

# Sonderausschuss Wasserverträge

---

## Kartellrechtliche Abmahnungen der Berliner Wasserbetriebe

11. Mai 2012

Annette Bangard/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

## Abgrenzung Preise und Gebühren:

- Erhebung hängt von Organisationsform ab
  - Privatrechtliche Versorger müssen Preise erheben
  - Öffentlich-rechtliche Versorger haben Wahlrecht
- Wasserpreise: Kartellrechtliche Prüfung
  - 40 größten Wasserversorger in DE erheben privatrechtliche Wasserpreise
- Wassergebühren:
  - Abgabenrechtliche Prüfung nach KAG
  - Anwendbarkeit Kartellrecht strittig

# 2. Missbrauchsaufsicht auf Wassermärkten

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*“

# 3. Verfahren Bundeskartellamt: BWB

6

## Verlauf des Verfahrens

- März 2010: Abgabe LKB Berlin an BKartA: Verfahren eingeleitet
- August 2010: Datenerhebung bei BWB + 44 Wasserversorgern
  - Wasserversorger der 38 größten Städte Deutschlands (alle deutschen Städte > 200.000 Einwohner) sowie kleinere Versorger in Berliner Umgebung
  - Seit Oktober 2010: Datenauswertung und -validierung
  - März-Oktober 2011: Datencheck mit befragten Versorgern
  - Dezember 2011: Abmahnung I
  - Januar 2012: Stellungnahme BWB + Nachermittlungen
  - Ende März 2012: Abmahnung II
  - Ende April 2012: Stellungnahme BWB

