



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

KVR 77/13

Verkündet am  
14. Juli 2015  
Bürk  
Amtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Kartellverwaltungsverfahren

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: ja  
BGHR: ja

Wasserpreise Calw II

GWB § 31 Abs. 4 Nr. 3, § 57 Abs. 1, § 59 Abs. 1, § 71 Abs. 2; VwGO § 113 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 1

- a) Ist die Festsetzung eines Höchstpreises für die Lieferung von Trinkwasser durch die Kartellbehörde nach Auffassung des Beschwerdegerichts teilweise rechtswidrig, muss das Gericht grundsätzlich auch bezüglich des übrigen Teils der Verfügung die Entscheidungsreife herstellen. Es darf im Regelfall nicht stattdessen die Verfügung in vollem Umfang aufheben und die Sache an die Kartellbehörde zurückverweisen.
- b) Bei der Ermittlung des wettbewerbsanalogen Preises für die Lieferung von Trinkwasser nach § 31 Abs. 4 Nr. 3 GWB können die Grundsätze der Strom- und der Gasnetzentgeltverordnung auch nur teilweise herangezogen werden.
- c) Verletzt ein Unternehmen seine Mitwirkungspflichten in einem Kartellverwaltungsverfahren, können daraus im Rahmen der freien Beweiswürdigung für das Unternehmen nachteilige Schlüsse gezogen werden.

BGH, Beschluss vom 14. Juli 2015 - KVR 77/13 - OLG Stuttgart

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juli 2015 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Raum sowie die Richter Prof. Dr. Strohn, Dr. Kirchhoff, Dr. Bacher und Dr. Deichfuß beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Landeskartellbehörde Energie und Wasser Baden-Württemberg wird der Beschluss des Kartellsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 5. September 2013 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Beschwerdegericht zurückverwiesen.

Gründe:

1

I. Die Energie Calw GmbH (nachfolgend: Betroffene) beliefert in der Stadt Calw Kunden mit Trinkwasser. Gesellschafter der Betroffenen sind zu 51 % die Stadtwerke Calw GmbH, deren Alleingesellschafterin die Stadt Calw ist, und zu 49 % die EnBW REG Beteiligungsgesellschaft mbH. Die Betroffene ist der einzige Wasserversorger in Calw.

2

Die Landeskartellbehörde Energie und Wasser des Landes Baden-Württemberg hat mit Verfügung vom 24. Februar 2011 die Betroffene verpflichtet, bei der Berechnung der Wasserentgelte von Tarif-Wasserkunden im Sinne der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (AVBWasserV) für die Zeit vom 1. Januar 2008 bis 31. Dezember 2009 unter Bei-

behaltung des aktuellen Grundpreises einen Nettoarbeitspreis von nicht mehr als 1,82 € je Kubikmeter anzulegen und, soweit in bereits erfolgten Endabrechnungen ein höherer Arbeitspreis angelegt worden ist, den Wasserkunden die Differenz bis zum 31. Mai 2011 zu erstatten.

3

Zur Begründung hat die Landeskartellbehörde ausgeführt: Die Betroffene verlange nach ihren allgemeinen Bedingungen seit dem 1. Januar 2008 für den Bezug von Trinkwasser einen jährlichen Grundpreis von netto 45,96 € und einen verbrauchsabhängigen Preis von netto 2,79 €/m<sup>3</sup>. Damit fordere sie entgegen § 19 Abs. 1 GWB missbräuchlich überhöhte Preise. Dies ergebe sich aus einer Kostenprüfung anhand der Abweichungen der tatsächlich verlangten Entgelte von denjenigen, die sich bei Anwendung eines nachvollziehbaren und angemessenen Kalkulationsschemas ergäben. Sachgerechte Kalkulationsgrundsätze könnten den gesetzgeberischen Wertungen in der Stromnetzentgeltverordnung und der Gasnetzentgeltverordnung entnommen werden. § 32 Abs. 1 und 2 GWB ermächtige zu der getroffenen Verfügung einschließlich der Anordnung, die missbräuchlich erwirtschafteten Vorteile zurückzuerstatten.

4

Das Beschwerdegericht hat auf die Beschwerde der Betroffenen die Verfügung aufgehoben (OLG Stuttgart, WuW/E DE-R 3389 ff.). Die dagegen erhobene Rechtsbeschwerde der Landeskartellbehörde hat zur Aufhebung dieses Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht geführt (BGH, Beschluss vom 15. Mai 2012 - KVR 51/11, WuW/E DE-R 3632 - Wasserpreise Calw). Dabei ist der Senat davon ausgegangen, dass ein Preishöhenmissbrauch im Sinne des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB aF (ebenso § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB in der Fassung der 8. GWB-Novelle) nicht nur aufgrund einer Vergleichsmarktbetrachtung festgestellt, sondern auch dadurch ermittelt werden kann, dass die Preisbildungsfaktoren überprüft werden; dabei ist festzustellen,

ob und inwieweit die Auswahl und Gewichtung der Preisbildungsfaktoren darauf schließen lassen, dass ein wirksamem Wettbewerb ausgesetztes Unternehmen zur bestmöglichen Ausnutzung seines Preissetzungsspielraums abweichend kalkulieren würde.

5 Mit Beschluss vom 5. September 2013 hat das Beschwerdegericht die Verfügung der Landeskartellbehörde erneut aufgehoben und die Sache zur neuen Bescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Beschwerdegerichts an die Landeskartellbehörde zurückverwiesen (OLG Stuttgart, ZNER 2013, 614). Mit der zulassungsfreien und der vom erkennenden Senat zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Landeskartellbehörde ihr Ziel einer Zurückweisung der Beschwerde weiter. Die Betroffene wehrt sich mit der Rechtsbeschwerde gegen die Kostenentscheidung des Beschwerdegerichts.

6 II. Die Rechtsbeschwerde der Landeskartellbehörde hat Erfolg und führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückweisung der Sache an das Beschwerdegericht.

