



Geschäftszeichen III 2 A – 78 k 20 / 01 – 556-06
[Landeskartellbehörde Energie und Wasser]

Dst.-Nr. 0458

Bearbeiter/in Hermann Daiber

Telefon 815 - 20 70

Telefax 815 - 22 30

E-Mail hermann.daiber@hmwvl.hessen.de

Ihr Zeichen

Ihre letzte Nachricht vom 20. April 2007

Datum 9. Mai 2007

Hessisches Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und
Landesentwicklung, Postfach 31 29, 65021 Wiesbaden

DURCH POSTZUSTELLUNGSURKUNDE

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Text der Bekanntmachung im Bundesanzeiger:

Land Hessen

Bekanntmachung einer Missbrauchsverfügung

nach § 103 Abs. 6 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung
der Bekanntmachung vom 20. Februar 1990 in Verbindung mit § 32 Abs. 3 GWB in der ab 1.
Juli 2005 geltenden Fassung

Vom 16. Mai 2007

Das Hessische Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung als Landeskartellbehörde hat am 9. Mai 2007 gegen die Enwag Energie- und Wassergesellschaft mbH, Hermannsteiner Straße 1, 35576 Wetzlar (Im Folgenden als Betroffene bezeichnet) wegen missbräuchlich überhöhter Wasserpreise folgende Verfügung erlassen; dies wird hiermit gem. § 58 Nr. 4 GWB a.F. bekannt gemacht:

1. Der Betroffenen wird untersagt, für die Lieferung von Trinkwasser zu allgemeinen Tarifpreisen einen höheren Betrag zu verlangen als 1,66 €/m³ abgegebenen Wassers in Typfall 1 sowie 1,48 €/m³ in Typfall 2. Typfall 1 entspricht dabei einem Jahresverbrauch von 150 m³ Trinkwasser, Typfall 2 einem Jahresverbrauch von 400 m³ Trinkwasser, mit in beiden Typfällen jeweils dem kleinsten Wasserzähler (Nennleistung bis 5 m³/h).

2. Ziff. 1 gilt für zukünftige Wasserlieferungen sowie für diejenigen Wasserlieferungen in der Vergangenheit, die zum Zeitpunkt der Wirksamkeit dieser Verfügung noch nicht abgerechnet waren.

3. Ziff. 1 wird bis zum 31. Dezember 2008 befristet.

4. Es wird festgestellt, dass die Wasserpreise der Betroffenen in der Zeit vom 1. Juli 2005 bis zum Zeitpunkt der Wirksamkeit dieser Verfügung insoweit missbräuchlich überhöht waren, als sie einen Betrag von 1,66 €/m³ abgegebenen Wassers in Typfall 1 sowie 1,48 €/m³ in Typfall 2 überstiegen haben. Typfall 1 entspricht dabei einem Jahresverbrauch von 150 m³ Trinkwasser, Typfall 2 einem Jahresverbrauch von 400 m³ Trinkwasser, mit in beiden Typfällen jeweils dem kleinsten Wasserzähler (Nennleistung bis 5 m³/h).

5. Die Betroffene hat die Kosten des Verfahrens zu tragen. Für die Tätigkeit der Landeskartellbehörde wird eine Gebühr in Höhe von 10.000 € (In Worten: Zehntausend EURO) festgesetzt. Daneben werden als Auslagen die Kosten der öffentlichen Bekanntmachung erhoben.

Wiesbaden, 16. Mai 2007

III 2 A – 78 k 20 / 01 – 556-06, [0706 , # 001]

Hessisches Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung
als Landeskartellbehörde

Im Auftrag
Dr. Eugen Paravicini

Gründe

A. Sachverhalt

1. Die Betroffene

1.1 Das Gesamtunternehmen

[1] Die Betroffene (im Weiteren Betr. genannt) bzw. die Vorgängergesellschaft, die Stadtwerke Wetzlar [GmbH] beliefert Kunden in der Stadt Wetzlar seit 1863 mit Gas, seit 1893 mit Wasser und ab dem Jahre 1911 mit elektrischer Energie. Daneben führt die Betr. den Betrieb ihrer 50%-igen Tochtergesellschaft Gasversorgung Lahn-Dill GmbH und von zwei städtischen Schwimmbädern. Wesentliche Unternehmensdaten zeigt die nachfolgende Übersicht:

XXX

[2] Das Grundkapital der Betr. in Höhe von XXX wird zu 50,1% von der Stadt Wetzlar und zu 49,9% von der Thüga AG in München gehalten. Letztere ist in zwölf Bundesländern an rund 120 Stadtwerken beteiligt. Thüga AG gehört zu 81,1% Eon Ruhrgas sowie zu 18,9% Contigas; beide Gesellschaften stehen nahezu vollständig im Eigentum der Eon AG, Düsseldorf. Dieser aus VEBA und VIAG entstandene Konzern ist mit 56,4 Mrd. € Umsatz (2005), 7,4 Mrd. € bereinigtem Ergebnis vor Steuern und Zinsen (Ebit) und rund 80.000 Mitarbeitern der weltweit größte private Energiedienstleister.

1.2 Geschäftsbereich Wasser

1.2.1 Übersicht

[3] Die Betr. hat mit der Stadt Wetzlar am XXX je einen Konzessionsvertrag zur Versorgung mit Strom, Gas und Wasser geschlossen und bei der Kartellbehörde angemeldet. Vertragsgegenstand ist die Belieferung der Stadt und ihrer Einwohner mit Trink- und Brauchwasser im Stadtgebiet. Der Betr. wird ein ausschließliches Recht zur Benutzung der städtischen Straßen und Wege für (Wasser-)Versorgungsleitungen eingeräumt. Sie zahlt der Stadt die nach der für

Wasser weiterhin gültigen Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben (KAE)¹ höchstzulässigen Konzessionsabgaben. Diese belaufen sich auf 1,5% der Roheinnahmen aus Lieferungen an Sondervertragskunden sowie 12% der Entgelte von Kunden, die zu allgemeinen Bedingungen versorgt werden (Haushalts- und Kleingewerbe-Kunden, HuK).

[4] Die Betr. verzeichnete 2004 in der Wassersparte Gesamterträge in Höhe von XXX und 2005 von XXX. Diese setzen sich zusammen aus den Umsatzerlösen, anderen aktivierten Eigenleistungen, betrieblichen Erträgen sowie Zinseinnahmen. Davon wurden Nebenerträge, die nicht in direktem Zusammenhang mit der Wasserversorgung stehen (Personalkostenverrechnung für Bäder, Zinsen) abgezogen. Auf diese Weise ergeben sich Erträge von XXX (2004) sowie XXX (2005). Damit erwirtschaftete die Betr. ein Gesamtergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit vor Steuern von XXX im Jahre 2004 bzw. XXX für 2005. Davon sind wiederum aus rechnerischen Gründen die Zinseinnahmen abzuziehen sowie die intern belasteten Stromkosten dazuzurechnen. Dies ergibt ein bereinigtes Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit von XXX (2004) sowie XXX 2005. Die Rendite, bezogen auf die Gesamterträge, betrug somit 2005 XXX sowie 2004 XXX. In den Jahren 1998 bis 2005 erzielte die Betr. in der Wasserversorgung, auf die dargelegte Weise errechnet, eine durchschnittliche jährliche Umsatzrendite von XXX vor Steuern; für 2002 bis 2005 betrug dieser Wert durchschnittlich pro Jahr XXX.

[5] Ferner wird die bereits erwähnte Konzessionsabgabe an die Stadt Wetzlar ausgeschüttet. Sie belief sich 2004 auf XXX und 2005 auf XXX. Zwischen 1998 und 2005 bleibt deren jährliche Rate von rund 10% bezogen auf die Erträge nahezu konstant. Fasst man das Gesamtergebnis und die Konzessionsabgabe zusammen, so ergibt sich ein Betrag von XXX für 2004 und von XXX im Jahre 2005. Dies entspricht einem Anteil an den Erträgen von XXX für 2004 bzw. XXX im Jahre 2005, jeweils vor Steuern.

1.2.2 Wasserbeschaffung

[6] Wasserbezug, Eigenförderung und Netzeinspeisung gibt die Betr. mit folgenden Werten an:

XXX

Im Einzelnen ist dazu Folgendes zu sagen:

1.2.2.1 Wasserbezug

¹ Vom 4. März 1941 i. d. F. vom 7. März 1975 (BAnz Nr. 49).

[7] Die Betr. bezieht rund 2/3 ihrer jährlichen Netzeinspeisung von rund XXX m³ vom XXX. Mitglieder des XXX sind neben drei Landkreisen und 14 Gemeinden auch 13 Städte, darunter Marburg, Gießen und Wetzlar. Der Vorstand besteht aus acht stimmberechtigten Mitgliedern, darunter Herr Bürgermeister XXX, Wetzlar (inzwischen: Herr Oberbürgermeister XXX). Dieser ist zugleich Aufsichtsratsvorsitzender der Betr. Der XXX verkaufte im Wirtschaftsjahr 2004 XXX m³ Wasser an seine Kunden sowie 2005 XXX m³. Es handelt sich hierbei um Grundwasser aus den Wasserwerken Stadtallendorf und Wohratal (bei Kirchhain) sowie aus weiteren örtlichen Gewinnungsanlagen.

[8] Der XXX unterhält unter anderem XXX km Fernleitungen (Zubringerleitungen), aus denen er über die Zubringer XXX und XXX auch die Betr. versorgt. Die Endpunkte dieser beiden Verbindungen sind sechs Übergabeschächte (darunter XXX sowie XXX), hinter denen die Betr. Druckminderanlagen erbaut hat. Die 2005 bezogene Wassermenge von XXX m³ entspricht rund 75% des Bezugsrechtes von XXX m³. Dafür hatte die Betr. X,XXX Mio. € zu zahlen, was XX Cent pro Kubikmeter bezogenen Wassers entspricht; 2004 waren ,X,XXX Mio. € aufzuwenden. Diese Zahlenangaben hat XXX bestätigt. Im Schnitt hatte die Betr. in den Jahren 2001 bis 2005 XX Eurocent für jeden gelieferten Kubikmeter zu begleichen. Nach Angaben der Betr. bewegt sich der Preis 2006 und 2007 in etwa auf dem Niveau von 2005.

1.2.2.2 Eigengewinnung

[9] Die eigene Wasserförderung der Betr. macht rund 1/3 des gesamten Wasseraufkommens aus. Sie betrug 2004 XXX Tsd. m³ und 2005 XXX Tsd. m³. Die Betr. gibt im Einzelnen dazu Folgendes an:

XXX

[10] Die Aufbereitung des geförderten Rohwassers beschränkt sich auf die üblichen Vorkehrungen zur Entfernung von Mangan, Eisen und Kohlensäure. Als Kosten der eigenen Wassergewinnung gab die Betr. am 14. April 2005 mit Mail-Übersendung für 2003 XXX Tsd. € und für 2004 XXX Tsd. € an. Dies entsprach Kosten von umgerechnet XX Eurocent pro Kubikmeter (2003) bzw. XX Eurocent/m³ im Jahre 2004. Diese Zahlen liegen um 23% (2003) bzw. 38 % (2004) über denjenigen, die sie zuletzt genannt hat. Nunmehr beziffert sie die Eigengewinnungskosten für 2003 mit XXX Tsd. € (gleich XX Eurocent/m³), für das Jahr 2004 mit XXX Tsd. € (XX Eurocent/m³) und für 2005 mit XXX Tsd. € (XX Eurocent pro Kubikmeter geförderten Wassers). Auch die Mittelwerte für eine längere Zahlenreihe differieren erheblich. Die Eigenge-

winnungskosten betragen nach Angaben der Betr. aus dem Jahre 2005 für die Jahre 2001 bis 2004 XX Eurocent pro Kubikmeter³ nunmehr nennt die Betr. nur noch Kosten von XX Eurocent. Dies entspricht einer Abweichung von 30%. Zur Erklärung verwies die Betr., soweit ersichtlich erstmalig, auf ihre eigene Kostenstellenstruktur sowie darauf, dass eine differenzierte Kostenerfassung nicht sinnvoll erscheine.

1.2.3 Wasserverteilung

[11] Wasserabgabe und Verteilnetz charakterisiert die Betr. mit folgenden Zahlen:

XXX

Die Anzahl der Wasserbehälter und deren Kapazität sind über die Jahre hinweg gleich geblieben. Die Betr. verfügt über XX Wasserbehälter mit einem Volumen von XXX. Darin enthalten sind XXX als Brandreserve.

[12] Daraus ergeben sich die nachfolgenden spezifischen Vergleichswerte, die selbst bei einer Betrachtung über acht Jahre hinweg (1998 bis 2005) nahezu gleich bleiben:

Kennwert	2005	Durchschnitt 1998 bis 2005	Schnitt 2001 bis 2005
Metermengenwert (MMW), Wasserabgabe bezogen auf Netzlänge	6,2	6,5	6,3
Netzlänge in Metern (ohne Hausanschlussleitungen) pro Hausanschluss	23,7	23,6	23,8
Gesamtspeichervolumen pro jahresmittlere tägliche Netzeinspeisung in m ³ /d	2,3	2,2	2,2
Speichervolumenkennwert ohne löschwasserbezogenen Anteil	1,9	1,8	1,8

[13] Die Betr. führt zu den o.g. Zahlen soweit ersichtlich erstmals in dem seit 2002 laufenden Verfahren aus:

„Die Länge des Ortsnetzes kann enwag derzeit nur schätzen, da sich das Versorgungsnetz von enwag insbesondere durch die Eingemeindungen bzw. die Gebietsreform vergrößerte, enwag aber keine genauen Zahlen über die tatsächliche Länge des neu hinzugekommenen Leitungsnetzes erhielt. Das Leitungsnetz wurde auch nicht vermessen. ...

Keine verlässlichen Angaben hat enwag bislang über die Gesamtlänge der Haushaltsanschlussleitungen. Nur zum Teil liegen enwag Längenangaben für die einzelnen Haushaltsanschlüsse vor, so dass enwag zum jetzigen Zeitpunkt die Gesamtlänge nicht genau errechnen kann.

Momentan ist enwag dabei, das Leitungsnetz digital zu erfassen. Im Zuge dieser Erfassung werden auch die Leitungen vermessen. Dieses auf fünf Jahre ausgelegte Projekt wird frühestens Ende 2008 erste verlässliche Zahlen liefern. Alle gemachten Längenangaben sind daher mit unausweichlichen Fehlern behaftet.“

1.2.4 Wasserpreise

[14] Die Betr. verlangt von ihren Haushalts- und Kleingewerbekunden (HuK-Kunden) einen Arbeitspreis von 2,09 €/m³ und einen jährlichen Grundpreis von 64,2 € für die kleinste Zählergröße. Diese Preise gelten seit dem 1. Januar 2003. Die daraus durch Abzug der Mehrwertsteuer von 7% errechneten Netto-Preise betragen 1,95 €/m³ Arbeitspreis und 60,- € Grundpreis pro Jahr. Zur Erfassung dieser beiden Preisbestandteile werden zwei idealtypische Abnahmefälle zugrunde gelegt, die eine jährliche Abnahmemenge von 150 m³ (Typfall 1, „Einfamilienhaus“) bzw. 400 m³ (Typfall 2, „Mehrfamilienhaus“) abbilden. Daraus ergibt sich bei der Betr. eine jährliche Gesamtsumme von 353,- € (Typ 1) bzw. 841,- € (Typ 2). Der Durchschnittspreis, ausgedrückt in Geldeinheiten je geliefertem Kubikmeter, beläuft sich damit auf 2,35 € (Typ 1) sowie 2,10 € (Typ 2). Die so berechneten Preise bilden den Ausgangspunkt dieses Kartellverfahrens. Sie sind auch für 2002 anzusetzen. In diesem Jahr war in Hessen letztmalig eine Grundwasserabgabe zu zahlen. Sie belief sich (noch) auf 13 Eurocent / m³. Um diesen Betrag waren die Wasserpreise der Betr. im Jahre 2002 höher. Das wird aber dadurch ausgeglichen, dass – wie bei allen anderen betroffenen Versorgern im Bundesgebiet auch – Grundwasserentnahmeentgelte abzuziehen sind.

2. Vergleichsunternehmen

[15] Die Kartellbehörde zieht die in Anlage 3 mit Preis und Preisabstand in Typfall 1 und 2 genannten 18 Wasserversorgungsunternehmen zum Vergleich heran. Diese liefern Trinkwasser auf der Grundlage der Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (AVBWasserV)² und verlangen dementsprechend ebenso wie die Betr. Wasserpreise statt Wassergebühren. Quelle aller Angaben sind neben den Geschäftsberichten, dem Internetauftritt sowie ergänzenden Materialien und Niederschriften die ausgefüllten Fragebögen / Datenblätter. Sie beruhen auf einem einheitlichen Musterdatenblatt, das im Aufbau Anlage 1 entspricht.

[16] Wasserpreise, Strukturdaten, Kennwerte und wirtschaftliche Rahmeninformationen der Vergleichsversorger werden in konzentrierter Form in Anl. 3 bis 5 den Angaben der Betr. gegenübergestellt. Die Wasserpreise auf der Grundlage von Typfallberechnungen (falls erforderlich, bereinigt um landestypische Wasserentnahmeentgelte) sowie die jeweiligen prozentualen Abstände zur Betr. sind in Anl. 3 erfasst. Danach verlangt die Betr. zurzeit im Typfall 1 („Einfamilienhaus“) zwischen 138% (zu Gemeindewerken XXXXXX) und 31% (Stadtwerke XXXXXX) höhere Preise; im Typfall 2 (400 m³, Mehrfamilienhaus) liegt der Preisabstand zwischen 125%

(XXXXXX) und 26% (XXXXXX). Anl. 4 enthält für 2005 sowie die Jahre 2002 bis 2005 wesentliche Daten der Versorgungsstruktur der Vergleichsversorger, darunter Wasserabsatz und Leitungslängen. Diese werden mit den Kennwerten der Betr. verglichen. In Anl. 5 werden die Vergleichsversorger u.a. nach geographischer Lage, Anteilsinhabern und Geschäftsfeldern beschrieben.

3. Verfahren

[17] Die Landeskartellbehörde hat der Betr. mit Anhörungsschreiben vom 2. April 2002³ mitgeteilt, dass sie im Verdacht stehe, missbräuchlich überhöhte Wasserpreise zu fordern. Als Vergleichsversorger wurden unter anderem die Stadtwerke in XXXXXX, die XXXXXX sowie die Wasserversorgung XXXXXX benannt. Ihre ungünstigeren Preise könne die Betr. durch die Geltendmachung objektiver Struktur Nachteile ihres Versorgungsgebietes rechtfertigen. Dabei sei beispielsweise an eine niedrige Versorgungsdichte zu denken, aber auch an Kosten für aufwändige Förderung und Aufbereitung von Rohwasser. Seien bestimmte Strukturmerkmale als „abweichende Umstände“ im Sinne des Gesetzes anerkannt, so habe die Betr. die zugehörigen Kosten, insbes. Investitionen etc., nachzuweisen. Ausdrücklich heißt es:

„Bitte stellen Sie dar, in welchem Umfang strukturell bedingte höhere Kosten Ihre Wasserpreise beeinflussen. Bleiben vernünftige Zweifel am Nachweis, so ist die Rechtfertigung misslungen. Dafür sprechen beispielsweise erhebliche Widersprüche in Ihren Aussagen oder Ermittlungsergebnisse, die Ihren Vortrag in Frage stellen.“

[18] Darüber hinaus wurde in den zwei Leit-Entscheidungen der Kartellbehörden von 1997 und 1998⁴, auf die im Anhörungsschreiben 2002 ausdrücklich Bezug genommen wurde, u.a. ausgeführt:

„... Voraussetzung [für die Anerkennung konkreter Strukturgesichtspunkte] ist der umfassende Nachweis ... mit Angabe von Beträgen in Pf/m³ sowie die plausible Darlegung samt Beweis, dass die jeweiligen Kosten für jeden dort tätigen Versorger grundsätzlich und in ihrer Höhe unvermeidbar sind. Das Wasserversorgungsunternehmen hat ... zu erläutern, welche Kostensenkungsmaßnahmen durchgeführt wurden und wieso ... „unwirtschaftliche“ Strukturen nicht verändert wurden, etwa durch Kooperation ...“.

[19] In ihrem Antwortschriftsatz vom 17. Mai 2002 hat die Betr. die Vergleichbarkeit der herangezogenen Wasserversorger sowie das Prüfkonzept der Kartellbehörde bestritten. Als konkreten Rechtfertigungsgrund für höhere Preise nannte die Betr. lediglich ihre äußerst schlechte Wasserbeschaffungssituation. Mit Schreiben vom 7. Juni 2002 sowie 6. März 2003 teilte die Kartellbehörde die jeweils aktuellen Euro-Preise mit.

² vom 20. Juni 1980, BGBl. I S. 750.

³ Im Folgenden als „LKB I“ (Landeskartellbehörde I) bezeichnet.

⁴ Kartellreferenten des Bundes und der Länder, Entscheidungen vom 18. September 1997 und 2. Oktober 1998, abgedruckt bei Hempel/Franke, Recht der Energie- und Wasserversorgung, Band 3, Materialien, Nr. 1.2.2, S. 12 f.

[20] Bei einem Gespräch am 11. Juni 2002 in Wiesbaden erläuterte die Betr. ausführlich die Problematik hoher Wasserbezugspreise und ihre langwierigen Bemühungen um günstigere Bezugskonditionen. 2002 und 2003 legte die Betr. auf Anforderung Rechnungen ihres Vorlieferanten sowie verschiedene Zahlenangaben vor, auch im Rahmen eines Fragebogens. Der Basisfragebogen wurde in den Jahren 2003 und 2004 im Rahmen umfangreicher Ermittlungen im Bundesgebiet komplett überarbeitet und stark erweitert. Dies geschah auch im Hinblick auf das Vorbringen der Betr.

