



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

KVR 66/08

Verkündet am:
2. Februar 2010
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der Kartellverwaltungssache

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

Betroffene, Beschwerdeführerin,
Rechtsbeschwerdeführerin und
Rechtsbeschwerdegegnerin,

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Gleiss Lutz, Stuttgart -

gegen

Hessisches Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung als
Landeskartellbehörde Energie und Wasser, vertreten durch den Minister, Kaiser-
Friedrich-Ring 75, Wiesbaden,

Beschwerdegegner,
Rechtsbeschwerdegegner und
Rechtsbeschwerdeführer,

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Gaßner, Groth, Siederer &
Coll., Augsburg -

Weiterer Verfahrensbeteiligter:

Bundeskartellamt, vertreten durch seinen Präsidenten, Kaiser-Friedrich-Straße 16,
Bonn



Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. November 2009 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Tolksdorf und die Richter Dr. Raum, Dr. Strohn, Dr. Kirchhoff und Dr. Bacher

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerden der Betroffenen und der Landeskartellbehörde gegen den Beschluss des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 18. November 2008 werden mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Kosten des Beschwerdeverfahrens gegeneinander aufgehoben werden.

Die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens werden ebenfalls gegeneinander aufgehoben.

Die Auslagen des Bundeskartellamts werden nicht erstattet.

Gründe:

1

A. Die enwag Energie- und Wassergesellschaft mbH (im Folgenden: enwag GmbH oder Betroffene) beliefert in der Stadt Wetzlar Kunden mit Trinkwasser. Die Stadt ist an der enwag GmbH mit 50,1% beteiligt. Die übrigen 49,9% des Stammkapitals hält die zum E.ON-Konzern gehörende Thüga AG. Zwischen der enwag GmbH und der Stadt besteht seit dem Jahre 1994 ein bei der Kartellbehörde angemeldeter Konzessionsvertrag, in dem der enwag GmbH gegen Entrichtung der nach dem Konzessionsabgabenrecht höchst zulässigen Konzessionsabgabe das

ausschließliche Recht zur Benutzung der städtischen Straßen und Wege für die Verlegung und den Betrieb von Wasserversorgungsleitungen eingeräumt wird.

- 2 Seit dem 1. Januar 2003 verlangte die enwag GmbH für die Lieferung von Trinkwasser an Haushalts- und Kleingewerbekunden einen Preis in Höhe von 2,35 €/m³ im Typfall 1 (Jahresverbrauch 150 m³, Wasserzähler bis 5 m³/h) und von 2,10 €/m³ im Typfall 2 (Jahresverbrauch 400 m³, Wasserzähler bis 5 m³/h).
- 3 Mit Verfügung vom 9. Mai 2007 hat die Landeskartellbehörde der Betroffenen für die Zeit bis zum 31. Dezember 2008 (Ziffer 3 der Verfügung) untersagt, für die Lieferung von Trinkwasser einen Preis von mehr als 1,66 €/m³ im Typfall 1 und von mehr als 1,48 €/m³ im Typfall 2 zu verlangen (Ziffern 1 und 2). Ferner hat sie die Feststellung ausgesprochen, dass die Wasserpreise der Betroffenen in der Zeit vom 1. Juli 2005 bis zum Wirksamwerden der Verfügung insoweit missbräuchlich überhöht waren, als sie die genannten Beträge überstiegen haben (Ziffer 4).
- 4 Die Landeskartellbehörde hat zur Begründung ausgeführt: Die enwag GmbH habe die Stellung, die sie durch die Freistellung ihres Konzessionsvertrages nach § 103 Abs. 1 GWB in der bis zum 31. Dezember 1998 geltenden Fassung der 5. GWB-Novelle (im Folgenden: GWB 1990) erlangt habe, missbraucht, indem sie ungünstigere Wasserpreise als vergleichbare Versorgungsunternehmen gefordert habe. Das ergebe sich aus einem Vergleich der Preise der enwag GmbH mit denen von achtzehn Wasserversorgern. Bei diesem Vergleich seien Unterschiede in der Höhe der Konzessionsabgaben sowie der Beschaffungskosten und bei den Versorgungsdichtekennwerten durch Zu- und Abschläge berücksichtigt worden. Den Nachweis, dass der Preisunterschied auf abweichenden, ihr nicht zurechenbaren Umständen beruhe, habe die enwag GmbH nicht geführt. Danach überstiegen die Preise der enwag GmbH die Preise der Vergleichsunternehmen um 58,9% bis 17%. Die Festsetzung der zulässigen Entgelte habe sie, die Behörde, an dem

Preis der im Mittelfeld platzierten Verbandsgemeindewerke Montabaur ausgerichtet. Dieser liege im Mittel um 29,4% unter den Preisen der Betroffenen.

5 Das Oberlandesgericht hat die Beschwerde der enwag GmbH, soweit sie sich gegen die Untersagungsverfügung (Ziffern 1 - 3) gerichtet hat, zurückgewiesen und im Übrigen die Feststellung eines rückwirkenden Preismissbrauchs (Ziffer 4) aufgehoben (OLG Frankfurt, WuW/E DE-R 2526). Dagegen richten sich die vom Oberlandesgericht zugelassenen Rechtsbeschwerden der Betroffenen und der Landeskartellbehörde. Die Betroffene begehrt - nachdem sich die Untersagungsverfügung durch Zeitablauf erledigt hat - die Feststellung, dass die Verfügung der Landeskartellbehörde zu Ziffern 1 und 2 rechtswidrig gewesen sei.

6 B. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

7 Es könne dahinstehen, ob der zwischen der Betroffenen und der Stadt Wetzlar bestehende Konzessionsvertrag eine Freistellungsmisbrauchskontrolle nach § 103 Abs. 5 GWB 1990 eröffne. Selbst wenn man mit der Betroffenen annehme, die Konzession bedürfe nicht der Freistellung, weil ein Vertrag zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft nicht dem Verbot des § 1 GWB unterfalle, könne die Missbrauchsverfügung jedenfalls auf die nach § 131 Abs. 6 GWB weiterhin anwendbare Vorschrift des § 22 GWB 1990 gestützt werden. Die Betroffene habe als alleiniger Wasserversorger in der Stadt Wetzlar eine marktbeherrschende Stellung. Für die Marktmachtkontrolle nach § 22 Abs. 4 und 5 GWB 1990 gelte gemäß § 103 Abs. 7 GWB 1990 ebenfalls § 103 Abs. 5 GWB 1990. Nach dessen Prüfungsmaßstäben sei die Untersagungsverfügung rechtmäßig.

8 Die zum Vergleich herangezogenen Wasserversorgungsunternehmen seien im Sinne der Vorschrift gleichartig. Diesem Tatbestandsmerkmal komme nach der auf den Bereich der Wasserversorgung übertragbaren Rechtsprechung zum Energiesektor nur die Funktion einer groben Sichtung zu. Unterschiede in der Gewinnung und Aufbereitung des abgegebenen Wassers stünden der Annahme von

Gleichartigkeit nicht entgegen. Auch strukturbedingte Unterschiede bei der Wasserspeicherung und -verteilung seien nicht bei der Prüfung der Gleichartigkeit, sondern erst bei der Frage der Rechtfertigung ungünstigerer Preise unter dem Gesichtspunkt abweichender Umstände zu berücksichtigen.

9 Die Betroffene verlange in den zwei zugrunde gelegten Typfällen ungünstigere Preise als die Vergleichsversorger. Die Höhe der von ihr erhobenen Baukostenzuschüsse sei nicht in den Preisvergleich einzubeziehen, denn diese gehörten zu den insoweit nicht maßgeblichen sonstigen Geschäftsbedingungen.

10 Die Betroffene habe nicht nachgewiesen, dass die Preisunterschiede zu Lasten ihrer Kunden auf abweichenden Umständen i.S. des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 Halbsatz 2 GWB 1990 beruhten.

