein könnten. Im Hinblick auf die Fremdbezugspreise wird sich die Landeskartellbehörde beim Vorliegen entsprechender Beschwerden im Rahmen ihres Ermessens weitere Ermittlungsschritte vorbehalten. In einem möglichen Kartellverfahren müsste stets individuell im Einzelfall ermittelt werden, ob der Vorlieferant eine besondere Marktstellung innehat und diese (z.B. durch missbräuchlich überhöhte Fremdbezugspreise) ausnutzt. Zur abschließenden Beurteilung wären dementsprechend in einem kartellbehördlichen Verfahren noch weitere Ermittlungen erforderlich.

Der vorliegende Bericht erläutert diesbezüglich den maßgeblichen kartellrechtlichen Bewertungsrahmen und bietet den Marktakteuren ein Prüfraster, ob kartellrechtlich relevante Entgelte oder Geschäftsbedingungen vorliegen.

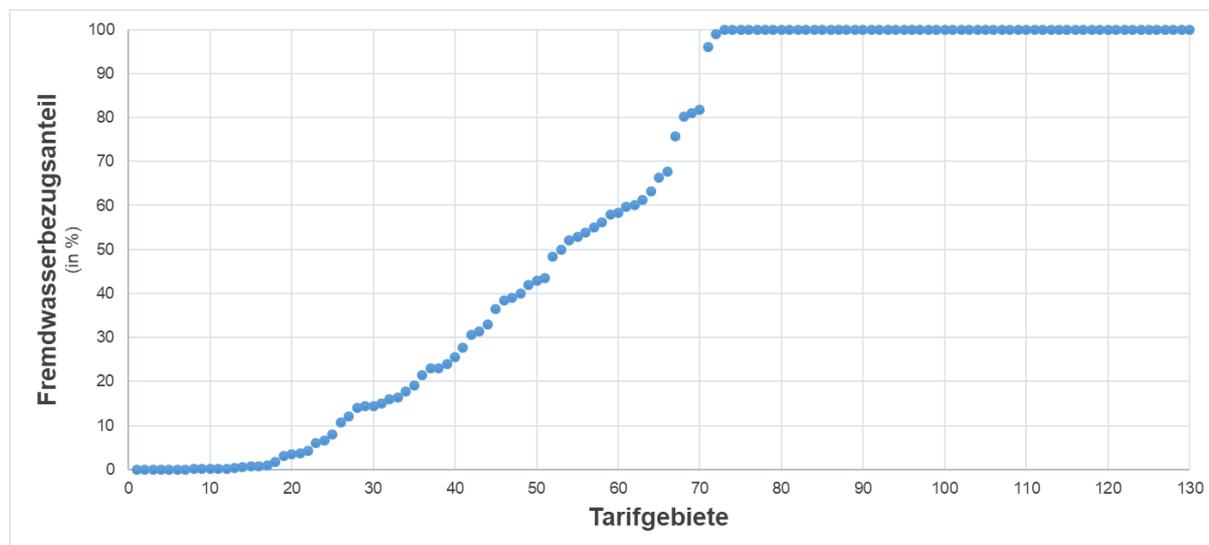
2 Einleitung

Der vorliegende Bericht stellt die Ergebnisse der Sektoruntersuchung im Wirtschaftszweig des Fremdwasserbezugs der nordrhein-westfälischen Wasserversorgungsunternehmen dar. In diesem Zusammenhang hat die Landeskartellbehörde den Fremdwasserbezug als diejenigen Wassermengen definiert, die ein (Wasserversorgungs-)Unternehmen gegen Entgelt von einem Vorlieferanten bezieht. Mit Hilfe des Fremdwasserbezugs decken die belieferten Unternehmen und Kommunen (nachfolgend: Weiterverteiler) entweder ihren kompletten Wasserbedarf, oder bei bestehenden Eigenförderungskapazitäten teilweise auch nur anteilige Bedarfsmengen. Daten zum Fremdbezug von Notversorgungs- und Frischhaltungsmengen, grenznahem Austausch sowie Roh- und Brauchwasserlieferungen wurden ebenfalls erhoben. Etwaige Durchleitungen von Wassermengen wurden hingegen nicht betrachtet. Der Fremdwasserbezugsanteil³ lag bei den untersuchten Weiterverteilern⁴ im Jahr 2016 bei durchschnittlich 60,7 Prozent. Einen einhundertprozentigen Fremdwasserbezugsanteil wiesen dabei insgesamt 43,8 Prozent der befragten Weiterverteiler auf. In Abbildung 1 sind die Fremdwasserbezugsanteile in den Tarifgebieten der 124 Weiterverteiler in aufsteigender Reihenfolge im Jahr 2016 dargestellt.

³ Der Fremdwasserbezugsanteil ist der prozentuale Anteil der Netzabgabe, der nicht über die Eigenförderung gedeckt werden kann.

⁴ Es wurden 124 Weiterverteiler ermittelt, die relevante Fremdwassermengen von Vorlieferanten bezogen haben. Diese 124 Weiterverteiler haben in insgesamt 130 Tarifgebieten Endkunden versorgt.

Abbildung 1: Fremdwasserbezugsanteile in den Tarifgebieten (2016)



Im Jahr 2016 betrug der Fremdbezug von Wasser durch öffentliche Wasserversorgungsunternehmen in Deutschland insgesamt 2.230.917.000 m³. In Nordrhein-Westfalen wurden davon 637.397.000 m³ Wasser bezogen, was einem Anteil von 28,6 Prozent am gesamtdeutschen Fremdbezug entspricht.⁵ Dies unterstreicht die besondere Bedeutung des Fremdwasserbezugs in der nordrhein-westfälischen Wasserwirtschaft.

Im Anschluss an diese Einleitung wird in Kapitel 3 zunächst der wettbewerbsrechtliche Hintergrund für die Sektoruntersuchung umrissen sowie deren Zweck und Umfang dargestellt. Das Kapitel 4 ist deskriptiver Natur und stellt auf Grundlage der aus der Erhebung gewonnenen Unternehmensangaben die Struktur des Vorlieferantenmarkts sowie grundlegende Wirtschaftsdaten wie Absatz, Umsatz und Durchschnittspreise dar. In Kapitel 5 werden die rechtlichen Rahmenbedingungen erläutert, anhand derer die kartellrechtliche Einordnung der identifizierten Marktstrukturen und Wettbewerbsbedingungen erfolgt. Aufbauend auf den vorangegangenen Kapiteln beschreibt Kapitel 6 die Konsequenzen für die zukünftige Kartellrechtsanwendung der Landeskartellbehörde in Bezug auf die Beurteilung des Fremdwasserbezugs in Nordrhein-Westfalen. In Kapitel 7 werden die wettbewerbsrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten dargestellt. Der Bericht schließt in Kapitel 8 mit einem Fazit.

⁵ Vgl. Statistisches Bundesamt, Öffentliche Wasserversorgung, 2016, S. 60 ff.

3 Zweck und Umfang der Untersuchung

Die Grundlagen der sog. Sektoruntersuchung sind in § 32e des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) geregelt.⁶ Danach können das Bundeskartellamt und die obersten Landesbehörden eine Untersuchung eines bestimmten Wirtschaftszweiges oder – Sektor übergreifend – einer bestimmten Art von Vereinbarungen durchführen, wenn besondere Umstände vermuten lassen, dass der Wettbewerb möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist. Solche Untersuchungen richten sich ausdrücklich nicht gegen bestimmte Unternehmen. Jedoch kann die Landeskartellbehörde auf Grundlage der gewonnenen Erkenntnisse im Rahmen ihres Aufgreifermessens Verfahren zur Durchsetzung des Kartellrechts einleiten. Die Sektoruntersuchung liefert zudem wertvolle Informationen für kartellbehördliche Verfahren.

Mit der von der Landeskartellbehörde durchgeführten Untersuchung wird ermittelt, ob aufgrund der Struktur des Marktes oder des Verhaltens der Marktakteure Wettbewerbsdefizite zu verzeichnen sind. Die Landeskartellbehörde hat hierzu erste Ermittlungen im April 2017 aufgenommen. Anlass waren vermehrte Hinweise auf Wettbewerbsbeeinträchtigungen aus der nordrhein-westfälischen Wasserwirtschaft. Im Rahmen von kartellrechtlichen Wasserpreisprüfungen wurden überdurchschnittlich hohe Wasserpreise teilweise mit hohen Fremdbezugskosten begründet. In diesem Zusammenhang wurde vermehrt von den fremdbeziehenden Wasserversorgern konstatiert, dass insbesondere Wasserversorger ohne EigenförderungsKapazitäten kaum Einfluss auf die Fremdbezugskosten nehmen könnten. Im Rahmen von Wasserbezugsverhandlungen mit Vorlieferanten könnten, wenn überhaupt, nur geringe Preissenkungen erzielt werden. Die Verhandlungsmacht sei hier ungleich verteilt. In vielen Versorgungsgebieten gäbe es aufgrund von geografischen, (netz-)technischen oder wirtschaftlichen Gegebenheiten nur einen einzigen Vorlieferanten, der die benötigten Mengen liefern könne. In Gebieten mit mehreren zur Auswahl stehenden Vorlieferanten sei ein Vorlieferantenwechsel nur mit sehr hohem Aufwand möglich und teilweise wirtschaftlich nicht sinnvoll. Zudem seien die Wasserversorger häufig aufgrund von langen Vertragslaufzeiten langfristig an einen Vorlieferanten gebunden.

⁶ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.07.2005 (BGBl. I S. 2114, ber. 2009 S. 3850).

Die Wasserversorger sind in diesem Segment einerseits „gefangene Kunden“. Andererseits kann dieser Kostenblock in den Wasserpreis einkalkuliert und somit 1:1 an die Endkunden weitergegeben werden. Der Anteil der Fremdbezugskosten an den Gesamtkosten bei den untersuchten Weiterverteilern lag im Jahr 2016 im Mittel bei 22,5 Prozent. Bei den Weiterverteilern mit ausschließlichem Fremdbezug lag der durchschnittliche Anteil der Fremdbezugskosten an den Gesamtkosten sogar bei 36,5 Prozent. Folglich ist davon auszugehen, dass die Höhe der Fremdbezugskosten einen nicht unerheblichen Einfluss auf das Preisniveau auf dem Endkundenmarkt haben kann.

Zudem waren bei kartellrechtlichen Wasserpreisprüfungen große Unterschiede bei den Kosten des Fremdbezugs von Wasser festgestellt worden. Eine erste nicht repräsentative Analyse der bis dato bei der Landeskartellbehörde vorgestellten Fremdbezugskosten von 20 nordrhein-westfälischen Wasserversorgungsunternehmen hatte ergeben, dass die Wasserbezugskosten pro m³ Fremdbezug stark variierten. Zwischen dem niedrigsten und dem höchsten Preis lagen 0,75 €/m³ Unterschied.

Aufgrund der oben genannten Gründe hat sich eine Untersuchung des Marktsegmentes angeboten, um zu ermitteln, weshalb solche erheblichen Unterschiede bei den Fremdbezugspreisen bestehen.

Die Landeskartellbehörde hat sowohl die Weiterverteiler, die Wasser fremd beziehen, als auch die Vorlieferanten, die das Wasser an die Weiterverteiler liefern, in die Untersuchung eingebunden. Die nordrhein-westfälischen Landesgruppen der Branchenverbände des Bundesverbands der Energie- und Wasserwirtschaft (BDEW NRW), Verband kommunaler Unternehmen (VKU NRW) und Deutscher Verein des Gas- und Wasserfaches e.V. (DVGW NRW) wurden im Vorfeld unterrichtet.

Ein Ziel der Untersuchung war es, die vorhandene Marktstruktur und die vorherrschenden Wettbewerbsbedingungen zu ermitteln. In diesem Zusammenhang galt es herauszufinden, wie der entsprechende Markt abzugrenzen ist und wer die Marktakteure sind. Ein spezielles Augenmerk wurde dabei auf die Besonderheiten der Was-

serwirtschaft und die dadurch bedingten Einflussfaktoren auf die Marktverhältnisse gerichtet. Darüber hinaus wurde im Hinblick auf vertragliche und gesellschaftsrechtliche Regelungen untersucht, ob sich hieraus Abhängigkeiten zwischen Vorlieferanten und belieferten Weiterverteilern ergeben, die möglicherweise Einfluss auf die Fremdbezugspreise haben und den Wettbewerb eindämmen. Im Hinblick auf Verhaltensweisen und Bezugsbedingungen, die möglicherweise den Tatbestand eines missbräuchlichen Verhaltens erfüllen können, sind der Landeskartellbehörde im Rahmen ihres Aufgreifermessens weitere Ermittlungsschritte möglich. Gleiches gilt für die Überprüfung besonders hochpreisiger Fremdbezugspreise im Hinblick auf das mögliche Vorliegen eines Preishöhenmissbrauchs.

3.1 Vorgehensweise und Durchführung der Sektoruntersuchung

Im Vorfeld der eigentlichen Sektoruntersuchung wurden zunächst einige vorbereitende Abfragen durchgeführt. Eine Schwierigkeit bestand darin, dass der Landeskartellbehörde keinerlei Kenntnisse darüber vorlagen, welche Unternehmen in Nordrhein-Westfalen als Vorlieferanten tätig sind. Allerdings hat die Landeskartellbehörde aufgrund der gesetzlichen Anmeldepflicht von Wasserkonzessionsverträgen⁷ gemäß § 31a GWB eine Übersicht über die Versorgungsgebiete und die darin tätigen Wasserversorgungsunternehmen, die die Letztverbraucher in den jeweiligen Gebieten mit Wasser versorgen. Dabei ist zu beachten, dass nur diejenigen Wasserversorgungsunternehmen, die die öffentliche Wasserversorgung im Rahmen eines privatrechtlichen Belieferungsverhältnisses zu den Letztverbrauchern durchführen, der Wettbewerbsaufsicht der Kartellbehörden unterliegen (§ 185 GWB).

Aus diesem Grund hat die Landeskartellbehörde im April 2017 zunächst die 161 ihr bekannten privatrechtlichen Wasserversorgungsunternehmen angeschrieben und über die geplante Untersuchung informiert. Unter diesen 161 Wasserversorgungsunternehmen waren überwiegend Stadtwerke vertreten, aber auch Verbandswasserverwerke, Wassergenossenschaften und andere Gesellschaftsformen. Mittels zweier

⁷ Mit einem Wasserkonzessionsvertrag räumt die Gemeinde ausschließlich einem Wasserversorgungsunternehmen das Wegerecht für die unmittelbare öffentliche Wasserversorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet ein.

Fragebögen wurden anschließend im Juni und Oktober 2017 Daten zu Unternehmenskennzahlen und Fremdbezugskonditionen erhoben. Die Auswertung hat ergeben, dass insgesamt 37 Unternehmen keinen oder keinen relevanten Fremdwasserbezug aufweisen, weshalb diese Unternehmen in der weiteren Untersuchung nicht berücksichtigt worden sind. Die übrigen 124 Weiterverteiler wurden gebeten, Angaben zum Fremdwasserbezugsanteil sowie zur Höhe der Fremdbezugskosten zu machen. Zudem wurden auch Angaben zu Ausweichmöglichkeiten bei der Wasserbeschaffung und zu den Marktgegebenheiten abgefragt. Die 124 Weiterverteiler hatten im Jahr 2016 zusammen eine Fremdwasserbezugsmenge⁸ in Höhe von knapp 513,3 Mio. m³. Vergleicht man diesen Wert mit den Angaben zum Fremdbezug von Wasser durch öffentliche Wasserversorgungsunternehmen in Nordrhein-Westfalen für das Jahr 2016 in Höhe von 637.397.000 m³, deckt die Erhebung der Landeskartellbehörde auf Seiten der Weiterverteiler, die die Nachfrageseite bilden, rund 80,5 Prozent der Fremdbezugsmengen in Nordrhein-Westfalen ab.⁹ Die Auswertung der Fragebögen hat ergeben, dass die 124 Weiterverteiler von 116 verschiedenen Vorlieferanten Wasser fremdbeziehen. Rund 62,3 Prozent der Weiterverteiler beziehen das Fremdwasser von einem Vorlieferanten. Während knapp 20,8 Prozent der Weiterverteiler zwei Vorlieferanten haben, liegt der Anteil der Weiterverteiler mit drei oder mehr Vorlieferanten jeweils unterhalb von 10 Prozent. Die Ergebnisse aus den Abfragerunden bei den Weiterverteilern waren der Ausgangspunkt für die eigentliche Befragung der so ermittelten Vorlieferanten und lieferten die Möglichkeit zur Plausibilisierung der Daten.

Die 116 Vorlieferanten sind im Juli 2018 von der Landeskartellbehörde darüber informiert worden, dass sie als Vorlieferant benannt worden sind und wurden im August 2018 gebeten, einen Fragebogen zu Unternehmensdaten, Informationen über strukturelle Rahmenbedingungen, Kostenstrukturen sowie Daten über die einzelnen Lieferbeziehungen mit den Weiterverteilern auszufüllen. Somit war ein beträchtliches Datenvolumen zu bearbeiten. Teilweise erhielt die Landeskartellbehörde unplausible bzw. unvollständige Daten. Dies machte Klärungsgespräche und Nacherhebungen

⁸ Berücksichtigt wurden hier nur die Fremdwasserlieferungen in Trinkwasserqualität.

⁹ Vgl. Statistisches Bundesamt, Öffentliche Wasserversorgung, 2016, S. 60 ff.

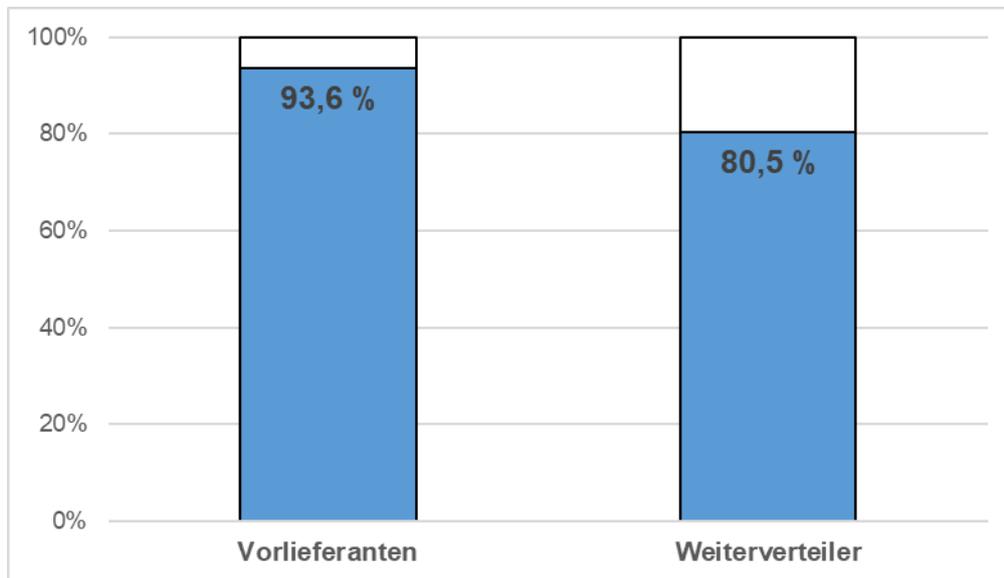
erforderlich. Die Datenauswertung verzögerte sich hierdurch erheblich. Zahlreiche Fristverlängerungen führten dazu, dass alle Angaben erst gegen Ende Januar 2019 vollständig vorlagen. Die Rückmeldungen der Vorlieferanten ergaben, dass von diesen Unternehmen insgesamt 13 Unternehmen nicht für die Untersuchung relevant waren (da sie z.B. ihren Unternehmenssitz nicht in Nordrhein-Westfalen hatten oder es sich um besondere Wasserlieferungen handelte etc.). Der Sektoruntersuchung der Landeskartellbehörde lagen somit auswertbare Erhebungsunterlagen von 103 Vorlieferanten zugrunde. Darunter befanden sich überwiegend Stadtwerke und zahlreiche Wasser- und Bodenverbände sowie einige Wasserwerke und vereinzelt Gemeinschaftsunternehmen. Bei Betrachtung der für die Untersuchung im wesentlichen relevanten Fremdwasserlieferungen in Trinkwasserqualität reduziert sich die Anzahl der Vorlieferanten auf 81. Insgesamt bestanden im Jahr 2016 zwischen diesen 81 Vorlieferanten und deren Weiterverteilern 252 Lieferbeziehungen mit einer gesamten Fremdwasserliefermenge¹⁰ in Höhe von rund 596,6 Mio. m³. Damit umfasst die Untersuchung zwar auf der Angebotsseite nur einen Teil der in Nordrhein-Westfalen tätigen Vorlieferanten. Gemessen an dem Fremdbezug von Wasser durch öffentliche Wasserversorgungsunternehmen in Nordrhein-Westfalen für das Jahr 2016 in Höhe von 637.397.000 m³ erreicht die vorliegende Sektoruntersuchung der Landeskartellbehörde auf der Angebotsseite hingegen eine sehr hohe Marktabdeckung von ca. 93,6 Prozent der nordrhein-westfälischen Fremdbezugsmengen.¹¹ Gemessen an der in der Sektoruntersuchung erreichten Marktabdeckung generieren diese Vorlieferanten nahezu den gesamten Wasserabsatz der nordrhein-westfälischen Fremdwassermengen und vereinen entsprechend den überwiegenden Teil des Angebots auf sich. Der Vergleich der erfassten Fremdwasserbezugsmengen und der erfassten Marktabdeckung deutet darauf hin, dass es sich bei den von der Landeskartellbehörde befragten Vorlieferanten um die großen Marktakteure handelt. Daneben ist zu vermuten, dass es noch eine Reihe von Vorlieferanten mit geringeren Fremdwassermengen in Nordrhein-Westfalen gibt. Anhand der ausgewählten Vorlieferanten lassen sich somit verlässliche Aussagen über die Marktverhältnisse und das Wettbewerbsgeschehen beim Fremdwasserbezug in der nordrhein-westfälischen Was-

¹⁰ Berücksichtigt wurden hier nur die Fremdwasserlieferungen in Trinkwasserqualität.

¹¹ Vgl. Statistisches Bundesamt, Öffentliche Wasserversorgung, 2016, S. 60 ff.

serwirtschaft treffen, weil der Großteil der Fremdbezugsmengen von diesen Vorlieferanten geliefert wird.

