



OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

BESCHLUSS

In der Kartellverwaltungssache

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch die Richterin am Oberlandesgericht vR., den Richter am Oberlandesgericht R. und die Richterin am Oberlandesgericht A. auf die mündliche Verhandlung vom 14. September 2011 beschlossen:

Die Beschwerden der Betroffenen und der Beigeladenen gegen den Beschluss der 10. Beschlussabteilung des Bundeskartellamts vom 16. September 2009 - B 10-11/09 - werden zurückgewiesen.

Die Beschwerdeführerinnen haben die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen des Bundeskartellamts zu tragen.

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf . . . € festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

A.

Die Betroffene wurde . . . als kommunale Eigengesellschaft der Stadt X., der Beigeladenen, gegründet. Nachdem die frühere Konzessionsnehmerin, Y., ihr in der Folge einer gerichtlichen Auseinandersetzung das örtliche Gasverteilernetz und auch die bislang von ihr – der Y. – versorgten . . . städtischen Tarifikundenvertragsverhältnisse übertragen hatte, nahm sie zum . . . ihre Geschäftstätigkeit auf. Gegenstand des Unternehmens war zunächst nur die Gasversorgung einschließlich des Netzbetriebs, seit Mitte 2010 ist sie auch im Stromvertrieb tätig. Da es sich um eine Stadt mit nur ca. . . . Einwohnern handelt, ist die Betroffene von der Verpflichtung zu rechtlichen und operationellen Entflechtung des Netzbetriebs nach §§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 6 EnWG befreit.

Im Bereich der Gasversorgung ist sie seit der Netzübernahme – zunächst bis Juli 2012 - Grundversorger in X., ihr Marktanteil betrug 2007 und in den Folgejahren 2008 und 2009 um die . . . %. Seit Mitte 2007 vertreibt sie Erdgas erfolgreich auch außerhalb von X., vor allem im Osten der Z. und im angrenzenden Kreis B.; dort hat sie seitdem . . . Kunden geworben. Insgesamt versorgt sie damit mittlerweile . . . Haushaltskunden, entsprechend steigerte sie ihre Umsatzerlöse. Ihr Geschäftsmodell ist es, den Kunden nur einen Tarif anzubieten, der verbrauchsabhängig verschiedene Tarifstufen vorsieht. Haushaltskunden bis zu einem Verbrauch von 100.000 kWh im Stadtgebiet X. versorgt sie ausschließlich im Wege der Grund- und Ersatzversorgung, die Kunden des Umlands versorgt sie über Sonderverträge.

Diese Tarifgestaltung für das städtische Versorgungsgebiet führte zu einer erheblichen Steigerung des Konzessionsabgabeaufkommens – . . . € statt zuvor . . . € lt. einem Bericht der Wochenzeitschrift . . . vom . . . -; unstreitig war dies auch eines der Ziele der Kommunalisierung der Gasversorgung.

Der zwischen der Betroffenen und der beigeladenen Stadt im Jahr . . . geschlossene Konzessionsvertrag enthält in § 7 Abs. 1 Regelungen zur Höhe der von der Betroffenen an sie zu zahlenden Konzessionsabgabe, die den Vorgaben des § 2 KAV an die Bemessung von Konzessionsabgaben und dem zulässigen Höchstbetrag entsprechen. Die Konzessionsabgabenverordnung differenziert zwischen Konzessionsabga-

ben für Tarifkunden (0,61 ct./kWh bei reinen Kochgaskunden und 0,27 ct./kWh bei Heizgaskunden in Gemeinden bis 100.000 Einwohnern) und Konzessionsabgaben für Sondervertragskunden iHv 0,03 ct./kWh.

§ 7 Abs. 2 des Konzessionsvertrages lautet: „Sofern Letztverbraucher im Wege der Durchleitung von Dritten Gas geliefert erhalten, wird die C. die Konzessionsabgabe dem Durchleitungsentgelt hinzurechnen, das die C. mit Dritten als Entgelt für die Netznutzung vereinbaren wird. Die C. wird für diese Lieferung von Dritten die Konzessionsabgabe an die Stadt in derselben Höhe zahlen, wie für eine unmittelbare Versorgung durch die C. zu zahlen wäre.“ Inhaltlich entspricht dies der Regelung des § 2 Abs. 6 KAV.

Die Betroffene hat wie folgt abgerechnet:

Für alle von ihr versorgten Kunden ihres Netzgebiets, die sie unterhalb einer Abnahmemenge von 100.000 kWh pro Jahr beliefert, brachte sie zunächst generell die erhöhte Konzessionsabgabe für Tarifvertragskunden (0,61 Cent bei reinen Kochgaskunden /kWh bzw. 0,27 Cent/kWh bei Heizgaskunden) in Ansatz.

Soweit sie für dritte Versorger Gas an Kunden innerhalb ihres Netzgebietes durchleitet, hat sie dem Durchleitungsentgelt Konzessionsabgaben in gleicher Höhe hinzuge-rechnet, also bei einer Abnahmemenge von zunächst generell bis zu 100.000 kWh ebenfalls die hohe Tarifvertragskundenkonzessionsabgabe von 0,61 Cent/kWh bei Kochgaskunden und 0,27 Cent/kWh bei Heizgaskunden. Bei Kunden, welche die Grenze von 100.000 kWh überschreiten, fakturierte sie die für Sondervertragskunden geltende niedrige Konzessionsabgabe in Höhe von 0,03 Cent/kWh.

Nachdem das Bundeskartellamt diese Abrechnungspraxis im Juni 2009 abgemahnt hatte, änderte die Betroffene einen Aspekt ihrer Einstufungspraxis, nämlich die „mengenbezogene Abgrenzung“ der Tarifkunden. Da es sich bei Gewerbekunden mit einem jährlichen Verbrauch von weniger als 100.000 kWh, aber mehr als 10.000 kWh nicht um Haushaltskunden i.S.d. § 3 Nr. 22 EnWG und damit um Grundversorgungskunden handelt, stuft sie sie seit Mitte Juli 2009 nicht länger als Tarifvertragskunden, sondern als Sondervertragskunden ein und rechnet dem Durchleitungsentgelt die entsprechend geringere Konzessionsabgabe von 0,03 ct/kWh hinzu. Für die

Vergangenheit leistete sie Rückzahlungen bzw. Gutschriften. Diese Praxis betraf lediglich sechs Durchleitungsfälle. Dabei gestand die Betroffene zu, dass diese mengenbezogene Abgrenzung von Tarifkunden gegen die KAV verstößt. Des Weiteren machte sie geltend, im Übrigen verstoße ihre Abrechnungspraxis 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 ihrer marktbeherrschenden Stellung als Netzbetreiber und ihrer Tarifgestaltung als Grundversorger, ihre Interessen überwögen das Untersagungsinteresse der Wettbewerber.

Das Bundeskartellamt unterrichtete die Bundesnetzagentur mit Schreiben vom 25. Juni 2009 über die Abmahnung und gab ihr gemäß § 58 Abs. 2 EnWG Gelegenheit zur Stellungnahme.

Durch den angegriffenen Beschluss hat die 10. Beschlussabteilung des Bundeskartellamts der Betroffenen aufgegeben,

- rückwirkend ab dem 1. Januar 2007 sämtliche Gaslieferungen Dritter im Wege der Durchleitung an Letztverbraucher als Lieferungen an Sondervertragskunden einzustufen und dem entsprechend höchstens den Konzessionsabgaben-Höchstsatz für die Belieferung von Sondervertragskunden gem. § 2 Abs. 3 Nr. 2 KAV von derzeit 0,03 Cent/kWh zugrunde zu legen
- und die seit 1. Januar 2007 bis zur Zustellung des Beschlusses 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) bis spätestens zum 31. Dezember 2009 an die Dritten zurückzuerstatten; – . . . € p.a., im Jahre 2007 an drei Durchleiter [. . .] und im Jahre 2008 an fünf Durchleiter [. . .] - .

Zur Begründung hat das Bundeskartellamt ausgeführt, es sei gem. § 48 Abs. 2 Satz 1 GWB originär zuständig. Seine Zuständigkeit sei auch im Verhältnis zu den Regulierungsbehörden i.S.d. § 54 Abs. 1 EnWG gegeben. Es sei keine abschließende Regelung einschlägig, welche die Anwendbarkeit der §§ 19, 20 oder 29 GWB und

eine daraus abgeleitete Zuständigkeit des Bundeskartellamtes entsprechend § 111 Abs. 1, Abs. 2 EnWG ausschließen würde.

