

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren
gegen die

GAG
Gasversorgung Ahrensburg GmbH
Manfred-Samusch-Straße 16
22926 Ahrensburg

- Beteiligte -

zur Prüfung eines Verstoßes gegen § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1 GWB hat die
10. Beschlussabteilung des Bundeskartellamts am 16. September 2009 beschlossen:

1. Der Beteiligten wird aufgegeben, ab dem auf die Zustellung des Beschlusses folgenden Tag sämtliche Gaslieferungen Dritter (d.h. nicht mit der Beteiligten nach § 36 Abs. 2 GWB verbundener Unternehmen) im Wege der Durchleitung an Letztverbraucher als Lieferungen an Sondervertragskunden einzustufen. Dem entsprechend darf die Beteiligte gegenüber Dritten im Rahmen des § 2 Abs. 6 S. 2 KAV dem Netznutzungsentgelt höchstens ein Entgelt in Höhe des im Konzessionsvertrag mit der Stadt Ahrensburg jeweils festgelegten Konzessionsabgaben-Satzes für Sondervertragskunden hinzurechnen. Keinesfalls darf das Entgelt jedoch den in der KAV vorgesehenen Konzessionsabgaben-Höchstsatz für die Belieferung von Sondervertragskunden (gem. § 2 Abs. 3 Nr. 2 KAV derzeit 0,03 Cent/kWh) überschreiten.
2. Der Beteiligten wird aufgegeben, für den Zeitraum vom 1. Januar 2007 bis zur Zustellung des Beschlusses sämtliche Gaslieferungen Dritter (d.h. nicht mit der Beteiligten nach § 36 Abs. 2 GWB verbundener Unternehmen) im Wege der Durchleitung an Letztverbraucher als Lieferungen an Sondervertragskunden einzustufen. Dem entsprechend darf die Beteiligte gegenüber Dritten im Rahmen des § 2 Abs. 6 S. 2 KAV dem Netznutzungsentgelt höchstens ein Entgelt in Höhe des im Konzessionsvertrag mit der Stadt Ahrensburg festgelegten Konzessionsabgaben-Satzes für Sondervertragskunden hinzurechnen (0,03 Cent/kWh).
3. Der Beteiligten wird aufgegeben, die seit 1. Januar 2007 bis zur Zustellung des Beschlusses nach Maßgabe von Nr. 2 zu viel gezahlten Entgelte (d.h. die sich aufgrund der

Inrechnungstellung von 0,61 Cent/kWh bei Kochgaskunden bzw. 0,27 Cent/kWh bei Heizgaskunden statt der Sondervertragskundenkonzessionsabgabe von 0,03 Cent/kWh jeweils ergebenden Unterschiedsbeträge) an die Dritten zurückzuerstatten. Die für die Jahre 2007 und 2008 in der Anlage zu diesem Beschluss aufgeführten Beträge sind bis spätestens zum 31. Dezember 2009 an die dort genannten Unternehmen zurückzuzahlen. Bereits geleistete Rückzahlungen können hiervon in Abzug gebracht werden.

4. Nummer 1 gilt mit Wirkung bis zum 1. Oktober 2013.
5. Die Gebühr für das Verfahren einschließlich der Entscheidung beträgt € [...].

Gründe:

I.

1. Die Beteiligte ist ausschließlich im Bereich der Gasverteilung und -versorgung tätig. Sie ist Grundversorger in Ahrensburg, einer Stadt in Schleswig-Holstein mit ca. 31.000 Einwohnern. Seit 2006 ist die Beteiligte Eigentümerin und Betreiberin des örtlichen Gasversorgungsnetzes. Sie versorgt ca. 5.400 Kunden in Ahrensburg und weitere ca. 5.000 Kunden außerhalb. Sie erzielte im Jahr 2007 einen Jahresumsatz von rund € [...] Millionen und einen Jahresüberschuss von € 542.514,99. Im Jahr 2008 erzielte sie einen Jahresumsatz von rund € [...] Millionen und einen Jahresüberschuss von € [...]. Ihre Alleineigentümerin ist die Stadt Ahrensburg. Die kaufmännische Betriebsführung der Beteiligten obliegt der SWN Stadtwerke Neumünster Beteiligungen GmbH. Die Beteiligte bezieht das von ihr vertriebene Gas mit einem Bezugsvertrag mit einer Laufzeit bis [...], wobei sie am [...] erstmals das Recht auf Überprüfung und Anpassung des Preises hat.
2. Die Beteiligte und die Stadt Ahrensburg schlossen am 18. Dezember 2003 einen „Vertrag über die öffentliche Versorgung mit Gas – Konzessionsvertrag Gas“ (im Folgenden „Konzessionsvertrag 2003“). Diesen änderten die vorgenannten Parteien am 30. August 2006 durch den „Vertrag zur Änderung des Vertrages über die öffentliche Versorgung mit Gas – Konzessionsvertrag Gas – Änderungsvertrag“ (im Folgenden „Änderungsvertrag“). Auf den Konzessionsvertrag 2003 in der Fassung des Änderungsvertrags wird im Folgenden als „Konzessionsvertrag 2006“ Bezug genommen. Zuvor war E.ON Hanse AG, Quickborn im Stadtgebiet Ahrensburg konzessioniert. Der Übertragung der Gasversorgungsanlagen und Kundenvertragsverhältnisse im Versorgungsgebiet Ahrensburg ging ein Rechtsstreit über zwei Instanzen vor dem LG Kiel (Az. 14 O Kart 48/04) und dem OLG Schleswig (Az. 6 U Kart 58/05) voraus, in dem E.ON Hanse letztlich unterlag. E.ON Hanse übergab das Gasnetz im Jahre 2006 an GAG Ahrensburg.
3. In § 4 Abs. 1 Konzessionsvertrag 2003 räumt die Stadt Ahrensburg der Beteiligten das Recht ein, „die ihrer privatrechtlichen Verfügung unterliegenden öffentlichen Verkehrsräume zur Verlegung und zum Betrieb von Leitungen und Versorgungsanlagen zur un-

mittelbaren öffentlichen Versorgung von Letztverbrauchern mit Gas im Gebiet der Stadt gemäß Anlage I zu benutzen.“ Anlage I zum Konzessionsvertrag 2003 enthält eine Karte der Stadt Ahrensburg mit Umgebung.

4. Nach § 7 Abs. 1 des Konzessionsvertrages 2003, und, insoweit hier relevant, des Konzessionsvertrages 2006 „zahlt die GAG der Stadt eine Konzessionsabgabe in Höhe der Höchstsätze nach der jeweils geltenden konzessionsabgabenrechtlichen Regelung: [...]“. Die Festschreibung der Höchstsätze durch § 2 Abs. 1 in der Fassung des Konzessionsvertrages 2006 lautet:

„0,61 ct/kWh auf die Abgabe an Tarifikunden gemäß § 1 Abs. 3 Konzessionsabgabenverordnung, soweit diese ausschließlich für Kochen und Warmwasser erfolgt.

0,27 ct/kWh auf die Abgabe an andere Tarifikunden gemäß § 1 Abs. 3 Konzessionsabgabenverordnung (insbesondere Heizgaskunden.

0,03 ct/kWh auf die Abgabe an letztverbrauchende Sondervertragskunden (Industrie- und Gewerbekunden), soweit nicht die Voraussetzungen nach § 2 Abs. 5 KAV (Grenzpreisregelung) erfüllt werden.“

5. § 7 Abs. 2 des Konzessionsvertrages 2003 lautet:

„Sofern Letztverbraucher im Wege der Durchleitung von Dritten Gas geliefert erhalten, wird die GAG die Konzessionsabgabe dem Durchleitungsentgelt hinzurechnen, das die GAG mit Dritten als Entgelt für die Netznutzung vereinbaren wird. Die GAG wird für diese Lieferung von Dritten die Konzessionsabgabe an die Stadt in derselben Höhe zahlen, wie für eine unmittelbare Versorgung durch die GAG zu zahlen wäre.“

6. § 7 Abs. 7 Satz 2 des Konzessionsvertrages 2006 legt fest: „Gaslieferungen der GAG an Haushaltskunden (Heizgaskunden) gelten – unabhängig von einer etwaigen Bezeichnung des Liefer- bzw. Versorgungsvertrages mit der GAG als Sondervertrag – als sonstige Tarifierungen im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 2 b) KAV, soweit dieses energiewirtschafts- und konzessionsabgabenrechtlich zulässig ist.“

7. § 14 Abs. 3 Sätze 1 und 2 des Konzessionsvertrages 2003 bestimmen:

„Sollte in diesem Vertrag irgendeine Bestimmung rechtsungültig sein oder werden, so sind die Partner sich darüber einig, dass die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen hierdurch nicht berührt wird. Die Partner verpflichten sich, die ungültige Bestimmung durch eine im wirtschaftlichen Erfolg ihr nach Möglichkeit gleichkommende Bestimmung zu ersetzen.“

8. Vor der Übernahme des Gasnetzes durch die Beteiligte im Jahre 2006 sind ca. 50 % der Kochgaskunden und ca. 99 % der Heizgaskunden in Ahrensburg durch die E.ON Hanse als Sondervertragskunden eingeordnet worden, für welche jeweils die niedrige Konzessions-

sionsabgabe von 0,03 Cent/kWh abgeführt wurde. Es war ein erklärtes Ziel der Übernahme des Gasnetzes im Jahr 2006 durch eine Gesellschaft der Stadt Ahrensburg, Kunden nicht mehr als Sondervertragskunden, sondern als Tarifkunden einzuordnen und damit das Konzessionsabgabenaufkommen letztlich zu Lasten der eigenen Gaskunden zu vervielfachen. Dieses Ziel ergibt sich aus auf der Homepage der Beteiligten veröffentlichten Presseberichten.¹ So heißt es in einem Presseartikel der *ZEIT* vom 27. März 2008: „Statt der bisher von E.ON gezahlten Konzessionsabgaben von 70.000 Euro wanderten 420.000 Euro in die städtischen Kassen.“ Dieses Ziel geht auch aus der vor dem LG Kiel (Az. 14 O Kart 48/04) und dem OLG Schleswig (Az. 6 U Kart 58/05) geführten Klage der Beteiligten gegen die E.ON Hanse auf Übernahme des Netzes hervor. Das Bundeskartellamt ist nach § 90 Abs. 1 GWB über diesen Rechtsstreit unterrichtet. Die Beteiligte hat in ihrer Klageschrift auf ein höheres Konzessionsabgabevolumen durch Einordnung aller Kunden als Tarifkunden und nicht als Sondervertragskunden geklagt.