Abbildung 2: Marktabdeckung der durchgeführten Abfrage



Aufgrund der sowohl auf der Nachfrage- als auch der Angebotsseite durchgeführten Abfragen wurden insgesamt Daten von 277 Marktteilnehmern zur Lieferbeziehung mit Fremdwasser erhoben.¹²

Darüber hinaus sind Gespräche mit Verbänden und Unternehmensvertretern geführt worden. Die befragten Unternehmen reagierten durchweg kooperativ auf die Ermittlungen der Landeskartellbehörde. Die gewonnenen Daten bilden die zentrale Quelle für den vorliegenden Bericht.

Die im Rahmen der Ermittlungen erlangten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie vergleichbare schutzwürdige Informationen der Marktteilnehmer wurden und werden vertraulich behandelt. Wettbewerbslich wichtige Informationen werden im vorliegenden Bericht daher auch nur in aggregierter Form veröffentlicht.

¹² Allerdings sind darunter 58 Unternehmen, die sowohl in ihrer Funktion als Vorlieferant als auch in ihrer Funktion als Weiterverteilern befragt worden sind.

3.2 Datenerhebung und Auswertung

Die Erhebungsunterlagen wurden in Form von Excel-Dateien per E-Mail an die Adressaten übermittelt. Die ausgefüllten Unterlagen wurden sowohl postalisch als auch elektronisch an die Landeskartellbehörde zurückgeschickt. Insgesamt erfasste die Landeskartellbehörde auf diese Weise mehr als 66.700 Daten. Die Landeskartellbehörde verzichtete bei ihrer Erhebung weitestgehend auf detaillierte Kostendaten sowie technische Informationen zu Netzen und Gewinnungsanlagen. Zwar wäre eine Erfassung noch detaillierteren Zahlenmaterials unter dem Gesichtspunkt einer möglichen späteren Verwendung in Missbrauchsverfahren hilfreich gewesen. Die befragten Unternehmen, gegen die bei Durchführung einer Sektoruntersuchung gerade kein konkreter Missbrauchsverdacht vorliegt, haben jedoch bereits erhebliche Anstrengungen unternommen, um die geforderten Angaben vollständig zu liefern. Um die Belastung für die Unternehmen in Grenzen zu halten und die Untersuchung innerhalb eines überschaubaren Zeitraums zu Ende führen zu können, wurde die Befragung bewusst „selektiv“ konzipiert.

Die Datenerhebung bezieht sich auf die Jahre 2014 bis 2016. Im vorliegenden Bericht werden stets die Daten aus dem Jahr 2016 verwendet, da über den abgefragten dreijährigen Zeitraum kaum Veränderungen erkennbar waren. Nach Auffassung der Landeskartellbehörde ist die Aussagekraft der damals erhobenen Daten trotz Zeitablauf dennoch hoch, da es sich bei den Wasserlieferungsverträgen um langfristige Verträge mit meist jahrzehntelanger Laufzeit handelt, sodass sehr konstante Lieferbeziehungen vorzufinden sind. Im Rahmen eines Verfahrens würden darüber hinaus stets alle Umstände des Einzelfalls umfassend und aktuell ermittelt werden.

Vor der Auswertung des Datenbestandes waren als weitere Vorbereitungen die Aufbereitung der übermittelten Rohdaten und die Zusammenführung der einzelnen Excel-Tabellen notwendig. Anschließend erfolgte die Prüfung auf Plausibilität und Konsistenz der zusammengefassten Daten sowie die Bereinigung um offensichtliche Datenfehler.

Die Auswertungsergebnisse liefern die Basis für die in dieser Untersuchung gemachten Aussagen zum Wirtschaftszweig des Fremdwasserbezugs der nordrhein-westfälischen Wasserwirtschaft.

4 Struktur des Vorlieferantenmarktes

4.1 Gegenstand des Fremdwasserbezugs

Unter dem Begriff des Fremdwasserbezugs versteht die Landeskartellbehörde diejenigen Wassermengen, die ein (Wasserversorgungs-)Unternehmen gegen Entgelt von einem Vorlieferanten bezieht. Mit Hilfe des Fremdwasserbezugs decken die Abnehmer entweder ihren kompletten Wasserbedarf, oder bei bestehenden Eigenförderkapazitäten teilweise auch nur anteilige Bedarfsmengen.

Zwecks Belieferung mit Fremdwassermengen werden zwischen dem Vorlieferanten und dem belieferten Unternehmen detaillierte Verträge geschlossen. Diese enthalten i.d.R. Vereinbarungen zum Lieferumfang sowie zu verschiedenen Entgeltbestandteilen. Nicht selten werden im Vertragswerk auch weitergehende (Unterlassungs-) Verpflichtungen vereinbart; beispielsweise die Verpflichtung des Vorlieferanten, in dem Gebiet des Belieferten keine öffentliche Versorgung mit Wasser durchzuführen. Teilweise verpflichtet sich auch der Weiterverteiler, das ihm gelieferte Wasser nicht in das Versorgungsgebiet des Vorlieferanten zu liefern.¹³ Dementsprechend grenzen die Vertragspartner durch sog. Demarkationsvereinbarungen ihre Interessenssphären ab und verpflichten sich damit, Wettbewerb untereinander in einem bestimmten Gebiet zu unterlassen.¹⁴ Häufig verpflichtet sich der Weiterverteiler, seinen gesamten Wasserbedarf bei einem einzigen Vorlieferanten zu decken (sog. Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung). Des Weiteren werden in den Lieferverträgen teilweise jährliche Mindestabnahmemengen vereinbart. Wird darüber hinaus geregelt, dass der Preis für eine bestimmte Menge unabhängig von der tatsächlichen Abnahme gezahlt wird, handelt es sich um sog. Take-or-Pay-Klauseln.¹⁵ Zudem gibt es auch Verträge über die reine Wasserproduktion (verlängerte Werkbankfunktion)¹⁶ bis hin zu Verträgen, die alle Leistungen (auch zur Druckhaltung und Speicherung) enthalten. Darüber hinaus werden zwischen dem Vorlieferanten und dem Weiterverteiler teilweise noch weitere Verträge (z.B. Pacht- oder Betriebsführungsverträge) geschlossen.

¹³ Klaue in Immenga/Mestmäcker, GWB § 31, Rn. 20 ff.

¹⁴ Zepf, Wettbewerbsbeschränkungen in der Wasserversorgung, S. 116.

¹⁵ Scholz in Hdb. KartellR, GWB § 34, Rn. 144.

¹⁶ Die verlängerte Werkbank umfasst die Produktionsauslagerung bestimmter vor- oder nachgelagerter Arbeiten.

Bei den abgeschlossenen Wasserlieferungsverträgen sind außerdem sog. Preisanpassungsklauseln weit verbreitet, wonach der Preis während der Laufzeit den jeweiligen Marktbedingungen angepasst wird und sich zumeist an der Veränderung statistischer Kostenindizes orientiert. Üblicherweise haben die Lieferverträge eine Laufzeit von mehreren Jahrzehnten.

Letztendlich existieren in der Wasserwirtschaft zahlreiche Vereinbarungen mit sehr unterschiedlichem Leistungsumfang.

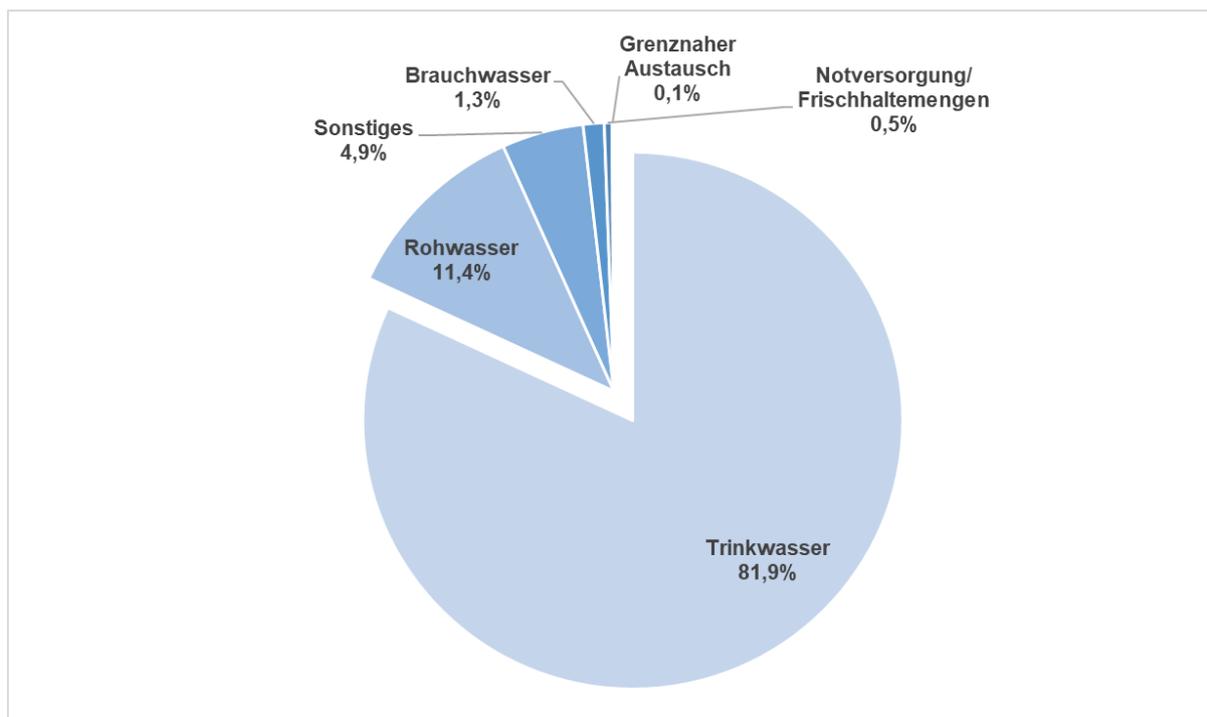
4.2 Nachfrage nach Fremdwassermengen

Die Fremdwassermengen werden von (Wasserversorgungs-)Unternehmen und Kommunen bei den Vorlieferanten nachgefragt. Im Rahmen der Untersuchung wurden auch Daten zu Notversorgungs- und Frischhaltemengen, grenznahem Austausch sowie zu Roh- und Brauchwasserlieferungen erhoben. Wie der Name bereits vermuten lässt, handelt es sich bei den Notversorgungsmengen um Wassermengen, die nicht dauerhaft im Normalbetrieb, sondern im Notfall beim Vorlieferanten bezogen werden. Sie werden zumeist bei Ausfall von eigenen Wasserversorgungsanlagen oder zur Abdeckung von Leistungsspitzen bzw. dem Ausgleich von Verbrauchsschwankungen genutzt und dienen somit vielfach der Absicherung der Eigenförderung. Mit Hilfe der Frischhaltemengen werden die Leitungen betriebsbereit gehalten. Der sog. grenznahe Austausch ist i.d.R. für wenige (Haushalts-)Kunden am Rande eines Konzessionsgebiets netztechnisch bedingt. Aufgrund der bestehenden Leitungssituation können diese Anschlüsse wirtschaftlich nur von einem benachbarten Unternehmen mit Wasser versorgt werden.

Während Trinkwasser den Anforderungen der jeweils gültigen Trinkwasserverordnung (TrinkwV) entspricht, haben Roh- und Brauchwasserlieferungen keine Trinkwasserqualität. Rohwasser ist unbehandeltes Wasser, das für eine Verwendung als Trinkwasser erst noch aufbereitet werden muss. Brauchwasser dient vielmehr gewerblichen, industriellen, landwirtschaftlichen oder ähnlichen Zwecken.

In Abbildung 3 werden die prozentualen Mengenanteile der einzelnen Fremdwasserkategorien an der gesamten erhobenen Fremdwasserbezugsmenge im Jahr 2016 dargestellt.¹⁷

Abbildung 3: Anteile Fremdwasserkategorien (2016)



4.3 Angebot von Fremdwassermengen

4.3.1 Vorlieferantenkategorien

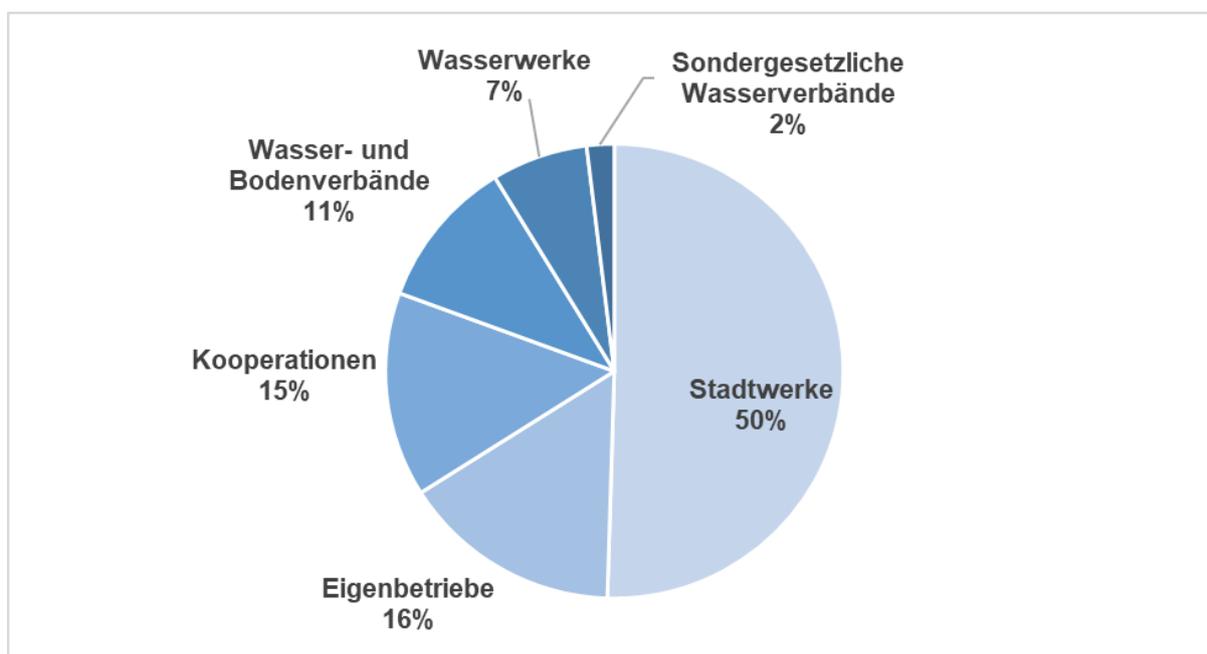
Die Fremdwassermengen werden von verschiedenartigen Vorlieferanten angeboten. Häufig handelt es sich bei den Vorlieferanten um benachbarte Stadtwerke oder Eigenbetriebe¹⁸, die zumeist ihre Überkapazitäten aus der Eigenförderung in Form von Fremdwassermengen an andere Unternehmen abgeben. Es gibt aber auch Vorlieferanten, die selbst keine Letztverbraucher im Rahmen der öffentlichen Trinkwasserversorgung beliefern und sich ausschließlich auf die Belieferung mit Fremdwasser spezialisiert haben. Vereinzelt haben Unternehmen Kooperationen sowie Gemeinschaftsunternehmen zur Trinkwasserproduktion gegründet, die ausschließlich die

¹⁷ Hierzu wurden die Angaben der 103 Vorlieferanten ausgewertet.

¹⁸ Eigenbetriebe werden als selbstständige Einheit von der Gebietskörperschaft geführt, haben aber keine eigene Rechtspersönlichkeit.

Gesellschafter mit Fremdwassermengen versorgen. Teilweise fungieren kommunale (Verbund-)Wasserwerke als Vorlieferanten für die Wasserversorger einer ganzen Region. Des Weiteren existieren Verbände¹⁹ mit dem Ziel, eine sichere Wasserversorgung für die eigenen Mitglieder bereitzustellen. Eine Besonderheit stellen in Nordrhein-Westfalen die neun sog. sondergesetzlichen Wasserverbände dar, die für die Bewirtschaftung ganzer Flussgebiete zuständig sind. Der Preis für den Wasserbezug wird dabei i.d.R. satzungsgemäß gebildet und enthält sog. Verbandsbeiträge.²⁰ Die Abbildung 4 zeigt die Verteilung der 103 befragten Vorlieferanten auf die verschiedenen Vorlieferantenkategorien.

Abbildung 4: Anteile Vorlieferantenkategorien



Stadtwerke

52 der 103 Vorlieferanten und damit zahlenmäßig die größte Gruppe sind Stadtwerke. Bei den 52 Stadtwerken handelt es sich i.d.R. um kommunale Stadtwerke, die

¹⁹ Häufig handelt es sich dabei um Wasser- und Bodenverbände im Sinne des Gesetzes über Wasser- und Bodenverbände (Wasserverbandsgesetz – WVG) oder Zweckverbände aufgrund des Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit (GkG NRW).

²⁰ Laut OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 15.01.2014, 15 A 838/10, Rn. 86 handelt es sich bei Wasserverbandsbeiträgen um zwangsweise erhobene Beiträge, die der Verband seinen Mitgliedern zur Finanzierung der allgemeinen Verbandsaufgaben abverlangt. Es kann insoweit von einer Umlage zur Finanzierung der Verbandsaufgaben gesprochen werden.

mehrere Sparten (z.B. Strom, Gas, Wasser, Fernwärme etc.) betreiben. Die Netzeinspeisung der 52 Stadtwerke betrug im Jahr 2016 insgesamt mehr als 876 Mio. m³. Davon gingen rund 22 Prozent als entgeltliche Wasserabgabe an Weiterverteiler. Die 52 Stadtwerke unterhielten im Jahr 2016 insgesamt 153 Lieferbeziehungen mit Abnehmern von Fremdwassermengen. Davon betrafen 89 Lieferbeziehungen die Belieferung mit Trinkwassermengen in Höhe von insgesamt mehr als 149 Mio. m³ im Jahr 2016 und somit rund 77 Prozent der entgeltlichen Wasserabgabe an Weiterverteiler.

Eigenbetriebe

Die Gruppe der Eigenbetriebe stellt mit insgesamt 16 Vorlieferanten zahlenmäßig die zweitgrößte Gruppe dar. Eigenbetriebe sind Teile der allg. Hoheitsverwaltung ohne eigene Rechtspersönlichkeit. Sie stellen ein Sondervermögen dar, das gesondert vom Kommunalhaushalt zu verwalten ist und eine eigene Wirtschafts-, Erfolgs-, Finanz- und Vermögensplanung besitzt.²¹ Die Netzeinspeisung der 16 Eigenbetriebe betrug im Jahr 2016 insgesamt mehr als 34 Mio. m³. Davon gingen rund 45 Prozent als entgeltliche Wasserabgabe an Weiterverteiler. Die 16 Eigenbetriebe unterhielten im Jahr 2016 insgesamt 62 Lieferbeziehungen mit Abnehmern von Fremdwassermengen. Davon betrafen 54 Lieferbeziehungen die Belieferung mit Trinkwassermengen in Höhe von insgesamt fast 14 Mio. m³ im Jahr 2016 und somit knapp 90 Prozent der entgeltlichen Wasserabgabe an Weiterverteiler.

Kooperationen

Der Gruppe der Kooperationen sind insgesamt 15 Vorlieferanten zuzuordnen. Die Besonderheit für die vorliegende Untersuchung besteht darin, dass die jeweiligen Abnehmer der Fremdwassermengen bei den 15 Vorlieferanten fast ausnahmslos auch Gesellschafter der Kooperation sind. In diese Gruppe wurden diejenigen Kooperationen eingruppiert, die keine Letztverbraucher im Rahmen der öffentlichen Trinkwasserversorgung in eigenen Tarifgebieten versorgen. Die Netzeinspeisung der 15 Kooperationen betrug im Jahr 2016 insgesamt mehr als 375 Mio. m³. Davon gingen rund 96 Prozent als entgeltliche Wasserabgabe an Weiterverteiler. Die 15 Kooperationen unterhielten im Jahr 2016 insgesamt 43 Lieferbeziehungen mit Abneh-

²¹ Gabler Wirtschaftslexikon, Eigenbetrieb

mern von Fremdwassermengen. Davon betrafen 36 Lieferbeziehungen die Belieferung mit Trinkwassermengen in Höhe von insgesamt mehr als 314 Mio. m³ im Jahr 2016 und somit knapp 87 Prozent der entgeltlichen Wasserabgabe an Weiterverteiler.

Wasser- und Bodenverbände

Die Gruppe der Wasser- und Bodenverbände setzt sich aus elf Vorlieferanten zusammen. Diese sind ausschließlich Wasser- und Bodenverbände im Sinne des Gesetzes über Wasser- und Bodenverbände (Wasserverbandsgesetz - WVG). Nach dem WVG fallen den Verbänden unterschiedliche Aufgaben zu. So widmen sich einige Verbände beispielsweise der Aufgabe der Unterhaltung und Abflussregelung von Gewässern sowie der Trink- und Brauchwasserversorgung. Die Netzeinspeisung der elf Wasser- und Bodenverbände betrug im Jahr 2016 insgesamt mehr als 84 Mio. m³. Davon gingen fast 97 Prozent als entgeltliche Wasserabgabe an Weiterverteiler. Die elf Wasser- und Bodenverbände unterhielten im Jahr 2016 insgesamt 46 Lieferbeziehungen mit Abnehmern von Fremdwassermengen. Davon betrafen 44 Lieferbeziehungen die Belieferung mit Trinkwassermengen in Höhe von insgesamt mehr als 79 Mio. m³ im Jahr 2016 und somit rund 97 Prozent der entgeltlichen Wasserabgabe an Weiterverteiler.

Wasserwerke

In der Gruppe der Wasserwerke sind insgesamt sieben Vorlieferanten eingruppiert. Mehr als die Hälfte der Wasserwerke versorgen auch Letztverbraucher im Rahmen der öffentlichen Trinkwasserversorgung in eigenen Tarifgebieten. Die Netzeinspeisung der sieben Wasserwerke betrug im Jahr 2016 insgesamt mehr als 33 Mio. m³. Davon gingen knapp 66 Prozent als entgeltliche Wasserabgabe an Weiterverteiler. Die sieben Wasserwerke unterhielten im Jahr 2016 insgesamt zehn Lieferbeziehungen mit Abnehmern von Fremdwassermengen. Davon betrafen alle zehn Lieferbeziehungen die Belieferung mit Trinkwassermengen in Höhe von insgesamt mehr als 22 Mio. m³ im Jahr 2016 und somit 100 Prozent der entgeltlichen Wasserabgabe an Weiterverteiler.