7 1. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung, die angefochtene Verfügung insgesamt aufzuheben und die Sache an die Landeskartellbehörde zurückzuverweisen, wie folgt begründet:

8 Dem Beschwerdegericht stehe im Kartellverwaltungsverfahren nur eine kassatorische Entscheidung zu. Es könne die Verfügung der Kartellbehörde, wenn sie sich in einem Punkt als rechtswidrig erweise, nur in vollem Umfang aufheben und so der Behörde eine umfassende Neubescheidung ermöglichen. Es sei dagegen nicht berechtigt, die Verfügung im Rahmen einer "Nachjustierung" zu verändern, etwa indem es die von der Behörde angenommene Miss-

brauchsgrenze anhebe. Im Übrigen sei nach § 113 Abs. 2 VwGO eine Zurückverweisung an die Behörde jedenfalls dann zulässig, wenn die rechnerische Ermittlung der (neuen) Missbrauchsgrenze für das Gericht erschwert, für die Behörde dagegen wegen des nur ihr vorliegenden Rechenprogramms ein Leichtes sei. Auch aus § 113 Abs. 3 VwGO folge die Befugnis zur Zurückverweisung an die Landeskartellbehörde. Sollte die Behörde bei der erneuten Prüfung feststellen, dass der wettbewerbsanaloge Preis nur geringfügig überschritten werde, könne sie aus Gründen der Verhältnismäßigkeit auch ganz von einem Einschreiten absehen.

9

Zwar habe der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung "Vitamin B 12" eine Teilaufhebung des angefochtenen Beschlusses für zulässig gehalten. Die Verfahrenssituation sei dann aber keine andere, als hätte die Behörde - wie etwa im Bereich der Anreizregulierung - eine Deckelung vorgegeben. Bestünden dort durchgreifende Bedenken gegen einzelne Bewertungsschritte, sei anerkannt, dass das Beschwerdegericht die Sache unter Aufhebung der gesamten Verfügung zur Neubescheidung an die Behörde zurückverweisen könne. Auch vorliegend könne es dem Beschwerdegericht nicht verwehrt sein, die Behörde auf der Grundlage der Einzelbewertungen des Gerichts zu einer neuen Entscheidung zu verpflichten.

10

2. Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung nicht stand. Das Beschwerdegericht ist grundsätzlich gehalten, im Falle einer nur teilweisen Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung diese nur hinsichtlich des rechtswidrigen Teils aufzuheben und im Übrigen die Beschwerde zurückzuweisen.

11

a) Sowohl im Verfahren nach der Verwaltungsgerichtsordnung als auch im Verfahren nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist weitgehend anerkannt, dass ein mit der Anfechtungsklage bzw. der Anfechtungsbeschwerde angegriffener Verwaltungsakt, der teilweise rechtswidrig ist, vom Gericht nur insoweit aufzuheben ist, als die Rechtswidrigkeit reicht und der rechtlich unbedenkliche Teil nicht in einem untrennbaren inneren Zusammenhang mit dem rechtswidrigen Teil steht (BVerwG, Beschluss vom 2. Mai 2005 - 6 B 6/05, juris Rn. 8; Beschluss vom 30. Mai 2006 - 6 B 28/06, juris Rn. 6; Beschluss vom 26. Mai 2011 - 2 C 8/10, NVwZ-RR 2011, 824 Rn. 18; BGH, Beschluss vom 3. Juli 1976 - KVR 4/75, BGHZ 67, 104, 110 f. - Vitamin B 12; Beschluss vom 16. Dezember 1976 - KVR 2/76, WuW/E 1445, 1446 - Valium, insoweit in BGHZ 68, 23 nicht abgedruckt; Eyermann/Schmidt, VwGO, 14. Aufl., § 113 Rn. 9; BeckOK VwGO/Decker, Stand 1. April 2015, § 113 Rn. 32, 36; Kühnen in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl., GWB, § 71 Rn. 26; Lembach in Langen/Bunte, Kartellrecht, 12. Aufl., GWB, § 71 Rn. 28; Stockmann in MünchKommWettbR, 2. Aufl., GWB § 71 Rn. 12; vgl. auch K. Schmidt in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., GWB, § 71 Rn. 15; Deichfuß in Kölner Kommentar zum Kartellrecht, GWB § 71 Rn. 30). So heißt es in § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO: "Soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig ... ist, hebt das Gericht den Verwaltungsakt ... auf." Das gilt grundsätzlich auch dann, wenn der angefochtene Verwaltungsakt auf einer Ermessensentscheidung - wie hier hinsichtlich des Aufgreifermessens (BGH, Beschluss vom 6. März 2001 - KVZ 20/00, ZIP 2001, 807) - beruht (BVerwG, Beschluss vom 30. Mai 2006 - 6 B 28/06, juris Rn. 8; Beschluss vom 2. Mai 2005 - 6 B 6/05, juris Rn. 6). Anders ist es lediglich, wenn die Verfügung durch die Teilaufhebung in ihrem Wesen verändert würde (BGH, Beschluss vom 18. Mai 1993 - KVZ 10/92, WuW/E 2869, 2871 - Pauschalreisen-Vermittlung II; Be-

schluss vom 25. Oktober 1988 - KVR 1/87, WuW/E 2535, 2541 - Lüsterbehängsteine) oder wenn die rechtlich unbedenklichen Teile in einem untrennbaren inneren Zusammenhang mit dem rechtswidrigen Teil stehen (BVerwG, Beschluss vom 2. Mai 2005 - 6 B 6/05, juris Rn. 8; Beschluss vom 30. Mai 2006 - 6 B 28/06, juris Rn. 6).

12

Bei einer Teilaufhebung handelt es sich nicht darum, dass die Verfügung der Kartellbehörde durch eine eigene abweichende Verfügung des Beschwerdegerichts ersetzt wird. Vielmehr beschränkt sich das Beschwerdegericht darauf, den von ihm als rechtswidrig angesehenen Teil der angefochtenen Verfügung aufzuheben. Es legt die Missbrauchsgrenze abweichend von der Kartellbehörde bei höheren Preisen fest und hebt dementsprechend das Verbot der Kartellbehörde insoweit auf, als es den Bereich unterhalb dieser Missbrauchsgrenze betrifft. Einer solchen nach verwaltungsgerichtlichen Grundsätzen zulässigen Teilaufhebung der angefochtenen Verfügung der Kartellbehörde steht die insoweit lückenhafte Regelung des § 71 GWB nicht entgegen, die im Übrigen dem Beschwerdegericht im Verwaltungsverfahren nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen keinesfalls geringere Befugnisse als den Verwaltungsgerichten hat einräumen wollen (BGH, Beschluss vom 3. Juli 1976 - KVR 4/75, BGHZ 67, 104, 111 - "Vitamin B 12").

