

**OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN**

**BESCHLUSS**

In der Beschwerdesache

...

hat der 1. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main durch die Richter...  
aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. August 2008 für Recht erkannt:

Auf die sofortige Beschwerde der Beschwerdeführerin wird die Verfügung der  
Beschwerdegegnerin vom 9. Mai 2007 (III 2A - 78K 20/01 - 556-06) zu Ziffer 4  
des Verfügungstenors aufgehoben.

Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

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

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

## Gründe:

### A.

Die Beschwerdeführerin beliefert in der Stadt Wetzlar Kunden mit Trinkwasser.

Mit Verfügung vom 9. Mai 2007 hat die Beschwerdegegnerin als Landeskartellbehörde (nachfolgend: Landeskartellbehörde) der Beschwerdeführerin für die Zeit bis zum 31. Dezember 2008 untersagt, für die Lieferung von Trinkwasser im Typfall 1 (Jahresverbrauch 150 m<sup>3</sup>, Wasserzähler bis 5 m<sup>3</sup>/h) mehr als **1,66 €/m<sup>3</sup>** und im Typfall 2 (Jahresverbrauch 400 m<sup>3</sup>, Wasserzähler bis 5 m<sup>3</sup>/h) mehr als **1,48 €/m<sup>3</sup>** zu verlangen und einen Missbrauch der Beschwerdeführerin gemäß §§ 32 Abs. 3, 131 Abs. 6 GWB i.V.m. § 103 Abs. 5 S. 1 Nr. 1, S. 2 Nr. 2 GWB a. F. rückwirkend für die Zeit ab dem 1. Juli 2005 festgestellt.

Die auf § 103 Abs. 6 GWB a.F. gestützte Verfügung hat die Landeskartellbehörde wie folgt begründet:

Die Beschwerdeführerin verlangt von ihren Haushalts- und Kleingewerbekunden seit 01.01.2003 einen Arbeitspreis von 2,09 €/m<sup>3</sup> und einen jährlichen Grundpreis von 64,20 €. Abzüglich der Mehrwertsteuer von 7% beträgt der Nettoarbeitspreis 1,95 €/m<sup>3</sup> und der Nettogrundpreis 60,00 €. Daraus ergibt sich für den Typfall 1 ein Preis von **2,35 €/m<sup>3</sup>** ( $1,95 \text{ €/m}^3 \times 150 \text{ m}^3 = 292,50 \text{ €} + 60,00 \text{ €} = 352,50 \text{ €} / 150 \text{ m}^3 = 2,35 \text{ €/m}^3$ ) und für den Typfall 2 ein Preis von **2,10 €/m<sup>3</sup>** ( $1,95 \text{ €/m}^3 \times 400 \text{ m}^3 = 780,00 \text{ €} + 60,00 \text{ €} = 840,00 \text{ €} / 400 \text{ m}^3 = 2,10 \text{ €/m}^3$ ).

Den Preis von 2,35 €/m<sup>3</sup> bzw. 2,10 €/m<sup>3</sup> hat die Landeskartellbehörde mit den wettbewerbsanalogen Preisen von achtzehn Wasserversorgern verglichen, wobei sie Unterschiede bei der Höhe der Konzessionsabgaben, bei den Beschaffungskosten und nach dem Verhältnis der Versorgungsdichtekennwerte bei den Verteilungs- und Speicherkosten durch eine Zu- und Abschlagsrechnung berücksichtigt hat (Anlage 8 zur Verfügung v. 09.05.2007). Nach dieser Berechnung übersteigen die Preise der Beschwerdeführerin die Preise der Vergleichsunternehmen um 58,9 % bis 17 %.

Danach hat die Landeskartellbehörde ihre Preissenkungsverfügung auf den teuersten wettbewerbsanalogen Preis des im Mittelfeld platzierten Versorgungswerkes O1 ausgerichtet, was einem mittleren Wert von 29,4 % entspricht, und der Beschwerdeführerin im Typfall 1 höhere Preise als 1,66 €/m<sup>3</sup> (Abzug 29,4 % von 2,35 €/m<sup>3</sup>) und im Typfall 2 höhere Preis als 1,48 €/m<sup>3</sup> (Abzug 29,4 % von 2,10 €/m<sup>3</sup>) untersagt.

Die Landeskartellbehörde hält die für den Preisvergleich herangezogenen Versorgungsunternehmen für gleichartig i.S.v. § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB a.F., weil deren unternehmerische Tätigkeit ebenfalls die Belieferung von letztverbrauchenden Haushalts- und Kleingewerbekunden mit Trinkwasser des täglichen unverzichtbaren Bedarfs als Massengeschäft sei (Verfügung, Rn. 31). Zusätzlich hat die Landeskartellbehörde auf die Versorgungsdichte (Menge des gelieferten Wassers pro Meter des Leitungsnetzes), die Abnehmerdichte (Länge des Leitungsnetzes in

Metern pro Hausanschluss), die nutzbare Wasserabgabe, die Abgabestruktur, die Gesamterträge Wasser und die Zahl der versorgten Einwohner abgestellt, um die Gleichartigkeit zu begründen (Verfügung, Rn. 30, 53 bis 75, Anlage 3).

Die Konzessionsabgabenzahlungen der Beschwerdeführerin hat die Landeskartellbehörde nicht als ungünstigere Preise rechtfertigenden Umstand i.S.v. § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB a.F. anerkannt, aber durch einen Zu- oder Abschlag in anteiliger Höhe des Vergleichspreises berücksichtigt (Verfügung, Rn. 89).

Bei den Wasserbeschaffungskosten hat die Landeskartellbehörde zwar ein wirtschaftlich nicht optimiertes Verhältnis von Fremdbezug und Eigengewinnung angenommen, aber für ihre Zu- und Abschlagsrechnung auf die von der Beschwerdeführerin angegebenen Kosten abgestellt und hieraus die „spezifischen Beschaffungskosten“ errechnet (Verfügung, Rn. 111 – Anlage 8).

Mehrkosten für die Überwindung der Höhenunterschiede im Versorgungsgebiet bzw. für die Unterhaltung der entsprechenden Druckzonen, hat die Landeskartellbehörde zwar grundsätzlich als rechtfertigend i.S.v. § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB a. F. angesehen, jedoch gemeint, die Beschwerdeführerin habe es versäumt zu erläutern, wie ungünstige objektive Umstände Mehrkosten im Einzelnen verursachen und die Abgabepreise beeinflussen (Verfügung, Rn. 113) und die unabweisbaren Speicherkosten und die Aufwendungen für Pumpwerke nicht angegeben (Verfügung, Rn. 114). Ein Ausgleich von Mehrkosten bei der Wasserverteilung und -speicherung aufgrund struktureller Unterschiede zu den Vergleichsunternehmen durch Zu- und Abschläge sei nur dann möglich, wenn die Beschwerdeführerin die von der Landeskartellbehörde vorgegebenen Anforderungen an den Kostennachweis erfülle. Dies habe die Beschwerdeführerin versäumt (Verfügung, Rn. 129). Den Einwand der Beschwerdeführerin, sie könne ihre Kosten nicht in der verlangten Form aufschlüsseln, hat die Landeskartellbehörde zurückgewiesen (Verfügung, Rn. 120, 123). Ferner hat sie Zweifel an der rationellen Betriebsführung der Beschwerdeführerin geäußert.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfügung der Landeskartellbehörde Bezug genommen.

