

Untersuchung des Bundeskartellamtes zu Gaskonzessionsabgaben bei Belieferung von Haushaltskunden

Am 30. April 2012 hat das Bundeskartellamt seinen Bericht zu Gaskonzessionsabgaben für die Belieferung von Haushaltskunden veröffentlicht. Wesentliches Ergebnis dieses Berichts ist, dass über 20 Prozent der Stadtwerke in kommunaler Trägerschaft von durchleitenden Drittlieferanten überhöhte Konzessionsabgaben erheben, somit die künstliche Erhöhung der Kosten ihrer Konkurrenten bewirken und daher in letzter Konsequenz den Wettbewerb behindern.

Die durchgeführte Untersuchung umfasste alle ca. 7.500 Gaskonzessionsverträge auf der Verteilnetzebene in Deutschland und erfragte für den Betrachtungszeitraum 2006 bis 2009 von sämtlichen ca. 700 Netzbetreibern Informationen zur Kalkulationsmethode der Konzessionsabgaben in Durchleitungsfällen, zur Höhe der angesetzten Konzessionsabgabe, zur Laufzeit der jeweiligen Konzessionsverträge sowie zu den Wechselquoten.

Durchweg waren dabei die Inhaber des betreffenden örtlichen Gasverteilernetzes auch stets die diesbezüglichen Grundversorger. Drittlieferanten konnten demnach nur Sonderverträge gemäß § 41 EnWG abschließen, auf die nach § 1 Abs. 4 KAV der Konzessionsabgabensatz für die Belieferung von Sondervertragskunden Anwendung findet. Die weitere Beachtung von § 2 Abs. 6 KAV, der die konzessionsabgabenrechtliche Gleichbehandlung der Vertragsverhältnisse durchleitender Dritter gegenüber

denen des Konzessionärs bzw. des eigenen oder verbundenen Unternehmens unter Anwendung der in § 1 Abs. 3 und Abs. 4 KAV bestimmten Tarifstruktur gebietet, hätte daher stets zur Anwendung der Konzessionsabgabe für Sondervertragskunden führen müssen. Nichtsdestotrotz zeigte die Untersuchung, dass über ein Fünftel der Stadtwerke im Falle durchleitender Dritter stattdessen die erheblich höhere Konzessionsabgabe für Tarifkunden in Ansatz brachte. Dieses Verhalten bewertet das Bundeskartellamt als missbräuchlich und daher kartellrechtswidrig, woran letztlich die gleichfalls durch die Analyse belegte höhere Loyalität der Kunden gegenüber kommunalen Gasversorgern (sog. "Stadtwerkefaktor") nichts ändere.

Demgegenüber stellte das Bundeskartellamt fest, dass kein privater Gasverteilernetzbetreiber durchgängig von durchleitenden Drittlieferanten die hohe Tarifkundenkonzessionsabgabe veranschlagt

habe: wettbewerblich erhebliche Mengengrenzvereinbarungen seien bei weniger als einem Tausendstel dieser Konzessionsgebiete geschlossen worden.

Ein deutliches Missbrauchspotential durch Intransparenz sah die Behörde

Key issues

- Untersuchung von ca. 7.500 Gaskonzessionsverträgen
- Rechtspolitischer Hintergrund des Berichts
- Konsequenzen für die Praxis

schließlich angesichts des Umstands gegeben, dass eine Vielzahl der befragten Verteilernetzbetreiber Informationen zu den gegenüber durchleitenden Drittlieferanten geforderten Konzessionsabgaben nur zögerlich zur Verfügung stellte. Da diese Informationen für die Preisbestimmung der Drittlieferanten jedoch wesentlich seien und diese anderenfalls nicht auf

Grundlage der echten Kosten ihre Kalkulationen anstellen könnten, müssten nach Ansicht des Bundeskartellamtes diese Daten eigentlich wie die regulierten Netzentgelte öffentlich zugänglich sein.

