



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

Geschäftszeichen IV 5 b – 78 k 20 / 01 – 538- 11
[Landeskartellbehörde Energie und Wasser]

Dst.-Nr. 0458

Bearbeiter/in Hermann Daiber

Telefon 815 - 20 70

Telefax 815 - 22 30 / 22 29

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

Ihr Zeichen Be/OAn 72605 07/006

Ihre Nachricht zuletzt vom 29. Februar 2008

Datum 10. April 2008

DURCH POSTZUSTELLUNGSURKUNDE

XXXXXXXXXX

Kartellverwaltungsverfahren wegen missbräuchlich überhöhter Wasserpreise
Verfügung

In dem Kartellverwaltungsverfahren gegen die

Städtischen Werke AG
Königstor 3-13
34117 Kassel

- gesetzlich vertreten durch den Vorsitzenden des Vorstandes, Herrn Dipl.-Kfm. Andreas Helbig

- Betroffene (Betr.) –

Verfahrensbevollmächtigte:

XXXXXXXXXX

- unter Beteiligung des Bundeskartellamtes, Kaiser-Friedrich-Str. 16, 53113 Bonn,

wegen missbräuchlich überhöhter Wasserpreise für Haushalts- und Kleingewerbekunden in
Kassel (§ 103 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 Nr. 2, Abs. 6 Nr. 1 des Gesetzes gegen Wettbe-
werbsbeschränkungen, GWB, alte Fassung, i.V.m. § 32 Abs. 1, 2 und 3 GWB¹)

ergeht folgende Verfügung²:

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

² Bezeichnet LKB IX, ein Gliederungsplan ist im Anhang beigefügt.

Verfügung:

1. Der Betroffenen wird untersagt, für die Lieferung von Trinkwasser zu allgemeinen Tarifpreisen einen höheren Betrag zu verlangen als 1,36 €/m³ abgegebenen Wassers in Typfall 1 und 1,10 €/m³ in Typfall 2; die Beträge sind Netto-Beträge ohne USt. Typfall 1 entspricht dabei einem Jahresverbrauch von 150 m³ Trinkwasser, Typfall 2 einem Jahresverbrauch von 400 m³, 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. Ziff. 1 wird bis zum 31. Dezember 2009 befristet.

3. Es wird festgestellt, dass die Wasserpreise der Betr. in der Zeit vom 1. Januar 2006 bis zum Zeitpunkt der Wirksamkeit dieser Verfügung insoweit missbräuchlich überhöht waren, als sie die unter Ziff. 1 genannten Beträge überstiegen haben.

4. Die Betr. 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.

A. Sachverhalt

1. Die Betroffene

1.1. Das Gesamtunternehmen

[1] Die Betroffene, die Städtische Werke Aktiengesellschaft Kassel (künftig: Betr.), versorgt Einwohner, Gewerbe und Industrie der Stadt Kassel sowie von Vellmar u.a. mit Gas, Elektrizität und Trinkwasser und betreibt Schwimmhallen und Freibäder. Eigentümer ist neben der Stadt Kassel, vertreten durch die Kasseler Verkehrs- und Versorgungs GmbH, zu xxx % Vattenfall Europe. Diese Gesellschaft erwirtschaftete im Jahr 2006 einen Umsatz von xxx Mrd. Euro³.

[2] Wesentliche Unternehmensdaten zeigt die nachfolgende Übersicht⁴:

xxxxxxxxxx

1.2. Geschäftsbereich Wasser

1.2.1. Übersicht / Versorgungsgebiet

[3] Die Stadt Kassel liegt in einem ausgedehnten Talkessel in geschützter Lage an der nordwärts fließenden Fulda;⁵ das Stadtgebiet weist insbesondere im Bereich der Karls- und Fuldaaue eine weitläufige Flussniederung auf.⁶ Der Kessel markiert innerhalb des nordhessischen Raumes das Nordende der niederhessischen Senke, jener flachwelligen offenen Landschaft, die sich zwischen Knüllgebirge und Kellerwald, Söhre und Langen Bergen in südnördlicher Richtung hinzieht und bei Kassel an den Ausläufern des Habichtswaldes, des Reinhardswaldes und des Kaufunger Waldes endet.⁷ Das nördliche Teilstück der niederhessischen Senke bezeichnet man auch als Kasseler Senke. Diese reicht mit

³ http://www.vattenfall.de/www/vf/vf_de/225583xberx/231617finan/231947finan/index.jsp 19.11.2007

⁴ Alle unternehmensbezogenen Angaben sind der Homepage der Betr. entnommen bzw. dem Fragebogen Anl. 1.

⁵ Auch für das Folgende *Hoffmann / Richter* (Hrsg.): Wasser für Kassel (zit: „Wasser“), Zur Geschichte der Wasserversorgung der Stadt und ihrer Region; Aus Anlass des 75-jährigen Bestehens der Städtischen Werke AG Kassel und von dieser unterstützt, 2004, S. 14, 18.

⁶ wikipedia.org/wiki/Kassel, S. 2 und 3 von 18.

ihrem 260-270 m Meereshöhe nie überschreitenden Außenrand im Norden an die Südausläufer des Reinhardswaldes heran, im Westen an den Habichtswald und im Nordwesten an die Einsattelung zwischen diesen beiden Gebirgen, die Senke von Weimar nebst dem Plateau des Tiergartens sowie im Osten an die Ausläufer des Kaufunger Waldes.

- [4] Etwa von der Linie Hohenkirchen — Mönchehof — Obervellmar — Ostrand des Habichtswaldes fällt das im allgemeinen flache und einförmige Gelände allmählich in südöstlicher und östlicher Richtung auf den mittleren Teil der Kasseler Senke zur Fulda hin bis auf 140 m Meereshöhe ab. Es wird unterbrochen vom Dachsberg und Steimel bei Mönchehof, von den breiten und flachen Hügeln des Breiten Steins und der Vellmarer Höhe bei Frommershausen sowie zwischen Habichtswald und Fulda von den Höhenrücken des Kratzen- und Lindenberges im Norden und des Wein- und Rammelsberges im Süden.
- [5] Der grabbare Untergrund des Kasseler Stadtgebietes besteht weitgehend aus „Röt“, einer Buntsandsteinformation aus wenig widerstandsfähigen bunten Ton- und Mergelsteinen von etwa 150 m Schichthöhe. Charakteristisch sind flache und ausschließlich landwirtschaftlich genutzte Hänge und Senken. Stellenweise liegen dem Röt die wesentlich härteren und stets durch einen deutlichen Geländeanstieg erkennbaren Kalk- und Mergelkalksteine des Unteren Muschelkalks auf. Diese sind auf das Gebiet des Tiergartens, des Caldener Waldes, auf die gesamte Umrandung des Dörnberg-Massivs, auf den Nordabfall des Habichtswaldes und auf die beiden etwa ostwest-streichenden Höhenzüge im Stadtgebiet von Kassel beschränkt.
- [6] Eine Störung lässt sich nur innerhalb einer schmalen Zone, nämlich im Kasseler Graben, beobachten. Dieser läuft⁸ bis zu 1 km breit in Ost-West-Richtung quer durch das Kasseler Stadtgebiet, nämlich von Bettenhausen über das Nordende der Karlsaue und Wahlershausen unter dem Habichtswald weiter nach Westen. Schwach oder überhaupt nicht gestört sind die den Kasseler Graben flankierenden Einheiten, im Norden die Nordostscholle, im Süden die Südostscholle MARTINI'S. Die Nordostscholle, die nur von vereinzelten Störungen durchzogen ist, liegt als schwach gewellte Tafel vor. Im Tiergarten ist sie als eine flache nach Norden abtauchende Mulde entwickelt.
- [7] Das bereits erwähnte Röt wird von einer bis zu 3 m starken Schicht aus kiesigem und sandigem Basalt- und Quarzitgeröll überlagert, in deren Poren sich das Grundwasser

⁷ Für das Folgende, wenn nicht anders angegeben: S. *Rösing*: Erläuterungen zur Geologischen Karte von Hessen 1:25.000, Blatt Nr. 4622 Kassel-West. 3. unveränderte Auflage. *Hessisches Landesamt für Bodenforschung*, Wiesbaden 1969, S. 10 ff.

⁸ „Wasser“, S. 53, 55.

sammelt. Diese Geröllschicht wird gewöhnlich noch von einer eiszeitlichen Lößschicht überdeckt, die eine Mächtigkeit bis zu etwa 25 m aufweist.⁹

- [8] Eine Reihe von Gewässern durchziehen das Kasseler Becken von Osten und Westen und münden in die Fulda, v. a. Drusel, Losse, Ahna und Nieste. Die Fulda ist auf ihrer gesamten Länge – mit Ausnahme der weiten Talmulde bei Kassel – mehr oder minder tief in den Buntsandstein eingeschnitten. Sie hat zusammen mit ihren Nebenbächen ihr breites Tal weiträumig mit quartären Sedimenten bedeckt.¹⁰
- [9] Die Betr. gibt die Höhendifferenz im Versorgungsgebiet mit xxx m an.¹¹ Nach den von ihr vorgelegten Karten liegt der Tiefpunkt ihrer Versorgung im Fuldataal bei xxx m ü NN; der höchste Punkt wird auf xxx m ü NN durch den Aussichtsturm Hohes Gras markiert. In der Innenstadt beträgt die durchschnittliche Höhe des Versorgungsgebietes xxx m ü NN.¹²
- [10] Durch einen Bombenangriff wurden in Kassel am 22. Oktober 1943 70% der Wohnungen sowie 65% der Industrieanlagen im gesamten Stadtgebiet zerstört.¹³ Schon am 25. März 1946 begann die systematische Trümmerbeseitigung; es erging eine Notdienstverordnung. Alle Einwohner halfen beispielsweise eine Woche lang bei der Beseitigung von Trümmerschutt.¹⁴ Das Auestadion in der Kasseler Südstadt wurde 1953 mit Baumaterial aus den Trümmern der Innenstadt erbaut.¹⁵

1.2.2. Konzessionsverträge

- [11] Die Betr. hat am 8. Februar / 25. Juni 1996 mit der Stadt Kassel einen Konzessionsvertrag zur Wasserversorgung geschlossen und mit Schreiben vom 04. Juni 1996 bei der Kartellbehörde angemeldet. Vertragsgegenstand ist die Belieferung der Stadt und ihrer Einwohner mit Trink- und Brauchwasser. Der Betr. wird dabei ein ausschließliches Recht zur Benutzung der städtischen Straßen und Wege für Wasserversorgungsleitungen eingeräumt. Dasselbe gilt für den Vertrag mit der Stadt Vellmar vom 25. / 28. Juni 1996, der am 19. Dezember 2007 bei der Kartellbehörde angemeldet wurde.

⁹ Vgl. *Hoffmann/Richter*. „Wasser“, 2004. S. 30.

¹⁰ „Wasser“, S. 55

¹¹ Anl. 1 Zeile 210.

¹² wikipedia.org/wiki/Kassel, S. 1 von 18.

¹³ „Kassel – Konturen einer Stadtentwicklung“, von Stadtarchivar *Frank-Roland Klaube*, Seite 3 von 3, auf www.kassel.de/cms02/stadt/geschichte/index_print.html.

¹⁴ „Jubiläumsdaten 2006“ der Stadt Kassel, S. 2 von 6, auf www.kassel.de/cms02/stadt/ueberblick/jubilaumsdaten/01361//index_print.html.

¹⁵ „Artikel Auestadion“, bei wikipedia.org/wiki/auestadion, S. 2 von 4.

[12] Die Betr. gibt an, für Kassel und Vellmar eine Konzessionsabgabe auszuschütten; diese belief sich 2005 auf xxx Mio. € und 2006 auf xxx Mio. €. ¹⁶ Grundlage dafür ist § 9 Abs. 1 und 2 des Konzessionsvertrages (Kassel) bzw. § 13 Abs. 1ff (Vellmar). Die Betr. verzeichnete 2005 in der Wassersparte Gesamterträge in Höhe von xxx Mio. € und von xxx Mio. € im Jahre 2006. Diese umfassen neben den Umsatzerlösen u.a. auch die aktivierten Eigenleistungen, die Auflösung von Ertragszuschüssen sowie weitere betriebliche Erträge.

1.2.3. Wasserbeschaffung / Netzeinspeisung

[13] Die Geschichte der öffentlichen Wasserversorgung Kassels beginnt im Jahre 1872 mit dem Bau der Niestetalwassergewinnung im Kaufunger Wald. ¹⁷ Deren gefasste Quellen sowie zwei Tiefbrunnen liefern bis heute – zusammen mit den zahlreichen Quellfassungen im Habichtswald – xxx% des benötigten Wassers (Zahlen 2006). Die oberflächennahen Wasserfassungen sind gegenüber Verkeimungen stets anfällig, so dass ihr Wasser leicht gechlort wird. ¹⁸ Das Quellwasser wird ohne Einsatz von Pumpenenergie gesammelt und verteilt, fließt also in freiem Gefälle in das Versorgungsnetz.

[14] Der Rest des benötigten Rohwassers wird in den insgesamt 19 Tiefbrunnen und weiteren Flachbrunnen gewonnen, die vier Wasserwerken im Stadtgebiet zugeordnet sind. Alle Wässer werden entsäuert. ¹⁹ Zur Herstellung des Kalk-Kohlensäure-Gleichgewichtes entzieht man dem Wasser die aggressive Kohlensäure durch Austausch mit Luft. Die Werke xxxxxxxxxx sowie xxxxxxxxxx sind 1984 bzw. 1986 stillgelegt worden.

[15] Von den in Betrieb befindlichen Wasserwerken wurden zuerst die zwei Anlagen in xxxxxxxxxx errichtet, die xxx% des erforderlichen Wassers aus Grundwasser bereitstellen, das in je drei Tiefbrunnen gefördert wird. Das dortige Werk xxxxxxxxxx ist von 1923 bis 1926 erbaut worden; das entsäuerte Rohwasser wird zum Hochbehälter Lindenberg gepumpt. In den Jahren 1936 bis 1940 entstand das Wasserwerk xxxxxxxxxx, dessen Rohwasser ebenfalls in den Hochbehälter Lindenberg geleitet wird.

[16] Die Gemarkung Kassel-Niederzwehren beherbergt eine Anlage zur Uferfiltratgewinnung (xxxxxxx, xxx% des Dargebotes) sowie das Wasserwerk xxxxxxxxxx (vier Tiefbrunnen,

¹⁶ Angaben aus Anl. 1.

¹⁷ Vgl. *Hoffmann/Richter* (Hg.): *Wasser für Kassel: Zur Geschichte der Wasserversorgung der Stadt und ihrer Region*. Herkules-Verlag Kassel 2004. S. 188 ff., sowie ergänzend: *Stadtwerke Kassel*, *Eugen Rittmeyer* und *Britta Schuster*, Vortrags-Folien 22. Januar 2008, S. 10 bis 26, unter <http://hst-pc17.hst.e-technik.uni-kassel.de/aht/inhalt/download/ring/Wasserversorgung.pdf>.

¹⁸ Kundenzeitschrift „Schnurschdrags“ der Städt. Werke Kassel, Ausgabe 2/2003, S. 5.

¹⁹ „Schnurschdrags“, Heft 2/2003, S. 5.

xxx% des Wasseraufkommens, Grundwasser), das 1936 bis 1939 erstellt worden ist. Das dort gewonnene und durch eine Filteranlage von Eisen und Mangan gereinigte Wasser wird über eine Druckleitung zum Hochbehälter Dönche und von hier zum Hochbehälter Bergstraße gepumpt. Als letztes Werk entstand 1963 bis 1965 das Wasserwerk xxxxxxxxxx mit sechs Tiefbrunnen, in dem xxx% des benötigten Rohwassers bereitgestellt, aufbereitet und in den Behälter Osterberg geleitet werden.

[17] Die Betr. gibt für die Wasserbeschaffung und ihre Netzeinspeisung folgende Werte an.²⁰

xxxxxxxxxx

1.2.4. Wasserverteilung

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

xxxxxxxxxx

[19] Daraus ergeben sich folgende Vergleichswerte; neben den Zahlen für 2004, 2005 und 2006 ist auch der Durchschnitt für die fünf Jahre 2002 bis 2006 gerechnet worden.

Kennwert	2004	2005	2006	2002 – 2006
Metermengenwert (MMW), ²¹ gesamte Wasserabgabe bezogen auf die vollständige Netzlänge einschl. Hausanschlüssen	8,5	8,3	8,1	8,5 ²²
Metermengenwert MMW / nur HuK-Abgabe ²³	7,7	7,5	7,3	7,6 ²⁴

[20] Die Betr. verfügt nach eigenen Angaben über xxx Wasserspeicher,²⁵ darunter einer in Vellmar; an zahlreichen anderen Stellen spricht sie von xxx Wasserspeichern.²⁶ Daneben betreibe sie xxx Pumpwerke aller Art und xxx Netzpumpen.²⁷ Das von ihr vorgelegte Kar-

²⁰ Anl. 1, Zeilen 127 bis 130.

²¹ Anl. 1, Zeile 246.

²² Anl. 1, Zelle B 248.

²³ Anl. 1, Zeile 257.

²⁴ Anl. 1, Zelle B 259.

²⁵ Anl. 1, Zeile 137.

²⁶ AS I, Rz. 123, S. 39 sowie fortlaufend.

²⁷ Anl. 1, Zeile 145 f.

tenwerk weist xxx Pumpwerke aus,²⁸ davon zwei (möglicherweise drei) in xxxxxxxxxx; an anderer Stelle wiederum geht die Betr. offenbar von xxx Pumpstationen²⁹ aus. Diese sowie elf Druckminderungsventile (davon drei in xxxxxxxxxx) sind neben den Leitungen samt allen notwendigen Armaturen zum Betrieb von xxx Hauptdruckzonen³⁰ mit insgesamt xxx Unterzonen im Einsatz.

- [21] Von der im Jahre 2005 benötigten Energie für Pumpen (xxx MWh) wurden xxx MWh (xxx%) für die Förderung des Wassers in den vier Wasserwerken verbraucht.³¹ Dasselbe Bild zeigte sich für 2006. Bei einem Gesamtstromverbrauch von xxx MWh für Pumpen aller Art entfielen xxx MWh auf die Wasserförderung; davon waren nur xxx MWh (xxx%) für die Wasserverteilung bestimmt.
- [22] Diese Angaben bestreitet die Betr. neuerdings. Sie gibt nunmehr einen gesamten Bedarf an Pumpstrom von xxx MWh (2006) bzw. xxx MWh (für 2005) an.³² Die Verbrauchsaufteilung müsse ebenfalls angepasst werden. Für 2006 beliefe sich beispielsweise der Anteil des für die Wasserverteilung benötigten Pumpstromes auf xxx MWh, was einem Anteil von xxx% entspricht. Als Begründung trägt die Betr. vor:³³

„Eine Abschätzung der Anteile des Verbrauchs für die Trinkwassergewinnung/-aufbereitung einerseits und die Trinkwassertransport/-verteilung andererseits kann anhand der wesentlichen Verbraucher erfolgen. Wesentliche Verbraucher sind hier die Druckerhöhungsanlagen (Pumpen). Für die exakte Zuordnung wurden bei der SW AG weitere Annahmen getroffen, die hier nicht detailliert aufgeführt werden, die aber ggf. näher erläutert werden können. ... Auf Basis dieser differenzierten Vorgehensweise muss die SW AG die bisher angegebenen [korrekt zitiert] Daten wesentlich anpassen.“

1.2.5. Wasserpreise

- [23] Die Betr. verlangt von ihren Haushalts- und Kleingewerbekunden (HuK-Kunden) netto einen Arbeitspreis von 2,00 €/m³ (brutto 2,14 €/m³) und einen jährlichen Grundpreis von 21,98 € (brutto 23,52 €) für die übliche Zählergröße Qn 2,5. Diese Preise gelten seit dem 1. Januar 2005. Zur Erfassung dieser beiden Preisbestandteile werden zwei idealtypische Abnahmefälle zugrunde gelegt. Sie entsprechen einem jährlichen Wasserabsatz von 150 m³ (Typ 1, „Einfamilienhaus“) und 400 m³ (Typ 2, „Mehrfamilienhaus“, fünf Wohneinheiten).³⁴ Daraus ergibt sich bei der Betr. eine jährliche Gesamtsumme von 321,98 € (Typ 1) sowie 821,98 € (Typ2). Der Vergleichspreis, ausgedrückt in Geldeinheiten je geliefertem

²⁸ Städtische Werke Kassel AG, Wasserzonenplan Stadt Kassel und Vellmar, Stand Februar 2006.

²⁹ Kundenzeitschrift „Schnurschdrags“ der Städt. Werke Kassel, Ausgabe 1/2005, S. 6.

³⁰ Stadtwerke Kassel, *Eugen Rittmeyer* und *Britta Schuster*, Vortrags-Folien 22. Januar 2008, S. 33.

³¹ Anl. 1, Zeile 147 – 149.

³² AS I, Rz. 246 ff., S. 73 f.

³³ AS I, Rz. 246 f.

³⁴ s. Anl. 2.

Kubikmeter, beläuft sich damit auf 2,15 €/m³ (Typ 1) und 2,05 €/m³ (Typ 2). Einige Bundesländer, darunter Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen, Mecklenburg-Vorpommern und Schleswig-Holstein verlangen ein sog. „Wasserentnahmeentgelt“, das wie eine Steuer wirkt. Diese Entgelte zieht die Kartellbehörde ebenso wie die Mehrwertsteuer ab. Die so berechneten Preise bilden den Ausgangspunkt dieses Kartellverfahrens.

2. Vergleichsunternehmen

- [24] Die Kartellbehörde zieht sämtliche in Anlage 2, Spalte A genannten Wasserunternehmen zum Vergleich heran. Preise und Preisabstände sind für Typfall 1 und 2 ebenfalls in Anl. 2 angegeben; Anl. 5 (Typfall 1) und Anl. 6 (Typfall 2) zeigen dieselben Daten als Diagramm. Die Betr. verlangt zurzeit im Typfall 2 zwischen 143% (zu xxxxxxxxxx) und 49% (xxxxxxx) höhere Preise. Diese Unternehmen liefern Trinkwasser auf der Grundlage der Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (AVBWasserV)³⁵ und fordern 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 Musterdatenblatt, das im Aufbau Anlage 1 entspricht.
- [25] Zentrale Strukturdaten, Kennwerte und die Berechnung des jeweiligen wettbewerbsanalogen Wasserpreises der Vergleichsunternehmen werden in konzentrierter Form in Anl. 3 und 4 dargestellt; die Unternehmen sind (bis auf xxxxxxxxxx und xxxxxxxxxx) nach ihrem Preisabstand geordnet. Die Daten der Betr. finden sich aus technischen Gründen jeweils am unteren Ende der Tabelle. Die Anlagen 5 bis 13 enthalten grafische Darstellungen zentraler Preis- und Strukturinformationen.
- [26] In Anl. 3 hat die Kartellbehörde die Daten der Betr. und aller Vergleichsunternehmen zu folgenden Bereichen zusammengestellt; in Klammern beigefügt ist ggf. die Nummer der ergänzenden Anlage, falls die entsprechenden Daten als Grafik aufbereitet vorliegen:
- Versorgungsdichte (Metermengenwert), Anl. 7;
 - gesamte Wasserabgabe, Anl. 8;
 - Anteil HuK-Abgabe, Anl. 9;
 - versorgte Einwohner, Anl. 10;
 - Kennwert Wasserspeicher, Anl. 11;
 - geographische Lage des Unternehmens;
 - Eigentümer, Geschäftsfelder, Umsatz und Jahresergebnis des Gesamtunternehmens.

³⁵ vom 20. Juni 1980, BGBl. I S. 750.

[27] Basisjahr ist 2006; die Zahlen der Unternehmen in xxxxxxxxxx, xxxxxxxxxx und xxxxxxxxxx entstammen dem Jahr 2005. Dieses bildet nach wie vor eine tragfähige Grundlage. Die Unterschiede zwischen einzelnen Jahren sind in der Wasserversorgung in aller Regel gering. In Anl. 4 ist die Berechnung von im Rahmen der Rechtfertigung möglichen Zu- und Abschläge angelegt, wenngleich hier mangels Mitwirkung der Betr. eine Zu- und Abschlagsrechnung durch die Kartellbehörde unterblieben ist. Den gegenwärtigen Stand einer Preissenkung bilden Anl. 12 (Typfall 1) und Anl. 13 (Typfall 2) ab. Rundungsdifferenzen sind technisch bedingt.

3. Verfahren

[28] Die Landeskartellbehörde hat der Betr. mit Anhörungsschreiben vom 12. Juli 2002³⁶ mitgeteilt, dass sie im Verdacht stehe, missbräuchlich überhöhte Wasserpreise zu fordern. Als Vergleichsversorger wurden unter anderem die Stadtwerke in xxxxxxxxxx und xxxxxxxxxx benannt. Ihre ungünstigeren Preise könne die Betr. durch die Geltendmachung objektiver Struktur Nachteile ihres Versorgungsgebietes rechtfertigen. Seien bestimmte Strukturmerkmale als „abweichende Umstände“ im Sinne des Gesetzes anerkannt, so habe die Betr. die zugehörigen Kosten, insbes. Investitionen etc., nachzuweisen. Es heißt dort:

„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.“

Auf die beiden Leit-Entschlüsse der Kartellbehörden von 1997 und 1998³⁷ wurde Bezug genommen.

[29] Die Betr. antwortete mit Schreiben vom 20. August 2002.³⁸ Sie meinte, bei der Wasserversorgung handele es sich nicht um eine wirtschaftliche Betätigung, sondern um die Wahrnehmung einer Pflichtaufgabe der Kommune. Das Vergleichsmarktprinzip des Kartellrechts finde nur „eingeschränkt Anwendung“. Es habe spätestens dort seine Grenze, wo „das Kostendeckungsprinzip zu Lasten des Versorgungsunternehmens durchbrochen wird“. Im Übrigen sei der von der Kartellbehörde gewählte Ansatz nicht nachvollziehbar. Zwar stehe ihr bei der Auswahl der Vergleichsunternehmen ein weites Auswahlermessen

³⁶ Im Folgenden als „LKB I“ (Landeskartellbehörde I) bezeichnet.

³⁷ Kartellreferenten des Bundes und der Länder, Entschlüsse vom 18. September 1997 und 2. Oktober 1998, abgedruckt bei *Hempell/Franke*, Recht der Energie- und Wasserversorgung, Band 3, Materialien, Nr. 1.2.2.