11 Bei den geltend gemachten Kosten für die Beschaffung und den Einsatz von Fremd- oder Eigenkapital handele es sich nicht um unvermeidbare, auf einer "schicksalhaften" Struktur des Versorgungsgebiets beruhende Kosten. Gleiches gelte für die vergleichsweise niedrigeren Baukostenzuschüsse. Die unterschiedliche Konzessionsabgabenlast sei durch einen Zu- oder Abschlag in anteiliger Höhe des Vergleichspreises berücksichtigt worden. Die Mehrkosten für die Netzerneuerung und -instandhaltung sowie durch Wasserverluste seien ebenfalls der Betroffenen individuell zurechenbar, denn der Zustand des Netzes sei das Ergebnis des Investitionsverhaltens in der Vergangenheit. Mehrkosten, die durch die Notwendigkeit der Überwindung von Höhenunterschieden im Versorgungsgebiet oder der Unterhaltung von entsprechenden Druckzonen entstünden, seien zwar grundsätzlich geeignet, höhere Preise zu rechtfertigen. Die Betroffene habe solche Mehrkosten jedoch nicht ausreichend dargelegt. Sie könne schließlich auch nicht mit dem Argument gehört werden, das festgesetzte Höchstentgelt decke ihre Selbstkosten nicht. Denn auch dazu, dass ihre Wasserverteilungs- und Speicherkosten auf einer rationellen Betriebsführung beruhten, sei ihr Vorbringen nicht substantiiert.

12 Für die rückwirkende Feststellung, dass die Wasserpreise der Betroffenen ab 1. Juli 2005 bis zum Zeitpunkt der Wirksamkeit der Verfügung missbräuchlich überhöht gewesen seien, fehle es dagegen an einer Rechtsgrundlage. Der Feststellungsausspruch könne nicht auf § 32 Abs. 3 GWB in der seit dem 1. Juli 2005 geltenden Fassung gestützt werden. Es könne offen bleiben, ob § 32 Abs. 3 GWB auf Verfügungen nach § 103 Abs. 6 Nr. 1 GWB 1990 anwendbar sei oder ob die Fortgeltung des Sanktionensystems in der Fassung der 5. GWB-Novelle mit der lediglich zukunftsgerichteten Missbrauchsaufsicht insoweit Sperrwirkung entfalte. Denn die Voraussetzungen für die Feststellung einer Zuwiderhandlung i. S. von § 32 Abs. 3 GWB seien vorliegend nicht erfüllt. Das beanstandete Verhalten sei nämlich nicht, wie es § 32 Abs. 3 GWB verlange, vor Erlass der Untersagungsverfügung beendet worden.

13 C. Die dagegen gerichteten Angriffe der Rechtsbeschwerden haben im Ergebnis keinen Erfolg.

14 I. Zur Rechtsbeschwerde der enwag GmbH:

15 1. Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen ist gemäß § 71 Abs. 2 Satz 2, § 76 Abs. 5 Satz 1 GWB zulässig.

16 Für das - nach Ablauf der Verfügungsdauer erforderliche - Feststellungsinteresse genügt grundsätzlich jedes schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art, insbesondere das Interesse, für ein bei gleichbleibendem Verhalten erneut drohendes Verwaltungsverfahren Klarheit über die Rechtslage zu schaffen (BGH, Beschl. v. 25.10.1983 - KVR 8/82, WuW/E 2058, 2059 - Internord; BGHZ 151, 260, 268 - Stellenmarkt für Deutschland; BGHZ 174, 179 Tz. 14 - Springer/ProSieben). Ein solches Interesse hat die Betroffene. Wenn sie in Zukunft ihre alten Preise verlangt, droht ihr ein erneutes Verwaltungsverfahren der Landeskartellbehörde, bei dem es im Wesentlichen um dieselben Rechtsfragen gehen wird wie im vorliegenden Verfahren.

- 17 2. Das Rechtsmittel ist aber unbegründet.
- 18 a) Ohne Rechtsfehler hat das Beschwerdegericht seiner Verfügung § 103 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 i.V. mit Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 zugrunde gelegt. Danach handelt ein Versorgungsunternehmen missbräuchlich, wenn es ungünstigere Preise oder Geschäftsbedingungen fordert als gleichartige Versorgungsunternehmen, es sei denn, das Versorgungsunternehmen weist nach, dass der Unterschied auf abweichenden Umständen beruht, die ihm nicht zurechenbar sind.
- 19 Das Beschwerdegericht durfte offen lassen, ob diese Vorschrift unmittelbar anwendbar ist und die Abstellungsverfügung damit auf § 103 Abs. 6 GWB 1990 gestützt werden kann. Denn jedenfalls kommt § 103 Abs. 5 GWB 1990 aufgrund der Verweisung in § 103 Abs. 7 GWB 1990 im Rahmen der allgemeinen Eingriffsnorm des § 22 Abs. 5 GWB 1990 zur Anwendung. Diese parallele, unter Geltung des GWB in der Fassung der 6. GWB-Novelle 1998 fortbestehende Anwendbarkeit ergibt sich aus § 131 Abs. 6 GWB. Danach sind - anders als für die Elektrizitäts- und Gasversorgung, die seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 25. April 1998 nicht mehr in den Anwendungsbereich der kartellrechtlichen Freistellung fallen - die Regeln u.a. des § 103 GWB 1990 für die öffentliche Versorgung mit Wasser weiterhin anwendbar, und ebenso anwendbar sind die Vorschriften, die auf § 103 GWB 1990 verweisen oder auf die § 103 GWB 1990 verweist, also auch § 22 Abs. 5 GWB 1990.
- 20 aa) Die Rechtsbeschwerde meint, nach § 131 Abs. 6 GWB seien die bisherigen Regelungen der §§ 103, 103a und 105 GWB 1990 nur auf solche Wasserversorgungsunternehmen anwendbar, die einen Demarkations- oder Konzessionsvertrag i.S. des § 103 Abs. 1 GWB 1990 abgeschlossen und bei der Kartellbehörde angemeldet hätten und damit von der Anwendung der §§ 1, 15 und 18 GWB 1990 freigestellt seien. Nur diese unterlägen weiterhin der in den Beweisanforderungen für die Unternehmen strengeren Missbrauchsaufsicht des § 103 Abs. 5 GWB 1990. Für die übrigen Wasserversorgungsunternehmen gelte ausschließlich die

Regelung des § 19 GWB in der Fassung der 6. GWB-Novelle 1998. Eine parallele Anwendung von § 19 GWB und § 22 GWB 1990 komme nicht in Betracht, weil damit eine Schlechterstellung der Wasserversorgungsunternehmen verbunden wäre. Der zwischen der enwag GmbH und der Stadt Wetzlar geschlossene Konzessionsvertrag falle nicht unter § 103 Abs. 1 GWB 1990. Denn wegen der Mehrheitsbeteiligung der Stadt Wetzlar an der enwag GmbH seien beide nach § 36 Abs. 2 Satz 1 GWB als einheitliches Unternehmen anzusehen, auf das § 1 GWB nicht zur Anwendung komme. Im Übrigen fehle es mit Blick auf § 22 Abs. 5 GWB 1990 an tatsächlichen Feststellungen zur Marktbeherrschung.

21 Die Angriffe der Rechtsbeschwerde gegen die Auslegung des § 131 Abs. 6 GWB durch das Beschwerdegericht und gegen die auf sie gestützte Fortgeltung des § 103 Abs. 5 über § 103 Abs. 7, § 22 Abs. 5 GWB 1990 führen nicht zum Erfolg. Dementsprechend kommt es nicht darauf an, ob der zwischen der Betroffenen und der Stadt Wetzlar geschlossene Konzessionsvertrag von § 103 Abs. 1 GWB 1990 erfasst wird.

