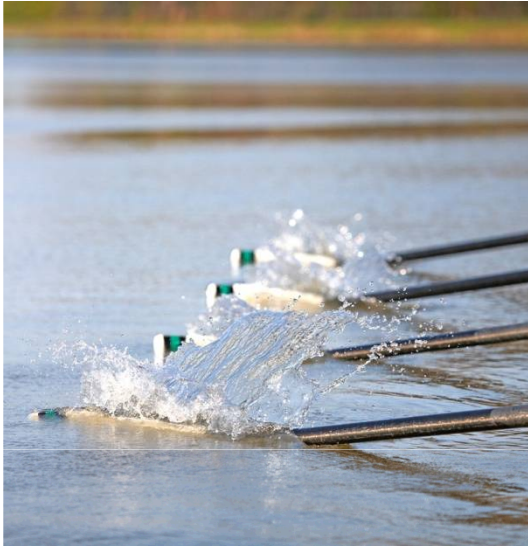


RA Dr. Sebastian Steinbarth, LL.M., Frankfurt am Main, den 09.10.2013



Maßstäbe und Methoden der Wasserpreiskontrolle nach der 8. GWB-Novelle

REDEKER | SELLNER | DAHS



Übersicht

- 1. Neuordnung des Wasserkartellrechts**
- 2. Besondere Merkmale der Wassermärkte**
- 3. Kartellrechtliche Wasserpreiskontrolle**
- 4. Kontrolle von Wassergebühren**



1. Neuordnung des Wasserkartellrechts

Status quo vor 8. GWB-Novelle

02.02.2010	BGH „Wasserpreise Wetzlar“ Preissenkungsverfügung gegen privatrechtliches Unternehmen bestätigt
18.10.2011	BGH „Niederbarnimer Wasserverband“ Öffentlich-rechtliche Unternehmen, die Gebühren erheben, können Adressat von Auskunftsbeschlüssen sein (obiter dictum: kartellrechtliche Kontrolle von Gebühren?)
15.05.2012	BGH „Wasserpreise Calw“ Preishöhenmissbrauch kann im Rahmen von § 19 GWB auch durch Kostenkontrolle festgestellt werden (vgl. OLG Stuttgart, 05.09.2013)
04.06.2012	Bundeskartellamt „Berliner Wasserbetriebe AöR“ Preissenkungsverfügung gegen öffentlich-rechtliches Unternehmen (Beschwerde vor OLG Düsseldorf anhängig)



1. Neuordnung des Wasserkartellrechts

Wichtige Neuerungen

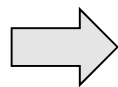
- die Vorschriften zum Wasserkartellrecht sind wieder in das GWB aufgenommen worden (§ § 31 - 31b GWB)
 - bislang Bezugnahme auf die § § 103 ff. GWB 1990 in der Übergangsvorschrift des § 131 Abs. 6 GWB
- Klarstellung, dass keine kartellrechtliche Kontrolle von Gebühren erfolgt und dass Durchleitungsverweigerung nicht missbräuchlich ist
- Anerkennung der Kostenkontrolle neben dem Vergleichsmarktkonzept in § 31 Abs. 4 GWB



2. Besondere Merkmale der Wassermärkte

Natürliche Leitungsmonopole

- Wasserversorgungsunternehmen (WVU) sind natürliche Monopolisten in ihrem Versorgungsgebiet
 - Wassertransport ist leitungsgebunden
 - kaum Durchleitungswettbewerb wegen Transportkosten
 - parallele Netze unwirtschaftlich



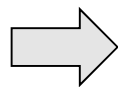
Preissetzungspotenzial der WVU wird nicht durch potenzielle Konkurrenz beschränkt



2. Besondere Merkmale der Wassermärkte

Rechtliche Absicherung der Leitungsmonopole

- Demarkations- und Konzessionsabsprachen sowie Meistbegünstigungs- und Verbundabsprachen sind vom Kartellverbot freigestellt (§ 31 Abs. 1 GWB)
- Gesetzeszweck: Gewährleistung einer sicheren und preisgünstigen Wasserversorgung (§ 31b Abs. 4 GWB)



