Abschrift

11 W 48/09 (Kart)
IV 5 b -78 k 20/01 - 538 -11

OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

Stadt Kassel, vertreten durch den Oberbürgermeister, Obere Königstraße 8, 34117 Kassel,

Betroffene und Beschwerdeführerin,

Prozessbevollmächtigte:
Anwaltsbüro Gleis Lutz, Maybachstraße 6, 70469 Stuttgart,

gegen

Hessisches Ministerium für Wirtschaft Verkehr und Landesentwicklung als Landeskartellbehörde (Energie und Wasser), Kaiser-Friedrich-Ring 75, 65185 Wiesbaden,

Beschwerdegegnerin,

Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt Gaßner, Groth, Siederer & Coll., Provinostr. 52, 86153 Augsburg,

Beteiligte:

Bundeskartellamt, Kaiser-Friedrich-Str. 16, 53113 Bonn,

hat der 1. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Weber, den Richter am Oberlandesgericht Dr. Niedenführ und die Richterin am Oberlandesgericht Bonkas aufgrund am 16.08.2010 für Recht erkannt:

Die Beschwerde gegen die Auskunftsverfügung der Landeskartellbehörde vom 10.08.2009 (IV 5 b -78 k 20/01 - 538 -11) wird zurückgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Landeskartellbehörde zu tragen.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Mit Verfügung vom 10. 04.2008 hat die Beschwerdegegnerin als Landeskartellbehörde (nachfolgend: Landeskartellbehörde) gegen die Städtische Werke Kassel AG wegen der Höhe der Wasserpreise eine kartellrechtliche Untersagungsverfügung erlassen. Gegen diese Verfügung ist vor dem Senat unter dem Az. 11 W 20/08 ein Beschwerdeverfahren anhängig, das derzeit von den Verfahrensbeteiligten nicht weiter betrieben wird.

Mit Auskunftsverfügung vom 10.08.2009 hat die Landeskartellbehörde der Beschwerdeführerin aufgegeben, der Landeskartellbehörde alle der Beschwerdeführerin bisher zugegangenen Schreiben, Berichte und Unterlagen, auch elektronische, samt Anlagen zuzuleiten, die sich im Rahmen der „129. Vergleichenden Prüfung" des Hess. Rechnungshofes „Trinkwasser in Großstädten" auf die Städt. Werke Kassel Betriebsteil Wasserversorgung beziehen.

Gegen diese ihr am 11.8.2008 zugestellte Auskunftsverfügung hat die Beschwerdeführerin mit Schriftsatz vom 17.8.2008 Beschwerde erhoben und zugleich mit Schriftsatz vom selben Tag beantragt, die aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerde gegen den Auskunftsverfügung anzuordnen.

Mit Schriftsatz vom 16.09.2009 hat die Landeskartellbehörde ein Schreiben vom 02.09.2009 des Regierungspräsidiums Kassel zur Akte gereicht, in dem der Regierungspräsident vorsorglich gemäß § 145 HGO sein Benehmen mit der Auskunftsverfügung erklärt.

Nachdem die Landeskartellbehörde mit Schriftsatz vom 11.09.2009 mitgeteilt hatte, dass sie keine Vollstreckungsmaßnahmen vor der Entscheidung über die Beschwerde einleiten wird, hat die Beschwerdeführerin mit Schriftsatz vom 23.09.2009 mitgeteilt, dass es einer Entscheidung über den Antrag, die aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerde gegen den Auskunftsverfügung anzuordnen, nicht bedarf und ihr Einverständnis mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung erklärt.

Das vorliegende Beschwerdeverfahren wurde zunächst ebenso wie das Beschwerdeverfahren gegen die Untersagungsverfügung nicht weiterbetrieben.

Die Beschwerdeführerin meint, sie sei nicht Normadressat des § 59 GWB, weil sie nicht Unternehmen im Sinne dieser Vorschrift sei. Zudem handele es sich bei dem Bericht des Hess. Rechnungshofes nicht um Unterlagen zu den wirtschaftlichen Verhältnissen. Die Auskunftsverfügung sei auch nicht hinreichend bestimmt im Sinne des § 37 HessVfG. Sie sei auch weder erforderlich noch geeignet, einen kartellrechtlichen Verdacht zu erhärten.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

1. die Auskunftsverfügung des Hessischen Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung - Landeskartellbehörde Energie und Wasser - vom 10. August 2009 (IV 5 b - 78K 20/01 - 538-11) aufzuheben und

2. der Landeskartellbehörde die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die Beschwerdegegnerin ist der Beschwerde entgegengetreten.

Sie ist der Ansicht, die Beschwerdeführerin sei als Unternehmen im Sinne von § 59 Abs. 1 Nr. 2 GWB einzustufen. Das Auskunftsersuchen sei auf Auskunft über

die wirtschaftlichen Verhältnisse eines mit der Beschwerdeführerin verbundenen Unternehmens gerichtet, hinreichend bestimmt und auch erforderlich.

Wegen der Einzelheiten des Vortrags der Beteiligten wird auf die wechselseitigen Schriftsätze sowie die vorgelegten Unterlagen Bezug genommen.

II.

Die Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung erfolgen, nachdem sich die Beteiligten damit einverstanden erklärt haben (§ 69 Abs. 1 GWB).

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

Die Auskunftsverfügung ist formell rechtmäßig. Sie nennt Rechtsgrundlage, Gegenstand und Zweck des Auskunftsverlangens und bestimmt eine angemessene Frist zur Erteilung der Auskunft.

Die Auskunftsverfügung ist auch materiell rechtmäßig.