# 3. Verfahren Bundeskartellamt: BWB

7

## 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 Bundeskartellamt: BWB

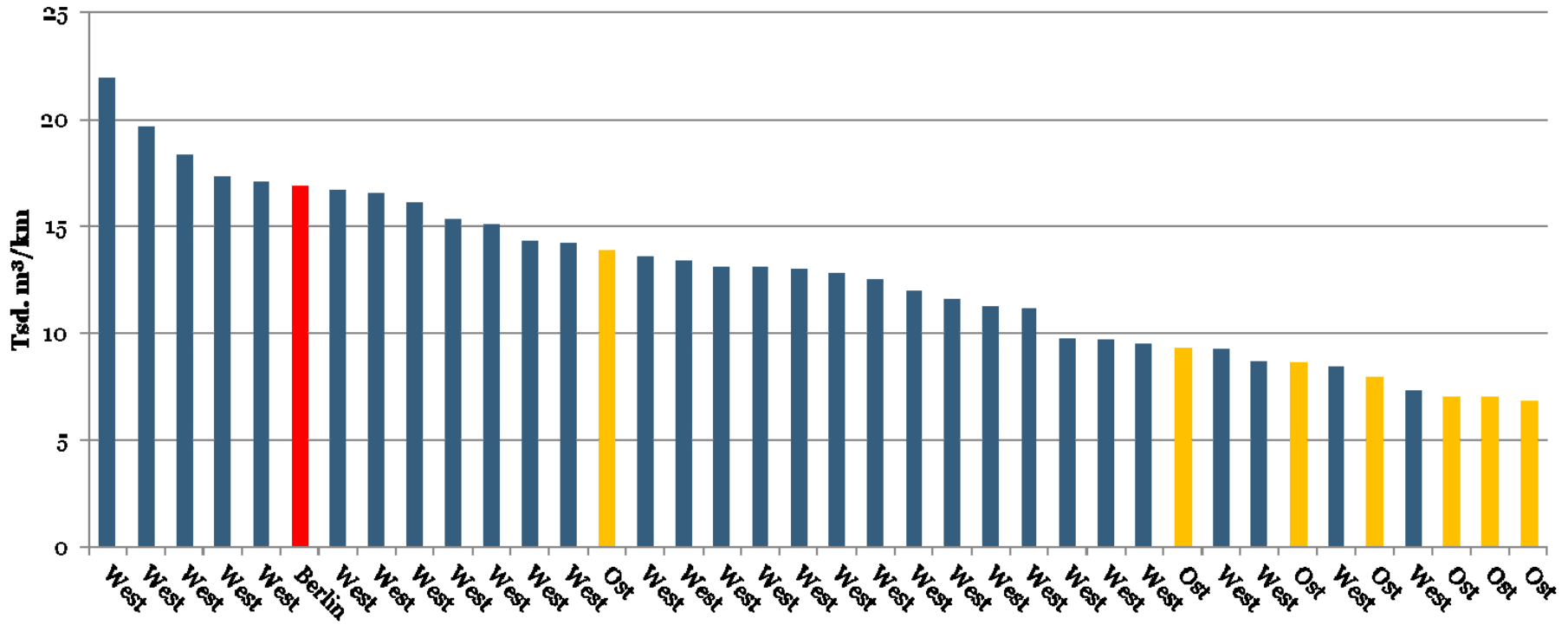
8

## Vergleichsbetrachtung

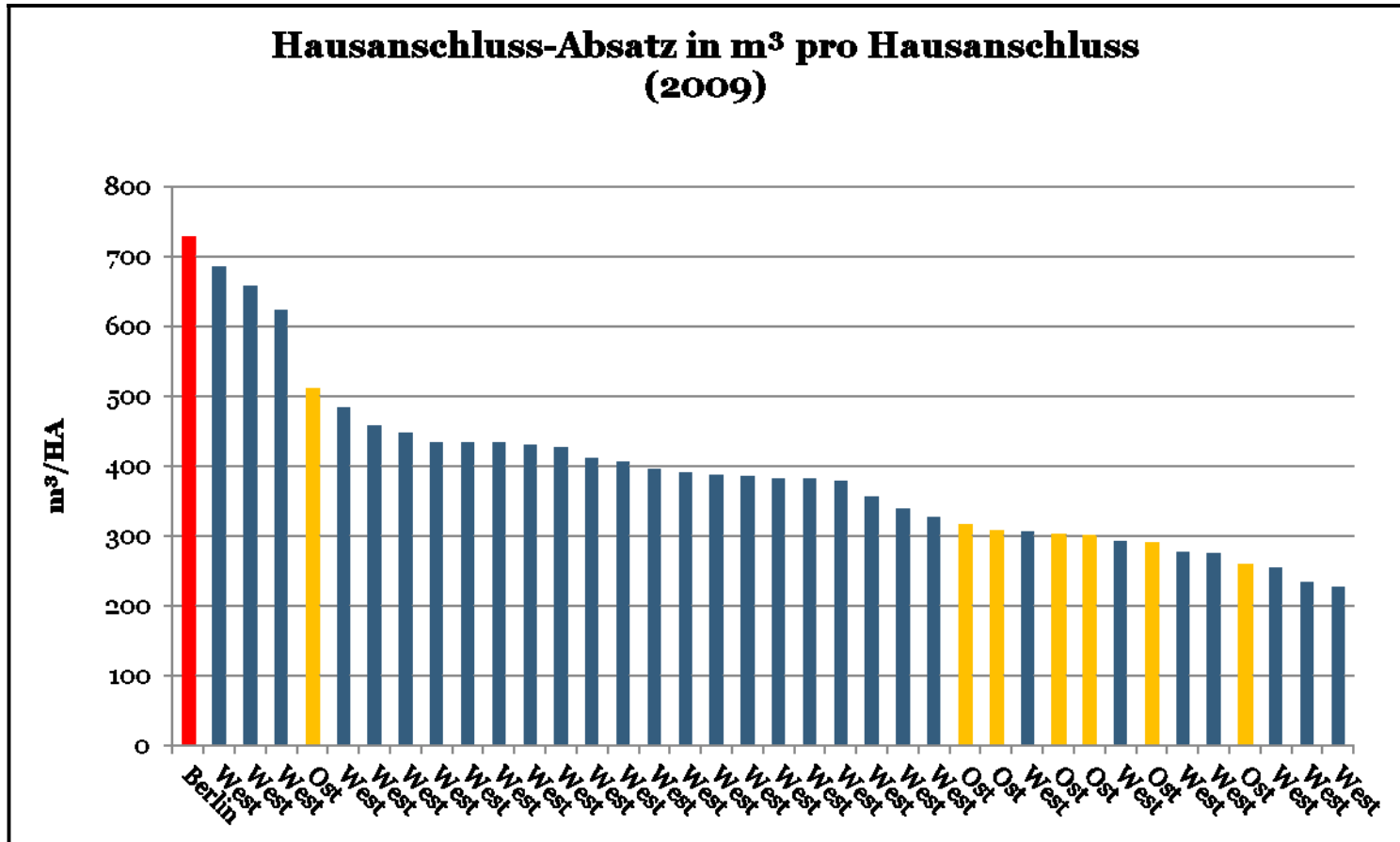
- Auswahl der Vergleichsunternehmen
- „Grobe Sichtung“: grundsätzlich alle 38 Großstädte vergleichbar
- Untersuchung von mehr als 15 Kriterien, z.B. Größe, Versorgungsdichte, naturgegebene, lokale Verhältnisse,...
- Vergleich mit HamburgWasser, SW München, RheinEnergie Köln
  - > 1 Mio. Einwohner in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

