

## Die BWB-Entscheidung des Bundeskartellamts vom 5. Juni 2012

8. Beschlussabteilung

B 8 – 40/10

### **Beschluss**

1.) Der BWB wird aufgegeben, dass ihre durchschnittlichen Jahreserlöse aus der Belieferung von Endkunden mit Trinkwasser in Berlin pro in dem betreffenden Jahr abgenommenem Kubikmeter Trinkwasser netto (d. h. ohne Umsatzsteuer) und abgabenbereinigt (d. h. ohne Wasserentnahmeentgelt und Sondernutzungsgebühren bzw. Konzessionsabgaben) die folgenden Beträge nicht überschreiten dürfen:

- a) für den Zeitraum 01.01. bis 31.12.2012: 1,500 – 1,7499 € pro Kubikmeter;
- b) für den Zeitraum 01.01. bis 31.12.2013: 1,500 – 1,7499 € pro Kubikmeter;
- c) für den Zeitraum 01.01. bis 31.12.2014: 1,500 – 1,7499 € pro Kubikmeter;
- d) für den Zeitraum 01.01. bis 31.12.2015: 1,500 – 1,7499 € pro Kubikmeter.

Die angeordnete Begrenzung der durchschnittlichen Jahreserlöse pro von Endkunden abgenommenem Kubikmeter Trinkwasser ist mit der jeweiligen, den Endkunden für diesen Zeitraum erteilten Jahresendabrechnung spätestens zum 31.12. des nachfolgenden Jahres umzusetzen.

- 2.) Die Entscheidung ist sofort vollziehbar. Soweit die Verfügung auf § 103 GWB 1990 gestützt ist, wird die sofortige Vollziehung angeordnet.
- 3.) Der Widerruf der Verfügung bleibt vorbehalten.
- 4.) Eine Anordnung der Rückerstattung der von den Kunden der BWB in den Jahren 2009 bis 2011 überzahlten Entgelte bleibt vorbehalten.
- 5.) Die Gebühr für das Verfahren einschließlich der Entscheidung beträgt ,-- €.

## Gliederung

A. Beteiligte .....	3
B. Die Wasserpreise der BWB .....	4
1.) Die Höhe der Berliner Wasserpreise .....	4
2.) Die Tarifstruktur der Berliner Wasserpreise .....	5
C. Verfahrensverlauf .....	6
D. Anwendbarkeit des Kartellrechts .....	17
1.) Unternehmenseigenschaft der BWB und Anwendbarkeit des Kartellrechts auf privatrechtliches Handeln der öffentlichen Hand .....	17
a) Öffentliche Wasserversorgung als wirtschaftliche Tätigkeit .....	18
b) Rechtsform bestimmt Rechtsnatur (keine „materiell-rechtlichen Gebühren“) .....	20
2.) Kein Ausschluss des Kartellrechts durch öffentlich-rechtliches Genehmigungsverfahren .....	22
a) Rechtslage nach Berliner Betriebe-Gesetz .....	22
b) Vergleich mit § 12 Bundestarifordnung Elektrizität (BTOEl) .....	22
c) Rechtsprechung zu missbräuchlich überhöhten Anträgen .....	23
d) Entscheidungsspielräume der BWB .....	24
3.) Kein Ausschluss der Anwendbarkeit des GWB durch materielle Vorgaben des Berliner Landesrechts .....	24
a) Keine Kalkulationsvorgaben des BKartA .....	25
b) Unternehmerische Entscheidungsspielräume der BWB .....	25
c) Vorrang des Kartellrechts .....	26
d) Keine Gesetzgebungskompetenz des Landes zum Ausschluss des Kartellrechts .....	26
4.) Entfallen der Zurechenbarkeit bei hoheitlichen Vorgaben .....	28

E. Preismissbrauch nach § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990, § 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2

