

# Siebter Workshop zum Wasserrecht

---

## Die Entscheidung des Bundeskartellamtes im Berliner Wasserfall

26. Oktober 2012



Dr. Felix Engelsing  
Bundeskartellamt  
8. Beschlussabteilung

# Übersicht

2

1. Wassermärkte
2. Missbrauchsaufsicht auf Wassermärkten
3. Verfahren Bundeskartellamt gegen BWB
4. Gerichtsverfahren
5. Ausblick

# 1. Wassermärkte

3

## Merkmale von Wassermärkten

- Netze: meist kleinteilig, kein bundesweites Netz
- Monopol des jeweiligen Wasserversorgers
  - Sachliche Marktabgrenzung: leitungsgebundene Trinkwasserversorgung
  - Räumliche Marktabgrenzung: Versorgungsgebiet
- Durchleitung von Wasser nicht/kaum möglich, daher keine Netzregulierung
- Kunde gefangen, keine Wechselmöglichkeiten, daher Preismissbrauchsaufsicht
- Staatliche Abgaben
  - Wasserentnahmeentgelte
  - Konzessionsabgaben

# 1. Wassermärkte

4

## ▪ Verschiedene rechtliche Rahmen für gleiche wirtschaftliche Tätigkeit:

- | ▪ <b>Preise</b>                                    | versus | <b>Gebühren</b>  |
|--|--------|--|
| - Priv. u. öff. Unternehmen<br>(alle Rechtsformen) |        | - nur Öffentliche Unternehmen<br>(Eigen-, Regiebetriebe, A.ö.R., Verbände) |
| - alle (!) 38 größten Versorger                    |        | - eher kleinere, oft ländliche Versorger                                   |
| - WEE + KA   |        | - nur WEE  |
| - Privatrecht (+ AVBWasserV)                       |        | - öffentliches Recht (KAG, Satzungen)                                      |
| - § 315 BGB  |        | - KAG-Grundsätze (Kostenüberschr.Verbot)                                   |
| - Kartellrecht<br>(Grenze: effiziente Kosten)      |        | - Kartellrecht??? (str.)   |
| - Kartellbehörden                                  |        | - Kommunalaufsichtsbehörden  |
| - Zivilgerichte                                    |        | - Verwaltungsgerichte  |

## 2. Missbrauchsaufsicht Wasser

5

### Eingriffsgrundlagen für Preishöhenmissbrauch

- § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB 1990 hat für Wasserversorgung weiterhin Bestand
  - Besonderheit zu § 19 GWB: Gleichartigkeit der Unternehmen sowie Umkehr Darlegungs-/Beweislast
  - Feststellung der Missbräuchlichkeit nur für Zukunft
- § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2 GWB, Art. 102 AEUV
  - Nachweisanforderungen höher
  - Verbotstatbestand
  - Feststellung für Vergangenheit + Rückerstattung an Kunden
- Grundlegend: BGH, Beschl. v. 02.02.2010 „*enwag – Wasserpreise Wetzlar*“

## 2. Missbrauchsaufsicht Wasser

6

### Zuständigkeit

- überwiegend Landeskartellbehörden, § 48 Abs. 2 GWB
- BKartA: länderübergreifend oder Abgabe LKB an BKartA

### Ausgangspunkt

- gemeinsamer Abfragebogen von Landeskartellbehörden und BKartA – optionale Verwendung – hilfreiche Standardisierung

### Grundlegende Verfahren Landeskartellbehörden (LKB)

- LKB Hessen gegen enwag, Wetzlar, bestätigt durch BGH
- weitere Verf., z.B. gegen Mainova, ESWE, SW Kassel u.a.
- Rekommunalisierungstendenzen: „Flucht ins Gebührenrecht“
- Tätigkeiten anderer LKBen: z.B. BW („Calw“), NI, SN, ST, BB

