



April 2010

Die kartellrechtliche Wasserpreiskontrolle nach der enwag-Entscheidung des Bundesgerichtshofs

RA Dr. Mathias Hellriegel LL.M., Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Eggers Malmendier Rechtsanwälte, hellriegel@eggers-malmendier.com

Dipl.-Ing. Frank Licht, BET Büro für Energiewirtschaft und technische Planung GmbH, frank.licht@bet-aachen.de

RA Dr. Thomas Schmitt, Eggers Malmendier Rechtsanwälte, schmitt@eggers-malmendier.com

Büro für Energiewirtschaft
und technische Planung GmbH
Alfonsstraße 44
52070 Aachen

Telefon +49 241 47062-0
Telefax +49 241 47062-600

info@bet-aachen.de
www.bet-aachen.de

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs

Mit seinem Beschluss vom 2. Februar 2010 (Aktenzeichen KVR 66/08) hat der Bundesgerichtshof die Preissenkungsverfügung der Hessischen Landeskartellbehörde gegenüber dem Wasserversorger der Stadt Wetzlar (enwag) bestätigt und damit die mit Spannung erwartete Grundsatzentscheidung zur kartellrechtlichen Kontrolle von Wasserpreisen getroffen:

Der Bundesgerichtshof geht davon aus, dass eine verschärfte kartellrechtliche Kontrolle von Wasserpreisen auf der Grundlage von § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 zulässig ist. Danach handelt ein Wasserversorger missbräuchlich, wenn er ungünstigere Preise fordert als gleichartige Unternehmen. Ein solcher Missbrauchsvorwurf ist nur dann widerlegt, wenn der betroffene Versorger nachweisen kann, dass der Preisunterschied auf abweichenden, ihm nicht zurechenbaren Umständen beruht und daher gerechtfertigt ist.

An die Gleichartigkeit der Vergleichsunternehmen dürfen nach Ansicht des Gerichts entsprechend der Rechtsprechung zur Elektrizitätsversorgung keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. Damit ist ausreichend, dass die Kartellbehörden Preise von Wasserversorgungsunternehmen vergleichen, die keine wesentlichen Unterschiede in ihrer Versorgungs- und Vertriebssituation aufweisen. Mit einer solchen generalisierenden Betrachtung ist ein weiter behördlicher Beurteilungsspielraum mit eingeschränkter gerichtlicher Kontrolle auf offensichtliche Fehler bei der Feststellung der Gleichartigkeit verbunden.

Zur Rechtfertigung ungünstigerer Preise kann sich das betroffene Unternehmen nach Auffassung des Bundesgerichtshofs nur auf strukturelle, nicht aber unternehmensindividuelle Umstände berufen. Das Gericht folgt der Verpflanzungstheorie, so dass nur solche Umstände zu berücksichtigen sind, die jeder Verantwortliche an gleicher Stelle zwangsläufig antreffen würde. Besonderes Augenmerk legte das Gericht zum Beispiel auf die Besonderheiten der



EGGERS MALMENDIER
Rechtsanwälte

Vertriebssituation. Sofern hier auf den erheblichen Einfluss der Nachfrage- und Abnehmerstruktur abgestellt und somit auch der demografischen Entwicklung Rechnung getragen wird, ist dies als praxisnah zu bewerten. Wichtig erscheint der Hinweis auf mögliche Mehrkosten durch kapitalgebundene Positionen. So werden sowohl die Finanzierung als auch die Baukostenzuschüsse als mögliche Ansatzpunkte genannt, wobei der Nachweis der besonderen nachteiligen Umstände gegenüber dem Vergleichsunternehmen durch den betroffenen Wasserversorger zu führen ist. Letztendlich muss er im Rahmen einer Preisrechtfertigung hohe Darlegungs- und Nachweispflichten erfüllen, um seiner Beweislast nachzukommen.

Im übrigen hat der Bundesgerichtshof die rückwirkende Feststellung eines Preismissbrauchs nach § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 abgelehnt, die insbesondere Vorwirkung für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch die Kunden der Wasserversorger hätte. Die Kartellbehörde könne lediglich eine Preissenkungsverfügung mit Wirkung für die Zukunft erlassen. Die Feststellung eines Preismissbrauchs für die Vergangenheit ist zwar nach Ansicht des Gerichts bei einem Verstoß gegen das rückwirkende (allgemeine) Missbrauchsverbot in § 19 GWB möglich. Einen Verstoß gegen dieses auch im Rahmen der Wasserversorgung (neben § 103 Abs. 5 GWB 1990) anwendbare Verbot habe die Kartellbehörde der enwag jedoch nicht nachgewiesen.

