Abschrift

Eingegangen

0 7. März 2011

[Gaßner; Groth, Siederer & Coll.]



OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

enwag Energie- und Wassergesellschaft mbH, vertreten durch die Geschäftsführer Wolfgang Schuch und Detlev Stein, Hermannsteiner Straße 1, 35576 Wetzlar,

Beschwerdeführerin,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Gleiss Lutz, Maybachstraße 6, 70469 Stuttgart,

gegen

Hessisches Ministerium für Wirtschaft Verkehr und Landesentwicklung, Landeskartellbehörde, Kaiser-Friedrich-Ring 75, 65185 Wiesbaden,

Beschwerdegegner,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Gaßner Groth Siederer & Coll., Provinostraße 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 und die Richterinnen am Oberlandesgericht Dr. Mockel und Dr. Fehns – Böer am 3. März 2011

beschlossen:

Die aufschiebende Wirkung der Beschwerde der Betroffenen gegen die Verfügung der Landeskartellbehörde Energie und Wasser vom 23.12.2010 (Geschäftszeichen IV 5b – 78 k 20 – 01 / 556 – 07) wird hinsichtlich Ziff. 1 und 2 der Verfügung wiederhergestellt bzw. angeordnet, soweit der Betroffenen eine entsprechende Preisgestaltung mit Wirkung ab 1.Januar 2011 untersagt wird.

Hinsichtlich Ziff. 5 der Verfügung der Landeskartellbehörde Energie und Wasser vom 23.12.2010 (Geschäftszeichen IV 5b – 78 k 20 – 01 / 556 – 07) wird der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung zurückgewiesen.

Gründe:

Die Beschwerdeführerin (Betroffene) belieferte bis 31.12.2010 in der Stadt Wetzlar Verbraucher mit Trink- und Brauchwasser.

Mit Missbrauchsverfügung vom 23.12.2010 hat die Antragsgegnerin, die Landeskartellbehörde Energie und Wasser, der Betroffenen untersagt, für ihre Lieferungen und Leistungen im Zusammenhang mit der Wasserversorgung im Versorgungsgebiet Wetzlar zu allgemeinen Tarifpreisen außerhalb der Versorgung und Abrechnung mittels Wohnungswasserzählern einen höheren Betrag zu verlangen als 1,74 €/ m3 abgegebenen Wassers in Typfall 0, 1,54 €/m3 in Typfall 1,1,40 €/m3 in Typfall 2, 1,36 €/m3 in Typfall 3 sowie 1,35 €/m3 in Typfall 4 (Verfügung Ziff. 1).

Weiter hat sie der Betroffenen untersagt, für ihre Lieferungen und Leistungen im Zusammenhang mit der Wasserversorgung im Versorgungsgebiet Wetzlar Entgelte zu verlangen, die insgesamt zu einem Erlös führen, der 3.912.000 € zzgl. Umsatzsteuer pro Jahr überschreitet (Ziff. 2 der Verfügung).

Ferner hat sie festgestellt, dass die von der Betroffenen für Lieferungen und Leistungen im Zusammenhang mit der Wasserversorgung im Versorgungsgebiet Wetzlar verlangten Entgelte ab dem 1.1.2009 bis zum Zeitpunkt der Zustellung der Verfügung missbräuchlich sind, soweit sie die in Ziffer 1 genannten Beträge übersteigen (Ziff. 4 der Verfügung).

Schließlich hat sie der Betroffenen aufgegeben, alle von ihr seit dem 1. Januar 2009 nach Maßgabe von Ziff. 1 und Ziff. 2 zu viel vereinnahmten Entgelte für ihre Lieferungen und Leistungen im Zusammenhang mit der Wasserversorgung in Wetzlar an ihre jeweiligen Vertragspartner mit der Jahresabrechnung für das Jahr 2010 zurückzuerstatten und die sofortige Vollziehung dieser Verfügung angeordnet (Ziff. 5 und 6 der Verfügung). Gestützt hat die Landeskartellbehörde ihre Verfügung vom 1. Januar 2009 bis zu deren Wirksamwerden ausschließlich auf §§ 32, 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2 GWB und für die Zeit danach auf Art. 103 Abs. 5 GWB 1990 und zusätzlich auf §§ 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2, 32 GWB. Soweit die Verfügung auf § 103 Abs. 5 GWB 1990 gestützt ist, hat die Behörde den sofortigen Vollzug angeordnet, soweit sie auf § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2 GWB gestützt ist, hat sie von der Aussetzung der Vollziehung abgesehen (Randziff. 316 ff der angefochtenen Verfügung).