13

Nach der Rechtsprechung des Senats ist es grundsätzlich Aufgabe des Beschwerdegerichts, die tatsächlichen Voraussetzungen der angefochtenen Verfügung zu ermitteln. Eine Teilaufhebung vor Spruchreife ist in entsprechender Anwendung des § 113 Abs. 3 Satz 1 VwGO nur in besonders gelagerten Fällen zulässig, so etwa wenn eine Sachaufklärung durch die Behörde vollständig unterblieben ist oder sich die Ermittlungen der Kartellbehörde als unverwertbar erweisen, weil die rechtliche Beurteilung des Beschwerdegerichts ganz

andere Ermittlungen erfordert. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es bewährter Übung entspricht, umfangreiche Ermittlungen, mit denen das hierfür nicht ausgestattete Beschwerdegericht überfordert wäre, von der Kartellbehörde im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens durchführen zu lassen (BGH, Beschluss vom 24. Juni 2003 - KVR 14/01, BGHZ 155, 214, 219 ff. - HABET/Lekkerland). Diese Rechtsprechung wird bestätigt durch die enge Auslegung, die § 113 Abs. 3 Satz 1 VwGO in der Praxis der Verwaltungsgerichte erfährt (BVerwG, NVwZ 2003, 1130, 1132; BeckOK VwGO/Decker, Stand 1. April 2015, § 113 Rn. 59).

14

Dabei ist nicht zu befürchten, dass bei einer nur teilweisen Aufhebung der angefochtenen Verfügung der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt werden könnte. Denn auch die Gerichte sind an diesen verfassungsrechtlichen Grundsatz gebunden. Wenn also eine Verfügung nach Auffassung des Gerichts in ganz erheblichem Maße rechtswidrig ist und nur wegen eines verhältnismäßig geringfügigen Teils noch weitere Feststellungen der Behörde erforderlich sind, kommt (ausnahmsweise) auch eine vollständige Aufhebung in Betracht, um der Behörde die Möglichkeit zu geben, aus Gründen der Verhältnismäßigkeit ganz von einem Einschreiten abzusehen. Die Rechtsbeschwerde macht aber nicht geltend, dass die Landeskartellbehörde dazu substantiiert vorgetragen hätte.

15

b) Nach diesen Grundsätzen war das Beschwerdegericht nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die angefochtene Verfügung (nur) im Umfang der angenommenen Rechtswidrigkeit aufzuheben und im Übrigen die Beschwerde der Betroffenen zurückzuweisen. Es handelt sich bei dem Gebot, den Nettoarbeitspreis von 2,79 €/m<sup>3</sup> auf höchstens 1,82 €/m<sup>3</sup> zu senken, um eine quantitativ teilbare Pflicht. Die Preisobergrenze kann deshalb ohne Änderung des Rechtscharakters der Verfügung angehoben werden.

16 Zu Unrecht hat das Beschwerdegericht auf § 113 Abs. 2 Satz 2 VwGO  
abgestellt. Danach kann in Fällen, in denen ein Geldbetrag festzusetzen ist und  
die Ermittlung des festzusetzenden Betrags einen nicht unerheblichen Aufwand  
erfordert, das Gericht die Änderung des Verwaltungsakts durch Angabe der zu  
Unrecht berücksichtigten oder nicht berücksichtigten tatsächlichen oder rechtli-  
chen Verhältnisse so bestimmen, dass die Behörde den Betrag errechnen  
kann. Dabei geht es lediglich um den abschließenden Rechenvorgang. Die  
Spruchreihe muss das Gericht herbeiführen (vgl. BVerwG, DVBl. 2010, 1171  
Rn. 16; BeckOK VwGO/Decker, Stand 1. April 2015, § 113 Rn. 55 f.).

17 III. Der Beschluss des Beschwerdegerichts ist damit aufzuheben, und der  
Rechtsstreit ist an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen. Eine Entschei-  
dung in der Sache ist dem Senat aufgrund der vom Beschwerdegericht ge-  
troffenen Feststellungen nicht möglich.

18 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

19 1. Das Beschwerdegericht wird sich nochmals mit dem rechtlichen Aus-  
gangspunkt der Kostenprüfung befassen müssen.

20 a) Es hat dazu ausgeführt: Die Behörde könne zur Feststellung eines kos-  
tenbasierten wettbewerbsanalogen Preises ein Kontrollsystem entsprechend  
der Stromnetzentgeltverordnung (StromNEV) und der Gasnetzentgeltverord-  
nung (GasNEV) wählen. Sie habe aber "verunklarende" Systembrüche zu ver-  
meiden und dürfe deshalb keine Mischformen unterschiedlicher methodischer  
Ansätze wählen. Entscheide sie sich für eine analoge Anwendung der Regeln  
der Strom- und GasNEV, müsse sie diese Betrachtungsweise konsequent ein-  
halten, um die nötige Transparenz zu erhalten.

21            b) Den dagegen von der Landeskartellbehörde erhobenen Einwänden  
wird der Erfolg nicht versagt werden können.

22            Mit der Entscheidung "Wasserpreise Calw" (Beschluss vom 15. Mai 2012  
- KVR 51/11, WuW/E DE-R 3632 Rn. 15) hat der Senat seine Rechtsprechung  
aus den Entscheidungen Stromnetznutzungsentgelt I und Papiergroßhandel  
(Urteil vom 18. Oktober 2005 - KZR 36/04, BGHZ 164, 336, 346, und Beschluss  
vom 19. Juni 2007 - KRB 12/07, BGHSt 52, 1 Rn. 19) fortgeführt. Danach kann  
zur Begründung einer Preismissbrauchsverfügung nicht allein auf das Ver-  
gleichsmarktkonzept, sondern auch auf eine Kostenkontrolle abgestellt werden.  
Zwar kann sich nicht die Art der Preisfindung als solche, sondern nur deren Er-  
gebnis als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des § 19  
Abs. 2 GWB darstellen. Deshalb kommt es nicht vorrangig auf die Methode an,  
mit der das Unternehmen seine Preise kalkuliert. Der Ansatz insbesondere ei-  
ner Mehrheit von Preisbildungsfaktoren, von denen anzunehmen ist, dass auf  
ihrer Grundlage kalkulierte Preise bei wirksamem Wettbewerb auf dem Markt  
nicht durchgesetzt werden könnten, kann aber ein Indiz für einen missbräuch-  
lich überhöhten Preis sein. Dabei kann auf den Erfahrungssatz zurückgegriffen  
werden, dass das marktbeherrschende Unternehmen, wäre es wirksamem  
Wettbewerb ausgesetzt, die Ausübung seines Preisgestaltungsspielraums  
maßgeblich davon abhängig machen würde, welchen Erlös es erzielen müsste,  
um die bei Ausschöpfung von Rationalisierungsreserven zu erwartenden Kos-  
ten zu decken und eine möglichst hohe Rendite zu erwirtschaften, andererseits  
aber zu verhindern, dass Kunden wegen zu hoher Preise zu einem Wettbewer-  
ber abwandern. Bei der danach erforderlichen Überprüfung der Preisbildungs-  
faktoren kann die Kartellbehörde - und im Beschwerdeverfahren das Be-  
schwerdegericht - auf die einschlägigen und gegebenenfalls weiterzuentwi-  
ckelnden ökonomischen Theorien zurückgreifen (BGH, Beschluss vom 15. Mai  
2012 - KVR 51/11, WuW/E DE-R 3632 Rn. 15 mwN - Wasserpreise Calw).

