

Workshop zum Wasserrecht enreg Berlin 2015

Auslegung und Anwendung der §§ 31 ff GWB durch das Bundeskartellamt

17. April 2015



Annette Bangard
Bundeskartellamt
8. Beschlussabteilung

Übersicht

2

	Folien
A) Wasserpreiskontrolle allg.	
Vielfalt von Institutionen, Methoden	3 – 6
Vielfalt von Ermittlungsumfang, Rechtfertigung	7 – 9
Exkurs: neue Tarifmodelle	10, 11
B) BKartA	
BWB-Verfahren	13 - 15
sonstige Verfahren	16, 17
C) 8. GWB-Novelle	
„Flucht in die Gebühr“	18 - 20
D) Kosten als Rechtfertigung	
Vergleich zu Regulierung	21
Betriebskosten / kalk. Kosten	22, 23
E) Ausblick	24

A) Wasserpriiskontrolle allg. - 1

3

1.) Notwendigkeit der Missbrauchsaufsicht

- unreguliertes Monopol für wirtschaftliche Tätigkeit (keine Sozialleistung) bei priv. + öff.-r. Versorger
- Im öff. Recht (Gebühren): Kostenüberschreitungsverbot gegen Preis-Missbrauch
- Im Privatrecht (Preise): Missbrauchsverbot
= Einzelfall-/ Ausreißerkontrolle mit Beispielwirkung
= staatliche Preisbegrenzung im Einzelfall ex post (aber auch mit Wirkung für die Zukunft)
- Einzige Alternative: staatliche Preisregulierung für die ganze Branche ex ante

A) Wasserpriiskontrolle allg. - 2

4

2.) Vielfalt der Institutionen und Methoden

- Zuständigkeit: LKB + BKartA + Zivilgerichte (§ 315 BGB)
- Vielfalt der Methoden:
 - Vergleichsmarktprinzip: ob = unstr., wie = BGH Wetzlar sowie OLG Düsseldorf/BKartA (Auswahl Vergleichsunternehm., Durchschnittswerte)
 - Kostenkontrolle: ob = BGH +, wie = ???
 - Gewinnbegrenzungskonzept: ?
- Vielfalt der Ansatzmöglichkeiten
 - Durchschnittspreise + ; Typfallpreise +
 - Endkundenpreise + ; Weitervertrieblerpreise ? (marktbeh. Stellung?)
 - Tarifpreise + ; Sonderkundenpreise ? (auch Monopol)
 - Tarifgestaltung ? (Tarifgestaltungsautonomie gg Diskriminierung)

A) Wasserpriiskontrolle allg. - 3

5

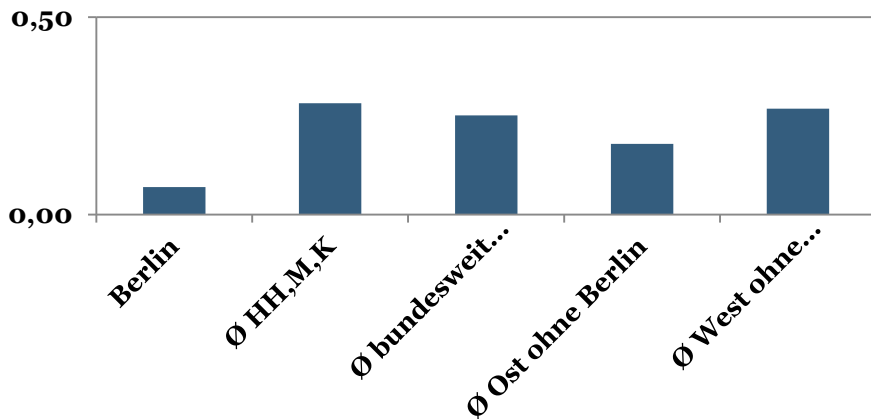
3.) Vielfalt der Erkenntnismöglichkeiten (Vergleichsmarktprinzip)

