

Preiskontrolle in der Energiewirtschaft

Eine Übersicht für Strom, Gas, Fernwärme und Wasser

von Dr. Thomas Wolf, Joachim Held und Alexander Faulhaber, Rödl & Partner, Nürnberg¹

Den Kosten für die Energieversorgung kommt eine immer größere Bedeutung zu. Zwar kann zumindest in den Bereichen Strom und Gas der Letztverbraucher unter einer Vielzahl von Anbietern wählen, dennoch steigt nach Angaben des Statistischen Bundesamtes der Anteil der Wohn- und Energiekosten an den gesamten Ausgaben der Privathaushalte beständig und betrug zuletzt fast ein Viertel. Dies soll Anlass sein, in einem Überblick die Möglichkeiten einer Preiskontrolle in den Bereichen Strom, Gas, Fernwärme und Wasser durch Behörden, aber auch den Letztverbraucher darzustellen.

I. Preiskontrolle bei Strom und Gas

Die Versorgung mit Strom und Gas zeichnet sich insbesondere dadurch aus, dass stets eine klare Trennung zwischen dem Netzbetrieb, d.h. der Infrastruktur zur Verteilung von Strom und Gas und dem Vertrieb, d.h. der tatsächlichen Belieferung von Kunden mit Strom und Gas vorgenommen werden muss.

1. Betrieb von Strom- und Gasnetzen – Preiskontrolle bei den Netzentgelten

Während der Vertrieb von Strom und Gas vollständig für den Wettbewerb geöffnet ist, wird der Netzbetrieb seit dem 1. Januar 2009 im Rahmen der sog. Anreizregulierung geregelt. Die Anreizregulierungsverordnung (ARegV) sieht insoweit vor, dass die Regulierungsbehörden den Netzbetreibern sog. Erlösobergrenzen vorgeben, die anhand der jeweiligen Kostenstruktur der Netzbetreiber ermittelt werden. Die Erlösobergrenzen sind die Obergrenzen der zulässigen Gesamterlöse eines Netzbetreibers aus den Netzentgelten, die von Netzbetreibern an Unternehmen im Bereich des Vertriebs von Strom und Gas für die Netznutzung in Rechnung gestellt werden.² Im Gegensatz zum Vertrieb von Strom und Gas, der über das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) lediglich einer kartellrechtlichen ex-post Kontrolle unterliegt, besteht im Bereich des Netzbetriebs eine umfassende ex-ante Kontrolle, in deren Rahmen die Erlösobergrenzen durch die Regulierungsbehörden festgelegt werden.

Allerdings besteht trotz der ex-ante Kontrolle der Netzbetreiber durch die Regulierungsbehörden nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch für Netznutzer selbst die Möglichkeit, die Angemessenheit der Netzentgelte zivilrechtlich überprüfen zu lassen. In seinen Entscheidungen Stromnetznutzungsentgelt I bis IV³ hatte der BGH festgestellt, dass dem Netzbetreiber zumindest bis dem Zeitpunkt, ab dem die Bestimmung der Netznutzungsentgelte auf Grundlage der Strom- und Gasnetzentgeltverordnung (StromNEV/GasNEV) zu erfolgen hatte, ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht gemäß § 315 BGB zusteht. Dieses Leistungsbestimmungsrecht hat der Netzbetreiber nach billigem Ermessen auszuüben, welches der gerichtlichen Überprüfbarkeit unterliegt (§ 315 Abs. 3 BGB). Für den Zeitraum, ab dem Netznutzungsentgelte der Genehmigung durch die Regulierungsbehörde unterlagen, war in der Rechtsprechung und Literatur⁴ überwiegend die Auffassung vertreten worden, dass der Gesetzgeber mit dem Genehmigungsverfahren für die Netznutzungsentgelte ein Überprüfungsmonopol zugunsten der Regulierungsbehörden im Interesse der Rechtssicherheit schaffen wollte. Dieser Auffassung ist der BGH indes nicht gefolgt, sondern hat in seiner Entscheidung vom 15. Mai 2012⁵ ausdrücklich die Möglichkeit einer gerichtlichen Billigkeitskontrolle auch für Netznutzungsentgelte, die durch die Regulierungsbehörde genehmigt wurden, bejaht.

Damit kann festgestellt werden, dass im Bereich des Betriebs von Strom- und Gasverteilernetzen eine ex-ante Regulierung der Erlösobergrenzen nach den Vor-

gaben der ARegV besteht, dies jedoch eine zivilrechtliche Kontrolle von Netznutzungsentgelten durch den Netznutzer selbst nicht ausschließt.