# 3. Verfahren BKartA gegen BWB

7

## Verlauf des Verfahrens

- März 2010: Abgabe LKB Berlin an BKartA: Verfahren eingeleitet
- August 2010: Datenerhebung bei BWB + 44 Wasserversorgern
  - alle Städte in DE > 200.000 Einwohner (38) sowie WVU in Berliner Umgebung
- Okt. 2010-Okt. 2011: Datenauswertung und Datencheck
- Dezember 2011: Abmahnung I: Absenkung 19% für 2012-14 (Erlösabsenkung insg. ca. 209 Mio. € ggü. 2010)
- Januar 2012: Stellungnahme BWB + erneute Ermittlungen
- März 2012: Abmahnung II: Absenkung 20% für 2012-15 (Erlösabsenkung insg. ca. 292 Mio. € ggü. 2010)
- Ende April 2012: Stellungnahme BWB mit veränderten Zahlen
- 4. Juni 2012: Verfügung BKartA

# 3. Verfahren BKartA gegen BWB

8

## Beschluss BKartA v. 04.06.2012

- BWB muss Wasserpreise (netto+abgabenbereinigt) ab 2012 (bis 2015) um ca. 18% absenken
- Senkungsvolumen ca. 254 Mio. € (bezogen auf 2010)
- Erlösvorgabe für die jedes Jahr von 2012 bis 2015
- Umsetzung der Verfügung für 2012 mit rollierender Jahresendabrechnung für aller Berliner Wasserkunden Anfang 2013 bis spätestens Ende 2013
- Vorbehalt der Anordnung der Rückerstattung für Jahre 2009-2011
- Sofortige Vollziehbarkeit angeordnet



# 3. Verfahren BKartA gegen BWB

9

## Anwendbarkeit des GWB

- BWB bestreitet Anwendbarkeit des GWB, da die privatrechtlichen Entgelte von BWB in öffentlich-rechtlichem Genehmigungsverfahren auf Basis eines detaillierten Gesetzes genehmigt worden seien und damit „Quasi“-Gebühren seien
- BKartA hält GWB für anwendbar, da privatrechtliche Entgelte und unternehmerische Tätigkeit der BWB
- Auswirkung BGH-Entscheidung vom 18.10.2011-Niederbarnim ./ . BKartA

