

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren
gegen die

MITGAS Mitteldeutsche Gasversorgung GmbH
Postfach 200 552

06006 Haale (Saale)

- Betroffene -

hat die 10. Beschlussabteilung am 01. Dezember 2008 beschlossen:

1. Die von der Betroffenen mit Schreiben an die Beschlussabteilung vom 12. November 2008 angebotenen Verpflichtungszusagen sind bindend.
2. Das Verfahren gegen die Betroffene wird nach Maßgabe des § 32 b Absatz 1 Satz 2 GWB eingestellt.
3. Die Gebühr für das Verfahren einschließlich der Entscheidung beträgt [...] €.

Gründe:

I.

1. Die Betroffene ist ein Energieversorgungsunternehmen, das in den Bereichen Fernwärme, Flüssiggas- und Erdgasversorgung tätig ist. Der Umsatz betrug im Jahr 2007 ca. 620 Mio. Euro. Gesellschafter der Betroffenen sind die Beteiligungsgesellschaft an der MITGAS mbH (30,29%), die RWE Energy AG (29,81%), die VNG Beteiligungs-GmbH (24,60%) und die Kommunalwirtschaft Sachsen-Anhalt GmbH & Co. Beteiligungs-KG (15,30%). Die Betroffene hat im Jahr 2007 ca. 182.000 Standardlastprofilkunden mit Erdgas in den Versorgungsgebieten südliches Sachsen-Anhalt, Westsachsen und Nordthüringen beliefert.¹ Die Betroffene ist Grundversorger i.S.d. § 36 Abs. 1 EnWG in diesem Versorgungsgebiet und Eigentümerin des dortigen Gasverteilernetzes.

¹ Vgl. das Netzgebiet der Betroffenen, in dem diese auch Grundversorger ist: <http://www.mitgas-netz.de/index.php?id=17>

2. Die im Zusammenhang mit dem Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung vom 22. Dezember 2007 (BGBl. I S. 2965) zum Jahresanfang 2008 eingerichtete 10. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes hat Anfang März 2008 ein Verfahren wegen des Verdachts des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch das Fordern überhöhter Gaspreise für die Belieferung von Standardlastprofilkunden mit Erdgas gegen die Betroffene auf der Basis von § 29 GWB sowie § 19 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 4 Nr. 2 GWB eingeleitet.
3. Nach ersten Ermittlungen zu den Erlösen, Tarifen, Netzentgelten und Konzessionsabgaben hat die Beschlussabteilung weitere Ermittlungen zu den Gasbezugskosten, zu den Wettbewerbsbedingungen, zur Tarif- und Kundenstruktur sowie sonstigen Faktoren vorgenommen. Die Betroffene verfügt über ein vielfältiges Gefüge von verschiedenen Wettbewerbsstarifen und ist außerdem auch außerhalb ihres Versorgungsgebietes aktiv im Wettbewerb bei der Gewinnung von Kunden tätig.
4. Die Beschlussabteilung hat die Ermittlungsergebnisse und das unten näher dargestellte Prüfkonzept mit der Betroffenen in einer Besprechung am 8. Juli 2008 sowie in mehreren Telefonbesprechungen erörtert.
5. Mit Schreiben vom 12. November 2008, beim Bundeskartellamt eingegangen am 17. November 2008, hat die Betroffene Verpflichtungszusagen gemäß § 32 b GWB angeboten, die sich wie folgt zusammenfassen lassen: Die Betroffene wird Kunden im Tarif „Classic-Paket“ sowie den Kunden in den allgemeinen Tarifen, die mit Heizgas heizen (größer 7.000 kWh/a), im Rahmen der nächsten Jahres- bzw. (bei Wechselkunden) Schlussrechnung einen einmaligen Bonus in Höhe von 35,- Euro (brutto) gewähren und für das 1. Quartal 2009 allen Haushaltskunden einen Preisnachlass (über die Senkung aufgrund gesunkener Gasbezugskosten hinaus) für jede gelieferte kWh gewähren. Dies wird im Rahmen späterer Preisgestaltungen nicht kompensiert. In den Jahren 2007 und 2008 hat die Betroffene zudem in beträchtlichem Umfang Gasbezugskostensteigerungen nicht an ihre Endkunden weitergegeben (bzw. im Jahr 2007 Gasbezugskostensteigerungen überproportional weitergegeben).
6. Die Betroffene hat am 20. November 2008 Gelegenheit zur Stellungnahme zum entsprechenden Entscheidungsentwurf erhalten.