2. Vertrieb von Strom und Gas – kartellrechtliche Preiskontrolle

Besondere Bedeutung bei der Preiskontrolle im Bereich des Vertriebs von Strom und Gas durch die Kartellbehörden kommt § 29 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) zu. Mit dem Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels vom 18. Dezember 2007⁶ wurde diese Vorschrift in das GWB eingefügt. Ziel des § 29 GWB war die Schärfung des kartellrechtlichen Instrumentariums zur Bekämpfung missbräuchlich überhöhter Energiepreise mittels einer auf den Energiesektor zugeschnittenen Ausprägung der allgemeinen Missbrauchsaufsicht.⁷ Mit einer zeitlichen Befristung auf fünf Jahre sollte den spezifischen Problemen der Missbrauchsaufsicht auf den betroffenen Märkten begegnet werden und Missbrauchsverfahren erleichtert werden, solange sich der Wettbewerb in der Energiewirtschaft noch nicht voll entfaltet hatten.⁸ Durch das Achte Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26. Juni 2013⁹ wurde die Befristung des § 29 GWB bis zum 31. Dezember 2017 verlängert.

Von der Methodik her entspricht § 29 GWB im Wesentlichen den Eingriffsbefugnissen des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB, zählt jedoch die zulässigen Methoden zur Führung des Missbrauchs nachweises abschließend auf.¹⁰ Gemäß § 29 Satz 1 Nr. 1 GWB können die Kartellbehörden für die Begründung des Missbrauchsverdachts andere Versorgungsunternehmen als Maßstab heranziehen, wobei die Frage, ob diese hinreichend vergleichbar sind, im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung zu klären ist.¹¹ Vergleichsunternehmen können insoweit auch nicht dem Energiesektor zugehörige Unternehmen sein, sofern es sich ansonsten um einen vergleichbaren Markt handelt, wie z.B.

Märkte, die ebenfalls ganz oder teilweise von Netzstrukturen geprägt sind.¹² Sollten sich Preise bei der Anwendung dieses Vergleichsmarktkonzeptes als überhöht darstellen, kann eine sachliche Rechtfertigung erfolgen, wobei die materielle Beweislast für die sachliche Rechtfertigung bei den marktbeherrschenden Unternehmen liegt.

Nach § 29 Satz 1 Nr. 2 GWB kann auch der absolut überhöhte Preis den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung begründen. Damit sollte die Möglichkeit, einen Ausbeutungsmissbrauch mit einer unangemessenen Kosten-Preis-Relation zu begründen, für den Bereich der Energiewirtschaft ausdrücklich klargestellt werden.¹³ Auch bei der Kostenkontrolle des § 29 Satz 1 Nr. 2 GWB ist die Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung von Kostenüberhöhungen eröffnet.¹⁴ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist darüber hinaus bei der Feststellung der relevanten Preisbildungsfaktoren etwaig auftretenden Unsicherheiten durch entsprechend bemessene Sicherheitszuschläge Rechnung zu tragen.¹⁵ Weiter ist die sich aus der Überprüfung der Preisbildungsfaktoren (unter Berücksichtigung von gegebenenfalls erforderlichen Sicherheitszuschlägen) ergebende Preisgrenze um einen Erheblichkeitszuschlag zu erhöhen. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs ist ein Erheblichkeitszuschlag geboten, da der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ein Unwerturteil enthält und es dafür eines erheblichen Abstands zwischen dem geforderten Preis und dem niedrigeren wettbewerbsanalogen Preis bedarf.¹⁶

Das Bundeskartellamt hat bereits eine Reihe von Verfahren durchgeführt, die auf Grundlage von § 29 GWB eingeleitet wurden.¹⁷ Hierbei hat das Bundeskartellamt seine Verfahren im Gas- und Heizstromsektor stets auf § 29 Satz 1 Nr. 1 GWB und damit das Vergleichsmarktkonzept in Form des Erlösvergleichs gestützt, das weitgehend von Kosten abstrahiert und deshalb vereinfacht durchführbar ist.¹⁸ Schwierigkeiten beim Erlösvergleich ergeben sich jedoch dadurch, dass sich die Strukturen der zu vergleichenden Unternehmen nicht durch nicht beeinflussbare Kostenpositionen unterscheiden dürfen, die auch eine Differenzierung in den Preisen sachlich rechtfertigen könnten.¹⁹

Die Monopolkommission hat daher insbesondere bemängelt, dass durch § 29

GWB bei den Kunden fälschlich der Eindruck vermittelt würde, man könne auf diese Weise die gesamte Preissetzung im Energiesektor kontrollieren, obwohl im Rahmen der Kontrolle der Endkundenpreise tatsächlich lediglich das Verhalten auf der letzten Stufe der Lieferkette untersucht wird; diese Stufe stellt in den meisten Fällen jedoch die wettbewerblich am besten entwickelten Märkte des Energiesektors dar.²⁰

3. Vertrieb von Strom und Gas – zivilrechtliche Preiskontrolle

Die Möglichkeiten der Preiskontrolle im Bereich des Vertriebs von Strom und Gas durch die Letztverbraucher selbst werden im Wesentlichen durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Gerichtshofs der Europäischen Union (Europäischer Gerichtshof) geprägt. Zunächst gilt festzustellen, dass der bei Vertragsschluss vereinbarte Preis für Strom und Gas vom Letztverbraucher grundsätzlich nicht gerichtlich überprüft werden kann.²¹ Begründet wird dies mit dem bestehenden Wettbewerb und den damit verbundenen Wahlmöglichkeiten der Letztverbraucher. Gegenstand einer Vielzahl von gerichtlichen Verfahren war daher stets die Frage der Zulässigkeit und Angemessenheit von (einseitigen) Preisänderungen während eines laufenden Vertragsverhältnisses.

