

Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht

Band 2: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)

§§ 1-96, 130, 131

von

Prof. Dr. Joachim Bornkamm, Dr. Frank Montag, Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. Franz Jürgen Säcker, Prof. Dr. Albrecht Bach, Dr. Andreas Bardong, Dr. Uli Barth, Prof. Dr. Carsten Becker, Dr. Eckhard Bremer, Johann Brück, Dr. Arndt Christiansen, Hermann Daiber, Dr. Holger Dubberstein, Dr. Felix Engelsing, Victoria Gotzler, Dr. Jens Hackl, Dr. Nadja Kaeding, Prof. Dr. Jürgen Keßler, Dr. Wolfgang Kirchhoff, Jutta Knebel, Asja Krauser, Dr. Juliane Lagemann, Prof. Dr. Thomas Lübbig, Dr. Thorsten Mäger, Prof. Dr. Kurt Markert, Dr. Karin Martini, Dr. Andreas Neef, Jörg Nothdurft, Dr. Konrad Ost, Dr. Gunnar Pampel, Dr. Thomas Reif, Tanja Reiner, Alexandra Rohlje, Dr. Juliane Scholl, Dr. Kurt Stockmann, Prof. Dr. Michael Timme, Christof Vollmer, Dr. Susanne Wende, Dr. Thomas Wessely, Dr. Kathrin Westermann, Prof. Dr. Maik Wolf

2. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 65462 6

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

die Dienstleistung erbringen würde.⁴⁸⁹ Die Bildung eines Durchschnittspreises ist dafür weder erforderlich noch zielführend.⁴⁹⁰ Vielmehr würde dadurch die Methodik der Zu- und Abschläge, welche nicht nur unternehmensexterne, sondern auch produkt- und teilweise sogar unternehmensbezogene Unterschiede berücksichtigt, unnötig erschwert (→ Rn. 99 ff.). Denn einem Durchschnitt entspricht überhaupt kein von einem konkreten Unternehmen für ein Produkt tatsächlich im Wettbewerb geforderter Preis. Mit der Bildung eines Durchschnittspreises werden im Ergebnis schon Vergleichsprodukt und -unternehmen fingiert.⁴⁹¹ Aus dem gleichen Grunde ist ein Durchschnittswert, gebildet aus den auf unterschiedlichen Märkten von einem einzigen Unternehmen geforderten Preisen, kein geeigneter Vergleichspreis.⁴⁹² Die Übertragung auf einen anderen Markt würde dadurch erheblich erschwert, weil anteilig die jeweiligen Strukturunterschiede auf den verschiedenen Vergleichsmärkten herauszurechnen wären. Eine andere Frage ist, ob die Kartellbehörde zur Begründung eines Preismissbrauchs den Einzelpreisvergleich jeweils mit mehreren Vergleichsunternehmen durchführen muss.⁴⁹³ Grundsätzlich ist auch gegen den **Vergleich mit den eigenen Preisen des Unternehmens auf anderen Märkten** nichts einzuwenden.⁴⁹⁴ Allerdings ist § 19 Abs. 2 Nr. 3 in diesen Fällen wegen der erleichterten Verfahrensvoraussetzung vorzugswürdig.

Der maßgebliche Vergleichspreis lässt sich häufig nicht ohne weiteres feststellen. Zu berücksichtigen sind zB auch Rabatt- und Konditionenstaffeln.⁴⁹⁵ Darüber hinaus müssen die Vertragsbedingungen in einer **Gesamtbetrachtung** berücksichtigt werden. So kann ein langfristiger Vertrag wegen der besseren Planbarkeit für beide Parteien günstigere Preise vorsehen als ein kurzfristiger oder jederzeit kündbarer Vertrag. Auch müssen Nebenleistungen („indirekte Preisbestandteile“), zB Werbekostenzuschüsse, einbezogen werden.⁴⁹⁶ Herrscht auf dem Vergleichsmarkt hinreichender Wettbewerb, ist für den Vergleich zunächst vom **höchsten auf dem Markt geforderten Preis** auszugehen, weil auch dieser sich im Wettbewerb durchsetzt.⁴⁹⁷ Allerdings ist stets zu berücksichtigen, welche besonderen Umstände diesen Preis tragen, zB ob es sich um ein tradiertes Markenprodukt handelt. Weist das marktbeherrschende Unternehmen keine ebensolche Markendurchsetzung auf (Ruf, Image), so ist der Vergleichspreis entsprechend zu korrigieren oder von vornherein der niedrigere Preis zB eines „No-Name-Anbieters“ heranzuziehen.⁴⁹⁸ Zulässig ist auch ein **Erlösvergleich**. Dieser muss allerdings so gestaltet werden, dass er einen hinreichenden Bezug zu den Preisen hat.⁴⁹⁹ Die Besonderheit des Erlösvergleiches liegt darin, dass er das Erfordernis der Gesamtbetrachtung, die Berücksichtigung der Tarifstruktur und auch einige Zu- und Abschläge bereits in die erstmalige Ermittlung des Vergleichswertes integriert.⁵⁰⁰

cc) Anpassung des Vergleichspreises an die Besonderheiten des untersuchten Marktes. 99

Bevor die Preisdifferenz ermittelt werden kann, ist die Höhe der Vergleichspreise an die Besonderheiten des Marktes, auf dem das marktbeherrschende Unternehmen tätig ist, anzupassen.⁵⁰¹ Erschwe-

⁴⁸⁹ BGH Beschl. v. 28.6.2005 – KVR 17/04, WuW/E DE-R 1513 (1518) – Stadtwerke Mainz; missverständlich insoweit BGH Beschl. v. 31.5.1972 – KVR 2/71, BGHZ 59, 42 (47) – Stromtarif, der von einem fiktivem Wettbewerber spricht, aber offensichtlich nichts anderes meint.

⁴⁹⁰ Ebenso KG Beschl. v. 22.12.1982 – Kart 29/82, WuW/E OLG 2935 (2940) – BAT Am Biggenkopf Süd; Jungtäubel S. 114; aA BKartA, TB 1981/82, BT-Drs. 10/243, 40.

⁴⁹¹ Vgl. auch BGH Beschl. v. 19.6.2007 – KRB 12/07, WuW/E DE-R 2225 (2228) – Papiergroßhandel; dazu Barth/Bongard WuW 2009, 30 ff.; mit diesem Argument gegen die Durchschnittsbildung im Rahmen der Prüfung von § 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG auch VG Köln Urt. v. 15.9.2005 – 1 K 8432/04, ZUM-RD 2006, 94 (101).

⁴⁹² AA BGH Beschl. v. 21.10.1986 – KVR 7/85, GRUR 1987, 310 (311) – Glockenheide.

⁴⁹³ So zB honoriert in BGH Beschl. v. 2.2.2010 – KVR 66/08, WuW/E DE-R 2841 – Wasserpreise Wetzlar.

⁴⁹⁴ Vgl. KG Beschl. v. 23.12.1982 – Kart 28/82, WuW/E OLG 2892 (2896) – Euglucon.

⁴⁹⁵ Vgl. bereits BGH Beschl. v. 17.5.1965 – KVR 1/64, WuW/E BGH 667 – Rechtselbische Zementpreise IV.

⁴⁹⁶ OLG München Urt. v. 24.7.2003 – U (K) 2067/03, juris Rn. 55; Albach S. 80 f; aA FK/Weyer Rn. 1218.

