



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

KVR 17/04

Verkündet am:  
28. Juni 2005  
Walz  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in der Kartellverwaltungssache

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: ja

Stadtwerke Mainz

GWB § 19 Abs. 1 und Abs. 4; EnWG § 6 Abs. 1

- a) Im Rahmen der Preismißbrauchskontrolle darf die Kartellbehörde eine Mißbrauchsgrenze festlegen, die sämtliche oberhalb dieser Grenze liegenden Preisgestaltungen erfaßt. Das gilt gleichermaßen für eine befristete Anordnung wie für eine unbefristete Verfügung, welche eine dynamische oder eine statische Obergrenze bestimmt.
- b) Bei der Feststellung des wettbewerbsanalogen Preises für Netznutzungsentgelte darf die Behörde auch einen Vergleich der Erlöse je Kilometer Leitungslänge anstellen. Das in den Vergleich einbezogene Unternehmen muß nach seiner Größe oder der Struktur seines Netzgebiets nicht auf derselben Stufe wie das kontrollierte Unternehmen stehen. Unter Umständen kann auch die Einbeziehung eines einzigen Vergleichsunternehmens ausreichen.
- c) Die Vergleichbarkeit im Einzelfall ist durch Zu- und Abschläge auf die in erster Linie möglichst genau zu ermittelnden und nur hilfsweise zu schätzenden Preise zu ermitteln; ein überwiegend durch geschätzte Zu- und Abschläge ermittelter wettbewerbsanaloger Preis kann keine taugliche Grundlage für eine Mißbrauchsverfügung sein.
- d) Eine Preismißbrauchsverfügung darf nur erlassen werden, wenn der ordnungsgemäß ermittelte Vergleichspreis erheblich von dem Preis abweicht, den das betroffene Unternehmen fordert ("Erheblichkeitszuschlag").
- e) Die Vermutung, daß eine Preisgestaltung nach der Verbändevereinbarung Strom II Plus guter fachlicher Praxis entspricht (§ 6 Abs. 1 EnWG), schließt einen Mißbrauch nach § 19 Abs. 4 GWB nicht aus.

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Februar 2005 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofes Prof. Dr. Hirsch und die Richter Prof. Dr. Goette, Ball, Prof. Dr. Bornkamm und Dr. Raum

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des Bundeskartellamtes wird der Beschluß des Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 17. März 2004 aufgehoben.

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

Der Wert des Gegenstandes des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 20 Mio. € festgesetzt.

#### Gründe:

A.

Die Betroffene betreibt als kommunales Versorgungsunternehmen das Mittel- und Niederspannungsnetz in der Stadt Mainz und einigen angrenzenden Gemeinden des Landes Hessen. Bis Ende 1999 besorgte die Betroffene in ihrem Netzgebiet auch den Stromvertrieb. Diese Aufgabe nimmt seither die entega GmbH wahr, welche von der Betroffenen zusammen mit der HEAG Versorgungs-AG, Darmstadt, als Gemeinschaftsunternehmen gegründet wurde. Die entega GmbH bezieht ihren Strom von der Energie Rhein-Main GmbH & Co. KG, deren Lieferantin die Kraftwerke Mainz-Wiesbaden AG ist; diese Ge-

sellschaft, von deren Grundkapital die Betroffene 33,3 % hält, betreibt das Hochspannungsnetz im Netzgebiet der Betroffenen, sorgt für die Umspannung zu Mittelspannung und erzeugt auch selbst Strom.

Dritten Unternehmen stellt die Betroffene ihr Leitungsnetz zur Durchleitung zur Verfügung. Das Netznutzungsentgelt, das die Durchleiter zu entrichten haben, ermittelt die Betroffene nach den Regeln der Anlage 3 der "Verbändevereinbarung Strom II plus" (VV Strom II plus). Das Bundeskartellamt hält dieses Entgelt für überhöht und hat der Betroffenen, weil sie ihre marktbeherrschende Stellung mißbräuchlich ausnutze und die an einer Durchleitung interessierten Unternehmen unbillig behindere, mit Beschluß vom 17. April 2003 untersagt,

"in den Netzebenen Mittelspannung, Umspannung Mittel- zu Niederspannung und Niederspannung Netznutzungsentgelte zu erheben, die zu einem Erlös führen, welcher den Betrag von 40.800.000 € (zuzüglich Umsatzsteuer, Konzessionsabgaben, Mehrbelastungen aus dem KWK-Gesetz und Erlösen aus Meßentgelten) [scil.: im Jahr] überschreitet".