[21] Eine aktuelle Fassung des Fragebogens erhielt die Betr. am 21. Juli 2004 auf elektronischem Wege. Sie sandte die Datei am 7. Sept. 2004 zurück. Am 8. Sept. 2004 folgte ein ausführliches Gespräch darüber wiederum in Wiesbaden. Der Betr. wurden dabei die Diagramme „Preisvergleich ENWAG Wetzlar“, „Abgabe an Haushaltskunden bezogen auf Leitungen“, „HuK-Wasserabgabe pro Hausanschluss“ und „Gesamtabgabe pro Meter Gesamtnetz (MMW)“ ausgehändigt. Anhand der letztgenannten Grafik samt Strukturdaten erläuterte die Kartellbehörde umfassend die Grundsätze ihres Vorgehens. Sie wies unter anderem auf weitere Wasserversorger in XXXXXX und XXXXXX sowie im hessischen XXXXXX als geeignete Vergleichsunternehmen hin.

[22] Die Klärung offener Fragen wurde erneut am 28. Sept. 2004 in Wetzlar und mit einem ergänzten Fragebogen versucht. Trotzdem sah die Betr. lt. Mail vom 13. Okt. 2004 „noch reichlich Diskussions- und Erläuterungsbedarf“. Mit einer umfangreichen E-Mail vom 2. Dezember 2004 erläuterte die Kartellbehörde schriftlich die weiteren Verpflichtungen der Betr. Am 17. Dezember 2004 erhielt der seinerzeitige Aufsichtsratsvorsitzende der Betr., Herr Bürgermeister Klaus Breidsprecher, in Wetzlar eine ausführliche persönliche Erläuterung des Verfahrensstandes und erste Ergebnisse. Die E-Mail der Kartellbehörde vom 2. Dezember 2004 beantwortete die Betr. mit Schreiben vom 21. Jan. 2005. Mit Mail vom 4. Februar sowie Erinnerung am 6. April 2005 bat die Kartellbehörde erneut um Nachweise. Das Antwortmail der Betr. vom 14. April 2005 erforderte weitere Nachfragen (s. Mail der Kartellbehörde vom 26. April 2005).

[23] Im Schreiben vom 8. Juni 2005 verwies die Betr. auf „komplexe kostenrelevante Unterschiede der Wasserversorgung“, die bisher unberücksichtigt geblieben seien, ohne diese zu nennen. Klarheit, was damit gemeint sei, brachte auch ein Gespräch am 30. Juni 2005 nicht. Darin erläuterte die Kartellbehörde den Ermittlungsstand. Bei Berücksichtigung aller von der Betr. vorgetragenen Rechtfertigungsgründe als nachgewiesen und unvermeidbar wäre der Wasserpreis noch immer um bis zu 80% höher als der von Vergleichsversorgern. Die angebotenen Einigungsmöglichkeiten wurden nicht genutzt. Im Herbst 2005 hat der Vorsitzende des

Aufsichtsrates der Betr. die von der Kartellbehörde vorgeschlagene begrenzte Preissenkung für die Betr. ausdrücklich abgelehnt.

[24] Die Kartellbehörde fasste daher mit umfangreichem zweitem Anhörungsschreiben vom 20. Juni 2006 alle bisher bekannten relevanten Fakten und Argumente zusammen; darauf wird wegen der Einzelheiten verwiesen. Es wurden insgesamt 20 Vergleichsversorger benannt. Deren Preise sowie eine Reihe von Strukturdaten wurden der Betr. mitgeteilt. Das Vorgehen der Kartellbehörde bei der Ausübung des Ermessens wurde ausführlich erläutert, insbesondere die Bedeutung der Versorgungsdichte. Breiten Raum widmete die Behörde der Diskussion der Rechtfertigungsgesichtspunkte und ihrem Nachweis. Daraufhin nahm der Rechtsvertreter der Betr. am 11. August 2006 Akteneinsicht.

[25] Die Anwälte der Betr. haben in ihrem Schriftsatz vom 8. September 2006. erklärt, dass sie Ansatz und Einzelprüfung der Kartellbehörde für rechtsfehlerhaft halten. Nach einigen „Vorbemerkungen“ folgten Ausführungen zum „maßgeblichen Rechtsrahmen“, zur Gleichartigkeit sowie zur Preisrechtfertigung. An einen kurzen Hinweis zu den Kostennachweisen schloss sich eine zusammenfassende rechtliche Beurteilung an. Als Anlage 1 wurde ein sog. Benchmarking-Bericht übersandt. Als Anlage 2 fügten die Rechtsvertreter eine Ausarbeitung einer großen deutschen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft bei. Sie sollte belegen, dass die Betr. „zugunsten der Endkunden auf eine hohe Rendite aus dem Wassergeschäft verzichtet“.

[26] Zur Aktualisierung der Datengrundlage hat die Kartellbehörde daraufhin am 8. Dez. 2006 die Betr. um ergänzende Informationen gebeten. Sie hat dabei insbesondere vertieft ausgeführt, welche Anforderungen im Einzelnen an die Rechtfertigung der hohen Wasserpreise in Wetzlar zu stellen sind. Die Betr. hat mit Anwaltsschriftsatz vom 8. Januar 2007 nebst Anlagen sowie einem Brief ihres eigenen Hauses vom 22. Januar 2007 einschl. eines Aktenordners mit Informationen umfangreich geantwortet.

[27] Am 29. März 2007⁵ hat die Landeskartellbehörde nochmals ausführlich der Betr. erläutert, welche Angaben zur Rechtfertigung des Wasserpreises erforderlich sind; der Betr. wurde deren Berücksichtigung oder die Absenkung ihres Wasserpreises auf ein missbrauchsfreies Niveau aufgegeben. Die Betr. antwortete mit Schriftsatz vom 20. April 2007; dem lag u. a. als Anlage 2 eine „Stellungnahme Kostenstrukturen und –vergleichbarkeit in der Wasserversorgung“ der XXX vom 12. April 2007 bei. Außerdem übersandten die Vertreter der Betr. einen Vertrag mit XXX aus dem Jahre 1998 und leiteten erneut einen Benchmarking-Bericht zu.

⁵ Im Folgenden bezeichnet als „LKB IV“

B.

Begründung

[28] Die Betr. missbraucht durch das Fordern ungünstigerer Wasserpreise als vergleichbare Versorgungsunternehmen mangels ausreichender abweichender Umstände die Stellung, die sie durch die Freistellung ihres Konzessionsvertrages nach § 103 Abs. 1 GWB erlangt hat (§ 103 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 Nr. 2 GWB alte Fassung (a.F.)⁶; die Kartellbehörde spricht daher eine Untersagungsverfügung nach § 103 Abs. 6 Nr. 1 GWB a.F. aus und stellt zusätzlich die Missbräuchlichkeit der Wasserpreise im dargelegten Umfang ab 1. Juli 2005 fest (§ 32 Abs. 3 GWB). Dem liegen die nachfolgenden Ausführungen zugrunde, die sich in die Abschnitte Zuständigkeit und Beteiligungen (1.), gleichartige Unternehmen (2.), ungünstigere Preise (3.), Rechtfertigung (4.) sowie Tenorierung (5.) gliedern.

1. Zuständigkeit und Beteiligungen

[29] Die Landeskartellbehörde ist die örtlich zuständige Kartellbehörde zur Durchführung des vorliegenden Kartellverfahrens nach § 54 GWB⁷, da die Wirkung des beanstandeten Verhaltens nicht über Hessen hinausreicht (§ 48 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 GWB). Die sachliche Kompetenz liegt beim Hessischen Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung, dem die Wahrnehmung der kartell- und wettbewerbsrechtlichen Angelegenheiten übertragen worden ist. Es ist daher die nach Landesrecht zuständige oberste Behörde des Bundeslandes Hessen⁸. Das Bundeskartellamt ist verfahrensbeteiligt (§ 54 Abs. 3 GWB). Die Verfügung ergeht im Benehmen mit dem Hess. Ministerium für Umwelt, ländlichen Raum und Verbraucherschutz als Fachaufsichtsbehörde (§ 103 Abs. 4 GWB a.F.).

2. Gleichartige Unternehmen

2.1 Betr. ist gleichartig

⁶ Fassung vom 20. Feb. 1990 (BGBl. I S. 235), zuletzt geändert am 26. August 1998 (BGBl. I S. 2512), bis 30. Juni 2005 i. V. m. § 131 Abs. 8 GWB, ab 1. Juli 2005 i. V. m. § 131 Abs. 6 GWB, BGBl. I S. 2114.

⁷ In der ab 1. Juli 2005 geltenden Fassung, BGBl. I S. 2114.

[30] Die Betr. ist in ihrem Versorgungsgebiet gegenüber den Haushalts- und Kleingewerbekunden (HuK), die Trinkwasser von ihr beziehen, Alleinanbieter. Ihre Stellung auf dieser Marktstufe ist durch den ausschließlichen Konzessionsvertrag mit der Stadt Wetzlar nach § 103 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GWB a.F. abgesichert. Sie ist schon allein aus diesem Grunde und ohne Hinzutreten weiterer Umstände Normadressatin des § 103 Abs. 5 GWB a.F.⁹ (dazu 2.2), auch wenn die Betr. dies bestreitet (2.3), und als solche mit den von der Kartellbehörde (2.4) benannten Wasserversorgungsunternehmen vergleichbar. Dabei wurden neben Versorgungs- und Abnehmerdichte (2.4.1) auch Umsatzerlöse, Netzeinspeisung und Abgabestruktur (2.4.2) berücksichtigt.

2.2 Kartellrechtliche Anforderungen

[31] Für die Frage, ob die Wasserpreise der Betr. im Sinne des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB a.F. missbräuchlich überhöht sind, kommt es darauf an, ob die zum Vergleich herangezogenen Wasserversorger gleichartig sind. Dafür sind die jeweils ausgeübte unternehmerische Tätigkeit auf demselben Markt und die wirtschaftliche Funktion maßgebend¹⁰. Das ist hier die Belieferung von letztverbrauchenden Haushalts- und Kleingewerbekunden mit Trinkwasser des täglichen unverzichtbaren Bedarfs als Massengeschäft. Zusätzlich berücksichtigt die Kartellbehörde im Rahmen ihrer Auswahlentscheidung u. a. Versorgungsdichte und Abgabestruktur (s. dazu unter 2.4). Das Merkmal der Gleichartigkeit hat, um marktbeherrschende Unternehmen wirksam kontrollieren zu können¹¹, nur die Funktion einer groben Sichtung aus dem Blickwinkel der Abnehmer¹².

[32] Die Betr. ist anderer Meinung. Sie hat zwar ihre Haltung aufgegeben, nur Unternehmen in Hessen seien zum Vergleich heranzuziehen. Sie hält aber offenbar ihre Forderung nach einer umfassenden Prüfung der „Beschaffungs-, Erzeugungs- und Vertriebsituation“ aufrecht; sie verlangt insbes., dass nur Unternehmen mit identischer oder sehr ähnlicher Beschaffungssituation verglichen werden dürften. Mit dieser restriktiven Auffassung überdehnt sie die Anforderungen an die Gleichartigkeit und verkennt Zweck, Motive und Auslegungszusammenhang von § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB a.F. Sie missinterpretiert sowohl die Gesetzesmaterialien als auch Verwaltungspraxis und Rechtsprechung. Ihr Versuch, strittige Bewertungsfragen durch

⁸ § 6 der Verordnung über die Zuständigkeiten nach dem Preisgesetz, der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme, der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser und dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 16. Januar 2007, GVBl. I S. 24.

⁹ BGH-Beschluss vom 6. Mai 1997, KVR 9/96, WuW/E BGH 3140, WuW 1997, 724, „Gaspreis“.

¹⁰ St. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar 2004, KZR 14/02, WuW/E DE-R 1251, 1252, WuW 2004, 635, 636, „Galopprennübertragung“ m. w. N.

¹¹ Vgl. die Gesetzesbegründung, BTDRs. 8/2136, S. 33f.

¹² BGH, Beschluss vom 21. Februar 1995, KVR 4/94, WuW/E BGH 2967, 2973, WuW 1995, 501, 506, „Strompreis Schwäbisch Hall“; BGH-Bezeichnung: „Weiterverteiler“; Reif in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Kartellrecht, Band 2, München 2007, demnächst erscheinend, § 131 RdNr. 100.

„Herüberziehen“ in die Gleichartigkeitsprüfung zu umgehen, ist nicht statthaft. Auch der ver-
ständige Wasserabnehmer würde allenfalls deutlich erkennbare Unterschiede etwa in der Ver-
sorgungsstruktur („Stadt / Land“) oder in der Größe des Unternehmens als Ausschlusskriterium
anerkennen. Die komplizierten Unterschiede in den Wasserbeschaffungsstrukturen zwischen
der Betr. und anderen Versorgern wären für ihn nicht von vornherein erkennbar und könnten
somit auch kein taugliches Unterscheidungskriterium sein.

[33] Die Betr. verweist zur Begründung auf die Gesetzesmaterialien¹³ und trägt vor, dass „die
Beschaffungs-, Erzeugungs- und Vertriebs**funktion** der miteinander verglichenen Unternehmen
im Wesentlichen ähnlich sein müssen“. Damit überdehnt sie die Entstehungsgeschichte nach
Formulierung und Gesamtzusammenhang. Tatsächlich hat der Gesetzgeber 1978 folgende
Begründung für den damals eingefügten § 103 Abs. 5 GWB gegeben; der Satz, auf den die
Betr. sich bezieht, ist unterstrichen:

„Absatz 5 legt den Kreis der im Rahmen des Vergleichs von der Kartellbehörde zu berücksichti-
genden Versorgungsunternehmen nicht abschließend fest. [Es] obliegt ... vielmehr ... der Kar-
tellbehörde, im jeweiligen Einzelfall die gleichartigen, ... sachlich geeigneten Unternehmen zu
bestimmen. Hierbei ist der Begriff „gleichartig“ in demselben Sinne zu verstehen, wie in § 26
Abs. 2. Im Rahmen des Vergleichs wird die Kartellbehörde in erster Linie auf solche Unterneh-
men abstellen, deren Beschaffungs-, Erzeugungs- und Vertriebs**situation** im Wesentlichen ähn-
lich gelagert sind. Sind auf Grund eines solchen Vergleichs spürbar höhere Preise ... eines
Versorgungsunternehmens festgestellt, so kann dieses den Vorwurf durch den Nachweis aus-
räumen, dass die Abweichung auf Umständen beruht, die ihm nicht zurechenbar sind. Hier-
durch ist es z. B. im Strombereich möglich, der unterschiedlichen Kostensituation beim Einsatz
unterschiedlicher Primärenergien Rechnung zu tragen.“

Der Hinweis auf das Ermessen der Kartellbehörde belegt, dass die Betr. den Begriff der Gleich-
artigkeit zu eng auslegt. Dazu kommt, dass eine unterschiedliche Kostensituation bei der Be-
schaffung der Primärenergie, ein für die Kosten der Stromerzeugung wesentlicher Faktor, nur
im Rahmen der hier übertragbar gültigen energiekartellrechtlichen Preisrechtfertigung berück-
sichtigt werden soll, nicht aber als Ausschlusskriterium im Rahmen der Vergleichbarkeitsprü-
fung.

[34] Die Betr. deutet zudem die zur kartellrechtlichen Kontrolle der Wasserpreise gefassten
Beschlüsse der Kartellbehörden¹⁴ falsch; diese gibt sie mit folgenden Worten wieder:

„Ausdrücklich geben die Leitlinien ... nur vor, dass „diejenigen Wasserversorger untereinander
gleichartig sind, die ihr benötigtes Wasser ganz oder weit überwiegend von demselben Vorliefe-
ranten beziehen.““

Tatsächlich können nach Auffassung der Kartellbehörden Unterschiede in der Beschaffungssi-
tuation von Wasser in aller Regel nicht die Unvergleichbarkeit der betrachteten Wasserversor-

¹³ Vgl. die Gesetzesbegründung, BT Drs. 8/2136, S. 33f.

gungsunternehmen im Sinne von § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB begründen. Dazu haben die Kartellreferenten ausgeführt¹⁵; *kursiv* ist der Bezugssatz der Betr. gehalten, die demgegenüber zentralen Ausführungen wurden unterstrichen:

„Für die Anwendung der ... Rechtsprechung [gemeint: aus dem Energiebereich] auf die ... Missbrauchskontrolle von Wasserpreisen sprechen die zahlreichen Gemeinsamkeiten ... [von Energieversorgung] und Wasserversorgung. [Es folgen Zitate aus der Entscheidung „Schwäbisch Hall“]. *Zunächst ... wird damit von vornherein eingeräumt, dass mindestens diejenigen Wasserversorger... gleichartig sind, die ihr benötigtes Wasser ... von demselben Vorlieferanten beziehen.* ... Im Fall „Schwäbisch Hall hat der BGH außerdem der Beschaffungssituation letztlich keine Bedeutung beigemessen, obwohl das nahe gelegen hätte. [wird ausgeführt]. Schließlich gibt es ein weiteres Argument, das belegt, dass Unterschiede in der Beschaffungssituation ... in aller Regel nicht zu deren Unvergleichbarkeit ... führen können. Während ... Bezug und Erzeugung von Strom ... bis zu 2/3 aller Kosten ausmachen spielen die Kosten der Gewinnung und Aufbereitung des Rohwassers im Rahmen der Wasserversorgung eine untergeordnete Rolle. ... Unterschiede in Gewinnung und Aufbereitung des abgegebenen Wassers führen somit in aller Regel nicht zur Unvergleichbarkeit von ... Wasserversorgungsunternehmen.“

[35] Die mittlerweile ergangene Rechtsprechung, insbesondere die Entscheidung „Stadtwerke Mainz“¹⁶ des BGH, stützt diese Auffassung der Kartellbehörde. Das Gericht knüpft damit an seinen Beschluss „Strompreis Schwäbisch Hall“ an. Der Vergleich zwischen zwei (Energie-)Versorgungsunternehmen ist damit trotz großer Ungleichheiten sowohl in der Beschaffungs- als auch in der Verteilungssituation zugelassen worden. An anderer Stelle hat der BGH deutlich gemacht, dass monopolistischen Preisüberhöhungstendenzen wirksam begegnet werden muss¹⁷. Somit stimmen die Interpretationen des BGH und der Kartellbehörden¹⁸ im Wesentlichen überein¹⁹.

[36] Der Betr. kann unabhängig von dem Vorstehenden auch deshalb nicht gefolgt werden, weil ihre Argumentation unklar und widersprüchlich ist; zudem will sie unzulässigerweise strittige Bewertungsfragen umgehen. Sie sieht nur Wasserversorgungsunternehmen mit „identischer oder zumindest vergleichbarer Wasserbeschaffungssituation“ als vergleichbar an. Der Tarif des jeweiligen Vorlieferanten müsse mit demjenigen ihres Vorlieferanten, des XXX, vergleichbar sein. Versorgungsunternehmen, die eine kostengünstigere Eigenversorgung aufweisen, dürften nicht einbezogen werden. Nimmt man diese Formulierungen ernst, so wäre die Betr. nicht ein-

¹⁴ Kartellreferenten des Bundes und der Länder, Entschlüsse vom 18. September 1997 und 2. Oktober 1998, abgedruckt bei Hempel/Franke, Recht der Energie- und Wasserversorgung, Band 3, Materialien, Nr. 1.2.2, S. 6ff.

¹⁵ Kartellreferenten des Bundes und der Länder, Entschlüsse vom 18. September 1997 und 2. Oktober 1998, abgedruckt bei Hempel/Franke, Recht der Energie- und Wasserversorgung, Band 3, Materialien, Nr. 1.2.2, S. 6ff.

¹⁶ BGH, Beschluss vom 28. Juni 2005, KVR 17/04, WuW DE-R S. 1513, 1517, WuW 2005, S. 917, 921.

¹⁷ BGH, Beschluss vom 22. Juli 1999, KVR 12/98, BGH WuW/E DE-R S. 375, 378, WuW 1999, S. 1205, 1208, „Flugpreisspaltung“.

¹⁸ Niedergelegt in den Entschlüssen der Kartellbehörden des Bundes und der Länder vom 18. September 1997 und 2. Oktober 1998, abgedruckt bei Ludwig/Odenthal/Hempel/Franke, Recht der Elektrizitäts-, Gas und Wasserversorgung, Nr. 1.2.2.3, S. 10, m. w. N.

¹⁹ Reif, in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Kartellrecht, Band 2, München 2007, demnächst erscheinend, § 131 RdNr. 100; ders., Preiskalkulation privater Wasserversorgungsunternehmen, 2002, S. 333f. m.w.N.

mal mit sich selbst vergleichbar, denn ihre Eigengewinnung bezeichnet sie als deutlich wirtschaftlicher als ihren Wassereinkauf vom XXX.

[37] Zudem widerspricht sich die Betr. an anderer Stelle ihres Schriftsatzes („Wasserpreise der Betr. im Vergleich [Unterstreichung durch LKB] zu anderen Wasserversorgern im Bundesgebiet und in Hessen“). Dort weist sie auf zahlreiche andere Wasserversorger hin, um zu belegen, dass ihre Preise moderat sind. Das ergibt nur dann einen Sinn, wenn sie die genannten Versorger als gleichartig mit sich selbst ansieht. Diese wiederum erfüllen aber nicht die Anforderungen der Betr. an die Wasserbeschaffungslage. Keines der genannten privatrechtlich organisierten Wasserunternehmen in Hessen oder im übrigen Bundesgebiet wird vom XXX versorgt. Auch weist soweit ersichtlich keiner der genannten Versorger die Beschaffungscharakteristik der Betr. auf; diese gewinnt ca. ein Drittel ihres Wassers selbst und bezieht zwei Drittel vom XXX.