9. Seit der Übernahme des Gasnetzes im Stadtgebiet im Jahre 2006 belieferte die Beteiligte ihre Kunden unterhalb einer Abnahmemenge von 100.000 kWh pro Jahr als Tarifvertragskunden und stellt die erhöhten Konzessionsabgaben (0,61 Cent/kWh bzw. 0,27 Cent/kWh) in Rechnung.
10. Für die Durchleitung von Gas an Kunden innerhalb ihres Netzgebietes rechnet die Beteiligte dem Durchleitungsentgelt Konzessionsabgaben hinzu. Dieses zusätzliche Entgelt bemisst sich in Abhängigkeit von der jährlichen Abnahmemenge des zu beliefernden Kunden. Bis zu einer Grenze von 100.000 kWh berechnet die Beteiligte Drittlieferanten die für Tarifkunden fälligen hohen Konzessionsabgaben (0,61 Cent/kWh bei Kochgaskunden, 0,27 Cent/kWh bei sogenannten Heizgaskunden). Bei Kunden, welche die Grenze von 100.000 kWh überschreiten, fakturiert sie die für Sondervertragskunden geltende Konzessionsabgabe in Höhe von 0,03 Cent/kWh.
11. Nach Erhalt der Abmahnung der Beschlussabteilung änderte die Beteiligte einen Aspekt ihrer Einstufungspraxis. Seit Mitte Juli 2009 stuft sie auch Gewerbekunden mit einem jährlichen Verbrauch von weniger als 100.000 kWh aber mehr als 10.000 kWh als Sondervertragskunden i.S.d. § 3 Nr. 22 EnWG ein und rechnet dem Durchleitungsentgelt die entsprechende Konzessionsabgabe für Sondervertragskunden hinzu. Für die Vergangenheit werden Rückzahlungen bzw. Gutschriften geleistet. Die Praxis betraf nach Angaben der Beteiligten lediglich sechs Durchleitungsfälle. Dabei gestand die Beteiligte die Rechtsauffassung der Beschlussabteilung in Rn. 41 des Verfügungsentwurfs als zutreffend zu (entspricht Rn. 56 dieser Verfügung). Die hieraus resultierenden Änderungen

¹ Im Internet abrufbar unter <http://www.zeit.de/2008/14/Gasmarkt>. Ein entsprechender Pressebericht der *Kieler Nachrichten* befand sich zunächst auf der Website der GAG Ahrensburg, wurde aber mittlerweile entfernt.

des Konzessionsabgabenvolumens sind den Berechnungen in dieser Verfügung nicht zugrundegelegt, siehe unten Rn. 73.

12. Im Zeitraum des Jahres 2007 lieferten die Beteiligte sowie drei weitere, von der Beteiligten unabhängige Gasanbieter (E.ON Hanse AG, E WIE EINFACH, SVA GmbH) Gas an Letztverbraucher in das Netzgebiet Stadt Ahrensburg. Ausweislich der Rechnungsstellung 2007 wurden insgesamt Konzessionsabgaben in Höhe von € [...] fakturiert. Wegen eines Abrechnungsfehlers der SWN Stadtwerke Neumünster Beteiligungen GmbH, welcher die kaufmännische Betriebsführung obliegt, wurden diese Beträge nachträglich auf € [...] korrigiert. Hiervon entfielen auf die Beteiligte nach Rechnungen € [...] (korrigiert € [...]). Dem stand auf Seiten der Beteiligten zwar ein Jahresüberschuss in Höhe von € 542.514,99 gegenüber, dieser wurde jedoch allein von der Netzsparte der Beteiligten erzielt. Die Vertriebssparte der Beteiligten erzielte im Jahre 2007 einen Verlust beim Betriebsergebnis (- € [...]), einen Verlust durch die gewöhnliche Geschäftstätigkeit (- € [...]) sowie insgesamt ein negatives Jahresergebnis (- € [...]). Bei der Belieferung von Heizgaskunden erzielte die Beteiligte im Jahre 2007 in ihrem Netzgebiet einen Marktanteil von [90-95] % und bei Kochgaskunden von [95-100] %, jeweils bezogen auf die gelieferte Energiemenge in kWh unter Zugrundelegung der korrigierten Zahlen und der Grenze von 100.000 kWh.
13. Im Zeitraum des Jahres 2008 lieferten die Beteiligte sowie fünf weitere, von dieser unabhängige Gasanbieter (E.ON Hanse AG, E WIE EINFACH, SVA GmbH, Lichtblick, Stadtwerke Wedel) Gas an Letztverbraucher in das Netzgebiet Stadt Ahrensburg. Ausweislich der Rechnungsstellung 2008 wurden insgesamt Konzessionsabgaben in Höhe von € [...] fakturiert. Wegen eines Abrechnungsfehlers der SWN Stadtwerke Neumünster Beteiligungen GmbH wurden diese Beträge nachträglich auf € [...] korrigiert. Hiervon entfielen auf die Beteiligte nach Rechnungen € [...] (korrigiert € [...]). Dem stand auf Seiten der Beteiligten zwar ein Jahresüberschuss in Höhe von € [...] gegenüber, dieser wurde jedoch allein von der Netzsparte der Beteiligten erzielt. Die Vertriebssparte der Beteiligten erzielte im Jahre 2008 einen Verlust beim Betriebsergebnis (- € [...]), einen Verlust durch die gewöhnliche Geschäftstätigkeit (- € [...]) sowie insgesamt ein negatives Jahresergebnis (- € [...]). Bei der Belieferung von Heizgaskunden steigerte die Beteiligte im Jahre 2008 ihren Marktanteil auf [90-95] % und bei Kochgaskunden auf [95-100] %, jeweils bezogen auf die gelieferte Energiemenge unter Zugrundelegung der korrigierten Zahlen und der Grenze von 100.000 kWh.
14. Die Beteiligte behauptet, nach ihrer Netzübernahme im Jahre 2006 günstigere Preise angeboten zu haben als der vorherige Inhaber des Netzes E.ON Hanse, belegt dies aber nicht. Für das vorliegende Verfahren ist dies ohne Belang, denn der Vorwurf liegt nicht in der Forderung überhöhter Endkundenpreise, sondern in der Hinzurechnung einer überhöhten Konzessionsabgabe zum Durchleitungsentgelt, wobei gleichzeitig die

Marge reduziert werden kann, so dass der Endpreis nicht höher oder sogar niedriger ist als bei Forderung einer niedrigen Konzessionsabgabe. Die Beschlussabteilung hat zudem gegen E.ON Hanse ein kartellrechtliches Missbrauchsverfahren wegen überhöhter Preise geführt; dieses Verfahren ist durch Zusage von E.ON, eine Preissenkung vorzuziehen und einen Bonus an die Kunden zurückzuerstatten, vorläufig eingestellt worden.² Zum Zeitpunkt des Erlasses dieser Verfügung ist die Beteiligte in vier typischen Abnahmefällen (7.000, 20.000, 35.000 und 90.000 kWh/a) nicht der teuerste, aber auch nicht der günstigste Anbieter im Netzgebiet der Stadt Ahrensburg (Stichtagsuntersuchung ohne Abzug der Netzentgelte, Quelle: www.verivox.de). In den angrenzenden Gemeinden liegen die Preise der GAG für den Abnahmefall 20.000 kWh/a in etwa gleichauf mit den Sondervertragspreisen von E.ON Hanse, wenn die Bonuszahlung aus dem o.g. Verfahren berücksichtigt wird (Stichtagsuntersuchung, kein Abzug der Netzentgelte, Quelle: www.verivox.de).

15. Für die von unabhängigen Gasanbietern im einzelnen gelieferten Mengen und von diesen im einzelnen erhobenen Konzessionsabgaben der Jahre 2007 und 2008 wird auf die detaillierten Aufstellungen in der Anlage zu diesem Beschluss verwiesen.
16. Auf Eingabe der Firma Lichtblick hat die 10. Beschlussabteilung auf der Grundlage von § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 1 GWB ein Verfahren gegen die Beteiligte wegen des Verdachts des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gegenüber Drittlieferanten durch die Hinzurechnung überhöhter Konzessionsabgaben zu Durchleitungsentgelten eingeleitet.
17. Mit Schreiben vom 26. März 2009 beantragte die Beschlussabteilung vorsorglich die Abgabe der Sache gemäß § 49 Abs. 3 GWB bei der Landeskartellbehörde Schleswig-Holstein. Dem Antrag gab die Landeskartellbehörde Schleswig-Holstein mit Schreiben vom 30. März 2009 statt.
18. Das Bundeskartellamt erließ am 1. April 2009 einen Auskunftsbefehl gegen die Beteiligte und setzte eine Frist zur Beantwortung der Fragen und Übermittlung der Daten bis 23. April 2009. Der Auskunftsbefehl ging der Beteiligten am 2. April 2009 zu. Auf Antrag der Beteiligten gewährte die Beschlussabteilung eine einmalige Fristverlängerung bis zum 7. Mai 2009. Die Beteiligte übermittelte die angeforderten Daten fristgerecht am 7. Mai 2009, mit Ausnahme der Gewinn- und Verlustrechnung 2008. Mit Schreiben vom 16. Juni 2009 wurde bei der Beteiligten erneut wegen der Gewinn- und Verlustrechnung für 2008 sowie wegen der fehlenden Anlage I zum Konzessionsvertrag 2003 nachgefragt. Mit Schreiben vom 18. Juni 2009 übersandte die Beteiligte die

² Siehe die Pressemitteilung vom 1. Dezember 2008, abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/archiv/PressemeldArchiv/2008/2008_12_01.php.

fehlende Anlage I zum Konzessionsvertrag 2003 sowie den am 10. April 2009 bestätigten Jahresabschluss 2008.

