

Workshop zu aktuellen Fragen des Wasserrechts

Die Kontrolle der Höhe von Wasserentgelten

7. März 2012

Dr. Felix Engelsing, Martina Schmitt

Bundeskartellamt

8. Beschlussabteilung



Übersicht

2

1. Wassermärkte
2. Preise und Gebühren
3. Missbrauchsaufsicht auf Wassermärkten
4. Verfahren Landeskartellbehörden
5. Verfahren Bundeskartellamt
6. Gerichtsverfahren
7. Ausblick

1. Wassermärkte

3

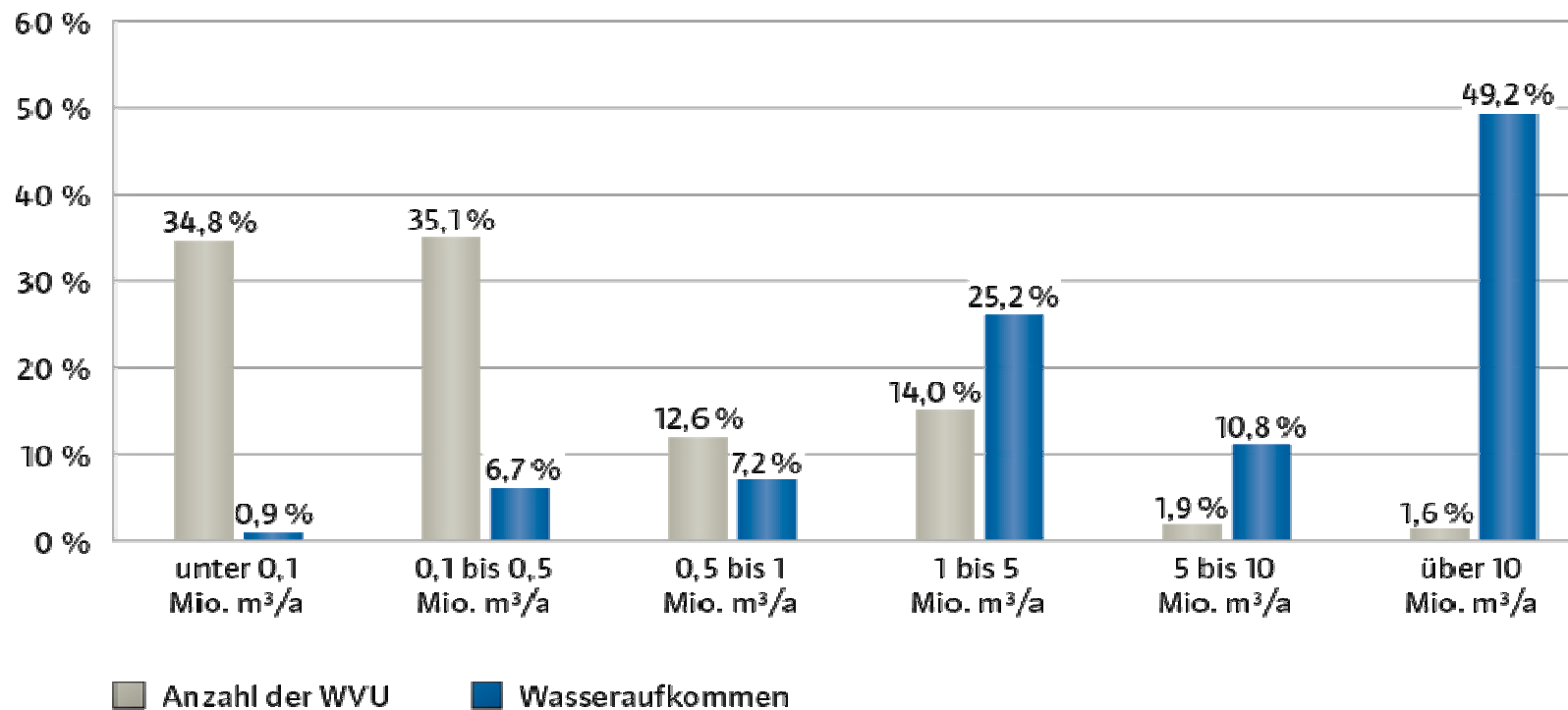
Merkmale von Wassermärkten

- Netze: meist kleinteilig, kein bundesweites Netz
- Monopol des jeweiligen Wasserversorgers
 - sachliche Marktabgrenzung: leitungsgebundene Trinkwasserversorgung
 - Räumliche Marktabgrenzung: Versorgungsgebiet
- Durchleitung von Wasser nicht/kaum möglich, daher keine Netzregulierung
- Kunde gefangen, keine Wechsellmöglichkeiten, daher Preismissbrauchsaufsicht
- staatliche Abgaben
 - Wasserentnahmeentgelte
 - Konzessionsabgaben