23           Dazu hat der Senat auf § 29 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 GWB hingewiesen. Nach dieser Vorschrift ist es einem Versorgungsunternehmen unter bestimmten Voraussetzungen verboten, Entgelte zu fordern, die die Kosten in unangemessener Weise überschreiten. Dabei dürfen Kosten, die sich ihrem Umfang nach im Wettbewerb nicht einstellen würden, bei der Feststellung eines Missbrauchs nicht berücksichtigt werden. In der Begründung des Regierungsentwurfs heißt es dazu (BT-Drucks. 16/5847, S. 11):

Satz 2 stellt klar, dass das für den Ausbeutungsmissbrauch geltende Allob-Wettbewerbskonzept auch den Maßstab für die Ansetzbarkeit der Kosten bildet. Kosten, die ein Unternehmen bei funktionierendem Wettbewerb vermeiden oder nicht geltend machen würde bzw. nicht über die Preise abwälzen könnte, dürfen bei der Anwendung von § 29 nicht zugunsten des Normadressaten berücksichtigt werden. Das Gesetz verwendet keinen bestimmten Kostenbegriff etwa im Sinne von Durchschnittskosten. Die Kartellbehörden haben bei Anwendung des § 29 anerkannte ökonomische Theorien zu beachten, z. B. den Grundsatz, dass bei vollkommenem Wettbewerb die Preise den Grenzkosten entsprechen. Die Kartellbehörde kann nach § 59 das Versorgungsunternehmen auffordern, Kosten, deren Aufschlüsselung und Kalkulationsgrundlagen darzulegen.

24           Mit der 8. GWB-Novelle hat der Gesetzgeber mit Wirkung zum 30. Juni 2013 zudem für die Wasserwirtschaft unter Bezugnahme auf die Senatsentscheidung "Wasserpreise Calw" die §§ 31 bis 31b in das Gesetz eingefügt und dabei in § 31 Abs. 4 Nr. 3 GWB geregelt, dass ein Missbrauch u.a. dann vorliegt, wenn ein Wasserversorgungsunternehmen Entgelte fordert, die die Kosten einer rationellen Betriebsführung in unangemessener Weise überschreiten (s. Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie, BT-Drucks. 17/11053, S. 18 f.).

25           Der danach - auch für die Kostenkontrolle nach § 19 GWB - maßgebliche Begriff der "ökonomischen Theorien" ist umfassend zu verstehen. Dazu können

die Grundsätze der Strom- und GasNEV gehören, aber auch andere Kalkulationsweisen. Das Beschwerdegericht hat den methodischen Spielraum der Behörde bei der Bestimmung des hypothetischen Marktpreises verkannt, indem es angenommen hat, die Behörde sei auf die Berechnungsweise nach der Strom- und GasNEV beschränkt, wenn sie diese Verordnungen überhaupt (auch nur teilweise) heranziehe. Die Verordnungen müssen in diesem Fall nicht uneingeschränkt angewandt werden. Sie geben schon keinen festliegenden Eigenkapitalzinssatz vor, sondern nur eine Methode seiner Berechnung. Im Übrigen betreffen sie die Märkte für die Durchleitung und Verteilung von Strom und Gas. Deshalb muss gegebenenfalls geprüft werden, ob und in welchem Umfang sie auf den hier betroffenen Markt für die Lieferung von Trinkwasser anwendbar sind. So kann etwa zu beachten sein, dass nach dem Vortrag der Behörde ex-ante-Preisindizes, anders als bei Strom- und Gasnetzen, bei Wassernetzen nicht oder nur eingeschränkt vorhanden sind, was die Berechnung der Eigenkapitalverzinsung beeinflussen kann. Die Behörde hat gegebenenfalls die Möglichkeit, Elemente aus den Verordnungen zu verwenden - etwa den kalkulatorischen Eigenkapitalzinssatz -, im Übrigen aber auf eine vollständige Übernahme und Anpassung im Hinblick auf die Besonderheiten der Wasserwirtschaft zu verzichten.

26

Im vorliegenden Fall darf sich das Beschwerdegericht nicht an die Strom- und GasNEV gebunden fühlen. Es muss vielmehr die Tragfähigkeit auch der übrigen von der Kartellbehörde angewandten oder möglicherweise naheliegender sonstiger Methoden der Kostenkontrolle überprüfen.

27

2. Auch hinsichtlich der vom Beschwerdegericht angenommenen Darlegungs- und Beweislast macht die Rechtsbeschwerde zu Recht Bedenken geltend.

28 a) Das Beschwerdegericht hat dazu ausgeführt: Ein Unternehmen müsse unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten überhaupt keine Kalkulation vornehmen, sondern könne den Wasserpreis auch völlig blind greifen. Daraus dürften ihm keine Nachteile entstehen. Entscheidend sei allein, ob es im Ergebnis den marktgerechten Preis treffe. In diesen Fällen stoße die Amtsermittlung an ihre Grenzen, wenn viele Jahre nach einem Kontrolljahr im Nachhinein festgestellt werden solle, für welche Sparte (Strom, Gas, Wasser, Wärme) damals welche Mitarbeiter welchen Leistungsaufwand durchschnittlich über jedes Jahr hinweg erbracht hätten. Sichere die Behörde nicht selbst Beweise etwa durch die stichprobenweise und repräsentative Erfassung einzelner Arbeitsplätze und des jeweils spartenspezifischen Leistungsprofils, so könne von einer Arbeitsplatzbewertung des kontrollierten, aber nicht untersuchten Unternehmens nur dann abgewichen werden, wenn greifbare Fehlbewertungen aufgezeigt würden.

29 b) Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsfehlern.