[38] Die Auffassung der Betr. hätte schließlich zur Folge, das Vergleichsmarktkonzept durch Ausscheiden zahlreicher Vergleichsversorger voraussichtlich wirkungslos zu machen. Damit strebt sie offenbar an, eine zwischen ihr und der Kartellbehörde strittige Bewertungsfrage zu umgehen. Es bestehen nämlich erhebliche Zweifel daran, ob das von der Betr. gewählte Zusammenspiel zwischen Eigenerzeugung und Fremdbezug – und damit die Wasserbeschaffung insgesamt - den Grundsätzen rationeller Betriebsführung entspricht. Darauf weist das von ihr im Verfahren vorgelegte Benchmarking-Gutachten hin; dort heißt es u.a.:

„xxxxxxxxxx“

[39] Daher steht die Meinung der Betr. im Widerspruch zu Sinn und Zweck von § 103 GWB a.F. Er soll die Kartellaufsicht erleichtern, nicht erschweren. Ziel des Gesetzgebers war, monopolbedingte Ineffizienzen auch bei der Wasserbeschaffung besser aufdecken zu können. Deshalb beabsichtigt die Kartellbehörde, Unterschiede der Beschaffungssituation, denen die Betr. nicht ausweichen kann und deren Kostenfolgen nachgewiesen werden, erst im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung zu berücksichtigen. Daran ändert sich auch nichts, wenn die Betr. nun hörde erfolgt im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung und zugunsten der Betr., setzt also nach der gesetzlichen Prüfungsreihenfolge die Vergleichsprüfung voraus, die die Betr. gerade abwehren will.

2.3 Kein Ausschluss von § 103 Abs. 5 GWB a.F.

2.3.1 Konzessionsvertrag

[40] Die Betr. trägt ergänzend vor, dass der Missbrauch einer freigestellten Ausschließlichkeit eines Konzessionsvertrages im Sinne von § 103 Abs. 5 GWB a.F. von vornherein ausscheide. Der abgeschlossene Vertrag habe keinen Einfluss auf die Wettbewerbssituation der Wasserversorgung in Wetzlar. Dies sei aber Voraussetzung für die Kartellkontrolle nach § 103 Abs. 5 GWB a.F. Die Rechtsprechung hat demgegenüber unmissverständlich klargestellt, dass es darauf nicht ankommt; dem schließt die Kartellbehörde sich an. Es genügt für die Anwendbarkeit der Missbrauchsaufsicht das Vorliegen eines wettbewerbsausschließenden Konzessions- oder Demarkationsvertrages nach § 103 Abs. 1 GWB a.F.²⁰.

2.3.2 Sichere und preiswürdige Versorgung

[41] Auch die Annahme der Betr., sie erfülle die Anforderungen an eine sichere und preiswürdige Versorgung i. S. d. § 103 Abs. 5 S. 1 GWB a. F., weshalb die Kartellaufsicht nicht zum Zuge komme, beruht auf einer Verkennung des Gesetzes. Die Berücksichtigung von Sinn und Zweck ist Maßstab, nicht Ausschlusskriterium für die Anwendung des Vergleichsmarktpinzips nach § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB a.F. Besteht wie hier ein erheblicher Missbrauchsverdacht gegen die Betr., so ist es Aufgabe der Kartellbehörde, dem nachzugehen. Bei der Prüfung aller Argumente der Gegenseite sind sodann Preiswürdigkeit und Sicherheit der Versorgung zu beachten, dazu noch später. Dabei setzt die vereinfachte Preisvergleichslogik des BGH der Berücksichtigung des Arguments der Versorgungssicherheit enge Grenzen. Die Preiswürdigkeit der Versorgung erlangt besondere Bedeutung, weil die Rechtsprechung den freigestellten Versorgern bei der Preisgestaltung Beschränkungen auferlegt, die auch bei wirksamem Wettbewerb nicht ohne weiteres bestünden²¹. Unabhängig davon sind die beiden im Auftrag der Betr. erstellten Ausarbeitungen, auf die sie sich stützt, nicht nur unvollständig und widersprüchlich. Beide Studien sind darüber hinaus schon deshalb unbrauchbar, weil die Verfasser statt wie vom GWB verlangt Preise zu vergleichen lediglich Kosten einander gegenüberstellen.

2.3.2.1 Benchmarking-Bericht

[42] Die Betr. will zunächst mit einem Benchmarking-Bericht belegen, dass sie ein „betriebswirtschaftlich hervorragend geführtes Unternehmen“ sei; das beruhe auf einem Vergleich mit 33 hessischen Wasserversorgern und bundesweit 200 Unternehmen. Diese Behauptung ist schon deshalb nicht prüffähig und damit untauglich, weil die Betr. die jeweiligen Vergleichsunternehmen nicht genannt hat. Sie hat es versäumt, die im Bericht erwähnte umfangreiche Anlage mit

²⁰ KG, Beschluss vom 15. Januar 1997 – Kart 25/95 – RdE 1997, S. 239, 241 „Spreegas“, auch veröffentlicht WuW/E OLG S. 5926; BGH, Beschluss vom 6. Mai 1997, KVR 9/96, WuW/E BGH S. 3140, 3144, WuW 1997, S. 724, 728, „Gaspreis“; Reif in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Kartellrecht, a. a. O., § 131 RdNr. 64.

²¹ BGH, Beschluss vom 6. Mai 1997, KVR 9/96, WuW/E BGH S. 3140, 3143, WuW 1997, S. 724, 727, „Gaspreis“; Reif in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Kartellrecht, a.a.O., § 131 RdNr. 122.

Einzeldaten und Kennwerten bestimmter anderer Versorger sowie ihre genaue Positionierung im Unternehmensranking samt Vergleichsunternehmen zuzuleiten. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass dies mit einer ungünstigen Rangziffer zu tun hat. Dazu ist in der von denselben Autoren erstellten Grundlagenstudie ausgeführt, die die methodische Basis auch für die hier diskutierte Analyse bildet:

„XXXXXXXXXX“.

[43] Zudem sind soweit ersichtlich nur Unternehmen aus Hessen einbezogen worden, obwohl dieses Bundesland mit 2,06 €/m³ abgegebenen Wassers im Schnitt der westlichen Bundesländer mit Abstand die höchsten Wasserpreise aufweist und damit einen schlechten Vergleichsrahmen bildet. Es wäre von größerem Interesse, mit Unternehmen in Bundesländern wie Bayern, Baden-Württemberg oder Niedersachsen zu vergleichen, die niedrigere Wasserpreise aufweisen. Dies berücksichtigt die Kartellbehörde im Rahmen ihres Vergleichsmarkansatzes.

[44] Dies vorausgeschickt, belegen die Aussagen der Studie die Behauptungen der Betr. nicht. Für ein Kartellverfahren ist die Ausarbeitung schon deshalb ungeeignet, weil schon nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich auch Unternehmen beteiligen, die statt Preisen, wie die Betr., Gebühren verlangen. Solche hoheitlich tätigen Versorger dürfen gesetzlich nicht in den Vergleich der Kartellbehörde einbezogen werden. Die Benchmarking-Untersuchung nennt zudem nur den Mittelwert der beteiligten Vergleichspartner. Das wird etwa deutlich, wenn die Verfasser ausführen, dass (Unterstreichung durch Kartellbehörde)
„die Gesamtkosten der enwag ... mit X;XX €/m³ um X;XX €/m³ über dem Mittelwert (X;XX €/m³) vergleichbarer Wasserversorger [liegen].“

Demgegenüber beruht das Vergleichsmarktkonzept des GWB auf der Heranziehung einzelner benannter „bester“ Versorger als gleichartige Unternehmen; eine Durchschnittsbetrachtung scheidet aus.

[45] Die Studie stützt auch nicht die Auffassung der Betr., sie weise eine „zufrieden stellende Auslastung der genehmigten Wasserressourcen“ auf. Tatsächlich stellt der Bericht zwar fest, die Auslastung der genehmigten Wasserressourcen sowohl bezogen auf das Erhebungsjahr (xxx) als auch auf den Spitzentag (xxx) zeigte ein „sehr zufrieden stellendes“ Bild. Sie benennt jedoch bereits an dieser Stelle die Mittelwerte der Vergleichsgruppe mit 77 % bzw. 64%.

Insbesondere lässt die Betr. aber eine klar anders lautende Einschätzung an anderer Stelle der Ausarbeitung („Effizienz der Versorgung“) außer Acht. Hier lassen die Autoren erhebliche Skepsis am Auslastungsgrad der eigenen Gewinnungsanlagen und damit an der Wirtschaftlichkeit

der Wasserversorgung erkennen (Unterstreichung durch die Kartellbehörde); gleichzeitig wird auf Einsparungspotenziale hingewiesen:

„xxxxxxxxxx“

Trotzdem schlussfolgert die Betr. überraschenderweise, dass jedes andere Versorgungsunternehmen im Versorgungsgebiet der enwag dasselbe Verhältnis von Fremdbezug und Eigengewinnung praktizieren würde.

[46] Die vorstehenden Aussagen der Betr. verlieren weiter an Belastbarkeit, wenn man die Datenunterschiede (XX % Auslastungsgrad vs. XX %) und die Tatsache berücksichtigt, dass sie wiederum mit den Angaben der Betr. gegenüber der Kartellbehörde nicht übereinstimmen. Diese gibt als eigene Gewinnungskosten für das Jahr 2003 umgerechnet X;XX €/m³ an, gegenüber den zitierten X;XX €/m³ der Benchmarking-Untersuchung. Trotz Nachfrage der Kartellbehörde hat die Betr. bisher eine nachvollziehbare Erklärung für diese Unterschiede nicht gegeben. Auch die Auslastungsanteile stimmen nicht überein. Nach den Zahlen der Betr. nutzte sie im Jahre 2003 XX % der genehmigten Wasserrechte, nicht, wie in der Studie genannt XXX; die zusammengefasste Kennzahl für die Jahre 1998 bis 2006 beträgt XX % und ist mittlerweile auf XX % (2005) bzw. XX % (2006) weiter gesunken.

[47] Die Überzeugungskraft der Argumentationskette der Betr. nimmt dadurch zusätzlich ab, dass sie selbst wesentliche Grunddaten, auf die die Studie sich bezieht, als nicht belastbar bezeichnet hat. Insbesondere soll der Umfang der Netzinspektionen ebenso über dem Durchschnitt liegen wie die Netzerneuerungsrate. Daraus soll rückschließbar sein, dass die Betr. ein optimal geführtes Unternehmen sei. Beide genannten Kennzahlen für „Nachhaltigkeit“ können aber nur dann überzeugen, wenn die Ausgangswerte korrekt sind, insbesondere die Netzlängen, auf die Inspektionen und die Quote der sog. Netzrehabilitation sich beziehen. Diese hält die Betr. selbst für „deutlich fehlerhaft“.

[48] Zudem machen die Autoren auf weitere Defizite in der Wasserversorgung aufmerksam, und das trotz der drei geschilderten Beschränkungen im Vergleichsmaterial auf den Mittelwert, wenige und außerdem nur hessische Unternehmen.

xxxxxxxxxx

Die Auftragnehmer der Expertise schlagen eine Reihe von Maßnahmen zur Verbesserung vor.

xxxxxxxxxx

Insgesamt stellen die Gutachter fest,

„xxxxxxxxxx“.

Die Aussagen der Ausarbeitung stehen deshalb in einem Spannungsverhältnis zu ihrer eigenen Auffassung, wonach „die enwag keine Optimierungsmöglichkeiten [habe], um die Kostensituation beim Versorgungsbetrieb zu verbessern“.

[49] Abschließend ist auch auf eine weitere Information hinzuweisen, die die Auffassung der Betr. relativiert, sie sei ein „betriebswirtschaftlich hervorragend geführtes Unternehmen“. An der in Bezug genommenen Benchmarking-Untersuchung haben, wie ausgeführt „bundesweit 200 Unternehmen“ teilgenommen, darunter zahlreiche hessische. Die Wertungen der Gutachter zu der Wasserversorgung XXXXXX unterschieden sich deutlich von derjenigen für Wetzlar²². Diese Kommune wird wie auch Wetzlar vom XXX mit Wasser versorgt. Handlungsempfehlungen seien von den Gutachtern nicht gegeben worden, da den Stadtwerken XXXXXX eine sehr gute Note erteilt wurde. Die Wasserverluste lägen bei weniger als sechs Prozent, der Wasserpreis rangiere auf hessischer Ebene am unteren Ende der Skala. Mit Gesamtkosten von X,XX Euro pro Kubikmeter Wasser lägen die Stadtwerke X;XX Euro unter dem Mittelwert.

2.3.2.2 XXX-Ausarbeitung „Gebühren“

[50] Die zweite von der Betr. übersandte Untersuchung soll belegen, dass sie „zugunsten der Endkunden auf eine hohe Rendite aus dem Wassergeschäft verzichte“. Es ist schon fraglich, ob dem in der Sache beizupflichten ist. In den Jahren 1998 bis 2005 erwirtschaftete die Betr. in der Wasserversorgung ein durchschnittliches jährliches Ergebnis von X;X% vor Steuern; nimmt man die Konzessionsabgabe an die Stadt Wetzlar hinzu, so beträgt der Anteil an den Erträgen 2005 XX% und 2004 XX%. Trotzdem meint die Betr., sie erfülle die Voraussetzungen einer „preiswürdigen Versorgung überobligatorisch“; ihr Wasserpreis stünde im Einklang mit dem kommunalrechtlichen Gebot zu kostendeckenden Gebühren. Tatsächlich stellen die Auftragnehmer das Gegenteil fest. Kostendeckend sei – je nach Rechnung – ein Arbeitspreis von netto X;XX €/m³ oder X;XX €/m³; der derzeitige Arbeitspreis beträgt 1,95 €/m³ und deckt dadurch die Kosten offenbar nicht.

[51] Die Studie gibt aus einem weiteren Grunde nichts für die Auffassung der Betr. her, ihre Wasserversorgung sei preiswürdig. Sie übersieht dabei, dass das vorgelegte Gutachten zu der kartellrechtlich entscheidenden Frage nach der rationellen Betriebsführung nichts aussagt. Der Kern der Ausarbeitung besteht darin, die von der Betr. genannten Kosten in verschiedenen Berechnungsweisen auf diverse Kostenstellen aufzuteilen; die Frage nach der rationellen Leistungserbringung wird damit nicht beantwortet.

²² Artikel „Gute Noten für die Stadtwerke Stadtallendorf“, online-Magazin wasserkaufen.de, 20. Feb. 2006.

2.4 Auswahlentscheidung der Kartellbehörde

2.4.1 Grundsätze

[52] Über das kartellrechtlich Gebotene hinaus (s. Teilabschnitte 2.1, 2.2) hat die Kartellbehörde im Rahmen ihres Auswahlermessens zugunsten der Betr. eine Reihe von Strukturgesichtspunkten zusätzlich berücksichtigt. Dabei handelt es sich um sechs Merkmale vorrangig der Wasserverteilung. Deren Anteil an den Gesamtkosten der Wasserversorgung beträgt bis zu 87%²³. Es handelt sich um Versorgungs- und Abnehmerdichte, nutzbare Wasserabgabe, Abgabestruktur sowie die Gesamterträge der Wassersparte und die Zahl der versorgten Einwohner. Dabei lässt sich die Kartellbehörde von der Erkenntnis leiten, dass große Unternehmen wirtschaftlicher arbeiten können. Das ist mittlerweile für die Wasserversorgung mehrfach belegt²⁴. Verbleibende strukturelle Unterschiede werden im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung wie von der Rechtsprechung gefordert berücksichtigt²⁵; anders als die Betr. meint liegt darin keine „unzulässige Doppelverwertung“.

[53] Damit greift die Kartellbehörde im Ergebnis zentrale Forderungen der Betr. sowie eine von ihr selbst zitierte Literaturmeinung auf²⁶. Sie hatte in einem früheren Schriftsatz u. a. die Einbeziehung der Einwohnerdichte, der Verbrauchsdichte, des Durchschnittsverbrauchs je Leitungslänge sowie von Größe, Struktur und Marktfunktion des jeweiligen Vergleichsunternehmens verlangt“. Dies gehe, schrieb die Betr., „deutlich über die grobe Sichtung der Vergleichsunternehmen hinaus“. Im Hinblick auf den wichtigen Metermengenwert führt sie aus:

„Der ... Metermengenwert ist sicherlich ein Faktor, der bei der Prüfung, ob die Vertriebssituation im Wesentlichen ähnlich gelagert ist, Berücksichtigung finden muss. Allerdings haben Sie es hierbei bei einer pauschalen Aussage belassen, ohne die einzelnen Metermengenwerte der erwähnten Unternehmen anzugeben.“

Diese Versorgungsdichtekennwerte liegen der Betr. seit längerem vor.

²³ Mutschmann/Stimmelmayer, Taschenbuch der Wasserversorgung, 13. Aufl. 2002, S. 700, Abschn. 12.5, hier beispielhaft für „große ländliche Gruppenanlagen“ ausgewiesen; nach dem Metermengenwert zählt die Betr. eher zu den großen ländlichen / kleinstädtischen Versorgern.

²⁴ Artikel „Hohe Qualität der kommunalen Wasser- und Abwasserunternehmen“, Bericht über Benchmarking-Projekt Rheinland-Pfalz, EUWID Wasser/Abwasser, WA Nr. 45 von 7. Nov. 2006, S. 2 Mitte.; Artikel „Dem Benchmarking müssen Maßnahmen folgen“, zum entsprechenden Projekt in Baden-Württemberg, EUWID Wasser/Abwasser, WA Nr. 8 vom 20. Januar 2007, S. 8. Dort führt ein Vertreter des zweitgrößten Wasserversorgers im Südwesten, der Landeswasserversorgung Baden-Württemberg, aus, dass der Schluss nahe liege, dass „eine Entwicklung hin zu größeren Strukturen mit Kostenvorteilen verbunden sei“. Ausdrücklich wird darin als Zielwert in etwa die Größe der Betr. genannt, nämlich eine jährliche Netzeinspeisung zwischen 1,5 und 2,5 Mio. m³. Zum Vergleich: Im Jahre 2005 speiste die Betr. 2,9 Mio. m³ Trinkwasser in ihr Netz ein.

²⁵ Vgl. dazu im Einzelnen Abschnitt 4

[54] Nunmehr meint die Betr., die genannten Merkmale hätten keinerlei Relevanz; dem folgt die Kartellbehörde nicht. Sie verweist über das bereits Gesagte hinaus darauf, dass die genannten Vergleichskriterien anerkannte wasserwirtschaftliche Vergleichsgrößen darstellen. Die Betr. selbst hat dies indirekt angesprochen. In der Ausarbeitung von XXX wird beispielsweise auf die spezifische Netzabgabe (also die Versorgungsdichte) im DVGW-Regelwerk²⁷ Bezug genommen. Die „mittlere spezifische Netzabgabe in Kubikmetern pro Meter Netzlänge“ zählt zudem zu den versorgungswirtschaftlichen Kontextinformationen im Rahmen des Benchmarking²⁸.

[55] Dazu kommt, dass die „Stellungnahme“ der XXX; auf die die Betr. sich stützt, für und nicht gegen die Auffassung der Kartellbehörde spricht. Dort ist beispielsweise ausgeführt, dass der Metermengenwert „direkt von der Versorgungsstruktur abhängig sei“. Nichts anderes vertritt die Landeskartellbehörde. Dasselbe gilt für die Abgabestruktur. Dazu erläutert XXX, dass sie „ein grobes Indiz für eine vergleichbare Unternehmensstruktur“ darstelle. Auch die Zahl der versorgten Einwohner sei „ein erstes Indiz für eine vergleichbare Unternehmensgröße“. Dies entspricht genau dem kartellrechtlichen Vergleichsmarktkonzept.

[56] Selbst wenn man diese Einschätzung nicht teilt, so verbietet sich doch wegen Unbrauchbarkeit in wesentlichen Teilen die Einbeziehung des XXX-Papieres. Es wird eine Reihe von Versorgern mitbewertet, die nicht mehr von der Kartellbehörde als Vergleichsversorger benannt sind; dies gilt z.B. für das Wasserwerk XXXXXX in XXXXXX sowie die Wasserversorgung XXXXXX. Darüber hinaus sind soweit erkennbar die vier neu hinzugekommenen Wasserversorger (z.B. XXXXXX sowie Verbandswasserwerk XXXXXX) nicht berücksichtigt worden.

[57] Zentrale Aussagen der XXX – Skizze bleiben unverständlich, mangels konkreter Fakten auch der Betr. nicht nachprüfbar, widersprüchlich oder ohne Bezug zum vorliegenden Verfahren. Beispielsweise stellt XXX fest, dass die Baukosten des Jahres 1949 sich von denjenigen des Jahres 2003 erheblich unterscheiden; das ist zutreffend, aber belanglos. Im wichtigen Diagramm 1, das sich zu den als besonders bedeutsam deklarierten Leitungsbaukosten äußert, findet sich die Aussage „enwag Baukosten XXX%“; es bleibt unklar, was damit gemeint ist. Zudem stellt sich ein Widerspruch ein. Offenbar soll die Grafik die unterschiedlichen Bauzeiträume von enwag abbilden und mit Kosten belegen; dafür müssten alle Leitungslängen der Betr. sowie deren Baujahre bekannt sein. Die Betr. gibt aber im Zusammenhang mit der Heranziehung der

²⁶ Soyez/Berg, WuW 2006, S. 726, 728. Die Verfasser fordern eine „mindestens rudimentäre Berücksichtigung von Strukturmerkmalen“.

²⁷ Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches, DVGW, Technische Regel Arbeitsblatt W 392, Mai 2003, Ziff. 5.4.6, S. 19 rechts oben.

²⁸ Hirner / Merkel, Kennzahlen für Benchmarking in der Wasserversorgung, 2005, S. 79 KI 118.

Versorgungsdichte an, die Länge ihrer Versorgungsleitungen nicht zu kennen; auch das durchschnittliche Baualter ihres Netzes, das aus den Baujahren zu errechnen wäre, ist ihr, wie sie im Standardfragebogen kennzeichnet, unbekannt.

[58] An anderer Stelle formuliert XXX, dass die Baukosten, die sie als besonders wichtig hervorhebt, in wesentlichem Maße neben der historischen Entwicklung von der topographischen Struktur des Versorgungsgebietes bestimmt würden; kostentreibend könnten sich neben der Bodenart (Sandboden oder Wasserhaltung wie in Norddeutschland / felsiger Untergrund), und besonderer Steilheit (in Einzelfällen) Querungen von „Autobahnen und Eisenbahntrassen“ sowie Flüsse und Häfen auswirken. Ohne nachvollziehbare Quantifizierung leitet XXX daraus „deutlich unterschiedliche Rahmenbedingungen“ z.B. im Verhältnis zu XXXXXX und XXXXXX ab. Dabei wird zudem übersehen, dass der Großteil dieser Gesichtspunkte von der Kartellbehörde als preisrechtfertigend anerkannt werden könnte. Trotz umfangreicher Nachfragen haben aber weder die Betr. noch XXX dazu prüffähige Angaben gemacht; dasselbe gilt für weitere Strukturgesichtspunkte wie Wasserbehälter oder Druckerhöhungsstationen.

