

## Kartellrechtliche Wasserpreiskontrolle und Beweislastverteilung

Wissen wir nach der BGH-Entscheidung mehr?

Konferenz „Kommunales Infrastruktur-Management“

11.Juni 2010

Berlin

Rechtsanwalt Daniel Schiebold

## Über uns

- Gegründet 1970
- Büros in Berlin, Köln, München, Stuttgart, Wien
- Über 120 Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater
- Führend in der Beratung der Energie- und Infrastrukturbranche mit interdisziplinärem Ansatz
- Spezialisiert besonders auf:
  - Energie-, Wasser-/Abwasser- und Abfallwirtschaft, ÖPNV und Telekommunikation
  - Regulierungsrecht
  - Gesellschafts-, Steuer- und Arbeitsrecht
  - Wettbewerbs- und Kartellrecht
  - Umwelt-, Kommunal- und Vergaberecht
  - Finanzierungen
  - Betriebswirtschaftliche Beratung/ Wirtschaftsprüfung
  - Recht des Energie- und Zertifikatehandels
  - Forderungsmanagement und insolvenzrechtliche Beratung aus Gläubigersicht
- Erfolgreiche Vertretung unserer Mandanten in einer Vielzahl von Grundsatzfragen
- Mandanten: Kommunen und Gebietskörperschaften, ca. 400 Stadtwerke und kommunale Verkehrsunternehmen, international agierende Versorgungs- und Handelsunternehmen, Betreiber regenerativer und konventioneller Erzeugungsanlagen, Projektentwickler, Banken, Industrieunternehmen...

## Daniel Schiebold, Rechtsanwalt

daniel.schiebold@bbh-online.de - Tel.: 030 - 611 28 40-35



- geboren 1972 in Rathenow, Brandenburg
- verheiratet, Vater zweier Söhne und zweier Töchter
- Abitur/Berufsausbildung zum Facharbeiter für Betriebs-, Mess-, Steuer und Regelungstechnik in Guben
- Studium der Rechtswissenschaften in Berlin
- Rechtsreferendariat in Brandenburg; u.a. bei der unteren Kommunalaufsichtsbehörde und im Ministerium des Innern des Landes Brandenburg
- 1994 - 2001 Mitarbeiter in einer für Kommunen und Zweckverbände arbeitenden Gesellschaft; Tätigkeitsbereich: Kommunalrecht, Kommunalabgabenrecht (Anschlussbeiträge und Benutzungsgebühren)
- seit 2001 Rechtsanwalt bei BBH Berlin
- seit 2006 Fachanwalt für Verwaltungsrecht
- Redakteur für den Bereich Wasser / Abwasser der Fachzeitschrift InfrastrukturRecht
- seit 2008 Partner der Sozietät

## Inhaltsübersicht

Beweislast und Verfahrensmaximen

**Auswertung / Kritik**  
**BGH-Entscheidung vom 02.02.2010 - KVR 66/08**

Fazit

# Inhaltsübersicht

## Beweislast und Verfahrensmaximen

## Begriffe

- Subjektive Beweislast (auch formelle Beweislast oder Beweisführungslast): Echte prozessuale Last, durch eigenes Tätigwerden den Beweis einer streitigen Tatsache zu führen
- Objektive Beweislast (auch materielle Beweislast): Bestimmt, wer Risiko der Nichtaufklärbarkeit des Sachverhalts trägt

## Gewinnung richterliche Überzeugung

- Beibringungsgrundsatz (ZPO): Partei hat tatsächlichen Prozessstoff und Beweismittel beizubringen
- Untersuchungsgrundsatz (VwGO, GWB): Ermittlung des entscheidungserheblichen Sachverhalts durch Gericht

## Untersuchungsgrundsatz - Gericht

- Aufklärung des maßgeblichen Sachverhalts durch alle vernünftigerweise zu Gebot stehenden Möglichkeiten
- Bestimmung des Umfangs der Ermittlungspflicht durch Klageantrag, Streitgegenstand und materielle Anspruchsvoraussetzungen
- Verletzung der Aufklärungspflicht durch Unterlassen einer möglichen und notwendigen Aufklärung = Verfahrensmangel
  - ⇒ Möglichkeit der Verfahrensrüge



## Untersuchungsgrundsatz - Beteiligte

- Obliegen (lediglich) einer Prozessförderungspflicht, d.h. umfassender Vortrag und Mitwirkung bei Sachverhaltsaufklärung
- Folge: keine subjektive Beweislast, lediglich verfahrensrechtliche Mitwirkungsobliegenheit

## GWB

- Untersuchungsgrundsatz - Verfahren vor Kartellbehörden:

*„§ 57 Ermittlungen, Beweiserhebung*

*Die Kartellbehörde kann alle Ermittlungen führen und alle Beweise erheben, die erforderlich sind. (...)“*

→ Trotz ungenauer Formulierung („*kannt*“) allgemeine Sachaufklärungspflicht der Kartellbehörde

## GWB

### ■ Untersuchungsgrundsatz - Beschwerdeverfahren

*„§ 70 Untersuchungsgrundsatz*

*(1) Das Beschwerdegericht erforscht den Sachverhalt von Amts wegen.*

*(2) Der oder die Vorsitzende hat darauf hinzuwirken, dass Formfehler beseitigt, unklare Anträge erläutert, sachdienliche Anträge gestellt, ungenügende tatsächliche Angaben ergänzt, ferner alle für die Feststellung und Beurteilung des Sachverhalts wesentlichen Erklärungen abgegeben werden. (...)*“

→ Schließung verbleibender Lücken im Tatsachenstoff

## § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB a.F.

*„Ein Missbrauch im Sinne des Satzes 1 Nr. 1 liegt insbesondere vor, wenn 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; (...).“*

→ Regelung der objektiven Beweislast

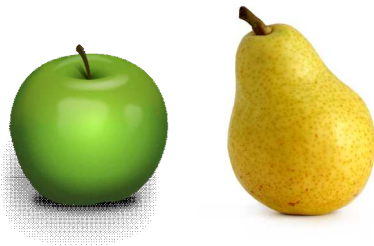
# Inhaltsübersicht

**Auswertung / Kritik**  
**BGH-Entscheidung vom 02.02.2010 - KVR 66/08**

## Was hat der BGH durch die Entscheidung vom 02.02.2010, KVR 66/08 abschließend geklärt?

- ✓ ■ Anwendbarkeit § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990
- ? ■ Gleichartige Versorgungsunternehmen
- ? ■ Vergleichspreis
- ? ■ Rechtfertigung
- ✓ ■ Keine Feststellung für Vergangenheit
  
