

Ann-Katrin Siekemeier

# Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht über Gebühren

Am Beispiel der Trinkwasserversorgung  
unter Berücksichtigung unionsrechtlicher Grenzen  
staatlich veranlasster Wettbewerbsbeschränkungen



Heidelberger Schriften  
zum Wirtschaftsrecht und Europarecht

Herausgegeben von  
Prof. Dr. Stefan J. Geibel  
Prof. Dr. Dr. h.c. Peter Hommelhoff  
Prof. Dr. Dr. h.c. Peter-Christian Müller-Graff  
Prof. Dr. Dirk A. Verse

Band 94

Ann-Katrin Siekemeier

## Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht über Gebühren

Am Beispiel der Trinkwasserversorgung  
unter Berücksichtigung unionsrechtlicher Grenzen  
staatlich veranlasster Wettbewerbsbeschränkungen



**Nomos**



Onlineversion  
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Heidelberg, Univ., Diss., 2019

u.d.T.: Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht über Gebühren – eine Untersuchung am Beispiel der Trinkwasserversorgung unter Berücksichtigung des Europarechts

ISBN 978-3-8487-6817-2 (Print)

ISBN 978-3-7489-0917-0 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2018/2019 von der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im November 2017 abgeschlossen und anlässlich der Drucklegung zuletzt im Juni 2020 überarbeitet. Rechtsprechung und Literatur konnten bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigt werden.

Mein Dank gilt Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff, dessen Betreuung und Unterstützung von der Themenfindung bis zu der Fertigstellung des Manuskripts für mich sehr wertvoll waren. Ebenso danke ich Frau Prof. Dr. Ute Mager für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und ihre weiterführenden Hinweise. Mein Dank gilt außerdem Herrn PD Dr. Roman Guski, LL.M. (Notre Dame) für seine Diskussionsbereitschaft.

Für Anregungen und Zuspruch dankbar bin ich vielen Freunden, die mir in schwierigen Phasen der Arbeit besonders wichtig waren. Herzlicher Dank gilt zuletzt meiner Familie. Für ihren Rückhalt danke ich meinem Bruder, Michael Siekemeier, und meinen Großeltern, Renate Biesinger sowie, im Gedenken, Dr. Werner Biesinger und Erika Siekemeier. Schließlich danke ich meinen Eltern, Brigitte Biesinger-Siekemeier und Reinhard Siekemeier, die meine gesamte Ausbildung mit großem Interesse verfolgt und mich in jeder erdenklichen Weise unterstützt haben. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Berlin, im Juni 2020

*Ann-Katrin Siekemeier*



## Inhaltsübersicht

Einführung	21
1. Teil: Einführende Betrachtung des Referenzgebiets und der Kontrolle von Trinkwasserentgelten	37
§ 1 Begriffsbestimmungen und Referenzgebiet	37
§ 2 Kartell- und gebührenrechtliches Entgeltkontrollregime	88
2. Teil: Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht über Gebühren vor der 8. GWB-Novelle	143
§ 3 Rechtsnatur des GWB	144
§ 4 Rechtsordnungsimmanente Einschränkungen der Anwendbarkeit des GWB	151
§ 5 Anwendbarkeit materieller Verbotsnormen des GWB	206
§ 6 Zuständigkeit der Kartellbehörden	265
§ 7 Zwischenfazit	282
3. Teil: Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht über Gebühren nach der 8. GWB-Novelle	285
§ 8 Gesetzgebungsverfahren	285
§ 9 Regelungsgehalt des § 185 Abs. 1 S. 2 GWB	287
§ 10 Zwischenfazit	327

*Inhaltsübersicht*

4. Teil: Anwendbarkeit des unionalen Wettbewerbsrechts	329
§ 11 Grundlegung	329
§ 12 Preishöhenmissbrauch gemäß Art. 102 S. 2 lit. a AEUV	331
§ 13 § 185 Abs. 1 S. 2 GWB als staatlich veranlasste Wettbewerbsbeschränkung?	361
§ 14 Zwischenfazit	386
Zusammenfassung	389
Rechtsetzungsempfehlungen	395
Literaturverzeichnis	399



