

16 E 1096/11
4 K 1465/11 Köln

B e s c h l u s s

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

wegen Rechtsschutz gegen die Durchführung eines kartellrechtlichen Preismissbrauchsverfahrens
hier: Beschwerde gegen die Verweisung an das Oberlandesgericht Düsseldorf

hat der 16. Senat des

OBERVERWALTUNGSGERICHTS FÜR DAS LAND NORDRHEIN-WESTFALEN

am 6. Juli 2012

durch

die Vorsitzende Richterin am Obergerverwaltungsgericht	Dr. Bick,
den Richter am Obergerverwaltungsgericht	Zinnecker,
den Richter am Obergerverwaltungsgericht	Sander

beschlossen:

Die Beschwerde der Klägerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Köln vom 5. September 2011 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Die weitere Beschwerde gegen diesen Beschluss wird nicht zugelassen.

G r ü n d e

I.

Die Klägerin, eine Anstalt des öffentlichen Rechts, der die Aufgabe der Wasserver- und Abwasserentsorgung im Land Berlin übertragen ist, begehrt mit der Klage die Feststellung, dass ihr ein Abwehranspruch gegen die Durchführung des vom Bundeskartellamt mit Schreiben vom 17. März 2010 eingeleiteten Missbrauchsverfahrens zusteht. Zur Begründung dieses Begehrens macht sie im Kern geltend, aus ihrer Stellung als organisatorisch verselbständigter Rechtsträgerin mit einem selbständig und in eigener Verantwortung wahrzunehmenden Aufgabenkreis folge ein Recht auf Abwehr kompetenzwidriger Aufsichtsmaßnahmen. Die Durchführung des Missbrauchsverfahrens stelle eine solche kompetenzwidrige Aufsichtsmaßnahme dar, da die kartellrechtlichen Preismissbrauchsvorschriften auf die von ihr nach den Vorgaben des Berliner Betriebe-Gesetzes kalkulierten Wassertarife nicht anwendbar seien.

Das Verwaltungsgericht L. hat mit dem angefochtenen Beschluss den Verwaltungsrechtsweg für unzulässig erklärt und den Rechtsstreit gemäß § 17a Abs. 2 Satz 1 GVG an das Oberlandesgericht E. verwiesen. Hiergegen hat die Klägerin Beschwerde eingelegt.

II.

Die nach § 17a Abs. 4 Satz 3 GVG in Verbindung mit den §§ 146, 147 VwGO zulässige Beschwerde der Klägerin hat keinen Erfolg.

Das Verwaltungsgericht hat den Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten zu Recht gemäß § 173 Satz 1 VwGO in Verbindung mit § 17a Abs. 2 Satz 1 GVG für unzulässig erklärt und den Rechtsstreit an das im Zivilrechtsweg sachlich und örtlich zuständige Oberlandesgericht E. verwiesen.

Dass das geltend gemachte Feststellungsbegehren eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art betrifft, für die an sich der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 VwGO eröffnet ist, ist unstreitig und bedarf keiner weiteren Begründung. Fraglich ist vielmehr allein, ob die Streitigkeit nach § 63 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) zu den Zivilgerichten abgedrängt wird (§ 40 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 VwGO). Diese Frage ist - in Übereinstimmung mit dem Verwaltungsgericht - zu bejahen.

1. Nach § 63 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 GWB ist gegen Verfügungen der Kartellbehörde sowie gegen die Unterlassung einer beantragten Verfügung die Beschwerde zulässig. Über die Beschwerde entscheidet gemäß § 63 Abs. 4 Satz 1 GWB ausschließlich das für den Sitz der Kartellbehörde zuständige Oberlandesgericht, hier das Oberlandesgericht E. , § 92 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 2 der Verordnung über die Bildung gemeinsamer Kartellgerichte (Kartellsachen-Konzentrations-VO) vom 27. September 2005 (GV. NRW. S. 820) bzw. § 2 der Verordnung über die Bildung gemeinsamer Kartellgerichte und über die gerichtliche Zuständigkeit in bürgerlichen Streitigkeiten nach dem Energiewirtschaftsgesetz vom 30. August 2011 (GV. NRW. S. 469).