# 3. Verfahren Bundeskartellamt: BWB

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



# 3. Verfahren Bundeskartellamt: BWB



# 3. Verfahren Bundeskartellamt: BWB

11

## Methode des Preisvergleichs

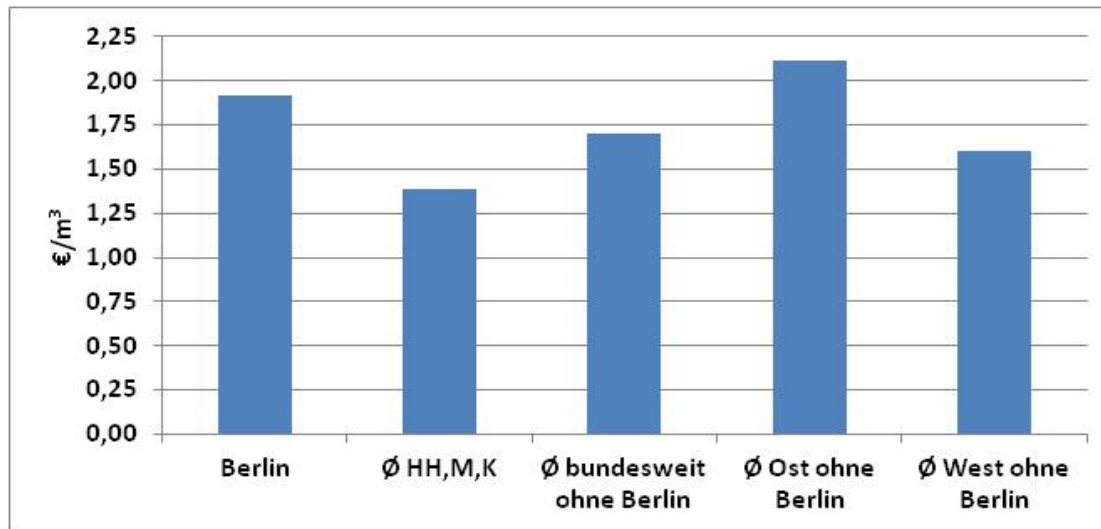
- Erlösvergleich = „Wasserumsatz durch Wasserabsatz“
  - Abgrenzung zum Tarifvergleich
  - Erlösvergleich als Vergleich der Durchschnittspreise (Grund- und Arbeitspreise) über alle Tarifstufen (Qn, Wohneinheiten etc.)
  - Bezogen auf alle Endkunden (HuK- und Industriekunden, keine Weiterverteiler)
 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

