



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

Geschäftszeichen IV 5 b – 78 k 20 / 01 – 575- 17;
288#001

[Landeskartellbehörde Energie und Wasser]

Dst.-Nr. 0458

Bearbeiter/in Hermann Daiber / Tobias Reinbold

Telefon 815 - 20 70; – 23 33

Telefax 815 - 22 29

E-Mail hermann.daiber@hmwvl.hessen.de;
tobias.reinbold@hmwvl.hessen.de

Ihr Zeichen BE/OAn/bba 70886-07 001

Ihre letzte Nachricht vom 31 Okt. 2007

Datum 10. Dezember 2007

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**Kartellverwaltungsverfahren gegen Mainova wegen des Verdachtes auf missbräuchlich
überhöhte Wasserpreise**

Verfügung

In dem Kartellverwaltungsverfahren gegen die

Mainova AG
Solmsstr. 38
60623 Frankfurt am Main

- gesetzlich vertreten durch den Vorstand, die Herren Dr. Alsheimer, Herbst und Zientek, –

- Betroffene (Betr.) –

Verfahrensbevollmächtigte:

- Verfahrensbevollmächtigte:
XXXXXXXXXX

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

wegen missbräuchlich überhöhter Wasserpreise für Haushalts- und Kleingewerbekunden im
Versorgungsgebiet der Mainova AG

(§ 103 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 Nr. 2, Abs. 6 Nr. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen, GWB, alte Fassung, i.V.m. § 32 Abs. 1, 2 und 3 sowie § 131 Abs. 6 GWB¹)

ergeht folgende **Verfügung**:²

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

² Bezeichnet Landeskartellbehörde III, LKB III; ein Gliederungsplan ist im Anhang beigelegt.

Verfügung:

1. Der Betroffenen wird untersagt, für die Lieferung von Trinkwasser zu allgemeinen Tarifpreisen einen höheren Betrag zu verlangen als 1,35 €/m³ abgegebenen Wassers in Typfall 1, 1,30 €/m³ in Typfall 2 und 1,28 €/m³ in Typfall 3 und 4; die Beträge sind Netto-Beträge ohne USt. Typfall 1 entspricht dabei einem Jahresverbrauch von 150 m³ Trinkwasser, Typfall 2 einem Jahresverbrauch von 400 m³, Typfall 3 von 700 m³ sowie Typfall 4 von 960 m³ mit in allen vier 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. Juli 2005 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.

1. Die Betroffene

1.1 Das Gesamtunternehmen

[1] Die Betroffene (im Weiteren Betr. genannt), die Mainova AG, liefert Strom, Gas, Wasser und Wärme im gesamten Stadtgebiet von Frankfurt. Zusätzlich werden die Städte Eschborn und Schwalbach mit Wasser für das Gewerbegebiet Camp-Phoenix-Park versorgt. Wesentliche Unternehmensdaten zeigt die nachfolgende Übersicht:

xxxxxxxxxx

[2] Hauptanteilseigner der Betr. ist mit 75,2% die Stadt Frankfurt am Main über die von ihr gehaltene Stadtwerke Frankfurt am Main Holding GmbH. 24,4% der Anteile an der Betr. gehören der Beteiligungsgesellschaft Thüga; die verbleibenden 0,4% befinden sich im Streubesitz. Die Thüga AG erwirtschaftete im Jahr 2006 einen Umsatz von 308 Mio. Euro und gehört selbst zur E.ON AG. Die E.ON AG ist aus VEBA und VIAG entstanden. Der Konzern ist mit 67,8 Mrd. € Umsatz (2006), 5,05 Mrd. € bereinigtem Ergebnis vor Steuern und Zinsen (EBIT) und rund 80.612 Mitarbeitern der weltweit größte private Energiedienstleister.³

³ <http://www.eon.com/de/unternehmen/2040.jsp> Stand 01.08.07

1.2 Geschäftsbereich Wasser

1.2.1 Übersicht

[3] Die Betr. hat am 28. Mai 1996 mit der Stadt Frankfurt einen Konzessionsvertrag zur Wasserversorgung geschlossen und am 17. 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. Die zu zahlende Konzessionsabgabe beträgt 18 v. H. für 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 (§ 9 Abs. 1 des Vertrages). Die Betr. liefert unentgeltlich Wasser für Feuerlöschzwecke (§ 8 Abs. 4).

[4] Die Betr. verzeichnete 2004 in der Wassersparte Gesamterträge in Höhe von xxx Mio. €, xxx Mio. € im Jahre 2005 sowie xxx Mio. € im Jahre 2006. Diese setzen sich zusammen aus den Umsatzerlösen, sowie v. a. anderen aktivierten Eigenleistungen sowie zugehörigen betrieblichen Erträgen. Damit erwirtschaftete die Betr. ein Gesamtergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit vor Steuern von xxx Mio. € im Jahre 2004, xxx Mio. € im Jahre 2005 sowie xxx Mio. € im Jahre 2006. Ferner gibt die Betr. an, eine Konzessionsabgabe auszuschütten; diese belief sich 2004 auf xxx Mio. €, 2005 auf xxx Mio. € sowie 2006 auf xxx Mio. €⁴

1.2.2 Wasserbeschaffung / Netzeinspeisung

[5] Die Betr. gibt für den Wasserbezug von der Hessenwasser und ihre Netzeinspeisung folgende Werte an:⁵

xxxxxxxxxx

Bis Ende 2000 hat die Betr. einen erheblichen Anteil des benötigten Wassers in eigenen Anlagen gewonnen; der Rest des verteilten Trinkwassers stammte fast vollständig aus dem hess. Ried und wurde von dem xxxxxxxxxxxx bezogen. Zum 1. Januar 2001 sind alle Gewinnungsanla-

⁴ Angaben aus Anl. 1, zugeleitet von der Betr. mit E-Mail vom 11. Sept. 2007, künftig bezeichnet „ES IV“.

⁵ Anl. 1 Zeilen 127 bis 130.

gen an die neu gegründete xxxxxxxxxx übertragen worden. Miteigentümer sind neben der Betr. die xxxxxxxxxx sowie xxxxxxxxxx (vormals xxxxxxxxxx) und (seit 2005) die xxxxxxxxxx. xxxxxxxxxx ist mit dem Ziel der Kosteneinsparung und des einheitlichen Wassermanagements in Südhessen gegründet worden. Zusammen mit den Trinkwasserbrunnen der Betr. hat xxxxxxxxxx 2001 auch alle Wasserbehälter und Pumpwerke übernommen; diese dürften ausweislich der aktuellen Hessenwasser-Übersichtskarte,⁶ v. a. im Frankfurter Norden und Osten (Bergen-Enkheim) liegen.

1.2.3 Wasserverteilung

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

xxxxxxxxxx

Die Betr. verfügt weder über Wasserspeicherbehälter⁷ noch Pumpwerke,⁸ da beide Funktionen vom Vorlieferanten xxxxxxxxxx wahrgenommen werden; sie nennt nunmehr allerdings „drei Netzpumpen“ zur Druckerhöhung, ohne den benötigten Pumpstrom angeben zu können.⁹

[7] Daraus ergeben sich folgende spezifische Vergleichswerte. Neben den jeweiligen Zahlen für 2004 und 2005 ist auch der Durchschnitt für die fünf Jahre 2002 bis 2006 gerechnet worden.

Kennwert	2004	2005	2006	2002 – 2006
Metermengenwert (MMW), ¹⁰ Wasserabgabe bezogen auf Netzlänge	23,2	22,6	21,4	22,9
Metermengenwert MMW /nur HuK-Abgabe ¹¹	19,0	18,8	17,8	19,1

1.2.4 Wasserpreise

[8] Die Betr. verlangt von ihren Haushalts- und Kleingewerbekunden (HuK-Kunden) einen Arbeitspreis von 1,88 €/m³ und einen jährlichen Grundpreis von 39,25 € für die kleinste Zähler-

⁶ Stand: Mai 2007.

⁷ Anl. 1, Zeile 137, Angabe „0“.

⁸ Anl. 1 Zeile 145, Zahl: „0“.

⁹ Anl. 1, Zeile 147 – 149, samt Erläuterungen.

¹⁰ Anl. 1 Zeile 246.

¹¹ Anl. 1, Zeile 257.

größe. Die Preise gelten seit dem 1. Januar 2003 und sind Netto-Preise. Zur Erfassung dieser beiden Preisbestandteile werden vier idealtypische Abnahmefälle mit jeweils der kleinsten Zählergröße zugrunde gelegt. Diese genügt zur Versorgung von 15 Wohneinheiten und damit von allen vier nachfolgend geschilderten Typfällen.¹²

[9] Die vier Typfälle entsprechen einem jährlichen Wasserabsatz von 150 m³ (Typ 1, „Einfamilienhaus“), 400 m³ (Typ 2, fünf Wohneinheiten), 700 m³ (Typ 3, neun Wohneinheiten) und 960 m³ (Typ 4, 12 Wohneinheiten)¹³. Daraus ergibt sich bei der Betr. eine jährliche Gesamtsumme von 321,25 € (Typ 1), 791,25 € (Typ 2), 1355,25 € (Typ 3) sowie 1844,05 € (Typ 4) für den Wasserbezug. Der Vergleichspreis, ausgedrückt in Geldeinheiten je geliefertem Kubikmeter, beläuft sich damit auf 2,14 €/m³ (Typ 1), 1,98 €/m³ (Typ 2), 1,94 € (Typ 3) sowie 1,92 €/m³ (Typ 4). 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

[10] Die Kartellbehörde zieht die in Anlage 2, Spalte A genannten Wasserunternehmen zum Vergleich heran. Preise und Preisabstände sind für Typfall 1 bis 4 ebenfalls in Anl. 2 angegeben. Diese Unternehmen liefern Trinkwasser auf der Grundlage der Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (AVBWasserV)¹⁴ und verlangen dementsprechend ebenso wie die Betr. Wasserpreise statt Wassergebühren. Quelle aller Angaben sind neben den Geschäftsberichten, dem Internetauftritt sowie ergänzenden Materialien und Niederschriften die ausgefüllten Fragebögen / Datenblätter. Sie beruhen auf einem Musterdatenblatt, das im Aufbau Anlage 1 entspricht.

[11] Wasserpreise, Strukturdaten, Kennwerte und die Berechnung des jeweiligen wettbewerbsanalogen Wasserpreises der Vergleichsunternehmen werden in konzentrierter Form in Anl. 2 bis 4 dargestellt; die Unternehmen sind jeweils nach ihrem Ausgangspreisabstand geordnet. Die Daten der Betr. finden sich aus technischen Gründen jeweils am unteren Ende der Tabelle. Die Anlagen 5 bis 14 enthalten grafische Darstellungen zentraler Preis- und Strukturinformationen.

¹² Büschel: „Bemessung von Wasserzählern in Wohngebäuden“, energie / wasser-praxis 4/2007, S. 26ff., Tabelle 1; der – in aller Regel kleinste – Zählernenndurchfluss von 2,5 m³/h genügt für 15 Wohneinheiten, wenn Druckspüler in den Toiletten vorhanden sind. Sind wassersparende Spülkästen vorhanden können bis zu 30 Wohneinheiten versorgt werden.

¹³ s. Anl. 2.

[12] Die Wasserpreise auf der Grundlage von Typfallberechnungen¹⁵ (falls erforderlich, bereinigt um landestypische Wasserentnahmeentgelte) sowie die jeweiligen prozentualen Abstände zur Betr. sind in Anl. 2 erfasst; Anl. 5 (Typfall 1) und Anl. 6 (Typfall 3) zeigen dieselben Daten als Diagramm. Die Betr. verlangt zurzeit im Typfall 1 („Einfamilienhaus“) zwischen 74 % (zu Stadtwerken xxxxxxxxxx) und 12% (Stadtwerke xxxxxxxxxx) höhere Preise; im Typfall 3 (700 m³, Mehrfamilienhaus) liegt der Preisabstand zwischen 87% (xxxxxxx) und 13% (Stadtwerke xxxxxxxxxx).

[13] In Anl. 3 hat die Kartellbehörde die Daten der Betr. und der dreizehn Vergleichsunternehmen zu folgenden Bereichen zusammengestellt; in Klammern beigefügt ist ggf. die Nummer der ergänzenden Anlage, die die entsprechenden Daten als Grafik aufbereitet:

- Versorgungsdichtekennwert (Anl. 7)
- Wasserabgabe, (Anl. 8)
- Abgabestruktur (Anl. 9)
- versorgte Einwohner (Anl. 10)
- geographische Lage des Unternehmens
- Eigentümer, Geschäftsfelder, Umsatz und Jahresergebnis des Gesamtunternehmens.

Basisjahr ist für die Vergleichsunternehmen jeweils 2005 sowie für die Betr., wenn es günstiger ist, das Jahr 2006. Bei allen Unternehmen weichen die entscheidenden Daten für das Jahr 2006 gar nicht oder nur geringfügig von denjenigen für 2005 ab. In Anl. 4 ist die Berechnung der notwendigen Zu- und Abschläge angelegt; den daraus folgenden gegenwärtigen Stand einer Preissenkung bilden Anl. 11 bis 14 ab. Rundungsdifferenzen sind dabei technisch bedingt.

3. Verfahren

[14] Die Landeskartellbehörde hat der Betr. mit Anhörungsschreiben vom 27. Juni 2002¹⁶ mitgeteilt, dass sie im Verdacht stehe, missbräuchlich überhöhte Wasserpreise zu fordern. Als Vergleichsversorger wurden unter anderem die Wasserversorgung xxxxxxxxxx GmbH sowie die Stadtwerke in xxxxxxxxxx und xxxxxxxxxx benannt. Ihre ungünstigeren Preise könne die Betr. durch die Geltendmachung objektiver Strukturnachteile ihres Versorgungsgebietes rechtfertigen. Seien bestimmte Strukturmerkmale als „abweichende Umstände“ im Sinne des Gesetzes

¹⁴ vom 20. Juni 1980, BGBl. I S. 750.

¹⁵ s. Abschnitt 1.2.4 sowie Abschnitt B. 3.

¹⁶ Im Folgenden als „LKB I“ (Landeskartellbehörde I) bezeichnet.

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-Entscheidungen der Kartellbehörden von 1997 und 1998¹⁷ wurde Bezug genommen.

[15] Die Betr. antwortete ausführlich am 27. August 2002.¹⁸ Zwar stehe der Kartellbehörde bei der Auswahl der Vergleichsunternehmen ein weites Auswahlmessen zu. Sie „sollte“ jedoch auf Unternehmen mit ähnlicher Beschaffungs-, Erzeugungs- und Vertriebssituation abstellen.¹⁹ Neben Pump- und Speicheranlagen sowie Umweltschutzaufgaben seien u. a. die Verbrauchsdichte des Versorgungsgebietes sowie neben dessen Größe, Struktur und Marktfunktion auch der Durchschnittsverbrauch je Kunden und die Länge der Versorgungsleitungen zu berücksichtigen. An anderer Stelle wurde ausgeführt, dass der von der Kartellbehörde genannte Metermengenwert „sicherlich ein Faktor [ist], der ... Berücksichtigung finden muss.“ Gleichzeitig wurde die Nennung der einzelnen Metermengenwerte angemahnt.

[16] Die Betr. gab darüber hinaus an, dass sie mit Wirkung zum 1. Januar 2001 die Bereiche Beschaffung, Speicherung und Transport von Wasser auf die neugegründete xxxxxxxxxx ausgegliedert habe. Die von ihr „direkt beeinflussbaren Kosten“ seien ab diesem Zeitpunkt nur noch auf Verteilung einschl. Vertrieb und Abrechnung begrenzt. Die Ausgliederung verfolge vorrangig das Ziel, „auf der Beschaffungsseite ... mittel- und längerfristig Kostenentlastung zu schaffen“. Kostenteile der ursprünglich eigenen Beschaffung seien nach wie vor von der Betr. zu tragen; dies blieb unklar.²⁰

[17] Die Betr. nannte 18 abweichende Umstände, die ihrer Meinung nach ihre höheren Preise rechtfertigen.²¹ Dazu gehörten u. a. der Verbrauchsrückgang der letzten Jahre sowie verschiedene Erschwernisse bei der Verlegung oder Erneuerung von Wasserleitungen. Die Betr. nannte u. a. erhöhte Verkehrssicherungspflichten, begrenzte Aufbruchlängen sowie die Notwendigkeit, 100% des ausgehobenen Bodens auszutauschen. Diese sowie weitere Erschwernisse seien durch die Struktur der Versorgung in einer Großstadt verursacht. Auch die hohe

¹⁷ *Kartellreferenten des Bundes und der Länder*, Entscheidungen vom 18. September 1997 und 2. Oktober 1998, abgedruckt bei Hempel/Franke, *Recht der Energie- und Wasserversorgung*, Band 3, Materialien, Nr. 1.2.2, S. 12 f.

¹⁸ Bezeichnet als Erwiderungsschriftsatz I = ES I.

¹⁹ ES I, S. 2

²⁰ ES I, S. 4 oben.

²¹ ES I, ab S. 6 sowie Anl. 3.

Anzahl von Rohrbrüchen, von auszuwechselnden Blei-Hausanschlüssen sowie die Umlegung und Sicherung von Leitungen und auch die Löschwasserproblematik zählten in diese Kategorie.

[18] Mit Schreiben vom 26. Februar 2003 teilte die Kartellbehörde der Betr. die aktuellen Europeise der Vergleichsunternehmen mit. Am 27. Februar 2003 wurde ein erstes Gespräch mit der Betr. geführt. Dabei bat die Kartellbehörde um Vorlage der Kostenträgerrechnungen für die Jahre 2000 bis 2002 und erläuterte, dass nur auf der Grundlage dieser Einzelkostenrechnungen die Rechtfertigung geprüft werden könne. Entgegen ihrer zunächst erklärten Absicht hat die Betr. diese Unterlagen nicht zugeleitet. Sie begründete dies u. a. damit, dass niedrigere Wasserpreise eine Missbrauchsvermutung nicht rechtfertigen könnten.²²

[19] In den Folgejahren legte die Betr. verschiedene Zahlenangaben vor, auch im Rahmen eines Fragebogens. Dieser Basisfragebogen wurde in den Jahren 2003 und 2004 im Rahmen umfangreicher Ermittlungen im Bundesgebiet komplett überarbeitet und stark erweitert. Eine aktuelle Fassung des Fragebogens erhielt die Betr. am 12. Mai 2006. Am 26. Juni 2006 wurde dieser ausführlich erläutert. Die Kartellprüfung sollte danach auf der Grundlage eines komplett ausgefüllten Fragebogens weitergeführt werden; dieser wurde am 2. Oktober 2006 übersandt. Die strukturbedingten Mehrkosten waren nicht gesondert ausgewiesen.