⁴⁹⁷ KG Beschl. v. 22.12.1982 – Kart 29/82, WuW/E OLG 2935 (2940) – BAT Am Biggenkopf Süd; KG Beschl. v. 12.2.1982 – Kart 4/82, WuW/E OLG 2616 (2617); OLG Düsseldorf Beschl. v. 26.6.1979 – Kart 1/79, WuW/E OLG 2135 (2137) – BAB-Tankstelle Bottrop-Süd; ähnlich Weyer, FS Säcker, 999 (1007); abweichend KG Beschl. v. 24.8.1978 – Kart 3/77, WuW/E OLG 2053 (2063) – Valium II, wonach es ausreicht, wenn unter Berücksichtigung des Erheblichkeitszuschlages der höhere Preis nicht unterschritten wird; Fehl/Schmidtchen WuW 1986, 572 (580 ff.); Langen/Bunte/Nothdurff Rn. 111; wie hier auch die Rspr. zu § 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TKG, s. VG Köln Urt. v. 15.9.2005 – 1 K 8432/04, ZUM-RD 2006, 94 (101).

⁴⁹⁸ Einschränkung BGH Beschl. v. 28.6.2005 – KVR 17/04, WuW/E DE-R 1513 (1517 f.) – Stadtwerke Mainz; Langen/Bunte/Nothdurff Rn. 111.

⁴⁹⁹ BGH Beschl. v. 28.6.2005 – KVR 17/04, WuW/E DE-R 1513 (1515 f.) – Stadtwerke Mainz; kritisch Schebstadt WuW 2005, 1009 (1011 f.).

⁵⁰⁰ Büdenbender S. 15, 44 f. (der diesen allerdings deshalb ablehnt).

⁵⁰¹ Anders als bei § 19 Abs. 2 Nr. 3 oder bei § 31 Abs. 4 Nr. 2 wird diese Ausgleichsrechnung nicht in eine eigenständigen Prüfung der Rechtfertigung ausgelagert, für welche das betroffene Unternehmen partiell die Beweislast trägt. Sie ist vielmehr immanenter Bestandteil des Preisvergleichs.

rende oder erleichternde Umstände, die das Vergleichsunternehmen in der Lage des marktbeherrschenden Unternehmens auch bei wirksamem Wettbewerb einpreisen müsste, sind durch entsprechende **Zu- oder Abschläge** einzufangen.⁵⁰² Im Rahmen einer zweistufigen Prüfung festzustellen sind zunächst die ihrer Art nach berücksichtigungsfähigen Umstände (→ Rn. 100) und anschließend, in welchem Umfang diese Umstände als preisbeeinflussende Kostenfaktoren anzusetzen sind, welche Kosten diese Umstände also verursachen (dürfen) (→ Rn. 103).⁵⁰³

100 Es werden nur diejenigen Umstände bei der Berechnung der Zu- und Abschläge berücksichtigt, die den Unternehmen als **unbeeinflussbare Kostenfaktoren** vorgegeben sind. Das sind solche, die unabhängig von dem jeweiligen Betreiber bestehen und sich auch bei wirksamem Wettbewerb preiserhöhend auswirken würden.⁵⁰⁴ Dagegen haben individuelle, allein auf eine unternehmerische Entschließung des marktbeherrschenden Unternehmens zurückgehende Kosten außer Betracht zu bleiben. Gleichbedeutend ist die terminologische Unterscheidung zwischen strukturellen und individuellen Gegebenheiten. In der frühen Entscheidung Strom-Tarif, die auf § 104 aF gestützt war, begründete der BGH diese Einschränkung damit, dass dem Verbraucher keine Verteuerung zuzumuten ist, die auf ineffizienten Entscheidungen beruht.⁵⁰⁵ In § 31 Abs. 4 Nr. 2 findet sich diese Unterscheidung in der Formulierung, dass eine Preisabweichung bei dem betroffenen Unternehmen nur dann gerechtfertigt ist, „wenn sie auf abweichenden Umständen beruht, die ihm nicht zurechenbar sind.“⁵⁰⁶ Ein Bestandsschutz für monopolbedingte Ineffizienz oder Preisüberhöhungstendenzen ist danach nicht anzuerkennen.⁵⁰⁷ Von den Umständen zu unterscheiden sind die zu deren Bewältigung verursachten Kosten. Für letztere macht eine Unterscheidung von beeinflussbar oder unbeeinflussbar keinen Sinn; denn wie Kosten in die Preise einfließen, ist in den Grenzen betriebswirtschaftlicher Vernunft auch im Wettbewerb auf irgendeine Art und Weise immer beeinflussbar, schon allein durch Kostenstellenzuweisung.⁵⁰⁸ Entscheidend ist, ob die äußeren Wettbewerbsbedingungen unbeeinflussbar sind, bei der netzgebundenen Versorgung zB die Gebietstopographie (eine Umschichtung der Erdmassen kommt nicht in Betracht) oder der Bevölkerungsdichte (eine Umsiedlung kommt nicht in Betracht). Die Rechtsform dagegen beruht vorbehaltlich gesetzlicher Vorgaben auf individueller Entscheidung. Diese Trennung wird allerdings erschwert, wenn äußere Umstände sich unmittelbar als Kosten im wettbewerbsrechtlichen Sinne abbilden (zB Abgaben). In welcher Höhe abweichende Kosten durch die festgestellten abweichenden Umstände verursacht werden dürfen, inwieweit also Kostenunterschiede durch Zu-/Abschläge berücksichtigt werden können, bemisst sich nach deren Erforderlichkeit und dem dafür heranzuziehenden Maßstab (→ Rn. 130 ff.).⁵⁰⁹

101 Unter nicht beeinflussbaren Umständen sind grundsätzlich nur solche Kostenfaktoren zu verstehen, die auch jedes andere Unternehmen in der Situation des vom Missbrauchsverdacht betroffenen Unternehmens vorfinden würde und nicht beeinflussen könnte. Solche Faktoren müsste jedes Unternehmen seiner Kalkulation zugrunde legen. Die dadurch verursachten Preisunterschiede sind deshalb hinzunehmen.⁵¹⁰ Unbeeinflussbar sind **gesetzliche Rahmenbedingungen**, die auf die Endpreise Einfluss haben.⁵¹¹ Deswegen ist ein gesetzeswidriges Verhalten nicht wettbewerbskon-

⁵⁰² BGH Beschl. v. 31.5.1972 – KVR 2/71 – BGHZ 59, 42 (47) – Stromtarif; BGH Beschl. v. 16.12.1976 – KVR 2/76, BGHZ 68, 23 (33) – Valium I; BGH Beschl. v. 12.2.1980 – KVR 3/79, BGHZ 76, 142 (150) – Valium II; BGH v. 6.11.1984 – KVR 13/83, GRUR 1985, 318 (319) – Favorit.

⁵⁰³ BGH Beschl. v. 31.5.1972 – KVR 2/71, BGHZ 59, 42 (47) – Stromtarif. Allerdings hat er im Anschluss durch seine Argumentation zu den Einkaufskosten (aaO, 48 f.) dazu beigetragen, dass hier Missverständnisse auftraten. Vgl. *Jungtöbl* S. 115 ff., der missverständlich von „strukturellen Kosten“ spricht. Deutlich unterscheidend dagegen BKartA v. 4.6.2012 – B8-40/10 Rn. 283 – BWB; s. auch *Neumann* S. 413 ff. u. S. 439 ff. (qualitative und quantitative Erfassung der Kosten). Diese Unterscheidung vernachlässigend insoweit OLG Frankfurt aM Beschl. v. 19.8.2008 – 11 W 23/07 (Kart) Rn. 59 (insoweit nicht abgedr. in WuW/E DE-R 2526): „Die Entscheidung, geringere Zuschüsse zu fordern, ist ebenfalls eine individuelle Entscheidung, die im Rahmen der Rechtfertigung höherer Preise keine Berücksichtigung finden kann“.

⁵⁰⁴ BGH Beschl. v. 21.10.1986 – KVR 7/85, GRUR 1987, 310 (311) – Glockenheide; BGH Beschl. v. 16.12.1976 – KVR 2/76, GRUR 1977, 269 (274) – Valium; vgl. auch *Daiber* NJW 2013, 1990 (1992 f.).

