

Abschied vom Konzept eines „einheitlichen Wärmemarktes“?

von Prof. Dr. Torsten Körber und Norman Fricke

Seit geraumer Zeit ist in Rechtsprechung und Literatur heftig umstritten, ob es einen „einheitlichen Wärmemarkt“ gibt oder ob von getrennten Märkten für verschiedene Wärmeenergieträger auszugehen ist. Mit einer Entscheidung vom 13. Juni 2007 hatte diese Kontroverse den BGH erreicht. In drei Entscheidungen aus dem Jahre 2008 stimmen die BGH-Senate nunmehr versöhnliche Töne an. Das Konzept eines „einheitlichen Wärmemarktes“ dürfte damit derzeit in der Praxis vom Tisch sein. Dies bedeutet aber nicht, dass der Wettbewerbsdruck durch langfristig substituierfähige Energieträger unberücksichtigt bleiben müsste. Der nachfolgende Beitrag zeichnet die Kontroverse nach, analysiert die gefundene Lösung und stellt sie in den Kontext allgemeiner Überlegungen zu Marktabgrenzung und Marktbeherrschung.

I. Tatsächliche Ausgangssituation auf dem Wärmeenergiesektor

Wer ein Haus baut oder modernisiert, muss sich für ein bestimmtes Heizsystem entscheiden. Geheizt werden kann – abgesehen vom heute dominierenden Erdgas – z. B. mittels Öl, Fernwärme,¹ Wärmepumpen, Solarthermie, Strom, Kohle, Torf oder Holz. Bei der Auswahl der Heizanlage können viel-

fältige Faktoren von Bedeutung sein. Im Vordergrund stehen regelmäßig ökonomische Überlegungen zu den Anschaffungskosten der Heizanlage und zu den Betriebskosten (Energieträger-, Lager- und Wartungskosten).² Die Entscheidung kann durch Fördermaßnahmen der Energieversorger³ oder des Staates⁴ beeinflusst werden. Der Nachfrager kann einen bequemen Dauerbezug über Leitungsnetze vorziehen oder die Möglichkeit schätzen, kurzfristige Preisschwankungen bei nicht leitungsgebundenen Energieträgern für sich zu nutzen. Eine zunehmende Rolle spielen die Versorgungssicherheit (politische Lage in den Herkunftsländern, Wetterabhängigkeit) und andere Aspekte wie das Streben nach Ressourcenschonung und Umweltschutz. Die fehlende Verfügbarkeit bestimmter leitungsgebundener Energieträger im betreffenden

¹ Zum Begriff der Fernwärme ausführlich *Topp*, RdE 2009, 133, 138.

² Vgl. detailliertes Zahlenmaterial zum Kostenvergleich der Raumheizung in Neubauten bei *Karl*, ifo-Schnelldienst 51/1998, 8.

³ Kritisch zur Gewährung von Zuschüssen beim Netzanschluss *Fricke*, WuM 2005, 547, 550; vgl. auch *Jäger*, RdE 2008, 275, 277; differenzierend Monopolkommission, Neuntes Hauptgutachten 1990/1991, BR-Drs. 490/92, 246 ff. Tz. 512 ff.

⁴ Vgl. z. B. das Marktanreizprogramm nach §§ 13 ff. EEWärmeG mit einem Budget von 500 Millionen Euro sowie die Förderung des Ausbaus von Wärmenetzen nach §§ 5a, 7a KWKG 2009. Vgl. auch die in § 1 EEWärmeG sowie § 1 KWKG 2009 genannten Gesetzeszwecke.

Baugebiet, individuelle Platzverhältnisse (Platz für Tanks oder Lager)⁵ oder vertragliche Festlegungen auf einen bestimmten Energieträger bei Erwerb eines Baugrundstücks⁶ können der Auswahl Grenzen setzen.

Hat man sich für ein bestimmtes Heizsystem entschieden, so ist man daran, wenn nicht rechtlich, so doch mit Blick auf die hohen Investitionskosten, für eine geraume Zeit gebunden. Als Lebensdauer einer Heizanlage werden gemeinhin 15 Jahre veranschlagt.⁷ Einen Markt für gebrauchte Heizanlagen gibt es nicht. Entscheidet man sich später, die Heizanlage zu wechseln, müssen nicht nur die Kosten einer neuen Anlage aufgebracht werden; auch die Investitionen in die Altanlage sind als sog. versunkene Kosten („sunk costs“) verloren, sofern sie dem Wechselwilligen nicht ausnahmsweise vom neuen Wärmeenergieversorger erstattet werden.

Normalerweise sind Heizanlagen an einen bestimmten Energieträger gebunden (monovalent). Bi- oder multivalente Anlagen sind selten.⁸ Die Entscheidung für eine bestimmte Heizanlage ist damit in aller Regel zugleich eine Entscheidung für einen bestimmten Wärmeenergieträger. Der insoweit „gefangene“ Nachfrager („captive customer“) ist faktisch für geraume Zeit auf den zu der gewählten Anlage passenden Energieträger festgelegt (sog. Einsperrungseffekt [„lock in“]). Hinzu kommt, dass derjenige, der die Systemscheidung für eine bestimmte Heizanlage samt Energieträgerwahl trifft und zunächst die Kosten der Heizanlage tragen muss, nicht notwendig mit demjenigen identisch ist, der die Wärmeenergie verbraucht und letztlich bezahlen muss (sog. Investor-Nutzer-Dilemma).⁹

II. Der „einheitliche Wärmemarkt“ im Spiegel der Rechtsprechung

1. Ausgangsposition: Ablehnung eines Wärmemarktes durch den Kartellsenat

Der Kartellsenat des BGH hat bereits am 9. Juli 2002 mit der Entscheidung „Fernwärme für Börsen“ das Konzept eines einheitlichen Wärmemarktes, auf dem alle Wärmeenergieträger miteinander konkurrieren, verworfen. Die Gemeinde Börsen hatte den Verkauf erschlossener Grundstücke von einer Verpflichtung der Käufer abhängig gemacht, Fernwärme zu beziehen. Ein Verband der Brennstoff- und Mineralölhändler sah seine Mitglieder durch diese Bindung in ihren Wettbewerbschancen behindert. Der Kartellsenat vermochte keinen Verstoß gegen UWG oder GWB, insbesondere auch nicht gegen das Behinderungsverbot des § 20 Abs. 4 GWB zu erkennen. Ein wettbewerbsrechtlicher Anspruch setze voraus, dass behinderndes und behindertes Unternehmen im selben Markt aufträten. Dies aber sei vorliegend nicht der Fall, da es keinen einheitlichen Wärmemarkt gebe. Hätten sich die Hausbesitzer einmal für Fernwärme oder Öl entschieden, so seien diese Energieträger nicht mehr austauschbar.¹⁰

Das Bundeskartellamt teilt diese Auffassung. In seiner Entscheidung „E.ON/Gelsenberg“ vom 17. Januar 2002 sah es zwar „Substitutionsbeziehungen zwischen den Energieträgern Gas, Heizöl, Kohle und – teilweise – Strom. Sobald die jeweiligen Endabnehmer sich jedoch für einen Energieträger entschieden haben, sind diese für einen erheblichen Zeitraum (10 bis 15 Jahre) gebunden und können nicht mehr ohne erhebliche Kosten zu einer alternativen Energieart wechseln“.¹¹

2. Opposition: Entscheidungen für einen einheitlichen Wärmemarkt

In der OLG-Rechtsprechung wurde die Frage nach einem „einheitlichen Wärmemarkt“ unterschiedlich beantwortet. OLG Dresden¹² und OLG Karlsruhe¹³ lehnten im Jahre 2006 die Annahme eines einheitlichen Wärmemarktes ab. Auf der anderen Seite hatte der 1. Kartellsenat des OLG Düsseldorf schon 2005 eine funktionale Austauschbarkeit von Fernwärme, Öl, Gas und Elektrizität angenommen.¹⁴ Das OLG München schloss sich dieser Auffassung 2006 an und fügte hinzu, dieser Markt-Abgrenzung könne nicht entgegengehalten werden, sie sei nur für die Zeit vor der Investitionsentscheidung richtig, denn eine Spaltung des Marktes in Bestands- und Neukunden sei sachwidrig: Einerseits müssten die Energieversorger ihre Preise und Konditionen so ausgestalten, dass sie neue Kunden gewinnen könnten, andererseits sei eine Preisdifferenzierung zwischen Bestands- und Neukunden ausgeschlossen, da eine Benachteiligung der Bestandskunden auch potentielle Neukunden abschrecken würde. Für Neukunden aber bestehe ein Wärmemarkt mit Substitutionskonkurrenz.¹⁵

Die letztgenannte Argumentation machte sich auch der VIII. Zivilsenat des BGH in der eingangs erwähnten Entscheidung vom 13. Juni 2007 zu eigen. Darin ging es um die Frage, ob eine einseitige Preisanpassung durch einen Gasversorger der Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB unterlag.¹⁶ Dies ist nach ständiger Rechtsprechung nur dann der Fall, wenn es sich um Leistungen der Daseinsvorsorge handelt, auf die der andere Vertragsteil angewiesen ist. Die insoweit erforderliche „Angewiesenheit“ setzt nach dieser Rechtsprechung eine „Mo-

5 Vgl. Jäger, RdE 2008, 275, 277.

6 So war es im Ausgangssachverhalt der Entscheidung BGHZ 151, 274 (Urt. v. 9.7.2002 – Az. KZR 30/00) – *Fernwärme für Börsen*; dazu noch im Einzelnen unten, bei Fn. 10.

