

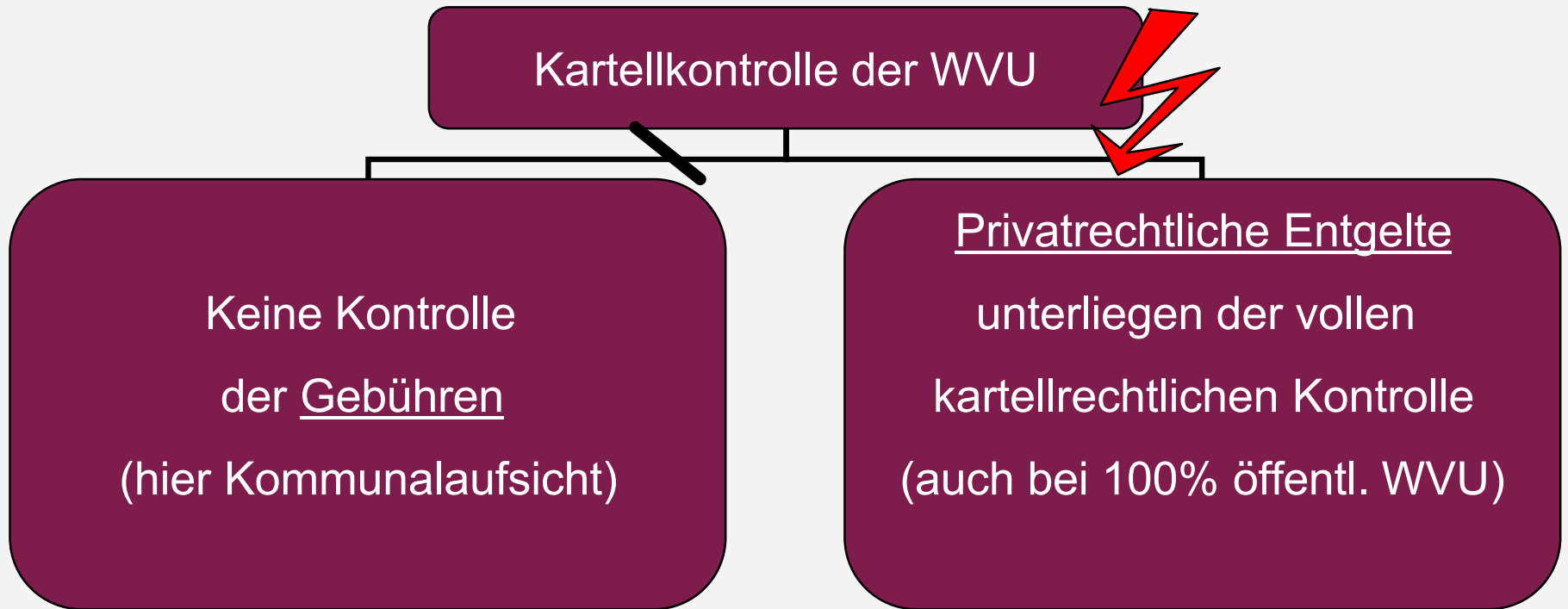
# Wasserpreise im Kreuzfeuer der Kartellbehörden

Dr. Jörg Rehberg  
Rechtsanwalt und Fachgebietsleiter  
Geschäftsbereich Wasser/Abwasser  
Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft

# Hintergrund

- Zwar gelten kartellrechtliche Ausnahmebereiche für Wasser, aber „zum Preis“ einer strengen kartellrechtlichen Aufsicht
- Grundsätzlich ist die Kartellaufsicht neutral zu beurteilen, da sie das gesetzlich vorgegebene Preisaufsichtsinstrument für privatrechtliche Entgelte im Wassersektor ist.
- Daneben: (kommunale) **Fachaufsicht**, um eine qualitativ hochwertige und hygienisch einwandfreie Trinkwasserversorgung und einen flächendeckenden Gewässerschutz zu gewährleisten – es gilt das **Minimierungsgebot**
- Daneben: im **Gebührenrecht ebenfalls Kommunalaufsicht** (Genehmigung der jeweiligen Gebührensatzung)