Konsequenzen für die Wasserwirtschaft

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs sowie die Ankündigung der Landeskartellbehörden, ihre Arbeiten an Preisvergleichen zu intensivieren, haben in der Wasserwirtschaft für große Aufregung gesorgt. Ungeachtet möglicher Kritik an einer unzureichenden Berücksichtigung struktureller Besonderheiten der Wasserwirtschaft (insbesondere im Rahmen des Vergleichsmarktkonzepts) ist die enwag-Entscheidung nunmehr höchstrichterliche Richtschnur für zukünftige Kartell- und Gerichtsverfahren. Damit steigt das Risiko für Versorgungsunternehmen, dass ihre Wasserpreise einer kartellrechtlichen Prüfung unterzogen werden.

Dies gilt für alle Unternehmen, die für die Trinkwasserversorgung privatrechtliche Entgelte verlangen. Denn bei der Erhebung öffentlichrechtlicher Gebühren ist eine kartellrechtliche Prüfung ausgeschlossen; hier erfolgt die Kontrolle der Einhaltung einschlägiger gebührenrechtlicher Bestimmungen durch die Aufsichtsbehörden und Verwaltungsgerichte. Einige Versorger erwägen daher bereits – trotz der damit verbundenen Nachteile – eine Rückkehr zu öffentlichrechtlichen Gebührenmodellen.

Die weit gehenden Vereinfachungen an die Anwendung des Vergleichsmarktpinzips durch die Kartellbehörden führen im Ergebnis zu erheblichen Aufwendungen der Wasserversorger bei einer Nachweisführung im Rahmen der Preisrechtfertigung. Neben den Auswirkungen eines notwendigen langfristigen Planungshorizontes und der Vielfalt der regionalen bis bundesweiten Rahmenbeziehungsweise Strukturbedingungen sind auch detaillierte Kenntnisse über die Vergleichsunternehmen notwendig.



EGGERS MALMENDIER
Rechtsanwälte

Umgang mit der Entscheidung in der Unternehmenspraxis

Den Unternehmen der Wasserwirtschaft, die weiter auf privatrechtliche Entgelte setzen wollen, ist daher zu empfehlen, rechtzeitig Vorbereitungen zur Widerlegung von Missbrauchsvorwürfen zu treffen:

Dies erfordert bereits im Vorfeld konkreter Verfahren eine Standortbestimmung, wie die eigenen Wasserpreise im landes- oder bundesweiten Vergleich zu anderen Versorgern liegen. Hierfür bedarf es eines Preisvergleichs, bei dem die Berücksichtigung einer ähnlichen Beschaffungsstruktur verständlicherweise von Vorteil wäre. Damit ist zwar ein entsprechender Aufwand verbunden. Gleichwohl sollten die Unternehmen diese Mühen nicht scheuen, um das Risiko einer Preiskontrolle abschätzen zu können. Grundsätzlich prägen extern vorgegebene Rahmenbedingungen die Kosten der Wasserversorgung stärker als andere Versorgungsleistungen. Die Kenntnis über die mögliche Vergleichbarkeit des eigenen Unternehmens ist ein erster wichtiger Schritt. Eine Vielzahl von Strukturparametern stehen grundsätzlich zur Verfügung und können hier für einen ersten Einstieg genutzt werden. Die georeferenzierte Überlagerung von Strukturparametern mit den jeweiligen Versorgungsgebieten sichert die Vergleichbarkeit und unterstützt die Auswertung wie in Abbildung 1 beispielhaft für das Land Nordrhein-Westfalen anhand der spezifischen Preise nach dem Typfall A (150 m³/a und Qn2,5) dargestellt wird.