Bereits zuvor hatte die Landeskartellbehörde mit Verfügung vom 9.5.2007 der Betroffenen untersagt, für die Lieferung von Trinkwasser einen Preis von mehr als 1,66 € im Typfall 1 und von mehr als 1,48 € im Typfall 2 zu verlangen. Die Beschwerde der Betroffenen gegen die Verfügung vom 9.5.2007 blieb vor dem Senat und dem Bundesgerichtshof ohne Erfolg (BGH, Beschluss v. 2.2.2010 KVR 66/08). Nachdem die frühere Verfügung auf den 31.12.2008 befristet war, hat die Betroffene ihre Wasserpreise anschließend wieder auf das Preisniveau von vor der Verfügung angehoben.

Seit 1.1.2011 erfolgt die Wasserversorgung im Versorgungsgebiet Wetzlar auf der Grundlage einer öffentlich-rechtlichen Satzung seitens der Stadt Wetzlar. Die Betroffene hat ihre Wasserversorgungsanlagen zu diesem Zweck an die Stadt Wetzlar verpachtet und ist von dieser mit der Betriebsführung beauftragt. Die Abrechnung soll künftig über Gebührenbescheide der Stadt Wetzlar erfolgen.

Im vorliegenden Verfahren wendet sich die Betroffene gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehung und beantragt, die aufschiebende Wirkung wiederherzustellen, soweit die Verfügung auf § 103 Abs. 5 GWB in der Fassung der Bekanntmachung vom 20.2.1990 gestützt ist und die aufschiebende Wirkung anzuordnen, soweit die Verfügung auf §§ 19 Abs.1, Abs. 4 Nr. 2 ,32 GWB gestützt ist.

Zur Begründung trägt die Betroffene vor, soweit die Verfügung auf §§ 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2, 32 GWB gestützt sei, sei sie bereits aus verfahrensrechtlichen Gründen rechtswidrig, weil ihr, der Betroffenen, insoweit kein ausreichendes rechtliches Gehör gewährt worden sei.

In materiell – rechtlicher Hinsicht habe die Landeskartellbehörde verkannt, dass § 103 Abs. 5 GWB 1990 andere Anwendungsvoraussetzungen habe als § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2 GWB, insbesondere habe sie die Unterschiede in der Beweislast nicht berücksichtigt. Statt dessen habe sie die einzelnen Gesichtspunkte, die auf § 103 Abs. 5 GWB 1990 zugeschnitten seien, bei § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2 GWB nur wiederholt. Damit habe sie den ihr nach der Rspr. des Bundesgerichtshofs obliegenden Beweis eines Preismissbrauchs nicht geführt. Es bestünden somit ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Verfügung.

Die sofortige Auszahlung der Differenzbeträge an eine Vielzahl von Abnehmern bedeute für sie, die Betroffene, auch eine unbillige Härte, weil sie bei einer Aufhebung der Verfügung nicht in der Lage wäre, ihre Rückforderungsansprüche durchzusetzen.

11.

Der Antrag auf Wiederherstellung bzw. Anordnung der aufschiebenden Wirkung ist gem. § 65 Abs. 3 Satz 1 und 3 GWB zulässig. In der Sache hat der Antrag nur teilweise Erfolg.

1.

Die aufschiebende Wirkung war gem. § 65 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB wiederherzustellen bzw. gem. § 65 Abs. 3 Satz 3 GWB anzuordnen, soweit der Betroffenen für die Zukunft – also mit Wirkung ab 1. Januar 2011 – untersagt wird, höhere als die in Ziff. 1 der Verfügung festgesetzten Preise zu fordern und der Betroffenen untersagt wird, für die Lieferungen und Leistungen im Zusammenhang mit der Wasserversorgung im Versorgungsgebiet Wetzlar Entgelte zu verlangen, die insgesamt zu einem Erlös führen, der 3.912.000 EUR zzgl. Umsatzsteuer jährlich überschreitet. Insoweit liegen die Voraussetzungen für die Anordnung des sofortigen Vollzuges jedenfalls nicht mehr vor, nachdem die Betroffene die Wasserversorgung im Versorgungsgebiet der Stadt Wetzlar ab dem 1. Januar 2011 nicht mehr durchführt, sondern sich die Stadt Wetzlar zur Erfüllung der kommunalen Pflicht zur Wasserversorgung ihres Eigenbetriebs Wasserversorgung Wetzlar bedient (Wasserversorgungssatzung vom 11. Oktober 2010, Anl. Ast 2).

a)