Die Praxis der Betroffenen, gegenüber Drittlieferanten die Tarfkundenkonzessionsabgabe abzurechnen, verstoße gegen § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 1 GWB. Sie habe eine marktbeherrschende Stellung inne, als Netzbetreiber habe sie auf dem Markt für die entgeltliche Gestattung der Nutzung von Wegerechten eine von der Stadt X. eingeräumte Alleinstellung. Diese ermächtige sie auch, die Konzessionsabgabe bei Durchleitungen Dritter den zu zahlenden Netzentgelten hinzuzurechnen. Innerhalb der vertraglichen Grenzen des Konzessionsvertrags besitze sie auch einen rechtlichen und tatsächlichen Gestaltungsspielraum. Letzteres werde anhand der von ihr bis Mitte Juli 2009 praktizierten Einstufung von Gewerbekunden mit einem jährlichen Verbrauch von mehr als 10.000 aber weniger als 100.000 kWh als Tarfkunden verdeutlicht. Diese Einstufung habe - wie sie selbst in ihrer Stellungnahme zugestanden habe - gegen die KAV verstoßen und zur Vereinnahmung überhöhter Konzessionsabgaben geführt.

Auch auf dem räumlich auf das jeweilige Gasverteilnetz begrenzten Netzdienstleistungsmarkt besitze sie ein Monopol. Schließlich habe sie auch auf dem nachgelagerten Markt für die Belieferung von nichtleistungsgemessenen Endkunden (Standardlastprofilkunden) mit Erdgas mit einem Marktanteil von . . . % eine marktbeherrschende Stellung. Auf diesem Markt wirke sich ihr behinderndes Verhalten aus.

Ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für die entgeltliche Gestattung der Nutzung von Wegerechten habe sie missbraucht, indem sie gegenüber durchleitenden Drittlieferanten überhöhte Konzessionsabgaben abgerechnet habe. Die von ihr praktizierte Einstufung von Gaslieferungen durchleitender Dritter als Belieferung von Tarfkunden verletze die Höchstgrenze des § 2 Abs. 3 Nr. 2 KAV, wonach bei der Belieferung von Sondervertragskunden mit Gas ein Konzessionsabgabenhöchstsatz von 0,03 Cent/kWh nicht überschritten werden darf. Dieser Höchstsatz begrenze über § 2 Abs. 6 S. 1, 2 KAV auch die gegenüber Dritten maximal zulässigen Konzessionsabgaben, welche dem Durchleitungsentgelt hinzugerechnet werden dürfen. Die Abrechnungspraxis der Betroffenen führe zu einer Steigerung der Kosten bei Drittlieferanten, so dass ein Fall der „raising rivals‘ costs“ vorliege.

Dass das mit dem Netzbetreiber konzernverbundene Grundversorgungsunternehmen gleichermaßen betroffen sei, da es in vergleichbaren Fällen Konzessionsabgaben in identischer Höhe zu entrichten hätte und es daher im Wettbewerb zwischen den Gasversorgungsunternehmen zu keiner Behinderung dritter Gaslieferanten komme, könne nicht geltend gemacht werden, wenn – wie hier - der Netzbetreiber im alleinigen Eigentum der Gläubigerin der Konzessionsabgaben, also der Kommune, stehe.

Für die Kommune sei es wirtschaftlich unerheblich, ob die Marge der von ihr beherrschten Vertriebsgesellschaft aufgrund höherer Konzessionsabgaben sinke. Denn die Betroffene führe diese höheren Konzessionsabgaben an Stelle eines entsprechenden Gewinns bei der Belieferung von Gaskunden an die Kommune ab. Die Kommune könne ohne wirtschaftliche Nachteile auf Gewinne des eigenen Gasversorgers in dem Umfang verzichten, wie sie dadurch ein höheres Konzessionsabgabenvolumen erhält. Insoweit bewirke diese Ausgestaltung der Konzessionsabgabenerhebung eine Verschiebung der Marge in die Konzessionsabgaben und – untechnisch gesprochen – eine verdeckte Gewinnausschüttung. Diese Verschiebung des Gewinns in die Konzessionsabgabe sei für die Kommune sogar aus steuerrechtlichen Gründen wirtschaftlich vorteilhaft, denn durch die Schmälerung des Gewinns des kommunalen Gasversorgers reduzierten sich die Gewerbesteuer- und auch die Körperschaftssteuerbelastung.

Demgegenüber führe die Hinzurechnung einer höheren Konzessionsabgabe zum Durchleitungsentgelt bei unabhängigen Gasversorgungsunternehmen unmittelbar zu höheren Kosten und damit zu einer Schmälerung oder Aufzehrung der Gewinnmarge. Damit würden unabhängige Gasversorgungsunternehmen daran gehindert, etwaige günstigere Gestehungs- oder Verwaltungskosten an die Letztverbraucher im Netzgebiet der Betroffenen weiterzugeben bzw. es werde ein Marktzutritt unabhängiger Gasversorgungsunternehmen durch zwangsweisen Margenverzicht wirtschaftlich behindert.

Der Margenverzicht lasse sich tatsächlich belegen. Die Betroffene habe mit ihrer Gashandelssparte sowohl im Jahre 2007 als auch im Jahre 2008 . . . Verluste erzielt.

Die wirtschaftliche Erheblichkeit der Behinderung werde nicht nur durch die Ausführungen der Betroffenen in ihrer Stellungnahme belegt. Demnach müsste sie ihr eigenes Tarifmodell umstellen, wenn dritte Gaslieferanten für ihre Gaslieferungen lediglich die Sonderkundenkonzessionsabgabe zu zahlen hätten, um nicht „viele Kunden zu verlieren“. Sie werde weiter auch empirisch durch die Marktanteile und Wechselquoten bestätigt. So habe die Betroffene im Vergleich der Jahre 2007 und 2008 ihre Marktanteile für Koch- und Heizgaskunden weiter ausgebaut. Diese Entwicklung laufe dem bundesweiten Trend diametral entgegen.

Nach Zustellung dieses Beschlusses ist die Rückerstattung erfolgt, die Abrechnung der Drittlieferanten erfolgt seitdem auf der Basis der Sondervertragskundenkonzessionsabgabe.

Gegen diesen Beschluss richten sich die Beschwerden der Betroffenen und der Beigeladenen mit den Anträgen, den angegriffenen Beschluss aufzuheben.

Die beigeladene Stadt X. war zeitgleich mit der Abmahnung vom 25. Juni 2009 vorsorglich von der Verfahrenseinleitung informiert und auf die Möglichkeit der Beiladung hingewiesen worden. Auf ihren entsprechenden Antrag, den sie indessen erst nach Abschluss des Verfahrens unter dem 14. Oktober 2009 gestellt hat, hat die Beschlussabteilung sie durch Beschluss vom 16. November 2009 zum Verfahren beigeladen, weil es sich um einen Fall der notwendigen Beiladung handele.

Die Betroffene und die Beigeladene tragen vor, die Steigerung des Konzessionsabgabenaufkommens sei nur ein Ziel der Kommunalisierung der Gasversorgung in X. gewesen, daneben sollten die kommunalen Kontrollmöglichkeiten über die örtliche Gasversorgung ausgeweitet, kommunale Strukturen im Bereich der örtlichen Daseinsvorsorge aufgebaut sowie günstige Gaspreise für Haushalts- und Sondervertragskunden in X. konzernunabhängig angeboten werden. Die Kommunalisierung der Gasversorgung habe weder der Benachteiligung von Drittlieferanten noch der Endkunden gedient.

Der Vorwurf des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung sei unzutreffend. Durch den rechtmäßigen Vollzug des mit der beigeladenen Stadt geschlossenen

Konzessionsvertrags beeinträchtigt sie nicht den Wettbewerb mit Drittlieferanten. Der Konzessionsvertrag stehe im Einklang mit den gesetzlichen Vorgaben. Die Betroffene dürfe nicht über den Umweg des Wettbewerbsrechts gezwungen werden, den vertraglich vorgesehenen und durch die KAV auch der Höhe nach angelegten Anspruch der Stadt X. auf Konzessionsabgaben durch Umstrukturierung der angebotenen Lieferverträge zu entwerfen.

Die Betroffene beeinträchtigt ihre Wettbewerber schon nicht. Für sie und ihre Wettbewerber gälten dieselben wirtschaftlichen Rahmenbedingungen. Die Beschlussabteilung habe in keinem einzigen Fall eine konkrete oder konkret drohende Benachteiligung eines Wettbewerbers dargelegt oder nachgewiesen. Das angeblich missbräuchliche Verhalten sei jedenfalls aber nicht kausal auf die marktbeherrschende Stellung der Betroffenen bzw. der Stadt X. zurückzuführen.

Zwar besitze die Stadt X. ein Monopol für die entgeltliche Vergabe von Wegerechten in X. und die Netzsparte der Betroffenen ein natürliches Monopol für Netzdienstleistungen. Einen rechtlichen und tatsächlichen Gestaltungsspielraum bei der Ausgestaltung der Konzessionsabgaben habe sie jedoch nicht. Zwar könne der Konzessionsvertrag selbst nicht die Pflicht Dritter zur Zahlung von Konzessionsabgaben begründen. Sie sei aber nach der in § 7 Abs. 1 getroffenen Regelung zur Zahlung der Konzessionsabgaben nach den Höchstsätzen verpflichtet, dritte Lieferanten seien über § 2 Abs. 6 S. 2 KAV verpflichtet. Entscheidend sei insoweit eine ökonomische Betrachtung. Es sei gerade das erklärte Ziel von § 2 Abs. 6 KAV, für die Durchleitung dieselben Konzessionsabgaben zu berechnen wie dies für Tarifkunden des Grundversorgers geschehe. Die Stellung als natürlicher Monopolist für Netzdienstleistungen sei unerheblich.

