



## **Kartellrechtliche Wasserpreiskontrolle aus der Sicht der kommunalen Unternehmen**

**Enreg-Workshop zu aktuellen Fragen des Wasserrechts**

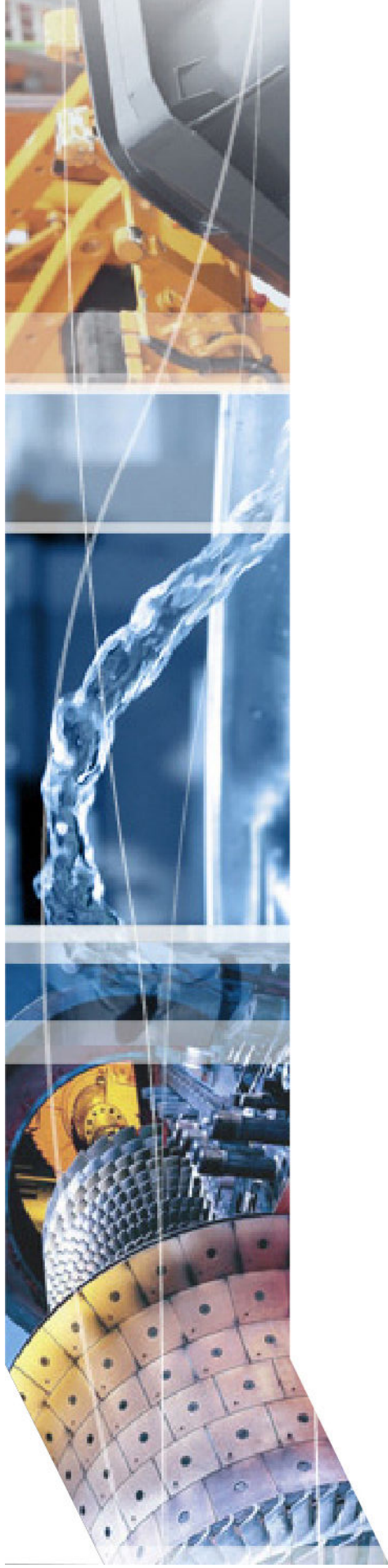
**Berlin, 04.04.2011**

**RA Dr. Andreas Zuber, VKU, Geschäftsführer Recht, Finanzen und Steuern**



## **Inhalt**

1. Aktuelle Entwicklungen des Wasserkartellrechts
  - Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 08.12.2010
  - Entscheidung des OLG Frankfurt vom 03.03.2011
  - Entscheidung der Landeskartellbehörde Baden-Württemberg vom 24.02.2010
2. Einige grundsätzliche Fragen
  - Effektiver Rechtsschutz
  - Rechtfertigung durch nicht zurechenbare Umstände
  - Unternehmerisches Ermessen



## **Aktuelle Entwicklungen des Wasserkartellrechts**



## Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 08.12.2010

- » Im Rahmen des Verfahrens Berliner Wasserpreise erließ das Bundeskartellamt einen Auskunftsbeschluss gegen einen Wasser- und Abwasserzweckverband, der öffentlich-rechtliche Gebühren erhebt
- » OLG Düsseldorf gewährte einstweiligen Rechtsschutz gegen den Auskunftsbeschluss
- » GWB gilt nur für wirtschaftliche Betätigung, nicht für hoheitliche Tätigkeit des Staates
- » OLG Düsseldorf lässt offen, ob alleine die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung des Versorgungsverhältnisses schon wirtschaftliche Betätigung ausschließt
- » Zumindest wenn ein Anschluss- und Benutzungszwang vorliegt, ist GWB nicht anwendbar



## Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 08.12.2010

- » Auch im Rahmen des § 59 GWB gilt kein abweichender Unternehmensbegriff; gegen den Zweckverband ist deswegen auch kein Auskunftsbeschluss möglich
- » Bundeskartellamt hat Rechtsbeschwerde zum BGH erhoben
- » Entscheidung ist im Ergebnis zuzustimmen:
  - » Kontrolle von Gebühren wäre nicht in Einklang mit den Kompetenznormen des Grundgesetzes
  - » Gesetzesbegründung zur GWB-Novelle 1998 nimmt Überprüfung von Gebühren ausdrücklich aus
  - » Gebühren unterliegen der Kontrolle durch Kommunalaufsicht und Verwaltungsgerichte



## Entscheidung des OLG Frankfurt vom 03.03.2011

- » Das OLG Frankfurt hat mit Entscheidung vom 03.03.2011 nur teilweise die aufschiebende Wirkung der Beschwerde gegen die Preissenkungsverfügung des hessischen Landeskartellbehörde vom 23.12.2010 gewährt.
- » Soweit in der Verfügung über den 01.01.2011 hinaus eine bestimmte Preisgestaltung vorgeschrieben wurde, wurde die aufschiebende Wirkung der Beschwerde gewährt
- » LKartB: Betroffene ist weiterhin als Wasserversorgungsunternehmen tätig und erbringt im Verhältnis zum Eigenbetrieb Lieferungen und Leistungen zu überhöhten Entgelten
- » Begründung der Entscheidung?
- » Marktabgrenzung?