- Durchschnittspreisvergleich: Was ist der durchschn. Preis?
 - brutto oder abgabenbereinigt netto? (OLG +, s. Grafik zu Abgaben)
 - **Bereinigung** um konzerninterne Preise und um Sonderpreise?
 - relevant bei konzerninternen Sonderpreisen/Rabatten (§ 36 II GWB Konzernzurechnung)
 - relevant bei gleichzeitig hohen Rabatten für und hohen Absätzen mit Sonderkunden
- Typfall-Preisvergleich: Was ist der typische Typfall?
 - Großstädte: eher Wohnungen + Single-Apartments
 - Kleinstädte: eher EFH + Wohnungen
- Tarif-Vergleich: Was ist der typische Tarif?
 - Größe des Hausanschlusses sachgerecht?
 - Zusätzliche Grundpreise für WW-Zähler oder für Wohnungen als solche? (s.u.)

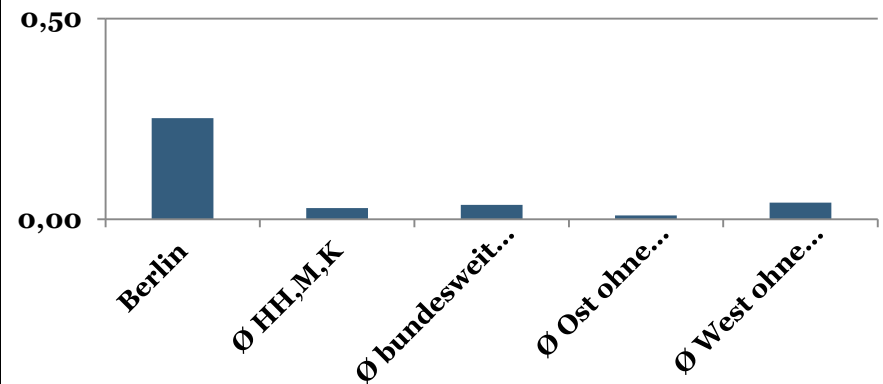
Grafik zu Abgaben

Konzessionsabgaben und Wasserentnahmeentgelte:

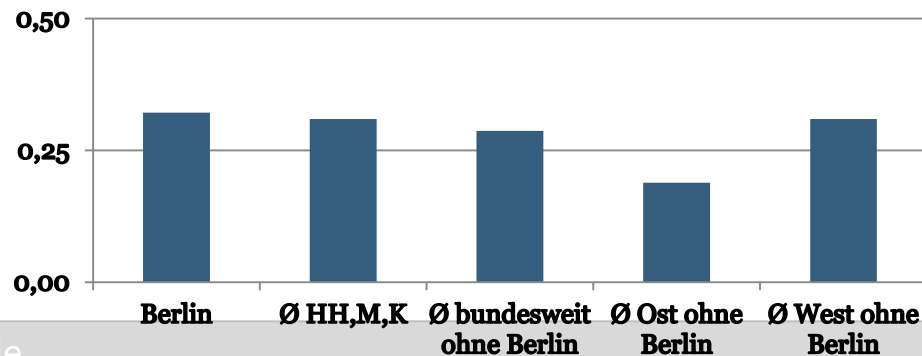
Konzessionsabgaben in €/m³



Wasserentnahmeentgelte in €/m³



Wasserentnahmeentgelte + Konzessionsabgaben in €/m³



A) Wasserpriiskontrolle allg. - 4

7

4.) Vielfalt des Ermittlungsumfangs

Vergleichsmarktprinzip:

- Auswahl Vergleichsunternehmen (viele fallabhängige Einzelkriterien zu Unternehmensstruktur, Gewinnungsbedingungen, Verteilungsbedingungen)
- Vergleichspreis ist Basis (insoweit keine Rechtfertigung notwendig)
- Prüfung der **Mehr-Kosten** (Zusatzkosten, „Sonderkosten Ost“)
- **Kostenprüfungskonzept:**
 - Überprüfung **aller Kosten** = gesamte Kalkulation
 - Herabsetzung überhöhter Einzelkosten (hier ggfs. Unternehmensvergleich)
- **Gewinnbegrenzung:**
 - Ergebnisorientiert: Gewinnausschüttung / Quersubventionierung
 - EK-Verzinsung, kalk. Kosten insg.