II.

7. Die Verpflichtungszusagen sind geeignet, die der Betroffenen mitgeteilten vorläufigen Bedenken der Beschlussabteilung auszuräumen. Daher erklärt die Beschlussabteilung

im Rahmen ihres Ermessens die Verpflichtungszusagen für bindend und stellt das Verfahren gegen die Betroffene vorbehaltlich ihrer in § 32 b Abs. 2 GWB enthaltenen Möglichkeiten ein. Die Verfahrenseinstellung bedeutet, dass die Beschlussabteilung die in Rede stehende Preisgestaltung der Betroffenen in Bezug auf Sachverhalte aus den Jahren 2007 und 2008 nicht kartellrechtlich angreifen wird.

8. Die vorläufige Auffassung der Beschlussabteilung beruhte auf den nachfolgend dargestellten Überlegungen, denen die Betroffene im Laufe des Verfahrens entgegen getreten ist (insbes. zu den Aspekten Wärmemarkt (Rn. 11), Netzentgelte (Rn. 24), Vergleichsunternehmen (Rn. 26), Erheblichkeitszuschlag (Rn. 27) und Gasbezugskosten (Rn. 30)). Insoweit bestehen zwischen Bundeskartellamt und der Betroffenen nach wie vor unterschiedliche Rechtsauffassungen.
9. Das Bundeskartellamt ist gemäß § 48 Abs. 2 GWB für die Durchführung des Missbrauchsverfahrens zuständig, da sich das Grundversorgungsgebiet der Betroffenen ebenso wie das Verteilnetz des Netzbetreibers der Betroffenen länderübergreifend über die Länder Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen erstreckt. Die Preisgestaltung der Betroffenen wirkt sich damit länderübergreifend aus.
9. Die Betroffene besitzt nach Auffassung der Beschlussabteilung in ihrem Versorgungsgebiet eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des § 19 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 4 Nr. 2 GWB und im Sinne des § 29 GWB (als Anbieter von leitungsgebundenem Gas) bei der Belieferung von Standardlastprofilkunden mit Erdgas.
10. Sachlich relevant ist der Markt der Lieferung von Erdgas an Standardlastprofilkunden im Sinne des § 29 Gasnetzzugangsverordnung (vom 25. Juli 2005, BGBl. I S. 2210), d. h. nicht leistungsgemessenen Endkunden. Die Endkundenstufe umfasst sämtliche Nachfrager von Erdgas, die Erdgas zum eigenen Verbrauch nachfragen. Auf der Endkundenstufe bilden nicht leistungsgemessene Standardlastprofilkunden einerseits und leistungsgemessene Großkunden andererseits aufgrund der unterschiedlichen Nachfragemengen, Konditionen und den damit einhergehenden Unterschieden in der Preisgestaltung jeweils eigenständige sachliche Märkte.² Während Standardlastprofilkunden regelmäßig im Rahmen von standardisierten Tarifverträgen aufgrund standardisierter Lastprofile beliefert werden, schließen leistungsgemessene Großkunden einen individuellen Liefervertrag mit dem Gaslieferanten ab und ihre Leistung wird durch spezielle Zähler genau gemessen.

² 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, zit. nach juris, Rn. 29 – *Fernwärme für Börsen*.

11. Es ist von einem eigenen Markt der Belieferung von Letztverbrauchern mit Erdgas auszugehen und nicht von einem erweiterten „Wärmemarkt“, der auch die Belieferung mit Öl (für Ölheizungen), Strom (für Wärmeheizungen) oder anderen Produkten (wie Holz für Pellet-Heizungen) umfasst.
12. Dies entspricht zunächst herrschender Kartellrechtssprechung und –verwaltungspraxis. So hat der Bundesgerichtshof im Leitsatz seiner Entscheidung *"Erdgassondervertrag"* klargestellt: *„Die Versorgung von Letztverbrauchern mit Erdgas bildet sachlich einen eigenen Markt; ein einheitlicher Markt für Wärmeenergie besteht nicht (Bestätigung von BGHZ 151,274,282 - Fernwärme für Börsen).“*³ Schon zuvor hat der 2. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf in einer Entscheidung vom 16. April 2008 – unter expliziter Aufgabe der Rechtsprechung des vormals zuständigen 1. Kartellsenats⁴ – bestätigt, dass aufgrund der für einen Wechsel des Energieträgers erforderlichen Aufwendungen die verschiedenen Formen der Wärmeenergie nicht im Sinne des Bedarfsmarktkonzepts als austauschbar angesehen werden können.⁵ Die Europäische Kommission geht in ihrer ständigen Entscheidungspraxis ebenfalls von einem eigenständigen sachlich relevanten Markt für die Versorgung von Kleinkunden mit Gas aus.⁶
13. Ein brennstoffübergreifender Wärmemarkt lässt sich darüber hinaus auch nicht mit der Überlegung begründen, dass Gasversorger bei der Preisstellung nicht differenzieren zwischen Kunden, die sich im Rahmen der Erstausrüstung oder der Ersatzbeschaffung für ein Heizsystem entscheiden müssen, und solchen Kunden, die sich bereits für ein Heizsystem entschieden haben.⁷ Denn selbst wenn man über den für beide Nachfragergruppen einheitlichen Gaspreis eine Verbindung zwischen dem Ausrüstungsmarkt und dem Gasliefermarkt herstellen wollte, so wäre es angesichts der gegebenen Verhältnissen auf dem Ausrüstungsmarkt nicht gerechtfertigt, an Stelle eines Gas-Liefermarktes einen brennstoffübergreifenden Liefermarkt anzunehmen. Nennenswerter Wettbewerbsdruck vom Ausrüstungsmarkt auf den Gas-Liefermarkt ist nämlich angesichts des hohen Durchdringungsanteils von Erdgasheizungen bei Neubauten - mehr als 70 % in den Jahren 1995 bis 2005 - sowie unter Berücksichtigung bauordnungsrechtlicher und platzbedingter Hindernisse zu Lasten von Ölheizungen nicht zu verzeichnen.⁸

³ BGK, Urteil v. 29.04.2008, Az. Kart 2/07 – *Erdgassondervertrag* = WuW/E DE-R 2295 ff.

⁴ Vgl. Urteil vom 23.02.2005, U (Kart) 19/04, RdE 2005, 169.

⁵ Urteil vom 16.04.2008, VI-2 U (Kart) 8/06, noch n.v., BA S. 9 bis 11.

⁶ KOM-Entscheidung vom 09.12.2004, COMP/M.3440, Tz. 270 – *ENI/EDP/GDP*; 21.12.2005, COMP/M.3696, Tz. 122 bis 124 – *E.ON/Mo*; 14.03.2006, COMP/M.3868, Tz. 122 – *DONG/Elsam/Energi E2*; 14.11.2006, COMP/M.4180, Tz. 105 – *Gaz de France/Suez*; für den Antitrustbereich bzgl. Großkunden: 11.10.2007, COMP/B-1/37966, Tz. 11 – *Distrigaz*; jew. im Internet unter ec.europa.eu.

⁷ Vgl. *Ehricke* JZ 2005, 599, 605.

⁸ Vgl. *Chr. Schmidt* WuW 2008, 550, 555 m. w. Nachw.