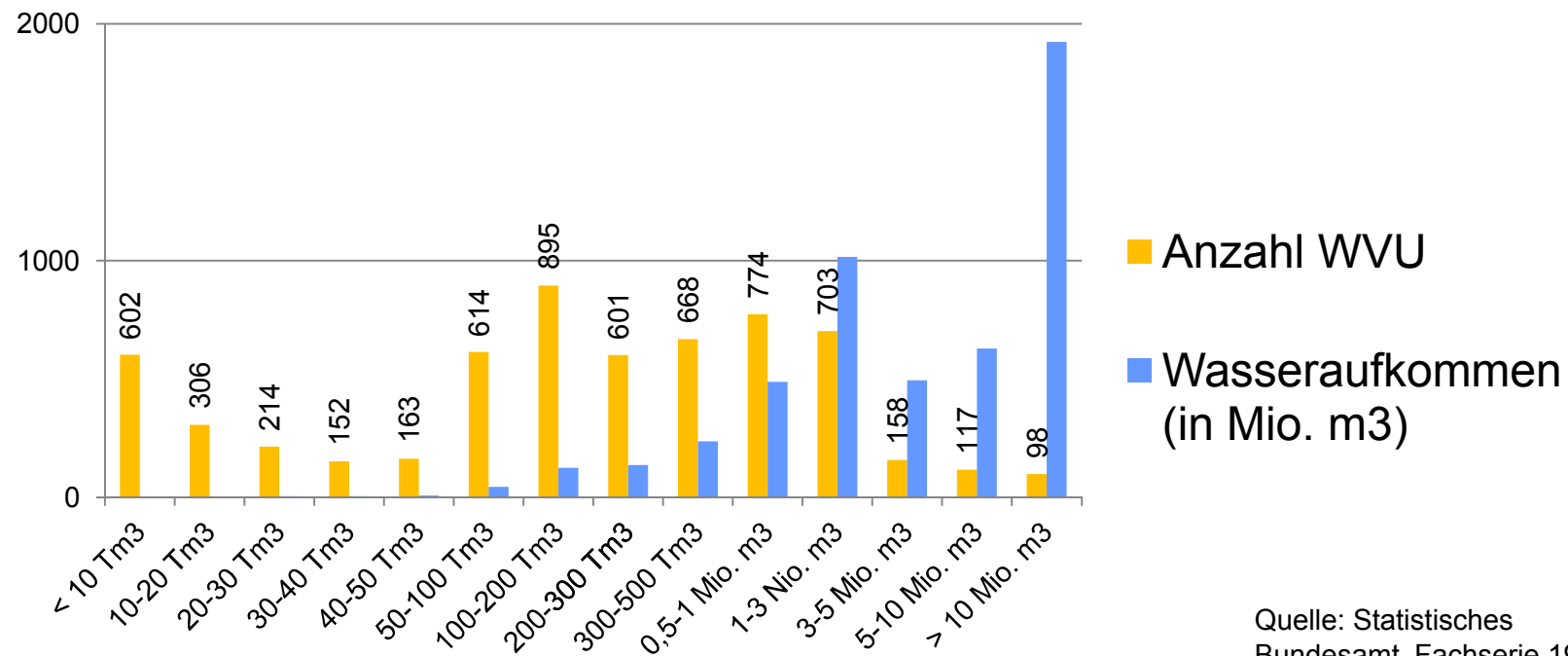
Monopolstellung der WVU macht effektive Entgeltkontrolle erforderlich



2. Besondere Merkmale der Wassermärkte

Starke Fragmentierung der Wasserversorgung

Insgesamt 6.065 WVU mit einem Wasseraufkommen von ca. 5,149 Mrd. m³ (2010)



Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 19 Reihe 2.1.1 (2010)