³⁸ Bezeichnet als Erwidierungsschriftsatz I = **ES I**.

zu. Sie „sollte“ jedoch auf Unternehmen mit im Wesentlichen ähnlicher Beschaffungs-, Erzeugungs- und Vertriebssituation abstellen.³⁹

- [30] Neben „spezifischen Richtungskosten für Wasserwerke“ sowie „Fortleitungskosten des Trinkwassers“ und Umweltschutzauflagen seien u. a. die Verbrauchsdichte des Versorgungsgebietes sowie „Länge und Verlegungskosten von Leitungen“ zu berücksichtigen. Gleichartige Unternehmen müssten eine „ähnliche Größe, Struktur und Marktfunktion“ haben. Es obliege der Kartellbehörde dies vorzutragen und nachzuweisen; daran fehle es bisher. Erst danach sehe sich die Betr. in der Situation, ihre Preise zu rechtfertigen.
- [31] Unter anderem im Hinblick auf dieses Vorbringen der Betr. erhob die Kartellbehörde in den Folgejahren bei zahlreichen deutschen Wasserversorgern umfangreiche Daten. Auf dieser Basis konnten in drei Kartellverfahren gegen andere hessische Wasserversorger nach langen Verhandlungen Wasserpreisreduzierungen um bis 20% erzielt werden.⁴⁰
- [32] Eine Vorgängerversion des aktuellen Fragebogens der Kartellbehörde wurde der Betr. im Jahre 2004 übersandt.⁴¹ Sie diente der Vorbereitung eines Gespräches mit der Geschäftsleitung der Betr. am 7. Oktober 2004, 15:00 Uhr in Kassel. Dabei konnte Einvernehmen darüber erzielt werden, dass die abgefragten Daten in Verbindung mit den errechneten Kennwerten ein zutreffendes Bild der Wasserversorgungsstruktur der Betr. ergeben. Wesentliche Erweiterungen oder Veränderungen des Fragebogens wurden von der Betr. ausdrücklich nicht gewünscht. Trotzdem war die Betr. nicht bereit, die erbetenen Angaben zu machen; dies konnte zunächst auf sich beruhen, da die Kartellbehörde noch bis vor kurzem schwerpunktmäßig andere Verfahren vorangetrieben hat.
- [33] Ein weiteres Gespräch, das für den 18. August 2005 angesetzt war, wurde von der Betr. abgesagt. Vorher hatte sie bereits eine veränderte Fragebogen-Version mit der Bitte erhalten, fehlende Daten zu ergänzen und vorhandene Informationen zu überprüfen.⁴² Da dies trotz langen Zuwartens nicht geschah, forderte die Landeskartellbehörde die Informationen mit Schreiben vom 31. Oktober 2006 erneut an.⁴³ Erneut erhielt die Betr. Gelegenheit, rechtfertigende Umstände vorzutragen und zu belegen. Gleichzeitig übersandte die Behörde die aktuellen Preise relevanter Vergleichsunternehmen.

³⁹ ES I, S. 2

⁴⁰ Presseinformation des Hess. Wirtschaftsministeriums vom 11. Oktober 2007 – Stadtwerke Gelnhausen u.a.

⁴¹ E-Mail vom 23. Sept. 2004, im Folgenden als „LKB II“ (Landeskartellbehörde II) bezeichnet.

⁴² Übersandt mit E-Mail vom 9. August 2005, im Folgenden „LKB III“ (Landeskartellbehörde III) benannt.

⁴³ „LKB IV“ (Landeskartellbehörde IV),

- [34] Die Betr. teilte am 21. November 2006⁴⁴ mit, sie sehe keine Auskunftspflicht, da kein „formelles Kartellverfahren“ durchgeführt werde; Vergleichsunternehmen seien von der Kartellbehörde nicht benannt worden. Auch sei sie nach wie vor nicht zur Rechtfertigung ihrer Preise verpflichtet. Unabhängig davon sah sie den vorgelegten Fragebogen als ungeeignet an. Es bedürfe weitgehender „Normierungen und Definitionen“, bevor überhaupt von Vergleichbarkeit gesprochen werden könne.
- [35] Daraufhin stellte die Kartellbehörde der Betr. ein Schreiben mit Datum vom 7. Dezember 2006 zu, das auflistete, welche Informationen und Unterlagen die Betr. vorzulegen hat und in welcher Form dies geschehen soll.⁴⁵ Die vollständigen Wirtschaftsprüfer-Berichte der Jahre 1998 bis 2005 sowie verschiedene Kostenkennzahlen waren vorzulegen. Rechtsgrundlagen und Ermittlungskonzept wurden detailliert dargestellt. In Anl. 2 wurden umfangreiche Daten von dreizehn Vergleichsunternehmen benannt, darunter der Wasserversorger in xxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxx und xxxxxxxxxxx; diese bezieht die Kartellbehörde auch weiterhin in das Verfahren ein.
- [36] Mit Schreiben vom 29. Dezember 2006 wies die Betr. dieses „Ausforschungsverlangen“ zurück.⁴⁶ Die von der Kartellbehörde bisher genannten Vergleichsunternehmen seien „schon allein aufgrund ihrer Größe“ nicht mit der Betr. vergleichbar. WP-Berichte wurden nicht eingesandt. Stattdessen erwähnte die Betr. ein „Wasserbewirtschaftungskonzept“, das bisher der Kartellbehörde noch nicht zugeleitet wurde. Der – teilweise – ausgefüllte Fragebogen ging am 16. Februar 2007 ein.
- [37] In einem Begleitschreiben⁴⁷ führte die Betr. u.a. aus, dass sie nicht alle Fragen beantwortet habe, weil ihr dies entweder nicht möglich sei oder sie keinen Anlass für eine Beantwortung sehe. Da die Kartellbehörde noch immer keine Vergleichsversorger benannt habe, habe die Betr. eine besondere Erschwernis ihrer Versorgung nicht nachzuweisen. Gleichzeitig benannte sie – z. T. erneut – Topografie, Höhenlage, Beschaffungssituation und ungünstige Bodenverhältnisse (Basaltgestein) als strukturelle Nachteile ihres Versorgungsgebietes. Prüffähige Kosten- und Einzelangaben fehlten.
- [38] Aufgrund anderer laufender Verfahren konnte erst mit Datum vom 23. Oktober 2007 ein letztes erläuterndes Schriftstück an die Betr. versandt werden.⁴⁸ Darin wurde mit Fristsetzung bis zum 15. November 2007 auch darum gebeten, die Umsätze im Bereich HuK-

⁴⁴ ES II.

⁴⁵ LKB V.

⁴⁶ ES III.

⁴⁷ ES IV, vom 15. Februar 2007.

⁴⁸ LKB VI.

sowie Sondervertragskunden anzugeben, um korrekt zugunsten der Betr. rechnen zu können. Ohne die Kosten der Wasserbeschaffung sowie der Wasserverteilung, so erläuterte die Kartellbehörde, seien die von der Betr. geltend gemachten Unterschiede nicht prüffähig. Darüber hinaus fragte die Kartellbehörde nach Einzelheiten im Zusammenhang mit der Straßenwiederherstellung, der Erneuerung von Hausanschlüssen, der Löschwasserversorgung und der Preisstellung der Betr.

[39] Die Betr. beantragte Fristverlängerung,⁴⁹ bestritt aber gleichzeitig ihre Auskunftspflicht. Nach wie vor habe die Kartellbehörde einen konkreten Anfangsverdacht missbräuchlicher Preisbildung nicht geäußert; gleichartige Versorgungsunternehmen seien von der Kartellbehörde nicht benannt worden, obwohl sie von der Betr. dazu seit fünf Jahren aufgefordert werde. Stattdessen solle die Kartellbehörde eine rechtsmittelfähige Verfügung erlassen; unabhängig von dem Vorstehenden wurde auf Druckzonen, Höhendifferenzen, lange Transportleitungen und felsigen Untergrund verwiesen. Konkrete und prüfbare Informationen fehlten.

[40] Mit Schreiben vom 10. Dezember 2007 hörte die Kartellbehörde die Betr. umfassend an.⁵⁰ Es wurde darauf hingewiesen, dass seit dem Jahre 2002 ein Kartellverfahren geführt wird, anders, als die Betr. meinte. Sodann stellte die Kartellbehörde ausführlich das Vorgehen dar, vor allem die Anforderungen an die Preisrechtfertigung. Dies bezog sich auf alle Gesichtspunkte, die das Unternehmen bisher verbal benannt hatte, oder die sonst erkennbar waren. Zur Äußerung erhielt die Betr. Zeit bis zum 11. Januar 2008.

[41] Die Betr. reichte unter dem 19. Dezember 2007 einen Konzessionsvertrag Wasser mit der Stadt Vellmar ein. Dieser datierte vom 25. / 28. Juni 1996. Dazu führte die Betr. aus:

„Im Zusammenhang mit dem ... Wasserkartellverfahren sind wir darauf hingewiesen worden, dass nach Unterlagen des Landeskartellamtes der Konzessionsvertrag mit der Gemeinde Vellmar nicht angemeldet sei. Wir haben unsere Unterlagen durchgesehen und konnten lediglich feststellen, dass am 09.07.1996 die zuständige Abteilung intern angewiesen wurde, den Vertrag beim Kartellamt anzumelden. Ob dies – wie angewiesen – tatsächlich erfolgt ist, konnten wir anhand unserer Unterlagen leider nicht mehr nachvollziehen. Rein vorsorglich senden wir Ihnen daher – möglicherweise noch einmal – den Konzessionsvertrag mit der Stadt Vellmar mit der Bitte um Registrierung. ...“

[42] Auf Antrag der Betroffenenvertreter vom 19. Dezember 2007 gewährte die Kartellbehörde Fristverlängerung bis zum 7. Februar 2008 sowie am 7. Januar 2008 Akteneinsicht. Am 7. Februar um 21:08 erreichte die Kartellbehörde die Stellungnahme der Betr. vom selben

⁴⁹ ES V, 15. November 2007.

⁵⁰ LKB VII.

Tage.⁵¹ Darin ließ die Betr. in einem einleitenden Kapitel umfangreich ihre Wasserversorgung darstellen. Sie wies die Auswahl der Vergleichsunternehmen durch die Kartellbehörde als „konzeptionell und inhaltlich falsch“ zurück. Wegen großer Strukturunterschiede in Beschaffung, Erzeugung und Verteilung sei die Entscheidung der Behörde unrichtig. Dazu trügen politische Wasserpreise und falsch gewählte Strukturelemente bei. Die Anforderungen, die die Kartellbehörde an die Rechtfertigung höherer Wasserpreise stelle, seien unzulässig und überzogen.

- [43] Zugleich erforderten es die in Kassel sehr hohen Wassergewinnungskosten, die Baukosten, Verteilungs- und Speichermaßnahmen sowie die Einbeziehung der Konzessionsabgabe, das Verfahren einzustellen. Die Berechnung eines Zu- und Abschlages im Hinblick auf den Metermengenwert sei ebenso rechtswidrig wie die beabsichtigte rückwirkende Feststellung der Missbräuchlichkeit. Die Betr. legte 10 Blatt eines „Netzkonzeptes Wasser“ (Anl. 1) sowie „Erläuterungen zu den Kennziffern der Kartellbehörde“ samt einigen Diagrammen vor (Anl. 2). Weitere Unterlagen, etwa der vollständig ausgefüllte Fragebogen der Kartellbehörde, Wirtschaftsprüferberichte, der Spartenbericht Wasser oder Benchmarking-Analysen fehlten.
- [44] Mit Schreiben vom 7.⁵² sowie 15. Februar 2008 stellte die Kartellbehörde der Betr. weitere Unterlagen und Informationen zur Verfügung, erklärte deren Bedeutung im Verfahren und räumte insoweit eine Äußerungsfrist bis zum 29. Februar 2008 ein. Dabei ging es im Wesentlichen darum, die Zahlen des Jahres 2005 durch die mittlerweile vorliegenden Daten des Jahres 2006 zu ersetzen.
- [45] In einem ergänzenden anwaltlichen Schreiben vom 18. Februar 2008⁵³ hat sich die Betr. darauf berufen, die Nachtragsanhörungen durch die Kartellbehörde seien für das Verfahren nicht förderlich; dadurch werde „eine sachgerechte Verteidigung“ behindert. Zudem seien die Verteidigungsrechte der Betr. durch eine „unzureichende Gewährung der Akteneinsicht“ verletzt. Es seien nicht alle Unterlagen vorgelegt worden, die „mit dem Verfahren in Verbindung stehen und für eine etwaige Entscheidung von Bedeutung sein können“. Dieses Monitum bezog sich auf Schwärzungen wegen Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sowie „die vollständige Korrespondenz“. Vielfach fehlten die Begleitschreiben der Fragebögen, ließ die Betr. vortragen.

⁵¹ AS I (Anwaltsschriftsatz).

⁵² LKB VIII.

⁵³ AS II.

- [46] Die anwaltlichen Vertreter der Betr. beantragten deshalb „nochmals Akteneinsicht in die vollständige Verfahrensakte, d.h. die Akte, die dem OLG Frankfurt vorgelegt werden wird“. Man werde nichtsdestotrotz innerhalb der gesetzten Frist bis zum 29. Februar 2008 antworten. Die erbetene Akteneinsicht wurde durch Übersendung von Kopien am 27. Februar 2008 gewährt; mit der Zuleitung von Kopien zur Akteneinsicht hatte sich die Betr. bereits am 19. Dezember 2007 einverstanden erklärt. Zuletzt äußerte die Betr. mit Anwaltschriftsatz vom 29. Februar 2008,⁵⁴ dass die Daten, die von der Kartellbehörde erbeten wurden, bundesweit von keinem einzigen Wasserversorgungsunternehmen vorlägen.

⁵⁴ AS III.

B. Gründe

[47] Die Betr. missbraucht durch das Fordern ungünstigerer Wasserpreise als vergleichbare Versorgungsunternehmen mangels abweichender preisrechtfertigender Umstände die Stellung, die sie durch die Freistellung ihrer Konzessionsverträge nach § 103 Abs. 1 GWB erlangt hat (§ 103 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 Nr. 2 GWB alte Fassung (a.F.);⁵⁵ 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. Januar 2006 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 Verfügung (5.) gliedern. Zur besseren Übersicht wird im Anhang eine Gliederung beigegeben.

1. Zuständigkeit und Beteiligungen

[48] Die Landeskartellbehörde ist die örtlich zuständige Kartellbehörde zur Durchführung des vorliegenden Kartellverfahrens nach § 54 GWB,⁵⁶ 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 Hessen.⁵⁷ Das Bundeskartellamt ist verfahrensbeteiligt (§ 54 Abs. 3 GWB). Fachaufsichtsbehörde nach § 103 Abs. 4 GWB a.F. ist das Hess. Ministerium für Umwelt, ländlichen Raum und Verbraucherschutz, das das Benehmen hergestellt hat.

⁵⁵ Fassung vom 20. Februar 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.

⁵⁶ In der ab 1. Juli 2005 geltenden Fassung.

⁵⁷ § 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.

2. Gleichartige Unternehmen

2.1. Betr. ist gleichartig

[49] Die Betr. ist in ihrem Versorgungsgebiet gegenüber allen Kunden, die Trinkwasser beziehen und gebrauchen, insbes. den Haushalts- und Kleingewerbekunden (HuK), Alleinanbieter. Ihre Stellung auf dieser Marktstufe ist durch die ausschließlichen Konzessionsverträge mit Kassel und Vellmar nach § 103 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GWB a.F. abgesichert. Sie ist daher Normadressatin des § 103 Abs. 5 GWB a.F (dazu 2.2) und als solche mit den von der Kartellbehörde benannten Wasserversorgungsunternehmen vergleichbar. Bei der Auswahl der Vergleichsunternehmen (2.3) wurden – über das kartellrechtlich Gebotene hinaus – neben der Versorgungsdichte (2.3.3) auch nutzbare Abgabe, Abgabestruktur und die Zahl der versorgten Einwohner (2.3.4) berücksichtigt. Belangreiche Abweichungen haben sich dabei nicht gezeigt (2.3.5); die Beschaffungssituation ist nicht einbezogen worden (2.3.6).

[50] Die Betr. trägt zwar vor, dass der Missbrauch der Freistellung des Konzessionsvertrages im Sinne von § 103 Abs. 5 GWB a.F. von vornherein ausscheide.⁵⁸ Ein Zusammenhang zwischen dem Vertrag und den Wasserpreisen der Betr. bestehe nicht. Dies sei aber Voraussetzung für die Kartellkontrolle nach § 103 Abs. 5 GWB a.F. Dabei verkennt sie, dass ein Missbrauch der besonderen Stellung des Versorgungsunternehmens unwiderleglich vermutet wird, wenn ein Versorgungsunternehmen ungünstigere Preise fordert als gleichartige Versorgungsunternehmen, ohne dass diese Preisunterschiede gerechtfertigt sind. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat folgerichtig immer wieder klargestellt, dass für die Anwendbarkeit der Missbrauchsaufsicht das Vorliegen eines wettbewerbsausschließenden Konzessions- oder Demarkationsvertrages nach § 103 Abs. 1 GWB a.F. genügt.⁵⁹ Alle Voraussetzungen des § 103 Abs. 5 Abs. 2 Nr. 2 GWB a.F. liegen vor.

2.2. Kartellrechtliche Anforderungen

2.2.1. Grundsatz

[51] 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. Das Merkmal der Gleichartigkeit hat, um

⁵⁸ AS I, Rz. 64 f., S. 20.

⁵⁹ KG, Beschluss vom 15. Januar 1997, Kart 25/95, WuW/E OLG 5926, „Spreegas“; BGH, Beschluss vom 6. Mai 1997, KVR 9/96, WuW/E BGH 3140, 3144, WuW 1997, 724, 728 „Gaspreis“; Reif in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Kartellrecht, a. a. O., GWB § 131 RdNr. 64 – erscheint demnächst.

marktbeherrschende Unternehmen wirksam kontrollieren zu können,⁶⁰ nur die Funktion einer groben Sichtung aus dem Blickwinkel der Abnehmer.⁶¹ Daher reicht es aus, wenn die Unternehmen jeweils dieselbe unternehmerische Tätigkeit ausüben und ihre wirtschaftliche Funktion übereinstimmt.⁶² Das ist im vorliegenden Fall die Belieferung von letztverbrauchenden Haushalts- und Kleingewerbekunden mit Trinkwasser des täglichen unverzichtbaren Bedarfs als Massengeschäft. Diese Anforderungen erfüllen alle Vergleichsunternehmen.

- [52] Die Betr. fordert demgegenüber die Berücksichtigung zahlreicher Strukturmerkmale samt umfassender Kostendaten,⁶³ wozu sie unter anderem die „Topologie, Topografie und Hydrogeografie“⁶⁴ des Versorgungsgebietes Kassel zählt. Zudem müsse die Kartellbehörde die Versorgungssicherheit ebenso prüfen wie „Überkapazitäten, einzelne Baumaßnahmen, die Ausschreibungspraxis, die Finanzierungsmöglichkeiten und realistische Optimierungen“.⁶⁵ Damit überdehnt sie die gesetzlichen Anforderungen weit. Deren Maßstäbe sind der Rechtsprechung zur Missbrauchskontrolle von Energiepreisen (dargestellt unter 2.2.2) zu entnehmen, die auf die Wasserpreiskontrolle übertragen werden kann (dazu 2.2.3); gemessen an diesen Grundsätzen, kann die Auffassung der Betr. keinen Bestand haben (2.2.4).

2.2.2. Energiebereich

- [53] Die Gerichte haben sich mit dem Tatbestandsmerkmal der Gleichartigkeit bislang insbesondere im Energiebereich befasst. Nach Auffassung des BGH hat das Merkmal der Gleichartigkeit die Funktion einer groben Sichtung der als Vergleichsunternehmen in Betracht zu ziehenden Versorgungsunternehmen. Bei gleichartiger Vertriebsstufe soll es ausreichen, dass keine wesentlichen Unterschiede vorliegen. Wörtlich führt der BGH aus⁶⁶ (Hervorhebungen durch LKB):

„Gleichartigkeit ist ... jedenfalls dann anzunehmen, wenn hinsichtlich der Stromerzeugung oder -beschaffung bei den verglichenen Versorgungsunternehmen **keine wesentlichen Unterschiede** vorliegen, die aus Sicht der Abnehmer gemäß der Zielsetzung einer möglichst sicheren und preiswürdigen Versorgung von vornherein eine deutlich unterschiedliche Beurteilung der Preisgestaltung rechtfertigen.“

⁶⁰ Vgl. die Gesetzesbegründung, BTDRs. 8/2136, S. 33 f.

⁶¹ ebenso *Fabry / Messmer*, ZfK, September 2007, S. 17.

⁶² 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.

⁶³ AS I, Rz. 68 bis 205, S. 21 bis 62.

⁶⁴ AS I, Rz. 51 ff., S. 17.

⁶⁵ So ausdrücklich AS I, Rz. 49 bis 56, S. 16 bis 18.

⁶⁶ *BGH*, Beschluss vom 21. Februar 1995, KVR 4/94, WuW/E BGH 2967, 2972, WuW 1995, 501, 506, „Strompreis Schwäbisch Hall“; BGH-Bezeichnung: „Weiterverteiler“.

[54] Im konkreten Fall hatte der BGH nicht nur ein Stadtwerk mit einem erheblich größeren Regionalversorgungsunternehmen, sondern auch eine erheblich unterschiedliche Beschaffungssituation (Fremdbezug bei dem Stadtwerk und Eigengewinnung bei dem Regionalunternehmen) für vergleichbar gehalten. Nach Auffassung des BGH kommt es nicht auf die Gleichartigkeit der Gesamttätigkeit an, sondern auf die jeweilige unternehmerische Tätigkeit gegenüber den Abnehmern.

[55] Strukturelle Gegebenheiten eines Versorgungsgebietes sind bei der Prüfung der Gleichartigkeit nicht zu berücksichtigen. Vielmehr spielen diese nur auf der Ebene der Rechtfertigung eine Rolle. Der BGH führt hierzu in der Grundsatzentscheidung „Weiterverteiler“, die 1995 erging, wörtlich aus⁶⁷ (Hervorhebungen durch LKB):

„Unterschiede der **Struktur** der jeweiligen Versorgungsgebiete sind – entgegen der Ansicht der Betr. – bei der Beurteilung der Gleichartigkeit ohne Bedeutung; sie können nur als „abweichende Umstände“ bei der Frage der Rechtfertigung ungünstigerer Preise oder Geschäftsbedingungen berücksichtigungsfähig sein (vgl. Möschel, a.a.O. RdNr. 1043).“

Der BGH hat diese Rechtsprechung in der Zwischenzeit fortgeführt. Er hat bekräftigt, dass es für die Vergleichbarkeit von Versorgungsunternehmen unerheblich ist, ob die verglichenen Unternehmen verschiedene Größen aufweisen oder in andersartig strukturierten Gebieten tätig sind.⁶⁸

[56] Dies findet seine Rechtfertigung auch darin, dass § 103 Abs. 5 GWB a. F. mit dem ausdrücklichen Ziel geschaffen wurde, die Missbrauchsaufsicht in den Bereichen Elektrizität, Gas und Wasser zu erleichtern.⁶⁹ Dem trägt der Wortlaut des Gesetzes Rechnung, indem er die Beweislast für (strukturelle) Unterschiede dem betroffenen Unternehmen auferlegt. Dies ist konsequent, denn gerade durch diese Verteilung der Beweislast wird der Zweck des § 103 Abs. 5 GWB a.F. – die Erleichterung der Missbrauchsaufsicht – erreicht. Bei Einbezug zusätzlicher Strukturmerkmale würde diese Beweislast entgegen des Willens des historischen Gesetzgebers, Wortlaut und Zweck des § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB a.F. auf die Kartellbehörde verlagert.

⁶⁷ BGH, Beschluss vom 21. Februar 1995, KVR 4/94, WuW/E BGH 2967, 2973, vor (2), WuW 1995, 501, 507, „Strompreis Schwäbisch Hall“; BGH-Bezeichnung: „Weiterverteiler“, *Reif* in: Münchener Komm. zum Europäischen und Deutschen Kartellrecht, GWB § 131 Rz. 99 ff., erscheint demnächst; *Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkung, Rn. 1045; *Daiber*, WuW 1996, S. 361 ff.

⁶⁸ BGH, Beschluss vom 28. Juni 2005, KVR 17/04, WuW/DE-R 1513, 1517, WuW 2005, 921, „Stadtwerke Mainz“.

⁶⁹ Vgl. *Fuchs/Klaue*, in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2007, § 131 GWB Rz. 35; vgl. auch die Begründung zu Art. 1 Nr. 27 des Regierungsentwurfes, BT-Drs. 8/2136, S. 33.

2.2.3. Übertragbarkeit auf die Wasserwirtschaft

- [57] Die erwähnte Rechtsprechung samt dem Grundgedanken der groben Sichtung ist ohne weiteres auf die Wasserpreiskontrolle zu übertragen. Die Wasser- und die Energiewirtschaft sind insoweit vergleichbar. Auch im Bereich der Wasserwirtschaft ist die von § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB a. F. bezweckte erleichterte Missbrauchsaufsicht zum Schutz der Abnehmer erforderlich. Aus Abnehmersicht stellen sich Energie und Wasser als vergleichbare Handelsgüter dar; beide sind für den täglichen Bedarf der Abnehmer unverzichtbar.
- [58] Sowohl im Bereich der Energie- als auch der Wasserwirtschaft droht dem Abnehmer eine Ausnutzung der erheblichen Machtstellung von Versorgungsunternehmen.⁷⁰ An anderer Stelle hat der BGH dies dadurch unterstrichen, dass er deutlich gemacht hat, dass monopolistischen Preisüberhöhungstendenzen wirksam begegnet werden muss.⁷¹ Somit stimmen die Interpretationen des BGH und der Kartellbehörden⁷² im Wesentlichen überein.⁷³

2.2.4. Ergebnis

- [59] Im Lichte der geschilderten Grundsätze erweist sich die Auffassung der Betr., erhebliche kostenrelevante Strukturunterschiede schlossen den Vergleich der Kartellbehörde aus, als unzutreffend. Gebietsstrukturelle Abweichungen können erst im Rahmen der Preisrechtfertigung (s. dazu umfassend Abschnitt 4) eine Rolle spielen; andernfalls verbliebe dort nur eine Berücksichtigung von individuellen Merkmalen des betroffenen Unternehmens. Diese vermögen eine Preisabweichung aber nicht zu rechtfertigen. Die gesetzlich vorgesehene Prüfungsstaffelung und Beweislastumkehr liefe leer.
- [60] Erst recht verfehlt sind die Überlegungen der Betr., die Kartellbehörde müsse die Versorgungssicherheit ebenso prüfen wie „Überkapazitäten, einzelne Baumaßnahmen, die Ausschreibungspraxis, die Finanzierungsmöglichkeiten und realistische Optimierungen“.⁷⁴ Fragen der Finanzierung oder individueller Unternehmensführung werden in st. Rspr. als betriebsindividuell eingestuft und können (nicht einmal) höhere Preise rechtfertigen. Sie

⁷⁰ Fuchs/Klaue, in: *Immenga/Mestmäcker*, 4. A. 2007, § 131 GWB Rz. 35; Reif, in: Münchener Komm. zum Europ. und Dt. Kartellrecht, GWB § 131 Rz. 102 ff, erscheint demnächst; Daiber, WuW 1996, 361, 367.

⁷¹ BGH, Beschluss vom 22. Juli 1999, KVR 12/98, BGH WuW/E DE-R 375, 378, WuW 1999, 1205, 1208, „Flugpreisspaltung“.

⁷² Niedergelegt in den *Entschlüssen der Kartellreferenten des Bundes und der Länder* vom 18. September 1997 und 2. Oktober 1998, abgedruckt bei *Hempel/Franke*, Recht der Energie- und Wasserversorgung, Band 3, Materialien, Nr. 1.2.2 sowie bei Fuchs/Klaue, in: *Immenga/Mestmäcker*, 2007, § 131 GWB – Anhang –.

⁷³ Reif, in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Kartellrecht, Band 2, München 2007 § 131 Rz. 100, demnächst erscheinend; ders., *Preiskalkulation privater Wasserversorgungsunternehmen*, 2002, S. 333 f.

m.w.N.

⁷⁴ So ausdrücklich AS I, Rz. 49 bis 56, S. 16 bis 18.

sind daher im Rahmen der Vergleichbarkeit, die noch vor der Rechtfertigung zu klären ist, unerheblich.

[61] So hat der BGH schon im Jahre 1972 formuliert⁷⁵ (Hervorhebungen durch LKB):

„[Diejenigen] Kostenfaktoren [sind] nicht zu berücksichtigen, welche auf den **individuellen Eigenheiten** des Versorgungsunternehmens beruhen, dem ein Missbrauch vorgeworfen wird. ... Die Verbraucher brauchen keine Verteuerung der Strompreise hinzunehmen, die ihre Ursache in der individuellen Unternehmensstruktur hat, etwa darin, dass die erforderlichen **Geldmittel** nicht bereitgestellt werden können. Deshalb ist es auch unerheblich, ob ein ... **größeres** Unternehmen ... die Kosten besser verteilen und daher den Strom ... billiger abgeben könnte.“

Zuletzt hat der BGH im Jahre 2005 erneut unter ausdrücklichem Bezug auf die Stromtarif-Rechtsprechung in aller Deutlichkeit klargestellt⁷⁶ (Hervorhebungen durch LKB):

„Das Beschwerdegericht hat ... rechtsfehlerhaft **unternehmensindividuelle Faktoren** zur Ermittlung des Vergleichspreises angesetzt ... Zu den nicht berücksichtigungsfähigen unternehmensindividuellen Faktoren gehören insbesondere die ... **Finanzkraft** und die **Ressourcen**, ferner der Umsatz des Vergleichsunternehmens.“

[62] Auch die Betr. hat – entgegen einer früher von ihr geäußerten Rechtsauffassung⁷⁷ – die Übertragbarkeit der oben zitierten Rechtsprechung auf die Wasserwirtschaft ausdrücklich akzeptiert.⁷⁸ Gleichzeitig verlangt sie aber jetzt entgegen dem Grundkonzept dieser Rechtsprechung statt einer groben Sichtung eine bis in Einzelheiten gehende Feinprüfung von Kosten und tatsächlichen Umständen. Das eine widerspricht dem anderen.

⁷⁵ BGH, Beschluss vom 31. Mai 1972, KVR 2/71, WuW/E BGH 1221, 1224, WuW 1972, 819, 822, „Stromtarif“.

⁷⁶ BGH, Beschluss vom 28. Juni 2005, KVR 17/04, WuW DE-R 1513, 1518, WuW 2005, 917, 922, „Stadtwerke Mainz“.

⁷⁷ ES I, S. 3.

⁷⁸ AS I, Rz. 76, S. 24.

2.3. Auswahlentscheidung

2.3.1. Kartellbehörde

- [63] Über das rechtlich Gebotene hinaus (s.o. 2.2) hat die Kartellbehörde im Rahmen ihres Auswahlermessens zugunsten der Betr. eine Reihe von Strukturgesichtspunkten berücksichtigt,⁷⁹ um die nach einer groben Sichtung verbleibenden gleichartigen Vergleichsunternehmen zu reduzieren.
- [64] Diese Einschränkung der nach Grobsichtung verbleibenden Vergleichsunternehmen ist schon aus Praktikabilitätsgründen sinnvoll. Dadurch wird ausgeschlossen, dass die tatsächlichen Gegebenheiten bei der Betr. und den Vergleichsunternehmen zu weit voneinander abweichen. Dies erleichtert den Verfahrensparteien die Prüfung der Rechtfertigungsgründe. Es wäre wenig sinnvoll, solche Vergleichsunternehmen heranzuziehen, bei denen Preisunterschiede offensichtlich nur auf berücksichtigungsfähige Strukturmerkmale zurückzuführen sind.
- [65] Die Kartellbehörde bezieht insoweit vier Merkmale in ihre Entscheidung ein, die vorrangig den Vertrieb charakterisieren. Dessen Anteil an den Gesamtkosten der Wasserversorgung beträgt bis zu 87%.⁸⁰ Die Investitionen in die Wassergewinnung machen – gleichsam spiegelbildlich – im Schnitt nur bis zu 20% der Gesamtinvestitionen aus.⁸¹ Es handelt sich um die Versorgungsdichte (2.3.3), die nutzbare Wasserabgabe und Abgabestruktur sowie die Zahl der versorgten Einwohner (2.3.4).⁸² Die Abweichungen erweisen sich als nicht erheblich (2.3.5); die Beschaffungssituation wird nicht berücksichtigt (2.3.6); zunächst werden die Auffassung der Kartellbehörde (2.3.1) sowie die Unrichtigkeit der Einschätzung der Betr. erläutert (2.3.2).
- [66] Ferner wird bei der Gruppenbildung im Rahmen der groben Sichtung die wettbewerbliche bzw. kundenschützende Zielrichtung des Gesetzes berücksichtigt und durch die angemessene Größe der Vergleichsgruppe sichergestellt, dass eine ausreichende Zahl günstigerer Unternehmen der Betr. gegenübergestellt wird. Die Kartellbehörde benennt in diesem Falle 19 Vergleichsunternehmen, um zugunsten der Betr. auszuschließen, dass

⁷⁹ ebenso *Soyez/Berg*, WuW 2006, S. 726, 728. Die Verfasser fordern eine „mindestens rudimentäre Berücksichtigung von Strukturmerkmalen“.

⁸⁰ *Mutschmann/Stimmelmayer*, Taschenbuch der Wasserversorgung, 14. Aufl. 2007, S. 787, Abschn. 12.5, hier beispielhaft für „große ländliche Gruppenanlagen“ ausgewiesen.

⁸¹ *Lenchow*, Marktöffnung in der leitungsgebundenen Trinkwasserversorgung, 2006, S. 48 f.

⁸² Ähnlich zur Cluster-Bildung *Hirner / Merkel*, Kennzahlen für Benchmarking in der Wasserversorgung, 2005, S. 43, Abschnitt 5.2.2.

sachlich nicht gerechtfertigte Vergleiche gezogen werden. Eine engere Eingrenzung verbietet sich derzeit, da die Betr. zentrale Kosten- und Strukturdaten bis heute trotz Anforderung durch die Kartellbehörde nicht vorgelegt hat.

- [67] Die Kartellbehörde lässt sich bei der Ausübung ihres Auswahlermessens ferner von der Erkenntnis leiten, dass große Unternehmen wirtschaftlicher arbeiten können. Dieser als „economies of scale“ bezeichnete Effekt ist aufgrund der spezifischen Leistungseigenschaften der Rohrleitungen in der Wasserversorgung besonders ausgeprägt⁸³ und mehrfach belegt.⁸⁴ Ein Vergleich von 33 hessischen Wasserversorgungsunternehmen kommt in Bezug auf die bedeutsame Kapitalkostenstruktur⁸⁵ zu demselben Ergebnis. Zusammenfassend heißt es dort:

„Ein eindeutiger Trend ergibt sich ... bei der Betrachtung der Kapitalkosten. Diese sinken mit zunehmender Unternehmensgröße deutlich von 0,82 €/m³ bei kleinen Unternehmen auf 0,35 €/m³ bei der Gruppe der großen Unternehmen. Dies hat zum einen seine Ursache in dem Effekt der Größendegression, wird aber auch maßgeblich von der Abschreibungs- und Aktivierungspraxis beeinflusst.“

- [68] Nahezu alle Vergleichsunternehmen haben eine geringere Größe als die Betr. und damit tendenziell strukturelle (Kosten-)Nachteile. Davon wird auch im Rahmen des Konzessionsabgabenrechtes ausgegangen. In größeren Städten dürfen bis zu 18% der Roherlöse aus der Tarifikundenversorgung als Konzessionsabgabe ausgeschüttet werden; in kleineren Gemeinden jeweils weniger. Das zeigt, dass nach Auffassung des Verordnungsgebers größere Städte wirtschaftlicher zu versorgen sind als kleinere Kommunen, weswegen erstere eine aus besserer Wirtschaftskraft erwachsende höhere Konzessionsabgabe tragen können.

- [69] Namhafte Vertreter der wasserwirtschaftlichen Interessenverbände, denen auch die Betr. angehört, sehen dieselben Zusammenhänge wie die Kartellbehörde. So hat der Vizepräsident des VKU – Verband kommunaler Unternehmen, Dr. Andreas Schirmer, kürzlich ausgeführt⁸⁶ (Hervorhebungen durch LKB):

⁸³ Leist, Wasserversorgung in Deutschland, 2007, S. 134.

⁸⁴ Artikel „Hohe Qualität der kommunalen Wasser- und Abwasserunternehmen“, Bericht über Benchmarking-Projekt Rheinland-Pfalz, EUWID Wasser/Abwasser, WA Nr. 45 von 7. November 2006, S. 2 Mitte.; *Ministerium für Umwelt, Forsten und Verbraucherschutz* des Landes Rheinland-Pfalz, „Benchmarking Wasserwirtschaft“, Öffentlicher Bericht für das Projektjahr 2005, Oktober 2006, S. 31: „Es ist festzustellen, dass größere Unternehmen einen um rd. 40% geringeren spezifischen Gesamtaufwand haben; 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“; i. Erg. ebenso: *Lenschow*, Liberalisierung, S. 49.

⁸⁵ *Kiesl.* u.a., „Benchmarking Wasserversorgung Hessen ..“, energie / wasser-praxis 7/8 2006, S. 62, 64.

⁸⁶ Herr Dr. *Schirmer* ist Techn. Geschäftsführer der KWL Kommunalen Wasserwerke Leipzig, einem der größten deutschen Wasserlieferanten: „Statement“ zu „Hintergrund „Wasserpreise kommunaler Unternehmen“, 9. Juli 2007.

„Wesentlich für die Wasserpreisbildung .. [sind] .. **Siedlungsstruktur** und **Größe** des **Versorgungsgebietes** sowie Einwohnerdichte ...“ (S. 7 von 10).

„Wasserpreisunterschiede beruhen unter anderem auf ... Reparaturen im Wassernetz, ggf. (!) Netzerneuerung, der Ausfallrate, den Gemeinkosten. ... Je nach **Länge des Leitungsnetzes** schlagen die **Kosten** zu Buche.“

- [70] Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Kartellbehörde mit der Berücksichtigung von Versorgungsdichte, nutzbarer Wasserabgabe, Abgabestruktur sowie der Zahl der versorgten Einwohner zentrale Forderungen auch des Schrifttums⁸⁷ aufgreift; die Betr. hatte zudem selbst ein ähnliches Vorgehen verlangt⁸⁸ (Hervorhebungen durch LKB):

„Gleichartigkeit bedeutet zwar nicht Gleichheit, jedoch Vergleichbarkeit auf Grundlage einer verständigen wirtschaftlichen Betrachtungsweise. Zwar liegt der Kreis der zu berücksichtigenden Unternehmen im Auswahlermessen der Kartellbehörde, doch sollte diese auf Unternehmen abstellen, deren Beschaffungs-, Erzeugungs- und Vertriebsituation im Wesentlichen ähnlich gelagert sind.

Für die Erzeugungssituation sind der Zugang zu den Primärenergien zu berücksichtigen, die spezifischen Richtungskosten für Wasserwerke, **Fortleitungskosten** des Trinkwassers je nach **Entfernung** und Umweltschutzaufgaben. Bei der Vertriebsituation sind **Einwohnerdichte**, **Verbrauchsichte** des Versorgungsgebietes, Durchschnittsverbrauch je Kunde, **Länge** und Verlegungskosten **von Leitungen** zu berücksichtigen.

Wie schon erwähnt, sollten die gleichartigen Unternehmen eine ähnliche Größe, Struktur und Marktfunktion haben.“

- [71] Ferner erkennt die Betr. auch den Grundsatz der „economies of scale“ an. Sie gibt etwa im Rahmen der Diskussion zu Behältergrößen als Strukturelement zu erkennen, dass sie in (spezifisch) größeren Einheiten Vorteile erkennt; nach ihrer Meinung „verursachen wenige große Hochbehälter“ geringere Kosten pro Einheit als viele kleine Speicher.⁸⁹ Dieselbe Überlegung liegt der Auffassung der Betr. für die Wassergewinnung zugrunde:⁹⁰

„Aus den gleichen Anlagen kann [weil bestimmte Mengen neuerdings ungenutzt abfließen müssen] weniger Wasser zur Trinkwasserversorgung ... genutzt werden, bei gleichem Aufwand zum Betreiben der Anlagen.“

2.3.2. Betroffene

- [72] Entgegen diesen Ausführungen will die Betr. – nunmehr – keines der Merkmale Versorgungsdichte, Abgabe, Abgabestruktur und Einwohner als relevant ansehen. Das ist widersprüchlich.

⁸⁷ Soyez/Berg, WuW 2006, S. 726, 728. Die Verfasser fordern eine „mindestens rudimentäre Berücksichtigung von Strukturmerkmalen“ sowie i. E. Schütze, Kanzlei Clifford Chance, Vortrag „Materielle Preismissbrauchsaufsicht über Wasserpreise und Kartellrecht“ aus Anlass des Workshops „Wasserwirtschaft“, Düsseldorf, 14. November 2007, Skript, S. 8, der eine „zumindest grobe Berücksichtigung von Strukturmerkmalen“ für notwendig hält.

⁸⁸ ES I, S. 1 ff.; ES IV, S. 2 von 4, unter Hinweis auf „Größe“ und „Vertriebsfunktion“.

⁸⁹ AS I, Rz. 250, S. 74.

- [73] Die von der Betr. vorgelegten Diagramme im Anhang 2 ihres Anwaltsschriftsatzes vom 7. Februar 2008⁹¹ stützen die Ablehnung ihrer eigenen bis vor kurzem geäußerten Auffassung nicht. Sie will damit Zusammenhänge zwischen singulären Merkmalen und dem Wasserpreis widerlegen, die die Kartellbehörde gar nicht behauptet hat.
- [74] Es kann offen bleiben, ob neben die von der Kartellbehörde benannten Umstände weitere Gesichtspunkte treten, die die Wasserpreisbildung beeinflussen können, so etwa Fragen der Finanzierung, der Abschreibungsrechnung oder der Gemeinkostenverteilung; diese sind der individuellen Unternehmensführung zuzuordnen. Sie spielen weder bei der Frage der Vergleichbarkeit noch im Rahmen der Rechtfertigung kartellrechtlich eine Rolle, weil sie nicht durch die Gebietsstruktur unverrückbar vorgeprägt sind.
- [75] Der Angriff der Betr. gegen die Belastbarkeit der Informationen der Landeskartellbehörde verfährt ebenfalls nicht.⁹² Sie nennt die verwendeten Daten der Vergleichsunternehmen unvollständig, mangelhaft und fehlerbehaftet. Was sie damit meint, ist offen. Die wenigen konkreten Beispiele, die die Betr. nennt, verweisen darauf, dass sie selbst entweder vorgeblich über keine plausiblen Daten verfügt – was die Kartellbehörde als eher unwahrscheinlich ansieht – oder diese Daten bzw. ihre Berechnungslogik nicht nennen will. Das bezieht sich etwa auf alle Kostenangaben, auf Einzelheiten ihres Leitungsnetzes sowie auf Wasserbehälter und Pumpstromwerte. Somit mangelt es an der qualifizierenden Substanz, die alleine eine Prüfung der Argumente ermöglichte.
- [76] Statt des Vorgehens der Kartellbehörde schlägt die Betr. vor, die „Kostentreiber“ des Netzes zu identifizieren; diese erlaubten es eindeutig, zu entscheiden, welche Unternehmen gleichartig seien und welche nicht. Schon im Ausgangspunkt ist diese Auffassung nicht nachvollziehbar. Die Betr. legt die Kosten ihres eigenen Unternehmens nicht offen, vermag also schon die „Kosten“, die von bestimmten Umständen „getrieben“ sein sollen, nicht darzustellen.

⁹⁰ AS I, Rz. 116, S. 37.

⁹¹ AS I.

⁹² AS I, Rz. 57 ff., S. 18 f.

2.3.3. Versorgungsdichte⁹³

2.3.3.1. Kartellbehörde / Gerichte

[77] Die Landeskartellbehörde zieht nur Unternehmen heran, die eine mit der Betr. vergleichbare oder geringere Versorgungsdichte aufweisen. Diese wird durch den Metermengenwert ausgedrückt (MMW). Er gibt an, wie viele Kubikmeter Wasser der jeweilige Wasserversorger insgesamt pro Meter des kompletten Leitungsnetzes einschließlich der Hausanschlussleitungen an seine Kunden liefert.⁹⁴ Dabei weist ein hoher Wert auf günstigere Strukturen hin, die sich regelmäßig deutlich vorteilhaft auf die Kosten eines Unternehmens auswirken.⁹⁵ Dies entspricht auch den Gesetzesmaterialien, die „geringe Abnehmerzahl bei langem Leitungsnetz“ ausdrücklich als ungünstigen strukturellen Umstand nennen, der bei der Ausübung der Missbrauchsaufsicht zu berücksichtigen ist.⁹⁶

[78] Die Gerichte haben ebenfalls die hohe Bedeutung der Versorgungsdichte in Verbindung mit den Leitungslängen für Struktur und Kosten eines Versorgungsgebietes bekräftigt. Dies gilt schon für die Leitentscheidung „Stromtarif“ aus dem Jahre 1972; dort hat der BGH erläutert⁹⁷ (Hervorhebungen durch LKB):

„Weist ein Versorgungsgebiet ungünstige strukturelle Verhältnisse auf, so ... müssen die Verbraucher ... die zur Überwindung erforderlichen Kosten ... hinnehmen. Solche ... Besonderheiten können ... **lange Leitungswege** oder ... die **Zahl** und **Zusammensetzung** der **Abnehmer** [sein].“

An anderer Stelle benennt das Gericht u. a. folgenden Gesichtspunkt⁹⁸ als erheblich:

„...Die Anzahl km Hoch- und Niederspannungs**leitungen je** Million kWh **Abgabe** betrage bei der Betroffenen das 3 ½-fache...“.

[79] Zu denselben Schlüssen kommt das OLG Stuttgart, wenn es formuliert⁹⁹ (Hervorhebungen durch LKB):

„Die Struktur im Versorgungsgebiet [der Stadtwerke Schwäbisch Hall] ist günstiger als im EVS-Gebiet. Bei gleicher durchschnittlicher Stromabgabe an die Kunden ist die **Versorgungsdichte** bei [den Stadtwerken Schwäbisch Hall] höher bzw. der spezifische Netzaufwand je Kunde geringer als im EVS-Gebiet ...“

⁹³ s. Anl. 7.

⁹⁴ s. Anl. 3, Spalten M und N.

⁹⁵ *Rödl & Partner*, BGW/DVGW Hessen: Benchmarking Wasserversorgung Hessen, o.J. [2007], S. 9.

⁹⁶ BTDrs 8/2136 vom 27. Sept. 1978, S. 34 oben links.

⁹⁷ BGH, Beschluss vom 31. Mai 1972, KVR 2/71, WuW/E BGH 1221, 1224, WuW 1972, 819, 822, „Stromtarif“.

⁹⁸ BGH, a.a.O., WuW/E BGH 1225, WuW 1972, 823.

⁹⁹ OLG Stuttgart, Beschluss vom 29. Dez. 1993, 2 Kart 4/93, WuW/E OLG 5231, 5238, WuW 1994, 463, 470.

- [80] Dies hat der BGH mehrfach bekräftigt, zunächst in seinem Beschluss „Stadtwerke Mainz“¹⁰⁰ (Hervorhebungen durch LKB):

„Da ... die **Länge des Leitungsnetzes** ... einen **wesentlichen Faktor für** die Ermittlung der entstehenden **Kosten** ausmacht, ist jedenfalls hier das Vorgehen des Bundeskartellamts, die erzielten Erlöse in eine Beziehung zur Länge des Leitungsnetzes zu setzen, nicht im Ansatz verfehlt, zumal bei diesem auf Mengengewichtungen abstellenden Vorgehen Einsichten in die Struktur des jeweiligen Versorgungsgebiets gewonnen und dabei verborgene Kosten-erhöhungstendenzen eher erkannt werden können.“

„Auch in den von dem BKartA angestellten Vergleich gehen die Preise ... ein... Durch die **Mengengewichtung** entsteht eine breitere Vergleichsgrundlage, die ... im Zusammenhang mit der Bezugsgröße „**Leitungslänge**“, von der u.a. die **Kosten des Netzbetriebs** abhängen, ... eine effektivere Missbrauchskontrolle ermöglichen. ... [nach] den Feststellungen des Beschwerdegerichts [macht] die Länge des Leitungsnetzes ... einen wesentlichen Faktor ... der ... Kosten aus.“

- [81] Dasselbe folgt aus der BGH-Entscheidung „Arealnetz“ aus dem Jahre 2005¹⁰¹ (Hervorhebungen durch LKB):

„Bei den [versorgten] Arealen wird es sich regelmäßig um Gebiete handeln, die sich durch hohe **Versorgungsdichte** und vergleichsweise hohen Energiebedarf auszeichnen und die sich daher positiv auf die Kunden- und Preisstruktur ... auswirken könnten. ... Jeder Wettbewerber wird sich in erster Linie und die lukrativen Kunden (große **Versorgungsdichte**, hoher Energiebedarf) bemühen. ... [Es] ist zutreffend, dass der Betrieb eines Netzes generell teurer werden kann, wenn es vermehrt Inseln innerhalb des Gebietes gibt, die das Netz nicht versorgt ...“

2.3.3.2. Auffassung der Betr.

- [82] Die Betr. sah zunächst gleichfalls einen engen Zusammenhang zwischen Leitungslängen und Kosten. Sie hat dies so formuliert¹⁰² (Hervorhebungen durch LKB):

„Bei der Vertriebssituation sind ... **Verbrauchsdichte** des Versorgungsgebietes, Durchschnittsverbrauch je Kunde, **Länge** und Verlegungskosten **von Leitungen** zu berücksichtigen.“

- [83] Dies bekräftigt sie – inhaltlich – im Schriftsatz vom 7. Februar 2008, indem sie mehrfach der Länge bzw. Dichte des Versorgungsnetzes hohe Bedeutung zumisst. So lässt sie u. a. ausführen¹⁰³ (Hervorhebungen durch LKB):

„Kassel ist über drei Autobahnen, fünf Bundesstraßen ... und den ... Flughafen Kassel-Calden an nationale und internationale Verkehrswege angebunden. Die Infrastruktur in Kassel ist durch einen **besonders dichten Ausbau** geprägt.“

¹⁰⁰ BGH, Beschluss vom 28. Juni 2005, KVR 17/04, WuW DE-R 1513, 1515, 1516 f., WuW 2005, 917, 918, 920 f., „Stadtwerke Mainz“.

¹⁰¹ BGH, Beschluss vom 28. Juni 2005, KVR 27/04, WuW DE-R 1520, 1525 f.; WuW 2005, 924, 929 f., „Arealnetz“.

¹⁰² ES I, S. 1 ff.

¹⁰³ AS I, Rz. 5, S. 5.

[84] Und weiter.¹⁰⁴

„Aus topografischen Gründen ... liegen ... die Hochbehälter ... nicht immer in der Nähe der Verbrauchsschwerpunkte. ... Dieses bedingt **hohe Investitionen für die langen Zuleitungen**... Zudem müssen die Hochbehälter untereinander durch **Leitungen** verbunden ... werden.“

[85] Ergänzend ist auf folg. Ausführungen hinzuweisen, die die Betr. im Hinblick auf anzuerkennende Kosten gemacht hat¹⁰⁵ (Hervorhebungen durch LKB):

„Die Geländestruktur bzw. die Druckzonenanzahl führt bei der SW AG [Betr.] zu erheblichen **Mehrkosten** gegenüber den Vergleichsunternehmen, weil sie, u.a. ... strukturbedingt **längere Hauptversorgungsleitungen** betreiben muss.“

[86] Ferner formuliert die Betr. für die Wassergewinnung¹⁰⁶ (Hervorhebung durch LKB):

„Die Quellwassernutzung liegt in Kassel / Vellmar ... über dem Gesamtdurchschnitt in Deutschland. [Dies] ... stellt besondere Anforderungen an die Wasserwerke. Quellwasser muss hygienisch bedingt ... abgeschlagen [ungenutzt bleiben] werden. ... Aus den **gleichen Anlagen** kann **insgesamt weniger Wasser** zur Trinkwasserversorgung ... genutzt werden, bei **gleichem Aufwand** zum Betreiben der Anlagen.“

[87] Das deckt sich mit Äußerungen in anderen Kartellverfahren; dort formuliert ein vom Missbrauchsvorwurf ebenfalls betroffenes Wasserversorgungsunternehmen beispielsweise (wird bei Nachfrage und Freigabe gerne namhaft gemacht; Hervorhebungen durch LKB):

„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.“

[88] Von dieser Einschätzung ist die Betr. – soweit ersichtlich ohne nähere Begründung – nunmehr abgerückt.¹⁰⁷

„Der Metermengenwert [lässt] keinen Rückschluss auf die Kostenstruktur des Versorgungsnetzes zu. Das liegt zum einen daran, dass der Metermengenwert nur die Länge des Leitungssystems berücksichtigt, nicht aber das relevante Leitungsvolumen. Verteilungsleitungen sind in aller Regel günstiger als größer dimensionierte Hauptleitungen.“

Auch im Übrigen können bei Unternehmen mit einer vergleichbaren Versorgungsdichte ganz erhebliche Unterschiede in der Kostenstruktur bestehen. ... Die möglicherweise höheren Kosten folgen beispielsweise aus der Entwicklungsgeschichte des Gesamtnetzes sowie der Topographie des Versorgungsgebietes. Wasserversorgungsunternehmen, die ein Gebiet in der Tiefebene versorgen, müssen beispielsweise kaum ... Wasserhochbehälter einsetzen ...“

¹⁰⁴ AS I, Rz. 119, S. 38.

¹⁰⁵ AS I, Rz. 234, S. 69 f.

¹⁰⁶ AS I, Rz. 116, S. 37.

¹⁰⁷ AS I, Rz. 93 ff., insbes. 95 f., S. 30 ff.

Die zitierte Auffassung will die Betr. mit einem Schaubild, einer Kostenaufstellung sowie einem Diagramm¹⁰⁸ belegen.

[89] Die revidierte Auffassung der Betr. ist unplausibel; es leuchtet beispielsweise unmittelbar ein, dass ein doppelt so hoher Absatz pro Leitungsmeter sich positiv auf die Kostenstruktur des Versorgungsunternehmens auswirkt. Werden Kapazitäten besser ausgelastet, so verringert dies die Kosten pro Stück, hier pro abgegebenem Kubikmeter; dies trifft um so eher zu, je mehr eine Produktion von Fixkosten gekennzeichnet ist. Letzteres gilt in starkem Maße für die Wasserversorgung. Daher hat sich die Versorgungsdichte als „gute Grundlage für eine sachgerechte Gruppierung“ von Wasserversorgungsunternehmen etabliert.¹⁰⁹

[90] Die Betr. verkennt zudem Grundgedanken der kartellrechtlichen Wasserpreiskontrolle. Beispielhaft kann dies anhand des von der Betr. vorgelegten Schaubildes¹¹⁰ klar gemacht werden. Hierzu trägt die Betr. vor, bei ähnlichem Metermengenwert verlange die bergige Struktur des Versorgungsgebietes 1 deutlich mehr Brunnen, Speicher und Druckhaltungen als das Gebiet des Unternehmens 2. Deshalb fehle die Vergleichbarkeit. Richtig ist das Gegenteil. Folgt man der Betr. in ihrer – i. ü. falschen – Auffassung, dass ein Mehr an Anlagen bei Unternehmen 1 zwangsläufige Kosten verursache, so werden diese dem Versorger 1 von der Kartellbehörde durch einen Abschlag von seinem Wasserpreis gutgeschrieben. Danach ist entweder Gleichpreisigkeit hergestellt, und damit kein Raum mehr für eine kartellrechtliche Verfügung. Die zweite Möglichkeit ist, dass Unternehmen 1 noch immer teurer als Unternehmen 2 ist. In diesem Falle wird eine Kartellverfügung zur Wasserpreissenkung ergehen; so liegt es hier.

[91] Auch die Kostentabelle¹¹¹ der Betr., die belegen soll, dass unterschiedliche Verteilungskosten zwischen den Vergleichsunternehmen deren Vergleichbarkeit bei ähnlicher Versorgungsdichte ausschließen, vermag nicht zu überzeugen. Die Verschiedenheiten können aus verbleibenden Unterschieden im Verhältnis der verglichenen Unternehmen zueinander sowie zur Betr. erwachsen, so etwa bei der Finanzierung, der Abschreibungs-

¹⁰⁸ AS I, Anl. 2, „Spezifische Verteilung- und Speicherkosten in Abhängigkeit der Versorgungsdichte (MMW)“.

¹⁰⁹ *Bodenseewasserversorgung – BWV* -: Artikel „Kennzahlenvergleiche und Benchmarking in der Wasserversorgung“, in : „Wissensdurst“ August 2007, Heft 2, S. 42, 49; ebenso *Ministerium für Umwelt, Forsten und Verbraucherschutz* des Landes Rheinland-Pfalz, „Benchmarking Wasserwirtschaft“, Öffentlicher Bericht für das Projektjahr 2005, Oktober 2006, S. 26 f.: „Die Kennzahl „**Metermengenwert**“ (Hervorhebung dort) ist ein wichtiges Maß für die Versorgungsintensität der Netze. Ein höherer Wert verspricht zumeist Strukturvorteile ...“; ähnlich *Clifford Chance* „Kartellbehördliche Überprüfung von Wasserpreisen“, „Client briefing Juni 2007“, S. 2: „Als Maßstab für die Vergleichbarkeit gelten [zu Recht] insbesondere ... die Größe des Versorgungsgebietes ... und die Wasserabgabe pro Kilometer Leitungslänge. [Unterstreichung LKBW].

¹¹⁰ AS I; Rz. 97, S. 31.

rechnung oder der Gemeinkostenverteilung. Solche Unterschiede wären aber der individuellen Unternehmensführung zuzuordnen und würden weder bei der Vergleichbarkeit noch im Rahmen der Rechtfertigung eine Rolle spielen. Die Betr. hat selbst darauf hingewiesen:¹¹²

„Abhängig vom Alter, den Anschaffungskosten und der Abschreibungsart kann die Kapitalkostenbelastung bei ansonsten identischen Leitungssystemen erheblich voneinander abweichen.“

Entsprechend ist auch die von der Betr. im Anhang beigefügte Grafik nicht geeignet, die Rechtsmeinung der Betr. zu stützen.

- [92] Zudem sind schon die beiden Grundannahmen der Betr. zu bezweifeln. Das gilt für die Meinung, Verteilungsleitungen seien günstiger als Zubringerleitungen. Diese liegen in der Regel in freiem Gelände und können deshalb preiswerter hergestellt werden. Die Fachliteratur belegt das.¹¹³ Der Betr. ist auch darin zu widersprechen, bewegte Topografie erfordere zwangsläufig mehr Wasserspeicher, Pumpanlagen und Druckminderventile.
- [93] Richtig ist vielmehr, dass bergiges Gelände bei günstiger Platzierung der Anlagen zu einem geringeren Aufwand führen kann, nicht etwa zu einem höheren. Errichtet man beispielsweise höher gelegene Speicher an passender Stelle, kann die dadurch erzielte Energie des Wassers zu dessen Verteilung genutzt werden. Das vermindert die Kosten des Pumpbetriebes¹¹⁴ oder macht ihn gänzlich überflüssig. Hiervon abgesehen, nennt die Betr. wesentliche Daten, die die Basis ihrer Annahmen bilden, nicht.
- [94] Schließlich fußt die Argumentation der Betr. auf einem Zirkelschluss. Sie stellt im Verhältnis zu allen Vergleichsunternehmen ihre kompletten „Wasserversorgungskosten“ (Gewinnung und Verteilung) als „kostenrelevante Strukturbedingungen“¹¹⁵ dar. Sie meint offensichtlich, eine Gleichartigkeit zwischen Wasserversorgungsunternehmen könne nur angenommen werden, wenn diese mindestens die gleichen Kosten wie die Betroffene haben. Sie könne nicht zu Preisen gezwungen werden, die ihre Kosten nicht deckten.
- [95] Damit verkennt die Betr., dass unterschiedliche Kosten bei Wasserversorgungsunternehmen nicht nur auf unterschiedliche, nicht beeinflussbare strukturelle Gegebenheiten sondern schlicht auf Ineffizienzen zurückzuführen sein können. Die kartellrechtliche Recht-

¹¹¹ AS I, Rz. 92, S. 29.

¹¹² AS I, Rz. 98, S. 31 f.

¹¹³ *Mutschmann/Stimmelmayer*, Taschenbuch der Wasserversorgung, 14. Aufl. 2007, S. 784, Tab. 12-36: Zubringerleitungen sind stets kostengünstiger als Versorgungsleitungen.

¹¹⁴ *Lenschow*, Marktöffnung in der trinkwassergebundenen Leitungsverorgung, 2006, S. 37.

sprechung und Literatur hat stets betont, dass ein Anspruch auf Kostendeckung solchen ineffizienten Unternehmen zu versagen ist. Denn da auch im Wettbewerb, den die Kartellbehörde nachzubilden hat, kein Schutz vor Verlusten besteht, können Monopolisten einen solchen ebenfalls nicht verlangen.¹¹⁶ Andernfalls wäre das Vergleichsmarktkonzept hinfällig; jedes Wasserversorgungsunternehmen könnte seine Preise durch das Aufblähen seiner Kosten rechtfertigen. Die Frage, ob die unterschiedlichen Kosten auf berücksichtigungsfähigen strukturellen Gegebenheiten oder auf bloßen Ineffizienzen beruhen, ist im Rahmen der Rechtfertigung zu klären.

- [96] Damit ist der Metermengenwert als Versorgungsdichtekennwert für die Ausübung des Auswahlermessens der Landeskartellbehörde heranzuziehen.

2.3.4. Nutzbare Wasserabgabe, Abgabestruktur und versorgte Einwohner

- [97] Für die weiteren von der Landeskartellbehörde herangezogenen und nachfolgend erläuterten Strukturmerkmale gelten die vorstehenden Ausführungen entsprechend. Auch insoweit kann nicht bestritten werden, dass sich eine hohe Abgabemenge in der Wasserversorgung grundsätzlich positiv auf die Kostenstruktur des Unternehmens auswirkt. Zwar mag es sein, dass der Versorger trotz eines hohen Wasserabsatzes hohe Kosten für die Verteilung des Wassers zu tragen hat. Hierbei handelt es sich jedoch um einen Faktor der im Rahmen der Rechtfertigung zu berücksichtigen ist.

- [98] Neben der Versorgungsdichte berücksichtigt die Kartellbehörde auch die Größe des jeweiligen Unternehmens. Dazu ist sie zwar kartellrechtlich – wenn überhaupt – erst bei der Prüfung der Preisrechtfertigung verpflichtet. Der BGH hat dies in mehreren Fällen aus der Stromversorgung klargestellt. Er hat beispielsweise einen Vergleich zwischen den Stadtwerken Mainz und dem um den Faktor 20 größeren Netzgebiet der RWE als unproblematisch angesehen; in einem anderen Fall gab es keine Bedenken dagegen, die – kleinen – Stadtwerke Schwäbisch Hall in Beziehung zu der – damaligen – Energieversorgung Schwaben (EVS) zu setzen (heute Teil der Energie Baden Württemberg EnBW).¹¹⁷

¹¹⁵ AS I, Rz. 136, S. 42 und laufend.

¹¹⁶ *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. 11; *Möschel*, *WuW* 1999, S. 5, 11; *WuW/E LKartB* 269, 275 – Lech-Elektrizitätswerke; *Bundeskartellamt*, Beschluss vom 19. Februar 1997, *WuW/E BKartA* 2875, 2883 – „Flugpreis Berlin“; *BGH*, *WuW/E BGH* 667, 672 – rechtselfische Zementpreise.

¹¹⁷ *BGH*, Beschluss vom 21. Februar 1995, *KVR* 4/94, *WuW/E BGH* 2967, *WuW* 1995, 501, „Strompreis Schwäbisch Hall“; *BGH*-Bezeichnung: „Weiterverteiler“.

[99] Dies unterstreicht die Richtigkeit der Auswahl durch die Kartellbehörde. In den beiden BGH-Verfahren bejahte das Gericht, dass die (ungünstigeren) Versorgungsbedingungen eines erheblich kleineren Unternehmens, das höhere Entgelte verlangte, mit denjenigen des deutlich größeren RWE verglichen werden durften. Hier liegt es umgekehrt: Der Betr. werden die Wasserpreise von kleineren Versorgungsunternehmen mit günstigeren Preisen vorgehalten. Dass darüber hinaus der Vergleich mit den nahezu gleich großen Unternehmen in xxxxxxxxxx und xxxxxxxxxx erst recht zulässig ist, bedarf keiner eigenen Begründung.

[100] Den Größenvergleich stützt die Kartellbehörde auf die nutzbare Wasserabgabe. Die Betr. liefert mehr Wasser aus als alle Vergleichsunternehmen.¹¹⁸ Insofern sind deren Bedingungen für wirtschaftliches Handeln tendenziell ungünstiger, ein Vergleich daher für die Betr. vorteilhaft. Eine Ausnahme bilden lediglich die xxxxxxxxxx mit einem rund andert-halbmal so hohen Absatz. Auch dieser Abstand ist versorgungstechnisch aber nicht so gravierend, dass er einen Vergleich ausschliesse.

[101] Dazu kommt, dass die Abgabestruktur aller betrachteten Unternehmen gut vergleichbar ist.¹¹⁹ Sie versorgen ebenso wie die Betr. vor allem Haushalte und Kleingewerbekunden (HuK). Gleichzeitig bildet ein Vergleich mit denjenigen Preisen, die die Betr. von dieser Kundengruppe verlangt, den Kern des Missbrauchsvorwurfes der Kartellbehörde. Damit erfasst dieses Kartellverfahren den wirtschaftlichen Schwerpunkt der Tätigkeit der Betr. ebenso wie derjenigen der Vergleichsversorger. Bei der Betr. machten die Lieferungen an HuK-Kunden 2005 rund 90% ihres Absatzes aus. Die Vergleichsunternehmen liefern mehr als die Hälfte, die meisten davon sogar deutlich mehr (bis zu 95%, xxxxxxxxxx) ihres Wassers an diese Verbraucher; das reicht für die Vergleichsbetrachtung aus.

[102] Schließlich spricht auch die Zahl der Einwohner, die die jeweiligen Unternehmen mit Wasser beliefern, für die Vergleichbarkeit.¹²⁰ Die Betr. versorgt 213.000 Bürgerinnen und Bürger mit Trinkwasser. Bis auf die xxxxxxxxxx mit rund 310.000 Menschen im Versorgungsgebiet weisen alle anderen Unternehmen niedrigere Versorgungszahlen auf.

¹¹⁸ Diagramm Anl. 8.

¹¹⁹ s. Grafik Anl. 9

¹²⁰ Dazu Grafik Anl. 10

2.3.5. Keine wesentlichen Abweichungen

[103] Entgegen der Meinung der Betr.¹²¹ bestehen bei den von der Kartellbehörde für die Einschränkung der Vergleichsunternehmen berücksichtigten Strukturkennzahlen keine wesentlichen Abweichungen. Der Metermengenwert der Betr. für das Jahr 2005 beträgt 8,3 und für 2006 8,1. Die von der Kartellbehörde ausgewählten Vergleichsunternehmen weisen durchweg eine mit der Betr. vergleichbare städtische Struktur auf.¹²² Die Abweichungen bewegen sich in dem Bereich, der als Grobsichtung nach den kartellrechtlichen Anforderungen akzeptiert werden kann (s.o.). Die Zahlen sind gut belastbar, entsprechen sie doch in aller Regel einem langjährigen Mittel.

[104] Die Landeskartellbehörde legt dabei keinen festen Abweichungsprozentsatz als Kriterium für die Gruppenbildung fest, da sie der im Einzelfall zugänglichen Vergleichsdatenlage durch ggf. gröbere Rasterung Rechnung tragen muss. Eine noch erheblich weiterreichende Bandbreitenbildung als die der Kartellbehörde wählen zudem alle Benchmarking-Untersuchungen, bei denen eine sehr grobe Clusterbildung als angemessene Vorgehensweise beim Vergleich akzeptiert wird. Hier werden sogar Abweichungen von über 100% akzeptiert.¹²³

[105] Auch die höchstrichterliche Rechtsprechung hat – wie gezeigt – in mehreren Grundsatzentscheidungen bedeutsame Größenunterschiede als unerheblich für die Frage der Gleichartigkeit angesehen.¹²⁴

[106] Dass die herangezogenen Strukturkennzahlen keine wesentlichen Abweichungen zeigen unterstreicht das folgende Diagramm für den wichtigen Kennwert Versorgungsdichte. Es unterstreicht, dass die prozentualen Abweichungen deutlich innerhalb der ohne weiteres akzeptablen Bandbreite von 100% liegen:

xxxxxxxxxx

¹²¹ AS I, Rz. 109, S. 34.

¹²² s. Anl. 7.

¹²³ Vgl. *Bodenseewasserversorgung* – BWV -: Artikel „Kennzahlenvergleiche und Benchmarking in der Wasserversorgung“, in: „Wissensdurst“ August 2007, Heft 2, S. 42, 44. Dort wird die Vergleichsgruppenbildung nach jährlicher Wasserabgabe geschildert. Unterschiede innerhalb eines „Clusters“ von über 100% sind möglich, etwa in der Gruppe „Wasserabgabe zwischen 0,5 und 1,5 Mio. m³“ oder in der vierten der größten Gruppe. Diese bemisst sich nach Unternehmen, die „mehr als 2,5 Mio. m³ pro Jahr“ abgeben.

¹²⁴ *BGH*, Beschluss vom 21. Februar 1995, KVR 4/94, WuW/E BGH 2967, WuW 1995, 501, „Strompreis Schwäbisch Hall“; *BGH*-Bezeichnung: „Weiterverteiler“; Vorinstanz *OLG Stuttgart*, Beschluss vom 29. Dez. 1993, 2 Kart 4/93, WuW/E OLG 5231, 5233, WuW 1994, 463, 465.

2.3.6. Gewinnungs- und Erzeugungssituation (Beschaffung)

[107] Umstände der Wasserbeschaffung, insb. deren Kosten, hat die Kartellbehörde bei der Einschränkung der Auswahl der Vergleichsunternehmen nicht berücksichtigt.

[108] Die Betr. will sich nur mit Unternehmen vergleichen lassen, die wie sie ihr Wasser selbst gewinnen. Dies trifft aber auf 15 der 19 Vergleichsunternehmen zu, wie die nachfolgende Tabelle zeigt; diese gewinnen zwischen 84% und 100% ihres Wassers selbst. Insoweit bleibt offen, weshalb die Betr. insoweit die Vergleichbarkeit ablehnen will.

WVU	Anteil Eigengewinnung am gesamten Wasseraufkommen	Beschaffungskosten Cent / nutzbare m ³
XXXXXXXXXX	83%	k. A.
XXXXXXXXXX	92%	k. A.
XXXXXXXXXX	28%	32
XXXXXXXXXX	100%	55
XXXXXXXXXX	99%	11
XXXXXXXXXX	59%	40
XXXXXXXXXX	100%	33
XXXXXXXXXX	34%	22
XXXXXXXXXX	98%	32
XXXXXXXXXX	94%	9
XXXXXXXXXX	100%	44
XXXXXXXXXX	100%	36
XXXXXXXXXX	100%	6
XXXXXXXXXX	100%	k. A.
XXXXXXXXXX	59%	42
XXXXXXXXXX	99%	k. A.
XXXXXXXXXX	100%	14
XXXXXXXXXX	84%	11
XXXXXXXXXX	100%	k. A.
Kassel Städt. Werke AG	100%	k. A.

[109] Vergleichbar sind aber auch diejenigen vier Vergleichsunternehmen, die in geringerem Umfang als die Betr. das benötigte Wasser selbst fördern. Es handelt sich um die Unternehmen in xxxxxxxxxx (28% Eigengewinnung), xxxxxxxxxx (34%) sowie xxxxxxxxxx und xxxxxxxxxx (jeweils 59%). Dies schließt die Vergleichbarkeit mit der Betr. aber nach der Überzeugung der Kartellbehörde nicht aus, wie sogleich darzustellen ist.

[110] Die Betr. argumentiert, fremdbezogenes Trinkwasser sei zwangsläufig günstiger als selbst gewonnenes. Deshalb sei die Herkunft des Wassers ein strukturelles Merkmal, das beachtet werden müsse. Dabei übersieht sie jedoch schon, dass Strukturgründe allenfalls im

Rahmen der Rechtfertigung, nicht aber bei der Prüfung der Vergleichbarkeit eine Rolle spielen.

[111] Zudem verlangen die Schwierigkeiten der Kausalbeziehungen nach dem Gesetzeszweck einer effektiven Missbrauchskontrolle, Abweichungen bei gebietsstrukturellen Verschiedenheiten im Rahmen der Preisrechtfertigung zu prüfen. Weder lassen gleiche Beschaffungskosten einen Rückschluss auf die Art der Wasserbeschaffung zu (eigen / fremd), noch belegen unterschiedliche Kosten verschiedene Beschaffungsarten.

[112] So können die Beschaffungskosten auch bei vollständiger Verschiedenheit der Art der Wasserbeschaffung übereinstimmen. xxxxxxxxxx etwa bezieht zwar rund $\frac{3}{4}$ des benötigten Wassers von der xxxxxxxxxx; gleichzeitig sind die gesamten Beschaffungskosten dort (32 Cent / m³) aber identisch mit denjenigen in xxxxxxxxxx, das sein Wasser vollständig aus eigenen Anlagen fördert. Gleichzeitig gilt: Selbst wenn Unternehmen das abgegebene Wasser vollständig aus eigenen Gewinnungsanlagen fördern, gibt es deutliche Kostenunterschiede. Zur Anschauung wird auf die Diskrepanz zwischen xxxxxxxxxx einerseits (6 Cent / m³) und xxxxxxxxxx andererseits (55 Cent / m³) verwiesen; beide Unternehmen gewinnen ihr Wasser vollständig in eigenen Brunnen. Entsprechendes gilt auch für alle anderen Annahmen, die die Betr. zur Wasserbeschaffung trifft. Ergänzend wird auf die Ausführungen zur Rechtfertigung der Betr. verwiesen.

3. Ungünstigere Preise

[113] Die Betr. fordert derzeit in ihrem Versorgungsgebiet von Haushalts- und Kleingewerbekunden (HuK) ungünstigere Wasserpreise als alle Vergleichsunternehmen. Die bestehenden Preisunterschiede von bis zu 143% in typisierten Abnahmefällen übersteigen erheblich das erforderliche Maß für die Durchführung des Preismissbrauchsverfahrens. Im Anwendungsbereich des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB a.F. (Freistellungsmisbrauch) existiert keine Bagatellgrenze und ist Missbräuchlichkeit nicht erst bei erheblicher Abweichung vom Vergleichspreis anzunehmen.¹²⁵ Alle Vergleichsunternehmen verlangen Baukostenzuschüsse und Hausanschlusskostenbeiträge. Kein Versorger hat in nennenswertem Umfang Landeszuschüsse erhalten. Alle Vergleichslieferer legen ebenso wie die Betr. bei der Belieferung ihrer Kunden die Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (AVBWasserV)¹²⁶ zugrunde und verlangen dementsprechend Wasserpreise statt Wassergebühren.

[114] Die Landeskartellbehörde zieht zum Vergleich zwei typisierte Abnahmefälle¹²⁷ in einem für alle Unternehmen bedeutenden Marktsegment und auf ein Jahr gerechnet heran. Sie beruhen unter anderem auf Typfallrechnungen des Bundesverbandes der Energieabnehmer (VEA). Wie in anderen Kartellverfahren stützt sich der Vergleich auf den Abnahmetypfall 1 („Einfamilienhaus“, 150 m³ Jahresabnahme) und den Fall 2 („Mehrfamilienhaus“, 400 m³ Abnahme, fünf Wohneinheiten). Die Kartellbehörde geht davon aus, dass die Preisdarstellung¹²⁸ beide Typfälle korrekt wiedergibt.

[115] Damit wird auch die Abgabestruktur der Betr. zutreffend abgebildet. Die Betr. ist gehalten, ihre Preise über das ganze Absatzspektrum hinweg verursachungsgerecht zu bilden und unerklärliche Preissprünge zu verhindern. Das gebietet der kartellrechtliche Grundsatz der kostenstrukturgerechten Preisbildung für alle Abnehmergruppen.¹²⁹ Die durchschnittliche Wasserabgabe der Betr. je Hausanschluss betrug im Jahre 2006 xxx Kubikmeter; an HuK-Kunden wurden im Schnitt pro Jahr xxx Kubikmeter je Hausanschluss geliefert.¹³⁰ Diese Werte liegen sehr nahe bei der Mitte zwischen den Typabnahmefällen 1 (150 m³) und 2 (400 m³). Dem hat die Betr. nicht widersprochen.

¹²⁵ 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 – erscheint demnächst –.

¹²⁶ Vom 20. Juni 1980, BGBl. I S. 750.

¹²⁷ A 1.2.4 dieses Schreibens.

¹²⁸ Anl. 1, Zeilen 370 bis 386, entspricht der Anlage zu LKB VI.

¹²⁹ BGH, Beschluss vom 6. Mai 1997, KVR 9/96, WuW/E BGH S. 3140, 3144, WuW 1997, S. 724, 728, - Gaspreis -; vgl. auch OLG München, Beschluss vom 4. März 1996, WuW/E OLG S. 5713, WuW 1997, S. 85-96, - Gaspreis -.

¹³⁰ Anl. 1 Zellen J 273 und J 281.

4. Rechtfertigung

[116] Die Betr. hat „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 Wasserbeschaffung (4.2), Höhenunterschiede und Druckzonen (4.3), Wasser(hoch)behälter (4.4) und Druckzonen, insbes. Druckerhöhungsanlagen sowie Druckminderventile (4.5); dazu kommen Erläuterungen zu ungünstigen Bodenverhältnissen und sonstigen Erschwernissen bei Bau und Betrieb des Wassernetzes (4.6) sowie zur Konzessionsabgabe (4.7). Die sonst praktizierte Schätzung des Ausmaßes des Rechtsmissbrauchs durch Zu- und Abschläge zu den Preisen der Vergleichsunternehmen¹³¹ musste unterbleiben. Die Betr. hat keinerlei belastbares Zahlenmaterial vorgelegt, das dies ermöglichen würde.

4.1. Grundsätze

[117] Höhere Preise können nur durch objektive Strukturnachteile (4.1.1) gerechtfertigt werden. Die Betr. muss alle zu deren Überwindung erforderlichen Maßnahmen und Einrichtungen (4.1.2) sowie deren Notwendigkeit samt wirtschaftlicher Optimierung (4.1.3) nachweisen. Die auf diese Weise verursachten Mehrkosten sind detailliert zu belegen (4.1.4). Vorab ist darauf hinzuweisen, dass Anlagen und Aufwendungen für die Versorgung von Vellmar jeweils nicht zu den anerkennungsfähigen Merkmalen gehören, weil die Betr. dies 1996 freiwillig übernommen hat; das Anlagen- und Mengengerüst ist anteilig aufzubauen.

[118] Die von der Kartellbehörde gestellten Anforderungen wurden mehrfach ausführlich erläutert, beispielsweise 2006¹³² und zuletzt im Dezember 2007.¹³³ Objektive Strukturnachteile, Anlagen und Vorkehrungen, deren Unverzichtbarkeit sowie Mehrkosten hat die Betr. bisher nicht in prüffähiger Form dargestellt bzw. erläutert. Bisher fehlen insbesondere wesentliche Kosten- und Strukturdaten (Fragebogen), Wirtschaftsprüferberichte, die Spartenbilanz Wasser, die Gemeinkostenschlüsselungen usw. Die Betr. hat stattdessen „jede Menge ... ungünstige Rahmenbedingungen“ angekündigt.¹³⁴ Von deren Benennung sieht sie aber ebenso ausdrücklich ab wie davon, auf konkrete Fragen der Kartellbehörde einzugehen.

¹³¹ Vgl. die ausführlichen Erläuterungen in LKB VII, Rz. 84 ff., S. 36 f.

¹³² LKB V, 7. Dez. 2006, – Auskunftersuchen –

¹³³ LKB VII.

¹³⁴ ES V, S. 4 Mitte.

4.1.1. Objektive Strukturnachteile

4.1.1.1. Allgemein

[119] Als objektive Strukturnachteile kommen beispielsweise in Frage Rohwasser, das aufwändig gereinigt werden muss (dazu 4.1.1.2 – Wasserbeschaffung –), ungünstige Bodenverhältnisse, ein besonders langes Leitungsnetz oder erhebliche Höhenunterschiede im Versorgungsgebiet (4.1.1.3 – Wasserverteilung –).¹³⁵ Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass tatsächliche Gegebenheiten von den Verbrauchern hinzunehmen sind, weil sie jedes Versorgungsunternehmen treffen würden, das das jeweilige Gebiet versorgt.¹³⁶ Besonderheiten des betroffenen Unternehmens rechtfertigen dagegen höhere Preise dann nicht, wenn sie Ausdruck individueller Entscheidung sind. Dazu zählen u. a. Rechtsform, Leistungsfähigkeit, Eigenkapitalausstattung und Abschreibungsmodalitäten.

4.1.1.2. Wasserbeschaffung

[120] Für die Wasserbeschaffung genügt es nicht, darauf zu verweisen, dass es „in einigen Versorgungsgebieten Brunnen oder Quellen gibt, die ... die umliegende Versorgungszone vollständig versorgen“.¹³⁷ Dasselbe gilt für den Hinweis der Betr., dass „die Kosten der ortsnahen Wassergewinnung bzw. des ortsnahen Wasserbezugs in den verschiedenen Versorgungsgebieten ganz unterschiedlich ausfallen“.¹³⁸ Ebenfalls unbeachtlich ist der Vortrag der Betr., „durch die Gewinnung aus verschiedenen Ressourcen“ gestalte sich die Wasserversorgung in Kassel „problematisch“.

[121] Inwiefern andere Versorgungsgebiete ungünstigere Bedingungen aufweisen, hat die Betr. ebenso wenig dargelegt. Die unspezifizierte Nennung von „topografischen und hydrogeologischen Abweichungen“ im Kapitel „Vergleich mit den von der Kartellbehörde herangezogenen Wasserlieferern“¹³⁹ reicht dafür nicht aus. Entgegen ihren Ausführungen wäre ihr dies – wenn auch mit gewissem Aufwand – jederzeit möglich. Die geographischen und geologischen Landesaufnahmen liegen in ganz Deutschland ebenso wie diejenige Hessens vor, die die Grundlage der Beschreibung unter A 1.2.1 und A 1.2.3 für Kassel sowie des Folgekapitels 4.2.2 ist.

¹³⁵ *BGH*, Beschluss vom 31. Mai 1972, KVR 2/71, WuW/E BGR 1221, 1225, WuW 1972, 819, 823, „Stromtarif“, ihm folgend Regierungsbegründung, BT Drs. 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.

¹³⁶ *BGH*, „Stromtarif“, S. 1224.

¹³⁷ AS I, Rz. 80, S. 25.

¹³⁸ AS I, Rz. 82f., S. 26 f.

¹³⁹ AS I, Rz. 121 bis Rz. 205, S. 39 bis S. 62.

4.1.1.3. Wasserverteilung

[122] Die Betr. trägt Folgendes vor; damit will sie ungünstige Strukturen in der Wasserverteilung in Kassel nachweisen, die zahlreiche Druckzonen mit vielfältigen und anspruchsvollen technischen Einrichtungen erforderten¹⁴⁰ (Hervorhebungen durch LKB):

„Die Stadt liegt im sogenannten Kasseler Becken, das im geomorphologischen Sinn kein Becken ist sondern ein weit ausgedehnter, **stark zerklüfteter** Talkessel. ... **Das** (Originalzitat) **„Kasseler Talkessel“ ist selbst durch eine Vielzahl von Erhebungen gekennzeichnet. Dadurch bestehen im Versorgungsgebiet der SW AG Höhenunterschiede von 479 m, die mehrfach in unterschiedlichem Ausmaß überwunden werden müssen.**“

Kassel ist über drei Autobahnen, fünf Bundesstraßen ... und den ... Flughafen Kassel-Calden an nationale und internationale Verkehrswege angebunden. **Die Infrastruktur in Kassel ist durch einen besonders dichten Ausbau geprägt.**“

Die Betr. zitiert aus der freien Enzyklopädie Wikipedia,¹⁴¹ ohne dies anzugeben. Darüber hinaus hat sie die fett gedruckten Passagen ergänzt, ohne dass ersichtlich ist, worauf sich dies stützt. Ihre Ansicht, das Stadtgebiet sei stark und flächenhaft zerklüftet, findet schließlich in der Fachliteratur¹⁴² keine Stütze.

