



[Gaßner, Groth, Siederer & Coll.]

www.ggsc.de

Kartellrecht greift - quo vadis Wasserwirtschaft?

enreg. Institut für Energie- und
Regulierungsrecht Berlin

Workshop zum Wasserrecht am 4. April 2011

Dr. Thomas Reif



Übersicht

- I. Stimmen die Thesen des Vorjahres (noch)?
- II. Was ist zu beobachten?
- III. Kartellrecht und (formale) Rekommunalisierung
- IV. Gedanken zu Risiken (formaler) Rekommunalisierung
- V. Alternativen zu Prozess und/oder Flucht!
- VI. Fazit



I. Stimmen die Thesen des Vorjahres (noch)?

Die Geister die ich rief (§ 103 Abs. 5 GWB aF) ...

- **Die Branche / Unternehmen / Kommunen sollte(n)**

- an den Ursachen der Preisheterogenität ansetzen
- wettbewerbsanaloge Verhaltensmuster entwickeln
- Managementdefizite (technisch + kaufmännisch) beseitigen
- Kartellverfahrensvorsorge betreiben (Dokumentation...)
- Kartellverfahren taktisch clever / kooperativ gestalten

➡ Wasserregulierung wäre eine Folge kollektiven Versagens

➡ Verteufelung der Preismissbrauchsaufsicht ist keine Strategie

➡ „Flucht“ ins Gebührenrecht wäre ein Offenbarungseid



II. Was ist zu beobachten?

- Wasserregulierung
→ derzeit kein Thema
- Strategie der Versorger (ohne Anspruch auf Vollständigkeit)
 - Branchenbild der Wasserwirtschaft → PR / Kommunikation
 - Kalkulationsleitfaden → Vereinheitlichung der Preiskalkulation
 - Benchmarking → Fortführung in alter Qualität und Konzeption (unzureichend)
 - Umgang mit den Kartellbehörden → Konfliktstrategie (Wetzlar, Calw, ...)
 - Versuch, das Kartellrechtsproblem „politisch“ zu lösen



- Formale Rekommunalisierung

→ Wetzlar, Gießen

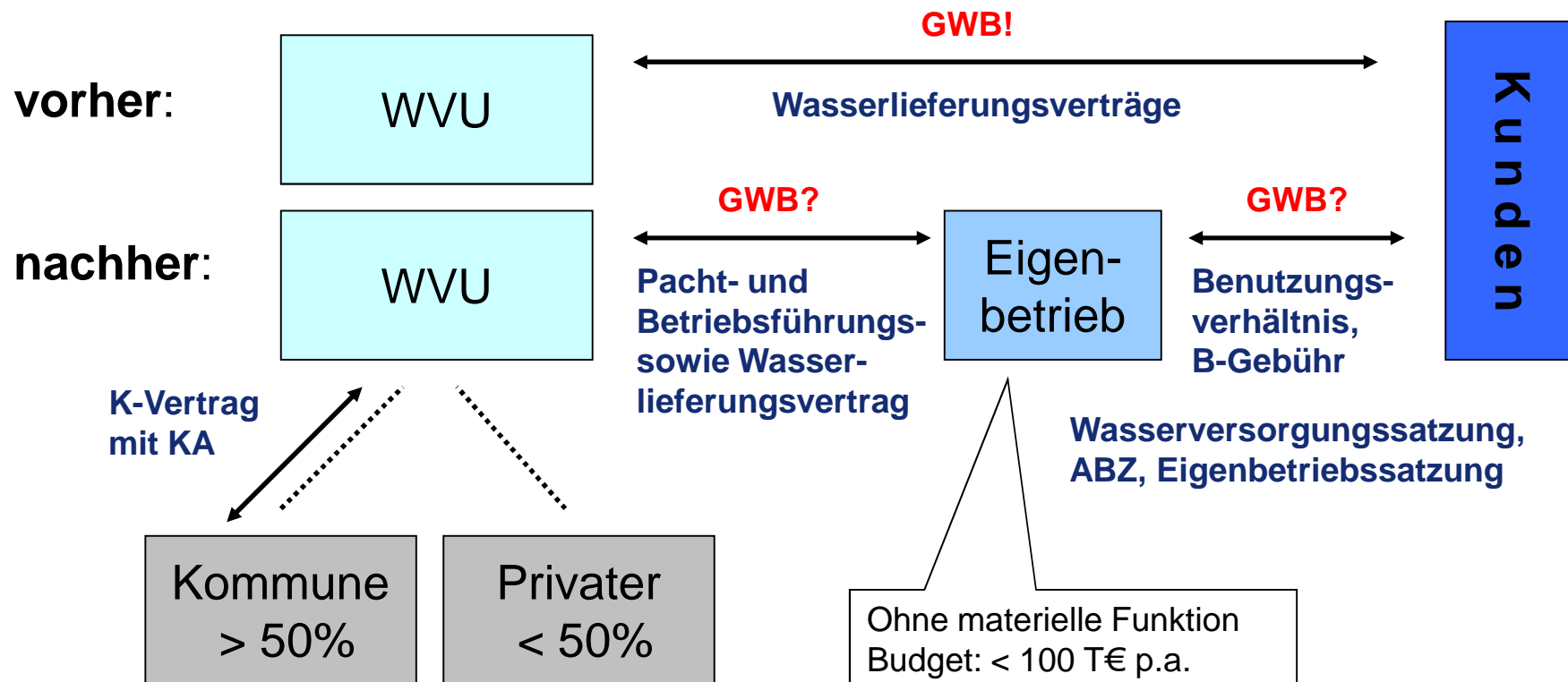
Einige Ziele:

