

Welche Konsequenzen hat der Grundsatzbeschluss des BGH vom 02.02.2010 – „Wasserpreise Wetzlar“ – auf die Wasserbranche in Niedersachsen?

Heike Zinram

Niedersächsisches Ministerium für Wirtschaft, Arbeit
und Verkehr

-Landeskartellbehörde –

- 5. Mai 2010 -



Gliederung

- Vorbemerkung – Wasserversorgung und Wasserpreisvergleiche in Niedersachsen
- Grundlagen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht über Wasserpreise
- Grundsatzbeschluss des BGH vom 02.02.2010
- Konsequenzen auf die Wasserbranche Niedersachsen?



Wasserversorgung

Vorbemerkung

- Nur etwa 20% aller WVU in der Bundesrepublik Deutschland erheben privatrechtliche Entgelte und fordern für ihre Leistung Preise.
- Die Kosten liegen im Durchschnitt
 - der alten Bundesländer bei 1,80 € für einen Kubikmeter Wasser;
 - der neuen Bundesländer bei 2,10 € pro Kubikmeter.

Durchschnittspreise – Beispiele (BDEW Statistik):

Niedersachsen	1,35 €/m³
Nordrhein-Westfalen	1,94 €/m ³
Bremen und Hessen	2,06 €/m ³
Berlin	2,31 €/m ³



Wasserversorgung

- WMK-Beschluss vom 02./03.05.2002 zur Neustrukturierung der Wasserwirtschaft
 - > Marktöffnung im Wasserbereich problematisch
 - > sehr kleinteilige Versorgungsstruktur
 - > Modernisierung dieser Strukturen, mit dem Ziel von Effizienzgewinnen und wettbewerbsfähigen Wasserpreisen



Wasserversorgung in Niedersachsen

- Um die Wettbewerbskraft der niedersächsischen Wasserversorgungsunternehmen zu stärken, werden systematische Vergleiche auf der Basis von Kennzahlen (Benchmarking) vom Niedersächsischen Ministerium für Umwelt und Klimaschutz durchgeführt, die es den Unternehmen ermöglichen sollen, Optimierungspotentiale zu erschließen.
- Einführung der Wasserentnahmegebühr in Niedersachsen im Jahr 1992. Jährlich fließen dem Landeshaushalt umgerechnet rd. 65 Mio. Euro zusätzlich für Wasserwirtschaft und Naturschutz zu.



Wasserversorgung in Niedersachsen

- Trinkwasser in Niedersachsen wird zu rund 87 Prozent aus dem Grundwasser gefördert, während die restlichen Mengen überwiegend aus den Harztalesperren, aus Quellen und Seen abgeleitet werden. Das geförderte Grundwasser ist von hoher Qualität und entspricht in der Regel ohne weitere Aufbereitung den strengen Anforderungen der Trinkwasserverordnung.



Wasserpreisvergleiche der LKB Niedersachsen

- Die LKB NI überprüfte nur Trinkwasserversorger, die privatrechtliche Entgelte erheben
- Gegenstand der Abfragen der LKB NI waren im Jahre 2001 **80** Trinkwasserversorger und im Jahre 2006 nur noch **56** Trinkwasserversorger, die in 87 Versorgungsgebieten rd. 4,2 Mio. Endkunden mit Trinkwasser beliefern.
- Die übrigen Einwohner Niedersachsens wurden von öffentlich-rechtlichen WVU beliefert (in 2002: 374 WVU), die satzungsgemäß beschlossene Gebühren für das Trinkwasser abrechnen; die meisten WVU sind kommunale Unternehmen, zumeist Eigenbetriebe oder Unternehmen in privatrechtlicher Rechtsform in gemeindlichem Alleineigentum bzw. gemischtwirtschaftliche Unternehmen mit gemeindlicher Mehrheitsbeteiligung.



Wasserpreisvergleiche der LKB Niedersachsen

- Trotz der relativ günstigen Gesamtsituation differierten die durchschnittlichen Kubikmeterpreise um mehr als 1 Euro (Grundpreis zzgl. Mengenpreis). Der günstigste Versorger, der Wasserverband Hümmling (Emsland), verlangt bei der Belieferung eines Einfamilienhauses (150 Kubikmeter/Jahr) für einen Kubikmeter durchschnittlich 0,59 Euro. Der teuerste Anbieter, die E.ON Avacon AG, stellt für sein Versorgungsgebiet in Bockenem (Vorharz) 2,31 Euro in Rechnung (Wasserpreisvergleich zum Stichtag 01.07.2006 LKB Niedersachsen 2006).