- Obiter dictum Anwendbarkeit § 19 GWB

## § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB 1990 - Das Prüfungsraster -



1. Gleichartige  
Versorgungsunternehmen

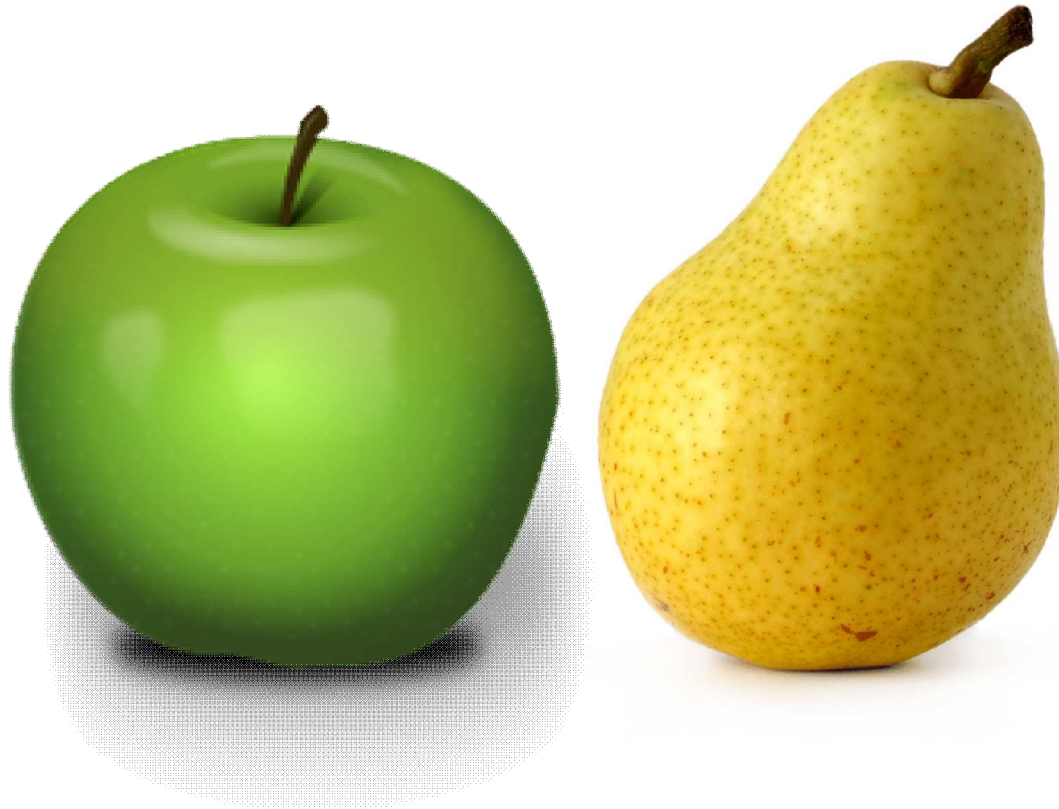


2. Ungünstigerer Preis

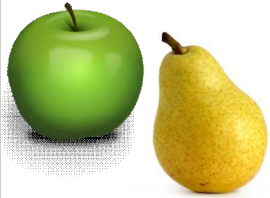


3. Keine Rechtfertigung

## Zur Gleichartigkeit





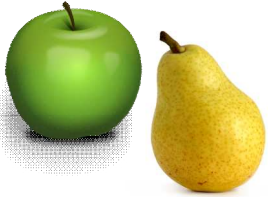


## Gleichartige Versorgungsunternehmen

BGH (Rn. 29):

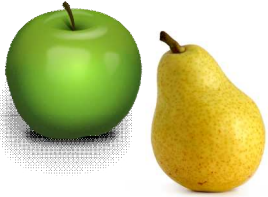
*„... Nur wenn die Unternehmen sich schon auf erste Sicht so signifikant unterscheiden, dass sich ihre Einordnung als gleichartig von vornherein verbietet, ist es dem betroffenen Unternehmen nicht zumutbar, nachweisen zu müssen, dass seine höheren Preise durch besondere Umstände gerechtfertigt sind. ...“*

Ist nun doch jedes Wasserversorgungsunternehmen mit allen anderen Wasserversorgungsunternehmen vergleichbar?



## Gleichartige Versorgungsunternehmen

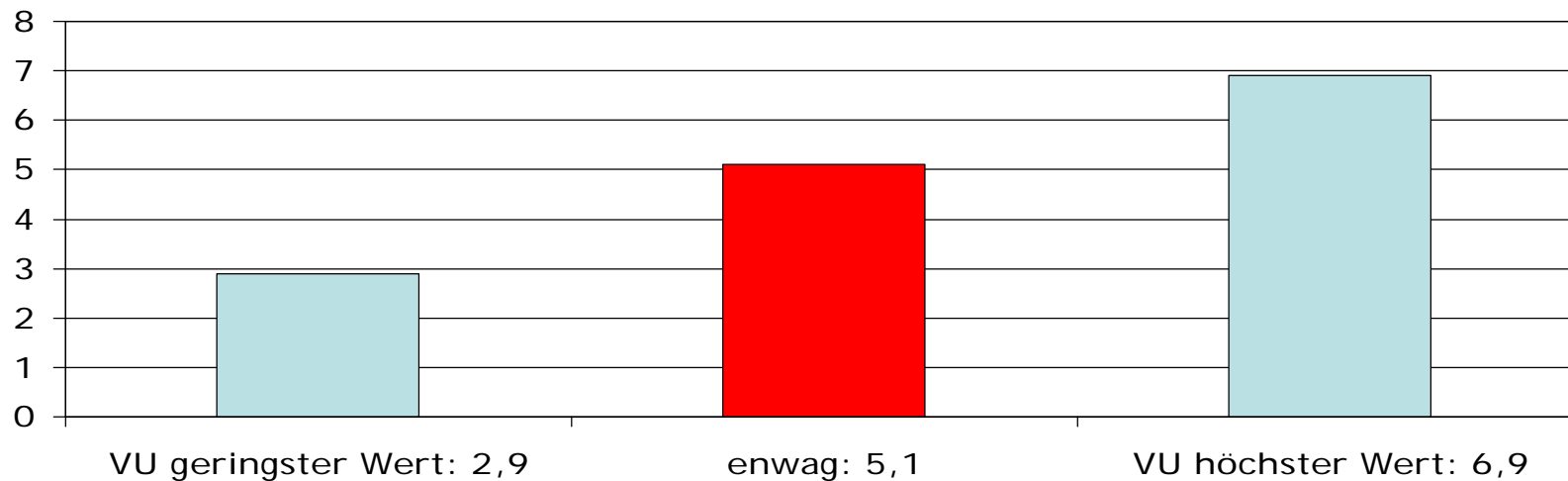
- Von der Landeskartellbehörde verwendete und vom BGH nicht beanstandete Auswahlkriterien:
  - Versorgungsdichte
  - Abnehmerdichte
  - Anzahl der versorgten Einwohner
  - Nutzbare Wasserabgabe
  - Abgabestruktur
  - Gesamterträge der Wassersparte