14. In räumlicher Hinsicht grenzt die Beschlussabteilung den sachlich relevanten Markt für Erdgas auf der Endkundenstufe mit Erdgas regional nach den etablierten Versorgungsgebieten der beteiligten Unternehmen ab. Dies ist das Netzgebiet, in dem das Unternehmen nach § 36 EnWG die Grundversorgung durchführt. Die netzbezogene räumliche Marktabgrenzung beim Gasbezug durch Endkunden entspricht bis in die jüngste Zeit der Rechtsprechung⁹, der Auffassung der Monopolkommission¹⁰ sowie auch der Praxis des Bundeskartellamts¹¹. Wie der Kartellsenat des OLG Düsseldorf in seinem Urteil vom 16. April 2008 zutreffend ausgeführt hat, erscheint diese Marktabgrenzung weiterhin sachgerecht.
15. Auf dem so abgegrenzten sachlich und räumlich relevanten Markt besitzt die Betroffene eine marktbeherrschende Stellung mit einem sehr hohen Marktanteil. Nach den Erhebungen der Bundesnetzagentur im Monitoringbericht 2008¹² haben sich die Lieferantenwechsel im Jahr 2007 zwar erhöht, betragen aber nach wie vor noch 1 % und weniger für den Bereich der Standardlastprofilkunden (bis 1500 MWh/Jahr). Für das Jahr 2008 liegen noch keine Durchschnittswerte vor; allerdings ist die Wechselquote nach den Ermittlungen des Amtes in den Gebieten der vom Verfahren betroffenen Unternehmen teilweise signifikant höher.
16. Im Gasmarkt für Endkunden bestehen immer noch gewichtige Marktzutrittschranken. Zum einen ist ein Teil der Haushalte als Mieter vom Wechsel des Anbieters ausgeschlossen, weil der Vermieter den Versorger bestimmt. Der Vermieter hat aber kein Interesse an einem Anbieterwechsel, da der Gasbezug für ihn ein durchlaufender Posten ist, den er an den Mieter weitergeben kann. Zudem sind nach einer aktuellen Studie nur 14% der Gasendkunden tatsächlich auch bereit, den Gasanbieter zu wechseln.¹³ Wie der Monitoring-Bericht 2008 der Bundesnetzagentur ausführt, kann gegenwärtig noch nicht von einem flächendeckenden Wettbewerb im Gassektor gesprochen werden.¹⁴ Zwar bestehen generell Substitutionsbeziehungen zwischen den verschiedenen Wärmeenergieträgern (Erdgas, Elektrizität, Fernwärme und Öl), die einen gewissen Druck auf die marktbeherrschende Stellung des Gasversorgers ausüben. Wie das OLG Düsseldorf in seinem Urteil vom 16. April 2008 ausführt, führt allein die Konkurrenz der

⁹ Vgl. BGH, Beschl. v. 13.12.2005, Az. KVR 13/05, WuW/E DE-R 1726 = NVwZ 2006, 962 - *Stadtwerke Dachau*; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.06.2006, Az. VI-2 Kart 1/06 (V), WuW/E DE-R 1757- *E.ON-Ruhrigas*; Beschl. v. 23.11.2005, Az. VI-2 Kart 14/04 (V), WuW/E DE-R 1639 - *Mainova/Aschaffener Versorgungs GmbH*; *Becker/Zapfe*, ZWeR 2007, 419, 423, 427.

¹⁰ Monopolkommission, Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung, Sondergutachten 49, Tz. 441, 442.

¹¹ Beschl. v. 13.01.2006, Az. B 8 – 113/03, WuW/E DE-V 1147 – *E.ON-Ruhrigas*, Beschl. v. 22.07.2004, Az. B 8 – 27/04, WuW/E DE-V 983 – *Mainova/Aschaffener Versorgungs GmbH*; Beschl. v. 12.03.2007, Az. B 8 – 62/06, WuW/E DE-V 1357 – *RWE/SaarFerngas*.

¹² Monitoring-Bericht 2008, S. 197 ff.

¹³ Siehe Energielieferantenverzeichnis (EID) 37/08 vom 08.09.2008, S. 1ff.

¹⁴ Monitoring-Bericht 2008, S. 207.

Energieträger nicht zu einem hinreichenden Wettbewerbsdruck auf die bisher marktbeherrschenden Versorgungsunternehmen, der ihre marktbeherrschende Stellung ernsthaft in Frage stellen kann. Die tatsächlichen Marktverhältnisse auf dem hier sachlich relevanten Gasendkundenmarkt weisen nach wie vor keinen funktionierenden Wettbewerb auf.¹⁵