Den Mißbrauchs- und Behinderungsvorwurf hat das Bundeskartellamt daraus hergeleitet, daß ein Vergleich der Erlöse, welche einerseits die Betroffene und andererseits die als Vergleichsunternehmen herangezogene RWE Net AG (jetzt RWE Energy AG) je Kilometer Netzleitung erzielt, ein Kostensenkungspotential bei der Betroffenen von jährlich mehr als 10 Mio. € ergebe. Wegen dieser mißbräuchlich überhöhten Netznutzungsentgelte behindere die Betroffene andere an der Durchleitung von Strom durch das Mainzer Netz interessierte Unternehmen unbillig.

Die Betroffene hat sich mit der Beschwerde gegen die Untersagungsverfügung gewandt und u.a. geltend gemacht, das Bundeskartellamt sei unzulässig preisregulierend tätig geworden, die Verfügung sei formell rechtswidrig und unverhältnismäßig, ein Preismißbrauch liege nicht vor und ein solcher Mißbrauch sei auf dem von dem Bundeskartellamt eingeschlagenen Weg mangels Ver-

gleichbarkeit der herangezogenen Märkte auch nicht feststellbar. Das Beschwerdegericht hat die Verfügung aufgehoben und die Rechtsbeschwerde zugelassen. Mit ihr erstrebt das Bundeskartellamt die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und die Zurückweisung der Beschwerde der Betroffenen.

B.

Die Rechtsbeschwerde ist begründet und führt unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht, weil nicht ausgeschlossen werden kann, daß sich nach ergänzenden tatsächlichen Feststellungen die Beurteilung des Bundeskartellamts, die Betroffene verstoße gegen das Mißbrauchsverbot des § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 2 GWB, als zutreffend erweist.

I.

Das Beschwerdegericht (OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 1439 ff.) hat seine Entscheidung, die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts aufzuheben, im wesentlichen mit drei Erwägungen begründet: Die angefochtene Verfügung habe für die Betroffene im Ergebnis eine von den Bestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, vor allem von § 32 GWB, nicht gedeckte preisregulierende Wirkung. Davon abgesehen sei eine mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung oder eine unbillige Behinderung von Wettbewerbern nicht feststellbar, weil weder die von RWE Net AG berechneten Netznutzungsentgelte eine taugliche Vergleichsgrundlage bildeten noch der zum Vergleich herangezogene Maßstab der Erlöse je Kilometer Leitungslänge ein im Rahmen der Preismißbrauchskontrolle sinnvolles und mit den gesetzlichen Vorschriften in Einklang stehendes Kriterium sei. Schließlich sei auch nicht nachgewiesen, daß die Betroffene mit den von ihr erhobenen Netznutzungsentgelten die für die Feststellung eines Preismißbrauchs unerlässlich notwendige Erheblichkeitsschwelle überschreite.

II.

Dies hält nicht in allen Punkten der rechtlichen Prüfung stand. Die Untersagungsanordnung des Bundeskartellamts führt nicht zu einer unzulässigen, von § 32 GWB nicht gedeckten Preisregulierung; aus Rechtsgründen scheidet es auch nicht aus, der Prüfung, ob die von der Betroffenen erhobenen Netznutzungsentgelte mißbräuchlich überhöht sind, als Vergleichsmaßstab die je Kilometer Leitungslänge erzielten Erlöse und als Vergleichsunternehmen den Wettbewerber RWE Net AG zugrunde zu legen.

1. Die von dem Beschwerdegericht auch in diesem Verfahren (vgl. ferner OLG Düsseldorf RdE 2003, 311 und WuW/E DE-R 1239; s. auch Büdenbender, EnWG, § 6 Rdn. 142) vertretene Auffassung, daß die bis zum 31. Dezember 2003 geltende - hier an die Heranziehung der VV Strom II Plus anknüpfende - Vermutung der Erfüllung guter fachlicher Praxis nach § 6 Abs. 1 EnWG einen Mißbrauch nach § 19 Abs. 4 GWB ausschließe, ist unzutreffend (BGHZ 156, 379, 386 f. - Strom und Telefon I), weil sie sich über die klare Regelung in § 6 Abs. 1 Satz 6 EnWG hinwegsetzt. Das Beschwerdegericht kann sich für seine Auffassung auch nicht auf die Gesetzesmaterialien (BT-Drucks. 15/197 S. 7) stützen, weil der dort angeführten Bemerkung, "die Vermutung guter fachlicher Praxis" entkräfte "in aller Regel einen möglichen Mißbrauchsvorwurf im Sinne des § 19 Abs. 4 GWB", schon nicht entnommen werden kann, eine andere Berechnungsmethode, die die Ziele des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen besser zu erfüllen geeignet ist, dürfe nicht angewandt werden; davon abgesehen verkennt das Beschwerdegericht, daß sich diese Bemerkung auf einen anderen Entwurfstext bezieht, der nicht Gesetz geworden ist (vgl. Klocker, WuW 2003, 880, 882). Gerade wenn die Heranziehung der Verbändevereinbarung zu Ergebnissen führt, die - was im Hinblick auf die Art und Weise, wie die Regelungen dieser Vereinbarung zustande gekommen sind und welchem Ziel sie dienen (s. VV Einleitung, 3. Absatz, Satz 1), nicht ausgeschlossen werden kann - das von den Betreibern der natürlichen Monopole geforderte überhöhte Preisniveau verfestigen, muß sich der in § 6 Abs. 1 Satz 6