a) Ausgehend vom Wortlaut des § 63 GWB beschränkt sich die Beschwerde, die der Sache nach kein Rechtsmittel, sondern eine Klage ist,

vgl. Bechtold, in: ders., GWB, 6. Aufl. 2010, § 63 Rdnr. 2; K. Schmidt, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 4. Aufl. 2007, § 63 Rdnr. 3 f.,

zwar auf die Anfechtung von Verfügungen der Kartellbehörden (Anfechtungsbeschwerde) und die Verpflichtung zum Erlass von solchen Verfügungen (Verpflichtungsbeschwerde). Verfügungen in diesem Sinne sind Maßnahmen der Kartellbehörde mit verwaltungsakttypischer Regelung eines Einzelfalls. Damit sind insbesondere die ein Verwaltungsverfahren abschließenden Verfügungen gemeint, nicht jedoch bloße Mitteilungen

- vgl. Bechtold, in: ders., a. a. O., § 63 Rdnr. 3 und 4 -

oder die Einleitung des kartellrechtlichen Missbrauchsverfahrens.

Vgl. K. Schmidt, in: Immenga/Mestmäcker, a. a. O., Rdnr. 19.

b) Eine ausdrückliche Zuweisung im Sinne des § 40 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 VwGO für eine bestimmte Rechtsmaterie in ihrer Gesamtheit liegt allerdings auch dann vor, wenn die Zuweisung in einem Gesetz zwar nicht für alle diesem Rechtsgebiet zuzurechnenden Streitigkeiten ausgesprochen ist, sich ein dahingehender Wille des Gesetzgebers jedoch im Wege der Auslegung ermitteln lässt.

Vgl. BVerwG, Urteile vom 14. April 1988 - 3 C 65.85 -, juris, Rdnr. 35 (= NJW 1989, 412), und vom 27. September 1962 - I C 51.61 -, juris, Rdnr. 8 (= BVerwGE 15, 34); BGH, Urteil vom 12. Dezember 1989 - XI ZR 117/89 -, juris, Rdnr. 11 (= BGHZ 109, 354); Sodan, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 40 Rdnr. 491.

Das ist hier der Fall. § 63 GWB enthält keinen Numerus clausus der im kartellgerichtlichen Verfahren zulässigen Rechtsschutzformen. Da die Bestimmung gerade eine Zuständigkeitskonzentration bei den ordentlichen Gerichten bezweckt, um etwaige Widersprüche in kartellrechtlichen Fragen zwischen den Entscheidungen von Gerichten verschiedener Rechtswege auszuschließen und zu verhindern, dass sich über die für die Anwendung des Gesetzes maßgeblichen Rechtsbegriffe abweichende Auffassungen herausbilden,

vgl. die bereits vom Verwaltungsgericht zitierte amtliche Begründung zum Regierungsentwurf des GWB, BT-Drucks. 2/1158, S. 28 f.; siehe dazu auch BGH, Urteil vom 23. Januar 1964 - KZR 2/63 -, BGHZ 41, 194, 200,

ist es gerechtfertigt, die abdrängende Sonderzuweisung an die ordentliche Gerichtsbarkeit weit auszulegen mit der Folge, dass die Kartellverwaltungsgerichte abschließend zuständig sind für alle Kartellverwaltungsstreitigkeiten, während die allgemei-

nen Verwaltungsgerichte nur in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtkartellrechtlicher Art zu entscheiden haben.

Vgl. OVG Berlin, Urteil vom 28. November 1989 - 8 B 27.86 -, WuW/E VG 385, 387; Ehlers, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Stand: September 2011, § 40 Rdnr. 582; Sodan, in: Sodan/Ziekow, a. a. O., § 40 Rdnr. 647; Bechtold, in: ders., a. a. O., § 63 Rdnr. 2; Kühnen, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, § 63 Rdnr. 1 f.; K. Schmidt, in: Immenga/Mestmäcker, a. a. O., Rdnr. 1; siehe auch BGH, Beschluss vom 18. Februar 1992 - KVR 4/91 -, juris, Rdnr. 7 (= BGHZ 117, 209).