[123] Die Betr. meint weiter, einen Höhenunterschied von xxx m mehrfach überwinden zu müssen. Daraus will sie die Notwendigkeit zahlreicher Wasserhochbehälter, von Druckzonen samt Druckerhöhungsanlagen und Druckminderventilen ableiten.¹⁴³ Zwischen den Entnahmeknoten und dem Versorgungsgebiet müsse das Wasser mehrfach über Berge bzw. durch Täler geleitet werden.¹⁴⁴

[124] Diese Behauptung hat sich bei Überprüfung durch die Kartellbehörde nicht bestätigt. Die Höhendifferenz gibt den Unterschied zwischen der höchsten und der tiefsten mit dem Leitungsnetz erreichten Stelle des Versorgungsgebietes an. Nach den vorgelegten Karten liegt der Tiefpunkt der Versorgung in Kassel im Fuldata bei xxx m ü NN; der höchste Punkt wird auf xxx m ü NN durch den Aussichtsturm und das Wirtshaus „Hohes Gras“ markiert. Der Schwerpunkt der Versorgung liegt aber zwischen Höhenmetern mit deutlich geringerem Abstand.

[125] Entsprechend müssten die Versorgungsanstrengungen hinsichtlich der Versorgungsschwerpunkte charakterisiert werden. Die von der Betr. übersandten Karten genügen für die hierfür notwendigen nachprüfbaren Darlegungen nicht. Dazu kommt, dass sich bei

¹⁴⁰ AS I, Rz. 5, S. 5.

¹⁴¹ wikipedia.org/wiki/Kassel, S. 2 und 3 von 18.

¹⁴² Vgl. näher unter A 1.2.1.

¹⁴³ AS I, z. B. Rz. 12 f. S 7.

¹⁴⁴ Anl. 1 Zeile 210.

hoch gelegenen Quellen bzw. Behältern eine erhebliche Höhendifferenz als günstig erweisen kann, weil die tiefer liegenden Wohnbereiche dadurch kostengünstig unter Einsparung von Pumpaufwand versorgt werden können. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass das Versorgungsgebiet der Betr. in energetischer Hinsicht günstig strukturiert ist, weil das Quellwasser in den Gewinnungsgebieten im Habichtswald sowie im Niestetal ohne Einsatz von Pumpenenergie gesammelt und verteilt wird. Es fließt in freiem Gefälle in das Versorgungsnetz, und hier vor allem in die Hochbehälter. Dies betrifft derzeit 28% des benötigten Wassers.

[126] Zudem lässt die Geländebeschaffenheit es als fraglich erscheinen, ob Strukturelemente vorliegen, die höhere Kosten begründen können. So liegen höhere Erhebungen wie Dachsberg (270 m ü NN) oder Steimel mit 226,5 m ü NN weitab von jeder Besiedlung, müssen von Versorgungsleitungen also nicht überwunden werden oder sind nicht wesentlich gegenüber der Umgebung erhöht. Auch beträgt in der Innenstadt die durchschnittliche Höhe des Versorgungsgebietes lediglich 166 m ü NN.¹⁴⁵

4.1.2. Anlagennachweis

[127] Liegen ungünstigere Versorgungsverhältnisse als bei den Vergleichsunternehmen vor, so ist darzulegen, welche zusätzlichen oder aufwändigeren konkreten Versorgungseinrichtungen oder Maßnahmen die Überwindung der Nachteile erfordert. Felsiger oder sehr nachgiebiger Untergrund kann beispielsweise teureren Leitungsbau als durchschnittliche Böden verursachen. Zahlreiche Höhenunterschiede machen möglicherweise viele Hochbehälter oder zahlreiche Pumpstationen zur Wasserförderung in höher gelegene Siedlungsgebiete notwendig, können andererseits aber auch die Versorgung erleichtern.

[128] Entsprechende Mehraufwendungen sind prüffähig darzulegen. Dazu bedarf es eines detaillierten Katasters der Brunnen und Quellen, der Wasserwerke, von Pumpstationen, Hochbehältern, Druckminderventilen und Wasserleitungen. In vielfältiger Weise hat die Kartellbehörde näher erläutert, welche Angaben erforderlich sind.

[129] Die Betr. hat diese Nachweisanforderungen nicht erfüllt. Sie beruft sich zwar auf „teuren Leitungsneubau und aufwändige Sanierungen“,¹⁴⁶ nennt aber keine konkreten Baumaßnahmen; dasselbe gilt für das Argument, dass Trümmerschutt zwangsläufig höhere Kosten in Kassel verursachte. Graugussleitungen werden allgemein erwähnt; es fehlen aber die Details. Angaben über Netz und Versorgungseinrichtungen wären der Betr. problem-

¹⁴⁵ wikipedia.org/wiki/Kassel, S. 1 von 18.

¹⁴⁶ Vgl. etwa AS I, Rz. 124, S. 39 f., hier bezogen auf die Stadtwerke in xxxxxxxxxxxx.

los möglich. Sie verfügt über ein umfassendes geografisches Informationssystem (GIS), das alle wichtigen Daten der Leitungen zur Verfügung stellt.¹⁴⁷ Dazu lässt die Betr. selbst ausführen:¹⁴⁸

„Im Zuge der Liberalisierung des Energiemarktes sind Steigerungen der Effizienz und der Effektivität interner Prozesse geboten. ... Die Städtische Werke AG Kassel hat ... den Wechsel auf das Netzinformationssystem PARIS vollzogen ... Die Städtischen Werke beschlossen im Jahre 2000 die Dokumentation ihrer sämtlichen Versorgungsnetze ... mit einem neuen System fortzuführen. ... In einer ersten Stufe stand die Einführung ... mit den Sparten Strom, Gas, Wasser ... an.“

[130] Nicht durchdringen kann die Betr. mit ihrem Bestreben, statt konkreter und prüfbarer Fakten Fragen an die Kartellbehörde zu stellen, die zeigen sollen, dass niemand die erbetenen Unterlagen zuleiten könne. So ist die Betr. der Auffassung, die Zuordnung von Leitungen zur Gewinnung und Verteilung sei nicht definiert.¹⁴⁹ Damit scheint sie auf die sogenannten Zubringerleitungen anzuspielen, die in der Regel die Wasserwerke mit den Hochbehältern oder anderen Elementen des Verteilungsnetzes verbinden, ohne dass daraus Wasser direkt an Kunden abgegeben wird. Diese Verbindungen hat die Betr. in der Vergangenheit problemlos der „Wasserverteilung“ zugeordnet und mit 168 km Länge angegeben.¹⁵⁰ Die Kartellbehörde geht daher gegenwärtig von einer Schutzbehauptung der Betr. aus, die selbst das von den Verbänden entwickelte Regelwerk außer Acht lässt.

¹⁴⁷ ZfK, Juni 2004, kurzer Artikel „SWK zeigt Kassel von unten“.

¹⁴⁸ *Friesen* (Leiter Fachbereich Vermessung und Dokumentation der Städtischen Werke Kassel), *Hau.* „Die Städtischen Werke AG Kassel mit dem Netzinformationssystem PARIS in die Zukunft.“, SHH, ZfK_200405_V1.doc, unter: http://www.zfk.de/zfk/knowhow/pdf_zum_nachlesen/hintergrund0804_17.pdf.

¹⁴⁹ AS I, Rz 58, S. 18

¹⁵⁰ Fragebogen Anl. 1, Zeile 182.

4.1.3. Unverzichtbarkeit / Optimierung

4.1.3.1. Allgemein

[131] Darüber hinaus muss die Betr. für alle von ihr behaupteten Anlagen und Maßnahmen nach § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 a. E. GWB a.F. darlegen und nachweisen, dass sie unverzichtbar sind. Nur dann „beruhen“ diese betrieblichen Umstände sowie die daraus erwachsenden Kosten auf den strukturellen Gegebenheiten des Versorgungsgebiets. Das trifft zu, wenn die Grundsätze rationeller Betriebsführung gewahrt sind; wird dagegen verstoßen, so handelt es sich um Fehlinvestitionen, die höhere Preise nicht rechtfertigen können. Sie sind wie unter Wettbewerbsbedingungen auch vom Unternehmen zu tragen, nicht dagegen von seinen wasserbeziehenden Kunden.

[132] Die Betr. kann in diesem Verfahren daher nur diejenigen Kosten geltend machen, denen effizientes wirtschaftliches Handeln zugrunde liegt. Sie hat nachzuweisen, dass sie sich im Zeitablauf um effiziente Versorgungsstrukturen bemüht hat. Dies setzt voraus, dass sie über ein systematisches und laufend fortgeschriebenes Konzept zur wirtschaftlichen Optimierung (dazu 4.1.3.2) ihrer Versorgungsstrukturen verfügt; dabei ist der Langfristigkeit der Investitionsentscheidungen besonderer Augenmerk zu widmen. Aus Sicht der Kartellbehörde sollten mind. die Jahre 1987 bis 2017 in den Blick genommen werden. Der typische wasserwirtschaftliche Planungszeitraum beträgt je nach Systembestandteil 15 bis 30 Jahre.¹⁵¹

[133] Die Konservierung ungünstiger Gebietsstrukturen ist durch stete Verbesserung der betrieblichen Strukturen zu vermeiden; die Gesetzesbegründung¹⁵² führt dazu aus (Hervorhebungen durch LKB):

„Sind aufgrund eines Vergleiches ... höhere Preise eines Versorgungsunternehmens festgestellt, so kann dieses den Missbrauchsvorwurf durch den Nachweis ausräumen, dass die Abweichung auf Umständen beruht, die ihm nicht zurechenbar sind. [Dabei] ist auch die Berücksichtigung ungünstiger struktureller Gegebenheiten eines Versorgungsgebietes (z.B. **geringe Abnehmerzahl bei langem Leitungsnetz**) möglich. Hierbei ist jedoch besonders darauf zu achten, dass die Berücksichtigung der strukturellen Verhältnisse eines Versorgungsgebietes **nicht** zu einer ungerechtfertigten **Konservierung ungünstiger Gebiets- und Unternehmensstrukturen führt.**“

¹⁵¹ *Mutschmann/Stimmelmayer*, Taschenbuch der Wasserversorgung, 14. Aufl. 2007, S. 39, Abschn. 2.7.2.

¹⁵² So explizit Regierungsbegründung zur 4. Kartellgesetznovelle, BTDRs 8/2136 vom 27. Sept. 1978, S. 33 f.; *Reif* in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Kartellrecht, a.a.O., § 131 RdNr. 117 m.w.N., erscheint demnächst.

Das vom Missbrauchsvorwurf betroffene Unternehmen hat also im Zeitablauf auf die Verbesserung seiner Gebietsstruktur besonderes Augenmerk zu legen, damit die ohnehin bestehende Monopolstruktur nicht weiter zementiert wird.

4.1.3.2. Optimierung / Benchmarking

[134] Ein belastbares Konzept zur wirtschaftlichen Optimierung hat die Betr. nicht vorgelegt. Sie beruft sich zwar auf eine Kurzfassung „Netzkonzept Wasser“.¹⁵³ Dieser Zusammenfassung fehlen freilich – neben einem Netzplan – zahlreiche für eine Nachprüfbarkeit relevante Angaben, so die Zusammenstellung der Netzdaten samt der Jahreskosten und der zugrunde gelegten Annahmen, die betriebswirtschaftlichen Optimierungen sowie Personalkosten, anteilige Gemeinkosten, Kostenzurechnungskonventionen etc. Es bezieht sich zudem lediglich auf einen geringen Prozentsatz der Kosten und der Anlagen der Betr. Das nachfolgend kurz beispielhaft erläuterte Vorbringen der Betr. stellt sich wiederum als Schutzbehauptung. Dies wird besonders dann deutlich, wenn von Einzelmaßnahmen und vorliegenden Details die Rede, die „nach Bedarf“ gerne erläutert werden. Die Betr. verkennt, dass dieser „Bedarf“ mit dem vorliegenden Verfahren eingetreten ist.

[135] Ebenfalls nicht überzeugend ist es, wenn die Betr. auf Verbesserungsprojekte ohne jede Detaillierung hinweist; teilweise legt sie schlichte betriebswirtschaftliche und technische Grunderkenntnisse oder Vorgänge dar, ohne auf konkrete Auswirkungen oder Schlussfolgerungen einzugehen. Zudem bleibt im Vortrag der Betr. unberücksichtigt, dass es sich dabei in aller Regel um reguläre Unternehmensentwicklung im Zuge beispielsweise der Liberalisierung der Energiemärkte handelte, also Entwicklungen, die zahlreiche Unternehmen ohnehin mitgemacht haben.

[136] Die Betr. habe etwa 1996/97 ein „umfassendes Reorganisationsprojekt“ durchgeführt. 2003/2004 sei dasselbe für den Bereich Technik und Vertrieb erfolgt.¹⁵⁴ Folge sei „eine spartenübergreifende Organisation in Netz und Netzbau gewesen mit einer Vielzahl von Prozessoptimierungen“. 2004/2005 wurden „neue Arbeitsabläufe“ eingeführt, zusammen mit SAP-PM. Die Betr. „entwickle und setze laufend um“ eine Vielzahl ein „Einzelprozessoptimierungen“. Diese seien „in den veröffentlichten Lageberichten“ beschrieben. Die Betr. sei „bereit, der Kartellbehörde die Kostensenkungsmaßnahmen zu erläutern“.

[137] Wie schon beim Anlagenkataster ist auch hier zu vermerken, dass die Betr. über eine vergleichende Übersicht verfügt, mit der sie die wirtschaftliche Güte ihrer eigenen Versor-

¹⁵³ vorgelegt als Anl. 1 AS I.

gung hätte darlegen können. In einem ebenfalls von den anwaltlichen Vertretern der Betr. betreuten anderen Kartellverfahren der hess. Landeskartellbehörde wurde eine Benchmarking-Studie samt einer bundesweiten ergänzenden 200 Unternehmen umfassenden Auswertung vorgelegt, um zu beweisen, dass das betreffende Unternehmen optimal wirtschaftete. An diesem freiwilligen Benchmarkingprojekt nimmt auch die Betr. teil.¹⁵⁵ Sie formuliert zur Begründung ihrer Teilnahme¹⁵⁶ (Hervorhebungen durch LKB):

„Die Benchmarking-Untersuchung ... wird mit Zahlen untermauert, die von der Effizienz ... bis zum Kundenservice reichen. Nicht nur der individuelle Standort der einzelnen Unternehmen ist bestimmt worden, es wurde auch aufgezeigt, welche Verbesserungs- und Weiterentwicklungspotentiale im Unternehmen bestehen. **Nicht optimal** funktionierende Abläufe können so überdacht sowie bislang noch **ungenutzte Potentiale** ausgeschöpft werden.“

[138] Die Einreichung dieser kompletten Studie böte sich um so mehr an, als sich in der Fachpresse dazu folgender Hinweis findet¹⁵⁷ (Hervorhebungen durch LKB):

„Rechtfertigen lassen sich Preisunterschiede beispielsweise, indem der Wasserversorger nachweist, dass objektive Strukturmerkmale wie ungünstige Bodenverhältnisse ... zu Kosten führen, die auch für jeden anderen dort tätigen Versorger anfallen würden. ... Hilfreich ist es, wenn das Wasserversorgungsunternehmen bereits heute Kennzahlen wie Gesamtleistung sowie Wirtschaftlichkeit und Effizienz einzelner Geschäftsprozesse mit anderen Wasserversorgern vergleicht (**Benchmarking**)...“ **So lässt sich beispielsweise gegenüber den Kartellbehörden besser darstellen, wie sich einzelne Strukturbedingungen auf die Kosten auswirken“.**

4.1.4. Mehrkosten / Zu- und Abschlagsrechnung

[139] Sind die unvertretbaren Hindernisse, die zu ihrer Überwindung notwendigen Anlagen(gruppen) sowie deren Unverzichtbarkeit nachgewiesen, so obliegt es der Betr. schließlich, darzulegen,¹⁵⁸

„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.“

[140] Obwohl die Betr. dafür viel Zeit hatte, hat sie diese Anforderungen für keinen der von ihr geltend gemachten Rechtfertigungspunkte erfüllt. Schon im Jahre 2002 hatte die Landeskartellbehörde dazu umfangreiche Erläuterungen gegeben.¹⁵⁹ In den beiden maßgebli-

¹⁵⁴ AS I, Rz 235, S. 70.

¹⁵⁵ Konzernbericht „rundum 2006“, S. 64.

¹⁵⁶ Helbig, Vorstandsvorsitzender der Betr. und zugleich Vorsitzender der Landesgruppe Hessen des Branchenverbandes BDEW, in: Rödl & Partner, BGW/DVGW Hessen: Benchmarking Wasserversorgung Hessen, o.J. [2007], Vorwort, S. 9.

¹⁵⁷ Fabry, Messmer, Artikel „Strukturelemente spielen keine Rolle – Die Rechtfertigung von Preisunterschieden ist ein schwieriges Geschäft“, ZfK, Sept. 2007, S. 17.

¹⁵⁸ KG, Beschluss vom 15. Januar 1997 – Kart 25/95 – RdE 1997, S. 243, d) drittletzter Satz.

¹⁵⁹ LKB I.

chen Entschlüssen der Kartellbehörden von 1997 und 1998,¹⁶⁰ auf die ausdrücklich verwiesen wurde, ist u.a. 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.“

4.2. Wasserbeschaffung

4.2.1. Grundsatz

[141] Die Betr. verlangt die Anerkennung unvermeidlicher Mehrkosten ihrer Wassergewinnung.¹⁶¹ Die schlechten natürlichen Gewinnungsbedingungen, eine hohe Zahl notwendiger Anlagen, deren ungünstige Lage und ein aufwändiges Wassermanagement seien strukturell ungünstige Bedingungen. Technische Probleme bestünden auch bei der Mischbarkeit des Wassers. Dies alles wirke sich erheblich auf die Gesamtkosten der Betr. aus und rechtfertige von vornherein eine deutlich unterschiedliche Preisstellung bei der Betr. einerseits und den Vergleichsunternehmen andererseits.

[142] Der Betr. ist darin zuzustimmen, dass unabweisbare Zusatzkosten der Wasserbeschaffung kartellrechtlich zur Begründung höherer Preise herangezogen werden können. Dies gilt dann, wenn sie aus ungünstigeren topografischen oder hydrologischen Umständen des jeweiligen Versorgungsgebietes zwangsläufig erwachsen. Die Betr. hat aber bisher zur Überzeugung der Kartellbehörde weder schlechtere strukturelle Bedingungen (dazu 4.2.2) noch mehr oder kompliziertere Betriebsmittel (4.2.3) nachweisen können. Kostangaben fehlen ebenso wie ein Optimierungskonzept (4.2.4).

4.2.2. Ungünstig(re) Gewinnungsbedingungen

[143] Die Betr. trägt vor, die Wasserversorgung „gestalte sich in Kassel durch die Gewinnung aus verschiedenen Ressourcen problematisch“. ¹⁶² Das Rohwasser müsse wegen der geologischen und hydrogeologischen Randbedingungen aus dem „Buntsandstein, Quellen und Schürfungen sowie über eine Grundwasseranreicherung der Fulda“¹⁶³ gewonnen werden. Dies erfordere eine aufwändige Aufbereitung mit zwangsläufig höheren Kosten.

¹⁶⁰ *Kartellreferenten des Bundes und der Länder*, Entschlüssen vom 18. September 1997 und 2. Oktober 1998, abgedruckt bei *Hempell/Franke*, Recht der Energie- und Wasserversorgung, Band 3, Materialien, Nr. 1.2.2, S. 12 f.

¹⁶¹ AS I, Rz. 7ff, S. 5f, Rz. 81 ff., S. 26 f.

¹⁶² Zum Folgenden insbes. AS I, Rz 113-116, S. 36 f.

¹⁶³ AS I, Rz. 114, S. 36.

[144] Diese Aussage wird von der Landeskartellbehörde bezweifelt. Offenbar fördert die Betr. den Großteil ihres Wassers aus einem äußerst ergiebigen, sicheren und günstigen Bodenhorizont, der durch Kluftgrundwasserleiter gekennzeichnet ist. Der Bereichsleiter „Wassergewinnung / Bäderbetrieb“ der Betr. hat dazu formuliert¹⁶⁴ (Hervorhebungen durch LKB):

„Interview: „Bei der Trinkwasserversorgung sind Experten gefragt“

Frage: Bei kaum einem anderen Produkt wirken sich natürliche Rahmenbedingungen auf Qualität und die Aufbereitung so stark aus wie beim Trinkwasser. Wie stellen sich diese in Nordhessen dar?

Antwort: Die **hydrogeologischen Bedingungen** hier sind **gut**. Der Bundsandstein [sic] weist viele wasserführende Schichten auf. Sehr kostbare Reservoirs der Natur. Diese werden von den Städtischen Werken Kassel durch Tiefbrunnen zur nachhaltigen Rohwassergewinnung genutzt.

Frage: Was bedeutet nachhaltig und warum wird so rund 70 Prozent des Rohwassers gewonnen?

Antwort: Es wird nicht mehr Rohwasser entnommen, als in die angebohrten ... Schichten nachfließt. ... Das Wasser ist bis zum Einsickern in diese Schichten 5000 bis 8000 Jahre unterwegs. Das ist auch der Grund, warum wir dieses Rohwasser nutzen. **Es ist frei von jeglichen Schadstoffen.**“

[145] Ferner wird rund xxx% des benötigten Rohwassers in Quellfassungen des Habichtswaldes und im Niestetal gewonnen. Dieses Quellwasser wird ohne Einsatz von Pumpenenergie gesammelt und verteilt, fließt also in freiem Gefälle in das Versorgungsnetz. Zudem kann die Betr. den Wasserbedarf aus der Umgebung decken.¹⁶⁵

„Die Versorgung einer Großstadt mit Trinkwasser ... kann ein nicht unerhebliches Problem darstellen. In manchen Räumen besteht keine Möglichkeit, den Bedarf lokal zu decken und Wasser muss teilweise über weite Strecken zugeleitet werden. Im Gegensatz dazu hat die Stadt Kassel die **Möglichkeit**, ihren **Wasserbedarf** aus dem **näheren Umfeld** der Stadt zu decken. ...“

[146] Schließlich kann entgegen der Darlegung der Betr. von einem besonderen Aufbereitungsaufwand wie etwa bei Aktivkohlefilteranlagen nicht gesprochen werden; dazu formuliert die Betr. selbst¹⁶⁶ (Hervorhebungen durch LKB):

„Die Aufbereitung beschränkt sich ... auf **altbewährte** Verfahren, die schon die Vorväter kannten. Es ist das Ziel [den] ... Kunden ein **möglichst natürliches Trinkwasser** anzubieten, d.h., es werden nur die unbedingt notwendigen Veränderungen am Rohwasser durch möglichst naturnahe Verfahren ... vorgenommen. Alle Rohwässer werden **entsäuert**; die oberflächennahen Quellwässer werden ... mit Chlor desinfiziert. Das Tiefbrunnenwasser des Wasserwerkes xxxxxxxxxx enthält gelöstes **Eisen** und **Mangan**, häufig vorkommende natürliche Inhaltsstoffe, die ... entfernt werden.“

¹⁶⁴ Dr. Achim Richter, in: Kundenzeitschrift „Schnurschdrags“ der Betr., Ausgabe 4/2004, S. 6.

¹⁶⁵ Hoffmann/Richter, „Wasser“, S. 53.

¹⁶⁶ Hoffmann/Richter, „Wasser“, S. 193, ebenso z. T. wortidentisch: „Schnurschdrags“ Nr. 3/2004, S. 9c, die Kundenzeitschrift der Betr.

[147] Allgemein übliche, bekannte und günstige Maßnahmen können aber keinen besonderen Aufwand rechtfertigen.

[148] Denselben Bedenken ist die Argumentation der Betr. zur Mischung von Wässern ausgesetzt. Sie macht geltend, dass eine „zusätzliche Aufbereitung“ der Rohwässer erforderlich sei. Dies konkretisiert sie allerdings nicht. Sollte die Betr. mit ihrem Vortrag die Herstellung des Kalk-Kohlensäuregleichgewichtes durch Entsäuerung der Rohwässer durch Belüftung gemeint haben, verursacht diese altbekannte Technik keinen besonderen Einsatz.¹⁶⁷ Außerdem dient das Versorgungskonzept der Betr. zusätzlich dazu, die Mischwasserbildung zu vermeiden. Zu diesem Zweck ist die Versorgung in xxx Haupt- und zahlreiche Unterdruckzonen unterteilt; dadurch sollen außerdem Zonen stagnierenden Wassers (Keimbildungsgefahr) verhindert und Wasserverluste schnell erkannt werden.¹⁶⁸

[149] Die Kartellbehörde hat ihre Bedenken der Betr. bereits mehrfach ausführlich geschildert.¹⁶⁹ Die Betr. geht darauf ebenso wenig ein wie auf die Situation bei den Vergleichsunternehmen. Dies ist aber zu fordern. Beispielsweise ist von xxxxxxxxxx bekannt, dass dort sowohl Wasser aus dem Bodensee als auch Wasser aus Brunnen im Tale der Enz, einem Seitenfluss des Neckars, in das Netz gegeben wird.

[150] Die Betr. kann auch mit ihrem generellen Hinweis darauf nicht durchdringen, sie unterscheide sich schon alleine dadurch von den Vergleichsunternehmen, dass sie anders als die meisten anderen Unternehmen einen hohen Eigengewinnungsanteil habe.¹⁷⁰ Dies ist – wie bereits gezeigt – sachlich nicht haltbar.

4.2.3. Anlagennachweis

[151] Unabhängig von dem vorstehend Ausgeführten erfordert die Anerkennung der Wasserbeschaffungskosten, dass die Betr. Existenz, Betrieb, Kosten und Wirtschaftlichkeit aller Anlagen belegt. Die Kartellbehörde hält – wie der Betr. mehrfach mitgeteilt – hierfür folgende Nachweise und Angaben für erforderlich:

- Vorlage der behördlichen *Genehmigungen* von Eigengewinnungsanlagen sowie Niederschriften über behördliche Betriebsprüfungen genutzter Anlagen – soweit vorhanden – ;
- *Anlagenspiegel* mit folgenden Angaben für jede Gewinnungsanlage:
 - Bezeichnung, Lage im Stadtgebiet einschl. Höhe müNN, Art (Tiefbrunnen, Quelle,

¹⁶⁷ Vgl. *Mutschmann/Stimmelmayer*, Taschenbuch der Wasserversorgung, 14. Aufl. 2007, S. 317.

¹⁶⁸ Stadtwerke Kassel, *Eugen Rittmeyer* und *Britta Schuster*, Vortrags-Folien 22. Januar 2008, S. 35.

¹⁶⁹ Dies wurde der Betr. bereits im Jahre 2006 ausführlich erläutert, LKB V, S. 18 ff.

¹⁷⁰ AS I, Rz. 113 ff., S. 36 f. Vgl. hierzu bereits oben, Rz. 106.

