

Die Fernwärmenetze zwischen Wettbewerbs- und Klimaschutz

Von Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen*

In den vergangenen 20 Jahren wurde die früher durch staatliche oder staatlich geschützte Monopole besorgte Versorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen, Elektrizität und Erdgas auf Druck der EU liberalisiert und zugleich zwecks Ermöglichung von Wettbewerb hinsichtlich des Netzzugangs (z.B. in §§ 17, 20 ff. EnWG) reguliert. Neben der Wasserversorgung blieb auch die Fernwärme von dieser Entwicklung weitgehend unberührt. In jüngerer Zeit sind diese, teils als »letzte Monopole« bezeichneten Bereiche jedoch verstärkt ins Blickfeld der Öffentlichkeit, aber auch des Gesetzgebers gerückt. So hat das Bundeskartellamt auf dem Gebiet der Fernwärmeversorgung eine viel beachtete Sektoruntersuchung durchgeführt,¹ und im Rahmen der 8. GWB-Novelle war heftig umstritten, ob Fernwärmeversorgungsunternehmen (FVU) in den Adressatenkreis des § 29 GWB aufgenommen werden sollen.² Neben diesen eher auf die Kontrolle der Endkundenpreise zielenden Maßnahmen³ ist im Rahmen der sog. »Energiewende« verstärkt auch die Forderung nach einem Drittzugang zu Fernwärmenetzen zwecks Durchleitung erhoben worden. Vereinzelt wurde sogar die Forderung nach einer vergüteten Einspeisung dezentral erzeugter Wärme (etwa aus Blockheizkraftwerken, Mikro-KWK-Anlagen oder Solarthermie) laut. Dabei sind oftmals die Besonderheiten der Fernwärme aus dem Blick geraten. In tatsächlicher Hinsicht ist die besonders enge Verbindung von Produktion und Netz,⁴ vor allem aber die lokale Begrenztheit der in sich geschlossenen Fernwärmenetze beachtenswert. In rechtlicher Hinsicht unterscheiden sich Fernwärmenetze von den anderen Netzen dadurch, dass sie in der Regel nicht von staatlichen Monopolen herrühren, sondern auf der Grundlage von Investitionen geschaffen wurden und nur zum kleineren Teil durch Anschluss- und Benutzungszwänge (ABZ) privilegiert sind. Da die energierechtlichen Regelungen zu Drittzugang und vergüteter Energieeinspeisung die Fernwärmenetze aufgrund dieser Besonderheiten ausdrücklich nicht erfassen,⁵ kommen als Anspruchsgrundlagen nur die kartellrechtlichen Missbrauchsvorschriften, insbesondere § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB, in Betracht. Der nachfolgende Beitrag spürt der Reichweite dieser Norm und ihrem Verhältnis zu energierechtlichen Sonderregelungen und Zielsetzungen nach.

A. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB als Ausdruck der Essential Facilities Doktrin

Primärer Prüfungsmaßstab für kartellrechtliche Zugangsansprüche zu Versorgungsnetzen ist § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB (§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB 2013).⁶ Diese Norm bestimmt

»Ein Missbrauch [im Sinne des § 19 Abs. 1 GWB] liegt insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen [...] 4. sich weigert, einem anderen Unternehmen gegen

angemessenes Entgelt Zugang zu den eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, wenn es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden; dies gilt nicht, wenn das marktbeherrschende Unternehmen nachweist, dass die Mitbenutzung aus betriebsbedingten oder sonstigen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist«.

Vorbilder des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB waren die US-amerikanische Essential Facilities-Doktrin⁷ und die auf der Grundlage des Art. 102 AEUV ergangenen Entscheidungen der EU-Kommission und des EuGH zur missbräuchlichen Verweigerung des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen. Art. 102 AEUV ist auf die regelmäßig lokal begrenzten und nicht grenzüberschreitenden Fernwärmenetze in aller Regel nicht anwendbar.⁸ Gleichwohl kommt dieser Norm erhebliche Relevanz für die Auslegung des deutschen Rechts zu. Die Regierungsbegründung zu § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB nimmt ausdrücklich auf Entscheidungen der Kommission und des EuGH zu Art. 102 AEUV (damals Art. 86 EWGV) Bezug.⁹ Das BKartA hat in seinem *Puttgarden*-Beschluss § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB und Art. 102 AEUV als in Bezug auf den Zugang zu wesentlichen Einrichtungen weitgehend deckungsgleiche und parallel auszulegende Vorschriften behandelt.¹⁰

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Kartellrecht, Versicherungs-, Gesellschafts- und Regulierungsrecht an der Georg-August-Universität Göttingen. Dieser Beitrag gibt in aktualisierter und ergänzter Form die wesentlichen Erkenntnisse eines für den AGFW erstellten Gutachtens wieder. Das vollständige Gutachten ist 2011 unter dem Titel »Drittzugang zu Fernwärmenetzen« als Monographie erschienen.

1 Vgl. dazu BKartA, Auskunftsbefehl vom 9. 9. 2009, B 10-28/09.

2 Der Regierungsentwurf vom 28. 3. 2012 nimmt die Fernwärme nach wie vor von § 29 GWB aus. Die Bundesregierung hat daran trotz Kritik des Bundesrates (BR-Drucks. 176/12, S. 7) in ihrer Gegenäußerung vom 16. 5. 2012 festgehalten.

3 Dazu *Büdenbender*, Die kartellrechtliche Kontrolle der Fernwärmepreise, 2011; *Haellmigk/Wippich*, EuroHeat&Power 2012, Heft 4, S. 24 ff.

4 Dazu und zu weiteren Besonderheiten der Fernwärme *Fricke*, EuroHeat&Power, 2011, Heft 3, S. 26 ff. und Heft 4, S. 22 ff.; *Körber*, Drittzugang zu Fernwärmenetzen, 2011, S. 14 ff.

5 Vgl. etwa BR-Drucks. 613/04 vom 13. 8. 2004 zum Entwurf des Zweiten Gesetzes zur Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts, S. 78.

6 Dazu monographisch *Körber*, Drittzugang zu Fernwärmenetzen, 2011, S. 27 ff.; s. auch *Säcker/Wolf*, RdE 2011, 277; *Fricke*, EuroHeat&Power, 2009, Heft 9, S. 34 f.; *Topp*, CuR 2009, 83; allgemein *Heise*, WuW 2009, 1024.

7 Vgl. monographisch z.B. *Hohmann*, Die essential facilities doctrine im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 2001; *Beckmerhagen*, Die essential facilities doctrine im US-amerikanischen und europäischen Kartellrecht, 2002.

8 S. dazu *Körber* (Fn. 6), S. 20 f.

9 RegBegr., BT-Drucks. 13/9720, S. 37 linke Spalte.

10 BKartA, 21. 12. 1999, WuW/E DE-V 253, 261 – *Puttgarden*.

Die Essential Facilities-Doktrin wird auf europäischer Ebene eng verstanden, weil sie mit drei wesentlichen, auch verfassungsrechtlich verankerten Grundsätzen des Zivilrechts bzw. Kartellrechts bricht: erstens mit dem Grundsatz, dass jeder mit seinem materiellen wie geistigen Eigentum nach Belieben verfahren darf, zweitens mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, der auch das Recht umfasst, sich seine Vertragspartner selbst auszusuchen, und schließlich drittens mit dem Grundsatz, dass niemand gezwungen werden darf, fremden Wettbewerb zum eigenen Nachteil zu fördern. Aus diesem Grunde wird ein kartellrechtlicher Zugangsanspruch vom EuGH nur »unter außergewöhnlichen Umständen« gewährt. Auf die Essential Facilities-Doktrin kann sich ein Zugangspetent nur berufen, wenn die Benutzung der wesentlichen Einrichtung wirklich der einzige Weg ist, um mit dem Kunden auf einem vor- oder nachgelagerten Markt in Kontakt zu treten, weil weder derzeit Alternativen existieren noch in Zukunft aufgebaut werden können. Ein Netz ist demnach nur dann eine wesentliche Einrichtung, wenn es weder duplizierbar noch substituierbar ist.¹¹ Dies entspricht dem in Deutschland in § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB Gesetz gewordenen Ansatz.¹² Ziel des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB ist es, durch Verschaffung des Zugangs zu Netzen oder anderen wesentlichen Infrastruktureinrichtungen Wettbewerb auf von der Nutzung der Einrichtung abhängigen vor- oder nachgelagerten Märkten zu ermöglichen.¹³

B. Tatbestandsvoraussetzungen des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB

I. Fernwärmenetze als Zugangsobjekte

§ 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB (§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB 2013) regelt die Verweigerung des Zugangs zu »eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen«. Die Norm erfasst damit im Grundsatz – anders als Zugangsregelungen des EnWG – auch Fernwärmenetze.¹⁴ Wer Eigentümer der Netze ist, ist für die Annahme eines »eigenen« Netzes nicht ausschlaggebend. Normadressat ist derjenige, der das Netz und damit auch den Zugang dazu kontrolliert.¹⁵ Eindeutig nicht von § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB erfasst werden die Produktionsanlagen, in denen die Fernwärme erzeugt wird.¹⁶

II. Fernwärmeversorgungsunternehmen als Normadressaten

§ 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB beschreibt ein Regelbeispiel des Missbrauchsverbots des § 19 Abs. 1 GWB. Normadressaten sind nur marktbeherrschende Unternehmen. Insoweit sind der Markt für Netzzugang und Durchleitung und der dem Netz vor- oder nachgelagerte Markt zu unterscheiden, auf dem durch die Zugangsgewährung Wettbewerb ermöglicht werden soll. Der Durchleitungsmarkt wird, wenn tatsächlich noch kein Leistungsangebot existiert, für Zwecke des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB fingiert, sobald von einem Petenten der Anspruch auf Zugang und Durchleitung erhoben wird. Der EuGH hat insoweit in seiner *IMS Health*-Entscheidung deutlich gemacht, dass es ausreicht, »dass ein potenzieller oder auch nur hypothetischer Markt bestimmt werden kann. Dies ist der Fall, sobald die Erzeugnisse oder Dienstleistungen für eine bestimmte Tätigkeit unerlässlich sind und nach ihnen eine tatsächliche Nachfrage seitens der Unternehmen besteht, für deren Tätigkeit sie unerlässlich sind.«¹⁷ Räumlich wird

dieser Markt durch das Gebiet des konkreten, einzelnen Fernwärmenetzes definiert, da Fernwärmenetze – anders als Strom- oder Gasnetze – in aller Regel nicht miteinander verbunden sind, sondern in sich geschlossene Einheiten bilden.