Gegen die ihr am 11.05.2007 zugestellte Verfügung der Landeskartellbehörde hat die Beschwerdeführerin am 16.05.2007 Beschwerde eingelegt und diese innerhalb der verlängerten Begründungsfrist mit am 10.08.2007 eingegangenem Schriftsatz begründet.

Sie ist der Ansicht, die Landeskartellbehörde habe zu Unrecht den Missbrauch einer durch Freistellung erlangten Ausschließlichkeitsstellung angenommen. § 103 Abs. 5 GWB a.F. verlange eine kausale Verknüpfung zwischen dem beanstandeten Verhalten und der freigestellten Ausschließlichkeit des Konzessionsvertrages zwischen der Beschwerdeführerin und der Stadt Wetzlar. Hieran fehle es, weil die Stadt auch dann, wenn sie rechtlich darin frei wäre, weitere Konzessionen für die Verlegung und den Betrieb von Wasserleitungen zu vergeben, von dieser Freiheit keinen Gebrauch machen würde, weil zusätzliche Konzessionen wirtschaftlich uninteressant wären. Darüber hinaus sei § 105 Abs.5 GWB a.F. nicht anwendbar, weil es sich bei dem Konzessionsvertrag um einen Vertrag zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft handele, auf den schon § 1 GWB nicht anwendbar sei. § 103 Abs.1 GWB a.F. habe aber nur Bedeutung, soweit das Kartellverbot des § 1 GWB überhaupt gelte. Wenn aber kein Fall des § 103 Abs.1 GWB a.F. vorliege, sei auch § 103 Abs. 5 GWB a.F. nicht anwendbar. § 22 Abs.5 GWB a.F. sei neben dem mit der 6. GWB – Novelle eingeführten § 19 GWB nicht (mehr) anwendbar.

Wegen des grundsätzlich anderen Mißbrauchsregimes für marktbeherrschende Unternehmen könne § 103 Abs. 7 GWB a.F. nicht so verstanden werden, dass § 103 Abs. 5 GWB a.F. auch für Mißbrauchsverfahren gegen Versorgungsunternehmen nach § 19 GWB entsprechend gelte.

Die von der Landeskartellbehörde herangezogenen Vergleichsunternehmen seien nicht gleichartig i.S.v. § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB a.F. Das Vergleichsmarktkonzept der Landeskartellbehörde vernachlässige zu Unrecht die Unterschiede zwischen der Wasserversorgung einerseits und der Strom- bzw. Gasversorgung andererseits. Die Beschwerdeführerin meint, die erheblichen topographischen und topologischen Unterschiede zwischen ihrem und den Versorgungsgebieten der Vergleichsunternehmen schlossen die Gleichartigkeit aus. Die Landeskartellbehörde

habe Wasserversorgungsunternehmen als gleichartige Unternehmen für den Preisvergleich herangezogen, deren Wasserpreise durch individuelle Besonderheiten künstlich niedrig gehalten würden.

Die Landeskartellbehörde habe rechtsfehlerhaft angenommen, sie, die Beschwerdeführerin, verlange ungünstigere Preise, weil sie die Baukostenzuschussleistungen an die Wasserversorgungsunternehmen bei ihrer Preisvergleichsrechnung unberücksichtigt gelassen habe.

Jedenfalls wären im Vergleich höhere Preise gerechtfertigt. Ihr, der Beschwerdeführerin, entstünden strukturbedingte Mehrkosten bei der Wasserbeschaffung, -verteilung und -speicherung, welche die Landeskartellbehörde zu Unrecht nicht anerkannt habe. Umgekehrt seien niedrigere Preise bei den Vergleichsunternehmen auch auf individuelle Besonderheiten zurückzuführen, die im Versorgungsgebiet der Beschwerdeführerin nicht bestünden.

Bei der Berechnung des wettbewerbsanalogen Preises habe die Landeskartellbehörde die Unterschiede bei den Konzessionsabgaben nicht richtig berücksichtigt.

Die Landeskartellbehörde habe eine Rechtfertigung von höheren Preisen bei der Beschwerdeführerin nicht von einer bestimmten Kostenschlüsselung abhängig machen dürfen. Sie habe nicht die Befugnis, eine bestimmte Kostenschlüsselung zu fordern.

Die Berechnung von Zu- und Abschlägen anhand der Unterschiede bei der Versorgungsdichte sei verfehlt. Strukturbedingte Unterschiede bei den Verteilungskosten würden hierdurch nicht ausgeglichen.

Überdies sei die Datenbasis lückenhaft und könnten die erhobenen Daten nicht als belastbare Grundlage für die Berechnung von Zu- und Abschlägen dienen, weil die bei den Vergleichsunternehmen anfallenden Gesamtkosten den einzelnen Kostenblöcken nicht in derselben Weise zugeordnet würden. Bei ihren Ermittlungen habe die Landeskartellbehörde die Art der Kostenzuordnung in das Belieben

jedes einzelnen Unternehmens gestellt. So sei etwa bei Mehrspartenunternehmen davon auszugehen, dass die Aufteilung der Gemeinkosten auf die Sparten Strom, Gas, Wasser nicht nach den gleichen, einheitlichen Grundsätzen erfolge.

Infolge dieser Mängel habe die Kartellbehörde Preissenkungspotentiale angenommen, die tatsächlich nicht bestünden. Die Umsetzung der Verfügung würde zwangsläufig zur Unauskömmlichkeit ihres Unternehmens führen. Die Kartellbehörde dürfe ein Unternehmen aber nicht zwingen, die eigenen Leistungen unter den Selbstkosten anzubieten. Die Preissenkungsverfügung führe zwangsläufig dazu, dass sie, die Beschwerdeführerin, die Wasserversorgung zu Preisen anbieten müsste, die weit unter ihren strukturbedingten Selbstkosten liegen.

Keinesfalls nachvollziehbar sei es, wenn die Kartellbehörde ihre, der Beschwerdeführerin, Optimierungsmaßnahmen pauschal als nicht ausreichend bezeichne. Dies belege das willkürliche Verhalten der Behörde und deren Absicht, eine Rechtfertigung höherer Wasserpreise von vornherein auszuschließen.

Schließlich könne die Landeskartellbehörde in Verbindung mit einer konstitutiven Verfügung nach § 131 Abs. 6 GWB i.V.m. § 103 Abs. 6 Nr. 1 GWB a.F. keine rückwirkende Feststellung nach § 32 Abs. 3 GWB treffen.

