

Prüfungsmaßstäbe bei der Entgeltkontrolle im Wasser- und Abwasserbereich

Berlin, 24.06.2011

Dr. Peter Gussone

Über uns

- Gegründet 1970
- Büros in Berlin, Brüssel, Köln, München, Stuttgart, Wien
- Über 150 Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Ingenieure
- 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...

Dr. Peter Gussone

peter.gussone@bbh-online.de - Tel.: 030 / 611 28 40-95



- geboren 1976 in Köln
- Studium der Rechtswissenschaften, Geschichte und Politik in Bonn, Lausanne und Köln
- wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Versicherungsrecht, Universität zu Köln
- Promotion im Europarecht, Universität zu Köln
- wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Umwelt- und Europarecht, Humboldt-Universität
Referendariat am Kammergericht in Berlin, Stationen u.a. im Bundesministerium der Justiz und beim Flüchtlingshochkommissariat der Vereinten Nationen in Wien
- 2006 - 2008 Rechtsanwalt bei BBH Berlin
- 2008 - Juni 2011 Referent beim Bundeskartellamt Bonn
- seit Juni 2011 Counsel bei BBH Berlin
- umfassende Vortrags- und Publikationstätigkeit mit Schwerpunkt Regulierungsrecht, allgemeines Energiewirtschaftsrecht, Kartellrecht

Inhaltsübersicht

Einleitung

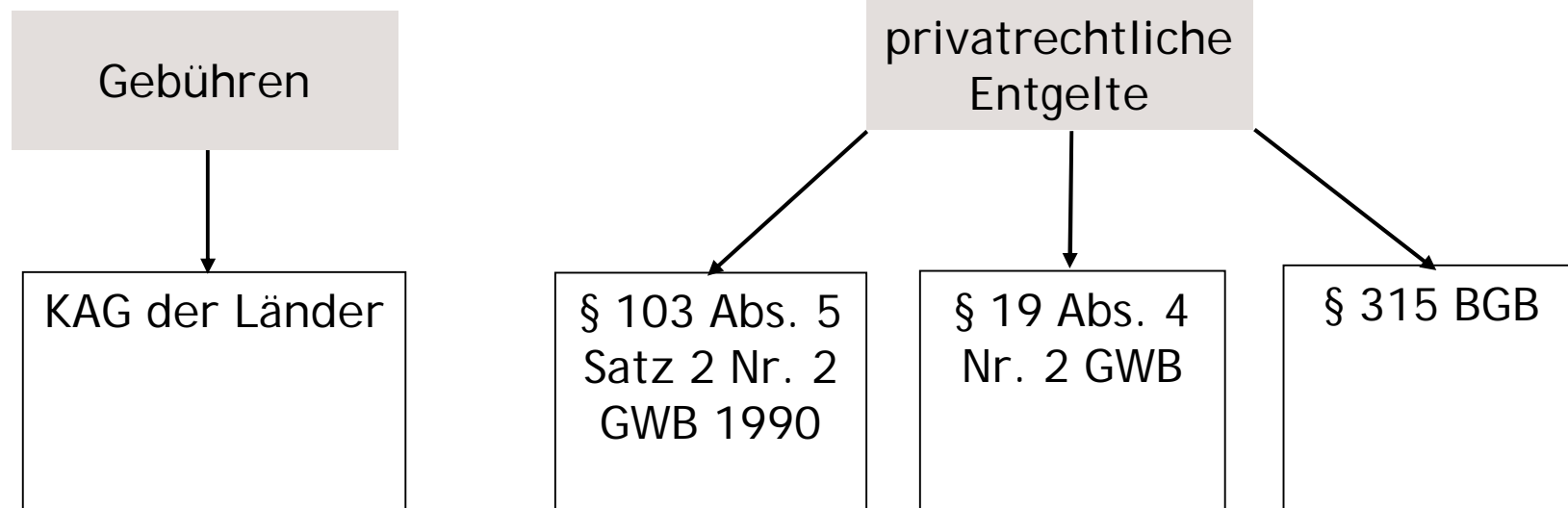
Kontrollinstrumente

Prüfungsmaßstäbe

Schlussfolgerungen

Einleitung

Instrumente der Entgeltkontrolle Wasser



Einleitung

Normativer Befund

- **GWB:** verschärfte und allg. Missbrauchsaufsicht für alle Wasserversorgungsunternehmen (WVU) mit Preisen; kein regulierungsrechtlicher Effizienzbegriff
- **KAG:** teilweise Anordnung Geltung KAG auch für privatrechtliche Entgelte (z. B. § 7 Abs. 9 KAG RP); generell Äquivalenzprinzip, Gleichbehandlungsgrundsatz und Kostendeckungsprinzip
- **§ 315 BGB:** Billigkeitsprüfung, kostendeckende Preise nicht unbillig

Einleitung

Problemstellungen

- Prüfungsmaßstäbe
 - Gibt es Unterschiede beim materiellen Prüfungsmaßstab im GWB, KAG und § 315 BGB?
 - Gibt es dann möglicherweise Normkonflikte?