# Kontrollbefugnisse der Kartellbehörden



# Kartellrechtlicher Hintergrund

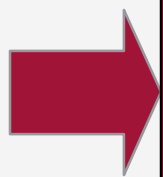
- Die kartellrechtliche Aufsicht über Wasserversorgungsunternehmen war ursprünglich als kartellrechtlicher Ausnahmereich gemeinsam mit der Energieversorgung geregelt. Nach der Liberalisierung der Energieversorgung wurden die Sonderregelungen für die Wasserversorgung aufrechterhalten: Übergangsregelung gemäß § 131 Abs. 6 GWB i. V. m. §§ 103, 22 Abs. 5 GWB a. F.
- Die Sonderregelungen sind z. T. günstiger für die WVU, insgesamt aber schärfer als die regulären Regelungen für Marktbeherrscher (kein Erheblichkeitszuschlag, ungünstigere Beweislastregelung)

# Kartellrechtlicher Hintergrund

## Beweislastverteilung

- Kartellbehörde trägt Beweislast dafür, dass Preise **ungünstiger** sind als bei **gleichartigen WVU**

- WVU trägt die Beweislast für **abweichende Umstände**, die andere Preisgestaltung als bei Vergleichsunternehmen rechtfertigen



Entscheidend ist die Frage, ob Umstände auf der Ebene der **Vergleichbarkeit der Unternehmen** oder der **abweichenden Umstände** anzusiedeln sind

# Kartellrechtlicher Hintergrund

- Diese Beweislastverteilung gehört zwar zur „strengen Kartellaufsicht“ – führt aber zu kaum leistbaren Pflichten für die betroffenen Unternehmen
- Betr. Unternehmen hat kaum die Möglichkeit, Fehler bei den Angaben der Vergleichsunternehmen zu widerlegen
- Begründung für abweichende höhere Preise extrem schwierig
- Maßstab für die Beweislast/Begründungstiefe legen letztlich Kartellbehörden bzw. das befassste Gericht fest

# OLG Frankfurt zu Wasserpreisen - allgemein

- Preissenkungsverfügung von ca. 30 % bestätigt
- erste Entscheidung dieser Art :
  - marktbeherrschende Stellung bejaht
  - **Gleichartigkeit der verglichenen WVU bejaht** – grobes Raster beim Vergleich mit anderen Unternehmen ausreichend – Kartellbehörde hat mehr Details untersucht als es ihre Pflicht gewesen wäre
  - Besonderheiten der Wasserversorgung nicht anerkannt und entsprechende Anwendung der Energierechtsprechung
  - aber: keine rückwirkende Missbrauchsverfügung

# OLG Frankfurt zu Wasserpreisen – konkrete Entscheidungsgründe (1)

- Gemeinsamkeiten zwischen Energie- und Wasserversorgung rechtfertigen **entsprechende Anwendung der Energierechtsprechung**, denn:
  - E und W unverzichtbare Handelsgüter
  - starke wirtschaftliche Machtstellung
  - Gewinnung und Aufbereitung stehen Gleichartigkeit nicht entgegen
- Verteilerkosten nur bei Rechtfertigung zu berücksichtigen
- „Metermengenwert“ berücksichtigt Abnehmerdichte
- Missbrauch setzt kein erhebliches Übersteigen der Vergleichspreise voraus



# OLG Frankfurt zu Wasserpreisen – konkrete Entscheidungsgründe (2)

- Abweichende Gründe – Rechtfertigung nicht gelungen und Preisunterschiede nicht ausreichend durch Unternehmen dargelegt
- Folgende Parameter sind bei der Rechtfertigung höherer Preise laut OLG **nicht zu berücksichtigen**
  - Höhere Kosten für Beschaffung und Einsatz von Fremd- oder Eigenkapital für Invest. betreffen nur individuell => nicht berücksichtigungsfähig
  - dito – höhere Baukostenzuschüsse
  - dito – Mehrkosten wegen Erneuerung von Hausanschlüssen, Netzerneuerungen, Netzinstandhaltungen, Netzbetrieb und Netzwv.
- KA wurde anteilig berücksichtigt – keine echte Entsch.

