

Datum: 24.02.2014
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 2. Kartellsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VI-2 Kart 4/12 (V)
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2014:0224.VI2KART4.12V.00

Schlagworte: Berliner Wasser

Tenor:

Die Beschwerde der Betroffenen vom 08. Juni 2012 gegen den Beschluss des Bundeskartellamts vom 04. Juni 2012, Aktenzeichen B 8 - 40/10, wird zurückgewiesen.

Die Betroffene trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die dem Bundeskartellamt in der Beschwerdeinstanz entstandenen notwendigen Auslagen. Die Beteiligte zu 2. und die Beigeladenen tragen ihre in der Beschwerdeinstanz entstandenen jeweiligen notwendigen Auslagen selbst.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Der Beschwerdewert wird auf EUR festgesetzt.

Gründe

I.

Die Betroffene ist eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts in der alleinigen Trägerschaft des Landes Berlin. Ihre Aufgaben sind die Wasserversorgung Berlins sowie die Ableitung und Reinigung des in Berlin anfallenden Abwassers einschließlich des Betriebs und der Unterhaltung von Oberflächenwasseraufbereitungsanlagen. Es besteht ein Anschluss- und Benutzungszwang. Sie entstand durch die im Jahr 1999 erfolgte Teilprivatisierung der kommunalen Wasserbetriebe, bei der die R... GmbH und die V... GmbH über eine Beteiligungsgesellschaft, an der sie jeweils hälftig beteiligt waren, eine Beteiligung von 49,9 % an der Berlinwasser Holding AG erwarben. Das Land Berlin war zu 50,1 % an der

1

2

3

Berlinwasser Holding AG beteiligt. Die Holding wiederum war zu 49,9 % an der Betroffenen beteiligt. Das Land Berlin zu 50,1 %.

Das Bundeskartellamt hat der Betroffenen mit dem angegriffenen Beschluss vom 04.06.2012 aufgegeben, ihre Trinkwasserpreise ab dem 01.01.2012 um rund 18 % abzusenken. Hierzu hat es der Betroffenen für die Jahre 2012, 2013, 2014 und 2015 jeweils steuer- und abgabenbereinigte Jahreshöchsterlöse je Kubikmeter für die Belieferung von Endkunden mit Trinkwasser in Berlin vorgegeben. Für die Jahre 2009 bis 2011 hat es sich die Anordnung der Rückerstattung überzahlter Entgelte an die Kunden vorbehalten. 4

Vor dem Erlass des Beschlusses hatte das Bundeskartellamt zahlreiche Struktur- und Finanzdaten bei der Betroffenen und den Wasserversorgern der 37 anderen größten deutschen Städte abgefragt, überprüft und ausgewertet. Aufgrund dieser Daten hat es aus den befragten Unternehmen die Wasserversorger der Städte Hamburg, Köln und München ausgewählt, weil es diese für die Wasserversorger hält, die mit der Betroffenen am besten vergleichbar sind. Die Trinkwasserpreise der drei Vergleichsunternehmen sind um rund 25 % niedriger als die der Betroffenen. Das Bundeskartellamt hat bei der angeordneten Absenkung der Trinkwasserpreise zu Gunsten der Betroffenen berücksichtigt, dass diese gegenüber den drei Vergleichsunternehmen wiedervereinigungsbedingt erhöhte Investitionen zu tätigen hatte. 5

Vor dem Erlass des Beschlusses konnte sich die Betroffene unter anderem zu zwei Entwürfen des Beschlusses äußern. 6

Die Betroffene ist der Auffassung, die Vorschriften des Kartellrechts seien unanwendbar, weil sie keine privatrechtlichen Entgelte, sondern öffentlich-rechtliche Gebühren („Gebühren im Preisgewand“) berechne. Eine Doppelkontrolle durch die Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte einerseits und durch die Kartellgerichte andererseits dürfe nicht stattfinden, denn sie verstoße gegen landesrechtliche und verfassungsrechtliche Vorschriften. Sie müsse sich die gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Vorgaben des Landes Berlin zur Preiskalkulation auch nicht zurechnen lassen. Eine konzernrechtliche Zurechnungsgemeinschaft zwischen dem Land und ihr könne es nicht geben, weil das Land insoweit hoheitlich und nicht unternehmerisch handle. 7

Die Betroffene ist weiter der Auffassung, es sei unzulässig, die Entgelte bei der Vergleichsbetrachtung und bei der Tenorierung um die Wasserentnahmeentgelte und die Sondernutzungsgebühren zu bereinigen. Es sei ferner fehlerhaft, bei der Auswahl der Vergleichsunternehmen die bestehenden Strukturunterschiede zwischen ihr und den drei Vergleichsunternehmen nicht durch Zu- und Abschläge auszugleichen. Die Vorgehensweise, durch eine „Ähnlichsten-Auswahl“ die Berücksichtigung von Zu- und Abschlägen auszuschließen, sei unzulässig. Ohnehin sei der vom Bundeskartellamt verwendete Metermengenwert zur Feststellung der Gleichartigkeit von Wasserversorgungsunternehmen ungeeignet. Vielmehr hätten die Abnehmerdichte und der Volumenverteilter berücksichtigt werden müssen. Die Preisunterschiede zwischen ihr und den Vergleichsunternehmen beruhten auf objektiven, ihr nicht zurechenbaren Strukturteilen, die vom Bundeskartellamt zu Unrecht nicht zu ihren Gunsten berücksichtigt worden seien. Das Bundeskartellamt habe zwar wiedervereinigungsbedingte Mehrinvestitionen berücksichtigt, diese aber unzutreffend zu niedrig angesetzt. Sie sei entgegen der Auffassung des Bundeskartellamts gegenüber den Vergleichsunternehmen auch durch eine geringere Anlagenauslastung, beruhend auf einem starken Absatzrückgang, benachteiligt. Des Weiteren sei sie durch ungünstigere Wasserbeschaffungsbedingungen auf den Verfahrensstufen des Rohwasserschutzes, der Wassergewinnung und der 8

Wasseraufbereitung sowie durch ungünstigere Wasserverteilungsbedingungen gegenüber den Vergleichsunternehmen erheblich benachteiligt. Auch eine höhere Verzinsung als bei den Vergleichsunternehmen, wiedervereinigungsbedingte Personalsonderkosten und eine andere Unternehmensstruktur führten zu einer zu berücksichtigenden Benachteiligung gegenüber den Vergleichsunternehmen.

Darüber hinaus lägen die Voraussetzungen von § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 2 GWB lägen nicht vor, weil das Bundeskartellamt keinen Erheblichkeitszuschlag berücksichtigt habe. 9

Die Betroffene beantragt, 10

a) den Beschluss des Bundeskartellamts vom 04.06.2012 (B 8 - 40/10) aufzuheben, 11

b) ihr gemäß § 72 Abs. 1 S. 1 GWB Einsicht in die Gerichtsakten zu gewähren. 12

Das Bundeskartellamt beantragt, 13

die Beschwerde zurückzuweisen. 14

Das Bundeskartellamt verteidigt den angegriffenen Beschluss, wobei es seine Ausführungen ergänzt und vertieft. 15

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Beschluss des Bundeskartellamts vom 04.06.2012, das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 25.09.2013 und die Schriftsätze der Beteiligten nebst Anlagen verwiesen. 16

II. 17

Die Beschwerde der Betroffenen ist zulässig, aber unbegründet. Die Beanstandungen der Betroffenen gegen den Beschluss des Bundeskartellamts vom 04.06.2012, sind erfolglos. 18

1. 19

Das Bundeskartellamt ist zuständig. 20

Kartellbehörden sind gemäß § 48 Abs. 1 GWB das Bundeskartellamt, das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie und die nach Landesrecht zuständigen obersten Landesbehörden. Das Bundeskartellamt nimmt gemäß § 48 Abs. 2 S. 1 GWB die in diesem Gesetz der Kartellbehörde übertragenen Aufgaben und Befugnisse nur wahr, wenn die Wirkung des wettbewerbsbeschränkenden oder diskriminierenden Verhaltens oder einer Wettbewerbsregel über das Gebiet eines Landes hinausreicht. In allen übrigen Fällen ist gemäß § 48 Abs. 2 S. 2 GWB die nach Landesrecht zuständige oberste Landesbehörde zuständig. Das Bundeskartellamt durfte jedoch ausnahmsweise gemäß § 49 Abs. 3 GWB aufgrund seines am 09.03.2010 gestellten Antrags anstelle der gemäß § 48 Abs. 2 S. 2 GWB originär zuständigen Landeskartellbehörde bei der Senatsverwaltung für Wirtschaft, Technologie und Forschung des Landes Berlin, welche sich ausweislich ihres Schreibens vom 15.03.2010 wegen der gleichfalls bestehenden Zuständigkeit des Senatsressorts für die Genehmigung der Berliner Trinkwassertarife in einem Interessenkonflikt befand, tätig werden. 21

2. 22

a) Die Vorschriften des GWB sind auf die Betroffene anwendbar. Gegen deren Anwendbarkeit bestehen weder verfassungsrechtliche noch einfachgesetzliche Bedenken. 23

aa) Die Betroffene, bei der es sich um eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts handelt (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 BerlBG), zu deren Aufgaben unter anderen die Wasserversorgung Berlins (§ 3 Abs. 3 Nr. 1 BerlBG) gehört, ist ein Unternehmen im Sinne von §§ 1, 19, 22 und § 130 GWB. Sie ist wirtschaftlich tätig und hat die Leistungsbeziehungen zu ihren Abnehmern privatrechtlich ausgestaltet. 24

Das GWB geht von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus, nach dem grundsätzlich jede Person und jeder Verband, der sich im geschäftlichen Verkehr, das heißt wirtschaftlich betätigt, als Unternehmen im kartellrechtlichen Sinn anzusehen ist. Dementsprechend können, wie sich auch aus § 130 Abs. 1 S. 1 GWB ergibt, auch Körperschaften des öffentlichen Rechts Unternehmen im Sinne des Kartellrechts sein, wenn und soweit sie wirtschaftlich tätig sind und die Leistungsbeziehung zu ihren Abnehmern privatrechtlich ausgestaltet sind. Ist die Leistungsbeziehung dagegen öffentlich-rechtlich ausgestaltet, ist die Körperschaft dem Anwendungsbereich des GWB grundsätzlich entzogen (BGH, Beschluss vom 18.10.2011, KVR 9/11, Niederbarnimer Wasserverband, juris, Rn. 10 m.w.N.; siehe auch: Bechtold in Bechtold, GWB, 6. A., 2010, § 130, Rn. 4 ff m.w.N.). 25

Die Betroffene, obgleich sie Anstalt des öffentlichen Rechts ist und eine Aufgabe der Daseinsvorsorge erfüllt, nimmt wie eine juristische Person des Privatrechts am Wirtschaftsleben teil. Das Verhältnis zwischen der Betroffenen und den Wasserverbrauchern ist privatrechtlich und nicht öffentlich-rechtlich ausgestaltet. Die Belieferung und Bezahlung des Trinkwassers erfolgen aufgrund kaufrechtlicher Verträge (§§ 433 ff BGB). Auf die rechtliche Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen der Betroffenen und dem Land Berlin kommt es für die Beurteilung der Frage der Anwendbarkeit der Vorschriften des GWB, aufgrund derer die den Wasserverbrauchern berechneten Entgelte überprüft werden, dagegen nicht an. Im Übrigen unterfällt staatliches Handeln auch dann den Wettbewerbsregeln, wenn es in Gestalt eines Gesetzes erfolgt, in der Sache aber auf eine wirtschaftliche Betätigung gerichtet ist und unternehmerische Ziele verfolgt (so auch: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.09.2008, VI-Kart 19/07 (V), Lotto Rheinland-Pfalz, juris, Rn. 41) 26

Die Wasserverbraucher haben nach § 16 Abs. 1 S. 1 BerlBG privatrechtliche Entgelte für die Leistungen der Betroffenen zu zahlen. Auch aus den "Vertragsbestimmungen über die Wasserversorgung von Berlin (VBW)" in Verbindung mit Nr. 1 Abs. 1 S. 1 der "Ergänzenden Bedingungen der Berliner Wasserbetriebe zu den allgemeinen Bedingungen für die Wasserversorgung" ergibt sich, dass Lieferungen der Betroffenen an die Wasserverbraucher aufgrund privatrechtlicher Versorgungsverträge im Verhältnis der Gleichordnung und nicht der Über- und Unterordnung erfolgen. Aus diesem Grund erfolgt die Überprüfung der Billigkeit der berechneten Entgelte im Verhältnis zwischen der Betroffenen und den Wasserverbrauchern ausschließlich durch die Zivilgerichte. Auch rückständige Wasserentgelte werden von der Betroffenen gegenüber den Wasserverbrauchern ebenfalls ausschließlich vor den Zivilgerichten und nicht mittels Gebührenbescheid und gegebenenfalls anschließender Verwaltungszwangsvollstreckung geltend gemacht und durchgesetzt. 27

Ebenso geht der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Betroffene den Wasserverbrauchern privatrechtliche Entgelte berechnet. Er hat ausgeführt, die Wasserentgelte würden nicht aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften als Gebühr, sondern im Rahmen eines privatrechtlich ausgestalteten Benutzungsverhältnisses als privatrechtliches Entgelt erhoben (Verfassungsgerichtshof Berlin, Urteil vom 21.10.1999, VerfGH 42/99, Seite 16 des Umdrucks; Beschluss vom 14.07.2010, VerfGH 29/07, juris, Leitsatz 1 a.E. u. Rn. 32; Beschluss vom 14.07.2010, 28

VerfGH 29/07, juris, Leitsatz 1 a.E.; siehe auch: Beschluss vom 06.07.2005, VerfGH 205/04, juris, Orientierungssatz 2. c)).

Tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei den berechneten Entgelten nicht um privatrechtliche Entgelte, sondern um öffentlich-rechtliche Gebühren handelt, die keiner Kontrolle durch die Kartellbehörden unterliegen, wie die Betroffene meint, bestehen nicht. Dem steht schon die vom Land Berlin vorgenommene rechtliche Einordnung in § 16 Abs. 1 S. 1 BerlBG entgegen. Für eine Falschbezeichnung als privatrechtliche Entgelte anstelle öffentlich-rechtlicher Gebühren durch den Gesetzgeber und eine ungewollte privatrechtliche statt öffentlich-rechtliche Ausgestaltung der Leistungsbeziehung zwischen der Betroffenen und den Wasserverbrauchern spricht dagegen nichts. 29

bb) Die Ausführung der Betroffenen zu einer neuen und nach deren Rechtsauffassung eine kartellrechtliche Kontrolle ausschließenden Rechtsfigur der so genannten Gebühren im Preisgewand, die - soweit ersichtlich - außer in dem von der Betroffenen vorgelegten Privatgutachten für BDEW und VKU "Verfassungsrechtliche Grenzen der Bundeskartellaufsicht im Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge" von RiBVerfG a.D. Prof. Dr. Dr. Udo D... vom Januar 2013 im rechtswissenschaftlichen Schrifttum keinen Zuspruch, sondern nur Ablehnung gefunden hat (so: Kerber, ZNER 2013, 600 ff, Markert, ZNER 2013, 7 ff (8); Daiber, NJW 2013, 1990 ff (1991), Petersen/Hartermann, IR 2013, 305 ff (306) m.w.N., siehe dazu auch: Säcker, NJW 2013, 1105 ff (1106, 1107, 1108 u. 1110)), ändern daran nichts. 30

Soweit D... zur Begründung seiner Auffassung auf die Formenwahlfreiheit der Betroffenen abstellt, spricht diese aus den vorstehend aufgeführten Gründen gerade nicht dafür, dass es sich bei den Wasserentgelten um öffentlich-rechtliche Gebühren, sondern um privatrechtliche Entgelte handelt. Die eingeräumte Freiheit wurde unmissverständlich in der Weise ausgeübt, dass die Leistungsbeziehung privatrechtlich ausgestaltet wurde. Der bloße Umstand, dass die Wasserentgelte unter Beachtung gewisser landesrechtlicher Vorgaben zur Berechnung von dessen Höhe von einer Anstalt öffentlichen Rechts erhoben und von einer Landesbehörde überprüft und genehmigt werden, macht privatrechtliche Preise nicht zu öffentlich-rechtlichen Gebühren, die keiner kartellrechtlichen Kontrolle unterliegen. Schon aufgrund der rechtlich unzutreffenden Einordnung der von der Betroffenen erhobenen Entgelte als materiell-rechtlichen Gebühren gehen die weiteren darauf beruhenden Ausführungen und Schlussfolgerungen des Privatgutachters D... zur rechtlichen Situation bei der Betroffenen und zur Anwendbarkeit der Vorschriften des GWB fehl (siehe: Kerber und Markert, jew. a.a.O.). 31

Im Übrigen wurde durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs schon vor Jahren anerkannt, dass nachfolgend eine zivilrechtliche Kontrolle öffentlich-rechtlich genehmigter Entgelte erfolgen darf. Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass tarifliche Abwasserentgelte, die ein öffentlich-rechtlicher Zweckverband im Rahmen eines privatrechtlich ausgestalteten Benutzungsverhältnisses festgesetzt hat, auch dann der zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle unterliegen, wenn zuvor eine vorgeschriebene ministerielle Bestätigung erfolgt ist (BGH, Urteil vom 10.10.1991, III ZR 100/90, juris, Leitsatz und Orientierungssatz 1). Zur Begründung hat er ausgeführt, dass die öffentliche Hand Leistungsverhältnisse im Rahmen der Daseinsvorsorge in privatrechtlicher Form regeln könne. Entscheide sie sich für diese Möglichkeit, so müsse sie hinnehmen, dass der privatrechtliche Gehalt solcher Benutzungsverhältnisse der Kontrolle der ordentlichen Gerichte nach den für das Privatrecht maßgebenden Rechtssätzen unterliege. Dass bei der Festsetzung der Tarife und Entgelte öffentlich-rechtliche Vorgaben zu beachten seien, 32

schließe die richterliche Inhaltskontrolle nicht grundsätzlich aus. Auch die vorgeschriebene Bestätigung durch den Innenminister entziehe die Festsetzung nicht der Nachprüfung durch die ordentlichen Gerichte. Aus dem Umstand, dass die Verwaltung die Grundrechte und die grundlegenden Prinzipien öffentlicher Finanzgebaren zu beachten habe, insbesondere an die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Äquivalenz und der Kostendeckung gebunden sei, lasse sich gegen die Zulässigkeit der gerichtlichen Billigkeitskontrolle privatrechtlicher Tarifordnungen und Entgeltfestsetzungen nichts herleiten (BGH, a.a.O., Rn. 25-27 m.w.N.). Für die kartellrechtliche Kontrolle kann nichts anderes gelten.

Ferner hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass bei von der zuständigen Aufsichtsbehörde auf Antrag des Unternehmens festgelegten Festpreisen im Telekommunikationsbereich die Annahme eines kartellrechtlichen Preismissbrauchs nicht von vornherein ausgeschlossen ist und folglich eine kartellrechtliche Kontrolle durchgeführt werden darf (BGH, Urteil vom 7.2.2004, KZR 7/02, Verbindung von Telefonnetzen, juris, Rn. 17).

33

Würde man der unzutreffenden Rechtsauffassung der Betroffenen, es handele sich um "Gebühren im Preisgewand" folgen, käme es zudem zu der widersprüchlichen und verbraucherschutzfeindlichen Situation, das zwar unternehmerisch gehandelt wird, indem formal privatrechtliche Entgelte erhoben, private Investoren in erheblichem Umfang am Unternehmen beteiligt und ganz erhebliche Gewinne ausgeschüttet werden, aber die allein einen Preismissbrauch verhütende kartellrechtliche Überprüfung des Preissetzungsverhaltens der Betroffenen durch die Kartellbehörden ausgeschlossen wäre. Dies wäre auch mit dem Rechtsgedanken des § 130 Abs. 1 S. 1 GWB, der die Anwendung des GWB ausdrücklich auch auf Unternehmen erstreckt, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden, unvereinbar. Zu einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle des Preissetzungsverhaltens der Betroffenen käme es nur, wenn diese gegen einen von der zuständigen Landesbehörde abgelehnten Antrag auf Tarifgenehmigung vorgehen würde. Die Letztverbraucher hätten dagegen wohl keine Möglichkeit, die formal gleichwohl privatrechtlichen Entgelte verwaltungsgerichtlich überprüfen zu lassen, sondern sie wären zu ihrem Schutz allein auf die schon wegen des fehlenden Amtsermittlungsgrundsatzes und der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast weniger effektive zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle vor den Zivilgerichten verwiesen, die faktisch weder eine umfassende Vergleichsmarktbetrachtung noch – jedenfalls nicht ohne aufwändige Sachverständigengutachten – eine Effizienzkontrolle der von der Betroffenen geltend gemachten Kosten vornehmen könnten und würden.

34

Das OVG Berlin-Brandenburg hat, dem Verwaltungsgericht Berlin folgend, die rechtliche Konstruktion der Betroffenen von Gebühren im Preisgewand in einem Verfahren eines Wasserverbrauchers gegen die Betroffene wegen der Rückzahlung überhöhter Trinkwasserentgelte bereits abgelehnt, den von einem Verbraucher eingeleiteten Rechtsstreit an die Zivilgerichte verwiesen und zur Begründung zutreffend ausgeführt, es sei nicht anzunehmen, dass der Landesgesetzgeber die in § 16 Abs. 1 S. 1 BerlBG ausdrücklich vorgenommene Einordnung als privatrechtliches Entgelt in § 16 Abs. 2 BerlBG wieder habe zurücknehmen und das Entgelt in Wahrheit zu einer öffentlich-rechtlichen Gebühr machen wollen. Wie die Betroffene das Entgelt in etwaigen Äußerungen gegenüber Kartellbehörden eingeordnet habe, sei bedeutungslos (OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 15.11.2012, OVGE 9 L 22.12, juris, Rn. 5; VG Berlin, Beschluss vom 21.08.2012, 1 K 52.12, juris, Rn. 4f).