[59] Genauso wenig belastbar erscheint das Diagramm Nr. 2 („Höhendifferenzen“). Die dargestellten Zahlen sind nicht überzeugend. Der Rechengang ist unplausibel; insbesondere ist unklar, wie die „insgesamt zu überwindenden Höhendifferenzen“ errechnet werden. Die Betr. trägt vor, sie benötige XX Druckzonen, die sich zu einer Höhendifferenz von X.XXX,X m addieren. Es ist offen, wie XXX daraus einen Höhenunterschied von über X.XXX m errechnet.

[60] Nicht nachvollziehbar sind auch die von XXX vorgelegten außerordentlich niedrigen Höhenabstände in XXXXXX sowie in XXXXXX; nicht erklärbar ist die auffallend große Bedeutung desselben Wertes in XXXXXX im Flachland an der Ostsee. Die Arbeit geht zudem nicht auf Versorger wie XXXXXX, XXXXXX oder XXXXXX ein, deren Versorgungsgebiet ebenfalls eine bergige Struktur aufweist. XXX hat darüber hinaus offenbar die vorliegenden und der Betr. sehr leicht zugänglichen Pumpstromwerte für die Wasserverteilung als Indikator (unabhängig von den Energiekosten) nicht berücksichtigt. Außerdem ist es augenfällig, dass XXX wiederum ohne Kosten(vergleichs)zahlen auf „umfangreiche Investitionen in Mess-, Steuer- und Regeltechnik hinweist“.

[61] XXX verweist darüber hinaus auf erhebliche Unterschiede bei der Trinkwasserbeschaffung und nennt „deutlich unterschiedliche Kosten von 5 Cent/m³ bis zu mehr als 100 Cent/m³“. Daraus folge ein Abstand von „bis zu 2.000% und mehr“. Diese Aussage steht mit dem vorliegenden Kartellverfahren nicht in Verbindung. Der begründende Hinweis auf die „Wassergewinnung aus Oberflächengewässern“, der eine besonders teure Aktivkohlefiltration nach sich zie-

hen kann, trifft weder auf die Betr. noch auf die Vergleichsversorger zu. Die Kosten der gesamten Wasserbeschaffung des Vergleichsunternehmens XXXXXX betragen etwa im Jahre 2005 XX Cent / m³ abgegebenen Wassers und in XXXXXX XX Cent/m³. Der jeweilige Unterschied zur Betr. wird dieser gutgeschrieben.

[62] Ebenso wenig relevant ist das von XXX beigefügte Diagramm Nr. 3, mit dem Abstände in den Kosten der Wasserbeschaffung erläutert werden sollen; diese seien „bei der Heranziehung von Vergleichsunternehmen zu berücksichtigen“. Die Grafik zeigt allerdings nur die Fremdbezugskosten. Die gesamten Beschaffungskosten setzen sich jedoch aus den Aufwendungen für Wassereinkauf (Fremdbezug) sowie für die eigene Wassergewinnung zusammen; eine isolierte Betrachtung nur der Fremdwasserlieferungen wie in Diagramm 3 ist wirtschaftlich ohne Aussagekraft. Schließlich ist der Aussagewert des Diagramms 4 gänzlich zweifelhaft. Die Unterscheidungskriterien (flache Lage / gebirgige Lage) sind in hohem Maße intransparent.

[63] Die XXX-Ausarbeitung genügt im Übrigen nicht den Ansprüchen des Kartellrechts. Ziel des Vergleichsmarktkonzeptes ist es, Preisüberhöhungen zu unterbinden, unabhängig davon, ob sie auf monopolistischer Überhöhung der Preise über die Kosten oder auf überhöhten Kosten infolge monopolbedingter Ineffizienzen eines Versorgers beruhen. Die Autoren der Arbeit verweisen demgegenüber stets auf eine – gleichsam absolute - „Kostensituation“, die anzuerkennen sei. Genau entgegengesetzt dazu erlaubt der – als relativ zu bezeichnende - kartellrechtliche Ansatz den Vergleich mit besonders effizienten weil preisgünstigen Unternehmen. XXX will beispielsweise mit dem Verweis auf eine „Bandbreite der Baukosten zwischen 130 €/m und 240 €/m“ durchschnittliche Erneuerungskosten der Betr. von XXX € begründen. Demgegenüber gibt XXXXXX im westlichen Münsterland vergleichbare durchschnittliche Leitungserneuerungskosten mit XXX € an, also fast genau die Hälfte dessen, was in Wetzlar an Kosten entsteht. Diese günstigeren Baukosten bezeichnet XXX als „nur unter besonderen Randbedingungen“ erreichbar, ohne diese zu benennen.

[64] Dies vorausgeschickt, hat die Kartellbehörde sechs Versorgungsunternehmen aus der Vergleichsgruppen wegen unterschiedlichen Gründen herausgenommen (XXXXX, XXXXX XXXXXX, XXXXXX, XXXXXX, Stadtwerke XXXXXX) und die Versorger in XXXXXX, XXXXXX, XXXXXX und XXXXXX neu einbezogen. Dafür sprachen die Wettbewerbssituation der betroffenen Unternehmen, abweichende strukturelle Gegebenheiten oder mangelnde Belastbarkeit des Rechenwerks des Versorgers.

[65] Die Angriffe der Betr. gegen diese Auswahl sowie vor allem das Auswechseln von Vergleichsversorgern sind verfehlt. Sie sind durch Erkenntnisse bestimmt, die die Kartellbehörde im

Laufe des Kartellverfahrens und u. a. im Zuge des Aufbaus einer umfangreichen Datenbank gewonnen hat. Teilweise beruhen sie auch auf den Vorstellungen der Betr. selbst. Dies gilt etwa wie erläutert für den zentralen Kennwert der Versorgungsdichte. Konkrete Bedenken hat die Unternehmen wurde daher aus dem Vergleich herausgenommen. Die weiter gehende Behauptung der Betr., es liege „keine verlässliche Datengrundlage vor“, entbehrt jeder Grundlage. Sie konnte sich unter anderem bei einer Akteneinsicht am 11. August 2006 bei der Kartellbehörde selbst ein Bild machen.

[66] Der von der Betr. behauptete Verlust an Rechtsklarheit, der eine „effektive Verteidigung einschränken soll“, ist nicht erkennbar. Mit Schreiben vom 29. März 2007 wurden ihr alle Vergleichsversorger samt ausführlicher Preis- und Strukturdaten sowie der Berechnung des wettbewerbsanalogen Preises mitgeteilt und umfangreich erläutert. 14 der einbezogenen 18 on darauf ausgerichtet, dass keines der 18 Unternehmen zum Vergleich tauglich ist. Die Kartellbehörde hat darüber hinaus erläutert, dass sie nicht den vollen kartellrechtlich zulässigen Umfang einer Preissenkungsverfügung ausschöpfen, sondern aus einer Vergleichsgruppe eine Reihe von Unternehmen auf denjenigen Gesamtpreis abstellen wird, der den geringsten Preisabstand zur Betr. aufweist. Dieses Vorgehen entspricht dem dynamischen Charakter des Vergleichspreisverfahrens, insbes. dem gesetzlichen Regelfall „mehrere Vergleichsunternehmen“. Demgegenüber widerspricht ein statisches Vorgehen dem gesetzgeberischen Konzept.

2.4.2 Versorgungsdichte

[67] Die Landeskartellbehörde hat sich bei ihrer Ermessensentscheidung zunächst vom Gedanken leiten lassen, nur Unternehmen mit einer im Vergleich zur Betr. ähnlichen oder geringeren Versorgungsdichte heranzuziehen. Die Versorgungsdichte wird durch den Metermengenwert ausgedrückt (MMW). Er gibt an, wie viele Kubikmeter Wasser der jeweilige Versorger insgesamt pro Meter des kompletten Leitungsnetzes einschließlich der Hausanschlussleitungen an seine Kunden liefert. Dieser Kennwert spiegelt sowohl viele Versorgungseinrichtungen einschl. der Hausanschlussleitungen wider als auch die gesamte verkaufte Wasserabgabe. Zugleich wird mit dem Verteilnetz der Hauptkostenblock der Wasserversorgungsunternehmen abgebildet.

[68] Dagegen wendet sich die Betr. ohne Erfolg. Auf die Kostenstruktur eines netzgebundenen Versorgungsunternehmens wirkt es sich zwangsläufig aus, ob für dieselbe Menge an Verteilgut ein längeres Rohrstück oder ein kürzeres benötigt wird. Daran orientiert sich beispielsweise im Rahmen der Energienetzregulierung die Bildung von Strukturklassen. Diese richtet

sich gemäß § 24 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StromNEV nach „hoher, mittlerer und niedriger Absatzdichte“. Dieser Zusammenhang gilt entgegen der gelegentlich von der Betr. geäußerten Meinung für alle Netzindustrien, unabhängig davon, ob Gas, Strom, Wasser oder Rohöl transportiert werden.

[69] Die bisherigen Angaben der Betr. ergaben einen Versorgungsdichtewert von 6,2 für 2005 und von 6,5 für die Jahre 1998 bis 2005. Nunmehr lässt die Betr. vortragen, dass sie die Länge des Ortsnetzes nur schätzen könne; dasselbe gelte für die Hausanschlussleitungen. Frühestens Ende 2008 seien erste verlässliche Zahlen lieferbar. Alle gemachten Längenangaben hätten daher „unausweichliche Fehler“. Die Betr. weist darauf soweit ersichtlich das erste Mal in dem Verfahren hin. Sowohl der Wirtschaftsprüferbericht 2005 als auch die Vorjahresberichte geben die Länge des Leitungsnetzes sowie die Anzahl der Hausanschlüsse ohne den eben gemachten Vorbehalt an. Dieser fehlt auch in dem von der Betr. vorgelegten Benchmarking-Bericht.

[70] Trotzdem hat die Kartellbehörde eine Vergleichsrechnung zugunsten der Betr. durchgeführt. Sie basiert vor allem darauf, dass Erhebungen mit graphischen Informationssystemen (GIS) häufig größere Leitungslängen ergeben. Es erscheint aufgrund von Erfahrungswerten gerechtfertigt, von 20% längeren Leitungen auszugehen. Daraus errechnet sich statt eines Wertes von 6,2 eine Versorgungsdichte von 5,1. Dieser Wert wurde der Auswahlentscheidung ebenso zugrunde gelegt wie der gebotenen Zu- und Abschlagsrechnung im Rahmen der Bildung des wettbewerbsanalogen Preises. Die Betr. hat selbst keine Schätzung vorgelegt; es bleibt daher bei der Berechnung der Kartellbehörde, die sich im Ergebnis zugunsten der Betr. auswirkt.

[71] Lediglich die Vergleichsversorger in XXXXXX, XXXXXX, XXXXXX, XXXXXX und XXXXXXXX weisen mit bis zu 6,9 (XXXXXX) einen höheren Metermengenwert als den Ausgangswert der Betr. von 6,2 auf; alle anderen Unternehmen haben niedrigere Versorgungsdichtekennwerte. Selbst wenn man sich auf den geringeren Wert von 5,1 bezieht, so liegen wiederum nur die vorgenannten fünf Versorger über diesem Wert. Die Betr. und alle anderen Wasserunternehmen sind damit als ländlich bis kleinstädtisch geprägte Betriebe anzusprechen. Der entsprechende Kennwert für XXXXXX beträgt beispielsweise 19, derjenige für XXXXXX 23 und die unmittelbar benachbarten Stadtwerke XXXXXX weisen zehn aus. Diese Werte basieren weitgehend auf den Zahlen für 2005; ebenso wie alle anderen noch zu nennenden Kennwerte oder Einzeldaten entsprechen sie aber weitgehend auch Mehrjahresreihen. Die Datengrundlage dafür bildet der bereits erläuterte standardisierte Fragebogen der Kartellbehörde, den jedes Vergleichsunternehmen ausgefüllt hat. Dessen letzter Abschnitt umfasst Vergleichskennzahlen,

die das Datenverarbeitungsprogramm automatisch aus den Unternehmensgrunddaten berechnet.

2.4.3 Abnehmerdichte

[72] Neben den Metermengenwert tritt als zweiter spezifischer Vergleichsgesichtspunkt die Abnehmerdichte, ausgedrückt in Metern Versorgungsnetz (ohne Hausanschlussleitungen) pro Hausanschluss. Die Betr. hat im Rahmen von Gaspreisverfahren der Landeskartellbehörde Mitte 2005 vortragen lassen, „die Abnehmerdichte [stelle] nach allgemeiner Ansicht eines der wichtigsten objektiven Strukturmerkmale dar“. Der Wert der Betr. beträgt 24, während alle Vergleichsunternehmen einen höheren Wert aufweisen, also tendenziell ungünstigere Strukturen haben. Die einzige Ausnahme bilden die Stadtwerke XXXXXX, für die die entsprechende Vergleichszahl 20 beträgt.

2.4.4 Nutzbare Wasserabgabe, Abgabestruktur, Gesamterträge Wasser und Zahl der versorgten Einwohner

[73] Auch ein Blick auf die nutzbare Wasserabgabe belegt die gute Vergleichbarkeit. Die Betr. gab 2005 2,7 Mio. m³ Wasser an ihre Kunden ab. Acht der Vergleichsversorger lagen über, zehn unter diesem Wert. Die Abweichungen bewegten sich in einer geringen Bandbreite. Die Wasserversorgung XXXXXX lieferte mit fünf Mio. m³ Absatz bei weitem am meisten von allen betrachteten Unternehmen aus, gefolgt u.a. von dem Versorger XXXXXX mit 3,6 Mio. m³ sowie XXXXXX mit 3,4 Mio. m³. Zu den Lieferanten mit der geringsten Wasserabgabe zählen die Stadtwerke in XXXXXX (661 Tsd. m³), XXXXXX (711 Tsd. m³) sowie XXXXXX (720 Tsd. m³).

[74] Dazu kommt, dass die Abgabestruktur aller betrachteten Unternehmen gut vergleichbar ist. Sie versorgen ebenso wie die Betr. vor allem Haushalte und Kleingewerbekunden (HuK). Gleichzeitig bilden die Preise, die die Betr. von dieser Kundengruppe verlangt (vgl. Typfall 1 und Typfall 2), den Kern des Missbrauchsvorwurfes der Kartellbehörde. Damit erfasst dieses Verfahren den wirtschaftlichen Schwerpunkt der Tätigkeit der Betr. ebenso wie derjenigen der Vergleichsversorger. Bei der Betr. machten die Lieferungen an HuK-Kunden 2005 rund 90% ihrer Gesamtabgabe aus; bei 16 der Vergleichsversorger bewegt sich die Zahl zwischen 69% und 100%. Auch die restlichen zwei Versorger, die XXXXXX sowie XXXXXX, liegen mit ihrer HuK-Abgabe oder der Abgabe an sonstige letztverbrauchende Kunden erheblich über der Hälfte ihrer gesamten Wasserlieferung.

[75] Schließlich sprechen auch die Gesamterträge der Wassersparte dafür, dass die Betr. mit den benannten Unternehmen gut vergleichbar ist. Diese belaufen sich bei der Betr. auf 6,7 Mio. € und sind damit höher als bei allen anderen Vergleichsversorgern. Die Betr. verfügt über eine größere Wirtschaftskraft und eine höhere Leistungsfähigkeit. Auch die Zahl der Einwohner, die die jeweiligen Unternehmen mit Wasser beliefern, spricht für Vergleichbarkeit. Die Betr. versorgte 2005 52.460 Bürgerinnen und Bürger mit Trinkwasser. XXXXXX liegt mit 98.000 Nachfragern zwar darüber, aber nicht um Größenordnungen. Alle anderen Vergleichsversorger sind mit bis zu 65.000 Einwohnern (XXXXXX) entweder nahezu identisch mit der Betr. oder kleiner.

3. ungünstigere Preise

[76] Die Betr. fordert in ihrem Versorgungsgebiet von Haushalts- und Kleingewerbekunden (HuK) ungünstigere Preise im Sinne von § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB a.F. als die benannten Vergleichsunternehmen. Die bestehenden Preisunterschiede von bis zu 138% übersteigen erheblich das für eine kartellrechtliche Verfügung erforderliche Maß. Dies gilt auch dann, wenn der Preisvergleich auf typisierte Abnahmefälle gestützt wird. Denn im Anwendungsbereich des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB a.F. (Freistellungsmisbrauch) existiert keine Bagatellgrenze; Missbräuchlichkeit ist nicht erst bei erheblicher Abweichung vom Vergleichspreis anzunehmen; es bleibt lediglich Raum für Unsicherheitszuschläge beim Vergleichspreis (4.12)²⁹. Alle Vergleichsunternehmen verlangen Baukostenzuschüsse und Hausanschlusskostenbeiträge. Kein Versorger hat in nennenswertem Umfang Landeszuschüsse erhalten.

[77] Alle Vergleichsunternehmen legen ebenso wie die Betr. bei der Belieferung ihrer Kunden die Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (AVBWasserV)³⁰ zugrunde und verlangen dementsprechend Wasserpreise statt Wassergebühren. Die Betr. will darüber hinaus auch Unternehmen einbezogen sehen, die Gebühren verlangen. Es mag zwar wettbewerbspolitisch und damit de lege ferenda richtig sein, Unternehmen, die öffentlich-rechtliche Gebühren verlangen, von der Kartellbehörde kontrollieren zu lassen. Unabhängig davon, dass die geforderte Erweiterung des Vergleiches keine für die Betr. günstigeren Ergebnisse bringen könnte, verstieße eine solche Veränderung gegen geltendes Recht.

[78] Die Landeskartellbehörde zieht zum Vergleich die bereits geschilderten typisierten Abnahmefälle in einem für alle Unternehmen bedeutenden Marktsegment und auf ein Jahr gerechnet heran. Sie beruhen unter anderem auf Typfallrechnungen des Bundesverbandes der

²⁹ BGH-Beschluss vom 6. Mai 1997, KVR 9/96, WuW/E BGH 3140, WuW 1997, 724, „Gaspreis“: 13,2% reichen in einem Typfall aus; Reif in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Kartellrecht, a.a.O., § 131 RdNr. 109, 114.

Energieabnehmer (VEA) und entsprechen jeweils einem kleineren (Typ 1, „Einfamilienhaus“, 150 m³ Jahresabnahme, kleinste Zählergröße) und einem größeren Mehr-Personen-Haushalt (Typ 2, „Mehrfamilienhaus“, 400 m³ Abnahme, kleinste Zählergröße). Dabei dient die Preisgestaltung als einfach zu handhabendes Missbrauchskriterium³¹. Die durchschnittliche Wasserabgabe der Betr. an diese Kundengruppe beträgt pro Hausanschluss 195 Kubikmeter, was zwischen Typfall 1 und Typfall 2 liegt. In Verbindung mit dem von der Betr. zu beachtenden Grundsatz der verursachergerechten Kostenzuordnung für einzelne Abnehmergruppen³² geht die Kartellbehörde davon aus, dass damit alle wesentlichen Teile der HuK-Abgabe erfasst sind. Einige Bundesländer, darunter Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen, Mecklenburg-Vorpommern und Schleswig-Holstein verlangen ein sog. „Wasserentnahmeentgelt“, das wie eine Steuer wirkt. Diese Entgelte sind ebenso wie die Mehrwertsteuer bereits abgezogen. Aus Anl. 3 ergibt sich, dass die Wasserpreise der Betr. bis zu 138% (Typfall 1) bzw. 125% (Typfall 2) teurer sind als die von Vergleichsversorgern.

4. Rechtfertigung

[79] Die Betr. hat bisher „abweichende Umstände“ i. S. d. § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 a. E. GWB a.F. nicht nachgewiesen. Das ergibt sich auf der Basis der Grundsätze zur Rechtfertigung (4.1) aus den Abschnitten Konzessionsabgaben (4.2), Wasserbeschaffung (4.3), Wasserbezug von XXX (4.4), eigene Gewinnungsanlagen (4.5), wirtschaftliche Optimierung der Wasserbeschaffung (4.6), Höhenunterschiede und Druckzonen (4.7), Wasserhochbehälter (4.8), Druckerhöhung, Druckverminderung (4.9), Ungünstige Bodenarten (4.10) und Sonstige Rechtfertigungsgründe (4.11). Im Rahmen ihres Ermessens berücksichtigt die Kartellbehörde zugunsten der Betr. einige Zuschläge, was die Bildung eines wettbewerbsanalogen Preises notwendig macht (4.12 in Verbindung mit Anlage 8).

4.1 Grundsätze

[80] Die Betr. hat die Möglichkeit, die festgestellten höheren Preise durch den Nachweis von abweichenden Umständen zu rechtfertigen, die ihr nicht zurechenbar sind (§ 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 a. E. GWB a.F.). Damit sind objektive Strukturnachteile eines Versorgungsgebietes wie ungünstige Bodenverhältnisse, ein besonders langes Leitungsnetz, Rohwasser, das aufwändig

³⁰ Vom 20. Juni 1980, BGBl. I S. 750.

³¹ BGH, Beschluss vom 6. Mai 1997, KVR 9/96, WuW/E BGH S. 3140, 3143, WuW 1997, S. 724, 727, - Gaspreis -.

³² BGH, Beschluss vom 6. Mai 1997, KVR 9/96, WuW/E BGH S. 3140, 3144, WuW 1997, S. 724, 728, - Gaspreis -.

gereinigt werden muss oder erhebliche Höhenunterschiede im Versorgungsgebiet gemeint³³. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass tatsächliche Gegebenheiten von den Verbrauchern hinzunehmen sind, weil sie jedes Versorgungsunternehmen treffen würden, das das jeweilige Gebiet versorgt³⁴. Besonderheiten des vom Missbrauchsvorwurf betroffenen Unternehmens rechtfertigen dagegen als Ausdruck individueller Entscheidung höhere Preise nicht. Dazu zählen u. a. Rechtsform, Leistungsfähigkeit und Eigenkapitalausstattung. Insoweit besteht Einigkeit mit der Betr.