[20] Am 26. Juni 2006 gab die Kartellbehörde einen Überblick über die Grundlagen der Bildung des wettbewerbsanalogen Wettbewerbspreises.²³ Das Zu- und Abschlagsprinzip wurde dargestellt. Eine aktuelle Preisauswertung von 32 Versorgungsunternehmen sowie Grafiken von deren Versorgungsdichtekennwert und Abgabemenge wurde übergeben. Die Betr. hielt daran fest, dass keines der genannten Vergleichsunternehmen relevant sei. Die Landeskartellbehörde forderte die Betr. auf, die Mehrkosten jedes von ihr benannten Rechtfertigungsgrundes jeweils einzeln zu nennen. Daneben wurde die Betr. darüber informiert, dass die Löschwassergrundversorgung nach dem hess. Gesetz über den Brandschutz etc. Aufgabe der Kommune sei und zuzurechnende Kosten nicht von den Kunden zu tragen wären.

[21] Bei einem weiteren Zusammentreffen am 30. Januar 2007 legte die Kartellbehörde unter anderem dar, dass über den Typfall 1 und 2 hinaus die besondere Abgabestruktur von Mainova durch zwei ergänzende Typfälle 3 und 4 (s. 1.2.4) einbezogen werde. Erneut sagte die Betr. zu, die erwähnten 18 Rechtfertigungsgründe zu quantifizieren. Daneben legte die Kartellbehörde zu den Punkten Rohrbrüche, Hydrantenzahl, Netzschieber und Eigenverbrauch dar, in welcher Weise sie eine kennzahlenmäßige Berücksichtigung für möglich halte.

²² ES II vom 29. April 2003, S 1.

[22] Im Anschluss daran skizzierte die Betr. schriftlich²⁴ diejenigen – nunmehr – 19 „Besonderen Strukturmerkmale“, die sie für besonders kostenwirksam ansieht. Bei einer geschätzten Gesamtsumme von xxx Mio. € seien Einzelbeträge „nur anhand von Beispielrechnungen“ zu ermitteln; diese lagen nicht bei. Auch die zugesagten relevanten Vergleichskennziffern zur unternehmensübergreifenden Betrachtung nannte die Betr. nicht. Die Aufstellung sei aber „aufgrund der großstädtisch strukturellen Besonderheiten in Frankfurt am Main nachvollziehbar und plausibel“.

[23] Darüber wurde erneut am 30. März 2007 bei der Betr. eingehend gesprochen. Die Kartellbehörde erläuterte, dass eine Rechtfertigung der hohen Wasserpreise im Sinne von § 103 Abs. 5 GWB a.F. derzeit nicht erkennbar sei. Kostenschätzwerte für zusammengefasste Gruppen von „Großstadt-Erschwernissen“ seien nicht prüffähig. Unabhängig von Einzelnachweis und Prüffähigkeit stellte die Behörde klar, dass schon dem Grunde nach keines der 19 „Strukturmerkmale“ anerkannt werden könne. Das wurde beispielhaft für Bleirohre, Kriegsauswirkungen, den Vermaschungsgrad sowie Mehrspartenhausanschlüsse dargelegt. Das Unternehmen wurde aufgefordert, die nach seinem eigenen Vortrag unberechtigten Anforderungen der Stadt Frankfurt insbesondere hinsichtlich Brandschutz, Straßenwiederherstellungs- sowie Umlegungskosten etc. aufzuführen. Auf Frage bot die Kartellbehörde an, die Betr. bei der Abwehr solcher nicht angemessener Ansprüche durch eine schriftliche Klarstellung zu unterstützen.

[24] Der Betr. wurden anonymisierte Auswertungen von insgesamt 21 Vergleichsversorgern übergeben. Sie betrafen Versorgungsdichte, Vergleichspreis und Preissenkungspotential in Typfall 1 und 4 (Absatz 960 m³ p.a.). Wichtige Vergleichsunternehmen wurden der Betr. namhaft gemacht, u.a. die Versorger in xxxxxxxxxx, xxxxxxxxxx, xxxxxxxxxx und xxxxxxxxxx; dies erlaube derzeit eine Preissenkung von voraussichtlich 44%. Es wurde gemeinsam festgestellt, dass beide Seiten nach wie vor an einer einvernehmlichen Lösung interessiert sind.

[25] Die Betr. schlug ein gemeinsames Gutachten vor, dessen Kosten sie gerne tragen wolle. Über den Auftragnehmer solle gemeinsam entschieden werden. Da die Betr. die Auswirkungen ihrer Rechtfertigungsgesichtspunkte derzeit nur schätzen könne, solle der zu Beauftragende die notwendigen Werte der Buchhaltung entnehmen. Außerdem sollten „Auswahl und Parameter der Vergleichsunternehmen“ überprüft werden. Schließlich sollten alle Kosten und Erlöse der Wassersparte einbezogen werden. Nach Abwägung erklärte die Kartellbehörde, dass ein gemeinsames Gutachten aus ihrer Sicht wegen der damit verbundenen erheblichen Verzögerung ausscheide.

²³ vgl. ausführlich B 4.5.

[26] Letzte Erläuterungen gab die Kartellbehörde telefonisch am 5. April 2007. Ein Mitarbeiter der Betr. hatte per E-Mail erklärt, „trotz der Erklärungen am 30. März 2007“ Methodik und Zahlenermittlung der Kartellbehörde nicht zu verstehen. Dies konnte vollständig geklärt werden und wurde von der Betr. auch so bestätigt. Ergänzend führt die Kartellbehörde aus, dass höhere Leitungsbau- und -dimensionierungskosten in xxxxxxxxxx etwa im Vergleich mit der xxxxxxxxxx ergänzend eingerechnet werden könnten. Zuletzt bat die Kartellbehörde mit Schreiben vom 3. August 2007 um Ergänzung, Prüfung und Aktualisierung der Daten der Betr. Sie wies ausdrücklich u.a. auf die – bisher unbeantworteten – Fragen nach Landeszuwendungen,²⁵ nicht erläuterten Kostenbestandteilen,²⁶ den anteiligen sowie gesamten Erneuerungskosten²⁷ sowie Wasserbehältern und Pumpwerken²⁸ hin.

[27] Mit E-Mail vom 22. August 2007 beantwortete die Betr. einige der gestellten Fragen; auf die Nachfrage der Kartellbehörde vom 28. August reagierte die Betr. mit E-Mail vom 11. Sept. 2007²⁹ samt überarbeitetem Fragebogen.³⁰ Unter dem 4. Oktober 2007 hörte die Landeskartellbehörde die Betr. umfassend an.³¹ Sie benannte eine reduzierte Zahl von 14 anderen Wasserversorgern – statt bisher 21 – mit vergleichbaren Strukturen, aber deutlich günstigeren Wasserpreisen. Es wurde dargelegt, dass nach wie vor der Verdacht besteht, dass in Frankfurt am Main kartellrechtlich unzulässige Wasserpreise verlangt werden.

[28] Die Auffassung der Kartellbehörde zur Gleichartigkeit sowie zur Preisbestimmung wurde ebenso erläutert wie insbes. das bisherige Ergebnis der Prüfung „abweichender Umstände“ i. S. d. § 103 Abs. 5 GWB a.F. Es wurden umfassend die Grundsätze der Rechtfertigungsprüfung sowie die Nachweiserfordernisse insbesondere in den Punkten „größtstädtische Struktur“, „Wasserbeschaffung“, „Konzessionsabgabe“ sowie zum Sicherheitszuschlag dargestellt. Darüber hinaus informierte die Kartellbehörde über den bisherigen Ermittlungsstand, den gegenwärtig missbrauchsfreien Wasserpreis sowie ihre Absicht, rückwirkend die Missbräuchlichkeit des derzeitigen Preises festzustellen. Die Betr. erhielt die Gelegenheit, bis zum 31. Oktober 2007 entweder ihre Wasserpreise zu rechtfertigen oder zu senken. Daneben wurde sie zur Nennung ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse aufgefordert.

²⁴ Schreiben vom 9. März 2007, ES III, samt Anlagen.

²⁵ Anl. 1, Zeile 12.

²⁶ Anl. 1, Zeile 48.

²⁷ Anl. 1, Zeilen 93 bis 98, auch zu den Jahren 1998 bis 2003 sowie 2006.

²⁸ Anl. 1, Zeilen 137ff., 145ff., für die Jahre 1998 bis 2000, in denen die fraglichen Bereiche noch nicht an die Hesenwasser GmbH übergegangen waren.

²⁹ künftig bezeichnet als ES IV.

³⁰ ab sofort benannt als Anl. 1; liegt diesem Schreiben bei.

³¹ Schreiben LKB II

[29] In Ihrer Stellungnahme vom 31. Oktober 2007³² beantragten die von der Betr. beauftragten Anwälte die Einstellung des Verfahrens. Sie bezweifelt die Datengrundlage der Kartellbehörde und hält ihr Vorgehen insgesamt für rechtswidrig. Das stützt sie insbesondere darauf, dass die benannten Vergleichsunternehmen nicht gleichartig seien. Die verglichenen Unternehmen müssten „in ihren Strukturen“ im Wesentlichen der Betr. entsprechen. Qualität, Versorgungssicherheit und unterschiedliche Beschaffungslage habe die Kartellbehörde „vollständig ignoriert“. Auf jeden Fall rechtfertigten „strukturelle Unterschiede“ die abweichenden Preise in Frankfurt am Main.

[30] Zudem lässt die Betr. ausführen, dass die in Aussicht gestellte Kartellverfügung zu Verlusten führen würde. Diese entzöge einem „anerkannt gut geführten Unternehmen wie Mainova“ dauerhaft die wirtschaftliche Grundlage. Zur Begründung nennt die Betr. „bereits für den Jahresabschluss 2007 Ergebnisvereinigungen von fast xxx Mio. €“. Fristverlängerung oder Akteneinsicht hatte die Betr. nicht beantragt; auch zur Frage nach Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen äußert sie sich nicht. Eine Anwaltsvollmacht fehlt.

³² künftig benannt: Anwaltsschriftsatz I, AS I

B.

Gründe

[31] Die Betr. missbraucht durch das Fordern ungünstigerer Wasserpreise als vergleichbare Versorgungsunternehmen mangels ausreichender abweichender Umstände die Stellung, die sie durch die Freistellung ihres Konzessionsvertrages nach § 103 Abs. 1 GWB erlangt hat (§ 103 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 Nr. 2 GWB alte Fassung (a.F.);³³ die Kartellbehörde spricht daher eine Untersagungsverfügung nach § 103 Abs. 6 Nr. 1 GWB a.F. aus und stellt zusätzlich die Missbräuchlichkeit der Wasserpreise im dargelegten Umfang ab 1. Juli 2005 fest (§ 32 Abs. 3 GWB). Dem liegen die nachfolgenden Ausführungen zugrunde, die sich in die Abschnitte Zuständigkeit und Beteiligungen (1.), gleichartige Unternehmen (2.), ungünstigere Preise (3.), Rechtfertigung (4.) sowie Tenorierung (5.) gliedern. Zur besseren Übersicht wird im Anhang eine Gliederung beigegeben.

1. Zuständigkeit und Beteiligungen

[32] Die Landeskartellbehörde ist die örtlich zuständige Kartellbehörde zur Durchführung des vorliegenden Kartellverfahrens nach § 54 GWB,³⁴ 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.³⁵ 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 Benehmen ist hergestellt.

³³ Fassung vom 20. Feb. 1990 (BGBl. I S. 235), zuletzt geändert am 26. August 1998 (BGBl. I S. 2512), bis 30. Juni 2005 i. V. m. § 131 Abs. 8 GWB, ab 1. Juli 2005 i. V. m. § 131 Abs. 6 GWB, BGBl. I S. 2114.

³⁴ In der ab 1. Juli 2005 geltenden Fassung.

³⁵ § 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

[33] Die Betr. ist in ihrem Versorgungsgebiet gegenüber allen letztverbrauchenden Kunden von Trinkwasser, insbes. den Haushalts- und Kleingewerbekunden (HuK), Alleinanbieter. Ihre Stellung auf dieser Marktstufe ist durch den ausschließlichen Konzessionsvertrag mit der Stadt Frankfurt 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 (2.3) benannten Wasserversorgungsunternehmen vergleichbar.

[34] Die Betr. trägt zwar vor, dass der Missbrauch einer freigestellten Ausschließlichkeit des Konzessionsvertrages im Sinne von § 103 Abs. 5 GWB a.F. von vornherein ausscheide.³⁶ 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. Die Rechtsprechung hat demgegenüber unmissverständlich klargestellt, dass es darauf nicht ankommt; dem schließt die Kartellbehörde sich an. Es genügt für die Anwendbarkeit der Missbrauchsaufsicht das Vorliegen eines wettbewerbsausschließenden Konzessions- oder Demarkationsvertrages nach § 103 Abs. 1 GWB a.F.³⁷

[35] Ebenso wenig überzeugt es, wenn die Betr. vortragen lässt, die intensive Erörterung der Auswahlentscheidung sei durch die Kartellbehörde erschwert worden; Stellungnahmefristen seien zu kurz gewählt worden. Einen Rechtsfehler trägt sie, soweit ersichtlich, nicht vor.³⁸ Es wird zudem „die wiederholte Änderung der herangezogenen Vergleichsunternehmen“ moniert. Das steht nicht nur im Widerspruch zur dynamischen Natur des kartellrechtlichen Verfahrens. Die Betr. hat selbst mehrfach vorgetragen, ursprünglich benannte Unternehmen – die mittlerweile ausgeschieden wurden –, wie z.B. die xxxxxxxxxx, seien nicht mit ihr vergleichbar. Für „die Klärung offener Fragen zwischen der Betr. und der Landeskartellbehörde“ ein Gutachten vorzuschlagen, erscheint schon deshalb untauglich, weil dazu in fünf Jahren und einer ganzen Reihe von Gesprächen mehr als genug Zeit war.

³⁶ AS I, S. 6f., RdNr. 9.

³⁷ KG, Beschluss vom 15. Januar 1997 – Kart 25/95 – RdE 1997, S. 239, 241 „Spreegas“, auch veröffentlicht WuW/E OLG S. 5926; BGH, Beschluss vom 6. Mai 1997, KVR 9/96, WuW/E BGH S. 3140, 3144, WuW 1997, S. 724, 728, „Gaspreis“; Reif in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Kartellrecht, a. a. O., § 131 RdNr. 64.

2.2 Kartellrechtliche Anforderungen

[36] Für die Frage, ob die Wasserpreise der Betr. im Sinne des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB a.F. missbräuchlich überhöht sind, kommt es darauf an, ob die zum Vergleich herangezogenen Wasserversorger gleichartig sind. Dafür sind die jeweils ausgeübte unternehmerische Tätigkeit auf demselben Markt und die wirtschaftliche Funktion maßgebend.³⁹ Das ist hier die Belieferung von letztverbrauchenden Haushalts- und Kleingewerbekunden mit Trinkwasser des täglichen unverzichtbaren Bedarfs als Massengeschäft. Das Merkmal der Gleichartigkeit hat, um marktbeherrschende Unternehmen wirksam kontrollieren zu können,⁴⁰ nur die Funktion einer groben Sichtung⁴¹ aus dem Blickwinkel der Abnehmer.⁴²

[37] Die Betr. ist zwar teilweise anderer Meinung.⁴³ Sie fordert insbesondere eine umfassende Prüfung der „Beschaffungs-, Erzeugungs- und Vertriebssituation“. Von ihrer anders lautenden Auffassung, die sie im Rahmen eines Missbrauchsverfahrens wegen Gaspreisen geäußert hat,⁴⁴ will sie sich durch Hinweise auf die Unterschiede zwischen Energie und Wasser distanzieren. Dabei übersieht sie, dass dies bei gegebener Struktur unerheblich ist. Ein Netz mit geringer Versorgungsdichte ist in jedem Falle wirtschaftlich ungünstiger als ein solches mit hoher Dichte. Dies ist unabhängig vom Medium, das ausgeliefert wird. Es bleibt vielmehr bei der Auffassung der Kartellbehörde, dass wegen zahlreicher Besonderheiten die grundlegenden Erkenntnisse aus der kartellrechtlichen Energiepreiskontrolle auf die Prüfung der Wasserpreise übertragen werden können, weil wesentliche Bedingungen gleich sind. Dazu zählen insbesondere die starke wirtschaftliche Machtstellung der Inhaber von Leitungsnetzen, die jederzeit geforderte Lieferbereitschaft und die hohe Fixkostengebundenheit im natürlichen Monopol.⁴⁵

[38] Dazu kommt, dass die Betr. mit ihrer restriktiven Auffassung die Anforderungen an die Gleichartigkeit und das Hauptmotiv von § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB a.F., die Präzisierung und Verschärfung der Missbrauchsaufsicht, verkennt. Dies wird auch zusätzlich durch die mitt-

³⁸ Die Anwälte subsumieren ihren Vortrag dazu unter dem Oberbegriff „methodisch nicht in Ordnung“, ohne dass dabei die Rechtsqualität dieses Vorwurfes klar würde, Vgl. AS I S. 21ff., RdNr. 65 bis 71.

³⁹ 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.

⁴⁰ Vgl. die Gesetzesbegründung, BTDRs. 8/2136, S. 33f.

⁴¹ ebenso die Betr. in einem Missbrauchsverfahren wegen Gaspreisen, Anwaltsschriftsatz vom 12. August 2005, Gesch.-Z. III 9 – 1 – 78 k 18 – 288, S. 15f. Dort wird zu § 103 Abs. 5 GWB a.F., auf den es hier ankommt, ausgeführt, dass „lediglich eine Grobsichtung hinsichtlich der Vergleichsunternehmen“ von der Kartellbehörde vorzunehmen sei.