Gebühren oder Preise?

Gebühren oder Preise?

Grundsatz:

Die öffentl. Hand hat weiten Ermessensspielraum bei der Wahl der Rechts- und Organisationsform der Wasserversorgung.

- **Wassergebühren** werden im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnisses durch Bescheid aufgrund einer Abgabensatzung nach dem jeweiligen Kommunalabgabengesetz des Landes erhoben.
- Abgabenrechtliche Grundsätze beachten (insb. Äquivalenzprinzip, Gleichheitsgrundsatz, Kostendeckungsgrundsatz)
- Abgabenrechtliche Kontrolle, Kommunalaufsicht, Verwaltungsgerichte.
- **Für 80% der WVU in Deutschland ändert sich nichts!**



Gebühren oder Preise?

- **Preise** werden im Rahmen eines privatrechtlich ausgestalteten Leistungsverhältnisses auf vertraglicher Basis gemäß der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (AVBWasserV) vom 20.06.1980 (BGBl. I, S. 750 ff) erhoben.
- Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht
- § 315 BGB Überprüfung der Billigkeit des Preises
- **Ca. 20% der deutschen WVU sind derzeit von einer möglichen kartellrechtlichen Wasserpreiskontrolle betroffen.**



Grundlagen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht über Wasserpreise

Rechtliche Grundlagen

- Die Sonderregelungen für die Wasserversorgung des GWB 1990 finden weiterhin Anwendung, d.h. für die Wasserversorgung gelten nach § 131 Abs. 6 GWB die §§ 103, 103 a und 105 GWB a.F. fort.

§ 131 Abs. (6):

„Soweit sie die öffentliche Versorgung mit Wasser regeln, sind die §§ 103, 103a und 105 sowie die auf sie verweisenden anderen Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Februar 1990 (BGBl. I S. 235), zuletzt geändert durch Artikel 2 Abs. 3 des Gesetzes vom 26. August 1998 (BGBl. I S. 2512), weiter anzuwenden. Das gilt insoweit auch für die Vorschriften, auf welche die genannten Vorschriften verweisen.“



Grundlagen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht über Wasserpreise

- Die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle von Wasserpreisen wird gestützt auf § 103 Abs. 5 sowie § 22 Abs. 4 und 5 GWB a.F..
- § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2:
„Ein Missbrauch im Sinne des Satzes 1 Nr. 1 liegt insbesondere vor, wenn
(1).....
(2) ein Versorgungsunternehmen ungünstigere Preise oder Geschäftsbedingungen fordert als gleichartige Versorgungsunternehmen, es sei denn, das Versorgungsunternehmen weist nach, dass der Unterschied auf abweichenden Umständen beruht, die ihm nicht zurechenbar sind;“



Grundlagen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht über Wasserpreise

- § 103 Abs. 5 GWB a.F. bietet zwei Modelle zur Missbrauchsaufsicht über Wasserpreise an:
 - das **Konzept des Als-Ob-Wettbewerbes**, das sich in der Praxis nicht durchgesetzt hat

und

- das **Vergleichsmarktkonzept** in § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB a.F..

Das Konzept besteht rechtlich aus drei Elementen:

- I. gleichartige Unternehmen,
- II. ungünstigere Preise und
- III. Rechtfertigung ungünstigerer Preise.



Grundsatzbeschluss des BGH vom 02.02.2010

Grundsatzbeschluss des BGH vom 02.02.2010 (KVR 66/08)

- „Ziel des § 103 Abs. 5 GWB a.F. war es, mit Blick auf die besondere Marktstellung von Unternehmen der leitungsgebundenen Versorgung (Elektrizität, Gas, Wasser) und **die sich aus ihr ergebende erhöhte Missbrauchsgefahr den zuständigen Behörden ein besonders wirksames Instrument der Aufsicht an die Hand zu geben.**“ (Rz 23)
- **„Durch die weitgehende Verlagerung der Beweislast auf das betroffene Unternehmen sollte der Behörde die Feststellung von Preismissbräuchen auf diesem Gebiet deutlich erleichtert werden.“** (Rz 23)



Grundsatzbeschluss des BGH vom 02.02.2010

- Das ex tunc wirkende Missbrauchsverbot in § 19 GWB gilt auch für Wasserversorgungsunternehmen.
- Gerade weil sich die Vorschriften in §§ 22 Abs. 5, 103 Abs. 5, 7 GWB a.F. und in § 19 GWB in den Tatbestandsmerkmalen und in der Beweislastverteilung unterscheiden, komme ihnen jeweils eine eigenständige Bedeutung zu (Rz 26).