[81] Liegen ungünstigere Versorgungsverhältnisse als bei den Vergleichsunternehmen vor, so hat die Betr. darzulegen, welche im Vergleich zu anderen Unternehmen zusätzlichen oder aufwändigeren konkreten Versorgungseinrichtungen / Maßnahmen die Überwindung der objektiven Nachteile erfordert. Felsiger oder sehr nachgiebiger Untergrund könnte beispielsweise teureren Leitungsbau als durchschnittliche Böden verursachen. Zahlreiche Höhenunterschiede machen möglicherweise viele Hochbehälter oder zahlreiche Pumpstationen zur Wasserförderung in höher gelegene Siedlungsgebiete notwendig. Reichen die eigenen Wasserquellen nicht aus, so bleibt oft nur der Fremdwasserbezug.

[82] Darüber hinaus muss die Betr. für die genannten Anlagen nach § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 a. E. GWB a.F. darlegen und nachweisen, dass sie unverzichtbar sind und die Mehrkosten damit im kartellrechtlichen Sinne als „nicht zurechenbar“ Preisunterschiede rechtfertigen. Das trifft zu, wenn die Grundsätze rationeller Betriebsführung gewahrt sind; wird dagegen verstoßen, so handelt es sich um Fehlinvestitionen, die höhere Preise gerade nicht rechtfertigen können. Sie sind wie unter Marktbedingungen auch vom Unternehmen zu tragen, nicht dagegen von seinen wasserbeziehenden Kunden. Die Konservierung ungünstiger Gebietsstrukturen ist zu vermeiden³⁵.

[83] Daher hat sich die Betr. im Zeitablauf um effiziente Versorgungsstrukturen zu bemühen; die Kartellbehörde hat Nachweise dafür von der Betr. verlangt, z.B. bei der Wasserbeschaffung, beim Leitungsnetz, bei Wasserspeichern, Druckhaltung und Druckverminderungsanlagen. Diesen Beweis konnte die Betr. bisher nicht führen. In diesem Zusammenhang ist auch zu erwähnen, dass die Betr. zwar einen Benchmarking-Bericht vorgelegt hat, ihre genaue Platzierung innerhalb des Clusters der relevanten Vergleichsgruppe sowie die einbezogenen Vergleichsunternehmen aber nicht namhaft gemacht hat. Außerdem hat sie zwar einen ersten Teil präsen-

³³ BGH, Beschluss vom 31. Mai 1972, KVR 2/71, WuW/E BGH 1221, 1225, WuW 1972, 819, 823, „Stromtarif“, ihm folgend Regierungsbegründung, BTDrS. 8/2136, S. 34; Pohlmann, RdE 1998, 57, 58. Ebenso BGH, Beschluss vom 22. Juli 1999, KVR 12/98, WuW DE-R 375, 378f., WuW 1999, 1205, 1208f., „Flugpreisspaltung“ m. w. N. Ebenso Bündenbender, Die Kartellaufsicht über die Energiewirtschaft, 1995, insbes. S. 156 – 168.

³⁴ BGH, „Stromtarif“, S. 1224.

³⁵ So explizit Regierungsbegründung zur 4. Kartellgesetznovelle, BTDrS 8/2136, S. 33f.; Reif in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Kartellrecht, a.a.O., § 131 RdNr. 117 m.w.N.

tiert; die dort ausdrücklich genannte „ausführliche Anlage zum Individualbericht“ mit Einzeldaten und Kennwerten bestimmter anderer Versorger hat sie nicht zugeleitet. Dazu ist in der von denselben Autoren nach demselben Muster erarbeiteten Grundlagenstudie ausgeführt, die die methodische Basis auch für die hier diskutierte Analyse bildet³⁶:

„XXXXXXXXXX“.

Die Zusatzinformationen wären umso notwendiger, als die Gutachter anderen hessischen Versorgern ein günstiges Zeugnis ausstellen. Beispielsweise wurden die Stadtwerke XXXXXXXX als sehr gut bewertet. Neben geringen Wasserverlusten wurde insbesondere auf niedrige Gesamtkosten von 1,31 Euro pro Kubikmeter hingewiesen³⁷.

[84] Wären die unvertretbaren Hindernisse, die zu ihrer Überwindung notwendigen Anlagen(gruppen) sowie deren Unverzichtbarkeit nachgewiesen, so obläge es der Betr. schließlich, schlüssig darzulegen³⁸,

„wo im einzelnen die Kostenstellen sind, an denen ihr durch die abweichende Beschaffenheit ihres Versorgungsgebiets ... Mehrkosten erwachsen, und inwieweit diese in ihre Abgabepreise eingegangen sind“.

Auf die zitierte Entscheidung hat sich die Betr. in ihrem Vermerk vom 3. Januar 2007 ausdrücklich selbst berufen. Trotzdem hat sie auch diese Anforderung nicht erfüllt, was sie folgendermaßen begründet:

„Eine ... Aufschlüsselung der Kostenstellen über das bisherige Maß ist ... nicht möglich. ... Sie führt lediglich zu einem Mehraufwand ... ohne dass der enwag hierdurch ein für die Kalkulation erheblicher Vorteil entstehen würde. Die enwag würde mithin dazu gezwungen, entweder Schätzungen vorzunehmen, oder ... die Kostenstellen weiter aufzuschlüsseln.“

[85] Dies überzeugt ebenso wenig wie ihr pauschaler Hinweis, sie müsse „im Hinblick auf die ... [rechtfertigenden] Umstände höhere Preise verlangen als die ... Vergleichsunternehmen“. Die Betr. will der Kartellbehörde ihre „Kosten- und Preisrechnung“ erläutern und dadurch strukturbedingte Mehrkosten nachweisen, ohne die geforderten strukturbezogenen Einzelkosten zu nennen. Nicht nachvollziehbar bleibt auch, dass die Betr. Gemeinkosten nicht für zuordenbar hält. Im Gegensatz dazu hat sie im Strom- und Gasnetzentgeltverfahren vor der Landesregulierungsbehörde zahlreiche solche Kostenaufteilungen nach einer ganzen Reihe verschiedener Schlüssel vorgenommen.

[86] Auch in ihrer jüngsten Stellungnahme hält die Betr. daran fest, dass sie Einzelkostendaten nicht nennen könne. Dies soll beispielsweise für Hochbehälter und Druckzonen gelten. Sie

³⁶ Rödl & Partner, Effizienz- und Qualitätsuntersuchung der Kommunalen Wasserversorgung in Bayern (EffWB), Abschlussbericht 2000, Nürnberg ohne Jahr, S. 39.

³⁷ Artikel „Gute Noten für die Stadtwerke Stadtallendorf“, online-Magazin wasserkaufen.de, 20. Feb. 2006.

³⁸ KG, Beschluss vom 15. Januar 1997 – Kart 25/95 – RdE 1997, S. 243, d) drittletzter Satz.; ebenso Büdenbender, Die Kartellaufsicht über die Energiewirtschaft, 1995, insbes. S. 156 - 168.

begründet das u. a. damit, dass sie „andere Kostenschlüssel einsetze“ als die Landeskartellbehörde. Ein vollständig anderes Schlüsselungssystem könne von ihr nicht verlangt werden. Das geht an der Sache vorbei. Das gilt umso mehr, als nach Auffassung der Betr. „topographisch ungünstige Bedingungen“ „sehr beachtliche Mehrkosten“ verursachen können. Das sollte es ihr ermöglichen, sie jeweils getrennt anzugeben.

[87] Die Betr. übersieht zudem, dass Kostenstellen in erster Linie der Betriebsüberwachung und damit der Kostenkontrolle dienen. Sie sollen eine Betrachtung der einzelnen Teilbereiche der Unternehmen und damit eine Leistungskontrolle erlauben³⁹. Damit ist die Kostenstellenrechnung primär eine Wirtschaftlichkeitskontrolle des Unternehmens. Sie ist „Hilfe zur Selbsthilfe“. Bildet die Betr. Kostenstellen nach eigenen Angaben so, dass mehrere versorgungstechnische Systembausteine auf einer Kostenstelle erfasst werden, dann kann dies folglich nicht die durch einen einzelnen Baustein des Versorgungssystems (z.B. Druckerhöhungsanlagen) verursachten Kosten belegen. Eine zweckmäßige Kostenstellenrechnung kann von der Kartellbehörde lediglich angeregt, aber nicht selbst durchgeführt werden.

[88] Für die erforderlichen Nachweise hatte die Betr. ausreichend Zeit. Schon im Jahre 2002 hatte die Landeskartellbehörde dies erläutert. In den beiden maßgeblichen Entschlüssen der Kartellbehörden von 1997 und 1998⁴⁰, auf die ausdrücklich verwiesen wurde, ist dazu ausgeführt:

„Unter anderem die unter a) oder b) genannten ... Gesichtspunkte können als „abweichende Umstände“ ... unterschiedliche Preise rechtfertigen. Voraussetzung ist der umfassende Nachweis ... mit Angaben von ... Pf/m³ sowie die plausible Darlegung ggf. samt Beweis, dass die jeweiligen Kosten für jeden der dort tätigen Versorger ... unvermeidbar sind.“

„a) Wassergewinnung:

- hoher Aufwand für Eliminationstechnik bei Huminsäuren;
- hoher Überwachungsaufwand wegen starker Konzentrationssprünge z.B. bei hoher Manganbelastungen bei landwirtschaftlicher Nutzung der Wassergewinnungsgebiete

b) Wasserverteilung

- Mehraufwand für Spülungen bei Graugussleitungen zur Vermeidung von „braunem Wasser“
- Zahlreiche Pumpstationen und Hochbehälter wegen großer Höhenunterschiede des Versorgungsgebietes“.

4.2 Konzessionsabgabe (KA)

[89] Die Kartellbehörde hält an ihrer Rechtsauffassung fest, dass die Vereinbarung von Konzessionsabgaben kein rechtfertigender Umstand im Sinne von § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 a. E. GWB a.F. ist. Die Nachweiserfordernisse, die der Betr. auferlegt wurden, hat sie nicht erfüllt. Im

³⁹ BGW/ VDEW: Kosten- und Leistungsrechnung der Energie- und Wasserversorgungsunternehmen, 1987, S. 50.

⁴⁰ Kartellreferenten des Bundes und der Länder, Entschlüsse vom 18. September 1997 und 2. Oktober 1998, abgedruckt bei Hempel/Franke, Recht der Energie- und Wasserversorgung, Band 3, Materialien, Nr. 1.2.2, S. 12 f.

Interesse einer raschen Sachentscheidung durch die Gerichte und im Hinblick auf die geringe Bedeutung wird die Kartellbehörde ausnahmsweise aber in diesem Einzelfall im Rahmen ihres Ermessens die von der Betr. geleisteten Zahlungen von KA durch einen Zu- oder Abschlag in anteiliger Höhe des Vergleichspreises berücksichtigen, soweit das Vergleichsunternehmen Konzessionsabgaben mit einem anderen Prozentsatz vereinbart hat. Das Nähere ist Anl. 8 zu entnehmen. Die Betr. widerspricht dem. Aus Sicht der Kartellbehörde kann die anteilige Konzessionsabgabe sich nur auf die Wassererlöse der Vergleichsunternehmen beziehen. Die Heranziehung der „tatsächlichen gezahlten Werte“ an Konzessionsabgabe in Wetzlar, die die Betr. wünscht, würde sich auf den missbräuchlichen Preis der Betr. beziehen; dieser kann kein kartellrechtlich zulässiger Ansatzpunkt sein.

4.3 Wasserbeschaffung

[90] Der Betr. verlangt die Anerkennung unvermeidlicher Mehrkosten der Wasserbeschaffung. Was sie zur Begründung hat vortragen lassen, erfüllt die gesetzlichen Anforderungen nicht. Es ist zwar unbestritten, dass die eigenen Brunnen und Quellen zur Deckung des Bedarfes der Betr. nicht ausreichen, und das benötigte Wasser von einem Vorlieferanten zugekauft werden muss. Sie speiste im Jahre 2005 XXXX Tsd. Kubikmeter Wasser in ihre Leitungen ein. Sie verfügt demgegenüber nur über eigene Rechte zur Wasserförderung im Umfang von XXXX Tsd. Kubikmeter. Die verbleibende Wassernachfrage kann sie nur durch Wasserlieferungen des XXX befriedigen.

[91] Die Betr. hat aber nicht nachweisen können, dass die geltend gemachten Kosten unvermeidlich sind; das gilt zunächst für die Wassereinkaufskosten (dazu 4.4 – Wasserbezug). Was ihre Eigengewinnungsanlagen angeht, so fehlt es an einer in zentralen Punkten widerspruchsfreien Kostendarstellung (4.5 – eigene Wassergewinnung); es bestehen erheblich Bedenken, ob die Betr. das Zusammenspiel zwischen Wasserbezug und Wassereigengewinnung optimiert hat (4.6 - Wirtschaftliche Optimierung der Wasserbeschaffung).

4.4 Wasserbezug

4.4.1 Grundsätze

[92] Die Betr. trägt vor, sie müsse für Wasserbezug mehr aufwenden als die Vergleichsunternehmen. Diese Kosten seien von ihr nicht zu vertreten. Die Kartellbehörde müsse sie daher als unausweichlich durch einen Korrekturzuschlag ausgleichen. Diese Argumentation ist verfehlt. Es bestehen bereits erhebliche Bedenken gegen die grundsätzliche Anerkennung von Wasserbeschaffungskosten als preisrechtfertigend; dies wird sogleich ausgeführt. Selbst wenn man dem aber nicht zustimmt, so hat die Betr. es versäumt, zu belegen, dass sie alle vernünftigerweise vorstellbaren Optimierungsmöglichkeiten geprüft und mit zureichenden Gründen verworfen hat (vgl. 4.4.2).

[93] Die Kartellbehörde hat erhebliche Zweifel, ob Beschaffungskosten als rechtfertigend anerkannt werden können. Der BGH hat in seiner Leitentscheidung aus dem Jahre 1972, die von der Rechtsprechung noch heute zustimmend zitiert wird, Bezugskosten als betriebsindividuell und damit als nicht berücksichtigungsfähig bezeichnet. Dazu hat er ausgeführt⁴¹:

„[Der] ... Ankaufspreis [für Strom gehört] zu denjenigen Kostenfaktoren, die von der individuellen Leistungsfähigkeit des Betriebes der Betroffenen abhängen. Selbst wenn dieser Preis hoch wäre ... würde das die Betroffene nicht zur Erhöhung ihrer Stromabgabepreise berechtigen. Denn der Betroffenen steht es frei, diesen ihre eigenen Kosten erhöhenden Faktor durch eine Erhöhung ihrer eigenen Stromerzeugung zu mindern.“

Das lässt sich mit der Lage der Betr. gut vergleichen, empfiehlt doch der von ihr vorgelegte Benchmarking-Bericht, den Anteil der Eigenerzeugung zu erhöhen.

4.4.2 Wirtschaftliche Optimierung

[94] Lässt man das Vorstehende wegen der Besonderheiten der Wasserversorgung beiseite, so fehlt es doch an überzeugenden Ausführungen zur möglichst wirtschaftlichen Gestaltung des Wasserbezuges. Die Betr. lässt vortragen, Bedingungen und tatsächlicher Umfang des Wasserbezuges seien aus juristischen, technischen sowie wirtschaftlichen Gründen nicht veränderbar. Daran bestehen erhebliche Zweifel, die unter 4.4.3 und 4.4.4 erläutert werden. Zum besseren Verständnis wird zuvor die Wasserbezugssituation der Betr. kurz dargestellt.

[95] Der Vorlieferant der Betr., der XXX, verlangt derzeit einen Gesamtpreis von XX Eurocent pro Kubikmeter gelieferten Wassers. Dieser setzt sich zusammen aus einem Arbeitspreis von XX Eurocent für jeden bezogenen Kubikmeter sowie aus einem Bereitstellungspreis von XX Eurocent pro m³. Letzterer ist unabhängig von der tatsächlichen Bezugsmenge für jeden Kubikmeter des Bezugsrechtes zu begleichen; dieses beläuft sich bei der Betr. auf XXXX Tsd. m³

⁴¹ BGH, Beschluss vom 31. Mai 1972 – KVR 2/71 -, WuW/E BGH S. 1221, 1242, WuW 1972, S. 819, 822, „Stromtarif“.

Wasser. Davon nutzte sie im Jahre 2005 lediglich XX%, indem sie XXXX Tsd. m³ Trinkwasser bezogen hat. Die Kosten dieser Lieferung betrugen X,XXX Mio. €, woraus sich XX Eurocent pro Kubikmeter bezogenen Wassers errechnen lassen. Im Schnitt hatte die Betr. so in den Jahren 2001 bis 2005 XX Eurocent für jeden gelieferten Kubikmeter zu begleichen; dabei wird es nach Angaben der Betr. auch 2006 und 2007 bleiben. Das Bezugsrecht wird seit 1996 immer geringer ausgeschöpft.

4.4.3 „Bezugsrecht“ nicht reduziert

[96] Zur Vermeidung der dargelegten Mehrkosten böte sich zunächst eine Verminderung des Bezugsrechtes an. Die Betr. ist gehalten, alle Bestrebungen dafür darzulegen. Darauf hat die Kartellbehörde mehrfach hingewiesen. Der Vortrag der Betr. zu diesem Punkt ist nicht überzeugend. Dies gilt bereits im Hinblick darauf, dass die Betr., wie sie meint, lediglich ausführendes Organ für die Stadt Wetzlar als Mitglied im XXX sei. Das ist unglaubwürdig, würde dadurch doch die Betr. zur unselbständigen Person der Stadt Wetzlar. Selbst wenn man dem folgt, so geht doch auch der weitere Vortrag fehl. Die Betr. meint, ihre gleichsam unselbständige Stellung ergebe sich aus der Satzung des XXX. Insoweit übertrage die Stadt Wetzlar jedem in Wetzlar tätigen Wasserversorger ihre Verpflichtung; dem könne die Betr. nicht ausweichen. Dies könne sie nicht ändern, da sie kein Mitglied sei. In diesem Falle hat sie darzutun, welche Anstrengungen sie im Hinblick auf die Stadt Wetzlar unternommen hat, um eine Besserung zu erreichen. Auch daran mangelt es.

[97] Bisher ging die Betr. von einer Zwangsnatur des Rechtsverhältnisses zwischen ihr einerseits und der Stadt Wetzlar und dem XXX andererseits aus. Nunmehr gibt sie an, dass ein „schriftlich nicht fixierter Vertrag nach § 415 BGB bestehe“. Darüber hinaus wird im WP-Bericht des Jahres 2005 unter „Wesentliche Verträge“ – Wasserbezug - auf einen Vertrag hingewiesen, den die Betr. am 14./19. Mai 1998 mit dem XXX geschlossen habe. Dieser sei mit Unterzeichnung in Kraft getreten und auf unbestimmte Zeit abgeschlossen worden. Er wurde auf Anforderung der Kartellbehörde nunmehr vorgelegt, wenn auch ohne die zugehörigen Anlagen 1-8. Er stützt im Ergebnis die Bedenken der Kartellbehörde gegen die gleichsam unausweichlich einseitige Zwangsnatur des Bezugsverhältnisses der Betr. mit dem XXX.

4.4.4 „Bezugsrecht“ nicht ausgeschöpft

[98] Selbst wenn das Bezugsrecht nicht verminderbar wäre, so hätte die Betr. doch darzulegen, wieso sie für eine bessere Wirtschaftlichkeit das vorgeblich zwangsweise Bezugsrecht nicht mehr ausschöpft. Die Betr. lässt zwar ausführen, jedes Vergleichsunternehmen müsse zu denselben Bedingungen sowie in demselben Umfang Wasser vom XXX beziehen wie sie selbst. Gravierende Zweifel daran erwachsen schon daraus, dass sie selbst bis 1996 die maximale Menge vom XXX bezogen hat. Die Betr. müsste erläutern und belegen, was sie daran hindert, dieses Maximum wiederum zu beziehen. Die von ihr bisher genannten Gründe überzeugen nicht.

[99] In technischer Hinsicht ist die Argumentationskette der Betr. nicht überzeugend. Sie sieht bei vermehrtem Fremdwasserbezug die Gefahr von „Verunreinigungen“ und der Beeinträchtigung des „biologischen Schutzfilmes“ der Leitungen. Dies überrascht insofern, als aus der Literatur bisher nur berichtet worden ist, dass dies nicht für metallische Leitungssubstanzen, sondern nur für Kunststoffrohre mit vorrangig stagnierendem Wasser insbes. in Hausinstallationen großer Gebäude (Stichwort Legionellen) gilt. Beispielsweise ist aus Münster i. Westfalen ein Verwaltungsprozess bekannt geworden, in dem sich das städtische Gesundheitsamt mit seiner Anordnung an alle Hotels letztlich durchsetzen konnte, entsprechende Analysen vorzulegen⁴². Mikroorganismen können dort in seltenen Fällen an der inneren Oberfläche des Kunststoffrohres einen Biofilm bilden, der Krankheitserreger hervorbringen und zu Qualitätsbeeinträchtigungen führen kann⁴³. Das Problem soll mit Desinfektion oder geeigneter Spülung gelöst werden. Demgegenüber geht die Betr. offenbar von einem Vorhandensein dieses Biofilmes in wesentlichen Teilen des Netzes bei gleichzeitig günstiger, weil Schutz-Wirkung des Belages aus. Der Überprüfung diene der Fragenkomplex A 2.4. des Auskunftersuchens LKB III; eine Antwort darauf fehlt bisher.

[100] Ob das von der Betr. vorgelegte Schreiben des Hess. Landesprüfungs- und Untersuchungsamtes im Gesundheitswesen, Dillenburg, vom 23. Januar 2007 als Antwort gedacht war, ist unklar. Eine Erklärung der Betr. dazu liegt nicht vor. Ihr Anforderungsschreiben an das Landesamt vom 15. Januar 2007 wurde der Landeskartellbehörde erst auf Anforderung bei dem genannten Amt zugeleitet.

xxxxxxxxxx

[101] Dieser Vortrag der Betr. ist eher dazu geeignet, Fehler der Betr. zu belegen, als die Unmöglichkeit einer Erhöhung des Fremdbezugsanteils. Bei einer vollständigen Neuspeisung ei-

⁴² „Vergleich vor Gericht: Münstersche Hotels werden untersucht“, Online-Magazin wasserkaufen.de, 19. Dez. 2006.

