



Freshfields Bruckhaus Deringer

*Institut für Energie- und Regulierungsrecht Berlin
Workshop zum Wasserrecht am 26. Juni 2014*

*Anmerkungen zu dem Beschluss des OLG Düsseldorf
vom 24.2.2014*

Dr. Benedikt Wolfers
Dr. Burkard Wollenschläger



Freshfields Bruckhaus Deringer

DAC15911737

Kernthemen

1. Reichweite der kartellrechtlichen Missbrauchsvorschriften
2. Bedeutung handelsrechtlicher Spielräume und Kostennormierung
3. Zurechnung landesrechtlicher Vorgaben
4. Erfordernis einer Zu- und Abschlagsrechnung
5. Bedeutung Metermengenwert
6. Abgabenbereinigung
7. Beweislastverteilung
8. Erfordernis Erheblichkeitszuschlag
9. Unzureichende Sachverhaltswürdigung
10. Fazit

1. Reichweite der kartellrechtlichen Missbrauchsvorschriften

1. Reichweite der kartellR Missbrauchsvorschriften (1/2)

Auffassung OLG (S. 6 ff.)

- Kartellrecht auf BWB-Tarife anwendbar, da BWB im Verhältnis zu Kunden keine Gebühren, sondern Entgelte erhebe
- Andernfalls “verbraucherschutzfeindliche Situation”, da allein kartellrechtliche Missbrauchskontrolle Schutz vor Missbrauch biete
- GWB strebe “bundeseinheitliches Schutzniveau” an, das durch Anwendung gebührenrechtlicher Grundsätze nicht ausgehebelt werden dürfe
- Zudem: BGH habe “Tendenz erkennen lassen”, dass auch Gebühren kartellrechtlich überprüfbar seien, wobei diese Rspr mit 8. GWB-Novelle “überholt sein kann”

1. Reichweite der kartellR Missbrauchsvorschriften (2/2)

Kritikpunkte

- Kernfrage nach Abgrenzung verfassungsrechtlicher Kompetenzräume wird nicht thematisiert; keine Auseinandersetzung mit Gehalt und Reichweite Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG
- Gesetzesbegründung zur 8. GWB-Novelle hat Ausschluss des Kartellrechts *inhaltlich* begründet (Ausschluss der Doppelkontrolle)
- Stattdessen argumentiert OLG argumentiert formal-rechtlich, rechtspolitisch und ergebnisorientiert
- Rechtspolitische Deklassifizierung der zivilgerichtlichen Billigkeits- und verwaltungsgerichtlichen Gebührenkontrolle als ineffizient

2. Bedeutung unternehmerischer Spielräume und Kostennormierung

2. Bedeutung Spielräume / Kostennormierung (1/4)

Problemskizze

- Vergleichsmarktmethode vergleicht *aktuelle* Preise (zB 2010-2012)
- Bei identischen objektiven Bedingungen können Preise allein deshalb unterschiedlich sein, weil Unternehmen A und B die handelsrechtlich zulässigen Spielräume unterschiedlich anwenden (zB bei Abschreibungen oder Aktivierungsquote)
- *Langfristige* Gesamtbelastung Verbraucher im Wesentlichen identisch
- Ist Anwendung handelsrechtlich zulässiger Spielräume missbräuchlich?

2. Bedeutung Spielräume / Kostennormierung (2/4)

Beispielfall

- Unternehmen A und B erwerben Rohrnetz für jeweils 300 GE, objektive Strukturbedingungen identisch
- Unternehmen A setzt für Rohrnetz Nutzungsdauer von 15 Jahren an; Unternehmen B Nutzungsdauer von 20 Jahren
- Beide Nutzungsdauern sind handelsrechtlich zulässig
- Bei Unternehmen A fallen in den ersten 15 Jahren kalkulatorische Abschreibungen von 20 GE/a, bei Unternehmen B von 15 GE/a an; ab dem Jahr 15 fallen bei A keine AfA mehr an, bei B bleibt es bei 15 GE/a. Beide AfA wirken sich entsprechend auf Preis aus.
- Frage: Handelt Unternehmen A in den ersten 15 Jahren missbräuchlich, Unternehmen B im Jahr 16-20?