## Inhaltsverzeichnis

Einführung	21
I. Anlass der Untersuchung	21
II. Gegenstand und Erkenntnisziel der Untersuchung	23
1. Rechtliches Problemfeld	23
2. Erkenntnisziel	26
3. Methode	28
a) Rechtsdogmatischer Ansatz	28
b) Ökonomische Analyse des Rechts	29
III. Eingrenzung der Untersuchung	31
1. Leitungsgebundene Trinkwasserversorgung	31
2. Ausklammerung von Abwasserentgelten	33
3. Effizienz in der Daseinsvorsorge	34
1. Teil: Einführende Betrachtung des Referenzgebiets und der Kontrolle von Trinkwasserentgelten	37
§ 1 Begriffsbestimmungen und Referenzgebiet	37
I. Begriffliche Vorklärungen	37
1. Abgrenzung von Kontrolle und Aufsicht	37
a) Kontrolle	37
b) Aufsicht	38
c) Staats- und Wirtschaftsaufsicht	39
2. Daseinsvorsorge	40
3. Entgelte	42
a) Preise	42
b) Gebühren	44
4. Öffentliche Hand, Kommune und öffentliche Unternehmen	45
5. Rechts-, Benutzungs- und Leistungsverhältnis	46
6. Effizienz	47
II. Grundlagen der Trinkwasserversorgung	49
1. Trinkwasser und Trinkwasserversorgung	49
a) Eigenschaften und Bedeutung von Trinkwasser	49
aa) Sozio-kulturelle Bedeutung	49

*Inhaltsverzeichnis*

bb) Qualitätsvorgaben	51
cc) Ökonomische Einordnung	52
dd) Technisch-physikalische Eigenschaften	53
b) Begriff und Aufgabenfeld der Trinkwasserversorgung	54
2. Rechtliche Besonderheiten	55
a) Staatliche Gewährleistungsverantwortung	55
b) Vielgestaltigkeit rechtlicher Vorgaben	57
c) Anschluss- und Benutzungszwang	57
d) Organisationsformen der Trinkwasserversorgungsunternehmen	58
e) Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses	59
3. Struktur der Trinkwasserversorgung	59
a) Natürliches Monopol	60
b) Räumliche Marktstruktur	62
aa) Tatsächliche Marktstruktur	62
bb) Fernwasserversorgungsgebiete	63
cc) Gestaltungsspielraum	63
III. Bemessung von Trinkwasserentgelten	64
1. Spannbreite und Vergleichbarkeit	65
a) Spannbreite	65
b) Vergleichbarkeit	66
c) Missstand	67
aa) Motive staatlichen Wirtschaftens	67
bb) Empirische Hinweise	68
2. Entgeltzusammensetzung	70
3. Maßstäbe der Entgeltkalkulation	71
a) Trinkwassergebühren	72
aa) Rechtsgrundlage und Funktion	72
bb) Vorgaben an Gebühren	73
(1) Gleichheitssatz	73
(2) Äquivalenzprinzip	74
(a) Grundlegung	74
(b) Landesrechtliche Ausgestaltung	76
(3) Kostendeckungsprinzip	77
(4) Sonstige Vorgaben	78
cc) Kostenbegriff und Ansatzfähigkeit von Kosten	78
(1) Betriebswirtschaftlicher Kostenbegriff	79
(2) Erforderlichkeitsgrundsatz	80
(3) Kalkulatorische Kosten	81
(a) Begriff	81

(b) Ansatzfähigkeit	82
dd) Ergebnis	84
b) Trinkwasserpreise	84
aa) AVBWasserV	84
bb) Prinzipien des öffentlichen Finanzgebarens	85
cc) Kartellrecht	86
c) Art. 9 Wasserrahmenrichtlinie	87
d) Ergebnis	87
§ 2 Kartell- und gebührenrechtliches Entgeltkontrollregime	88
I. Überblick	88
II. Kartellrechtliches Aufsichtsregime	89
1. Grundlegung	89
a) Privat- oder öffentliches Recht?	89
b) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen	90
aa) Konzeption	90
bb) Regelungsziel	92
2. Missbrauchsaufsicht über Trinkwasserentgelte	94
a) Preishöhenmissbrauch gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB	94
aa) Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung	95
(1) Unternehmen	95
(2) Marktbeherrschende Stellung	95
(a) Relevanter Markt	95
(aa) Sachlicher Markt	95
(bb) Räumlicher Markt	97
(b) Marktbeherrschung	99
bb) Maßstab des Preishöhenmissbrauchs	99
(1) Vergleichsmarktkonzept	100
(2) Konzept der Kostenkontrolle	101
(3) Rechtfertigung	102
(4) Rechtsfolgen	104
b) Preishöhenmissbrauch gemäß § 31 Abs. 4 Nr. 2 und 3 GWB ggf. i.V.m. § 31b Abs. 5 GWB	105
aa) Zu den Sonderregeln für die Wasserwirtschaft	105
bb) Spezifika der besonderen Missbrauchsaufsicht	107
cc) Rechtfertigung des Ausnahmebereichs	110
3. Einwände gegen den kartellrechtlichen Prüfungsmaßstab	113
a) Konzept des Ausbeutungsmissbrauchs	113
b) Grundsatz des Als-Ob-Wettbewerbs	114

