

Missbrauchsaufsicht über Wasserpreise und Wassergebühren nach deutschem und europäischem Kartellrecht

von
Maximilian Lukas Wehage

1. Auflage

Nomos Baden-Baden 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de
ISBN 978 3 8487 1911 2

Maximilian Lukas Wehage

Missbrauchsaufsicht über Wasserpreise und Wassergebühren nach deutschem und europäischem Kartellrecht



Nomos



E W  R K

Schriftenreihe

Institut für Energie- und Wettbewerbsrecht
in der Kommunalen Wirtschaft e.V.
an der Humboldt-Universität zu Berlin

Professor Dr. Hans-Peter Schwintowski,
Geschäftsführender Direktor

Band 54

Maximilian Lukas Wehage

**Missbrauchsaufsicht über
Wasserpreise und Wassergebühren
nach deutschem und
europäischem Kartellrecht**



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Berlin, Humboldt-Univ., Diss., 2014

ISBN 978-3-8487-1911-2 (Print)

ISBN 978-3-8452-6040-2 (ePDF)

1. Auflage 2015

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2015. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
Einleitung: Die Bedeutung des Rechtsgutes Wasser und die Notwendigkeit einer Entgeltkontrolle über Wasserpreise und Wassergebühren	21
A. Einführung in die Thematik	21
B. Einordnung und Abgrenzung des Gegenstands der Arbeit	30
Kapitel 1: Der deutsche Markt der Wasserversorgung – Die marktherrschende Stellung der Wasserversorgungs- unternehmen	35
A. Das Produkt des Marktes: Die Bereitstellung von Trinkwasser	35
B. Die Marktstruktur	37
I. Die Unternehmensstruktur der Wasserversorgung	37
II. Die Infrastruktur und Durchleitungsmöglichkeit im Markt der Wasserversorgung	40
III. Die rechtlichen Rahmenbedingungen der Wasserversorgung	44
1. Kartellrecht	46
2. Kommunale Selbstverwaltung	48
3. Prinzip der ortsnahe Wasserversorgung	50
C. Die Wettbewerbsstruktur des Wassemarktes	53
I. Der Begriff der marktherrschenden Stellung	53
II. Bestimmung des relevanten Marktes als Ausgangspunkt für die Feststellung einer marktherrschenden Stellung der Wasserversorger	57
1. Der sachlich relevante Markt: Die Bereitstellung von Trinkwasser	59
2. Der räumlich relevante Markt	67
III. Die marktherrschende Stellung auf diesem Markt	72
IV. Wettbewerb um den Markt	74

Inhaltsverzeichnis

D. Zwischenergebnisse zur Marktanalyse	75
Kapitel 2: Der Unternehmensbegriff – Die Reichweite der Anwendbarkeit des europäischen und deutschen Kartellrechts auch auf Wassergebühren	77
A. Europäischer Unternehmensbegriff	79
B. Der Unternehmensbegriff des GWB	86
I. Funktionaler Unternehmensbegriff und hoheitliches Handeln	86
II. Die Unternehmenseigenschaft der Wasserversorgungsunternehmen	89
III. Reichweite der Missbrauchsaufsicht nach dem GWB vor der 8. GWB-Novelle	92
1. Das Bestehen von Wettbewerbsbeziehungen zu Konkurrenten als untaugliches Abgrenzungskriterium	93
2. Die Ausgestaltung der Handlungsform als Anknüpfungspunkt für die Anwendbarkeit des GWB	98
a) Die Ausgestaltung der Leistungsbeziehung als traditionelles Abgrenzungskriterium	98
b) Die Austauschbarkeit der Rechtsform der Leistungsbeziehung als Argument gegen eine Anknüpfung der Anwendbarkeit des GWB an die Handlungsform	101
c) Eine Betrachtung der Rechtsnatur der Gebühr als Argument gegen die Austauschbarkeit der Rechtsform der Leistungsbeziehung	104
d) Das Problem der Flucht aus dem Kartellrecht als Argument für eine Anwendbarkeit der Missbrauchsaufsicht auch auf hoheitlich handelnde Versorger	106
e) Das Argument der Superrevisionsinstanz gegen eine Erstreckung des GWB auch auf Gebühren	108
3. Zwischenfazit zur Anwendbarkeit des GWB auf öffentlich-rechtliche Leistungsbeziehungen vor der 8. GWB-Novelle	112
IV. Kein Ausschluss der Anwendbarkeit der Missbrauchskontrolle des deutschen Kartellrechts über privatrechtliche Entgelte bei Vorliegen materiell-rechtlicher Gebühren oder aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorgaben	112