Die angefochtene Verfügung beruht auf der Voraussetzung, dass die Betroffene Endabnehmer im Versorgungsgebiet Wetzlar mit Trink- und Brauchwasser versorgt und von ihren Haushalts- und Kleingewerbekunden die unter Randziff. 9 ff. näher festgestellten Preise fordert. Dementsprechend wird der Betroffenen in Ziff.1 der angegriffenen Verfügung untersagt, für ihre Lieferungen und Leistungen im Zusammenhang mit der Wasserversorgung im Versorgungsgebiet Wetzlar zu allgemeinen Tarifpreisen höhere als die von der Landeskartellbehörde für bestimmte Typfälle festgesetzten Preise zu verlangen. Dagegen geht aus der Begründung der Verfügung nicht ausreichend deutlich hervor, dass sie auch im Falle einer – im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung noch nicht vollzogenen – Umstellung der Wasserversorgung auf einen Eigenbetrieb der Stadt Wetzlar unverändert Wirkung gegenüber der Betroffenen beansprucht. Hierzu heißt es in Randziff. 295 lediglich, soweit die Betroffene angekündigt habe, ab dem 1.Januar 2011 ihre Lieferungen

und Leistungen nicht mehr gegenüber den Einwohnern von Wetzlar abzurechnen, gebiete dies nicht, die Preissenkungsverfügung auf den 31.12.2010 zu befristen, denn die Ankündigung sei noch nicht tatsächlich umgesetzt. Zudem sei für die Behörde nicht zu erkennen, dass sich die Betroffene künftig nicht als Wasserversorgungsunternehmen betätigen werde.

Durch die zwischenzeitlich erfolgte Umsetzung der beabsichtigten Umstrukturierung der Wasserversorgung könnte sich die Verfügung - soweit sie Wirkung über den 31. 12. 2010 hinaus beansprucht – deshalb erledigt haben, weil eine Voraussetzung für ihren Erlass entfallen ist, nachdem die Betroffene nicht mehr in ihrer Funktion als Wasserversorgungsunternehmen gegenüber Endverbrauchern tätig wird.

b)

Jedenfalls bestehen gegen die unveränderte Übertragung der Vorgaben der Verfügung vor diesem Hintergrund nicht unerhebliche Bedenken in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht. Soweit die Beschwerdeerwiderung ausführt (Rn. 65 ff), die Betroffene sei weiterhin als Wasserversorgungsunternehmen tätig, weil sie Dritte mit Wasser beliefere, und erbringe zumindest im Verhältnis zum Eigenbetrieb Lieferungen und Leistungen zu überhöhten Entgelten, deren Überwälzung auf die Letztverbraucher mehr als nur wahrscheinlich sei, da dies dem erklärte Zweck der "Scheinrekommunalisierung" entspreche, tragen diese Erwägungen die Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht, weil sie sich in der Begründung der angefochtenen Verfügung nicht wiederfinden und in dieser Form auch nicht Gegenstand der mündlichen Anhörung der Betroffenen am 26.11.2010 waren (Anl. 8 der Missbrauchsverfügung).

Auch wenn die Absicht einer Umgehung der kartellrechtlichen Kontrolle nicht ganz von der Hand zu weisen sein mag, sind die sich daraus ergebenden rechtlichen Konsequenzen keineswegs eindeutig. Zweifelhaft erscheint bereits, ob und inwieweit die gegen die Betroffene als Versorger von Letztverbrauchern zugeschnittene

Verfügung in tatsächlicher Hinsicht auf eine Situation übertragbar ist, in der die Betroffene als Zulieferer für die Stadt Wetzlar tätig wird, schon weil die auf einen Missbrauch zu überprüfenden Preise und Tarife, die Ausgangspunkt der Verfügung sind, so nicht mehr zutreffen dürften.

Die Beantwortung dieser rechtlich und tatsächlich nicht einfach gelagerten Fragen und Bedenken – nicht zuletzt auch im Hinblick auf das bisherige Verwaltungsverfahren, in dem die Betroffene hierzu kein rechtliches Gehör hatte – ist auch im Interesse der Betroffenen an der Gewährung wirksamen Rechtsschutzes dem Hauptsacheverfahren vorzubehalten. Das Allgemeininteresse an der Unterbindung missbräuchlicher Preise bei der Versorgung der Bevölkerung mit Energie und Wasser genießt gegenüber den insoweit bestehenden erheblichen Bedenken gegen die Wirksamkeit, jedenfalls aber die Rechtmäßigkeit der Verfügung keinen Vorrang.

2.

Soweit die Behörde der Betroffenen aufgegeben hat, die seit dem 1. Januar 2009 nach Maßgabe von Ziff. 1 und 2 zuviel vereinnahmten Entgelte mit der Jahresabrechnung für das Jahr 2010 zurückzuerstatten, hat der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung keinen Erfolg.

Die Beschwerde der Betroffenen gegen die insoweit ausschließlich auf §§ 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr.2, 32 GWB gestützte Mißbrauchsverfügung hat keine aufschiebende Wirkung, weil ein Suspensiveffekt gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt ist (Bunte in Langen/Bunte, Kartellrecht, 11 Aufl. § 64 Rn. 3). Das Beschwerdegericht kann aber auf Antrag die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung bestehen oder die Vollziehung für den Betroffenen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte (§ 65 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und 3 GWB). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor.

a)

Ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit können in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht bestehen. Sie sind regelmäßig dann zu bejahen, wenn nach der Einschätzung des Gerichts die Aufhebung der angefochtenen Verfügung überwiegend wahrscheinlich ist (OLG Düsseldorf, WuW/E DE –R 1473 –Konsolidierer; K.Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, 4. Aufl.,§ 65 GWB Rn. 14; Bechtold, GWB, 6. Aufl., § 65 Rn. 7). Nicht ausreichend ist, wenn die Rechtslage als offen zu bewerten ist. Ungewissheiten bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung können umso mehr ins Gewicht fallen, je stärker das betroffene Unternehmen durch einen Sofortvollzug belastet ist. Fehlt es an derartigen Härten, reicht der offene Verfahrensgang nicht aus, um die aufschiebende Wirkung anzuordnen.

Ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Verfügung, die deren Aufhebung überwiegend wahrscheinlich machen, bestehen nach der gebotenen summarischen Prüfung nicht. Dass der Verfahrensausgang offen sein mag, reicht für die Anordnung der aufschiebenden Wirkung für sich allein nicht aus.

Die Betroffene wirft der Landeskartellbehörde vor allem vor, ihr kein rechtliches Gehör gewährt und die grundlegenden Unterschiede zwischen § 103 Abs. 5 GWB 1990 und § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2 GWB, insbesondere hinsichtlich der Beweislast, verkannt zu haben. Anders als bei § 103 Abs. 5 GWB 1990 reiche ein Vergleich mit den Preisen anderer Unternehmen nicht aus. Die "Theorie der groben Sichtung" sei auf § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB nicht übertragbar. Die Landeskartellbehörde gründe ihren Vergleich auf dieselben Vergleichsunternehmen, die sie im Rahmen des § 103 GWB herangezogen habe, obwohl das dortige Kriterium der Gleichartigkeit in § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB keine Entsprechung habe. Die 8 Vergleichsunternehmen, die im Sinn des § 103 GWB 1990 gleichartig sein mögen, wiesen erhebliche strukturelle Unterschiede auf, die auch nicht durch rechnerische Zu- oder Abschläge auszugleichen seien. Aus den Preisen der Vergleichsunter-

nehmen irgendetwas zu Lasten der Betroffenen ableiten zu wollen, verbiete sich schon aus den grundlegenden Unterschieden in der Topographie der Wasserversorgungsgebiete. So sei es fehlerhaft, unter dem Gesichtspunkt Versorgungsdichte Strukturunterschiede rechnerisch auszugleichen. Bloße Vergleichsrechnungen genügten den Anforderungen im Rahmen des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB nicht. Vergleiche seien insoweit nur zulässig, wo keine größeren Unterschiede in den Marktstrukturen vorhanden sind. Anders als bei der Stromversorgung könne auf den Metermengenwert im Bereich der Wasserversorgung nicht abgestellt werden, wobei die hier festgestellten Unterschiede auf grundsätzlich unterschiedliche Versorgungsstrukturen hinwiesen, die im Rahmen des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB eine Vergleichsbetrachtung ausschlössen.

Bei der Vergleichbarmachung durch Zu- und Abschläge sei die Landeskartellbehörde auch rechnerisch fehlerhaft vorgegangen, weil sie die festgestellten Unterschiede in den Metermengenwerten mit den gesamten Netzkosten einschließlich der Kosten für Schachtbauwerke und Transportleitungen multipliziere, die mit der Leitungslänge nichts zu tun hätten. Fehlerhaft sei schließlich die unterbliebene Berücksichtigung der Gemeinkosten.

Diese Angriffe bleiben im Ergebnis ohne Erfolg.

aa) Die Entscheidung der Landeskartellbehörde beruht zunächst nicht auf einem Verfahrensfehler. Der Anspruch der Betroffenen auf rechtliches Gehör ist nicht verletzt.