EnWG zweifelsfrei zum Ausdruck gekommene gesetzgeberische Wille durchsetzen, daß die nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorgesehene Mißbrauchskontrolle unberührt bleibt (zutreffend Piltz, WuW 2001, 552, 555; s. ferner Klocker aaO S. 884).

2. Zu Unrecht meint das Beschwerdegericht, die angefochtene Verfügung sei von § 32 GWB nicht gedeckt.

a) Es verkennt dabei nicht, daß nach dieser Bestimmung nicht nur ein konkretes Verhalten, hier das Fordern bestimmter überhöhter Preise, verboten werden kann, sondern daß die Behörde im Rahmen der Preis- mißbrauchskontrolle statt dessen im Interesse der effektiven Durchsetzung der gesetz-

lichen Anordnungen auch eine Mißbrauchsgrenze (BGHZ 67, 104, 108 f. - Vitamin B 12; BGHZ 129, 37, 52 - Weiterverteiler; BGHZ 135, 323, 332 - Gaspreis) festlegen darf, die sämtliche oberhalb dieser Grenze liegenden Preisgestaltungen erfaßt. Diese Grenze kann in der Weise festgelegt werden, daß sie dem betroffenen Unternehmen das Gesamtvolumen der erforderlichen Erlösreduzierung aufgibt. Die nach der Rechtsprechung des Senats für ein solches Vorgehen erforderlichen Voraussetzungen (BGHZ 129, 37, 52 - Weiterverteiler), daß - bei sonst unveränderter Sachlage - alle erfaßten möglichen Verletzungshandlungen unter das gesetzliche Verbot fallen und daß angesichts der bisherigen Verhaltensweise der Betroffenen solche Handlungen ernstlich drohen, sind hier erfüllt.

b) Diese Grundsätze gelten nicht nur für eine befristete Verfügung oder für eine unbefristete Anordnung, welche eine dynamische Erlösobergrenze festlegt (BGHZ 129, 37, 52 - Weiterverteiler), sondern in gleicher Weise auch für eine statische Erlösobergrenze, wie sie in der angefochtenen Verfügung bestimmt worden ist. Denn auch dann wird der Betroffenen nur das verboten, was ihr - bei unveränderter Sachlage - ohnehin untersagt ist (vgl. BGHZ 67, 104, 109 - Vitamin B 12).

Gegen die Zulässigkeit einer solchen statischen Erlösobergrenze wendet die Betroffene zu Unrecht ein, als Adressatin der Untersagungsverfügung sei sie außerstande, die ihr nicht bekannten Erlöse des Vergleichsunternehmens unschwer zu ermitteln. Hierauf kommt es nicht an, denn es ist gerade das Kennzeichen einer solchen statischen Grenze, daß ihre Höhe - bei sonst unveränderter Sachlage - festgeschrieben ist. Soweit der Senat in seiner bisherigen Rechtsprechung die Zulässigkeit von Preisobergrenzen unter dem Gesichtspunkt der Bestimmtheit davon abhängig gemacht hat, daß das betroffene Unternehmen die Preise des Vergleichsunternehmens kennt oder unschwer ermitteln kann, läßt sich dies auf den vorliegenden Fall nicht übertragen, weil dort allein dynamische, also nach dem Verbotstenor von der Entwicklung der Preise des Vergleichsunternehmens abhängige Preisobergrenzen auf ihre Zulässigkeit geprüft worden waren (BGHZ 129, 37, 52 - Weiterverteiler; Sen.Beschl. v. 26.9.1995 - KVR 24/94, WuW/E 3009, 3012 - Stadtgaspreis Potsdam).