Damit das Energieversorgungsunternehmen eine solche einseitige Preisänderung vornehmen kann, bedarf es nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eines sog. Leistungsbestimmungsrechts des Energieversorgungsunternehmens. Ein solches Leistungsbestimmungsrecht im Sinne von § 315 Abs. 1 BGB kann einer Vertragspartei insoweit nicht nur durch vertragliche Vereinbarung, sondern auch durch Gesetz eingeräumt werden.²² Für den Bereich der Tarifkunden bzw. Grundversorgungskunden²³ ging der Bundesgerichtshof bisher davon aus, dass sich ein solches (gesetzliches) Leistungsbestimmungsrecht unmittelbar aus den Grundversorgungsverordnungen (StromGVV und GasGVV) ergibt.²⁴ Steht dem Energieversorgungsunternehmen auf dieser Grundlage das Recht zu, die Vertragsleistung und damit den Umfang einer Preisänderung einseitig zu bestimmen, so hat die Bestimmung jedoch nach billigem Ermessen zu erfolgen. Ob die Bestimmung nach billigem Ermessen erfolgt ist,

kann der Kunde gerichtlich überprüfen lassen (§ 315 Abs. 3 BGB). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entspricht insoweit jedenfalls die Weitergabe von gestiegenen Bezugskosten an die Tarifkunden im Grundsatz der Billigkeit; eine auf eine Bezugskostenerhöhung gestützte Preiserhöhung kann allerdings unbillig sein, wenn und soweit der Anstieg durch rückläufige Kosten in anderen Bereichen ausgeglichen wird.²⁵

Mit Urteil vom 23. Januar 2014 hat der Europäische Gerichtshof in zwei Vorlageverfahren des Bundesgerichtshofs die Regelungen der Grundversorgungsverordnungen, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs das einseitige Preisänderungsrecht der Energieversorgungsunternehmen begründen, für nicht mit den europarechtlichen Vorgaben insbesondere an Transparenz vereinbar erklärt.²⁶ Inwiefern durch diese Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs die Möglichkeiten der Energieversorgungsunternehmen tatsächlich rechtlich beschränkt oder gar beseitigt werden, gegenüber Tarifkunden bzw. Grundversorgungskunden einseitige Preisänderungen vorzunehmen, wird nun der Bundesgerichtshof unter Berücksichtigung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs zu entscheiden haben.

Für den Bereich der sogenannten Sondervertragskunden besteht ein dem für Tarifkunden bzw. Grundversorgungskunden bestehendes gesetzliches Leistungsbestimmungsrecht allerdings nicht. Die Energieversorgungsunternehmen hatten daher ein solches Leistungsbestimmungsrecht regelmäßig im Wege vertraglicher Regelungen zu begründen versucht. Nachdem der Bundesgerichtshof in einer Vielzahl von Verfahren solche vertragliche Preisänderungsklauseln für unwirksam erklärt hatte, wurde vom Bundesgerichtshof mit seinem Urteil vom 15. Juli 2009 die sog. »Leitbildrechtsprechung« entwickelt, nach der ein vertragliches Preisänderungsrecht den gesetzlichen Vorgaben zu allgemeinen Geschäftsbedingungen genügt²⁷, wenn das gesetzliche Leistungsbestimmungsrecht aus den Grundversorgungsverordnungen unverändert in den Sonderkundenvertrag übernommen wird.²⁸ Diese Leitbildrechtsprechung musste der Bundesgerichtshof aufgrund einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs²⁹ indes wieder aufgeben³⁰, sodass derzeit höchstrichterlich nicht abschließend



geklärt ist, welche rechtlichen Anforderungen an eine wirksame vertragliche Preisänderungsklausel zu stellen sind.

Für die Preiskontrolle durch die Letztverbraucher selbst kann damit festgehalten werden, dass die entscheidende Frage der rechtlichen Zulässigkeit einseitiger Preisänderungen durch Energieversorgungsunternehmen sowohl bei Tarifkunden bzw. Grundversorgungskunden als auch bei Sondervertragskunden derzeit eine sehr dynamische Entwicklung durchläuft, deren Ende und Ergebnisse bisher nicht absehbar sind.

