



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht über Gebühren - am
Beispiel der Trinkwasserversorgung unter Berücksichtigung
unionsrechtlicher Grenzen staatlich veranlasster
Wettbewerbsbeschränkungen“**

Dissertation vorgelegt von Ann-Katrin Siekemeier

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff

Zweitgutachter: Prof. Dr. Ute Mager

Juristische Fakultät

Ob das GWB auf wirtschaftsrelevante Maßnahmen der öffentlichen Hand in öffentlich-rechtlichen Handlungsformen anwendbar ist, wird kontrovers diskutiert. Diese Arbeit nähert sich der Frage anhand der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht über Gebühren der Trinkwasserversorgung. Aufgrund regional stark divergierender Trinkwasserentgelte und des durch die 8. GWB-Novelle eingefügten § 185 Abs. 1 S. 2 GWB ist die Frage hier von besonderer rechtspositiver Aktualität.

Die Arbeit untersucht, ob das GWB die öffentliche Hand bei der Gebührenerhebung bindet. Sie analysiert die weitgehende Rechtsspaltung zwischen den Entgeltkontrollregimen von kartellrechtlicher Missbrauchsaufsicht über Preise einerseits und Kommunalaufsicht und verwaltungsgerichtlicher Kontrolle über Gebühren andererseits. Es wird beleuchtet, ob diese Kluft durch Auslegung oder mit Blick auf das Unionsrecht überwunden werden kann. Schließlich schlägt die Arbeit vor, § 185 Abs. 1 S. 2 GWB zu streichen und im GWB ein Korrektiv ähnlich Art. 106 Abs. 2 AEUV aufzunehmen, um den Geltungsanspruch des Wettbewerbsrechts und die staatliche Gewährleistungsverantwortung für besondere Gemeinwohlaufgaben systematisch und aufgabenorientiert abzustimmen.

Entsprechend dem Erkenntnisziel der Arbeit wird im Folgenden das in ihr entwickelte Gefüge einer kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht über Gebühren am Beispiel der leitungsgebundenen Trinkwasserversorgung dargestellt. Ob das GWB und das unionale Wettbewerbsrecht die öffentliche Hand bei der Erhebung von Trinkwassergebühren binden, wird an dieser Stelle nicht argumentativ entwickelt, sondern zusammenfassend geschildert. Gleiches gilt für die Frage, ob öffentliche Rechtsträger der Vollzugskompetenz der zuständigen Kartellbehörde unterfallen. Daher folgt die Darstellung hier nicht durchweg der Reihenfolge der Ausführungen der Dissertation selbst. Auf selbige wird jeweils in Klammerzusätzen verwiesen.

I.

1. Im Anschluss an den dogmatischen Nachweis *Scholz'* ist das GWB als funktionale Verhaltensordnung allgemein-rechtlicher Art zu begreifen, das auch für wirtschaftliche Tätigkeiten der öffentlichen Hand verbindlich ist.¹ Es knüpft seine Rechtsfolgen allein an bestimmte faktisch-wirtschaftliche Sachverhalte. In materieller Hinsicht steht es der Dichotomie von öffentlichem Recht und Privatrecht neutral gegenüber. Damit vermag es das Handeln Privater wie der öffentlichen Hand gleichermaßen zu binden. Über die Figur des Als-Ob-Wettbewerbs können auch monopolistische Marktstellungen an wettbewerbliche Verhaltensregeln gebunden werden; ob einem wirtschaftenden Rechtssubjekt ein tatsächlicher Wettbewerber gegenübersteht, ist unerheblich. Für die Anwendung des GWB ist folglich nur an die Verbotsnorm anzuknüpfen und auf das Vorliegen einer wirtschaftenden Tätigkeit abzustellen (§ 3 II, § 4).

