

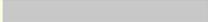
Kartellrechtliche Kostenkontrolle von Wasserentgelten – Der Fall „Calw“

Workshop zu aktuellen Fragen des
Wasserrechts, Berlin 07.03.2012

Dr. Andreas Hahn

OPPENLÄNDER

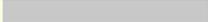
RECHTSANWÄLTE



Das Missbrauchsverfahren der LKartB Baden-Württemberg

OPPENLÄNDER

RECHTSANWÄLTE



Verfahrensgang

- 02.07.2009: LKartB Baden-Württemberg („LKartB“) eröffnet Kartellverwaltungsverfahren wegen des Verdachts missbräuchlich überhöhter Wasserentgelte in 2008 und 2009 gegen die Energie Calw GmbH („ENCW“).
- ENCW versorgt rund 23.000 Einwohner in der Gemeinde Calw mit Strom, Gas, Fernwärme und Trinkwasser (Nettowasserarbeitspreis seit 2008: 2,79 €/m³).
- LKartB führt Missbrauchskontrolle nach dem Prinzip der „Kostenprüfung“ durch. Prüfung nach dem Vergleichsmarktprinzip bleibt „vorbehalten“.
- Mehrere Auskunftsverfügungen, Vorlage umfangreicher Kalkulationsunterlagen und drei verschiedene Abmahnungen in zwei Jahren.

Die Missbrauchsverfügung

- 24.02.2011: LKartB erlässt „Preissenkungsverfügung“.
- ENCW wird verpflichtet:
 1. für die Zeit vom 01.01.2008 bis 31.12.2009 bei der Berechnung der Wasserentgelte einen Nettoarbeitspreis von nicht mehr als 1,82 €/m³ „anzulegen“ (= Senkung um 0,97 €/m³),
 2. allen Wasserkunden bis zum 31.05.2011 die Differenz zu 2,79 €/m³ zu erstatten (= € 2 Mio.).
 3. Aussetzung der sofortigen Vollziehbarkeit von Preissenkung und Rückerstattung bzgl. Preissenkung unterhalb 2,30 €/m³.

Die Abstellungsanordnung

- Rechtsgrundlage: § 19 Abs. 1 i.V.m. § 32 Abs. 1 GWB: „schlüssiges Kostenprüfkonzept“ genügt als Grundlage des Missbrauchsprüfung“.
- Kartellrechtliche Missbrauchskontrolle nach dem Prinzip einer „Kostenprüfung“: Preise sind nicht missbräuchlich „soweit sie nach einem nachvollziehbaren und angemessenen Kalkulationsschema gerechtfertigt sind.“
- Ein „Monopol-Preismissbrauch“ soll dagegen vorliegen, wenn die kalkulierten Erlöse rechnerisch eindeutig angemessene Kalkulationsvorgaben überschreiten.

Die Abstellungsanordnung (2)

- Im Rahmen der Kostenkontrolle hat das Unternehmen eine „nachvollziehbare und prüffähige Kalkulation darzulegen“ und ist bei der näheren Darlegung der Kostenstruktur „mitwirkungspflichtig“.
- Prüfung durch LKartB anhand „sachgerechter“ Kalkulationsgrundsätze:
 - alle „effektiven und erforderlichen, der Wasserversorgung zuzuordnenden, Kosten, einschließlich angemessener kalkulatorischer Zinsen (Ertrag, Gewinn) sind in einer Kalkulation berücksichtigungsfähig.“
- Vorschriften von Strom/GasNEV sind analog anwendbar, insbesondere die Grundsätze der Kostenschlüsselung nach § 4 Abs. 4 Strom/GasNEV.

Die Abstellungsanordnung (3)

- Nach den Ermittlungen der LKartB sollen die tatsächlichen Kosten der ENCW einschließlich der EK-Verzinsung bei „richtiger“ Kalkulation markant niedriger gewesen sein
 - Überprüfung jeder Kostenposition und „Kürzung“ bei mehr als 20 Positionen.
- Eigenkapitalrenditen in der Wasserversorgung von mehr als 8,23 % vor Steuern sind „missbräuchlich“.
- „Pauschaler Sicherheitszuschlag“ von 5 ct/m³.
- Kein Erheblichkeitszuschlag, da es aufgrund der natürlichen Monopolsituation und des Anschluss- und Benutzungszwangs keinen Wettbewerb gibt.