⁴² BGH, Beschluss vom 21. Februar 1995, KVR 4/94, WuW/E BGH 2967, 2973, WuW 1995, 501, 506, „Strompreis Schwäbisch Hall“; BGH-Bezeichnung: „Weiterverteiler“; Reif in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Kartellrecht, Band 2, München 2007, demnächst erscheinend, § 131 RdNr. 100.

⁴³ ES I, S. 1ff; AS I 9ff, insbes. RdNr. 24.

⁴⁴ Anwaltsschriftsatz vom 12. August 2005, Gesch.-Z. III 9 – 1 – 78 k 18 – 288, S. 15f.

⁴⁵ 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. 4ff, 6f. „Übertragbarkeit dieser Grundgedanken auf die Wasserpreiskontrolle“.

lerweile ergangene Rechtsprechung, insbesondere die Entscheidung „Stadtwerke Mainz“⁴⁶ des BGH, gestützt. Das Gericht knüpft damit an seinen Beschluss „Strompreis Schwäbisch Hall“ an. Der Vergleich zwischen zwei (Energie-)Versorgungsunternehmen ist damit trotz großer Ungleichheiten sowohl in der Beschaffungs- als auch in der Verteilungssituation zugelassen worden. An anderer Stelle hat der BGH deutlich gemacht, dass monopolistischen Preisüberhöhungstendenzen wirksam begegnet werden muss.⁴⁷ Somit stimmen die Interpretationen des BGH und der Kartellbehörden⁴⁸ im Wesentlichen überein.⁴⁹

[39] Selbst wenn man unterstellte, die Auffassung der Betr. wäre richtig, so fehlte ihr doch die sachliche Grundlage. Sie führt beispielsweise aus, ihre Beschaffungssituation sei mit den von der Kartellbehörde benannten Unternehmen nicht vergleichbar, weil sie ihr Wasser vollständig selbst gewinne.⁵⁰ Dies trifft in der Sache nicht zu. Die Wasserunternehmen in xxxxxxxxxx und xxxxxxxxxx beziehen ebenso wie die Betr. das benötigte Wasser von Vorlieferanten.

[40] Außerdem ist die Argumentation der Betr. aus einem weiteren Grunde nicht haltbar. Unterschiede in der Wasserbeschaffung sollen Gleichartigkeit ausschließen, wenn sie erhebliche Kostenrelevanz besitzen.⁵¹ Wasserunternehmen mit Eigengewinnung hätten regelmäßig, so meint die Betr., deutlich andere Kostenstrukturen als solche, die weitgehend auf den Zukauf von Wasser angewiesen sind. Dies ist aber unrichtig, stimmen doch nach den Zahlen der Kartellbehörde häufig die Einkaufskosten auch bei vollständiger Verschiedenheit der Art der Wasserbeschaffung überein. Umgekehrt gilt: Selbst wenn mehrere betrachtete Unternehmen das abgegebene Wasser vollständig aus eigenen Gewinnungsanlagen fördern, so können fühlbare Kostenunterschiede bestehen; dasselbe gilt im Übrigen für Unterschiede in der Wasserverteilung oder der Speicherung von Trinkwasser.

[41] Schon die Kompliziertheit dieser Sachverhalte legt es nahe, Abweichungen bei der Wasserbeschaffung im Rahmen der Preisrechtfertigung zu prüfen – wie das die Landeskartellbehörde tut und dies auch von der Rechtsprechung gefordert wird. Dazu kommt, worauf die Betr. nicht eingeht, dass die Anerkennung unterschiedlicher Wasserbeschaffungskosten davon abhängt, ob die 2001 getroffene Entscheidung richtig war, alle Eigengewinnungsanlagen aufzugeben und die xxxxxxxxxx zu gründen. Nach der Rechtsprechung kann mangels struktureller

⁴⁶ BGH, Beschluss vom 28. Juni 2005, KVR 17/04, WuW DE-R 1513, 1517, WuW 2005 917, 921.

⁴⁷ BGH, Beschluss vom 22. Juli 1999, KVR 12/98, BGH WuW/E DE-R 375, 378, WuW 1999, 1205, 1208, „Flugpreisspaltung“.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ *Reif*, in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Kartellrecht, Band 2, München 2007 § 131 RdNr. 100, demnächst erscheinend; ders., Preiskalkulation privater Wasserversorgungsunternehmen, 2002, S. 333f. m.w.N.

⁵⁰ ES IV, S. 4 oben; AS I, S. 12ff., RdNr. 29 bis 32.

Uausweichlichkeit kein rechtfertigender Grund vorliegen. Erst recht verbietet dies, die Gleichartigkeit auszuschließen. Im Ergebnis würde das von der Betr. gewünschte Vorgehen zudem dazu führen, den Fragen der Kartellbehörde zu Notwendigkeit und wirtschaftlicher Tragfähigkeit dieser unternehmerischen Umorientierung zu umgehen;⁵² keine dieser Nachfragen, dies kann hier schon vorweg genommen werden, beantwortet die Betr. Bisher fehlen alle Fakten und Optimierungsberechnungen, die es erlaubten, die betriebswirtschaftliche Nachvollziehbarkeit einzuschätzen.

[42] Schließlich kann die Betr. auch nicht mit ihrem Vorwurf durchdringen, es lägen individuelle Besonderheiten der Vergleichsunternehmen vor, die deren Preis gleichsam künstlich niedrig hielten.⁵³ Dem ist inhaltlich zu widersprechen. Die Kartellbehörde bezieht nur Unternehmen ohne Zuwendungen staatlicher Stellen oder Quersubventionierung ein. Unabhängig davon fehlt es schon an einem durch prüfbare Angaben gestützten Sachvortrag der Betr.

2.3 Auswahlentscheidung der Kartellbehörde

2.3.1 Grundsätze

[43] Über das rechtlich Gebotene hinaus (s.o.) hat die Kartellbehörde im Rahmen ihres Auswahlermessens zugunsten der Betr. eine Reihe von Strukturgesichtspunkten zusätzlich berücksichtigt.⁵⁴ Dies geschieht durch eine wertende Betrachtung, der eine schematische Vorgehensweise fremd ist. So soll den Besonderheiten des Einzelfalles Rechnung getragen werden. Die Kartellbehörde bezieht vier Merkmale in die Auswahlentscheidung ein, die vorrangig den Bereich der Wasserverteilung charakterisieren. Dessen Anteil an den Gesamtkosten der Wasserversorgung beträgt bis zu 87%;⁵⁵ die Investitionen in die Wassergewinnung machen – gleichsam spiegelbildlich – im Schnitt nur bis zu 20% der Gesamtinvestitionen aus.⁵⁶

[44] Dabei wurden – über das kartellrechtlich Gebotene hinaus – neben der Versorgungsdichte (2.3.2) auch die nutzbare Abgabe, die Abgabestruktur und die Zahl der versorgten Ein-

⁵¹ AS I, S. 10, RdNr. 24ff., 29ff.

⁵² LKB II, S. 28ff., RdNr. 71 bis 81.

⁵³ AS I, S. 11f. RdNr. 27, 28.

⁵⁴ ebenso *Soyez/Berg*, WuW 2006, S. 726, 728. Die Verfasser fordern eine „mindestens rudimentäre Berücksichtigung von Strukturmerkmalen“.

⁵⁵ *Mutschmann/Stimmelmayer*, Taschenbuch der Wasserversorgung, 14. Aufl. 2007, S. 787, Abschn. 12.5, hier beispielhaft für „große ländliche Gruppenanlagen“ ausgewiesen.

⁵⁶ *Lenschow*, Marktöffnung in der leitungsgebundenen Trinkwasserversorgung, 2006, S. 48f.

wohner (2.3.3) berücksichtigt.⁵⁷ Ferner wird bei der Gruppenbildung im Rahmen der groben Sichtung die wettbewerbliche bzw. kundenschützende Zielrichtung des Gesetzes einbezogen und durch die angemessene Größe der Vergleichsgruppe sichergestellt, dass eine ausreichende Zahl günstigerer Versorger der Betr. gegenübergestellt wird. Die Abnehmerdichte, die im Anhörungsschreiben noch einbezogen wurde,⁵⁸ erweist sich mittlerweile als weniger geeignet, weil dabei die Hausanschlussleitungen nicht einberechnet werden; diese können im Einzelfall bis über die Hälfte des Gesamtnetzes ausmachen.

[45] Die Kartellbehörde lässt sich 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 ausgeprägt⁵⁹ und mehrfach belegt.⁶⁰ Die Zweifel der Betr.⁶¹ daran sind unberechtigt und unsubstantiiert. Sie verkennt darüber hinaus, dass die Kartellbehörde im Kern keine Kostenprüfung, sondern nur eine Preisprüfung vornimmt; Kostengesichtspunkte spielen erst bei der Frage der Rechtfertigung überhöhter Preise eine Rolle.

[46] Nahezu alle Vergleichsunternehmen haben eine geringere Größe als die Betr. – von den xxxxxxxxxx einmal abgesehen – und damit tendenziell strukturelle (Kosten-)Nachteile. Verbleibende Unterschiede werden im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung berücksichtigt, wie dies die Rechtsprechung fordert.⁶² Damit greift die Kartellbehörde zentrale Forderungen der Betr. auf.⁶³ Sie hatte u. a. die Einbeziehung der Einwohnerdichte, der Verbrauchsdichte, des Durchschnittsverbrauchs je Leitungslänge sowie von Größe, Struktur und Marktfunktion des jeweiligen Vergleichsunternehmens verlangt. Dies gehe, schrieb die Betr., „deutlich über die grobe Sichtung der Vergleichsunternehmen hinaus“. Im Hinblick auf den wichtigen Metermengenwert führt sie aus:

„Der ... Metermengenwert ist sicherlich ein Faktor, der bei der Prüfung, ob die Vertriebssituation im Wesentlichen ähnlich gelagert ist, Berücksichtigung finden muss. Allerdings haben Sie es

⁵⁷ Ähnlich zur Cluster-Bildung *Hirner / Merkel*, Kennzahlen für Benchmarking in der Wasserversorgung, 2005, S. 43, Abschnitt 5.2.2.

⁵⁸ LKB II, S. 16, RdNr. 37.

⁵⁹ *Leist*, Wasserversorgung in Deutschland, 2007, S. 134.

⁶⁰ *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“; ebenso *Kiesl* u.a., „Benchmarking Wasserversorgung Hessen ..“, energie / wasser-praxis 7/8 2006, S. 62, 64, für eine aktuelle hessische Studie; i. Erg. ebenso: *Lenschow*, Liberalisierung, S. 49.

⁶¹ AS I, S. 7, RdNr. 14.

⁶² Vgl. dazu im Einzelnen Abschnitt 4

⁶³ ES I, S. 1ff., 2; ebenso: *Soyez/Berg*, WuW 2006, S. 726, 728. Die Verfasser fordern eine „mindestens rudimentäre Berücksichtigung von Strukturmerkmalen“.

hierbei bei einer pauschalen Aussage belassen, ohne die einzelnen Metermengenwerte der erwähnten Unternehmen anzugeben.“

Diese Versorgungsdichtekennwerte liegen der Betr. für wesentliche Unternehmen spätestens seit dem 30. März 2007 vor;⁶⁴ sie wurden ihr im Rahmen der erwähnten Besprechung in Frankfurt am Main übergeben und erläutert.

[47] Der Angriff der Betr. gegen die Belastbarkeit der Informationen der Landeskartellbehörde verfährt nicht.⁶⁵ Es ist schon offen, wie sie ohne Akteneinsicht genommen zu haben zu ihrer Auffassung kommt, es fehle an einer „verlässlichen Datengrundlage“. Unabhängig davon mangelt es an der qualifizierenden Substanz, die alleine eine Prüfung der Argumente der Gegenseite ermöglichte.

2.3.2 Versorgungsdichte⁶⁶

[48] 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.⁶⁷ Dabei weist ein hoher Wert auf günstigere Strukturen hin, die sich regelmäßig deutlich vorteilhaft auf die Kosten eines Unternehmens auswirken.⁶⁸ Weil mit dem Verteilnetz der Hauptkostenblock der Wasserunternehmen abgebildet wird,⁶⁹ hat sich anders als die Betr. meint die Versorgungsdichte (MMW) bei kostenbezogenen Kennzahlen als „gute Grundlage für eine sachgerechte Gruppierung“ etabliert.⁷⁰

[49] Das wird auch dadurch gestützt, dass die Betr. selbst in einem vergleichbaren Verfahren auf die „geringe Versorgungsdichte“⁷¹ als besonderen Kostenfaktor verwiesen hat.⁷² Daran än-

⁶⁴ vgl. auch Anl. 3, Spalten M und N; dort sind alle Metermengenwerte angegeben; Anl. 7 zeigt sie als Diagramm.

⁶⁵ AS I, S. 22, RdNr. 66 und 67.

⁶⁶ s. Anl. 7.

⁶⁷ s. Anl. 3, Spalten M und N.

⁶⁸ Rödl & Partner, BGW/DVGW Hessen: Benchmarking Wasserversorgung Hessen, o.J. [2007], S. 9.

⁶⁹ 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].“

⁷⁰ 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. 26f.: „Die Kennzahl „**Metermengenwert**“ (Hervorhebung dort) ist ein wichtiges Maß für die Versorgungsintensität der Netze. Ein höherer Wert verspricht zumeist Strukturvorteile ...“.

⁷¹ Schreiben vom 24. März 2005, M2-M, Az. der Kartellbehörde IV 7 -1 78k26-05-16, S. 3f., Abschnitt 2 d), dort zu Gaspreisen.

⁷² Auch Hirner / Merkel, Kennzahlen für Benchmarking in der Wasserversorgung, 2005, S. 43, Abschnitt 5.2.2. weisen auf diesen wichtigen Gesichtspunkt hin.

dert sich durch das jetzige Vorbringen der Betr. nichts. Sie meint, dass zusätzlich die „Entwicklungsgeschichte des Gesamtnetzes“ ebenso eine Rolle spielen müsse wie die „Topographie des Versorgungsgebietes“.⁷³ Beides kann, wenn überhaupt, erst bei der Preisrechtfertigung eine Rolle spielen, nicht bei der Vergleichbarkeit. Letzterer Grund mag zu strukturellen Erschwernissen in Form von mehr Wasserbehältern oder vielen Druckzonen führen; ersteres deutet auf das häufig unzutreffende Argument hin, das Verteilnetz sei „historisch gewachsen“ und müsse somit in all seine Verästelungen und kostenmäßigen Auswirkungen von der Kartellbehörde anerkannt werden – und zwar als Kostenbelastung, die höhere Preise begründet.

[50] Der Versorgungsdichtekennwert der Betr. für das Jahr 2005 beträgt 22,6 und für 2006 21,4. Die von der Kartellbehörde ausgewählten Vergleichsunternehmen weisen durchweg eine mit der Betr. vergleichbare städtische bis großstädtische Versorgungsdichte auf.⁷⁴ Die Kartellbehörde legt keinen festen Abweichungsprozentsatz vom Kennwert der Betr. als Kriterium für die Gruppenbildung fest, da sie der im Einzelfall zugänglichen Vergleichsdatenlage durch ggf. gröbere Rasterung Rechnung tragen muss. Diese weite Bandbreitenbildung entspricht zudem dem üblichen Vorgehen im Rahmen aller laufenden freiwilligen Benchmarking-Untersuchungen, bei denen ebenfalls eine sehr grobe Clusterbildung als angemessene Vorgehensweise beim Vergleich akzeptiert wird.⁷⁵

[51] 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. Die Datengrundlage dafür bildet der bereits erläuterte standardisierte Fragebogen, den jedes Vergleichsunternehmen ausgefüllt hat. Dessen letzter Abschnitt umfasst Vergleichskennzahlen, die das Datenverarbeitungsprogramm automatisch aus den Unternehmensgrunddaten berechnet. Dazu kommt, dass die Betr. in einem anderen Verfahren, bei dem es um die Gasversorgung ging, u.a. die Stadtwerke in xxxxxxxxxx und xxxxxxxxxx als vergleichbar bezeichnet hat.⁷⁶

⁷³ AS I, S. 8f., RdNr. 16, 18.

⁷⁴ s. Anl. 7.

⁷⁵ 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“.

⁷⁶ Anwaltsschriftsatz vom 12. August 2005, Gesch.-Z. III 9 – 1 – 78 k 18 – 288, Anl. 3.

2.3.3 Nutzbare Wasserabgabe, Abgabestruktur und versorgte Einwohner

[52] 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 Bundesgerichtshof 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;⁷⁷ 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).⁷⁸ 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 mit denjenigen des deutlich größeren und vorteilhafteren RWE verglichen werden durften. Hier liegt es umgekehrt; der Betr. werden – von der Ausnahme xxxxxxxxxx abgesehen – die Wasserpreise von wesentlich kleineren Versorgungsunternehmen vorgehalten. Dies muss erst recht zulässig sein.

[53] Den Größenvergleich stützt die Kartellbehörde ergänzend auf die nutzbare Wasserabgabe sowie auf die Zahl der versorgten Einwohner. Die Betr. liefert mehr Wasser aus als alle Vergleichsunternehmen.⁷⁹ Insofern sind deren Bedingungen für wirtschaftliches Handeln tendenziell ungünstiger, ein Vergleich daher für die Betr. vorteilhaft. Eine Ausnahme bilden lediglich die Stadtwerke xxxxxxxxxx mit einem rund doppelt so hohen Absatz. Auch dieser Abstand ist versorgungstechnisch aber nicht so gravierend, dass er einen Vergleich ausschliesse. Denn wenn Wasser nicht nur an einige wenige Großabnehmer, sondern überwiegend zur allgemeinen Versorgung der Bevölkerung geliefert wird, dann wird die Kostenstruktur vom Netz geprägt und vom Metermengenwert abgebildet, nicht aber abschließend durch die abgegebene Wassermenge charakterisiert.

