

Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des OLG Stuttgart zur Wasserpreiskontrolle („Wasserpreise Calw II“ und „Wasserpreise Stuttgart“)

Workshop zum Wasserrecht

enreg Berlin, 08.03.2016

Dr. Andreas Hahn

„Wasserpreise Calw II“

BGH, Beschl. v. 14.07.2015 - KVR 77/13

Wasserpreise Calw - Verfahrensablauf

2009

02.07.2009 Einleitung Preismissbrauchsverfahren der [Energiekartellbehörde Baden-Württemberg](#) gegen die [Energie Calw GmbH](#). Rechtsgrundlage: § § 19 Abs. 1, 32 Abs. 2a GWB.

2011

24.02.2011 Rückwirkende Preissenkung für 2008/09 um **35 %** und Rückerstattung von rund € 2 Mio. an Wasserkunden. Konzept: Kostenkontrolle.

25.08.2011 OLG Stuttgart: Vergleichsmarktkonzept ist vorrangig anzuwenden → Aufhebung der Verfügung.

2012

15.05.2012 BGH: Vergleichsmarktbetrachtung ist nicht das einzige Konzept zur Ermittlung des hypothetischen Wettbewerbspreises. Auch Überprüfung von Preisbildungsfaktoren ist zulässig → Aufhebung des OLG-Beschlusses.

2013

05.09.2013 OLG Stuttgart: Mischformen unterschiedlicher Kalkulationsmethoden (insb. innerhalb der GasNEV) sind unzulässig → Aufhebung der Verfügung.

2014

02.06.2014 Zulassung der Rechtsbeschwerde durch BGH zur „Fortbildung des Rechts“.

2015

14.07.2015 BGH: KartB hat methodischen Spielraum; GasNEV muss nicht uneingeschränkt angewendet werden → Aufhebung des OLG-Beschlusses.

Gesamtaufhebung vs. Teilaufhebung

1. OLG Stuttgart

- Gericht kann nur eine **kassatorische Entscheidung** treffen aber nicht eine neue Preisobergrenze festlegen.
- Dies gilt erst recht, wenn die rechnerische Ermittlung der neuen Missbrauchsgrenze für das Gericht erschwert aber für die KartB ein Leichtes ist.

2. BGH

- Bei nur teilweiser Rechtswidrigkeit der Verfügung legt das Gericht die Missbrauchsgrenze bei höheren Preisen fest („**quantitativ teilbare Pflicht**“).
- Eine vollständige Aufhebung ist nur zulässig, wenn eine Sachverhaltsaufklärung durch die KartB **unterblieben** oder **unverwertbar** ist oder die Verfügung in ganz erheblichem Maße rechtswidrig ist.
- Umfangreiche Nachermittlungen, mit denen das Gericht überfordert wäre, sind von der Behörde im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens durchzuführen.

Methodischer Spielraum beim Kostenkontrollkonzept

1. OLG Stuttgart

- Wählt KartB ein Kalkulationskontrollsystem entspr. Strom-Gas/NEV, hat sie dieses auch **konsequent** einzuhalten und **Systembrüche zu vermeiden**. Sie kann nicht Mischformen unterschiedlicher methodischer Ansätze wählen.
- Eigenkapitalverzinsung hat **streng** nach den Regeln des § 7 Strom-Gas/NEV zu erfolgen (hier: 9,3 % ohne Absenkung Wagniszuschl., anstelle 8,23 % wie EKartB).

2. BGH

- Der für die Kostenkontrolle nach § 19 GWB maßgebliche Begriff der „ökonomischen Theorien“ ist **umfassend** zu verstehen. Dazu können die Grundsätze der Strom-GasNEV aber auch andere Kalkulationsweisen gehören.
- KartB hat eine „**methodischen Spielraum**“ bei der Bestimmung des hypoth. Marktpreises. Strom-GasNEV müssen nicht uneingeschränkt angewandt werden. KartB kann auch nur **Elemente** hieraus verwenden, etwa den kalkul. Eigenkapitalzinsatz (!), im übrigen aber auf eine Übernahme im Hinblick auf die Besonderheiten des Wasserwirtschaft verzichten.

Darlegungs- und Beweislast bei der Kostenkontrolle

1. OLG Stuttgart

- Amtsermittlungspflicht stößt an Grenzen, wenn Jahre später festgestellt werden soll, für welche Sparte damals welcher Mitarbeiter welchen Leistungsaufwand erbracht hat.
- Sichert die KartB nicht selbst Beweise, kann von der Arbeitsplatzbewertung des Unternehmens nur bei „**greifbaren Fehlbewertungen**“ abgewichen werden.

2. BGH

- Bei der Kostenkontrolle bleibt es **uneingeschränkt** bei dem Grundsatz, dass die KartB die (materielle) Beweislast für den Missbrauch trägt.
- KartB kann im Einzelfall eine bestimmte Tatsache wegen verweigerter Mitwirkung des Unternehmens als bewiesen ansehen.
- KartB kann keine **Kalkulation** herausverlangen, die das Unternehmen nicht tatsächlich erstellt hat. Sie kann dem Unternehmen auch nicht die **Einholung eines Gutachtens** aufgeben.