⁵⁰⁵ BGH Beschl. v. 31.5.1972 – KVR 2/71, BGHZ 59, 42 (47 f.) – Strom-Tarif.

⁵⁰⁶ Vgl. dazu BGH Beschl. v. 21.2.1995 – KVR 4/94, WuW/E BGH 2967 (2974) – Weiterverteiler.

⁵⁰⁷ BGH Beschl. v. 31.5.1972 – KVR 2/71, BGHZ 59, 42 (47 f.) – Stromtarif; BGH Beschl. v. 28.6.2005 – KVR 17/04, BGHZ 163, 282 (292) – Stadtwerke Mainz; BGH Beschl. v. 21.10.1986 – KVR 7/85, WuW/E BGH 2309 (2311 f.) – Glockenheide.

⁵⁰⁸ *Börner*, Preiskontrollen durch Kartellbehörden nach § 22 GWB, S. 33 ff.

⁵⁰⁹ Vgl. bereits BGH Beschl. v. 27.11.1964 – KVR 3/63, WuW/E BGH 655 = BB 1965, 264 – Zeitgleiche Summenmessung.

⁵¹⁰ BGH Beschl. v. 2.2.2010 – KVR 66/08, WuW/E DE-R 2841 Rn. 42 – Wasserpreise Wetzlar.

⁵¹¹ Vgl. BGH 12.2.1980 KVR 3/79, GRUR 1980, 742 (745) – Valium II (unterschiedliche rechtliche Rahmenbedingungen auf den verglichenen Arzneimittelmärkten in Deutschland und Niederlanden); BGH v. 21.10.1986 – KVR 7/85, WuW/E BGH 2309 (2312) – Glockenheide.

form.⁵¹² Unter unbeeinflussbaren Elementen werden bei der netzgebundenen Versorgung außerhalb des Sphäre des Unternehmens liegende Besonderheiten des Versorgungsgebietes verstanden, wie ungünstige Bodenverhältnisse, eine niedrige Abnehmerzahl, ein geringer Absatz bei langem Leitungsnetz,⁵¹³ die allgemeine Bevölkerungsdichte,⁵¹⁴ räumliche Umstände, wie die Notwendigkeit langer Leitungswege, Zahl und Zusammensetzung der Abnehmer, Verhältnis zwischen Tarif- und Sonderabnehmern.⁵¹⁵ Berücksichtigung finden können auch (dem Grunde nach) Forschungskosten, weil die Notwendigkeit von F&E als unbeeinflussbarer Umstand, insbesondere auf innovationsaktiven Märkten hinzunehmen ist.⁵¹⁶ Ebenfalls dem Grunde nach anzuerkennen ist die ökonomisch rationale Entscheidung, ein unter Patentschutz stehendes Produkt zu einem höheren Preis als ohne Schutzrecht zu verlangen, weil die Gewährung des gesetzlichen Ausschließlichkeitsrechts den Lohn des erfinderischen Fortschritts sicherstellen soll.⁵¹⁷ Unterschiede, die sich auf die Transportkosten auswirken (Länge der Transportwege, verfügbare Transportmittel) sind ebenfalls zu berücksichtigen.⁵¹⁸ Zu den nicht berücksichtigungsfähigen, auf individueller Entscheidung beruhenden Besonderheiten sollen hingegen die Unternehmensgröße samt der mit ihr einhergehenden Finanzkraft und der Ressourcen, ferner der Umsatz des Vergleichsunternehmens zählen,⁵¹⁹ ebenso ob die zur rationelleren Erzeugung oder Verteilung erforderlichen Geldmittel nicht bereitgestellt werden können oder ob ein Unternehmen mit größerem Absatz die Kosten besser verteilen und daher günstiger anbieten könnte,⁵²⁰ weiterhin Rechtsform, Leistungsfähigkeit und Eigenkapitalausstattung.⁵²¹ Nicht zu berücksichtigen sind die Verfügbarkeit zinsloser Darlehen⁵²² oder die zusätzlichen Kosten der Konzernverwaltung.⁵²³ Die Möglichkeit des Vergleichsunternehmens, Nachfragemacht zur Erzielung günstiger Einkaufskonditionen zu erzielen, ist dagegen berücksichtigungsfähig.⁵²⁴ Letztlich gibt es nur einen sehr kleinen Kreis von Umständen, deren Verschiedenheit überhaupt keine Berücksichtigung findet. Entscheidend ist vielmehr, in welcher Höhe die dafür aufgewendeten Kosten in Ansatz zu bringen sind (→ Rn. 103 ff.). Da die Preismissbrauchskontrolle die Entscheidung eines Unternehmens über das *Ob* der Leistungserbringung hinnimmt, sind alle für die Leistungserbringung erforderlichen Entscheidungen hinzunehmen.⁵²⁵ Dementsprechend hat der BGH in der Entscheidung *Valium I* festgestellt, dass eine Abweichung vom allein unter Berücksichtigung objektiver Strukturunterschiede ermittelten Vergleichspreis für sich genommen noch nicht den Nachweis der Missbräuchlichkeit erbringt. Vielmehr muss weiterhin geprüft werden, ob auf individuelle Entscheidungen zurückgehende Kosten, zB ein erhöhter Werbeaufwand, sich auch unter den Voraussetzungen des Vergleichsmarktes durchsetzen ließen.⁵²⁶ Gleiches gilt für die Entscheidung, als Marken- oder als Billiganbieter aufzutreten bzw. als service- oder als preisorientierter

⁵¹² Vgl. BGH v. 16.12.1976 – KVR 2/76 GRUR 1977, 269 (274) – Valium (Forderung eines Patentverletzerzuschlages, weil ein rechtmäßig handelndes im Wettbewerb stehendes Unternehmen eine Lizenzgebühr hätte zahlen müssen).

⁵¹³ BGH v. 21.10.1986, KVR 7/85, GRUR 1987, 310 (311) – Glockenheide; *Daiber* WuW 2000, 352 (355 f.).

⁵¹⁴ AA KG Beschl. v. 15.1.1997 – Kart 25/95, WuW/E OLG 5926 (1529) – SpreeGas.

⁵¹⁵ BGH Beschl. v. 31.5.1972 – KVR 2/71, BGHZ 59, 42 (47) – Stromtarif; *Jungtäubl* S. 119 f.; vgl. auch Leitlinien der Kartellbehörden für die „Kartellrechtliche Missbrauchskontrolle der Wasserpreise von Haushaltskunden“, III.4.1., abgedr. bei Immenga/Mestmäcker/*Fuchs/Klaue*, 4. Aufl. 2007, § 131 Rn. 34.

⁵¹⁶ BGH v. 16.12.1976 – KVR 2/76, GRUR 1977, 269 (274) – Valium; KG v. 24.8.1978 – Kart 3/77, WuW/E OLG 2053 (2063 f.) – Valium II; KG Berlin Beschl. v. 19.3.1975 – Kart 26/74, WuW/E OLG 1599 – Vitamin B-12; der BGH nimmt dazu in BGH v. 3.7.1976 – KVR 4/75, BGHZ 67, 104, keine Stellung; *Ulmer* BB 1977, 357 (359).

⁵¹⁷ BGH v. 16.12.1976 – KVR 2/76, GRUR 1977, 269 (274) – Valium; ebenso zu Art. 102 AEUV EuGH Urt. v. 5.10.1988 – 53/87, Slg. 1988, 6039 Rn. 17 – CICRA ua/Renault; EuGH Urt. v. 29.2.1968 – 24/67, Slg. 1967, 86, 113 (dt. Ausgabe) – Parke, Davis/Probel ua; ebenso zu Markenrechten EuGH Urt. v. 18.2.1971 – 40/70, Slg. 1971, 69 Rn. 17 – Sirena/Eda; vgl. bereits EuGH Urt. v. 14.2.1978 – 2/77, Slg. 1978, 207 Rn. 248–266 – United Brands/Kommission.