30 Im kartellbehördlichen Verwaltungsverfahren gilt gemäß § 57 Abs. 1 GWB - ebenso wie im Beschwerdeverfahren nach § 70 Abs. 1 GWB - der Amtsermittlungsgrundsatz. Danach muss die Kartellbehörde die Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB feststellen. Gelingt ihr das nicht, kann sie keine Abstellungsverfügung nach § 32 Abs. 1 GWB erlassen. Dem betroffenen Unternehmen obliegt hinsichtlich der Beschaffung der für die Überprüfung der Preisbildungsfaktoren erforderlichen Daten eine Mitwirkungspflicht nach § 26 Abs. 2 VwVfG, die durch die Auskunftspflicht nach § 59 Abs. 1 GWB konkretisiert wird. Das Unternehmen hat der Kartellbehörde die Daten aus seinem Einwirkungsbereich zu übermitteln, die sich die Behörde nicht auf anderem zumutbarem Wege beschaffen kann (BGH, Beschluss vom 15. Mai 2012 - KVR 51/11, WuW/E DE-R 3632 Rn. 17 ff. - Wasserpreise Calw; Beschluss vom 22. Juli 1999

- KVR 12/98, BGHZ 142, 239, 248 f. - Flugpreisspaltung). Verweigert das Unternehmen eine derartige Mitwirkung, kann die Kartellbehörde daraus im Rahmen der freien Beweiswürdigung Schlüsse ziehen (K. Schmidt in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., GWB, § 57 Rn. 9; Engelsing in MünchKommWettbR, 2. Aufl., GWB, § 57 Rn. 7; Bracher in Frankfurter Kommentar, Stand Juli 2008, GWB § 57 Rn. 23; zurückhaltend Klees in Kölner Kommentar zum Kartellrecht, GWB § 57 Rn. 3). Im Einzelfall kann sie dabei zu dem Ergebnis kommen, dass eine bestimmte Tatsache wegen der verweigeren Mitwirkung des Unternehmens als bewiesen anzusehen ist.

31

Darin unterscheidet sich die Überprüfung der Preise nach der Vergleichsmarktmethode von der hier angewandten Kostenkontrolle. Während das Gesetz für jene Ermittlungsmethode in § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB aF, § 31 Abs. 4 Nr. 2 GWB nF eine teilweise Umkehr der Beweislast vorsieht (BGH, Beschluss vom 2. Februar 2010 - KVR 66/08, BGHZ 184, 168 Rn. 41 ff. - Wasserpreise Wetzlar), bleibt es im Rahmen der kostenbasierten Ermittlung eines Preismissbrauchs uneingeschränkt bei dem Grundsatz, dass die Behörde die (materielle) Beweislast für den Missbrauch trägt (K. Schmidt in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., GWB, § 57 Rn. 11 f.) und nur in diesem Rahmen die unzureichende Mitwirkung des Unternehmens würdigen kann.

32

Dabei kann die Kartellbehörde keine Kalkulationen herausverlangen, die das Unternehmen tatsächlich nicht erstellt hat. Ebenso kann sie dem Unternehmen nicht die Einholung eines Gutachtens aufgeben. Sie kann aber Auskünfte verlangen, die erforderlich sind, um etwa beurteilen zu können, mit welchen Zeitanteilen die Mitarbeiter des Unternehmens - bei mehreren Betätigungsfeldern - für die Wassersparte tätig werden und welche Aufgaben sie dort erfüllen. Diese Feststellung und die Bewertung, ob derselbe Einsatz auch ge-

leistet würde, wenn die Betroffene im Wettbewerb stünde, ist dann Sache der Kartellbehörde bzw. des Beschwerdegerichts.

33 Wie die Rechtsbeschwerde zu Recht geltend macht, kann bei der Ermittlung der relevanten Personalkosten auch zu berücksichtigen sein, dass die Betroffene zum Zwecke der Zuordnung der Personalkosten eine Mitarbeiterbefragung durchgeführt, die Angaben der Mitarbeiter aber nicht vorgelegt hat, so dass die Behörde eine eigene Mitarbeiterbefragung durchführen musste. Vor diesem Hintergrund stellt das Beschwerdegericht jedenfalls zu hohe Anforderungen auf, wenn es meint, von der Arbeitsplatzbewertung der Betroffenen sei nur dann abzuweichen, wenn "greifbare Fehlbewertungen" aufgezeigt würden. Die Rechtsbeschwerdeerwiderung der Betroffenen weist zwar zutreffend darauf hin, dass sich nicht die Art der Preisfindung als solche, sondern nur deren Ergebnis als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen kann, so dass es nicht vorrangig auf die Methode ankommt, mit der das Unternehmen seine Preise kalkuliert. Dennoch kann aber der Ansatz insbesondere einer Mehrheit von Preisbildungsfaktoren, von denen anzunehmen ist, dass auf ihrer Grundlage kalkulierte Preise bei wirksamem Wettbewerb auf dem Markt nicht durchgesetzt werden könnten, ein Indiz für einen missbräuchlich überhöhten Preis sein (BGH, Beschluss vom 15. Mai 2012 - KVR 51/11, WuW/E DE-R 3632 Rn. 15 - Wasserpreise Calw).

34 3. Die Ausführungen des Beschwerdegerichts zu den sonstigen betrieblichen Aufwendungen sind ebenfalls nicht tragfähig.

35 a) Das Beschwerdegericht hat die Kürzung der in dem Posten "sonstige betriebliche Aufwendungen" enthaltenen Kosten für Werbung und Insertionen gebilligt - obwohl ein fiktiv im Wettbewerb stehendes Unternehmen möglicher-

weise Kosten für Werbung aufwenden würde. Nicht gebilligt hat das Beschwerdegericht die übrigen Kürzungen dieses Postens durch die Landeskartellbehörde, weil es - anders als die Behörde - den zur Aufteilung der sonstigen betrieblichen Aufwendungen verwendeten Schlüssel unverändert gelassen hat. Dazu hat es ausgeführt: Die Schlüsselung sei hinsichtlich der übrigen Positionen in einem solchen Maße von Wertungen und Unwägbarkeiten geprägt, dass die vom Bundesgerichtshof angesprochenen Sicherheitszuschläge zum Tragen kämen, oder vorliegend andersherum, dass es im Übrigen bei der nicht minder plausiblen Zuordnung der Betroffenen verbleiben könne.

36

b) Hierbei ist das Beschwerdegericht von einem falschen Prüfungsmaßstab ausgegangen.

37

Die vom Beschwerdegericht angestellten Erwägungen könnten allenfalls dann von Bedeutung sein, wenn der Schlüssel, den die Betroffene zur Verteilung der Aufwendungen auf die einzelnen Sparten herangezogen hat und den das Beschwerdegericht nicht beanstandet hat, grundsätzlich als geeigneter Verteilungsmaßstab angesehen werden könnte. Nach den Ausführungen im angefochtenen Beschluss ist diese Voraussetzung indes nicht gegeben.