[54] Dazu kommt, dass die Abgabestruktur aller betrachteten Unternehmen gut vergleichbar ist. Sie versorgen ebenso wie die Betr. vor allem Haushalte und Kleingewerbekunden (HuK). Gleichzeitig bilden die Preise, die die Betr. von dieser Kundengruppe verlangt (vgl. Typfall 1 bis 4), 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 83% ihres

⁷⁷ BGH, Beschluss vom 28. Juni 2005, KVR 17/04, WuW DE-R 1513, 1517, WuW 2005 917, 921, „Stadtwerke Mainz“.

⁷⁸ BGH, Beschluss vom 21. Februar 1995, KVR 4/94, WuW/E BGH 2967, WuW 1995, 501, „Strompreis Schwäbisch Hall“; BGH-Bezeichnung: „Weiterverteiler“.

⁷⁹ Diagramm Anl. 8.

Absatzes aus. Alle Vergleichsunternehmen liefern mehr als die Hälfte (xxxxxxx: 60%, Stadtwerke xxxxxxxx und xxxxxxxx: je 68%) oder sogar deutlich mehr (bis zu 92%, Stadtwerke xxxxxxxx) ihres Wassers an HuK-Kunden; das reicht für die Vergleichsbetrachtung aus.⁸⁰

[55] Schließlich spricht auch die Zahl der Einwohner, die die jeweiligen Unternehmen mit Wasser beliefern, für Ähnlichkeit.⁸¹ Die Betr. versorgte 2005 651.583 Bürgerinnen und Bürger mit Trinkwasser, 2006 nach ihrer Schätzung rund 660.000. Bis auf xxxxxxxx mit einer rund doppelt so großen Bürgerschaft weisen alle anderen Unternehmen niedrigere Versorgungszahlen auf.

⁸⁰ Anl. 3 Spalte D bis F.

⁸¹ Dazu Grafik Anl. 10

3. Ungünstigere Preise

[56] Die Betr. fordert derzeit in ihrem Versorgungsgebiet von Haushalts- und Kleingewerbekunden (HuK) ungünstigere Wasserpreise als alle Vergleichsunternehmen. Die bestehenden Preisunterschiede von bis zu 87% übersteigen erheblich das erforderliche Maß für die Durchführung des Preismissbrauchsverfahrens. Dies gilt auch dann, wenn der Preisvergleich auf typisierte Abnahmefälle gestützt wird. Denn im Anwendungsbereich des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB a.F. (Freistellungsmisbrauch) existiert keine Bagatellgrenze und ist Missbräuchlichkeit nicht erst bei erheblicher Abweichung vom Vergleichspreis anzunehmen.⁸² 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)⁸³ zugrunde und verlangen dementsprechend Wasserpreise statt Wassergebühren.

[57] Die Landeskartellbehörde nutzt zum Vergleich die bereits geschilderten vier typisierten Abnahmefälle⁸⁴ in einem für alle Unternehmen bedeutenden Marktsegment und auf ein Jahr gerechnet. Sie beruhen unter anderem auf Typfallrechnungen des Bundesverbandes der Energieabnehmer (VEA). Wie in anderen Kartellverfahren stützt sich der Vergleich zunächst auf den Abnahmetypfall 1 („Einfamilienhaus“, 150 m³ Jahresabnahme) und den Fall 2 („Mehrfamilienhaus“, 400 m³ Abnahme). Darüber hinaus bezieht die Kartellbehörde die Abnahmemuster Nr. 3 (700 m³) und Nr. 4 (960 m³) ein. Damit wird der großstädtischen Abnahmestruktur der Betr. Rechnung getragen. Nach deren Angaben beträgt die durchschnittliche jährliche Gesamtabgabe je Hausanschluss im Jahre 2005 740 Kubikmeter; an HuK-Kunden werden im Schnitt pro Jahr 615 Kubikmeter je Hausanschluss geliefert.⁸⁵ So berechnet, ist die Betr. bis zu 74% (Typfall 1) bzw. 87% (Typfall 3) teurer ist als vergleichbare Wasserunternehmen.⁸⁶

⁸² 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 - .

⁸³ Vom 20. Juni 1980, BGBl. I S. 750.

⁸⁴ A 1.2.4 dieses Schreibens.

⁸⁵ Anl. 1 Zeile 273 und Zeile 281.

⁸⁶ Anl. 4, Spalte D und Spalte H.

4. Rechtfertigung

[58] Bisher hat die Betr. „abweichende Umstände“ i. S. d. § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 a. E. GWB a.F. nicht in dem erforderlichen Umfang nachgewiesen. Das ergibt sich auf der Basis der Grundsätze zur Rechtfertigung (4.1) aus den Abschnitten „großstädtische Strukturen“ (4.2), Wasserbeschaffung (4.3) und Konzessionsabgabe (4.4). Daran schließen sich Erläuterungen zur Bildung eines wettbewerbsanalogen Preises (Vergleichspreis) samt Sicherheitszuschlägen (4.5) an; damit werden die derzeit anzuerkennenden strukturellen Vor- und Nachteile des Versorgungsgebietes der Betr. berücksichtigt, soweit sie nicht durch die Unternehmensauswahl bereits einbezogen worden sind. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass überall dort, wo Zahlen der Betr. des Jahres 2006 für sie günstiger sind als diejenigen des Jahres 2005, erstere gewählt worden sind; das gilt beispielsweise für die Konzessionsabgaben, die Verteilungskosten, die abgegebenen Mengen sowie die Leitungslängen.

4.1 Grundsätze

[59] Höhere Preise können nur durch objektive Strukturnachteile (4.1.1) gerechtfertigt werden. Die Betr. muss alle insoweit notwendigen Maßnahmen und Einrichtungen nachweisen (4.1.2). Dies setzt gleichzeitig deren wirtschaftliche Optimierung voraus – unter Beachtung der gesetzlichen Rahmenbedingungen – (4.1.3). Die so ausgelösten Mehrkosten sind sodann von der Betr. detailliert zu belegen (4.1.4). Im Anschluss an die einzeln zu behandelnden Strukturgesichtspunkte (4.2 bis 4.4) bildet die Kartellbehörde durch Zu- oder Abschläge den Vergleichspreis (wettbewerbsanaloger Gesamtpreis, 4.5).

4.1.1 Objektive Strukturnachteile

[60] Die Betr. hat die Möglichkeit, die festgestellten höheren Preise durch den Nachweis von abweichenden Umständen zu rechtfertigen, die ihr nicht zurechenbar sind (§ 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 a. E. GWB a.F.). Damit sind strukturelle Nachteile eines Versorgungsgebietes wie ungünstige Bodenverhältnisse, ein besonders langes Leitungsnetz, Rohwasser, das aufwändig gereinigt werden muss oder erhebliche Höhendifferenzen im Versorgungsgebiet gemeint.⁸⁷ Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass tatsächliche Gegebenheiten von den Verbrauchern hinzunehmen sind, weil sie jedes Versorgungsunternehmen treffen würden, das das jeweilige Gebiet ver-

⁸⁷ BGH, Beschluss vom 31. Mai 1972, KVR 2/71, WuW/E BGH 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.

sorgt.⁸⁸ Besonderheiten des vom Missbrauchsvorwurf betroffenen Unternehmens rechtfertigen dagegen als Ausdruck individueller Entscheidung höhere Preise nicht. Dazu zählen u. a. Rechtsform, Leistungsfähigkeit und Eigenkapitalausstattung.

4.1.2 Anlagen / Maßnahmen

[61] Liegen ungünstigere Versorgungsverhältnisse als bei den Vergleichsunternehmen vor, so hat die Betr. darzulegen, welche zusätzlichen oder aufwändigeren konkreten Versorgungseinrichtungen / Maßnahmen die Überwindung der objektiven 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.

[62] Die Betr. trägt diesen Anforderungen in einer Reihe von Punkten, auf die sie sich beruft, nicht Rechnung. Sie verlangt die Anerkennung von Aufwendungen für Wasserspeicherung und Druckzonen, die die Topografie erzwingt;⁸⁹ im Fragebogen weist sie aus, dass Bau und Betrieb von Speicheranlagen und Pumpwerken zur Druckzonenbildung nicht zu ihren Aufgaben gehören. Die Erneuerung von Bleihausanschlussleitungen stellt sie als besonders kostenträchtig dar.⁹⁰ Nach Ermittlungen der Kartellbehörde gibt es solche Leitungen nicht (mehr) in Frankfurt am Main, ohne dass die Betr. dazu Stellung nimmt. Druckerhöhungsanlagen (DEA) nennt die Betr. als kostentreibend, gibt sie aber im Fragebogen Anl. 1 in ihrem Bestand nicht mehr an. Auch Anlagen zur Aufbereitung von Mischwässern befinden sich nicht in ihrer Kostenlast, obwohl sie auch diese als kostentreibend nennt.

[63] Im Rahmen ihrer Ausführungen zur Versorgungssicherheit trägt sie vor, den xxxxxxxxxx und Unternehmen der xxxxxxxxxx zu versorgen;⁹¹ demgegenüber zeigt die aktuelle Schemakarte Wasserversorgung der xxxxxxxxxx, dass die xxxxxxxxxx, die xxxxxxxxxx, von dort beliefert wird. Ihre Ausführungen zum besonders hohen Grad der Sicherheit der Wasserversorgung⁹² gehen schon deshalb fehl, weil sie keine Hinweise auf konkrete Betriebs- oder Investitionsmaßnahmen, Kosten, Kennwerte oder Ausfallraten umfassen. Demgegenüber weisen die durch-

⁸⁸ BGH, „Stromtarif“, S. 1224.

⁸⁹ z.B. AS I, S. 16, RdNr. 43ff.; ES III, Anlage, Merkmalsgruppe I/3 „Geographie – Druckzonen“. Die Merkmale werden von der Kartellbehörde in die sieben Gruppen eingeteilt, die die Betr. in Anl. zu ES III bildet, und römisch bezeichnet. Gruppe I trägt die Benennung „Geographisch“. Innerhalb der Gruppen wird arabisch durchnummeriert. Gesichtspunkt I/1 ist beispielsweise „Versiegelungsgrad/Verkehrsbelastung“.

⁹⁰ Vgl. auch zu den Folgepunkten ausführlich 4.2.4 und 4.2.5.

⁹¹ AS I, S. 4, RdNr. 6.

schnittlichen Schadensraten⁹³ und das ebenfalls normale Durchschnittsalter der Leitungen⁹⁴ darauf hin, dass in Frankfurt keine besonderen Verhältnisse vorliegen.

4.1.3 Unverzichtbarkeit / Optimierung

[64] 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 Umstände auf den strukturellen Gegebenheiten des Versorgungsgebiets im Sinne der Kausalität dem Grunde nach und können die mit den Umständen einhergehenden Mehrkosten als „nicht zurechenbar“ Preisunterschiede rechtfertigen. Das trifft zu, wenn die Grundsätze rationeller Betriebsführung gewahrt sind; wird dagegen verstoßen, so handelt es sich um Fehlinvestitionen, die höhere Preise nicht rechtfertigen können. Sie sind wie unter Marktbedingungen auch vom Unternehmen zu tragen, nicht dagegen von seinen wasserbeziehenden Kunden.

[65] Die Konservierung ungünstiger Gebietsstrukturen ist zu vermeiden.⁹⁵ Daher hat sich die Betr. im Zeitablauf um effiziente Versorgungsstrukturen zu bemühen. Dies setzt voraus, was bisher fehlt, dass sie ein systematisches und laufend fortgeschriebenes Konzept zur wirtschaftlichen Optimierung ihrer Versorgungsstrukturen anwendet und vorlegt; dabei ist wegen der Langfristigkeit der Investitionsentscheidungen ein längerer Zeitraum ins Auge zu fassen, mind. über die Jahre 1987 bis 2017 hinweg. Der typische wasserwirtschaftliche Planungszeitraum beträgt je nach Systembestandteil 15 bis 30 Jahre.⁹⁶

[66] Darüber hinaus hat die Betr. keinen Plan der Versorgungseinrichtungen mit allen wesentlichen Leitungsverbindungen, den – vorgeblichen – Hochbehältern, ggf. Pumpwerken, Druckzonen und Höhenlinien (farbig angelegt) sowie den zugeordneten Versorgungsbereichen vorgelegt. Diesem kommt im Rahmen einer Optimierungsplanung erhebliche Bedeutung zu. Nur auf seiner Grundlage könnte die Kartellbehörde prüfen, ob die Wirtschaftsführung der Betr. den Grundsätzen rationeller Betriebsführung entspricht.

⁹² AS I, S. 4, RdNr. 4ff. – dies wird u.a. damit begründet, Mainova betreibe eines der „ausfallsichersten Wasserversorgungsnetze überhaupt“.

⁹³ Anl. 1 Zeilen 228 und 229: Schäden im Ortsnetz (Hauptwasserleitungen, Versorgungsleitungen, ohne Hausanschlüsse: 2003 bis 2006 xxxxxxxxxxx Schäden pro km; DVGW-Schadensstatistik Wasser 1997 bis 2004, energie wasser-praxis 10/2006, S. 18ff.: xxxxxxxxxxx Schäden pro km. Dieselben Quellen für die Hausanschlüsse: Frankfurt, Anl. 1 Zeile 229: xxxxxxxxxxx Schäden / 1000 Hausanschlüsse; DVGW-Schadensstatistik, Artikel, Abb. 5: zwischen **7 und 8** Schäden / 1000 Hausanschlüsse.

⁹⁴ Anl. 1, Zeile 226: xxx Jahre.

⁹⁵ So explizit *Regierungsbegründung* zur 4. Kartellgesetznovelle, BTDrS 8/2136, S. 33f.; *Reif* in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Kartellrecht, a.a.O., § 131 RdNr. 117 m.w.N., erscheint demnächst.

[67] Der Nachweis wirtschaftlich rationellen Handelns scheitert unabhängig von der Vorlage entsprechender Planungsunterlagen schon dann, wenn der gegebene Sachvortrag erhebliche Widersprüche zeigt oder sonstige schwerwiegende Zweifel an der Glaubwürdigkeit bestehen. So liegt es hier. Trug die Betr. in früheren Verfahren vor, die Versorgungsdichte wirke sich erheblich auf die Unternehmenskosten aus⁹⁷ – was nahe liegt –, so bestreitet sie das mittlerweile.⁹⁸ Auf die umfassenden Belege für das Gegenteil, die die Kartellbehörde vorgelegt hat, geht sie nicht ein.

[68] Zur Wasserbeschaffung sei sie auf teure Fremdlieferungen angewiesen; gleichzeitig lässt die Betr. ausführen, diese seien besonders kostengünstig. Zu demselben Ergebnis kommt sie für ihr Verteilnetz. Dieses verursache zwar hohe und ihr nicht zurechenbare Kosten, dessen Betrieb sei aber unter Nutzung erheblicher Synergieeffekte an einen Dienstleister ausgelagert worden. Schließlich unterlässt sie es beispielsweise, die Kosten für die Überbauung oder Umliegung von Leitungen, die durch Dritte verursacht wurden, geltend zu machen. Der Hinweis auf die „politische Unterstützung für den Bau von Lichtwellenleiter-LWL-Kabeln“ kann nicht zu Lasten der Wasserkunden gehen.

[69] Darüber hinaus gibt es Hinweise auf unwirtschaftliches Verhalten der Betr.; dies gilt nicht nur für die unten behandelten Bereiche der brandschutzinduzierten Aufwendungen und der Wasserbeschaffung, sondern auch für das Verteilnetz. Dieses stellt im Rahmen der Gesamtkostenbelastung einen erheblichen Block dar; das gilt besonders für die Erneuerung des Ortsnetzes und der Hausanschlüsse. Die Betr. gibt die durchschnittlichen Kosten der Erneuerung ihres Ortsnetzes mit xxx €/m an.⁹⁹ Demgegenüber weist das beste hess. Unternehmen in einem internen Vergleich nur Kosten von 93,- €/m aus, das teuerste 374,- €/m. Durchschnittlich kostet die geplante Wiederherstellung eines Meters Wasserleitung in der Gruppe großer Unternehmen in Hessen 241,- €/m¹⁰⁰. Diese erhebliche Abweichung der Erneuerungskosten der Betr. nach oben hat die Betr., wie noch zu zeigen sein wird,¹⁰¹ nicht plausibel durch abweichende Umstände bzw. höhere Kosten den Vergleichsunternehmen gegenüber begründet.

[70] Ein ähnliches Bild zeigt sich bei der Erneuerung von Hausanschlüssen. Diese kosten bei der Betr. im Schnitt xxx pro Stück,¹⁰² bei durchschnittlicher Länge der Hausanschlüsse in Frank-

⁹⁶ *Mutschmann/Stimmelmayer*, Taschenbuch der Wasserversorgung, 14. Aufl. 2007, S. 39, Abschn. 2.7.2.

⁹⁷ Schreiben vom 24. März 2005, M2-M, Az. der Kartellbehörde IV 7 -1 78k26-05-16, S. 3f., Abschnitt 2 d), dort zu Gaspreisen.

⁹⁸ AS I, S. 18, RdNr. 51.

⁹⁹ Anl. 1, Zelle G 104 – gewichtete Zahlen der Jahre 2004 bis 2006 -.

¹⁰⁰ *Rödl & Partner*, BGW/DVGW Hessen: Benchmarking Wasserversorgung Hessen, o.J. [2007], S. 34.

¹⁰¹ ausführlich bei 4.2.

¹⁰² Anl. 1, Zelle D 104, stückzahlgewichtete durchschnittliche Zahl der Jahre 2004 bis 2006.

furt von 10 m,¹⁰³ was im bundesdeutschen Mittel liegt. Im hessischen Benchmarking, einem internen Unternehmensvergleich, beträgt der Mittelwert in der entsprechenden Gruppe 2.873 €/Stück,¹⁰⁴ der niedrigste bei 507,- €/Hausanschluss. Im bayerischen Benchmarking-Vorhaben kostet in der Gruppe der großen Unternehmen die Erneuerung durchschnittlich 1.701 €,¹⁰⁵ in xxxxxxxxxx und xxxxxxxxxx bei erheblich längeren Hausanschlüssen deutlich weniger als bei der Betr.

4.1.4 Mehrkosten

[71] Sind die unvertretbaren Hindernisse, die zu ihrer Überwindung notwendigen Anlagen(gruppen) sowie deren Unverzichtbarkeit nachgewiesen, so obliegt es der Betr. schließlich, darzulegen,¹⁰⁶

„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“.

