

Preiskontrolle marktbeherrschender Unternehmen im Lichte der Rechtsprechung zum Wasserkartellrecht

Institut für Energie- und Regulierungsrecht
6. November 2015

RiBGH Prof. Dr. Lutz Strohn

Übersicht

Abstellen eines Ausbeutungs-(Preis-)Missbrauchs:

- in Form des Freistellungsmissbrauchs nach § 31 Abs. 3, 4, § 31b Abs. 3 GWB
- in Form des Marktmachtmissbrauchs nach § 31 Abs. 3, 4, § 31b Abs. 3, 5 GWB
- daneben nach § 19 Abs. 2, § 32, § 31b Abs. 6 GWB

Methodenvergleich

- Vergleichsmarktmethode

Vorteil bei § 31 Abs. 4 Nr. 2, nicht bei § 19 GWB:
teilweise Beweislastumkehr
Nachteil: Vergleich von Monopolpreisen

- Kostenkontrollmethode

Vorteil: Ermittlung des Als-ob-Wettbewerbspreises
Nachteil: Volle Beweislast der Behörde

Vergleichsmarktmethode

Ausgangsfall: BGH, Beschl. v. 2.2.2010 – KVR 66/08
"Wasserpreise Wetzlar"

enwag GmbH = Tochterunternehmen der Stadt
Wetzlar wurde von hessischer Landeskartellbehörde
verpflichtet, Arbeitspreis um ca. 30 % zu senken.

Angewandte Methode: Vergleichsmarkt

Vergleichsmarktmethode

Tatbestandsmerkmale nach § 31 Abs. 4 Nr. 2 GWB:

- gleichartige Unternehmen als Vergleichsbasis
- ungünstigere Preise des untersuchten Unternehmens
- keine abweichenden, nicht zurechenbaren Umstände als Ursachen für die ungünstigeren Preise

Vergleichsmarktmethode

Gleichartige Unternehmen als Vergleichsbasis:

- Funktion: grobe Sichtung, Grobfilter
- keine Unterschiede, die aus Sicht der Kunden deutlich unterschiedliche Preise rechtfertigen
- ein Unternehmen genügt, dann aber entsprechend hoher Zuschlag

Vergleichsmarktmethode

Gleichartige Unternehmen als Vergleichsbasis:

Im Fall hatte Kartellbehörde in erstem Schritt 18 Unternehmen für vergleichbar befunden und dabei vor allem auf Versorgungs- und Abnehmerdichte abgestellt. Davon blieben nach der Untersuchung noch 9 Unternehmen übrig. Endgültig herangezogen als einziges Vergleichsunternehmen hat die Kartellbehörde dann aber nur das teuerste dieser Unternehmen.

Geschicktes Vorgehen im Hinblick auf späteres Prozessrisiko

Vergleichsmarktmethode

Gleichartige Unternehmen als Vergleichsbasis :

Niedrigere Versorgungsdichte (Metermengenwert = Kubikmeter Wasser, die pro Meter Leitungsnetz geliefert werden) und niedrigere Abnehmerdichte (Netzlänge pro Hausanschluss) verursachen im Regelfall höhere Kosten je Kunden, also auch höhere Preise.

Vergleichsmarktmethode

Gleichartige Unternehmen als Vergleichsbasis :

Topografische Unterschiede können Einfluss auf den Preis haben. Das ist schwer zu ermitteln.

Daher nach Gesetzsystematik hier nicht zu berücksichtigen, sondern erst bei den abweichenden Umständen (dort mit Beweislast des Unternehmens)

Vergleichsmarktmethode

Ungünstigere Preise des untersuchten Unternehmens:

Bewertung unterschiedlicher Tarifarten

Höhe der Baukostenzuschüsse nicht zu berücksichtigen (haben zwar Einfluss auf die Tarifpreise, was aber schwer zu ermitteln ist, deshalb erst bei abweichenden Umständen zu berücksichtigen)

Vergleichsmarktmethode

Keine abweichenden, nicht zurechenbaren Umstände:

- Kostenfaktoren, die auch jedes andere Unternehmen in der Situation des betroffenen vorfinden würde und nicht beeinflussen könnte
- Gegensatz: individuelle Kostenfaktoren als Ausdruck monopolbedingter Ineffizienz oder Preisüberhöhungstendenz

Vergleichsmarktmethode

Keine abweichenden, nicht zurechenbaren Umstände:

Beweislast nach § 31 Abs. 4 Nr. 2 GWB
beim Unternehmen !!

Es reicht nicht, den Einfluss der nicht beeinflussbaren
Preiselemente auf die eigenen Preise darzulegen. Es
muss auch die Preiskalkulation der Vergleichs-
unternehmen offen gelegt werden
(uU mit Hilfe von der Kartellbehörde erhobener Daten)

Vergleichsmarktmethode

Keine abweichenden, nicht zurechenbaren Umstände:

Beispiele:

- hoher Investitionsbedarf: unerheblich, wenn Folge fehlender Investitionen in der Vergangenheit
- Topografie: unerheblich, solange nicht die Kalkulation von Unternehmen mit günstigerer Topografie vorgetragen wird

Kostenkontrollmethode

Ausgangsfall: BGH, Beschl. v. 15.5.2012 – KVR 51/11
und Beschl. v. 14.7.2015 – KVR 77/13

"Wasserpreise Calw I und II"

Energie Calw GmbH = Tochterunternehmen der Stadt Calw wurde von Landeskartellbehörde Baden-Württemberg verpflichtet, Arbeitspreis um ca. 35 % zu senken.