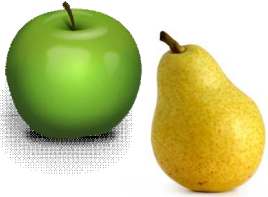
## Gleichartige Versorgungsunternehmen

Kriterium Versorgungsdichte = Metermengenwert

MMW = Wasserabgabe in m<sup>3</sup> pro Meter Leitungsnetz (einschließlich HA)



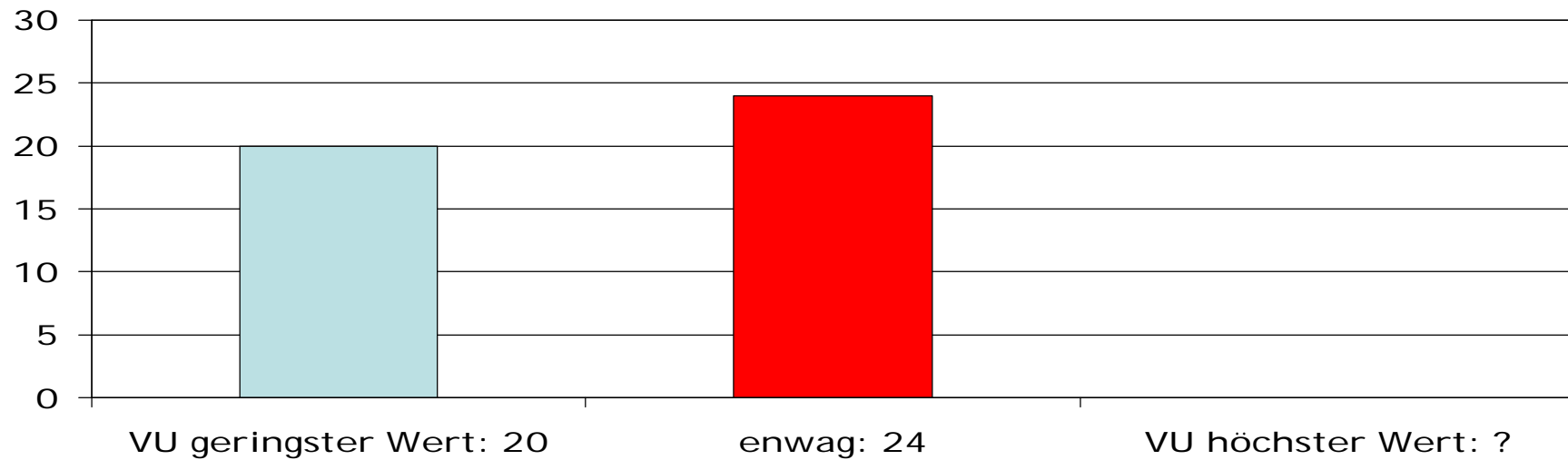
Niedriger MMW = schlechte Rahmenbedingungen  
(Achtung – müsste eigentlich Mengenmeterwert heißen)