Beispiele aus der „Kostenprüfung“

- **Werbekosten:** sachgerecht sind nur pauschale Werbekosten i.H.v. maximal € 4.000, da es sich bei der Wasserversorgung um ein Monopol handelt.
- **Personalaufwendungen:** Neuaufteilung der Spartenzuordnungen, u.a. Aufwendungen für den GF werden nur zu 20 und nicht zu 30 % dem Wasserbereich zugeordnet, jeder MA wird zu 5 % der Wärmesparte zugeordnet, etc.
- **EK-Verzinsung:** 8,23 % analog NEV nur bis zu einer EK-Quote von 40 %. Ausgangspunkt Festlegung für Strom- und Gasnetzbetreiber (9,29 %). Absenkung des Wagniszuschlages um 25 % da Monopolstellung.

Beispiele aus der „Kostenprüfung“ (2)

- **Abschreibungen** werden wie handelsrechtlich auf Anschaffungs-Herstellungskosten-Basis (AHK) gebildet; die bisher nach HGB angewandten Nutzungsdauern werden fortgeschrieben.
- **Wasserbezug:** „Kürzung“ bei den Wasserbezugskosten, da Wasserbezug kosteneffizienter gestaltet werden könnte, wenn auf Fremdwasserbezug von Zweckverbänden verzichtet würde (deren Wasser zudem zu teuer sei).
- **Löschwasserversorgung:** 7,5 % der aufwandsgleichen und 8,5 % der kalkulatorischen Kosten werden pauschal als Löschwasservorhaltungskosten berechnet.

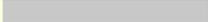
Die Rückzahlungsanordnung

- Rechtsgrundlage: § 32 Abs. 2 GWB.
- Im Rahmen einer Abstellungsverfügung können auch Maßnahmen angeordnet werden, die der Beseitigung einer geschehenen, aber noch gegenwärtigen Beeinträchtigung dienen.
- Dazu gehört die Anordnung, durch das missbräuchliche Verhalten erwirtschaftete Vorteile zurückzuerstatten (vgl. BGH „Stadtwerke Uelzen“ [2008]).
- So auch LKartB Hessen „Enwag“ v. 23.12.2010 und OLG Frankfurt a.M. „Enwag“ v. 3.3.2011.

Der Beschluss des OLG Stuttgart vom 25.08.2011

OPPENLÄNDER

RECHTSANWÄLTE



Beschluss des OLG Stuttgart (201 Kart 2/11)

- Beschwerde gegen Verfügung und Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 65 Abs. 3 S. 3 GWB.
- Beschlüsse vom 25.08.2011: Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde und Aufhebung der Missbrauchsverfügung. Zulassung der Rechtsbeschwerde im Hauptsacheverfahren. Keine Erstattung der außergerichtlichen Kosten der ENCW.
- LKartB hat Rechtsbeschwerde eingelegt (KVR 51/11).
- ENCW hat Anschlussrechtsbeschwerde gegen die Kostenentscheidung eingelegt.

Rechtsgrundlage

- OLG Stuttgart: § 32 Abs. 2 GWB für Abstellungsanordnung und Rückzahlungsanordnung.
- Abstellungsanordnung ist i.d. Zukunft gerichtet, d.h. die Zuwiderhandlung muss *noch begangen werden*.
- Liegt das Verhalten i.d. Vergangenheit und ist *abgeschlossen*, kann nur eine Feststellung erfolgen (§ 32 Abs. 3 GWB).
- Wiedergutmachung i.d. Vergangenheit erlittener Vermögenseinbußen ist keine zur Beendigung des Verstoßes erforderliche Maßnahme sondern *Folgenbewältigung*.
- Jedenfalls bedarf es eines *Verschuldens* um Wertungswiderspruch zum Schadensersatz (§ 33 Abs. 3 GWB) und zur Abschöpfung (§ 34 Abs. 1 GWB) zu vermeiden.

Das zulässige Prüfkonzep

- OLG Stuttgart: § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 2 GWB geht „vorrangig vom Vergleichsmarktkonzept aus“.
- Auch einem monopolistisch strukturierten Vergleichsmarkt ist im Rahmen der Missbrauchsbeurteilung „Geltung zu verschaffen.“
- Eine Kosten- und Kalkulationskontrolle ist „unter besonderen Umständen nicht grundsätzlich ausgeschlossen“.
- Aber: rechtsdogmatische Bedenken gegen das „Kostenprüfkonzep“ der LKartB.