2. Ausgehend von dieser dogmatischen Grundlegung ist aus dem Unternehmensbegriff lediglich genuin hoheitliches Handeln der öffentlichen Hand als Widerspiel wirtschaftlicher Tätigkeit auszugliedern.

a) Bei der Frage, ob ein bestimmtes Handeln der öffentlichen Hand als die wirtschaftliche Betätigung eines Unternehmens im Sinne kartellrechtlicher Vorschriften oder als (rein) hoheitlich anzusehen ist, gilt es einen materiellen Maßstab dergestalt anzulegen, wie er in der Rechtsprechung des EuGH zutage tritt. Hoheitlich ist hiernach jedenfalls dasjenige Handeln des Staates, das keinesfalls in privaten Rechtsformen erfolgen kann; namentlich, weil sich kein umkehrbares Austauschverhältnis bilden lässt. Die Anwendung des GWB auf öffentlich-rechtliche Körperschaften ist damit handlungsformneutral. Die Abkehr von einer formalisierten Sicht erlaubt eine konsistente Anwendung des GWB; die Gefahr eines Marktmachtmissbrauchs besteht unabhängig von der Art des Rechtssubjekts und der gewählten Organisations- und Handlungsform. Darüber hinaus wird ein maßgeblicher Gleichklang mit der Rechtslage bei Anwendbarkeit des unionsrechtlichen Verbots des Ausbeutungsmissbrauchs erreicht (§ 5 I).

b) Ob nachfolgend von der Anwendung der Wettbewerbsregeln abzusehen ist, weil Wasserversorgungsunternehmen Aufgaben von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erfüllen, ist im Bereich des nationalen Rechts, *de lege lata*, bei der Auslegung des Missbrauchsbegriffs auf Rechtfertigungsebene respektive auf Ebene der Normenkonkurrenz oder -kollision zu erörtern. Dabei belässt bereits das Kartellrecht selbst Raum, Belange des Gemeinwohls zu berücksichtigen. Jedenfalls das Missbrauchsverbot ist angesichts der begrifflichen Unschärfe des Missbrauchsbegriffs ein Verbot mit Wertungsmöglichkeit. So werden im Rahmen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht über Trinkwassergebühren nicht allein effizienzorientierte

¹ *Scholz*, ZHR 132 (1969), 97, *passim*.

Gesichtspunkte, sondern auch Qualitäts-, Umwelt- und Gesundheitsaspekte berücksichtigt (§ 2 II, § 5 III, IV).

c) Diesen Maßstab zugrunde gelegt, handeln kommunale Unternehmen bei Vornahme der leitungsgebundenen Trinkwasserversorgung als Unternehmen im Sinne der kartellrechtlichen Missbrauchsvorschriften, selbst wenn die Leistungsbeziehung zum Abnehmer öffentlich-rechtlich ausgestaltet ist. Oft wird diese Tätigkeit durch Private – zumindest im Rahmen einer funktionalen Privatisierung – wahrgenommen. Auch ist die öffentliche Hand im Bereich der Daseinsvorsorge nicht gezwungen, Gebühren zu erheben. Die leitungsgebundene Trinkwasserversorgung ist damit nicht untrennbar mit hoheitlichen Vorrechten verbunden. Ebenso wenig ändert sich der Leistungskern und der wirtschaftliche Gesamtvorgang durch die gewählte Handlungsform (§ 5 I, II).

3. Die Anwendung des GWB erfolgt jedoch nicht schrankenlos: Verfassungsgemäße öffentlich-rechtliche Sonderregelungen können die kartellrechtlichen Verbotsnormen auf Ebene der Normenkonkurrenz verdrängen. Als Sonderregelungen im genannten Sinn zählen indes nicht die Vorschriften des kommunalen Gebührenrechts. Diese verdrängen Normen des GWB weder nach dem Grundsatz der Spezialität noch unter dem Gesichtspunkt materieller Subsidiarität. Die Normenkreise des Kartell- und Kommunalabgabenrechts sind vielmehr parallel anwendbar. Es handelt sich insoweit um konzeptionell und strukturell verschiedenartige Rechts- und Funktionsgebiete. Angesichts divergierender Maßstäbe und Funktionen ist es weder passförmig noch zu befürworten, rechtliche Gesichtspunkte des einen in das jeweils andere Rechtsgebiet einzuflechten oder vorhandene Instrumentarien zu harmonisieren. Die Kommunalabgabenrechtskonformität eines Entgelts sowie eine kommunalaufsichtliche Überprüfung der Gebührenfestsetzung schließen einen Verstoß gegen das kartellrechtliche Verbot eines Ausbeutungsmissbrauchs nicht aus (§ 5 III, § 6 IV).