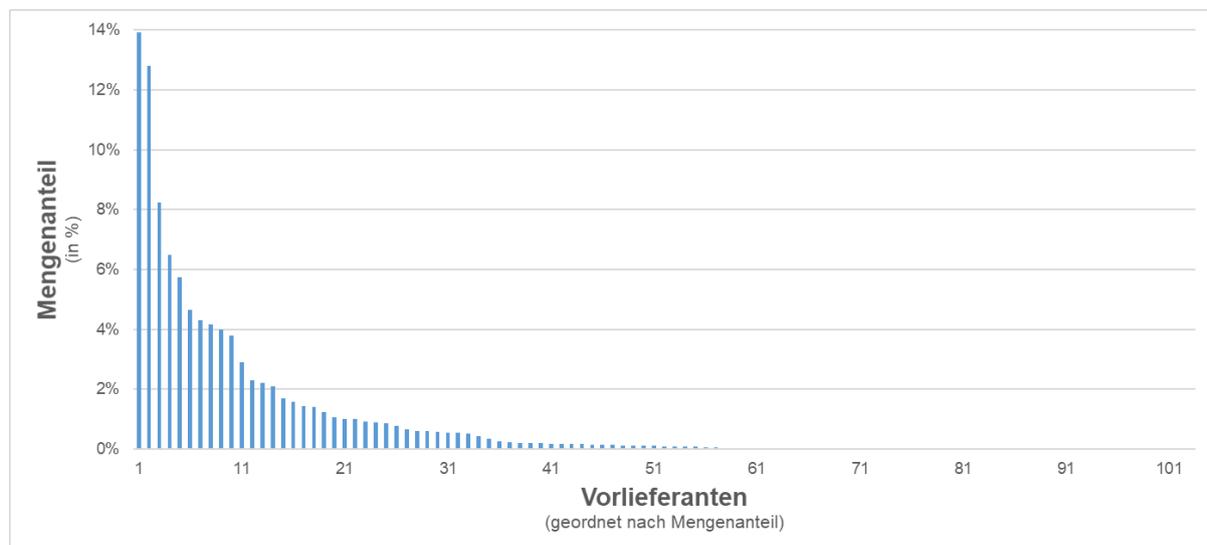
Sondergesetzliche Wasserverbände

In der Gruppe der sondergesetzlichen Wasserverbände sind zwei Vorlieferanten eingruppiert. Insgesamt gibt es in Nordrhein-Westfalen neun sondergesetzliche Wasserverbände, die gesetzlich übertragene staatliche Aufgaben im Rahmen der Wasserwirtschaft des Landes Nordrhein-Westfalen wahrnehmen (z.B. Grundwasserbewirtschaftung, Gewässerunterhaltung, Abwasserableitung und -reinigung u.v.m.). Damit die übertragenen Aufgaben landesweit einheitlich wahrgenommen werden, unterstehen die Verbände der direkten Rechtsaufsicht des nordrhein-westfälischen Umweltministeriums. Da sich in dieser Gruppe lediglich zwei Vorlieferanten befinden, wird von der Veröffentlichung der Auswertungsergebnisse abgesehen, da andernfalls die Anonymität der Daten nicht gewährleistet wäre.

4.3.2 Absatz- und Umsatzdaten

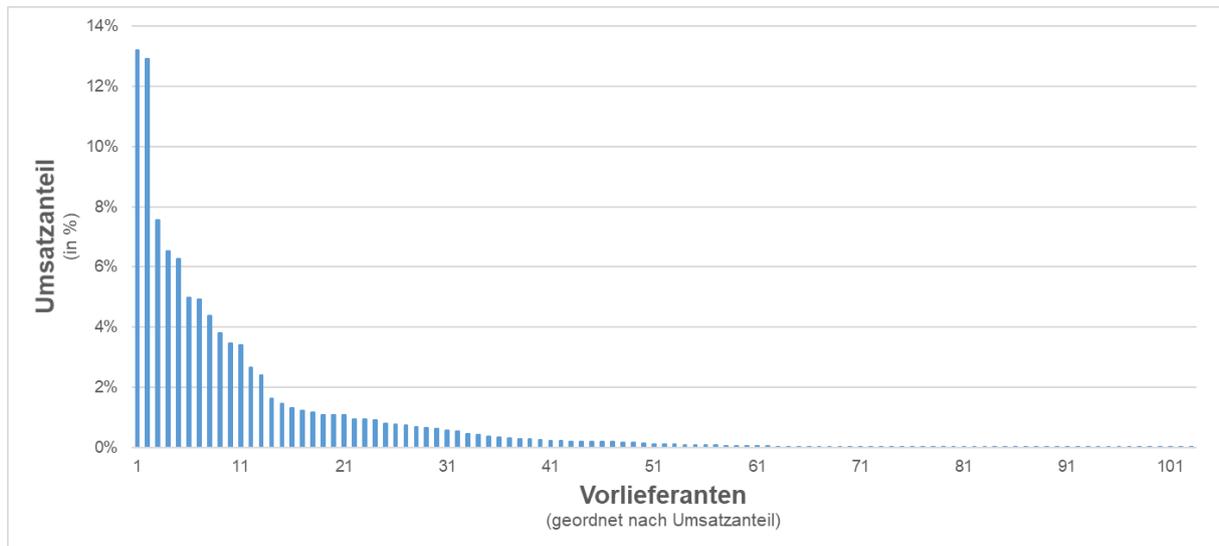
Das Angebot an Fremdwassermengen erfolgt in Nordrhein-Westfalen, wie beschrieben, durch eine Vielzahl von Anbietern, wobei allerdings einige wenige Anbieter eine herausgehobene Position einnehmen. So kamen die sechs größten Vorlieferanten zusammen auf einen Mengenanteil von über 50 Prozent an der in der Untersuchung erhobenen Fremdwassermenge über alle Fremdwasserkategorien. Die achtzehn größeren Vorlieferanten²² hatten im Jahr 2016 einen gemeinsamen Mengenanteil von 84 Prozent. Die Mehrzahl der untersuchten Vorlieferanten wiesen entsprechend geringe Mengenanteile von deutlich unter einem Prozent auf. Die Fremdwassermengenanteile der 103 Vorlieferanten an der in der Untersuchung erhobenen Fremdwassermenge sind in Abbildung 5 dargestellt.

²² Das sind diejenigen Vorlieferanten, die eine entgeltliche Wasserabgabe an Weiterverteiler von über 10 Mio. m³ aufweisen.

Abbildung 5: Fremdwassermengenanteile (2016)

Das Gesamtumsatzvolumen der entgeltlichen Wasserabgabe der befragten Vorlieferanten betrug 1,656 Mrd. Euro. Davon entfielen 415 Mio. Euro auf den Umsatz mit der entgeltlichen Wasserabgabe an Weiterverteiler. Neben der entgeltlichen Wasserabgabe an Weiterverteiler generieren einige Vorlieferanten darüber hinaus weitere Umsätze mit der entgeltlichen Abgabe an Haushalts- und Kleingewerbekunden²³ und/oder Industrie- und Sondervertragskunden sowie sonstigen entgeltlichen Abgaben der Wassersparte. Die Bandbreite der prozentualen Umsätze mit Weiterverteilern ist allerdings hoch. Rund 70 Vorlieferanten weisen einen Umsatzanteil mit Weiterverteilern von weniger als 25 Prozent aus. Die verbleibenden 33 Vorlieferanten haben einen Umsatzanteil von mindestens 90 Prozent und fokussieren somit ihre Tätigkeit auf die Belieferung der Weiterverteiler mit Fremdwasser. Gemessen an dem Gesamtumsatzvolumen der entgeltlichen Wasserabgabe stellt der Verkauf der Fremdwassermengen damit eine nicht unbedeutende Einnahmequelle dar. Dennoch sind die Anteile der jeweiligen Vorlieferanten an der in der Untersuchung vertretenen Umsatzgröße zweigeteilt. Die Abbildung 6 veranschaulicht die Umsatzanteile mit der entgeltlichen Wasserabgabe an Weiterverteiler der 103 Vorlieferanten im Jahr 2016.

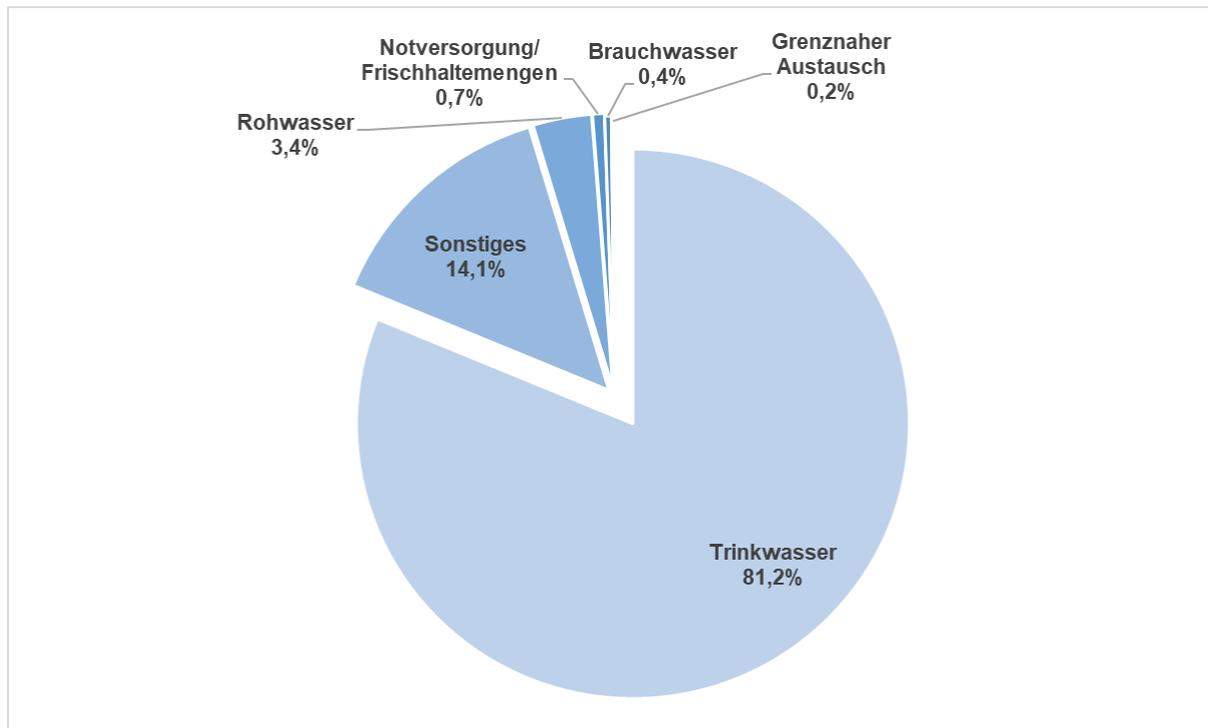
²³ Von 103 Vorlieferanten versorgen 71 auch Letztverbraucher in eigenen Tarifgebieten.

Abbildung 6: Umsatzanteile mit Weiterverteilern (2016)

Der Großteil der Umsätze mit Weiterverteilern in Höhe von 81,2 Prozent wird im Bereich der Trinkwasserlieferungen generiert.²⁴ In Abbildung 7 sind die Umsatzanteile der einzelnen Fremdwasserkategorien der 103 Vorlieferanten für das Jahr 2016 dargestellt.

²⁴ Im Rahmen der Untersuchung wurden zahlenmäßig insgesamt 252 relevante Trinkwasserlieferbeziehungen ermittelt.

Abbildung 7: Umsatzanteile Fremdwasserkategorien (2016)



4.3.3 Wasserbeschaffung

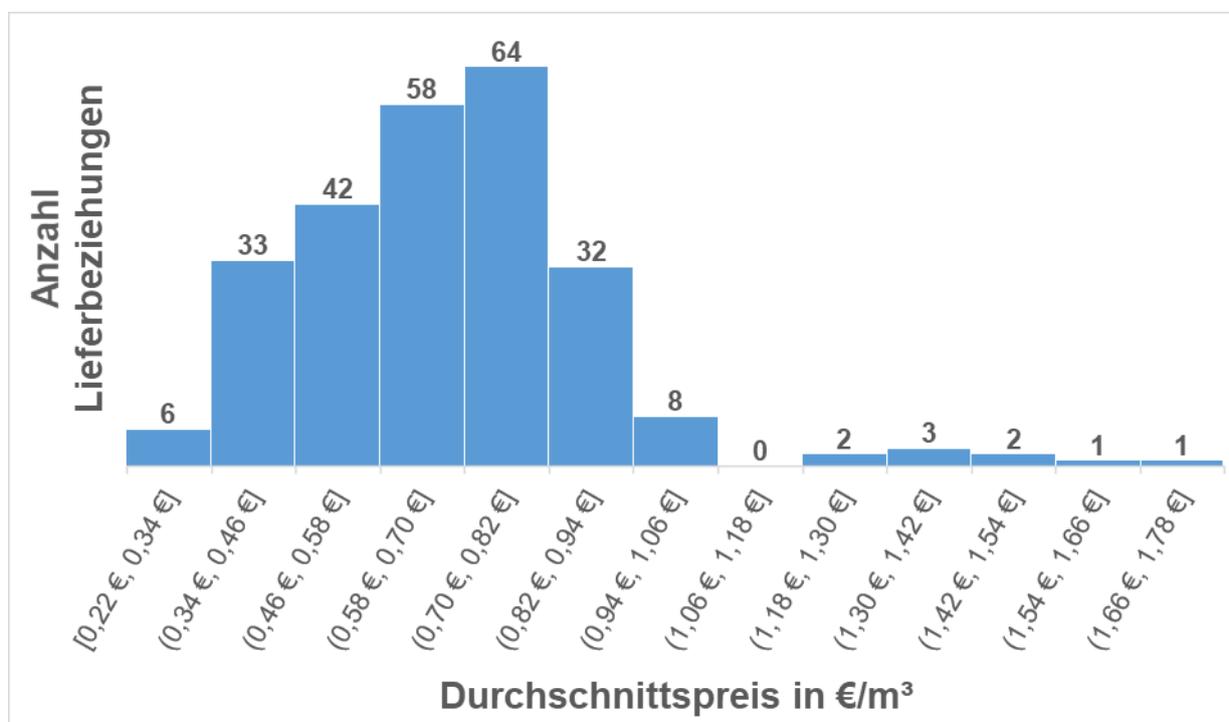
Bei der vorliegenden Untersuchung wurden die Vorlieferanten gefragt, ob sie Eigenförderung betreiben und/oder selbst Fremdwassermengen beziehen. Die Auswertung hat ergeben, dass insgesamt 77 der 103 Vorlieferanten Eigenförderung betreiben. Davon gaben 62 Vorlieferanten an, dass sie Grundwasser fördern. Darüber hinaus wurden noch Quell- und Oberflächenwasser als Ressourcenherkunft angegeben. Die geförderte Jahresmenge der 77 Vorlieferanten lag 2016 bei mehr als 1 Mrd. m³. Die Eigenförderungskosten für diese Menge betrugen insgesamt rund 415,2 Mio. Euro.

Darüber hinaus gaben 44 Vorlieferanten an, dass sie neben der Eigenförderung auch Fremdwassermengen beziehen. Weitere 26 Vorlieferanten beziehen ausschließlich Fremdwasser, sodass insgesamt 70 der 103 Vorlieferanten 2016 Fremdwassermengen in Höhe von rund 525,7 Mio. m³ bezogen haben. Die Fremdbezugskosten hierfür lagen bei insgesamt 256,3 Mio. Euro.

4.4 Durchschnittspreise

Im Rahmen der Sektoruntersuchung sind auch die Durchschnittspreise der Vorlieferanten abgefragt worden. Bei den Durchschnittspreisen handelt es sich um Gesamtentgelte. Sie enthalten nicht nur das Mengengericht pro Kubikmeter, sondern auf Kubikmeter umgerechnet auch alle sonstigen Entgeltbestandteile (z.B. Grundpreise, Verrechnungspreise, Verbandsbeiträge etc.). Die Durchschnittspreise geben also an, wie viel Euro pro Kubikmeter (netto und ohne Wasserentnahmeentgelt²⁵) der Weiterverteiler an den Vorlieferanten für die Belieferung mit Fremdwasser bezahlt hat. Da die Fremdwasserlieferungen in Trinkwasserqualität mit über 81 Prozent bei weitem die bedeutendste Kategorie beim Absatz der Vorlieferanten einnehmen und letztendlich für den nachgelagerten Markt der öffentlichen Trinkwasserversorgung von Letztverbrauchern eine wichtige Rolle spielen, wird an dieser Stelle lediglich der Durchschnittspreis für diesen Bereich dargestellt. Die nachfolgende Abbildung 8 zeigt die Bandbreiten der Durchschnittspreise für die relevanten 252 Fremdwasserlieferungen in Trinkwasserqualität im Jahr 2016.

Abbildung 8: Durchschnittspreise (2016)



²⁵ Das Land Nordrhein-Westfalen erhebt ein Wasserentnahmeentgelt für das Entnehmen von Wasser aus Gewässern. Das Wasserentnahmeentgelt beträgt 5 Cent pro m³.

Die obenstehende Abbildung der Durchschnittspreise berücksichtigt jedoch keine Unterschiede im Leistungsumfang. So bieten einige Vorlieferanten zusätzliche Leistungen an (z.B. Druckhaltung, Speicherung etc.), wodurch entsprechend differierende Preise aufgerufen werden. Hinzu kommt, dass anhand dieser Durchschnittspreise kein fundierter Preisvergleich möglich ist, da hierbei keinerlei strukturelle Rahmenbedingungen berücksichtigt sind.

5 Kartellrechtliche Aspekte

5.1 Marktabgrenzung

Die Marktabgrenzung ist ein wichtiger Bestandteil der kartellrechtlichen Beurteilung wettbewerbsrelevanter Sachverhalte. Sie ist der erste Schritt der zweistufigen Analyse von Marktbeherrschung. So wird zunächst der relevante Markt abgegrenzt, bevor in einem zweiten Schritt die Wettbewerbssituation auf diesem Markt ermittelt wird. Die Abgrenzung des relevanten Marktes ist letztendlich die entscheidende Grundlage für die Ermittlung der Marktposition und ggf. des Grades an Marktmacht und damit auch für die Feststellung, ob ein Anbieter oder Nachfrager ohne Wettbewerber oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern eine überragende Marktstellung innehat (§ 18 Abs. 1 GWB). Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes sind verschiedene Dimensionen zu berücksichtigen. Neben der auf das betroffene Produkt bezogenen sachlichen Abgrenzung ist auch die räumliche Dimension der jeweils wirksamen Wettbewerbskräfte zu erfassen. Im Einzelfall kann zudem die zeitliche Dimension des Wettbewerbsgeschehens in die Abgrenzung eines relevanten Marktes einfließen. Der Fokus liegt in der Praxis jedoch häufig auf der sachlichen und räumlichen Abgrenzung des relevanten Marktes.²⁶

5.1.1 Sachliche Marktabgrenzung

Die sachliche Abgrenzung von Angebotsmärkten bestimmt sich grundsätzlich nach dem sog. Bedarfsmarktkonzept, also danach, ob aus Sicht der Abnehmer die angebotenen Waren und Leistungen funktionell austauschbar sind.²⁷ Als marktwertgleich gelten nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) sämtliche Erzeugnisse, die sich nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage so nahestehen, dass der verständige Verbraucher sie als für die Deckung eines bestimmten Bedarfs geeignet in berechtigter Weise abwägend miteinander vergleicht und als gegeneinander austauschbar ansieht.²⁸ Entscheidend

²⁶ BKartA, Sektoruntersuchung Zement und Transportbeton, S. 31 f.

²⁷ Fuchs/Möschel in Immenga/Mestmäcker, GWB § 18, Rn. 32.

²⁸ KG v. 18.2.1969 WuW/E OLG 995, 996 - Handpreisauszeichner; KG v. 19.7.2000 WuW/E DE-R 628 - Stellenmarkt für Deutschland II; BGH v. 3.7.1976 WuW/E BGH 1435, 1440 - Vitamin-B-12; BGH v. 16.12.1976 WuW/E BGH 1445, 1447 - Valium; BGH v. 22.9.1987 WuW/E BGH 2433 - Gruner +

ist demnach, mit welchen Produkten der Abnehmer das Produkt des Herstellers als austauschbar erachtet, um damit einen bestimmten Bedarf zu decken.

Bei der sachlichen Marktabgrenzung wird auf die Sicht der unmittelbaren Abnehmer der jeweiligen Marktstufe abgestellt. Bei dem Angebot von Fremdwassermengen durch die Vorlieferanten wird deshalb auf die Sicht der abnehmenden Unternehmen und Kommunen (Weiterverteiler) abgestellt. Allerdings kann die Marktabgrenzung auf dieser vorgelagerten Marktstufe von der mittelbaren Nachfrage auf dem nachgelagerten Markt der öffentlichen Trinkwasserversorgung von Letztverbrauchern abhängen. Das Fremdwasser wird i.d.R. weitergegeben, sodass die Abnahmeentscheidung u.a. von den Abgabemengen an die Letztverbraucher abhängig ist. Insofern beeinflussen die Verhältnisse auf dem nachgelagerten Markt die wettbewerblichen Handlungsspielräume auf dem vorgelagerten Markt.

Auch das Bundeskartellamt geht in seinem Bericht über die großstädtische Trinkwasserversorgung in Deutschland von zwei separaten Märkten aus und unterscheidet den Markt für die öffentliche Trinkwasserversorgung von dem Markt für die (Vor-)Belieferung von Wasserversorgern mit Roh- oder Trinkwasser.²⁹

Bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes kommt es hier somit auf die Sicht der Weiterverteiler an, die zur Bedarfsdeckung Fremdwassermengen bei den Vorlieferanten beziehen. Dabei geht es um das Fremdwasser, das diese Abnehmer im „Normalbetrieb“ für die öffentliche Trinkwasserversorgung der Letztverbraucher benötigen.

Im Rahmen der Untersuchung wurden zwar auch Daten zu Notversorgungs- und Frischhaltungsmengen, grenznahem Austausch sowie zu Roh- und Brauchwasserlieferungen erhoben. Allerdings hat sich bei der Auswertung der Daten herausgestellt, dass die Abnehmer mit diesen Wasserkategorien andere Bedarfe zu differierenden

Jahr – Zeit II; BGH v. 25.6.1985 WuW/E BGH 2150, 2153 - Edelstahlbestecke; BGH v. 24.10.1995 WuW/E 3026, 3028 - Backofenmarkt; BGH v. 19.3.1996 WuW/E 3058, 3062 - Pay-TV-Durchleitung.
²⁹ BKartA, Wasserbericht, S. 84 f.

