

Konsequenzen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Kontrolle der Wasserpreise

2. Workshop zum Wasserrecht
Institut für Energie- und Regulierungsrecht Berlin

19. März 2010
Hermann Daiber
- Landeskartellbehörde Energie und Wasser Hessen -

Das Monopol auf dem Wassermarkt wackelt

Nach den Märkten Telekom und Energie knöpfen sich die Regulierer nun die Wasserversorger vor. Der Bundesgerichtshof ebnet dafür den Weg mit einem Grundsatzurteil.



Foto: HELMUT MÖLLER

Wasser wird bald billiger

Nach einem Urteil des Bundesgerichtshofs erhöhen viele Bundesländer den Druck auf die örtlichen Versorger

Kalte Dusche aus Karlsruhe

BGH erklärt Preissenkungsverfügung gegen Versorger Enwag für rechens – kommunale Wasserwirtschaft steht bundesweit vor Strukturwandel

BGH-Urteil erschüttert Wasserversorger

MISSBRAUCHSAUFSICHT Kartellsenat bestätigt hessische Kartellbehörde

Kartellwächter dürfen niedrigere Wasserpreise erzwingen



Übersicht

1. **BGH – die Grundsatzentscheidung**
2. „Gleichartigkeit“, „ungünstigere Preise“
3. Rechtfertigung höherer Preise durch abweichende Umstände
4. Beispiel: Strukturkosten für Hochbehälter
5. Wie weiter?



1.1 Für wirksame Kartellaufsicht

- BGH: „Leitungsnetzinhaber verfügt über natürliches Monopol“
- „Besondere Marktstellung“ mit „erhöhter Missbrauchsgefahr“
- Kartellaufsicht als Korrektiv
- „Scharfes Schwert“ der Kartellbehörden nicht stumpf werden lassen (Klaus Tolksdorf, BGH-Präsident)

1.2 § 103 Abs. 5 GWB 1990 gilt

- Enwag: Gilt nicht! Kein Vergleichsmarktkonzept
- BGH: Gilt! Entweder direkt (Konzessionsvertrag) oder über § 22 GWB 1990 (Marktbeherrschung)
- Und: Bewährte Rechtsprechung zu Energiekartellrecht übertragbar („Strom-Tarif“ etc.)



1.3 Kundenschutz verbessert

- § 19 GWB jetzt direkt anwendbar
- Privatklagen möglich
- Verbotsprinzip gilt
- Kartellbehörde kann unterstützen und rückwirkend Missbrauch feststellen
- Korrektiv zur Aufhebung der Verfügung



Übersicht

1. BGH – die Grundsatzentscheidung
2. „Gleichartigkeit“, „ungünstigere Preise“
3. Rechtfertigung höherer Preise durch abweichende Umstände
4. Beispiel: Strukturkosten für Hochbehälter
5. Wie weiter?



2.1 Gleichartigkeit – grobes Raster

- Enwag: Umfassende Würdigung
- BGH: Nur „grobtes Raster“, „auf erste Sicht signifikante Unterschiede“
- Alle 18 Vergleichsunternehmen (bundesweit) gleichartig
- Im Einzelnen: Versorgungsdichte, Wasserbeschaffung, Topografie



2.2 Versorgungsdichte 1

- BGH: Wichtig, bildet Vertriebskosten ab
- Wasserabsatz in Kubikmetern pro Meter Leitung ergibt Metermengenwert
- Hier: Zwischen 2,9 und 6,9; Enwag: 5,1
- Niedrigerer Wert „potenziell ungünstiger“



2.3 Versorgungsdichte 2

- Verbleibende Unterschiede: Zu- und Abschläge
- Auf Basis der Verteilungskosten in Wetzlar
- Wichtiger Praxispunkt



2.4 Wasserbeschaffung

- Enwag: „Stets unvergleichlich = Ungleichartigkeit“
- BGH: „Denkbar, wenn sehr große Unterschiede“
- Aber nur, wenn strukturell bedingt (ortsnahe Wassergewinnung)
- Jedoch: Zuschläge durch Kartellbehörde, also Egalisierung



2.5 Topografie

- Enwag: Unterschiede immer so groß, dass keine Gleichartigkeit
- BGH: Vielgestaltig, schwierige Erfassung, Untersuchung liegt beim betroffenen Versorger
- Bei „Rechtfertigung“ zu prüfen



2.6 Gleichartigkeit im Einzelnen

Vier Elemente:

- Wesentlicher Kostentreiber (z.B. Verteilung)
- Praktikable Kennzahl (Metermengenwert/fehlt bei „Topografie“)
- Strukturell, nicht individuell bedingt (nein, falls unwirtschaftliche Beschaffung)
- ausgleichbar durch Zuschläge (Beschaffung)