1. Kein Ausschluss des Kartellrechts durch das Vorliegen materiell-rechtlicher Gebühren	112
2. Kein Ausschluss aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorgaben	114
V. Zwischenergebnis zur Reichweite des deutschen Kartellrechts	114
C. Notwendigkeit der Anpassung des Unternehmensbegriffs des GWB an den Unternehmensbegriff des europäischen Kartellrechts	115
D. Zwischenergebnis zur Reichweite des europäischen und deutschen Kartellrechts	117
Kapitel 3: Die Anwendbarkeit der Missbrauchsaufsicht nach dem europäischen Kartellrecht	119
A. Die marktbeherrschende Stellung auf dem gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil des gemeinsamen Marktes	120
I. Bestimmung des Begriffs des wesentlichen Teils des gemeinsamen Marktes	121
II. Zum wesentlichen Teil in Bezug auf die deutschen Wasserversorger	123
III. Bestimmung des Begriffs der gemeinsamen Marktbeherrschung	126
IV. Gemeinsame Marktbeherrschung der Trinkwasserversorger	132
B. Zwischenstaatlichkeit und Spürbarkeit der missbräuchlichen Verhaltensweise	138
I. Bestimmung der Zwischenstaatlichkeit der missbräuchlichen Verhaltensweise	138
1. Begriffsbestimmung des zwischenstaatlichen Handels	142
2. Begriffsbestimmung der Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels	144
a) Hinreichende Wahrscheinlichkeit aufgrund objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände	145
b) Unmittelbare oder mittelbare, tatsächliche oder potentielle Beeinflussung	147
c) Beeinträchtigung des Warenverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten	149

Inhaltsverzeichnis

II. Die Zwischenstaatlichkeit im Hinblick auf die deutschen Wasserversorger	150
1. Liegt überhaupt Handel zwischen den Mitgliedstaaten vor?	151
2. Liegt durch den Preismissbrauch eine Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels vor?	158
III. Spürbarkeit der Beeinträchtigung	164
1. Das Kriterium der Spürbarkeit bei der europäischen Missbrauchsaufsicht	164
2. Die Spürbarkeit im Hinblick auf die deutschen Wasserversorger	166
IV. Anwendbarkeit der europäischen Missbrauchsaufsicht wird bei grenznahen Wasserversorgern in Teilen der Literatur bejaht	169
C. Zwischenfazit zur Anwendbarkeit der Missbrauchskontrolle nach dem europäischen Kartellrecht	170
Kapitel 4: Die Missbrauchsaufsicht nach dem deutschen Kartellrecht	173
A. Rechtsgrundlage der Missbrauchsaufsicht über Wasserpreise nach nationalem Recht	173
I. Welche Rechtsgrundlagen kommen in Betracht?	173
1. Anwendbare Rechtsgrundlagen vor Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle	173
2. Entscheidung des Gesetzgebers im Rahmen der 8. GWB-Novelle – Weiter bestehende Notwendigkeit der Klärung der anwendbaren Rechtsgrundlagen	181
II. Auswirkung der Festlegung auf eine Rechtsgrundlage	185
III. Detaillierte Darstellung und Diskussion bzgl. der einschlägigen Rechtsgrundlage für Missbrauchsverfügungen	189
1. Beurteilung des Wortlauts der Übergangsregelung	190
2. Historische Argumentation	191
3. Beurteilung anhand der Systematik des Gesetzes	193
a) Argument des in sich geschlossenen Regulationssystems	193
b) Problematik des Systembruchs	195
c) Widerspruch mit der essential-facilities-Doktrin aus § 19 Abs. 4 GWB a.F.	196