⁵¹⁸ Vgl. KG Beschl. v. 5.1.1976 – Kart 41/74, WuW/E OLG 1645 (1655) – Valium-Librium.

⁵¹⁹ BGH Beschl. v. 28.6.2005 – KVR 17/04, WuW/E DE-R 1513 (1518) – Stadtwerke Mainz; vgl. aber BGH Beschl. v. 12.02.1980 – KVR 3/79, GRUR 1980, 742 (745) – Valium II, wo ein deutlicher Unterschied beim Umsatz sogar die Vergleichbarkeit der Unternehmen ausschloss.

⁵²⁰ BGH v. 31.5.1972 – KVR 2/71, BGHZ 59, 42 (47 f.) – Strom-Tarif.

⁵²¹ *Daiber* WuW 2000, 352 (356); *Barth/Bongard* WuW 2009, 30 (35).

⁵²² OLG Hamburg Beschl. v. 2.5.1985 – 3/OWi Kart. 1/82, WuW/E OLG 3650 (3653) – Glockenheide.

⁵²³ KG Beschl. v. 5.1.1976 – Kart 41/74, WuW/E OLG 1645 (1660) – Valium-Librium.

⁵²⁴ BGH Beschl. v. 28.6.2005 – KVR 17/04, WuW/E DE-R 1513 (1518) – Stadtwerke Mainz.

⁵²⁵ Vgl. BGH v. 21.10.1986 – KVR 7/85, GRUR 1987, 310 (311) – Glockenheide (für die Kosten aus einem Pachtvertrag); *Kuhn* WuW 2006, 578 (587).

⁵²⁶ BGH Beschl. v. 16.12.1976 – KVR 2/76, GRUR 1977, 269 (274) – Valium.

Anbieter.⁵²⁷ Solche Maßnahmen werden teilweise durch den Erheblichkeitszuschlag aufgefangen (→ Rn. 118).

102 Bei der Abgrenzung der beeinflussbaren von den unbeflussbaren Umständen kommt der **Zeitkomponente** eine erhebliche Bedeutung zu. Es gibt Preisbestandteile, wie aufzubringende Abgaben, die nicht in der Hand des Unternehmens liegen. Viele andere Elemente hingegen sind zwar zum Zeitpunkt einer Missbrauchsverfügung auf absehbare Zeit nicht mehr beeinflussbar, jedoch beruhen sie auf einer historischen individuellen Entscheidung. Symptomatisch dafür ist die in der Entscheidung Wasserpreise Wetzlar vorgebrachte erhöhte Erneuerungs- und Instandhaltungsbedürftigkeit des Netzes und der Hausanschlüsse sowie damit zusammenhängende höhere Wasserverluste. Zwar beruhen diese Umstände im Wesentlichen auf dem siedlungsgeschichtlich bedingten höheren Netzalter und dem komplizierten Netzaufbau, sodass die dadurch verursachten Kosten bei einem reinen Betreiberwechsel jeder jetzt dort tätige Wasserversorger zu tragen hätte. Zu Recht wies der BGH⁵²⁸ dieses Argument aber in der Form, wie es vorgebracht wurde zurück, da nicht allein auf den derzeitigen Zustand des Netzes abzustellen sei. Vielmehr ist auch zu berücksichtigen, ob das betroffene Versorgungsunternehmen unter dem Schutz seiner Monopolstellung in der Vergangenheit erforderliche Investitionen unterlassen oder ineffektiv durchgeführt hat, um die Abnehmer nicht mit Kosten zu belasten, die allein auf Fehlentscheidungen des Monopolunternehmens beruhen.⁵²⁹ Mit dieser Argumentation gehen der grundlegende Aufbau eines Versorgungsnetzes und der Zustand der Anlagen nicht mehr allein auf die unabänderliche Struktur des Gebiets, sondern zumindest teilweise auf zu vertretende unternehmerische Entscheidungen zurück. Damit wird letztlich unterschieden zwischen dauerhaft und nur vorübergehend unbeflussbaren Kostenbestandteilen.⁵³⁰ Letztere sind nur dann als unbeflussbar hinzunehmen, *soweit* die historische Entscheidung aus der damaligen *ex ante* Sicht wettbewerbskonform war, auch wenn sie sich im Nachhinein als unternehmerische Fehlentscheidung erweist.⁵³¹ In geringem Umfang können demnach auch Fehlinvestitionen anerkannt werden, da auch im Wettbewerb stehende Unternehmen „Fehler“ machen.⁵³²

103 Auf der Grundlage der festgestellten unbeflussbaren Umstände erfolgt die **Berechnung der Korrekturzuschläge und -abschläge**. Die Höhe der Zu-/Abschläge bemisst sich nach den Kosten, die zur Bewältigung der erswerenden Umstände erforderlich sind bzw. – spiegelbildlich – aufgrund der erleichterten Umstände eingespart werden müssten. Schwierigkeiten bereitet jedoch die Feststellung des Maßstabes der Erforderlichkeit. Die erforderlichen und somit berücksichtigungsfähigen Kosten müssen jedenfalls nicht identisch mit den tatsächlichen Kosten sein, die beim marktbeherrschenden Unternehmen zur Bewältigung der erswerenden Umstände anfallen. Entsprechend dem Ausgangspunkt der Rechtsprechung, das Vergleichsunternehmen an die Stelle des marktbeherrschenden Unternehmens zu setzen, sind die Zu- und Abschläge vielmehr danach zu bemessen, wie sich die Umstände auf die Preise des Vergleichsunternehmens auswirken würden, wenn es diesen Umständen ausgesetzt würde.⁵³³ Folglich wären Fähigkeiten und Kostensituation des Vergleichsunternehmens, mithin dessen Effizienzgrad maßgeblich für die Frage, welche Kosten zur Bewältigung der unbeflussbaren Umstände als erforderlich anzusehen sind. Eine andere Methode erwog der BGH in seiner Rechtsprechung zu § 31 Abs. 4 Nr. 2. Danach würden die durch unbeflussbare Umstände bedingten Zusatzkosten nur in der Höhe anerkannt, wie sie dem Maßstab effizienter Leistungserbringung entsprechen, weil Rationalisierungsreserven ausgeschöpft wurden.⁵³⁴ Die erste

⁵²⁷ KG v. 24.8.1978 – Kart 3/77, WuW/E OLG 2053 (2065) – Valium II; KG v. 22.12.1980 – Kart 29/82, WuW/E OLG 2935 (2940) – BAT Am Biggenkopf Süd.

⁵²⁸ BGH Beschl. v. 2.2.2010 – KVR 66/08, WuW/E DE-R 2841 Rn. 55–58 – Wasserpreise Wetzlar.

⁵²⁹ Ebenso Daiber WuW 2010, 1141 (1149).

⁵³⁰ Vgl. § 11 ARegV. Dazu eingehend Berndt, Anreizregulierung in den Netzwirtschaften, 2010, Teil 3, C.III.3.

⁵³¹ Ähnlich Jungtäubel S. 116. Maßstab ist effizientes Verhalten aus der Sicht des Vergleichsunternehmens, auch wenn dieses als Monopolunternehmen grundsätzlich nicht im wettbewerblichen „Optimum“ arbeitet.

⁵³² Jungtäubel S. 137 ff.

⁵³³ Siehe BGH Beschl. v. 28.6.2005 – KVR 17/04, WuW/E DE-R 1513 (1518) – Stadtwerke Mainz. Dort verlangte der BGH, „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.“ Siehe auch BGH Beschl. v. 16.12.1976 – KVR 2/76, GRUR 1977, 269 (274) – Valium, wonach zu prüfen ist, ob sich die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens auch unter den Voraussetzungen des Vergleichsmarktes durchsetzen ließen. Missverständlich dagegen BGH Beschl. v. 31.5.1972 – KVR 2/71, BGHZ 59, 42 (47) – Stromtarif, der von einem fiktivem Wettbewerber spricht, aber inhaltlich scheinbar nichts anderes meint.