Die Festlegung einer statischen Erlösobergrenze ist auch nicht deswegen unzulässig, weil, wie die Betroffene geltend macht, jede Erhöhung der Erlöse des Vergleichsunternehmens automatisch zu einer Verschiebung der Mißbrauchsgrenze nach oben führen müsse und diese Änderungen als nur interne Zahlen ihr als der von der Untersagungsverfügung betroffenen Wettbewerberin notwendig unbekannt bleiben müßten. Unter der für das Rechtsbeschwerdeverfahren zu unterstellenden Voraussetzung, daß der fiktive wettbewerbsanaloge Preis richtig ermittelt worden ist (dazu unten 3.), können allein durch allgemeine Kostensteigerungen veranlaßte Mehrkosten bei der Ermittlung des der Mißbrauchsprüfung zugrundezulegenden Preises Berücksichtigung finden, während eine auf individuellen unternehmerischen Entscheidungen beruhende Erhöhung der Erlöse je Kilometer Leitungslänge den Mißbrauchsvorwurf nicht auszuräumen vermag (s. BGHZ 142, 239, 249 f. - Flugpreisspaltung). Kostensteigerungen, die allgemein anfallen, bleiben der Betroffenen aber nicht verborgen; sie kann sie gegenüber dem Bundeskartellamt ohne weiteres geltend machen, wenn sie nicht sogar einen solchen Umfang annehmen, daß sie zu einer

wesentlichen Änderung der Sachlage (so Bericht der Arbeitsgruppe Netznutzung Strom vom 19.4.2001, S. 46) führen. Letzteres hätte zur Folge, daß eine durch die Kostensteigerungen bedingte Überschreitung der Erlösgrenze nicht mehr vom Verbotsgegenstand der Untersagungsverfügung erfaßt wäre (BGHZ 67, 104, 109 - Vitamin B 12).

c) Auch wenn nach den aus Rechtsgründen nicht zu beanstandenden Feststellungen des Beschwerdegerichts denkbar ist, daß sich ohne Zutun der Betroffenen die Rahmenbedingungen der Netznutzung in ihrem Gebiet in einer Weise ändern, daß sie - ohne gegen das Gesetz zu verstoßen - Entgelte erheben dürfte, die zu einer Überschreitung der jährlichen Erlösobergrenze von 40.800.000 € führen, wirkt die angefochtene Verfügung nicht wie eine präventive Preiskontrolle. Denn derartige Änderungen können der Betroffenen nicht verborgen bleiben, sondern beruhen auf Umständen, die ihr eigenes Handeln bestimmen und die sie zum Anlaß nehmen kann, notfalls in einem neuen Verfahren klären zu lassen, ob die Erlösobergrenze angepaßt werden muß; die Rechtskraft der in dem jetzigen Verfahren ergehenden Entscheidung stünde dem nicht entgegen (Sen.Beschl. v. 17.5.1965 - KVR 1/64, WuW/E 667, 673 - Rechtselfische Zementpreise IV).

d) Dagegen entfaltet das Verbot innerhalb der zutreffend festgesetzten Mißbrauchsgrenze schon deswegen keine preisregulierende Wirkung, weil es in der Entscheidung der Betroffenen liegt, auf welche Weise sie die ihr aufgebene Erlössenkung verwirklicht (vgl. schon BGHZ 67, 104, 109 - Vitamin B 12). Es ist deswegen auch nicht unverhältnismäßig (vgl. BVerfG, WuW/E DE-R 557 - Importarzneimittel-Boykott). Daß die Untersagungsverfügung die Betroffene in ihrer Preisgestaltung einschränkt, hat sie ebenso hinzunehmen, wie sie sich auch einem wirksamen Wettbewerb mit anderen Versorgungsunternehmen zu stellen hätte, wenn er nicht durch die faktische Monopolsituation weitgehend ausgeschlossen wäre.

3. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts kann nicht ausgeschlossen werden, daß die Netznutzungsentgelte der Betroffenen mißbräuchlich überhöht (§ 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 2 GWB) sind.

a) Die Betroffene hat aufgrund ihres natürlichen Monopols auf dem durch ihr Elektrizitätsversorgungsnetz räumlich begrenzten Markt für die Bereitstellung von Dienstleistungen der Netzdurchleitung eine marktbeherrschende Stellung.

b) Es ist nicht schlechthin ausgeschlossen, der Prüfung, ob die von der Betroffenen geforderten Netznutzungsentgelte auf den in die Betrachtung einbezogenen Ebenen mißbräuchlich überhöht sind, einen Vergleich der je Kilometer Leitungslänge erzielten Erlöse zugrunde zu legen, statt - wie die Betroffene fordert - die einzelnen Tarife miteinander zu vergleichen.