38

Der von der Landeskartellbehörde gebildete Verteilungsschlüssel für die sonstigen betrieblichen Aufwendungen ist grundsätzlich schon deshalb nicht mehr zutreffend, weil bei den Aufwandspositionen, die zur Bildung dieses Schlüssels herangezogen worden sind, der Werbungs- und Insertionsaufwand den weitaus größten Anteil gebildet hat (308.645,77 € von insgesamt 371.573,95 €, also rund 83 %). Fällt er weg, muss der Schlüssel neu berechnet werden. Das hat entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts nichts mit der Plausibilität des Schlüssels im Übrigen zu tun. Angesichts dessen hätte das

Beschwerdegericht sich vorrangig mit der Frage befassen müssen, ob der von der Landeskartellbehörde neu gebildete Schlüssel einen geeigneten Verteilungsmaßstab darstellt.

39           4. Nicht zu beanstanden ist, dass das Beschwerdegericht Sicherheitszuschläge schon bei einzelnen Preisbildungsfaktoren, nämlich etwa dem Zinsaufwand, vorgenommen hat.

40           Es darf dann zwar bei der abschließenden Bewertung nicht nochmals einen Sicherheitszuschlag berechnen, weil sonst die Unsicherheiten bei der Feststellung der relevanten Faktoren doppelt berücksichtigt würden. So sind seine Ausführungen auf Seite 57 f. des Beschlussabdrucks (I. B. 9) aber entgegen der Auffassung des Bundeskartellamts nicht zu verstehen. Auch wenn das Beschwerdegericht dort teilweise von "Sicherheitszuschlag" spricht, ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang, dass ausschließlich ein Erheblichkeitszuschlag gemeint ist. Dieser soll das mit § 19 GWB verbundene Unwerturteil rechtfertigen (BGH, Beschluss vom 15. Mai 2012 - KVR 51/11, WuW/E DE-R 3632 Rn. 26 - Wasserpreise Calw), während die Sicherheitszuschläge den im Einzelfall auftretenden Unsicherheiten bei der Feststellung der relevanten Preisbildungsfaktoren Rechnung tragen (BGH, aaO Rn. 15).

41           5. Zutreffend wendet sich die Rechtsbeschwerde gegen die Annahme des Beschwerdegerichts, der Wert des Grundstücks Schleiftal sei mit dem Bodenrichtwert des Jahres 2005 zu bemessen.

42           a) Auf dem Grundstück Schleiftal betreibt die Betroffene ein Wasserwerk. Das Grundstück hat ursprünglich im Eigentum der Stadt Calw gestanden. Es ist von dort nicht auf den Eigenbetrieb Stadtwerke Calw - buchmäßig - übertragen

worden, sondern im Jahr 2005 sogleich auf die Stadtwerke Calw GmbH und von dort zum 1. Januar 2007 auf die Betroffene. Dementsprechend ist das Grundstück im Rechenwerk des Eigenbetriebs Stadtwerke Calw nicht aufgeführt gewesen und bei der Berechnung der ursprünglichen Wasserpreise - so der Vortrag der Betroffenen - auch nicht berücksichtigt worden.

43 Das Beschwerdegericht hat das Grundstück nicht mit den ursprünglichen Anschaffungskosten der Jahre 1963/1973 in Höhe von 9.662,39 €, sondern mit den Anschaffungskosten des Jahres 2005 (241.920 €) bewertet. Zur Begründung hat es ausgeführt, nur dies werde - Restwertbetrachtungen außer Acht gelassen - dem Vorgang betriebswirtschaftlich/kalkulatorisch gerecht.

44 b) Diese Auffassung des Beschwerdegerichts ist zu beanstanden.

45 Die Kostenkontrolle nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB zielt darauf ab, Preisbildungsfaktoren auszuschließen, von denen anzunehmen ist, dass auf ihrer Grundlage kalkulierte Preise bei wirksamem Wettbewerb auf dem Markt nicht durchgesetzt werden könnten (BGH, Beschluss vom 15. Mai 2012 - KVR 51/11, WuW/E DE-R 3632 Rn. 15 - Wasserpreise Calw). Daran gemessen, ist die Entscheidung des Beschwerdegerichts zu der Bewertung des Grundstücks Schleiftal rechtsfehlerhaft. Zwar hat (erst) im Jahr 2005 formal eine Veräußerung des Grundstücks stattgefunden. Das Beschwerdegericht hat aber verkannt, dass es sich dabei um einen atypischen Vorgang handelt, der auf den wettbewerbsanalogen Wasserpreis keinen Einfluss hat.

46 6. Die Berechnung der Konzessionsabgaben ist nicht zu beanstanden.

47 a) Das Beschwerdegericht hat dazu ausgeführt: Die Berechnung der Konzessionsabgaben durch die Betroffene stimme mit den Höchstpreisen der Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände (KAE) vom 4. März 1943 (RAnz 1941, Nr. 57, 120) überein. Der Satz für Versorgungsleistungen, die an Verbraucher zu allgemeinen Tarifpreisen abgegeben würden, dürfe nach § 2 Abs. 1b KAE 10 % der Roheinnahmen betragen, der Satz für die Versorgungsleistungen an Nicht-Tarifkunden 1,5 %. In die Roheinnahmen seien - wie es die Betroffene getan habe - die Konzessionsabgaben schon einzurechnen, auch wenn man dadurch auf Konzessionsabgaben in Höhe von insgesamt 11,11 % bzw. 1,52 % der Roheinnahmen komme.

48 Der Wortlaut der Norm gebe unzweifelhaft vor, dass die Konzessionsabgabe 10 % der Roheinnahmen ausmache. Der Wortlaut enthalte dagegen keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Roheinnahmen und die Abgabe zusammen nur 110 % ausmachen dürften. Wenn der Gesetzgeber das gewollt hätte, wäre zu erwarten gewesen, dass er das ausdrücklich geregelt hätte.

49 b) Die Auffassung des Beschwerdegerichts trifft zu.

50 Die Berechnung der Konzessionsabgaben richtet sich nach der KAE, die für den Bereich der Wasserversorgung durch die am 1. September 1992 in Kraft getretene Verordnung über die Konzessionsabgaben für Strom und Gas (KAV) nicht außer Kraft gesetzt worden ist, sondern als vorkonstitutionelles Recht insoweit weitergilt, als sie dem Grundgesetz nicht widerspricht (BFH,

DStR 2012, 855 Rn. 14). Nach § 2 KAE sind die Konzessionsabgaben auf folgende Höchstwerte beschränkt:

1,5 % der Roheinnahmen aus Versorgungsleistungen ..., die an letzte Verbraucher nicht nach allgemeinen Bedingungen und allgemeinen Tarifpreisen abgegeben werden,

10 % der Entgelte bei Gemeinden mit - wie hier - 25.000 oder weniger Einwohnern ... aus Versorgungsleistungen, die an letzte Verbraucher zu den allgemeinen Bedingungen und allgemeinen Tarifpreisen abgegeben werden.

