

## **Die BWB-Entscheidung des Bundeskartellamtes: Revolution oder (nur) konsequente Durchsetzung geltenden Rechts?<sup>1</sup>**

Im Bericht des „Handelsblatts“ über die BGH-Entscheidung vom 2. Februar 2010 im Fall Wasserpreise Wetzlar<sup>2</sup> wird diese Entscheidung als „Ausrufung einer Revolution“ bezeichnet. So mag sie in der Tat von vielen in der Wasserwirtschaft empfunden worden sein. Aber es kann nicht ernsthaft bezweifelt werden, dass es sich allein um die Anwendung geltenden Rechts handelte. Auch mit der BWB-Entscheidung des Bundeskartellamts verhält es sich nicht anders. Insofern ist die im Vortragsthema formulierte Frage eine rein rhetorische. Andererseits sehe ich aber, wie ich später noch begründen werde, in dieser Entscheidung auch keine uneingeschränkt konsequente Durchsetzung dessen, was nach geltendem Kartellrecht in diesem Fall möglich war. Dies sage ich allerdings weniger als Kritik am Amt, als vielmehr in Richtung BWB. Denn gerade auch in Anbetracht dessen, dass das Amt mit seiner Entscheidung sein Handlungspotential nicht voll ausgeschöpft hat, wäre es für die BWB jetzt an der Zeit, ihr juristisches Trommelfeuer gegen das Amt einzustellen und den Beispielen Mainz/Wiesbaden<sup>3</sup> und Frankfurt<sup>4</sup> zu folgen, wo sich die kommunalen Wasserversorger in den Missbrauchsverfahren zu vergleichbaren Preissenkungen wie nach der BWB-Entscheidung bereit gefunden haben. Dazu besteht jetzt umso mehr Anlass, als nunmehr auch das Land Berlin als Gewährträger der BWB und Mehrheitsaktionär der Beteiligungsholding eine Senkung der Trinkwasserpreise in einer vergleichbaren Größenordnung wie nach der BWB-Entscheidung des Kartellamts anstrebt.

Dies ist nicht die einzige Besonderheit des Berliner Trinkwasserfalles. Ungewöhnlich ist auch die nach meiner Kenntnis bei keinem anderen großstädtischen Wasserversorger anzutreffende Rechtsform der BWB als Anstalt öffentlichen Rechts mit Beteiligung einer privatrechtlichen Holding, der Berlinwasser Holding AG, als atypischer stiller Gesellschafter, bei der das Land Berlin Mehrheitsaktionär ist und – nach dem Erwerb der RWE-Beteiligung durch das Land – als privater Investor nur noch Veolia mit 24,95 % , aber einem Stimmengewicht von 50 % beteiligt ist. Die Einzelheiten der Holding und ihres Verhältnisses zur BWB sind in einem Konsortialvertrag geregelt, der nicht weniger als 24 Anhänge enthält. Außerdem gibt es ein Shareholder-Agreement zwischen RWE und Veolia, das auch für das Land Berlin als Erwerber der RWE-Beteiligung an der Holding gelten dürfte, und einen Betriebsführungsvertrag, in dem der Holding die Betriebsführung bei der BWB mit entsprechenden Weisungsbefugnissen eingeräumt ist.

Die landesrechtlichen Vorschriften für Trink- und Abwasser in Berlin sind ganz offensichtlich auf dieses komplexe System gesellschafts- und vertragsrechtlicher Regelungen zugeschnitten. So erlaubt § 2 des Berliner Betriebe-Gesetzes<sup>5</sup> der BWB, Unternehmensverträge im Sinne des Aktiengesetzes abzuschließen und sich darin den Weisungen des Vertragspartners zu unterstellen. Nach § 16 Abs. 1 dieses Gesetzes erhebt BWB für Trink- und Abwasser privatrechtliche Entgelte, für deren Kalkulation § 16 ferner eine Reihe von Bestimmungen

---

<sup>1</sup> Vortrag am 28.11.2012 in einem Kolloquium der TU Berlin über die deutsche Wasserwirtschaft nach der BWB-Entscheidung des Bundeskartellamtes vom 5.6.2012.

<sup>2</sup> KVR 66/08, WuW/E DE-R 2841 = RdE 2010, 135.

<sup>3</sup> BKartA-Pressemitteilung vom 9.5.2012.

<sup>4</sup> Pressemitteilungen des Hessischen Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung v. 22.5. und 15.6.2012.

