

# Achter Workshop zum Wasserrecht

---

## Die künftige Rolle des Bundeskartellamtes bei der Kontrolle von Wasserentgelten

30. September 2013  
Berlin

Dr. Felix Engelsing

Vorsitzender

8. Beschlussabteilung



# Übersicht

2

1. Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht im Wassersektor
2. Verfahren Bundeskartellamt
3. BGH-Rechtsprechung
4. Künftige Wasserpreiskontrolle nach der 8. GWB-Novelle

# 1. Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht im Wassersektor

3

- § 31 Abs. 3, 4 i.V.m. § 31b Abs. 5 GWB n.F.  
(früher: § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB 1990)
  - Besonderheit zu § 19 GWB: Gleichartigkeit der Unternehmen sowie Umkehr Darlegungs-/Beweislast
  - Feststellung der Missbräuchlichkeit nur für Zukunft
- § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 GWB n. F., Art. 102 AEUV
  - Nachweisanforderungen höher
  - Verbotstatbestand
  - Feststellung für Vergangenheit + Rückerstattung an Kunden
- Grundlegend: BGH, Beschl. v. 02.02.2010 „*Wasserpreise Wetzlar*“

# 1. Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht im Wassersektor

4

## ■ Preise

- Priv. u. öff. Unternehmen (alle Rechtsformen)
- früher alle 40 größten WVU
- Privatrecht (+ AVBWasserV)
- § 315 BGB
- Kartellrecht
- Kartellbehörden
- Zivilgerichte

## Gebühren

- nur Öffentliche Unternehmen (Eigen-, Regiebetriebe, A.ö.R., Verbände)
- eher kleinere, oft ländliche Versorger
- öffentliches Recht (KAG, Satzungen)
- Kommunalabgabengesetz
- Kartellrecht? früher str., jetzt § 130 I 2
- Kommunalaufsichtsbehörden
- Verwaltungsgerichte

# 1. Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht im Wassersektor

5

## Zuständigkeit

- überwiegend Landeskartellbehörden, § 48 Abs. 2 GWB
- BKartA: länderübergreifend
- Abgabe nach § 49 GWB möglich
- gemeinsamer Fragebogen - hilfreiche Standardisierung

## Grundlegende Verfahren Landeskartellbehörden (LKB)

- LKB Hessen gegen enwag, Wetzlar, bestätigt durch BGH
- weitere Verf., z.B. gegen Mainova, ESWE, SW Kassel u.a.
- Tätigkeiten LKBen: z.B. BW („Calw“), NI, SN, ST, BB

## 2. Verfahren Berliner Wasserbetriebe

6

### **Beschluss BKartA v. 04.06.2012**

- BWB muss Wasserpreise (netto+abgabenbereinigt) ab 2012 (bis 2015) um ca. 18 % absenken
- Senkungsvolumen ca. 254 Mio. € (bezogen auf 2010)
- Erlösvorgabe für jedes Jahr von 2012 bis 2015
- Umsetzung Verfügung für 2012: mit rollierender Jahresendabrechnung Anfang 2013 bis spät. Ende 2013
- Vorbehalt Anordnung Rückerstattung für Jahre 2009-2011
- Sofortige Vollziehbarkeit angeordnet

## 2. Verfahren BWB Berlin

7

- kein einstweiliger Rechtsschutz von BWB gegen Sofort-Vollzug der Verfügung
  - daher Umsetzung der Verfügung seit 01.01.2013 durch Gutschrift unter Vorbehalt auf Endrechnung der Wasserkunden (keine Tarifänderung)
- Beschwerde BWB in Hauptsache vor OLG Düsseldorf
  - diverse Schriftsätze der Parteien und Gutachten von BWB (u.a. Prof. DiFabio)
  - mündliche Verhandlung am 25.09.2013