## Entscheidung des OLG Frankfurt vom 03.03.2011

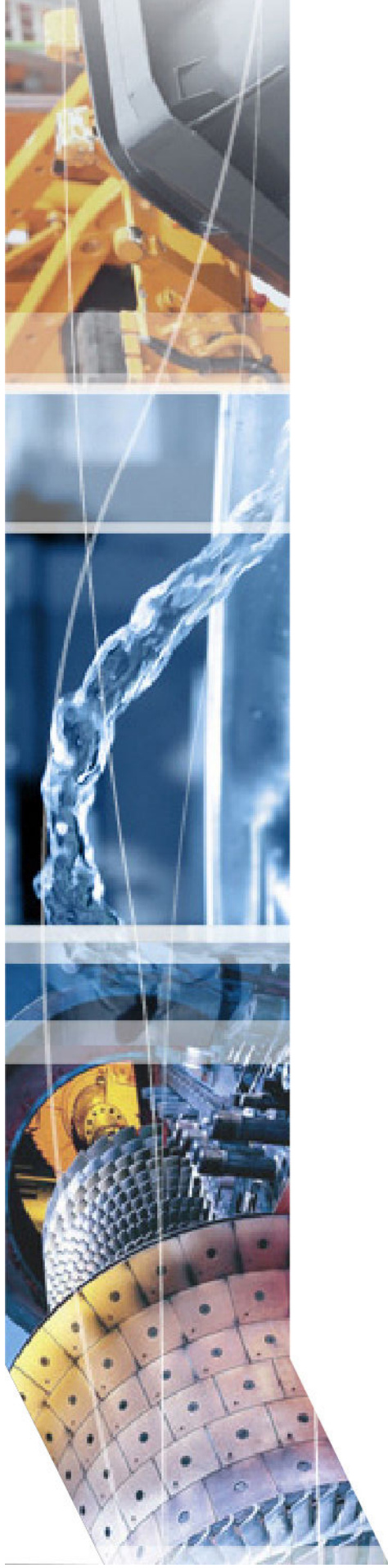
- » Keine aufschiebende Wirkung in Bezug auf die Verpflichtung zur Zurückerstattung zu viel vereinnahmter Entgelte
- » **Ernstliche Zweifel** an Rechtmäßigkeit nur, wenn Aufhebung der Verfügung überwiegend wahrscheinlich ist
- » **Unbillige Härte** nur wenn schwerwiegende wirtschaftliche Nachteile vorliegen, die über den eigentlichen Zweck der Verfügung hinausgehen und nicht oder jedenfalls kaum wieder gutzumachen sind
- » OLG Frankfurt: Sofortige Vollziehbarkeit führt nicht zu irreparablen Nachteilen.  
„[Die Betroffene wäre] aufgrund ihrer engen Verbindung mit der Stadt Wetzlar und als mit der Betriebsführung beauftragter Geschäftspartner unschwer in der Lage, die Rückerstattung gegenüber den Wasserkunden über die Stadt Wetzlar und im Rahmen der von dieser erlassenen Gebührenbescheide geltend zu machen.“



## **Entscheidung der LKartB Baden-Württemberg vom 24.02.2011**

- » Verpflichtung zur Berechnung eines Arbeitspreises von EUR 1,82 für den Zeitraum vom 01.01.2008 bis 31.12.2009. Soweit bereits abgerechnet, muss Differenz zu bisherigem Preis erstattet werden.
- » Sofortige Vollziehbarkeit in Bezug auf die Hälfte der Kostensenkung und Rückerstattung ausgesetzt.
- » Presseerklärung des Wirtschaftsministeriums Baden-Württemberg vom 28.02.2011:  
„Die Überprüfung der Kostenrechnung der [Betroffenen] durch die Landeskartellbehörde hat ergeben, dass einige Kostenbestandteile nicht oder nicht in der geltend gemachten Höhe vom Wasserkunden zu tragen sind.“
- » Anscheinend wurde ein Ansatz der Kostenkontrolle mit Anleihen bei den Netzentgeltverordnungen gewählt
- » Im Rahmen des § 19 GWB zulässig?





## Einige grundsätzliche Fragen



## Effektiver Rechtsschutz

- » BVerfG, 1 BvR 1790/00, 15.08.2002: In Eilverfahren dürfen sich die Fachgerichte dem Bedürfnis nach wirksamer Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht dadurch entziehen, dass sie überspannte Anforderungen an die Voraussetzungen der Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes stellen. Das Erfordernis effektiven Rechtsschutzes gebietet, dass gerichtlicher Rechtsschutz namentlich in Eilverfahren so weit wie möglich der Schaffung solcher vollendeter Tatsachen vorzuzukommen hat, die dann, wenn sich die Maßnahme bei endgültiger rechtlicher Prüfung als rechtswidrig erweist, nicht mehr rückgängig gemacht werden können. Daher ist einstweiliger Rechtsschutz zu gewähren, wenn anders dem Antragsteller eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in seinen Grundrechten droht, die durch die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann, es sei denn, dass ausnahmsweise überwiegende, besonders gewichtige Gründe entgegenstehen.
- » Effektiver Rechtsschutz in Bezug auf sofort vollziehbare Preissenkungsverfügungen und sofort vollziehbare Rückerstattungsverfügungen?