22 Dass für den Bereich der öffentlichen Versorgung mit Wasser neben § 103 Abs. 6 GWB 1990 ("Freistellungsmissbrauch") auch § 103 Abs. 7 i.V. mit § 22 Abs. 5 GWB 1990 ("Marktmachtmissbrauch") als Eingriffsnorm fortgelten, ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 131 Abs. 6 GWB. Die Vorschrift ordnet in ihrem Satz 1 unter anderem die Fortgeltung von § 103 GWB 1990 an, und zwar ohne Einschränkungen, also unter Einschluss von § 103 Abs. 7 GWB 1990. In ihrem Satz 2 erstreckt sie diese Anordnung auf die Normen, auf die § 103 GWB 1990 verweist, also über § 103 Abs. 7 GWB 1990 auch auf § 22 Abs. 5 GWB 1990.

23 Auch der Sinn und Zweck von § 103 Abs. 5 und 7, § 22 Abs. 5 GWB 1990 und § 131 Abs. 6 GWB sprechen für die Fortgeltung des § 22 Abs. 5 GWB 1990. Ziel des § 103 Abs. 5 GWB 1990 war es, mit Blick auf die besondere Marktstellung von Unternehmen der leitungsgebundenen Versorgung (Elektrizität, Gas, Wasser) und die sich aus ihr ergebende erhöhte Missbrauchsgefahr den zuständigen Be-

hörden ein besonders wirksames Instrument der Aufsicht an die Hand zu geben. Durch die weitgehende Verlagerung der Beweislast auf das betroffene Unternehmen sollte der Behörde die Feststellung von Preismissbräuchen auf diesem Gebiet deutlich erleichtert werden. Eine erhöhte Missbrauchsgefahr liegt nahe, wenn ein Versorgungsunternehmen in seinem Verhaltensspielraum vom Wettbewerb deshalb nicht wirksam kontrolliert wird, weil es von der Freistellung gemäß § 103 Abs. 1 GWB 1990 Gebrauch gemacht hat. Diesen Fall regelt § 103 Abs. 5 GWB 1990 unmittelbar, indem er seine Anwendung für die "Fälle des Absatz 1" vorschreibt. In der Sache liegen die Dinge aber nicht anders, wenn das Versorgungsunternehmen der wirksamen Kontrolle durch den Wettbewerb nicht als Folge von Konzessions- oder Demarkationsverträgen entzogen ist, sondern deswegen, weil ihm die Besonderheiten der leitungsgebundenen Versorgung auch ohne Ausnutzung der Freistellung eine marktbeherrschende Stellung ermöglicht haben (BGHZ 128, 17, 29 f. - Gasdurchleitung). Das gilt in besonderem Maße für die Wasserwirtschaft, in der der Inhaber des Leitungsnetzes nach wie vor über ein natürliches Monopol verfügt. Um das Ziel einer effektiven Missbrauchskontrolle zu erreichen, hat der Gesetzgeber die Beweiserleichterungen für die Kartellbehörde aus § 103 Abs. 5 GWB 1990 nicht nur auf den "Freistellungsmissbrauch" beschränkt, sondern in Abs. 7 auch auf den "Marktmachtmissbrauch" und damit in den Anwendungsbereich des § 22 Abs. 5 GWB 1990 erstreckt. Ein Wasserversorgungsunternehmen soll nicht deshalb besser stehen, weil es von der Freistellungsmöglichkeit des § 103 Abs. 1 GWB 1990 keinen Gebrauch macht. Gleiches gilt, wenn der Konzessions- oder Demarkationsvertrag - was das Beschwerdegericht daher zu Recht offengelassen hat - wegen einer gesellschaftsrechtlichen Verbindung der Vertragspartner i.S. des § 36 Abs. 2 GWB nicht in den Anwendungsbereich des § 1 GWB fallen sollte.

24

Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Gesetzgeber der 6. GWB-Novelle an der Gleichbehandlung rechtlicher und natürlicher Monopole im Bereich der Wasserversorgung etwas ändern wollte. Nur die Strom- und die Gasversorgung sind aus dem Anwendungsbereich des § 103 GWB 1990 herausge-

nommen und einem gesonderten Regelungssystem unterworfen worden. Für die Wasserversorgung dagegen haben sich die Rechtsgrundlagen - ebenso wie die tatsächlichen Gegebenheiten - nicht geändert. Insoweit wird mit § 131 Abs. 6 GWB vielmehr der alte Rechtszustand hinsichtlich der Wasserversorgung aufrechterhalten und damit auch die erleichterte Möglichkeit des Nachweises eines Preismissbrauchs in Verfahren nach § 103 Abs. 6 GWB 1990 wie auch nach § 22 Abs. 5 GWB 1990.

25 Ohne Erfolg verweist die Rechtsbeschwerde für ihren gegenteiligen Standpunkt auf die Gesetzesbegründung zur Überleitungsvorschrift des § 131 Abs. 8 GWB in der Fassung der 6. GWB-Novelle (entspricht § 98 GWB-E 1998). Darin wird die Beibehaltung der Freistellungsmöglichkeit für den Bereich der Wasserversorgung damit begründet, dass nicht geklärt sei, ob und mit welchem Inhalt die wasserrechtlichen Fachgesetze, insbesondere das Wasserhaushaltsgesetz und die Wassergesetze der Länder, geändert werden müssten, wenn die kartellrechtliche Freistellung von Demarkationsabsprachen und ausschließlichen Wegerechten entfalle (BT-Drucks. 13/9720 S. 70). Diese Erwägung lässt nicht den Schluss zu, dass der Gesetzgeber die im Bereich der Wasserversorgung geltende Missbrauchsaufsicht nur mit Einschränkungen fortbestehen lassen wollte. Daran hat auch die 7. GWB-Novelle 2005, die die Regelung des § 131 Abs. 8 GWB 1998 inhaltlich unverändert in § 131 Abs. 6 GWB übernommen hat, nichts geändert.

26 Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass mit der 6. GWB-Novelle 1998 das System der konstitutiv wirkenden Abstellungsverfügung durch ein extunc wirkendes Missbrauchsverbot in § 19 GWB ersetzt worden ist. Dieses Missbrauchsverbot gilt zwar auch für Wasserversorgungsunternehmen (Klaue in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., GWB § 131 Rdn. 30 f.; aA Decker, WuW 1999, 967, 970). Denn es besteht kein Anlass, diese Unternehmen etwa von einer Kontrolle anhand des Als-ob-Wettbewerbspreises freizustellen und sie nur an dem Vergleichspreis im Feld mehrerer Monopolunternehmen nach § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 zu messen. Daraus ergibt sich aber kein

Grund, das Regelungssystem der § 22 Abs. 5, § 103 Abs. 5, 7 GWB 1990 auf Wasserversorgungsunternehmen nicht mehr anzuwenden. Gerade weil sich die Vorschriften in den Tatbestandsmerkmalen und in der Beweislastverteilung unterscheiden, kommt ihnen jeweils eine eigenständige Bedeutung zu.

27 bb) Die Feststellung des Beschwerdegerichts, die Betroffene habe als alleiniger Wasserversorger in der Stadt Wetzlar jedenfalls eine marktbeherrschende Stellung i.S. des § 22 Abs. 1 GWB 1990, ist von Rechts wegen nicht zu beanstanden (vgl. Leitlinien für die Kartellrechtliche Missbrauchskontrolle der Wasserpreise von Haushaltskunden, Beschluss der Kartellbehörden des Bundes und der Länder vom 2. Oktober 1998, abgedruckt bei Klaue, a.a.O., Rdn. 35). Nach dem Bedarfsmarktkonzept ist von einem auf das Gebiet der Stadt Wetzlar beschränkten Markt für die Versorgung von Letztverbrauchern mit Trinkwasser auszugehen. Auf diesem Markt ist die Betroffene keinem Wettbewerb ausgesetzt.

