

Föderalismus in der kartellrechtlichen
Wasserpreiskontrolle - welche Behörde wie prüft

Konferenz „Kommunales Infrastruktur-Management“

1. Juni 2012

Rechtsanwalt Dr. Peter Gussone

Über uns

- Gegründet 1970
- Büros in Berlin, Brüssel, Köln, München, Stuttgart, Wien
- Über 200 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, über 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 40-675

- 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, seit 2012 Partner Counsel
- umfassende Vortrags- und Publikationstätigkeit mit Schwerpunkt Regulierungsrecht, allgemeines Energiewirtschaftsrecht, Kartellrecht

Inhaltsübersicht

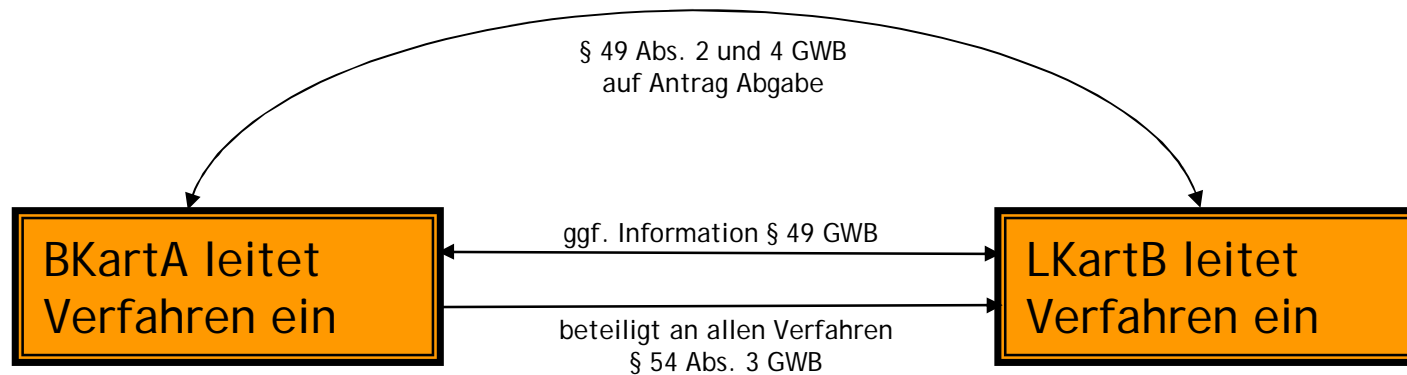
- I. Zuständigkeit und Verfahren der Kartellbehörden
- II. Kartellrechtliche Prüfung
- III. Unterschiede und Schwerpunkte der Prüfung
- IV. Fazit

I. Zuständigkeit

- BKartA, „*Wenn die Wirkung des wettbewerbsbeschränkenden ... Verhaltens ... über das Gebiet eines Landes hinaus reicht*“, § 48 Abs. 2 Satz 1 GWB
- LKartB, die nach Landesrecht zuständigen obersten Landesbehörden
- ➔ Bei Kontrolle Wasserpreisen in der Regel LKartB



I. Zuständigkeit



I. Verfahren

- Regelmäßige, auch informelle Abstimmungen zwischen BKartA und LKartB
- Versuch einer standardisierten Datenerhebung für alle Verfahren durch einheitlichen Fragebogen
- Im Ergebnis wird Fragebogen BKartA von keiner LKartB vollumfänglich übernommen; zum Teil auch abweichende Fragen in den Ländern
- Mit Ausnahme LKartB Ba-Wü und Hessen keine Streitige Entscheidung bislang (Verpflichtungszusagen stattdessen)

Inhaltsübersicht

- I. Zuständigkeit und Verfahren der Kartellbehörden
- II. Kartellrechtliche Prüfung
- III. Unterschiede und Schwerpunkte der Prüfung
- IV. Fazit

II. Kartellrechtliche Prüfung

- **Rechtsgrundlagen**
 - § 131 GWB i. V. m. § 103 GWB 1990 (§ 31 lit. b GWB Neu)
 - § 19 Abs. 1 u. 4 GWB
 - nebeneinander anwendbar

- **Überprüfungskonzept**
 - Vergleichsmarktkonzept - Tarifvergleich (z. B. Hessen, Nds., LSA)
 - Vergleichsmarktkonzept - Erlösvergleich (z. B. BKartA)
 - Kostenprüfung (nur § 19 GWB; z. B. Ba-Wü)

II. Kartellrechtliche Prüfung

- Unterschiede § 103 GWB 1990 - § 19 GWB
 - Beweislastumkehr zu Lasten Unternehmen für nicht zurechenbare Umstände bei §103 GWB 1990
 - rückwirkende Verfügungen nur nach § 19 GWB möglich
 - grds. keine aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen bei § 19 GWB

- ➔ für Behörde hinsichtlich Rechtsfolgen § 19 GWB günstiger, aber volle Beweislast für Voraussetzungen

Inhaltsübersicht

- I. Zuständigkeit und Verfahren der Kartellbehörden
- II. Kartellrechtliche Prüfung
- III. Unterschiede und Schwerpunkte der Prüfung
- IV. Fazit