2. Besondere Merkmale der Wassermärkte

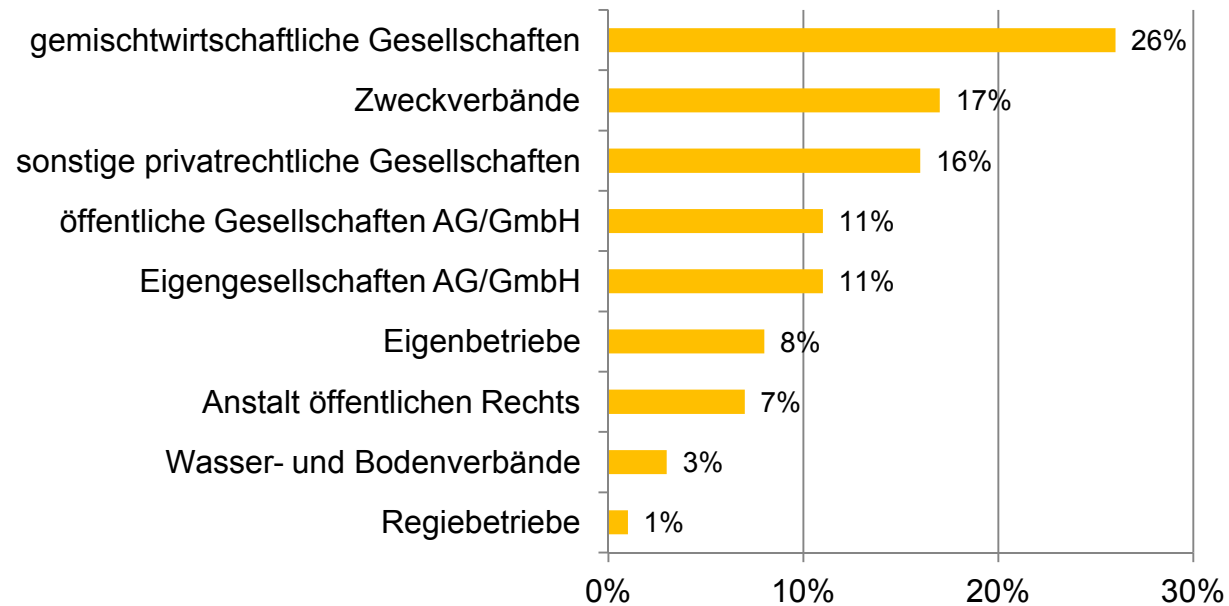
Wasserversorgung ist Aufgabe der Kommunen

- Kommunen bzw. Zweckverbände entscheiden frei über Organisation und Rechtsform der Wasserversorgung
- Kommunen üben regelmäßig eigentumsrechtlichen Einfluss auf die Wasserversorgung aus
- vollständige Privatisierung ist selten



2. Besondere Merkmale der Wassermärkte

Unternehmensformen nach Wasseraufkommen (2008)