4. Damit bilden das GWB und seine Anwendung den gesetzlichen Rahmen, in dem die öffentliche Hand Trinkwassergebühren erheben darf. Eine Normenkollision speziell mit landesgesetzlichen Vorgaben zur Kostendeckung lässt sich im Wege bundesrechtskonformer Auslegung entschärfen (§ 5 IV).

5. Die Konkretisierung der materiellen Vorgaben des GWB erfordert wirtschaftliche Einschätzungen von hoher Komplexität. Das rechtfertigt die Annahme, dass die Kartellbehörden in ihrem Zuständigkeitsbereich über eine anderen Verwaltungsbehörden überlegene Sachkenntnis, Fachkompetenz und Organisation verfügen und auch gegenüber öffentlichen Rechtsträgern regelungsbefugt sind. Dadurch gerieren sie sich nicht als Oberbehörde oder usurpieren fremde Zuständigkeiten. Zu keinem anderen Ergebnis führt die jeweilige Regelung

über die Kommunalaufsicht; die Vollzugskompetenz der zuständigen Kartellbehörde wird durch die Kommunalaufsicht nicht verdrängt (§ 6 I-IV).

6. Der Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen von Kartell- und Kommunalaufsichtsbehörden begegnen die Vorschriften über die Rücknahme von Verwaltungsakten (§ 6 V).

II.

1. De lege lata wurde der Anwendungsbereich des GWB auf die in öffentlich-rechtlichen Formen tätige Verwaltung durch § 185 Abs. 1 S. 2 GWB begrenzt. Die §§ 19, 20 und 31b Abs. 5 GWB sind auf Gebühren nunmehr unanwendbar (§ 8, § 9).

2. Mangels einer ausdrücklichen Regelung im GWB, aus der eine Vollharmonisierung gefolgert werden könnte, ist eine Abweichung vom Unionskartellrecht durch § 185 Abs. 1 S. 2 GWB im Anwendungsbereich allein des deutschen Kartellrechts möglich (§ 9 IV).

3. § 185 Abs. 1 S. 2 GWB erscheint dabei wenig zeitgemäß; in das GWB als funktionales Regelwerk passt sich die Ausnahmeregelung nicht ein:

a) Die Norm bewirkt, dass – obschon die Anknüpfung an Handlungsformen seit einiger Zeit an Trennschärfe verloren hat (§ 2 III 3, § 4 I, II) – wiederum an die rechtliche Einkleidung statt auf den Inhalt der Leistungsbeziehungen abgestellt wird (§ 9). Trotz der bedeutenden kommunalen Monopole im Bereich der Trinkwasserversorgung (§ 1 II) sowie der divergierenden Funktionen und Maßstäbe von kartellrechtlicher Missbrauchsaufsicht und gebührenrechtlicher Entgeltkontrolle (§ 2, § 5 III) negiert die Norm die Notwendigkeit einer kartellrechtlichen Überprüfung (auch) von Gebühren. Zugleich konterkariert sie einen Gleichlauf mit dem Unionskartellrecht.

b) Dabei ist die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht im Zusammenwirken mit den übrigen Regelungen des Wettbewerbsrechts imstande, die Wirkungen von (öffentlichen) Monopolstellungen im rechtlichen Außenverhältnis einzufangen. Die gebührenrechtliche Entgeltkontrolle erfasst die mit der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht adressierten Gefahren nicht; insofern weist sie Parallelen mit der zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle auf (§ 2, § 5 III).

4. Dennoch ist eine teleologische Reduktion des § 185 Abs. 1 S. 2 GWB abzulehnen. Die Auslegung des geltenden Rechts darf nicht mit Forderungen oder Wünschen de lege ferenda vermischt werden.

a) Im GWB ist der Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten, anders als z.B. im Steuerrecht, nicht normiert. Ausgehend von dem eindeutigen Wortlaut und Zweck des § 185 Abs. 1 S. 2 GWB ist eine „Gesetzeszweckkorrektur“ im Wege der teleologischen Reduktion abzulehnen. Die Rechtsfigur wirft bereits grundsätzliche Bedenken auf; jedenfalls darf sie nicht als Mittel eingesetzt werden, unwillkommene Regelungen abzuschütteln. Eine teleologische Reduktion aufgrund des Zwecks einer anderen Norm, der Natur der Sache oder eines vorrangigen Prinzips, etwa der gleichförmige Vollzug des Kartellrechts, relativierte den zunächst ermittelten Zweck des § 185 Abs. 1 S. 2 GWB (§ 9 II).