1. Wassermärkte

4

Größenstruktur der Unternehmen



Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 19, Reihe 2.1, Heft 2007 (erschienen 09/2009)

2. Preise und Gebühren

5

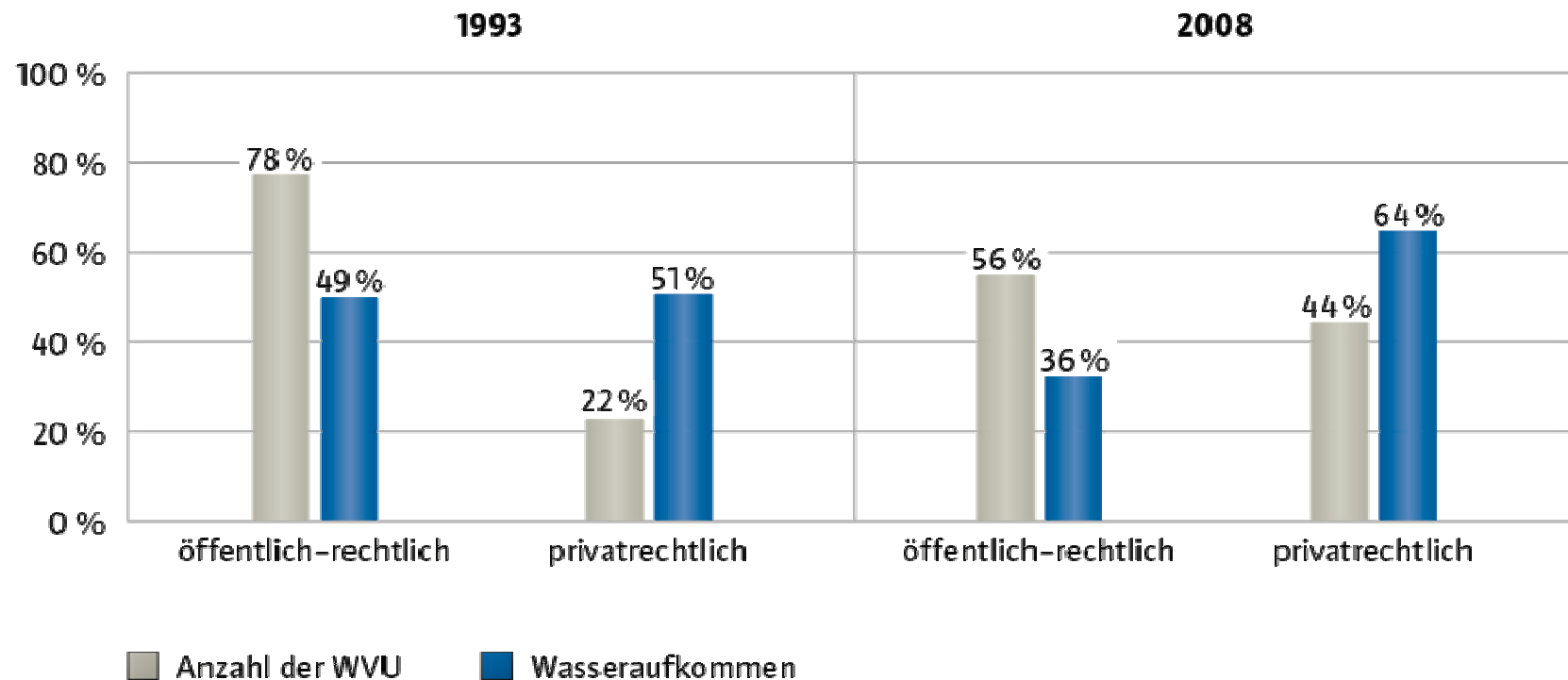
Abgrenzung:

- Erhebung hängt von Organisationsform ab
 - Privatrechtliche Versorger müssen Preise erheben
 - Öffentlich-rechtliche Versorger haben Wahlrecht
- Wasserpreise: Kartellrechtliche Prüfung
- Wassergebühren:
 - Abgabenrechtliche Prüfung nach KAG
 - Anwendbarkeit Kartellrecht strittig
 - OLG Düsseldorf (Niederbarnim) und OLG Frankfurt (enwag II): Anwendung von Kartellrecht (-)
 - BGH: Auskunftspflicht gegenüber Kartellbehörden (+), Adressat von Missbrauchsverfahren offen gelassen