II. Preiskontrolle im Bereich Fernwärme

Wie bei der Strom- und Gasversorgung handelt es sich bei der Fernwärmeversorgung um leitungsgebundene Versorgung. Im Unterschied zur Strom- und Gasversorgung unterliegt die Fernwärmeversorgung jedoch nicht der staatlichen Regulierung, sodass sowohl die Vergabe der Leitungsrechte,³¹ die Festsetzung von Netzentgelten und auch der Lieferpreis keinem speziellen rechtlichen Rahmen unterliegen. Neben den allgemeinen kartellrechtlichen Regelungen und den allgemeinen zivilrechtlichen Anforderungen des AGB-Rechts³² und der zivilrechtlichen Billigkeitskontrolle³³ sehen die Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme (AVBFernwärmeV) besondere rechtliche Anforderungen für die Fernwärmepreiskontrolle vor.

1. Fernwärme – zivilrechtliche Preiskontrolle

Der Fernwärmepreis selber als Hauptabrede unterliegt lediglich allgemeinen zivilrechtlichen Anforderungen der Sittenwidrigkeit (§§ 134, 138 BGB).³⁴ Wie in der Strom- und Gasversorgung ist auch in der Fernwärmeversorgung das Zustandekommen eines Vertrags durch tatsächliche Entnahme von Fernwärme anerkannt.³⁵ Der BGH hat insoweit entschieden, dass § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV einen objektiven Maßstab für die Preisbestimmung sicherstellt und der anfangs vereinbarte Preis weder aus Monopolgesichtspunkten bei ausdrücklich geschlossenen Verträgen noch aus Billigkeitsaspekten beim faktischen Vertrag einer zivilrechtlichen Preiskontrolle nach § 315 BGB unterliegt.³⁶

Wie im Bereich der Versorgung mit Strom und Gas beschränkt sich daher die zivilrechtliche Fernwärmepreiskontrolle im Wesentlichen auf die Kontrolle der Preisanpassung. Hier muss zum einen zwischen der Anpassung durch einseitige Leistungsbestimmung und der Anpassung durch Preisgleitklausel unterschieden werden.

In der Fernwärmeversorgung wurde schon immer bezweifelt, ob § 4 Abs. 2 AVBFernwärmeV ein gesetzliches Preisbestimmungsrecht enthält.³⁷ Diese Zweifel haben durch die bereits benannten Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof zu den Parallelvorschriften der StromGKV und GasGKV neue Nahrung erhalten. Daher kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine mögliche fehlende Vereinbarkeit des gesetzlichen Leistungsbestimmungsrechts in der StromGKV und GasGKV mit den Vorgaben der europäischen Strom- und Gasrichtlinie trotz fehlender Anwendbarkeit dieser Richtlinien auf die Fernwärmeversorgung zu einer Novellierung der AVBFernwärmeV führen wird.

Auch die Anforderungen an vertragliche Preisänderungsrechte sind noch weitgehend ungeklärt. Zwar ist schon seit längerem anerkannt, dass Preisänderungsrechte nach § 307 BGB dem Grundsatz des Gewinnsteigerungsverbots, der Gesamtkostenveränderung und der Beidseitigkeit oder zumindest zwingenden Ausübung im Falle von Kostensenkungen unterliegen.³⁸ Nach den Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs³⁹ und des Bundesgerichtshofs⁴⁰ müssen der Anlass und der Modus der Änderung in dem Vertrag so transparent dargestellt werden, dass der Verbraucher die etwaigen Änderungen der Entgelte anhand klarer und verständlicher Kriterien absehen kann. Weiterhin muss das Preisänderungsrecht mit einem dem Verbraucher eingeräumten Kündigungsrecht versehen sein, von dem unter den gegebenen Bedingungen tatsächlich Gebrauch gemacht werden kann. Insofern ist zu erwarten, dass allgemeine vertragliche Leistungsbestimmungsrechte, vor allem aber auch die in der Praxis weit verbreiteten Steuer- und Abgabenklauseln, allgemeine Wirtschaftsklauseln und Heilungsklauseln weiter einen Schwerpunkt der rechtlichen Auseinandersetzungen und Fortentwicklung durch die Rechtsprechung bleiben werden.

Nachdem die Wirksamkeit der Preisänderungsklausel über das »Ob« der

Preisanpassung entscheidet, unterliegen einseitige Leistungsbestimmungsrechte nach § 315 BGB einer Kontrolle über das »Wie« der Anpassung. Danach ist eine Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen auszuüben. Was billigem Ermessen entspricht, ist unter Berücksichtigung der Interessen beider Parteien und des in vergleichbaren Fällen Üblichen im Zeitpunkt der Ausübung des Bestimmungsrechts festzustellen.⁴¹ Ist ein Entgelt festzusetzen, kommt es auf den Wert der zu vergütenden Leistung an, sodass hier in der Regel der Umfang der Kostensteigerung maßgeblich ist.