- Beweislastverteilung
 - Unterscheidung formelle und materielle Beweislast
 - Geltung Beweislastumkehr in § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 nur für materielle Beweislast?

Inhaltsübersicht

Einleitung

Kontrollinstrumente

Prüfungsmaßstäbe

Schlussfolgerungen

Kontrollinstrumente

§ 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990

„Ein Mißbrauch (...) liegt insbesondere vor, wenn ein Versorgungsunternehmen ungünstigere Preise (...) fordert als gleichartige Versorgungsunternehmen, es sei denn, das Versorgungsunternehmen weist nach, daß der Unterschied auf abweichenden Umständen beruht, die ihm nicht zurechenbar sind; (...)“

Kontrollinstrumente

§ 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990

- Maßstab: ungünstigere Preise, Konkurrentenvergleich
- Geltendmachung: Kartellbehörden
- Rechtsfolge: Preissenkungsverfügung für Zukunft, Rückzahlungsverfügung (LKartB Hessen), Erlösbegrenzung (LKartB Hessen)

Kontrollinstrumente

§ 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB

„Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden; hierbei sind insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen;“

Kontrollinstrumente

§ 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB

- Maßstab: vom Wettbewerbspreis abweichende Entgelte, Als-ob-Wettbewerbspreis nach Vergleichsmarktkonzept
- Geltendmachung: Kartellbehörden, Kunden
- Rechtsfolge: per se Rechtswidrigkeit, Preissenkungsverfügung, zivilrechtliche Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche (§ 33 GWB), ggf. Vertragsnichtigkeit (§ 134 BGB)

Kontrollinstrumente

§ 315 BGB

(1) Soll die Leistung durch einen der Vertragschließenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist.

(2) (...)

(3) Soll die Bestimmung nach billigem Ermessen erfolgen, so ist die getroffene Bestimmung für den anderen Teil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht. Entspricht sie nicht der Billigkeit, so wird die Bestimmung durch Urteil getroffen; das Gleiche gilt, wenn die Bestimmung verzögert wird.

Kontrollinstrumente

§ 315 BGB

- Maßstab: Billigkeit (z.B. gestiegene Bezugskosten und auch sonstige Kostensteigerungen bei Nachweis i.O.; keine Effizienzprüfung)
- Geltendmachung: Kunden
- Rechtsfolge: keine Fälligkeit des unbilligen Entgelts, Festsetzung eines billigen Entgelts

Kontrollinstrumente

KAG der Länder

- typischer Inhalt:
 - Kostendeckungsgebot („nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ansatzfähige Kosten“) für Gebühren öffentl. Einrichtungen
 - wirtschaftliche Unternehmen dürfen (zusätzlichen) Ertrag erzielen
- Exkurs nach GO: Pflicht zu Gebührenerhebung / Vorrang Entgelte vor Steuern
(Abweichungen je nach geltendem Landesrecht)

Kontrollinstrumente

KAG der Länder

- Maßstab: nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ansatzfähigen Kosten, Erforderlichkeit
- Geltendmachung: Kunden (Anfechtung Bescheid, ggf. Normenkontrolle), Kommunalaufsichtsbehörden
- Rechtsfolge: Nichtigkeit Satzung, Anfechtbarkeit / Rechtswidrigkeit Bescheid, Rückzahlungsanspruch

Inhaltsübersicht

Einleitung

Kontrollinstrumente

Prüfungsmaßstäbe

Schlussfolgerungen

Prüfungsmaßstäbe

Kostenbegriff

- einheitlicher, kalkulatorischer Kostenbegriff im GWB, KAG (nach Rspr.), bei § 315 BGB
- plausibler Einzelnachweis durch Versorger für Selbstkosten, strukturelle Unterschiede
- keine regulierungsrechtliche Effizienzkontrolle; wohl aber rationelle, wirtschaftliche Betriebsführung