35

36

Auch die Beschlüsse des Verwaltungsgerichts Köln (Beschluss vom 05.09.2011, 4 K 1465/11, juris) und des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen (Beschluss vom 06.07.2012, 16 E 1096/11, juris), welche in einem diesem gerichtlichen Verfahren vorangegangenen Klageverfahren der Betroffenen auf Feststellung, dass die Einleitung beziehungsweise Durchführung des kartellrechtlichen Preismissbrauchsverfahrens des Bundeskartellamts gegen sie unzulässig sei, nicht den Rechtsweg zu den allgemeinen Verwaltungsgerichten, sondern zu den ordentlichen Gerichten - Kartellgerichten - für eröffnet erachteten, deuten darauf hin, dass diese Gerichte ebenfalls davon ausgegangen sind, dass es sich bei den von der Betroffenen berechneten Wasserentgelten um zivilrechtliche Preise und keine öffentlich-rechtlichen Gebühren handelt.

cc) Die Beantwortung der in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und auch im juristischen Schrifttum aufgeworfenen und bislang nicht abschließend beantworteten Frage, ob nicht nur privatrechtliche Entgelte, sondern ausnahmsweise auch öffentlich-rechtliche Gebühren, insbesondere solche der Wasserwirtschaft, der kartellbehördlichen Kontrolle unterliegen können, kann nach alledem aufgrund des Vorliegens privatrechtlicher Entgelte offen bleiben. 37

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat in den Beschlüssen vom 18.10.2011 (KVR 9/11, Niederbarnimer Wasserverband, juris, Rn. 10ff) und vom 19.06.2012 (KVZ 53/11, juris, Rn. 1) in Weiterentwicklung einer Entscheidung des Großen Senats für Zivilsachen (Beschluss vom 22.3.1976, GSZ 2/75, Auto-Analyser, juris, Rn. 31 u. 42) ausgeführt, dass offen bleiben könne, ob der Grundsatz, dass bei einer öffentlich-rechtlich organisierten Leistungsbeziehungen die Anwendung des GWB ausgeschlossen sei, auch dann Geltung beanspruchen könne, wenn die öffentlich-rechtliche und die privatrechtliche Ausgestaltung der Leistungsbeziehungen, wie im Fall der Wasserversorgung, weitgehend austauschbar sind (siehe dazu auch: Hellriegel/Teichmann, IR 2012, 296 ff; Säcker, NJW 2013, 1105 ff sowie insbesondere: Wolf, BB 2011, 648 ff; Wolf NZKart 2013, 17 ff; Wolf WuW 2013, 246 ff; a.A.: Wolfers/Wollenschläger, WuW 2013, 237 ff; DVBl. 2012, 273 ff). Der Bundesgerichtshof hat jedoch insoweit die Tendenz erkennen lassen, auch in diesem Fall davon auszugehen, dass es sich bei den Wasserversorgern um Unternehmen im kartellrechtlichen Sinn handelt, die dem Anwendungsbereich des GWB unterliegen, wobei diese Rechtsprechung inzwischen durch die aufgrund der durch das 8. Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26.06.2013 (BGBl. 2013, 1738 ff) vorgenommenen Änderungen und Ergänzungen des GWB, namentlich § 31b GWB n.F. in Verbindung mit § 130 Abs. 1 S. 2 GWB überholt sein kann. 38

dd) Letztlich sprechen auch die mit dem 8. Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26.06.2013 (BGBl. 2013, 1738 ff) vorgenommenen Änderungen und Ergänzungen des GWB für die Auffassung, dass die von der Betroffenen berechneten Entgelte auch nach dem Willen des Gesetzgebers in den Anwendungsbereich der Vorschriften des GWB fallen sollen. 39

Die Frage, in welchen Fällen die Höhe der von einem Wasserversorger erhobenen Wasserpreise und/oder Wassergebühren von den Kartellbehörden überprüft werden kann und soll, war zum Zeitpunkt der Beratungen und der Beschlussfassung über den Entwurf der 8. GWB-Novelle, insbesondere aufgrund der Beschlüsse des BGH vom 18.10.2011 (KVR 9/11, Niederbarnimer Wasserverband, juris) und vom 19.06.2012 (KVZ 53/11, juris) zwischen der betroffenen Branche und ihren Interessenvertretern, den Kartellbehörden und im juristischen Schrifttum umstritten. Dieser Streit war auch dem Gesetzgeber bekannt. Aufgrund des Verlaufs der Diskussion und der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, 40

insbesondere in den Verfahren Wasserpreise Wetzlar (Beschluss vom 2.2.2010, KVR 66/08, juris) und Wasserpreise Calw (Beschluss vom 15.5.2012, KVR 51/11, juris) hatten einige Wasserversorger, die bislang privatrechtliche Entgelte berechnet hatten, im Rahmen einer so genannten Rekommunalisierung schon die „Flucht in das Gebührenrecht“ angetreten, um so einer Überprüfung ihrer Preisgestaltung durch die Kartellbehörden zu entgehen (siehe dazu: OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 20. September 2011, 11 W 24/11 (Kart), Rekommunalisierung, juris). Zudem waren dem Gesetzgeber die besondere tatsächliche und rechtliche Situation bei der Betroffenen durch das entsprechende Verfahren und die Verfügung des Bundeskartellamts sowie die vorstehend zitierten Aufsätze von Wolf, Markert, Daiber und Säcker sowie von Wolfers/Wollenschläger in der Fachpresse, aber auch das Privatgutachten von D... für den BDEW und den VKU bekannt. Gleichwohl hat sich der Gesetzgeber in § 31b GWB n.F. (Wasserwirtschaft, Aufgaben und Befugnisse der Kartellbehörden, Sanktionen) in Verbindung mit § 130 Abs. 1 S. 2 GWB (Unternehmen der öffentlichen Hand, Geltungsbereich) dafür entschieden, im Bereich der Wasserwirtschaft nur öffentlich-rechtliche Gebühren von einer kartellbehördlichen Überprüfung auszunehmen. Die Überprüfung privatrechtlicher Wasserentgelte, wie sie die Betroffene den Wasserverbrauchern berechnet, durch die Kartellbehörden wurde dagegen nicht vom Geltungsbereich des GWB ausgenommen (siehe dazu: Gawel/Bedtke, IR 2013, 298 ff (299f)).

b) Gegen die Anwendung der Vorschriften des GWB spricht entgegen der Auffassung der Betroffenen nicht, dass sie die Höhe der Trinkwasserentgelte unternehmerisch nicht gänzlich frei bestimmen kann, sondern bei deren Kalkulation in einem gewissen, vorgegebenen Rahmen durch öffentlich-rechtliche Vorgaben des Landesrechts, insbesondere durch das Berliner Betriebesgesetz (BerlBG) und die gemäß § 16 Abs. 8 BerlBG ergangenen Rechtsverordnungen (Verordnung über die Tarife der Berliner Wasserbetriebe – Wassertarifverordnung (WTVVO) – sowie die Verordnung über die angemessene Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals der Berliner Wasserbetriebe für das jeweilige Kalenderjahr), gebunden ist und einer landesbehördlichen Genehmigung der beantragten Entgelte bedarf. Die Vorgaben des Landesrechts lassen der Betroffenen einen nicht unerheblichen Spielraum bei der Bestimmung der Höhe der Trinkwasserentgelte und zwar trotz der Notwendigkeit, diese genehmigen zu lassen. Aufgrund dessen nimmt sie wie ein Privater am Wirtschaftsleben teil, so dass auch ein Missbrauch wirtschaftlicher Macht im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG möglich ist. Folglich sind über Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG, trotz Art. 28 Abs. 2 GG und der öffentlich-rechtlichen Vorgaben des Landesrechts zur Bemessung der Höhe der Trinkwasserentgelte, die Vorschriften des GWB vorliegend anwendbar. Im Einzelnen:

aa) Die Betroffene muss gemäß § 22 Abs. 1, Abs. 2 BerlBG nach Durchführung des unternehmensinternen Verfahrens gemäß § 17 BerlBG bei der zuständigen Genehmigungsbehörde unter Beifügung der notwendigen Unterlagen die Genehmigung der Trinkwasserentgelte beantragen. Die beantragten Entgelte sind gemäß § 16 Abs. 1 BerlBG unter Berücksichtigung gebührenrechtlicher Prinzipien, des Äquivalenzprinzips, des Grundsatzes der Gleichbehandlung und des Kostendeckungsgrundsatzes, zu bemessen.

Bei der Bemessung der Höhe der Trinkwasserentgelte hat die Betroffene die weiteren in § 16 Abs. 2 bis Abs. 6 BerlBG genannten Vorgaben, die in der Wassertarifverordnung und der Verzinsungsverordnung präzisiert werden, zu berücksichtigen. Diese Vorgaben eröffnen der Betroffenen bei der Bemessung der konkret zu beantragenden Trinkwasserentgelte gleichwohl nicht unerhebliche Spielräume, wodurch ein Konflikt zwischen den landesrechtlichen und den kartellrechtlichen Vorgaben vermieden werden kann. Es ergibt

sich bei der Berücksichtigung der Vorgaben entgegen der Auffassung der Betroffenen nämlich nicht nur *ein* richtiges Entgelt, sondern es gibt eine gewisse Bandbreite hinnehmbarer Entgelte.

aaa) Schon die Vorschrift des § 16 Abs. 2 BerlBG eröffnet der Betroffenen die Möglichkeit, die Tarife in einen Grund- und einen Arbeitspreis aufzuteilen und so zu beeinflussen, welche Verbrauchergruppen, abhängig von der gewählten Wasserzählergröße in Verbindung mit dem Jahreswasserverbrauch, die den nicht unerheblichen Grundpreis bestimmen, ein niedrigeres oder ein höheres Trinkwasserentgelt je verbrauchten Kubikmeter zu zahlen haben. Der Grundpreis, der einer anteiligen Deckung der Vorhaltekosten dient, in welche die kalkulatorischen Abschreibungen sowie Zinsen einbezogen werden, darf progressiv oder degressiv gestaltet werden (§ 16 Abs. 2 S. 2 BerlBG). Mengenrabatte auf die Arbeitspreise sind dagegen unzulässig (§ 16 Abs. 2 S. 3 BerlBG). Die Ausgestaltung der Grundpreise durch die Betroffene führt dazu, dass der Grundpreis pro Tag zwischen 0,03 EUR und 12,00 EUR liegen kann. Selbst bei der kleinsten Wasserzählergröße (2,5 Qn) kann der Grundpreis pro Tag in Abhängigkeit vom Jahreswasserverbrauch zwischen 0,03 EUR und 0,132 EUR liegen (KPMG-Prüfungsbericht Tarifikalkulation für den Kalkulationszeitraum 2009, S. 69). Wie das Bundeskartellamt dargelegt hat, liegt der mengengewichtete Durchschnittspreis pro Kubikmeter folglich zwischen 2,10 EUR und 3,13 EUR (Beschluss, Seite 5 f).

44

bbb) Insbesondere eröffnen aber § 16 Abs. 3 bis Abs. 5 BerlBG durch zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe nicht unerhebliche Gestaltungsspielräume, die sich auf die Bestimmung der zu beantragenden Trinkwasserentgelthöhe auswirken können. Im Einzelnen:

45

Die Vorschrift des § 16 Abs. 3 S. 1 BerlBG bestimmt, dass es sich bei den Kosten um die bei wirtschaftlicher Betriebsführung nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ansatzfähigen Kosten handelt. Bereits die Ausfüllung der nicht normierten Begriffe "wirtschaftliche Betriebsführung" und "betriebswirtschaftliche Grundsätze" eröffnet Spielräume bei der Bestimmung der Höhe der anzusetzenden Kosten, wobei deren Höhe entscheidend von der Effizienz der Betroffenen abhängig ist. Die Ermittlung der ansatzfähigen Kosten liegt dabei allein in der Verantwortung der Betroffenen. Die Ermittlung wird von den von der Betroffenen beauftragten Wirtschaftsprüfern (§ 17 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 3 BerlBG) unter Berücksichtigung der von der Betroffenen getroffenen Annahmen und Prämissen lediglich auf deren Plausibilität überprüft (KPMG-Prüfungsbericht, Tarifikalkulation für die Kalkulationszeitraum 2009, S. 77 u. 79). Zu den ansetzbaren Kosten gehören gemäß § 16 Abs. 3 S. 2 BerlBG unter anderem ("auch"), aber nicht abschließend, Entgelte für in Anspruch genommene Fremdleistungen, kalkulatorische Abschreibungen auf der Basis von Wiederbeschaffungszeitwerten, kalkulatorische Einzelwagnisse, Rückstellungen, eine angemessene kalkulatorische Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals und Aufwendungen für die wirtschaftliche und technische Entwicklung. Darüber hinaus existieren einer Reihe weiterer Kostenarten, die gleichfalls betriebswirtschaftlichen Grundsätzen entsprechen (KPMG-Prüfungsbericht, Tarifikalkulation für den Kalkulationszeitraum 2009, S. 3).

46

Die betriebswirtschaftlich ansetzbaren Kostenpositionen werden zudem in § 1 Abs. 1 WTVO ergänzend definiert. Es handelt sich gemäß § 1 Abs. 2 WTVO um die Grundkosten, welche sich aus den betrieblichen Kosten und Abgaben zusammensetzen, und gemäß § 1 Abs. 3 WTVO um die kalkulatorischen Kosten, zu denen unter anderem die vorgenannten kalkulatorischen Abschreibungen auf der Basis von Wiederbeschaffungszeitwerten gehören. Die betrieblichen Kosten werden, ebenfalls nicht abschließend ("insbesondere"), in § 1 Abs. 2 S. 2 WTVO aufgeführt.

47

Die Vorschrift des § 16 Abs. 4 der BG bestimmt, dass das betriebsnotwendige Kapital aus dem betriebsnotwendigen Vermögen besteht, welches sich aus den dem Betriebszweck dienenden Teilen des Anlage- und Umlaufvermögen zusammensetzt, dessen Bilanzpositionen sich aus § 2 WTVÖ in Verbindung mit der Anlage 1 zur WTVÖ ergeben und die mit den "durchschnittlich gebundenen Werten des laufenden Geschäftsjahres" anzusetzen sind. Bei der Bestimmung des betriebsnotwendigen Kapitals eröffnen sich durch unbestimmte Rechtsbegriffe ("dem Betriebszweck dienende Teile des Anlage- und Umlaufvermögens") die üblichen Bewertungsspielräume, die das Handels- und das Steuerrecht zulassen. Dies gilt insbesondere bei der Bestimmung der Höhe des betriebsnotwendigen Vermögens, welches sich aus den dem Betriebszweck dienenden Teilen des Anlage- und Umlaufvermögens zusammensetzt. Dessen Höhe kann insbesondere durch die Zugrundelegung kurzer Abschreibungszeiträume ganz erheblich beeinflusst werden, welche sich über höhere kalkulatorische Abschreibungen in deutlich höheren kalkulatorischen Kosten niederschlagen. Bei der Betroffenen werden beispielsweise erheblich kürzere kalkulatorische Nutzungsdauern als bei den Vergleichsunternehmen zugrundegelegt. Für das einen erheblichen Teil des betriebsnotwendigen Vermögens ausmachende Rohrnetz setzt die Betroffene beispielsweise nur etwa halb so lange kalkulatorische Nutzungsdauern wie die Vergleichsunternehmen an (siehe zum Ganzen: KPMG-Prüfungsbericht, Tarifikalkulation für den Kalkulationszeitraum 2009, S. 37). Des Weiteren werden, anders als branchenüblich, Instandhaltungskosten schon ab einer Rohrleitungslänge von 20 m als Investitionen ausgewiesen und erhöhen das betriebsnotwendige Vermögen. Ferner wird die Höhe der kalkulatorischen Kosten durch die Art und Weise der Kapitalverzinsung erheblich beeinflusst. Bei der Betroffenen wird für das gesamte ansatzfähige betriebsnotwendige Vermögen, auch soweit es rein fremdkapitalfinanziert ist, ein Mischzins angesetzt, selbst wenn der tatsächlich gezahlte Fremdkapitalzins deutlich niedriger ist.

48

Zwingend durch die Vorgaben des Landesrechts gebunden ist die Betroffene dagegen lediglich durch die Vorgaben in § 16 Abs. 3 BerlBG und § 1 Abs. 3 S. 1 WTVÖ, dass Abschreibungen auf der Basis von Wiederbeschaffungszeitwerten kalkuliert werden müssen und bei der zugrundelegenden Höhe der Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals, welche jährlich in der Verordnung über die angemessene Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals der Berliner Wasserbetriebe neu festgesetzt wird. Bei der Bestimmung der Wiederbeschaffungszeitwerte eröffnen sich für die Betroffene ebenfalls Handlungsspielräume, weil sie bestimmt, welche der zahlreichen Preisindices der WIBERA zugrundegelegt werden, um die Preisentwicklung seit der letzten Bewertung abzubilden (siehe dazu: KPMG-Prüfungsbericht, Tarifikalkulation für den Kalkulationsraum 2009, S. 35).

49

ccc) Im Übrigen ist zu bedenken, dass die Betroffene auch schon durch den Inhalt ihres Antrags auf Tarifgenehmigung einen maßgeblichen Einfluss auf die Höhe des zu genehmigenden Entgelts nehmen und auch dann eine Genehmigung erwirken kann/könnte, wenn missbräuchliches Verhalten im Prüfungsverfahren nicht aufgedeckt wird (vergleiche: BGH, Urteil vom 10.02.2004, KZR 7/02, Verbindung von Telefonnetzen, juris, Rn. 17; EuG, Urteil vom 10.04.2008, T-271/03, juris, Leitsatz 1; EuGH, Urteil vom 14.10.2010, C-280/08 P, juris, Leitsatz 4 u. Rn. 80 ff).

50

ddd) Zu berücksichtigen ist auch, dass der landesgesetzlich eingeräumte Kalkulationsspielraum der Betroffenen durch den Beschluss des Bundeskartellamts für die Zukunft nicht entzogen, sondern lediglich eingeengt wird. Der Beschluss macht der Betroffenen keine konkreten Kalkulationsvorgaben, sondern legt für die betreffenden Jahre nur Erlösobergrenzen je Kubikmeter Trinkwasser fest, so dass sie bei ihrer Kalkulation wegen der vorstehend aufgezeigten Spielräume im Rahmen des § 16 Abs. 2 bis Abs. 6 BerlBG, frei

51

darin ist, wie sie, gegebenenfalls auch unterstützt durch entsprechende gesetz- oder verordnungsgeberische Maßnahmen des Landes, welches ebenfalls Verfahrensbeteiligter ist, die vorgegebenen Erlösobergrenzen einhält (so auch: BGH, Beschluss vom 28.6.2005, KVR 17/04, Stadtwerke Mainz, juris, Rn. 11 ff, bes. Rn. 16; BGH, Beschluss vom 21.02.1995, KVR 4/94, Weiterverteiler, juris, Rn. 54).

eee) Letztlich hat die Betroffene ebenso wenig geltend gemacht und dargetan, dass ihr die Tarifgenehmigung verweigert würde, wenn in ihrem Antrag auf Tarifgenehmigung nicht nur die landesrechtlichen Vorgaben, sondern auch die Vorschriften des GWB vollumfänglich beachtet würden. Insbesondere hat sie nicht dargelegt, in welchem Umfang die bislang beantragten Entgelte überhaupt auf von ihr unbeeinflussbaren, landesrechtlich vorgegebenen Kostenfaktoren beruhen. 52

fff) Im Übrigen ist der Einwand der Betroffenen, sie könne die Trinkwasserentgelte aufgrund enger Vorgaben des Landes Berlin nicht ohne einen Gesetzesverstoß den Vorgaben des Bundeskartellamts entsprechend senken, nicht nur tatsächlich unzutreffend, sondern überdies auch rechtlich unbeachtlich, denn die Betroffene muss sich ohnehin die öffentlich-rechtlichen Vorgaben des Landesrechts, insbesondere des BerlBG, nach dem Rechtsgedanken des § 36 Abs. 2 GWB, der nicht nur für die Fusionskontrolle, sondern für das gesamte GWB gilt (BGH, Urteil vom 23.06.2009, KZR 22/08, juris, Rn. 15 m.w.N., siehe auch: Bechtold, a.a.O. § 36, Rn. 40), aufgrund ihres besonderen Verhältnisses zum Land Berlin kartellrechtlich als eigenes Handeln zurechnen lassen. 53

Das Land Berlin nimmt nämlich nicht nur die Rolle einer objektiven Tarifgenehmigungsbehörde, die unter Berücksichtigung öffentlich-rechtlicher Kalkulationsgrundsätze ein angemessenes Entgelt festsetzt, und der Rechtsaufsicht wahr, sondern es hat aufgrund der durch den Konsortialvertrag vom 18.06.1999 geschaffenen besonderen gesellschaftsrechtlichen Struktur zwischen dem Land, der Berlin Wasser Holding AG, der Berlin Wasser Beteiligungs GmbH und den privaten Investoren R... GmbH und V... GmbH als Gewährträger, (Mehrheits-) Anteilseigner und finanzieller Nutznießer der Tätigkeit der Betroffenen zugleich eine enge Verflechtung mit der Betroffenen und ein ganz erhebliches Eigeninteresse daran, dieser möglichst hohe Trinkwasserentgelte zu genehmigen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass den beiden Privatinvestoren die Erreichung von bestimmten Gewinnzielen vertraglich garantiert wurde, und dass das Land bei Nichterreichen der Ziele verpflichtet gewesen wäre, den Privatinvestoren entsprechende Ausgleichszahlungen in ganz erheblicher Höhe aus dem öffentlichen Haushalt zu leisten (siehe dazu: § 21.2 in Verbindung mit § 23 des Konsortialvertrags vom 18.06.1999 in Verbindung mit der Fünften Änderungsvereinbarung vom 24.10.2003; siehe dazu auch: Ochmann, Rechtsformwahrende Privatisierung von öffentlich-rechtlichen Anstalten, 2005, S. 39 m.w.N.). In diesem Zusammenhang ist durchaus zweifelhaft, ob die eingeräumte Gewinngarantie überhaupt durch die Verfolgung legitimer öffentlicher Aufgaben im Rahmen einer an den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit orientierten Verwaltung gedeckt war, sondern vielmehr allein den finanziellen Interessen der Privatinvestoren diente (siehe dazu: Kammergericht, Urteil vom 29.08.2012, 23 U 112/12, juris, Rn. 42 m.w.N.). Damit sind die Betroffene und das Land Berlin in einer vergleichbaren Weise miteinander verbunden, wie es § 36 Abs. 2 S. 1 GWB für das Verhältnis zwischen verbundenen Unternehmen im Sinne von § 17 Abs. 1 AktG, die kartellrechtlich als ein einheitliches Unternehmen betrachtet werden, vorsieht. 54

c) Folglich nimmt die Betroffene wie ein Privater am Wirtschaftsleben teil, so dass auch der Missbrauch einer wirtschaftlichen Machtstellung im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG 55

möglich ist. Für diesen Fall hat der Bundesgesetzgeber die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz durch den Erlass der Vorschriften des GWB, insbesondere der Vorschrift des § 130 Abs. 1 S. 1 GWB, abschließend gebraucht (Art. 70 GG in Verbindung Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG), so dass eine entgegenstehende Gesetzgebung der Länder gemäß Art. 72 Abs. 1 GG ausgeschlossen ist. Die Vorschrift des Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG ist in diesem Zusammenhang gegenüber der Vorschrift des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) die speziellere Norm. Soweit ein Land trotz der vom Bundesgesetzgeber genutzten Gesetzgebungskompetenz ein entsprechendes Gesetz erlassen hat, gilt Art. 31 GG (Bundesrecht bricht Landesrecht). Verfügungen der Kartellbehörden sind deshalb auch bei Einwirkung auf einer Länderkompetenz unterliegende Bereiche zulässig, soweit sie auf die Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Macht gerichtet sind. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass das GWB als Bundesgesetz ein bundesweiteinheitliches Schutzniveau anstrebt (so auch: Wolf, NZKart 2013, 17 ff (22), siehe zum Ganzen auch: Wolf, WUW 2013, 246 ff).

aa) Gegen die Anwendung der Vorschriften des GWB spricht auch nicht, dass Art. 28 Abs. 2 GG Gemeinden das grundrechtsgleiche Recht einräumt, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, insbesondere im Rahmen der Daseinsvorsorge, wozu auch die Versorgung mit Trinkwasser gehört, in eigener Verantwortung zu regeln. Das Recht auf kommunale Selbstverwaltung ist nämlich, wie Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG regelt, nur im Rahmen der allgemeinen Gesetze gewährleistet. Zu den allgemeinen Gesetzen, in deren Rahmen die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft eigenverantwortlich zu regeln sind, gehören über Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 und Nr. 11 GG auch die Vorschriften des GWB. Das Recht auf kommunale Selbstverwaltung räumt einer Kommune gerade keine Sonderstellung gegenüber anderen Adressaten kartellrechtlicher Verbote ein, wenn sie sich bei der Erfüllung der Aufgaben kommunaler Selbstverwaltung privatrechtlicher Mittel bedient, sondern sie hat die Vorschriften des GWB zu beachten (vergleiche dazu: BGH, Beschluss vom 28.06.2005, KVR 27/04, Arealnetz, juris, Rn. 26 und Beschluss vom 11.07.2006, KVR 28/05, Deutsche Bahn/KVS Saarlouis, juris, Rn. 20f, siehe auch: BGH, Urteil vom 12.11.2002, KZR 11/01, Feuerlöschzüge, juris, Rn. 13). Aufgrund dessen läuft das Argument der Betroffenen leer, durch die neben dem Tarifgenehmigungsverfahren stattfindende kartellrechtliche Überprüfung komme es zu einer unzulässigen Doppelkontrolle ihrer Trinkwasserentgelte. Auch der Umstand, dass von der Kommune zum Zwecke der Aufgabenerfüllung im Rahmen der Daseinsvorsorge ein rechtlich zulässiges Monopol, wie eine durch einen Anschluss- und Benutzungszwang gesicherte Trinkwasserversorgung durch eine Anstalt des öffentlichen Rechts, errichtet worden ist, schließt gerade nicht aus, das privatrechtliche Verhalten des Monopolisten an den Regeln des GWB zu messen (vergleiche dazu: BGH, Urteil vom 7.3.1989, KZR 15/87, Lotterrie-Bezirksstelle, juris, Rn. 15 und Urteil vom 7.11.1960, KZR 1/60, Molkereigenossenschaft, juris, Rn. 8). Das auf das Sozialstaatsprinzip gestützte legitime Interesse des Staates an Verbraucherschützenden Regelungen kann eine Einschränkung des Umfangs der kommunalen Selbstverwaltung rechtfertigen. Es besteht kein Grund für ein reduziertes Schutzniveau, nur weil die Gemeinden neben dem GWB gebührenrechtliche Grundsätze zu beachten haben, die bestimmte, mit der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht adressierte Gefahren gar nicht erfassen. Im Übrigen hat das Bundesverwaltungsgericht gerade für den Bereich der Wasserversorgung entschieden, dass selbst deren Übertragung von der Ortsgemeinde auf eine Verbandsgemeinde nicht den Kernbereich des Art. 28 Abs. 2 GG betrifft (Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 27.01.1984, 8 C 128/81, juris, Rn. 15 ff). Dies gilt erst recht, wenn einer Gemeinde die Aufgabe nicht weggenommen wird, sondern lediglich eine Überprüfung der Höhe der Trinkwasserentgelte erfolgt (siehe zum Ganzen auch: Wolf, NZKart 2013, 17 ff (24) m.w.N.; Wolf WuW 2013, 246 ff (247 f)).