⁴³ Roscher u.a., Sanierung städtischer Wasserversorgungsnetze, 2000, S. 210f.; Wricke, Mikrobiologische Situation in Hausinstallationen, Diskussionsforum „Betrieb und Instandhaltung“ der Tagung wat 2007, 28. März 2007, Bremen, Quelle: Newsletter zur wat 2007; Gerhardy, Meyer: „Schläuche und Schlauchleitungen – Anforderungen in der Praxis“, energie wasser-praxis 2007, 36ff.

nes Netzes sieht sie nach eigenem Vortrag die größte Gefahr von Verunreinigungen. In diesen Fällen wären vorher Mischproben anzufertigen. Die Betr. weist im Schreiben an das Landesamt darauf hin, dass die Analytik der Wässer „Nauborn“ und „XXX“ vorliegt. Sie hat dies also versäumt. In aller Regel gibt es technische Möglichkeiten, Mischbarkeit herzustellen. Selbst wenn es daran fehlte oder dies zu teuer wäre, so gäbe doch die Situation „Nauborn“ nichts für das Hauptnetz der Betr. her. Das folgt schon aus den unklaren Angaben der Betr. zu den Netzmaterialien im Bezugsschreiben.

[102] Gegen eine Übertragbarkeit der Argumentation zum Komplex „Nauborn“ spricht aber entscheidend, dass die versorgungstechnische Realität der Betr. in großem Umfang problemlos Wassermischung kennt. Alle Gewinnungsanlagen der Betr. speisen in Wasserhochbehälter ein, in die auch XXX direkt oder indirekt Wasser liefert; das wird durch den zuletzt von der Betr. vorgelegten Vertrag mit XXX aus dem Jahre 1998 bestätigt, der die gemeinsame Benutzung zahlreicher Versorgungseinrichtungen vorsieht. Ähnliches trifft auf die anderen Eigenanlagen der Betr. mit Ausnahme des Inselnetzes Blasbach zu, das von geringer Dimension ist. Das lässt – entgegen dem Vortrag der Betr. – nur die Vermutung zu, dass XXX-Wasser und Eigenwasser der Betr. in aller Regel gut verträglich sind. Die Landeskartellbehörde hatte darauf im informellen Auskunftersuchen hingewiesen und um Erläuterung gebeten; das galt auch im Hinblick auf erheblichen Mehrbezug vom XXX ab 1977 im Zuge der kommunalen Gebietsreform. Das bestätigt die Betr. nunmehr in ihrer Antwort. Bisher ungeklärt ist, wieso sie in einem anderen Schreiben das Gegenteil vortragen lässt.

[103] Die Einschätzungen der Landeskartellbehörde werden im Ergebnis vom Hess. Landesprüfungs- und Untersuchungsamt im Gesundheitswesen gestützt. Mit Schreiben vom 28. Feb. 2007 hat das Amt die Resultate einer Reihe von Mischungen zwischen XXX-Wasser und Wässern der Betr. mitgeteilt. Dabei wurde sowohl eine korrosionschemische als auch eine Prüfung nach Trinkwasserverordnung sowie im Hinblick auf die von der Betr. in Bezug genommenen Calcit-Inkrustierungen vorgenommen. Alle Wässer sind mit XXX-Wasser unter Beachtung bestimmter Rahmenbedingungen in Verbindung mit den jeweiligen Leitungsmaterialien und Ablagerungen mischbar. Das gilt insbesondere für die Hauptquelle der Betr., das Wasser aus der Grube Fortuna. Wollte die Betr. dem widersprechen, so müsste sie entsprechend den Vorgaben in dem Amtsschreiben eine detaillierte Analyse ihres Rohrnetzes, von dessen Materialien und inneren Ablagerungen, den bisherigen und möglichen künftigen Mischungsverhältnissen vorlegen. Dabei hätte sie insbesondere auf die Veränderungen im Netz seit Beginn des verminderten Bezuges von XXX im Jahre 1997 einzugehen; nur insoweit könnte eine Rückkehr zu den damaligen Bezugsmengen schädliche Auswirkungen haben.

[104] Darüber hinaus überzeugt auch die rechtliche Argumentation der Gegenseite nicht. Sie lässt vortragen, das wasserrechtliche Gebot der örtlichen Versorgung sei verletzt, wenn sie (wieder) mehr Wasser von XXX bezieht. Das Gegenteil folgt aus dem als Anl. 7 beiliegenden Schreiben der zuständigen Wasserbehörde, dem Regierungspräsidium Gießen. Die Auffassung der Betr. wäre im Übrigen schon deshalb wenig überzeugend, weil sie selbst bis 1996 die volle XXX-Quote bezogen hat – und damit bis zu diesem Zeitpunkt nach ihrer eigenen Überzeugung Rechtsbruch begangen hätte.

4.5 Eigene Gewinnungsanlagen

[105] Die von der Betr. geltend gemachten höheren Aufwendungen der Wasserbeschaffung umfassen die Kosten für die eigene Wassergewinnung. Diese werden von der Kartellbehörde dann anerkannt, wenn sie unausweichlich sind, auch wenn die Betr. wiederum das Gegenteil behauptet. Richtig ist allerdings, dass sich die erheblichen Zweifel an der Unabweisbarkeit der Aufwendungen durch die jüngsten Äußerungen der Betr. so weit verdichtet haben, dass eine Rechtfertigungswirkung nicht bejaht werden kann.

[106] Dies bezieht sich zunächst auf die Kosten der Eigengewinnungsanlagen. Diese betragen nach Angaben der Betr. im Jahr 2004 XXX Tsd. € sowie 2003 XXX Tsd. €. Für das Jahr 2003 lassen sich daraus bei selbst gewonnenen XXXX Tsd. m³ spezifische Kosten von XX Eurocent pro Kubikmeter errechnen, für 2004 bei XXX Tausende Kubikmetern von XX Eurocent/m³. Für die Jahre 1998 bis 2004 ergeben sich Beträge in Höhe von XX Cent pro Kubikmeter Rohwasser. Noch am 8. September 2006 ist die Betr. von den soeben genannten Summen ausgegangen; das verdeutlicht ihr ausdrücklicher Hinweis auf „durchschnittliche Kosten der Eigengewinnung von EUR X,XX/m³“ für das Jahr 2004. Neuerdings nennt die Betr. demgegenüber Kosten von XXX Tsd. € (für 2004) sowie XXX Tsd. € (im Jahre 2003). Dies entspricht für 2004 XX Cent pro gefördertem Kubikmeter sowie 2003 XX Cent/m³. Damit liegen die Zahlen „2006“ um 23% (2003) bzw. 38 % (2004) über den zuletzt 2007 genannten Beträgen.

[107] Eine überzeugende Begründung für diese Abweichungen fehlt. Die Betr. meint lediglich, einzelne Anlagenteile könnten nicht direkt zugeordnet werden könnten; dasselbe gelte auch für Overhead- und Gemeinkosten. Das erklärt freilich nicht, wieso dies noch in den Jahren 2005/2006 für die Jahre 1998 bis 2004 möglich war. Dazu kommt, dass die vorgeblich nicht mögliche Kostenaufschlüsselung im Falle der Grube Fortuna von der Betr. doch vorgenommen werden konnte. Sie hat selbst dazu ausgeführt, dass „die mitgeteilten Kosten der Grube Fortuna

Gemeinkosten enthalten ...“. Allerdings hat sie trotz Nachfrage auch diese Rechnung nicht offen gelegt.

[108] Eine weitere offensichtliche Ungereimtheit hat die Betr. ebenfalls noch nicht aufklären können, obwohl die Kartellbehörde ausdrücklich danach gefragt hat. Die 2005/2006 für das Jahr 2003 erwähnten spezifischen Kosten von XX Eurocent pro m³ (oder die 2007 mittlerweile genannten XX Eurocent/m³) stehen im Widerspruch zu einer anderen Angabe. Im Benchmarking-Bericht von XXX, den die Betr. selbst vorgelegt hat, werden die „eigenen Produktionskosten“ mit „ca. X,XX €/m³“ angegeben; gemeint sind die Eigengewinnungskosten einschl. Wasseraufbereitung. Die Betr. hat dazu lediglich den Hinweis gegeben, dass „die Berechnungen für unterschiedliche Basisjahre erstellt wurden und zudem auf unterschiedlichen Kostenzuordnungen beruhen“. Da eine konkrete und nachprüfbare Aussage fehlt, bleibt es dabei, dass das Zahlenwerk der Betr. in sich widersprüchlich ist.

4.6 Wirtschaftliche Optimierung der Wasserbeschaffung / Zuschlagsrechnung

4.6.1 Optimierung

[109] Die Betr. hat nicht nachgewiesen, dass sie über ein systematisches Konzept zur Optimierung ihrer Wasserbeschaffungskosten verfügt. Die vorgelegten Überlegungen und Zahlen sind, wie dargelegt, widersprüchlich und unzusammenhängend. Die Betr. hat eine schlüssige und nachvollziehbare Abwägungsentscheidung auf der Grundlage anerkannter betriebswirtschaftlicher Methoden zur Frage „make-or-buy“ (hier: Eigengewinnung oder Fremdbezug) nicht vorgelegt. Zudem ist das bisher Vorgetragene in rechtlicher Hinsicht nicht haltbar. Nach ihrer Auffassung ist die Betr. zum Betrieb aller ihrer Brunnen, Quellen und Stollen in vollem Umfang aus juristischen Gründen verpflichtet. Der wasserrechtliche Grundsatz der Ortsnähe der Gewinnung sowie das Vorsorgeprinzip verlangten, den Anteil der Eigengewinnung noch weiter auszubauen. Dabei übersieht sie, dass mittlerweile § 39 Abs. 6 des Hess. Wassergesetzes (HWG) Bezug auf die örtliche und regionale Wasserbeschaffung nimmt; zu letzterem zählt sicherlich ein regionaler Wasserversorger wie XXX. Unabhängig davon hat die zuständige Wasserbehörde, das Regierungspräsidium Gießen, auf Anfrage der Kartellbehörde folgendes klargestellt:

„Es obliegt ... einzig der unternehmerischen Entscheidung der enwag, wie die Gewinnungsanlagen genutzt werden, solange ... dies im Rahmen der genehmigten Grenzen liegt. ... Ein Einfluss der Oberen Wasserbehörde beim Regierungspräsidium auf den prozentualen Anteil zwischen Eigenförderung und Fremdbezug (hier: XXX) besteht daher nicht. Dieser Entscheidungsfreiheit der enwag über den Wasserbezug stehen auch weder die Bestimmungen des ... HWG noch des HWG entgegen.“

[110] Die Betr. meint einerseits, der Ausbau der Eigengewinnung sei unverzichtbar. Andererseits lässt sie vortragen, dass jedes andere Versorgungsunternehmen im Versorgungsgebiet der enwag dasselbe Verhältnis von Fremdbezug und Eigengewinnung praktizieren würde; ihre Beschaffungsstruktur sei daher bei gegebenen Rahmenbedingungen wirtschaftlich optimal. Dagegen rät der von ihr vorgelegte Benchmarking-Bericht zur Veränderung. Dort heißt es, bezogen auf das Jahr 2003:

„XXXXXXXXXX“

Dazu kommt, dass der Auslastungsgrad der genehmigten Wasserrechte seit 1998 von XX % auf mittlerweile nur noch XX % (2005) bzw. XX % (2006) gesunken ist.

4.6.2 Zuschlagsrechnung

[111] Die Kartellbehörde nimmt die gesetzlich geforderte Zu- und Abschlagsrechnung vor. Wie dargelegt kann der Wasserbedarf in Wetzlar weder vollständig aus Eigengewinnungsanlagen noch zur Gänze durch XXX gedeckt werden. Es ist daher eine Zusammenschau im Sinne einer wirtschaftlichen Optimierung erforderlich. Dies ist Aufgabe der Betr., nicht der Kartellbehörde. Diese kann daher nur die gegenwärtigen Angaben der Betr. zugrunde legen. Daraus errechnen sich zusammengefasste spezifische Beschaffungskosten von XX Eurocent pro Kubikmeter nutzbarer Abgabe. Diesen Betrag hat sie in die Gesamtberechnung eingestellt, die sich aus Anl. 8 ergibt.

4.7 Höhenunterschiede und Druckzonen

[112] Die Ausführungen der Betr. zu weiteren ungünstigen Bedingungen ihres Versorgungsgebietes rechtfertigen weitere Wasserpreisunterschiede nicht. Sie macht geltend, das Stadtgebiet von Wetzlar weise erhebliche Höhenunterschiede auf. Um diese zu überwinden, bedürfe es der Einrichtung von XX Druckzonen. Das erfordere zahlreiche Wasserhochbehälter und Druck-erhöhungsanlagen und verursache hohen Pumpstromaufwand. Zwar erkennt die Kartellbehörde diejenigen Kosten als nicht zurechenbar im Sinne von § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 a. E. GWB a.F. an, die bei der Aufrechterhaltung des notwendigen Wasserdrucks sowie Bereithaltung eines ausreichenden Wasservorrates in bergigem Gelände zwangsläufig entstehen. Das verkennt die Betr., wenn sie meint, die Kartellbehörde sehe diese Kosten generell als unternehmensindividuell an.

[113] Die gesetzlichen Darlegungs- und Nachweispflichten sind von der Betr. nicht erfüllt worden. Sie hat es versäumt, zu erläutern, wie durch ungünstige objektive Umstände verursachte Mehrkosten ihre Abgabepreise beeinflusst haben⁴⁴. Die wenigen vorgelegten Kostendaten sind zudem in sich widersprüchlich. Die Betr. verweist pauschal darauf, dass sie „im Hinblick auf die ... [rechtfertigenden] Umstände höhere Preise verlangen [muss] als die ... Vergleichsunternehmen“. Sie meint, dass

„die Kosten für die Unterhaltung der Druckzonen und Wasserbehälter ... in vollem Umfang unausweichlich [sind]. Jedes Vergleichsunternehmen hätte im Versorgungsgebiet der enwag Kosten in derselben Höhe. Kein Vergleichsunternehmen könnte daher durch Umstrukturierung der Druckzonen und Wasserhochbehälter im Versorgungsgebiet der enwag geringere Preise verlangen als die enwag.“

[114] Damit verkennt die Betr., dass ihre Kosten stets nur in dem Umfang anerkannt werden können, in dem sie mehr oder kostspieligere Anlagen benötigt, als die Vergleichsversorger. Die Gemeindewerke XXX (Versorger Nr. 1) weisen beispielsweise mit 1,6 eine 30% niedrigere Behälterkennzahl als die Betr. mit 2,3 auf. Daher könnte rund ein Drittel die Behälterkosten der Betr. als Zuschlag zum Vergleichspreis der Gemeindewerke anerkannt werden. Die Verbandsgemeindewerke XXXXXX (Versorger Nr. 5) weisen demgegenüber mit 2,5 eine höhere Kennzahl auf, was deren ungünstige Struktur belegt. Voraussetzung für die erläuterte Zuschlagsrechnung wäre allerdings, dass die Betr. ihre unabweisbaren Speicherkosten angibt; das fehlt bisher. Vergleichbares gilt für die Aufwendungen für Pumpwerke etc. Der hier heranzuziehende Kennwert (Verteil-)Pumpstrom liegt beispielsweise in XXXXXX rund ein Fünftel unter demjenigen der Betr..

[115] Darüber hinaus gibt es erhebliche Zweifel daran, ob Zahl, Dimension, Lage etc. der Behälter, Druckzonen usw. den Grundsätzen rationeller Betriebsführung entsprechen. Die Betr. hat kein Konzept mit systematischen Rationalisierungsbestrebungen vorgelegt. Stattdessen verweist sie auf ihren „sehr geringen wirtschaftlichen Spielraum“ sowie darauf, dass alle Anlagen dem aktuellen Stand der Technik entsprächen. Sie habe „alle Möglichkeiten zur Rationalisierung genutzt, indem sie beispielsweise nach der Gebietsreform drei Wasserhochbehälter stillgelegt habe“. Die kommunale Gebietsreform ist auf die späten 70er Jahre zu datieren. Die Betr. übersieht, dass gerade bei langem Zeitablauf zur Verhinderung der Verfestigung monopolistischer Strukturen vom Gesetzgeber verlangt wird, weitere Rationalisierungsmöglichkeiten zu prüfen.

[116] Von erheblicher Bedeutung für eine Optimierungsplanung wäre zudem ein vollständiger Plan der Versorgungseinrichtungen i.V.m. weiteren im Folgenden erläuterten Angaben. Diesen

⁴⁴ Vgl. den bereits zitierten Beschluss des KG vom 15. Januar 1997 – Kart 25/95 – RdE 1997, S. 243, d) drittletzter Satz.

hat die Betr. trotz mehrfacher Anforderung bisher ebenfalls nicht eingereicht. Er muss insbesondere Hochbehälter, Pumpwerke und sonstige Druckerhöhungsanlagen, Druckzonen und Höhenlinien (farbig angelegt) sowie die zugeordneten Versorgungsbereiche ausweisen. Die Lage der Eigengewinnungsanlagen sowie der Übergabestationen des XXX im Netz samt den damit in Verbindung stehenden Verteilanlagen wären auszuweisen gewesen. Nur so könnte ein Gutachter die rationelle Betriebsführung überprüfen.

[117] Es reicht nicht aus, wenn die Betr. darauf verweist, dass sie der Kartellbehörde alle Pläne vorgelegt habe, über die sie selbst verfüge. Ein Plan mit Höhenlinien liege ihr nicht vor. Erneut verkennt die Betr., dass sie verpflichtet ist, die ihr nicht zurechenbaren Gründe für höhere Preise zu belegen. Schließlich hat sie selbst auf die bergige Topografie als erhebliches Versorgungserschweris hingewiesen. Der einzige Netzplan, den die Betr. übergeben hat, ist zudem eher grob und auch unvollständig. Beispielsweise sind dort von den angegebenen 37 Pumpen nur 26 eingezeichnet.

[118] Darüber hinaus scheidet die Rechtfertigung für Wasserbehälter wie Druckerhöhung und –verminderung auch deshalb, weil sie es bisher wie bereits erläutert versäumt hat, zentrale Teile ihres „Benchmarking-Berichtes“ einzureichen. Sie hat zwar dessen ersten, allgemeinen Teil zugeleitet; die Anlage zum Individualbericht mit Einzeldaten und Kennwerten bestimmter anderer Versorger, die in dem Bericht erwähnt wird, fehlt aber ebenso wie Positionierung samt Nennung der Vergleichsversorger im Benchmark-Ranking. Nur so könnte die Betr. belegen, dass sie mit ihren Effizienzkennzahlen in ihrer Vergleichsgruppe sehr gut abschneidet. Mittelwerte, an denen die Betr. sich messen lassen will, reichen nicht aus.

4.8 Wasserhochbehälter

[119] Die Betr. macht geltend, die geographische Struktur ihres Versorgungsgebietes erzwinde XX Wasserhochbehälter mit einem Gesamtvolumen von XXXXX m³. Deren Bau und Betrieb erfordere einen erheblichen Kostenaufwand. Diesen beziffert die Betr. nicht im Einzelnen. Dazu wurde sie von der Kartellbehörde mehrfach aufgefordert. Die einschlägige Kostenstelle will sie nicht aufschlüsseln; sie umfasse alle Kosten für Wasserspeicher sowie die Pumpen zur Druckerhöhung (gemeint: im Verteilnetz, im Unterschied zu den Förderpumpen). Dies habe sich „im Laufe der Jahre bewährt“; etwas anderes wäre „betriebswirtschaftlich nicht zu vertreten“. Auch damit übersieht die Betr. ihre Pflicht, die Kostenfolgen der von ihr geltend gemachten Erschwerisse im Einzelnen verursachungsgerecht darzustellen.

[120] Die Betr. hätte selbstverständlich die Möglichkeit, nach Kostenarten usw. aufzuschlüsseln, ggf. über einen Nachvollzug der Einzelbuchungen. In diesem Zusammenhang könnte sie auch die Gemeinkosten passend zuordnen und plausibel erläutern. Diese Auffassung der Landeskartellbehörde wird nicht zuletzt durch die von der Betr. vorgelegten Zahlen gestützt. Beispielsweise lassen sich für die Sanierung von Wasserbehältern für das Jahr 2005 aus einer Serienaufstellung XXX Tsd. € an Aufwendungen berechnen; diese werden üblicherweise sofort kostenwirksam, weil es sich um Erhaltungsaufwand und nicht um Neuinvestitionen handelt. Eine schnelle Zuordnung erlaubt auch der Posten „Leistungsverrechnung“, insbes. für „Werkstatt Wasser“. Deren Gesamtbetrag konnte von der Betr. problemlos auf eine Reihe verschiedener Bereiche aufgeteilt werden, darunter XX,X Tsd. € auf die Gewinnungsanlagen sowie XXX,X Tsd. € für „Behälter, Pumpen und Druckerhöhung“. Das setzt detaillierte Kenntnisse der durchgeführten Arbeiten aus, finden sich doch Pumpanlagen in erheblichem Umfang sowohl in der Gewinnung als auch bei der Verteilung von Wasser. Einzelkostendaten hat die Betr. auch in Gestalt der Anlage 1 des bereits zitierten XXX-Gutachtens genannt; dort lässt sie auf der Grundlage ihrer Rechenpraxis für Behälter Pumpanlagen etc., also die Kostenstelle XXXXX, XX.XXX € Abschreibungen ausrechnen.