⁵³⁴ BGH Beschl. v. 2.2.2010 – KVR 66/08, WuW/E DE-R 2841 (2850) Rn. 62 – Wasserpreise Wetzlar; ebenso Daiber WuW 2000, 352 (356 f.); Soyeez/Berg WuW 2006, 726 (732). Bei § 31 Abs. 4 Nr. 2 ist diese Prüfung Teil der Rechtfertigung und muss vom Versorgungsunternehmen nachgewiesen werden. Der BGH verlangt daher, dass das Unternehmen konkret nachzuweisen hat, 1) in welcher Höhe solche Mehrkosten anfallen, 2) wie diese Mehrkosten in die verlangten Preise einfließen und 3) dass insoweit keine Rationalisierungsreserven bestehen. Das BKartA, 4.6.2012 – B8-40/10 Rn. 283 – BWB, überträgt diesen Effizienzansatz auf § 19 Abs. 2 Nr. 2.

Methode beinhaltet einen relativen Effizienzvergleich; die zweite Methode schwenkt um auf einen Sollkostenansatz. Der Unterschied zwischen beiden Ansätzen macht sich besonders bemerkbar beim Monopolpreisvergleich. Ausgehend von der Grundannahme, dass ein im Wettbewerb stehendes Unternehmen Anreize zu effizientem Wirtschaften spürt, ein marktmächtiges Unternehmen hingegen nicht,⁵³⁵ kann ein berechneter Zuschlag höher ausfallen, wenn ein Monopolist statt ein im Wettbewerb stehendes Unternehmen zum Vergleich herangezogen wird.

Ein undifferenziertes Umschwenken auf den Sollkostenansatz unterliegt erheblichen Bedenken. 104 Beim Vergleichsmarktkonzept wird durch den Preisvergleich nämlich die **äußere Wettbewerbssituation**, der sich das Vergleichsunternehmen ausgesetzt sieht, auf das untersuchte marktbeherrschende Unternehmen übertragen. Dabei wird von der tatsächlichen Kostensituation der verglichenen Unternehmen zunächst abstrahiert. Diese Methode beruht auf der Erkenntnis, dass sich im Wettbewerb gleichzeitig verschiedene interne Kostenstrukturen etablieren können, solange sie nur im Außenverhältnis, also bezogen auf den Preis, (mindestens) gleich effizient sind.⁵³⁶ Für den Nachfrager ist unerheblich, wie ein Preis zustande kommt. Er kann unterschiedliche Kostenstrukturen zweier Unternehmen gar nicht erkennen, wenn deren Preise im Ergebnis übereinstimmen. Es gibt auch keine idealtypische Schablone für Effizienz, da diese sich im Entdeckungsverfahren Wettbewerb stets verändert. Unternehmen können zudem in Abhängigkeit vom Anteil der Kostentreiber an ihren konkreten Gesamtkosten in der Vergangenheit unterschiedliche Effizienzanstrengungen unternommen haben. Folglich können in unmittelbarem Wettbewerb stehende Unternehmen hinsichtlich einzelner Kostentreiber einen unterschiedlichen Effizienzgrad aufweisen, während ihr in einheitlichen Preisen widerspiegelnder Gesamteffizienzgrad gleich ist, ohne dass das Vorhandensein wirksamen Wettbewerbsdrucks in Frage gestellt wird. Diese Form partieller „Ineffizienz“ kann in Folge unvollkommener Information der Marktteilnehmer wettbewerbskonform sein, außer unter den unrealistischen Bedingungen absolut gleichen Kenntnisstandes der Unternehmen wie im Modell der vollkommenen Konkurrenz, das kein adäquater Maßstab für die Beurteilung realer Wettbewerbsverhältnisse und auch nicht für das Als-Ob-Wettbewerbskonzept ist.⁵³⁷ Das Vergleichsmarktkonzept berücksichtigt dieses generelle Wissensproblem und verlangt gerade keine Unternehmenskonformität. Dadurch wird den Unternehmen ein Entdeckungsspielraum zugebilligt, wie sie auf den (fingierten) Wettbewerbsdruck reagieren. Dieser Vorteil des Vergleichsmarktkonzeptes gegenüber der Methode des Kostenanalyseverfahrens, nämlich die Anerkennung der Unvollkommenheit dynamischer Wettbewerbsprozesse, würde durch die Verknüpfung mit dem Sollkostenprinzip genommen. Einer Vermischung beider Methoden hielt der BGH in Entscheidung *Valium I* dementsprechend noch für unzulässig.⁵³⁸ Es ist allerdings zuzugeben, dass der relative Effizienzvergleich eine detaillierte Analyse verlangt, die auch eine Kartellbehörde unter Umständen nicht mehr zu leisten vermag. Bei einer Anwendung des Sollkostenansatzes auf einzelne Strukturunterschiede ist den hier geäußerten Bedenken jedenfalls durch die Anerkennung eines Erheblichkeitszuschlags hinreichend zu begegnen (→ Rn. 118).

Unabhängig davon, ob man die erforderlichen Kosten anhand des Sollkostenansatzes oder der 105 Fähigkeiten des konkreten Vergleichsunternehmens berechnet, sind die exogenen (unbeeinflussbaren) Umstände auf ihre konkreten kostentreibenden Wirkungen zu prüfen, um den **Erschwernisfaktor** zu ermitteln; sie sind zu quantifizieren.⁵³⁹ Dabei dient die Kostenermittlung der Bestimmung eines relativen Erweiterungs- bzw. Erschwernisfaktors und entspricht damit auch den schon vom BGH in den *Valium*-Entscheidungen im Grundsatz gebilligten **prozentualen Zu- bzw. Abschlägen**.⁵⁴⁰ Da eigentlicher Vergleichsgegenstand die Preise und nicht die Kosten sind, muss der ermittelte Erschwernisfaktor auf die Preisebene als Korrekturfaktor angewendet werden. Nicht ohne Weiteres anwendbar ist diese Methode, soweit man Strukturfaktoren berücksichtigen muss, die bei dem Vergleichsunternehmen überhaupt nicht auftreten.⁵⁴¹ Dann bewegt man sich an der Schwelle zur Fik-

⁵³⁵ BGH Beschl. v. 22.7.1999 – KVR 12/98, WuW/E DE-R 375 (377) – Flugpreisspaltung; vgl. dazu Wolf, Effizienzen und europäische Zusammenschlusskontrolle, 2009, S. 206 ff.

⁵³⁶ Da Wettbewerb nicht nur über den Preis, sondern auch andere Faktoren wie Qualität und Service (also Innovation) möglich und erwünscht ist, kann ein unterschiedlicher Preis auch auf dahingehenden Produktdifferenzierungen beruhen. In diesem Fall kann nicht zwingend ein geringerer Effizienzgrad angenommen werden.

⁵³⁷ Vgl. bereits Lutz ORDO 8 (1956), 19 („Schlafmützenkonkurrenz“).

⁵³⁸ BGH Beschl. v. 16.12.1976 – KVR 2/76, BGHZ 68, 23 (33 f.) – Valium I.

⁵³⁹ Barth/Bongard WuW 2009, 30 (38); Daiber WuW 2000, 352 (357); A. Wolf WuW 1994, 415 (420); vgl. auch Neumann S. 439 ff.

⁵⁴⁰ BGH Beschl. v. 16.12.1976 – KVR 2/76, BGHZ 68, 23 – Valium I; BGH, Beschl. v. 12.2.1980 – KVR 3/79, BGHZ 76, 142 – Valium II; vgl. bereits BGH Beschl. v. 31.5.1972 – KVR 2/71, BGHZ 59, 42 (49) – Stromtarif.