2. Bedeutung Spielräume / Kostennormierung (3/4)

OLG (S. 16 ff.): ja

- Wasserversorger habe beim Ansatz der kalkulatorischen Kosten Spielräume, zB bei Abschreibungsdauer, Aktivierungsquote, Anlagenbewertung, Verzinsung etc.
- Spielräume können und *müssen* kartellrechtskonform ausgeübt werden
- Wenn nicht: Kartellrechtsverstoß

Kritikpunkte

- Verbraucherbelastung in beiden Fällen letztlich identisch (im wesentl.)
- Ergebnisse hängen von Zufälligkeit des Prüfungszeitpunktes ab, Ausblenden der Gesamtentwicklung nicht sachgerecht
- Anwendg gesetzl. zulässiger Bewertungsspielräume missbräuchlich?
- Eigentliches Problem wird ausgeblendet: Erfordernis einer Kostennormierung zur Vergleichbarkeit der Kapitalkostenstruktur

2. Bedeutung Spielräume / Kostennormierung (4/4)

Mögliche Lösungsansätze

- Normierung der Kapitalkosten, um die unterschiedlichen Bewertungsansätze zu bereinigen
- Quantifizierung der kapitalkostenbezogenen Strukturnachteile mit normierten Kosten zB anhand des in Energieregulierung bekannten “B2 – Bogen”

3. Zurechnung landesrechtlicher Gesetzgebungsakte

3. Zurechnung Gesetzgebung (1/2)

Argumentation OLG (S. 18 f.)

- BWB müsse sich öffentlich-rechtliche Vorgaben des LandesR wie eigenes Handeln zurechnen lassen (Rechtsgedanke aus § 36 Abs. 2 GWB)
- Arg: Land habe als Mehrheitsgesellschafter erhebliches Eigeninteresse daran, möglichst hohe Trinkwasserentgelte zu genehmigen

Kritikpunkte

- OLG unterscheidet nicht zwischen den verschiedenen verfassungsR Rollen des Landes (Exekutive, Legislative und Anteilseigner BWB)
- Zurechnung von Gesetzgebungsakten läuft auf kartellR Kontrolle des Gesetzgebers hinaus; dies verstößt gegen Gewaltenteilung

3. Zurechnung Gesetzgebung (2/2)

Bedeutung für andere Verfahren

- Unmittelbare Bedeutung in Stadtstaaten, wenn Land an Unternehmen beteiligt ist und als Gesetzgeber das Unternehmen reguliert
- Aber auch in Flächenstaaten parallele Fragestellungen denkbar: Können kommunale Rechtssetzungsakte (zB Satzungen für Grabungs- / Anordnungsgebühren) dem Versorgungsunternehmen zugerechnet werden?
 - U.E. sind auch hier verfassungsR Grenzen des Gewaltenteilungsgrundsatzes zu beachten
 - Auch kommunale Rechtssetzungsakte sind keine unternehmerischen Entscheidungen, sondern hoheitliches (exekutives) Handeln

4. Erfordernis einer Zu- und Abschlagsrechnung

4. Erfordernis einer Zu- und Abschlagsrechnung (1/3)

Auffassung OLG (S. 39 ff.)

- Zu- und Abschläge nur dann erforderlich, wenn sich bei einer “wertenden Gesamtschau der Ergebnisse aller zugrunde gelegten objektiven Vergleichskriterien erhebliche Unterschiede ergeben, die Zu- und Abschläge erforderlich machen”
- Dafür müsste “Durchschnittswert der Vergleichsunternehmen nicht nur bei einem”, sondern bei mehreren Kriterien “erheblich abweichen”
- Kartellamt dürfe “nach billigem Ermessen” Kriterien auswählen, dies sei nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar

4. Erfordernis einer Zu- und Abschlagsrechnung (2/3)

Kritikpunkte

- OLG räumt Kartellbehörden auch bei der Zu- und Abschlagsbildung einen weiten Beurteilungsspielraum ein
- Das ist system- und gesetzeswidrig, denn Zu- und Abschlagsbildung ist *Korrelat für behördlichen Spielraum bei Vergleichsgruppenbildung*
- Instruktiv hingegen Praxis Landeskartellbehörden unter Verweis auf st. Rspr:

„Voraussetzung für die Tragfähigkeit des Entgeltvergleichs ist, dass durch Zu- und Abschläge auf die für die unterschiedlich strukturierten Gebiete ermittelten Zahlen eine Vergleichbarkeit der erzielten Entgelte herbeigeführt wird. Dann ist gewährleistet, dass Verzerrungen ausgeschaltet werden, die vor allem durch die Unterschiede in der Marktstruktur entstehen können ... “
(LdKartellbeh Hessen, Wetzlar II v. 23.12.2010, Rn 217, 220)

4. Erfordernis einer Zu- und Abschlagsrechnung (3/3)

Bedeutung für andere Verfahren

- “4 große Freiheiten”: (i) Nach welchen Kriterien vergleiche ich? (ii) Welche Vergleichsunternehmen wähle ich aus? (iii) Liegen überhaupt Unterschiede vor? (iv) Sind, bei wertender Gesamtschau, die Unterschiede erheblich?
- Kein Korrektiv mehr für weites Ermessen bei Vergleichsgruppenbildg
- Bisherige Rollenverteilung im Kartellverfahren wird auf Kopf gestellt
- Zu- und Abschläge zum Ausgleich unterschiedlich strukturierter Gebiete können durch Ermessen bei Vergleichskriterien, wertende Gesamtschau und Erheblichkeitsschwelle weggewogen werden
- Möglichkeiten gerichtlichen Rechtsschutzes gegen Missbrauchsverfügungen erheblich eingeschränkt
- Einer der für die Wasserwirtschaft weitreichendsten Aspekte der OLG-Entscheidung

5. Bedeutung Metermengenwert

5. Metermengenwert (1/5)

Auffassung OLG (S. 33 ff.)

- Im MMW spiegeln sich die wesentlichen Charakteristika eines Versorgungsgebietes wider
- Dass der MMW keine Aussagen zur “Kapazität der Trinkwasserversorgungssysteme” treffe, sei unerheblich
- MMW dürfe nicht nur aus “wasserwirtschaftlicher Sicht” betrachtet werden (S. 35)
- Rspr verlange nur “grobe Sichtung”, deshalb dürfe man auch keine überzogenen Anforderungen an MMW stellen

5. Metermengenwert (2/5)

Kritikpunkte

- „Grobe Sichtung“ bezieht sich auf Auswahl der Vergleichsunternehmen
- Bei Frage nach Eignung MMW geht es indes um Auswahl und Anwendung der für Zu- und Abschlagsrechnung sachgerechten Vergleichskriterien
- Zu- und Abschlagsrechnung ist nicht Gegenstand, sondern Korrelat des vom BGH eingeräumten Beurteilungsspielraums
- Kartellrechtliche Eingriffsermächtigungen enthalten offene Rechtsbegriffe; diese ermöglichen und *erfordern*, Besonderheiten des jeweiligen Sektors zu berücksichtigen
- *Sachgerechte* Vergleichskriterien in Wasserkartellverfahren sind deshalb solche, die aus wasserwirtschaftlicher Sicht passen, denn ...