# 3. Verfahren BKartA gegen BWB

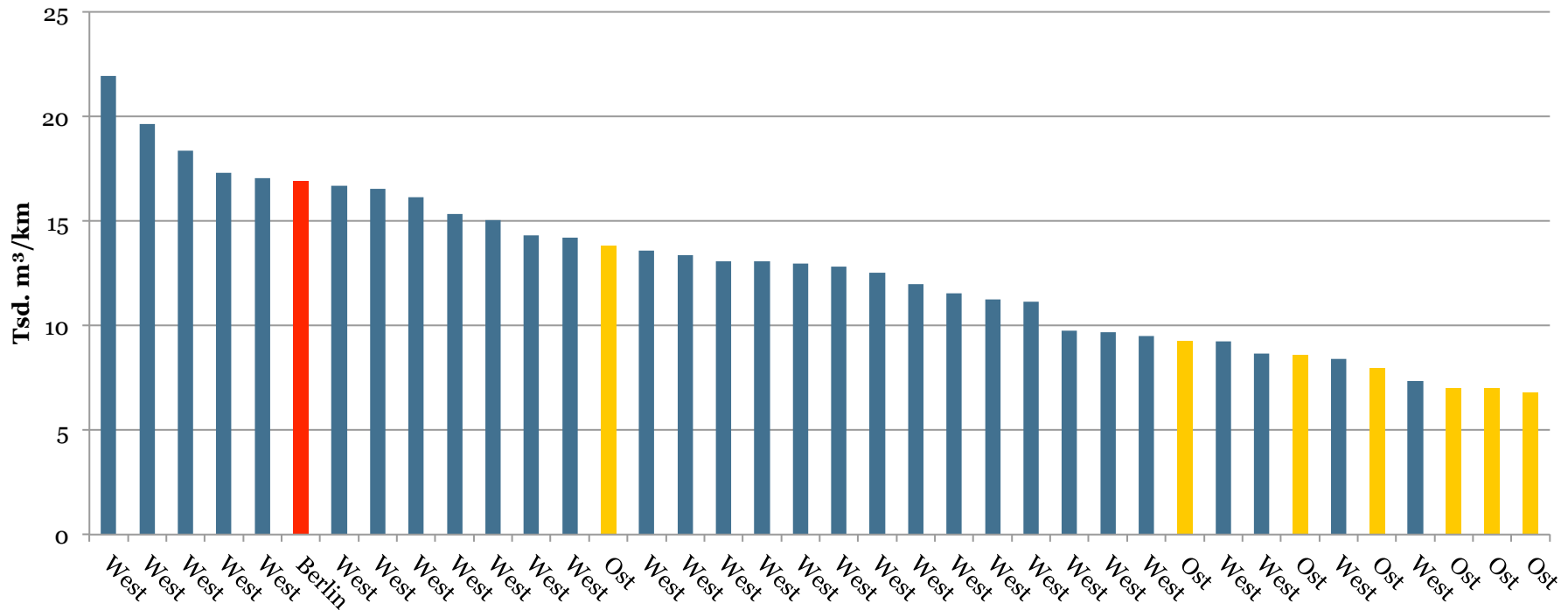
10

## Vergleichsbetrachtung

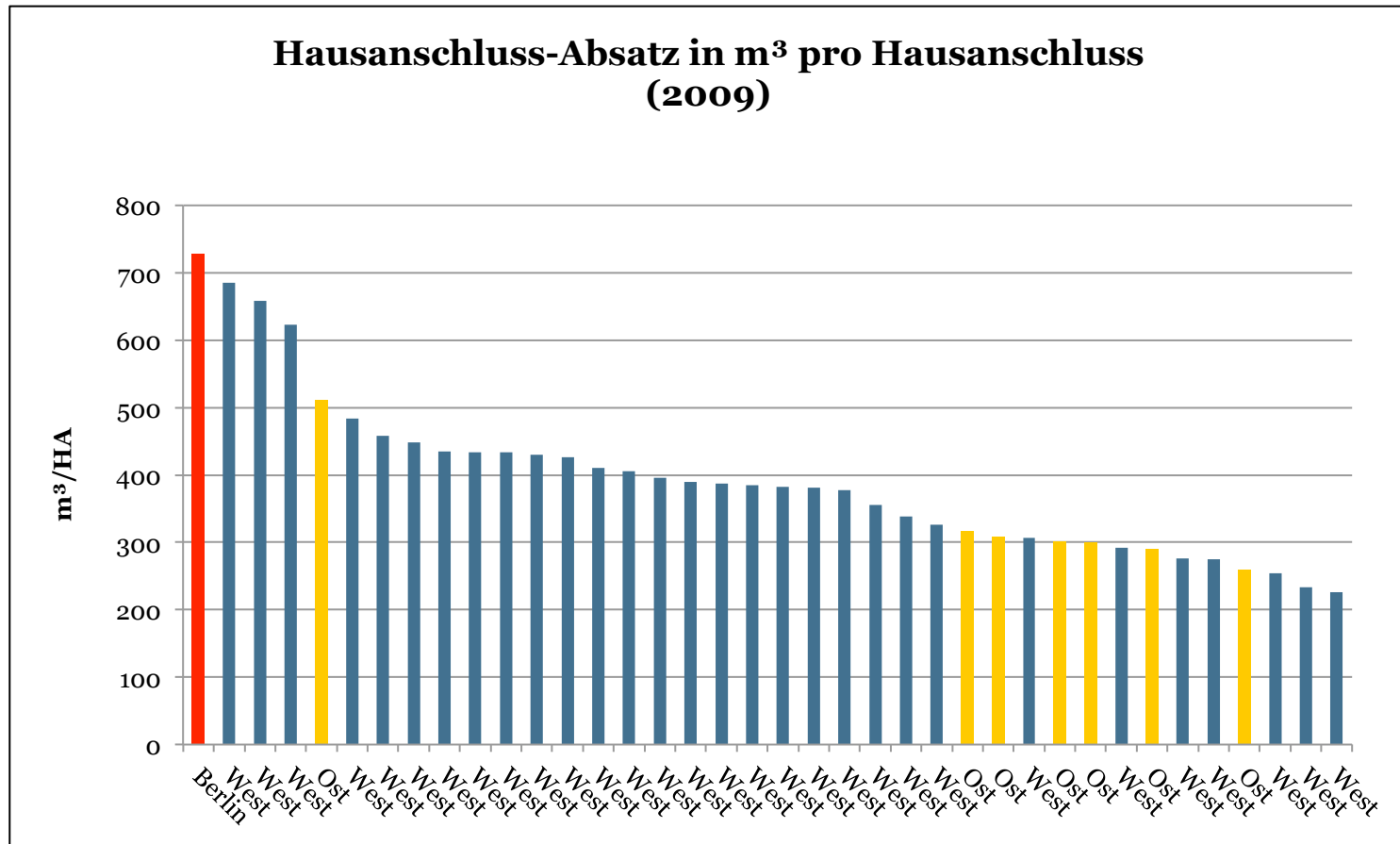
- Auswahl der Vergleichsunternehmen
- „Grobe Sichtung“: grundsätzlich alle 38 Großstädte vergleichbar
- Untersuchung von mehr als 15 Kriterien, z.B. Größe, Versorgungsdichte, naturgegebene, lokale Verhältnisse,...
- Vergleich mit HamburgWasser, SW München, RheinEnergie Köln
  - > 1 Mio. Einwohner in einheitlichem Versorgungsgebiet
  - verdichtetes großstädtisches Versorgungsgebiet mit vergleichbarem MMW
  - ähnliche Kundenstruktur (geringer Industrieanteil)
  - ähnliche Abgabenbelastung in Summe ( $\text{KA}/\text{m}^3 + \text{WEE}/\text{m}^3$ )
  - eigene Trinkwassergewinnung (kein Fremdbezug)