2. Preise und Gebühren

6

Unternehmensformen



Quelle: BDEW-Wasserstatistik 2008 (Basis: 1.218 Unternehmen)

© Branchenbild der deutschen Wasserwirtschaft 2011

3. Missbrauchsaufsicht auf Wassermärkten

7

Eingriffsgrundlagen für Preishöhenmissbrauch

- § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB 1990 hat für Wasserversorgung weiterhin Bestand
 - Besonderheit zu § 19 GWB: Gleichartigkeit der Unternehmen sowie Umkehr Darlegungs-/Beweislast
 - Feststellung der Missbräuchlichkeit nur für Zukunft
- § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2 GWB, Art. 102 AEUV
 - Nachweisanforderungen höher
 - Verbotstatbestand
 - Feststellung für Vergangenheit + Rückerstattung an Kunden
- Grundlegend: BGH, Beschl. v. 02.02.2010 „*enwag – Wasserpreise Wetzlar*“

4. Verfahren Landeskartellbehörden

8

Zuständigkeit

- überwiegend Landeskartellbehörden, § 48 Abs. 2 GWB

Ausgangspunkt

- gemeinsamer Abfragebogen von Landeskartellbehörden und BKartA

Grundlegendes Verfahren in Hessen

- LKB Hessen gegen enwag, Wetzlar, bestätigt durch BGH
- weitere Verfahren, z.B. gegen Mainova, Städtische Werke Kassel u.a.
- Rekommunalisierungstendenzen: „Flucht ins Gebührenrecht“

4. Verfahren Landeskartellbehörden

9

Weitere Verfahren/ Untersuchungen der Landeskartellbehörden

- Baden-Württemberg: z.B. Verfügung gegen Energie Calw, aufgehoben vom OLG Stuttgart, jetzt vor BGH anhängig
- Niedersachsen: derzeit mehrere Verfahren, z.B. gegen BS Energy Braunschweig
- Brandenburg: Vorgehen gegen mehrere Unternehmen – vor BGH Niederbarnim Schwierigkeiten bei Auskunftserhebung
- Sachsen und Thüringen: Befragungen und Preisvergleich begonnen
- Benchmarking in einigen Bundesländern, z.B. NRW

5. Verfahren Bundeskartellamt: BWB

10

Verlauf des Verfahrens

- von LKB Berlin an BKartA abgegeben
- März 2010: Verfahren eingeleitet
- August 2010: Datenerhebung bei BWB und weiteren 44 Wasserversorgern
 - Wasserversorger der 38 größten Städte Deutschlands (alle deutschen Städte > 200.000 Einwohner)
 - großer ländlicher Versorger
 - kleinere Versorger in der Berliner Umgebung
 - alle deutschen Großstädte mit Preisen
- seit Oktober 2010: Datenauswertung und -validierung
- März/ Juni/ Oktober 2011: Datencheck mit befragten Versorgern
- Dezember 2011: Abmahnung

5. Verfahren Bundeskartellamt: BWB

11

Anwendbarkeit des GWB

- BWB bestreitet Anwendbarkeit des GWB, da die privatrechtlichen Entgelte von BWB in öffentlich-rechtlichem Genehmigungsverfahren auf Basis eines detaillierten Gesetzes genehmigt worden seien und damit „Quasi“-Gebühren seien
- BKartA hält GWB für anwendbar, da privatrechtliche Entgelte und unternehmerische Tätigkeit der BWB
- Auswirkung BGH-Entscheidung vom 18.10.2011-Niederbarnim ./ BKartA

5. Verfahren Bundeskartellamt: BWB

12

Vergleichsbetrachtung

- Auswahl der Vergleichsunternehmen
 - „Grobe Sichtung“: grundsätzlich alle 38 Großstädte vergleichbar
 - Untersuchung von insgesamt 15 Kriterien, z.B. Größe, Versorgungsdichte, naturgegebene, lokale Verhältnisse,...
 - HamburgWasser, SW München, RheinEnergie Köln als relevante Vergleichsgruppe
 - > 1 Mio. Einwohner im Versorgungsgebiet
 - verdichtetes großstädtisches Versorgungsgebiet mit vergleichbarem MMW
 - ähnliche Kundenstruktur
 - ähnliche Abgabenbelastung in Summe ($\text{KA/m}^3 + \text{WEE/m}^3$)