<sup>5</sup> In der Fassung der Bekanntmachung v. 14.7.2006, GVBl. S. 827, zuletzt geändert 2011, GVBl. S. 174.

enthält, die in der Wassertarifverordnung<sup>6</sup> ergänzt werden. Schließlich gibt es auf der Grundlage der Ermächtigung in § 16 Abs. 8 Betriebe-Gesetz jährliche Verordnungen des Berliner Senats, in denen der Zinssatz für das gesamte betriebsnotwendige Kapital festgelegt ist, für das Jahr 2011 z. B. auf 7,1 %.<sup>7</sup>

Bei einer Gesamtbetrachtung dieses erst durch ein mit Volksentscheid erzwungenes Gesetz<sup>8</sup> für die Öffentlichkeit offengelegten Geflechts aus gesellschafts- und vertragsrechtlichen Regelungen und landesrechtlichen Vorschriften kann nicht ernsthaft bezweifelt werden, dass damit von vornherein eine auf Dauer angelegte, systematische Gewinnerzielung beabsichtigt war, was auch durch die in den Geschäftsberichten der BWB ausgewiesenen kräftigen Gewinne bestätigt wird. Im Jahr 2009 waren es 270 Mio. € und 2010 253 Mio. €, mit Zuweisungen an die Gewinnrücklage von 34 bzw. 37 Mio. €. Bei Umsatzerlösen von 1.183 bzw. 1.194 Mio. € in diesen beiden Jahren sind dies Renditen von deutlich über 20 %. Es wäre auch höchst verwunderlich, wenn RWE und Veolia ihr Investment von umgerechnet fast 1,7 Mrd. € nicht als unternehmerisches Engagement mit entsprechenden Gewinnerwartungen konzipiert und auf Absicherungen dieser Erwartungen durch Gewinngarantien des Landes Berlin verzichtet hätten. Das Kammergericht Berlin hat in einem den Ausstieg von RWE aus der Holding betreffenden Urteil vom 29 August 2012<sup>9</sup> ausdrücklich offen gelassen, ob diese Gewinngarantien für RWE und Veolia in den Privatisierungsverträgen „durch die Verfolgung legitimer öffentlicher Aufgaben im Rahmen einer an den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit orientierten Verwaltung gedeckt“ sind und diese Verträge „einer Überprüfung am Maßstab der §§ 134 und 138 BGB standhalten.“

Ich erwähne dies alles um die Haltlosigkeit des Arguments der BWB deutlich zu machen, bei ihren Trinkwasserpreisen handele es sich in Wirklichkeit um kartellrechtlich nicht angreifbare materiell-rechtliche Gebühren („Gebühren im Preisgewand“). Denn abgesehen vom entgegenstehenden klaren Wortlaut des § 16 Abs. 1 Betriebe-Gesetz und der ständigen BWB-Praxis, Zahlungsrückstände von Kunden vor den Zivilgerichten einzuklagen<sup>10</sup>, schließen auch schon die hohen Gewinne der BWB die rechtliche Bewertung ihrer Trinkwasserpreise als Gebühren aus. Der Gebührenkontrolle der Länder nach deren Kommunalabgabengesetzen wird zwar von vielen Beobachtern Großzügigkeit gegenüber den Wasserversorgern nachgesagt, wie auch das Beispiel Wetzlar verdeutlicht. Aber eine auf Dauer angelegte, systematische Gewinnerzielung in der Größenordnung der BWB-Gewinne ist offenbar noch in keinem Fall von der Kommunalaufsicht gebührenrechtlich akzeptiert worden.

Merkwürdig in der Argumentation der BWB gegen das Vorgehen des Kartellamts ist auch Folgendes: Initiator des Amtsverfahrens war der damalige Berliner Wirtschaftssenator Wolf, der nach einem Weg suchte, von den auch nach seiner Ansicht überhöhten Berliner Wasserpreisen herunterzukommen. Nachdem ihm seine Landeskartellbehörde erklärt hatte, dass sie aus Rechtsgründen gegen die vom selben Senatsressort nach § 22 Betriebe-Gesetz genehmigten Preise mit der kartellrechtlichen Preiserhöhungskontrolle nicht vorgehen könne, erreichte Wolf schließlich doch noch sein Ziel durch Abgabe der Zuständigkeit an das Bundeskartellamt, das daraufhin sein Prüfungsverfahren nach dem GWB einleitete. Umso erstaunlicher war, dass die BEB diese vom zuständigen politischen Ressortchef des Landes

<sup>6</sup> Verordnung über die Tarife der Berliner Wasserbetriebe (Wassertarifverordnung) v. 14.6.1999, GVBl. S. 343.