28 b) Ohne Erfolg wendet sich die Rechtsbeschwerde gegen die Annahme des Beschwerdegerichts, die Betroffene sei mit den von der Landeskartellbehörde zum Vergleich herangezogenen Unternehmen gleichartig i.S. von § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990.

29 aa) Dem Tatbestandsmerkmal der Gleichartigkeit kommt, wie der Senat bereits für den Bereich der Elektrizitätsversorgung entschieden hat, nur die Funktion zu, eine grobe Sichtung unter den als Vergleichsunternehmen in Betracht kommenden Versorgungsunternehmen zu ermöglichen (BGHZ 129, 37, 46 f. - Weiterverteiler). Nur wenn die Unternehmen sich schon auf erste Sicht so signifikant unterscheiden, dass sich ihre Einordnung als gleichartig von vornherein verbietet, ist es dem betroffenen Unternehmen nicht zumutbar, nachweisen zu müssen, dass seine höheren Preise durch besondere Umstände gerechtfertigt sind. Umgekehrt folgt aus § 103 Abs. 5 GWB 1990, dass nicht all das, was die besonderen Umstände ausmacht, bereits die Gleichartigkeit entfallen lässt. Die mit der Beweislastverteilung bezweckte Verschärfung der Missbrauchsaufsicht im Bereich der lei-

tungsgebundenen Versorgungswirtschaft würde verfehlt, wenn an das Merkmal der Gleichartigkeit zu hohe Anforderungen gestellt würden.

30 Danach sind zwei Unternehmen jedenfalls dann gleichartig, wenn zwischen ihnen hinsichtlich der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen keine wesentlichen Unterschiede bestehen, die aus der Sicht der Abnehmer gemäß der Zielsetzung einer möglichst sicheren und preiswürdigen Versorgung mit Trinkwasser von vornherein eine deutlich unterschiedliche Beurteilung der Preisgestaltung rechtfertigen (vgl. BGHZ 129, 37, 46 f. - Weiterverteiler). Dabei kommt es - entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde - nicht auf eine umfassende Feststellung aller maßgeblichen Strukturdaten an. Anders als bei der Strom- und Gasversorgung hat aber im Bereich der Wasserversorgung auch die Vertriebssituation eine erhebliche Bedeutung, weil die Vertriebskosten hier einen höheren Anteil an den Gesamtkosten ausmachen.

31 bb) Nach diesen Maßstäben sind die von der Landeskartellbehörde ausgewählten achtzehn Vergleichsunternehmen gleichartig i.S. des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990.

32 Die Landeskartellbehörde hat jeweils die Versorgungsdichte (Metermengenwert), die Abnehmerdichte (Netzlänge pro Hausanschluss), die Anzahl der versorgten Einwohner, die nutzbare Wasserabgabe, die Abgabestruktur (Haushalts- und Kleingewerbekunden) und die Gesamterträge der Wassersparte ermittelt und gegenübergestellt. Damit hat sie wesentliche Kennwerte der Kostenstruktur zur Grundlage ihrer Auswahl gemacht. Das gilt insbesondere für die Versorgungs- und Abnehmerdichte, aus denen sich Rückschlüsse auf die Vertriebskosten ziehen lassen. Der Metermengenwert, der angibt, wie viele Kubikmeter Wasser pro Meter Leitungsnetz geliefert werden, weist alle Versorgungsgebiete als ländlich bis kleinstädtisch aus. Er bewegt sich bei den Vergleichsunternehmen zwischen 2,9 und 6,9 (Betroffene: 5,1). Von den achtzehn Vergleichsunternehmen haben nur fünf einen höheren Metermengenwert. Die übrigen haben somit potentiell ungünstigere

Vertriebsbedingungen. Für die Abnehmerdichte gilt das Gleiche. Hier liegt sogar nur ein Unternehmen über dem Wert der Betroffenen. Alle übrigen weisen potentiell ungünstigere Bedingungen auf.

33 Die Rechtsbeschwerde meint, die Landeskartellbehörde habe ihre Vergleichsbetrachtung nicht auf diese Daten beschränken dürfen. Sie habe auch die Wasserbeschaffungs- und -aufbereitungskosten in ihren Vergleich einbeziehen müssen, ebenso die mit der Topografie der Versorgungsgebiete verbundenen (Vertriebs-)Mehrkosten. Es sei zur Überwindung der Höhenunterschiede des Versorgungsgebiets der Betroffenen erforderlich, 30 Druckzonen, 19 Wasserhochbehälter und zahlreiche Pumpwerke zu unterhalten. Damit seien Kosten verbunden, die bei günstigeren Geländebedingungen, wie möglicherweise bei den Vergleichsunternehmen gegeben, nicht entstünden.

34 Damit zeigt die Rechtsbeschwerde keine Gesichtspunkte auf, die der Annahme einer Gleichartigkeit entgegenstehen.

35 Die Beschaffungskosten machen bei Wasser einen geringeren Teil der Gesamtkosten aus als bei Strom und Gas. Zudem hängen sie - auch - von individuellen Entscheidungen des Unternehmens ab. Dennoch können wesentliche Unterschiede bei den Beschaffungs- und Aufbereitungskosten - zumal angesichts des Grundsatzes einer ortsnahen Deckung des Wasserbedarfs der öffentlichen Wasserversorgung (§ 1a Abs. 3 WHG) - bei der Beurteilung der Gleichartigkeit zu berücksichtigen sein. Wenn solche Unterschiede bestehen, spricht das aber nicht zwingend gegen die Gleichartigkeit der herangezogenen Unternehmen. Vielmehr hat die Kartellbehörde die Möglichkeit, die Unterschiede durch Zu- und Abschläge auf die Vergleichspreise auszugleichen und so die Gleichartigkeit der Unternehmen herzustellen.

36 Danach kann hier offen bleiben, ob die Wasserbeschaffungskosten der herangezogenen Vergleichsunternehmen von denen der Betroffenen in erheblichem Maße abweichen. Denn die Landeskartellbehörde hat die Beschaffungskosten der

Vergleichsunternehmen ermittelt und die dabei festgestellten Unterschiede zu den entsprechenden Kosten der Betroffenen durch Zu- und Abschläge auf die Preise der Vergleichsunternehmen ausgeglichen. Dass dies nicht zutreffend geschehen wäre, zeigt die Rechtsbeschwerde nicht auf.

37

Auch die mit den topografischen und geologischen Verhältnissen eines Versorgungsgebiets verbundenen Kosten müssen nicht notwendigerweise auf der Ebene der Gleichartigkeit erfasst werden. Im Gegensatz etwa zur Versorgungs- und Abnehmerdichte, die sich vergleichsweise einfach aus statistischem Material errechnen und zahlenmäßig gegenüberstellen lassen, entziehen sich topografische und geologische Umstände schon angesichts ihrer Vielgestaltigkeit und der Schwierigkeit, sie in vergleichsfähigen Werten auszudrücken, der Berücksichtigung unter dem Gesichtspunkt der Gleichartigkeit. Die Ermittlung der topografischen und geologischen Einflüsse auf die Preise macht umfangreiche Untersuchungen und Kostenkalkulationen erforderlich. Dies hat aber nach dem Sinn des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 nicht die Kartellbehörde im Rahmen der Prüfung der Gleichartigkeit zu leisten. Es obliegt vielmehr dem betroffenen Unternehmen im Rahmen seiner Darlegung, dass ein höherer Preis aufgrund besonderer Umstände gerechtfertigt sei. Das gilt umso mehr, als der isolierte Blick auf topografisch und geologisch bedingte Mehrkosten nur wenig Aussagekraft hat. Denn Höhenunterschiede im Versorgungsgebiet etwa führen zwar zu Mehrkosten infolge der Notwendigkeit, den Wasserdruck auf Steigungsstrecken aufrechtzuerhalten. Zugleich können damit aber auch Minderkosten verbunden sein, weil das Wasser von den Hochbehältern aus mit natürlichem Druck in die niedriger gelegenen Gebietsteile gelangt. Auch dies steht der Berücksichtigung dieser Umstände auf der Ebene der Gleichartigkeit entgegen.

38

c) Das Beschwerdegericht hat ohne Rechtsfehler festgestellt, dass die Betroffene in den beiden zugrunde gelegten Typfällen "Einfamilien-Haus" (Jahresabnahme 150 m³) und "Mehrfamilien-Haus" (Jahresabnahme 400 m³) ungünstigere Preise fordert als die Vergleichsunternehmen.

- 39 Ob ein Versorgungsunternehmen ungünstigere Preise i.S. des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 als die herangezogenen Vergleichsunternehmen verlangt, ist anhand der von allen Kunden geforderten Verbrauchspreise, umgerechnet auf vergleichbare Typgruppen, zu beurteilen. Die sonstigen Geschäftsbedingungen müssen dabei nicht berücksichtigt werden (BGHZ 129, 37, 48 - Weiterverteiler).
- 40 Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde haben die Landeskartellbehörde und ihr folgend das Beschwerdegericht die Höhe der Baukostenzuschüsse bei dem Preisvergleich zu Recht nicht berücksichtigt. Zwar ist die Betroffene im Rahmen ihres Tarifgestaltungsspielraums (vgl. BGHZ 135, 323, 331 f. - Gaspreis) berechtigt, in den Grenzen des § 9 AVBWasserV Baukostenzuschüsse zur teilweisen Abdeckung der Kosten für die Erstellung oder Verstärkung der Verteilungsanlagen zu verlangen. Wenn sie das in geringerem Umfang als die Vergleichsunternehmen tut, darf sie die verbleibenden Kosten in ihre allgemeinen Wasserpreise einkalkulieren, die sich dadurch entsprechend erhöhen (vgl. BGHZ 74, 327, 336 f. - Wohnanlage). Das besagt aber nichts darüber, ob die Kartellbehörde die Baukostenzuschüsse bei dem Preisvergleich nach § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 von sich aus zu berücksichtigen hat oder ob darin lediglich ein Umstand zu sehen ist, der von dem betroffenen Versorgungsunternehmen als ihm nicht zurechenbar dargelegt werden kann - und dann auch in seiner kalkulatorischen Auswirkung erläutert werden muss. Nach dem Sinn der Beweislastverteilung in § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990, der Kartellbehörde ein Einschreiten zu erleichtern, gehören Baukostenzuschüsse zu den von dem Unternehmen darzulegenden Umständen (Klaue in Immenga/Mestmäcker, GWB, 2. Aufl., § 103 Rdn. 62; Jestaedt in Langen/Bunte, Kartellrecht, 8. Aufl., GWB § 103 Rdn. 36). Müssten die Wasserpreise unter Berücksichtigung der jeweils erhobenen Baukostenzuschüsse - und damit konsequenterweise auch der Hausanschlusskosten nach § 10 Abs. 4 AVBWasserV - bewertet werden, wäre der Preisvergleich erheblich erschwert. Dass bei dieser Betrachtungsweise die Unternehmen in ihrer Preisgestaltung einer Beschränkung unterliegen können, wie sie für Unternehmen

mit wirksamem Wettbewerb nicht ohne weiteres besteht, ist im Interesse einer effektiven Missbrauchsaufsicht hinzunehmen (BGHZ 135, 323, 330 - Gaspreis).

41 d) Ebenfalls ohne Rechtsfehler hat das Beschwerdegericht angenommen, die Betroffene habe nicht nachgewiesen, dass die Preisunterschiede zu den Vergleichsunternehmen auf abweichenden Umständen beruhen, die ihr nicht zurechenbar sind i.S. des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990.

42 aa) Unter nicht zurechenbaren Umständen sind grundsätzlich solche Kostenfaktoren zu verstehen, die auch jedes andere Unternehmen in der Situation des betroffenen vorfinden würde und nicht beeinflussen könnte, etwa ungünstige strukturelle Gegebenheiten des Versorgungsgebiets. Diese Faktoren müsste jedes Unternehmen seiner Kalkulation zugrunde legen. Die dadurch verursachten Preisunterschiede sind deshalb hinzunehmen. Dagegen haben individuelle, allein auf eine unternehmerische EntschlieÙung oder auf die Struktur des betroffenen Versorgungsunternehmens zurückgehende Umstände auÙer Betracht zu bleiben. Ein Bestandsschutz für monopolbedingte Ineffizienzen oder Preisüberhöhungstendenzen ist nicht anzuerkennen (BGHZ 59, 42, 47 f. - Strom-Tarif; BGHZ 129, 37, 49 f. - Weiterverteiler; s. auch BGHZ 163, 282, 292 f. - Stadtwerke Mainz; BGH, Beschl. v. 21.10.1986 - KVR 7/85, WuW/E 2309, 2311 f. - Glockenheide).

43 Das betroffene Unternehmen muss mit seinem Vorbringen zu den abweichenden Umständen eine umfassende Bewertung seiner Preise und derjenigen der Vergleichsunternehmen ermöglichen. Wenn sich dabei ergibt, dass eine bestimmte Kostenposition im Verhältnis zu einzelnen Vergleichsunternehmen höher, im Verhältnis zu anderen aber niedriger ist, kann das durch Zu- und Abschläge bei den Vergleichspreisen berücksichtigt werden. Die bereinigten Vergleichspreise dürfen insgesamt aber nicht niedriger sein als die tatsächlich verlangten Preise.

44 Danach hat die Landeskartellbehörde und ihr folgend das Beschwerdegericht Preiskorrekturen nur hinsichtlich der Unterschiede bei den Wasserbeschaffungs-

kosten, den Versorgungsdichtekennwerten und den Konzessionsabgaben vorgenommen. Das ist aus Rechtsgründen im Ergebnis nicht zu beanstanden.

45 (1.) Gegen die Preiskorrekturen hinsichtlich der Wasserbeschaffungskosten erhebt die Rechtsbeschwerde keine Einwände. Insoweit sind Rechtsfehler auch nicht ersichtlich.

46 (2.) Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde ist nicht zu beanstanden, dass die Landeskartellbehörde bei der Ermittlung der Vergleichspreise die unterschiedliche Versorgungsdichte - gemessen anhand des Metermengenwerts - durch Zu- und Abschläge berücksichtigt hat. Das Beschwerdegericht hat zutreffend ausgeführt, dass die Versorgungsdichte wesentlichen Einfluss auf die Kostenstruktur hat. Bei einer höheren Abgabemenge pro Meter des Leitungsnetzes ist die Versorgung in der Tendenz kostengünstiger als bei einer niedrigeren Menge. Aus diesem Grund hat es der Senat im Bereich der Stromversorgung gebilligt, den Erlös für die Zwecke der Preismissbrauchskontrolle ins Verhältnis zur Länge des Leitungsnetzes zu setzen (BGHZ 163, 282, 291 - Stadtwerke Mainz). Gegen die Übertragbarkeit dieser Erwägung auf die ebenfalls leitungsgebundene Wasserversorgung bringt die Rechtsbeschwerde nichts Durchgreifendes vor. Ihr Einwand beschränkt sich im Wesentlichen auf die Feststellung, dass die Verteilungs- und Speicherkosten der zum Vergleich herangezogenen Unternehmen auch bei ähnlichem Metermengenwert erheblich voneinander abwichen. Das stellt aber den grundsätzlichen Zusammenhang zwischen Metermengenwert und Kostenstruktur nicht in Frage. Denn diese Abweichung kann auf anderweitige strukturelle Unterschiede zurückzuführen sein.