Darlegungs- und Beweislast bei Ineffizienzen

1. EKartB

- Schuldhaft **nicht erzielte Erlöse** für die Löschwasserversorgung sind in der Kalkulation in Abzug zu bringen.
- ENCW hätte bei der Übernahme der Wasserversorgung den Konzessionsvertrag neu verhandeln und eine **Kostenerstattung** für das Löschwasser erreichen müssen.

2. BGH

- Feststellungslast der KartB erstreckt sich bei der Kostenkontrolle auch auf etwaige **Ineffizienzen** des Unternehmens.
- Da Konzessionsabgaben (KA) bei der Festsetzung der Netzentgelte zu den nicht beeinflussbaren Kostenanteilen zählen, bedarf es **konkreter Anhaltspunkte** dafür, dass sich die Kommune auf geringere als die höchstzulässige KA eingelassen hätte.

Berechnung der Konzessionsabgaben

1. EKartB

- Konzessionsabgaben (KA) sind nicht „im Hundert“, sondern „vom Hundert“ zu berechnen, da andernfalls bei einem KA-Satz von 10 % in der Kalkulation eine KA von 11,11 % zu berücksichtigen wäre.

2. BGH (und OLG Stuttgart)

- Nach § 2 KAE sind die KA in die Entgelte und Roheinnahmen einzurechnen (d.h. „im Hundert“-Berechnung).
- Wie sich aus Nr. 9 D/KAE ergibt, sind Roheinnahmen die **Isteinnahmen**, d.h. die Erträge des jeweiligen Rechnungsjahres. Diese umfassen auch die KA.
- Dem steht nicht entgegen, dass dies zu einer Erhöhung der KA-Sätze führt. Die vom Gesetzgeber seinerzeit beabsichtigte Abschmelzung der KA wurde durch Verringerung der Höchstsätze erreicht.

Erheblichkeitszuschlag

1. EKartB/BKartA

- Bei Kostenkontrolle mit „genauer Feststellung der effizienten Kosten“ ist nur ein Erheblichkeitszuschlag in geringer Höhe von **max. 3 %** sachgerecht.
- Erheblichkeitszuschlag ist nur auf die vom Unternehmen **beeinflussbaren Kosten** zu gewähren, nicht aber auf unbeeinflussbare Kosten, wie Fixkosten (Wasserbezug, KA, Personalkosten).

2. OLG Stuttgart

- Ein Erheblichkeitszuschlag von 3 % ist im Regelfall **nicht spürbar**.
- Auch unter Beachtung der monopolistischen Marktstruktur ist ein Preismissbrauch erst bei Überschreitung eines Erheblichkeitszuschlags von 7,5 % gegeben.

3. BGH

- Für die Bemessung des Erheblichkeitszuschlags ist nicht die tatsächliche Spürbarkeit, sondern die **rechtliche Erheblichkeit der Preisüberschreitung** entscheidend. Insoweit kann auch ein Zuschlag von 3 % oder weniger ausreichen.
- Bei der Berechnung sind **nicht nur** die vom Unternehmen beeinflussbaren Kosten zugrunde zu legen. Etwa erforderliche Differenzierungen können sich in der Höhe des Zuschlags abbilden.

„Wasserpreise Stuttgart“

OLG Stuttgart, Beschl. v. 26.02.2015
- 201 Kart 10/14

Wasserpreise Stuttgart - Verfahrensablauf

2012

08.08.2012: Einleitung Preismissbrauchsverfahren der [Energiekartellbehörde Baden-Württemberg](#) gegen die [EnBW AG](#) (Wasserpreise in Stuttgart ab 01.08.2012)

2013

19.02.2013: 1. Abmahnung Erweiterung des Verfahrens auf Wasserpreise ab dem 01.08.2007

2014

04.09.2014: Erlass Preismissbrauchsverfügung: Preissenkung um 33,5 % und rückwirkende Senkung seit 2007 um Ø 28 % inkl. 4 % Zinsen.

Rechtsgrundlage: [§ § 19 Abs. 1, 31 Abs. 4 Nr. 3, 32 Abs. 2a GWB](#).

2015

26.02.2015: Beschluss des OLG Stuttgart: Anordnung der aufschiebenden Wirkung

09.07.2015: Gerichtlicher Vergleich vor dem OLG Stuttgart:

- Preissenkung vom 1.8.2012 – 31.12.2014 um 20,5 %,
- Rückerstattung (ohne Zinsen),
- Preispfad bis 2020: Wasserbezugskostensteigerungen und Jahresdurchschnitts-Verbraucherpreisindex + 0,25 %-Punkte.