Dafür hatte sie ausreichend Zeit. Schon im Jahre 2002 hatte die Landeskartellbehörde dies erläutert.¹⁰⁷ In den beiden maßgeblichen Entschliefungen der Kartellbehörden von 1997 und 1998,¹⁰⁸ auf die ausdrücklich verwiesen wurde, ist dazu ausgeführt:

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

Die von der Kartellbehörde gestellten Anforderungen wurden im Rahmen von vier umfangreichen persönlichen Gesprächen 2006 und 2007 detailliert besprochen.

[72] Die Betr. hat bisher strukturbedingte Mehrkosten nicht nachgewiesen. Nur diese können kartellrechtlich eine Rolle spielen. Sie hat bisher lediglich Schätzungen vorgelegt, ohne diese zu präzisieren oder zu erläutern. Zudem misslingt der Nachweis von zwangsläufig höheren Kosten dann, wenn die Aussagen Widersprüche aufweisen. Dafür könnten die abweichenden Zahlenangaben sprechen, die die Betr. macht, und deren Aufklärung Voraussetzung für die Belastbar-

¹⁰³ Anl. 1, Zeile 197.

¹⁰⁴ RödI & Partner, BGW/DVGW Hessen: Benchmarking Wasserversorgung Hessen, o.J. [2007], S. 34.

¹⁰⁵ RödI & Partner, Effizienz- und Qualitätsuntersuchung der Kommunalen Wasserversorgung in Bayern (EffWB), Abschlussbericht 2000, Nürnberg ohne Jahr, S. 79.

¹⁰⁶ KG, Beschluss vom 15. Januar 1997 – Kart 25/95 – RdE 1997, S. 243, d) drittletzter Satz.

¹⁰⁷ LKB I.

¹⁰⁸ Kartellreferenten des Bundes und der Länder, Entschliefungen vom 18. September 1997 und 2. Oktober 1998, abgedruckt bei Hempel/Franke, Recht der Energie- und Wasserversorgung, Band 3, Materialien, Nr. 1.2.2, S. 12 f.

keit ihres Zahlenwerkes ist. Im übersandten Fragebogen¹⁰⁹ sind nicht alle Kosten den Bereichen „Beschaffung“ oder „Verteilung“ zugeordnet.

[73] Nicht nachvollziehbar ist für die Kartellbehörde in diesem Zusammenhang, dass eine detaillierte Schlüsselung der Kosten für Wasserbezug und Verteilung nicht möglich sein soll, was die Betr. ausführt; ohne eine solche vermöchte die Betr. kaum Wirtschaftlichkeit und Rechtsgültigkeit ihrer Verträge sowie der Forderungen ihrer Vertragspartner einzuschätzen. Deshalb genügt auch die Behauptung nicht, „die xxxxxxxxx“ sei effizient und nutze Synergieeffekte.¹¹⁰ Kein Vergleichsunternehmen könne effizienter arbeiten. Es bleibt offen, wie die Betr. dies ohne Prüfung der Daten der Vergleichsunternehmen und ohne Angabe relevanter Kostendaten der von ihr beauftragten GmbH prüfen oder kartellrechtlich nachweisen will. Deshalb entbehrt bisher ihre Auffassung, „jedes andere Unternehmen in ihrem Versorgungsgebiet müsse mind. ebenso hohe Kosten der Wasserverteilung wie sie tragen“, des Nachweises; darüber hinaus hat die Betr. es versäumt, die Spartenbilanz Wasser zuzuleiten.

¹⁰⁹ Anl. 1 Zeile 48.

¹¹⁰ AS I, S. 16, RdNr. 44.

4.2 „städtische Strukturen“

4.2.1 Kein prüffähiger Nachweis

[74] Die Betr. meint, insbesondere großstädtische Strukturmerkmale bedingten zwangsläufig höhere Aufwendungen als bei allen anderen Vergleichsunternehmen, diese beliefen sich auf xxx Mio. € pro Jahr.¹¹¹ Sie seien anhand von Beispielrechnungen ermittelt worden. Die Betr. hat diese Rechnungen nicht vorgelegt; sie können daher von der Kartellbehörde nicht geprüft werden. Schon deshalb kommt dem keine kartellrechtliche Rechtfertigungswirkung zu. Dasselbe trifft auf die Behauptung zu, Einpendler verursachten in Frankfurt hohe Spitzenbelastungen.¹¹²

[75] Die Betr. hat zudem keine belastbaren Einzel-Kostenangaben gemacht. Schließlich trägt die Betr. nichts vor, aus dem hervorgehen könnte, inwiefern sie gegenüber Vergleichsunternehmen Mehrkosten hat. Pauschale Angaben ohne Bezug zu bestimmten Städten reichen dafür nicht aus („xxx% mehr Hydranten“,¹¹³ „höherer Vermaschungsgrad als in vergleichbaren Städten“¹¹⁴ oder „Mehrkosten wegen Trümmeraufschüttung nach Kriegsschäden“¹¹⁵). Dasselbe gilt für die ohne Bezug zu konkreten Anlagen und Kosten angestellte Vermutung der Betr., die „Mindestanforderungen an die Versorgungsqualität seien in Frankfurt sehr viel höher“.¹¹⁶

[76] An der Prüffähigkeit und den grundlegenden Nachweisen u. a. zur Optimierungsplanung fehlt es auch, was Wasserverteilung und -speicherung angeht. Die Betr. beruft sich darauf, dass deren hohe Kosten als unausweichlich von der Kartellbehörde anerkannt werden müssten.¹¹⁷ Sie verfügt aber, wie sie selbst im Fragebogen angibt, weder über Wasserspeicherbehälter¹¹⁸ noch über Pumpwerke,¹¹⁹ da beide Funktionen vom Vorlieferanten xxxxxxxxxx wahrgenommen werden. Zudem fehlt ein vollständiger Plan der Versorgungseinrichtungen mit allen wesentlichen Leitungsverbindungen, den – vorgeblichen – Hochbehältern, ggf. Pumpwerken, Druckzonen und Höhenlinien (farbig angelegt) sowie den zugeordneten Versorgungsbereichen.

¹¹¹ ES III, S. 1 sowie Anlage.

¹¹² AS I, S. 13f. RdNr. 34.

¹¹³ Merkmalsgruppe VII „Brandschutz“. Die Merkmale werden von der Kartellbehörde in die sieben Gruppen eingeteilt, die die Betr. in Anl. zu ES III bildet, und römisch bezeichnet. Gruppe I trägt die Benennung „Geographisch“. Innerhalb der Gruppen wird arabisch durchnummeriert: Gesichtspunkt **I/1** ist beispielsweise „Versiegelungsgrad/Verkehrsbelastung“.

¹¹⁴ Merkmalsgruppe **II/5** Netzstruktur, „Vermaschungsgrad“.

¹¹⁵ **III/4**: „Baugrund“, Unterpunkt 4 „Trümmeraufschüttung“.

¹¹⁶ AS I, S. 14, RdNr. 35 sowie RdNr. 4 bis 6.

¹¹⁷ AS I, S. 16, RdNr. 43f.

¹¹⁸ Anl. 1, Zeile 137, Angabe „0“.

¹¹⁹ Anl. 1 Zeile 145, Zahl: „0“.

[77] Praktisch alle vorgeblichen Rechtfertigungsgesichtspunkte¹²⁰ sind nach gegenwärtiger Einschätzung der Kartellbehörde zusätzlich aus einem oder mehreren Gründen unbeachtlich. Mindestens für sieben Argumente gilt, dass die Betr. und die Vergleichsunternehmen sich nicht wesentlich unterscheiden (4.2.2). Teilweise handelt es sich nicht um Nachteile, sondern um Vorteile des Versorgungsgebietes (4.2.3). Eine große Gruppe von Merkmalen hat keine oder nur minimale Auswirkungen (4.2.4). Einige wenige Strukturgründe können wirtschaftliche Nachteile mit sich bringen; sie sind aber der Betr. zuzurechnen, weil sie soweit ersichtlich unwirtschaftlich gehandelt hat (4.2.5).

[78] Alle vorstehenden Gesichtspunkte samt der umfangreichen nachstehenden Ausführungen zu Abschnitt 4.2 waren bereits im Anhörungsschreiben LKB II enthalten. Die Betr. hätte die Gelegenheit gehabt, die erbetenen Unterlagen und Zahlen in prüffähiger Form vorzulegen. Was im Einzelnen zu tun gewesen wäre, hatte die Kartellbehörde unter umfangreichen Hinweisen auch auf die Fachliteratur dargelegt. Ohne Erläuterung oder sonst ersichtlichen Grund geht die Betr. darauf nicht ein. Stattdessen beschränkt sie sich auf unbelegte und allgemein gehaltene Bemerkungen. Das unterstreicht, dass keine wesentlichen unabweisbaren strukturellen Nachteile im Sinne des Kartellrechts vorliegen.

4.2.2 Gleiche Strukturen

[79] In den nachfolgenden Punkten unterscheiden sich Betr. und Vergleichsunternehmen nicht wesentlich; mit römischen und arabischen Ziffern wird auf die jeweilige Argumentegruppe sowie die Einzelgesichtspunkte verwiesen:

- **I/1** Versiegelungsgrad;
- **I/2** Querungen von Straßen, Flüssen und Eisenbahnen;
- **I/3** Druckzonen / unterschiedliche Topologie;
- **II/1** Mischwässer;
- **II/3** Leitungsumlegung;
- **III/2 bis III/4** Belastete Böden, Munitionsaltlasten und Trümmeraufschüttungen;
- **V/4** Gussrohre (GGG): Musterrechnungen in der Fachpresse beruhen auf Gussrohren. Das spricht dafür, dass diese eher die Regel als die Ausnahme in der Versorgungswirtschaft sind.

¹²⁰ auch was alle Ausführungen dazu in AS I angeht.

4.2.3 Vorteile der Betr.

[80] Die starke Vermaschung des Netzes (**II/5**) drückt sich in einer hohen Versorgungsdichte aus und wird von der Kartellbehörde bei der Unternehmensauswahl und – in verbleibendem Umfang – durch Abschläge vom Vergleichspreis bereits einbezogen. Zudem handelt es sich um ein für die Betr. vorteilhaftes Merkmal, da eine hohe Wasserabgabe geringere spezifische Aufwendungen mit sich bringt; dasselbe trifft auf die Argumentation der Betr. zu Pendlern zu.

[81] Um das Gegenteil von ungünstigen strukturellen Bedingungen handelt es sich auch, wenn die Betr. Mehrspartenhausanschlüsse verlegt (**V/3**) und dazu ein Mantelrohr nutzt.¹²¹ Die Gesamtkosten für Unternehmen und Kunden sinken dadurch. Darauf weist die Betr. in dem betreffenden Unterpunkt selbst hin. Deshalb setzen Querverbundunternehmen seit Jahren Anschlüsse, die meist Strom, Gas, Wasser und auch Telekommunikationsleitungen verbinden. Es leuchtet ein, dass dies effizient ist. Es bleibt offen, welcher strukturelle Nachteil damit verbunden sein soll. Das Argument wird zusätzlich durch das Fehlen einer anteiligen Kostenzuordnung auf die Sparten und dadurch verursachte mangelnde Prüffähigkeit der Kostenschlüsselungen entwertet.

[82] Die Betr. führt aus, dass die Verwendung von hochwertigen Gussrohren (**V/2**) sich auf Netzkonzeption und Materialvorhaltung günstig auswirke. Das legt niedrigere, nicht höhere Kosten nahe. Dies trifft auch auf das Argument der „Spitzenbelastungen an Werktagen durch Einpendler“¹²² zu, die hohe Zusatzkosten verursachten. Es bleibt unklar, welche besonderen Aufwendungen insoweit im Einzelnen verursacht werden. Bei der gegebenen Struktur in Frankfurt trifft es voraussichtlich eher zu, dass einer hohen Abnahme geringe Kosten gegenüber stehen; es wird etwa auf den Messeturm verwiesen. Dies bezieht sich zudem nur auf den unmittelbaren Kern Frankfurts, der ohnehin durch großvolumige Leitungen gekennzeichnet sein dürfte. Schließlich gilt auch, dass Pendler in Frankfurt in denjenigen Zeiten Wasser abnehmen, in denen keine der üblichen Nachfragespitzen auftreten. Sie sorgen daher für einen gleichmäßigeren Verbrauchsverlauf – was sich anders als die Betr. ausführt nicht gegen sondern für die Wirtschaftlichkeit der Wasserversorgung auswirkt.

[83] Entgegen eines Teils Ihrer Darstellung wirkt sich auch günstig aus, was die Betr. als „unvermeidbare Kostenbelastung“ bezeichnet; diese werde durch die Betriebsführung der Wassernetze verursacht, die durch die xxxxxxxxxx erledigt werde. Eine Dienstleistungsvergabe sollte sich in Gegensatz zum Vortrag der Betr. als Musterbeispiel für wirtschaftlich effizientes Handeln darstellen. Das sieht anscheinend auch die Betr. so, wenn sie von effizientem Handeln

¹²¹ ES III, Anl., Merkmal V/3 „Hausanschlüsse in Mantelrohren“.

unter Nutzung von Synergieeffekten¹²³ spricht. Dies gilt unabhängig davon, dass die Betr. auch hier wiederum prüfbare Fakten nicht vorlegt.

4.2.4 Keine (wesentlichen) Auswirkungen

Die nachfolgend behandelte Gruppe von Merkmalen hat keine oder nur minimale Auswirkungen.

[84] Querungen (II/2) zählen zu den Sonder-Bauwerken und sind gut dokumentierbar,¹²⁴ gleichwohl in ihren kostenmäßigen Auswirkungen nach Erfahrungen aus anderen Verfahren und der Fachliteratur vernachlässigbar. Das gilt für Kreuzungen mit offenen Wasserläufen ebenso wie für Bahn- oder Straßentrassen; darüber hinaus fehlen die notwendigen Einzelnachweisen.

[85] Die Auswirkungen innerstädtischer Bebauung (II/4) auf die Kosten von Hausanschlüssen z. B. durch teure Handschachtung sind gering. Die Betr. hat zu Recht darauf hingewiesen, dass es sich um „enge Verhältnisse“ handelt; das bedeutet, dass die Grundstücksflächen geringer und die Leitungslängen kürzer werden. Dies kompensiert Mehrkosten über. Zudem ist die betroffene Innenstadt im Verhältnis zum übrigen Versorgungsgebiet vergleichsweise klein. Schließlich handelt es sich nur um die Hausanschlüsse, nicht auch um die Versorgungs- und Zubringerleitungen, was die Bedeutung weiter einschränkt. Da entsprechende Nachweise einfach sind,¹²⁵ und die Betr. sie trotzdem nicht vorgelegt hat, dürften die Auswirkungen voraussichtlich kaum messbar sein.

[86] Schwierige Bodenverhältnisse (III/1) durch Fels, Lehm und Fließsande können ebenso wie Trümmergrundstücke (III/4) kartographisch und kostenrechnerisch gut dargestellt werden, Mehrkosten sind ohne Schwierigkeiten ausweisbar.¹²⁶ Für ungünstige Bodenverhältnisse wäre auszuführen gewesen, welche Leitungen mit welchen Kosten und mit welchen Auswirkungen auf den gegenwärtigen Wasserpreis betroffen sind. Ein Gutachten einer unabhängigen Einrichtung zur Grabbarkeit des Bodens und den Bodenklassen nach DIN 18300 wäre erforderlich gewesen. Das jegliche Fehlen dieser Unterlagen und Daten verbietet eine Anerkennung.

¹²² AS I, S. 13f. RdNr. 34; 45.

¹²³ AS I, S. 16, RdNr. 44.

¹²⁴ *Mutschmann/Stimmelmayer*, Taschenbuch der Wasserversorgung, 14. Aufl. 2007, S. 783, Abschn. 12.3.2.5.4.

¹²⁵ *Mutschmann/Stimmelmayer*, Taschenbuch der Wasserversorgung, 14. Aufl. 2007, S. 780, Abschn. 12.3.2.5 – Wasserverteilung - hier beispielhaft darstellbar für Handschacht/Zulage (Tab 12-21) i. V. m. Tab. 12-38.

¹²⁶ *Mutschmann/Stimmelmayer*, Taschenbuch der Wasserversorgung, 14. Aufl. 2007, S. 784 (Tab. 12-36) und 785 (Tab. 12-38) gibt dafür klare Rechenbeispiele.

[87] Zu belasteten Böden (III/2) und Munitionsaltlasten (III/3) hat die Betr. in der Besprechung am 30. März zu erkennen gegeben, dass belangreiche Kostenauswirkungen insoweit nicht darstellbar sein werden. Diese Vermutung wird von der Kartellbehörde geteilt. Es ist unwahrscheinlich, dass „vorherige Begehungen von Leitungstrassen durch den Kampfmittelräumdienst“ tatsächlich fühlbare Kostenbelastungen verursachen.

[88] Nicht glaubhaft ist, was die Betr. zum Austausch von Bleihausanschlüssen (IV) vorträgt, mit xxx Mio. € der bedeutsamste Einzelgesichtspunkt. Dieses Argument könnte nur dann eine Rolle spielen, wenn die Vergleichsunternehmen keinerlei bleihaltige Wasserleitungen zu ersetzen hätten. Dazu sagt die Betr. nichts. Sie hat außerdem nicht erläutert, auf welcher Grundlage sie die Kosten schätzt. Zahl der betroffenen Leitungen, deren Querschnitt und Lage, die (Sonder-)Kosten sowie deren Verbuchung wären hier mind. von Interesse. Darüber hinaus hätte die Betr., hält sie diesen Gesichtspunkt aufrecht, auch auf einen Artikel in der FAZ vom 14. Februar 2002 einzugehen. Dort heißt es u.a.:

„Nach Erkenntnissen der Mainova sind von den knapp 60.000 Hausanschlussleitungen etwa 75 auf einer Länge von bis zu zwei Metern mit Blei belastet. 400 weitere, etwa 20 Zentimeter lange Abschnitte bestehen ebenfalls aus dem Schwermetall. Die Mainova ist allerdings nur bis zur Grundstücksgrenze für die Wasserrohre verantwortlich. ...“

Nach ergänzenden Angaben sind mittlerweile alle Hausanschlussleitungen in Frankfurt bleifrei.¹²⁷

[89] Die Betr. verweist auf ihr „historisch gewachsenes Trinkwassernetz“, das im Anschlussbereich erhebliche Wasserverluste verursache (V/1). Unklar ist, auf welchen Zeitraum sich dieser Gesichtspunkt bezieht. Sollte die Betr. sich (auch) auf Zeiten vor dem ersten oder zweiten Weltkrieg beziehen, so widerspräche dies dem, dass sie an anderer Stelle erklärt, Frankfurt sei „flächenhaft und intensiv“ bombardiert worden (vgl. III/3 – Munitionsaltlasten). Dies spräche eher dafür, dass nach dem Krieg ein neues Netz aufgebaut werden konnte, das historische Probleme nicht kennt.