47 (3.) Ob die an die Stadt zu entrichtende Konzessionsabgabe als ein unbeeinflussbarer und deswegen für das Vorliegen besonderer Umstände grundsätzlich relevanter Kostenfaktor zu gelten hat und welche Bedeutung es in diesem Zusammenhang hat, dass die Stadt an der Betroffenen mehrheitlich beteiligt ist, bedarf keiner Entscheidung. Das Beschwerdegericht hat zu Recht darauf abgestellt,

dass die Unterschiede in der Höhe der Konzessionsabgaben von der Kartellbehörde durch prozentuale Zu- oder Abschläge auf die Vergleichspreise in ausreichendem Maße berücksichtigt worden sind. Die Konzessionsabgaben werden nach der Feststellung des Beschwerdegerichts in Höhe eines prozentualen Anteils an den Entgelten erhoben. Auch ein anderes Unternehmen müsste die Abgabe daher nur in Höhe eines prozentualen Preisaufschlags zahlen, nicht als preisunabhängigen Kostenbestandteil. Eine Vergleichsrechnung auf Basis der absolut zu leistenden Konzessionsabgaben, wie sie die Rechtsbeschwerde anstrebt, kommt daher nicht in Betracht.

48 (4.) Die Annahme des Beschwerdegerichts, Unterschiede bei den Baukostenzuschüssen seien im Rahmen des Vergleichs der Tarifpreise nicht zu berücksichtigen, erweist sich lediglich im Ergebnis als richtig.

49 Grundsätzlich sind Unterschiede in den Tarifpreisen, die auf unterschiedlich hohen Baukostenzuschüssen beruhen, wegen der Tarifgestaltungsfreiheit des Wasserversorgungsunternehmens hinzunehmen und geeignet, einen höheren Preis zu rechtfertigen (siehe oben Tz. 40). Auch bei bestehendem Wettbewerb wäre es nicht von vornherein missbräuchlich, zu Lasten der von allen Kunden zu zahlenden Tarifentgelte mit geringen Baukostenzuschüssen um Neukunden zu werben.

50 Beruft sich das Unternehmen aber - zur Rechtfertigung höherer Preise - auf geringere Baukostenzuschüsse, kann es sich nicht darauf beschränken, diese nachzuweisen. Vielmehr hat es auch darzulegen, in welchem Umfang seine Preise dadurch beeinflusst werden. Dazu muss es eine Kalkulation vorlegen, aus der sich ergibt, wie sich die Preise verändern, wenn gleich hohe Baukostenzuschüsse wie von den Vergleichsunternehmen berechnet werden. Dass die Betroffene eine derartige Kalkulation vorgelegt hätte, hat das Beschwerdegericht nicht festgestellt und macht auch die Rechtsbeschwerde nicht geltend.

- 51 (5.) Im Ergebnis zu Recht hat das Beschwerdegericht die von der Betroffenen geltend gemachten Unterschiede bei den Eigen- und Fremdkapitalkosten im Rahmen seiner Gesamtbetrachtung unberücksichtigt gelassen.
- 52 Wie sich ein Unternehmen finanziert, ist grundsätzlich ein unternehmensindividueller Umstand und kann daher nicht zur Rechtfertigung höherer Preise nach § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 herangezogen werden (BGHZ 59, 42, 47 f. - Strom-Tarif). Das kann allerdings dann anders sein, wenn die Kapitalkosten des Vergleichsunternehmens aufgrund außergewöhnlicher Umstände - etwa weil seine Eigentümer auf eine Rendite verzichten - ungewöhnlich niedrig sind (vgl. BGH, WuW/E 2309, 2311 - Glockenheide).
- 53 Das Beschwerdegericht hat nicht festgestellt, dass die Vergleichsunternehmen insgesamt oder jedenfalls überwiegend derart ungewöhnliche Finanzierungskosten hätten. Es hat diese Frage lediglich hinsichtlich der Verbandsgemeindewerke Montabaur angesprochen und insoweit offengelassen. Die Rechtsbeschwerde bringt dagegen vor, dieses Unternehmen sei als Eigenbetrieb organisiert und müsse deshalb sein Eigenkapital - anders als die Betroffene - nicht verzinsen.
- 54 Damit kann die Rechtsbeschwerde nicht durchdringen. Selbst wenn nämlich der Vortrag der Betroffenen zu den Verbandsgemeindewerken Montabaur als richtig unterstellt wird, kann das nur dazu führen, dass bei diesem Unternehmen ein entsprechender Zuschlag auf die von ihm verlangten Preise gemacht werden muss. An der Gesamtwertung ändert sich dadurch nichts, da andere Unternehmen der Vergleichsgruppe niedrigere Preise als die Verbandsgemeindewerke Montabaur verlangen (siehe unten Tz. 68).
- 55 (6.) Höhere Preise vermag die Betroffene auch nicht mit einer erhöhten Erneuerungs- und Instandhaltungsbedürftigkeit ihres Netzes und der Hausanschlüsse in ihrem Versorgungsgebiet sowie damit zusammenhängenden höheren Wasserverlusten zu rechtfertigen.

- 56 Die Rechtsbeschwerde meint, diese Umstände beruhen im Wesentlichen auf dem siedlungsgeschichtlich bedingten höheren Netzalter und dem komplizierten Netzaufbau; die dadurch verursachten Kosten habe jeder in Wetzlar tätige Wasserversorger zu tragen; sie wirkten sich auch bei wirksamem Wettbewerb preiserhöhend aus.
- 57 Dem ist nicht zu folgen. Bei der Frage, ob ein erhöhter Investitionsbedarf nach § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 einen höheren Preis rechtfertigen kann, ist nicht allein auf den derzeitigen Zustand des Netzes abzustellen. Vielmehr ist nach der Zielsetzung der Norm, ein Korrektiv für das Fehlen von Wettbewerb zu sein (BGHZ 129, 37, 49 - Weiterverteiler), auch zu berücksichtigen, ob das betroffene Versorgungsunternehmen unter dem Schutz seiner Monopolstellung in der Vergangenheit erforderliche Investitionen unterlassen oder ineffektiv durchgeführt hat. Nur so ist gewährleistet, dass die Abnehmer nicht mit Kosten belastet werden, die allein auf Fehlentscheidungen des Monopolunternehmens beruhen und nicht durch die Struktur des Versorgungsgebiets vorgegeben sind. Derartige Kosten sind dem betroffenen Unternehmen "zurechenbar" i.S. des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990. Sie sind - anders als die Rechtsbeschwerde meint - nicht mit einem Pachtzins zu vergleichen, der bei der Beschaffung der erforderlichen Produktionsanlagen zwangsläufig zu zahlen ist (s. BGH, WuW/E 2309, 2311 - Glockenheide). Der Einwand der Rechtsbeschwerde, bei zusätzlichen Investitionen wären auch die Wasserpreise in der Vergangenheit höher gewesen, ist in der bestehenden Monopolsituation nicht belegt.
- 58 Die Rechtsbeschwerde zeigt nicht auf, dass die Betroffene den Nachweis erbracht hätte, in der Vergangenheit die erforderlichen Investitionsvorhaben durchgeführt zu haben. Die Betroffene bzw. ihre Rechtsvorgängerin betreiben die Wasserversorgung in Wetzlar seit dem Jahr 1893. Seinen derzeitigen Zuschnitt hat das Versorgungsgebiet durch die Gebietsreformen der 1970er Jahre erhalten. Der grundlegende Aufbau der Wasserversorgung und der Zustand der Anlagen geht daher nicht allein auf die unabänderliche Struktur des Gebiets, sondern zumindest

teilweise auf von der Betroffenen zu vertretende unternehmerische Entscheidungen zurück.