Eine weitere Fallgruppe stellen die sog. Fernwärmepreisgleitklauseln dar. Durch § 24 Abs. 4 Satz 1 AVBFernwärmeV soll eine kostenorientierte Preisbemessung gewährleistet und zugleich dem Umstand Rechnung getragen werden, dass sich die Gestaltung der Fernwärmepreise nicht losgelöst von den Marktverhältnissen vollziehen kann. Insofern müssen entsprechende Preisgleitformeln sowohl Kostenelemente als auch ein Marktelement enthalten. § 24 Abs. 4 Satz 1 AVBFernwärmeV weist beiden aufgeführten Bemessungsfaktoren an sich den gleichen Rang zu und ermöglicht Abstufungen nur, soweit dies der Angemessenheit entspricht. In jedem Fall muss sichergestellt sein, dass sich die konkreten Energiebezugskosten des Versorgungsunternehmens im Wesentlichen – wenn auch mit gewissen Spielräumen – in gleicher Weise entwickelten wie der im Rahmen einer Preisgleitformel für ein Kostenelement gewählte Index.⁴²

Ist eine Preisgleitklausel auf Grundlage von § 24 Abs. 4 Satz 1 AVBFernwärmeV wirksam, so unterliegt das »wie« der Ausübung anders als bei der vertraglichen Leistungsbestimmung keiner weiteren Überprüfung.

2. Fernwärme – kartellrechtliche Preiskontrolle

Die kartellrechtliche Preiskontrolle spielt in der Fernwärmewirtschaft bisher in der Praxis eine untergeordnete Rolle. Zivilkartellrechtliche Klagen auf der Grundlage des GWB scheitern in der Regel an der Beweislast des Klägers. Und auch öffentliche Kartellverfahren führen in den seltensten Fällen zu einer Verurteilung des Fernwärmeversorgungsunternehmens, da der kartellrechtliche Kontrollmaßstab des Vergleichsmarktprinzips in der Regel an den individuellen Besonderheiten einzel-

ner Fernwärmeversorgungsgebiete scheitert.⁴³ Um diesem Missstand entgegenzutreten, haben die Kartellbehörden in jüngster Vergangenheit mehrere Sektorenuntersuchungen über den Wärmemarkt auf Bundes-⁴⁴ und Landesebene⁴⁵ durchgeführt, um hier ausreichende Vergleichsdaten für mögliche Missbrauchsverfahren zu sammeln.⁴⁶

Schwerpunkt der kartellrechtlichen Preiskontrolle in der Fernwärmewirtschaft ist die Preishöhenkontrolle nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB. Die besonderen energiewirtschaftlichen Kontrollbefugnisse des § 29 GWB sind dabei auf die Fernwärmeversorgung nicht anwendbar, da sie sich nur auf die Strom- und Erdgasversorgung beziehen. Daneben werden kartellrechtliche Anforderungen an die Preisstellung als Folgeproblem von kartellrechtlichen Ansprüchen gegen Preisdiskriminierung (§ 19 Abs. 2 Nr. 3 GWB)⁴⁷, Einspeise-, Durchleitungs- (§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB) und Belieferungsansprüchen (§§ 19 Abs. 2 Nr. 1, 20 GWB)⁴⁸ bisher überwiegend in der Literatur diskutiert.⁴⁹

Dabei tritt die kartellrechtliche Preiskontrolle neben die zivilrechtliche Billigkeitskontrolle, insbesondere soweit neben einer Preisanpassung auch der Preissockel gerichtlich überprüft werden soll.⁵⁰ Ein Fernwärmeversorgungsunternehmen missbraucht seine marktbeherrschende Stellung auf dem Fernwärmemarkt, soweit es Preise fordert, die höher sind als diejenigen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden. Deshalb steht der Vergleich mit den Preisen anderer Fernwärmeversorgungsunternehmen im Vordergrund der kartellrechtlichen Preismissbrauchskontrolle. Damit ist ein Abweichen von durchschnittlichen Fernwärmepreisen ein erstes Indiz für ein missbräuchliches Verhalten. Dabei sind jedoch strukturelle Unterschiede zwischen untersuchten Unternehmen und Vergleichsunternehmen durch entsprechende Zu- und Abschläge zu berücksichtigen.⁵¹ Nur soweit danach noch ein erheblicher Preisunterschied besteht, liegt ein Missbrauchstatbestand vor. Dabei gehen die Kartellbehörden zunehmend dazu über, weitere Indizien für einen Missbrauch heranzuziehen. So haben unterinstanzliche Gerichte ungewöhnlich hohe Eigenkapitalrenditen (zwischen 28 % und 38 %) und extrem hohe Differenzen zwischen Herstellern und Erlös als wesentliches Indi-

zien für die Durchsetzung nicht wettbewerbsgemäßer Preise anerkannt.⁵²

III. Preiskontrolle im Bereich Wasserversorgung

Die Kontrolle von Entgelten in der deutschen Wasserwirtschaft hängt von der Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses zwischen Versorger und Endkunden ab. Dabei ist zwischen der Abrechnung der Leistung über öffentlich-rechtliche Benutzungsgebühren auf Basis einer Beitrags- und Gebührensatzung und der Abrechnung über privatrechtliche Wasserpreise auf Basis allgemeiner Versorgungsbedingungen zu unterscheiden.