Richtig sei, dass die Betroffene auf dem nachgelagerten Markt für die Belieferung nicht leistungsgemessener Endkunden mit Erdgas eine marktbeherrschende Stellung habe. Diese beruhe aber auf ihrer Stellung als Grundversorger. Allein die Vertriebspartei der Betroffenen stehe im Wettbewerb zu Drittlieferanten. Eine Wettbewerbsbeeinträchtigung ergebe sich nur, wenn man die Stadt X. mit ihren Einnahmen aus Konzessionsabgaben sowie die Betroffene als ein „Unternehmen“ betrachte.

Konzessionsabgaben, die sich der Höhe nach im Rahmen der Regelungen der KAV hielten, könnten nicht als ein Fall der Behinderung durch Erhöhung der Durchleitungskosten betrachtet werden. Dies könnte man nur annehmen, wenn der Wettbewerber höhere Kosten als die Betroffene selbst zu tragen hätte, wenn die Betroffene zu „Kampfpreisen“ anbieten würde oder eine Quersubventionierung der Vertriebspartei durch erhöhte Konzessionsabgaben stattfände. All dies sei nicht der Fall, insbesondere führe die Vertriebspartei nicht Konzessionsabgaben als „verdeckte Gewinnausschüttung“ ab.

Zutreffend sei, dass der Vertrieb die Höhe der Konzessionsabgabe indirekt durch die Liefervertragsangebote beeinflusse. Die Betroffene sei aber als Grundversorger verpflichtet, für Haushaltskunden einen Grundversorgungstarif anzubieten. Außerdem entspreche diese Vertragsstruktur gerade dem gesetzlichen Leitbild der KAV und des § 36 EnWG.

Schließlich sei eine Beeinträchtigung anderer Unternehmen auch nicht nachgewiesen. Den Anforderungen des § 19 GWB genüge es nicht, wenn Handlungen der Betroffenen nur geeignet wären, zu einer Behinderung zu führen. Eine tatsächliche Behinderung in Form einer konkreten Verlagerung der Marge habe die Beschlussabteilung nicht nachgewiesen. Durch die Verluste der Vertriebspartei in den Jahren 2007 und 2008 lasse sich ein Margenverzicht nicht belegen. Die Verluste ihrer Vertriebspartei seien nicht Ausdruck einer „Verschiebung der Marge in die Konzessionsabgabe“, sondern tatsächlich und betriebswirtschaftlich gerechtfertigte Anlaufverluste. Auch sei ein negativer Zusammenhang zwischen dem durchschnittlichen Konzessionsabgabensatz und der Wechselquote nicht belegt. Generell sei die Wechselquote kommunaler Versorgungsunternehmen geringer als die sonstiger Versorger, die Konzessionsabgabe habe nur einen untergeordneten Stellenwert, wenn es um die Wechselquote gehe. Dies werde durch die konkrete Wettbewerbssituation in ihrem Netzgebiet bestätigt. Die angegriffene Verfügung, die sie vorläufig umgesetzt habe, habe keine spürbaren Auswirkungen auf den Wettbewerb um die Gaslieferkunden gehabt, ihre Wechselquote sei nicht stark gestiegen, ihre unmittelbaren Wettbewerber hätten keine Marktanteile gewonnen.

Da die Netzpartei für Lieferungen von Drittlieferanten gemäß § 2 Abs. 6 KAV in Ver-

bindung mit § 7 Abs. 2 des Konzessionsvertrages die höhere Konzessionsabgabe berechnen müsse, fehle es jedenfalls an der Kausalität zwischen der Marktbeherrschung und dem beanstandeten Verfahren.

Schließlich aber wäre eine etwaige erhebliche und kausale Behinderung sachlich gerechtfertigt. Bei der notwendigen Interessenabwägung sei zu berücksichtigen, dass weder die Konzessionsabgabenabrechnung noch die Tarifbildung der Betroffenen gegen gesetzliche Vorgaben verstießen. Das Tatbestandsmerkmal „in vergleichbaren Fällen“ könne nicht als Verweis auf die erst durch das EnWG 2005 eingeführten Begriffsbestimmungen in § 1 Abs. 3 und 4 KAV verstanden werden. Dem stünde der ausdrücklich geäußerte Wille des Gesetzgebers, keine materiellen Änderungen vornehmen zu wollen, entgegen.

Wie vom Verordnungsgeber vorgesehen sei im Einzelfall die Konzessionsabgabe durch Anwendung des § 2 Abs. 6 KAV gestiegen. Die Gaskunden in X. zahlten aber nach Aufnahme der Geschäftstätigkeit der Betroffenen im Oktober 2006 im Ergebnis einen geringeren Endkundenpreis trotz höherer Konzessionsabgabe.

Mit Schriftsatz vom 31. August 2011 hat die Betroffene noch ergänzend gerügt, das Bundeskartellamt sei für den Erlass der Verfügung sachlich nicht zuständig gewesen. Gegenstand des Verfahrens sei die Frage, in welcher Höhe Netzbetreiber von dritten Gaslieferanten für die Nutzung ihres Netzes die Konzessionsabgabe verlangen dürften. Dies sei eine Frage des Netzzugangs, für die nach § 111 Abs. 1, Abs. 2 EnWG abschließende Regelungen des EnWG bestünden, so dass ausschließlich die Regulierungsbehörden zuständig seien und eine aus den §§ 19, 20 GWB abgeleitete Zuständigkeit des Bundeskartellamts ausscheide.

Das Bundeskartellamt bittet um Zurückweisung der Beschwerden, indem es den angegriffenen Beschluss unter Wiederholung und Vertiefung seiner Gründe verteidigt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang des Bundeskartellamts und das Protokoll der Senatssitzung vom 14. September 2011 Bezug genommen.

B.

Die Beschwerden der Betroffenen und der Beigeladenen haben aus den mit den Beteiligten in der Senatssitzung erörterten Gründen keinen Erfolg.

I.

Die Beschwerden der Betroffenen und der beigeladenen Stadt X. sind form- und fristgerecht eingelegt.

Der Senat hat allerdings Zweifel, ob die beigeladene Stadt beschwerdebefugt i.S.v. § 63 Abs. 2 GWB und damit ihre Beschwerde im Übrigen zulässig ist. Die Stadt X. hat erst nach Abschluss des Verwaltungsverfahrens einen Beiladungsantrag gestellt, auf den das Bundeskartellamt sie beigeladen hat. Nach § 63 Abs. 2 GWB i.V.m. § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB steht die Beschwerde jedoch nur den am Verfahren vor der Kartellbehörde Beteiligten zu. In erweiternder Auslegung dieser Vorschriften hat der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs allerdings in drei Fallkonstellationen die Beschwerdebefugnis eines Dritten bejaht, der nicht schon an dem Verfahren beteiligt war (zuletzt BGH, Beschluss vom 5.10.2010 – EnVR 52/09, Rdnr. 14 „GABiGas“):

So ist ein Dritter auch dann befugt, gegen die in der Hauptsache ergangene Entscheidung Beschwerde einzulegen, wenn in seiner Person die subjektiven Voraussetzungen für eine Beiladung vorliegen, sein Beiladungsantrag jedoch allein aus verfahrensökonomischen Gründen abgelehnt worden ist und er geltend machen kann, durch die Entscheidung unmittelbar und individuell betroffen zu sein, wobei erhebliche wirtschaftliche Interessen ausreichen (BGH, Beschluss vom 5.10.2010 – EnVR 52/09, Rdnr. 14 „GABiGas“; Beschluss vom 11.11.2008 – EnVR 1/08, WuW/E DE-R 2535 Rdnr. 14 ff. „citiworks“; vgl. auch BGH, Beschluss vom 7.11.2006 – KVR 37/05, BGHZ 169, 370 Rdnr. 11, 18 ff. „pepcom“). Ein solcher Fall liegt ersichtlich nicht vor.

Ebenso ist der Beschwerdeführer beschwerdebefugt, der durch die Behörde nicht beteiligt worden ist, es aber unverschuldet versäumt hat, den Beiladungsantrag

rechtzeitig zu stellen (BGH, WuW/E DE-R 2535 Rdnr. 16 „citiworks“). Auch diese Voraussetzungen liegen nicht vor; vielmehr hatte die beigeladene Stadt es versäumt, den Beiladungsantrag rechtzeitig zu stellen, denn sie hat ihre Beiladung erst nach Abschluss des kartellbehördlichen Verfahrens beantragt, obwohl sie Kenntnis von dem Verfahren hatte.