A) Wasserpriiskontrolle allg. - 5

8

4.) Vielfalt der Rechtfertigungsgründe („nicht zurechenbare abweichende Umstände“)

= Nachteile in Relation zu Vergleichsunternehmen

- Nachteile bei Wasserbeschaffung, wie z.B.
 - hohe Fremdbezugskosten (nicht bei konzerninternem Bezug, § 36 II GWB)
 - schwierige Rohwassergewinnung (tiefe Brunnen, ggfs. Talsperren)
 - aufwändige Rohwasseraufbereitung (ggfs. auch Enthärtung)
 - Transport ins Versorgungsgebiet
- Nachteile bei Wasserverteilung, wie z.B.
 - geringere Versorgungsdichte (Metermengenwert, Hausanschlussabsatz u.v.m.)
 - Höhenunterschiede im Versorgungsgebiet (Druckzonen, Pumpkosten etc.)
 - schlechtere Grabungsbedingungen (bewegl. Untergrund, Felsen, „Archäologie“)
 - Hindernisse im Verteilungsgebiet (z.B. durch Flüsse, Seen, U-Bahn, Gleiskörper etc.)

A) Wasserpriiskontrolle allg. - 6

9

5.) Vielfalt der Maßnahmen / Sanktionen

- Preisabsenkung (zukunftsbezogen)
 - Absenkung Durchschnittserlös („max. zulässiger Durchschnittspreis“)
 - ebenso möglich: prozentualer Abschlag auf Rechnungen
- Tarifgestaltungsautonomie
 - aber: Eingriff bei tariflicher Diskriminierung („ohne sachl. Grund“)
 - Absenkung Arbeits-/Grundpreis, Streichung bestimmter Grundpreise
- Rückerstattung (vergangenheitsbezogen)
 - für welchen Zeitraum? (grds. unbegrenzt; Analogie zu § 34 V GWB?)
 - an die Kunden oder an deren Mieter? (keine AO durch Behörde)

A) Wasserpriiskontrolle allg. - 7

10

6.) Exkurs: Neue Tarifgestaltungen

- a) **Erhöhung Grundpreisanteil** am Gesamtpreis
- bisher: Grundpreisanteil ca. 15% (BDEW für `11: 12,5%)
- zukünftig? It. BDEW wären auch 50% gerechtfertigt
- Vorteile: konstante Erlöse bei sinkenden Absätzen
 - Fixkostenabdeckung
 - zukünftige Preiserhöhung überflüssig (da implizit enthalten)
- Nachteile: Fehlanreize (Kostenüberwälzung)
 - Verkrustung – keine Bedarfssteuerung – kein Effizienzanzreiz
 - verdeckte, ständige Preiserhöhung (pro m³) bei Absatzrückgang
 - Einseitigkeit (keine Umstellung bei Versorgern mit Absatzwachstum...)

A) Wasserpriiskontrolle allg. - 8

11

6.) Exkurs: Neue Tarifgestaltungen

- b) Zusätzlicher **Wohneinheiten-Grundpreis** („Systempreis“)
- Vorteile:
 - EFH und Gewerbebetriebe werden nicht zusätzlich belastet
 - Kunden (MFH) können Kosten umlegen auf Mieter
- Nachteile:
 - wenig verursachungsgerecht (Kapazität nach Absatz messen, nicht WE)
 - einseitige zusätzliche Belastung für Mieter
 - besonders hohe Belastung für Kleinverbraucher, Bedürftige, Rentner...
 - subjektiver Eindruck: sparsamer Umgang mit Wasser wird „bestraft“...
 - zusätzl. Erhebungsaufwand + Abgrenzungsprobleme (Wohnheim, Gewerbe)