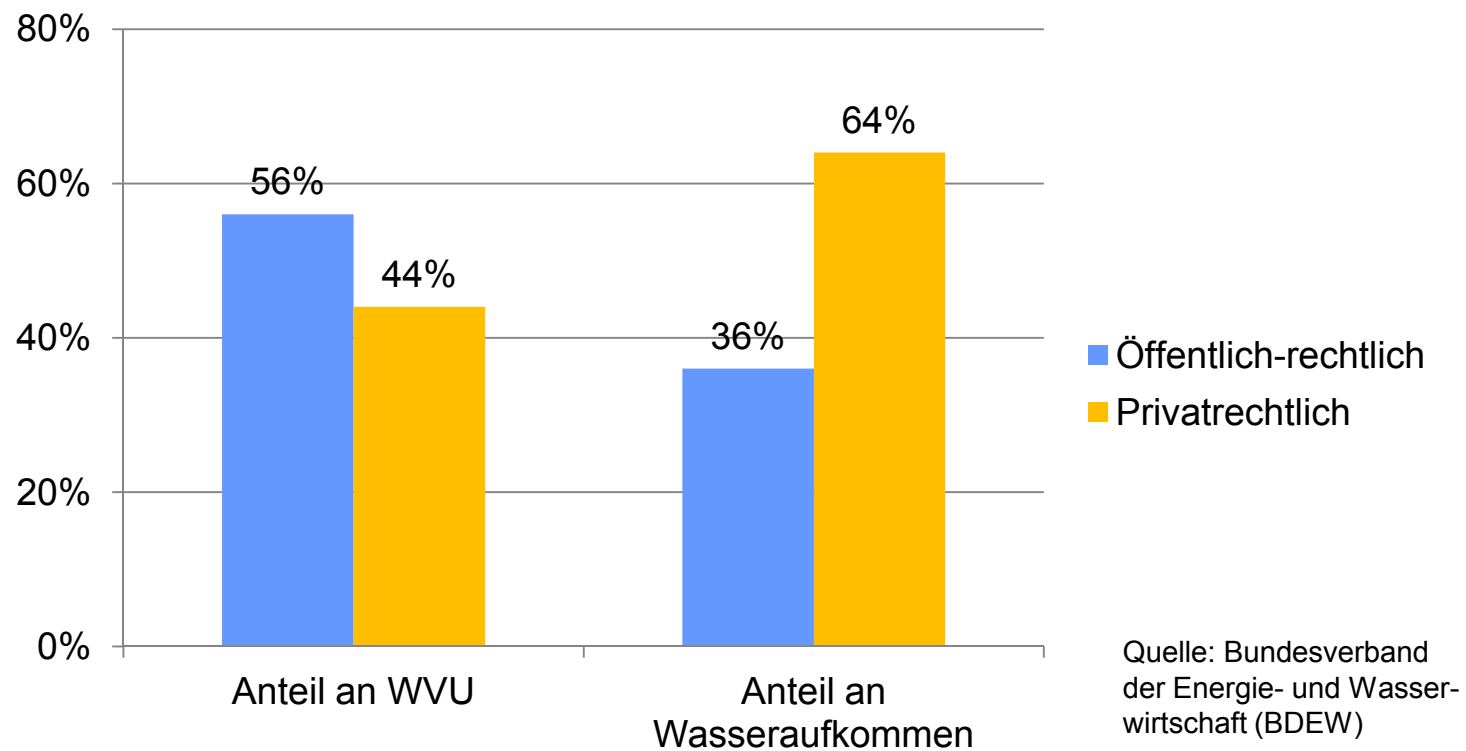


Quelle: Bundesverband
der Energie- und Wasser-
wirtschaft (BDEW)



2. Besondere Merkmale der Wassermärkte

Anteil der öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Unternehmensformen (2008)

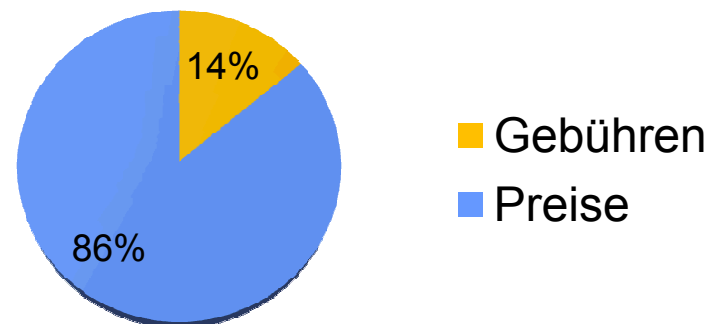




2. Besondere Merkmale der Wassermärkte

Ausgestaltung der Leistungsbeziehungen zu Abnehmern

- privatrechtliche WVU erheben Preise auf vertraglicher Basis gemäß Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (AVBWasserV)
- öffentlich-rechtliche WVU erheben je nach Ausgestaltung der Leistungsbeziehungen Gebühren oder Preise