Angewandte Methode: Kostenkontrolle

Kostenkontrollmethode

OLG hatte im ersten Durchgang angenommen, Kostenkontrolle sei unzulässig, weil sie zu einer unzulässigen Verlagerung der Darlegungs- und Beweislast auf das Unternehmen führe.

BGH: Nein, Darlegungs- und Beweislast bleibt grundsätzlich bei Kartellbehörde, Unternehmen hat aber Mitwirkungspflichten.

Kostenkontrollmethode

OLG hat im zweiten Durchgang Verfügung der Kartellbehörde erneut insgesamt aufgehoben und die Sache an die Behörde zurückverwiesen, wobei es einige Punkte beanstandet, andere offen gelassen hat.

BGH: Fehlerhaft, Beschwerdegericht muss grundsätzlich selbst in der Sache entscheiden.

Daher sind Ausführungen des BGH zur Kostenkontrollmethode nur obiter dicta.

Kostenkontrollmethode

§ 31 Abs. 4 Nr. 3:

Unternehmen handelt missbräuchlich, wenn es Entgelte fordert, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten; anzuerkennen sind die Kosten, die bei einer rationellen Betriebsführung anfallen.

Kostenkontrollmethode

Formulierung des BGH:

Der Ansatz von Preisbildungsfaktoren, von denen anzunehmen ist, dass auf ihrer Grundlage kalkulierte Preise bei wirksamem Wettbewerb auf dem Markt nicht durchgesetzt werden könnten, kann ein Indiz für einen missbräuchlich überhöhten Preis sein.

Untersuchungsgegenstand ist nicht die Kalkulationsmethode des Unternehmens, sondern die Preisbildungsfaktoren werden überprüft.

Kostenkontrollmethode

Beispiel:

Unternehmen beschäftigt für einen bestimmten Arbeitsgang zwei Arbeitskräfte, obwohl eine Kraft genügen würde. Dann sind die Kosten für die zweite Kraft zu streichen. In den maßgeblichen Preis finden nur die Kosten der einen Kraft Eingang.

Kostenkontrollmethode

Problem:

Keine Beweislastumkehr, Kartellbehörde muss vollen Nachweis erbringen. Erheblicher Ermittlungsaufwand.

Kostenkontrollmethode

Aber Mitwirkungspflicht des Unternehmens nach § 26 Abs. 2 VwVfG, § 59 Abs. 1 GWB:

- Unternehmen muss Daten aus seinem Einwirkungsbereich an Kartellbehörde übermitteln, sofern sich die Behörde die Daten nicht auf anderem zumutbaren Weg verschaffen kann.
- Verweigert das Unternehmen die Mitwirkung, kommt Umkehr der Beweislast in Betracht.

Kostenkontrollmethode

weiteres Problem:

- Behörde muss die "anerkannten ökonomischen Theorien" anwenden und ggf. weiterentwickeln.
- Dazu kann sie aber auf die StromNEV/GasNEV zurückgreifen, nicht nur umfassend, sondern auch in Bezug auf Einzelfragen, etwa den kalkulatorischen Eigenkapitalzinssatz.

Kostenkontrollmethode

Sicherheitszuschläge,

um Ungenauigkeiten der Bestimmung der
wettbewerbsanalogen Preisbildungsfaktoren
auszugleichen

Kostenkontrollmethode

Erheblichkeitszuschlag,

- um eine bloß minimale Überschreitung des wettbewerbsanalogen Preises von einer das Unwerturteil des § 31 Abs. 4 Nr. 3 GWB rechtfertigenden "unangemessenen" Preisüberschreitung abzugrenzen

Ausblick

Problem:

- Je stärker die Kartellbehörden auf der Grundlage des GWB Preismissbräuche in der Wasserwirtschaft aufdecken, umso mehr gestalten die mit den Städten und Gemeinden verbundenen Wasserwerke die Beziehungen zu ihren Kunden öffentlich-rechtlich.
- Stichwort: Rekommunalisierung
- Dann gelten nach § 130 Abs. 1 Satz 2 GWB die §§ 19, 20 und 31b Abs. 5 GWB nicht.

Ausblick

Ob dagegen der Weg der hessischen Kartellbehörde gangbar ist, ein *venire contra factum proprium* anzunehmen, wenn die Organisation praktisch unverändert bleibt und die Stadtwerke nur zur Ausstellung der Gebührenbescheide "zwischen-geschoben" werden, erscheint angesichts des ausdrücklichen Tätigwerdens des Gesetzgebers zweifelhaft.

Insoweit bleibt zu hoffen, dass die Kommunalaufsichtsbehörden energischer gegen Preismissbräuche vorgehen.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit