



[**Gaßner, Groth, Siederer & Coll.**]

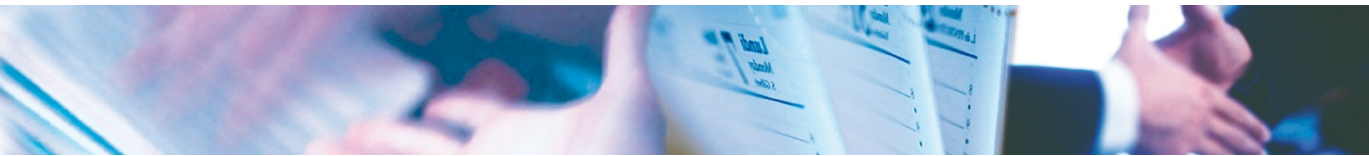
www.ggsc.de

Kartellrechtliche Kontrolle der Wasserpreise



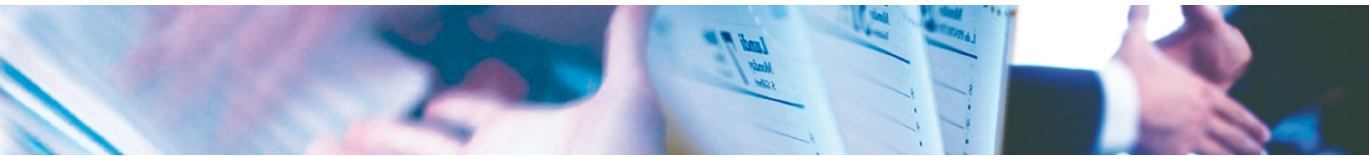
**Hofgeismarer Gespräche zur
Gemeingüterwirtschaft, 28. - 29. Juni 2011**

Dr. Thomas Reif



Übersicht

- I. Warum Missbrauchsaufsicht über Wasserversorger?
- II. Aktivitäten der Kartellbehörden
- III. Vergleichsmarktkonzept bei der Wasserpreisprüfung
- IV. Ablauf des Missbrauchsverfahrens
- V. Neue Ansätze und Entwicklungen
- VI. Exkurs 1: Ausweichstrategien – Rekommunalisierung
- VII. Exkurs 2: Alternativen zu Prozess / Rekommunalisierung
- VIII. Fazit



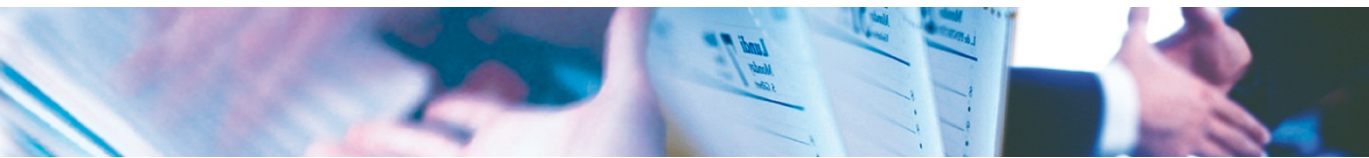
I. Warum Missbrauchsaufsicht über Wasserversorger?

- **„Kampf der Guten gegen die Guten“**
(Manfred Köhler, FAZ, am 09.05.2011 in Wiesbaden)
- Aber: Wasserversorgung vollzieht sich im natürlichen Monopol
- Grund / Rechtfertigung der strengen besonderen Missbrauchsaufsicht
 - Schutz aller Teilnehmer vor Preissmissbrauch durch Marktbeherrscher
 - Korrektiv für eine durch Wettbewerb nicht kontrollierte / kontrollierbare Markstellung der leitungsgebundenen Versorgungswirtschaft
- **Akzeptierte „Grundübel“**
 - Vergleich innerhalb monopolistischer Strukturen
 - Beschränkungen, dies es so selbst unter Wettbewerb nicht gäbe (BGH)



Es gibt keinen Anreiz für günstige / effiziente Versorgung (dennoch gibt es gute, effiziente Unternehmen!)

- Kein Optimierungszwang für die Unternehmen
 - Preis- / Kostenführerschaft oder Qualitätsführerschaft?
 - Die Endkunden haben keine Wahlmöglichkeit
 - ➡ Das Spannungsfeld aus Sicherheit, Qualität und Wirtschaftlichkeit muss nicht individuell gelöst werden, um Kunden zu gewinnen
 - ➡ Jedes „Produkt“ findet seinen Absatz - unabhängig vom Preis
 - Günstigere Preise schmälern das Konzessionsabgabenaufkommen
 - Die Wasserpreise müssen andere kommunale Aufgaben finanzieren
 - Wenn das Unternehmen gut wirtschaftet, dann werden ihm die Mittel ohnehin entzogen (keine „Belohnung“ für die Geschäftsführung)
- ➡ **Und die Reaktion?**



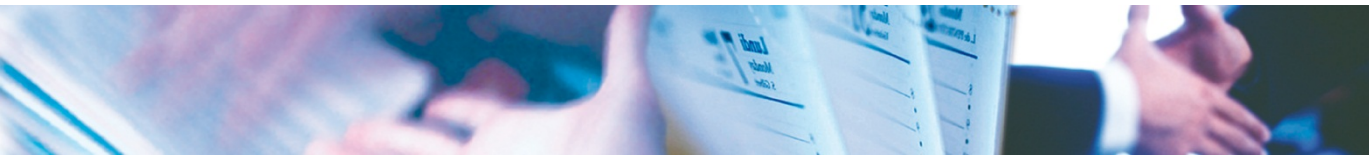
Missbrauchsaufsicht - warum gerade jetzt?

- Das Konzept der Missbrauchsaufsicht nach § 103 GWB aF existiert so seit 1982 (4. GWB-Novelle) ...
- Die Wasserwirtschaft hat im Rahmen der Liberalisierungsdiskussion sehr dafür gekämpft, dass dieser gesetzliche Rahmen so erhalten bleibt
- **Die Entwicklung nach der Energieliberalisierung:**
 - „Böse“ (teure) Energieversorger
 - Fortwährende Wasserpreisvergleiche
 - Regulierung Strom und Gas
 - Hartnäckiger Referatsleiter in Hessen...
 - Arglose / schlecht beratene Branchenverbände?



II. Aktivitäten der Kartellbehörden (ohne Anspruch auf Vollständigkeit)

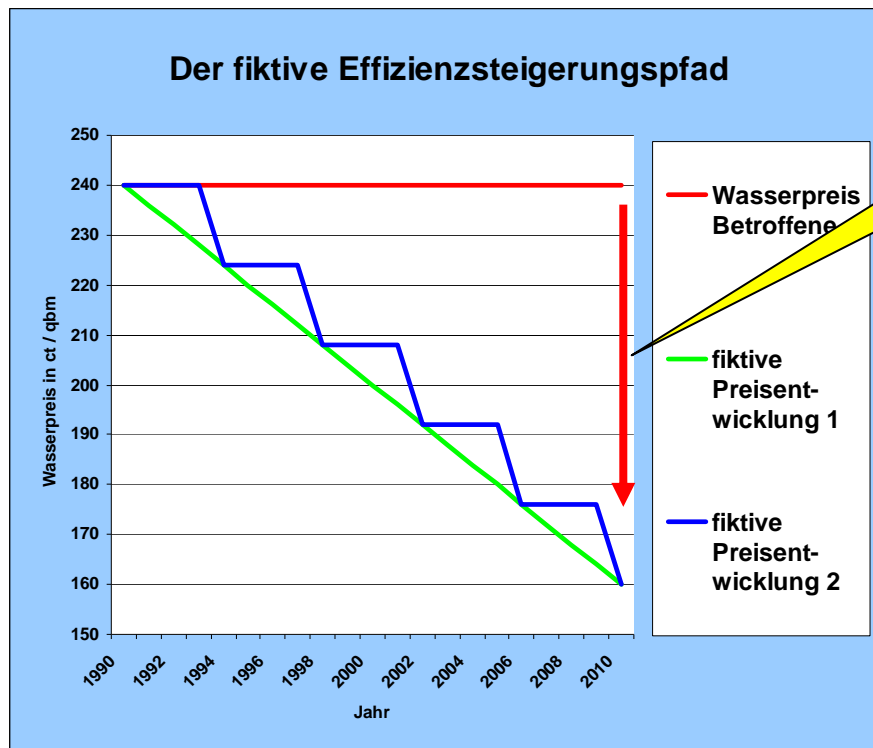
- **Bundeskartellamt**
 - Verfahren gegen die Berliner Wasserbetriebe
 - Konzept: Gesamterlösvergleich
 - Verdacht der um ca. 25% überhöhten Wasserpreise
- **LKartB Baden Württemberg**
 - Missbrauchsverfügung gegen die Energie Calw GmbH
 - Konzept: Kostenkontrolle
 - Preissenkung: ca. 35% (Beschwerde anhängig)
- **LKartB Niedersachsen**
 - Anhörungsverfahren betreffend 10 Unternehmen



Verfahren in Hessen (Vergleichsmarktkonzept)

- **Verfügung enwag** (bestandskräftig mit BGH vom 2.2.2010)
 - Senkung Wasserpreis um **29%** (Typfall 150 qbm / Jahr)
- **Verfügung enwag II** (Beschwerde anhängig)
 - Senkung Wasserpreis um **33 - 36%** (je nach Typfall)
- **Verfügung Mainova** (Beschwerde anhängig)
 - Senkung Wasserpreis um **37%** (Typfall 150 qbm / Jahr)
- **Verfügung SW Kassel** (Beschwerde anhängig)
 - Senkung Wasserpreis um **37%** (Typfall 150 qbm / Jahr)
- Verfahren eingeleitet in Wiesbaden, Darmstadt und 4 weiteren Städten

Missverständnis I



„Preissenkung um 30%,
das geht nicht!“

- Es wird kartellrechtlich **nicht** unterstellt, die Preissenkung sei ad hoc möglich bei Sicherung von Kostendeckung
- Es wird kartellrechtlich unterstellt, das niedrigere Preisniveau wäre bei Ausschöpfen aller Effizienzreserven in der Vergangenheit möglich gewesen bei Sicherung von Kostendeckung



Missverständnis II

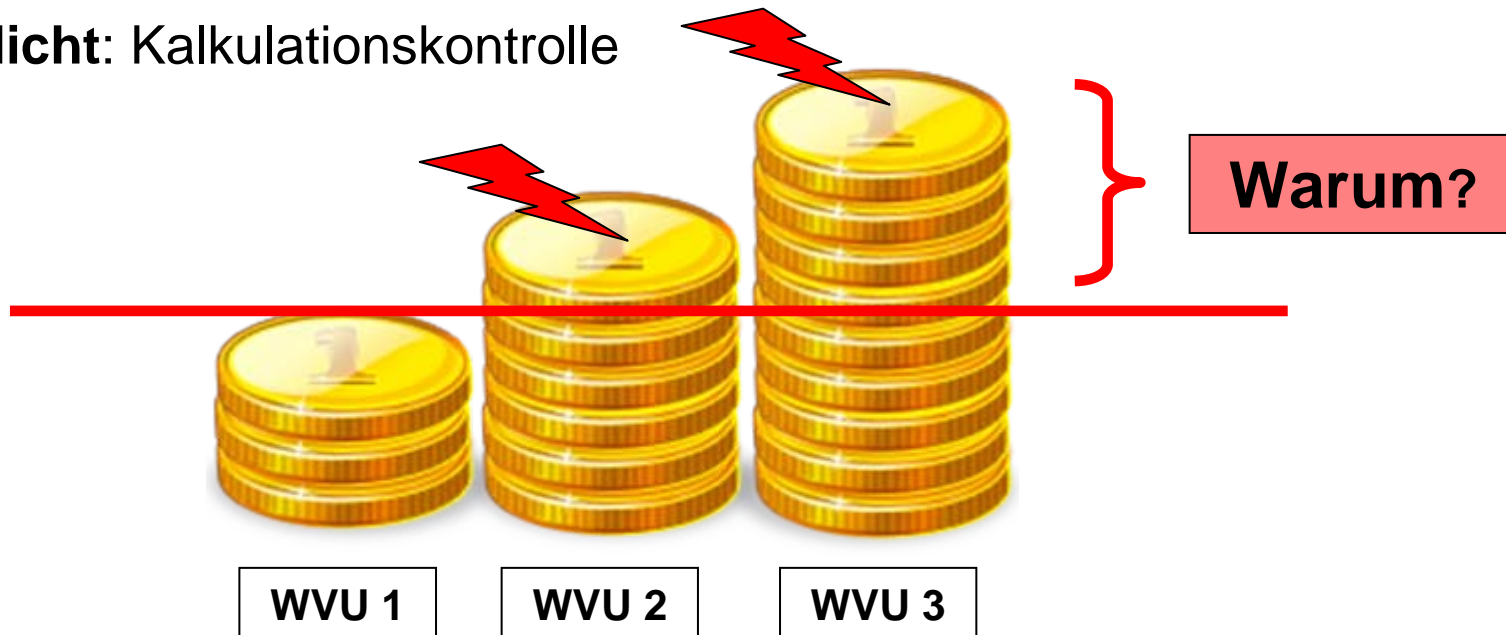
„Wasser ist in Deutschland seinen Preis wert.“

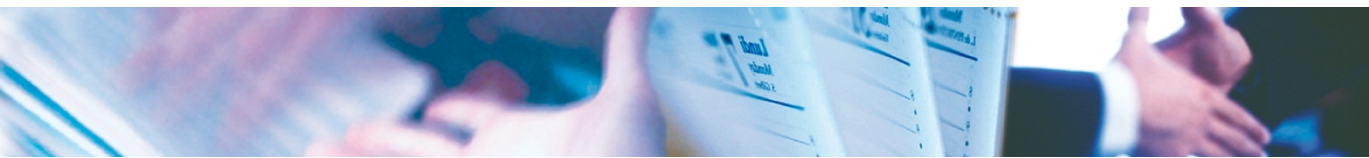
„Die Kunden sind zufrieden.“

- Aus den hessischen Verfahren rührt **kein Pauschalverdacht** gegenüber der kommunalen Wasserwirtschaft
 - Es geht um Rechtsanwendung im besonders „teuren“ Einzelfall
 - Die Besonderheiten der einzelnen **Verwaltungs**verfahren:
 - enwag: Nachweisschwierigkeiten (wohl keine geeignete Kostenrechnung)
 - Mainova: anfänglich keine Offenlegung / Dokumentation der Bezugskosten
 - Kassel: „Totalverweigerung“ bei der Preisrechtfertigung
- ➔ **So entstehen Missbrauchsverfügungen von > 30%!**
- ➔ **Dies wird in der öffentlichen / Branchendiskussion ignoriert**

III. Vergleichsmarktkonzept bei der Wasserpreisprüfung

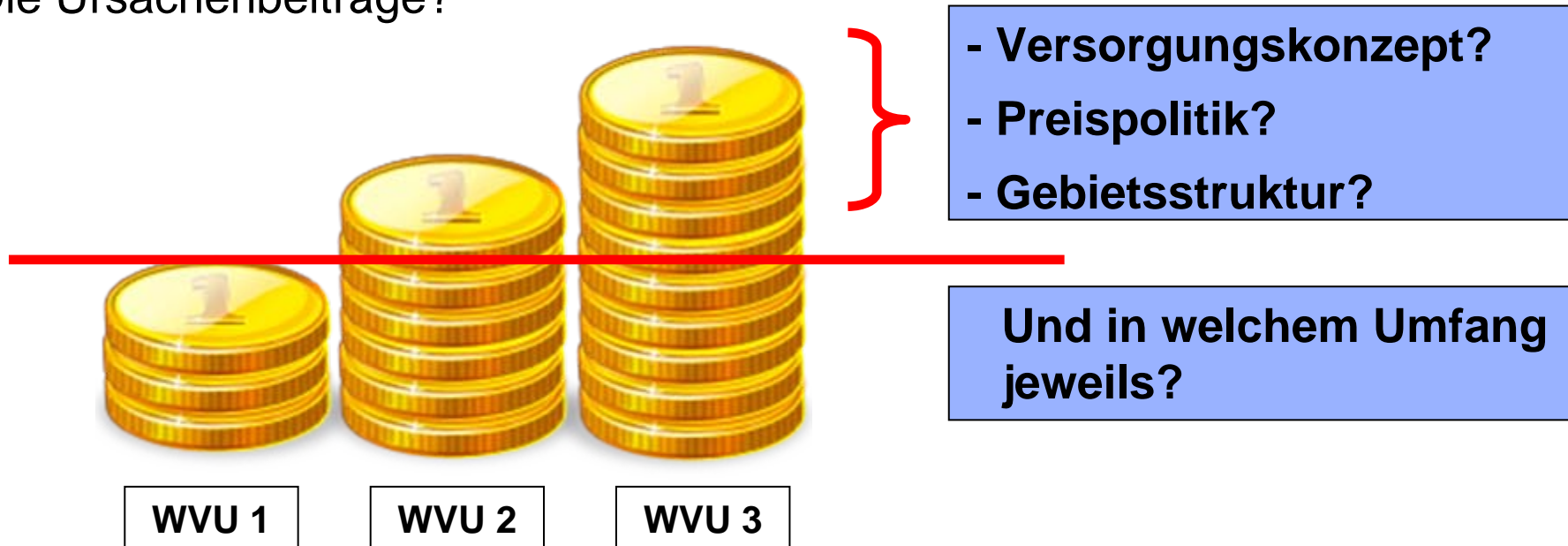
- § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB aF (Vergleichsmarktkonzept)
- Preisvergleich mit Rechtfertigungschance für das Unternehmen
- **Nicht:** Kalkulationskontrolle





Preisabstand bestimmt den Rechtfertigungsdruck!

- Preisheterogenität als Herausforderung:
Je unterschiedlicher die Preise, desto höher der Rechtfertigungsdruck!
- Die Ursachenbeiträge?





Mögliche Ursachen der heterogenen Preislandschaft

Strukturmerkmale des Versorgungsgebiets

- Rohwasserqualität
- Netzdichte
- Druckzonen...

Konzeption des Versorgungssystems

- Sicherheit vs. Preis
 - Asset Strategien
- Effizienz



Preispolitik des Unternehmens / der Gesellschafter

- keine Kalkulation
- abweichende Kal.
- politischer Preis



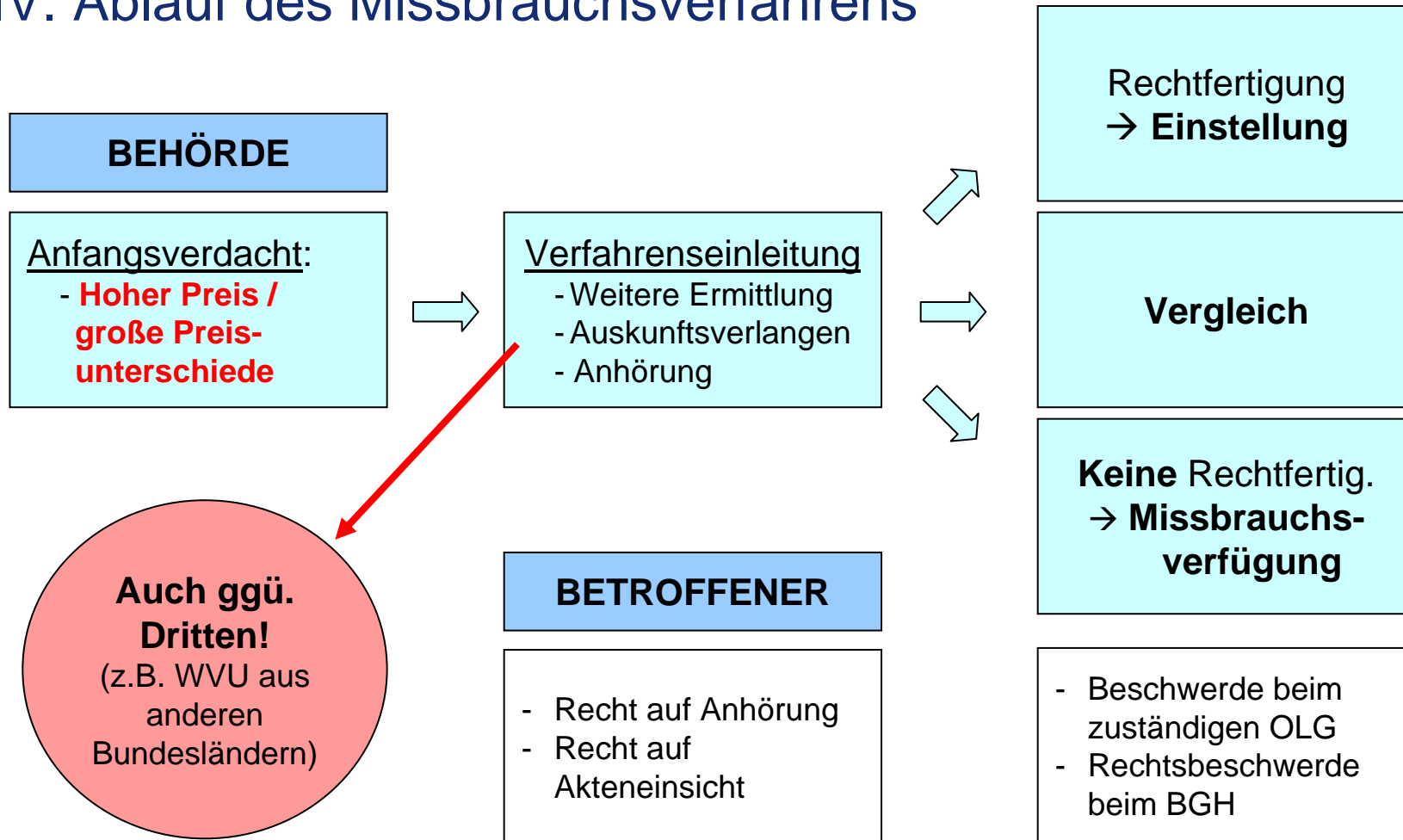
Preismissbrauchsaufsicht als Wettbewerbersatz

Was will die Behörde / Kartellaufsicht aufgreifen?

- **Gebietsstrukturabweichungen**
 - Nicht im Fokus des Kartellrechts
 - Herauszufiltern auf der Rechtfertigungsebene
- **Versorgungskonzeptionen**
 - Primär im Fokus des Kartellrechts (mittelbare Effizienzkontrolle)
 - Grundvorstellung: das günstigere WVU = effizienter
- **Kalkulations- und Preispolitik**
 - Nicht primär im Fokus des Kartellrechts
 - Weder Kalkulationsvorgaben noch Kostendeckungsgarantie

➔ **Preissenkung bis zur fiktiven Grenze effizienter Selbstkosten**

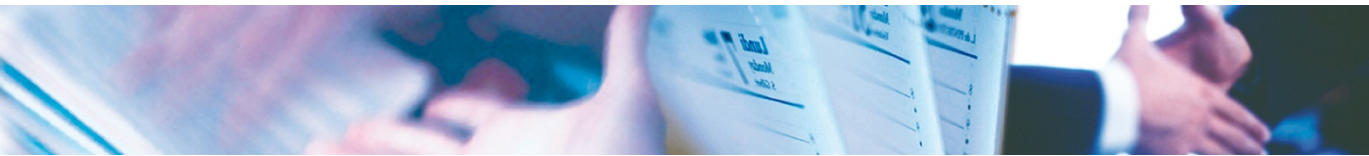
IV. Ablauf des Missbrauchsverfahrens



Wasserentgelte in Hessen,
(incl. USt.; Bearbeitungsstand: Januar 2011)

Insgesamt existieren in Hessen 399 Wasserunternehmen. Nur 45 davon verlangen Wasserpreise, die restlichen Wasserunternehmen erheben Wassergebühren. Nachfolgend sind 50 Versorgungsgebiete aufgeführt; EVO Offenbach sowie ZMW Gießen sind zweimal aufgeführt. Sie beliefern je zwei Gebiete zu unterschiedlichen Tarifen. Desweiteren befinden sich unter den Versorgungsunternehmen auch die Stadtwerke Mainz, da diese in Hessen Wiesbaden-Amöneburg, -Kostheim, -Kastel, MZ-Bischofsheim und Ginsheim-Gustavsburg versorgen. Zum Vergleich: Der durchschnittliche Wasserpreis beträgt im Bundesgebiet 1,85 €/m³. In den neuen Bundesländern 2,15 €/m³ und in den alten 1,79 €/m³ (Quelle: BDEW Vermerk, Wasserpreise – Fragen und Antworten, 1/2008).

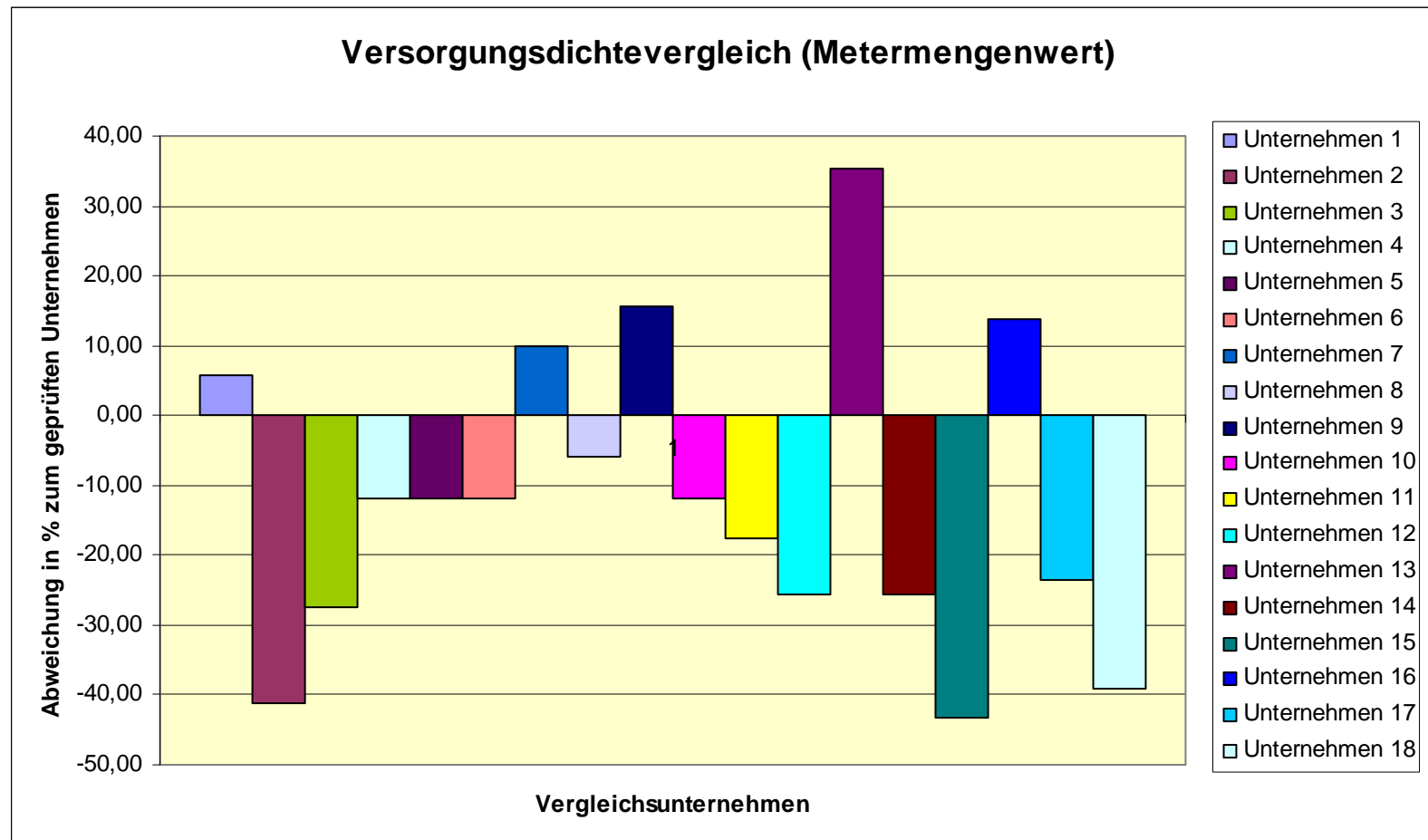
	Unternehmen	Kartellverfahren (ggf. Senkung in %)	Arbeitspreis in € pro m ³	Grundpreis in € pro Jahr	Gesamtentgelt in € pro m ³ . Vierköpfiger Haushalt mit einem Durchschnittsverbrauch von 150 m ³ pro Jahr	Gesamtentgelt in € pro Jahr
1	Steinbach (Taunus), Wasserversorgung GmbH	ruht	2,90	13,08	2,99	448,08
2	Stadtwerke Mainz, Wasserversorgung in Wiesbaden-Amöneburg, -Kostheim, -Kastel, MZ-Bischofsheim und Ginsheim-Gustavsburg		2,13	119,40	2,93	438,80
3	Wiesbaden, ESWE Versorgungs AG	offen (Senkung 2001: -9 %)	2,51	26,26	2,69	403,43
4	Eschwege, Stadtwerke	offen	2,50	19,32	2,63	394,89
5	Rheingauwasser GmbH, Eitville	vorläufig abgeschlossen 2004: -11 %	2,30	39,80	2,57	384,88
6	Wetzlar, Enwag (bis 31.12.2010) Wetzlar, Städtischer Eigenbetrieb (Seit 01.01.2011 werden von dem städtischen Eigenbetrieb „Wasserversorgung Wetzlar“ Gebühren in gleicher Höhe erhoben)	Preissenkungsverfügung (2007): 29 % Preissenkungsverfügung (2010): 33 %	2,09	64,20	2,51	377,18
7	Darmstadt, HSE / Entega	offen (Senkung 1999: -7%)	1,86	91,92	2,47	371,19
8	Witzenhausen, Stadtwerke		2,30	24,14	2,46	369,21
9	Herborn, Stadtwerke GmbH	offen	2,19	38,52	2,45	367,55
10	Gießen, Stadtwerke (bis 31.12.2010) Gießen, Städtischer Eigenbetrieb (Seit 01.01.2011 werden von dem städtischen Eigenbetrieb „Mittelhessische Wasserbetriebe (MWB)“ Gebühren in gleicher Höhe erhoben)	offen	2,05	54,00	2,41	361,50
11	Oberursel/Ts, Stadtwerke	offen	2,32	13,08	2,41	361,08
12	Lauterbach, Stadtwerke GmbH		2,25	16,44	2,36	353,49
13	Hanau, Kreiswerke GmbH	abgeschlossen 2005: -10 %	2,00	44,94	2,30	345,08
14	Kassel, Städt. Werke AG	Preissenkungsverfügung: 37 %	2,14	23,52	2,30	344,52
15	Frankfurt a. Main, Mainova	Preissenkungsverfügung: 37 %	2,01	42,00	2,29	343,74
16	Rüsselsheim, Stadtwerke		1,98	44,94	2,28	341,87
17	Offenbach, EVO	abgeschlossen 2004: -9 %	1,96	46,87	2,27	340,58
18	Bad Hersfeld, Stadtwerke GmbH		2,12	19,65	2,25	337,44
19	Korbach, EWF		2,12	19,32	2,25	337,11

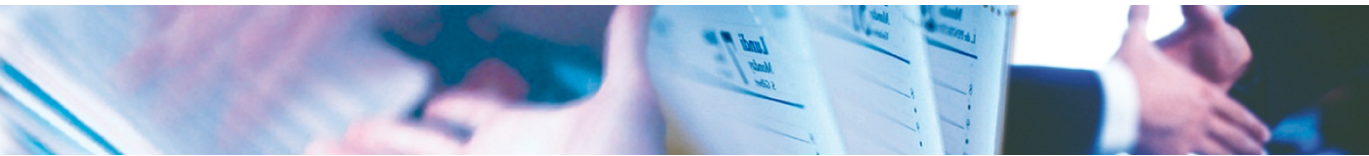


- Die Behörde wählt **gleichartige Vergleichsunternehmen** aus
 - Darlegungs- und Beweislast bei der Behörde
 - Ein oder mehrere Vergleichsunternehmen zulässig
 - Vergleich mit mehreren Unternehmen senkt das Ausreißerrisiko und
 - reduziert die Anforderungen an die Gleichartigkeit
 - „Gleichartigkeit“ als Prüfungskriterium dient der „**groben Sichtung**“
- ➔ ■ Strukturmerkmale kommen bei der Auswahl zum Tragen, nicht jedoch umfassend und abschließend (Rechtfertigung!)
 - Versorgungsdichte (sog. Metermengenwert), Abgabestruktur etc.
- Für das angelegte Raster gilt kein festes z.B. prozentuales Kriterium (dichter bei guter Datenlage)



Beispiel: Auswahl nach dem Metermengenwert





- Bedarf für Unsicherheitszuschläge besteht bei der gegebenen Datenbasis nicht
- Wasserpreisvergleiche über die Grenzen der Bundesländer zulässig
- Preisvergleich - Einbeziehung der Geschäftsbedingungen nicht nötig
 - **Sonderproblem:**
Baukostenzuschüsse und Hausanschlusskostenerstattungen müssen nach dem BGH zumindest bei der Rechtfertigung berücksichtigt werden



- **Vergleichspreis und Vergleichsmethode**
 - **Tarifvergleich** statt Preisvergleich
 - Gesamtbetrachtung über alle Kunden,
 - Betrachtung einzelner Kundengruppen (Typfälle),
 - Auf Anregung des Betroffenen Betrachtung bestimmter Typfälle
 - Rechtliche Anforderung:
 - Tarifgestaltungsspielraum des Versorgers im Massengeschäft (Gruppen),
 - restriktive Handhabung, da Kartellrecht auch dem Schutz Einzelner dient,
 - ab ca. 10% Preisabstand zum Vergleichstarif ist der Spielraum überschritten,
 - Kein Zwang zur Betrachtung der gesamten Tarifstruktur / Abnahmefälle
 - Alternativ oder kumulativ: **Gesamterlösvergleich**



■ **Rechtfertigung** von Preisabweichungen

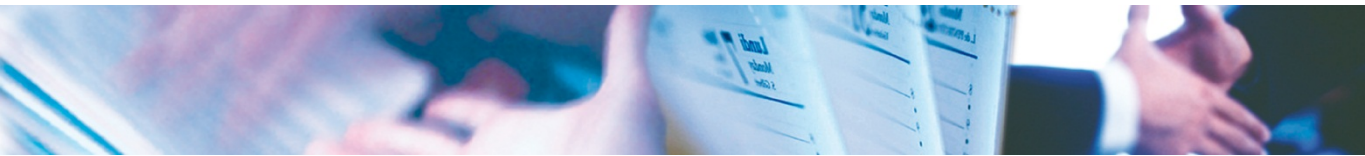
- Rechtfertigung durch Umstände, die **nicht individuell zurechenbar** sind
„schicksalhafte“ Struktur des Versorgungsgebiets
 - Rohwasserqualität, Abnehmerdichte, Kundenstruktur, Geländestruktur, Bodenklassen, Spülungszwang
→ Zwang zu einer besonderen Aufbereitung, Bevorratung, Netzstruktur etc.
 - Keine Rechtfertigungsgründe:
 - Unternehmensgröße und Finanzkraft, Abschreibungskalkulation, Kosten für Eigen- und Fremdkapital, Steuerbelastung
 - Investitions- / Sanierungsstau, Netzinstandhaltung (Wasserverluste), Hausanschlusserneuerung, Rückläufiger Wasserabsatz
 - **fehlende Kostendeckung** (nach Preissenkung)
- ➔ **nur bei Ausschöpfung aller Rationalisierungsreserven!**



- volle Darlegungs- und Beweislast beim Unternehmen!
- Erforderlicher Nachweis:
 - **Kausalität dem Grunde nach**
(Darlegung und Nachweis der versorgungstechnischen Zusammenhänge) **und**
 - **Kausalität der Höhe nach**
(Darlegung und Nachweis der verursachten Mehrkosten) **sowie**
 - **Kausalität der Zeit nach**
(Darlegung und Nachweis von Anpassungs- / Rationalisierungsmaßnahmen, keine Konservierung ungünstiger Strukturen)

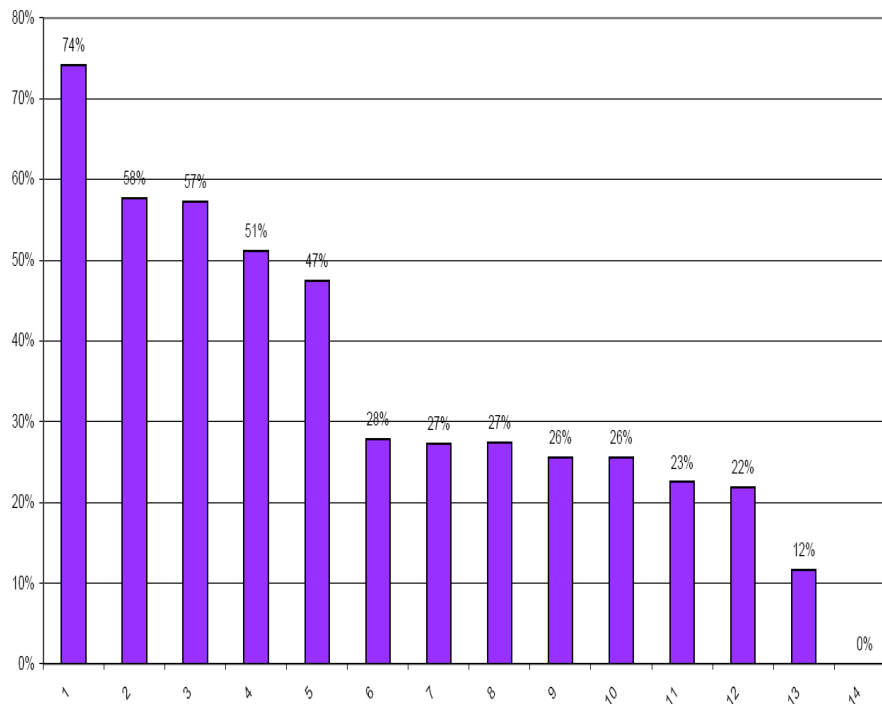


- Der konkrete Missbrauchsvorwurf / Preisabstand
 - Weder zwingend der Abstand zum Billigsten / Teuersten, noch zum Durchschnitt etc.
 - Sondern Ermessensentscheidung der Behörde anhand der Preisabstände der Unternehmen der Vergleichsgruppe (keine Arithmetik!)
- Der nach Rechtfertigung verbleibende Preisabstand ist missbräuchlich
- Es existiert **keine Bagatellgrenze**
- „Flucht“ in den vermeintlich großzügigeren (Preis-)Missbrauchsmaßstab des Art. 102 AEUV nicht möglich (GWB gilt parallel)

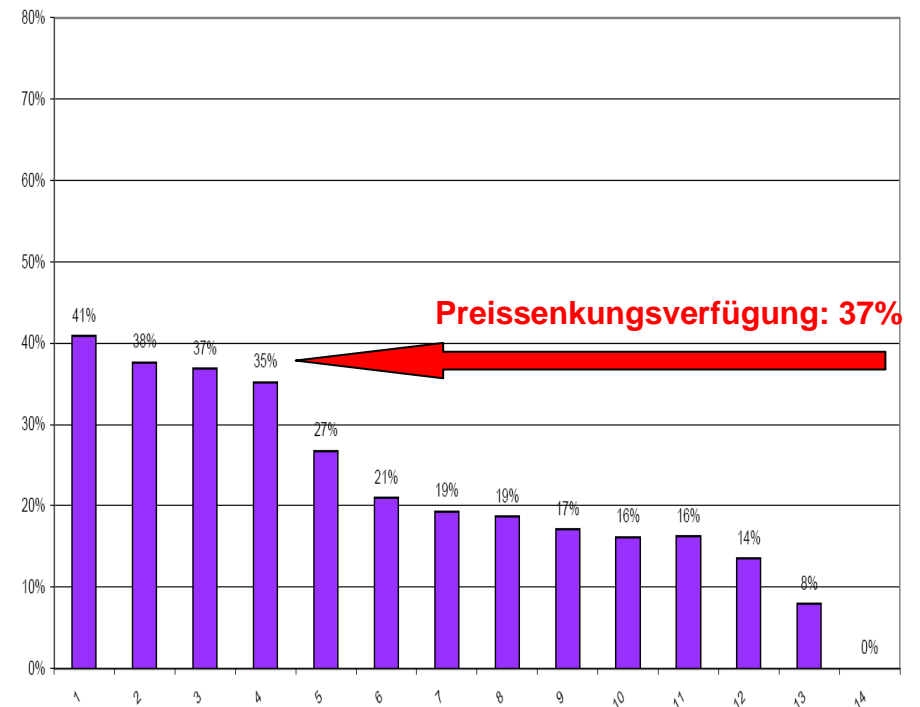


Beispiel: Preisabstand vor/nach Zu-/abschlagsrechnung

Preisabstand vor Zu-/abschlagsrechnung



Preisabstand nach Zu-/abschlagsrechnung

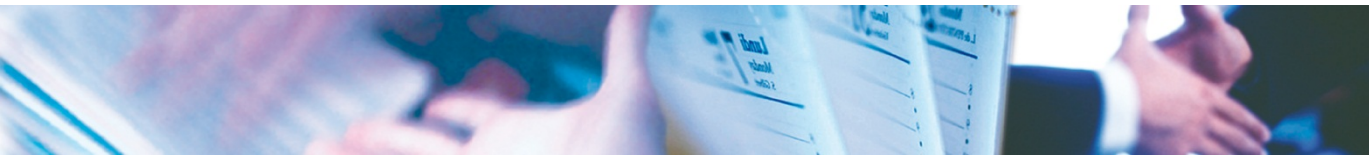




Bestätigung und Präzisierung durch BGH - Wetzlar



- **Rechtsgrundlage** für die Missbrauchsaufsicht
 - § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB aF ist anwendbar (ggf. i.V.m. § 22 Abs. 5 GWB aF, parallel § 19 GWB (vgl. BGH Tz. 23, 25))
 - Ziel: Gleichbehandlung rechtlicher und natürlicher Monopole (Tz. 23)
- Auswahl der **Vergleichsunternehmen**
 - Beweislast für Vergleichbarkeit bei der Behörde
 - Prinzip der „groben Sichtung“ gilt auch im Wassersektor (Tz. 29)
 - Metermengenwert ist geeignetes Auswahlkriterium (Tz. 32)
 - Unternehmen mit potentiell schlechteren Strukturen sind stets vergleichbar
 - Ausgleich von Unterschieden durch Zu- und Abschläge möglich, wenn Beschaffungs- und Aufbereitungskosten wesentlich abweichen (Tz. 35)

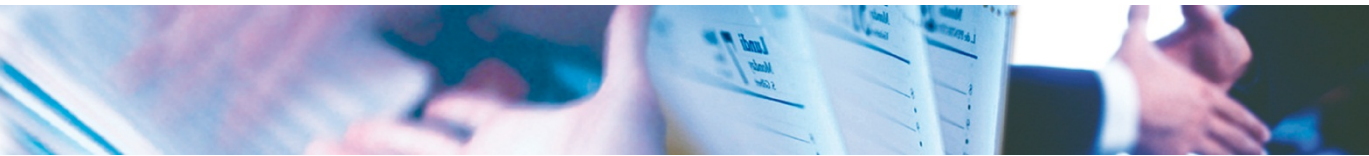


- **Rechtfertigung** von Preisabweichungen
 - Darlegungs- und Beweislast bei den Unternehmen (Tz. 62)
 - Keine geringen Anforderungen an den Nachweis abweichender Umstände
 - Nicht zurechenbare rechtfertigende Umstände sind solche, die nicht auf individueller unternehmerischer Entscheidung beruhen
 - Möglichkeit der Rechtfertigung bei konkret preisrelevanter Abweichung beim Umfang von Baukostenzuschüssen (Tz. 40, 50)
 - Ggf. Ausgleich für „Renditeverzicht“ beim Vergleichsunternehmen (Tz. 52)
 - Keine Preissenkung unter die Selbstkosten effizienter Versorgung (Tz. 70)



Unerfüllbare Beweisanforderungen?

- Nachweispflicht seit „1893“ bei der Effizienzprüfung?
 - Nein: Betrachtung eines „überschaubaren“ Zeitraums, z.B. eine typische Planungsphase (vgl. BGH Tz. 58)
 - Unternehmen muss dokumentieren, dass und wie es an sich arbeitet
- Keine Kenntnis der Strukturmerkmale der Vergleichsunternehmen?
 - Weist das Unternehmen eigene Besonderheiten (Strukturnachteile) nach, dann ermittelt die Behörde den Unterschied zum Vergleichsunternehmen
- Keine Kenntnis der Kosten der Vergleichsunternehmen?
 - Bei den „Mehrkosten“ für „Mehranlagen“ (Nachteile) wurde eine Berechnung anhand der eigenen Kosten zugelassen, die Kosten des Vergleichsunternehmens waren nicht relevant (vgl. BGH Tz.64)



Kostenrechtfertigung: Beispiel aus der Verfahrenspraxis

2008: Kein Nachweis von (Mehr-)Kosten für Strukturnachteile



2010: Nachweis / Rechtfertigung durch Vollkosten

→ „um **letzte Zweifel auszuräumen**“

→ Bezifferung der Strukturnachteile einschließlich aller Gemeinkosten (z.B. für Geschäftsführung, Betriebsrat, Telekom...)

→ Betriebsrat als Folgekosten von Strukturnachteilen?



2011: Korrektur des Vortrags und – intransparent – Bezifferung um ca. 30% reduzierter Kosten

→ doch wieder neue Zweifel?



und 2012 ff.: ???



V. Neue Ansätze und Entwicklungen

Fortentwicklung der Rechtsanwendung I (Hessen)

- **Verfügung enwag I**
 - Typfallbetrachtung
 - Zukunftsgerichtet:
§ 103 GWB 1990 GWB
 - Rückwirkend:
§ 103 GWB 1990 (BGH: nein)
- **Verfügung enwag II 23.12.2010**
 - Typfallbetrachtung
 - Gesamterlösbetrachtung
 - Zukunftsgerichtet:
§ 103 GWB 1990 und § 19 GWB
 - Rückwirkend:
§ 19 GWB (BGH Wetzlar)
 - Rückzahlungsanordnung
(BGH Uelzen)
 - Sofortvollzug

Fortentwicklung der Rechtsanwendung II (Hessen) „Geteilte“ Verfügung enwag II vom 23.12.2010

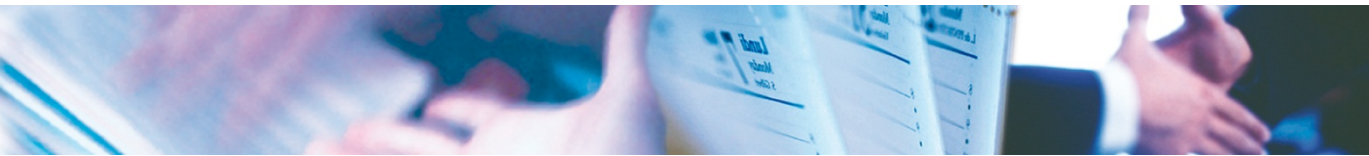
Bis zur ReKo (31.12.2010):

- Viele Wasserlieferungsverträge und Tarifblatt
- **Wasserpreise**
 - Typfallbetrachtung
 - Gesamterlösbetrachtung
 - Rückwirkend: § 19 GWB
 - Zukunftsgerichtet: § 103 GWB 1990 und § 19 GWB
 - Rückzahlungsanordnung
 - Sofortvollzug



Nach der ReKo (01.01.2011):

- Pacht- und Betriebsführungsvertrag sowie Wasserlieferungsvertrag
- **Pacht- und Betriebsführungsentgelt sowie Wasserpreis**
 - **Gesamterlösbetrachtung**
 - Zukunftsgerichtet: § 103 GWB 1990 und § 19 GWB
 - Sofortvollzug



OLG Frankfurt vom 03.03.2011 zu enwag II (Eilverfahren)

- Keine ernstlichen Zweifel
 - An der Anwendung von § 103 GWB 1990 und § 19 GWB
 - Am Preisvergleich
 - An der Zu- und Abschlagsrechnung
 - An der rückwirkenden Feststellung für 2009 und 2010
 - An der Rückzahlungsanordnung
 - An der Unbeachtlichkeit von Gemeinkosten bei der Preisrechtfertigung wegen Nachteilen (Geschäftsführung Betriebsrat, Telekommunikation...)
- Nicht unerhebliche Bedenken für die Zeit ab dem 01.01.2011
 - Wegen unzureichender Anhörung und Begründung
 - Wegen rechtlich und tatsächlich nicht einfach gelagerter Fragen



VI. Exkurs 1: Ausweichstrategien - Rekommunalisierung

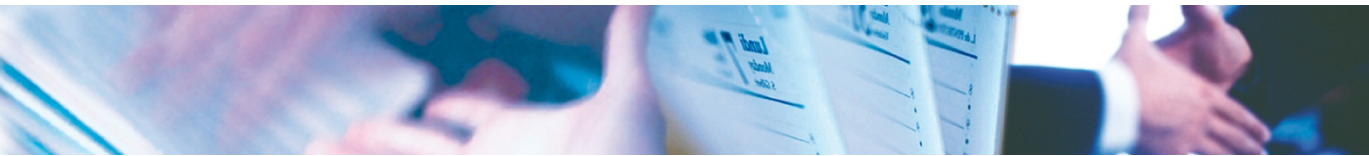
▪ (Formale) Rekommunalisierung

→ Wetzlar, Gießen

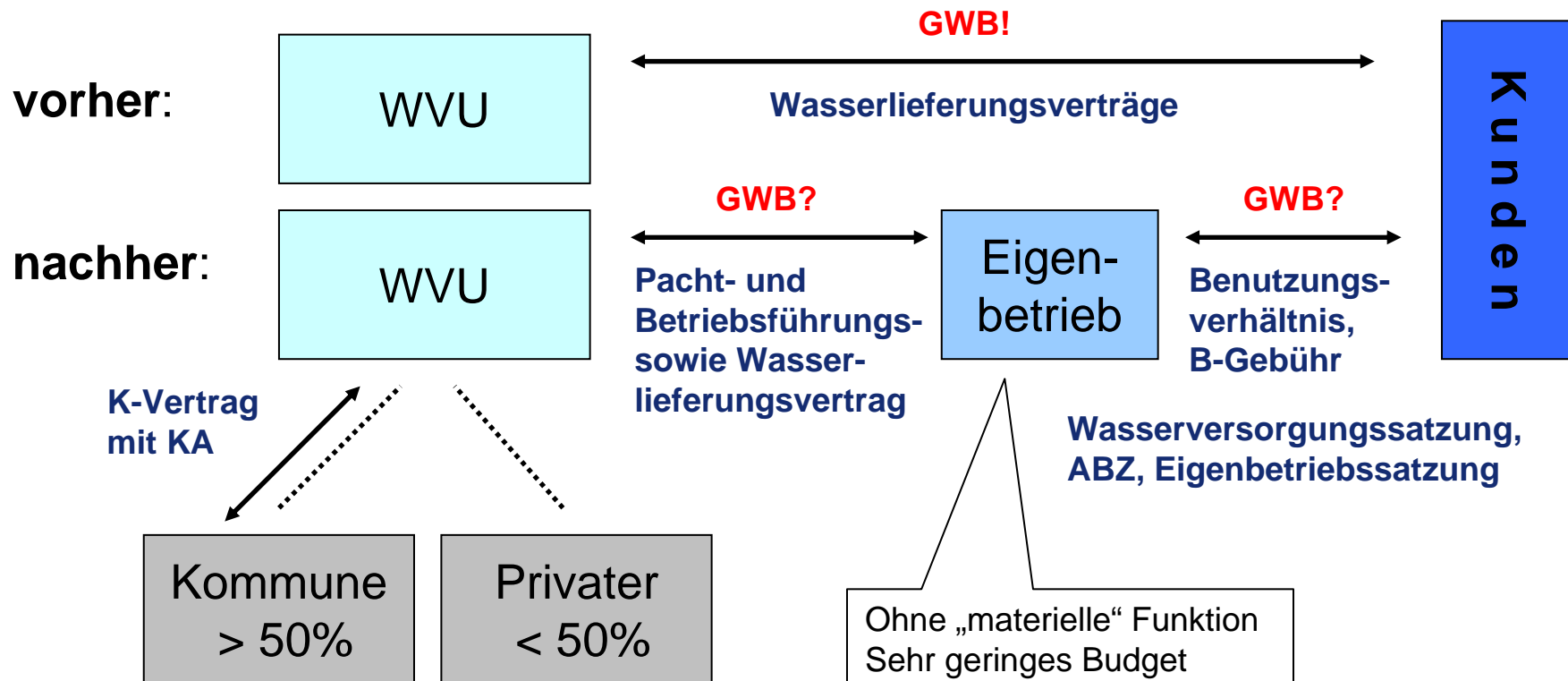
Einige Ziele:

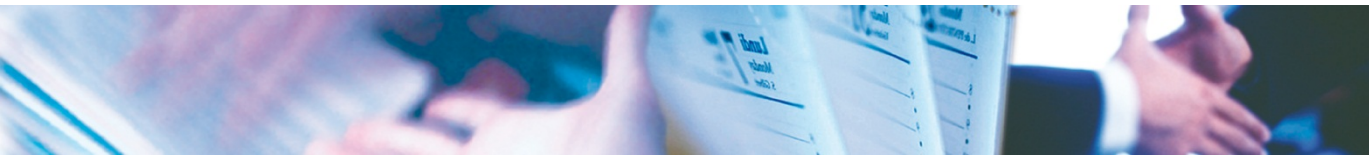
- „Flucht“ aus der kartellrechtlichen Kontrolle
- Beibehalten des alten Preisniveaus als neues Gebührenniveau
- Konservierung des bestehenden Teams / keine neuen Partner
- Konservierung der Transferleistungen an die Stadt (KA etc.)
- Aufrechterhalten der Synergien integrierter Versorgungsstrukturen
- Keine / „minimalste“ Änderungen bei der Versorgungsstruktur (Vermeidung steuer- und gesellschaftsrechtlichen Probleme)

➔ (Formale) Rekommunalisierung zielkonform? Ausreichend? Clever?



Das Modell





Kritische Fragen

- **Verstoß gegen das Prinzip der Selbstorganschaft?**
- ➔ Formale Rekommunalisierung ordnet die Funktionen nicht neu zu und beruht im wesentlichen auf neuen Vertragsbeziehungen
- Die Probleme:
 - Die Kommune muss die Wasserversorgung real betreiben, will sie Gebühren erheben
 - Der Eigenbetrieb muss hierzu über die personelle Ausstattung mit fachlich geeigneten Mitarbeitern verfügen
 - Verträge, die hinter großen Worten alles beim Alten lassen begründen keine effektive Übernahme der Betreiberfunktion durch die Stadt,
- ➔ Bescheide eines solchen „Hoheitstorsos“ sind ggf. rechtswidrig



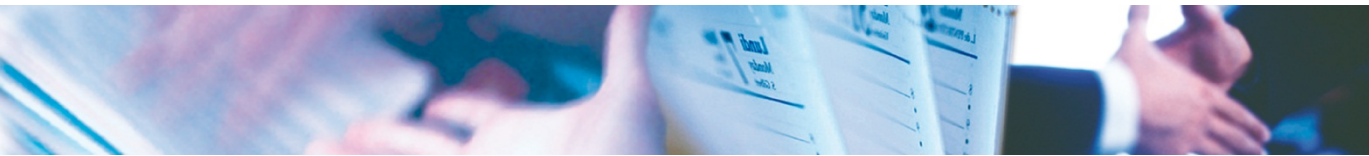
- **Konservierung des alten Preisniveaus?**

➔ Gesamtentgelt für Pacht- und Betriebsführung sowie Wasserlieferung geht als Fremdleistung in die Gebührenkalkulation ein

- Die Probleme:

- Gebührenrechtlicher Erforderlichkeitsgrundsatz
- Zwingend auch bei der Rekommunalisierung: → ist es wirtschaftlicher?
 - Kann erforderliches Fremdleistungsentgelt sein, was soeben 30% zu „teuer“ war, selbst wenn die LSP-Kalkulation „formal“ in Ordnung ist (Ausschreibung!)
 - Ist es erforderlich, unreflektiert Überkapazitäten anzupachten?
 - Wozu die zusätzlichen Aufwendungen für den Eigenbetrieb?

➔ Gebührenkalkulation ggf. rechtswidrig



- **Konservierung des bestehenden Teams?**

➔ Freihändige Vergabe von Pacht- und Betriebsführung

- Die Probleme:

- Vergaberecht (SektVO)

- Es widerspricht der versorgungswirtschaftlichen Konsortialvertrags-Realität, dass die Stadt trotz (minderheitsbeteiligtem) Privaten eine Kontrolle über den Versorger ausübt, die den EuGH-Kriterien an ein Inhouse-Geschäft genügt

- Gebührenrechtlicher Erforderlichkeitsgrundsatz (s.o.)

- Fehlt die erforderliche Ausschreibung, dann muss der Einrichtungsträger die Erforderlichkeit nachweisen, LSP-Kalkulation allein genügt nicht

➔ **Gebührenkalkulation ggf. rechtswidrig**



- **Konservierung des Kommunaltransfers?**

➔ Anteil der Konzessionsabgabe > 10% am Wasserpreis

- Die Probleme:

- Bei „echter“ Aussonderung der Wassersparte ggf. Unterschreitung des Mindestgewinnkriteriums nach § 5 Abs. 1, 2 Nr. 1 KAEAnO (Konzernklausel gilt nicht mehr) → KA rechtswidrig
- Bei formaler Rekommunalisierung keine „Abgabe“ nach § 2 Abs. 1 KAEAnO aus „Versorgungsleistungen, die an letzte Verbraucher abgegeben werden“ (Rechtslage abweichend von § 48 Abs.1 S. 2 EnWG) → KA rechtswidrig
- Keine KA im Verhältnis von Stadt und Eigenbetrieb (VGH Kassel)

➔ Gebührenkalkulation ggf. rechtswidrig



- **Konservierung der „unentgeltlichen“ Löschwasserversorgung?**

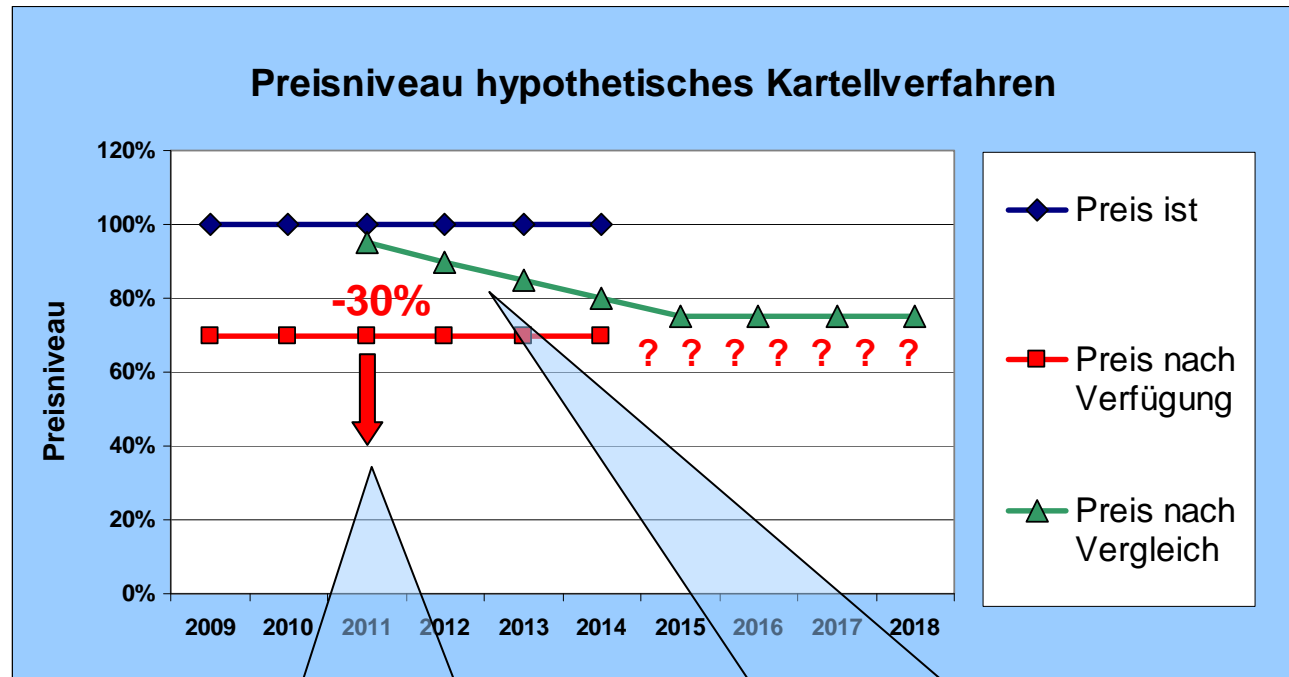
➔ Anteil der Löschwasserkosten ca. 5 - 10% am Wasserpreis