Schließlich ist ein Dritter dann beschwerdebefugt, wenn er durch den angegriffenen Verwaltungsakt unmittelbar in seinen Rechten berührt wird, weil der Verwaltungsakt auch ihm gegenüber eine Regelungswirkung entfaltet (BGH a.a.O., Beschluss vom 22.02.2005 – KVZ 20/04, WuW/E DE-R 1544, 1545 „Zeiss/Leica“). Erforderlich ist daher, dass nicht nur eine Beeinträchtigung wirtschaftlicher Interessen vorliegt, sondern der Beschwerdeführer durch die gegenüber einem Dritten ergangene Verfügung in seinem geschützten Rechtskreis unmittelbar betroffen ist (BGH, Beschluss vom 7.04.2009 – KVR 34/08, WuW/E DE-R 2728 Rdnr. 20 „Versicherergemeinschaft“). Ob dies hier – wie es das Bundeskartellamt angenommen hat – der Fall ist, daran hat der Senat Zweifel. Da der Beschluss allein der Netzbetreiberin und Konzessionsinhaberin konkrete Vorgaben für die Abrechnung der Konzessionsabgaben gegenüber durchleitenden Drittlieferanten macht, spricht viel dafür, dass er nur wirtschaftliche Auswirkungen auf das Konzessionsabgabeaufkommen der Kommune hat. So hat die Stadt selbst dies wohl auch gesehen, die in ihrem Beiladungsantrag ausgeführt hat, „die Missbrauchsverfügung treffe im wirtschaftlichen und finanziellen Ergebnis unmittelbar die Stadt X.“, „die erhebliche Berührung ihrer wirtschaftlichen Interessen stehe außer Frage“ (S. 4 f. des Beiladungsantrags, Bl. 557 f. VV).

Letztlich kommt es darauf aber nicht entscheidungserheblich an, weil die Beschwerden jedenfalls in der Sache unbegründet sind.

II.

Zu Recht hat das Bundeskartellamt der Betroffenen aufgegeben, für die Lieferungen durchleitender Dritter an Haushaltskunden die Konzessionsabgabe für Sondervertragskunden statt für Tarifkunden zu erheben und die seit dem 1. Januar 2007 zuviel gezahlten Entgelte zurückzuerstatten.

1. Dass der Beschluss schon formell rechtswidrig ist, kann der Senat nicht feststellen.

1.1. Ohne Erfolg rügt die Betroffene erstmals mit Schriftsatz vom 31. August 2011 die sachliche Zuständigkeit des Bundeskartellamts. Sie meint, für die Überprüfung der Höhe von Konzessionsabgaben seien ausschließlich die Regulierungsbehörden zuständig, da die Überprüfung der zulässigen Höhe der von durchleitenden Drittlieferanten erhobenen Konzessionsabgaben ihnen als Netzzugangs- und Netzentgeltregulierung obliege.

1.1.1. Allerdings hat das Bundeskartellamt zu Unrecht seine Zuständigkeit angenommen, denn für die Fälle des Behinderungsmissbrauchs eines Netzbetreibers sind ausschließlich die Regulierungsbehörden und nicht die Kartellbehörden zuständig.

Das Bundeskartellamt stützt den Vorwurf des Behinderungsmissbrauchs darauf, dass die Betroffene ihre Stellung als Netzbetreiberin missbraucht hat, indem sie von den durchleitenden Dritten überhöhte Konzessionsabgaben erhoben hat. Dies soll den Tatbestand des Behinderungsmissbrauchs, § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB, erfüllen. Nach § 19 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 GWB liegt ein Missbrauch insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtigt.

Eine entsprechende Regelung zum Behinderungsmissbrauch enthält § 30 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 EnWG, eine Regelung des Teils 3 des EnWG. Nach § 30 Abs. 1 Satz 1 EnWG ist Betreibern von Energieversorgungsnetzen ein Missbrauch ihrer Marktstellung verboten. Ein Missbrauch liegt nach § 30 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 EnWG insbesondere vor, wenn ein Betreiber von Energieversorgungsnetzen andere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert oder deren Wettbewerbsmöglichkeiten ohne sachlich gerechtfertigten Grund erheblich beeinträchtigt.

Die daraus grundsätzlich resultierende Doppelzuständigkeit wird durch die Regelungen des § 130 Abs. 3 GWB i.V.m. § 111 Abs. 1 EnWG vermieden. §§ 19, 20 und 29

GWB finden keine Anwendung, soweit das EnWG oder aufgrund des EnWG erlassene Rechtsverordnungen ausdrücklich abschließende Regelungen getroffen haben. Wie der Gesetzgeber durch das Änderungsgesetz vom 25. Oktober 2008 mit dem neu eingefügten § 111 Abs. 2 EnWG klargestellt hat, sind abschließende Regelungen die Bestimmungen des Teils 3 des EnWG – §§ 11 bis 35 – und sämtliche auf Grundlage dieser Normen erlassenen Rechtsverordnungen (BT-Drs. 16/8305, S. 13, 22). Zweck dieser Ausschließlichkeitsregelung ist es, eine Doppelzuständigkeit von Regulierungsbehörden und Kartellbehörden zu vermeiden und den Anwendungsbereich von Kartell- und Regulierungsrecht sinnvoll abzugrenzen. Damit hat der Gesetzgeber den bisherigen Grundsatz der Idealkonkurrenz zwischen dem EnWG a.F. und §§ 19, 20 GWB durch einen Spezialitätsgrundsatz zugunsten der netzbezogenen Energieregulierung ersetzt. Infolge der pauschalen Anordnung in § 111 Abs. 2 EnWG stellt sich im Einzelfall die Frage des abschließenden Charakters der angeführten Normen nicht (vgl. auch Säcker/Meinzenbach in: BerlKommEnR, 2. A., 2010, Rdnr. 11 zu § 111; Hölscher in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. A., 2010, Rdnr. 3 ff. zu § 111).

1.1.2. Die Rüge der sachlichen Unzuständigkeit hat die Betroffene indessen nicht rechtzeitig geltend gemacht. Ein Beteiligter, der der Auffassung ist, dass die Kartellbehörde örtlich oder sachlich unzuständig ist, muss diese Rüge nach § 55 Abs. 1 GWB bis zum Abschluss des Verwaltungsverfahrens gegenüber der Kartellbehörde erheben. Tut er dies nicht, kann er die Beschwerde nicht auf die Unzuständigkeit stützen (§ 55 Abs. 2 GWB). Eine entsprechende Regelung enthält § 66a EnWG für die Zuständigkeit der Regulierungsbehörden.

Nach Auffassung des Senats wird von der Rüge der sachlichen Zuständigkeit nicht nur das Zuständigkeitsgefüge zwischen den Kartellbehörden, sondern auch im Verhältnis zu den Regulierungsbehörden erfasst (ebenso: Karsten Schmidt/Bach in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. A., 2007, Rdnr. 1 zu § 55; a.A.: Schneider in: Langen/Bunte, GWB, Bd. 1, 11. A., Rdnr. 6 zu § 55; Bracher in FK GWB, 2005, Rdnr. 5 zu § 55; für die entsprechende Regelung des § 66a EnWG: Paul in: BerlKommEnR, Bd. 2, 2. A., Rdnr. 6 zu § 66a).

Zur sachlichen Zuständigkeit gehört auch die so genannte Verbandskompetenz, also der Kompetenzbereich eines selbständigen Trägers öffentlicher Verwaltung. Wie der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs für die inhaltsgleiche Vorschrift des § 66a EnWG entschieden hat, muss diese Regelung insbesondere Rechtsverletzungen von Behörden erfassen, die durch Überschreitungen ihrer jeweiligen Bundes- oder Landeskompentenz entstehen (BGH, Beschluss vom 20.04.2010, EnVZ 34 /09, Rdnr. 5).

Die Frage, ob in Fällen des Behinderungsmisbrauchs eines Netzbetreibers die Regulierungsbehörden statt der Kartellbehörden zuständig sind, beurteilt sich nach § 130 Abs. 3 GWB i.V.m. § 111 Abs. 1, 2 EnWG. Diese Regelungen bestimmen zwar in erster Linie nur den Anwendungsbereich des GWB im Verhältnis zum EnWG. Mittelbar entscheidet die Bestimmung des Anwendungsbereichs aber zugleich über die Befugnis der Kartellbehörde, zur Wahrnehmung bestimmter Aufgaben tätig zu werden und damit über ihren Kompetenzbereich.

1.2. In dem hier vorliegenden Fall der nicht rechtzeitigen Rüge hat der Senat jedoch von der Zuständigkeit des Bundeskartellamts auszugehen.