Unabhängig davon wäre die kartellrechtliche Überprüfung grundsätzlich gemäß § 48 Abs. 2 S. 2 GWB „berlinintern“ erfolgt, so dass eine Verletzung von Art. 28 Abs. 2 GG schon aus diesem Grund ausscheidet. Das Bundeskartellamt ist nur tätig geworden, weil die zuständige Landeskartellbehörde befürchtet hat, bei der Überprüfung in einen Interessenkonflikt zu geraten und daher die Stellung eines Antrags gemäß § 49 Abs. 3 S. 1 GWB angeregt hat.

bb) Es ist nicht ersichtlich, dass Vorschriften des Rechts des Landes Berlin eine kartellrechtliche Überprüfung der Trinkwasserentgelte der Betroffenen ausdrücklich oder ihrer Intention nach ausschließen, worüber die Betroffene und das Bundeskartellamt streiten. Insbesondere das BerlBG, namentlich dessen § 16, enthält keine Regelung, aus der sich ein solcher Schluss ziehen lassen kann. Selbst wenn eine solche Regelung darin enthalten wäre, wäre sie gemäß Art. 31 GG – Bundesrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG in Verbindung mit den Vorschriften des GWB) bricht Landesrecht – unbeachtlich oder sie müsste zumindest verfassungskonform im Sinn einer Geltung der Vorschriften des GWB ausgelegt werden, was aufgrund des gemäß § 16 Abs. 3 S.1 GWB ohnehin geltenden Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes unproblematisch möglich wäre (siehe dazu auch: Wolf, WuW 2013, 246 ff (248)). Im Übrigen hat auch die originär zuständige Landeskartellbehörde zu keinem Zeitpunkt die Auffassung vertreten, eine kartellrechtliche Überprüfung der Trinkwasserentgelte der Betroffenen sei rechtlich nicht zulässig.

3. 59

Es ist weder zu beanstanden, dass das Bundeskartellamt die Wasserversorgungsunternehmen der Städte Hamburg, Köln und München als Vergleichsunternehmen ausgewählt hat, noch dass es zum Ausgleich von Unterschieden zwischen der Betroffenen und den drei Vergleichsunternehmen auf die Zubilligung von Zu- oder Abschlägen verzichtet hat. Auch die zum Preisvergleich gewählte Methode des Erlösvergleichs unter Zugrundelegung abgabenbereinigter durchschnittlicher Nettodurchschnittswasserpreise der drei Vergleichsunternehmen ist nicht zu beanstanden.

Bei den drei Vergleichsunternehmen handelt es sich unter Zugrundelegung mehrerer vom Bundeskartellamt ermessensfehlerfrei ausgewählter Vergleichskriterien um die der Betroffenen strukturell ähnlichsten drei Wasserversorgungsunternehmen auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland, wie die Betroffene im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht beanstandet hat.

Bei einer wertenden Gesamtschau der Ergebnisse aller zugrundegelegten objektiven Vergleichskriterien ergeben sich entgegen der Auffassung der Betroffenen keine erheblichen Unterschiede zwischen ihrem und den Vergleichsunternehmen, die Zu- oder Abschläge erforderlich machen. Dies beruht insbesondere darauf, dass nicht nur ein, sondern drei Vergleichsunternehmen und nicht nur einige wenige, sondern zahlreiche Vergleichskriterien bei der Auswahl zugrundegelegt worden sind. Ferner wurde trotz der vorliegenden Monopolsituation nicht der Preis des günstigsten Wasserversorgungsunternehmens der Bundesrepublik Deutschland, sondern der abgabenbereinigte Nettodurchschnittspreis der drei Vergleichsunternehmen zur Bestimmung der Erlösobergrenze der Betroffenen verwendet.

a) Die Vorschrift des § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB 1990 setzt voraus, dass das betroffene Versorgungsunternehmen ungünstigere Preise als gleichartige Versorgungsunternehmen fordert, es sei denn, das Versorgungsunternehmen weist nach, dass der Unterschied auf abweichenden Umständen beruht, die nicht zurechenbar sind.

64

Um einen Preisvergleich vornehmen zu können, müssen nach dem Wortlaut der Vorschrift aus dem Kreis aller Versorgungsunternehmen mindestens zwei Versorgungsunternehmen ausgewählt werden, die dem betroffenen Versorgungsunternehmen gleichartig sind. Nach der Rechtsprechung kann jedoch, wenn, wie bei der Trinkwasserversorgung, keine vergleichbaren Märkte mit wirksamem Wettbewerb existieren, auch die Auswahl nur eines Vergleichsunternehmens ausreichen, weil davon auszugehen ist, dass jedenfalls eine Überschreitung des Vergleichspreises des anderen Monopolunternehmens rechtsmissbräuchlich ist (BGH, Beschluss vom 15.05.2012, KVR 51/11, Wasserpreise Calw, Umdruck, S. 7, Rn. 14; BGH, Beschluss vom 28.06.2005, KVR 17/04, Stadtwerke Mainz, juris, Rn. 24 m.w.N.; BGH, Beschluss vom 21.02.1995, KVR 4/94, Weiterverteiler, juris, Rn. 38 u. 45). Die Auswahl mehrerer Vergleichsunternehmen anstatt nur eines Vergleichsunternehmens führt jedoch zu einer Verbreiterung der Vergleichsbasis, so dass die Anforderungen an die Ermittlung der Höhe des Vergleichspreises und insbesondere an das Erfordernis der Berücksichtigung von Sicherheitszuschlägen gegenüber der Auswahl nur eines Vergleichsunternehmens erheblich sinken (BGH, Beschluss vom 02.02.2010, KVR 66/08, Wasserpreise Wetzlar, Umdruck, Seite 24,) Rn. 68; BGH, Beschluss vom 28.06.2005, KVR 17/04, Stadtwerke Mainz, juris, Rn. 24 m.w.N.; vergleiche auch: BGH, Beschluss vom 21.02.1995, KVR 4/94, Weiterverteiler, juris, Rn. 47).

aa) Das GWB sieht keine Legaldefinition der Gleichartigkeit vor. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt das Merkmal der Gleichartigkeit grundsätzlich voraus, dass die Unternehmen nach unternehmerischer Tätigkeit und wirtschaftlicher Funktion im Verhältnis zum Normadressaten dieselbe Grundfunktion ausüben. Es ist nicht erforderlich, dass die Unternehmen gleichen Wettbewerbsbedingungen unterliegen, was angesichts der Monopolsituation im Wasserversorgungsbereich ohnehin ausgeschlossen ist. Die Gleichartigkeit kann nur im Hinblick auf den betroffenen Markt beurteilt werden, ohne Berücksichtigung der Tätigkeit der Unternehmen auf anderen Märkten, wie bei der Betroffenen zusätzlich auf dem Gebiet der Abwasserentsorgung. Darüber hinaus muss geprüft werden, ob die Unternehmen auch sonst die gleichen Aufgaben erfüllen oder Unterschiede bestehen, die sich auf ihre konkrete Tätigkeit sowie die Wettbewerbsbedingungen wesentlich auswirken (Bechtold, GWB, 2010, § 20, Rn. 35 m.w.N.).

Gleichartigkeit bedeutet auch nicht Gleichheit, sondern Vergleichbarkeit auf der Grundlage einer verständigen wirtschaftlichen Betrachtungsweise. Der Kreis der im Rahmen des Vergleichs zu berücksichtigenden gleichartigen Unternehmen wird nicht festgelegt, sondern in das Auswahlermessen der Kartellbehörde gestellt, welches nur auf Ermessensfehler, wie Ermessensunterschreitung, Ermessensüberschreitung und Ermessens Fehlgebrauch, zu überprüfen ist. Es soll in erster Linie auf solche Unternehmen abgestellt werden, deren Beschaffungs-, Erzeugungs- und Vertriebssituation im Wesentlichen ähnlich gelagert ist. Die Auswahl ist nach den Gesichtspunkten der gleichartigen Erzeugungs-, Bezugs- und Vertriebssituation zu treffen. Sofern Daten herangezogen werden, müssen diese in der marktbezogenen Funktion für das beanstandete Verhalten aussagekräftig sein (Klaue in Immenga/Mestmäcker, GWB, 1981, § 103, Rn. 66 f m.w.N.; Jestaedt in Langen/Bunte, Komm. z. dtsh. u. europ. Kartellrecht, 7. Aufl., 1994, § 103, Rn. 38 m.w.N.).

bb) Für den Anwendungsbereich der Überprüfung der Höhe der Wasserpreise hat der Bundesgerichtshof in der Entscheidung Wasserpreise Wetzlar (Beschluss vom 02.02.2010, KVR 66/08, Umdruck, dort Seite 11f, Rn. 29 ff) zur Auswahl der Vergleichsunternehmen präzisierend ausgeführt, dass dem Tatbestandsmerkmal der Gleichartigkeit nur die Funktion zukommt, eine grobe Sichtung unter den als Vergleichsunternehmen in Betracht kommenden

Versorgungsunternehmen zu ermöglichen. Es kommt dagegen nicht darauf an, dass das betroffene Unternehmen dem oder den Vergleichsunternehmen „wie ein Ei dem anderen“ gleicht. Nur wenn sich die Unternehmen schon auf erste Sicht so signifikant unterscheiden, dass sich ihre Einordnung als gleichartig von vorneherein verbietet, ist es dem betroffenen Unternehmen nicht zumutbar, gemäß § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 HS. 2 GWB 1990 nachzuweisen, 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.

Danach sind zwei Unternehmen jedenfalls dann gleichartig, wenn zwischen ihnen hinsichtlich der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen keine wesentlichen Unterschiede bestehen, die aus der Sicht der Abnehmer gemäß der Zielsetzung einer möglichst sicheren und preiswürdigen Versorgung mit Trinkwasser von vornherein eine deutlich unterschiedliche Beurteilung der Preisgestaltung rechtfertigen. Dabei kommt es auch nicht auf eine umfassende Feststellung aller maßgeblichen Strukturdaten an, sondern die Kartellbehörde kann aus allen möglichen Vergleichskriterien nach billigem Ermessen eine Auswahl treffen. 68

Wesentliche Kernwerte der Kostenstruktur, die zur Grundlage für die Auswahl gemacht werden können, aber nicht zwingend werden müssen, sind die Versorgungsdichte im engeren Sinn (Metermengenwert) und die Abnehmerdichte (Netzlänge pro Hausanschluss), aber auch die Anzahl der versorgten Einwohner, die nutzbare Wasserabgabe, die Abgabestruktur (Haushalts- und Kleingewerbekunden) und die Gesamterträge der Wassersparte. Anders als bei der Strom- und Gasversorgung hat im Bereich der Wasserversorgung auch die Vertriebssituation eine erhebliche Bedeutung, weil die Vertriebskosten einen höheren Anteil an den Gesamtkosten ausmachen. Insbesondere aus der Versorgungsdichte und der Abnehmerdichte lassen sich nach der Auffassung des Bundesgerichtshofs Rückschlüsse auf die Vertriebskosten ziehen. 69

Bestehen wesentliche Unterschiede, spricht auch dies nicht zwingend gegen die Gleichartigkeit der herangezogenen Unternehmen. Vielmehr besteht die Möglichkeit, die Unterschiede durch Zu- und Abschläge auf die Vergleichspreise auszugleichen, um so eine Gleichartigkeit herzustellen. 70

cc) Nach diesen Maßstäben sind die vom Bundeskartellamt ausgewählten drei Vergleichsunternehmen, die Wasserversorger der Städte Hamburg, Köln und München gleichartig im Sinne des § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB 1990, so dass der aus deren jeweiligen Preisen gebildete Durchschnittspreis mit dem Preis der Betroffenen verglichen werden kann. 71

Ausgehend davon, dass die Gleichartigkeit nur zu verneinen ist, wenn sich deren Annahme bei einer groben Sichtung wegen signifikanter Unterschiede von vorneherein verbietet, greift die von der Betroffenen erhobene Kritik nicht durch. Dies gilt sowohl für die grundsätzliche Kritik der Betroffenen an der Auswahl der drei Vergleichsunternehmen, die allerdings im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat aufgegeben worden ist, als auch für die weitergehende und aufrechterhaltene Kritik der Betroffenen, Unterschiede zwischen den drei ausgewählten Vergleichsunternehmen und ihrem Unternehmen müssten durch Zu- und Abschläge auf die Vergleichspreise ausgeglichen werden, um so eine völlige Gleichartigkeit der vier Unternehmen herzustellen. 72

b) Das Bundeskartellamt hat zur Feststellung der Gleichartigkeit der Betroffenen mit den drei Vergleichsunternehmen in einem umfangreichen Verfahren die Struktur- und Kostendaten von 45 bundesdeutschen Wasserversorgungsunternehmen, darunter die 38 größten Städte, erhoben, überprüft und analysiert.

Dazu hat es zunächst eine Vielzahl von strukturellen Kriterien, nämlich die Größe des Wasserversorgers, den Metermengenwert (Versorgungsdichte im engeren Sinn) und sonstige Versorgungsdichtekriterien wie die allgemeine Einwohnerdichte, die Dichte des Versorgungsnetzes, die Einwohneranschlussdichte, den Hausanschlussabsatz und die Abnehmerdichte sowie die Kundenstruktur, die Unternehmensstruktur, die Wasserverfügbarkeit, die Wasserqualität, die Höhenunterschiede im Versorgungsgebiet, die Bodenbeschaffenheit und die lokale Infrastruktur, insbesondere hinsichtlich des Grabungsaufwands, die Art der Entgelte, die Höhe von Wasserentnahmeentgelten, Konzessionsabgaben und Sondernutzungsgebühren, die landes- oder kommunalspezifischer Besonderheiten sowie die Besonderheiten ostdeutscher Wasserversorger der Wasserversorgung in der Bundesrepublik Deutschland untersucht und dann aus diesen unterschiedlich aussagekräftigen Kriterien nicht nur ein oder mehrere gleichartige Wasserversorgungsunternehmen, sondern die drei bundesdeutschen Wasserversorgungsunternehmen identifiziert, die der Betroffenen am ähnlichsten sind. 74

Die Betroffene nimmt bei den Werten vieler Vergleichskriterien entweder eine Spitzenstellung ein, dicht gefolgt von den drei Vergleichsunternehmen, oder sie weist zumindest sehr ähnliche Werte auf, wie die drei Vergleichsunternehmen. Jedenfalls befinden sich die Betroffene und die drei Vergleichsunternehmen bei fast allen Vergleichskriterien gemeinsam in der Spitzengruppe der 38 untersuchten Unternehmen. Andere großstädtische Wasserversorgungsunternehmen weisen zwar bei einzelnen Vergleichskriterien ähnliche Werte wie die Betroffene auf, haben aber bei anderen Vergleichskriterien wiederum deutlich unterschiedliche Werte oder deutlich andere Strukturen und sind folglich nicht als Vergleichsunternehmen zu berücksichtigen. Dies gilt insbesondere für G., M. und die Stadtwerke D.. Zwei der drei Wasserversorgungsunternehmen weisen beispielsweise einen deutlich höheren Metermengenwert auf (G. ; M. ; Stadtwerke D. ; jeweils mit Hausanschlussleitungen (HAL)) als die Betroffene (mit HAL) auf. Bei G. und M. schließen allerdings deutliche Strukturunterschiede einen Vergleich mit der Betroffenen aus. So versorgt G. über das Stadtgebiet von Gelsenkirchen hinaus mehrere kleinere, räumlich nicht zusammenhängende Tarifgebiete und M. ist auf den Fremdbezug von Wasser angewiesen. Beide Unternehmen haben zudem einen überdurchschnittlich hohen Anteil an Industriekunden oder Weiterverteilern, wobei für diese andere Preise und Bedingungen gelten. 75

Die Vergleichbarkeit der Betroffenen mit den Wasserversorgern aus Hamburg, Köln und München ergibt sich insbesondere aus Folgendem: 76

aa) Größe der Wasserversorger: 77

Die Betroffene ist das größte Wasserversorgungsunternehmen der Bundesrepublik Deutschland und zwar hinsichtlich fast aller maßgeblichen Größenkriterien, nämlich der Zahl der versorgten Einwohner, des Wasserumsatzes, des Wasserabsatzes, der Netzlänge (zweitlängstes Netz), der Wassergewinnung und der Zahl der Hausanschlüsse (zweimeiste Hausanschlüsse). Die nächstgrößeren berücksichtigungsfähigen Wasserversorgungsunternehmen sind die drei Vergleichsunternehmen Hamburg, Köln und München. Wegen der Einzelheiten der Datenerhebung wird auf Seite 50 des angefochtenen Beschlusses sowie ergänzend auf die Ergebnisse des Datenchecks I verwiesen. Die weiteren 78

ähnlich großen Wasserversorgungsunternehmen, die Wasserversorger G. AG, der O. Wasserverband (O..WV, längstes Netz und meiste Hausanschlüsse) und die R... Wasserwerksgesellschaft mbH (RWW), sind nicht mit der Betroffenen vergleichbar, weil sie entweder mehrere Versorgungsgebiete versorgen und/oder in einem erheblichen Umfang Industriekunden beliefern. Die Größe eines Wasserversorgers beeinflusst dessen Kostensituation in positiver Hinsicht, insbesondere ergeben sich für ihn größere Möglichkeiten zur Einsparung von Fixkosten, die im Wasserbereich etwa 80 % der Kosten ausmachen. Die großen Wasserversorgungsunternehmen, die Großstädte versorgen, weisen daher die niedrigsten Kostenquoten auf. Ein Teil der Größenvorteile wird im Metermengenwert, der die Relation zwischen Absatzmenge und Netzlänge abbildet, berücksichtigt. Die Größenvorteile sind aber nicht auf die Netzkosten beschränkt, sondern es ergeben sich zusätzliche Vorteile bei der Beschaffung von Waren und Dienstleistungen, bei der Abrechnung, beim Kundenservice und bei Wartungsarbeiten, aber auch bei der Wassergewinnung.

bb) Metermengenwert (Wasserabsatz in Tm³ je Kilometer Leitungslänge mit Hausanschlussleitungen (HAL)): 79

Im Metermengenwert, der den Gesamtabsatz pro Kilometer Wasserversorgungsnetz repräsentiert, spiegeln sich die wesentlichen Charakteristika eines Versorgungsgebiets wieder. Eine hohe Bevölkerungsdichte, ein hoher Verbrauch je Einwohner, ein hoher Industrieanteil und eine geringe Zersiedelung wirken sich erhöhend auf den Metermengenwert aus und weisen auf eine konzentrierte städtische Versorgung hin, während die umgekehrten Vorzeichen ihn absinken lassen und auf ländliche Strukturen und zersiedelte Bebauung hinweisen. 80

Die Betroffene weist einen sehr hohen Metermengenwert von (Platz 6) auf, der nur von fünf großstädtischen Wasserversorgungsunternehmen übertroffen wird. Dazu gehören die Vergleichsunternehmen Köln (Platz 3,) und München (Platz 5,), sowie G. (Platz 1,), die Stadtwerke D. (Platz 2,) und die Stadtwerke K. (Platz 4,). Einen geringfügig niedrigeren Metermengenwert als die Betroffene weist Hamburg auf (Platz 9,). 81

Werden die Hausanschlussleitungen bei der Berechnung des Metermengenwerts dagegen nicht berücksichtigt, kommt es nur zu geringen Veränderungen der Platzierungen, weil sich die Metermengenwerte mehr oder weniger gleichmäßig erhöhen. Köln verändert sich von Platz 3 auf Platz 4, München bleibt auf Platz 5, Berlin verändert sich von Platz 6 auf Platz 9. Lediglich bei Hamburg tritt eine größere Veränderung ein und zwar von Platz 9 auf Platz 17. Dies beruht darauf, dass der Metermengenwert von Hamburg gleich bleibt, weil bei beiden Berechnungsarten die Hausanschlussleitungen unberücksichtigt bleiben mussten, da die Länge der Hausanschlussleitungen nicht bekannt ist. Dies führt jedoch nicht zu einer Benachteiligung der Betroffenen, weil Unternehmen mit einem niedrigeren Metermengenwert ungünstigere Vertriebsbedingungen haben. 82

Das Bundeskartellamt hat über den ausweislich der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Beschluss vom 02.02.2010, KVR 66/08, Wasserpreise Wetzlar, Umdruck, Seite 12, Rn. 32 + S. 17, Rn. 46) wichtigen Metermengenwert hinaus weitere Kriterien untersucht, die ebenfalls die Versorgungsdichte der Wasserversorger abbilden. Dazu gehören die allgemeine Einwohnerdichte, die Dichte des Versorgungsnetzes, die Einwohneranschlussdichte, der Hausanschlussabsatz und die Abnehmerdichte. Bezugsjahr ist jeweils das Jahr 2009. 83

cc) allgemeine Einwohnerdichte (versorgte Einwohner pro km² Versorgungsgebiet): 84

Berlin weist die höchste Einwohnerdichte aller abgefragten Städte auf (). München weist die zweithöchste () und Köln die achthöchste Einwohnerdichte () auf. Hamburg fällt demgegenüber ab (Platz 15,), weil die Elbe und der Hafen einen großen Teil des Stadtgebiets beanspruchen. Der Durchschnitt der 38 größten Städte liegt nur bei .

dd) Dichte des Versorgungsnetzes (versorgte Einwohner pro km Wasserversorgungsnetz): 86

Das Versorgungsnetz der Betroffenen weist eine sehr hohe Dichte auf (Platz 3,). Nur die Wasserversorger von Frankfurt (Platz 1,) und Hamburg (Platz 2,) weisen ein dichteres Versorgungsnetz auf. Die Wasserversorger von München () und Köln () folgen auf den Plätzen 5 und 6. Der Durchschnitt der 38 größten Städte liegt bei . 87

ee) Einwohneranschlusssdichte (Einwohner je Hausanschluss): 88

Berlin weist die höchste Einwohneranschlusssdichte () auf. München folgt auf Platz 2 (). Hamburg liegt auf Platz 5 (). Köln liegt auf Platz 13 (). Der Durchschnitt der 38 größten Städte liegt bei . 89

ff) Hausanschlussabsatz (nutzbare Wasserabgabe an Letztverbraucher pro Hausanschluss in m³): 90

Berlin weist den höchsten Hausanschlussabsatz auf (). München folgt auf Platz 2 (). Köln liegt auf Platz 8 () und Hamburg auf Platz 10 (). Der Durchschnitt der 38 größten Städte liegt bei , mengengewichtet bei . 91

Betrachtet man lediglich die nutzbare Wasserabgabe an HuK-Kunden (Haushalts- und Kleingewerbekunden) pro Hausanschluss liegt Berlin auf Platz 3 (), München auf Platz 1 (), Köln auf Platz 6 () und Hamburg auf Platz 7 (). Der Durchschnitt der 38 größten Städte liegt nur bei , mengengewichtet bei . 92

gg) Abnehmerdichte (Netzlänge ohne Hausanschlussleitungen in Meter pro Hausanschluss): 93

Bei der Abnehmerdichte findet sich Köln auf Platz 6 (), Hamburg auf Platz 26 (), München auf Platz 30 () und Berlin nur auf Platz 33 () 94

Ähnliche Werte wie die Betroffene weisen die in Größe und Struktur kaum oder gar nicht vergleichbaren Wasserversorger der Städte Chemnitz, Erfurt, Halle und Leipzig auf. Auf den ersten fünf Plätzen finden sich dagegen die Wasserversorger der Städte Bonn, Lübeck, Mönchengladbach, Bremen und Krefeld. Der Durchschnitt der 38 größten Städte liegt bei bzw. . 95