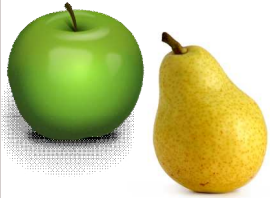
## Gleichartige Versorgungsunternehmen

### Kriterium Abnehmerdichte

AD = Meter Versorgungsnetz (ohne Hausanschlussleitungen) pro Hausanschluss

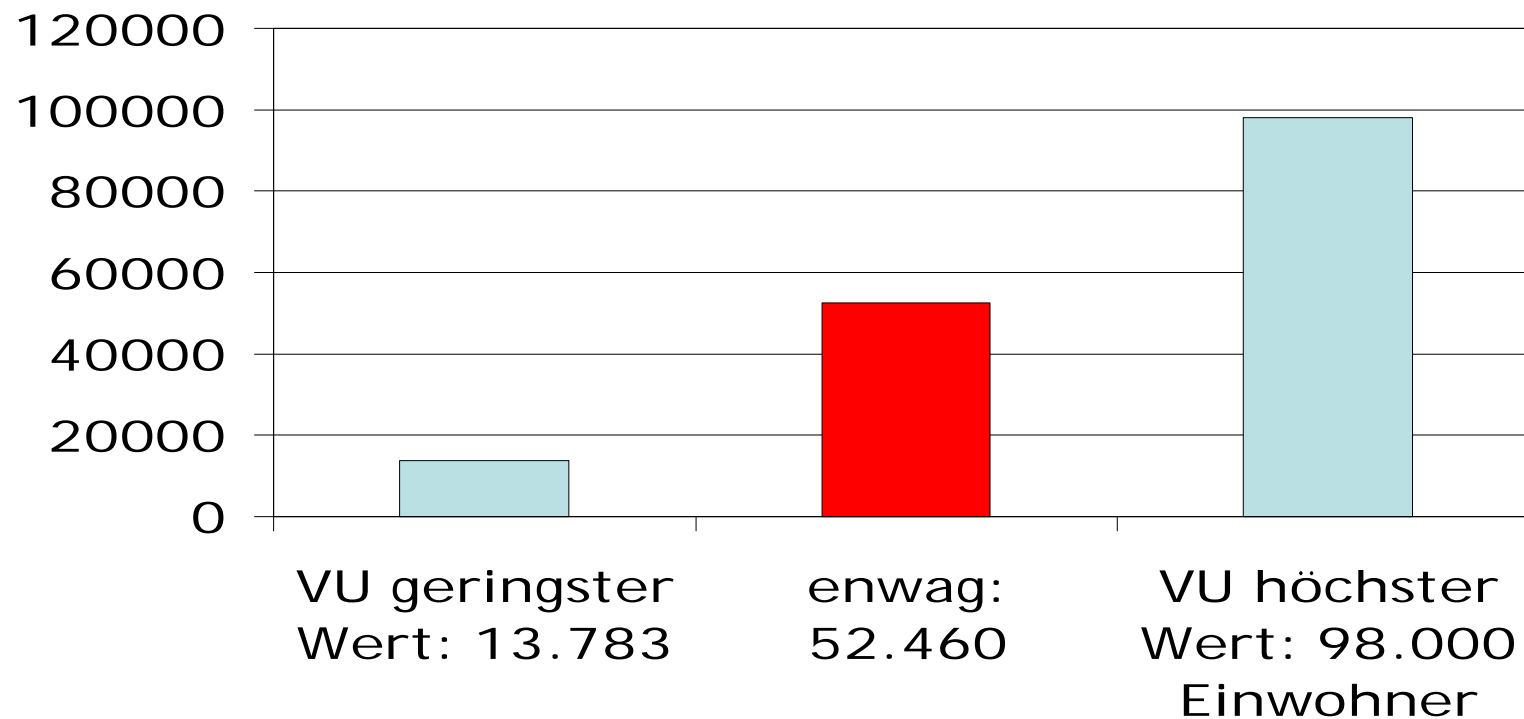


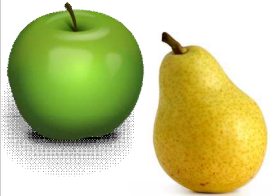
Hoher AD-Wert = schlechte Rahmenbedingungen  
(Achtung – Anschlussdichte klingt nach HA pro m Leitungslänge)



## Gleichartige Versorgungsunternehmen

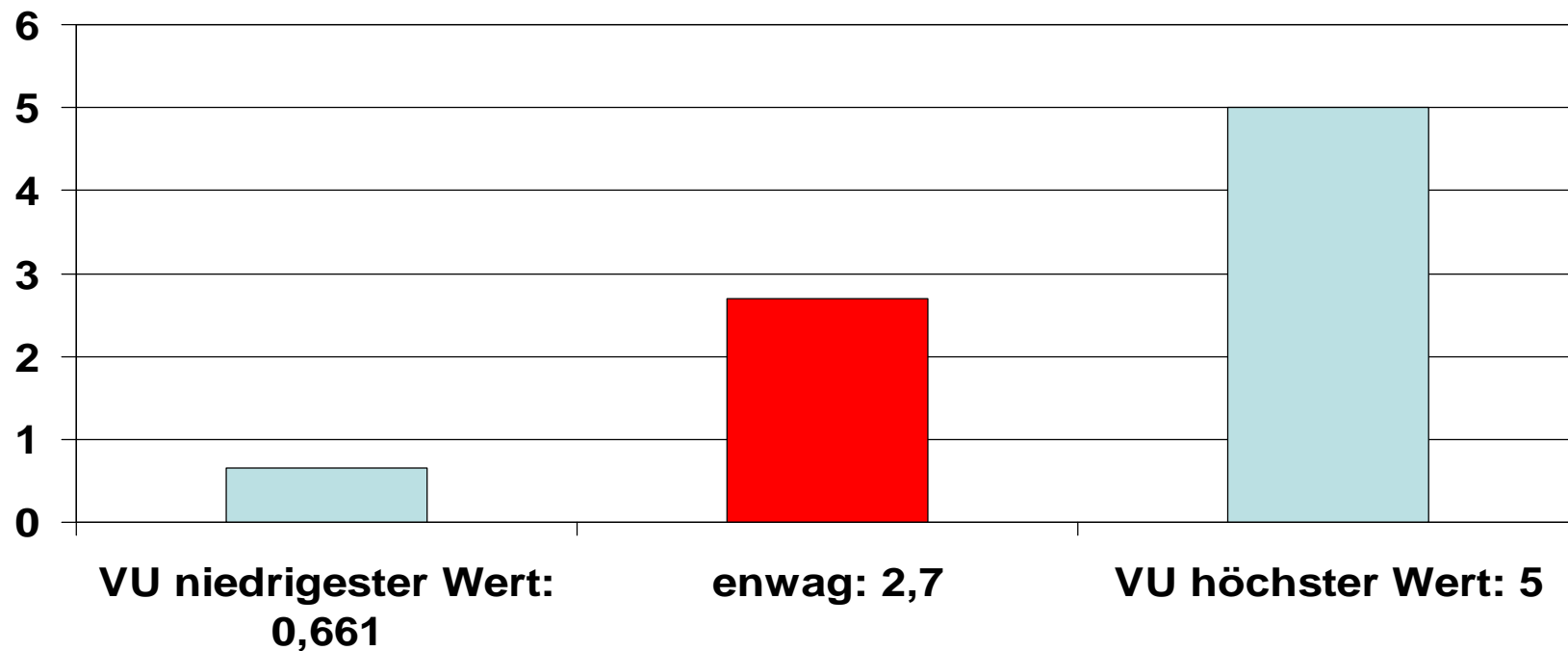
Kriterium Anzahl der versorgten Einwohner