Exkurs zu Preisstrukturkontrolle

12

Durchschnittspreisermittlung nach Annex I des Fragebogens

Annex 1: Anlage- Kunden- und Erlösstruktur														
Beispiel														
Alle Tarifstufen nach Preisblatt	Grundpreis pro Jahr in Euro/a	ggf. gestaffelter Grundpreis ¹⁾	Mengenpreis in Euro/m ³	Gültig von..bis..	Anzahl der Kunden ²⁾	Anzahl der Verträge	Anzahl der Anschlüsse	Anzahl der Zähler	Summe der abgesetzten Trinkwassermenge in der jeweiligen Tarifstufe (ggf. nach Mengenstufe) in m ³	Durchschnittsverbrauch der jeweiligen Tarifstufe je Kunden	Gesamterlöse aus dem in Rechnung gestellten Mengenpreis in Euro	Gesamterlös aus dem in Rechnung gestellten Grundpreis in Euro	Gesamtumsatzerlös der jeweiligen Tarifstufe in Euro	Mengewogichter Mittelerlös in Euro/m ³
je Wohneinheit														
und / oder														
Qn 2,5		0-200 m ³												
Qn 2,5		201-400 m ³												
Qn 2,5		ab 401 m ³												
und / oder														
Qn 2,5														
Qn 6														
...														
Alle Tarifstufen nach Preisblatt	Grundpreis pro Jahr in Euro/a	ggf. gestaffelter Grundpreis ¹⁾	Mengenpreis in Euro/m ³	Gültig von..bis..	Anzahl der Kunden ²⁾	Anzahl der Verträge	Anzahl der Anschlüsse	Anzahl der Zähler	Summe der abgesetzten Trinkwassermenge in der jeweiligen Tarifstufe (ggf. nach Mengenstufe) in m ³	Durchschnittsverbrauch der jeweiligen Tarifstufe je Zähler	Gesamterlöse aus dem in Rechnung gestellten Mengenpreis in Euro	Gesamterlös aus dem in Rechnung gestellten Grundpreis in Euro	Gesamtumsatzerlös der jeweiligen Tarifstufe in Euro	Mengewogichter Mittelerlös in Euro/m ³
										#DIV/0!			-	#DIV/0!
										#DIV/0!			-	#DIV/0!
										#DIV/0!			-	#DIV/0!
										#DIV/0!			-	#DIV/0!
										#DIV/0!			-	#DIV/0!
										#DIV/0!			-	#DIV/0!
										#DIV/0!			-	#DIV/0!
										#DIV/0!			-	#DIV/0!
										#DIV/0!			-	#DIV/0!
										#DIV/0!			-	#DIV/0!
										#DIV/0!			-	#DIV/0!
										#DIV/0!			-	#DIV/0!
										#DIV/0!			-	#DIV/0!
Ergebniszeile									-	#DIV/0!	-	-	-	#DIV/0!

B) BKartA: BWB-Verfahren - 1

13

1.) Beschluss BKartA v. 04.06.2012

- BWB muss durchschn. Wasserpreise (netto+abgabenbereinigte Erlöse) 2012 bis 2015 um ca. 18% absenken
- Senkungsvolumen: mehr als 60 Mio. € jedes Jahr
- Erlösvorgabe für jedes Jahr, aber Tarifgestaltung frei
- Sofortige Vollziehbarkeit angeordnet
- Umsetzung 2013: über Gutschriften für 2012
- ab 2014 Preissenkung (+ Gutschrift 2013)
- Vorbehalt: Anordnung einer Rückerstattung für '09-'11

B) BKartA: BWB-Verfahren - 2

14

2.) Beschluss OLG D`dorf v. 24.02.2014

- Uneingeschränkte Bestätigung Preissenkungsverfügung
- aber: Erheblichkeitszuschlag obligatorisch (hier = 0)
- aber: Jahr der Entscheidung (2012) wohl Rückwirkung, so dass insoweit Rechtsgrundlage nur § 19 GWB
- Vorbehalt der Anordnung einer Rückerstattung für die Jahre 2009-2011 rechtmäßig
- Rechtsbeschwerde BGH: - keine RBeschwBegründung
- Rücknahme am 9.5.2014

