



Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren
gegen die

Berliner Wasserbetriebe, Anstalt öffentlichen Rechts
vertreten durch den Vorstand
Neue Jüdenstraße 1
10179 Berlin

– Beteiligte zu 1. (im Folgenden: BWB) –

Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 1.:

Rechtsanwälte Dr. Wolfers, Dr. Wollenschläger
Freshfields Bruckhaus Deringer
Potsdamer Platz 1
10785 Berlin

Stadt und Land Berlin
vertreten durch den Regierenden Bürgermeister
vertreten durch die Senatsverwaltung für Wirtschaft, Technologie und Forschung
Martin-Luther-Straße 106
10825 Berlin

– Beteiligte zu 2. (im Folgenden: Land Berlin) –

RWE AG
 vertreten durch den Vorstand
 Opernplatz 1
 45128 Essen

– Beteiligte zu 3. und Beigeladene (im Folgenden: RWE) –

Veolia Wasser GmbH
 vertreten durch die Geschäftsführung
 Lindencorso
 Unter den Linden 21
 10117 Berlin

– Beteiligte zu 4. und Beigeladene (im Folgenden: Veolia) –

Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 4.:

Rechtsanwältin Dr. Westermann
 Noerr LLP
 Charlottenstraße 57
 10117 Berlin

hat die 8. Beschlussabteilung am 04.06.2012 beschlossen:

1.) Der BWB wird aufgegeben, dass ihre durchschnittlichen Jahreserlöse aus der Belieferung von Endkunden mit Trinkwasser in Berlin pro in dem betreffenden Jahr abgenommenem Kubikmeter Trinkwasser netto (d. h. ohne Umsatzsteuer) und abgabenbereinigt (d. h. ohne Wasserentnahmeentgelt und Sondernutzungsgebühren bzw. Konzessionsabgaben) die folgenden Beträge nicht überschreiten dürfen:

- a) für den Zeitraum 01.01. bis 31.12.2012: ~~1.500 – 1.7499~~ € pro Kubikmeter;
- b) für den Zeitraum 01.01. bis 31.12.2013: ~~1.500 – 1.7499~~ € pro Kubikmeter;
- c) für den Zeitraum 01.01. bis 31.12.2014: ~~1.500 – 1.7499~~ € pro Kubikmeter;
- d) für den Zeitraum 01.01. bis 31.12.2015: ~~1.500 – 1.7499~~ € pro Kubikmeter.

Die angeordnete Begrenzung der durchschnittlichen Jahreserlöse pro von Endkunden abgenommenem Kubikmeter Trinkwasser ist mit der jeweiligen, den Endkunden für diesen Zeitraum erteilten Jahresendabrechnung spätestens zum 31.12. des nachfolgenden Jahres umzusetzen.

- 2.) Die Entscheidung ist sofort vollziehbar. Soweit die Verfügung auf § 103 GWB 1990 gestützt ist, wird die sofortige Vollziehung angeordnet.
- 3.) Der Widerruf der Verfügung bleibt vorbehalten.
- 4.) Eine Anordnung der Rückerstattung der von den Kunden der BWB in den Jahren 2009 bis 2011 überzahlten Entgelte bleibt vorbehalten.
- 5.) Die Gebühr für das Verfahren einschließlich der Entscheidung beträgt ████████,-- €.

Gründe

A. Beteiligte

- 1 Die Berliner Wasserbetriebe A.ö.R. ist eine Anstalt öffentlichen Rechts in der alleinigen Trägerschaft der Stadt bzw. des Landes Berlin. Die Aufgaben der BWB sind nach § 3 Abs. 5 Berliner Betriebe-Gesetz (BerIBG) die Wasserversorgung Berlins sowie die Ableitung und Reinigung der Abwässer. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind ausschließlich die im Rahmen der Wasserversorgung von BWB geforderten Entgelte.
- 2 Im Jahr 1999 waren die kommunalen Wasserbetriebe Berlins teilprivatisiert worden. Eine (atypische) stille Beteiligung von 49,9 % an der heutigen BWB A.ö.R. ging für 3,3 Mrd. DM (1,69 Mrd. €)¹ letztlich an ein paritätisches Gemeinschaftsunternehmen (RWE/Veolia Berlinwasser Beteiligungs AG) von RWE und Veolia (RWE Aqua GmbH, Berlin, sowie Veolia Wasser GmbH, Berlin). Das Land Berlin erhielt den Aufsichtsratsvorsitz und eine Beteiligung von 50,1 % an der Berlinwasser Holding als Führungsgesellschaft der Berlinwasser Gruppe. RWE und Veolia übernahmen durch das Recht zur Bestellung des Vorstandsvorsitzenden der Berlinwasser-Gruppe die unternehmerische Führung.²
- 3 In dem 1999 verabschiedeten Gesetz zur Teilprivatisierung war bereits geregelt worden, wie die Berliner Wassertarife zu kalkulieren sind. Weiterhin wurde vertraglich geregelt, dass bis zum Jahr 2003 die Gesamtpreise für Wasser- und Abwasser sich auf dem Niveau des Jahres 1996 bewegen mussten. Seit 2004 sind die Wasserpreise jedoch mehrfach deutlich erhöht worden. Sämtliche Klagen Berliner Bürger, die sich gegen die Höhe der Wasserpreise richteten, blieben erfolglos. Die Berliner Zivilgerichte entschieden jeweils, dass die Preisfestsetzung nicht unbillig im Sinne des § 315 BGB (einseitige Leistungsbestimmung) sei, denn

¹ Vgl. www.wasserpartner-berlin.de/hintergrund/historie/index.html

Sämtliche Verweise auf Internetadressen entsprechen dem Stand des Beschlussdatums.

² So die Darstellung in www.wasserpartner-berlin.de/hintergrund/historie.

die Preise seien gemäß den gesetzlichen Kalkulationsvorgaben des Landes Berlin berechnet worden. Zudem hat der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin mit Beschluss vom 14.07.2010³ entschieden, dass die Kalkulationsvorgaben des Berliner Betriebe-Gesetzes auch mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Landes Berlin vereinbar sind.

B. Die Wasserpreise der BWB

1.) Die Höhe der Berliner Wasserpreise

- 4 Gemäß den branchenüblichen Gepflogenheiten setzen sich die Berliner Wasserpreise aus einem Grundpreis und einem Arbeits-/Mengenpreis zusammen. Da die Bedeutung des Grundpreises in Relation zum Arbeitspreis wegen des individuellen Verbrauchs bei jedem Kunden verschieden ist, können sich die pro Kubikmeter Wasser tatsächlich entrichteten Endpreise je nach Kunden stark unterscheiden. So gibt es bei BWB Kunden, die im Ergebnis nur wenig mehr als den Arbeitspreis von ca. 2,04 €/m³ zahlen. Vereinzelt gibt es aber auch Kunden, deren durchschnittlicher Kubikmeterpreis für Trinkwasser aufgrund eines hohen Grundpreises (bei großen Zählern) im Ergebnis mehr als 4 € beträgt.⁴ Zur besseren Orientierung zeigt die nachfolgende Tabelle die Höhe des allgemeinen, tarifübergreifenden Durchschnittspreises⁵ der BWB pro Kubikmeter⁶ Trinkwasser in den letzten Jahren:

Tabelle 1: Durchschnittliche Endkundenpreise Trinkwasser BWB (Grund- und Arbeitspreis)

	2007	2008	2009	2010	2011
Ø-Preis pro m ³ (ohne USt)	2,15 €	2,15 €	2,19 €	2,24 €	2,26 €

³ VerfGH Berlin, Beschluss vom 14.07.2010, VerfGH 39/09 (Blatt 539 – 568 d. A.).

⁴ Der Beschlussabteilung liegt die Kopie einer BWB-Turnusrechnung für ein Mietshaus vor, in der allein für die Trinkwasserlieferung von weniger als 1.500 m³ ein Betrag von über 6.000 € (incl. 7% USt) berechnet wird, wobei fast die Hälfte des Betrags auf die Grundgebühr entfällt (hohe Zählergröße); Sammelordner B8-4/11-3.

⁵ Die gesamten für Trinkwasserlieferungen an Endkunden vereinnahmten Entgelte (in €) wurden durch den gesamten Trinkwasserabsatz an Endkunden (in m³) geteilt.

⁶ Sämtliche Mengenangaben erfolgen in Kubikmeter (1 m³ = 1000 Liter). Der Literpreis für das Berliner Wasser im Jahr 2009 betrug somit 0,219 Cent = 0,00219 € pro Liter. Bei einem niedrig angesetzten Pro-Kopf-Verbrauch von 100 Litern am Tag (= ca. 36,5 m³ im Jahr) macht dies 21,9 Cent pro Kopf, für eine sparsame fünfköpfige Familie also etwas mehr als 1 Euro am Tag bzw. knapp 400 € im Jahr. Bei hohem Wasserverbrauch, insbesondere wegen Gartenbewässerung kann der Betrag jedoch auf über 1.000 € im Jahr ansteigen. Besonders preistreibend sind hohe Zählergrößen bei vergleichsweise niedrigem Verbrauch.

2.) Die Tarifstruktur der Berliner Wasserpreise

- 5 Der Grundpreis ist abhängig von der Größe des Wasserzählers, der auf dem Grundstück des Kunden eingebaut wurde.⁷ Der verbrauchsabhängige Arbeitspreis hingegen ist nominal für alle Endkunden in Berlin einheitlich und lag im Jahr 2009 bei knapp 2,038 € pro Kubikmeter abgenommenen Trinkwassers. Seit dem 01.04.2010 liegt er bei 2,027 €/m³. Der Arbeitspreis ist für sämtliche Kunden einheitlich und von der individuellen Abnahmemenge unabhängig. Rabatte für Großverbraucher existieren nicht. Stattdessen sieht § 16 Abs. 2 Satz 2 des Berliner Betriebe-Gesetzes vor, dass (nur) der Grundpreis progressiv und degressiv gestaltet werden kann. Tatsächlich sind die Grundpreise in 12 Tarifstufen unterschieden, die sich vorrangig nach der Größe des Wasserzählers richten (QN 2,5 / 6 / 10 / 15 / 40 / 60 / 150). Zusätzlich richtet sich der Grundpreis innerhalb der Zählergrößen QN 2,5 und QN 6 auch nach der Höhe des Verbrauchs. Insgesamt entstehen so 12 unterschiedliche Tarifgruppen, die wegen ihrer unterschiedlichen Grundpreise auch jeweils unterschiedliche Durchschnittspreise aufweisen.

Tabelle 2: Tarifstruktur BWB, Bezugsjahr 2011⁸:

Tarifstufe (Zähler)	Anzahl Kunden / Zähler	Absatz-Menge in Mio. m ³	Erlöse Grd.-Preis in Mio. €	Erlöse Arb.-Preis in Mio. €	Erlöse gesamt in Mio. €	Ø-Preis in € pro m ³ (mengen-gewichtet)
QN 2,5 0-100m ³						
QN 2,5 101-200m ³						
QN 2,5 201-400 m ³						
QN 2,5 401-1000m ³						
QN 2,5 >1000m ³						
Alle QN 2,5						
QN 6 0-400m ³						
QN 6 >400m ³						
QN 10						
QN 15						
QN 40						
QN 60						

⁷ Bei den Zählergrößen QN 2,5 und 6 besteht eine zusätzliche Abhängigkeit vom individuellen Verbrauch wie sich aus der unten stehenden Tabelle zur Tarifstruktur ergibt.

⁸ Vgl. den von BWB ausgefüllten Annex 1 für die Jahre 2010 und 2011 im Rahmen der Kurzabfrage vom 02.02.2012 (Anlage zum Schreiben Freshfields vom 16.02.2012).

QN 150						
Alle QN 6 – 150						
Gesamt (alle QN 2,5-150)						

- 6 Insgesamt gesehen entfällt bei BWB nur ca. 10 % des Gesamtpreises auf den Grundpreis, während der Arbeitspreis ca. 90 % des Gesamtpreises ausmacht.⁹ Dennoch gibt es deutliche Unterschiede in den Durchschnittspreisen der einzelnen Tarifgruppen. Hohe Durchschnittspreise einzelner Tarifgruppen kommen zustande, wenn große Zähler mit hohen Grundpreisen nur relativ niedrige Verbräuche aufweisen:

C. Verfahrensverlauf

- 7 Am 02.02.2010 entschied der Bundesgerichtshof im Fall „Wasserpreise Wetzlar“¹⁰, dass öffentliche Wasserversorger der kartellrechtlichen Preismissbrauchskontrolle nach § 103 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 unterliegen und dass die Anwendbarkeit der allgemeinen kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht nach §§ 19, 32 GWB dadurch nicht ausgeschlossen wird.
- 8 Der bis zum Jahre 2011 amtierende Berliner Wirtschaftssenator – als Dienstherr der Berliner Landeskartellbehörde¹¹ – beabsichtigte, die Berliner Wasserpreise kartellrechtlich überprüfen zu lassen. Der Leiter der Berliner Landeskartellbehörde vertrat jedoch die Ansicht, dass die Berliner Wassertarife wegen der bereits erfolgten Tarifgenehmigung nach § 22 Berliner Betriebe-Gesetz, für die ebenfalls die Senatsverwaltung für Wirtschaft des Landes Berlin zuständig ist, keiner zusätzlichen kartellrechtlichen Überprüfung unterliegen könnten. Er fragte deshalb informell beim Bundeskartellamt an, ob dieses eine kartellrechtliche Überprüfmöglichkeit der Berliner Wasserpreise sehe und gegebenenfalls eine solche Überprüfung vornehmen würde.

⁹ Bei den Zählergrößen QN 2,5 entfällt im Jahr 2011 im Durchschnitt nur 6,03% auf den Grundpreis und 93,97% auf den Arbeitspreis. Bei den Zählergrößen QN 6 – QN 150 entfällt durchschnittlich 11,13% auf den Grundpreis und 88,87% auf den Arbeitspreis. Im Vergleich zu 2009 ist seit 2010 der auf den Grundpreis entfallende Anteil von ca. 6% auf ca. 10% gestiegen.

¹⁰ Vgl. BGH, Beschl. v. 2.02.2010, KVR 66/08 – *Wasserpreise Wetzlar*.

¹¹ Die Landeskartellbehörden sind üblicherweise den Wirtschaftsministerien der Bundesländer zugeordnet, in Berlin also der Berliner Senatsverwaltung für Wirtschaft.

- 9 Mit Schreiben vom 09.03.2010¹² beantragte die 8. Beschlussabteilung des Bundeskartellamts bei der Kartellbehörde des Landes Berlin die Abgabe der Zuständigkeit für die Überprüfung der Berliner Trinkwasserpreise mit der Begründung, dass die Berliner Senatsverwaltung gleichfalls für die Genehmigung der Berliner Trinkwassertarife zuständig sei und sich daraus ein innerhalb des Stadtstaates Berlin nicht lösbarer Interessenkonflikt ergebe.
- 10 Die Berliner Landeskartellbehörde antwortete mit Schreiben vom 15.03.2010, dass sie mit dem Bundeskartellamt darin übereinstimme, gehindert zu sein, die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Überprüfbarkeit der Wasserpreise auf die Preise der Berliner Wasserbetriebe anzuwenden. Sie gab deshalb die Zuständigkeit für das kartellrechtliche Verfahren gemäß § 49 Abs. 3 GWB an das Bundeskartellamt ab.
- 11 Am 17.03.2010 entschied die 8. Beschlussabteilung, ein Kartellverwaltungsverfahren gegen die BWB wegen des Verdachts missbräuchlich überhöhter Trinkwasserpreise einzuleiten. Sie teilte dies dem Vorstand der BWB in einem Schreiben vom selben Tage mit.
- 12 Mit Schreiben vom 26.03.2010 übersandte Professor Markus C. Kerber eine an ihn gerichtete Bevollmächtigung des Berliner Senators für Wirtschaft, Technologie und Frauen zur Vertretung des Landes Berlin gegenüber dem Bundeskartellamt beim Ermittlungsverfahren gegen die BWB.
- 13 Mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 07.06.2010 trug BWB umfassend zu den Rechtsgrundlagen sowie dem verfahrensrechtlichen Zustandekommen der Berliner Wasserpreise vor und kam zu dem Schluss, dass BWB mangels eigenen Entscheidungsspielraums bei der Festsetzung der Berliner Wasserpreise nicht kartellrechtlich in Anspruch genommen werden könne. Denn das Recht des Landes Berlin gebe die Kalkulation der Wasserpreise formal wie inhaltlich umfassend vor. Auf der anderen Seite könne aber auch das Land Berlin kartellrechtlich nicht in Anspruch genommen werden, weil es als Gesetzgeber nicht den Vorgaben des Kartellrechts unterliege, sondern in eigener Zuständigkeit tätig werde.
- 14 Mit Schreiben vom 30.07.2010 entgegnete die Beschlussabteilung, dass sie durchaus Entscheidungsspielräume der BWB bei der Festsetzung der Berliner Wasserpreise sehe. Im Übrigen seien auch die Vorgaben des Landes Berlin hinsichtlich der Berliner Wasserpreise aus konzernrechtlichen Gründen der BWB zuzurechnen. Insbesondere gelte der Vorrang des Bundesrechts vor Landesrecht.
- 15 In der Folge der Entscheidung des Bundesgerichtshofs „Wasserpreise Wetzlar“ hatten die Kartellbehörden des Bundes und der Länder gemeinsam einen Fragebogen für die Ermitt-

¹² Unter dem damaligen Aktenzeichen B8-004/10 – 24 (B8-004/10 = Sammelordner Wasser).

lungen in Wasserpreisverfahren erarbeitet, zu dem auch die Verbände der Wasserwirtschaft angehört worden waren.¹³ Dieser Fragebogen basiert auf Fragebögen, die die hessische Kartellbehörde in ihrem Verfahren „Wasserpreise Wetzlar“ verwendet hatte und wurde auf Vorschlag des Bundeskartellamts um einen Annex I (Kunden- und Erlösstruktur) und einen Annex II (Kapitalkosten Trinkwassersparte) ergänzt. Die Verwendung des kompletten Fragebogens oder einzelner Teile daraus obliegt dem Ermessen der Kartellbehörden.

- 16 Mit Schreiben vom 19.08.2010 hat die Beschlussabteilung im Wege von Auskunftsbeschlüssen den vollständigen Fragebogen einschließlich der Annexe an insgesamt 45 Wasserversorger versendet. Darunter befanden sich in erster Linie die Wasserversorger aller deutschen Städte mit mehr als 200.000 Einwohnern (von Nr. 1 Berlin bis Nr. 38 Rostock). Bei den anderen Unternehmen handelt es sich um den größten ländlich geprägten Wasserversorger Deutschlands und um kleinere Wasserversorger aus der Umgebung von Berlin, die teilweise Wassergebühren erheben.
- 17 Einer dieser Wasserversorger aus der Umgebung von Berlin (Wasser- und Abwasserverband Niederbarnim) hatte mit der Begründung, dass er als öffentlich-rechtlicher Verband ausschließlich Gebühren erhebe und damit kein Unternehmen im Sinne des GWB sei, Beschwerde gegen den an ihn gerichteten Auskunftsbeschluss eingelegt. Das Oberlandesgericht Düsseldorf war dieser Begründung gefolgt, jedoch hat der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 18.10.2011¹⁴, der im Februar 2012 veröffentlicht wurde, gegenteilig entschieden. Der Leitsatz lautet: „Eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, die Trinkwasser auf der Grundlage eines Anschluss- und Benutzungszwangs und einer Gebührensatzung liefert, ist im Sinne des § 59 Abs. 1 GWB Unternehmen und nach dieser Vorschrift zur Auskunft über ihre wirtschaftlichen Verhältnisse verpflichtet.“ Dabei wurde offen gelassen, ob bei öffentlich-rechtlichen Wasserversorgern auch die Gebührenerhebung als solche der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht unterliegt.
- 18 Der Rücklauf der Fragebögen aller anderen Adressaten hat im Herbst 2010 stattgefunden. Daraufhin ist eine umfassende Datenvalidierung erfolgt. Zur Vereinfachung im Hinblick auf einzelne, immer wiederkehrende Nachfragen hat die Beschlussabteilung am 21.12.2010 allen Adressaten des Fragebogens ein Klarstellungsschreiben zu konzerninternen Verrechnungen und kalkulatorischen Kosten gesandt. Zusätzlich ist mit jedem Unternehmen auf der Arbeitsebene bilateral Kontakt aufgenommen worden.

¹³ Der Termin zur mündlichen Anhörung fand am 27.07.2010 im Bundesministerium für Wirtschaft in Berlin statt.

¹⁴ BGH vom 18.10.2011, KVR 9/11 – „Niederbarnimer Wasserverband“.

- 19 Mit Schreiben vom 28.02.2011 hat die Beschlussabteilung der BWB im Rahmen einer vorweggenommenen Anhörung den vorläufigen Sachstand hinsichtlich der gegen sie gerichteten Ermittlungen mitgeteilt. BWB sei in einem weiteren Sinne mit allen 38 befragten großstädtischen Wasserversorgern vergleichbar. Am besten vergleichbar sei BWB mit den Wasserversorgern der anderen Millionenmetropolen Hamburg, München und Köln, die deshalb als konkrete Vergleichsunternehmen betrachtet werden. Im Vergleich zum Durchschnittspreis¹⁵ dieser Vergleichsgruppe weise BWB einen um ca. 50 Cent überhöhten Durchschnittspreis pro Kubikmeter Trinkwasser (Absatz an Endverbraucher) auf, was eine Erlösüberhöhung von ca. 25 % bedeute. Das gelte auch für die um Abgaben (Wasserentnahmeentgelte, Konzessionsabgaben) bereinigten Entgelte und bei Einbeziehung von Hausanschlusskostenbeiträgen (HAKB) und Baukostenzuschüssen (BKZ). Rechtfertigungsgründe für diese Preisüberhöhung seien bei dem derzeitigen Ermittlungsstand nicht ersichtlich, weil BWB in Berlin über vergleichsweise günstige Wasserbeschaffungs- und Wasserverteilungsstrukturen verfüge.
- 20 Mit Schriftsatz vom 09.03.2011 hat BWB bei dem Verwaltungsgericht Köln Klage erhoben mit dem Antrag festzustellen, dass die Einleitung bzw. Durchführung eines Missbrauchsverfahrens wegen eines kompetenzwidrigen Übergriffs in die sich aus dem Anstaltsrecht ergebende subjektiv-öffentliche Rechtsposition auf eigenverantwortliche, fachweisungsfreie Aufgabenwahrnehmung unzulässig sei.
- 21 Mit Beschluss vom 05.09.2011 (Az. 4 K 1465/11) hat das Verwaltungsgericht Köln entsprechend dem Antrag des Bundeskartellamts den Verwaltungsrechtsweg für unzulässig erklärt und den Rechtsstreit an das Oberlandesgericht Düsseldorf verwiesen. Es handele sich um eine kartellverwaltungsrechtliche Streitigkeit, für die nach der umfassenden abdrängenden Sonderzuweisung des § 63 Abs. 1, 3 GWB ausschließlich die Zivilgerichte zuständig seien. Diese hätten zu klären, ob das GWB vorliegend Anwendung finde. BWB hat Beschwerde zum Oberverwaltungsgericht Münster eingelegt, über die noch nicht entschieden worden ist.¹⁶
- 22 Aufgrund von Umfang und Komplexität des erhobenen Datenmaterials, das durch den Fragebogen vom 19.08.2010 wie auch durch weitere, aufgrund der Anforderungen von BWB versendete Frageschreiben ermittelt worden ist, konnten die Auswertungen durch die Beschlussabteilung nur schrittweise erfolgen. Zunächst sind Strukturdaten (Absatz, Netzlänge, Hausanschlüsse, versorgte Einwohner etc.) und Erlösdaten (Umsatz, Erlösstruktur) ausgewertet und dann Umrechnungen auf vergleichbare Parameter vorgenommen worden.

¹⁵ Durchschnittspreis ermittelt aus allen Erlösen mit Grund- und Arbeitspreisen in allen Tarifstufen.

¹⁶ OVG NRW, Az. 16 E 1096/11.

- 23 Mit Datum vom 29.03.2011 hat die Beschlussabteilung BWB sowie sämtlichen potenziellen Vergleichsunternehmen (Nr. 1 – Nr. 39) wesentliche Teile der Auswertungen im Rahmen eines ersten sog. „Datenchecks“ elektronisch übermittelt. Dabei hat jedes Unternehmen individuell 23 einzelne Tabellen erhalten, in denen nach verschiedenen Kriterien die Erlös- und Strukturdaten aller Unternehmen in größenabhängiger Sortierung aufgeführt sind. Jedes Unternehmen wurde namentlich bezeichnet und erschien mit seinen eigenen Zahlen in den Tabellen, wohingegen die Zahlen der anderen Unternehmen zur Wahrung von möglichen Geschäftsgeheimnissen nur in Spannen angegeben wurden. Dadurch konnten alle Unternehmen überprüfen und bestätigen, ob und dass die eigenen Angaben von der Beschlussabteilung korrekt in die Auswertungen übernommen und – entsprechend der jeweils angegebenen Rechenformeln – richtig berechnet worden sind. Nur in wenigen Fällen sind Daten korrigiert bzw. neue Daten geliefert worden. Daraufhin wurde sämtlichen Unternehmen mit Datum vom 08.06.2011 eine konsolidierte Fassung des Datencheck I übermittelt.
- 24 Mit Schriftsatz vom 19.05.2011 hat BWB sowohl zu dem Anhörungsschreiben vom 28.02.2011 als auch zu dem Datencheck I vom 29.03.2011 Stellung genommen. Neben der Auffassung, dass die kartellrechtliche Preismissbrauchskontrolle nicht anwendbar sei,¹⁷ machte sie geltend, dass weder die Tatbestandsvoraussetzungen des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 vorlägen¹⁸ noch diejenigen des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB¹⁹, und dass die Preise insbesondere nicht missbräuchlich überhöht seien. Außerdem müssten für eine vollständige Prüfung von Vergleichbarkeit und Rechtfertigung noch zahlreiche Daten zusätzlich abgefragt werden.²⁰ Diese Daten und auch die bereits erhobenen, aber aufgrund von Geschäftsgeheimnissen Dritter ihr (BWB) gegenüber geschwärzten Daten müssten für eine sachgerechte Verteidigung offengelegt werden. Ansonsten sei die bisherige erhebliche Informationsasymmetrie ein Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör.²¹
- 25 Am 16.06.2011 hat die Beschlussabteilung das Land Berlin zu seinen Einnahmen aus Wasserentnahmeentgelten und Straßennutzungsentgelten befragt. Die Antwort der Senatsverwaltung für Finanzen des Landes Berlin ist mit Schreiben vom 30.06.2011 erteilt worden. Anschließend hat BWB per E-Mail vom 05.07.2011²² darauf hingewiesen, dass die Differen-

¹⁷ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 1 ff, 17 – 32, Bl. 1031 ff., 1047-1062 d.A.

¹⁸ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 33 – 154, Bl. 1063-1184 d.A.

¹⁹ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 154 ff., Bl. 1184 d.A.

²⁰ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 33 Tz. 46 unter Verweis auf Anlage M 16; Nacherhebung von Daten beim BKartA, Bl. 1063 d.A.

²¹ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 33 Tz. 45, Bl. 1063 d.A.

²² Vgl. E-Mail BWB an BKartA vom 05.07.2011, 16:21Uhr, Bl. 1497 d.A.

zen zu den entsprechenden Antworten von BWB auf den Fragebogen vom 19.08.2010 mit Rückstellungen für rechtlich streitige Straßennutzungsgebühren zu erklären sind.

- 26 Mit Schreiben vom 22.06.2011 hat die Beschlussabteilung alle befragten großstädtischen Wasserversorger aufgefordert, ihre Investitionen in die Wasserversorgung (einschließlich Ersatz- und Erhaltungsaufwand) jahresgenau seit 1990 anzugeben. Mit Schreiben vom 28.06.2011 sind die ostdeutschen Wasserversorger insbesondere zu ihren Absatzrückgängen und zum Zustand ihres Netzes und ihrer sonstigen Anlagen zum Zeitpunkt der Wiedervereinigung befragt worden. Mit Schreiben vom 29.06.2011 hat die Beschlussabteilung der BWB mehrere Fragen zu dem Ost-Berliner Netz und insbesondere zur Höhe ihrer Baukosten gestellt. Am 01.07.2011 sind die Vergleichsunternehmen i.e.S., also die Wasserversorger in Hamburg, München und Köln, u.a. zu ihren Wassergewinnungsbedingungen, zu Absatzrückgängen und Kosten befragt worden. Zusätzlich wurde mit einem an alle befragten Unternehmen gerichteten Schreiben vom 12.07.2011 zur Aktualisierung des Datenbestands eine „Kurzabfrage“ 2010 durchgeführt. Unter Verzicht auf die nochmalige Verwendung des umfangreichen Fragebogens sind damit wesentliche Daten der Wasserversorger (insbesondere Mengen- und Erlösdaten) auch für das Jahr 2010 ermittelt worden.
- 27 Zur Überprüfung der von BWB geltend gemachten Rechtfertigungsgründe und um der Forderung von BWB nach größerer Datentransparenz Rechnung zu tragen, hat die Beschlussabteilung zusätzlich zu dem ersten Datencheck einen Datencheck II (Finanz- und Kalkulationsdaten) durchgeführt, und zwar jeweils mit Anschreiben vom 10.06.2011 an BWB sowie die anderen befragten großstädtischen Wasserversorger. Der Datencheck II enthält in 43 Tabellenblättern Finanzdaten und kalkulationsrelevante Daten (insbesondere kalkulatorische Kosten) der befragten Wasserversorger in den 38 größten Städten Deutschlands. Damit wird jedem Unternehmen Gelegenheit gegeben, seine eigenen Datenangaben sowie die Auswertungen des Bundeskartellamts zu überprüfen. Um sowohl dem Offenlegungsinteresse der BWB einerseits als auch dem Geheimschutzinteresse der potentiellen Vergleichsunternehmen andererseits so weit wie möglich Rechnung zu tragen, hat die Beschlussabteilung die ausgewerteten Daten in weitgehend anonymisierte Tabellen mit Spannenangaben gefasst. Jedes Unternehmen erhält nur die eigenen Zahlen. BWB, die konkreten Vergleichsunternehmen (Hamburg, München, Köln) und die Ost-Versorger (Leipzig, Dresden, Chemnitz, Halle, Magdeburg, Erfurt)²³ können aber – wenn auch nur als Teil der genannten Gruppen – identifiziert und miteinander verglichen werden.

²³ Rostock ist in den Auswertungen nicht enthalten. Die Daten lagen teilweise nicht vor und die Vergleichbarkeit ist in finanztechnischer Hinsicht nicht gegeben, weil in Rostock das private Wasserunternehmen Eurawasser letztlich nur als Betriebsführer für den Warnow-Wasser- und Abwasserverband tätig wird.

- 28 Mit Schreiben vom 08.07.2011 hat BWB Stellung genommen zum Datencheck II. Bestätigt wurde – nach vorläufigem Kenntnisstand – die Richtigkeit der von der Beschlussabteilung eingetragenen Zahlen. Mit Hilfe der im Datencheck II eingestellten Zahlen der Vergleichsunternehmen habe man einige der im Schriftsatz vom 19.05.2011 angestellten Berechnungen und Anmerkungen überprüfen und bestätigen können. Dennoch wird darauf hingewiesen, dass die im Rahmen des Datencheck II zur Verfügung gestellten Kennzahlen erheblich hinter dem geltend gemachten Informationsbedarf zurückblieben. Es fehlten insbesondere noch Kennzahlen zu Steuern und Abgaben, zu Kosten gemäß Wertschöpfungsstufen der Vergleichsunternehmen sowie sämtliche zusätzlichen Angaben, die über den Fragebogen vom 19.08.2010 hinausgehen, z.B. Informationen zur Rechtfertigung erhöhter Baukosten in Berlin. Weiter hat BWB darauf hingewiesen, dass in dem Datencheck II für zwei der drei herangezogenen Vergleichsunternehmen keine Angaben hinsichtlich der Eigenkapitalrendite enthalten seien.
- 29 Ähnlich wie bei dem Datencheck I gab es bei den Rückmeldungen zum Datencheck II Ergänzungen der Unternehmensdaten sowie vereinzelte Korrekturen. Allerdings stellte sich durch genaue Nachfragen heraus, dass einige wenige Versorger bei der Ermittlung ihres Betriebsergebnisses nicht nur handelsrechtliche Abschreibungen, sondern auch rein kalkulatorische Kosten ergebnismindernd abgezogen hatten. Insoweit hat die Beschlussabteilung die betreffenden Betriebsergebnisse entsprechend korrigiert, wodurch sich auch die Umsatzrendite der jeweiligen Unternehmen verändert hat, mit der Folge, dass nur noch eines der befragten Unternehmen eine negative Umsatzrendite aufweist. Insbesondere die konkreten Vergleichsunternehmen aus Hamburg, München und Köln weisen allesamt eine positive Umsatzrendite im deutlich [REDACTED] Prozentbereich aus. Sie weisen auch alle eine Kapitalverzinsung von deutlich über [REDACTED] % aus.²⁴
- 30 Am 21.10.2011 hat die Beschlussabteilung eine finalisierte Fassung des Datencheck II an die Unternehmen gesandt. Da festgestellt wurde, dass der Ansatz der Fremdkapitalkosten und kalkulatorischen Steuern bei der Zuordnung zu den tarifrelevanten Kosten (Annex II, Abschnitt VI) sehr unterschiedlich gehandhabt worden war, hat die Beschlussabteilung zum Zwecke der Vergleichbarkeit der Daten diese nach einheitlichen Maßstäben zugeordnet. Alle Unternehmen sind auf die deshalb erfolgten Umschichtungen bei der finalisierten Fassung des Datencheck II aufmerksam gemacht und erneut um entsprechende Überprüfung gebeten worden. Neben vereinzelten Nachfragen anderer Wasserversorger hat nur BWB mit

²⁴ Ein Vergleich der angegebenen Zinssätze zur Kapitalverzinsung ist allerdings ohne genauere Analyse wenig sinnvoll, weil die Definition und Berechnung des zugrundegelegten Kapitals sehr unterschiedlich sein kann (Eigenkapital, Gesamtkapital, betriebsnotwendiges Kapital etc.).

Schreiben vom 11.11.2011 die Umschichtungen beanstandet – diesen Einwand jedoch mit Schreiben vom 17.11.2011 zurückgenommen.

- 31 Mit Schreiben vom 09.06.2011 hat die Beschlussabteilung die direkten und indirekten Inhaber der BWB, nämlich das Land Berlin, die Berlinwasser Holding AG, die RWE-Veolia Berlinwasser Beteiligungs GmbH, die Veolia Wasser GmbH sowie die RWE AG angeschrieben und ihnen mitgeteilt, dass sie vorsorglich als Beteiligte des vorliegenden Verfahrens behandelt würden. Veolia Wasser GmbH sowie RWE AG haben daraufhin jeweils ihre förmliche Beiladung beantragt. Mit Beschluss jeweils vom 29.07.2011 sind Veolia Wasser GmbH und RWE AG beigeladen worden. Mitte September 2011 haben die Beigeladenen sowie auch erneut BWB und das Land Berlin Einsicht genommen in die Verfahrensakte einschließlich der Ermittlungsakten zum Stand Ende August 2011. Mit Schreiben vom 09.11.2011 hat die Beschlussabteilung allen vier Beteiligten jeweils eine CD-ROM mit dem eingescannten Bestand der Hauptakte (= Verfahrensakte ohne Ermittlungsakten) für den Zeitraum September und Oktober 2011 übersandt.
- 32 Mit Schreiben vom 05.12.2011 ist den Beteiligten sowie vorsorglich der Senatsverwaltung für Gesundheit, Umweltschutz und Verbraucher des Landes Berlin als möglicherweise zusätzlich zuständige Fachaufsichtsbehörde im Sinne des § 103 Abs. 4 GWB 1990 ein Entwurf der von der Beschlussabteilung beabsichtigten Preissenkungsverfügung (Abmahnschreiben) zugesendet worden. Hierzu hat BWB mit Schreiben vom 30.01.2012 Stellung genommen. Veolia und RWE haben sich, ebenfalls mit Schreiben vom 30.01.2012, inhaltlich dieser Stellungnahme angeschlossen. Das Land Berlin hat sich nicht geäußert. Mit Schreiben vom 14.03.2012 hat RWE geltend gemacht, dass der Preisvergleich unter Einbeziehung der Abgaben (d.h. Wasserentnahmeentgelte und Konzessionsabgaben bzw. Straßennutzungsgebühren) durchzuführen sei und auch im Verfügungstenor die Abgaben entsprechend einzu beziehen seien. Ansonsten käme es zu einer Schlechterstellung der Beigeladenen im Verhältnis zu dem Land Berlin, das die Abgaben allein vereinnahmt. Mit Schreiben vom 16.03.2012 hat sich Veolia ebenfalls gegen eine Abgabebereinigung ausgesprochen. Sie kritisiert zusätzlich, dass eine durch die Senkung von Abgaben erreichte Wasserpreissenkung in Berlin nach dem Tenor des beabsichtigten Beschlussentwurfs nicht geeignet wäre, den Missbrauchsvorwurf zu entkräften.
- 33 Am 31.01.2012 erhielt das Bundeskartellamt ein vom 27.01.2012 datiertes Schreiben der Ende 2011 neu ernannten Senatorin für Wirtschaft des Landes Berlin mit dem Inhalt, dass „mit heutigem Schreiben“ dem Vertreter des Landes Berlin in dieser Sache das Mandat entzogen worden sei. Am 01.02.2012 wurde eine Presseerklärung ebendieses Vertreters verbreitet, nach der er sein Mandat niedergelegt habe, und am 02.02.2012 erhielt das Bundes-

kartellamt ein vom 30.01.2012 datiertes Schreiben dieses Vertreters mit dem Inhalt, dass er sein Mandat niederlege.

- 34 In ihrer Stellungnahme vom 30.01.2012 hat BWB u.a. geltend gemacht, dass sich der von der Beschlussabteilung in ihrem Abmahnschreiben vom 05.12.2011 dargestellte Sachverhalt wesentlich verändert hätte, denn die Vergleichsunternehmen aus Hamburg und München hätten ihre Wasserpreise zum 01.12.2011 bzw. zum 01.01.2012 um über 6 % erhöht. Da die in der Abmahnung angedrohte Preissenkungsverfügung u.a. auf der Annahme einer zukünftigen Inflationsrate der Wasserwirtschaft von maximal 1,5 % pro Jahr beruht, habe sich die Berechnung des zukünftigen Preissenkungsspielraums nachträglich als verfehlt herausgestellt, so dass die Abmahnung schon aus diesem Grunde keinen Bestand haben könne. Darüber hinaus hat BWB in der Abmahnung erneut begründet, warum sie die Anwendbarkeit des Kartellrechts für die Berliner Wasserpreise ablehnt, und warum sie – hilfsweise – die Berliner Wasserpreise in voller Höhe als gerechtfertigt ansieht. Insbesondere hält sie die Berechnungen der Beschlussabteilung sowohl im Hinblick auf den Preis- bzw. Erlösvergleich als auch im Hinblick auf die „Sonderkosten Ost“ für verfehlt.²⁵ Die Ablehnung der von BWB geltend gemachten Rechtfertigungsgründe, insbesondere auch die Kürzung der von BWB geltend gemachten „Sonderkosten Ost“ basiere auf unzureichenden Ermittlungen der Beschlussabteilung. Zudem macht BWB geltend, das gesamte Verfahren leide an mangelnder Transparenz und fehlender Überprüfbarkeit, denn die Zahlen der anderen Wasserversorger und insbesondere deren Rohdaten, auf die die Beschlussabteilung sich letztlich berufe, seien BWB gegenüber nicht oder nur in Spannen offengelegt worden.
- 35 Die Beteiligten haben fortlaufend Akteneinsicht durch Übersenden des gesamten Akteninhalts unter Bereinigung um Geschäftsgeheimnisse erhalten. Zuletzt ist ihnen mit Datum vom 02.03.2012/19.03.2012 durch Übersendung von CD-ROMs mit dem eingescannten, um Geschäftsgeheimnisse Dritter bereinigten Aktenbestand, Akteneinsicht gewährt worden. BWB macht allerdings geltend, ihr sei eine sachgemäße Wahrnehmung ihrer Interessen aufgrund der nur beschränkten Einsichtnahme in Ermittlungsakten, und insbesondere aufgrund der weitgehenden Bereinigung der Ermittlungsakten um Geschäftsgeheimnisse der anderen Wasserversorger nicht möglich.
- 36 Die Beschlussabteilung hat BWB fortlaufend Akteneinsicht in die Hauptakte gewährt. Die Hauptakte enthält nur wenige Geschäftsgeheimnisse Dritter, die für die Akteneinsicht geschwärzt bzw. entnommen wurden. Im Hinblick auf die mehr als 40 Ermittlungsakten zu den Wasserversorgern der verschiedenen Städte hat BWB uneingeschränkte Akteneinsicht ledig-

²⁵ Zu den Kritikpunkten im Einzelnen wird bei den jeweiligen Berechnungen selbst Stellung genommen.

lich in die (eigene) Ermittlungsakte Berlin erhalten. Die Ermittlungsakten zu den Wasserversorgern aller anderen Städte wurden BWB hingegen nur in jeweils einer um Geschäftsgeheimnisse bereinigten Version vorgelegt. Da BWB geltend gemacht hatte, dass sie die Berechnung der angedrohten Preisabsenkung im Einzelnen nur nachvollziehen und überprüfen könne, wenn ihr wenigstens die unternehmensindividuellen Daten des Erlösvergleichs zur Verfügung stünden, hat die Beschlussabteilung das Einverständnis der betroffenen Vergleichsunternehmen dazu eingeholt und mit Datum vom 14.03.2012 den Erlösvergleich sowohl BWB als auch den Vergleichsunternehmen mit individuellen Klarzahlen übermittelt.

- 37 Die Beschlussabteilung stützt ihre beabsichtigte Preissenkungsverfügung nur auf die Daten der Vergleichsunternehmen aus Hamburg, München und Köln (HH, M, K) und zieht lediglich im Hinblick auf die „Sonderkosten Ost“ zusätzlich Angaben von anderen Wasserversorgern („Ost-Versorgern“) heran. Aus verfahrensökonomischen Gründen hat sie daher die fortlaufende Einsichtnahme der BWB in einem späten Stadium des Verfahrens auf die Hauptakte und auf die Ermittlungsakten zu den Vergleichsunternehmen sowie den Ost-Versorgern beschränkt.
- 38 Aufgrund des Vortrags von BWB, dass sich der in der Abmahnung vom 05.12.2011 zugrundegelegte Sachverhalt in entscheidenden Punkten verändert habe, insbesondere die Preise der Vergleichsunternehmen HamburgWasser und Stadtwerke München zum 01.12.2011 bzw. 01.01.2012 um über 6 % erhöht worden seien, hat die Beschlussabteilung erneut Ermittlungen durchgeführt. Sie hat am 02.02.2012 gegenüber der BWB und den drei Vergleichsunternehmen HamburgWasser, Stadtwerke München und RheinEnergie Köln Auskunftsbefragungen erlassen und dabei wesentliche Daten insbesondere zu 2011 sowie zu den behaupteten Preiserhöhungen erfragt. Zudem wurden die von den Erhebungen erfassten ostdeutschen Wasserversorger genauer zum Ausbau ihres Netzes im Anschluss an die Wiedervereinigung befragt.
- 39 Die Ermittlungen haben ergeben, dass der Vortrag der BWB unzutreffend war. Von 2010 bis 2011 sind die durchschnittlichen, abgabenbereinigten Netto-Erlöse der Vergleichsunternehmen HamburgWasser, Stadtwerke München und RheinEnergie Köln im Durchschnitt pro Kubikmeter des an Endkunden abgesetzten Trinkwassers um exakt 0,12 % gestiegen. Im Durchschnitt der Jahre 2007 bis 2011 betrug der Preisanstieg bei den Vergleichsunternehmen im Mittel weniger als 1 % pro Jahr. Zwar hat der Stadtstaat Hamburg im Jahr 2011 das Wasserentnahmeentgelt um 0,02 € pro Kubikmeter Wasser erhöht²⁶, jedoch wirkt sich die

²⁶ Zusätzlich wurden Befreiungstatbestände für öffentliche Wasserversorgung abgeschafft, so dass HamburgWasser im Ergebnis mehrere Mio. € mehr Wasserentnahmeentgelt an den Stadtstaat zahlen muss als zuvor. Diese Belastung ist jedoch von HamburgWasser nicht an die Kunden wei-

Erhöhung von Abgaben auf den hier vorgenommenen abgabenbereinigten Erlösvergleich nicht aus. Für das Jahr 2012 hat HamburgWasser eine Preiserhöhung vorgenommen, von der eine Erhöhung der durchschnittlichen abgabenbereinigten Kubikmetererlöse in Hamburg um 1 – 2 % erwartet wird. Die Stadtwerke München und RheinEnergie Köln haben ihre Preise nach dem 01.01.2011 überhaupt nicht erhöht.²⁷ Weitere Preiserhöhungen für das Jahr 2012 haben die Vergleichsunternehmen weder angekündigt noch sind solche beabsichtigt.

- 40 Mit Schreiben vom 29.02.2012 hat BWB die im Rahmen der Antwort auf die Investitionsabfrage der Beschlussabteilung vom 22.06.2011 am 08.07.2011 übermittelten Angabe zu öffentlichen Zuschüssen korrigiert. Dies hatte eine Änderung der von der Beschlussabteilung berechneten Sonderkosten Ost zur Folge.
- 41 Mit Schreiben vom 30.03.2012 ist den Beteiligten erneut ein Abmahnschreiben („Abmahnung II“) hinsichtlich der beabsichtigten Preissenkungsverfügung zugesandt worden. Die Abmahnung II enthält die bis zu diesem Zeitpunkt von BWB korrigierten und die seitens der Beschlussabteilung auf Basis der zwischenzeitlichen Ermittlungen aktualisierten Daten und Berechnungen. Aufgrund der erstmals vorliegenden Daten für 2011 hat die Beschlussabteilung den Zeitraum, für den die Verfügung gelten soll, um ein Jahr (2015) erweitert. Die Änderungen im Einzelnen werden unten in der Begründung dargestellt.
- 42 Zur Abmahnung II hat Veolia mit Schreiben vom 27.04.2012 Stellung genommen. Darin verweist sie auf ihre früheren Stellungnahmen und schließt sich im Übrigen dem Vortrag von BWB an.
- 43 BWB hat mit Schreiben vom 29.04.2012 (Telefax eingegangen am 30.04.2012) zur Abmahnung II Stellung genommen. Dabei hat sie wesentliche Änderungen zu ihren eigenen Angaben bezüglich des Ersatz- und Erhaltungsaufwandes mitgeteilt. Es handelt sich um Angaben zu „Eigenleistung Instandhaltung“, die nach Auffassung von BWB in ihren bis dahin erfolgten Antwortschreiben fälschlicherweise nicht enthalten gewesen seien. In Summe erhöhen sich dadurch die Ersatz- und Erhaltungsaufwendungen der BWB in den Jahren 1990 - 2010 um über ■■■ Mio. €. Diese Datenänderung hat erhebliche Auswirkungen auf die Höhe der anzuerkennenden Sonderkosten Ost. Da sich diese Änderungen ausschließlich zugunsten von BWB auswirken, konnte auf die Erstellung einer dritten Abmahnung und eine erneute

tergegeben worden und hat deshalb zu einer Verschlechterung des Unternehmensergebnisses geführt. (Vgl. E-Mail HamburgWasser an BKartA vom 22.02.2012, 18.48 Uhr, Ermittlungsakte Hamburg Bl. 423).

²⁷ E-Mail Stadtwerke München an BKartA vom 20.02.2012, 17:20 Uhr, Ermittlungsakte München Bl. 503.

Anhörung verzichtet werden. Die geänderten Angaben zum Ersatz- und Erhaltungsaufwand sind in den diesem Beschluss zugrunde liegenden Berechnungen der Beschlussabteilung enthalten.

- 44 Mit Schreiben vom 04.05.2012 hat BWB erneut geänderte Zahlen vorgelegt. Hierbei handelt es sich um ihre eigene Berechnung der Sonderkosten Ost nach ihrer eigenen Methode mit den laut Schreiben vom 29.02.2012 um die öffentlichen Zuschüsse korrigierten Investitionsdaten. Zudem hat BWB wiedervereinigungsbedingte Mehrinvestitionen in Westberlin bei den Mehrinvestitionen in Ost-Berlin berücksichtigt.²⁸ Hierdurch verschiebt sich die prozentuale Aufteilung der Mehrinvestitionen in den Kategorien „Wasserwerke/ Pumpwerke“, „Rohrnetz“ und „Sonstiges“, wodurch sich insgesamt die noch heute als Sonderkosten Ost berücksichtigungsfähigen Kosten (Abschreibungen) weiter erhöhen würden.

D. Anwendbarkeit des Kartellrechts

- 45 Die von BWB verlangten Wasserpreise unterfallen sowohl der allgemeinen Preismissbrauchsaufsicht nach § 19 Abs. 1 und 4 Nr. 2 GWB als auch der nach § 131 Abs. 6 GWB fortgeltenden Sondervorschrift für Versorgungsunternehmen in §§ 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2, Abs. 7 GWB in der Fassung der fünften GWB-Novelle von 1990.
- 46 BWB A. ö. R. ist ein Unternehmen im Sinne des § 1 GWB. Sie wird in privatrechtlicher Form tätig und muss sich an den Regeln des Kartellrechts messen lassen (unter 1.). Die Anwendbarkeit des GWB wird im vorliegenden Fall weder durch das im Berliner Landesrecht vorgesehene Genehmigungsverfahren (unter 2.) noch durch dessen materielle Kalkulationsvorgaben (unter 3.) ausgeschlossen. Zwar können hoheitliche Vorgaben, die sich auf den Preis auswirken, im Rahmen der Rechtfertigung als nicht zurechenbarer Umstand berücksichtigt werden. Auch dies kann jedoch in der vorliegenden Konstellation, wo normsetzende Körperschaft und Unternehmensträger zusammenfallen bzw. miteinander verbunden sind, nicht uneingeschränkt gelten (unter 4.)).

1.) Unternehmenseigenschaft der BWB und Anwendbarkeit des Kartellrechts auf privatrechtliches Handeln der öffentlichen Hand

- 47 Die Anwendung der materiellen Vorschriften des GWB wie auch der Kreis möglicher Adressaten kartellbehördlicher Maßnahmen wird bestimmt durch den für das Kartellrecht zentralen Begriff des Unternehmens. Im vorliegenden Zusammenhang von Interesse ist dabei die vom Bundesgesetzgeber in § 130 Abs. 1 S. 1 GWB vorgenommene Klarstellung, wo-

²⁸ Vgl. Schreiben Freshfields vom 04.05.2012, S. 2.

nach das GWB auch Anwendung auf solche Unternehmen findet, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden. Mit dieser Vorschrift wird der Tatsache Rechnung getragen, dass auch Hoheitsträger am Wirtschaftsleben teilnehmen. Es soll ausgeschlossen sein, dass es zu einer Besserstellung der öffentlichen Hand kommt, indem diese sich durch die ihr grundsätzlich offen stehenden Möglichkeiten des öffentlichen Rechts den für alle Wirtschaftsteilnehmer geltenden Regeln des GWB entzieht. Die öffentlich-rechtliche Organisationsform eines im geschäftlichen Verkehr Tätigen ist deshalb allein nicht ausreichend, um ihn aus dem Geltungsbereich des GWB zu entlassen.²⁹ Vielmehr unterfallen Träger hoheitlicher Gewalt nach dem funktionalen Unternehmensbegriff dann dem GWB, wenn sie sich wirtschaftlich betätigen.³⁰

a) Öffentliche Wasserversorgung als wirtschaftliche Tätigkeit

- 48 Die vorliegend relevante Tätigkeit der leitungsgebundenen Lieferung von Trinkwasser gegen Entgelt ist eine ihrer Natur nach wirtschaftliche Betätigung. Hoheitliche Aufgaben werden von den Behörden des Bundes, der Länder und der Kommunen vor allem zum Schutz des Grundwassers und der Oberflächengewässer vor Verunreinigungen wahrgenommen.³¹ Die Versorgung der Bevölkerung mit Trinkwasser hingegen ist eine wirtschaftliche Tätigkeit, bei der kommunale neben teilprivatisierten und vereinzelt auch rein privaten Unternehmen gleichberechtigt tätig sind. Alle Versorger haben gleichermaßen die hoheitlichen Vorgaben des öffentlichen Wasserrechts, des Umweltschutzes sowie des Verbraucherschutzes (Wasserqualität) zu erfüllen. Zusätzlich besteht die Verpflichtung der Kommunen zur Gewährleistung der öffentlichen Daseinsvorsorge i.V.m. § 50 Abs. 1 Wasserhaushaltsgesetz (öffentliche Wasserversorgung ist Aufgabe der Daseinsvorsorge). Die Kommunen müssten also einspringen, wenn es ansonsten keinen Wasserversorger gäbe. Die Tatsache jedoch, dass die Wasserversorgung nicht nur von öffentlichen Körperschaften, sondern ebenso von privaten bzw. auch privatisierten Unternehmen in eigener Verantwortung und ohne öffentlich-rechtliche Beleihung übernommen wird, belegt, dass es sich bei materieller Betrachtung um eine wirtschaftliche und keine hoheitliche Tätigkeit handelt. Nach den Maßstäben der europäischen Rechtsprechung³² agiert BWB bereits deshalb als Unternehmen und muss sich am Kartellrecht messen lassen. Eine ähnlich am funktionalen Unternehmensbegriff orientierte

²⁹ BGH, Beschluss vom 09.03.1999, KVR 20/97, zit. nach Juris Rn. 21 – *Lottospielgemeinschaft*.

³⁰ BGH, Urteil vom 12.11.2002, KZR 11/01, zit. nach Juris Rn. 13 – *Feuerlöschzüge*.

³¹ In anderen Ländern, in denen wegen Wasserknappheit, eine übergeordnete Zuteilung der Wasserressourcen von wasserreichen in wasserarme Gegenden notwendig ist, kann auch ein System der hoheitlichen Wasserverteilung existieren.

³² Vgl. EuGH, Urteil vom 25.10.2001, C-475/99 – *Ambulanz Glöckner*, Rz. 20; EuGH, Urteil vom 11.12.1997, C-55/96 – *Job Centre*, Rz. 22; EuGH, Urteil vom 23.4.1991, C-41/90 – *Höfner*, Rz. 22.

Abgrenzung zeichnet auch der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung „Niederbarnim“ für den Bereich der öffentlichen Wasserwirtschaft vor. Denn er stellt in Frage – lässt es im Ergebnis aber offen –, ob eine öffentlich-rechtliche Körperschaft, die ihre Leistungsbeziehungen zu den Abnehmern öffentlich-rechtlich organisiert habe (Gebührenerhebung), sich dem Anwendungsbereich des GWB auch dann entziehen könne, wenn – wie im Fall der Wasserversorgung – die öffentlich-rechtliche und die privatrechtliche Ausgestaltung der Leistungsbeziehung weitgehend austauschbar seien.³³

- 49 Die hergebrachte Linie der deutschen Rechtsprechung hingegen stellt zur Beantwortung der Frage, ob eine „wirtschaftliche Betätigung“ vorliegt, auf die rechtliche Ausgestaltung der in Rede stehenden Beziehungen ab und argumentiert mit der Dichotomie von öffentlichem Recht und Privatrecht. Parallel wird damit über den Rechtsweg zu den Zivilgerichten und die Anwendbarkeit des GWB entschieden.³⁴ Auf eine einfache Formel gebracht bedeutet dies: Dort, wo die öffentliche Hand in hoheitlicher Form handelt, ist ihr Verhalten dem Kartellrecht grundsätzlich entzogen. Greift ein Hoheitsträger im Zusammenhang mit der Erfüllung seiner Aufgaben jedoch zu den von der Privatrechtsordnung bereitgestellten Mitteln, unterliegt er in diesem Bereich den gleichen Beschränkungen wie jeder andere Marktteilnehmer und hat dabei insbesondere die durch das Wettbewerbsrecht gezogenen Grenzen einer solchen Tätigkeit zu beachten.³⁵ An der von ihm gewählten Gestaltung der Rechtsbeziehungen muss er sich dann – auch wenn er öffentliche Zwecke verfolgt – festhalten lassen.³⁶ Die (zulässige) Errichtung eines rechtlichen Monopols schließt es ebenso wenig aus, das in die Form des Privatrechts gekleidete Verhalten des Monopolisten an den Regeln des GWB zu messen³⁷ wie die Verfolgung öffentlicher Zwecke. Letztere können allein im Rahmen der Anwendung eben dieser Regeln Berücksichtigung finden.³⁸
- 50 Auch nach diesen Maßstäben ist BWB unternehmerisch tätig. Dass sie als Anstalt öffentlichen Rechts organisiert ist und im überwiegenden Eigentum der öffentlichen Hand steht, ist ebenso unerheblich wie die Verfolgung von Zwecken der Daseinsvorsorge. Entscheidend ist,

³³ BGH, Beschluss vom 18.10.2011, KVR 9/11, Tz. 11 – *Niederbarnimer Wasserverband*.

³⁴ Vgl. z.B. BGH, Urteil vom 07.03.1989, KZR 15/87, zit. nach Juris Rn. 15 – *Lotterie-Bezirksstelle*; BGH, Beschluss vom 09.03.1999, KVR 20/97, zit. nach Juris Rn. 26 – *Lottospielgemeinschaft*; OLG München, Beschluss vom 14.10.2005, W (K) 2385/05, zit. nach Juris Rn. 35 – *Auditorium Maximum*; siehe auch *Stockmann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 2. Aufl., § 130, Rn. 4.

³⁵ BGH, Urteil vom 12.11.2002, KZR 11/01, zit. nach Juris Rn. 13 – *Feuerlöschzüge*; BGH, Urteil vom 28.06.2005, KVR 27/04, zit. nach Juris Rn. 26 – *Arealnetz*.

³⁶ BGH, Urteil vom 23.10.1979, KZR 22/78, zit. nach Juris Rn. 32 – *Berliner Musikschule*.

³⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 07.03.1989, KZR 15/87, zit. nach Juris Rn. 15 – *Lotterie-Bezirksstelle*; BGH, Urteil vom 07.11.1960, KZR 1/60, zit. nach Juris Rn. 8 – *Molkereigenossenschaft*; *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 19, Rn. 45.

³⁸ Vgl. BGH, Beschluss vom 09.03.1999, KVR 20/97, zit. nach Juris Rn. 26 – *Lottospielgemeinschaft*.

dass BWB nach außen in privat-rechtlicher Form handelt. Denn entsprechend der klaren landesgesetzlichen Vorgabe in § 16 Abs. 1 Satz 1 BerIBG erhebt sie „privatrechtliche Entgelte“. An dieser Handlungsform ändern auch die im Landesrecht enthaltenen Anforderungen an die Kalkulation nichts, bei denen es sich gerade nicht um „gebührenrechtliche Vorgaben“, sondern um Beschränkungen der privatrechtlichen Entgeltfestsetzung handelt. Derartige Beschränkungen der Handlungsspielräume eines Unternehmens durch außerhalb des Kartellrechts liegende Regeln sind keine Besonderheit des vorliegenden Falles; verwiesen sei nur auf die Preisregulierung wie sie z.B. im Telekommunikationsrecht anzutreffen ist. Solche Vorgaben sind bei der Anwendung des Kartellrechts zu beachten. Sie können in Einzelfällen die *Zurechenbarkeit* eines Verstoßes in Frage stellen, ändern jedoch nichts an der Rechtsform des Handelns und der grundsätzlichen Anwendbarkeit kartellrechtlicher Vorschriften. Letztlich ist – soweit erkennbar – in Rechtsprechung und Literatur bisher noch nie in Zweifel gezogen worden, dass die privatrechtlichen Preise eines öffentlich-rechtlichen Wasserversorgers genauso dem Kartellrecht unterliegen wie die Preise privatrechtlicher Wasserversorger.

b) Rechtsform bestimmt Rechtsnatur (keine „materiell-rechtlichen Gebühren“)

- 51 Zu Unrecht machen BWB und ihre Gutachter³⁹ demgegenüber geltend, dass die kartellrechtliche Wasserpreiskontrolle von vornherein ausgeschlossen sei, weil es sich bei den Berliner Wasserpreisen nur formal um Preise handele, materiell-rechtlich aber um öffentlich-rechtliche Gebühren.⁴⁰
- 52 Entscheidend ist auch insoweit, dass BWB nach außen in privatrechtlicher Form handelt. Zwar haben öffentlich-rechtliche Wasserversorger bzw. die jeweiligen Kommunen ein freies Wahlrecht, ob sie die Wasserversorgung privatrechtlich über die Festsetzung von Preisen oder öffentlich-rechtlich über die Erhebung von Gebühren aufgrund einer Abgabensatzung durchführen. Mit der Ausübung dieses Wahlrechts legen sie sich aber gleichzeitig auch auf das anwendbare Recht und den Rechtsweg fest. BWB sendet ihren Kunden privatrechtliche Wasser-Rechnungen, die – anders als öffentlich-rechtliche Gebührenbescheide für Trinkwasser – weder eine Widerspruchsmöglichkeit noch den Verwaltungsrechtsweg eröffnen. Folgerichtig haben die Kunden der BWB wegen überhöhter Wasserpreise zahlreiche Zivil-

³⁹ *Reinhardt* sieht die Berliner Wasserpreise als materiellrechtliche Gebühren an: „Gebühr im Preisgewand“ (Anlage 14 zum Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, Bl. 1197 d.A.) und nach Brüning bestehen aus ähnlichen Gründen (fehlender Preisgestaltungsspielraum) durchgreifende Zweifel an der Anwendbarkeit kartellrechtlicher Preismissbrauchsvorschriften auf die BWB, so dass er im Ergebnis eine verwaltungsgerichtliche Klage gegen das kartellbehördliche Verfahren für zulässig hält (Anlage 15 zum Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, Bl.1218 d.A.).

⁴⁰ Sinngemäß Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 4, Bl. 1034 d.A.

prozesse nach § 315 BGB (einseitige Leistungsbestimmung) angestrengt. Die zivilrechtliche Rechtsnatur der Trinkwasserpreise ist dabei – auch von BWB – nie in Abrede gestellt worden.

- 53 Im Übrigen haben die Erhebungen des Bundeskartellamts ergeben, dass zumindest sämtliche Wasserversorger der 38 größten Städte Deutschlands privatrechtliche und keine öffentlich-rechtlichen Wasserentgelte erheben, also Preise und keine Gebühren. Dass die öffentlich-rechtliche Gebührenerhebung jedenfalls bei den großen Wasserversorgern⁴¹ gemieden wird, dürfte an der größeren Flexibilität und Freiheit in der Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen und der gesellschaftsrechtlichen Unternehmensverfassung, einschließlich der Möglichkeiten der Einbindung privater Anbieter, liegen. Nicht zuletzt wird auch eine Rolle spielen, dass die Regelungen des Gebührenrechts eine systematische Gewinnerzielung sowie den Ausweis und die Ausschüttung von Gewinnen regelmäßig nicht zulassen.⁴² Wie sich aus den Geschäftsberichten⁴³ der BWB ergibt, schüttete BWB allein im Jahr 2009 (2010) Gewinne in Höhe von 270 Mio. € (2010: 253 Mio. €) an seine Gesellschafter aus. Davon entfielen auf das Land Berlin 132 Mio. € (2010: 121 Mio. €) sowie 137 Mio. € (2010: 132 Mio. €) auf Privatinvestoren.⁴⁴ Hinzu kommt die Bildung einer Gewinnrücklage in Höhe von 34 Mio. € (2010: 37 Mio. €). Dies bedeutet bei Gesamtumsatzerlösen 2009 von 1.183 Mio. € (2010: 1.194 Mio. €) bzw. bei gesamten betrieblichen Erträgen 2009 von 1.325 Mio. € (2010: 1.337 Mio. €) eine Ausschüttungsquote von über 20 % des Umsatzes bzw. der Erträge, also eine auch für privatwirtschaftliche Maßstäbe sehr hohe Gewinn- und Ausschüttungsquote.
- 54 Als Kehrseite der Wahlfreiheit der öffentlichen Hand bei der Ausgestaltung der Aufgabenerfüllung ist ihr ein „Rosinenpicken“ versagt. Wenn der Staat die organisationsrechtlichen Vorteile des Privatrechts nutzen will, muss er die mit dieser Wahl einhergehenden Konsequenzen tragen. Die der Argumentation der BWB zugrunde liegende Vorstellung, einerseits Preise erheben, Private am Unternehmen beteiligen und die verwaltungsgerichtliche Kontrolle ausschließen, andererseits aber der kartellrechtlichen Preismissbrauchsaufsicht unter Hin-

⁴¹ Insbesondere bei kleineren Wasserversorgern gerade im ländlichen Bereich ist die öffentlich-rechtliche Gebührenerhebung dagegen weit verbreitet.

⁴² *Dierkes/Hamann*, Öffentliches Preisrecht in der Wasserwirtschaft, Baden-Baden 2009, S. 82. Gussone, IR 2011, S. 290, 294 weist allerdings darauf hin, dass das Kommunalabgabenrecht in Baden-Württemberg den kommunalen Wirtschaftsunternehmen erlaube, einen zusätzlichen Gewinn zu erzielen.

⁴³ Geschäftsbericht 2009, S. 24 (Erlöse/Erträge), S. 33 (Gewinnabführung). Geschäftsbericht 2010, S. 22 (Erlöse/Erträge), S. 33 (Gewinnabführung). Die Geschäftsberichte der BWB sind zugänglich über www.bwb.de unter Das Unternehmen / Zahlen, Daten und Fakten / Technische Kennzahlen.

⁴⁴ Zusätzlich zur Gewinnausschüttung hat das Land Berlin Einnahmen durch BWB aufgrund von Wasserentnahmeentgelten, Straßennutzungsgebühren und bei Gewinnausweis auch Gewerbesteuern.

weis auf einen angeblichen „materiellen Gebührentatbestand“ entgehen zu können, ist mit § 130 Abs. 1 S. 1 GWB nicht vereinbar.

2.) Kein Ausschluss des Kartellrechts durch öffentlich-rechtliches Genehmigungsverfahren

55 Sind die Vorgaben des Berliner Landesrechts demnach im Einzelnen zu betrachten, so wird eine Prüfung an den Maßstäben des GWB zunächst nicht bereits dadurch ausgeschlossen, dass die Berliner Wasserpreise auf Tarifen beruhen, die ein öffentlich-rechtliches Genehmigungsverfahren durchlaufen haben. Weder wird hierdurch die Anwendbarkeit der Preismissbrauchsvorschriften des GWB „gesperrt“, noch entfällt die Zurechenbarkeit der von BWB verlangten Entgelte.

a) Rechtslage nach Berliner Betriebe-Gesetz

- 56 Das Verfahren der Tariffestsetzung ist in § 17 BerlBG geregelt. Danach trifft der Aufsichtsrat der BWB unter Einbeziehung u. a. eines Wirtschaftsprüfergutachtens die Entscheidung über die Festsetzung allgemein geltender Tarife und Entgelte. Die dabei zu beachtenden Grundsätze der Tarifbemessung und Kostenkalkulation ergeben sich aus § 16 BerlBG sowie der Verordnung über die Tarife der Berliner Wasserbetriebe vom 14.06.1999 (Wassertarifverordnung). Die vom Aufsichtsrat beschlossenen Tarife durchlaufen dann das Genehmigungsverfahren nach § 22 BerlBG. Die Genehmigung ist unter Beifügung der Unterlagen, die zur Feststellung der in § 16 BerlBG genannten Anforderungen notwendig sind, spätestens drei Monate vor dem Zeitpunkt zu beantragen, zu dem sie wirksam werden soll. Zuständige Genehmigungsbehörde ist (mangels anderweitiger Regelung durch den Senat) die Rechtsaufsicht nach § 21 BerlBG, nämlich die für Wasserwirtschaft zuständige Senatsverwaltung.
- 57 Die Genehmigung eines Tarifs hindert jedoch nicht eine kartellrechtliche Preismissbrauchskontrolle.

b) Vergleich mit § 12 Bundestarifordnung Elektrizität (BTOElt)

58 Die Frage des Konkurrenzverhältnisses zwischen öffentlich-rechtlicher Preisgenehmigung und kartellrechtlicher Preismissbrauchskontrolle ist schon früher im Rahmen der tarifpreisrechtlichen Genehmigung der Stromtarife nach § 12 Bundestarifordnung Elektrizität (BTOElt) relevant geworden. Auch hier stellte sich die Frage, ob bereits von einer Verwaltungsbehörde durch Verwaltungsakt nach § 12 BTOElt genehmigte Entgelte noch durch Wettbewerbsbehörden kartellrechtlich überprüft werden können. Die herrschende Meinung war damals der Auffassung, dass die Genehmigung nach der BTOElt der Anwendung der kartellrechtli-

chen Normen nicht entgegensteht, sondern dass beide nebeneinander anwendbar seien.⁴⁵ Denn die Prüfungsmaßstäbe sind nicht deckungsgleich: Die Anwendung preisrechtlicher Maßstäbe ist eher kostenorientiert und führt zur Festlegung von Preisobergrenzen, während die Missbrauchsaufsicht eher wettbewerbs- und marktorientiert ist. Die parallele Anwendbarkeit von Tarifpreisaufsicht und Missbrauchsaufsicht hat der Bundesgerichtshof auch inzident in der Stromtarif-Entscheidung bejaht.⁴⁶ Denn in dem Fall ging es um die kartellrechtliche Überprüfung von Stromtarifen auf Grundlage des § 104 Abs. 1 Nr. 1 GWB a.F. Obwohl die von der Kartellbehörde überprüften Stromentgelte zuvor von der Energieaufsicht preisrechtlich genehmigt worden waren, hat der Bundesgerichtshof die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht vollständig überprüft. In diesem Fall ging der Bundesgerichtshof damit von der kartellrechtlichen Überprüfungsmöglichkeit eines tarifrechtlich genehmigten Preises aus.⁴⁷

c) Rechtsprechung zu missbräuchlich überhöhten Anträgen

- 59 In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wurde hervorgehoben, dass selbst bei einem behördlichen Genehmigungsverfahren, das darauf abzielt, keine missbräuchlichen Entgelte zu genehmigen, die tatsächliche Möglichkeit besteht, dass ein Unternehmen einen Tarif vorlegt, mit dem es seine marktbeherrschende Stellung missbraucht, und hierfür eine Genehmigung erwirkt, weil der Missbrauch nicht aufgedeckt wird.⁴⁸ Auch nach der europäischen Rechtsprechung lässt das Durchlaufen eines Genehmigungsverfahrens die kartellrechtliche Verantwortlichkeit nicht entfallen, wenn die Genehmigung auf Anträgen des Unternehmens beruht, das bereits hierdurch Einfluss nehmen kann.⁴⁹
- 60 Diese Argumentation trifft auch auf die Situation der BWB zu. Das BerlBG erklärt nur die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für ansatzfähig, wie sie sich aus der Kombination von Wirtschaftlichkeitsgrundsatz und Kostendeckungsprinzip ergibt.⁵⁰ Aber auch wenn das Genehmigungsverfahren darauf abzielt, kein höheres Entgelt zu genehmigen als zur Deckung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung inkl. einer angemessenen Eigen-

⁴⁵ Vgl. *Engelsing* in Berliner Kommentar zum Energierecht, 1. Aufl. 2004, § 19 GWB Rn. 106-109.

⁴⁶ BGH WuW/E 1221 Stromtarif.

⁴⁷ Vgl. *Engelsing* in Berliner Kommentar zum Energierecht, 1. Aufl. 2004, § 19 GWB Rn. 106-109.

⁴⁸ BGH, Urteil vom 10.02.2004, KZR 7/02, WuW/E DE-R 1254, zit. nach Juris Rn. 17 – *Verbindung von Telefonnetzen*; siehe auch BGH, Beschluss vom 7.02.2006, KVR 5/05, zit. nach Juris Rn. 18 – *DB Regio/üstra*.

⁴⁹ EuG, Urteil vom 10.04.2008, Rs. T-271/03. Rn. 107 ff. – *Deutsche Telekom AG*, bestätigt durch EuGH, Urteil vom 14.10.2010, Rs. 280/08 P, Rn. 56 ff. – *Deutsche Telekom AG*.

⁵⁰ Lt. Darstellung BWB, vgl. Schreiben Freshfields vom 07.06.2010, S. 16 und S. 45, Bl. 199, 228 d.A.

kapitalverzinsung erforderlich ist, ist es in Anbetracht der komplexen rechtlichen Maßstäbe nicht ausgeschlossen, dass gleichwohl ein höheres Entgelt genehmigt wird.

- 61 Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass die Genehmigungsbehörde nicht unabhängig von dem Unternehmen ist, das den Antrag stellt. Vielmehr ist die Senatsverwaltung von Berlin als Genehmigungsbehörde eine Verwaltungseinheit des Landes Berlin als alleinigem Träger der BWB.

d) Entscheidungsspielräume der BWB

- 62 Das oben unter a) beschriebene Verfahren der Tariffestsetzung gemäß §§ 16 ff BerlBG schließt es bereits aufgrund des erforderlichen Antrags nicht aus, dass BWB über Entscheidungsspielräume verfügt, die eine Anwendung kartellrechtlicher Regeln rechtfertigen.
- 63 Vorliegend dient das Genehmigungsverfahren nach Zielrichtung und Ausgestaltung nicht der Verhinderung eines kartellrechtlichen Missbrauchs, sondern der Einhaltung gebührenrechtlicher Prinzipien. Dabei geben § 16 BerlBG und die Wassertarifverordnung zwar Leitlinien für die Kalkulation vor. Es bestehen jedoch erhebliche Spielräume auf Seiten des Antragstellers sowohl bei der Ausfüllung der dort enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe als auch bei den im Einzelnen vorzunehmenden Bewertungen. Der eingeschaltete Wirtschaftsprüfer kann lediglich prüfen und bestätigen, ob die Bewertung nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen vertretbar ist. Folglich hat die Berliner Rechtsprechung für die parallele Problematik der Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB bereits entschieden, dass vom Fehlen eines privatautonomen Spielraums bei BWB trotz des Genehmigungsverfahrens nicht ausgegangen werden kann.⁵¹

3.) Kein Ausschluss der Anwendbarkeit des GWB durch materielle Vorgaben des Berliner Landesrechts

- 64 Bereits die innerhalb der Kalkulationsvorgaben bestehenden Auslegungs- und Bewertungsspielräume sprechen dagegen, dass die Berliner Wasserpreise in einer Weise durch das Berliner Gesetzesrecht und die Tarifgenehmigung des Senats öffentlich-rechtlich in solcher Weise determiniert sind, dass kein Preisfestsetzungsspielraum für BWB besteht und deshalb auch für eine kartellrechtliche Kontrolle der Berliner Wasserpreise kein Anwendungsbereich mehr verbleibt.⁵² Insbesondere trifft es nicht zu, dass BWB bei jeder noch so geringfügigen,

⁵¹ KG Berlin, Urteil vom 15.02.2005, 7 U 140/04, zit. nach Juris Rn. 9 ff.

⁵² So aber Schreiben BWB (unmittelbar von BWB, nicht über Rechtsanwälte) vom 21.01.2011, S. 2, Ermittlungsakte Berlin Bl. 215; ähnlich Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 2, 3 und 21, Bl. 1032, 1033 und 1051 d.A..

preissenkungsbedingten Neukalkulation gezwungen sei, gegen die landesrechtlichen Kalkulationsvorgaben zu verstoßen. Ein landesrechtliches „Preissenkungsverbot“ könnte sich nur ergeben, wenn das Kostendeckungsgebot in § 16 Abs. 1 S. 2 BerlBG in Verbindung mit den Vorgaben zu den ansatzfähigen Kosten bedeuten würde, dass es nur einen richtigen Preis gibt, der dann nicht unterschritten werden darf. Die Klassifizierung und Aufzählung der Kostenarten gibt jedoch lediglich ein Korsett vor, welches erhebliche Spielräume bei der Bestimmung und Zuordnung lässt.

a) Keine Kalkulationsvorgaben des BKartA

- 65 Eine Anwendung der kartellrechtlichen Preismissbrauchsvorschriften, die von BWB nur eine Änderung des Ergebnisses (Preis) verlangt, es ihr aber überlässt, wie sie dieses erreicht, ist mit landesrechtlichen Regeln zur Entgeltkalkulation auch grundsätzlich vereinbar. Mit einer unabhängig von den einzelnen Wassertarifen formulierten, bloßen Preissenkungsverfügung werden mögliche Bedenken gegen kartellbehördliche Kalkulationsvorgaben gerade berücksichtigt, weil hier nur der letztlich geforderte (Durchschnitts-) Preis als missbräuchlich beanstandet wird, es aber dem Unternehmen selbst überlassen bleibt, die Preise neu zu kalkulieren.

b) Unternehmerische Entscheidungsspielräume der BWB

- 66 Zusätzlich ist zu beachten, dass es BWB – neben den bereits erwähnten Spielräumen beim Kostenansatz – insbesondere in der Hand hat, inwieweit überhaupt Kosten entstehen. Die Höhe ihrer Kosten ist wesentlicher Teil ihrer unternehmerischen Verantwortung. In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass der Kalkulation nach § 16 Abs. 3 S. 1 BerlBG nur „die bei wirtschaftlicher Betriebsführung nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ansatzfähigen Kosten“ zu Grunde zu legen sind. Dies soll zur Ausschöpfung aller Rationalisierungs- und Effizienzsteigerungspotentiale zwingen und laut Darstellung der BWB dazu führen, dass nur die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ansatzfähig sind.⁵³ Damit würde im Landesrecht jedenfalls kein weniger strenger Maßstab für die zulässige Entgelthöhe aufgestellt als in den Missbrauchsvorschriften des GWB. Insofern beeinträchtigt eine Anwendung des GWB nicht die Zielsetzung des Berliner Landesrechts. Diese wird im Gegenteil gefördert, wenn durch den Preisvergleich mit anderen, vergleichbaren Wasserversorgern Ineffizienzen aufgedeckt werden und die Genehmigung eines überhöhten Entgelts korrigiert werden kann.

⁵³ Vgl. Ausführungen im Schreiben Freshfields vom 07.06.2010, S. 16 und S. 45, Bl. 199 und 228 d.A.

c) Vorrang des Kartellrechts

- 67 Darüber hinaus sind die Berliner Kalkulationsvorgaben bei richtiger Auslegung so zu verstehen, dass sie unter dem Vorbehalt der kartellrechtlichen Zulässigkeit stehen. Sollte eine Senkung auch bei Ausschöpfung aller Spielräume und nach Beseitigung eventueller Ineffizienzen nur unter Verstoß gegen die Kalkulationsvorgaben erfolgen können, so geht das Kartellrecht vor. Hierfür spricht bereits, dass die Vorgaben des BerlBG als Ausformulierung der Grundsätze des Verwaltungsprivatrechts und des Schutzes vor einer „Flucht in das Privatrecht“ zu verstehen sind. Nach den Grundsätzen des Verwaltungsprivatrechts gelten nicht nur die Grundrechte, insbesondere der Gleichheitssatz, sondern auch die grundlegenden Prinzipien öffentlichen Finanzgebarens – insbesondere die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Äquivalenz und der Kostendeckung. Im Kommunalabgabenrecht einiger Länder ist darüber hinaus die entsprechende Anwendung auf privat-rechtliche Entgelte ausdrücklich angeordnet.⁵⁴ Nichts anderes als eine Klarstellung und Konkretisierung dieser Prinzipien stellen – auch nach dem Verständnis des Berliner Verfassungsgerichtshofs – die Vorgaben des BerlBG dar. Durch sie wird verhindert, dass die öffentliche Verwaltung sich gesetzwidrige Finanzquellen erschließt, indem sie dem Bürger Entgelte für Leistungen abverlangt, für die bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses Abgaben nicht erhoben werden dürften.⁵⁵ Vor diesem Hintergrund können die Regeln nur als zusätzliches Sicherheitsnetz und Ausdruck der bei privat-rechtlichem Handeln der öffentlichen Hand eingreifenden „Doppelkontrolle“ verstanden werden.

d) Keine Gesetzgebungskompetenz des Landes zum Ausschluss des Kartellrechts

- 68 Sollte das Landesrecht hingegen tatsächlich so zu verstehen sein, dass es eine vorrangige „Entgeltuntergrenze“ vorgeben will, so wäre es kompetenzwidrig ergangen und BWB könnte sich nicht darauf berufen. Für eine abschließende Sonderregulierung, welche die Anwendbarkeit der allgemeinen kartellrechtlichen Regeln sperrt, würde dem Landesgesetzgeber die Gesetzgebungszuständigkeit fehlen. Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG fällt die „Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung“ in die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit. Da wirtschaftliche Macht überall dort entstehen kann, wo wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird,⁵⁶ und der Bereich der „wirtschaftlichen Betätigung“ in den Kompetenztiteln des

⁵⁴ Vgl. § 7 IX KAG Rh.-Pf.

⁵⁵ VerFGH Berlin, Beschluss vom 14.07.2010, 39/09, zit. nach Juris Rn. 47.

⁵⁶ *Degenhart*, in *Sachs*, GG, 5. Aufl., Art. 74, Rn. 65.

Art. 74 Abs. 1 GG weit zu verstehen ist,⁵⁷ ist Missbrauch wirtschaftlicher Macht grundsätzlich in privatrechtlicher wie in öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung vorstellbar. Es erscheint deshalb nicht ausgeschlossen, auch öffentlich-rechtliches Handeln missbrauchsverhütenden Vorschriften zu unterstellen. Jedenfalls gilt dort, wo der Staat nicht in hoheitlicher Form handelt, sondern nach außen wie ein Privater am Wirtschaftsleben teilnimmt, im Ausgangspunkt das Privatrecht, und es ist ein Missbrauch wirtschaftlicher Macht möglich. Zumindest für diesen Fall wollte der Bundesgesetzgeber eine Anwendung des Kartellrechts und hat mit § 130 Abs. 1 S. 1 GWB von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht. Damit ist das Gesetzgebungsrecht der Länder jedoch ausgeschlossen, Art. 72 Abs. 1 GG. Die Zuständigkeit des Bundes kann – entgegen der Auffassung von BWB – auch nicht mit dem Argument in Frage gestellt werden, dass ein „Missbrauch“ im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG im Einzelfall definitionsgemäß ausscheide, wo das Verhalten durch landesrechtliche Kalkulationsvorgaben zur Regulierung von Wasserpreisen kontrolliert und bestimmt werde. Diese Argumentation verkehrt die Zuständigkeitsverteilung nach dem Grundgesetz. Sollte eine Zuständigkeit des Bundes trotz wirtschaftlicher Betätigung (insbesondere in Formen des Privatrechts) ausscheiden, wo ein „gleichwertiges öffentlich-rechtliches Kontrollsystem“ des Landesrechts existiert, würde dies ein Abweichungsrecht des Landesgesetzgebers bzw. die Subsidiarität des Kartellrechts bedeuten. Die Möglichkeit einer abweichenden Landesregelung nach Art. 72 Abs. 3 GG ist im vorliegenden Bereich jedoch gerade nicht eröffnet.

- 69 Daraus, dass es sich bei der Wasserversorgung um eine kommunale Selbstverwaltungsaufgabe handelt, kann ebenfalls nichts hergeleitet werden. Insoweit hat der Bundesgerichtshof bereits eindeutig festgestellt, dass das Kartellrecht die kommunale Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) nicht beeinträchtigt, sondern zu den (allgemeinen) Gesetzen gehört, in deren Rahmen die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft eigenverantwortlich zu regeln sind.⁵⁸ Insbesondere wurde immer betont, dass sich die Gemeinden, soweit sie sich wirtschaftlich betätigen, auch an die Schranken halten müssen, die die Rechtsordnung der wirtschaftlichen Betätigung von Unternehmen auferlegt.⁵⁹ Unerheblich ist auch die Gesetzgebungskompetenz der Länder für das Recht der kommunalen Einrichtungen und Anlagen, zu der das entsprechende Gebührenrecht gehört. Denn das Gebührenrecht gilt gerade nicht für

⁵⁷ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 02.11.1981, 2 BvR 671/81, zit. nach Juris Rn. 10, wonach auch der Betrieb einer örtlichen Wasserversorgung durch eine Gemeinde in öffentlich-rechtlicher Form unter Erhebung von Benutzungsgebühren wirtschaftliche Betätigung im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ist.

⁵⁸ BGH, Beschluss vom 07.02.2006, KVR 5/05 – *DB Regio/üstra*.

⁵⁹ BGH, Beschluss vom 11.06.2006, KVR 28/05 – *Deutsche Bahn/KVS Saarlouis*, Umdruck S. 9, unter Verweis auf BGH, Beschluss vom 28.06.2005, KVR 27/04, WuW/E DE-R 1520, 1522 – *Areanetz*.

privat-rechtliche Entgelte. Zwar ist die entsprechende Geltung allgemeiner Grundsätze angezeigt und kann (zum Schutz der Abnehmer) auch gesetzlich angeordnet werden. Dies eröffnet aber keine Ausschließlichkeit und keine Kompetenz zur Verdrängung des Kartellrechts. Sollten überlappende Gesetzgebungskompetenzen bestehen und es deshalb zur parallelen Geltung kompetenzgemäß erlassenen Bundes- und Landesrechts kommen, würde zudem der Vorrang des Bundesrechts nach Art. 31 GG greifen.

4.) Entfallen der Zurechenbarkeit bei hoheitlichen Vorgaben

- 70 Die grundsätzliche Anwendbarkeit des GWB schließt es nicht aus, Vorgaben des Landesgesetzgebers bei der Zurechenbarkeit eines Verstoßes gegen das Kartellrecht zu berücksichtigen. Insoweit ist nach der Reichweite unternehmerischer Handlungsspielräume zu fragen, die durch das sonstige einfache Recht normativ begrenzt sein können.⁶⁰ Unternehmerische (wirtschaftliche) Entscheidungen können nur im Rahmen des geltenden Rechts getroffen werden.⁶¹
- 71 Hier jedoch gilt, dass nicht jede normative Vorgabe (Gesetz, Rechtsverordnung) bereits aufgrund ihrer Form die Zurechenbarkeit entfallen lässt. Denn im vorliegenden Fall besteht die Besonderheit, dass aufgrund der Eigenschaft Berlins als Stadtstaat drei Ebenen zusammenfallen: das zur Gesetzgebung befugte Land, die zur Daseinsvorsorge verpflichtete Kommune und der unternehmerisch tätige Versorger, wobei letzterer schon aufgrund der wirtschaftlichen Beteiligung Privater nicht allein öffentliche Interessen verfolgt. Dies begründet die Gefahr, dass kartellrechtliche Vorgaben unterlaufen werden, wenn allein das Unternehmen betrachtet wird. Die Länder hätten es in diesem Fall weitgehend selbst in der Hand, sich durch eine Nutzung des öffentlichen Rechts nach Belieben vom Kartellrecht zu dispensieren. Dies widerspräche § 130 Abs. 1 S. 1 GWB und den im Kartellrecht geltenden Grundsätzen der Konzernbetrachtung, § 36 Abs. 2, 3 GWB. Über eine Zurechenbarkeit kann deshalb nur im Einzelfall entschieden werden.
- 72 Für § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB 1990 hat der Bundesgerichtshof die Abgrenzung dahingehend formuliert, dass unter nicht zurechenbaren Umständen grundsätzlich solche Kostenfaktoren zu verstehen sind, die auch jedes andere Unternehmen in der Situation des betroffenen vorfinden würde und nicht beeinflussen könnte. Dagegen hätten individuelle, allein auf eine unternehmerische EntschlieÙung oder auf die Struktur des betroffenen Unternehmens

⁶⁰ Vgl. BGH, Beschluss vom 16.12.1976, KVR 5/75, zit. nach Juris Rn. 40 – *Architektengebühren* zu Grenzen der Vertragsfreiheit, die das Berufsrecht den freien Berufen setzt.