# 3. Verfahren BKartA gegen BWB

### Versorgungsdichte (MMW) in Tsd.m<sup>3</sup>/ km (2009)



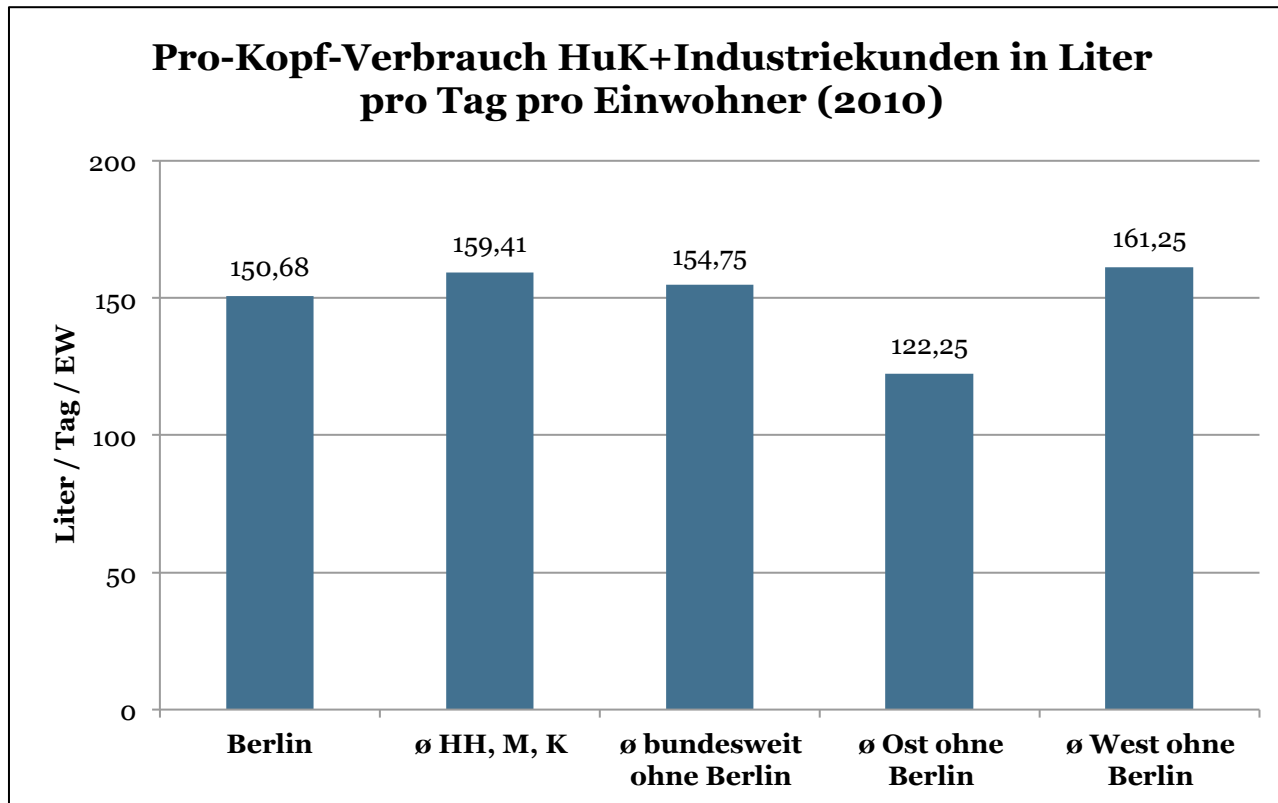
# 3. Verfahren BKartA gegen BWB



# 3. Verfahren BKartA gegen BWB

13

## Pro-Kopf-Verbrauch



# 3. Verfahren BKartA gegen BWB

14

## Methode des Preisvergleichs

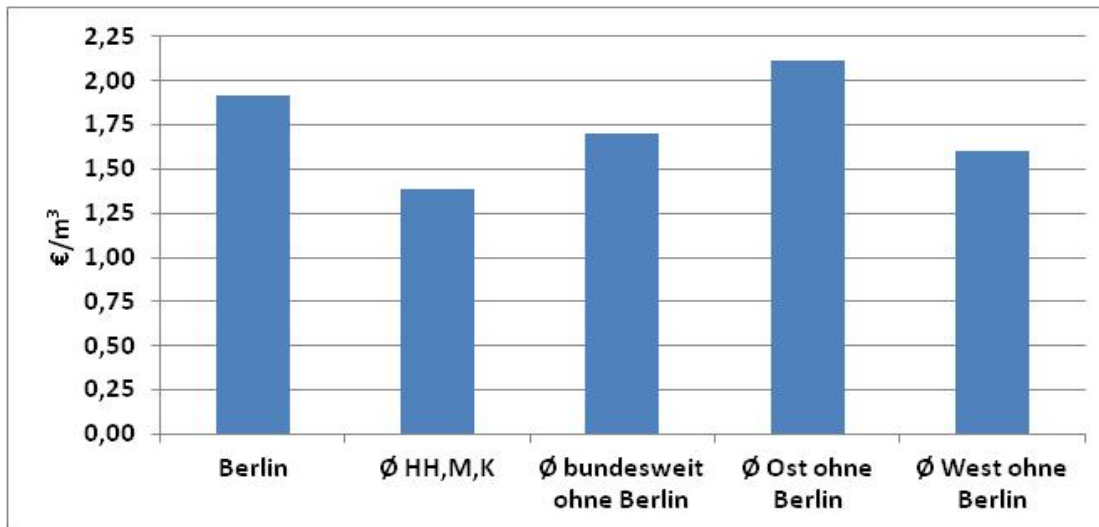
- Erlösvergleich = „Wasserumsatz durch Wasserabsatz“
  - Abgrenzung zum Tarifvergleich
  - Erlösvergleich als Vergleich der Durchschnittspreise (Grund- und Arbeitspreise) über alle Tarifstufen (Qn, Wohneinheiten etc.)
  - Bezogen auf alle Endkunden (HuK- und Industriekunden, keine Weiterverteiler)
  - Hier maßgeblich: Vergleich der **abgabenbereinigten Durchschnittspreise pro m<sup>3</sup>**