Wegen der weitergehenden Einzelheiten ihres Vortrages wird Bezug genommen auf die Beschwerdebegründung vom 09.08.2008 (Bl. 8-97 GA) und auf den Schriftsatz vom 21.04.2008 (Bl. 287-323 GA) jeweils nebst Anlagen.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

1. die Verfügung des Hessischen Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung - Landeskartellbehörde Energie und Wasser - vom 9. Mai 2007 (III 2A - 78K 20/01 - 556-06) aufzuheben und
2. der Landeskartellbehörde die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die Landeskartellbehörde beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angegriffene Verfügung. Wegen ihres Vortrags im Einzelnen wird auf die Beschwerdeerwiderung vom 01.02.2008 (Bl. 165-229 GA) und auf die Schriftsätze vom 15.07.2008 (Bl. 325- 352 GA) und vom 12.09.2008 (Bl. 357-363 GA) verwiesen.

## **B.**

Die Beschwerde ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, mithin zulässig (§§ 62, 66 GWB).

Sie hat jedoch in der Sache nur insoweit Erfolg, als die rückwirkende Feststellung missbräuchlicher Preise für die Zeit ab dem 1. Juli 2005 aufzuheben war.

### **I.**

Die Missbrauchsverfügung ist sachlich gerechtfertigt.

1.)

Für die kartellrechtliche Kontrolle der Endkundenpreise von Wasserversorgungsunternehmen kommen § 103 Abs. 5 und § 22 Abs. 4 und 5 GWB a.F. in Betracht.

Gibt es einen Konzessions- oder Demarkationsvertrag im Sinne des § 103 Abs. 1 GWB, kann § 103 Abs. 5 GWB a.F. direkt angewandt werden. Es kommt in diesen Fällen darauf an, ob die Art der Vertragsdurchführung – hier das Fordern bestimmter Preise – als Missbrauch der durch die Freistellung des Vertrages nach § 103 Abs. 1 GWB a.F. erlangten Stellung anzusehen ist. Das ist insbesondere beim Verlangen



von Preisen anzunehmen, die ungünstiger als die gleichartiger Versorgungsunternehmen sind (Vergleichskonzept des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB a.F.).

Fehlt ein Konzessions- oder Demarkationsvertrag, so kann nur § 22 GWB a.F. angewandt werden, wobei für die Marktmachtkontrolle nach § 22 Abs. 4 und 5 GWB a.F. wegen § 103 Abs. 7 GWB a.F. ebenfalls der Prüfungsmaßstab des § 103 Abs. 5 GWB a.F. gilt (Klaue in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 131 GWB, Rn. 35; Fabry/Meßmer, RdE 2008, 197).

Deshalb kann im Ergebnis dahin gestellt bleiben, ob der zwischen der Beschwerdeführerin und der Stadt Wetzlar bestehende Konzessionsvertrag keine Freistellungsmissbrauchskontrolle eröffnet, weil – wie die Beschwerdeführerin meint – ein Vertrag zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft nicht § 1 GWB unterfiele, so dass die Freistellung nach § 103 Abs.1 GWB a.F. nicht greifen würde oder die Freistellung jedenfalls für das beanstandete Verhalten nicht ursächlich wäre, weil sich die Beschwerdeführerin auch ohne den freigestellten Konzessionsvertrag am Markt nicht anders verhielte und die Stadt Wetzlar aus wirtschaftlichen Gründen ohnehin keine weiteren Versorgungsunternehmen konzessioniert hätte.

Selbst wenn dieser Auffassung gefolgt werden könnte, kann die Missbrauchsverfügung vorliegend jedenfalls über §§ 131 Abs. 6 Satz 2 GWB, 103 Abs. 7; § 22 Abs. 5 GWB a.F. auf § 103 Abs. 5 und 6 GWB a.F. gestützt werden (Langen/Bunte/Jestaedt, Kartellrecht, 8. Aufl. § 131 Rn. 56). Die Beschwerdeführerin hat als alleiniger Wasserversorger in der Stadt Wetzlar jedenfalls eine marktbeherrschende Stellung. Denn die Wasserbezieher können weder auf ein anderes Produkt, noch auf ein anderes Versorgungsunternehmen ausweichen.

Soweit die Beschwerdeführerin meint, nachdem die Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen mit der 6. Novelle in einen Verbotstatbestand umgewandelt worden sei, könne § 22 GWB a.F. GWB neben § 19 GWB nicht mehr angewandt werden, weil hierin eine vom Gesetzgeber nicht gewollte Privilegierung der Wasser- gegenüber den Energieversorgern läge, kann dem nicht gefolgt werden.

Zuzugeben ist der Beschwerdeführerin zwar, dass das Verhältnis der Bestimmungen zueinander im geltenden Recht umstritten ist (Klaue; Fabry/Meßmer jew. a.a.O.).

Nach Auffassung des Senats kann indes eine auf § 103 Abs. 5 GWB a.F. gestützte Missbrauchsverfügung nur auf der Grundlage von § 103 Abs. 6 und Abs. 7 GWB a.F. bzw. § 22 Abs. 5 GWB a.F. ergehen. Dies ergibt sich zwingend aus der in § 131 Abs. 6 GWB weiterhin angeordneten Anwendung der §§ 103, 103a, 105 GWB in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Februar 1990 (BGBl. I S. 235), zuletzt geändert durch Artikel 2 Abs. 3 des Gesetzes vom 26. August 1998 (BGBl. I S. 2512) einschließlich der auf sie verweisenden und der Vorschriften, auf die die Vorschriften verweisen (ebenso: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Zuber, Kartellrecht, Bd. 2 GWB § 131 Rn. 16; Klaue a.a.O; vgl. auch Bechtold, GWB, 5.Aufl. § 131 Rn. 11). Daraus wird der Wille des Gesetzgebers, dass weiterhin im Bereich der Trinkwasserversorgung § 22 GWB a.F. und nicht § 19 GWB gelten soll, hinreichend deutlich.

2.)

Nach § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB a.F. liegt ein Missbrauch vor, wenn ein Versorgungsunternehmen 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. Die Voraussetzungen für die Anwendung der Vorschrift sind hier gegeben.

a) Die von der Landeskartellbehörde zum Vergleich herangezogenen Wasserversorgungsunternehmen sind gleichartig im Sinne des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB.

Das Tatbestandsmerkmal der Gleichartigkeit hat nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) zur Energieversorgung nur die Funktion, eine grobe Sichtung unter den als Vergleichsunternehmen in Betracht kommenden Versorgungsunternehmen zu ermöglichen (BGH, Beschluss vom 21.02.1995, KVR 4/94, „Weiterverteiler“, BGHZ 129, 37, zitiert nach Juris Rn. 32). Diese

Rechtsprechung zur Energieversorgung kann auf die kartellbehördliche Missbrauchskontrolle von Preisen der Wasserversorgungsunternehmen übertragen werden. Hierfür sprechen zahlreiche Gemeinsamkeiten, die Strom- und Gasversorgung einerseits und die Belieferung mit Wasser andererseits aufweisen (vgl. Klaue, a.a.O. § 131 nach Rn. 35, Kartellrechtliche Missbrauchskontrolle der Wasserpreise von Haushaltskunden, III. 2.3).