- etc.),
- Baujahr und Datum der letzten Instandsetzung,
 - Wasserbilanz 1996 bis 2006 (genehmigte Entnahme und geförderte Wassermengen),
 - Förderpumpen: Zahl je Anlage, Lage im Versorgungsgebiet einschl. Höhe müNN, Art (Kreiselpumpe etc.), Strombedarf (1996 bis 2006), Leistung in m³/h, Leistungsaufnahme [kW], Förderhöhe, Pumpe fördert in ... (z. B: Hochbehälter [genaue Benennung];
- *Gesamtkosten*, soweit sie in den aktuellen Wasserpreis eingehen sowie für die Jahre 1996 bis 2006; dabei ist mind. in die Kostenstellen der Kostenstellengruppe „Grundwassergewinnung“ aufzuteilen.¹⁷¹
 - Kosten der *Aufbereitung* in den Wasserwerken.

Gleichwohl hat die Betr. diese Angaben nicht gemacht, auch wenn sie nach den vier vorhandenen Wasserwerken und zwei Quellgebieten unschwer hätten zusammengefasst werden können.

[152] Schließlich widersprechen sich die wenigen bisher von der Betr. vorgelegten oder aus anderen Quellen bekannt gewordenen Zahlen teilweise. So werden auf der Homepage der Betr. beispielsweise die Anlagen der Wassergewinnung so beschrieben¹⁷² (Hervorhebungen durch Landeskartellbehörde):

„Die Städtische Werke AG versorgt ganz Kassel und die Stadt Vellmar. .. Mit viel Know-how wird das Wasser so aufbereitet, dass es seine erstklassige Qualität bekommt. Zu 28 Prozent stammt es aus Quellen im Habichtswald und dem Gebiet Nieste, der überwiegende Teil aus **21 Tiefbrunnen**...“

Demgegenüber lässt die Betr. an anderer Stelle ausführen:¹⁷³

„Die SW AG versorgt ihr Gebiet zu 100 % aus eigenen Gewinnungsanlagen. Dazu unterhält sie xxx Brunnen, davon **xxx Tiefbrunnen und xxx Flachbrunnen**, und xxx Quellen. In den nachfolgenden Tabellen finden Sie eine Aufstellung der Eigengewinnungsanlagen. Dort wird außerdem mehrfach ausgeführt: „**weitere Quellen / Flachbrunnen** sind zu pflegen“.

4.2.4. Kosten / Optimierung

[153] Die Betr. hat es ferner versäumt, zu erläutern, inwiefern ungünstige objektive Umstände der Wassergewinnung Mehrkosten verursachen und damit den Abgabepreis beeinflussen.¹⁷⁴ Ein plausibles Kosten- und Mengengerüst mit den unter 4.2.3 erläuterten Grundda-

¹⁷¹ vgl. VDEW/ BGW, Kosten- und Leistungsrechnung der Energie- und Wasserversorgungsunternehmen, 1987, S. 56; vergleichbar Kostenstelle K 150000 – Gewinnung und Aufbereitung -, Kiesl etc. „Benchmarking in der Wasserversorgung“, 2005, S. 85.

¹⁷² unter www.stwks./stw/text/Privat/wasser.htm, 28.02.2008

¹⁷³ AS I, Rz. 7f, S. 5 f.

¹⁷⁴ Vgl. den bereits zitierten Beschluss des KG vom 15. Januar 1997 – Kart 25/95 – RdE 1997, S. 243, d) drittletzter Satz.

ten hat die Betr. bisher nicht zugeleitet. Stattdessen trägt sie vor, sie sei „ständig um wirtschaftliche Optimierung“¹⁷⁵ bemüht. Es ist aus Sicht der Kartellbehörde unplausibel, wie eine ökonomische Lage verbessert werden soll, ohne dass die Betr. selbst ihre wesentlichen Kosten kennt.

[154] Aus den sonstigen Darlegungen der Betr. ergibt sich keine belastbare Information. Sie verweist u.a. auf Stilllegung von Wassergewinnungsanlagen. Beispielsweise nennt sie im Habichtswald sechs und an der Nieste 18 Quellen, die „zur Kostenoptimierung“ nicht mehr genützt würden.¹⁷⁶ Dies kann schon mangels Einzelangaben, insbesondere zu Lage, Jahr und Kostenrechnungen, nicht nachvollzogen werden.

[155] Es kann auch nicht überprüft werden, ob die Anlagen aus wirtschaftlichen Gründen stillgelegt wurden. Es gibt Anhaltspunkte für das Gegenteil. Bekanntermaßen sind Quellen wegen der weniger geschützten Lage als Tiefbrunnen für den Eintrag von Fremdstoffen (Schmutz) und Keimen besonders anfällig. Deshalb überprüft die Wasserwirtschaftsverwaltung in den letzten Jahren gehäuft solche Anlagen. Die Stilllegung von Schürfungen, aber auch von Quellen kann mithin nicht selten mit Auflagen bzw. Bemerkungen der Wasser- oder Gesundheitsbehörden zusammenhängen und die Kosten nicht senken, sondern tendenziell erhöhen.

[156] Die Betr. verweist auf die „Stilllegung eines kompletten Wasserwerkes“,¹⁷⁷ ohne dieses aber zu nennen oder die – wirtschaftlichen – Optimierungsplanungen dafür aufzuzeigen. Inwiefern dabei wirtschaftliche Überlegungen eine Rolle gespielt haben, erläutert die Betroffene wiederum nicht. Tatsächlich wurden das Wasserwerk „xxxxxxxxx“ im Jahre 1984 und das Wasserwerk „xxxxxxxxx“ 1986 stillgelegt. Das erstere musste geschlossen werden, weil im Trinkwasser leichtflüchtige krebserzeugende Halogenkohlenwasserstoffe festgestellt wurden; eine Altlast im Bereich xxxxxxxxxx hatte diese Verseuchung bewirkt. Das Wasserwerk in der Nordstadt hingegen wies zu hohe Eisenwerte auf.¹⁷⁸

[157] Eine Optimierungsplanung unter Einbeziehung fremder Quellen würde auch entgegen den Darlegungen der Betr. nicht an einer von ihr behaupteten Pflicht zur ortsnahen Wasserversorgung scheitern.¹⁷⁹ Sie übersieht, dass § 39 Abs. 6 des Hess. Wassergesetzes (HWG) Bezug auf die örtliche und regionale Wasserbeschaffung nimmt; zu letzterem zählt sicherlich ein regionaler Wasserversorger. Unabhängig davon hat die zuständige Was-

¹⁷⁵ AS I, Rz. 10 f., S. 6.

¹⁷⁶ AS I, Rz. 10 f, S. 6 mit Tabelle.

¹⁷⁷ AS I, Rz. 15, S. 8.

¹⁷⁸ Für das Ganze: *Hoffmann/Richter* (Hg.): Wasser für Kassel: Zur Geschichte der Wasserversorgung der Stadt und ihrer Region. Herkules-Verlag Kassel 2004. S. 188.

serbehörde auf Anfrage der Kartellbehörde in einem Parallelverfahren u. a. folgendes klargestellt:¹⁸⁰

„Es obliegt ... einzig der unternehmerischen Entscheidung der xxx, 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 ... besteht daher nicht. Dieser Entscheidungsfreiheit der xxx über den Wasserbezug stehen auch weder die Bestimmungen des ... WHG noch des HWG entgegen.“

4.3. Höhenunterschiede und Druckzonen

[158] Nach Auffassung der Betr. erfordern die großen Höhenunterschiede ihres Versorgungsgebietes unter anderem eine Vielzahl von Druckerhöhungsanlagen und von Druckminderventilen sowie besonders lange Zuleitungen.¹⁸¹ Diese verursachten nicht nur erhebliche Investitionen, sondern auch hohe Betriebskosten. Die Landeskartellbehörde stimmt der Betr. darin zu, dass deutlich unterschiedliche Höhenlagen ungünstige strukturelle Umstände sein können. Allerdings sind die gesetzlichen Darlegungs- und Nachweispflichten von der Betr. nicht erfüllt worden. Es fehlt unter anderem sowohl an einem belastbaren und prüffähigen Optimierungskonzept als auch an einem zugeordneten höhenlinienbasierten Netzplan.

[159] Schon die Grundannahmen der Betr. sind zurückzuweisen. Sie meint, dass ein Gebiet „in der norddeutschen Tiefebene“ keine Behälter oder Druckerhöhungsanlagen erfordere. In zerklüfteten Versorgungsgebieten wie dem ihrigen entstünden dagegen zwangsläufig wegen unabdingbar vielen Anlagen dieser Art höhere „strukturelle Kosten“.¹⁸² Bergiges Gelände kann jedoch bei günstiger Platzierung der Anlagen sogar zu einem geringeren Aufwand führen. Das vermindert die Kosten des Pumpbetriebes.¹⁸³ Ein praktisches Beispiel für eine optimierte Standortwahl eines Wasserhochbehälters ist der Trinkwasserbehälter Liptingen. Er bildet mit einer Höhe von 753,50 m über Normal Null den Hochpunkt am Hauptleitungsstrang der Bodenseewasserversorgung, BWV. Vom dort aus wird das Wasser ohne zusätzlichen Pumpaufwand im Gefällebetrieb über mehr als 160 km bis in den Großraum Stuttgart geleitet.¹⁸⁴

[160] Eine einer solch günstigen Lage befindet sich auch die Betr. Aus den Wassergewinnungsanlagen im Niestetal und im Habichtswald fließt das Wasser ohne Pumpaufwand in

¹⁷⁹ AS I, Rz. 82, S. 26.

¹⁸⁰ Schreiben vom 10. Januar 2007, IV – 41.1 – xxx/Wz.

¹⁸¹ AS I, Rz. 233ff., S. 69 ff.

¹⁸² AS I, Rz. 96, S. 30 f.

¹⁸³ *Lenschow*, Marktöffnung in der trinkwassergebundenen Leitungsverorgung, 2006, S. 37.

¹⁸⁴ *Bodenseewasserversorgung (BWV)*: Artikel „Sanierung des Hochbehälters Liptingen“ samt Längsschnitt, in: „Wissensdurst“ August 2007, Heft 2, S. 2 ff.

die Hochbehälter. Die dortigen Anlagen liefern rund xxx% des Wasserbedarfes von Kassel.

[161] Die Betr. hat es auch versäumt, konkret auf die Vergleichsunternehmen einzugehen. Sie verweist zu Vergleichszwecken auf die absoluten Zahlen an Wasserhochbehältern oder Pumpwerken. Dies ist methodisch falsch. Entscheidend sind nicht absolute Werte, sondern Kennwerte, die aus zwei oder mehr Variablen gebildet werden. Nur auf diese Weise lassen sich unterschiedliche Größen korrekt abbilden. Dies gilt zunächst für mögliche Unterschiede in den zu versorgenden Höhenlagen, aber auch für die Versorgungseinrichtungen selbst.

[162] Wenn die Betr. von nicht zu überbietender Komplexität und unverhältnismäßigen Anforderungen der Kartellbehörde¹⁸⁵ spricht, übersieht sie, dass eine Druckzonenbildung im Allgemeinen nur vier verschiedene Versorgungselemente erfordert, nämlich Wasserleitungen (samt den üblichen Armaturen), Hochbehälter, Pumpstationen und Druckminderventile. Letztere dürften sich nicht nur wegen ihrer geringen Zahl von sechs kaum auswirken, sondern auch wegen niedriger Kosten pro Stück. Versorgungsleitungen sind bei der Unternehmensauswahl durch die Einbeziehung des Metermengenwertes als vorweggenommene Rechtfertigungsprüfung bereits einbezogen worden. Es bleiben Wasserbehälter sowie Pumpstationen (s. Abschnitte 4.4 und 4.5), die sich anhand von Kennwerten gut vergleichend rechnen lassen; es wird auszuführen sein, dass es insoweit an belangreichen Unterschieden fehlt.

[163] Das „Netzkonzept Wasser“¹⁸⁶ der Betr. entspricht zudem den Anforderungen an eine nachvollziehbare Optimierungsplanung nicht. Es fällt auf, dass lediglich die „Einleitung und Zusammenfassung der Bearbeitungsergebnisse“ vorgelegt wurden; ein umfassendes Wasserwirtschaftskonzept ist deutlich umfangreicher. Insbesondere fehlen:

- Netzpläne des Ideal- und Istnetzes einschließlich Leitungslängen, Materialien und Durchmessern einschl. Versorgungshöhen
- Zusammenstellung der relevanten Netzdaten
- Darlegung der Jahreskosten und der zugrunde gelegten Kosten und Annahmen
- Vorlage der betriebswirtschaftlichen Optimierungen
- Personalkosten, anteilige Gemeinkosten, Kostenzurechnungskonventionen etc.

¹⁸⁵ AS III, S. 4 ff.

¹⁸⁶ vorgelegt als Anl. 1 AS I.

Erst recht genügen die Ausführungen der Betr. zu ihren weiteren Optimierungsbemühungen nicht dem Gesetz.¹⁸⁷

[164] In diesem Zusammenhang wäre beispielsweise auch die Versorgungssituation rund um den Anschluss „xxxxxxxx“ zu erläutern. Die Betr. weist selbst darauf hin, dass dort mit 614,8 m ü NN der höchste Punkt ihres Versorgungsgebietes liege. Daraus kann geschlossen werden, dass dessen Belieferung erhebliche Anstrengungen verursacht. Das zeigt auch ein Blick auf die Versorgungskarte der Betr. Soweit erkennbar werden über die xxxxxxxxx v. a. ein Erholungsheim sowie die xxxxxxxxx und xxxxxxxxx nebst einigen Grundstücken u.a. an der xxxxxxxxx versorgt. Immerhin erfordert die Wasserlieferung in dieses Gebiet u.a. zwei Pumpstationen, zwei Hochbehälter und eine Druckminderanlage. Die Betr. erläutert nicht, wieso nicht aus dem im amtlichen Kartenwerk xxxxxxxxx bezeichneten Hochbehälter kurz hinter der Stadtgrenze, xxxxxxxxx, versorgt wird. Er liegt mit über 600 m Höhe im selben Höhenbereich wie xxxxxxxxx und damit deutlich über den Behältern xxxxxxxxx (ca. 490 m ü NN), xxxxxxxxx (410 m ü NN) und xxxxxxxxx der Betr.

4.4. Wasser(hoch)behälter

4.4.1. Grundsatz

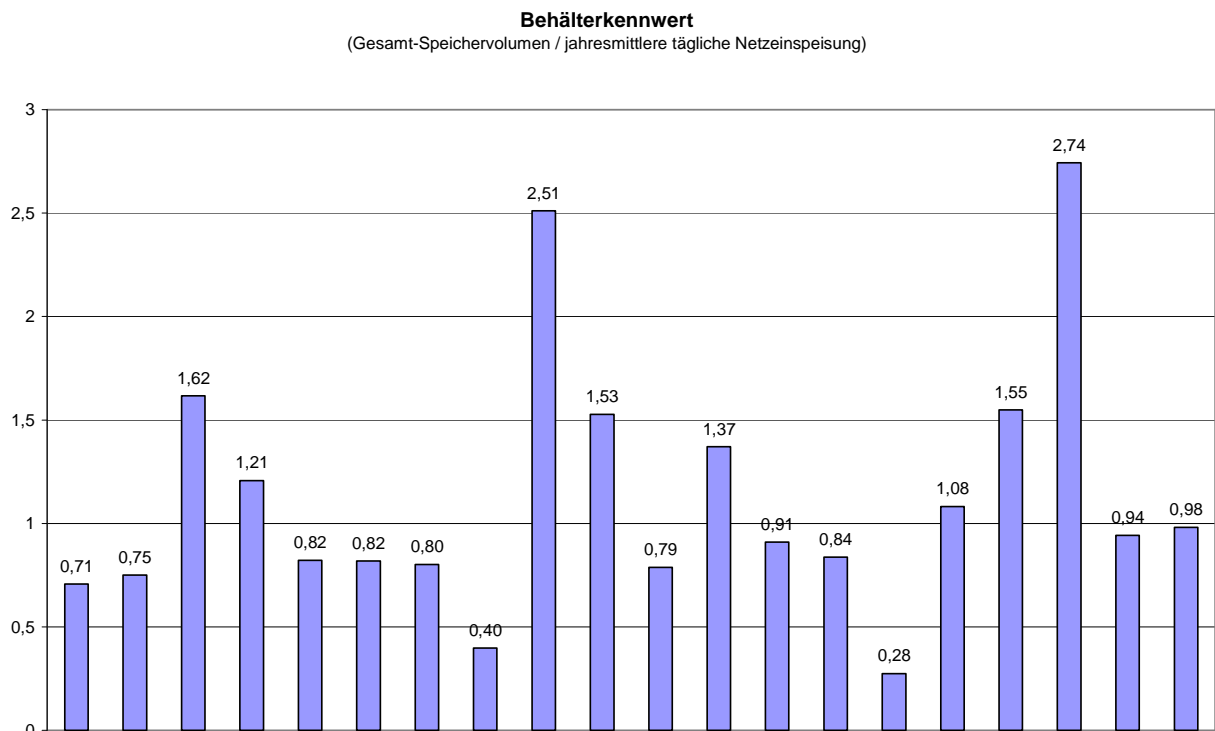
[165] Die Berufung der Betr. auf eine strukturell erforderliche große Zahl von Hochbehältern kann dann Erfolg haben, wenn Anzahl und Ausführung der Wasserspeicher auf die geographische Struktur des Versorgungsunternehmens zurückzuführen sind und unausweichlich höhere Kosten als bei Vergleichsunternehmen hervorrufen. Diesen Nachweis hat die Betr. bisher nicht geführt.

4.4.2. Vergleichsunternehmen

[166] Die Betr. hält lediglich aufgrund der Zahl der Wasserspeicher Preisunterschiede gegenüber den Vergleichsunternehmen für gerechtfertigt. Entscheidend sind aber nicht absolute Zahlen, sondern – was die Betr. an anderen Stellen durchaus anerkennt – Kennwerte. Diese Betrachtung führt zu folgendem Diagramm, das auf den von der Betr. in Augenschein genommenen und nicht angegriffenen Daten der Kartellbehörde beruht;¹⁸⁸ die Zahlen geben das Verhältnis zwischen dem jeweiligen Gesamtvolumen der Behälter und der jahresdurchschnittlichen täglichen Netzeinspeisung wieder. Ein Wert von 0,98 wie bei der

¹⁸⁷ AS I, Rz. 235, S. 70.

Betr. (ganz rechts) bedeutet, dass die Behälter alleine den Wasserbedarf rund eines Normaltages in Kassel decken können.



[167] Die Übersicht zeigt, dass bei der Mehrzahl der Unternehmen der Kennwert nicht wesentlich von demjenigen der Betr. abweicht. Das trifft auf ein breites Band von Unternehmen zu, insbes. aber die Vergleichsunternehmen in (von rechts betrachtet) xxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxx und xxxxxxxxxxx. Bei sechs Unternehmen liegt der spezifische Behälterkennwert deutlich über dem der Betroffenen (xxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxx), so dass dort von deutlich höheren Behälterkosten ausgegangen werden muss. Lediglich die Unternehmen in xxxxxxxxxxx (0,28) und xxxxxxxxxxx (0,40) weisen erheblich niedrigere Werte als die Betr. auf.

[168] Der Betr. kann auch darin nicht gefolgt werden, dass ein Unterschied zu den Vergleichsunternehmen darin liege, dass diese deutlich größere durchschnittliche Behältervolumina aufweisen. Das belegt die nachfolgende Grafik:

XXXXXXXXXX

[169] Wiederum sind zwischen der Betr. und der großen Mehrheit der Unternehmen keine wesentlichen Unterschiede erkennbar oder es liegen deutlich geringere durchschnittliche Behältervolumina vor – was nach dem Vortrag der Betr. zu höheren Kosten führen muss; nahezu identische Werte mit der Betr. weisen auf xxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxx und xxxxxxxxxxx. Signifikant höhere Behältergrößen kennzeichnen nur xxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxx und xxxxxxxxxxx.

[170] Selbst höhere spezifische Volumina wie etwa in xxxxxxxxxxx oder xxxxxxxxxxx würden voraussichtlich nicht zu deutlich ansteigenden Kosten führen. Das beweist die nachfolgende Tabelle 12-19;¹⁸⁹ danach nehmen die spezifischen Kosten für das Bedienungshaus zwischen Behältern von 1.000 m³ und 500 m³ Nutzinhalt nur von 340 €/m³ umbauten Raums auf 360 €/m³ zu; das entspricht bei einem Inhaltsunterschied von 50% einer Kostensteigerung von lediglich 6%.

Tab. 12-19: Hochbehälter in Stahlbetonausführung

Nutzinhalt der Wasserkammern	m ³	100	200	500	1 000	5 000	10 000
Wasserkammern	m ³ u. R.	125	240	580	1 150	5 700	11 500
	€/m ³ u. R.	325	300	290	280	240	220
Bedienungshaus	m ³ u. R.	55	120	300	700	3 000	4 000
	€/m ³ u. R.	390	370	360	340	280	250
hydraulische Ausrüstung	i. T. €	35	40	50	60	150	240

hydraulische Ausrüstung oder: 1 000 € /l/s des max. Zu- bzw. Ablaufes

[171] Unabhängig von dem Vorstehenden gilt erneut, dass die anteiligen Zahlen für Vellmar herauszurechnen wären. Die dortige Versorgung wurde von der Betr. im Jahre 1996 freiwillig übernommen.

4.4.3. Anlagen / Kosten

[172] Die Rechtfertigung scheidet wiederum daran, dass detaillierte Anlagenlisten samt Kosten- und Mengengerüsten von der Betr. nicht vorgelegt wurden. Dazu ist sie von der Kartellbehörde mehrfach aufgefordert worden, auch wenn es dessen nicht bedurft hätte. Die benötigten Mindestangaben sind ihr mitgeteilt worden.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Mutschmann/Stimmelmayer, S. 779.

¹⁹⁰ Zuletzt LKB VII vom 10. Dez. 2007, Rz.60 – 62, S. 26 f.

[173] Aus diesem Grunde ist derzeit kein Raum für eine Zu- und Abschlagsrechnung, mit der die unterschiedlichen spezifischen Behälterkapazitäten zu berücksichtigen wären. Im Übrigen ist der Vortrag der Betr.,¹⁹¹ es gebe keinen Zusammenhang zwischen Behältergröße und Kosten,¹⁹² und das beabsichtigte Vorgehen der Kartellbehörde sei daher rechtswidrig, zurückzuweisen. Sie bezieht sich zum Beleg auf Anl. 2 ihres Schriftsatzes vom 7. Februar 2008. Schon deren Titel „Wasserpreis in Abhängigkeit vom Behälterkennwert“, drückt einen Zusammenhang aus, den die Kartellbehörde nicht behauptet hat.

[174] Zudem stützt die Betr. an anderer Stelle die Auffassung der Kartellbehörde. Sie stellt die Beziehung zwischen Behältergröße und Kosten her, die sie verleugnen will. Sie führt nämlich aus, dass „kleinere Wasserbehälter“ höhere Kosten verursachten als „wenige große Wasserbehälter“.¹⁹³

4.5. Druckerhöhung, Druckminderung

[175] Über das bei 4.3 und 4.4 hinaus Ausgeführte trägt die bisherige Darstellung der Betr. auch wegen bisher nicht erläuterten innerer Widersprüche nichts zur Rechtfertigung ihrer Wasserpreise bei; darüber hinaus fehlen nach wie vor die ausdrücklich erläuterten Kosten- und Mengenangaben¹⁹⁴ als Grundlage für eine Zu- und Abschlagsrechnung.

[176] Die Betr. betreibt nach eigenen Angaben xxx Pumpwerke aller Art und xxx Netzpumpen.¹⁹⁵ Das von ihr vorgelegte Kartenwerk weist nur xxx Pumpwerke aus;¹⁹⁶ an anderer Stelle wiederum geht die Betr. offenbar von xxx Pumpstationen¹⁹⁷ aus. Diese sowie elf Druckminderungsventile sind neben den Leitungen samt allen notwendigen Armaturen zum Betrieb von xxx Hauptdruckzonen¹⁹⁸ mit insgesamt xxx (Unter-)Druckzonen im Einsatz. Hier wird offenbar, dass ohne detaillierte Anlagendarstellung keine Rechtfertigung möglich ist.

[177] Von der im Jahre 2005 benötigten Energie für Pumpen (xxx MWh) wurden xxx MWh (xxx%) für die Förderung des Wassers in den vier Wasserwerken verbraucht.¹⁹⁹ Dasselbe Bild zeigt sich für 2006. Bei einem Gesamtstromverbrauch von xxx MWh für Pumpen aller

¹⁹¹ AS I, Rz. 251, S. 74.

¹⁹² Von der Betr. zunächst einzutragen in Anl. 1, Zeile 48.

¹⁹³ AS I, Rz. 250, S. 74.

¹⁹⁴ LKB VII, Rz. 66 ff., S. 28 f.

¹⁹⁵ Anl. 1, Zeile 145 f.

¹⁹⁶ *Städtische Werke Kassel AG*, Wasserzonenplan Stadt Kassel und Vellmar, Stand Februar 2006.

¹⁹⁷ Kundenzeitschrift „Schnurschraggs“ der Städt. Werke Kassel, Ausgabe 1/2005, S. 6.

¹⁹⁸ Stadtwerke Kassel, *Eugen Rittmeyer* und *Britta Schuster*, Vortrags-Folien 22. Januar 2008, S. 33.

¹⁹⁹ Anl. 1, Zeile 147 – 149.

Art entfielen xxx MWh auf die Wasserförderung; davon waren nur xxx MWh (xxx%) für die Wasserverteilung bestimmt. Nach dem letzten inhaltlichen Schriftsatz soll der gesamte Bedarf an Pumpstrom sich auf xxx MWh (2006) bzw. xxx MWh (für 2005) belaufen.²⁰⁰ Die Verbrauchsaufteilung müsse ebenfalls angepasst werden. 2006 seien für die Wasserverteilung xxx MWh benötigt worden, was einem Anteil von xxx% entspreche. Die Begründung der Betr.²⁰¹ hierfür ist nicht nachvollziehbar.

4.6. Wasserverteilnetz: Erschwernisse (Fels, Trümmerschutt, Straßenbahn, kostenträchtige Kreuzungen mit anderer Infrastruktur etc.)

[178] Die Betr. macht eine Reihe von Merkmalen ihres Versorgungsgebietes für teure Wasserleitungen verantwortlich. Sie nennt felsigen Boden (dazu 4.6.1), Trümmerschutt (s. 4.6.2) sowie teure Oberflächenwiederherstellung, kostspielige Zubringerleitungen, Kreuzungen mit vorhandener Infrastruktur, nicht zuletzt der Straßenbahn, die Verlegetiefe sowie die in Kassel vorgeblich überstarke Verkehrsbelastung (4.6.3). Nachweise dafür hat sie bisher ebenso wenig vorgelegt wie ein eine belastbare Optimierungsuntersuchung. Insbesondere reichen schlichte verbale Hinweise auf einen „betriebswirtschaftlich optimalen Zustand des Verteilungsnetzes“ nicht aus.²⁰²

[179] Darüber hinaus kann sie sich auf die Netzteile in xxxxxxxxxx nicht berufen. Die dortige Versorgung hat sie 1996 freiwillig übernommen; entsprechende Kostenanteile sind jeweils herauszurechnen und gesondert darzustellen.

4.6.1. Fels

[180] Die Betr. trägt vor, das „im Raum Kassel vorhandene felsige vulkanische Gelände“²⁰³ verteuere die Leitungsverlegung.²⁰⁴ Besonders kostenintensiv seien die Bodenklassen 6 und 7 (leichter oder schwerer Fels). Sie prägten vor allem den Randbereich des Versorgungsgebietes. Darüber hinaus weise der Felsrücken Katzenberg ungünstige Bodenstrukturen auf, was grabenlose Leitungsbauten unmöglich mache. Ein Bodengutachten liege der Betr. nicht vor.²⁰⁵ Es trifft zwar zu, dass die Kartellbehörde höhere Kosten für Versorgungsbauten dann anerkennt, wenn sie zwangsläufig durch ungünstigere Bodenarten als bei den Vergleichsunternehmen verursacht werden. Dies hat die Betr. aber bisher nicht

²⁰⁰ AS I, Rz. 246 ff., S. 73 f.