- Folgende Parameter sind bei der Rechtfertigung höherer Preise laut OLG **zu berücksichtigen**
  - Nicht optimiertes Verhältnis von Fremdbezug und Eigengewinnung
  - Wasserverteilungs- und Speicherkosten – bspw. Höhenunterschiede sind zu berücksichtigen – im vorliegenden Verfahren aber nicht genau genug geschehen – verlangt wird **Kostenstellenrechnung**
  - **Höheres Entgelt deckt nicht die Selbstkosten** – aber bloße Behauptung ist nicht ausreichend

- Rechtsbeschwerde zum BGH ist zugelassen
- Mündliche Verhandlung war am 17. November 2009 – Entscheidung am 2. Februar 2010
- Verfahren gegen Mainova und Kassel – Termin war am 25. August vor dem OLG Frankfurt am Main
  - Gericht sieht (im Gegensatz zum Wetzlarer Verfahren) erheblichen Klärungsbedarf – Hinweisbeschlüsse würden erfolgen
  - Einigung auf Ruhen der Verfahren bis zur Entscheidung des BGH
  - Möglich wäre Erledigungserklärung
- „Nachahmung“ durch andere Kartellbehörden ist wahrscheinlich (s. B.-W.)
- Bund-Länder-Arbeitsgruppe tagte das erste Mal zweitägig in Wiesbaden am 13. und 14. August

# Bund-Länder-Arbeitsgruppe Kartellrecht

- wohl keine Kompetenzerweiterung für Gebührenunternehmen, aber Preisabfragen auf Gebühren ausdehnen
- Vereinheitlichung der Datenabfrage
- Abwartende Haltung bis Entscheidung BGH

# Aktivitäten der Landeskartellbehörden in anderen Bundesländern:

- **Rheinland-Pfalz:** Sektorenuntersuchung nach § 32 e GWB, Auskunftsverlangen versendet und z.T. Gespräche zwischen Unternehmen und Landeskartellbehörde
- **NRW:** Auskunftersuchen (informell gegen 237 WVU) – Kabinett: Verbesserung des Benchmarkings schließt zunächst Kartellverfahren aus
- **BW:** *informelle Preisauskunftsverfahren flächendeckend gestartet – auch bei WVU mit Gebühren; formales Verfahren gegen Calw eröffnet*
- **Brandenburg:** Auskunftsschreiben an die Unternehmen, um Marktübersicht zu erlangen – 10 Verfahren sind angekündigt (u.a. Brandenburg)-nähere Prüfung einzelner WVU
- **Bayern:** vor 6 Jahren bereits Auskunftsschreiben an alle WVU; Unternehmen als Vergleichsunternehmen für Hessen; neue informelle Preisanfragen laufen nur bei Kundenbeschwerden;
- **Sachsen:** Das Sächsische Staatsministerium für Wirtschaft und Arbeit hat 2007 als Landeskartellbehörde an alle Wasserversorger einen Fragebogen zur Abfrage der Trinkwasserpreise versandt – soll regelmäßig wiederholt werden – bislang keine Prüfung einzelner WVU
- **S.-H. und Niedersachsen:** vereinzelte Auskunftsschreiben an WVU – Zwischenergebnis: keine missbräuchlichen Erhöhungen erkennbar; keine Aktivitäten im letzten halben Jahr und bis Mitte 2010 nicht zu erwarten
- **S.-A. und Thüringen:** Preisprüfung und Druck auf einzelne WVU

# Vergleichsliste Baden-Württemberg

Preise für die Wasserversorgung von Haushaltskunden in Baden-Württemberg (nur private Unternehmen): Stand 01.07.2009