⁶¹ BGH, Urteil vom 10.02.2004, KZR 7/02, zit. nach Juris Rn. 15 ff. – *Verbindung von Telefonnetzen*.

zurückgehende Umstände außer Betracht zu bleiben.⁶² Eine Zurechnung scheidet folglich nur dann aus, wenn auch ein nicht konzernverbundener Dritter die kosten- und entgelterhöhenden Handlungen und Entscheidungen des Landes „vorfinden“ würde. Zu fragen ist deshalb, ob das Land eine Regelung in gleicher Weise erlassen würde, wenn ein unabhängiger Dritter Wasserversorger wäre. Erforderlich ist demnach eine Einzelfallprüfung, wie sich die Gebietskörperschaft gegenüber einem außenstehenden Unternehmen verhalten würde.

- 73 In Anwendung dieser Grundsätze sind kostenwirksame hoheitliche Vorgaben für die Qualität des Wassers, die Sicherung der Löschwasserversorgung und ähnliche Gemeinwohlregulierungen in der Regel ohne weiteres als externe Umstände anzusehen. Bei Wasserentnahmeentgelten, Konzessionsabgaben u.ä. ist dies jedoch bereits fraglich und im Einzelfall zu prüfen.⁶³ Zwar handelt es sich grundsätzlich um öffentliche Abgaben, die auch gegenüber privaten Anbietern erhoben werden. Sie eröffnen der öffentlichen Hand aber auch die Möglichkeit, Gewinne zu verschieben und damit die Missbrauchskontrolle zu unterlaufen.⁶⁴ Im vorliegenden Verfahren konnte die Frage der Zurechenbarkeit solcher Abgaben im Ergebnis offen gelassen werden, weil BWB aufgrund der vollständigen Abgabebereinigung nicht beschwert ist (dazu unter E.11.)b(cc)).
- 74 Regeln, die einen „Mindestkostenansatz“, eine Pflicht zur strikten Kostendeckung und eine „Mindestverzinsung“ vorgeben, könnten und würden gegenüber privaten Unternehmen nicht getroffen werden. Sollte das Berliner Landesrecht so zu verstehen sein, würde es sich nicht um objektiv zwingendes, allgemeingültiges Gesetzesrecht im materiellen Sinne handeln, sondern allein um in Gesetzesform gegossene unternehmerische Entscheidungen des Landes Berlin in seiner Eigenschaft als Träger und Mit-Inhaber der BWB (welche auch über die Möglichkeit der Änderung der betreffenden Gesetze verfügt). Als Regelung eigener Angelegenheiten wären solche Vorgaben zwar für BWB genauso verbindlich wie die Beschlüsse des Eigentümers eines privaten Unternehmens, also z.B. die Beschlüsse der GmbH-Gesellschafterversammlung oder der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft – allerdings nur unternehmensintern und nicht mit Außenwirkung. Der Unterschied wird deutlich, wenn man die Wasserversorgung Berlins z.B. mit der Gasversorgung Berlins vergleicht. Das Land Berlin ist weder Träger noch Eigentümer des lokalen Gasversorgers GASAG. Dementsprechend könnte auch der Berliner Gesetzgeber der GASAG keine individuellen Kalkulati-

⁶² Vgl. BGH, Beschluss vom 02.02.2010, KVR 66/08, Beschlussausfertigung Tz.. 42 – *Wasserpreise Wetzlar*.

⁶³ Offen gelassen in Vgl. BGH, Beschluss vom 02.02.2010, KVR 66/08, Beschlussausfertigung Tz.. 42 – *Wasserpreise Wetzlar*.

⁶⁴ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.10.2011, VI-3 Kart 1/11 (V), BA S. 27.

onsvorgaben zu den Gaspreisen machen.⁶⁵ Sie wären als gravierende Eingriffe in Eigentums- und Freiheitsrechte der GASAG-Eigentümer unwirksam. Dass umgekehrt Kalkulationsvorgaben für die BWB durchaus rechtlich möglich sind, liegt allein in dem Umstand begründet, dass das Land Berlin Träger und Miteigentümer der BWB ist und deshalb insoweit lediglich in eigenen unternehmerischen Angelegenheiten entschieden hat. Genau dies sind aber „individuelle, allein auf eine unternehmerische EntschlieÙung oder auf die Struktur des betroffenen Unternehmens zurückgehende Umstände“, die nach der „Wasserpreise Wetzlar“-Entscheidung des Bundesgerichtshofs bei der Rechtfertigung überhöhter Wasserpreise außer Betracht zu lassen sind.⁶⁶ Aus den besonderen Schranken, denen staatliches Handeln in privat-rechtlicher Form unterliegt (siehe oben), ergibt sich nichts anderes. Die Grundsätze des Verwaltungsprivatrechts verlangen keinen Ausschluss der Preismissbrauchsaufsicht. Vielmehr würde hierdurch der beabsichtigte Schutz in sein Gegenteil verkehrt. Bei der Frage, welche Bedeutung Vorgaben des Landesgesetzgebers für die Wasserpreiskontrolle haben, handelt es sich letztlich nicht um eine Frage der Anwendbarkeit des Kartellrechts, sondern um eine Frage der Zurechnung im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung (siehe im Einzelnen unter E.11.).

E. Preismissbrauch nach § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990, § 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990

- 75 Durch das Verlangen missbräuchlich überhöhter Wasserpreise in den Jahren 2009 und 2010 sowie fortlaufend im Jahr 2011 hat BWB gegen § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB i.V.m. § 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 verstoßen. Die Voraussetzungen des Preismissbrauchs nach § 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 sind erfüllt, denn die Entgelte der BWB weichen von denjenigen Entgelten ab, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden (wettbewerbsanaloger Preis im Sinne von § 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990). Ebenso weichen die Trinkwasserpreise der BWB von den Preisen gleichartiger Versorgungsunternehmen im Sinne des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 ab.
- 76 Gründe, die eine Preisabweichung in der festgestellten Höhe rechtfertigen können (s.u. Rechtfertigungsgründe unter E 8.) und 9.), bestehen nur in einer Höhe von maximal [REDACTED] €/m³ im Jahr 2009, [REDACTED] €/m³ im Jahr 2010, [REDACTED] €/m³ im Jahr 2011, [REDACTED] €/m³ im Jahr 2012, [REDACTED] €/m³ im Jahr 2013, [REDACTED] €/m³ im Jahr 2014 und [REDACTED] €/m³ im Jahr

⁶⁵ Wenngleich der Berliner Senat Preiserhöhungen der GASAG in der Vergangenheit durchaus öffentlich kritisiert hat, dabei aber auch auf die mangelnden Eingriffsmöglichkeiten bei privatisierten Unternehmen hinwies.

⁶⁶ Vgl. BGH, Beschluss vom 02.02.2010, KVR 66/08, Beschlussausfertigung Tz.. 42 – *Wasserpreise Wetzlar*.

2015. Es verbleibt eine nicht gerechtfertigte, missbräuchliche Preisüberhöhung von mindestens [REDACTED] €/m³ im Jahr 2009 und [REDACTED] €/m³ im Jahr 2010.

1.) Marktbeherrschung

- 77 BWB ist Normadressatin der §§ 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2, Abs. 7, 22 Abs. 5 GWB 1990, da sie im sachlich relevanten Markt der öffentlichen Trinkwasserversorgung in Berlin über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.
- 78 Der „Wassermarkt“, also der Markt für die öffentliche Trinkwasserversorgung („Leitungswasser“), ist umfassend zu verstehen. Auszugrenzen sind lediglich der Verkauf von
- Mineral- und Tafelwasser (d.h. nicht leitungsgebundenes Trinkwasser),
 - Brauchwasser (d.h. Wasser ohne Trinkwasserqualität, meist für industrielle Zwecke) sowie
 - Trinkwasser an Weiterverteiler (d.h. die Belieferung von anderen Kommunen/Unternehmen, die selbst als Trinkwasserversorger gegenüber ihren Bürgern auftreten).
- 79 Die räumliche Begrenzung des Wassermarktes ergibt sich aus der Reichweite des jeweiligen Trinkwasser-Versorgungsnetzes. Dieses erfasst im Fall der BWB das gesamte Stadtgebiet Berlins.
- 80 Trinkwasserversorger verfügen über ein natürliches Monopol im Gebiet ihres Versorgungsnetzes, weil es keine parallelen Leitungsnetze gibt und der Bau zusätzlicher Netze weder beabsichtigt ist noch ökonomisch vertretbar oder rechtlich möglich erscheint. Eine in anderen Netzwirtschaften mögliche Durchleitung fremder Netzinhalte gilt nach den bisherigen Erkenntnissen bei Trinkwasser als nicht praktikabel. Anders als bei Strom und Gas sowie erst recht bei der Telekommunikation ist der bei Wasser erforderliche physische Transport über lange Strecken hinweg sehr kostspielig und wäre jedenfalls im wasserreichen Mitteleuropa ökonomisch nicht vertretbar. Aber auch die Durchleitung von Trinkwasser benachbarter Kommunen gilt als problematisch und führt nicht zu einem Wettbewerb um den Kunden. Zwar kann der örtliche Wasserversorger Roh- oder Trinkwasser von Dritten beziehen, jedoch kann nur auf dieser vorgelagerten „Großhandelsstufe“ ein Wettbewerb existieren. In der eigentlichen Trinkwasserversorgung von Endkunden ist mangels kundenindividueller Durchleitung jeder Wettbewerb ausgeschlossen. Es können nicht ohne weiteres verschiedene „Wässer“ durch das einzige Netz geleitet werden. Die Vermischung verschiedener einzeln unbedenklicher Trinkwässer kann zu chemischen Reaktionen führen, die die Qualität des Wassers insgesamt erheblich beeinträchtigen.

- 81 Die Unanfechtbarkeit des Wasserversorgungsmonopols der BWB ist zudem rechtlich abgesichert. In § 4 BerlBG ist seit Ende 2007 geregelt, dass die Eigentümer von Grundstücken, auf denen mehr als 150 m³ Wasser verbraucht wird, verpflichtet sind, diese Grundstücke an die öffentliche Wasserversorgungsanlage anzuschließen und ihren gesamten Wasserbedarf aus öffentlichen Wasserversorgungsanlagen zu decken. Stoßrichtung dieses Anschluss- und Benutzungszwangs ist nicht ein - ohnehin ausgeschlossener - Wettbewerb. Verhindert wird vielmehr, dass Großverbraucher auf ihrem Gelände eigene Brunnen betreiben.

2.) Berechnung der Preisüberhöhung (Preisvergleich, wettbewerbsanaloger Preis)

- 82 Die Trinkwasserpreise der BWB weichen vom wettbewerbsanalogen Preis im Sinne von § 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 ab. Ebenso weichen sie von den Preisen gleichartiger Versorgungsunternehmen im Sinne des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 ab. Denn die durchschnittlichen, abgabenbereinigten Wasserpreise der BWB pro Kubikmeter an Endkunden abgesetzten Trinkwassers lagen im Jahr 2009 um ████████ €/m³, im Jahr 2010 um ████████ €/m³ und im Jahr 2011 um ████████ €/m³ (im Einzelnen s.u. Preisvergleich E. 7.) über denjenigen der hier relevanten Vergleichsunternehmen aus Hamburg, München und Köln.
- 83 Die Beschlussabteilung hat zur Beurteilung der Frage, ob und inwieweit die Wasserpreise der BWB überhöht sind, einen Vergleich der Berliner Wasserpreise mit den Wasserpreisen in Hamburg, München und Köln (d.h. mit den Unternehmen Hamburger Wasserwerke GmbH „HamburgWasser“, Stadtwerke München GmbH „SW München“, RheinEnergie AG, Köln „RheinEnergie“) vorgenommen. Die Bedingungen der Wasserversorgung in Hamburg sind bundesweit diejenigen, die den Berliner Wasserversorgungsbedingungen am nächsten kommen. Darüber hinaus gibt es verschiedene weitere Wasserversorger, die ebenfalls unter vergleichbaren Bedingungen wie BWB günstigere Preise aufweisen, so dass sich der Preisvergleich auch auf die Werte jedes einzelnen dieser Unternehmen stützen könnte. Um aber einerseits eine möglichst hohe Objektivierung der Maßstäbe zu erreichen und um andererseits als Geschäftsgeheimnisse qualifizierte Daten der Vergleichsunternehmen zu schützen, hat die Beschlussabteilung die Durchschnittswerte der drei bestgeeigneten Vergleichsunternehmen als Vergleichsmaßstab herangezogen. Dies entspricht auch den realen Größenverhältnissen. Denn die Trinkwasserspate der BWB ist nahezu so groß wie die Trinkwasserspate der Versorger in Hamburg, München und Köln zusammengenommen.

a) Methodik (Ermittlungen)

- 84 Die Ermittlung missbräuchlicher Entgeltabweichungen setzt voraus, dass gleichartige Versorgungsunternehmen im Sinne von § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 sowie Unternehmen auf vergleichbaren Märkten im Sinne von § 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 identifiziert werden.
- 85 Da jeder Letztversorger von Trinkwasser in seinem Netzgebiet über eine Monopolstellung verfügt, dieselbe Versorgungsaufgabe erfüllt und den gleichen rechtlichen und technischen (Mindest-)Anforderungen unterliegt, sprechen die grundlegenden Voraussetzungen für eine prinzipielle Vergleichbarkeit aller inländischen Wasserversorger. Die Anforderungen, die an das Tatbestandsmerkmal „gleichartige Versorgungsunternehmen“ in § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB zu stellen sind, hat der Bundesgerichtshof bewusst niedrig gehalten:
- 86 „Dem Tatbestandsmerkmal der Gleichartigkeit kommt, wie der Senat bereits für den Bereich der Elektrizitätsversorgung entschieden hat, nur die Funktion zu, eine grobe Sichtung unter den als Vergleichsunternehmen in Betracht kommenden Versorgungsunternehmen zu ermöglichen (BGHZ 129, 37, 46 f.) Nur wenn die Unternehmen sich schon auf erste Sicht so signifikant unterscheiden, dass sich ihre Einordnung als gleichartig von vornherein verbietet, ist es dem betroffenen Unternehmen nicht zumutbar, nachweisen zu müssen, dass seine höheren Preise durch besondere Umstände gerechtfertigt sind. Umgekehrt folgt aus § 103 Abs. 5 GWB 1990, dass nicht all das, was die besonderen Umstände ausmacht, bereits die Gleichartigkeit entfallen lässt. Die mit der Beweislastverteilung bezweckte Verschärfung der Missbrauchsaufsicht im Bereich der leitungsgebundenen Versorgungswirtschaft würde verfehlt, wenn an das Merkmal der Gleichartigkeit zu hohe Anforderungen gestellt würden.“⁶⁷
- 87 Die Beschlussabteilung hatte an insgesamt 45 Wasserversorger einen umfangreichen Fragebogen gesandt. Es handelte sich um die Wasserversorger der 38 größten Städte Deutschlands (= alle Städte ab 200.000 Einwohner), um einen sehr großen ländlichen Wasserversorger sowie um einzelne Wasserversorger in der Umgebung von Berlin. Allein die Wasserversorger der 38 größten deutschen Städte versorgen mehr als 25 % der gesamten Bevölkerung in Deutschland. Bei den anderen Versorgern hat die Beschlussabteilung nach Auswertung der Daten von einem unmittelbaren Unternehmensvergleich Abstand genom-

⁶⁷ Vgl. BGH, Beschluss vom 02.02.2010, KVR 66/08, Beschlussausfertigung Tz. 29 – *Wasserpreise Wetzlar*.

men, also bei dem ländlich geprägten Großversorger wie auch bei den Wasserversorgern aus der Umgebung von Berlin. Zwar scheitert ein Vergleich nicht notwendigerweise bereits am Merkmal des „gleichartigen Versorgungsunternehmens.“ Die betreffenden Versorger sind jedoch in der Regel kleinstädtisch geprägt. Ihre Daten sind insofern zwar aufschlussreich für die Bedingungen der Wassergewinnung in der Umgebung von Berlin, aber für einen Unternehmensvergleich sind sie nur sehr eingeschränkt geeignet. Dies liegt zum einen an ihrer geringen Größe und zum anderen an den verschiedenen Rechtsstrukturen (i.d.R. Verbände, Gebührenerhebung).

- 88 Auch wenn ein Vergleich mit den übrigen, großstädtischen Wasserversorgern nach den Maßstäben des Bundesgerichtshofs bei § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB („grobe Sichtung“)⁶⁸ grundsätzlich in Betracht käme, hat die Beschlussabteilung hiervon abgesehen. Denn die meisten dieser Unternehmen weisen deutlich schlechtere Versorgungsbedingungen auf als BWB (s.u.), so dass hier im Einzelnen in erheblichem Umfang Preisabschläge zu berechnen und einzukalkulieren wären. Um diesen zusätzlichen, mit Unwägbarkeiten verbundenen Aufwand zu vermeiden und mit möglichst von den Unternehmen selbst stammenden Originaldaten rechnen zu können, hat die Beschlussabteilung sich auf einen Preisvergleich mit den Wasserversorgern der Städte Hamburg, München und Köln beschränkt, die Strukturen aufweisen, welche denjenigen von Berlin und BWB am ähnlichsten sind.
- 89 Dennoch bleibt festzuhalten, dass die sonstigen befragten Wasserversorger mit BWB ebenfalls vergleichbar wären. Soweit es bei den anderen Städten Unterschiede zur Trinkwasserversorgung in Berlin gibt, handelt es sich nahezu durchweg um solche, die die Versorgungsbedingungen der befragten Wasserversorger im Verhältnis zur Trinkwasserversorgung in Berlin erschweren. Zum Beispiel haben die meisten befragten Unternehmen einen niedrigeren Metermengenwert (Versorgungsdichte) als die BWB, so dass ihnen – bei proportional gleichem Absatz/Umsatz – höherer Aufwand für die Wasserverteilung entsteht. Ihre strukturelle Schlechterstellung spricht jedoch nicht gegen eine Vergleichbarkeit mit BWB. Sie hätte lediglich zur Folge, dass der erforderliche rechnerische Nachteilsausgleich (z.B. durch Abschläge auf den Vergleichspreis)⁶⁹ das Preisniveau von BWB umso höher erscheinen ließe.

⁶⁸ Vgl. BGH, Beschl. v. 02.02.2010, KVR 66/08, Beschlussausfertigung Tz. 29 – *Wasserpreise Wetzlar*.

⁶⁹ In diesem Sinne, BGH, Beschl. v. 02.02.2010, KVR 66/08, Beschlussausfertigung Tz. 46 – *Wasserpreise Wetzlar*.

b) Bedeutung der Kriterien für die Vergleichsbetrachtung

- 90 Den Kriterien für die strukturellen Bedingungen der Wasserversorgung hat die Beschlussabteilung besondere Aufmerksamkeit gewidmet. Sie sind nicht nur Maßstab für die Vergleichbarkeit der Unternehmen, sondern auch für die Frage, inwieweit Zu- oder Abschläge auf den Vergleichspreis erforderlich sind⁷⁰, und sie entscheiden über Art und Bedeutung möglicher Rechtfertigungsgründe.⁷¹ Je besser die Unternehmen vergleichbar und je ähnlicher die strukturellen Bedingungen der Wasserversorgung sind, desto weniger ergibt sich die Notwendigkeit von Zu- oder Abschlägen auf den Vergleichspreis. Die Vorgehensweise der Beschlussabteilung ist deshalb von Anfang an darauf gerichtet, im Vorgriff auf die weiteren Prüfungspunkte die unter allen relevanten Strukturkriterien bestmöglich vergleichbaren Unternehmen zu identifizieren sowie auch die Vergleichbarkeit der Unternehmen im Hinblick auf alle relevanten Kriterien im Einzelnen zu beurteilen.
- 91 Nach den Gesetzesmaterialien zu § 103 GWB a.F. „...obliegt es [vielmehr] der Beurteilung der Kartellbehörde, im jeweiligen Einzelfall die gleichartigen, für eine Vergleichsbetrachtung sachlich geeigneten Unternehmen zu bestimmen.“⁷² Aus den Gesetzesmaterialien ergeben sich allerdings Hinweise zum Verständnis des Begriffs „gleichartig“. Im damaligen Gesetzentwurf der Bundesregierung, der die Missbrauchsaufsicht für den Bereich der Versorgungswirtschaft in § 103 GWB speziell regeln sollte, heißt es diesbezüglich: „Im Rahmen des Vergleichs wird die Kartellbehörde in erster Linie auf solche Unternehmen abstellen, deren Beschaffungs-, Erzeugungs- und Vertriebsituation im wesentlichen ähnlich gelagert sind.“⁷³ Insoweit sei „auch die Berücksichtigung ungünstiger struktureller Gegebenheiten eines Versorgungsgebietes (z. B. geringe Abnehmerzahl bei langem Leitungsnetz) [ist] möglich.“⁷⁴
- 92 Der Bundesgerichtshof hat zudem die Bedeutung der Kriterien im Rahmen der Prüfung klargestellt. Danach genügt es im Rahmen des § 103 GWB 1990, wesentliche Kennwerte

⁷⁰ Vgl. BGH, Beschl. v. 02.02.2010, KVR 66/08, Beschlussausfertigung Tz. 43 – *Wasserpreise Wetzlar*.

⁷¹ Vgl. BGH, Beschl. v. 02.02.2010, KVR 66/08, Beschlussausfertigung Tz. 42 ff. – *Wasserpreise Wetzlar*.

⁷² Gesetzentwurf der Bundesregierung (Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen), BT-Drucks. 8/2136 vom 27.09.1978, Seite 33 („Zu Artikel 1 Nr. 27“).

⁷³ BT-Drucks. 8/2136 v. 27.09.1978, S. 33 („Zu Artikel 1 Nr. 27“).

⁷⁴ BT-Drucks. 8/2136 v. 27.09.1978, S. 34.

der Kostenstruktur zur Feststellung der Gleichartigkeit von Unternehmen heranzuziehen.⁷⁵ Dies gelte insbesondere für die Versorgungs- und Abnehmerdichte, aus denen sich Rückschlüsse auf die Vertriebskosten ziehen ließen. Andere Unterschiede, wie zum Beispiel bei den Beschaffungs- und Aufbereitungskosten könnten zwar ebenfalls bei der Beurteilung der Gleichartigkeit zu berücksichtigen sein. Jedoch bestehe die Möglichkeit, die Unterschiede durch Zu- und Abschläge auf die Vergleichspreise auszugleichen und so die Gleichartigkeit der Unternehmen herzustellen.⁷⁶ Auch die topografischen und geologischen Verhältnisse müssten angesichts ihrer Vielgestaltigkeit und Komplexität nicht unter dem Gesichtspunkt der Gleichartigkeit berücksichtigt werden. Dies könne das betroffene Unternehmen im Rahmen seiner Rechtfertigung darlegen.⁷⁷

c) Kriterien für die konkrete Vergleichsbetrachtung

- 93 Wie oben ausgeführt, sind Umstände, die eine Gleichartigkeit der großstädtischen Wasserversorger mit BWB von vornherein ausschließen würden, nicht ersichtlich. Auch wenn der Kreis der prinzipiell vergleichbaren Unternehmen, die befragt worden waren, nach den Vorgaben des Bundesgerichtshofs daher kaum eingeschränkt werden muss, hat die Beschlussabteilung den Kriterien und der Analyse der (strukturellen) Bedingungen der Wasserversorgung bei allen befragten Unternehmen besondere Aufmerksamkeit gewidmet. Denn die strukturellen Wasserversorgungsbedingungen haben mehrfache Bedeutung. Sie sind nicht nur Maßstab für die Gleichartigkeit von Unternehmen, sondern auch für die Frage, inwieweit Zu- oder Abschläge auf den Vergleichspreis erforderlich sind⁷⁸, und sie entscheiden über Art und Bedeutung möglicher Rechtfertigungsgründe.⁷⁹ Je besser die Unternehmen vergleichbar sind, also je ähnlicher die strukturellen Bedingungen der Wasserversorgung sind, desto weniger stellt sich die Notwendigkeit von Zu- oder Abschlägen auf den Vergleichspreis und desto unwahrscheinlicher ist das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen. Die Vorgehensweise der Beschlussabteilung ist deshalb von Anfang an darauf gerichtet, nicht nur das preisgünstigste aller generell vergleichbaren Unternehmen zu identifizieren, sondern im Vorgriff auf die

⁷⁵ Vgl. BGH, Beschl. v.02.02.2010, KVR 66/08, Beschlussausfertigung Tz. 32 – *Wasserpreise Wetzlar*.

⁷⁶ Vgl. BGH, Beschl. v.02.02.2010, KVR 66/08, Beschlussausfertigung Tz. 35 – *Wasserpreise Wetzlar*.

⁷⁷ Vgl. BGH, Beschl. v.02.02.2010, KVR 66/08, Beschlussausfertigung Tz. 37 – *Wasserpreise Wetzlar*.

⁷⁸ Vgl. BGH, Beschl. v. 02.02.2010, KVR 66/08, Beschlussausfertigung Tz. 43 – *Wasserpreise Wetzlar*.

⁷⁹ Vgl. BGH, Beschl. v.02.02.2010, KVR 66/08, Beschlussausfertigung Tz. 42 ff. – *Wasserpreise Wetzlar*.

weiteren Prüfungspunkte vorrangig die unter allen relevanten Strukturkriterien bestmöglich vergleichbaren Unternehmen heranzuziehen.

- 94 Um möglichst passende Vergleichsunternehmen zu finden, hat die Beschlussabteilung eine breite Auswahl von Kriterien überprüft. Die Ermittlungen der Beschlussabteilung haben ergeben, dass es eine Vielzahl von Kriterien gibt, die Einfluss auf die jeweiligen Versorgungsbedingungen und die Kostenstruktur eines Wasserunternehmens haben. Nach Auffassung der Verbände der deutschen Wasserwirtschaft handelt es sich dabei im Wesentlichen um regionale Versorgungsbedingungen wie Geografie, Rohwasserqualität, Siedlungsdichte, Demografie, Geologie, Klima und rechtliche Vorgaben.⁸⁰ Die Liste der Vergleichskriterien ist nicht abschließend; die wesentlichen Kriterien sollen aber im Folgenden systematisiert und kurz erläutert werden.

3.) Strukturelle Bedingungen der deutschen Trinkwasserwirtschaft

- 95 Dargestellt werden im Folgenden zunächst die strukturellen Charakteristika der Unternehmen und ihrer Versorgungsgebiete, also insbesondere allgemeine Größenkriterien, Versorgungsdichte und Unternehmensstrukturen.

a) Größe der Wasserversorger

- 96 Die Größe der Wasserversorger ist ein für die Vergleichbarkeit zentrales Kriterium. Die Effizienzpotentiale (insbesondere Skaleneffekte) hängen unmittelbar von den Größenkriterien, insbesondere also von Absatz- und Umsatzhöhe ab. Bei brancheninternen Vergleichen (Benchmarking) wird dies meist unausgesprochen berücksichtigt. Auch in wissenschaftlichen Veröffentlichungen wurde bereits auf die entscheidende Bedeutung der Größe eines Wasserversorgers für seine gesamte Kostensituation und insbesondere für die Möglichkeit zur Einsparung von (Fix-)Kosten als allgemeine Branchenerfahrung hingewiesen⁸¹ – ohne dass diese These bisher im Einzelnen bewiesen wurde. Ein von der Landesregierung Nordrhein-

⁸⁰ Vgl. Branchenbild der deutschen Wasserwirtschaft 2011, S. 28, 31ff. Das Branchenbild der deutschen Wasserwirtschaft wird herausgegeben von folgenden Verbänden: Arbeitsgemeinschaft Trinkwassertalsperren e.V. (ATT), Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V. (BDEW), Deutscher Bund der verbandlichen Wasserwirtschaft e.V. (DBVW), Deutscher Verein des Gas- und Wasserfaches e.V. – Technisch-wissenschaftlicher Verein (DVGW), Deutsche Vereinigung für Wasserwirtschaft, Abwasser und Abfall (DWA), Verband kommunaler Unternehmen e.V. (VKU).

⁸¹ Vgl. Lenschow, Marktöffnung in der leitungsgebundenen Trinkwasserversorgung, Berlin 2006, S. 135 m.w.N., S. 47 ff.

Westfalen (NRW) veröffentlichter Benchmarking-Bericht⁸² belegt diese Effekte. Der Bericht erfasst 86 % der gesamten Wasserabgabe in NRW und damit 18 % der Wasserversorgung der gesamten Bundesrepublik.⁸³ Obwohl der Bericht letztlich zu dem Schluss kommt, dass die Effizienz der Unternehmen unabhängig von ihrer Rechtsform und ihrer Größe ist⁸⁴, werden dort dennoch die erheblichen Kostenvorteile nachgewiesen, die Wasserversorger haben, welche in einem einheitlichen Versorgungsgebiet einen besonders hohen Wasserabsatz aufweisen. Danach betragen in NRW die bereinigten Gesamtkosten bei den kleinen Wasserversorgern (bis 3 Mio. m³ Netzeinspeisung) durchschnittlich 1,93 €/m³, bei mittelgroßen (3-10 Mio. m³) 1,64 €/m³ und bei großen (mehr als 10 Mio. m³) 1,44 €/m³.⁸⁵

- 97 Die im Rahmen des hier vorliegenden Verfahrens vorgenommene Untersuchung basiert bereits auf der Erkenntnis der Größenvorteile bei einheitlichen Versorgungsgebieten, so dass von vornherein die Wasserversorgung in Großstädten mit mehr als 200.000 Einwohnern, die allesamt in die Kategorie der großen Wasserversorger (mehr als 10 Mio. m³ Netzeinspeisung bzw. nutzbare Wasserabgabe) fallen, im Fokus stand. Die nähere Analyse dieser größten Wasserversorger zeigt eine Fortführung der Größeneffekte bis zum obersten Ende. Denn innerhalb der Gruppe der großstädtischen Wasserversorger weisen wiederum in aller Regel diejenigen die niedrigsten Kostenquoten auf, die am größten sind. Die vier Millionenmetropolen Berlin, Hamburg, München und Köln gehören dabei in die Spitzengruppe derjenigen Unternehmen, deren Betriebskosten sogar einschließlich der Fremdkapitalkosten deutlich unterhalb von 1 €/m³ Wasser liegen.⁸⁶
- 98 Für die Erlössituation des Wasserversorgers hingegen sind allein entscheidend die Menge des Absatzes (nur wenig beeinflussbar) und der von ihm selbst bestimmte Preis pro Kubikmeter. Ausschlaggebend für seine Profitabilität ist letztlich das Verhältnis von Erlösen und Kosten, wobei der Fixkostenanteil branchenweit üblicherweise mit durchschnittlich rund 80 %

⁸² Vgl. Wasserversorgung in Nordrhein-Westfalen, Benchmarking-Projekt, Ergebnisbericht 2010/2011 (hier zitiert als Benchmarkingbericht NRW 2010/2011); veröffentlicht unter <http://www.roedl-benchmarking.de/nrw/asp/main/main.asp>.

⁸³ Vgl. Benchmarkingbericht NRW 2010/2011, S. 3, 6.

⁸⁴ Vgl. Benchmarkingbericht NRW 2010/2011, S. 4.

⁸⁵ Vgl. Benchmarkingbericht NRW 2010/2011, S. 32 ff, insb. S. 33.

⁸⁶ Vgl. Datencheck II, Version 2 (Stand 20.10.2011), Bl. 5 (Betriebskosten in €/m³ Trinkwasserabsatz). Dies gilt erst recht, wenn die Fremdkapitalkosten nicht den eigentlichen Betriebskosten hinzuaddiert werden, wie dies für einzelne Versorger in der ersten Version (vom 10.06.2011) des Datencheck II noch der Fall war.

angegeben wird.⁸⁷ Die Fixkosten wiederum hängen wesentlich von der Länge und dem Zustand des Rohrleitungsnetzes ab, von der Förder- und Bezugssituation, aber auch von der betriebswirtschaftlichen Größe als solcher. Im Wesentlichen sind die Größenvorteile eines Wasserversorgers bereits im Metermengenwert (Relation zwischen Absatzmenge und Netzlänge: „MMW“) enthalten. Denn die Verteilung hoher Wassermengen auf geringem Raum ist weniger aufwendig als wenn dieselbe Wassermenge extensiv auf eine große Fläche verteilt werden muss. Die Größenvorteile gehen aber über den Metermengenwert weit hinaus, da sie nicht auf die bloßen Netzkosten beschränkt sind. Auch die sonstigen Vertriebskosten, also insbesondere die Kosten für Abrechnungs- und Inkassowesen, für Kundenservice, für Wartungsarbeiten etc. können umso günstiger pro Einheit werden, je größer der Wasserversorger ist. Schließlich wirken sich Skaleneffekte auch bei der Wassergewinnung und beim Wasserbezug aus. Die Einrichtung von Laboren und sonstigen Anlagen zur Trinkwasseraufbereitung wird günstiger pro Einheit, je größer der Absatz ist. Die Möglichkeiten zum Bau großer Wasserwerke und ggf. zur Schließung kleinerer, unrentabler Wasserwerke sind ebenfalls bei großen Wasserversorgern besser als bei kleinen. Skalenvorteile ergeben sich zudem bei der Verwaltung, der IT und insbesondere bei dem Bezug von Waren und Dienstleistungen. Die Höhe des Beschaffungsvolumens stärkt unmittelbar die Position des Einkäufers. Auch der interne Verwaltungsaufwand für die Wasserversorger ist bei der Beschaffung großer Mengen kaum höher als bei geringen Mengen.

b) Metermengenwert (Versorgungsdichte im engeren Sinne)

99 Der Bundesgerichtshof hat die Vergleichskriterien der hessischen Kartellbehörde, die neben betriebswirtschaftlichen Größenkriterien in erster Linie auf dem Kriterium der Versorgungsdichte beruhen, als sachgerecht qualifiziert:

100 „Die Landeskartellbehörde hat jeweils die Versorgungsdichte (Metermengenwert), die Abnehmerdichte (Netzlänge pro Hausanschluss), die Anzahl der versorgten Einwohner, die nutzbare Wasserabgabe, die Abgabestruktur (Haushalts- und Kleingewerbekunden) und die Gesamterträge der Wassersparte ermittelt und gegenübergestellt. Damit hat sie wesentliche Kennwerte der Kostenstruktur zur Grundlage ihrer Auswahl gemacht. Das gilt insbesondere für die Versorgungs- und Abnehmerdichte, aus denen sich Rückschlüsse auf die Vertriebskosten ziehen lassen.“⁸⁸

⁸⁷ In der gemeinsamen Veröffentlichung der Verbände BDEW, VKU, DWA, DVGW, DBVW, ATT „Branchenbild der deutschen Wasserwirtschaft 2011“, S. 27, wird der Fixkostenanteil in der Ver- und Entsorgung mit durchschnittlich 70 bis 85% angegeben.

⁸⁸ BGH, Beschl. v. 02.02.2010, KVR 66/08, Beschlussausfertigung Tz. 32 – *Wasserpreise Wetzlar*.

101 Der so genannte Metermengenwert (kurz MMW) repräsentiert den Gesamtabsatz in m³ pro km Wasserversorgungsnetz und erscheint als der umfassendste und zuverlässigste Indikator für die Versorgungsdichte. Denn in ihm spiegeln sich die wesentlichen Charakteristika eines Versorgungsgebietes wieder. Eine hohe Bevölkerungsdichte, ein hoher Verbrauch (m³ pro Einwohner), ein hoher Industrieanteil sowie eine geringe Zersiedelung (geringe Fläche, geringe Netzlänge) wirken sich jeweils erhöhend auf den MMW aus und weisen auf eine konzentrierte großstädtische Versorgung hin, während die umgekehrten Vorzeichen ihn absinken lassen und eher auf ländliche Strukturen und zersiedelte Bebauung hinweisen.

c) Sonstige Versorgungsdichtekriterien

102 Darüber hinaus hat die Beschlussabteilung aus Gründen der noch besseren Kontrolle und Einzelanalyse der Zahlen zusätzliche Versorgungsdichtekriterien untersucht. Es handelt sich um die allgemeine Einwohnerdichte (versorgte Einwohner pro km² versorgtes Gebiet), die Dichte des Versorgungsnetzes (versorgte Einwohner pro km Wasserversorgungsnetz) und – mit Einschränkungen – die Abnehmerdichte (Netzlänge pro Hausanschluss) sowie die Einwohner-Anschlussdichte (Einwohnerzahl pro Hausanschluss).

d) Kundenstruktur der Unternehmen

103 Der Bundesgerichtshof hat in der Entscheidung „Wasserpreise Wetzlar“ die sachliche Marktabgrenzung für Preismissbrauchsverfahren in Bezug auf Trinkwasserpreise Endkunden-übergreifend vorgenommen. Der sachlich relevante Markt sei der Markt für die Versorgung von Letztverbrauchern mit Trinkwasser.⁸⁹

104 Die Marktabgrenzung ist auch vorliegend einheitlich für alle Endabnehmer vorzunehmen. Die im Energiebereich vorgenommene Trennung zwischen leistungsgemessenen Industriekunden (RLM-Kunden) und nicht leistungsgemessenen Haushaltskunden (SLP-Kunden) existiert bei der Wasserversorgung nicht. Anders als im Energiebereich erfolgt hier keine Aufteilung der sachlich relevanten Märkte nach Industrie- bzw. Großkunden und nach Haushalts- und Klein(gewerbe)kunden. Alle diese Wasserkunden sind Letztverbraucher und als solche gleichermaßen abhängig von dem Wasserversorger als Monopolanbieter. Keine Letztverbraucher sind lediglich Weiterverteiler, also andere Wasserversorger.⁹⁰ Der Verzicht auf eine

⁸⁹ Vgl. BGH, Beschl. v. 02.02.2010, KVR 66/08, Beschlussausfertigung Tz. 27 – *Wasserpreise Wetzlar*.

⁹⁰ Bei dem Verkauf von Wasser an Weiterverteiler handelt es sich praktisch um eine Großhandelsstufe. Es gibt jedoch nicht nur reine Vorversorger bzw. Fernwasserversorger wie z.B. Bodensee Wasserversorgung oder Hessenwasser, die Wasser an Weiterverteiler liefern, sondern auch Wasser-

nach Abnehmern differenzierte Marktabgrenzung ist bei dem einheitlichen Produkt Trinkwasser⁹¹ plausibel, da zum einen – anders als bei der Energieversorgung – nur ein geringer Teil des Gesamtabsatzes auf industrielle Großabnehmer entfällt. Davon abgesehen sind die Begriffe Großabnehmer oder industrielle Abnehmer nicht einheitlich definiert, und viele Wasserversorger verzichten von vornherein auf eine genaue Unterscheidung zwischen ihren Kundengruppen, da sie ohnehin einheitliche Tarifpreise erheben. Großverbrauchertarife richten sich nach der Menge des Absatzes, nicht aber nach der Art des Abnehmers. Anders als in der Energiewirtschaft erhalten Großabnehmer in der Wasserwirtschaft (neben Industrie und Verwaltungen z. B. auch große Wohnungsgesellschaften) nicht unbedingt Sonderverträge. Die Wasserversorger als Monopolisten können auch Großkunden ohne weiteres auf die allgemeinen Tarifbedingungen verweisen. Großkunden der Wasserwirtschaft sind daher – wie vorliegend⁹² –, jedenfalls wenn ihnen die eigene Brunnenförderung unmöglich oder durch Anschluss- und Benutzungszwang verboten ist, ebenso schutzwürdig wie Kleinkunden. Zudem erscheint auch eine sinnvolle Unterscheidung kaum möglich. Wenn es sich bei Großkunden z.B. um Wohnungsgesellschaften handelt, sind die eigentlich Betroffenen in Wahrheit Haushaltskunden, nämlich die Mieter, auf die die Wasserpreise in den Nebenkostenabrechnungen umgelegt werden.

- 105 Zwar kann die Kundenstruktur der Wasserversorger Einfluss auf ihre Erlös- und Kostenstruktur haben, da industrielle oder sonstige Großverbraucher in der Regel kein weitflächiges Verteilnetz benötigen und daher meist weniger Kosten verursachen als eine Vielzahl von Haushaltskunden in weitläufigen Einfamilienhaus-Siedlungen. Dieser Aspekt wird jedoch bereits vollständig berücksichtigt durch das Kriterium des Metermengenwerts (MMW). Je mehr Wasser pro Kilometer Leitungsnetz transportiert wird, desto größer, d.h. günstiger wird der Metermengenwert. Die Folgen der unterschiedlichen Kundenstrukturen der Wasserversorger sind daher im Metermengenwert bereits enthalten, so dass grundsätzlich keine Veranlassung zu einer weiteren, zusätzlichen Berücksichtigung dieses Strukturmerkmals besteht.

versorger selber, die einen Teil des von ihnen gewonnenen Wassers an Kommunen in der Umgebung abgeben. Daher sind sämtliche hier als Endkundenumsatz und Endkundenabsatz verstandene Zahlen um Lieferungen an bzw. Erlöse von Weiterverteilern bereinigt worden.

⁹¹ Es geht hier nicht um Brauchwasser, welches nur von wenigen Wasserversorgern über getrennte Leitungen an industrielle Abnehmer geliefert wird und vom Trinkwassermarkt nicht erfasst ist.

⁹² Zugunsten der BWB gilt in Berlin seit einigen Jahren ein Anschluss- und Benutzungszwang für die öffentliche Wasserversorgung (§ 4 Abs. 3 BerlBG). Bestehende (Alt-)Genehmigungen zur Eigenwasserförderung sollen befristet weitergelten, aber spätestens Ende 2023 auslaufen (Abs. 5).

e) Unternehmensstrukturen der Wasserversorger

- 106 Die Inhaber bzw. Eigentümer der Wasserversorgungsunternehmen in Deutschland sind ganz überwiegend die Kommunen. Unter den von der Beschlussabteilung befragten Wasserversorgern der 38 größten Städte Deutschlands befinden sich nur zwei Privatunternehmen, die nicht direkt oder indirekt mehrheitlich von einer Kommune beherrscht werden.⁹³ Private Anteilseigner halten ansonsten maximal 49 % der Anteile. Selbst solche Unternehmen, die branchenweit als privat geführte Wasserversorger gelten, können rein kommunale Inhaber haben, wie zum Beispiel die Gelsenwasser AG.
- 107 Die Unternehmens- und Betriebsstruktur der Wasserversorger kann sehr unterschiedlich sein. Es gibt reine Trinkwasserversorger (nur Trinkwassersparte), Wasserunternehmen (Trink- und Abwassersparte) sowie Mehrspartenunternehmen (z. B. klassische Stadtwerke), die neben Wasserversorgung bzw. Abwasserbeseitigung auch Strom-, Gas und Fernwärmeversorgung abdecken. Unter den von der Beschlussabteilung befragten Unternehmen gab es keines, das ausschließlich Trinkwasserversorger wäre. Alle Unternehmen haben zumindest entweder den Verbund von Wasser und Abwasser⁹⁴ oder den Verbund von Energie und Wasser. Es dominieren die klassischen Stadtwerke als Mehrverbundunternehmen (Energie, Verkehr, Wasser/Abwasser), teilweise ist die Wasser-/Abwassersparte formal ausgegliedert, aber Teil eines Stadt(werke)konzerns⁹⁵. Ansonsten handelt es sich um reine Wasser-/Abwasser-Unternehmen, insbesondere wenn die jeweiligen Kommunen ihre Energiesparte in der Vergangenheit veräußert hatten (z. B. BWB, HamburgWasser).

f) Wasserverfügbarkeit

- 108 Die Wasserverfügbarkeit hat maßgeblichen Einfluss auf die Art und die Kosten der Wasserbeschaffung. Zwar ist Deutschland ein wasserreiches Land, in dem nur ein Bruchteil des Wasserdargebots für die Trinkwassergewinnung genutzt wird.⁹⁶ Auch ist Grundwasser prinzipiell überall verfügbar, jedoch können die Gewinnungskosten der einzelnen Wasser-

⁹³ In Oberhausen RWW als RWE-Tochter; in Rostock Eurawasser Nord als SuezEnvironnement-Tochter, wobei Eurawasser eher als Dienstleister der Kommunen – wenn auch im eigenen Namen – fungiert.

⁹⁴ Zwar kann beides getrennt erfolgen, denn es gibt nur weltweit gesehen in der Natur einen Wasserkreislauf, nicht dagegen auf lokaler oder gar innerbetrieblicher Ebene. Dennoch scheint es genügend Gemeinsamkeiten zwischen den Bereichen Trinkwasser und Abwasser zu geben, da beides in aller Regel aus einer Hand erfolgt.

⁹⁵ Z. B. KWL Leipzig, deren Mehrheitseigner die LVV Leipziger Versorgungs- und Verkehrsgesellschaft mbH als Tochter der Stadt Leipzig ist.

⁹⁶ Branchenbild der deutschen Wasserwirtschaft 2011, S. 15: „Die öffentliche Wasserversorgung nutzt mit rund 5,1 Mrd. m³ nur etwa 2,7% des vorhandenen Wasserdargebots.“

versorger sehr unterschiedlich sein. Viele Wasserversorger können Wasser innerhalb ihres eigenen Stadtgebietes in großer Menge unter einfachen Bedingungen (niedrige Fördertiefe) und in hoher (Trinkwasser-)Qualität fördern, während andere Wasserversorger bei einer ortsgebundenen Förderung gezwungen wären, so tief nach geeignetem Grundwasser zu bohren oder unverhältnismäßige Kosten für die Anlage von Talsperren bzw. zusätzlichen Wasseraufbereitungsanlagen in Kauf zu nehmen, dass sie einen Fremdbezug von Trinkwasser einschließlich des jeweiligen Transportaufwands vorziehen.

- 109 Trotz des generellen Gebots aus § 50 Abs. 2 Wasserhaushaltsgesetz, den Wasserbedarf vorrangig aus ortsnahen Wasservorkommen zu decken⁹⁷, ist ein Fremdbezug von Trinkwasser daher nicht unüblich. Große Teile des östlichen Baden-Württembergs bis über Stuttgart hinaus werden von der Bodenseewasserversorgung beliefert. München und andere Städte Oberbayerns erhalten ihr Trinkwasser aus den Alpen und selbst in der eher wasserreichen norddeutschen Tiefebene bezieht Hannover sein Trinkwasser aus Förderanlagen in über 50 km Entfernung.

g) Qualität des Wasserdargebots

- 110 Die Aufbereitung des Grund- oder Quellwassers zu Trinkwasserqualität ist für die Wasserversorger meist nicht mit hohen Kosten verbunden, da die Qualität des Wassers überwiegend gut bis sehr gut ist. In traditionell industriell geprägten Regionen oder auch in intensiv landwirtschaftlich genutzten Gebieten kann das Grundwasser jedoch so belastet sein, dass die Aufbereitung mit hohen Zusatzkosten verbunden sein kann. Ähnliches gilt für die Nutzung von Oberflächenwasser (Flüsse, Seen, Talsperren). Teilweise zahlen die Wasserversorger potentiellen Verunreinigern des Grundwassers (insbesondere Landwirten) Geld, damit diese „auf Abstand bleiben“ oder die Intensität ihrer Bodennutzung einschränken.

h) Höhenunterschiede im Versorgungsgebiet

- 111 Eventuelle Höhenunterschiede im Versorgungsgebiet können sich unterschiedlich auf die Versorgungsbedingungen auswirken. Liegt wie zum Beispiel bei Gebirgs-/Quellwasser die Wasserquelle hoch und das Siedlungsgebiet niedrig, ist dies für den Wasserversorger von Vorteil. Denn er spart durch das natürliche Gefälle Pumpaufwand und zwar nicht nur in Form von Pumpstromkosten, sondern auch dadurch, dass die Errichtung von Druckerhöhungsanlagen und ähnlichen Einrichtungen nicht oder nur in geringerem Umfang erforderlich ist. Üblicherweise sind jedoch mit Höhenunterschieden im Versorgungsgebiet die gegenteiligen

⁹⁷ Vgl. Wasserhaushaltsgesetz vom 31.07.2009, BGBl. S. 2585 – WHG.

Effekte verbunden. Das Wasser wird aus der Tiefe geholt, im Wasserwerk aufbereitet und anschließend in noch höher gelegene Siedlungsgebiete gepumpt.

i) Bodenbeschaffenheit (Grabungsaufwand)

- 112 Die Errichtung und Instandhaltung des Wasserverteilnetzes ist ein wesentlicher Teil der Leistung der Wasserversorger. Manche Wasserversorger machen insoweit überdurchschnittlich erhöhte Grabungskosten geltend. Ursache hierfür kann ein schwer grabbarer, insbesondere felsiger Untergrund sein. Umgekehrt gibt es auch besonders leicht grabbare, eher sandige Böden. Gegebenenfalls kann auch die Verlegung von Leitungen in leicht grabbaren Böden Zusatzkosten verursachen, wenn sie zum Beispiel im Wege des sogenannten Wasserbaus (insbesondere bei Versorgungsleitungen im Wattenmeer oder unter/durch Flüsse oder Seen) erfolgen muss.

j) Lokale Infrastruktur und Beschaffenheit von Straßen/Straßenuntergrund

- 113 Auch wenn die hohe Versorgungsdichte der Großstädte als Effizienzvorteil angesehen wird, machen Wasserversorger in besonders großen Städten überdurchschnittliche Erschwerungsgründe bei Aufbau und Instandhaltung des Verteilnetzes geltend, weil sie komplizierte unterirdische Bauten berücksichtigen (z. B. S- und U-Bahn, Tiefgaragen) sowie innerstädtisches Pflaster aufreißen und teuer wiederherstellen müssten. Hinzu kämen aufwendige Absperrungs- und Sicherungsmaßnahmen. Einzelne Wasserversorger machen zudem erschwerte Grabungsbedingungen durch nachwirkende Folgen von Bombenabwürfen („Trümmerschutt“) geltend. Eine konkrete Berücksichtigung aller dieser Umstände im Einzelnen ist weder praktikabel noch sinnvoll. Normalerweise sind diese Umstände von der Größe der Stadt abhängig und wirken sich jedenfalls bei den sehr großen Städten auch ähnlich aus. Alle Millionenmetropolen haben beispielsweise S- und U-Bahnen, eine hohe Verkehrsdichte auf den Straßen, aufwändig gepflasterte Fußgängerzonen etc. Soweit es Besonderheiten gibt, die einzelne Städte außergewöhnlich belasten – Kriegseinwirkungen können unterschiedlich verteilt sein⁹⁸ –, müssen diese, falls sie tatsächlich noch aktuelle Auswirkungen haben, im Einzelfall durch Zu- und Abschläge berücksichtigt werden.

k) Art der Entgelterhebung (Preise oder Gebühren)

- 114 Nach Angaben der Verbände der Wasserwirtschaft handelt es sich bei der überwiegenden Zahl der Wasserversorger in Deutschland um öffentlich-rechtliche Unternehmen (Eigen- oder

⁹⁸ Hamburg, Köln und Dresden waren besonders intensiven Luftangriffen ausgesetzt.

Regiebetriebe der Kommunen, öffentlich-rechtliche Anstalten, Körperschaften etc.). Sie haben ein Wahlrecht, ob sie die Entgelte für die Leistungen der öffentlichen Wasserversorgung aufgrund einer Gebührensatzung als öffentlich-rechtliche Gebühr erheben, oder ob sie im Sinne des Zivilrechts Preise nehmen. Gebühren unterliegen der Kommunalaufsicht. Gegen ihre Erhebung im Einzelfall ist der Rechtsweg vor die Verwaltungsgerichte gegeben. Preise unterliegen dem Zivil- und damit auch dem Kartellrecht. Wasserversorger mit privater Rechtsform dürfen nur Preise erheben. Auch wenn Gebührenunternehmen zahlenmäßig in der Mehrheit sein mögen, haben die Ermittlungen der Beschlussabteilung ergeben, dass alle 38 befragten großstädtischen⁹⁹ Wasserversorger ihre Wasserentgelte in Form von Preisen erheben. Da sich hinsichtlich dieses Kriteriums bei den befragten großstädtischen Unternehmen keinerlei Unterschiede ergeben, wird es hier nicht relevant und kann im Folgenden außer Betracht gelassen werden.

I) Wasserentnahmeentgelte

- 115 Anders als die bundeseinheitliche Umsatzsteuer (7 % ermäßigter Steuersatz), die von allen Wasserversorgern gleichermaßen abzuführen ist¹⁰⁰, sind die Wasserentnahmeentgelte („WEE“)¹⁰¹ der Bundesländer unterschiedlich. Es handelt sich um eine von den verschiedenen Bundesländern in höchst unterschiedlicher Form erhobene Abgabe. Manche Bundesländer kennen die Abgabe nicht oder haben sie in den letzten Jahren abgeschafft (Bayern, Hessen, Rheinland-Pfalz¹⁰², Sachsen-Anhalt, Thüringen)¹⁰³. In Berlin dagegen beträgt sie nominal 31 Cent pro Kubikmeter Grundwasser. Die Länder erheben die Wasserentnahmeentgelte nicht nur bei Wasserversorgern, sondern auch bei industriellen oder sonstigen Wasserverbrauchern, die mit eigenen Brunnen Grundwasser fördern. Sie betreffen jeden, der Wasser in dem betreffenden Bundesland gewinnt. Soweit beispielsweise der Berliner Wasserversorger BWB Wasser im Gebiet des Landes Brandenburg fördert, wird nur das niedrigere Brandenburger Wasserentnahmeentgelt fällig.

⁹⁹ Alle deutschen Großstädte über 200.000 Einwohner.

¹⁰⁰ Üblicherweise wird die Umsatzsteuer abgezogen, so dass hier sämtliche Preis- und Erlösangaben – soweit nicht ausdrücklich anders bezeichnet – grundsätzlich als Beträge ohne Umsatzsteuer zu verstehen sind.

¹⁰¹ Teilweise lauten die Bezeichnungen auch Wasserpfennig, bzw. Wassercent, Wasserzins, Grundwasserabgabe etc.

¹⁰² Rheinland-Pfalz will zum 01.01.2013 ein Wasserentnahmeentgelt einführen.

¹⁰³ Lt. Übersicht in *Holländer*, Trinkwasserpreise in Deutschland – Welche Faktoren begründen regionale Unterschiede, März 2008 („Holländer I“), S. 52, Tabelle 11.

116 Auch innerhalb desselben Bundeslandes muss sich das Wasserentnahmeentgelt nicht pro Kubikmeter geförderten Wassers gleich auswirken. Entnahmen für Industrieverbraucher sind meist geringer belastet als Entnahmen für Haushalts- und Kleingewerbekunden. Teilweise gibt es Freigrenzen, von denen kleinere Wasserversorger oder Endverbraucher stärker profitieren als große Wasserversorger. Zudem muss berücksichtigt werden, dass die Wasserentnahmeentgelte nicht immer vom Wasserversorger ausgewiesen werden, obwohl sie tatsächlich erhoben worden sind. Bezieht nämlich der Wasserversorger sein Wasser von Wasservorlieferanten (z. B. Hessenwasser, Bodensee-Wasserversorgung, Talsperrenverbände etc.), werden die Wasserentnahmeentgelte ggf. bereits von diesen entrichtet und sind – oftmals versteckt – in den Bezugskosten enthalten. Schon um die Vergleichbarkeit von Wasserversorgern, die ganz oder teilweise fremdbeziehen, mit denjenigen, die selber Wasser fördern, zu gewährleisten, hat die Beschlussabteilung die bundesweit ermittelten Vergleichspreise nicht von vornherein um die Wasserentnahmeentgelte bereinigt, sondern sie jeweils mit und ohne Abgabenbelastung berechnet.

m) Konzessionsabgaben/Sondernutzungsgebühren

117 Einen auf lokaler Ebene preiswirksamen Einfluss haben zudem die Konzessionsabgaben und ähnliche kommunale Abgaben (z. B. „Straßennutzungsgebühr“), die für die Nutzung des kommunalen Grund und Bodens erhoben werden. Die Höhe der Konzessionsabgaben bestimmen die Kommunen im Rahmen der laut Konzessionsabgaben-Anordnung¹⁰⁴ bestehenden Höchstsätze selbst. Bei der Wasserversorgung verzichten sie in manchen Fällen auch auf die Erhebung solcher Abgaben. In Berlin wird die Funktion der Konzessionsabgabe von einer sogenannten Straßennutzungsgebühr (Sondernutzungsgebühr) übernommen. Wie bereits erwähnt, hat die Beschlussabteilung bei der Berechnung der Vergleichspreise die Durchschnittspreise sowohl mit als auch ohne Einbeziehung von Wasserentnahmeentgelten und Konzessionsabgaben dargestellt. Dies ermöglicht es, den Preis- und Erlösvergleich sowohl anhand der Nettoerlöse (ohne USt, aber mit Abgaben) als auch anhand komplett bereinigter Nettoerlöse (ohne USt, WEE und KA) durchzuführen.

n) Sonstige Bestimmungen zur Wasserversorgung

118 Neben den bundeseinheitlichen – und damit aus wettbewerblicher Sicht neutralen – Bestimmungen insbesondere des Wasserhaushaltsgesetzes (WHG) und der Verordnung

¹⁰⁴ Vgl. Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände v. 04.03.1941 - KAEAnO.

über allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (AVBWasserV) gibt es noch Raum für landesspezifische und kommunalrechtliche Regelungen, die sich im Einzelfall auf die Versorgungsbedingungen der Trinkwasserunternehmen auswirken können. Zum Beispiel gibt es in Hamburg die Vorgabe, dass in jede neue oder sanierte Wohnung an Stelle des früheren (Haus-)Wasserszählers ein Wohnungswasserszähler eingebaut wird, so dass jeder Haushalt zum abrechnungsfähigen Kunden des Wasserversorgers wird. In anderen Städten hingegen besteht oft nur ein einziger Wasseranschluss für große Wohngebäude oder Immobilien. Kunde des Wasserversorgers ist dann meist nur der Grundstückseigentümer bzw. der Wohnungsverwalter, der die Wasserkosten als Nebenkosten auf die Wohnungsinhaber überwälzt. Ob und inwieweit solche Unterschiede in den rechtlichen Grundlagen der Wasserversorgung bei einer kartellrechtlichen Vergleichsbetrachtung relevant werden, muss im jeweiligen Einzelfall bei einer Gesamtbetrachtung entschieden werden. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass sich solche kommunalen und landesspezifischen Regelungen der Wasserwirtschaft in den hier dargelegten Vergleichskriterien (insbesondere Versorgungsdichte) unmittelbar auswirken, also bereits berücksichtigt sind. So hat beispielsweise Hamburg nicht nur für Metropolenverhältnisse eine geringe Einwohnerzahl pro Hausanschluss¹⁰⁵, sondern insbesondere auch einen im Vergleich zu Berlin geringen Absatz pro Hausanschluss.¹⁰⁶

o) Ostdeutsche Wasserversorger (Sonderfaktor Wiedervereinigung?)

- 119 Weder die Wiedervereinigung noch die Tatsache, dass sich einzelne der befragten Wasserversorger auf dem Gebiet der ehemaligen DDR befinden, stellen bereits als solche eine einheitlich bewertbare strukturelle Bedingung der Wasserversorgung dar. Es handelt sich aber um Umstände, die die o. g. strukturellen Bedingungen der Wasserversorgung erheblich prägen können. Die Tatsache beispielsweise, dass viele Städte in den ostdeutschen Bundesländern seit der Wiedervereinigung mit erheblichen Bevölkerungsverlusten zu kämpfen haben, bildet sich unmittelbar bei den Kriterien zur Versorgungsdichte ab. Eine ausgedünnte Bevölkerung, die nicht zuletzt aufgrund hoher Preise sparsam mit Wasser umgeht, verbraucht letztlich sehr wenig Wasser pro Kilometer Leitungsnetz, zumal dieses umfangreich ist, weil es gerade auch im Zuge der Wiedervereinigung in vielen Städten für einen wesentlich höheren Verbrauch konzipiert wurde. Daraus folgt, dass der Metermengenwert (Verbrauch pro km Leitungsnetz) in den befragten ostdeutschen Städten deutlich geringer ist als in Berlin oder den meisten westdeutschen Städten. Nur eine einzige ostdeutsche Stadt weist

¹⁰⁵ Vgl. Datencheck I, konsolidierte Fassung (Stand 06.06.2011), Blatt 9 „Einwohner-Anschlussdichte“.

¹⁰⁶ Vgl. Datencheck I, konsolidierte Fassung (Stand 06.06.2011), Blatt 10 „Hausanschluss-Absatz“.

einen eher „großstädtischen“ Metermengenwert¹⁰⁷ zwischen 10 und 15 Tm³/km Rohrleitungsnetz auf. Alle anderen ostdeutschen Städte liegen sogar unterhalb von 10 Tm³/km, während Berlin und die westdeutschen Metropolen allesamt einen Metermengenwert von über 15 Tm³/km aufweisen.

- 120 Ähnliches gilt für die anderen Dichtekriterien. Soweit ostdeutsche Wasserversorger unter umweltpolitischen Altlasten zu leiden haben, macht sich dies bei der Qualität des Rohwassers und den Aufwendungen für Wasseraufbereitung bemerkbar. Außergewöhnlich hohe Investitionen schließlich, die infolge der Wiedervereinigung von ostdeutschen Wasserversorgern getätigt wurden, können als Rechtfertigungsgründe für hohe Preise Berücksichtigung finden (s. u.). Für alle diese Besonderheiten ostdeutscher Wasserversorger gilt jedoch, dass sie nicht pauschal als „Ost-Struktur“ abgehandelt werden können, sondern sich in den allgemeinen Strukturbedingungen der deutschen Wasserversorgung (s.o. Kriterien a bis n) entsprechend wiederfinden. Bei der dort anzustellenden Einzelanalyse zeigen sich dann auch die Unterschiede im Einzelnen. Von Bevölkerungsverlusten und Verbrauchsrückgängen sind beispielsweise Chemnitz, Halle und Magdeburg viel stärker betroffen als Leipzig und Dresden. Die Rohwasserqualität und die sonstigen natürlichen und historisch bedingten Strukturen sind ohnehin individuell unterschiedlich. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die durch die Wiedervereinigung verursachten Sonderfaktoren in der Regel bereits in den allgemeinen Strukturkriterien enthalten sind, so dass ein etwaiger Sonderfaktor Wiedervereinigung nicht als zusätzliches Strukturkriterium in Betracht kommt. Eine Berücksichtigung von besonderen wiedervereinigungsbedingten Umständen kann indessen im Rahmen der Rechtfertigungsgründe erfolgen.

4.) BWB im Vergleich der Strukturkriterien (konkrete Auswahl der Vergleichsunternehmen)

- 121 Die Beschlussabteilung hat alle befragten großstädtischen Versorgungsunternehmen¹⁰⁸ anhand sämtlicher oben genannter Vergleichskriterien auf ihre Vergleichbarkeit mit BWB hin überprüft. Im Hinblick auf nahezu alle Vergleichskriterien ist auffällig, dass BWB/Berlin eine Spitzenstellung einnimmt – dicht gefolgt von den Wasserversorgern aus Hamburg, München und Köln. Auch unabhängig von der Zusammensetzung der jeweiligen Spitzengruppe ist auffällig, dass die genannten vier Millionen-Metropolen sehr ähnliche Strukturen und Strukturbedingungen aufweisen.

¹⁰⁷ Vgl. Datencheck I, konsolidierte Fassung (Stand 06.06.2011), Blatt 6 „Versorgungsdichte ‚MMW‘“.

¹⁰⁸ Die 38 großstädtischen Wasserversorger (ab 200.000 Einwohner) versorgen insgesamt mehr als 22 Mio. Einwohner, mithin deutlich mehr als ein Viertel der deutschen Bevölkerung.

a) Größe der Wasserversorger

122 BWB ist hinsichtlich aller denkbaren Größenkriterien (Wasserumsatz, Wasserabsatz, Wassergewinnung, Hausanschlüsse) das mit Abstand größte Wasserversorgungsunternehmen Deutschlands. Die nächstgrößeren Wasserversorger sind einerseits diejenigen der anderen Millionenmetropolen Deutschlands, nämlich die Wasserversorger in Hamburg, München und Köln und andererseits drei Wasserversorger, die deshalb zu einer erheblichen Größe gelangen, weil sie entweder zum großen Teil Industriekunden beliefern oder aber viele verschiedene – teilweise stark ländlich geprägte – Versorgungsgebiete versorgen, so dass sie zusammengerechnet so viel Wasser absetzen, als würden sie eine große Metropole versorgen. Bei diesen Unternehmen handelt es sich um die Gelsenwasser AG¹⁰⁹, den Oldenburgisch-Ostfriesischen Wasserverband (OOWV)¹¹⁰ und um die Rheinisch-Westfälische Wasserwerksgesellschaft mbH (RWV)¹¹¹. In der nachfolgenden Tabelle werden die Größenverhältnisse anhand der Kriterien „Kunden“ (= versorgte Einwohner), „Umsatz“ (= Umsatz der Trinkwassersparte insgesamt)¹¹², „Absatz“ (nutzbare Abgabe) sowie „Netzlänge“ (= Länge des Rohrleitungsnetzes einschließlich Länge Hausanschlüsse) dargestellt. Im Vergleich zu diesen oben genannten sieben größten Wasserversorgern Deutschlands fallen alle anderen Unternehmen sehr deutlich ab, und zwar mit einem erheblichen Abstand zu dieser Spitzengruppe in praktisch allen Größenkategorien. Sie werden deshalb nicht einzeln erwähnt, sondern unter „Sonstige“ zusammengefasst.

¹⁰⁹ Unternehmenssitz Gelsenkirchen; Versorgungsgebiete auch außerhalb von Gelsenkirchen.

¹¹⁰ Ländlich/kleinstädtisch geprägter Wasserversorger mit Unternehmenssitz in Brake. Das Versorgungsgebiet liegt zwischen holländischer Grenze und der Grenze von Bremen/Bremerhaven und reicht von der Nordseeküste bis tief ins Binnenland.

¹¹¹ Unternehmenssitz ist Mülheim an der Ruhr, aber die größte versorgte Stadt ist Oberhausen, so dass der Versorger bei einer stadtbezogenen Sortierung unter Oberhausen erfasst wird.

¹¹² Die Gesamtumsätze der Trinkwassersparte enthalten auch eventuelle Umsätze mit Weiterverteilern oder Serviceleistungen an andere Wasserversorger.

Tabelle 3: "Größe der Trinkwasserversorger" (Reihung nach versorgter Einwohnerzahl), Bezugsjahr 2009

Wasserversorger ¹¹³	Versorgte Einwohner ¹¹⁴ (Mio.)	Gesamtumsatz Trinkwassersparte (Mio. €)	Gesamtabsatz Trinkwasser (in Mio. m ³) ¹¹⁵	Netzlänge (in km) ¹¹⁶	Hausanschlüsse (in Stück)
BWB Berlin	3,25 – 3,49	450-499	175-199	11.000- 12.000	250.000- 299.000
Hamburg Wasser	2,00 – 2,24	200-249	100-124	6.000- 7.000	200.000- 249.000
SW München	1,25 – 1,49	100-149	75-99	5.000- 6.000	100.000- 149.000
Gelsenwasser ¹¹⁷	1,00 – 1,24	200-249	175-199	8.000- 9.000	200.000- 249.000
RheinEnergie Köln	1,00 – 1,24	100-149	50-74	3.000- 4.000	100.000- 149.000
OOWV	0,75 – 0,99	100-149	50-74	23.000- 24.000	300.000- 349.000
RWW	0,5 – 0,74	100-149	50-74	4.000- 5.000	100.000- 149.000
Sonstige ¹¹⁸	<0,700	<100 ¹¹⁹	<50	<3.500	<100.000 ¹²⁰

¹¹³ Die Reihenfolge der Wasserversorger ergibt sich allein aus der Zahl der versorgten Einwohner. Sie ist bei hohen Industrieabsätzen (insb. Gelsenwasser) nicht proportional zu den Absatz- und Umsatzzahlen.

¹¹⁴ Angegeben sind die vom Wasserunternehmen versorgten Einwohner. Diese können auch bei den Metropolenstädten etwas zahlreicher sein als die Einwohner der Stadt, weil häufig auch Einwohner aus benachbarten Orten der Umgebung mit versorgt werden.

¹¹⁵ Der Gesamtabsatz Trinkwasser entspricht der nutzbaren Wasserabgabe.

¹¹⁶ Angegeben ist die gesamte Netzlänge inkl. HAL.

¹¹⁷ Die Angaben beziehen sich auf das gesamte Tarifgebiet Gelsenwasser. Zusätzlich versorgt Gelsenwasser zwei kleinere Tarifgebiete. Diese einbezogen ergeben sich folgende Kennzahlen: Kunden = 1,00-1,24 Mio., Umsatz = 200-249 Mio. €, Absatz = 200-224 Mio. m³, Netzlänge = 8.000-9000 km, Hausanschlüsse = 200.000-249.000.

¹¹⁸ Da sämtliche anderen großstädtischen Wasserversorger weniger als 700.000 Einwohner versorgen, eine Netzeinspeisung von deutlich unter 60 Mio. m³ und eine nutzbare Wasserabgabe unter 50 Mio. m³ aufweisen, werden sie hier nicht im Einzelnen aufgeführt.

¹¹⁹ Ausnahme SW Düsseldorf AG (100-149 Mio. € Umsatz).

- 123 Selbst wenn reine Wasser-Vorlieferanten ebenfalls berücksichtigt würden, bliebe BWB das größte Wasserversorgungsunternehmen. Denn auch die Bodensee-Wasserversorgung, die große Teile Baden-Württembergs oder die Hessenwasser, die zentrale Teile Hessens jeweils mit Trinkwasser versorgen, gewinnen und verteilen letztlich weniger Trinkwasser als BWB allein für die Versorgung Berlins benötigt.¹²¹
- 124 BWB bleibt auch dann das größte Wasserversorgungsunternehmen Deutschlands, wenn die Konzernbeziehungen der Wasserversorger berücksichtigt werden. Zwar gibt es einzelne Unternehmen in Deutschland, die an mehreren Wasserversorgungsunternehmen beteiligt sind. So hat beispielsweise die Beteiligte zu 4.) Veolia Wasser GmbH als Tochter des französischen Versorgungskonzern Veolia Environnement¹²² unabhängig von ihrer atypischen stillen Minderheitsbeteiligung an BWB Mehrheitsbeteiligungen an verschiedenen Wasserversorgern in Deutschland (z. B. BS energy in Braunschweig oder OEWA in Ostdeutschland). Die Gelsenwasser AG¹²³ ist Wasserversorger in unterschiedlichen, oft nicht zusammenhängenden Tarifgebieten (Gelsenkirchen, verschiedene Kommunen am Niederrhein, in Ostdeutschland etc.), und RWW als Tochterunternehmen des RWE-Konzerns versorgt mehrere benachbarte Städte im Ruhrgebiet (Mülheim/Ruhr, Oberhausen, Bottrop u.a.). Allerdings weist BWB allein für die Versorgung Berlins höhere Absatz- und Umsatzzahlen auf als die genannten Wasserkonzerne mit ihren jeweiligen Mehrheitsbeteiligungen in Deutschland insgesamt erzielen.
- 125 Zwar wird mit dieser auf die Wasserversorgungsunternehmen abgestellten Betrachtungsweise die besondere Bedeutung Veolias für die deutsche Wasserwirtschaft nicht angemessen

¹²⁰ Ausnahmen: SWB AG, Bremen (100.000-149.000 Hausanschlüsse), und Dortmunder Energie- und Wasserversorgung GmbH (100.000-149.000 Hausanschlüsse).

¹²¹ Reine Wasservorlieferanten wie der Zweckverband Bodensee-Wasserversorgung (BWV) und die Hessenwasser GmbH & Co. KG bleiben in den Vergleichen unberücksichtigt. Aber auch sie kommen an die Größe der BWB nicht heran. Auf den jeweiligen Homepages der Unternehmen finden sich folgende Angaben: Die BWV gibt pro Jahr ca. 125 Mio. m³ Wasser ab. Das Wasser wird aus rund 60 m Tiefe dem Bodensee entnommen und in die 312 Meter höher gelegenen Reinigungs- und Aufbereitungsanlagen gepumpt, bevor es über 1.700 km lange Transportleitungen zahlreiche Städte insb. auch im nördlichen Baden-Württemberg versorgt. Als reiner Vorlieferant der Kommunen ist BWV jedoch selbst kein Wasserversorger. Der durchschnittlich von den Kommunen an BWV gezahlte Preis beträgt ca. 43 Cent/m³. Hessenwasser als Vorlieferant für Kommunen in Südhessen verfügt über ein Wasseraufkommen von 102 Mio. m³ im Jahr und ein Transportnetz von 415 km. Ihre Wasserabgabe von ca. 100 Mio. m³ enthält allerdings auch 40 Mio. m³ Fremdbezug.

¹²² Veolia Environnement (Wasser, Abwasser, Energie, Transport) ist wohl weltweit das größte Unternehmen der Wasser- und Abwasserbranche. In Veolia ist u.a. die frühere Compagnie Générale des Eaux (CGE) aufgegangen, die später zu Vivendi Environnement wurde und seit 2003 als Veolia Environnement firmiert.

¹²³ Gelsenwasser AG ist ein Gemeinschaftsunternehmen kommunaler Stadtwerke, insb. von Dortmund und Bochum.

wiedergegeben. Das liegt aber an dem Geschäftsmodell von Veolia, welches weniger auf die Übernahme von kommunalen Wasserversorgern abzielt, sondern eher auf die Erbringung von Dienstleistungen für die kommunalen Wasserversorger („Hausmeister der Kommunen“)¹²⁴. Dabei handelt es sich um sehr langfristige und umfassende Betriebsführungsverträge. Jedoch ist für die Zwecke der Preismissbrauchsaufsicht auf die Wasserversorger als solche abzustellen, denn sie sind Lieferant und Vertragspartner der Wasserverbraucher. Ähnliches gilt für den E.ON-Konzern, der in wesentlich geringerem Umfang als Veolia über verschiedene Tochtergesellschaften¹²⁵ ebenfalls in der Wasserwirtschaft tätig ist. Meistens sind die E.ON-Unternehmen ausschließlich Betriebsführer kommunaler Wasserunternehmen. Soweit sie dagegen im eigenen Namen die Wasserversorgung übernommen haben, handelt es sich eher um ländlich geprägte Gegenden oder einzelne Kleinstädte.

- 126 Vorliegend ist zwar zusätzlich zu berücksichtigen, dass sowohl Veolia als auch RWE indirekt mit einem Minderheitsanteil an BWB beteiligt sind. Jedoch kann die BWB A.ö.R. aus kartellrechtlicher Sicht weder Veolia noch RWE als Konzernunternehmen zugerechnet werden. Denn Veolia und RWE sind nicht Träger der BWB A.ö.R. und sie sind an der atypischen stillen Gesellschaft der BWB insgesamt nur mit einem Minderheitsanteil von 49 % beteiligt. Vor diesem Hintergrund sind auch die veröffentlichten Kennzahlen von Veolia Deutschland als eigene betriebswirtschaftliche Bewertung zu sehen. Soweit Veolia Wasser GmbH auf ihrer Homepage www.veoliawasser.de unter „Veolia Wasser in Zahlen“ angibt, sie versorge 4,6 Mio. Menschen mit Trinkwasser und erziele mit 7.800 Mitarbeitern einen Umsatz von 1,4 Mrd. €, enthalten diese Zahlen weitgehend bereits die Tätigkeiten der BWB.¹²⁶ Aus kartellrechtlicher Sicht hingegen werden die Umsätze der BWB weder Veolia noch RWE zugerechnet, wie auch deren Konzernumsätze nicht der BWB zugerechnet würden.
- 127 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im Hinblick auf die Größenkennziffern die Wasserversorger von Hamburg, München und Köln am besten mit BWB vergleichbar sind.

¹²⁴ In der *Financial Times Deutschland* (FTD) vom 15.02.2010 (S. 7) wird berichtet, Veolia wolle keine Wasserwerke kaufen, sondern nur das Management für die Kommunen übernehmen: „Die Hoheit über das Wasser gehört in öffentliche Hand. Wir wollen nur der Hausmeister für die Kommunen sein“, sagt lt. FTD Reinhold Hüls, der Geschäftsführer von Veolia Wasser in Deutschland. Ähnliche Aussagen von Hüls wurden bereits in der *Frankfurter Allgemeinen Zeitung* vom 05.07.2008, S. 16 veröffentlicht: Die Privaten erhielten weder den Besitz des Wassers noch die Kontrolle über die Preise, sondern kümmern sich lediglich um den Betrieb: „Das Haus gehört sozusagen immer den Kommunen. Wir sind darin nur die Hausmeister.“

¹²⁵ E.ON-Konzern: E.ON Avacon, E.ON WestfalenWeser, E.ON Mitte, E.ON Bayern.

¹²⁶ Laut Information eines Pressesprechers von Veolia (E-Mail von Veolia Wasser an BKartA vom 11.02.2011, 11:57 Uhr) sind in den genannten Zahlen die Umsätze der BWB zu 50 % einbezogen, während in den Zahlen zu Mitarbeitern und versorgten Bürgern die entsprechenden Werte der BWB sogar zu 100 % einbezogen sind.

Daneben erreichen auch die Wasserversorgungsunternehmen Gelsenwasser, RWW¹²⁷ sowie der Wasser- und Abwasserzweckverband OOWV Größenordnungen, die mit BWB gut vergleichbar sind. Allerdings sind sie aus Gründen unterschiedlicher struktureller Bedingungen weniger gut für einen Vergleich mit BWB geeignet als die Wasserversorger von Hamburg, München und Köln. Denn anders als letztere versorgen sie nicht das einheitliche Tarifgebiet einer Großstadt, sondern sie versorgen zahlreiche verschiedene Tarifgebiete mit jeweils unterschiedlichen Wasserversorgungsbedingungen, die alle auch für sich genommen betrachtet werden müssten. Hinzu kommt, dass Gelsenwasser und RWW im Ruhrgebiet unter sehr speziellen Bedingungen arbeiten (z.B. stillgelegter Bergbau, hoher Industrieanteil, Ruhrverbandsbeiträge) und es sich bei dem OOWV um einen rein ländlich oder kleinstädtisch geprägten Wasserversorger handelt.

b) Metermengenwert (MMW)

- 128 Der vom Bundesgerichtshof primär herangezogene Maßstab für die Vergleichbarkeit der Wasserversorger ist die Versorgungsdichte, die in erster Linie an dem oben näher definierten so genannten Metermengenwert gemessen wird. Die Ermittlungen des Bundeskartellamtes im Hinblick auf die Wasserversorger der 38 größten deutschen Städte nach Einwohnern haben folgende Metermengenwerte ergeben (absteigende Sortierung):

Tabelle 4: Metermengenwert (MMW) in Tsd. m³/km Leitungsnetz, Bezugsjahr 2009

	Versorger	mit HAL
1.		20,00-24,99
2.		15,00-19,99
3.	RheinEnergie, Köln	15,00-19,99
4.		15,00-19,99
5.	SW München	15,00-19,99
6.	BWB, Berlin	16,91
7.		15,00-19,99
8.		15,00-19,99
9.	HamburgWasser	15,00-19,99
10.		15,00-19,99
11.		15,00-19,99
12.		10,00-14,99
13.		10,00-14,99
14.		10,00-14,99
15.		10,00-14,99

¹²⁷ RWW AG ist ein Gemeinschaftsunternehmen folgender Gesellschafter: Stadt Mülheim an der Ruhr, Stadt Oberhausen, Stadtwerke Oberhausen AG, Kreis Recklinghausen, Stadt Gladbeck, Stadt Bottrop und RWE Aqua GmbH. RWW befindet sich mehrheitlich im Besitz einer Tochter des RWE-Konzerns, nämlich der RWE Aqua GmbH, Berlin.

¹²⁸ Umfasst das gesamte Tarifgebiet Gelsenwasser (jedoch ohne Linnich und Issum) und nicht nur die Stadt Gelsenkirchen.

16.			10,00-14,99
17.			10,00-14,99
18.			10,00-14,99
19.			10,00-14,99
20.			10,00-14,99
21.			10,00-14,99
22.			10,00-14,99
23.			10,00-14,99
24.			10,00-14,99
25.			10,00-14,99
26.			5,00-9,99
27.			5,00-9,99
28.			5,00-9,99
29.			5,00-9,99
30.			5,00-9,99
31.			5,00-9,99
32.			5,00-9,99
33.			5,00-9,99
34.			5,00-9,99
35.			5,00-9,99
36.			5,00-9,99
37.			5,00-9,99
38.			5,00-9,99
39.			0,00-4,99

	Versorger	ohne HAL
1.		30,00-34,99
2.		25,00-29,99
3.		25,00-29,99
4.	RheinEnergie, Köln	25,00-29,99
5.	SW München	25,00-29,99
6.		25,00-29,99
7.		20,00-24,99
8.		20,00-24,99
9.	BWB, Berlin	24,44
10.		20,00-24,99
11.		20,00-24,99
12.		20,00-24,99
13.		20,00-24,99
14.		15,00-19,99
15.		15,00-19,99
16.		15,00-19,99
17.	HamburgWasser	15,00-19,99
18.		15,00-19,99
19.		15,00-19,99
20.		15,00-19,99
21.		15,00-19,99

¹²⁹ Umfasst das gesamte Tarifgebiet Gelsenwasser (jedoch ohne Linnich und Issum) und nicht nur die Stadt Gelsenkirchen.

22.		15,00-19,99
23.		15,00-19,99
24.		15,00-19,99
25.		15,00-19,99
26.		15,00-19,99
27.		15,00-19,99
28.		15,00-19,99
29.		10,00-14,99
30.		10,00-14,99
31.		10,00-14,99
32.		10,00-14,99
33.		10,00-14,99
34.		10,00-14,99
35.		10,00-14,99
36.		10,00-14,99
37.		5,00-9,99
38.		5,00-9,99
39.		5,00-9,99

- 129 Bei einem MMW von ca. 5 oder kleiner hat der Bundesgerichtshof die Versorgungsgebiete als ländlich bis kleinstädtisch qualifiziert.¹³⁰ Dies deckt sich mit den hier ermittelten Befunden. Diejenigen befragten Versorger, die kleinstädtische oder ländliche Gebiete im Umland von Berlin versorgen, weisen einen MMW von ca. 5 auf. Der wegen seiner besonderen Größe ebenfalls befragte, aber sehr ländlich strukturierte OOWV weist sogar nur einen MMW (mit HAL) von deutlich unter 5 auf.
- 130 Berlin hat mit 16,91 einen vergleichsweise sehr hohen MMW, der nur von 6 anderen Städten übertroffen wird, während alle übrigen 31 großstädtischen Wasserversorger über einen niedrigeren MMW verfügen. Ein niedrigerer Metermengenwert ist jedoch entsprechend den Erläuterungen des Bundesgerichtshofs für die Vergleichsberechnungen grundsätzlich nicht schädlich, weil diese Vergleichsunternehmen wegen des geringeren MMW potentiell ungünstigere Vertriebsbedingungen haben.¹³¹
- 131 Etwas anderes gilt jedoch für diejenigen Unternehmen, deren Metermengenwert denjenigen von Berlin nicht völlig unerheblich (d.h. ab einer Differenz von 2,5) überschreiten. Dies ist bei den Wasserversorgern in Gelsenkirchen, Frankfurt und Düsseldorf der Fall. Zwar ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein Vergleich auch in solchen Fällen nicht ausgeschlossen, denn die Unterschiede im MMW können durch Zu- oder Abschläge auf den Vergleichspreis ausgeglichen werden. Auch kann bei einer Gesamtbetrachtung berücksich-

¹³⁰ Vgl. BGH, Beschl. v. 02.02.2010, KVR 66/08, Beschlussausfertigung Tz.32 – *Wasserpreise Wetzlar*.

¹³¹ Vgl. BGH, Beschl. v. 02.02.2010, KVR 66/08, Beschlussausfertigung Tz. 32 – *Wasserpreise Wetzlar*.

tigt werden, inwieweit der hohe MMW allein durch bestimmte Großabnehmer verursacht wird, die ggf. aus dem Zahlenwerk herausgerechnet werden können. Dennoch ist zunächst einmal festzuhalten, dass bei deutlich höheren Metermengenwerten die Aussagekraft des Vergleichs beeinträchtigt werden kann, so dass die genannten Unternehmen hier aus Zweckmäßigkeitserwägungen von vornherein aus dem Kreis der potentiellen Vergleichsunternehmen ausgeschlossen werden sollen.

- 132 Alle anderen Städte hingegen verbleiben in dem Kreis der potentiellen Vergleichsstädte. Dies gilt auch für diejenigen unter ihnen, die einen leicht höheren MMW als Berlin aufweisen, nämlich Köln, Karlsruhe und München. Solch geringen Differenzen (von jeweils unter 1,5) stellen die Vergleichseignung nicht in Frage, zumal ansonsten sämtliche Unternehmen geringere MMW als Berlin aufweisen – und zwar meist mit sehr großen Differenzen. Diejenigen Unternehmen, die dem MMW von Berlin (16,91) mit +/- 1,5 am nächsten kommen, sind die Versorger in den Städten München, Karlsruhe, Freiburg, Hamburg und Köln.

c) Sonstige Kriterien der Versorgungsdichte

- 133 Die Versorgungsdichte eines Wasserversorgungsgebietes kann auch mit Hilfe anderer Kriterien als ausschließlich des Metermengenwertes untersucht werden. Das einfachste Kriterium ist zunächst die allgemeine Einwohnerdichte pro km² Versorgungsgebiet. Sie ist unabhängig von der Länge des Rohrleitungsnetzes und dem Wasserverbrauch der Einwohner. Die Dichte des Versorgungsnetzes zeigt an, wie viele Einwohner pro km Netzlänge versorgt werden. Sie ist unabhängig vom Wasserverbrauch. Die Einwohner-Anschlussdichte zeigt, wie viele Einwohner pro Hausanschluss versorgt werden. Sie ist unabhängig von der Länge des Rohrleitungsnetzes und vom Wasserverbrauch. Der Hausanschluss-Absatz gibt die Menge des pro Hausanschluss abgenommenen Wassers wider. Er ist unabhängig von der Länge des Rohrleitungsnetzes und von der Kundenstruktur, da er nur den Verbrauch von Haushalts- und Kleingewerbekunden (HuK) einbezieht. Die Abnehmerdichte schließlich ist definiert als Netzlänge (in km Versorgungsnetz ohne Hausanschlussleitungen) pro Hausanschluss.¹³² Dieses Kriterium kann auch spiegelverkehrt als Hausanschlussdichte (Hausanschlüsse pro km Versorgungsnetz) dargestellt werden. Die Beschlussabteilung hat für jedes einzelne dieser Dichtekriterien eine eigene Rangfolge der abgefragten Unternehmen aufgestellt.