Das von der Betroffenen für richtig gehaltene Vorgehen wird den Verhältnissen auf dem relevanten Markt homogener Güter deswegen nicht gerecht, weil - ungeachtet der von der Elektrizitätswirtschaft praktizierten "Verbändevereinbarung II Plus" - bei der Festlegung der Netznutzungsentgelte ein Tarifgestaltungsspielraum besteht und durch einen Preisvergleich für einzelne Abnahmeverhältnisse ein Preishöhenmißbrauch nicht ohne weiteres aufgedeckt werden kann. Die genannte Verbändevereinbarung enthält keine konkreten Preisvorgaben für den Netzzugang, sondern eröffnet - wie das Bundeskartellamt in der angefochtenen Verfügung zutreffend näher dargelegt hat - den Unternehmen die Möglichkeit, bestimmte Tarifgruppen zu bilden, die jeweils unterschiedlich zugeschnitten sein können, oder aus bis zu 30 aus den Netzkosten abzuleitenden Entgeltkomponenten eine Auswahl zu treffen. Das kann zur Folge haben, daß die Preise verschiedener Netzbetreiber bei den einzelnen Abnahmeverhältnissen weit auseinanderfallen, ohne daß damit der Vorwurf mißbräuchlicher Überhöhung erfüllt sein muß. Andererseits kann auf dem von der Betroffenen für richtig erachteten Weg Preisüberhöhungstendenzen der seit Jahrzehnten an die Monopolsituation gewöhnten Betreiber der Elektrizitätsversorgungsnetze nicht ohne weiteres begegnet werden.

Auch in den von dem Bundeskartellamt angestellten Erlösvergleich gehen zwar die Preise, die abweichend von der Auffassung der Betroffenen leistungsorientiert sind, in die Betrachtung ein, weil sich der Erlös danach aus dem Produkt von Preis und abgesetzter Menge ergibt. Durch die Mengengewichtung entsteht indessen eine breitere Vergleichsgrundlage, die den Unterschieden der individuellen Tarifgestaltung weniger großes Gewicht gibt und im Zusammenhang mit der Bezugsgröße "Leitungslänge", von der u.a. die Kosten des Netzbetriebs abhängen, in aller Regel zu Vergleichszahlen führt, die eine effektivere Mißbrauchskontrolle ermöglichen.

Aus der Verwendung des Wortes "Entgelte" in § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB ergibt sich nicht die Unzulässigkeit eines derartigen Erlösvergleichs. Schon zu der inzwischen aufgehobenen Vorschrift des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB (a.F.), nach welcher das Fordern ungünstigerer Preise als Mißbrauch von der Freistellung vom Kartellverbot definiert war, hat der Senat entschieden, daß ein Mißbrauch in diesem Sinne auch dann anzunehmen ist, wenn die Summe der Erlöse der Betroffenen höher ist, als dies bei Anwendung des Vertragswerks des Vergleichsunternehmens der Fall wäre (BGHZ 129, 37, 41 - Weiterverteiler); daß in § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB von Entgelten statt von Preisen die Rede ist, rechtfertigt keine abweichende Beurteilung.

Daß Kunden auf Märkten, die durch bestehenden Wettbewerb gekennzeichnet sind, regelmäßig auf den Preis als Entscheidungskriterium für die Inanspruchnahme der angebotenen Leistung blicken und für sie ein Vergleich der von dem Anbieter erzielten Erlöse ohne Interesse ist (vgl. Bündenbender, Kartellrechtliche Kontrolle der Netznutzungsentgelte nach dem Vergleichsmarktprinzip, S. 43 f., 63, 89), ist schon deswegen kein tragfähiges Argument, den von dem Bundeskartellamt angestellten Erlösvergleich als unzulässige Methode zu verwerfen, weil es in Netzen wie dem von der Betroffenen betriebenen keinen solchen wirksamen Wettbewerb gibt, die Kunden vielmehr darauf angewiesen sind, das in der Regel einzige vorhandene örtliche Netz zu nutzen. Darüber hinaus ist entscheidend, daß das betreffende Dienstleistungsunternehmen sich