Die am Verfahren Beteiligten haben Anspruch auf rechtliches Gehör (§ 56 Abs. 1 GWB). Ihnen ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu allen für die belastende Verfügung maßgeblichen Tatsachen und den damit in Verbindung stehenden Rechtsfragen zu geben. Dies setzt eine entsprechende Unterrichtung durch die Kartellbehörde voraus, die im Allgemeinen durch die Mitteilung der voraussichtlichen Entscheidungsgründe erfolgt (Bechtold, a.a.O. § 56 Rn. 2). Im vorliegenden Fall hat die Landeskartellbehörde der Betroffenen unter dem 4.10.2010 ein Anhörungsschreiben zugestellt, in dem sie den Sachverhalt einschließlich der Ver-

gleichsunternehmen, die Gründe für die Einleitung des Verfahrens, die von ihr ermittelten Tatsachengrundlagen sowie die beabsichtigte Entscheidung einschließlich der Nebenentscheidung zum Sofortvollzug mitgeteilt hat (Anlage Ast 4). Die Betroffene meint zwar zu Recht, dass das Anhörungsschreiben im Wesentlichen auf § 103 Abs. 5 GWB 1990 als Rechtsgrundlage abstellt. Jedoch geht aus Randziff. 15 hervor, dass die Behörde beabsichtige, die Preissenkungsverfügung auf § 103 Abs. 5 GWB 1990 und § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2 GWB zu stützen. Dementsprechend ist der Verfahrensbevollmächtigte der Betroffenen bereits in seiner schriftlichen Stellungnahme vom 29.10.2011 (Anlage Ast 5) ausführlich auf § 19 GWB eingegangen, hat dort insbesondere die von § 103 Abs. 5 GWB 1990 abweichende Beweislastverteilung hervorgehoben und gemeint, auf der Basis des Anhörungsschreibens könne die Entscheidung nicht auf § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB gestützt werden (Randziff. 1 – 6 der Stellungnahme vom 29.10.2010). Die mögliche Anwendung des § 19 GWB ist einschließlich des Aspekts einer möglichen rückwirkenden Verfügung auch in der mündlichen Verhandlung am 26.11.2010 erörtert worden (Wortprotokoll Randziff. 20ff. = Anl. 8 zur Missbrauchsverfügung vom 23.12.2010). Der Verfahrensbevollmächtigte der Betroffenen hat in der Verhandlung hierauf erwidert und seinen Standpunkt ausführlich dargelegt (Wortprotokoll Randziff. 125 ff.). Er ist auf die Unterschiede der Normen auch bei den Rechtsfolgen eingegangen und hat der Landeskartellbehörde vorgehalten, bei Anwendung des § 19 GWB müsse sie "ein ganz anderes Verfahren" betreiben.

Von einer Überraschungsentscheidung kann vor diesem Hintergrund nicht die Rede sein. Der Betroffenen war die Absicht der Landeskartellbehörde bekannt, die Verfügung auch auf § 19 GWB Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2 GWB zu stützen und sie hatte Gelegenheit, ihren Standpunkt hierzu darzulegen. Die Betroffene zeigt auch nicht auf, inwieweit die Verfügung auf einen Gesichtspunkt gestützt ist, zu dem sie nicht Stellung hätte nehmen können und inwieweit die Verfügung auf dieser Gehörsverletzung beruht. Soweit sie rügt, angesichts der Unterschiede bei den Tatbestandsmerkmalen habe die Anwendung des § 19 GWB eigenständig begründet werden müssen, betrifft dies den materiell – rechtlichen Aspekt der vermeintlich

nicht ausreichenden Aufklärung des Sachverhalts und einer vermeintlich unzulänglichen Begründung der Verfügung sowie der richtigen oder fehlerhaften Rechtsanwendung, nicht jedoch die Verletzung des rechtlichen Gehörs. Eine solche liegt nicht vor, weil die Betroffene über alle rechtlichen und tatsächlichen Umstände, auf die die Landeskartellbehörde ihre Verfügung stützt, informiert war und hierzu Stellung nehmen konnte. Dass die Kartellbehörde eine nach Auffassung der Betroffenen gebotene weitere Ermittlung des Sachverhalts unterlassen hat, stellt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar, sondern würde – sofern zutreffend – einen materiell – rechtlichen Mangel der Verfügung begründen.