b) Die Absage an eine teleologische Reduktion bedeutet nicht, dass kommunale Wasserversorgungsunternehmen unbegrenzt auf öffentlich-rechtliche Handlungsformen zurückgreifen dürfen. Maßgeblich sind die gesetzlichen Grenzen der Optionenwahl der Verwaltung. Liegen Anhaltspunkte für eine Wahl der Gebührenform zum alleinigen Zweck der Umgehung des Kartellrechts vor, ist an einen Ermessensmissbrauch der Verwaltung im Rahmen der Organisations- und Handlungsformentscheidung zu denken (§ 9 III).

5. Damit verbleiben den Kartellbehörden allein die spezifischen Handlungsbefugnisse des § 31b Abs. 3 GWB in den Missbrauchsfällen des § 31 Abs. 3 GWB. Um weiteren Rekommunalisierungsbestrebungen keinen Vorschub zu leisten, ist nicht davon auszugehen, dass die Kartellbehörden diese verbleibende Befugnis verstärkt nutzen werden. Ohnehin verfügen Wasserversorgungsunternehmen über eine tatsächliche Monopolstellung und greifen selten auf den Freistellungstatbestand des § 31 Abs. 1 GWB zurück (§ 9 V).

III.

Folgerichtig ist auf das unionale Wettbewerbsrecht zu blicken. Über das wettbewerbliche Schicksal daseinsvorsorgetypischer lokaler Monopole wie der Trinkwasserversorgung entscheidet auf unionsrechtlicher Ebene primär das Kriterium der Binnenmarktrelevanz der marktbeherrschenden Stellung.

1. Eine Anwendbarkeit der unternehmensgerichteten Bestimmung des Art. 102 S. 2 lit. a AEUV erscheint allein in Bezug auf Trinkwasserversorgungsunternehmen in Großstädten möglich. Für kleinere Trinkwasserversorgungsunternehmen ist sie zu verneinen. Ein anderes Ergebnis ist denkbar, wäre künftig infolge geänderter tatsächlicher Rahmenbedingungen, namentlich eines technologischen Fortschritts, die Marktabgrenzung anders zu treffen. Hingegen ist eine kollektiv marktbeherrschende Stellung von Trinkwasserversorgungsunternehmen abzulehnen; es fehlt an einem einheitlichen Rechtsrahmen als verbindendem Faktor (§ 12).

2. Der Blick auf die wettbewerbsrechtlichen Pflichten für hoheitliches Handeln der Mitgliedstaaten gemäß Art. 106 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 102 AEUV zeigt: Der Erlass des § 185 Abs. 1 S. 2 GWB i.V.m. dem Grundsatz freier Auswahl der Verwaltung figuriert nur unter bestimmten Voraussetzungen als staatlich veranlasste Wettbewerbsbeschränkung. Erstens müsste der Kommission ein Auswahlermessen hinsichtlich des zum Nachweis der Verletzung herangezogenen Unternehmens zukommen. Ein solches Ermessen unterstellt, verbleibt – zweitens – der Nachweis der Binnenmarktrelevanz der marktbeherrschenden Stellung diffizil. Angesichts der uneinheitlichen Auslegung des Kriteriums durch den EuGH sowie der zunehmenden Bevölkerungskonzentration in Großstädten ist eine unionsrelevante marktbeherrschende Stellung indes nicht per se ausgeschlossen. Dies vorausgesetzt, könnte ein Verstoß gegen die wettbewerbsbezogene Vorsorgepflicht namentlich darin liegen, dass infolge des Erlasses des § 185 Abs. 1 S. 2 GWB öffentliche Trinkwasserversorgungsunternehmen, die im Gebiet ihres Versorgungsnetzes ein natürliches Monopol innehaben, nicht durchweg einer hinreichend wirksamen und unabhängigen staatlichen Entgeltkontrolle unterliegen (§ 12 I, § 13).