Dieser weiten Auslegung des § 63 GWB entspricht es, unter kartellverwaltungsrechtlichen Streitigkeiten jedenfalls alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten zu verstehen, an denen eine Kartellbehörde als Beklagte (Beschwerdegegnerin) beteiligt ist,

vgl. zu dieser Einschränkung Bechtold, in: ders., a. a. O., § 63 Rdnr. 1; Ehlers, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, a. a. O., § 40 Rdnr. 583; Sodan, in: Sodan/Ziekow, a. a. O., § 40 Rdnr. 648,

und die - unabhängig von der Handlungsform - ein Handeln der Kartellbehörde betreffen, das seine Grundlage im GWB hat.

Für den Fall, dass die Kartellbehörde aufgrund eines nichtkartellrechtlichen Gesetzes (hier: IFG Bund) tätig wird, vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Juni 2009 - VI-Kart 3/09 (V), Kart 3/09 (V) -, juris, Rdnr. 4 (= WuW/E DE-R 2647).

2. Gemessen daran liegt hier eine Kartellverwaltungsstreitsache vor. Denn die Klägerin wendet sich mit dem geltend gemachten anstaltsrechtlichen Abwehranspruch ausweislich der ihrer Klagebegründung vorangestellten Vorbemerkung (vgl. Klageschrift vom 9. März 2011, Seite 2 oben) gegen ein vom Bundeskartellamt eingeleitetes - und zwischenzeitlich durch Verfügung vom 4. Juni 2012 abgeschlossenes - Kartellverwaltungsverfahren wegen des Verdachts missbräuchlich überhöhter Trinkwasserpreise.

a) Demgegenüber verneint die Beschwerde das Vorliegen einer kartellverwaltungsrechtlichen Streitigkeit mit der Begründung, der von der Klägerin behauptete Anspruch auf Abwehr kompetenzwidriger Aufsichtsmaßnahmen habe seine Grundlage nicht im Kartellrecht, sondern in den durch das Berliner Landes(organisations)recht eingeräumten öffentlich-rechtlichen Rechtspositionen auf weisungsfreie und eigenverantwortliche Aufgabenerfüllung. Die Beschwerde meint, für die Beantwortung der Frage, ob es sich um eine kartellverwaltungsrechtliche Streitigkeit handele, komme es maßgeblich auf die Rechtsnatur des geltend gemachten Anspruchs an. Sie beruft sich insoweit auf die Rechtsprechung zur Abgrenzung zwischen öffentlich- und bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten, die sich nach der Natur des Rechtsverhältnisses richtet, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird.

Vgl. dazu GmS-OGB, Beschluss vom 10. Juli 1989
- GmS-OGB 1/88 -, juris, Rdnr. 8 (= BGHZ 108, 284);
BVerwG, Beschluss vom 8. Juni 1994 - 11 B
140.93 -, juris, Rdnr. 4 (= NJW 1994, 2909; Sodan,
in: Sodan/Ziekow, a. a. O., § 40 Rdnr. 266.

Diese Argumentation überzeugt weder in ihrem grundsätzlichen Ansatz (aa) noch in ihrer Anwendung auf den konkreten Fall (bb).

aa) Zum einen wirkt sich die (wahre) Natur des im Sachvortrag des Klägers behaupteten Rechtsverhältnisses nur dann rechtswegqualifizierend aus, wenn eine ausdrückliche Rechtswegzuweisung des Gesetzgebers fehlt.

Vgl. dazu GmS-OGB, Beschluss vom 10. Juli 1989
- GmS-OGB 1/88 -, juris, Rdnr. 8 (= BGHZ 108, 284).

Eine solche liegt hier aber unabhängig von rechtsverhältnisbezogenen Erwägungen vor, weil § 63 GWB - wie schon oben ausgeführt - den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten (bereits) rein formell aufgrund eines (kartellspezifischen) Handelns der Kartellbehörde bestimmt.

Vgl. Hess. LSG, Beschluss vom 1. Juni 2010 - L 1
KR 89/10 KL -, juris, Rdnr. 12.