Anderes könnte nur dann gelten, wenn die Unzuständigkeit evident und die angefochtene Entscheidung daher nichtig i.S.d. § 44 VwVfG ist. Dies ist indessen nicht ersichtlich. Eine Verletzung der sachlichen Zuständigkeit führt nur dann zur Nichtigkeit, wenn eine absolute sachliche Unzuständigkeit vorliegt, also die mit dem Verwaltungsakt geregelte Angelegenheit unter keinerlei sachlichen Gesichtspunkten einen Bezug zum Aufgabenbereich der handelnden Behörde hat (s. nur: Meyer in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. A., 2010, Rdnr. 16 ff. zu § 44). Dies ist dann nicht der Fall, wenn – wie hier – grundsätzlich die maßgeblichen Regelungen eines Behinderungsmisbrauchs im GWB und EnWG nebeneinander Anwendung finden könnten, weil verschiedene Vorschriften von ihrem Tatbestand her gleichzeitig auf denselben Sachverhalt anwendbar sind und der Gesetzgeber dieses Nebeneinander aufhebt, indem er den Vorrang der Regelungen des 3. Teils des EnWG anordnet. § 111 Abs. 2 EnWG regelt ausdrücklich den abschließenden und zugleich spezielleren Charakter der §§ 11 bis 35 EnWG und damit auch des dort vorgesehenen Behinderungsmisbrauchs nach § 30 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 EnWG gegenüber § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB. § 30 EnWG soll die §§ 19, 20 GWB ersetzen, der Gesetzgeber hat dazu

ausdrücklich ausgeführt, dass Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 in der Sache dem Verbot des Behinderungsmissbrauchs nach § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB und dem Behinderungsverbot des § 20 Abs. 1 GWB entspricht und damit die Grundlage für die in § 111 EnWG vorgesehene Nichtanwendung der §§ 19, 20 GWB bildet. Auch wenn die Vorschrift – anders als §§ 19, 20 GWB - nicht ausdrücklich auf marktbeherrschende oder marktstarke Unternehmen bezogen ist, unterscheidet sie sich von diesen Regelungen im Ergebnis nicht, da Betreiber von Energieversorgungsnetzen in der Regel marktbeherrschend im Sinne dieser Regelungen sind (BT-Drs. 15/3917, S. 63, S. 46).

Unabhängig davon spricht auch der Umstand, dass keiner der betroffenen Netzbetreiber in den von dem Bundeskartellamt geführten Missbrauchsverfahren die sachliche Unzuständigkeit des Amts geltend gemacht hat, dagegen, dass diese offensichtlich war.

2.

In der Sache ist der Vorwurf des Behinderungsmissbrauchs begründet. Die von den Beschwerdeführerinnen erhobenen Einwendungen greifen nicht durch.

Ebenso wie die Voraussetzungen des § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB liegen auch die Voraussetzungen des entsprechenden – und hier allein anwendbaren - § 30 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 EnWG vor. Die Betroffene hat ihre Stellung als Netzbetreiberin durch die Erhebung überhöhter Konzessionsabgaben missbraucht und dadurch die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf dem nachgelagerten Markt für die Versorgung von Endkunden mit Gas in diesem Versorgungsgebiet in einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtigt.

2.1.

Die Betroffene ist Netzbetreiberin i.S.d. § 30 Abs. 1 EnWG. Als solche ist sie im Versorgungsgebiet der Stadt X. auch alleiniger Anbieter von Netzdienstleistungen und anknüpfend daran als Konzessionsinhaberin allein befugt, den von dritten Durchleitern erhobenen Netzentgelten die Konzessionsabgaben hinzuzurechnen. Insoweit ist sie ohne Wettbewerber und damit marktbeherrschend i.S.d. § 19 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. Abs. 4 GWB. Als Monopolistin verfügt sie über einen wett-

bewerblich nicht kontrollierten Verhaltensspielraum (vgl. nur: Wiedemann, Kartellrecht, 2. A., 2008, Rdnr. 16 f. zu § 23; Götting in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. A., 2009, Rdnr. 27 zu § 19).

2.2.

Die Betroffene missbraucht ihre – marktbeherrschende - Stellung auf diesem vorgelegerten Markt für Netzdienstleistungen einschließlich der Erhebung von Konzessionsabgaben, wenn sie von durchleitenden Dritten überhöhte Konzessionsabgaben erhebt.

Bei Lieferungen dritter Versorger, die mit ihren Kunden Sonderverträge abgeschlossen haben, hat die Betroffene neben dem Netznutzungsentgelt die Konzessionsabgabe für Tariflieferungen nach § 2 Nr. 2 a) und b) KAV in Rechnung gestellt, also 0,61 ct/kWh für Kochgaskunden und 0,27 ct/kWh für Heizgaskunden statt der in § 2 Abs. 3 Nr. 2 KAV vorgesehenen Konzessionsabgabe von 0,03 ct/kWh für die Belieferung von Sondervertragskunden. Dies, wenn es sich um Haushaltskunden i.S.d. § 3 Nr. 22 EnWG handelt, also die Kundengruppe, die sie ausschließlich zu den Allgemeinen Preisen und Bedingungen der Grundversorgung versorgt. Sie meint, hierzu nach § 2 Abs. 6 Satz 1 KAV berechtigt zu sein. Dieser – und ihm folgend § 7 Abs. 2 des Konzessionsvertrages – sieht vor, dass im Verhältnis zwischen Netzbetreiber und Gemeinde für Gaslieferungen Dritter im Wege der Durchleitung Konzessionsabgaben bis zu der Höhe vereinbart oder gezahlt 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.

Diese Abrechnungspraxis der Betroffenen beanstandet das Bundeskartellamt zu Recht.

2.2.1. Für Durchleitungen Dritter, die mit ihren Kunden Sonderverträge abgeschlossen haben, kann nur die Konzessionsabgabe für Sondervertragskunden erhoben werden. § 2 Abs. 3 Nr. 2 KAV begrenzt die Höhe der Konzessionsabgabe für Sondervertragskunden i.S.d. § 1 Abs. 4 KAV auf 0,03 ct/kWh.

Nach § 1 Abs. 4 KAV sind alle Kunden, die nicht Tarifikunden nach § 1 Abs. 3 KAV sind, Sondervertragskunden im Sinne der Verordnung. Tarifikunden sind gemäß § 1 Abs. 4 KAV nur solche Kunden, die auf der Grundlage von Verträgen nach den §§ 36 und 38, der Grund- und Ersatzversorgung, oder nach § 115 Abs. 2 und § 116 EnWG beliefert werden. Solche Verträge liegen den Gaslieferungen der durchleitenden Dritten unstreitig nicht zugrunde, sie beliefern ausschließlich Sondervertragskunden. Angesichts des klaren und eindeutigen Wortlauts des § 1 Abs. 3 KAV, der an das konkrete Lieferverhältnis und nicht an das Abnahmeverhalten des Letztverbrauchers anknüpft, ist für eine erweiternde Auslegung kein Raum. Haushaltskunden mit Lieferverträgen außerhalb der Grundversorgung können daher nicht zu den Tarifikunden i.S.d. § 1 Abs. 3 KAV zählen (ebenso: Kermel/Brucker/Baumann, Wegenutzungsverträge und Konzessionsabgaben in der Energieversorgung, 1. A., 2008, S. 195 ff.; Rosin/Semmler/Hermeier, et 2010, Heft 9, S. 88 ff.; Lecheler WuW 2009, 1249, 1259; Säcker/Mohr/Wolf, Konzessionsverträge im System des deutschen und europäischen Wettbewerbsrechts, 2011, S. 164; a. A.: Kermel in: BerlKommEnR, 2. A., 2010, Rdnr. 9 ff., 16 ff. zu § 1 KAV, Anh. § 48; Keller/Herder, Der Konzessionsvertrag unter dem neuen Energiewirtschaftsrecht, 2009, S. 193 ff.; Kühne, RdE 2010, S. 6 ff., 9; Höch/Kalwa, ZNER 2009, 361, 364 f.; Tittel/Otto, RdE 2009, 368 ff.; Tödtmann/Kaluza, ZNER 2011, 412 ff.).

Für diese Lieferungen ist daher der Höchstsatz der Sondervertragskundenkonzessionsabgabe in § 2 Abs. 3 Nr. 2 KAV maßgeblich, soweit die KAV nichts anderes vorsieht.

2.2.2. Ohne Erfolg berufen Betroffene und Beigeladene sich insoweit auf § 2 Abs. 6 KAV. Dieser sieht in Satz 1 vor, dass im Verhältnis zwischen Netzbetreiber und Gemeinde für Lieferungen Dritter, die im Wege der Durchleitung Strom oder Gas an Letztverbraucher liefern, Konzessionsabgaben bis zu der Höhe vereinbart oder gezahlt 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. Satz 2 berechtigt den Netzbetreiber dazu, diese Konzessionsabgaben dem Durchleitungsentgelt hinzuzurechnen.

Lieferungen an Sondervertragskunden stellen indessen keinen vergleichbaren Fall mit der Lieferung des Vertriebs der Betroffenen auf der Basis eines Grundversorgungsverhältnisses dar.

Streitentscheidend ist die Frage, ob sich die Vergleichbarkeit der Lieferung anhand der Tarifstruktur des mit dem Netzbetreiber verbundenen Vertriebs oder anhand der materiell-rechtlichen Kundenstruktur beurteilt. Käme es auf die Tarifstruktur des verbundenen Vertriebs an, hätte es dieser und damit der Netzbetreiber in der Hand, die Höhe der Konzessionsabgaben auch für Durchleitungen Dritter zu bestimmen, indem er – wie hier die Betroffene – die Haushaltskunden seines Versorgungsgebiets lediglich zu Allgemeinen Tarifen und Bedingungen im Wege der Grundversorgung versorgt und nicht auch Sonderverträge anbietet. Käme es auf die materiell-rechtliche Kundenstruktur an, würde sich die Höhe der Konzessionsabgabe nach der Wahl des Versorgers durch den Letztverbraucher bestimmen, also im Wettbewerb.