Die Aussagekraft des Kriteriums der Abnehmerdichte ist daher, wie sich schon aus den ermittelten Zahlenwerten ohne weiteres ergibt, für die Beurteilung der Vergleichbarkeit der Wasserversorgungsunternehmen - wie nachstehend weiter ausgeführt wird (siehe dazu unten unter c) ee)) - nur von geringer Aussagekraft. 96

hh) Kundenstruktur: 97

Die Kundenstruktur der Betroffenen und der drei Vergleichsunternehmen, die auf dem sachlich relevanten Markt der Versorgung von Letztverbrauchern mit Trinkwasser tätig sind, ist sehr ähnlich. Der Industriekundenanteil ist, wie bei fast allen großstädtischen Wasserversorgungsunternehmen, gering. Er liegt bei der Betroffenen und den Vergleichsunternehmen deutlich unter 10 %, nämlich zwischen 5 % und 8 %. Die 98

Unterschiede, die sich zunächst aufgrund der Abfrage des Bundeskartellamts zwischen der Betroffenen und den Vergleichsunternehmen ergeben haben, beruhen darauf, dass die Betroffene nicht nur echte Industriekunden, sondern auch andere Großkunden, wie Wohnungsbaugesellschaften, Regierungs- und Verwaltungsstellen als Industriekunden eingeordnet hat. Abgesehen davon ist die Aussagekraft des Kriteriums der Kundenstruktur ohnehin gering, weil die Folgen unterschiedlicher Kundenstrukturen weitgehend durch den Metermengenwert berücksichtigt werden.

ii) Unternehmensstruktur: 99

Auch die Unternehmensstruktur aller großstädtischen Wasserversorgungsunternehmen ist, wie auch bei der Betroffenen und den Vergleichsunternehmen, im Wesentlichen identisch. Bei allen handelt es sich um integrierte Wasser- und Abwasserunternehmen. Weit überwiegend befinden sich alle Wasserversorgungsunternehmen unter kommunaler Kontrolle. 100

jj) Wasserverfügbarkeit: 101

In Berlin ist die Verfügbarkeit von Wasser sehr hoch. Auch bei extremer Trockenheit drohen keine Engpässe. Ein Fremdbezug ist, anders als bei anderen Wasserversorgungsunternehmen, nicht notwendig. Die Wassergewinnung erfolgt ausschließlich auf der Basis von Grundwasser, welches zu etwa 60 % aus Uferfiltrat, zu 30 % aus natürlicher Grundwasserneubildung und zu 10 % aus künstlicher Grundwasserneubildung herrührt. Der Grundwasserspiegel liegt hoch, so dass die Förderung einfach ist. Die genutzten Grundwasserstockwerke liegen nur 20 m bis 80 m unter Geländeoberkante. Auf und in der Nähe des Stadtgebiets befinden sich zudem zahlreiche Gewässer mit gleich bleibendem Wasserstand. 102

kk) Wasserqualität: 103

In Berlin ist auch die Grundwasserqualität hoch. Für die Aufbereitung des Wassers in Trinkwasserqualität sind lediglich einfache und naturnahe Verfahren, wie Belüftung, Filtration in offenen und geschlossenen Anlagen, Speicherung) notwendig, weil das Wasser weitgehend unbelastet ist. Eine Desinfektion ist nicht erforderlich. In fast allen anderen deutschen Großstädten, wie auch in Hamburg und Köln, liegen weniger günstige und sogar deutlich ungünstigere Wasserverhältnisse vor, woraus erhebliche zusätzliche Kosten für die Wasseraufbereitung resultieren. 104

Eine Ausnahme stellt das Wasserversorgungsunternehmen der Stadt München dar. Es besteht eine sehr hohe Wasserverfügbarkeit von außergewöhnlich guter Qualität, weil Wasser aus den Alpen über eine Versorgungsleitung mit natürlichem Gefälle in die Stadt geleitet werden kann, so dass jeglicher Pumpaufwand entfällt. Dem stehen jedoch sowohl die Investitions- und Unterhaltungskosten für die lange Transportleistung von den Alpen bis nach München als auch die Notwendigkeit gegenüber, Grundstücke in den Alpen zu erwerben und über die Subventionierung ökologischer Landwirtschaft den Schutz des Grundwassers zu gewährleisten und eine Verschmutzung durch Schadstoffeinträge aus der Landwirtschaft zu vermeiden. 105

ll) Höhenunterschiede im Versorgungsgebiet: 106

Die Versorgungsgebiete der Betroffenen und der drei Vergleichsunternehmen weisen, für die Unternehmen vorteilhaft, weil zusätzlicher Pumpaufwand weitgehend entfällt, nur geringe 107

Höhenunterschiede auf. Die höchsten Erhebungen im Berliner Versorgungsgebiet sind der Kreuzberg (52 m über NN) und der Prenzlauer Berg (90 m über NN). Das übrige Stadtgebiet liegt auf einer Höhe von 34 m über NN.

mm) Bodenbeschaffenheit: 108

In Berlin liegen, für die Betroffene ebenfalls vorteilhaft, leicht grabbare Sandböden vor, so dass Leitungen leicht verlegt und Schäden schnell aufgefunden und behoben werden können. 109

nn) Infrastruktur: 110

Die vorhandene lokale Infrastruktur kann zu Erschwerungen beim Netzbau und der Netunterhaltung führen, wenn unterirdische Bauten und andere Leitungen in nicht unerheblichem Umfang vorhanden sind, starker Verkehr herrscht oder aufwändig gepflasterte Fußgängerzonen vorhanden sind. Auch Trümmerschutt aus dem zweiten Weltkrieg kann zu Erschwerungen führen, insbesondere wenn Städte, wie Hamburg und Köln, besonders intensiv bombardiert worden sind. In Köln führen archäologische Funde aus der Römerzeit zusätzlich zu erheblichen Erschwerungen. In den Städten Berlin, Hamburg, Köln und München als einzige Millionenstädte der Bundesrepublik Deutschland sind die Bedingungen in der Gesamtschau gleichwohl sehr ähnlich. 111

oo) Art der Entgelte: 112

Die befragten 38 großstädtischen Versorger, unter ihnen die Betroffene und die drei Vergleichsunternehmen, erheben Preise und keine Gebühren. 113

pp) Wasserentnahmeentgelten, Sondernutzungsgebühren und Konzessionsabgaben: 114

Die von den Kommunen erhobenen Sondernutzungsgebühren und Konzessionsabgaben sowie die von den Ländern erhobenen Wasserentnahmeentgelte haben einen Einfluss auf die Höhe des vom Letztverbraucher zu zahlenden Trinkwasserpreises. Dieser Umstand ist jedoch bei der Auswahl der gleichartigen Vergleichsunternehmen bedeutungslos, weil nach der Auffassung des Senats - wie nachstehend unter d) ausgeführt wird - ein Vergleich der um die Umsatzsteuer, die Wasserentnahmeentgelte, die Sondernutzungsgebühren und die Konzessionsabgaben bereinigten Nettodurchschnittserlöse zu erfolgen hat. 115

qq) ostdeutsche Wasserversorger: 116

Die ostdeutschen Städte weisen, mit der Ausnahme von Dresden, niedrige Metermengenwerte auf. Gleiches gilt für die anderen Dichtekriterien. Diese Besonderheiten gelten jedoch nicht nur für ostdeutsche, sondern auch für westdeutsche Wasserversorger. Eine Berücksichtigung von besonderem wiedervereinigungsbedingten Umständen, wie hohen Investitionen nach der Wiedervereinigung, hat daher nicht bei der Vergleichbarkeit, sondern bei den Rechtsfertigungsgründen zu erfolgen. 117

Im Übrigen wird hinsichtlich der zu den einzelnen untersuchten Vergleichskriterien vom Bundeskartellamt ermittelten Ergebnisse zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen auf den Seiten 49 bis 74 des angefochtenen Beschlusses sowie ergänzend auf die Ergebnisse des Datenchecks I verwiesen. 118

c) Die Beanstandungen der Betroffenen greifen sowohl hinsichtlich der Berücksichtigung beziehungsweise Nichtberücksichtigung bestimmter Vergleichskriterien als auch hinsichtlich 119

der vom Bundeskartellamt aus bestimmten Vergleichskriterien gezogenen Schlüsse nicht durch.

Im Einzelnen:

120

aa) Die Betroffene beanstandet, der Metermengenwert sei zur Feststellung der Versorgungsdichte und folglich auch zur Feststellung der Gleichartigkeit von Wasserversorgungsunternehmen nicht geeignet. Zur Begründung ihrer Beanstandungen bezieht sich die Betroffene insbesondere auf das von ihr eingeholte Privatgutachten von Professor Dr. H... "Bewertung wasserwirtschaftlicher Fragen im Verfahren des Bundeskartellamts gegen die BWB" vom 06.01.2013.

121

Das Bundeskartellamt meint dagegen, der Metermengenwert sei der umfassendste und zuverlässigste Indikator für die Ermittlung der Versorgungsdichte und zur Feststellung der Gleichartigkeit von Wasserversorgungsunternehmen.

122

Der Senat ist der Auffassung, dass der Metermengenwert zur Feststellung der Versorgungsdichte und zur Überprüfung der Gleichartigkeit von Wasserversorgungsunternehmen geeignet ist. Hierfür spricht nicht nur, dass der Bundesgerichtshof den Metermengenwert als Kriterium zur Feststellung der Gleichartigkeit bei der Trinkwasserversorgung nicht nur akzeptiert, sondern als eines von zwei maßgeblichen Kriterien gegenüber allen anderen Vergleichskriterien hervorgehoben hat (BGH, Beschluss vom 2.10.2010, KVR 66/08, Wasserpreise Wetzlar, Umdruck, S.12, Rn. 32). Nach seiner Auffassung hat die Versorgungsdichte – wie unmittelbar einleuchtet – einen wesentlichen Einfluss auf die Kostenstruktur. Bei einer höheren Abgabemenge pro Meter des Leitungsnetzes ist die Versorgung in der Tendenz kostengünstiger als bei einer niedrigeren Menge, so dass der Erlös für den Zweck der Preismissbrauchskontrolle ins Verhältnis zur Länge des Leitungsnetzes gesetzt werden kann, was auch das Gutachten von Prof. H... grundsätzlich nicht in Frage stellt (siehe Zusammenfassung, Ziffer 9.). Dagegen kommt es für die Ermittlung der Versorgungsdichte und zur Feststellung der Gleichartigkeit nicht darauf an, ob der Metermengenwert, wie Prof. H... meint, nicht geeignet sei, Aussagen zur vorhandenen und zur notwendigen Kapazität des Trinkwasserversorgungssystems zu machen (siehe Zusammenfassung, 1. u. 3.). Daher hat der Bundesgerichtshof bei der Stromversorgung (BGH, Beschluss vom 28.06.2005, KVR 17/04, Stadtwerke Mainz, juris, Rn. 19 u. 26) und dann bei der Wasserversorgung (BGH, Beschluss vom 2.10.2010, KVR 66/08, Wasserpreise Wetzlar, Umdruck, S. 12, Rn. 32 u. S. 17, Rn. 46) gebilligt, den Erlös für die Zwecke der Preismissbrauchskontrolle ins Verhältnis zur Länge des Leitungsnetzes zu setzen. Gegen die Übertragbarkeit der für die Stromversorgung getroffenen Feststellung auf die ebenfalls leitungsgebundene Wasserversorgung wurde im Verfahren Wasserpreise Wetzlar nichts Durchgreifendes vorgetragen (so ausdrücklich: BGH, Beschluss vom 2.10.2010, KVR 66/08, Wasserpreise Wetzlar, Umdruck, S. 17, Rn. 46). Auch dem nun vorgelegten Gutachten von Prof. H... lässt sich kein durchgreifendes Argument gegen die Berücksichtigung des Metermengenwertes bei der Gleichartigkeitsprüfung entnehmen.

123

Die Behauptung der Betroffenen, im Verfahren Wasserpreise Wetzlar sei von der dortigen Rechtsbeschwerdeführerin nicht hinreichend zur fehlenden Eignung des Metermengenwerts vorgetragen worden, so dass sich der Bundesgerichtshof hierzu „keine Gedanken gemacht“ und „keine Meinung gebildet“ habe und folglich zu Gunsten des Metermengenwert entschieden habe, sie aber hinreichend zur fehlenden Eignung des Metermengenwerts vortrage, erscheint aus der Sicht des Senats, der den Vortrag der dortigen Rechtsbeschwerdeführerin nicht kennt, zweifelhaft. Die Formulierung des Bundesgerichtshofs lässt den Schluss zu, dass zwar zur angeblich fehlenden Eignung des Metermengenwerts

124

vorgetragen wurde, aber aus der Sicht des Bundesgerichtshofs nichts davon erheblich war.

Für die Eignung und Berücksichtigung des Metermengenwerts zur Feststellung der Versorgungsdichte und folglich auch zur Feststellung der Gleichartigkeit von Wasserversorgungsunternehmen spricht aber insbesondere, dass die Versorgungsdichte der Betroffenen und der drei Vergleichsunternehmen vorliegend nicht nur allein durch den Metermengenwert, sondern zusätzlich durch mehrere andere Kriterien, wie die allgemeine Einwohnerdichte, die Dichte des Versorgungsnetzes, die Einwohneranschlussdichte und den Hausanschlussabsatz ermittelt und abgebildet worden ist, wie dies auch im Gutachten von Prof. H... gefordert wird (siehe Zusammenfassung, Ziffer 2.). Dies relativiert die Bedeutung des Metermengenwerts im Rahmen der Prüfung der Versorgungsdichte im weiteren Sinne. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass der Metermengenwert nur eines von zahlreichen Kriterien ist, aufgrund derer die Gleichartigkeit der Vergleichsunternehmen ermittelt worden ist. Dies schwächt die Bedeutung des Metermengenwerts auch im Rahmen der Gleichartigkeitsprüfung ebenfalls ab. Übersehen werden darf auch nicht, dass die Bedeutung und Aussagekraft des Metermengenwerts nicht nur aus wasserwirtschaftlicher Sicht zu betrachten ist. Dies verkennt die Betroffene, die sich ausschließlich die im Gutachten des Prof. H... vertretene wasserwirtschaftliche Betrachtung zu eigen gemacht und dabei übersehen hat, dass die Rechtsprechung ohnehin nur eine grobe Sichtung der Vergleichsunternehmen fordert und ein Unternehmen nur dann als nicht gleichartig ansieht, wenn sich dieses Ergebnis wegen signifikanter Unterschiede geradezu aufdrängt (BGH, Beschluss vom 2.10.2010, KVR 66/08, Wasserpreise Wetzlar, Umdruck, S. 11, Rn. 29). Hierfür gibt es aber bei keinem der drei ausgewählten Vergleichsunternehmen gewichtige Anhaltspunkte.

bb) Die Betroffene beanstandet auch die konkrete Berechnung der Metermengenwerte durch das Bundeskartellamt. Sie ist der Auffassung, bei dessen Berechnung hätten die Hausanschlussleitungen nicht berücksichtigt werden dürfen. Zur Begründung führt sie an, der Metermengenwert solle Aufschluss über die Wasserverteilungskosten geben. Dieses Ziel können nur erreicht werden, wenn die Kosten für die Errichtung und Erneuerung der Hausanschlussleitungen von allen Vergleichsunternehmen getragen würden. Dies sei bei den Vergleichsunternehmen jedoch nicht durchgängig der Fall. In Berlin sei dies nur teilweise der Fall. Es müsse daher eine Berechnung des Metermengenwerts ohne die Hausanschlussleitungen erfolgen. Diese führe aber zu dem Ergebnis, dass es sich bei den gewählten Vergleichsunternehmen nicht mehr um die ähnlichsten Unternehmen handle.

Die Argumentation der Betroffenen überzeugt schon im Ansatz nicht, weil der Metermengenwert nicht mehr und nicht weniger als eine von mehreren Kennziffern für die Versorgungsdichte darstellt. Er bildet den Gesamtabsatz in Kubikmetern pro Kilometer Wasserversorgungsnetz ab und zwar den des gesamten Netzes einschließlich der Hausanschlussleitungen. Dabei besteht nur ein mittelbarer Bezug zu den Wasserverteilungskosten. Für die Beurteilung der strukturellen Vergleichbarkeit der Unternehmen ist die Höhe der Wasserverteilungskosten jedoch weitgehend belanglos. Abgesehen davon würde eine Berechnung des Metermengenwerts ohne die Hausanschlussleitungen jedenfalls die Versorger benachteiligen, die für die Erhaltung langer Hausanschlussleitungen aufzukommen haben.

Unabhängig davon würde die geforderte Nichtberücksichtigung der Hausanschlussleitungen ohnehin zu keinem anderen Ergebnis führen. Wie vorstehend bereits ausgeführt, kommt es nur zu geringen Veränderungen bei den untersuchten Unternehmen, weil sich die Metermengenwerte mehr oder weniger gleichmäßig erhöhen. Köln verändert sich von Platz 3

auf Platz 4, München bleibt auf Platz 5, Berlin verändert sich von Platz 6 auf Platz 9. Lediglich bei Hamburg tritt eine größere Veränderung ein und zwar von Platz 9 auf Platz 17. Dies beruht darauf, dass der Metermengenwert von Hamburg gleich bleibt, weil bei beiden Berechnungsarten die Hausanschlussleitungen unberücksichtigt bleiben mussten, da die Länge der Hausanschlussleitungen nicht bekannt ist. Dieser Umstand führt jedoch nicht zu einer Benachteiligung der Betroffenen, weil Unternehmen mit einem niedrigeren Metermengenwert ohnehin potentiell ungünstigere Vertriebsbedingungen haben.

cc) Die Betroffene fordert weiter, bei der Berechnung des Metermengenwerts nicht auf die Absatzmenge, sondern auf die Rohrnetzeinspeisemenge, das heißt die Absatzmenge zuzüglich Wasserverluste und Eigenverbrauch, abzustellen, weil das Netz für die einzuspeisende Menge dimensioniert wurde. Auch diese Argumentation der Betroffenen überzeugt nicht, weil es in einem Verfahren, in dem es um die Angemessenheit der Trinkwasserpreise für Letztverbraucher geht, darauf ankommt, welche Wassermenge an die Letztverbraucher pro Leitungskilometer abgesetzt wird. Dies entspricht auch der Definition des Metermengenwerts (vergleiche: BGH, Beschluss vom 2.10.2010, KVR 66/08, Wasserpreise Wetzlar, Umdruck, S. 17, Rn. 46). Ob die Betroffene für die Versorgung eines Letztverbrauchers mehr oder weniger Wasser in ihr Netz einspeisen muss, ist jedenfalls bei der Prüfung der Gleichartigkeit bedeutungslos und dürfte bei einem erheblichen Unterschied zwischen der eingespeisten und der abgesetzten Trinkwassermenge vielmehr die Frage aufwerfen, wie sicher und effizient die Versorgung durch den betreffenden Wasserversorger ist. Überdies legt die Betroffene nicht dar, welche Konsequenzen es auf die Auswahl der konkreten Vergleichsunternehmen hätte, wenn nicht auf die Absatzmenge, sondern auf die Rohrnetzeinspeisemenge abgestellt würde. 129

dd) Die Betroffene vertritt unter Berufung auf den Bundesgerichtshof zudem die Auffassung, der Metermengenwert dürfe nur kumulativ mit der Abnehmerdichte berücksichtigt werden. Der Senat ist demgegenüber der Auffassung, dass dem Beschluss des Bundesgerichtshofs nicht zu entnehmen ist, dass der Metermengenwert nur kumulativ mit der Abnehmerdichte berücksichtigt werden darf (vergleiche dazu auch: BGH, Beschluss vom 2.10.2010, KVR 66/08, Wasserpreise Wetzlar, Umdruck, S. 12, Rn. 32). Abgesehen davon, dass unklar ist, wie eine kumulative Berücksichtigung des Metermengenwerts und der Abnehmerdichte nach der Vorstellung der Betroffenen erfolgen soll, sind beide Vergleichskriterien - wie vorstehend ausgeführt - durch das Bundeskartellamt im Zusammenhang mit der Ermittlung der Versorgungsdichte untersucht und hinsichtlich des Metermengenwerts auch berücksichtigt worden. 130

ee) Die Betroffene beanstandet auch, das Bundeskartellamt habe das Vergleichskriterium der Abnehmerdichte (Netzlänge pro Hausanschluss) zu Unrecht nicht berücksichtigt. Vielmehr habe es eine Berücksichtigung mit der unzutreffenden Begründung abgelehnt, bei der Abnehmerdichte werde lediglich die Länge des Netzes, nicht jedoch die durch das Netz geleitete Wassermenge zu Grunde gelegt, so dass keine Kosten- bzw. Erlösrelevanz vorliege. Diese Behauptung sei sachlich falsch, denn bei einer höheren Abnehmerdichte müssten entsprechend längere Versorgungsleitungen für die Hausanschlüsse verlegt werden. 131

In rechtlicher Hinsicht kann dahinstehen, ob die Behauptung der Betroffenen, bei einer höheren Abnehmerdichte müssten entsprechend längere Versorgungsleitungen für die Hausanschlüsse verlegt werden, richtig ist. 132

In tatsächlicher Hinsicht dürfte diese Behauptung zumindest in dieser Pauschalität unzutreffend sein, denn die Abnehmerdichte hängt maßgeblich von der Art der Bebauung ab. 133

Liegt eine enge Reihenhausbebauung vor, so befinden sich viele Hausanschlüsse an einer kurzen Leitung. Daraus resultiert eine hohe Abnehmerdichte. Liegt dagegen eine lockere Bebauung mit freistehenden Einfamilienhäusern vor, so befinden sich wenige Hausanschlüsse an einer längeren Leitung. Daraus resultiert eine niedrige Abnehmerdichte. Gleiches gilt für eine Bebauung mit großen Mehrfamilienhäusern oder Wohnblocks, wo sich ebenfalls nur wenige Hausanschlüsse an einer verhältnismäßig langen Leitung befinden oder für die Versorgung des ländlichen Raums, beispielsweise bei der Versorgung einzelner Gehöfte. Damit ist die Kosten- bzw. Erlösrelevanz der Abnehmerdichte in der Tat fraglich, denn die Höhe der Leitungsinvestitionen wird primär durch die Struktur des Versorgungsgebiets und nur mittelbar von der Menge des durchgeleiteten Wassers beeinflusst.