Nr.	privatrechtliche Wasserversorgungsunternehmen	Rang	Jahreskosten (brutto) eines 4-Personen-Haushalts bei einem Verbrauch von 150 m <sup>3</sup>	Durchschnittliche Bezugskosten (QN 2,5 Zähler) pro m <sup>3</sup> in € (brutto; bei Abnahmefall 150m <sup>3</sup> p.a.)	Grundpreis pro Monat in € (QN 2,5 Zähler; brutto)	Arbeitspreis pro m <sup>3</sup> in € (brutto)
1	Stadtwerke Aalen GmbH	53	360,84	2,41	3,57	2,12
2	Albstadtwerke GmbH	74	425,52	2,84	4,71	2,46
3	Stadtwerke Backnang GmbH	62	382,20	2,55	5,35	2,12
4	Stadtwerke Bad Herrenalb GmbH	63	384,18	2,56	1,89	2,41
5	Stadtwerke Tauberfranken GmbH	59	371,70	2,48	5,35	2,05
6	Stadtwerke Bad Säckingen GmbH	6	268,38	1,79	1,49	1,67
7	Stadtwerke Baden-Baden	30	325,44	2,17	6,37	1,66
8	e.wa riss Biberach GmbH Co. & KG	15	288,78	1,93	2,19	1,75
9	Stadtwerke Bietigheim-Bissingen GmbH	1	185,76	1,24	3,48	0,96
10	Stadtwerke Bretten GmbH	31	331,68	2,21	1,64	2,08
11	Energie- und Wasserversorgung Bruchsal GmbH	65	385,20	2,57	5,35	2,14
12	Stadtwerke Buchen GmbH & Co. KG	71	402,84	2,69	4,82	2,30
13	Stadtwerke Bühl GmbH	25	315,54	2,10	4,17	1,77
14	Energie Calw GmbH	77	497,70	3,32	4,10	2,99
15	Stadtwerke Crailsheim GmbH	47	358,02	2,39	2,46	2,19
16	Stadtwerke Emmendingen GmbH	10	279,66	1,86	1,93	1,71
17	Stadtwerke Engen GmbH	19	302,52	2,02	2,46	1,82
18	Stadtwerke Ellwangen GmbH	59	371,70	2,48	5,35	2,05
19	Stadtwerke Esslingen am Neckar GmbH & Co. KG	66	386,88	2,58	7,49	1,98

Komplette Liste s. Anlage: Wasserpreisübersicht\_0609.pdf



Baden-Württemberg  
Wirtschaftsministerium

# OLG Frankfurt – Bewertung

## Bedeutung

- Sogwirkung ist möglich
- Branche ist erheblichen Preisdruck ausgesetzt
- Presseecho relativ gering
- Öffentlichkeitsarbeit muss darauf vorbereiten
- **Kalkulationsfragen rücken in den Vordergrund**
- **Strukturänderung ggf. notwendig – aber nicht Aufgabe der Landeskartellbehörden**

## Kritik

- Kartellbehörden könnten zunehmend über Invest. entscheiden
- Vorsorgemaßnahmen bei WVU geraten unter Beschuss – Minimierungsgebot unberücks.
- rationale Unternehmensentscheidungen zeigen sich oft erst nach langer Zeit=> könnten nicht mehr berücks. werden
- Bedeutung der WVU für die Versorgung der Bevölkerung und für Ressourcenschutz verkannt

# OLG Frankfurt – Methodenkritik (1)

## Kritik

- **Anders als eine Regulierungsbehörde ist die Kartellbehörde nicht daran gebunden, die strukturellen Voraussetzungen zu akzeptieren – diese werden vielmehr auch als vorgelagerte unternehmerische Entscheidung überprüft**
- Keine Waffengleichheit, da Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Vergleichsunternehmen geschwärzt – Fehler bei der Datenerhebung oder –sammlung können nicht nachvollzogen werden
- Beweislastverteilung – einseitige Benachteiligung – derzeit bestimmt die Kartellbehörde den Prüfungsumfang und die Anforderungen an die Beweislast