17. Bei der Überprüfung der Verhaltensweisen der Betroffenen hat die Beschlussabteilung gestützt auf § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB für das Jahr 2007 das Konzept des mengengewichteten Netto-Erlösvergleichs und gestützt auf § 29 Nr. 1 GWB für das Jahr 2008 das Konzept des mengengewichteten Netto-Vergleichs des Tarifs, in dem sich die Mehrzahl der Kunden befinden, angewandt.
18. Der Erlösvergleich stellt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB eine zulässige Prüfungsmethode dar.¹⁶ Dabei werden die mit Standardlastprofilkunden erzielten Erlöse des betroffenen Unternehmens mit den Erlösen, die die Vergleichsunternehmen in einem anderen räumlich relevanten Markt bei der Belieferung von Standardlastprofilkunden erzielt haben, im Wege eines Benchmarking verglichen. Auf diese Weise kann ermittelt werden, wie das zum Vergleich herangezogene Unternehmen seine Leistung auf dem Markt des betroffenen Unternehmens erbringen würde.¹⁷
19. Die im Rahmen des Erlösvergleiches vorgenommene Berechnung berücksichtigt zwei Aspekte: Erstens stellt die Beschlussabteilung eine Zeitraumbetrachtung an. Jede im Laufe des Jahres 2007 abgesetzte Mengeneinheit Gas geht mit dem dafür erzielten Preis in die Gesamtbetrachtung ein. Preisänderungen werden dadurch berücksichtigt. Zweitens ermöglicht es der Erlösvergleich der Beschlussabteilung, alle Tarife und Sonderverträge mit ihrer jeweiligen Abnahmemenge und damit Bedeutung im Portfolio des Gasversorgers zu berücksichtigen, da sich der Erlös aus dem Produkt von Preis und abgesetzter Menge ergibt.
20. Für das Jahr 2008 hat die Beschlussabteilung das Verfahren auf den zum Jahresende 2007 in Kraft getretenen § 29 GWB gestützt. Die Beschlussabteilung stellt dabei auf einen Vergleich der Tarife ab, in dem sich die Mehrzahl der Kunden befindet. Für das Jahr 2008 ist ein Erlösvergleich zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht möglich, da verbindliche Zahlen über die 2008 erzielten Erlöse frühestens im Frühjahr 2009 vorliegen. Die Beschlussabteilung hat sich daher – auch vor dem Hintergrund der mit § 29

¹⁵ OLG Düsseldorf, Urt. vom 16.04.2008, Az. VI-2 U (Kart) 8/06, Beschlussausfertigung S. 12; *Becker/Zapfe*, ZWeR 2007, 419, 428 ff.; Monopolkommission, a.a.O. Tz. 416.

¹⁶ BGHZ 129, 37 (41) – *Weiterverteiler*, BGHZ 163, 282 (290) – *Stadtwerke Mainz*.

¹⁷ BGH, Beschluss v. 28.06.2005, WuW/E DE-R 1513-1519; BGHZ 163, 282 (291) – *Stadtwerke Mainz*.

GWB eingeführten Beweislastumkehr - entschieden, denjenigen Vergleichsmaßstab zu wählen, der verfügbar ist und einem Erlösvergleich am nächsten kommt.

21. Beim Tarifvergleich werden die Tarife anhand von fünf repräsentativen Muster-Verbrauchsfällen verglichen, die von Landeskartellbehörden und Bundeskartellamt gemeinsam als repräsentative Verbrauchsfälle erarbeitet worden sind.¹⁸

Verbrauchsfall	Abnahmemenge in kWh/a	Leistung in KW
Wohnungen mit Gastherme	7.000	
Einfamilienhaus	20.000	13
Freistehendes Einfamilienhaus	35.000	20
6-Familienhaus	90.000	50
Große Mehrfamilienhäuser	150.000	80

Der Vergleich von Abnahmefällen ist ein in der Praxis der Kartellbehörden gängiger, von den Gerichten bestätigter Vergleichsmaßstab.¹⁹ Voraussetzung dafür ist, dass wegen des Tarifgestaltungsspielraumes der Unternehmen mehrere repräsentative Abnahmefälle miteinander verglichen werden.²⁰