GWB 1990 .....	30
1.) Marktbeherrschung .....	31
2.) Berechnung der Preisüberhöhung (Preisvergleich, wettbewerbsanaloger Preis) .....	32
a) Methodik (Ermittlungen) .....	33
b) Bedeutung der Kriterien für die Vergleichsbetrachtung .....	35
c) Kriterien für die konkrete Vergleichsbetrachtung .....	36
3.) Strukturelle Bedingungen der deutschen Trinkwasserwirtschaft .....	37
a) Größe der Wasserversorger .....	37
b) Metermengenwert (Versorgungsdichte im engeren Sinne) .....	39
c) Sonstige Versorgungsdichtekriterien .....	40
d) Kundenstruktur der Unternehmen .....	40
e) Unternehmensstrukturen der Wasserversorger .....	42
f) Wasserverfügbarkeit .....	42
g) Qualität des Wasserdargebots .....	43
h) Höhenunterschiede im Versorgungsgebiet .....	43
i) Bodenbeschaffenheit (Grabungsaufwand) .....	44
j) Lokale Infrastruktur und Beschaffenheit von Straßen/Straßenuntergrund .....	44
k) Art der Entgelterhebung (Preise oder Gebühren) .....	44
l) Wasserentnahmeentgelte .....	45
m) Konzessionsabgaben/Sondernutzungsgebühren .....	46
n) Sonstige Bestimmungen zur Wasserversorgung .....	46
o) Ostdeutsche Wasserversorger (Sonderfaktor Wiedervereinigung?) .....	47
4.) BWB im Vergleich der Strukturkriterien (konkrete Auswahl der Vergleichsunternehmen .....	48

a) Größe der Wasserversorger .....	49
b) Metermengenwert (MMW) .....	53
c) Sonstige Kriterien der Versorgungsdichte .....	56
aa) Einwohnerdichte: .....	57
bb) Dichte Versorgungsnetz .....	57
cc) Einwohner-Anschlussdichte .....	58
dd) Hausanschluss-Absatz .....	58
ee) Abnehmerdichte .....	59
ff) Zusammenfassung Versorgungsdichte: .....	60
d) Kundenstruktur .....	61
e) Unternehmensstruktur .....	64
f) Wasserverfügbarkeit (Förderbedingungen, Wasserwerke / Fremdbezug) .....	64
g) Wasserqualität .....	65
h) Höhenunterschiede im Versorgungsgebiet (Energiebedarf für Wasserverteilung).....	66
i) Bodenbeschaffenheit (Grabungsaufwand für Verteilnetz) .....	66
j) Infrastruktur / Untergrund / Kriegsfolgen .....	67
k) Art der Entgelte .....	67
l) Wasserentnahmeentgelte, Konzessionsabgaben (und Sondernutzungsgebühren) .....	67
m) Bewertung (WEE und KA) .....	69
n) Landes- oder kommunalspezifische Besonderheiten der Wasserversorgung .....	70
5.) Zusammenfassung: Auswahl der Vergleichsunternehmen .....	71
a) Ausschluss aus dem Kreis der potentiellen Vergleichsunternehmen .....	71
b) Bildung einer engeren Vergleichsgruppe .....	73
6.) Methodik des angewandten Preisvergleichs .....	74
a) Methoden der Preismissbrauchsaufsicht im Allgemeinen .....	75
b) Erlösvergleich grundsätzlich vorzuziehen .....	75