[90] Fast alle Trinkwassernetze in Deutschland sind „geschichtlich entstanden“; auch insofern ist ein Unterschied zu den Vergleichsunternehmen nicht zu erkennen. Zudem belegt der Hinweis der Betr. auf die Geschichte, dass sie grundlegende Wertungen des GWB falsch deutet. Der Gesetzgeber bezweckte eine Intensivierung und Schärfung der Missbrauchsaufsicht. Er ließ zwar zur Vermeidung von Doppelinvestitionen ein Monopol zu. Gleichzeitig wurde aber

¹²⁷ Bericht der *Stiftung Warentest*, s. EUWID Wasser Abwasser Wa Nr. 19 vom 14. Sept. 2004, S. 7.

ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Konservierung ungünstiger Gebietsstrukturen wie diejenigen, auf deren Entstehen die Betr. sich beruft, zu vermeiden ist.¹²⁸

[91] Entgegen der Auffassung der Betr.¹²⁹ haben der Rückgang des Wasserverbrauchs in Frankfurt und die behauptete Überdimensionierung von Netzen (**V/2**) keine Relevanz. Zwar ist der Absatz der Betr. beispielsweise 2002 um rund xxx% gegenüber dem Vorjahr zurückgegangen.¹³⁰ Dies entspricht aber einem bundesweiten Trend und betrifft alle Unternehmen einschl. der Vergleichslieferer. Der Rückgang kann daher nicht kausal für die Preisabweichung sein.

[92] Das Problem vorhandener Infrastruktur bei schrumpfender Nachfrage stellt sich schon seit Jahren. Gegenkonzepte werden seit langem diskutiert und beispielhaft umgesetzt. Darüber hinaus vermögen Überdimensionierungen bzw. Überkapazitäten regelmäßig nicht Preisabweichungen zu begründen. Denn dem betriebswirtschaftlichen Kostenbegriff ist neben dem Mengen- und Wertgerüst der Sachzielbezug immanent, d.h. die Betriebsnotwendigkeit des jeweiligen Anlagegegenstandes. Überkapazitäten können daher zwar Aufwendungen im Sinne der handelsrechtlichen Gewinn- und Verlustrechnung darstellen – z.B. auch als außerordentliche Abschreibungen. Da sie aber letztlich unwirtschaftliche Aufwendungen nach sich ziehen, können diese kartellrechtlich nicht „unabweisbare Kosten“ sein.

[93] Beispielrechnungen aus der Fachpresse lassen erwarten, dass kaum fühlbare Mehraufwendungen durch Gussrohre (GGG) (**V/4**) verursacht werden. Liefern und Verlegen eines Meters GGG-Rohr mit 20 cm Durchmesser (DN 200) kostet 75 € und ist damit gleich teuer oder günstiger als Stahlrohre, die sich auf 75 € oder 100 € belaufen; lediglich im Verhältnis zu PVC-Rohren (37 €/m) ist ein Kostennachteil von 38 €/m erkennbar.¹³¹ Selbst dies relativiert sich aber, wenn man berücksichtigt, dass der Unterschied an den Gesamtkosten von 1 m Versorgungsleitung¹³² lediglich 13% ausmacht.

[94] Der derzeitige Wasserpreis bleibt unberührt. Die Kartellbehörde geht zugunsten der Betr. von der Annahme aus, dass sie über 30 Jahre hinweg (gedachte Abschreibungsdauer) jährlich xxx km neue Orts- und Zubringerleitungen in GGG verlegt (Durchschnitt 2001 bis 2006).¹³³ Zusätzlich wird angenommen, dass alle Vergleichsunternehmen im Gegensatz zur Betr. PVC-Rohre einsetzen. In diesem Falle wären in Frankfurt Mehrkosten von pro Jahr xxx x xxx € entstanden, was xxx Tsd. € ausmacht. Bei konstanter Reinvestitionsquote über 30 Jah-

¹²⁸ So explizit Regierungsbegründung zur 4. Kartellgesetznovelle, BTDrs 8/2136, S. 33f.; *Reif* in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Kartellrecht, a.a.O., § 131 RdNr. 117 m.w.N., erscheint demnächst.

¹²⁹ ES I, ab S. 6 sowie Anl. 3; ES III, Merkmalspunkt V/2.

¹³⁰ Zeitung für kommunale Wirtschaft ZfK, Oktober 2003, Artikel „Mainova zeigt sich skeptisch“.

¹³¹ *Mutschmann/Stimmelmayer*, wie angegeben, S. 781, Abschnitt 12.3.2.5.2, Tabellen 12-23 bis 12-26.

¹³² *Mutschmann/Stimmelmayer*, oben, s. 784, Tab. 12-37, - Versorgungsleitung (VW) – DN 200: Kosten von 304 €/m.

¹³³ Anl. 1, Zeile 190.

re hinweg entspricht diese Summe der jährlichen Abschreibung. Bezogen auf die gesamte Wasserabgabe 2006 von xxx Tsd. Kubik errechnet sich daraus ein Betrag von xxx €/m³, also weniger als einem ¼ Eurocent pro Kubikmeter.

[95] Die Betr. beruft sich im Rahmen der Straßenbaukosten (VI) darauf, dass stets ein Bodentausch vorzunehmen sei. Dieser Gesichtspunkt ist wortidentisch mit III/2 – „belastete Böden“ und abzulehnen. Es ist darüber hinaus unklar, was die Betr. mit „60 cm Straßenaufbau“ meint. Nach der Fachliteratur ist beispielsweise ein Oberbau von 60 cm normal.¹³⁴ Der schließlich geltend gemachte Wertminderungsbetrag ist zudem rechtlich zweifelhaft. Nach § 5 Ziff. 6 des Konzessionsvertrages sind die benutzten Teile der Straßen nach Beendigung der Arbeiten in einen einwandfreien Zustand zu versetzen. Jede darüber hinausgehende (Geld-)Leistung an die Stadt wäre als unzulässige Quersubventionierung oder Konzessionsabgabenzahlung bzw. verdeckte Gewinnausschüttung zu werten. Die Betr. versäumt es zudem, den Wertminderungsbetrag zu nennen. Die betreffenden Summen scheiden daher als Rechtfertigungsgrund aus.

4.2.5 Unwirtschaftliches Handeln

[96] Die Betr. missachtet in einer Reihe von Punkten Grundsätze der rationellen Betriebsführung, indem sie u.a. das Verursacherprinzip außer Acht lässt und auf Forderungen gegenüber kostenpflichtigen Dritten verzichtet:

- **I/3 Druckerhöhungsanlagen** - DEA gibt die Betr. in ihrem Bestand nicht mehr an. Kosten können daher nur bei xxxxxxxxxx anfallen und sind nicht von der Betr. anzusetzen.
- **II/1** Für Mischwässer gilt sinngemäß das Gleiche.
- **II/2** und **II/4 Überbauung** von Leitungen. Die „politische Unterstützung für den Bau von Lichtwellenleiter-LWL-Kabeln“ kann nicht zu Lasten der Wasserkunden gehen. Mainova hat akzeptiert, dass ihre Leitungen „ohne Einverständnis“ überbaut wurden. Möglicher Mehraufwand, selbst wenn er nachgewiesen wäre, beruht daher insoweit auf einer Entscheidung des Unternehmens, nicht auf unausweichlichen strukturellen Gründen.
- **II/3 Leitungsumlegung**. Unklar ist hier, wieso Kosten bei der Betr. anfallen sollen.

[97] Wegen seiner Bedeutung wird auf den Punkt Löschwasser (VII) gesondert eingegangen. Die Betr. macht geltend, sie müsse zahlreiche Hydranten „nach Vorgabe der Branddirektion Frankfurt“ vorhalten. Brandschutz als Grundversorgung ist nicht Aufgabe der Betr., sondern der

¹³⁴ 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.

Stadt. Diese hat für eine angemessene Löschwasserversorgung zu sorgen¹³⁵ und trägt deren Kosten.¹³⁶ Sie erhält dafür Kommunalzuweisungen. Die Betr. mag freiwillig die geforderten Armaturen vorsehen oder auf die Kostenerstattung verzichten, die Wasserkunden darf sie damit nicht belasten.¹³⁷

¹³⁵ Hess. Gesetz über den Brandschutz, die Allgemeine Hilfe und den Katastrophenschutz (HBKG), zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. März 2005, GVBl. I S. 229; §§ 2, 3 Abs. 1 Nr. 4 HBKG.

¹³⁶ § 60 Abs. 1, 2 HBKG.

¹³⁷ ebenso *Wasserverband Eisenberg* (Thüringen), Artikel „ZWE wartet Lösch-Hydranten nur gegen Bezahlung“, www.wasser-kaufen.de vom 25. April 2007; *Zweckverband Radegast*, Holdorf, Mecklenburg-Vorpommern: Artikel „Zweckverband will Schaden begrenzen“, www.wasser-kaufen.de vom 10. November 2003; *DVGW*, Dt. Verein des Gas und Wasserfaches, Arbeitsblatt W 405, „Bereitstellung von Löschwasser durch die öffentliche Trinkwasserversorgung“, Juli 1978, dort heißt es u. a.: „Nach den Rechtsvorschriften der Bundesländer ist Brandschutz eine Aufgabe der Gemeinde. Das Arbeitsblatt begründet keine Rechtspflichten, insbes. nicht zwischen Gemeinde und Wasser-versorgungsunternehmen.“

4.3 Wasserbeschaffung

[98] Die Betr. verlangt nunmehr die Anerkennung unvermeidlicher Mehrkosten ihres Wasserbezuges; das tut sie, soweit ersichtlich, erstmals. Einkaufskosten sind aber kartellrechtlich nicht als rechtfertigend anerkannt (4.3.1). Selbst wenn man davon absieht, so hat die Betr. bisher weder Kosten noch Wirtschaftlichkeit ihrer Wasserbeschaffung nachgewiesen (4.3.2), so dass eine kartellrechtliche Rechtfertigung ausscheidet.

4.3.1 Anerkennungsfähigkeit

[99] Wasserbeschaffungskosten können grundsätzlich nicht als rechtfertigend anerkannt werden. Der BGH hat in seiner Leitentscheidung aus dem Jahre 1972, die von der Rechtsprechung noch heute zustimmend zitiert wird, Bezugskosten als betriebsindividuell und damit als nicht berücksichtigungsfähig bezeichnet. Dazu hat er ausgeführt:¹³⁸

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

[100] Diese Einschätzung trifft in vollem Maße auf die Betr. zu. Sie hat sich 2001 entschieden, die eigene Wassergewinnung, die bis dahin einen erheblichen Teil ihres Wasserbedarfes deckte, auszulagern und in die neugegründete xxxxxxxxx einzubringen. Damit hat sie im Rahmen individueller Leistungsfähigkeit gehandelt; die wirtschaftlichen Folgen dieser Entscheidung, die nicht sachlich oder rechtlich zwangsläufig war, hat sie selbst zu tragen.

[101] Ergänzend ist auf Folgendes hinzuweisen. Die Betr. ist Teileigentümerin des Unternehmens, mit dem sie einen Vertrag abgeschlossen hat, der xxxxxxxxx. Insofern bestehen ebenfalls erhebliche Bedenken gegen die Anerkennung der verursachten (Mehr)Kosten. Es handelt sich um einen In-Sich-Vertrag.

4.3.2 Kosten / Wirtschaftlichkeit

[102] Der Nachweis strukturbedingter Mehrkosten durch die Wasserbeschaffung obliegt der Betr. Das hat sie bisher nicht geleistet, obwohl die Kartellbehörde auf die Anforderungen eingehend hingewiesen hat. Es hätte dazu der Vorlage der Rechnungen der xxxxxxxxx bzw. der

¹³⁸ BGH, Beschluss vom 31. Mai 1972 – KVR 2/71 -, WuW/E BGH 1221, 1242, WuW 1972, 819, 822, „Stromtarif“.

Abrechnungen der Jahre 2001 bis 2006 bedurft, der laufenden Zahlungsverpflichtungen sowie des vollständigen Vertragswerkes. Es wäre auf einer DIN A-4-Seite das Mengengerüst seit 2001 mit Absatzzahlen sowie Rechnungsbeträgen zusammenzufassen. Die Betr. war zudem gehalten, ihre wirtschaftlichen Überlegungen darzustellen, die zur Übertragung der Wasserbeschaffung auf die xxxxxxxxxx im Jahr 2001 geführt haben.

[103] Dabei hatte die Betr. zunächst die Ausgangslage von Eigengewinnung und Fremdwasserbezug vor Übergang der Beschaffung an xxxxxxxxxx mit allen wesentlichen Parametern zu schildern. Dazu gehörten die damaligen Gewinnungsanlagen einschl. detaillierter Beschreibung, vor allem also:

- *Anlagenspiegel* mit folgenden Angaben für jeden Brunnen etc.:
 - Bezeichnung, Lage im Stadtgebiet einschl. Höhe müNN, Art (Tiefbrunnen, Quelle, Schürfung),
 - Baujahr und Datum der letzten Instandsetzung,
 - Förderpumpen: Zahl je Anlage, Lage im Versorgungsgebiet einschl. Höhe müNN, Art (Kreiselpumpe etc.), Leistung in m³/h, Leistungsaufnahme [kW], Förderhöhe, Pumpe fördert in ... (z. B: Hochbehälter [genaue Benennung]),
- *Gesamtkosten*, soweit sie in den damaligen Wasserpreis eingeflossen sind, aufgeschlüsselt für die Jahre 1990 bis 2000; dabei ist mind. in die Kostenstellen der Kostenstellengruppe „Grundwassergewinnung“ aufzuteilen.¹³⁹

[104] Ebenfalls erforderlich war eine sinngemäß gleiche prüffähige Aufschlüsselung aller anderen Anlagen(gruppen) jeweils für die Jahre 1990 bis 2000, die im Rahmen der Wasserbeschaffung wirtschaftlich eine Rolle gespielt haben samt anteiligen Jahreskosten. Damit sind beispielsweise zugeordnete Fernleitungen, Übergabestationen, Wasserbehälter und Pumpwerke gemeint. Darüber hinaus waren die Anteile von Eigengewinnung und Fremdbezug darzulegen. Der Wasserzukauf wäre nach Lieferanten, bezogenen Mengen sowie deren jeweiligen Kosten wiederum für die Jahre 1990 bis 2000 auszuweisen gewesen. Die jeweiligen Verträge und Rechnungen bzw. (bei Verbandsmitgliedschaften) die Jahresabrechnungen hätten eingereicht werden müssen.

[105] Daran hätte sich ein Gesamtvergleich nach dem Muster der Entscheidung „make-or-buy“ mit allen entscheidungsrelevanten Fakten anzuschließen gehabt. Es wäre zu erläutern gewesen, welche Alternativen mit welcher Konsequenz geprüft wurden. Was die Betr. nunmehr ausführt, ist nicht prüffähig. Der bloße Vortrag, es gebe keinen anderen Wasserlieferer als

¹³⁹ vgl. VDEW/ BGW, Kosten- und Leistungsrechnung der Energie- und Wasserversorgungsunternehmen, 1987, S. 56; vergleichbar Kostenstelle K 150000 – Gewinnung und Aufbereitung -, Kiesel etc. „Benchmarking in der Wasserversorgung“, 2005, S. 85.

xxxxxxx, reicht nicht aus.¹⁴⁰ Dies gilt zumal deshalb, weil es Anhaltspunkte für das Gegenteil gibt. Das betrifft schon das Argument, ein anderer Wasserlieferant sei wegen der Vorschriften des Wasserrechtes, die Ferntransport verböten, an einer Lieferung gehindert. Tatsächlich liefert xxxxxx Trinkwasser an die Betr., das sie in erheblichem Umfang ihrerseits über erhebliche Entfernungen zukaft. Ausweislich ihrer Homepage bzw. ihrer Geschäftsberichte bezieht die xxxxxx rund xxx% des im Jahre 2006 benötigten Wassers (xxx Mio. m³) von anderen Wasserlieferern, darunter der xxxxxx (35% des Fremdwassers) sowie dem xxxxxx (33%).

[106] Der Norden des Versorgungsgebietes der Betr. erhält beispielsweise Wasser, das die OVAG aus Quellen im Vogelsberg an xxxxxx liefert, die dieses Wasser an die Betr. weiterverkauft. Teile des südlichen Frankfurts wiederum erhalten ihr Wasser aus weitab gelegenen Brunnen im Hess. Ried, die dem Wasserverband Riedgruppe Ost gehören; auch hier betätigt sich xxxxxx lediglich als Zwischenhändler, was mit der Gefahr einer Verteuerung verbunden sein kann. Sowohl die Nord- als auch die Süd-Zulieferungen ergeben sich aus dem Kartenwerk der xxxxxx sowie aus deren Geflecht von Lieferbeziehungen.

[107] Auch was die Betr. bisher zur wirtschaftlichen Effizienz ihrer Wasserbeschaffung vorgebracht hat, vermag kartellrechtlichen Anforderungen nicht zuzureichen. So besteht sie darauf, dass mangels Eigengewinnungsanlagen keine wirtschaftliche Optimierung zwischen Fremdbezug und eigenen Brunnen möglich gewesen sei.¹⁴¹ Dabei übersieht sie, dass sie selbst diese Lage herbeigeführt hat; über die Gründe dafür schweigt sie sich allerdings aus. Es genügt nicht, auf die bloße Absicht von Kosteneinsparungen hinzuweisen. Damit begnügt sich die Betr., wenn sie ausführt, ein „auf Kostenreduzierung abzielendes Vorgehen“ entspreche „den Grundsätzen rationeller Betriebsführung“.