19. Mit Schreiben vom 25. Juni 2009 unterrichtete das Bundeskartellamt die Stadt Ahrensburg als Konzessionsabgaben-Gläubigerin und Alleineigentümerin der Beteiligten von der Abmahnung. Das zugehörige, auf die Stadt Ahrensburg lautende Empfangsbekennnis wurde zunächst von der Beteiligten am 26. Juni 2009 zurückgesandt, unterzeichnet durch den Geschäftsführer der Beteiligten, der gleichzeitig Kämmerer der Stadt Ahrensburg ist. Auf Nachfrage am 6. Juli 2009 übersandte die Stadt Ahrensburg ein entsprechendes Empfangsbekennnis. Mit Schreiben vom 22. Juli 2009 bat die Stadt Ahrensburg um Aufschub der Entscheidung in diesem Verfahren bis zum 21. September 2009, damit das Thema der Beiladung „auf die Tagesordnung der nächsten Sitzung des zuständigen Hauptausschusses – die spätestens am 21. September 2009 stattfindet“ – gesetzt werden könnte, obwohl die nächste Sitzung des Hauptausschusses bereits am 3. August 2009 stattfinden sollte und die Stadt Ahrensburg mit Schreiben vom 25. Juni 2009 von der Beschlussabteilung über die Abmahnung informiert wurde. Mit Schreiben vom 30. Juli 2009 kündigte die Beschlussabteilung eine zeitlich stringente Fortführung des Verfahrens an.
20. Das Bundeskartellamt unterrichtete die Landeskartellbehörde Schleswig-Holstein mit Schreiben vom 25. Juni 2009 über die Abmahnung.
21. Das Bundeskartellamt unterrichtete die Bundesnetzagentur nach § 58 Abs. 2 EnWG mit Schreiben vom 25. Juni 2009 über die Abmahnung.
22. Das Bundeskartellamt übermittelte der Beteiligten mit Schreiben vom 25. Juni 2009 den Entwurf des Beschlusses und gab Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 3. August 2009. Die Beteiligte nahm mit Schreiben vom 29. Juli 2009 zum Entwurf des Beschlusses Stellung (im Folgenden „Stellungnahme“). In ihrer Stellungnahme machte die Beteiligte im Wesentlichen geltend, ihre Abrechnungspraxis bei Konzessionsabgaben verstoße nicht gegen die KAV und ziehe keine Behinderungswirkung nach sich. Es sei der Beschlussabteilung verwehrt „die Vereinbarung und Zahlung von Tarifkundenkonzessionsabgaben im Gasbereich [...] generell zu untersagen“, es fehle an einer kausalen Beziehung zwischen der marktbeherrschenden Stellung der Beteiligten als Netzbetreiber und ihrer Tarifgestaltung als Grundversorger, und die Interessen der Beteiligten überwögen das Untersagungsinteresse der Wettbewerber. Weiter beantragte die Beteiligte eine mündliche Verhandlung sowie die Aussetzung der Vollziehung.
23. Die Übernahme des lokalen Gasnetzes und der Gasversorgung in Ahrensburg ist im Zusammenhang mit der in der Öffentlichkeit diskutierten „Rekommunalisierung“ zu sehen. In den nächsten Jahren laufen im gesamten Bundesgebiet eine Vielzahl von Konzessionsverträgen aus. Viele Kommunen sind unter dem Stichwort „Rekommunalisierung“

bestrebt, die Konzessionen für die Energieversorgung künftig an von Ihnen beherrschte Unternehmen zu vergeben. Ein Grund für diese Entwicklung ist sicherlich auch, dass die Kommunen über die kommunalen Netzbetreiber/Versorger mehr Einfluss auf die Gestaltung des Konzessionsabgabevolumens bekommen³ und darüber eine Erhöhung des Konzessionsabgabevolumens erreichen können.

II.

24. Das Bundeskartellamt ist gem. § 48 Abs. 2 Satz 1 GWB originär zuständig. Demnach ist die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes gegeben, wenn die Wirkung der Marktbeeinflussung oder des wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens über das Gebiet eines Bundeslandes hinausreicht, wobei es nach der Rechtsprechung auf die tatsächlichen Folgeerscheinungen ankommt und schon geringe Auswirkungen ausreichen.⁴ Die von der Beteiligten praktizierte Hinzurechnung überhöhter Konzessionsabgaben zum Durchleitungsentgelt wirkt sich horizontal hindernd auf die Gaslieferungen von Drittlieferanten aus anderen Bundesländern in das Versorgungsgebiet der Beteiligten aus. So liefern bereits heute Dritte Gas länderübergreifend in dieses Versorgungsgebiet, nämlich E.ON AG, Düsseldorf, über ihre Tochtergesellschaften E.ON Hanse AG, Quickborn, und E WIE EINFACH Strom & Gas GmbH, Köln, sowie Lichtblick – die Zukunft der Energie GmbH & Co. KG, Hamburg (Stand 2008). Es ist möglich, dass durch das missbräuchliche Verhalten der Beteiligten darüber hinaus weitere potentielle Gaslieferanten aus anderen Bundesländern vom Marktzutritt in das Versorgungsgebiet der Beteiligten abgehalten werden. Die Hinzurechnung überhöhter Konzessionsabgaben zum Durchleitungsentgelt wirkt zudem hindernd auf die Nachfrage dieser Gasanbieter nach Auspeisekapazität aus dem vorgelagerten Netz der E.ON Hanse Netz GmbH, welches sich über mehrere Bundesländer erstreckt. Insoweit ist der vorliegende Fall direkt mit dem Fall *Mainova* vor dem OLG Düsseldorf⁵ vergleichbar, in welchem aus einer ähnlich gelagerten Nachfragesituation eine Zuständigkeit des Bundeskartellamts abgeleitet wurde.
25. Zudem hat die Landeskartellbehörde Schleswig-Holstein auf Antrag des Bundeskartellamtes die Sache mit Schreiben vom 30. März 2009 vorsorglich an das Bundeskartellamt abgegeben. Wie das Kammergericht Berlin und der Bundesgerichtshof entschieden haben, handelt es sich bei der Abgabeentscheidung um einen verwaltungsinternen Akt ohne Außenwirkung, der nicht isoliert anfechtbar ist.⁶ Der Bundesgerichtshof hat dabei

³ Siehe die vom VKU, DStGB und Deutschen Städtetag herausgegebene Broschüre „Konzessionsverträge – Handlungsoptionen für Kommunen und Stadtwerke“, insbes. S. 28. Die Broschüre ist abrufbar unter http://www.vku.de/de/Startseite/Home/Web_Konzessionsvertraege.pdf.

⁴ BGH WuW/E BGH 1489, 1490 – *Brotindustrie*.

⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.06.2003, Az. Kart 7/03 (V) – *Mainova/GETEC*.

⁶ KG Berlin, Beschl. v. 28.4.2008, Az. 2 KART 1/08, Beschlussausfertigung S. 4. Bestätigt durch BGH, Beschl. v. 25.9.2008, Az. KVZ 32/08.

herausgestellt, dass es Sinn und Zweck der Bestimmungen nach § 49 Abs. 3 und 4 GWB ist, den Kartellbehörden eine schnelle und flexible Fallzuweisung zu ermöglichen.⁷

26. Die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes ist auch im Verhältnis zu den Regulierungsbehörden i.S.d. § 54 Abs. 1 EnWG gegeben. Nach § 130 Abs. 3 GWB stehen die Vorschriften des EnWG generell der Anwendung der §§ 19, 20 und 29 GWB nicht entgegen, soweit in § 111 EnWG keine andere Regelung getroffen ist. Nach § 111 Abs. 1 Satz 2 EnWG bleiben die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden unberührt, soweit das EnWG oder auf seiner Grundlage erlassene Rechtsverordnungen nicht ausdrücklich abschließende Regelungen treffen.
27. Es ist auch keine abschließende Regelung einschlägig, welche die Anwendbarkeit der §§ 19, 20 oder 29 GWB und eine daraus abgeleitete Zuständigkeit des Bundeskartellamtes ausschließen würde. Der im Verhältnis zu §§ 19, 20 und 29 GWB abschließende Charakter einer Regelung muss nach § 111 Abs. 1 Satz 1 EnWG ausdrücklich festgelegt sein. Nach § 111 Abs. 2 EnWG sind die Bestimmungen des Teils 3 (also §§ 11 bis 35 EnWG) abschließend; das gleiche gilt für die auf Grundlage dieser Bestimmungen erlassenen Rechtsverordnungen. Die Regelungen zu Wegerechten und zu Konzessionsabgaben finden sich jedoch in §§ 46 und 48 EnWG und mithin in Teil 5 des EnWG; die KAV beruht auf der Ermächtigungsgrundlage des § 48 Abs. 2 EnWG. Keine dieser Normen bestimmt, dass die enthaltenen Regelungen abschließend im Hinblick auf die Anwendung von Normen des GWB sein sollen.
28. Vielmehr stellt § 46 Abs. 5 EnWG noch einmal klar, dass die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden nach dem GWB unberührt bleiben. Aus § 6 KAV ergibt sich nichts anderes, denn er enthält schon keine ausdrücklich abschließende Regelung i.S.d. § 111 Abs. 1 Satz 1 EnWG. Im Übrigen genösse § 46 Abs. 5 EnWG als normhierarchisch höherrangige Spezialzuweisung den Vorrang.
29. Es besteht auch keine möglicherweise vorrangige aufsichtsrechtliche Kompetenz der Energieaufsicht. Verstöße gegen die KAV unterliegen zwar auch der allgemeinen Energieaufsicht nach § 65 Abs. 1 Alt. 2 bzw. Abs. 2 Alt. 2 EnWG. Gegenstand des von der Beschlussabteilung eingeleiteten Verfahrens ist jedoch schon nicht primär die Unvereinbarkeit der Erhebung überhöhter Konzessionsabgaben mit den Bestimmungen der KAV, sondern der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung der Beteiligten durch die Behinderung von Drittlieferanten nach § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 1 GWB beim Zugang zum nachgelagerten Markt der Belieferung von nichtleistungsgemessenen Endkunden mit Gas durch die Hinzurechnung überhöhter Konzessionsabgaben zum Durchleitungsentgelt.