- bb) Es bestehen aber auch keine ernstlichen Zweifel an der materiellen Rechtmäßigkeit der Verfügung, die eine Aufhebung ganz überwiegend wahrscheinlich machen würden.
- (a) Die Landeskartellbehörde ist zunächst zu Recht davon ausgegangen, dass § 32 Abs. 2 GWB auch die Anordnung ermöglicht, durch das missbräuchliche Verhalten erwirtschaftete wirtschaftliche Vorteile zurückzuerstatten (so ausdrücklich BGH NJW 2009, 1212 Stadtwerke Uelzen; Bornkamm in: Langen/Bunte, a.a.O. .§ 32 Rn. 33 ff). Das stellt auch die Betroffene nicht grundsätzlich in Abrede.
- (b) Die Betroffene weist zwar zu Recht darauf hin, dass zwischen der Eingriffsgrundlage in § 103 Abs. 5 GWB 1990 und §§ 19 Abs. 4 Nr.2, 32 GWB grundlegende Unterschiede, insbesondere auch bei der Beweislast bestehen. Während die Betroffene nach § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 nur an den Vergleichspreisen im Feld mehrerer Monopolunternehmen zu messen ist, ist sie nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB einer Kontrolle anhand des Als ob Wettbewerbspreises zu unterziehen (BGH NJW 2010, 2573 Wasserpreise Wetzlar). Eine weitergehende Aussage zu den Voraussetzungen des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB insbesondere zu der von der Betroffenen in den Mittelpunkt ihrer Argumentation gestellten Behauptung, die nach § 103 Abs. 5 GWB 1990 herangezogenen Vergleichsunternehmen seien für die Feststellung des Als ob Wettbewerbspreises von vornherein ungeeignet findet sich in jener Entscheidung des BGH nicht, weil die Landeskartellbehörde die frühere Verfügung nicht auf § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB gestützt hatte.

Dass die Betroffene als einziges Wasserversorgungsunternehmen im Versorgungsgebiet Wetzlar marktbeherrschend und damit Normadressatin des § 19 Nr. 2 GWB ist, bestreitet sie nicht. Nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB liegt ein Missbrauch insbesondere dann vor, wenn Entgelte gefordert werden, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden; hierbei ist insbesondere das Preisverhalten auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen. Dies berechtigt, bei Fehlen anderer Vergleichsmöglichkeiten auch das Preisverhalten von Monopolbetrieben auf anderen Märkten heranzuziehen, denn daraus können sich ebenfalls Anhaltspunkte für die Preismissbrauchsgrenze ergeben (BGH, WRP 1987, 311 - Glockenheide). Soweit die Betroffene allerdings meint, es dürften von vornherein keine zu starken Unterschiede in der Marktstruktur bestehen, andernfalls sei der Preisvergleich von vornherein unzulässig, kann dem in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden. Ein Vergleich des beanstandeten Preises mit den auf anderen Märkten geforderten Preisen setzt zwar voraus, dass es sich dabei um geeignetes und ausreichend sicheres Vergleichsmaterial handelt. Etwaige Abweichungen bei den in Rechnung gestellten Leistungen sowie Unterschiede in der Marktstruktur müssen bei der Vergleichsbetrachtung berücksichtigt werden. Die Vergleichsfähigkeit der Preise hängt aber auch davon ab, wie schmal oder breit die Vergleichsbasis ist. Werden nur die Preise eines einzigen Vergleichsunternehmens zugrunde gelegt und liegt damit eine sehr schmale Vergleichsbasis vor, muss die Vergleichsfähigkeit der Preise ausreichend sicher sein. Speziell in einem solchen Fall dürfen keine zu starken Unterschiede bei den Marktstrukturen bestehen und muss gewährleistet sein, dass die Vergleichspreise nicht durch individuelle Besonderheiten niedrig gehalten werden können (BGH a.a.O.).

Hier hat die Landeskartellbehörde 8 Vergleichsunternehmen herangezogen. Dass die Vergleichbarmachung durch Zu- und Abschläge im Rahmen des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB von vornherein unzulässig wäre, kann indes nicht festgestellt werden.

Vielmehr ist allgemein anerkannt, dass auch für einen Vergleich im Rahmen des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB Korrekturzuschläge und –abschläge erforderlich und zulässig sind, da die Vergleichsmärkte mit dem beherrschten Markt nie uneingeschränkt vergleichbar sein werden (Nothdurft in: Langen/Bunte a.a.O. § 19 Rn. 115; Bechtold a.a.O. § 19 Rn. 90).

Zu berücksichtigen sind diejenigen Unterschiede, die als objektive Strukturmerkmale vorgegeben sind, das betrifft insbesondere Kostennachteile, die sich aus der Struktur des Versorgungsgebietes, insbesondere auch aus der Topografie ergeben (BGH a.a.O.). Davon, dass die Vergleichbarmachung der 8 Versorgungsunternehmen durch Zu- und Abschläge von vornherein unzulässig war, ist daher nicht auszugehen. Erst wenn die Korrekturen so groß werden, dass die Bestimmung der Missbrauchsgrenze eher auf Korrekturfaktoren als auf dem Vergleichsmarktpreis beruht, folgt daraus die Unbrauchbarkeit des ausgesuchten Vergleichsmarktes (Nothdurft a.a.O. Rn. 116; Bechtold a.a.O. Rn. 90).

(c) Diesen Anforderungen werden die Berechnungen und Feststellungen der Landesregulierungsbehörde jedenfalls im Ansatz gerecht. Soweit die Betroffene einzelne Modalitäten der Berechnung als fehlerhaft beanstandet, erscheinen diese bei summarischer Prüfung jedenfalls nicht so gewichtig, dass sie eine hohe Wahrscheinlichkeit für die Aufhebung der Verfügung begründen könnten.