## 2. Verfahren BWB Berlin

8

- **Klage BWB gegen BKartA vor Verwaltungsgerichten**
  - materiell: Abwehranspruch gegen kompetenzwidriger Übergriffe des BKartA in wehrfähige Rechtsposition der BWB
  - VG Köln, Beschluss 05.09.2011 und OVG Münster, Beschluss 06.07.2012: Verwaltungsrechtsweg (-)
- **„Rekommunalisierung“: Land Berlin erwirbt 2013 die Gesellschaftsanteile der privaten Gesellschafter zurück**
  - von RWE 24,9 % bereits zurückerworben
  - von Veolia 24,9 % beabsichtigt



## 2. Verfahren BWB Berlin

9

- **BWB: Anwendbarkeit GWB (-), da „Quasi-Gebühren“**
  - privatrechtliche Entgelte von BWB in öffentlich-rechtlichem Verfahren genehmigt
  - Vorgaben in Berliner Betriebe-Gesetz
- **BKartA: Anwendbarkeit GWB (+)**
  - privatrechtliche Entgelte
  - Kontrolle nach BGB und GWB, jeweils durch Zivilgerichte
  - Verhaltensspielraum der BWB und Art. 31 GG
  - BGH-Entscheidung vom 18.10.2011- Niederbarnim ./ BKartA

## 2. Verfahren BWB Berlin

10

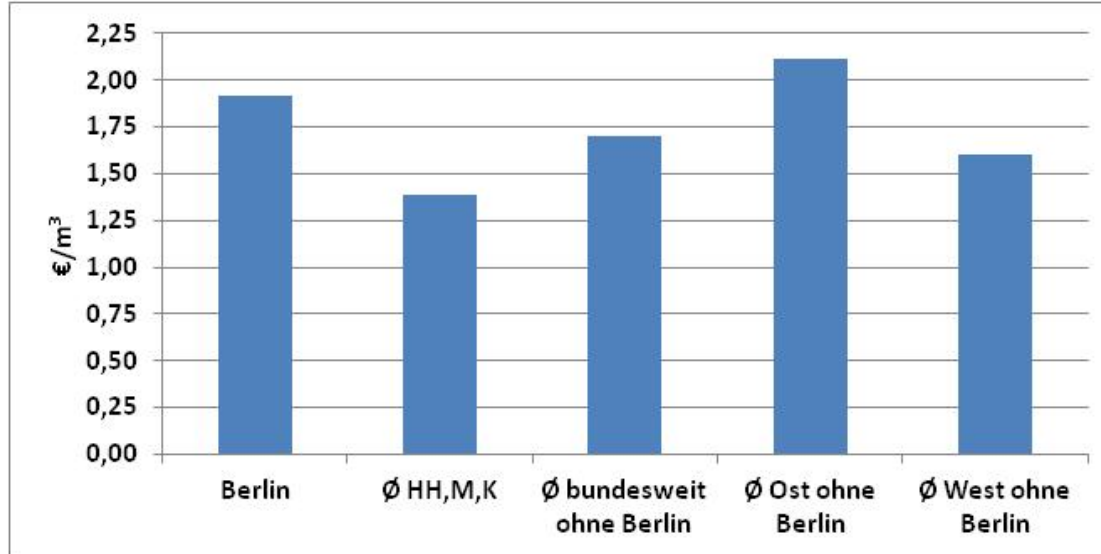
- Erlösvergleich = „Wasserumsatz durch Wasserabsatz“
  - mengengewichtet über alle Tarifstufen und alle Endkunden
  - Zeitraumbetrachtung, die Preisänderungen berücksichtigt
  - abgabenbereinigte Durchschnittspreise pro m<sup>3</sup>
- Vergleichsunternehmen: HamburgWasser, SW München, RheinEnergie Köln
  - nach Untersuchung von über 15 Kriterien am Besten geeignet
  - verdichtetes großstädtisches Versorgungsgebiet mit vergleichbarem MMW, flaches Verteilungsgebiet
  - ähnliche Kundenstruktur + Abgabenbelastung, eigene Trinkwassergewinnung (kein Fremdbezug)