Die Vorschrift des § 29 Satz 1 Nr. 1 GWB in der aktuellen Fassung, die für den Vergleich von Entgelten im Bereich der Energiewirtschaft nur noch auf andere Versorgungsunternehmen abstellt und nicht mehr deren Gleichartigkeit erfordert, liefert kein Argument dafür, im Bereich der Wasserversorgung hohe Anforderungen an die Gleichartigkeit der Vergleichsunternehmen zu stellen. Dieser Vorschrift lässt sich allenfalls entnehmen, dass es im Bereich der Energiewirtschaft nicht mehr auf die Gleichartigkeit ankommt, weil alle Energieversorgungsunternehmen grundsätzlich als gleichartig eingestuft werden. Einen Rückschluss auf den Bereich der Wasserversorgung erlaubt diese Regelung jedoch nicht.

Die Effektivität der Missbrauchskontrolle spricht vielmehr dafür, die Anforderungen an die Gleichartigkeit im Bereich der Wasserversorgung nicht übermäßig hoch anzusetzen. Die Kartellbehörde trifft nämlich die Beweislast für die Vergleichbarkeit, während das jeweils betroffene Versorgungsunternehmen darzutun und gegebenenfalls zu belegen hat, dass der Preisunterschied auf abweichenden, ihm nicht zurechenbaren Umständen beruht. Je geringer also die Anforderungen an die Gleichartigkeit sind, desto stärker wirkt sich die Beweislast des Unternehmens zur Entkräftung des Missbrauchsvorwurfs unter Hinweis auf strukturbedingte Kosten aus (vgl. Klaue, a.a.O., III. 2.1.).

Für die Annahme der Gleichartigkeit von Energieversorgungsunternehmen genügt es nach der Rechtsprechung des BGH zwar nicht allein, dass sie jeweils Endabnehmer mit Strom beliefern (BGH, Beschluss vom 21.02.1995, KVR 4/94, „Weiterverteiler“, BGHZ 129, 37, zitiert nach Juris Rn. 32). Dementsprechend genügt es entgegen der Auffassung der Landeskartellbehörde (Verfügung, Rn. 31) auch für die Gleichartigkeit von Wasserversorgern nicht, dass ihre unternehmerische Tätigkeit in

der Belieferung von letztverbrauchenden Haushalts- und Kleingewerbekunden mit Trinkwasser des täglichen unverzichtbaren Bedarfs als Massengeschäft besteht.

Während aber die Begründung des Regierungsentwurfs vom 26. Mai 1978 zu § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB a. F. (BT-Drs. 8/2136 vom 27.09.1978, S. 33) davon ausgeht, dass die Kartellbehörde auf solche Unternehmen abstellen wird, deren Beschaffungs-, Erzeugungs- und Vertriebsituation im Wesentlichen ähnlich gelagert ist, wie die des betroffenen Unternehmens, hat der BGH die Anforderungen an die Gleichartigkeit im Energiebereich sogar noch deutlich reduziert, indem er es für ausreichend hält, wenn hinsichtlich der Stromerzeugung oder -beschaffung bei den verglichenen Versorgungsunternehmen keine wesentlichen Unterschiede vorliegen, die aus der Sicht der Abnehmer gemäß der Zielsetzung einer möglichst sicheren und preiswürdigen Versorgung von vornherein eine deutlich unterschiedliche Beurteilung der Preisgestaltung rechtfertigen (BGH, Beschluss vom 21.02.1995, KVR 4/94, „Weiterverteiler“, BGHZ 129, 37, zitiert nach Juris Rn. 32). Nach dieser Rechtsprechung sind die Anforderungen an die Gleichartigkeit mithin sehr gering (vgl.auch Klaue a.a.O.unter III 2.3).

Diese Kriterien sind auf den Bereich der Wasserpreiskontrolle übertragbar.

Dafür sprechen zahlreiche Gemeinsamkeiten, die Strom - und Gasversorgung einerseits und die Belieferung mit Wasser andererseits aufweisen. Für Energie – wie für Wasserversorgung gilt gleichermaßen, dass Energie ebenso wie Wasser ein unverzichtbares Handelsgut des täglichen Bedarfs ist und Inhaber von Versorgungsnetzen im Bereich der leitungsgebundenen Versorgung von Haus aus über eine starke wirtschaftliche Machtstellung verfügen (Klaue a.a.O.).

Insbesondere Unterschiede in der Gewinnung und Aufbereitung des abgegebenen Wassers stehen im Bereich der Wasserversorgung grundsätzlich nicht der Annahme von Gleichartigkeit im Sinne des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB a.F. entgegen, weil solche Unterschiede in der Beschaffungssituation nicht entscheidend ins Gewicht fallen (vgl.Klaue, a.a.O., III. 2.3). Während Bezug und Erzeugung von Strom insbesondere bei Weiterverteilern bis zu 2/3 aller Kosten ausmachen – und damit jedenfalls prinzipiell Unvergleichbarkeiten zu begründen geeignet sind – spielen die Kosten der Gewinnung und Aufbereitung des Rohwassers im Rahmen der

Wasserversorgung eine untergeordnete Rolle. So beträgt bei der Beschwerdeführerin der Anteil der Wasserbeschaffungskosten an den Gesamtkosten 25,5 %. Demgegenüber liegen die Beschaffungskosten im Strom- oder Gassektor bei 45 bis 70 %. Darüber hinaus ist der Rechtsprechung des BGH zu entnehmen, dass Unterschiede, die geeignet sind, die Unvergleichbarkeit zu belegen, ein außerordentliches Gewicht haben müssen.

Soweit die Beschwerdeführerin meint, im Bereich der Wasserversorgung müssten neben der Erzeugungs- und Beschaffungssituation auch die strukturbedingten Unterschiede bei der Wasserspeicherung und -verteilung berücksichtigt werden, so kann ihr – soweit es um die Feststellung der Gleichartigkeit geht – nicht gefolgt werden.

Zwar bilden die Verteilungskosten in der Regel den größten Anteil an den Gesamtkosten. Die Landeskartellbehörde schätzt den Anteil der Verteilungskosten an den Gesamtkosten bei der Wasserversorgung abstrakt auf bis zu 87 % (Verfügung, Rn. 52). Anders als bei der Strom- und Gasversorgung gibt es in der Wasserversorgung nämlich strukturabhängige Kostenfaktoren wie Wasserhochbehälter (nachfolgend WHB), Druckerhöhungsanlagen (nachfolgend DEA) und Druckminderventile (nachfolgend DMV) nebst zugehörigen technischen Einrichtungen, deren Notwendigkeit von den topografischen Gegebenheiten des Versorgungsgebietes abhängt.

Strukturunterschiede der jeweiligen Versorgungsgebiete spielen entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin bei der Beurteilung der Gleichartigkeit jedoch keine Rolle, sondern sind erst als „abweichende Umstände“ bei der Frage der Rechtfertigung ungünstigerer Preise zu berücksichtigen (vgl. zum Energiebereich BGH, wie vor, Rn. 37). Strukturelemente wie spezifische Leitungslängen sind danach erst im Rahmen der „Rechtfertigung“ zu prüfen (vgl. Klaue, a.a.O., III. 2.3; zweifelnd : Zuber a.a.O.; ablehnend: Soyez/Burg, WuW 2006, 726, 731).