auch im Falle eines effektiven Wettbewerbs bei seiner Preisgestaltung an dem auf dem Markt erzielbaren Erlös orientieren würde. Ihn zu ermitteln, ist das Ziel des von dem Beschwerdegericht im Ansatz mit Recht seiner Entscheidung zugrunde gelegten Vergleichsmarktkonzepts (vgl. BGHZ 76, 142, 150 - Valium II). Bei effektivem Wettbewerb müßte und würde der Anbieter die Ausübung seines Tarifspielraums danach ausrichten, welchen Erlös er aus allen Tarifverhältnissen erzielen muß, um die zu erwartenden Kosten zu decken und andererseits zu verhindern, daß wegen zu hoher Netznutzungsentgelte Kunden an einen Wettbewerber abwandern. Da nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts die Länge des Leitungsnetzes im hier in Rede stehenden Mittel- und Niederspannungsbereich einen wesentlichen Faktor für die Ermittlung der entstehenden Kosten ausmacht, ist jedenfalls hier das Vorgehen des Bundeskartellamts, die erzielten Erlöse in eine Beziehung zur Länge des Leitungsnetzes zu setzen, nicht im Ansatz verfehlt, zumal bei diesem auf Mengengewichtungen abstellenden Vorgehen Einsichten in die Struktur des jeweiligen Versorgungsgebiets gewonnen und dabei verborgene Kostenerhöhungstendenzen eher erkannt werden können.

c) Aus Rechtsgründen ist es ferner nicht zu beanstanden, daß das Bundeskartellamt seiner Prüfung den Vergleich mit nur einem einzigen Unternehmen zugrunde gelegt hat. Ein solches Vorgehen, auch in der Form, daß bei Störung des Wettbewerbs ein Monopolunternehmen zum Vergleich herangezogen wird (vgl. BGHZ 129, 37, 47 - Weiterverteiler, m.w.N.), hat der Senat bereits früher unter der Voraussetzung gebilligt, daß trotz der schmalen Basis die Vergleichbarkeit der Preise gewährleistet ist (BGHZ 68, 23, 33 - Valium I; BGHZ 76, 142, 150 - Valium II; Sen.Beschl. v. 21.10.1986 - KVR 7/85, WuW/E 2309, 2311 - Glockenheide). Das setzt - wie noch unten (e und f) näher auszuführen ist - allerdings voraus, daß der Vergleichspreis nicht nur möglichst genau ermittelt, statt in erheblichem Umfang lediglich geschätzt wird, sondern daß bei der Festsetzung der Erlösobergrenze durch die Einbeziehung von Sicherheitszuschlägen auf den ermittelten wettbewerbsanalogen Preis die Unsicherheiten der schmalen Vergleichsbasis ausgeglichen werden.

d) Auch der konkrete, vom Bundeskartellamt herangezogene Netzbetreiber, die RWE Net AG, scheidet entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerdeerwiderung als Vergleichsunternehmen nicht schon deswegen aus, weil er bedeutend größer als die Betroffene ist, auf mehr Ebenen als diese tätig ist und in anders strukturierten Räumen seine Leistung erbringt. Insbesondere ist es entgegen der Auffassung der Betroffenen nicht erforderlich, statt dessen auf einen kommunal geprägten Anbieter von Dienstleistungen für Netzdurchleitungen abzustellen. Das von der Betroffenen favorisierte Vorgehen verdient deshalb keinen Vorzug, weil angesichts der seit Jahrzehnten verfestigten Struktur der Verhältnisse auf dem Energiemarkt die Gefahr nicht von der Hand zu weisen ist, daß sich auch bei den anderen kommunalen Netzbetreibern im Schutze des bisherigen Monopols Strukturen entwickelt haben, die von einer Kostenüberhöhungstendenz gekennzeichnet sind, so daß bei einem Vergleich von deren Erlösen mit denjenigen der Betroffenen ein etwa bestehender Mißbrauch unentdeckt bliebe.

e) Entscheidende Voraussetzung für die Tragfähigkeit des angestellten Erlösvergleichs - davon hat sich auch das Bundeskartellamt mit Recht (vgl. BGH, Beschl. v. 21.10.1986 aaO - Glockenheide; BGHZ 76, 142, 150 - Valium II; BGHZ 68, 23, 33 - Valium I; BGHZ 59, 42, 45 - Stromtarif) leiten lassen - ist jedoch, daß durch Zu- und Abschläge auf die für die beiden unstrittig unterschiedlich strukturierten Gebiete ermittelten Zahlen eine Vergleichbarkeit der je Kilometer Leitungslänge erzielten Erlöse herbeigeführt wird. Nur dann ist nämlich gewährleistet, daß Verzerrungen ausgeschaltet werden, die vor allem durch die Unterschiede in der Marktstruktur entstehen können, und daß der Preis ermittelt wird, den das zum Vergleich herangezogene Unternehmen in Rechnung stellen müßte, wenn es an Stelle der Betroffenen in deren Netzgebiet die Dienstleistung erbringen würde. Dabei sind, soweit dies ohne unzumutbaren Aufwand möglich ist, die tatsächlichen Verhältnisse zu klären. Soweit dies nach den konkreten Verhältnissen ausscheidet, ist, wie der Senat bereits entschieden hat, in begrenztem Umfang auch eine Schätzung zulässig; sie darf aber nach der Rechtsprechung des Senats (BGHZ 76, 142, 150 - Valium II) nicht zu

einem wettbewerbsanalogen Preis führen, der überwiegend auf geschätzten Zu- und Abschlägen beruht.