7 BGH, NJW 2009, 1212 (Beschl. v. 10.12.2008 – Az. KVR 2/08) (= N&R 2009, 129) – *Stadtwerke Uelzen*; BKartA, WuW DE-V 511, 519 f. (Beschl. v. 17.1.2002 – Az. B 8 – 109/01) – *E.ON/Ruhrgas*. Die Finanzbehörden erkennen i. d. R. einen Abschreibungszeitraum von 15 Jahren an, die Richtlinie VDI 2067 geht von 20 Jahren aus.

8 Vgl. BGH, NJW 2009, 1212, 1213 Rn. 8 (Beschl. v. 10.12.2008 – Az. KVR 2/08) (= N&R 2009, 129); Schmidt, WuW 2008, 550, 551.

9 Dazu noch unten, unter V. 2. c), sowie ausführlich Jäger, RdE 2008, 275, 276 f.

10 BGHZ 151, 274, 282 (Urt. v. 9.7.2002 – Az. KZR 30/00) – *Fernwärme für Börsen*; vgl. zu dieser Entscheidung Emmerich, LMK 2003, 93, 94; Raabe, ZNER 2003, 283, 287; Klaue, ZNER 2008, 107, 108.

11 BKartA, WuW DE-V 511, 519 f. (Beschl. v. 17.1.2002 – Az. B 8 – 109/01) – *E.ON/Gelsenberg*; vgl. schon BKartA, WuW/E BKartA 1647, 1649 (Beschl. v. 9.3.1976 – Az. B 8 – 119/75) – *Erdgas Schwaben*; abweichend BKartA, WuW/E BKartA 1719, 1725 (Beschl. v. 27.9.1978 – Az. B 8 – 92/78) – *BP-Gelsenberg*; wie der BGH jetzt auch (nach wie vor zweifelnd) Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 49, BT-Drs. 16/7087, 109 Tz. 443 mit Fn.350; Sondergutachten Nr. 54, 2009, 63 ff. Tz. 130 ff.; anders noch Neuntes Hauptgutachten 1990/1991, BR-Drs. 490/92, 244 f. Tz. 503 ff., unter Bezugnahme auf Sondergutachten Nr. 21, 1991; dazu kritisch Lutz, RdE 2000, 62, 63.

12 OLG Dresden, RdE 2007, 58, 60 f. (Urt. v. 11.12.2006 – Az. U 1426/06 Kart).

13 OLG Karlsruhe, RdE 2006, 356, 357 (Urt. v. 28.6.2006 – Az. 7 U 194/04) m. Anm. Brodt/Gent; ebenso LG Heilbronn, RdE 2006, 88, 91 f. (Urt. v. 19.1.2007 – Az. 6 S 16/05).

14 OLG Düsseldorf, RdE 2005, 169, 171 (Urt. v. 23.2.2005 – Az. VI-U [Kart] 19/04) – *Fernwärme*.

15 OLG München, RdE 2007, 133, 135 (Urt. v. 19.10.2006 – Az. U [K] 3090/06) – *Stadtwerke München*; ebenso LG Ulm, RdE 2006, 24, 26 (Urt. v. 8.4.2005 – Az. 10 O 23/04 KfH) m. Anm. Hill.

16 Der Grundversorger kann gem. § 5 Abs. 2 GasGVV (früher § 4 AVBGasV) die Preise einseitig anpassen. Diese Regelung wurde häufig auch in Sonderkundenverträge außerhalb der Grundversorgung einbezogen. An solche Preisanpassungsklauseln werden vom BGH hohe AGB-rechtliche Anforderungen gestellt, siehe BGH, NJW 2009, 578, 578 Rn. 12 (Urt. v. 17.12.2008 – Az. VIII ZR 274/06) – *Regionalgas Euskirchen*, und zuletzt BGH, Urt. v. 15.7.2009 – Az. VIII ZR 225/07.

nopolstellung“ des Anbieters voraus.¹⁷ Eine solche Stellung vermochte der VIII. Zivilsenat für den ihm vorgelegten Fall nicht zu erkennen, weil er nicht nur auf den Gasmarkt, sondern auf einen darüber hinausreichenden Wärmemarkt abstellte: „Zwar ist die Beklagte ... der einzige Anbieter von leitungsgebundener Versorgung mit Gas und daher auf dem Gasversorgungsmarkt keinem unmittelbaren Wettbewerb ausgesetzt. Sie steht aber – wie alle Gasversorgungsunternehmen – auf dem Wärmemarkt in einem (Substitutions-) Wettbewerb mit Anbietern konkurrierender Heizenergieträger wie Heizöl, Strom, Kohle und Fernwärme“. Die hohen Wechselkosten ließ der BGH nicht außer Betracht, nahm insoweit aber wie das OLG München eine auch den Bestandskunden zugutekommende, disziplinierende Wirkung des Neukundenwettbewerbs an.¹⁸

Infolge dieser Entscheidung schlossen sich weitere Oberlandesgerichte – teils eher widerwillig – der Annahme eines einheitlichen Wärmemarktes an. Das OLG Celle unternahm den Versuch einer differenzierten Betrachtung. Es betonte, im Lichte der Entscheidung des VIII. Zivilsenats des BGH sei nunmehr von einem einheitlichen Wärmemarkt auszugehen. Zwar betreffe diese Entscheidung § 315 Abs. 3 BGB und nicht § 19 GWB, doch sei kein Grund ersichtlich, die Frage der Marktabgrenzung für den Anwendungsbereich dieser beiden Normen unterschiedlich zu beantworten. Die Entscheidung des Kartellsenats des BGH vom 9. Juli 2002 sah das Oberlandesgericht als durch die neue BGH-Entscheidung überholt an.¹⁹ Das OLG Frankfurt am Main folgte dieser Argumentationslinie in einer ebenfalls § 19 GWB betreffenden Entscheidung vom 19. Februar 2008 und gab seine bisherige, einen einheitlichen Wärmemarkt ablehnende Auffassung auf.²⁰ Der 2. Kartellsenat des OLG Düsseldorf trat dieser Auffassung am 16. April 2008 entgegen und versagte einem einheitlichen Wärmemarkt die Anerkennung. Das Urteil des VIII. Zivilsenats des BGH im Sinne einer Anerkennung eines einheitlichen Wärmemarktes zu verstehen beruhe auf einem Missverständnis. Die Ausführungen des BGH bezögen sich nicht auf die Marktabgrenzung, sondern auf die Frage des Bestehens einer Monopolstellung und damit letztlich auf die Marktbeherrschung i. S. d. § 19 Abs. 2 S. 1 GWB.²¹

3. Restitution: Versöhnung der BGH-Senate

Auch der Kartellsenat des BGH sah in der Entscheidung des VIII. Zivilsenats keinen Grund, von seiner bisherigen Linie abzuweichen. In der Entscheidung „Erdgassondervertrag“ vom 29. April 2008 hatte er unter AGB-rechtlichem Blickwinkel über eine Preisanpassungsklausel in einem Erdgaslieferungsvertrag zu befinden. Der Kartellsenat betonte, dass mit Blick auf die hohen Wechselkosten kein Wettbewerb zwischen Gasversorgern und Anbietern anderer Energieträger bestehe. Anderes gelte nur, wenn die Entscheidung über das Heizsystem erstmals oder erneut anstehe. Der Kartellsenat hielt allerdings – im Gegensatz zu den Oberlandesgerichten Celle und Frankfurt am Main – eine unterschiedliche Marktabgrenzung für Zwecke des § 315 Abs. 3 BGB und des § 19 GWB für möglich und sah sich daher nicht im Widerspruch zum VIII. Zivilsenat.²² Hinter dieser vom BGH nicht näher begründeten Differenzierung mag der Wunsch gestanden haben, eine an sich erforderliche Anrufung des Großen Senats nach § 132 GVG²³ zu vermeiden. Doch ist kein vernünftiger Grund ersichtlich, die

Energiemärkte für Zwecke des BGB und des GWB unterschiedlich abzugrenzen.²⁴

Indes hat der VIII. Zivilsenat des BGH mit der Entscheidung „Stadtwerke Dinslaken“ vom 19. November 2008 die skizzierte Kontroverse weiter entschärft. Gegenstand dieser Entscheidung war erneut die Frage nach einer analogen Anwendung von § 315 Abs. 3 BGB zur Kontrolle von Gaspreisen. Der Senat hielt im Ergebnis an seiner Auffassung fest, dass vertraglich vereinbarte Energiepreise keiner Billigkeitskontrolle unterlägen. Er begründete dies allerdings nicht mehr damit, dass der Gasversorger über keine Monopolstellung verfüge, sondern damit, dass der Gesetzgeber zwischenzeitlich deutlich gemacht habe, dass er eine Kontrolle von allgemeinen Tarifen (Preisen) eines Gasversorgungsunternehmens in analoger Anwendung von § 315 Abs. 3 BGB ablehne.²⁵ Der Senat ging zwar nur „für die kartellrechtliche Beurteilung“ ausdrücklich von einem separaten Markt für Erdgas aus. Doch macht der Entscheidungskontext deutlich, dass er diese Marktabgrenzung auch bei Prüfung der Voraussetzungen der analogen Anwendbarkeit des § 315 BGB anwenden würde.²⁶