Das entspricht auch der neueren Rechtsprechung des BGH. Als Vergleichsunternehmen scheidet ein Unternehmen danach nicht schon deswegen aus, weil es bedeutend größer als das betroffene Unternehmen ist, auf mehr Ebenen als dieses tätig ist und in anders strukturierten Räumen seine Leistung erbringt

(BGH, Beschluss vom 28.06.2005, KVR 17/04, „Stadtwerke O2“, BGHZ 163, 282, zitiert nach Juris Rn.26 – zu § 19 GWB). Selbst wenn man davon ausgeht, dass das Versorgungsgebiet der Beschwerdeführerin durch eine Vielzahl ungünstiger Strukturbedingungen geprägt ist, weil die Topographie bzw. Topologie des Versorgungsgebiets zur Überwindung der Höhenunterschiede dreißig Druckzonen (neunzehn WHB-Druckzonen, sieben DMV-Druckzonen und vier DEA-Druckzonen) erfordere, rechtfertigt dies nicht, die Gleichartigkeit zu verneinen.

Auch im Übrigen ergeben die Darlegungen der Beschwerdeführerin kein durchgreifendes Argument gegen die Gleichartigkeit. Zwar betragen nach der von der Beschwerdeführerin erstellten Gegenüberstellung der Verteilungs- und Speicherkosten in absoluten Zahlen und in Anteilen an den Gesamtkosten die Wasserverteilungskosten pro Kubikmeter nutzbarer Wassermenge im günstigsten Fall 0,53 €/m<sup>3</sup> (Nordhorn) und maximal 1,79 €/m<sup>3</sup> (Weilburg). Bei der Beschwerdeführerin betragen sie 1,50 €/m<sup>3</sup>. Stellt man dem aber die Zahl von WHB und die Pumpwerken bei den in den Vergleich einbezogenen Wasserversorgern gegenüber, so ist ein unmittelbarer und zwingender Zusammenhang zur Höhe der Verteilungs- und Speicherkosten nicht ohne weiteres festzustellen. Danach ist nicht zu erkennen, dass sich die Zahl der WHB und Pumpwerke stets proportional zu den Kosten verhält. So hat etwa das Wasserversorgungsunternehmen in Gangelt im Verhältnis zu der eher geringen Zahl von WHB und Pumpwerken relativ hohe Verteilungs- und Speicherkosten. Dies spricht dagegen, die Anzahl der WHB und Pumpwerke in die Gleichartigkeitsbetrachtung einzubeziehen. Die unterschiedliche Höhe der Verteilungs- und Speicherkosten in Cent pro m<sup>3</sup> nutzbarer Wassermenge selbst ist ebenfalls kein Kriterium für die Vergleichbarkeit, weil die Gleichartigkeit nicht an den Kosten orientiert werden kann, ohne deren Ursachen einzubeziehen.

Gleichwohl hat die Landeskartellbehörde – ohne nach ihrer Auffassung dazu verpflichtet zu sein – neben der Belieferung von letztverbrauchenden Haushalts- und Kleingewerbekunden mit Trinkwasser als weitere Gesichtspunkte im Rahmen der Gleichartigkeit die Vertriebssituation, nämlich die Versorgungsdichte (Metermengenwert Beschwerdeführerin: 5,1 [6,2]; ...: 23), die Abnehmerdichte (Beschwerdeführerin: 24), die Anzahl der versorgten Einwohner, die nutzbare Wasserabgabe, die Abgabestruktur und die Gesamterträge Wasser verglichen, um

die Gleichartigkeit zu begründen. Dies ist im Ergebnis unbedenklich. Die dagegen erhobenen Einwände der Beschwerdeführerin greifen nicht durch.

Da an die Voraussetzungen der Gleichartigkeit –wie dargelegt – keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind, genügt insoweit jedenfalls eine generalisierende Betrachtungsweise. Auch wenn bei Unternehmen mit einer vergleichbaren Versorgungsdichte erhebliche Unterschiede in der Kostenstruktur bestehen können, steht dies nicht der generellen und allgemein anerkannten Annahme entgegen, dass bei einer größeren Menge gelieferten Wassers pro Meter des Leitungsnetzes die Versorgung grundsätzlich kostengünstiger ist. Die Versorgungsdichte ist nämlich nur einer der kostenrelevanten Faktoren.

Entsprechendes gilt für die Abnehmerdichte. Sie stellt eine Relation zwischen der Anzahl der versorgten Haushalte und der Leitungslänge her. Auch hier ist unmittelbar einsichtig, dass die Kosten umso höher sind, je weniger Haushalte durch ein gleich großes Netz versorgt werden, je höher also der Quotient von Leitungslänge und Anzahl der versorgten Haushalte ist. Dem kann nicht erfolgreich entgegengehalten werden, dass gleichwohl aufgrund anderer Kostenfaktoren ein Unternehmen mit einer hohen Abnehmerdichte höhere Kosten aufweisen kann.

Auch die nutzbare Wasserabgabe, die Abgabestruktur und die Gesamterträge Wasser stehen als weitere Kriterien einer Vergleichbarkeit jedenfalls nicht entgegen. Auch insoweit kann angenommen werden, dass eine hohe Abgabemenge und ein großer Umsatz sich in der Regel günstig auf die Kosten auswirken. Auch insoweit steht wiederum nicht entgegen, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen der Rechtfertigung andere Kostenfaktoren vorträgt, die sie im Gegensatz zu den Vergleichsunternehmen belasten.

Der Vergleichbarkeit aufgrund der angelegten Kriterien steht im Hinblick auf das anzulegende grobe Raster schließlich nicht entgegen, dass einzelne Vergleichsversorger bei einzelnen Kriterien mehr oder weniger abweichen. Geht man davon aus, dass der Gesichtspunkt der Gleichartigkeit nur als grobes Raster dient, so ist die Auswahl der Kartellbehörde nicht zu beanstanden, weil sie nicht nur von der Versorgungssituation her vergleichbar liegende Unternehmen ausgewählt hat,

sondern die Gleichartigkeit weiter unter Anlegung in der Wasserwirtschaft anerkannter Parameter – wenngleich typisierend und generalisierend – noch näher begründet hat. Ob eine so weitgehende Wertung zusätzlicher Umstände zur Bejahung der Vergleichbarkeit erforderlich gewesen wäre, kann dahin stehen. Jedenfalls kann sie der Behörde nicht entgegen gehalten werden, zumal die Beschwerdeführerin selbst im Laufe des Verfahrens die Berücksichtigung der entsprechenden Parameter zunächst gefordert hatte.

b) Die Beschwerdeführerin verlangt in den zwei zugrunde gelegten Typfällen „Ein-Familien-Haus“ (Jahresabnahme 150 m<sup>3</sup>) und „Mehr-Familien-Haus“ (Jahresabnahme 400 m<sup>3</sup>) ungünstigere Preise als die Vergleichsversorger.

Ein Missbrauch im Sinne des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB a.F. setzt nicht voraus, dass die beanstandeten Preise die Vergleichspreise erheblich übersteigen (BGH, Beschluss vom 21.02.1995, KVR 4/94, „Weiterverteiler“, BGHZ 129, 37, zitiert nach Juris Rn. 45).