⁷ BGH, Beschl. v. 25.9.2008, Az. KVZ 32/08, Beschlussausfertigung, S. 3 f.

30. Die Stadt Ahrensburg ist vorsorglich von der Verfahrenseinleitung informiert worden, um ihr Gelegenheit zur Stellung eines Beiladungsantrags zu geben. Es ist noch nicht höchstrichterlich geklärt, inwieweit sich aus einer Verfügung wie der vorliegenden ein Eingriff in die subjektiven Rechte der Stadt ergeben könnte.

III.

31. Die oben dargestellte Praxis der Beteiligten verstößt gegen § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 1 GWB.

32. Die Beteiligte ist Normadressatin im Sinne des § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 1 GWB, da sie eine marktbeherrschende Stellung innehat.

33. Städte bzw. Gemeinden betätigen sich bei der Vermarktung ihrer Wegerechte unternehmerisch und besitzen insoweit ein Monopol. Ihr Verhalten unterliegt daher der kartellbehördlichen Aufsicht nach §§ 19, 20 GWB.⁸ Selbiges gilt bei einer Sekundärvermarktung durch kommunale Unternehmen.

34. Betroffen ist hier der Markt für die entgeltliche Gestattung der Nutzung von Wegerechten durch den Netzbetreiber. Die Beteiligte besitzt auf diesem Markt eine von der Stadt Ahrensburg eingeräumte Alleinstellung, da ihr durch den Konzessionsvertrag das Wege-recht für die Versorgung von Letztverbrauchern mit Gas im Gebiet der Stadt übertragen wurde. Die Beteiligte ist für das betreffende Gebiet die einzige Inhaberin eines solchen Wegerechts. Als Netzbetreiberin darf sie gem. § 2 Abs. 6 Satz 2 KAV bei Durchleitungen Dritter an Letztverbraucher die von ihr an die Kommune zu zahlende Konzessionsabgabe dem Netzentgelt hinzurechnen. Sie vereinnahmt diesen Aufschlag mithin als Gegenleistung für die Gestattung der Nutzung des ihr von der Stadt Ahrensburg eingeräumten Wegerechts. Die Beteiligte besitzt dabei innerhalb der vertraglichen Grenzen des Konzessionsvertrages einen rechtlichen und tatsächlichen Gestaltungsspielraum.

- a. Die Beteiligte verfügt zunächst über einen rechtlichen Verhaltensspielraum hinsichtlich des Konzessionsabgabenaufschlags auf das Netzentgelt. Konzessionsabgaben sind nicht von Gesetz wegen geschuldet; sie beruhen vielmehr auf einer Vereinbarung zwischen dem Versorgungsnetzbetreiber (hier der Beteiligten) und der konzessionsgebenden Gemeinde.⁹ § 2 KAV regelt die Bemessung (in Cent/kWh) und die im Einzelfall maximal zulässige Höhe solcher Konzessionsabgaben. Der Konzessionsvertrag selbst begründet keine Pflicht Dritter zur Zahlung von Konzessionsabgaben; dies ist auch die Rechtsauffassung der Beteiligten (vgl. S. 23 der Stellungnahme). Eine solche Pflicht ergibt sich auch nicht aus § 2 Abs. 6 Satz 2 KAV. Dieser bestimmt, dass der Netzbetreiber als Schuldner

⁹ Vgl. Sondergutachten 54 der Monopolkommission „Strom und Gas 2009“, Rn. 296.

der mit der Gemeinde vereinbarten Konzessionsabgabe diese dem Durchleitungsentgelt hinzurechnen *kann*, jedoch nicht muss. Dies ist auch die Rechtsauffassung der Beteiligten (S. 12 der Stellungnahme). Selbst wenn § 7 Abs. 2 Satz 1 des Konzessionsvertrages 2003 dahingehend auszulegen sein sollte, dass die Beteiligte gegenüber der Stadt Ahrensburg – ihrer Alleineigentümerin – verpflichtet wäre, von Dritten Konzessionsabgaben zu verlangen, wäre dies bei der Beurteilung des Verhaltensspielraums unerheblich, da die Stadt Ahrensburg über ihr Alleineigentum an der Beteiligten mit dieser ein einheitliches Unternehmen für die Zwecke des Kartellrechts bildet. Die Berechtigung zur Hinzurechnung der konzessionsvertraglich vereinbarten Konzessionsabgaben zum Durchleitungsentgelt ist somit keine Frage des Verhaltensspielraums, sondern ein Frage der Rechtfertigung.

- b. Der Verhaltensspielraum der Beteiligten besteht darüber hinaus ungeachtet der Rechtslage auch in faktischer Hinsicht. Die Beteiligte ist in der Lage, ihre Konzessionsabgabenforderungen unabhängig von deren Berechtigung durchzusetzen. Dies wird z.B. anhand der von der Beteiligten bis Mitte Juli 2009 praktizierten Einstufung von Gewerbekunden mit einem jährlichen Verbrauch von mehr als 10.000 aber weniger als 100.000 kWh als Tarifkunden verdeutlicht. Diese Einstufung war KAV-widrig, wie die Beteiligte selbst auf S. 7 f. ihrer Stellungnahme zugesteht, und führte zur Vereinnahmung überhöhter Konzessionsabgaben.

35. Zudem besitzt die Beteiligte auch auf dem räumlich auf das jeweilige Gasverteilnetz begrenzten Netzdienstleistungsmarkt ein Monopol. Würde man diesen Markt zugrundelegen, würde sich die gleiche rechtliche Bewertung mit den gleichen Rechtsfolgen ergeben.

36. Schließlich hat die Beteiligte auch auf dem nachgelagerten Markt für die Belieferung von nichtleistungsgemessenen Endkunden (Standardlastprofilkunden) mit Erdgas eine marktbeherrschende Stellung. Auf diesem Markt wirkt sich das behindernde Verhalten der Beteiligten aus. Der Markt für die Belieferung von Standardlastprofilkunden ist räumlich auf das Grundversorgungsgebiet beschränkt, das in der Regel und auch im vorliegenden Fall mit dem Netzgebiet der Beteiligten deckungsgleich ist).¹⁰ Auf diesem Markt hat die Beteiligte einen Marktanteil von über 90 %.

¹⁰ Zur Marktabgrenzung siehe die Verfügung des Bundeskartellamtes v. 01.12.2009, Az. B10-21/08, abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Kartell/Kartell08/B10-21-08_32b_RheinEnergie.pdf. Vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.06.2006, Az. VI-2 Kart 1/06 (V), Beschlussausfertigung S. 18 sowie Beschl. v. 04.10.2007, Az. VI-2 Kart 1/06 (V), Beschlussausfertigung S. 26 – *Langfristige Gaslieferverträge*; BGH, Beschl. v. 09.07.2002, Az. KZR 30/00 – *Fernwärme für Börsen*; BGH, Beschluss v. 10.12.2008, Az. KVR 2/08 – *Stadtwerke Uelzen*.

IV.