2.7 Ungünstigere Preise

- Typfallrechnung korrekt: „Einfamilienhaus“, „Mehrfamilienhaus“, künftig: auch kleinere
- Nur Verbrauchs- und Grundpreise
- Keine „sonstigen Geschäftsbedingungen“:
Baukostenzuschüsse (BKZ),
Hausanschlusskostenbeiträge (HAKB)
- Letztere aber bei Rechtfertigung einbeziehen



Übersicht

1. BGH – die Grundsatzentscheidung
2. „Gleichartigkeit“, „ungünstigere Preise“
3. **Rechtfertigung höherer Preise durch abweichende Umstände**
4. Beispiel: Strukturkosten für Hochbehälter
5. Wie weiter?



3.1 Grundsätze

- **Rechtfertigung: Unbeeinflussbare Kostenfaktoren, z.B. ungünstige Geologie/Siedlungsstruktur**
- **Keine Rechtfertigung: Individuelle Umstände, z.B. Struktur des Versorgungsunternehmens**
- **Kein Bestandsschutz, keine Unwirtschaftlichkeit**



3.2 Nachweis

- Nachweis durch Unternehmen: „Nicht zu geringe Anforderungen“
- Unternehmen muss „umfassende Bewertung ermöglichen“
- Vorlage von „prüffähigen Unterlagen“, von Plänen, Aufstellungen etc.

3.3 Beweislast beim Unternehmen

- Branche: „Unzumutbar“, BGH: Folge aus Monopolstellung
- „Angriff Enwag geht schon grundsätzlich ins Leere“
- Denn: Eigene Kosten Enwag als Rechengrundlage und volle Akteneinsicht in alle Fragebögen



3.4 Neu: Vergleichsunternehmen

- Deren „außergewöhnliche Umstände“ einbeziehen:
- Eigenkapital verzinst? (Nachweis fehlte bei Enwag)
- Kostendeckung erzielt? (konnte offen bleiben)



3.5 Die einzelnen Gründe bei Enwag

- Wasserbeschaffung: In Wetzlar wohl unwirtschaftlich
- Versorgungsdichte/Konzessionsabgabe: Zuschläge
- BKZ/HAKB: Künftig Zu- oder Abschläge
- Kostendeckung
- Topografie



3.6 Kostendeckung

- BGH „Flugpreisspaltung“:
- Korrekte Kostenanlastung/Querverbund, Gemeinkosten
- Alle Rationalisierungspotenziale durch Unternehmen gehoben?
- Einschub: Welche Rolle spielt Mindestgewinnregelung für Konzessionsabgabe?



Übersicht

1. BGH – die Grundsatzentscheidung
2. „Gleichartigkeit“, „ungünstigere Preise“
3. Rechtfertigung höherer Preise durch abweichende Umstände
4. **Beispiel: Strukturkosten für Hochbehälter**
5. Wie weiter?



4.1 Beispiel Wasserbehälter

- Berücksichtigung „kein Hexenwerk“
- Anlagennachweis?/Wirtschaftlich?/Konzept für Speicher und Druck?
- Kosten nachgewiesen? Kosten für Löschwasser anteilig abgezogen?