*Inhaltsverzeichnis*

c) Weitere Kritikpunkte	114
d) Stellungnahme	116
III. Gebührenrechtliches Entgeltkontrollregime	118
1. Kommunalaufsicht	118
a) Rechtsgrundlagen und Funktion	119
b) Kommunalaufsicht über Trinkwassergebühren	121
c) Effektivität	121
aa) Rechtliche und institutionelle Ausgestaltung	122
(1) Aufsichtsmittel und Entscheidungsspielraum	122
(2) Anforderungen an die Aufsichtsausübung	123
(3) Geringe institutionalisierte Distanz	123
bb) Tatsächliche Handhabung der Befugnisse	124
(1) Kooperation statt Konfrontation	124
(2) Sachliche und personelle Überlastung	125
(3) Rekommunalisierung und Wahl der Gebührenform als Indiz	126
2. Verwaltungsgerichtliche Kontrolle	130
IV. Komparative Leistungsfähigkeit von Kartell- und Kommunalaufsicht	133
1. Leistungskriterien	134
2. Leistungsfähigkeit	134
a) Zum Konzept der Fremdkontrolle	134
b) Vorzugswürdigkeit der Kartellaufsicht	135
c) Demokratische Legitimation?	137
3. „Flucht in das Gebührenrecht“?	138
a) Empirische Hinweise	138
b) Zur künftigen Handhabung kartellbehördlicher Befugnisse	139
4. Ergebnis	140
2. Teil: Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht über Gebühren vor der 8. GWB-Novelle	143
§ 3 Rechtsnatur des GWB	144
I. Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht	144
II. Materielle Neutralität	147

§ 4	Rechtsordnungsimmanente Einschränkungen der Anwendbarkeit des GWB	151
	I. Schrifttum	151
	1. Unanwendbarkeit der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht	152
	a) Wettbewerbsrecht in toto unanwendbar auf die öffentliche Hand	152
	b) Differenzierende Ansichten	153
	aa) Rechtsform des Hoheitsträgers	153
	bb) Rechtsnatur der Aufgabe	154
	cc) Rechtsnatur der Leistungsbeziehungen	157
	dd) Entsprechende oder sinngemäße Anwendung	158
	ee) Privatrechtliche Preisgestaltung in materieller Hinsicht	159
	ff) Privatrechtliche Wettbewerbsbeziehungen	160
	(1) Festhalten am Kriterium der Wettbewerbsbeziehungen	162
	(2) Kein Rückgriff auf das Kriterium der Austauschbarkeit	162
	(3) Kritik	163
	2. Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht	166
	a) Weitgehende Austauschbarkeit der Leistungsbeziehungen	166
	b) Materielle Neutralität kartellrechtlicher Verbotsnormen	169
	c) Rückschluss aus der Normierung von Tätigkeiten der Daseinsvorsorge	170
	d) Verbotsnorm als Ausgangspunkt	171
	3. Ergebnis	172
	II. Rechtsprechung des BGH	173
	1. Rechtsprechungsentwicklung	174
	a) Rechtsnatur der Rechtsverhältnisse	174
	b) Theorie der Doppelqualifikation	176
	c) Vorrangformel als Ausprägung des Spezialitätsgrundsatzes	180
	d) Funktionale Ergänzung der Theorie der Doppelqualifikation	183
	e) Einfluss des unionalen Wettbewerbsrechts	185

*Inhaltsverzeichnis*

2. Zusammenfassung	188
a) Vorbemerkung	188
b) Anwendungskriterien	189
c) Einordnung des öffentlichen Handelns ausgehend von Rechtsbeziehungen	191
aa) Privat-rechtliches Handeln der öffentlichen Hand	191
bb) Verzahnung mit öffentlich-rechtlicher Tätigkeit	191
(1) Beschaffungstätigkeiten	192
(2) Doppelqualifikation angegriffener Maßnahmen	193
(3) Austauschbarkeit der Leistungsbeziehungen	194
(4) Unionsrechtliche Harmonisierung	195
3. Übertragung auf die Trinkwasserversorgung	195
a) Behinderungsmisbrauch	196
b) Ausbeutungsmisbrauch	197
aa) Ausbeutungsmisbrauch im Regelungssystem des GWB	197
bb) Übertragung auf natürliche Monopole in der Daseinsvorsorge	201
(1) Wettbewerbsverhältnis	201
(2) Rechtsnatur des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses	202
4. Stellungnahme	203
a) Weitgehende Anwendbarkeit des GWB	203
b) Zur Doppelqualifikation angegriffener Maßnahmen	204
III. Ergebnis	205
§ 5 Anwendbarkeit materieller Verbotsnormen des GWB	206
I. Unternehmensbegriff	206
1. Ausgangspunkt des § 185 Abs. 1 GWB	207
2. Unternehmensbegriff des GWB	208
a) Definition	208
b) Hoheitliche Tätigkeit	210
aa) Meinungsstand	211
bb) Stellungnahme	218
(1) Bestimmung hoheitlicher Tätigkeiten	218
(2) Trinkwasserversorgung als wirtschaftliche Tätigkeit	221
3. Ergebnis	222