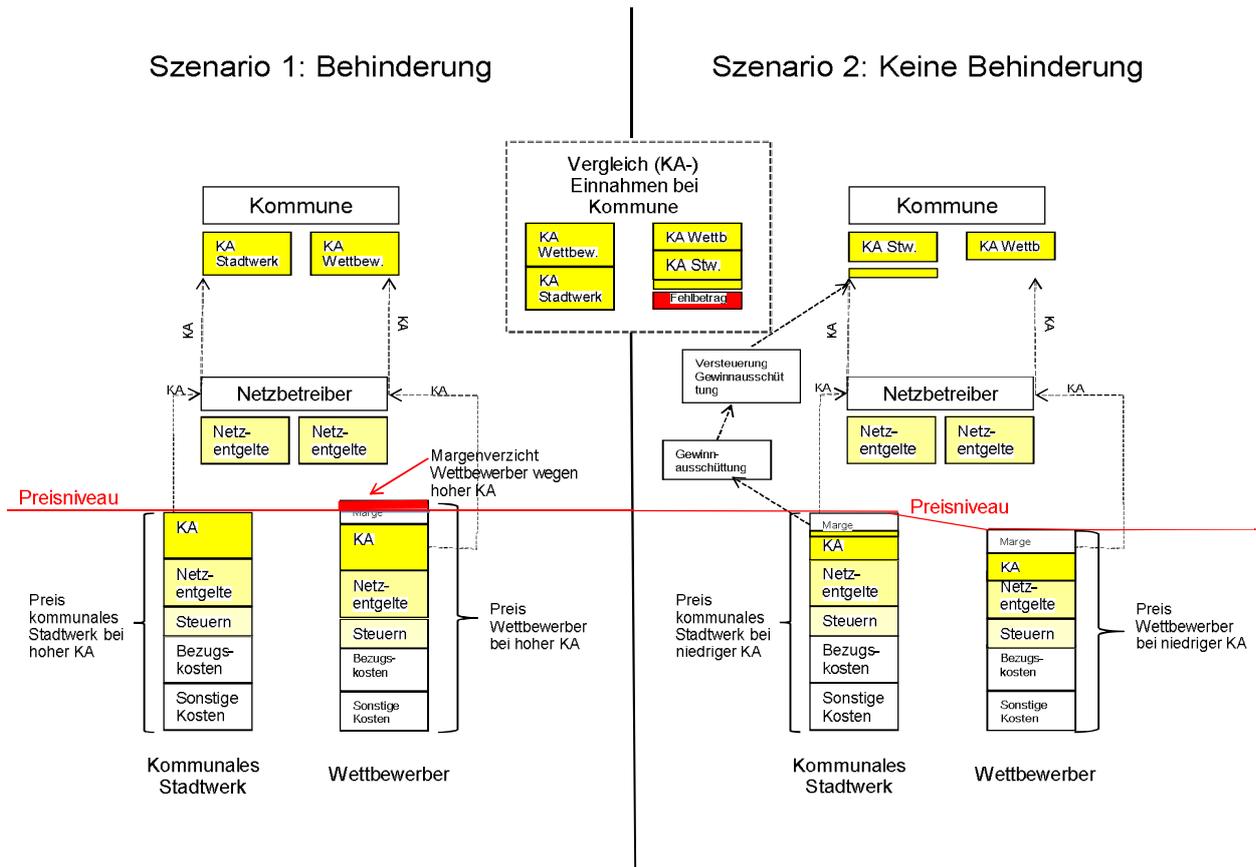
37. Die Beteiligte hat ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für die entgeltliche Gestattung der Nutzung von Wegerechten durch ihre oben dargestellte Praxis der Hinzurechnung überhöhter Konzessionsabgaben zum Durchleitungsentgelt missbraucht.
38. § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 1 GWB verbietet alle Verhaltensweisen, die den Markt verschließen und zusätzliche Hindernisse für andere Unternehmen auf dem betroffenen oder einem anderen Markt errichten. Verboten sind nicht nur Beeinträchtigungen auf dem beherrschten Markt, sondern auch auf nachgelagerten Märkten.
39. Konzessionsabgaben sind gem. § 48 Abs. 1 Satz 2 EnWG und § 1 Abs. 2 KAV Entgelte, die ein Energieversorger für die Einräumung des Rechts zur Benutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet mit Strom und Gas dienen, an die Kommune entrichtet. Nach § 48 Abs. 3 EnWG ist dasjenige Energieversorgungsunternehmen Schuldner der Konzessionsabgabe, dem das Wegerecht nach § 46 Abs. 1 EnWG eingeräumt worden ist, hier also die Beteiligte als Netzbetreiber. Dies gilt unabhängig davon, ob eine Gaslieferung durch ein mit dem Netzbetreiber verbundenes oder ein drittes Unternehmen erfolgt.
40. Der kartellrechtliche Ansatzpunkt für einen Behinderungsmissbrauch liegt darin, dass die von der Beteiligten praktizierte grenzwertabhängige Einstufung von Gaslieferungen bewirkt, dass von Gaslieferanten zusätzlich zum Durchleitungsentgelt ein Entgelt in Höhe des Konzessionsabgabensatzes für Tariflieferungen erhoben wird, welcher gegenüber dem Satz für Sondervertragslieferungen um ein Vielfaches höher liegt. Die Fakturierung einer höheren Konzessionsabgabe führt zu einer Steigerung der Kosten bei Drittlieferanten. Aufgrund dieser Wirkung fällt das Verhalten der Beteiligten in die Missbrauchsfallgruppe des Behinderungsmissbrauchs „raising rivals' costs“.
41. Hiergegen kann auch nicht eingewandt werden, dass die mit dem Netzbetreiber konzernverbundenen Grundversorgungsunternehmen gleichermaßen betroffen seien, da sie in vergleichbaren Fällen Konzessionsabgaben in identischer Höhe zu entrichten hätten und es damit im Wettbewerb zwischen den Gasversorgungsunternehmen zu keiner Behinderung dritter Gaslieferanten komme. Dieses Argument greift jedenfalls nicht ein, wenn der Netzbetreiber im überwiegenden oder sogar – wie im vorliegenden Fall – im alleinigen Eigentum der Gläubigerin der Konzessionsabgaben, also der Kommune, steht.
42. Tragende Überlegung ist insoweit, dass es für die Kommune wirtschaftlich unerheblich ist, ob die Marge der von ihr beherrschten Vertriebsgesellschaft aufgrund höherer Konzessionsabgaben sinkt. Denn die Beteiligte führt höhere Konzessionsabgaben an Stelle

eines entsprechenden Gewinns bei der Belieferung von Gaskunden an die Kommune ab. Die Kommune kann ohne wirtschaftliche Nachteile auf Gewinne des eigenen Gasversorgers in dem Umfang verzichten, wie sie dadurch ein höheres Konzessionsabgabenvolumen erhält. Insoweit bewirkt diese Ausgestaltung der Konzessionsabgabenerhebung eine Verschiebung der Marge in die Konzessionsabgaben und – untechnisch gesprochen – eine verdeckte Gewinnausschüttung. Diese Verschiebung des Gewinns in die Konzessionsabgabe ist für die Kommune sogar aus steuerrechtlichen Gründen wirtschaftlich vorteilhaft, denn durch die Schmälerung des Gewinns des kommunalen Gasversorgers reduzieren sich dessen Gewerbesteuerbelastung und vorliegend auch dessen Körperschaftssteuerbelastung.

43. Demgegenüber führt die Hinzurechnung einer höheren Konzessionsabgabe zum Durchleitungsentgelt bei unabhängigen Gasversorgungsunternehmen unmittelbar zu höheren Kosten und damit zu einer Schmälerung oder Aufzehrung der Gewinnmarge. Diese Gewinnreduktion wird aus Sicht der Eigentümer der unabhängigen Gasversorgungsunternehmen auch nicht in gleicher Weise kompensiert wie beim kommunalen Gasversorgungsunternehmen, denn das von Dritten in Höhe der Konzessionsabgabe entrichtete Entgelt fließt nicht den Eigentümern der unabhängigen Gasversorgungsunternehmen, sondern letztlich der Gemeinde zu (in Form der vom Netzbetreiber auch für Durchleitungen zu entrichtenden Konzessionsabgabe). Damit werden unabhängige Gasversorgungsunternehmen daran gehindert, etwaige günstigere Gestehungs- oder Verwaltungskosten an die Letztverbraucher im Netzgebiet der Beteiligten weiterzugeben bzw. es wird ein Marktzutritt unabhängiger Gasversorgungsunternehmen durch zwangsweisen Margenverzicht wirtschaftlich behindert.
44. Die Monopolkommission teilt diese wettbewerbliche Einschätzung der Beschlussabteilung. Auch aus Sicht der Monopolkommission „besteht der systemimmanente Anreiz, sehr hohe Konzessionsabgaben zu verlangen und so die Margen der Drittlieferanten deutlich herabzusetzen. Dies stellt aus wettbewerblicher Perspektive ein erhebliches Wettbewerbshindernis dar. Für den Grundversorger ist die Praxis nicht hinderlich, weil er sowohl Konzessionsabgaben als auch erwirtschaftete Gewinne an die Kommune abführt.“¹¹
45. Diese Behinderung ist nur aufgrund der Alleinstellung der Beteiligten für die Hinzurechnung der Konzessionsabgaben zum Durchleitungsentgelt als Entgelt für die Gestattung der Nutzung der kommunalen Wegerechte möglich. Dies eröffnet der Beteiligten – wie oben dargestellt – einen wettbewerblich nicht kontrollierten Verhaltensspielraum, den sie zur oben dargestellten Behinderung nutzt.

¹¹ Sondergutachten 54 der Monopolkommission „Strom und Gas 2009“, Rn. 522.

46. Dieser wirtschaftliche Sachverhalt ist im folgenden Schaubild noch einmal dargestellt¹²:



47. Der Margenverzicht lässt sich tatsächlich belegen. Die Beteiligte erzielte mit ihrer Gashandelssparte sowohl im Jahre 2007 als auch im Jahre 2008 nicht unerhebliche Verluste. Im Jahre 2007 betrug der Verlust der Gashandelssparte beim Betriebsergebnis € [...], der Verlust beim Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit € [...]; damit erzielte die Gashandelssparte insgesamt ein negatives Jahresergebnis von minus € [...]. Im Jahre 2008 betrug der Verlust der Gashandelssparte beim Betriebsergebnis € [...], der Verlust beim Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit € [...]; damit erzielte die Gashandelssparte insgesamt ein negatives Jahresergebnis von minus € [...]. Demgegenüber führte die Beteiligte Konzessionsabgaben im Jahre 2007 in Höhe von rund € [...] und im Jahre 2008 in Höhe von € [...] an die Stadt Ahrensburg ab. Hiervon entfielen lediglich rund € [...] bzw. € [...] auf die Sonderkundenkonzessionsabgabe.

48. Die wirtschaftliche Erheblichkeit der Behinderung wird auch durch die Ausführungen der Beteiligten in ihrer Stellungnahme belegt. Demnach müsste sie ihr eigenes Tarifmodell umstellen, wenn nicht mit ihr konzernverbundene Gaslieferanten für ihre Gaslieferungen

¹² Zur besseren Anschaulichkeit wurde das vom Drittlieferanten an den Netzbetreiber im Rahmen von § 2 Abs. 6 S. 2 KAV zu entrichtende Entgelt, da es sich in der Praxis letztlich um einen durchlaufenden Posten handelt, ebenfalls (untechnisch) als „KA“ bezeichnet.

lediglich die Sonderkundenkonzessionsabgabe zu zahlen hätten, um nicht „viele Kunden zu verlieren“ (S. 16 und 40 der Stellungnahme).