¹³² Vgl. BGH, Beschl. v. 02.02.2010, KVR 66/08, Beschlussausfertigung Tz. 32 – *Wasserpreise Wetzlar*; so auch Landeskartellbehörde Hessen, Verfügung v. 09.07.2007 in Sachen Enwag, Beschlussausfertigung S. 32.

aa) Einwohnerdichte:

134 Im Ergebnis ist also das Berliner Versorgungsgebiet das Versorgungsgebiet mit der höchsten Einwohnerdichte. Die deutlich geringere Einwohnerdichte Hamburgs erklärt sich durch das sehr große Stadtgebiet, in dem die Wasserflächen der Elbe mit dem innerstädtischen Hafen einen enormen Teil des Stadtgebiets beanspruchen.

Tabelle 5: Einwohnerdichte (versorgte Einwohner pro km² Versorgungsgebiet),¹³³ Bezugsjahr 2009

1.	Berlin	3.500-3.999
2.	München	3.500-3.999
3.	Stuttgart	2.500-2.999
4.	Frankfurt	2.500-2.999
5.	Essen	2.500-2.999
6.	Nürnberg	2.500-2.999
	...	
8.	Köln	2.500-2.999
	...	
15.	Hamburg	1.500-1.999
	...	
39.	Versorgungsgebiet des OOWV, Brake	0-500
	Durchschnitt von Nr. 1-38	1.702

bb) Dichte Versorgungsnetz

135 Auch die Dichte des Versorgungsnetzes der BWB ist sehr hoch. Jeder Kilometer des Netzes versorgt über 300 Einwohner. Dieser Wert wird nur von Frankfurt deutlich übertroffen. Ursache sind wahrscheinlich die dort im Verhältnis zur Gesamtsiedlungsstruktur zahlreichen Hochhäuser, deren Versorgung relativ wenig Netzlänge erfordert.

Tabelle 6: Dichte des Versorgungsnetzes (versorgte Einwohner pro km Wasserversorgungsnetz), Bezugsjahr 2009

1.	Mainova, Frankfurt	330-339 Einwohner/km Netz
2.	HamburgWasser	300-310 Einwohner/km Netz
3.	BWB, Berlin	302,73 Einwohner/km Netz
4.	swb, Bremen	280-289 Einwohner/km Netz
5.	SW München	260-269 Einwohner/km Netz
6.	RheinEnergie, Köln	260-269 Einwohner/km Netz
	...	
39.	OOWV, Brake	30-39 Einwohner/km Netz
	Durchschnitt von Nr. 1-38	200,80 Einwohner/km Netz

¹³³ Die Einwohnerdichte bezieht sich nicht nur auf die Einwohner innerhalb der Stadtgrenzen, sondern auch auf die Einwohner angrenzender Kommunen, soweit diese von dem großstädtischen Wasserversorger mit versorgt werden.

cc) Einwohner-Anschlussdichte

- 136 In Berlin werden pro Hausanschluss die mit Abstand meisten Einwohner versorgt. Dies ist ein Hinweis auf besonders zahlreiche und große Wohnkomplexe, die über einen einzigen Hausanschluss versorgt werden.

Tabelle 7: Einwohner-Anschlussdichte (Zahl der versorgten Einwohner pro Hausanschluss), Bezugsjahr 2009

1.	BWB, Berlin	13-13,99 Einwohner/Hausanschluss
2.	SW München	10-10,99 Einwohner/Hausanschluss
3.		10-10,99 Einwohner/Hausanschluss
4.		9-9,99 Einwohner/Hausanschluss
5.	HamburgWasser	8-8,99 Einwohner/Hausanschluss
6.		8-8,99 Einwohner/Hausanschluss
...		
13.	RheinEnergie, Köln	7-7,99 Einwohner/Hausanschluss
...		
39.		2-2,99 Einwohner/Hausanschluss
	Durchschnitt Von Nr. 1-38	6,91 Einwohner/Hausanschluss

dd) Hausanschluss-Absatz

Tabelle 8: Hausanschluss-Absatz (nutzbare Wasserabgabe an Letztverbraucher pro Hausanschluss), Bezugsjahr 2009

1.	BWB, Berlin	700-749 m³
2.	SW München	650-699 m ³
3.		650-699 m ³
4.		550-599 m ³
5.		450-499 m ³
6.		450-499 m ³
7.		450-499 m ³
8.	RheinEnergie, Köln	450-499 m ³
...		
10.	HamburgWasser	400-449 m ³
...		
39.		150-199 m ³
	Durchschnitt (Nr. 1-38)	386,65 m ³ 401,94 m ³ (mengengewichtet)

- 137 Berlin hat den höchsten Wasserabsatz pro Hausanschluss. Dass Berlin bei einer ausschließlichen Betrachtung des HuK-Absatzes von München übertroffen wird, ist erklärbar. Zwar versorgt Berlin pro Hausanschluss mehr Einwohner als München, aber die Münchener Bürger verbrauchen pro Person/Haushalt deutlich mehr Wasser, so dass München im Absatz pro Hausanschluss vorne liegt.

Tabelle 9: Hausanschluss-Absatz (nutzbare Wasserabgabe nur an HuK-Kunden pro Hausanschluss),
Bezugsjahr 2009

1.	SW München	600-649 m ³
2.		550-599 m ³
3.	BWB, Berlin	500-549 m³
4.		450-499 m ³
5.		450-499 m ³
6.	RheinEnergie, Köln	400-449 m ³
7.	HamburgWasser	400-449 m ³
...		
39.		150-199 m ³
	Durchschnitt	335,66 m ³
		343,40 m ³ (mengengewichtet)

138 Außerdem ist zu beachten, dass in dieser Auswertung nur die reinen, als solche explizit ausgewiesenen HuK-Absätze zugrunde gelegt wurden. Teilweise haben die befragten Versorger, u.a. auch BWB, Absätze an Wohnungsgesellschaften oder Büro- und Verwaltungsgebäude nicht dem Segment „HuK“ zugeordnet, obwohl es sich im Grunde um HuK-Absätze handelt. Daher werden die HuK-Absätze in dieser Auswertung tendenziell unterschätzt.

ee) Abnehmerdichte

Tabelle 10: Abnehmerdichte (Netzlänge ohne HAL in m pro Hausanschluss), ¹³⁴ Bezugsjahr 2009

1.		16,00-16,99
2.		17,00-17,99
3.		17,00-17,99
4.		18,00-18,99
5.		18,00-18,99
6.	RheinEnergie, Köln	18,00-18,99
...		
26.	HamburgWasser	23,00-23,99
...		
30.	SW München	26,00-26,99
...		
33.	BWB, Berlin	30,00-30,99
...		
39.		42,00-42,99
	Durchschnitt Von Nr. 1-38	23,32

¹³⁴ Die Abnehmerdichte ist in aufsteigender Reihenfolge sortiert, da die Versorgungsstruktur laut LKB Hessen umso ungünstiger wird, je höher der Wert ist (Vgl. Landeskartellbehörde Hessen, Verfügung v. 09.07.2007 in Sachen Enwag, Beschlussausfertigung S. 32 oben).

Tabelle 11: Hausanschlussdichte (Hausanschlüsse pro km Netz ohne HAL)¹³⁵, Bezugsjahr 2009

1.		59,00-59,99
2.		57,00-57,99
3.		55,00-55,99
4.		55,00-55,99
5.		53,00-53,99
6.	RheinEnergie, Köln	52,00-52,99
...		
26.	HamburgWasser	42,00-42,99
...		
30.	SW München	38,00-38,99
...		
33.	BWB, Berlin	32,00-32,99
...		
39.		23,00-23,99
	Durchschnitt Von Nr. 1-38	44,44

139 Die vorgenannten Zahlen zur Abnehmerdichte, die hier spiegelbildlich auch als Hausanschlussdichte dargestellt wird, sind als Strukturmerkmal kaum zielführend. Hier weisen mittlere Großstädte die höchsten, teilweise aber auch recht niedrige Werte aus. Die größten Städte liegen hier oftmals im untersten Bereich, gefolgt nur noch von dem rein ländlich strukturierten Versorger OOWV. Ursache dieses kaum zu strukturierenden Ergebnisses dürfte sein, dass dieser Wert von zwei Komponenten (Länge des Netzes, Zahl der Hausanschlüsse) abhängt, die den konkreten Wasserbedarf (welcher entweder direkt über Absatzmengen oder näherungsweise durch die Anzahl der versorgten Personen bestimmt werden kann) außer Betracht lassen. Denn die Länge des Netzes sagt noch nichts über die Versorgungsdichte aus, solange man nicht weiß, wie viele Einwohner darüber versorgt werden oder wie viel Wasser über dieses Netz abgesetzt wird. Gleiches gilt für die Zahl der Hausanschlüsse. Werden diese beiden Komponenten ohne diese Relationen isoliert miteinander in Verbindung gesetzt, kommt ihnen keine Aussagekraft zu. Zumindest lässt sich anhand der Abnehmerdichte bzw. Hausanschlussdichte keine Aussage über die Versorgungsdichte im Sinne eines Gradmessers für die Vorteilhaftigkeit der Netzstruktur bei der Wasserbelieferung treffen.

ff) Zusammenfassung Versorgungsdichte:

140 Mit Ausnahme des zuletzt aufgeführten Kriteriums der Abnehmerdichte (eher: Hausanschlussdichte), anhand dessen aus den genannten Gründen keine Wertung vorgenommen

¹³⁵ Die Hausanschlussdichte ist in absteigender Reihenfolge sortiert – spiegelbildlich zur Abnehmerdichte. Die Reihung von Abnehmerdichte (aufsteigend) und Hausanschlussdichte (absteigend) ist dann identisch.

werden kann, zeigen die Ergebnisse zu sämtlichen anderen Versorgungsdichtekriterien ein einheitliches Bild. Der zu Kontrollzwecken in den Kreis der befragten Unternehmen aufgenommene OOWV weist – nach allen zur Verfügung stehenden Kriterien gleichermaßen – die mit weitem Abstand geringste Versorgungsdichte auf. Das ist unschwer auf sein sehr ländlich/kleinstädtisch geprägtes Versorgungsgebiet zurückzuführen. Innerhalb der sonstigen großstädtischen Versorger hingegen belegt Berlin entweder unmittelbar den Spitzenplatz oder ist jedenfalls in der engen Spitzengruppe zu finden. Über eine ebenfalls sehr hohe Versorgungsdichte nach allen Kriterien verfügen Frankfurt und München sowie mit etwas Abstand auch Hamburg, Köln und Düsseldorf.

- 141 Sämtliche anderen Städte hingegen gehören nicht in diese Spitzengruppe der Versorgungsdichte, da sie allenfalls bei einem der Kriterien einen Spitzenplatz einnehmen können, aber ansonsten deutlich abfallen. Dieses Ergebnis entspricht auch dem Vergleich der Metermengenwerte. Zwar befinden sich in der Spitzengruppe zum Metermengenwert zusätzlich auch die Wasserversorger Gelsenwasser, Stadtwerke Karlsruhe, RWW (Oberhausen) und badenova (Freiburg). Dies wird jedoch bei allen diesen Unternehmen ganz überwiegend verursacht durch ihre ungewöhnliche Kundenstruktur (hohe Absätze an Industriekunden und/oder Weiterverteiler), die bei ihnen den Metermengenwert hochschnellen lässt.

d) Kundenstruktur

- 142 Im Hinblick auf ihre Kundenstruktur ist BWB gut vergleichbar mit den Wasserversorgern der anderen Millionen-Metropolen Hamburg, München und Köln. Sie alle haben – wie die meisten großstädtischen Wasserversorger – nur geringe Anteile an rein industriellen Kunden, nämlich jeweils deutlich unter 10 %. Wasserversorger, die sich dagegen von ihrer Kundenstruktur her deutlich unterscheiden sind insbesondere Gelsenwasser und RWW (Oberhausen), deren Groß-/Industriekundenanteil von über 25 % insbesondere auf historisch gewachsene Besonderheiten des Bergbaus im Ruhrgebiet zurückzuführen ist. Sie können u.a. wegen dieser singulären Ausnahmesituation nicht als konkrete Vergleichsunternehmen für BWB herangezogen werden.
- 143 Grundsätzlich aber stehen unterschiedliche Kundenstrukturen der Wasserversorger einem Preisvergleich nicht entgegen. Denn die Wasserversorger haben mit ihrer Monopolstellung ohnehin sämtliche Abnehmer in ihrem Versorgungsgebiet als Kunden, so dass sich im Grunde nur die Bevölkerungs- und Wirtschaftsstruktur ihres Versorgungsgebietes in ihrer jeweiligen Kundenstruktur widerspiegelt. Eine selbstständige Bedeutung hat die Frage der Kundenstruktur kaum. Zwar wirkt sie sich insofern aus, als Großkunden in der Regel wirtschaftlicher zu versorgen sind als zum Beispiel Kleinkunden in Einfamilienhaus-Siedlungen, da

Großkunden mehr Absatz (in m³) bei weniger Aufwand (Netzlänge, Verwaltungsaufwand) bedeuten. Allerdings spiegelt sich genau dieser Zusammenhang bereits im Metermengenwert des Versorgers (Absatz in m³/km Netzlänge) wider. Besonderheiten gibt es allenfalls bei klassischen Industriekunden. Anders als sonstige Großkunden können industrielle Nachfrager ihre Wasserversorgung oftmals durch eigene Trinkwasserbrunnen selbst in die Hand nehmen (sofern nicht die Kommune Anschluss- und Benutzungszwang angeordnet hat). Diese Möglichkeit, dem Monopol auszuweichen, führt teilweise dazu, dass klassischen Industriekunden günstigere Bezugsbedingungen eingeräumt werden als anderen Kunden, so dass nicht nur die Kosten-, sondern auch die Erlösseite hiervon beeinflusst wird.

- 144 Im Fragebogen vom 19.08.2010 wurde zwar abgefragt, welche Anteile des Gesamtabsatzes auf Industriekunden entfallen. Jedoch haben manche Versorger unter dieser Rubrik auch sämtliche Absätze an Groß- und Sonderkunden als Industriekundenabsatz erfasst, während andere Versorger nur die reinen Industriekunden dort aufgeführt haben. Deshalb wurden in der späteren Kurz-Abfrage für 2010 vom 12.07.2011 auch für das Jahr 2009 Mengen und Erlöse noch einmal präziser abgefragt, so dass die Zahlen in der nachfolgenden Tabelle differenziert dargestellt werden können.

Tabelle 12: Kundenstruktur 2009 (Absatz an Kundengruppen in m³ und %)

Erlöse nach Kundengruppen 2009	Absatz Endkunden gesamt 2009 (100 %)	Nur IndustrieS	Nur sonstige Großkunden	Groß- und Industriekunden gesamt	HuK (Haushalte und Kleingewerbe)
BWB	180-190 Mio. m ³	0-5 %	20-25 %	25-30 %	70-75 %
HamburgWasser	100-110 Mio. m ³	0-5 %	0-5 %	5-10 %	90-95 %
SW München	80-90 Mio. m ³	5-10 %	0-5 %	5-10 %	90-95 %
RheinEnergie	60-70 Mio. m ³	0-5 %	5-10 %	5-10 %	90-95 %

- 145 Allerdings lässt die Tabelle im Zusammenhang mit zusätzlich erfolgten individuellen Nachfragen der Beschlussabteilung erkennen, dass die Versorger auch hier noch von unterschiedlichen Begriffsverständnissen ausgehen. Köln ist keineswegs eine deindustrialisierte Stadt, wie die obige Angabe (Industrieanteil █ %) suggeriert, sondern führt unter den wichtigsten Großkunden solche aus verschiedenen Industriezweigen (Kfz/Maschinen/Mineralöl/Lebensmittel etc.). RheinEnergie verzichtet lediglich auf eine Differenzierung zwischen reinen Industriekunden und anderen Sonderkunden (wie Flughafen,

Krankenhäuser etc.). Diese sind alle gleichermaßen in der Rubrik sonstige Großkunden enthalten¹³⁶. Umgekehrt sind bei SW München auch solche Sonderkunden in der Rubrik „reine Industriekunden“ enthalten, die nicht als Industrie im engeren Sinne angesehen werden.¹³⁷ Ebenso differenziert HamburgWasser lediglich nach HuK-Kunden und Großabnehmern, wobei Großabnehmer als Kunden mit einer jährlichen Abnahmemenge ab 60.000 m³ definiert sind¹³⁸. Letztlich sind die Zahlen von Hamburg, München und Köln sehr ähnlich. Ihr Großkundenanteil (einschließlich Industrie) liegt zwischen 5 und 8 %. Dagegen erscheint der Großkundenanteil der BWB mit 25 % ganz erheblich höher, obwohl der darin enthaltene reine Industrieanteil in Berlin tatsächlich niedriger ist als derjenige in Hamburg, München und Köln. Der hohe Anteil sonstiger Großkunden in Berlin kann im Wesentlichen nur dadurch erklärt werden, dass BWB unter den Großkunden auch solche Kunden führt (wie z.B. Wohnungsgesellschaften, Regierungs- und Verwaltungsstellen), die in anderen Städten in der Kategorie der HuK-Kunden geführt werden oder zumindest keine Industrie-/Sonderkunden sind. Die BWB-Zahlen für Großkunden müssten deshalb jedenfalls um solche Großkunden bereinigt werden, bei denen das Wasser am Ende doch der Trinkwasserversorgung von Menschen dient. Diese müssten stattdessen den HuK-Zahlen hinzuaddiert werden. Gleiches müsste auch für private und öffentliche Verwaltungsgebäude gelten. Ansonsten würde es für die Frage des Pro-Kopf-Verbrauchs einen erheblichen Unterschied machen, ob die Menschen sich zu Hause oder im Büro die Hände waschen. Sinnvoll ist die Unterscheidung hinsichtlich der Kundenstruktur also nur bei reinen Industrieabsätzen, wenn es um erheblichen Sonderbedarf für industrielle Prozesse geht, der nicht bereits durch eigene Brunnenförderung oder Brauchwasserbezug abgedeckt wird. Bei der ansonsten bestehenden Unterscheidung zwischen Groß-/Sonderkunden und den sogenannten HuK-Kunden muss hingegen berücksichtigt werden, dass mit der Versorgung von Groß-/Sonderkunden letztlich der Pro-Kopf-Bedarf der Bevölkerung an Trinkwasser genauso abgedeckt wird wie mit dem Absatz an Kleinkunden (HuK-Absatz).

- 146 Insgesamt weisen BWB und die Vergleichsunternehmen sehr ähnliche Kundenstrukturen aus. Unabhängig von der jeweils etwas unterschiedlich gehandhabten Zuordnung von Kunden zu verschiedenen Kundengruppen kann festgestellt werden, dass sowohl BWB als auch die Vergleichsunternehmen – anders als beispielsweise Gelsenwasser oder RWW – nur einen geringen Industriekundenanteil von deutlich unter 10 % haben.

¹³⁶ E-mail RheinEnergie an BKartA vom 20.07.2011, 17:21 Uhr, Ermittlungsakte Köln, Bl. 401.

¹³⁷ E-mail Stadtwerke München an BKartA vom 20.07.2011, 13:30 Uhr, Ermittlungsakte München, Bl. 282.

¹³⁸ E-mail HamburgWasser an BKartA vom 19.07.2011, 17:57 Uhr, Ermittlungsakte Hamburg, Bl. 282.

e) Unternehmensstruktur

- 147 Die Unternehmensstruktur aller befragten großstädtischen Wasserversorger ist insofern gut vergleichbar als es sich durchweg um integrierte Wasser- und Abwasserunternehmen, also um Komplettanbieter für den Gesamtbereich Wasser handelt. Eine weitere Gemeinsamkeit fast aller befragten Wasserversorger ist die kommunale Kontrolle, die über sie ausgeübt wird. Teilweise sind die Wasserversorgungsunternehmen uneingeschränkt in kommunaler Hand, und zwar entweder als Teil eines klassischen Stadtwerks (z. B. in München) oder als selbständiges Wasserunternehmen (z. B. in Hamburg). Mehrheitlich privatisierte¹³⁹ Wasserversorger sind die Ausnahme. Dabei handelt es sich lediglich um die Wasserversorger in Stuttgart (EnBW Regional AG), Düsseldorf (54,95 % an der Stadtwerke Düsseldorf AG hält EnBW) und Rostock (Eurawasser gehört zu Suez Environnement). Einschränkend ist darauf hinzuweisen, dass die EnBW AG selbst sich im Besitz der öffentlichen Hand befindet, und dass in Rostock zwar Eurawasser Nord als Wasserversorger nach außen in Erscheinung tritt, aber tatsächlich überwiegend nur als Dienstleister der Kommunen, d. h. des dortigen Warnow Wasser- und Abwasserverband tätig wird.¹⁴⁰ Minderheitsbeteiligungen Privater an dem Wasserversorger oder an dem Stadtwerk, das Träger des Wasserversorgers ist, sind dagegen zahlreich.
- 148 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten wesentliche Unternehmensstruktur, nämlich der Verbund von Wasser und Abwasser bei allen befragten großstädtischen Wasserversorgern gleichermaßen vorhanden ist. Ansonsten sind die Strukturen individuell unterschiedlich. Für die Preismissbrauchsaufsicht spielt es aber keine Rolle, ob der Wasserversorger sich in privater oder in öffentlicher Hand befindet und wie er in den kommunalen Konzernverbund eingegliedert ist.

f) Wasserverfügbarkeit (Förderbedingungen, Wasserwerke / Fremdbezug)

- 149 Die Wasserverfügbarkeit in Berlin ist sehr hoch, Engpässe drohen selbst bei Rekordhitze nicht.¹⁴¹ BWB ist nicht auf Fremdbezug angewiesen. Soweit BWB im nahen Umland von Brandenburg Wasser fördert, erfolgt dies in einem eigenen Wasserwerk. Die dortige Förde-

¹³⁹ Letztlich in öffentlicher Hand ist SWB AG in Bremen, da SWB AG zu 100 % dem EWE-Konzern gehört, der wiederum mehrheitlich in öffentlich-rechtlicher Hand ist.

¹⁴⁰ Vgl. www.rostock.eurawasser.de unter „wir über uns / Unternehmensportrait“, Internetrecherche zuletzt am 04.06.2012.

¹⁴¹ Vgl. Meldung BWB in Euwid Wasser/Abwasser vom 20.07.2010, S. 6, wonach es Engpässe durch die spezielle Grundwassersituation in Berlin trotz Rekordhitze nicht geben werde. Der Normalabsatz betrage 540.000 m³ am Tag und bei Rekordhitze mehr als 800.000 m³ am Tag, aber die Kapazitäten betrügen bis zu 1,15 Mio. m³ am Tag.

nung hat zudem den Vorteil, dass geringere Wasserentnahmeentgelte fällig werden. Da in Berlin der Grundwasserspiegel sehr hoch liegt und zahlreiche Gewässer mit im Jahresverlauf außergewöhnlich gleich bleibendem Wasserstand in oder in der Nähe des Stadtgebietes liegen, ist eine Grundwasserförderung in Berlin schon in niedriger Fördertiefe möglich. Die Wassergewinnung erfolgt ausschließlich auf der Basis von Grundwasser.¹⁴² Die Herkunft des Grundwassers beträgt anteilig ca. 60 % Uferfiltrat, 30 % natürliche Grundwasserneubildung und 10 % künstliche Grundwasseranreicherung. Die genutzten Grundwasserstockwerke liegen 20 bis 80 m unter Geländeoberkante.¹⁴³

g) Wasserqualität

- 150 Auch die Qualität des Grundwassers in und um Berlin ist hoch. Dies hat zur Folge, dass die BWB für die Aufbereitung des Wassers in Trinkwasserqualität lediglich einfache, naturnahe Verfahren (Belüftung, Filtration in offenen und geschlossenen Anlagen, Speicherung) anzuwenden braucht. Eine nachträgliche Desinfektion ist nicht erforderlich.¹⁴⁴ Zwar findet in Berlin eine Oberflächenwasseraufbereitung zur Grundwasseranreicherung statt, allerdings müssen grundsätzlich alle Wasserförderer Aufwendungen für den Schutz und die Anreicherung des Grundwassers bzw. des Oberflächenwassers treffen. Dafür, dass BWB insoweit überdurchschnittliche Aufwendungen in Kauf nehmen müsste, ist nichts ersichtlich.
- 151 Die Wasserverfügbarkeit und -qualität ist in den meisten befragten Städten schlechter als in Berlin. Es gibt üblicherweise nicht so viel Wasser, das in entsprechend hoher Qualität ähnlich leicht zu gewinnen wäre. Eine Ausnahme dazu stellen lediglich die Stadtwerke München dar. Sie profitieren ebenfalls von einer sehr hohen Wasserverfügbarkeit bei außergewöhnlich guter Qualität. Denn dort besteht eine Versorgungsleitung zu den Alpen, durch die Alpenwasser in das Münchener Wasserverteilnetz geleitet wird. Aufgrund des Gefälles bis nach München werden zudem keine Pumpkosten verursacht, stattdessen kommt das Wasser mit einem solch hohen Druck in München an, dass bei seiner Weiterverteilung in die Münchener Haushalte auf den ansonsten erforderlichen Pumpaufwand verzichtet werden kann. Allerdings sind von den Stadtwerken München die Investitions- und Unterhaltungskosten für die außergewöhnlich lange Transportleitung bis zu den Alpen zu tragen. Zudem hatte München die Alpengrundstücke gekauft und sorgt dort (insb. über die Subventionierung ökologischer Landwirtschaft) für den Schutz des Grundwassers.

¹⁴² Vgl. E-Mail BWB an BKartA vom 14.04.2010, 13:52 Uhr, Bl. 51 d.A.

¹⁴³ Vgl. E-Mail BWB an BKartA vom 14.04.2010, 13:52 Uhr, Bl. 51 d.A.

¹⁴⁴ Vgl. E-Mail BWB an BKartA vom 14.04.2010, 13:52 Uhr, Anlage 2, S. 2, Bl. 55 d.A.

152 Letztlich haben nahezu alle deutschen Großstädte weniger günstige oder sogar deutlich ungünstigere Wasserverhältnisse als Berlin. Ein nicht unerheblicher Teil der Wasserversorger bezieht zumindest Teile seines Wassers von Dritten (Fremdbezug) und entrichtet entsprechende Entgeltzahlungen oder muss das Wasser über längere Transportleitungen von entfernteren Wasserschutzgebieten ins eigene Stadtgebiet transportieren.¹⁴⁵ Die „Selbstversorger“ hingegen sind oft auf Oberflächengewässer (z.B. Talsperren, Flüsse) oder deren Uferfiltrat angewiesen, was meist nachträgliche Behandlungen notwendig macht. In traditionellen Industriegebieten oder in landwirtschaftlich intensiv genutzten Regionen ist auch das Grundwasser teilweise so belastet, dass aufwändige Verfahren zur Trinkwasseraufbereitung notwendig sind.¹⁴⁶

h) Höhenunterschiede im Versorgungsgebiet (Energiebedarf für Wasserverteilung)

153 Die Höhenunterschiede innerhalb des Berliner Versorgungsgebietes sind gering und betragen laut BWB 80 Meter. Lediglich zwei Stadtteile, nämlich Kreuzberg (max. 52 m über Normalnull) und Prenzlauer Berg (max. 90 m über Normalnull) liegen leicht erhöht im Vergleich zur geringsten Höhe Berlins (34 m über NN). Bei allen vier Millionenmetropolen Deutschlands handelt es sich allerdings um relativ „flache“ Städte, so dass auch die anderen nur unwesentlich größere Höhenunterschiede aufweisen. Dies gilt jedoch nicht unbedingt auch für die sonstigen befragten Wasserversorger. So erstreckt sich beispielsweise das Stadtgebiet von Stuttgart über eine Höhendifferenz von fast 350 Metern. Versorgungstechnisch noch schwieriger sind z.B. Höhenkämme, die durch tiefe Kerbtäler mit Bächen durchschnitten sind, so dass es zu zahlreichen Höhendifferenzen auf geringer Fläche kommt wie in Wuppertal.

i) Bodenbeschaffenheit (Grabungsaufwand für Verteilnetz)

154 Die Bodenbeschaffenheit in Berlin ist aus der Sicht eines Wasserversorgers ebenfalls sehr gut, denn es handelt sich um leicht grabbare Sandböden. Rohrleitungsschäden können so schnell aufgefunden und behoben werden. Zwar weisen die meisten Großstädte, zumindest die Millionenmetropolen, keine besonders schwer zu grabenden Böden aus. Allerdings ist bei darüber hinausgehenden Vergleichen zu bedenken, dass einzelne Versorger durchaus mit schwierigen, teilweise felsigen Bodenverhältnissen zurechtkommen müssen.

¹⁴⁵ Z. B. enercity (Hannover).

¹⁴⁶ Im Ruhrgebiet werden teilweise kostspielige UV-Desinfektionsanlagen sowie Nanofiltrationsanlagen in den Wasserwerken installiert, um Desinfektion und Schadstoffentfernung zu gewährleisten (Vgl. Berichte in ZfK 2010/09 S. 26 und S. 27). Allein die Investitionskosten liegen im zweistelligen Millionenbereich pro Standort.

j) Infrastruktur / Untergrund / Kriegsfolgen

155 In historisch bzw. archäologisch bedeutsamen Städten können die Grabungsbedingungen auch durch Auflagen des Denkmalschutzes und insbesondere durch archäologische Vorgaben oder überraschende Funde erschwert und verzögert werden (so etwa in Köln). Vereinzelt werden von Wasserversorgern als besondere Erschwernisbedingungen auch Kriegsfolgen geltend gemacht. Zwar sind die Rohrleitungsnetze durch die Bombenangriffe nur in begrenztem Umfang beschädigt worden, denn die meisten Schäden entstanden oberirdisch durch nachfolgende Flächenbrände und nicht unterirdisch. Geltend gemacht werden jedoch erschwerte Grabungsbedingungen durch Trümmerschutt, Blindgänger und Bombensplitter. Insoweit ist zu beachten, dass – mit Ausnahme des ländlich strukturierten Versorgers OOWV – sämtliche hier zum Vergleich stehenden Wasserversorger Großstädte versorgen, die im Krieg bombardiert worden sind. Besonders beschädigt wurden durch die Bombenangriffe des 2. Weltkrieges nicht die besser durch Abwehr geschützte Hauptstadt Berlin, sondern andere deutsche Großstädte wie Hamburg, Köln und Dresden.

k) Art der Entgelte

156 Da sämtliche der 38 befragten großstädtischen Wasserversorger Trinkwasserpreise verlangen und keine Gebühren erheben, sind sie – gemessen an diesem Kriterium – vollständig miteinander vergleichbar. Die Wasserversorger in der Umgebung von Berlin verlangen teilweise Preise, überwiegend erheben sie Gebühren. Da sie jedoch bereits angesichts der unterschiedlichen Strukturdaten insbesondere im Hinblick auf die Größenkennzahlen und den Metermengenwert als unmittelbare Vergleichsunternehmen für weniger geeignet erscheinen, bedarf es insoweit keiner weiteren Erörterung. Relevant sind die Zahlen dieser Wasserversorger allerdings für Fragen zur Wassergewinnungsmöglichkeit in und um Berlin. Diese Umstände wie zum Beispiel Wasserdargebot, Bodenbeschaffenheit etc. sind jedoch völlig unabhängig von der Frage, ob der Wasserversorger Preise verlangt oder Gebühren erhebt, so dass dieses Thema vorliegend komplett ausgeblendet werden kann.

l) Wasserentnahmeentgelte, Konzessionsabgaben (und Sondernutzungsgebühren)

157 Da die Wasserentnahmeentgelte (kurz: WEE) sich trotz landeseinheitlicher Regelungen jeweils unternehmensspezifisch auswirken, hat die Beschlussabteilung sie auch unternehmensspezifisch ermittelt und aus Gründen der Vergleichbarkeit in einen spezifischen Wert (in € pro m³ abgesetzten Wassers) umgerechnet.

Tabelle 13: Wasserentnahmeentgelte (in € pro Kubikmeter Wasserförderung), Bezugsjahr 2009

1.	BWB, Berlin	0,25-0,29 €/m³
2.		0,10-0,14 €/m ³
3.		0,05-0,09 €/m ³
4.		0,05-0,09 €/m ³
5.		0,05-0,09 €/m ³
6.		0,05-0,09 €/m ³
7.	HamburgWasser	0,05-0,09 €/m ³
...		
20.	RheinEnergie, Köln	0,05-0,09 €/m ³
...		
38.	SW München ¹⁴⁷	0,00-0,04 €/m ³

158 In derselben Weise wie bei den Wasserentnahmeentgelten ist die Beschlussabteilung auch mit den Konzessionsabgaben (kurz: KA) verfahren.

Tabelle 14: Konzessionsabgaben (in € pro Kubikmeter Wasserabsatz an Endkunden), Bezugsjahr 2009

1.		0,35-0,39 €/m ³
2.		0,35-0,39 €/m ³
3.		0,35-0,39 €/m ³
4.		0,35-0,39 €/m ³
5.		0,30-0,34 €/m ³
6.		0,30-0,34 €/m ³
...		
8.	RheinEnergie, Köln	0,30-0,34 €/m ³
...		
13.	HamburgWasser	0,25-0,29 €/m ³
...		
20.	SW München	0,25-0,29 €/m ³
...		
35.	BWB, Berlin¹⁴⁸	0,05-0,09 €/m³
...		
38.		0,00 - 0,04 €/m ³

159 Zusammenfassende Darstellung:

Tabelle 15: Abgaben (Wasserentnahmeentgelte und Konzessionsabgaben), Bezugsjahr 2009

	Stadt	WEE+KA
1.		0,40-0,44 €/m ³
2.		0,40-0,44 €/m ³
3.		0,35-0,39 €/m ³
4.		0,35-0,39 €/m ³
5.		0,35-0,39 €/m ³
6.	RheinEnergie, Köln	0,35-0,39 €/m³
7.		0,35-0,39 €/m ³

¹⁴⁷ WEE = 0 für alle Städte in Bayern, Hessen, Sachsen-Anhalt und Thüringen.

¹⁴⁸ Für Berlin hier „Sondernutzungsentgelt“.

8.	HamburgWasser	0,30-0,34 €/ m³
9.		0,30-0,34 €/ m ³
10.		0,30-0,34 €/ m ³
11.		0,30-0,34 €/ m ³
12.		0,30-0,34 €/ m ³
13.	BWB, Berlin	0,30-0,34 €/ m³
14.		0,30-0,34 €/ m ³
15.		0,30-0,34 €/ m ³
16.		0,30-0,34 €/ m ³
17.		0,30-0,34 €/ m ³
18.		0,30-0,34 €/ m ³
19.		0,30-0,34 €/ m ³
20.		0,30-0,34 €/ m ³
21.		0,30-0,34 €/ m ³
22.		0,30-0,34 €/ m ³
23.		0,30-0,34 €/ m ³
24.		0,30-0,34 €/ m ³
25.		0,30-0,34 €/ m ³
26.		0,30-0,34 €/ m ³
27.		0,25-0,29 €/ m ³
28.		0,25-0,29 €/ m ³
29.		0,25-0,29 €/ m ³
30.	SW München	0,25-0,29 €/ m³
31.		0,25-0,29 €/ m ³
32.		0,25-0,29 €/ m ³
33.		0,20-0,24 €/ m ³
34.		0,15-0,19 €/ m ³
35.		0,15-0,19 €/ m ³
36.		0,05-0,09 €/ m ³
37.		0,00-0,04 €/ m ³
38.		0,00-0,04 €/ m ³

m) Bewertung (WEE und KA)

- 160 Hinsichtlich eines einzigen Kriteriums weist BWB deutlich schlechtere Bedingungen auf als potentielle Vergleichsunternehmen, nämlich im Hinblick auf die singulär hohen WEE. Auf die inhaltlich sehr umstrittene Frage, ob und inwieweit WEE und KA als Abzugsposten bzw. im Rahmen der Rechtfertigung berücksichtigt werden müssen, braucht an dieser Stelle nicht eingegangen zu werden. Denn Unterschiede hinsichtlich der Abgabenbelastung können bei einem Preis- und Erlösvergleich völlig neutralisiert werden, so dass sie auch hinsichtlich der strukturellen Vergleichbarkeit keine Rolle spielen. Um dies zu erreichen, hat die Beschlussabteilung bei einer Gegenüberstellung von Erlösen und Kosten die jeweiligen Daten um die gesamte Abgabenbelastung in Form von Umsatzsteuer, WEE und KA (einschließlich Straßennutzungsgebühren) bereinigt. Aufgrund der völligen Neutralisierung der Abgabenbelastung, war ein Ausschluss von Vergleichsunternehmen bzw. die Vornahme von Korrekturzuschlägen bzw. -abschlägen wegen einer eventuell geringeren Abgabenbelastung nicht angezeigt.

n) Landes- oder kommunalspezifische Besonderheiten der Wasserversorgung

161 Unabhängig von der Frage, ob und inwieweit andere als naturgegebene Besonderheiten der Wasserversorgung in den verschiedenen Städten überhaupt berücksichtigungsfähig sind, ist festzustellen, dass sie im Einzelfall die Bedingungen der Wasserversorgung durchaus unterschiedlich prägen können. So besteht zum Beispiel in Hamburg bereits seit 1987 die landesgesetzliche Vorgabe, dass in allen Mehrfamilienhäusern Wohnungswasserzähler eingebaut werden müssen. Für Altbauten besteht eine entsprechende Nachrüstpflicht. Die Zähler müssen aus eichtechnischen Gründen alle 5 bis 6 Jahre ausgetauscht werden.¹⁴⁹ In anderen Großstädten ist das nicht erforderlich. Dort haben die Wasserversorger bei den für Großstädte typischen Mehrfamilienhäusern in der Regel nur einen Wasseranschluss. Ihre Kunden sind oft nur die Vermieter bzw. Wohnungsverwalter, welche die Wasserrechnung auf ihre Mieter bzw. auf die verwalteten Wohneinheiten umlegen.¹⁵⁰ Dementsprechend weisen manche großstädtischen Versorger erstaunlich geringe Kundenzahlen auf. BWB Berlin weist nur ~~250.000-299.000~~ (<10 %) seiner versorgten Einwohner¹⁵¹ als Kunden aus und hat auch nur so viele Zähler (d. h. ■ Zähler pro 100 Einwohner). In München und Köln sind jeweils rund 10 % bzw. über 10 % der Einwohner Vertragskunden des Wasserversorgers mit Anschlüssen und Zählern in entsprechender Höhe. Im Gegensatz dazu verfügt HamburgWasser¹⁵² über außergewöhnlich viele Zähler (mehr als 1 Mio.) und Kundenbeziehungen (mehr als 600.000). Dies hat Auswirkungen auf die Kostenstruktur des Wasserversorgers. Je mehr Kundenbeziehungen der Wasserversorger hat, desto aufwendiger ist sein Abrechnungswesen. Hat der Wasserversorger an Stelle der einzelnen Mieter oder Wohnungsinhaber lediglich Kundenbeziehungen mit den Vermietern / Wohnungsverwaltern der Häuser oder Wohnblocks, so wirkt sich dies auch günstig auf seine Inkassokosten aus. Denn den Aufwand und das Ausfallrisiko im Hinblick auf zahlungsunfähige oder –unwillige Mieter und Wohnungsinhaber trägt dann der Vermieter bzw. Verwalter und nicht der Wasserversorger.

¹⁴⁹ Vgl. www.hamburgwasser.de unter Wasserwelten / Der Weg des Wassers / Wasserverteilung / Wasserzähler.

¹⁵⁰ Dies kann bei Wohnungswasserzählern verbrauchsabhängig erfolgen oder auch pauschal nach Größe der Wohnung, Zahl der Bewohner etc.

¹⁵¹ BWB hat ~~250.000-299.000~~ Anschlüsse, wobei diese Zahl nach den Angaben von BWB identisch ist mit der Zahl der Kunden, der Verträge und der Zähler (Vgl. Annex 1 des von BWB ausgefüllten Fragebogens vom 19.08.2010 sowie E-Mail BWB an BKartA vom 14.04.2010, 13:52 Uhr, Anlage 1, Bl. 52 d.A.

¹⁵² Vgl. Annex I des von Hamburg Wasser ausgefüllten Fragebogens vom 19.08.2010, Zeile 48, Spalte F und I.

5.) Zusammenfassung: Auswahl der Vergleichsunternehmen

- 162 Bei einer Gesamtschau aller genannten Kriterien ist die Beschlussabteilung zu dem Schluss gekommen, dass die Wasserversorger in den Städten Hamburg, München und Köln als Vergleichsunternehmen am besten geeignet sind. Sie bilden die relevante Vergleichsgruppe.
- 163 Bei der Ermittlung der relevanten Vergleichsgruppe ist die Beschlussabteilung in zwei Schritten vorgegangen. Zunächst wurden alle befragten Versorgungsunternehmen anhand der genannten Kriterien daraufhin überprüft, ob sie im Vergleich zu BWB spürbar günstigere Versorgungsbedingungen haben. Soweit dies der Fall war oder auch nur nicht ausgeschlossen werden konnte, wurden diese Unternehmen vorsichtshalber aus dem Kreis der potentiellen Vergleichsunternehmen ausgeschlossen. Aus der großen Anzahl der verbliebenen potenziellen Vergleichsunternehmen hat die Beschlussabteilung anhand derselben Kriterien eine engere Vergleichsgruppe gebildet. Obwohl die Preismissbrauchskontrolle es von ihrer Systematik her erlaubt, dasjenige Vergleichsunternehmen mit dem niedrigsten Preis als Vergleichsmaßstab zu nehmen¹⁵³, wofür gerade bei einem Preisvergleich zwischen Monopolisten auch vieles spricht, hat die Beschlussabteilung hierauf verzichtet. Stattdessen wurden diejenigen Unternehmen herausgesucht, die für einen Vergleich mit BWB am besten geeignet erscheinen, was – mit deutlichem Abstand zu anderen Großstädten – speziell auf die neben Berlin einzigen deutschen Millionenmetropolen, nämlich Hamburg, München und Köln zutrifft.

a) Ausschluss aus dem Kreis der potentiellen Vergleichsunternehmen

- 164 Soweit BWB einen Preisvergleich mit ebenfalls hochpreisigen Unternehmen (insbesondere Stadtwerke Düsseldorf und Mainova AG, Frankfurt, sowie Wasserversorgern aus den „neuen“ Bundesländern) anstrebt, ist die Beschlussabteilung dem nicht gefolgt. Sinn und Zweck einer kartellrechtlichen Preismissbrauchskontrolle ist nicht eine Preisspirale nach oben, in der sich die ganze Branche an den Hochpreis-Unternehmen ausrichtet, sondern eine Orientierung an den effizientesten Unternehmen. Davon abgesehen sind die von BWB in Bezug genommenen Preise der bezeichneten Unternehmen nicht mehr aktuell. Insbesondere wird die Mainova AG aufgrund eines Vergleichs mit der hessischen Landeskartellbehörde ihre Wasserpreise bereits ab 2012 um ca. 25 % absenken.¹⁵⁴

¹⁵³ Vgl. *Reif* in Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Kartellrecht, MünchKommGWB/Reif § 131 Rdnr. 117, Band 2, München 2008.

¹⁵⁴ Pressemitteilung des Landes Hessen und der Mainova AG vom 22.05.2012; Frankfurter Rundschau Online vom 23.05.2012; hr-online vom 22.05.2012,

- 165 Die Beschlussabteilung hat indessen nicht einfach die absolut gesehen preisgünstigsten Unternehmen ausgewählt, sondern sie hat sich auf einen Vergleich mit denjenigen Unternehmen gestützt, die hinsichtlich ihrer Strukturfaktoren den höchsten Grad der Vergleichbarkeit mit BWB aufweisen. Die Folge war, dass strukturell weniger gut vergleichbare Unternehmen aus dem Kreis der konkreten Vergleichsunternehmen ausgeschlossen wurden, und zwar unabhängig von ihrem Preisniveau. Die ostdeutschen Versorger zählen schon angesichts ihrer meist geringen Größe und ihres geringen Metermengenwerts zum Kreis der „bestvergleichbaren“ Unternehmen.
- 166 Die Beschlussabteilung hat des Weiteren auch solche Versorger nicht in den Kreis der konkreten Vergleichsunternehmen aufgenommen, die zwar von ihrer Größe und ihrem Metermengenwert her passend erschienen, sich aber aus anderen Gründen strukturell wesentlich von BWB unterscheiden, nämlich Gelsenwasser, Mainova/Frankfurt und Stadtwerke Düsseldorf. Allen dreien ist gemeinsam, dass sie einen spürbar höheren MMW als BWB aufweisen, so dass ein Vergleich rechnerisch Zu-/Abschläge erforderlich machen würde. Gelsenwasser versorgt zudem zahlreiche, räumlich nicht zusammenhängende kleinere Tarifgebiete, und Mainova ist auf den Fremdbezug von Wasser angewiesen. Auch unterscheidet sich die Kundenstruktur dieser Unternehmen von derjenigen der BWB. Die genannten Unternehmen haben einen deutlich höherem MMW und überdurchschnittlich hohe Anteile an Industriekunden oder Weiterverteilern. Dies erschwert einen Vergleich, wenn für Industrie- und Weiterverteilern Kunden wesentlich andere Preise und Kostenstrukturen gelten, was bei den genannten Unternehmen auch der Fall ist.
- 167 In Anwendung derselben Maßstäbe hat die Beschlussabteilung ferner – zugunsten von BWB – auch sehr preisgünstige Versorger aus dem Kreis der konkreten Vergleichsunternehmen ausgeschlossen. Denn auch wenn diese Versorger einen vergleichbaren Metermengenwert wie BWB aufweisen, war zu berücksichtigen, dass dort teilweise ein hoher Teil ihres Absatzes auf Industriekunden oder Weiterverteilern entfällt, was einen unmittelbaren Vergleich mit BWB beeinträchtigen kann.
- 168 Die Argumentation der BWB¹⁵⁵ hingegen, dass HamburgWasser nicht als Vergleichsunternehmen geeignet sei, weil Hamburg im wesentlichen Umfang als Vorlieferant für Weiterverteilern tätig sei, ist abzulehnen. Dies gilt schon im Hinblick auf die tatsächlichen Umstände. Denn der Anteil des an Weiterverteilern gelieferten Rohwassers beträgt auf die gesamte verfügbare Wassermenge bezogen in Hamburg weniger als 5 %. Das ist branchenweit gesehen

¹⁵⁵ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 51 f., Bl. 1081 f. d.A.

kein ungewöhnlich hoher Anteil an Weiterverleiher-Absatz. Dass der damit erzielte Umsatz sogar weit unter der genannten Quote liegt, erklärt sich aus der Tatsache, dass die Weiterverleiher-Preise immer deutlich unterhalb der Endkunden-Preise liegen.¹⁵⁶ Grundsätzlich beeinträchtigt der Wasserverkauf an Weiterverleiher aber schon deshalb die Vergleichbarkeit von Wasserversorgern, weil absatz- und erlösseitig die Weiterverleiher-Umsätze aus den relevanten Berechnungen von vornherein ausgeklammert wurden. Kostenseitig konnte diese Unterscheidung zwar nicht erfolgen, denn die geringeren Kosten, die Weiterverleiherabsätze verursachen (im Wesentlichen nur Gewinnungskosten, da kaum Verteilungskosten), können nicht von den allgemeinen Gewinnungskosten abgegrenzt werden.

- 169 Insgesamt ist festzuhalten, dass die großstädtischen Wasserversorger sehr gut vergleichbar sind. BWB lässt sich vor allem deshalb ohne Weiteres mit anderen großstädtischen Wasserversorgern vergleichen, weil die Unterschiede in den Wasserversorgungsbedingungen sich letztlich zum Nachteil der potentiellen Vergleichsunternehmen auswirken, und damit umgekehrt zum Vorteil der BWB. Bei sämtlichen relevanten Größen- und Versorgungsdichtekriterien befindet sich BWB auf einem Spitzenplatz oder ist zumindest Teil einer engen Spitzengruppe. Auch die Kriterien der natürlichen Versorgungsbedingungen weisen Berlin als insofern von der Natur begünstigten Versorger aus, der gegenüber den potentiellen Vergleichsunternehmen zumindest nicht benachteiligt ist. Dennoch hat die Beschlussabteilung sich bei der Auswahl der Vergleichsunternehmen darauf beschränkt, nur die „bestvergleichbaren“ Unternehmen als konkrete Vergleichsunternehmen für den Preisvergleich heranzuziehen. Denn als Folge des hohen Grades an Vergleichbarkeit der letztlich ausgewählten Unternehmen konnten Zu- und Abschlagsrechnungen weitgehend entfallen.

b) Bildung einer engeren Vergleichsgruppe

- 170 Die Beschlussabteilung hat den Kreis der Vergleichsunternehmen auf eine Gruppe von Unternehmen beschränkt, die aufgrund ihrer Versorgungsbedingungen denjenigen von Berlin am ähnlichsten und für einen Vergleich daher besonders gut geeignet sind. Diese hier relevante Vergleichsgruppe besteht aus den Wasserversorgern in Hamburg, München und Köln.
- 171 Es handelt sich bei diesen Städten – neben Berlin – um die einzigen deutschen Metropolen mit einer Million oder mehr Einwohner im Wasserversorgungsgebiet. Alle anderen Städte haben deutlich weniger Einwohner (unter 700.000). Die Millionenmetropolen Hamburg, Mün-

¹⁵⁶ Sämtliche Daten entstammen der Datenübersicht „Mengen und Erlöse 2009“ (Stand 26.10.2011). Für die Jahre 2007, 2008 und 2010 gilt nichts grundsätzlich Anderes.

chen und Köln weisen auch ansonsten die meisten Parallelen zu Berlin auf. Ihre Wasserversorger sind alle in der Lage, das von ihnen benötigte Wasser weitestgehend selber zu gewinnen (kaum Fremdbezug). Sie haben ein sehr verdichtetes, großstädtisches Versorgungsgebiet (ähnlicher MMW), das kaum Höhenunterschiede, aber gut grabbare Böden aufweist. Sie haben die typische Infrastruktur großer Metropolen (U-/S-Bahnnetz, Flughafen, Hauptbahnhof, bedingt auch Hafen), einen hohen Einpendleranteil sowie viele Büro- und Verwaltungsgebäude, Hotels und Veranstaltungsorte in ihrem Versorgungsgebiet, während der eigentliche Industrieanteil an ihren Wasserkunden gering ist. Hinzu kommt, dass die Wasserversorger dieser Metropolen insgesamt eine sehr ähnliche Abgabenbelastung pro Kubikmeter Wasser (WEE, KA) aufweisen, so dass bei einem auf sie beschränkten Erlösvergleich nicht nur die völlig bereinigten Netto-, sondern auch die Bruttoerlöse ohne weiteres miteinander verglichen werden können.

6.) Methodik des angewandten Preisvergleichs

- 172 Bei der Überprüfung der Berliner Wasserpreise vergleicht die Beschlussabteilung den durchschnittlichen Preis pro Kubikmeter abgesetzten Trinkwassers in Berlin mit den entsprechenden Durchschnittspreisen anderer Wasserversorger. Es handelt sich dabei um einen Erlösvergleich, bei dem die Erlöse auf den Absatz pro m³ bezogen werden. Grundlage des Preisvergleichs sind also die von ihren Endkunden tatsächlich erhobenen Erlöse der Wasserversorger pro Kubikmeter Wasser (€/m³) und nicht ein auf vordefinierte Typfälle bezogener Tarifvergleich, wie er etwa der vom Bundesgerichtshof bestätigten Preissenkungsverfügung der hessischen Kartellbehörde gegen den Wetzlarer Wasserversorger Enwag zugrunde lag.
- 173 Ein Tarifvergleich würde sich schon deshalb schwierig gestalten, weil die Tarifstrukturen der BWB gravierende Unterschiede zu denjenigen anderer Versorger aufweisen. Um die Entgelte dennoch miteinander vergleichen zu können und das Preisniveau der einzelnen Unternehmen objektiv wiederzugeben, hat die Beschlussabteilung für jedes Unternehmen – über alle unterschiedlichen Tarifgestaltungen hinweg – den allgemeinen Durchschnittspreis¹⁵⁷ für Trinkwasser ausgerechnet. Dabei wurden sämtliche mit dem Verkauf von Trinkwasser an

¹⁵⁷ Sämtliche Preisangaben sind als Nettopreise ohne Umsatzsteuer zu verstehen. Die Verbraucher zahlen also die genannten Preise zuzüglich 7% Umsatzsteuer (ermäßigter Steuersatz für Lebensmittel).

Endkunden¹⁵⁸ erzielten Erlöse eines Unternehmens durch die Menge seiner gesamten an Endkunden abgesetzten Wasserlieferungen dividiert.

- 174 Ein Vergleich der sonstigen Geschäftsbedingungen der Wasserversorger konnte im Wesentlichen außen vor bleiben. Denn die Geschäftsbedingungen der Wasserversorgungsunternehmen sind in ihren Grundbedingungen bzw. Allgemeinen Geschäftsbedingungen gesetzlich vereinheitlicht. Es gilt bundesweit die Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser¹⁵⁹.

a) Methoden der Preismissbrauchsaufsicht im Allgemeinen

- 175 Die missbräuchliche Überhöhung von Preisen kann festgestellt werden auf der Basis eines (externen) Effizienzvergleiches (Vergleichsmarktmethode) oder auf Basis einer (internen) Kostenkontrolle (z.B. Gewinnbegrenzungskonzept).¹⁶⁰ Die hier verwendete und in § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB ausdrücklich erwähnte Methode des Vergleichsmarktkonzepts ist unstrittig anerkannt.¹⁶¹
- 176 Innerhalb der Vergleichsmarktmethode gibt es unterschiedliche Arten des Entgeltvergleichs. Bei homogenen Gütern ohne weitere Preisdifferenzierung genügt – bei einheitlicher Belastung durch Steuern und Abgaben – oftmals schon ein Vergleich der ausgewiesenen Preise (Bsp.: angeschlagene Benzinpreise bei Tankstellen). Bei homogenen Gütern mit verschiedenen Tarifpreisen (Bsp.: Energie- und Wasserwirtschaft) kann ein Vergleich auf Basis der ausgewiesenen Tarife in Frage kommen.

b) Erlösvergleich grundsätzlich vorzuziehen

- 177 Grundsätzlich ist nach Auffassung des Bundeskartellamtes der Erlösvergleich gegenüber einem Tarifvergleich vorzugswürdig. Anhand eines Erlösvergleichs kann die Mengenstruktur unter Berücksichtigung aller Abnahmefälle sowie Mischpreissysteme (Grund- und Verbrauchspreise) über einen Zeitraum erfasst werden.¹⁶² Im Fall solcher Mischpreise bietet sich

¹⁵⁸ Davon zu unterscheiden sind die Preise für Weiterverteiler (z.B. benachbarte Kommunen oder Wasserverbände). Diese sind nicht Teil des Marktes Trinkwasserversorgung (gegenüber Endkunden) und deshalb hier nicht berücksichtigt worden.

¹⁵⁹ Vgl. Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser v. 20.07.1980, BGBl. I 750, 1067 – AVB WasserV.

¹⁶⁰ Vgl. *Engelsing* in Berliner Kommentar zum Energierecht, 1. Aufl. 2004, § 19 GWB Rz. 178-180; *Nothdurft* in Langen/Bunte Bd. I, 11. Aufl. 2010, § 19 Rz. 107 ff.

¹⁶¹ Vgl. *Nothdurft* in Langen/Bunte Bd. I, 11. Aufl. 2010, § 19 Rz. 114 m.w.N. Teilweise wird die Methode des Vergleichsmarktkonzepts sogar als vorrangig angesehen, s. OLG Stuttgart, Beschluss vom 25.08.2011, 201 Kart 2/11, S.4 ff. Aufgrund Rechtsbeschwerde des Landes Baden-Württemberg liegt die Sache beim BGH, dortiges Aktz.: KVR 51/11.

¹⁶² Vgl. *Engelsing* in Berliner Kommentar zum Energierecht, 1. Aufl. 2004, § 19 GWB Rz. 194.

der sogenannte Erlösvergleich als vom Einzelfall gelöste, objektivierte Vergleichsgrundlage an. Er ermöglicht die Bestimmung des tatsächlichen Preisniveaus, weil hier tarifübergreifende oder sogar tarifunabhängige Durchschnittspreise gebildet werden können.

- 178 Beim Erlösvergleich handelt es sich um eine zulässige und vom Bundesgerichtshof bestätigte Prüfungsmethode in Preismissbrauchsverfahren.¹⁶³ Die Anwendung des Erlösvergleichs als Ausprägung des räumlichen Vergleichsmarktkonzepts sieht vor, die mit der Belieferung von Wasserendkunden erzielten Erlöse zunächst um unbeeinflussbare Komponenten wie insbesondere staatliche Abgaben zu bereinigen. Im Rahmen des Erlösvergleiches wird zudem eine Zeitraumbetrachtung angestellt. Die Erlöse für die gesamte in dem jeweiligen Kalenderjahr abgesetzte Menge gehen in eine Jahresbetrachtung ein. Das Vorgehen der Beschlussabteilung gewährleistet zudem, dass sämtliche Erlöse einbezogen werden – unabhängig davon, ob diese in Form von Grund-, Arbeits-, Mess- oder sonstigen Preisen vereinnahmt werden. Des Weiteren werden durch die Jahresbetrachtung unterjährige Preisänderungen berücksichtigt. Ferner ermöglicht es der Erlösvergleich der Beschlussabteilung, alle Tarife mit ihrer jeweiligen Abnahmemenge und damit ihrer realen Bedeutung zu erfassen.

c) Tarifpreisvergleich bei BWB nicht sinnvoll durchführbar

- 179 Üblicherweise wurden in bisherigen Wasserpreisverfahren im Rahmen eines Entgeltvergleichs nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB oder nach § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 die Tarifpreise verschiedener Unternehmen miteinander verglichen. Es wurden a priori verschiedene typische Abnahmefälle von der Kartellbehörde definiert (Bsp: Einfamilienhaus, Zählergröße QN 2,5, Abnahmemenge XX m³) und ausgerechnet, welche konkreten Wasserpreise sich bei diesen Haushalten in den verschiedenen Städten ergeben würden. Für jeden einzelnen Typfall wurden dann die einzelnen Preise der verschiedenen Unternehmen miteinander verglichen.
- 180 Im Fall der BWB kann diese Methode des tarifbasierten Preisvergleichs nicht sinnvoll angewendet werden, weil die Tarifgestaltung der BWB nicht mit den Tarifgestaltungen anderer Wasserversorger vergleichbar ist. So basieren die bisherigen Tarifpreisvergleiche auf einem Vergleich der Tarife für eine einzige Zählergröße (QN 2,5), die üblicherweise in Einfamilienhäusern oder auch kleinen und mittleren Mehrfamilienhäusern eingebaut ist. Die Ermittlungen der Beschlussabteilung haben jedoch ergeben, dass die Verwendung dieses Zählertyps gerade in den hier relevanten Millionenmetropolen entweder nicht üblich ist oder keine repräsentative Rolle im Rahmen des Wasservertriebs spielt. Bei BWB repräsentiert der

¹⁶³ BGHZ 129, 37 (41) – *Weiterverteiler*, BGH, Beschl. v. 28.05.2005, KVR 17/04, WuW/E DE-R 1513, 1515 – *Stadtwerke Mainz*.

Zählertyp QN 2,5 weniger als 25 % des gesamten an Endkunden abgesetzten Trinkwassers und auch weniger als 25 % der Trinkwassererlöse. Dagegen repräsentieren die nur für Großverbraucher vorgesehenen Zählertypen 6 bis 150 in Berlin mehr als 75 % des gesamten an Endkunden abgesetzten Trinkwassers sowie auch mehr als 75 % der Trinkwassererlöse.

- 181 Dies bedeutet aber umgekehrt nicht, dass bei Großstädten ein Tarifvergleich einfach auf der Basis einer höheren Zählergröße erfolgen könnte. Denn in Hamburg beispielsweise entfällt fast ein Drittel des Absatzes sowie der Umsätze auf die (in anderen Städten nahezu unbekannte) Zählergröße QN 1,5.¹⁶⁴ Wieder anders sind die Verhältnisse in Köln, wo es keine Tarife für kleinere Zähler gibt, sondern die tariflichen Zählergrößen erst bei QN 6 beginnen. Angesichts dieser außerordentlich unterschiedlichen Tarifstrukturen ist eine einheitliche Basis für einen Tarifvergleich nicht zu erreichen, denn die typischen Abnahmefälle in Berlin unterscheiden sich wesentlich von den typischen Abnahmefällen in anderen Städten.
- 182 Lediglich informationshalber sollen hier die den Kunden in Rechnung gestellten Gesamtpreise (netto in € pro m³) von Berlin, Hamburg, München und Köln anhand der im Fragebogen ausgewählten Typfälle nebeneinander gestellt werden:

¹⁶⁴ Hintergrund ist die politische Entscheidung der Stadt Hamburg, den sparsamen Umgang mit Wasser dadurch zu fördern, dass die Bevölkerung zur (ggf. kostspieligen) Einrichtung von Wohnungswasserzählern verpflichtet wird. Jeder Haushalt bezahlt dann nur für die tatsächlich von ihm verbrauchte Wassermenge und nicht mehr anteilig für die im gesamten Wohnblock verbrauchte Menge. Diese seit 1987 geltende Verpflichtung, in Neubauten und bei Sanierungen Wohnungswasserzähler einzubauen, dürfte (mit-)ursächlich sein für den erheblichen kontinuierlichen Rückgang des Pro-Kopf-Verbrauchs in Hamburg auf aktuell ca. 110 l am Tag, was teilweise zur Notwendigkeit von Leitungsspülungen geführt hat (Hamburg Wasser <http://www.hamburgwasser.de/infrastruktursysteme.html>).

Tabelle 16: Gesamtpreise (ohne USt) pro m³ bei laut Fragebogen einheitlicher Vorgabe von Zählergröße QN 2,5, Bezugsjahr 2009¹⁶⁵

	Berlin ¹⁶⁶	HH	M ¹⁶⁷	K ¹⁶⁸
QN 2,5, Typ 1 (2-Zimmer-Wohnung)	2,17	<2,50	<2,50	<3,00
QN 2,5, Typ 2 (Einfamilienhaus)	2,14	<2,00	<2,00	<2,50
QN 2,5, Typ 3 (5 Wohneinheiten)	2,10	<2,00	<2,00	<2,00
QN 2,5, Typ 4 (9 Wohneinheiten)	2,11	<2,00	<2,00	<2,00
QN 2,5, Typ 5 (12 Wohneinheiten)	2,09	<2,00	<2,00	<2,00
QN 2,5, Typ 6 (15 Wohneinheiten)	2,09	<2,00	<1,50	<2,00
QN 2,5, Typ 7 (Kleingewerbe)	2,05	<1,50	<1,50	<2,00

183 Da diese Tarifpreise für keines der aufgeführten Unternehmen wirklich repräsentativ sind, sollen sie hier nicht im Detail kommentiert werden. Erkennbar wird lediglich, dass HamburgWasser, SW München und RheinEnergie Köln selbst im Rahmen der kleinen Zählergröße QN 2,5 von Großverbrauchern (insbesondere auch Mehrfamilienhäusern bzw. Wohnblocks) deutlich niedrigere Preise fordern als die BWB. Bei Betrachtung höherer Zählergrößen ergibt sich ein aussagekräftigeres Bild. Denn bei den dort üblichen, großen Mengen wirken sich die deutlich niedrigeren Arbeitspreise bei HamburgWasser, SW München und RheinEnergie erheblich zugunsten der Kunden aus, während in Berlin die hohen Arbeitspreise von über 2 € pro Kubikmeter Wasser dazu führen, dass das Preisniveau über alle Tarife hinweg konstant hoch bleibt und für die eigentlich kostengünstig zu versorgenden

¹⁶⁵ BWB Berlin, SW München und RheinEnergie Köln haben sich nicht an die Vorgabe des Fragebogens, nämlich die Zugrundelegung des Typfalls QN 2,5 gehalten, sondern teilweise – die bei ihnen tatsächlich verwendeten – abweichenden Zählergrößen zugrundegelegt (s. dazu im Einzelnen die nächsten drei Fußnoten).

¹⁶⁶ BWB Berlin legt bei den Typfällen 4-6 die Zählergröße QN 6 und beim Typfall 7 die Zählergröße QN 10 zugrunde, wobei den Kunden freigestellt ist, auch für die Typfälle 4-7 die Zählergröße QN 2,5 zu wählen.

¹⁶⁷ SW München legt bei den Typfällen die Zählergröße in Abhängigkeit vom Durchfluss (in l/s) laut dem eigenen Tarifblatt fest.

¹⁶⁸ RheinEnergie Köln legt bei den Typfällen nicht die Zählergröße QN 2,5, sondern QN 6 zugrunde, wobei jedoch beide Zählergrößen zu demselben Grundpreis abgerechnet werden.

Großverbraucher (d.h. indirekt Mieter in Wohnblocks, Wohnungsgesellschaften) teilweise höher liegt als für die – in Berlin relativ seltenen – Besitzer von Einfamilienhäusern.

d) Erlösvergleich als geeignete Methode für Preisvergleiche in der Wasserwirtschaft

- 184 Die oben erkennbaren strukturellen Defizite eines Tarifvergleichs, der im Grunde nur möglich ist, wenn die verglichenen Unternehmen von vornherein ähnliche Tarifstrukturen aufweisen, vermeidet der Erlösvergleich. Denn der Erlösvergleich nimmt den vom Gesetz geforderten Entgeltvergleich nicht nur für einzelne Ausschnitte (Tarifgruppen) vor, sondern für die gesamten von einem Wasserversorger geforderten Wasserentgelte. Er ist daher unabhängig von den Zufälligkeiten und den Unterschieden der Tarifstruktur aller miteinander verglichenen Wasserversorger.¹⁶⁹ Weitere Vorteile des Erlösvergleichs sind die Berücksichtigung der tatsächlich preisrelevanten Elemente in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung (Mengengewichtung) und die Einbeziehung unterjähriger Tarifänderungen.
- 185 Die Anwendbarkeit des Erlösvergleichs im Rahmen der kartellrechtlichen Preismissbrauchsaufsicht ist – nicht zuletzt für die Vorschrift des § 103 GWB 1990¹⁷⁰ – höchstrichterlich anerkannt. Das gilt auch für die netzbezogene¹⁷¹ Ausgestaltung des Erlösvergleichs im Energiebereich, wonach die Gesamterlöse ins Verhältnis zur Länge des Leitungsnetzes gesetzt werden.¹⁷² Einer Übertragung dieser Methoden auf den Bereich der leitungsgebundenen Wasserversorgung steht nichts entgegen.¹⁷³ Ganz im Gegenteil erscheint der Erlösvergleich aus grundsätzlichen Erwägungen vorzugswürdig¹⁷⁴ und auch für die Wasserbranche geradezu prädestiniert. Denn aus den Erlösen kann ohne jegliche Verzerrungen ein aussagekräftiger Durchschnittspreis pro m³ berechnet werden, der das höchste Maß an Objektivität enthält, da er von keinen zusätzlichen unternehmensindividuellen Komponenten abhängig ist. Darüber hinaus können die Durchschnittserlöse auch unter Berücksichtigung weiterer unternehmensindividueller Faktoren (z. B. Netzlänge, Zahl der versorgten Einwohner) berechnet werden, so dass – im Vergleich zu dem Durchschnittspreis pro m³ – die kausale Bedeutung des jeweiligen Faktors für den Preis transparent gemacht werden kann.

¹⁶⁹ Vgl. *Wagemann* in FS Bechtold, München 2006, S. 593, 604.

¹⁷⁰ Vgl. BGH WuW/E BGH 2967 „Strompreis Schwäbisch-Hall“.

¹⁷¹ Vgl. *Engelsing*, Konzepte der Preismissbrauchsaufsicht im Energiesektor, ZNER 2003, 111.

¹⁷² Vgl. BGH BGHZ 163, 282, 291 „Stadtwerke Mainz“.

¹⁷³ Vgl. BGH, Beschl. v. 02.02.2010, KVR 66/08, Beschlussausfertigung Tz. 46 – *Wasserpreise Wetzlar*.

¹⁷⁴ Vgl. *Säcker/Engelsing* in Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 2, 2. Aufl. 2010, Rz. 154 ff.

- 186 Die von BWB gegen den Erlösvergleich erhobenen Einwände¹⁷⁵ sind unbeachtlich. Entgegen den Ausführungen von BWB handelt es sich bei dem Erlösvergleich um eine anerkannte und höchstrichterlich bestätigte¹⁷⁶ Prüfungsmethode in Preismissbrauchsverfahren, deren Anwendung nicht auf Netznutzungsentgelte beschränkt ist. Zutreffend ist lediglich, dass der Erlösvergleich je Kilometer Leitungslänge ursprünglich für die Überprüfung von Netznutzungsentgelten entwickelt wurde. Der im vorliegenden Verfahren zugrundegelegte Durchschnittspreis pro Kubikmeter im Rahmen eines ausschließlich absatzbasierten Erlösvergleich hat mit der Netzlänge zunächst nichts zu tun. Die Tatsache, dass die Beschlussabteilung *zusätzlich zu dem absatzbasierten Erlösvergleich* (= Erlös in € pro m³ Absatz) auch den netzlängenbasierten Erlösvergleich (= Erlös in € pro km Netzlänge) ausgerechnet hat, wirkt sich nicht zu Lasten von BWB aus, sondern dient vielmehr der Überprüfung (und Bestätigung) der gefundenen Ergebnisse. Denn in der Wasserwirtschaft¹⁷⁷ wird die Bedeutung des Leitungsnetzes als vorrangigem Kostenfaktor derart in den Vordergrund gestellt, dass es der Beschlussabteilung angebracht erschien, den Preisvergleich vorsichtshalber auch auf der Basis der Netzleitungslänge (= durchschnittlicher Wasserpreis pro km Leitungsnetz) durchzuführen. Die Frage, ob die Methode des netzbasierten Erlösvergleichs für die – durchaus netzgebundene – Wasserwirtschaft geeignet oder sogar vorzugswürdig ist, stellt sich im vorliegenden Verfahren nicht. Denn beide Methoden kommen hier zu denselben Ergebnissen.
- 187 Insbesondere aber verkennt BWB, dass es sich bei dem hier für die Wasserbranche vorgenommenen Entgeltvergleich um einen Preisvergleich handelt, wie er angeblich von der Literatur¹⁷⁸ gefordert wird. Nur wird der hier verwendete, echte Preisvergleich auf der Basis aller tatsächlich gezahlten („erlösten“) Entgelte angestellt und nicht auf der Basis von bloßen Tarifpreisangaben. Die angegebenen Preise sind Wasserpreise pro Kubikmeter, die eher mit der Angabe von Literpreisen für Mineralöl verglichen werden können. Allerdings wird an der Tankstelle jedem Kunden derselbe jeweils angeschlagene Preis pro Liter berechnet, während die Wasserversorger die Abnahme jedes Kunden abhängig von dessen Zählergröße und konkretem Verbrauch bepreisen. Dies hat zur Folge, dass es nicht einen allgemeingültigen (abgabebereinigten) Wasserpreis pro Kubikmeter gibt, sondern jeder Kunde einen indi-

¹⁷⁵ Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 12 sowie S. 40, S. 78 – 81, Bl. 1042 sowie Bl. 1070, 1108-1111 d.A.

¹⁷⁶ BGHZ 129, 37 (41) – *Weiterverteiler*, BGH, Beschl. v. 28.05.2005, KVR 17/04, WuW/E DE-R 1513, 1515 – *Stadtwerke Mainz*.

¹⁷⁷ Vgl. z. B. die Übersicht „Entwicklung der Investitionen 1990 bis 2010 in der Öffentlichen Wasserversorgung“ im Branchenbild der deutschen Wasserwirtschaft 2011 des BDEW, S. 76, aus der sich ergibt, dass mehr als die Hälfte der gesamten Investitionen der Wasserwirtschaft auf das Leitungsnetz entfallen.

¹⁷⁸ In diesem Sinne Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 80, Bl. 1110 d.A.

viduellen Preis pro Kubikmeter Wasser zahlt. Nur der sich aus der Gesamtheit aller Rechnungen ergebende real erlöste Durchschnittspreis pro Kubikmeter kann in seriöser Weise als „der“ Wasserpreis des Versorgers bezeichnet werden. Genau dieser liegt dem hier durchgeführten Preisvergleich zugrunde.

- 188 Die Einwände der BWB gegen die Methodik des Erlösvergleichs erstaunen vor dem Hintergrund, dass die Ermittlung von durchschnittlichen Wasserpreisen in der Wasserbranche anerkannt und weit verbreitet ist, zumal es sich um den besten Weg handeln dürfte, das Preisniveau der einzelnen Anbieter darzustellen und zu vergleichen. Gerade auch der BDEW, der den größten Teil der deutschen Wasserwirtschaft repräsentiert, veröffentlicht seit langer Zeit eine Übersicht, in der – für alle Wasserversorger zusammengenommen – der durchschnittliche Trinkwasserpreis für Haushalte in Deutschland angegeben wird. Er lag nach den Erkenntnissen des BDEW im Jahr 2010 bei 1,91 € pro Kubikmeter einschließlich Umsatzsteuer (d. h. netto 1,785 €/m³).¹⁷⁹

e) Kein Vergleich auf Basis einer „Belastungsmessung“

- 189 BWB kritisiert, dass der von der Beschlussabteilung vorgenommene Erlösvergleich (d.h. der durchschnittlichen Kubikmeterpreis) nicht die tatsächliche Belastung der Haushalte mit Wasserpreisen widerspiegelt. Aufgrund des geringen Pro-Kopf-Verbrauchs in Berlin sei die finanzielle Belastung der Bevölkerung durch die Wasserpreise geringer als in anderen Städten, die einen niedrigeren Kubikmeterpreis aufwiesen.
- 190 Die Anwendung eines solchen „Belastungsvergleichs“ anstelle des vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehenen Entgeltvergleichs ist nach Auffassung der Beschlussabteilung nicht akzeptabel. Denn der Maßstab „Belastung“ ist nicht nur von der Preisstellung des Versorgers, sondern ganz maßgeblich von der Kaufkraft der jeweiligen Abnehmer abhängig. Bei praktisch allen Versorgungsleistungen ist die finanzielle Belastung beispielsweise der Münchener Bürger erheblich höher als diejenige der Berliner Bevölkerung, da die kaufkräftigen Münchener mehr konsumieren als die Berliner. Dennoch würde niemand den Preis eines Produkts für günstig halten, nur weil er selbst wenig davon konsumiert. Ebenso ist die begrenzte Pro-Kopf-Belastung mit Wasserpreisen kein Verdienst der BWB, sondern resultiert aus der Sparsamkeit der mit hohen Wasserpreisen konfrontierten Berliner Bürger. Ein Abstellen auf die Ausgabenbelastung der Haushalte würde zu Fehlanreizen führen. Denn das zu prüfende Unternehmen würde zunächst durch hohe Preise für eine Verringerung des

¹⁷⁹ BDEW: www.bdew.de unter „Wasserfakten im Überblick“ (Stand April 2012) [http://bdew.de/internet.nsf/id/C125783000558C9FC125766C0003CBAF/\\$file/Wasserfakten%20im%20%20%20C3%9Cberblick%20-%20freier%20Bereich%20April%202012_1.pdf](http://bdew.de/internet.nsf/id/C125783000558C9FC125766C0003CBAF/$file/Wasserfakten%20im%20%20%20C3%9Cberblick%20-%20freier%20Bereich%20April%202012_1.pdf), Internet-Recherche vom 04.06.2012).

Verbrauchs sorgen und sich diesen Effekt dann im Rahmen der Preisprüfung noch zugutehalten. Ein Monopolist könnte gar prohibitiv hohe Preise fordern, die sich kaum noch ein Abnehmer leisten könnte. Nach der Logik der von BWB vorgetragenen Argumentation stelle dies keinen Missbrauch dar, da die Abnehmer im Durchschnitt aufgrund des Konsumverzichts nicht belastet würden. Basis des Entgeltvergleichs ist deshalb ausschließlich der Preisvergleich pro Volumeneinheit (m³ Wasser) und nicht etwa ein Vergleich der finanziellen Belastung von Kunden/Haushalten mit den Entgeltforderungen ihrer Wasserversorger.

7.) Der Preisvergleich

a) Ergebnis der Preisvergleichs (Preisüberhöhung)

- 191 Die Preisüberhöhung der BWB im Verhältnis zu den Vergleichsunternehmen beträgt für das Jahr 2009 durchschnittlich ████████ €/m³, für das Jahr 2010 durchschnittlich ████████ €/m³ und für das Jahr 2011 durchschnittlich ████████ €/m³.
- 192 Berechnungsgrundlage sind die nachfolgend unter e) dargestellten abgabenbereinigten durchschnittlichen Nettopreise, d.h. von den Bruttopreisen aller Unternehmen wurden Umsatzsteuer, die jeweiligen Wasserentnahmeentgelte und Konzessionsabgaben sowie sonstige Straßennutzungsgebühren abgezogen.
- 193 Aus Gründen der Transparenz wird nachfolgend in einzelnen Schritten dargestellt, welche Auswirkungen es hätte, wenn der Preisvergleich nicht auf der Basis der hier vorgegebenen Definition (netto und abgabenbereinigt) stattfände. Es zeigt sich, dass sämtliche Unterschiede entweder minimal sind oder aber – zu Lasten von BWB – die preislichen Unterschiede noch deutlicher zutage treten. In jeder Variante des Preisvergleichs überschreitet BWB die Durchschnittspreise der Vergleichsunternehmen um **mindestens** ██████ %.

b) Vorgehensweise

- 194 Erlöse von Wasserversorgern sind nach der hier verwendeten Marktdefinition die mit dem Verkauf von leitungsgebundenen Trinkwasser erzielten Umsätze mit Letztverbrauchern.¹⁸⁰ Erlöse mit dem Verkauf von Wasser an Weiterverteiler werden generell nicht erfasst.
- 195 Es wird zunächst ein Erlösvergleich inkl. USt dargestellt, der das abbildet, was die Endkunden bezahlen müssen. Es folgt der Vergleich der Nettoerlöse (ohne USt). Anschließend ist der Vergleich auf der Basis der hier letztlich maßgeblichen abgabenbereinigten Nettoerlöse dargestellt. Aufgrund der Besonderheiten des vorliegenden Falles konnten nämlich zu Ver-

¹⁸⁰ Vgl. BGH, Beschl. v. 02.02.2010, KVR 66/08, Beschlussausfertigung Tz. 27 – *Wasserpreise Wetzlar*.

gleichszwecken sämtliche Wasserentnahmeentgelte und Konzessionsabgaben sowie sonstige Straßennutzungsgebühren von den Erlösen abgezogen werden. Nur diese „Netto-Netto-Entgelte“ wurden für die Feststellung der Preisabweichung verwendet. Sie bilden ab, welche Erlöse unmittelbar im Unternehmen des Wasserversorgers verbleiben.

- 196 Die hier beschriebenen Preisvergleiche werden mengenspezifisch (pro m³ Wasserabsatz) dargestellt. Daneben erfolgt für alle Varianten mit Ausnahme des Bruttovergleichs eine Darstellung bezogen auf die Netzlänge sowohl mit als auch ohne Hausanschlussleitungen. Durch diese zusätzliche Bezugsgröße sollen die Ergebnisse des mengenspezifischen Erlösvergleichs objektiviert werden. Schließlich wird der Preisvergleich – rein informativ – auch in der Variante mit Berücksichtigung von Auflösungen von Hausanschlusskosten- oder Baukostenzuschüssen (HAKB/BKZ) durchgeführt.
- 197 Bei den Preisvergleichen werden zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen die Einzelwerte der Vergleichsunternehmen in Spannen sowie als Durchschnittswert angegeben. Einerseits wird der Durchschnittswert („Ø“) angegeben. Dieser wird aus der Summe der drei spezifischen Einzelangaben der Vergleichsunternehmen dividiert durch 3 berechnet. Darüber hinaus wird, wenn möglich, ebenfalls der mengengewichtete Durchschnitt („mg. Ø“) angegeben. Hierzu wird die Summe aller Erlöse durch die Summe aller Endkundenabsätze bzw. Leitungskilometer dividiert. Lediglich beim abgabenbereinigten, mengenspezifischen Erlösvergleich ist die Angabe eines mengengewichteten Durchschnitts nicht möglich, weil die Berechnung der spezifischen Konzessionsabgaben und Wasserentnahmeentgelte auf unterschiedlichen Bezugsgrößen (Endkundenabsatz bei Konzessionsabgaben, nutzbare Wasserabgabe bei Wasserentnahmeentgelten) basiert.
- 198 Die meisten der im Folgenden dargestellten Preisvergleiche werden zusätzlich durch ein Diagramm illustriert. Darin werden neben dem Wert der BWB und dem Durchschnittswert der Vergleichsunternehmen ebenfalls die Durchschnittswerte aller 37 befragten großstädtischen Versorger ohne Berlin („Ø bundesweit ohne Berlin“), aller befragten ostdeutschen Großstädte („Ø Ost ohne Berlin“)¹⁸¹ sowie aller befragten westdeutschen großstädtischen Versorger („Ø West ohne Berlin“)¹⁸². Diese zusätzlich aufgeführten Durchschnittswerte dienen jedoch lediglich der Illustration. Maßgeblich für die Berechnung der Preisabweichung sind allein die Durchschnittswerte der drei konkreten Vergleichsunternehmen.

¹⁸¹ Versorger der Städte Leipzig, Dresden, Chemnitz, Magdeburg, Halle, Erfurt und Rostock

¹⁸² Versorger der Städte Hamburg, München, Köln, Frankfurt, Stuttgart, Dortmund, Düsseldorf, Essen, Bremen, Hannover, Nürnberg, Duisburg, Bochum, Wuppertal, Bielefeld, Bonn, Mannheim, Karlsruhe, Wiesbaden, Münster, Augsburg, Gelsenkirchen, Aachen, Mönchengladbach, Braunschweig, Kiel, Krefeld, Freiburg, Oberhausen und Lübeck.

199 Alle nachfolgend dargestellten Varianten des Preisvergleichs beziehen sich grundsätzlich auf das Jahr 2010. Die beiden zentralen Darstellungen zum mengenspezifischen Preisvergleich (ohne USt) und zum Vergleich der abgabenbereinigten mengenspezifischen Durchschnittspreise (ohne USt, ohne WEE, ohne KA) sind zusätzlich auch für das Jahr 2009 sowie für 2011 aufgeführt. Da anhand der Daten für 2010 gezeigt wird, dass die anderen Varianten, beispielsweise die Berücksichtigung von HAKB/BKZ, nicht zu wesentlich abweichenden Ergebnissen führen, wird insoweit auf die umfassende Darstellung für das Jahr 2011 verzichtet.

c) Vergleich der Brutto-Durchschnittspreise (von den Kunden gezahlte Entgelte)

200 Aus Verbrauchersicht ist der Bruttopreis-Vergleich relevant. Er gibt auf den Cent genau an, welche Entgelte die Wasserverbraucher in den jeweiligen Städten im Durchschnitt pro Kubikmeter Wasser gezahlt haben. Daher wird nachfolgend zur Veranschaulichung der Bedeutung für die Verbraucher der Erlösvergleich inkl. USt aufgeführt. Dieser Brutto-Preisvergleich ist jedoch nicht maßgeblich für die Berechnung der Preisabweichung.

201 **Preisvergleich (inkl. USt), mengenspezifisch, Bezugsjahr 2010¹⁸³:**

1. BWB, Berlin	2,2500 – 2,4999 € /m ³
2. RheinEnergie, Köln	1,7500 – 1,9999 € /m ³
3. HamburgWasser	1,7500 – 1,9999 € /m ³
4. SW München	1,5000 – 1,7499 € /m ³
Durchschnitt von 2.-4.:	1,8096 € /m ³ (mengengewichtet: 1,8072 € /m ³)
<u>Preisabweichung Berlin:</u>	██████ € /m ³ (mengengewichtet: ██████ € /m ³), 20 - 40 % (mengengewichtet: 20 - 40 %) ¹⁸⁴

d) Vergleich der Netto-Durchschnittspreise (ohne USt)

202 Bei der im Kartellrecht üblichen und für das Rechnungswesen der Unternehmen grundlegenden Netto-Betrachtung zeigen sich folgende Netto-Durchschnittspreise:

203 **Preisvergleich (ohne USt), mengenspezifisch, Bezugsjahr 2009¹⁸⁵:**

1. BWB, Berlin	2,0000 – 2,2499 € /m ³
2. RheinEnergie, Köln	1,7500 – 1,9999 € /m ³
3. HamburgWasser	1,5000 – 1,7499 € /m ³
4. SW München	1,5000 – 1,7499 € /m ³
Durchschnitt von 2.-4.:	1,6720 € /m ³ (mengengewichtet: 1,6681 € /m ³)

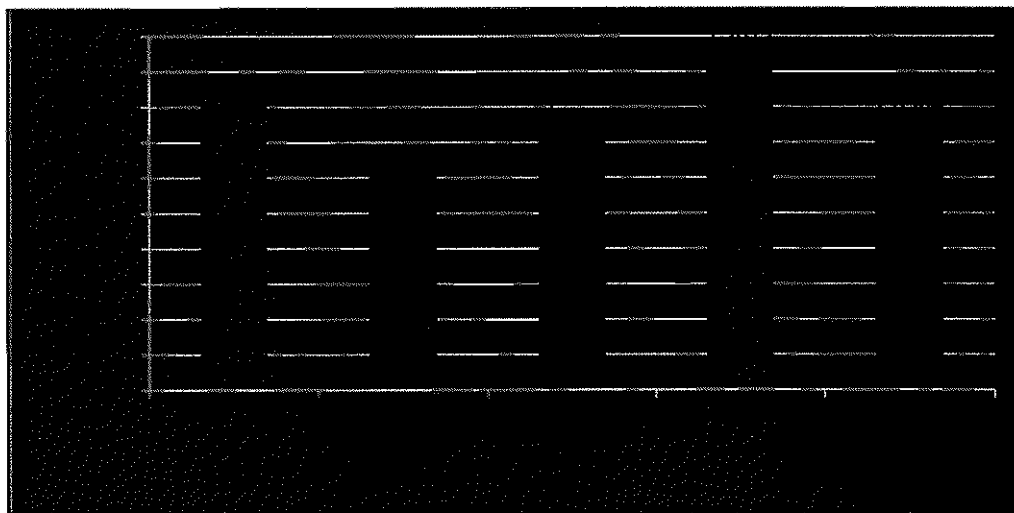
¹⁸³ Vgl. Auswertung „Erlösvergleich 2010 inkl. USt“, (Stand 21.03.2012).

¹⁸⁴ Die prozentuale Abweichung gibt an, um wie viel % der Preis der BWB über dem Durchschnittspreis der Vergleichsunternehmen (angesetzt mit 100%) liegt.

¹⁸⁵ Vgl. Auswertung „Erlösvergleich 2009“ (Stand 03.11.2011), Tabellenblatt „Erlöse 2009 pro m³“.

Preisabweichung Berlin: \blacksquare €/m³ (mengengewichtet: \blacksquare €/m³),
 20 - 40 % (mengengewichtet: 20 - 40 %)

Diagramm 1: Netto-Durchschnittspreise ohne USt, inkl. WEE, KA (2009), mengenspezifisch

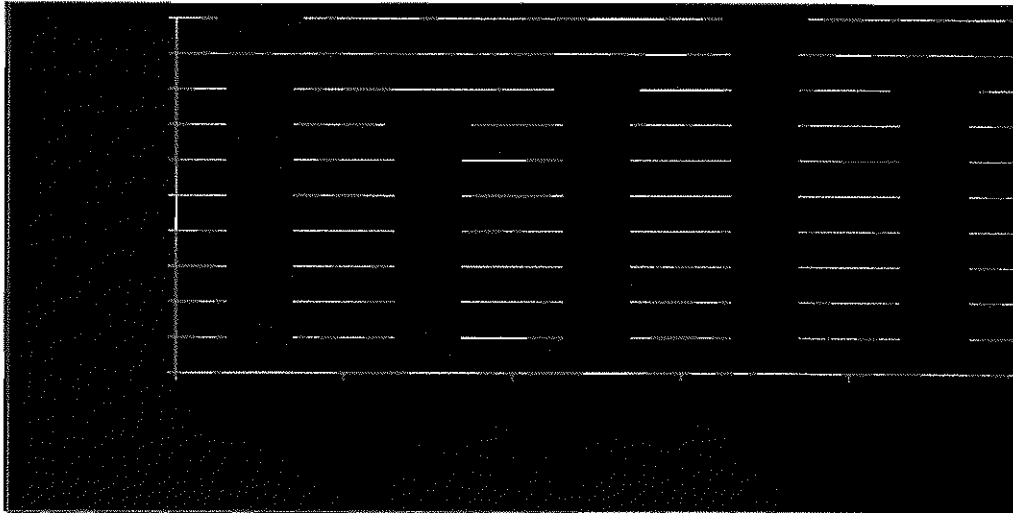


204 Preisvergleich (ohne USt), mengenspezifisch, Bezugsjahr 2010¹⁸⁶:

1. BWB, Berlin $2,0000 - 2,2499$ €/m³
 2. RheinEnergie, Köln $1,7500 - 1,9999$ €/m³
 3. HamburgWasser $1,7500 - 1,9999$ €/m³
 4. SW München $1,5000 - 1,7499$ €/m³
- Durchschnitt von 2.-4.: 1,6912 €/m³ (mengengewichtet: 1,6890 €/m³)
- Preisabweichung Berlin: \blacksquare €/m³ (mengengewichtet: \blacksquare €/m³),
 20 - 40 % (mengengewichtet: 20 - 40 %)

¹⁸⁶ Vgl. Auswertung „Erlösvergleich 2010“ (Stand 21.11.2011), Tabellenblatt „Erlöse 2010 pro m³“.

Diagramm 2: Netto-Durchschnittspreise ohne USt, inkl. WEE, KA (2010), mengen-spezifisch



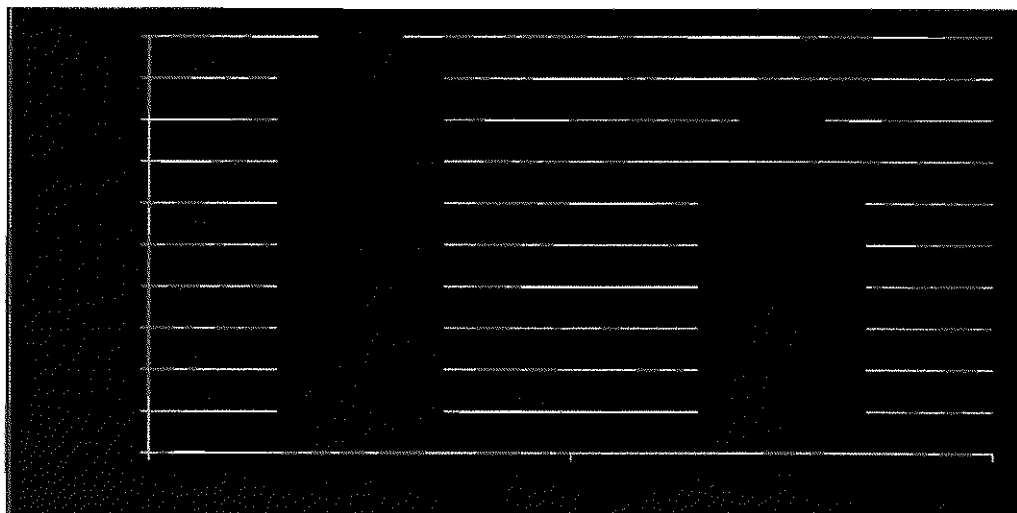
205 Preisvergleich (ohne USt), mengen-spezifisch, Bezugsjahr 2011¹⁸⁷:

1. BWB, Berlin	2,2500 – 2,4999 € /m ³
2. HamburgWasser	2,0000 – 1,2499 € /m ³
3. RheinEnergie, Köln	1,7500 – 1,9999 € /m ³
4. SW München	1,5000 – 1,7499 € /m ³
Durchschnitt von 2.-4.:	1,7296 € /m ³ (mengengewichtet: 1,7334 € /m ³)
Preisabweichung Berlin:	█ € /m ³ (mengengewichtet: █ € /m ³), 20 – 40 % (mengengewichtet: 20 – 40 %)

206 Da für das Jahr 2011 nur die Erlöse von BWB und den Vergleichsunternehmen abgefragt wurden, enthält das folgende Diagramm keine Säulen für die bundesweiten, westdeutschen und ostdeutschen Durchschnittswerte.

¹⁸⁷ Vgl. Auswertung „Erlösvergleich 2011“ (Stand 19.03.2012), Tabellenblatt „Übersicht“.

Diagramm 3: Netto-Durchschnittspreise ohne USt, inkl. WEE, KA (2011), mengenapazifisch



207 Die vorstehenden Auswertungen und Grafiken zeigen, dass die Wasserpreise der BWB auch im bundesweiten Vergleich aller großstädtischen Wasserversorger (über 200.000 Einwohner) in allen betrachteten Zeiträumen überdurchschnittlich sind. Das ist bemerkenswert, weil die Versorgungsbedingungen in Berlin bei einem bundesweiten Vergleich schon angesichts des riesigen einheitlichen Versorgungsgebiets außergewöhnlich gut sind. In den Durchschnittswerten sind zudem zahlreiche Versorger enthalten, die unter erheblichen – BWB unbekanntenen – Kostennachteilen leiden (teure Fremdwasserversorgung, Höhenunterschiede im Versorgungsgebiet von mehreren hundert Metern, niedrige Metermengenwerte, schrumpfende Bevölkerungen etc.).

e) Vergleich der abgabenbereinigten Netto-Durchschnittspreise (ohne USt, ohne WEE, ohne KA) = Berechnungsbasis für die Entgeltabsenkung

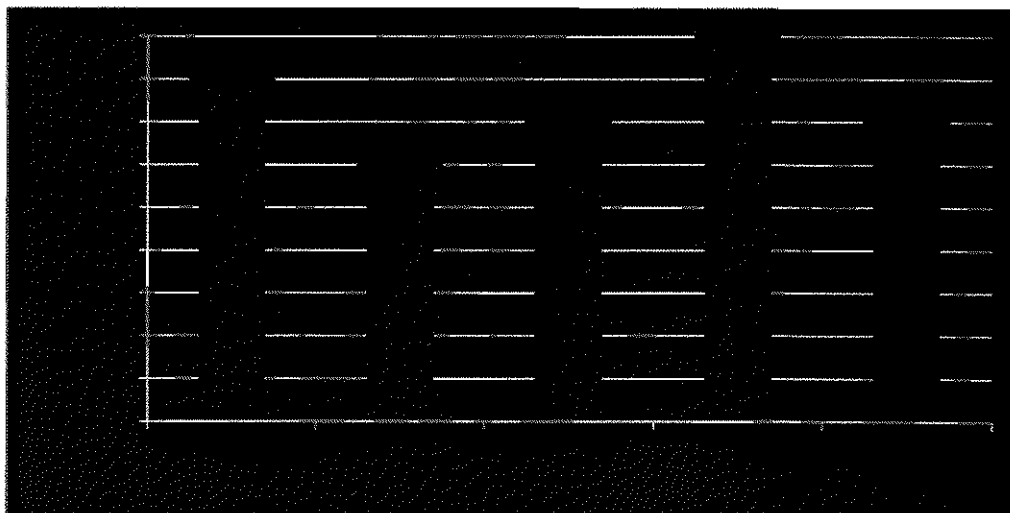
208 Preisvergleich (ohne USt), bereinigt um Abgaben (d.h. ohne WEE, KA), mengenpezifisch, Bezugsjahr 2009¹⁸⁸:

1. BWB, Berlin	1,7500 - 1,9999 € /m ³
2. RheinEnergie, Köln	1,2500 - 1,4999 € /m ³
3. HamburgWasser	1,2500 - 1,4999 € /m ³
4. SW München	1,2500 - 1,4999 € /m ³
Durchschnitt von 2.-4.:	1,3562 € /m ³

¹⁸⁸ Vgl. Auswertung „Erlösvergleich 2009“ (Stand 03.11.2011), Tabellenblatt „Erlöse 2009 pro m³ KA WEE“.

Preisabweichung Berlin: [REDACTED] €/m³,
20 – 40 %

Diagramm 4: Abgabenbereinigte Netto-Durchschnittspreise (ohne USt, ohne WEE, ohne KA) (2009), mengen-spezifisch

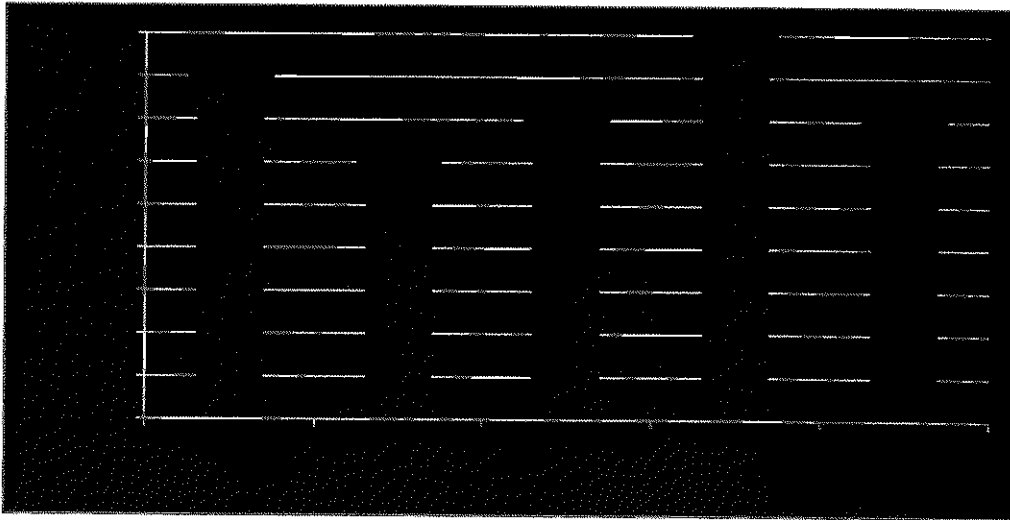


209 Preisvergleich (ohne USt), bereinigt um Abgaben (d.h. ohne WEE, KA), mengen-spezifisch, Bezugsjahr 2010¹⁸⁹:

1. BWB, Berlin	[REDACTED] €/m ³
2. RheinEnergie, Köln	[REDACTED] €/m ³
3. HamburgWasser	[REDACTED] €/m ³
4. SW München	[REDACTED] €/m ³
Durchschnitt von 2.-4.:	1,3817 €/m ³
<u>Preisabweichung Berlin:</u>	[REDACTED] €/m ³ , <u>20 – 40 %</u>

¹⁸⁹ Vgl. Auswertung „Erlösvergleich 2010“ (Stand 21.11.2011), Tabellenblatt „Erlöse 2010 pro m³ KA WEE“.

Diagramm 5: Abgabenbereinigte Netto-Durchschnittspreise (ohne USt, ohne WEE, ohne KA) (2010), mengen-spezifisch



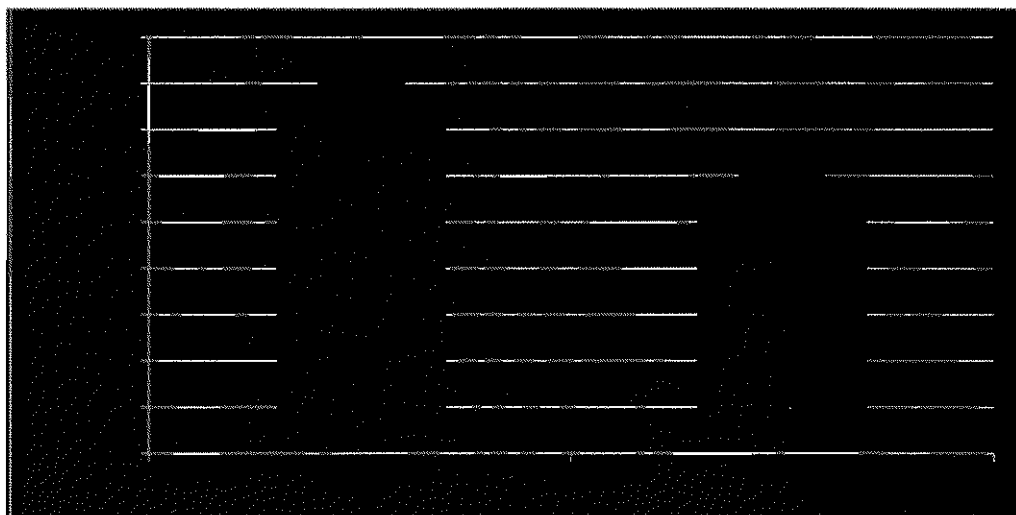
210 Preisvergleich (ohne USt), bereinigt um Abgaben (d.h. ohne WEE, KA), mengen-spezifisch, Bezugsjahr 2011¹⁹⁰:

1. BWB, Berlin	1,7500 – 1,9999 € /m ³
2. RheinEnergie, Köln	1,2500 – 1,4999 € /m ³
3. HamburgWasser	1,2500 – 1,4999 € /m ³
4. SW München	1,2500 – 1,4999 € /m ³
Durchschnitt von 2.-4.:	1,3826 € /m ³
Preisabweichung Berlin:	20 - 40 %

211 Da für das Jahr 2011 nur die Erlöse von BWB und den Vergleichsunternehmen abgefragt wurden, enthält das folgende Diagramm keine Säulen für die bundesweiten, westdeutschen und ostdeutschen Durchschnittswerte.

¹⁹⁰ Vgl. Auswertung „Erlösvergleich 2011“ (Stand 19.03.2012), Tabellenblatt „Übersicht“.

Diagramm 6: Abgabenbereinigte Netto-Durchschnittspreise (ohne USI, ohne WEE, ohne KA) (2011), mengen-spezifisch



212 Die vorstehenden Auswertungen und Grafiken lassen erkennen, dass bei einem abgabenbereinigten Netto-Preisvergleich, der für diesen Beschluss maßgeblich ist, die Durchschnittspreise aller anderen befragten großstädtischen Wasserversorger zusammengenommen in den untersuchten Zeiträumen unter denjenigen von BWB liegen. Sie zeigen auch, dass die abgabenbereinigten Nettopreise der Ostversorger insgesamt gesehen deutlich höher liegen als diejenigen der Westversorger. Die Differenz ist hier noch höher als bei einem Vergleich der nicht abgabenbereinigten Nettopreise, weil die ostdeutschen Bundesländer und Kommunen sich tendenziell bei der Erhebung von Wasserentnahmeentgelten und Konzessionsabgaben zurückhalten, teilweise sogar ganz darauf verzichten.

213 Ursache für die hohen, abgabenbereinigten Preise der Ostversorger ist unter anderem, dass hier oftmals viele ungünstige Versorgungsbedingungen zusammentreffen (z.B. niedriger Meternengenwert, starke Bevölkerungsrückgänge, schwierige Wassergewinnungsbedingungen, hoher Sanierungsbedarf der Netze zum Zeitpunkt der Wiedervereinigung und dadurch noch heute kostenwirksame Abschreibungen „Sonderkosten Ost“).

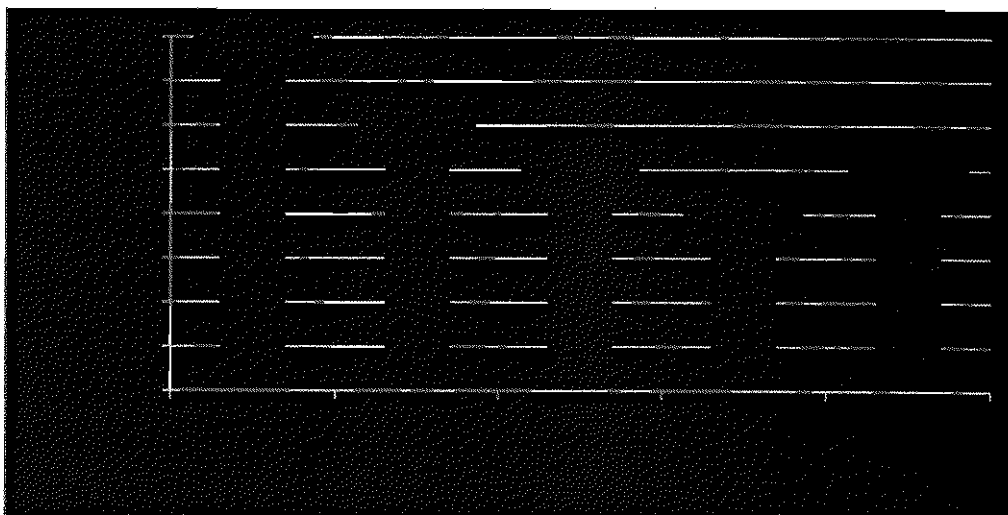
f) Vergleich auf Basis der Netto-Durchschnittserlöse pro km Netzlänge

214 Zur Validierung der Ergebnisse des mengen-spezifischen Preisvergleichs hat die Beschluss-abteilung außerdem die Erlöse der BWB den Erlösen der Vergleichsunternehmen in Bezug auf die Netzlänge gegenübergestellt.

215 **Preisvergleich (ohne USt), netzspezifisch (bezogen auf die gesamte Netzlänge), Bezugsjahr 2010¹⁹¹:**

1. BWB, Berlin	35.000 – 39.999 € /km
2. RheinEnergie, Köln	25.000 – 29.999 € /km
3. HamburgWasser	25.000 – 29.999 € /km
4. SW München	25.000 – 29.999 € /km
Durchschnitt von 2.-4.:	27.147,61 € /km (mengengewichtet: 27.047,74 € /km)
<u>Preisabweichung Berlin:</u>	<u> € /km (mengengewichtet: %)</u>
	<u>20 - 40 % (mengengewichtet: 20 - 40 %)</u>

Diagramm 7: Netto-Durchschnittspreise ohne USt, inkl. WEE, KA (2010), netzspezifisch (bezogen auf die gesamte Netzlänge)



216 Dieser Vergleich erfolgt zusätzlich bezogen auf die Netzlänge ohne Hausanschlussleitungen.

Preisvergleich (ohne USt), netzspezifisch (bezogen auf die Netzlänge ohne HAL), Bezugsjahr 2010¹⁹²:

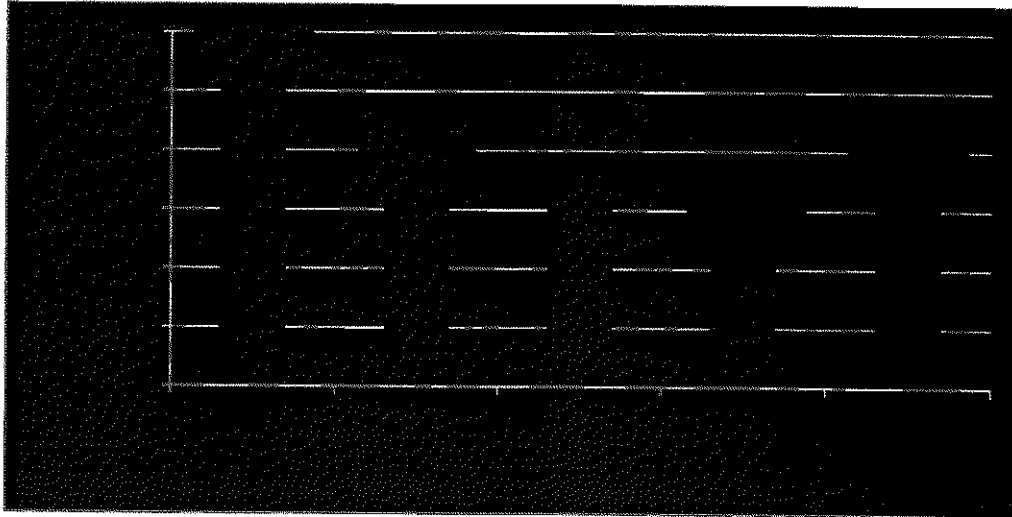
1. BWB, Berlin	50.000 – 54.999 € /km
2. RheinEnergie, Köln	40.000 – 44.999 € /km
3. SW München	40.000 – 44.999 € /km
4. HamburgWasser	35.000 – 39.999 € /km
Durchschnitt von 2.-4.:	38.922,60 € /km (mengengewichtet: 37.402,64 € /km)

¹⁹¹ Vgl. Auswertung „Erlösvergleich 2010“ (Stand 21.11.2011), Tabellenblatt „Erlöse 2010 pro km“.

¹⁹² Vgl. Auswertung „Erlösvergleich 2010“ (Stand 21.11.2011), Tabellenblatt „Erlöse 2010 pro km o. HAL“

Preisabweichung Berlin: ████████ €/km (mengengewichtet: ████████ – €/km)
 20 - 40 % (mengengewichtet: 30 - 50 %)

Diagramm 8: Netto-Durchschnittspreise ohne USt, inkl. WEE, KA (2010), netzspezifisch (bezogen auf die Netzlänge ohne HAL)



g) Vergleich auf Basis der abgabenbereinigten Durchschnittserlöse pro km Netzlänge (mit und ohne HAL)

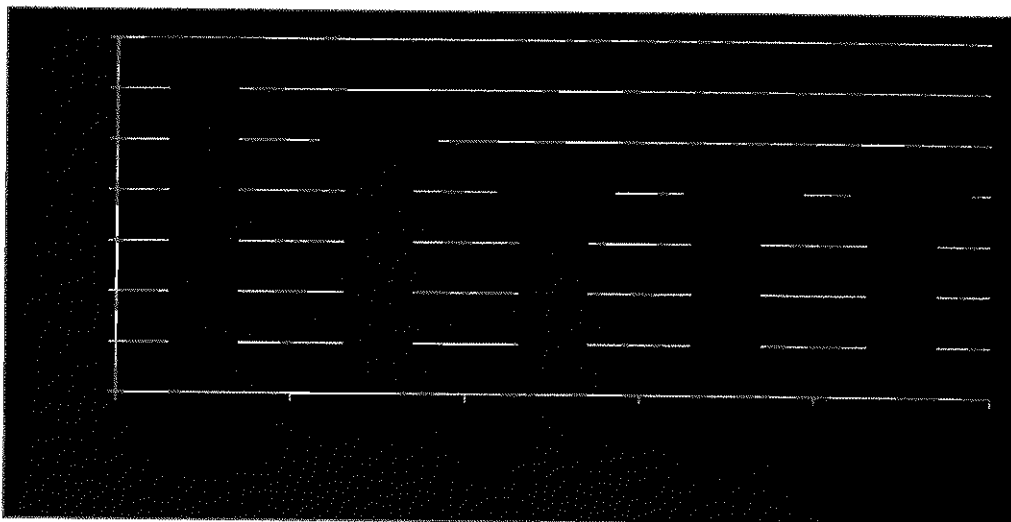
217 Ähnlich zeigt sich der abgabenbereinigte, netzbezogene Preisvergleich:

Preisvergleich (ohne USt), bereinigt um Abgaben (d.h. ohne WEE, KA), netzspezifisch (bezogen auf die gesamte Netzlänge), Bezugsjahr 2010¹⁹³:

1. BWB, Berlin	30.000 – 34.999 €/km
2. RheinEnergie, Köln	20.000 – 24.999 €/km
3. SW München	20.000 – 24.999 €/km
4. HamburgWasser	20.000 – 24.999 €/km
Durchschnitt von 2.-4.:	22.107,80 €/km (mengengewichtet: 22.011,50 €/km)
<u>Preisabweichung Berlin:</u>	████████ €/km (mengengewichtet: ██████████ €/km)
	30 - 50 % (mengengewichtet: 30 - 50 %)

¹⁹³ Vgl. Auswertung „Erlösvergleich 2010“ (Stand 21.03.2012), Tabellenblatt „Erlöse 2010 pro km-KA-WEE“

Diagramm 9: Abgabenbereinigte Netto-Durchschnittspreise (ohne USt, ohne WEE, KA) (2010), netzspezifisch (bezogen auf die gesamte Netzlänge)

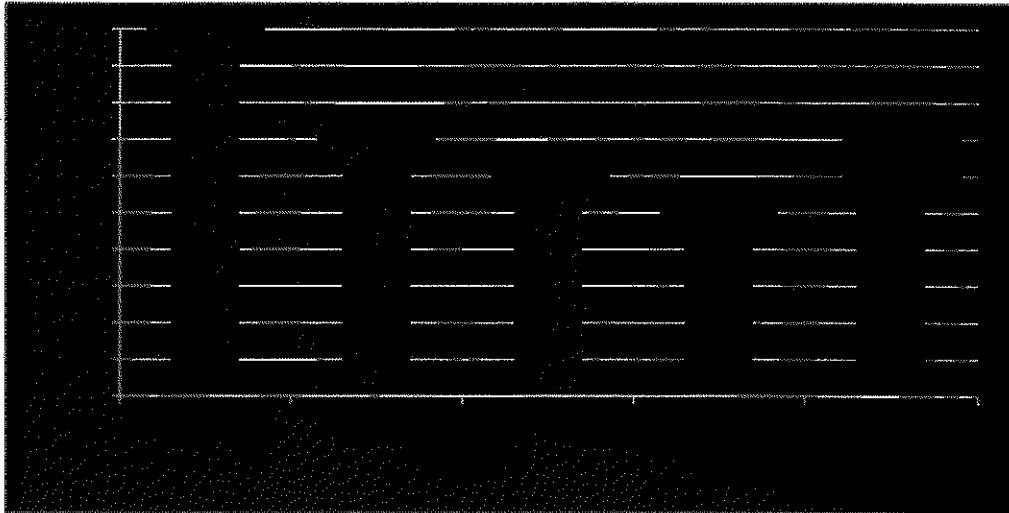


218 Preisvergleich (ohne USt), bereinigt um Abgaben (d.h. ohne WEE, KA), netzspezifisch (bezogen auf die Netzlänge ohne HAL), Bezugsjahr 2010¹⁹⁴:

1. BWB, Berlin	45.000 – 49.999 € /km
2. RheinEnergie, Köln	30.000 – 34.999 € /km
3. SW München	30.000 – 34.999 € /km
4. HamburgWasser	25.000 – 29.999 € /km
Durchschnitt von 2.- 4.:	31.742,34 € /km (mengengewichtet: 30.438,33 € /km)
Preisabweichung Berlin:	14.000 – 19.999 € /km (mengengewichtet: 13.594,33 € /km)
	30 - 50 % (mengengewichtet: 30 - 50 %)

¹⁹⁴ Vgl. Auswertung „Erlösvergleich 2010“ (Stand 21.03.2012), Tabellenblatt „Erlöse 2010 pro km oHAL-KA-WEE“.

Diagramm 10: Abgabenbereinigte Netto-Durchschnittspreise (ohne USt, ohne WEE, KA) (2010), netzspezifisch (bezogen auf die Netzlänge ohne HAL)



h) Exkurs HAKB/BKZ

- 219 Alle hier dargestellten Preisvergleiche basieren auf den Preisen, die die Wasserversorger ihren Kunden regelmäßig (meist jährlich) für die Wasserlieferungen in Rechnung stellen. Von diesen Wasserpreisen zu unterscheiden sind die einmalig zu entrichtenden Hausanschlusskostenbeiträge (HAKB) und Baukostenzuschüsse (BKZ). Die Wasserversorger dürfen vom Anschlussnehmer die Erstattung der notwendigen Kosten für die Erstellung oder von ihm veranlasste Veränderung des Hausanschlusses fordern („HAKB“, § 10 Abs. 4 AVBWasserV)¹⁹⁵. Zusätzlich dürften sie die Erstattung von maximal 70 % der notwendigen Kosten für die Erstellung bzw. Verstärkung der dem Hausanschluss dienenden, vorgelagerten Verteilungsanlagen verlangen („BKZ“, § 9 Abs. 1 AVBWasserV). HAKB und BKZ sind jedoch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ausdrücklich nicht Bestandteil des Wasserpreises und gehören deshalb auch nicht in einen Vergleich der Wasserpreise¹⁹⁶. Dies ist auch nicht erforderlich, denn sie gleichen nur den erhöhten Aufwand aus, den der Wasserversorger einer Wachstumsstadt durch die – im Vergleich zu stagnierenden Städten – erhöhte Bautätigkeit tragen muss. Denkbar wäre allenfalls, dass ein Versorger seine hohen Wasserpreise damit rechtfertigt, dass er – zum Ausgleich – keine HAKB und BKZ erhebt. Eine solche Konstellation kommt hier nicht in Betracht, weil BWB auf die Erhebung von HAKB und BKZ nicht verzichtet. Dennoch soll rein vorsorglich dargestellt werden, wie der

¹⁹⁵ AVBWasserV = Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser, vom 20.06.1980, zuletzt geändert durch Verordnung vom 13.01.2010.

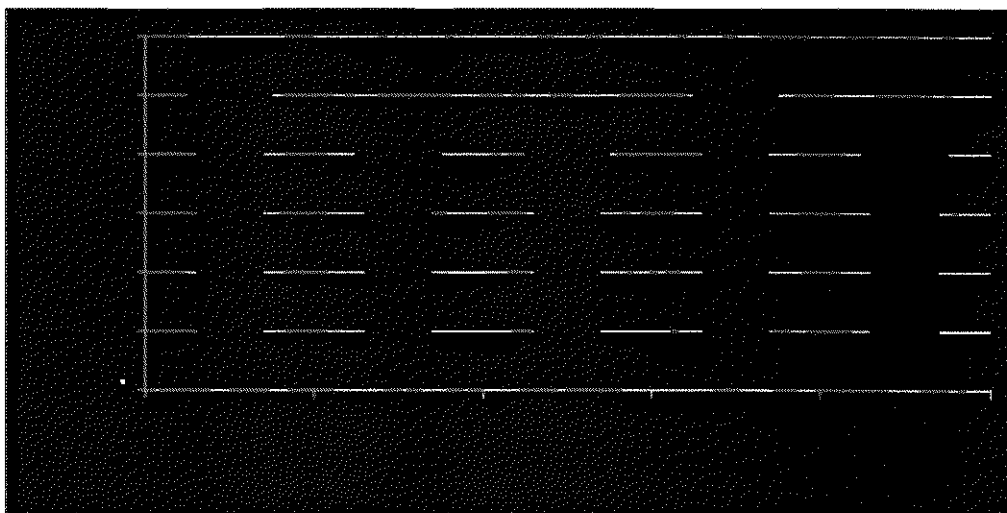
¹⁹⁶ Vgl. BGH, Beschl. v. 02.02.2010, KVR 66/08, Beschlussausfertigung Tz. 40. – *Wasserpreise Wetzlar*.

Preisvergleich im konkreten Fall aussähe, wenn HAKB und BKZ den eigentlichen Wasser-Entgelten hinzugerechnet würden:

220 Preisvergleich (ohne USt) inkl. HAKB/ BKZ, mengen-spezifisch, Bezugsjahr 2010¹⁹⁷:

1. BWB, Berlin	2,2500 – 2,4999 € /m ³
2. RheinEnergie, Köln	1,7500 – 1,9999 € /m ³
3. HamburgWasser	1,7500 – 1,9999 € /m ³
4. SW München	1,5000 – 1,7499 € /m ³
Durchschnitt von 2.-4.:	1,7127 € /m ³ (mengengewichtet: 1,7079 € /m ³)
Preisabweichung Berlin:	██████ € /m ³ (mengengewichtet: ██████ € /m ³), 20 – 40 % (mengengewichtet: 20 - 40 %)

Diagramm 11: Netto-Durchschnittspreis ohne USt, inkl. HAKB/BKZ (2010), mengen-spezifisch



221 Es zeigt sich, dass die Unterschiede minimal sind. Zudem ist die Aussagekraft der Zahlen sehr gering. München ist die wachstumsstärkste Stadt und müsste dann auch die höchsten HAKB/BKZ vereinnahmen können, setzt aber tatsächlich gar keine HAKB/ BKZ an.

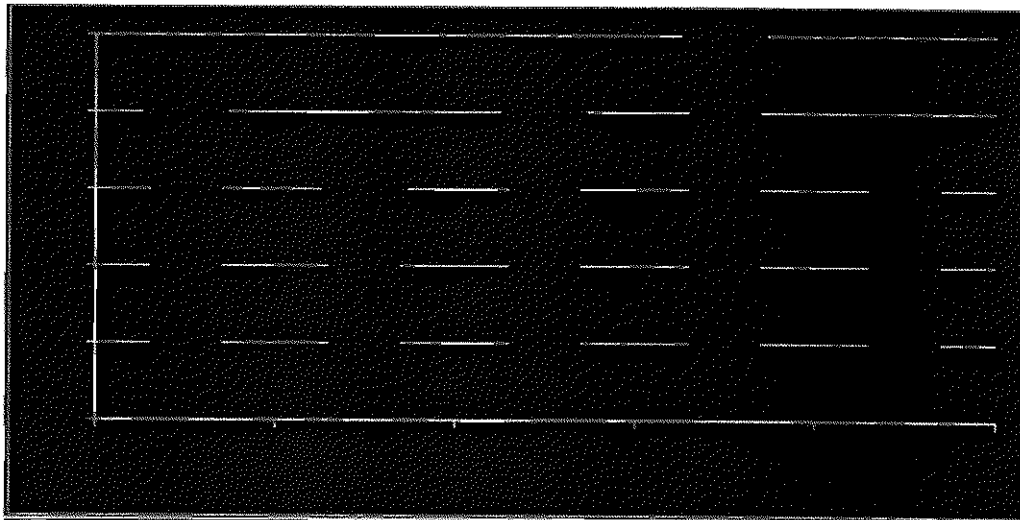
222 Der zusätzlich abgabenbereinigte Preisvergleich bei Berücksichtigung von BKZ und HAKB ergäbe für das Bezugsjahr 2010 folgende Werte:

¹⁹⁷ Vgl. Auswertung „Erlösvergleich 2010“ (Stand 21.11.2011), Tabellenblatt „Erlöse 2010 pro m³ HAKB BKZ“.

223 Preisvergleich (ohne USt) bereinigt um Abgaben (d.h. ohne WEE, KA) inkl. HAKB/BKZ, mengenspezifisch, Bezugsjahr 2010¹⁹⁸:

1. BWB, Berlin	1,7500 – 1,9999 € /m ³
2. RheinEnergie, Köln	1,2500- 1,4999 € /m ³
3. HamburgWasser	1,2500- 1,4999 € /m ³
4. SW München	1,2500- 1,4999 € /m ³
Durchschnitt von 2.-4.:	1,4032 € /m ³
<u>Preisabweichung Berlin:</u>	█ € /m ³
	<u>20 - 40 %</u>

Diagramm 12: Abgabenbereinigter Netto-Durchschnittspreis (ohne USt., ohne WEE, KA) inkl. HAKB/BKZ (2010), mengenspezifisch



224 Beim abgabenbereinigten Preisvergleich ergibt sich nahezu die gleiche Abweichung der Berliner Preise vom Durchschnittspreis der Vergleichsunternehmen wie beim Preisvergleich mit Konzessionsabgaben und Wasserentnahmeentgelten.

i) Zusammenfassung

225 Der vorliegende Preisvergleich zeigt, dass die Trinkwasserpreise der BWB in jeder berechneten Variante sowohl über dem Durchschnitt der anderen befragten großstädtischen Wasserversorger als auch – sehr deutlich – über dem Durchschnitt der Trinkwasserpreise der Vergleichsunternehmen liegen.

¹⁹⁸ Vgl. Erlösvergleich 2010, Stand 21.03.2012, Tabellenblatt „Erl.2010 pro m³ HAKB BKZ-KA-WEE“.

226 Beim mengenbezogenen Vergleich liegen die Preise der BWB sowohl für das Jahr 2009 als auch für die Jahre 2010 und 2011 um mindestens 0,██ €/m³ über dem Durchschnitt der Preise in Hamburg, München und Köln, unabhängig davon, ob die Preise mit oder ohne Abgaben bzw. mit oder ohne HAKB/ BKZ verglichen werden. Die Einbeziehung von Konzessionsabgaben und Wasserentnahmeentgelten hat daher keinen erheblichen Einfluss auf die berechnete Preisabweichung. Die Abweichung unterscheidet sich lediglich um 0,0██ €/m³ für 2009, um 0,0██ €/m³ für 2010 bzw. um 0,0██ €/m³ für 2011. Ebenso ändert die Berücksichtigung von HAKB/ BKZ das Ergebnis des Preisvergleiches lediglich im Bereich der dritten Nachkommastelle. Aus diesem Grund wird der abgabenbereinigte Netto-Durchschnittspreisvergleich ohne HAKB/ BKZ für die Ermittlung der Preisüberhöhung verwendet. Konkret ergibt sich damit eine Überhöhung der Preise von BWB gegenüber den Vergleichsunternehmen in Höhe von

- 0,5000 – 0,7499 €/m³ (abgabenbereinigt) für 2009,
- 0,5000 – 0,7499 €/m³ (abgabenbereinigt) für 2010 und
- 0,5000 – 0,7499 €/m³ (abgabenbereinigt) für 2011.

227 In jeder Variante des mengenbezogenen Preisvergleichs überschreitet BWB die Durchschnittspreise der Vergleichsunternehmen um **mindestens** ███ %.

8.) Rechtfertigungsgründe

228 Gemäß § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 kann das Versorgungsunternehmen seine im Vergleich ungünstigeren Preise rechtfertigen, wenn es nachweist, dass „der Unterschied auf abweichenden Umständen beruht, die ihm nicht zurechenbar sind“. Im Rahmen der Missbrauchsaufsicht nach §§ 19, 20 GWB werden Rechtfertigungsgründe von Amts wegen geprüft.

229 BWB beruft sich auf viele verschiedene Rechtfertigungsgründe. Zusammengefasst handelt es sich um sieben Gruppen von Rechtfertigungsgründen, auf die im Folgenden jeweils eingegangen wird (a bis c: strukturelle Bedingungen, d: Abgabenbelastung, e: kalkulatorische Kosten/Kalkulationsvorgaben, f: hohe Kostenbelastungen, g: erschwerte Wassergewinnung, h: erschwerte Wasserverteilung (Baukosten), i bis k: höhere Investitionen insb. nach Wiedervereinigung („Sonderkosten Ost“). Von besonderer Bedeutung sind die letztgenannten Punkte 8. g) bis k). Denn hier geht es nicht um die Geltendmachung erhöhter Kosten im Sinne eines erhöhten Betriebsaufwands, sondern insbesondere um die Berücksichtigungsfähigkeit erhöhter Investitionen der Vergangenheit. Hohe Investitionen können im nachfolgenden, oft Jahrzehnte währenden Abschreibungszeitraum entsprechend hohe, kalkulationsrelevante

Abschreibungen verursachen und zusätzlich höheren Kapitalbedarf erzeugen, der in den Folgejahren auch die Basis der Kapitalverzinsung ausweiten kann.

a) Unternehmensverbund der BWB kein Nachteil

- 230 BWB macht geltend, dass sie im Verhältnis zu den Vergleichsunternehmen benachteiligt sei, weil diese integrierte Mehrsparten-Unternehmen seien, die damit Synergieeffekte generieren könnten.¹⁹⁹ Dabei handelt es sich jedoch um einen unternehmensindividuellen und nicht um einen objektiven, strukturell aufgrund des Versorgungsgebietes bestehenden Umstand.
- 231 Zudem ist die Frage, ob Verbundunternehmen bzw. vertikal integrierte Unternehmen effizienter organisiert sind als nicht integrierte Unternehmen, betriebswirtschaftlich kaum zu beantworten, zumindest sehr umstritten. Möglichen Verbund- und Größenvorteilen (economies of scale and scope) stehen ebenso Nachteile (zusätzliche Hierarchien und Gemeinkosten) gegenüber. Beide sind schwer zurechenbar und quantifizierbar. Für praktisch alle Versorgungsunternehmen hat die Möglichkeit, sich im Hinblick auf Tiefbauprojekte (Leitungsbau) abstimmen zu können, potentielle Kostenvorteile. Denn die verschiedenen Versorger können sich dann die eigentlichen Grabungskosten zumindest teilweise untereinander aufteilen.²⁰⁰ Insoweit ist jedoch zu berücksichtigen, dass es hierzu keines Unternehmensverbundes bedarf. Denn die Versorgungsunternehmen haben diesbezüglich identische Interessen, die sie traditionell – mit oder ohne Unternehmensverbund – koordinieren. Ihre „natürlichen Gegner“ sind vielmehr die Straßenbauverwaltungen der Kommunen. Alle Versorger möchten möglichst uneingeschränkt graben können, während die Straßenbauverwaltungen ihnen Vorgaben zum Schutz des Straßenverkehrs, der Anlieger, der Umwelt (Bäume) etc. machen. Besonders kostspielig können zeitliche Begrenzungen sein, denn die von den Versorgungsunternehmen beauftragten Tiefbauunternehmer machen wesentlich günstigere Angebote, wenn sie die Erfüllung des Auftrags zeitlich strecken können, um ihre Mitarbeiter optimal auszulasten und auf Leiharbeitnehmer zu verzichten.
- 232 Selbst wenn aber im Sinne der BWB unterstellt würde, dass Versorgungsverbände zusätzliche Effizienzgewinne erzielen können, kann daraus nicht der Schluss gezogen werden, dass BWB strukturelle Nachteile gegenüber den Vergleichsunternehmen hätte. Denn BWB wie auch die drei Vergleichsunternehmen sind allesamt „Verbundunternehmen“, wenn auch mit unterschiedlichen Verbundstrukturen. Berlin und Hamburg haben jeweils einen Wasser- und Abwasserverbund. BWB und HamburgWasser sind also gleichzeitig sowohl für

¹⁹⁹ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 52 f., Bl. 1082 d.A.

²⁰⁰ Zwar ist es möglich, dass die anderen Versorger sich an eine Grabung des für die Entwässerung (Kanalisation) Verantwortlichen „anhängen“ – umgekehrt gilt dies aber nicht, weil für Abwasser grundsätzlich die tiefsten Grabungsarbeiten erforderlich sind.

die Wasserversorgung als auch für die Abwasserentsorgung (Stadtentwässerung) zuständig, während die Energie(grund)versorgung der beiden Städte in den Händen rein privater Unternehmen liegt.²⁰¹ Dagegen haben Köln und München einen Verbund der Energie- und Wasserversorgung, die beide jeweils von den privatrechtlichen Unternehmen RheinEnergie AG bzw. Stadtwerke München GmbH erbracht werden. In beiden Städten ist jedoch der gesamte Abwasserbereich von der Wasserversorgung abgetrennt und wird in öffentlich-rechtlichem Rahmen von der Stadtentwässerungsbetriebe Köln AöR bzw. von der Münchener Stadtentwässerung als einem Eigenbetrieb der Landeshauptstadt München geführt. Letztlich handelt es sich bei den Versorgungsunternehmen in allen vier Städten um Strukturen (Wasser- und Abwasserverbund einerseits oder Wasser- und Energieverbund andererseits), die diese bewusst geschaffen haben. Sie alle dürften ihre guten Gründe gehabt haben. Es ist daher grundsätzlich nicht davon auszugehen, dass BWB im Verhältnis zu den Vergleichsunternehmen weniger günstige Verbundstrukturen aufweist.

- 233 Soweit BWB argumentiert, dass HamburgWasser von erweiterten Verbundstrukturen profitiere, weil das Unternehmen neben dem auch in Berlin bestehenden Wasser- und Abwasserverbund zusätzlich eine Energieversorgungstochter (HamburgEnergie GmbH) aufweist, ist dies irreführend. Denn HamburgWasser und auch die Stadt Hamburg haben mit der Energie-Grundversorgung der Stadt Hamburg nichts zu tun. Stattdessen war die Energieversorgung Hamburgs schon frühzeitig (teil-)privatisiert worden. Strom(grund)versorger in Hamburg ist die Vattenfall Europe AG, die im Jahr 2001 die Mehrheit des angestammten Stromlieferanten HEW übernommen hat. Gas(grund)versorger war und ist E.ON Hanse. Das bisher reine Wasser/Abwasser-Unternehmen HamburgWasser hat erst im Jahr 2009 seine Tochtergesellschaft HamburgEnergie neu gegründet, um damit einen alternativen Energieanbieter in kommunalem Besitz für Hamburg wieder aufzubauen. Es handelt sich um eine Neuinvestition, die zumindest in den Anfangsjahren erhebliche Mittel bindet, anstatt Synergien zu schaffen. Im Übrigen stünde es BWB ebenso frei, energiewirtschaftliche Aktivitäten zu entfalten und hierdurch ggf. entstehende Synergien zu nutzen. Von einem strukturellen Vorteil der HamburgWasser gegenüber BWB kann jedenfalls nicht die Rede sein.

b) Niveau des Pro-Kopf-Verbrauchs in Berlin kein Rechtfertigungsgrund

- 234 BWB behauptet, in Berlin liege ein außergewöhnlich niedriger Pro-Kopf-Verbrauch an Trinkwasser vor. Dies führe nicht nur dazu, dass BWB nicht mit den Wasserversorgern aus

²⁰¹ Berlin: Bewag (Anteilseigner Vattenfall Europe AG) und Gasag (Anteilseigner GDF SUEZ Beteiligungs GmbH, Vattenfall Europe AG und E.ON Ruhrgas AG); Hamburg: Vattenfall Europe AG und E.ON Hanse Vertrieb GmbH.

Hamburg, München und Köln verglichen werden könne²⁰², sondern auch dazu, dass wegen der Fixkosten-Abhängigkeit der Wasserpreise die Berliner Trinkwasserpreise pro Kubikmeter wesentlich höher als die der Vergleichsunternehmen sein müssten²⁰³. In diesem Zusammenhang wird von BWB behauptet, dass der Pro-Kopf-Verbrauch in Berlin bei 112 l/Einwohner und Tag läge, während er sich in Hamburg, München und Köln auf 134, 168 bzw. 158 l/ Einwohner und Tag belaufe.

- 235 Es ist bereits äußerst fraglich, inwiefern die Argumentation der BWB bei einem Vergleich auf der Basis von Durchschnittserlösen überhaupt verfängt. Offenbar will BWB insoweit auf eine mangelnde Auslastung des Wassernetzes und hierdurch entstehende Mehrkosten hinweisen. Dieser Aspekt wird aber bereits durch den vorgenommenen Vergleich der Metermengenwerte hinreichend (und besser) berücksichtigt.²⁰⁴ Selbst bei einem Vergleich der Pro-Kopf-Verbräuche ergeben sich aber keine entscheidenden Unterschiede.
- 236 Zunächst ist festzuhalten, dass die BWB sich auf Angaben des Statistischen Bundesamtes beruft, die lediglich den Wasserverbrauch der Haushalts- und Kleingewerbekunden (sog. HuK-Kunden) umfassen. Allerdings wird dieser Begriff nicht von jedem Wasserversorger einheitlich definiert und ist deshalb für einen unternehmensübergreifenden Vergleich ungeeignet. Wie bereits oben (s.o. unter E. 4.)d)) erläutert, liegt der Industrie- und Großkundenanteil bei den Vergleichsunternehmen bei deutlich unter 10 %, so dass ihre ausgewiesenen HuK-Anteile bei jeweils über 90 % des gesamten Endkundenabsatzes liegen. Nur BWB weist ihren Großkundenabsatz mit über 25 % aus, so dass der HuK-Anteil angeblich weniger als 75 % beträgt. Da sich jedoch auf Nachfragen des Bundeskartellamts herausgestellt hat, dass der reine Industrieanteil von BWB nur bei 3 % liegt²⁰⁵, sind in den restlichen 22 % auch solche Großkunden eingerechnet, die bei den Vergleichsunternehmen unter die Kategorie HuK-Kunden fallen (z.B. Verwaltungen oder Wohnungsgesellschaften, die letztlich den Verbrauch ihrer einzelnen Mieter-Haushalte repräsentieren). Die von BWB veröffentlichten Daten zum Berliner Pro-Kopf-Verbrauch auf Basis ihrer angeblichen HuK-Verbräuche sind somit nicht mit den Daten anderer Wasserversorger vergleichbar, weil der HuK-Anteil von BWB systematisch unterbewertet wird. Mangels Vergleichbarkeit der HuK-Daten soll hier der Pro-Kopf-Verbrauch der Unternehmen anhand der gesamten Endkundenabsätze des jeweiligen Wasserversorgers ermittelt werden. Dies ist auch die allein sachgerechte Bezugsgröße, da hier-

²⁰² Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 38-39, Bl. 1068, 1069 d.A.

²⁰³ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 39, Bl. 1069 d.A.

²⁰⁴ S. dazu E.8.)b)cc).

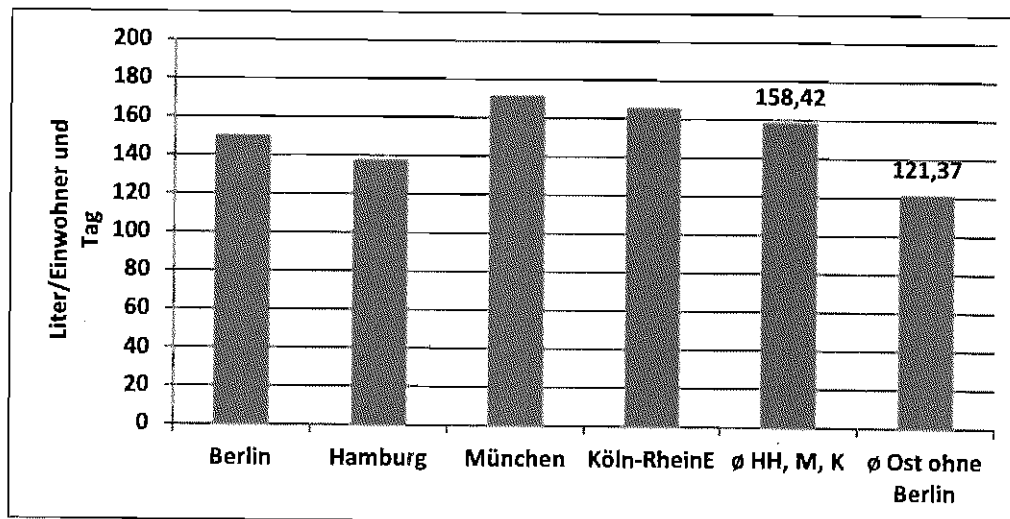
²⁰⁵ Vgl. E-Mail BWB an BKartA vom 10.02.2011, 14:20 Uhr, Bl. 815 d.A., sowie Schreiben Freshfields vom 13.09.2011, S. 1 f Bl. 1715 d.A. einschließlich Anlage Excel-Datei „Aufteilung Menge Berlin nach Branchen und nur Industrie“ Bl. 1717 d.A.

durch alle Wasserverbräuche gleichermaßen erfasst werden. Denn es darf keinen Unterschied machen, ob die Menschen sich zu Hause (HuK-Verbrauch) oder an ihrem Arbeitsplatz (nach BWB nicht HuK-Verbrauch) die Hände waschen.

aa) Vergleich Pro-Kopf-Verbrauch Berlin und Vergleichsstädte

- 237 Das folgende Diagramm zeigt, dass der Pro-Kopf-Verbrauch im Jahr 2009 in Berlin nicht wesentlich geringer ist als in den Vergleichsstädten, nämlich lediglich um 8,22 l/ Einwohner und Tag (einwohnergewichtet um 4,59 l/ Einwohner und Tag) als der Pro-Kopf-Verbrauch in Hamburg, München und Köln im Durchschnitt. Im Verhältnis zu den Vergleichsstädten weist Berlin zudem nicht den geringsten Pro-Kopf-Verbrauch auf; derjenige von Hamburg liegt sogar um mehr als 10 l/ Einwohner und Tag darunter.

Diagramm 13: Pro-Kopf-Verbrauch im Vergleich, Bezugsjahr 2009²⁰⁶



- 238 BWB macht zwar geltend, wegen des (angeblich) geringen Pro-Kopf-Verbrauchs mit ostdeutschen Wasserversorgern verglichen werden zu wollen, weist aber tatsächlich nicht den dort typisch geringen Pro-Kopf-Verbrauch auf.

bb) Auswirkung des Pro-Kopf-Verbrauchs auf die Preise

- 239 Setzt man die Pro-Kopf-Verbräuche in Beziehung zu den Preisen, wird erkennbar, dass Berlin im Jahr 2009 nur einen geringfügig niedrigeren Pro-Kopf-Verbrauch aufweist als die Vergleichsunternehmen, jedoch deutlich höhere Preise.

²⁰⁶ Vgl. Auswertung „Pro-Kopf-Verbrauch“ (Stand 29.8.2011), Tabellenblatt „Pro Kopf Verbrauch – I pro Tag“.

Tabelle 17: Pro-Kopf-Verbrauch und Durchschnittspreis im Vergleich, Bezugsjahr 2009²⁰⁷

	Pro-Kopf-Verbrauch, l/Einwohner und Tag	Prozentualer Ver- gleich des Pro- Kopf-Verbrauchs von Berlin ²⁰⁸	Ø abgabenbereinigte Netto-Preise (ohne USt, WEE, KA), €/m ³	Prozentuale Preis- abweichung von Berlin
Berlin	150,20		1,8576	
Hamburg	130-139			
München	170-179			
Köln	160-169			
Ø HH,M,K	158,42	5,47 %	1,3562	-26,99 %
Ø Ost ohne Berlin	122,02	-18,76 %	2,0995	13,03 %

240 Die verbleibenden Unterschiede im Pro-Kopf-Verbrauch sind vielmehr mit den hohen Preisunterschieden zu erklären. Denn gerade die hohen Berliner Wasserpreise haben zu ausgeprägt wassersparendem Verhalten der Berliner Verbraucher geführt. Eine Analyse der Absatzmengen der BWB im langfristigen Jahresvergleich²⁰⁹ zeigt, dass es zunächst drastische Verbrauchsrückgänge Anfang der 1990er-Jahre im Zuge der Wiedervereinigung gab. Diese sind auch nach Auffassung von BWB²¹⁰ in erster Linie auf Preiserhöhungen zurückzuführen. So kostete z. B. 1990 ein Kubikmeter Wasser im ehemaligen Ostteil der Stadt 25 Ost-Pfennig und im ehemaligen Westteil der Stadt 1,30 DM. Ab 1991 kostete ein Kubikmeter einheitlich 1,50 DM und ab 1992 dann 2,10 DM. Der Pro-Kopf-Verbrauch lag im ehemaligen Ostteil Berlins zwischen 160 und 180 l/Einwohner und Tag, sank dann in 1992 auf 138 l/Einwohner und Tag und liege jetzt einheitlich bei ca. 112 l/Einwohner und Tag.²¹¹ Danach ging die Entwicklung – wie überall – in einen leichten, aber kontinuierlichen Verbrauchsrück-

²⁰⁷ Vgl. Auswertung „Pro-Kopf-Verbrauch vs. Durchschnittspreis“ (Stand 30.11.2011).

²⁰⁸ Die prozentuale Abweichung gibt an, um wie viel % der Pro-Kopf-Verbrauch bzw. der abgabenbereinigte Nettopreis des Ø HH,M,K bzw. des Ø Ost ohne Berlin von den Berliner Werten (angesetzt mit 100%) abweicht. Würde man umgekehrt, wie beim Preisvergleich, die Durchschnittswerte der Vergleichsunternehmen als 100% ansetzen, wäre die Diskrepanz noch erheblich größer.

²⁰⁹ Vgl. E-Mail BWB an BKartA vom 17.08.2010, 15:38.Uhr, Bl. 474 d.A., Anlage „Absatzstatistik und Grafik 1989-2033.xls“, Bl. 476 d.A.

²¹⁰ E-Mail BWB an BKartA vom 17.08.2010, 15:38 Uhr, Bl. 474 d.A.

²¹¹ E-Mail BWB an BKartA vom 17.08.2010, 15:38 Uhr, Bl. 474 d.A.

gang über. Starke Absatzrückgänge von über 10 Mio. m³ fanden lediglich in den beiden Jahren statt (1998 und 2004), in denen BWB zuvor die Preise massiv erhöht hatte. Hinzu kommt, dass die BWB-Wasserabsätze von 2007 bis 2010 anders als in der Vergangenheit konstant geblieben sind (Endkundenabsatz 2007-2010: [REDACTED] Mio. m³). Erst in Folge der deutlichen Tarifierhöhung ab 2009 sind die Endkundenabsätze erneut stark gesunken (2011: [REDACTED] Mio. m³). Dass die Tarifierhöhung aus dem Jahr 2009 das Verbrauchsverhalten der Kunden erst im Jahr 2011 verändert hat, ergibt sich einerseits aus der Tatsache, dass die Tarifierhöhung unterjährig zum 1. April stattgefunden hat. Hinzukommt, dass BWB die deutliche Tarifierhöhung 2009 als eher entlastend für die Verbraucher angekündigt hatte.²¹² Erstmals mit der Jahresabrechnung für 2009, die sie im Laufe des Folgejahres erhielten, wurde den Berliner Verbrauchern die tatsächliche Erhöhung der Wasserpreise bewusst, so dass sich ihre Reaktion ab 2011 bemerkbar machte.

- 241 Dagegen macht BWB in ihrer Stellungnahme vom 30.01.2012 geltend (Rd. Nr. 272 ff.), dass die ungewöhnlichen Absatzrückgänge jeweils auf klimatischen Umständen beruhten. Zutreffend ist insoweit lediglich, dass die Sommer 2003 und 2006 als ungewöhnlich heiße Sommer galten und deshalb bei praktisch allen befragten Wasserversorgern die Absätze in diesen Jahren erhöht waren bzw. die allgemeine Tendenz zum Absatzrückgang vorübergehend ausgesetzt war. Dies erklärt aber nicht die Tatsache, dass in den Folgejahren (2004 und 2007) die Absätze der BWB noch deutlich stärker gesunken sind als der übliche Abwärtstrend, also wenn der Sommereffekt 2003 und 2006 aus dem Datensatz bereinigt wird. Insbesondere aber ist der sehr deutliche Absatzrückgang des Jahres 2011 in Berlin allenfalls zu einem geringen Teil mit einem angeblich verregneten Sommer 2011 zu erklären. Denn in den Vergleichsstädten sind die Absatzveränderungen von 2010 zu 2011 minimal.

cc) Sinkender Pro-Kopf-Verbrauch bereits im Metermengenwert berücksichtigt

- 242 Die Argumentation der BWB²¹³, der niedrige Pro-Kopf-Verbrauch in Berlin sei als wesentlicher Kostenfaktor ein Rechtfertigungsgrund für die hohen Berliner Wasserpreise, trifft nicht zu. Der Rückgang des Pro-Kopf-Verbrauchs führt nicht zu einer Erhöhung der Gesamtkosten des Unternehmens – diese gehen sogar (leicht) zurück. Beeinflusst werden nur die „Stückkosten“ der Wasserproduktion. Genau dieser Aspekt wird aber bereits im Metermengenwert erfasst. Denn ein geringerer Absatz wirkt sich in vollem Umfang auf den Absatz pro Kilometer Leitungslänge, und damit auf den Metermengenwert aus. Dieser aber ist zwischen BWB und den Vergleichsunternehmen nahezu identisch (s.o. unter E.4.)b) Metermengenwert, S.

²¹² Vgl. Pressemitteilung BWB vom 10.12.2008 „Wassertarife 2009: „Mengenpreise sinken, Grundpreise steigen - Für die meisten Berliner ändern sich unter dem Strich Kosten nicht oder kaum“.

²¹³ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 139-140, Bl. 1169, 1070 d.A.

53 ff.). Hätte dagegen Berlin die alten, sehr hohen Pro-Kopf-Verbräuche (=Wasserabsätze) auch heute noch, so wäre automatisch auch der Metermengenwert der BWB erheblich höher als derjenige der Vergleichsunternehmen. Zu Lasten von BWB müssten dann Zuschläge auf den BWB-Vergleichspreis (oder Abschläge auf die Vergleichspreise der Vergleichsunternehmen) berechnet werden. Hätte BWB also einen höheren Pro-Kopf-Absatz, so wären ihre Umsätze genau wie ihre Umsatzrendite und ihr Gewinn zwar noch höher als gegenwärtig, das Ausmaß der missbräuchlichen Preisüberhöhung aber ebenso.

- 243 BWB stellt darüber hinaus dar, dass ihre Durchschnittserlöse um ████████ €/m³ geringer sein könnten, wenn in Berlin die gleichen, hohen Pro-Kopf-Verbräuche wie in den Vergleichsstädten vorlägen. Denn BWB könnte dann ihre Fixkosten auf höhere Absatzmengen umlegen.²¹⁴
- 244 In ihrer konkreten Berechnung²¹⁵ des fiktiven durchschnittlichen Wassertarifs in Berlin mit dem durchschnittlichen Pro-Kopf-Verbrauch der Vergleichsstädte, unterstellt BWB für sich selbst wesentlich höhere als ihre tatsächlichen Absatzzahlen. Dies ist methodisch nicht zulässig. Denn ihr eigenes Netz ist für ihren eigenen Verbrauch ausgelegt und nicht für einen rechnerisch höheren Verbrauch. Müsste BWB tatsächlich höhere Verbräuche bedienen, so müsste sie auch ihre Anlagen darauf ausrichten (mehr Kapazitäten, größere Netze, größere Zähler etc.) und entsprechend investieren. Diese höhere Kostenbelastung hat BWB bei ihren fiktiven Berechnungen nicht beachtet.

c) Kein atypisch hoher Spitzenfaktor in Berlin

- 245 Als weiteren Rechtfertigungsgrund führt BWB an, dass in Berlin aufgrund hoher Spitzenverbräuche ein im Vergleich zu Hamburg, München und Köln deutlich größer dimensioniertes Netz vorgehalten werden müsse. Dies könne durch den hohen Spitzenfaktor von BWB belegt werden.²¹⁶ BWB unterstellt einen durchschnittlichen Spitzenfaktor der Vergleichsunternehmen von 1,2 (Spizentagesbedarf/jahresmittlere tägliche Netzeinspeisung), während sie ihren eigenen Spitzenfaktor mit ████████ angibt. Die für die Durchleitung des Spitzenbedarfs notwendige Volumendifferenz zwischen maximalem und mittlerem Tagesbedarf in Berlin sei um ████████ % größer als die der Vergleichsunternehmen.²¹⁷ Sie beziffert ihren Nachteil aus dem solchermaßen erhöhten Spitzenfaktor auf ████████ €/m³. BWB kommt auf diesen Wert, indem sie sämtliche von ihr angegebenen Netzkosten (einschließlich aller kalkulatorischen Kosten)

²¹⁴ Vgl. Schreiben Freshfields vom 30.01.2012, S. 93, Bl. 2510 d.A.

²¹⁵ Vgl. Schreiben Freshfields vom 30.01.2012, S. 93, Bl. 2510 d.A.

²¹⁶ Vgl. Schreiben Freshfields vom 30.01.2012, S. 97-101, Bl.2514-2518 d.A.

²¹⁷ Vgl. Schreiben Freshfields vom 30.01.2012, S. 100 f.

auf mehr als ■■■ Mio. € jährlich beziffert. ■■■ % davon würden jährlich ■■■ Mio. € zusätzliche Kosten ausmachen, was pro Kubikmeter ■■■ € bedeute.

- 246 Die Darlegungen von BWB sind sowohl in grundsätzlicher Hinsicht als auch im Hinblick auf den von ihr konkret unterstellten Sachverhalt sowie die vorgenommenen Berechnungen unzutreffend. Der Tages-Spitzenfaktor reflektiert das unterschiedliche Abnahmeverhalten der Wasserkunden, nämlich inwieweit sich ihr Spitzenverbrauch an einem Tag im Jahr von ihrem Durchschnittsverbrauch im ganzen Jahr unterscheidet. Ein hoher Spitzenfaktor kann also sowohl in einem hohen Tagesspitzenverbrauch (an einem heißen Sommertag) als auch in niedrigen Durchschnittsverbräuchen begründet liegen. Letzteres kann etwa an besonders hohen Preisen und/oder der Nutzung wassersparender Geräte und sanitärer Einrichtungen liegen. Hierdurch wird zwar der Durchschnittsverbrauch gesenkt; der Spitzenverbrauch bei Sommerhitze (u.a. durch Gartenbewässerung) wird hiervon ungleich weniger beeinflusst. Zudem begründen nicht die Verbrauchsunterschiede als solche einen höheren Kostenaufwand der Versorger, sondern die Dimensionierung des Netzes, so dass eine Ableitung höherer Kosten aus höheren, tatsächlich erreichten Spitzenfaktoren (also aus bloß punktuelltem Verbrauchsverhalten), wie BWB dies vorrechnet, nicht der richtige Ansatzpunkt ist. Für die Kosten ist eher relevant, für welchen möglichen Spitzenfaktor das Netz des Wasserversorgers *dimensioniert* ist.
- 247 BWB operiert in ihrer Berechnung mit Zahlen, die einer Überprüfung nicht standhalten. Die Spitzenfaktoren der Vergleichsunternehmen sind in Wirklichkeit höher als BWB sie annimmt, zumal die tatsächliche Auslegung der Netze der Vergleichsunternehmen ihre jeweiligen Spitzenfaktoren überschreitet. So sind die Verteilnetze in Hamburg, München und Köln auf einen Spitzenfaktor von mindestens ■■■ ausgelegt, bei einem der Unternehmen sogar auf einen Spitzenfaktor von etwas über ■■■.²¹⁸ Schließlich ist die Berechnung der BWB hinsichtlich der kostenmäßigen Auswirkung ihres angeblich ungünstig hohen Spitzenfaktors nicht akzeptabel. Denn BWB bezieht in ihre Rechnung auch kalkulatorische Kosten ein, die durch eine überhöhte Kapitalverzinsung sowie durch überhöhte Wertansätze des Anlagevermögens zustande kommen.
- 248 Ein Vergleich mit dem Spitzenfaktor des benachbarten Wasserverbands Strausberg-Erkner (im Folgenden: WSE) verdeutlicht, dass selbst weit höhere Spitzenfaktoren die Kosten des Versorgers nicht in die von BWB ausgerechneten Höhen treiben müssen. Denn der Spitzenfaktor des WSE lag in den Jahren 2007-2009 sehr weit über demjenigen von BWB (WSE:

²¹⁸ Vgl. die Antworten der insoweit befragten Vergleichsunternehmen. Eingang im BKartA per E-Mail jeweils vom 23.05.2012 (HamburgWasser: 8:49 Uhr, Stadtwerke München: 18:06 Uhr, RheinEnergie Köln: 18:47 Uhr).

██████ zu BWB: ██████). Ursächlich dafür dürften insbesondere externe, nicht im Verantwortungsbereich des WSE liegende Effekte sein. Denn es gibt zahlreiche Berliner Bürger, die - möglicherweise auch wegen der weit geringeren Wasserpreise des WSE - ihre Gartengrundstücke außerhalb der Stadtgrenzen haben, und diese im Sommer freitags abends erst einmal gründlich bewässern. Die Tatsache, dass WSE trotz eines um mehr als 50 % erhöhten Spitzenfaktors weit geringere Wasserpreise bzw. Erlöse als BWB hat, zeigt, dass hier eine Korrelation nicht unterstellt werden kann.

- 249 Selbst wenn die sehr geringe Abweichung des Spitzenfaktors die Kosten von BWB im Verhältnis zu den Vergleichsunternehmen erhöhen sollte, wären diese Kosten nicht notwendigerweise berücksichtigungsfähig. Denn der erhöhte Spitzenfaktor wird durch die Preispolitik des Wasserversorgers selbst (mit-)verursacht. Hohe Wasserpreise führen zu wassersparendem Verhalten der Bürger (z.B. Investitionen in sparsame Haushaltsgeräte und sanitäre Einrichtungen). Da hierdurch insbesondere der Grundverbrauch, nicht jedoch der Spitzenverbrauch spürbar abgesenkt wird, wird der Spitzenfaktor (Differenz zwischen Grund- und Spitzenverbrauch) auf diese Weise zusätzlich erhöht.

d) Keine atypisch hohe Abgabenbelastung in Berlin

- 250 In der Öffentlichkeit begründet BWB die hohen Berliner Wasserpreise insbesondere mit der Belastung der Berliner Wasserpreise durch öffentliche Abgaben (Wasserentnahmeentgelte, Sondernutzungsabgaben) sowie mit den landesgesetzlichen Kalkulationsvorgaben.²¹⁹ Auch im vorliegenden Verfahren werden Mehrkosten aufgrund von landesrechtlichen Vorgaben in Höhe von insgesamt ██████ €/m³ geltend gemacht (einschließlich Abgaben).²²⁰ BWB beziffert die Belastung mit öffentlichen Abgaben für jeden Kubikmeter Berliner Trinkwasser im Jahr 2009 auf insgesamt ██████ €/m³, davon entfielen auf das Wasserentnahmeentgelt ██████ €/m³ und auf die Sondernutzungsgebühr (Straßennutzungsgebühr) ██████ €/m³.²²¹

²¹⁹ Auf der Internet-Seite <http://www.wollt-ih-r-wissen.de/wp-content/uploads/2012/01/Wollt-Ihr-wissen-Antworten-der-BWB-Kommentare-GiB-2012.pdf> unter Frage Nr. 80 beantwortet BWB die Frage nach den Ursachen für die hohen Berliner Wasserpreise wie folgt: „Die im Vergleich zu manchen anderen Versorgern höheren Tarife sind neben strukturellen Unterschieden nicht zuletzt auch auf die gesetzlichen Kalkulationsvorgaben (Abschreibung auf Wiederbeschaffungszeitwerte, Verordnungszinssatz bzw. kalkulatorische Verzinsung) sowie auf die Gebührensituation in Berlin (u.a. Grundwasserentnahmeentgelt, Sondernutzungsentgelt) zurückzuführen.“ Die Internetseite www.wollt-ih-r-wissen.de gibt die Antworten der BWB auf Fragen der Bürgerinitiative Gemeingut in BürgerInnenhand e.V. wieder.

²²⁰ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 145, Bl. 1175 d.A

²²¹ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 149 ff, insb. S. 152, Bl. 1179 ff., 1182 d.A.

aa) Abgabenbelastung irrelevant bei abgabenbereinigtem Netto-Preisvergleich

- 251 Um eine einheitliche Vergleichsgrundlage zu gewährleisten, hat sich die Beschlussabteilung dafür entschieden, den Preisvergleich auf der Basis von Nettopreisen durchzuführen, die bereits um sämtliche öffentliche Abgaben, also um Wasserentnahmeentgelte und um Konzessionsabgaben wie auch um sonstige Sondernutzungsabgaben bereinigt sind. Aus diesem Grund ist der von BWB hervorgehobene Aspekt einer vergleichsweise hohen Abgabenbelastung des Berliner Trinkwassers für das vorliegende Verfahren irrelevant. Denn dieser mögliche Nachteil im Verhältnis zu den Vergleichsunternehmen ist durch die bereits vorgenommene Abgabenbereinigung in vollem Umfang neutralisiert.
- 252 Die Frage, ob und inwieweit eine solche Bereinigung für Wasserpreisvergleiche erforderlich und sinnvoll ist, kann für die Zwecke des vorliegenden Falles dahinstehen. In Relation zu der durchschnittlichen Abgabenbelastung in Hamburg, München und Köln von 0,██ €/m³ im Referenzjahr 2009 weicht die Abgabenbelastung der Berliner Wasserpreise praktisch nicht ab (0,██ €/m³)²²², so dass eine Bereinigung der Preise um die Abgabenbelastung zu Vergleichszwecken jedenfalls unbedenklich ist. Da der Stadtstaat Hamburg sein Wasserentnahmeentgelt im Jahr 2011 erhöht hat, hat sich das Verhältnis der Abgabenbelastungen der Vergleichsstädte etwas verschoben, allerdings nur zu Lasten des Betriebsergebnisses der Hamburger Wasserwerke.²²³ Eine Benachteiligung der BWB im Verhältnis zu den Vergleichsunternehmen ist hingegen durch den abgabenbereinigten Erlösvergleich nicht möglich.

bb) Kein Abzug der kalkulatorischen Gewerbebeertragsteuer

- 253 Des Weiteren führt BWB die kalkulatorische Gewerbebesteuer als einen Bestandteil der durch landesrechtliche Vorgaben begründeten Mehrkosten an.

²²² Berechnung: Im Jahr 2009 betrug das gezahlte Wasserentnahmeentgelt pro m³ Wasserentnahme bei BWB 0,██ € und im Durchschnitt der Vergleichsstädte (HH, M, K) 0,██ €. Die gezahlte Konzessionsabgabe/Sondernutzungsgebühr pro m³ des an Endkunden abgesetzten Wassers betrug bei BWB 0,██ € und im Durchschnitt der Vergleichsstädte (HH, M, K) 0,██ €. Bei Addition ergibt sich eine Gesamtbelastung für BWB in Höhe von 0,██ €/m³ und für die Vergleichsunternehmen von durchschnittlich 0,██ €/m³. Soweit BWB davon abweichend ihr Wasserentnahmeentgelt auf 0,██ € beziffert (s.o.), ergibt sich der Unterschiedsbetrag von █ Cent aus der unterschiedlichen Berechnungsweise. BWB teilt die gezahlten Wasserentnahmeentgelte nur durch die Menge des abgesetzten Wassers. Richtigerweise ist aber durch die Menge des gesamten entnommenen Grundwassers zu teilen, weil auch für solche Mengen, die letztlich nur dem Eigenverbrauch dienen, Wasserentnahmeentgelte erhoben werden.

²²³ Die erhöhte Kostenbelastung hat HamburgWasser nicht mittels Preiserhöhung auf die Kunden überwältigt, s. E-Mail HamburgWasser an BKartA vom 22.02.2012, 18:48 Uhr, Ermittlungsakte Hamburg Bl. 423.

- 254 Bei der kalkulatorischen Gewerbesteuer handelt es sich um einen Zuschlag in der Kostenkalkulation, der erhoben wird, um den Effekt einer sog. Besteuerung auf den Scheingewinn zu antizipieren.²²⁴ Sie ist damit eine Folge der ertragsteuerlichen Belastung der Unternehmen. Die gewinnabhängigen Ertragsteuern selbst werden in der Tarifikalkulation nicht als Steuern/Abgaben oder als Betriebskosten berücksichtigt. Stattdessen handelt es sich bei der kalkulatorischen Gewerbesteuer um eine Komponente der kalkulatorischen Kosten. Daher wird die kalkulatorische Gewerbesteuer in den Auswertungen der Beschlussabteilung nicht unter der Rubrik „Steuern und Abgaben“ betrachtet, sondern zu den kalkulatorischen Kosten gerechnet. Dieser Ansatz deckt sich mit dem mehrheitlichen Vorgehen der befragten Wasserversorger. Auch BWB weist die kalkulatorische Gewerbesteuer unter den kalkulatorischen Kosten aus.²²⁵
- 255 Der Ansatz der kalkulatorischen Gewerbesteuer ist keine Besonderheit der BWB, die Mehrkosten gegenüber den Vergleichsunternehmen begründen könnte, sondern eine bei dem Großteil der befragten Wasserversorger übliche Vorgehensweise. 84 % der befragten großstädtischen Wasserversorger setzen die kalkulatorische Gewerbesteuer in ihrer Tarifikalkulation an.²²⁶ Darunter sind auch alle drei Vergleichsunternehmen.
- 256 Auffallend ist, dass die kalkulatorische Gewerbesteuer der BWB mit [REDACTED] €/m³ (bezogen auf die nutzbare Wasserabgabe)²²⁷ mehr als doppelt so hoch ist wie die durchschnittlich von den Vergleichsunternehmen angesetzte kalkulatorische Gewerbesteuer ([REDACTED] €/m³) und ebenfalls doppelt so hoch wie der im bundesweiten Durchschnitt der befragten großstädtischen Wasserversorger angesetzte Wert ([REDACTED] €/m³).
- 257 BWB berechnet die kalkulatorische Gewerbesteuer nach eigenen Angaben auf den kalkulatorischen Gewinn vor Ertragsteuern als Bemessungsgrundlage.²²⁸ Der Gewerbesteuerhebesatz beträgt in Berlin 410 %. Damit weist Berlin im Vergleich zu Hamburg (470 %),

²²⁴ Vgl. Reif „Preiskalkulation privater Wasserversorgungsunternehmen“, Bonn 2002, S. 149 ff.

²²⁵ Vgl. Schreiben Freshfields vom 26.08.2011, S. 4, Bl. 1689 d.A.

²²⁶ Vgl. Rückmeldungen der befragten großstädtischen Wasserversorger auf Nachermittlung vom 15.8.2011 zur Zusammensetzung der in Annex 2 des Fragebogens angegebenen kalkulatorischen Kosten.

²²⁷ Als Grundlage für die Ermittlung der spezifischen kalkulatorischen Gewerbesteuer der BWB wurde der im Schreiben vom 26.8.2011, S. 4 durch BWB mitgeteilte Wert in Höhe von 15.925 T€ verwendet, da es sich hierbei um die aktuellste verfügbare Information handelt. Daneben befinden sich abweichende Angaben zur Höhe der kalkulatorischen Gewerbesteuer im Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 152 (16.047 T.€) und im Prüfungsbericht der KPMG zur Tarifikalkulation für den Kalkulationszeitraum 2009, S. 56 (15.032 T.€), Bl. 352 d.A.

²²⁸ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 152, Bl. 1031 d.A. und Prüfungsbericht der KPMG zur Tarifikalkulation für den Kalkulationszeitraum 2009, S. 56 in Bl. 352 d.A.

München (490 %) und Köln (475 %) den geringsten Gewerbesteuerhebesatz auf.²²⁹ Die vergleichsweise deutlich höhere spezifische kalkulatorische Gewerbesteuer kann daher nur in einem höheren kalkulatorischen Gewinn vor Ertragsteuern begründet sein. Dies kann jedoch nicht als Rechtfertigungsgrund für Mehrkosten bzw. höhere Preise gegenüber den Vergleichsunternehmen berücksichtigt werden.

e) Hohe kalkulatorische Kosten kein Rechtfertigungsgrund

- 258 BWB argumentiert, ihre Preise seien schon deshalb gerechtfertigt, weil landesspezifische Kalkulationsvorgaben²³⁰ die Kalkulation der Preise punktgenau vorgeben würden und sie selbst nicht gegen Berliner Landesrecht verstoßen dürfe. Insbesondere enthalte ihr Wasserpreis in hohem Umfang kalkulatorische Kosten, nämlich kalkulatorische Abschreibungen und kalkulatorische Zinsen, die ebenfalls konkret durch Berliner Gesetzesrecht vorgegeben und in voller Höhe als Rechtfertigungsgrund anzusehen seien.

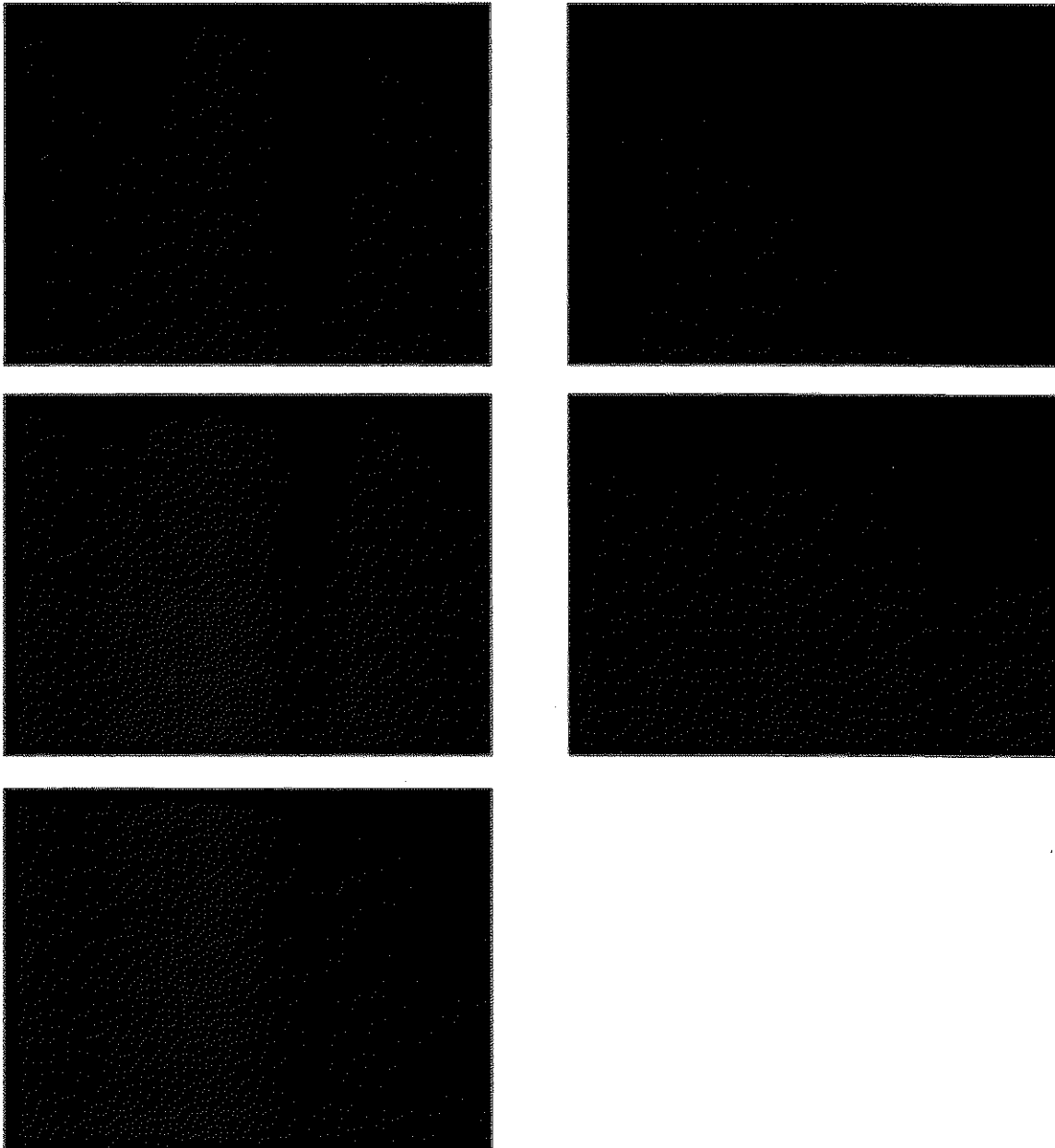
aa) Die kalkulatorischen Kosten der BWB-Wasserpreise im Vergleich

- 259 Tatsächlich enthält die Kalkulation der Wasserpreise durch BWB zu einem großen Teil kalkulatorische Kosten. Allgemein setzen sich die Wasserpreise nicht nur aus Betriebskosten (Betriebsaufwand) einerseits und Steuern/Abgaben andererseits zusammen, sondern fast alle befragten Wasserversorger setzen zusätzlich kalkulatorische Kosten an, nämlich insbesondere kalkulatorische Abschreibungen und (Eigen-)Kapitalzinsen. Nach dem Fragebogen des Bundeskartellamts vom 19.08.2010 (Annex II) hatte jeder Wasserversorger anzugeben, in welcher Höhe der von ihm kalkulierte Wasserpreis Betriebskosten, kalkulatorische Kosten und Steuern/Abgaben enthält. Die prozentuale Aufteilung der kalkulierten Preise zeigt die nachfolgende Übersicht:

²²⁹ Vgl. [http://de.wikipedia.org/wiki/Gewerbesteuer_\(Deutschland\)](http://de.wikipedia.org/wiki/Gewerbesteuer_(Deutschland)).

²³⁰ Z.B. kalkulatorische Abschreibungen nach § 16 Abs. 3 Satz 2 BerlBG zwingend auf Basis von Wiederbeschaffungszeitwerten, vorgegebene Kapitalverzinsung nach Zins-Verordnung, die für jedes Jahr neu beschlossen wird (Zinssatz für 2009: 7,69% für das gesamte betriebsnotwendige Kapital – soweit verzinsbar).

Diagramm 14: Aufteilung Tarifbestandteile: Betriebskosten, kalk. Kosten und Steuern/Abgaben, Bezugsjahr 2009²³¹



260 Die Übersicht zeigt, dass der Wasserpreis der BWB in weit höherem Maße durch den Ansatz kalkulatorischer Kosten geprägt wird, als dies branchenüblich ist. Dies gilt sogar im Verhältnis zu den ostdeutschen Wasserversorgern, die im bundesweiten Vergleich tendenziell hohe kalkulatorische Kosten aufweisen.

²³¹ Auswertung „Aufteilung: Tarifrelevante Kosten“ (Stand 02.11.2011), Tabellenblatt „Aufteilung Preisbestandteile“.

261 Zusätzlich hat die Beschlussabteilung berechnet, in welcher Höhe absolut gesehen jeder abgesetzte Kubikmeter Wasser mit kalkulatorischen Kosten belastet ist. In dem nachfolgenden Diagramm wird dargestellt, wie viele Cent des jeweiligen durchschnittlichen Wasserpreises pro Kubikmeter auf Betriebskosten und wie viele Cent auf kalkulatorische Kosten entfallen²³².

Diagramm 15: Kalkulatorische Kosten vs. Betriebskosten laut Unternehmensangaben pro m³ Wasserabsatz (nutzbare Wasserabgabe), Bezugsjahr 2009



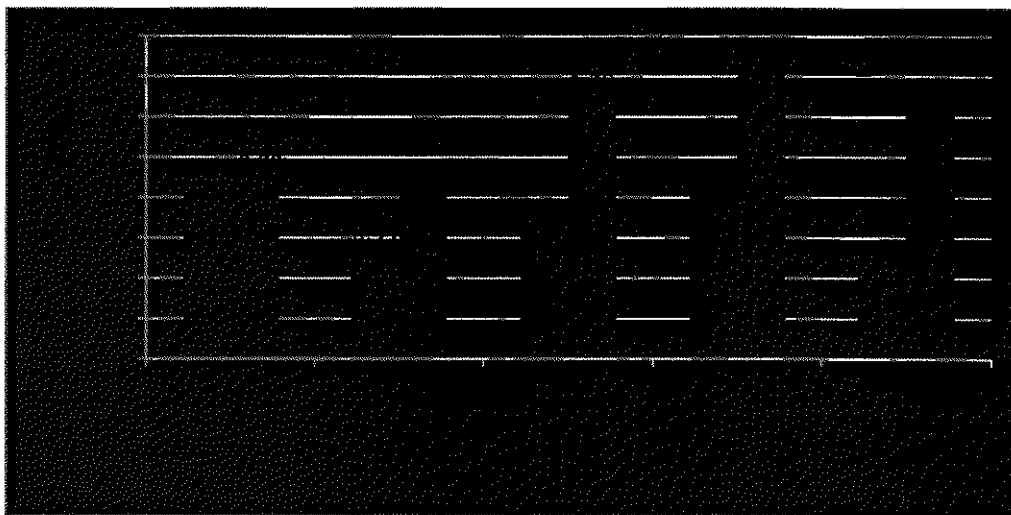
262 Erkennbar ist, dass die kalkulatorischen Kosten sowohl absolut als auch relativ überdurchschnittlich hoch sind. Auch in den anderen drei Millionenmetropolen liegt der Anteil der kalkulatorischen Kosten an den Gesamtkosten mit über ■ % vergleichsweise hoch (höher als im Bundesdurchschnitt der befragten 37 großstädtischen Versorger ohne Berlin und höher als der Durchschnitt der westdeutschen befragten großstädtischen Versorger). Allerdings ist – wie Diagramm 15 zeigt – die absolute Höhe der kalkulatorischen Kosten der drei Vergleichsunternehmen mit 0,■ €/m³ geringer als alle anderen dargestellten Durchschnittswerte und ungefähr nur halb so hoch wie der Wert der BWB.

263 Rein vorsorglich hat die Beschlussabteilung auch untersucht, wie die Kapitalstruktur der Unternehmen aussähe, wenn Fremdkapitalzinsen aus den kalkulatorischen Kosten heraus gerechnet werden. Bei der Bewertung der oben stehenden Diagramme ist nämlich zu berücksichtigen, dass jeder einzelne Wasserversorger seine kalkulatorischen Kosten etwas unterschiedlich herleiten kann. Ein wesentlicher Unterschied liegt in der Kapitalverzinsung. Es gibt Wasserversorger, die ausschließlich eigenkapitalfinanziert sind. Die von ihnen angesetzten kalkulatorischen Zinsen geben dann ihre Eigenkapitalverzinsung wieder. Andere

²³² Vgl. Datencheck II, Version 1 (Stand 10.6.2011), Blatt 5 „Betriebskosten pro m³ Wasserabsatz“ bzw. Blatt 9 „Kalkulatorische Kosten pro m³ Wasserabsatz“.

Wasserversorger sind in ganz unterschiedlichem Umfang auch fremdfinanziert. Kalkulatorisch trennen sie aber oftmals nicht zwischen der Verzinsung des Eigen- und des Fremdkapitals, sondern einige von ihnen setzen für das gesamte betriebsnotwendige Kapital einen Mischzinssatz an, der sowohl die Fremdkapitalkosten als auch eine Eigenkapitalverzinsung abdecken soll. So verfährt auch BWB. Allerdings werden dann die Fremdkapitalzinsen als kalkulatorische Kosten geführt, obwohl sie tatsächlich verausgabt wurden (pagatorische Kosten). In der folgenden Darstellung sind deshalb sämtliche Fremdkapitalzinsen aus den kalkulatorischen Kosten heraus- und in die Betriebskosten hinein gerechnet worden²³³:

Diagramm 16: Kalkulatorische Kosten ohne Fremdkapitalzinsen vs. Betriebskosten inkl. FK-Zinsen pro m³ Wasserabsatz (nutzbare Wasserabgabe), Bezugsjahr 2009

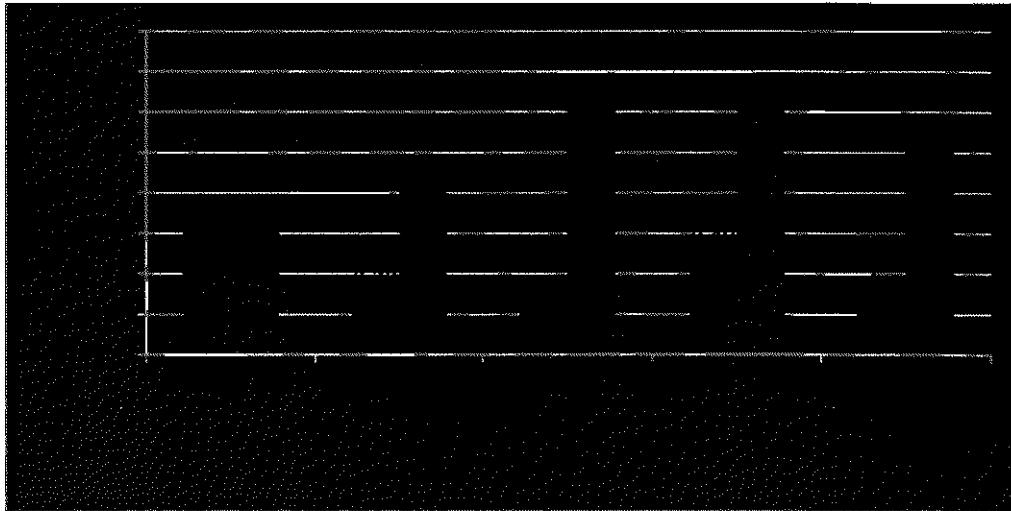


264 Erkennbar ist, dass BWB auch unter dieser Voraussetzung (kalk. Kosten ohne FK-Zinsen) in überdurchschnittlich hohem Maße kalkulatorische Kosten ansetzt. Allerdings verfälscht ein Vergleich der kalkulatorischen Kosten auf dieser Basis das Ergebnis zu Lasten der eigenkapitalfinanzierten Wasserversorger (z.B. Stadtwerke München). Denn in der Darstellung sind nur die Fremdkapitalzinsen als Betriebskosten berücksichtigt, nicht jedoch die Kosten der Eigenkapitalfinanzierung. Aber selbst bei dieser Darstellung, bei der sich die kalkulatorischen Kosten reduzieren, soweit eine Fremdkapitalverzinsung erfolgt, zeigt sich, dass die weitgehend fremdfinanzierte BWB im Branchenvergleich immer noch außergewöhnlich hohe kalkulatorische Kosten aufweist, selbst im Verhältnis zu überwiegend eigenfinanzierten Versorgern.

²³³ Das Diagramm zeigt die gesamten kalkulatorischen Kosten laut Unternehmensangaben ggf. abzgl. Fremdkapitalzinsen (falls nicht bereits in den Unternehmensangaben enthalten), ggf. zzgl. kalk. Gewerbesteuer (falls nicht bereits in den Unternehmensangaben enthalten), vgl. Datencheck II, Version 2 (Stand 20.10.2011) Blatt 5 „Betriebskosten pro m³ Wasserabsatz“ bzw. Blatt 9 „Kalkulatorische Kosten pro m³ Wasserabsatz“.

265 Dies wird deutlich erkennbar bei einem Vergleich der Betriebskosten und kalkulatorischen Kosten abzüglich sämtlicher Finanzierungskosten²³⁴.

Diagramm 17: Kalkulatorische Kosten vs. Betriebskosten ohne Finanzierungskosten pro m³ Wasserab-
satz (nutzbare Wasserabgabe), Bezugsjahr 2009



bb) Bedeutung der Finanzierungskosten für die Höhe der kalkulatorischen Kosten

266 Letztlich führt der Ansatz eines Mischzinssatzes in der Kalkulation zu Intransparenz über die Höhe der Eigenkapitalverzinsung. BWB beharrt auf ihrer Auffassung, dass sie keine Eigenkapitalverzinsung habe, so dass für sie nur die Kapitalverzinsung als Ganzes (Kapitalzinssatz als Mischzinssatz) angegeben werden dürfe.²³⁵ Der Mischzinssatz führt dazu, dass BWB in der Preiskalkulation gegenüber ihren Kunden weit höhere Zinsen ansetzt, als sie selbst in Form von Fremdkapitalzinsen bezahlen muss. Den hohen Mischzinssatz von 7,69 % (für 2009) kalkuliert BWB für das gesamte ansatzfähige betriebsnotwendige Vermögen, auch soweit dieses rein fremdkapitalfinanziert ist. Tatsächlich lag der durchschnittliche Fremdkapitalzinssatz der BWB im Jahr 2009 bei █ % . Das bedeutet im Ergebnis, dass BWB für jeden Euro Darlehensaufnahme █ Cent an Kreditzinsen zahlt, dies aber ihren Kunden als kalkulatorische Kapitalverzinsung in Höhe von █ Cent in Rechnung stellt. Die (ohne entsprechenden Aufwand kostenlos) vereinnahmte Differenz in Höhe von █ Cent ist nicht zuletzt angesichts des ungewöhnlich hohen Fremdkapitalanteils bei BWB erheblich und ist ein Grund für die hohen Gewinnmargen der BWB.

²³⁴ Vgl. Auswertung „Detailbetrachtung Betriebskosten/ kalkulatorische Kosten“ (Stand 24.10.2011), Tabellenblatt „BK ohne FK im Verhältnis“ bzw. Tabellenblatt „Kalk. Kosten ohne EK im Verh.“.

²³⁵ Zuletzt Schreiben Freshfields vom 11.11.2011, S. 1; dezidiert Schreiben Freshfields vom 19.10.2011, S. 1 und 2, Bl. 1828, 1829 d.A.

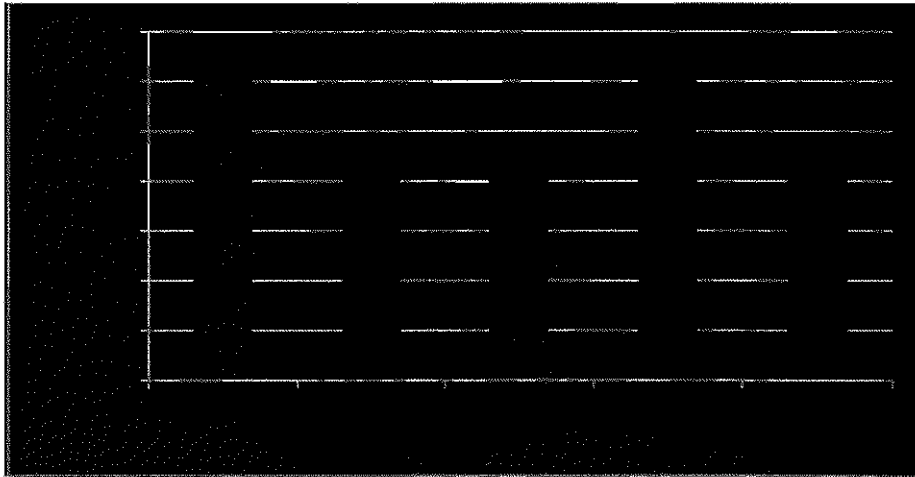
267 Da BWB selbst sich weigert, ihre Eigenkapitalverzinsung anzugeben und auf der bloßen Angabe der Gesamtkapitalverzinsung beharrt, kann die Beschlussabteilung nur aus den ansonsten vorliegenden Daten auf eine Eigenkapitalverzinsung in Höhe von mindestens ■■■■■ % zurückschließen. Denn BWB setzte im Jahr 2009 für die Wasserversorgung ■■■■■ T€ als verzinsliches, betriebsnotwendiges Kapital an, so dass bei dem Zinssatz von ■■■■■ % insgesamt ■■■■■ Mio. € für Kapitalzinsen in den Wasserpreisen enthalten sind. Werden von dieser Gesamtverzinsung die verausgabten Darlehenszinsen (■■■■■ Mio. €) abgezogen, kann die Differenz nur als Eigenkapitalverzinsung angesehen werden. Dementsprechend wird derjenige Teil des verzinslichen Kapitals, der nicht Fremdkapital ist, als Eigenkapital angesehen (■■■■■ T€ verzinsliches Gesamtkapital abzüglich ■■■■■ T€ Fremdkapital = ■■■■■ T€ Eigenkapital). Zusammen ergäbe dies für 2009 eine Eigenkapitalverzinsung von ■■■■■ T€ Zinsen bezogen auf ■■■■■ T€ Eigenkapital). Es bestehen jedoch Anhaltspunkte dafür, dass die tatsächliche Eigenkapitalverzinsung der BWB noch erheblich höher liegt. Denn die oben dargestellte Rechnung geht auf Basis der von BWB gelieferten Zahlen von einer ungefähr hälftigen Eigenkapital- und Fremdkapitalfinanzierung aus. In Wirklichkeit dürfte es sich um 70 % Fremdkapital und 30 % Eigenkapital handeln.²³⁶

cc) Höhe der kalkulatorischen Zinsen von BWB im Vergleich

268 Die hohen kalkulatorischen Zinsen der BWB wirken sich unmittelbar auf die Berliner Wasserpreise aus. Der Berliner Wasserpreis ist auch im großstädtischen Branchenvergleich in einem ungewöhnlichen Maße mit kalkulatorischen Zinsen belastet²³⁷:

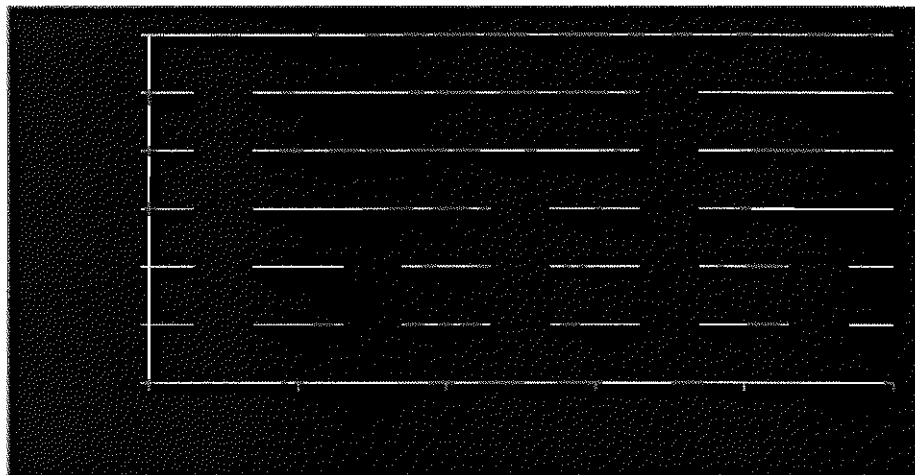
²³⁶ So die mündliche Aussage des Vorstandsvorsitzenden von BWB am 07.03.2012 im Rahmen einer Veranstaltung des Instituts für Regulierungsrecht der FU Berlin (Enreg-workshop Wasser) auf Nachfrage von Prof. Säcker.

²³⁷ Vgl. Auswertung „Höhe der kalkulatorischen Kapitalverzinsung, bereinigt um FK-Kosten“ (Stand 4.11.2011).

Diagramm 18: Kalk. Zinsen pro m³ Wasserabsatz (nutzbare Wasserabgabe), Bezugsjahr 2009

dd) Höhe der kalkulatorischen Abschreibungen von BWB im Vergleich

269 Der Berliner Wasserpreis ist ebenfalls in hohem Maße mit kalkulatorischen Abschreibungen belastet²³⁸:

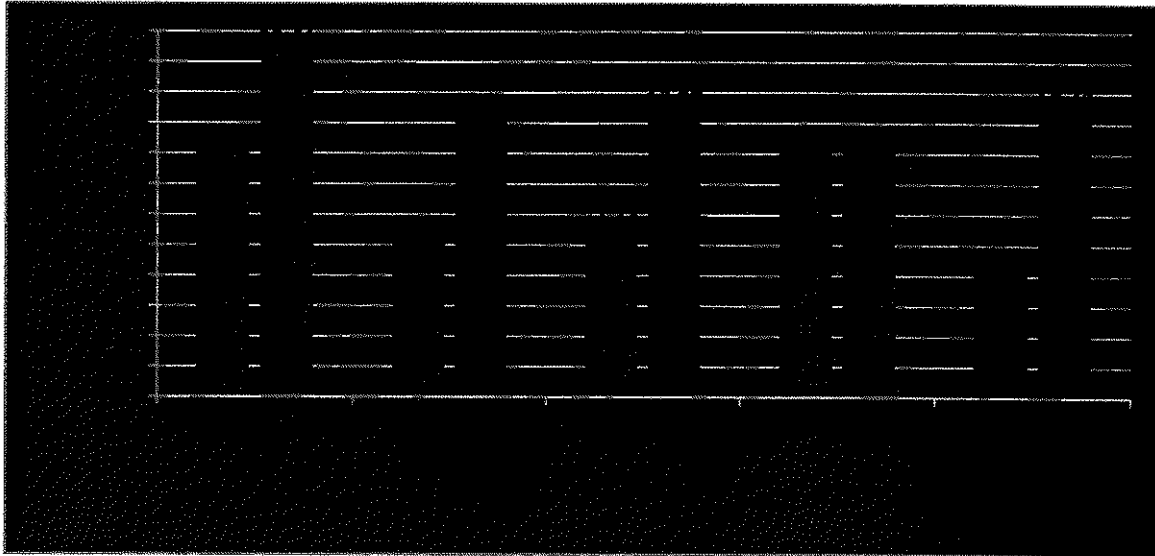
Diagramm 19: Kalk. Abschreibungen pro m³ Wasserabsatz (nutzbare Wasserabgabe), Bezugsjahr 2009

270 Ursache der hohen kalkulatorischen Abschreibungen von BWB sind einerseits die vergleichsweise kurzen Abschreibungszeiträume (■ Jahre für Netze / ■ Jahre für Anlagen / ■ Jahre für Sonstiges)²³⁹ und andererseits die sehr hohe Bewertung des Anlagevermögens.

²³⁸ Vgl. Datencheck II, Version 2 (Stand 20.10.2011), Blatt 33 „Kalkulatorische Abschreibungen pro m³ Wasserabsatz“.

²³⁹ Vgl. Schreiben Freshfields vom 20.10.2011, S. 1 („WBZW-AfA“), Bl. 1834 d.A.

Diagramm 21: Anlagevermögen in Anschaffungs- und Herstellungskosten sowie in Wiederbeschaffungswerten pro m³ Wasserabsatz, Bezugsjahr 2009²⁴⁴



- 273 Das Diagramm zeigt, dass BWB ihr Anlagevermögen wesentlich höher bewertet als der Durchschnitt der befragten Wasserversorger. Dies ist vom Grundsatz her nachvollziehbar, weil das Rohrleitungsnetz eines Wasserversorgers von Metropolen mit sehr hohem Metermengenwert tatsächlich pro Netzkilometer einen erheblich höheren Wert haben dürfte als das Netz eines Wasserversorgers mit niedrigerem Metermengenwert. Denn der besonders hohe Absatz pro Netzkilometer erfordert Rohre und sonstige Einrichtungen (z.B. Schieber, Verbindungsstücke) mit entsprechend größerem Durchmesser und ggf. auch höherer Qualität. Nicht zuletzt die Grabungsarbeiten und die Verlegung als solche dürften in Metropolenstädten aufwändiger sein. Als Vergleichsmaßstab für die Bewertung des Anlagevermögens sollen deshalb nur die Bewertungen der anderen Millionenmetropolen, also der Vergleichsunternehmen in Hamburg, München und Köln dienen. Aber auch bei diesem Vergleich erweisen sich die Bewertungen der BWB als deutlich überhöht. Ursache hierfür ist nicht zuletzt die Tatsache, dass BWB Kosten für die Instandhaltung ihres Rohrleitungsnetzes viel eher als Investitionen ausweist (bereits ab ■ m Rohrleitungslänge) als dies branchenüblich ist (s.u. unter E.8.)i)aa)). Der überhöhte Ausweis von Investitionen führt zu einem erhöhten Anlagevermögen, welches wiederum die überhöhten Abschreibungen ermöglicht.

²⁴⁴ In den Angaben zu den Wiederbeschaffungswerten bei „Ø bundesweit ohne Berlin“, „Ø Ost ohne Berlin“ und „Ø West ohne Berlin“ wurden nicht alle Städte berücksichtigt, da insgesamt 9 Unternehmen (4 in Ostdeutschland und 5 in Westdeutschland) keine Angaben zu den Wiederbeschaffungswerten gemacht haben. Die Wiederbeschaffungswerte der Vergleichsgruppe Hamburg, München und Köln liegen allerdings vor.

ee) Bedeutung der kalkulatorischen Kosten für die Rechtfertigungsebene

274 Die im Detail sehr vielgestaltige Frage, ob und inwieweit kalkulatorische Kosten überhaupt als Rechtfertigungsgrund für überhöhte Wasserpreise geltend gemacht werden können, braucht im hier vorliegenden Fall nicht entschieden werden. Denn jedenfalls bei BWB handelt es sich sowohl bei der Gesamtbetrachtung der kalkulatorischen Kosten als auch bei der Einzelbetrachtung ihrer jeweiligen Elemente um im Branchenvergleich durchgängig überhöhte Kosten und Wertansätze. Diese könnten allenfalls dann als Begründung für überhöhte Preise herangezogen werden, wenn es durchschlagende sachliche Gründe für die im Verhältnis zu den Vergleichsunternehmen deutlich höheren Kosten und Wertansätze der BWB gäbe. Genau dies macht BWB zwar in vielerlei Hinsicht geltend. Jedoch sollen diese besonderen Gründe (für höhere Kosten bzw. höhere Wertansätze) nicht an dieser Stelle, sondern bei den einzelnen, nachfolgend unter E.8 dargestellten Rechtfertigungsgründen der BWB jeweils analysiert und bewertet werden.

ff) Bindung an landesspezifische Kalkulationsvorgaben

275 Soweit BWB sich dagegen nicht auf einzelne Elemente ihrer kalkulatorischen Kosten bezieht, sondern pauschal geltend macht, dass sie für die gesamte Preiskalkulation inhaltlich nicht verantwortlich sei, weil sie insoweit nur als gesetzausführendes Organ handele und nicht in eigener Verantwortung und nach eigenem Ermessen, ist dies kein sachlicher Rechtfertigungsgrund für die Höhe der Berliner Wasserpreise als solche. Stattdessen geht es hier um die anschließende Frage, gegen wen der Missbrauchsvorwurf zu richten ist, wenn bereits festgestellt wurde, dass die Höhe der Preise aus sachlichen Gründen nicht gerechtfertigt werden kann. Diese Frage wird deshalb später als eigener Gliederungspunkt unter „11.) Zurechenbarkeit der erheblichen, nicht gerechtfertigten Preisüberhöhung“ behandelt.

f) Keine hohen Wasserbeschaffungskosten der BWB

276 In ihrer Stellungnahme zur Abmahnung vom 05.12.2011 macht BWB geltend, dass die eigenen Wasserbeschaffungskosten²⁴⁵ signifikant höher seien als die Wasserbeschaffungskosten der Vergleichsunternehmen. BWB beziffert ihre eigenen Wassergewinnungskosten (ohne WEE) für das Jahr 2009 auf ██████████ €/m³.²⁴⁶ Ursprünglich berechnete sie daraus ihren

²⁴⁵ Wasserbeschaffungskosten (= Kosten für die eigene Wassergewinnung einschließlich Wasseraufbereitung sowie für den Fremdbezug von Wasser) werden unterschieden von den Wasserverteilungskosten (= Kosten für die Verteilung des Trinkwassers auf die Endkunden im eigenen Versorgungsgebiet).

²⁴⁶ Schreiben Freshfields vom 30.01.2012, S. 108 f, Bl. 2525 f. d.A.

Kostennachteil bei der Wassergewinnung auf [REDACTED] €/m³.²⁴⁷ Sie nahm insoweit an, dass die Vergleichsunternehmen durchschnittliche Gewinnungskosten in Höhe von ca. 0,40 €/m³ hätten. Später, in ihrer Stellungnahme zur Abmahnung, schätzte BWB die Gewinnungskosten der Vergleichsunternehmen noch erheblich niedriger ein, nämlich auf 0,31 €/m³, so dass sie nunmehr ihren Nachteil bei den Wassergewinnungskosten entsprechend höher bewertet.²⁴⁸

aa) Keine objektive Vergleichbarkeit von Kostenkalkulationen der Unternehmen

- 277 Die von BWB hier verwendeten Zahlen sind generell nicht geeignet, die Preisunterschiede zwischen BWB und den Vergleichsunternehmen wegen angeblicher Kostennachteile bei den Wassergewinnungsbedingungen zu rechtfertigen. Weder die von BWB genannten noch die der Beschlussabteilung vorliegenden Zahlen können für unmittelbare Kosten-Vergleiche herangezogen werden, denn sie geben nur Aufschluss über die Kalkulation des Unternehmens, nicht aber über seine objektive Kostenbelastung im Vergleich zu anderen Unternehmen. BWB beruft sich zwar auf erhobene oder geschätzte Daten zu Wassergewinnungskosten. Die Beschlussabteilung kennt aber nicht alle – höchst unterschiedlich gearteten – Einzelkosten der verschiedenen Unternehmen für ihre Wassergewinnung. Die Beschlussabteilung hat keineswegs alle Einzelkosten jedes Unternehmens erhoben und erheben können, so dass die Kostenschätzungen für die Wassergewinnung der Vergleichsunternehmen von BWB ohne erkennbare Grundlagen vorgenommen worden sind. Die Beschlussabteilung hat lediglich bestimmte Einzelkosten, die objektiv feststellbar sowie klar zurechenbar sind, und die sich für einen Unternehmensvergleich unmittelbar eignen, erhoben. Dazu gehören vor allem die Wasserentnahmeentgelte und Konzessionsabgaben, sowie eventuelle Wasser-Bezugskosten und die Fremdkapitalkosten für Investitionen in die Wasserversorgung. Im Hinblick auf diese Kosten ist jedoch kein Kostennachteil von BWB erkennbar. Da der Erlösvergleich auf den abgabenbereinigten Erlösen beruht, sind Wasserentnahmeentgelte und Konzessionsabgaben von vornherein neutralisiert. Bezugskosten spielen für BWB angesichts des nur minimalen Fremdbezugs praktisch keine Rolle, und ihre Fremdkapitalkosten liegen im üblichen Rahmen.
- 278 Die einzigen objektiven Kostennachteile Berlins, die sich aus den durch die Fragebögen erlangten Daten (wenn auch indirekt) ergeben, sind die sehr geringen Stromkosten der Stadtwerke München für die Wasserversorgung. Denn aus den abgefragten Strommengen ergibt sich, dass die BWB und die Vergleichsunternehmen aus Hamburg und Köln gemessen an ihrer Größe einen vergleichbaren Stromverbrauch für die Wasserversorgung aufweisen.

²⁴⁷ Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 120 ff, Bl. 1150 ff. d.A.

²⁴⁸ Schreiben Freshfields vom 30.01.2012, S. 109, Bl. 2526 d.A.

Bei den Stadtwerken München hingegen entfällt dieser Kostenpunkt weitgehend, weil das Wasser aufgrund des Gefälles von den Alpen mit hohem natürlichen Druck in der Stadt ankommt und dieser Wasserdruck auch für die Verteilung des Wassers innerhalb der Stadt genutzt werden kann. Dieser – isoliert betrachtet – nachteilige Aspekt der Wasserversorgung in Berlin gegenüber derjenigen in München – kann deshalb im Rahmen der Gesamtabwägung der Rechtfertigungsprüfung der BWB gewürdigt werden (s. dazu unten 9.)a)aa)). Dies gilt jedoch nicht für die Argumentation der BWB, dass ihre Wassergewinnung insgesamt kostenträchtiger sei als die Wassergewinnung in den Vergleichsstädten.

- 279 Denn diejenigen Daten, auf die BWB sich in ihrer Argumentation bezieht (vgl. die im Fragebogen vom 19.08.2010 auf Tabellenblatt „I. Wirtsch. Grunddaten Wasser“ unter Punkt 9.1 und 9.2 abgefragten Daten zur Aufteilung der Kosten der Trinkwassersparte) sind in ihrer Aussagekraft sehr beschränkt und nicht geeignet, Rechtfertigungsgründe in Form echter, also strukturell bedingter Kostennachteile zu belegen. Bei den in den Fragebögen abgefragten „Gesamtkosten Trinkwassersparte“, die von den Unternehmen selbst in Wassergewinnung und Wasserverteilung aufgeteilt werden, handelt es sich nämlich nur um eine pauschale Zusammenfassung aller in die Preiskalkulation eingegangenen Daten. Sie enthalten neben den realen und pagatorischen Kosten auch sämtliche kalkulatorischen Kosten, die komplette Kapitalverzinsung etc. Eine Aussagekraft haben diese Daten deshalb nur für die Höhe des kalkulierten Preises und für das Verhältnis, in dem das Unternehmen seine Kosten auf die Wassergewinnung einerseits und auf die Wasserverteilung andererseits aufteilt. Die Unternehmen können damit ihren Kunden erklären, in welcher Höhe sich die Entgelte auf Gewinnung bzw. auf Verteilung aufteilen. Sie können damit aber nicht erklären, ob Kosten in dieser Höhe tatsächlich (und nicht nur kalkulatorisch) entstanden sind und erst recht nicht, ob die Kosten in dieser Höhe auch sachlich gerechtfertigt sind.
- 280 Davon abgesehen sind die von BWB angesprochenen Daten (bezeichnet als Datenpool „Wasserpreisabfrage BKartA“) zu den Gewinnungskosten selbst in ihrer sehr beschränkten Aussagekraft für einen unmittelbaren Vergleich praktisch nicht geeignet, weil die Unternehmen hier jeweils eigene Maßstäbe und Zurechnungsregeln angewendet haben. So muss berücksichtigt werden, dass gerade die von BWB in Bezug genommenen Münchener Gewinnungskosten schon deshalb deutlich zu niedrig angesetzt sind, weil dort die wesentlichen Gewinnungskosten durch den Fern-Transport des in den Alpen beschafften Wassers nach München entstehen. Die Kosten der Transportleitung aber werden von SW München nicht

isoliert erfasst, sondern den allgemeinen Leitungsnetzkosten zugeordnet.²⁴⁹ Sie sind somit in den Verteilungskosten enthalten, obwohl sie ausschließlich durch die Fernversorgung (als Alternative zur Eigengewinnung) verursacht sind und deshalb bei einem Vergleich mit Versorgern, die im eigenen Versorgungsgebiet ihre Wasser gewinnen, den Gewinnungskosten hinzugerechnet (und von den Verteilungskosten abgezogen) werden müssten. Denn als Verteilungskosten können nur diejenigen Kosten gelten, die innerhalb des eigenen Versorgungsgebiets für die Verteilung des Wassers entstehen, und nicht solche, die bereits für den Bezug bzw. den Transport von Wasser entstanden sind, welches aus anderen Gebieten „importiert“ wurde.

bb) Gesamtbetrachtung, nicht einzelne Kostennachteile maßgeblich

- 281 Ungeachtet der Tatsache, dass die von BWB in Bezug genommenen Daten gerade auch im Hinblick auf einen Vergleich mit München nicht geeignet sind, als Basis für eine Rechtfertigung zu dienen, und sachlich eher in die Irre führen, erweist sich bereits der gedankliche Ansatz, auf der Basis eigener Kostendaten einen Kostennachteil belegen zu wollen, als problematisch. Jedenfalls wäre die Höhe der Berliner Kosten als solche noch kein Rechtfertigungsgrund. Abgesehen davon, dass es sich bei den geltend gemachten Kosten noch nicht einmal ausschließlich um real entstandene, sondern auch um rein kalkulatorische Kosten handelt, würde selbst die Höhe real entstandener Kosten noch nichts über deren Erforderlichkeit, Angemessenheit und effiziente Verwendung aussagen.
- 282 Hinzu kommt, dass eine isolierte – hier allein auf die Gewinnungskosten bezogene – Kostenbetrachtung schon vom Ansatz her nicht sachgerecht ist. Denn letztlich kann jeder Wasserversorger aus den verschiedensten Gründen zahlreiche einzelne Kostenaspekte anführen, die zu seinen Lasten gehen, also sich bei ihm stärker kostentreibend auswirken als bei vergleichbaren Unternehmen. Umgekehrt können aber auch jedem Wasserversorger zahlreiche *andere* Kostenaspekte entgegengehalten werden, die sich zu seinen Gunsten auswirken, also bei ihm weniger kostentreibend sind als bei vergleichbaren Unternehmen. Nur eine sämtliche Kostenaspekte saldierende Vergleichsbetrachtung kann insofern zu objektiven Ergebnissen gelangen, die für eine Rechtfertigungsprüfung notwendig sind. Eine solche objektive, saldierende Gesamtkostenbetrachtung wird von BWB nicht vorgenommen. Insbesondere berücksichtigt BWB nicht ihre ebenfalls bestehenden Vorteile bei der Wassergewinnung und erst recht nicht ihre ganz erheblichen Vorteile bei der Wasserverteilung (Ska-

²⁴⁹ Vgl. Rückfragen per E-Mail BKartA an SW München vom 30.01.2012, 11:57 Uhr (Ermittlungsakte München Bl. 462) und vom 08.03.2012, 9:28 Uhr (Ermittlungsakte München Bl.517) sowie Antwort E-Mail SW München an BKartA vom 12.03.2012, 16:48 Uhr, Ermittlungsakte München Bl. 520).

lenvorteil durch größtes einheitliches Versorgungsgebiet, geringer Aufwand durch wenige Hausanschlüsse etc.).

cc) Nicht Kostennachteile, sondern objektive Nachteile der Versorgungsbedingungen (als Ursache für Kostennachteile) maßgeblich

283 Ein Kostenvergleich auf Basis der von den Unternehmen selbst angegebenen Gesamtkosten, die lediglich in Gewinnungs- und Verteilungskosten aufgeteilt werden, ist nicht zielführend für die Darlegung von Rechtfertigungsgründen. Dies ergibt sich bei kalkulatorischen Kosten schon daraus, dass ihr Ansatz und die Bewertung keinen allgemeinverbindlichen Regeln unterliegen und von jedem Unternehmen unterschiedlich gehandhabt werden. Dies gilt letztlich auch für die handelsrechtlichen Kosten, denn auch die Abschreibungen basieren auf Bewertungen und Abschreibungsdauern, die nach unterschiedlichen Maßstäben vorgenommen werden. Selbst wenn es aber möglich wäre, die tatsächlich entstandenen Kosten eines jeden Unternehmens nach einheitlichen Maßstäben genau zuzuordnen und zu vergleichen, ergäbe sich aus einem vergleichsweise hohen realen Kostenniveau noch kein Rechtfertigungsgrund. Denn nur die effizienten Kosten könnten insoweit Berücksichtigung finden. Die hohen Investitionen und nachfolgenden Abschreibungen der Wasserwirtschaft gehen in erster Linie auf den Bau von Anlagen (insb. Wasserwerke, Leitungsnetz) zurück. Überdurchschnittlich hohe Gesamtkosten können aber nicht nur durch besonders umfangreiche Bauvorhaben oder besonders kostenträchtige Baubedingungen verursacht werden, sondern auch durch ineffiziente Maßnahmen und überhöhte, eigene Kostenverursachung. Kosten dürfen von der Kartellbehörde nicht einfach in der Höhe anerkannt werden, in der sie entstanden sind. Ansonsten würden z.B. auch solche Baukosten als Rechtfertigungsgrund anerkannt werden, die allein dadurch entstanden sind, dass die Baupreise aufgrund einer unzureichenden Kostenkontrolle des Wasserversorgers oder gar widerrechtlich aufgrund von Korruption in die Höhe getrieben wurden. Als Rechtfertigungsgründe können daher nicht erhöhte Kosten, sondern nur objektive Erschwernisse der Wasserversorgungsbedingungen angeführt werden.

g) Im Verhältnis zu Vergleichsunternehmen keine Erschwernisse der Wassergewinnung

284 Im Verhältnis zu Hamburg und Köln kann BWB keine objektiven Erschwernisse der Wassergewinnung geltend machen, die die von BWB angegebenen, sehr hohen Kosten rechtfertigen könnten. Das Grundwasserdargebot ist mehr als ausreichend²⁵⁰, die Fördertie-

²⁵⁰ Darstellung auf der Website der BWB unter <http://www.bwb.de/content/language1/html/1143.php>: „Wissen Sie, ... dass Berlin pro Jahr 427 Mio. m³ Trinkwasser zur Verfügung stehen? Davon wer-

fen sind ähnlich, Hamburg betreibt ebenfalls sehr viele Brunnen, die Qualität des Rohwassers ist in Berlin eher besser (RheinEnergie muss ihr Wasser aufbereiten), Grundwasseranreicherung durch Uferfiltrat erfolgt in Köln ebenfalls. Die natürlichen Wassergewinnungsbedingungen sind in Berlin und Umgebung sehr günstig. Wie kostengünstig das Trinkwasser im Berliner Urstromtal (als Teil des Warschau-Berliner Urstromtals) gewonnen werden kann, zeigt sich nicht zuletzt an den Wassergewinnungskosten, die der Wasserverband Strausberg-Erkner²⁵¹ (WSE) ausweist, der ein weitflächiges Gebiet unmittelbar hinter der östlichen Stadtgrenze Berlins versorgt.²⁵² Der WSE fördert wie BWB Grundwasser. Er beziffert jedoch seine Kosten für die Wassergewinnung (ebenfalls inklusive kalkulatorischer Kosten) pro Kubikmeter Wasser auf weniger als die Hälfte der von BWB angesetzten Kosten.²⁵³

- 285 Obwohl der WSE wegen seiner abweichenden Strukturdaten nicht zu dem Kreis der unmittelbaren Vergleichsunternehmen (HamburgWasser, SW München, RheinEnergie) gehört, ist dennoch sein Preisniveau indirekt auch für die Wasserversorgungsbedingungen in Berlin aufschlussreich. Denn sein allgemeiner Netto-Durchschnittspreis liegt unterhalb von 1,70 € und der abgabenbereinigte Netto-Durchschnittspreis liegt unterhalb von 1,60 €, also weit unterhalb des Preisniveaus von BWB. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Wasserverband Strausberg-Erkner keineswegs über günstige Verteilungsbedingungen verfügt, denn er versorgt ein zersiedeltes, ländlich bzw. kleinstädtisch geprägtes Gebiet, so dass er einen sehr geringen Metermengenwert von unter 5 ausweist.²⁵⁴ Folglich entfallen mehr als drei Viertel seiner Gesamtkosten auf die Wasserverteilung und nur weniger als ein Viertel auf die Wassergewinnung. Der WSE verfügt folglich über eine sehr günstige Wassergewinnung, während BWB weit mehr als doppelt so hohe Kosten hierfür geltend macht. Diese Diskrepanz kann nicht durch die unterschiedliche Berücksichtigung kalkulatorischer Kosten erklärt werden. Denn auch der WSE hat in seinen Preiskalkulationen in ganz erheblichem Maße

den gut 200 Mio. m³ jährlich genutzt. Doch weit mehr als 200 Mio. m³ Wasser gelangen wieder zurück ins Grundwasser. Es versickert oder bildet sich über Uferfiltrat neu. Die Folge: Der Grundwasserpegel der Hauptstadt steigt. Das Wasser in Berlin ist - im Gegensatz zur weltweiten Situation - nicht knapp. Im Gegenteil, in den vergangenen 20 Jahren ist der Wasserbedarf in Berlin um rund die Hälfte zurückgegangen, während die Grundwasserstände gestiegen sind.“

²⁵¹ Vgl. Ermittlungsakte Strausberg, Bl. 16.

²⁵² Das zentrale Berliner Wasserwerk in Friedrichshagen am Müggelsee befindet sich in unmittelbarer Nähe des Versorgungsgebietes des Wasserverbands Strausberg-Erkner.

²⁵³ Selbst wenn das Grundwasser unter großstädtischen Verdichtungen oder auch unterhalb intensiver Landwirtschaft i.d.R. stärker gefährdet ist als im kleinstädtischen Raum, sollte sich dieser potentielle Nachteil Berlins angesichts der unmittelbaren Nachbarschaft zu dem Brandenburger Wasserversorger in Grenzen halten und durch die Skalenvorteile des weitaus größeren Nachbarn kompensiert werden.

²⁵⁴ Für die Versorgung von Höhenlagen weist WSE 4 Druckerhöhungsstationen aus.

rein kalkulatorische Kosten einbezogen. Schließlich gibt es keine Anhaltspunkte für das Bestehen eines Investitionsstaus bei WSE. Ganz im Gegenteil teilt er auf seinen Internetseiten mit, dass das gesamte Rohrnetz konsequent gewartet und planmäßig erneuert wird.²⁵⁵ Festzuhalten bleibt daher, dass es möglich ist, im Berliner Urstromtal sehr kostengünstig qualitativ hochwertiges Trinkwasser zu gewinnen.

286 Dennoch stellt BWB umfangreich dar²⁵⁶, dass ihre Wassergewinnung kostenintensiv sei und sie begründet dies mit verschiedenen naturgegebenen Gründen, auf die im Einzelnen eingegangen werden soll.

aa) Keine ungünstigen hydrologischen/geologischen Bedingungen in Berlin

287 Wie bereits bei der Beurteilung der Vergleichskriterien festgestellt, sind die hydrologischen und geologischen Wasserversorgungsbedingungen in Berlin im Städtevergleich sehr günstig. Eine Wasseraufbereitung braucht – mit Ausnahme des grundsätzlich immer erforderlichen Absetzens von Eisen und Mangan²⁵⁷ – nicht vorgenommen werden²⁵⁸. Die Wassergewinnung erfolgt in nur neun Wasserwerken an vier Standorten²⁵⁹, denn ineffiziente Wasserwerke konnten geschlossen werden.²⁶⁰ Dafür sind die bestehenden Standorte günstig über die Stadt verteilt, was die Transportwege zu den Kunden verringert. BWB stellt selbst dar, wie effizient die Wassergewinnung in Berlin erfolgt: „Ihr [RWEs und Veolias] Wissen hat es u. a. ermöglicht, dass alle neun Wasserwerke von vier Standorten überwacht und gesteuert wer-

²⁵⁵ Vgl. www.w-s-e.de unter Wasserverband/Versorgungsgebiete/Trinkwassernetz im Verbandsgebiet, Internet-Recherche am 31.10.2011.

²⁵⁶ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 54, 58 bis 64, Bl.1084 und 1088-1094 d.A.; Schreiben Freshfields vom 27.07.2011, S. 3ff., 8 ff., (Bl. 1590 ff., 1595 ff. d.A.).

²⁵⁷ Vgl. www.bwb.de unter Wasserwelten / Wasser-Wissen / Aus Grund- wird Trinkwasser. Das Wasser durchströmt Reaktionsbecken, in denen Eisen und Mangan mit Sauerstoff reagieren und sich in Flocken am Boden des Beckens absetzen; Internet-Recherche am 04.10.2011.

²⁵⁸ Vgl. BWB in <http://www.wollt-ihr-wissen.de/wp-content/uploads/2012/01/Wollt-Ihr-wissen-Antworten-der-BWB-Kommentare-GiB-2012.pdf>, zu Frage Nr. 38: „Unsere Philosophie ist und bleibt die naturnahe Aufbereitung, die lediglich aus einer Enteisung und Entmanganung besteht – wie bei Mineralwasser.“

²⁵⁹ HamburgWasser gewinnt Wasser aus 17 Wasserwerken, RheinEnergie hat 8 Wasserwerke und zwei völlig getrennte Wassernetze (links- und rechtsrheinisch).

²⁶⁰ BWB laut <http://www.wollt-ihr-wissen.de/wp-content/uploads/2012/01/Wollt-Ihr-wissen-Antworten-der-BWB-Kommentare-GiB-2012.pdf>, S.4: „Von den 1990 in Berlin betriebenen 16 Wasserwerken wurden bis 1997 – die Teilprivatisierung war 1999 – fünf geschlossen, nämlich Friedrichsfelde 1992, Altglienicke 1993, Riemeisterfenn 1995, Köpenick 1996 und Buch 1997. 2001 folgten dann die beiden Werke in Johannisthal und Jungfernheide. Heute versorgen wir Berlin über neun Wasserwerke.“

den können. [...] Insgesamt konnten die beeinflussbaren Kosten seit 1999 um rund ein Viertel gesenkt werden.“²⁶¹

- 288 Das Vorhandensein von Tiefbrunnen bei BWB kann kein Faktor sein, der BWB im Verhältnis zu den Vergleichsunternehmen besondere Kostennachteile beschert. Denn laut eigenen Angaben von BWB findet die Grundwasserförderung nicht in besonderer Tiefe statt: „Die genutzten Grundwasserstockwerke liegen in der Regel im Bereich von 20 bis 80 m unter Geländeoberkante. Die Brunnengalerien sind überwiegend entlang der Gewässer Spree, Dahme und Havel angeordnet.“²⁶²
- 289 Auch die Tatsache, dass – wie in Köln auch – auf Uferfiltrat zurückgegriffen wird, kann kein Kostennachteil für BWB sein, denn die Gewinnung ist letztlich ähnlich und die Qualität des Rohwassers ebenso, da auch Uferfiltrat durch die Passage von Bodenschichten entsprechend gefiltert wird. Auch die begriffliche Unterscheidung zwischen Grundwasser und Uferfiltrat wird aufgehoben, wenn BWB selbst darstellt: „Die Wassergewinnung erfolgt ausschließlich auf der Basis von Grundwasser. Die Herkunft des gehobenen Grundwassers beträgt anteilig ca. 60 % Uferfiltrat, 30 % natürliche Grundwasserneubildung und 10 % künstliche Grundwasseranreicherung.“²⁶³
- 290 Soweit BWB in Reaktion auf das Anhörungsschreiben der Beschlussabteilung vom 28.02.2011 darauf verweist, sie habe Kostennachteile im Verhältnis zu den konkreten Vergleichsunternehmen in Hamburg, München und Köln, weil sie – anders als die Beschlussabteilung geschrieben habe – tatsächlich mehr Brunnen habe²⁶⁴, ist dies nicht maßgeblich. Denn miteinander verglichen werden kann nicht die absolute Zahl der Brunnen, sondern die Relation der Brunnen zur abgesetzten Trinkwassermenge. Berlin gewinnt 200 Mio. Kubikmeter Trinkwasser mit (lt. BWB) 946 Brunnen, während Hamburg 115 Mio. m³ Wasser mit lt. BWB 464 Brunnen gewinnt. In Relation gesetzt unterscheidet sich die Brunnendichte beider Unternehmen kaum. Die Tatsache, dass BWB nach ihrem eigenen Vortrag nicht sämtliche ihrer Brunnen in Betrieb hat, ist ebenfalls keine Begründung für Zusatzkosten, die bei den Vergleichsunternehmen nicht anfallen würden. Geschlossen werden die hydrologisch und betriebswirtschaftlich ungünstigsten Brunnen. Angesichts des durch nachhaltiges Wassersparen bedingten Verbrauchsrückgangs sind Brunnenschließungen ein in der Branche weit verbreiteter und normaler Prozess zur Einsparung von Betriebskosten. Ein im Branchenver-

²⁶¹ BWB laut <http://www.wollt-ihr-wissen.de/wp-content/uploads/2012/01/Wollt-Ihr-wissen-Antworten-der-BWB-Kommentare-GiB-2012.pdf>, zu Frage Nr. 99.

²⁶² Anlage 3 „Antwort Fragenkatalog“ (S. 2) zum Schreiben BWB an BKartA vom 14.04.2010 (Bl.55 d.A.).

²⁶³ Anlage 3 „Antwort Fragenkatalog“ (S. 2) zum Schreiben BWB an BKartA vom 14.04.2010 (Bl. 55 d.A.).

²⁶⁴ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 58, Bl. 1088 d.A.

gleich überdurchschnittlich preistreibendes Element kann darin zugunsten von BWB nicht gesehen werden. Eher ist die Brunnendichte der einzige „normale“ Faktor zwischen den ansonsten besonders günstigen Strukturen der Wassergewinnung in Berlin.

bb) Mangelnde Rohwasserqualität?

- 291 BWB macht geltend²⁶⁵, sie habe überdurchschnittliche Gewinnungskosten weil sie – insbesondere auch im Verhältnis zu den Vergleichsunternehmen in Hamburg, München und Köln – ungünstige wasserwirtschaftliche Voraussetzungen habe. Sie müsse in erheblichem Umfang auf Uferfiltrat und aus Oberflächenwasser angereichertes Grundwasser zurückgreifen, die vorhandenen Grundwasserdargebote würden durch Siedlungsdruck und Altlasten erheblich in ihrer Leistungsfähigkeit beschränkt und die zusätzlichen Aufwendungen (Anreicherung des Grundwassers, Betrieb von Abwehrbrunnen etc.) seien höher als bei den Vergleichsunternehmen, von denen lediglich Köln – in geringerem Maße – Uferfiltrat fördere.²⁶⁶
- 292 Tatsache ist, dass das Berliner Grundwasser unbestritten eine hohe Qualität hat und nur außergewöhnlich geringen Reinigungsaufwand benötigt. Umweltsenatorin Lompscher: „Das Berliner Grundwasser besitzt eine so gute Qualität, dass wir es bereits nach einer einfachen, naturnahen Aufbereitung trinken können.“²⁶⁷ BWB-Vorstandsvorsitzender Simon: „Wir betreiben in Berlin neun Wasserwerke. An allen Standorten wird Grundwasser gefördert, das ausschließlich mit naturnahen Verfahren (Belüftung und Filtration) zu Trinkwasser aufbereitet wird. Eine zusätzliche Desinfektion ist nicht erforderlich.“²⁶⁸
- 293 In Betracht käme allenfalls eine Entkalkung des aufgrund hoher Magnesium- und Calciumwerte harten, d. h. stark kalkhaltigen Berliner Wassers. Dies ist jedoch aus hygienischen und gesundheitlichen Gründen nicht erforderlich (bei Mineralwässern sind Magnesium und Calcium gerade erwünscht) und wäre sehr kostenintensiv. Der – sachlich begründete – Verzicht auf eine zentrale Entkalkung hat allerdings zur Folge, dass nicht BWB, sondern allein die Berliner Wasserkunden die erheblichen Folgekosten des hohen Kalkgehalts tragen. Denn dieser erfordert wesentlich höhere Dosierungen von Waschmitteln und schadet sämtlichen wasserabhängigen Haushaltsgeräten, die schnell „verkalken“, dadurch mehr Energie benötigen, reparaturanfällig werden und ggf. eine kürzere Betriebsdauer aufweisen.

²⁶⁵ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 119 bis 122, Bl. 1149-1152 d.A.

²⁶⁶ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 119, Bl. 1149 d.A.

²⁶⁷ Vgl. Broschüre „Grundwasser in Berlin“, S. 5, (erschieden am 09.01.2008, <http://www.berlin.de/landespressestelle/archiv/2008/01/09/91874/>).

²⁶⁸ Vgl. Euwid Wasser Special 01.2011, Interview Simon S. 5 ff, 6.

(a) Naturnahe Aufbereitung keine Selbstverständlichkeit

- 294 Dass die Möglichkeit einer einfachen, naturnahen Aufbereitung in der deutschen Wasserwirtschaft nicht selbstverständlich ist, zeigt schon seine Hervorhebung durch Politik und Unternehmen. Zwar wird von keinem Wasserversorger öffentlich herausgestellt, welchen Aufwand er für die Aufbereitung des Trinkwassers betreibt, weil dies zu einer unnötigen Verunsicherung der Verbraucher führen kann. Der Beschlussabteilung liegt daher wenig Zahlenmaterial vor. Dennoch ist z.B. aufschlussreich, welche jährlichen Verbrauchszahlen z.B. die RheinEnergie in Köln in ihrer Umwelterklärung für die Wasserversorgung 2010 ausweist. Danach wurden im Jahr 2009 für die bloße Wassergewinnung 56 t Phosphatiermittel, 1,6 t Desinfektionsmittel und 900 t Aktivkohle benötigt.²⁶⁹
- 295 Selbst das in der deutschen Wasserwirtschaft zurzeit intensiv diskutierte Thema der anthropogenen Spurenstoffe ist für die Berliner Trinkwassergewinnung keine Gefahr. Zu diesem Thema sagt das als Anlage M19 dem Schriftsatz BWB vom 19.05.2011 beigefügte Gutachten zum Wasserversorgungskonzept²⁷⁰ auf S. 66 ff, 69: „Es zeigt sich, dass (...) die Belastung mit Stoffspuren im Berliner Gewässersystem kein Problem darstellt. Die Sicherung der Wasserversorgung wird daher durch diesen Themenkreis nicht in Frage gestellt, es gilt die in Tab. 21 aufgezeigte Fördermengenverteilung.“

(b) Keine besondere Altlastenproblematik in Berlin

- 296 BWB macht geltend, die Trinkwassergewinnung in Berlin werde aufgrund industrieller Altlasten erschwert.²⁷¹
- 297 Tatsächlich ist jedoch nicht erkennbar, warum BWB höhere Kosten zu tragen hätte als sie jedenfalls bei Großstädten branchenüblich sind und auch bei den Vergleichsunternehmen (mit Ausnahme von München)²⁷² anfallen. In Relation zu Hamburg und der Kölner Bucht ist Berlin und Umgebung ein mit wenig Industrie durchzogenes, eher auf Dienstleistungen spezialisiertes Gebiet. Zwar war die Industriedichte – genauso wie auch die Bevölkerungsdichte – in Berlin Ende des 19. Jahrhunderts bis zum 2. Weltkrieg sehr hoch, aber davor und danach verhältnismäßig gering. Dagegen gab es in der Kölner Bucht und im angrenzenden

²⁶⁹ Vgl. Umwelterklärung für die Wasserversorgung (Wassergewinnung, Wasserverteilung, Wasserlabor), S. 47, verfügbar unter

http://www.rheinenergie.com/media/portale/downloads_4/rheinenergie_1/broschueren_1/Umwelterklaerung_Wasserversorgung_2010.pdf, Recherche vom 04.06.2012

²⁷⁰ Wasserversorgungskonzept für Berlin und für das von den Berliner Wasserbetrieben versorgte Umland (Entwicklung bis 2040), September 2008, herausgegeben von Klaus Möller & Jens Burgschweiger im Auftrag der Berliner Wasserbetriebe.

²⁷¹ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 56 ff., Bl. 1086 d.A.

²⁷² Zu der Ausnahmesituation Münchens bei der Wassergewinnung s.u.

Bergischen Land bereits umweltschädigende und insbesondere den Boden verunreinigende Industriebetriebe als die Industrialisierung in Berlin noch lange nicht begonnen hatte. Letztlich kann die Belastung mit Altlasten nur schwer zwischen den verschiedenen Gegenden verglichen werden. Entscheidend sind jedoch folgende Punkte: Die Altlastenproblematik trifft zunächst einmal die Eigentümer der Grundstücke. Auch in Berlin werden die Kosten für Altlastensanierung von der Stadt oder privaten Grundstückseigentümern getragen und nicht vom Wasserversorger. Solange das Grundwasserreservoir – wie in Berlin der Fall – so groß und breit verteilt ist, dass der Wasserversorger seinen Bedarf allein mit der Inanspruchnahme unbelasteten oder allenfalls gering belasteten Grundwassers oder Uferfiltrats decken kann, ist er in einer günstigen Situation. Zudem sind andere Wasserversorger trotz aller Grundwasser schützenden Maßnahmen i.d.R. auf Rohwasser schlechterer Qualität angewiesen.

(c) Keine überdurchschnittlichen Kosten zum Schutz des Grundwassers

- 298 Die Argumentation der BWB, sie hätte Kosten zu tragen, um die Reinhaltung des von ihr geförderten Rohwassers auch langfristig gewährleisten zu können (Abwehrbrunnen, Grundwasseranreicherung), ist für sich genommen nicht unplausibel. Daher soll die Entstehung dieser Kosten hier zunächst ungeprüft als wahr unterstellt werden. Dennoch muss berücksichtigt werden, dass es sich letztlich nicht um Zusatzkosten handelt, die allein BWB zu tragen hätte, sondern um Kosten, die – zur Gewährleistung der Trinkwasserqualität – prinzipiell jedem großen Wasserversorger entstehen. Nur fallen die Kosten bei jedem Unternehmen an ganz unterschiedlichen Stellen in unterschiedlicher Höhe an, so dass die isolierte Betrachtung einzelner solcher Kostenaspekte (bei BWB insbesondere Grundwasseranreicherung, Verockerung von Brunnen²⁷³) zwangsläufig zu Verzerrungen führt, weil im vorliegenden Verfahren nur die spezifischen Nachteile der Wassergewinnung in Berlin thematisiert werden, nicht aber diejenigen der anderen Wasserversorger. Erforderlich ist daher eine branchenweite Gesamtbetrachtung möglichst aller Kostenfaktoren bei der Wassergewinnung.
- 299 Bei einer solchen branchenweiten Gesamtbetrachtung ist hingegen festzustellen, dass die Verfügbarkeit von geeignetem Grundwasser das entscheidende Privileg eines Wasserversorgers ist.²⁷⁴ Die Ermittlungen der Beschlussabteilung weisen ebenfalls deutlich darauf hin,

²⁷³ Als Verockerung bezeichnet man die Ablagerung von Eisen- und Manganoxiden bei Brunnen, zum Beispiel lagern sich diese in Schlitzen und Filterrohren ab.

²⁷⁴ Vgl. z. B. Engler/Siehlw/Marschke, Empirische Analyse: Preise und Gebühren für Trinkwasser, wwt 9/2010, S. 50, 54: „Die Variable Anteil Grund- und Quellwasser (-0,358**) liefert den höchsten Erklärungsbeitrag im Modell, (...). Grund- und Quellwasser bedarf weniger Aufbereitung als Oberflächenwasser und bietet somit einen Qualitätsvorteil, der sich in den Kosten und letztendlich im Preis abzeichnet.“

dass der ansonsten erforderliche Fremdbezug von Grundwasser grundsätzlich aufwändiger und teurer wäre²⁷⁵. Dennoch ist auch jede Eigengewinnung von Rohwasser mit Kosten verbunden. Zudem kann die nachträgliche Aufbereitung des Trinkwassers hohe Kosten verursachen. So tragen einzelne der hier befragten Großstädte Kosten für unterschiedlichste Aufwendungen wie z.B. Ozonierung, Nanofiltration, UV-Behandlung, sonstige Desinfektionsmaßnahmen. Gleiches gilt für präventive Maßnahmen zur Gewinnung und zum Schutze des Rohwassers, die gerade deshalb ergriffen werden, um die ansonsten später erforderlichen Aufbereitungskosten zu minimieren.

- 300 Der Betrieb von Talsperren ist aufwändig, und viele Wasserversorger leisten Abstandszahlungen an die Landwirte in der Umgebung der Wassergewinnungsgebiete, damit sie durch weniger intensive Landwirtschaft den Boden und das Grundwasser geringer belasten. Selbst die Stadtwerke München als Betreiberin der Wassergewinnung im weit entfernten Mangfalltal fördern seit 1992 dort die ökologische Landwirtschaft, um die hohe Qualität des Wassers zu sichern.²⁷⁶ München hatte die für die Trinkwassergewinnung relevanten Grundstücke bereits 1911 erworben und verpachtet sie nun an ökologisch wirtschaftende Landwirte, denen sie langjährige Beihilfen von mehreren Hundert Euro je Hektar Grünland/Acker zahlt.²⁷⁷ Die Stadt Köln und RheinEnergie haben extra zum Schutz des Grundwassers Wälder in der Nähe der Wasserwerke angepflanzt.²⁷⁸ Dagegen sind in Berlin über 30 % des Stadtgebietes von vornherein als Wasserschutzgebiete ausgewiesen.²⁷⁹ Dies ist für den Wasserversorger praktisch, denn die damit verbundenen Einschränkungen und Kosten haben direkt oder indirekt die Bürger der Stadt zu tragen, nicht aber BWB, zu deren Gunsten sie bestehen.
- 301 Insgesamt gesehen hat BWB vorgetragen, dass sie insbesondere aufgrund von Altlasten Kosten tragen müsse, weil sie auf Uferfiltrat zurückgreife, aus Tiefbrunnen schöpfe, Abwehrbrunnen zum Schutze des Grundwassers erforderlich seien und sie zusätzlich Grundwasseranreicherung betreibe. Nach Auffassung der Beschlussabteilung handelt es sich bei allen diesen Umständen jedoch nicht um besondere Nachteile der BWB, sondern um branchenübliche Kosten der Rohwassergewinnung, die in ähnlicher Form auch bei den Vergleichsunternehmen anfallen.

²⁷⁵ Vgl. z.B. Antworten der Versorger auf Fragebogen vom 19.08.2010 Tabellenblatt I „Wirtschaftliche Grunddaten Wasser“, Zeile 166 (spezifische Kosten des Wasserbezugs) im Vergleich zu Zeile 168 (spezifische Kosten der Wassergewinnung).

²⁷⁶ Vgl. <http://www.swm.de/privatkunden/m-wasser/gewinnung.html> .

²⁷⁷ Vgl. http://www.wrrl-info.de/docs/wrrl_steckbrief_mangfall.pdf .

²⁷⁸ Vgl. http://www.rheinenergie.com/de/privatkundenportal/produkte_preise/informationen/info_wasser/index.php?accordionindex=6 unter Brunnen und Wasserwerke.

²⁷⁹ Broschüre „Grundwasser in Berlin“ S. 95 (erschienen am 09.01.2008, <http://www.berlin.de/landespressestelle/archiv/2008/01/09/91874/>).

- 302 In einer mit Oberflächenwasser reichlich gesegneten Gegend wie Berlin ist es für den Wasserversorger sinnvoll, neben dem Grundwasser auch das Uferfiltrat der Oberflächengewässer zu nutzen. Wenn BWB darauf zurückgreift, handelt es sich nicht um einen Nachteil, denn die Trinkwassergewinnung aus Uferfiltrat hat grundsätzlich keine Mehrkosten zur Folge. Das Abpumpen erfolgt wie beim Grundwasser. Zudem enthält das Uferfiltrat mit dem Grundwasser vermishtes Flusswasser, das durch die Bodenpassage bereits weitgehend gereinigt wird. Die Grundwasseranreicherung ist ebenfalls eine sinnvolle Maßnahme, um kostengünstig die Vorteile der Grundwasserförderung²⁸⁰ zu nutzen.
- 303 Dagegen ist die Rohwassergewinnung in anderen Großstädten eher schwieriger als in Berlin. Dies gilt auch für solche Einzelaspekte, die BWB hervorhebt, wie z.B. die Tiefbrunnen oder die Verockerung von Brunnenfiltern. Die Verockerung von Brunnenfiltern²⁸¹ ist alles andere als ein berlinspezifisches Problem. Sie betrifft ganz Norddeutschland. Um einen maßgeblichen Kostengesichtspunkt kann es sich hierbei nicht handeln. Denn Norddeutschland gilt generell als Niedrigpreisgebiet für Wasser. Tiefbrunnen sind bei der Grundwasserförderung ebenfalls normal und sinnvoll, wenn dadurch Grundwasser von hoher Qualität gefördert werden kann. Insbesondere die Vergleichsunternehmen in Hamburg und Köln fördern Wasser ebenfalls über Tiefbrunnen. In Hamburg wird das Grundwasser teilweise aus Brunnen mit wesentlich größeren Tiefen von über 300 Meter gepumpt.²⁸² Köln hat trotz der Notwendigkeit von Tiefbrunnen belastetes Rohwasser, das entsprechend aufbereitet werden muss. Grundwasser wie Uferfiltrat werden dort zusätzlich in Versickerungsbecken versprüht, damit sie anschließend über die Brunnen der Wasserwerke gefördert werden können.²⁸³ Dies erfolgt in einem solchen Umfang, dass RheinEnergie den Gesamtwasserverbrauch mangels Aussagekraft nicht beziffert, weil „ein Großteil von Wasser für die Verrieselung von Wasser aufgebracht werden muss, um eine Grundwasseranreicherung im Sinne des Umweltschutzes zu realisieren.“²⁸⁴

²⁸⁰ Ein Vorteil der Grundwasseranreicherung gegenüber der Uferfiltration (Uferfiltrat) liegt in der größeren Unabhängigkeit von der Qualität des Flusswassers und der Möglichkeit zur Regeneration der Filter, durch die das Wasser versickert, was bei Flusssohlen unmöglich ist.

²⁸¹ Ablagerungen von im Wasser schwer löslichen Eisen- und Manganverbindungen, welche eine häufigere Reinigung der Filter zur Folge haben.

²⁸² S. <http://www.hamburgwasser.de/wasserwerke.html> z.B. unter Wasserwerk Billbrook oder Bursberg.

²⁸³ S. http://www.rheinenergie.com/de/privatkundenportal/produkte_preise/informationen/info_wasser/index.php?accordionindex=6 unter Brunnen und Wasserwerke.

²⁸⁴ Umwelterklärung für die Wasserversorgung (Wassergewinnung, Wasserverteilung, Wasserlabor), S. 47, verfügbar unter

http://www.rheinenergie.com/media/portale/downloads_4/rheinenergie_1/broschueren_1/Umwelterklaerung_Wasserversorgung_2010.pdf.

304 Letztlich kann es nicht Aufgabe der Kartellbehörde sein, den Wasserversorgern Maßstäbe für die Sicherung ihrer Wasserqualität vorzugeben, um diese dann kostenmäßig miteinander vergleichen zu können. Stattdessen kann nur beurteilt werden, ob ein bestimmter Wasserversorger über strukturelle, also auch umweltbedingte Nachteile verfügt, die ihn branchenübergreifend und insbesondere im Verhältnis zu den konkreten Vergleichsunternehmen benachteiligen. Dies ist jedoch bei Berlin nicht der Fall²⁸⁵. Das wasserwirtschaftliche Privileg eines guten Zugangs zu einem riesigen, qualitativ hochwertigen Grundwasserreservoir kann nicht durch das Argument in Abrede gestellt werden, man habe auch Kosten, um dieses Reservoir zu erhalten. Soweit also BWB auch im Verhältnis zu Hamburg und Köln höhere Kosten bei der Wassergewinnung geltend macht, sind diese – selbst wenn die höheren Kosten tatsächlich vorlägen – nicht als Rechtfertigungsgründe anzuerkennen, weil ihre Ursache nicht in den objektiven Versorgungsbedingungen begründet liegt, sondern von BWB bzw. ihrem Träger selbst zu verantworten ist – sei es aufgrund eines überhöhten Ansatzes kalkulatorischer Kosten oder aufgrund selbstverschuldeter Verursachung überhöhter Kosten. Soweit dagegen BWB eine erschwerte Wassergewinnung im Verhältnis zu München geltend macht, soll dieser Frage unten bei der Gesamtbewertung der Rechtfertigungsgründe (9.)a)aa)) im Einzelnen nachgegangen werden.

h) Keine schwierigen Wasserverteilungsbedingungen in Berlin (Baukosten)

- 305 BWB argumentiert²⁸⁶, sie sei mit deutlichen Mehrkosten bei Baumaßnahmen belastet. Diese erhöhten Baukosten für das Trinkwassernetz in Berlin hätten sowohl erhöhte Abschreibungen als auch erhöhte Zinsen bei der kalkulatorischen Kapitalverzinsung zur Folge. BWB beziffert diese Nachteile auf insgesamt ████████ € pro m³ Wasser (nutzbare Wasserabgabe).²⁸⁷
- 306 Für die höheren Baukosten in Berlin werden im Einzelnen zahlreiche Gründe aufgeführt. Es handele sich einerseits um das allgemein in Berlin erhöhte Baupreisgefüge, das seit sehr langer Zeit über dem bundesdurchschnittlichen Preisniveau liege²⁸⁸ sowie andererseits um berlinspezifische Vorgaben und Randbedingungen (geringe Baulängen, geringe Baubreite, sandiger Untergrund, große Frosttiefe, hohe Leitungsdichte, Vorgaben Baumschutzverordnung, hohe Querungsrate mit Gleistrassen, Gewässern und breiten Straßen, hohe Verkehrsdichte, Bodenbeschaffenheit)²⁸⁹. Besonders hervorgehoben wird, dass der hohe Grundwas-

²⁸⁵ Zur Ausnahmesituation in München s. Gesamtbewertung, unter E.9.)a)aa).

²⁸⁶ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 65 ff. und 127 ff., Bl. 1095 ff., 1157 d.A.

²⁸⁷ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 65 ff 136, Bl. 1095 ff., 1166 d.A.; aktualisierte/korrigierte Version: Schreiben Freshfields vom 04.05.2012, S. 4 und Anlage M 34.

²⁸⁸ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 135, Bl. 1165 d.A.

²⁸⁹ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 131 ff., Bl. 1161 ff. d.A.

serstand in Berlin nicht nur die Qualität des Grundwassers gefährde, sondern insbesondere deutliche Mehrkosten bei Baumaßnahmen verursache, und dass die frostempfindlichen Sandböden höhere Kosten wegen des Erfordernisses größerer Verlegungstiefe zur Folge hätten.²⁹⁰

aa) Wasserreichtum als (Bau-)Kostenfaktor

- 307 BWB argumentiert²⁹¹, dass das viele Wasser in Berlin die Baukosten erheblich erhöhe. Dies gelte sowohl für die zahlreichen Wasseradern (Oberflächengewässer), die die Versorgung erschweren und zu hohen Kosten für Querungen, Düker²⁹² etc. führen würden wie auch für die hohen Grundwasserstände, die jeden (Rohrleitungs-)Tiefbau mit Zusatzkosten wie z.B. Abpumpen belasten würden.
- 308 Abgesehen davon, dass die Höhe des behaupteten zusätzlichen Aufwands für Querungen, Düker etc. mit dem von BWB vorgelegten Zahlenmaterial nicht beziffert werden kann, ist der Argumentation entgegen zu halten, dass es sich bei dem Wasserreichtum Berlins nicht um ein branchenuntypisches Phänomen handelt. Wenn ein Wasserversorger das Vorkommen von Oberflächenwasser als strukturellen Nachteil anführen könnte, dann wäre dies das Vergleichsunternehmen HamburgWasser. Hamburg verfügt nicht nur über zahlreiche Flussläufe und sonstige Binnengewässer, sondern ist in erster Linie geprägt von einem Hafen, der ein Drittel des zentralen, innerstädtischen Gebiets ausmacht und die Stadt als solche in einem Maße zerteilt („Süderelbebereich“), wie es ansonsten allenfalls in Köln mit dem Rhein („linksrheinische Gebiete“) der Fall ist. Berlin hingegen ist seit dem Fall der Mauer keine geteilte Stadt mehr und auch nicht geografisch zerteilt. Die Flüsse und Kanäle sind nicht so tief und breit, dass sie als innerstädtische Begrenzungen empfunden werden. Sie sind meist noch nicht einmal in der Lage, Stadtteile voneinander abzugrenzen, und die gesamte Verkehrs- und sonstige Infrastruktur kommt damit unproblematisch zurecht. Infrastrukturelle Probleme verursacht der Wasserreichtum erst, wenn er mit Hochwassergefahren (wie in Köln und Hamburg) verbunden ist. In Berlin hingegen ist der Wasserstand der Oberflächengewässer in wasserreichen Zeiten genauso wie in trockenen Sommern von außergewöhnlicher Konstanz.
- 309 Ähnliches gilt für die Argumentation der BWB mit dem hohen Grundwasserstand in Berlin. Hohe Grundwasserstände sind ein verbreitetes Phänomen in der Wasserwirtschaft. Sie bereiten jedoch weniger der Wasserversorgung als vielmehr den privaten Hausbesitzern Prob-

²⁹⁰ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 65, Bl. 1095 d.A.

²⁹¹ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 66 f., Bl. 1096 f. d.A.

²⁹² Ein Düker ist ein Rohrbogen oder eine gerade Röhre zur Unterführung von Wasser oder Gasen unter Flussläufen, Kanälen oder Straßen.

leme, die unter feuchten Kellern leiden. Gerade Hamburg, dessen Wasserversorger konkretes Vergleichsunternehmen zu BWB ist, gilt als bekannt für seine besonders hohen Grundwasserstände. Die Stadt und die Wasserwerke stellen auf ihrer Website²⁹³ zahlreiche Informationsmaterialien zur Verfügung, die betroffenen Einwohnern bei dieser Problematik helfen sollen. Vergleichbares gibt es in Berlin nicht. Wären die hohen Grundwasserstände in Berlin tatsächlich ein erhebliches, sich finanziell für die BWB auswirkendes Problem, so könnte dies im Übrigen von BWB selbst am besten verhindert werden. Denn Ursache der hohen Grundwasserstände ist nicht nur die von BWB selbst betriebene Grundwasseranreicherung, sondern in erster Linie der in den letzten 20 Jahren deutlich gesunkene Wasserverbrauch in Berlin.²⁹⁴ Dem aber könnte mit dem einfachen Mittel einer deutlichen Preissenkung entgegengewirkt werden.

bb) Sandböden als (Bau-)Kostenfaktor

- 310 BWB macht geltend, dass aufgrund der in Berlin vorherrschenden Sandböden die Frosttiefe im Boden höher sei, so dass sie gezwungen sei, die Hausanschlussleitungen mit einer Mindesthöhe von 1,50 m zu überdecken. Die Beschlussabteilung vermag hierin keinen ernsthaft erheblichen Kostenfaktor zu erkennen. Das eigentliche Wasserversorgungsnetz der BWB ist hiervon nicht betroffen, weil es ohnehin in einer Tiefe unterhalb von 1,50 m liegt. Grundsätzlich gilt, dass Telekommunikations- und Stromkabel am dichtesten unterhalb der Straßenkante liegen. In einer mittleren Tiefe liegen üblicherweise die Gas- und Wasserrohre (ca. 2-3 m) und sehr tief (ca. 5 m) liegen die Abwasserrohre. Die Frage einer allenfalls um 20 cm erhöhten Verlegungstiefe wegen Frostgefahr²⁹⁵ beträfe demnach ausschließlich die Hausanschlussleitungen, die in Berlin lediglich [REDACTED] km des gesamten Wassernetzes mit einer Länge von [REDACTED] km betragen (Bezugsjahr 2009). Aber selbst bei diesen Hausanschlussleitungen wäre BWB nur zu einem geringen Teil mit den Bau- und Unterhaltskosten der Rohrleitungen belastet. Denn BWB ist nur für diejenigen Hausanschlussleitungen kostenverantwortlich, die auf öffentlichem Grund liegen. Für die auf privatem Grund liegenden Hausanschlussleitungen werden von vornherein nur die Hauseigentümer mit sämtlichen Unterhalts-

²⁹³ Vgl. <http://www.hamburg.de/hohe-gw-staende/151506/grundwasserstand.html>.

²⁹⁴ Vgl. Antwort der BWB <http://www.wollt-ihr-wissen.de/wp-content/uploads/2012/01/Wollt-Ihr-wissen-Antworten-der-BWB-Kommentare-GiB-2012.pdf>, zu Frage Nr. 30. ... warum in Berlin das Grundwasser immer weiter steigt?: „Weil sich die Wassernutzung in Berlin seit 1990 halbiert hat. Weil es mehrere niederschlagsreiche Jahre in Folge gab. Und weil heute bei Tiefbauvorhaben Grundwasser nicht mehr großflächig abgepumpt, sondern mit Gelsohlen von den Baugruben ferngehalten wird. Im Übrigen kommt das Grundwasser nur zurück, es stellt sich das natürliche Gleichgewicht wieder ein.“

²⁹⁵ Nach Mutschmann/Stimmelmayer, Taschenbuch der Wasserversorgung, 15. Aufl., Wiesbaden 2011, S. 857 (Kap. 13.3.4.3) kann die Eindringtiefe des Frostes in den Boden bei Lehm- und Tonböden 1,20-1,40 m betragen und bei Sand-/Kiesböden 1,40-1,60 m.

kosten belastet. Zwar hat BWB das alleinige Verfügungs- und Entscheidungsrecht hinsichtlich des Wassernetzes. Die Hauseigentümer haben in Berlin noch nicht einmal das Recht, eventuelle Schäden an den Leitungen, die auf ihrem privaten Grund liegen, zu reparieren. Dies liegt alles in der Hand von BWB. Die Kosten für solche Reparaturen hingegen trägt dennoch allein der Grundstückseigentümer und nicht BWB. Soweit also tatsächlich die Verlegung der Hausanschlussleitungen in einer Tiefe von 1,50 m höhere Kosten verursachen sollte (was von BWB nur behauptet, aber nicht belegt worden ist), dürften diese im Wesentlichen von den Grundstückseigentümern getragen werden und fallen nicht BWB zur Last.

cc) Verkehrsinfrastruktur als (Bau-)Kostenfaktor

- 311 BWB macht geltend, dass die in Berlin großstädtisch verdichtete Infrastruktur, insbesondere die Verkehrsinfrastruktur zu erhöhten Baukosten führe, und zwar auch im Verhältnis zu den Vergleichsstädten Hamburg, München und Köln.²⁹⁶ Besonders kostenträchtig für den Leitungsbau sei die Querung von Schienentrassen, weil diese den Bau aufwändiger Sonderbauwerke (Düker) oder kostenintensive unterirdische Bauverfahren (Pressungen, Tunnelbauverfahren) notwendig machten. Zudem müssten Erschütterungen durch den Bahnverkehr durch zusätzliche Schutzrohre abgefangen werden. BWB führt insoweit tabellarisch auf, dass in Berlin Trassen für DB-, S-, U- und Straßenbahnen mit einer Gesamtlänge von 738 km verlegt seien, wohingegen die Vergleichsstädte jeweils nur zwischen 300 und 400 km Gleistrassen aufwiesen (addiert nach den Angaben von BWB insgesamt 1.046 km Trassen).
- 312 Die Logik der Argumentation erschließt sich selbst dann nicht, wenn man zugunsten von BWB unterstellen würde, dass alle ihre Angaben zu ihren eigenen Gleistrassen sowie denjenigen der Vergleichsunternehmen korrekt und vollständig wären. Denn aus diesen Angaben ergibt sich nichts anderes, als dass Berlin im Verhältnis zu den Vergleichsunternehmen insgesamt (also wenn die Trassenlängen aller Vergleichsunternehmen zusammengerechnet werden) einen Anteil von 70 % der Trassenlänge hätte. Das wäre kaum verwunderlich, denn BWB hat im Verhältnis zu den Vergleichsunternehmen (wiederum Hamburg, München und Köln zusammengenommen) ebenso einen Anteil von 72 % der Netzlänge²⁹⁷ sowie einen Anteil von 75 % des Absatzes²⁹⁸. Da Berlin in Relation zu den Vergleichsunternehmen sogar etwas geringere Trassenlängen aufweist, wendet sich das von BWB vorgebrachte Argument sogar gegen sie. Die Beschlussabteilung hat darauf verzichtet, diesen Aspekt weiter zu beleuchten. Angesichts der insgesamt eher unauffälligen Relationen bei Kosten und Leistungen ist jedoch umso mehr die enorme Abweichung bei den Erlösen bemerkenswert. Denn ob-

²⁹⁶ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 66 ff., 131 ff., Bl. 1096 ff., 1161 ff. d.A.

²⁹⁷ Vgl. Datencheck I, konsolidierte Fassung (Stand 10.6.2011), Blatt 4 (Netzlänge).

²⁹⁸ Vgl. Datenübersicht „Mengen und Erlöse 2009“ (Stand 26.10.2011).

wohl BWB im Verhältnis zu den drei Vergleichsunternehmen (alle zusammengenommen) lediglich 72 % des Leitungsnetzes (inkl. HAL) und 75 % des Endkundenabsatzes aufweist²⁹⁹, erzielt sie doch fast 100 % der Erlöse im Endkundenbereich dieser drei Unternehmen zusammengenommen.³⁰⁰

- 313 Berlin hat auch ansonsten keine infrastrukturellen Besonderheiten, die als überproportionale Kostenfaktoren für die Wasserversorgung zu berücksichtigen wären. Zwar mögen großstädtisch verdichtete Infrastrukturen als Kostentreiber geltend gemacht werden können, jedoch ist dieser Aspekt schon dadurch berücksichtigt, dass der Preisvergleich hier ausschließlich innerhalb der Gruppe der Millionen-Metropolen stattfindet. Entgegen den Darlegungen von BWB³⁰¹ ist zudem nicht erkennbar, dass die Infrastruktur Berlins stärker kostentreibend wirkt als diejenige der anderen Metropolen. Berlin ist gerade in seinen Innenstadtbereichen geprägt von einer großzügig angelegten, systematischen Stadtplanung, die den Hauptstadtcharakter Berlins bereits in früheren Jahrhunderten berücksichtigte. Dagegen ist z.B. die Innenstadt von Köln rein historisch gewachsen und in ihrer Enge immer noch geprägt von den früheren Stadtmauern, die eine stadtplanerisch geordnete Entfaltung der Stadt behinderten. Das undurchdringliche Einbahnstraßen-Gewirr der Innenstadt dürfte die Verkehrsplanung und die Durchführung der Bauarbeiten am Wasserleitungsnetz nicht gerade erleichtern. Dass die große Straßen- und Gehwegbreite in Berlin³⁰² dagegen einen Kostennachteil darstellen soll, erschließt sich nicht. Wenn hier getrennte Leitungsverlegungen für die rechte und linke Straßenseite notwendig sein sollten, wirkt sich dies allenfalls in einer Erhöhung der gesamten Netzlänge der BWB aus. Aber gerade dies wird sowohl bei den Vergleichskriterien (über den Metermengenwert) als auch bei eventuellen Kostenvergleichen, die immer zur Netzlänge in Bezug gesetzt werden, zu Gunsten von BWB berücksichtigt.

dd) Berlinspezifische Vorgaben/Randbedingungen als (Bau-)Kostenfaktoren

- 314 Bei den sonstigen von BWB vorgebrachten berlinspezifischen Vorgaben und Randbedingungen, die die Berliner Baukosten in die Höhe treiben sollen (z. B. hohe Leitungsdichte, Rücksichtnahme auf Verkehr, Abraum-Abtransport, Baumschutz), handelt es sich im Grunde nicht um berlinspezifische Bedingungen, sondern um (Bau-)Bedingungen, die in jeder Millionenmetropole und auch in vielen anderen, baulich verdichteten Großstädten bestehen. In solchen Städten muss bei Bauarbeiten jedenfalls im innerstädtischen Bereich immer auf den

²⁹⁹ Bezogen auf den Gesamtabsatz liegt der Anteil von BWB im Vergleich zur Summe der Vergleichsunternehmen bei 63%; vgl. Datenübersicht „Mengen und Erlöse 2009“ (Stand 26.10.2011).

³⁰⁰ Der genaue Anteil beträgt ████%, vgl. Datenübersicht „Mengen und Erlöse 2009“ (Stand 26.10.2011).

³⁰¹ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 67, Bl. 1097 d.A.

³⁰² Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 67, Bl. 1097 d.A.

laufenden Verkehr Rücksicht genommen werden. Selbstverständlich ist dort Abraum schneller und umfassender abzutransportieren als auf dem Land oder in weniger dicht bebauten Stadtteilen. Baumschutzverordnungen dürfte es ebenfalls überall geben. Da Berlin jedenfalls im Vergleich zu den Innenstädten und Köln und München städteplanerisch keinen beengten Eindruck macht, sondern von vornherein mit breiten Straße und großzügiger Raumverteilung angelegt ist, spricht die Argumentation der BWB insoweit eher für relative Kostenvorteile gegenüber den Vergleichsunternehmen.

ee) Kein höheres Baupreisniveau in Berlin im Allgemeinen (Insellage)

- 315 BWB macht geltend, dass die Baukosten in Berlin höher seien und auch in der Vergangenheit höher gewesen seien als in den Vergleichsstädten.³⁰³ Diese Behauptung wird nicht belegt. Insbesondere aber unterscheidet BWB auch nicht zwischen ihrem eigenen Baukostenniveau und dem Baukostenniveau anderer Bauherren in Berlin. Nur wenn insoweit getrennte Daten vorlägen, könnte eine Aussage über das tatsächliche Baupreisniveau in Berlin (in Relation zu demjenigen von BWB) getroffen werden. Jedenfalls ergeben die von der Beschlussabteilung erhobenen Daten zu den durchschnittlichen Erneuerungskosten pro laufenden Meter Rohrleitungslänge, dass das Baukostenniveau der BWB vergleichsweise hoch ist. Die Erneuerungskosten für das Rohrleitungsnetz lagen bei BWB im mengengewichteten Durchschnitt der Jahre 2007 bis 2009 pro lfd. Meter bei ■■■ € (Erneuerung HAL: ■■■ € pro lfd. Meter).³⁰⁴ Die Durchschnittswerte aller anderen befragten großstädtischen Wasserversorger lagen dagegen bei 313 € pro laufenden Meter³⁰⁵ (bzw. 246 € für HAL)³⁰⁶. Da jedoch angenommen werden kann, dass in den Metropolen in verstärktem Maße besondere Erschwernisse herrschen (hohes Verkehrsaufkommen, Querung von Gleisen für Eisen- U- und S-Bahnen), sollen nur die Baukosten der konkreten Vergleichsunternehmen betrachtet werden. Aber auch diese weisen durchschnittlich wesentlich niedrigere Kosten aus, nämlich 322 €/m für das Versorgungsnetz bzw. 308 €/m für die HAL.
- 316 Ein Rechtfertigungsgrund für überhöhte Preise wären die eigenen, hohen Baukosten der BWB jedoch nur dann, wenn es sachlich zwingende, also für BWB unvermeidbare Gründe

³⁰³ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, Bl. 1031ff. d.A sowie Schreiben Freshfields vom 27.07.2011, S. 7 f., Bl. 1576 d.A.

³⁰⁴ Basis für Berechnung des mengengewichteten Durchschnitts: Daten aus Tabellenblatt „II Wasserwirtschaftliche Grundstruktur“, Zeilen 81 f des von BWB ausgefüllten Fragebogens vom 19.08.2010.

³⁰⁵ Mengengewichteter Durchschnitt der befragten großstädtischen Versorger ohne Dresden, Kiel und Erfurt, wegen fehlender Erfassung der benötigten Daten bei den Unternehmen.

³⁰⁶ Mengengewichteter Durchschnitt der befragten großstädtischen Versorger ohne Frankfurt, Bremen, Dresden, Kiel und Erfurt, wegen fehlender Erfassung der benötigten Daten bei den Unternehmen.

dafür gäbe. Auf die diesbezügliche Nachfrage der Beschlussabteilung³⁰⁷ antwortete BWB, dass sie nach der Wiedervereinigung einen erhöhten Investitionsbedarf gehabt habe, und (unter Verweis auf ihr Schreiben vom 19.05.2011, Tz. 304 ff), dass berlinspezifische Vorgaben die höheren Baukosten der BWB verursachten. Das letztgenannte Argument wurde bereits oben (s. o. unter dd)) verworfen. Auf die Frage eines allgemein höheren Investitionsbedarfs der BWB und auf die Frage eines in Folge der Wiedervereinigung speziell erhöhten Investitionsbedarfs soll wegen der Komplexität der Fragestellungen im Folgenden (s. u. unter i) bis k)) gesondert eingegangen werden.