Nach der – etwa im *Arealnetz*-Beschluss des BGH ausgedrückten – h.M. reicht es für die Anwendung des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB aus, dass der Anspruchsgegner (hier: das FVU) auf diesem Durchleitungsmarkt über eine beherrschende Stellung verfügt.¹⁸ Da es in einem Versorgungsgebiet stets auch nur ein Fernwärmenetz gibt, ist das FVU, das dieses betreibt, insoweit notwendig als Monopolist marktbeherrschend und damit Normadressat.¹⁹ Eine (zusätzliche) marktbeherrschende Stellung auf dem vor- oder nachgelagerten Markt ist für die Anwendung des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB nicht erforderlich.²⁰ Es reicht insoweit aus, dass das FVU überhaupt auch auf diesem abgeleiteten Markt tätig ist.²¹ In der Praxis wird das FVU aber praktisch immer auch den nachgelagerten Markt beherrschen, wenn man mit der h.M. einen separaten Markt für die Versorgung mit leitungsgebundener Fernwärme annimmt und einen einheitlichen Wärmemarkt unter Einbeziehung anderer Wärmeenergieträger (Erdgas, Heizöl, Kohle, Holz, Strom etc.) ablehnt.²²

- 11 Grundlegend EuGH, 6. 4. 1995, verb. Rs. C-241 und C-242/91 P, Slg. 1995, I-743 Rn- 41 ff. – *Magill*.
- 12 Vgl. BGHZ 163, 296 Tz. 32 f. = WuW/E BGH 1520 – *Arealnetz* (auch »Mainova«-Beschluss).
- 13 Vgl. *Körber* (Fn. 6), S. 35 f.; FK-Weyer, 76. Lfg. 2012, § 19 GWB 2005 Rn. 1035; *Möschel* in Immenga/Mestmäcker, 4. Aufl. 2007, § 19 GWB Rn. 184.
- 14 *Möschel* in Immenga/Mestmäcker, § 19 Rn. 198; *Säcker/Wolf*, RdE 2011, 277 f.; *Körber* (Fn. 6), S. 37 f.
- 15 FK-Weyer, § 19 GWB 2005 Rn. 1043.
- 16 Vgl. *Bechtold*, 6. Aufl. 2010, § 19 GWB Rn. 100; s. auch OLG München RdE 2007, 133, 135 f.
- 17 EuGH, 29. 4. 2004, Rs. C-418/01, Slg. 2004, S. I-5039 Tz. 44 – *IMS Health GmbH* unter Verweis auf Tz. 56–59 der Schlussanträge des Generalanwalts *Tizzano*.
- 18 BGHZ 163, 296 Tz. 33 ff. = WuW/E BGH 1520; ebenso OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1179, 1182 – *Stromcontracting*; OLG Naumburg NJW-RR 2001, 1617, 1618.
- 19 So auch *Säcker/Wolf*, RdE 2011, 277, vgl. BGHZ 163, 296 Tz. 33 – *Arealnetz*; *Nothdurft* in Langen/Bunte, 11. Aufl. 2010, § 19 Rn. 168; *Götting* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 2. Aufl. 2009, § 19 Rn. 91.
- 20 Vgl. nur BGHZ 163, 296 Tz. 35 f. – *Arealnetz*; ebenso OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1179, 1182 – *Stromcontracting*; FK-Weyer, § 19 GWB 2005 Rn. 1041, 1048; *Körber* (Fn. 6), S. 40 ff. m.w.N.; auf den abgeleiteten Markt abstellend dagegen z.B. *Möschel* in Immenga/Mestmäcker, § 19 Rn. 193; *Dreher*, DB 1999, 833, 835; alternativ einen der beiden Märkte ausreichen lassen *Bechtold*, § 19 GWB Rn. 103; *Nothdurft* in Langen/Bunte, § 19 GWB Rn. 168; *Götting* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, § 19 Rn. 91.
- 21 Vgl. *Klimisch/Lange*, WuW 1998, 15, 23 mit dem Hinweis, dass ein reiner (d.h. nicht vertikal integrierter) Netzbetreiber keiner entsprechenden Regulierung bedürfe, weil er ein originäres Interesse daran habe, anderen Zugang anzubieten.
- 22 Grundlegend BGHZ 151, 274, 282 – *Fernwärme für Börsen*; zuletzt BGH NJW 2009, 1212 – *Stadtwerke Uelzen*; *Bechtold*, § 19 Rn. 14; *Säcker*, N&R 2008, 134, 135; differenzierend *Körber/Fricke*, N&R 2009, 222 ff.; *Büdenbender* (Fn. 3), S. 17, 24.

III. Potentielle Wettbewerber als taugliche Petenten

Ausweislich des Normwortlauts findet § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB nur Anwendung, wenn das andere Unternehmen anstrebt, »auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden«. Der Durchleitungspetent muss also zwingend aktueller oder potenzieller Wettbewerber des Netzbetreibers auf einem vor- oder nachgelagerten Markt sein.²³ Die »Standardsituation« des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB wird daher durch den Fall beschrieben, dass der Petent Durchleitung begehrt, um auf diese Weise Verbraucher auf dem nachgelagerten Markt mit selbst produzierter oder zugekaufter Fernwärme zu beliefern.²⁴

Ein Anspruch auf vergütete Einspeisung von Wärme (z.B. von überschüssiger Wärme aus einem Blockheizkraftwerk, einer Mikro-KWK-Anlage oder einer Solarthermieanlage) lässt sich aus § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB nicht ableiten. Ein Wärmeproduzent wird durch diese Norm allenfalls in seiner Rolle als Durchleitungspetent geschützt. Begehrt ein Anbieter aber eine durch das FVU vergütete Einspeisung, so will er nicht als Wettbewerber des FVU auf dem nachgelagerten Markt tätig werden, sondern vielmehr das FVU als Wärmeabnehmer gewinnen. Die Situation wird von § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB nicht erfasst, da dieser nur auf Wettbewerbsöffnung zielt.

Ebenfalls nicht von § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB erfasst werden Ansprüche auf Belieferung mit Fernwärme. Ein Belieferungsanspruch eines Contractors wurde in Verkennung der Reichweite des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung vereinzelt bejaht,²⁵ aber auch im Ergebnis zu Recht verneint.²⁶ Der BGH hat in diesem Zusammenhang betont, dass ein Lieferanspruch letztlich dem Ziel des GWB, die Offenheit des Marktzugangs sicherzustellen, nicht förderlich wäre. Er würde – zumal der Petent im konkreten Fall gar nicht selbst Fernwärme durchleiten, sondern lediglich am Hausanschluss als Dienstleister »zwischen geschaltet« werden wollte – eher dazu führen, die Bindung der Kunden an ihn durch Koppelung von Wärmebezug und Wärmedienstleistungen zu verstärken und dadurch die Offenheit des nachgelagerten Marktes für Wärmedienstleistungen zu beeinträchtigen.²⁷ Hinzu kommt, dass ein Belieferungsanspruch voraussetzen würde, dass nicht nur das Netz, sondern auch die Produktionsanlagen als wesentliche Einrichtungen in den Anwendungsbereich des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB fielen. Das aber ist nach dem Sinn und Zweck der Norm gerade nicht der Fall.

IV. Wesentlichkeit des Fernwärmenetzes als Zugangsgrund

Dreh- und Angelpunkt des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB ist das Erfordernis, dass es dem Zugangspetenten »aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt [...] tätig zu werden«. Damit umschreibt das Gesetz die »Wesentlichkeit« der Einrichtung im Sinne der Essential Facilities-Doktrin.²⁸ Ein Fernwärmenetz ist in diesem Sinne wesentlich, wenn es mit Blick auf den Zugang zum abgeleiteten Markt weder dupliziert noch substituiert werden kann und der Durchleitungspetent daher auf seine Nutzung zwingend angewiesen ist. Die Beweislast für das Vorliegen dieser Voraussetzungen trägt im Zivilprozess der Petent, im Verwaltungsverfahren die Kartellbehörde.²⁹

1. Fehlende Duplizierbarkeit

Fernwärmenetze können nur dann wesentliche Einrichtungen sein, wenn sie aus tatsächlichen, rechtlichen oder ökonomischen Gründen nicht duplizierbar sind. Ein tat-

sächlicher Grund kann (insbesondere im städtischen Raum) fehlender Platz sein. Als rechtliche Gründe werden in der Literatur neben Gründen des Umwelt- oder Landschaftsschutzes³⁰ auch ausschließliche Konzessionsrechte sowie typische bau- und stadtplanungsrechtliche Hindernisse benannt.³¹ Das ist freilich im Einzelfall genau zu prüfen. So wurden und werden Konzessionen im Fernwärmebereich (anders als bei Gas- und Strom vor der Liberalisierung) gerade nicht ausschließlich erteilt.

Der praktisch wichtigste Grund für eine Nichtduplizierbarkeit ist ökonomische Unmöglichkeit. Nach richtiger, vom EuGH in seiner *Bronner*-Entscheidung etablierter Auffassung ist der insoweit anzulegende Maßstab objektiv.³² Insbesondere kommt es nicht auf die individuelle Leistungsfähigkeit des Petenten an, sondern darauf ob der Petent allein oder zusammen mit anderen (gleichsam als »as efficient competitor«) in der Lage wäre, ein zweites Netz aufzubauen und rentabel zu betreiben.³³ Erst recht bleiben subjektive geschäftspolitische Präferenzen des konkreten Petenten außer Betracht.³⁴

Das BKartA hat dies in seinem *Puttgarden*-Beschluss anders gesehen und wirtschaftliche Hindernisse für relevant erachtet, »sofern sie geeignet sind, es dem Wettbewerber unzumutbar zu erschweren, die erforderliche Infrastruktur selbst zu schaffen«. Es hat insoweit die Reichweite von *Bronner* einschränkend interpretiert, nur auf Vertriebssysteme bezogen und eine Übertragung auf physische Netze abgelehnt.³⁵ Dass diese Auffassung fehl geht, zeigt schon ein Blick auf die die *Bronner*-Entscheidung vorbereitenden Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs*, die ganz allgemein von »a dominant undertaking's monopoly over a product, service or facility«

23 *Lutz*, RdE 1999, 102, 107; a.A. *Hobmann* (Fn. 7), S. 170. Fehlt es an dieser Voraussetzung, so kommt allenfalls ein Rückgriff auf § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1 bzw. § 20 Abs. 1 GWB in Frage, vgl. *Wiedemann*, HdB-KartellR, 2. Aufl. 2008, § 23 Rn. 69; *FK-Weyer*, § 19 GWB 2005 Rn. 1047; *Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, § 19 Rn. 203.

24 Dazu *Körper* (Fn. 6), S. 43 ff.

25 OLG Naumburg, NJOZ 2005, 4115, 4116 ff. = RdE 2006, 123.

26 OLG München, RdE 2007, 133, 135 f. Zu diesen Entscheidungen im Einzelnen *Körper* (Fn. 6), S. 45 ff.

27 BGH, NJOZ 2008, 330, 331 f.

28 Vgl. BRat, Stellungnahme, BT-Drucks 13/9720, 73 linke Spalte; BReg, Gegenäußerung, ebenda, S. 79 f.

29 *Götting* in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, § 19 Rn. 92.