59 (7.) Zutreffend ist das Beschwerdegericht davon ausgegangen, dass eine für die Wasserverteilung ungünstigere Topografie des Versorgungsgebiets der Betroffenen im Verhältnis zu den Versorgungsgebieten der Vergleichsunternehmen grundsätzlich geeignet ist, einen ungünstigeren Preis zu rechtfertigen. Denn dabei handelt es sich um einen strukturellen Umstand, den jeder Anbieter im Versorgungsgebiet der Betroffenen vorfinden würde und nicht beeinflussen könnte. Zu Recht hat das Beschwerdegericht diesem Umstand aber im Ergebnis keine Bedeutung beigemessen. Denn die Betroffene hat nicht nachgewiesen, welche Mehrkosten ihr dadurch entstehen und dass diese Mehrkosten nicht durch eine rationellere Betriebsführung vermieden werden können.

60 Die Rechtsbeschwerde meint, das Beschwerdegericht habe die Anforderungen an die Darlegung dieser strukturell bedingten Mehrkosten überspannt. Die von der Landeskartellbehörde und dem Beschwerdegericht geforderte Kostenstellenrechnung, die erkennen lasse, wie sich die unveränderlichen Umstände der Oberflächenstruktur im Einzelnen auswirkten, könne schon für das eigene Versorgungsgebiet der Betroffenen nicht erstellt werden, erst Recht nicht für die Versorgungsgebiete der Vergleichsunternehmen. Auch obliege der Betroffenen nicht der Nachweis, dass die derzeitige Netzstruktur optimal sei; im Rahmen des Preisvergleichs komme es nur darauf an, wie ein anderes Unternehmen die konkret bestehende Wasserversorgung weiterbetreiben würde.

61 Auch mit diesen Angriffen dringt die Rechtsbeschwerde nicht durch.

62 An den Nachweis der Umstände, die einen ungünstigeren Preis rechtfertigen können, dürfen nicht zu geringe Anforderungen gestellt werden. Nur so lässt sich der Gefahr begegnen, dass monopolistische Kostenüberhöhungstendenzen in die Beurteilung einfließen (BGHZ 142, 239, 249 - Flugpreisspaltung). Bereits in der Begründung des Regierungsentwurfs zur 4. GWB-Novelle 1978 wird darauf abge-

hoben, dass die Berücksichtigung der strukturellen Verhältnisse des Versorgungsgebiets nicht zu einer ungerechtfertigten Konservierung ungünstiger Gebiets- und Unternehmensstrukturen führen dürfe (BT-Drucks. 8/2136 S. 33 f.). Das gilt auch für Mehrkosten, die dem Unternehmen als Folge topografisch oder geologisch schwieriger Bedingungen seines Versorgungsgebiets erwachsen. Auch insoweit hat es konkret nachzuweisen, in welcher Höhe solche Mehrkosten anfallen, wie diese Mehrkosten in die verlangten Preise einfließen und dass insoweit keine Rationalisierungsreserven bestehen.

63 Diesen Anforderungen wird das Vorbringen der Betroffenen nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts nicht gerecht. Die bloße Behauptung, sämtliche Wasserverteilungs- und Speicherkosten seien unausweichlich durch den Betrieb ihres komplexen Versorgungsnetzes veranlasst und beruhen auf den besonderen Merkmalen ihres Versorgungsgebiets, genügt nicht. Den Nachweis, welche Einrichtungen sie wegen der Geländestruktur in ihrem Versorgungsgebiet zusätzlich vorhalten muss und welche Kosten dadurch verursacht werden, hat die Betroffene nicht geführt. Unterlagen, die eine Überprüfung ermöglicht hätten, hat sie nicht vorgelegt, ebenso wenig Pläne, aus denen sich hätte entnehmen lassen, dass die Einrichtungen der Betroffenen einer rationellen Betriebsführung entsprechen.

64 Damit kann offenbleiben, ob und inwieweit das betroffene Unternehmen auch die entsprechenden durch topografische Besonderheiten der Vergleichsunternehmen verursachten Kosten im Rahmen des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 darlegen muss. Der Einwand der Rechtsbeschwerde, dass der Betroffenen ein substanziiertes Vorbringen dazu mangels Kenntnis der Bedingungen bei den Vergleichsunternehmen unmöglich und jedenfalls unzumutbar sei, geht im Übrigen schon grundsätzlich ins Leere. Wie der Vertreter der Landeskartellbehörde in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nämlich ausgeführt hat, hätte diese sich, wenn die Betroffene die Kosten der einzelnen Hochbehälter und sonstigen auf die Topografie ihres Versorgungsgebiets zurückzuführenden Einrichtungen hinrei-

chend genau aufgeschlüsselt hätte, darauf beschränkt, diese Einrichtungen zahlenmäßig mit denen der anderen Unternehmen zu vergleichen und daraus Zu- und Abschläge auf die Preise zu errechnen.

65 bb) Die Rechtsbeschwerde macht weiter geltend, einige der ihr entgegengesetzten Vergleichsunternehmen würden keine kostendeckenden Wasserpreise erheben. Das zeige sich an einem Vergleich der von diesen Unternehmen angegebenen Kosten mit ihren Preisen. Es handele sich dabei um die Verbandsgemeindewerke Montabaur sowie die Versorgungsunternehmen in Euskirchen, Ribnitz-Damgarten, Weilburg und - seit 2006 - Holzkirchen. Beziehe man die Konzessionsabgabe ein, ergebe sich auch bei den Unternehmen aus Syke und Gangelt eine Unterdeckung. Das müsse bei dem Preisvergleich berücksichtigt werden.

66 Auch damit hat die Rechtsbeschwerde im Ergebnis keinen Erfolg.

67 Im Rahmen der Rechtfertigung von Preisunterschieden sind allerdings nicht nur strukturelle Besonderheiten des überprüften Unternehmens, sondern - spiegelbildlich dazu - auch strukturelle Besonderheiten der Vergleichsunternehmen in die Betrachtung einzubeziehen. Darüber hinaus muss berücksichtigt werden, ob die Preise der Vergleichsunternehmen aufgrund individueller Umstände niedrig gehalten werden (siehe oben Tz. 52). Ebenso wenig, wie das betroffene Unternehmen verpflichtet werden kann, Preise zu verlangen, die auch bei wirtschaftlicher Betriebsführung seine Selbstkosten nicht decken (BGHZ 142, 239, 246 f. - Flugpreisspaltung), können Preise von Vergleichsunternehmen zugrundegelegt werden, die unter deren Selbstkosten liegen.

68 Das führt hier aber nicht zu einem abweichenden Ergebnis. Selbst wenn nämlich zugunsten der Betroffenen unterstellt wird, dass die Verbandsgemeindewerke Montabaur und die weiteren sechs Vergleichsunternehmen keine kostendeckenden Preise erheben und damit deren Vergleichspreise korrekturbedürftig sind oder sie als Vergleichsunternehmen ganz ausscheiden, hat dies auf die Rechtmäßigkeit der Verfügung keinen Einfluss. Die Landeskartellbehörde hat die Preissen-

kungsverfügung auf die Vergleichspreise von neun der insgesamt achtzehn Wasserversorgern gestützt, für den Umfang der Preissenkung jedoch nur das teuerste dieser Unternehmen, die Verbandsgemeindewerke Montabaur, zugrunde gelegt. Sie hat dies mit verfahrensökonomischen Gesichtspunkten begründet, nämlich um dem möglichen Wegfall eines oder mehrerer Vergleichsunternehmen vorzubeugen. Diese Ermessenserwägung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Kartellbehörde hätte sogar nur ein einziges Unternehmen als Vergleichsunternehmen heranziehen können, wobei dann die wegen der schmalen Vergleichsbasis bestehenden Unsicherheiten angemessen hätten berücksichtigt werden müssen (BGHZ 129, 37, 48 - Weiterverteiler; BGH, WuW/E 2309, 2311 - Glockenheide).