- Die Probleme:

- Löschwasser- und Trinkwasserversorgung haben nichts miteinander zu tun (so z.B. VGH München v. 8.1.2003 - 23 CS 02.2995, OVG Lüneburg v. 11.12.1980 - 3 C 3/79)
- Löschwasservorhaltekosten (z.B. Errichtung und Unterhaltung von Wasserhydranten) sind einrichtungs- bzw. anlagenfremde Kosten
- Löschwasser ist regelmäßig als Teil der Gefahrenabwehr Aufgabe der öffentlichen Hand, die hierfür keine besonderen Gebühren erheben darf

➔ Gebührenkalkulation ggf. rechtswidrig

VII. Exkurs 2: Alternativen zu Prozess / Rekommunalisierung



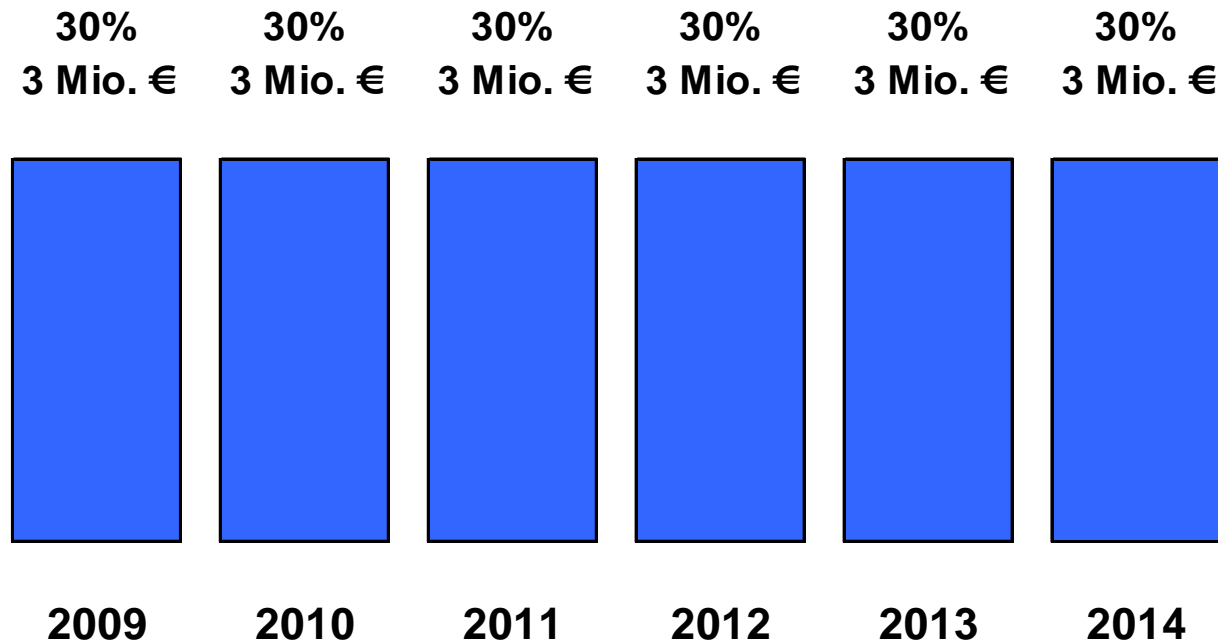
- Prozessieren
 - Verhandeln
 - Rekommunalisieren
- ➔ Was ist die richtige Strategie?

Verfügung / Prozess:
sofort, vollumfänglich, rückwirkend

Vergleich:
schrittweise, rückwirkend?, Preissicherheit

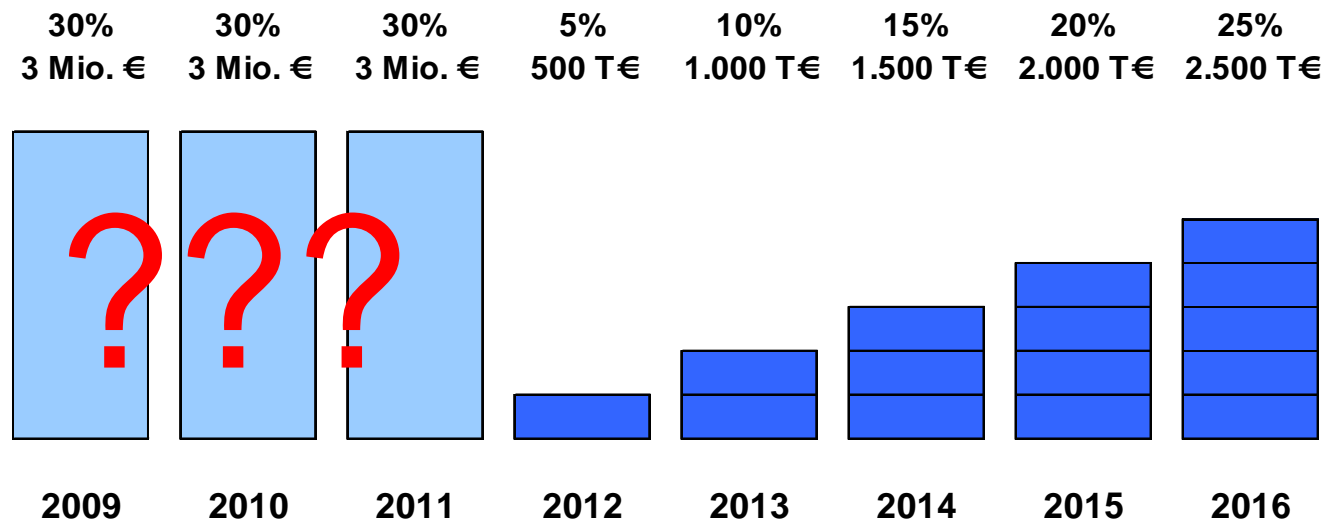


Wirtschaftliche Folgen bei 30% Preissenkungsverfügung (Unternehmen mit 10 Mio. Umsatz aus Wasserdienstleistungen p.a.)



➔ 18 Mio. Rückstellung im Jahresabschluss 2011!

Und die Wirtschaftlichen Folgen bei Vergleichsabschluss? (Unternehmen mit 10 Mio. Umsatz aus Wasserdienstleistungen p.a.)



Die Historie:

- Keine Rückwirkung
- Schrittweise Absenkung
- Langfristigkeit
- Reduzierter Maximalbetrag

- ➔ z.B. 7,5 + x Mio. Rückstellung im Jahresabschluss 2011!
- ➔ Bei Rekommunalisierung Sofortbelastung aus rückwirkender Feststellung i.H.v. 9 Mio. € möglich (und manche Verfahren laufen seit über 3 Jahren!)



Finanzielles Zwischenfazit

- Der Prozessweg hat sich bislang gegenüber den in der Vergangenheit abgeschlossenen Vergleichen als nachteilig erwiesen
 - Welcher Vergleichskorridor ist zu erwarten? **20-30%**? Zeitlich gestreckt?
 - Finanzielle Risiken bei Rekommunalisierung
 - Die Gebührenrisiken aus Konzessionsabgabe, Löschwasser, Überkapazitäten, Vergaberecht etc. summieren sich auf **über 20%** des Aufkommens
 - Hinzu kommt die Gefahr der „negativen Mitgift“ bei Rekommunalisierung durch rückwirkende Feststellung für den Zeitraum des laufenden Verfahrens
- ➔ Die wirtschaftliche Alternativlosigkeit / Vorteilhaftigkeit der (formalen) Rekommunalisierung erschließt sich nicht unmittelbar





VIII. Fazit

- **Die Branche / Unternehmen sollte(n)**
 - an den Ursachen der Preisheterogenität ansetzen
 - wettbewerbsanalogue Verhaltensmuster entwickeln
 - die Preismissbrauchsverfahren als Einzelfallentscheidungen begreifen
 - Managementdefizite (technisch + kaufmännisch) beseitigen
 - Kartellverfahrensvorsorge betreiben (Dokumentation...)
 - Kartellverfahren taktisch clever / kooperativ gestalten
 - Rekommunalisierung nicht fälschlich als „Allheilmittel“ ansehen
- ➔ **Gut geführte Unternehmen hatten und haben unter dem geltenden Kartellregime gute ökonomische Perspektiven**



[**Gaßner, Groth, Siederer & Coll.**]

www.ggsc.de

Wir bedanken uns für Ihre Aufmerksamkeit.

Dr. Thomas Reif

Gaßner, Groth, Siederer & Coll.
Partnerschaft von Rechtsanwälten

Martini Park

Provinostr. 52 ■ 86153 Augsburg

Tel. +49 (0) 821.747 782.0

Fax. +49 (0) 821.747 782.10

E-Mail: reif@ggsc.de

www.ggsc.de

www.geothermiekompetenz.de