Preisen decken. So werden die Brauchwasserlieferungen von den Abnehmern i.d.R. für die Belieferung von Industriekunden und nicht im Rahmen der öffentlichen Trinkwasserversorgung von Letztverbrauchern benötigt. Die Rohwassermengen müssen von den Unternehmen zunächst zu Trinkwasser aufbereitet werden, bevor sie an die Letztverbraucher abgegeben werden können. Mit den Frischhaltemengen werden die Leitungen betriebsbereit gehalten. Die Notversorgungsmengen werden von den Abnehmern nur im Notfall und nicht dauerhaft im Normalbetrieb bezogen. Der sog. grenznahe Austausch ist i.d.R. für wenige (Haushalts-)Kunden am Rande des Konzessionsgebiets netztechnisch bedingt und umfasst zumeist nur geringe Mengen. All diese Kategorien dienen in der Praxis einem anderen Verwendungszweck und sind daher nicht mit den Trinkwassermengen austauschbar, die die Abnehmer unmittelbar für die öffentliche Trinkwasserversorgung der Letztverbraucher im Normalbetrieb einsetzen. Deshalb werden diese Kategorien aufgrund der unterschiedlichen Eigenschaften von der Landeskartellbehörde nicht dem sachlich relevanten Markt zugerechnet.

Der sachlich relevante Markt umfasst somit die der öffentlichen Trinkwasserversorgung vorgelagerte „Großhandelsstufe“ für Fremdwassermengen in Trinkwasserqualität (Vorlieferantenmarkt).

5.1.2 Räumliche Marktabgrenzung

Mit Hilfe der räumlichen Marktabgrenzung wird ermittelt, welche Unternehmen aufgrund ihrer geografischen Lage miteinander im Wettbewerb stehen. Auch hierbei kann das Bedarfsmarktkonzept angewendet werden. Demnach kommt es auf die unterschiedliche räumliche Verfügbarkeit mehrerer als sachlich gleichwertig anerkannter Angebote an. Dem räumlich relevanten Markt gehören somit diejenigen Anbieter an, die aus Sicht der Nachfrager in einem bestimmten Gebiet zur Deckung ihres Bedarfs in Betracht kommen.³⁰

³⁰ Richter/ Steinvorth in Hdb. KartellR, GWB § 20, Rn. 37.

Im Hinblick auf die räumliche Marktabgrenzung sind einige Besonderheiten der Wasserversorgung zu beachten, die sowohl Auswirkungen auf den Markt der öffentlichen Trinkwasserversorgung als auch auf den vorgelagerten Markt für die Belieferung von Unternehmen mit Trinkwasser haben. So gibt es keine parallelen Leitungsnetze, da der Bau zusätzlicher Netze weder beabsichtigt noch ökonomisch vertretbar oder rechtlich möglich erscheint. Im Gegensatz zu anderen Netzwirtschaften (etwa Strom, Gas) gilt eine mögliche Durchleitung fremder Netzinhalte – jedenfalls auf Endkundenebene – als nicht praktikabel. Dies ergibt sich daraus, dass nicht ohne weiteres verschiedene „Wässer“ durch ein Netz geleitet werden können, da bei der Vermischung von Wasser aufgrund chemischer Reaktionen Qualitätsverluste entstehen können. Darüber hinaus ist der physische Transport von Wasser über lange Strecken hinweg sehr aufwändig und kann sich zudem durch die damit verbundenen längeren Aufenthaltszeiten in den Netzen negativ auf die Hygiene auswirken. Hinzu kommt, dass grundsätzlich die jeweiligen Kommunen ausschließlich einem Wasserversorgungsunternehmen im Rahmen eines Konzessionsvertrages die für die unmittelbare öffentliche Wasserversorgung von Letztverbrauchern notwendigen Wegrechte in ihrem Gebiet einräumen. Nicht selten wird zudem in der jeweiligen Gemeindeordnung ein Anschluss- und Benutzungszwang angeordnet. Aus den zuvor genannten Gründen verfügen Wasserversorgungsunternehmen auf dem Markt der öffentlichen Trinkwasserversorgung im Gebiet ihres Versorgungsnetzes über ein natürliches Monopol.³¹ Somit bestehen bei der Trinkwasserversorgung von Endkunden zahlreiche lokale Netz-Monopole.

Hiervon zu unterscheiden ist die räumliche Abgrenzung des für die vorliegende Untersuchung relevanten vorgelagerten Vorlieferantenmarktes. Das Bundeskartellamt führt zum vorgelagerten Markt der Belieferung von Weiterverteilern aus, dass hier – je nach den geografischen und hydrologischen Gegebenheiten – Wettbewerb entstehen könne. Auch der Neubau von Transportleitungen bzw. von Stichleitungen zu bestehenden Transportleitungen sei nicht von vornherein ausgeschlossen. Allerdings

³¹ BKartA Beschl. v. 08.05.2012, B8 – 159/11, Rn. 15 - Stadtwerke Mainz.

hätten Wasserlieferungsverträge aus Gründen der Versorgungssicherheit oft Laufzeiten von mehreren Jahrzehnten.³²

Des Weiteren kann sich die räumliche Marktabgrenzung auch aus rechtlichen Rahmenbedingungen ergeben.³³ Bei der Wasserversorgung ist hier insbesondere an den aus § 50 Abs. 2 des Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (WHG)³⁴ folgenden Grundsatz der ortsnahen Wasserversorgung zu denken. Dieser besagt, dass der Wasserbedarf der öffentlichen Wasserversorgung vorrangig aus ortsnahen Wasservorkommen zu decken ist, soweit nicht überwiegende Gründe des Allgemeinwohls entgegenstehen. Wenn eine Versorgung aus ortsnahen Wasservorkommen allerdings nicht in ausreichender Menge oder Güte oder nicht mit vertretbarem Aufwand sichergestellt werden kann, darf der Bedarf mit Wasser aus ortsfernen Wasservorkommen gedeckt werden. Dieser Grundsatz verhindert letztendlich den Aufbau von weiträumigen Fernwasserversorgungssystemen, soweit die Versorgung aus ortsnahen Vorkommen möglich ist.³⁵

Für die räumliche Marktabgrenzung kommt es entscheidend auf das Nachfrageverhalten der Abnehmer sowie auf die in der Vergangenheit tatsächlich erfolgten Lieferströme an.³⁶ Hierbei sind die konkrete Anschauung der Abnehmer und das der Wirklichkeit entsprechende Abnehmerverhalten von Bedeutung. Abzustellen ist deshalb nicht auf rein theoretische Ausweichmöglichkeiten der Nachfrager, sondern auf die den Abnehmern tatsächlich zur Verfügung stehenden Angebotsalternativen. Nicht zu berücksichtigen sind potenzielle Ausweichmöglichkeiten der Nachfrager, die – aus welchen Gründen auch immer – von den Nachfragern tatsächlich nicht wahrgenommen werden.³⁷

³² BKartA, Wasserbericht, S. 85.

³³ Bechtold/Bosch, GWB § 18, Rn. 25.

³⁴ Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz) vom 31. Juli 2009 (BGBl. I S. 2585).

³⁵ Suhl, Wettbewerbssituation in der Wasserversorgung, Rn. 15.

³⁶ Kühnen in LMRKM, GWB § 18, Rn. 60.

³⁷ BKartA, Sektoruntersuchung Zement und Transportbeton, S. 33; BGH, Urt. v. 16.01.2008, KVR 26/07.

Zum Zweck der räumlichen Abgrenzung und um einen umfassenden Überblick über die Marktbedingungen zu bekommen, wurde im Rahmen der vorliegenden Sektoruntersuchung neben dem Nachfrageverhalten zusätzlich auch die Anbietersituation der Vorlieferanten untersucht. So wurden die Lieferströme der Vorlieferanten abgefragt. Bei dieser angebotsorientierten Betrachtung wird ermittelt, innerhalb welcher Lieferentfernungen die Anbieter welchen Anteil ihrer Umsätze erwirtschaften. Maßgeblich ist dann ein Lieferradius, durch den ein „Großteil“ der Nachfrage abgedeckt wird, wobei der Schwellenwert mal mit 65 bis 75 Prozent, mal mit 70 bis 80 Prozent und mal mit mindestens 90 Prozent des Umsatzes angegeben wird.³⁸ Dies ermöglicht eine grobe Abschätzung der Liefergebiete.

Durch die Kombination der nachfrage- und angebotsorientierten Betrachtungsweise wird einerseits das Nachfrageverhalten widergespiegelt und andererseits – zur Plausibilisierung – die Anbietersituation. Die Auswertung hat ergeben, dass die Ausweichmöglichkeiten der Nachfrager letztendlich entscheidend von den örtlichen Gegebenheiten sowie dem Wasserdargebot abhängen. Die Erkenntnisse aus der vorliegenden Untersuchung führen dazu, dass die Landeskartellbehörde die Vorlieferantenmärkte regional abgrenzt. Räumlich begrenzte Teilmärkte sind immer dann zu bilden, wenn die Austauschmöglichkeiten der Nachfrager aus objektiven Gründen regional begrenzt sind.³⁹ Beim Fremdwasserbezug ist zu beachten, dass der physische Transport von Wasser über lange Strecken hinweg sehr aufwändig und teuer ist, sodass dies für den Verkaufspreis relevant ist. In diesem Zusammenhang ist entscheidend, ab welcher Entfernung der Wettbewerbsdruck weit entfernt liegender Anbieter so schwach wird, dass sie nicht mehr in den relevanten Markt einbezogen werden können.⁴⁰ Die Auswertung der Daten der Untersuchung hat ergeben, dass zwischen dem Sitz bzw. Wasserwerk des Vorlieferanten und dem belieferten Unternehmen i.d.R. nicht mehr als 25 km Entfernung liegen. Auch wenn die Landeskartellbehörde Kenntnis darüber hat, dass durchaus größere Distanzen mit (Transport-) Leitungen überwunden werden können, wird auf Basis der Untersuchungsergebnisse vermutet, dass aus technischen und wirtschaftlichen Gründen die Überbrückung ei-

³⁸ Richter/ Steinvorth in Hdb. KartellR, GWB § 20, Rn. 44.

³⁹ Bardong in Langen/Bunte, § 18 Rn. 49.

⁴⁰ Richter/ Steinvorth in Hdb. KartellR, GWB § 20, Rn. 43.

ner größeren Transportentfernung in der Praxis eher die Ausnahme darstellt. Allerdings kann infolgedessen der räumlich relevante Markt nicht lediglich anhand einer reinen Radiusbetrachtung gebildet werden. In einem Verfahren müsste stets individuell im Einzelfall ermittelt werden, in welchem räumlichen Bereich es für die Nachfrager unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten und unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten sinnvoll ist, Fremdwassermengen von Vorlieferanten zu beziehen. Zur abschließenden Klärung der Frage der räumlichen Marktabgrenzung wären dementsprechend in einem kartellbehördlichen Verfahren noch weitere Ermittlungen erforderlich.

5.2 Marktmacht

Nach erfolgter Marktabgrenzung sind zur Bestimmung der Marktmachtverhältnisse die tatsächlichen Wettbewerbsbedingungen zu analysieren, um den Beherrschungsgrad auf dem relevanten Markt feststellen zu können. Die tatsächlichen Wettbewerbsbedingungen geben u.a. Aufschluss darüber, ob Vorlieferanten eine marktbeherrschende Stellung auf dem relevanten Markt innehaben. Einzelne oder mehrere Unternehmen sind marktbeherrschend, wenn sie über einen im Verhältnis zu Konkurrenten überragenden Verhaltensspielraum verfügen, der nicht hinreichend durch wirksamen Wettbewerb kontrolliert ist.⁴¹ Dabei wird zwischen der Einzelmarktbeherrschung und der kollektiven Oligopolmarktbeherrschung unterschieden.⁴²

Nach § 18 Abs. 1 GWB ist ein Unternehmen marktbeherrschend, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt (1.) ohne Wettbewerber ist, (2.) keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder (3.) eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat. Bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern ist gemäß § 18 Abs. 3 GWB insbesondere folgendes zu berücksichtigen:

1. sein Marktanteil,
2. seine Finanzkraft,

⁴¹ BGH 16.1.2007 – KVR 12/06, WuW/E DE-R 1925 (1928) – National Geographic II.

⁴² Fuchs/Möschel in Immenga/Mestmäcker, GWB § 18, Rn. 76.

3. sein Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten,
4. Verflechtungen mit anderen Unternehmen,
5. rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen,
6. der tatsächliche oder potenzielle Wettbewerb durch Unternehmen, die innerhalb oder außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes ansässig sind,
7. die Fähigkeit, sein Angebot oder seine Nachfrage auf andere Waren oder gewerbliche Leistungen umzustellen, sowie
8. die Möglichkeit der Marktgegenseite, auf andere Unternehmen auszuweichen.

Nach § 18 Abs. 4 GWB wird vermutet, dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn es einen Marktanteil von mindestens 40 Prozent hat.

Zwei oder mehr Unternehmen sind nach § 18 Abs. 5 GWB marktbeherrschend, soweit (1.) zwischen ihnen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und (2.) sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllen.

Nach § 18 Abs. 6 GWB gilt eine Gesamtheit von Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie (1.) aus drei oder weniger Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von 50 Prozent erreichen, oder (2.) aus fünf oder weniger Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von zwei Dritteln erreichen.

Gemäß § 18 Abs. 7 GWB kann die Vermutung nach Abs. 6 widerlegt werden, wenn die Unternehmen nachweisen, dass (1.) die Wettbewerbsbedingungen zwischen ihnen wesentlichen Wettbewerb erwarten lassen (Binnenwettbewerb) oder (2.) die Gesamtheit der Unternehmen im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern keine überragende Marktstellung hat (Außenwettbewerb).

Des Weiteren sind in § 20 Abs. 1 S. 1 GWB Regelungen zur sog. relativen Marktmacht enthalten, die durch vertikale Abhängigkeit begründet wird. Relativ marktstarke Unternehmen sind diejenigen Unternehmen, die gegenüber Anbietern oder Nach-

fragern einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen eine besonders starke Marktstellung haben, sodass diese von ihnen abhängig sind. Hiermit wird deutlich, dass es sich bei der relativen Marktmacht um eine graduell geringere Marktmacht handelt als bei der absoluten Macht von marktbeherrschenden Unternehmen. Zudem wird bei der relativen Marktmacht nicht auf das generelle Machtverhältnis gegenüber allen Geschäftspartnern oder Wettbewerbern auf dem relevanten Markt abgestellt, sondern auf die bilaterale Beziehung zu einzelnen Anbietern oder Nachfragern. Ziel ist dabei, die von bestimmten Abhängigkeitsverhältnissen ausgehenden Beeinträchtigungen des Marktzugangs und der wettbewerblichen Betätigungsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf den verschiedenen Marktstufen auch unterhalb der Schwelle zur Marktbeherrschung unterbinden zu können.⁴³ Dabei ist zu beachten, dass hiermit lediglich kleine oder mittlere Unternehmen als betroffene Abnehmer oder Nachfrager vor Marktmacht der Marktgegenseite geschützt werden. Ob ein Unternehmen als kleines oder mittleres Unternehmen einzustufen ist, lässt sich nicht nach absoluten Zahlen bemessen. In jedem Einzelfall ist festzustellen, ob es sich um ein kleines oder mittleres Unternehmen handelt. Dabei müssen die Verhältnisse auf dem jeweils relevanten Markt berücksichtigt werden, wobei es auf einen Größenvergleich mit den Konkurrenten ankommt.⁴⁴ Unter besonderen Voraussetzungen bedarf es auch eines Größenvergleichs mit der Marktgegenseite. Nach Ansicht des BGH ist nicht nur auf den horizontalen Vergleich der Größen der behinderten oder diskriminierten Unternehmen zu ihren Wettbewerbern abzustellen.⁴⁵ Der BGH weist vielmehr darauf hin, dass – jedenfalls für die Beurteilung der unternehmensbedingten Abhängigkeit – auch auf das vertikale Größenverhältnis dieser Unternehmen zu den als Normadressaten in Betracht stehenden Unternehmen auf der anderen Marktseite abzustellen ist.⁴⁶

⁴³ Markert in Immenga/Mestmäcker, *GWB* § 20, Rn. 6 ff.

⁴⁴ Loewenheim in *LMRKM*, *GWB* § 20, Rn. 9; BGH 12. 12. 2017 – KZR 50/15, *GRUR* 2018, 441 Rn. 13 – Rimowa; BGH 19. 1. 1993, KVR 25/91, *GRUR* 1993, 592/594 – Herstellerleasing; BGH 24. 9. 2002, KVR 8/01, WuW/E DE-R 984/987 f. – Konditionen Anpassung.

⁴⁵ Reg.Begr. zur 5. *GWB*-Novelle BT-Drs. 11/4610, 15 f.; Bechtold/Bosch, *GWB* § 20, Rn. 10.

⁴⁶ BGH, 19.1.1993, KVR 25/91, WuW/E BGH 2875, 2878 f. – Herstellerleasing. Ebenso: BGH, 24.9.2002, KVR 8/01, WuW/E DE-R 984, 987 f. – Konditionen Anpassung; BGH, 6.10.2015, KZR 87/13, Rn. 56, NZKart 2015, 535 – Porsche-Tuning; BGH, 12.12.2017, KZR 50/15, Rn. 13, NZKart 2018, 134 – Rimova; Markert in Immenga/Mestmäcker, *GWB* § 20, Rn. 10.

Die Abhängigkeit besteht dann, wenn ein Unternehmen auf einem bestimmten Markt zur Erhaltung seiner Wettbewerbsfähigkeit auf Unternehmen bzw. Unternehmensvereinigungen mit relativer Marktmacht angewiesen ist und für das abhängige Unternehmen keine ausreichenden und zumutbaren Möglichkeiten bestehen, auf dem sachlich relevanten Markt auf andere Unternehmen auszuweichen. Abhängig kann auch ein Unternehmen sein, das seine Tätigkeit erst aufnehmen will.⁴⁷ Bei der Beurteilung der Ausweichmöglichkeiten kommt es auf die Sicht des kleinen oder mittleren Unternehmens und nicht etwa auf das Absatz- oder Nachfragegebiet des marktstarken Unternehmens an.⁴⁸ So kann beispielsweise eine sog. unternehmensbedingte Abhängigkeit vorliegen, wenn ein Unternehmen seinen Geschäftsbetrieb im Rahmen langfristiger Vertragsbeziehungen so stark auf einen bestimmten Abnehmer oder Anbieter ausgerichtet hat, dass nur unter Inkaufnahme gewichtiger Wettbewerbsnachteile auf andere Unternehmen ausgewichen werden kann.⁴⁹ Die relative Marktmacht ergibt sich demzufolge daraus, dass die Abhängigkeit aus dem marktstarken Unternehmen einen Zwangspartner macht.

Die Bewertung der Marktstellung eines Vorlieferanten erfolgt demnach anhand dieser gesetzlich definierten Marktbeherrschungs- und Vermutungstatbestände im Rahmen einer Gesamtschau der tatsächlichen Wettbewerbsverhältnisse. Hierzu kann der (nicht abschließende) Kriterienkatalog des § 18 Abs. 3 GWB herangezogen werden. Dabei müssen nicht etwa alle dort genannten Strukturmerkmale kumulativ in überragendem Maße vorliegen.⁵⁰ Bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens sind alle mit ihm nach § 36 Abs. 2 GWB konzernrechtlich, darüber hinaus auch zu einer wettbewerblichen Einheit verbundenen Unternehmen einzubeziehen.⁵¹ Mit Hilfe der nachfolgend detaillierter beschriebenen Kriterien ist festzustellen, ob einem Unternehmen ein vom Wettbewerb nicht mehr hinreichend kontrollierter Verhaltensspielraum zusteht.

⁴⁷ Bechtold/Bosch, GWB § 20, Rn. 11 f.

⁴⁸ Westermann in MüKo, GWB § 20, Rn. 23.

⁴⁹ Markert in Immenga/Mestmäcker, GWB § 20, Rn. 38.

⁵⁰ Fuchs/Möschel in Immenga/Mestmäcker, GWB § 18, Rn. 96f.

⁵¹ Bechtold/Bosch, GWB § 18, Rn. 34.

5.2.1 Marktanteil

Dem Kriterium des Marktanteils aus § 18 Abs. 3 Nr. 1 GWB kommt in der Praxis die größte Bedeutung für die Bestimmung einer überragenden Marktstellung zu. Zur Berechnung des Marktanteils eines Unternehmens wird zunächst das Gesamtvolumen des relevanten Marktes bestimmt. Dazu wird der Absatz aller im räumlich relevanten Markt tätigen Anbieter berechnet. Üblicherweise wird dieser auf Basis der Umsätze ermittelt. Es kann jedoch auch sinnvoll sein, Marktanteile anhand anderer geeigneter Größen zu bestimmen. Aufgrund der Art und Beschaffenheit von Fremdwasser ist nach Auffassung der Landeskartellbehörde eine mengenbezogene Marktanteilsberechnung sachgerecht, sodass für die hiesige Untersuchung als Gesamtvolumen auf die abgesetzten Kubikmeter Fremdwasser in Trinkwasserqualität abgestellt wird.⁵² Für den Marktanteil des einzelnen Vorlieferanten wird sodann dessen Absatz im räumlichen Markt zum Gesamtvolumen in Beziehung gesetzt. D.h. wenn ein Vorlieferant der einzige Anbieter in einem räumlich relevanten Markt ist, wird dieser einen Marktanteil von 100 Prozent aufweisen. Sind jedoch weitere Vorlieferanten auf dem relevanten Markt tätig, sinkt der prozentuale Marktanteil der einzelnen Vorlieferanten entsprechend.⁵³

Bei der Bewertung von Marktmacht ist jedoch nicht lediglich auf den absoluten Marktanteil, sondern auch auf den Abstand zum nächst größeren Wettbewerber und die Verteilung der Marktanteile auf die übrigen Wettbewerber (sog. relativer Marktanteil) abzustellen. Ein großer Marktanteilsabstand kann ein Indiz für Marktmacht darstellen. Des Weiteren ist die Entwicklung der Marktanteile im Zeitablauf zu berücksichtigen, da die Indizwirkung hoher Marktanteile umso stärker ist, wenn die Marktanteile über mehrere Jahre konstant geblieben sind und einen großen Abstand zum nächstfolgenden Wettbewerber aufweisen.⁵⁴ Hingegen können Marktanteilsverschiebungen auch bei hohen Marktanteilen auf wesentlichen Wettbewerb hindeuten.⁵⁵ Ein hoher Marktanteil ist dementsprechend für sich genommen noch nicht ausreichend,

⁵² Hierdurch kann auch die Gefahr einer verzerrten Bewertung der Marktanteile aufgrund überhöhter oder zu niedriger Preise reduziert werden.