Den bisherigen Schlusspunkt setzte der Kartellsenat des BGH in einem Beschluss vom 10. Dezember 2008, mit dem er den Beschluss des OLG Celle in der Rechtssache „Stadtwerke Uelzen“ aufhob. Der Kartellsenat unterstrich erneut, dass es – wie nunmehr auch der VIII. Zivilsenat bestätigt habe – keinen einheitlichen Wärmeenergiemarkt gebe, sondern von einem separaten Gasmarkt auszugehen sei,²⁷ weil Heizanlagen in aller Regel nur für eine Energieart geeignet seien und ein Austausch des Energieträgers mithin nur bei Erwerb einer neuen Heizanlage möglich sei. Dies aber sei offenkundig nicht die „für die Marktdefinition entscheidende regelmäßig wiederkehrende Nachfrage“.²⁸ Gleichwohl zollte der Kartellsenat der Argumentation des VIII. Zivilsenats Anerkennung, indem er darauf hinwies, dass „von den Märkten für andere Energieträger ein wettbewerblicher Einfluss auf den Gasversorgungsmarkt ausgehen kann ... Wettbewerbskräfte, die beim Nachfrager Zweifel an der Entscheidung für ein bestimmtes System ... wecken können, sind indessen nicht bei der Bestimmung des relevanten Marktes, sondern bei der Prüfung der Frage

17 BGHZ 172, 315, 326 f. (Urt. v. 13.6.2007 – Az. VIII ZR 36/06) (= N&R 2007, 163, 166 f.); zur analogen Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB grundlegend *Salje*, ET 2005, 278; *Kuhnt/Tüngler*, NJW 2005, 1313.

18 BGHZ 172, 315, 327 f. (Urt. v. 13.6.2007 – Az. VIII ZR 36/06) (= N&R 2007, 163, 166 f.).

19 OLG Celle, ZNER 2007, 412 (Beschl. v. 10.1.2008 – Az. 13 VA 1/07 [Kart]) m. Anm. *Klaue* = IR 2008, 68 m. Anm. *Wollschläger*.

20 OLG Frankfurt a.M., RdE 2008, 139, 141 (Urt. v. 19.2.2008 – Az. 11 U 12/07 [Kart]) = IR 2008, 88 m. Anm. *Lüninghöner*.

21 OLG Düsseldorf, RdE 2008, 208, 209 (Urt. v. 16.4.2008 – Az. VI-2 U [Kart] 8/06) – *Stadtwerke Düsseldorf*; relativierend auch *Becker/Zapfe*, ZWeR 2007, 419, 428; *Sieberg/Vallone*, ZWeR 2009, 245, 251; für eine Divergenz der BGH-Rechtsprechung *Büdenbender*, LMK 2008, 264558; *Säcker*, N&R 2008, 134, 135; *Markert*, RdE 2009, 60, 61 f.; *Rosin/Mätzig*, RdE 2008, 225, 226; *Rottner*, EWiR 2008, 673, 674.

22 BGH, NJW 2008, 2172, 2172 f. (Urt. v. 29.4.2008 – Az. KZR 2/07) (= N&R 2008, 132) – *Erdgassondervertrag*.

23 Ebenso *Säcker*, N&R 2008, 134, 135; *Rosin/Mätzig*, RdE 2008, 225, 226.

24 So auch *Säcker*, N&R 2008, 134, 135; *Markert*, RdE 2009, 60, 61; *Büdenbender*, LMK 2008, 264558; *Rosin/Mätzig*, RdE 2008, 225, 226; a.A. *Schmidt*, WuW 2008, 550, 555 f.

25 BGH, NJW 2009, 502, 503 (Urt. v. 19.11.2008 – Az. VIII ZR 138/07) – *Stadtwerke Dinslaken*.

26 Auch nach dieser Entscheidung kommt weiterhin eine Kontrolle von *Preiserhöhungen* am Maßstab des § 315 BGB in Betracht, dazu BGH, NJW 2009, 502, 504 f. (Urt. v. 19.11.2008 – Az. VIII ZR 138/07).

27 BGH, NJW 2009, 1212, 1213 Rn. 12 (Beschl. v. 10.12.2008 – Az. KVR 2/08) (= N&R 2009, 129).

28 BGH, NJW 2009, 1212, 1213 Rn. 8 (Beschl. v. 10.12.2008 – Az. KVR 2/08) (= N&R 2009, 129).

zu berücksichtigen, ob ein Anbieter auf dem relevanten Markt ohne Wettbewerber oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat“.²⁹ In diesem Sinne hatte der 2. Kartellsenat des OLG Düsseldorf (wohl etwas beschönigend) bereits die Entscheidung des VIII. Zivilsenats vom 13. Juni 2007 interpretiert.³⁰

III. Einordnung in den allgemeinen Kontext kartellrechtlicher Marktabgrenzung

1. Bedarfsmarktkonzept

Nach traditioneller Auffassung wird der sachlich, räumlich und ggf. zeitlich relevante Markt ausgehend vom sog. „Bedarfsmarktkonzept“ abgegrenzt. Dieses Konzept hat sich auch in der Praxis durchgesetzt. Danach umfasst der sachlich relevante Markt alle Produkte bzw. Dienstleistungen, die aus der Sicht der Nachfrager bzw. Bedarfsdisponenten³¹ – insbesondere nach Produkteigenschaften, Verwendungsmöglichkeiten und Preis – zur Deckung eines bestimmten Bedarfs austauschbar sind.³² Eine rein objektive Austauschbarkeit (z. B. die allgemeine Eignung zur Befriedigung des Wärmebedarfs) reicht nicht aus.³³ Ergänzend (aber nicht anstelle dieser Abgrenzung) können weitere Aspekte wie der Preisheraufsetzungstest („Small but Significant Non-transitory Increase in Price“-Test [SSNIP-Test], hypothetischer Monopolistentest)³⁴ und das Konzept der Angebotsumstellungsflexibilität³⁵ herangezogen werden.³⁶ Die nachfolgenden Überlegungen konzentrieren sich auf die sachliche Marktabgrenzung nach Maßgabe dieser Kriterien. Sie orientieren sich dabei im Wesentlichen an der Situation auf den Märkten für die Versorgung von Haushalts- und Kleingewerbekunden (sog. „HuK-Märkte“).³⁷

2. Systemmärkte

Eine auf einzelne Produkte fokussierte Marktabgrenzung kann sich bisweilen als zu eng erweisen, um die Marktgegebenheiten zutreffend abzubilden. Oft wird eine ganze Produktgruppe (z. B. Gewürze³⁸ oder Lagertechnik³⁹) oder ein aus mehreren Komponenten bestehendes Komplettsystem (z. B. Kampfpanzer⁴⁰) nachgefragt. Man spricht in diesem Zusammenhang von Systemmärkten.⁴¹ Auch im hier untersuchten Zusammenhang geht es um zwei Produkte (Heizanlage und Wärmeenergieträger), die letztlich nur zusammen einen wirtschaftlichen Wert besitzen und insoweit als System nachgefragt werden.⁴² Allerdings besteht die Besonderheit, dass die eine Komponente (Heizanlage) über einen längeren Zeitraum nur einmal erworben wird, die andere (Wärmeenergieträger) als Verbrauchsmaterial dagegen ständig nachgekauft werden muss. In solchen Fällen werden gemeinhin ein Primärmarkt (für das langlebige Produkt) und damit verbundene Sekundärmärkte (für Verbrauchsmaterialien, Ersatzteile usw.) unterschieden, die sich gegenseitig beeinflussen können.⁴³

3. Substitutionswettbewerb

Die Wettbewerbssituation wird auch durch den sog. Substitutionswettbewerb beeinflusst. Dieser Begriff bezeichnet den Wettbewerbsdruck durch „imperfekte Substitute“, d. h. Pro-

dukte, die zwar nicht den Anforderungen des Bedarfsmarktests an die funktionale Austauschbarkeit genügen, aber doch so „marktnah“ sind, dass sie aufgrund einer hohen längerfristigen Elastizität Einfluss auf die Marktverhältnisse haben.⁴⁴ Das ist nach zu Recht herrschender Meinung kein Aspekt der Marktabgrenzung. Der Substitutionswettbewerb wird vielmehr erst bei der Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung relevant.⁴⁵ Die Grenzen zum Wettbewerb innerhalb eines Marktes sind freilich fließend. Oft werden sie bewusst oder aus Unsicherheit verwischt. Es ist insoweit bezeichnend, dass der VIII. Zivilsenat des BGH in seiner Entscheidung vom 13. Juni 2007 von „(Substitutions-) Wettbewerb“ gesprochen hat. Er hat seiner Entscheidung dadurch, dass er das Wort „Substitutions-“ in Klammern setzte, eine gewisse Ambivalenz verliehen. Es verwundert nicht, dass seine Aussagen von Rechtsprechung und Literatur teils auf die Marktabgrenzung, teils aber auch auf die Marktbeherrschung bezogen worden sind. Der Kartellsenat hat demgegenüber in seiner Entscheidung „Stadtwerke Uelzen“ vom 10. Dezember 2008 eine Berücksichtigung des Substitutionswettbewerbs bei der Marktabgrenzung zu