Auch die vom Bundeskartellamt bei der Abnehmerdichte ermittelten Zahlenwerte der 38 großstädtischen Wasserversorger belegen - wie vorstehend ausgeführt - und auch unabhängig davon, ob die Hausanschlussleitungen berücksichtigt werden oder nicht, die geringe Aussagekraft dieses Kriteriums. Mittlere Großstädte weisen die höchsten, teilweise aber auch recht niedrige Werte aus. Die größten Städte liegen oftmals im untersten Bereich, gefolgt nur noch von einem rein ländlich strukturierten Versorger. 134

Zutreffend weist die Betroffene allerdings darauf hin, dass der Bundesgerichtshof davon ausgegangen zu sein scheint, dass dem Merkmal der Abnehmerdichte die gleiche Relevanz wie dem Metermengenwert zukommt. Er hat für die Bestimmung der Gleichartigkeit der Vergleichsunternehmen nämlich zwei Kriterien besonders und gleichrangig hervorgehoben, den Metermengenwert und die Abnehmerdichte (BGH, Beschluss vom 02.02.2010, KVR 66/08, Wasserpreise Wetzlar, S. 12, Rn. 32). Der Senat teilt diese Auffassung jedenfalls vor dem Hintergrund der im vorliegenden Verfahren ermittelten Zahlenwerte nicht. 135

ff) Die Betroffene beanstandet weiter, dass das Bundeskartellamt den Volumenverteilwert nicht berücksichtigt hat. Nach der Auffassung des Senats hat das Bundeskartellamt jedoch ermessensfehlerfrei von der Berücksichtigung des Volumenverteilwerts abgesehen. Anhaltspunkte für einen Ermessensfehlergebrauch sind nicht ersichtlich. Ermessensfehlergebrauch liegt vor, wenn die Behörde nicht alle entscheidungsrelevanten Tatsachen und Gesichtspunkte in die Ermessensausübung einbezogen hat (Heranziehungsdefizit), Gesichtspunkte berücksichtigt hat, die nach dem Sinn und Zweck der Ermessensnorm nicht berücksichtigt werden dürfen (Heranziehungsüberhang), alle relevanten Gesichtspunkte berücksichtigt worden sind, aber einzelne oder mehrere Gesichtspunkte nicht mit dem ihnen gebührenden Gewicht in die Ermessensausübung eingestellt worden sind (Ermessensdisproportionalität) oder die Behörde die gegenläufigen privaten und öffentlichen Interessen nicht wirklich gegeneinander abgewogen hat (Abwägungsdefizit). 136

Das Bundeskartellamt hat überzeugend ausgeführt, dass entsprechende Daten nicht vorhanden und nur mit unverhältnismäßigem Aufwand zu erheben sind. Für die Ermittlung des Netzvolumens ist neben der Rohrlänge auch der Rohrdurchmesser notwendig. Mithin ist zwischen allen vorkommenden Rohrgrößen zu unterscheiden und zwar für jeden Meter des Rohrleitungsnetzes. Des Weiteren müsste das Volumen weiterer Netzbestandteile, beispielsweise von Wasserspeichern, ermittelt werden. In diesem Zusammenhang ergeben sich Abgrenzungsschwierigkeiten zu den Bereichen der Wassergewinnung und Wasserbeschaffung. Entsprechende Angaben der Betroffenen wären ohne unangemessenen Aufwand weder durch das Bundeskartellamt noch durch die Gerichte überprüfbar. 137

Ohnehin müssen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht alle denkbaren maßgeblichen Parameter herangezogen werden. Wie er ausgeführt hat, kommt es bei der Auswahl des oder der Vergleichsunternehmen(s) gerade nicht auf eine umfassende Feststellung aller maßgeblichen Strukturdaten an, weil der Gleichartigkeit nur die Funktion einer groben Sichtung unter den als Vergleichsunternehmen in Betracht kommenden Versorgungsunternehmen zukommt (BGH, Beschluss vom 2.10.2010, KVR 66/08, Wasserpreise Wetzlar, Umdruck, S. 12, Rn. 30 u. S. 14, Rn. 37). Insbesondere ist es nicht notwendig, Vergleichskriterien zu berücksichtigen, bei denen die Ermittlung der notwendigen Vergleichsdaten umfangreiche Untersuchungen und Kostenkalkulationen seitens der Kartellbehörde erforderlich macht (BGH, Beschluss vom 2.10.2010, KVR 66/08, Wasserpreise Wetzlar, Umdruck, S. 14, Rn. 37), wie dies für die Ermittlung des Volumenverteilwerts notwendig wäre. Käme man dagegen den von der Betroffenen erhobenen Forderungen nach und würde weitere schwierig zu ermittelnde und kompliziert auszuwertende Kriterien berücksichtigen, so wäre die Gleichwertigkeitsprüfung durch das Bundeskartellamt und durch die Gerichte nicht mehr handhabbar.

d) Die bei einzelnen Vergleichskriterien zwischen der Betroffenen und einem oder mehreren Vergleichsunternehmen vorliegenden Differenzen gebieten es nicht, bei der Betroffenen zu ihren Ungunsten einen Zuschlag oder zu ihren Gunsten einen Abschlag auf den Vergleichspreis vorzunehmen. Bei der Bewertung der aufgetretenen geringfügigen Differenzen bei einigen Vergleichskriterien ist zu berücksichtigen, dass diese bei einer objektiven Gesamtbetrachtung letztlich unerheblich sind und sich im Ergebnis ausgleichen. Zum einen nivellieren sich aufgetretene Unterschiede bei einzelnen Vergleichskriterien eines der drei Vergleichsunternehmen schon dadurch, dass die Betroffene eben nicht nur, wie es rechtlich zulässig wäre, mit einem – gegebenenfalls sogar dem günstigsten aller Wasserversorgungsunternehmen –, sondern mit den drei ähnlichsten Vergleichsunternehmen und deren durchschnittlichem Vergleichspreis, der sich aus den Vergleichspreisen aller drei Unternehmen ergibt, verglichen wird. Zum anderen nivellieren sich aufgetretene Unterschiede dadurch, dass nicht nur einige wenige, sondern mehrere Vergleichskriterien berücksichtigt werden. Beide Vorgehensweisen verbreitern die Vergleichsbasis ganz erheblich. 139

Im übrigen hat das Bundeskartellamt bei seiner weiteren Vorgehensweise durchgängig die für die Betroffene günstigsten Annahmen zu Grunde gelegt und keine Abschläge für besonders günstige Bedingungen bei der Betroffenen, wie die Spitzenposition bei allen Größenkriterien, die höchste allgemeine Einwohnerdichte, die höchste Einwohneranschlussdichte, den höchsten Hausanschlussabsatz, die hohe Wasserverfügbarkeit, die gute Wasserqualität und die grabungsfreundliche Bodenbeschaffenheit in Berlin vorgenommen. Ferner wurde beim Rechtfertigungsgrund der Sonderkosten Ost ein erheblicher Sicherheitszuschlag von 30 % vorgenommen. 140

Nach der Auffassung des Senats ist ein Zuschlag oder ein Abschlag auf den Vergleichspreis der Betroffenen grundsätzlich ohnehin nur dann geboten, wenn bei der objektiven Gesamtschau aller Vergleichskriterien der Durchschnittswert der drei Vergleichsunternehmen nicht nur bei einem, sondern bei mehreren Vergleichskriterien von den Werten der Betroffenen in erheblicher Weise abweicht, wofür vorliegend jedoch nichts ersichtlich ist. 141

Im Übrigen ist zu bedenken, dass es ein perfektes Vergleichsunternehmen, welches dem betroffenen Unternehmen "wie ein Ei dem anderen" gleicht, ohnehin nicht gibt, und zwar auch dann nicht, wenn ein Zuschlag oder ein Abschlag zum Ausgleich etwaiger Unterschiede erfolgt, weil dessen Höhe ebenfalls nur grob geschätzt werden kann, und die Rechtsprechung bisher zudem offen gelassen hat, wie ein solcher Zuschlag oder Abschlag auf den 142

Vergleichspreis zu bemessen wäre (siehe: BGH, Beschluss vom 02.02.2010, KVR 66/08, Umdruck, S. 13, Rn. 35; vergleiche auch: BGH, Beschluss vom 28.06.2005, KVR 17/04, Stadtwerke Mainz, juris, Rn. 26; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.03.2004, VI-Kart 18/03 (V), Stadtwerke Mainz, juris, Rn. 27 ff, bes. Rn. 34 ff). Die Betroffene selbst hat zudem nicht vorgetragen, wegen welcher Abweichungen bei den herangezogenen Vergleichskriterien und insbesondere in welcher Höhe nach ihrer Auffassung ein Zuschlag oder Abschlag auf ihren Vergleichspreis angezeigt gewesen wäre.

e) Die vom Bundeskartellamt gewählte Methode zur Feststellung, dass die Betroffene ungünstigere Preise als gleichartige Versorgungsunternehmen (§ 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB 1990) beziehungsweise Entgelte, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden (§ 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 und § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB), fordert, ist nicht zu beanstanden. 143

Das Bundeskartellamt hat den von der Betroffenen geforderten abgabenbereinigten durchschnittlichen Nettowasserpreis im Wege des Erlösvergleichs mit dem abgabenbereinigten durchschnittlichen Nettodurchschnittswasserpreis der drei Vergleichsunternehmen verglichen (Vergleichsmarktmethode), um festzustellen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang eine Preisüberhöhung vorliegt. Grundlage des Preisvergleichs sind folglich die von den Endkunden erhobenen Erlöse der Wasserversorger pro Kubikmeter Wasser und nicht ein auf vordefinierte Typenfälle bezogener Tarifvergleich. 144

Der Verwendung der Vergleichsmarktmethode in Form des Erlösvergleichs steht nicht entgegen, dass der Bundesgerichtshof im Beschluss vom 2.2.2010 (KVR 66/08, Wasserpreise Wetzlar, Umdruck, S. 15, Rn. 39) eine andere Vergleichsmethode, nämlich einen auf vordefinierte Typfälle bezogenen Tarifvergleich, gebilligt hat. Abgesehen davon, dass der Bundesgerichtshof im zeitlich nachfolgenden Beschluss vom 15.5.2012 (KVR 51/11, Wasserpreise Calw, Umdruck, S. 6f, Rn. 12 ff; siehe auch: Markert, ZNER 2013, 7 ff (8 f); Daiber, NJW 2013, 1990 ff (1991); Gussone, IR 2012, 299 ff (300 u. 302); siehe auch: BGH, Beschluss vom 28.06.2005, KVR 17/04, Stadtwerke Mainz, juris, Rn. 19) erneut auch die Vergleichsmarktmethode ausdrücklich gebilligt hat, ist das Bundeskartellamt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei der Auswahl der Vergleichsmethode ohnehin frei, sofern diese objektiv geeignet ist, wovon bei beiden Methoden auszugehen ist. Im Einzelfall gegebenenfalls auftretende Unsicherheiten können durch Risikozuschläge berücksichtigt werden (BGH, Beschluss vom 15.5.2012 (KVR 51/11, Wasserpreise Calw, Umdruck S. 7f, Rn. 15). 145

Das Bundeskartellamt hat die Verwendung der Vergleichsmarktmethode, ohne dass dies zu beanstanden ist, überzeugend damit begründet, dass durch den Erlösvergleich die Mengenstruktur unter Berücksichtigung aller Abnahmefälle sowie Mischpreissysteme erfasst werden könne. Es könnten tarifübergreifende und sogar tarifunabhängige Durchschnittspreise gebildet werden. Da die Tarifgestaltung der Betroffenen mit den Tarifgestaltungen anderer Wasserversorger schon aufgrund der unterschiedlichen Tarifstrukturen nicht vergleichbar sei, scheide ein Tarifvergleich mit vordefinierten Typenfällen aus. Der Erlösvergleich sei damit von den Zufälligkeiten und den Unterschieden der Tarifstruktur der miteinander verglichenen Wasserversorgung unabhängig. 146

Zudem hat das Bundeskartellamt zu Kontrollzwecken nicht nur einen absatzbasierten Erlösvergleich, sondern wegen der Bedeutung des Leitungsnetzes als Kostenfaktor vorsorglich auch einen netzlängenbasierten Erlösvergleich (Erlös pro Kilometer Netzlänge) vorgenommen. Sowohl der absatzbasierte Erlösvergleich als auch der längenbasierte Erlösvergleich kommen zu denselben Ergebnissen. 147

Dass der Wortlaut des § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB 1990, der den Terminus "Preise" verwendet, einen Tarifvergleich fordert und einen Erlösvergleich ausschließt, wie die Betroffene meint, kann - auch vor dem Hintergrund der vorgenannten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs - dagegen nicht überzeugen (siehe auch: BGH, Beschluss vom 8. 20.06.2005, KVR 17/04, Stadtwerke Mainz, juris, Rn. 22). 148

f) Es ist weiter nicht zu beanstanden, dass das Bundeskartellamt beim vorgenommenen Erlösvergleich die tatsächlichen Erlöse der Betroffenen und der Vergleichsunternehmen sowohl um die Umsatzsteuer von 7 % - insoweit von der Betroffenen zu Recht nicht beanstandet - , als auch um die Wasserentnahmeentgelte, die Sondernutzungsgebühren und die Konzessionsabgaben bereinigt hat. Folglich wurden nur die Roherlöse miteinander verglichen, die um die "Durchlaufposten" bereinigt worden sind. 149

Entgegen der Auffassung der Betroffenen ist nicht zu erkennen, weshalb es nicht sachgerecht sein soll, die bereinigten Roherlöse miteinander zu vergleichen. Vielmehr hat diese Vorgehensweise den Vorteil, dass eine einheitliche Vergleichsbasis für einen objektiven Vergleich der Preise der Wasserversorgungsunternehmen geschaffen wird. Sie entspricht auch dem Sinn und Zweck der Preismissbrauchsaufsicht, bei der aufgrund unternehmerischer Entscheidungen auftretende missbräuchliche Preisüberhöhungen von Unternehmen überprüft werden, dagegen nicht auf staatlichen Steuern und Abgaben beruhende Preisüberhöhungen (so auch: Gussone, IR 2012, 299 ff (302 m.w.N.); vergleiche auch: BGH, Beschluss vom 2.10.2010, KVR 66/08, Wasserpreise Wetzlar, Umdruck, S. 17, Rn. 47). 150

Auch die darüber hinaus erhobene Kritik der Betroffenen, es müsse zwischen den von der Betroffenen zu entrichtenden Wasserentnahmeentgelten und Sondernutzungsgebühren auf der einen Seite und den von der Betroffenen nicht zu entrichtenden Konzessionsabgaben auf der anderen Seite unterschieden werden, überzeugt nicht. Die Betroffene verlangt einerseits den Abzug der Wasserentnahmeentgelte und der Sondernutzungsgebühren von dem von ihr berechneten Wasserpreis und verlangt andererseits den Nichtabzug der Konzessionsabgaben von den von den Vergleichsunternehmen berechneten Wasserpreisen, um zu ihren Gunsten eine deutliche Besserstellung beim Preisvergleich zu erreichen (siehe dazu auch: BDEW, Stellungnahme zum Entwurf eines einheitlichen Fragebogens „Wasserversorgung“ der Kartellbehörden vom 8.7.2010, VI, S. 9, Pkt. 4). 151

Es trifft allerdings zu, dass es sich bei den Wasserentnahmeentgelten und den Sondernutzungsgebühren ihrer Rechtsnatur nach um öffentlich-rechtliche Abgaben und bei den Konzessionsabgaben trotz ihrer Bezeichnung um ein privatrechtliches Entgelt handelt (siehe dazu: BR-Drs. 686/91, S. 8; BT-Drs. 13/7274, S. 21.; Klemm in: Immesberger: Das neue Recht der Konzessionsabgaben, Handbuch 1 und Kommentar, Band 1, Stand: Mai 2013, II, Einleitung vor §§ 46 - 48 EnWG, Rn. 6; offen gelassen durch BVerfG, Urteil v. 27.05.1992, 2 BvF 1/88, 2 BvF 2/88, 2 BvF 1/89, 2 BvF 1/90, Länderfinanzausgleich I u. II, juris, Rn. 291; BGH, Urteil v. 01.02.2011, EnZR 57/09, juris, Rn. 22), wengleich dessen maximale Höhe durch § 2 der "Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände" (KAEAAnO) vom 4.3.1941 bestimmt wird. 152

Die formale Sicht der Betroffenen verstellt jedoch den Blick darauf, welchen Zweck diese drei Positionen haben. Allen drei Positionen ist gemeinsam, dass die öffentliche Hand für die Entnahme von Wasser (Wasserentnahmeentgelte) und für die Nutzung des öffentlichen Grundes (Sondernutzungsgebühren oder Konzessionsabgaben) eine Vergütung erhält, die vom Wasserversorger lediglich bei den Kunden vereinnahmt und ungeschmälert an die 153

öffentliche Hand weitergeleitet wird. In wirtschaftlicher Hinsicht sind Sondernutzungsgebühren nichts anderes als gesetzlich fixierte Konzessionsabgaben. Würde man der Auffassung der Betroffenen folgen, würde sie gegenüber den Vergleichsunternehmen deutlich bevorteilt, wenn bei ihrem Wasserpreis die vergleichsweise hohen Wasserentnahmeentgelte und Sondernutzungsgebühren abgezogen würden, bei den drei Vergleichsunternehmen dagegen die anstelle von Sondernutzungsgebühren gezahlten Konzessionsabgaben nicht abgezogen würden.

Wenn man es wie der Senat für unbedenklich erachtet, dem Vergleich die sowohl um Wasserentnahmeentgelte und Sondernutzungsgebühren als auch um Konzessionsabgaben bereinigten Erlöse zugrunde zu legen, kommt es auf den Streit zwischen der Betroffenen und dem Bundeskartellamt, ob es sich bei diesen öffentlichen Abgaben um nicht beeinflussbare Kosten handelt, die bei den Rechtsfertigungsgründen zu berücksichtigen sind, nicht an. Ebenso geht dann die weitere Beanstandung der Betroffenen, der Verfügungstenor müsse ebenfalls die unbereinigten Erlöse vorgeben, ins Leere. 154

Auch die weitere Kritik der Betroffenen, die öffentliche Hand könne eine angeordnete Senkung der Preise eines Wasserversorgungsunternehmens bei einer Tenorierung der Erlösobergrenzen ohne Einbeziehung der Wasserentnahmeentgelte und der Sondernutzungsgebühren zu Lasten des angestrebten Verbraucherschutzes konterkarieren, indem man nach Erlass einer entsprechenden Verfügung die Wasserentnahmeentgelte und Sondernutzungsgebühren einseitig erhöhe, ändert an der Recht- und Zweckmäßigkeit der Bereinigung der Erlöse um diese Positionen zum Zwecke des Preisvergleichs nichts. Es ist zwar theoretisch möglich, dass ein Land bzw. eine Gemeinde nach einer durch das Bundeskartellamt erzwungenen Senkung der bereinigten Wasserpreise ihres Wasserversorgers weitere Einnahmen durch eine Erhöhung der Wasserentnahmeentgelte und Sondernutzungsgebühren generieren kann, um einen etwaigen Gewinnrückgang auszugleichen; dies ist vorliegend aber rein spekulativ. Zudem dürfte in einem solchen Fall ein erneutes Einschreiten des Bundeskartellamts möglich und angezeigt sein (vergleiche dazu auch: BGH, Beschluss vom 6.11.2012, KVR 54/11, GAG Ahrensburg, juris, insbes. Rn. 19 f). 155

Im Übrigen hat das Bundeskartellamt die Durchschnittspreise der Betroffenen und der Vergleichsunternehmen sowohl abgabenbereinigt als auch nicht abgabenbereinigt berechnet und miteinander verglichen und zwar jeweils sowohl mengenspezifisch als auch netzbezogen, ohne dass Abweichungen zu Ungunsten der Betroffenen festgestellt werden konnten. 156

g) Der Vergleich des von der Betroffenen geforderten abgabenbereinigten durchschnittlichen Nettowasserpreises mit dem abgabenbereinigten durchschnittlichen Nettodurchschnittswasserpreis der drei Vergleichsunternehmen ergibt eine deutliche Preisüberhöhung der Preise der Betroffenen. Die Überhöhung beläuft sich für das Jahr 2009 auf durchschnittlich 0,5013 EUR/m³, für das Jahr 2010 auf durchschnittlich 0,5320 EUR/ m³ und für das Jahr 2011 auf durchschnittlich 0,5379 EUR/ m³. 157

Das Bundeskartellamt hat nicht nur den vorstehend beschriebenen Vergleich vorgenommen, sondern den Preis der Betroffenen mit dem Durchschnittspreis der Vergleichsunternehmen zu Kontrollzwecken auch auf mehrere Arten berechnet. Es hat die Bruttodurchschnittspreise einschließlich Umsatzsteuer, die Nettodurchschnittspreise ohne Umsatzsteuer und die mengenspezifischen Preise miteinander verglichen. Des Weiteren hat es einen Vergleich auf der Grundlage der Nettodurchschnittserlöse je Kilometer Netzlänge vorgenommen und zwar sowohl unter Berücksichtigung als auch unter Nichtberücksichtigung der 158

Hausanschlussleitungen sowie nicht abgabenbereinigt als auch abgabenbereinigt. Ferner ist ein Vergleich unter Berücksichtigung der Hausanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse erfolgt und zwar sowohl abgabenbereinigt als auch nicht abgabenbereinigt.

Sämtliche Vergleichsvarianten haben unabhängig voneinander ergeben, dass der Preis der Betroffenen den Durchschnittspreis der Vergleichsunternehmen jeweils um mindestens 30 % überschreitet. Die Unterschiede zwischen den einzelnen Berechnungsarten waren entweder geringfügig oder ließen die Preisüberhöhung zu Ungunsten der Betroffenen sogar noch deutlicher hervortreten. 159

Wegen der Einzelheiten wird auf Seiten 82 ff des angegriffenen Beschlusses verwiesen. 160

4. 161

Die Betroffene verlangt einen höheren Wasserpreis als die drei Vergleichsunternehmen. Der höhere Preis ist nur in dem vom Bundeskartellamt hinsichtlich der wiedervereinigungsbedingten Mehrinvestitionen (Sonderkosten Ost) anerkannten Umfang gerechtfertigt. Weitere Rechtfertigungsgründe sind nicht anzuerkennen. 162

a) Ein Versorgungsunternehmen handelt missbräuchlich, wenn es ungünstigere Preise fordert als gleichartige Versorgungsunternehmen, es sei denn, es weist nach, dass der Unterschied auf abweichenden Umständen beruht, die ihm nicht zurechenbar sind (§ 103 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 i.V.m. S. 2 Nr. 2 GWB 1990). 163

Unter den nicht zurechenbaren Umständen sind grundsätzlich solche Kostenfaktoren zu verstehen, die auch jedes andere Unternehmen in der Situation des betroffenen Unternehmens vorfinden würde und nicht beeinflussen könnte, etwa ungünstige strukturelle Gegebenheiten des Versorgungsgebiets. Diese Faktoren müsste jedes Unternehmen seiner Kalkulation zu Grunde legen. Die dadurch verursachten Preisunterschiede sind deshalb hinzunehmen. Dagegen haben individuelle, allein auf eine unternehmerische EntschlieÙung oder auf die Struktur des betroffenen Versorgungsunternehmens zurückgehende Umstände auÙer Betracht zu bleiben. Ein Bestandsschutz für monopolbedingte Ineffizienzen oder Preisüberhöhungstendenzen ist nicht anzuerkennen (BGH, Beschluss vom 02.02.2010, KVR 66/08, Wasserpreise Wetzlar, Umdruck, S. 16, Rn. 42; siehe auch: Jestaedt in Langen/Bunte, Komm. z. dtsh. u. europ. Kartellrecht, 7. Aufl., 1994, § 103, Rn. 41 m.w.N.). 164

Angesichts der besonderen Marktstellung von Unternehmen der leitungsgebundenen Versorgung und der sich aus ihr ergebenden erhöhten Missbrauchsgefahr sollte den zuständigen Behörden mit den Vorschriften des § 103 GWB und des § 22 GWB ein besonders wirksames Aufsichtsinstrument an die Hand gegeben werden. Den Behörden sollte die Feststellung von Preismissbräuchen durch die weitgehende Verlagerung der Beweislast auf die betroffenen Unternehmen deutlich erleichtert werden (BGH, Beschluss vom 02.02.2010, KVR 66/08, Wasserpreise Wetzlar, Umdruck, S. 8 f, Rn. 23; siehe auch: Klaue in Immenga/Mestmäcker, GWB, 1981, § 103, Rn. 71). 165

An den Nachweis der Umstände, die einen ungünstigeren Preis rechtfertigen können, dürfen nicht zu geringe Anforderungen gestellt werden. Nur so lässt sich der Gefahr begegnen, dass monopolistische Kostenüberhöhungstendenzen in die Beurteilung einfließen. Die Berücksichtigung der strukturellen Verhältnisse des Versorgungsgebiets darf nicht zu einer ungerechtfertigten Konservierung ungünstiger Gebiets- und Unternehmensstrukturen führen. (BGH, Beschluss vom 02.02.2010, KVR 66/08, Wasserpreise Wetzlar, Umdruck, S. 21 f, Rn. 166

62).