- 317 Im Allgemeinen gilt jedoch, dass die Baukosten für BWB keineswegs höher sein dürften als für die Vergleichsunternehmen. BWB hat allein schon wegen ihres enormen Auftragsvolumens eine günstigere Verhandlungsposition. Hinzu kommt, dass die Baukosten im Tiefbaubereich weitgehend von den Lohnkosten bestimmt werden. Das Lohnniveau ist jedoch im gesamten Osten Deutschlands wesentlich geringer als in West-Deutschland, und zwar insbesondere geringer als in den westdeutschen Metropolen, die weit entfernt von den neuen Bundesländern liegen. Die hohen Arbeitslosenquoten im Osten Deutschlands und in Berlin, möglicherweise auch die Nähe zur polnischen Grenze, drücken das Lohnniveau. Die Ost-/West-Unterschiede im Baukostenniveau der hier relevanten, lohnintensiven Tiefbaubereiche werden branchenintern auf ca. 20 % geschätzt. In abgeschwächter Form finden sich diese Unterschiede selbst in den branchenweiten tariflichen Mindestlöhnen wieder, obwohl diese gerade deshalb bestehen, um eine zu hohe Lohnspreizung nach unten zu verhindern. Im Bauhauptgewerbe, das bereits seit 1997 Mindestlöhne kennt, liegen diese für Werker (West) zurzeit bei 11.00 € pro Stunde, während sie für Werker (Ost) 9,75 €/h betragen.³⁰⁸
- 318 Allein in der Zeit vor der Wiedervereinigung mag anderes gegolten haben. Es kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass die damalige „Insellage“ West-Berlins möglicherweise höhere Kosten verursachte, wenngleich dieser Nachteil „Insellage“ zu großen Teilen bereits damals durch staatliche Leistungen und Begünstigungen („Berlin-Zulage“ für Arbeitnehmer, Steuervorteile für die Unternehmen etc.) ausgeglichen wurde, so dass im Nachhinein kaum feststellbar ist, ob und in welcher Höhe dem Berliner Wasserversorger durch die damalige Insellage tatsächlich Zusatz-Kosten entstanden sind. Zudem liegen diese Zeiträume mehr als 20 Jahre in der Vergangenheit. Die wesentlichen Investitionen der BWB hingegen sind in den 1990er-Jahren erfolgt, also bereits nach Beendigung der Sondersituation Insellage. Dabei muss berücksichtigt werden, dass der größte Teil der Investitionen aus den Zeiten der Insellage bereits komplett abgeschrieben ist und sich nicht mehr in den Preiskal-

³⁰⁷ Vgl. Schreiben BKartA vom 29.06.2011, S. 2, Frage Nr. 6, Bl. 1469 d. A.

³⁰⁸ Frankfurter Rundschau vom 27.10.2011, S. 12, Übersicht über tarifliche Mindestlöhne in Euro pro Stunde, Stand November 2011 (Quelle: WSI Tarifarchiv).

kulationen der BWB auswirken kann. Denn die Abschreibungsdauern der BWB für Anlagen und Sonstiges liegen unter ■ Jahren. Lediglich die Investitionen ins Rohrleitungsnetz werden von BWB bis zu ■ Jahre lang abgeschrieben³⁰⁹, so dass allenfalls für einen Teil der Investitionen³¹⁰ zwischen 1975 und 1990 höhere Baukosten in Berlin zu höheren Investitionen und Abschreibungen geführt haben können. Dem ist jedoch der Kostenvorteil gegenüberzustellen, von dem BWB seit 20 Jahren profitieren kann, weil die Baukosten im Osten Deutschlands geringer sind als in den westdeutschen Metropolen Hamburg, München und Köln, die ein höheres Lohnniveau aufweisen.

- 319 Insbesondere aber ist fraglich, ob die hohen Baukosten der BWB gerade auch im Hinblick auf die Vergangenheit tatsächlich durch äußere Gegebenheiten verursacht wurden oder nicht vielmehr durch selbst zu verantwortende Umstände. So hat z.B. der Landesrechnungshof von Berlin noch in seinem Jahresbericht 2005 bemängelt, dass die BWB Bauleistungen unterhalb des Schwellenwerts von 5 Mio. € nur in wenigen Ausnahmefällen öffentlich ausgeschrieben hatte.³¹¹ Durch die bevorzugte freihändige Vergabe sei der Wettbewerb eingeschränkt und ein erhöhtes Risiko von Unregelmäßigkeiten in Kauf genommen worden.³¹²

i) Keine höheren Investitionen / kein höherer Investitionsbedarf in Berlin

- 320 BWB begründet ihre hohen Wasserpreise u.a. mit hohen, in das Wassernetz getätigten Investitionen, die über die laufenden Abschreibungen die kalkulatorischen Kosten erhöhen. Sie seien insoweit in voller Höhe als Rechtfertigungsgrund für höhere Preise anzusehen.³¹³
- 321 Voraussetzung für die Anerkennung von Investitionen als Rechtfertigungsgrund ist zunächst, dass BWB in nicht unerheblichem Umfang tatsächlich mehr investiert hat, als die konkret relevanten Vergleichsunternehmen. Nur zusätzliche, überdurchschnittliche Investitionen in diesem Sinne können eine Überhöhung des Preises rechtfertigen. Ein den Vergleichsunternehmen entsprechendes Investitionsverhalten könnte keine Preisüberhöhung im Verhältnis zu diesen rechtfertigen. Voraussetzung ist weiterhin die Erforderlichkeit der Zusatzinvestitionen – und zwar sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach. Eine unbesehene Anerkennung sämtlicher überdurchschnittlicher Investitionen ist nicht möglich. Ansonsten würden auch gänzlich unsinnige Maßnahmen, „vergoldete“ Leitungen oder die luxuriöse Ausstattung

³⁰⁹ Lt. Schreiben Freshfields vom 20.10.2011 beträgt die Abschreibungsdauer BWB für Netze bei handelsrechtlicher Betrachtung ■ Jahre und auf kalkulatorischer Grundlage ■ Jahre.

³¹⁰ Die Netzinvestitionen machen bei BWB ungefähr die Hälfte der Gesamtinvestitionen aus. Lt. Annex II des von BWB ausgefüllten Fragebogens vom 19.8.2010 entfallen allein von den Anschaffungs- und Herstellungskosten der Jahre 2007-2009 ■% auf Netze und ■% auf Anlagen und Sonstiges.

³¹¹ Rechnungshof von Berlin, Jahresbericht 2005, S. 137 ff (Tz. 241).

³¹² Rechnungshof von Berlin, Jahresbericht 2005, S. 137 (Tz. 237, 238).

³¹³ Vgl. Schreiben Freshfields vom 27.07.2011 S. 3 ff., Bl. 1590 ff. d.A..

der Unternehmensverwaltung (z.B. in Bezug auf Gebäude, Dienstwagen etc.) als Rechtfertigung für überhöhte Wasserpreise angerechnet werden. Dementsprechend können sich sachliche Rechtfertigungsgründe für überdurchschnittlich hohe Investitionsausgaben nur daraus ergeben, dass der Wasserversorger objektiv einen außergewöhnlichen Bedarf an notwendigen Investitionen aufweist (wobei der Bundesgerichtshof auch im Fall eines objektiven Nachholbedarfs nur den unverschuldeten Nachholbedarf anerkennt³¹⁴), oder dadurch, dass dem Wasserversorger ebenso unverschuldet besonders hohe Kosten für die jeweiligen Investitionsmaßnahmen entstehen.

- 322 Spiegelbildlich zu dem Rechtfertigungsgrund der eigenen, aber erforderlichen Zusatz-Investitionen kommt sogar ein Rechtfertigungsgrund der Unterinvestitionen Dritter in Betracht. Denn wenn die Vergleichsunternehmen in der Vergangenheit sachlich erforderliche Investitionen verschuldet unterlassen haben sollten, hätten sie zurechenbar einen Investitionsstau entstehen lassen, so dass sie ihre Kosten – im Widerspruch zu den Grundregeln einer perioden- und verursachungsgerechten Investitionspolitik – in die Zukunft verschieben würden. Sollte also die Preisüberhöhung des kontrollierten Unternehmens letztlich nur durch einen verschuldeten Investitionsstau der Vergleichsunternehmen verursacht worden sein, so läge ebenfalls ein Rechtfertigungsgrund vor.
- 323 Im Hinblick auf das vorliegende Verfahren liegen jedoch für beide theoretisch möglichen Konstellationen keine Anhaltspunkte vor. Weder ist erkennbar, dass BWB (mit Ausnahme der Sonderkosten Ost – dazu s.u. unter E.8.)k)) höhere Investitionen getätigt hat und tätigen musste als die Vergleichsunternehmen, noch gibt es Anhaltspunkte dafür, dass die Vergleichsunternehmen in der Vergangenheit – im Gegensatz zu BWB – erforderliche Investitionen pflichtwidrig unterlassen hätten.

aa) Höhe der BWB-Investitionen in Relation zu Vergleichsunternehmen

- 324 Die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit BWB überhaupt höhere Investitionen getätigt hat als die Vergleichsunternehmen, setzt einen umfassenden Datenvergleich voraus. Die Beschlussabteilung hat im Rahmen einer entsprechenden Datenabfrage³¹⁵ nicht nur die als Investitionen verbuchten Investitionen in die Wasserversorgung ermittelt, sondern auch den sonstigen Ersatz- und Erhaltungsaufwand. Das ist erforderlich, weil es den Unternehmen weitgehend frei steht, ob sie ihre Ausgaben für das Wassernetz als (in der Zukunft abzuschreibende) Investitionen verbuchen oder ob sie dieselben Ausgaben bereits im Jahr der

³¹⁴ Vgl. BGH, Beschl. v. 02.02.2010, KVR 66/08, Beschlussausfertigung Tz. 57. – *Wasserpreise Wetzlar*.

³¹⁵ Vgl. Serienbrief BKartA an alle befragten großstädtischen Wasserversorger vom 22.06.2011, Bl. 1443 d.A.

Verausgabung als Betriebsaufwand/Betriebskosten verbuchen. Da aber in beiden Fällen tatsächlich dasselbe gemacht wird, d.h. es werden Mittel eingesetzt, um den sachgerechten Betrieb der Wasserversorgung auch langfristig zu gewährleisten, müssen beide Positionen zusammengefasst werden.³¹⁶ Denn es gibt Unternehmen, die nahezu alle Investitionen auch in das Rohrleitungsnetz als laufenden Aufwand verbuchen³¹⁷ und allenfalls große Neubaumaßnahmen als Investitionen im buchungstechnischen Sinne ausweisen, während es umgekehrt auch Unternehmen gibt, die selbst kleinere Ausbesserungen des Rohrleitungsnetzes als Investitionen ansehen³¹⁸. Soweit dabei auf die Länge der zu erneuernden Leitungen abgestellt wird, gibt es Unternehmen, die Erneuerungen von weniger als 50 m als Investitionen verbuchen, Unternehmen, die Erneuerungen ab einer Länge von 100 m als Investitionen ansetzen und solche, die dies erst ab 200 m Erneuerung (oder sogar noch deutlich darüber) tun.³¹⁹ BWB gehört zur erstgenannten Gruppe und verbucht Rohrnetzerneuerungen bereits ab einer Länge von ■ Metern als Investition.³²⁰ Um eine Vergleichbarkeit zwischen den Unternehmen herzustellen, werden hier daher sämtliche Aufwendungen/Kosten, die für die Wasserversorgung verausgabt und verwendet wurden, gemeinsam erfasst.

- 325 In ihrer Stellungnahme vom 30. Januar 2012 merkt BWB bezüglich der Abfrage des Ersatz- und Erhaltungsaufwandes kritisch an, dass die Beschlussabteilung dabei keine konkrete Definition vorgegeben habe, welche Aufwendungen hier von den befragten Unternehmen erfasst werden sollen.³²¹ Insbesondere verweist BWB auf die möglicherweise unterschiedlich gehandhabte Einbeziehung von „personalintensiven Netzerhaltungstätigkeiten wie bspw. die Schadensortung, die dauernde Bereitschaft von Netzleitwarte und Entstörungsdienst und auch die regelmäßig notwendigen Rohrnetzspülungen, Entlüftungen, Schieberkontrollen etc.“³²² in den angegebenen Ersatz- und Erhaltungsaufwand. BWB habe diese Tätigkeiten nicht in den angegebenen Aufwand einbezogen, gleichzeitig bestehe aber die Befürchtung, dass dies bei den Vergleichsunternehmen der Fall sein könne und daher die Investitionen von BWB zu gering beziffert wurden.

³¹⁶ Im Ergebnis ebenso Benchmarkingbericht NRW 2010/2011, S. 10 f. Danach schwankt der Wert der Reinvestitionen in NRW zwischen 0,00 €/m³ und 0,16 €/m³. 0 € Investition bedeute aber nicht 0 € Substanzerhaltung, da dem erfahrungsgemäß nur die Verbuchung der Erhaltungsmaßnahmen als laufender Aufwand zugrunde liege.

³¹⁷ Und damit die gesamten Kosten komplett im Jahr ihres Anfalls in den Wasserpreis einkalkulieren.

³¹⁸ Und damit die Kosten über einen längeren Zeitraum hinweg in Form von jährlichen Abschreibungen in den Wasserpreis einkalkulieren.

³¹⁹ Vgl. Datenübersicht „Investitionen, aggregierte Daten 1990 - 2010“ (Stand 25.8.2011).

³²⁰ Dazu im Einzelnen auch Telefonvermerk vom 05.05.2011, Bl. 1028 d.A.

³²¹ Vgl. Schreiben Freshfields vom 30.01.2012, S. 117-118, Bl. 2681-2682 d.A.

³²² Vgl. Schreiben Freshfields vom 30.01.2012, S. 117-118, Bl. 2681-2682 d.A.

- 326 Die Beschlussabteilung hat bei ihrer Abfrage bewusst auf eine detaillierte Vorgabe der einzubeziehenden Aufwendungen verzichtet und ist stattdessen von der Anwendung eines branchenüblichen Standards bei der Klassifizierung der Aufwendungen ausgegangen. Dies haben die Vergleichsunternehmen auf Rückfrage der Beschlussabteilung bestätigt: Die Angaben aller drei Vergleichsunternehmen enthalten Sach- und Materialaufwand sowie den Aufwand für Fremdleistungen. Zwar kann bei den Unternehmen teilweise zusätzlich Personalaufwand für die von eigenem Personal durchgeführten Instandhaltungsmaßnahmen enthalten sein (analog zu den Investitionen, in denen ebenfalls aktivierte Eigenleistungen enthalten sein können). Bei keinem Vergleichsunternehmen aber sind laufende Aufwendungen für regelmäßig anfallende Tätigkeiten wie beispielsweise Entstörungsdienst oder Netzleitwarte enthalten, die nicht unmittelbar im Zusammenhang mit konkreten Instandhaltungsmaßnahmen stünden. Alle drei Vergleichsunternehmen haben bestätigt, dass nur anlassbezogene Aufwendungen für konkrete Störfälle in den genannten Ersatz- und Erhaltungsaufwendungen enthalten sind, jedoch nicht die regelmäßig anfallenden Kosten (Vorhaltekosten) für Entstörungsdienst, Netzleitwarte, Spülungen und Schieberkontrolle. Diese Interpretation ist aus Sicht der Beschlussabteilung sachgerecht und wurde bei allen Vergleichsunternehmen einheitlich verwendet.
- 327 In ihrer Stellungnahme vom 30.04.2012 hat BWB jedoch geltend gemacht, dass sie selbst im Gegensatz zu den Vergleichsunternehmen keine Kosten für durch eigenes Personal erbrachte Dienstleistungen in den Ersatz- und Erhaltungsaufwand einbezogen habe. Daher hat BWB nachträglich die Aufwendungen für „Eigenleistung Instandhaltung“ mitgeteilt. Diese wurden von der Beschlussabteilung in vollem Umfang berücksichtigt. Durch die komplette Berücksichtigung der Personalkosten für eigene Instandhaltungsleistungen wird sichergestellt, dass die Ersatz- und Erhaltungsaufwendungen mindestens im gleichen Umfang in die Berechnungen der Sonderkosten Ost einfließen wie bei den Vergleichsunternehmen.
- 328 Der in den Betriebskosten enthaltene Erhaltungsaufwand und die Investitionen im buchungs-technischen Sinne sind deshalb in der nachfolgenden Übersichten zu einer einzigen Position „Gesamtinvestitionen Trinkwasser“³²³ zusammengefasst worden. Da die absoluten Zahlen³²⁴

³²³ Die „Gesamtinvestitionen Trinkwasser“ enthalten **nicht öffentliche und private Zuschüsse**, weil die Investitionsleistungen der Wasserversorger als Unternehmen gemessen werden sollen und nicht der ggf. zusätzliche Einsatz von Steuergeldern. Auch die Leistungen der privaten Grundstückseigentümer können nicht als Investitionen der Unternehmen angesehen werden und sind deshalb in den „Gesamtinvestitionen Trinkwasser“ **nicht** enthalten.

³²⁴ Für Berlin, Hamburg und München ist die Datenbasis komplett, für Köln liegen die Investitionsdaten erst ab dem Jahr 2000 vor.

Die Unternehmen sahen sich teilweise nicht im Stande, den Erhaltungsaufwand für die Vergangenheit zu beziffern. Die Durchschnitte West und Ost wurden daher ermittelt ohne Angaben der Unternehmen aus Aachen, Krefeld, Halle und Magdeburg (Rostock war von vornherein nicht be-

aufgrund der verschiedenen Größen der Unternehmen nicht vergleichbar wären, sind diese jeweils auf Bezugsgrößen umgerechnet worden. Dargestellt werden deshalb die Gesamtinvestitionen pro Kubikmeter Absatz (verfügbare Wasserabgabe).³²⁵

- 329 BWB weist in Ihrer Stellungnahme vom 30.01.2012 darauf hin, dass bei Betrachtung der mengenspezifischen Investitionen die Absatzmenge an Endkunden inkl. Weiterverteiler die richtige Bezugsgröße sei.³²⁶ Die Beschlussabteilung hält diesen Einwand für gerechtfertigt, da die getätigten Investitionen in Netze und Anlagen fließen, die für den gesamten Wasserabsatz genutzt werden, nicht nur für die an Endkunden gelieferten Wassermengen. Die Berechnungen wurden entsprechend korrigiert. Durch die Einbeziehung der an Weiterverteiler gelieferten Mengen wird auch den Kritikpunkten der BWB, dass insbesondere eine große Investition von HamburgWasser im Bereich der Weiterverteilung sowie die als Weiterverteilermengen deklarierten Lieferungen von HamburgWasser an Umlandgemeinden nicht angemessen berücksichtigt wurden³²⁷, Rechnung getragen.
- 330 Für alle Darstellungen ist jedoch zu beachten, dass nur die hier letztlich relevanten Daten für BWB und die Vergleichsunternehmen (HH, M, K) für jedes angegebene Jahr präzise sind. Bei den anderen Unternehmen hingegen verfügt die Beschlussabteilung nicht über die präzisen Vergangenheitsdaten zu den Absatzmengen, so dass hilfsweise die verschiedenen Investitionsdaten immer auf die Absatzmengen des Jahres 2010 bezogen wurden.³²⁸

fragt worden). Für RWW (Oberhausen) liegen entsprechende Daten erst ab 2008 vor, für Kiel ab 2006, Nürnberg und Augsburg ab 2003, Düsseldorf, Bremen und Leipzig ab 2001, Duisburg, Bielefeld und Bonn ab 2000, Hannover ab 1999, Dresden, Wuppertal, Wiesbaden, Münster, Mönchengladbach und Freiburg ab 1998, Essen und Mannheim ab 1997, Dortmund ab 1995, Chemnitz und Erfurt ab 1993. Komplette sind neben Berlin, Hamburg und München auch Frankfurt, Stuttgart, Bochum, Karlsruhe, Gelsenkirchen (Gelsenwasser), Braunschweig und Lübeck. Anmerkung: In Mannheim (1997 – 1998), Lübeck (1990 – 2009) und Erfurt (1993 – 1995) werden die Investitionen in den Ersatz- und Erhaltungsaufwand in den betreffenden Jahren mit 0 Euro angegeben. Diese 0-Werte sind in die Durchschnittsberechnungen eingeflossen. (Die entsprechenden Durchschnitte dürften daher – zugunsten von BWB – zu niedrig angesetzt sein.)

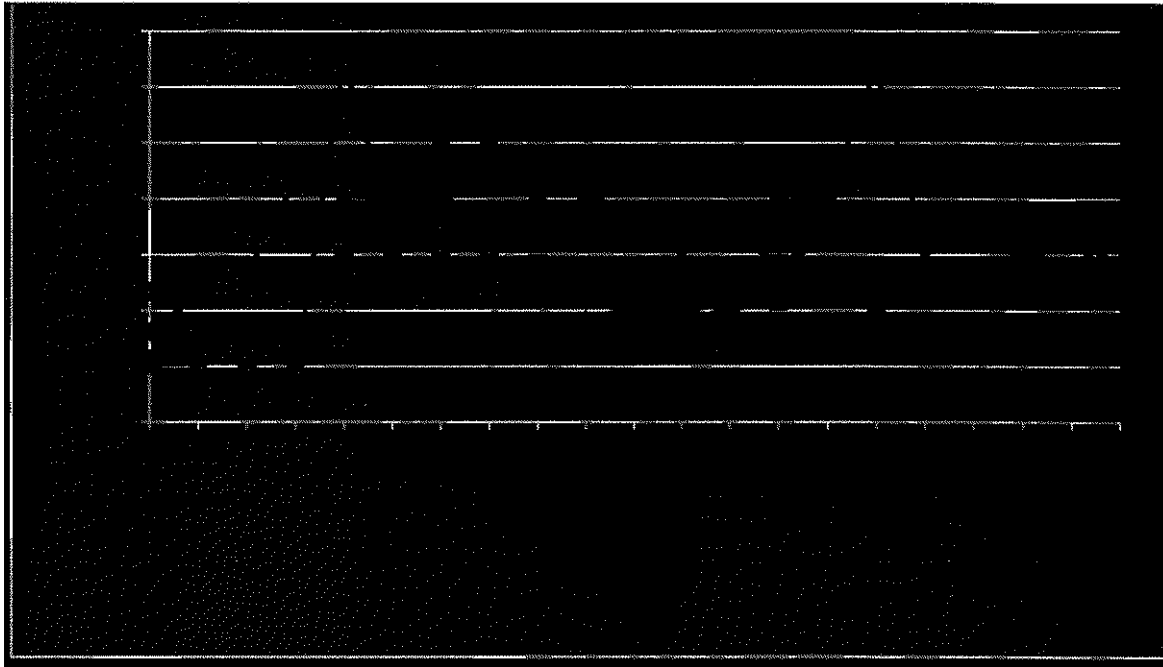
³²⁵ Da RheinEnergie neben Köln auch die Tarifgebiete Frechen und Pulheim versorgt und es ihr nicht möglich ist, die insgesamt getätigten Investitionen separat nach Tarifgebiet auszuweisen, werden die von RheinEnergie angegebenen Gesamtinvestitionen pauschal um ■ % pro Jahr vermindert. Dieser Wert bildet im Mittel den Anteil der Tarifgebiete Frechen und Pulheim am insgesamt von RheinEnergie versorgten Gebiet ab.

³²⁶ Vgl. Schreiben Freshfields vom 30.01.2012, S. 119, Bl. 2536 d.A.

³²⁷ Vgl. Schreiben Freshfields vom 30.01.2012, S. 120-121, Bl. 2537-2538 d.A.

³²⁸ Dies verfälscht insbesondere die absatzbezogenen Berechnungen der ostdeutschen Unternehmen. Ihre früher meist höheren Absätze müssten bei präziser Angabe zu niedrigeren Investitionen pro m³ führen als hier ausgewiesen. Umgekehrt müssten Erweiterungen des Leitungsnetzes der Ost-Unternehmen nach der Wiedervereinigung bei präziser Längenangabe zu einem für die Vergangenheit höheren Ausweis von Investitionen pro km Leitungsnetz führen.

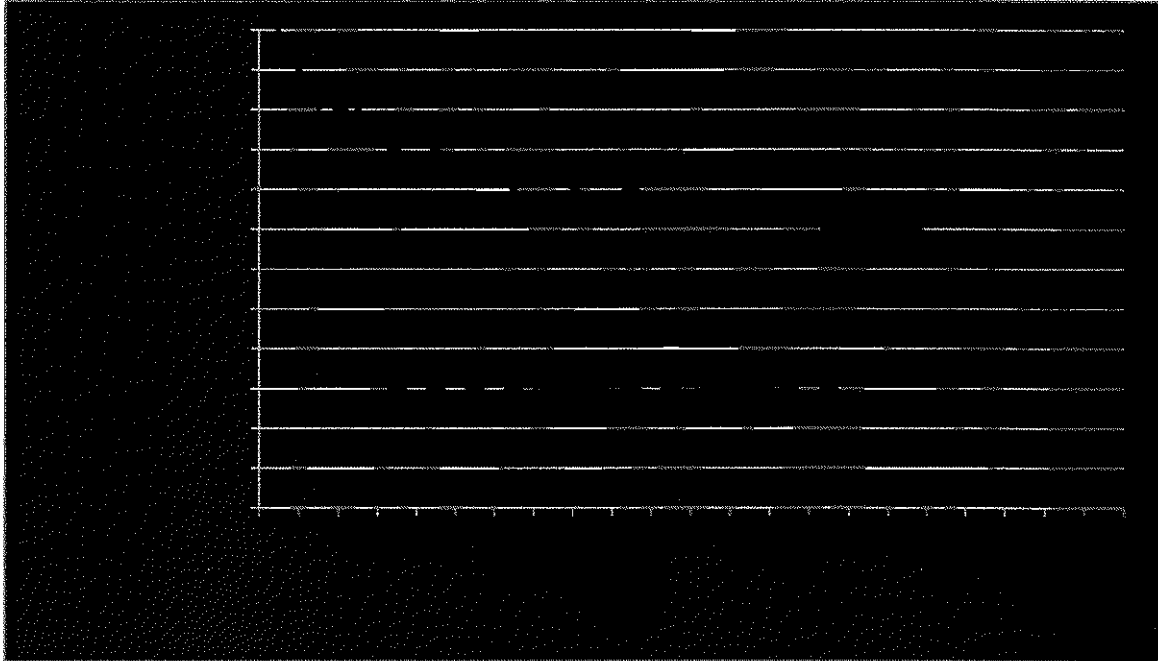
Diagramm 22: „Gesamtinvestitionen Trinkwasser“ 1990-2010 pro m³ nutzbare Wasserabgabe:³²⁹



- 331 Das Diagramm zeigt, dass BWB nur in den 1990er-Jahren über ein wesentlich höheres Investitionsniveau pro m³ nutzbare Wasserabgabe verfügte als die Vergleichsunternehmen. Allerdings ist in diesem Zusammenhang zu Gunsten von BWB zu berücksichtigen, dass die Wasserabsätze in Ost-Berlin zu dieser Zeit außergewöhnlich hoch waren. Dies dürfte daran gelegen haben, dass Wasser in der DDR keinen oder zumindest keinen angemessenen Preis hatte, so dass die Verbräuche verschwenderisch hoch waren. In den 1990er-Jahren wurden flächendeckend und haushaltsindividuell Preise für Wasser durchgesetzt und schrittweise gesteigert. Entsprechend sanken die Verbräuche in (Ost-)Berlin massiv. Das nachfolgende Diagramm zeigt die realen Absatzrückgänge von BWB und den Vergleichsunternehmen.

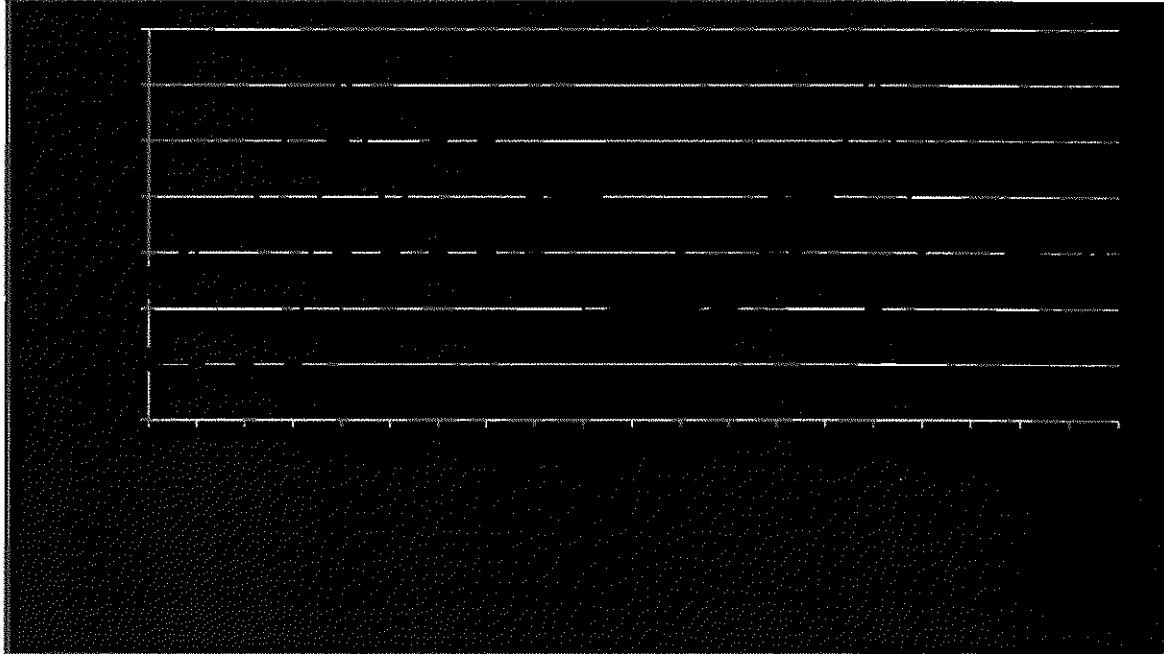
³²⁹ Die Daten für Berlin, Hamburg, München und Köln sind präzise mit Ausnahme des Datensatzes für Berlin in 1990. In diesem Jahr liegt nur der Wasserabsatz inkl. Weiterverteiler vor. Die Daten zu den sonstigen Unternehmen können verzerrt sein. Denn sie basieren einheitlich auf dem Wasserabsatz von 2009 und (mangels entsprechender Datenerhebung) nicht auf dem präzisen Wasserabsatz des jeweiligen Jahres.

Diagramm 23: „Wasserabsatzentwicklung“ 1990-2011:



- 332 Aus diesem Grund würden bei Verwendung der tatsächlichen (überhöhten) Absatzmengen die Investitionen von BWB bei einer Kubikmeter-Betrachtung zu gering erscheinen. Um diese „Verwässerung“ getätigter Investitionen auszugleichen, hat die Beschlussabteilung zu Gunsten von BWB eine hypothetische Betrachtung angestellt und die durchschnittliche Absatzmenge der Jahre 2000-2010 für alle Jahre in der Periode 1990-1999 angesetzt. Dagegen wurden bei den Vergleichsunternehmen die realen Absatzmengen angesetzt, obwohl auch dort in den 1990er-Jahren Absatzrückgänge zu verzeichnen waren (allerdings durch normales wassersparendes Verhalten). Dass die Absatzrückgänge in den Vergleichsstädten geringer ausfielen als in Berlin, ist auch damit zu erklären, dass die Vergleichsstädte von 1990-2010 ein deutliches Bevölkerungswachstum aufwiesen, während die Bevölkerungszahl in Berlin stagnierte. Aus dem einseitig bei BWB erfolgten Ansatz der niedrigeren, späteren Absatzzahlen ergibt sich hier zu Gunsten von BWB der auch im Folgenden bei der Berechnung der Sonderkosten Ost verwendete Sicherheitszuschlag (im Einzelnen siehe unter E 12.)b)).
- 333 Das nachfolgende Diagramm zeigt die Investitionsentwicklung mit den hypothetischen BWB-Absatzzahlen in den 1990er-Jahren:

Diagramm 24: „Gesamtinvestitionen Trinkwasser“ 1990-2010 pro m³ nutzbare Wasserabgabe inkl. Sicherheitszuschlag (d. h. nur für BWB: durchschnittliche Absatzmenge 2009-2010 für die Jahre 1990-1999 verwendet):³³⁰



- 334 Das überdurchschnittliche Investitionsniveau der 1990er-Jahre in Berlin wird auch von BWB selbst als Sonderinvestitionen in Folge der Wiedervereinigung verstanden³³¹. Dabei handele es sich um Investitionen in die Zusammenlegung der vormals getrennten Netze, um grundlegende städtebauliche Neugestaltungen (Potsdamer Platz, Regierungsviertel, Mauer- und Grenzstreifen) sowie um die Instandsetzung (soweit erforderlich) des Ost-Berliner Leitungsnetzes bzw. seine Angleichung auf West-Niveau. Diese wiedervereinigungsbedingten Sonderinvestitionen (kurz: „Sonderkosten Ost“) sollen hier als Rechtfertigungsgrund berücksichtigt werden (s.u. unter E.8.)k).

³³⁰ Die Daten für Berlin, Hamburg, München und Köln sind präzise mit Ausnahme des Datensatzes für Berlin für das Jahr 1990. Für dieses Jahr liegt nur der Wasserabsatz inkl. Weiterverteiler vor. Die Daten zu den sonstigen Unternehmen können verzerrt sein. Denn sie basieren einheitlich auf dem Wasserabsatz von 2009 und (mangels entsprechender Datenerhebung) nicht auf dem präzisen Wasserabsatz des jeweiligen Jahres.

³³¹ Schreiben Freshfields vom 27.07.2011, S.6 und 7, Bl.1576 d.A.: „Die BWB musste aufgrund der unzureichenden Instandhaltung der Ostberliner Wassergewinnungs- und Wasserversorgungsanlagen zu Zeiten der ehemaligen DDR und zur Überwindung der ehemals systemisch getrennten Wasserversorgung in Berlin nach der Wiedervereinigung ein besonders hohes Maß an Investitionen tätigen.“

bb) Grundsätzlich keine Erforderlichkeit erhöhter Investitionen in Berlin

- 335 Abgesehen von den Sonderkosten Ost sind die Argumente der BWB, mit denen sie ihre hohen Wasserpreise wegen der in die Wasserversorgung getätigten Investitionen rechtfertigen möchte, nicht zutreffend. Entscheidend ist nicht allein die tatsächliche Höhe der getätigten Investitionen, sondern auch die Erforderlichkeit derselben.
- 336 Mit Ausnahme der Wiedervereinigung und ihren speziellen Auswirkungen auf Berlin bestand und besteht in Berlin (in Relation zu den Vergleichsunternehmen) kein erhöhter Bedarf für Investitionen in die Trinkwasserwirtschaft. Zwar ist es grundsätzlich möglich, dass auch ein Wasserversorger, der – wie BWB – über im Branchenvergleich gute bzw. sehr gute Wasserversorgungs- und Wasserverteilungsbedingungen verfügt, einen erhöhten Investitionsbedarf hat. Dieser kann sich insbesondere daraus ergeben, dass die Wasserversorgungsanlagen in branchenweit außergewöhnlichem Umfang quantitativ oder qualitativ auf- bzw. umgerüstet werden müssen bzw. mussten. Eine solche Situation liegt aber in Berlin – mit Ausnahme der Sonderkosten Ost – nicht vor und sie hat auch in den letzten Jahrzehnten (deren Abschreibungen sich noch im heutigen Wasserpreis auswirken können) nicht vorgelegen.

(a) Kein hoher quantitativer Investitionsbedarf durch Netzerweiterung

- 337 Ein erhöhter quantitativer Investitionsbedarf kann sich bei außergewöhnlich stark wachsenden oder stark schrumpfenden Bevölkerungen ergeben. Denn in beiden Fällen müssen die Wasserversorgungsanlagen und insbesondere das Rohrleitungsnetz an die veränderten Bedarfe durch teilweise aufwändige Bau- und Rückbaumaßnahmen angepasst werden. Jedoch lag und liegt diese besondere Problematik in Berlin nicht vor.
- 338 Im Gegensatz zu vielen ostdeutschen und auch westdeutschen Städten und Regionen, die in den letzten 10 Jahren bis zu ca. 7 %³³² (Gelsenkirchen, Chemnitz) und in den letzten 20 Jahren (seit der Wiedervereinigung) sogar teilweise mehr als 20 %³³³ (Halle, Chemnitz) ihrer Einwohner verloren haben, sind die deutschen Millionen-Metropolen von der Gefahr einer Bevölkerungsschrumpfung weit entfernt. Sie verzeichnen stattdessen seit Jahrzehnten ein leichtes, aber stetiges Bevölkerungswachstum. Die Einwohnerschaft von (Gesamt-)Berlin ist in den letzten 10 Jahren um 2,32 % gewachsen, die Einwohnerschaft der Vergleichsstädte

³³² Lt. Wikipedia „Liste der Großstädte in Deutschland“ betragen in den letzten 10 Jahren (2000-2010) die Bevölkerungsverluste in Gelsenkirchen 7,43%, Chemnitz 6,17%, Halle 5,96%, Duisburg 4,92%, Wuppertal 4,56%, Oberhausen 4,14%, Essen 3,46%. (Die befragten Städte mit dem größten Bevölkerungswachstum der letzten 10 Jahre sind München 11,81%, Dresden 9,47% und Freiburg 9,31%.)

³³³ In den letzten 20 Jahren (1990-2010) betragen die Bevölkerungsverluste in Halle 24,9%, Chemnitz 17,4%, Gelsenkirchen 12,2%, Wuppertal 8,8%, Duisburg 8,5%, Essen 8,3%, Oberhausen 4,9%.

sogar verstärkt, nämlich Hamburg um 4,14 %, München um 11,81 % und Köln um 4,59 %.³³⁴ Bezogen auf die letzten 20 Jahre betrug das Bevölkerungswachstum in Berlin 0,8 %, in Hamburg 7,5 %, in München 9,2 % und in Köln 5,3 %.

- 339 Grundsätzlich könnten deshalb angesichts des starken Wachstums allenfalls die Vergleichsstädte einen erhöhten Investitionsbedarf zum Aufbau neuer Rohrleitungen geltend machen. Das leichte Wachstum Berlins hingegen ist sowohl für die Stadt als auch für BWB gut zu bewältigen. Die Stadt stößt keineswegs an ihre Wachstumsgrenzen, zumal sie in Vorkriegszeiten bereits über 4 Mio. Einwohner beherbergt hatte. Eine weitere Verdichtung, die wasserwirtschaftlich mit einem erhöhten Metermengenwert einher gehen würde, dürfte – eher als z.B. in München – sogar erwünscht sein. Letztlich hat sich das Rohrleitungsnetz der BWB mit Ausnahme der wiedervereinigungsbedingten Maßnahmen nicht in außergewöhnlicher Weise verändert. Das gesamte Wasserleitungsnetz (ohne Hausanschlussleitungen) hatte im Jahr 1989 eine Länge von ■■■ km (■■■ km Westnetz, ■■■ km Ostnetz). Im Jahr 2009 betragen die entsprechenden Längen ■■■ km, davon ■■■ West- und ■■■ Ostnetz.³³⁵ Das insgesamt gesehen nur leichte Wachstum des Netzes von deutlich weniger als 5 % entfällt bei saldierender Betrachtung komplett auf den Ost-Berliner Teil. Im gleichen Zeitraum hat sich die Länge des Hamburger Netzes fast gar nicht vergrößert, diejenige des Kölner Netzes jedoch beachtlich um ca. ■■■ % und diejenige des Münchener Netzes um ca. ■■■ % (sowohl mit als auch ohne HAL). Letztlich ist nicht zu erkennen, dass BWB – abgesehen von den Sonderkosten Ost – einen erhöhten Investitionsbedarf für die letzten 20 Jahre geltend machen kann. Eher könnte dies bei RheinEnergie in Köln wegen des tatsächlich erfolgten, erheblichen Netzausbaus der Fall sein. Die von der Beschlussabteilung erhobenen Daten zu den Investitionen legen einen solchen Zusammenhang auch nahe. Denn RheinEnergie hat von 2003 bis 2009 pro Kubikmeter Absatz tatsächlich ein spürbar höheres Investitionsniveau aufzuweisen als BWB.
- 340 Soweit BWB dagegen erhöhten Investitionsbedarf aufgrund von Sanierungs- oder Neubaumaßnahmen (Neuerschließung Grenzstreifen wie Potsdamer Platz/Unter den Linden, Sanierung Innenstadtzentren wie Alexanderplatz/Museumsinsel, Neuerschließung Regierungsviertel) geltend macht³³⁶, handelt es sich im Wesentlichen um städtebauliche Maßnahmen der 1990er-Jahre, die im Zuge und in Folge der Wiedervereinigung anstanden, und die als Sonderkosten Ost hier auch zugunsten von BWB Berücksichtigung finden. Insgesamt gesehen ist jedoch darauf hinzuweisen, dass großstädtische Metropolen im Laufe der Zeit immer

³³⁴ Vgl. Wikipedia „Liste der Großstädte in Deutschland“.

³³⁵ Vgl. Schreiben Freshfields vom 27.07.2011, Anlage 1 Historische Netzdaten_1 „Ost- und West-Berliner Anteil am Leitungsnetz in km ohne HAL“ (1989-2009), Bl. 1600 d.A.

³³⁶ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 126 ff., Bl. 1156 d.A.

städtebauliche Aus- und Umbaumaßnahmen ergreifen müssen, so dass diese grundsätzlich nicht als besonderer Investitionsbedarf für die Rechtfertigung im Branchenvergleich überhöhter Wasserpreise geltend gemacht werden können. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass auch München in den 1990er-Jahren große städtebauliche Projekte realisierte (Messestadt Riem), dass in den letzten Jahren in Hamburg große Gebiete im Bereich des Hafens neu erschlossen und umstrukturiert wurden („HafenCity“ - das nach eigenen Angaben größte innerstädtische Entwicklungsprojekt Europas), und dass auch die eigentlich beengte Stadt Köln sowohl im etwas offeneren rechtsrheinischen Teil (Deutz, Kalk) als auch linksrheinisch (Mediapark, Rheinauhafen) ganze Stadtviertel um- oder neu gebaut hat, erscheint die Neuerrichtung des Potsdamer Platzes und des Regierungsviertels für die ungleich größere Stadt Berlin nicht als eine städtebauliche Maßnahme in quantitativ und qualitativ darüber hinausgehender Dimension. Der Umstand, dass praktisch sämtliche in den 1990er-Jahren erfolgten Umgestaltungen hier zugunsten der BWB im Rahmen der „Sonderkosten Ost“ als Rechtfertigungsgrund Berücksichtigung finden, stellt sich vielmehr als eine Privilegierung der BWB im Verhältnis zu den Wasserversorgern der Vergleichsstädte dar. Die Beschlussabteilung nimmt dies nur aus technischen Gründen hin. Denn die diesbezüglichen wasserwirtschaftlichen Investitionen könnten allenfalls mit unverhältnismäßigem Rechenaufwand in den allgemeinen wasserwirtschaftlichen Investitionen der 1990er-Jahre identifiziert und aus ihnen heraus gerechnet werden. Jedenfalls kann dafür aber festgestellt werden, dass ein erhöhter quantitativer Investitionsbedarf, der über die Sonderkosten Ost hinausginge, in Berlin weder vorhanden war noch aktuell besteht.

(b) Kein hoher quantitativer Investitionsbedarf durch Netzverkleinerung

- 341 Viele – meist ostdeutsche – Wasserversorger (und insbesondere auch Abwasserentsorger) haben das Problem überdimensionierter Rohrleitungsnetze. Diese sind dort ein erheblicher Kostenfaktor in mehrfacher Hinsicht. Die überdimensionierten Netze haben zu viel Kapital verschlungen, das heute noch in Form von Abschreibungen den Wasserpreis belastet, sie sind teuer im Betrieb, da der niedrige Wasserdurchfluss niedrige Fließgeschwindigkeiten verursacht, so dass aus hygienischen Gründen und auch zur Beseitigung von Ablagerungen „Spülungen“ (flushings) erfolgen müssen,³³⁷ und sie müssen ggf. sogar rückgebaut werden, was erneut Investitionen erfordert. Diese typischen Erschwernisse zahlreicher ostdeutscher Wasserversorger haben in Berlin – und zwar auch in Ost-Berlin – mangels Bevölkerungsrückgang nie vorgelegen. BWB legt stattdessen Wert auf die Feststellung, dass ihr Netz nicht überdimensioniert ist – zumal es im Ostteil der Stadt sogar ausgebaut worden ist (s.o.). Dies

³³⁷ Zu Spülungen vgl. Mutschmann/Stimmelmayer, Taschenbuch der Wasserversorgung, 15. Aufl. 2011, S. 850 f.

steht übrigens im Widerspruch zu der Argumentation von BWB, dass ihr Wasserabsatz in den letzten 20 Jahren drastisch zurückgegangen ist. Denn die Rohrdimensionierung orientiert sich am Spitzenverbrauch. Der Spitzenverbrauch sinkt in erster Linie bei Bevölkerungsrückgang. Bleibt die Bevölkerung jedoch gleich – wie in Berlin – und reduziert stattdessen nur ihren Verbrauch („Wassersparen“) sinkt lediglich der Grundverbrauch deutlich (z.B. durch wassersparende Toilettenspülungen/Haushaltsgeräte, Reparatur von tropfenden Wasserhähnen etc.), während der Spitzenverbrauch (z.B. Duschen, Pools, Gartenbewässerung im Hochsommer) deutlich weniger reduziert wird. Die richtige Dimensionierung des Berliner Wassernetzes ist daher glaubhaft. Sie dürfte einer vorausschauenden Investitionspolitik der BWB zu verdanken sein und mag auch dadurch erleichtert worden sein, dass die in sehr großen Städten üblichen großen Rohre mit breitem Durchmesser leichter von innen heraus verkleinert werden können (Schlauchliner-Verfahren). Rohrsanierung und Kapazitätsanpassung können so teilweise gleichzeitig und insbesondere in einem preiswerten, grabenlosen Verfahren durchgeführt werden.³³⁸ So aner kennenswert die richtige Dimensionierung des Rohrleitungsnetzes oder die sonstigen, von BWB hervorgehobenen Leistungen und Effizienzfortschritte auch sein mögen – einen Rechtfertigungsgrund für überhöhte Preise stellen sie nicht dar. Vielmehr folgt aus dem Umstand, dass BWB ein richtig dimensioniertes Netz hat, nur die insoweit fehlende Vergleichbarkeit der BWB mit vielen ostdeutschen Wasserversorgern.

(c) Kein hoher qualitativer Investitionsbedarf wegen Alter/Zustand des Netzes

342 BWB macht geltend, dass das hohe Alter des Gesamtberliner Wassernetzes und der schlechte Zustand des Ost-Berliner Netzes zum Zeitpunkt der Wiedervereinigung (und teilweise bis heute) einen besonders hohen Sanierungsbedarf zur Folge gehabt hätten.³³⁹ Das Durchschnittsalter des Berliner Wasserrohrnetzes liegt nach Veröffentlichungen der BWB bei 55 Jahren.³⁴⁰ Im Fragebogen wird das durchschnittliche Netzalter von BWB mit 54 Jahren für 2009³⁴¹ angegeben. Dies ist der mit Abstand höchste Wert von allen befragten Wasserversorgern. Hamburg und München haben ihr Netzalter mit 40-49 Jahre angegeben, während Köln am unteren Rand der Angaben (mit ca. 30 Jahren) rangiert. Allerdings hat BWB in der nachfolgenden Korrespondenz mit dem Bundeskartellamt ihr durchschnittliches Netzalter auf

³³⁸ Für Details zum Verfahren vgl. z.B.: http://de.wikipedia.org/wiki/Grabenlose_Rohrsanierung.

³³⁹ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 101 – 103, Bl. 1131-1133 d.A.

³⁴⁰ Vgl. BWB laut <http://www.wollt-ih-r-wissen.de/wp-content/uploads/2012/01/Wollt-Ihr-Wissen-Antworten-der-BWB-Kommentare-GiB-2012.pdf>, zu Frage 19.

³⁴¹ Für 2007 und 2008 mit 53 Jahren (vgl. Tabellenblatt II „Wasserwirtsch. Grundstruktur“ des von BWB beantworteten Fragebogens vom 19.08.2011, Zeile 76).

52 Jahre³⁴² beziffert, wobei gleichzeitig darauf hingewiesen wird, dass eine nahezu vollständige Netzabschnittsberechnung zu einem durchschnittlichen Netzalter von nur 38 Jahren käme. Unabhängig von der Frage, wie hoch das Alter des Berliner Wassernetzes nun tatsächlich ist, kann festgestellt werden, dass ein hohes Durchschnittsalter als solches noch kein Rechtfertigungsgrund für überdurchschnittliche Investitionen bzw. überdurchschnittlichen Investitionsbedarf in der Gegenwart oder Vergangenheit sein kann.

- 343 Das Alter des Netzes hat kaum Aussagekraft über die Qualität desselben. Die technischen Nutzungsdauern der Versorgungsleitungen liegen teilweise über 100 Jahre.³⁴³ Tatsächlich kommt es vor, dass über 100 Jahre alte Wasserleitungen die niedrigsten Kosten verursachen, während Leitungen, die in den 1980er-Jahren verlegt wurden, heute schon nicht nur ausgebessert, sondern komplett ersetzt werden mussten. Dies gilt auch für Berlin. BWB selbst antwortet auf die Frage der Erneuerungsbedürftigkeit des Berliner Wassernetzes wie folgt: „In der deutschen Wasserwirtschaft gilt der Grundsatz, dass ein Rohr 100 Jahre halten soll. Erneuert wird aber nicht schematisch, sondern nach Schadenswahrscheinlichkeit. Es gibt Materialien, die erst 30 Jahre alt sind, und ausgetauscht werden müssen, es gibt andere, die seit mehr als 100 Jahren keinen Verschleiß zeigen.“³⁴⁴ Genauere Angaben zur Beschaffenheit des Berliner Wassernetzes finden sich in dem Beteiligungsbericht 2005 (Band 2 – Lageberichte 2004) der Berliner Senatsverwaltung für Finanzen: „Die meisten Rohrbrüche traten im Ostteil Berlins auf. Dort sind vor allem Stahlrohre aus den 1960er-Jahren sehr anfällig. Gussrohre aus der Kaiserzeit hingegen – rund 90 km verlaufen noch in Berlin-Mitte und Prenzlauer Berg – sind selbst heute noch völlig intakt. Rund 80 % aller Wasserleitungen sind aus Guss – bis 1975 als Grauguss, seither als langlebigeres duktiler Gusseisen verlegt –, 10 % aus Beton oder Zement, weitere 10 % aus Stahl. Nur 26 km des Netzes sind aus Kunststoff.“³⁴⁵ Aus diesen Angaben können folgende Schlussfolgerungen gezogen werden: Das hohe Netzalter als solches ist nicht als struktureller Nachteil der BWB anzusehen. Vielmehr ist das Vorhandensein sehr alter und qualitativ bis heute unerreichter Leitungen aus dem Kaiserreich ein Privileg, über das nur die wenigsten Wasserversorger verfügen dürften. Das in der Wasserwirtschaft sehr weit verbreitete Problem qualitativ minderwertiger Kunststoffrohre, die bereits nach 2-3 Jahrzehnten ausgetauscht werden müssen, hat BWB ebenfalls nicht, da diese in Berlin gar nicht erst verlegt worden waren.

³⁴² Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 107, Bl. 1137 d.A.

³⁴³ Vgl. Benchmarkingbericht NRW 2010/2011, S. 19.

³⁴⁴ BWB laut <http://www.wollt-ihr-wissen.de/wp-content/uploads/2012/01/Wollt-Ihr-wissen-Antworten-der-BWB-Kommentare-GiB-2012.pdf>, Frage 19.

³⁴⁵ Beteiligungsbericht 2005, Band 2 – Lageberichte 2004 -, S. 192. (<http://www.berlin.de/sen/finanzen/vermoegen/beteiligungen/beteiligungsbericht2010.html>)

- 344 Die einzig relevanten Probleme hat BWB mit (Stahl-)Rohren, die in den 1960er-Jahren in Ost-Berlin verlegt wurden. Insoweit ist jedoch zu berücksichtigen, dass es sich dabei nur um einen geringen Teil des Gesamtnetzes handelt. Denn das Ostberliner Netz betrug zum Zeitpunkt der Wiedervereinigung nur █ % des damaligen Gesamtnetzes (█ von insg. █ km) und bestand keineswegs nur aus den problematischen Stahlrohren der 60er-Jahre. Hinzu kommt, dass diese Leitungen mit über 50 Jahren ohnehin ein Alter erreicht haben, das eine Erneuerung der Leitung erforderlich machen kann. Die Tatsache, dass BWB überhaupt auf die Schadensanfälligkeit dieser mehr als 50 Jahre alten (und handelsrechtlich wie kalkulatorisch bereits längst abgeschriebenen) Rohre verweist, ist eher ein Zeichen dafür, dass der sonstige Leitungsbestand der BWB außergewöhnlich geringe Probleme bereitet.
- 345 Soweit BWB ansonsten selbst erläutert, wie qualitativ hochwertig der Zustand des Berliner Wassernetzes sich darstellt³⁴⁶ und sich jedenfalls für den gesamten West-Berliner Teil auch schon zum Zeitpunkt der Wiedervereinigung dargestellt hatte³⁴⁷, lässt sich hieraus ebenfalls kein Rechtfertigungsgrund für überhöhte Wasserpreise herleiten. Eher steht in Frage, ob die Investitionen in das Berliner Wassernetz (jedenfalls vor der Wiedervereinigung) ohne weiteres als erforderlich angesehen werden können. BWB legt selbst dar, dass der Zustand des Westberliner Netzes am qualitativ obersten Ende gelegen habe.³⁴⁸ Auch wenn die Übererfüllung technischer Normen aus Sicht der Ingenieure und der Normungsgesellschaften (in denen nicht zuletzt die Interessen der Wassertechnik-Hersteller vertreten sind) vorbehaltlos begrüßt wird, kann dies noch nicht jede dadurch verursachte Preisüberhöhung gegenüber dem Wasserkunden rechtfertigen. Denn der Wasserkunde erhält deshalb kein qualitativ besseres Wasser und seine Versorgungssicherheit kann sich ebenfalls nicht mehr in einem für ihn spürbaren Maße oder überschaubaren Zeitraum erhöhen. Er darf daher auch nicht ohne weiteres für die zusätzlichen Kosten von überobligatorischen Maßnahmen in Anspruch genommen werden.

cc) Keine erkennbaren Unterinvestitionen in den Vergleichsstädten

- 346 Die Tatsache, dass die Vergleichsstädte durchschnittlich das gleiche Investitionsniveau aufweisen wie BWB spricht dafür, dass weder BWB auf der einen Seite noch die Vergleichsunternehmen auf der anderen Seite in ihrem Verhältnis zueinander einen Investitionsstau aufweisen. Denn das Investitionsniveau aller vier Metropolen liegt insgesamt deutlich über dem bundesweiten Durchschnitt aller befragten großstädtischen Wasserversorger (Vgl. Dia-

³⁴⁶ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 101, 104, Bl.1131-1134 d.A..

³⁴⁷ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 101, Bl. 1131 d.A.

³⁴⁸ In diesem Sinne vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 101, Bl. 1131 d.A.

gramme 22 und 24). Dies gilt auch bei einem langjährigen Vergleich der jährlichen Investitionsniveaus.

- 347 Dennoch kann das Vorhandensein eines Investitionsbedarfs sowohl bei BWB als auch bei den Vergleichsunternehmen nicht von vornherein pauschal ausgeschlossen werden. Denn auch der Einsatz vergleichbarer oder höherer finanzieller Mittel ist kein Garant für entsprechenden Output, also für effiziente Mittelverwendung und gute Ergebnisse. Konkrete Anhaltspunkte für einen trotz hohen Mittelaufwands dennoch entstandenen wesentlichen Investitionsbedarf sind jedoch weder bei BWB noch bei den Vergleichsunternehmen zu erkennen. Keines der Unternehmen weist erkennbare Schwächen im Hinblick auf die Qualität der Wasserversorgung und die langfristige Versorgungssicherheit auf. Zwar weisen einzelne Indikatoren (Netzverlustquote sowie die spez. real. Wasserverluste $\text{m}^3/\text{h km}$) darauf hin, dass die Wassernetze in Hamburg und Berlin von guter Qualität und weitgehend problemlos in Betrieb sind, während die Wassernetze in Köln und München eher Schwachstellen aufweisen können. Dies bedroht aber nicht die Versorgungssicherheit als solche, weil insoweit die Wassergewinnungsanlagen und die Zubringungsleitungen die entscheidende Rolle spielen. Gerade diese aber sind z. B. in München in den letzten Jahren komplett erneuert worden.³⁴⁹
- 348 Festzuhalten bleibt, dass angesichts des grundsätzlich ähnlichen Investitionsverhaltens (anders nur Sonderkosten Ost – s.u.) von BWB und den Vergleichsunternehmen in den letzten Jahrzehnten, BWB keinen Rechtfertigungsgrund für die überhöhte Berliner Preise herleiten kann, und zwar weder aus den eigenen Investitionen noch aus den (vermeintlich geringeren) Investitionen der Vergleichsunternehmen.

j) Keine hohen Belastungen durch Ost-Netz

- 349 BWB ist der Auffassung, dass sie wegen der Sonderbelastungen durch die Wiedervereinigung mit Wasserversorgern aus dem Osten Deutschlands verglichen werden müsste.³⁵⁰ Die Beschlussabteilung hat dagegen entschieden, BWB mit den strukturell nächstliegenden Wasserversorgern Deutschlands zu vergleichen, die allesamt in Westdeutschland liegen. Ein unmittelbarer Vergleich mit Ost-Versorgern ist jedoch nicht angezeigt. Abgesehen von der fehlenden Übereinstimmung der allgemeinen Strukturfaktoren hat sich zusätzlich herausgestellt, dass gerade auch die für Zustand und fortlaufende Erneuerung des Netzes aussagekräftigen Strukturdaten von BWB grundlegend von denjenigen der Ost-Versorger abweichen.
- 350 Die Beschlussabteilung hat einen Ost-West-Datenvergleich (jeweils ohne Berlin) im Hinblick auf die Netze vorgenommen, um eventuelle besondere Strukturfaktoren der Ost-

³⁴⁹ Inbetriebnahme der neuen, unterirdisch verlaufenden Zubringerleitung aus dem Mangfalltal 2008 (vgl. <http://www.swm.de/privatkunden/m-wasser/gewinnung.html>).

³⁵⁰ Vgl. Schreiben Freshfields vom 27.07.2011, S. 7 vorletzter Absatz, Bl. 1582 d.A.

Unternehmen und Auswirkungen der Wiedervereinigung auf diese Unternehmen kenntlich zu machen. Tendenziell haben sich insoweit zwar Unterschiede zwischen ost- und westdeutschen Wasserversorgern gezeigt, diese machen sich jedoch nicht bei jedem Ost-Versorger zwingend bemerkbar, denn es gibt erhebliche individuelle Abweichungen innerhalb beider Gruppen. Jedenfalls lässt sich aus den BWB-Zahlen keine für Ost-Versorger typische strukturell bedingte Benachteiligung ablesen. Im Einzelnen:³⁵¹

- 351 Geringe Ost-West-Abweichungen zeigen sich im Durchschnitt der Jahre 2007-2009 bei dem Spitzenfaktor (West 1,20 / Ost 1,23)³⁵², beim Netzalter (West 36,9 Jahre / Ost 40,23 Jahre)³⁵³ sowie den spez. real. Wasserverlusten (West 0,17 m³/h km / Ost 0,18 m³/h km³⁵⁴). Die unterdurchschnittlichen Netzverluste der BWB deuten auf ein gut gepflegtes, weitgehend problemloses Wassernetz hin. Auffällig ist nur das überdurchschnittlich hohe Netzalter der BWB (über 50 Jahre), das aber aufgrund der niedrigen Netzverluste nicht als Nachteil angesehen werden kann.
- 352 Nicht unerhebliche Ost-West-Abweichungen zeigen sich im Durchschnitt der Jahre 2007-2009 bei der Netzverlustquote (West 6,02 % / Ost 11,26 %), bei den Investitionen pro m³ Absatz (West 0,48 €/m³ / Ost 0,66 €/m³), und bei der Rohrnetzerneuerungsquote (West 0,82 %/a / Ost 1,12 %/a)³⁵⁵.
- 353 Eine erhebliche Ost-West-Abweichung besteht bei der Rate der jährlichen Hausanschlusserneuerungen (West 0,78 % / Ost 1,77 %). An dieser Quote zeigt sich ein erheblicher, heute noch bestehender Erneuerungsbedarf in den neuen Bundesländern. Gerade bei diesem Kriterium jedoch hat BWB keine Ähnlichkeit mit den Ost-Versorgern, sondern weist mit einer Rate von ■■■ % einen für Westversorger typischen Wert auf.
- 354 Eine aktuelle Belastung der BWB durch die Tatsache, dass sie wenigstens teilweise ein (ehemaliges) Ost-Netz betreibt, ist aufgrund der erhobenen Daten nicht zu erkennen.

k) Zusatz-Investitionen von BWB nach Wiedervereinigung („Sonderkosten Ost“)

- 355 Etwas anderes kann dagegen für diejenigen Belastungen gelten, die nur in der Vergangenheit in Form notwendigerweise höherer Investitionen bestanden haben, aber über Abschrei-

³⁵¹ Es handelt sich im Folgenden um Auswertungen aus den mittels Fragebögen erhobenen Daten, die einer Plausibilitätskontrolle unterlagen.

³⁵² In m³ / (m³/Tag). Wegen des im Osten meist niedrigeren Grundverbrauchs ist der Unterschied zur Spitzenlast i.d.R. höher als im Westen. Dennoch handelt es sich bei demjenigen Unternehmen, das mit Abstand den höchsten Spitzenfaktor aufweist, um ein Unternehmen aus dem Westdeutschland (kein Vergleichsunternehmen), das zudem erheblich günstigere Preise aufweist als BWB.

³⁵³ Netzalter BWB: 2007-2009 = ■■■ Jahre.

³⁵⁴ Allerdings sind die Werte bei den Versorgern mit geringem Metermengenwert (oft Ost-Versorger) ggf. höher zu gewichten.

³⁵⁵ Rohrnetzerneuerungsquote BWB: 2007-2009 = ■■■ % (2011 = ■■■ %).

bungen und Kapitalverzinsung noch heute Auswirkungen auf die geltenden Wassertarife haben können. Da die rein westdeutschen Wasserversorger von den Auswirkungen der Wiedervereinigung kaum betroffen waren, hat die Beschlussabteilung die zusätzlichen Kosten, die BWB durch und infolge der Wiedervereinigung zu tragen hatte, als Rechtfertigungsgrund „Sonderkosten Ost“ berücksichtigt. Im Vergleich zu den westdeutschen Vergleichsunternehmen macht BWB als Rechtfertigungsgrund hohe Zusatzinvestitionen geltend, die durch die Wiedervereinigung von Ost- und West-Berlin und insbesondere durch die Übernahme des reparaturanfälligen Ost-Berliner Wassernetzes verursacht worden seien.³⁵⁶ Die Beschlussabteilung erkennt in diesem Rahmen einen Rechtfertigungsgrund („Sonderkosten Ost“) dem Grunde nach an, allerdings nicht in der von BWB geltend gemachten Höhe. Bei Unterstellung der von BWB vorgelegten Investitionszahlen beläuft sich der Rechtfertigungsgrund Sonderkosten Ost ohne zusätzlichen Sicherheitszuschlag für das Jahr 2012 auf ca. ■■■ €/m³. Zuzüglich eines Sicherheitszuschlags von ca. 0,04 €/m³ ergeben sich insgesamt ca. ■■■ €/m³, die zugunsten von BWB von der Preisüberhöhung im Verhältnis zu den Vergleichsunternehmen abgezogen werden. Den darüber hinaus gehenden, eigenen Berechnungen der BWB zu Sonderkosten Ost ist hingegen nicht zu folgen (hierzu im Einzelnen s.u. unter E.8.)k)ee)).

aa) Anerkennung dem Grunde nach

- 356 Ein unmittelbarer Vergleich der BWB mit „ostdeutschen“ Wasserversorgern ist angesichts der sehr stark abweichenden strukturellen Bedingungen nicht sinnvoll. Denn das heutige Berlin besteht nach Fläche, Einwohnerzahl und Wassernetz³⁵⁷ zu fast 2/3 aus dem ehemaligen West-Berlin und nur zum erheblich geringeren Teil aus dem ehemaligen Ost-Berlin. Um jedoch die Besonderheiten Berlins und des Ost-Berliner Wassernetzes bei einem Vergleich mit reinen West-Städten zu berücksichtigen, werden hier dem Grunde nach „Zusatzkosten/Sonderkosten Ost“ als Rechtfertigungsgrund anerkannt, weil es sich bei den Vergleichsunternehmen um „westdeutsche“ Wasserversorger handelt, die keine durch die Wiedervereinigung bedingten Lasten zu tragen hatten und haben. Überdurchschnittliche Investitionen, soweit sie auf einem früheren, selbst verschuldeten Nachholbedarf („Investitionsstau“) beruhen, sind grundsätzlich nicht als gerechtfertigte Kosten anzusehen. Denn laut Bundesgerichtshof sind Rechtfertigungsgründe nur die für das Unternehmen unbeeinflussbaren Umstände wie strukturelle Gegebenheiten des Versorgungsgebietes. Individuelle, auf unter-

³⁵⁶ Vgl. Schreiben Freshfields vom 30.01.2012, S. 109 ff (insb. S. 111), Bl. 2673-2676 d.A..

³⁵⁷ Zum Zeitpunkt der Wiedervereinigung: Westnetz: ■■■ km ohne HAL und Ostnetz ■■■ km ohne HAL. In 2009: Westnetz ■■■ km ohne HAL und Ostnetz ■■■ km ohne HAL.

nehmerische Entschließung oder Struktur des betroffenen Unternehmens zurückgehende Umstände bleiben dagegen außer Betracht.³⁵⁸:

„Bei der Frage, ob ein erhöhter Investitionsbedarf nach § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 einen höheren Preis rechtfertigen kann, ist nicht allein auf den derzeitigen Zustand des Netzes abzustellen. Vielmehr ist nach der Zielsetzung der Norm, ein Korrektiv für das Fehlen von Wettbewerb zu sein (BGHZ 129, 37, 49 – Weiterverteiler), auch zu berücksichtigen, ob das betroffene Versorgungsunternehmen unter dem Schutz seiner Monopolstellung in der Vergangenheit erforderliche Investitionen unterlassen oder ineffektiv durchgeführt hat. Nur so ist gewährleistet, dass die Abnehmer nicht mit Kosten belastet werden, die allein auf Fehlentscheidungen des Monopolunternehmens beruhen und nicht durch die Struktur des Versorgungsgebiets vorgegeben sind. Derartige Kosten sind dem betroffenen Unternehmen „zurechenbar“ i.S. des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990.“³⁵⁹

357 Die Beschlussabteilung hat wiedervereinigungsbedingte Zusatzkosten aufgrund der Sondersituation der 1990er-Jahre in Berlin dennoch zugunsten der BWB anerkannt. Das bedeutet nicht, dass jede Rechtsnachfolge oder jeder Eigentümer-/Betreiberwechsel zu einem Bruch in den langfristigen Verantwortlichkeitszusammenhängen führen kann. Da sich durch den politischen Systemwechsel jedoch auch die Rahmenbedingungen der Wasserversorgung in Berlin (Ost) fundamental verändert haben, ist hier eine Zurechnung des damaligen Investitionsstaus ausnahmsweise nicht gerechtfertigt.

bb) Sonderkosten Ost nicht durch laufenden Betrieb, sondern durch Kapitalkosten

358 Bei den durch die Wiedervereinigung bedingten Zusatzkosten Ost handelt es sich nicht um laufende Kosten in dem Sinne, dass sie immer wieder neu anfallen. Soweit in den Ostbezirken Berlins bei der Wasserversorgungsinfrastruktur Versäumtes nachgeholt bzw. der westliche Standard erreicht werden musste, ist dieser Nachholprozess in den 90er-Jahren erfolgt.³⁶⁰ Das zeigt sich schon an der sehr geringen Netzverlustquote³⁶¹ in Berlin, die nur er-

³⁵⁸ BGH, Beschluss vom 02.02.2010, S. 16, Rz. 42 - „Wasserpreise Wetzlar“.

³⁵⁹ BGH, Beschluss vom 02.02.2010, S. 16, Rz. 57 - „Wasserpreise Wetzlar“.

³⁶⁰ BWB laut <http://www.wollt-ih-wissen.de/wp-content/uploads/2012/01/Wollt-Ihr-wissen-Antworten-der-BWB-Kommentare-GiB-2012.pdf>, S. 7 (für das gesamte Unternehmen, also Wasser und Abwasser): „Fast siebeneinhalb Milliarden Euro haben wir seit 1990 in unsere Anlagen und Netze investiert, davon rund drei Milliarden seit der Teilprivatisierung. Dass die Investitionen in den 1990er Jahren höher lagen als heute, ist aber nur natürlich, denn seinerzeit musste nicht nur in den Ostbezirken eine Menge Versäumtes nachgeholt werden. Die Erneuerung faktisch aller Klärwerke erfüllte darüber hinaus ansteigende Umweltvorgaben der EU. Diese Aufgaben sind heute bewältigt und Investitionen sind kein Selbstzweck.“

reicht werden kann, wenn das Netz in Gesamt-Berlin einen hervorragenden Zustand aufweist. Wahrscheinlich ist heute die Netzverlustquote im Ostteil der Stadt sogar geringer als im Westteil.³⁶² Auch die Effizienz des gesamten Systems der Wasserversorgung in Berlin konnte durch die außergewöhnlichen Investitionen der 90er-Jahre nachhaltig gesteigert werden. Insbesondere die Schließung von Wasserwerken führte dauerhaft zur Einsparung von Personal- und Sachkosten.³⁶³

359 Allerdings machen sich die zusätzlichen Investitionen, die nach der Wiedervereinigung für die Zusammenlegung der Netze und die Ertüchtigung des Ost-Berliner Wassernetzes angefallen sind, noch in der heutigen Preiskalkulation durch erhöhte Abschreibungen bemerkbar. Denn Investitionen in die Wasserversorgung werden von BWB teilweise über einen Zeitraum von bis zu ■ Jahren hinweg abgeschrieben.³⁶⁴ Obwohl die Kosten der Wiedervereinigung bereits in den Jahren, in denen sie anfielen, preiswirksam wurden und auch in allen Folgejahren über Abschreibungen in die Wasserpreise einkalkuliert wurden, werden sie von BWB gegenwärtig noch in der genannten Höhe ■ €/m³)³⁶⁵ als Sonderkosten Ost einkalkuliert. Darin seien enthalten sowohl die unmittelbar durch die Wiedervereinigung verursachten Kosten (Zusammenlegung der bis dahin getrennten Netze)³⁶⁶ als auch die Sonderbaumaßnahmen im Zuge der Wiedervereinigung und des Regierungsumzugs (Neuerschließung Grenzstreifen, Sanierung Innenstadtzentren, Hauptbahnhof, Tiergartentunnel, Neuerschließung Regierungsviertel)³⁶⁷ sowie diejenigen Kosten, die durch den sanierungsbedürftigen Zustand

³⁶¹ Dazu BWB, a.a.O.: „Die Zahl der Rohrbrüche sinkt seit mehr als zehn Jahren, die Wasserverluste in Berlin liegen etwa auf der Hälfte des bundesdeutschen Niveaus, das international beispiellos den Standard markiert.“

³⁶² Laut BWB (E-Mail Freshfields vom 23.03.2012, 16:46 Uhr) können weder die Wasserverluste (Netzverlustquote, spez. real. Wasserverluste) noch die Rohrnetzerneuerungen (Rohrnetzerneuerungsquote/Rehabilitationsquote) nach Ost und West differenziert ausgewiesen werden.

³⁶³ Dazu BWB laut <http://www.wollt-ihr-wissen.de/wp-content/uploads/2012/01/Wollt-Ihr-Wissen-Antworten-der-BWB-Kommentare-GiB-2012.pdf>, S. 4: „Von den 1990 in Berlin betriebenen 16 Wasserwerken wurden bis 1997 – die Teilprivatisierung war 1999 – fünf geschlossen, nämlich Friedrichsfelde 1992, Altglienicke 1993, Riemeisterfenn 1995, Köpenick 1996 und Buch 1997. 2001 folgten dann die beiden Werke in Johannisthal und Jungfernheide. Heute versorgen wir Berlin über neun Wasserwerke“.

³⁶⁴ Vgl. Schreiben Freshfields vom 20.10.2011, S. 1, Bl. 1831 d.A.: Handelsrechtliche Abschreibung: Rohrnetz ■ Jahre, Wasserwerke/Pumpwerke ■ Jahre und Sonstiges ■ Jahre; Kalkulatorische Abschreibung: Rohrnetz ■ Jahre, Wasserwerke/Pumpwerke ■ Jahre und Sonstiges ■ Jahre.

³⁶⁵ Vgl. Schreiben Freshfields vom 04.05.2012, S. 1-3 mit den Anlagen M 32 und M 33.

³⁶⁶ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 126 f., Bl. 1156 d.A. sowie Schreiben Freshfields vom 27.07.2011, S. 6, 7, Bl. 1581, 1582 d.A.

³⁶⁷ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 126, Bl. 1156 d.A.

des Ost-Berliner Rohrleitungsnetzes (unzureichende Rohrnetzinstandhaltungen in Ost-Berlin³⁶⁸) hervorgerufen wurden.

cc) Methodik zur Berechnung der Sonderkosten Ost durch BKartA

360 Die Beschlussabteilung hat die Höhe der Sonderkosten Ost im Wesentlichen durch einen Vergleich der Investitionen von BWB mit den Investitionen der Vergleichsunternehmen in den letzten 20 Jahren (1990-2009) ermittelt. Bei diesem Vergleich stellte sich heraus, dass die Investitionen in die Trinkwasserversorgung der BWB unmittelbar nach der Wiedervereinigung wie auch im neuen Jahrtausend auf einem ähnlichen Niveau liegen wie bei den Vergleichsunternehmen. Allerdings ist den Zahlen ebenfalls zu entnehmen, dass in den 1990er-Jahren die Investitionen der BWB deutlich höher lagen als bei den Vergleichsunternehmen. Diese, die Investitionen der Vergleichsunternehmen übersteigenden Zusatzinvestitionen wurden pauschal – zugunsten von BWB – als notwendige Zusatzinvestitionen Ost anerkannt und in ihrer Höhe für jedes Jahr einzeln berechnet. Daraus wurde für die Folgezeit die Höhe der aus den Zusatzinvestitionen resultierenden Zusatz-Abschreibungen und Zusatz-Kapitalkosten jahresindividuell errechnet. Addiert ergeben sie die Sonderkosten Ost, wie sie sich jährlich – und zwar auch noch in den Jahren 2011 bis 2015 – in der Kalkulation der BWB maximal auswirken können. Dies ist ein für die BWB sehr großzügiger Maßstab, denn alle Mehrinvestitionen der BWB im Vergleich zu den anderen Unternehmen werden damit als strukturelle Mehrkosten anerkannt, obwohl sie auch individuelle Ursachen haben können, die nicht in den Folgen der Wiedervereinigung begründet sind. Umgekehrt wird keine Saldierung vorgenommen, soweit bei den Vergleichsunternehmen in einem Jahr höhere Investitionskosten angefallen sind als bei BWB, selbst wenn diese Mehrinvestitionen auf strukturelle, nicht von den Vergleichsunternehmen zu verantwortende Ursachen zurückzuführen sind.

dd) Berechnung Sonderkosten Ost durch Bundeskartellamt

361 Die Berechnungen der Beschlussabteilung haben ergeben, dass die Zusatzkosten Ost maximal die Höhe von 0,2036 €/m³ für 2009³⁶⁹ erreichen (s. u. Tabellen in Rn. 391 sowie unter E.15.). Für die Folgejahre ergibt sich eine maximale Höhe der Zusatzkosten Ost von ■■■■■ €/m³ für 2010, ■■■■■ €/m³ für 2011, ■■■■■ €/m³ für 2012, ■■■■■ €/m³ für 2013, ■■■■■ €/m³ für 2014 und ■■■■■ €/m³ für 2015.

362 Aufgrund der fehlenden Objektivierbarkeit der Datengrundlagen und der tatsächlich schwierigen Ost-/West-Zuordnung hat die Beschlussabteilung auf eine Differenzierung zwi-

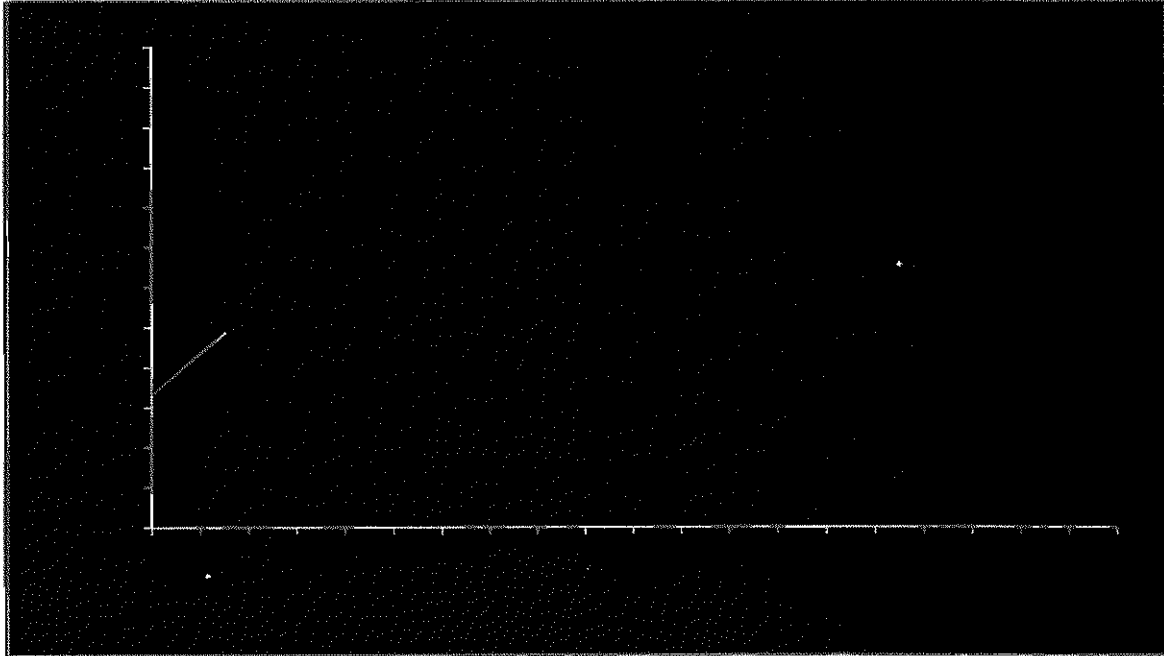
³⁶⁸ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 123 f., Bl. 1153 d.A. sowie Schreiben BWB (Freshfields) vom 27.07.2011, S. 6, 7, Bl. 1581, 1582 d.A.

³⁶⁹ Vgl. Auswertung „Berechnung Sonderkosten Ost“ (Stand 29.03.2012).

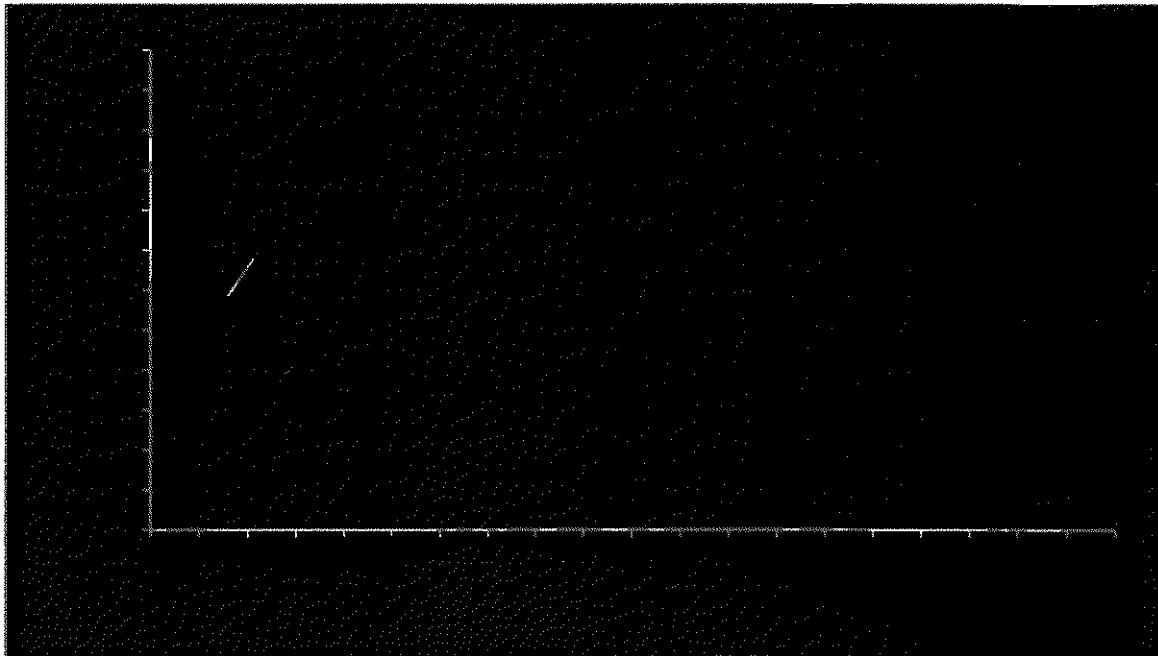
schen Westinvestitionen und Ostinvestitionen verzichtet. Stattdessen wurden die Untersuchungen der Beschlussabteilung zum allgemeinen Investitionsniveau der Unternehmen im Laufe der Jahre 1990-2010 als Grundlage für die Berechnung der Sonderkosten Ost herangezogen. Wie bereits oben dargestellt ergibt sich das Investitionsniveau jedes Unternehmens für jedes einzelne Jahr, wenn die tatsächlichen Investitionen (in absoluten Zahlen) dividiert werden durch die Absatzmenge des entsprechenden Unternehmens in diesem Jahr. Das hat nicht nur den Vorteil, dass BWB dann mit allen anderen Wasserversorgern verglichen werden kann, sondern auch, dass nicht auf Unwägbarkeiten der internen Zuordnung (insb. West/Ost) abgestellt werden muss. Zudem kann objektiv festgestellt werden, in welchem Maße sich das gesamte Investitionsniveau der BWB im Zuge der Wiedervereinigung erhöht hat. Sowohl aus dem BWB-internen Vergleich des Investitionsniveaus der einzelnen Jahre seit 1990 wie auch aus einem Vergleich der Investitionsniveaus von BWB und den Wasserversorgern in Hamburg, München und Köln ergibt sich, dass BWB tatsächlich insbesondere Mitte und Ende der 1990er-Jahre erhebliche Mehrinvestitionen getätigt hat. Aus Vereinfachungszwecken und zugunsten von BWB soll im Folgenden unterstellt werden, dass sämtliche dieser Mehrinvestitionen wiedervereinigungsbedingte Sonderkosten Ost darstellen.

Das nachfolgende Diagramm zeigt den Unterschied zwischen dem Investitionsniveau pro m³ von BWB und den Vergleichsunternehmen (dunkle Fläche). Diese Differenz wird zugunsten von BWB gänzlich als Sonderkosten Ost berücksichtigt. Bei Verwendung der tatsächlichen BWB-Absatzmengen in den Jahren 1990-1999 stellt sich die Fläche „Sonderkosten Ost“ folgendermaßen dar:

Diagramm 25: „Sonderkosten Ost in €/m³ ohne Sicherheitszuschlag“



363 Bei Verwendung der hypothetischen, also fiktiv geringeren BWB-Absatzmengen für die Jahre 1990-1999 (= Sicherheitszuschlag Sonderkosten Ost, s.o. zur Herleitung und Begründung des Sicherheitszuschlags Sonderkosten Ost Rz. 334 unter E.8.)i)aa) sowie zur Berechnung im Einzelnen s. u. E.12.)b)) wird das Investitionsniveau von BWB höher ausgewiesen, weil die Investitionen durch geringere Mengen dividiert werden. Es ergibt sich folgende Darstellung:

Diagramm 26: „Sonderkosten Ost in €/m³ mit Sicherheitszuschlag“³⁷⁰

364 Die Diagramme enthalten sowohl die Investitionen, die buchungstechnisch als Investitionen geführt (und langfristig abgeschrieben) werden als auch diejenigen Investitionen, die unmittelbar in den Ersatz- und Erhaltungsaufwand eingehen (und sofort kostenwirksam werden). Dies ist schon deshalb erforderlich, weil ansonsten keine Vergleichbarkeit zwischen verschiedenen Wasserversorgern bestünde, da diese nach ganz unterschiedlichen Regeln dieselben Investitionen in die Wasserversorgung entweder als laufenden Aufwand oder als Investition ins Anlagevermögen verbuchen.³⁷¹

(a) Berechnung der zusätzlichen Abschreibungen durch Sonderkosten Ost

365 Die im Diagramm erkennbaren Differenzwerte zwischen dem Investitionsniveau von Berlin und dem durchschnittlichen, nach der Wasserabgabemenge gewichteten Investitionsniveau der Vergleichsstädte werden für jedes einzelne Jahr beziffert. Anschließend wird diese Differenz pro Kubikmeter Absatz für BWB wieder auf absolute Eurobeträge umgerechnet (Multiplikation mit Kubikmeter Absatz BWB), so dass sich die absoluten Werte der Mehrinvestitionen von BWB ergeben.

³⁷⁰ Köln ist von 1990 bis 1999 nicht im ø HH, M, K enthalten, da keine Daten zu den Investitionen vorliegen.

³⁷¹ Zur Begründung des hier verwendeten, weiten Investitionsbegriffs im Einzelnen s. o. unter E.8.)j)aa), insbesondere Rz. 324.

- 366 Da aber nur ein Teil dieser Mehrinvestitionen in Form von Abschreibungen sich noch im Tarifpreis der Gegenwart bzw. der hier zu untersuchenden Jahre widerspiegeln kann (nämlich über Abschreibungen nur die als Investitionen verbuchten Investitionen und nicht der Ersatz- und Erhaltungsaufwand), wird von dem absoluten Mehrinvestitionsbetrag derjenige Anteil abgezogen, der auf den Ersatz- und Erhaltungsaufwand entfällt. Die Berechnung dieses Anteils richtet sich nach dem Anteil des Ersatz- und Erhaltungsaufwands für die gesamten Investitionen im jeweiligen Jahr. Das Resultat ist die Höhe der Zusatzinvestitionen Ost ins Anlagevermögen.
- 367 Anschließend muss dieser Betrag in jährliche Abschreibungen auf die Folgezeiträume aufgeteilt werden, wobei jede Anlagengruppe wegen der unterschiedlichen Abschreibungsdauern gesondert zu betrachten ist.³⁷² Dann können die Abschreibungen im Folgezeitraum für jedes einzelne Jahr addiert werden und ergeben jahresgenau die absolute Belastung des Wasserpreises durch zusätzliche Abschreibungen aufgrund von Sonderkosten Ost³⁷³. Dabei handelt es sich nicht, wie von BWB behauptet³⁷⁴, um eine hypothetische Berechnung. Die Aufteilung der Gesamtinvestitionen eines Jahres auf die einzelnen Anlagengruppen („Rohrnetz“, „Wasserwerke/ Pumpwerke“ und „Sonstiges“) beruht auf den von BWB in Anlage M 23 (zu Schreiben Freshfields vom 19.05.2011) angegebenen Werten. Ausgehend von den dort angegebenen Investitionen wurden die prozentualen Anteile berechnet, die auf die jeweilige Anlagengruppe entfallen, und sie wurden im gleichen Verhältnis übernommen. Daher basiert die Zuordnung der Investitionen zu den Anlagengruppen und die sich daraus ergebende Bestimmung der Abschreibungsdauern auf den eigenen Angaben der BWB. Lediglich die Höhe der anerkannten Abschreibungen richtet sich in der Berechnung der Beschlussabteilung nach den Mehrinvestitionen von BWB gegenüber den Vergleichsunternehmen und nicht nach den Angaben von BWB.