<sup>7</sup> Verordnung über die angemessene Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals der Berliner Wasserbetriebe (BWB) für das Jahr 2011 v. 14.12.2010, GVBl. S. 567.

<sup>8</sup> Gesetz für die vollständige Offenlegung von Geheimverträgen zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe v. 4.3.1011, GVBl S. 82.

<sup>9</sup> Az. 23 U 112/12, unveröff.

<sup>10</sup> Vgl. z. B. Kammergericht v. 15.2.2005, 7 U 140/04, BeckRS 2005, 02545.

Berlin und Aufsichtsratsvorsitzenden der BWB angestrebte kartellrechtliche Prüfung mit einer verwaltungsgerichtlichen Klage blockieren wollte. Das OVG Münster hat jedoch in einer rechtskräftigen Entscheidung vom 6. Juli 2012<sup>11</sup> diesen auf einen angeblichen öffentlich-rechtlichen „Anspruch auf Abwehr kompetenzwidriger Aufsichtsmaßnahmen“ gestützten Versuch zu Recht zurückgewiesen.

Der Streit zwischen der BWB und dem Kartellamt über die Zulässigkeit einer kartellrechtlichen Prüfung der Berliner Trinkwasserpreise ist auf den Seiten 17 bis 30 der Amtsentscheidung ausführlich dargestellt. Den Kompetenzwidrigkeitseinwand der BWB und ihr Gebührenargument habe ich bereits erwähnt. Einen weiteren Punkt dieses Streits möchte ich noch kurz ansprechen. BWB macht gegen das Kartellamtsverfahren auch geltend, wegen der erforderlichen Tarifgenehmigung nach § 22 Betriebe-Gesetz und den Kalkulationsvorgaben in § 16 dieses Gesetzes, in der Wassertarifverordnung und in den Zinsverordnungen habe sie keinen eigenen Gestaltungsspielraum für ihre Trinkwasserpreise, was einen kartellrechtlichen Preishöhenmissbrauch ausschließe. Das Kartellamt hat diesem Argument zutreffend unter anderem Entscheidungen des Kartellsenats des BGH entgegengehalten, nach denen sogar bei von der zuständigen Aufsichtsbehörde festgelegten Festpreisen wie im TK-Bereich die Annahme eines solchen Missbrauchs nicht von vornherein ausgeschlossen ist.<sup>12</sup> Ich möchte dem noch ein Zitat aus einer Entscheidung des VIII. Zivilsenats des BGH von 1991<sup>13</sup> zur Prüfung von Abwasserentgelten nach § 315 BGB hinzufügen, wo es heißt: „...die öffentliche Hand kann Leistungsverhältnisse im Rahmen der Daseinsvorsorge in privatrechtlicher Form regeln. Entscheidet sie sich für diese Möglichkeit, so muss sie es hinnehmen, dass der privatrechtliche Gehalt solcher Benutzungsverhältnisse der Kontrolle der ordentlichen Gerichte nach den für das Privatrecht maßgebenden Rechtssätzen unterliegt. Daß bei der Festsetzung der Tarife und Entgelte öffentlich-rechtliche Vorgaben zu beachten sind, schließt die richterliche Inhaltskontrolle nicht grundsätzlich aus... Auch die vorgeschriebene Bestätigung durch den Innenminister (nach) § 14 des Kommunalabgabengesetzes des Landes Schleswig-Holstein ...entzieht die Festsetzung nicht der Nachprüfung durch die ordentlichen Gerichte.“ Der Berliner Gesetzgeber hat sich in § 16 Abs. 1 für die privatrechtliche Form der Trink- und Abwasserentgelte der BWB entschieden und damit auch für die sich daraus ergebende Konsequenz privatrechtlicher Kontrollmöglichkeiten – nicht nur des § 315 BGB, sondern auch nach des Kartellrechts. Die BWB kann sich dem nicht entziehen.