⁵³ Bechtold/Bosch, GWB § 18, Rn. 35f.

⁵⁴ BKartA, Leitfaden Marktbeherrschung, Rn. 31f.

⁵⁵ Bechtold/Bosch, GWB § 18, Rn. 35.

um eine überragende Stellung anzunehmen, sondern kann lediglich Indiz für den Grad der Vermachtung eines Marktes durch ein oder mehrere Unternehmen sein. Den übrigen Kriterien kommt dabei ein umso geringeres Gewicht zu, je höher die Marktanteile des Unternehmens sind.

5.2.2 Finanzkraft

Das Kriterium der Finanzkraft aus § 18 Abs. 3 Nr. 2 GWB umfasst die Gesamtheit der finanziellen Mittel und Möglichkeiten eines Unternehmens, insbesondere die Finanzierungsmöglichkeiten nach Eigen- und Fremdfinanzierung sowie einen Zugang zum Kapitalmarkt.⁵⁶ Nach der Rechtsprechung wird die Finanzkraft anhand des Unternehmensumsatzes – unter Einbeziehung aller verbundenen Unternehmen – bemessen.⁵⁷ Zudem können weitere Kennzahlen (z.B. Cashflow, Umsatzrendite, das Verhältnis von Eigenkapital und Bilanzsumme etc.) Rückschlüsse auf die Finanzkraft eines Unternehmens zulassen, wobei diese der Öffentlichkeit regelmäßig nicht bekannt sind.⁵⁸ Die Finanzkraft ist deshalb von Bedeutung, da Marktmacht auch darauf beruhen kann, dass durch die Finanzkraft eines Unternehmens tatsächliche oder potenzielle Wettbewerber in ihrem Wettbewerbsverhalten entmutigt und von einer aggressiven Wettbewerbspolitik abgeschreckt werden (sog. Abschreckungs- und Entmutigungseffekt).⁵⁹ Die überlegene Finanzkraft eines Unternehmens eröffnet diesem somit Verhaltensspielräume beim Einsatz seiner Wettbewerbsparameter.

Im Rahmen der Sektoruntersuchung wurden bei den Vorlieferanten auch die Gesamtumsätze (der entgeltlichen Wasserabgabe) abgefragt.⁶⁰ Die Auswertung hat erhebliche Unterschiede bei der Umsatzhöhe ergeben. So gibt es einige wenige Vorlieferanten, die sehr hohe Umsätze generieren. Dahinter folgen mit erheblichem Abstand viele Vorlieferanten mit deutlich begrenzteren finanziellen Ressourcen und vergleichsweise geringen Umsätzen. Infolgedessen ist davon auszugehen, dass einzel-

⁵⁶ Fuchs/Möschel in Immenga/Mestmäcker, GWB § 18, Rn. 110.

⁵⁷ BGH, Beschl. v. 25.06.1985, KVR 3/84.

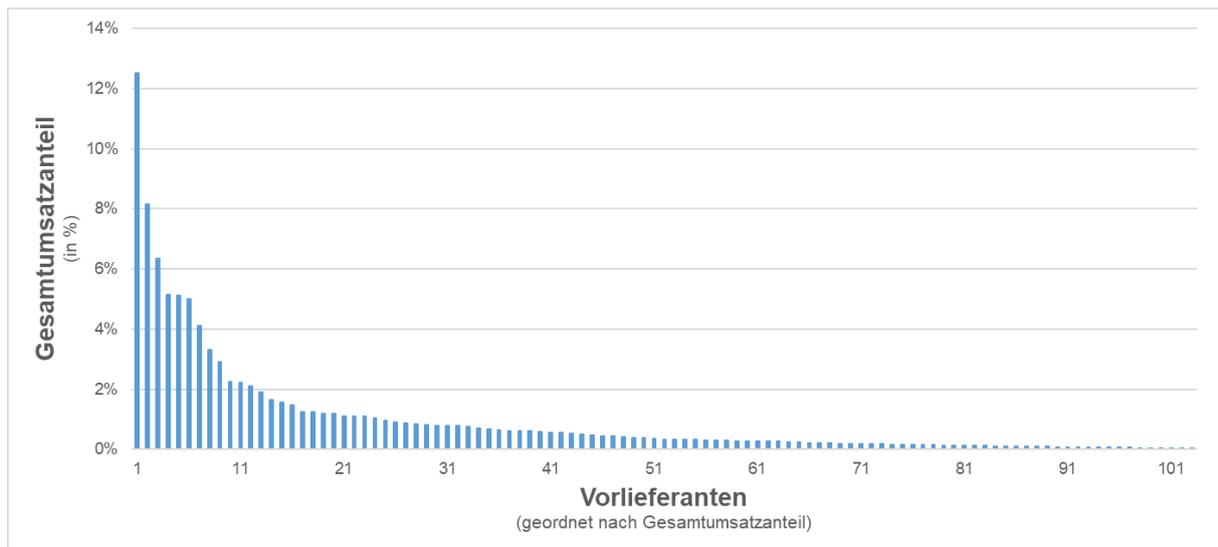
⁵⁸ Kühnen in LMRKM, GWB § 18, Rn. 81.

⁵⁹ BGH, Beschl. v. 25.06.1985, KVR 3/84.

⁶⁰ In den Gesamtumsätzen sind nicht nur die entgeltlichen Abgaben an Weiterverteiler, sondern auch (soweit vorhanden) die Abgaben an Haushalts- und Kleingewerbekunden, Industrie- und Sondervertragskunden sowie sonstige entgeltliche Abgaben der Wassersparte enthalten.

ne Vorlieferanten in Nordrhein-Westfalen über eine überlegene Finanzkraft verfügen. Die Gesamtumsatzanteile der 103 untersuchten Vorlieferanten sind in Abbildung 9 dargestellt.

Abbildung 9: Gesamtumsatzanteil (2016)



5.2.3 Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten

Mit Hilfe des Kriteriums aus § 18 Abs. 3 Nr. 3 GWB wird beurteilt, inwieweit einem Unternehmen aufgrund seiner guten Zugangsmöglichkeiten zu Beschaffungs- und Absatzmärkten erweiterte wettbewerbliche Verhaltensspielräume eröffnet werden, die ihm Marktmacht auf dem betroffenen Markt verschaffen können. Ein bevorzugter Zugang zu Beschaffungsmärkten kann beispielsweise dann bestehen, wenn ein Unternehmen Sonderkonditionen erhält bzw. sich aufgrund seiner vertikalen Integration kostengünstigere Beschaffungsmöglichkeiten wichtiger Vorprodukte sichern kann und hieraus ein dauerhafter Wettbewerbsvorsprung gegenüber anderen Anbietern entsteht. Dies gilt umso mehr, wenn es den anderen Anbietern nicht in vergleichbarer Weise möglich ist, solche vertikalen Verbindungen aufzubauen oder zu ähnlich günstigen Konditionen von Dritten zu beschaffen.⁶¹ Im Rahmen der Sektoruntersuchung wurde ermittelt, inwieweit die Vorlieferanten das abzugebende Wasser selbst fremdbeziehen. Die Auswertung hat ergeben, dass insbesondere die großen Vorlieferan-

⁶¹ BKartA, Leitfaden Marktbeherrschung, Rn. 49 ff.

ten an Wassergewinnungsgesellschaften beteiligt sind, bei denen sie das Wasser zu vergleichsweise günstigen Konditionen beschaffen können.

Neben dem Zugang zu den Beschaffungsmärkten kann ein Unternehmen aber auch aufgrund eines bevorzugten Zugangs zu Absatzmärkten einen Wettbewerbsvorsprung erlangen. In Bezug auf den nordrhein-westfälischen Vorlieferantenmarkt hat die Auswertung der Daten ergeben, dass zahlreiche Vorlieferanten an ihren Abnehmern beteiligt sind. Aufgrund der verschiedenen Marktstufen in der Wasserwirtschaft ist auch nicht zu vernachlässigen, dass insgesamt knapp 69 Prozent der Vorlieferanten selbst Letztverbraucher im Rahmen der öffentlichen Trinkwasserversorgung in eigenen Tarifgebieten versorgen.⁶² Einen ganz besonderen Vorsprung haben einige wenige Vorlieferanten, die aufgrund zahlreicher Wasserförderungsstandorte und Versorgungsgebiete ein großräumiges Angebot bzw. Belieferung mit Fremdwasser sicherstellen können und dadurch einen bevorzugten Zugang zu Absatzmärkten haben.

Letztendlich können solche Vorsprünge bei den Zugangsmöglichkeiten dazu führen, dass die Marktsituation von Wettbewerbern nachhaltig beeinträchtigt wird (Marktschließungseffekt), wenn diese nicht über gleichwertige Zugangsmöglichkeiten verfügen.⁶³

5.2.4 Verflechtungen mit anderen Unternehmen

Gemäß dem Kriterium aus § 18 Abs. 3 Nr. 4 GWB sind bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern, Verflechtungen mit anderen Unternehmen zu berücksichtigen. Darunter sind nicht etwa die konzernmäßigen Verflechtungen zu verstehen, die gemäß § 36 Abs. 2 GWB zu Unternehmensverbänden führen, da diese kartellrechtlich ohnehin als einheitliches Unternehmen anzusehen sind. Gemeint sind stattdessen Beteiligungen ohne Beherrschungsmöglichkeiten oder andere wirtschaftliche, rechtliche, finanzielle oder personelle Verflechtungen zwischen Unternehmen mit Wettbewerbern, Kunden oder Liefe-

⁶² Bechtold/Bosch, GWB § 18, Rn. 47.

⁶³ Fuchs/Möschel in Immenga/Mestmäcker, GWB § 18, Rn. 113.

ranten, die insoweit Bedeutung gewinnen. So kann beispielsweise die Personenidentität in relevanten Gremien und/oder Organen eine besonders starke Verflechtung im Sinne von Nr. 4 darstellen.⁶⁴ Die wettbewerbliche Relevanz ergibt sich aus der Annahme, dass aufgrund von vorhandenen Verflechtungen beim Marktverhalten Rücksicht genommen werden könnte und dies letztendlich zu wettbewerbsdämpfenden Effekten führen kann.⁶⁵ Denn die verflochtenen Unternehmen können auf diesem Wege z.B. Kenntnis über einen bedeutenden Teil der Nachfrage sowie über geforderte Preise und avisierte Preisänderungen erlangen.

Das Kriterium der Verflechtungen mit anderen Unternehmen aus § 18 Abs. 3 Nr. 4 GWB kann sich mit dem Kriterium aus Nr. 3 teilweise überschneiden, wenn es sich um wettbewerbliche Auswirkungen durch vertikale Verflechtungen mit Abnehmern oder Lieferanten handelt. Eine weitere Überschneidung kann sich mit dem Kriterium der Finanzkraft aus Nr. 2 ergeben, wenn es um Verflechtungen mit finanzstarken Unternehmen geht. Darüber hinaus umfasst das Kriterium allerdings auch horizontale Verflechtungen mit aktuellen oder potenziellen Wettbewerbern.⁶⁶ So handelt es sich beispielsweise bei Gemeinschaftsunternehmen um eine ganz spezifische Form horizontaler Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbern mit einer vergleichsweise starken Verflechtung.⁶⁷

Im Rahmen der Untersuchung hat die Landeskartellbehörde abgefragt, ob die Vorlieferanten mit dem jeweiligen Abnehmer gesellschaftsrechtlich oder in anderer Weise (z.B. über identisch beherrschende Gesellschafter/Eigentümer) verbunden sind. Die Auswertung hat ergeben, dass die Vorlieferanten in knapp 50 Prozent der 252 Lieferbeziehungen mit dem jeweiligen Abnehmer in gesellschaftsrechtlicher oder anderer Weise verbunden sind.

Letztendlich kommt dem Kriterium der Verflechtungen zur Beurteilung der Marktstellung – soweit es sich nicht um horizontale Verflechtungen handelt – allerdings eine

⁶⁴ Fuchs/Möschel in Immenga/Mestmäcker, GWB § 18, Rn. 115.

⁶⁵ Kühnen in LMRKM, GWB § 18, Rn. 85.

⁶⁶ BKartA, Leitfaden Marktbeherrschung, Rn. 52 f.

⁶⁷ BKartA, Sektoruntersuchung Zement und Transportbeton, S. 9 f.

geringe eigenständige Bedeutung zu, da die Vorteile eines Unternehmens bei einer Verflechtung, wie gezeigt, bereits durch diverse andere Kriterien aus dem Katalog des § 18 Abs. 3 GWB abgedeckt werden.⁶⁸

5.2.5 Marktzutrittsschranken

Bei dem Kriterium aus § 18 Abs. 3 Nr. 5 GWB ist zu ermitteln, ob der Wettbewerbsdruck auf die vorhandenen Marktakteure dadurch gemindert ist, dass rechtliche oder tatsächliche Marktzutrittsschranken andere Unternehmen daran hindern, auf dem Markt tätig zu werden. Hingegen können niedrige Marktzutrittsschranken auf potenziellen Wettbewerb hindeuten, der die Entscheidungs- und Verhaltensspielräume der etablierten Marktakteure beeinflusst und damit gegen eine Marktbeherrschung sprechen.⁶⁹ Denn solange die Marktakteure jederzeit mit dem Markteintritt eines Wettbewerbers rechnen müssen, ist es wenig wahrscheinlich, dass es nicht hinreichend kontrollierte Verhaltensspielräume gibt.⁷⁰ Dabei kommen als potenzielle Wettbewerber sowohl Newcomer als auch Unternehmen auf benachbarten bzw. vor- oder nachgelagerten Märkten in Betracht. Allerdings reicht für einen wirksamen Wettbewerbsdruck von außen nicht eine bloß theoretische Möglichkeit des Marktzutritts. Vielmehr ist eine tatsächliche Wahrscheinlichkeit erforderlich. Die Wahrscheinlichkeit eines Markteintritts bemisst sich nach den (technischen) Möglichkeiten und den wirtschaftlichen Anreizen.⁷¹ Diese Möglichkeiten und Anreize werden wiederum von verschiedenen Arten von Marktzutrittsschranken beeinflusst:

Rechtliche Marktzutrittsschranken liegen etwa vor, wenn staatliche Vorschriften den Marktzutritt erschweren oder ausschließen. Dazu gehören z.B. staatlich geschützte Monopole, durch den Staat vergebene (zahlenmäßig beschränkte) Lizenzen oder nötige Betriebsgenehmigungen.⁷² Bezogen auf den Vorlieferantenmarkt beim Fremdwasserbezug sind hier insbesondere die Wasserrechte von Bedeutung, wonach potenzielle Marktakteure für neue wasserrechtlich relevante Benutzungen zu-

⁶⁸ Fuchs/Möschel in Immenga/Mestmäcker, GWB § 18, Rn. 115.

⁶⁹ Bechtold/Bosch, GWB § 18, Rn. 49.

⁷⁰ Kühnen in LMRKM, GWB § 18, Rn. 86.

⁷¹ BKartA, Leitfaden Marktbeherrschung, Rn. 58 ff.

⁷² BKartA, Sektoruntersuchung Zement und Transportbeton, S. 116.

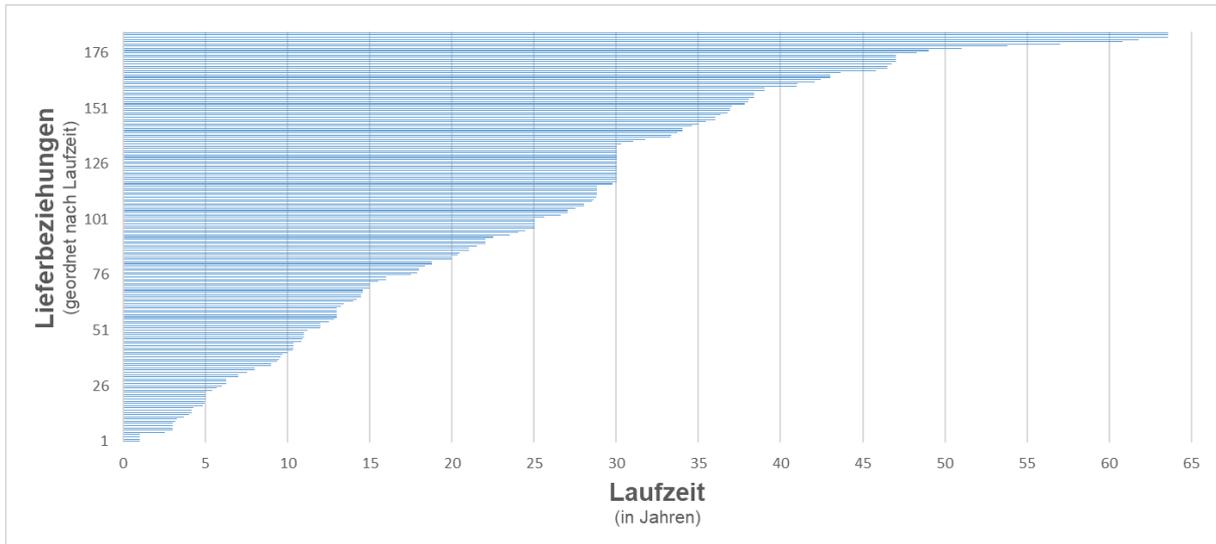
nächst eine wasserrechtliche Gestattung zum Zwecke der öffentlichen Trinkwasserversorgung bei der zuständigen Behörde erwirken müssen. Dies kann aufgrund der dafür erforderlichen Prüfverfahren erhebliche Zeit in Anspruch nehmen.⁷³ Des Weiteren kann die Bindung der Marktgegenseite durch langfristige Bedarfsdeckungsklauseln als rechtliche Marktzutrittsschranke wirken.⁷⁴ Diesbezüglich hat die Auswertung der Daten ergeben, dass sich knapp 20 Prozent der Weiterverteiler in den 252 Lieferbeziehungen verpflichtet haben, ihren gesamten Wasserbedarf durch die Abnahme ausschließlich beim jeweiligen Vorlieferanten zu decken (Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung).⁷⁵ Damit wird der Wettbewerb beim Bezug von Fremdwassermengen – zumindest für die Laufzeit des Wasserlieferungsvertrages – ausgeschlossen, da das belieferte Unternehmen durch die Ausschließlichkeitsbindung daran gehindert ist, bei anderen Vorlieferanten Fremdwasser zu beziehen. Des Weiteren haben sich rund 31 Prozent der Weiterverteiler verpflichtet, das ihnen gelieferte Wasser nicht in andere Versorgungsgebiete zu liefern, wodurch der Weiterverkauf der bezogenen Fremdwassermengen ausgeschlossen wird und sie mit diesen Mengen selbst nicht als Vorlieferanten für Dritte tätig werden können. Solche Vereinbarungen entfalten aufgrund der zumeist langen Vertragslaufzeiten besonderes Gewicht. Diesbezüglich hat die Auswertung der im Rahmen der Untersuchung angegebenen Vertragslaufzeiten ergeben, dass die durchschnittlich vereinbarte Vertragslaufzeit bei 16 Jahren liegt. Tatsächlich laufen die Wasserlieferungsverträge durchschnittlich sogar mehr als 23,5 Jahre und in der Spitze vereinzelt mehr als 60 Jahre, da die Verträge z.B. verlängert werden oder nicht vom Kündigungsrecht Gebrauch gemacht wird. In der nachfolgenden Abbildung 10 sind die in der Untersuchung erhobenen Angaben⁷⁶ zu den tatsächlichen Laufzeiten dargestellt.

⁷³ Suhl, Wettbewerbssituation in der Wasserversorgung, Rn. 162.

⁷⁴ Kühnen in LMRKM, GWB § 18, Rn. 87.

⁷⁵ Zur langfristigen Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung in einem Liefervertrag zwischen Gasversorgern siehe LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 23.06.2006, 4 HK O 10529/05.

⁷⁶ In der Abbildung sind lediglich die tatsächlichen Vertragslaufzeiten von 185 Lieferbeziehungen abgebildet, da nicht alle Vorlieferanten Angaben zum Vertragsbeginn machen (konnten).

Abbildung 10: Laufzeiten der Wasserlieferungsverträge

Insbesondere wenn gleichartige Vereinbarungen in einer Branche weit verbreitet sind, kann es zu einem Marktschließungseffekt kommen. Infolgedessen erschweren die rechtlichen Vertragsvereinbarungen in Kombination mit den langen Vertragsbindungen den Marktzutritt neuer Akteure.

Strukturelle Marktzutrittsschranken beruhen hingegen auf den konkreten Eigenschaften des Marktes bzw. des Produktionsprozesses der betreffenden Güter oder auf der besonderen Marktstellung eines Unternehmens. Diese wirken sich i.d.R. unmittelbar auf die Höhe der Kosten des Marktzutritts und/oder die Höhe der nach dem Zutritt zu erwartenden Erlöse aus. Im Hinblick auf die Kosten des Marktzutritts sind insbesondere sogenannte „versunkene Kosten“ („sunk costs“) bedeutsam, die beim Markteintritt entstehen, aber beim Marktaustritt nicht zwingend wiedererlangt werden können. Darüber hinaus können sich Größenvorteile der Produktion (sog. Skaleneffekte oder „economies of scale“) auf die Möglichkeit zum Marktzutritt auswirken. Ein bestimmtes Mindestvolumen der Produktion für einen erfolgsversprechenden Marktzutritt („minimum scale of entry“) ergibt sich insbesondere dann, wenn die Herstellung eines Produktes relativ hohe Fixkosten aber vergleichsweise niedrige variable Kosten verursacht. Kostenrelevante Marktzutrittsschranken können sich auch daraus ergeben, dass bestimmte Anlagen nicht duplizierbar sind oder eine Duplizierung nicht wirtschaftlich wäre. Dies gilt für Netze im Bereich leitungsgebundener Industrien und an-

dere sog. wesentliche Einrichtungen („essential facilities“).⁷⁷ Als strukturelle Marktzutrittsschranken beim Vorlieferantenmarkt können die hohen (Investitions-)Kosten eines Marktzutritts angesehen werden, die sich nur über einen sehr langen Zeitraum amortisieren. Würde ein gänzlich neuer Marktakteur in den Vorlieferantenmarkt eintreten wollen, so hätte dieser aufgrund der hohen Kapitalintensität in der Wasserversorgung enorme Marktzutrittskosten. Zudem gestaltet sich die Suche nach einem geeigneten Standort schwierig. So muss angesichts der beschränkten Transportfähigkeit ein Standort in möglichst unmittelbarer Nähe zu den Abnehmern gefunden werden, an dem geeignete Wasservorkommen vorzufinden sind. Auch bei der Entscheidung über die Ausweitung der Eigenförderungskapazitäten eines etablierten Endkundenversorgers zur Erschließung neuer Liefergebiete als Vorlieferant entstehen hohe Kosten, die möglicherweise nur über lange Laufzeiten amortisiert werden können. Die Auswertung der Daten der Untersuchung hat beispielsweise ergeben, dass bei 22 Prozent der Lieferbeziehungen vom Vorlieferanten ausschließliche Anlagen für die Belieferung des Vertragspartners (z.B. Transportleitungen, Übergabebauwerke etc.) errichtet wurden, die zum Teil mit enormen Baukosten verbunden waren. Dies führt insgesamt dazu, dass aufgrund der Eigenschaften des Marktes bzw. des Produktionsprozesses von hohen Marktzutrittsschranken im Vorlieferantenmarkt auszugehen ist.