# 3. Verfahren BKartA gegen BWB

15

## Ergebnis des Preisvergleichs (ohne Rechtfertigungsgründe)

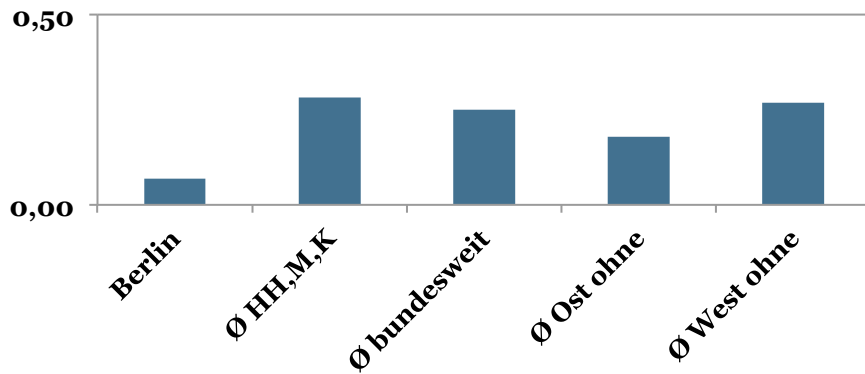
- Erhebliche Preisüberhöhung von BWB im Vergleich festgestellt
- BWB mind. 30% über Ø HH,M,K in jeder Variante
- Beispiel: **Abgabenbereinigter Erlösvergleich/ m<sup>3</sup>, 2010**  
(Abweichung ca. 38% zu Ø HH,M,K)