22. Da eine Stichtagsbetrachtung den häufigen unterjährigen Preisänderungen der Gasversorger nicht gerecht wird, hat sich die Beschlussabteilung entschieden, eine Zeitraumbetrachtung für das gesamte Jahr 2008 vorzunehmen und die einzelnen Monate entsprechend ihrem Gewicht beim Gasverbrauch in den Vergleich einfließen zu lassen. Zur Berücksichtigung witterungsbedingter Unterschiede in den monatlichen Abnahmemengen werden die Monate mit Hilfe von Gradtagszahlen mengengewichtet. Grundlage für die Gewichtung sind die Gradtagszahlen im langjährigen Mittel von 1970 – 2007 der Wetterstation Würzburg.²¹

¹⁸ Siehe : http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/aktuelles/2007_12_18_Gaspreise.php

¹⁹ BGH WuW/E BGH 1221 *Stromtarif*; WuW/E BGH 3140 *Gaspreis*; KG WuW/E OLG 5926 *Spreegas*.

²⁰ BGHZ 135, 323 (330 ff.) – *Gaspreis*; BGHZ 163, 282 (289 f.) – *Stadtwerke Mainz*

²¹ Vgl.: www.iwu.de/datei/Gradtagszahlen_Deutschland.xls . Auf das langjährige Mittel wird abgestellt, da die Gradtagszahlen für das Kalenderjahr 2008 noch nicht vorliegen. Die Angaben der Wetterstation Würzburg werden verwendet, da diese nach Angaben des Deutschen Wetterdienstes üblicherweise verwendet werden, wenn eine Annäherung an einen bundesweiten Durchschnittswert benötigt wird.

Monat	Gradtagszahl in Kelvin-Days (Kd)	Anteil Gradtagszahl/ Gasbezugsmenge in %
Januar	604	16,30
Februar	523	14,10
März	457	12,32
April	324	8,73
Mai	161	4,34
Juni	77	2,09
Juli	29	0,77
August	31	0,84
September	138	3,73
Oktober	324	8,74
November	470	12,66
Dezember	570	15,38
Summe	3.708	100

23. Von dem so für 2008 mengengewichteten Tarif (ohne Umsatzsteuer) über fünf Abnahmefälle und von dem oben beschriebenen Erlös für 2007 (ohne Umsatzsteuer) hat die Beschlussabteilung zunächst die Heizgassteuer und dann die jeweiligen Netzentgelte bzw. Erlöse aus Netzentgelten und die Konzessionsabgabe bzw. Erlöse aus Konzessionsabgaben abgezogen.

24. Der Abzug der Netzentgelte ist nach Ansicht der Beschlussabteilung aus zwei Gründen sachgerecht und sinnvoll:

Zum einen berücksichtigt er die Bindungswirkung des § 111 Abs. 3 EnWG:²² Die Netzentgelte wurden von den Regulierungsbehörden in einem ex-ante Verfahren anhand spezieller Bestimmungen des EnWG und der Gasnetzentgeltverordnung (GasNEV) geprüft und genehmigt. Eine Doppel-Kontrolle der Netzentgelte durch zwei Behörden ist nicht sinnvoll und soll durch § 111 Abs. 3 EnWG gerade ausgeschlossen werden. Daher muss der zu überprüfende Gesamterlös bzw. die Tarife um die Netzentgelte bereinigt werden.²³

²² § 111 Abs. 3 EnWG lautet: *In Verfahren der Kartellbehörden nach den §§ 19, 20 und 29 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die Preise von Energieversorgungsunternehmen für die Belieferung von Letztverbrauchern betreffen, deren tatsächlicher oder kalkulatorischer Bestandteil Netzzugangsentgelte im Sinne des § 20 Abs. 1 sind, sind die von Betreibern von Energieversorgungsnetzen nach § 20 Abs. 1 veröffentlichten Netzzugangsentgelte als rechtmäßig zugrunde zu legen, soweit nicht ein anderes durch eine sofort vollziehbare oder bestandskräftige Entscheidung der Regulierungsbehörde oder ein rechtskräftiges Urteil festgestellt worden ist.*

²³ Ebenso Lotze/Thomale, WuW 2008, 257, 258.