29 BGH, NJW 2009, 1212, 1213 Rn. 14 (Beschl. v. 10.12.2008 – Az. KVR 2/08) (= N&R 2009, 129, 130).

30 Siehe oben, bei Fn. 21.

31 Zur Figur des Bedarfsdisponenten siehe unten, bei Fn. 96.

32 Ständige Rechtsprechung, grundlegend KG, WuW/E OLG 995, 995 f. (Beschl. v. 18.2.1969 – Az. Kart V 34/67) – *Handpreisauszeichner*; zuletzt BGH, NJW 2009, 1212, 1213 Rn. 7 (Beschl. v. 10.12.2008 – Az. KVR 2/08) (= N&R 2009, 129); *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 4. A., 2007, § 19 Rn. 24; *Immenga/Körber*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1/2: EG, Art. 2 FKVO Rn. 23 u. 34 ff.; Monopolkommission, Fünftes Hauptgutachten 1982/83, BR-Drs. 365/84, 195 Tz. 609.

33 Lutz, RdE 2000, 62, 65.

34 BGHZ 176, 1, 7 f. Rn. 18 f. (Beschl. v. 4.3.2008 – Az. KVR 21/07) – *Soda Club II*; für die Einzelheiten siehe *Immenga/Körber* (Fn. 32), Art. 2 FKVO Rn. 51 ff.; zum Einsatz quantitativer Methoden auch Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 54, 2009, 63 Tz. 130.

35 BGH, NJW 2009, 1212, 1213 Rn. 9 ff. (Beschl. v. 10.12.2008 – Az. KVR 2/08) (= N&R 2009, 129); BGHZ 176, 1, 9 Rn. 21 (Beschl. v. 4.3.2008 – Az. KVR 21/07); für die Einzelheiten siehe *Immenga/Körber* (Fn. 32), Art. 2 FKVO Rn. 57 ff.

36 In der Literatur wird dieses Konzept teils grundsätzlich in Zweifel gezogen, vgl. insbesondere *Säcker*, ZWeR 2004, 1 (Konzept der Wirtschaftspläne).

37 In Bezug auf den Gasmarkt werden daneben drei weitere Märkte unterschieden: der Markt für die Belieferung regionaler Weiterverteiler, der Markt für die Belieferung lokaler Weiterverteiler und der Markt für die Belieferung von Industriekunden, vgl. Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 54, 2009, 62 Tz. 127; *Scholz*, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 2. A., 2008, § 34 Rn. 137.

38 Kommission, Entscheidung v. 29.10.1993 – Az. IV/M.330, 6 Tz. 26 – *McCormick/CPC/Rabobank/Ostmann*.

39 Kommission, Entscheidung v. 28.9.1992 – Az. IV/M.256, 5 f. Tz. 14 ff. – *Fiat/Linde*; vgl. BKartA, WuW/E DE-V 711 (Beschl. v. 24.1.2003 – Az. B 4 – 211/02) – *M+W Zander/Krantz TKT*.

40 Kommission, Entscheidung v. 24.4.1997 – Az. IV/M.894, K (97) 1139 – *Rheinmetall/British Aerospace/STN ATLAS*; vgl. BKartA, WuW/E DE-V 669 (Beschl. v. 29.5.2002 – Az. B 4 – 171/01) – *Getinge/Heraeus*.

41 Dazu *Immenga/Körber* (Fn. 32), Art. 2 FKVO Rn. 62; *Korthals*, in: Schulte, Handbuch Fusionskontrolle, 2005, Rn. 1174 ff.

42 Vgl. Monopolkommission, Neuntes Hauptgutachten 1990/1991, BR-Drs. 490/92, 245 Tz. 507; *Möschel* (Fn. 32), § 19 Rn. 28; siehe auch *Schmidt*, WuW 2008, 550, 553.

43 Siehe Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. EG 1997 C 372, 5, 12 f. Tz. 56.

44 Vgl. auch *Bunte*, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1, 10. A., 2006, Einf. GWB Rn. 78; *Sieberg/Vallone*, ZWeR 2009, 245, 252.

45 *Immenga/Körber* (Fn. 32), Art. 2 FKVO Rn. 66; so auch – trotz Ablehnung des Bedarfsmarktkonzepts – *Säcker*, ZWeR 2004, 1, 16; a. A. *Paschke*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Loseblattsammlung, Stand: 60. Ergänzungslieferung (2006), § 19 Rn. 81; zweifelnd *Säcker/Füller*, in: Berliner Kommentar zum Energierecht, 2004, § 19 GWB Rn. 7.

Recht abgelehnt. Er hat dabei maßgeblich auf die kurz zuvor ergangene Entscheidung „Soda Club II“ verwiesen.⁴⁶

4. „Soda Club II“-Entscheidung des BGH

Der entscheidende Aspekt der Entscheidung „Soda Club II“ war, ob ein eigenständiger Markt für die Befüllung von Kohlendioxidzylindern existierte, die in Besprudelungsgeräten zur Herstellung von Sprudelwasser aus Leistungswasser benutzt wurden, oder ob angesichts der weitgehenden funktionalen Austauschbarkeit von selbst hergestelltem und trinkfertig gekauftem Mineralwasser auch letzteres in den Markt einzubeziehen war. Der BGH lehnte eine so weite Marktabgrenzung in Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts ab: „Stehen den Nachfragern zur Deckung eines bestimmten Bedarfs unterschiedliche Systeme zur Verfügung, bedeutet dies indessen nicht, dass auch dann, wenn es um die Bestimmung des Markts geht, auf dem ein Betriebsmittel für ein solches System angeboten wird, das andere System ohne Weiteres als Bezugsalternative anzusehen ist. Wird durch die Wahl eines auf eine längerfristige Benutzung angelegten Systems ein davon abgeleiteter spezifischer Bedarf nach einem Betriebsmittel geweckt, kommt es vielmehr entscheidend darauf an, welche Alternativen sich für den Nachfrager, der sich bereits für ein System entschieden hat, bei der Wahl des Betriebsmittels stellen ... Wettbewerbskräfte, die in einer solchen Situation beim Nachfrager Zweifel an der Entscheidung für ein bestimmtes System wecken können, sind nicht bei der Bestimmung des relevanten Marktes, sondern – im deutschen Kartellrecht üblicherweise als Substitutionswettbewerb bezeichnet – bei der Frage einer überragenden Marktstellung zu berücksichtigen“.⁴⁷

5. Übertragung dieser Grundsätze auf den Wärmesektor

Es überrascht nicht, dass der BGH seine Überlegungen aus der „Soda Club II“-Entscheidung erst recht auf das Verhältnis von Heizanlagen und Wärmeenergieträgern übertragen hat. Während der Erwerb eines Besprudelungsgeräts mit vergleichsweise geringen Kosten verbunden ist, das Gerät bei einem Systemwechsel einfach wieder veräußert werden kann und Erwerb wie Konsum trinkfertigen Mineralwassers unabhängig von der Systementscheidung möglich und ökonomisch sinnvoll bleiben, stehen diese Möglichkeiten dem Wärmeenergiekonsumenten nicht offen: Die Installation einer neuen Heizanlage ist mit erheblichen Kosten verbunden, ein Markt für gebrauchte Heizanlagen existiert nicht und der Erwerb alternativer Wärmeenergieträger ergibt keinen Sinn, weil sie nur mit einer anderen Heizanlage genutzt werden könnten. Während die Vorstellung von einem durch die Systementscheidung „gefangenen“ Nachfrager („captive customer“) im „Soda Club II“-Fall angesichts der minimalen Wechselkosten etwas bizarr anmutet,⁴⁸ liegt sie bei der Systementscheidung für eine bestimmte Heizanlage angesichts der beschriebenen Umstände auf der Hand.⁴⁹ Dass Heizanlagen und Wärmeenergieträger – anders als im „Soda Club II“-Fall – regelmäßig nicht von demselben Unternehmen angeboten werden,⁵⁰ ist zwar richtig, ändert aber nichts an dem für die Marktabgrenzung letztlich entscheidenden Befund, dass sich der Nachfrager mit dem Erwerb einer Heizanlage langfristig an einen bestimmten Energieträger bindet (systemgebundene Nachfrage).⁵¹

6. Zwischenbefund

In der Summe bleibt festzuhalten, dass das Konzept eines „einheitlichen Wärmemarktes“ von der nunmehr einmütigen BGH-Rechtsprechung ad acta gelegt worden ist. Die Annahme eigenständiger Märkte für die einzelnen Wärmeenergieträger (insbesondere für Gas) folgt nach der ganz herrschenden Meinung zwingend aus der konsequenten Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts. Sie fügt sich nahtlos in die Rechtsprechung des BGH und in die Spruchpraxis des Bundeskartellamts und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zu anderen Märkten ein, die ebenfalls von Systemeffekten gekennzeichnet sind. Es ist zu erwarten, dass die Instanzgerichte, die der (vermeintlichen) Neuorientierung des BGH vom 13. Juni 2007 teilweise eher widerstrebend gefolgt waren, diesen Ansatz (wieder) übernehmen werden.

