

# Effektive Kostenkontrolle bei Wasserentgelten (?)

Zum Beschluss des OLG Stuttgart vom 05.09.2013 – Wasserpreise Calw II

8. Workshop zum Wasserrecht

enreg Berlin, 30.09.2013

Dr. Andreas Hahn

---

## Kostenkontrolle in der Preismissbrauchsaufsicht

- EuGH - United Brands (1978): Missbrauch möglich bei einem „*übertriebenen Missverhältnis*“ zwischen Kosten und Preis.
- BGH - Valium II (1980): Es steht nicht allgemeingültig fest, ob „*unverhältnismäßig hohe Gewinne*“ ein Indiz für Missbrauch sind.
- BKartA - TEAG (2003): Fehlerhaft kalkulierte Netzentgelte sind nach §§ 19 Abs. 1, 2 Nr. 2 GWB missbräuchlich.
- OLG Düsseldorf - TEAG (2003): Gegenstand der kartellbehördlichen Kontrolle ist nur der geforderte Preis und „*nicht seine Kalkulation als solche oder einzelne Preisbildungsfaktoren*“. KartB darf nicht die von ihr präferierte Kalkulationsmethode vorschreiben.
- § 29 S. 1 Nr. 2 GWB: Entgelte dürfen Kosten nicht in „*unangemessener Weise*“ überschreiten.

---

## Kostenkontrolle bei Wasserentgelten

- Missbrauchsverfügung der EKartB Baden-Württemberg vom 24.02.2011 gegen die Energie Calw GmbH.
- Senkung des Arbeitspreises für 2008/2009 um 35 % (von 2,79 €/m<sup>3</sup>).
- Rückerstattung der Differenz an die Kunden (ca. € 2 Mio.).
- Rechtsgrundlage §§ 19 Abs. 1, 32 GWB.
- **Konzept der Kostenprüfung:**
  - Preise müssen nach einem „*nachvollziehbaren und angemessenen Kalkulationsschema gerechtfertigt*“ sein.
  - Dabei sind alle „*effektiven und erforderlichen Kosten einschließlich angemessener kalkulatorischer Zinsen in einer Kalkulation berücksichtigungsfähig.*“

---

## Das Kostenkontrollkonzept

- Rückgriff auf Vorschriften von Strom/GasNEV.
- **Aufwandsgleiche Kosten:** Werbekosten, Schlüsselung von sonstigen betrieblichen Aufwendungen und Personalkosten.
- **EK-Verzinsung:** Ausgangspunkt Strom/GasNEV: 9,23 %, Absenkung des Wagniszuschlages um 25 % → max. 8,23 % bis EK-Quote von 40 % zulässig.
- **Löschwasserversorgung:** hypothetische Erlöse i.H.v. 7,5% bzw. 8,5% der aufwandsgleichen bzw. kalkulatorischen Kosten.
- Kürzungen bei mehr als 20 Kostenpositionen: insgesamt € 1,7 Mio.
- Kein **Erheblichkeitszuschlag**, da natürliche Monopolsituation.

---

## OLG Stuttgart, Beschl. v. 25.08.2011 (201 Kart 2/11)

- Eine Kosten- und Kalkulationskontrolle ist unter besonderen Umständen nicht grundsätzlich ausgeschlossen.
- Aber: im Rahmen des §§ 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 GWB ist das Vergleichsmarktkonzept **vorrangig anzuwenden**.
- Zudem: Rechtsdogmatische Bedenken gegen Kostenkontrollkonzept:
  - unzulässige Umkehr der Beweislast,
  - Analoger Anwendung von Strom/GasNEV steht der Wille des Gesetzgebers entgegen,
  - neben einem Sicherheitszuschlag ist ein **Erheblichkeitszuschlag** erforderlich.