5. Metermengenwert (3/5)

... Wasser ist anders als Strom

- Hoher Fixkostenanteil (ca 80 %) wg Einheit von Beschaffung/Verteilung
- Langfristigkeit/geringe Anpassungsfähigkeit Anlagen
- Kein Netzverbund (keine Absatzmögl. für überschüssige Mengen)
- Kostenrelevanz Leitungsdurchmesser *und* -länge, da Wasser nicht kompressibel (größere Mengen erfordern größere Leitungen)

Folge 1: Vergangenheit und Absatzentwicklung berücksichtigen

- Rückgang Wasserabsatz → Kapitalkosten verteilen sich auf geringere Absatzmenge (kein Netzverbund) → Kapitalkosten pro abgesetztem m³ Trinkwasser werden höher → Preis steigt
- *Fall:* A und B mit identischen Ausgangsbedingungen. Innerhalb von 10 Jahren Absatzrückgang bei A iHv 40 %, bei B iHv von 15 % wg. unterschiedl. Bevölkerungs- /Industrieentwicklung → Kapitalkosten pro abgesetztem m³ Trinkwasser bei A höher als B.

5. Metermengenwert (4/5)

Folge 2: Länge *und* Durchmesser (Volumen) beachten

- Kennzahlen, die von identischer Menge an Wasserabsatz pro km Leitungslänge auf ähnliche Versorgungsbedingungen schließen, passen nicht auf Wasserversorgung
- *Fall*: Unternehmen A und B haben gleich lange Leitungen, jedoch unterschiedliche Durchmesser: A 100 cm, B 50 cm. Beide leiten durchschnittlich jeweils 25 m³ durch 1 m Leitung
- Schaut man nur auf abgesetzte Menge pro 1 m Leitung (Metermengenwert), sind Werte gleich: jeweils $25/1 = 25$
- Tatsächlich sind die Versorgungsbedingungen indes *unterschiedlich*. Denn Leitung A mit größerem Durchmesser ist teurer als Leitung B. Da A gleiche Absatzmenge, aber höhere Kosten hat als B, sind Kapitalkosten pro abgesetzten m³ bei A höher als bei B (→ höherer Preis)
- Warum hat A größere Leitung als B und setzt durchschnittlich nur 25 m³ ab? Z.B. weil bei A Absatz gegenüber Anlagenerrichtung erheblich zurückgegangen ist

5. Metermengenwert (5/5)

Mögliche Lösungsansätze

- *Anpassung MMW* auf Besonderheiten der Wasserversorgung durch Berücksichtigung von Länge *und* (durchschnittlichem) Durchmesser der Leitungen
- Ansatz OLG D'dorf, die wasserwirtschaftlichen Besonderheiten einfach auszublenden, ist jedenfalls keine sachgerechte und rechtlich zulässige Lösung

6. Abgabenbereinigung

6. Abgabenbereinigung (1/3)

Fragestellung

- Wasserpreis Unternehmen A beträgt netto (ohne MwSt) 1,90 €/m³ und enthält 0,10 €/m³ *Konzessionsabgabe*. Preis Unternehmen B beträgt netto (ohne MwSt) 2,10 €/m³ und enthält 0,10 €/m³ *Wasserentnahmeabgabe*.
- Konzessionsabgabe ist *privatR Entgelt*, Wasserentnahmeabgabe ist *hoheitliche Abgabe*
- Frage: Können auf Ebene Preisvergleich Wasserentnahmeabgabe und Konzessionsabgabe abgezogen werden, so dass von vornherein nur Preis A iHv 1,80 €/m³ und Preis B iHv 2,00 €/m³ verglichen werden?
- Ist das nicht egal? Läuft das nicht auf dasselbe hinaus, nämlich eine Gesamtdifferenz von 0,20 €/m³?

6. Abgabenbereinigung (2/3)

Auffassung OLG (S. 42 ff.): Abgabenbereinigung ist zulässig

- Sinn und Zweck der Missbrauchskontrolle sei es, auf unternehmerische Entscheidungen beruhende Differenzen zu sanktionieren, nicht dagegen Steuern und Abgaben zu prüfen
- Es sei zwar zutreffend, dass WEE öffentlich-rechtliche Abgabe und KA privatrechtlich vereinbartes Entgelt
- Diese “formale” Sicht verstelle aber Blick dafür, dass beide Positionen ungeschmälert an die öffentliche Hand weitergereicht werden