30 *Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, § 19 Rn. 200; *Bechtold*, § 19 Rn. 104.

31 *Säcker/Wolf*, RdE 2011, 277, 279.

32 OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1179, 1183 – *Stromcontracting*; *Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, § 19 Rn. 200; *Bechtold*, § 19 Rn. 104; wohl auch *Wiedemann*, HdB-KartellR, § 23 Rn. 69; enger *Dreher*, DB 1999, 833, 835; an der Übertragbarkeit der *Bronner*-Entscheidung insoweit – zu Unrecht – zweifelnd, aber im Ergebnis letztlich wie hier *FK-Weyer*, § 19 GWB 2005 Rn. 1045.

33 EuGH, 26. 11. 1998, Rs. C-7/97, Slg. 1998, I-7791 Tz. 44 ff. – *Bronner*.

34 RegBegr, BT-Drucks. 13/9720, S. 51; *Wiedemann*, HdB-KartellR, § 23 Rn. 69; *Götting* in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, § 19 Rn. 92.

35 http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Kartell/Kartell03/B9_199_97_16_98.pdf?navid=43, S. 29 f.; insoweit nicht wiedergegeben in BKartA WuW/E DE-V 253.

sprechen.³⁶ *Bronner* ist Ausdruck des Charakters der Essential Facilities-Doktrin als Ausnahmeregelung, die nur unter »außergewöhnlichen Umständen« zivil- und wettbewerbsrechtliche Grundsätze und Grundrechte (Art. 2, 12, 14 GG) zu durchbrechen vermag. Die Maßstäbe der Entscheidung müssen daher erst recht für physische Netze gelten. Diese Lesart wird auch von den OLG Düsseldorf³⁷ und Hamburg³⁸ geteilt.

De facto existieren allerdings, soweit ersichtlich, nirgends konkurrierende Fernwärmenetze. Das legt es nahe, dass auch unter Anlegung der strengen *Bronner*-Maßstäbe die Doppelverlegung von flächendeckenden Fernwärmenetzen ökonomisch unmöglich ist. Anderes kann aber für die Parallelverlegung einzelner Stickleitungen oder die Errichtung kleinerer Nahwärmenetze gelten.

2. Fehlende Substituierbarkeit

Dass sich das Netz nicht duplizieren lässt, beschreibt nur einen Aspekt der Unmöglichkeit des Zutritts zum vor- oder nachgelagerten Markt ohne Zugangs- und Durchleitungsgewährung. Es dürfen kumulativ auch keine Alternativen existieren, d.h. das Netz darf auch nicht substituierbar sein. Bestehen Alternativen für den Marktzutritt, so ist das Netz nicht wesentlich und § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB mithin unanwendbar. Die Feststellung des Fehlens von Marktzugangsalternativen unterliegt ebenfalls einem strengen Maßstab. Nach Maßgabe der *Bronner*-Entscheidung reichen auch imperfekte Substitute aus. Der EuGH betonte in dieser Entscheidung, dass der Zugang zum Absatzmarkt für Tageszeitungen über das morgendliche Hauszustellungssystem (zu dem Zugang begehrt wurde) durch andere Vertriebswege wie die Postzustellung, Laden- oder Kioskverkauf substituiert werden könne, auch wenn diese »weniger günstig sein dürften«.³⁹

Entscheidend für die Frage der Substituierbarkeit ist, wie man den nachgelagerten Markt definiert. Könnte man mit einer Mindermeinung in der Literatur⁴⁰ einen »einheitlichen Wärmemarkt« annehmen, auf dem verschiedene Wärmeenergieträger miteinander konkurrieren, so müsste man die Wesentlichkeit des Fernwärmenetzes für den Marktzugang verneinen, denn Erdgas, Heizöl, Holzpellets oder Kohle erreichen den Konsumenten augenscheinlich nicht durch das Fernwärmenetz, und der Anteil der Fernwärme als Wärmeenergieträger ist mit durchschnittlich 14 % weit davon entfernt, eine Marktherrschaft zu indizieren.⁴¹ Die h.M. grenzt indes enger ab. Sie geht nur für den Zeitpunkt der Systementscheidung über die Anschaffung eines bestimmten Heizsystems (Fernwärmeanschluss, Erdgasheizung etc.) von einem einheitlichen Wärmemarkt aus; für den nachfolgenden Energieträgerbezug nimmt sie demgegenüber separate Märkte für die einzelnen Wärmeenergieträger (Fernwärme, Gas etc.) an. Dies wird damit begründet, dass der Abnehmer mit der Systementscheidung erhebliche versunkene Investitionen in eine bestimmte Heizungsanlage tätige und daher regelmäßig für deren Lebensdauer (d.h. für rund 20 Jahre) aus ökonomischen Gründen auf einen bestimmten Wärmeenergieträger festgelegt sei (*lock in, captive customer*).⁴² Nach h.M. existiert mithin ein separater Markt für Fernwärme.⁴³ Folgt man dieser h.M. und geht zusätzlich von einem engen Fernwärmebegriff und

dementsprechend von einem »Markt für leitungsgebundene Fernwärme« aus, so spielt die Substituierbarkeit durch andere Wärmeenergieträger keine unmittelbare Rolle, weil leitungsgebundene Fernwärme begriffsnotwendig durch das Fernwärmenetz geleitet werden muss und weil dieses insoweit offensichtlich nicht substituierbar ist.

Eine dermaßen enge Abgrenzung des Fernwärmemarktes ist allerdings weder zwingend noch zeitgemäß, weil der Fernwärmebegriff der AVBFernwärmeV und der HeizkostenVO auch »neu entwickelte sogenannte Nah- und Direktwärmeversorgungskonzepte« umfasst (d.h. Fernwärme i.e.S., aber auch Nahwärme und letztlich jede Form gewerblicher Wärmelieferung),⁴⁴ soweit diese mit erheblichen Investitionen verbunden sind.⁴⁵ Geht man von diesem weiten Fernwärmebegriff und dementsprechend von einem umfassenden Fernwärmemarkt aus, so erscheint die Frage der Substituierbarkeit in einem anderen Licht. Soll z.B. ein Blockheizkraftwerk (oder ein System aus zahlreichen kleineren Kraftwerken) errichtet werden, so ist es dem Betreiber grundsätzlich unbenommen, seine Anlagen in räumlicher Nähe zu seinen Abnehmern zu errichten und diese über eine Stickleitung oder ein kleines eigenes Fernwärmenetz zu versorgen.⁴⁶ Das Fernwärmenetz ist für einen solchen Anbieter nicht wesentlich i.S.d. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB.⁴⁷

36 Schlussanträge zu EuGH, 26. 11. 1998, Rs. C-7/97, Slg. 1998, I-7791 – *Bronner*, Nr. 64.

37 OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1179, 1183 – *Stromcontracting*.

38 OLG Hamburg WuW/E DE-R 1076 – *Online-Ticketshop*.

39 EuGH, 26. 11. 1998, Rs. C-7/97, Slg. 1998, I-7791 Tz. 43 – *Bronner*.

40 *Klaue*, ZNER 2008, 107, 110 f.; *ders.*, ZNER 2009, 33; ebenso *Eckert*, ZfE 1981, 100, 105 ff. Zum Streitstand *Körper/Fricke*, N&R 2009, 222 ff.; *Büdenbender* (Fn. 3), S. 17, 24.

41 14 % sind ein Durchschnittswert, vgl. *Topp/Fricke*, CuR 2009, 83. Es bestehen erhebliche regionale Unterschiede. So liegt der Marktanteil der Fernwärme in den alten Bundesländern lt. AGFW bei nur 9 %, in den neuen Ländern dagegen bei rund 30 %.

42 Vgl. Nachweise in Fn. 22.

43 Vgl. auch BGH NJOZ 2008, 330, 331. Diese Grundannahme wird in jüngerer Zeit wieder zunehmend durch Contracting-Lösungen, bei denen der Contractor die Wechselkosten übernimmt, in Zweifel gezogen, vgl. *Körper/Fricke*, N&R 2009, 222, 229 f.

44 BGH NJW 1990, 1181, 1183; s. auch KG NJOZ 2009, 4779.

45 BGH NJW-RR 2012, 249 (wo der BGH mittels dieser Einschränkung (nur) Betriebsführungs-Contracting-Lösungen, die nicht zu einem gewissen Mindestmaß eigener Investitionen führen, aus dem Fernwärmebegriff ausnimmt).

46 Insoweit a.A. *Säcker/Wolf*, RdE 2011, 277, 278 mit Verweis auf OLG Düsseldorf, 4. 10. 2007, VI-2 Kart 1/06 (V), Rn. 108, das aber an der zitierten Stelle über die Marktabgrenzung spricht und insoweit für den Gassektor gerade nicht ausschließt, dass die Möglichkeit Stickleitungen zu errichten, relevant werden könnte.

47 Für diese Annahme spricht auch, dass subjektive geschäftspolitische Präferenzen des Zugangspetenten bei der Bestimmung der Wesentlichkeit außer Betracht bleiben müssen, vgl. RegBegr, BT-Drucks. 13/9720, S. 51; *Wiedemann*, HdB-KartellR, § 23 Rn. 69; *Götting* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, § 19 Rn. 92.

Besteht für das betreffende Gebiet ein wirksamer Anschluss- und Benutzungszwang (ABZ), so fällt die Entscheidung für das vorgeschriebene Heizsystem mit dem Grunderwerb zusammen und ist für diesen regelmäßig von eher untergeordneter Bedeutung, so dass Wettbewerb – wie der BGH bereits in seiner Entscheidung *Fernwärme für Börsen* festgestellt hat – letztlich nur auf dem Markt für Baugrundstücke stattfindet.⁴⁸ In einem solchen Fall scheidet eine Anwendung des Kartellrechts freilich ohnehin aus, weil ein wirksamer ABZ nicht dadurch unterlaufen werden darf, dass andere Wärmeanbieter unter Berufung auf § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB Durchleitungsansprüche geltend machen. Ein Interessenausgleich zwischen FVU, Nachfragern und ggf. Dritten ist hier bereits auf der Ebene des ABZ zu treffen.⁴⁹ Bemerkenswert ist, dass in Deutschland selbst bei großzügiger Berechnung nur 12 % der leitungsgebundenen Fernwärme in ABZ-Gebieten abgesetzt wird, davon weniger als 9 % in Gebieten mit einem öffentlich-rechtlichen ABZ.⁵⁰

V. Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Mitbenutzung als Verweigerungsgründe

Unterstellt man, dass die Voraussetzungen des § 19 Abs. 4 Nr. 4, 1. Halbsatz GWB vorliegen, so ist die Zugangs- und Durchleitungsverweigerung nach Maßgabe des § 19 Abs. 4 Nr. 4, 2. Halbsatz GWB nur dann nicht missbräuchlich, »wenn das marktbeherrschende Unternehmen nachweist, dass die Mitbenutzung aus betriebsbedingten oder sonstigen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist«. Ob ein Fall der Unmöglichkeit vorliegt, ist dabei nach objektiven Kriterien zu bestimmen, während für die Frage nach der Unzumutbarkeit eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen ist.⁵¹ In der Praxis ist die Grenze zwischen Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit oftmals fließend. Während die Unmöglichkeit des Zutritts auf den vor- oder nachgelagerten Markt ohne Netzzugang vom Petenten bzw. von der Kartellbehörde nachgewiesen werden muss, liegt die Beweislast für die Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit der Mitbenutzung beim Netzbetreiber.⁵²

1. Unmöglichkeit

Eine objektive Unmöglichkeit der Durchleitung kann sich aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ergeben. In der Praxis stehen technische Gründe und vor allem Kapazitätsengpässe im Vordergrund.⁵³ Daneben kann das Bestehen eines ABZ Relevanz erlangen.⁵⁴

Technische Gründe können zu einer Unmöglichkeit führen, wenn der Wärmeträger (Heizwasser, Dampf, Kondensat), der durchgeleitet werden soll, inkompatibel zu demjenigen des FVU ist oder wenn der Zugang zum Fernwärmenetz an der gewünschten Stelle (z.B. weil es sich um einen bloßen Ausläufer handelt) technisch nicht möglich ist.⁵⁵ Sind solche Hindernisse mit einem ökonomisch vertretbaren Aufwand behebbbar, begründen sie allerdings keine Unmöglichkeit. In diesem Fall ist vielmehr die Frage nach der Zumutbarkeit der Anpassung des Netzes aufgeworfen, über die im Rahmen einer Interessenabwägung zu entscheiden ist.

Eine Berufung auf die Unmöglichkeit der Mitbenutzung aufgrund fehlender Kapazität kommt in Betracht, wenn alle objektiv verfügbaren Kapazitäten rechtlich bindend an Dritte vergeben sind bzw. benötigt werden, um aufgrund wirksamer rechtlicher Verpflichtungen die eige-

nen Kunden zu versorgen und wenn sich die Kapazität nicht erweitern lässt; dies gilt auch dann, wenn daraus ein – befristeter – Ausschluss des Wettbewerbs resultiert.⁵⁶ Allerdings ist eine vertragliche Verpflichtung nicht geeignet, eine Durchleitungsverweigerung unter Hinweis auf Kapazitätsengpässe zu rechtfertigen, wenn der Petent den betreffenden Kunden abgeworben hat und nunmehr Durchleitung begehrt, um ihn nach Auslaufen des Vertrages mit dem FVU durch dessen Netz selbst zu beliefern. Schließlich wird bei einem solchen Kundenwechsel die Kapazität mit dem Wechsel zum neuen Anbieter beim ehemaligen Versorger frei.⁵⁷

Hierbei ist freilich sorgfältig zu differenzieren: Ein Durchleitungsanspruch scheidet aus, wenn der Kunde durch den Wettbewerber rechtswidrig zum Bruch eines noch wirksam laufenden Liefervertrages oder eines ABZ verleitet worden ist.⁵⁸ Umgekehrt kann nur eine wirksame Bindung die Durchleitungsverweigerung legitimieren, und das FVU kann seine Kunden nicht ad infinitum binden,⁵⁹ solange kein ABZ angeordnet ist. Verträge mit einer Laufzeit von bis zu zehn Jahren sind schon mit Blick auf § 32 Abs. 1 S. 1 AVBFernwärmeV als wirksam anzusehen.⁶⁰ Auch die Vereinbarung eines über zehn Jahre hinausreichenden Wärmelieferungsvertrages verstößt nicht gegen § 32 Abs. 1 S. 1 AVBFernwärmeV, wenn die längere Laufzeit unter Berücksichtigung des § 1 Abs. 3 AVBFernwärmeV vereinbart wurde, insbesondere dann, wenn dem Kunden alternativ ein Vertrag mit zehnjähriger Laufzeit angeboten wurde und sich der Kunde ausdrücklich für die längere Laufzeit entschieden hat, weil diese aufgrund der längeren Streckung des Amortisationszeitraums auch zu einer geringeren monatlichen Belastung des Kunden führt.⁶¹ Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, so sind Verträge mit einer in AGB festgelegten Lauf-

48 BGH NJW 2002, 3779, 3781 = BGHZ 151, 274 – *Fernwärme für Börsen*.

49 Dazu *Körber* (Fn. 6), S. 17 ff., 59; s. auch *Säcker/Wolf*, RdE 2011, 277, 285.

50 Vgl. *Körber* (Fn. 6), S. 17 f.; *Topp/Kraft*, EuroHeat&Power 2009, Heft 10, S. 18 f.

51 BKartA WuW/E DE-V 149, 152 ff. – *Berliner Stromdurchleitung*; BKartA WuW/E DE-V 253, 257 – *Puttgarden*; *Wiedemann*, HdB-KartellR, § 23 Rn. 70.

52 Dazu auch BKartA WuW/E DE-V 253, 257 – *Puttgarden*.

53 So schon RegBegr, BT-Drucks. 13/9720, S. 51.

54 Dazu bereits oben bei Fn. 49.

55 Vgl. BRat, Stellungnahme, BT-Drucks. 13/9720, S. 73 rechte Spalte.

56 *Wiedemann*, HdB-KartellR, § 23 Rn. 70; *Bechtold*, § 19 Rn. 108; *Dreher*, DB 1999, 833, 839.

57 *Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, § 19 Rn. 207; *Bechtold*, § 19 Rn. 108; *Wiedemann*, HdB-KartellR, § 23 Rn. 70; *Hohmann* (Fn. 7), S. 290 f.; a.A. unter Berufung auf Art. 14 GG *Schmidt-Preuß*, AG 1996, 1, 8 (zu § 103 GWB a.F.).

58 Vgl. BGH NJOZ 2008, 330, 331; OLG München RdE 2007, 133, 136.

59 *Markert* ZNER 1998, 3, 4.

60 So auch OLG München RdE 2007, 133, 136; hierzu auch jüngst BGH NJW-RR 2012, 249, 250.

61 OLG Köln CuR 2009, 19, 24 f. (15 Jahre Laufzeit); s. auch *Kruse*, RNNotZ 2011, 65, 80 f.

zeit von mehr als zehn Jahren nicht ohne weiteres unwirksam, aber mangels wirksamer Befristung grundsätzlich jederzeit ordentlich kündbar.⁶² Die AVBFernwärmeV regelt zudem nur die Wirksamkeit von AGB-Bestimmungen. Individualvertraglich lassen sich daher wirksam auch längere Vertragslaufzeiten vereinbaren.

Beispielsweise hat das OLG Nürnberg eine individuell vereinbarte Laufzeit von 20 Jahren in einem Fall akzeptiert, in dem ein nur auf die Bedürfnisse eines einzigen Hauptabnehmers ausgerichtetes Kraftwerksvorhaben auf der Grundlage dieser Vertragslaufzeit geplant, errichtet und in Betrieb genommen wurde.⁶³ Solche Verträge mit besonders langer Laufzeit unterliegen nur einer Kontrolle am Maßstab allgemeiner Bestimmungen (namentlich § 138 BGB) und ggf. des Kartellrechts. Bei einer Prüfung nach kartellrechtlichen Maßstäben ist allerdings zu berücksichtigen, dass es sich beim Abschluss solcher Verträge in aller Regel um Systementscheidungen handelt und dass die FVU insoweit im Wettbewerb mit den Anbietern anderer Heizsysteme (z.B. Gasheizungen) stehen und regelmäßig nicht marktbeherrschend sind.⁶⁴

2. Unzumutbarkeit

Über die Frage nach der Zumutbarkeit entscheidet letztlich eine umfassende Abwägung aller relevanten Interessen des FVU, des Petenten und der Allgemeinheit. Welche Interessen in diese Abwägung eingestellt werden können, ist im Detail umstritten. Neben wirtschaftlichen Interessen von Netzbetreibern und Petenten (Investitions-, Nutzungs- und Absatzinteresse) kommen auch Allgemeininteressen (Wettbewerbsschutz und Verfolgung anderer, insbesondere klimapolitischer Ziele) in Betracht.

a) Eigentum am Netz, Investitions- und Innovationschutz

Es besteht Einigkeit darüber, dass eine Mitbenutzung des Netzes durch Dritte nicht allein deshalb unzumutbar ist, weil das Netz durch Investitionen des Netzbetreibers geschaffen worden ist und in dessen Eigentum steht. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB ist insoweit Ausdruck einer »erhöhten Sozialbindung« des Netzbetreibers.⁶⁵ Mit Blick auf das Ziel der Norm, Wettbewerb auf vor- oder nachgelagerten Märkten zu ermöglichen, versteht es sich von selbst, dass das Interesse des Netzbetreibers daran, vom Wettbewerb auf diesen Märkten verschont zu bleiben und keine Kunden an Konkurrenten zu verlieren, als solches nicht berücksichtigt werden kann. Der vom BGH im Beschluss *Gasdurchleitung* zu § 103 GWB a.F. aufgestellte Grundsatz, dass niemand verpflichtet ist, Wettbewerber zum eigenen Schaden zu fördern,⁶⁶ wird insoweit durch § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB relativiert.⁶⁷ Im Grundsatz unbeachtlich sind auch Zweifel an der Sinnhaftigkeit des Durchleitungsbegehrens, z.B. weil der Netzbetreiber die zukünftige Bedarfsentwicklung anders einschätzt als der Petent.⁶⁸

Das bedeutet aber nicht, dass eine Berücksichtigung der Eigentums- und Amortisationsinteressen des Netzbetreibers im Rahmen der Interessenabwägung nach § 19 Abs. 4 Nr. 4, 2. Halbsatz GWB ausgeschlossen wäre. In diesem Zusammenhang ist beachtlich, dass Fernwärmenetze grds. nicht unter Inanspruchnahme gesetzlich abgesicherter Monopole oder Privilegien, sondern mit erheblichen unternehmerischen Risiken errichtet werden.⁶⁹ Eine gewisse

Privilegierung kann zwar in der Anordnung eines Anschluss- und Benutzungszwangs gesehen werden, doch dient ein ABZ seinerseits dem Allgemeininteresse. Ist der ABZ (z.B. aus Gründen des Klimaschutzes i.S.v. § 16 EEWärmeG) angeordnet worden, so kann er nicht in Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften durchbrochen werden.⁷⁰ Die gemeinhin im Rahmen des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB anzustellende Interessenabwägung hat in einem solchen Fall bereits bei Prüfung der Rechtmäßigkeit des ABZ stattgefunden.⁷¹

Des Weiteren muss das Allgemeininteresse an einer Förderung des Investitions- und Innovationswettbewerbs Berücksichtigung finden.⁷² Dies wurde bereits in der Regierungsbegründung zur 6. GWB-Novelle betont. Diese unterstreicht, dass durch § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB »der wettbewerbspolitische Grundsatz, Pioniergewinne als Innovationsanreiz zu akzeptieren, nicht in Frage gestellt« werde.⁷³ Eine vorschnelle, aber notwendig eher punktuelle Zugangsregulierung auf kartellrechtlicher Basis kann Investitionsanreize absenken und unternehmerische Renditen gefährden, die auch von den Kapitalgebern verlangt werden, welche den Auf- und Ausbau von Fernwärmenetzen finanzieren sollen. Eine Missachtung dieses Aspekts würde das in §§ 6a und 7a KWKModG normierte Ziel der Förderung des Neu- und Ausbaus von Wärmenetzen konterkarieren.