- „Flucht“ aus der kartellrechtlichen Kontrolle
- Beibehalten des alten Preisniveaus als neues Gebührenniveau
- Konservierung des bestehenden Teams / keine neuen Partner
- Konservierung der Transferleistungen an die Stadt (KA etc.)
- Aufrechterhalten der Synergien integrierter Versorgungsstrukturen
- Keine / „minimalste“ Änderungen bei der Versorgungsstruktur (Vermeidung steuer- und gesellschaftsrechtlichen Probleme)

➡ (Formale) Rekommunalisierung zielkonform? Clever?



III. Kartellrecht und (formale) Rekommunalisierung Das Modell





Auf wen und wie bleibt nach der ReKo Kartellrecht anwendbar?

- Normadressat Eigenbetrieb (Stadt)?
 - Kartellrecht wohl gegen die (noch) hM anwendbar → vgl. Beitrag Dr. Wolf
 - Die Probleme:
 - Rechtliches Neuland / Pilotverfahren nötig
 - Mit ReKo-Stichtag wohl Einleitung eines neuen (eigenen) Verfahrens nötig
- Normadressat (Wasserversorgungs-) Unternehmen
 - Kartellrecht grundsätzlich zweifellos anwendbar → Unternehmen!
 - Verfahren auch über einen ReKo-Stichtag hinweg (Passivlegitimation)
 - Die Probleme:
 - Relevanter Markt? → Bedarfsbetrachtung Eigenbetrieb – „Komplettpaket“
 - Nach der ReKo wohl kein Typfallvergleich möglich
 - Die Lösung der LKartB Hessen: **Gesamterlösbetrachtung**



Tatbestand des § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB 1990 erfüllt?

- **Wasserversorgungsunternehmen**
 - Unternehmen der öffentlichen Versorgung mit Wasser
 - Alles außer Eigenversorgung, auch „Vorlieferanten“
 - Nicht alle erdenklichen betriebswirtschaftlichen / technischen Versorgungsfunktionen müssen tatsächlich ausgeübt werden
- **... fordert ungünstigere Preise**
 - Begriff des Preises ist auslegungsfähig → Gegenleistung
 - Schlichter Preisvergleich war in der Versorgungswirtschaft nie möglich (Tarif/Typfälle, Gesamterlösvergleich)
 - Summe aus Pacht-, Betriebsführungsentgelt und Wasserpreis als aggregiertes Substitut des vorherigen Bündels von „Einzelpreisen“



- **... als gleichartige Unternehmen**

- Grobe Sichtung (Metermengenwert etc.)
- Prüfbetrachtung:
 - betriebswirtschaftlich/technische Funktionen der jeweiligen Unternehmen
- Enwag nach ReKo:
 - vertikal integriertes WVU mit allen betriebsw. / technischen Funktionen
 - nicht lediglich Vorlieferant, tatsächliche Versorgung bis zum Endkunden
 - „Komplettendienstleister“
- Kein materieller Funktionsunterschied zu den Vergleichsunternehmen erkennbar
- Materiell funktionsloser Eigenbetrieb neben dem bisherigen WVU



Tatbestand des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB erfüllt?