IV. Literaturstimmen für einen einheitlichen Wärmemarkt

Die Literatur folgt überwiegend der Argumentationslinie des BGH und der Kartellamtspraxis und lehnt einen einheitlichen Wärmemarkt ab.⁵² Einzelne Stimmen opponieren mit Nachdruck. So hat *Eckert* schon 1981 betont, verschiedene Wärmeenergieträger seien grundsätzlich funktional austauschbar, da alle zur Deckung des Wärmebedarfs geeignet seien und Gas keinen besonderen Verwendungsbereich innerhalb eines einheitlichen Wärmemarktes habe, der einen separaten Teilmarkt begründen könne.⁵³ Als Kern des Problems identifiziert *Eckert* zu Recht die Frage, ob sich die Energienachfrager mit der kostspieligen Installation einer Heizanlage langfristig an eine bestimmte Wärmeenergieart binden, was er letztlich ohne nähere Begründung verneint.⁵⁴ Das überzeugt nicht. Ein Wechsel ist angesichts der hohen Investitionskosten und versunkenen Kosten („sunk costs“) in aller Regel irrational, solange die alte Heizanlage gebrauchsfähig ist⁵⁵ und keine außergewöhnlichen Umstände (etwa massive staatliche Anreize zum Erwerb einer neuen, umweltschonenden Heizanlage, deutliche Preisunterschiede zwischen den Energieträgern oder „Contracting“-Lösungen⁵⁶) eine andere Bewertung gebieten.

In jüngerer Zeit hat *Ehrlicke* in Anlehnung an ältere Überlegungen der Monopolkommission die Ablehnung eines einheitlichen Wärmemarktes durch die Kartellrechtspraxis kritisiert. Es greife zu kurz, allein die Umstellungskosten zu betrachten. Entscheidend sei, dass von dem Wettbewerb um

46 BGH, NJW 2009, 1212, 1213 Rn. 14 (Beschl. v. 10.12.2008 – Az. KVR 2/08) (= N&R 2009, 129, 130).

47 BGHZ 176, 1, 6 Rn. 15 (Beschl. v. 4.3.2008 – Az. KVR 21/07).

48 Im „Soda Club II“-Fall ging es – wie in der Entscheidung „Fernwärme für Börsen“ (siehe bei Fn. 10) – nicht um die Behinderung von Nachfragern, sondern von Wettbewerbern. Beiden Fällen lagen Kopplungssachverhalte zugrunde (Besprudelungsgerät/Gaspatronen bzw. Baugrundstück/Fernwärmeanschluss).

49 *Säcker*, N&R 2008, 134, 135.

50 Hierauf verweist *Klaue*, ZNER 2008, 107, 111.

51 Vgl. schon Monopolkommission, Neuntes Hauptgutachten 1990/1991, BR-Drs. 490/92, 245 f. Tz. 509.

52 Z.B. *Bechtold*, in: *Bechtold*, GWB, 5. A., 2008, § 19 Rn. 8b; *Säcker*, N&R 2008, 134, 135; *Becker/Zapfe*, ZWeR 2007, 419, 427; *Jäger*, RdE 2008, 275; *Schmidt*, WuW 2008, 550, 551; *Lutz*, RdE 2000, 62, 64 f.; *Wolf*, BB 1989, 993; *Kartte/Piltz*, ET 1981, 127.

53 *Eckert*, ZfE 1981, 100, 102 f.

54 *Eckert*, ZfE 1981, 100, 106.

55 Ebenso *Säcker*, N&R 2008, 134, 135, u. (trotz Annahme eines einheitlichen Wärmemarktes) *Klaue*, ZNER 2008, 107, 111.

56 Zum „Contracting“ siehe noch ausführlich unten, unter V. 2. c).

Neukunden, die eine neue Heizanlage installieren wollen, ein indirekter Wettbewerbsdruck auch zugunsten der Altkunden ausgehe, weil eine Preisdiskriminierung zwischen Alt- und Neukunden ausgeschlossen sei.⁵⁷ Dieses Argument war auch von zentraler Bedeutung für die Gerichtsentscheidungen, die einen einheitlichen Wärmemarkt angenommen haben. *Ehricke* argumentiert allerdings im Ergebnis vorsichtiger und beschränkt sich letztlich auf die Feststellung, es lasse sich „von einem mittelbar wirkenden Substitutionswettbewerb (als-ob-Wettbewerbssituation) sprechen“, der letztlich dazu führe, dass „keine klassische Monopolsituation“ vorliege.⁵⁸ Das dürfte bei genauerer Lesart letztlich doch eher der herrschenden Meinung entsprechen, die den Substitutionswettbewerb erst auf der Ebene des Marktbeherrschungstests berücksichtigt.

Klaue hält dagegen auch im Lichte der ganz aktuellen BGH-Rechtsprechung am Konzept eines einheitlichen Wärmemarktes fest. Er unterscheidet – wie schon *Eckert*⁵⁹ – drei Phasen: In der ersten Phase entscheide sich der Neukunde für den Erwerb einer Heizanlage und damit zugleich für einen bestimmten Wärmeenergieträger. Diese Entscheidungen seien untrennbar miteinander verbunden, weshalb in dieser Phase alle Wärmeenergieträger miteinander konkurrierten. *Klaue* leitet daraus die Existenz eines einheitlichen Wärmemarktes ab und nimmt Gleiches für eine dritte Phase nach Ablauf der Lebensdauer der Altanlage an, wenn sich der Nachfrager wieder neu entscheiden müsse.⁶⁰ Dazwischen liege eine Phase, in welcher der Nachfrager an einen bestimmten Energieträger gebunden sei. Für diese Phase – um die es in der oben dargestellten Kontroverse letztlich geht – stellt *Klaue* in Abrede, dass überhaupt ein Markt existiert, weil ein Kunde, der sich langfristig gebunden habe, kein „echter Nachfrager“ i. S. d. Bedarfsmarktkonzepts mehr sei; es existierten nur noch einzelne Vertragsbeziehungen, aber diese Wirtschaftsbeziehungen seien „jedenfalls im Sinne des Bedarfsmarktkonzepts kein Markt; denn es gibt kein Angebot und keine Nachfrage mehr“.⁶¹

In der Summe vermag auch dieser Ansatz nicht zu überzeugen. Zwar ist richtig, dass mit der Entscheidung über die Heizanlage regelmäßig auch eine solche über den Energieträger getroffen werden muss. Doch konkurrieren die Energieträger auch in diesem Zeitpunkt nicht unmittelbar, sondern lediglich als Komponenten verschiedener Heizsysteme miteinander.⁶² Die Entscheidung für einen bestimmten Energieträger mag letztlich der wichtigste, sogar gegenüber Preis und Qualität der Heizanlage vorrangige Faktor sein. Aber trotzdem bleibt das Produkt auf diesem Markt die Heizanlage.⁶³ Dass ein Kunde, der sich für eine bestimmte Heizanlage entschieden hat und nunmehr den dafür passenden Energieträger beziehen muss, kein Nachfrager mehr sein soll, wie *Klaue* meint, ist nicht nachvollziehbar.⁶⁴

Entscheidend für die Abgrenzung des Marktes für Wärmeenergieträger nach dem Bedarfsmarktkonzept ist – wie bei jedem anderen Markt auch – der Zeitpunkt des Bezugs des Energieträgers.⁶⁵ Die Annahme einer reinen Vertragsbeziehung ohne Wahlmöglichkeit trifft in dieser Situation nur auf Fernwärmekunden zu, die sich langfristig an einen bestimmten Lieferanten binden, weil in Fernwärmenetzen kein Wettbewerb verschiedener Wärmeanbieter besteht.⁶⁶ Hat der Haushaltskunde sich für Erdgas entschieden, so ist er zwar in der Regel für geraume Zeit auf den HuK-Gasmarkt beschränkt, doch existieren auf diesem Markt Angebot und Nachfrage. Anders als in den Zeiten der Monopolversorgung können die Gaskunden seit der Liberalisierung der Gasmärkte zwischen mehreren Gasanbietern wählen bzw. kurzfristig wechseln.⁶⁷

Noch deutlicher tritt die Existenz von Märkten bei nicht leistungsgebundenen Energieträgern wie Öl oder Holz hervor, die von den Kunden regelmäßig nachgekauft werden müssen. Für eine Vielzahl unterschiedlicher Märkte sprechen auch die für verschiedene Energieträger ganz unterschiedlichen rechtlichen Rahmenbedingungen.⁶⁸ Während sich der Bezug nicht leistungsgebundener Energieträger wie Holz, Kohle oder Flüssiggas nach dem allgemeinen Kaufrecht richtet, gelten für Fernwärme⁶⁹ und Erdgas⁷⁰ besondere Regeln.