# 3. Verfahren Bundeskartellamt: BWB

12

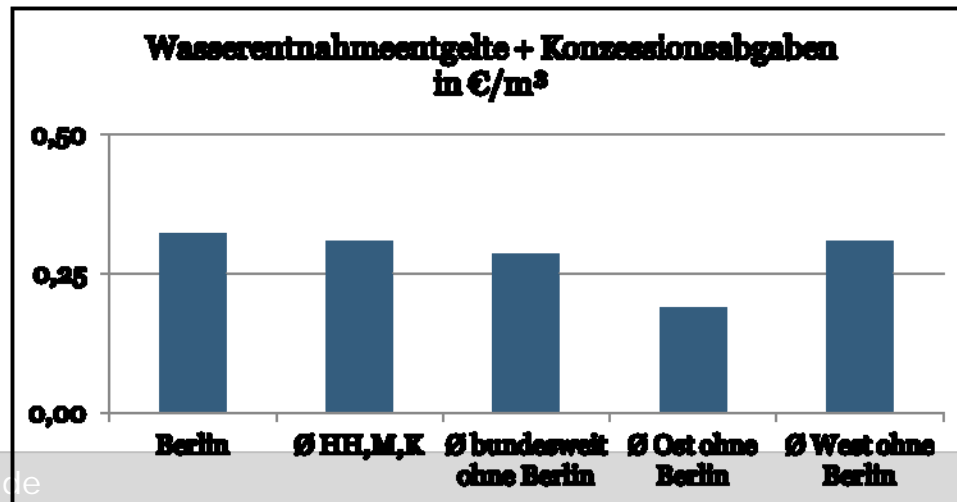
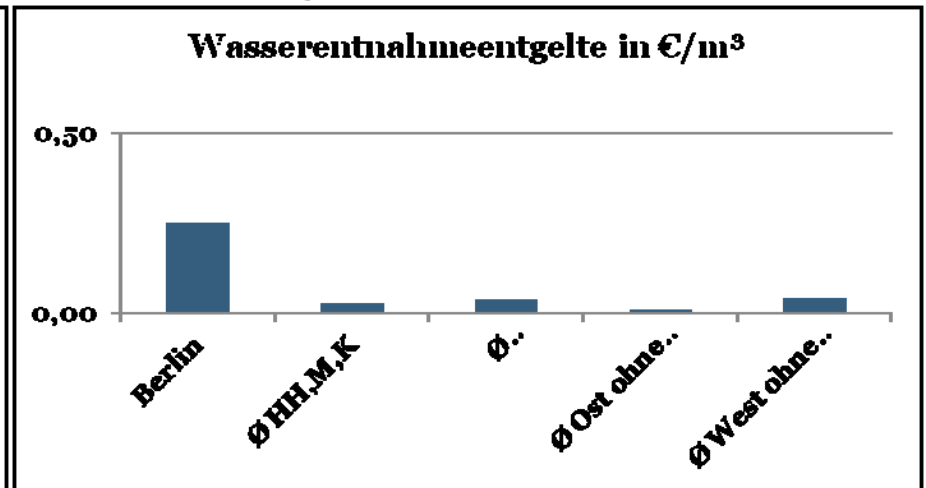
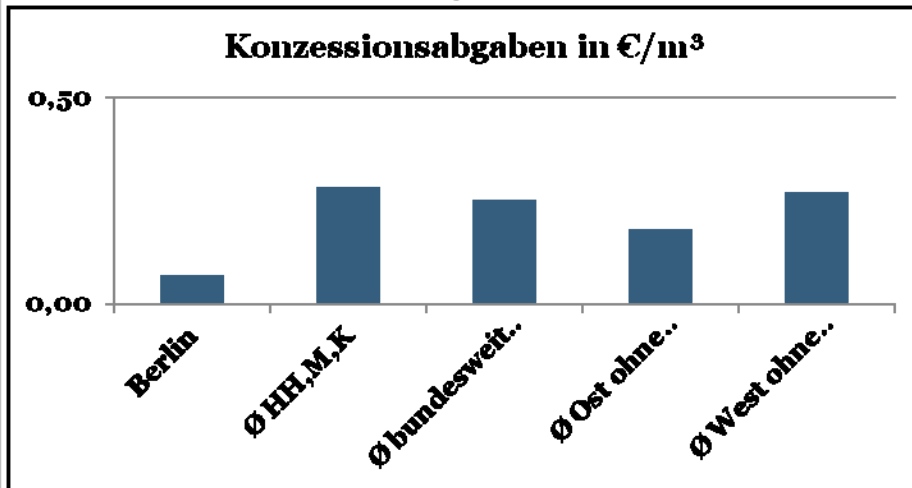
## Ergebnis des Preisvergleichs (ohne Rechtfertigungsgründe)