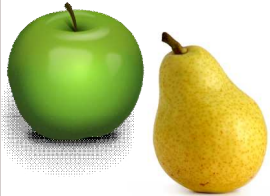




## Gleichartige Versorgungsunternehmen

Kriterium Nutzbare Wasserabgabe in Millionen m<sup>3</sup>

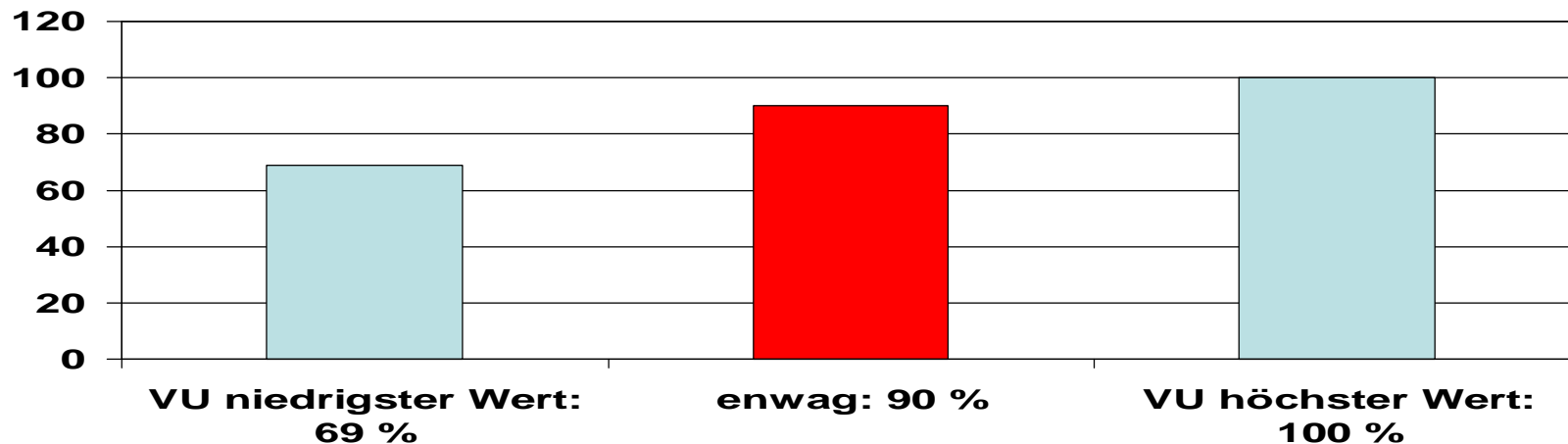




## Gleichartige Versorgungsunternehmen

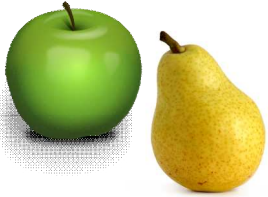
### Kriterium Abgabestruktur

Anteil der Wasserabgabe an Haushaltungskunden zur gesamten Wasserabgabe in %



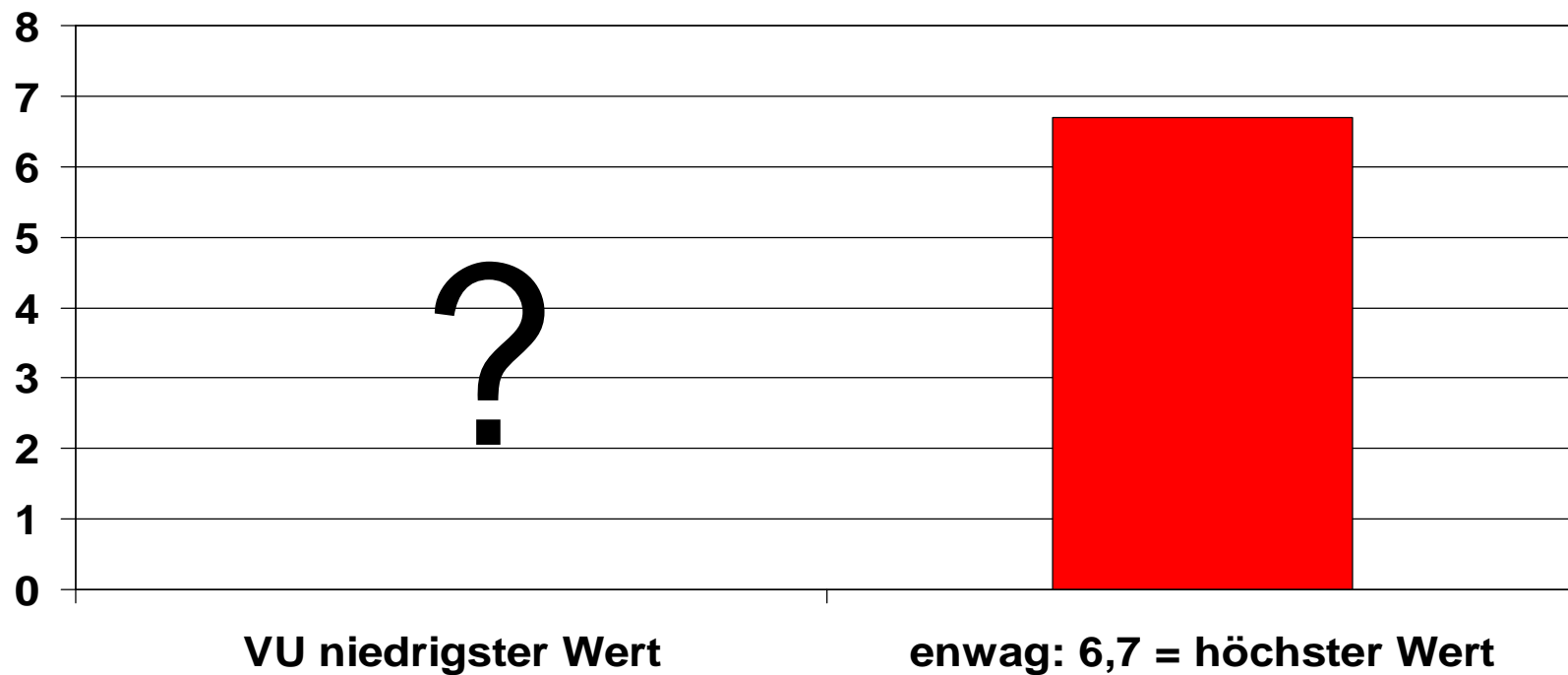
Abgrenzung?

Haushaltskunden / Kleingewerbekunden / Industriekunde?

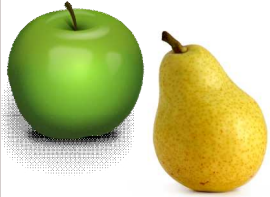


## Gleichartige Versorgungsunternehmen

Kriterium Gesamterträge der Wassersparte pro Jahr



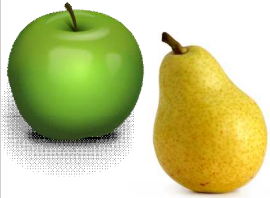




## Gleichartige Versorgungsunternehmen

### Kritik:

- Enthalten die unterschiedlichen Auswahlkriterien wirklich unterschiedliche Aussagen?
- Wie werden die Grenzen bestimmt, ab deren Überschreitung Gleichartigkeit nicht mehr vorliegt?
- War im vorliegenden Fall nicht alleiniges Auswahlkriterium „kleines Wasserversorgungsunternehmen“?