Liegt ein öffentlich-rechtliches Benutzungsverhältnis vor, werden (Benutzungs-)Gebühren für die Inanspruchnahme der öffentlichen Einrichtung erhoben. Zur öffentlichen Einrichtung zählen im Fall der Wasserwirtschaft dabei Anlagen der Abwasserentsorgung ebenso wie Anlagen der Wasserversorgung. Die Höhe der Gebühren wird anhand der Vorschriften der jeweiligen Kommunalabgabengesetze der 16 Bundesländer bestimmt. Für Streitigkeiten zwischen Bürgern und dem Wasserversorger über die Sachgerechtigkeit der Gebühren ist die Verwaltungsgerichtsbarkeit zuständig. Die Kontrolle der Gebührenkalkulationen der Wasserversorger obliegt der Kommunalaufsicht.

Alternativ dazu können Benutzungsverhältnisse auch privatrechtlich ausgestaltet werden. In diesem Fall werden zur Deckung der Kosten Preise (privatrechtliche Entgelte) vom Versorger verlangt. Entgegen der Bestimmung der Höhe von Gebühren existieren für die Kalkulation der Preise in den meisten Bundesländern keine gesetzlichen Vorgaben⁵³. Mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz, dem Äquivalenzprinzip und dem Kostendeckungsprinzip sind bei der Kalkulation privatrechtlicher Entgelte jedoch in jedem Fall die geltenden Grundsätze öffentlichen Finanzgebarens einzuhalten. Diese Grundsätze werden bei Streitigkeiten vor der ordentlichen Gerichtsbarkeit im Rahmen der gerichtlichen Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB überprüft.

1. Wasserversorgung – kartellrechtliche Preiskontrolle

Unter anderem unterstützt durch einige höchstrichterliche Entscheidungen⁵⁴ ent-

wickelten in der jüngeren Vergangenheit auch die Medien zunehmendes Interesse für die Missbrauchskontrolle von Wasserpreisen. Weiteren Diskussionsstoff lieferte in diesem Zusammenhang die jüngst in Kraft getretene Novelle des GWB⁵⁵ und die damit verbundenen Konsequenzen für die kartellbehördliche Überprüfung von Wasserpreisen. Verantwortlich hierfür ist der in § 31 Abs. 4 Nr. 3 GWB n.F. eingeführte Begriff der rationellen Betriebsführung in der Wasserversorgung, der künftig die Kontrolle von Wasserpreisen prägen wird⁵⁶. Spätestens seit dieser Novelle des GWB haben Behörden dabei die Möglichkeit, gleichrangig zur bisherigen Missbrauchskontrolle des § 31 Abs. 4 Nr. 2 i.V.m. § 31 b GWB n.F. über das Vergleichsmarktprinzip die Höhe von Wasserentgelten nach dem Kostenprüfungsansatz zu kontrollieren.⁵⁷ Der Preishöhenmissbrauch eines Wasserversorgungsunternehmens ist demzufolge dann missbräuchlich im Sinne des GWB, wenn es »Entgelte fordert, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten; anzuerkennen sind die Kosten, die bei einer rationellen Betriebsführung anfallen.«

Fraglich ist indes, was unter rationellen – also vernünftigen – Kosten der Wasserversorgung zu verstehen ist. Eine explizite Antwort hierauf liefert allerdings weder das Gesetz noch existiert dazu eine orientierungsunterstützende Rechtsprechung. Vielmehr wird es in naher Zukunft darum gehen, den unbestimmten Rechtsbegriff der Kosten einer rationellen Betriebsführung in der Wasserversorgung mit Leben zu füllen.

In einem ersten Schritt muss es dabei darum gehen, diejenigen Leistungen und die daraus resultierenden Kosten zu definieren, die im konkreten Einzelfall als vernünftig zur Wahrnehmung der originären Aufgabe eines Wasserversorgungsunternehmens anzusehen sind. Dabei werden auch Aspekte in der Leistungsbeschreibung eines Wasserversorgungsunternehmens zu diskutieren sein, die im Zusammenhang mit vorsorgenden Maßnahmen zur Umwelt- und Gesundheitsvorsorge und zur Sicherstellung der Anlagen- und Versorgungssicherheit dienen, selbst wenn diese über das hoheitlich geforderte Maß der Versorgung der Bevölkerung mit Trinkwasser hinausgehen.⁵⁸

In einem zweiten Schritt gilt es alsdann, diese Leistungen monetär zu quantifizieren und dahingehend zu beurteilen,



inwiefern die Leistungserbringung vernünftig erfolgt. Diese Beurteilung muss flankiert werden durch eine intensive Auseinandersetzung mit und Bewertung von strukturellen Besonderheiten der Wasserversorgung, den Konsequenzen unternehmerischer Entscheidungen der Vergangenheit für den Fall, dass sich diese aus heutiger Perspektive als gerade nicht vernünftig herausstellen und der Klarstellung zahlreicher kalkulatorischer Fragestellungen zur Entgeltbildung von Wasserversorgungsunternehmen.