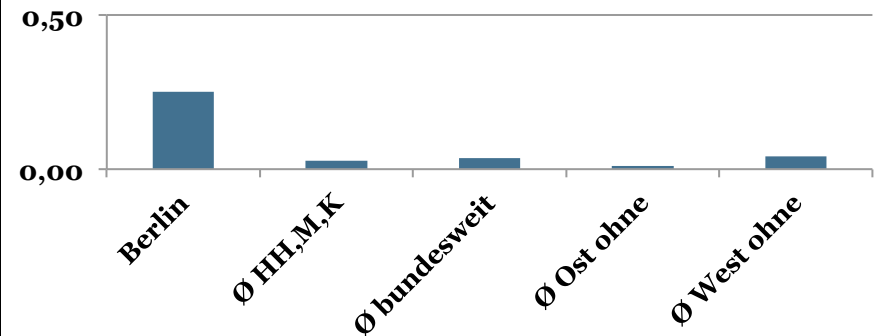
# 3. Verfahren BKartA gegen BWB

## Konzessionsabgaben und Wasserentnahmeentgelte:

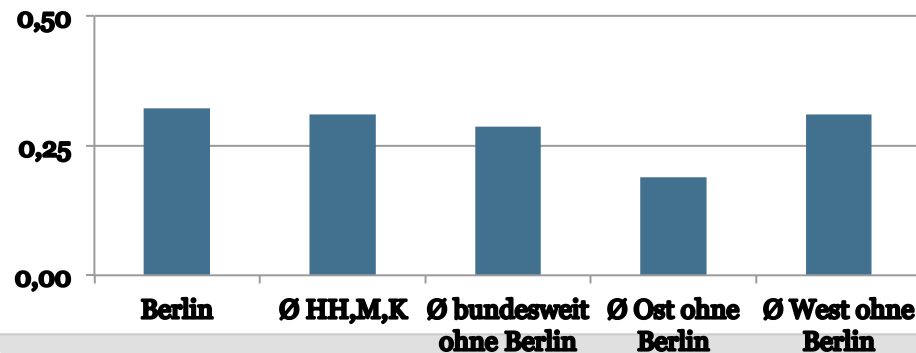
Konzessionsabgaben in €/m<sup>3</sup>



Wasserentnahmeentgelte in €/m<sup>3</sup>



Wasserentnahmeentgelte + Konzessionsabgaben in €/m<sup>3</sup>





# 3. Verfahren BKartA gegen BWB

17

## Berücksichtigung von Rechtfertigungsgründen

- Bei Gesamtbetrachtung keine Nachteile der BWB ggü. Durchschnitt der Vergleichsunternehmen
- Anzuerkennender Rechtfertigungsgrund: Sonderbelastungen infolge der Wiedervereinigung („Sonderkosten Ost“)
  - Anerkennung nur von **Mehr**investitionen
  - Berücksichtigung von Investitionen inkl. Ersatz- und Erhaltungsaufwand
- Berücksichtigung der „Sonderkosten Ost“ führt zu Preisüberhöhung der BWB von ca. 18% ggü. Ø HH,M,K

# 3. Verfahren BKartA gegen BWB

18

- 04.06.2012 Beschluss BKartA: Absenkung 18% für 2012-15 (Erlösabsenkung insg. ca. 254 Mio. € ggü. 2010)  
Beschluss enthält:
  - aktuelle, nach 2. Abmahnung korrigierte Zahlen von BWB (führt zu Erhöhung Rechtfertigung „Sonderkosten Ost“)
  - Anordnung der sofortigen Vollziehung („Sofortvollzug“)
  - Vorbehalt einer Rückerstattung überzahlter Erlöse an Kunden
- 08.06.2012 Beschwerde BWB bei OLG Düsseldorf
- 17.08.2012 Beschwerdebegründung BWB (Eing. BKartA 24.8.)

# 4. Gerichtsverfahren

19

## Klage BWB gegen BKartA vor Verwaltungsgerichten

- gegen Einleitung des Missbrauchsverfahrens
- materiell: Abwehranspruch gegen Durchführung eines Missbrauchsverfahrens (Abwehr kompetenzwidriger Übergriffe in wehrfähige Rechtsposition der BWB, die sich aus dem subjektiv-öffentlichen Recht als Anstalt ergibt)
- 3 von BWB in Auftrag gegebene Gutachten von Professoren, die den materiellen Anspruch und die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte vertreten
- BWB hat gegen Auskunftsbeschluss des BKartA nicht geklagt und alle Fragen beantwortet

# 4. Gerichtsverfahren

20

## Klage BWB gegen BKartA vor Verwaltungsgerichten

- VG Köln, Beschluss 05.09.2011: Abweisung Klage der BWB
  - Verwaltungsrechtsweg (-), da Kartellverwaltungssache und nach § 63 GWB OLG Düsseldorf zuständig
  - BWB legt Beschwerde ein
- OVG Münster, Beschluss 06.07.2012: Zurückweisung
  - "Die Argumentation [der BWB] überzeugt weder in ihrem grundsätzlichen Ansatz (aa) noch in ihrer Anwendung auf den konkreten Fall (bb).„
  - „Der Rechtsstreit ist auch nach den von der Klägerin aufgestellten Maßstäben kartellrechtlicher Natur“
- BWB nimmt Klage zurück, bevor VG Köln den Streit dann bzgl. des materiellen Anspruches an OLG Düsseldorf verweist

# 4. Gerichtsverfahren

21

## Klage BWB gegen BKartA vor Verwaltungsgerichten

- BWB nimmt die vom VG Köln (nach dem OVG-Beschluss) an das OLG Düsseldorf verwiesene Klage am 13.07.2012 zurück
- Verfahrenskosten trägt allein BWB
- Rechtsgutachten muss auch BWB bezahlen