In diesem Zusammenhang hat die Landeskartellbehörde topografische Unterschiede durch Zu- und Abschläge berücksichtigt. Dies gilt insb. auch für die Kosten der Wasserhochbehälter (Verfügung Randziff. 233 ff) und Pumpwerke (Verfügung Randziff. 242 ff). Auch soweit Gemeinkosten, die nicht auf topografischen und damit strukturbedingten Unterschieden beruhen, nicht berücksichtigt wurden, erscheint die Begründung der Behörde nachvollziehbar.

Soweit die Betroffene die Außerachtlassung verschiedener Kostenpositionen wie die Anzahl der Wasserhochbehälter, der Pumpwerke und Schachtbauwerke und deren Wertung rügt, kann im summarischen Verfahren nicht festgestellt werden, dass die Verfügung mit hoher Wahrscheinlichkeit aufgehoben werden wird. Allenfalls ist der Verfahrensausgang derzeit als offen zu bezeichnen.

b)

Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung erscheint auch nicht deshalb gerechtfertigt, weil der sofortige Vollzug zu einer nicht hinzunehmenden unbilligen Härte für die Betroffene führen würde.

Eine <u>unbillige</u> Härte setzt schwerwiegende wirtschaftliche Nachteile voraus, die über den eigentlichen Zweck der Verfügung hinausgehen und nicht – oder jedenfalls kaum – wieder gutzumachen sind. Eine Härte, die der Betroffene im überwiegenden öffentlichen Interesse hinnehmen muss, ist nicht unbillig, jedenfalls soweit sie nicht zu irreparablen Folgen führt (K. Schmidt a.a.O. Rn. 15; Bechtold a.a.O.).

aa) Die Landeskartellbehörde hat – soweit die Verfügung auf § 103 Abs. 5 GWB 1990 gestützt ist – zur Begründung des Sofortvollzugs zu Recht darauf abgestellt, dass durch eine missbräuchliche Preisgestaltung das Interesse der Allgemeinheit an einer bestmöglichen und preisgünstigen Versorgung beeinträchtigt wird. Das gilt erst recht bei der Abwägung, ob der von Gesetzes wegen vorgesehene Sofortvollzug wegen einer unbilligen Härte für die Betroffene aufzuheben bzw. die aufschiebende Wirkung anzuordnen ist. Denn hier ist zusätzlich zu würdigen, dass der sofortige Vollzug von Gesetzes wegen als Regelfall angesehen wird, die Anordnung der aufschiebenden Wirkung also demgegenüber nur ganz ausnahmsweise erfolgen kann.

In der Rechtsprechung ist wiederholt anerkannt worden, dass das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung grundsätzlich gegeben ist, wenn die Kartellbehörde das Fordern missbräuchlich überhöhter Preise feststellt. Durch eine missbräuchliche Preisgestaltung werden nicht nur subjektive Privatinteressen einzelner Abnehmer beeinträchtigt, sondern wird die bestmögliche, preisgünstige Versorgung der Verbraucher aufgrund von Wettbewerbsbeschränkungen gefährdet (KG, WuW/E OLG 1465 – Kalkulationsklausel; WuW/E OLG 1467 –BP).

Das gilt hier unabhängig davon, dass die Betroffene die Wasserversorgung derzeit auf die Stadt übertragen hat. Zwar meint die Betroffene, dieser Gesichtspunkt spiele in ihrem Fall keine Rolle, weil sie ab 1.11.2011 nicht mehr in der Wasserversorgung tätig sei. Wenn die Interessen der Allgemeinheit aber dadurch nachhaltig beeinträchtigt werden, dass weiterhin Geschäfte zu missbräuchlichen Preisen abgeschlossen würden, so muss dies erst recht gelten, wenn die Betroffene bereits vereinnahmte missbräuchlich überhöhte Entgelte bis zum Abschluss des Verfahrens behalten dürfte. Dabei hat der Senat auch berücksichtigt, dass der Betroffenen bereits mit bestandskräftiger Verfügung vom 9.5.2007 eine Herabsetzung ihrer Wasserpreise aufgegeben worden war und sie unmittelbar nach dem Ablauf der auf den 31.12.2008 befristeten Verfügung ihre Preise wieder auf das ursprüngliche Niveau angehoben hat. Auch wenn die Betroffene hieran formal nicht gehindert war, sind Umstände, die eine unverzügliche Rückgängigmachung der vom BGH bestätigten Preisabsenkung sachlich gerechtfertigt oder sogar erforderlich gemacht hätten, nicht ersichtlich. Das Verhalten der Betroffenen zeigt vielmehr, dass sie nicht bereit ist, entsprechende behördliche Verfügungen selbst wenn sie höchstrichterlich bestätigt worden sind - zu akzeptieren, sondern sie auf alle Fälle mit den ihr zu Gebote stehenden rechtlichen und faktischen Mitteln bekämpfen wird.