Grundsatzbeschluss des BGH vom 02.02.2010

Gleichartigkeit

Sind die zum Vergleich herangezogenen WVU **gleichartig** i. S. von § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr.2 GWB a.F.?

- **nur grobe Sichtung**
- „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 würden.“ (Rz 29)
- Gleichartig sind Unternehmen dann, wenn zwischen ihnen hinsichtlich der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen keine wesentlichen Unterschiede bestehen, die aus der Sicht der Abnehmer gemäß der Zielsetzung einer möglichst sicheren und preiswürdigen Versorgung mit Trinkwasser von vornherein eine deutlich unterschiedliche Beurteilung der Preisgestaltung rechtfertigen. (Rz 30)



Grundsatzbeschluss des BGH vom 02.02.2010

- Kartellbehörde trifft die Beweislast für „Gleichartigkeit“ der WVU
- Auswahlkriterien für „Gleichartigkeit“ vom BGH bestätigt, weil LKB Hessen die wesentlichen Kennwerte der Kostenstruktur zugrunde legt:
 - Versorgungsdichte (Metermengenwert),
 - Abnehmerdichte (Netzlänge pro Hausanschluss)
 - Anzahl der versorgten Einwohner
 - Nutzbare Wasserabgabe
 - Abgabestruktur (Haushalts- und Kleingewerbestruktur)
 - Gesamterträge der Wassersparte



Grundsatzbeschluss des BGH vom 02.02.2010

- Bestätigung der Zu- und Abschlagsrechnung der LKB Hessen
- BGH schließt in Bezug auf die (strukturell bedingten) Wasserbeschaffungs- und Aufbereitungskosten nicht aus, dass diese im Einzelfall - angesichts des Grundsatzes einer ortsnahen Deckung des Wasserbedarfs der öffentlichen Wasserversorgung - bei der Beurteilung der „Gleichartigkeit“ zu berücksichtigen sein könnten (Rz 35).
- Notwendigerweise müssen nicht die mit den topografischen und geologischen Verhältnissen eines Versorgungsgebietes verbundenen Kosten bei der „Gleichartigkeit“ erfasst werden (Rz 37).



Grundsatzbeschluss des BGH vom 02.02.2010

Ungünstigere Preise

Liegen ungünstigere Preise i. S. v. § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB a.F. vor?

- Die Kartellbehörden haben sich in einer EntschlieÙung vom 18.09.1997 darauf verständigt, die Methode des Typfallvergleiches anzuwenden. Danach wird der Grund- und Kubikmeterpreis ermittelt und der Jahresgesamtpreis gebildet für:

- **150 m³/a (Einfamilienhaus),**
- **400 m³/a (Vierfamilienhaus),**
- **1.300 m³/a (12-Familienhaus) und**
- **7.500 m³/a (Kleingewerbekunde)**

- Typfallbildung vom BGH gebilligt,
- Baukostenzuschüsse müssen nicht berücksichtigt werden (Rz 40). Ggf. Berücksichtigung geringerer Baukostenzuschüsse in der „Rechtfertigung der Preise“, was vom WVU darzulegen und zu beweisen wäre.



Grundsatzbeschluss des BGH vom 02.02.2010

Rechtfertigung ungünstigerer Preise

Gemäß § 103 Abs. 5 Satz Nr. 2 GWB a.F muss das betroffene Unternehmen im Einzelfall abweichende rechtfertigende Umstände darlegen und beweisen, welche ihm nicht zurechenbar sind

- Unter nicht zurechenbaren Umständen sind grundsätzlich solche Kostenfaktoren zu verstehen, die auch jedes andere Unternehmen in der Situation des betroffenen vorfinden würde und nicht beeinflussen könnte (Rz 42).
- Dagegen haben individuelle, allein auf eine unternehmerische EntschlieÙung oder auf die Struktur des Versorgungsunternehmens zurückgehende Umstände außer Betracht zu bleiben. Ein Bestandsschutz für monopolbedingte Ineffizienzen oder Preisüberhöhungstendenzen ist nicht anzuerkennen.