- **Unternehmen (s.o.)**
- **... fordert Entgelte,**
 - Keine „Einengung“ auf Preise
 - Begriff ist auslegungsfähig, um passende Vergleichsgröße zu finden
 - Gesamtentgeltvergleich für inhaltsgleiche Wasserdienstleistung
- **... die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden**
 - Vergleichsmarktmethode
(Konzept des § 103 GWB 1990 übertragbar, vgl. BGH Entega II, SW Mainz)
 - Vergleich mit den um Zu- und Abschläge bereinigten Gesamterlösen der Vergleichsunternehmen



Das Konzept der Verfügung der LKartB Hessen vom 23.12.2010

Bis zur ReKo:

- Viele Wasserlieferungsverträge und Tarifblatt
- **Wasserpreise**
 - Typfallbetrachtung
 - Gesamterlösbetrachtung
 - Rückwirkend: § 19 GWB
 - Zukunftsgerichtet::
§ 103 GWB 1990 und § 19 GWB
 - Rückzahlungsanordnung
 - Sofortvollzug



Nach der ReKo:

- Pacht- und Betriebsführungsvertrag sowie Wasserlieferungsvertrag
- **Pacht- und Betriebsführungs-entgelt sowie Wasserpreis**
 - **Gesamterlösbetrachtung**
 - Zukunftsgerichtet:
§ 103 GWB 1990 und § 19 GWB
 - Sofortvollzug
→ **ausgesetzt durch OLG**



IV. Gedanken zu Risiken (formaler) Rekommunalisierung

▪ Konservierung des alten Preisniveaus?

➔ Gesamtentgelt für Pacht- und Betriebsführung sowie Wasserlieferung geht als Fremdleistung in die Gebührenkalkulation ein

▪ Die Probleme:

- Gebührenrechtlicher Erforderlichkeitsgrundsatz
- Zwingend auch bei der Rekommunalisierung: → ist es wirtschaftlicher?
 - Kann erforderliches Fremdleistungsentgelt sein, was soeben 30% zu „teuer“ war, selbst wenn die LSP-Kalkulation „formal“ in Ordnung ist (Ausschreibung!)
 - Ist es erforderlich, unreflektiert Überkapazitäten anzupachten?
 - Wozu die zusätzlichen Aufwendungen für den Eigenbetrieb?

➔ Gebührenkalkulation ggf. rechtswidrig



- **Konservierung des bestehenden Teams?**

➔ Freihändige Vergabe von Pacht- und Betriebsführung

- Die Probleme:

- Vergaberecht (SektVO)

- Es widerspricht der versorgungswirtschaftlichen Konsortialvertrags-Realität, dass die Stadt trotz (minderheitsbeteiligtem) Privaten eine Kontrolle über den Versorger ausübt, die den EuGH-Kriterien an ein Inhouse-Geschäft genügt

- Gebührenrechtlicher Erforderlichkeitsgrundsatz (s.o.)

- Fehlt die erforderliche Ausschreibung, dann muss der Einrichtungsträger die Erforderlichkeit nachweisen, LSP-Kalkulation allein genügt nicht

➔ **Gebührenkalkulation ggf. rechtswidrig**



- **Konservierung des Kommunaltransfers?**

➔ Anteil der Konzessionsabgabe > 10% am Wasserpreis

- Die Probleme:

- Bei „echter“ Aussonderung der Wassersparte ggf. Unterschreitung des Mindestgewinnkriteriums nach § 5 Abs. 1, 2 Nr. 1 KAEAnO (Konzernklausel gilt nicht mehr) → KA rechtswidrig
- Bei formaler Rekommunalisierung keine „Abgabe“ nach § 2 Abs. 1 KAEAnO aus „Versorgungsleistungen, die an letzte Verbraucher abgegeben werden“ (Rechtslage abweichend von § 48 Abs.1 S. 2 EnWG) → KA rechtswidrig
- Keine KA im Verhältnis von Stadt und Eigenbetrieb (VGH Kassel)