Vergleichsmarktkonzept ist vorrangig

- Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB ist subsidiär. Preishöhenmissbrauch ist im Regelbeispiel des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB abschließend geregelt.
- Entgelte sind nur dann missbräuchlich, wenn sie von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb ergeben würden.
- Vorrangiger Maßstab zu Ermittlung des *Als-ob-Wettbewerbspreises* ist das Vergleichsmarktkonzept (externer Effizienzvergleich zwischen verschiedenen Unternehmen).
- Räumlicher, sachlicher und zeitlicher Vergleich möglich.
- Auch mit Märkten ohne wirksamem Wettbewerb.

Zulässigkeit einer Kostenkontrolle

- Kostenkontrolle ist von der Rechtsprechung *nicht* als eigenständiges Konzept anerkannt.
- *Gewinnbegrenzungskonzept* des EuGH: Missbrauch möglich, wenn ein „übertriebenes Missverhältnis zwischen den tatsächlich entstandenen Kosten und dem tatsächlich verlangten Preis besteht.“ („United Brands“ [1978]).
- BGH „Valium II“ [1980]: Die Frage, ob „unverhältnismäßig hohe Gewinne ein Indiz für eine missbräuchliche Ausnutzung“ der Marktstellung sind, kann „nicht allgemeingültig beantwortet werden.“

Zulässigkeit einer Kostenkontrolle (2)

- OLG Düsseldorf „NNE“ [2002]: „Liegen vertretbare Gründe vor, darf die KartB (*neben oder in Einzelfällen sogar an Stelle* des Vergleichsmarktkonzepts) eine Kostenkontrolle vornehmen, um *den Sachverhalt aufzuklären* und den bestehenden Verdacht eines Preismissbrauchs erhärten oder entkräften zu können.“
- KartB betrachten die Kostenkontrolle dennoch als „zweites Standbein“ neben dem Vergleichsmarktkonzept.
- BKartA „TEAG“ [2003]: Überprüfung der Kalkulation eines Stromnetzbetreibers und Beanstandung best. kalkulatorischer Kosten (Bewertung des betriebsnotw. Eigenkapitals, Höhe der EK-Verzinsung, Wagniszuschlag).

Das „Kostenprüfkonzept“ der LKartB

- OLG Stuttgart: Unvereinbar mit der Darlegungs- und Beweislast i.R.d. § 19 GWB:
 - LKartB schiebt ihre materielle Beweislast unter Umgehung des Amtsermittlungsgrundsatzes (§ 57 GWB) dem betroffenen Unternehmen zu, das seine internen Buchungs- und Zuordnungsvorgänge gänzlich offenbaren und seine Kalkulation zu rechtfertigen hat.
 - Systematischer Bruch, wenn Unklarheiten und Unerweislichkeiten im Missbrauchsverfahren zu Lasten des betroffenen Unternehmens gehen.

Das „Kostenprüfkonzept“ der LKartB (2)

- OLG Stuttgart: LKartB vollzieht nicht die Kalkulation nach, sondern „setzt sich mit ihrer Kalkulation an die Stelle“ des Unternehmens.
 - Für eine „kalkulatorische Gegenkontrolle“ kann nicht auf die Bewirtschaftungsvorgaben der Strom/GasNEV zurückgegriffen werden.
 - Einer Analogie steht der „manifeste Wille des Gesetzgebers entgegen“. Die Rahmenbedingungen für eine kartellrechtliche Bewertung stellen sich grundlegend anders dar als bei Strom und Gas.
 - Im Ergebnis wird der Wasserversorger verpflichtet, einen Antrag nach § 23 a EnWG a.F. zu stellen und die eigene Kalkulation lückenlos einzureichen und zu rechtfertigen.

Nur Entgelte können missbräuchlich sein...

- Gegenstand der Missbrauchskontrolle nach § 19 GWB ist nicht die Kalkulation, sondern ausschließlich das geforderte *Entgelt*.
- BGH „Stadtgaspreis Potsdam“ [1995]: „Für die Ausübung der Missbrauchsaufsicht über die Preisgestaltung eines Unternehmens ist entscheidend, ob der letztlich geforderte Preis als missbräuchlich zu beanstanden ist.“
- OLG Düsseldorf „TEAG“ [2003]: „Ausschließlich der geforderte Preis ist Gegenstand einer kartellbehördlichen Kontrolle und nicht seine Kalkulation als solche oder einzelne Preisbildungsfaktoren.“ KartB ist i.R.d. Missbrauchsaufsicht nicht befugt, einem Unternehmen irgendeine Kalkulationsmethode vorzuschreiben.