5.2.6 Tatsächlicher oder potenzieller Wettbewerb

Der tatsächliche oder potenzielle Wettbewerb durch Unternehmen, die innerhalb oder außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes ansässig sind, ist Grundlage des Kriteriums in § 18 Abs. 3 Nr. 6 GWB. Mit diesem Kriterium wird zum Ausdruck gebracht, dass auch ausländische Sachverhalte, die auf die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Inlandsmarkt Einfluss haben, in die notwendige Gesamtschau einzubeziehen sind.⁷⁸ Die Marktmacht der Marktakteure kann dementsprechend auch durch Wettbewerb von außen beschränkt werden. Aufgrund der lediglich regionalen Ausdehnung der relevanten Vorlieferantenmärkte kommt hier insbesondere der Stärke des Wettbewerbsdrucks durch Fremdwasserlie-

⁷⁷ BKartA, Leitfaden Marktbeherrschung, Rn. 64 ff.

⁷⁸ Fuchs/Möschel in Immenga/Mestmäcker, GWB § 18, Rn. 120.

ferungen von im Ausland ansässigen Unternehmen in Grenznähe Bedeutung zu. Anhand der Auswertung der Lieferbeziehungen im Rahmen der Untersuchung ist jedoch festzustellen, dass ein Außenwettbewerb in Form von derartigen Fremdwasserlieferungen derzeit kaum zu beobachten ist bzw. lediglich in Ausnahmefällen vereinzelt auftritt. Dies ergibt sich bereits aus der beschränkten Transportfähigkeit von Fremdwasser. Nach Auffassung der Landeskartellbehörde ist der räumlich relevante Markt beim Vorlieferantenmarkt dementsprechend auf das Inland beschränkt und sogar kleiner als das Bundesgebiet bzw. Nordrhein-Westfalen. Vielmehr ist der räumlich relevante Markt auf regionale bzw. lokale Gebiete in Nordrhein-Westfalen einzugrenzen, sodass keine wettbewerbliche Relevanz durch Fremdwasserlieferungen von im Ausland ansässigen Unternehmen gegeben ist.

5.2.7 Umstellungsflexibilität

Gemäß dem Kriterium in § 18 Abs. 3 Nr. 7 GWB ist bei der Marktmachtprüfung auch die Umstellungsflexibilität zu berücksichtigen, d.h. die Fähigkeit eines Unternehmens, sein Angebot oder seine Nachfrage auf andere Waren oder gewerbliche Leistungen umzustellen. Damit ist grundsätzlich sowohl die Angebotsumstellungsflexibilität auf Angebotsmärkten als auch die Nachfrageumstellungsflexibilität auf Nachfragemärkten umfasst.

Bezogen auf den Vorlieferantenmarkt als Angebotsmarkt kommt es bei der vorliegenden Untersuchung jedoch nur auf die Fähigkeit der Vorlieferanten an, ihre angebotenen Waren oder Leistungen flexibel umstellen zu können. Je größer diese Fähigkeit ist, desto geringer ist die Abhängigkeit des Vorlieferanten von seinen Abnehmern. Dies ist jedoch nur dann ein Zeichen für Marktstärke, wenn die Umstellungsflexibilität eines Unternehmens größer ist als die seiner Wettbewerber.⁷⁹ Es kommt demnach darauf an, ob einzelne Vorlieferanten vergleichsweise einfach ihre Produktion von Produkt X auf Produkt Y umstellen können. Für die Marktstärke eines Anbieters ist es darüber hinaus relevant, ob er sein Angebot auch innerhalb desselben

⁷⁹ Bechtold/Bosch, GWB § 18, Rn. 52.

Marktes umstellen kann, d.h. das Produkt X ebenso in anderen Qualitäten, Größen oder Ausführungen anbieten kann.⁸⁰

5.2.8 Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite

Das Kriterium aus § 18 Abs. 3 Nr. 8 GWB befasst sich mit den Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite. Diesem Kriterium liegt die Überlegung zugrunde, dass sich eine marktstarke Stellung dann nicht begründen lässt, je eher die Marktgegenseite auf andere Unternehmen ausweichen kann.⁸¹ Besitzt eine für den Markt erhebliche Anzahl an Unternehmen ausreichende und zumutbare Bezugsalternativen, so kann eine starke Stellung eines Unternehmens relativiert werden.⁸² Dabei sind die Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite nicht nur beschränkt für den relevanten Markt zu betrachten, sondern es sind auch Ausweichmöglichkeiten außerhalb des relevanten Marktes einzubeziehen.⁸³

Nach Auffassung der Landeskartellbehörde ist demnach bezogen auf den Vorlieferantenmarkt auch die Möglichkeit derjenigen belieferten Unternehmen, die die Eigenförderung von Wasser ausweiten bzw. aufnehmen können (Eigensubstitution), um somit eine Ausweichmöglichkeit zum Fremdbezug zu haben, in die Betrachtung einzubeziehen. Im Rahmen der Untersuchung wurden die Weiterverteiler befragt, ob die Möglichkeit bestünde die Eigenförderung auszuweiten bzw. aufzunehmen. Dies haben knapp 83 Prozent der Unternehmen verneint, da z.B. weder die technischen Anlagen noch die genehmigten maximalen Wasserfördermengen vorhanden seien bzw. eine Aufnahme einer Eigenwasserförderung aufgrund des begrenzten Versorgungsgebietes nicht wirtschaftlich sei. Insofern stellt die Aufnahme bzw. Ausweitung der Eigenförderung in nur seltenen Fällen eine ausreichende Ausweichmöglichkeit dar.

Darüber hinaus ist festzustellen, dass die Weiterverteiler u.a. aufgrund der beschränkten Transportfähigkeit von Wasser stets nur sehr wenige potenzielle Vorlieferanten in der Nähe haben. Hinzu kommen die bereits beschriebenen technischen

⁸⁰ Bechtold/Bosch, GWB § 18, Rn. 53.

⁸¹ Fuchs/Möschel in Immenga/Mestmäcker, GWB § 18, Rn. 123.

⁸² Kühnen in LMRKM, GWB § 18, Rn. 96.

⁸³ Bechtold/Bosch, GWB § 18, Rn. 55.

und wirtschaftlichen Gegebenheiten, die die Ausweichmöglichkeiten der Weiterverteiler erheblich einschränken. Diesbezüglich wurden die Weiterverteiler befragt, ob sie die Möglichkeit geprüft hätten, auf andere Vorlieferanten umzustellen. Insgesamt 65 Prozent der Weiterverteiler gaben an, diese Möglichkeit geprüft zu haben. Davon kamen 57 Prozent zu dem Prüfergebnis, dass es keine anderen Vorlieferanten gäbe. Des Weiteren wurde gefragt, ob andere Vorlieferanten höhere Preise hätten. Hierzu machten lediglich 36 Prozent der Weiterverteiler Angaben, wovon knapp die Hälfte diese Frage bejahten. Darüber hinaus wurde gefragt, ob die Vorlieferantenwahl auf einer politischen Entscheidung beruhe und ob die derzeitige Vertragsgestaltung keinen Wechsel zuließe (z.B. aufgrund der Vertragslaufzeit). Zu diesen Fragen machten jeweils nur die Hälfte der Weiterverteiler Angaben. Wovon 26 Prozent die Vorlieferantenwahl aufgrund einer politischen Entscheidung bejahten und 74 Prozent die derzeitige Vertragsgestaltung als Wechselhindernis bezeichneten. Die Weiterverteiler hatten zudem die Möglichkeit, in einem Freitextfeld weitere Angaben zu diesem Themenkomplex zu machen. Die Auswertung hat insbesondere ergeben, dass der Wechsel zu einem anderen Vorlieferanten nur nach Bau bzw. Sanierung entsprechender Zubringer- und Transportleitungen möglich sei, was aber häufig von den Weiterverteilern als wirtschaftlich nicht sinnvoll und technisch teilweise unmöglich bewertet wurde. Zudem schränke die zu beziehende Wasserqualität (Mischbarkeit in den Netzen) die Auswahl an potentiellen Vorlieferanten ein. Für die von einem Wasserverband belieferten Unternehmen sei ein Austritt aus dem Verband nur über Auflösung des Verbandes oder Aufhebung der Mitgliedschaft möglich. Des Weiteren wurde angegeben, dass ein Bezug von anderen Vorlieferanten deshalb nicht möglich sei, da diese nicht über die erforderlichen Erzeugungskapazitäten und Mengenabsicherungen verfügten.

Spiegelbildlich dazu wurden die Vorlieferanten befragt, aus welchen Gründen sie die Belieferung von Weiterverteilern in der Vergangenheit ablehnten. Rund 68 Prozent der Vorlieferanten gaben an, dass eine Belieferung bisher nicht abgelehnt worden sei. Aus technischen und/oder wirtschaftlichen Gründen lehnten fünf Vorlieferanten die Belieferung von Weiterverteilern ab. Weitere fünf Vorlieferanten antworteten, dass keine weiteren Kapazitäten verfügbar seien. Bei den 77 Vorlieferanten mit Ei-

genförderung waren die Kapazitäten im Jahr 2016 zu durchschnittlich 75 Prozent ausgelastet.⁸⁴ Zudem gaben rund 91 Prozent der Vorlieferanten mit Eigenförderung an, dass sie keine (historisch bedingten) Überkapazitäten hätten. Diese Angaben lassen vermuten, dass zwar Ausweichmöglichkeiten der Nachfrager vorhanden, allerdings durch begrenzte Kapazitäten bei den Vorlieferanten erheblich eingeschränkt sind.

Letztendlich haben lediglich 16 Prozent der Weiterverteiler ein oder mehrere alternative Vorlieferanten benannt, die theoretisch aufgrund der räumlichen Nähe (in durchschnittlicher Entfernung von 13 km) in Betracht kämen. Allerdings seien diese Alternativen tatsächlich in den meisten Fällen nicht realisierbar, weil die Umstellung auf einen anderen Vorlieferanten aus wirtschaftlichen Gründen ausscheide, da die Umstellungskosten nicht wirtschaftlich seien und zudem der Wechsel aufgrund bestehender Vertragslaufzeiten nicht möglich wäre. Da es für das Kriterium der Ausweichmöglichkeit nicht ausreicht, wenn einzelne Unternehmen zumutbare Ausweichmöglichkeiten haben, sondern eine generalisierende Betrachtung der Marktgegenseite erfolgt, ist insgesamt davon auszugehen, dass der Marktgegenseite, also den Weiterverteilern beim Fremdbezug, i.d.R. keine ausreichenden Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stehen.

5.2.9 Gesamtschau

Die einzelnen Merkmale des Kriterienkatalogs aus § 18 Abs. 3 GWB sind stets in einer Gesamtschau zu betrachten. Zur Feststellung einer überragenden Marktstellung ist es nicht notwendig, dass alle gesetzlichen Merkmale kumulativ vorliegen. Es reicht bereits aus, wenn ein Kriterium in außergewöhnlichem Maße vorhanden ist und die Stellung eines Unternehmens entscheidend prägt. Lediglich beim Kriterium des Marktanteils müssen noch andere Kriterien unterstützend hinzukommen.⁸⁵ Der Gesetzeswortlaut („insbesondere“) macht deutlich, dass es sich bei § 18 Abs. 3 GWB um keine abschließende Aufzählung handelt, sodass auch andere Kriterien zur Fest-

⁸⁴ Als Kapazität der Vorlieferanten mit Eigenförderung wurde die maximal genehmigte Wasserfördermenge (Wasserrechte) angenommen. Dementsprechend ist die Auslastung der Quotient aus der tatsächlich geförderten Jahresmenge und den Wasserrechten.

⁸⁵ Bechtold/Bosch, GWB § 18, Rn. 56.

stellung einer überragenden Marktstellung herangezogen werden können. Beispielsweise kann eine starke Marktstellung auch damit begründet werden, dass ein Unternehmen aufgrund dauerhafter Lieferbereitschaft jederzeit den Markt bedienen kann, während Mitbewerber entsprechende Produkte erst herstellen oder ankaufen müssten.⁸⁶ Letztendlich kommt es also auf eine Betrachtung der für die Marktstellung prägenden Gesamtumstände an.

Aufgrund der erheblichen regionalen Unterschiede wird eine generelle Bewertung der Marktmachtverhältnisse auf dem Vorlieferantenmarkt erschwert. Während in einigen Regionen monopolartige Strukturen vorherrschen, existieren andere Regionen, in denen Anbieter scheinbar zueinander im Wettbewerb stehen. Trotz der regionalen Unterschiede kann festgehalten werden, dass der betrachtete Markt mit den oben beschriebenen Merkmalen systemimmanent marktbeherrschende Verhältnisse begünstigt.

Eine im Rahmen der Marktmachtprüfung festgestellte wirtschaftliche Machtstellung an sich ist nicht verboten. Anlass für ein kartellrechtliches Eingreifen ist i.d.R. erst gegeben, wenn durch die missbräuchliche Ausnutzung von Marktmacht andere Unternehmen in einer Weise behindert oder benachteiligt werden, die bei wirksamem Wettbewerb nicht möglich wäre.

5.3 Missbrauchsaufsicht

Grundsätzlich obliegt es den Marktteilnehmern, wie sie ihre vertraglichen Lieferbeziehungen ausgestalten. Die Lieferbedingungen können jedoch unter bestimmten, im Folgenden näher erläuterten Umständen, der nachträglichen Missbrauchsaufsicht unterliegen. Zweck der kartellbehördlichen Missbrauchsaufsicht ist es, das notwendige Korrektiv für eine durch Wettbewerb nicht wirksam kontrollierte Marktstellung zu bilden.⁸⁷ Der Wasserbereich unterliegt dabei einer besonderen Missbrauchsaufsicht, die unter Berücksichtigung der Eigenheiten der Wasserversorgung spezielle Regelungen für die Missbrauchskontrolle enthält (s. Kapitel 5.3.1). Zweck der besonderen

⁸⁶ Fuchs/Möschel in Immenga/Mestmäcker, GWB § 18, Rn. 124.

⁸⁷ BT-Drs. 8/2136, S. 33.

Missbrauchsaufsicht ist es, den Abnehmern der Versorgungsunternehmen Schutz vor sachlich ungerechtfertigter Behandlung – welcher sonst durch den Wettbewerb geboten wird – zu geben.⁸⁸ Neben der besonderen Missbrauchsaufsicht bleibt im Wasserbereich weiterhin die allgemeine Missbrauchsaufsicht parallel anwendbar (s. Kapitel 5.3.2). Infolgedessen kann eine Entscheidung der Kartellbehörde im Bereich der Missbrauchsaufsicht i.d.R. sowohl auf die besondere Missbrauchsaufsicht im Wasserbereich als auch auf die allgemeine Missbrauchsaufsicht gestützt werden. Die nachfolgende Darstellung konzentriert sich auf die Missbrauchstatbestände, die nach derzeitiger Auffassung der Landeskartellbehörde für den Vorlieferantenmarkt von Bedeutung sind.

5.3.1 Besondere Missbrauchsaufsicht

Im Wasserbereich sind die Vorschriften über die besondere Missbrauchsaufsicht nach § 31 Abs. 3-5 i.V.m. § 31b Abs. 3-6 GWB anwendbar. Danach unterliegen Wasserversorgungsunternehmen mit ihrem Marktverhalten einer besonderen Missbrauchsaufsicht. Im Gesetz ist ein Wasserversorgungsunternehmen in § 31 Abs. 1 GWB als „Unternehmen der öffentlichen Versorgung mit Wasser“ definiert. Als öffentliche Versorgung ist dabei auch die Versorgung durch Vorlieferanten anzusehen. Dementsprechend können neben der Missbrauchskontrolle der Wasserpreise gegenüber Letztverbrauchern somit auch die Preise eines Vorlieferanten gegenüber einem einzigen Kunden (auch einer Kommune) auf Missbrauch überprüft und als missbräuchlich beanstandet werden.⁸⁹

5.3.1.1 Vergleichsmarktkonzept

Nach § 31 Abs. 4 Nr. 2 GWB liegt ein Missbrauch vor, wenn ein Wasserversorgungsunternehmen von seinen Abnehmern ungünstigere Preise oder Geschäftsbedingungen fordert als gleichartige Wasserversorgungsunternehmen, es sei denn, das Wasserversorgungsunternehmen weist nach, dass der Unterschied auf abweichenden Umständen beruht, die ihm nicht zurechenbar sind. Nach diesem Konzept (sog. Vergleichsmarktkonzept) werden Preise gleichartiger Versorgungsunternehmen ge-

⁸⁸ BGH, Beschl. v. 21.02.1995, KVR 4/94 – Weiterverteiler.

⁸⁹ Reif/ Daiber in MüKo, GWB § 31, Rn. 50.

genübertgestellt. Wenn dementsprechend ein Vorlieferant gegenüber seinen Abnehmern ungünstigere Preise verlangt als gleichartige Vorlieferanten, so muss der betroffene Vorlieferant nachweisen, dass seine höheren Preise durch besondere Umstände gerechtfertigt sind. Im Rahmen des § 31 Abs. 4 Nr. 2 GWB trifft das Unternehmen dabei die volle Darlegungs- und Beweislast. Das Unternehmen kann den Missbrauchsvorwurf ausräumen, wenn es nachweist, dass die höheren Preise sachlich begründet sind. Unter die anerkannten sachlichen Rechtfertigungsgründe fallen Strukturelemente, die auch jedes andere Unternehmen in der Situation des betroffenen vorfinden würde und die es nicht beeinflussen kann. Dagegen haben individuelle, allein auf einer unternehmerischen Entscheidung beruhende Umstände außer Betracht zu bleiben.⁹⁰

Neben der Preiskontrolle sieht § 31 Abs. 4 Nr. 2 GWB auch einen Vergleich der Geschäftsbedingungen vor. Demzufolge kann die Verwendung von unwirksamen Klauseln in Vereinbarungen einen Missbrauch begründen (sog. Konditionenmissbrauch). Ein Konditionenmissbrauch kann insbesondere dann vorliegen, wenn die Verwendung der unwirksamen Klauseln Ausfluss großer Marktmacht des Verwenders ist und die Risikoverteilung in unverhältnismäßiger Weise zu Lasten der unterlegenen Partei vorgenommen wird. Sind in den Konditionen des Vorlieferanten beispielsweise unangemessene Preisanpassungsklauseln, unangemessen lange Vertragslaufzeiten oder einseitig zu Lasten des Abnehmers ausgestaltete Haftungsbedingungen etc. vorgesehen, so kann dies einen (Konditionen-)Missbrauch begründen.⁹¹

5.3.1.2 Kostenkontrolle

Ein Missbrauch nach § 31 Abs. 4 Nr. 3 GWB liegt dann vor, wenn ein Wasserversorgungsunternehmen Entgelte fordert, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten, wobei die Kosten anzuerkennen sind, die bei einer rationellen Betriebsführung anfallen. Diese sog. Kostenkontrolle ist neben dem Vergleichsmarktkonzept eine weitere Methode zur Überprüfung der Angemessenheit von Preisen. Für die Kon-

⁹⁰ BGH, Beschl. v. 02.02.2010, KVR 66/08 – Wasserpreise Wetzlar.

⁹¹ Reif/ Daiber in MüKo, GWB § 31, Rn. 199a.

trolle der Kosten können dabei die einschlägigen ökonomischen Theorien, wie auch Grundsätze der Strom- und Gasnetzentgeltverordnung, herangezogen werden.⁹²

5.3.1.3 Befugnisse der Kartellbehörde

Im Fall des Missbrauchs hat die Kartellbehörde diverse Befugnisse nach § 31b Abs. 3 GWB. Danach kann sie die beteiligten Unternehmen verpflichten,

- einen beanstandeten Missbrauch abzustellen (§ 31b Abs. 3 Nr. 1 GWB),
- die Verträge oder Beschlüsse zu ändern (§ 31b Abs. 3 Nr. 2 GWB) oder
- die Verträge oder Beschlüsse für unwirksam erklären (§ 31b Abs. 3 Nr. 3 GWB).

Allen drei Handlungsmöglichkeiten ist dabei gemein, dass sie die Kartellbehörde dazu ermächtigen, Maßnahmen für die Zukunft (und nicht für die Vergangenheit) anzuordnen.⁹³

Nach § 31b Abs. 4 GWB hat die Kartellbehörde bei einer Entscheidung über die Maßnahmen Sinn und Zweck der Freistellung⁹⁴ und insbesondere das Ziel einer möglichst sicheren und preisgünstigen Versorgung zu berücksichtigen.

Damit die Aufsicht nach einheitlichen Maßstäben erfolgen kann, legt § 31b Abs. 5 GWB fest, dass auch ein möglicher Missbrauch eines Unternehmens, das keine freistellungsfähigen Verträge abgeschlossen und von der Freistellungsmöglichkeit keinen Gebrauch gemacht hat, nach den Regeln von § 31 Abs. 3 und 4 GWB zu beurteilen ist.⁹⁵ Das bedeutet, dass § 31b Abs. 3 GWB sowohl den Freistellungs- als auch den Marktmachtmissbrauch erfasst. Allerdings wird die Bedeutung von § 31b Abs. 5 GWB dadurch relativiert, dass dieser gemäß § 185 Abs. 1 S. 2 GWB nicht auf öffentlich-rechtliche Gebühren und Beiträge anwendbar ist.⁹⁶

⁹² BGH, Beschl. v. 14.07.2015, KVR 77/13 – Wasserpreise Calw II.

⁹³ Reif/ Daiber in MüKo, GWB § 31b, Rn. 9.