d) Zuwiderlaufen an die Anpassung an das europäische Kartellrecht	198
4. Argumentation anhand des Sinn und Zweck des Gesetzes	200
5. Argumentation des BGH anhand der unterschiedlichen Bedeutung der Rechtsgrundlagen	201
6. Zwischenergebnis zur Beurteilung der einschlägigen Rechtsgrundlagen nach dem GWB in der Fassung der 7. GWB-Novelle	204
B. Die deutschen Wasserversorgungsunternehmen als Adressaten der verschiedenen Missbrauchstatbestände	205
C. Die besondere Missbrauchsaufsicht über Wasserversorgungsunternehmen nach dem Vergleichsmarktprinzip des § 31 Abs. 4 Nr. 2 GWB	206
I. Gesetzliche Missbrauchsdefinition und Beweislastverteilung	207
II. Darstellung der Auslegung des Missbrauchsbegriffs nach Ansicht der Rechtsprechung und des Gesetzgebers und der Praxis der Kartellbehörden	209
1. Gleichartige Versorgungsunternehmen	209
2. Ungünstigere Preise	214
3. Rechtfertigung ungünstigerer Preise	222
a) Versorgungsdichte	223
b) Ungünstigere Topographie und Beschaffungskosten	224
c) Baukostenzuschüsse und Hausanschlusskosten	225
d) Konzessionsabgaben	226
e) Höhere Erneuerungs- und Instandhaltungsbedürftigkeit	226
f) Unterschiede bei den Eigen- und Fremdkapitalkosten	227
g) Kostendeckungsprinzip: Zwang zur Effizienz	228
h) Anforderungen an den Nachweis der rechtfertigenden Umstände	230
i) Anschluss an die BGH-Rechtsprechung durch den Gesetzgeber	231
j) Zurechenbarkeit eines ungünstigeren Preises bei normativen Vorgaben – Der Fall der Berliner Wasserbetriebe	231

Inhaltsverzeichnis

4. Fazit zur Auslegung durch den BGH	232
III. Beurteilung der Auslegung des BGH anhand von Wortlaut, Systematik und Normzweck	233
1. Überprüfung der Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Gleichartigkeit	235
a) Gemeinsamkeiten zum Strom- und Gassektor als Argument der Übertragbarkeit der Rechtsprechung	235
b) Auslegung anhand von Wortlaut und Systematik	240
c) Auslegung anhand der Gesetzesbegründung	242
d) Teleologische Auslegung	243
e) Zwischenfazit zur Gleichartigkeit	244
2. Überprüfung der Auslegung des Tatbestandsmerkmals des ungünstigeren Preises	245
IV. Rechtstaatliche Bedenken der Auslegung der besonderen Missbrauchsaufsicht über Wasserversorger nach der Rechtsprechung des BGH	248
1. Eröffnung des Anwendungsbereichs – Kein Ausschluss aufgrund der Unternehmensstruktur im Wassermarkt	249
2. Beurteilung der Auslegung des BGH anhand von Art. 20 Abs. 3 GG	256
3. Beurteilung der Auslegung des BGH anhand der Verteidigungsmöglichkeit der Wasserversorger	269
4. Vorliegen eines Verstoßes gegen Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden	274
V. Anpassung des Missbrauchsbegriffs der besonderen Missbrauchsaufsicht nach dem Vergleichsmarktprinzip	282
D. Anwendbarkeit der Grundsätze des Vergleichsmarktprinzip der besonderen Missbrauchsaufsicht über Wasserversorgungsunternehmen auf die Missbrauchsaufsicht nach § 19 GWB	285
E. Rechtspolitische Beurteilung der Missbrauchsaufsicht über Wasserversorgungsunternehmen nach dem Vergleichsmarktprinzip	290
F. Gewinnbegrenzungskonzept oder Kostenkontrolle als Alternative zur Missbrauchskontrolle nach dem Vergleichsmarktprinzip?	295
I. Anwendbarkeit der Konzepte auf Wasserversorgungsunternehmen	295

II. Ausgestaltung des Konzeptes der Kostenkontrolle nach § 19 Abs. 1 GWB	298
1. Berechnung der Preisbildungsfaktoren	298
2. Gewinnmöglichkeit und Risikozuschlag	302
3. Erheblichkeitszuschlag und sachliche Rechtfertigung	305
4. Zwischenergebnis	306
III. Die Kostenkontrolle innerhalb der besonderen Missbrauchsaufsicht über Wasserversorgungsunternehmen	306
IV. Vorteilhaftigkeit des Konzeptes der Kostenkontrolle	308
V. Fazit zum Konzept der Kostenkontrolle	313
G. Das Ahndungssystem der Missbrauchsaufsicht nach dem deutschen Kartellrecht	313
I. Zivilrechtliche Sanktionen	314
II. Kartellrechtliches Verwaltungsrecht	316
1. Möglichkeiten der Verfahrensbeendigung	316
2. Abschöpfung des Mehrerlös	319
III. Ordnungswidrigkeitenrecht	320
IV. Zuständigkeit der Kartellbehörden	320
V. Ermittlungsbefugnisse	321
VI. Rechtsweg	323
Zusammenfassung der Arbeit	325
Literaturverzeichnis	333
Urteile und Beschlüsse	347