Das betroffene Unternehmen muss mit seinem Vorbringen zu den abweichenden Umständen sowohl eine umfassende Bewertung seiner Preise als auch der Preise der Vergleichsunternehmen ermöglichen. Wenn sich dabei ergibt, dass eine bestimmte Kostenposition im Verhältnis zu einzelnen Vergleichsunternehmen höher, im Verhältnis zu anderen aber niedriger ist, kann das durch Zu- und Abschläge bei den Vergleichspreisen berücksichtigt werden (BGH, Beschluss vom 02.02.2010, KVR 66/08, Wasserpreise Wetzlar, Umdruck, S. 16, Rn. 43; siehe auch: Jestaedt in Langen/Bunte, Komm. z. dtsh. u. europ. Kartellrecht, 7. Aufl., 1994, § 103, Rn. 39 m.w.N.). 167

Beruft sich ein Unternehmen zur Rechtfertigung höherer Preise auf eine bestimmte Kostenposition, so muss es auch darlegen, in welchem Umfang seine Preise dadurch beeinflusst werden. Dazu muss es eine Kalkulation vorlegen, aus der sich ergibt, wie sich die Preise verändern, wenn die Position ebenso wie bei den Vergleichsunternehmen angesetzt wird (BGH, Beschluss vom 02.02.2010, KVR 66/08, Wasserpreise Wetzlar, Umdruck, S. 18, Rn. 50). Es ist konkret nachzuweisen, in welcher Höhe Mehrkosten anfallen, wie diese Mehrkosten in die verlangten Preise einfließen, und dass diese nicht durch eine rationellere Betriebsführung vermieden werden konnten (BGH, Beschluss vom 02.02.2010, KVR 66/08, Wasserpreise Wetzlar, Umdruck, S. 21 f, Rn. 59 u. 62). 168

Ein isolierter Blick auf einen einzelnen strukturbedingten Nachteil ist allerdings wenig aussagekräftig, wenn den dadurch verursachten Mehrkosten zugleich Minderkosten wegen eines anderen strukturbedingten Vorteils gegenüber stehen und ein Abschlag durch einen gleichzeitig vorzunehmenden Zuschlag kompensiert würde. Eine umfassende Bewertung der Preise des betroffenen Unternehmens setzt deshalb zugleich eine umfassende Bewertung der strukturellen Bedingungen des betroffenen Unternehmens und der strukturellen Bedingungen der Vergleichsunternehmen im Sinne einer Gesamtschau voraus (BGH, Beschluss vom 02.02.2010, KVR 66/08, Wasserpreise Wetzlar, Umdruck, S.14, Rn. 37 u. S. 16, Rn. 43). 169

Kosten, die nur auf Fehlentscheidungen des Monopolunternehmens beruhen und nicht durch die Struktur des Versorgungsgebiets vorgegeben sind, sind dem betroffenen Unternehmen zurechenbar im Sinne von § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB 1990, beispielsweise wenn in der Vergangenheit erforderliche Investitionen unterlassen oder ineffektiv durchgeführt worden sind (BGH, Beschluss vom 02.02.2010, KVR 66/08, Wasserpreise Wetzlar, Umdruck, S. 20, Rn. 57). 170

Zwischen dem betroffenen Unternehmen und den Vergleichsunternehmen bestehende Unterschiede bei den Eigen- und Fremdkapitalkosten können dagegen nicht zur Rechtfertigung höherer Preise herangezogen werden, denn es ist grundsätzlich ein unternehmensindividueller Umstand, wie sich ein Unternehmen finanziert (BGH, Beschluss vom 02.02.2010, KVR 66/08, Wasserpreise Wetzlar, Umdruck, S.19, Rn. 51 f). 171

b) In diesem Zusammenhang ist zunächst zu betrachten, wie sich sowohl die wirtschaftliche Situation der Betroffenen als auch die Wasserpreise seit der Teilprivatisierung entwickelt haben, um den Vortrag der Betroffenen zu den behaupteten strukturellen Nachteilen, die angeblich für ihre vergleichsweise hohen Wasserpreise verantwortlich sein sollen, einordnen zu können. 172

aa) Die Betroffene hat seit der Teilprivatisierung im Jahr 1999 nahezu durchgängig kontinuierlich steigende Jahresüberschüsse erwirtschaftet (1999: - 47.000.000 EUR, 2000: 173

126.000.000 EUR, 2001: - 81.000.000 EUR, 2002: 34.000.000 EUR, 2003: 116.000.000 EUR, 2004: 62.000.000 EUR, 2005: 85.000.000 EUR, 2006: 98.000.000 EUR, 2007: 177.000.000 EUR, 2008: 140.000.000 EUR) (siehe: Oelmann/Böschchen/Kschoncz/Müller, 10 Jahre Wasserpartner Berlin, Eine Bilanz der öffentlich-privaten Partnerschaft zwischen dem Land Berlin, RWE Aqua und Veolia Wasser, wik Consult, Auftraggeber der Studie: RWE Aqua GmbH und Veolia Wasser GmbH, S. 16). Die Fehlbeträge in den Jahren 1999 und 2001 beruhen auf Sondereffekten. Im Jahr 1999 verzichtete die Betroffene gegenüber der Müllverwertungsgesellschaft S... GmbH (S...) auf erhebliche Forderungen. Im Jahr 2000 verkaufte die Berlinwasser-Gruppe diese Müllverwertungsgesellschaft an den US-Konzern G..... Dadurch wurde ein außerordentlicher Ertrag erzielt und wurden Rückstellungen aufgelöst. Im Jahr 2001 musste jedoch das gesamte Geschäft rückabgewickelt werden (siehe: 10 Jahre Wasserpartner Berlin, S. 23 f, Anmerk. 1 - 3 zu Tabelle 4-4). Der Überschuss im Jahr 2007 beruht ebenfalls auf einen Sondereffekt, weil das Land Berlin seine Schulden aus der Entwässerung öffentlicher Straßen und Plätze an die Betroffene zurückführte, so dass die gebildeten Rückstellungen aufgelöst werden konnten.

Die beiden privaten Partner, die für den Anteilserwerb (Anteil von insgesamt 49,9 %, jeweils hälftig) insgesamt rund 1,679 Milliarden EUR aufgewendet hatten, haben im Rahmen der Gewinnabführung in den Jahren seit 1999 erhebliche Zahlungen erhalten (1999: - 43.000.000 EUR, 2000: 186.000.000 EUR, 2001: - 81.000.000 EUR, 2002: 32.000.000 EUR, 2003: 114.000.000 EUR, 2004: 137.000.000 EUR, 2005: 138.000.000 EUR, 2006: 138.000.000 EUR, 2007: 135.000.000 EUR, 2008: 134.000.000 EUR; jeweils bereinigte Nettozuflüsse vor Steuern, außer Gewerbesteuer). Damit ergibt sich für die Jahre 1999 bis 2008 eine durchschnittliche Vorsteuerrendite von 6,45 % und bei einem unterstellten Steuersatz von 40 % eine Nachsteuerrendite von 3,87 %. Betrachtet man lediglich den Zeitraum von 2003 bis 2008 ergibt sich allerdings eine wesentlich höhere Rendite (siehe: 10 Jahre Wasserpartner Berlin, S. 23 f).

Nach den Ermittlungen des Bundeskartellamts erhielten die beiden privaten Partner in den Jahren zwischen 1999 und 2011 Gewinnabführungen in Höhe von insgesamt 1,526 Milliarden EUR und damit nahezu den gesamten aufgewendeten Kaufpreis zurück. In Bezug auf den gezahlten Kaufpreis entsprechen die Gewinnabführungen jährlich mehr als 7 %. Zudem haben die beiden privaten Partner durch den inzwischen erfolgten Rückkauf ihre Anteile durch das Land Berlin den Kaufpreis faktisch in doppelter Höhe zurückerhalten.

Auch das Land Berlin hat von der Teilprivatisierung in erheblichem Maße profitiert. Die Einnahmen liegen seitdem für den Anteil von 50,1 % deutlich über den Einnahmen vor der Teilprivatisierung für den damaligen Anteil von 100 %. Die jährlichen Zahlungen der Betroffenen an das Land Berlin sind, trotz des abnehmenden Wasserverbrauchs, von durchschnittlich 117.000.000 EUR pro Jahr (1996-1998 für 100 % Anteile) auf durchschnittlich 158.000.000 EUR pro Jahr (2000-2008 für 50,1 % der Anteile) gestiegen. Betrachtet man nur die Zeit seit dem Einstieg von R... und V..., haben sich die jährlichen Zahlungen an das Land Berlin von 64,6 Millionen EUR auf 208,2 Million EUR erhöht (siehe: 10 Jahre Wasserpartner Berlin, S. 35) und damit mehr als verdreifacht. Insgesamt betrachtet hat das Land Berlin allein in den Jahren 1999 bis 2008 insgesamt rund 1,4 Milliarden EUR aus Dividenden, Gewerbesteuer, Grundwasserentnahmeentgelten, Abwasserabgabe sowie Sondernutzungsgebühren durch die wirtschaftliche Tätigkeit der Berliner Wasserbetriebe (Wasser und Abwassersparte) eingenommen. Die privaten Partner haben während dieses Zeitraums insgesamt 692.000.000 EUR eingenommen (siehe: 10 Jahre Wasserpartner Berlin, S. 36).

bb) Der von der Betroffenen durch die Teilprivatisierung und die verbundenen Effizienzsteigerungen gewonnene finanzielle Spielraum, der sich in den Überschüssen niederschlug - die Umsatzrendite der Betroffenen beträgt immerhin -, wurde jedoch nicht für Wasserpreissenkungen genutzt. Vielmehr erhöhten sich die Wasserpreise im Zeitraum zwischen 1999 und 2007 sogar um 21,59 %, während sie im bundesdeutschen Schnitt lediglich um 11,18 % stiegen, wobei die Erhöhungen allerdings deutlich geringer ausfielen als in den Jahren 1992 bis 1999 (Berlin: + 64,49 %, Bund: + 41,43 %). (siehe: 10 Jahre Wasserpartner Berlin, S. 22 u. 16). Im Zeitraum von 1992 bis 2010 erhöhten sich die Preise um insgesamt 108,63 %. Im selben Zeitraum stiegen die allgemeinen Verbraucherpreise nach Angaben des statistischen Bundesamtes nur um 38,72 %. Inflationbereinigt ergibt sich eine reale Preissteigerung der Berliner Wasserpreise von 69,64 % für den Zeitraum von 1992-2010.

c) Der Wasserpreis der Betroffenen setzt sich unter anderem aus Betriebskosten, kalkulatorischen Kosten sowie Steuern und Abgaben zusammen. 178

Zu den kalkulatorischen Kosten gehören insbesondere (Eigen-) Kapitalzinsen und kalkulatorische Abschreibungen. Bei der Betroffenen ist der Anteil der kalkulatorischen Kosten deutlich höher als bei den Vergleichsunternehmen (Berlin %, Hamburg %, München %, Köln %, Durchschnitt der Vergleichsunternehmen %, Bundesdurchschnitt ohne Berlin %). In jedem abgegebenen Kubikmeter Wasser sind in Berlin EUR kalkulatorische Kosten und EUR Betriebskosten enthalten. In Hamburg, München und Köln sind nur EUR kalkulatorische Kosten und EUR Betriebskosten enthalten. Damit sind die kalkulatorischen Kosten der Betroffenen bei ähnlicher Betriebskostenhöhe fast doppelt so hoch wie die der drei Vergleichsunternehmen. Im Bundesdurchschnitt ohne Berlin sind EUR kalkulatorische Kosten und EUR Betriebskosten enthalten. 179

Ein wesentlicher Grund für den Unterschied zwischen den Unternehmen bei den kalkulatorischen Kosten liegt in der Art und Weise der Kapitalverzinsung. Für das gesamte betriebsnotwendige Kapital wird unter anderem auch von der Betroffenen ein Mischzinssatz angesetzt, der sowohl die Eigenkapitalverzinsung als auch die Fremdkapitalkosten abdecken soll, unabhängig vom tatsächlichen Anteil der Inanspruchnahme von Eigen- und Fremdkapital. Die Annahme dieses Mischzinssatzes führt dazu, dass die Betroffene in der Preiskalkulation weitaus höhere Zinsen ansetzt (Beispiel 2009: %), als sie in Form von Fremdkapitalzinsen tatsächlich zahlen muss (Beispiel 2009: %). Diese erhebliche Differenz von % führt zu erheblichen Gewinnen der Betroffenen. Hinzu kommt, dass die Betroffene die Auffassung vertritt, keine Eigenkapitalverzinsung zu haben, eine Auskunftserteilung über ihre tatsächliche Eigenkapitalverzinsung verweigert und nur die Gesamtkapitalverzinsung angibt. 180

Bei der Betroffenen sind auch die kalkulatorischen Abschreibungen, bei denen es sich um handelsrechtliche Abschreibungen mit einem kalkulatorischen Aufschlag handelt, deutlich höher als bei den Vergleichsunternehmen (kalkulatorische Abschreibungen je abgegebenen Kubikmeter Wasser: Berlin EUR, Hamburg, Köln und München EUR, Bundesdurchschnitt ohne Berlin EUR). Ursächlich hierfür sind insbesondere die von der Betroffenen zugrundegelegten vergleichsweise kurzen kalkulatorischen Abschreibungszeiträume vor allem der Netze, aber auch der sonstigen Anlagegüter (Netze: Berlin Jahre, Vergleichsunternehmen Jahre; Anlagen: Berlin Jahre, Vergleichsunternehmen Jahre; Sonstiges: Berlin Jahre, Vergleichsunternehmen Jahre) und die vergleichsweise hohe Bewertung des Anlagevermögens. In diesem Zusammenhang berücksichtigt die Betroffene inzwischen - nach der 5. Änderungsvereinbarung vom 24.10.2003 zum Konsortialvertrag vom 18.06.1999, die durch das Urteil des Verfassungsgerichtshofs des Landes Berlin vom 181

21.10.1999 (VerfGH 42/99) veranlasst wurde, welcher das Gesetz zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe in der Fassung vom 17.05.1999 teilweise für nichtig erklärt hatte - Wiederbeschaffungszeitwerte und nicht mehr nur Wiederbeschaffungswerte, um urteilsbedingte Reduzierung der erstrebten Gewinne zu kompensieren. Die hohe Bewertung des Anlagevermögens rührt aber unter anderem auch daher, dass die Betroffene beispielsweise entgegen der Branchenüblichkeit Kosten für die Leitungsinstandsetzung schon ab einer Länge von 20 Metern als Investitionen ausweist.

Dagegen ist der Anteil der Betriebskosten bei der Betroffenen niedriger als bei den Vergleichsunternehmen (Berlin %, Hamburg %, München %, Köln %, Durchschnitt der Vergleichsunternehmen %, Bundesschnitt %). 182

Letztlich beruhen die von der Betroffenen erzielten Gewinne fast ausschließlich auf den hohen kalkulatorischen Kosten. Die Senatsverwaltung für Wirtschaft, Technologie und Forschung hat im Sonderausschuss "Wasserverträge" am 04.05.2012 in diesem Zusammenhang auch ausdrücklich erklärt, die kalkulatorische Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals, das heißt die kalkulatorische Eigen- und Fremdkapitalverzinsung, über deren Zinssatz der Berliner Senat mit der entsprechenden Zinsverordnung entscheidet, sei der "ganz wesentliche Treiber des Gewinns", es sei im Grunde genommen der Gewinn der Betroffenen. 183

d) Das Bundeskartellamt hat, auch im Hinblick auf § 19 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 4 Nr. 2 GWB, sämtliche in Betracht kommende Rechtfertigungsgründe in aller Ausführlichkeit geprüft, wie sich aus dem angegriffenen Beschluss (dort S. 97 ff), auf den zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird, ergibt. In diesem Zusammenhang hat es unter anderem auch das Niveau des Pro-Kopf-Verbrauchs, den Spitzenfaktor, die Höhe der kalkulatorischen Kosten und die Höhe der Investitionen bzw. des Investitionsbedarfs untersucht. 184

Im Einzelnen: 185

aa) Die Höhe des Pro-Kopf-Wasserverbrauchs in Berlin kann den höheren Preis der Betroffenen nicht rechtfertigen. Das Bundeskartellamt hat die Höhe des Pro-Kopf-Wasserverbrauchs in Berlin und in den drei Vergleichsstädten Hamburg, Köln und München untersucht und verglichen. Dabei hat sich ergeben, dass sich der Pro-Kopf-Verbrauch in Berlin vom Pro-Kopf-Verbrauch in den drei Vergleichsstädten nicht wesentlich unterscheidet. Er ist mit lediglich um l/Einwohner und Tag (einwohnergewichtet um l/Einwohner und Tag) niedriger. 186

Bei der Berechnung hat das Bundeskartellamt, anders als die Betroffene, nicht auf die Angaben des statistischen Bundesamtes, die lediglich den Wasserverbrauch der Haushalts- und Kleingewerbekunden umfassen, sondern auf den gesamten Endkundenabsatz abgestellt, weil die Betroffene, wie vorstehend unter 2. b) hh) ausgeführt, den HuK-Anteil mit rund 75 % deutlich zu gering bemessen hat, was sich daraus ergibt, dass der Industrieanteil bei der Betroffenen tatsächlich nur rund 3 % beträgt. 187

Abgesehen davon, dass der geringere Pro-Kopf-Verbrauch bereits im Metermengenwert, der den Absatz pro Kilometer Leitungslänge angibt, berücksichtigt wird, sind die Verbrauchsunterschiede durch die hohen Wasserpreise zu erklären, weil diese ein wassersparendes Verhalten der Kunden hervorbringen. Dass hohe Wasserpreise die Kunden dazu veranlassen, weniger Wasser zu verbrauchen, wird eindrucksvoll dadurch belegt, dass zu DDR-Zeiten im Ostteil von Berlin ein geradezu verschwenderischer Wasserverbrauch zu notieren war, weil Wasser preiswert war. Nach der so genannten Wende ging der Verbrauch 188

deutlich zurück, weil nunmehr ein deutlich höherer Preis für das verbrauchte Wasser zu zahlen war. Auch in anderen Bereichen, wie dem Benzin-, dem Strom- und dem Heizenergieverbrauch, ist zu beobachten, dass der Verbrauch mit steigenden Preisen rückläufig ist.

bb) Die Höhe des Spitzenfaktors in Berlin kann den höheren Preis der Betroffenen nicht rechtfertigen. Die Betroffene, die ihren eigenen Spitzenfaktor (Spitzentagesbedarf/jahresmittlere tägliche Netzeinspeisung mit angibt, verkennt, dass auch die Netze der drei Vergleichsunternehmen einen Spitzenfaktor von mindestens aufweisen und mithin keine Unterschiede bestehen. Unabhängig davon sind auch beim Spitzenfaktor die geringen Unterschiede durch die hohen Wasserpreise zu erklären, weil diese ein wassersparendes Verhalten der Kunden veranlassen. 189

cc) Die kalkulatorischen Kosten der Betroffenen, die - wie vorstehend ausgeführt - die kalkulatorischen Kosten der Vergleichsunternehmen ganz erheblich übersteigen, können den höheren Preis nicht rechtfertigen. Höhere kalkulatorische Kosten als solche können einen höheren Preis schon deshalb nicht rechtfertigen, weil es sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht um Kostenfaktoren handelt, die auch jedes andere Unternehmen in der Situation des betroffenen Unternehmens vorfinden würde und nicht beeinflussen könnte (BGH, Beschluss vom 02.02.2010, KVR 66/08, Wasserpreise Wetzlar, Umdruck, S. 16, Rn. 42). Bei den kalkulatorischen Kosten handelt es sich gerade nicht um ein von jedem anderen Unternehmen ebenfalls so hinzunehmendes "Strukturmerkmal", sondern bei der Finanzierung eines Unternehmens handelt es sich um einen, wenn nicht sogar den wichtigsten unternehmensindividuellen Umstand (BGH, Beschluss vom 02.02.2010, KVR 66/08, Wasserpreise Wetzlar, Umdruck, S. 16, Rn. 51 f). Daran ändern auch die von der Betroffenen zu beachtenden Vorgaben des BerIBG, der WTVO und der jeweiligen Verzinsungsverordnung sowie die erforderliche Tarifgenehmigung nichts. Insoweit ist, wie vorstehend insbesondere unter 1. b) ausgeführt, zum einen auf die durch die Vorgaben eingeräumten Kalkulationsspielräume als auch darauf hinzuweisen, dass sich die Betroffene die gesetzlichen und ordnungsrechtlichen Vorgaben nach dem Rechtsgedanken des § 36 Abs. 2 GWB kartellrechtlich zurechnen lassen muss. Höhere kalkulatorische Kosten können einen höheren Preis nur dann rechtfertigen, wenn diese nachweislich auf nachteiligen und nicht zurechenbaren strukturellen Umständen, wie sie jedes andere Unternehmen an der Stelle des betroffenen Unternehmens ebenfalls vorfinden würde, beruhen. 190

dd) Die Höhe der Investitionen beziehungsweise die Höhe des Investitionsbedarfs der Betroffenen kann den höheren Preis ebenfalls nicht rechtfertigen. Die Untersuchungen des Bundeskartellamts haben ergeben, dass die Betroffene keine höheren Investitionen als die drei Vergleichsunternehmen tätigen musste, wenn man von den zusätzlichen Investitionen aufgrund der Wiedervereinigung, die beim Rechtfertigungsgrund der "Sonderkosten Ost" berücksichtigt worden sind, absieht. 191

e) Das Bundeskartellamt hat bei der Betroffenen den Rechtfertigungsgrund der wiedervereinigungsbedingten Mehrinvestitionen, die so genannten Sonderkosten Ost, grundsätzlich anerkannt. Es ist auch zu Recht der Auffassung, dass die Sonderkosten Ost nicht in dem von der Betroffenen geforderten Umfang, sondern einschließlich eines Sicherheitszuschlags nur in Höhe von 0,17 EUR /m³ anzuerkennen sind. 192

Entgegen der Auffassung der Betroffenen hat das Bundeskartellamt seiner Berechnung nicht hypothetische Kosten, sondern im Ausgangspunkt die von ihr mitgeteilten tatsächlichen Kosten entsprechend den Anlagen M 23 und M 24 zum Schriftsatz vom 19.05.2011 (Bl. 1031 ff VA (1311ff VA), siehe dazu die Berechnung des Bundeskartellamtes, Bl. 2287f VA) zu 193

Grunde gelegt.

Folglich bestehen unterschiedliche Auffassungen zwischen der Betroffenen und dem Bundeskartellamt nur hinsichtlich der Art und Weise, wie das Bundeskartellamt aufgrund dieser Zahlen die Höhe der zu berücksichtigenden Sonderkosten Ost berechnet hat sowie hinsichtlich der Forderung der Betroffenen, die im weiteren Verlauf des Verfahrens vor dem Bundeskartellamt geltend gemachten zusätzlichen Kostenpositionen ebenfalls zu ihren Gunsten berücksichtigt zu sehen. 194

Es ist weder die Art und Weise der Berechnung der Höhe der zu berücksichtigenden Sonderkosten Ost noch die Ablehnung weiterer geltend gemachter Kostenpositionen durch das Bundeskartellamt zu beanstanden. 195

Das Bundeskartellamt hat, anstatt die von der Betroffenen geforderte Berechnungsmethode zu Grunde zu legen, ihre Gesamtinvestitionen und die Gesamtinvestitionen der drei Vergleichsunternehmen pro Kubikmeter Wasserabsatz miteinander verglichen und zu Gunsten der Betroffenen ohne weitere Kürzungen ihre gesamten im Vergleich höheren Investitionen in den 1990-er Jahren pauschal als gerechtfertigte Sonderkosten Ost anerkannt, was nach Auffassung des Senats eine zutreffende und großzügige Vorgehensweise ist. 196

Die dagegen von der Betroffenen geforderte Trennung nach Ost- und Westinvestitionen ist schon deshalb nicht sachgerecht, weil nach der Wiedervereinigung nicht nur eine Sanierung des Ostberliner Netzes, sondern eine komplette Umgestaltung des nunmehr einheitlichen Netzes von West- und Ostteil der Stadt zu einem Gesamtnetz erfolgte, bei der im Ostteil auch Westinvestitionen anfielen und umgekehrt. So wurde beispielsweise bei der Schließung und Einsparung von Wasserwerken nicht auf eine ost-/westproportionale Verteilung geachtet, sondern es wurde für Gesamtberlin beurteilt, wie viele und welche Wasserwerke man noch brauchte und welche den wasserwirtschaftlichen und ökonomisch effizientesten Weiterbetrieb erlaubten. Danach konnte es beispielsweise sein, dass ein Wasserwerk und eine dazugehörige Leitung aus Effizienzgründen zwar in "Ostberlin" gebaut wurden, diese Investitionen aber erfolgten, um "Westberlin" mit Wasser zu versorgen und umgekehrt. Zudem hat die Betroffene die gesamte neue Erschließung von früheren Brach- und Grenzgebieten, beispielsweise des Potsdamer Platzes und des Mauerstreifens einseitig als Ostinvestitionen verbucht, obwohl es sich dabei um gesamtberliner Investitionen handelte. 197

Soweit sich die Betroffene in diesem Zusammenhang darauf beruft, ihr stünden tatsächliche Daten zur Verfügung, aus denen sich die West- und die Ostinvestitionen trennscharf und positionsgenau ergeben würden, weil sie seinerzeit habe wissen wollen "was uns die Wiedervereinigung tatsächlich kostet" und folglich die Mehrinvestitionen entsprechend gekennzeichnet worden und aus den Gesamtinvestitionen ausscheidbar seien, so dass das Bundeskartellamt nunmehr nicht auf eine hypothetische Berechnung zurückgreifen müsse, kann dahinstehen, ob aus den vorstehenden ausgeführten Gründen überhaupt eine derartig trennscharfe und positionsgenaue Unterscheidung vorgenommen werden konnte, weil die Betroffenen die entsprechenden SAP-Listen, auf die sie in Ihrem Vortrag im Verfahren vor dem Bundeskartellamt und im Beschwerdeverfahren wiederholt verwiesen hat, ohnehin nicht der ihr obliegenden Darlegungslast entsprechend zur Substantiierung ihres Vortrags und zur Überprüfung durch das Bundeskartellamt und den Senat vorgelegt hat. Dem von der Betroffenen angeboten Zeugenbeweis war nicht nachzugehen, weil dies zu einer unzulässigen Ausforschung geführt hätte. 198

Es besteht auch kein Anlass, die von der Betroffenen im Verfahren vor dem Bundeskartellamt geltend gemachten Änderungen ihres Zahlenwerks und die geforderten weiteren 199

Kostenpositionen zu berücksichtigen, soweit dies nicht ohnehin geschehen ist.