# 4. Gerichtsverfahren

22

## Klage Niederbarnimer Wasserverband gegen BKartA

- Klage gegen Auskunftsbeschluss im Verfahren gegen die BWB wg. fehlender Unternehmenseigenschaft bei öffentlich-rechtlicher Organisation und Gebührenerhebung
- OLG Düsseldorf, 8.12.2010: Beschluss des BKartA aufgehoben, da GWB nicht anwendbar
- BGH Entscheidung am 18.10.2011 (Bekanntgabe am 26.01.2012):
  - **Aufhebung der OLG-Entscheidung**  
Auskunftsbeschlüsse gegen öffentlich-rechtliche Wasserversorger, die Gebühren erheben, sind zulässig  
Bestätigung des BKartA-Beschlusses

# 4. Gerichtsverfahren

23

## BGH vom 18.10.2011 - Niederbarnim ./ . BKartA

- Kartellrecht zwar grds. nicht auf öffentlich-rechtlich geregelte Gebühren anwendbar
- Im Einzelfall kann dies aber anders sein, wenn die öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Ausgestaltung der Leistungsbeziehung - wie im Fall der Wasserversorgung - weitgehend austauschbar sind
- Bzgl. § 59 GWB: „Doppelqualifikation“ öffentlich-rechtlichen Handelns als – auch – wettbewerblich und damit GWB (+)
- Damit Auskunftsbeschlüsse und Ermittlungen der Kartellbehörden gegen Wasserversorger mit Gebühren zulässig

# 4. Gerichtsverfahren

24

## Beschwerde BWB gegen Verfügung BKartA vom 04.06.2012

- 08.06.2012 Beschwerde BWB bei OLG Düsseldorf
- 17.08.2012 Beschwerdebegründung BWB (ca. 340 Seiten)
- Beschwerdeerwiderung BKartA Ende 2012
- Kein Antrag der BWB auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung im einstweiligen Rechtsschutz
- Verhandlung vorauss. 2013 (1. Halbjahr)
- BWB muss mit Umsetzung Verfügung und Rückerstattung für 2012 an Kunden mit Jahresrechnung ab Januar 2013 beginnen



# 5. Verfahren BKartA gegen Stadtwerke Mainz

25

- Verfahren Ende 2011 eingeleitet
- sehr gute Vergleichsbasis aufgrund der umfassenden Daten der 38 größten deutschen Wasserversorger
- Stadtwerke Mainz dialog- und kompromissbereit
- Zusagenentscheidung nach § 32b GWB
  - Senkung Wasserpreis (ohne Abgaben und Steuern) ab 1.1.2013 um rund 15% (bezogen auf Preisniveau 2010)
  - Geltung bis 2019
  - Einsparung für Wasserkunden in Höhe von ca. 4,5 Mio. € pro Jahr, insgesamt über 31 Mio. €.
  - Preisabsenkung betrifft nur vom Unternehmen beeinflussbaren Preisbestandteile, d.h. ohne Abgaben und Steuern. Geplante Einführung Grundwasserentnahmeentgelt von 0,06 €/m<sup>3</sup> in Rheinland-Pfalz wird Teil der Preissenkung kompensieren.

# 6. Ausblick

26

## Zukünftige Gestaltung der Wasserpreiskontrolle

- BMWi: Referentenentwurf 8. GWB-Novelle
  - „Re-Integration“ von § 103 GWB 1990 in § 31 GWB
  - Übertragung, keine materiellen Änderungen

## Ansätze zur Schaffung von Transparenz bei Wasserpreisen

- BDEW-Kalkulationsleitfaden (kein Freibrief für hohe Preise)
- BKartA: geplanter Bericht zur großstädtischen Wasserversorgung auf Basis der Ergebnisse (aggregierte Daten) von 38 großstädtischen Wasserversorgern

# Siebter Workshop zum Wasserrecht

27

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



Dr. Felix Engelsing  
Bundeskartellamt  
8. Beschlussabteilung