B) BKartA: BWB-Verfahren - 3

15

3.) Öff.-r. Vergleichsvertrag vom 7.5.2014

- BKartA verzichtet auf Anordnung einer Rückerstattung für die Jahre 2009-2011 (gemäß Vorbehalt im Beschl. v. 4.6.12)
- BWB verpflichtet sich, die Preissenkung über die Verfügung (2012-2015) hinaus zu verlängern, nämlich 2016-2018
- Klärung von technischen Fragen der Erlösberechnung
- Aufschiebende Bedingung: Zustimmung AR (Senat Berlin) +
- Auflösende Bedingung: bei Flucht in die Gebühr (Verzicht BWB auf Verjährungs-/Verwirkungseinwände; Annahme Zuständigkeit BKartA bis 2018)
- Anpassungsmöglichkeit bei hohen priv. Rückerstattungen

B) BKartA: Sonstige Verfahren - 1

16

SWMN – Stadtwerke Mainz Netze

- 2012: Einleitung, Verhandlungen, Zusagenbeschluss (Preissenkung für 2013-2019)
- Senkung um ca. 15% = ca. 4,5 Mio €/a = ca. 31 Mio € insg.
- Akteneinsichtsansträge durch Frankfurter RA mit Wohnsitz in Mainz <http://www.ardmediathek.de/tv/MARKTCHECK/Sendung-vom-9-April-2015/SWR-Fernsehen/Video?documentId=27594530&bcastId=1665616> (ca. Min. 9 der Sendung Marktcheck)
 - zivilrechtliche Klage gg SWMN auf SE/Rückerstattung
 - mehrere Klagen auf Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen der SWMN gg BKartA (IFG, VwVfG/VwGO, StPO) vor VG Köln und AG Bonn
 - Klage auf Akteneinsicht gg LKB Hessen (für Mandant aus Darmstadt)

B) BKartA: Sonstige Verfahren - 2

17

WSW – Wuppertaler Stadtwerke

- Sommer 2012: Abgabe Zuständigkeit, Einleitung
- 2012: Sachstandsmitteilung + erneute Datenerhebung
Vergleichsunternehmen: Duisburg/Bochum/Bonn (ähnlich in Größe, Beschaffungsstrukturen, Demografie, NRW, etc.)
- 2013 - 2014: Datenauswertung + Prüfung Rechtfertigung
Höhenunterschiede (Druckzonen), Grabungsbedingungen, Enthärtung, Beiträge an Wasserverband, Transportleitungen, Talsperren, Aufbereitung, Absatzrückgang, Fremdbezug etc.
- Dez. 2014: Abmahnung (Rückerstattungsanordnung)
- Febr./März 2014: Stgn. WSW/GdF Suez

C) 8. GWB-Novelle - 1

18

- wie bisher: Allg. Preismissbrauchsaufsicht
§ 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2 GWB oder Art. 102 AEUV
= Rückerstattung + Senkung für Zukunft
- wie bisher: Spez. Wasserpreis-Missbrauchsaufsicht
§ 31 Abs. 3 und 4 iVm § 31 b Abs. 3, 5 GWB
= keine Rückerstattung, aber Beweislastumkehr
Kostenkontrolle neu: „anzuerkennen sind Kosten, die bei einer rationellen Betriebsführung anfallen“
- **neu:** § 130 Abs. 1 Satz 2 GWB : keine Anwendung von §§ 19, 20, 31 b Abs. 3, 5 auf ö-r Gebühren/Beiträge

C) 8. GWB-Novelle - 2

19

Flucht in die Gebühr (§ 130 I 2 GWB)

- einheitliches Muster: Wiesbaden, Wetzlar, Wuppertal
- Kommune als Wasserversorger zwischengeschaltet
- bisheriger Wasserversorger (Stadtwerk GmbH) wird
 - Vorlieferant des Wassers
 - Verpächter des Netzes
 - Dienstleister des komm. Eigenbetriebs (Betriebsführung)