Baukostenzuschüsse hat die Landeskartellbehörde bei ihrer Beurteilung, ob die Preise der Beschwerdeführerin ungünstiger sind, zu Recht nicht berücksichtigt. Baukostenzuschüsse sind nach Auffassung des Senats nicht als Bestandteile des Tarifs, sondern als Teil der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Versorgungsunternehmen anzusehen, die einer Überprüfung nicht unterliegen. (ebenso Klaue in Immenga/Mestmäcker, GWB, 2.Aufl., § 103 Rn 62; a.A. Reif in Münchener Kommentar zum GWB, 2008, § 131 GWB Rn. 128). Baukostenzuschüsse gemäß § 9 AVBWasser belasten nämlich nicht alle Kunden in gleicher Weise, sondern nur diejenigen Haushalte, die als Anschlussnehmer neu an das Leitungsnetz angeschlossen werden.

c) Die Preisunterschiede zu Lasten der Kunden der Beschwerdeführerin beruhen nicht auf abweichenden Umständen im Sinne des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB a.F.

aa) Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe höhere Kosten für die Beschaffung und den Einsatz von Fremd- oder Eigenkapital für Investitionen



(Kapitalkosten). Für den Einsatz von Eigenkapital sei eine Eigenkapitalverzinsung von 6 % anzusetzen. Dabei sei zu berücksichtigen, dass sie körperschaftsteuerpflichtig sei und kraft Rechtsform der Gewerbesteuer unterliege, so dass sie eine höhere steuerliche Belastung als die Verbandsgemeindewerke O1 habe. Insgesamt beziffert sie ihre Mehrkosten auf jährlich 655.267 € bzw. 0,2457 €/m<sup>3</sup>. Damit kann die Beschwerdeführerin höhere Preise jedoch schon grundsätzlich nicht rechtfertigen. Es handelt sich hierbei um Kostenelemente, welche die Beschwerdeführerin individuell betreffen, und nicht um unvermeidbare Kosten, die etwa auf einer „schicksalhaften“ Struktur des Versorgungsgebietes beruhen und die jedes andere Versorgungsunternehmen auch vorfände. Im Übrigen gelangt auch der als Anlage 1 zum Schriftsatz vom 8.9.2006 vorgelegte Benchmarking-Bericht zu dem Ergebnis, dass Einsparpotenziale im Bereich der Kapitalkosten zu überprüfen sind (Verwaltungsakte, Bl. 670, 675).

bb) Die Beschwerdeführerin kann ihre Preise auch nicht mit niedrigeren Baukostenzuschüssen rechtfertigen. Es ist kein Grund erkennbar, der sie hinderte, ebenfalls höhere Baukostenzuschüsse zu verlangen. Dadurch, dass die Beschwerdeführerin geringere Baukostenzuschüsse verlangt, werden die Baukosten auf alle versorgten Haushalte umgelegt und nicht nur auf diejenigen, die neu an das Versorgungsnetz angeschlossen werden. Auch der als Anlage 1 zum Schriftsatz vom 8.9.2006 vorgelegte Benchmarking-Bericht kommt zu dem Ergebnis, dass die Beschwerdeführerin ihre Finanzierungsstruktur überprüfen und ggf. ihren durch Baukostenzuschüsse finanzierten Anteil soweit möglich erhöhen möge (Verwaltungsakte, Bl. 670, 675). Die Entscheidung, geringere Zuschüsse zu fordern, ist ebenfalls eine individuelle Entscheidung, die im Rahmen der Rechtfertigung höherer Preise keine Berücksichtigung finden kann (Klaue a.a.O. 4. Aufl. § 131 Abschn.III 4.2 „Kosten als Rechtfertigung“).

cc) Ob und inwieweit Konzessionsabgaben grundsätzlich nicht als rechtfertigender Umstand i.S.v. § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB a. F. anzuerkennen sind, kann dahinstehen. Die Landeskartellbehörde hat die von der Beschwerdeführerin und den Vergleichsunternehmen geleisteten Zahlungen durch einen Zu- oder Abschlag in anteiliger Höhe des Vergleichspreises berücksichtigt, soweit ein Vergleichsunternehmen Konzessionsabgaben mit einem anderen Prozentsatz leisten

muss (Verfügung, Rn. 89 – Anlage 8). Soweit die Beschwerdeführerin meint, ihre Konzessionsabgaben (667.000 €) müssten richtigerweise ins Verhältnis zu den Erträgen allein aus dem Wassergeschäft (5.947.700 €) gesetzt werden, so dass der Anteil der Konzessionsabgaben nicht 9,95 %, sondern 11,22 % betrage, hält ihr die Landeskartellbehörde mit Recht entgegen, dass sie auch bei den Vergleichsunternehmen die Gesamterträge zugrunde gelegt hat, so dass die Vergleichbarkeit gewährleistet ist. Die Kartellbehörde hat zu recht darauf hingewiesen, dass es für die Kostenstellenrechnung eine Veröffentlichung des Branchenverbandes der deutschen Gas- Wasserwirtschaft (BGW) gibt, die Empfehlungen für eine sachgerechte Bildung von Kostenstellengruppen und Kriterien für die Zuordnung der Kostenarten enthält. Die Anforderungen der Behörde laufen demnach auch nicht auf eine unmöglich zu erfüllende Verpflichtung hinaus.

dd) Ohne Erfolg macht die Beschwerdeführerin geltend, Mehrkosten bei der Erneuerung von Hausanschlüssen bedingten Preisunterschiede in Höhe von ca. 0,16 € pro Kubikmeter nutzbarer Wasserabgabe, Mehrkosten bei der Netzerneuerung führten zu Preisunterschieden in Höhe von ca. 0,147 € pro Kubikmeter nutzbarer Wasserabgabe, für Netzinstandhaltung, Netzbetrieb und Netzverwaltung entstünden ihr einschließlich der Beseitigung von undichten Stellen durchschnittliche Mehraufwendungen von ca. 1.100.000 € pro Jahr, die im Wesentlichen auf das höhere Netzalter und den komplizierten Netzaufbau bei der Beschwerdeführerin zurückzuführen seien. Weiter entstünden Mehrkosten durch Wasserverluste.

