

# **AGFW-Stellungnahme**

**Regierungsentwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen**

**Empfehlungen der Bundesratsausschüsse  
(BR-Drs. 606/1/16)**

Frankfurt am Main, 29.11.2016

## **Vorschlag zu Artikel 1 Nummer 11a – neu – (§ 29 Satz 1 GWB)**

Die Ausschüsse für Wirtschaft sowie für Agrarpolitik und Verbraucherschutz des Deutschen Bundesrates schlagen dem Deutschen Bundesrat mit den Empfehlungen 4 und 5 in der Drucksache 606/1/16 vor, den Anwendungsbereich der Regelung des § 29 GWB auf den Bereich der Fernwärme zu erstrecken und diesen damit in die verschärfte Preismissbrauchsaufsicht nach dem GWB einzubeziehen. **Das BMWi lehnt eine entsprechende Ergänzung ab.**

## **Der AGFW empfiehlt, § 29 GWB nicht auf Fernwärme zu erweitern.**

### **1. Kein Preismissbrauch möglich**

Zum Zeitpunkt des erstmaligen Anschlusses eines Gebäudes an die Fernwärme – sowohl eines Neubaus als auch eines umgerüsteten Altbaus – trifft der Gebäudeeigentümer seine Entscheidung in aller Regel im hart umkämpften Wettbewerb der Heizsysteme. Ein rationaler Wärmekunde wird sein Gebäude nur dann an die Fernwärme anschließen, wenn im Vollkostenvergleich die zu erwartenden Preise der Fernwärme nicht die Kosten einer alternativen Versorgung übersteigen werden. Umgekehrt schließt ein rationales Fernwärmeversorgungsunternehmen einen Kunden nur dann an, wenn die zu erwartenden Erlöse zumindest die variablen Kosten decken. Beide Vertragspartner schließen damit eine Preisvereinbarung im freien Wettbewerb der Heizsysteme. Zu diesem Zeitpunkt ist ein Preismissbrauch des Fernwärmeversorgungsunternehmens undenkbar. Vor diesem Hintergrund entspricht die Annahme nicht der Realität, dass das Fernwärmeversorgungsunternehmen einen beliebigen von ihm kalkulierten Preis festlegen und durchsetzen könnte.

Der freie Wettbewerb der Heizsysteme wird nur im Ausnahmefall eingeschränkt, etwa durch kommunale Satzungen (Anschluss- und Benutzungszwang). Diese Fälle sind in der Praxis selten: Lediglich 1 % des Wärmemarkts wird durch eine solche Satzung überlagert und nicht einmal 9 % der Fernwärme wird in Satzungsgebieten abgesetzt. Außerdem sehen die Satzungen aus rechtlichen Gründen Befreiungen für Heizsysteme vor, die mit erneuerbare Energien betrieben werden (OVG Weimar, Urt. v. 24. September 2007, Az. 4 N 70/03). Deshalb existiert selbst in Satzungsgebieten der Wettbewerb der Heizsysteme.

Aber auch nach einem Anschluss an die Fernwärmeversorgung verfügt das Fernwärmeversorgungsunternehmen über keine Preissetzungsspielräume. Anders bei der Grundversorgung mit Strom und Gas (§§ 5, 5a StromGKV/GasGKV) kann das Fernwärmeversorgungsunternehmen seine Preise nicht beliebig festsetzen. Vorformulierte Preisgleitklauseln i. S. d. § 1 Abs. 1 AVBFernwärmeV unterliegen den Anforderungen des § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV. Danach müssen die Preisgleitklauseln zum einen die Kostenentwicklung des Unternehmens bei der Erzeugung und Bereitstellung der Fernwärme angemessen berücksichtigen, zum anderen die Verhältnisse auf dem Wärmemarkt. Über die richtige Gestaltung der Klauseln wacht die Rechtsprechung (BGH, Urt. v. 6. April 2011, Az. VIII ZR 66/09; Urt. v. 6. April 2011, Az. VIII ZR 273/09; Urt. v. 6. Juli 2011, Az. VIII ZR 37/10; Urt. v. 13. Juli 2011, Az. VIII ZR 339/10; Urt. v. 25. Juni 2014, Az. VIII ZR 344/13). Die Anwendung der Preisgleitklauseln führt dazu, dass der bei Vertragsbeginn im Wettbewerb vereinbarte Preis entsprechend der Kostenentwicklung und der Entwicklung der Verhältnisse auf dem Wärmemarkt fortgeschrieben wird. Aus diesem Grund ist einem Fernwärmeversorgungsunternehmen auch während der Laufzeit nicht möglich, die Preise beliebig zu setzen. Darüber hinaus bewirkt das in § 24 Abs. 4 S. 1 AVBFernwärmeV verankerte Gebot, die Wärmemarktverhältnisse zu berücksichtigen, dass sich die Fernwärmepreise nicht losgelöst von den Preisen anderer konkurrierender Heizsysteme entwickeln. In der Praxis verbreitet und von der Rechtsprechung anerkannt sind insbesondere Heizöl und Erdgas als Marktrepräsentanten (BGH, Urt. v. 25. Juni 2014, Az. VIII ZR 344/13; OLG Brandenburg, Urt. v. 4. September 2014, 12 U 53/13).