²⁰¹ AS I, Rz. 246 f.

²⁰² AS I, Rz. 236, S. 70 f.

²⁰³ ES IV S. 4.

²⁰⁴ Vgl. z.B. HNA, 15. Mai 2007: Artikel „Werke: Wasserpreis wird nicht gesenkt“. Zitat: „Die Städtischen Werke werden die Wasserpreise auf keinen Fall senken. ... sagte Ingo Pijanka, der Sprecher des Unternehmens. ... Pijanka verweist auf den steinigen Boden, der Arbeiten teuer mache, ...“

²⁰⁵ AS I, Rz. 223 f., S. 66 f.

nachgewiesen. Sie hat weder schlechte Bodenverhältnisse belegt, noch dargetan, dass die Bodenverhältnisse ungünstiger seien als diejenigen der Vergleichsunternehmen. Darüber hinaus hat sie die entscheidende Frage nach den Mehrkosten unbeantwortet gelassen, obwohl sie dazu nach ihrem eigenen Vorbringen sowie infolge zahlreicher Hinweise der Kartellbehörde in der Lage gewesen wäre.

[181] Es fehlt hier bereits am Nachweis ungünstigen Bodens. Die schlichte Behauptung schlechten Untergrundes reicht nicht aus; das gilt umso mehr, als die Betr. mehrfach von der Kartellbehörde auf Nachweismöglichkeiten hingewiesen wurde.²⁰⁶ Dazu könnte beispielsweise ein Gutachten einer unabhängigen Einrichtung, z.B. des Hess. Landesamtes für Umwelt und Geologie, Wiesbaden (HLUG) dienen. Der Gutachter muss darlegen, so erläuterte die Kartellbehörde, welchen Anteil schlecht grabbare Böden am besiedelten Versorgungsgebiet ausmachen (Bodenarten 6 und 7); dies bezieht sich auf den Boden bis in eine Tiefe von zwei Metern. Es ist eine detaillierte Deckschichtenverbreitung samt Auswertung von Bohrungen und weiteren Flächendaten einzureichen. Im Falle von Kassel liegen bereits zahlreiche Bohrungen im Stadtgebiet vor, die die Betr. hätte einbeziehen können.²⁰⁷

[182] Die eigenen Untersuchungen der Kartellbehörde konnten das Vorbringen der Betr. nicht bestätigen. Potentiell höhere Kosten verursachende Bodenschichten sind in Kassel selten bis sehr selten anzutreffen. Das Stadtgebiet wird durch eine „Röt“ genannte verwitterte und wenig harte Muschelkalkschicht geprägt, die von einer bis zu 3 m starken Schicht aus Geröll überlagert wird. Diese Geröllschicht wird gewöhnlich noch von einer eiszeitlichen Lössschicht überdeckt, die eine Mächtigkeit bis zu etwa 25 m aufweist.²⁰⁸

[183] Dazu kommt, dass die Flüsse und Bäche der Kasseler Senke das breite Tal der Fulda weiträumig mit quartären Sedimenten bedeckt haben.²⁰⁹ Die wesentlich härteren und stets durch einen deutlichen Geländeanstieg erkennbaren Kalk- und Mergelkalksteine des Unteren Muschelkalks sind im Stadtgebiet von Kassel sowie dessen Umgebung auf die Umrandung des Dörnberg-Massivs, auf den Nordabfall des Habichtswaldes und auf die beiden etwa ostwest-streichenden Höhenzüge beschränkt,²¹⁰ zu denen der von der Betr. erwähnte Kratzenberg sowie der Lindenberg zählen.

²⁰⁶ Zuletzt durch Anhörungsschreiben LKB VII vom 10. Dez. 2007, Rz. 72, S. 30 f.

²⁰⁷ S. *Rösing*: Erläuterungen zur Geologischen Karte von Hessen 1:25.000, Blatt Nr. 4622 Kassel-West, 3. unveränderte Auflage, Wiesbaden 1969, S. 176 ff. Dort wird auf 130 vorhandene Bohrungen hingewiesen.

²⁰⁸ Vgl. *Hoffmann/Richter*. „Wasser“, 2004. S. 30.

²⁰⁹ „Wasser“, S. 55

²¹⁰ *Rösing*: Erläuterungen zur Geologischen Karte von Hessen, wie angegeben, S. 10 ff.

[184] Die Betr. hat es darüber hinaus versäumt, auszuführen, inwiefern sie ungünstigere Bedingungen aufweist als die Vergleichsunternehmen. Ihr Vorbringen hätte nur dann Erfolg, wenn deren Versorgungsgebiete günstigere Bodenarten als das der Betr. aufwiesen. Dies ist der Betr. auch möglich. Die von der Kartellbehörde selbst anhand von publiziertem Material durchgeführte Einschätzung belegt dies. Zudem steht die Betr. innerhalb der aktiven Wasserwirtschaft in engem Austausch. Der Vorstandsvorsitzende der Betr. ist beispielsweise Vorsitzender der Landesgruppe Hessen des Branchenverbandes BDEW.

[185] Schließlich hat die Betr. auch die Höhe der verursachten Mehrkosten nicht geklärt. Das sollte ihr durch einen Vergleich von Bauten in günstigen mit denjenigen in ungünstigen Böden verhältnismäßig einfach möglich sein. Es ist nur schwer vorstellbar, dass sie Ausschreibungen ohne Angaben über die relevanten Untergrundklassen durchführt. Darüber hinaus betreibt die Betr. seit 1996 die Versorgung in Vellmar und führt mittlerweile den Betrieb der Wasserversorgung in Nachbargemeinden, darunter in Fuldabrück und Calden. Auch daraus steht ihr reiches Anschauungsmaterial zur Verfügung. Dazu kommt, dass nur bei Neubauten kostenmäßige Auswirkungen feststellbar sein können; bei der Erneuerung von Leitungen sind die Leitungsgräben bereits gezogen, Fels somit entfernt.

[186] Die Landeskartellbehörde hat der Betr. mehrfach erläutert, wie sie die notwendigen Nachweise führen kann.²¹¹ Auf den nachfolgend wiedergegebenen Fragenkatalog, der auch schwerpunktmäßig die letzten zehn Jahre erfasst, hat sie nicht geantwortet. Ergänzend müsste die Betr. noch alle Maßnahmen herausrechnen, die das Ortsnetz xxxxxxxxxx betreffen; dieses wurde erst 1996 durch eine freiwillige Entscheidung übernommen, die höhere Kosten nicht rechtfertigen könnte.

- *Leitungsneubau*

Wie viele *Meter* Wasserleitungen, getrennt nach Zubringerleitungen,²¹² Orts(versorgungs)netz²¹³ sowie Hausanschlussleitungen²¹⁴ wurden jeweils in den Jahren 1996 bis 2006 neu verlegt (nicht Erneuerung oder Instandhaltung)?

Einzelangaben: Um welche Leitungen in welchen Versorgungsbereichen handelt es sich; anzugeben sind mind. Ortslage, Straßenbezeichnung, jeweilige Länge etc.

Welche *Gesamtbaukosten* verursachten diese Vorhaben, jeweils getrennt nach Jahr und Maßnahme?

Wie hoch sind die *durchschnittlichen* jährlichen Gesamtbaukosten / Neubau 1976 bis 2006 in Euro?

²¹¹ zuletzt LKB VII, S. 30f.

²¹² Anl. 1 Zeile 182

²¹³ Anl. 1, Zeile 183

²¹⁴ Anl. 1, Zeile 184

Mit welchem *Betrag* (insbes. jährliche Abschreibungen) gehen die anteiligen Kosten der Neubauten der Jahre 2004 bis 2007 in die jeweiligen gesamten Kosten der Wasserverteilung der Jahre 2004 bis 2007²¹⁵ ein?

- *Bodenarten und Kosten*

Welchen *Anteil* machen Böden der Klassen 6 und 7 (Fels) an den gesamten Bauvorhaben der Jahre 1996 bis 2006 aus? Dazu bedarf es im Rahmen des angesprochenen Gutachtens der Angabe der betreffenden (Neubau-)Gebiete / Flächen.

Entsprechen die vorstehenden Angaben in etwa dem *Durchschnitt* der Jahre 1976 bis 2006?

Welche *strukturbedingten Mehrkosten* sind bei den Neubauvorhaben entstanden; sie sind für Rohrgraben, Sandbettung und sonstige zu benennende Kostenarten getrennt nach Bauvorhaben sowie zusammen je für die Jahre 1996 bis 2006 darzustellen.²¹⁶

Entsprechen diese Angaben dem *Durchschnitt* der Jahre 1976 bis 2006?

[187] Als Grundlage der Kostenberechnungen hat die Kartellbehörde immer wieder auf die Fachliteratur hingewiesen. Beispielsweise würde sich felsiger Grund in der nachfolgenden Tabelle 12-37,²¹⁷ soweit ersichtlich, auswirken auf die Zeilen „Rohrgraben“, „Sandbettung und Sandumhüllung“ sowie „Straßenaufbruch“. Höhere Aufwendungen wären notwendig zur Herstellung des Rohrgrabens; dies lässt sich anhand der Folgetabelle 12-21²¹⁸ als Zuschlag errechnen (s. dort die Hinweise „Bodenklasse 6 und 7 / leichter Fels / schwerer Fels“). Ergänzend wäre voraussichtlich die Sandbettung zu verstärken (Tab. 12-22). Zusammengenommen zeigen sich allerdings keine erheblichen Zusatzkosten.

²¹⁵ Anl. 1, Zeile 44

²¹⁶ *Mutschmann/Stimmelmayer*, Taschenbuch der Wasserversorgung, 14. Aufl. 2007, S. 784 (Tab. 12-36) und 785 (Tab. 12-38) gibt dafür klare Rechenbeispiele, die heranzuziehen sind.

²¹⁷ *Mutschmann/Stimmelmayer*, Taschenbuch der Wasserversorgung, 14. Aufl. 2007, S. 784.

²¹⁸ S. *Mutschmann/Stimmelmayer*: Taschenbuch der Wasserversorgung, 14. Aufl. Vieweg Verlag, Wiesbaden 2007. S. 780.

Tab. 12-37: Gesamtkosten von 1 m Zubringerleitung im freien Gelände ohne Kosten für Schieber-, Entlüfter-, Spül- und Abzweigschächte und 1 m Versorgungsleitung im bebauten Gebiet, Bodenklasse 3-5, Überdeckung 1,50 m, GGG K 9, DN 100-300

Leitungsart	Zubringerleitung (ZW)				Versorgungsleitung (VW)			
	100	150	200	300	100	150	200	300
DN	100	150	200	300	100	150	200	300
Oberboden, 12 m Breite	24	24	24	24	-	-	-	-
Rohrgraben	28	29	30	34	28	29	30	34
Schalung	-	-	-	-	15	15	15	15
Sandbettung 30 cm	4	4	4	4	4	4	4	4
Sandumhüllung 50%-Anteil	-	-	-	-	3	3	4	5
Wasserhaltung, Anteil	2	2	2	2	2	2	2	2
Straßenabruch, Bitu 10 cm 1,50 m ² /m (für alle DN)	-	-	-	-	10	10	10	10
Straßenwiederherstellung, Bitu 10 cm	-	-	-	-	27	27	27	27
Kiestragschicht, 30 cm	-	-	-	-	9	9	9	10
GGG-Rohr	38	55	75	125	38	55	75	125
Formstücke, ZW 5 %, VW 10 %	2	3	4	6	4	6	8	12
Schieber VW 0,01 St/m	-	-	-	-	3	6	8	17
Ü. Hydrant, VW 0,005 St/m	-	-	-	-	11	11	11	11
U. Hydrant, VW 0,01 St/m	-	-	-	-	6	6	6	6
Kreuzungen, ZW 0,001 St/m	3	3	3	3	-	-	-	-
Spülen, Desinfizieren	2	2	3	3	2	2	3	3
Druckprüfung	2	2	2	2	2	2	2	2
Summe, Einzelkosten	105	124	147	193	164	187	214	273
Baustelleneinrichtung 8 %	8	10	12	15	13	15	17	22
Unvorhergesehenes 5 %	5	6	7	9	8	9	10	13
Baunebenkosten 10 %	10	12	15	19	16	19	21	27
Rohrbaukosten	128	152	181	236	201	230	262	335
Umsatzsteuer 16 %	20	24	29	38	32	37	42	54
Gesamtkosten €/m	148	176	210	274	233	267	304	389

1. Aushub, Verfüllen und Verdichten – einschl. Nebenarbeiten, wie Krümmersicherungen u. a. nach Tab. 12-21. Als Abrechnungsbreite gilt unabhängig von der tatsächlichen Ausführungsbreite die Berechnungsbreite B_g nach Tab. 12-22, als Abrechnungstiefe die tatsächliche Ausführungstiefe = Überdeckung + D_r Rohr (nach VOB/C – DIN 18 300). Die Bodenklassen werden nach DIN 18 300 bezeichnet.

Tab. 12-21: Rohrgraben, Aushub, Verfüllen, Verdichten

Bodenklasse	1	2	3-5	6	7
Bodenart	Oberboden	wasserhaltender Boden	leichter, fester Boden	leichter Fels	schwerer Fels
Oberboden	€/m ² 2				
Maschineneinsatz	€/m ³	30	15	30	60
Handschacht, Zulage	€/m ³	30	35	50	70

Schalung 15 €/m², Kanaldielen 30 €/m², Kanaldielen bleibend 70 €/m²

Beispiel: Rohrgraben, Bodenklasse 4, GGG K 10, DN 300, Überdeckung 2,00 m, Maschineneinsatz
 Nach Tab. 12-22: B_g = d_r + 0,8 = 1,13 m, t_g = 2,33 m
 Kosten je m Rohrgraben: = (1,13 · 2,33) · 15,- = 39,49 €/m

2. Sandbettung, Sandumhüllung – zum Schutze der Rohrleitung bei steinigem Boden, aggressivem Boden, zur Vermeidung von Setzungen in Straßen, Kreuzungen mit schwer verdichtbaren Bodenklassen, Abrechnungsbreite nach Tab. 12-22, Abrechnungstiefe nach Ausführungstiefe, Kosten stark abhängig von der Entfernung der Sandbeifuhr.

Tab. 12-22: Abrechnungsbreite Bg für Rohrgräben (VOB/C – DIN 18 300)

DN bis einschließlich	50	250	400	800	1400	>1400
Bg für alle Rohrgrabentiefen m	0,70	1,00	$d_a + 0,8$	$d_a + 0,9$	$d_a + 1,1$	$d_a + 1,3$
Materialbedarf						
Sandbettung:	nach DIN 15 cm oder 10 cm + 0,1 DN					
Sandumhüllung:	$Bg \cdot (d_a + 0,30 \text{ Überdeckung}) - [D_a^2 \cdot \pi/4] \text{ m}^3$					
Kosten: Sandbettung	12,- €/m ³ , Sandumhüllung 8,- €/m ³					
Sandlieferung, je nach Transportweg	15–20,- €/m ³					

4.6.2. Trümmerschutt

[188] Die Betr. beruft sich mit Schreiben vom 7. Februar 2008 erstmals darauf, ihr Versorgungsgebiet sei „Trümmerschuttgebiet“, ²¹⁹ da es „einen hohen Anteil an Flächen mit Trümmerschutt aufweise“. ²²⁰ Dies habe „sehr große Auswirkungen“ auf die Baukosten. ²²¹ Sie trägt auch vor, die nach dem 2. Weltkrieg gebauten Straßen seien größtenteils mit Abbruch- und Trümmermaterial aufgefüllt worden. In diese seien mit geringer Sandbettung Graugussleitungen verlegt worden. Dies verursache noch heute mehr Störungen im Bestandnetz und höhere Verlegekosten in Trümmergebieten.

[189] Die Betr. legt keinen Beweis für die behaupteten negativen Auswirkungen auf den Wasserpreis des Jahres 2008 vor, obwohl sie reiches Quellenmaterial zur Verfügung haben müsste. Schon deshalb ist der Vortrag zurückzuweisen. Daneben legen Auswertungen allgemeiner Quellen durch die Kartellbehörde erhebliche Zweifel am Vorbringen der Betr. nahe. Es ist zwar richtig, dass 1943 Stadtkern und industrielle Peripherie, insbesondere die Panzer- und Lokomotivwerke, stark zerstört wurden. ²²²

[190] Den Zusammenhang des Bombenangriffes mit heute höheren Aufwendungen zur Wasserversorgung hat die Betr. aber nicht belegt. Sie meint, dass im Kriege zahlreiche Straßen samt den darunter liegenden Wasserleitungen zerstört wurden. Das folgende Bild einer Einfallstraße von Kassel, das am 5. April 1945 aufgenommen wurde ²²³ zeigt demge-

²¹⁹ AS I, Rz 232, S. 69

²²⁰ z.B. AS I, Rz. 195, S. 59 im Vergleich zu den Stadtwerken xxxxxxxxxx und an zahlreichen anderen Stellen.

²²¹ AS I, Rz. 225, S. 67.

²²² Ausführlich Friedrich, „Der Brand“, Deutschland im Bombenkrieg 1940-1945, 12. Auflage, München 2003, S. 377ff.

²²³ Trees/Whitung/Omansen/Ruhl/Thies/von Daak. „Stunde Null in Deutschland: Die westlichen Besatzungszonen 1945-1948“, 1978, S. 24.

genüber eine vollständig intakte Straßenoberfläche – was auch für die darunter liegenden Wasserleitungen zutrifft.



19 Einmarsch der 80. Division der 3. US-Armee in Kassel am 5. April 1945. Mehrere Soldaten tragen Trophäen bei sich: Deutsche Uniformen. Kassel war zu diesem Zeitpunkt eine Geisterstadt. Es lebten nur noch 50000 Menschen in den Ruinen. Vor dem Krieg hatte die blühende Stadt über 200000 Einwohner gehabt.

Zweifel sind auch am weiteren Argument der Betr. angebracht, viele Wasserleitungen seien auf Trümmerschutt neu verlegt worden. Die Trümmer der Innenstadt wurden am Rosenhang an der Karlsaue aufgeschüttet²²⁴ oder 1953 als Baumaterial für das Auestadion in der Kasseler Südstadt verwendet.²²⁵

[191] Die Betr. hat bisher auch nicht dargelegt, dass die Vergleichsunternehmen von Kriegsschäden und damit den von ihr behaupteten Folgelasten und „gestörten Bodenverhältnissen“ verschont geblieben waren – und sich somit in Kassel ungünstigere Umstände als in anderen Versorgungsgebieten Deutschlands fänden. In einer Reihe von Fällen ist sogar das Gegenteil richtig. Beispielsweise gab es Angriffe auf xxxxxxxxxx („... In ca. zehn bis fünfzehn Minuten war die Altstadt ein Feuermeer.“²²⁶), xxxxxxxxxx,²²⁷ xxxxxxxxxx („Vier-tausend Flugzeuge warfen an diesem Tag über zehntausend Tonnen Bomben auf die

²²⁴ Freie Enzyklopädie Wikipedia, /Luftangriffe_auf_Kassel, S. 2 von 3.

²²⁵ „Artikel Auestadion“, bei wikipedia.org/wiki/auestadion, S. 2 von 4.

²²⁶ Friedrich: „Der Brand“, S. 327, 120.

²²⁷ Friedrich, a.a.O., S. 120.

deutschen Stellungen im xxxxxxxxxx, die darin befindlichen Dörfer und Städte wie xxxxxxxxxx und xxxxxxxxxx²²⁸), xxxxxxxxxx²²⁹ und xxxxxxxxxx²³⁰ sowie xxxxxxxxxx.²³¹ Bei Luftangriffen am 12. Dezember 1944 und 02. Januar 1945 wurde xxxxxxxxxx zu 87% zerstört;²³² xxxxxxxxxx erlitt weitreichende Zerstörungen durch alliierte Luftangriffe.²³³

[192] Unabhängig von dem soeben Ausgeführten legt die Betr. wiederum nicht dar, inwiefern unvermeidbare Mehrkosten entstanden sind. Das sollte ihr durch einen Vergleich von Bauten in „gestörtem“²³⁴ mit „störungsfreiem“ Boden leicht fallen. Insbesondere fehlen Angaben zu den betroffenen Straßen, den Materialien etc. Dazu käme ein Nachweis dafür, dass Leitungen auf Ausbruchmaterial anfälliger sind. Dagegen spricht, dass bis heute zerkleinertes und verdichtetes Abbruchgut als Straßenbaumaterial dient. Bei sachgemäßer Behandlung und fachgerechtem Einbau verursacht dies keine Schäden. Baufehler wären der Betr. zuzurechnen und könnten höhere Kosten nicht rechtfertigen. Dasselbe gilt, falls – wie hier – ein „zu geringes Sandbett“²³⁵ vorgesehen wurde. Außerdem dürften Mehrkosten aus Verbau nicht anfallen, da nach DIN 4124 ab 1,25 m Verlegetiefe ohnehin ein Verbau vorzusehen ist.

[193] Selbst wenn man zugestehen wollte, dass in den Wirren der ersten Nachkriegsjahre zunächst behelfsmäßig gearbeitet wurde, so ist nicht erkennbar, wie sich dies noch heute auf den Wasserpreis auswirken sollte. Dagegen stehen schon Schlussfolgerungen aus dem Vortrag der Betr. selbst. Sind Leitungen, wie sie meint, wesentlich störanfälliger, so spricht vieles dafür, sie rascher als anderswo auszutauschen. Zahlreiche der in den 40er und 50er Jahren des vergangenen Jahrhunderts gelegten Leitungen dürften somit mittlerweile erneuert worden sein. Sogar wenn man dafür einen gewissen Mehraufwand (besseres Material, dickeres Sandbett, bessere Untergrundverdichtung) akzeptieren wollte, ist dieser mittlerweile entfallen, weil die Leitungen abgeschrieben sind.

[194] Die Versorgung in Kassel ist zudem auch im besten Sinne durchschnittlich, was Netzalter, Wasserverluste und Schadensraten angeht. Dies wird schon dadurch belegt, dass das

²²⁸ Friedrich, a.a.O., S. 143 f.

²²⁹ http://www.xxxxxxxx.de/cms/index.php?article_id=47. Stand 07.03.08;

http://de.wikipedia.org/wiki/xxxxxxx%C3%BCnster#Entwicklung_ab_1900. Stand 07.03.0

²³⁰ http://de.wikipedia.org/wiki/xxxxxxx_%28xxxxxxx%29#Geschichte. Stand 07.03.08;

<http://www.xxxxxxxx.de/index.php?idart=207&lang=1&parent=2&idcat=50>. Stand 07.03.08.

²³¹ http://de.wikipedia.org/wiki/M%C3%xxxxxxx#Erste_H.C3.A4lfte_des_20._Jahrhunderts.

²³² <http://www.xxxxxxxx.city-map.de/city/db/140101090700.html>. Stand 07.03.08.

²³³ http://de.wikipedia.org/wiki/xxxxxxx#20._Jahrhundert. Stand 07.03.08

²³⁴ So formuliert sie selbst, AS I, Rz. 225, S. 67; darüber hinaus verweist sie auf „Mehrkosten“ die von Baufirmen gegenüber Arbeiten in ungestörtem Boden geltend gemacht werden. Es bleibt offen, wieso sie diese nicht nennt.

²³⁵ AS I, Rz. 225 S. 67.

durchschnittliche Netzalter in Hessen bei 35 Jahren liegt;²³⁶ dies ist das Ergebnis einer Studie, an der die Betr. teilgenommen hat.²³⁷ Unterstellt man mit der Betr. eine höhere Erneuerungsrate als bei anderen Wasserversorgungsunternehmen, so verfügt sie durchschnittlich über ein relativ junges Netz, das von Kriegsbelastungen weitgehend frei sein sollte.

[195] Die Wasserverluste der Betr. können seit Jahren als nach den Verbandsrichtwerten unauffällig bezeichnet werden; sie betragen spezifisch gerechnet von 1996 bis 2006 zwischen xxx und xxx.²³⁸ Für eine großstädtische Versorgungsstruktur wie die der Betr. werden als „mittlere Wasserverluste“ Werte zwischen 0,10 und 0,20 angenommen.²³⁹ Auch das hessische Benchmarking-Projekt weist 0,12 als durchschnittliche reale Verluste aus.²⁴⁰ Schließlich entspricht die Schadensrate der Betr. mit xxx Schäden²⁴¹ exakt den Mittelwerten nach Benchmarking.²⁴²

4.6.3. Straßenbahn / Verkehrsbelastung / Materialqualität etc.

[196] Die Kartellbehörde geht mit der Betr. davon aus, dass in Kassel rund 90 km Straßenbahnnetz entstanden sind.²⁴³ Alle anderen Annahmen der Betr. werden hingegen nicht geteilt. Wiederum fehlen konkrete leitungs- und straßenbezogene Netz- und Kostenangaben sowohl für die Straßenbahn als auch für vorgeblich von erhöhtem Verkehrsaufkommen, Netzkreuzungen und ungünstigen Materialqualitäten betroffenen Teile des Leitungsnetzes. Die schon im Zusammenhang mit felsigem Untergrund erläuterten Nachweise hat die Betr. nicht vorgelegt. Es fehlt gleichfalls an einer Prüfung, ob bei den Vergleichsunternehmen nicht ebenfalls Straßenbahnen fahren (z.B. xxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxx) oder die Verkehrsdichte hoch ist. Dass auch viele andere Städte hohe Verkehrsbelastungen aufweisen kann schon ein persönlicher Augenschein erbringen; das gilt im Übrigen auch für Mittelstädte.

[197] Was insbesondere die Straßenbahn betrifft, so unterliegt die Betr. offenbar einem Irrtum. Vorbehaltlich neuerer Erkenntnisse kann nicht angenommen werden, dass die Wasserleitungen unterhalb der Straßenbahngleise liegen und damit vom Problem „Streustromkorrosion“ betroffen sind. Üblicherweise werden beide Infrastrukturen möglichst weit vonein-

²³⁶ *Kiesl*, Vortrag „Benchmarking Wasserversorgung Hessen“ – Vorstellung der Projektergebnisse am 31. Oktober 2006 in Wiesbaden, S. 20, Unternehmen über 2,5 Mio. m³ Abgabe.

²³⁷ Die Betr. hat kein Durchschnittsalter angegeben, vgl. Anl. 1, Zeile 226, obwohl ihr dies leicht möglich gewesen wäre, da sie über eine hochstehende Erfassung des Netzes verfügt – was sie selbst betont.

²³⁸ Anl. 1, Zeile 219.

²³⁹ DVGW, Technische Regel Arbeitsblatt W 392 Tabelle 4 S. 20.

²⁴⁰ *Rödl & Partner*, „Benchmarking Wasserversorgung Hessen 2005“, o. J. [2007], S. 27

²⁴¹ Anl. 1, Zeile 228. Offen muss bleiben, wieso die Betr. bis einschl. 2003 deutlich höhere Raten aufwies.

²⁴² *Rödl & Partner*, „Benchmarking Wasserversorgung Hessen 2005“, S. 28

ander getrennt. Das erscheint in Kassel noch mehr als in anderen Städten wahrscheinlich, ist die Stadt doch nach dem Kriege bewusst autogerecht und mit breiten Straßen wieder aufgebaut worden. Zudem gilt spätestens seit 1987, dass Gleise so anzulegen sind, dass Streustrom nicht auftritt. Das war in Expertenkreisen schon vorher bekannt. Erneuerungen am Tram-Tracee, an Straßen sowie an möglicherweise betroffenen Wasserleitungen sollten zudem das Problem gelöst haben.²⁴⁴

[198] Dies folgt zudem aus § 3 BOStrab.²⁴⁵ Dort heißt es:

„(1) Betriebsanlagen und Fahrzeuge müssen so gebaut sein, dass ihr verkehrsüblicher Betrieb niemanden schädigt oder mehr als unvermeidbar gefährdet oder behindert. Sie müssen insbesondere so gebaut sein, dass

...