Kostenkontrolle der EKartB Baden-Württemberg

	EKartB	Kritik
Wasserzähler	<ul style="list-style-type: none">• Vergleich mit Entgelten im Gasnetzbetrieb• Kosten dürfen € 25 /Zähler nicht übersteigen.	<ul style="list-style-type: none">• Sachwidrige Vermengung der Konzepte (sachliches Vergleichsmarktkonzept)• Zähler im Gasbereich nicht vergleichbar
Unterlassene Stromvermarktung	<ul style="list-style-type: none">• Für unterlassene Vermarktung des beim Wassernetzbetrieb erzeugten Stroms wird ein fiktiver Ertrag in die Kalkulation eingestellt	<ul style="list-style-type: none">• Keine Ertragskontrolle• Fiktive Kosten der Vermarktung müssen abgezogen werden
Konzessionsabgabe	<ul style="list-style-type: none">• Bestimmung der Höchst-KA gem. § 2 Abs. 4 KAE anhand der Einwohnerzahl nach der Volkszählung vom 17.05.1939 (< 550 T Einwohner = 15% statt 18%)	<ul style="list-style-type: none">• Analog § 2 Abs. 2 S. 2 KAV kommt es auf die vom Stat. Landesamt fortgeschriebene Bevölkerungszahl zum Zeitpunkt des Abschlusses des Konzessionsvertrages an
Löschwasserkosten	<ul style="list-style-type: none">• Kosten der Löschwasserversorgung = 8,5% der kalkulatorischen Kosten und 7,5% der aufwandsgleichen Kosten	<ul style="list-style-type: none">• Willkürliche Berechnung anstatt anerkannter Methoden (Zielnetzplanung, fiktives Trennsystem)

Vergleichsmarktkonzept der EKartB Baden-Württemberg

Vergleichskennzahlen

EKartB BW

- MMW, Abnehmerdichte, Wasserabgabemenge, Speicherkapazität, Belegenheit in BW, ähnliche Wasserbezugssituation oder Ähnlichkeit zum Versorgungsgebiet.

Auswahl Vergleichsunternehmen

- Bietigheim-Bissingen, Schramberg, Bad Säckingen
- *Die EKartB hat sich nicht leiten lassen von den Größenverhältnissen der Versorgungsgebiete, sondern hat mit Bedacht Wasserversorger zum Vergleich herangezogen, die eher ‚ungünstigere‘ Kosten- oder Versorgungsstrukturen aufweisen.“*

Zu- und Abschläge

- Korrekturzuschlag Topographie: 0% bis 4%
- Korrekturzuschlag Großstadt: 1,5% bis 3%
- Korrekturabschlag Versorgungsdichte: -12,3% bis -18,8%

Kritik

- Nur 3 Kriterien des BGH (nicht: versorgte Einw., Abgabestruktur, Gesamterträge der Wassersparte).
- 3 weitere Kriterien ohne Aussagekraft für die Gleichartigkeit. Größe des Siedlungsraums bleibt völlig unberücksichtigt.
- Kein Auswahlprozess unter mehreren Vergleichsunternehmen.
- Ermessens Fehlgebrauch, da bewusste Auswahl weniger vergleichbarer Unternehmen.
- OLG Stuttgart: „Die Zuschläge stellen sich als weitgehend nur gegriffen dar, ohne dass durch eine Herleitung die Richtigkeit oder auch nur Plausibilität der angesetzten Zahl ersichtlich gemacht worden wäre.“
- Korrigierte Vergleichspreise liegen unter den tatsächlichen Preisen.

Zeitlich unbegrenzte Rückzahlungsanordnung ?

1. EKartB

- Rückzahlungsanordnung nach § 32 Abs. 2a S. 1 GWB unterliegt **keiner zeitlichen Grenze**: d.h. auch 7 Jahre in die Vergangenheit bis 2007 möglich.

2. Kritik

- Jede staatliche Anordnung der Rückzahlung von Vermögenswerten muss einer zeitlichen Begrenzung unterliegen (vgl. Vorteilsabschöpfung nach § 34 Abs. 5 GWB, § 33 EnWG, § 43 TKG, Verfall § 29a OWiG, § 169 AO).
- **Planwidrige Regelungslücke** die durch eine Analogie zu § 34 Abs. 5 GWB zu schließen ist: Rückforderung nur für einen Zeitraum von **maximal 5 Jahren** nach Zustellung der Verfügung.

3. OLG Stuttgart

- Analog § 34 Abs. 5 GWB ist die Rückzahlungsanordnung **nur für fünf Jahre möglich**. Da an eine Vorteilsabschöpfung strengere Voraussetzungen geknüpft werden, müssen diese erst recht für eine Rückzahlungsanordnung gelten.

Vielen Dank
für Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. Andreas Hahn

T + 49 (0) 711 / 6 01 87 – 120

F + 49 (0) 711 / 6 01 87 – 222

hahn@oppenlaender.de

Börsenplatz 1

70174 Stuttgart

www.oppenlaender.de

OPPENLÄNDER

RECHTSANWÄLTE