Die geltend gemachten Änderungen des Zahlenwerks sind zum einen nicht zu berücksichtigen, weil das Bundeskartellamt - wie ausgeführt - eine andere Berechnungsweise gewählt hat, indem es die Gesamtinvestitionen der Betroffenen und die Gesamtinvestitionen der drei Vergleichsunternehmen miteinander verglichen und die gesamten im Vergleich höheren Investitionen der Betroffenen in den 1990-er Jahren pauschal als gerechtfertigte Sonderkosten Ost anerkannt hat. Darüber hinaus hat das Bundeskartellamt, wie sich aus dem Verfahrensverlauf ergibt, mehrere Einwände der Betroffenen berücksichtigt, und die von ihr geforderten Zahlen ohne eine weitere Prüfung zu ihren Gunsten zugrundegelegt. Über diese berücksichtigten Änderungen hinaus ist das Bundeskartellamt allerdings zu Recht davon ausgegangen, dass die geänderten Zahlenwerte von der darlegungsbelasteten Betroffenen nicht hinreichend plausibilisiert worden sind.

Im Einzelnen: 201

Das Bundeskartellamt übersandte der Betroffenen mit Schreiben vom 05.12.2011 (Bl. 1937ff VA) den ersten Entwurf der Verfügung. Daraufhin forderte die Betroffene vom Bundeskartellamt mit Schreiben vom 13.12.2011 (Bl. 2319 ff VA) zusätzliche Informationen, Erläuterungen und Anlagen, weil die Berechnung der Sonderkosten Ost nicht nachvollziehbar sei. In diesem Zusammenhang bemängelte sie die von ihr selbst vorgeschlagene und verwendete Formel zur Berechnung der wiedervereinigungsbedingten Sonderkosten und forderte die zusätzliche Berücksichtigung von erhöhtem Ersatz- und Unterhaltungsaufwand. Das Bundeskartellamt ist dieser Forderung nachgekommen. 202

Das Bundeskartellamt antwortete der Betroffenen mit Schreiben vom 19.12.2011 (Bl. 2326 ff VA), woraufhin die Betroffene vom Bundeskartellamt mit Schreiben vom 11.01.2012 (Bl. 2362 ff VA) zusätzliche Informationen zur Berechnung der Sonderkosten forderte. Das Bundeskartellamt antwortete der Betroffenen mit Schreiben vom 13.01.2012 (Bl. 2366 ff VA). Mit Schreiben vom 30.01.2012 (Bl. 2413 ff VA) gab die Betroffene zum ersten Entwurf der Verfügung eine ausführliche und kritische Stellungnahme ab. Das Bundeskartellamt reagierte darauf, indem es die Betroffene am 21.02.2012 telefonisch (siehe Bl. 2905 ff VA) um die Übermittlung einer Excel-Datei der Anlage M 30 zum Schriftsatz vom 30.01.2012 (siehe Bl. 2753 f/2915 f VA) zur Berechnung der Sonderkosten Ost bat. Mit weiterem Schreiben vom 23.02.2012 (Bl. 2910 ff VA) bat das Bundeskartellamt die Betroffene um eine nähere Aufklärung der in Anlage M 30 aufgeführten privaten und öffentlichen Zuschüsse. Die Betroffene informierte das Bundeskartellamt mit Schreiben vom 29.02.2012 (Bl. 2919ff VA) darüber, sie habe die Zuschüsse "versehentlich" zu hoch ausgewiesen. Die von der Betroffenen neu mitgeteilten niedrigeren Zahlen hat das Bundeskartellamt ebenfalls zu ihren Gunsten seiner Berechnung zu Grunde gelegt, obwohl es nicht überprüfen konnte, ob und in welchem Umfang die Korrekturen überhaupt berechtigt waren. Dies führte dazu, dass die Höhe der anrechnungsfähigen Sonderkosten Ost erheblich gesteigert wurde. 203

Das Bundeskartellamt übersandte der Betroffenen mit Schreiben vom 02.04.2012 (Bl. 3048 ff/3306 ff VA) den zweiten Entwurf der Verfügung, den die Betroffene mit Schreiben vom 29.4.2012 (Bl. 3412 ff VA) und 20.05.2012 (Bl. 3920 ff VA) kritisierte. Die Betroffene hat im Schreiben vom 29.4.2012 mitgeteilt, ihre bisherigen Angaben zum Ersatz- und Erhaltungsaufwand seien unvollständig, die Personalkosten (Eigenleistung Instandhaltung) würden vollständig fehlen, weil sie diese "vergessen" habe. Gleichwohl hat das Bundeskartellamt wiederum die neu mitgeteilten Zahlen vollständig zu Gunsten der Betroffenen berücksichtigt. Darüber hinaus hat das Bundeskartellamt zu Gunsten der Betroffenen eine weitere geforderte Korrektur der öffentlichen Zuschüsse vorgenommen. 204

Mit einem weiteren Schreiben vom 04.05.2012 sowie in einem Telefonat vom 10.05.2012 (Bl. 205 3473 ff, 3483 f, 3907 ff VA) forderte die Betroffene die Zugrundelegung einer stark veränderten Methode zur Berechnung der Sonderkosten Ost, die sich erheblich zu ihren Gunsten ausgewirkt hätte. Danach sollten unter anderem die kalkulatorischen Abschreibungen auf der Basis von Wiederbeschaffungszeitwerten erfolgen und eine kalkulatorische Gewerbesteuer berücksichtigt werden, wobei auch die Berechnungsformel für das Bundeskartellamt nicht nachvollziehbar war. Nachdem das Bundeskartellamt bereits sämtliche geänderte Daten zu Gunsten der Betroffenen zu Grunde gelegt hatte, hat es die Berücksichtigung der nunmehr geforderten veränderten Berechnungsmethode zu Recht abgelehnt, weil diese nicht sachgerecht erschien. Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die ausführliche und zutreffende Begründung des Bundeskartellamts (Seiten 145 ff der Beschwerdeerwiderung) verwiesen.

Bei der Berechnung der Sonderkosten Ost sind auch, wie das Bundeskartellamt im Senatstermin nochmals zutreffend ausgeführt hat, ausschließlich die zusätzlichen wiedervereinigungsbedingten Investitionen zu berücksichtigen. Bei der Berücksichtigung der Sonderkosten Ost geht es nämlich ausschließlich um die Berücksichtigung der einmalig aus Anlass der Wiedervereinigung tatsächlich getätigten zusätzliche Investitionen. 206

Im Übrigen hat das Bundeskartellamt zum Ausgleich aller mit der Berechnung der Sonderkosten Ost verbundenen Unsicherheiten und Ungenauigkeiten zu Gunsten der Betroffenen einen ganz erheblichen Sicherheitszuschlag in Höhe von 35 % berücksichtigt, der nach Auffassung des Senats unter Berücksichtigung aller Umstände als großzügig anzusehen ist und jedenfalls eine kostenmäßige Benachteiligung der Betroffenen ausschließt (siehe auch: Markert, Die BWB-Entscheidung des Bundeskartellamts: Revolution oder (nur) konsequente Durchsetzung geltenden Recht? ZNER 2013, 7 ff (9)). 207

f) Die weiteren von der Betroffenen geltend gemachten Rechtfertigungsgründe können dagegen ihren gegenüber dem Preis der Vergleichsunternehmen höheren Preis nicht rechtfertigen, weil die behaupteten nachteiligen Umstände nicht entsprechend den in der vorstehend dargestellten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aufgestellten Maßstäben hinreichend dargelegt und/oder nachgewiesen worden sind. 208

Nachdem das Bundeskartellamt zutreffend festgestellt hat, dass die Betroffene höhere Preise als die drei Vergleichsunternehmen verlangt, hätte diese substantiiert darlegen und nachweisen müssen, dass die höheren Preise auf ihr nicht zurechenbaren Umständen beruhen. 209

Im Ergebnis ist es der Betroffenen nicht gelungen, eine kausale Verknüpfung zwischen den ihr angeblich nachteiligen und nicht zurechenbaren Umständen, der Höhe ihrer kalkulatorischen Kosten und den berechneten Wasserpreisen herzustellen. 210

In diesem Zusammenhang hätte die Betroffene zunächst eine Gesamtschau ihrer eigenen strukturellen Bedingungen und der strukturellen Bedingungen der Vergleichsunternehmen sowie anschließend einen Vergleich ihrer Strukturbedingungen und der Strukturbedingungen der Vergleichsunternehmen vornehmen müssen. Es fehlt jedoch bereits an einer notwendigen Gesamtschau der eigenen strukturellen Bedingungen der Betroffenen und deren Auswirkungen auf die Kosten und die Preise, so dass es auf eine Gesamtschau der strukturellen Bedingungen der Vergleichsunternehmen und einen Vergleich zwischen der Betroffenen und den Vergleichsunternehmen nicht mehr ankommt. 211

Des weiteren hätte die Betroffene konkret darlegen und nachweisen müssen, wie und in welchem Umfang durch die jeweils behaupteten Struktur Nachteile Mehrkosten verursacht und die Preise nachteilig beeinflusst wurden. Dazu hätte sie eine entsprechende Preis-/Tarifkalkulation vorlegen müssen, aus der sich dieses nachvollziehbar ergibt, was jedoch nicht geschehen ist. Insbesondere die Höhe der sich ergebenden kalkulatorischen Kosten ist intransparent und nicht nachvollziehbar.

Es fehlt in diesem Zusammenhang überdies an einer Darstellung, aus der hervorgeht, wie hoch die kalkulatorischen Kosten vor der Teilprivatisierung gewesen sind und in welchem Umfang und insbesondere aus welchem Gründen sie sich nach der Teilprivatisierung verändert haben. Bei weitgehend unveränderten Strukturbedingungen vor und nach der Teilprivatisierung, wie insbesondere bei der Wasserbeschaffung und der Wasserverteilung, aber in eingeschränktem Umfang auch bei der Anlagenauslastung, können deutlich erhöhte kalkulatorische Kosten schlechterdings nicht kausal auf veränderten Strukturbedingungen beruhen, sondern müssen auf anderen Faktoren, wie den der Betroffenen kartellrechtlich zurechenbaren Vorgaben des BerlBG, der WTVO und den Verzinsungsverordnung sowie beispielsweise einer höheren Bewertung des Anlagevermögens und gegenüber den Vergleichsunternehmen deutlich verkürzten kalkulatorischen Nutzungsdauern, besonders für die Netze, beruhen. 213

In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass es angesichts der Darlegungs- und Beweislastverteilung nicht dem Bundeskartellamt oblag, darzulegen, aus welchen Gründen die Preise der Betroffenen die beanstandete Höhe haben, sondern es oblag der Betroffenen, diese höheren Preise zu rechtfertigen. Die Ausführungen des Bundeskartellamts, die dazu dienen, die "Preistreiber" bei den kalkulatorischen Kosten zu identifizieren, wären überwiegend nicht notwendig gewesen. 214

Die Betroffene hat insbesondere nicht dargelegt, dass die jeweils behaupteten Mehrkosten nicht durch eine rationellere Betriebsführung hätten vermieden werden können. Sie hätte dazu insbesondere darlegen müssen, in welchem Umfang ursprünglich Rationalisierungsreserven bestanden und realisiert wurden und ob noch nicht verwirklichte Rationalisierungsreserven bestehen oder nicht. 215

Die Betroffene kann sich zur Rechtfertigung ihrer höheren Preise auch nicht auf eine strukturmerkmalsbedingte Erhöhung der Betriebskosten berufen, denn ihre Betriebskosten sind deutlich niedriger als die der Vergleichsunternehmen. Die vergleichsweise niedrigen Betriebskosten sprechen zudem dafür, dass die Strukturbedingungen der Betroffenen nicht so nachteilig sein können, wie sie im Zusammenhang mit den vergleichsweise hohen kalkulatorischen Kosten behauptet. Vielmehr gibt es Anhaltspunkte dafür, dass sie aufgrund der vergleichsweise günstigen Betriebsbedingungen sogar Preisabschläge hinnehmen müsste. 216

Zu den einzelnen geltend gemachten Rechtfertigungsgründen ist lediglich ergänzend auszuführen: 217

g) Die Betroffene kann sich zur Rechtfertigung ihrer höheren Wasserpreise weder auf ungünstigere Wasserbeschaffungsbedingungen noch auf ungünstigere Wasserverteilungsbedingungen in ihrem Versorgungsgebiet stützen. 218

Bereits bei der Auswahl der drei Vergleichsunternehmen hat das Bundeskartellamt zur Feststellung der Gleichartigkeit die Wasserverfügbarkeit, die Wasserqualität, die Höhenunterschiede im Versorgungsgebiet, die Bodenbeschaffenheit und die lokale 219

Infrastruktur, insbesondere hinsichtlich des Grabungsaufwandes berücksichtigt und zutreffend von der Bildung von Zu- und Abschlägen abgesehen.

Der Betroffenen ist es auch im Rahmen der Rechtfertigung nicht gelungen, darüber hinausgehende wesentliche nachteilige Strukturbedingungen im Zusammenhang mit der Wasserbeschaffung und Wasserverteilung aufzuzeigen, die Preiszuschläge oder Preisabschläge rechtfertigen können. 220

aa) Zur Geltendmachung ungünstigerer Wasserbeschaffungsbedingungen stützt sich die Betroffene auf einen erhöhten Aufwand für den Rohwasserschutz, die Wassergewinnung und die Wasseraufbereitung. Aufgrund der besonderen geogenen Bedingungen, wie insbesondere der Gefahr erheblicher Salzaufstiege, Altlasten und anthropogener Schadstoffeinträge müsse sie Abwehrbrunnen sowie ein umfassendes Grundwassermonitoring in Form von Messstellensystemen betreiben, um die Schadstoffe im Grundwasser rechtzeitig zu erkennen und abzuwehren. Zudem sei die Grundwasserneubildung in Berlin nicht ausreichend, so dass auf Uferfiltration und künstliche Grundwasseranreicherung zurückgegriffen werden müsse. Dies erfordere eine verstärkte Aufbereitung des Rohwassers, die zwar naturnah möglich, gleichwohl aber kapital- und kostenintensiv sei. Sie erfordere insbesondere eine deutlich erhöhte Anzahl zu unterhaltender Brunnen. Ohne Überlappungen mit Verrechnungen von Mehrkosten im Rahmen der geltend gemachten wiedervereinigungsbedingten Mehrkosten errechneten sich durch erschwerte Wasserbeschaffungsbedingungen erhöhte strukturbedingte Mehrkosten in Höhe von EUR/m³ Wasser. 221

bb) Auch die Wasserverteilungsbedingungen seien deutlich erschwert. Durch eine erhöhte Gewässerdichte und einen hohen Grundwasserstand im Stadtgebiet müsse sie, die Betroffene, erhöhte Baukosten aufbringen, um eindringendes Wasser in Baugruben fernzuhalten und zudem kostenintensive Querungen von Gewässerbänken im Leitungsnetz schaffen und unterhalten. Durch die im Berliner Stadtgebiet vorherrschenden Kiese und Sande sei auch die Frosteindringtiefe größer, so dass die Wasserleitungen 20 cm tiefer als bei den Vergleichsunternehmen verlegt werden müssten. Auch dies ziehe erhöhte Baukosten nach sich. Diese lägen zirka 28,6 % höher als in den Vergleichsstädten. Die Betroffene errechnet die sie durch erschwerte Wasserverteilungsbedingungen belastenden Baukosten auf der Grundlage einer fiktiven Musterbaustelle und beziffert die sich daraus ergebenden strukturbedingten Mehrkosten aus erhöhten Abschreibungen, Zinsen und Gewerbesteuer auf EUR/m³. 222

cc) Mit diesem Vortrag genügt die Betroffene ihrer Darlegungslast weder hinsichtlich der Wasserbeschaffungsbedingungen noch hinsichtlich der Wasserverteilungsbedingungen. 223

Zum einen rechtfertigen erhöhte Betriebskosten die hohen Wasserpreise schon deshalb nicht, weil die Betriebskosten der Betroffenen insgesamt deutlich niedriger sind, als diejenigen der Vergleichsunternehmen und deshalb für die hohen Wasserpreise im Vergleich nicht verantwortlich sein können. 224

Zum anderen trägt die Berechnungsweise der Betroffenen auch deshalb nicht, weil sie einerseits ihre Eigenkapitalquote und ihre Eigenkapitalverzinsung nicht offen gelegt hat und mit einem fiktiven „Mischzinssatz“ für Eigen- und Fremdkapital von rund 7 % rechnet und andererseits für ihre Wasserwirtschaft erheblich mehr Fremdkapital einsetzt als die Vergleichsunternehmen, die über deutlich mehr Eigenkapital verfügen. Bei einer Bewirtschaftung mit Fremdkapital handelt es sich grundsätzlich um einen vom Unternehmen selbst verursachten Umstand, auf den es sich im Rahmen des § 103 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 225

GWB 1990 nicht berufen kann (siehe: BGH, Beschluss vom 02.02.2010, KVR 66/08, Wasserpreise Wetzlar, Umdruck, S. 19, Rn. 52). Sollte dieser Umstand auf der hohen Verschuldung von Berlin beruhen, muss sich die Betroffene diese zurechnen lassen, es sei denn, sie legt substantiiert dar, was nicht geschehen ist, dass und aus welchen Gründen die Inanspruchnahme von Krediten und deren Finanzierung auf unabänderlichen Strukturnachteilen gegenüber den Vergleichsstädten beruht. Grundsätzlich aber hat die Finanzlage eines kommunalen Haushalts nichts mit den Gebiets- und Bevölkerungsstrukturen eines Versorgungsgebiets zu tun.

Widersprüchlich ist auch die Berechnung fiktiver Baukosten anhand einer Musterbaustelle (siehe Anlage B 25 zum Schriftsatz der Betroffenen vom 17.08.2012), die die Betroffene wegen besonderer Erschwernisse der Berliner Baupreise für die Wasserverteilung mit einer Erhöhung von % gegenüber den Baupreisen der Vergleichsstädte ansetzt. Während sie in der Beschwerdeschrift ausführt, ihre niedrigen Betriebskosten ergäben sich aus dem Umstand, dass sie im operativen Bereich sehr effizient arbeite, scheint diese Fähigkeit im fiktiven Kostenmanagement zu versagen. Müsste sie nämlich für Baukosten stets einen Aufpreis von % kalkulieren, dürften ihre Betriebskosten, die zu einem erheblichen Anteil aus Baukosten bestehen, nicht auffallend niedriger sein, als die der Vergleichsstädte. 226

Auf die weitere Voraussetzung einer erfolgreichen Rechtfertigung, dass die Betroffene im Rahmen einer innerbetrieblichen Gesamtschau darzulegen gehabt hätte und nicht dargelegt hat, dass die behaupteten Strukturnachteile der Wasserbeschaffung und Wasserverteilung nicht gleichzeitig durch Vorteile dieser oder anderer Strukturelemente kompensiert werden, kommt es für daher nicht an. 227

Auffällig ist auch, dass mit der Teilprivatisierung die Preise der Betroffenen ebenso wie die - letztlich den Verbrauchern vorenthaltenen - Unternehmensrenditen erheblich gestiegen sind, wobei die Preise allerdings in geringerem Umfang gestiegen sind als die Unternehmensrenditen, die sich weit mehr als verdoppelt haben. Dies wirft die von der Betroffenen zu beantwortende, aber nicht beantwortete Frage auf, ob und in welchem Umfang sich die Kosten zu Lasten der Letztverbraucher nur aufgrund unabweisbarer strukturbedingter Umstände erhöht haben oder ob nicht vielmehr überwiegend oder ausschließlich die privatwirtschaftliche Ziele zum Preis- und Renditetreiber zulasten der Berliner Trinkwasserverbraucher wurden. 228

Dafür, dass der letztgenannte Umstand zutreffend ist, sprechen schon die vorstehend unter 4. b) dargestellte Zahlen, wonach die beiden privaten Partner durch den Rückverkauf ihrer Anteile inzwischen nicht nur den vollen Kaufpreis zurückerhalten, sondern in den Jahren seit 1999 zusätzlich noch mehr als 1,6 Milliarden EUR "verdient" haben, was aufgrund der Monopolstellung der Betroffenen und des Inhalts der seinerzeit geschlossenen Verträge überdies ohne jedes unternehmerische Risiko geschah. 229

Daher ist es auch widersprüchlich, wenn die Betroffene immer wieder darauf abstellt, dass sie mit historisch gewachsenen ungünstigen Strukturbedingungen zu kämpfen habe, die bereits vor der Teilprivatisierung herrschten, gleichwohl aber deutlich niedrigere Preise ermöglichten und zu erheblich geringeren Renditen führten. Die Betroffene hätte darlegen müssen, warum sie unternehmerische Entscheidungen getroffen hat, die über die behaupteten nachteiligen Strukturbedingungen hinaus zu einem weiteren erheblichen Anstieg der Preise nach der Teilprivatisierung geführt haben. In diesem Zusammenhang hätte sie auch darlegen müssen, wie hoch die Betriebskosten und die kalkulatorischen Kosten vor der Teilprivatisierung gewesen sind, letztlich auch, um beurteilen zu können, welche Umstände der Betroffenen zurechenbar oder nicht zurechenbar sind. Eine weitgehende Beschränkung auf die 230

gegenwärtigen Bedingungen der Infrastruktur des Versorgungsgebiets greift zu kurz, weil kalkulatorische Kosten typischerweise Raum für unternehmerische Ziele, wozu auch eine Gewinnmaximierung und Gewinnausschüttung gehören, eröffnen.

Letztlich trägt die Betroffene auch weder hinsichtlich der Wasserbeschaffungsbedingungen noch hinsichtlich der Wasserverteilungsbedingungen etwas zu den sogenannten Rationalisierungsreserven (siehe: BGH, Beschluss vom 02.02.2010, KVR 66/08, Wasserpreise Wetzlar, Umdruck, S. 21, Rn. 59), das heißt zu der Frage vor, ob ihr Wirtschaftskonzept mit Blick auf verbraucherfreundliche Preise im maßgeblichen Zeitraum optimiert worden ist. 231

Auch das weitere Vorbringen der Betroffenen, die erschwerten Wasserverteilungsbedingungen belasteten die in der Preisbildung enthaltenen kalkulatorischen Kosten um EUR/m³, rechtfertigt keinen Preiszuschlag oder Preisabschlag, denn sie hat eine nicht auf ihre unternehmerische Entscheidung zurückzuführende erhebliche Beeinflussung ihrer kalkulatorischen Kosten nicht ausreichend dargetan. 232

Wie vorstehend bereits ausgeführt wurde und auch vom Bundeskartellamt in seiner Beschwerdeerwiderung zutreffend angemerkt worden ist (siehe dort Seite 136 ff), hat die Betroffene die von ihr für eine Musterbaustelle heran gezogenen Kosten weder nachvollziehbar begründet noch belegt. 233

Darüber hinaus ist nicht nachvollziehbar, welche Auswirkungen hypothetische kalkulatorische Kosten von EUR/m³ auf die Preisbildung haben und in welchem Umfang sie – sei es auch nur schätzweise – einen Preisabschlag bei der Betroffenen rechtfertigen. Entscheidend ist aber, dass die Betroffene ihre kalkulatorischen Kosten nicht hinreichend transparent gemacht hat. Es kann deshalb bereits nicht unterschieden werden, ob es sich um beeinflussbare Preisbestandteile handelt oder um solche, deren Ansatz zwingend in kalkulatorische Kosten einzustellen ist, weil die zugrunde liegenden Strukturen unabänderlich sind. 234

h) Die Betroffene kann sich zur Rechtfertigung ihrer höheren Wasserpreise nicht mit Erfolg auf eine geringere Anlagenauslastung berufen, die zu erhöhten strukturbedingten Mehrkosten in Höhe von EUR/m³ Wasser führen soll. 235

Auch vorliegend fehlt es an dem, wie vorstehend unter 4. f) und g) cc) ausgeführt, erforderlichen Vortrag, insbesondere hinsichtlich der Möglichkeiten einer Kostenreduzierung, die sich aus einer rationelleren Betriebsführung, beispielsweise durch eine Reduzierung der Kapazitäten der vorhandenen Wasserrohre durch ein Verlegen dünnerer Rohre in den vorhandenen Leitungen, ergeben könnten. 236

In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass die Berücksichtigung der strukturellen Verhältnisse eines Versorgungsgebiets ohnehin nicht zu einer ungerechtfertigten Konservierung ungünstiger Unternehmensstrukturen führen darf (BGH, Beschluss vom 02.02.2010, KVR 66/08, Wasserpreise Wetzlar, Umdruck, Seite 21 f, Rn. 62). Es kann daher offen bleiben, ob es sich bei der Anlagendimensionierung überhaupt um eine grundsätzlich berücksichtigungsfähige strukturelle Eigenschaft des Versorgungsgebietes oder um einen nicht zu berücksichtigenden unternehmensindividuellen Umstand handelt. 237

Des Weiteren bleibt vorliegend mangels Vorlage einer Preis-/Tarifkalkulation durch die Betroffene unklar, in welchem Umfang durch den behaupteten Strukturnachteil tatsächlich Mehrkosten verursacht und die Preise nachteilig beeinflusst wurden. Auch hier ist die Höhe entstehender kalkulatorischer Kosten (-nachteile) intransparent und nicht nachvollziehbar. 238

Vielmehr sprechen die Umstände dafür, dass nicht strukturbedingte Umstände, sondern überwiegend die privatwirtschaftlichen Ziele zum Preis- und Renditetreiber wurden.