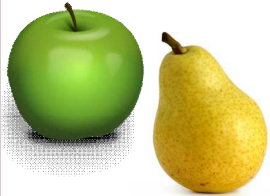
## Gleichartige Versorgungsunternehmen Beschaffungskosten

BGH:

- Geringe Kosten, Folge unternehmensindividueller Entscheidungen - ALSO: kein Auswahlkriterium für Gleichartigkeit
- Unterschiede sprechen nicht zwingend gegen Gleichartigkeit, da Kartellbehörde die Möglichkeit hat, durch Zu- und Abschläge Gleichartigkeit herzustellen

Kritik:

- In den Gesetzesmaterialien steht etwas anderes (BT-Drs. 8/2136, 33)
- GWB spricht von gleichartigen Unternehmen, nicht von gleichartig gemachten Unternehmen!



## Gleichartige Versorgungsunternehmen

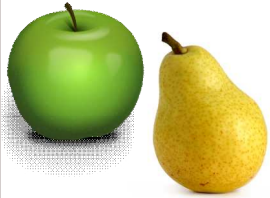
### Topografie und Geologie

BGH:

- Kein Auswahlkriterium, weil „*sich topographische und geologische Umstände angesichts ihrer Vielgestaltigkeit und der Schwierigkeit, sie in vergleichsfähigen Werten auszudrücken, der Berücksichtigung unter dem Gesichtspunkt der Gleichartigkeit*“ entziehen

Kritik:

- Höhenunterschiede (Richtung und Anzahl der zu überwindenden Höhenunterschiede), Anzahl Druckzonen als Indiz, Einteilung nach Bodenklassen etc. sind doch einfache Werte
- Gerade hierdurch bedingte Mehrkosten lassen sich nicht ohne weiteres beziffern und nachweisen



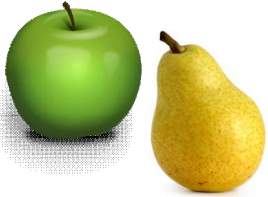
## Gleichartige Versorgungsunternehmen Anzahl der Vergleichsunternehmen

### BGH:

- Keine Aussage zur Anzahl der Vergleichsunternehmen
- Im gerichtlichen Verfahren waren es 18; im Verwaltungsverfahren wurden sogar noch Unternehmen ergänzt.
- Hinzu kommt, dass der BGH bei der Bewertung der einzelnen „Rechtfertigungsgründe“ zwischen den Vergleichsunternehmen „hin und her springt“

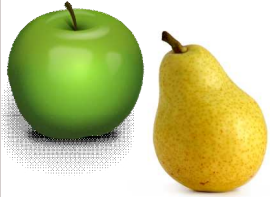
### Kritik:

- Eine Preisrechtfertigung darf nicht unmöglich gemacht werden!
- Es darf keinen Vergleich mit einer „Nationalmannschaft“ geben!



## Zwischenfazit (1)

- Bei aller Kritik kann das Tatbestandsmerkmal „gleichartige Versorgungsunternehmen“ nur ein grobes Auswahlkriterium sein.
- An der Auswahl eines gleichartigen Versorgungsunternehmens mit günstigeren Preisen wird es im Zweifel nicht scheitern.
- Es muss jedoch hinsichtlich Qualität und Quantität eine Vorauswahl getroffen werden, die dem betroffenen Unternehmen die tatsächliche Rechtfertigungsmöglichkeit belässt!



## Zwischenfazit (2)

- Kritik an der BGH-Rechtsprechung:
  - fehlende Auseinandersetzung mit §§ 57, 70 GWB
  - niedrige Anforderungen an Nachweis „Gleichartigkeit“ - hierdurch Verschiebung der subjektiven Beweislast hin zum WVU - obwohl eigentlich Untersuchungsgrundsatz und bereits objektive Beweislast bei WVU
  - 18 VU zulässig
  