[121] Für die Kostenstellenrechnung gibt es eine seit Jahren anerkannte und bis heute betriebswirtschaftlich aktuelle Veröffentlichung des Branchenverbandes der deutschen Gas- und Wasserwirtschaft (BGW) zusammen mit der Vereinigung deutscher Elektrizitätswerke (VDEW)⁴⁵. Dort werden eingehend Anregungen für eine sachgerechte Bildung von Kostenstellengruppen und einzelnen Kostenstellen in der Wasserversorgung sowie die Kriterien für die Zuordnung der Kostenarten zu den Kostenstellen gegeben. Soweit es hier interessiert wird auf die folgende Aufstellung hingewiesen, in der „Druckanpassung und Wasserbehälter“ als Kostenstellengruppe ausgewiesen werden⁴⁶:

Kostenstellengruppe: *Druckanpassungs- und Speicheranlagen*
Kostenstellen: - *Druckanpassungsanlagen*
 - *Speicheranlagen*
 - *Schalt- und Meßwesen*
 - *Hilfskostenstellen*

[122] Dazu kommt, dass die Betr. aus steuerlichen Gründen eine getrennte Rechnung nach Anlagen(gruppen) durchführen muss. Die durchschnittlichen Abschreibungszeiträume unterscheiden sich für Pumpen einerseits und Gebäude bzw. deren technischen Ausrüstung (Was-

⁴⁵ Kosten- und Leistungsrechnung der Energie- und Wasserversorgungsunternehmen, 1987, S. 55ff.

⁴⁶ a. a. O., S. 57 Mitte.

serbehälter) andererseits ganz erheblich⁴⁷. Auch aus diesem Grunde ist der Vortrag der Betr. nicht überzeugend. Macht die Betr. die notwendigen Kostenangaben, so hat sie auch auf Widersprüche in ihrem bisherigen Zahlenwerk einzugehen. Sie hat in der Vergangenheit angegeben, dass sie für Wasserhochbehälter und Druckerhöhungsanlagen einen Gesamtbetrag von XXX Tsd. € (2004) bzw. XXX Tsd. € (2003) aufgewendet hat. Im Gegensatz dazu nennt sie nunmehr die Summen von XXX,X Tsd. € (2004) sowie XXX,X Tsd. € (2003). Dies kann nur dann verstanden werden, wenn sie in der Vergangenheit eine Gemeinkostenzuordnung wie selbstverständlich vorgenommen hat. Ihre jetzige Behauptung des Gegenteils ist deshalb nicht nachvollziehbar; daran ändert auch ihr nicht erläuterter Hinweis auf einen vorgeblichen Versuch, das „Kostenschlüsselungssystem der Landeskartellbehörde (?)“ zu übernehmen, nichts.

[123] Die geforderte Kostenaufteilung scheitert auch nicht daran, dass sie „mit der betrieblichen Organisation“ der Betr. nicht zu vereinbaren sei, wie diese meint. Andernfalls hätte jeder Versorger mit hohen Wasserpreisen es selbst in Händen, ob er effektiv kartellrechtlich kontrolliert werden könnte oder nicht. Dem steht auch nicht das Argument, „aus technischen und ökonomischen Gründen“ betreibe die Betr. „in aller Regel auf einem Grundstück“ Wasserhochbehälter und Druckerhöhungsanlage. Darüber hinaus lässt es die Betr. wie dargelegt am Nachweis fehlen, dass sie bei Bau und Betrieb der Wasserbehälter – im Zusammenspiel mit den verbundenen Anlagen – äußerste Sparsamkeit walten lässt. So fehlen etwa die rechtfertigenden Angaben zum technischen Planungshorizont, zu den wahrgenommenen verschiedenen Behälteraufgaben in der Versorgungskonzeption, zu den fluktuierenden Wassermengen (Tageschwankungen) und den Spitzenbelastungen, anhand derer die Konzeption z.B. mit den Vorgaben des DVGW-Regelwerks (W 311) verglichen werden könnte. Dazu wäre die Betr. umso mehr verpflichtet, als sie beispielsweise im Verhältnis zu den Vergleichsversorgern, aber auch im Bundesvergleich, sowohl außerordentlich viel Speichervolumen vorhält als auch hohen Pumpaufwand betreibt.

[124] Die Kartellbehörde hält an ihrer Auffassung zum Komplex „Löschwasser“ fest. Sie sieht sich durch die Haltung einzelner Unternehmen der Wasserversorgungswirtschaft bestätigt⁴⁸. Die Betr. verkennt bei ihrer Gegenargumentation, dass nur unverzichtbare Kosten der Wasserbehälter höhere Wasserpreise rechtfertigen. Daran fehlt es in dem Umfang, in dem die Betr. auf Zahlungen verzichtet, auf die sie einen Rechtsanspruch hat. Dies gilt für Forderungen an die

⁴⁷ AfA-Tabelle für den Wirtschaftszweig Energie- und Wasserversorgung, BStBl. 1995 I 144.

⁴⁸ Wasserverband Eisenberg (Thüringen), Artikel „ZWE wartet Lösch-Hydranten nur gegen Bezahlung“, www.wasser-kaufen.de vom 25. April 2007; Zweckverband Radegast, Holdorf, Mecklenburg-Vorpommern: Artikel „Zweckverband will Schaden begrenzen“, www.wasser-kaufen.de vom 10. November 2003; DVGW, Dt. Verein des Gas und Wasserfaches, Arbeitsblatt W 405, „Bereitstellung von Löschwasser durch die öffentliche Trinkwasserversorgung“, Juli 1978, dort heißt es u. a.: „Nach den Rechtsvorschriften der Bundesländer ist Brandschutz eine Aufgabe der Gemeinde. Das Arbeitsblatt begründet keine Rechtspflichten, insbes. nicht zwischen Gemeinde und Wasserversorgungsunternehmen.“

Stadt Wetzlar aus der Bereitstellung von Löschwasserkapazität. Dasselbe trifft auch auf die zahlreichen dem Feuerschutz dienenden Hydranten, die Dimensionierung des Leitungsnetzes usw. zu. Die von der Betr. genannte Löschwasserkapazität von XXXX m³ entspricht rund XX% des gesamten Speichervolumens, also rund einem Sechstel. Dieser Anteil ist nicht so klein, dass er vernachlässigt werden könnte.

4.9 Pumpwerke, Pumpstrom zur Wasserverteilung, Druckminderung

[125] Nach Auffassung der Betr. erfordern die großen Höhenunterschiede ihres Versorgungsgebietes eine Vielzahl von Druckerhöhungsanlagen sowie Druckminderventilen. Der Strombedarf der Pumpen unterstreiche die siedlungsstrukturellen Nachteile. Diese verursachten nicht nur erhebliche Investitionen sondern auch hohe Betriebskosten. Die Landeskartellbehörde stimmt der Betr. darin zu, dass große Höhenunterschiede ungünstige strukturelle Umstände sind, die erhöhte Kosten nach sich ziehen können. Ein prüffähiger Kostennachweis wurde auch insoweit nicht vorgelegt; dies wird nachfolgend erläutert. Darüber hinaus weist die Kartellbehörde auf verbleibende Ungereimtheiten hin, die die Anerkennung von Unterschiedskosten ausschließen.

[126] Die Betr. hat ihre Kosten für Anlagen zur Druckerhöhung sowie Druckminderung nicht einzeln, sondern nur zusammen mit den Aufwendungen für Wasserspeicher angegeben. Die Begründung dafür ist unplausibel. Die Betr. verweist darauf, dass Druckerhöhungsanlagen und Wasserbehälter sich oft auf demselben Grundstück befinden. Selbst wenn das in der Mehrzahl der Fälle zuträfe, so hinderte das doch nicht an einem Einzelkostennachweis; das zeigt ein Blick auf die relevanten Kostenarten.

[127] Was zunächst die Stromkosten angeht, so lassen diese sich praktisch komplett dem Pumpenbetrieb zur Druckerhöhung zurechnen. Wasserbehälter haben in aller Regel nur einen vernachlässigbar kleinen Strombedarf, i. wes. für Beleuchtung und Messtechnik. Vergleichbares trifft auf die sonstigen Aufwendungen zu. Werkstattkosten und Abschreibungen können eindeutig verschiedenen Anlagenteilen zugeordnet werden. Bauliche Maßnahmen an den Wasserbehältern selbst sind schon wegen der besonderen Anforderungen an die Wandbearbeitung ohne weiteres für sich allein zu erfassen. Die von der Betr. benannten „kleineren Wartungs- bzw. Instandhaltungsaufträge“ sind entweder vernachlässigbar oder bilden aufgrund der notwendigen präzisen Beschreibung der anfallenden Arbeiten ein Paradebeispiel dafür, dass die Auffassung der Betr. verfehlt ist. Größere bauliche Arbeiten etwa an der Außenfassade oder der Einde-

ckung verbundener Gebäudeteile können falls notwendig anteilig zugeordnet werden; die Betr. hätte dafür einen Schlüssel angeben können.

[128] Unabhängig davon scheitert die Rechtfertigung auch schon daran, dass ergänzende Unterlagen fehlen. Die Betr. hat weder den mehrfach angeforderten vollständigen Netzplan noch ein Konzept zur wirtschaftlichen Optimierung vorgelegt. Auch hat sie es versäumt, die Anlage zum Benchmarking-Bericht mit Einzeldaten und Kennwerten bestimmter anderer Versorger, die in dem Bericht erwähnt wird, einzureichen. Das kann von besonderer Bedeutung sein, geht doch daraus die Platzierung der Betr. innerhalb des „Clusters“ der dort herangezogenen Vergleichsunternehmen hervor.

[129] Würde die Betr. die vorstehend geschilderten Anforderungen an den Kostennachweis erfüllen, so würde die Kartellbehörde verbleibende strukturelle Unterschiede zu den Vergleichsversorgern durch Zu- und Abschläge ausgleichen. Als Indikator für Kosten wegen größerer Höhenunterschiede wird der benötigte Pumpstrom genutzt. Dafür ist ein Vergleichskennwert zu bilden. Er wird durch Bezug des Stromaufwandes auf die ins Verteilnetz eingespeiste Wassermenge errechnet. Diese spezifische Gesamtpumpstromzahl der Betr. betrug im Jahre 2005 XX, der nur die Wasserverteilung (statt die Wassergewinnung in den eigenen Brunnen) widerspiegelnde Verteilpumpstromwert entspricht XX. Zum Vergleich sei auf den mit XX um 22% niedrigeren Vergleichswert zur Wasserverteilung in XXXXXX verwiesen. Die Verbandsgemeindewerke im XXXXXX (Vergleichsversorger Nr. 5), ganz in der Nähe der Betr. gelegen, weisen einen Verteilpumpstromwert von XX auf. Damit macht er nur 82% der Kennzahl der Betr. aus; daraus folgt ein Zuschlag zum Vergleichspreis in Höhe von 18% der Kosten der Betr. für Druckerzeugung und –verminderung. Das Nähere folgt aus der schon zur Umrechnung vorbereiteten Anlage 8.

[130] Grundsätzliche Einwände gegen dieses Vorgehen hat die Betr. bisher nicht geäußert. Ihre Einzelbedenken überzeugen nicht. Sie lässt zum ersten vortragen, aus methodischen Gründen könne weder der Pumpstromverbrauch in Gänze noch der Anteil des Verteilpumpstromes daran ausgewiesen werden. Den gesamten Stromverbrauch ihrer Pumpen hat die Betr. für das Jahr 2005 mit XXXX MWh angegeben; auch die Zahlen zurück bis ins Jahr 1998 liegen vor. Das pauschale Bestreiten ihrer eigenen Zahlenangaben ändert daran nichts.

[131] Ebenfalls wenig plausibel ist – zum zweiten - der Vortrag der Betr., der Verteilpumpstrom könne nicht errechnet werden. Die Betr. selbst hat diejenige Teilmenge ausgewiesen, die für „Wassergewinnung“ benötigt wird; es handelt sich im Jahre 2005 um XXX MWh oder 40% des gesamten Strombedarfes. Für die Wasserverteilung werden demnach XXX MWh benötigt, was

einem Anteil von 60% entspricht. Dem steht auch der Hinweis der Betr. auf die Wasserversorgung im Ortsteil Blasbach nicht entgegen. Die Betr. führt aus, es sei unklar, ob die Förderpumpe im dortigen Brunnen der Wassergewinnung oder der Wasserverteilung zuzurechnen sei; sie fördere direkt in den zugeordneten Wasserbehälter. Diese Konstellation löst sie selber in korrekter Weise auf, indem sie an anderer Stelle die Tauchpumpe im Tiefbrunnen und somit auch den Pumpenstrom dem Bereich „Wassergewinnung“ vollständig zurechnet. Das gilt in entsprechender Weise auch für alle anderen Gewinnungsgebiete der Betr., die Grube Fortuna sowie die Förderanlagen Hermannstein und Naunheim.

[132] Schließlich hätte die Anerkennung von Kosten für Druckerhöhungs- und – vermindierungsanlagen auch gefordert, dass die Betr. Ungereimtheiten ihres Zahlenwerkes ausräumt. Das Verhältnis des benötigten Stromes für Eigengewinnung einerseits und Wasserverteilung andererseits beträgt wie dargelegt im Jahre 2005 XX% zu XX%. Demgegenüber ergibt eine Berechnung auf der Grundlage der Stromkosten der Betr. ein Verhältnis von rund XX% für Gewinnung zu rund XX % für die Verteilung. Die Betr. weist im Jahr 2005 insgesamt XX;X Tsd. € an zuzurechnenden Aufwendung für elektrische Energie aus. Diese teilen sich auf die Wasserbeschaffung (XX;X Tsd. € für Förderpumpen zzgl. XXX € für den Bezug vom XXX, von XXXXXX und von XXXXXX) sowie die Wasserverteilung (XX;X Tsd. €) auf. Geht man nun davon aus, dass für Gewinnung und Verteilung jeweils derselbe Betrag (rund X Eurocent pro bezogener kWh) angesetzt wird, so entsprechen die Kostenanteile dem Verhältnis des Strombezugs. Die so berechneten Kosten-/Strom-Anteile der Gewinnung betragen demnach für Wasserbezug XX% (XXX € bezogen auf XX:XXX €), für die Wassereigengewinnung XX% sowie für Verteilung und Speicherung die restlichen XX%.

[133] Darüber hinaus wäre die Betr. gehalten gewesen, eine weitere Unklarheit zu bereinigen. Die Betr. gibt für 2004 „Hinzurechnungen Strom“ im Gesamtwert von 2004 XX;X Tsd. € an. Demgegenüber lässt sie für dasselbe Jahr im von ihr vorgelegte XXX-Gutachten XX Tsd. € nennen. Die beiden Beträge stimmen nicht überein.

4.10 Ungünstige Bodenarten, sonstige Erschwernisse beim Leitungsbau

[134] Die Betr. hat auf höhere Kosten insbes. der Leitungsverlegung wegen ungünstiger Bodenarten verwiesen. Sollte das besiedelte Gebiet, das die Betr. versorgt, in wesentlichen Teilen Böden vorrangig der Klassen 6 und 7 (leichter oder schwerer Fels)⁴⁹ aufweisen, so könnte dies

⁴⁹ Mutschmann/Stimmelmayer, Taschenbuch der Wasserversorgung, 2002, S. 591 sowie DIN 18300.

ein Rechtfertigungsgrund für höhere Aufwendungen sein. Es fehlt jedoch schon an der Angabe der zusätzlichen Kosten. Dasselbe gilt im Hinblick auf die Kreuzung von Autobahnen, Eisenbahnstrecken und Flüssen.

[135] Auch in versorgungstechnischer Hinsicht hat die Betr. bisher nichts Belastbares vorgebracht. Was ungünstige Bodenklassen angeht, so interessieren nur die Böden bis in eine Tiefe von zwei Metern; dies reicht aus, um Wasserleitungen frostsicher zu verlegen. Erhöhte Leitungsbaukosten durch felsigen Untergrund können nur bei Neubauten entstehen; auf vorhandene und abgeschriebene Leitungen und damit deren Erneuerungskosten trifft das Strukturargument „ungünstige Bodenart“ nicht zu, da sie bereits im Straßengrund liegen. Den Fragenkatalog der Kartellbehörde hat die Betr. ausweichend oder gar nicht beantwortet.

[136] Insbesondere ist sie nicht inhaltlich auf das Kurzgutachten des Hess. Landesamtes für Umwelt und Geologie (HLUG) eingegangen, das die Kartellbehörde ihr zugeleitet hat. Daraus geht hervor, dass anders als die Betr. meint, nicht „große Teile“ des Stadtgebietes, sondern „weit unter 30 %“ voraussichtlich felsigen Untergrund aufweisen. Statt eine ins Einzelne gehende Ausarbeitung des HLUG vorzulegen, beschränkt sich die Betr. auf die Aussage, ihre Versorgungsleitungen verliefen „zu einem erheblichen Anteil“ auch außerhalb des Stadtgebiets. Das vermag ihre Argumentation in keiner Weise zu stützen.

[137] Nicht nachvollziehbar ist es für Kartellbehörde, wenn die Betr. meint, sie könne Angaben zu den Mehrkosten durch ungünstige Bodenarten nicht machen; ihr Leistungsverzeichnis gebe dies nicht her. Eine detaillierte Übersicht zur Berechnung von Mehrkosten findet sich in der Fachliteratur⁵⁰; darauf hat die Kartellbehörde ausdrücklich hingewiesen. Es liegt an der Betr., zu entscheiden, ob sie ihre Zusatzkosten ausweisen will oder nicht; die Möglichkeit dazu hätte sie. Dies wird nunmehr auch durch die von ihr vorgelegte Arbeit der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft XXX bestätigt; dort heißt es:

„Eine Trennung in Mehrkosten für topographisch ungünstige Bedingungen ist wenn überhaupt nur mit sehr hohem Aufwand möglich“.

Berücksichtigt man, dass XXX sich als Parteigutachter nur sehr zurückhaltend ausdrücken kann, so stützt dies die Auffassung der Kartellbehörde. Als verfehlt erscheint zudem der Hinweis der Betr., die Kartellbehörde verlange ein „virtuelles Vorhaben“, was ausgeschlossen sei. Das Versorgungsgebiet Wetzlar weist nach Angaben der Betr. sowohl schwierigere Bodenklassen auf, die Mehrkosten verursachen können, als auch durchschnittlichen Untergrund. Bau-

maßnahmen im einen Bereich kann sie mit Vorhaben im anderen Schwierigkeitsgrad vergleichen.

4.11 Sonstige Rechtfertigungsgründe

[138] Weitere Rechtfertigungsgründe hat die Betr. nicht bzw. in nicht prüffähiger Form vorgebracht. Sie hat auf mehrfache Frage der Landeskartellbehörde hin zwar darauf hingewiesen, dass

„aufgrund der komplexen Versorgungsstruktur ... die Gemeinkosten bei enwag notwendig höher ausfallen [müssen] als bei anderen Wasserversorgungsunternehmen. Das komplexe Versorgungssystem mit der größeren Anzahl an Druckzonen erforderte einen ungleich höheren Kontroll- und Verwaltungsaufwand. ... Die effektive und kostengünstige Überwachung des komplexen Versorgungssystems erfordert den Einsatz von Fernwirkanlagen.“

[139] Damit kommt die Betr. ihrer Pflicht zum Nachweis aber nicht nach; eine Rechtfertigungswirkung scheidet aus. Liegen ungünstigere Versorgungsverhältnisse vor, so hätte sie darzulegen, welche zusätzlichen oder aufwändigeren konkreten Versorgungseinrichtungen / Maßnahmen die Überwindung der objektiven Nachteile erfordert. Das hat sie nicht getan. Ihr Hinweis auf „Druckzonen“ und zugehörigen Verwaltungsaufwand ist unergiebig, wurden diese doch bereits an anderer Stelle behandelt. Zudem mangelt es an der Angabe von Kosten.

[140] Der allgemeine Bezug auf „Gemeinkosten“ reicht ebenfalls nicht aus. Dasselbe gilt im Hinblick auf Fernwirkanlagen. Insoweit kommt noch dazu, dass diese sich bei zahlreichen Vergleichsversorgern finden. Sind sie, wie die Betr. schreibt, „kostengünstig“, so scheidet eine Rechtfertigungswirkung schon deshalb aus; sie führen nicht zu einer Erhöhung der Kosten, sondern zu deren Einsparung.

4.12 Bildung des wettbewerbsanalogen Preises, Erheblichkeits- und Sicherheitszuschlag

[141] Die Landeskartellbehörde kann zur Bildung des wettbewerbsanalogen Gesamtpreises lediglich diejenigen Zahlenangaben berücksichtigen, die prüffähig vorliegen. Dies sind bisher nur die Konzessionsabgabenzahlungen (KA) sowie teilweise die Beschaffungs- und Verteilungskosten. Daraus lassen sich spezifische Aufwendungen in Cent pro Kubikmeter nutzbarer Abgabe berechnen – beispielsweise für Verteilungskosten oder den Wasserbezug. Diese werden zum Ausgleich dem jeweiligen Vergleichspreis zugeschlagen, wenn sie höhere Strukturkosten der Betr. widerspiegeln; weist dagegen das Vergleichsunternehmen ungünstigere Struktu-

⁵⁰ Mutschmann/Stimmelmayer, Taschenbuch der Wasserversorgung, 2002, S. 697f., Ziff. 12.3.2.5.1, 12.3.2.5.2 sowie Tabellen 12-37 und 12-38 in Verbindung mit S. 693, Tab. 12-21 und 12-22: Beispielrechnungen für ungünstige Bo-

ren auf, so führt dies zu einem Abschlag vom Vergleichspreis. Die Einzelberechnungen für KA und Beschaffungskosten finden sich in Anl. 8. Die Rechnung für Versorgungsdichteunterschiede wird nachfolgend erläutert.

[142] Zwar sind die neuerdings von der Betr. gemachten Angaben zum Leitungsnetz überraschend. Sie spricht von „unausweichlichen Fehlern“, weil eine präzise Erfassung der Leitungslängen mit Hilfe eines grafischen Informationssystems (GIS) frühestens ab 2008 vorliege. Trotzdem hat die Kartellbehörde dies dadurch berücksichtigt, dass sie zugunsten der Betr. um 20% längere Leitungen angenommen hat. Dies basiert darauf, dass Erhebungen mit graphischen Informationssystemen (GIS) in der Regel zeigen, dass die Leitungen länger sind als angenommen. Daraus errechnet sich statt eines Wertes von 6,2 eine Versorgungsdichte von 5,1.