Zum anderen dient der Abzug der Netzentgelte der Berücksichtigung von strukturellen Unterschieden zwischen dem betroffenen und dem Vergleichsunternehmen und gewährleistet, dass die Vergleichsmarktbetrachtung geeignet ist, festzustellen, zu welchem Preis das Vergleichsunternehmen im Grundversorgungsgebiet des betroffenen Unternehmens anbieten könnte. Andernfalls müsste unterschiedlichen, durch die Struktur des jeweiligen Gebietes bedingten Kosten mittels Korrekturzu- oder -abschlägen Rechnung getragen werden, wie es die ständige Rechtsprechung bei der Anwendung des Vergleichsmarktkonzeptes verlangt.²⁴ Die maßgeblichen strukturbedingten Kosten werden aber im Zusammenhang mit den Gaspreisen durch das Netz und das Netzgebiet bestimmt. Insofern bilden die genehmigten Netzentgelte diese Strukturunterschiede am besten ab.

25. Die Beschlussabteilung hat des Weiteren die gezahlten Konzessionsabgaben als staatliche Abgaben von den Netto-Erlösen bzw. Netto-Tarifen der Gasversorger abgezogen. Die Konzessionsabgabe wird vom Netzbetreiber an die jeweilige Kommune abgeführt. Die Sätze der Konzessionsabgabe liegen für Tarifkunden – das ist jeder Letztverbraucher, der nach § 36 EnWG in die Grund- oder Ersatzversorgung fällt - in Abhängigkeit von Lieferart und Gemeindegröße zwischen 0,22 und 0,91 Cent/kWh. Demgegenüber wird für die Belieferung von Sondervertragskunden gemäß § 3 KAV eine Konzessionsabgabe von 0,03 Cent/kWh erhoben. Obwohl § 2 Abs. 3 KAV vorsieht, dass bei Lieferverhältnissen außerhalb der Grundversorgung ein Höchstsatz von 0,03 Cent/kWh nicht überschritten werden darf und nur das jeweilige Grundversorgungsunternehmen entsprechende Lieferverhältnisse eingehen kann, erheben manche Netzbetreiber von Drittlieferanten die höhere Konzessionsabgabe. Um insbesondere kommunalen Unternehmen keinen Anreiz zu geben, Gewinne in die Konzessionsabgabe zu verschieben, hat die Beschlussabteilung als Vergleichsunternehmen nur solche Unternehmen ausgewählt, die ganz überwiegend im Jahr 2007 und 2008 nur die niedrige Konzessionsabgabe in Höhe von 0,03 ct/kWh abgeführt haben.
26. Als Vergleichsunternehmen hat die Beschlussabteilung für das Jahr 2007 die Stadtwerke Jena-Pöbneck und die EWE AG sowie für das Jahr 2008 vor allem die Stadtwerke Stade (daneben auch die EWE AG) ausgewählt.
27. Auf die Vergleichsabstände zwischen den Unternehmen hat die Beschlussabteilung einen Erheblichkeitszuschlag gewährt. Dies ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Feststellung eines Missbrauchs erforderlich,²⁵ wobei sich die Höhe des

²⁴ BGH WuW/E BGH 1221, 1224 *Stromtarif*; WuW/E BGH 1445, 1452 *Valium I*; WuW/E BGH 2309, 2310 *Glockenheide*; WuW/E BGH 2967, 2971 *Strompreis Schwäbisch Hall*; KG WuW/E OLG 5926, 5929 *Spreegas*.

²⁵ BGH WuW/E DE-R 375, 379 – *Flugpreisspaltung*.

Erheblichkeitszuschlages nach der Rechtsprechung an der Intensität des auf dem relevanten Markt vorhandenen Restwettbewerbs orientiert.²⁶ Die 10. Beschlussabteilung hat daher entschieden, bei dem Erheblichkeitszuschlag das Ausmaß des vorhandenen Wettbewerbs anhand der Wechselquote im betreffenden Versorgungsgebiet zu berücksichtigen.²⁷ Dort wo der Wettbewerb größer ist und Drittlieferanten Marktanteile gewonnen haben, erhöht sich der Erheblichkeitszuschlag und führt dazu, dass in diesen Gebieten die Preismissbrauchsaufsicht zurückgenommen wird. Im Jahr 2007 belief sich die Wechselquote 2007 gemessen an der Anzahl der Lieferantenwechsel im Durchschnitt über alle Gasversorger auf ca. 1%.²⁸ Im Jahr 2008 liegt sie nach Ermittlungen der Beschlussabteilung in manchen Gebieten signifikant höher.