49. Die tatsächliche Wirksamkeit des oben beschriebenen Verhaltens auf die Marktverhältnisse auf dem nachgelagerten Markt für die Versorgung von Letztverbrauchern mit Gas wird auch empirisch durch die Marktanteile und Wechselquoten bestätigt. So baute die Beteiligte im Vergleich der Jahre 2007 und 2008 ihren Marktanteil für Kochgaskunden von [95-100] auf [95-100] % und ihren Marktanteil bei Heizgaskunden von [90-95] auf [90-95] % aus (Basis Gasarbeit in kWh). Dies ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass bundesweit die etablierten Gasversorger durch aufkommenden Wettbewerb Marktanteile verloren.
50. Diese Entwicklung läuft dem bundesweiten Trend diametral entgegen. Demnach wechselten im Jahre 2007 durchschnittlich saldiert 1,23 % (nach Liefermenge in kWh) bzw. 1,01 % (nach Kundenzahl) der Kunden vom Grundversorger zu einem anderen Lieferanten.¹³ Nach Kenntnis der Beschlussabteilung hat sich dieser Trend im Jahre 2008 noch einmal deutlich verstärkt. Die Lieferantenwechselquote hat sich nach beiden Maßstäben etwas mehr als verdoppelt.
51. In den Gaspreisverfahren hat das Bundeskartellamt festgestellt, dass die Wechselquoten in manchen Gebieten im Jahr 2008 auf bis zu 8% von vorher allenfalls 1-2% gestiegen sind. Demgegenüber hat die Beteiligte aber ihren Marktanteil ausgebaut und Drittlieferanten sogar Marktanteile abgenommen. E.ON Hanse hatte eine Wechselquote von [...] % im Jahr 2008. E.ON Hanse verlangt in seinen Konzessionsgebieten grundsätzlich nur die niedrige Konzessionsabgabe von 0,03 Cent/kWh gegenüber Drittlieferanten. Auch wenn es natürlich noch andere Ursachen für die hohe Wechselquote bei E.ON Hanse geben mag, ist dies doch ein starkes Indiz dafür, dass sich die Hinzurechnung der hohen Konzessionsabgabe auf die Durchleitungsentgelte durch die GAG Ahrensburg sehr negativ auf den Wettbewerb und die Wettbewerbsmöglichkeiten dritter Anbieter auswirken. Zudem ergibt sich aus den von der Beschlussabteilung geführten Gaspreisverfahren empirisch ein negativer Zusammenhang zwischen dem durchschnittlichen Konzessionsabgabensatz und der Wechselquote.¹⁴ Dabei geht tendenziell ein hoher durchschnittlicher Konzessionsabgabensatz mit einer niedrigen Wechselquote einher und umgekehrt.

¹³ Monitoringbericht der Bundesnetzagentur 2007, S. 199 und 198.

¹⁴ Die Datenbasis resultierte aus den Gaspreisverfahren. Sie bestand aus Datensätzen zu 29 Gasversorgungsunternehmen und enthielt jeweils Daten zur durchschnittlichen Höhe der Konzessionsabgaben und zur Wechselquote. Aus einer Gegenüberstellung der Daten lässt sich ein negativer Zusammenhang zwischen der durchschnittlichen Konzessionsabgabenhöhe und der Wechselquote erkennen.

52. Die bei Durchleitungen erfolgende Hinzurechnung der hohen Tarfkundenkonzessionsabgaben zum Durchleitungsentgelt ist vor allem auch deshalb missbräuchlich, weil ihr eine Verletzung der Bestimmungen der KAV zugrundeliegt.¹⁵
53. Durch die Abrechnung der hohen Tarfkundenkonzessionsabgabe gegenüber Drittlieferanten verletzt die Beteiligte § 2 Abs. 3 Nr. 2 KAV, der vorschreibt, dass bei der Belieferung von Sondervertragskunden ein Konzessionsabgabenhöchstsatz von 0,03 Cent/kWh bei Gas nicht überschritten werden darf. Dieser Höchstsatz begrenzt über § 2 Abs. 6 S. 1, 2 KAV auch die gegenüber Dritten maximal zulässigen Konzessionsabgaben, welche dem Durchleitungsentgelt hinzugerechnet werden dürfen.
54. Gemäß § 1 Abs. 4 KAV sind Sondervertragskunden Kunden, die nicht Tarfkunden sind. Nach § 1 Abs. 3 KAV sind Tarfkunden im Sinne der KAV nur Kunden, die im Rahmen der Grundversorgung nach § 36 EnWG bzw. Ersatzversorgung nach § 38 EnWG beliefert werden, außerdem die in §§ 115 Abs. 2 und 116 EnWG erfassten Fälle von Altverträgen. Drittlieferanten sind aber keine Grundversorger und können damit keine Grund- oder Ersatzversorgungsverträge i.S.d. §§ 36 bzw. 38 EnWG und mithin keine Verträge mit Tarfkunden im Sinne des § 1 Abs. 3 KAV abschließen, sondern ausschließlich Sonderkundenverträge nach § 41 EnWG, auf welchen die Tarfkundendefinition des § 1 Abs. 3 KAV nicht verweist. Ebenso wenig verweist die Tarfkundendefinition des § 1 Abs. 3 KAV auf noch fortlaufende Normsonderkundenverträge im Sinne des § 115 Abs. 3 EnWG, also „Verträge über die Belieferung von Haushaltskunden mit Energie außerhalb der bis zum Inkrafttreten des EnWG 2005 bestehenden allgemeinen Versorgungspflicht.“
55. Für Stromlieferungen legt § 2 Abs. 7 KAV eine besondere konzessionsabgabenrechtliche Fiktion des Tarfkundenbegriffs mit Bezug auf die Spannungsebene, die gemessene Leistung und den Jahresverbrauch je Abnahmestelle fest. Auf eine vergleichbare Regelung für die Gasversorgung wurde bei der Einführung des § 2 Abs. 7 KAV im Jahre 1999 bewusst verzichtet; damit sollte ausdrücklich eine Absenkung oder eine Anhebung des Konzessionsabgabenvolumens in der Gasversorgung verhindert werden.¹⁶ Im Zuge des

¹⁵ Selbst wenn sich das Verhalten der Beteiligten im Rahmen der KAV hielte – was vorliegend nicht der Fall ist – könnte es kartellrechtlich missbräuchlich sein. Die KAV verfolgt schon keine Zielvorstellung, welche derjenigen des GWB entgegenläuft, die Freiheit des Wettbewerbes zu sichern. Es besteht daher nicht einmal ein implizites Spezialitätsverhältnis der KAV zum GWB. Ob überdies ein solches implizites Spezialitätsverhältnis ausreichend wäre, muss angesichts der Regelung des § 111 Abs. 1 EnWG bezweifelt werden. Diese sieht gegenüber dem GWB abschließende Regelungen des EnWG bzw. auf diesem beruhender Verordnungen nur vor, soweit diese ausdrücklich bestimmen, dass sie gegenüber dem GWB abschließend sein sollen. Das ist bei der KAV nicht der Fall. Außerdem ist die KAV im Verhältnis zum GWB normhierarchisch nachrangig (vgl. Schultz in Langen/Bunte, GWB 10. A., § 19 Rn. 138).

¹⁶ Regierungsbegründung, BR-Drs. 358/99, S. 7.

Zweiten Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts 2005¹⁷ wurde auch die KAV angepasst.¹⁸ Dabei wurde die konzessionsabgabenrechtliche Fiktion des Tarfkundenbegriffs für Stromlieferungen in § 2 Abs. 7 KAV redaktionell angepasst und damit in den Willen des Gesetzgebers aufgenommen. Es erfolgte wiederum keine entsprechende Regelung für Gaslieferungen.

56. Diese Definitionen sind auch bei der Konzessionsabgabenabrechnung für Lieferungen des Grundversorgers zu beachten. Dieser ist zwar in der Ausgestaltung seines Tarifangebots frei, auch darin, ob er neben den Grundversorgungstarifen auch Sonderverträge anbietet. Im Hinblick auf die konzessionsabgabenrechtliche Einordnung von Lieferverträgen setzt die KAV aber Grenzen. Für die Bestimmung des Tarfkundenbegriffs verweist § 1 Abs. 3 KAV u.a. auf § 36 EnWG, dem zufolge eine Grundversorgungspflicht nur für Haushaltskunden besteht. Der Begriff der Haushaltskunden ist in § 3 Nr. 22 EnWG legaldefiniert als „Letztverbraucher, die Energie überwiegend für den Eigenverbrauch im Haushalt oder für den Jahresverbrauch von 10.000 kWh nicht übersteigenden Eigenverbrauch für berufliche, landwirtschaftliche oder gewerbliche Zwecke kaufen.“ Demnach sind die pauschale konzessionsabgabenrechtliche Einordnung aller Kunden als Tarfkunden ebenso wie eine höhere Mengengrenze unzulässig, da damit Kunden konzessionsabgabenrechtlich als Tarfkunden eingeordnet werden, die nach § 1 Abs. 3 KAV i.V.m. §§ 36 Abs. 1 und 3 Nr. 22 EnWG keine Tarfkunden sind.
57. Dabei wäre selbst die Festlegung einer Mengengrenze für die Abrechnung der Tarfkundenkonzessionsabgabe im Konzessionsvertrag durch den Netzbetreiber und die Kommune unzulässig. Im Konzessionsvertrag wird dem Netzbetreiber nach § 1 Abs. 2 KAV das Recht zur Benutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet mit Strom und Gas dienen, gewährt. Die zulässigen Gegenleistungen des konzessionsnehmenden Netzbetreibers sind in § 3 KAV festgelegt. Die Ausgestaltung des Tarifangebots eines mit dem Netzbetreiber identischen oder konzernverbundenen Grundversorgers gehört nicht dazu und ist damit unzulässig.
58. Die Vorschrift des § 2 Abs. 6 Satz 1 KAV bestimmt, dass von Dritten Konzessionsabgaben bis zu der Höhe verlangt werden können, wie sie der Netzbetreiber in „vergleichbaren Fällen“ für Lieferungen seines Unternehmens oder durch verbundene oder assoziierte Unternehmen in diesem Konzessionsgebiet zu zahlen hat. Das Merkmal des „vergleichbaren Falles“ umfasst dabei die Tarif- und Sonderkundendefinition der Absätze 3 und 4 des § 1 KAV, und die korrespondierenden Konzessionsabgabenhöchstsätze, welche

¹⁷ Das Urteil des LG München, 4 HK O 2223/4 vom 28. April 2005 betraf die Rechtslage vor Inkrafttreten dieser Neuregelung.