## 2. Verfahren BWB Berlin

11

### Ergebnis des Preisvergleichs (ohne Rechtfertigungsgründe)

- BWB mind. 30 % über  $\emptyset$  HH, M, K in jeder Variante
- **Abgabenbereinigter Erlösvergleich/ m<sup>3</sup>, 2010: 38 %**



## 2. Verfahren BWB Berlin

12

### Rechtfertigungsgründe

- Darlegungs- und Beweislast bei Unternehmen
- von BKartA umfassend ermittelt: Bei Gesamtbetrachtung keine Nachteile der BWB ggü. Vergleichsunternehmen
- Sonderbelastungen durch Investitionen Wiedervereinigung („Sonderkosten Ost“) vom BKartA anerkannt
  - Anerkennung nur von **Mehr**investitionen inkl. Ersatz- und Erhaltungsaufwand
- Berücksichtigung der „Sonderkosten Ost“ führt zu Preisüberhöhung der BWB von ca. 18 % ggü. Ø HH,M,K

## 2. Verfahren Stadtwerke Mainz

13

- Verfahren Ende 2011 eingeleitet: Dauer 5 Monate
  - sehr gute Vergleichsbasis aufgrund der umfassenden Daten der 38 größten deutschen Wasserversorger
  - Stadtwerke Mainz dialog- und kompromissbereit
- Zusagenentscheidung nach § 32b GWB im Mai 2012
  - Senkung Wasserpreis ab 01.01.2013 um rund 15 % (bezogen auf Preisniveau 2010) bis 2019
  - Einsparung für Wasserkunden in Höhe von ca. 4,5 Mio. € pro Jahr, insgesamt 31 Mio. €
  - betrifft nur beeinflussbare Preisbestandteile (ohne Abgaben)
- Akteneinsicht nach IFG?

## 2. Verfahren Wuppertaler Stadtwerke

14

- Verfahren im Sommer 2012 eingeleitet
- Abgabe durch LKB NRW
- Im Vergleich der 38 größten deutschen Wasserversorger hatte Wuppertal 2007/2008 höchsten Durchschnittspreise
- Befragung anderer Wasserversorger
  - Versorger des Bergischen Trinkwasserverbunds (Solingen, Remscheid, Leverkusen)
  - Versorger in NRW, die zu den 38 größten in Deutschland gehören und ähnliche Bedingungen wie Wuppertal haben
- Teilnahme am NRW-Wasserbenchmarking  
→ *keine* Rechtfertigung (aber gutes Benchmarking)

## 2. Verfahren Wuppertaler Stadtwerke

15

- während Missbrauchsverfahren BKartA seit 01.05.2013: Gebührenerhebung durch städt. Eigenbetrieb
- Funktionen WSW AG weitestgehend erhalten:
  - WSW AG behält Wassergewinnung, Wasseraufbereitung
  - WSW AG bleibt Inhaber der Netze (zahlt weiter KA)
  - WSW AG betreibt Netz und betreut „Kunden“ im Namen der Stadt
- Funktionen Eigenbetrieb (fast ohne eigenes Personal):
  - Pächter des Wassernetzes (Pachtentgelte an WSW AG)
  - Ankauf des Wassers von WSW AG (Kaufpreis pro m<sup>3</sup> an WSW AG)
  - WSW AG als Dienstleister beauftragt (Betriebsführungsentgelt)
- BKartA führt Verfahren fort: Rückerstattung missbräuchlich überhöhter Preise aus Zeit vor Rekommunalisierung)

## 3. Gerichtsentscheidungen

16

### BGH vom 15.05.2012 – Calw ./ LKB Stuttgart

- Beschwerde von EV Calw gegen Entscheidung der LKB BW auf Basis Kostenkontrolle
- OLG Stuttgart hebt Entscheidung der LKB auf
- BGH: Kostenkontrolle ist zulässig
- BKartA hat LKB BW vor BGH mit Stellungnahme bzgl. Bedeutung einer methodisch offenen, auch Kostenkontrolle einschließenden Missbrauchsaufsicht unterstützt