⁵⁴¹ Die Kosten des Vergleichsunternehmens können dann nicht einfach prozentual erweitert werden. Würde man in diesem Fall lediglich analysieren, welchen prozentualen Einfluss dieser Umstand auf den Preis des betroffenen Unternehmens hat und diesen auf das Vergleichsunternehmen übertragen, so kann dies in zweierlei Hinsicht

tion. Zur Berechnung des Korrekturfaktors können die für die regulierten Netzbereiche entwickelten Methoden des Effizienzvergleichs herangezogen werden, mit denen kostenrelevante Strukturfaktoren quantifiziert werden.⁵⁴² Nicht zu berücksichtigen sind Kosten, deren Vermeidung dem Unternehmen zumutbar gewesen wäre. Wird ein Unternehmen etwa bei seinen Einkaufspreisen von einem marktbeherrschenden Unternehmen ausgebeutet, so ist zB das Anstrengen eines zivilgerichtlichen Verfahrens oder das Anrufen der Kartellbehörde zumutbar.⁵⁴³ Das Einfordern von Entgelten, insbesondere Lizenzgebühren bei gewerblichen Schutzrechten oder offenen Systemdienstleistungen (zB Abfallverwertungssystem), um den Anteil der Einzelentgelte an den Gesamtkosten zu minimieren, ist dagegen nur zumutbar, wenn die Aufdeckung, Verfolgung und Heranziehung der Trittbrettfahrer mit vernünftigen und kaufmännisch vertretbarem Aufwand möglich gewesen ist.⁵⁴⁴

106 Von den Korrekturzuschlägen zu unterscheiden sind **Sicherheitszuschläge**.⁵⁴⁵ Letztere sind im Einzelfall heranzuziehen, um Unsicherheiten bei der Einschätzung des Vergleichsmaterials Rechnung zu tragen.⁵⁴⁶ Es bedarf ihrer nur dann, wenn überhaupt eine Korrektur des Vergleichsmaterials durch Zu- und Abschläge erforderlich ist.⁵⁴⁷ Deren Höhe hängt auch von Art und Umfang sowie dem Beweiswert des zur Verfügung stehenden Vergleichsmaterials ab.⁵⁴⁸ Sie sind besonders hoch anzusetzen, wenn die Vergleichsbasis schmal und weniger robust ist.⁵⁴⁹ Außerdem sind sie jeweils auf die Einzelpositionen zu beziehen.⁵⁵⁰ Von dem Sicherheitszuschlag zur Berücksichtigung rechnerischer Unschärfen nochmals zu unterscheiden ist der **Erheblichkeitszuschlag** (→ Rn 118 ff.).

107 Muss der Vergleichspreis in zu hohem Umfang durch Korrektur- sowie Sicherheitszuschläge angepasst werden, so scheidet er als Vergleichsbasis aus. Die Unterschiede dürfen nicht so erheblich sein, dass sich Zu- oder Abschläge von einem solchen Ausmaß ergeben, dass die ermittelten (mutmaßlichen) Wettbewerbspreise sich im Ergebnis nicht mehr auf konkrete Vergleichszahlen stützen, sondern durch das Übergewicht der auf reinen Schätzungen beruhenden Zu- oder Abschläge sowie der dem betroffenen Unternehmen zusätzlich zuzubilligenden Bandbreite zu einem letztlich nur noch **fiktiven Wettbewerbspreis ohne sachliche Grundlage** führen.⁵⁵¹ Abgelehnt wurde danach ein Vergleichspreis, der sich zu 49,64% aus dem zugrunde gelegten Wettbewerbspreis, dagegen zu 50,36% aus Zuschlägen zusammensetzte. Der auf diese Weise ermittelte mutmaßliche Wettbewerbspreis beruhte überwiegend auf Schätzungen, weshalb von einem ungeeigneten Vergleichspreis auszugehen war.⁵⁵² Das OLG Düsseldorf hielt eine Beeinflussung des Vergleichspreises von annähernd 47,6%

zu Fehlern führen. Zum einen können die Kosten aufgrund monopolistischer Ineffizienzen besonders hoch sein, so dass deren Einflussgröße auf die Endpreise wesentlich höher als bei einem im Wettbewerb stehenden Unternehmen ist. Auf der anderen Seite können aber auch die sonstigen Kosten des Unternehmens so sehr über dem Wettbewerbsniveau liegen, dass die Einflussgröße der durch die besonderen Umstände verursachten Kosten unterschätzt wird. Würde man hingegen auf ein im Wettbewerb stehendes Drittunternehmen abstellen, bestünde wieder die Gefahr, dass ein „Mehr an Effizienz“ verlangt wird, als vom „mutmaßlich“ im Wettbewerb stehenden Vergleichsunternehmen. Denkbar ist es, diese Bestandteile ganz außer Betracht zu lassen, also nur einen Vergleich einzelner Preisbestandteile vorzunehmen. Dadurch fließt jedoch ein weiteres Unsicherheitsmoment in die Analyse (kritisch dazu auch *Baum* Wirtschaftspolitische Chronik 28 (1979), 65 (85 f.)).

⁵⁴² Vgl. BNetzA, Bericht der Bundesnetzagentur nach § 112a EnWG zur Einführung der Anreizregulierung nach § 21a EnWG v. 30.6.2006, S. 204 ff.; vgl. bereits zu § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB 1990 *Salje*, Preismissbrauch durch Elektrizitätsversorgungsunternehmen, 1978, S. 212 ff.

⁵⁴³ Vgl. BGH Urt. v. 26.6.1979 – KZR 15/78, WuW/E BGH 1638 (1641) – Metallhütte.

⁵⁴⁴ OLG Düsseldorf Urt. v. 16.4.2008 – VI-U (Kart) 30/07, U (Kart) 30/07, AbfallR 2008, 306 (juris Rn. 36).

⁵⁴⁵ Vgl. BGH Beschl. v. 15.5.2012 – KVR 51/11, WuW/E DE-R 3632 (3637) – Wasserpreise Calw; BGH Beschl. v. 21.2.1995 – KVR 4/94, NJW 1995, 1894 (1897) – Weiterverteiler; BGH Beschl. v. 21.2.1995 – KVR 4/94, WuW/E BGH 2967 (2975) – Strompreis Schwäbisch-Hall; BGH Urt. v. 6.10.1992 – KZR 10/91, WuW/E 2805 (2811) – Stromeinspeisung; OLG Düsseldorf v. 26.6.1979 – Kart 1/79, WuW/E OLG 2135 (2137) – BAB-Tankstelle Bottrop-Süd; KG v. 24.8.1978 – Kart 3/77, WuW/E OLG 2053 (2065 f.) – Valium II. Von einem Sicherheitszuschlag spricht auch bereits der Ausschuss für Wirtschaft zur 4. GWB-Novelle, BT-Drs. 8/3690, 25, wobei allerdings der Bedeutungsgehalt nicht ganz klar wird.

⁵⁴⁶ BGH Beschl. v. 28.6.2005 – KVR 17/04, WuW/E DE-R 1513 (1519) – Stadtwerke Mainz.

⁵⁴⁷ So LG Frankfurt Urt. v. 7.3.2007 – 6 O 469/06, juris Rn. 52. In dem Fall abgelehnt, weil keine auszugleichende Unsicherheit vorlag, da konkrete, nach Tarif ermittelte Preise auf zum Teil 100% identischen Märkten verglichen wurden (nachinstanzlich offen gelassen).

⁵⁴⁸ BGH v. 16.12.1976 – KVR 2/76, GRUR 1977, 269 (275) – Valium I; BGH v. 12.02.1980 – KVR 3/79, GRUR 1980, 742 (745) – Valium II.