Aus methodischer Perspektive liegen bereits zahlreiche Instrumente⁵⁹ vor, die diesen Diskussionsprozess unterstützen können. Darüber hinaus existieren auch bereits erste Ansätze zur Auslegung einer rationellen Betriebsführung in der Wasserversorgung⁶⁰ oder werden aktuell erarbeitet. In diesem Kontext ist auch der jüngst erschienene Katalog vorsorgender Leistungen der Wasserversorger für den Gewässer- und Gesundheitsschutz⁶¹ zu sehen, der eine große Chance darstellt, die Diskussion um vernünftiges Handeln eines Wasserversorgungsunternehmens weiter zu versachlichen. Dies kann allerdings nur der Anfang eines intensiven Austauschprozesses sein, der Unternehmen, Behörden und Gerichte im Hinblick auf die Entgeltkontrolle in der Wasserversorgung die nächsten Jahre beschäftigen wird.

17 Vgl. z.B. Bundeskartellamt, B10-16/09 v. 19.03.2012.
 18 Monopolkommission in BT-Drs. 17/8541, S.27.
 19 Monopolkommission in BT-Drs. 17/8541, S.27.
 20 Monopolkommission in BT-Drs. 17/8541, S.28.
 21 BGH v. 13.06.2007, VIII ZR 36/06, Rn.37f.
 22 BGH v. 13.06.2007, VIII ZR 36/06, Rn.19.
 23 Dies sind diejenigen Kunden, die keinen Sonderekundenvertrag abgeschlossen haben, sondern im Rahmen der Grundversorgungspflicht gem. § 36 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) versorgt werden.
 24 BGH v. 13.06.2007, VIII ZR 36/06, Rn.21.
 25 BGH v. 13.06.2007, VIII ZR 36/06, Rn. 26/31.
 26 EuGH, C-359/11 und C-400/11.
 27 Insbesondere § 307 BGB.
 28 BGHv. 15.07.2009, VIII ZR 225/07.
 29 EuGH v. 21.03.2013, C-92/11.
 30 BGH v. 31.07.2013, VIII ZR 162/09.
 31 VG, BeckRS 2013, 50428.
 32 § 305 ff. BGB.
 33 § 315 BGB.
 34 Ellenberger, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 138 Rn. 66.
 35 Witzel/Topp, Allgemeine Versorgungsbedingungen für Fernwärme, S.57.
 36 BGH v. 17.10.2012, VIII ZR 292/11.
 37 Witzel/Topp, Allgemeine Versorgungsbedingungen für Fernwärme, S.77.
 38 BGH v. 21.09.2005, VIII ZR 38/05, NJW-RR 2005, 1717.
 39 EuGH v. 21.03.2013, C-92/11.
 40 BGH v. 31.07.2013, VIII ZR 162/09.
 41 Palandt, BGB, § 315 Rn.10.
 42 BGH v. 06.07.2011, VIII ZR 37/10, NJW 2011, 3219.
 43 Vgl. BGH v. 21.10.1986, KVR 7/85 – Glockenheide.
 44 Judith, in: Danner/Theobald, Energierecht, 80. Lfg., 2014, Kap. 160, Rn.210.
 45 <http://bundespresseportal.de/brandenburg/item/16269-landesweite-sektoruntersuchung-zur-fernwaerme-landeskartellbeh%C3%B6rde-kontrolliert-fernwaerme-preise-von-53-brandenburgischen-unternehmen.html>.
 46 OLG Düsseldorf v. 04.08.2010, VI-2 Kart 8/09 (V).
 47 OLG Frankfurt v. 19.02.2008, 11 U 13/07 (Kart) – entega; LG Nürnberg-Fürth v. 22.05.2013, 3 O 4143/12 – Fernwärme-Rabatt.
 48 Hainz, Anspruch des Contractors auf Belieferung mit Fernwärme, CuR 2005, 21-22.
 49 Greb/Böcker, Wettbewerbliche Öffnung der letzten Bastionen?, RdE 2013, 15-21; BGH v. 23.06.2009, KZR 21/08 – Preisspaltung entega.
 50 OLG Nürnberg v. 15.06.2012, 1 U 605/11 – Preissockel.
 51 Bechtold, GWB, 2013, § 19 Rn 53 ff.
 52 OLG Nürnberg v. 15.06.2012, 1 U 605/11.
 53 Eine Ausnahme davon stellt bspw. das Kommunalabgabengesetz für das Land Rheinland-Pfalz dar, vgl. hierzu § 7 Abs. 9 Kommunalabgabengesetz für das Land Rheinland-Pfalz v. 20.06.1995 (GVBl. S. 175), zuletzt geändert durch Art. 1 Drittes Landesgesetz zur Änderung des Kommunalabgabengesetzes v. 15.02.2011 (GVBl. S. 25).
 54 Vgl. hierzu bspw. BGH v. 02.02.2012, KVR 66/08; BGH v. 18.10.2011, KVR 9/11.
 55 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung v. 26.06.2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066).