69 Danach kann die der Betroffenen aufgegebene Preissenkung auch auf einen Vergleich mit den Wasserversorgern aus Stadtlohn, Nordhorn und Heinsberg gestützt werden. Deren Vergleichspreise liegen mit 1,14 €/m³, 1,47 €/m³ bzw. 1,60 €/m³ im Typfall 1 und 0,96 €/m³, 1,31 €/m³ bzw. 1,45 €/m³ im Typfall 2 - zum Teil deutlich - unter denen der Verbandsgemeindewerke Montabaur (1,66 €/m³ und 1,48 €/m³). Die Betroffene wird deshalb nicht beschwert, wenn statt auf Montabaur auf die drei noch preisgünstigeren Unternehmen abgestellt, dabei aber weiter der - höhere - Preis von Montabaur dem Preisvergleich zugrundegelegt wird.

70 Freilich ist es, wenn die in den Vergleich einbezogenen gleichartigen Unternehmen mit niedrigen Preisen teilweise nicht kostendeckend arbeiten sollten, nicht von vornherein ausgeschlossen, dass auch das betroffene Unternehmen bei einer Herabsetzung seiner Preise in diese Gefahr geriete. Dazu darf es nicht verpflichtet werden (BGHZ 142, 239, 246 f. - Flugpreisspaltung). Indes ist das betroffene Unternehmen vor einer solchen Gefahr ausreichend dadurch geschützt, dass ihm der Einwand, die von der Kartellbehörde mit der Verfügung festgesetzten niedrigeren Preise seien nicht kostendeckend, nicht abgeschnitten ist.

71 cc) Eben diesen Einwand bringt die Rechtsbeschwerde vor. Auch damit kann sie dem Rechtsmittel indes nicht zum Erfolg verhelfen.

72 Der Einwand mangelnder Kostendeckung kann der Herabsetzung der Preise durch die Verfügung nach § 103 Abs. 5 und 6 GWB 1990 nur dann erfolgreich entgegen gehalten werden, wenn das Unternehmen sämtliche Rationalisierungsreserven ausgeschöpft hat (BGHZ 142, 239, 248 - Flugpreisspaltung). Denn es ist ein Ziel dieser Vorschrift, unter dem Schutz des rechtlichen oder natürlichen Monopols entstandenen Kostenüberhöhungstendenzen entgegenzuwirken. Die Rechtsbeschwerde zeigt nicht auf, dass die Betroffene den ihr danach obliegenden Nachweis geführt hätte.

73 II. Zur Rechtsbeschwerde der Landeskartellbehörde:

74 Die Rechtsbeschwerde der Landeskartellbehörde ist unbegründet. Das Beschwerdegericht hat im Ergebnis zu Recht angenommen, dass für die rückwirkende Feststellung eines missbräuchlichen Verhaltens i.S. des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 eine Rechtsgrundlage fehlt.

75 1. Die Verfügung kann nicht auf § 32 Abs. 3 GWB i.V. mit § 103 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 gestützt werden. Denn § 32 GWB setzt einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot voraus (Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., GWB § 32 Rdn. 4, 8; Bornkamm in Langen/Bunte, Kartellrecht, 10. Aufl., GWB § 32 Rdn. 10). Daran fehlt es hier. Die Regelung in § 103 Abs. 5 GWB 1990 enthält kein gesetzliches Verbot (vgl. BGH, Urt. v. 22.10.1973 - KZR 3/73, WuW/E 1299, 1300 - Strombezugspreis, zu § 22 GWB 1990). Sie ermächtigt die Kartellbehörde lediglich, eine Abstellungsverfügung nach § 103 Abs. 6 Nr. 1, 2 oder § 22 Abs. 5, § 103 Abs. 7 GWB 1990 mit Wirkung für die Zukunft zu erlassen (Schultz in Langen/Bunte, Kartellrecht, 8. Aufl., GWB § 22 Rdn. 123) und Verträge oder Beschlüsse nach § 103 Abs. 6 Nr. 3 oder § 22 Abs. 5, § 103 Abs. 7 GWB 1990 - ebenfalls mit Wirkung für die Zukunft - für un-

wirksam zu erklären (OLG Stuttgart, WuW/E OLG 1177, 1178; Möschel in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., GWB § 22 Rdn. 195).

76 Entgegen der Auffassung des Bundeskartellamts hat daran die Einführung eines Verbotstatbestandes in § 19 GWB durch die 6. GWB-Novelle 1998 nichts geändert. Nach § 131 Abs. 6 GWB gilt § 103 GWB 1990 für den Bereich der Wasserversorgung fort. Davon werden nicht nur der Freistellungstatbestand in Abs. 1 und der Missbrauchstatbestand einschließlich der damit verbundenen Beweislastregel in Abs. 5 erfasst, sondern auch das Sanktionensystem des Abs. 6 und - über die Verweisung in Abs. 7 - des § 22 Abs. 5 GWB 1990. Der Gesetzgeber wollte den die Wasserversorgung betreffenden Rechtszustand insgesamt unangetastet lassen (vgl. BT-Drucks. 13/9720 S. 70). Im Anwendungsbereich dieser Vorschriften bleibt es daher bei den lediglich zukunftsgerichteten Eingriffsbefugnissen der Kartellbehörde. Daneben ist zwar auch § 19 GWB auf Wasserversorgungsunternehmen anwendbar (siehe oben Tz. 26). Diese Vorschrift führt aber nicht dazu, dass die Missbrauchstatbestände in § 103 Abs. 5 und § 22 Abs. 4 GWB 1990 zu gesetzlichen Verboten geworden wären, die entsprechenden Missbrauchsverfügungen also nur noch deklaratorische Bedeutung hätten. Schon der Unterschied in der Beweislast steht einer Übertragung der Rechtsfolgen aus § 19 GWB auf § 103 Abs. 5 GWB 1990 entgegen. Aus der vom Bundeskartellamt herangezogenen Entscheidung des Senats vom 6. Oktober 1992 (BGHZ 119, 335) ergibt sich nichts Gegenteiliges.

77 2. Auch eine analoge Anwendung des § 32 Abs. 3 GWB kommt nicht in Betracht. Es fehlt an einer für einen Analogieschluss erforderlichen planwidrigen Gesetzeslücke. Der Gesetzgeber hat vielmehr - wie dargelegt - die Regelung des § 103 Abs. 5 GWB 1990 einschließlich des Sanktionensystems bewusst fortgelten lassen.

78 3. Eine Anwendung des § 32 Abs. 3 GWB kommt schließlich auch nicht deshalb in Betracht, weil die Voraussetzungen des § 19 GWB erfüllt wären. Die

Landeskartellbehörde hat ihre Verfügung nicht auf § 19 GWB gestützt, insbesondere nicht den ihr danach obliegenden Beweis eines Preismissbrauchs geführt.

79 D. Hinsichtlich der Kostenverteilung ändert der Senat die Entscheidung des Beschwerdegerichts ab und hebt die Kosten des Beschwerdeverfahrens gegeneinander auf.

80 Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung, die Kosten des Beschwerdeverfahrens allein der Betroffenen aufzuerlegen, damit begründet, dass durch die Feststellung gemäß Ziffer 4 des Verfügungstenors keine besonderen Kosten entstanden seien, weil die Feststellung schon in der Abstellungsverfügung enthalten sei. Dabei hat das Beschwerdegericht nicht beachtet, dass die Feststellungsverfügung sich - im Gegensatz zu der Abstellungsverfügung - auf die Vergangenheit bezieht und daher nicht als ein Minus zu der Abstellungsverfügung angesehen werden kann. Die wirtschaftliche Bedeutung der Feststellungsverfügung liegt für die Betroffene darin, dass ihre Abnehmer nach § 33 GWB möglicherweise Schadensersatz auch für die Vergangenheit verlangen könnten. Dem ist durch eine Kostenaufhebung Rechnung zu tragen.

81 Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens beruht auf § 78 GWB. Der Senat hat davon abgesehen, den Beteiligten die Auslagen des Bundeskartellamts aufzuerlegen.

Tolksdorf

Raum

Strohn

Kirchhoff

Bacher

Vorinstanz:

OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 18.11.2008 - 11 W 23/07 (Kart) -