Grundsatzbeschluss des BGH vom 02.02.2010

- Umfassende **Darlegungs- und Beweislast** trifft das WVU, damit Kartellbehörde eine umfassende Bewertung seiner Preise und derjenigen der Vergleichsunternehmen vornehmen kann.
- Zu- und Abschläge bei
 - Wasserbeschaffungskosten
 - Versorgungsdichte
 - Konzessionsabgabe



Grundsatzbeschluss des BGH vom 02.02.2010

- Geringere **Baukostenzuschüsse**
WVU muss durch Vorlage seiner Kalkulation darlegen, in welchem Umfang seine Preise dadurch beeinflusst werden (Rz 50).
- Grundsätzlich können **Eigen- und Fremdkapitalkosten** zur Rechtfertigung höherer Preise nicht dienen (Rz 52). Es sei denn, dass die Kapitalkosten der Vergleichsunternehmen ungewöhnlich niedrig sind.
- Erhöhte **Erneuerungs- und Instandhaltungsbedürftigkeit des Netzes**, der **Hausanschlüsse, Wasserverluste** hat WVU notwendige Investitionen getätigt oder hat **das betroffene WVU unter dem Schutz seiner Monopolstellung in der Vergangenheit erforderliche Investitionen unterlassen oder ineffektiv durchgeführt?** (Rz 57).



Grundsatzbeschluss des BGH vom 02.02.2010

- Ungünstigere Topografie
Welche Mehrkosten sind WVU entstanden? Konnten diese durch rationellere Betriebsführung vermieden werden? Gefahr, dass monopolistische Kostenüberhöhungstendenzen in die Beurteilung einfließen (Rz 62). Die Berücksichtigung der strukturellen Verhältnisse des Versorgungsgebietes dürfen nicht zu einer Konservierung ungünstiger Gebiets- und Unternehmensstrukturen führen.
- Kostendeckung
Einwand der Kostenunterdeckung (Rz 72) nur, wenn WVU sämtliche Rationalisierungsreserven ausgeschöpft hat (z.B. durch Vorlage prüffähiger Aufstellungen und Anlagespiegel, Wirtschaftsprüferberichte, Spartenbilanz).



Konsequenzen auf die Wasserbranche Niedersachsen?

- BGH Entscheidung betrifft „Einzelfall“
- Rechtfertigung von Wasserpreisen im enwag-Verfahren nicht gelungen, weil aussagefähige Kostenrechnungen fehlten – Beweis- und Darlegungslast liegt beim betroffenen WVU



Konsequenzen auf die Wasserbranche Niedersachsen?

Methodischer Ansatz der Preismissbrauchsaufsicht

- > Preisvergleich mit Rechtfertigungschance für das Unternehmen
- > Nicht: Kalkulationskontrolle!
- > keine Regulierung!
- > keine Preisgenehmigung!

Was sind die Ursachen für die Preisunterschiede?

- > Preismissbrauchsaufsicht als Wettbewerbsersatz?
- > BGH: Ineffizienzen durch fehlenden Wettbewerb dürfen nicht zu Lasten der Verbraucher gehen!

Effizienzkontrolle durch Kartellbehörde?

- > Preissenkung im kartellrechtlichen Missbrauchsverfahren bis zur fiktiven Grenze effizienter Selbstkosten möglich.



Konsequenzen auf die Wasserbranche Niedersachsen?

- Herausforderung / Ziel der WVU muss sein:
effiziente, kostendeckende, versorgungssichere und umweltschonende Wasserversorgung
- Kennzahlen-Projekt
 - ist ein geeignetes Instrument, Effizienzen zu heben,
 - realisiert Kostensenkungspotential,
 - stärkt die Wettbewerbsfähigkeit der nieders. WVU,
 - trägt zur Modernisierung der Strukturen in der Wasserwirtschaft bei



Konsequenzen auf die Wasserbranche Niedersachsen?

- Erarbeitung eines einheitlichen Abfragebogens
- Abstimmung mit Verbänden der Wasserbranche
- Bundeseinheitliches Vorgehen?



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Heike Zinram

Niedersächsisches Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr
Referat für Wettbewerbsrecht und Öffentliches Auftragswesen,

-Landeskartellbehörde-

Tel. 0511 120 5546

Fax 0511 120 99 5546

Email: Heike.Zinram@mw.niedersachsen.de