c) Tarifpreisvergleich bei BWB nicht sinnvoll durchführbar .....	76
d) Erlösvergleich als geeignete Methode für Preisvergleiche in der Wasserwirtschaft .....	79
e) Kein Vergleich auf Basis einer „Belastungsmessung“ .....	81
7.) Der Preisvergleich .....	82
a) Ergebnis der Preisvergleichs (Preisüberhöhung) .....	82
b) Vorgehensweise .....	82
c) Vergleich der Brutto-Durchschnittspreise (von den Kunden gezahlte Entgelte) .....	84
d) Vergleich der Netto-Durchschnittspreise (ohne USt) .....	84
e) Vergleich der abgabenbereinigten Netto-Durchschnittspreise (ohne USt, ohne WEE, ohne KA) = Berechnungsbasis für die Entgeltabsenkung .....	87
f) Vergleich auf Basis der Netto-Durchschnittserlöse pro km Netzlänge .....	90
g) Vergleich auf Basis der abgabenbereinigten Durchschnittserlöse pro km Netzlänge (mit und ohne HAL) .....	92
h) Exkurs HAKB/BKZ .....	94
i) Zusammenfassung .....	96
8.) Rechtfertigungsgründe .....	97
a) Unternehmensverbund der BWB kein Nachteil .....	98
b) Niveau des Pro-Kopf-Verbrauchs in Berlin kein Rechtfertigungsgrund .....	99
aa) Vergleich Pro-Kopf-Verbrauch Berlin und Vergleichsstädte .....	101
bb) Auswirkung des Pro-Kopf-Verbrauchs auf die Preise .....	101
cc) Sinkender Pro-Kopf-Verbrauch bereits im Meternengenwert berücksichtigt . .....	103
c) Kein atypisch hoher Spitzenfaktor in Berlin .....	104
d) Keine atypisch hohe Abgabenbelastung in Berlin .....	106
aa) Abgabenbelastung irrelevant bei abgabenbereinigtem Netto-Preisvergleich .....	107
bb) Kein Abzug der kalkulatorischen Gewerbeertragsteuer .....	107
e) Hohe kalkulatorische Kosten kein Rechtfertigungsgrund .....	109

aa) Die kalkulatorischen Kosten der BWB-Wasserpreise im Vergleich .....	109
bb) Bedeutung der Finanzierungskosten für die Höhe der kalkulatorischen Kosten.....	113
cc) Höhe der kalkulatorischen Zinsen von BWB im Vergleich .....	114
dd) Höhe der kalkulatorischen Abschreibungen von BWB im Vergleich .....	115
ee) Bedeutung der kalkulatorischen Kosten für die Rechtfertigungsebene .....	118
ff) Bindung an landesspezifische Kalkulationsvorgaben .....	118
f) Keine hohen Wasserbeschaffungskosten der BWB .....	118
aa) Keine objektive Vergleichbarkeit von Kostenkalkulationen der Unternehmen .....	119
bb) Gesamtbetrachtung, nicht einzelne Kostennachteile maßgeblich .....	121
cc) Nicht Kostennachteile, sondern objektive Nachteile der Versorgungsbedingungen (als Ursache für Kostennachteile) maßgeblich .....	122
g) Im Verhältnis zu Vergleichsunternehmen keine Erschwernisse der Wassergewinnung .....	122
aa) Keine ungünstigen hydrologischen/geologischen Bedingungen in Berlin.....	124
bb) Mangelnde Rohwasserqualität? .....	126
(a) Naturnahe Aufbereitung keine Selbstverständlichkeit .....	127
(b) Keine besondere Altlastenproblematik in Berlin .....	127
(c) Keine überdurchschnittlichen Kosten zum Schutz des Grundwassers .....	128
h) Keine schwierigen Wasserverteilungsbedingungen in Berlin (Baukosten) .....	131
aa) Wasserreichtum als (Bau-)Kostenfaktor .....	132
bb) Sandböden als (Bau-)Kostenfaktor .....	133
cc) Verkehrsinfrastruktur als (Bau-)Kostenfaktor .....	134
dd) Berlinspezifische Vorgaben/Randbedingungen als (Bau-)Kostenfaktoren .....	135
ee) Kein höheres Baupreisniveau in Berlin im Allgemeinen (Insellage) .....	136
i) Keine höheren Investitionen / kein höherer Investitionsbedarf in Berlin .....	138
aa) Höhe der BWB-Investitionen in Relation zu Vergleichsunternehmen .....	139