- Schaffung einer unwiderlegbaren Vermutung - Gegenbeweis wird unmöglich

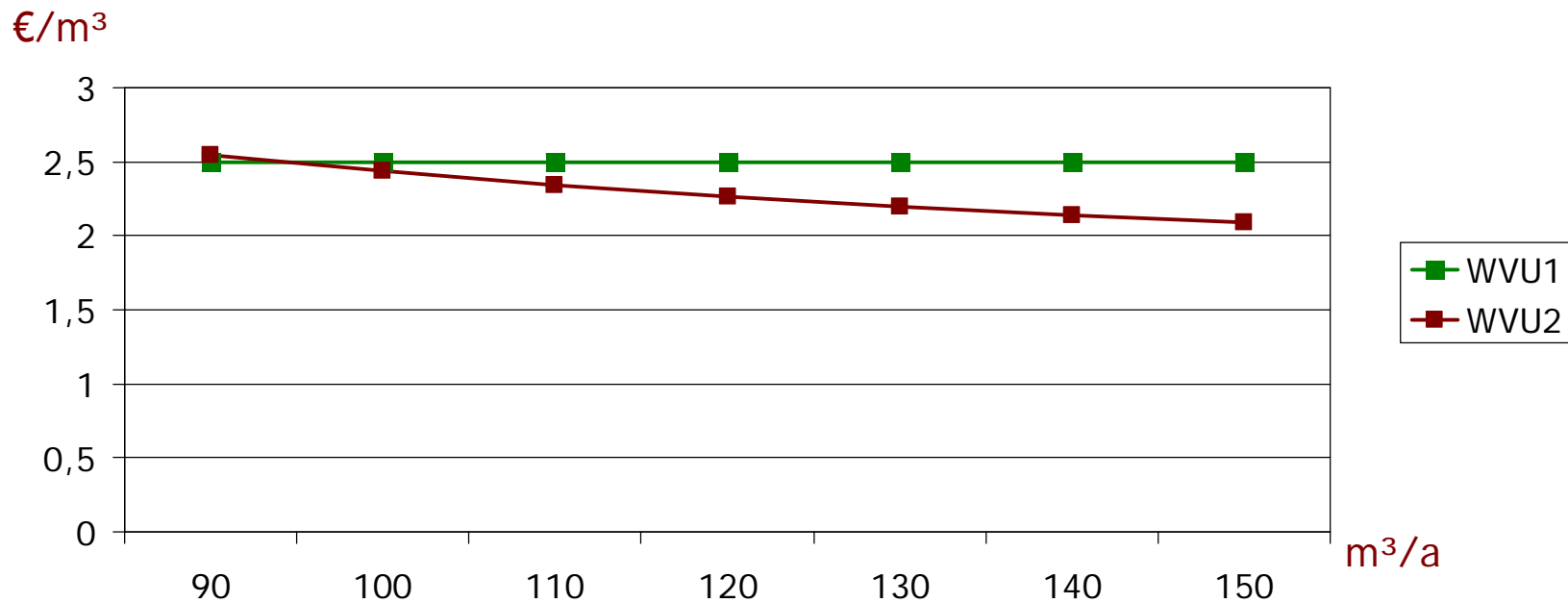
## Zum Preisvergleich





## Typfallbildung - Auswirkung auf Preisabstand

- WVU 1    GP= 0 €/a;            MP= 2,50 €/m<sup>3</sup>
- WVU 2    GP= 103,50 €/a;        MP= 1,40 €/m<sup>3</sup>



**Kritik:** Besonderheiten der Absatzstruktur werden bei Typfallbildung nicht berücksichtigt





## BKZ und Hausanschlusskosten?

BGH (Rn. 40): BKZ und HA-Kosten sind nicht bei der Ermittlung des Vergleichspreises zu berücksichtigen

*„Müssten die Wasserpreise unter Berücksichtigung der jeweils erhobenen BKZ und HA-Kosten bewertet werden, wäre der Preisvergleich erheblich erschwert. Dass Unternehmen in ihrer Preisgestaltung einer Beschränkung unterliegen können, wie sie für Unternehmen mit wirksamen Wettbewerb nicht ohne weiteres besteht, ist im Interesse einer effektiven Missbrauchsaufsicht hinzunehmen.“*



## BKZ und Hausanschlusskosten?

BGH:

- Thema der Rechtfertigung
- Internetseite gibt Auskunft (!?)

■ „*Internetseite gibt Auskunft über Höhe der BKZ*“

Kritik:

- Internet gibt keine Auskunft darüber, welche BKZ tatsächlich erhoben worden sind und wie diese sich auf den Wasserpreis auswirken!
- Gleiches gilt für Hausanschlusskosten!
- Im Übrigen kein struktureller Unterschied



## Zwischenfazit

- Der maßgebende Typabnahmefall muss einzelfallbezogen ermittelt werden!
- Sind BKZ und Erstattungen für Hausanschlusskosten nicht doch bei der Bildung des Vergleichspreises zu berücksichtigen?

## Zur Rechtfertigung





## Wege zur Rechtfertigung

### Weg 1:

- Ausgehen vom Preisniveau des VU
- Strukturell bedingte Mehrkosten hinzuaddieren

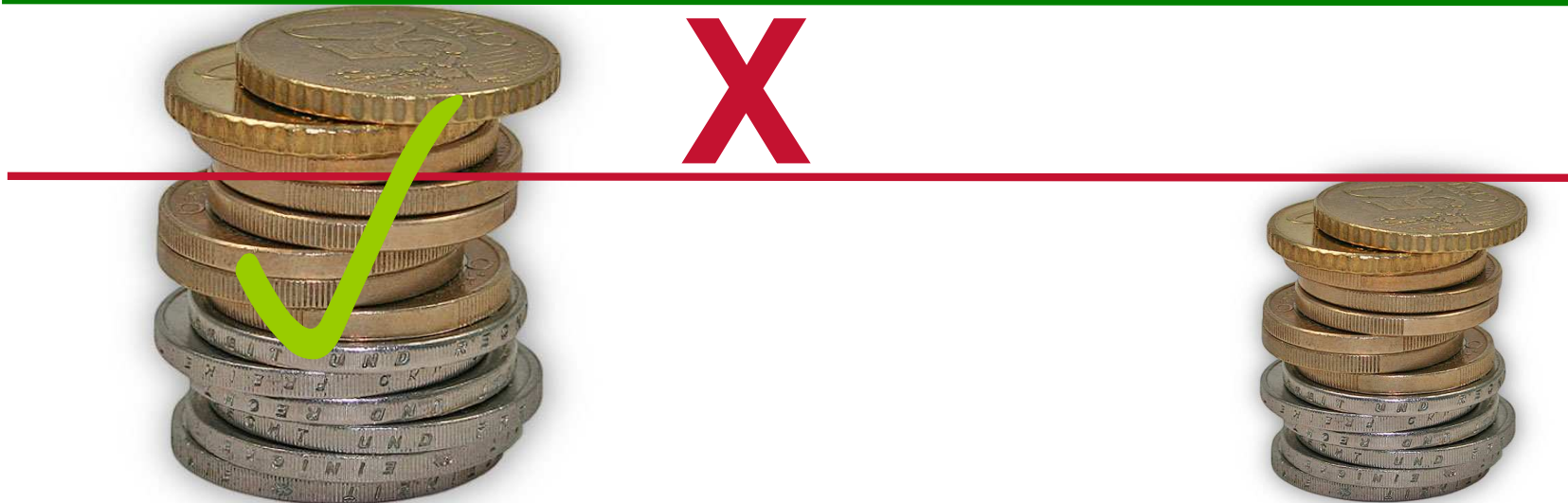




## Wege zur Rechtfertigung

### Weg 2: (BGH, Rn. 71 f.)

- WVU weist mittels Wasserpreiskalkulation nach, dass der Preis „nur“ die Kosten deckt und
- Kosteneinsparungen nicht erzielt werden können (kein Potential für rationelleren Betrieb)





## Nicht zurechenbare Umstände

§ 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB a.F.:

*„(...) es sei denn, das Versorgungsunternehmen weist nach, dass der Unterschied auf abweichenden Umständen beruht, die ihm nicht zurechenbar sind (...)“*



## Nicht zurechenbare Umstände

BGH (Rn. 42):

*„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 (...).“*





## Versorgungsdichte

LKartB:

- Zu- und Abschläge bei unterschiedlichen MMW

Einwand der Rechtsbeschwerde:

- Verteilungs- und Speicherkosten der VU weichen auch bei ähnlichem MMW erheblich voneinander ab