Rechtspolitischer Hintergrund des Berichts

Rechtspolitischer Hintergrund des Berichts des Bundeskartellamtes zu den Auswirkungen von Konzessionsabgaben auf den Wettbewerb um Endkunden war dabei die Missbrauchsverfügung der Behörde vom 16. September 2009 gegenüber der GAG Gasversorgung Ahrensburg GmbH (GAG Ahrensburg) (Az. B10-11/09). Nach den dort getroffenen Feststellungen sah die Behörde einen Fall des Behinderungsmissbrauchs gemäß § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB als gegeben an, da die GAG Ahrensburg 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 dem betreffenden Versorgungsgebiet in einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund behindert habe. Denn die Fakturierung der überhöhten Konzessionsabgabe für Tarif-, anstatt für Sondervertragskunden gegenüber durchleitenden Dritten bzw. neuen Wettbewerbern für die Lieferung von Gas an Haushaltskunden führe zu einer künstlichen Erhöhung der Kosten dieser Gaslieferanten und falle damit in die Fallgruppe des Behinderungsmissbrauchs "raising rivals' costs". Nach Ansicht des Bundeskartellamtes verstieß diese Abrechnungspraxis zudem gegen das Bemessungssystem der Konzessi-

onsabgabenverordnung (KAV), namentlich § 2 Abs. 6 KAV.

Eine vertiefte Untersuchung des Zusammenhangs zwischen der jeweiligen Abrechnungspraxis in Durchleitungsfällen und dem Wettbewerbsergebnis und die Erhärtung des im Musterverfahren gegenüber der GAG Ahrensburg erhobenen Missbrauchsvorwurfs sollte im Folgenden daher der oben in seinen wesentlichen Grundzügen dargestellte Bericht sicherstellen.

Für den zunächst in zweiter Instanz fortgeführten Prozess betreffend die GAG Ahrensburg wurde die Vorlage der Ergebnisse der Untersuchung durch das Oberlandesgericht Düsseldorf allerdings nicht als erforderlich angesehen, da dieses die Gefahr einer Behinderung als hinreichend belegt erachtete. Entsprechend bestätigte es mit Beschluss vom 19. Oktober 2011 (Az. VI-3 Kart 1/11 (V)) die ursprüngliche Missbrauchsverfügung. Das vom Bundeskartellamt zugrundegelegte Verständnis garantiert die Beibehaltung der klaren Trennung zwischen Tarif- und Sondervertragskunden und die einheitliche Zugrundelegung dieser Kundenstruktur bei der Bemessung der Konzessionsabgaben. Dies werde überdies durch die Vorschrift des § 2 Abs. 7 KAV bestätigt, die für den Strombereich eine konzessionsabgabenrechtliche Regelung unabhängig von § 1 Abs. 3 und 4 KAV trifft. Eine vergleichbare Regelung für den Gasbereich habe der Gesetzgeber aber bewusst abgelehnt, so dass auch eine analoge Anwendung des § 2 Abs. 7 KAV insoweit ausscheide.

Die gegen diese Entscheidung seitens der GAG Ahrensburg eingelegte Rechtsbeschwerde ist derzeit beim Bundesgerichtshof anhängig (BGH KVR 54/11).

Konsequenzen für die Praxis

Wiewohl sich eine finale Bewertung der Untersuchung des Bundeskartellamtes hinsichtlich seiner Auswirkungen auf die Praxis letztendlich erst mit höchstrichterlichem Abschluss dieses Verfahrens treffen lassen wird, setzen sich im Verhältnis Gemeinde-Konzessionär bzw. Netzbetreiber beide Parteien schon jetzt einem erheblichen Risiko aus, wenn sie mit dem Bemessungssystem der KAV nicht vereinbare Konzessionsabgaben aufnehmen oder weiterhin anwenden.

Dies gilt zum einen vor dem Hintergrund weiterer Missbrauchsverfahren durch das Bundeskartellamt und seinem nunmehr vorliegenden Bericht zur wettbewerbshindernden Wirkung der Berechnung überhöhter Gaskonzessionsabgaben bzw. der Vereinbarung von Mengengrenzvereinbarungen. Zum anderen besteht aber auch die Gefahr, dass derartige Vereinbarungen zu einer Gesamtnichtigkeit zumindest der nach der Änderung der KAV unter Verstoß gegen deren § 2 Abs. 6 S. 1 geschlossenen Konzessionsverträge führen, wenn die Bemessungsregeln der KAV als Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB angesehen werden. Hierfür spricht insbesondere, dass sie anderenfalls ihre Schutzfunktion gegenüber dem Endkunden vor einer ungebremsten Abgabensteigerung kaum erfüllen könnten.