Kommt es danach darauf an, im Rahmen des "Als-Ob-Konzepts" den Vergleichspreis zu ermitteln, den das in die Betrachtung einbezogene andere Unternehmen als Netzbetreiber in dem Gebiet der Betroffenen fordern würde, können bei den Zu- und Abschlägen ausschließlich solche Faktoren Berücksichtigung finden, mit denen jeder Anbieter von Netzdienstleistungen in diesem Gebiet konfrontiert wäre. Das führt dazu, daß individuelle, allein auf eine unternehmerische EntschlieÙung zurückgehende Umstände auÙer Betracht zu bleiben haben, dagegen strukturelle Gegebenheiten, die jeden Anbieter treffen und von ihm bei seiner Entgeltgestaltung beachtet werden müssen, den Ansatz von Zu- oder Abschlägen rechtfertigen.

f) Mangels nicht hinreichender Feststellungen des Beschwerdegerichts ist der Senat außerstande, abschließend zu beurteilen, ob die für das Vergleichsunternehmen RWE Net AG ermittelten Zahlen für den Vergleich hinreichende Aussagekraft besitzen oder ob und gegebenenfalls in welchem Umfang sie durch weitere Zu- oder Abschläge zu korrigieren sind. Das Beschwerdegericht hat nicht nur rechtsfehlerhaft unternehmensindividuelle Faktoren im Rahmen der Ermittlung des Vergleichspreises angesetzt, es hat auch zu Unrecht das von dem Bundeskartellamt ermittelte Zahlenwerk mit der Begründung als ungeeignet verworfen, es beruhe in einem solchen Ausmaß auf Schätzungen, daß dem der Untersagung zugrunde gelegten fiktiven Wettbewerbspreis die tatsächliche Grundlage im Sinne der Rechtsprechung des Senats (s. BGHZ 68, 23, 33 - Valium I; BGHZ 76, 142, 150 - Valium II) fehle.

(aa) Zu den nicht berücksichtigungsfähigen unternehmensindividuellen Besonderheiten gehören insbesondere die Größe samt der mit ihr einhergehenden Finanzkraft und der Ressourcen, ferner der Umsatz des Vergleichsunternehmens. Beide Umstände haben für die Bestimmung der Entgelte in dem Netzgebiet der Betroffenen keine Bedeutung, sofern - wie in diesem Zusam-

menhang geboten - davon ausgegangen wird, daß das Vergleichsunternehmen die Preise nach Wettbewerbsbedingungen kostenorientiert festsetzt und nicht etwa Quersubventionen vornimmt. Da nach dem Konzept des Bundeskartellamts die erzielten Erlöse mengengewichtet, nämlich in Beziehung zu der Leitungslänge des Netzes gesetzt werden, spielt der Gesamtumsatz des Vergleichsunternehmens keine Rolle.

Soweit die RWE Net AG aufgrund ihrer größeren Nachfragemacht am Markt für die Errichtung und Unterhaltung von Elektrizitätsnetzen günstigere Preise erzielen kann, ist dem nach dem für das Rechtsbeschwerdeverfahren als richtig zu unterstellenden Vortrag des Bundeskartellamts dadurch Rechnung getragen worden, daß die effektiven Kosten des Vergleichsunternehmens ermittelt worden und in die Festlegung des wettbewerbsanalogen Preises eingegangen sind.

(bb) Auch das Bundeskartellamt hat berücksichtigt, daß unter Marktstrukturgesichtspunkten die von RWE Net AG erzielten Erlöse je Kilometer Leitungslänge nicht unverändert zum Vergleich mit denjenigen der Betroffenen herangezogen werden dürfen. Es hat indessen - anders als das Beschwerdegericht angenommen hat - diesen Unterschieden nicht allein durch auf dem Wege der Schätzung gegriffene Korrekturzu- oder -abschläge Rechnung getragen; vielmehr hat es nach seinem für die Rechtsbeschwerdeinstanz als richtig zu unterstellenden Vorbringen zu einem großen Teil zunächst die preisrelevanten Unterschiede der Aufwendungen etwa zur Errichtung und Unterhaltung des Netzes konkret ermittelt und erst danach auf diese festgestellten Zahlen einen Prozentsatz als Sicherheit aufgeschlagen, um zugunsten der Betroffenen allen Unwägbarkeiten der Ermittlung des wettbewerbsanalogen Preises Rechnung zu tragen. Sollte sich dieses Vorbringen als zutreffend erweisen, geht das Beschwerdegericht fehl, wenn es das Zahlenwerk des Bundeskartellamtes als überwiegend auf Schätzungen beruhend verwirft. Die Zurückverweisung der Sache gibt dem Beschwerdegericht die Gelegenheit zu klären, ob der der angefochtenen

Verfügung zugrunde gelegte wettbewerbsanaloge Preis auf ordnungsgemäßen Feststellungen beruht.