...nicht aber deren Kalkulation

- OLG Karlsruhe [2004]: Es kommt nicht darauf an, ob und in welchem Ausmaß bestimmte Kostenfaktoren in der Preisfindung zu Grunde gelegt werden. Nicht die Art der Preisfindung, sondern allein das Ergebnis der in beliebiger Art und Weise erfolgten Preisfindung kann kartellrechtswidrig sein.
- Nach der Rechtsprechung kann einem Marktbeherrscher kein Missbrauchsvorwurf gemacht werden, wenn seine Preiskalkulation *kaufmännisch vertretbar* ist bzw. seine Preise nach *betriebswirtschaftlich anerkannten Grundsätzen* kalkuliert wurden.
- LKartB hat nicht geprüft, ob der Wasserpreis der ENCW über dem Als-ob-Wettbewerbspreis liegt, also das Marktergebnis angemessen ist, sondern die Kostenkalkulation im Einzelnen auf ihre „Richtigkeit“ hin überprüft.

Zudem fehlt jeder Kontrollmaßstab

- Eine kartellrechtliche Kostenkontrolle lässt sich rechts-staatlich nur dann rechtfertigen, wenn die KartB auf einen *gesetzlichen Kontrollmaßstab* zurückgreifen kann, der die „richtige“ Methode der Preiskalkulation bestimmt.
- Es gibt jedoch keine verbindlichen gesetzlichen Vorgaben für die Preiskalkulation im Wasserbereich. Strom/GasNEV können mangels *Regelungslücke* und *Vergleichbarkeit* nicht herangezogen werden.
- Zudem: Missbrauchsverbot beinhaltet ein „Unwerturteil“. Das Fordern überhöhter Entgelte ist *verboten* und stellt eine bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeit dar. Für ein Unternehmen muss daher in zumutbarer Weise bestimmbar sein, ob der eigene Preis missbräuchlich ist. Dies ist allenfalls durch den Preisvergleich mit anderen Unternehmen möglich.

Fazit

- Die Preiskontrolle darf sich nicht auf die Überprüfung einzelner preisbildender Faktoren beschränken, sondern muss vor allem überprüfen, ob der *geforderte Preis* missbräuchlich überhöht ist. Nicht der Kalkulationsweg, sondern das Gesamtergebnis der Kalkulation ist entscheidend.
- Das Konzept der Kostenkontrolle ist im Wasserbereich
 - praktisch undurchführbar (was sind „angemessene“ Kosten, „angemessene“ Verzinsung, etc. ?) und
 - führt zu einer vom Gesetzgeber nicht gewollten Preisregulierung.

Erheblichkeitszuschlag

- § 103 V 2 Nr. 2 GWB a.F.: Ein „ungünstigerer Preis“ reicht aus; keine Überschreitung des Vergleichspreises in einem erheblichen Umfang.
- § 19 GWB: Nicht jede Preisüberhöhung ist Ausdruck der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung. Erforderlich ist ein *deutlicher Abstand* zwischen dem tatsächlichen Preis und dem als Vergleichsmaßstab heranzuziehenden Wettbewerbspreis (BGH „SW Mainz“ [2005])
- Auch einem Monopolunternehmen ist ein Erheblichkeits-zuschlag zuzubilligen, da die alte Rspr. zu § 103 Abs. 5 Satz 2 GWB a.F. nicht auf § 19 GWB übertragbar ist (BGH „SW Mainz“ [2005])
- Höhe hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab (10 – 20 %).

Einstweiliger Rechtsschutz

- OLG Stuttgart hat aufschiebende Wirkung angeordnet, weil
 - ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Verfügung bestehen und
 - die Vollziehung eine unbillige, nicht durch öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte.
- Unbillige Härte:
 - Sofortige Rückzahlung wäre geeignet die Bef. in wirtschaftliche Schwierigkeiten zu bringen.
 - Enormer Arbeitsaufwand bei Rückerstattung an 5.700 Kunden.
 - Spätere Rückforderung bei einem Obsiegen der Bef. wäre nachhaltig erschwert und würde die Kunden verstimmen.
 - A.A. OLG Frankfurt a.M. v. 03.03.2011.

Vielen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit !

Dr. Andreas Hahn
0711-60187-120
hahn@oppenlaender.de

Börsenplatz 1
70174 Stuttgart
www.oppenlaender.de

OPPENLÄNDER

RECHTSANWÄLTE