

Anmerkungen zum BGH-Urteil

# Ausweg: Anstalt des öffentlichen Rechts?

Dr. Margarete MÜHL-JÄCKEL

Die Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts rückt wieder näher in den Fokus von Versorgungsunternehmen.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) zur Missbrauchskontrolle der Preise öffentlicher Wasserversorger hat in Kommunen und Wasserversorgungsunternehmen für breite Aufmerksamkeit gesorgt. Nach dem Grundsatzbeschluss des Kartellsenats (Az.: KVR 66/08 vom 2. 2. 2010) unterliegen privatrechtlich organisierte Unternehmen im Bereich der öffentlichen Wasserversorgung einer verschärften Missbrauchsaufsicht nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Dem Beschluss liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die Hessische Landeskartellbehörde hatte dem Wasserversorger der Stadt Wetzlar, der enwag Energie und Wassergesellschaft mbH, vorgeworfen, von ihren Haushalts- und Kleingewerbekunden um etwa ein Drittel überhöhte Preise verlangt zu haben. Zum Vergleich hatte die Behörde Wasserversorgungsunternehmen aus dem gesamten Bundesgebiet herangezogen. Die enwag hatte ihre Preisgestaltung unter anderem mit geographischen Besonderheiten zu rechtfertigen versucht. Der BGH stellt erhebliche Anforderungen an die Begründung, falls ein Unternehmen höhere Preise als die von gleichartigen Versorgungsunternehmen festsetzen will. Das Gericht stärkt damit den Prüfungsumfang der Landeskartellbehörden und verlangt zugleich vom Versorgungsunternehmen wesentlich breitere Darlegungen, um abweichende höhere Preise im Einzelfall zu begründen. Dieser verschärften Darlegungslast hatte die enwag nicht genügen können.

## Privat oder öffentlich-rechtlich?

Der Beschluss des BGH wirkt daher neben den Aussagen zu den kartellrechtlichen Maßstäben der Preisprüfung auch die Frage auf, welche Rechtsform für die Wahrnehmung von Aufgaben der Daseinsvorsorge angemessen erscheint. Sollte ein kommunales Versorgungsunternehmen besser in einer öffentlich-rechtlichen Rechtsform geführt werden, um der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle zu entgehen? Ausgangspunkt ist folgende grundsätzliche Überlegung: Der Missbrauchskontrolle nach dem GWB unterliegen lediglich öffentliche Unternehmen in privater Rechtsform, in der Regel wird es um eine GmbH, seltener eine AG gehen. Die Vorschriften des GWB finden indes keine Anwendung, sofern die Aufgabe in einer öffentlich-rechtlichen Rechtsform wahrgenommen wird.

Die Unternehmenseigenschaft im Sinne des GWB gilt nur für solche Tätigkeiten, die privatrechtlicher und nicht öffentlich-rechtlicher Natur sind. Soweit ein Hoheitsträger daher mit seinem Unternehmen bei der Wahrnehmung der ihm übertragenen Aufgaben den Regelungsbereich des öffentlichen Rechts verlässt und diese einer Kapitalgesellschaft überträgt, unterliegt deren Tätigkeit den kartellrechtlichen Maßgaben des GWB; denn er nimmt damit am allgemeinen Geschäftsverkehr teil. Das heißt: Die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben der Daseinsvorsorge schließt nicht automatisch eine geschäftliche Tätigkeit im Sinne des GWB aus.

Viele Kommunen haben in den vergangenen Jahren für ihre öffentlichen Versorgungsunternehmen die Rechtsform der GmbH gewählt, weil zum einen mit der Kapitalgesellschaft eine Rechtsform zur Verfügung steht, die eine vom öffentlichen Haushalt weitgehend verselbständigte Unternehmensführung nach kaufmännischen Grundsätzen ermöglicht. Zum anderen haben vielfach fiskalische Interessen den Ausschlag für eine Aufgabenprivatisierung und die Veräußerung öffentlichen Anlagevermögens gegeben. Damit war zugleich die Erwartung verbunden, dass ein privater Unternehmer mit Branchenkenntnissen die Aufgaben besser als die öffentliche Hand erfüllen kann. Zudem kann die Beteiligung eines privaten Unternehmers an der Aufgabenerfüllung durch eine GmbH über den Erwerb von Geschäftsanteilen unschwer herbeigeführt werden.

## Renaissance der Anstalt des öffentlichen Rechts

Der aktuelle Beschluss des BGH lenkt nun den Blick wieder auf öffentlich-rechtliche Rechtsformen, unter denen sich neben dem Regiebetrieb und dem Eigenbetrieb insbesondere die Anstalt des öffentlichen Rechts anbietet. Letztere ist eine überkommene Rechtsform, die im kommunalen Umfeld in den vergangenen Jahren eine gewisse Renaissance erlebt hat. So ist die kommunale Anstalt heute in den Kommunalverfassungen und Gemeindeordnungen der Länder als mögliche Rechtsform für die wirtschaftliche Betätigung von



**UNTER DRUCK:**  
Versorger müssen sich für Wasserpreise rechtfertigen

kommunalen Gebietskörperschaften weithin gesetzlich verankert. Von ihr wird nicht nur im Bereich der Daseinsvorsorge zunehmend Gebrauch gemacht.