2.2.2.1. Schon die Systematik der Regelungen der KAV spricht allein dafür, dass die materiell-rechtliche Kundenstruktur maßgeblich ist, sofern der Verordnungsgeber nicht ausdrücklich eine Ausnahme davon vorsieht.

§ 1 Abs. 3 und 4 KAV unterscheiden zwischen Tarif- und Sondervertragskunden. Konzessionsabgabenrechtlich gelten danach nur solche Lieferungen als Tarifierungen, die – abgesehen von Altverträgen - auf der Grundlage von Grund- und Ersatzversorgungsverträgen erfolgen. Alle übrigen Kunden sind Sondervertragskunden. Die Definition der Kundengruppen hat der Verordnungsgeber erst in Folge des Zweiten Gesetzes zur Neuregelung des EnWG 2005 in der Verordnung selbst vorgenommen. Damit hat er als Folge der Entflechtung die Einstufung der Kunden einer Vereinbarung zwischen Kommune und Netzbetreiber entzogen. Diese konzessionsabgabenrechtliche Festlegung des Verordnungsgebers – die Anknüpfung an das konkrete, nach Maßgabe des EnWG definierte Versorgungsverhältnis – kann nicht zur Disposition der Parteien des Konzessionsvertrags stehen und muss daher auf die Regelung des § 2 Abs. 6 KAV ausstrahlen.

Die vom Verordnungsgeber in § 1 gewählte Anknüpfung an objektive Kriterien würde unterlaufen, wenn der mit dem Netzbetreiber identische oder verbundene Vertrieb

über die Ausgestaltung seiner Tarife die Möglichkeit hätte, die Höhe der Konzessionsabgabe für Sondervertragskunden des durchleitenden Versorgers zu beeinflussen. Zugleich wäre damit verbunden, dass er die Kostenstruktur seiner Wettbewerber negativ und spiegelbildlich seine – im Wege der Quersubventionierung – positiv beeinflussen könnte. Dies würde der Zielsetzung der Entflechtung, der strikten Trennung von Versorgung und Netzbetrieb zuwiderlaufen, die gerade Transparenz und eine diskriminierungsfreie Ausgestaltung und Abwicklung des Netzbetriebs mit dem Ziel eines wirksamen Wettbewerbs bei der Versorgung gewährleisten und möglichen verdeckten Quersubventionierungen die Grundlage entziehen soll.

Auch würde das Verständnis der Betroffenen, dass es für die Frage der Vergleichbarkeit der Lieferungen nicht auf die materiell-rechtliche Kundenstruktur, sondern auf die Tarifgestaltung des verbundenen Vertriebs ankommt, zu einer uneinheitlichen Anwendung führen und der vom Ordnungsgeber vorgegebenen Systematik der klaren Trennung von Sonder- und Tarifkunden zuwiderlaufen. Nur in den Fällen, in denen der Netzbetreiber zugleich auch Versorger oder mit dem Versorger konzernrechtlich verbunden ist, läge „ein vergleichbarer Fall“ vor, also bei kommunalen Eigengesellschaften. Ist der Netzbetreiber nicht zugleich auch Versorger, gibt es für die vergleichbare Lieferung keinerlei Anknüpfung. In den Fällen, in denen der Grundversorger nicht der mit dem Netzbetreiber identische oder verbundene Vertrieb, sondern ein durchleitender Dritter ist, könnten auch für seine Lieferungen nur Sondervertragskundenkonzessionsabgaben und nicht die hohe Tarifkundenkonzessionsabgabe als vergleichbarer Fall berechnet werden, weil auch der mit dem Netzbetreiber identische oder verbundene Vertrieb Kunden nur als Sonder- und nicht als Grundversorger beliefern kann.

Das vom Bundeskartellamt zugrunde gelegte Verständnis stellt hingegen sicher, dass die klare Trennung zwischen Tarif- und Sonderkunden beibehalten und der Bemessung der Konzessionsabgaben einheitlich zugrundegelegt wird. Für sämtliche Lieferungen auf der Grundlage von Sonderkundenverträgen sind entsprechende Konzessionsabgaben zu entrichten und zwar unabhängig davon, ob der Vertragspartner des Sonderkunden (auch) Grundversorger oder sonstiger Versorger ist.

Die Regelung des § 2 Abs. 7 KAV bestätigt dieses Verständnis. Unabhängig von den Regelungen des § 1 Abs. 3 und 4 KAV, also von der Einordnung als Tarif- oder Sonderkundenvertrag, gelten Stromlieferungen aus dem Niederspannungsnetz bis zu einem Jahresverbrauch von 30.000 kWh konzessionsabgabenrechtlich als Lieferungen an Tarifikunden. Auch daraus folgt, dass primär die materiell-rechtliche Kundenstruktur maßgeblich sein soll. Eine entsprechende Regelung für den Gasbereich gibt es nicht. Der Ordnungsgeber hat sich vielmehr gegen eine solche ausgesprochen, weil er durch Vorgaben der KAV nicht in den Substitutionswettbewerb zwischen Gas und Mineralöl eingreifen wollte (BR-Drs. 358/99, S. 6). Mangels einer planwidrigen Regelungslücke kommt daher auch eine entsprechende Anwendung der Regelung des § 2 Abs. 7 KAV auf den Gasbereich nicht in Betracht (ebenso: Büdenbender, RdE 2011, 201, 202).

2.2.2.2. Aus der Verordnungsgeschichte und dem ursprünglich mit den Regelungen verfolgten Sinn und Zweck lässt sich entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen nichts anderes herleiten.

§ 2 Abs. 6 und Abs. 7 KAV wurden 1999 in der Folge der 1998 erfolgten Reform des EnWG eingefügt, um die Lücken zu schließen, die durch die neue Wettbewerbssituation entstanden waren. Die Änderung verfolgte zwei Ziele: zum einen sollte das Konzessionsabgabenaufkommen auch im wettbewerbsrechtlichen Ordnungsrahmen gesichert werden; zum anderen sollte die Konzessionsabgabe im Verhältnis der verschiedenen Anbieter wettbewerbsneutral ausgestaltet werden, der Wettbewerb der Energieanbieter untereinander sollte durch sie nicht verzerrt werden.

§ 2 Abs. 6 KAV ist § 6 Abs. 1 EnWG 1998 nachgebildet worden, der mit der Liberalisierung vom Netzbetreiber nun die Gleichbehandlung Dritter forderte. Durch die neue Regelung sollte auch im Konzessionsabgabenrecht die Gleichbehandlung der Netznutzer gegenüber dem Netzbetreiber und damit die Wettbewerbsneutralität der Konzessionsabgabe gesichert werden. Entscheidend sollte nicht sein, ob die Energie im Rahmen eines Tarif- oder Sonderabnahmevertrags geliefert wurde. Maßgeblich war vielmehr, welche Konzessionsabgabe entsprechend dem mit der Gemeinde abgeschlossenen Konzessionsvertrag bei der Belieferung durch den bisherigen Lieferanten anfallen würde (BR-Drs. 358/99, S. 4 f.). Entscheidend für die Höhe der Konzessions-

sionsabgabe, die der Drittlieferant zu seinem Netznutzungsentgelt hinzuzahlen musste, war folglich die Tarifstruktur des bisherigen Allgemeinen Versorgers, wie er sie mit der Gemeinde vereinbart hatte. Diese strahlte auf die Drittlieferanten aus.

Damit hatte der Ordnungsgeber dem Umstand Rechnung getragen, dass nach der seinerzeitigen Rechtslage der Konzessionsvertrag nicht nur das Recht zur Nutzung der öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen beinhaltete, sondern auch das Recht zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern mit Strom und Gas umfasste. Netzbetreiber und allgemeiner Versorger waren identisch. Trotz der Aufhebung des Versorgungsmonopols war der Energieversorger der Gemeinde gegenüber zur Zahlung der ursprünglich vereinbarten Konzessionsabgabe verpflichtet. Durch den Wechsel des Lieferanten oder die Ausgestaltung seiner Lieferbeziehung zum Konzessionsnehmer konnte der Kunde jedoch zum Sondervertragskunden werden, so dass mit zunehmendem Wettbewerb um den Letztverbraucher die Zahl der Sonderkunden zu- und die der Tarifkunden abgenommen hätte. Dem wollte der Ordnungsgeber begegnen. Wettbewerb sollte sich nicht mit dem Mittel der Konzessionsabgabe und zulasten des Konzessionsabgabenaufkommens abspielen.