5. Verfahren Bundeskartellamt: BWB

13

Methode des Preisvergleichs

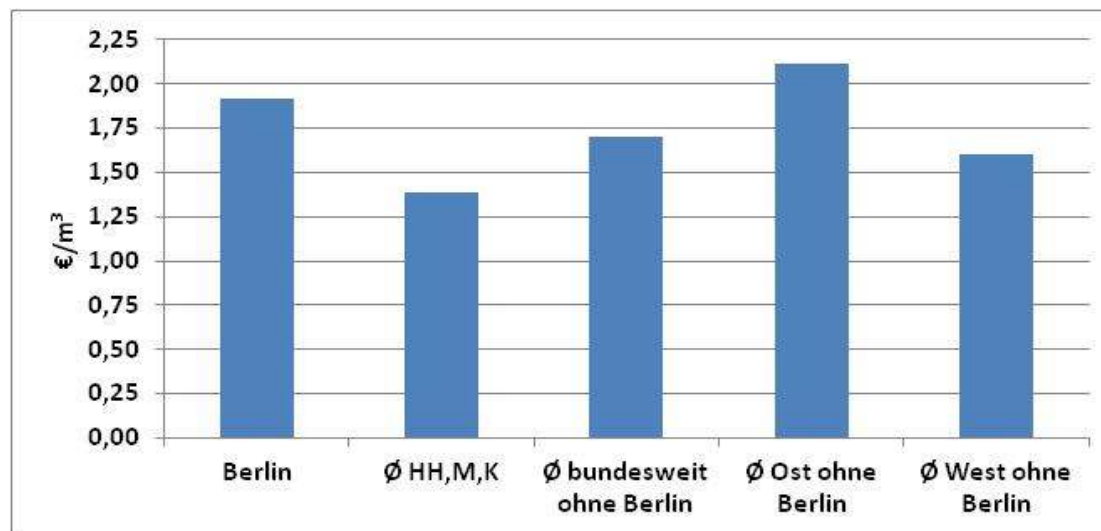
- Erlösvergleich
 - Abgrenzung zum Tarifvergleich
 - Erlösvergleich als Vergleich der Durchschnittspreise (Grund- und Arbeitspreise) über alle Tarifstufen (Qn, Wohneinheiten etc.)
 - Bezogen auf alle Endkunden (HuK- und Industriekunden, keine Weiterverteiler)
 - Hier maßgeblich: Vergleich der **abgabenbereinigten Durchschnittspreise pro m³**
 - Zu Validierungszwecken auch andere Varianten berechnet, z.B. Durchschnittspreise inkl. Abgaben oder netzbezogene Durchschnittspreise

5. Verfahren Bundeskartellamt: BWB

15

Ergebnis des Preisvergleichs (ohne Rechtfertigungsgründe)

- Erhebliche Preisüberhöhung von BWB im Vergleich festgestellt
- BWB mind. 30% über \emptyset HH,M,K in jeder Variante
- Beispiel: **Abgabenbereinigter Erlösvergleich/ m³, 2010**
(Abweichung ca. 38% zu \emptyset HH,M,K)



5. Verfahren Bundeskartellamt: BWB

16

Berücksichtigung von Rechtfertigungsgründen

- Bei Gesamtbetrachtung keine Nachteile der BWB ggü. Durchschnitt der Vergleichsunternehmen bei Wassergewinnung und -verteilung
- Anzuerkennender Rechtfertigungsgrund: Sonderbelastungen infolge der Wiedervereinigung
 - Anerkennung nur von **Mehr**investitionen aufgrund überdurchschnittlicher Problemlage
 - Berücksichtigung von Investitionen inkl. Ersatz- und Erhaltungsaufwand

5. Verfahren Bundeskartellamt: BWB

17

Vorläufige Bewertung gemäß 1. Abmahnung (Dezember 2011)

- Ausgehend von berechneter Abweichung im Jahr 2010
 - Durchschnittliche Absenkung der Preise von BWB für die Jahre 2012, 2013, 2014 um ca. 19% ggü. 2010 (abgabenbereinigt pro m³)
 - Insgesamt: Erlösabsenkung von ca. 205 Mio. für 2012-2014 ggü. 2010.