(b) Berechnung der zusätzlichen Zinskosten durch Sonderkosten Ost

- 368 Da BWB geltend macht, dass neben erhöhten Abschreibungen auch Mehrbelastungen für erhöhte Zinskosten anfallen³⁷⁵, sollen hier die diesbezüglichen Zusatz-Zinskosten ebenfalls berücksichtigt werden.

³⁷² Vgl. Schreiben Freshfields vom 20.10.2011, S. 1, Bl. 1576 d.A.: Handelsrechtliche Abschreibung: Rohrnetz ■ Jahre, Wasserwerke/Pumpwerke ■ Jahre und Sonstiges ■ Jahre; Kalkulatorische Abschreibung: Rohrnetz ■ Jahre, Wasserwerke/Pumpwerke ■ Jahre und Sonstiges ■ Jahre.

³⁷³ Vgl. Auswertung „Berechnung Sonderkosten Ost“ (Stand 29.03.2012).

³⁷⁴ Vgl. Schreiben Freshfields vom 29.04.2012, S. 14.

³⁷⁵ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 125, Bl. 1155 d.A.

- 369 Zur Berechnung der Zusatz-Zinskosten werden die durch die Zusatzkosten Ost verursachten, zusätzlichen Restbuchwerte³⁷⁶ Anfang des Betrachtungsjahres und Ende des Betrachtungsjahres herangezogen. Das arithmetische Mittel hieraus wird mit dem von BWB angesetzten Zinssatz (■ % für 2009; ■ %³⁷⁷ für 2010 und ■ %³⁷⁸ für die Folgejahre) multipliziert³⁷⁹, wie ihn die jeweiligen Berliner Zins-Verordnungen vorgeben.
- 370 Würde jedoch bei der Berechnung der Sonderkosten Ost nicht der nach Landesrecht vorgegebene Mischzinssatz verwendet (■ % im Jahr 2009, ■ % im Jahr 2010, ■ % im Jahr 2011 und ebenfalls für die Folgejahre angenommen), sondern ein Teil des zu verzinsenden Kapitals mit dem tatsächlichen Fremdkapitalzins der BWB von ■ % (für das Jahr 2009) und der andere Teil mit einem von der Bundesnetzagentur nach den Anforderungen der StromNEV bzw. GasNEV ermittelten Eigenkapitalzinssatz verzinst (9,05 % für Neuanlagen bzw. 7,14 % für Altanlagen), würde sich die Höhe der anerkannten Sonderkosten Ost verringern. Die sehr hohen Zinssätze würden dann nur für das Eigenkapital und nicht auch für das günstige Fremdkapital gelten. Für die Aufteilung von Eigen- und Fremdkapital wurden exemplarisch zwei Varianten berechnet: Einerseits die Aufteilung von 30 % Eigenkapital und 70 % Fremdkapital³⁸⁰, andererseits die Aufteilung ■ % Eigenkapital und ■ % Fremdkapital.³⁸¹ Die Ergebnisse sind in der nachstehenden tabellarischen Übersicht dargestellt:

³⁷⁶ Die zusätzlichen Restbuchwerte ergeben sich aus den über die Jahre kumulierten, zusätzlichen Investitionen ins Anlagevermögen abzüglich der ebenfalls über die Jahre kumulierten, zusätzlichen Abschreibungen, die im vorherigen Schritt berechnet worden waren.

³⁷⁷ Lt. ZinsVO für BWB 2010 vom 15.12.2009.

³⁷⁸ Lt. ZinsVO für BWB 2011 vom 14.12.2010.

³⁷⁹ Vgl. Auswertung „Berechnung Sonderkosten Ost“ (Stand 25.05.2012).

³⁸⁰ Dieses Verhältnis ergibt sich sowohl aus der Aussage des Vorstandsvorsitzenden von BWB am 07.03.2012 in Berlin (enreg-Workshop zu aktuellen Fragen des Wasserrechts) als auch näherungsweise aus den Antworten der BWB im Annex II des Fragebogens vom 19.08.2010 zur Aufteilung des gesamten Kapitals der BWB in Eigen- und Fremdkapital.

³⁸¹ Dieses Verhältnis ergibt sich aus den Berechnungen der Beschlussabteilung zur Aufteilung des der Kapitalverzinsung zugrunde gelegten Kapitals in Eigen- und Fremdkapital (s. hierzu auch oben unter E.8.)e)bb).

Tabelle 18: Sonderkosten Ost in €/m³ unter Zugrundelegung der ZinsVO / alternativer Zinssätze

Verzinsung lt. Aufteilung:	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Mischzinssatz lt. ZinsVO)	██████	██████	██████	██████	██████	██████	██████
EK/FK zu- sammen lt. ZinsVO	██████	██████	██████	██████	██████	██████	██████
30% EK (7,14% für Altanlagen) 70%FK (4,24%)	██████	██████	██████	██████	██████	██████	██████
██████% EK (7,14% Altanl.) ██████% FK (4,24%)	██████	██████	██████	██████	██████	██████	██████

371 Die Tabelle zeigt, dass die überhöhte Kapitalverzinsung für BWB nach der Berliner ZinsVO und dem BerlBG auch zu überhöhten Werten bei der Berechnung der Sonderkosten Ost führt, die dadurch aufgebläht werden. Zugunsten von BWB hat die Beschlussabteilung die Sonderkosten Ost mit dem von BWB angesetzten Mischzinssatz berechnet, obwohl dies sachlich sehr fragwürdig ist. Selbst wenn man die für BWB günstigste alternative Verzinsungsmethode anwendete (= letzte Zeile der vorstehenden Tabelle), wären die anzuerkennenden Sonderkosten Ost jeweils geringer als die von der Beschlussabteilung rein vorsorglich tatsächlich berücksichtigten Sonderkosten Ost (Zeilen 2 und 3 der vorstehenden Tabelle, in Fettdruck). Hieraus ergibt sich im Vergleich zu einer Berechnung auf Basis alternativer Verzinsungsmodelle inzidenter ein zusätzlicher Sicherheitszuschlag bei der Berechnung der Sonderkosten Ost.

(c) Berechnung der maximal anzuerkennenden tarifrelevanten Zusatzkosten Ost

372 Die durch die Sonderkosten Ost bedingten zusätzlichen Kosten für das Jahr 2009 ergeben sich aus der Summe der zusätzlichen Abschreibungen 2009 und der zusätzlichen Zinskosten 2009. Die Ergebnisse werden durch den Endkundenabsatz inkl. Weiterverteiler in 2009 divi-

diert und nachfolgend auf der Basis der handelsrechtlichen Abschreibungsdauern dargestellt³⁸²:

Tabelle 19: „Tarifrelevante Zusatzkosten Ost 2009 insgesamt“

1	2009	Zusatzkosten Ost ohne Sicherheitszuschlag	Zusatzkosten Ost inkl. Sicherheitszuschlag ³⁸³
2	Zusätzliche Abschreibungen Ost absolut, in €	██████████	██████████
3	RBW erhöhte Investitionen 1.1.2009, in €	██████████	██████████
4	RBW erhöhte Investitionen 31.12.2009, in €	██████████	██████████
5	zu verzinsendes Kapital, in €	██████████	██████████
6	Zinssatz BWB, in %	███	███
7	Zusätzl. Zinskosten Ost, in €	██████████	██████████
8	Summe Zusatzkosten Ost absolut, in € (Zeile 2 + 7)	██████████	██████████
9	Zusätzlicher Ersatz- und Erhaltungsaufwand aus laufender Periode	██████████	██████████
10	Wasserabsatz an Endkundenabsatz + Weiterverteiler in m ³	██████████	██████████
11	Maximaler Anteil Zusatzkosten Ost am Ø Wasserpreis 2009	██████	██████

³⁸² Vgl. Auswertung „Berechnung Sonderkosten Ost“ (Stand 25.05.2012).

³⁸³ Zu dem Sicherheitszuschlag für die Sonderkosten Ost s. nachfolgend im Einzelnen unter E.12.) b).

Tabelle 20: „Tarifrelevante Zusatzkosten Ost 2010 insgesamt“

1	2010	Zusatzkosten Ost ohne Sicherheitszuschlag	Zusatzkosten Ost inkl. Sicherheitszuschlag ³⁸⁴
2	Zusätzliche Abschreibungen Ost absolut, in €	██████████	██████████
3	RBW erhöhte Investitionen 1.1.2010, in €	██████████	██████████
4	RBW erhöhte Investitionen 31.12.2010, in €	██████████	██████████
5	zu verzinsendes Kapital, in €	██████████	██████████
6	Zinssatz BWB, in %	███	███
7	Zusätzl. Zinskosten Ost, in €	██████████	██████████
8	Summe Zusatzkosten Ost absolut, in € (Zeile 2 + 7)	██████████	██████████
9	Zusätzlicher Ersatz- und Erhaltungsaufwand aus laufender Periode	█	█
10	Wasserabsatz an Endkundenabsatz + Weiterverteiler in m ³	██████████	██████████
11	Maximaler Anteil Zusatzkosten Ost am Ø Wasserpreis 2010 (incl. Sicherheitszuschlag)	██████████	██████████

373 Die tarifrelevanten Zusatzkosten Ost werden als maximal bezeichnet, weil bei sämtlichen Unsicherheiten die für BWB günstigere Alternative angesetzt wurde. So basiert die gesamte Berechnung auf der Prämisse, dass in allen Fällen, in denen BWB höhere Investitionen aufweist, diese sämtlich als Sonderkosten Ost anerkannt werden, obwohl es sich teilweise auch um normale städtebauliche Umgestaltungen handelt, die die Wasserversorger der Ver-

³⁸⁴ Zu dem Sicherheitszuschlag für die Sonderkosten Ost s. nachfolgend im Einzelnen unter E.12.)b).

³⁸⁵ Im Jahr 2010 überstieg der durchschnittliche Ersatz- und Erhaltungsaufwand der Vergleichsunternehmen denjenigen der BWB.

gleichsstädte in ähnlicher Weise bewältigen müssen. Zudem sind sämtliche höheren Investitionen der BWB erfasst worden. Umgekehrt ist aber in allen Fällen, in denen die Vergleichsunternehmen höhere Investitionen als Berlin aufweisen, keine Berechnung der Differenz zu Lasten der BWB erfolgt, insbesondere fand auch keine Saldierung statt. Es wurden also einseitig nur die Jahre erfasst, in denen BWB ein höheres Investitionsniveau aufwies. Zudem wirkt sich die Tatsache, dass BWB im Verhältnis zu den Vergleichsunternehmen viel mehr Investitionen in die Wasserversorgung als Anlageninvestitionen ausweist und nur wenig als Ersatz- und Erhaltungsaufwand verbucht, auch bei dieser Berechnung einseitig zugunsten von BWB aus, da Investitionen ins Anlagevermögen – wenn auch zeitversetzt – letztendlich in höherem Maße kostenwirksam werden als Ersatz- und Erhaltungsaufwand. Insbesondere aber wird für die Berechnung der zusätzlichen Zinskosten Ost der hohe Zinssatz der BWB verwendet (z.B. für 2009: ████ %). Die Verwendung des von BWB tatsächlich durchschnittlich für Fremdkapital gezahlten Zinssatzes (████ % in 2009) würde bereits eine Verringerung des hier angenommenen Abzugsbetrages von mehreren Millionen Euro zur Folge haben.

(d) Änderungen BKartA im Vergleich zur 1. Abmahnung vom 5.12.2011

- 374 Zu der Berechnung der Sonderkosten Ost durch die Beschlussabteilung hat BWB mit Schreiben vom 30.01.2012 ausführlich Stellung genommen und zahlreiche Anmerkungen und Korrekturhinweise angeführt.³⁸⁶ Die Beschlussabteilung hat sich detailliert mit diesen Hinweisen beschäftigt und sie teilweise in der überarbeiteten Berechnung der Sonderkosten Ost berücksichtigt. Damit die Überleitung der Berechnung der Sonderkosten Ost aus der ersten Abmahnung vom 05.12.2011 zur vorliegenden, neuen Berechnung der Sonderkosten Ost nachvollzogen werden kann, werden im Folgenden die einzelnen Änderungen bzgl. Inputdaten und Berechnungen erklärt.
- 375 Die Berechnung wurde um das Jahr 2010 erweitert, da sowohl von BWB als auch von den Vergleichsunternehmen die Angaben zu Investitionen, Ersatz- und Erhaltungsaufwand und Zuschüssen für 2010 vorliegen.
- 376 In ihrer Stellungnahme vom 30.01.2012 weist BWB darauf hin, dass bei Betrachtung der mengenspezifischen Investitionen die Absatzmenge an Endkunden inkl. Weiterverteiler die richtige Bezugsgröße sei.³⁸⁷ Wie bereits oben beschrieben, hält die Beschlussabteilung diesen Kritikpunkt für zutreffend und hat die Berechnungen der ersten Abmahnung erneut im Hinblick auf die als Bezugsgröße gewählte Absatzmenge überprüft. So wurden für BWB sowie alle Vergleichsunternehmen die Absatzmenge an Endkunden und Weiterverteiler als

³⁸⁶ Vgl. Schreiben Freshfields vom 30.01.2012, S. 116-133, Bl. 2680-2697 d. A..

³⁸⁷ Vgl. Schreiben Freshfields vom 30.01.2012, S. 119, Bl. 2536 d.A.

Bezugsgröße verwendet. Dies führt zu einer Verringerung der spezifischen Investitionen von BWB und HamburgWasser, während die Werte für SW München und RheinEnergie Köln konstant bleiben.

- 377 Daneben hat sich eine Korrektur im Bereich der öffentlichen und privaten Zuschüsse auf den Betrag der spezifischen Investitionen von BWB ausgewirkt. Auf konkrete Nachfrage der Beschlussabteilung vom 23.02.2012 hat BWB per Fax vom 29.02.2012³⁸⁸ die bis dahin (auch für die Abmahnung vom 05.12.2012) verwendeten Angaben zu den Zuschüssen angepasst. Außerdem wurde klargestellt, dass in den von BWB ursprünglich angegebenen Investitionen die Zuschüsse bereits enthalten waren, während die Beschlussabteilung von bereits um die Zuschüsse bereinigten Angaben ausgegangen war.³⁸⁹ Die in dem Investitionsfragebogen enthaltene Tabelle war so konzipiert, dass Investitionen und Zuschüsse getrennt anzugeben sind, was von den anderen befragten Unternehmen, insbesondere von den Vergleichsunternehmen von vornherein richtig verstanden worden war. Die Investitionen der Vergleichsunternehmen wurden von vornherein ohne Zuschüsse angegeben und verwendet, so dass hier keine Korrekturen erforderlich waren.³⁹⁰ Die spezifischen Investitionen von BWB fallen somit absolut und auch relativ zu den Vergleichsunternehmen geringer aus.
- 378 Die Investitionen der RheinEnergie Köln weichen von den Angaben aus der ersten Abmahnung ab, da – wie bereits oben beschrieben – die Investitionen und der Ersatz- und Erhaltungsaufwand nur für die drei versorgten Tarifgebiete (Köln, Frechen und Pulheim) gemeinsam angegeben werden konnten³⁹¹. Daher werden die von RheinEnergie angegebenen Gesamtinvestitionen pauschal um ■ % pro Jahr vermindert. Dieser Wert bildet im Mittel den Anteil der Tarifgebiete Frechen und Pulheim am insgesamt von RheinEnergie versorgten Gebiet ab.³⁹²
- 379 In ihrer Stellungnahme vom 30.01.2012 macht BWB darauf aufmerksam, dass bei Berücksichtigung des Ersatz- und Erhaltungsaufwandes in der Berechnung der Sonderkosten Ost der Ersatz- und Erhaltungsaufwand der laufenden, zuletzt betrachteten Periode (in der ersten Abmahnung das Jahr 2009, in dieser Abmahnung das Jahr 2010) direkt in den Tarifpreis

³⁸⁸ Vgl. Schreiben Freshfields vom 29.02.2012.

³⁸⁹ Vgl. Schreiben Freshfields vom 29.02.2012.

³⁹⁰ Vgl. E-Mail HamburgWasser an BKartA vom 08.03.2012, 18:30 Uhr, E-Mail SW München an BKartA vom 13.03.2012, 11:31 Uhr, E-Mail RheinEnergie an BKartA vom 16.03.2012, 12:39 Uhr.

³⁹¹ Vgl. E-Mail RheinEnergie an BKartA vom 16.03.2012, 12:39 Uhr und vom 19.03.2012, 15:19 Uhr.

³⁹² Bezogen auf die Absatzmenge machen die Tarifgebiete Frechen und Pulheim einen Anteil von ■ % am Absatz der RheinEnergie aus, bezogen auf die Netzlänge (sowohl bei Betrachtung mit als auch ohne HAL) sind es ■ % und bezogen auf die Einwohner ■ %. Dies ergibt im Mittel einen Anteil von knapp über ■ %. Die von BWB im Schreiben vom 29.04.2012 angestellte Betrachtung nach dem Anteil der Fläche ist nicht geeignet, da es sich bei Frechen und Pulheim um ländliche, im Vergleich zum Stadtgebiet Köln dünn besiedelte Gebiete mit zahlreichen landwirtschaftlich bzw. für den Tagebau genutzte Flächen handelt.

einfließt und daher bei der Ermittlung der Mehrkosten Berücksichtigung finden muss. Dieser Hinweis wurde in den aktualisierten Berechnungen aufgenommen. Tatsächlich hat diese Änderung der Methode bei Ausdehnung des Betrachtungszeitraums auf 2010 keine Auswirkungen, da im Jahr 2010 keine Mehrinvestitionen von BWB im Vergleich zu HamburgWasser, SW München und RheinEnergie Köln vorliegen.

(e) Änderungen BKartA im Vergleich zur 2. Abmahnung vom 30.03.2012

- 380 Im Vergleich zur zweiten Abmahnung vom 30.03.2012 haben sich erhebliche Änderungen bei der für die Berechnung der Sonderkosten Ost verwendeten Datengrundlage ergeben. Der Grund hierfür ist, dass BWB mit Schreiben vom 29.4.2012 zusätzlich zu dem bisher gemeldeten Ersatz- und Erhaltungsaufwand weitere Aufwendungen für „Eigenleistung Instandhaltung“ angegeben hat. BWB begründet diese Datenänderung damit, dass bisher nur Fremdleistungen im Ersatz- und Erhaltungsaufwand berücksichtigt worden seien, nicht jedoch Instandhaltungsmaßnahmen, die mit eigenem Personal erbracht wurden. Da die Vergleichsunternehmen auch Leistungen eigenen Personals in den Ersatz- und Erhaltungsaufwand einbezogen hätten, wenn diese im direkten Zusammenhang mit konkreten Instandhaltungsmaßnahmen gestanden hätten, müsste BWB dies genauso handhaben. Auf telefonische Rückfrage³⁹³ erläuterte BWB, dass die zuvor gemeldeten Daten zu niedrig gewesen seien. Die bis dahin nicht berücksichtigten Eigenleistungen habe sie erst am 29.4.2012 nachträglich gemeldet. Darin seien – analog zu den Angaben der Vergleichsunternehmen – nur die Personalkosten enthalten, die für konkrete Instandhaltungsmaßnahmen angefallen sind, also keine Personalkosten, die regelmäßig im Normalbetrieb anfielen. Im Ergebnis führt diese nachträgliche Erhöhung des Ersatz- und Erhaltungsaufwandes zu einer Erhöhung der Sonderkosten Ost um ca. ■■■■ €/m³ auf fast das Doppelte (variiert je nach Jahr der Betrachtung).³⁹⁴
- 381 Die Beschlussabteilung hat die zusätzlichen, nachträglich von BWB gemeldeten „Eigenleistungen Instandhaltung“ in vollem Umfang in den Sonderkosten Ost berücksichtigt. Die Übernahme der angegebenen Werte ist allein aus verfahrensökonomischen Gründen zugunsten der BWB erfolgt.
- 382 Neben dieser zentralen Änderung der Datengrundlage haben sich weitere, geringfügige Verschiebungen bei der Berechnung der Sonderkosten Ost ergeben, die im Wesentlichen folgende Gründe haben: Bei der Berechnung der Sonderkosten Ost für das Jahr 2011 wurde

³⁹³ Vgl. Telefonnotiz zu Telefonat Fr. Bangard / Fr. Schmitt (BKartA) mit H. Schmitz / H. Börner (BWB) vom 10.05.2012.

³⁹⁴ Vgl. Auswertung „Berechnung Sonderkosten Ost“ (Stand 25.05.2012) für konkrete Werte der einzelnen Jahre.

bisher die Absatzmenge des Jahres 2010 verwendet, da der Beschlussabteilung zunächst die Angaben von BWB zur Absatzmenge 2011 nicht plausibel erschienen und sie deshalb um erneute Überprüfung der Angaben gebeten hatte.³⁹⁵ Mit E-Mail vom 29.3.2012 hat BWB die Mengenangaben für 2011 bestätigt³⁹⁶. Daher wird nun die tatsächliche Mengenangabe von BWB für 2011 verwendet.

- 383 Außerdem hat BWB die Angaben zu den öffentlichen Zuschüssen für das Jahr 2010 mit der Anlage M31 zum Schreiben vom 29.04.2012 noch einmal geändert.
- 384 Schließlich hat BWB in der Stellungnahme vom 29.04.2012 zurecht darauf hingewiesen, dass die Beschlussabteilung für das Jahr 2009 beabsichtigt, den für diese Periode laufenden Ersatz- und Erhaltungsaufwand zu berücksichtigen, dies jedoch in den Berechnungen versehentlich entfallen ist.³⁹⁷ Dieser Rechenschritt wurde korrigiert.
- 385 Mit Schreiben vom 4.5.2012 hat BWB erneut geänderte Zahlen sowie geänderte Berechnungen vorgelegt. Hierbei handelt es sich um ihre eigene Berechnung der Sonderkosten Ost nach ihrer eigenen Methode mit den laut Schreiben vom 29.02.2012 um die öffentlichen Zuschüsse korrigierten Investitionsdaten. Die korrigierten Zuschüsse hatte die Beschlussabteilung bereits in der Abmahnung II (30.03.12) in ihre Berechnungen der Sonderkosten Ost eingearbeitet. Daher ergeben sich in dieser Hinsicht keine Änderungen für die Berechnungen der Beschlussabteilung. Davon abgesehen hat BWB in ihren Berechnungen vom 04.05.2012 aber auch erstmals wiedervereinigungsbedingte Mehrinvestitionen in Westberlin bei den Mehrinvestitionen in Ostberlin berücksichtigt.³⁹⁸ Hierdurch erhöhen sich in ihrer Berechnung die Mehrinvestitionen in die Anlagenkategorie Rohrnetz. Dies hat zur Folge, dass sich die prozentuale Aufteilung der Mehrinvestitionen in die Kategorien „Wasserwerke/ Pumpwerke“, „Rohrnetz“ und „Sonstiges“ zugunsten des Anteils der Rohrnetze verschiebt. Würde die Beschlussabteilung diese Veränderungen in ihre Berechnungen übernehmen, hätte dies zur Folge, dass sich die in die Sonderkosten Ost eingehenden Abschreibungen erhöhen. Denn der Abschreibungszeitraum für die Rohrnetze ist viel länger als für die anderen Anlagenkategorien, die teilweise schon abgeschrieben sind.
- 386 Da die Beschlussabteilung aber ohnehin die Berliner Investitionen und Abschreibungen insgesamt und nicht die Differenz der Investitionen zwischen Ost- und Westberlin betrachtet, muss die geänderte prozentuale Aufteilung der Mehrinvestitionen in die Kategorien „Wasserwerke/ Pumpwerke“, „Rohrnetz“ und „Sonstiges“ nicht übernommen werden. Insgesamt

³⁹⁵ Vgl. E-Mail BKartA an Freshfields vom 26.03.2012, 12:23 Uhr.

³⁹⁶ Vgl. E-Mail Freshfields an BKartA vom 29.03.2012, 21:50 Uhr.

³⁹⁷ Vgl. Schreiben Freshfields vom 29.04.2012, S. 21.

³⁹⁸ Vgl. Schreiben Freshfields vom 4.5.2012, S. 2.

ändert der neue Vortrag von BWB vom 4.5.2012 daher die Berechnungen der Beschlussabteilung nicht.

- 387 Alle oben beschriebenen Änderungen bei der Berechnung der Sonderkosten Ost wirken sich insgesamt zugunsten von BWB wie folgt aus:

Tabelle 21 - Berechnungen Sonderkosten Ost

Ohne Sicherheitszuschlag

Jahr	Sonderkosten Ost Stand 30.03.2012 (2. Abmahnung) in €/m ³	Sonderkosten Ost Stand 04.06.2012 (Beschluss) in €/m ³	Differenz zugunsten von BWB in €/m ³
2009	██████	██████	██████
2010	██████	██████	██████
2011	██████	██████	██████
2012	██████	██████	██████
2013	██████	██████	██████
2014	██████	██████	██████
2015	██████	██████	██████

Mit Sicherheitszuschlag

Jahr	Sonderkosten Ost Stand 30.03.2012 (2. Abmahnung) in €/m ³	Sonderkosten Ost Stand 04.06.2012 (Beschluss) in €/m ³	Differenz zugunsten von BWB in €/m ³
2009	██████	██████	██████
2010	██████	██████	██████
2011	██████	██████	██████
2012	██████	██████	██████
2013	██████	██████	██████
2014	██████	██████	██████
2015	██████	██████	██████

388 Zu berücksichtigen ist, dass sämtliche hier vorgenommenen Berechnungen der Sonderkosten Ost vorsorglich immer auf der Basis des von dem Berliner Landesrecht vorgesehenen Zinssatzes (lt. jeweiliger ZinsVO) erfolgen. Bei Anwendung alternativer Zinssätze würde der Rechtfertigungsgrund „Sonderkosten Ost“ geringer ausfallen (s.o. Tabelle 18 unter (b)).

ee) Andere Berechnung der Sonderkosten Ost durch BWB

Die Berechnungen der BWB sind abzulehnen. Die ursprünglichen Berechnungen von BWB zur Ermittlung der Sonderkosten Ost, an denen sie weiterhin festhält³⁹⁹, sind nicht geeignet, als Rechtfertigungsgrund für die vergleichsweise überhöhten Berliner Wasserpreise herangezogen zu werden. BWB macht Sonderkosten Ost für das Jahr 2009 in Höhe von insgesamt [REDACTED] €/m³ wegen Investitionsbedarfs im Osten und [REDACTED] €/m³ wegen Sonderbaumaßnahmen im Westen) geltend⁴⁰⁰. Hilfsweise⁴⁰¹ seien, bei anderer, der Methode der Beschlussabteilung angenäherter Berechnung, Sonderkosten Ost in Höhe von mindestens [REDACTED] €/m³ als gerechtfertigt anzusehen⁴⁰². Dem ist schon aus methodischen Gründen heraus nicht zu folgen.

389 Wie BWB mit Schreiben vom 29.4.2012 beschrieben hat⁴⁰³, ist sie bei der Berechnung der Sonderkosten Ost folgendermaßen vorgegangen: Danach nimmt BWB als Grundlage ihrer Berechnungen⁴⁰⁴ die von ihr ausgewiesenen Investitionen von 1990 bis 2009 in das Anlagevermögen der Wasserversorgung inkl. Zuschüsse. Ersatz- und Erhaltungsaufwand werden nicht berücksichtigt. Die Zahlen werden getrennt für Westberlin und für Ostberlin ausgewiesen. Die durch die Wiedervereinigung erhöhten Investitionen im Westteil der Stadt werden ohne weitere Belege pro Jahr beziffert. Als erhöhte Investitionen für den Ostteil der Stadt werden Differenzwerte angegeben. Für jeden Anlagentyp (Wasserwer-

³⁹⁹ Vgl. Schreiben Freshfields vom 30.01.2012, S. 132, Bl. 2696 d.A. sowie die Berechnungsgrundlagen in Anlagen M23 und M24 zum Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, Bl. 1311-1314 d.A.

⁴⁰⁰ Vgl. Schreiben Freshfields vom 30.01.2012, S. 112, Bl. 2676 d.A., sowie die Berechnungsgrundlagen in Anlagen M23 und M24 zum Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, Bl. 1311-1314 d.A.; vgl. korrigierte Version laut Schreiben Freshfields vom 04.05.2012, S. 1-3 mit den Anlagen M 32 und M 33.

⁴⁰¹ Vgl. Schreiben Freshfields vom 30.01.2012, S. 132, Bl. 2696 d.A. sowie Anlage M30 zum Schreiben Freshfields vom 30.01.2012, Bl. 2753-2754 d.A. sowie elektronische Anlage zur E-Mail Freshfields an BKartA vom 23.02.2012, 15:25 Uhr, Bl. 2915 d.A.

⁴⁰² Bei zusätzlicher Berücksichtigung der nachträglich mit Schreiben vom 30.04.2012 geltend gemachten „Eigenleistungen Instandhaltung“ würde dieser Betrag sogar noch deutlich höher ausfallen.

⁴⁰³ Vgl. Schreiben Freshfields vom 29.04.2012, S. 7ff.

⁴⁰⁴ Vgl. Anlage M23 (Mehrkosten Ostberlin) und Anlage M24 (Mehrkosten Westberlin) des Schreibens Freshfields vom 19.05.2011, Bl. 1311, 1313 d.A. Eine Kurzform der Berechnungen befindet sich im Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 125 ff, 130 ff, insb. S. 126 und 131, Bl. 1031 d.A.

ke/Rohrnetz/Sonstiges) wird die Höhe der Investitionen in absoluten Zahlen ausgewiesen – und zwar getrennt nach West- und Ostberlin. Soweit diese angeführten Investitionsbeträge im Ostteil der Stadt höher waren als im Westen, werden die Differenzen als Sonderkosten Ost (erhöhte Investitionen Ostberlin) identifiziert. Anschließend werden die darauf entfallenden Abschreibungen konkret auf Basis der jeweiligen Abschreibungsdauern des entsprechenden Anlagentyps berechnet. Die verschiedenen Abschreibungen der erhöhten Investitionen Ost werden für jedes Jahr addiert, um u.a. die Summe der durch Abschreibungen bedingten Sonderkosten Ost in 2009 zu erhalten. Zusätzlich werden die Zinskosten, die auf die Sonderkosten Ost entfallen, durch die Multiplikation des kalkulatorischen Zinssatzes (■ %) mit dem durchschnittlichen Restbuchwert 2009 der aufgrund der Sonderkosten Ost entstandenen Mehrinvestitionen berechnet. Zuerst werden aber die Zuschüsse aus dem durchschnittlichen Restbuchwert abgezogen. Die durch die Sonderkosten Ost bedingten Kapitalkosten im Jahr 2009 ergeben sich aus der Summe der Abschreibungen und der Zinskosten im gleichen Jahr. Zuletzt wird diese absolute Zahl geteilt durch die an Endkunden abgesetzte Wassermenge (m³) des Jahres 2009. Das Ergebnis sei der Anteil der Mehrkosten (Sonderkosten Ost) am Wasserpreis 2009 pro m³. BWB beziffert diese Zusatzkosten Ost auf insgesamt ■ €/m³, wobei die Zusatzkosten für Ostberlin auf ■ €/m³ und die wieder vereinigungsbedingten Zusatzkosten für Westberlin auf ■ €/m³ angesetzt werden⁴⁰⁵.

- 390 Die Berechnungsweise der BWB ist abzulehnen. BWB nimmt einen rein BWB-internen „In-sich-Vergleich“ vor. Verglichen werden die BWB-Investitionen in das Ost-Berliner Wassernetz mit den BWB-Investitionen in das West-Berliner Wassernetz. Die Differenz seien die Zusatzinvestitionen Ost. Konzeptionell führt der Verzicht auf einen Vergleich mit anderen Wasserversorgern dazu, dass nicht erkennbar wird, ob es sich um Investitionen in branchenüblicher Höhe handelt und ob sie als Rechtfertigungsgrund für überhöhte Preise geeignet wären. Zudem ist die von BWB vorgenommene Trennung nach Berlin-Ost und Berlin-West für Dritte nicht nachprüfbar. Ob und inwieweit die Investitionen tatsächlich in das Ost-Netz erfolgten, ist möglicherweise noch nicht einmal für BWB sicher feststellbar. Denn eine Aufteilung der Wassergewinnung und des Wasserabsatzes in einen Westberliner und einen Ostberliner Teil ist BWB nach eigener Auskunft nicht möglich. Die Netzlängen mit Hausanschlüssen liegen nicht nach Ost und West differenziert vor⁴⁰⁶, und die Rohrerneuerungsraten (mit wie ohne HAL) können nicht nach Ost und West ausgewiesen werden.⁴⁰⁷ Da nach der Wiedervereinigung ein einheitliches Netz geschaffen worden ist, in dem die Wassergewinnung nicht nach Ost-West-Proporz, sondern nach Effizienzgesichtspunkten neu gestaltet

⁴⁰⁵ Vgl. Anlage M23 und M24 des Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, Bl. 1311, 1313 d.A.

⁴⁰⁶ Vgl. Schreiben Freshfields vom 27.07.2011, S. 1, Bl. 1588 d.A.

⁴⁰⁷ Vgl. E-Mail Freshfields an BKartA vom 23.03.2012, 16:47 Uhr.

wurde (d. h. die weniger effizienten bzw. benötigten Wasserwerke wurden geschlossen), begegnet eine nachträgliche Ost-West-Differenzierung Bedenken. BWB stellt insoweit den Anteil der für Ostberlin getätigten Investitionen („Sonderkosten Ost“) einseitig überhöht dar. Investitionen in Wasserwerke/Pumpwerke werden ganz überwiegend allein dem Ostberliner Bereich zugerechnet (bis zu ■ % der Gesamtinvestitionen Wasserwerke/Pumpwerke im Jahr 1997),⁴⁰⁸ obwohl sie einheitlich für das Gesamtunternehmen erfolgt sind. Auch ist nicht feststellbar, dass die im Branchenvergleich außergewöhnlich hohen Investitionen in „Sonstiges“ (= weder Wasserwerke/Pumpwerke noch Rohrnetz) überhaupt für die Wasserversorgung als solche verwendet worden sind.

- 391 Die Berechnung der Unterschiede zwischen Investitionen in West- und Ost-Berlin auf Basis absoluter Zahlen ist schon vom Ansatz her verfehlt, denn dies unterstellt, dass beide Teile, also die Wasserversorgung in West- und in Ostberlin gleich groß sind. Vergleichbar sind nur Investitionen, die sich auf die jeweiligen Wasserabgabemengen in West- und in Ost-Berlin beziehen. Zudem vergleicht BWB in der Anlage M23 zum Schreiben Freshfields vom 19.05.2011 nicht die Gesamtinvestitionen eines Jahres zwischen Ost- und West-Berlin, sondern die einzelnen Investitionen in verschiedene Anlagentypen getrennt voneinander. Somit werden nur Mehrinvestitionen in einzelne Anlagen berücksichtigt, wenn diese höher sind als in West-Berlin. Umgekehrt fallen höhere Investitionen in West-Berlin aus der Berechnung heraus. Im Ergebnis werden für die Jahre 1990, 1991 und 1992 Mehrinvestitionen in Ost-Berlin geltend gemacht, obwohl sie in Summe aller Anlageninvestitionen (für alle Anlagentypen) nicht in dieser Höhe angefallen sind. Die Sonderkosten Ost werden somit fälschlicherweise überhöht dargestellt (s. Anlage M23 zum Schreiben Freshfields vom 19.05.2011). Zudem werden Zinskosten für diese Zusatzinvestitionen mit dem hohen Zinssatz von ■ % (für das Jahr 2009) berechnet. Wie oben gesehen (Tabelle 18), ist dieser Zinssatz ohnehin überhöht: Auch die Zusatzinvestitionen Ost dürften weitgehend fremdfinanziert sein, so dass für den fremdfinanzierten Teil real nur Zinskosten in Höhe von ■ % (für das Jahr 2009) anfallen.
- 392 Davon abgesehen sind aber bereits die den Berechnungen von BWB zugrunde liegenden Daten für die Beschlussabteilung nicht verwertbar, weil nicht überprüft werden kann, ob die Investitionen tatsächlich wie ausgewiesen erfolgt bzw. verteilt sind. Auch ist nicht klar, welche Definitionen der Abgrenzung West/Ost zugrunde liegen, da der gesamte ehemalige Grenzstreifen (einschließlich Regierungsbauten und Tiergartentunnel) ausschließlich – und damit teilweise fälschlicherweise – Ostberlin zugeordnet wird.

⁴⁰⁸ So laut Anlage M23 zum Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, (Bl. 1311, 1313 d.A.) unter a) Investitionen in das Sachanlagevermögen Wasserversorgung, „Anteil Investitionen Ostberlin“.

(a) BWB-Berechnungen der Höhe nach nicht plausibel

- 393 Die geltend gemachten Sonderkosten Ost sind in der von BWB genannten Höhe auch nicht plausibel. In absoluten Beträgen handelt es sich dabei um mehr als ■ Mio. €, die noch heute jedes Jahr auf die Wasserpreise aufgeschlagen werden, um die nachwirkenden Kapitalkosten von zusätzlichen Ausgaben der 1990er-Jahren zu decken.
- 394 Dass BWB ihre Zusatzkosten Ost, die aufgrund des in der ehemaligen DDR verursachten Investitionsstaus bzw. Sanierungsbedarf entstandenen waren, unverständlich hoch ansetzt, zeigt sich bei einem Vergleich der BWB mit Wasserversorgern aus dem Gebiet der ehemaligen DDR. Zwar weisen die Wasserversorger der ostdeutschen Großstädte sehr hohe Wasserpreise auf, die im Schnitt sogar über denjenigen von BWB liegen. Jedoch zeigt sich bei genauerer Betrachtung, dass die vergleichsweise sehr hohen Wasserpreise in den befragten ostdeutschen Großstädten im Wesentlichen durch andere Gründe verursacht sein dürften. Abgesehen davon, dass die Preise dieser ostdeutschen Wasserversorger möglicherweise ebenfalls missbräuchlich überhöht sind und zukünftig abgesenkt werden⁴⁰⁹, können sich die Versorger in den befragten ostdeutschen Großstädten in ganz anderem Umfang auf Rechtfertigungsgründe berufen als BWB. Denn sie hatten ausschließlich ein sanierungsbedürftiges „Ost-Netz“ (und nicht größtenteils ein sehr gut gewartetes Westnetz), sie haben ihr Netz nach der Wiedervereinigung nicht nur saniert, sondern auch erheblich ausgebaut (Netzlängenerweiterung). Weiterhin haben die meisten von ihnen mit Bevölkerungsverlusten und Rückbau des Netzes zu kämpfen, fast alle weisen einen viel niedrigeren Metermengenwert als Berlin auf, und sie haben meist viel ungünstigere Wassergewinnungsbedingungen. Schließlich können sie nicht die Skalenvorteile eines Wasserversorgers einer Millionenmetropole nutzen.
- 395 Wie günstig dagegen auch im Vergleich mit Ost-Versorgern die Verhältnisse in Berlin sein könnten, zeigt sich, wenn die angeblichen Kostennachteile der BWB verglichen werden mit den entsprechenden Kostenfaktoren eines benachbarten Wasserversorgers, der zwar nicht hinsichtlich der von ihm versorgten Einwohnerzahl (insg. ca. 156.000), aber immerhin im Hinblick auf die Größe seines Versorgungsgebiets (ca. 550 km²) in die Berliner Dimensionen (887 km²) vorstößt und damit flächenmäßig auch größer als Köln oder München ist. Dieser Wasserverband Strausberg-Erkner (im folgenden: WSE) weist mit seinem 100%igen „Ost-Netz“ eine nachhaltig preiswerte Wasserversorgung auf, obwohl er sein Netz nach der Wiedervereinigung deutlich ausgebaut und das alte „DDR-Netz“ sukzessive renoviert hat.
- 396 Das Preisniveau der BWB liegt deutlich über demjenigen von WSE. Dieser hat einen durchschnittlichen abgabenbereinigten Wasserpreis von weniger als 1,60 €/m³, liegt also

⁴⁰⁹ Die KWL Kommunale Wasserwerke Leipzig hat bereits im Jahr 2011 mit der Absenkung ihrer auch für ostdeutsche Verhältnisse außergewöhnlich hohen Preise begonnen.

mehr als 0,30 €/m³ unter demjenigen von BWB. Sachliche, d.h. gerechtfertigte Gründe für die höheren Berliner Preise sind nicht zu erkennen, und insbesondere können sie nicht aus etwaigen „Sonderkosten Ost“ hergeleitet werden. Eher war Ost-Berlin gegenüber anderen ostdeutschen Gegenden zum Zeitpunkt der Wiedervereinigung privilegiert. Denn dort gab es auch vor der Wiedervereinigung durchaus eine Wasserversorgung auf großstädtischem Niveau. Anders als in vielen Teilen der sonstigen DDR hatte Ost-Berlin in erheblichem Umfang Neubaugebiete (insb. Hohenschönhausen, Marzahn), die zum Zeitpunkt der Wiedervereinigung jedenfalls über recht neue und moderne Wasserleitungen verfügten. Trotz der niedrigen Preise weist der WSE eine positive Umsatzrendite und eine positive Eigenkapitalrendite auf. Hinzu kommt, dass seine strukturellen Versorgungsbedingungen nicht besser, sondern nach fast allen Kriterien deutlich schlechter, d. h. kostentreibender sind als bei BWB (niedriger Metermengenwert von weniger als ■; deutlich höherer Spitzenfaktor als BWB; viele Hausanschlüsse; höherer Bedarf für Verteil-Pumpstrom; große Wasserflächen und Wasserläufe mitten im Versorgungsgebiet; höhere Kosten für Fremdkapitalaufnahme etc.). Zudem musste der WSE fortlaufend sein Netz an den sanierungsbedürftigen Stellen erneuern, so dass er mittlerweile ein durchschnittliches Netzalter und gute Wasser- bzw. Netzverlustquoten ausweist.⁴¹⁰ Dass die Sanierungsanstrengungen dieses Versorgers im Vergleich zu BWB höher sind, beweist die fast übereinstimmende Rohrnetzerneuerungsquote und die Tatsache, dass dieser brandenburgische Versorger jedes Jahr einen deutlich höheren Prozentsatz seiner Hausanschlüsse komplett erneuert, nämlich in den Jahren 2007-2009 durchschnittlich ■ % während BWB insoweit knapp unter ■ % bleibt.

Anders als BWB verzichtet WSE sogar auf eine Kostenerstattung für die Erneuerung (Auswechslung) von Hausanschlüssen. Soweit BWB dagegen einwendet, „dass die mittlere Belastung der Einwohner durch Zuschüsse beim WSE erheblich höher als in Berlin“ [ist]⁴¹¹, trifft dies nicht zu. Denn es gibt keine mittlere Belastung mit Hausanschlusskosten und Baukostenzuschüssen, sondern nur die jeweiligen Preise für individuelle Bauvorhaben. Ein Wasserkunde, der nicht baut, trägt insoweit auch keinerlei Kosten. Die von BWB angesproche-

⁴¹⁰ Die Netzverlustquote in % der Netzeinspeisung, die auch Messungenauigkeiten und Wasserdiebstähle erfasst, ist leicht überdurchschnittlich (aber unter 10%). Allerdings ist der Prozentsatz des Wassers, das durch Leckagen versickert, sehr niedrig (vgl. www.w-s-e.de unter Wasserverband / Trinkwassernetz / Versorgungsgebiete / Trinkwassernetz im Verbandsgebiet). Die maßgebliche Aussage über den Zustand des Netzes geben die spez. real. Wasserverluste wieder. Diese sind bei dem Wasserverband Strausberg-Erkner gering (0,0X m³/h km). Entsprechend DVGW-Arbeitsblatt W 392 (Tabelle auf Seite 20) liegen die spez. real. Wasserverluste für BWB als großstädtischen Wasserversorger genauso im mittleren Bereich wie für den Wasserverband Strausberg-Erkner, sofern man ihn als ländlichen Wasserversorger betrachtet. Würde man den Verband, der 3 Städte und 13 Gemeinden versorgt, hingegen in die Kategorie städtischer Wasserversorger einordnen, wäre die Quote der spez. real. Wasserverluste sogar deutlich besser zu bewerten als bei BWB.

⁴¹¹ Schreiben Freshfields vom 30.04.2012, S. 12 (Rz. 36).

nen hohen Restwerte noch nicht aufgelöster Zuschüsse bei WSE liegen darin begründet, dass im Gebiet des WSE in den letzten Jahren viele (Einfamilien-)Häuser neu gebaut worden sind und der WSE daher viele Hausanschlussleitungen neu errichten musste. Entsprechend wuchsen seine Einnahmen aus Hausanschlusskostenerstattungen. Für die großen Bauvorhaben in Berlin hingegen müssen nur relativ wenige Hausanschlussleitungen neu errichtet werden. Entsprechend fallen geringere Baukosten an. Dass WSE aber für die gleiche Leistung, nämlich den Neubau eines Hausanschlusses bis DN 50 wesentlich geringere Preise verlangt als BWB, ergibt sich unmittelbar aus den jeweiligen, aktuellen Preisblättern⁴¹². Letztlich zeigt das Beispiel des WSE, dass auch bei einer mehr als doppelt so hohen Belastung durch Sanierungsbedarf zum Zeitpunkt der Wiedervereinigung (also bei 100 % DDR-Netz) ein Wasserversorger in der unmittelbaren Umgebung von Berlin eine nachhaltig gute Wasserversorgung bei gleichzeitig niedrigen Preisen gewährleisten kann.

(b) Keine Berechnung der Sonderkosten Ost auf Basis von Investitionen pro Kilometer Leitungsnetz (hilfsweise Methode BWB)

- 397 Zusätzlich zu ihrer eigenen Berechnung der Sonderkosten Ost (s.o.) hat BWB (hilfsweise) die Sonderkosten Ost mit einer ähnlichen Methode wie die Beschlussabteilung berechnet, nach der BWB jedoch zu wesentlich höheren Sonderkosten Ost gelangt. Sie nimmt dabei zwar ebenfalls einen Vergleich der unternehmensindividuellen Investitionsniveaus vor, aber ermittelt dieses Investitionsniveau nicht auf der Basis von Investitionen pro Kubikmeter Wasserabsatz, sondern auf der Basis von Investitionen pro Kilometer Netzlänge.
- 398 Abgesehen von Unstimmigkeiten im Einzelnen (fehlender Abzug privater Zuschüsse, zu geringer Abzug öffentlicher Zuschüsse; fehlende Berücksichtigung von Jahren, in denen das Investitionsniveau der Vergleichsunternehmen höher ist als das von BWB) sind auch diese Berechnungen von BWB aufgrund ihres verfehlten Ansatzes generell nicht brauchbar, denn eine Bemessung der Investitionen pro Kilometer Rohrnetz gibt nicht in adäquater Weise die Bedeutung der Investitionen in die Wasserversorgung und die damit einhergehende Kostenbelastung für das betreffende Unternehmen wieder. Zwar ist die Verwendung einer Bezugsgröße notwendig, weil die absoluten Investitionen der Unternehmen aufgrund der unterschiedlichen Unternehmensgrößen nicht miteinander verglichen werden können. Geeigneter Maßstab hierfür ist aber der Trinkwasser-Absatz der jeweiligen Wasserversorger und nicht die Länge ihrer Rohrleitungsnetze.
- 399 Die Netzlänge ist schon deshalb nicht der richtige Maßstab für die Ermittlung des gesamten Investitionsniveaus der Wasserversorger, weil Investitionen in die Wasserversorgung kei-

⁴¹² Errichtung Hausanschluss (Pauschale für den öffentlichen Grund): BWB = 1.492 €, WSE = 980 €, zzgl. Meterpreis für Bau Hausanschlussleitung auf privatem Grund: BWB = 171,20 €, WSE = 45 €.

neswegs nur das Rohrleitungsnetz betreffen, sondern z.B. auch Wasserwerke, Brunnen, Talsperren, Pumpstationen etc. Deren Größe und die damit verbundene Kostenbelastung ist aber unabhängig von der Netzlänge. Stattdessen ist die Länge des Rohrleitungsnetzes abhängig von der Dichte des Versorgungsgebietes und der Struktur des Unternehmens. Wasserversorger in sehr dünn besiedelten Gebieten haben sehr lange Netze, dafür aber Rohre mit kleinem Durchmesser. Daher liegt es in der Natur der Sache, dass die Wasserversorger in dicht besiedelten Gebieten (= „kurze Netze mit breiten Rohren“) pro Kilometer Leitungsnetz (€/km) mehr investieren als die zuerst Genannten. Daraus darf aber nicht geschlossen werden, dass sie über ein höheres Investitionsniveau als solches verfügen würden. Tatsächlich kann das Gegenteil der Fall sein, was sich allerdings erst zeigt, wenn die Investitionen auf die abgesetzte Menge des Trinkwassers (€/m³) umgerechnet werden.

- 400 Der richtige Maßstab für die Ermittlung des Investitionsniveaus eines Wasserversorgers ist daher entgegen BWB nicht die Netzlänge, sondern der Wasserabsatz. Denn der Wasserabsatz ist ein nicht von den Unternehmen manipulierbares Kriterium, da er sich allein nach dem Abnahmeverhalten der Kunden richtet. Der Absatz ist der klassische Maßstab für die Größe von Geschäftsbereichen. Nicht nur die Preise der Wasserversorger werden auf Basis des Absatzes (€/m³) verglichen, so dass der Wasserabsatz als Maßstab für den hier vorgenommenen Erlösvergleich dient, sondern auch andere betriebswirtschaftliche Parameter. Der Absatz als Maßstab für die Ermittlung des Investitionsniveaus führt auch nicht zu strukturell für BWB nachteiligen Ergebnissen. Denn BWB legt selbst dar, dass sie unter Absatzrückgängen leidet und einen vergleichsweise geringen Pro-Kopf-Absatz aufweist. Dies aber führt zu einem geringeren Divisor, so dass die Investitionen der BWB sogar höher ausgewiesen werden als die gleichen Investitionen bei anderen Unternehmen, die einen höheren Pro-Kopf-Absatz aufweisen.
- 401 Alternativ käme nur in Betracht, das Investitionsniveau eines Wasserversorgers am Maßstab seines Wasser-Umsatzes zu messen. Daran zeigt sich sehr gut, wie viel Prozent seiner Erlöse der Wasserversorger in seinen Betrieb reinvestiert. Allerdings wäre dieser Maßstab für BWB besonders nachteilig. Denn angesichts der im Verhältnis zum Absatz besonders hohen Umsatzerlöse der BWB ist die in Relation zum Umsatz berechnete Investitionsquote von BWB generell deutlich niedriger als die der Vergleichsunternehmen. Während BWB in den Jahren 2009/2010 ca. ■ % seiner Erlöse für Investitionen in die Wasserversorgung (in Anlagevermögen und in Ersatz- und Erhaltungsaufwand) verwendet hat, liegen die Vergleichsunternehmen im Durchschnitt bei fast ■ %.

(c) Keine Berechnung mit Wiederbeschaffungswerten

- 402 Als Berechnungsgrundlage für die anzuerkennenden Sonderkosten Ost verwendet die Beschlussabteilung die nach Anschaffungs- und Herstellungskosten bewerteten Investitionen, aus denen die handelsrechtlichen Abschreibungen berechnet werden. Die nach Wiederbeschaffungswerten bewerteten Investitionen, die BWB in ihrem Schreiben vom 04.05.2012 vorgelegt hat⁴¹³, sind für die Bewertung der Sonderkosten Ost nicht geeignet. Denn als Rechtfertigungsgrund für überhöhte Wasserpreise kann ein erhöhter Kostenaufwand allenfalls insoweit geltend gemacht werden, als es sich um real entstandene Kosten handelt. Ansonsten würden Kosten doppelt berücksichtigt werden, da die Finanzierungskosten für die real entstandenen Kosten ebenfalls in die Preiskalkulation (auch der Folgejahre) mit einfließen. Die Bewertung der rein kalkulatorischen Kosten mag ggf. anders beurteilt werden, wenn die durch kalkulatorische Werte entstandenen Gewinne im Unternehmen als Rücklagen für zukünftige Investitionen verbleiben und nicht letztendlich die Gewinnanteile der Anteilseigner erhöhen.
- 403 BWB verwendet die Wiederbeschaffungswerte für die Berechnung der kalkulatorischen Abschreibungen weil sie am Ende der Nutzungsdauer eines bestehenden Vermögensgegenstandes für einen neu zu beschaffenden Vermögensgegenstand gleicher Art bereitgestellt werden müssen. Zur Berechnung der Wiederbeschaffungswerte werden die Anschaffungs- und Herstellungskosten⁴¹⁴ bei BWB mit einem Preisindex verzinst. BWB verwendet hierzu die „Indexreihen und Umwertungsfaktoren zur Umrechnung von Anschaffungs- auf Tagesneuwerte der WIBERA, Wirtschaftsberatung AG“.⁴¹⁵ Die Beschlussabteilung erkennt für die Berechnung der Sonderkosten Ost diese Hochrechnung aufgrund einer Indexreihe nicht an, da sich die tatsächliche Wertveränderung in der Realität völlig anders entwickeln kann und auch entwickelt hat. Insbesondere die prognostizierten Steigerungen der Baupreise sind nicht eingetreten. Technische Fortschritte, die eine spätere Beschaffung der Vermögensgegenstände auch günstiger machen können als in der Vergangenheit (z.B. grabenlose Verfahren), werden von den Indexreihen nicht berücksichtigt, so dass eine Bewertung realer Kosten nicht darauf gestützt werden kann.
- 404 Insgesamt gesehen ist die Beschlussabteilung bei der Berücksichtigung von wiedervereinigungsbedingten Sonderkosten Ost als Rechtfertigungsgrund und ihrer konkreten Berechnung sehr weit gegangen. Sie hat zugunsten von BWB pauschal unterstellt, dass alle „Zu-

⁴¹³ Vgl. Schreiben Freshfields vom 4.5.2012, Anlage M 32 a2) Basis WBW „Investitionen Berlin gesamt“.

⁴¹⁴ Vgl. Schreiben Freshfields vom 4.5.2012, Anlage M 32 a1) Basis AHK „Investitionen Berlin gesamt“.

⁴¹⁵ Vgl. Schreiben Freshfields vom 16.02.2012, S. 2, Bl. 2849 d.A.

satz-„Investitionen, die BWB in den Jahren nach der Wiedervereinigung über dem Niveau der Vergleichsunternehmen aufweisen kann, als „Sonderkosten Ost“ angesehen werden können und auch pauschal als gerechtfertigt gelten.

- 405 Zusätzlich wurde zugunsten von BWB mit dem von ihr selbst angesetzten, aber vom Land Berlin kraft Zins-Verordnung vorgegebenen Zinssatz für die Kapitalverzinsung gerechnet. Nicht nur der Zinssatz als solcher ist bei wirtschaftlicher Betrachtung überhöht.⁴¹⁶ Entscheidend ist zudem, dass dieser sehr hohe Zinssatz für das gesamte betriebsnotwendige Kapital (einschließlich Fremdkapital) pauschal angesetzt wird, auch wenn die tatsächlichen Fremdkapitalkosten viel geringer sind. Denn der überwiegende Teil der Investitionen von BWB ist fremdfinanziert.⁴¹⁷ Die Fremdkapitalzinsen sind deutlich niedriger, so dass im Ergebnis BWB bei jeder fremdfinanzierten Investition ins Anlagevermögen die Differenz zum Zinssatz nach Zins-Verordnung als leistungslose Zusatzrendite erhält.

9.) Bewertung der Rechtfertigungsgründe

- 406 Von den gesamten Rechtfertigungsgründen, die BWB geltend gemacht hat, und die oben unter 8.) jeweils im Einzelnen beurteilt wurden, ist lediglich die Sonderbelastung Ost als solche zugunsten von BWB anzuerkennen. Alle anderen geltend gemachten Rechtfertigungsgründe sind aus den o.g. Gründen nicht anzuerkennen.

a) Bedingungen der Wassergewinnung (Verfügbarkeit/Qualität Rohwasser)

- 407 Die strukturellen Bedingungen der Wassergewinnung sind in Berlin und in den Vergleichsstädten im Wesentlichen sehr ähnlich. Allen vier Versorgern steht gut zugängliches Rohwasser in ausreichender Menge und guter Qualität zur Verfügung. Keiner ist auf Zulieferungen durch Vorversorger angewiesen, keiner hat merkliche Höhenunterschiede im Versorgungsgebiet zu bewältigen, keiner hat Probleme mit schwer grabbaren Böden (felsiger Untergrund) etc.
- 408 Im Detail-Vergleich zwischen BWB und den drei Vergleichsunternehmen überwiegen die Vorteile von BWB. Diese ergeben sich zunächst durch die (innerhalb Deutschlands eigentlich nicht vergleichbare) Größe des Stadt und ihres Wassernetzes, die außergewöhnliche Synergieeffekte (insbesondere Skalenvorteile) erlaubt. Zudem steht BWB Grundwasser zur Verfü-

⁴¹⁶ Für die Wasser- und Abwasserwirtschaft wird angesichts der gegenwärtigen historischen Niedrigzinsphase bereits eine Eigenkapitalverzinsung von 4% als überhöht angesehen (s. Kleine Anfrage der FDP-Fraktion im Landtag NRW vom 17.02.2012, Drucks. 15/4110).

⁴¹⁷ Laut Aussage des Vorstandsvorsitzenden von BWB am 07.03.2012 in Berlin (enreg-Workshop zu aktuellen Fragen des Wasserrechts) erfolgt die Finanzierung bei BWB zu 70% durch Fremdkapital und zu 30% durch Eigenkapital.

gung, das – anders als in Hamburg und Köln – abgesehen von der grundsätzlich erforderlichen, einfachen Enteisung und Entmanganisierung nicht weiter aufbereitet werden muss. BWB kommt für die Versorgung von fast 3,5 Mio. Menschen mit lediglich 9 Wasserwerken aus, die innerhalb der Stadtgrenzen gut verteilt sind, so dass die Transportstrecken des Wassers relativ gering sind.

aa) Bedingungen in München schwer vergleichbar (Fernwasserversorgung)

- 409 Einzig in München besteht die Besonderheit, dass die Stadt ihr Rohwasser nicht aus dem eigenen Grundwasser gewinnt, sondern Wasser aus den Alpen „umleitet“, was zur Folge hat, dass in München weiches (Quell-)Wasser aus der Leitung kommt, während die anderen Millionenmetropolen ihre Bürger mit hartem (Grund-)Wasser versorgen. Der Vorteil für den Münchener Wasserversorger ist, dass das reine Alpenwasser nicht aufbereitet werden muss und wegen des Gefälles mit ausreichendem Druck in den Haushalten ankommt.⁴¹⁸ Dies wirkt sich positiv auf die klassischen Betriebskosten eines Wasserversorgers aus, indem die ansonsten anfallenden Wasseraufbereitungskosten und die Pumpstromkosten für die Wasser- verteilung entfallen oder zumindest weitestgehend gesenkt werden. Der Nachteil dieser Fernwasserversorgung ist, dass die Wassernutzungsrechte außerhalb des eigenen Stadtgebietes erst beschafft werden müssen (Kauf des Wassers oder Kauf/Pacht von Grundstücken mit Erwerb der Wassernutzungsrechte), die Qualität des Rohwassers in der Ferne gesichert werden muss⁴¹⁹, und dass die langen Transportleitungen zu den Alpen auch finanziert und unterhalten werden müssen. Für die Kosten einer solch speziellen Fernwasserversorgung stehen der Beschlussabteilung keine geeigneten Vergleichsdaten zur Verfügung, so dass sie anhand der vorliegenden Daten nicht objektiv beurteilt werden können. Allerdings sind die Kosten der Fernwasserleitungen erheblich. Zudem sind die Wasserversorgungsbedingungen in Berlin im Verhältnis zu praktisch allen anderen Wasserversorgern und auch den anderen Vergleichsunternehmen deutlich günstiger.
- 410 Insbesondere aber würde es im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung an der Kausalität dieses (angeblichen) Kostennachteils der BWB für ihre im Vergleich zu München wesentlich höheren Preise fehlen. Denn es ist erkennbar, dass sich die (angeblich) günstigeren Rahmenbedingungen des Münchener Wasserversorgers trotz ihres an sich betriebskostensenkenden Charakters in niedrigeren Betriebskosten – und hierdurch bedingt niedrigeren Was-

⁴¹⁸ Vgl. <http://www.swm.de/privatkunden/m-wasser/gewinnung.html>).

⁴¹⁹ Die in den Alpen gelegenen Grundstücke hatte die Stadt München bereits im 19. Jahrhundert erworben bzw. sie werden seit dieser Zeit gepachtet. Obwohl die Nitratwerte weit unterhalb aller Schwellenwerte lägen, fördere SWM in den für das Trinkwasser relevanten Gebieten nachhaltig die ökologische Landwirtschaft (vgl. http://www.wrrl-info.de/docs/wrrl_steckbrief_mangfall.pdf sowie <http://www.swm.de/privatkunden/m-wasser/gewinnung.html>).

serpreisen – niederschlagen. Bei einem Vergleich der Betriebskosten von BWB und von SW München zeigt sich, dass die Höhe der für die Wasserversorgung kalkulierten Betriebskosten in München die Betriebskosten von BWB sogar deutlich übersteigt.⁴²⁰ Selbst wenn man allein zugunsten von BWB die von ihr gezahlten Fremdkapitalzinsen in die Betriebskosten mit einrechnet⁴²¹, läge sie ungefähr auf dem Kostenniveau der SW München, aber nicht darüber.⁴²² Bei einem Vergleich der reinen Betriebskosten (d.h. ohne Finanzierungskosten) wird stattdessen erkennbar, dass die operativen Betriebskosten von BWB auch im allgemeinen Branchenvergleich sehr niedrig liegen. Sie liegen nicht nur unter den durchschnittlichen Betriebskosten der Vergleichsunternehmen, sondern auch deutlich unter den durchschnittlichen Betriebskosten aller anderen befragten großstädtischen Wasserversorger.⁴²³ Dementsprechend argumentiert BWB, dass sie effizienter arbeite als die Vergleichsunternehmen und als der Durchschnitt der befragten großstädtischen Wasserversorger.⁴²⁴ Darum geht es im vorliegenden Verfahren jedoch nicht. Stattdessen geht es allein um die Frage, ob die Wasserversorgung – auch wenn sie betriebstechnisch effizient sein mag – zu missbräuchlich überhöhten Preisen erfolgt. Wenn aber feststeht, dass die durchschnittlichen Betriebskosten pro Einheit⁴²⁵ bei BWB wesentlich geringer sind als bei den Vergleichsunternehmen, so kann BWB sich als Rechtfertigung für ihre überhöhten Preise grundsätzlich nicht auf ihre (angeblich) weniger günstigen Wasserversorgungsbedingungen berufen. Denn diese (angeblich) ungünstigeren Bedingungen müssten sich jedenfalls zu großen Teilen in erhöhten Betriebskosten widerspiegeln. Ist das hingegen nicht der Fall, so sind die (unterstellt) ungünstigen Wasserversorgungsbedingungen in Berlin jedenfalls nicht kausal für die im Verhältnis zu München weit überhöhten Wasserpreise der BWB.

⁴²⁰ In die Kalkulation sind die Betriebskosten bei BWB mit [REDACTED] Mio. € und bei SWM mit [REDACTED] Mio. € eingegangen. Dies ergibt umgerechnet bei BWB: [REDACTED] Tsd. € pro km Netz bzw. [REDACTED] Tsd. € pro km Netz (ohne HAL) bzw. [REDACTED] € pro m³ Absatz bzw. [REDACTED] € pro Einwohner. Die entsprechenden Werte für SWM liegen höher: [REDACTED] Tsd. € pro km Netz bzw. [REDACTED] Tsd. € pro km Netz (ohne HAL) bzw. [REDACTED] € pro m³ Absatz bzw. [REDACTED] € pro Einwohner.

⁴²¹ Die Einbeziehung der Fremdkapitalkosten in die Betriebskosten der BWB verzerrt allerdings die Ergebnisse, wenn es um einen Effizienzvergleich geht. Denn dann müssten die gesamten Kapitalkosten (Eigenkapitalkosten und Fremdkapitalkosten) beider Unternehmen – und nicht nur die Fremdkapitalkosten der BWB – den jeweiligen Betriebskosten hinzuaddiert werden. Dann aber lägen die Kosten der SWM wieder deutlich über denjenigen der BWB.

⁴²² Vgl. Datencheck II, Version 2 (Stand 20.10.2011), Blätter 3-6.

⁴²³ Vgl. Auswertung „Detailbetrachtung Betriebskosten/ kalkulatorische Kosten“ (Stand 24.10.2011), Tabellenblatt „BK ohne FK im Verhältnis“.

⁴²⁴ Gerechtfertigt wäre eine solche Schlussfolgerung nur, wenn die anderen Wasserversorger vergleichbar günstige Wasserversorgungsbedingungen hätten, was nach den Feststellungen der Beschlussabteilung nicht der Fall ist.

⁴²⁵ Die Auswertungen der Beschlussabteilung wurden immer gleichzeitig berechnet für die Einheiten: pro km Netz, pro km Netz (ohne HAL), pro m³ Absatz, pro Einwohner.

411 Wenn die angeblich günstigen Münchener Wassergewinnungs-Bedingungen tatsächlich nicht zu geringeren Kosten in München führen, so gibt es dafür zwei mögliche Erklärungen. Entweder sind die Bedingungen der Wassergewinnung in München doch nicht so kostengünstig wie BWB vermutet (weil BWB zu Unrecht insbesondere die Kosten für den Ferntransport des Wassers nicht angemessen berücksichtigt) oder aber der Münchener Wasserversorger hat seine (unterstellt) besonders günstigen Bedingungen nicht in einen Kostenvorteil umgesetzt und verlangt seinerseits Preise, die über den objektiv erforderlichen Kosten liegen. Die fehlende Fähigkeit von Vergleichsunternehmen, besonders günstige Versorgungsbedingungen als Kostenvorteile zu nutzen und sie an die Kunden weiterzureichen, darf BWB aber nicht als Rechtfertigungsgrund für die eigenen, überhöhten Preise zugutekommen.⁴²⁶

bb) Unplausible Bezifferung der Wassergewinnungskosten von BWB angesichts erheblich niedrigerer Preise für andere BWB-Kunden (Weiterverteiler)

412 Unabhängig von der hier streitigen Frage, wie die Wassergewinnungsbedingungen in Berlin bewertet werden, sind die Zahlen, mit denen BWB die preislichen Auswirkungen ihrer angeblichen strukturellen Nachteile beziffert (in €/m³), äußerst fragwürdig. Denn allein die Kosten der BWB für die Wassergewinnung (einschließlich Wasserentnahmeentgelte) würden danach⁴²⁷ mehr als █████ €/m³ ergeben, was erheblich über dem Preis der BWB für Wasserlieferungen an Weiterverteiler-Kunden liegt.

413 BWB beziffert ihre Wassergewinnungskosten 2009 (einschließlich Wasserentnahmeentgelte) auf █████ T€⁴²⁸, was auch den Angaben in dem von BWB ausgefüllten Fragebogen entspricht⁴²⁹. Das macht umgerechnet █████ €/m³ nutzbare Wasserabgabe⁴³⁰ bzw. █████ €/m³ Endkundenabsatz⁴³¹. Bei diesen hohen Kosten allein nur für die Wassergewinnung stellt sich die Frage, wie BWB die Wasserpreise für die von ihr belieferten Weiterverteiler kalkuliert.

⁴²⁶ Stattdessen bestünde vielmehr Veranlassung, auch die relativ niedrigen Preise des Vergleichsunternehmens kartellrechtlich zu überprüfen. Eventuell privilegierte Bedingungen würden dann über Zuschläge zum Vergleichspreis berücksichtigt oder es fände direkt eine Kostenkontrolle statt.

⁴²⁷ Laut Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 120, Bl. 1150 d.A., betragen 2009 die spezifischen Wassergewinnungskosten ohne Wasserentnahmeentgelte █████ €/m³. Bei einem zusätzlichen Wasserentnahmeentgelt 2009 von █████ €/m³ lägen die Kosten der BWB allein für die Wassergewinnung bei über █████ €/m³.

⁴²⁸ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 120, Bl. 1150 d.A.

⁴²⁹ Vgl. von BWB ausgefüllten Fragebogen vom 19.08.2010, Tabellenblatt „I. Wirtsch. Grunddaten Wasser“: Zeile 158.

⁴³⁰ Die nutzbare Wasserabgabe BWB betrug 2009: 192.334.000 m³ (vgl. von BWB ausgefüllten Fragebogen vom 19.08.2010, Tabellenblatt „II. Wasserwirtsch. Grundstruktur“, Zeile 39).

⁴³¹ Der Endkundenabsatz BWB betrug 2009: █████ m³ (vgl. Datenübersicht „Mengen und Erlöse 2009“ (Stand 26.10.2011)).

Denn diese zahlten im Jahr 2009 (einschließlich Wasserentnahmeentgelten) einen Durchschnittspreis von nur ■■■ €/m³ Trinkwasser.⁴³² Das würde bedeuten, dass BWB ihr Wasser an Weiterverteiler erheblich unter den eigenen Wassergewinnungskosten verkauft. Die Berliner Wasserkunden würden sich fragen, warum sie im Jahr 2009 mit ihrem hohen Durchschnittspreis von ■■■ €/m³ den niedrigen Wasserpreis für die Weiterverteilerkunden von ■■■ €/m³ subventioniert haben. Eine solche Quersubventionierung des dem Wettbewerb unterliegenden Weiterverteilerpreises durch die im Monopol gefangenen Endkunden könnte an sich schon einen Missbrauch und eine Diskriminierung der Endkunden darstellen. Wird jedoch zugunsten von BWB angenommen, dass es sich bei den Weiterverteilerpreisen nicht um deutliche Unterkosten-Preise handelt, so müsste man – entgegen den von BWB angegebenen Zahlen (spez. Wassergewinnungskosten ohne Abgaben in Höhe von ■■■ €/m³)⁴³³ – davon ausgehen, dass die wahren Kosten der Wassergewinnung (einschließlich Wasserentnahmeentgelte von ■■■ €/m³ und Sondernutzungsabgaben von ■■■ €/m³) in Berlin unterhalb von ■■■ €/m³ Wasser liegen, also abgabenbereinigt weniger als ■■■ €/m³ ausmachen. Da BWB die Gewinnungskosten (ohne Abgabenbelastung) der Vergleichsunternehmen auf 0,31 €/m³ einschätzt⁴³⁴ (nachdem sie diese ursprünglich auf 0,40 €/m³ eingeschätzt hatte)⁴³⁵, hätten die Vergleichsunternehmen tatsächlich einen Kostennachteil an Stelle des behaupteten Vorteils. Jedenfalls ist die Argumentation von BWB im Hinblick auf die angeblich ungünstigen und kostentreibenden Wasserversorgungsbedingungen in Berlin schon in Anbetracht ihrer eigenen Kostenangaben (in Relation zu ihren eigenen Weiterverteilerpreisen) nicht haltbar.

b) Bedingungen der Wasserverteilung (Versorgungsdichte und Baukosten)

- 414 Die strukturellen Bedingungen der Wasserverteilung sind in Berlin günstiger als in den Vergleichsstädten. Das ergibt sich noch nicht aus dem Metermengenwert (MMW = Absatz pro km Netz), denn dieser ist im Verhältnis zwischen Berlin und den drei anderen Millionenmetropolen gleichwertig. Der mengengewichtete durchschnittliche Metermengenwert beträgt bei den Vergleichsunternehmen 16,99 (mit HAL) bzw. 23,51 (ohne HAL). Der Metermengenwert von Berlin liegt bei 16,91 (mit HAL) bzw. 24,44 (mit HAL).⁴³⁶ Jedoch hat BWB im Hinblick auf die sonstigen Kriterien der Versorgungsdichte deutliche Vorteile gegenüber den Vergleichsunternehmen und kann durch seine schiere Größe Synergieeffekte erzielen, die

⁴³² Vgl. Datenübersicht „Mengen und Erlöse 2009“ (Stand 26.10.2011).

⁴³³ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 120, Bl. 1150 d.A.

⁴³⁴ Vgl. Schreiben Freshfields vom 30.01.2012, S. 109, Bl. 2526 d.A.

⁴³⁵ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 121, Bl. 1151 d.A.

⁴³⁶ S. oben unter E.4.)b).

allen anderen deutschen Wasserversorgern verschlossen sind. Berlin hat ein einheitliches Versorgungsgebiet für über 3,4 Mio. Einwohner während die Vergleichsunternehmen zusammengenommen für 4,4 Mio. Einwohner mehrere, teilweise sehr uneinheitliche Gebiete versorgen. In Köln führt der Rhein zu einer Spaltung der Stadt und der Wasserversorgung in links- und rechtsrheinisch. Die Elbe und der innerstädtische Hamburger Hafen führen zu einer Abspaltung des sog. Süderelbe-Bereichs. Hinzu kommt, dass BWB trotz des hohen Absatzes nur über wenige (kostenintensive) Kundenbeziehungen verfügt. Denn BWB hat weniger als [REDACTED] Hausanschlüsse (bei BWB gilt: Hausanschlüsse = Kunden = Verträge = Zähler = [REDACTED])⁴³⁷, während die Vergleichsunternehmen insgesamt (also HH, M, K zusammengenommen) bezogen auf 2009 bei weniger als um 40 % erhöhtem Absatz mit insgesamt [REDACTED] Stück eine um über 90 % höhere Anzahl an Hausanschlüssen⁴³⁸ versorgen.⁴³⁹ Die geringe Dichte der Hausanschlüsse in Berlin mindert den technischen Versorgungsaufwand genauso wie den Verwaltungs- und Abrechnungsaufwand. Auch das Risiko der Zahlungsunfähigkeit der Haushalte tragen in Berlin im Wesentlichen die großen Wohnungsverwaltungsgesellschaften und nicht der Wasserversorger, da dieser bei großen Wohnobjekten gerade nicht Vertragspartner der Haushalte ist.

c) Gesamtwürdigung (einschließlich Anerkennung Sonderkosten Ost)

- 415 Die Bedingungen der Wassergewinnung in Berlin sind vergleichsweise sehr günstig und auch günstiger als im Durchschnitt der Vergleichsunternehmen. Die Bedingungen der Wasserverteilung sind in Berlin deutlich günstiger als in den Vergleichsstädten, weil Größe und Versorgungsdichte in Berlin ohne Gleichen sind.
- 416 Zur Veranschaulichung: BWB erreicht bei den Größenkriterien in aller Regel 70 % des Wertes, den alle drei Vergleichsunternehmen zusammen auf die Waage bringen.⁴⁴⁰ Insbesondere weist BWB auch 70 % des Absatzes aller Vergleichsunternehmen aus – erzielt damit aufgrund der hohen Preise aber fast genauso hohe Umsätze (98 %) wie die drei Vergleichsunternehmen zusammengenommen.⁴⁴¹
- 417 Als Rechtfertigungsgrund anzuerkennen sind lediglich die Sonderbelastungen der BWB (im Verhältnis zu den Vergleichsunternehmen), die ihr im Zuge und infolge der Wiedervereinigung entstanden sind. Dabei wurden die – mit Ausnahme der Sonderkosten Ost – in jeder

⁴³⁷ Vgl. von BWB ausgefüllten Fragebogen vom 19.08.2010, Annex I, Bezugsjahr 2009.

⁴³⁸ Vgl. Datencheck I, konsolidierte Fassung (Stand 10.6.2011), Blatt 5 „Anzahl Hausanschlüsse“.

⁴³⁹ Werden die Vergleichsstädte insgesamt als Maßstab genommen (HH, M, K = 100%), so hat Berlin 33% weniger Absatz, aber 48% weniger Hausanschlüsse.

⁴⁴⁰ Bei den versorgten Einwohnern sind es über 75%.

⁴⁴¹ Umgekehrt weist BWB bei dem Kostenfaktor der zu betreuenden Hausanschlüsse einen günstigeren, geringeren Vergleichswert aus (52%).

Hinsicht günstigeren Bedingungen der BWB vorliegend nicht mit einem – grundsätzlich in solchen Fällen angebrachten – Aufschlag auf den Vergleichspreis bewertet. Dies bedeutet einen zusätzlichen Sicherheitszuschlag. Umgekehrt wurden – ebenfalls zugunsten von BWB – die Sonderkosten Ost als unverschuldeter (d.h. der BWB und Berlin nicht zurechenbarer) Erschwerungsfaktor berücksichtigt und in der konkret ermittelten, maximalen Höhe von der eigentlichen Preisabweichung abgezogen.

10.) Erheblichkeit der nicht gerechtfertigten Preisüberhöhung

- 418 Die nicht gerechtfertigte Preisüberhöhung der BWB-Wasserpreise im Verhältnis zu den Wasserpreisen der Vergleichsunternehmen beträgt netto und abgabenbereinigt 0,2000 – 0,2499 € /m³ für 2009, 0,2500 – 0,4999 € /m³ für 2010 und 0,2500 – 0,4999 für 2011. Diese nicht gerechtfertigte Preisüberhöhung beträgt prozentual gesehen für 2009 rd. 10 – 20 %, für 2010 rd. 20 – 30 % und für 2011 rd. 20 – 30 % (100 % = Preis der Vergleichsunternehmen, netto und abgabenbereinigt) und ist damit auch erheblich.

Tabelle 22: Übersicht: Sonderkosten Ost, Sicherheitszuschlag und Preisüberhöhung

	∅ Abgabenbereinigter Preis der Vergleichsunternehmen in €/m ³	Sonderkosten Ost in €/m ³	Sicherheitszuschlag auf Sonderkosten Ost in €/m ³	Maximal zulässiger, Preis für BWB in €/m ³	Tatsächlicher abgabenbereinigter Preis von BWB in €/m ³	Nicht gerechtfertigte Preisüberhöhung in €/m ³
2009	1,3562	██████	██████	██████	██████	0,2000-0,2499
2010	1,3817	██████	██████	██████	██████	0,2500-0,4999
2011	1,3826	██████	██████	██████	██████	0,2500-0,4999

11.) Zurechenbarkeit der erheblichen, nicht gerechtfertigten Preisüberhöhung

- 419 Die festgestellte Preisüberhöhung der Berliner Wasserentgelte ist der BWB in voller Höhe zurechenbar. Soweit BWB argumentiert, sie sei nicht nur an die öffentlich-rechtliche Genehmigung ihrer Wassertarife gebunden, sondern es handele sich zudem materiell um öffentlich-rechtliche Gebühren im „Preismantel“, die allein nach gebührenrechtlichen Grundsätzen zu bewerten seien, gilt das bereits oben zur Anwendbarkeit des Kartellrechts Gesagte. Zurückzuweisen sind aber auch diejenigen Teile der Argumentation, die die Verantwortlichkeit der BWB für die Höhe ihrer Preise betreffen und damit auch die Zurechenbarkeit und den Missbrauchsvorwurf. Entgegen ihrer Argumentation hat BWB durchaus Spielraum bei der Preis-

kalkulation und vollzieht keine „Punktlandung“ nach Maßgabe der Berliner Gesetze. Davon abgesehen ist es BWB nicht möglich, sich durch Rechtshandlungen ihrer eigenen Träger bzw. Gesellschafter zu rechtfertigen, jedenfalls soweit diese in ihrer Funktion als Träger bzw. Gesellschafter der BWB agieren.

a) Zurechenbarkeit trotz behördlicher Genehmigung der Berliner Wasserpreise

420 Die Tatsache, dass die Berliner Wassertarife von der Berliner Senatsverwaltung behördlich genehmigt worden sind, beeinträchtigt nicht die Zurechenbarkeit und Verantwortlichkeit der BWB für ihre Preise. Behördliche Preisgenehmigungen – nach welchem Spezialgesetz auch immer – schließen grundsätzlich eine nachträgliche kartellrechtliche Missbrauchskontrolle derselben Preise nicht aus, jedenfalls wenn die Genehmigung auf einem Antrag des Unternehmens beruhte. Der Bundesgerichtshof hat es in der Entscheidung „*DB Regio/üstra*“⁴⁴² für ausreichend erachtet, dass die ebenfalls genehmigungspflichtigen Beförderungsentgelte in ihrer Höhe „zumindest vom Antrag des Unternehmens nicht unabhängig“ seien. Auch könne das Unternehmen „Einfluss auf das Verkehrsangebot im Einzelnen, dessen Attraktivität, Umfang und Qualität, Effizienz und Kosten nehmen und damit wiederum sowohl die Kosten-Ertrags-Relation als auch mittelbar die absolute Höhe seiner Erträge beeinflussen.“ So liegt es auch hier. BWB trägt die unternehmerische Verantwortung für seine Kosten-Ertrags-Relation und kann gerade im Hinblick auf die Kostenseite an mehreren Stellschrauben die Höhe seiner Gewinne und Erträge beeinflussen. Da die Genehmigung der Wassertarife in erster Linie von der Höhe der BWB-internen Kosten abhängt, liegen die wettbewerblich relevanten Verhaltensspielräume auch im Hinblick auf die Tariffestsetzung bei BWB und gerade nicht bei der Genehmigungsbehörde. Die Argumentation, BWB hätte hinsichtlich der kalkulatorischen Kosten keine Entscheidungsspielräume, weil BerlBG, WTVO und ZinsVO alle Kostenparameter detailliert vorgaben⁴⁴³, ist weder inhaltlich richtig noch wird sie hier überhaupt relevant. Selbst wenn die Parameter vollständig vorgegeben wären, bliebe doch immer noch die Ausfüllung dieser Parameter von unternehmerischen Entscheidungen der BWB abhängig. Insbesondere bestimmt BWB selbst über die Höhe der Kosten (z. B. im Hinblick auf Personal- und Materialeinsatz), auch soweit der Ansatz der Kosten fremdbestimmt sein sollte.

⁴⁴² BGH, Beschl. v.07.02.2006, KVR 5/05 Beschlussausfertigung, S. 12 – *DB Regio/üstra*.

⁴⁴³ Vgl. Schreiben Freshfields vom 07.06.2010, S. 43 ff., Bl. 226 d.A.

b) Zurechenbarkeit von Wasserentnahmeentgelt und Straßennutzungsgebühr

aa) Grundsatz (Zurechenbarkeit bei Verursacher und Begünstigtem)

421 Die Belastung der Wasserpreise mit Steuern und Abgaben ist grundsätzlich nicht dem Wasserversorger als Unternehmen zurechenbar, sondern dem jeweiligen Verursacher und Begünstigten, also bei der Umsatzsteuer dem Bund, bei dem Wasserentnahmeentgelt dem Land und bei der Konzessionsabgabe der Kommune bzw. Kommune und Unternehmen als Vertragspartner des Konzessionsvertrages. Diese (fremden) Verantwortlichkeiten bestehen uneingeschränkt aber nur unter der Voraussetzung, dass das Versorgungsunternehmen unabhängig von dem jeweiligen Abgabenerheber/Begünstigten ist.⁴⁴⁴ Die tatsächlich „fremden“, also einem anderen Rechtsträger zurechenbaren Abgaben, sind für den Wasserversorger dann nicht zurechenbare Umstände i.S.d. § 103 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 GWB 1990.

bb) Sondersituation bei Stadtstaaten

422 Die Stadtstaaten Berlin und Hamburg sind einerseits Träger bzw. Inhaber ihrer Wasserversorger. Andererseits vereinnahmen sie selbst Wasserentnahmeentgelte, Konzessionsabgaben und Sondernutzungsabgaben. Es spricht daher vieles dafür, ihnen die gesamten Brutto-Wasserpreise zuzurechnen, einschließlich aller Abgaben. Diese Preise würden dann die Basis für einen Unternehmensvergleich bilden. Bei den Wasserversorgern in München und Köln wäre hingegen das dem jeweiligen Bundesland zuzurechnende und vom Landeshaushalt vereinnahmte Wasserentnahmeentgelt als fremder, nicht zurechenbarer Umstand abzuziehen. Ein Vergleich der – in unterschiedlichem Maße abgabenbereinigten – Preise und Erlöse zwischen den verschiedenen Unternehmen wäre indessen nur unter großen Schwierigkeiten möglich. Dieses Problem stellt sich bei vollständig abgabenbereinigten Preisen nicht. Zudem ist im vorliegenden Fall der Unterschied zwischen einem komplett abgabenbereinigten und einem nicht abgabenbereinigten Preisvergleich nur gering.⁴⁴⁵ Die Beschlussabteilung hat sich daher aus Zweckmäßigkeitserwägungen entschlossen, einen um sämtliche Abgaben bereinigten Preisvergleich vorzunehmen.

cc) Abgabenbereinigung im vorliegenden Verfahren zugunsten von BWB

423 Die komplette Bereinigung des Vergleichspreises um sämtliche Abgaben ist im vorliegenden Verfahren unproblematisch, da sie sich zum Vorteil der BWB auswirkt. Denn eine Bereini-

⁴⁴⁴ Im Energiebereich setzt dies etwa eine zumindest gesellschaftsrechtliche Entflechtung voraus.

⁴⁴⁵ S.o. unter E.7.)c) und d). Die Preisdifferenz zwischen BWB und dem Durchschnitt der Vergleichsstädte (HH, M, K) beträgt bei einem abgabenbereinigten Vergleich in 2009 [] €/m³ bzw. in 2010 [] €/m³ und bei einem nicht abgabenbereinigtem Vergleich in 2009 [] €/m³ (mengengewichtet [] €/m³) bzw. in 2010 [] €/m³ (mengengewichtet [] €/m³).

gung der Wasserpreise nur um die nicht zurechenbaren Abgaben hätte zur Folge, dass lediglich die Kölner Wasserpreise um das Wasserentnahmeentgelt von Nordrhein-Westfalen zu bereinigen wären, während die Wasserpreise von Berlin, Hamburg und München ungekürzt blieben. Dies würde sich in einer etwas erhöhten Preisdifferenz zwischen BWB und dem Durchschnitt der Vergleichsunternehmen auswirken, so dass die Preisüberhöhung der BWB höher läge als vorliegend angenommen.

424 Um Missverständnissen vorzubeugen, muss betont werden, dass die hier vorgenommene vollständige Abgabenbereinigung primär aus Praktikabilitätsabwägungen (zugunsten der Betroffenen) gewählt wurde, aber nicht notwendigerweise als Vorbild für andere Fälle geeignet ist, in denen – wie vorliegend – eine letztlich uneingeschränkte Konzernverbundenheit zu der Körperschaft / dem Unternehmen besteht, durch welche/s die finanzielle Belastung auferlegt wird. Durch die Verschiebung von Erlösen in den Bereich der kommunalen bzw. landesspezifischen Abgaben könnten ansonsten die Gebietskörperschaften die kartellrechtliche Preismissbrauchskontrolle ins Leere laufen lassen. Ermöglicht würde dies durch eine Senkung der abgabenbereinigten Wasserpreise bei gleichzeitiger Erhöhung der Wasserabgaben (insbesondere Konzessionsabgaben und bei Stadtstaaten auch Wasserentnahmeentgelte und Sondernutzungsgebühren). Gerade für das Land Berlin erschiene diese Vorgehensweise attraktiv. Denn die Einnahmen aus dem Wasserentnahmeentgelt und den Sondernutzungsgebühren kann Berlin allein vereinnahmen und frei darüber verfügen⁴⁴⁶, während an den durch die Wasserpreise verursachten Gewinnen der BWB die atypischen stillen Gesellschafter zu beteiligen sind. Jedenfalls für Stadtstaaten haben Wasserentnahmeentgelte Entgelterersatzfunktion⁴⁴⁷. Die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht wäre in Stadtstaaten sinnlos, wenn diese sich allein durch die Erhebung willkürlich hoch gesetzter Wasserentnahmeentgelte gegen die Preisaufsicht immunisieren könnten.