Dass ein Kunde sich für ein bestimmtes System entschieden hat und daher auf dem Sekundärmarkt nur noch zwischen systemkompatiblen Verbrauchsgütern wählen kann, schränkt zwar seine Auswahl ein, lässt aber – wie z. B. auch die Wahl zwischen Benzin- und Diesel-Personenkraftwagen – weder die Marktqualität des Sekundärmarktes noch die Qualifizierung der Kunden auf diesem Markt als Nachfrager entfallen.

V. Wettbewerb auf den Märkten für Wärmeenergieträger

Die Marktabgrenzung ist kein Selbstzweck. Sie ist Vorfrage für die Bestimmung des Adressatenkreises von Normen, die den Wettbewerb bzw. individuelle Marktteilnehmer schützen. Eine Preiskontrolle in analoger Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB kommt nach der Rechtsprechung nur gegenüber Vertragsparteien in Betracht, die über eine „Monopolstellung“ verfügen. Der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht unterliegen nur „marktbeherrschende“ (§§ 19 f., 29 GWB) oder jedenfalls „marktstarke“ Unternehmen (§ 20 GWB). Je weiter ein Markt abgegrenzt wird, desto unwahrscheinlicher ist es, dass einzelne Unternehmen auf diesem Markt eine solche

57 *Ehricke*, JZ 2005, 599, 605; ebenso *Giefers*, ET 1999, 177, 178; Monopolkommission, Neuntes Hauptgutachten 1990/1991, BR-Drs. 490/92, 246 Tz. 510 f.; siehe aber Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 49, BT-Drs. 16/7087, 109 Tz. 443 mit Fn.350.

58 *Ehricke*, JZ 2005, 599, 605.

59 *Eckert*, ZfE 1981, 100, 105 ff.

60 *Klaue*, ZNER 2008, 107, 110 f.; ZNER 2009, 33; ebenso *Eckert*, ZfE 1981, 100, 105 ff.

61 *Klaue*, ZNER 2008, 107, 110; ähnlich *Eckert*, ZfE 1981, 100, 106; vorsichtiger *Klaue*, ZNER 2009, 33.

62 So schon zu Recht Monopolkommission, Neuntes Hauptgutachten 1990/1991, BR-Drs. 490/92, 245 f. Tz. 509.

63 So schon BGHZ 151, 274, 282 (Urt. v. 9.7.2002 – Az. KVR 21/07).

64 So schon *Säcker*, N&R 2008, 134, 135.

65 *Jäger*, RdE 2008, 275, 278.

66 Der Gesetzgeber hat die Fernwärme bewusst aus dem Anwendungsbereich des EnWG (und damit auch der für Strom und Gas geltenden Entflechtungs- und Netzzugangsvorschriften) ausgeklammert, dazu die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 613/04, 75, 78. Trotzdem wird für Großstädte wie Berlin die Ermöglichung von Wettbewerb auch im Fernwärmenetz diskutiert, vgl. z. B. den Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, der Fraktion der CDU und der Fraktion der FDP, LT-Drs. (Berlin) 16/1502.

67 Gaslieferverträge innerhalb der Grundversorgung können gemäß § 20 Abs. 1 S. 1 GasGVV mit einer Frist von einem Monat zum Ende eines Kalendermonats gekündigt werden. Für Gaslieferverträge außerhalb der Grundversorgung ist die Höchstlaufzeit bei Verwendung von AGB wegen § 309 Nr. 9 BGB auf zwei Jahre begrenzt.

68 Zur Relevanz unterschiedlicher Regelungsregimes für die räumliche (und letztlich auch sachliche) Marktabgrenzung vgl. *Immenga/Körber* (Fn. 32), Art. 2 FKVO Rn. 152 ff.

69 Bei der Fernwärmeversorgung besteht auf Seiten des Fernwärmeanbieters zwar kein Kontrahierungszwang, wird aber ein Vertrag geschlossen, so dürfen die Preise nur aufgrund einer vertraglich vereinbarten Preisgleitklausel unter den Voraussetzungen des § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV geändert werden.

70 Die Gasversorgung ist durch einen Kontrahierungszwang des Grundversorgers nach § 36 EnWG und durch das Recht des Grundversorgers auf einseitige Preisanpassung nach § 5 Abs. 2 GasGVV bzw. durch Preisanpassungsklauseln in Sonderkundenverträgen geprägt.

Stellung erlangen. Lehnt man einen einheitlichen Wärmemarkt ab, so führt dies mithin zu einer potentiellen Ausweitung des Anwendungsbereichs der betreffenden Regelungen. Damit ist allerdings noch nicht gesagt, dass die Anbieter mit den höchsten Marktanteilen einer staatlichen Kontrolle am Maßstab des Zivilrechts oder des Kartellrechts unterliegen müssten. Um dies festzustellen, bedarf es vielmehr einer sorgfältigen Analyse sowohl des Wettbewerbs durch alternative Anbieter desselben Energieträgers als auch des Substitutionswettbewerbs seitens zwar nicht demselben Markt zugehöriger, aber doch langfristig zur Substitution geeigneter anderer Energieträger.⁷¹

1. Systeminterner Wettbewerb

Auch wenn sich ein Energienachfrager mit dem Erwerb einer bestimmten Heizanlage für geraume Zeit auf einen bestimmten Energieträger festgelegt hat, kann systeminterner Wettbewerb zwischen verschiedenen Anbietern dieses Energieträgers disziplinierende Wirkungen entfalten. Insoweit ist zu differenzieren: Seit jeher besteht Wettbewerb auf den Märkten für *nicht leitungsgebundene Energieträger* (Heizöl, Holzpellets, Flüssiggas, Kohle etc.). Hier kann der Nachfrager unter einer Vielzahl von Anbietern auswählen und Preisschwankungen durch Anpassung der Beschaffungsmenge für sich nutzen. Auf diesen Märkten besteht Wettbewerb.

Aus technischen Gründen verläuft der Bezug von *leitungsgebundenen Energieträgern* anders, nämlich bei Bedarf kontinuierlich, da diese Energieträger auf Seiten des Nachfragers nicht mit ökonomisch sinnvollem Aufwand speicherbar sind. Allerdings kann der Nachfrager in der Regel Preisdifferenzen für einzelne Beschaffungszeiträume nutzen, indem er nach deren Ablauf den Anbieter wechselt. Das Bestehen von Wettbewerb auf dem HuK-Gasmarkt wird zwar bezweifelt, weil immer noch kein funktionierender Durchleitungsmechanismus zur Verfügung stehe.⁷² Doch haben sich nach anfänglichen Anlaufschwierigkeiten standardisierte Verfahren zum Lieferantenwechsel etabliert.⁷³ Heute konkurrieren in praktisch jedem Versorgungsgebiet mehrere Erdgasanbieter.⁷⁴ Es liegt am Nachfrager selbst, diesen Wettbewerb anzunehmen. Ihm wird lediglich ein – durch einschlägige WWW-Seiten erleichtert – Vergleich des Preis-Leistungs-Verhältnisses samt nachfolgender Änderung der Vertragsbeziehungen abverlangt, wie bei jedem anderen Nachfrager irgendeines anderen Produkts auch. Anfängliche Rechtsunsicherheiten sind heute beseitigt. Der – unbegründeten⁷⁵ – Sorge, bei Wechsel des Gasanbieters oder bei Insolvenz des neuen Anbieters am Ende ganz ohne Gaslieferung dazustehen, kann durch entsprechende Aufklärung begegnet werden. Wettbewerb ist also möglich.