Der Regelung des § 2 Abs. 6 Satz 1 KAV liegen folglich integrierte Versorgungsbedingungen zugrunde, die es indessen infolge der Entflechtung von Netzbetrieb und Versorgung und des Übergangs von der Allgemeinen Versorgung zur Grundversorgung grundsätzlich nicht mehr gibt. § 2 Abs. 6 Satz 1 KAV knüpft daran an, dass der Netzbetreiber selbst oder ein ihm verbundenes Unternehmen Letztverbraucher als Allgemeiner Versorger beliefert und so Einfluss auf die Tarifstruktur und damit auf die Höhe der Konzessionsabgabe hat. Dieser Einfluss besteht infolge von Entflechtung und des Übergangs von der Allgemeinen zur Grundversorgung nicht mehr, so dass es nunmehr nur noch ganz objektiv auf die materiell-rechtliche Kundenstruktur ankommen kann.

Bislang waren Verteilernetzbetreiber und allgemeiner Versorger identisch. Diese zwingende Identität ist durch die Entflechtung des Netzbetriebs entfallen. Durch die rechtliche und operationelle Entflechtung des Netzbetriebs (§§ 7, 8 EnWG) soll die Unabhängigkeit des Netzbetriebs von anderen Tätigkeitsbereichen sichergestellt

werden. Zwingende Folge ist die geänderte Bestimmung des Grundversorgers, der die Stellung des bisherigen allgemeinen Versorgers übernommen hat. Während dieser noch durch seine Identität mit dem Verteilernetzbetreiber und damit mit dem Konzessionsnehmer bestimmt wurde, ist gem. § 36 EnWG nun der Versorger mit den meisten Haushaltskunden in einem Netzgebiet der Grundversorger. Eine Konzessionierung der Versorgungstätigkeit findet nicht mehr statt, so dass es auch für die Höhe der Konzessionsabgabe auf die Ausgestaltung der Lieferbeziehungen zwischen dem Konzessionsnehmer und dem Letztverbraucher im Versorgungsgebiet nicht mehr ankommen kann. Die Zuordnung des Kunden durch den allgemeinen Versorger ist hinfällig. Daher hat der Verordnungsgeber in § 1 Abs. 3 und 4 KAV die Zuordnung der Kunden zu Tarif- und Sonderkunden selbst vorgenommen. Dies muss auch auf § 2 Abs. 6 KAV durchschlagen.

Damit ist allerdings zwangsläufig die Gefahr des Rückgangs des Konzessionsabgabenaufkommens verbunden, weil der Grundversorger nicht mit dem Verteilernetzbetreiber identisch ist, und es ihm freisteht, den in die Grundversorgung fallenden Kunden auch – günstigere – Sonderkundenverträge anzubieten, für die die wesentlich geringere Sonderkundenkonzessionsabgabe anfällt. Auch wenn der Verordnungsgeber sich im Zusammenhang mit der Neufassung des § 2 Abs. 7 KAV dafür ausgesprochen hat, dass das Konzessionsabgabenaufkommen der Kommunen durch die Neuregelung des EnWG grundsätzlich nicht tangiert werden soll (BT-Drs. 15/4068, S. 10 zu § 2 Abs. 7 KAV, B Nr. 64), sah man für den Gasbereich die Gefahr, dass durch die unterschiedlichen zwei Konzessionsabgaben massive Verwerfungen entstehen könnten. Die Anregung der Länder, durch einen neu einzufügenden § 2 Abs. 7a KAV zukünftig Strom und Gas gleich zu behandeln, um das Konzessionsabgabenaufkommen auch im Gasbereich zu stabilisieren, hat jedoch im Vermittlungsverfahren keinen Eingang in das EnWR-NRG 2005 gefunden (BR-Drs. 248/1/05 (neu) Empfehlungen S. 12 f.). Diese Lösung wurde unter Hinweis darauf abgelehnt, dass viele Kleinverbraucher schon als Sondervertragskunden eingestuft und mit ihrer Umstellung zu Tarifkunden höhere Endkundenpreise verbunden seien (LT-Drs. 14/2200 des Landtags Baden-Württemberg vom 25. Januar 2008, S. 15 f.).

Auch neuere Bestrebungen, eine Änderung der KAV im Gasbereich zum Zwecke der Stabilisierung des Konzessionsabgabenaufkommens herbeizuführen, waren erfolglos.

So hatte die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im schleswig-holsteinischen Landtag offensichtlich den vorliegenden Fall zum Anlass genommen, auf eine Bundesratsinitiative zur Änderung der KAV durch Einführung einer Regelung hinzuwirken, die § 2 Abs. 7 KAV für den Strombereich entspricht (LT-Drs. 17/968 vom 27.10.2010). Dieser Vorstoß ist im Frühjahr gescheitert, weil eine höhere Konzessionsabgabe zu steigenden Gaspreisen und einem Wettbewerbsnachteil für Heizgas gegenüber dem umweltschädlicheren Heizöl führen würde.

3. Das Verlangen der überhöhten Konzessionsabgabe für Tarifikunden statt für Sondervertragskunden beeinträchtigt den Wettbewerb, also die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf dem nachgelagerten Markt für die Belieferung von Verbrauchern mit Gas auch auf erhebliche Weise i.S.v. § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB, § 30 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 EnWG.

3.1. Das in § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB enthaltene Tatbestandsmerkmal „in einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise“ betrifft einen strukturellen Gesichtspunkt, denn es nimmt die Auswirkungen der Verhaltensweise auf die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf dem Markt insgesamt in den Blick und zielt damit über den Schutz einzelner Unternehmen auf einen Marktschutz. Die Intention des wirtschaftspolitischen Ausschusses im Rahmen der 4. GWB-Novelle war es, präventiv gegen ein Verhalten des Marktbeherrschers vorgehen zu können, das erfahrungsgemäß nach Art und Ausmaß eine weitere Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen für andere Unternehmen als naheliegend erscheinen lässt (KG, Beschluss vom 12.11.1980 WuW/E OLG 2403, 2410 „Fertigfutter“; KG, Beschluss vom 9.11.1983 WuW/E OLG 3124; 3129 „Milchaustauschfuttermittel“; Möschel in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. A., 2007, Rdnr. 113 zu § 19; Götting in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. A., 2009, Rdnr. 65 zu § 19; Bechtold, GWB, 6. A., Rdnr. 78, 80 zu § 19). Es ist daher nicht im Sinne einer Spürbarkeitschwelle zu verstehen, denn sonst könnte ein marktmächtiges Unternehmen die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen ohne sachlichen Grund beeinträchtigen, solange dies nicht erheblich ist. Damit ist es auch nicht erforderlich, dass durch die in Frage stehende Maßnahme der Wettbewerb als solcher weiter eingeschränkt oder ausgeschlossen werden müsste. Insbesondere bedarf es keiner Feststellung, dass sich die Maßnahme auf die Wettbewerbsstruktur des betroffenen

Marktes erheblich ausgewirkt hat. Ein Nachweis, dass behinderte Wettbewerber aus dem Markt ausgeschieden sind oder entscheidende Marktanteilsverluste erlitten haben, ist damit nicht erforderlich (Nothdurft in: Langen/Bunte, GWB, Bd. 1, 11. A., 2011, Rdnr 149 zu § 19). Es handelt sich also um einen Gefährdungstatbestand, der schon erfüllt ist, wenn ein bestimmtes Verhalten erfahrungsgemäß zu Risiken für den Wettbewerb führt. Erfasst werden nicht nur Behinderungen auf dem beherrschten Markt, sondern auch auf Drittmärkten (Götting in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, a.a.O.).

Nichts anderes gilt im Rahmen des § 30 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 EnWG. Auch dieser kommt nicht erst zur Anwendung, wenn andere Unternehmen tatsächlich Nachteile durch die beanstandete Verhaltensweise erlitten haben, sondern bereits dann, wenn das Verhalten nach Art und Ausmaß eine weitere Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen für andere Unternehmen als naheliegend erscheinen lässt (Weyer in BerlKommEnR, 2. A., 2010, Rdnr. 60 zu § 30 EnWG). Ausreichend ist auch hier, dass die Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs einen potenziellen Wettbewerber betrifft (Weyer, a.a.O., Rdnr. 59 zu § 30 EnWG).

3.2. Überhöhte Konzessionsabgaben laufen der vom Gesetzgeber gewollten Öffnung der Energiemärkte für den Wettbewerb und damit der Zielsetzung des § 1 EnWG – der Sicherstellung einer preisgünstigen Energieversorgung – entgegen. Unzweifelhaft kann es die Wettbewerber der Betroffenen auf dem nachgelagerten Versorgungsmarkt beeinträchtigen, wenn sie von ihnen für die Belieferung von Haushaltskunden die überhöhte Tariffkundenkonzessionsabgabe statt der Sonderkundenkonzessionsabgabe erhebt.

Bei einem Lieferpreis von seinerzeit etwa 6 ct/kWh macht eine Kostendifferenz von 0,58 ct/kWh bei der Lieferung von Gas für Kochen und Warmwasser 1/10 und eine solche von 0,24 ct/kWh bei der Lieferung von Heizgas 1/25 des Endkundenpreises und damit auch einen erheblichen Teil der Marge aus.