6. Abgabenbereinigung (3/3)

Kritikpunkte

- Ausgangspunkt OLG zutreffend: Kartellrecht zielt auf Kontrolle unternehmerischer Entscheidungen, nicht auf Abgabenkontrolle
- Auch zutreffend, dass KA *keine* hoheitlichen Abgaben
- Daraus folgt aber, dass KA und WEE nicht gleich behandelt werden dürfen: denn das Unternehmen kann die Höhe des privatR Entgeltes beeinflussen, die Höhe der hoheitlichen Abgabe aber nicht
- Damit schneidet der Ausschluss eines zurechenbaren Preisbestandteils auf Vergleichsstufe die differenzierte Rechtfertigungsprüfung ab: *ob nämlich und welches Entgelt oder Abgabe zurechenbar ist oder nicht*
- Abgabenbereinigung sollte deshalb auf „wahre“, dh hoheitliche und nicht beeinflussbare Abgaben beschränkt sein, jedoch nicht privatR Entgelte und hoheitliche Abgaben vermischen

7. Beweislastverteilung

7. Beweislastverteilung (1/3)

Auffassung OLG (S. 46 ff.):

- Gesetz bürdet Versorgungsunternehmen Beweislast für Rechtfertigung auf
- Unternehmen müsse deshalb mit seinem “Vorbringen zu den abweichenden Umständen sowohl eine umfassende Bewertung seiner Preise als auch der Preise der Vergleichsunternehmen ermöglichen”
- Ein isolierter Blick auf einzelne Strukturbedingungen sei wenig aussagekräftig
- Substanziierter Vortrag zu Rechtfertigungsgründen setze “*zugleich eine umfassende Bewertung der strukturellen Bedingungen und Preise des betroffenen Unternehmens und der strukturellen Bedingungen und Preise der Vergleichsunternehmen im Sinne einer Gesamtschau voraus*”

7. Beweislastverteilung (2/3)

Kritikpunkte

- Dass bei einem Vergleich stets Vor- und Nachteile zu berücksichtigen sind (und nicht etwa nur Nachteile) ist zutreffend und war im BWB-Verfahren auch unstrittig
- Entscheidende Frage ist eine andere: Wer hat diese Gesamtschau vorzunehmen?
- Nach bisheriger Rspr waren dies die Kartellbehörden (bei Zu- und Abschlagsbildung)
- Denn über die erforderliche Informationsbasis für Gesamtsaldierung verfügen allein die Kartellbehörden
- Instrukтив Landeskartellbehörde Hessen unter Verweis auf BGH:

“Die notwendige Zu- und Abschlagsrechnung hat grundsätzlich die Kartellbehörde aufgrund eigener Ermittlungen durchzuführen“ (LKartB Hessen, Wetzlar II v. 23.12.2010, Rn 217, 220)

7. Beweislastverteilung (3/3)

Kritikpunkte

- Das OLG hat nunmehr dem betroffenen Unternehmen die Darlegungs- und Beweislast für *die Gesamtschau aller Vor- und Nachteile des eigenen und aller Vergleichsunternehmen* auferlegt
- Diese Anforderungen wird das betroffene Unternehmen aber nicht erfüllen können, weil
 - ihm die hierfür erforderlichen Unternehmensdaten der Vergleichsunternehmen nicht vorliegen,
 - die Kartellbehörden auf entspr Nachfragen nicht eingehen und die bei ihnen vorhandenen Daten aufgrund von Schwärzungen nicht offenlegen.
- Auferlegung einer nicht zu erfüllenden Darlegungs- und Beweislast ist verfassungswidrig (Verstoß gegen Rechtsstaatsprinzip)
- Gesamtschau muss Kartellamt durch Zu- und Abschlüge vornehmen; nur Kartellamt verfügt über entsprechende Informationen

8. Erfordernis Erheblichkeitszuschlag

8. Erheblichkeitszuschlag (1/2)

Auffassung OLG (S. 69 ff.)