Längerfristig auf einen bestimmten Anbieter festgelegt sind lediglich diejenigen Kunden, die sich für den Bezug von *Fernwärme* entschieden haben, denn in Wärmenetzen existiert bisher kein Durchleitungswettbewerb.⁷⁶

2. Systemexterner Substitutionswettbewerb

Neben die disziplinierenden Wirkungen des Wettbewerbs auf dem betreffenden Energieträgermarkt kann systemexterner Wettbewerbsdruck im Sinne eines Substitutionswettbewerbs durch andere, nicht dem konkreten Markt zuzurechnende Energieträger treten. Dass die Anbieter alternativer Energie-

träger – wie in dem der Entscheidung „Fernwärme für Börn-sen“ zugrundeliegenden Sachverhalt – das Wettbewerbsverhalten ihrer Substitutionskonkurrenten genau beobachten und oftmals mit Mitteln des GWB oder UWG zu kontrollieren suchen, indiziert, dass dieser Wettbewerb auch von den Energieversorgern selbst als relevant angesehen wird. Trotzdem bleibt eine abschließende Bewertung schwierig.

a) Dynamisierung des Wettbewerbs

Spürt man der Relevanz des Substitutionswettbewerbs nach, so ist zunächst zu berücksichtigen, dass das lange Zeit vergleichsweise statische Wettbewerbsumfeld auf dem Wärmeenergiesektor in jüngerer Zeit durch rasante technische und rechtliche Entwicklungen erheblich an Dynamik gewonnen hat. Schon in der Vergangenheit hat der *dominierende Wärmeenergieträger* mehrfach gewechselt, namentlich von Holz zu Kohle, von Kohle zu Öl und von Öl zu Erdgas. Dass ein ehemaliger Marktführer zur Bedeutungslosigkeit absinken kann, lässt sich am Beispiel der Kohle demonstrieren. In den sechziger Jahren des 20. Jahrhunderts hatte die Kohle bei beheizten Wohnungen einen Anteil von 83%, der bis Ende der siebziger Jahre auf 13% gefallen ist.⁷⁷ Heute spielt die Kohle bei Neuinstallationen von Energieträgern nur noch eine untergeordnete Rolle; in Thüringen liegt ihr Anteil z. B. nur noch bei etwa 1,5%.⁷⁸ Derzeit gerät die Spitzenposition des Erdgases zunehmend unter Druck. Hatten z. B. in Berlin früher 80% der Neubauten einen Gasanschluss, so lag der Anteil Mitte 2009 nur noch bei 50%.⁷⁹ In Thüringen ist der Anteil von Erdgas bei Neubauten binnen sechs Jahren von etwa 60% auf 44% gesunken, während der Anteil von Wärmepumpen von unter 10% auf 43% gestiegen ist.⁸⁰ Neue Technologien wie der Einsatz von hocheffizienten Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen und regenerierbaren Energieträgern sowie der Bezug von Fernwärme werden weiter an Bedeutung gewinnen.⁸¹

In praktisch jedem Gebäude ist bereits ein Heizsystem installiert. Damit ist es Anbietern von Energieträgern, abgesehen von Neubaugebieten, kaum möglich, gänzlich neue Absatzgebiete zu erschließen. Zusätzlich ist aufgrund der politisch massiv geförderten energetischen Sanierung ein erheblich sinkender Wärmebedarf bei Altbauten zu erwarten. Die Folge ist ein *schrumpfender Gesamtwärmebedarf*. So prognostiziert die im Auftrag des Bundesumweltministeriums erstellte Leitstudie 2008 für das Jahr 2020 ein Sinken der Wärmenachfrage auf 82% des heutigen Wertes sowie ein weiteres Sinken auf 50% bis zum Jahr 2050.⁸² Aus diesen Beobachtungen können zwei Schlussfolgerungen abgeleitet werden: *Erstens*

71 Ähnlich jüngst Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 54, 2009, 63 ff. Tz. 131 ff.

72 Schmidt, WuW 2008, 550, 557.

73 So auch Flasbarth, BB 2008, 1363, 1364.

74 Vgl. Flasbarth, BB 2008, 1363, 1364.

75 Vgl. § 38 EnWG: Ersatzversorgung (gesetzliches Schuldverhältnis mit dem Grundversorger i.S.d. § 36 EnWG), wenn der Vertragspartner weg- oder ausfällt.

76 Siehe dazu bereits Fn. 66.

77 Vgl. Tabelle 1 bei Karte/Piltz, ET 1981, 127, 128.

78 Statistisches Landesamt Thüringen, Auswertung 11/08.

79 So der Vorstand der Berliner Gaswerke Aktiengesellschaft (GASAG) Prohl im Interview mit der Berliner Morgenpost, abrufbar unter <http://www.morgenpost.de/printarchiv/wirtschaft/article1107734/Gasag_will_jetzt_auch_Strom_verkaufen.html> (zuletzt abgerufen am 1.9.2009).

80 Statistisches Landesamt Thüringen, Auswertung 11/08.

81 Vgl. Nitsch, ET 2008, 24, 25 f.

82 Dazu Nitsch, ET 2008, 24, 25.

sinkt die Absatzmenge selbst unter der Prämisse eines insgesamt gleichbleibenden Kundenbestands. *Zweitens* können die Anbieter eines Energieträgers Neukunden nur auf Kosten der Anbieter anderer Energieträger dazugewinnen. Dies lässt in Zukunft einen zunehmend aggressiven Wettbewerb um die Gewinnung von Neukunden und um die Bindung von Bestandskunden erwarten. Die Anbieter leitungsgebundener Energieträger stehen insoweit aufgrund hoher Fixkosten unter einem besonderen Erfolgsdruck.

b) Ausstrahlung des Neukundenwettbewerbs auf die Bestandskundertarife

Ist bei einem Neubau die Entscheidung über eine Heizanlage zu treffen oder steht diese Entscheidung erneut an, weil eine Heizanlage erneuert werden muss, so fällt damit zugleich die Entscheidung über den in der Folgezeit zu beziehenden Energieträger, die ihrerseits ein wesentlicher Faktor für die Wahl der Heizanlage ist. Deshalb herrscht zu diesem Zeitpunkt ein zumindest mittelbarer Wettbewerb auch der Anbieter von Energieträgern um potentielle Neukunden. Dieser Neukundenwettbewerb kann im Sinne eines Substitutionswettbewerbs auf die Märkte für Wärmeenergieträger (z. B. auf den HuK-Gasmarkt) ausstrahlen, dort die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung trotz nominell hoher Marktanteile infrage stellen und letztlich eine Ausbeutung der „gefangenen“ Abnehmer verhindern.⁸³ Dies setzt allerdings dreierlei voraus: *Erstens* muss es überhaupt möglich sein, tatsächliche Unterschiede zwischen verschiedenen Energieträgern – insbesondere über den Preis – als Wettbewerbsfaktoren einzusetzen. *Zweitens* muss eine Preisdiskriminierung zwischen Bestandskunden (Altkunden) und Neukunden aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ausgeschlossen sein. *Drittens* muss es sich für die Anbieter lohnen, durch Preisnachlässe um Neukunden zu werben, obwohl diese Preisnachlässe auch an die Bestandskunden weitergegeben werden müssen und daher die Gewinnmargen im Bestandskundengeschäft reduzieren.

In Bezug auf den *ersten Aspekt* wird verbreitet betont, dass zwischen Öl und Erdgas aufgrund der Ölpreisbindung des Gases kein Preiswettbewerb bestehe.⁸⁴ Insoweit sind viele Fragen offen. Selbst wenn die Ölpreisbindung noch zeitgemäß und mit kartellrechtlichen Anforderungen vereinbar sein sollte (was bezweifelt werden darf), könnte ihr Bestehen auch als Ausdruck möglichen Wettbewerbs interpretiert werden, der durch die Preisbindung gedämpft werden soll.⁸⁵ Dagegen spricht allerdings, dass parallele Preisentwicklungen bei Öl und Erdgas auch bei Fehlen einer solchen Preisbindung zu beobachten sind.⁸⁶ Ganz allgemein wird die Relevanz des Preiswettbewerbs einerseits durch die mangelnde Vorhersehbarkeit der Energiepreise relativiert,⁸⁷ andererseits zeigt die Erfahrung, dass die Wechselbereitschaft durch schockartige Energiepreisschübe und Versorgungskrisen (wie jüngst auf dem Erdgasmarkt) begünstigt wird. Dies könnte zu einer weiteren Erosion der derzeitigen Dominanz des Erdgases beitragen und den Wettbewerbsdruck ebenso intensivieren wie staatliche Anreize, die auf eine Erhöhung des Anteils erneuerbarer Energieträger und auf Energieeinsparung zielen.⁸⁸

Hinsichtlich des *zweiten Aspekts* ist zwischen rechtlichen und faktischen Gründen zu differenzieren, die einer Preisdiskriminierung entgegenstehen. Kartellrechtlich kann eine Preisdiskriminierung in Konflikt mit § 20 Abs. 1 und 2 GWB geraten.⁸⁹ Energierechtlich verhindert bei Erdgaskunden in-

nerhalb der Grundversorgung auch § 36 Abs. 1 EnWG eine Preisdiskriminierung. Hinzu kommt, dass eine Diskriminierung der Bestandskunden angesichts der heute vergleichsweise großen Transparenz den Neukunden nicht verborgen bliebe. Da jeder Neukunde nach der Bindung an einen bestimmten Anbieter zum Bestandskunden wird, dürfte eine ausbeuterische Preispolitik gegenüber Bestandskunden negativ auf die Entscheidung für einen bestimmten Energieträger bzw. Anbieter zurückschlagen.⁹⁰ In der Praxis sind solche Diskriminierungen daher, soweit ersichtlich, nicht anzutreffen.