## **Rechtfertigung durch nicht zurechenbare Umstände - Handlungen kommunaler Anteilseigner**

- » Nach BGH sind unter nicht zurechenbaren Umständen grundsätzlich solche Kostenfaktoren zu verstehen, die auch jedes andere Unternehmen in der Situation des Betroffenen vorfinden würde und nicht beeinflussen könnte
- » Wie sind bei kommunalen Unternehmen Handlungen und Entscheidungen der kommunalen Anteilseigner zu beurteilen?
  - » Kartellbehörden sehen kommunale Anteilseigner grundsätzlich als herrschendes Konzernunternehmen, dessen Handlungen dem Unternehmen gem. § 36 Abs. 2 GWB zuzurechnen sind.
- » BGH lässt die Frage in der Wetzlar-Entscheidung ausdrücklich offen (Tz. 47 zu Konzessionsabgaben).



## **Rechtfertigung durch nicht zurechenbare Umstände - Handlungen kommunaler Anteilseigner**

- » Die Konzernbetrachtung übersieht, dass die Kommune nicht nur als Anteilseigner tätig ist, sondern auch das grundgesetzlich geschützte Recht der Selbstverwaltung hat, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft selbst zu regeln. In diesem Rahmen kann sie auch Entscheidungen zu den Bedingungen der Wasserversorgung treffen, die als „objektive Umstände“ zu qualifizieren sind.
- » Im Rahmen der kartellrechtlichen Beurteilung ist deswegen eine differenzierte Betrachtung der Handlungen der kommunalen Anteilseigner notwendig.



## **Rechtfertigung durch nicht zurechenbare Umstände - Zurechenbarkeit historischer Entscheidungen**

- » Nach BGH haben individuelle, allein auf eine unternehmerische EntschlieÙung oder auf die Struktur des betroffenen Versorgungsunternehmens zurückgehende Umstände für die Rechtfertigung von Preisen außer Betracht zu bleiben.
- » BGH in der Wetzlar-Entscheidung: „Die Rechtsbeschwerde zeigt nicht auf, dass die Betroffene den Nachweis erbracht hätte, in der Vergangenheit die erforderlichen Investitionsvorhaben durchgeführt zu haben. Die Betroffene bzw. ihre Rechtsvorgängerin betreiben die Wasserversorgung in Wetzlar seit dem Jahr 1893. Seinen derzeitigen Zuschnitt hat das Versorgungsgebiet durch die Gebietsreformen der 1970er Jahre erhalten. Der grundlegende Aufbau der Wasserversorgung und der Zustand der Anlagen geht daher nicht allein auf die unabänderliche Struktur des Gebiets, sondern zumindest teilweise auf von der Betroffenen zu vertretende unternehmerische Entscheidungen zurück.“
- » Für welchen Zeitraum soll diese Haftung für Entscheidungen bestehen?



## **Unternehmerisches Ermessen - Beispiele**

- » BGH erkennt Grundsatz einer ortsnahen Deckung des Wasserbedarfs der öffentlichen Wasserversorgung ( § 1a Abs. 3 WHG) an
  - » Deckung des Wasserbedarfs ist nur möglich auf der Grundlage einer langfristigen Planung
  - » Überspannte Anforderungen der Kartellbehörden?
  
- » Prognosen zum Wasserverbrauch – Nach 25 Jahren sind alle schlauer?



## **Unternehmerisches Ermessen - Qualität der Wasserversorgung**

- » Individuelle Entscheidungen werden nicht als Rechtfertigung anerkannt
- » Viele Bemühungen und Initiativen für bessere Versorgungssicherheit und Wasserqualität gehen über das unmittelbar gesetzlich Geforderte hinaus und sind individuelle Entscheidungen (z.B. „freiwillige Leistungen an die Landwirtschaft“)
- » Kleinster gemeinsamer Nenner bei Versorgungssicherheit und Wasserqualität?
- » Landwirtschaftsministerien verhindern Initiativen, die von Landesumweltministerien gefördert werden?



**RA Dr. Andreas Zuber**



Geschäftsführer Recht, Finanzen, Steuern  
Verband kommunaler Unternehmen e.V.

Hausvogteiplatz 3-4  
10117 Berlin  
Fon +49(0)30.58580-130

[www.vku.de](http://www.vku.de)  
[zuber@vku.de](mailto:zuber@vku.de)

**Fotonachweis:**  
Siemens, ©iStockphoto.com/jashlock, ©Daniel Ernst/Fotolia.de