Ausdruck dieses Investitions- und Amortisationsschutzes ist auch § 32 Abs. 1 S. 1 AVBFernwärmeV, der eine zehnjährige Vertragsbindung durch AVB gestattet.⁷⁴ Dieser Regelung ist allerdings kein Umkehrschluss dahingehend zu entnehmen, dass das FVU nach Ablauf von zehn Jahren keinen Amortisationsschutz mehr genießen.⁷⁵ Das wäre schon deshalb verfehlt, weil es sich bei § 32 Abs. 1 S. 1 AVBFernwärmeV um eine AGB-rechtliche Bestimmung handelt, die dem Kundenschutz dient und keine energiepolitische Grundsatzentscheidung anstrebt. Viel-

62 OLG Brandenburg, BeckRS 2008, 09532.

63 OLG Nürnberg CuR 2011, 24 Rn. 23; s. auch *Kruse*, RNotZ 2011, 65, 80 f.; *Säcker/Wolf*, RdE 2011, 277, 283.

64 So oben bei und in Fn. 41.

65 Vgl. BKartA WuW/E DE-V 149, 156 – *Berliner Stromdurchleitung*; BKartA WuW/E DE-V 253, 261 – *Puttgarden*; FK-Weyer, § 19 GWB 2005 Rn. 1056; *Lutz*, RdE 1999, 102, 109; siehe schon BGH NJW 1995, 2722, 2723 – *Gasdurchleitung*.

66 BGH NJW 1995, 2718, 2723 – *Gasdurchleitung*.

67 BGHZ 163, 296 Tz. 53 – *Arealnetz*; *Möschel* in Immenga/Mestmäcker, § 19 Rn. 206; a.A. KG WuW/E DE-R 1321, 1324 – *Gera-Rostock*.

68 *Möschel* in Immenga/Mestmäcker, § 19 Rn. 209.

69 Zum umgekehrten Fall der von früheren Monopolen »ererbten« Netzstrukturen BKartA WuW/E DE-V 149, 156 – *Berliner Stromdurchleitung*; s. auch BVerfGE 115, 205 (zum TK-Sektor).

70 Dazu bereits oben bei Fn. 49.

71 So auch *Säcker/Wolf*, RdE 2011, 277, 286.

72 Vgl. *Möschel* in Immenga/Mestmäcker, § 19 Rn. 186; FK-Weyer, § 19 GWB 2005 Rn. 1035.

73 RegBr., BT-Drucks. 13/9720, S. 37 linke Spalte.

74 Vgl. hierzu BGH NJW-RR 2012, 249, 250; Begründung zur AVBFernwärmeV, BR-Dr 90/80, S. 32; *Säcker/Wolf*, RdE 2011, 277, 280 f.

75 So aber *Säcker/Wolf*, RdE 2011, 277, 280 f.

mehr ist es FVU und Kunden unbenommen, wirksam eine längere Vertragsbindung zu vereinbaren, um sowohl dem Amortisationsinteresse als auch dem Interesse des Kunden an einer tragbaren monatlichen Belastung zu genügen.⁷⁶

b) Nutzungsinteresse und Netzausbaupflichten, insbesondere bei Kapazitätsengpässen

Bestehen objektive Kapazitätsengpässe, so stellt sich die Frage, ob der Netzbetreiber die knappen Kapazitäten vorrangig für sich selbst und die mit ihm verbundenen Unternehmen nutzen darf, oder ob er sie mit (potenziellen) Wettbewerbern teilen muss. Teils wird eine umfassende Repartierungspflicht mit Blick auf den Eigentumsschutz abgelehnt und lediglich eine Pflicht angenommen, die nicht selbst benötigten Kapazitäten sachgerecht zwischen den Zugangspetenten aufzuteilen.⁷⁷ Andere lehnen im Einklang mit dem BKartA-Beschluss *Berliner Stromdurchleitung*⁷⁸ einen Vorrang des Nutzungsinteresses des Netzbetreibers ab.⁷⁹ Der Zweck des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB spricht in der Tat eher für die zweite Auffassung, doch besteht eine Verpflichtung, vorhandene Kapazitäten mit Zugangspetenten zu teilen, nach dem oben Gesagten nur, soweit dadurch die Fähigkeit zur Erfüllung wirksamer eigener Vertragspflichten nicht gefährdet wird.

Nicht abschließend geklärt ist auch die Frage nach eventuellen Netzanpassungspflichten. Einigkeit besteht insoweit, als aus § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB jedenfalls nicht die Pflicht abgeleitet werden kann, ein gänzlich neues Netz aufzubauen. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB will lediglich den Zugang zu bereits bestehenden Netzen öffnen.⁸⁰ Aus dem gleichen Grunde hindert die Norm den Netzbetreiber auch grds. nicht, den Betrieb des Netzes völlig einzustellen.⁸¹ Andererseits wird überwiegend angenommen, dass dem Netzbetreiber – natürlich gegen Kostenerstattung – zugemutet werden kann, den Zugang als solchen herzustellen, d.h. die für die Mitbenutzung durch Dritte notwendigen Anschluss- und Messeinrichtungen zu schaffen.⁸²

Heftig umstritten ist demgegenüber, inwieweit dem Netzbetreiber auch zumutbar ist, zusätzliche Kapazitäten freizulegen bzw. sogar neue zu schaffen (Netzausbaupflicht). Teilweise wird dies strikt abgelehnt und auf das Eigentum des Netzbetreibers und den Wortlaut des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB (»Mitbenutzung«) verwiesen.⁸³ Andere betonen die Gefahr einer Manipulation der Kapazitäten durch den Netzbetreiber und nehmen daher jedenfalls eine Pflicht an, im Rahmen des Möglichen zusätzliche Kapazitäten durch eine flexiblere bzw. effizientere Handhabung der Netzressourcen freizusetzen.⁸⁴ Eine Investitionspflicht zur Schaffung gänzlich neuer Kapazitäten kann sich in den Sektoren Strom und Gas im Rahmen des wirtschaftlich Zumutbaren aus spezialgesetzlichen Vorschriften ergeben (§§ 12 Abs. 3, 15 Abs. 3 EnWG, § 9 EEG und § 4 Abs. 6 S. 2 KWVKModG). Für die Fernwärme existieren solche Vorschriften aber nicht. Eine Ausbaupflicht aus § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB abzuleiten, wird überwiegend zu Recht abgelehnt.⁸⁵

In praktischer Hinsicht fällt ins Gewicht, dass ein Kapazitätsausbau in jedem Fall sehr kostspielig und risikoreich wäre, da regelmäßig

eine parallele Verlegung zusätzlicher oder Ersetzung bestehender Rohrleitungen erforderlich würde und da der Bau eines Fernwärmenetzes (Vor- und Rücklauf) ohnehin ca. achtmal so teuer ist wie der Bau von Gasnetzen.⁸⁶ Zudem ist das Fernwärmenetz kein reines Durchleitungsnetz. Produktion und Netz werden anders als bei Strom und Gas als Einheit konzipiert, errichtet und betrieben, so dass jeder Ausbau zum Zwecke der Dritteinspeisung potenziell »wesensverändernd« ist. Wesensverändernde Modifikationen können aber nach dem *Puttgarden*-Beschlusses des BKartA nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB grds. ebenso wenig gefordert werden wie eine komplette Neuerrichtung wesentlicher Einrichtungen.⁸⁷

c) Versorgungssicherheit und weitere ökonomische Aspekte

Die Mitbenutzung des Netzes kann grundsätzlich nicht mit dem Hinweis verweigert werden, Zugangsgewährung, Durchleitung und Wettbewerbseröffnung führten im Ergebnis zu höheren Preisen für die wechselnden⁸⁸ und/oder für die beim Normadressaten verbleibenden Kunden.⁸⁹ Allerdings kann das Interesse der aufgrund laufender Vertragsbindung nicht wechselfähigen Bestandskunden vor unzumutbaren Gebühren geschützt zu werden,⁹⁰ jeden-

76 S. oben bei und nach Fn. 61 sowie OLG Köln CuR 2009, 19, 24 f.; Kruse, RNotZ 2011, 65, 80 f.

77 Büdenbender in (Hrsg.), *Energiewirtschaft – Der neue energie- und kartellrechtliche Rahmen*, 1999, S. 73, 87; ders.; RdE 1999, 1, 2; Wiedemann, HdB-KartellR, § 23 Rn. 70; Bechtold, § 19 Rn. 108 f.

78 BKartA WuW/E DE-V 149, 153 f. – *Berliner Stromdurchleitung*.

79 Möschel in Immenga/Mestmäcker, § 19 Rn. 207 in Anlehnung an Hohmann (Fn. 7), S. 280 ff.; Götting in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, § 19 Rn. 95.

80 BKartA WuW/E DE-V 253, 258 – *Puttgarden*.

81 Möschel in Immenga/Mestmäcker, § 19 Rn. 207; Wiedemann, HdB-KartellR, § 23 Rn. 70; insoweit kann sich allerdings aus Vertrag oder nach §§ 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1, 20 GWB eine Verpflichtung ergeben, den Netzbetrieb nicht ohne Übergangszeit bzw. Ausgleich ad hoc einzustellen.

82 BKartA WuW/E DE-V 253, 258 – *Puttgarden*; Wiedemann, HdB-KartellR, § 23 Rn. 70; a.A. Bechtold, § 19 Rn. 101, 106; Nothdurft in Langen/Bunte § 19 Rn. 186.