[143] Weist ein Vergleichsversorger einen höheren Metermengenwert als 5,1 auf, so geht die Kartellbehörde von einer besseren Struktur des Versorgungsgebietes aus, die durch einen Zuschlag auf den Vergleichspreis auszugleichen ist. Diese Strukturvergleichsrechnung ergibt – umgekehrt – dann einen Abschlag auf den Vergleichspreis, wenn die Versorgungsdichte unter derjenigen der Betr. liegt. Diese hatte im Rahmen von Gaspreisverfahren der Landeskartellbehörde Mitte 2005 vortragen lassen, „die Abnehmerdichte [stelle] nach allgemeiner Ansicht eines der wichtigsten objektiven Strukturmerkmale dar“. Damit stimmen Kartellbehörde und Betr. darin weitgehend überein, dass verbleibende strukturelle Unterschiede in der Wasserverteilung berücksichtigt werden müssen, was im Übrigen auch die Rechtfertigung immer wieder gefordert hat. Anders als die von der Betr. vorgeschlagene Abnehmerdichte erlaubt der Metermengenwert, den die Kartellbehörde nutzt, eine bessere Abbildung des gesamten Leitungsnetzes der Betr. Deren favorisierte Methode würde nur das Ortsnetz einbeziehen und ließe so die Hausanschlussleitungen unberücksichtigt, obwohl diese bis zu einem Drittel des Gesamtnetzes ausmachen können.

[144] Dagegen – und damit gegen ihre eigenen Berechnungen - wendet sich die Betr. ohne Erfolg. Auf die Kostenstruktur eines netzgebundenen Versorgungsunternehmens wirkt es sich zwangsläufig aus, ob für dieselbe Menge an Verteilgut ein längeres Rohrstück oder ein kürzeres benötigt wird; diese gilt unabhängig vom Transportgut. Daran orientiert sich nicht nur die Bildung von Strukturklassen gemäß § 24 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StromNEV. Auch die Rechtsprechung geht ganz selbstverständlich davon aus, dass eine große Versorgungsdichte einem wirtschaftlich günstigeren Gebiet entspricht⁵¹; m. a. W. handelt es sich in diesen Fällen um ein Versorgungsareal mit hohem Absatz bei geringer Leitungslänge, was nicht nur in der Wasserver-

denklassen.

⁵¹ BGH, Beschluss vom 28. Juni 2005 - KVR 27/04 -, WuW/E DE-R S. 1520, 1525, WuW 2005, S. 924, 929, „Arealnetz“.

sorgung durch den Absatz pro Meter Leitung ausgedrückt wird. Die Betr. hat bisher die mehrfach angebotene Möglichkeit zu ergänzendem Vortrag ungenutzt gelassen.

[145] Die Kartellbehörde errechnet auf der Basis der so bestimmten unterschiedlichen Versorgungsdichtekennwerte einen Zu- oder Abschlag, der sich im Einzelnen aus Anl. 8 und Anl. 10 ergibt. Grundlage dafür ist das Verhältnis der jeweiligen Kennwerte (Metermengenwerte) zueinander. Die Unterschiede werden durch einen Zu- oder Abschlag zum Vergleichspreis ausgeglichen. Diese Verminderung wird – wiederum zu Gunsten der Betr. – aus den von ihr genannten geringsten Verteilungskosten errechnet; andernfalls wäre jedenfalls bei der Vergleichsgruppe der „Neun“ der Abschlag höher ausgefallen. Das hätte zu einem niedrigeren Vergleichspreis und damit zu einer im Umfang höheren Absenkungsverfügung der Kartellbehörde geführt.

[146] Die XXXXXX (Platz-Nr. 5) weisen beispielsweise mit 4,5 87% der Versorgungsdichte der Betr. von 5,1 auf; die Verteilungskosten von XXXXXX lägen bei Versorgung in Wetzlar dementsprechend 13% niedriger. Die XXXXXX (Nr. 12 der Vergleichsliste, Versorgungsdichte 4,8, entspricht 93 % der Betr.) liegt nur geringfügig unter dem Kennwert der Betr. Von einer unzulässigen Doppelverrechnung kann dabei, anders als die Betr. meint, keine Rede sein. Die geschilderte Berechnung entspricht vielmehr der Logik der ausführlich erläuterten Strukturklassenbildung samt Ausgleich verbleibender Strukturunterschiede.

5. Verfügung

5.1 Untersagung / Ziff. 1

[147] Die Preise der Betr. gem. Anl. zur AVBWasserV „Allgemeine Tarifpreise für die Versorgung mit Wasser“ – Stand: Dezember 2002 (gültig ab 1. Januar 2003)⁵² sind in dem Umfang missbräuchlich überhöht, in dem sie den wettbewerbsanalogen Gesamtpreis der benannten 18 Vergleichsversorger übersteigen. Das Unternehmen mit dem geringsten Gesamtpreis ist die Wasserversorgung XXXXXX (neuer Vergleichspreis: 0,97 €/m³). Eine Senkung auf deren Preisniveau entspricht einer prozentualen Verminderung des Wasserpreises der Betr. (Typfall 1: 2,35 €/m³) von 58,9% bzw. einem Umfang von 1,38 €/m³ abgegebenen Wassers oder 3,25 Mio. € pro Jahr.

[148] Die nächstfolgend höheren Vergleichspreise weisen auf die Versorger in XXXXXXXX (Neuer Vergleichspreis 1,14 €/m³, Senkung des enwag-Preises um 51,6% oder 1,21 €/m³, Senkungssumme 2,85 Mio. €), XXXXXX (Vergleichspreis 1,31 €/m³, Senkung um 44,4% (entspricht 1,04 €/m³) bzw. 2,45 Mio. €), XXXXXX (Vergleichspreis 1,45 €/m³, Senkung um 0,90 €/m³, 38,3%, entspricht 2,11 Mio. €), XXXXXX (Neuer Preis 1,46 €/m³, Senkung um 0,89 €/m³, entspricht 37,8% und 2,09 Mio. € Summe der Senkung), XXXXXX (Neuer Preis 1,47 €/m³, Absenkung um 37,6% (0,88 €/m³) und 2,08 Mio. €), XXXXXX (Neuer Preis 1,60 €/m³, Absenkung um 31,7% (0,75 €/m³) oder 1,75 Mio. €), XXXXXX (Neuer Vergleichspreis 1,62 €/m³, Absenkung um 0,73 €/m³ (30,9%) bzw. 1,70 Mio. €), sowie XXXXXX – (neuer Vergleichspreis 1,66 €/m³, prozentuale Absenkung um 29,4% (entspricht 0,69 €/m³), Senkungssumme 1,62 Mio. €). Der neu errechnete Gesamtpreis für den Typfall 2 (400 m³ Jahresabsatz) ist damit vergleichbar.

[149] Die Benennung einer Reihe von Vergleichsversorgern entspricht dem gesetzlichen Regelfall des Plurals („... gleichartige Versorgungsunternehmen...“). Die Kartellbehörde geht davon aus, dass mit dem Verfügungsausspruch die Wasserabgabe an Tarifkunden in wesentlichen Teilen erfasst ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die durchschnittliche Wasserabgabe der Betr. an HuK-Kunden pro Hausanschluss 195 Kubikmeter beträgt, also zwischen Typfall 1 und Typfall 2 liegt. Der für die Betr. maßgebliche kartellrechtliche Grundsatz der kostenstruktur-gerechten Preisbildung für alle Abnehmergruppen⁵³ gewährleistet, dass sie die angeordnete Preissenkung angemessen – das heißt gleichmäßig und jedenfalls nicht willkürlich sprunghaft – bei der Umgestaltung ihrer Tarifstruktur beachtet⁵⁴.

[150] Die Kartellbehörde stützt ihre Preissenkungsverfügung⁵⁵ auf die wettbewerbsanalogen, d.h. um Zu- und Abschläge bereinigten Wasserpreise der oben genannten neun Vergleichsversorger. Aufgrund einer Ermessensentscheidung zugunsten der Betr. spricht sie die Untersagungsverfügung nur im Umfang des teuersten wettbewerbsanalogen Preises dieser Vergleichsunternehmen aus. Das sind hier die XXXXXX. Die Kartellbehörde könnte ihre Verfügung zwar ausschließlich am Wasserpreis des preisgünstigsten Vergleichsversorgers (XXXXXX) ausrichten⁵⁶. Es ist aber aus Gründen der Verfahrensökonomie angestrebt, schon jetzt dem denkbaren – wenn auch nicht erwarteten – Wegfall eines oder mehrerer Vergleichsversorger vorzubeugen.

⁵² gem. aktuellem Homepage-Ausdruck der Betr.: Arbeitspreis pro m³ Wasser netto 1,95 €, jährlicher Grundpreis bei einem Wasserzähler mit Nennleistung bis 5 m³/h netto 60 €.

⁵³ BGH, Beschluss vom 6. Mai 1997, KVR 9/96, WuW/E BGH S. 3140, 3144, WuW 1997, S. 724, 728, - Gaspreis -.

⁵⁴ OLG München, Beschluss vom 4. März 19996, WuW/E OLG S. 5713, WuW 1997, S. 85-96, - Gaspreis -.

⁵⁵ im Anschluss an die Verfügung der bayer. Landeskartellbehörde vom 30. Dezember 1993, 5597b – W/2b – 56 836, Umdruck, S. 23, die sich desselben Auswahlverfahrens bedient; dort wurde im Rahmen einer Ermessensentscheidung auf den Preis des teuersten von vier Vergleichsunternehmen abgestellt – Gaspreis Stadtwerke München -.

⁵⁶ Kramm, WRP 1998, S. 341, 346; im Anschluss daran Reif in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Kartellrecht, a.a.O., § 131 RdNr. 103

Zugleich wird so möglichen Bedenken der Betr. gegen die Heranziehung nur eines Unternehmens Rechnung getragen.

[151] Die Verfügung beruht auf § 103 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 Nr. 2 GWB a.F i. V. m. § 103 Abs. 6 Nr. 1 GWB a. F. Die Kartellbehörde kann der Betr. aufgeben, einen beanstandeten Missbrauch abzustellen. Dieser ist ausführlich geprüft und in dem dargelegten Umfang festgestellt worden. Alle Rechtfertigungsgründe im Sinne von § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 a. E. GWB a.F., die vorgetragen oder sonst ersichtlich waren, sind einbezogen worden. Dabei ist die Kartellbehörde mehrfach wie dargelegt von denjenigen Annahmen ausgegangen, die für die Betr. günstig waren. Unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Freistellung war die ausgesprochene Entscheidung zu treffen. Sie erscheint als geeignet und verhältnismäßig, um den ange-
troffenen Missbrauch zu beseitigen; ein milderer ähnlich geeignetes Mittel ist nicht erkennbar.

[152] Die Untersagung des insoweit überhöhten Wasserpreises der Betr. dient vorrangig dem Ziel der Preiswürdigkeit der Versorgung. Es erscheint sachgerecht, die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht hauptsächlich im Sinne der Verbraucher auszuüben; diese stehen der Betr. als einem monopolistischen Anbieter gegenüber⁵⁷. Die Rechtsprechung hat zudem den freigestellten Versorgern bei der Preisgestaltung Beschränkungen auferlegt, die auch bei wirksamem Wettbewerb nicht ohne weiteres bestünden⁵⁸. Vorliegend sind außerdem Bedenken, dass die Versorgungssicherheit durch diese Verfügung beeinträchtigt werden könnte, weder plausibel vorgetragen noch sonstwie erkennbar. Das Hess. Ministerium für Umwelt, ländlichen Raum und Verbraucherschutz als Fachaufsichtsbehörde hat ohne Einschränkungen sein Benehmen erklärt; ihm obliegt als Oberste Wasserbehörde die Wahrung der Belange der Wasserversorgung, insbesondere ihrer Sicherheit. Ein ergänzendes Schreiben des Regierungspräsidiums Gießen, auf das hingewiesen wurde, führt lediglich aus, dass es unternehmerische Entscheidung der Betr. ist, wie sie ihre Gewinnungsanlagen nutzt; dadurch wird diese Verfügung gestützt, aber in keiner Weise in Frage gestellt. Eine Verletzung der Belange der Sicherstellung der Wasserversorgung ist somit nicht erkennbar.

[153] Die Betr. führt zwar aus, ihre Wasserversorgung habe eine „optimale Versorgungssicherheit“ erreicht. Ob und inwieweit die vorliegende Verfügung dies beeinträchtigen könnte, wurde nicht prüffähig vorgetragen; dabei ging die Betr. noch von der ursprünglich beabsichtigten erheblich höheren Preisverminderung aus. Unabhängig davon sind die beiden im Auftrag der Betr. erstellten Ausarbeitungen von XXX und XXX, auf die sie sich stützt, nicht belastbar, was ausführlich begründet wird. Selbst wenn es sich anders verhielte, so setzt doch die darge-

⁵⁷ OLG Frankfurt, Beschluss vom 9. Mai 1995, 11 VA (Kart) 1/94, WuW/E OLG S. 5416, 5429, WuW 1995, 760, 773, „Konzessionsvertrag Niedernhausen“.

legte vereinfachte Preisvergleichslogik des BGH der Berücksichtigung des Arguments der Versorgungssicherheit enge Grenzen. Deren Verletzung ist nicht erkennbar.

[154] Der von der Betr. behauptete Verlust an Rechtsklarheit, der eine „effektive Verteidigung einschränken soll“, ist nicht erkennbar. Alle 18 Vergleichsversorger sind ihr ausführlich und mit zahlreichen Informationen rechtzeitig benannt worden. Darauf hat die Betr. ihre Argumentation gestützt; sie trägt vor und begründet dies ausführlich, keines der 18 Unternehmen sei vergleichstauglich. Das belegt, dass ihr das Vorgehen der Kartellbehörde in vollem Umfang bewusst war. Darüber hinaus hat die Kartellbehörde die Vergleichsgruppenbildung im Abmahn schreiben vom 29. März 2007 bereits erläutert. Auch unter diesem Aspekt kann die Betr. nicht damit durchdringen, die Kartellbehörde habe nicht ausreichend klar gemacht, was sie beabsichtige; eine wie auch immer geartete „Bedingung“ hat die Kartellbehörde nicht ausgesprochen. Die Ergänzung der Vergleichsgruppe um weitere drei Unternehmen auf nunmehr insgesamt neun ändert an der Vergleichsgruppenbildung grundsätzlich nichts; im Ergebnis wirkt sich die Veränderung zugunsten der Betr. aus, da die Verfügung nunmehr nur noch im Umfang von 29,4% ihres Preises ausgesprochen wird, und nicht mehr wie noch in der Anhörung vom 29. März 2007 erläutert 38% ihres Wasserpreises erfasst.

5. 2 Zeitraum / Ziffer 2 und 3

[155] In die Verfügung werden zurückliegende Lieferungen dann einbezogen, wenn sie noch nicht abschließend abgerechnet sind; das ist im Interesse der Klarheit der Anordnung für die Betr. erforderlich. Was die Zukunft angeht, so sieht die Untersagungsverfügung eine Begrenzung bis Ende 2008 vor. Zwar ist gegenwärtig nicht damit zu rechnen, dass die Vergleichsunternehmen ihre Preise erhöhen. Gänzlich ausgeschlossen kann das aber auch für die Zukunft nicht werden; die Kartellbehörde führt Preisrecherchen im passenden Abstand durch und kann falls notwendig die Verfügung anpassen. Trotzdem erscheint es gerechtfertigt, die Auswirkungen möglicher Preisanhebungen der Vergleichsunternehmen durch eine Befristung gering zu halten. Preiserhöhungen in der Wasserversorgung sind aber deutlich seltener als beispielsweise bei Gaslieferungen; deshalb erscheint eine Begrenzung auf rund anderthalb Jahre und somit auf den Ablauf des Jahres 2008 als richtig.

5.3 Rückwirkende Feststellung / Ziff. 4

⁵⁸ BGH, Beschluss vom 6. Mai 1997, KVR 9/96, WuW/E BGH S. 3140, 3143, WuW 1997, S. 724, 727, „Gaspreis“; Reif in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Kartellrecht, a.a.O., § 131 RdNr. 122.

[156] Die Kartellbehörde trifft eine Entscheidung nach § 32 Abs. 3 GWB. Diese am 1. Juli 2005 in Kraft getretene Regelung erlaubt es, eine Zuwiderhandlung auch dann festzustellen, wenn sie bereits beendet ist. Die Feststellung bezieht sich auf die Zeit ab Inkrafttreten im Jahre 2005. Die Preise der Betr. gelten seit dem 1. Januar 2003. Es besteht ein besonderes öffentliches Interesse, da sich die Betr. bis heute rechtmäßigen Preisverhaltens berüht - mithin Wiederholungsgefahr droht - und da von der rückwirkenden Feststellung durch die Klärung der Rechtslage eine besondere Signalwirkung auf die anderen Wasserversorger und deren Preisverhalten im Sinne der Förderung wettbewerbsnaher Preisbildung ausgehen dürfte. Die rückwirkende Feststellung ist zudem für Kunden wichtig, die unter Berufung auf § 33 Abs. 1 GWB Schadensersatz für zurückliegende überhöhte Wasserpreisforderungen verlangen oder einen Rückzahlungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 BGB) geltend machen wollen⁵⁹.

[157] Die Argumente der Betr. dagegen, die sie zuletzt erneuert hat, überzeugen nicht. Anders als sie meint, ist § 103 Abs. 6 GWB a.F. nicht als abschließend anzusehen. Dies widerspricht dem Charakter von § 103 GWB a.F., der als Privilegierung der Wasserwirtschaft eng zu interpretieren ist. Schon deshalb gilt, dass § 103 im Lichte der 7. GWB-Novelle harmonisiert auszulegen ist. Diese Gesetzesänderung bezweckte eine Verstärkung des kartellrechtlichen Schutzes vor Machtmissbrauch durch Stärkung der gesetzlichen Rechte von Verbrauchern und Behörden. Dazu gehörte es, dass gesetzliche Verstöße sich nicht weiter zugunsten derjenigen auswirken sollten, die sie ausüben, weil die Kartellbehörde insgesamt nur in die Zukunft wirken konnte. Daher entfaltet § 131 Abs. 6 GWB – anders als die Betr. meint – keine „umfassende Sperrwirkung“, die die Anwendung von § 32 Abs. 3 GWB ausschließt. Darüber hinaus regelt die Überleitungsvorschrift des § 131 GWB (in der Fassung der 6. GWB-Novelle) in Abs. 2 bis 8 bestimmte zeitliche und sachliche Anwendungsausnahmen. § 32 GWB ist dort weder als sachliche noch als zeitliche Ausnahme betroffen, im Umkehrschluss daher uneingeschränkt im Wassersektor anwendbar⁶⁰.

⁵⁹ Kessler in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Kartellrecht, a.a.O., § 32 RdNr. 58; Langen/Bunte/Bornkamm, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 32 RdNr. 37.

⁶⁰ BGH Beschluss vom 18. Februar 2003, KVR 24/01 (KG), WuW/E DE-R 1119, 1122 – Verbundnetz II, entspricht NVwZ 2003, 1140, 1142; Reif in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Kartellrecht, a.a.O., § 131 RdNr. 75, 140.

C. Kostenentscheidung

[158] Nach § 80 Abs. 1 Satz 1 GWB (entspricht § 80 Abs. 2 Satz 1 GWB a.F.) werden in Verfahren vor der Kartellbehörde Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes und daneben nach § 80 Abs. 1 Satz 3 GWB (entspricht § 80 Abs. 2 Satz 3 GWB a.F.) die Kosten der öffentlichen Bekanntmachung als Auslagen erhoben. Zu den gebührenpflichtigen Amtshandlungen zählt nach § 80 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GWB eine Amtshandlung aufgrund des § 32 GWB (entspricht § 80 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GWB a.F., bezogen auf § 103 GWB a.F.). Die Höhe der Gebühr bestimmt sich gem. § 80 Abs. 2 Satz 1 GWB (übereinstimmend mit § 80 Abs. 3 Satz 2 GWB a.F.) nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Kartellbehörde unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung, die der Gegenstand der gebührenpflichtigen Handlung hat. In den Fällen des § 32 GWB darf die Gebühr 25.000 € nicht übersteigen (§ 80 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GWB); sie kann bei außergewöhnlicher Bedeutung auf das Doppelte erhöhte werden. Das hier wegen § 131 Abs. 6 GWB anzuwendende Recht (§ 80 GWB a.F.) erlaubt eine Gebühr von 10.000 DM (§ 80 Abs. 3 Satz 2 Nr. 5 GWB a.F.), die verdoppelt werden kann. Im Hinblick auf den hohen Aufwand der an der Amtshandlung beteiligten Behörden (Kostendeckungsgebot) und die Bedeutung der Sache für die Betr. wird die Gebühr festgelegt. Die Landeskartellbehörde hat dabei die wirtschaftliche Bedeutung für die Betr. gebührenerhöhend berücksichtigt. Die festgesetzte Gebühr in Höhe von

10.000 €

ist angemessen. Die festgesetzte Gebühr ist binnen eines Monats nach Zustellung dieser Verfügung zu überweisen auf das

xxxxxxxxxx

Die Auslagen für die erforderliche Bekanntmachung dieser Verfügung im Bundesanzeiger sowie im Hess. Staatsanzeiger (§ 58 Nr. 4 GWB a. F.) werden gesondert erhoben.

Rechtsmittelbelehrung

[159] Gegen diese Verfügung ist nach § 63 Abs. 1 GWB die Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich binnen einer mit der Zustellung der Verfügung beginnenden Frist von einem Monat beim Hessischen Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung als Landeskartellbehörde, Kaiser-Friedrich-Ring 75, 65185 Wiesbaden, einzureichen. Es genügt jedoch, wenn sie innerhalb dieser Frist bei dem Beschwerdegericht, dem Oberlandesgericht Frankfurt am Main, Zeil 42, 60313 Frankfurt am Main, eingeht. Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach der Zustellung der angefochtenen Verfügung zu begründen. Diese Frist kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Beschwerdegerichtes verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Verfügung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt. Die Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Die Beschwerde hat gem. § 64 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB aufschiebende Wirkung.

gez.

Dr. Eugen Paravicini

- Anlagen: 1-8