Sind damit die von der BWB geltend gemachten Ausschlussgründe gegen eine kartellrechtliche Prüfung ihrer Trinkwasserpreise als unbegründet anzusehen, kann es nur noch darum gehen, ob diese Preise die Voraussetzungen eines Preishöhenmissbrauchs nach den Vorschriften des GWB erfüllen. Das Kartellamt stützt in seiner Entscheidung das Vorliegen eines solchen Missbrauchs auf drei Vorschriften: 1. auf das Als-ob-Wettbewerbskonzept des § 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 in der Fassung von 1990, also auf das Überschreiten des wettbewerbsanalogen Preises, 2. auf das Vergleichsmarktkonzept des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 ebenfalls in der Fassung von 1990 und 3. auf § 19 Abs. 4 Nr. 2 geltender Fassung, wobei aus der sehr knappen Begründung in der Randnummer 465 der Entscheidungsbegründung nicht klar ersichtlich ist, ob auch hierzu die Missbrauchsvoraussetzungen nach beiden Konzepten als erfüllt angesehen werden.

§ 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 neben § 19 Abs. 4 Nr. 2 anzuwenden macht jedoch keinen Sinn, weil er als rein verwaltungsrechtliche Eingriffsnorm mit ex-nunc-Wirkung hinter der ex-tunc

---

<sup>11</sup> WRP 2012, 1458.

<sup>12</sup> BGH v. 10.2.2004, KZR 7/02, WuW/E DE-R 1254, 1256 - Verbindung von Telfonnetzen.

<sup>13</sup> NJW 1992, 171, 173.

wirkenden Verbotsnorm des § 19, die auch mit der Möglichkeit der Anordnung der Rückerstattung überzahlter Beträge nach § 32 Abs. 2<sup>14</sup> und mit Zivilrechtsschutz verbunden ist, weit zurückbleibt. Auch die Heranziehung des § 19 Abs. 4 Nr. 2 neben § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 macht jedenfalls dann wenig Sinn, wenn, wie in der Amtsentscheidung, das Vorliegen eines Preishöhenmissbrauchs im Grunde nur mit dem Vergleichsmarktkonzept des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 begründet wird. Denn nur nach dieser Vorschrift gilt die Umkehr der Beweislast für die Rechtfertigung vergleichsweise höherer Preise oder Erlöse. Außerdem entfällt nach ständiger BGH-Rechtsprechung<sup>15</sup> nur in diesem Fall das Erfordernis eines Erheblichkeitszuschlages. Dies hat der BGH in der Entscheidung Wasserpreise Calw vom 15. Mai 2012<sup>16</sup> auch für die natürlichen Monopole in der Wasserversorgung entschieden. Der BGH macht hier außerdem deutlich, dass sich das Als-Ob-Wettbewerbskonzept vom Vergleichsmarktkonzept substantiell unterscheidet. Denn, so der BGH in Randnummer 14 der Entscheidungsgründe, mit dem Vergleichsmarktkonzept könne der Preis, der sich bei wirksamem Wettbewerb einstellen würde, nicht ermittelt werden. „Will die Kartellbehörde nicht nur erreichen, dass der günstigste Monopolpreis nicht überschritten wird, sondern den wettbewerbsanalogen Preis als Maßstab heranziehen, ist sie nicht nur berechtigt, sondern sogar darauf angewiesen, eine andere Kontrollmethode, gegebenenfalls neben der Vergleichsmarktmethode, anzuwenden.“<sup>17</sup>

Ob die in der BWB-Entscheidung angeordnete Preissenkung auch nach dem Maßstab des wettbewerbsanalogen Preises des § 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 und des § 19 Abs. 4 Nr. 2 begründet ist, kann jedoch dahingestellt bleiben, wenn diese Anordnung jedenfalls nach dem Vergleichsmarktkonzept des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 begründet ist. Dies ist hier der Fall. Gewissermaßen die „Blaupause“ für die Beurteilung von Trinkwasserpreisen nach dieser Vorschrift ist die BGH-Entscheidung vom 2. Februar 2010 im Fall Wasserpreise Wetzlar. Die erforderliche Unternehmensgleichartigkeit hat danach nur die Funktion, eine „grobe Sichtung“ unter den für den Preisvergleich in Betracht kommenden Versorgungsunternehmen zu ermöglichen. Denn, so der BGH, „die mit der Beweislastverteilung bezweckte Verschärfung der Missbrauchsaufsicht im Bereich der leitungsgebundenen Versorgungswirtschaft würde verfehlt, wenn an das Merkmal der Gleichartigkeit zu hohe Anforderungen gestellt werden“.<sup>18</sup> Wie aus der schon zitierten Stelle aus der Calw-Entscheidung des BGH hervorgeht, ist Ziel des Vergleichsmarktkonzepts, dass der günstigste Monopolpreis ohne Rechtfertigungsnachweis nicht überschritten wird. Deshalb reicht, wie der BGH auch schon früher entschieden hat, der Vergleich mit einem einzigen gleichartigen Unternehmen aus. Das Kartellamt hätte deshalb seinen Erlösvergleich statt auf den Durchschnitt der Wasserversorger in Hamburg, Köln und München auf den offenbar niedrigeren Erlös des günstigsten dieser drei Versorger stützen können