II. Verfassungskonformität	223
1. Rechtsstellung der Kommunen und kommunale Organisationshoheit	224
a) Garantieebenen kommunaler Selbstverwaltung	224
b) Eingriff in den Randbereich	226
aa) Rechtsprechung des BVerfG zur kommunalen Satzungshoheit	227
bb) Übertragung auf die Gebührenerhebung	228
2. Ergebnis	231
III. Materielles Verhältnis von Kartell- und Gebührenrecht	231
1. Meinungsstand	231
2. Stellungnahme	232
a) Situation der Normenkonkurrenz	233
aa) Geschriebene Konkurrenzregeln	234
(1) Keine Vorrangregelung	234
(2) Keine geschriebene Bereichsausnahme	235
(3) Kein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal auf Verbotsebene	236
(4) Ergebnis	237
bb) Ungeschriebene Konkurrenzregeln	237
(1) Spezialität	237
(2) Materielle Subsidiarität	237
(a) Zur „Vorrangformel“ des BGH	239
(b) Kommunalabgabenrecht als legitimierende Sonderregelung	241
(c) Kritik divergierender Literaturstimmen	248
(d) Ergebnis	250
(3) Eingeschränkte „Kartellpflichtigkeit“ von Hoheitsträgern?	250
(a) Zur materiellen Polizeipflichtigkeit von Hoheitsträgern	251
(b) Stellungnahme	254
b) Ergebnis	254
IV. Auflösung von Normenkollisionen	255
1. Vorbemerkung	255
2. Bestimmung des Überschneidungs- und Kollisionsbereichs	256
3. Vorrang der Auslegung	257
a) Normerhaltende Auslegung durch Integration der Schutzzwecke?	258

*Inhaltsverzeichnis*

b)	Bundesrechtskonforme Auslegung der Kommunalabgabengesetze	261
c)	Zur Konfliktauflösung mittels allgemeiner Kollisionsregeln	264
4.	Ergebnis	265
§ 6	Zuständigkeit der Kartellbehörden	265
I.	Formelle „Kartellpflichtigkeit“ von Hoheitsträgern?	266
1.	Zur formellen Polizeipflichtigkeit von Hoheitsträgern	267
2.	Stellungnahme	268
II.	Zur Reichweite kartellbehördlicher Zuständigkeit	269
III.	Kein Vorrang der Kommunalaufsicht	271
IV.	Parallele zum Verhältnis von Kartell- und Preisaufsicht über Strompreise	273
1.	Fragestellung und Meinungsstand	274
2.	Übertragung auf das Verhältnis von Kartell- und Kommunalaufsicht	275
V.	Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen	276
VI.	Ergebnis	282
§ 7	Zwischenfazit	282
3. Teil:	Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht über Gebühren nach der 8. GWB-Novelle	285
§ 8	Gesetzgebungsverfahren	285
§ 9	Regelungsgehalt des § 185 Abs. 1 S. 2 GWB	287
I.	Verfassungswidriges Wettbewerbsrecht?	287
II.	Teleologische Reduktion des § 185 Abs. 1 S. 2 GWB	290
1.	Meinungsstand	290
2.	Analyse	292
a)	Rechtsfigur der Gesetzesumgehung	292
b)	Bestimmung der Reichweite des § 185 Abs. 1 S. 2 GWB	294
(aa)	Wortlaut und Zweck	294
(bb)	Teleologische Reduktion?	295
c)	Parallele zur Rechtsfigur des Verwaltungsprivatrechts?	297
3.	Ergebnis	298
III.	Grenzen der Optionenwahl	299
1.	Lehre von der Formenwahlfreiheit der Verwaltung	299