[108] Zusätzliche Anhaltspunkte gegen nachvollziehbar wirtschaftlich vernünftiges Handeln im Zuge der Veränderung ihrer Wasserbeschaffungsstruktur hat die Betr. selbst genannt. Sie schreibt beispielsweise, dass der Wasserbezug von xxxxxx „Einschränkungen und Mehrkosten“ verursache; das gelte insbesondere im Hinblick auf die Versorgungssicherheit deshalb, weil sie vollständig auf Fremdbezug angewiesen sei.¹⁴² Das wirft die – bisher unbeantwortete – Frage auf, was sie trotz erkennbarer Schwierigkeiten und Zusatzkosten dazu bewogen hat, 2001 ihre Eigengewinnungsanlagen aufzugeben und in die xxxxxx einzubringen.

[109] Schließlich bestehen auch Bedenken gegen die Modalitäten des Liefervertrages mit xxxxxx. Er wurde offenbar auf 20 Jahre abgeschlossen und endet erst im Jahre 2020. In

¹⁴⁰ AS I, S. 13, RdNr. 32.

¹⁴¹ AS I, S. 15f., RdNr. 41, 42.

¹⁴² AS I, S. 14, RdNr. 36.

Verkennung der Handlungsmöglichkeiten beim Abschluss von Verträgen führt die Betr. zudem aus, dass „eine Anpassung der Wasserpreise auf Basis des Wasserbezugsvertrages vom 27. August 2001“ erfolgt sei.¹⁴³ Die Betr. muss nachweisen, dass sie besonderes Augenvermerk auf mögliche Vertragsanpassungen und -kündigungen gerichtet hat. Zugleich ist es von Interesse, auf welche Preisindizes sie ggf. Bezug genommen hat. Sollte es sich dabei um die allgemeinen Lebenshaltungskosten handeln, so wäre das wirtschaftlich verfehlt. Diese Kosten sind für die Hauptkostenblöcke in der Wasserversorgung nicht von ausschlaggebendem Gewicht.

[110] Ein sachgerechter Vergleich der heutigen Beschaffungskosten hätte schließlich vorausgesetzt, dass aus den derzeitigen Vorbezugspreisen diejenigen Leistungen herauszurechnen wären, die xxxxxxxxxx über die Wasserlieferung hinaus erbringt. Nur so könnte mit Wasserbeschaffungskosten anderer Unternehmen verglichen werden, die diese Posten nicht enthalten. Dazu zählen mind. die Druckhaltung im Stadtgebiet, der Betrieb aller Pumpwerke sowie Wasserbehälter und Übernahmestationen (soweit sie in der Hand von xxxxxxxxxx sind). Diese sind nach demselben Muster wie oben dargelegt darzustellen und insbesondere kostenmäßig auszuweisen.

[111] Dieser Anforderung ist die Betr. nicht gerecht geworden. Das gilt um so mehr, als die Kartellbehörde darauf hingewiesen hatte, dass die Betr. eigene Erkenntnismöglichkeiten auszuschöpfen hat; dies hätte es auch erfordert, von xxxxxxxxxx, an der die Betr. beteiligt ist, Auskünfte einzuholen. Hätte die Betr. hier oder an anderen Stellen die Unterstützung der Kartellbehörde benötigt, so wäre sie gehalten gewesen, dies alsbald mitzuteilen, so dass die Landeskartellbehörde die notwendigen Ermittlungen hätte anstellen können. Da die Betr. dies nicht genutzt hat, scheidet eine Rechtfertigung auch schon deshalb aus.

[112] Zudem hat es die Betr. versäumt, die Anstrengungen von xxxxxxxxxx für effiziente Unternehmensführung darzulegen; die pauschale Behauptung genügt nicht. Im Übrigen geht die Kartellbehörde davon aus, dass bei Herausrechnung aller Sonderkosten ein signifikanter Abstand zu vergleichbaren Wasserbeschaffungskosten in Hessen und im Bundesgebiet nicht mehr bestünde. Diese bewegen sich zwischen 0,34 €/m³¹⁴⁴ über rund 0,38 €/m³ (xxxxxxx¹⁴⁵ bzw. xxxxxxxx¹⁴⁶ und weitere hessische Wasserbezieher) und rund 0,46 €/m³.¹⁴⁷ Eine umfas-

¹⁴³ ES IV, Passage „Anstieg der Beschaffungskosten Zeile 42“.

¹⁴⁴ Vorbezugspreis 2005/06 xxxxxxxxxx, Vorlieferant: xxxxxxxxxx – vollständige Belieferung.

¹⁴⁵ Artikel „Bodensee-Wasserversorgung steigert Wasserabsatz“, EUWID Wasser/Abwasser, WA Nr. 35 vom 28. August 2007, S. 5.

¹⁴⁶ S. Gesprächsprotokoll 28. Sept. 2007 – Komplettlieferteilung einschl. Spitzenbedarf.

¹⁴⁷ derzeitiger Durchschnittspreis der Harzwasserwerke, vgl. Geschäftsbericht 2006, S. 12.

sende Studie in Baden-Württemberg hat für insgesamt 81 Unternehmen lediglich Gesamtbeschaffungskosten von zwischen 0,17 €/m³ und maximal 0,38 €/m³ ergeben.¹⁴⁸

4.4 Konzessionsabgabe (KA)

[113] Die Betr. trägt die Zahlung von Konzessionsabgaben als Rechtfertigungsgrund vor. Es gilt zunächst, 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, belegt, dass häufig in der Wasserversorgung keine Konzessionsabgaben vereinbart werden.

[114] Auch durch die Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben (KAE)¹⁴⁹ wurde lediglich eine Obergrenze für die Höhe von Konzessionsabgaben vorgegeben, nicht aber deren Erhebung überhaupt.¹⁵⁰ Selbst wenn man in der Zahlung von KA grundsätzlich einen Rechtfertigungsgrund sehen würde, so wäre es erforderlich, nachzuweisen, dass die Vereinbarung der KA auch im Einzelfall unausweichlich war. Daran fehlt es bisher.

[115] Dies vorausgeschickt wird die Kartellbehörde im Interesse einer raschen Sachentscheidung ausnahmsweise im Rahmen ihres Ermessens die von der Betr. geleisteten Zahlungen von KA bei Nachweis und Vorlage des Konzessionsvertrages durch einen Zu- oder Abschlag berücksichtigen. Die KA-Zahlungen der Betr. beliefen sich 2005 auf xxx%, gemessen an ihren Umsatzerlösen,¹⁵¹ 2006 auf xxx%, wovon die Kartellbehörde zugunsten der Betr. ausgeht. Bei Vergleichsunternehmen, die einen geringeren KA-Satz ausweisen, errechnet die Kartellbehörde einen Zuschlag auf den Vergleichspreis; zahlen andere Unternehmen einen höheren Satz, so folgt daraus ein Abschlag vom Vergleichspreis. Die Summe des jeweiligen Zu- oder Abschlages wird auf der Grundlage der Preise des Vergleichsunternehmens berechnet. Würden stattdessen die Preise oder KA-Beträge der Betr. herangezogen, so widerspräche dies der gesetzlichen Vermutung, die Wasserpreise der Betr. seien missbräuchlich.

¹⁴⁸ *Bodenseewasserversorgung – BWV* -: Artikel „Kennzahlenvergleiche und Benchmarking in der Wasserversorgung“, in : „Wissensdurst“ August 2007, Heft 2, S. 42, 45f. (Abb. 4).

¹⁴⁹ Vom 4. März 1941 i. d. F. vom 7. März 1975 (BAnz Nr. 49).

¹⁵⁰ *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 gebracht hat.

¹⁵¹ Anl. 1, Zeile 35

[116] Für die Einzelrechnung wird von den jeweiligen Erträgen der Vergleichsunternehmen sowie deren gegenwärtiger KA-Zahlung in Prozent ausgegangen.¹⁵² Sodann wird errechnet, was das gleichartige Unternehmen an KA seiner Kommune überweisen würde, wenn es den KA-Satz der Betr. von xxx% anzuwenden hätte. Die Differenz daraus, umgerechnet in €/m³ abgegebenen Wassers, ergibt den Zu- oder Abschlag. Diese Rechnung führt beispielsweise für die xxxxxxxxxx zu einem Abschlag vom Vergleichspreis in Höhe von 0,00 €/m³,¹⁵³ weil in der xxxxxxxxxx mit xxx% ein nur geringfügig niedrigerer KA-Satz wie bei der Betr. gezahlt wird. Bei den xxxxxxxxxx dagegen, die erheblich weniger KA zahlen, wird der Vergleichspreis um einen Zuschlag von 0,11 €/m³¹⁵⁴ angehoben.

¹⁵² auch zum Folgenden s. Anl. 4, Spalte N bis R

¹⁵³ Anl. 4 Zelle R 180.

¹⁵⁴ Anl. 4, Zelle R 86.

4.5 Bildung des wettbewerbsanalogen Preises – Vergleichspreis -

[117] Die Landeskartellbehörde berücksichtigt zur Bildung des wettbewerbsanalogen Gesamtpreises diejenigen Zahlen, die prüffähig vorliegen. Dies sind bisher nur die Konzessionsabgabenzahlungen (KA) sowie bestimmte Kostenbestandteile der Verteilung. Daraus lassen sich spezifische Aufwendungen in Cent pro Kubikmeter nutzbarer Abgabe berechnen. Diese werden zum Ausgleich dem jeweiligen Vergleichspreis zugeschlagen, wenn sie höhere Strukturkosten der Betr. widerspiegeln oder im Rahmen des Ermessens zugunsten der Betr. berücksichtigt werden; dies trifft beispielsweise auf Konzessionsabgaben zu, wobei die Berechnung bereits dargestellt wurde.¹⁵⁵ Weist das Vergleichsunternehmen ungünstigere Strukturen auf oder die Betr. günstigere, so führt dies zu einem Abschlag vom Vergleichspreis. Die Behandlung von Versorgungsdichteunterschiede (4.5.1) sowie die Erneuerung von Hausanschlüssen (4.5.2) wird ebenso erläutert wie der auszubringende Sicherheitszuschlag (4.5.3) in Verbindung mit bisher nicht bezifferten für die Betr. günstigen Umständen (4.5.5) als zusätzlichen Sicherheitspuffer.

4.5.1 Versorgungsdichteunterschiede

[118] Alle Vergleichsunternehmen weisen eine niedrigere Versorgungsdichte auf als die Betr. mit 22,6 m³/m Wasserleitung (2005) bzw. 21,4 (2006). Ihr Versorgungsgebiet ist daher günstiger strukturiert als dasjenige aller anderen Unternehmen; es ist anerkannt, dass ein niedriger Metermengenwert sich deutlich auf die Kosten eines Unternehmens auswirkt.¹⁵⁶ Dadurch erhöht sich der Preisabstand zur Betr., der Umfang der möglichen Preissenkungsverfügung nimmt zu. Beispielsweise weisen die xxxxxxxxxx mit 20,2 einen nur wenig niedrigeren Dichtewert als die Betr. auf; die Versorgungsdichte in xxxxxxxxxx beträgt mit 11,4 rund die Hälfte des Wertes der Betr.¹⁵⁷ Dem trägt die Kartellbehörde durch einen Abschlag vom Vergleichspreis Rechnung.

[119] Neben dem Metermengenwert bilden die Verteilungskosten der Betr. für die Berücksichtigung von Unterschieden in der Versorgungsdichte neben dem Metermengenwert die zweite Grundlage. Sie betragen 2005 xxx Mio. € sowie 2006 xxx Mio. €. ¹⁵⁸ Daraus ergeben sich spezifische Verteilungskosten von xxx €/m³ abgegebenen Wassers (2005) bzw. rund xxx €/m³ (2006).¹⁵⁹ Von letzterer Zahl ist auszugehen, da sie für die Betr. vorteilhafter ist. Bei direkt pro-

¹⁵⁵ Abschnitt 4.4, Anl. 1 Spalten N-R.

¹⁵⁶ Rödl & Partner, BGW/DVGW Hessen: Benchmarking Wasserversorgung Hessen, o.J. [2007], S. 9.

¹⁵⁷ Anl. 4, Spalten K und L.

¹⁵⁸ Anl. 1, Zellen I und J 44.

¹⁵⁹ Anl. 1, Zellen I und J 84.

proportionaler Umrechnung (1:1) ergäbe sich daraus im Verhältnis zu xxxxxxxxxx ein Abschlag vom Vergleichspreis in Höhe von rund 0,40 €/m³. Die Kartellbehörde geht allerdings zugunsten der Betr. im Ergebnis nur von einem Proportionsverhältnis von rund 1:3 aus. Das folgt – erstens – daraus, dass nur rund 2/3 der Verteilungskosten dem Netz zuzuordnen sind; das bedeutet schon eine Reduzierung des Proportionsverhältnisses auf 1:2. Das restliche Drittel machen beispielsweise Kosten des Messwesens oder der Verbrauchsabrechnung aus. Zu diesem Ergebnis führt auch eine Analyse von Einzeldaten im Rahmen des dem OLG Frankfurt bereits vorliegenden Verfahrens gegen enwag Wetzlar.

[120] Zweitens ist ein gegenläufiger Effekt zu berücksichtigen: Für breitere Rohrdurchmesser und Rohrgräben sind höhere spezifische Aufwendungen anzusetzen sind. Drittens trägt die Kartellbehörde den Argumenten der Betr. Rechnung, sie benötige einen Großstadtausgleich. Bei der gebotenen Zurückhaltung – viertens – kommt die Kartellbehörde zum Ergebnis, dass sie von den Netzkosten – wie gesagt, rund 2/3 der Verteilungskosten – wiederum nur die Hälfte ansetzt, was einem Drittel der gesamten angegebenen Verteilungskosten entspricht, also 0,33 * 0,79 €/m³, oder 0,26 €/m³. xxxxxxxxxx hat eine Versorgungsdichte von 10,7 oder 50 % des Wertes der Betr. (21,4). Der Abschlag vom Vergleichspreis beträgt damit 50 % von 0,26 €/m³, mithin 0,13 €/m³.¹⁶⁰ Das führt im Vergleich zu xxxxxxxxxx zu einem kartellrechtlichen Abschlag im Umfang von 0,16 €/m³ oder im Falle des Vergleiches mit xxxxxxxxxx von ~ 0,09 €/m³.¹⁶¹

[121] Die Betr. bestreitet den soeben dargestellten Zusammenhang.¹⁶² Das ist schon deshalb zurückzuweisen, weil sie sich damit in Widerspruch zu früheren Äußerungen setzt. In einem vergleichbaren Verfahren hatte sie auf die „geringe Versorgungsdichte“¹⁶³ als besonderen Kostenfaktor hingewiesen.¹⁶⁴ Unabhängig davon belegt ihre Einlassung im laufenden Verfahren die Richtigkeit der Auffassung der Kartellbehörde. Die Betr. trägt vor, es gebe keine Verbindung zwischen dem Metermengenwert und den Verteilungskosten; Unterschiede seien nicht zuletzt auf „Topologie und Topographie eines Versorgungsgebietes, besondere bau- und umweltschutzrechtliche Vorgaben etc.“ zurückzuführen.¹⁶⁵ Damit bestreitet sie nicht nur eine Korrelation, die eine Straßenbegehung ohne Weiteres belegt; sie übersieht auch, dass alle von ihr genannten Gesichtspunkte rechtfertigende Wirkung haben können und damit einer Abschichtung im Wege der Zu- und Abschlagsbildung zugänglich sind.

¹⁶⁰ Anl. 1, Zelle M 181.

¹⁶¹ Anl. 4, für Augsburg Zelle M 89.

¹⁶² AS I, S. 18, RdNr. 51.

¹⁶³ Schreiben vom 24. März 2005, M2-M, Az. der Kartellbehörde IV 7 -1 78k26-05-16, S. 3f., Abschnitt 2 d), dort zu Gaspreisen.

¹⁶⁴ Auch *Hirner / Merkel*, Kennzahlen für Benchmarking in der Wasserversorgung, 2005, S. 43, Abschnitt 5.2.2. weisen auf diesen wichtigen Gesichtspunkt hin.

¹⁶⁵ AS I, S. 18, RdNr. 50, 51.

4.5.2 Erneuerung von Hausanschlüssen

[122] Über Konzessionsabgabe und Verteilungskosten hinaus berücksichtigt die Kartellbehörde einen weiteren strukturellen Nachteil, der in diesem Falle allerdings die Vergleichsunternehmen trifft. Es handelt sich um die unterschiedlichen Gegebenheiten bei der Erneuerung von Hausanschlüssen. Diese spiegeln die jeweiligen eigentumsrechtlichen und stadtgeographischen Umstände wieder und sind insofern von der Betr. bzw. den Vergleichsunternehmen nicht frei wählbar. Die Betr. gibt an, dass die Kosten der Erneuerung von Hausanschlüssen sowohl von den Eigentümern der jeweiligen Grundstücke als auch – für den öffentlichen Grund – von der Betr. zu tragen sind.¹⁶⁶ Das stimmt mit einer anderen Quelle überein, der zu entnehmen ist, dass „die Mainova nur bis zur Grundstücksgrenze für die Wasserrohre verantwortlich“ ist.¹⁶⁷

[123] Alle Vergleichsunternehmen müssen, anders als die Betr., die Kosten der Erneuerung des Hausanschlusses tragen, soweit er auf Privatgrund liegt. Diese Beträge fallen bei der Betr. nicht an. Daher stellen sie bei den Vergleichsunternehmen eine strukturelle Belastung dar. Zur Umrechnung nutzt die Kartellbehörde die Hausanschluss-Erneuerungskosten der Betr. Sie betragen nach deren eigenen Angaben im Durchschnitt der Jahre 2004 bis 2006 xxxxxxxxxx €,¹⁶⁸ entfallend auf ihren Erneuerungsanteil. Daraus lassen sich Gesamtkosten von durchschnittlich xxxxxxxxxx Mio. € berechnen, oder, umgelegt auf die Gesamtwasserabgabe, xxxxxxxxxx €/m³.¹⁶⁹ Diese Summe entspricht mithin der Erneuerung des Hausanschlussabschnittes im öffentlichen Straßengrund. Die andere Hälfte liegt im Privatgrund; es wird insoweit von denselben Erneuerungskosten ausgegangen. Diese stellen sich als struktureller Nachteil der Vergleichsunternehmen dar. Um die darauf entfallende Summe werden alle Vergleichspreise gekürzt. Von einem willkürlichen Vorgehen¹⁷⁰ kann keine Rede sein.