⁵⁴⁹ BGH Beschl. v. 12.2.1980 – KVR 3/79, WuW/E 1678 (1682) – Valium II; BGH Beschl. v. 6.11.1984 – KVR 13/83, WuW/E BGH 2103 (2105) – Favorit.

⁵⁵⁰ Für einen Gesamtzuschlag, KG v. 24.8.1978 – Kart 3/77, WuW/E OLG 2053 (2065 f.) – Valium II, welches jedoch nicht genau zwischen Unsicherheits- und Erheblichkeitszuschlag unterscheidet; zustimmend Langen/Bunte/Nothdurft Rn. 120.

⁵⁵¹ BGH Beschl. v. 12.02.1980 – KVR 3/79, GRUR 1980, 742 (745) – Valium II.

⁵⁵² BGH Beschl. v. 12.02.1980 – KVR 3/79, GRUR 1980, 742 (745) – Valium II;

für unzulässig.⁵⁵³ In der Literatur wird als Grenze 50% vorgeschlagen.⁵⁵⁴ Ein Vergleichspreis kann auch schon dann untauglich sein, wenn das Vergleichsunternehmen im Verhältnis zum marktbeherrschenden Unternehmen eine deutlich abweichende Unternehmensgröße oder völlig unterschiedliche Absatzzahlen aufweist.⁵⁵⁵

b) Kostenanalyseverfahren. Statt über das Vergleichsmarktkonzept kann der hypothetische Wettbewerbspreis auch durch eine Kontrolle der Preisbildungsfaktoren (Kosten) des marktbeherrschenden Unternehmens ermittelt werden.⁵⁵⁶ Ein genereller Vorrang des Vergleichsmarktkonzeptes lässt sich aus dem Gesetz nicht ableiten.⁵⁵⁷ Bei der Berechnung des Mehrerlöses im Bußgeldverfahren ist hingegen nach Auffassung des BGH eine Kostenanalyse gegenüber dem Vergleichsmarktkonzept nachrangig.⁵⁵⁸ Durch eine Kostenanalyse werden alle Preisbestandteile (zB Erzeugungskosten, Gewinne) darauf überprüft, ob sie sich auch bei wirksamem Wettbewerb einstellen würden. Die Prüfung entspricht dem Maßstab der Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung (KEL), wie er bei der Entgeltregulierung im Telekommunikations- (§ 32 TKG) und im Energiesektor (§ 21 Abs. 2 EnWG) Anwendung findet.⁵⁵⁹

Das Kostenanalyseverfahren wurde als Konzept der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchskontrolle stark torpediert (s. die ausführliche Darstellung des Streitstandes bei → § 31 Rn. 296 ff.). Neben den methodischen Schwierigkeiten und dem Problem des Erkenntnisdefizits ist insbesondere der umfassende staatliche Einfluss auf die Unternehmen kritisiert worden, welcher mit dem Gedanken einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb in einem Konflikt stehe. In der Tat wird unter dem Damoklesschwert der Anwendung dieses Kontrollkonzeptes letztlich eine Verpflichtung marktbeherrschender Unternehmen zur Selbstregulierung begründet. Diese Verpflichtung ist jedoch nur eine Nachkorrektur für das Fehlen wirksamen Wettbewerbs. An die Stelle der wettbewerbslichen Gefahr eines Marktanteilsverlustes tritt die Gefahr behördlicher oder privatrechtlicher Sanktionen (§§ 32, 33, 81). Sowohl die gesetzlich vermittelte Sicherstellung eines funktionierenden Wettbewerbs als auch das sanktionierte Verbot des Preismissbrauchs dienen damit der Selbstdisziplin von Unternehmen mit dem Ziel wettbewerbskonformer Marktergebnisse, folglich einem auch verfassungsrechtlich anerkannten Allgemeininteresse.⁵⁶⁰

Auch wenn beim Kostenanalyseverfahren die Kosten des Unternehmens Kontrollgegenstand sind, so folgt der Missbrauchsvorwurf gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 2 allein aus der Höhe des Preises, also nur aus dem Ergebnis der unternehmensinternen Preisfindung.⁵⁶¹ Deshalb kommt es nicht vorrangig auf die Methode an, mit der das marktbeherrschende Unternehmen seine Preise kalkuliert. Der Ansatz einer Mehrheit von Preisbildungsfaktoren, von denen anzunehmen ist, dass auf ihrer Grundlage kalkulierte Preise bei wirksamem Wettbewerb auf dem Markt nicht durchgesetzt werden könnten, kann dennoch ein Indiz für einen missbräuchlich überhöhten Preis sein.⁵⁶² Dazu wird auf den

⁵⁵³ OLG Düsseldorf Beschl. v. 17.3.2004 – VI-Kart 18/03 (V), WuW/E DE-R 1439 (1443) – Stadtwerke Mainz; aufgehoben durch BGH Beschl. v. 28.6.2005 – KVR 17/04, WuW/E DE-R 1513 (1518 f.) – Stadtwerke Mainz, der das Abziehen von nicht preisrelevanten Parametern noch nicht als Korrekturmaßnahme ansah.

⁵⁵⁴ Langen/Bunte/Nothdurft Rn. 120; Wiedemann/Wiedemann § 23 Rn. 53.

⁵⁵⁵ BGH Beschl. v. 12.2.1980 – KVR 3/79, GRUR 1980, 742 (745) – Valium II (Jahresumsatz von 170000 DM im Verhältnis zu 178,6 Mio. DM).

⁵⁵⁶ BGH Beschl. v. 15.5.2012 – KVR 51/11, WuW/E DE-R 3632 (3635) – Wasserpreise Calw; BGH Urt. v. 18.10.2005 – KZR 36/04, WuW/E DE-R 1618 (1621) – Stromnetznutzungsentgelt I; BGH Urt. v. 19.6.2007 – KRB 12/07, WuW/E DE-R 2225 (2228) Rn. 19 – Papiergroßhandel; OLG Düsseldorf Beschl. v. 22.4.2002 – Kart 2/02 (V), WuW/E DE-R 914 – Netznutzungsentgelt; vgl. bereits BGH Beschl. v. 16.10.1976 – KVR 2/76, WuW/E BGH 1445 (1452) – Valium; einschränkend BGH Beschl. v. 12.2.1980 – KVR 3/79, WuW/E 1678 (1684) – Valium II; zu Art. 102 AEUV EuGH Urt. v. 14.2.1978 – 27/76, Slg. 1978, 207 Rn. 248 ff. – United Brands; ablehnend Barth/Bongard WuW 2009, 30 (40 ff.).

⁵⁵⁷ Säcker, FS Bornkamm, S. 275 (276 f.).

⁵⁵⁸ Vgl. BGH Beschl. v. 19.6.2007 – KRB 12/07, WuW/E DE-R 2225 (2228) (Rn. 19) – Papiergroßhandel, zur früheren Mehrerlösabschöpfung. Diese Grundsätze gelten weiterhin bei der Abschöpfung wirtschaftlicher Vorteile.

⁵⁵⁹ Vgl. Barth/Bongard WuW 2009, 30 (41 f.); Meinenbach, Die Anreizregulierung als Instrument zur Regulierung von Netznutzungsentgelten im neuen EnWG, 2008, S. 117 ff.; Säcker, FS Bornkamm, S. 275 (276, 282); Säcker/Meinenbach RdE 2009, 1 (4 ff.); BerKommTKG/Groebel § 32 Rn. 11; vgl. auch zu § 20 Abs. 1 PostG, der insoweit an das TKG angelehnt ist, BVerwG Urt. v. 29.5.2013 – 6 C 10/11, NVwZ 2013, 1418 (1421 f.); BVerwG Urt. v. 25.09.2013 – 6 C 15.12.