83 Wiedemann, HdB-KartellR, § 23 Rn. 70; Bechtold, § 19 Rn. 108 f.

84 Vgl. Säcker/Wolf, RdE 2011, 277, 280; Götting in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, § 19 Rn. 95 mit Verweis auf EU-Kommission, ABIEG 1998 L 72/30 Tz. 74 ff. – *Flughafen Frankfurt/Main AG*; BKartA TB 1997/98, S. 120 f. – *Elektromark* sowie Quellen in Fn. 79.

85 Wiedemann, HdB-KartellR, § 23 Rn. 70; Bechtold, § 19 Rn. 108 f.; Möschel in Immenga/Mestmäcker, § 19 Rn. 207 Fn. 1236 m.w.N.; a.A. Höppner, *Netzveränderungen im Zugangskonzept*, 2009, S. 361 ff. (unklare Grenze zwischen Umbau und Ausbau).

86 Erdmann/Zweifel, *Energieökonomik*, 2008, S. 319; Körber (Fn. 6), S. 14 ff.

87 BKartA WuW/E DE-V 253, 258 – *Puttgarden*.

88 OLG Naumburg NJOZ 2005, 4115, 4118.

89 Vgl. Möschel in Immenga/Mestmäcker, § 19 Rn. 206 (Drittinteressen an günstigen Preisen nicht berücksichtigungsfähig); abw. FK-Weyer, § 19 GWB 2005 Rn. 1055 unter Hinweis auf zu § 103 GWB a.F. ergangene Entscheidungen (Ziel der Preisgünstigkeit nach § 1 EnWG weiterhin berücksichtigungsfähig).

90 Dazu auch Säcker/Wolf, RdE 2011, 277, 285.

falls dann mittelbar Berücksichtigung finden, wenn die Durchleitung zu einer Bestandsgefährdung in Bezug auf das Netz führen könnte, durch welche letztlich die Versorgungssicherheit in Gefahr geriete.⁹¹ Das hat auch das BKartA in seinem *Puttgarden*-Beschluss anerkannt.⁹² Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme zu § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens beispielhaft auf »mögliche Störungen im Betriebsablauf der Einrichtung« als Rechtfertigungsgrund verwiesen.⁹³ Unzumutbar – da wirtschaftlich unsinnig – dürfte beispielsweise das Begehren eines Petenten sein, an den Fernwärme-Rücklauf angeschlossen zu werden, um Wärme in diesen einzuspeisen.

Schließlich können auch Gründe aus der Sphäre des Petenten, etwa mangelnde Kreditwürdigkeit oder persönliche Unzuverlässigkeit, diesen zu einem für den Netzbetreiber unzumutbaren Vertragspartner machen und daher geeignet sein, eine Zugangsverweigerung *diesem* Petenten gegenüber zu rechtfertigen.⁹⁴ Spätestens an dieser Stelle muss auch berücksichtigt werden, ob ein Petent sich ohne Not in Abhängigkeit vom Netzbetreiber gebracht hat, z.B. weil er ein Blockheizkraftwerk fernab von seinen Abnehmern errichtet hat, obwohl dies nicht zwingend erforderlich war. Der Zugangspetent darf nicht die ökonomischen Folgen eigener (Fehl-)Entscheidungen mithilfe des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB auf den Netzbetreiber abwälzen. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass die Durchleitungsleistungen nur gegen ein angemessenes Entgelt erbracht werden müssen, das die ökonomischen Nachteile für den Netzbetreiber zumindest abmildern kann.

d) Besonderheiten der Fernwärme

Bei der letztlich für jeden Einzelfall anzustellenden Interessenabwägung ist auch den Besonderheiten des Energieträgers Fernwärme Rechnung zu tragen.⁹⁵ In rechtlicher Hinsicht ist insoweit zunächst eine Tendenz des Gesetzgebers zu einer regulatorischen Zurückhaltung gegenüber dem Fernwärmesektor zu konstatieren, die in der Nichterfassung durch das EnWG und durch § 29 GWB zum Ausdruck kommt. Diese Zurückhaltung spricht dafür, auch bei einer Anwendung anderer kartellrechtlicher Vorschriften mit besonderer Vorsicht vorzugehen. Auch das Bestehen eines ABZ kann, wie oben gezeigt wurde, relevant sein.

Mit Blick auf die tatsächlichen Besonderheiten des Fernwärmesektors ist an erster Stelle hervorzuheben, dass die Anlagen, in denen Fernwärme produziert wird und das Verteilnetz in aller Regel eine eng aufeinander abgestimmte Einheit bilden. Zudem verfügen Fernwärmenetze nur über lokale oder regionale Dimensionen und sind nicht miteinander verbunden. Ein dem Stromnetz vergleichbares Verbundsystem (»Kupferplatte«) existiert weder, noch ist es technisch realisierbar, da die Distanz, über welche Fernwärme ökonomisch sinnvoll transportiert werden kann, begrenzt ist.

Die vom Netzbetreiber als Normadressaten des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB erzeugte Fernwärme lässt sich daher – anders als dies beim elektrischen Strom der Fall ist – bei Einspeisung von Wärme durch Dritte in aller Regel nicht anderweitig absetzen. Ein durch Fremdeinspeisung erzwungenes Herunterfahren der regelmäßig auf KWK basierenden Wärmeerzeugungsanlagen des FVU kann zu einer Verschlechterung der Effizienz führen, weil die op-

timale Fahrweise nicht mehr gewährleistet werden kann. Dies erscheint nicht nur ökonomisch, sondern auch ökologisch problematisch, zumal ein Zwang zur Durchleitung fremder Wärme zu einer Verdrängung der KWK zugunsten weniger effizienter und weniger umweltschonender Erzeugung führen kann. Drohende Einbußen durch eine ineffiziente Fahrweise der Kraftwerke und eine dadurch bewirkte Vergeudung des KWK-Potentials können als Faktoren in die Interessenabwägung eingestellt werden bzw. – spätestens wenn eine Bestandsgefährdung droht – auch für sich genommen eine Unzumutbarkeit der Zugangsgewährung begründen.

Umgekehrt kann der Netzbetreiber fehlende Fernwärme aus den gleichen Gründen – ebenfalls anders als beim Strom – nicht einfach ad hoc bei Dritten hinzukaufen. Solange Fernwärmeproduktion und Netz in einer Hand liegen, ist dies regelmäßig unproblematisch. Erhält aber ein Dritter Zugang zum Netz, um über dieses eigene Kunden mit von ihm produzierter oder zugekaufter Fernwärme zu versorgen, so kann es zu Problemen kommen, wenn dieser Dritte später als Fernwärmelieferant ausfällt (z.B. weil bei ihm durch eine Umstellung des Produktionsprozesses weniger Abwärme anfällt oder infolge einer Insolvenz). Da Fernwärme, wenn sie zur Wohnraumheizung verwendet wird, im Winter lebensnotwendig ist und nicht ad hoc auf einen anderen Energieträger umgestellt werden kann, muss in einem solchen Fall das netzbetreibende FVU einspringen, obwohl das Fernwärmerecht einen »Grundversorger« eigentlich nicht kennt.

Beispielsweise hat das OLG Brandenburg eine auch kartellrechtlich begründete Lieferpflicht mit Blick auf die Lebensnotwendigkeit der Wärmeversorgung in kalten Jahreszeiten bejaht und es einem FVU untersagt, die Wärmelieferungen an eine Seniorenresidenz abrupt einzustellen.⁹⁶ Effektiv bedeutet dies, dass das FVU bei Durchleitung fremder Fernwärme gezwungen wäre, Reservekapazitäten für einen solchen Fall vorzuhalten. Dies führt tendenziell zu einer Verdrängung von KWK-Anlagen durch Reserveheizkraftwerke und bewirkt mittelbar, dass den Wettbewerbern nicht nur das Netz, sondern ein Stückweit auch die Produktionsanlagen zur Verfügung gestellt werden müssten, obwohl § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB diese nicht erfasst. Ist das FVU zu einer Zurverfügungstellung von Reservekapazitäten nicht in der Lage oder ist ein solches Vorgehen ökonomisch unzumutbar, kann dies die Unzumutbarkeit der Zugangsgewährung begründen.

91 BGHZ 163, 296 Tz. 44 – *Areanetz*.

92 Vgl. BKartA WuW/E DE-V 253, 258 – *Puttgarden*; s. auch *Lutz*, RdE 1999, 102, 109; *Hosius*, Netzzugang und Reziprozität bei grenzüberschreitenden Erdgaslieferungen in Europa, 2004, S. 193.

93 BRat, BT-Drucks. 13/9720, S. 73 rechte Spalte.

94 OLG Naumburg NJOZ 2005, 4115, 4118; *Möschel* in *Immennga/Mestmäcker*, § 19 Rn. 209; *Wiedemann*, HdB-KartellR, § 23 Rn. 70b; *Lutz*, RdE 1999, 102, 108.

95 Vgl. BReg, Gegenäußerung, BT-Drucks. 13/9720, S. 80 (zur Besonderheiten des Gassektors); zu den Besonderheiten des Fernwärmesektor s. *Fricke*, *EuroHeat&Power*, 2011, Heft 3, S. 26 ff. und Heft 4, S. 22 ff.; *Körper* (Fn. 6), S. 14 ff.

96 OLG Brandenburg OLG-NL 2002, 176 (Anspruch auf vorübergehende Weiterbelieferung einer Seniorenresidenz aus § 826 BGB und § 20 GWB).

e) Berücksichtigung außerwettbewerblicher Aspekte, insbesondere Klimaschutz

Dass wettbewerbliche Aspekte den Kern der Abwägung durch Kartellbehörden und Gerichte bilden, versteht sich von selbst. Es steht außer Frage, dass die auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichtete Zielsetzung des GWB und das auf Schaffung und Erhaltung von Wettbewerb auf vor- oder nachgelagerten Märkten gerichtete Ziel des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB berücksichtigt werden müssen.⁹⁷ Dabei müssen aber auch das wettbewerbliche Umfeld des Durchleitungsbegehrens und Auswirkungen auf andere Märkte bedacht werden.⁹⁸ Beispielsweise kann der Ausbau der Fernwärmeversorgung im Wege der KWK den bisher schwachen Wettbewerb auf dem Strommarkt ebenso fördern, wie der System- und Neukundenwettbewerb zwischen Erdgas und Fernwärme disziplinierend auf die Gaspreise wirken und die Dominanz der Gasanbieter auf dem Gesamtwärmemarkt relativieren kann.

Weitgehend ungeklärt ist die Frage, ob und ggf. inwieweit auch nicht-wettbewerbsbezogene Allgemeininteressen und energiepolitische Zielsetzungen bei Anwendung des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB Berücksichtigung finden können.