56 Der ebenfalls neu in das GWB aufgenommene Ausschluss von Unternehmen mit öffentlich-rechtlichen Gebühren aus der kartellbehördlichen Missbrauchsaufsicht wird nachfolgend nicht weiter vertieft, vgl. hierzu § 130 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. §§ 19, 20 und 31 b Abs. 5 GWB.
 57 Zum Nebeneinander von Vergleichsmarktkonzept und Kostenkontrolle hat sich bereits vor Inkrafttreten des novellierten GWB am 30.06.2013 auch bereits der BGH geäußert, vgl. hierzu BGH v. 15.05.2012, KVR 51/11.
 58 Dies gilt zumindest dann, wenn sichergestellt ist, dass bei diesen Maßnahmen Aufwand und Nutzen nicht in einem eklatanten Missverhältnis stehen. Vgl. hierzu Bekanntmachung Katalog vorsorgender Leistungen der Wasserversorger für den Gewässer- und Gesundheitsschutz v. 13.08.2014 (BAnz AT 28.08.2014 B2).
 59 So etwa Kennzahlenvergleiche und statistische Effizienzmessmethoden.
 60 Vgl. hierzu Lindt/Schielein (2013), »Rationelle Betriebsführung« in § 31 IV Nr. 3 GWB n.F. – Versuch einer Auslegung« in IR Energie, Verkehr, Abfall und Wasser, Heft 6 (2013), S. 125 ff.
 61 Bekanntmachung Katalog vorsorgender Leistungen der Wasserversorger für den Gewässer- und Gesundheitsschutz v. 13.08.2014 (BAnz AT 28.08.2014 B2).

<Ar-264.1404-00009>

1 Dr. Thomas Wolf und Joachim Held sind bei Rödl & Partner in Nürnberg als Rechtsanwälte im Geschäftsbereich Energiewirtschaft, Alexander Faulhaber als Dipl.-Kaufmann im Geschäftsbereich Wasserwirtschaft tätig.
 2 § 4 Abs. 1 ARegV.
 3 BGH v. 18.10.2005, KZR 36/04 – Stromnetznutzungsentgelt I; BGH v. 07.02.2006, KZR 8/05 – Stromnetznutzungsentgelt II; BGH v. 04.03.2008, KZR 29/06 – Stromnetznutzungsentgelt III; BGH v. 20.07.2010, EnZR 29/09 – Stromnetznutzungsentgelt IV.
 4 OLG Naumburg v. 09.11.2010 – 1 U 40/10; Bork, JZ 2006, 682, 684; Kühne, NJW 2006, 654, 655 f.; Säcker, ZNER 2007, 114, 116; Schebstradt, MMR 2006, 157; Wolf, RdE 2011, 261, 262.
 5 EnZR 105/10.
 6 BGBl. I 2007 S. 2966.
 7 BR-Drs. 278/07, S. 9.
 8 BR-Drs. 278/07, S. 9.
 9 BGBl. I 2013 S. 1738.
 10 BT-Drs. 17/8541, S. 25.
 11 BR-Drs. 278/07, S. 13.
 12 BR-Drs. 278/07, S. 13.
 13 BR-Drs. 278/07, S. 13.
 14 So auch Bechtold, GWB, 7. Aufl., § 29 Rn. 29.
 15 BGH v. 15.05.2012, KVR 51/11 – Wasserpreise Calw, Rn. 15.
 16 BGH v. 15.05.2012, KVR 51/11 – Wasserpreise Calw, Rn. 25, 26.



Nothilfe Ebola Jetzt spenden!

Tausende Menschen haben sich in Westafrika mit dem Ebola-Virus infiziert. Die Zahl der Betroffenen steigt täglich. Unsere Bündnispartner bauen Isolierstationen, senden medizinisches Equipment und leisten Aufklärungsarbeit, um die Epidemie einzudämmen. Bitte helfen Sie mit Ihrer Spende!

Spendenkonto (IBAN):
 DE62 3702 0500 0000 1020 30
 Stichwort: Ebola
 Jetzt Förderer werden unter:
www.Aktion-Deutschland-Hilft.de