➔ Gebührenkalkulation ggf. rechtswidrig



- **Konservierung der „unentgeltlichen“ Löschwasserversorgung?**

➔ Anteil der Löschwasserkosten ca. 5 - 10% am Wasserpreis

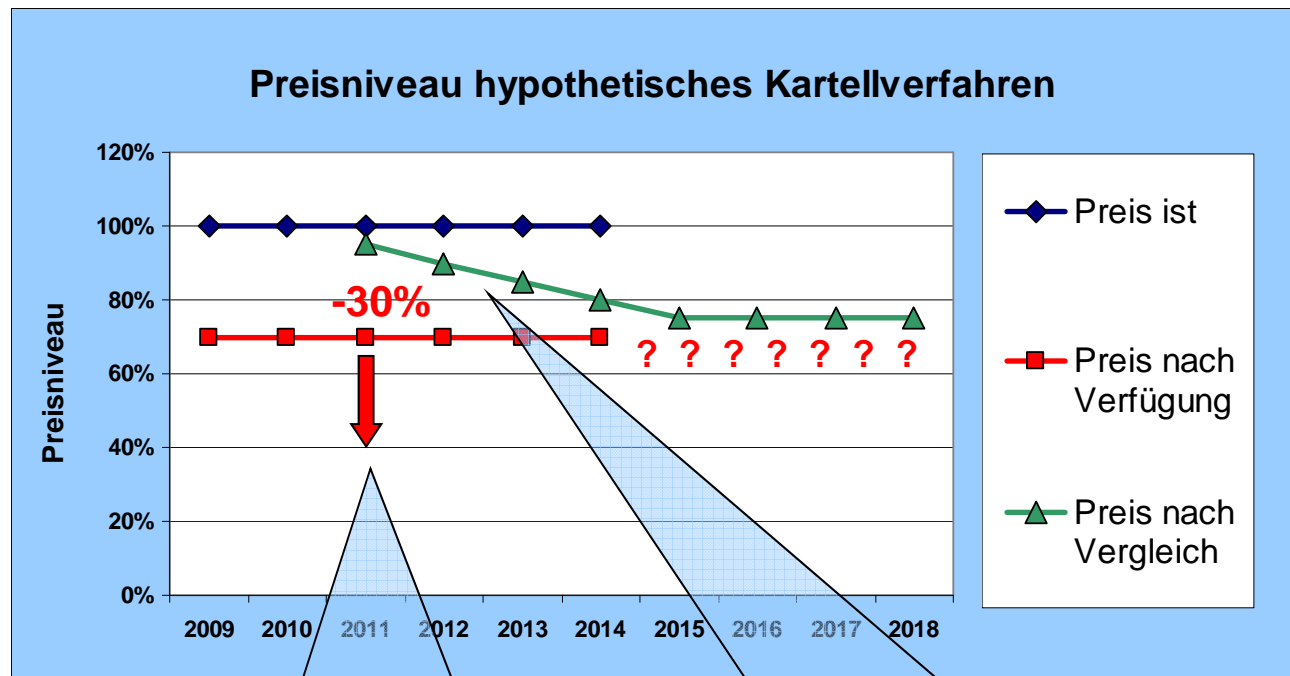
- Die Probleme:

- Löschwasser- und Trinkwasserversorgung haben nichts miteinander zu tun (so z.B. VGH München v. 8.1.2003 - 23 CS 02.2995, OVG Lüneburg v. 11.12.1980 - 3 C 3/79)
- Löschwasservorhaltekosten (z.B. Errichtung und Unterhaltung von Wasserhydranten) sind einrichtungs- bzw. anlagenfremde Kosten
- Löschwasser ist regelmäßig als Teil der Gefahrenabwehr Aufgabe der öffentlichen Hand, die hierfür keine besonderen Gebühren erheben darf