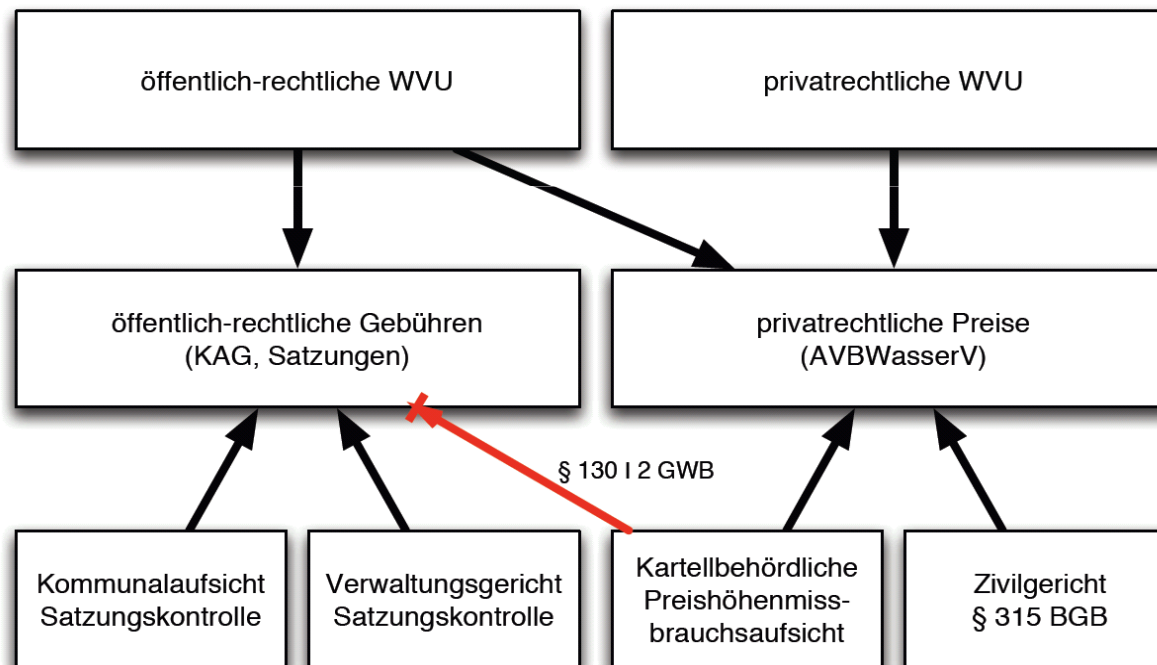


Quelle: Landeskartell-
behörde Niedersachsen,
Marktuntersuchung 2009



3. Kartellrechtliche Wasserpreiskontrolle

Übersicht: Aufsichtszuständigkeiten





3. Kartellrechtliche Wasserpreiskontrolle

Zuständigkeit der Kartellbehörden

- Landeskartellbehörden
 - wenn nicht länderübergreifend, § 48 Abs. 2 S. 2 GWB
 - Märkte für leitungsgebundene Wasserversorgung beschränken sich räumlich auf Versorgungsgebiet des WVU
- Bundeskartellamt
 - wenn länderübergreifend, § 48 Abs. 2 S. 1 GWB
 - Abgabe durch Landeskartellbehörde, § 49 GWB



3. Kartellrechtliche Wasserpreiskontrolle

Rechtsgrundlagen

- **§ 31 Abs. 3 und 4 i.V.m. § 31b Abs. 5 GWB**
 - Eingriffsbefugnis (vgl. § 31b Abs. 3 GWB)
 - Missbrauch kann nur für die Zukunft festgestellt werden
 - geringere Nachweisanforderungen

- **§ 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 GWB**
 - Verbotstatbestand
 - Missbrauch kann auch für Vergangenheit festgestellt werden (+ Rückerstattung, § 32 Abs. 2a GWB)
 - höhere Nachweisanforderungen



3. Kartellrechtliche Wasserpreiskontrolle

Konzepte der Wasserpreiskontrolle in § 31 Abs. 4 GWB

- Konzept des Als-Ob-Wettbewerbs (Nr. 1)
- Vergleichsmarktkonzept (Nr. 2)
- Konzept der Kostenkontrolle (Nr. 3)