III. Unterschiede und Schwerpunkte der Prüfung

- Unterschiede bei Ansatz kalkulatorischer Kosten; z. B.
 - überwiegend grds. Berücksichtigung kalkulatorischer Kosten (BKartA, Hessen, LSA)
 - Ba-Wü Abschreibungen handelsrechtlich auf Anschaffungs-Herstellungskosten-Basis (AHK), Fortschreibung bisher nach HGB angewandten Nutzungsdauern
 - Nds. nur hins. EK-Verzinsung (sonst HGB)
- unterschiedliche Handhabung Sicherheits- und Erheblichkeitszuschlag (SZ /EZ): z. B.
 - Ba-Wü nur SZ v. 0,05 €/m³
 - Nds. 5 % SZ u. 2,5 % EZ
 - Hessen 5 % SZ u. 5 % EZ

III. Unterschiede und Schwerpunkte der Prüfung

- Typischer Inhalt von Missbrauchsverfügungen / Verpflichtungszusagen
 - Preissenkung (z. B. BKartA, LSA)
 - Preiserhöhungsverbot (z. B. Ba-Wü)
 - Preisobergrenze (z. B. Hessen)
 - Erlösobergrenze (z. B. Hessen)
 - Rückzahlung (z. B. Ba-Wü, Hessen)
(Kombination möglich)

III. Unterschiede und Schwerpunkte der Prüfung

- Preissenkungsniveau bei Vergleichsmarktkonzept
 - Niveau günstigstes gleichartiges Unternehmen (nach Berücksichtigung aller Rechtfertigungsgründe und Sicherheits- und Erheblichkeitszuschlägen; kein Praxisfall bekannt)
 - mittleres Niveau der Vergleichsunternehmen (z. B. BKartA, Hessen)
 - Niveau eines als „besonders ähnlich“ ausgewählten Vergleichsunternehmens (z. B. Nds.)
 - unterhalb Niveau, ab dem Missbrauchsverfahren eingeleitet (z. B. LSA)

III. Unterschiede und Schwerpunkte der Prüfung

Ansatzfähige Kosten / Rechtfertigungsgründe

Position	Voller Ansatz	Teilweiser Ansatz	Kein Ansatz
Wasserentnahmeentgelt	alle KartB		
BKZ /HAKB	Hessen, Nds. (Abschreibung u. ersparte FK- Zinsen), LSA		
Öff. Zuwendungen	Bisher alle		
Konzessionsabgabe	LSA	Hessen Wetzlar I (nur prozentual), Nds. (nur prozentual)	Hessen Wetzlar II
Löschwasser		Ba-Wü (ca. 8 % der Kosten)	Hessen, Nds.
Eigenkapitalverzinsung		Ba-Wü (bis 8,23 %), Nds. (3-6 %), Hessen (6 %)	

III. Unterschiede und Schwerpunkte der Prüfung

Position	Voller Ansatz	Teilweiser Ansatz	Kein Ansatz
Wasserbeschaffung		Ba-Wü (Kappung wg. zu teurem Fremdbezug; Nds. (tw. Deckelung))	Hessen, wenn Fremdbezug günstiger
Baukosten		BKartA (Investitionen Berlin Ost), Hessen (nur Versorgungsdichte), Nds. (nur Versorgungsdichte), LSA (Netzialter, Bodenklasse)	
Topographie		Hessen Wetzlar II (Behälter u. Pumpwerke), Nds. (Behälter u. Pumpwerke tw.); LSA (Pumpwerke)	
Fehlende Kostendeckung Vergleichsunternehmen		Hessen, Nds. (Anhebung EK-Zins auf max. 6 %)	

III. Unterschiede und Schwerpunkte der Prüfung

- In Bayern ist das Wasser blau, in Hessen ist es trübe
➔ Aufgreifermessen der Kartellbehörden

- Wegen fehlender gesetzlicher Vorgaben und fehlender Branchenstandards (z. B. Kalkulationsvorgaben) Datenbasis der Behörden sehr inhomogen
➔ Übertragung Strom-/GasNEV aber unzulässig

- Zum Teil unzureichende Erkenntnis über die Rahmenbedingungen der Wasserversorgung

Inhaltsübersicht

- I. Zuständigkeit und Verfahren der Kartellbehörden
- II. Kartellrechtliche Prüfung
- III. Unterschiede und Schwerpunkte der Prüfung
- IV. Fazit

IV. Fazit

- GWB lässt KartB erheblichen Spielraum bei Prüfung Kosten und Preise von WVU; Rechtsprechung noch unzureichend - Konkretisierungsvakuum
- ➔ Resultat: heterogene Prüfungspraxis in Bund und Ländern
- ➔ Eigene, belastbare Kalkulation möglich und erforderlich
- Vergleichsmarktkonzept ungeeignet, da Bedingungen der Wasserversorgung zu unterschiedlich
- KartellB fehlen Branchenwissen und Detailkenntnis der RegB - Defizit auch bei Rechtsanwendung

BBH
Becker Büttner Held

Rechtsanwälte · Wirtschaftsprüfer · Steuerberater

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Rechtsanwalt 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.: +32 2 204 44 00
Fax.: +32 2 204 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