5. Verfahren Bundeskartellamt: BWB

18

Nächste Schritte

- Zweite Abmahnung mit Möglichkeit zur erneuten Stellungnahme

Gründe:

- Vortrag neuen Sachverhalts
- Einarbeitung von Daten für 2011

6. Gerichtsverfahren

19

Klage BWB gegen BKartA vor VG Köln

- Abwehranspruch gegen Durchführung eines Missbrauchsverfahrens (Abwehr kompetenzwidriger Übergriffe in wehrfähige Rechtsposition der BWB, die sich aus dem subjektiv-öffentlichen Recht als Anstalt ergibt)
- VG Köln, 05.09.2011: Abweisung der Klage als unzulässig
 - Verwaltungsrechtsweg (-), da Kartellverwaltungssache und nach § 63 GWB OLG Düsseldorf zuständig
 - damit Auffassung des BKartA bestätigt
- BWB hat Beschwerde beim OVG Münster eingelegt

6. Gerichtsverfahren

20

Klage Niederrheinischer Wasserverband gegen BKartA

- Klage gegen Auskunftsbefehl im Verfahren gegen die BWB wg. fehlender Unternehmenseigenschaft bei öffentlich-rechtlicher Organisation und Gebührenerhebung
- OLG Düsseldorf, 8.12.2010: Beschluss des BKartA aufgehoben, da GWB nicht anwendbar
- BGH Entscheidung am 18.10.2011 (Bekanntgabe am 26.01.2012):
 - **Aufhebung der OLG-Entscheidung**
Auskunftsbeschlüsse gegen öffentlich-rechtliche Wasserversorger, die Gebühren erheben, sind zulässig
Bestätigung des BKartA-Beschlusses

6. Gerichtsverfahren

21

BGH-Entscheidung vom 18.10.2011 - Niederbarnimer Wasserverband ./. BKartA

- Kartellrecht zwar grundsätzlich nicht auf öffentlich-rechtlich geregelte Gebühren anwendbar
- im Einzelfall kann dies aber anders sein, wenn die öffentlich-rechtliche und die privatrechtliche Ausgestaltung der Leistungsbeziehung - wie im Fall der Wasserversorgung - weitgehend austauschbar sind
- Bzgl. § 59 GWB: „Doppelqualifikation“ öffentlich-rechtlichen Handelns als – auch – wettbewerblich und damit dem GWB unterliegend.
- Damit Auskunftsbeschlüsse und Ermittlungen der Kartellbehörden gegen Wasserversorger mit Gebühren zulässig

6. Gerichtsverfahren

22

Energieversorgung Calw ./.. LKB Baden-Württemberg

- Missbrauchsverfügung der LKB Baden-Württemberg gegen Energieversorgung Calw auf Absenkung der Wasserpreise
 - allein auf Basis einer Kostenkontrolle (Kontrolle der einzelnen Kostenpositionen)
- OLG Stuttgart: Aufhebung der LKB-Verfügung, da Vergleichsmarktkonzept gegenüber Kostenkontrolle vorrangig
- Rechtsbeschwerde zum BGH
 - Verhältnis Vergleichsmarktkonzept – Kostenkontrolle
 - Erheblichkeitszuschlag
 - Stellungnahme des BKartA

7. Ausblick

23

Zukünftige Gestaltung der Wasserpreiskontrolle

- BMWi: Referentenentwurf 8. GWB-Novelle
 - „Re-Integration“ von § 103 GWB 1990 in § 31 GWB
 - Übertragung, keine materiellen Änderungen
- BKartA: Erstreckung § 29 GWB auf Fernwärme und Wasser
- BNetzA: flächendeckende Regulierung mit Kostenkontrolle?
- Monopolkommission: Ausweitung der kartellrechtlichen Kontrolle auf Gebühren und dann einheitliche Regulierung durch Regulierungsbehörden

7. Ausblick

24

Wasserpreiskontrolle aus Sicht des BKartA

- vorzugswürdig: Wettbewerbsaufsicht
- Vergleichsmarktkonzept: Erlösvergleich
- Aufgreifen der „Ausreißer“

Ansätze zur Schaffung von Transparenz bei Wasserpreisen

- BdEW-Kalkulationsleitfaden (aber kein Freibrief für hohe Preise)
- Benchmarkingprojekte in den Ländern
- BKartA: geplanter Bericht zur großstädtischen Wasserversorgung auf Basis der Ergebnisse (aggregierte Daten) von 38 großstädtischen Wasserversorgern

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. Felix Engelsing, Martina Schmitt

Bundeskartellamt

8. Beschlussabteilung