2. Grenzen der Optionenwahl und Ermessensmissbrauch	301
a) Zu den Grenzen der Optionenwahl und Maßstabsbildung	302
b) Administrative Entscheidungsspielräume	304
aa) Verfassungsrechtliche Grundlagen des Verwaltungshandelns	304
bb) Ermessen auf Rechtsfolgenseite	304
cc) Ermessensgrenzen	305
(1) Ermessensmissbrauch	305
(2) Umgehung des Kartellrechts als zweckfremde Erwägung?	306
3. Ergebnis	308
IV. Vorrang des Unionskartellrechts?	308
1. Meinungsstand	308
2. Analyse	309
a) Kein Rekurs auf die VO 1/2003	309
b) Unionsfreundliche Anwendung nationalen Kartellrechts	311
aa) Autonome Bindung an das Unionskartellrecht?	311
bb) Stellungnahme	312
3. Ergebnis	316
V. Restanwendungsbereich der Missbrauchsaufsicht gemäß § 31b Abs. 3 GWB i.V.m. § 31 Abs. 3 GWB	316
1. Meinungsstand	316
2. Analyse	317
a) Überblick der besonderen Missbrauchsaufsicht	317
b) Auslegung des § 185 Abs. 1 S. 2 GWB	318
aa) Zur historischen Auslegung	318
bb) Gesetzgebungsverfahren und Situation des Normerlasses	321
cc) Auslegung unter Berücksichtigung des historischen Elements	323
3. Ergebnis	326
§ 10 Zwischenfazit	327
4. Teil: Anwendbarkeit des unionalen Wettbewerbsrechts	329
§ 11 Grundlegung	329

*Inhaltsverzeichnis*

§ 12 Preishöhenmissbrauch gemäß Art. 102 S. 2 lit. a AEUV	331
I. Marktbeherrschendes Unternehmen	331
1. Unternehmen	331
2. Marktbeherrschende Stellung	335
a) Relevanter Markt	335
aa) Sachlicher Markt	335
bb) Räumlicher Markt	336
(1) Abgrenzungskriterien	336
(2) Übertragung auf die Trinkwasserversorgung	338
b) Marktbeherrschende Stellung	339
c) Binnenmarktrelevanz der marktbeherrschenden Stellung	340
aa) Trinkwasserversorgung in Metropolregionen	341
(1) Demografische Entwicklungen	341
(2) Großstädte	342
bb) Änderung der tatsächlichen Rahmenbedingungen	345
(1) Durchleitung fremder Wässer und Netzzusammenschaltung	345
(2) Einschaltung von Zwischenhändlern	346
d) Ergebnis	348
3. Kollektive Marktbeherrschung	348
a) Räumlicher Markt	349
b) Kollektiv beherrschende Stellung durch gesetzliche Aufgabenzuweisung?	349
aa) Voraussetzungen und einschlägige Rechtsprechung	349
bb) Übertragung auf die Trinkwasserversorgung	352
II. Missbrauch	354
III. Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten	355
1. Zwischenstaatlichkeitsklausel	355
a) Grundlegung	355
b) Übertragung auf die Trinkwasserversorgung	357
2. Spürbarkeit	359
IV. Rechtfertigung	359
V. Ergebnis	361

§ 13 § 185 Abs. 1 S. 2 GWB als staatlich veranlasste Wettbewerbsbeschränkung?	361
I. Art. 106 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 102 AEUV	362
1. Unternehmen i.S.d. Art. 106 Abs. 1 AEUV	364
2. Maßnahme „in Bezug auf“ Unternehmen	365
a) Streitige staatliche Maßnahme	365
b) Bezug auf öffentliche Unternehmen	366
3. Maßnahme im Widerspruch zu den Verträgen	367
a) Unternehmen i.S.d. Art. 102 AEUV	368
b) Verletzungshandlung	370
aa) Rechtsprechung des EuGH	370
(1) Rechtssache <i>Merci convenzionali porto di Genova</i>	371
(2) Rechtssache <i>Crespelle</i>	372
(3) Rechtssache <i>Connect Austria</i>	372
(4) Rechtssache <i>DEI</i>	373
bb) Zusammenfassung	374
cc) Übertragung auf § 185 Abs. 1 S. 2 GWB	376
(1) Aufrechterhaltung und Ausdehnung der marktbeherrschenden Stellung	376
(2) Konkrete Gefahr eines Ausbeutungsmisbrauchs	379
(3) Verstoß durch ineffektive Aufsichtsstrukturen	379
4. Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels	381
5. Rechtfertigung	382
6. Ergebnis	382
II. Art. 3 Abs. 3 EUV i.V.m. Protokoll Nr. 27, Art. 4 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 102 AEUV	383
III. Grundfreiheiten	385
§ 14 Zwischenfazit	386
Zusammenfassung	389
Rechtsetzungsempfehlungen	395
Literaturverzeichnis	399