¹⁸ BGBl. 2005 I 1970, 2015.

sich für Gaslieferungen an Sondervertragskunden auch im Falle der Durchleitung nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 KAV bemessen und höchstens 0,03 Cent/kWh betragen dürfen.

59. Die Anknüpfung an den „vergleichbaren Fall“ gewährleistet zunächst, dass der durchleitende Dritte nicht schlechter gestellt wird als der Konzessionsnehmer selbst: Dem Durchleitungsentgelt darf maximal der Betrag hinzugerechnet werden, welcher der Konzessionsabgabe entspricht, die der Konzessionsnehmer für eine vergleichbare Lieferung durch ein mit ihm verbundenes Unternehmen entrichten müsste.. Die Vereinbarung von Konzessionsabgaben ist dabei keine Selbstverständlichkeit. Vor dem Hintergrund der Versorgungsaufgabe der Gemeinden stellen sie eher einen rechtfertigungsbedürftigen Fremdkörper dar. Dementsprechend schreibt die KAV die Erhebung von Konzessionsabgaben auch nicht vor, sondern beschränkt im Gegenteil die Möglichkeiten, diese zu vereinbaren. Der außergewöhnliche Charakter der Vereinnahmung von Konzessionsabgaben wird vor dem Hintergrund deutlich, dass Private die Verlegung von Leitungen zum Anschluss anderer Grundstücke unter den Voraussetzungen des § 12 der GasNDAV unentgeltlich zu dulden haben.¹⁹
60. Der Begriff des „vergleichbaren Falles“ muss zudem im Kontext des Unbundling nach §§ 6 ff. EnWG gesehen werden. Danach ist es der Regelfall, dass der konzessionsnehmende Netzbetreiber und der Grundversorger verschiedene juristische Personen sind (§ 7 EnWG), die schon heute nicht notwendig konzernverbunden sind.²⁰ In diesem Kontext erfolgt jegliche Gasversorgung im Wege der Durchleitung. Der Verweis auf den vergleichbaren Fall stellt damit sicher, dass die konzessionsabgabenrechtlichen Kategorien der Tarif- und Sondervertragskunden nebst den korrespondierenden Konzessionsabgabenhöchstsätzen auch in der Welt des Unbundling erhalten bleiben. Die Tarifgestaltung des Grundversorgers hat demnach keine Auswirkungen auf die konzessionsabgabenrechtliche Einstufung von Verträgen Dritter zur Versorgung von Letztverbrauchern im Netzgebiet der Beteiligten mit Gas im Wege der Durchleitung. Die Konzessionsabgabensätze für den jeweiligen Versorgungsfall bestimmen sich nach den gleichen Regeln.
61. Demnach handelt es sich bei jedem Vertrag, der nicht der Grund- oder Ersatzversorgung nach §§ 36 bzw. 38 EnWG unterfällt und auch kein Altvertrag i.S.d. §§ 115 Abs. 2 und 116 EnWG ist, um einen Sondervertrag.²¹ In diese Kategorie fallen insbesondere Verträge nach § 41 Abs. 1 EnWG über die Belieferung von Haushaltskunden außerhalb

¹⁹ BGBl. 2006 I 2477. Siehe auch die korrespondierende Regelung in § 12 StromNAV (BGBl. 2006 I 2485).

²⁰ Dies wird in Zukunft immer seltener der Fall sein, da der Grundversorger nach § 36 Abs. 2 EnWG alle drei Jahre neu bestimmt wird und die einfache Mehrheit bei der Zahl der versorgten Haushaltskunden den Ausschlag gibt.

²¹ So auch OLG Düsseldorf, Urteil vom 24. Juni 2009, VI-2 (Kart) 14/08, Rn. 33 ff. des im Internet unter http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2009/VI_2_U__Kart__14_08urteil20090624.html veröffentlichten Textes.

der Grundversorgung.²² Etwaige konzerninterne Weisungen oder Vereinbarungen einer Gemeinde an den mit ihr verbundenen Grundversorger haben damit auf die Frage der Einordnung eines Vertrages nach § 1 Abs. 3 bzw. 4 KAV keinen Einfluss. Sollte ein dahingehender anderweitiger gesetzgeberischer Wille bestanden haben,²³ so hat er jedenfalls im Rahmen der Neuregelung 2005 im Text der KAV keinen Ausdruck gefunden und ist somit nicht geltendes Recht geworden. Für Sonderverträge über Gaslieferungen Dritter im Wege der Durchleitung nach § 41 EnWG kann demnach gemäß § 2 Abs. 3 KAV höchstens eine Konzessionsabgabe von 0,03 Cent/kWh vereinbart werden.

62. Der konzessionsabgabenrechtliche Vergleich von Gaslieferungen Dritter im Wege der Durchleitung mit Gaslieferungen Dritter im Wege einer Stichleitung bestätigt dieses Ergebnis. Auf Stichleitungen ist nach § 48 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 EnWG die KAV direkt anwendbar, und mithin auch ihre Tarif- und Sondervertragskundendefinition nebst korrespondierenden Höchstsätzen. Die Fälle der Durchleitung und der Stichleitung werden also bei der obigen Auslegung konzessionsabgabenrechtlich gleich behandelt.

63. Diese Auslegung steht weiter im Einklang mit den Zielsetzungen des Zweiten Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts 2005, den Wettbewerb auf den Energiemärkten zu fördern.²⁴ Das EnWG 2005 folgt entgegen der Stellungnahme nicht einem Leitbild der Grundversorgung. Das Angebot von Sonderverträgen durch Dritte kann demnach auch nicht als privatwirtschaftliche Fehlentwicklung dargestellt werden, die erst durch die Vervielfachung des Konzessionsabgabenniveaus korrigiert wurde (S. 15 der Stellungnahme). Die Erhebung der hohen Tarifikundenkonzessionsabgabe wird auch nicht von der KAV gefordert. Die KAV schreibt die Erhebung von Konzessionsabgaben nicht vor. Vielmehr begrenzt die KAV als Preishöhenvorschrift die Konzessionsabgaben der Höhe nach. Dabei differenziert sie zwischen Tarif- und Sondervertragskunden. Eine

²² Zu diesem Verständnis gelangt auch das LG Chemnitz, U.v. 6. Mai 2008, 1 O 2620/05, ZNER 2009, 167, 169 sowie Keller/Baumann S. 199 ff. in Kermel /Brucker/Baumann, Wegenutzungsverträge und Konzessionsabgaben in der Energieversorgung 2008. Die übrigen in der Stellungnahme zitierten Fundstellen betreffen entweder die Rechtslage vor der Neuregelung 2005 oder setzen sich mit dieser nicht auseinander.

²³ Ein solcher gesetzgeberischer Wille ergibt sich auch nicht aus der Begründung des Regierungsentwurfs zum Zweiten Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts. Dort heißt es lediglich, dass die Änderungen der KAV rein formaler Natur seien und die Höhe der Konzessionsabgaben nicht berührten (Begründung des Regierungsentwurfs, BR-Drs. 613/04, S. 153). Die modifizierende Beschlussbegründung des Bundesrates lässt hingegen eher auf einen gesetzgeberischen Willen zur Neufestlegung des Tarifikundenbegriffs schließen. In der Beschlussbegründung fordert der Bundesrat die Einfügung der oben angesprochenen redaktionellen Klarstellung in § 2 Abs. 7 KAV, dass dessen Tarifikundendefinition für Stromlieferungen unbeschadet der neuen anderweitigen Festlegung in § 1 Abs. 3 KAV fortgelte; eine entsprechende Regelung für Gaslieferungen erfolgte hingegen nicht (Beschlussbegründung, BR-Drs. 613/04 (Beschluss), S. 47).

²⁴ Begründung des Regierungsentwurfs des Zweiten Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts 2005, BR Drs. 613/04, S. 1.

Erhöhung des Konzessionsabgabenniveaus war ausdrücklich nicht Ziel des Gesetzgebers.²⁵

64. Im vorliegenden Fall ergibt sich die Missbräuchlichkeit besonders eklatant aus der Erhöhung der Konzessionsabgaben im Vergleich zum Zustand vor der Übernahme des Gasnetzes 2006. Zu diesem Zeitpunkt wurden Heizgaskunden im Stadtgebiet nahezu ausschließlich zu konzessionsabgabemäßig günstigeren Sondertarifen beliefert. Es war sogar ein erklärtes Ziel der Stadt bei Übernahme des Gasnetzes durch ihr Tochterunternehmen, die Beteiligte, das Konzessionsabgabenvolumen deutlich zu erhöhen. Laut Presseberichten²⁶ wurde das Konzessionsabgabenaufkommen so von rund € 70.000 auf rund € 420.000 gesteigert.²⁷ Diese Steigerung des Konzessionsabgabenvolumens auf das rund Sechsfache läuft selbst den Zielen der Konzessionsabgabenverordnung 1999 klar entgegen, welche sich darauf beschränken, das Konzessionsabgabenvolumen konstant zu halten.
65. Der Versuch der Beteiligten, für Gaslieferungen an Letztverbraucher durch Dritte im Wege der Durchleitung höhere Konzessionsabgaben als nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 KAV zulässig in Rechnung zu stellen, stellt somit einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung der Beteiligten dar.
66. Eine Rechtfertigung des missbräuchlichen Verhaltens der Beteiligten ist nicht ersichtlich. Eine Rechtfertigung kann insbesondere nicht aus der KAV abgeleitet werden. Die KAV schreibt das Verhalten der Beteiligten schon nicht vor und würde überdies den kartellrechtlichen Vorschriften – wie oben dargestellt – nicht vorgehen.