BGH:

- Vorgehen der LKartB in Ordnung
- Zusammenhang zwischen MMW und Kostenstruktur außer Frage
- Abweichung kann auf anderweitige strukturelle Unterschiede zurückzuführen sein



## Konzessionsabgabe

BGH:

- Ob unbeeinflussbarer Kostenfaktor oder unternehmerische Entscheidung wird offen gelassen, weil:
- Unterschiede wurden von LKartB durch Zu- und Abschläge berücksichtigt
  
- Höhe der KA
  - knüpft an Roheinnahmen an
  - ist nur insoweit zu berücksichtigen, als sie für kartellrechtlich gerechtfertigte „Roheinnahmen“ erhoben werden darf



## Baukostenzuschuss

BGH:

- Unterschiede in Tarifpreisen, die auf unterschiedlich hohen BKZ beruhen, sind grundsätzlich wegen Tarifgestaltungsfreiheit des WVU hinzunehmen und geeignet, höheren Preis zu rechtfertigen
- Zur Rechtfertigung
  - **Nicht ausreichend:** Nachweis geringerer BKZ
  - **Erforderlich:** Vorlage einer Kalkulation, aus der sich ergibt, wie sich Preise verändern, wenn gleich hohe BKZ wie vom VU berechnet werden

Wie soll das gehen?



## Eigen- und Fremdkapitalkosten

BGH:

- **Grundsatz: nicht rechtfertigend**, weil unternehmensindividueller Umstand
- **Ausnahme:** Kapitalkosten des VU sind aufgrund außergewöhnlicher Umstände besonders niedrig (z.B.: Eigentümer verzichten auf Rendite)

enwag:

- Montabaur = Eigenbetrieb → Keine Verzinsung des Eigenkapitals

BGH (Rn. 54):

- Einwand trägt nicht: „...kann nur dazu führen, dass bei diesem Unternehmen ein entsprechender Zuschlag auf die von ihm verlangten Preise gemacht werden muss. An der Gesamtbewertung ändert sich dadurch nichts, da andere Unternehmen der Vergleichsgruppe niedrigere Preise als Montabaur verlangen.“



## Erneuerung / Instandhaltung

- Mehrkosten für Erneuerung/Instandhaltung?
- Mehrkosten durch höhere Wasserverluste?

enwag:

- Siedlungsgeschichtlich bedingtes höheres Netzalter
- Komplizierter Netzaufbau

BGH:

- Entscheidungen des WVU aus der Vergangenheit muss es sich heute zurechnen lassen (unterlassene oder ineffektive Investitionen)
- Daher: Kostenelemente und nicht Strukturunterschiede
- Nicht belegt:
  - dass Preise bei zusätzlicher Investition in Vergangenheit höher wären
  - dass in Vergangenheit erforderliche Investitionsvorhaben durchgeführt wurden



## Topografie

BGH:

- **Struktureller Umstand**
- kann ungünstigeren Preis rechtfertigen
- zB erhöhte Wasserverteilungs- oder Speicherkosten
- **Aber erforderlich: Konkreter Nachweis**
  - in welcher Höhe solche Mehrkosten anfallen,
  - wie diese Mehrkosten in den Preis einfließen und
  - dass insoweit keine Rationalisierungsreserven bestehen



## Keine Kostendeckung bei Vergleichsunternehmen

BGH (Rn. 67): Grundsätzlich rechtfertigend

*„Ebenso wenig, wie das betroffene Unternehmen verpflichtet werden kann, Preise zu verlangen, die auch bei wirtschaftlicher Betriebsführung seine Selbstkosten nicht decken können Preise von Vergleichsunternehmen zugrunde gelegt werden, die unter deren Selbstkosten liegen.“*



## Keine Kostendeckung bei Vergleichsunternehmen

### ■ BGH:

Vorgehen der LKartB nicht zu beanstanden

- Abstellen auf Montabaur mit teuerstem Preis, obwohl Montabaur nicht kostendeckend,
- weil Abstellen auf andere VU mit günstigeren Preisen ebenso möglich wäre

### ■ Kritik:

- kein Eingehen des BGH auf andere VU
- betroffenes VU kann sich nicht wehren, da ihm Vergleichsdaten nicht zur Verfügung stehen





## Zwischenfazit

- BGH erkennt zwei Rechtfertigungswege an.
- BGH liefert kaum neue Erkenntnisse zu der Frage, was strukturelle Unterschiede sind, und wie hierdurch bedingte Mehrkosten nachgewiesen werden sollen.

# Inhaltsübersicht

Fazit

## Fazit (1)

- Je geringer die Anforderungen an den durch die Kartellbehörden zu führenden Nachweis sind, desto höher werden die Anforderungen an die durch WVU zu führende Rechtfertigung
- Verschärfung der vorhandenen Beweislastumkehr

## Fazit (2)

Forderungen wegen Geltung Untersuchungsgrundsatz:

- Hinweisen des WVU auf Rechtfertigungsgründe ist nachzugehen
- Wenn schon kein „reiner“ Untersuchungsgrundsatz, dann wenigstens konsequente Ausübung der richterlichen Hinweispflicht (§ 70 Abs. 2 GWB)
- Keine Möglichkeit des WVU die Daten der Vergleichsunternehmen zu beschaffen
  - ⇒ Offenlegung durch Kartellbehörde erforderlich



Rechtsanwälte · Wirtschaftsprüfer · Steuerberater

**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit**

**Ansprechpartner: Rechtsanwalt Daniel Schiebold**

BBH Berlin  
Magazinstraße 15-16  
10179 Berlin  
Tel.: 030 611 28 40 0  
Fax: 030 611 28 40 99  
berlin@bbh-online.de

BBH Köln  
KAP am Südkai  
Agrippinawerft 30  
50678 Köln  
Tel.: 0221 6 50 25 0  
Fax: 0221 6 50 25 299  
koeln@bbh-online.de

BBH München  
Untere Weidenstraße 5  
81543 München  
Tel.: 089 23 11 64 0  
Fax: 089 23 11 64 570  
muenchen@bbh-online.de

BBH Stuttgart  
Industriestraße 3  
70565 Stuttgart  
Tel.: 0711 722 47 0  
Fax: 0711 722 47 499  
stuttgart@bbh-online.de

**www.bbh-online.de**