4.5.3 Sicherheitszuschlag

[124] Die Kartellbehörde gewährt der Betr. darüber hinaus einen Sicherheitszuschlag von 10% zu den Vergleichspreisen.¹⁷¹ Dies geschieht, um vorsorglich möglichen weiteren Rechtfertigungsgründe zu begegnen.

¹⁶⁶ Anl. 1 Zeile 13.

¹⁶⁷ Artikel „Die meisten Frankfurter trinken schon jetzt bleifrei“, FAZ vom 14. Februar 2004.

¹⁶⁸ Anl. 1 Zellen A-D 104.

¹⁶⁹ Anl. 4, Spalte G und I, Zeile 16.

¹⁷⁰ AS I, S. 18f. RdNr. 52.

4.5.4 Für die Betr. günstige Strukturgesichtspunkte

[125] Im Hinblick auf weitere Rechtfertigungsgründe und im Sinne eines zusätzlichen, derzeit nicht bezifferbaren Sicherheitszuschlages wird auf Folgendes hingewiesen. Es gibt eine Reihe von Gesichtspunkten, die sich für die Betr. als günstig auswirken, wenn sie die Vorschriften richtig anwendet. Zu nennen sind beispielsweise diejenigen Kostenbestandteile der Versorgung, die auf die Anforderungen des Brandschutzes zurückgehen. Darauf, dass insoweit die Stadt Frankfurt Kostenträger ist, wurde bereits hingewiesen;¹⁷² es obliegt der Betr., dafür Ersatz in Geld zu verlangen. Das ist umso bedeutender, als das Netz auf den Feuerlöschbedarf ausgelegt ist.¹⁷³

[126] Dem kommt offenbar zusätzlich in Frankfurt größere Bedeutung als anderswo bei. Darauf deutet die große Zahl der Hydranten pro km Netz hin; diese Armaturen sind typischerweise Einrichtungen, die in hohem Maße dem Brandschutz dienen. Die Kennzahl beträgt in Frankfurt 10.¹⁷⁴ während der Branchenverband BGW (jetzt: BDEW) als Empfehlung eine Zahl von 5 angibt. Darüber hinaus liegen die Zahlen auch bei den Vergleichsunternehmen niedriger, beispielsweise in xxxxxxxxxx bei 8 und in xxxxxxxxxx bei 7.

[127] Auch bei Kosten, die die Überbauung oder Umlegungen von Wasserleitungen verursachen, muss die Betr. auf die jeweiligen Verursacher als Kostenträger zugreifen. Die Vorteile von Mehrspartenhausanschlüssen und des hohen Vermaschungsgrades kommen der Betr. ebenfalls zugute. Gleiches gilt im Hinblick auf die Benennung und Hebung der Synergieeffekte durch die xxxxxxxxxx. Darauf hat die Betr. sich ebenso berufen wie auf die kostengünstige Wasserbelieferung durch xxxxxxxxxx.

¹⁷¹ Geht ein in die jeweiligen Rechnungen Anl. 4, Spalten Y, AH, AN und AT.

¹⁷² Abschnitt 4.2.5. a. E.

¹⁷³ *Leist*, Wasserversorgung in Deutschland, 2007, S. 93 formuliert plakativ: „In Deutschland sind alle Netze in der Regel auf den Feuerlöschbedarf als Spitzenwert ausgelegt ...; die Trinkwasserversorgung ist sozusagen nur Beiprodukt“.

¹⁷⁴ Anl. 1 Zeile 341; dieselbe Zeile gibt – da es sich um einen Musterbogen handelt – auch bei allen Vergleichsunternehmen die spezifischen Hydrantenzahlen an.

5. Verfügung

5.1 Untersagung / Ziff. 1

[128] Die Preise der Betr. gem. Anl. zur AVBWasserV „Allgemeine Tarifpreise für die Versorgung mit Wasser“ – Stand: Dezember 2002 (gültig ab 1. Januar 2003) sind in dem Umfang missbräuchlich überhöht, in dem sie den wettbewerbsanalogen Gesamtpreis der benannten 13 Vergleichsunternehmen übersteigen. Dies erlaubt eine Senkung der Wasserpreise der Betr. von mind. 8% (Vergleichsunternehmen xxxxxxxxxx) und höchstens 49% (xxxxxxx). Es ist kartellrechtlich zulässig, eine Kartellverfügung an demjenigen Vergleichsunternehmen mit dem niedrigsten Wettbewerbspreis auszurichten.¹⁷⁵

[129] 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.¹⁷⁶

[130] 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 Tarifikunden in wesentlichen Teilen erfasst ist. Der für die Betr. maßgebliche kartellrechtliche Grundsatz der kostenstrukturgerechten Preisbildung für alle Abnehmergruppen¹⁷⁷ gewährleistet, dass sie die angeordnete Preissenkung angemessen – das heißt gleichmäßig und jedenfalls nicht willkürlich sprunghaft – bei der Umgestaltung ihrer Tarifstruktur beachtet.¹⁷⁸

[131] Damit wirkt die Hess. Kartellbehörde aus Gründen der Verfahrensökonomie schon jetzt dem denkbaren – wenn auch nicht erwarteten – Wegfall eines oder mehrerer Vergleichswas-

¹⁷⁵ *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 -.

¹⁷⁶ 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 -.

¹⁷⁷ *BGH*, Beschluss vom 6. Mai 1997, KVR 9/96, WuW/E BGH S. 3140, 3144, WuW 1997, S. 724, 728, - Gaspreis -.

¹⁷⁸ *OLG München*, Beschluss vom 4. März 1996, WuW/E OLG S. 5713, WuW 1997, S. 85-96, - Gaspreis - .

serunternehmen entgegen. Zugleich wird so Bedenken der Betr.¹⁷⁹ gegen die Heranziehung nur eines einzigen Unternehmens Rechnung getragen. In Ausübung ihres Ermessens entscheidet sich die Kartellbehörde für die xxxxxxxxxx.¹⁸⁰ Dieses Unternehmen erscheint unter den preisgünstigen Wasserlieferern als dasjenige, das mit der Betr. bei der gebotenen wertenden Betrachtungsweise und der erforderlichen groben Sichtung gut vergleichbar ist. Dies gilt beispielsweise u. a. für die Versorgungsdichte (Betr.: 22,6, 2006: 21,4; xxxxxxxxxx: 14,1)¹⁸¹ sowie die Gesamtwasserabgabe¹⁸² und den Anteil der HuK-Abgabe daran;¹⁸³ dazu kommen noch die versorgten Einwohner.¹⁸⁴

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

[133] 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 1,35 €/m³ (Typfall 1),¹⁸⁵ 1,30 (Typfall 2)¹⁸⁶ und 1,28 €/m³ (Fall 3 und 4),¹⁸⁷ was einer Senkungssumme von xxx Mio. € pro Jahr¹⁸⁸ entspricht; dieser Betrag ist auf Fall 1 und die Abgabe an Haushaltskunden berechnet.

[134] 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.

¹⁷⁹ Im Rahmen eines kartellrechtlichen Missbrauchsverfahrens wegen ihren Gaspreisen hat die Betr. den Vergleich mit nur einem einzigen Vergleichsunternehmen als „nur schmale Vergleichsbasis“ bezeichnet und die „Vergleichsfähigkeit der Preise im Gegenzug als „besonders hoch angesetzt“, vgl. Anwaltsschriftsatz vom 12. August 2005, Gesch.-Z. III 9 – 1 – 78 k 18 – 288, S. 16.

¹⁸⁰ Anl. 2 und 3, jeweils Unternehmen Nr. 73 sowie aus technischen Gründen Unternehmen Nr. 89 in Anl. 4.

¹⁸¹ Anl. 7.

¹⁸² Anl. 8.

¹⁸³ Anl. 9.

¹⁸⁴ Anl. 10.

¹⁸⁵ Anl. 4, Spalte Y, „Zeile 89“.

¹⁸⁶ Anl. 4, Spalte AH, „Zeile 89“.

¹⁸⁷ Anl. 4, Spalten AT und AN, „Zeile 89“.

[135] Die Endentscheidung war unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des § 103 GWB a.F. zu treffen; dabei wurden die Grundsätze der Geeignetheit und der Verhältnismäßigkeit beachtet. Ein milderer und gleich geeignetes Mittel zur Missbrauchs-beseitigung als eine Preissenkungsverfügung ist nicht erkennbar. Demselben Ziel dient es auch, die kartellrechtliche Verfügung voraussichtlich auf Ende 2009 zu befristen. Dabei geht die Kartellbehörde von hoher Preisstabilität gepaart mit nur geringen Veränderungen bei Netz, Absatz etc. im Zeitverlauf aus.

[136] 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; die Kunden stehen der Betr. als einem monopolistischen Anbieter gegenüber.¹⁸⁹ Die Rechtsprechung hat zudem den freigestellten Versorgern bei der Preisgestaltung Beschränkungen auferlegt, die auch bei wirksamem Wettbewerb nicht ohne weiteres bestünden.¹⁹⁰ 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.¹⁹¹

[137] Eine belangreiche Einschränkung der Versorgungssicherheit ist derzeit weder plausibel vorgetragen noch sonst erkennbar. Die Betr. trägt zwar vor, dass die Kartellverfügung eine erhebliche Belastung für sie darstellen würde. An Personal- und Sachkosten müsse drastisch gespart werden.¹⁹² Damit verwechselt sie das Schicksal ihres eigenen Unternehmens mit den Interessen der Allgemeinheit an sicherer Wasserversorgung. Diese werden im Konfliktfall durch das Regierungspräsidium Darmstadt 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 scheidet zumal in allgemeinem Sinne aus.¹⁹³ Unter Wettbewerbsbedingungen führt jahrelanges unwirtschaftliches Handeln, für das es hier eine ganze Reihe von Anhaltspunkten gibt, zur Insolvenz des jeweiligen Unternehmens. Das Ziel des Systems der geschlossenen Versorgungsgebiete würde geradezu in sein Gegenteil verkehrt, wenn ein effizienzarmes Unterneh-

¹⁸⁸ Anl. 4, Spalte AF, dritte Zahl von oben.

¹⁸⁹ OLG Frankfurt, Beschluss vom 9. Mai 1995, 11 VA (Kart) 1/94, WuW/E OLG 5416, 5429, WuW 1995, 760, 773, „Konzessionsvertrag Niedernhausen“.

¹⁹⁰ 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.

¹⁹¹ AS I, S. 17f, RdNr. 47 bis 49.

¹⁹² AS I, S. 17f., RdNr. 49.

¹⁹³ 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. 11f. Dort ist m.w.N. festgehalten, dass die „Kostensituation“ ganz allgemein höhere Preise nicht rechtfertigen kann.

men die Konkurrenzfreiheit durch höhere Preise als anderswo ausnutzen und sich oder andere so sanieren könnte.

[138] Der von der Betr. behauptete Verlust an Rechtsklarheit, der eine effektive Verteidigung durch behauptete zu kurze Fristen und neue Vergleichsunternehmen einschränken soll, ist nicht erkennbar. Es war die Entscheidung der Betr., keine Nachfrist zu beantragen; auch um Akteneinsicht ist nicht gebeten worden. Alle Vergleichsversorger sind zudem ausführlich und mit zahlreichen Informationen rechtzeitig benannt worden. Darauf hat die Betr. ihre Argumentation gestützt; sie trägt vor, keines dieser Unternehmen sei vergleichstauglich. Das belegt, dass ihr das Vorgehen der Kartellbehörde in vollem Umfang bewusst war. Darüber hinaus hat die Kartellbehörde die Vergleichsgruppenbildung im vorhergehenden Abmahnschreiben vom 4. Oktober 2007 bereits erläutert. Auch unter diesem Aspekt kann die Betr. nicht damit durchdringen, die Kartellbehörde habe nicht ausreichend klar gemacht, was sie beabsichtige. Daran ändert ein etwaiges Gutachten nichts.

5.2 Zeitraum / Ziffer 2

[139] 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 erscheint eine Begrenzung auf zwei Jahre und somit auf den Ablauf des Jahres 2009 als richtig.

5.3 Rückwirkende Feststellung / Ziffer 3

[140] Die Kartellbehörde trifft eine Entscheidung nach § 32 Abs. 3 GWB. Diese am 1. Juli 2005 in Kraft getretene Regelung erlaubt es, eine Zuwiderhandlung auch dann festzustellen, wenn sie bereits beendet ist. Die Feststellung bezieht sich auf die Zeit ab Inkrafttreten der Vorschrift im Jahre 2005. Sie wird zur Vereinfachung in Höhe der derzeit gültigen Preise ausge-

sprochen, um Zu- und Abschläge bereinigt. 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.

[141] 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)¹⁹⁴ oder durch Heranziehung von § 315 BGB geltend machen wollen.

[142] 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 gesetzliche Verstöße sich nicht weiter zugunsten derjenigen auswirken sollten, die sie ausüben, weil die Kartellbehörde insgesamt nur in die Zukunft wirken konnte. Schon dies übersieht die Betr., weshalb ihrer gegenteiligen Auffassung¹⁹⁵ nicht gefolgt wird.

5.4 Sonstiges

[143] Die Betr. hat trotz Aufforderung nicht angegeben, ob und wenn ja welche Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sie der Kartellbehörde bisher übermittelt hat; auch zu einer möglichen Schutzwürdigkeit hat sie nicht Stellung zu nehmen. 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. Im Interesse eines ordnungsgemäßen Verfahrens mögen die Anwälte der Betr. eine Vollmacht vorlegen.

¹⁹⁴ Kessler in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschland Kartellrecht, a.a.O., § 32 RdNr. 58; Langen/Bunte/Bornkamm, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 32 RdNr. 37.

¹⁹⁵ AS I, S. 19ff, RdNr. 53 bis 64.

C. Kostenentscheidung

[144] 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 erhöht 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

[145] 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. 1 und Nr. 2 GWB aufschiebende Wirkung.

Mit freundlichen Grüßen

In Vertretung

Klaus-Peter Güttler

- Anlagen: –

1. Fragebogen der Betr.
2. aktuelle Wasserpreise
3. Strukturdaten und wirtschaftliche Angaben 2005/2006
4. Zu- und Abschlagsrechnung zur Bildung des wettbewerbsanalogen Gesamtpreises – Vergleichspreis –
5. Ausgangspreisabstand im Fall 1 – 150 m³
6. Ausgangspreisabstand im Fall 3 – 700 m³
7. Versorgungsdichtekennwert
8. Wasserabgabe
9. Absatzstruktur / HuK-Abgabe
10. versorgte Einwohner
11. Preissenkung im Typfall 1 - 150 m³
12. Anl. 11 sortiert nach Höhe
13. Preissenkung im Typfall 3 - 700 m³
14. Anl. 13 sortiert nach Höhe

Gliederung

		RdNr. / Seite	
A.	Sachverhalt		
1.	Die Betroffene		3
1.1	<u>Das Gesamtunternehmen</u>	1	3
1.2	<u>Geschäftsbereich Wasser</u>		4
1.2.1	Übersicht	3	4
1.2.2	Wasserbeschaffung / Netzeinspeisung	5	4
1.2.3	Wasserverteilung	6	5
1.2.4	Wasserpreise	8	6
2.	Vergleichsunternehmen	10	7
3.	Verfahren	14	8
B.	Gründe	31	13
1.	Zuständigkeit und Beteiligungen	32	13
2.	Gleichartige Unternehmen		14
2.1	<u>Betr. ist gleichartig</u>	33	14
2.2	<u>Kartellrechtliche Anforderungen</u>	36	15
2.3	<u>Auswahlentscheidung der Kartellbehörde</u>		17
2.3.1	Grundsätze	43	17
2.3.2	Versorgungsdichte	48	19
2.3.3	Nutzbare Wasserabgabe, Abgabestruktur und versorgte Einwohner	52	21
3.	Ungünstigere Preise	56	23
4.	Rechtfertigung	58	24
4.1	<u>Grundsätze</u>	59	24
4.1.1.	Objektive Strukturnachteile	60	24
4.1.2.	Anlagen / Maßnahmen	61	25
4.1.3.	Unverzichtbarkeit/ Optimierung	64	26
4.1.4.	Mehrkosten	71	28
4.2.	<u>„Städtische Strukturen“</u>		30
4.2.1.	Kein prüffähiger Nachweis	74	30
4.2.2.	Gleiche Strukturen	79	31
4.2.3.	Vorteile der Betr.	80	32
4.2.4.	Keine (wesentlichen) Auswirkungen	84	33
4.2.5.	Unwirtschaftliches Handeln	96	36
4.3.	<u>Wasserbeschaffung</u>	98	38
4.3.1.	Anerkennungsfähigkeit	99	38

	4.3.2. Kosten/ Wirtschaftlichkeit	102	38
4.4.	<u>Konzessionsabgabe (KA)</u>	113	42
4.5.	<u>Bildung des wettbewerbsanalogen Preises – Vergleichspreis –</u>	117	44
	4.5.1. Versorgungsdichteunterschiede	118	44
	4.5.2. Erneuerung von Hausanschlüssen	122	46
	4.5.3. Sicherheitszuschlag	124	46
	4.5.4. Für die Betr. günstigere Strukturgesichtspunkte	125	47
5.	Verfügung		48
	5.1. <u>Untersagung</u>	128	48
	5.2. <u>Zeitraum / Ziffer 2</u>	139	51
	5.3. <u>Rückwirkende Feststellung / Ziffer 3</u>	140	51
	5.4. <u>Sonstiges</u>	143	52
C.	Kostenentscheidung	144	53

AUFGEHEBEN