51 Zur Berechnungsweise heißt es in § 4 Abs. 1 KAE:

Soweit Konzessionsabgaben nach dem 31. März 1941 weiter erhoben werden dürfen, sind sie nach Hundertsätzen der Entgelte aus Versorgungsleistungen an den letzten Verbraucher zu bemessen.

52 Der Wortlaut dieser Regelung widerspricht jedenfalls nicht der Annahme, der vorkonstitutionelle Verordnungsgeber sei davon ausgegangen, dass die Konzessionsabgaben in die Entgelte für die entsprechenden Leistungen eingerechnet werden sollten. Dafür spricht im Gegenteil § 4 Abs. 1 KAE. Denn nach § 2 KAE beziehen sich die Prozentsätze auf die Roheinnahmen bzw. Entgelte. Hätte der Verordnungsgeber nichts Weiteres geregelt, wären die Konzessionsabgaben - wie es die Rechtsbeschwerde der Landeskartellbehörde vertritt - als Prozentsätze von den Einnahmen zu berechnen gewesen. Indem er aber in § 4 Abs. 1 ausdrücklich geregelt hat, dass die Abgaben nach "Hundertsätzen der Entgelte" und nicht nach "Hundertsätzen von den Entgelten" zu berechnen sind, hat er jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass die Konzessionsabgaben in die Entgelte und Roheinnahmen einzurechnen sind.

53 Diese Einrechnung ist systemgerecht. Bei anderer Berechnung gäbe es neben den Entgelten und Roheinnahmen noch die Konzessionsabgaben. Vom Verbraucher wird aber nur ein - einheitliches - Entgelt gefordert, in dem alle Entgeltbestandteile, also auch die Konzessionsabgaben, enthalten sind. Soweit in § 2 KAE der Begriff "Roheinnahmen" verwendet wird, gilt nichts anderes. Denn nach Nr. 9 der Durchführungsbestimmungen vom 27. Februar 1943 zur Konzessionsabgabenverordnung (D/KAE) sind darunter die Isteinnahmen, bei Unternehmen mit kaufmännischer Buchführung die Erträge des jeweiligen Rechnungsjahres zu verstehen. Auch dabei wird nicht differenziert zwischen Roheinnahmen und davon zu trennenden Konzessionsabgaben. Vielmehr umfassen die "Isteinnahmen" auch die Konzessionsabgaben.

54 Dass diese Berechnungsweise zu einer Erhöhung der Sätze führt, die bei anderer Berechnungsmethode gelten würden, steht nicht entgegen. Zwar hat der Verordnungsgeber die Konzessionsabgaben abschmelzen wollen. Dafür war aber vorgesehen, die Höchstsätze zu verringern, wie sich daraus ergibt, dass die Absicht des Verordnungsgebers in § 2 Abs. 2 Satz 2 KAE zum Ausdruck gebracht worden ist, also im systematischen Zusammenhang mit den Höchstsätzen.

55 7. Nicht zu beanstanden sind auch die Anforderungen, die das Beschwerdegericht an die Darlegungs- und Beweislast der Behörde stellt, soweit sie dem betroffenen Unternehmen Ineffizienzen vorwirft, weil es Kostensenkungspotenziale in Gestalt von Verhandlungsspielräumen hinsichtlich der Höhe der Konzessionsabgaben nicht ausgeschöpft habe.

56 a) In dem bestehenden Konzessionsvertrag ist vorgesehen, dass das örtliche Wasserversorgungsunternehmen verpflichtet ist, unentgeltlich Wasser für

Feuerlösch- und Feuerlöschübungszwecke sowie Anlagen für die Löschwasserversorgung und den Feuerschutz zur Verfügung zu stellen, ohne dass dafür eine Senkung der Konzessionsabgaben vorgesehen ist. Das Beschwerdegericht ist der Auffassung, die Landeskartellbehörde habe nicht substantiiert dargelegt, dass die Betroffene die Möglichkeit gehabt hätte, bei den Verhandlungen über die Konzessionsabgabe im Hinblick auf diese Pflichten eine Senkung der Konzessionsabgabe zu verlangen, wie es auch andere Konzessionsnehmer vereinbart hätten. Das gelte auch für die Betroffene, die keinen Konzessionsvertrag mit der Stadt Calw ausgehandelt, sondern in den bestehenden Vertrag zwischen der Stadt und der Stadtwerke Calw GmbH eingetreten sei.

57                    b) Dagegen ist aus Rechtsgründen nichts zu erinnern.

58                    Die Feststellungslast der Kartellbehörde erstreckt sich bei einer Kontrolle der Preisbildungsfaktoren auf alle die behördliche Verfügung stützenden Umstände und damit auch auf die etwaigen Ineffizienzen des Unternehmens. Das ist nur anders bei der Vergleichsmarktmethode nach § 31 Abs. 4 Nr. 2 GWB nF (§ 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB aF), bei der das Gesetz eine teilweise Umkehr der Darlegungs- und Beweislast anordnet. Hinsichtlich dieser Methode hat der Senat offen gelassen, ob die an die Stadt oder die Gemeinde zu entrichtende Konzessionsabgabe als ein unbeeinflussbarer und deswegen grundsätzlich relevanter Kostenfaktor zu gelten hat und welche Bedeutung es in diesem Zusammenhang hat, dass die Stadt an dem Wasserversorgungsunternehmen beteiligt ist (BGH, Beschluss vom 2. Februar 2010 - KVR 66/08, BGHZ 184, 168 Rn. 41 ff. - Wasserpreise Wetzlar).

59                    Auch im vorliegenden Fall braucht diese Frage nicht abschließend entschieden zu werden. Da der Gesetzgeber in § 21a Abs. 4 Satz 2 EnWG die

Konzessionsabgaben bei der regulierungsrechtlichen Festsetzung von Netznutzungsentgelten zu den nicht beeinflussbaren Kostenanteilen zählt, bedarf es jedenfalls konkreter Anhaltspunkte dafür, dass sich die Stadt oder Gemeinde im Rahmen der Verhandlungen über den Abschluss eines Konzessionsvertrages auf geringere als die nach der KAE höchstzulässigen Konzessionsabgaben eingelassen hätte. Das gilt insbesondere im vorliegenden Fall, in dem die Konzessionsabgaben schon wirksam vereinbart waren und nur noch im Rahmen von Nachverhandlungen hätte versucht werden können, die Stadt Calw zu einer Verminderung der Abgaben im Hinblick auf die kostenlos erbrachten Brandschutzleistungen zu bewegen (generell gegen die Annahme einer ausreichenden Verhandlungsmöglichkeit über die Konzessionsabgaben Ritzenhoff, WRP 2010, 734, 740; Lotze/Reinhardt, NJW 2009, 3273, 3277; Reif in Münch-KommWettbR, 2. Aufl., GWB, § 31 Rn. 285 f.; aA Daiber, WuW 2000, 352, 359; Säcker/Mohr/Wolf, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, 2011, S. 187 ff.; wohl auch Klaue in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., GWB § 31 Rn. 72 f.).