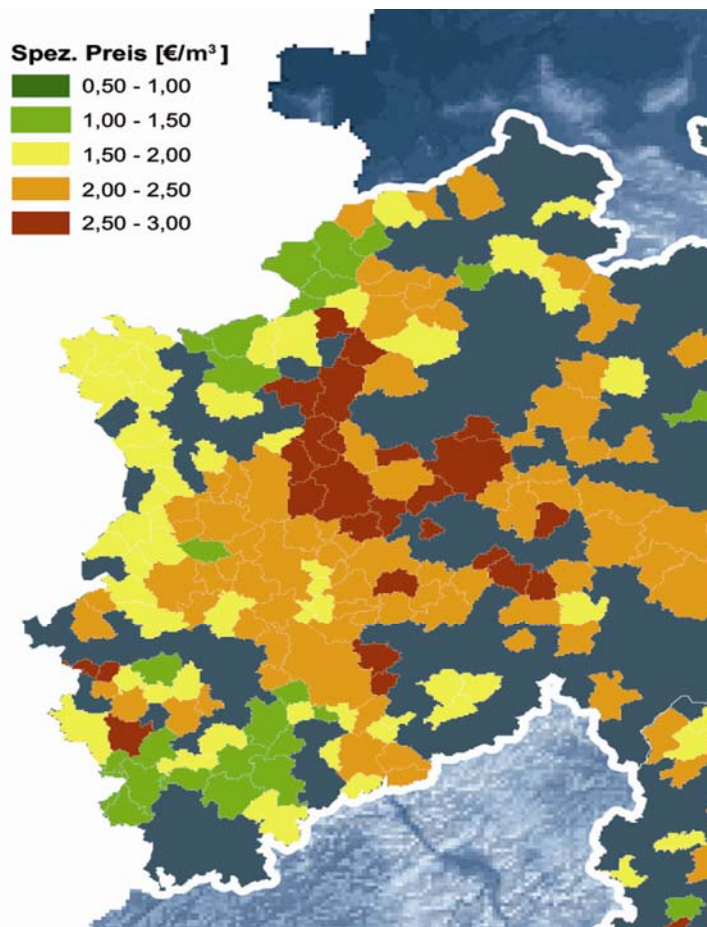


Abb. 1: Georeferenzierter Wasserpreisvergleich am Beispiel Nordrhein-Westfalen



EGGERS MALMENDIER
Rechtsanwälte

Sofern die eigenen Entgelte merkliche Abweichungen zu den ermittelten Vergleichspreisen aufweisen, ist eine Prüfung erforderlich, ob der Preisunterschied durch unvermeidbare Mehrkosten gerechtfertigt werden kann. Zur Sicherung des Substanzerhalts und der Nachhaltigkeit der örtlichen Versorgung ist erfahrungsgemäß auch bei sehr günstigen Entgelten eine Überprüfung angezeigt. Dies verlangt eine kritische Analyse des jeweiligen Versorgungsgebiets sowie der eigenen Kostenstrukturen und Entgeltkalkulation. Grundsätzlich können Kosten- und Preisunterschiede durch unterschiedliche Rahmenbedingungen auftreten und in folgende vier Kontextebenen unterteilt werden (Weiß et.al. (2010)):

- Verbrauchieranforderungen,
- politische Rahmenbedingungen,
- rechtliche Rahmenbedingungen sowie
- strukturelle Rahmenbedingungen.

Hierbei ist den erheblichen Kostenauswirkungen der jeweiligen historischen Entwicklungen dieser Rahmenbedingungen (zum Beispiel die demografische Entwicklung) besondere Bedeutung beizumessen. Die hygienischen, technischen und rechtlichen Anforderungen an ein Versorgungssystem lassen nur einen äußerst begrenzten Handlungsspielraum für kosten senkende Reaktionen auf Absatzentwicklungen zu. Üblicherweise greift hier ein Unternehmen im freien Wettbewerb zum probaten Mittel des Marketings. Eine aktive Bewerbung des höheren Trinkwasserverbrauchs ist bis dato in der Wasserwirtschaft nicht diskussionsfähig und wird auch von politischer Seite nicht gewünscht. So können allein im Internetportal des Landes Hessen aktuell sieben Broschüren zum Thema Wassersparen entgeltlich erworben werden. Sicherlich ist ein ökologischer Umgang mit dem Schutzgut Wasser auch weiterhin vorrangig, aber die aktuelle Diskussion um die unternehmerische Verantwortlichkeit der Versorger bedarf eben einer vielschichtigen und nicht zu kurz gefassten Betrachtung.