⁹⁴ Bestimmte wettbewerbsbeschränkende Verträge im Bereich der Wasserwirtschaft sind vom Kartellverbot des § 1 GWB freigestellt, damit sich durch die Gewährung geschlossener Versorgungsgebiete Größen-, Verbund- und Rationalisierungsvorteile im Sinne der Kunden generieren lassen, um dadurch eine sichere und preisgünstige Versorgung mit Wasser zu gewährleisten.

⁹⁵ Reif/ Daiber in MüKo, GWB § 31, Rn. 120.

⁹⁶ Bechtold/Bosch, GWB § 31b, Rn. 8.

Hinsichtlich der weiteren Möglichkeiten der Kartellbehörde (§§ 32, 32b, 34, 81 GWB) und auch zu den Optionen der Betroffenen (§§ 33, 33a GWB) siehe die Ausführungen zu Kapitel 7.

5.3.2 Allgemeine Missbrauchsaufsicht

Neben der besonderen Missbrauchsaufsicht im Wasserbereich ist nach § 31b Abs. 6 GWB die allgemeine Missbrauchsaufsicht des § 19 GWB parallel anwendbar. Den beiden Regelungsbereichen kommt jeweils eine eigenständige Bedeutung zu, da sie sich in den Tatbestandsmerkmalen, der Beweislastverteilung sowie den Rechtsfolgen voneinander unterscheiden.⁹⁷ Da § 19 GWB als Verbotsnorm ausgestaltet ist, wird damit ein bestimmtes Verhalten verboten, ohne dass es einer Entscheidung der Kartellbehörde bedarf. Dies hat zur Folge, dass sich aus § 19 GWB i.V.m. § 134 BGB unmittelbar die Nichtigkeit zivilrechtlicher Wasserlieferungsverträge einschließlich der darin enthaltenen Preisstellung ergeben kann.⁹⁸ Allerdings ist § 19 GWB nach § 185 Abs. 1 S. 2 GWB nicht auf öffentlich-rechtliche Gebühren und Beiträge anzuwenden.

5.3.2.1 Behinderungs- und Diskriminierungsmissbrauch

Gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB liegt ein Missbrauch vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert oder ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar anders behandelt als gleichartige Unternehmen. Hiernach dient das Behinderungsverbot dem Schutz von Wettbewerbern und das Diskriminierungsverbot schützt Unternehmen auf vor- oder nachgelagerten Marktstufen vor unterschiedlicher Behandlung.⁹⁹ Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot würde beispielsweise vorliegen, wenn ein Vorlieferant mit einer besonderen Marktstellung einem Unternehmen andere Preise und Konditionen gewähren würde als anderen gleichartigen Unternehmen und die Differenzierung nicht aufgrund sachgerechter Erwägungen eingeräumt wurde bzw. willkürlich ist. Dabei muss sich die Ungleichbehandlung so stark auswirken, dass dadurch die Wettbewerbsposition des benachteiligten Unter-

⁹⁷ Bechtold/Bosch, GWB § 31b, Rn. 9.

⁹⁸ Reif/ Daiber in MüKo, GWB § 31, Rn. 121.

⁹⁹ Suhl, Wettbewerbssituation in der Wasserversorgung, Rn. 269.

nehmens beeinträchtigt wird. Durch einen Behinderungsmissbrauch werden Wettbewerber gezielt und in unbilliger, d.h. sachlich nicht gerechtfertigter Weise in ihrem wettbewerblichen Verhalten behindert und damit daran gehindert, auf das marktbeherrschende Unternehmen Wettbewerbsdruck auszuüben. Die Anwendung des Behinderungsverbot käme auch in Betracht, wenn sich die Besserstellung konzernzugehöriger Unternehmen nachhaltig und gezielt auf die Wettbewerbsposition anderer Unternehmen auswirkt.¹⁰⁰ Im Extremfall führen diese Verhaltensweisen zu einer missbräuchlichen Verdrängung von Wettbewerbern aus dem Markt und damit zu einer weiteren Verstärkung der Marktstellung des missbräuchlich handelnden Anbieters.¹⁰¹ Beide Tatbestandsvarianten überschneiden sich häufig, da eine Diskriminierung regelmäßig auch die Behinderung der unterschiedlich behandelten Unternehmen im Wettbewerb zur Folge hat.¹⁰²

Das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot i.S.v. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB gilt aber nicht nur für marktbeherrschende Unternehmen, sondern nach § 20 Abs. 1 GWB auch für Unternehmen mit relativer Marktmacht.¹⁰³ Allerdings bedarf es auch hierbei eines Bedingungs Zusammenhangs zwischen besonderer Marktstellung und behinderndem Verhalten, d.h. dem Normadressaten ist es aufgrund der besonderen Marktstellung möglich, andere Marktteilnehmer zu behindern oder zu diskriminieren.¹⁰⁴

Zudem gilt das Verbot spezifischer Formen des Behinderungsmissbrauchs nach § 19 Abs. 3 S. 2 GWB auch für Preisbinder in der Wasserwirtschaft. Beispielsweise kann ein Wasserversorgungsunternehmen nach § 31 Abs. 1 Nr. 3 GWB ein von ihm belieferes Wasserversorgungsunternehmen der Verteilungsstufe verpflichten, gegenüber seinen Abnehmern keine ungünstigeren Preise oder Bedingungen anzuwenden als der zuliefernde Wasserversorger in seinem Versorgungsgebiet. Preisbinder und damit Normadressat i.S.v. § 19 Abs. 3 GWB wäre demnach also das zuliefernde Was-

¹⁰⁰ Westermann in MüKo, GWB § 19, Rn. 45.

¹⁰¹ Westermann in MüKo, GWB § 19, Rn. 44 ff.; BKartA, Sektoruntersuchung Zement und Transportbeton, S. 16 f.

¹⁰² Westermann in MüKo, GWB § 19, Rn. 40.

¹⁰³ Zum Begriff der relativen Marktmacht siehe Seite 37 ff.

¹⁰⁴ Westermann in MüKo, GWB § 19, Rn. 43.

serversorgungsunternehmen, d.h. der Vorlieferant (§ 19 Abs. 3 S. 2 GWB).¹⁰⁵ Diese Einbeziehung als Normadressaten beruht darauf, dass die Preisbinder durch den Ausschluss des Preiswettbewerbs auf der nachgelagerten Wirtschaftsstufe eine gewisse Marktmacht erlangen. Dabei ist es für die Normadressateneigenschaft unerheblich, ob die Preisbinder tatsächlich über eine besondere Marktmacht verfügen, was allerdings bei der sachlichen Rechtfertigung oder der Frage der Billigkeit eine Rolle spielen kann.¹⁰⁶

Bei der Missbrauchsprüfung ist zunächst zu analysieren, ob objektiv eine Behinderung oder Ungleichbehandlung vorliegt. Anschließend werden im Rahmen einer Interessensabwägung die normativen Tatbestandsmerkmale „unbillig“ oder „ohne sachlich gerechtfertigten Grund“ geprüft.¹⁰⁷ Eine ausführliche Darstellung der insoweit maßgeblichen Beurteilungsstandards kann an dieser Stelle zwar nicht erfolgen. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass den marktbeherrschenden Unternehmen aufgrund ihrer Marktstellung eine besondere „Marktstrukturverantwortung“ zukommt, weshalb sie einer stärkeren Verhaltensbeschränkung unterliegen als nicht marktbeherrschende Unternehmen bzw. Unternehmen ohne überlegener oder relativer Marktmacht. Gleichwohl zwingen die maßgeblichen kartellrechtlichen Regelungen selbst marktbeherrschende Unternehmen nicht dazu, die Wettbewerbsfähigkeit ihrer Wettbewerber zu fördern.¹⁰⁸

5.3.2.2 Ausbeutungsmissbrauch

Ein sog. Ausbeutungsmissbrauch nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB liegt dann vor, wenn marktbeherrschende Unternehmen Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordern, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden. Ein Ausbeutungsmissbrauch ist sowohl gegenüber Unternehmen als auch gegenüber privaten Endverbrauchern verboten. Mit diesem Regelungsbeispiel wird der Preis- und Konditionenmissbrauch erfasst. Unangemessene Allgemeine Geschäftsbedingungen sowie unangemessen lange Ver-

¹⁰⁵ Bechtold/Bosch, GWB § 19, Rn. 93.

¹⁰⁶ Westermann in MüKo, GWB § 19, Rn. 198.

¹⁰⁷ Westermann in MüKo, GWB § 19, Rn. 39.

¹⁰⁸ BKartA, Sektoruntersuchung Zement und Transportbeton, S. 270.

tragslaufzeiten können beispielsweise einen Konditionenmissbrauch begründen. Als Maßstab für die Bewertung, ob das Fordern bestimmter Entgelte oder sonstiger Geschäftsbedingungen missbräuchlich ist, dient hier der „Als-Ob-Wettbewerb“. Zur Ermittlung dieses Als-Ob-Wettbewerbs bzw. des theoretischen Wettbewerbspreises können verschiedene Methoden herangezogen werden. Die wichtigsten umfassen verschiedene Facetten eines Vergleichsmarktkonzeptes sowie die Kostenkontrolle.¹⁰⁹ Bei Anwendung des Vergleichsmarktkonzeptes kann der Vergleich mit den Preisen eines sachlichen, räumlichen oder auch zeitlichen Marktes erfolgen.¹¹⁰

Aufgrund der vergleichsweise engen räumlichen Dimension der betroffenen Märkte ist es durchaus vorstellbar, dass einzelne Vorlieferanten in bestimmten Regionen eine marktbeherrschende Stellung erreichen und den fehlenden Wettbewerbsdruck ggf. durch missbräuchlich überhöhte Preise ausnutzen. Sollte ein hinreichender Anfangsverdacht auf missbräuchlich überhöhte Fremdbezugspreise vorliegen, so bietet sich aufgrund der räumlich engen Abgrenzung die Anwendung des räumlichen Vergleichsmarktkonzeptes an. Dabei werden – soweit benachbarte Märkte erkennbar wettbewerblich strukturiert sind – die Preise des marktbeherrschenden Vorlieferanten mit denen im benachbarten Markt verglichen. Denkbar ist auch, dass ein marktbeherrschender Vorlieferant auch selbst in benachbarten Märkten tätig ist und dort Fremdbezugspreise erhebt, welche erheblich unter jenen im beherrschten Marktgebiet liegen.

Anders als bei der besonderen Missbrauchsaufsicht im Wasserbereich gemäß den §§ 31 Abs. 4, 31b GWB liegt bei der Anwendung der allgemeinen Preismissbrauchskontrolle nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB die Beweislast überwiegend auf Seiten der Kartellbehörde. Diese muss neben der Gleichartigkeit der Unternehmen und dem Fordern ungünstiger Entgelte auch nachweisen, dass die Preisabweichung nicht sachlich gerechtfertigt ist. Letzteres ist ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB. Allerdings sind bei einem Verstoß gegen § 19 GWB auch

¹⁰⁹ BKartA, Sektoruntersuchung Zement und Transportbeton, S. 280 f.

¹¹⁰ Wolf in MüKo, GWB § 19, Rn. 94.

Feststellungen mit Wirkung für die Vergangenheit sowie Rückerstattungsanordnungen möglich.¹¹¹

5.3.2.3 Missbrauch durch Fordern ungerechtfertigter Vorteile

Gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB liegt ein Missbrauch vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen andere Unternehmen dazu auffordert, ihm ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, ob die Aufforderung für das andere Unternehmen nachvollziehbar begründet ist und ob der geforderte Vorteil in einem angemessenen Verhältnis zum Grund der Forderung steht. Gemäß § 20 Abs. 2 GWB gilt das sog. Anzapfverbot aus § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen im Verhältnis zu den von ihnen abhängigen Unternehmen. Dieses Regelbeispiel soll die Behinderung Schwächerer durch die Erzwingung von Vorzugsbedingungen verhindern und führt dazu, dass das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot auch gegenüber marktbeherrschenden bzw. marktstarken Nachfragern durchgesetzt werden kann. Dafür reicht bereits das bloße „Auffordern“. Auf die Vollendung der Gewährung des Vorteils kommt es dabei ebenso wenig an wie auf eine Druckausübung. Im Rahmen des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB kommt es lediglich darauf an, dass der Normadressat versucht, auf den Lieferanten einzuwirken, um Vorteile zu erlangen, unabhängig davon, ob dies im Zuge von Verhandlungen oder in anderer Weise geschieht.¹¹² Allerdings sind die Anbieter, von denen der Normadressat die Einräumung von Vorteilen verlangt, nur dann schutzbedürftig i.S.v. § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB, wenn sich die Machtstellung des Nachfragers auf die Verhandlungsposition der Marktgegenseite auswirkt. Daraus folgt, dass durch dieses Regelbeispiel die Lieferanten in den Schutzbereich einbezogen werden.¹¹³ Das Fordern eines Vorteils durch marktbeherrschende oder marktstarke Nachfrager ist jedoch nur dann verboten, wenn dem Vorteil keine oder keine angemessene Gegenleistung gegenübersteht und damit eine solche Forderung sachlich nicht gerechtfertigt ist.¹¹⁴ Als ungerechtfertigter Vorteil kommt etwa das missbräuchliche Erzwingen zu niedriger Entgelte, etwa durch hohe

¹¹¹ Reif/ Daiber in MüKo, GWB § 31, Rn. 233.

¹¹² Bechtold/Bosch, GWB § 19, Rn. 86.

¹¹³ Westermann in MüKo, GWB § 19, Rn. 174.

¹¹⁴ Westermann in MüKo, GWB § 19, Rn. 189.

Bezugsrabatte oder anderweitige Durchsetzung ungerechtfertigt günstiger Einkaufspreise, in Betracht. Werden vom marktbeherrschenden bzw. marktstarken Nachfrager zusätzlich zu den günstigen Konditionen Absicherungsmechanismen verlangt, aufgrund derer konkurrierenden Nachfragern entsprechende Vorteile nicht gewährt werden sollen, fehlt es an einer sachlichen Rechtfertigung, da solche Meistbegünstigungsklauseln eine Diskriminierung anderer Nachfrager zum Ziel haben.¹¹⁵

Bezogen auf den Vorlieferantenmarkt besteht die Besonderheit, dass hierbei nicht die Vorlieferanten, sondern die Abnehmer der Vorlieferanten als Nachfrager Normadressaten sind. Auf dem Vorlieferantenmarkt kann es vereinzelt vorkommen, dass ein Nachfrager gegenüber dem Vorlieferanten eine besondere Position innehat. Dies kann dann der Fall sein, wenn der Nachfrager einen Großteil der vom Vorlieferanten gelieferten Fremdwassermenge abnimmt und der Vorlieferant im Sinne einer effizienten Kapazitätsauslastung keine anderweitige Möglichkeit hat, das Wasser abzusetzen. Dadurch könnte für den Nachfrager eine (markt-)starke Position gegenüber dem Vorlieferanten erwachsen, die es ihm ermöglicht, Einfluss auf wichtige Vertragsparameter zu nehmen. Im Rahmen der Untersuchung wurde bei den Vorlieferanten abgefragt, welchen Anteil die Umsätze mit Weiterverteilern an der gesamten entgeltlichen Wasserabgabe ausmachen. Die Auswertung der Daten hat ergeben, dass 28 der insgesamt 103 Vorlieferanten ihre Umsätze vollständig über die Belieferung mit Fremdwasser generieren. Allerdings haben die betroffenen Vorlieferanten i.d.R. mindestens zwei Abnehmer, sodass sich die Nachfragemacht des einzelnen Abnehmers abschwächt. Ob es in Einzelfällen zu spürbarer Nachfragemacht kommt und die Vorlieferanten zur Gewährung ungerechtfertigter Vorteile aufgefordert werden, muss stets unter Einbeziehung der Gesamtumstände bewertet werden, sodass keine generelle Aussage hierzu getroffen werden kann.

¹¹⁵ Westermann in MüKo, GWB § 19, Rn. 191.

6 Konsequenzen für die Kartellrechtsanwendung

In der Vergangenheit ist es im Rahmen von Wasserpreisprüfungen bereits vorgekommen, dass Weiterverteiler die Höhe der Fremdbezugspreise moniert haben. Diese Beanstandungen waren jedoch bisher nicht ausreichend substantiiert, um die Einleitung eines Verfahrens zu rechtfertigen. Sollte es in Zukunft weitere und substantiierte Beschwerden geben und ein hinreichender Anfangsverdacht bestehen, wird die Landeskartellbehörde den zu Grunde liegenden Sachverhalt im Rahmen ihres Aufgreifermessens näher untersuchen.

Eine Prüfung, ob und inwieweit einzelne Vorlieferanten eine marktbeherrschende Stellung bzw. überlegene oder relative Marktmacht innehaben, ist losgelöst vom Einzelfall nicht möglich. Im Folgenden weist die Landeskartellbehörde daher auf einige Aspekte hin, die bei einer Einzelfallprüfung zu untersuchen und für den konkreten Markt nachzuweisen wären:

Im Einzelfall müsste zunächst der sachliche und räumliche Markt nach dem oben beschriebenen Bedarfsmarktkonzept abgegrenzt werden, sodass dem jeweiligen relevanten Markt alle Produkte und Leistungen zuzurechnen wären, die aus Sicht der Weiterverteiler nach Eigenschaft, Verwendungszweck und Preislage zur Deckung eines bestimmten Bedarfs austauschbar wären. Sodann wäre zu prüfen, in welchem räumlichen Bereich es für die Nachfrager unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten und unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten sinnvoll ist, Fremdwassermengen von Vorlieferanten zu beziehen. Innerhalb des räumlichen Bereiches wäre sodann zu prüfen, wie viele Vorlieferanten als tatsächliche Lieferanten für die benötigten Fremdwassermengen in Frage kämen. Steht nur ein Vorlieferant zur Auswahl bzw. ist der Weiterverteiler auf diesen einzigen Vorlieferanten unausweichlich angewiesen, so hat der Vorlieferant in dem räumlichen Bereich eine besondere Marktstellung inne. Die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung eines Vorlieferanten hängt insbesondere von den Ausweichmöglichkeiten der Weiterverteiler ab. Verfügen die Weiterverteiler über ausreichende eigene Versorgungskapazitäten oder existieren anderweitige Bezugsmöglichkeiten, ist davon auszugehen, dass den Vorlieferanten kein einseitiger Handlungsspielraum beim Einsatz einzelner Aktionsparameter (z.B.

bei der Preisgestaltung) verbleibt. An der Marktbeherrschung eines Vorlieferanten besteht jedoch kein Zweifel, wenn ein Monopol nur theoretisch, nicht aber praktisch angreifbar ist. So ist etwa ein möglicher Stichleitungsbau rechtlich irrelevant, wenn dieser trotz allen technischen Möglichkeiten im Gebiet des Vorlieferanten seit Jahren praktisch nicht stattfindet, weil die Amortisation einer solchen Leitung aufgrund der absoluten Kosten oder auch wegen der Reaktionsmöglichkeiten des bisherigen Vorlieferanten unterbleibt.¹¹⁶

Aufgrund der besonderen Marktstellung unterliegen marktbeherrschende Unternehmen einer stärkeren Verhaltensbeschränkung, weshalb deren Verhalten anhand der kartellrechtlichen Vorschriften zu prüfen wäre.

Wenn in einer solchen Marktsituation ein hinreichender Anfangsverdacht für missbräuchlich überhöhte Fremdbezugspreise besteht, wird die Landeskartellbehörde in die Preisprüfung einsteigen und die Preise im Rahmen der Missbrauchsaufsicht prüfen. Hierzu ist es zunächst erforderlich, in Bezug auf den konkret betroffenen Vorlieferanten Vergleichsunternehmen auszuwählen. Im zweiten Schritt ist sodann die Höhe des Vergleichspreises zu ermitteln, um im letzten Schritt mögliche Rechtfertigungsgründe für die Preisabweichung zu prüfen.

Auswahl geeigneter Vergleichsunternehmen

Als Vergleichsmaßstab dienen die Preise gleichartiger Unternehmen. Das GWB sieht keine Legaldefinition der Gleichartigkeit vor. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) setzt das Merkmal der Gleichartigkeit grundsätzlich voraus, dass die Unternehmen nach unternehmerischer Tätigkeit und wirtschaftlicher Funktion dieselbe Grundfunktion ausüben. Dabei wird das Kriterium der Gleichartigkeit nicht als Gleichheit, sondern als Vergleichbarkeit auf der Grundlage einer verständigen wirtschaftlichen Betrachtungsweise verstanden. An das Merkmal der Gleichartigkeit dürfen keine überhöhten Anforderungen gestellt werden, da ihm nur die Funktion zukommt, eine grobe Sichtung unter den als Vergleichsunternehmen in Betracht kommenden Versorgungsunternehmen zu ermöglichen. Nur wenn bereits auf Anhieb er-

¹¹⁶ Reif/ Daiber in MüKo, GWB § 31, Rn. 130.

kennbar ist, dass sich die Unternehmen so signifikant unterscheiden, dass sich eine Einordnung als gleichartig von vornherein verbietet, scheidet ein Unternehmen als gleichartiges Vergleichsunternehmen aus. Nicht erforderlich ist, dass die Unternehmen gleichen Wettbewerbsbedingungen unterliegen. Es soll in erster Linie auf solche Unternehmen abgestellt werden, deren Beschaffungs-, Erzeugungs-, und Vertriebsituation im Wesentlichen ähnlich gelagert ist.¹¹⁷

Zur Bestimmung der Gleichartigkeit können wesentliche Kennwerte der Kostenstruktur als Vergleichskriterien herangezogen werden. Eine umfassende Feststellung aller maßgeblichen Strukturdaten ist für die Beurteilung der Gleichartigkeit dagegen nicht erforderlich. Insbesondere ist es nicht notwendig, Vergleichskriterien zu berücksichtigen, bei denen die Ermittlung der notwendigen Vergleichsdaten umfangreiche Untersuchungen und Kostenkalkulationen seitens der Kartellbehörde erforderlich macht.¹¹⁸ Auch müssen die mit den topografischen und geologischen Verhältnissen eines Versorgungsgebietes verbundenen Kosten angesichts ihrer Vielgestaltigkeit und Komplexität nicht notwendigerweise unter dem Gesichtspunkt der Gleichartigkeit berücksichtigt werden. Diese Gesichtspunkte können vielmehr im Rahmen der Rechtfertigung dargelegt werden.