Der *dritte Aspekt* ist weniger juristischer als ökonomischer Natur. Während einige Autoren und Gerichte die disziplinierende Wirkung des Neukundenwettbewerbs beschwören,⁹¹ schätzen andere seine Bedeutung als „verschwindend gering“ ein und betonen, die Aussicht, einige wenige Neukunden (einschließlich wechselwilliger Bestandskunden anderer Anbieter) zu gewinnen, sei kaum geeignet, die Anbieter zu Preisnachlässen zu motivieren, die dann auch an die Masse der Bestandskunden weitergegeben werden müssten.⁹² Rechtstatistische bzw. ökonomische Untersuchungen zu dieser Frage liegen, soweit ersichtlich, nicht vor. Geht man von einer durchschnittlichen Lebensdauer der Heizanlagen von 15 Jahren aus, so stehen jedes Jahr knapp 7 % der Bestandskunden vor der Wahl, ob sie den Wärmeenergieträger wechseln wollen. Zusammen mit potentiell gewinnbaren Neukunden lässt sich insoweit ein Wechselpotential von vielleicht 10 % errechnen.⁹³ Auch wenn dies bisher unzureichend sein mag, um aggressiveren Wettbewerb herauszufordern, dürfte der insgesamt schrumpfende Markt für Wärmeenergieträger den Druck in Zukunft erhöhen. Ggf. bedarf es aber auch weiterer Motivierung durch den Staat, um Bewegung in die Energiemärkte zu bringen, auf denen der Wettbewerb bisher durch das sich wechselseitig verstärkende Zusammenspiel geringer Preisunterschiede mit geringer Wechselwilligkeit der Kunden nicht recht in Gang kommen will.

c) Investor-Nutzer-Dilemma und „Contracting“

Der Kartellsenat des BGH⁹⁴ und Teile der Literatur⁹⁵ nehmen an, dass der ohnehin geringe Substitutionswettbewerb weiter dadurch geschwächt werde, dass vielen Letztverbrauchern noch nicht einmal die rechtliche Befugnis zur Entscheidung über das Heizsystem und damit auch über den zu beziehenden Energieträger zustehe. Im Falle des Wohnungseigentums ist im Regelfall die Wohnungseigentümergeinschaft Bedarfs-

83 Dazu bereits oben, bei Fn. 15 ff. u. 57 f.

84 Säcker, N&R 2008, 134, 135; Fricke, WuM 2005, 547, 549; Wolf, BB 1989, 993, 995; Karte/Piltz, ET 1981, 127, 129.

85 Klaue, ZNER 2007, 414, 415.

86 Erdmann/Zweifel, Energieökonomik, 2008, S. 239, am Beispiel der Vereinigten Staaten von Amerika.

87 Wolf, BB 1989, 993, 994.

88 Siehe n oben, in Fn. 4.

89 Säcker, N&R 2008, 134, 135.

90 Monopolkommission, Neuntes Hauptgutachten 1990/1991, BR-Drs. 490/92, 246 Tz. 511; so auch Büdenbender, Zulässigkeit der Preiskontrolle von Fernwärmeversorgungsverträgen nach § 315 BGB, 2005, S. 87 f.

91 Oben, bei Fn. 15 f. u. 57; siehe auch Büdenbender (Fn. 90), S. 87 f.; Kuhn/Tüngeler, NJW 2005, 1313, 1314 f.

92 Säcker, N&R 2008, 134, 135; Schmidt, WuW 2008, 550, 553; Halfmeier, VuR 2006, 417, 420.

93 Vgl. Klaue, ZNER 2007, 414, 414.

94 BGH, NJW 2009, 1212, 1213 Rn. 8 (Beschl. v. 10.12.2008 – Az. KVR 2/08) (= N&R 2009, 129); NJW 2008, 2172 (Urt. v. 29.4.2008 – Az. KZR 2/07) (= N&R 2008, 132).

95 Schmidt, WuW 2008, 550, 555; Wolf, BB 1989, 993, 994.

disponentin (Verbrauchsdisponentin).⁹⁶ Sie wird auch Vertragspartner des Energielieferanten.⁹⁷ Der einzelne Wohnungseigentümer, der letztlich die Heizkosten tragen muss, ist darauf beschränkt, intern auf die Willensbildung der Gemeinschaft nach § 21 WEG einzuwirken. Ähnlich verhält es sich bei der Vermietung von Räumen. Im Regelfall ist der vermietende Eigentümer Vertragspartner des Energielieferanten und damit Nachfrager des Energieträgers. Als Eigentümer steht ihm die Befugnis über die Auswahl des Heizungssystems zu. Damit liegen Investitionsentscheidung und Energieträgerauswahl in seiner Hand, während die Heizkosten letztlich von den Mietern zu tragen sind (§ 556 BGB).

Allerdings greift die Annahme, dass der Vermieter mit Blick auf die Kostentragung durch die Mieter kein Interesse an einer preisgünstigen Wärmeversorgung habe, heute zu kurz.⁹⁸ Die Heizkosten werden aufgrund ihres sprunghaften Anstiegs in den letzten Jahren zunehmend relevant für die Vermietbarkeit von Wohnungen und für den erzielbaren Kaltmietzins. Der Mieter hat gemäß § 16 Abs. 2 S. 2 EnEV einen Rechtsanspruch auf Einsicht in den Energieausweis, der den Energiebedarf bzw. den Energieverbrauch ausweisen muss.⁹⁹ Aufgrund der dadurch gesteigerten Transparenz ist die Energieträgerpräferenz potentieller Mieter heute deutlich wichtiger als in früheren Zeiten.¹⁰⁰

Insbesondere im Rahmen bestehender Mietverhältnisse kann es trotzdem zu einem Investor-Nutzer-Dilemma kommen,¹⁰¹ das darin besteht, dass der Eigentümer (zunächst) die Kosten für energietechnische Sanierungen und für die Erneuerung der Heizanlage tragen muss, die unmittelbaren Vorteile daraus aber nicht er, sondern die Mieter als Energieverbraucher ziehen. Dem kann freilich durch das in letzter Zeit aufblühende Geschäftsmodell des „Contracting“¹⁰² begegnet werden. Danach übernimmt ein „Contractor“ die Installation, Finanzierung, Betriebsführung und Wartung des Heizsystems. Der „Contractor“ beschafft auch die erforderlichen Energieträger. Die Kosten für die Heizungsanlage und die Energieträger werden zu einem laufend zu zahlenden Wärmepreis zusammengefasst. Die Einführung des „Contractings“ bei Mietwoh-

nungen soll durch eine Gesetzesinitiative zum Mietrecht erleichtert werden.¹⁰³ Die Beauftragung des „Contractors“ durch den Energienachfrager ist attraktiv, weil sich der Nachfrager nicht mehr selbst um die mit der Wärmebereitstellung verbundenen Aufgaben kümmern und zugleich geringere Wärmepreise zahlen muss, wenn der „Contractor“ die Energieversorgung effizienter gestalten kann. Damit werden die eine Umrüstung potentiell hindernden Investitionskosten von einem langfristig zu zahlenden Wärmepreis aufgefangen. Der Substitutionswettbewerb zwischen verschiedenen Energieträgern wird hierdurch in Zukunft weiter an Dynamik gewinnen. Verschwimmen durch zunehmendes „Contracting“ die Grenzen zwischen dem Primärmarkt für Heizanlagen und den Sekundärmärkten für Wärmeenergieträger, so könnte sogar die derzeit negativ entschiedene Frage nach einem einheitlichen Wärmemarkt eine Renaissance erleben.¹⁰⁴

96 Ein solches Auseinanderfallen von Bedarfsdisponent und Verbraucher ist ungewöhnlich, aber nicht einmalig; vgl. etwa den Markt für verschreibungspflichtige Medikamente, dazu BGHZ 68, 23 (Beschl. v. 16.12.1976 – Az. KVR 2/76) – *Valium I*; siehe auch *Säcker/Füller* (Fn. 45), § 19 GWB Rn. 2; *Wiedemann*, in: *Wiedemann* (Fn. 37), § 23 Rn. 8.

97 Vgl. § 10 Abs. 4, Abs. 6 S. 1, § 21 WEG. Das gemeinschaftliche Eigentum ist in § 1 Abs. 5 WEG legaldefiniert. Darunter fällt auch die das Gemeinschafts- und Sondereigentum versorgende Zentralheizungsanlage, BGH, NJW 1979, 2391, 2392 (Urt. v. 2.2.1979 – Az. V ZR 14/77).

98 So aber *Jäger*, RdE 2008, 275, 277.

99 Siehe dazu näher *Schmidt*, ZUR 2008, 463.

100 In das Zusammenspiel von Energieausweis und steigenden Energiepreisen werden insoweit große energiepolitische Hoffnungen gesetzt, so *Schmidt*, ZUR 2008, 463, 464; siehe auch *Klaue*, ZNER 2008, 107, 111; zur früheren Situation *Lutz*, RdE 2000, 62, 65.

101 Dazu aus energiewirtschaftlicher Sicht *Erdmann/Zweifel* (Fn. 86), S. 82 f.

102 *Erdmann/Zweifel* (Fn. 86), S. 85 ff., mit Darstellung wirtschaftlicher Vor- und Nachteile von „Contracting“-Lösungen.

103 Zur Diskussion um eine Neuregelung in § 556c BGB siehe das Wortprotokoll 16/72 der 72. Sitzung des Bundestagsausschusses für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung v. 10.11.2008.

104 Nach wie vor zweifelnd auch die Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 54, 2009, 65 Tz. 134 („Definition eines einheitlichen Wärmemarktes auf den Endkundenmärkten nicht zwingend notwendig“).