C) 8. GWB-Novelle - 3

20

Literatur zu „Flucht in die Gebühr“

- **Säcker:** *Durchgriff durch Schleier der ö-r Rechtsform auf Inhalt der Wirtschaftstätigkeit geboten*
(Steuerrecht: USt für Wasser als wirtschaftl. Tätigkeit)
- **Wolf:** parallele Anwendung; „GWB macht lediglich ergänzende Vorgaben“ zu komm. Gebührenrecht
- **öff.-rechtl. Literatur (Wolfers/Wollenschläger):**
Gebührenrecht schließt Kartellrecht aus
- **Frage:**
Missbrauch des Stadtwerks gegenüber Stadt durch hohe Preise für Wasser, Netzpacht, Dienstleistungen?

D) Kosten als Rechtfertigung - 1

21

- **Kosten in der Wasserepreiskontrolle**
 - Vergleichsmarktkonzept: Rechtfertigungsgrund, wenn Preis-Unterschied auf abweichenden Umständen beruht, die nicht zurechenbar sind (§ 31 Abs. 3 Nr. 2 „es sei denn“)
 - Kostenkontrollkonzept: „Anzuerkennen sind die Kosten, die bei einer rationellen Betriebsführung anfallen.“ § 31 IV Nr. 3
- **Vergleich: Kosten in der Anreiz-Regulierung (2009)**
 - keine bloße Kostenüberwälzung, sondern effizienzbasierte Erlösobergrenzen (Anreiz zu Senkung Betriebskosten)
 - neutral bei Anlageninvestitionen (Kapitalkosten)
 - EK-Verzinsung/kalk.Abschreibungen gedeckelt und auf Neuanlagen höher als auf Altanlagen

D) Kosten als Rechtfertigung - 2

22

Zusatz-Betriebskosten (soweit kausal)

- höherer laufender Aufwand (Lohn, Material, ...) +
- Fremdkapitalkosten (höhere Zinsen, mehr FK) +
- aber: inzidente Effizienzkontrolle durch Kostenvergleich mit anderen Unternehmen, die ähnliche „Umstände“ aufweisen

Zusatz-Kapitalkosten (Missbrauchspotential)

- höhere Abschreibungen wg höherer Investitionen
 - höhere Anschaffungs-/Herstellungskosten (soweit kausal) +
 - höhere Bewertungen -
- höhere Eigenkapitalkosten
 - mehr zugeführtes, im Unternehmen verbliebenes EK +
 - höhere Verzinsung, höhere Bewertung -

D) Kosten als Rechtfertigung - 3

23

■ **OLG Düsseldorf v. 24.2.2014 zu Kosten**

- Unternehmen muss darlegen, in welchem Umfang seine Preise durch die Mehrkosten beeinflusst werden.
- konkreter Nachweis der Mehrkosten
- Unterschiede bei Eigen- und Fremdkapitalkosten keine Rechtfertigung im Fall der BWB, da nicht durch abweichende Umstände hervorgerufen. (Sonderkosten Ost berücksichtigt)
- Rn. 190ff: Höhere kalkulatorische Kosten kein Strukturmerkmal. Finanzierung des Unternehmens ist unternehmensindividueller Umstand. Höhere kalk. Kosten rechtfertigen nur dann höheren Preis, wenn sie nachweislich auf nachteiligen und nicht zurechenbaren strukturellen Umständen beruhen.

Wasserpreiskontrolle aus Sicht des BKartA

- vorzugswürdig: Wettbewerbsaufsicht („Ausreißer“)
- keine flächendeckende Regulierung mit ex-ante Preiskontrolle sowie Regelung für Kostenansatz

Verbesserung der Transparenz bei Wasserpreisen

- Informationen der Verbände BDEW/VKU (an Mitglieder)
- Benchmarking-Projekte in den Ländern
- Kartellbehörden: Preisvergleiche + Sektorbericht

Workshop zum Wasserrecht enreg Berlin 2015

25

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



Annette Bangard
Beisitzende
8. Beschlussabteilung