➔ Gebührenkalkulation ggf. rechtswidrig



V. Alternativen zu Prozess und/oder Flucht!



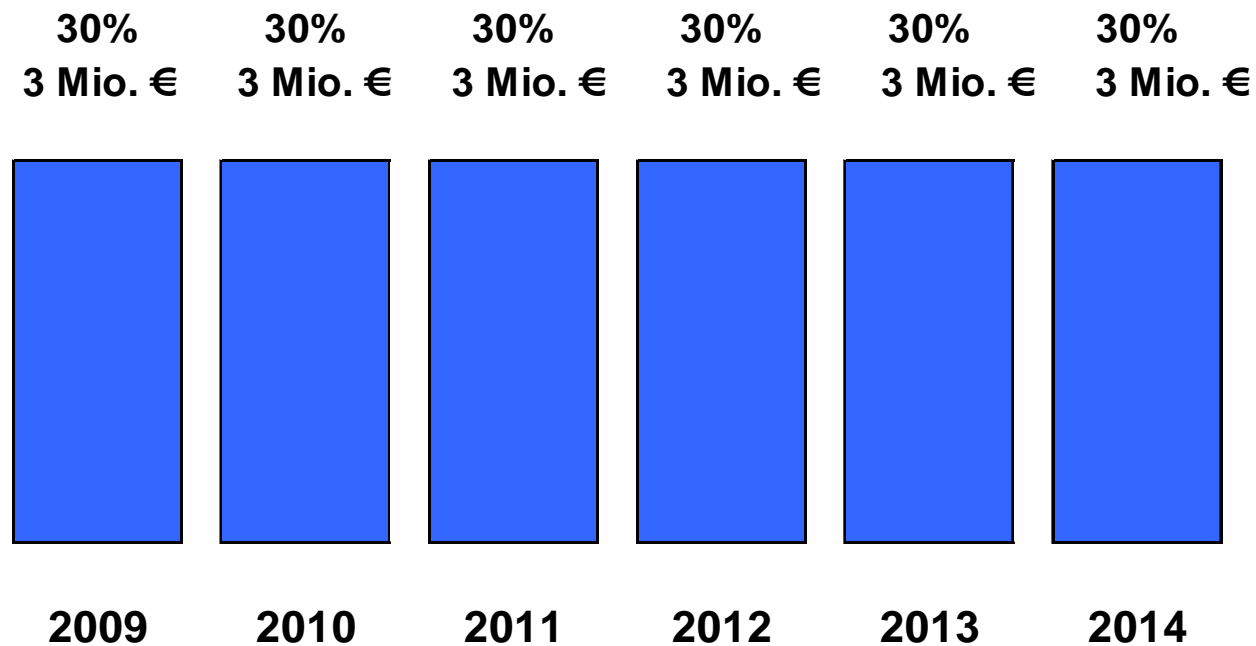
- Prozessieren
 - Verhandeln
 - Rekommunalisieren
- ➔ Was ist die richtige Strategie?

Verfügung / Prozess:
sofort, vollumfänglich, rückwirkend

Vergleich:
schrittweise, rückwirkend?, Preissicherheit



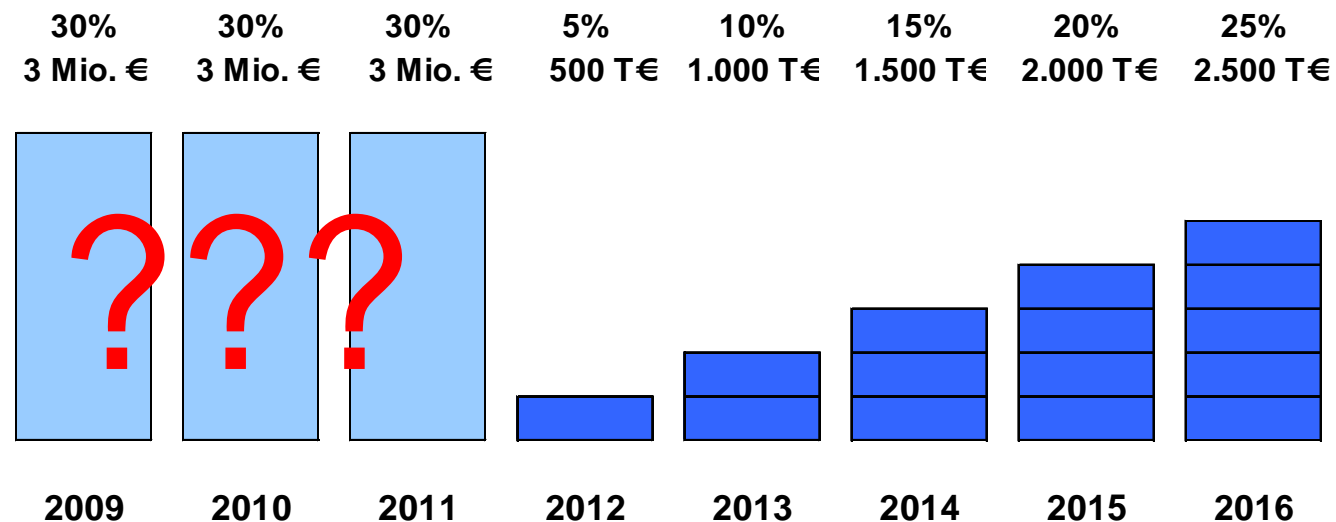
Wirtschaftliche Folgen bei 30% Preissenkungsverfügung (Unternehmen mit 10 Mio. Umsatz aus Wasserdienstleistungen p.a.)