28. Zugunsten der Betroffenen versteht die Beschlussabteilung den Erheblichkeitszuschlag nicht lediglich als eine Erheblichkeitsgrenze für das Eingreifen der Missbrauchsaufsicht²⁹ mit der Folge, dass bei einer Überschreitung auch der darunter liegende Teil vom Missbrauchsvorwurf erfasst ist.
29. Bei der sachlichen Rechtfertigung hat die Beschlussabteilung als wichtigsten Punkt den Einwand berücksichtigt, dass die im Rahmen der Preismissbrauchsaufsicht gefundene Preis- bzw. Erlösobergrenze nicht unter den Kosten des Unternehmens liegen darf. Der Bundesgerichtshof hat im Fall *Flugpreisspaltung* entschieden, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen im Wege der Preismissbrauchsaufsicht nicht dazu gezwungen werden kann, seine Leistung zu nicht kostendeckenden Preisen anzubieten.³⁰ Die Beschlussabteilung hat daher die Gasbezugskosten der betroffenen Unternehmen für Standardlastprofilkunden als Kostenunterdeckungsgrenze für den Vergleich anerkannt.
30. Allerdings greift der Einwand der Kostenunterdeckung nach der Rechtsprechung nur bei ordnungsgemäßer Kostenzuordnung und Ausschöpfung etwaiger Rationalisierungsreserven. Nach vorläufiger Auffassung der Beschlussabteilung sind daher die durchschnittlichen Gasbezugskosten in dem betreffenden oder vergleichbaren Marktgebieten anzusetzen. Dabei ist wiederum zwischen H-Gas- und L-Gas-Marktgebieten zu unterscheiden. Dies entspricht dem Vergleichsmarktkonzept mit seiner wettbewerbsanaloge Preissimulation. Die durchschnittlichen Gasbezugskosten anderer Unternehmen in dem

²⁶ BGHZ 163, 282 – *Stadtwerke Mainz*.

²⁷ Dabei wird die Wechselquote ausgehend von der Definition der Bundesnetzagentur (BNetzA) für den Lieferantenwechsel ermittelt als „der Prozess, der die Interaktion zwischen den Marktpartnern beschreibt für den Fall, dass ein Kunde an einer Messstelle von seinem derzeitigen Lieferanten zu einem neuen Lieferanten wechselt. Davon ausgenommen sind Aus-/Ein- und Umzüge sowie Wechsel des Konzessionsnehmers“. Vgl. <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/13094.pdf>.

²⁸ Vgl. Monitoring-Bericht 2008 der Bundesnetzagentur, S. 199, 208. Abrufbar unter <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/14513.pdf>

²⁹ Dagegen *Büdenbender ZWeR* 2006, 233, 251 f.

³⁰ BGH WuW/E DE-R 375, 377 – *Flugpreisspaltung*.

oder vergleichbaren Marktgebieten sind ein Benchmark, den ungeachtet möglicher Vermachtungsstrukturen auf der vorgelagerten Ebene ein Unternehmen beim Gaseinkauf hätte erzielen können.

31. Die von der Betroffenen angebotenen, oben näher dargestellten Zusagen führen zu preislichen Vorteilen auf Seiten der Nachfrager und stehen damit in angemessener Relation zum Gegenstand des Verfahrens, nämlich dem Vorwurf der missbräuchlichen Preisüberhöhung. Zudem führen Entgegennahme der Zusagen und Abschluss des Verfahrens schneller zu einem befriedigenden und sichtbaren Ergebnis für die betroffenen Nachfrager als eine Fortführung des Verfahrens mit sich anschließendem langwierigem Rechtsstreit.

III.

32. 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 Betroffene geführten Verfahrens. Die Anwendung dieser Grundsätze auf den dargestellten Sachverhalt ergab – auch unter Berücksichtigung der Parallelverfahren zu vergleichbaren Sachverhalten – eine Gebühr von [...] €, die im unteren Bereich des Gebührenrahmens von bis zu 25.000 € (§ 80 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GWB) bleibt.

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. Carsten Becker

Dr. Ingo Mecke

Dr. Felix Engelsing