- Bei § 19 GWB sei stets ein Erheblichkeitszuschlag zu berücksichtigen
- Dies beruhe auf dem im *Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung enthaltenen Unwerturteil*
- Der Erheblichkeitszuschlag betrage im konkreten Fall allerdings 0%
- Denn BKartA habe bereits sehr großzügige Sicherheitszuschläge gebildet

8. Erheblichkeitszuschlag (2/2)

Kritikpunkte

- Erheblichkeits- und Sicherheitszuschlag unterscheiden sich in grundsätzlicher Hinsicht, so dass wechselseitige Anrechnung unzulässig
- So auch BGH in Stadtwerke Mainz (BGHZ 163, 282, 295):
“Dass bei der Ermittlung des Vergleichserlöses bereits ein Sicherheitszuschlag berücksichtigt wird, steht dem Ansatz des Erheblichkeitszuschlags nicht entgegen, weil mit den Zuschlägen unterschiedlichen Erfordernissen Rechnung getragen wird. Der Ansatz des ersten Zuschlags ist erforderlich, um die Ungewissheiten der Ermittlungen der Vergleichswerte auszugleichen, während der andere Zuschlag gewährleisten soll, dass zwischen den [...] Erlösen ein so großer Abstand verbleibt, dass das Unwerturteil gerechtfertigt ist.”
- Anrechnung des Sicherheitszuschlages auf Erheblichkeitszuschlag damit unzulässig

9. Unzureichende Sachverhaltswürdigung durch OLG

9. Unzureichende Sachverhaltswürdigung (1/2)

OLG Düsseldorf

- BWB hätten keine Preis-/Tarifkalkulation vorgelegt, aus der sich nachvollziehbar ergebe, inwiefern die behaupteten Strukturnachteile Mehrkosten bei den BWB verursacht hätten (S. 59, 64 f.)
- Die Höhe der von BWB geltend gemachten kalkulatorischen Kosten sei intransparent und nicht nachvollziehbar (S. 59, S. 64 f.)

Beide Vorwürfe sind in tatsächlicher Hinsicht unzutreffend

- BWB haben für alle geltend gemachten Strukturnachteile die Auswirkungen auf Kosten konkret-individuell nachgewiesen und die Höhe der kalkulatorischen Kosten erläutert
- So enthält Beschwerdebegründung umfassende Berechnungen zur Kostenwirkung der Strukturnachteile, z.B. für Sonderkosten Ost (S. 196 ff.), für Anlagenauslastung (S. 261 ff.), für Wasserbeschaffung (S. 305 ff.), für Wasserverteilung (S. 319 ff.)

9. Unzureichende Sachverhaltswürdigung (2/2)

Unzureichende Sachverhaltswürdigung wäre mit Rechtsbeschwerde angreifbar als

- Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG)
- Verstoß gegen Grundsatz der Amtsermittlung (§ 70 Abs. 1 GWB)

10. Fazit

Bewertung

- Unterschiede zur Entscheidung OLG Stuttgart v. 5.9.2013 – Calw - könnten nicht größer sein
- Sollte sich Entscheidung des OLG D'dorf in Praxis durchsetzen, wäre effektiver Rechtsschutz gegen Missbrauchsverfügungen faktisch ausgeschlossen
- Dies liegt insbesondere an
 - dem vom OLG eingeräumten erheblichen Ermessen für die Frage, ob, wann und welche Zu- und Abschläge zur Anerkennung von Strukturunterschieden gebildet werden müssen, und
 - an den dem betroffenen Unternehmen auferlegten, nicht erfüllbaren umfassenden Nachweisanforderungen für die einzelnen Strukturbedingungen und Kosten der Vergleichsunternehmen



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit !

Kontakt



Dr. Benedikt Wolfers M.A.

T +49 30 20283 876
E benedikt.wolfers@freshfields.com



Dr. Burkard Wollenschläger LL.M.

T +49 30 20283 857
E burkard.wollenschlaeger@freshfields.com

Diese Informationen sind nicht als umfassende Darstellung gedacht und können eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen.

© Freshfields Bruckhaus Deringer LLP 2014

DAC15911737