Nichts anderes lässt sich insoweit aus dem von der Klägerin angeführte Beschluss des Bundessozialgerichts vom 28. September 2010 - B 1 SF 1/10 R -, juris (= SozR 4-1500 § 51 Nr. 9), herleiten. Denn auch das Bundessozialgericht stellt nicht in Frage, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Eröffnung des Kartellrechtswegs nach § 63 GWB für sich betrachtet gegeben sind, wenn sich eine Krankenkasse gegen einen Auskunftsbefehl des Bundeskartellamts wendet und ihren Aufhebungsanspruch aus dem im materiellen Sozialrecht begründeten Recht auf Selbstverwaltung und - darin eingeschlossen - auf Unterlassung kompetenzwidriger Aufsichtsmaßnahmen herleitet. Das Bundessozialgericht geht für den von ihm entschiedenen Fall vielmehr ausdrücklich von einer Normenkollision zwischen den beiden abdrängenden Sonderzuweisungen (§ 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG und § 63 GWB) aus (vgl. juris, Rdnr. 21), die es im Ergebnis nur deswegen zu Gunsten des Rechtswegs zu den Sozialgerichten auflöst, weil es diesen beim Streit über einen Anspruch auf kompetenzgemäße Aufsicht sozialversicherungsrechtlicher Selbstverwaltungsträger als spezieller ansieht (vgl. juris, Rdnr. 20 f., 24).

Eine derartige gegenüber der handlungsbezogenen Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte aus § 63 GWB speziellere rechtsverhältnisbezogene Rechtswegzuweisung fehlt vorliegend jedoch, sodass die Entscheidung des Bundessozialgerichts auf den vorliegenden Fall nicht übertragen werden kann.

A. A. Brüning, NVwZ 2011, 985, 987, der von einem Wahlrecht bezüglich des Rechtswegs ausgeht, wenn sich kommunale Verwaltungsträger gegen kartellbehördliche Maßnahmen bezüglich einer öffentlich-rechtlich gestalteten Leistungserbringung wehren.

bb) Zum anderen ist der vorliegende Rechtsstreit auch nach den von der Klägerin aufgestellten Maßstäben - danach soll es auf "die rechtliche Qualifikation des Rechtsverhältnisses, aus welchem der Klageanspruch hergeleitet wird" ankommen (vgl. Klageschrift, Seite 38 f. m. w. N.) - kartellrechtlicher Natur. Im vorliegenden Falle eines negativen Rechtsschutzbegehrens kann das zugrunde liegende Rechtsverhältnis nur unter Berücksichtigung der Rechtsnatur des abzuwehrenden Handelns bestimmt werden. Demgegenüber würde das von der Klägerin für richtig gehaltene Abstellen auf die rechtliche Verortung der möglicherweise betroffenen subjektiven

Rechte letztlich dazu führen, dass ihre jeweilige Rechtsverteidigung über die Rechtsnatur des Verfahrensgegenstands entschiede.

Vgl. GmS-OGB, Beschluss vom 29. Oktober 1987
- GmS-OGB 1/86 -, juris, Rdnr. 13 (= BGHZ 102,
280); BVerwG, Beschluss vom 22. Februar 1998
- 6 P 3.97 -, juris, Rdnr. 10 (= BVerwG, Buchholz
300, § 17a GVG Nr. 14); Sodan, in: Sodan/Ziekow,
a. a. O., § 40 Rdnr. 286.

Um ein solches negatives Rechtsschutzbegehren handelt es sich hier der Sache nach, da die Klage auf "Feststellung der Unzulässigkeit der Durchführung des Kartellverfahrens" (vgl. Klageschrift, Seite 40) und damit auf Abwehr des von der Beklagten in Anspruch genommenen Rechts auf Durchführung eines solchen Verfahrens gerichtet ist. Maßgeblicher Gegenstand des Rechtsstreits ist damit das Bestehen bzw. Nichtbestehen eines kartellrechtlichen Rechtsverhältnisses, das die Beklagte aus der von ihr behaupteten Anwendbarkeit der Preismissbrauchsvorschriften des GWB herleitet.