⁵⁶⁰ Vgl. BVerfG Beschl. v. 13.6.2006 – 1 BVR 1160/03, WRP 2006, 1493 (1498).

⁵⁶¹ BGH Beschl. v. 15.5.2012 – KVR 51/11, WuW/E DE-R 3632 (3635) – Wasserpreise Calw.

⁵⁶² BGH Beschl. v. 15.5.2012 – KVR 51/11, WuW/E DE-R 3632 (3635) – Wasserpreise Calw; BGH Urt. v. 18.10.2005 – KZR 36/04, WuW/E DE-R 1617 (1621) – Stromnetznutzungsentgelt I; siehe auch OLG Düsseldorf Urt. v. 22.4.2002 – Kart 2/02 (V), WuW/E DE-R 914 (916 f.); KG Beschl. v. 23.12.1982 – Kart 28/

Erfahrungssatz zurückgegriffen, 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 Rationalisierungsserven zu erwartenden Kosten zu decken und eine möglichst hohe Rendite zu erwirtschaften, andererseits aber zu verhindern, dass Kunden wegen zu hoher Preise zu einem Wettbewerber abwandern.⁵⁶³ Bei der danach erforderlichen Überprüfung der Preisbildungsfaktoren kann auf die einschlägigen und gegebenenfalls weiterzuentwickelnden ökonomischen Theorien zurückgegriffen werden.⁵⁶⁴ Es kann vor allem auf die Erfahrungen zur sektorspezifischen Entgeltregulierung zurückgegriffen werden (vgl. § 32 TKG, § 20 Abs. 2 EnWG, § 20 Abs. 1 PostG). Soweit ein Preisbestandteil einer spezialgesetzlichen Genehmigungsprüfung unterliegt, wie zB die in die Energiepreise einfließenden Netzentgelte (§ 111 EnWG), dürfen diese keiner erneuten Kontrolle nach dem GWB unterworfen werden, sondern sind in Höhe der Genehmigung anzusetzen. Das gilt jedoch nur, soweit das GWB verdrängt wird (→ Rn. 19).

111 Bei der Kostenanalyse lassen sich zwei verschiedene Verfahren unterscheiden. In der Entscheidungspraxis zu § 19 Abs. 2 Nr. 2 wird zunächst von den tatsächlichen Vorleistungspreisen und Kostenstrukturen des marktbeherrschenden Unternehmens ausgegangen. Anschließend werden einzelne Kostenfaktoren auf ihre Effizienz untersucht und in ihrer Höhe reduziert.⁵⁶⁵ Diese sog. **Top-Down-Methode** ist zu unterscheiden vom **Bottom-Up-Ansatz**, bei dem ausgehend vom Leistungsspektrum des betroffenen Unternehmens die effizienten Kostenstrukturen von Grund auf über analytische Kostenmodelle modelliert werden („*Greenfield-Ansatz*“).⁵⁶⁶ Der Bottom-Up-Ansatz verursacht einen erheblichen Datenaufwand, eine lange Verfahrensdauer und berücksichtigt Pfadabhängigkeiten, die auch eine Wettbewerbsumgebung hervorbringt, nicht hinreichend.⁵⁶⁷ Mangels sektorspezifischer Zielvorgaben ist der Bottom-Up-Ansatz deshalb für die allgemeine, auf § 19 Abs. 2 Nr. 2 gründende Missbrauchsaufsicht prinzipiell ungeeignet. Dem entspricht im Ergebnis auch die Auffassung des BGH, dass es auf die Methode, mit der das marktbeherrschende Unternehmen seine Preise kalkuliert, nicht ankommen kann.⁵⁶⁸

112 Auch für die Feststellung, ob konkrete Kostenpositionen dem Maßstab der Kosten effizienter Leistungserbringung genügen, bedarf es eines Vergleichs mit realen Unternehmensverhältnissen. Das Kostenanalyseverfahren enthält folglich **Elemente eines Vergleichsmarktkonzeptes**. Nur werden dabei nicht Preise, sondern Kosten verglichen.⁵⁶⁹ Ein besonderes Problem dieses Verfahrens ist, dass die Preisbestandteile nicht über den Markt beobachtbar sind.⁵⁷⁰ Das Kostenanalyseverfahren kommt deshalb insbesondere auf Märkten mit in hohem Grade standardisierten technischen Voraussetzungen und auf Märkten, bei denen die Einkaufspreise leicht nachvollziehbar sind, in Betracht.⁵⁷¹ Wie beim Vergleichsmarktkonzept sind dabei unternehmensinterne und -externe strukturelle Unterschiede, die die Preisbildungsfaktoren beeinflussen können, durch Zu- und Abschläge zu berücksichtigen. Darüber hinaus ist den im Einzelfall auftretenden Unsicherheiten bei der Feststellung der relevanten Preisbildungsfaktoren durch **Sicherheitszuschläge** Rechnung zu tragen (→ Rn. 106).⁵⁷²

113 Es sind nur solche Kosten als effizient einzustufen, die sich sowohl ihrer Art nach als auch in der Höhe bei wirksamem Wettbewerb einstellen würden. Bei der Prüfung bietet sich eine Orientierung an dem Prüfraster der sektorspezifischen Regulierung an. Nach § 32 TKG ergeben sich die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung und einem angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten, einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals, soweit diese Kosten jeweils für die Leistungsbereitstellung notwendig sind. Es werden dabei auch „ineffiziente“ Aufwendungen anerkannt, soweit und solange hierfür eine rechtliche Verpflichtung besteht oder das Unternehmen eine

82, WuW/E OLG 2892 (2895) – Euglucon; Monopolkommission, 5. Hauptgutachten 1982/1983, BT-Drs. 10/1791 Rn. 416; ders. BB 1979, 1101 f.; Wagemann, FS Bechtold, 2006, S. 593 (597 ff.); zurückhaltend Kuhn WuW 2006, 578 (586 ff.).

⁵⁶³ BGH Beschl. v. 28.6.2005 – KVR 17/04, WuW/E DE-R 1513 (1517) – Stadtwerke Mainz.

⁵⁶⁴ Kritisch dazu Daiber NJW 2013, 1990 (1993); vgl. zu dem vergleichbaren Problem bei § 29 S. 1 Nr. 2, S. 2 Begr. RegE, BT-Drs. 16/5847, 11; → § 29 Rn. 51.

⁵⁶⁵ Vgl. OLG Stuttgart, 5.9.2013 – 201 Kart 1/13, ZNER 2013, 614 – Wasserpreise Calw II.

⁵⁶⁶ Vgl. BerKommTKG/Busse von Colbe Vor § 27 Rn. 31.

⁵⁶⁷ Vgl. dazu Mellewig/Theissen MMR 1998, 589 ff. vs. Doll/Wieck MMR 1998, 280 ff.

⁵⁶⁸ BGH Beschl. v. 15.5.2012 – KVR 51/11, WuW/E DE-R 3632 (3635) – Wasserpreise Calw.

⁵⁶⁹ Sacker, FS Bornkamm, S. 275 (277); BerKommEnR/Sacker/Meinzenbach § 21 EnWG Rn. 135 f.; BerKommTKG/Groebel § 35 Rn. 17 ff.

⁵⁷⁰ So insbes. die Kritik bei Barth/Bongard WuW 2009, 30 (42 f.).

⁵⁷¹ Vgl. BGH Beschl. v. 19.6.2007 – KRB 12/07, WuW/E DE-R 2225 (2228) – Papiergroßhandel.

⁵⁷² BGH Beschl. v. 15.5.2012 – KVR 51/11, WuW/E DE-R 3632 (3636) – Wasserpreise Calw; vgl. auch BGH Beschl. v. 19.6.2007 – KRB 12/07, WuW/E DE-R 2225 (2229 f.) – Papiergroßhandel.