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



# 3. Verfahren Bundeskartellamt: BWB

## Konzessionsabgaben und Wasserentnahmeentgelte:



# 3. Verfahren Bundeskartellamt: BWB

14

## 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. 20% ggü. Ø HH, M, K

# 3. Verfahren Bundeskartellamt: BWB

15

## Vorläufige Bewertung laut Abmahnung

- 1. Abmahnung (Dezember 2011)
  - Durchschnittliche Absenkung für 2012-2014 um ca. 19% ggü. 2010 (abgabenbereinigt pro m<sup>3</sup>)
  - Erlösabsenkung von ca. 205 Mio. für 2012-2014 ggü. 2010.
- 2. Abmahnung (März 2012)
  - Durchschnittliche Absenkung für 2012-2015 um ca. 20% ggü. 2010 (abgabenbereinigt pro m<sup>3</sup>)
  - Erlösabsenkung von ca. 292 Mio. für 2012-2015 ggü. 2010.

# 3. Verfahren Bundeskartellamt: BWB

16

## Änderungen 2. Abmahnung

- Zusätzliche Datenermittlung für 2011
  - Neue Erlöszahlen für 2011 = Verschärfung Preisabsenkung, da BKartA zuvor mit höheren Inflationszuschlägen gerechnet hatte
  - Verschiebung Prognose von 2011-2014 auf 2012-2015 (= Erweiterung der beabsichtigten Preisabsenkung bis 2015)
- Änderungen Berechnung Sonderkosten Ost
  - Verringerung durch Abzug öffentlicher + privater Zuschüsse
  - Höhe der Investitionen wird spezifisch angegeben in Investitionen pro m<sup>3</sup> Wasserabsatz (statt Endkundenabsatz)
  - BWB hatte in 1990er Jahren sehr hohe Absätze, dadurch Investitionsquote „verwässert“. Investitionen €/m<sup>3</sup> wurden deshalb an den normalen Absätzen der letzten Jahre gemessen (i.E. hoher Sicherheitszuschlag)

# 4. Gerichtsverfahren

17

## Klage BWB gegen BKartA vor VG Köln

- Abwehranspruch gegen Durchführung eines Missbrauchsverfahrens (Abwehr kompetenzwidriger Übergriffe in wehrfähige Rechtsposition der BWB, die sich aus dem subjektiv-öffentlichen Recht als Anstalt ergibt)
- VG Köln, 05.09.2011: Abweisung der Klage als unzulässig
  - Verwaltungsrechtsweg (-), da Kartellverwaltungssache und nach § 63 GWB OLG Düsseldorf zuständig
  - damit Auffassung des BKartA bestätigt
- BWB hat Beschwerde beim OVG Münster eingelegt

# 4. Gerichtsverfahren

18

## Klage Niederbarnimer Wasserverband gegen BKartA

- Klage gegen Auskunftsbefehl 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

19

## 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

# 5. Ausblick

20

## Verfahren gegen BWB

- Nach Würdigung der Stellungnahme Beschluss nach § 32 GWB

## 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

# Sonderausschuss Wasserverträge

21

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Annette Bangard/Dr. Felix Engelsing

Bundeskartellamt

8. Beschlussabteilung



Bundeskartellamt