1. die höchsten betrieblich auftretenden Beanspruchungen mechanischer, elektrischer und thermischer Art ohne Betriebsgefährdung aufgenommen werden können,

...

4. bei Gleichstrombahnen mit Energieübertragung über Fahrschienen nachteilige Wirkungen der Streustromkorrosion gering sind.“

[199] Für Kreuzungen mit Fremdleitungen und anderen Infrastruktureinrichtungen gilt darüber hinaus ebenso wie für den Straßenbahnbetrieb, dass die Betr. sich nicht auf Kosten anderer Träger berufen kann, die sie selbst rechtlich nicht zu vertreten hat. Das bezieht sich auf andere Rechtsträger wie Straßenbauverwaltung, Bundesfernstraßenverwaltung, Deutsche Bahn etc, aber auch auf die Straßenbahn.

[200] Letztlich unklar bleibt, was die Betr. zum Punkt Verlegetiefe sagen will.²⁴⁶ Die Kartellbehörde kann nicht erkennen, in welchem Umfang insoweit Sonderaufwendungen von der Betr. geltend gemacht werden. Schon der Ausgangspunkt ist unklar. Klar ist lediglich, dass „die Verlegetiefe“ die Leitungskosten beeinflusst. Dies trifft allerdings auf alle Unternehmen der Wasserversorgung zu. Worin die „wesentlichen Unterschiede zu den Vergleichsunternehmen“ liegen sollen, bleibt im Dunkeln.

[201] Was die besonders hohen Anforderungen an die Wiederherstellung der Straßenoberfläche angeht, so gilt das Vorstehende entsprechend. Darüber hinaus ist die Betr. bereits gebeten worden, zu erläutern, in welcher Höhe im versorgten Stadtgebiet i. d. R. die Stra-

²⁴³ AS I, Rz. 230 bis 232, S. 68 f.

²⁴⁴ vgl. die Maßnahmen unter <http://www.martin-gmbh.de/Streustrom.htm>

²⁴⁵ vom 11. Dez. 1987, BGBl. I S. 2648, zuletzt geändert am 19. Sept. 2006, BGBl. I, S. 2146, 2148.

²⁴⁶ AS I, Rz. 229, S. 68.

ßendecke nach Leitungserneuerung wieder aufzubauen ist. Beispielsweise ist ein Oberbau von 60 cm Dicke nicht ungewöhnlich.²⁴⁷

²⁴⁷ FH Oldenburg, Prof. Dr.-Ing. O. *Beilke*, Arbeitsblätter zur Vorlesung Erd- und Straßenbau, Tabellen 7-7 bis 7-10 „Standardisierter Oberbau“ in Asphalt- bzw. Betonbauweise.

4.7. Konzessionsabgabe (KA)

[202] Die Betr. trägt die Zahlung von Konzessionsabgaben als Rechtfertigungsgrund vor. Hierzu ist festzustellen, dass Versorgungskonzessionsabgabenzahlungen für Wasser kartellrechtlich höhere Wasserpreise nicht rechtfertigen. Die Auffassung der Betr., ohne einen Konzessionsvertrag, den die Kommune vorgebe, sei eine Versorgung nicht möglich, widerspricht dem Wesen eines Konzessionsvertrages. Er stellt eine privatrechtliche Vereinbarung dar, die frei aushandelbar ist; eine ganze Reihe von Beispielen, u. a. auch bei den Vergleichsunternehmen in xxxxxxxxxx, xxxxxxxxxx und xxxxxxxxxx, belegt, dass häufig in der Wasserversorgung keine Konzessionsabgaben vereinbart werden.

[203] Auch durch die Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben (KAE)²⁴⁸ wurde lediglich eine Obergrenze für die Höhe von Konzessionsabgaben vorgegeben, nicht aber deren Erhebung überhaupt.²⁴⁹ Die Rechtsprechung sieht zudem Anhaltspunkte dafür, dass Konzessionsabgaben im Falle von kommunalen Eigenunternehmen wie der Betr. „ohne jegliche wirtschaftliche Gegenleistung gezahlt werden, weil der Stadt der Gewinn aus der ausschließlichen Versorgung des Gemeindegebietes selbst zufließt“. Ob die Zahlung von Konzessionsabgaben mit dem Prinzip der möglichst preisgünstigen Versorgung nachhaltig vereinbar ist, erscheine zweifelhaft.²⁵⁰ Dem schließt die Kartellbehörde sich an.

[204] Die Betr. kann sich mangels belangreicher Unterschiede zu den Vergleichsversorgern nicht auf eine rechtfertigende Wirkung berufen. Diese zahlen bis auf wenige Ausnahmen die höchstzulässige Konzessionsabgabe. Die verbleibenden Verschiedenheiten beruhen auf den nach verschiedenen Gesichtspunkten gestaffelten Höchstsätzen nach KAE. Auf Roheinnahmen aus Wasserlieferungen an Sonderkunden (i. d. R. große Industriekunden) dürfen stets nur 1,5% Konzessionsabgaben gezahlt werden.²⁵¹ Bei Lieferungen an Tarifkunden ist es gestattet, in Gemeinden mit bis zu 25.000 Einwohnern 10% Konzessionsabgaben zu zahlen, in größeren Kommunen bis 100.000 schon 12%²⁵² und bis 500.000 Einwohnern, also der Größenklasse von Kassel, bis zu 15%. Dabei ist der Verordnungsgeber davon ausgegangen, dass größere Städte wirtschaftlicher zu versorgen sind als

²⁴⁸ Vom 4. März 1941 i. d. F. vom 7. März 1975 (BAnz Nr. 49).

²⁴⁹ OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 9. Mai 1995, 11 VA (Kart) 1/94, WuW/E OLG 5416, 5428, WuW 1995, 760, 772, „Konzessionsvertrag Niedernhausen“. Diese Entscheidung betrifft die Konzessionsabgabenverordnung (KAV) aus dem Jahre 1992, die insoweit aber keine Veränderung der KAE gebracht hat.

²⁵⁰ OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 5. Dezember 2006, 11 U 41/05 (Kart), UA, S. 16 f.

²⁵¹ KAE, § 1 Abs. 1 Buchst. a).

²⁵² KAE, § 1 Abs. 1 Buchst. b) i. V. m. Abs. 2 Satz 1, wobei von Beendigung des Krieges ausgegangen wird.

kleinere Kommunen.

[205] Unabhängig davon kann die Betr. derzeit die Rechtmäßigkeit der Erhebung der Konzessionsabgabe nicht prüfen, selbst wenn sie diese ausnahmsweise akzeptieren würde. Die Betr. gibt zwar an, eine Konzessionsabgabe von xxx Mio. € (2005) bzw. xxx Mio. € (2006)²⁵³ ausgeschüttet zu haben. Grundlage dafür sei § 9 Abs. 1 und 2 des Konzessionsvertrages. Die Konzessionsabgabe bemisst sich nach dem zulässigen Höchstsatz, der sich aus der Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben (KAE)²⁵⁴ ergibt. Dieser beträgt z. B. für die Stadt Kassel maximal 15% der Roheinnahmen, die zu allgemeinen Bedingungen an Endverbraucher geliefert werden und 1,5 v. H. für Roheinnahmen, die nicht zu allgemeinen Bedingungen an Endverbraucher geliefert werden (§ 2 Abs. 1 Buchst. a), Abs. 2 zweites Beispiel). Entscheidend dafür ist, dass das Versorgungsgebiet Kassel zur Einwohnerkategorie zwei zählt (100.001 bis 500.000 Einwohner); Vellmar hat deutlich weniger Einwohner. Die Herabsetzung gegenüber den in § 2 Abs. 1 Buchst b) genannten Beträgen folgt daraus, dass mittlerweile von der Beendigung des Krieges (§ 2 Abs. 2 KAE) auszugehen ist.

[206] Die Betr. hat die geforderten Einzelangaben²⁵⁵ nicht gemacht und auch nichts nachgewiesen, etwa durch Vorlage des Wirtschaftsprüferberichtes bzw. der Spartenbilanz Wasser, obwohl ihr dies ohne weiteres möglich gewesen wäre.²⁵⁶ Es gebe „keine gesetzliche Vermutung, dass die Wasserpreise der Betr. missbräuchlich seien“. Diese „fehlende Vermutung“ bildet aber die Grundlage des vorliegenden Verfahrens.

²⁵³ Angaben aus Anl. 1.

²⁵⁴ Vom 4. März 1941 i. d. F. vom 7. März 1975 (BAnz Nr. 49).

²⁵⁵ Anl. 1, Zeilen 24 bis 27, 29, 30.

²⁵⁶ AS I, Rz. 253 ff., S. 74.

5. Verfügung

5.1. Untersagung / Ziff. 1

[207] Die Preise der Betr. gem. Anl. zur AVBWasserV „Allgemeine Tarifpreise für die Versorgung mit Wasser“ – Stand: Dezember 2002 (gültig ab 1. Januar 2005) – sind in dem Umfang missbräuchlich überhöht, in dem sie den wettbewerbsanalogen Gesamtpreis der benannten 19 Vergleichsunternehmen übersteigen. Dies erlaubt eine Senkung der Wasserpreise der Betr. von mind. 23% (Vergleichsunternehmen xxxxxxxxxx) und höchstens 53% (xxxxxxx). Es ist kartellrechtlich zulässig, eine Kartellverfügung an demjenigen Vergleichsunternehmen mit dem niedrigsten Wettbewerbspreis auszurichten.²⁵⁷

[208] Die Kartellbehörde schöpft diesen Spielraum nicht aus. Die Verfügung wird auf ein Unternehmen mit einem geringeren Preisabstand – also einem höheren Wettbewerbspreis – gestützt. Alle Unternehmen mit einem niedrigeren Wettbewerbspreis als das „Primärunternehmen“ sind auch heranziehbar, und zwar in vollem Umfang der möglichen Kartellverfügung. Die hess. Kartellbehörde bezieht sich damit ausdrücklich auf ein Vorgehen, das von der bayer. Kartellbehörde bereits erfolgreich praktiziert wurde.²⁵⁸

[209] 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. Der für die Betr. maßgebliche kartellrechtliche Grundsatz der kostenstrukturgerechten Preisbildung für alle Abnehmergruppen²⁵⁹ gewährleistet, dass sie die angeordnete Preissenkung angemessen – das heißt gleichmäßig und jedenfalls nicht willkürlich sprunghaft – bei der Umgestaltung ihrer Tarifstruktur beachtet.²⁶⁰

[210] Damit wirkt die Hess. Kartellbehörde aus Gründen der Verfahrensökonomie schon jetzt dem denkbaren – wenn auch nicht erwarteten – Wegfall eines oder mehrerer Vergleichswasserunternehmen entgegen. Zugleich wird so Bedenken gegen die Heranziehung nur eines einzigen Unternehmens Rechnung getragen. In Ausübung ihres Ermessens entscheidet sich die Kartellbehörde für die xxxxxxxxxx, die bei der gebotenen wertenden Be-

²⁵⁷ Kramm, WRP 1998, S. 341, 346; im Anschluss daran Reif in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Kartellrecht, a.a.O., § 131 RdNr. 103 – demnächst erscheinend -.

²⁵⁸ 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 -.

²⁵⁹ BGH, Beschluss vom 6. Mai 1997, KVR 9/96, WuW/E BGH S. 3140, 3144, WuW 1997, S. 724, 728, - Gaspreis -.

²⁶⁰ OLG München, Beschluss vom 4. März 1996, WuW/E OLG S. 5713, WuW 1997, S. 85-96, - Gaspreis - .

trachtungsweise und der erforderlichen groben Sichtung gut vergleichbar sind. Dies würde beispielsweise u. a. für die Versorgungsdichte gelten (Betr.: 8,1; xxxxxxxxxx: 9,8),²⁶¹ die spezifische Behälterzahl (Betr.: 0,98, xxxxxxxxxx: 1,37)²⁶² und den HuK-Anteil an der Wasserabgabe (Betr.: 90%, xxxxxxxxxx 91%).²⁶³ Ebenso für die spezifische Behältergröße (Betr.: 1.996; xxxxxxxxxx: 2.383)²⁶⁴ und die Wasserabgabe pro Hausanschluss (Betr. 290 m³/Hausanschluss, xxxxxxxxxx 238 m³/Hausanschluss).²⁶⁵

[211] Schieden die xxxxxxxxxx – aus welchen Gründen auch immer – als Vergleichsunternehmen aus, so bliebe die Verfügung in vollem Umfang gestützt auf einen Vergleich mit den Unternehmen in xxxxxxxxxx, xxxxxxxxxx, xxxxxxxxxx, xxxxxxxxxx, xxxxxxxxxx, xxxxxxxxxx, xxxxxxxxxx, xxxxxxxxxx, xxxxxxxxxx und xxxxxxxxxx. Selbst wenn außergewöhnlicherweise diese Unternehmen nicht herangezogen werden könnten, so würden die verbleibenden Unternehmen eine ausreichende Grundlage darstellen; dies gälte jedenfalls in dem jeweils verbleibenden Preisumfang. Für diesen Fall würde sich die Kartellbehörde eine Teilaufhebung ihrer Verfügung vorbehalten.

[212] Die Betr. wird daher angewiesen, ihre Wasserpreise in dem Umfang zu senken, in dem sie die wettbewerbsanalogen Gesamtpreise der xxxxxxxxxx übersteigen. Diese belaufen sich auf 1,36 €/m³ (Typfall 1)²⁶⁶ bzw. 1,10(Typfall 2).²⁶⁷ Dies entspricht einer Senkungssumme von xxx Mio. € pro Jahr,²⁶⁸ dieser Betrag ist auf Fall 1 und die Abgabe an Haushaltskunden berechnet.

[213] Die Kartellbehörde hat sich bei ihrer Ermessensentscheidung (auch zur rückwirkenden Feststellung) von folgenden Überlegungen leiten lassen; deren Grundlage ist § 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. Diese Vorschriften erlauben es, der Betr. aufzugeben, einen beanstandeten Missbrauch abzustellen. Dies hat die Landeskartellbehörde in angemessenem Umfang geprüft. Alle Rechtfertigungsgründe im Sinne von § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 a. E. GWB a.F., die vorgetragen oder sonst ersichtlich sind, wurden einbezogen.

[214] Die Endentscheidung war unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des § 103 GWB a.F. zu treffen; dabei wurden die Grundsätze der Geeignetheit und der Verhältnismäßig-

²⁶¹ Vgl. Anlage 3, Zellen M70 und M244 oder Anlage 7.

²⁶² Vgl. Anlage 3, Zellen T70 und T244 oder Anlage 11.

²⁶³ Vgl. Anlage 3, Zellen G70 und G244 oder Anlage 9.

²⁶⁴ Vgl. Anlage 3, Zellen S70 und S244 sowie Kapitel 4.2.2.

²⁶⁵ Vgl. Fragebogen der Betr. und der xxxxxxxxxx.

²⁶⁶ S. Anl. 4, Zelle AJ 94.

²⁶⁷ S. Anl. 4, Zelle AP 94.

²⁶⁸ Anl. 4, Zelle AO94.

keit beachtet. Ein milderer und gleich geeignetes Mittel zur Missbrauchs-beseitigung als eine Preissenkungsverfügung ist nicht erkennbar. Demselben Ziel dient es auch, die kartellrechtliche Verfügung auf Ende 2009 zu befristen. Dabei geht die Kartellbehörde von hoher Preisstabilität gepaart mit nur geringen Veränderungen bei Netz, Absatz etc. im Zeitverlauf aus.

[215] Die Untersagung des insoweit überhöhten Wasserpreises der Betr. dient dem Ziel der Preiswürdigkeit der Versorgung. Es ist sachgerecht, die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht hauptsächlich im Sinne des wirtschaftlichen Verbraucherschutzes auszuüben, da die Kunden der Betr. als einem monopolistischen Anbieter gegenüberstehen.²⁶⁹ Die Rechtsprechung hat zudem den freigestellten Versorgern bei der Preisgestaltung Beschränkungen auferlegt, die auch bei wirksamem Wettbewerb nicht ohne weiteres bestünden.²⁷⁰ Dadurch werden der Berücksichtigung der Versorgungssicherheit enge Grenzen gesetzt; das verkennt die Betr., wenn sie der sicheren Versorgung bzw. der Vermeidung einer von ihr so verstandenen Gefährdung derselben höchste Priorität einräumt.²⁷¹

[216] Eine Einschränkung der Versorgungssicherheit ist derzeit weder plausibel vorgetragen noch sonst erkennbar. Die Betr. meint zwar, dass die Kartellverfügung eine erhebliche Belastung für sie darstellen würde. Damit verwechselt sie das Schicksal ihres eigenen Unternehmens bzw. dessen Bereich Wasserversorgung mit den Interessen der Allgemeinheit an einer sicheren Wasserversorgung. Diese werden im Konfliktfall durch das Regierungspräsidium Kassel bzw. durch die Oberste Wasserbehörde im Umweltministerium gewahrt; dieses hat das Benehmen mit dieser Verfügung hergestellt. Die Betr. selbst genießt als wirtschaftliche Unternehmung keinen Bestandsschutz; eine Kostendeckungsgarantie ist dem Kartellrecht fremd.²⁷²

[217] Unter Wettbewerbsbedingungen führt jahrelanges unwirtschaftliches Handeln zur Insolvenz des jeweiligen Unternehmens. Das Ziel des Systems der geschlossenen Versorgungsgebiete würde in sein Gegenteil verkehrt, wenn ein effizienzarmes Unternehmen die Konkurrenzfreiheit durch höhere Preise als anderswo ausnutzen und sich so sanieren könnte.

²⁶⁹ OLG Frankfurt, Beschluss vom 9. Mai 1995, 11 VA (Kart) 1/94, WuW/E OLG 5416, 5429, WuW 1995, 760, 773, „Konzessionsvertrag Niedernhausen“.

²⁷⁰ BGH, Beschluss vom 6. Mai 1997, KVR 9/96, WuW/E BGH 3140, 3143, WuW 1997, 724, 727, „Gaspreis“; Reif in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Kartellrecht, a.a.O., § 131 RdNr. 122 - erscheint demnächst.

²⁷¹ AS I, Rz. 49f, S. 16 f.

²⁷² Vgl. nur Entschlüsse der *Kartellreferenten* des Bundes und der Länder 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. 11 f. Dort ist m.w.N. festgehalten, dass die „Kostensituation“ ganz allgemein höhere Preise nicht rechtfertigen kann.

[218] In einem ergänzenden Anwaltsschriftsatz vom 18. Februar 2008²⁷³ hat sich die Betr. darauf berufen, die Nachtragsanhörungen durch die Kartellbehörde seien für das Verfahren nicht förderlich; dadurch werde „eine sachgerechte Verteidigung“ behindert. Die Verteidigungsrechte der Betr. seien durch eine „unzureichende Gewährung der Akteneinsicht“ verletzt. Es seien nicht alle Unterlagen vorgelegt worden, die „mit dem Verfahren in Verbindung stehen und für eine etwaige Entscheidung von Bedeutung sein können“. Dieses Monitum bezieht sich auf Schwärzungen wegen Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sowie „die vollständige Korrespondenz“. Demgegenüber hält die Kartellbehörde an der Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse auch der Vergleichsunternehmen fest, soweit solche ausdrücklich erklärt sind.

[219] Auch die weiteren Befürchtungen der Betr. zur Gewähr effektiven Rechtsschutzes sind unbegründet. Sie beruft sich darauf, dass „vielfach die Begleitschreiben der Fragebögen fehlten“. Sie nennt diejenigen Unternehmen allerdings nicht, auf die sie sich bezieht. Das könnte sie auch schon deshalb nicht, weil ihre Behauptung falsch ist. In allen Vergleichsfällen geht aus den Akten eindeutig hervor, auf welche Fragebögen sowie welche Angaben sich die Kartellbehörde bezieht. Es ist jeweils der dazugehörige Auswertungszusammenhang dokumentiert. Am 27. Februar 2008 gewährte die Landeskartellbehörde – wie erbeten – zudem eine ergänzende Akteneinsicht durch Übersendung von Kopien.

5.2. Zeitraum / Ziffer 2

[220] 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 2009 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 erachtet die Kartellbehörde eine Begrenzung auf zwei Jahre und somit auf den Ablauf des Jahres 2009 als sachgerecht.

²⁷³ AS II.

5.3. Rückwirkende Feststellung / Ziffer 3

[221] 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 1. Januar 2006. Sie wird zur Vereinfachung in Höhe der derzeit gültigen Preise ausgesprochen. Dies wirkt sich zugunsten der Betr. aus. Der Preisabstand war in der Vergangenheit insoweit größer, als die Vergleichspreise niedriger lagen. Dies war bei einer Reihe von Vergleichsunternehmen der Fall.

[222] An der rückwirkenden Feststellung besteht schon deshalb ein besonderes öffentliches Interesse, da sich die Betr. bis heute rechtmäßigen Preisverhaltens berüht; es droht Wiederholungsgefahr. Von der rückwirkenden Feststellung erwartet die Kartellbehörde darüber hinaus durch Klärung der Rechtslage eine besondere Signalwirkung auf die anderen Wasserversorger und deren Preisverhalten im Sinne der Förderung wettbewerbsnaher Preisbildung. Die rückwirkende Feststellung ist 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)²⁷⁴ oder durch Heranziehung von § 315 BGB geltend machen wollen.

[223] Der Anwendung von § 32 Abs. 3 GWB steht § 103 Abs. 6 GWB a.F. nicht entgegen; er ist nicht als abschließend anzusehen. Dies widerspräche dem Charakter von § 103 GWB a.F., der als Privilegierung der Wasserwirtschaft eng zu interpretieren ist. Die Gesetzesänderung durch die 7. GWB-Novelle bezweckte eine Verstärkung des kartellrechtlichen Schutzes vor Machtmissbrauch durch Verbesserung der gesetzlichen Rechte von Verbrauchern und Behörden. Dazu gehörte es, dass der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung sich nicht weiter zugunsten des Verletzers auswirken sollte. Schon dies übersieht die Betr., weshalb ihrer gegenteiligen Auffassung²⁷⁵ nicht gefolgt wird.

5.4. Sonstiges

[224] Die Betr. hat trotz Aufforderung nicht angegeben, welche Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sie der Kartellbehörde bisher übermittelt hat. Sie hat selbst auf die fehlende Wettbewerbsbeziehung zwischen den Vergleichsunternehmen und ihrem Unternehmen hingewiesen, was zur mangelnden Schutzwürdigkeit der Vergleichsdaten führe. Das gilt

²⁷⁴ Kessler in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschland Kartellrecht, a.a.O., § 32 Rz. 58; Langen/Bunte/Bornkamm, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 32 Rz. 37.

naturgemäß umgekehrt ebenso. Angesichts dessen hätte die Auffassung der Betr. notwendigerweise zur Konsequenz, dass sie keine schützenswerten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse aufweist. Daher wird für mögliche Beiladungen, Veröffentlichungen etc. davon ausgegangen, dass keine schützenswerten Geheimnisse vorliegen. Die Weitergabe von Daten der Vergleichsunternehmen an Dritte ist nicht zulässig.

²⁷⁵ AS I, Rz. 263 ff., S. 77 ff.

C. Kostenentscheidung

[225] 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 Referenznummer ist unbedingt anzugeben.

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

Rechtsmittelbelehrung

[226] 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 Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Die Beschwerde hat gem. § 64 Abs. 1 Nr. 2 GWB i. V. m. § 63 Abs. 1 Nr. 2 GWB a.F. aufschiebende Wirkung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Alois Rhiel

- Anlagen: –

1. Fragebogen der Betr.
2. aktuelle Wasserpreise
3. Strukturdaten und wirtschaftliche Angaben
4. Zu- und Abschlagsrechnung zur Bildung des wettbewerbsanalogen Gesamtpreises – Vergleichspreis –
5. Preisabstand im Typfall 1 – 150 m³
6. Preisabstand im Typfall 2 – 400 m³
7. Versorgungsdichtekennwert MMW
8. Wasserabgabe
9. HuK Abgabeanteil
10. versorgte Einwohner
11. Behälterkennwerte
12. Preissenkung im Typfall 1 - 150 m³
13. Preissenkung im Typfall 2 - 400 m³

Gliederung:

A.	Sachverhalt.....	3
1.	Die Betroffene	3
1.1.	Das Gesamtunternehmen.....	3
1.2.	Geschäftsbereich Wasser.....	3
1.2.1.	Übersicht / Versorgungsgebiet	3
1.2.2.	Konzessionsverträge	5
1.2.3.	Wasserbeschaffung / Netzeinspeisung	6
1.2.4.	Wasserverteilung	7
1.2.5.	Wasserpreise	8
2.	Vergleichsunternehmen	9
3.	Verfahren	10
B.	Gründe	16
1.	Zuständigkeit und Beteiligungen	16
2.	Gleichartige Unternehmen.....	17
2.1.	Betr. ist gleichartig	17
2.2.	Kartellrechtliche Anforderungen.....	17
2.2.1.	Grundsatz	17
2.2.2.	Energiebereich.....	18
2.2.3.	Übertragbarkeit auf die Wasserwirtschaft.....	20
2.2.4.	Ergebnis	20
2.3.	Auswahlentscheidung.....	22
2.3.1.	Kartellbehörde	22
2.3.2.	Betroffene	24
2.3.3.	Versorgungsdichte	26
2.3.3.1.	Kartellbehörde / Gerichte	26
2.3.3.2.	Auffassung der Betr.	27
2.3.4.	Nutzbare Wasserabgabe, Abgabestruktur und versorgte Einwohner	31
2.3.5.	Keine wesentlichen Abweichungen zwischen Vergleichsunternehmen und Betr.	33
2.3.6.	Gewinnungs- und Erzeugungssituation.....	34
3.	Ungünstigere Preise.....	36
4.	Rechtfertigung.....	37
4.1.	Grundsätze.....	37
4.1.1.	Objektive Strukturnachteile	38
4.1.1.1.	Allgemein	38
4.1.1.2.	Wasserbeschaffung	38
4.1.1.3.	Wasserverteilung	39
4.1.2.	Anlagennachweis.....	40
4.1.3.	Unverzichtbarkeit / Optimierung	42
4.1.3.1.	Allgemein	42
4.1.3.2.	Optimierung / Benchmarking.....	43
4.1.4.	Mehrkosten / Zu- und Abschlagsrechnung	44
4.2.	Wasserbeschaffung	45
4.2.1.	Grundsatz	45
4.2.2.	Ungünstige(re) Gewinnungsbedingungen	45
4.2.3.	Anlagennachweis.....	47
4.2.4.	Kosten / Optimierung	48
4.3.	Höhenunterschiede und Druckzonen.....	50
4.4.	Wasser(hoch)behälter	52
4.4.1.	Grundsatz	52

4.4.2.	Vergleichsunternehmen	52
4.4.3.	Anlagen / Kosten	54
4.5.	Druckerhöhung, Druckminderung	55
4.6.	Wasserverteilnetz: Erschwernisse (Fels, Trümmer, Straßenbahn, konfligierende Infrastruktur etc.).....	56
4.6.1.	Fels.....	56
4.6.2.	Trümmerschutt.....	61
4.6.3.	Straßenbahn / Verkehrsbelastung / Materialqualität etc.	64
4.7.	Konzessionsabgabe (KA)	67
5.	Verfügung	69
5.1.	Untersagung / Ziff. 1	69
5.2.	Zeitraum / Ziffer 2	72
5.3.	Rückwirkende Feststellung / Ziffer 3	73
5.4.	Sonstiges.....	73
C.	Kostenentscheidung	75