V.

67. Die Sache ist auch nicht *res iudicata*. Die Frage, ob die Forderung der Entgeltzahlung in Höhe der hohen Konzessionsabgabe gegen § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB und § 2 Abs. 6 KAV verstößt, ist vom OLG Schleswig in seinem Urteil vom 10. Januar 2006 im Verfahren der Beteiligten gegen E.ON Hanse diskutiert worden. Ungeachtet der Tatsache, dass sich die Rechtskraft eines zwischen der Beteiligten und einem Dritten ergangenen Zivilurteils nicht auf das Verfahren vor dem Bundeskartellamt erstrecken würde, hat das OLG Schleswig die Frage im Ergebnis offengelassen, da der Konzessionsvertrag nur § 2 Abs. 6 KAV wiederholt und selbst bei einem Verstoß der Konzessionsvertrag wegen der darin enthaltenen salvatorischen Klausel nicht unwirksam wäre.

²⁵ Begründung des Regierungsentwurfs des Zweiten Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts 2005, BR Drs. 613/04, S. 129 zu § 48 EnWG 2005.

²⁶ S. Fn. 1.

²⁷ Nach den korrigierten Zahlen für 2007 betrug das Konzessionsabgabenvolumen noch immer rund [...]€, also das rund 4,5-fache.

68. Art. 82 EG ist nicht anwendbar, da das Versorgungsgebiet der Beteiligten kein wesentlicher Teil des gemeinsamen Marktes im Sinne dieser Vorschrift ist und mithin keine marktbeherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des gemeinsamen Marktes vorliegt.

VI.

69. Die Beschlussabteilung hat nach Einstellung und Abwägung aller Gründe und Argumente, die in den vorherigen Randziffern näher dargestellt sind, das ihr nach § 32 GWB eröffnete Ermessen dahingehend ausgeübt, diesen Beschluss mit der oben unter 1.-5. genannten Tenorierung zu treffen.

70. In Nr. 1 des Tenors hat die Beschlussabteilung die Beteiligte auf der Rechtsgrundlage des § 32 Abs. 1 GWB verpflichtet, die Zuwiderhandlung gegen § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB mit dem auf die Zustellung des Beschlusses folgenden Tag abzustellen. Diese Anordnung hält sich im Rahmen der §§ 32 Abs. 1, 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB.

71. Die Befristung der Wirkung des Beschlusses soll es erlauben, etwaige Veränderungen der Marktstruktur zu berücksichtigen. Der Fristablauf fällt auf das Ende des Geschäftsjahres [...].

72. Die rückwirkende Anordnung in Nr. 2 des Tenors nach § 32 Abs. 1 GWB, Dritten für Gasdurchleitungen an Letztverbraucher lediglich ein Entgelt in Höhe der Konzessionsabgabe für Sondervertragskunden zu berechnen, und die Rückerstattung der erwirtschafteten Vorteile in Nr. 3 des Tenors nach § 32 Abs. 2 GWB sind erforderlich, um eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung zu bewirken. Sie korrespondiert unmittelbar mit dem wirtschaftlichen und damit wettbewerblichen Vorteil der Beteiligten. Die rückwirkende Anordnung von Maßnahmen zur Abstellung einer geschehenen, aber noch gegenwärtigen Beeinträchtigung und die Rückerstattung der erwirtschafteten Vorteile ist von der Ermächtigungsgrundlage des § 32 Abs. 1 und 2 GWB gedeckt.²⁸ Der Bundesgerichtshof hat in seinem Beschluss vom 10.12.2008 (Stadtwerke Uelzen) entschieden, dass

„nach § 32 Abs. 2 GWB keine grundsätzlichen Bedenken dagegen bestehen, im Rahmen einer Abstellungsverfügung auch Maßnahmen anzuordnen, die der Beseitigung einer geschehenen, aber noch gegenwärtigen Beeinträchtigung dienen. Dazu gehört die Anordnung, durch das missbräuchliche Verhalten erwirtschaftete Vorteile zurückzuerstatten (vgl. Bornkamm in Langen/Bunte, Kartellrecht, 10. Aufl., § 32 GWB Rdn. 26).“

73. Die Beeinträchtigung durch die zu viel verlangten Konzessionsabgaben ist noch gegenwärtig, weil die Dritten die zu viel gezahlten Entgelte nicht zurückerhalten haben. Die

²⁸ BGH, Beschluss vom 10. Dezember 2008 – KVR 2/08 – *Stadtwerke Uelzen*, Rn. 16 des Umdrucks.

Beschlussabteilung hat daher die Zurückerstattung der zu viel gezahlten Beträge angeordnet. Die Beeinträchtigung wird nur insoweit rückwirkend aufgehoben, als die Änderung der Praxis der Beteiligten dahingehend, für Gewerbekunden mit einem jährlichen Verbrauch von mehr als 10.000 kWh und weniger als 100.000 kWh nur noch die niedrigere Sonderkundenkonzessionsabgabe abzurechnen, zu Rückzahlungen führt. Diese können auf die hier angeordneten Rückzahlungen angerechnet werden.

74. Für die Berechnung der Rückzahlungsbeträge für die Jahre 2007 und 2008 wird auf die Kalkulation in der Anlage verwiesen, die Bestandteil dieses Beschlusses ist.
75. Die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung ist nicht geboten. Ob eine solche durchzuführen ist, steht nach § 56 Abs. 3 Satz 1 GWB im Ermessen des Bundeskartellamtes. Die mündliche Verhandlung dient dem rechtlichen Gehör, vor allem im Hinblick auf einen direkten Austausch über komplexe tatsächliche Vorgänge. Die Tatsachenbasis dieser Verfügung ist jedoch unstrittig; die Beschlussabteilung hat die ergänzenden Hinweise aus der Stellungnahme der Beteiligten dieser Verfügung zugrundegelegt. Im Hinblick auf Rechtsfragen wurde rechtliches Gehör durch die Abmahnung unter Übersendung eines vollständigen Verfügungsentwurfs, auf den die Beteiligte mit einer 49 Textseiten (ohne Anhänge) umfassenden Stellungnahme antwortete, in hinreichendem Umfang gewährt.
76. Die Aussetzung der Vollziehung bis zur Rechtskraft dieser Verfügung ist nicht geboten. Nach § 64 Abs. 1 GWB hat eine Beschwerde gegen eine Verfügung nach § 32 GWB keine aufschiebende Wirkung. § 64 Abs. 1 Nr. 1 GWB, der eine solche anordnete, wurde durch Art. 1 Nr. 13 des Gesetzes zur Bekämpfung des Preismissbrauchs im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels aufgehoben.²⁹ Die Aussetzung der Vollziehung steht nach § 65 Abs. 3 Satz 2 1. Halbsatz GWB im Ermessen des Bundeskartellamtes. Der 2. Halbsatz bestimmt, dass das Bundeskartellamt die Vollziehung aussetzen soll, wenn die Vollziehung für den Betroffenen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte. Die Interessenabwägung fällt zu Ungunsten der Beteiligten aus. Es besteht ein erhebliches öffentliches Interesse, das Fortdauern der Behinderung bis zur Rechtskraft dieser Verfügung zu verhindern. Zugleich ist der durch die Reduzierung der von Dritten vereinnahmten Konzessionsabgabe verursachte Nachteil rein pekuniärer Natur und kann daher ohne weiteres im Falle einer Aufhebung dieser Verfügung ausgeglichen werden und bildet daher keine unbillige Härte.

²⁹ BGBl. 2007 I Nr. 66, S. 2966, 2967.

VIII.

77. Die Gebührenentscheidung beruht auf § 80 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GWB. Die Höhe der Gebühr bestimmt sich gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 GWB nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Beschlussabteilung und der wirtschaftlichen Bedeutung des gegen die Beteiligte geführten Verfahrens. Die Anwendung dieser Grundsätze auf den dargestellten Sachverhalt ergab eine Gebühr von € [...], welche im unteren Bereich des Gebührenrahmens von bis zu € 25.000 (§ 80 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GWB) liegt.

78. Schuldner dieser Gebühr ist nach § 80 Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 GWB die Beteiligte. Die Gebühr ist mit der Zustellung dieses Beschlusses fällig und binnen eines Monats nach Zustellung zu überweisen auf das Konto
[...]

Ist bis zum Ablauf eines Monats nach dem Tag der Zustellung die Gebühr nicht entrichtet, so wird für jeden angefangenen Monat der Säumnis ein Säumniszuschlag von eins vom Hundert des rückständigen Betrages erhoben. Bei Überweisung aus dem Ausland fallen im allgemeinen Bankenspesen an. In diesen Fällen ist sicherzustellen, dass dem Konto des Bundeskartellamtes die volle Gebühr gutgeschrieben wird.

Die Auslagen für die erforderliche Bekanntmachung dieses Beschlusses im Bundesanzeiger (§ 62 Satz 1 GWB) werden gesondert erhoben (§ 80 Abs. 1 Satz 3 GWB).

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Beschluss ist die Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich binnen einer mit Zustellung des Beschlusses beginnenden Frist von einem Monat beim Bundeskartellamt, Kaiser-Friedrich-Straße 16, 53113 Bonn, einzureichen. Es genügt jedoch, wenn sie innerhalb dieser Frist bei dem Beschwerdegericht, dem Oberlandesgericht Düsseldorf, eingeht.

Die Beschwerde ist durch einen beim Bundeskartellamt oder beim Beschwerdegericht einzureichenden Schriftsatz zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt zwei Monate. Sie beginnt mit der Zustellung der angefochtenen Verfügung und kann auf Antrag vom Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die – gegebenenfalls auch neuen – Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift und Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung. Auf Antrag kann das Beschwerdegericht die aufschiebende Wirkung der Beschwerde ganz oder teilweise anordnen.

Dr. Felix Engelsing

Stephan Schweikardt

Dr. Ingo Mecke