In Verbindung mit Preisvergleichen ist darauf hinzuweisen, dass deren Aussagekraft umso zweifelhafter wird, je größer die Abweichungen der Berechnungsgrundlagen der Unternehmen für kalkulatorische Kosten sind. Eine (nicht bestehende) einheitliche Basis für die Kostenkalkulation in der Wasserwirtschaft würde nicht nur dem einzelnen Versorger im Rahmen eines Preisvergleiches dienen, sondern auch einer weiteren Transparenz für den Verbraucher (Merkel (2010)). Grundsätzlich sollten die Wasserversorger mit Blick auf einen nachhaltigen Substanzerhalt ihres Anlagenvermögens darauf achten, sachgerechte Abschreibungsgrundlagen und kalkulatorische Zinssätze in Ansatz zu bringen. Konkrete Erfahrungen im hessischen Raum zeigen zum Beispiel Unterschiede in den kalkulatorischen Ansätzen mit entsprechenden Verzerrungen von über 15%. Grundsätzlich trägt der Bundesgerichtshof der Finanzierung durch abweichende Ansätze beispielsweise mit Blick auf die Baukostenzuschüsse oder Kapitalkosten Rechnung. Er verlangt aber auch hier die nachvollziehbare Darlegung durch das betroffene Unternehmen. Eine sachgerechte Nachweisführung zur Begründung überhöhter Wasserpreise kann hier ohne detaillierte Kenntnis der Kostenkalkulation der Vergleichsunternehmen zu erheblichen Schwierigkeiten führen.



EGGERS MALMENDIER
Rechtsanwälte

Im Bedarfsfall wären Maßnahmen zur Sicherung einer hinreichenden Nachweisführung und Argumentation mit Blick auf unvermeidbare strukturbedingte Mehrkosten abzuleiten. So sollte sichergestellt sein, dass eine zweckmäßige Kostenrechnung mit sachgerechter Kostengruppenbildung und Gemeinkostenzuschlüsselung vorliegt sowie Basis für ein transparentes und nachhaltiges Kostenmanagement und der Entgeltkalkulation ist. Eine Kostenrechnung auf die Merkmale von Mehrkosten auszurichten, wie dies im enwag-Verfahren diskutiert wurde (beispielhaft sei hier die "Mehr"-Kostenstelle Berg/Höhenunterschiede erwähnt), ginge sicherlich am Ziel einer Kostenstellenrechnung gänzlich vorbei beziehungsweise ist nicht realisierbar. Im übrigen ist hier die Berücksichtigung der Ergebnisse aus Benchmark-Projekten als vorteilhaft anzusehen.

Wasserversorger, die diese Maßnahmen treffen, haben auch in Ansehung der enwag-Entscheidung des Bundesgerichtshofs alles in ihrer Macht stehende getan, um zukünftigen Missbrauchsvorwürfen wirksam entgegenzutreten zu können: Auf dieser Grundlage können sie frühzeitig präventive Argumentations- und Maßnahmenstrategien zur Verteidigung ihrer Wasserpreise in kartellbehördlichen Verfahren entwickeln. Darüber hinaus sind bei vorhandenem Rationalisierungsbedarf und -potenzial erfahrungsgemäß mittel- bis langfristige Konzepte zur Kostensenkung abzuleiten. Letztendlich bleibt festzuhalten, dass die hohen Anforderungen, welche durch die aktuelle Rechtsprechung an die Wasserversorgungsunternehmen gestellt werden, erhebliche Risiken in punkto Nachweisführung beinhalten. Die dargestellten Handlungsmöglichkeiten liefern außerdem wertvolle Erkenntnisse darüber, ob als letzte Option eine „Flucht aus dem Kartellrecht“ durch die Erhebung öffentlichrechtlicher Gebühren eine mögliche Alternative darstellen kann.

Literatur

Merkel, W: Keine Regulierung der Wasserpreise! Die deutsche Wasserwirtschaft steht zu Ihrem öffentlichen Auftrag und setzt auf Transparenz. gwf Wasser Abwasser 151, 1/2010, S.100-105

Weiß, M et. al.: Die Bedeutung struktureller Rahmenbedingungen für die Wasserversorgung: Grundlagen für Analyse, Bewertung und Vergleich ewp 3/2010, S. 40-45