Dieses Verhalten mag zwar legitim erscheinen. Könnte eine Rückerstattung missbräuchlicher Preise aber erst nach dem Ende des Beschwerdeverfahrens und damit zu einem Zeitpunkt durchgesetzt werden, zu dem die befristete Verfügung schon bald wieder außer Kraft tritt, so dass die Betroffene ihre Preise alsbald erneut auf das alte Niveau anheben könnte, wäre die Behörde bei der Durchsetzung ihrer Preisabsenkungsverfügungen stets zeitlich im "Hintertreffen", was auf Dauer eine effiziente Unterbindung missbräuchlicher Preise untergraben würde.

bb) Soweit die Betroffene durch Ziff. 5 der Verfügung gezwungen wird, die für 2009 und 2010 vereinnahmten überhöhten Entgelte sofort zurückzuerstatten, liegt darin auch nicht deshalb eine unbillige Härte, weil die Erstattung mit irreparablen

Folgen verbunden wäre, die grundsätzlich nicht hinzunehmen sind und nur ausnahmsweise durch überwiegende öffentliche Interessen aufgewogen werden können (K. Schmidt a.a.O. Rn. 15). Die Betroffene behauptet zwar, bei Auszahlung der Differenzbeträge an Haushalte und Wohnungsunternehmen habe sie keine realistische Möglichkeit, die Erstattungsbeträge wiederzuerlangen, wenn die Verfügung aufgehoben würde. Zur Begründung führt sie tatsächliche und rechtliche Schwierigkeiten an, bei 14.000 Kunden "außerhalb laufender Geschäftsbeziehungen" Kleinbeträge einzuziehen. Es müsse damit gerechnet werden, dass eine Vielzahl von Haushalten dazu nicht freiwillig bereit wäre und in tausenden von Fällen Mahnverfahren und andere gerichtliche Schritte erforderlich würden.

Dieser Vortrag reicht zur Begründung irreparabler Nachteile nicht aus. Soweit die Betroffene mit Schwierigkeiten außerhalb laufender Geschäftsbeziehungen darauf abstellt, dass sie selbst künftig mit der Abrechnung der Wasserentgelte gegenüber den Wasserkunden nichts mehr zu tun hat, wäre sie aufgrund ihrer engen Verbindung mit der Stadt Wetzlar und als mit der Betriebsführung beauftragter Geschäftspartner unschwer in der Lage, die Rückerstattung gegenüber den Wasserkunden über die Stadt Wetzlar und im Rahmen der von dieser erlassenen Gebührenbescheide geltend zu machen. In rechtlicher Hinsicht sind Schwierigkeiten jedenfalls dann nicht erkennbar, wenn die Erstattung unter Vorbehalt vorgenommen würde, wie die Betroffene selbst einräumt. Die Behauptung, es müssten in mehreren tausend Fällen Mahnbescheide beantragt werden, erscheint spekulativ und ist weder belegt noch glaubhaft gemacht. Dem Senat fehlen infolgedessen Anhaltspunkte, um die Quantität dieser Nachteile auch nur annähernd würdigen zu können. Selbst wenn es in einzelnen Fällen notwendig werden sollte, Rückforderungen zwangsweise beizutreiben, wäre eine solche Entwicklung noch zumutbar und müssten die dadurch hervorgerufenen Nachteile wegen der höher zu bewertenden Allgemeininteressen hingenommen werden. Dafür, dass es zu massenweisen Mahnbescheid - Verfahren und Rechtsstreitigkeiten mit irreparablen Folgen für die

Betroffene kommen würde, fehlt es indes an greifbaren Anhaltspunkten. Nach allem würde die derzeit nicht absehbare, aber auch nicht auszuschließende Notwendigkeit zu einer späteren Rückforderung der sofort zu erstattenden Beträge zwar eine Härte für die Betroffene bedeuten, die indes nicht unbillig, sondern im überwiegenden öffentlichen Interesse geboten und deshalb hinzunehmen ist.

3.

Einer Kostenentscheidung bedarf es nicht, da das Verfahren nach § 65 GWB und das Hauptsacheverfahren gebührenrechtlich eine Einheit darstellen (OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 2493 Sulzer/Kelmix, Bechtold a.a.O. § 65, Rn. 11).

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde sind nicht gegeben (§ 74 GWB).

Dr. Weber

Dr. Mockel

Dr. Fehns-Böer