Die Beschwerde kann dem nicht mit Erfolg entgegensetzen, es gehe im Kern um spezifisch verfassungs-, gebühren- und verwaltungsrechtliche Fragen, nämlich darum, ob das von einem Landesgesetzgeber geschaffene gebührenrechtliche Kontrollsystem abschließend sei oder bundesrechtlich durch ein davon abweichendes kartellrechtliches Kontrollregime außer Kraft gesetzt werden könne. Dies ist zwar richtig; die aufgeworfenen Fragen sind aus den dargelegten Gründen jedoch nicht für die Rechtswegzuweisung maßgeblich. Ihnen ist vielmehr in dem - nach den oben aufgezeigten Grundsätzen zu bestimmenden - Rechtsweg (hier: vor dem Kartellsenat) nachzugehen. Dass selbst schwierigste verfassungsrechtliche Fragen einen Rechtsstreit nicht automatisch zu einem verfassungsrechtlichen machen und auch im Zivil- und Strafprozess Fragen der Gesetzgebungszuständigkeit eine entscheidende Rolle spielen können, ist eine Selbstverständlichkeit und bedarf deshalb keiner weiteren Vertiefung.

3. Für die Beantwortung der Rechtswegfrage unerheblich ist schließlich, dass eine allgemeine Feststellungsbeschwerde in der kartellgerichtlichen Rechtsprechung bislang keine Anerkennung gefunden hat.

Wie bereits eingangs dargelegt, ist die Zulässigkeit des Rechtswegs zu den Kartellverwaltungsgerichten nach § 63 GWB nicht an bestimmte Rechtsschutzformen gebunden, sondern gilt umfassend für alle Kartellverwaltungsstreitigkeiten. Etwaige Lücken im Kartellrechtsschutz sind daher im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG durch eine Erweiterung der ausdrücklich geregelten Beschwerdearten zu gewährleisten und nicht durch den Verweis auf eine Restzuständigkeit der allgemeinen Verwaltungsgerichte.

Vgl. statt aller etwa Bechtold, in: ders., a. a. O., § 63 Rdnr. 2; K. Schmidt, in: Immenga/Mestmäcker, a. a. O., Rdnr. 1; für die Leistungsbeschwerde in Form der vorbeugenden Unterlassungsbeschwerde BGH, Beschluss vom 18. Februar 1992 - KVR 4/91 -, juris, Rdnr. 7 ff. (= BGHZ 117, 209).

Wenn die allgemeine Feststellungsbeschwerde bisher nicht zugelassen worden ist, findet das im Übrigen vor diesem Hintergrund seine Erklärung allein darin, dass andere Möglichkeiten zur Wahrnehmung effektiven Rechtsschutzes gegeben waren,

vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. September 2009 - VI-Kart 1/09 (V), Kart 1/09 (V) -, juris, Rdnr. 45 (= WuW/E DE-R 2755); KG Berlin, Beschluss vom 28. April 2008 - 2 Kart 1/08 -, juris, Rdnr. 24 (= WuW/E DE-R 2559),

und kann nicht als Absage an ihre grundsätzliche Statthaftigkeit verstanden werden, soweit im Einzelfall nur durch sie ein lückenloser Rechtsschutz gewährleistet wäre.

So ausdrücklich auch Bechtold, in: ders., a. a. O., § 63 Rdnr. 13; zum energiewirtschaftlichen Verwaltungsverfahren siehe BGH, Beschluss vom 14. August 2008 - KVR 42/07 -, juris, Rdnr. 80 (= WuW/E DE-R 2395).

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 17a Abs. 4 Satz 3 GVG i. V. m. § 154 Abs. 2 VwGO.

Einer Streitwertfestsetzung für das Beschwerdeverfahren bedarf es nicht. Nr. 5502 des Kostenverzeichnisses zu § 3 Abs. 2 GKG sieht für Verfahren der vorliegenden Art eine Festgebühr von 50 Euro vor.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (§ 17a Abs. 4 Satz 5 GVG) liegen nicht vor, da der Senat nicht von der Entscheidung eines obersten Bundesgerichts abweicht und die Frage, ob ein Abwehranspruch gegen kartellrechtliche Maßnahmen, wie ihn die Klägerin geltend macht, vor den Verwaltungsgerichten verfolgt werden kann, auf der Grundlage der vorhandenen Rechtsprechung eindeutig in dem obigen Sinne zu beantworten ist.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar.

Dr. Bick

Zinnecker

Sander