Eine Einstufung als Verbotsnormen liegt zudem aber nahe, da die Rechtsprechung in der Vergangenheit bereits die Nichtigkeit von Konzessionsverträgen angenommen hat, wenn auch wegen Verstoßes gegen die Verfahrensprinzipien des § 46 Abs. 3 EnWG (vgl. OLG Düsseldorf, RdE 2008, 287; LG Kiel, Urteile vom

13.02.2012 – Az. 14 O 12/11.Kart sowie 14 O Kart. 83/11). Wiewohl sich diese Sachverhalte damit nicht direkt auf die vorliegende Konstellation übertragen lassen, belegen sie doch die Bereitschaft der Gerichte, konzessionsrechtliche Vorschriften als Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB zum Schutz von Wettbewerbern einzuordnen. Diese Überlegung lässt sich jedoch auf den Fall eines Verstoßes gegen § 2 Abs. 6 KAV übertragen. Denn mengengewichtete Vereinbarungen stellen – wie oben nach Ansicht des Bundeskartellamtes sowie des Oberlandesgerichts Düsseldorf geschildert – ein Instrument zur Behinderung von Wettbewerb auf der Versorgungsebene dar. Sie beinhalten damit einen Verstoß gegen das kartellrechtliche Missbrauchsverbot und können auch nach der in § 2 Abs. 6 KAV zum Ausdruck kommenden Wertung als beidseitiges Verbot zu einer Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrages führen (vgl. hierzu insbesondere Büdenbender, Kommentar zum Energiewirtschaftsgesetz, § 14 Rn. 64). Für den Konzessionär droht im Fall der Nichtigkeit bei erneuter Ausschreibung der Konzession dann aber deren etwaiger Verlust.

Zusätzlich besteht in diesem Zusammenhang im Verhältnis zu den jeweiligen durchleitenden Gaslieferanten aber auch das deutliche Risiko der Geltendmachung möglicher Rückforderungsansprüche oder auch Schadensersatzansprüche gemäß § 33 Abs. 3 GWB, die diese Dritten als unmittelbar durch den Behinderungsmissbrauch Betroffene erheben könnten.

Um netzunabhängigen Gaslieferanten letzten Endes aber die gleichen Chancen wie kommunalen Netzbetreibern einzuräumen, wird es wohl einer Novellierung der KAV – etwa unter Einführung einer mit § 2 Abs. 7 KAV vergleichbaren Regelung – bedürfen. Zu Recht verweist in diesem Zusammenhang auch der BDEW in seiner Stellungnahme vom 3. Mai 2012 zu dem Bericht des Bundeskartellamtes darauf, dass eine solche Anpassung der KAV nicht zuletzt Rechtssicherheit für alle Beteiligten, insbesondere Gemeinden und Versorgungsunternehmen, schaffen würde.

Ihre Kontakte

Dr. Peter Rosin
Partner, Düsseldorf

T: +49 211 43 55-53 37
E: peter.rosin
@cliffordchance.com

Dr. Jürgen Kroneberg
Of Counsel, Düsseldorf

T: +49 211 43 55-55 44
E: juergen.kroneberg
@cliffordchance.com

Christina Paul
Associate, Düsseldorf

T: +49 211 43 55-51 05
E: christina.paul
@cliffordchance.com

Diese Publikation dient der allgemeinen Information und ersetzt nicht die Beratung im Einzelfall. Wenn Sie Fragen haben oder weitere Informationen wünschen, wenden Sie sich bitte an die Autoren oder Ihren üblichen Ansprechpartner bei Clifford Chance.

Clifford Chance, Königsallee 59, 40215 Düsseldorf

© Clifford Chance 2012

Clifford Chance Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Solicitors ·

Sitz: Frankfurt am Main · AG Frankfurt am Main PR 1000

Weitere Informationen zur Clifford Chance Partnerschaftsgesellschaft – u.a. auch im Hinblick auf die erforderlichen Angaben gem. §§ 2,3 DL-InfoV – finden Sie unter www.cliffordchance.com

www.cliffordchance.com

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Casablanca ■ Doha ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Istanbul ■ Kyiv ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Perth ■ Prague ■ Riyadh* ■ Rome ■ São Paulo ■ Shanghai ■ Singapore ■ Sydney ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

*Clifford Chance has a co-operation agreement with Al-Jadaan & Partners Law Firm in Riyadh.