3. Kartellrechtliche Wasserpreiskontrolle

Konzept des Als-Ob-Wettbewerbs

- Missbrauch liegt gemäß § 31 Abs. 3, 4 Nr. 1 GWB vor, wenn Marktverhalten des WVU den Grundsätzen zuwiderläuft, die für Marktverhalten von Unternehmen bei wirksamem Wettbewerb bestimmend sind
- hat sich in der Praxis nicht durchgesetzt



3. Kartellrechtliche Wasserpreiskontrolle

Vergleichsmarktkonzept (1)

- Missbrauch liegt gemäß § 31 Abs. 3, 4 Nr. 2 GWB vor, wenn WVU von seinen Abnehmern ungünstigere Preise oder Geschäftsbedingungen fordert als gleichartige WVU
- es sei denn, das WVU weist nach, dass der Unterschied auf abweichenden Umständen beruht, die ihm nicht zurechenbar sind



3. Kartellrechtliche Wasserpreiskontrolle

Vergleichsmarktkonzept (2)

- Kartellbehörde trägt Darlegungs- und Beweislast für Gleichartigkeit der WVU
- Laut BGH dürfen an die Gleichartigkeit keine zu hohen Anforderungen gestellt werden (Beschluss v. 02.02.2010, Rn. 29 f. – *Wasserpreise Wetzlar*)
 - WVU sind gleichartig, wenn zwischen ihnen hinsichtlich der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen keine wesentlichen Unterschiede bestehen, die [...] von vornherein eine deutlich unterschiedliche Beurteilung der Preisgestaltung rechtfertigen



3. Kartellrechtliche Wasserpreiskontrolle

Vergleichsmarktkonzept (3)

- Kartellbehörden erheben folgende Kennzahlen zur Ermittlung der Gleichartigkeit
 - Versorgungsdichte (Metermengenwert, d.h. die gelieferte Wassermenge in Kubikmeter pro Meter Leitungsnetz)
 - Abnehmerdichte (Netzlänge pro Hausanschluss)
 - Anzahl der versorgten Einwohner
 - nutzbare Wasserabgabe
 - Abgabestruktur (Haushalts- und Kleingewerbekunden)
 - Gesamterträge der Wassersparte



3. Kartellrechtliche Wasserpreiskontrolle

Vergleichsmarktkonzept (4)

- der Vergleich, ob ungünstigere Preise genommen werden, erfolgt für typisierte Abnahmefälle
 - 80 Kubikmeter/Jahr (2-Personen-Haushalt)
 - 150 Kubikmeter/Jahr (Einfamilienhaus)
 - 400 Kubikmeter/Jahr (5 Wohneinheiten)
 - 1.300 Kubikmeter/Jahr (15 Wohneinheiten)
- Typfallbildung: Jahresgesamtpreis gemäß Grund- und Kubikmeterpreis
- Abzug länderspezifischer Grundwasserabgaben und Baukostenzuschüsse erst auf Rechtfertigungsebene



3. Kartellrechtliche Wasserpreiskontrolle

Vergleichsmarktkonzept (5)

- Übersteigen die Preise die Vergleichspreise, muss das WVU im Einzelfall abweichende rechtfertigende Umstände darlegen und beweisen, die ihm nicht zurechenbar sind
 - nicht zurechenbar sind v.a. gebietsstrukturbedingte Umstände (Topographie)
 - individuell beeinflussbare Umstände sind zurechenbar (Umstände, die auf unternehmerische Entscheidungen oder die Struktur des WVU zurückgehen)



3. Kartellrechtliche Wasserpreiskontrolle

Konzept der Kostenkontrolle (1)

- Missbrauch liegt gemäß § 31 Abs. 3, 4 Nr. 3 GWB vor, wenn ein WVU Entgelte fordert, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten
- anzuerkennen sind die Kosten, die bei einer rationellen Betriebsführung anfallen
- durch die 8. GWB-Novelle ausdrücklich für verschärfte Missbrauchsaufsicht anerkannt (§ 31 Abs. 4 Nr. 3 GWB)



3. Kartellrechtliche Wasserpreiskontrolle

Konzept der Kostenkontrolle (2)