Prüfungsmaßstäbe

rationelle, wirtschaftliche Betriebsführung

- KAG: aufgrund Gebot der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit nur erforderliche Kosten ansatzfähig
- GWB: Selbstkosten bei wirtschaftlicher Betriebsführung (Untergrenze), Kosten wegen struktureller Unterschiede, hypoth. Wettbewerbskosten
- § 315 BGB: Verwaltungsprivatrecht
- gleiche Bewertung Kosten KAG, § 103 GWB 1990; § 19 GWB stärkere Wirtschaftlichkeitsbetrachtung (Nachweis aber KartB)

Prüfungsmaßstäbe

Zulässigkeit der Gewinnerzielung (1)

- KAG:
 - Gewinnerzielung verfassungsrechtlich zulässig (Grenze: Äquivalenzprinzip)
 - idR Kostendeckung gestattet
 - wirtschaftliche Unternehmen „sollen“ nach GO regelmäßig Ertrag erzielen; für WVU teilweise angeordnet, z.B. § 14 Abs. 1 S. 2 KAG BaWü

Prüfungsmaßstäbe

Zulässigkeit der Gewinnerzielung (2)

- **GWB:**
 - Gewinnerzielung zulässig und i.Ü. Grundpfeiler des Wettbewerbsprinzips
 - entscheidend Wettbewerbsumfeld bei § 103 GWB 1990; hypoth. Wettbewerbspreis bei § 19 GWB
- **§ 315 BGB:**
 - Grenze Billigkeit iSe marktgerechten Preises
- angemessene Eigenkapitalverzinsung = Kosten, nicht Gewinn

Prüfungsmaßstäbe

Beispiele für (nicht) ansatzfähige Kosten

Position	GWB	§ 315 BGB	KAG
Bewirtung			
Sponsoring			
Nicht ausgeschriebene Leistungen			
Überkapazitäten			
Eigenkapitalverzinsung			

Prüfungsmaßstäbe

Vergleich mit anderen Versorgern

- KAG:
 - nicht de lege lata
- GWB:
 - Vergleich mit 1 Unternehmen reicht (dann größere Sicherheitsabschläge); tatsächlicher Wettbewerb bei § 103 GWB 1990, hypoth. Wettbewerb bei § 19 GWB
- § 315 BGB:
 - kein Vergleich, aber „marktübliche“ Preise als Indiz für Billigkeit?

Prüfungsmaßstäbe

subjektive Beweislast

- = prozessuale Beweisführungslast

- KAG, GWB:
 - grds. Behörde (Untersuchungsgrundsatz), aber Mitwirkungspflicht Versorger
 - Ausnahme bei § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990?

- § 315 BGB:
 - Kunde, aber sekundäre Darlegungs- und Beweislast Versorger

Prüfungsmaßstäbe

objektive Beweislast

- = Tragung des Risikos der Nichtaufklärbarkeit

- KAG, GWB:
 - grds. Behörde
 - Ausnahme bei § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 für Rechtfertigung

- § 315 BGB:
 - Wasserversorgungsunternehmen

Prüfungsmaßstäbe

Besonderheiten Abwasser

- § 103 GWB 1990 gilt nicht (nur Versorgung); aber § 19 GWB
- hoheitliche Aufgabe; kein Unternehmen nach KommR, daher regelmäßig keine Gewinnerzielung zulässig
- Aber Eigenkapitalverzinsung zulässig und notwendig (kein Gratisangebot)
- § 315 BGB

Inhaltsübersicht

Einleitung

Kontrollinstrumente

Prüfungsmaßstäbe

Schlussfolgerungen

Schlussfolgerungen

1. Kostenbegriff und Prüfungsmaßstab sind im KAG und bei § 103 GWB 1990 vergleichbar; § 19 GWB ggf. strengerer Maßstab, der aber in erster Linie KartB trifft
2. Kein (regulierungsrechtlicher) Effizienzbegriff
3. Beweisführungslast im Verfahren und Prozess vergleichbar
4. i.E. kein Normkonflikt der unterschiedlichen Prüferegime

BBH
Becker Büttner Held

Rechtsanwälte · Wirtschaftsprüfer · Steuerberater

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Ansprechpartner: Dr. Peter Gussone

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

BBH Brüssel
Avenue Marnix 28
1000 Brüssel/Belgien
Tel.: +322 204 44 00
Fax.: +322 204 44 99
bruessel@bbh-online.be

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