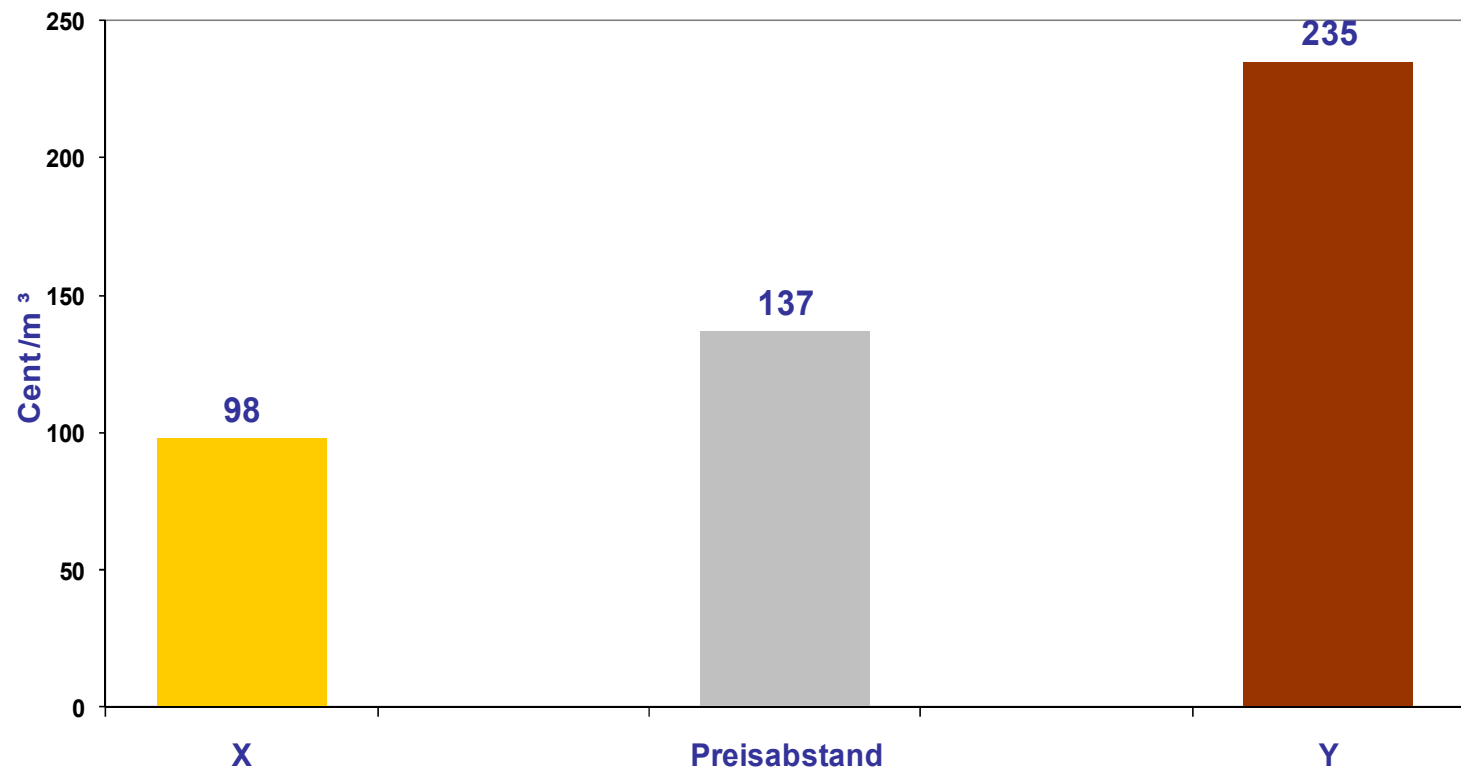
4.2 Wasserbehälter - Die Grundlage

- Grundlage: Volumen der Behälter (in Kubik)
- Bezogen auf: durchschnittliche Wassereinspeisung pro Tag ins Versorgungsnetz
- Ergibt Kennwert, z.B. **1**
Bedeutet: Wenn kein Wasser zuläuft, dann kann aus Speicher **ein** Tag versorgt werden