425 Im vorliegenden Fall kommen der nicht abgabenbereinigte Preisvergleich wie auch der um nicht zurechenbare Abgaben bereinigte Preisvergleich zu sehr ähnlichen Ergebnissen wie der komplett abgabenbereinigte Preisvergleich. Die Frage des Abzugs von öffentlichen Abgaben bei Konzernverbundenheit von Unternehmen und Abgabenbegünstigtem musste daher nicht entschieden werden. Die Beschlussabteilung hat – im Ergebnis zugunsten der Be-

⁴⁴⁶ Die Einnahmen gehen in den allgemeinen Finanzhaushalt. Laut Homepage der FDP-Fraktion in Berlin (www.fdp-fraktion-berlin.de) habe der Staatssekretär (SenGesUmV) im Rahmen der Haushaltsplanberatungen 2009 gemäß seiner Aussage im Inhaltsprotokoll der 47. Sitzung des Ausschusses für Gesundheit, Umwelt und Verbraucherschutz am 7. September 2009 gesagt, es gebe keine Zweckgebundenheit des Grundwasserentnahmeentgelts.

⁴⁴⁷ Dass Wasserentnahmeentgelte nicht zweckgebunden sind, gilt auch für die Flächenländer. Der inhaltliche Bezug des WEE zum Schutz des Wassers ergibt sich nur aus der Lenkungswirkung, weil die Entgelterhebung vermeiden soll, dass die Wasserressourcen durch extensive Wasserförderung zu stark in Anspruch genommen werden – wenn diese kostenlos wäre.

troffenen – eine uneingeschränkte Abgabebereinigung bei den Preisen sowohl der BWB als auch der Vergleichsunternehmen vorgenommen. Dem Petitum der BWB, die hohen Berliner Wasserentnahmeentgelte von den Wasserpreisen abzuziehen, konnte deshalb in vollem Umfang nachgekommen werden. Der dagegen erhobene Einwand der Beteiligten zu 3.⁴⁴⁸ und 4.⁴⁴⁹, ein abgabebereinigter Preisvergleich würde sie in ihrem Verhältnis zu der Stadt Berlin (als Trägerin der BWB A.ö.R. und Anteilseignerin) benachteiligen, ist unberechtigt. Denn das Verfahren richtet sich ausschließlich gegen die Höhe der Wasserpreise von BWB. Jede Entscheidung, die die Beschlussabteilung mit Wirkung einer geringeren Preisabsenkung zugunsten von BWB trifft, ist dadurch mittelbar auch eine Entscheidung zugunsten aller Anteilseigner von BWB. Soweit sich im Hinblick auf die Auswirkungen für die betroffenen Anteilseigner in ihrem Verhältnis untereinander Unterschiede ergeben sollten, kann dies nur auf ihre internen vertraglichen Regelungen zurückzuführen sein. Davon kann die Entscheidung der Kartellbehörde über die Berliner Wasserpreise nicht abhängig gemacht werden. Es ist vielmehr Sache der Beteiligten zu klären, ob und inwieweit die kartellbehördliche Entscheidung sich auf ihre internen Regelungen auswirkt.

dd) Keine Differenzierung nach Art der Abgaben

- 426 Soweit sich BWB nun aber selbst gegen diese, ihrem eigenen Petitum entsprechende Verfahrensweise richtet, fehlt ihr sowohl Rechtsgrund wie Beschwer. BWB verlangt hinsichtlich der konkreten Durchführung des Wasserpreisvergleichs nicht nur einen Abzug der Wasserentnahmeentgelte und Sondernutzungsgebühren zu ihren Gunsten, sondern sie verlangt zusätzlich, dass die Konzessionsabgaben der anderen Wasserversorger bei dem Preisvergleich nicht abgezogen werden,⁴⁵⁰ was sich zu Lasten der Vergleichsunternehmen, und daher mittelbar zu Gunsten von BWB auswirken würde. Nach ihren Berechnungen werden deshalb die (in Berlin hohen) Wasserentnahmeentgelte und Sondernutzungsgebühren vom Vergleichspreis abgezogen, während die (in den Vergleichsstädten hohen) Konzessionsabgaben gerade nicht abgezogen werden sollen.⁴⁵¹
- 427 Diese von BWB vorgezeichnete Vorgehensweise ist abzulehnen, weil sie eine logisch nicht nachvollziehbare Differenzierung vornimmt, die Zurechenbarkeit der Abgaben nicht berück-

⁴⁴⁸ Stellungnahme RWE vom 14.03.2012.

⁴⁴⁹ Stellungnahme Veolia vom 16.03.2012.

⁴⁵⁰ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 150 f., Bl. 1180-1181 d.A.

⁴⁵¹ Dies ergibt sich indirekt aus ihrer Berechnung der Mehrbelastung BWB auf S. 145 des Schreibens vom 19.05.2011. Dort werden zwar Mehrkosten der BWB durch Wasserentnahmeentgelt und Sondernutzungsgebühr berechnet, aber die Mehrkosten der Vergleichsunternehmen durch Konzessionsabgaben – die es in Berlin nicht gibt – werden bei der Berechnung der „Mehrkosten gesamt“ nicht berücksichtigt.

sichtigt und eine ungerechtfertigte Privilegierung von Stadtstaaten gegenüber anderen Kommunen zur Folge hätte. Denn die von den Kommunen in Flächenstaaten vereinnahmten Konzessionsabgaben (die zudem bestimmte Höchstsätze nicht überschreiten dürfen⁴⁵²) unterlägen weiterhin der Preiskontrolle, indem sie in den Vergleichspreis hinein gerechnet werden. Dagegen blieben die nur von den Stadtstaaten selbst vereinnahmten Wasserentnahmeentgelte und Sondernutzungsgebühren kontrollfrei (indem sie aus dem Vergleichspreis heraus gerechnet werden) und könnten in ihrer Funktion immer stärker den eigentlichen Wasserpreis ersetzen. Denn Wasserentnahmeentgelte / Sondernutzungsgebühren sind wie Konzessionsabgaben nicht zweckgebunden und gehen in den allgemeinen Haushalt ein. Aus Sicht von Stadtstaaten, die Eigentümer/Träger ihrer Wasserversorger sind, macht es deshalb keinen wesentlichen Unterschied, ob die Einnahmen indirekt durch Gewinnabführungen des Wasserversorgers oder direkt durch die Erhebung von Wasserabgaben (Wasserentnahmeentgelte, Straßennutzungsgebühren bzw. Konzessionsabgaben) erzielt werden. Basis eines kartellrechtlichen Wasserpreisvergleichs bei Wasserversorgern der Stadtstaaten kann also (im Sinne eines „level playing field“) nur der den Kunden in Rechnung gestellte Preis⁴⁵³ sein oder aber ausnahmsweise ein für alle Vergleichsunternehmen um Abgaben komplett bereinigter Wasserpreis. Eine isolierte Bereinigung um die von Stadtstaaten selbst vereinnahmten Wasserentnahmeentgelte (und Sondernutzungsgebühren) ist dagegen nicht zulässig.

ee) Keine unbeeinflussbaren Kostenfaktoren

428 Ihre gegenteilige Auffassung begründet BWB damit, dass Konzessionsabgaben als vertraglich vereinbarte Leistungen zurechenbare Umstände im Sinne von § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 darstellen würden, während Wasserentnahmeentgelte und Sondernutzungsgebühren alle Nutzer (nicht nur die Wasserversorger) betreffen und deshalb als nicht zurechenbare Umstände einen Rechtfertigungsgrund darstellten.⁴⁵⁴ Sie beruft sich insoweit auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 02.02.2010 „Wasserpreise Wetzlar“, in der das oberste Gericht festgestellt hat, dass dem Wasserversorger nur solche Kostenfakto-

⁴⁵² Die Höchstsätze sind in der Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände“ (KAEAnO) festgelegt.

⁴⁵³ Mit oder ohne USt – denn diese ist wettbewerbsneutral und auch nicht den Stadtstaaten zurechenbar.

⁴⁵⁴ Vgl. Schreiben Freshfields vom 19.05.2011, S. 151, Bl. 1181 d.A.

ren nicht zurechenbar seien, „die auch jedes andere Unternehmen in der Situation des betroffenen vorfinden würde und nicht beeinflussen könnte.“⁴⁵⁵

- 429 Die Argumentation der BWB, dass Wasserentnahmeentgelte und Sondernutzungsgebühren – anders als Konzessionsabgaben – vom Wasserpreis abzuziehen seien, weil sie aufgrund des allgemeingültigen gesetzlichen Gebührentatbestandes jeden treffen, während Konzessionsabgaben nur den jeweiligen Vertragspartner belasten, trifft sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht nicht den entscheidenden Punkt. In tatsächlicher Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass Wasserentnahmeentgelt und Straßennutzungsgebühr in Berlin – auch wenn dies von der rechtlichen Ausgestaltung her so nicht vorgesehen ist – in Wirklichkeit nur Spezialregelungen für die BWB darstellen. Beim Wasserentnahmeentgelt ergibt sich dies schon daraus, dass in Berlin grundsätzlich ein Anschluss- und Benutzungszwang⁴⁵⁶ besteht, der die Erteilung von Erlaubnissen zur Wasserentnahme für Dritte nur in eng begrenzten Sonderfällen (insbesondere Baumaßnahmen) vorsieht. Dementsprechend erhält die Stadt Berlin nahezu das gesamte Wasserentnahmeentgeltaufkommen (■ %) von BWB. Im Hinblick auf die Sondernutzungsgebühren ist BWB sogar die einzige Betroffene, sie erbringt also 100 % aller Sondernutzungsabgaben in Berlin.⁴⁵⁷
- 430 In rein rechtlicher Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass BWB fälschlich auf die Art und die Bezeichnung der Abgaben und Gebühren abstellt und nicht auf die eigentlich entscheidende Frage ihrer Zurechenbarkeit. Zu Unrecht beruft sie sich auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 02.02.2010 „Wasserpreise Wetzlar“, der eine gänzlich anders gelagerte Fallkonstellation vorlag. Sowohl Enwag, der Wetzlarer Wasserversorger, als auch sämtliche Vergleichsunternehmen waren Wasserversorger in Flächenstaaten. Dies bedeutet, dass die in ihrem Wasserpreis enthaltenen Wasserentnahmeentgelte allein vom jeweiligen Bundesland vereinnahmt werden und weder dem Wasserversorger noch seiner Kommune zugutekommen, so dass sie als fremdverursachte Kosten in voller Höhe abgezogen werden mussten. Der Bundesgerichtshof aber hat gerade nicht gesagt, dass bei einem Wasserpreisvergleich die Wasserentnahmeentgelte pauschal vom Wasserpreis abzuziehen seien, sondern er hat lediglich in der ihm vorliegenden Fallkonstellation den dort unstreitigen Abzug unkommentiert gelassen.
- 431 Im Hinblick auf die im Fall Wetzlar dagegen schwieriger zu beantwortende Frage eines Abzugs von Konzessionsabgaben hat der Bundesgerichtshof sogar ausdrücklich offen gelassen, ob diese im Fall Wetzlar als unbeeinflussbarer Kostenfaktor abzuziehen seien oder

⁴⁵⁵ BGH, Beschl. v. 02.02.2010, KVR 66/08, Beschlussausfertigung Leitsatz (c) – *Wasserpreise Wetzlar*.

⁴⁵⁶ § 13 a BWG (Berliner Wassergesetz) sieht Anschluss- und Benutzungszwang vor.

⁴⁵⁷ Vgl. Schreiben der Senatsverwaltung des Landes Berlin vom 30.06.2011, S. 3, Bl.1494 d.A

nicht.⁴⁵⁸ Insgesamt gesehen hat der Bundesgerichtshof entsprechend dem von ihm formulierten Grundsatz nicht auf die Art oder Allgemeingültigkeit der Abgabe, sondern auf ihre Zurechenbarkeit abgestellt. Genau diese ist im Fall der Berliner Wasserpreise aber auch für das Wasserentnahmeentgelt und die Sondernutzungsgebühr gegeben. Denn BWB ist eine dem Stadtkonzern Berlin zugehörige Anstalt öffentlichen Rechts. Sie kann sich deshalb nicht exkulpierend auf Regelungen berufen, die ihre eigene Mutter gerade in den Angelegenheiten der BWB getroffen hat.

- 432 Die weitere Argumentation der BWB (sinngemäß), ihr seien Wasserentnahmeentgelt und Straßennutzungsgebühr nicht zurechenbar, weil sie als Unternehmen nicht für die Gesetzgebung des Landes Berlin verantwortlich sei und weil jedes andere Unternehmen in ihrer Lage (also der eines Wasserversorgers in Berlin) mit derselben Ausgangslage konfrontiert wäre, trifft ebenfalls nicht zu. Dies zeigt sich rein tatsächlich schon bei einem Vergleich mit den anderen (Grund-)Versorgungsunternehmen der Stadt, die im Gegensatz zu BWB nicht dem Stadtkonzern Berlin angehören, sondern unabhängigen Dritten. Obwohl die Gas-, Strom- und Fernwärmeversorger bzw. ihre Netzgesellschaften genauso wie BWB den Berliner Straßen(unter)grund für ihre Leitungen nutzen, ist für sie die angeblich allgemeine Straßennutzungsgebühr nicht anwendbar. Mit diesen Unternehmen wurde stattdessen eine Konzessionsabgabe vereinbart.⁴⁵⁹
- 433 Zwar ist BWB nicht verantwortlich für die allgemeine Gesetzgebungstätigkeit des Landes Berlin. Im Hinblick auf die unternehmerischen Entscheidungen der Wasserversorgung in Berlin aber bilden BWB und das Land Berlin aus konzernrechtlicher Sicht eine Einheit und aus allgemein rechtsstaatlicher Sicht zumindest eine Zurechnungsgemeinschaft. Ansonsten wäre niemand für den hohen Wasserpreis kartellrechtlich verantwortlich, wenn nämlich der Wasserversorger sich der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht entzieht, indem er die Verantwortlichkeit für den Wasserpreis seiner mehrheitlichen Mutter und alleinigen Trägerin zuweist, wohingegen diese sich der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht entzogen sieht, weil sie (der Form nach) nur gesetzgeberisch, aber nicht selbst als Wasserversorger tätig geworden sei.
- 434 Bei BWB kann sich jede Abgabenerhöhung – wenn sie nicht durch eine entsprechende Erhöhung des Wasserpreises ausgeglichen wird – wirtschaftlich gesehen als Gewinnverlagerung von der Tochter auf die Mutter darstellen. Genau diese Möglichkeiten zur Gewinnverla-

⁴⁵⁸ Vgl. BGH, Beschl. v.02.02.2010, KVR 66/08, „Wasserpreise Wetzlar“, S. 17 f, Rn. 47. Offen gelassen wurde auch, welche Bedeutung es hat, dass die Stadt Wetzlar an dem Wasserversorger Enwag mehrheitlich beteiligt ist.

⁴⁵⁹ Vgl. Schreiben der Senatsverwaltung des Landes Berlin vom 30.06.2011, S. 1, Bl. 1494 d.A.

gerung verdeutlichen die Notwendigkeit, Berlin und BWB grundsätzlich im Konzernzusammenhang und nicht isoliert zu betrachten.

c) Zurechenbarkeit der Kalkulationsvorgaben durch BBetrG

- 435 Entgegen der Auffassung von BWB sind ihr die überhöhten Berliner Wasserpreise auch im Hinblick auf die Preiskalkulation zurechenbar. Selbst wenn – wie BWB behauptet – die Berliner Wasserpreise zu 100 Prozent vom Berliner Gesetzgeber festgelegt werden würden, könnte sich BWB darauf nicht mit Erfolg berufen. Die Gesetze der Stadt bzw. des Landes Berlin sind nicht ohne Weiteres ein Rechtfertigungsgrund für eine in alleiniger Trägerschaft der Stadt bzw. des Landes Berlin stehenden Anstalt öffentlichen Rechts. Der Gebietskörperschaft Berlin sind schon aufgrund des Rechtsstaatsprinzips alle ihre Rechtshandlungen zurechenbar, unabhängig von der Frage, ob ihre jeweiligen Vertreter in ihrer Funktion als Gesetzgeber tätig werden oder als Kommunalverwaltung oder als Träger von Anstalten öffentlichen Rechts. Gleiches ergibt sich aus dem Konzernrechtsgedanken des § 36 Abs. 2 GWB. Der Stadtstaat Berlin ist nicht nur alleiniger Träger der BWB A.ö.R., sondern er ist auch Inhaber eines Mehrheitsanteils an der BerlinWasser Holding AG, die eine stille Beteiligung an der BWB A.ö.R. hält. BWB ist damit trotz der Teilprivatisierung immer noch Teil des Stadtkonzerns Berlin. Da das Land Berlin und BWB mithin eine Zurechnungsgemeinschaft bilden, besteht keine wechselseitige Exkulpationsmöglichkeit für wettbewerbswidriges Handeln.
- 436 Bestimmte demnach – gemäß der Argumentation von BWB – allein das Land Berlin über die Höhe der Berliner Wasserpreise, so wäre dies der BWB zuzurechnen. Ein privatwirtschaftlicher Wasserversorger könnte sich gegenüber dem Vorwurf des Preishöhenmissbrauchs auch nicht damit rechtfertigen, dass seine Muttergesellschaft ihm die Höhe seiner Preise verbindlich vorgeschrieben hätte. Das Gleiche muss im Sinne des § 130 Abs. 1 Satz 1 GWB für Eigenbetriebe oder Anstalten öffentlichen Rechts im Verhältnis zu ihren öffentlichen Trägern gelten.
- 437 An diesem Ergebnis kann auch die Tatsache nichts ändern, dass der Stadtstaat Berlin die Berliner Wasserpreise nicht unmittelbar kraft Weisung an die BWB oder kraft Mehrheitsentscheidung im Rahmen der BerlinWasser Holding AG oder kraft Satzung oder kraft vertraglicher Vereinbarung etc. festlegt, sondern stattdessen die Höhe der Berliner Wasserpreise kraft landesrechtlicher Gesetzgebung maßgeblich beeinflusst, bzw. sie nach Auffassung der BWB sogar punktgenau festlegt. Die Argumentation der BWB, dass die Gesetzgebung des Landes Berlin ihr nicht zuzurechnen sei, verkennt, dass sie (BWB A.ö.R.) Teil des Stadtkonzerns Berlin ist (s.o.). Wie jedem Unternehmen sind auch der BWB ihre eigenen Preise zurechenbar, ganz gleich ob sie von ihrer Konzernmutter bestimmt wurden oder ob die Tochter die Preissetzung nach eigenem Ermessen festlegen konnte. Ein systemwidriger Verzicht auf

die Konzernbetrachtung würde ansonsten gegenseitige Exkulpationsmöglichkeiten eröffnen, die einem Dispens von der kartellrechtlichen Preismissbrauchsaufsicht gleichkämen.

- 438 Auch die Argumentation der BWB, sie dürfe von Seiten des Kartellamts nicht gezwungen werden, sich über zwingendes Berliner Landesrecht hinwegzusetzen und das Berliner Landesrecht dürfe durch das Kartellrecht nicht faktisch außer Kraft gesetzt werden, überzeugt nicht. Das Wasserpreisrecht des Landes Berlin ist nur insoweit verbindlich als es sich im Rahmen des übergeordneten kartellrechtlichen Wasserpreisrechts des Bundes hält. Dadurch, dass der Bundesgesetzgeber sich mit § 103 GWB 1990 für eine kartellrechtliche Wasserpreiskontrolle entschieden hat, liegt hier eine gemäß Art. 31 GG vorrangige bundesgesetzliche Regelung vor.
- 439 Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass das Berliner Gesetzesrecht, welches die Wasserpreise Berlins determiniert, zwar der Form nach Gesetzesrecht ist, aber inhaltlich gesehen eine bloße Einzelfallregelung für BWB darstellt. Zudem handelt es sich seinem Wesen und Regelungsgehalt nach ausschließlich um unternehmerische Entscheidungen. Die Preiskalkulation, der Ansatz von Abschreibungen, die Bestimmung der Kapitalverzinsung etc. sind allesamt Entscheidungen genuin unternehmerischer Art. Auf diese Weise wird letztlich über den Ausweis des Gewinns und über die mögliche Höhe der Gewinnausschüttungen bestimmt. Es ist aber gerade die Aufgabe der kartellrechtlichen Preismissbrauchskontrolle, solche unternehmerischen Entscheidungen von Marktbeherrschern und insbesondere Monopolisten auf ihre Missbräuchlichkeit gegenüber den Verbrauchern zu kontrollieren. Nur weil Stadtstaaten ihre unternehmerischen Entscheidungen in Gesetzesform kleiden dürfen, können sie sich damit inhaltlich dennoch nicht dem Kartellrecht entziehen.
- 440 In diesem Zusammenhang ist ferner darauf hinzuweisen, dass die Argumentation der BWB, sie sei hinsichtlich der Preiskalkulation zu 100 Prozent festgelegt und vollziehe eine kalkulatorische „Punktlandung“, nicht zutrifft. Tatsächlich sind keineswegs alle Elemente, aus denen sich der Berliner Wasserpreis zusammensetzt, gesetzlich vorbestimmt. Die Betriebskosten beispielsweise sind eine für die Preiskalkulation maßgebliche Größe, die in ihrer Höhe von BWB selbst beeinflusst werden. Auch wenn vorgegeben werden sollte, welche Betriebskosten als Betriebskosten angesetzt werden dürfen, sagt dies noch nichts über die konkrete Höhe der jeweiligen Kosten aus. Ob sparsam gewirtschaftet wird, hat – wie auch sonst im Wirtschaftsleben – das Management der BWB selbst in der Hand. Ähnliches gilt für die Abschreibungen. Auch wenn deren Ansatz und Bewertungsmaßstab landesgesetzlich festgelegt sein mag, sagt das noch nichts über die tatsächliche Bewertung jedes einzelnen Vermögensgutes aus. Dort hat das Unternehmen ebenfalls zahlreiche Ermessensspielräume. Die nachträgliche Prüfung durch Wirtschaftsprüfer bestätigt lediglich, dass die vom Unternehmen vorgenommenen Bewertungen nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen vertretbar sind, nicht aber dass es sich um die einzig zulässigen Bewertungshöhen handeln würde.

d) Zurechenbarkeit des Kapitalzinses (ZinsVO BWB)

- 441 Einzig die Festsetzung des Zinssatzes für die Kapitalverzinsung ist in Berlin „auf den Punkt genau“ vorgegeben. Der für die Preiskalkulation maßgebliche Zinssatz wird jedes Jahr aufs Neue durch den Berliner Landes-Gesetzgeber kraft Zinsverordnung⁴⁶⁰ präzise festgelegt.
- 442 Entscheidend für die tatsächliche Höhe der Kapitalverzinsung ist jedoch weniger die Höhe des Zinssatzes als die Höhe der Basis, also des zu verzinsenden Kapitals. Denn in den BWB-Wasserpreisen ist nicht nur im Rahmen des Mischzinses von 7,69 % (für 2009) eine Verzinsung des betriebsnotwendigen *Eigenkapitals* einkalkuliert, sondern auch eine Verzinsung des *Fremdkapitals*, obwohl BWB selbst für dieses Fremdkapital deutlich geringere Zinsen zahlt (2009: ■■■ % im Durchschnitt). Das bedeutet im Ergebnis, dass BWB für jeden Euro Fremdkapital zwar ■■■ Cent Zinsen verausgibt, dafür aber fast das Doppelte (2009: ■■■ Cent) ihren Wasserkunden in Rechnung stellt. In absoluten Zahlen heißt dies: Das der Kapitalverzinsung zugrunde gelegte Kapital der BWB-Wassersparte betrug im Jahr 2009 ■■■ Mio. €⁴⁶¹, davon entfielen nach den Erkenntnissen der Beschlussabteilung maximal ■■■ Mio. € auf Eigenkapital und minimal ■■■ Mio. € auf Fremdkapital.⁴⁶² Für das Fremdkapital wurden tatsächlich ■■■ Mio. € Zinsen gezahlt⁴⁶³, aber in die Wasserpreiskalkulation gingen dafür ■■■ Mio. € kalkulierte (Fremdkapital-)Zinsen ein⁴⁶⁴. Die Differenz von über ■■■ Mio. € ist gewinnwirksam für BWB.

⁴⁶⁰ Vgl. z. B. „Verordnung über die angemessene Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals der Berliner Wasserbetriebe (BWB) für das Jahr 2009 (vom 7.10.2008)“, verkündet am 8.11.2008, GVBl. S. 317: „§ 1 Zinssatz: Das betriebsnotwendige Kapital der Berliner Wasserbetriebe (BWB) ist, soweit verzinsbar, für das Jahr 2009 mit 7,69 vom Hundert zu verzinsen. § 2 Inkrafttreten [...]“

⁴⁶¹ Vgl. Annex II des von BWB beantworteten Fragebogens vom 19.08.2011, Zeile 55.

⁴⁶² Eigen- und Fremdkapital wurde nicht explizit im von BWB beantworteten Fragebogen vom 19.08.2011 ausgewiesen, sondern durch die Beschlussabteilung berechnet auf Basis der E-Mail von BWB an BKartA vom 27.09.2011 um 12:58 Uhr:

Fremdkapital 2009 = ■■■ T€ (= ■■■ T€ Darlehensbestand – ■■■ T€ internes Darlehen an Entwässerungssparte).

Eigenkapital 2009 = ■■■ T€ (= ■■■ T€ gesamtes der Kapitalverzinsung zugrunde gelegtes Kapital – ■■■ T€ Fremdkapital).

⁴⁶³ Die Fremdkapitalzinsen wurden ebenfalls nicht explizit im von BWB beantworteten Fragebogen vom 19.08.2011 ausgewiesen, sondern durch die Beschlussabteilung berechnet auf Basis des oben berechneten Fremdkapitals und dem durchschnittlichen Fremdkapitalzinssatz, der im von BWB beantworteten Fragebogen vom 19.08.2011 in Zeile 63 angegeben wurde:

Fremdkapitalkosten = ■■■ T€ (= ■■■ T€ Fremdkapital * ■■■ % durchschnittlicher Fremdkapitalzinssatz).

⁴⁶⁴ Vgl. Annex II des von BWB beantworteten Fragebogens vom 19.08.2011, Zeile 57 zur Höhe der gesamten kalkulatorischen Kapitalverzinsung.

- 443 Dennoch wird die effektive Kapitalverzinsung nicht vom Land selbst betragsmäßig festgelegt. Zwar hat das Land den Zinssatz und die Regeln⁴⁶⁵ bestimmt, nach denen das verzinsliche Kapital ermittelt wird. Die tatsächliche Ermittlung des zu verzinsenden Kapitals aber erfolgt durch BWB. Denn hierfür ist erforderlich, dass das Betriebsvermögen im Einzelnen bestimmt und präzise bewertet wird. Auch wenn das Land die abstrakten Bewertungsregeln aufstellt, hat BWB bei der konkreten Einzelbewertung immer noch Spielraum, so dass eine „Punktlandung“ von vornherein ausgeschlossen ist. Allein die Tatsache, dass das Anlagevermögen selbst gut vergleichbarer Wasserversorger (ähnliche Größe, ähnlicher Metermengenwert) pro Kilometer Netzlänge ganz unterschiedlich bewertet wird, zeigt, welche Spielräume sich schon aus der Anlagenbewertung ergeben. Von BWB wird ihr Anlagevermögen vergleichsweise sehr hoch bewertet, so dass auch viel betriebsnotwendiges Vermögen existiert, wodurch sich das verzinsbare Kapital erhöht.
- 444 Davon abgesehen gilt auch hier – wie oben gesehen –, dass sich aus den landesgesetzlichen Vorgaben keine Rechtfertigungsmöglichkeiten für BWB ergeben. Denn die unternehmerischen Entscheidungen des Landesgesetzgebers in Sachen BWB sind dieser schon aus konzernrechtlichen Gründen zuzurechnen.
- 445 Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass Unterschiede bei Finanzierungsfragen und Kapitalkosten nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs generell für die Vergleichsbetrachtung unberücksichtigt bleiben. Denn wie sich ein Unternehmen finanziere, sei grundsätzlich ein unternehmensindividueller Umstand, der nicht zur Rechtfertigung höherer Preise nach § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 herangezogen werden könne.⁴⁶⁶

12.) Sicherheitszuschläge

- 446 Für die Vergangenheit wurde die Preisüberhöhung anhand festgestellter Daten konkret ausgerechnet. Die Gewährung allgemeiner Sicherheitszuschläge für die Vergangenheit ist nicht erforderlich. Die Ermittlung der Preisüberhöhung ist bereits unter Einbeziehung aller erforderlichen Sicherheitszuschläge erfolgt, weil durchgängig von den für BWB günstigeren Annahmen ausgegangen wurde. Zudem wurde darauf verzichtet, einen Abschlag für die besonders günstigen Bedingungen der BWB anzusetzen. Stattdessen hat die Beschlussabteilung erhebliche Sicherheitszuschläge beim Rechtfertigungsgrund Sonderkosten Ost gewährt, die noch höher ausfallen, wenn nicht die überhöhte Regelung zur Kapitalverzinsung nach der Berliner Zinsverordnung den Berechnungen zugrunde gelegt wird, sondern alternative Ver-

⁴⁶⁵ § 16 Abs. 4 BerlBG iVm. § 2 Wassertarifverordnung vom 14.06.1999 sowie Anlage zu § 8, wo das betriebsnotwendige Gesamtkapital beschrieben wird.

⁴⁶⁶ Vgl. Vgl. BGH, Beschluss vom 02.02.2010, KVR 66/08, Beschlussausfertigung Tz.. 52 m.w.N. – *Wasserpreise Wetzlar*.

zinsungsregelungen zum Maßstab genommen werden (s.o. Rz. 370, Tabelle 18). Für die Berechnung des maximal zulässigen Preises für das Jahr 2012 wird an Stelle des konkret prognostizierten Wertes (auf Basis der konkreten Schätzungen der Vergleichsunternehmen) in Höhe von 0,61 % vorsorglich ein Inflationszuschlag von 1 % gewährt. Der Ausgangswert von 0,61 % stellt die jetzt schon einschätzbare durchschnittliche Wasserpreis-Inflation der Vergleichsunternehmen im Jahr 2012 dar (s. unter 14.). Für die folgenden Jahre 2013-2015 wird vorsorglich ein höherer Inflationszuschlag von jeweils 1,5 % gewährt. Dieser Wert basiert auf der durchschnittlichen Wasserpreis-Inflation der Vergleichsunternehmen der letzten Jahre und enthält einen zusätzlichen Sicherheitszuschlag, denn die durchschnittliche Wasserpreis-Inflation der Vergleichsunternehmen lag in den Jahren 2007-2011 bei 0,97% (s.u. unter 14.).

a) Keine Erforderlichkeit weiterer Sicherheitszuschläge

447 Bei der Berechnung der nicht gerechtfertigten Preisüberhöhung von BWB hat die Beschlussabteilung auf allen einzelnen Bewertungs- und Berechnungsstufen insoweit einen impliziten Sicherheitszuschlag vorgenommen, als bei Unsicherheiten oder einem non liquet immer von der für BWB günstigsten Alternative ausgegangen worden ist. So hat die Beschlussabteilung nicht aus der Vielzahl von potenziellen Vergleichsunternehmen das preiswerteste Unternehmen herausgesucht – was dem Gesetzeszweck durchaus entsprochen hätte –, sondern sie hat mehrere preisgünstige Wasserversorger, die von ihrer Größe und den strukturellen Bedingungen her am besten mit BWB vergleichbar sind, als maßgebliche Vergleichsunternehmen herangezogen. Dabei dient die Bildung einer Vergleichsgruppe nicht nur der Wahrung der Geschäftsgeheimnisse jedes einzelnen Vergleichsunternehmens gegenüber BWB, sondern sie führt insbesondere auch zu einer Objektivierung der einzelnen Vergleichsdaten, da Verzerrungen durch eventuelle Ausreißer relativiert werden. Weiter ist zu berücksichtigen, dass nur die möglichen (Kosten-)Nachteile von BWB gegenüber den Vergleichsunternehmen im Einzelnen erörtert, in Zweifelsfällen zugunsten von BWB unterstellt sowie bei der Berechnung des Vergleichspreises entsprechend berücksichtigt wurden. Umgekehrt jedoch wurden keine Zu- oder Abschläge aufgrund objektiver struktureller Vorteile des Versorgungsgebietes Berlin in Relation zu denjenigen der Vergleichsunternehmen vorgenommen. Hierdurch beinhalten auch die ermittelten Preisabstände bereits inzidenter einen Sicherheitszuschlag zugunsten von BWB. Schließlich ist bei der Berechnung der anzuerkennenden Sonderkosten Ost mit für BWB günstigen Annahmen gerechnet worden. Hinsichtlich der Sonderkosten Ost wurde der hohe Kapitalzinssatz laut Zins-Verordnungen des Landes Berlin (für 2009: 7,69 %) für das gesamte verzinsbare (Eigen- und Fremd-)Kapital als gegeben unterstellt, worin ein zusätzlicher inzidenter Sicherheitszuschlag zu sehen ist (s. o. Rz. 370, Tabelle 18).

b) Zusätzlicher Sicherheitszuschlag Sonderkosten Ost

- 448 Davon abgesehen hat die Beschlussabteilung bei der Bewertung der Rechtfertigungsgründe einen zusätzlich ausgewiesenen Sicherheitszuschlag auf die Sonderkosten Ost aufgeschlagen (im Ergebnis 0,0678 €/m³ für das Jahr 2009; 0,0560 €/m³ für das Jahr 2010; 0,0469 €/m³ für das Jahr 2011; 0,0402 €/m³ für das Jahr 2012; 0,0369 €/m³ für das Jahr 2013; 0,0329 €/m³ für das Jahr 2014; 0,0290 €/m³ für das Jahr 2015). Denn die Ermittlung dieser Zusatzkosten Ost ist allein schon aufgrund ihrer historischen Komponente mit Unwägbarkeiten behaftet. Bei der Berechnung dieses Sicherheitszuschlages hat die Beschlussabteilung den Vorstellungen von BWB⁴⁶⁷ bei ihrer Berechnung des Investitions-Niveaus Rechnung getragen. BWB will die gesamten Zusatzinvestitionen Ost (auch wenn sie größtenteils in Wasserwerke bzw. in „Sonstiges“ und nicht ins Rohrleitungsnetz geflossen sind) am Maßstab der Netzlänge berechnen und nicht am Maßstab des Wasserabsatzes bzw. des Wasserumsatzes. Der Maßstab Netzlänge kommt aus den oben genannten Gründen nicht in Betracht. Zutreffend ist aber, dass bei einem Vergleich der absatzbezogenen Investitionsniveaus von BWB und den Vergleichsunternehmen berücksichtigt werden muss, dass BWB in den 1990er-Jahre außergewöhnlich hohe Wasserabsätze aufwies, was zur Folge hat, dass ein auf den Absatz bezogenes Investitionsniveau dadurch tendenziell unrealistisch niedrig erscheint. Bei diesen „unnatürlich“ hohen Wasserabsätzen der 1990er-Jahre handelte es sich um Nachwirkungen des vergleichsweise verschwenderischen Umgangs der ehemaligen DDR mit Trinkwasser aufgrund subventionierter Preise und fehlenden Verbraucherbewusstseins (wenig Wohnungswasserzähler).
- 449 Zur Ermittlung des Sicherheitszuschlags Sonderkosten Ost hat die Beschlussabteilung deshalb zugunsten von BWB rechnerisch die tatsächlich sehr hohen Absatzzahlen der 1990er-Jahre durch fiktive, niedrigere Absatzzahlen aus der Folgezeit ersetzt. Es wurde also das (weiterhin absatzbezogene) Niveau der Zusatzinvestitionen Ost in den Jahren 1990-1999 unter Zugrundelegung des Durchschnittes der wesentlich niedrigeren Absätze von BWB in den Jahren 2000 - 2009 berechnet.
- 450 So berechnet erhöhen sich die Zusatzinvestitionen Ost der BWB (einschließlich des Sicherheitszuschlags Ost)
- für das Jahr 2009 von bisher [REDACTED] €/m³ um 0,0678 €/m³ auf insgesamt [REDACTED] €/m³,
für das Jahr 2010 von bisher [REDACTED] €/m³ um 0,0560 €/m³ auf insgesamt [REDACTED] €/m³,
für das Jahr 2011 von bisher [REDACTED] €/m³ um 0,0469 €/m³ auf insgesamt [REDACTED] €/m³,
für das Jahr 2012 von bisher [REDACTED] €/m³ um 0,0402 €/m³ auf insgesamt [REDACTED] €/m³,
für das Jahr 2013 von bisher [REDACTED] €/m³ um 0,0369 €/m³ auf insgesamt [REDACTED] €/m³,

⁴⁶⁷ Vgl. oben unter E 8. k) ee).

für das Jahr 2014 von bisher [REDACTED] €/m³ um 0,0329 €/m³ auf insgesamt [REDACTED] €/m³,
für das Jahr 2015 von bisher [REDACTED] €/m³ um 0,0290 €/m³ auf insgesamt [REDACTED] €/m³.

- 451 Durch die Annahme niedrigerer (fiktiver) Absatzmengen werden zwar die Werte (d.h. die Investitionsniveaus der 1990er-Jahre) von BWB in Relation zu den Vergleichsunternehmen überhöht dargestellt. Denn auch die Vergleichsunternehmen hatten in diesem Zeitraum (1990 – 1999) ebenso – wenn auch nicht so extrem wie BWB – deutlich höhere Absatzzahlen als in späteren Jahren. Diese Diskrepanz zu den durch Zugrundelegung fiktiver absatzmengen nach oben korrigierten Werten der BWB soll jedoch als zusätzlicher Sicherheitszuschlag für die Berechnung der Sonderkosten Ost gelten.

13.) Kein Erheblichkeitszuschlag

- 452 Als Erheblichkeitszuschlag wird ein aus Rechtsgründen wegen des Missbrauchsbegriffes zu gewährender Zuschlag verstanden.⁴⁶⁸ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist ein solcher Erheblichkeitszuschlag erforderlich, um einen mit einem Unwerturteil verbundenen Missbrauch zu bejahren.⁴⁶⁹
- 453 Für § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990 hat der Bundesgerichtshof dagegen einen Erheblichkeitszuschlag abgelehnt, weil diese Norm wegen der rechtlich durch § 103 Abs. 1 GWB 1990 abgesicherten Monopolstellung der Versorgungsbetriebe nicht die Überschreitung eines Vergleichspreises in erheblichem Umfang voraussetze.⁴⁷⁰

„Es besteht kein Grund, Versorgungsunternehmen, die in ihrem Versorgungsgebiet in Ausnutzung der Freistellung gemäß § 103 Abs. 1 GWB eine Monopolstellung besitzen, durch entsprechende Auslegung des Missbrauchsbegriffs eine gewisse Bandbreite für ihre Preise oberhalb der Preise des Vergleichsunternehmens zuzugestehen.“

- 454 Wegen der Weitergeltung der §§ 103, 103a und 105 GWB 1990 für die Wasserversorgung durch § 131 Abs. 6 GWB und aufgrund des gesetzlichen Anschluss- und Benutzungszwanges im Bereich der Wasserversorgung in Berlin hat die BWB nicht nur ein natürliches, sondern auch ein rechtlich abgesichertes Monopol. In der Entscheidung „Wasserpreise Wetzlar“ vom 02.02.2010⁴⁷¹ hat der Bundesgerichtshof die Fortgeltung der erleichterten Möglichkeit der Feststellung eines Preismissbrauches nach § 103 Abs. 5 GWB 1990 auch damit begrün-

⁴⁶⁸ Vgl. *Engelsing* in Berliner Kommentar zum Energierecht, 1. Aufl. 2004, GWB § 19 Rz. 261.

⁴⁶⁹ S. BGH, Beschl. v. 22.08.1999, KVR 12/98, WuW/E DE-R 375, 379 – *Flugpreisspaltung*. BGH, Beschl. v. 28.05.2005, KVR 17/04, WuW/E DE-R 1513, 1515 – *Stadtwerke Mainz*.

⁴⁷⁰ BGH WuW/E BGH 2967, 2974 – *Strompreis Schwäbisch Hall*.

⁴⁷¹ Vgl. Vgl. BGH, Beschluss vom 02.02.2010, KVR 66/08, Beschlussausfertigung Tz. 23 m.w.N. – *Wasserpreise Wetzlar*

det, dass der Gesetzgeber an der Gleichbehandlung rechtlicher und natürlicher Monopole im Bereich der Wasserversorgung nichts ändern wollte und dass es deshalb auch nicht darauf ankomme, ob ein Wasserversorgungsunternehmen von der Freistellungsmöglichkeit nach § 103 Abs. 1 GWB 1990 Gebrauch mache oder nicht. Insoweit ist auch unerheblich, ob die BWB von der Freistellungsmöglichkeit des § 103 Abs. 1 GWB 1990 Gebrauch gemacht hat. Denn wegen des rechtlichen und natürlichen Monopols der BWB im Wasserversorgungsbereich ist die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Sachen „Strompreis Schwäbisch Hall“⁴⁷², nach der kein Erheblichkeitszuschlag erforderlich ist, hier einschlägig. Insoweit hat der Bundesgerichtshof in der Entscheidung Wasserpreise Wetzlar das Fehlen eines Erheblichkeitszuschlags in der dem Verfahren zugrundeliegenden Verfügung der Landeskartellbehörde Hessen vom 09.05.2007 ebenso wie das OLG Frankfurt am Main in seinem Beschluss vom 18.11.2008 nicht beanstandet.

- 455 Dies entspricht auch der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach die Höhe des Erheblichkeitszuschlags sich insbesondere an der Intensität des (Rest-)Wettbewerbs orientieren kann.⁴⁷³ Als Gradmesser für den bestehenden Wettbewerb in einem Markt hat die damalige 10. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes seit den 2008 abgeschlossenen Gaspreisverfahren die abnehmerseitige Wechselquote herangezogen.⁴⁷⁴ Dort, wo der Wettbewerb intensiver ist und Drittlieferanten Marktanteile gewonnen haben, erhöht sich der Erheblichkeitszuschlag und führt dazu, dass in diesen Gebieten die Preismissbrauchsaufsicht zurückgenommen wird. Angesichts der Tatsache, dass BWB ein rechtlich abgesichertes natürliches Monopol besitzt, ist auch nach dieser Praxis aus Sicht der Beschlussabteilung kein Erheblichkeitszuschlag gerechtfertigt.
- 456 Aus den gleichen Gründen wird die Berücksichtigung eines zusätzlichen Erheblichkeitszuschlags auch im Rahmen der Feststellung eines Preismissbrauchs im Sinne des § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 2 GWB abgelehnt.

14.) Inflationzuschlag für zukünftige Zeiträume

- 457 Der für die Vergangenheit festgestellte maximal zulässige, abgabenbereinigte Preis kann nicht ohne weiteres für zukünftige Zeiträume festgeschrieben werden. Denn es ist möglich, dass die Vergleichsunternehmen in der Zukunft ihre Wasserpreise erhöhen, so dass sich bei einer dann erfolgenden Neuberechnung auch der maximal zulässige abgabenbereinigte Preis für BWB erhöhen würde. Der maximal zulässige Preis wird deshalb unter Berücksichti-

⁴⁷² BGH WuW/E BGH 2967, 2974 – *Strompreis Schwäbisch Hall*.

⁴⁷³ S. BGH, Beschl. v. 28.05.2005, KVR 17/04, WuW/E DE-R 1513, 1515 – *Stadtwerke Mainz*.

⁴⁷⁴ S. z.B. BKartA, Beschl. v. 01.12.2008, B10-21/08, WuW/E DE-V 1704, Rn. 28 – *RheinEnergie*.

gung eines jährlichen Inflationszuschlages für die Zukunft fortgeschrieben. Maßstab ist nicht die allgemein zu erwartende Inflationsrate, sondern die voraussichtliche Entwicklung der Wasserpreise bei den Vergleichsunternehmen.

- 458 Diese ist für das laufende Jahr 2012 gut prognostizierbar, denn bei den Vergleichsunternehmen hat es für 2012 nur unwesentliche Erhöhungen der abgabenbereinigten Wasserpreise gegeben und es ist auch für den weiteren Jahresverlauf keine Preiserhöhung geplant. Auf der Basis des Wasserabsatzes 2011 (Absätze 2011 bei München und Köln, Absatzprognose 2012 bei Hamburg) kann deshalb prognostiziert werden, dass sich die Preise der Vergleichsunternehmen im Jahr 2012 lediglich um 0,61 % im Vergleich zum Vorjahr erhöhen werden. Rein vorsorglich hat die Beschlussabteilung dennoch einen höheren Inflationszuschlag für das Jahr 2012 eingerechnet, nämlich 1 %. Die Differenz zu der prognostizierten Inflationsrate von 0,61 % soll als inzidenter gewährter Sicherheitszuschlag gelten.
- 459 Für die Jahre 2013 bis 2015 wird ebenfalls ein zusätzlicher Sicherheitszuschlag dadurch gewährt, dass pauschal eine Wasserpreis-Inflation von 1,5 % unterstellt wird. Der zulässige, abgabenbereinigte Maximalpreis erhöht sich demnach für 2012 um 1 % und ab dem Jahr 2013 jeweils um 1,5 %. Der darin enthaltene Sicherheitszuschlag ist mit mehr als 50% erheblich. Denn die tatsächliche durchschnittliche Wasserpreis-Inflation der Vergleichsunternehmen ist geringer anzusetzen. Sie lag im Durchschnitt der Jahre 2007–2011 bei 0,97 % (Durchschnitt HH, M, K).⁴⁷⁵ Dies deckt sich mit den Beobachtungen für die gesamte deutsche Wasserbranche, die ebenfalls nur geringe Inflationstendenzen aufweist. Laut VEA betrug die Preissteigerungsraten über die Jahre 2009-2011 lediglich 0,8 %/1,5 %/0,5 %, also durchschnittlich 0,94 %.⁴⁷⁶ Die vergleichbaren Zahlen des BDEW liegen für 2008/2009 bei 1,1 %, für 2009/2010 bei 1,6 % und für 2010/2011 bei 1,0 %.⁴⁷⁷ Nicht berücksichtigt sind bei den Prognosen zur zukünftigen Wasserpreis-inflation die Auswirkungen der kartellrechtlichen Wasserpreiskontrolle, obwohl diese voraussichtlich dazu führen werden, dass die Wasserpreise vieler großstädtischer Wasserversorger in Deutschland sinken werden. Da diese Preissenkungen sich jedoch zunächst auf diejenigen Unternehmen konzentrieren werden, die vergleichsweise hohe und in dieser Höhe nicht zu rechtfertigende Preise aufweisen, kann

⁴⁷⁵ Die durchschnittliche Wasserpreis-inflation der Vergleichsunternehmen (H, M, K) betrug im Einzelnen: 2007/2008 = - 0,82%; 2008/2009 = 2,58%; 2009/2010 = 1,98%; 2010/2011 = 0,12%.

⁴⁷⁶ Vgl. VEA-Wasserpreisvergleich 2009 (Presseinformation vom 15.07.2009), VEA-Wasserpreisvergleich 2010 (Presseinformation vom 14.07.2010) und VEA-Wasserpreisvergleich 2011 (Presseinformation vom 31.08.2011), wo die durchschnittliche Erhöhung der Wasserpreise in 2009 mit 1,2% in 2010 mit 1,5% und in 2011 mit 0,52% angegeben wird.

⁴⁷⁷ Der BDEW veröffentlicht die jährlichen Preissteigerungsraten im Trinkwasserbereich auf seiner homepage www.bdew.de unter „Wasserfakten im Überblick“ (Stand April 2012) [http://bdew.de/internet.nsf/id/C125783000558C9FC125766C0003CBAF/\\$file/Wasserfakten%20im%20%20%C3%9Cberblick%20-%20freier%20Bereich%20April%202012_1.pdf](http://bdew.de/internet.nsf/id/C125783000558C9FC125766C0003CBAF/$file/Wasserfakten%20im%20%20%C3%9Cberblick%20-%20freier%20Bereich%20April%202012_1.pdf), Internet-Recherche vom 04.06.2012).

eine solche Tendenz für die Vergleichsunternehmen, die eher ein moderates Preisniveau aufweisen, nicht unterstellt werden. Rein vorsorglich ist die Beschlussabteilung daher zugunsten von BWB unter Gewährung eines hohen, inzidenter angenommenen Sicherheitszuschlags von einer zukünftigen Wasserpreisinfation der Vergleichsunternehmen in Höhe von 1,5 % ausgegangen.

- 460 Würde statt des verwendeten Inflationszuschlags von 1,5 % ein der tatsächlichen Wasserpreisinfation eher entsprechender Inflationszuschlag von 1 % gewährt, ergäben sich für die Preissenkung ab 2013 folgende Werte:

Tabelle 23: Inflationszuschlag in Höhe von 1 %

	1	2	3	4	5
	Abgabenbereinigter Ø Preis der Vergleichsunternehmen in der Vorperiode in €/m ³	Inflationszuschlag auf den Preis der Vergleichsunternehmen in €/m ³	Sonderkosten Ost in €/m ³	Sicherheitszuschlag auf die Sonderkosten Ost in €/m ³	Ergebnis (Addition der Spalten 1-4): Abgabenbereinigter nicht zu überschreitender Durchschnittspreis in €/m ³
2013	1,3964	0,0140	██████	██████████	1,5000-1,7499
2014	1,4104	0,0141	██████	██████████	1,5000-1,7499
2015	1,4245	0,0142	██████	██████████	1,5000-1,7499

15.) Berechnung der konkreten Preissenkungsverfügung

- 461 Aufgrund des zurückgehenden Einflusses der Sonderkosten Ost einerseits und aufgrund des sich erhöhenden Einflusses der Inflationsberücksichtigung andererseits unterliegt die auf dem aktuellen abgabenbereinigten Vergleichspreis von 2011 (1,3826 €/m³) basierende Preissenkungsverfügung für die Zukunft (2012-2015) daher gleichzeitig einem erhöhenden Effekt (Inflation) und einem senkenden Effekt (abnehmende Bedeutung der Sonderkosten Ost).

- 462 Die Sonderkosten Ost und die Sicherheitszuschläge auf die Sonderkosten Ost betragen für

- das Jahr 2009 ███████ €/m³ (= ███████ + ███████),
- das Jahr 2010 ███████ €/m³ (= ███████ + ███████),
- das Jahr 2011 ███████ €/m³ (= ███████ + ███████),
- das Jahr 2012 ███████ €/m³ (= ███████ + ███████),
- das Jahr 2013 ███████ €/m³ (= ███████ + ███████),
- das Jahr 2014 ███████ €/m³ (= ███████ + ███████),

- das Jahr 2015 \blacksquare €/m³ (= \blacksquare + \blacksquare).

463 Die Berücksichtigung der Inflationszuschläge ab 2013 auf den Vergleichspreis hat folgende Auswirkungen (Basis für das Jahr 2013 ist der Vergleichspreis für 2012 mit 1,3964 €/m³) für

- das Jahr 2013: 1,3964 €/m³ + 0,0209 €/m³ (d.h. 1,5 % von 1,3964) = 1,4174 €/m³;
- das Jahr 2014: 1,4174 €/m³ + 0,0213 €/m³ (d.h. 1,5 % von 1,4174) = 1,4386 €/m³;
- das Jahr 2015: 1,4386 €/m³ + 0,0216 €/m³ (d.h. 1,5 % von 1,4386) = 1,4602 €/m³.

464 Die Addition der Vergleichspreise (einschließlich Inflationszuschläge) mit den Sonderkosten Ost (einschließlich Sicherheitszuschlag Sonderkosten Ost) ergeben die nicht zu überschreitenden, abgabenbereinigten Durchschnittspreise für

- das Jahr 2012: 1,3964 €/m³ + \blacksquare €/m³ = ~~1,5000-1,7499~~ €/m³ (aufgerundet);
- das Jahr 2013: 1,4174 €/m³ + \blacksquare €/m³ = ~~1,5000-1,7499~~ €/m³ (aufgerundet);
- das Jahr 2014: 1,4386 €/m³ + \blacksquare €/m³ = ~~1,5000-1,7499~~ €/m³ (aufgerundet);
- das Jahr 2015: 1,4602 €/m³ + \blacksquare €/m³ = ~~1,5000-1,7499~~ €/m³ (aufgerundet).

16.) Tabellarische Übersicht über die Berechnung der Preissenkungsverfügung

Tabelle 24: Berechnung Preissenkungsverfügung

	1	2	3	4	5
	Abgabenbereinigter Ø Preis der Vergleichsunternehmen in der Vorperiode in €/m ³	Inflationszuschlag auf den Preis der Vergleichsunternehmen in €/m ³	Sonderkosten Ost in €/m ³	Sicherheitszuschlag auf die Sonderkosten Ost in €/m ³	Ergebnis (Addition der Spalten 1-4): Abgabenbereinigter nicht zu überschreitender Durchschnittspreis in €/m ³
2012	1,3826	0,0138	\blacksquare	\blacksquare	1,5000-1,7499
2013	1,3964	0,0209	\blacksquare	\blacksquare	1,5000-1,7499
2014	1,4174	0,0213	\blacksquare	\blacksquare	1,5000-1,7499
2015	1,4386	0,0216	\blacksquare	\blacksquare	1,5000-1,7499

F. Preismissbrauch nach § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 2 GWB

465 Die Beschlussabteilung ist der Auffassung, dass die getroffenen Feststellungen auch die Tatbestandsvoraussetzungen des § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 2 GWB erfüllen. Das bedeutet, dass nach Ansicht der Beschlussabteilung die BWB als marktbeherrschendes Unter-

nehmen Entgelte fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden und damit gegen § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 2 GWB verstößt. Die BWB ist auf dem Markt für die Belieferung von Endkunden mit Trinkwasser in Berlin wegen ihres natürlichen und rechtlichen Monopols marktbeherrschend (siehe oben unter E. 1.). Auch im Rahmen von § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 2 GWB wendet die Beschlussabteilung den abgabenbereinigten Erlösvergleich als die ihrer Ansicht nach sinnvollste und zutreffendste Vergleichsmethode an. Aus den o.g. Gründen (vgl. E. 4. und 5.) sind die Hamburger Wasserwerke, Stadtwerke München und die RheinEnergie Köln die am besten geeigneten Vergleichsunternehmen. Der Erlösvergleich mit diesen drei Unternehmen führt zu den oben unter E. 7. beschriebenen Ergebnissen. Hinsichtlich der Rechtfertigungsgründe sieht § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB zwar anders als § 103 Abs. 5 Satz 2 GWB 1990 keine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast vor. Die Beschlussabteilung hat aber alle Rechtfertigungsgründe umfassend ermittelt und bewertet (vgl. E. 8. und 9.), so dass sie auch im Rahmen des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB zu dem Ergebnis kommt, dass nur die „Sonderkosten Ost“ als Rechtfertigungsgrund anzuerkennen sind. Diese Sonderkosten Ost hat die Beschlussabteilung mit hohen Sicherheitszuschlägen anerkannt. Insgesamt hat die Beschlussabteilung sehr großzügige Sicherheitszuschläge, insbesondere auch bei den Inflationszuschlägen für zukünftige Zeiträume gewährt (vgl. E. 12. und 14.). Ein Erheblichkeitszuschlag ist wegen des rechtlichen und natürlichen Monopols der BWB im Bereich der Wasserversorgung auch im Rahmen von § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB nicht erforderlich (siehe E. 13.).

466 Aus den gleichen Gründen wird die Berücksichtigung eines zusätzlichen Erheblichkeitszuschlags auch im Rahmen der Feststellung eines Preismissbrauchs im Sinne des § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 2 GWB abgelehnt.

Ermessensausübung

467 Die Beschlussabteilung hat nach Einstellung und Abwägung aller Gründe und Argumente, die in den vorhergehenden Kapiteln näher dargestellt sind, das ihr nach § 32 GWB bzw. nach § 22 Abs. 5 GWB 1990 eröffnete Ermessen dahingehend ausgeübt, diesen Beschluss mit der eingangs unter Ziff. 1 bis 5 dargestellten Tenorierung zu treffen. Die Beschlussabteilung hat hierbei insbesondere berücksichtigt, dass BWB auch im Vergleich mit dem Durchschnitt aller anderen 37 untersuchten Unternehmen dauerhaft hohe Erlöse aufweist. Des Weiteren ist der Trinkwasserkunde als besonders schutzwürdig anzusehen, da für ihn keine Ausweichmöglichkeiten bestehen und er seinem Wasserversorger ausgeliefert ist. Denn die BWB hat im Bereich der Wasserversorgung ein natürliches und rechtliches Monopol.

468 Die Vorschriften der § 22 Abs. 5, § 103 Abs. 7 i.V.m. § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB 1990 ermächtigen die Kartellbehörde dazu, den Unternehmen ein missbräuchliches Verhalten zu

untersagen und ihnen aufzugeben, den beanstandeten Missbrauch abzustellen.⁴⁷⁸ Von diesen zukunftsgerichteten Eingriffsbefugnissen hat die Beschlussabteilung hier mit der in die Zukunft gerichteten Abstellungsverfügung durch die Vorgabe von bestimmten Preis- bzw. Erlösobergrenzen Gebrauch gemacht. Dagegen kommt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof im Fall „Wasserpreise Wetzlar“ bei einem Verstoß gegen § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB 1990 eine Anwendung des § 32 GWB nicht in Betracht.⁴⁷⁹ Denn § 32 GWB setze einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot voraus; die Regelung in § 103 Abs. 5 GWB 1990 enthalte aber kein gesetzliches Verbot. Auch eine analoge Anwendung komme nicht in Betracht. Deshalb ist auf der Grundlage von § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB 1990 eine Feststellung der Missbräuchlichkeit für die Vergangenheit und die Anordnung der Rückerstattung zu viel gezahlter Wasserpreise an die Endkunden der BWB gesetzlich nicht möglich.

469 Der Schwerpunkt der Verfügung liegt hier darin, eine Preisreduzierung für die nächsten vier Jahre und damit eine klare Zäsur in der Preisgestaltung der BWB zu erreichen. Es steht zu erwarten, dass die Trinkwasserpreise hierdurch – zu Gunsten aller Abnehmer – dauerhaft und langfristig auf ein deutlich günstigeres Niveau sinken werden. Der vorliegende Fall weist die Besonderheit auf, dass der Verbrauch und die gesamte Kostensituation im Trinkwasserbereich durch eine sehr geringe Volatilität geprägt sind.⁴⁸⁰ Auch ist aufgrund des Monopols von BWB auszuschließen, dass Wettbewerber in den betroffenen Markt eintreten. Dies ermöglicht eine im Verhältnis zu Wettbewerbsmärkten treffsichere Prognose der Kosten- und Erlössituation für die nahe Zukunft und damit den Erlass einer Preisabsenkungsverfügung für die Jahre 2012 bis 2015.

470 Gegenüber der ersten Abmahnung vom 05.12.2011 hat die Beschlussabteilung nunmehr, wie bereits in der zweiten Abmahnung vom 30.03.2012 dargestellt, die Preissenkungsverfügung über die Jahre 2012 bis 2014 auch auf das Jahr 2015 erstreckt. Das liegt daran, dass die Beschlussabteilung aufgrund der Ermittlungen mittels Auskunftsbeschlüssen im Februar 2012 auch die Zahlen für das Geschäftsjahr 2011 von der Betroffenen und den Vergleichsunternehmen ermittelt hat. Vorher waren es nur Prognosezahlen für 2011. Dadurch konnte die Beschlussabteilung auch eine verbesserte Prognose hinsichtlich des Inflationsausgleichs für 2012 und die weiteren Jahre treffen. Aufgrund dieser verbesserten Datenbasis für das

⁴⁷⁸ Vgl. BGH, Beschluss vom 02.02.2010, KVR 66/08, Beschlussausfertigung Tz.. 75 – *Wasserpreise Wetzlar*; *Schultz* in *Langen/Bunte*, Kartellrecht, 8. Aufl, GWB § 22 Rz. 123.

⁴⁷⁹ Vgl. BGH, Beschluss vom 02.02.2010, KVR 66/08, Beschlussausfertigung Tz.. 76 f. – *Wasserpreise Wetzlar*.

⁴⁸⁰ In anderen Märkten, die in die Zuständigkeit der 8. Beschlussabteilung fallen, wie etwa Erdgas oder (Heiz-)Strom, stellt sich die Situation grundlegend anders dar.

abgelaufene Jahr 2011 hat die Beschlussabteilung in Ausübung ihres Ermessens entschieden, dass die Erstreckung der Preissenkung auch auf das Jahr 2015 gerechtfertigt ist.

471 Die Beschlussabteilung hat zunächst darauf verzichtet, nach § 32 Abs. 2 GWB i.V.m. § 19 Abs. 1 und 4 Nr. 2 GWB eine nachträgliche Feststellung der Missbräuchlichkeit der Entgelte für die Jahre 2009 bis 2011 zu treffen und die Rückerstattung der zu viel bezahlten Beträge in den Jahren 2009 bis 2011 an die Kunden der BWB anzuordnen. Die Beschlussabteilung behält sich eine solche nachträgliche Feststellung und die Anordnung der Rückerstattung der entsprechenden Beträge an die Verbraucher ausdrücklich vor. Insoweit ist das Kartellverfahren noch nicht abgeschlossen.

G. Verhältnismäßigkeit und Tenorierung

472 Die Anordnung der Preisabsenkung für die Jahre 2012, 2013, 2014 und 2015 ist die bzgl. des Verstoßes gegen § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB und § 103 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 S. 2 Nr. 2, Abs. 7, 22 Abs. 5 GWB 1990 i.V.m. § 131 Abs. 6 GWB verhältnismäßige Maßnahme, die für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung geeignet, erforderlich und gegenüber dem festgestellten Verstoß angemessen ist.

473 Die im Tenor verwendeten Begriffe werden wie folgt definiert:

- Endkunden (bei der Belieferung mit leitungsgebundenem Trinkwasser in Berlin) = Letztverbraucher von Trinkwasser, d. h. alle Kunden ohne Weiterverteiler
- Netto-Jahreserlöse = Summe aller Erlöse, die in einem Jahr mit dem Endkunden-Absatz von Trinkwasser aus Grund- und Arbeitspreisen erzielt wurde, ohne USt
- abgabenbereinigt = ohne Wasserentnahmeentgelte, ohne Sondernutzungsgebühren bzw. Konzessionsabgaben
- Netto-Erlöse pro Kubikmeter Trinkwasserabsatz (Durchschnittspreise) = Netto-Jahreserlöse Trinkwasser (Endkunden) dividiert durch den gesamten Jahresabsatz Trinkwasser (Endkunden) in Kubikmetern.

474 In **Ziff. 1 des Tenors untersagt** die Beschlussabteilung der BWB, bei der Belieferung von Endkunden mit Trinkwasser in Berlin die jeweils für die Jahre 2012, 2013, 2014 und 2015 bezifferten abgabenbereinigten Netto-Durchschnittserlöse zu überschreiten. Dies bedeutet nicht die Festlegung bestimmter Höchstpreise gegenüber den Kunden. Es wird lediglich ein maximaler Durchschnittserlös pro Kubikmeter Trinkwasser festgelegt. Die konkrete Umsetzung in verschiedene Tarife wird damit nicht vorgegeben. Die Verfügung wird sowohl auf § 32 Abs. 2 GWB i.V.m. § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 2 GWB als auch auf § 22 Abs. 5, § 103 Abs. 7 i.V.m. § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB 1990 gestützt.

475 § 32 Abs. 2 GWB i.V.m. § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 2 GWB ermächtigt die Kartellbehörde dazu, den Unternehmen alle Maßnahmen aufzugeben, die für eine wirksame Abstellung der

Zu widerhandlung erforderlich und gegenüber dem festgestellten Verstoß verhältnismäßig sind. § 22 Abs. 5, § 103 Abs. 7 i.V.m. § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB 1990 ermächtigen die Kartellbehörde dazu, den Unternehmen ein missbräuchliches Verhalten zu untersagen und ihnen aufzugeben, den beanstandeten Missbrauch abzustellen, m.a.W. eine Abstellungsverfügung mit Wirkung für die Zukunft zu erlassen.⁴⁸¹ Von diesen zukunftsgerichteten Eingriffsbefugnissen hat die Beschlussabteilung hier mit der in die Zukunft gerichteten Abstellungsverfügung durch die Vorgabe von bestimmten Preis- bzw. Erlösobergrenzen Gebrauch gemacht.

- 476 Die Anordnungen von Preisabsenkungen bzw. von Erlösobergrenzen für die Zukunft sind erforderlich, damit die „gefangenen“ Kunden der BWB keine überhöhten Trinkwasserpreise bezahlen. Wegen des rechtlichen und natürlichen Monopols der BWB haben sie keine Ausweichmöglichkeiten.
- 477 Durch die Erlösobergrenzen werden dem Wasserversorger keine bestimmten Entgelte für bestimmte Abnahmefälle vorgeschrieben, sondern nur die Gesamtsumme, die er aus der Wasserversorgung erzielen darf. BWB hat somit die Wahl, entweder die Preise unverzüglich abzusenken oder im jeweiligen Folgejahr in Kenntnis des konkreten Jahresgesamtverbrauchs die Differenz zwischen den tatsächlichen Erlösen und den nach Ziff. 1 dieses Beschlusses maximal zulässigen Erlösen an die Kunden auszukehren. Die Festsetzung einer Erlösgrenze entspricht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, weil die Verteilung der Preissenkung (also die Festsetzung von Tarifen / Arbeitspreisen / Grundpreisen oder sonstigen Preisbestandteilen) dem Unternehmen selbst überlassen bleibt.⁴⁸²
- 478 Die Begrenzung der Jahresdurchschnittserlöse pro verbrauchtem Kubikmeter Trinkwasser ist mit der jeweiligen, den Endkunden für diesen Zeitraum erteilten Jahresendabrechnung spätestens zum 31.12. des nachfolgenden Jahres umzusetzen. Eine darüber hinaus gehende Verzögerung wäre den Kunden gegenüber nicht zumutbar. Die Korrektur unwesentlicher Abweichungen aufgrund von Unterschieden zwischen tatsächlichem und prognostiziertem Verbrauch kann im Rahmen einer Nachkalkulation im Folgejahr vorgenommen werden. Zwar wäre es grundsätzlich angebracht, die Preissenkung bereits bei den nächsten Abschlagszahlungen der Kunden umzusetzen. Die Beschlussabteilung hat jedoch darauf verzichtet, eine solche Anordnung zu treffen. So wird es BWB ermöglicht, den Beschluss in eigener Verantwortung in einer Weise umzusetzen, die sowohl den Kundenbedürfnissen gerecht wird als auch den Verwaltungsaufwand erheblich vermindert.

⁴⁸¹ BGH, Beschl. v. 02.02.2010, KVR 66/08, Beschlussausfertigung Tz. 75. – *Wasserpreise Wetzlar*, Schultz in Langen/Bunte, Kartellrecht, 8. Aufl, GWB § 22 Rz. 123.

⁴⁸² Vgl. *Engelsing*, in Berliner Kommentar zum Energierecht, 1. Aufl. 2004, WettbewerbsverfR Rz. 73.

- 479 **Ziff. 2 des Tenors** ordnet die sofortige Vollziehbarkeit der Verfügung an. Dazu wird auf das folgende Kapitel zur sofortigen Vollziehbarkeit verwiesen.
- 480 In **Ziff. 3 des Tenors** wird der Widerruf durch das Bundeskartellamt vorbehalten. Da die Verfügung zukunftsbezogen ist, aber nur die Verhältnisse der Vergangenheit abschließend beurteilt werden können, müssen erhebliche Veränderungen der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse ggf. nachträglich Berücksichtigung finden können. Der Widerrufsvorbehalt ermöglicht es der Beschlussabteilung daher, die Verfügung im Falle einer solchen Veränderung innerhalb der nächsten vier Jahre aufzuheben oder abzuändern. Ein Widerruf kann sowohl zu Gunsten wie zu Ungunsten von BWB erfolgen. Veränderungen der tatsächlichen Verhältnisse sind auch Abweichungen der realen von den prognostizierten Inflationszahlen sowie nachträgliche Korrekturen bei den der Verfügung zugrunde gelegten Daten und Berechnungen.
- 481 In **Ziff. 4 des Tenors** wird klargestellt, dass die Beschlussabteilung sich die Anordnung einer Rückerstattung auf Basis von § 32 Abs. 2 GWB i.V.m. § 19 Abs. 1 und 4 Nr. 2 GWB der missbräuchlich von den Endkunden zu viel gezahlten Wasserentgelte für die Jahre 2009 bis 2011 ausdrücklich vorbehält. Insoweit ist das Kartellverwaltungsverfahren noch nicht abgeschlossen.
- 482 **Ziff. 5 des Tenors** regelt die Höhe der zu zahlenden Gebühr.

H. Sofortige Vollziehbarkeit

- 483 Die sofortige Vollziehbarkeit der Entscheidung bzgl. des Verstoßes gegen § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 2 GWB wird in § 64 Abs. 1 GWB kraft Gesetzes angeordnet.
- 484 Soweit die Entscheidung auf § 131 Abs. 6 GWB i.V.m. § 103 Abs. 6 Nr. 1, 2 GWB 1990 bzw. § 22 Abs. 5, § 103 Abs. 7 GWB 1990 i.V.m. § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB 1990 gestützt wird, wird die sofortige Vollziehbarkeit gemäß § 131 Abs. 6 GWB i.V.m. §§ 63 Abs. 1 Nr. 2, 63a GWB 1990 angeordnet.
- 485 Das Bundeskartellamt kann danach die sofortige Vollziehung anordnen, wenn dies im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse eines Beteiligten geboten ist. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist vorliegend im öffentlichen Interesse geboten. Ein öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung einer kartellrechtlichen Verfügung, welches über das Interesse am Erlass der eigentlichen Verfügung hinausgehen muss, ist gegeben, wenn die Kartellbehörde das Fordern missbräuchlich überhöhter Preise feststellt und durch die Anordnung der sofortigen Vollziehung die Fortsetzung des rechtswidrigen Verhaltens verhindern will. Denn die missbräuchliche Preisgestaltung eines Versorgungsunternehmens beeinträchtigt sowohl die subjektiven Interessen der Verbraucher als auch das Interesse der Allgemeinheit an einer preisgünstigen Versorgung. Ein überwiegendes öffentliches

Interesse am Sofortvollzug liegt, wie das Oberlandesgericht Düsseldorf⁴⁸³ unter Verweis auf die gefestigte Rechtsprechung des Kammergerichtes betont hat, vor, wenn es um das Fordern missbräuchlich überhöhter Preise geht. In diesem Fall entstehen für die Verbraucher spürbare finanzielle Nachteile, wenn bis zur Entscheidung über die Beschwerde die Verbraucher fortlaufend höhere als missbrauchsfreie Preise bezahlt werden müssen, zumal dies bereits in den vergangenen Jahren der Fall war. Zudem bestehen bei der Trinkwasserversorgung für die Endkunden keine Wechselmöglichkeiten, so dass diese zwangsläufig die missbräuchlich überhöhten Preisen bezahlen müssen.

486 Das Interesse der Beteiligten an einer Aussetzung des Vollzugs wiegt demgegenüber weniger schwer. Die Preisabsenkung gilt nur für die Zukunft, eine Rückerstattung für die Vergangenheit hat die Beschlussabteilung zunächst gerade nicht angeordnet. Auch bei Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit führt die Verfügung im Rahmen der rollierenden Jahresabrechnung erst im Laufe des Jahres 2013 zu tatsächlichen finanziellen Einbußen bei BWB. BWB hat somit genügend Zeit, noch vor Umsetzung der Verfügung die Möglichkeiten des einstweiligen Rechtsschutzes wahrzunehmen.

487 Aus diesen Gründen ist auch eine gemäß § 65 Abs. 3 S. 2 GWB nach pflichtgemäßem Ermessen durchzuführende Aussetzung der Vollziehung bzgl. des Verstoßes gegen § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 2 GWB abzulehnen. Denn aufgrund der Zukunftsgerichtetheit der Absenkung und der Möglichkeit, noch vor finanziellen Einbußen einstweiligen Rechtsschutz zu suchen, hat die sofortige Vollziehung für die BWB keine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge.

I. Gebühren

[Gebührenteil komplett gelöscht, aber Seitenzählung wie Original.]

⁴⁸³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. April 2003, Kart 4/03 (V), WuW/E DE-R 1095, 1096 f., WuW 2003, 632, 633f. – TEAG..

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss ist die Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich binnen einer mit Zustellung des Beschlusses beginnenden Frist von einem Monat beim Bundeskartellamt, Kaiser-Friedrich-Straße 16, 53113 Bonn, einzureichen. Es genügt jedoch, wenn sie innerhalb dieser Frist bei dem Beschwerdegericht, dem Oberlandesgericht Düsseldorf, eingeht.

Die Beschwerde ist durch einen beim Bundeskartellamt oder beim Beschwerdegericht einzureichenden Schriftsatz zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt zwei Monate. Sie beginnt mit der Zustellung der angefochtenen Verfügung und kann auf Antrag vom Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die – gegebenenfalls auch neuen – Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift und Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung. Auf Antrag kann das Beschwerdegericht die aufschiebende Wirkung der Beschwerde ganz oder teilweise wiederherstellen oder anordnen.

Dr. Engelsing

Schweikardt

Bangard

Gliederung

A. Beteiligte	3
B. Die Wasserpreise der BWB	4
1.) Die Höhe der Berliner Wasserpreise	4
2.) Die Tarifstruktur der Berliner Wasserpreise	5
C. Verfahrensverlauf	6
D. Anwendbarkeit des Kartellrechts	17
1.) Unternehmenseigenschaft der BWB und Anwendbarkeit des Kartellrechts auf privatrechtliches Handeln der öffentlichen Hand	17
a) Öffentliche Wasserversorgung als wirtschaftliche Tätigkeit	18
b) Rechtsform bestimmt Rechtsnatur (keine „materiell-rechtlichen Gebühren“)	20
2.) Kein Ausschluss des Kartellrechts durch öffentlich-rechtliches Genehmigungsverfahren	22
a) Rechtslage nach Berliner Betriebe-Gesetz	22
b) Vergleich mit § 12 Bundestarifordnung Elektrizität (BTOEl)	22
c) Rechtsprechung zu missbräuchlich überhöhten Anträgen	23
d) Entscheidungsspielräume der BWB	24
3.) Kein Ausschluss der Anwendbarkeit des GWB durch materielle Vorgaben des Berliner Landesrechts	24
a) Keine Kalkulationsvorgaben des BKartA	25
b) Unternehmerische Entscheidungsspielräume der BWB	25
c) Vorrang des Kartellrechts	26
d) Keine Gesetzgebungskompetenz des Landes zum Ausschluss des Kartellrechts ..	26
4.) Entfallen der Zurechenbarkeit bei hoheitlichen Vorgaben	28
E. Preismissbrauch nach § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990, § 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 GWB 1990	30
1.) Marktbeherrschung	31
2.) Berechnung der Preisüberhöhung (Preisvergleich, wettbewerbsanaloger Preis) ..	32
a) Methodik (Ermittlungen)	33

b)	Bedeutung der Kriterien für die Vergleichsbetrachtung.....	35
c)	Kriterien für die konkrete Vergleichsbetrachtung	36
3.)	Strukturelle Bedingungen der deutschen Trinkwasserwirtschaft	37
a)	Größe der Wasserversorger	37
b)	Metermengenwert (Versorgungsdichte im engeren Sinne)	39
c)	Sonstige Versorgungsdichtekriterien	40
d)	Kundenstruktur der Unternehmen	40
e)	Unternehmensstrukturen der Wasserversorger	42
f)	Wasserverfügbarkeit	42
g)	Qualität des Wasserdargebots	43
h)	Höhenunterschiede im Versorgungsgebiet.....	43
i)	Bodenbeschaffenheit (Grabungsaufwand)	44
j)	Lokale Infrastruktur und Beschaffenheit von Straßen/Straßenuntergrund.....	44
k)	Art der Entgelterhebung (Preise oder Gebühren)	44
l)	Wasserentnahmeentgelte.....	45
m)	Konzessionsabgaben/Sondernutzungsgebühren.....	46
n)	Sonstige Bestimmungen zur Wasserversorgung	46
o)	Ostdeutsche Wasserversorger (Sonderfaktor Wiedervereinigung?)	47
4.)	BWB im Vergleich der Strukturkriterien (konkrete Auswahl der Vergleichsunternehmen	48
a)	Größe der Wasserversorger.....	49
b)	Metermengenwert (MMW).....	53
c)	Sonstige Kriterien der Versorgungsdichte	56
aa)	Einwohnerdichte:.....	57
bb)	Dichte Versorgungsnetz	57
cc)	Einwohner-Anschlussdichte	58
dd)	Hausanschluss-Absatz.....	58
ee)	Abnehmerdichte	59

ff)	Zusammenfassung Versorgungsdichte:.....	60
d)	Kundenstruktur.....	61
e)	Unternehmensstruktur.....	64
f)	Wasserverfügbarkeit (Förderbedingungen, Wasserwerke / Fremdbezug)	64
g)	Wasserqualität	65
h)	Höhenunterschiede im Versorgungsgebiet (Energiebedarf für Wasserverteilung) ..	66
i)	Bodenbeschaffenheit (Grabungsaufwand für Verteilnetz).....	66
j)	Infrastruktur / Untergrund / Kriegsfolgen.....	67
k)	Art der Entgelte	67
l)	Wasserentnahmeentgelte, Konzessionsabgaben (und Sondernutzungsgebühren) 67	
m)	Bewertung (WEE und KA)	69
n)	Landes- oder kommunalspezifische Besonderheiten der Wasserversorgung	70
5.)	Zusammenfassung: Auswahl der Vergleichsunternehmen	71
a)	Ausschluss aus dem Kreis der potentiellen Vergleichsunternehmen	71
b)	Bildung einer engeren Vergleichsgruppe.....	73
6.)	Methodik des angewandten Preisvergleichs.....	74
a)	Methoden der Preismissbrauchsaufsicht im Allgemeinen.....	75
b)	Erlösvergleich grundsätzlich vorzuziehen.....	75
c)	Tarifpreisvergleich bei BWB nicht sinnvoll durchführbar	76
d)	Erlösvergleich als geeignete Methode für Preisvergleiche in der Wasserwirtschaft 79	
e)	Kein Vergleich auf Basis einer „Belastungsmessung“.....	81
7.)	Der Preisvergleich.....	82
a)	Ergebnis der Preisvergleichs (Preisüberhöhung).....	82
b)	Vorgehensweise.....	82
c)	Vergleich der Brutto-Durchschnittspreise (von den Kunden gezahlte Entgelte)	84
d)	Vergleich der Netto-Durchschnittspreise (ohne USt)	84
e)	Vergleich der abgabenbereinigten Netto-Durchschnittspreise (ohne USt, ohne WEE, ohne KA) = Berechnungsbasis für die Entgeltabsenkung	87

f)	Vergleich auf Basis der Netto-Durchschnittserlöse pro km Netzlänge	90
g)	Vergleich auf Basis der abgabenbereinigten Durchschnittserlöse pro km Netzlänge (mit und ohne HAL)	92
h)	Exkurs HAKB/BKZ.....	94
i)	Zusammenfassung.....	96
8.)	Rechtfertigungsgründe	97
a)	Unternehmensverbund der BWB kein Nachteil.....	98
b)	Niveau des Pro-Kopf-Verbrauchs in Berlin kein Rechtfertigungsgrund	99
aa)	Vergleich Pro-Kopf-Verbrauch Berlin und Vergleichsstädte.....	101
bb)	Auswirkung des Pro-Kopf-Verbrauchs auf die Preise	101
cc)	Sinkender Pro-Kopf-Verbrauch bereits im Metermengenwert berücksichtigt .	103
c)	Kein atypisch hoher Spitzenfaktor in Berlin	104
d)	Keine atypisch hohe Abgabenbelastung in Berlin	106
aa)	Abgabenbelastung irrelevant bei abgabenbereinigtem Netto-Preisvergleich .	107
bb)	Kein Abzug der kalkulatorischen Gewerbeertragsteuer	107
e)	Hohe kalkulatorische Kosten kein Rechtfertigungsgrund	109
aa)	Die kalkulatorischen Kosten der BWB-Wasserpreise im Vergleich	109
bb)	Bedeutung der Finanzierungskosten für die Höhe der kalkulatorischen Kosten 113	
cc)	Höhe der kalkulatorischen Zinsen von BWB im Vergleich	114
dd)	Höhe der kalkulatorischen Abschreibungen von BWB im Vergleich	115
ee)	Bedeutung der kalkulatorischen Kosten für die Rechtfertigungsebene	118
ff)	Bindung an landesspezifische Kalkulationsvorgaben	118
f)	Keine hohen Wasserbeschaffungskosten der BWB.....	118
aa)	Keine objektive Vergleichbarkeit von Kostenkalkulationen der Unternehmen	119
bb)	Gesamtbetrachtung, nicht einzelne Kostennachteile maßgeblich	121
cc)	Nicht Kostennachteile, sondern objektive Nachteile der Versorgungsbedingungen (als Ursache für Kostennachteile) maßgeblich.....	122

g) Im Verhältnis zu Vergleichsunternehmen keine Erschwernisse der Wassergewinnung.....	122
aa) Keine ungünstigen hydrologischen/geologischen Bedingungen in Berlin.....	124
bb) Mangelnde Rohwasserqualität?	126
(a) Naturnahe Aufbereitung keine Selbstverständlichkeit	127
(b) Keine besondere Altlastenproblematik in Berlin	127
(c) Keine überdurchschnittlichen Kosten zum Schutz des Grundwassers	128
h) Keine schwierigen Wasserverteilungsbedingungen in Berlin (Baukosten)	131
aa) Wasserreichtum als (Bau-)Kostenfaktor	132
bb) Sandböden als (Bau-)Kostenfaktor.....	133
cc) Verkehrsinfrastruktur als (Bau-)Kostenfaktor	134
dd) Berlinspezifische Vorgaben/Randbedingungen als (Bau-)Kostenfaktoren	135
ee) Kein höheres Baupreisniveau in Berlin im Allgemeinen (Insellage)	136
i) Keine höheren Investitionen / kein höherer Investitionsbedarf in Berlin	138
aa) Höhe der BWB-Investitionen in Relation zu Vergleichsunternehmen.....	139
bb) Grundsätzlich keine Erforderlichkeit erhöhter Investitionen in Berlin.....	146
(a) Kein hoher quantitativer Investitionsbedarf durch Netzerweiterung	146
(b) Kein hoher quantitativer Investitionsbedarf durch Netzverkleinerung	148
(c) Kein hoher qualitativer Investitionsbedarf wegen Alter/Zustand des Netzes	149
cc) Keine erkennbaren Unterinvestitionen in den Vergleichsstädten	151
j) Keine hohen Belastungen durch Ost-Netz.....	152
k) Zusatz-Investitionen von BWB nach Wiedervereinigung („Sonderkosten Ost“).....	153
aa) Anerkennung dem Grunde nach.....	154
bb) Sonderkosten Ost nicht durch laufenden Betrieb, sondern durch Kapitalkosten	155
cc) Methodik zur Berechnung der Sonderkosten Ost durch BKartA	157
dd) Berechnung Sonderkosten Ost durch Bundeskartellamt	157
(a) Berechnung der zusätzlichen Abschreibungen durch Sonderkosten Ost ...	160

(b)	Berechnung der zusätzlichen Zinskosten durch Sonderkosten Ost.....	161
(c)	Berechnung der maximal anzuerkennenden tarifrelevanten Zusatzkosten Ost 163	
(d)	Änderungen BKartA im Vergleich zur 1. Abmahnung vom 5.12.2011	166
(e)	Änderungen BKartA im Vergleich zur 2. Abmahnung vom 30.03.2012	168
ee)	Andere Berechnung der Sonderkosten Ost durch BWB	171
(a)	BWB-Berechnungen der Höhe nach nicht plausibel.....	174
(b)	Keine Berechnung der Sonderkosten Ost auf Basis von Investitionen pro Kilometer Leitungsnetz (hilfsweise Methode BWB).....	176
(c)	Keine Berechnung mit Wiederbeschaffungswerten.....	178
9.)	Bewertung der Rechtfertigungsgründe	179
a)	Bedingungen der Wassergewinnung (Verfügbarkeit/Qualität Rohwasser).....	179
aa)	Bedingungen in München schwer vergleichbar (Fernwasserversorgung)	180
bb)	Unplausible Bezifferung der Wassergewinnungskosten von BWB angesichts erheblich niedrigerer Preise für andere BWB-Kunden (Weiterverteiler).....	182
b)	Bedingungen der Wasserverteilung (Versorgungsdichte und Baukosten)	183
c)	Gesamtwürdigung (einschließlich Anerkennung Sonderkosten Ost)	184
10.)	Erheblichkeit der nicht gerechtfertigten Preisüberhöhung.....	185
11.)	Zurechenbarkeit der erheblichen, nicht gerechtfertigten Preisüberhöhung	185
a)	Zurechenbarkeit trotz behördlicher Genehmigung der Berliner Wasserpreise	186
b)	Zurechenbarkeit von Wasserentnahmeentgelt und Straßennutzungsgebühr.....	187
aa)	Grundsatz (Zurechenbarkeit bei Verursacher und Begünstigtem)	187
bb)	Sondersituation bei Stadtstaaten.....	187
cc)	Abgabenbereinigung im vorliegenden Verfahren zugunsten von BWB.....	187
dd)	Keine Differenzierung nach Art der Abgaben	189
ee)	Keine unbeeinflussbaren Kostenfaktoren	190
c)	Zurechenbarkeit der Kalkulationsvorgaben durch BBetrG	193
d)	Zurechenbarkeit des Kapitalzinses (ZinsVO BWB).....	195
12.)	Sicherheitszuschläge	196

a)	Keine Erforderlichkeit weiterer Sicherheitszuschläge	197
b)	Zusätzlicher Sicherheitszuschlag Sonderkosten Ost	198
13.)	Kein Erheblichkeitszuschlag	199
14.)	Inflationszuschlag für zukünftige Zeiträume	200
15.)	Berechnung der konkreten Preissenkungsverfügung	202
16.)	Tabellarische Übersicht über die Berechnung der Preissenkungsverfügung	203
F.	Preismissbrauch nach § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 2 GWB	203
	Ermessensausübung	204
G.	Verhältnismäßigkeit und Tenorierung	206
H.	Sofortige Vollziehbarkeit	208
I.	Gebühren	209