- die Kartellbehörde trägt die Darlegungs- und Beweislast
- das betroffene WVU hat Mitwirkungspflicht und muss seine Preiskalkulation offenlegen



3. Kartellrechtliche Wasserpreiskontrolle

Konzepte der Wasserpreiskontrolle in § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB

- § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB: Vergleichsmarktbetrachtung mit Unternehmen auf Märkten mit wirksamem Wettbewerb
- Laut BGH ist auch Kostenkontrolle möglich (Beschluss v. 15.05.2012 – *Wasserpreise Calw*)

Wortlaut des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB:

„Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen [...] Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden; hierbei sind insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen.“



4. Kontrolle von Wassergebühren

Keine kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht über Gebühren

- § 130 Abs. 1 S. 2 GWB stellt klar, dass §§ 19, 20, 31b Abs. 5 GWB auf öffentlich-rechtliche Gebühren keine Anwendung finden
- von Bundesrat im Vermittlungsverfahren durchgesetzt
- unvollständige Verweisung, da von den wasser-kartellrechtlichen Vorschriften nur 31b Abs. 5 GWB in Bezug genommen wird
- Wassergebühren unterliegen somit nur der Kommunal-aufsicht und der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle



4. Kontrolle von Wassergebühren

Prüfungsmaßstab der Kommunalaufsicht

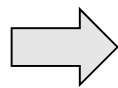
- Vollkostenstandard: Kostendeckung zuzüglich eines angemessenen Ertrags für kommunalen Haushalt
- Äquivalenzprinzip: Gebühr muss in angemessenem Verhältnis zu den Kosten stehen und darf diese regelmäßig nicht wesentlich überschreiten
- Effizienz der Leistungsbereitstellung spielt allenfalls untergeordnete Rolle



4. Kontrolle von Wassergebühren

Droht „Flucht in die Gebühren“?

- Beispiel Wuppertaler Stadtwerke AG (WSW AG)
 - während Missbrauchsverfahren des Bundeskartellamtes
Rekommunalisierung der Wasserversorgung
 - Gebührenerhebung durch städtischen Eigenbetrieb, der
das Wassernetz von der WSW AG gepachtet hat und von
dieser das Wasser bezieht
- ähnlich: Gießen, Kassel, Wetzlar und Wiesbaden



zukunftsgerichtete Preissenkungsverfügungen
gemäß § 31b Abs. 3 GWB werden schwieriger



4. Kontrolle von Wassergebühren

Gebühren erhebende WVU als Adressaten von Auskunftsbeschlüssen gemäß § 59 GWB

- laut BGH fallen öffentlich-rechtliche WVU, die Gebühren erheben, unter den funktionalen Unternehmensbegriff des § 59 GWB und sind daher möglicher Adressat von Auskunftsbeschlüssen (BGH, Beschluss v. 18.10.2011, „*Niederbarnimer Wasserverband*“)

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

steinbarth@redeker.de

www.redeker.de



REDEKER | SELLNER | DAHS

Berlin Leipziger Platz 3, 10117 Berlin
Tel +49 30 885665-0, Fax +49 30 885665-99, berlin@redeker.de

Bonn Willy-Brandt-Allee 11, 53113 Bonn
Tel +49 228 72625-0, Fax +49 228 72625-99, bonn@redeker.de

Brüssel 172, Av. de Cortenbergh, 1000 Brüssel
Tel +32 2 74003-20, Fax +32 2 74003-29, bruessel@redeker.de

Leipzig Mozartstraße 10, 04107 Leipzig
Tel +49 341 21378-0, Fax +49 341 21378-30, leipzig@redeker.de

London 265 Strand, London WC2R 1BH
Tel +44 20 706723 00, Fax +44 20 743003 06, london@redeker.de

München Maffeistraße 4, 80333 München
Tel +49 89 2420678-0, Fax +49 89 2420678-69, muenchen@redeker.de

www.redeker.de

Rechtsanwälte, Partnerschaftsgesellschaft, Sitz Bonn, Essen PR 1947



REDEKER | **SELLNER** | **DAHS**