60 Das Beschwerdegericht hat solche Anhaltspunkte nicht festgestellt. Damit kann nicht ausgeschlossen werden, dass diese Kosten auch anfallen würden, wenn die Betroffene einem Wettbewerbsdruck ausgesetzt wäre. Dass sich andere Städte und Gemeinden auf solche Minderungen eingelassen haben (Breuer, NVwZ 2009, 1249, 1250; Holländer/Zenker/Pielen/Geyler/Lautenschläger, Kernaussagen des Gutachtens "Trinkwasserpreise in Deutschland - Welche Faktoren begründen regionale Unterschiede?", 2008, S. 7), reicht noch nicht aus, um erfolgversprechende Verhandlungen auch im vorliegenden Fall unterstellen zu können. Dass das Beschwerdegericht insoweit gebotene Aufklärungsmaßnahmen unterlassen hätte, macht die Rechtsbeschwerde nicht geltend und ist auch sonst nicht ersichtlich.

61           8. Schließlich hat das Beschwerdegericht zu Recht einen Erheblichkeitszuschlag berücksichtigt. Lediglich die Höhe dieses Zuschlags bedarf noch einer vertieften Betrachtung.

62           a) Das Beschwerdegericht hat einen Erheblichkeitszuschlag anerkannt, ihn aber auf 7,5 % veranschlagt gegenüber nur 3 %, wie von der Landeskartellbehörde geltend gemacht. Zur Begründung hat es darauf hingewiesen, dass ein Zuschlag von 3 % im Regelfall nahezu nicht spürbar sei.

63           b) Wie der Senat in der Entscheidung "Wasserpreise Calw" ausgeführt hat, ist ein Erheblichkeitszuschlag geboten, weil der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ein Unwerturteil enthält und es dafür eines erheblichen Abstands zwischen dem von der Betroffenen geforderten Preis und dem niedrigeren wettbewerbsanalogen Preis bedarf (BGH, Beschluss vom 15. Mai 2012 - KVR 51/11, WuW/E DE-R 3632 Rn. 25 ff.; ebenso Beschluss vom 16. Dezember 1976 - KVR 2/76, BGHZ 68, 23, 36 f. - Valium; Beschluss vom 28. Juni 2005 - KVR 17/04, BGHZ 163, 282, 295 f. - Stadtwerke Mainz; Urteil vom 7. Dezember 2010 - KZR 5/10, WuW/E DE-R 3145 Rn. 32 - Entega II; Bechtold, GWB, 7. Aufl., § 19 Rn. 55; aA Nothdurft in Langen/Bunte, Kartellrecht, 12. Aufl., GWB § 19 Rn. 121 ff.). Die dagegen von der Betroffenen und vom Bundeskartellamt vorgebrachten Einwände geben dem Senat keinen Anlass, von seiner Meinung abzuweichen. Im Gegenteil ergibt sich die Notwendigkeit eines Erheblichkeitszuschlags auch aus § 29 Satz 1 Nr. 2 GWB. Danach liegt ein Preishöhenmissbrauch dann vor, wenn das Unternehmen Entgelte fordert, die die Kosten "in unangemessener Weise" überschreiten. Die gleiche Formulierung hat der Gesetzgeber in § 31 Abs. 4 Nr. 3 GWB in der Fassung der 8. GWB-Novelle verwendet. Daraus ergibt sich, dass nicht schon jede geringfügige Überschreitung des Wettbewerbspreises das Unwerturteil der §§ 19, 29,

31 Abs. 3, 4 GWB rechtfertigt. Andererseits kommt es bei der Bemessung des Erheblichkeitszuschlags nicht darauf an, ob bei der Ermittlung des wettbewerbsanalogen Preises Unsicherheiten aufgetreten sind (so aber Nothdurft in Langen/Bunte, Kartellrecht, 12. Aufl., GWB § 19 Rn. 123). Denn diese Unsicherheiten müssen durch Sicherheitszuschläge aufgefangen werden.

64

Die Bemessung des Erheblichkeitszuschlags obliegt dem Tatrichter, der dabei die Umstände des konkreten Falles zu bewerten hat. Dabei kann, wenn der sachliche Markt von einer Monopolsituation geprägt ist, unter Umständen ein Missbrauch schon bei einem geringeren Zuschlag anzunehmen sein als unter normalen Marktgegebenheiten (BGH, Beschluss vom 15. Mai 2012 - KVR 51/11, WuW/E DE-R 3632 Rn. 27 - Wasserpreise Calw; Beschluss vom 28. Juni 2005 - KVR 17/04, BGHZ 163, 282, 296 - Stadtwerke Mainz; Urteil vom 7. Dezember 2010 - KZR 5/10, WuW/E DE-R 3145 Rn. 32 - Entega II). Das Argument des Beschwerdegerichts, eine Erhöhung um nur 3 % sei in der Regel nicht spürbar, ist unzutreffend. Für die Bemessung entscheidend ist nicht die tatsächliche Spürbarkeit, sondern die rechtliche Erheblichkeit der Preisüberschreitung. Insoweit kann durchaus auch ein Zuschlag in Höhe von 3 % oder weniger ausreichen. Entgegen der Auffassung des Bundeskartellamts sind bei der Berechnung des Erheblichkeitszuschlags dagegen nicht nur die vom Unternehmen beeinflussbaren Kosten zugrunde zu legen. Etwa erforderliche Differenzierungen können sich in der Höhe des Zuschlags abbilden.

65

9. Im Rahmen der wiedereröffneten mündlichen Verhandlung hat das Beschwerdegericht Gelegenheit, sich mit den übrigen Verfahrensrügen der Rechtsbeschwerde der Landeskartellbehörde auseinanderzusetzen.

66 IV. Die Rechtsbeschwerde der Betroffenen, die sich nur auf die Kostenentscheidung des Beschwerdegerichts bezieht, ist infolge der Aufhebung des angefochtenen Beschlusses gegenstandslos geworden.

Raum

Strohn

Kirchhoff

Bacher

Deichfuß

Vorinstanz:

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 05.09.2013 - 201 Kart 1/12 -