Auch hierdurch kann die Beschwerdeführerin höhere Preise schon grundsätzlich nicht rechtfertigen. Denn es handelt sich wiederum um Kostenelemente, welche die Beschwerdeführerin individuell betreffen und nicht auf einer „schicksalhaften“ Struktur des Versorgungsgebietes beruhen, die jedes andere Versorgungsunternehmen ebenfalls vorfände. Soweit die Beschwerdeführerin bzw. ihre Rechtsvorgängerin in der Vergangenheit Investitionen zur Erneuerung des Netzes nicht vorgenommen hat und ihr deshalb jetzt durch erforderliche Investitionen Kosten entstehen, rechtfertigt das individuelle Investitionsverhalten nicht höhere Preise. Jedenfalls müsste konkret im Einzelnen dargelegt werden, welche Maßnahmen genau in welcher Höhe den Preis steigern, um beurteilen zu können, ob es sich um ein betriebswirtschaftlich optimales Investitionsverhalten handelt.

ee) Soweit die Beschwerdeführerin für die Zeit von 1998 bis 2005 durchschnittliche Wasserverluste von 253.000 m<sup>3</sup> gegenüber 7.000 m<sup>3</sup> bei der Verbandsgemeindewerke O1 vorträgt, woraus sich bei durchschnittlichen Wasserbeschaffungskosten in Höhe von 0,60 €/m<sup>3</sup>, eine Mehrbelastung von 246.000 m<sup>3</sup> x 0,6 €/m<sup>3</sup> = 147.600 € oder ca. 0,055 €/m<sup>3</sup> ergebe, legt sie nicht dar, weshalb diese Wasserverluste unvermeidlich sein sollen. Der als Anlage 1 zum Schriftsatz vom 8.9.2006 vorgelegte Benchmarking-Bericht führt aus, dass das hohe durchschnittliche Netzalter und die Schadensrate auf einen kurz- bis mittelfristigen Sanierungs- und Erneuerungsbedarf hinweisen (Verwaltungsakte, Bl. 674).

ff) Soweit die Landeskartellbehörde bei den Wasserbeschaffungskosten ein wirtschaftlich nicht optimiertes Verhältnis von Fremdbezug und Eigengewinnung angenommen hat, entsteht der Beschwerdeführerin kein Nachteil. Denn bei der Zu- und Abschlagsrechnung hat die Landeskartellbehörde die von der Beschwerdeführerin angegebenen Kosten berücksichtigt.

gg) Die Wasserverteilungs- und Speicherkosten im Jahr 2005 beziffert die Beschwerdeführerin auf 4.006.000 €. Eine Aufgliederung der Kostenstellen, aus denen sich ergibt, wie sich die Wasserverteilungs- und Speicherkosten zusammensetzen, hat die Beschwerdeführerin der Landeskartellbehörde mit Schreiben vom 22.1.2007 nebst Anlagen Ü 1 bis Ü 5 (Verwaltungsakte, Bl. 1163-1173) übermittelt. Hieraus ergeben sich Wasserverteilungs- und Speicherkosten von 1,50 € pro Kubikmeter nutzbarer Wasserabgabe, wovon auch die Landeskartellbehörde ausgeht (Verfügung, Anlage 8).

d) Mehrkosten, die der Beschwerdeführerin für die Überwindung der Höhenunterschiede im Versorgungsgebiet bzw. für die Unterhaltung der entsprechenden Druckzonen entstehen, wären zwar grundsätzlich geeignet, höhere Preise zu rechtfertigen. Die Beschwerdeführerin hat jedoch nicht dargelegt, in welcher Weise genau ungünstige objektive Umstände wie z.B. Speicherkosten und Aufwendungen für Pumpwerke Mehrkosten verursachen und die Abgabepreise beeinflussen.

Nach § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB a.F. muss ein Unternehmen die Mehrkosten, die ihm infolge der Beschaffenheit des Versorgungsgebietes entstehen, nachweisen und darlegen, wie diese in die Abgabepreise eingegangen sind.

Unzureichend ist die bloße Behauptung, alle Wasserverteilungs- und Speicherkosten seien unausweichlich durch den Betrieb ihres komplexen Versorgungsnetzes veranlasst und beruhen auf der Topographie bzw. Topologie des Versorgungsgebietes und der Verteilung der Eigengewinnungsanlagen bzw. der Übergabepunkte für den Fremdbezug.

Die Landeskartellbehörde verlangt mit Recht eine Kostenstellenrechnung, aus der erkennbar wird, wie sich unveränderliche Umstände der Landschaftsstruktur im Einzelnen auswirken. Die Beschwerdeführerin kann sich nicht darauf berufen, es sei unmöglich, die konkreten Auswirkungen einzelner nachteiliger Strukturbedingungen darzulegen, weil es im Bereich der Wasserversorgung keine monokausalen Zusammenhänge gebe und daher bestimmte Strukturunterschiede nicht individuellen Kostenstellen zugerechnet werden könnten. Die Kostenstellenrechnung ist eine im Rechnungswesen geläufige Methode, um Kosten, die nicht direkt einem einzelnen Produkt zugeordnet werden können (Gemeinkosten), durch eine geeignete Schlüsselung zuzuordnen. Sie soll gerade komplexen Kostenstrukturen Rechnung tragen. Auch die Aktualisierung der Kostendarstellung in den Schreiben vom 08.01.2007 (Verwaltungsakte, Bl. 878-903) und vom 22.01.2007 nebst Anlagen Ü1 bis Ü 5 (Verwaltungsakte, Bl. 1163-1173) genügt diesen Anforderungen nicht.

Die Beschwerdeführerin hat auch nicht hinreichend dargelegt, dass ihre Wasserverteilungs- und Speicherkosten auf einer rationellen Betriebsführung beruhen. Die bloße Behauptung der Beschwerdeführerin, es bestehe kein Rationalisierungspotenzial, genügt nicht. Die Höhe der Speicher- und Verteilungskosten beruhte nur dann unveränderbar auf der Struktur des Versorgungsgebietes, wenn die derzeitige Netzstruktur die wirtschaftlich optimale Lösung wäre. Ob sich Verbesserungen der Netzstruktur in angemessener Zeit amortisieren, kann nur festgestellt werden, wenn bekannt ist, wie sich eine Veränderung der einzelnen Komponenten des Netzes wirtschaftlich auswirkt. Mit Recht beanstandet die Landeskartellbehörde, dass die Beschwerdeführerin keinen

Plan vorgelegt hat, der Versorgungseinrichtungen, Hochbehälter, Pumpwerke und sonstige Druckerhöhungsanlagen, die Druckzonen und farblich angelegte Höhenlinien sowie die zugeordneten Versorgungsbereiche ausweist. Nur mit einem solchen Plan könnte ein Gutachter die rationelle Betriebsführung überprüfen. Auf den Benchmarking-Bericht kann die Beschwerdeführerin die behauptete rationelle Betriebsführung nicht stützen, denn die Anlage zu diesem Bericht, aus der sich die Vergleichsunternehmen und deren Zahlen ergeben, ist nicht vorgelegt worden.

e) Eine sachliche Rechtfertigung des Preisunterschiedes kann zwar grundsätzlich auch darin liegen, dass selbst das höhere Entgelt nicht einmal die Selbstkosten des marktbeherrschenden Unternehmens deckt, dieses vielmehr Verluste erleidet, welche in anderer Weise ausgeglichen werden müssen. (BGH, Beschluss vom 22.07.1999, KVR 12/98, „Flugpreisspaltung“, BGHZ 142, 239, zitiert nach Juris Rn. 17). Dies ist der Fall, wenn das marktbeherrschende Unternehmen auch bei ordnungsgemäßer Zuordnung der bei ihm entstehenden Kosten und bei Ausschöpfung etwaiger Rationalisierungsreserven lediglich Einnahmen erzielt, die die Selbstkosten nicht decken (BGH, Beschluss vom 22.07.1999, KVR 12/98, „Flugpreisspaltung“, BGHZ 142, 239, zitiert nach Juris Rn. 18).