Nach § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 muss der verfahrensbetroffene Versorger nachweisen, dass seine im Verhältnis zu den Vergleichsunternehmen ungünstigeren Preise oder Erlöse auf abweichenden Umständen beruhen, die ihm nicht zurechenbar sind. Auch hierzu wieder ein Zitat aus der „Blaupause“ der Wetzlar-Entscheidung des BGH<sup>19</sup>: „An den Nachweis der Umstände, die einen ungünstigeren Preis rechtfertigen können, dürfen nicht zu geringe Anforderungen gestellt werden. Nur so lässt sich der Gefahr begegnen, dass monopolistische Kostenerhöhungstendenzen in die Beurteilung einfließen.“ Die Beweislastumkehr schließt

<sup>14</sup> BGH v. 15.5.2012, KVR 51/11, ZNER 2012, 485 Rn. 21 – Wasserpreise Calw.

<sup>15</sup> BGH v. 21.2.1995, KVR 4/94, WuW/E DE-R 2967, 2974 - Weiterverteiler.

<sup>16</sup> Fn. 14, Rn: 26.

<sup>17</sup> Fn. 14, Rn. 14.

<sup>18</sup> Fn. 1, Rn. 29.

<sup>19</sup> Fn. 1, 62.

zwar den im Kartellverwaltungsverfahren geltenden Amtsermittlungsgrundsatz nicht völlig aus. Um aber das gesetzliche Ziel des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2, die Preismissbrauchsaufsicht im Bereich der leitungsgebundenen Versorgungswirtschaft zu verschärfen, erreichen zu können, müssen verbleibende Zweifel, ob die vom verfahrensbetroffenen Versorger geltend gemachten Rechtfertigungsumstände seine höheren Preise oder Erlöse rechtfertigen, zu seinen Lasten gehen. Deshalb ist hier für Sicherheitszuschläge, um solchen Zweifeln Rechnung zu tragen, anders als bei der Anwendung des § 19 Abs. 4 Nr. 2 von vornherein kein Raum.

Dem widerspricht es aber, wenn es in Randnummer 447 der Amtsentscheidung heißt, dass bei Unsicherheiten oder einem non liquet immer von der „für BWB günstigsten Alternative“ ausgegangen wurde, und in Randnummer 466 ausgeführt ist, insgesamt habe die Beschlussabteilung „sehr großzügige Sicherheitszuschläge“ gewährt. Am stärksten ins Gewicht fallen dürften die in Randnummer 449 genannten zusätzlichen Sicherheitszuschläge für Sonderkosten Ost zwischen 6,78 Cent pro Kubikmeter für das Jahr 2009 und kontinuierlich abnehmend bis 2,9 Cent pro Kubikmeter für das Jahr 2015. Das genaue Ausmaß dieser und der anderen Sicherheitszuschläge im Zusammenhang mit den von BWB geltend gemachten Rechtfertigungsgründen lässt sich nach dem veröffentlichten Entscheidungstext nicht genau beziffern, sondern allenfalls nur ungefähr schätzen. Zusammen mit den schon erwähnten Auswirkungen des Abstellens auf den Durchschnittserlös der drei zum Vergleich herangezogenen Wasserversorger in Hamburg, Köln und München statt auf den günstigsten Erlös eines dieser Versorger wäre danach vermutlich ein Senkungsvolumen von deutlich über 20 % statt der vom Amt verfügten 18 % für 2012 und 17 % für die Zeit danach möglich gewesen.

Ich fasse zusammen: Die BWB-Entscheidung des Bundeskartellamtes ist keine den Boden des geltenden Rechts verlassende Revolution, sondern allein die Durchsetzung dieses Rechts. Jedenfalls nach § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 sind die angeordneten Senkungen der Trinkwassererlöse der BWB auch in ihrer Höhe solide begründet. Das rechtlich mögliche Senkungsvolumen wird allerdings durch diese Entscheidung nicht voll ausgeschöpft. Als Berliner Wasserverbraucher begrüße ich natürlich die vom Amt angeordnete Preissenkung, muss aber bedauernd hinzufügen: es war noch deutlich mehr drin.