Nach dem Jahresbericht der Bundesnetzagentur 2010 lag der mengengewichtete Mittelwert des Gaspreises für Haushaltskunden, die über Sondertarife versorgt werden, in den Jahren 2006 bis 2008 bei 6,14 ct./kWh (2006), 6,25 ct./kWh (2007) und

6,51 ct./kWh (2008). Nach Abzug der „nicht beeinflussbaren Kosten“ – Nettonetzentgelt, Kosten für Abrechnung, Messung und Messstellenbetrieb, Steuern (Gas- und Umsatzsteuer) sowie der Konzessionsabgabe - , die etwa 50 % ausmachen, entfiel auf den Preisbestandteil „Energiebeschaffung und Vertrieb“ in den Jahren 2006 – 2008 ein Betrag von 3,49 ct./kWh in 2006, 3,53 ct./kWh in 2007 und 3,58 ct./kWh in 2008 (Bl. 171 ff., 172, 174 des Berichts). Darauf bezogen macht eine Kostendifferenz von 0,58 ct./kWh bei der Lieferung von Gas für Kochen und Warmwasser 1/6 und eine solche von 0,24 ct./kWh bei der Lieferung von Heizgas 1/15 und damit auch einen erheblichen Teil der Marge aus.

Ein solcher unberechtigter Kostenbestandteil ist ohne weiteres geeignet, Wettbewerber aus dem Markt für die Versorgung von Haushaltskunden in X. zu drängen oder potentielle Wettbewerber von einem Markteintritt abzuhalten, also die Marktmacht der Betroffenen zu erhalten, wenn nicht sogar noch zu verstärken. Das Verhalten erfüllt den Tatbestand der raising rivals' costs (s. dazu. Nothdurft in: Langen/Bunte, Rdnr. 166 zu § 19; Säcker/Mohr/Wolf, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, 2011, S. 164).

An dieser Beurteilung ändert es nichts, dass die Betroffene als kommunaler Grundversorger an die beigeladene Kommune ebenfalls die Tarifkundenkonzessionsabgabe zu entrichten hat. Dies, weil sie sich dafür entschieden hat, ihren Kunden nur Allgemeine Preise und Bedingungen der Grundversorgung anzubieten. Die höhere Konzessionsabgabe führt bei dem Drittlieferanten objektiv zu einer Steigerung seiner Kosten, so dass er seine Marge verringern muss, um mit dem Preis der kommunal beherrschten Vertriebsgesellschaft konkurrieren zu können. Einer kommunal beherrschten Netz- und Vertriebsgesellschaft eröffnet sie indessen faktisch die Möglichkeit, anstelle eines entsprechenden Gewinns des Versorgers die höhere Konzessionsabgabe abzuführen, die aus ihrer eigenen Tarifierungspolitik resultiert und damit in entsprechender Höhe ihre Marge zu reduzieren.

Zusätzlich bergen die aus der überhöhten Konzessionsabgabe erzielten Zusatzerlöse die Gefahr der unzulässigen Quersubventionierung. Sie machen es der Betroffenen möglich, dass sie auf entsprechende Kostenmargen beim Lieferpreis nicht nur auf dem von ihr ohnehin schon beherrschten Markt für die Belieferung von Haus-

haltskunden in X. verzichtet, sondern auch bei dem Vorstoß in weitere Märkte für die Belieferung von Endverbrauchern. Auch insoweit ist das beanstandete Verhalten geeignet, den Wettbewerb zu verzerren.

Damit kommt es nicht weiter darauf an, ob sich die Wettbewerbsstruktur auf dem betroffenen Markt konkret verändert hat, insbesondere ob die Betroffene durch das beanstandete Verhalten ihre Marktposition verbessert und wie sich der Gasliefermarkt entwickelt hat, nachdem sie das beanstandete Verhalten abgestellt hat. Unbeachtlich sind daher auch die mit der Erhöhung des Konzessionsabgabeaufkommens von ihr verfolgten Ziele, insbesondere, ob sie die erhöhte Konzessionsabgabe tatsächlich ihren Mitbewerbern gegenüber einsetzen wollte, um diese auf dem Gasliefermarkt in X. zu beeinträchtigen oder sie auch nur ganz generell die Marge in die Konzessionsabgabe verschieben wollte. Ebenso wenig bedarf es eines konkreten empirischen Nachweises zwischen der Praxis der Abrechnung der Gaskonzessionsabgaben und dem Kundenwechselerhalten bei Gaslieferungen, so dass es auf die Ergebnisse der vom Bundeskartellamt durchgeführten bundesweiten Marktuntersuchung nicht ankommt.

4. Dass die Verfügung des Bundeskartellamts ihre Rechtsgrundlage allein in § 30 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, Abs. 2 EnWG finden kann, weil dieser allgemeine Behinderungstatbestand den Fall erfasst, dass ein Netzbetreiber die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund erheblich beeinträchtigt, führt nicht zur Rechtswidrigkeit des angegriffenen Beschlusses. Zwar wird – wie oben schon angeführt - der Behinderungstatbestand des § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB, auf den das Bundeskartellamt seine Verfügung gestützt hat, aufgrund des abschließenden und damit spezielleren Charakters der regulierungsrechtlichen Normen gemäß § 130 Abs. 3 GWB i.V.m. § 111 Abs. 1, Abs. 2 EnWG verdrängt.

Indessen ist es unschädlich, dass die Beschlussabteilung ihre Verfügung auf §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 32 GWB und nicht auf die Vorschrift des § 30 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, Abs. 2 EnWG gestützt hat. Das Beschwerdeverfahren erstreckt sich grundsätzlich auf alle tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte, unabhängig davon, ob der angegriffene Verwaltungsakt auf sie gestützt war (Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, 11. A., 2011, Rdnr. 26 zu § 71). Da das Beschwerdegericht in Kartellverwaltungssachen die

Entscheidung der Kartellbehörde nur aufheben kann und nicht befugt ist, an Stelle der Kartellbehörde eine eigene, von ihm als sachdienlich angesehene Verfügung zu treffen, kann auch das Beschwerdegericht nachträglich tatsächliche oder rechtliche Gründe nur nachschieben, solange der Verwaltungsakt dadurch nicht in seinem Wesen verändert wird (vgl. nur Bunte, a.a.O, Rdnr. 27 zu § 71; BGH WuW/E DE-R 399, 401 „Verbundnetz“). Eine solche Veränderung der Verfügung in ihrem Wesen liegt dann vor, wenn ihr im Beschwerdeverfahren auf der Grundlage eines anderen gesetzlichen Tatbestands ein anderer Regelungsgehalt gegeben würde.

Durch die Berücksichtigung des § 30 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, Abs. 2 EnWG wird das Wesen des angegriffenen Beschlusses indessen nicht verändert. Der Missbrauchstatbestand des § 30 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 EnWG entspricht dem des § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB. Auch die Rechtsfolgen eines Behinderungsmissbrauchs unterscheiden sich nicht. § 30 Abs. 2 EnWG ermächtigt die Behörde, den Netzbetreiber zu verpflichten, die Zuwiderhandlung wirksam abzustellen. Wie im Rahmen der entsprechenden Regelung des § 32 Abs. 1, Abs. 2 GWB wird davon nicht nur der Ausspruch eines Verbots, sondern auch des – hier tenorierten - Gebots mit dem Ziel erfasst, die durch den Missbrauch erwirtschafteten Vorteile zurückzuerstatten (Robert in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. A., 2010, Rdnr. 45 f. zu § 30; Weyer in: BerlKommEnR, 2. A., 2010, Rdnr. 134 ff. zu § 30 EnWG; Bornkamm in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, 11. A., Rdnr. 30, 33 zu § 32 GWB). Einer auf § 30 EnWG gestützten Verfügung sind daher – wie ausgeführt - weder andere Tatsachen zugrunde zu legen noch kommt ihr ein anderer Regelungsgehalt zu.

C.

I. Die Kostenentscheidung beruht auf § 78 S. 2 GWB. Da die Beschwerden keinen Erfolg haben, haben die Beschwerdeführer die Gerichtskosten zu tragen und dem gegnerischen Bundeskartellamt etwaig entstandene notwendige Auslagen zu erstatten.

II. Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 1 GKG, § 3 ZPO. Das mit der Beschwerde verbundene Interesse der Beschwerdeführer an der Aufhebung der Untersagungsverfügung und damit an höheren Konzessionsabgaben schätzt der Senat - in Anlehnung an die Regelung des § 9 ZPO und ausgehend von dem Betrag der jährlich zuviel gezahlten Konzessionsabgaben - auf . . . €.

D.

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständliche Rechtsfrage grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 74 Abs. 2 Nr. 1 GWB hat.

Rechtsmittelbelehrung:

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für das Bundeskartellamt besteht kein Anwaltszwang; es kann sich im Beschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 76 Abs. 5 S. 1, 68 S. 2 GWB).

vR.

R.

A.