➔ 18 Mio. Rückstellung im Jahresabschluss 2011!



Und die Wirtschaftlichen Folgen bei Vergleichsabschluss? (Unternehmen mit 10 Mio. Umsatz aus Wasserdienstleistungen p.a.)



Die Historie:

- Keine Rückwirkung
- Schrittweise Absenkung
- Langfristigkeit
- Reduzierter Maximalbetrag

➡ z.B. 7,5 + x Mio. Rückstellung im Jahresabschluss 2011!

➡ Bei Rekommunalisierung Sofortbelastung aus rückwirkender Feststellung i.H.v. 9 Mio. € möglich (und manche Verfahren laufen seit über 3 Jahren!)



Finanzielles Zwischenfazit

- Der Prozessweg hat sich bislang gegenüber den in der Vergangenheit abgeschlossenen Vergleichen als nachteilig erwiesen
 - Welcher Vergleichskorridor ist zu erwarten? **20-30%**? Zeitlich gestreckt?
 - Finanzielle Risiken bei Rekommunalisierung
 - Die Gebührenrisiken aus Konzessionsabgabe, Löschwasser, Überkapazitäten, Vergaberecht etc. summieren sich auf **über 20%** des Aufkommens
 - Hinzu kommt die Gefahr der „negativen Mitgift“ bei Rekommunalisierung durch rückwirkende Feststellung für den Zeitraum des laufenden Verfahrens
- ➔ Die wirtschaftliche Alternativlosigkeit / Vorteilhaftigkeit der (formalen) Rekommunalisierung erschließt sich nicht unmittelbar





Besser und günstiger werden!

- **Herausforderung Effizienz (Kostenanfall)**

➔ **Lebensmittel und Effizienz müssen sich nicht ausschließen!**

- Infragestellen alter Prämissen und Regelwerke
- Konzeptionelle Balance von Sicherheit, Qualität und Wirtschaftlichkeit
- Modernes und prozessorientiertes Asset- / Unternehmensmanagement
- Abbau statt Sozialisation von Überkapazitäten
- „Scheinvermögen“ ausbuchen (senkt die Kapitalkosten!)
- Kooperationen statt Kirchturmdenken
- „echtes“ Benchmarking (→ Identifizieren von Potentialen und Realisation!)
- Kein Ausruhen auf Erreichtem

➔ **Prozess- / Effizienzdokumentation (→ Kartellverfahren)**



VI. Fazit

- (Formale) Rekommunalisierung schützt nicht in allen Fällen zuverlässig vor „Entgeltmissbrauchsaufsicht“
- Die Zielkonformität dieser Strategie im Hinblick auf Gebührenhöhe, Vergaberecht, Kommunalaufkommen etc. ist ungewiss
- Vergleicht man Chancen und Risiken unterschiedlicher Strategien, so erscheint die Wahl der formalen Rekommunalisierung nicht zwingend
- Rekommunalisierung leistet zudem keinen Beitrag dazu, die Verfügbarkeit des Lebensmittels Trinkwasser effizienter sicherzustellen
- Sollte sich die Gebührenhöhe nach der (formalen) Rekommunalisierung als rechtswidrig erweisen, hat die Branche insgesamt verloren



[**Gaßner, Groth, Siederer & Coll.**]

www.ggsc.de

Wir bedanken uns für Ihre Aufmerksamkeit.

Dr. Thomas Reif

Gaßner, Groth, Siederer & Coll.
Partnerschaft von Rechtsanwälten

Martini Park
Provinostr. 52 ■ 86153 Augsburg

Tel. +49 (0) 821.747 782.0
Fax. +49 (0) 821.747 782.10
E-Mail: reif@ggsc.de
www.ggsc.de
www.geothermiekompetenz.de