## OLG Frankfurt – Methodenkritik (2)

### Kritik

- Vergleichsunternehmen können von Kartellbehörde beliebig ausgetauscht werden
- Auch bei 15 Vergleichsunternehmen besteht die Möglichkeit, dass Unternehmen im Vergleich, die keine ausreichende Kostendeckung und keine Eigenkapitalverzinsung haben – Substanzerhaltung (und damit richtige Unternehmerentscheidung) darf sich nicht nachteilig auswirken

## OLG Frankfurt – Methodenkritik (3)

### Detail – Kritik

- Baukostenzuschüsse wirken sich eindeutig auf Preis aus und sind nicht für Höhe des Preises insgesamt entscheidend – Nichtberücksichtigung ist unverständlich
- Grundsatz der ortsnahen Versorgung muss Wahl des Vorversorgers rechtfertigen (in der Regel keine freie unternehmerische Entscheidung)

- **Anwendung der Energie-Rechtsprechung auf Wasser**
  - Unterschiede zwischen Energie und Wasser
- **Gleichartigkeit**
  - Verteilungskosten als relevantes Kriterium der Gleichartigkeit?
  - (wesentlicher Kostenfaktor; bei der Energie kann der wesentliche Kostenfaktor - dort Bezug und Erzeugung - prinzipiell Unvergleichbarkeit begründen)
  - Clusterung nach Größe Abnehmerdichte und Topografie scheint nach BGH notwendig
- **Rechtfertigungsgründe**
  - Anwendung von weiteren Rechtfertigungsgründen (Netzerneuerung, Netzinstandhaltung, Netzbetrieb, Netzverwaltung, etc.)
  - Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast

## Mögliche weitere Folgen – „Gebührenrecht“

- **„Flucht ins Gebührenrecht“**
  - Zu Prüfen ist Umgehungstatbestand
  - Vergaberecht – Ausnahme von Ausschreibungspflicht
  - Message für die Branche
  - Zuständigkeit der Kartellbehörden für Gebühren (-)
- Beurteilung aus Branchensicht:
  - Konsequenz aus Unternehmenssicht nachvollziehbar
  - Erheblicher rechtlicher Aufwand
  - Erheblicher kommunikativer Aufwand

# Mögliche weitere Folgen

- Branche ist Veränderungsdruck ausgesetzt
- Erhöhung von Transparenz durch:
  - Verstärktes Benchmarking
  - Einheitliche Kalkulation in den Unternehmen
  - Kommunikation – Preisunterschiede müssen für Kunden erklärbar sein
- Es existieren 4 Hauptprobleme:
  - keine einheitliche Kalkulation (grds. Branchenproblematik)
  - Fehlen einer ausreichend detaillierten sowohl kaufmännischen als auch technischen Datenbasis (Kostenrechnung, technisches Informationssystem)
  - Politische Preise
  - Kartellrecht ist ein grober Preisvergleich

# Antithese

- Benchmarking und Untersuchungen der Landesrechnungshöfe kommen häufig zu dem Ergebnis, dass Wasserpreise zur Kostendeckung erhöht werden müssten (auch hessischer Landesrechnungshof)
- Auch Kostendeckung nach Wasserrahmenrichtlinie erhöht den Druck auf die Unternehmen
- Hieraus resultiert Unsicherheit für die Unternehmen – Marktinstrumente und Umweltschutzinstrumente laufen hier in entgegengesetzter Richtung
- Nach Wasserrahmenrichtlinie: „*Wasser ist keine übliche Handelsware*“

# Herzlichen Dank!

***Dr. Jörg Rehberg***

Rechtsanwalt und Fachgebietsleiter im BDEW,  
Abteilung Wasser/Abwasser

Reinhardtstraße 32, 10117 Berlin

[joerg.rehberg@bdew.de](mailto:joerg.rehberg@bdew.de)

+49 (0)30 300 199 1211

+49 (0)173 961 981 9