Ein politisch, aber auch rechtlich besonders sensibler Punkt bei der Wahrnehmung von Aufgaben der Daseinsvorsorge ist die Preisgestaltung: Die Versorgungsunternehmen schließen mit den Nutzern, die regelmäßig einem Anschluss- und Benutzungszwang unterliegen, privatrechtliche Ver- und Entsorgungsverträge. Das Entgelt wird nicht durch einen Verwaltungsakt, etwa als Gebühr, festgesetzt. Allerdings werden die Entgelte oder Tarife auch nicht frei verhandelt, sondern einseitig durch das Unternehmen bestimmt. Derartige Tarife für Leistungen der Daseinsvorsorge, auf deren Inanspruchnahme der

andere Teil angewiesen ist wie bei Wasser oder Strom, sind nach höchstrichterlicher Rechtsprechung einer Billigkeitskontrolle nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) unterworfen. Rechtsstreitigkeiten über die Höhe der Entgelte werden daher von den Zivilgerichten entschieden wie auch die vielen Streitigkeiten wegen Gaspreiserhöhungen zeigen.

Die Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB wird nicht durch die Vorschriften des Kartellgesetzes ausgeschlossen, denn beide Normenbereiche haben unterschiedliche Zielrichtungen: Das Kartellrecht soll diejenigen Nachteile ausgleichen, die sich aus dem fehlenden Wettbewerb ergeben. Die Billigkeitskontrolle soll dagegen sicherstellen, dass dem Bürger nicht Entgelte für Leistungen abverlangt werden, für die bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung der Aufgabenerfüllung keine Abgaben erhoben werden dürften. Versorgungsunternehmen sind bei der Leistungsbestimmung daher an die öffentlich-rechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung, der Äquivalenz und Kostendeckung gebunden. Danach sind die Tarife so zu gestalten, dass neben der gleichmäßigen

Heranziehung der Nutzer die Tarifhöhe mit Blick auf die Versorgungsleistungen verhältnismäßig ist und sich im Rahmen der insgesamt entstandenen Kosten hält. Bereits diese Hinweise verdeutlichen, dass die kartellrechtliche Preisprüfung von Versorgungsunternehmen mit Monopolstellung und die Billigkeitskontrolle nach BGB unterschiedlichen Anforderungen unterliegen. Die Preisfestsetzung darzulegen und zu rechtfertigen, ist dabei die Aufgabe des Versorgungsunternehmens. Dies kann im Einzelfall dazu führen, dass das Unternehmen in größerem Umfang interne Betriebsdaten offenlegen muss.

### Das Beispiel der Berliner Wasserbetriebe

Die Beteiligung privater Unternehmer ist jedoch nicht allein auf Kapitalgesellschaften beschränkt. Auch bei einer Anstalt des öffentlichen Rechts ist dies grundsätzlich möglich, aber rechtlich aufwändig. Das zeigt das Beispiel der Berliner Wasserbetriebe (BWB), die das Land Berlin kraft Gesetzes als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts errichtet hat. Das Berliner Betriebsge-

setz (BerlBG) enthält eine Ermächtigung, eine juristische Person des privaten oder des öffentlichen Rechts als stillen Gesellschafter der Anstalt zu beteiligen. Darüber hinaus können Unternehmensverträge im Sinne des Aktiengesetzes abgeschlossen und die Anstalt einer juristischen Person des Privatrechts unterstellt werden, wobei deren Weisungen nicht den öffentlichen Aufgaben der BWB sowie der Anstaltsträgerschaft, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung des Landes Berlin zuwiderlaufen dürfen. Im Ergebnis ist auf der Grundlage des Gesetzes zur Teilprivatisierung der BWB vom 17.5.1999 die Beteiligung eines privaten Unternehmens als stiller Gesellschafter zu 49,9 % begründet und damit die Teilprivatisierung einer Anstalt des öffentlichen Rechts herbeigeführt worden.

Für die Bemessung der Tarife, die die BWB von den Nutzern erhalten, ist durch das Teilprivatisierungsgesetz und eine darauf gestützte Wassertarifverordnung eine eigenständige Rechtsgrundlage geschaffen worden. Sie hat der verfassungsrechtlichen Prüfung durch den Berliner Verfassungsgerichtshof im Kern standgehalten. Die verfassungsrechtlichen

Grundsätze der Gleichbehandlung und der Verhältnismäßigkeit bilden danach den Rahmen für die Tarifgestaltung.

### Fazit

Der Beschluss des BGH gibt zumindest für die Träger öffentlicher Versorgungsunternehmen ohne private Beteiligung Anlass, die Anstalt des öffentlichen Rechts als geeignete Rechtsform wieder genauer zu betrachten. Als juristische Person des öffentlichen Rechts, durch Rechtssatz errichtet, kann ihre innere Organisationsstruktur flexibel, etwa auch hinsichtlich der angestrebten Aufsicht, gestaltet und eine selbstständige Unternehmensführung nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen gewährleistet werden. Ein Unternehmen in öffentlich-rechtlicher Rechtsform braucht sich nicht der öffentlich-rechtlichen Missbrauchsprüfung zu stellen, allerdings darf es bei der Tarifgestaltung die Anforderungen der Billigkeitskontrolle nicht unterschätzen.

### KONTAKT

**Dr. Margarete MÜHL-JÄCKEL,  
LL.M. (Harvard)**  
Partnerin der Rechtsanwaltssozietät  
DOMBERT Rechtsanwälte in Potsdam