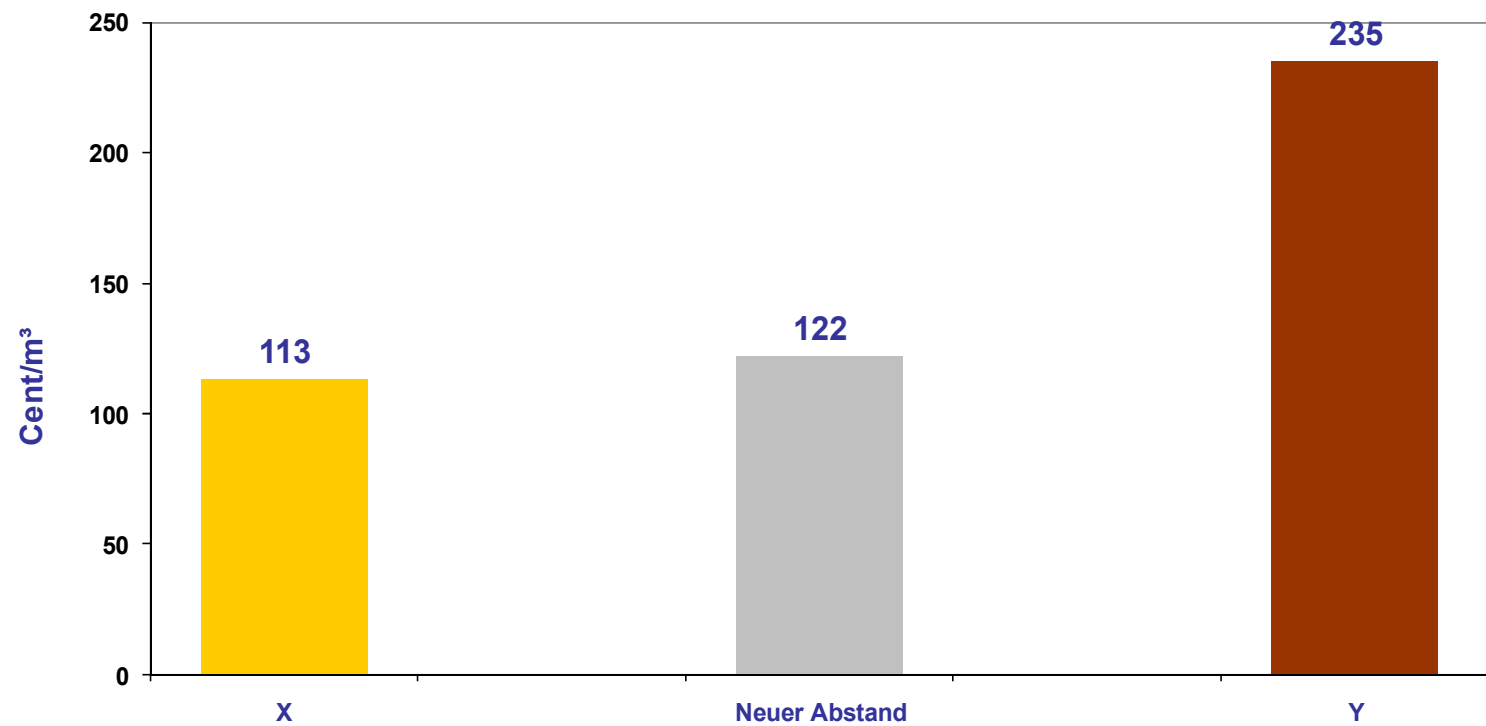
4.3 Wasserbehälter - Die Rechnung

- Angegriffener, „teurer“ Versorger:
Annahme: Kennwert 2, Speicherkosten 30 Cent / m³
- Vergleichsunternehmen:
Kennwert 1: Kennwertverhältnis 1/2
- Zuschlag zum Vergleichspreis (**98 Cent/m³**)
30 Cent/m³ mal 1/2 = **15 Cent/m³**
- Neuer (bereinigter) Preis: **113 Cent/m³**

4.4 Preisabstand „vorher“



4.5 Preisabstand „nachher“ = Verfügung





Übersicht

1. BGH – die Grundsatzentscheidung
2. „Gleichartigkeit“, „ungünstigere Preise“
3. Rechtfertigung höherer Preise durch abweichende Umstände
4. Beispiel: Strukturkosten für Hochbehälter
5. **Wie weiter?**



5.1 Wie weiter?

- BGH hervorragende Basis: „grobes Raster“, Versorgungsdichte, Preise, Topografie, Wirtschaftlichkeit
- Kartellbehörden: § 103/§ 19
Kunden: Privatklagen/§ 19 mit rückwirkender Feststellung
- Arbeitskreis der Kartellbehörden: Fragebogen/Datenbank/
möglichst einheitliches Vorgehen
- Alternative: Regulierung/Bundesnetzagentur/aufwändig,
tendenziell dasselbe Ergebnis



5.2 Gebühren / Preise

- Wirtschaft: Ungleichbehandlung
- Abgabe ca. 50 % Gebühren 50 % Preise
- Kommunalaufsicht/Kartellkontrolle
- Unverständlich für Öffentlichkeit



5.3 Ausblick: Hessen

- Laufende Verfahren: Mainova, Städtische Werke Kassel mit Verfügungen/OLG Frankfurt
- Sechs Verfahren noch ohne Verfügungen: Herborn, Gießen, Eschwege, Oberursel sowie seit Mai 2009 Wiesbaden, Darmstadt
- Weitere Kartellverfahren?



5.4 Aktuelle Literatur

- *Lotze*, „Zukunft kartellrechtlicher Wasserpreis-Missbrauchskontrolle nach „enwag“, in: gwf-Wasser|Abwasser 2010, S. 236-240.
- *Holzwarth*, „Mit mehr Transparenz bei den Wasserpreisen Einschränkungen bei Qualität und Ressourcenschutz vorbeugen“, in: gwf-Wasser|Abwasser 2010, S. 221.
- *Daiber*, Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 2. Februar 2010, „Wasserpreise Wetzlar“, in: gwf-Wasser|Abwasser 2010, S. 226-235.
- *Zuber*, „Rechtliche Auswertung ...“, in: VKU-Nachrichtendienst Ausgabe 734, Februar 2010, S. 04-05.
- *Kühling*, „Wettbewerb und Regulierung jetzt auch in der Wasserwirtschaft?“, in: DVBl. 2010, S. 205-214.
- *Kiesl/Lindt*, „Ceci n'est pas une pomme oder Kein Preisvergleich ohne Baukostenzuschüsse“, in: IR 2010, S. 8-11.



Danke für
Ihre Aufmerksamkeit !

Hermann Daiber
Tel.: 06 11 / 8 15 – 20 70; Fax: - 22 29
hermann.daiber@hmwvl.hessen.de