In Betracht kommen namentlich die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG (möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit), des § 1 Abs. 1 EEG (Interesse des Klima- und Umweltschutzes, nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung), des § 1 Abs. 1 EEWärmeG (Interesse des Klimaschutzes, der Schonung fossiler Ressourcen und der Minderung der Abhängigkeit von Energieimporten) und des § 1 Abs. 1 KWKModG (Interesse der Energieeinsparung, des Umweltschutzes und der Erreichung der Klimaschutzziele der Bundesregierung). Art. 20a GG unterstreicht den auch verfassungsrechtlichen »Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen«.

Im Gegensatz zur vergaberechtlichen Vorschrift des § 97 Abs. 4 S. 2 GWB (»soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte«) und zu § 103 Abs. 5 S. 1 GWB a.F. (»Zielsetzung einer möglichst sicheren und preiswürdigen Versorgung«) enthält der Wortlaut des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB keinen Anhaltspunkt für die Berücksichtigungsfähigkeit außerwettbewerblicher Ziele. Die explizite Erwähnung solcher Ziele würde auch keinen Sinn machen, weil der Anwendungsbereich der Norm im Gegensatz zu § 103 Abs. 5 GWB a.F. allgemein gefasst und nicht auf die Energiewirtschaft beschränkt ist.

Gegen eine Berücksichtigung außerwettbewerblicher, namentlich klimapolitischer Aspekte bei kartellrechtlichen Entscheidungen sprechen beachtliche Gründe. Eine Berücksichtigung sektorspezifischer Zielsetzungen könnte zu Abwägungsentscheidungen führen, für die es keine verlässlichen rechtlichen Maßstäbe gibt. Die hier anzulegenden Maßstäbe sind letztlich politisch-diskretionär und sollten daher grundsätzlich auch politisch legitimierten Instanzen vorbehalten bleiben, zumal sich die Unabhängigkeit des Bundeskartellamts nur rechtfertigen lässt, soweit der Behörde die Wahrnehmung eines eindimensionalen (also rein wettbewerblichen) Auftrages überantwortet ist.⁹⁹ Zu Recht wird ferner auf die Gefahr der politischen Instrumentalisierung des Kartellrechts bei Berücksichtigung außerwettbewerblicher Aspekte hingewiesen.¹⁰⁰ Daraus wird gefolgert, eine Berücksichtigung öffentlicher Interessen bei der Zumutbarkeitsprüfung scheidet mit Ausnahme der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB grds. aus.¹⁰¹ Dieser Linie folgt

auch das Bundeskartellamt. Richtig daran ist, dass eher der Gesetzgeber zu einer Klarstellung berufen ist.

Allerdings ist umgekehrt anerkannt, dass sektorspezifische Zielsetzungen jedenfalls dann berücksichtigt werden müssen, wenn sektorspezifische Zugangsregelungen neben § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB treten. Das Kartellrecht darf nicht zu einem Unterlaufen sektorspezifischer Verbotsregelungen führen¹⁰² und auch bei der Bestimmung der Angemessenheit des Entgelts im Sinne des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB sind sektorspezifische Regelungen zu berücksichtigen.¹⁰³ Umstritten ist demgegenüber, ob das Kartellrecht auch an sektorspezifische Rechtfertigungsgründe (hier: für eine Zugangsverweigerung) gebunden ist. Dies wird teils unter Hinweis auf die rein wettbewerbliche Ausrichtung des GWB abgelehnt,¹⁰⁴ von der überwiegenden Literatur und Praxis dagegen im Sinne einer analogen Anwendung der sektorspezifischen Normen¹⁰⁵ bzw. der Heranziehung der dahinterstehenden Wertungen bejaht,¹⁰⁶ weil ansonsten eine Aushöhlung der sektorspezifischen Regelungen durch Anwendung des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB drohe.¹⁰⁷ Das BKartA hat dementsprechend in seinem Beschluss *Berliner Stromdurchleitung* zur Zumutbarkeitsprüfung im Rahmen des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB betont, dass dabei auch die gesetzlichen Wertungen des EnWG zu berücksichtigen seien.¹⁰⁸

Man mag gerade für den Bereich der Fernwärme argumentieren, ein solcher Konflikt zwischen sektorspezifischen Regelungen und allgemeinem Kartellrecht könne hier gar nicht auftreten, weil die Fernwärme im Gegensatz

97 Vgl. BKartA WuW/E DE-V 149, 152 ff. – *Berliner Stromdurchleitung*; Götting in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, § 19 Rn. 96; Bechtold, § 19 Rn. 110.

98 Vgl. BGH NJOZ 2008, 330, 331 f.

99 So grundsätzlich zu Recht insbesondere Möschel in Immenga/Mestmäcker, § 19 Rn. 210; ders., WuW 1999, 5, 6 f.

100 Büdenbender in Baur, Energiewirtschaft, Der neue energie- und kartellrechtliche Rahmen, 1999, S. 73, 125.

101 Wiedemann, HdB-KartellR, § 23 Rn. 70b; Möschel in Immenga/Mestmäcker, § 19 Rn. 206.

102 Möschel in Immenga/Mestmäcker, § 19 Rn. 210; vgl. auch BKartA WuW/E DE-V 149, 152 – *Berliner Stromdurchleitung*; Markert ET 1998, 252, 253; Harms RdE 1999, 165, 166; Kühne, RdE 2000, 1, 5 f.; Büdenbender, RdE 1999, 1, 10.

103 Möschel in Immenga/Mestmäcker, § 19 Rn. 210; Bechtold, § 19 Rn. 113; insoweit a.A. Büdenbender in Baur, Energiewirtschaft, S. 73, 123 f.

104 Möschel in Immenga/Mestmäcker, § 19 Rn. 210.

105 Büdenbender in Baur, Energiewirtschaft, S. 73, 126 (zu § 6 III EnWG 1998); Kühne, RdE 2000, 1, 5 f.

106 BVerfG v. 27. 4. 2000 NVwZ 2000, 789, 791; BGH NJW 1993, 396, 397 = WuW/E BGH 2805 – *Stromeinspeisung I*; OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1307, 1311 – *GETECnet*, BKartA WuW/E DE-V 149, 152 »*Berliner Stromdurchleitung*«; Bechtold, § 19 Rn. 109 und 113; FK-Weyer, § 19 GWB 2005 Rn. 1055; Büdenbender RdE 1999, 1, 10 (»ganzheitliche Beurteilung identischer Durchleitungswünsche«).

107 Weyer, AG 1999, 257, 260. In diese Richtung gehend bereits RegBegr zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 23. 3. 1997, BT-Drucks. 13/7274, S. 31; vgl. auch BVerfG NVwZ 2000, 789, 791.

108 BKartA WuW/E DE-V 149, 152 – *Berliner Stromdurchleitung*.

zu Strom und Gas keiner sektorspezifischen ex ante-Zugangsregulierung unterliegt. Eine dergestalt formelle Argumentation würde allerdings verkennen, dass die in den sektorspezifischen Regelungen ausgedrückten Zielsetzungen, namentlich auf dem Gebiet des Klimaschutzes, nicht auf bestimmte Energieträger (etwa Strom und Gas) beschränkt sind. Sie beanspruchen vielmehr universelle Geltung und dürften nicht durch eine zu weite Anwendung des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB unterlaufen werden. Dies gilt umso mehr als die Fernwärme nicht aus der sektorspezifischen Regulierung durch das EnWG ausgenommen wurde, um sie einer tendenziell strengeren kartellrechtlichen Kontrolle zu überantworten, sondern um sie mit Blick auf ihre grundsätzliche ökologische Vorteilhaftigkeit zu privilegieren. Diese Privilegierung würde bei einer Nichtberücksichtigung allgemeiner energiepolitischer Zielsetzungen im Rahmen des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB in ihr Gegenteil verkehrt.

Neben etlichen europarechtlichen Vorgaben¹⁰⁹ deuten insbesondere § 7 EEWärmeG (Privilegierung von Abwärme- und KWK-Nutzung) und § 16 EEWärmeG (ABZ darf aus Gründen des Klimaschutzes angeordnet werden¹¹⁰), §§ 27, 28 EEG (Boni für KWK) sowie §§ 6a und 7a KWKModG (Förderung des Neu- und Ausbaus von Wärmenetzen) und § 3 Nr. 33 EnWG darauf hin, dass ein Zugangsanspruch Dritter zu Fernwärmenetzen jedenfalls dann gesetzgeberisch unerwünscht ist, wenn dadurch eine Verschlechterung in Bezug auf die klimapolitischen Ziele droht. Umgekehrt können Klimaschutzgesichtspunkte auch zugunsten des Zugangspetenten wirken.

Aus § 3 S. 3 AVBFernwärmeV lässt sich insoweit entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht¹¹¹ kein Argument für einen Durchleitungsanspruch zugunsten von Unternehmen ableiten, die Wärme unter Nutzung erneuerbarer Energiequellen produzieren. Diese Norm gibt zwar dem Kunden (d.h. dem Wärmeabnehmer) das Recht, »Vertragsanpassung zu verlangen, soweit er den Wärmebedarf unter Nutzung regenerativer Energiequellen decken will«. ¹¹² Doch kann dieser – gar nicht das Verhältnis von Netzbetreiber und Petenten betreffenden – Regelung weder entnommen werden, dass die Amortisationsinteressen des Netzbetreibers gegenüber dem Durchleitungsinteresse des Petenten stets oder auch nur regelmäßig zurückstehen müssten, noch dass Wärmeerzeugungsanlagen Dritter, die regenerative Energiequellen erschließen, klimapolitisch stets gegenüber einer zentralen, in der Praxis zu 84 % auf KWK basierenden¹¹³ Wärmeerzeugung durch FVU vorzugswürdig seien und daher immer angeschlossen werden müssten.¹¹⁴ Vielmehr ist eine differenzierte Prüfung anzustellen: Zunächst ist zu bestimmen, ob dem Umweltschutz besser durch Zugangsgewährung oder deren Ablehnung gedient ist.¹¹⁵

Dabei darf kein zu kurzer Zeithorizont gewählt werden. Auch die oben beschriebene Gefahr einer mittelfristigen Verdrängung von KWK-Anlagen durch Reserveheizkraftwerke ist zu berücksichtigen. Dabei ist der hinter § 5 KWKModG stehende Ansatz zu berücksichtigen.¹¹⁶ § 5 Abs. 1 Nr. 1 KWKModG präzisiert dies dahingehend, dass ein Förderanspruch bei »kleinen KWK-Anlagen mit fabrikneuen Hauptbestandteilen [nur besteht], soweit sie nicht eine bereits bestehende Fernwärmeversorgung aus KWK-Anlagen verdrängen«. Dem kann entnommen werden, dass das Risiko der Nichterweislichkeit einer Verbesserung des Umweltschutzes bei Zugangsgewährung – in Abweichung von dem allgemeinen Grundsatz, dass der Netzbetreiber die Unzumutbarkeit beweisen muss – beim Petenten liegt.