---

## BGH, Beschl. v. 15.05.2012 (KVR 51/11)

- Vergleichsmarktbetrachtung ist nicht das einzige Konzept um zu ermitteln, ob der hypothetische Wettbewerbspreis überschritten ist.
  - **Überprüfung von Preisbildungsfaktoren** ist zulässig: *„Der Ansatz einer Mehrheit von Preisbildungsfaktoren, von denen anzunehmen ist, dass auf ihrer Grundlage kalkulierte Preise bei wirksamem Wettbewerb auf dem Markt nicht durchgesetzt werden könnten, kann ein Indiz für einen missbräuchlich überhöhten Preis sein.“*
  - Rückgriff auf einschlägige ökonomische Theorien.
  - Dem betroffenen Unternehmen obliegt lediglich eine Mitwirkungspflicht (Offenlegung der Preiskalkulation).
  - Die sich aus der Überprüfung der Preisbildungsfaktoren ergebende Preisgrenze ist um einen **Erheblichkeitszuschlag** zu erhöhen.
-

---

## OLG Stuttgart, Beschl. v. 05.09.2013 (201 Kart 1/12)

- Das Fehlen einer (vollständigen) Kalkulation hat keinen Einfluss auf die Frage der Missbräuchlichkeit. Trifft ein „blind gegriffener Preis“ den marktgerechten Preis, ist er nicht zu beanstanden.
- *„Matrix der Strom/GasNEV ist eine zulässige und tragfähige Einstiegsgröße“* für ein Kalkulationskontrollsystem.
- Entscheidet sich die KartB für eine analoge Anwendung der EntgeltV, so muss sie diese auch konsequent einhalten und *„Systembrüche vermeiden“*. Mischformen unterschiedlicher methodischer Ansätze sind unzulässig:
  - Abschreibungskontinuität, keine Abschreibung unter null,
  - EK-Verzinsung: streng nach § 7 GasNEV: **9,3 %** (inkl. Sicherheits- und Wagniszuschlag) sind nicht zu beanstanden.

---

## OLG Stuttgart, Beschl. v. 05.09.2013 (201 Kart 1/12) Forts.

- **Der Kontrollmaßstab:**
  - KartB kann nicht einfach der von ihr präferierten Methode den Vorzug geben. Es müssen „*greifbare Fehlbewertungen*“ aufgezeigt werden.
  - KartB hat Darlegungs- und Beweislast. Es genügt nicht, Angaben des WVU in Zweifel zu ziehen und mögliche Ineffizienzen aufzuzeigen.
  - Ist der Bewertungsansatz des WVU ebenfalls vertretbar und plausibel, fehlt es am Missbrauch.
- **Erheblichkeitszuschlag:** Ein Preismissbrauch ist erst bei Überschreitung eines Erheblichkeitszuschlages von 7,5 % gegeben.
- Missbrauchsverfügung aufgehoben und zur erneuten Bescheidung zurückverwiesen („Calw III“ ?).



---

## Kostenkontrolle nach der 8. GWB-Novelle

- Allgemeine Missbrauchsaufsicht (§§ 19 Abs. 1, 2 Nr. 2 GWB):
    - **Maßstab:** Führt der Ansatz von Preisbildungsfaktoren dazu, dass die auf dieser Grundlage kalkulierten Preise bei wirksamem Wettbewerb nicht mehr durchgesetzt werden könnten?
    - Rückgriff auf einschlägige ökonomische Theorien.
    - Analoge Anwendung der Regeln von Strom/GasNEV zulässig.
    - Kartellbehördliche Befugnisse:
      - Preissenkung (ex nunc), Feststellung,
      - Rückerstattung inkl. Zinsvorteilen (§ 32 Abs. 2a GWB). Beschwerde hat aufschiebende Wirkung !
    - Erheblichkeitszuschlag ist anzusetzen.
-

---

## Kostenkontrolle nach der 8. GWB-Novelle (Forts.)

- Besondere Missbrauchsaufsicht über die Wasserwirtschaft (§§ 31 Abs. 3, 4 Nr. 3 GWB):
  - **Maßstab:** Übersteigt das Entgelt in „*unangemessener Weise*“ die Kosten, die bei einer „*rationellen Betriebsführung*“ anfallen?
  - Unterschied zu § 29 S. 2 GWB: Kosten, die sich „im Wettbewerb nicht einstellen würden“.
  - Anerkennung von Aufwendungen, die im reinen Wettbewerb vermieden würden (?).
  - Kartellbehördliche Befugnisse: nur Preissenkung (ex nunc), keine Rückerstattung.
  - Vergleichspreis muss nicht in erheblichem Umfang überschritten werden.

Vielen Dank  
für Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. Andreas Hahn

T + 49 (0) 711 / 6 01 87 – 120

F + 49 (0) 711 / 6 01 87 – 222

[hahn@oppenlaender.de](mailto:hahn@oppenlaender.de)

Börsenplatz 1

70174 Stuttgart

[www.oppenlaender.de](http://www.oppenlaender.de)