# 3. Gerichtsentscheidungen

17

## BGH, Entscheidung vom 18.10.2011 Niederbarnim

- Klage Niederbarnim gegen Auskunftsbefehl BKartA
- OLG Düsseldorf, 8.12.2010: Befehl BKartA aufgehoben
- BGH vom 18.10.2011 Niederbarnim ./ BKartA
  - Kartellrecht grds. nicht auf Gebühren anwendbar
  - Im Einzelfall aber (+), wenn öff.-rechtl. und privatrechtl. Ausgestaltung der Leistungsbeziehung - wie im Fall der Wasserversorgung - weitgehend austauschbar
  - „Doppelqualifikation“ öffentlich-rechtlichen Handelns
  - Auskunftsbefehle gegen WVU mit Gebühren zulässig

# 4. Künftige Wasserpriiskontrolle

18

## 8. GWB-Novelle: Juli 2013

- §§ 31 – 31b GWB neu
- Ziel Gesetzgeber: Übernahme der §§ 103, 103a GWB von 1990:
  - inhaltlich daher keine wesentlichen Änderungen
- zwei neue Punkte
  - § 31 Abs. 5: Durchleitungsverweigerung ist kein Missbrauch
  - § 31 Abs. 4 Nr. 3: unangemessene Überschreitung der Kosten für rationelle Betriebsführung

# 4. Künftige Wasserpriekontrolle

19

- § 31: Verträge Wasserwirtschaft
  - Abs. 1: Freistellung von 4 Vertragsarten vom Kartellverbot (darunter Nr. 2: Konzessionsverträge)
  - Abs. 3/4: Missbrauchsverbot für freigestellte Verträge (Nr. 2: Vergleichsmarktkonzept, Nr. 3: Kostenkontrolle)
  - Abs. 5: Durchleitungsverweigerung kein Missbrauch
- § 31a Wasserwirtschaft, Meldepflicht
- § 31b: Wasserwirtschaft: Aufgaben/Befugnisse Kartellbeh.
  - Abs. 3: Eingriffsbefugnisse (keine Rückerstattung)
  - Abs. 5: Eingriffsbefugnisse bei Marktbeherrschung
  - Abs. 6: § 19 GWB bleibt unberührt

## 4. Künftige Wasserpriiskontrolle

20

§ 130 Abs. 1 S. 2 GWB neu:

„Die §§ 19, 20 und 31b Absatz 5 finden keine Anwendung auf öffentlich-rechtliche Gebühren und Beiträge“

- auf Druck BRat im Vermittlungsausschuss eingefügt
- unvollständige Verweisung, da nur Bezugnahme (neben §§ 19, 20) auf § 31b Abs. 5
- Flucht in Gebühren möglich, um Preissenkungen zu entkommen (Wetzlar, Gießen, Wiesbaden, Kassel, Wuppertal)
- aber: Rückerstattung überhöhter Preise für Vergangenheit
- Eingriffsmöglichkeiten Kartellbehörden beschränkt: Ausbeutungsmissbrauch durch kommunale WVU geschützt

# 4. Künftige Wasserpreiskontrolle

21

- **Transparenz über Entgelte und Leistungen**
  - LKBen/Landesministerien: Preisübersichten, Benchmarking
  - BKartA: geplanter Bericht zur großstädtischen Wasserversorgung auf Basis der Ergebnisse der Versorger der 40 größten Städte Deutschlands (mehr als  $\frac{1}{4}$  der Bevölkerung)
  - Verpflichtende Transparenz für alle Wasserversorger?
- **zukunftsgerichtete Preissenkungsverfügung schwierig**
  - da jederzeit Flucht in die Gebühren möglich
  - Umgestaltung weniger aufwendig als z. B. bei Umwandlung, um Bußgeldhaftung zu entkommen

# Achter Workshop zum Wasserrecht

22

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



Dr. Felix Engelsing  
Bundeskartellamt  
8. Beschlussabteilung