Es kann dahinstehen, ob - wie die Beschwerdeführerin meint – die Auskunftsverfügung nur gemäß § 145 HGO im Benehmen mit der Gemeindeaufsicht zulässig ist, denn der Regierungspräsident hat vorsorglich sein Benehmen mit der Auskunftsverfügung erklärt.

Gemäß § 59 Abs. 1 Nr. 2 GWB kann die Landeskartellbehörde, soweit es zur Erfüllung der ihr nach dem GWB übertragenen Aufgaben erforderlich ist, von Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen Auskunft über die wirtschaftlichen Verhältnisse von mit ihnen nach § 36 Abs. 2 GWB verbundenen Unternehmen sowie die Herausgabe von Unterlagen dieser Unternehmen verlangen.

Es kann dahinstehen, ob die Beschwerdeführerin selbst als Unternehmen einzustufen ist. Sie ist jedenfalls als Unternehmen im Sinne dieser Vorschrift zu behandeln. Sie ist - vermittelt über die Kasseler Verkehrs- und Versorgungs-GmbH - zu einem Anteil von 75,1 % an der Städtische Werke Kassel AG beteiligt. Die Be-

schwerdeführerin ist damit mehrheitlich an einem Unternehmen beteiligt. Gemäß § 36 Abs. 3 GWB gilt eine Person, die nicht Unternehmen ist, als Unternehmen, wenn ihr die Mehrheitsbeteiligung an einem Unternehmen zusteht. Die Vorschrift, nach der die Unternehmenseigenschaft der öffentlichen Hand unwiderlegbar fingiert wird, wenn ihr die Mehrheitsbeteiligung an einem Unternehmen zusteht, gilt nicht nur für die Fusionskontrolle, sondern für das GWB insgesamt (vgl. etwa Bechtold, GWB, 5. Aufl. § 36 Rn. 46).

Das Auskunftsersuchen ist darauf gerichtet, Auskunft über die wirtschaftlichen Verhältnisse der Städtische Werke Kassel AG als verbundenem Unternehmen zu erhalten. Der Begriff „wirtschaftliche Verhältnisse" umfasst alle tatsächlichen und rechtlichen Beziehungen des Adressaten und betrifft die gesamte betriebliche und gesellschaftsrechtliche Sphäre des Unternehmens (vgl. etwa Klaue in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: GWB, 4. Auflage 2007, § 59 Rn 25; Bechtold, wie vor, § 59 Rn. 10).

Die Landeskartellbehörde ist berechtigt, sich durch eine erschöpfende Befragung ein möglichst umfassendes Bild von den wirtschaftlichen Verhältnissen des befragten Unternehmens zu machen, und wird nur durch das Ermittlungsziel und durch die Erforderlichkeit der verlangten Auskünfte beschränkt (Klaue, wie vor).

In welchem Umfang von Auskunftsersuchen Gebrauch gemacht wird, steht im Ermessen der Kartellbehörde. Der Ermessensspielraum ist dabei notwendigerweise weit gespannt. Die Kartellbehörde kann zu Beginn oder während der Ermittlungen in aller Regel nicht wissen, welchen Verlauf die Ermittlungen nehmen und welches Ergebnis sie haben werden. Das Gericht kann einen Auskunftsbeschluss nur daraufhin überprüfen, ob das - von der Kartellbehörde darzulegende - Ermittlungskonzept vertretbar ist und ob die Kartellbehörde die Erforderlichkeit der erbetenen Auskünfte mit vertretbaren Erwägungen bejaht hat (OLG Düsseldorf Beschluss v. 04.06.2006, VI-Kart 6/06 (V), WuW/E DE-R 1861-1865).

Dies ist hier der Fall, die Landeskartellbehörde hat nachvollziehbar vorgetragen, dass sie in einem Parallelverfahren aus den Schreiben des Hessischen Rechnungshofes Erkenntnisse über die Eigenkapitalverzinsung des dort betroffenen

Wasserversorgers sowie zum Zustand des Netzes wie auch der Wasseranlagen und zur Reaktion auf den rückläufigen Wasserverbrauch gewonnen hat.

Die Auskunftsverfügung ist auch hinreichend bestimmt. Sie ist ausdrücklich auf alle Schreiben, Berichte und Unterlagen, auch elektronische, samt Anlagen, die sich im Rahmen der „129. Vergleichenden Prüfung" des Hessischen Rechnungshofes „Trinkwasser in Großstädten" auf die Städt. Werke Kassel Betriebsteil Wasserversorgung beziehen, gerichtet. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist es unschädlich, wenn sich einzelne von der Herausgabepflicht erfasste Unterlagen nicht auf die wirtschaftlichen Verhältnisse der Stadtwerke Kassel AG beziehen sollten, denn es genügt die begründete Erwartung der Landeskartellbehörde, dass sich aus den Unterlagen solche Informationen ergeben.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 78 Satz 2 GWB.

Für die Zulassung der Rechtsbeschwerde gemäß § 74 Abs. 2 GWB besteht kein Anlass.

Rechtsmittelbelehrung

Die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde kann selbständig durch Nichtzulassungsbeschwerde angefochten werden.

Die Nichtzulassungsbeschwerde ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung der angefochtenen Entscheidung.

Die Nichtzulassungsbeschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung der angefochtenen Entscheidung zu begründen. Die Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Verfügung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird.

Die Nichtzulassungsbeschwerde und die Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein; dies gilt nicht für Nichtzulassungsbeschwerden der Kartellbehörden.

Dr. Weber Bonkas Dr. Niedenführ