Hinzu kommt, dass der Volumenverteilterwert, denn die Betroffene als Berechnungsgrundlage verwendet, wie vorstehend unter 3. c) ff) begründet, als Berechnungsfaktor schon deshalb nicht verwendet werden kann, weil die entsprechenden Daten nicht vorhanden und problematisch zu erheben sind sowie Abgrenzungsschwierigkeiten zu den Bereichen der Wassergewinnung und Wasserbeschaffung stehen. Ergänzend wird zur weiteren Begründung der Ungeeignetheit des Volumenverteilterwerts auf die Ausführungen des Bundeskartellamts in der Beschwerdeerwiderung (dort S. 110 f) verwiesen. 239

Daher kommt es auf die weiteren zwischen der Betroffenen und dem Bundeskartellamt umstrittenen Punkte (Berücksichtigung von Rohrnetzeinspeisungen oder Absatzmengen, (Nicht-) Ursächlichkeit der überhöhten Preise für die geringe Anlagenauslastung usw.) nicht an. 240

i) Soweit sich die Betroffene zur Rechtfertigung ihres höheren Preises auf eine im Vergleich zu den drei Vergleichsunternehmen höhere Abgabenbelastung, das heißt auf eine Belastung mit höheren Wasserentnahmeentgelten und (höheren) Sondernutzungsgebühren beruft, kommt es darauf nicht an, weil vorliegend ein Vergleich der um die Umsatzsteuer, die Wasserentnahmeentgelte, die Sondernutzungsgebühren und die Konzessionsabgaben bereinigten Nettodurchschnittspreise erfolgt (siehe dazu die vorstehenden Ausführungen unter 3. f)). 241

j) Eine Zinsdifferenz der Betroffenen gegenüber den Vergleichsunternehmen kann ihren höheren Preis ebenfalls nicht rechtfertigen. 242

Die Betroffene trägt vor, sie habe bei der Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals aufgrund der gesetzlichen Vorgaben der „Verordnung über die angemessene Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals der Berliner Wasserbetriebe“ im Jahr 2009 einen um %-Punkte höheren kalkulatorischen Zinssatz zu Grunde legen müssen als die Vergleichsunternehmen. Daraus würden bei einem betriebsnotwendigen Kapital von 1.121.367.000 EUR im Ergebnis erhöhte kalkulatorische Zinsen von 9.476.000 EUR, das heißt Mehrkosten in Höhe von 0,050 EUR je Kubikmeter Wasser, resultieren. Sie räumt allerdings ein, dass der vorgegebene Zinssatz seit dem Jahr 2009 gesunken und für das Verfügungsjahr 2012 - welches auf dem Vergleichspreis des Jahres 2011 basiert - auf nur noch 7,1 % festgelegt worden sei. Damit bestehe „faktisch so gut wie kein Unterschied“ mehr zu den Vergleichsunternehmen. Dieser bestehe nur noch i.H.v. EUR je Kubikmeter Wasser. 243

Unabhängig davon, ob der Vortrag der Betroffenen zutreffend ist, kann er nicht zur Rechtfertigung eines gegenüber den Vergleichsunternehmen höheren Wasserpreises dienen, weil es sich bei der Finanzierung eines Unternehmens nicht um einen Strukturnachteil, sondern um einen unternehmensindividuellen Umstand handelt (siehe: BGH, Beschluss vom 02.02.2010, KVR 66/08, Wasserpreise Wetzlar, Umdruck, S. 19, Rn. 51 f). Daran ändert auch nichts, dass der Zinssatz durch das Land vorgegeben wird, weil sich die Betroffene, wie bereits ausgeführt, das Handeln des Landes trotz dessen Handeln in Verordnungsform über den Rechtsgedanken der Verbundklausel des § 36 Abs. 2 GWB zurechnen lassen muss. 244

k) Wiedervereinigungsbedingte Personalsonderkosten der Betroffenen können ihren gegenüber den Vergleichsunternehmen höheren Preis ebenso wenig rechtfertigen. 245

246

Die Betroffene trägt vor, nach der wiedervereinigungsbedingten Übernahme des Ostberliner Wasserversorgers und der Neuausrichtung der Wasserversorgung habe sie Personalüberhänge sozialverträglich abbauen müssen, so wie es jeder andere Berliner Wasserversorger ebenso hätte tun müssen. Ein Personalabbau sei nur langfristig möglich gewesen und wirke sich bis heute bei den Personalkosten aus. Im Jahr 1998 habe sie Rückstellungen zur Realisierung der Altersteilzeitverfahren bilden, und die Kosten rechnerisch anhand der tatsächlichen Inanspruchnahme über den Kalkulationszeitraum in der Tarifikalkulation berücksichtigen müssen. Dabei handele es sich um ansatzfähige Kosten des laufenden Betriebs. Im Jahr 2009 seien insoweit kalkulatorische Personalkosten i.H.v. EUR angefallen, woraus eine Mehrbelastung in Höhe von rund EUR je Kubikmeter Wasser resultierte. Überlappungseffekte zum Strukturnachteil der wiedervereinigungsbedingte Mehrinvestitionen (Sonderkosten Ost) gebe es nicht, weil diese Kostenart bei deren Ermittlung keine Rolle gespielt habe.

Unabhängig davon, ob und inwieweit der Vortrag der Betroffenen zu den wiedervereinigungsbedingte Personalsonderkosten zutreffend ist, können diese gleichwohl ihren gegenüber den Preisen der Vergleichsunternehmen höheren Preis nicht rechtfertigen. Die Betroffene weist deutlich niedrigere Betriebskosten als die Vergleichsunternehmen auf. Der höhere Preis kann daher nicht auf den zu den Betriebskosten gehörenden Personalkosten (Rückstellungen für Altersteilzeitverfahren) beruhen, insoweit fehlt es schon an der Kausalität. Dass diese Personalkosten auch Einfluss auf die Höhe der kalkulatorischen Kosten haben, hat sie nicht vorgetragen. 247

l) Letztlich kann auch eine Benachteiligung durch die Unternehmensstruktur den höheren Preis der Betroffenen nicht rechtfertigen. 248

Die Betroffene trägt vor, sie sei gegenüber den Vergleichsunternehmen durch ihre Unternehmensstruktur benachteiligt. Bei den Vergleichsunternehmen handele es sich um Mehrspartenunternehmen, die deshalb erhebliche Synergievorteile hinsichtlich der allgemeinen Management-, Verwaltung- und Vertriebskosten aufwiesen. Sie könnten die Overhead- und Verwaltungskosten auf mehrere Sparten umlegen und dadurch erhebliche Synergieeffekte bei der Netzplanung, beim Netzbau, bei der Nutzung der gemeinsamen Infrastruktur sowie in den Management- und Verwaltungsbereichen heben. Die Betroffene behauptet weiter, rund 40 % ihrer Overheadkosten in Höhe von rund EUR seien synergiefähig. Daraus resultiere im Ergebnis ein Strukturnachteil i.H.v. EUR je Kubikmeter Wasser. 249

Unabhängig davon, ob und inwieweit der Vortrag der Betroffenen zur Eigenschaft der Versorgungsunternehmen als Mehrspartenunternehmen überhaupt zutreffend ist, beispielsweise ist HamburgWasser ebenso wie die Betroffene nur für die Wasserversorgung und Abwasserentsorgung zuständig und bedient lediglich mit dem neu gegründeten privaten Tochterunternehmen H... GmbH nunmehr auch die Strom- und Gassparte - Grundversorger für Strom ist nämlich die V2... und Grundversorger für Gas ist die E... -, während Köln und München zwar über eine Strom- und eine Gassparte, nicht aber über eine Abwassersparte verfügen, lässt dieser die notwendige Substanz vermissen. Sie behauptet ohne weitere Darlegung und ohne weiteren Nachweis, dass rund 40 % der Overhead- und Vertriebskosten synergiefähige Kosten seien. Auch resultierten Vorteile aus der Möglichkeit der so genannten Mehrspartenverlegung. Soweit sie sich hinsichtlich des Anteils und der Höhe der synergiefähigen Kosten auf das Zeugnis einer ihrer Mitarbeiterinnen bezieht, handelt es sich angesichts des spekulativen Vortrags um einen unzulässigen Ausforschungsbeweis. 250

Zudem ist zweifelhaft, ob ein Wasserversorgungsunternehmen, welches auch über eine Strom- und Gassparte verfügt, Kostenvorteile bei den Overhead- und allgemeinen Verwaltungskosten hat. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der Umsetzung der Entflechtungsanforderungen (unbundling) und insbesondere der (Anreiz-) Regulierung der Netze, die hohen zusätzlichen Personal- und Sachaufwand verursacht.

Zutreffend dürfte dagegen sein, dass Kostenvorteile durch eine Mehrspartenverlegung entstehen. Die Betroffene übersieht jedoch, dass eine Mehrspartenverlegung unter dem Gesichtspunkt der effizienten Aufgabenerfüllung auch durch die Absprache der Versorgungsunternehmen ermöglicht werden kann und nicht zwingend einen Unternehmensverbund voraussetzt. 252

Im Übrigen könnte dieser Vortrag der Betroffenen, auch wenn er substantiiert und nachweislich zutreffend wäre, nicht dazu verhelfen, ihren gegenüber den Preisen der Vergleichsunternehmen überhöhten Preis zu rechtfertigen. Wie bereits ausgeführt, weist sie deutlich niedrigere Betriebskosten auf als die Vergleichsunternehmen. Der überhöhte Preis kann daher nicht auf den zu den Betriebskosten gehörenden Overhead- und Verwaltungskosten beruhen. Dass die Unternehmensstruktur der Betroffenen Einfluss auf die Höhe der kalkulatorischen Kosten hat, hat sie selbst nicht vorgetragen. 253

Im Übrigen handelt es sich bei der Unternehmensstruktur um einen aus der Vergangenheit resultierenden unternehmensindividuellen und nicht um einen objektiven, aufgrund der strukturellen Bedingungen des Versorgungsgebietes bestehenden Umstand handelt, der im Rahmen der Rechtfertigung ohnehin keine Berücksichtigung finden kann (siehe: BGH, Beschluss vom 02.02.2010, KVR 66/08, Wasserpreise Wetzlar, Umdruck, S. 16, Rn. 42). 254

m) Folglich ist die von der Betroffenen angegriffene Preissenkungsverfügung des Bundeskartellamts hinsichtlich der Höhe nicht zu beanstanden. Wegen der Berechnung der aufgegebenen Preissenkung wird auf Seite 202 f in Verbindung mit dem Tenor zu Ziffer 1.) des Beschlusses des Bundeskartellamts verwiesen. 255

5. 256

a) Nach den vorstehenden Ausführungen sind nicht nur die Voraussetzungen der §§ 131 Abs. 6, 103 Abs. 5 S. 2, Abs. 6 Nr. 1 GWB 1990, sondern auch die des § 22 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4 S. 2 Nr. 2, Abs. 5 GWB 1990 (missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung, indem Entgelte gefordert werden, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden) und des § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2 GWB (ebenfalls: missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung, indem Entgelte gefordert werden, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden) erfüllt. 257

Die Vorschrift des § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2 GWB unterscheidet sich von § 103 Abs. 5 S. 2 GWB 1990 und § 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 GWB 1990 nur in ihrer ex-tunc-Wirkung und hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislastverteilung bei den Rechtfertigungsgründen. 258

b) Entgegen der Auffassung der Betroffenen liegen auch die Voraussetzungen des § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2 GWB vor. Die Betroffene weist, entgegen der Auffassung des Bundeskartellamts, zutreffend darauf hin, dass nach der Rechtsprechung des BGH im Rahmen des ex-tunc wirkenden § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2 GWB stets ein Erheblichkeitszuschlag zu berücksichtigen ist (siehe statt aller: BGH, Beschluss vom 15.05.2012, KVR 51/11, Wasserpreise Calw, Umdruck, S. 12, Rn. 25 ff; BGH, Beschluss vom 259

28.06.2005, KVR 17/04, Stadtwerke Mainz, juris, Rn. 32).

Der Bundesgerichtshof hat dies mit dem im Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung 260
enthaltenen Unwerturteil gerechtfertigt. Dafür bedürfe es eines erheblichen Abstands
zwischen dem von den betroffenen Unternehmen geforderten Preis und dem niedrigeren
wettbewerbsanalogen Preis. Die Bemessung des Erheblichkeitszuschlags obliege dem
Tatrichter, der dabei die Umstände des konkreten Falles zu bewerten habe. Dabei könne,
wenn der sachliche Markt von einer Monopolsituation geprägt sei, unter Umständen ein
Missbrauch schon bei einem geringeren Zuschlag anzunehmen sein als unter normalen
Marktgegebenheiten (BGH, Beschluss vom 15.05.2012, KVR 51/11, Wasserpreise Calw,
Umdruck, S. 12, Rn. 26 f m.w.N.).

Der Senat teilt die vom Bundesgerichtshof im Beschluss vom 15.05.2012, KVR 51/11, 261
Wasserpreise Calw, vertretene Auffassung, bemisst den Erheblichkeitszuschlags vorliegend
aber mit 0 %. Maßgeblich dafür ist nicht nur, dass es wegen des natürlichen Monopols der
Betroffenen auf dem Berliner Trinkwassermarkt keinen Wettbewerb gibt, sondern es ist vor
allem entscheidend, dass das Bundeskartellamt zu Gunsten der Betroffenen sowohl
durchweg großzügige Annahmen zu Grunde gelegt hat als auch für besonders günstige
Bedingungen der Betroffenen keine Abschlüsse vorgenommen hat und erhebliche
Sicherheitszuschläge gewährt hat, so dass für die Berücksichtigung eines weiteren
Sicherheits-/Erheblichkeitszuschlags keine Notwendigkeit zu erkennen ist (siehe auch:
Markert, Die BWB-Entscheidung des Bundeskartellamts: Revolution oder (nur) konsequente
Durchsetzung geltenden Recht?, ZNER 2013, 7 ff (9)). Unter anderem wurde bei den
Sonderkosten Ost ein Sicherheitszuschlag von 35% gewährt. Zudem wurden großzügige
Inflationszuschläge für zukünftige Zeiträume gewährt (siehe zur Vorgehensweise ergänzend
auch: Beschluss des Bundeskartellamts vom 04.06.2012, Seite 196 ff). Die vom
Bundesgerichtshof im Beschluss vom 28.06.2005, KVR 17/04, Stadtwerke Mainz, dort Rn.
32, vertretene Auffassung, ein bei der Ermittlung des Vergleichserlöses berücksichtigter
Sicherheitszuschlag mache einen weiteren Erheblichkeitszuschlags nicht entbehrlich, teilt der
Senat zumindest im vorliegenden Verfahren nicht.

c) Die Betroffene beanstandet, das Bundeskartellamt habe ihr mit Verfügung vom 05.06.2012 262
aufgegeben, die Wasserpreise rückwirkend zum 01.01.2012 zu senken. Eine solche
Anordnung sei nur gemäß § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2 GWB zulässig gewesen. Die Auffassung
der Betroffenen wäre zutreffend, wenn man die Verfügung, die Wasserpreise rückwirkend
zum 1.1.2012 zu senken, tatsächlich als rückwirkend ansieht.

Das Bundeskartellamt, welches sich hinsichtlich des Jahres 2012 insoweit auch auf § 103 263
Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB 1990 stützt, vertritt die Auffassung, eine Rückwirkung liege für den
Zeitraum vom 01.01.2012 bis zum Zeitpunkt des Verfügungserlasses nicht vor. Der
Erlösvergleich beziehe sich jeweils auf ein Kalenderjahr. Die Verfügung betreffe das gesamte
Jahr 2012, welches zum Zeitpunkt des Verfügungserlasses noch nicht abgeschlossen
gewesen sei. Auch die Jahresabrechnungen für das Jahr 2012 würden erst ab dem
01.01.2013 erfolgen und folglich verlange die Verfügung die Umsetzung der Erlös- und
Preissenkung auch erst mit den Jahresrechnungen ab dem 01.01.2013. Dies sei zum
Zeitpunkt des Verfügungserlasses ein in der Zukunft liegenden Zeitpunkt gewesen, so dass
keine rückwirkende Senkung vorgelegen habe.

Die Betroffene vertritt demgegenüber die Auffassung, eine auf § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB 264
1990 gestützte Verfügung könne nur Wirkung für den Zeitraum nach ihrem Erlass entfalten,
weil das betroffene Unternehmen die Möglichkeit haben müsse, sein Verhalten
gesetzeskonform auszurichten. Der Inhalt des Gesetzes werde erst durch die Verfügung

konkretisiert. Deshalb könne eine auf diese Vorschrift gestützte Verfügung nur eine Preissenkung für den Zeitraum nach Erlass der Verfügung verlangen. Ob die Verfügung erst im späteren Zeitpunkt umgesetzt werden müsse, sei demgegenüber irrelevant. Bei der Frage, ob eine Rückwirkung vorliege, gehe es um die materiellrechtliche Reichweite, nicht um die verfahrenstechnische Frage nach der Umsetzung der Verfügung.

Letztlich kann jedoch offen bleiben, ob die Auffassung des Bundeskartellamts oder die Auffassung der Betroffenen zutreffend ist, weil jedenfalls die Voraussetzungen des § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2 GWB vorliegen, so dass eine Wasserpreissenkung ab dem 01.01.2012 jedenfalls nach dieser Vorschrift angeordnet werden durfte. 265

Für die Auffassung der Betroffenen spricht allerdings, dass der Preis, den der Letztverbraucher für den Wasserkauf im Jahr 2012 zu zahlen hat, bereits vor Beginn des Bezugszeitraums festgelegt wird. Entgegen der Auffassung des Bundeskartellamts wird der Preis nicht erst im Jahr 2013 im Zusammenhang mit der Jahresabrechnung 2012 festgelegt. Legt das Bundeskartellamt in der Mitte des Jahres 2012 in einer Verfügung einen Preis oder Erlös auch für den Zeitraum der ersten Jahreshälfte fest, dürfte eine im Rahmen des § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB 1990 unzulässige Rückwirkung der Verfügung vorliegen. 266

d) Das Bundeskartellamt hat sich über die Anordnung der Preissenkung für die Jahre 2012 bis 2015ff hinaus vorbehalten, auch die Rückzahlung der von den Letztverbrauchern überzahlten Entgelte für die Jahre 2009, 2010 und 2011 anzuordnen. Eine solche Anordnung ist gemäß §§ 32 Abs. 2, 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2 GWB rechtlich möglich, weil deren Voraussetzungen, wie ausgeführt, vorliegen. Auf § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 GWB 1990, § 22 Abs. 5 GWB 1990 in Verbindung mit § 32 GWB kann eine solche Anordnung dagegen nicht gestützt werden können, weil die letztgenannte Vorschrift ein gesetzliches Verbot voraussetzt, die erstgenannte Vorschrift ein solches aber nicht enthält. Überdies enthält § 103 GWB 1990, anders als § 19 GWB, nur eine zukunftsgerichtete Eingriffsbefugnis. 267

e) Dem von der Betroffenen mit Schriftsatz vom 17.08.2012 in Verbindung mit der Anlage B 16 gestellten Antrag auf ergänzende Akteneinsicht gemäß § 72 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 GWB war nicht zu entsprechen. 268

Der Akteneinsichtsantrag richtet sich auf die Zurverfügungstellung verschiedener Daten der Vergleichsunternehmen. Diese haben der Zurverfügungstellung widersprochen und sich auf den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen berufen, wobei nicht entschieden werden muss, ob und in welchem Umfang es sich tatsächlich ganz oder teilweise um schützenswerte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handelt. 269

Es ist weiter offen, ob das Bundeskartellamt überhaupt über sämtliche der von der Betroffenen geforderten Daten verfügt (siehe und vergleiche dazu: Anlage B 16, Spalte 4) oder ob es diese erst noch erheben müsste, worauf die Betroffene ohnehin keinen Anspruch hätte. Ferner ist offen, ob die Betroffene nicht schon, wie sich auch aus Ihrem schriftsätzlichen Vortrag ergibt, zumindest über einige der geforderten Daten verfügt beziehungsweise einen großen Teil der geforderten Daten auch aus öffentlich zugänglichen Quellen (Homepages der anderen Wasserversorgungsunternehmen, Fachliteratur und sonstige Veröffentlichungen, beispielsweise des BDEW) gewinnen konnte oder unschwer könnte und mithin insoweit gar nicht auf eine Akteneinsicht angewiesen ist. Dies gilt beispielsweise hinsichtlich der Rohrnetzlängen, der Trinkwasserfördermengen, der Trinkwasserabsatzmengen, der Karten der Trinkwasserschutzgebiete, der Brunnenzahl, der Musterbaustellenkosten, der mittlere Frosteindringtiefe, der Mindestüberdeckungshöhe beim Rohrleitungsbau, der Höhe der Gewerbesteuer, der Höhe des Wasserentnahmeentgelts und 270

der Höhe der Konzessionsabgabe.

Die Betroffene behauptet, sie benötige die geforderten Daten um bei den Rechtsfertigungsgründen ihrer Darlegungs- und Beweislast nachkommen zu können. Dies betrifft ausweislich der Anlage B 16 die Bereiche wiedervereinigungsbedingte Mehraufwendungen, geringerer Anlagenauslastung, ungünstige Wasserbeschaffungsbedingungen und ungünstigere Wasserverteilbedingungen. Insoweit kommt es für die Betroffene jedoch, wie sich insbesondere aus den vorstehenden Ausführungen unter 4. f) – h) ergibt, schon deshalb nicht auf die Kenntnis der Daten der Vergleichsunternehmen an, weil sie der ihr obliegenden Darlegungslast schon hinsichtlich des eigenen Unternehmens nicht nachgekommen ist, so dass es auf die Kenntnis der Daten der Vergleichsunternehmen rechtlich gar nicht mehr ankommt. 271

ff) Die nicht nachgelassenen Schriftsätze des Bundeskartellamts vom 14.10.2013 und der Betroffenen vom 01.11.2013 geben keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung (§§ 73 GWB, 104 Abs. 3 S. 2 VwGO, 156 Abs. 1 ZPO). 272

III. 273

1. 274

Die Kostenentscheidung beruht auf § 78 GWB. Es entspricht der Billigkeit, der unterlegenen Betroffenen die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Kosten des Bundeskartellamts aufzuerlegen. Die Beteiligte zu 2. und die Beigeladenen, die keine Beschwerde eingelegt und keine Anträge gestellt haben, haben ihre zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit entstandenen Kosten selbst zu tragen. 275

2. 276

Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 74 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 GWB zuzulassen. 277

3. 278

Der Beschwerdewert ist gemäß §§ 50 Abs. 1 Nr. 1, 40, 39 Abs. 2 GKG, § 3 ZPO auf EUR festzusetzen. 279

Rechtsmittelbelehrung: 280

Die Entscheidung kann mit der Rechtsbeschwerde angefochten werden. Die Rechtsbeschwerde ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich beim Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen beim Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen zwei Monaten zu begründen. Diese Frist beginnt mit der Zustellung der angefochtenen Verfügung und kann auf Antrag des Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Beschwerdeentscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Die Rechtsbeschwerdeschrift und die Rechtsbeschwerdebegründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. 281

Dicks	Rubel	Brackmann	282
-------	-------	-----------	-----