bb) Grundsätzlich keine Erforderlichkeit erhöhter Investitionen in Berlin .....	146
(a) Kein hoher quantitativer Investitionsbedarf durch Netzerweiterung .....	146
(b) Kein hoher quantitativer Investitionsbedarf durch Netzverkleinerung .....	148
(c) Kein hoher qualitativer Investitionsbedarf wegen Alter/Zustand des Netzes.....	149
cc) Keine erkennbaren Unterinvestitionen in den Vergleichsstädten .....	151
j) Keine hohen Belastungen durch Ost-Netz .....	152
k) Zusatz-Investitionen von BWB nach Wiedervereinigung („Sonderkosten Ost“) .....	153
aa) Anerkennung dem Grunde nach.....	154
bb) Sonderkosten Ost nicht durch laufenden Betrieb, sondern durch Kapitalkosten.....	155
cc) Methodik zur Berechnung der Sonderkosten Ost durch BKartA .....	157
dd) Berechnung Sonderkosten Ost durch Bundeskartellamt .....	157
(a) Berechnung der zusätzlichen Abschreibungen durch Sonderkosten Ost .....	160
(b) Berechnung der zusätzlichen Zinskosten durch Sonderkosten Ost .....	161
(c) Berechnung der maximal anzuerkennenden tarifrelevanten Zusatzkosten Ost.....	163
(d) Änderungen BKartA im Vergleich zur 1. Abmahnung vom 5.12.2011 .....	166
(e) Änderungen BKartA im Vergleich zur 2. Abmahnung vom 30.03.2012 .....	168
ee) Andere Berechnung der Sonderkosten Ost durch BWB .....	171
(a) BWB-Berechnungen der Höhe nach nicht plausibel .....	174
(b) Keine Berechnung der Sonderkosten Ost auf Basis von Investitionen pro Kilometer Leitungsnetz (hilfsweise Methode BWB).....	176
(c) Keine Berechnung mit Wiederbeschaffungswerten .....	178
9.) Bewertung der Rechtfertigungsgründe .....	179
a) Bedingungen der Wassergewinnung (Verfügbarkeit/Qualität Rohwasser) .....	179
aa) Bedingungen in München schwer vergleichbar (Fernwasserversorgung) .....	180
bb) Unplausible Bezifferung der Wassergewinnungskosten von BWB angesichts erheblich niedrigerer Preise für andere BWB-Kunden (Weiterverteiler) .....	182

b) Bedingungen der Wasserverteilung (Versorgungsdichte und Baukosten) .....	183
c) Gesamtwürdigung (einschließlich Anerkennung Sonderkosten Ost) .....	184
10.) Erheblichkeit der nicht gerechtfertigten Preisüberhöhung .....	185
11.) Zurechenbarkeit der erheblichen, nicht gerechtfertigten Preisüberhöhung .....	185
a) Zurechenbarkeit trotz behördlicher Genehmigung der Berliner Wasserpreise .....	186
b) Zurechenbarkeit von Wasserentnahmeentgelt und Straßennutzungsgebühr .....	187
aa) Grundsatz (Zurechenbarkeit bei Verursacher und Begünstigtem) .....	187
bb) Sondersituation bei Stadtstaaten .....	187
cc) Abgabenbereinigung im vorliegenden Verfahren zugunsten von BWB .....	187
dd) Keine Differenzierung nach Art der Abgaben .....	189
ee) Keine unbeeinflussbaren Kostenfaktoren .....	190
c) Zurechenbarkeit der Kalkulationsvorgaben durch BBetrG .....	193
d) Zurechenbarkeit des Kapitalzinses (ZinsVO BWB) .....	195
12.) Sicherheitszuschläge .....	196
a) Keine Erforderlichkeit weiterer Sicherheitszuschläge .....	197
b) Zusätzlicher Sicherheitszuschlag Sonderkosten Ost .....	198
13.) Kein Erheblichkeitszuschlag .....	199
14.) Inflationszuschlag für zukünftige Zeiträume .....	200
15.) Berechnung der konkreten Preissenkungsverfügung .....	202
16.) Tabellarische Übersicht über die Berechnung der Preissenkungsverfügung .....	203
F. Preismissbrauch nach § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 2 GWB .....	203
Ermessensausübung .....	204
G. Verhältnismäßigkeit und Tenorierung .....	206
H. Sofortige Vollziehbarkeit .....	208
I. Gebühren .....	209