Ist die Gewährung eines Netzzugangs nebst Durchleitung nachweislich ökologisch vorteilhaft, so ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob überwiegende andere Interessen des Netzbetreibers existieren, aus denen gleichwohl eine Unzumutbarkeit resultiert.

C. Fazit

Fernwärmenetze fallen grundsätzlich in den Anwendungsbereich des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB (§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB 2013). Diese Regelung ist allerdings im Lichte der EuGH-Rechtsprechung zu »essential facilities« zu interpretieren, nach welcher ein kartellrechtlicher Zugangsanspruch nur »unter außergewöhnlichen Umständen« bejaht werden kann. Bei ihrer Anwendung müssen neben Eigentumsrechten, Wettbewerbs-, Investitions- und Innovationsschutz auch energiepolitische Wertungen – insbesondere die ökologischen bzw. klimapolitischen Zielsetzungen – des Energierechts berücksichtigt werden. Dies kann und muss im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung nach § 19 Abs. 4 Nr. 4, 2. Halbsatz GWB erfolgen. Dabei ist den Besonderheiten der Fernwärme Rechnung zu tragen. Abgesehen von dem Umstand, dass Fernwärme ganz überwiegend im Wege der KWK erzeugt wird, kommt insoweit der konzeptionellen Einheit von Produktion und Netz und der lokalen Begrenztheit und Geschlossenheit der Fernwärmenetze Bedeutung zu. Es gibt aus technischen Gründen kein Verbundsystem wie bei Strom und Gas. Dies führt dazu, dass fehlende Wärme nicht von außerhalb hinzuerworben und überschüssige Wärme nicht anderweitig abgesetzt werden kann.

Dass unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe aus § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB in der Praxis ein Anspruch auf Durchleitung von Wärme gegen Zahlung eines Entgelts abgeleitet werden kann, erscheint eher unwahrscheinlich, selbst

109 Vgl. nur Art. 194 Abs. 1 lit. c AEUV (Förderung der Energieeffizienz und von Energieeinsparungen); RI 2004/8/EG, ABIEG 2004 L 52/50, EG 1 und 5 (Förderung einer hocheffizienten und klimaschonenden KWK); RI 2010/31/EU, ABIEG 2010, 153/13, Art. 6 und 20 (Förderung von KWK, Nah- und Fernwärme); ausführlich Kommission, Mitteilung »Mehr Energie einsparen in Europa durch Kraft-Wärme-Kopplung«, KOM(2008), 771 endg., S. 2 ff. sowie Mitteilung »Energieinfrastrukturprioritäten bis 2020 und danach, KOM(2010) 677 endg., Tz. 2.3 (prioritäre Förderung der Fernwärme- und -kältenetze).

110 Dazu eingehend *Milkeu* in Müller/Oschmann/Wustlich, EEWärmeG 2010, § 16 Rn. 1 ff.

111 S. *Säcker/Wolf*, RdE 2011, 277, 285.

112 Der Kunde wird in diesem Fall lediglich vom Wärmebezug freigestellt, muss aber trotzdem für die Dauer der Vertragslaufzeit weiter die fixkostenbezogenen Preisbestandteile tragen, vgl. *Witzel/Topp*, Allgemeine Versorgungsbedingungen für Fernwärme, 2. Aufl. 1997, S. 65; LG Wiesbaden, CuR 2008, 97 mit zust. Anm. *Weinreich*.

113 AGFW-Hauptbericht 2008, S. 10.

114 In diese Richtung gehend *Säcker/Wolf*, RdE 2011, 277, 285.

115 Vgl. auch BR-Drucks. 494/88, S. 3 zu den Motiven für § 3 AVBFernwärmeV.

116 Vgl. dazu *BerlKomEnR/Topp* § 5 KWKModG Rn. 88.

wenn der Zugangspetent seinerseits Wärme unter Verwendung regenerativer Energiequellen erzeugt. Ansprüche auf Belieferung mit Fernwärme oder gar auf vergütete Einspeisung von Fernwärme lassen sich aus § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB schon tatbestandlich nicht ableiten, weil § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB allenfalls die Netzmitbenutzung

zwecks Belieferung von Kunden auf einem nachgelagerten Markt regelt, nicht aber einen Zugriff auf die Wärmeerzeugungsanlagen oder gar auf die finanziellen Ressourcen der Fernwärmeversorgungsunternehmen gewähren will.

Rechtsprechung

Zur Billigkeitskontrolle genehmigter Netznutzungsentgelte

BGB § 315

Die nach dem Energiewirtschaftsgesetz 2005 genehmigten Netznutzungsentgelte unterliegen der Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB. Der Maßstab billigen Ermessens wird durch die §§ 21 ff. EnWG und die Vorschriften der Stromnetzentgeltverordnung konkretisiert.

BGH, Urteil vom 15. 5. 2012 – EnZR 105/10 – OLG Naumburg (Stromnetznutzungsentgelt V)

Aus dem Tatbestand:

[1] Die Klägerin (Kl.) begehrt die gerichtliche Bestimmung des angemessenen Stromnetznutzungsentgelts für den Zeitraum vom 1. 10. 2006 bis zum 31. 12. 2006 und Rückzahlung zu viel gezahlten Entgelts.

[2] Die Rechtsvorgängerin der Klägerin (im Folgenden: Klägerin) nutzte auf der Grundlage eines Rahmenvertrags vom 11. 4. 2003 das Stromverteilernetz der Beklagten (Bekl.) unter anderem im Zeitraum von Oktober bis Dezember 2006. Mit Schreiben vom 11. 4. 2003, mit dem sie der Bekl. den von ihr unterzeichneten Vertragstext zur Gegenzeichnung zuleitete, erklärte die Kl., sie zahle die Entgelte nur vorläufig unter Vorbehalt ihrer energie- und kartellrechtlichen Überprüfung und unter Vorbehalt ihrer Rückforderung. Nach Ziffer 6.1 des Vertrages hatte die Kl. für die Nutzung des Netzes ein Entgelt gemäß der (nicht vorgelegten) »Anlage 3« zu zahlen. Nach Ziffer 6.2 des Vertrages durfte die Bekl. die »Netznutzungsentgelte sowie alle anderen Entgelte nach Anlage 3« unter anderem »bei Novellierung der zu Grunde liegenden Gesetze« anpassen. Der Entgeltberechnung für das 4. Quartal 2006 legte die Bekl. das von der Bundesnetzagentur gemäß § 23a EnWG für den Geltungszeitraum ab 1. 10. 2006 genehmigte Preisblatt zugrunde.

[3] Mit der Klage macht die Kl. geltend, die von der Bekl. verlangten Entgelte seien um mindestens 27 % unbillig bzw. kartellrechtswidrig überhöht. Sie hat beantragt, das jeweils billige Netznutzungsentgelt einschließlich der Mess- und Verrechnungsentgelte für den Zeitraum vom 1. 10. 2006 bis zum 31. 12. 2006 zu bestimmen und die Bekl. zu verurteilen, an sie die Differenz zwischen den nach ihrer Behauptung gezahlten Entgelten in Höhe von insgesamt 632 755,04 € netto und dem gerichtlich bestimmten billigen Entgelt zuzüglich Umsatzsteuer nebst Zinsen zu zahlen, hilfsweise die Bekl. zu verurteilen, an sie Schadensersatz in Höhe des vom Gericht nach § 287 ZPO festgestellten Schadens durch die kartellrechtswidrig überhöhte Berechnung der Entgelte nebst Zinsen zu zahlen.

[4] Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Kl. ihr Begehren weiter.

Aus den Gründen:

[5] A. Die Revision ist auch hinsichtlich des auf Schadensersatz wegen kartellrechtswidrigen Verhaltens gerichteten Anspruchs zulässig (§ 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

[6] Der Entscheidungssatz des angefochtenen Urteils enthält keinen Zusatz, der die dort zu Gunsten der Kl. zugelassene Revision einschränkt. Die Eingrenzung des Rechtsmittels kann sich zwar auch aus den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils ergeben (vgl. BGH, Urteil vom 29. 1. 2003 – XII ZR 92/01, BGHZ 153, 358, 360 f.). Aus diesen muss dann aber mit ausreichender Klarheit hervorgehen, dass das Berufungsgericht die Möglichkeit einer revisionsrechtlichen Nachprüfung nur wegen eines abtrennbaren Teils seiner Entscheidung eröffnen wollte (BGH, Urteile vom 12. 11. 2004 – V ZR 42/04, NJW 2005, 894, 895 und vom 17. 1. 2008 – IX ZR 172/06, WM 2008, 748 Rn. 8, jeweils mwN). Dies kann hier entgegen der Revisionserwiderung nicht angenommen werden. Das Berufungsgericht hat die Zulassung der Revision in den Entscheidungsgründen zwar nur damit begründet, dass die Frage der Anwendbarkeit der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB trotz Genehmigung der Netzentgelte nach § 23a EnWG und die Frage der Beweislast von grundsätzlicher Bedeutung und höchst strichlerlich nicht geklärt seien. Hiermit hat es aber lediglich den Anlass der Revisionszulassung mitgeteilt, ohne hinreichend klarzustellen, die revisionsrechtliche Nachprüfung auf diese Fragen beschränken zu wollen.

[7] B. Die Revision hat keinen Erfolg, so dass sie zurückzuweisen ist.

[8] I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung (OLG Naumburg, RdE 2011, 233) im Wesentlichen ausgeführt:

[9] Die Kl. habe gegen die Bekl. keinen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung auf Rückzahlung des Netznutzungsentgelts für das 4. Quartal 2006. Dem stünden die Regelungen des Genehmigungsverfahrens, insbesondere § 23a Abs. 5 Satz 1 EnWG, entgegen. In Anbetracht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Mehrerlösabschöpfung sei eine nachträgliche Überprüfung der vom Netzbetreiber bestimmten Netznutzungsentgelte nach § 315 Abs. 3 BGB regelmäßig ausgeschlossen, wenn der Netzbetreiber – wie hier – nur das nach § 23a EnWG 2005 genehmigte Netznutzungsentgelt verlange. Mit dieser Genehmigung habe der Gesetzgeber ein Überprüfungsmonopol zugunsten der Regulierungsbehörden im Interesse der Rechtssicherheit geschaffen. Dies ergebe sich zum einen aus § 111 Abs. 3 EnWG, nach dem hinsichtlich der Netzentgelte eine Überprüfungscompetenz des Bundeskartellamts nicht bestehe. Zum anderen folge dies aus § 30 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 Halbs. 2 EnWG, wonach Entgelte, die die Obergrenzen einer dem betroffenen Unternehmen erteilten Genehmigung nach § 23a EnWG nicht überschreiten, als sachlich gerechtfertigt gelten.

[10] Vorliegend sei jedenfalls eine individuelle Rückforderung ausgeschlossen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs lasse