4. Mißbräuchlich überhöht sind indessen die Entgelte der Betroffenen nicht bereits dann, wenn das Vergleichsunternehmen - als Betreiber des Netzes in der Stadt Mainz gedacht - niedrigere Entgelte fordern würde als die Betroffene. Da der Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ein Unwerturteil enthält, bedarf es eines erheblichen Abstandes zwischen den von der Betroffenen erzielten Erlösen je Kilometer Leitungslänge und den noch näher festzustellenden entsprechenden Zahlen des Vergleichsunternehmens (vgl. BGHZ 142, 239, 247 und 251 f. m.w.N. - Flugpreisspaltung; R. Fischer, ZGR 1978, 235, 248). Daß bei der Ermittlung des Vergleichserlöses bereits ein Sicherheitszuschlag berücksichtigt wird, steht dem Ansatz dieses Erheblichkeitszuschlages nicht entgegen, weil mit diesen Zuschlägen unterschiedlichen Erfordernissen Rechnung getragen werden soll. Der Ansatz des erstgenannten Zuschlages ist erforderlich, um die Ungewißheiten der Ermittlung der Vergleichswerte auszugleichen, während der andere Zuschlag gewährleisten soll, daß zwischen dem auf die beschriebene Weise ermittelten Vergleichserlös je Kilometer Leitungslänge und dem entsprechenden Erlös der Betroffenen ein so großer Abstand verbleibt, daß das genannte Unwerturteil gerechtfertigt ist.

Dieser Erheblichkeitszuschlag ist bei der Ermittlung des Erlössenkungspotentials zu berücksichtigen. Der gegenteiligen, eine Fortwirkung der früheren Rechtsprechung des Senats zu § 103a GWB a.F. reklamierenden Auffassung des Bundeskartellamts ist nicht zu folgen. Sie setzt sich darüber hinweg, daß der Gesetzgeber bewußt die Sondervorschriften für Energieversorgungsunternehmen des früher geltenden Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit dem Ziel aufgehoben hat, sie dem Wettbewerb auszusetzen und ihr Verhalten wie bei jedem anderen marktbeherrschenden Unternehmen an § 19 GWB messen zu lassen. Etwas anderes ist auch nicht der in diesem Zusammenhang angeführten Entscheidung des Senats (BGHZ 142, 239, 251 f. - Flugpreisspaltung) zu entnehmen. Denn in den beiden vom Bundeskartellamt für seine ab-

weichende Ansicht angeführten Sätzen ist deutlich gemacht worden, daß die Weiterverteiler-Doktrin (BGHZ 129, 37, 49 f.) "durch die Besonderheiten der seinerzeit bestehenden, durch Demarkations- und Leitungsrechte abgesicherten Monopolstellung bedingt" ist bzw. "wegen des in der freistellungsbedingten Monopolsituation fehlenden Wettbewerbs und der dadurch für die Verbraucher auftretenden Gefahren" ihre Rechtfertigung gefunden hat. Wegen des Paradigmenwechsels des Gesetzgebers der 6. Novelle ist deswegen der früheren, der Kontrolle der freistellungsbedingten Position der Versorgungsunternehmen dienenden Rechtsprechung die Grundlage entzogen. § 19 GWB, der nunmehr auch für Stromversorgungsunternehmen uneingeschränkte Geltung beansprucht, läßt sich - anders als das Bundeskartellamt meint - eine Differenzierung nach "nur" marktbeherrschenden Unternehmen oder solchen, die "(natürliche) Monopolisten" sind, nicht entnehmen. In erster Linie Aufgabe des Tatrichters ist es, die Höhe des Erheblichkeitszuschlags zu ermitteln (BGHZ 142, 239, 252 - Flugpreisspaltung). Bei dessen Bemessung kommt unter Umständen in Betracht, den Umstand, daß der sachliche Markt von einer natürlichen Monopolsituation geprägt ist, in der Weise zu berücksichtigen, daß ein Mißbrauch bereits bei einem geringeren Zuschlag bejaht werden kann, als er unter normalen Marktgegebenheiten erforderlich ist.

Hirsch

Goette

Ball

Bornkamm

Raum