Die bloße Behauptung, das auf dem beherrschten Markt geforderte höhere Entgelt decke die eigenen Kosten nicht, reicht jedoch nicht aus. Das betroffene Unternehmen ist bereits bei der näheren Darlegung der Kostenstruktur seiner Leistungen mitwirkungspflichtig, weil nur so der Gefahr begegnet werden kann, dass Kostenüberhöhungstendenzen in die Beurteilung einfließen und die für den beherrschten Markt ausgewiesenen Verluste nicht auf objektiven, für jeden anderen Anbieter gleichermaßen wirksam werdenden, sondern auf in diesem Zusammenhang unbeachtlichen unternehmensindividuellen Umständen beruhen (BGH, Beschluss vom 22.07.1999, KVR 12/98, „Flugpreisspaltung“, BGHZ 142, 239, zitiert nach Juris Rn. 20).

f) Die Landeskartellbehörde hat die konkret angeordnete Preissenkung schließlich vertretbar begründet, indem sie sich an den konkreten Preisen des im Mittelfeld der

Vergleichsunternehmen liegenden teuersten Versorgers orientiert und der Beschwerdeführerin aufgegeben hat, ihre Preise dementsprechend zu senken.

3.)

Erfolg hat die sofortige Beschwerde, soweit die Landeskartellbehörde unter Ziff.4 festgestellt hat, dass die Wasserpreise der Beschwerdeführerin ab 01.Juli 2005 bis zum Zeitpunkt der Wirksamkeit der Missbrauchsverfügung missbräuchlich überhöht waren.

Für die rückwirkende Feststellung in Ziffer 4 der Verfügung fehlt eine Rechtsgrundlage. Die Beschwerdegegnerin stützt die Feststellung auf § 32 Abs. 3 GWB in der Fassung der 7. GWB-Novelle, der seit dem 1.7.2005 gilt. Danach kann die Kartellbehörde auch eine Zuwiderhandlung feststellen, nachdem diese beendet ist, soweit ein berechtigtes Interesse besteht.

Es kann dahinstehen, ob § 32 Abs. 3 GWB auf Verfügungen nach § 103 Abs. 6 Nr. 1 GWB a. F. grundsätzlich anwendbar wäre, oder ob die Fortgeltung des Sanktionensystems in der Fassung der 5. GWB-Novelle mit der lediglich zukunftsgerichteten Missbrauchsaufsicht insoweit Sperrwirkung entfaltet (vgl. näher Fabry/Meßmer, RdE 2008, 197 ff.). Denn die Voraussetzungen für die Feststellung einer Zuwiderhandlung i.S.v. § 32 Abs. 3 GWB sind vorliegend nicht erfüllt.

Notwendige Voraussetzung einer Feststellungsentscheidung ist zunächst, dass die Zuwiderhandlung vor Erlass einer Untersagungsverfügung beendet wurde. Abstellungsentscheidung und Feststellung der Kartellrechtswidrigkeit schließen folglich einander aus (Keßler in Münchener Kommentar zum GWB, 2008, § 32 Rn. 37). Vorliegend ist das beanstandete Verhalten – was auch die Beschwerdegegnerin nicht bezweifelt und im Hinblick auf den Erlass einer Missbrauchsverfügung offenkundig ist – nicht beendet.

Die Landeskartellbehörde hat im Beschwerdeverfahren die Auffassung vertreten, § 32 Abs.3 GWB sei im vorliegenden Fall analog anzuwenden.

Für eine analoge Anwendung des § 32 Abs. 3 GWB fehlt es an der Voraussetzung einer planwidrigen Regelungslücke. § 32 Abs. 3 GWB trifft eine Regelung speziell für den Fall, dass eine Zuwiderhandlung beendet ist und deswegen eine Verfügung nicht mehr möglich ist (Bechtold, a.a.O. § 32 Rn. 18; Langen/Bunte/Bornkamm, KartR, 10. Aufl., § 32 Rn. 37). Das Feststellungsinteresse kann sich dann u.a. aus der Wiederholungsgefahr oder dem Interesse an einer kohärenten Anwendung des Kartellrechts ergeben. Bestünde diese Möglichkeit nicht, hätte es der Verletzer in der Hand, eine Entscheidung in einem fortgeschrittenen Verwaltungsverfahren und damit eine Bindungswirkung des § 33 Abs. 4 S. 1 GWB zu verhindern (Bornkamm a.a.O.). Daraus folgt zugleich, dass in Fällen, in denen – wie hier – eine Missbrauchsverfügung wegen Fortsetzung des beanstandeten Verhaltens ergeht, an der zusätzlichen Feststellung der Kartellrechtswidrigkeit kein Interesse bestehen kann, weil die Wirkung der Feststellung nicht über diejenige der Untersagungsverfügung hinausgeht. Für eine analoge Anwendung des § 32 Abs. 3 GWB besteht danach kein Anlass.

Etwas anderes gilt auch nicht im Hinblick auf die Befristung der Missbrauchsverfügung bis zum 31.12.2008. Der Fall der Beendigung eines missbräuchlichen Verhaltens ist nicht vergleichbar mit dem künftigen Wegfall der Wirkung einer Verfügung infolge Fristablaufs.

## II.

Soweit die Beschwerdeführerin in der mündlichen Verhandlung beanstandet hat, dass ihr bislang keine unbeschränkte Akteneinsicht gewährt worden sei, weil ihr die Verfahrensakte teilweise nur geschwärzt zur Verfügung gestellt wurde, greift ihre Rüge nicht durch. Der Entscheidung liegen nur solche Unterlagen aus der Akte der Kartellbehörde zugrunde, deren Inhalt vorgetragen worden ist (§ 72 Abs. 2 S. 3 GWB).

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 78 Satz 2 GWB. Durch die Feststellung (Ziff. 4 des Verfügungstenors) sind keine gesonderten Kosten entstanden, weil die Feststellung in der Missbrauchsverfügung ohnehin enthalten ist. Die teilweise Aufhebung der Verfügung hat daher keine kostenrechtlichen Auswirkungen.

### IV.

Die Rechtsbeschwerde gegen diesen Beschluss wird zugelassen. Der Streitfall hat insbesondere in Bezug auf die Fragen, welche Anforderungen an die Gleichartigkeit von Wasserversorgern zu stellen und welchen Umfang die Darlegungslast eines Wasserversorgers auf der Rechtfertigungsebene hat, grundsätzliche Bedeutung (§ 74 Abs. 2 Nr. 1 GWB).

## **Rechtsmittelbelehrung**

Der Beschluss kann mit der Rechtsbeschwerde angefochten werden.

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht; die §§ 546, 547 der Zivilprozessordnung gelten entsprechend. Die Rechtsbeschwerde kann nicht darauf gestützt werden, dass die Kartellbehörde unter Verletzung des § 48 GWB ihre Zuständigkeit zu Unrecht angenommen hat.



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

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

Die Rechtsbeschwerdeschrift und die Begründung der Rechtsbeschwerde müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein; dies gilt nicht für Rechtsbeschwerden der Kartellbehörden.