Infolgedessen hat die Landeskartellbehörde im Rahmen der Untersuchung zahlreiche, breit angelegte Kriterien erhoben, um möglichst passende Vergleichsunternehmen zu finden und im Falle eines Missbrauchsverfahrens die unter relevanten Strukturkriterien bestmöglich vergleichbaren Vorlieferanten heranziehen zu können. Für den Vorlieferantemarkt existieren noch keine bereits festgestellten und durch den BGH als sachgerecht qualifizierten Vergleichskriterien. Hinzukommt, dass die Weitervertriebsabsätze i.d.R. geringere Kosten verursachen (im Wesentlichen nur Gewinnungskosten, da kaum Verteilungskosten anfallen), allerdings kostenseitig Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen.¹¹⁹ Da der ausweislich der Rechtsprechung des

¹¹⁷ BT-Drs. 8/2136, S. 33, BGH, Beschl. v. 21.02.1995, KVR 4/94 - Weiterverteiler, BGH, Beschl. v. 02.02.2010, KVR 66/08 – Wasserpreise Wetzlar, OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.02.2014, VI-2 Kart 4/12 (V) - Berliner Wasserbetriebe.

¹¹⁸ BGH, Beschl. v. 02.02.2010, KVR 66/08 – Wasserpreise Wetzlar, Scholl in Immenga/Mestmäcker, GWB § 31, Rn. 62 ff.

¹¹⁹ BKartA, Beschl. v. 04.06.2012, B8 – 40/10, Rn. 168 – BWB.

BGH für den Markt der öffentlichen Trinkwasserversorgung wichtige sog. Metermengenwert (dieser gibt an, wie viele Kubikmeter Wasser pro Meter Leitungsnetz geliefert werden) nach Auffassung der Landeskartellbehörde für den Vorlieferantenmarkt nicht sachgerecht erscheint, wurden andere Kriterien ermittelt, die einen wesentlichen Einfluss auf die Kostenstruktur der Vorlieferanten haben.¹²⁰ Vor dem Hintergrund dieser Schwierigkeiten bieten sich nach Ansicht der Landeskartellbehörde nach Auswertung der Untersuchung insbesondere die nachfolgenden Faktoren als Kriterien für die Bestimmung der Gleichartigkeit an:

Die Größe eines Vorlieferanten ist ein für die Vergleichbarkeit zentrales Kriterium und beeinflusst dessen Kostensituation in positiver Hinsicht, insbesondere ergeben sich für ihn größere Möglichkeiten zur Einsparung von Fixkosten, die im Wasserbereich etwa 80 % der Kosten ausmachen.¹²¹ Die Größe eines Vorlieferanten ist mitbestimmend für die Höhe der Kosten pro abgesetztem Kubikmeter Wasser. Denn mit der Größe genießt ein Unternehmen Vorteile, sog. Skaleneffekte, die sich z.B. darin manifestieren, dass das Unternehmen effizienter wird oder über bessere Prozesse verfügt. Sie realisieren sich i.d.R. auch dadurch, dass größenunabhängige Fixkosten (wie z.B. Mindestkosten für Verwaltung etc.) auf eine größere Basis verteilt werden können.¹²² Die Effizienzpotenziale hängen unmittelbar von den Größenkriterien, insbesondere also von Absatz- und Umsatzhöhen ab. Die Skaleneffekte wirken sich auch bei der Wassergewinnung und beim Wasserbezug aus. Die Einrichtung von Anlagen zur Trinkwasseraufbereitung wird günstiger pro Einheit, je größer der Absatz ist. Die Möglichkeiten zum Bau großer Wasserwerke und ggf. zur Schließung kleinerer, unrentabler Wasserwerke sind bei großen Versorgern besser als bei kleinen.¹²³ Hinsichtlich verschiedener Größenkriterien (Wasserabsatz, Wasserumsatz etc.) unterscheiden sich die 103 Vorlieferanten teilweise erheblich voneinander, sodass bei Prüfung der Gleichartigkeit verschiedene Größenklassen berücksichtigt werden können.

¹²⁰ Bei der Belieferung von Weiterverteilern spielen die Verteilungskosten eine geringere Rolle, da kein weitflächiges Verteilnetz benötigt wird und daher meist weniger Kosten verursacht werden als bei einer Vielzahl von Haushaltskunden. Vielmehr stehen hier die Gewinnungskosten im Vordergrund.

¹²¹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.02.2014, VI-2 Kart 4/12 (V) - Berliner Wasserbetriebe.

¹²² BKartA, Wasserbericht, S. 53.

¹²³ BKartA, Beschl. v. 04.06.2012, B8 – 40/10, Rn. 96 ff. - BWB.

Die Kundenstruktur der Vorlieferanten kann Einfluss auf ihre Erlös- und Kostenstruktur haben. Dabei ist gerade der Anteil an industriellen Kunden von Interesse, da diese ihre Wasserversorgung oftmals durch eigene Trinkwasserbrunnen selbst realisieren können (sofern kein Anschluss- und Benutzungszwang angeordnet wird). Dies führt teilweise dazu, dass klassischen Industriekunden günstigere Bezugsbedingungen eingeräumt werden als anderen Kunden, so dass nicht nur die Kosten-, sondern auch die Erlösseite hiervon beeinflusst wird. Im Rahmen der Untersuchung wurden die Anteile der jeweiligen Kundengruppen (Haushalts- und Kleingewerbekunden, Industrie/Sondervertragskunden, Weiterverteiler) bei den Vorlieferanten erhoben. Allerdings sind die Begriffe nicht einheitlich definiert und mithin ist nicht auszuschließen, dass die Vorlieferanten von unterschiedlichen Begriffsverständnissen ausgegangen sind. Trotz dieser Problematik ist die Kundenstruktur für die Auswahl der Vergleichsunternehmen hilfreich, da somit eine Unterscheidung zwischen Vorlieferanten mit und ohne Versorgung von Letztverbrauchern in eigenen Tarifgebieten möglich ist. So versorgen insgesamt 71 der 103 befragten Vorlieferanten neben den Weiterverteilern auch Letztverbraucher in eigenen Tarifgebieten mit Trinkwasser.

Welche Kriterien darüber hinaus bei einer kartellrechtlichen Vergleichsbetrachtung relevant sind, muss im jeweiligen Einzelfall im Rahmen einer Gesamtbetrachtung beurteilt werden.

Vergleichsmethodik

Zur Feststellung missbräuchlich überhöhter Entgelte kann sowohl bei Anwendung von § 31 Abs. 4 Nr. 2 als auch von § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB das Vergleichsmarktkonzept herangezogen werden. Innerhalb des Vergleichsmarktkonzeptes kann der eigentliche Entgeltvergleich nach unterschiedlichen Prüfungsmethoden vorgenommen werden. Beim sog. Tarifvergleich werden die Entgelte für typisierte Abnahmefälle miteinander verglichen. Hingegen kann nach dem sog. Erlösvergleich ein Missbrauch vorliegen, wenn die Summe der Erlöse des betroffenen Unternehmens höher ist als dies bei Anwendung des Vertragswerks des Vergleichsunternehmens der Fall wäre. Im Rahmen eines Missbrauchsverfahrens wird die Landeskartellbehörde den Fremd-

bezugspreis des betroffenen Vorlieferanten unter Anwendung des Vergleichsmarktkonzeptes prüfen.

Rechtfertigung von Preisabweichungen

Da jeder Vorlieferant seine Leistungen unter individuellen Bedingungen erbringt, kann ein Vorlieferant im Rahmen eines Missbrauchsverfahrens geltend machen, dass seine Bedingungen in bestimmten Punkten nachteilig sind und deshalb einen höheren Preis rechtfertigen.¹²⁴ Der betroffene Vorlieferant muss dazu nachweisen¹²⁵, dass der Preisunterschied auf abweichenden, ihm nicht zurechenbaren Umständen beruht. Auch wenn § 19 Abs. 2 Nr. 2 anders als § 31 Abs. 4 Nr. 2 GWB nicht ausdrücklich das Tatbestandsmerkmal einer sachlichen Rechtfertigung enthält, so geht die Rechtsprechung auch hier davon aus, dass ein Missbrauch nicht vorliegt, wenn das Verhalten des Normadressaten sachlich gerechtfertigt ist.¹²⁶ Unter nicht zurechenbaren Umständen sind grundsätzlich solche Kostenfaktoren zu verstehen, die auch jedes andere Unternehmen in der Situation des Betroffenen vorfinden würde und nicht beeinflussen könnte. Diese Faktoren müsste jedes Unternehmen in seiner Kalkulation zugrunde legen. Die dadurch verursachten Preisunterschiede sind deshalb hinzunehmen. Dagegen haben individuelle, allein auf eine unternehmerische EntschlieÙung oder auf die Struktur des betroffenen Versorgungsunternehmens zurückgehende Umstände auÙer Betracht zu bleiben. Dabei ist zu beachten, dass an den Nachweis der Umstände, die einen ungünstigeren Preis rechtfertigen können, nicht zu geringe Anforderungen gestellt werden dürfen. Der betroffene Vorlieferant hat konkret nachzuweisen, in welcher Höhe aufgrund der Struktur Nachteile Mehrkosten angefallen sind, wie diese Mehrkosten in die verlangten Preise einfließen und dass insoweit keine Rationalisierungsreserven bestehen.¹²⁷

¹²⁴ BKartA, Wasserbericht, S. 96.

¹²⁵ Während § 31 Abs. 4 Nr. 2 GWB die Nachweispflicht für die sachliche Rechtfertigung dem betroffenen Unternehmen auferlegt, ist die Beweislastverteilung in § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB nicht im Gesetz geregelt. Entsprechend den allgemeinen Grundsätzen ist jedoch davon auszugehen, dass auch hier der Normadressat die sachliche Rechtfertigung zu beweisen hat. Vgl. Zuber in LMRKM, GWB § 19, Rn. 76 m.w.N.

¹²⁶ Loewenheim in LMRKM, GWB § 20, Rn. 75.

¹²⁷ BGH, Beschl. v. 02.02.2010, KVR 66/08 – Wasserpreise Wetzlar.

Im Folgenden wird beispielhaft ein Kosteneinflussfaktor erläutert, der der Landeskartellbehörde im Rahmen dieser Untersuchung vorgetragen wurde und als sachlicher Rechtfertigungsgrund dienen kann:

Nach Auffassung der Landeskartellbehörde können insbesondere unabweisbare Zusatzkosten, die aus ungünstigeren Rahmenbedingungen bei den Wasserverhältnissen resultieren, grundsätzlich zur Begründung höherer Preise herangezogen werden. Insbesondere die Ressourcenherkunft und die Qualität des Wasserdargebotes haben Einfluss auf die Gewinnungskosten. Im Rahmen der Untersuchung haben einige Vorlieferanten u.a. eine aufwendige Aufbereitung aufgrund der Rohwasserressource als Kosteneinflussfaktor benannt. Insbesondere Vorlieferanten, die Oberflächenwasser nutzen, haben weitergehenden Aufbereitungsbedarf, wodurch beispielsweise Kosten für die Anlage von Talsperren bzw. zusätzliche Wasseraufbereitungsanlagen entstehen. Die daraus resultierenden Mehrkosten können nach Einschätzung der Landeskartellbehörde grundsätzlich einen sachlichen Rechtfertigungsgrund darstellen. Allerdings sind für die Prüfung individueller Rechtfertigungsgründe weitere Kostendaten erforderlich, die aber aufgrund der jeweils individuellen Besonderheiten nur für spezifische Fragestellungen im konkreten Fall erhoben werden können. Dabei muss der betroffene Vorlieferant die von ihm geltend gemachten Rechtfertigungsgründe darlegen. Da es dem betroffenen Unternehmen hingegen nicht zugemutet werden kann, sich mit anderen Unternehmen zu vergleichen, deren originäre Zahlen es nicht kennt bzw. nicht selbst prüfen kann, obliegt es der Landeskartellbehörde, die geltend gemachten Rechtfertigungsgründe umfassend zu überprüfen und die dazu erforderlichen Informationen von Dritten einzuholen. Ein Unternehmensvergleich, und zwar sowohl im Hinblick auf die Preise/Erlöse als auch im Hinblick auf die Strukturbedingungen und die Kosten, wäre der Landeskartellbehörde mit Hilfe ihrer umfassenden Auskunftsbefugnisse möglich.¹²⁸

Darüber hinaus liefert die Sektoruntersuchung wichtige Erkenntnisse für die Einschätzung der Fremdbezugskosten im Rahmen der Missbrauchskontrolle von Wasserpreisen der öffentlichen Trinkwasserversorgung von Letztverbrauchern. Sollten

¹²⁸ BKartA, Wasserbericht, S. 89.

zukünftig die Wasserversorgungsunternehmen die Höhe der Fremdbezugskosten als sachlichen Rechtfertigungsgrund für überhöhte Wasserpreise geltend machen wollen, so können die Ermittlungsergebnisse der Sektoruntersuchung beispielsweise dazu genutzt werden, um die Ausweichmöglichkeiten auf andere Vorlieferanten zu bewerten bzw. die Höhe des vom Wasserversorgungsunternehmen an den jeweiligen Vorlieferanten gezahlten Fremdbezugspreises grob einzuschätzen. Im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung eines Wasserpreises müsste nachgewiesen werden, dass dem Wasserversorgungsunternehmen bezüglich der Fremdbezugskosten zusätzliche Kosten in Relation zu den Vergleichsunternehmen entstanden sind, diese Kosten sich preiserhöhend auswirken und dass es sich um erforderliche Kosten handelt. Die Notwendigkeit der Kosten kann dadurch belegt werden, dass das Wasserversorgungsunternehmen nachweist, dass es bei der Wasserbeschaffung keine ausreichenden und zumutbaren Alternativen (z.B. durch Aufnahme/Ausweitung der Eigenförderung oder durch Wechsel zu einem günstigeren Vorlieferanten) zum aktuellen Fremdbezug hat. Hieran wird deutlich, dass der Fremdbezugspreis nicht nur in die Verantwortungssphäre des Vorlieferanten, sondern auch in die des Wasserversorgungsunternehmens fällt. So ist das Wasserversorgungsunternehmen angehalten, dass es unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten und unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten möglichst geringe Fremdbezugskosten aufweist, damit die Letztverbraucher nicht mit unnötigen Kosten belastet werden.

Aus all diesen Aspekten resultiert, dass sich die Beurteilung von Fremdbezugspreisen allein aus dem konkreten Sachverhalt im Einzelfall ergibt. Zwar hat die Sektoruntersuchung Anhaltspunkte dafür geliefert, unter welchen Voraussetzungen ein Fremdbezugspreis missbräuchlich überhöht sein könnte, der Nachweis des Missbrauchs selbst bleibt aber der Einzelfallprüfung vorbehalten.

7 Wettbewerbsrechtliche Sanktionsmöglichkeiten

Im Falle eines Wettbewerbsverstoßes in Form eines Preishöhenmissbrauchs (§§ 19, 31 Abs. 4 GWB), eines wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens (§ 20 GWB) oder durch eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung (§§ 1, 31 GWB) bestehen Sanktionsmöglichkeiten der Kartellbehörde. Endkunden und Weiterverteiler können Schadenersatzansprüche nach § 33a Abs. 1 GWB geltend machen. Adressaten können jeweils die Vorlieferanten wie die Weiterverteiler sein.

Die Kartellverwaltungsverfahren sind grundsätzlich reine Amtsverfahren, deren Einleitung im Ermessen der Kartellbehörden stehen. Eine Antragsmöglichkeit Dritter besteht grundsätzlich nicht.¹²⁹

Befugnisse der Kartellbehörde

Die Befugnisse der Kartellbehörden bei Verstößen von Unternehmen und deren Vereinigungen gegen die Verbote des GWB sowie gegen die Art. 101 und 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), regelt § 32 GWB zusammen mit den §§ 32a bis 32e GWB und § 34 GWB.

Danach kann die Kartellbehörde sog. Abstellungsverfügungen erlassen (§ 32 Abs. 1 GWB), Verpflichtungszusagen von Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen für bindend erklären (§ 32b GWB), die Rückerstattung erwirtschafteter Vorteile anordnen (§ 32 Abs. 2a S. 1 GWB)¹³⁰, finanzielle Vorteile abschöpfen (§ 34 GWB) und Bußgeldverfahren einleiten (§ 81 GWB).

Ansprüche Betroffener

Die §§ 33 ff. GWB regeln privatrechtliche Ansprüche, die aus einem (ggf. drohenden) Verstoß gegen Vorschriften des ersten Teils des GWB (§§ 1 bis 47I), gegen Art. 101, 102 AEUV oder gegen eine Verfügung einer Kartellbehörde resultieren. Diese An-

¹²⁹ Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 32 Rn 14, Otto in LMRKM, GWB, § 32 Rn 6

¹³⁰ Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB § 32, Rn. 38

sprüche treten als eigenständige Ansprüche neben die Aufsicht durch die Kartellbehörden im Wege eines Verwaltungs- oder Bußgeldverfahrens.¹³¹

Nach § 33 GWB können (ggf. potentiell) Betroffene Beseitigung und Unterlassung verlangen. Betroffen von einer Rechtsverletzung sind gemäß § 33 Abs. 3 GWB diejenigen, die hierdurch als Mitbewerber oder sonstige Marktbeteiligte beeinträchtigt sind oder – im Falle des § 33 Abs. 2 GWB – denen eine Beeinträchtigung droht.¹³² Eine Beeinträchtigung liegt vor, wenn aufgrund des kartellrechtswidrigen Verhaltens ein Schaden entstanden ist oder wenn der Eintritt eines Schadens zumindest „vorstellbar“ ist.¹³³

Daneben besteht nach § 33a Abs. 1 GWB die Pflicht, Schäden zu ersetzen, die aus Verstößen gegen das Kartellrecht entstehen. Anspruchsinhaber ist jeder, der einen dem Kartellrechtsverstoß zuzurechnenden Schaden erlitten hat. Erforderlich ist ein ursächlicher Zusammenhang zwischen Kartellrechtsverletzung und Schaden.

¹³¹ Bach in Immenga/Mestmäcker, GWB Vorbemerkung § 33 – 34a, Rn. 1

¹³² Franck in Immenga/Mestmäcker, GWB § 33, Rn. 14

¹³³ Franck in Immenga/Mestmäcker, GWB § 33, Rn. 15

8 Fazit

Die Sektoruntersuchung im Wirtschaftszweig des Fremdwasserbezugs der nordrhein-westfälischen Wasserversorgungsunternehmen hat anders als vielleicht erwartet weder eindeutige Ergebnisse zur Frage der Marktmacht noch Hinweise auf einzelne Unternehmen, die evtl. missbräuchliche Preise gegenüber ihren Weiterverteilern erheben, ergeben.

Vielmehr hat die Untersuchung bestätigt, dass der Vorlieferantenmarkt generell von heterogenen Strukturen geprägt ist, die einen simplen Rückschluss von Durchschnittspreisen auf missbräuchliche Preise nicht zulassen.

Die Sektoruntersuchung schafft eine belastbare Datengrundlage, mit der ein konzeptionelles Prüfraster für zukünftige Preisprüfungsverfahren in Fällen, in denen Anhaltspunkte für ein missbräuchliches Verhalten vorliegen, entwickelt wurde.

- Säcker, Franz Jürgen; Meier-Beck, Peter (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht – Band 2 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2020, zitiert: Bearbeiter in MüKo, GWB §, Rn.
- Statistisches Bundesamt: Öffentliche Wasserversorgung und öffentliche Abwasserentsorgung - Öffentliche Wasserversorgung, Fachserie 19 Reihe 2.1.1, Wiesbaden, 2018, zitiert: Statistisches Bundesamt, Öffentliche Wasserversorgung, 2016, Seite
- Suhl, Christian: Die Wettbewerbssituation in der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung in Deutschland – Rechtlicher Rahmen und Beteiligung- und Markteintrittsmöglichkeiten privater Unternehmen, Schriftenreihe des Forschungsinstitutes für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V. Köln, Heft 261, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2017, zitiert: Suhl, Wettbewerbssituation in der Wasserversorgung, Rn.
- Wiedemann, Gerhard: Handbuch des Kartellrechts, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2016, zitiert: Bearbeiter in Hdb. KartellR, GWB §, Rn.
- Zepf, Simon: Wettbewerbsbeschränkungen in der Wasserversorgung – Eine Untersuchung nach deutschem und europäischen Kartellrecht, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2010, zitiert: Zepf, Wettbewerbsbeschränkungen in der Wasserversorgung, Seite

Impressum

Herausgeber:

Ministerium für Wirtschaft, Innovation,
Digitalisierung und Energie
des Landes Nordrhein-Westfalen

Tel.: +49 (0) 211/61772-0

Fax: +49 (0) 211/61772-777

Internet: www.wirtschaft.nrw

info@landeskartellbehoerde-energiebereich.nrw.de

Berger Allee 25

40213 Düsseldorf

Diese Studie wurde von der Landeskartellbehörde Nordrhein-Westfalen im Auftrag des Ministeriums für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen erstellt.

Bildnachweise:

© Tobias Schweizer - stock.adobe.com (Deckblatt),
Csaba Mester (Rückseite)

Referat VI A 3 „Energierecht“.

Die Broschüre ist auf der Homepage des Ministeriums für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen als PDF-Dokument abrufbar.

Hinweis

Diese Druckschrift wird im Rahmen der Öffentlichkeitsarbeit der Landesregierung Nordrhein-Westfalen herausgegeben. Sie darf weder von Parteien noch von Wahlbewerberinnen und -bewerbern oder Wahlhelferinnen und -helfern während eines Wahlkampfes zum Zwecke der Wahlwerbung verwendet werden.

Dies gilt auch für Landtags-, Bundestags- und Kommunalwahlen sowie für die Wahl der Mitglieder des Europäischen Parlaments.

Missbräuchlich ist insbesondere die Verteilung auf Wahlveranstaltungen an Informationsständen der Parteien sowie das Einlegen, Aufdrucken oder Aufkleben parteipolitischer Informationen oder Werbemittel. Untersagt ist gleichfalls die Weitergabe an Dritte zum Zwecke der Wahlwerbung.

Eine Verwendung dieser Druckschrift durch Parteien oder sie unterstützende Organisationen ausschließlich zur Unterrichtung ihrer eigenen Mitglieder bleibt hiervon unberührt. Unabhängig davon, wann, auf welchem Weg und in welcher Anzahl diese Schrift der Empfängerin oder dem Empfänger zugegangen ist, darf sie auch ohne zeitlichen Bezug zu einer bevorstehenden Wahl nicht in einer Weise verwendet werden, die als Parteinahme der Landesregierung zugunsten einzelner politischer Gruppen verstanden werden könnte.

**Ministerium für Wirtschaft, Innovation,
Digitalisierung und Energie
des Landes Nordrhein-Westfalen**
Berger Allee 25, 40213 Düsseldorf
www.wirtschaft.nrw