Auf Grund von Preisgleitklauseln sind die Fernwärmepreise im Gleichklang mit den Weltmarktpreisen für Öl und Erdgas flächendeckend gesunken, nämlich im Vergleich zwischen Oktober 2016 und Oktober 2015 um 6,4 %, im Vergleich zu Oktober 2013 sogar um 10,6 % (Quelle: Statistisches Bundesamt, Fachserie 17 Reihe 2). Im Übrigen sind die Preise für Gashaushaltskunden im selben Zeitraum nur um 3,9 % bzw. um 5,2 % gesunken. Dieser Effekt widerlegt die Vermutung, dass Fernwärmeversorgungsunternehmen ihre Preise missbräuchlich festsetzen. Im Übrigen hat bereits das Bundeskartellamt im Zuge seiner Sektoruntersuchung keine Anhaltspunkte für einen flächendeckenden Preismissbrauch festgestellt (BKartA, Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung Fernwärme, 2012, Tz. 6).

## **2. Keine Marktmacht Fernwärmeversorgungsunternehmen**

Entscheidend ist, dass Fernwärmeversorgungsunternehmen überhaupt nicht über Marktmacht verfügen. Sie werden durch den Substitutionswettbewerb der Heizsysteme diszipliniert. Das gilt auch für bereits angeschlossene Fernwärmekunden. Zum Vertragsende prüft ein rationaler Fernwärmekunde unter Rückgriff auf einen Vollkostenvergleich, ob eine etwaige alternative Versorgung günstiger ist und kündigt den Vertrag, wenn das der Fall ist. Von dieser Möglichkeit machen Großkunden wie etwa die Wohnungswirtschaft Gebrauch, etwa um das Vertragsende zu Preisverhandlungen zu nutzen oder gar auf Wärmeversorgung in Eigenregie oder vermittelt durch einen dritten Energiedienstleister umzurüsten. Auch Haushaltskunden nutzen diese Möglichkeit selbst dann, wenn die Fernwärme mit einer sehr hohen ökologischen Qualität bereitgestellt wird. So berichten Fernwärmeversorgungsunternehmen aus dem Münchner Raum, die die Fernwärme aus Geothermie erzeugen, dass Kunden ihr Gebäude auf eine andere Heiztechnologie umrüsten.

Diese Gegebenheiten berücksichtigt die Kartellrechtspraxis bislang noch nicht hinreichend. Die bisherige Untersuchung drehte sich im Schwerpunkt um die juristische Frage der Markt-abgrenzung (Schlagwort: Produktmarkt Fernwärme versus einheitlicher Wärmemarkt). Die Kartellbehörden grenzen den Markt in aller Regel auf das Produkt Fernwärme ein. Dies erlaubt aber noch nicht die Schlussfolgerung, dass ein Unternehmen, das auf einem bestimmten Produktmarkt beherrschend ist, zugleich in der Lage ist, diese Stellung missbräuchlich auszunutzen. Diese Annahme entspricht weder der Wettbewerbsökonomie („monopolistische Konkurrenz“) noch der Rechtslage (BGH, Urt. v. 10. Dezember 2008, Az. KVR 2/08 – Stadtwerke Uelzen). Es ist nicht ersichtlich, dass bislang die Wettbewerbseinflüsse konkurrierender Heizsysteme auf die Fernwärme untersucht worden sind.

## **3. Preistransparenz**

Fernwärmepreise sind transparent. Gem. § 1 Abs. 4 AVBFernwärmeV müssen Fernwärmeversorgungsunternehmen ihre Preise auf geeignete Weise öffentlich bekannt geben. Hierbei nutzen sie eine Vielzahl von Medien (Internet, Amtsblatt, Tageszeitung usw.). Nach Recherchen des AGFW veröffentlichen 80 % seiner Mitgliedsunternehmen ihre Preise im Internet. Das ermöglicht jedem Interessierten einen schnellen Blick auf die Fernwärmepreise des anässigen und anderer Fernwärmeversorgungsunternehmen.

Entscheidend ist aber, dass einem Kunden ein Preisvergleich zwischen verschiedenen Fernwärmeversorgungsunternehmen kaum etwas nützt. Ihn interessiert, welche Kosten er zur Deckung des Wärmebedarfs anstelle der bereit gestellten Fernwärme tragen müsste. Hierbei vergleicht jeder Kunde die Gesamtkosten mit anderen Heizsystemen. Die Preise anderer Fernwärmeversorgungsunternehmen sind für ihn irrelevant, weil die Fernwärmesysteme andernorts liegen und ihn nicht versorgen könnten.

Preisvergleiche unter Vollkostenbedingungen sind heizsystemübergreifend verbreitet und werden von einer Vielzahl von Institutionen erstellt (AGFW; ASUE; BDEW; C.A.R.M.E.N.; Leipziger Institut für Energie).

#### **4. Einbeziehung der Fernwärme in § 29 GWB gefährdet energiepolitische Transformation der Wärmenetze**

Die Fernwärmeversorgungsunternehmen stehen vor der großen Herausforderung, ihre Fernwärmesysteme auf erneuerbare Energien umzustellen. Hierbei stehen eine Reihe vielversprechender Technologien zur Verfügung, insbesondere die Erzeugung von Wärme durch erneuerbaren Strom (Power to Heat), die unmittelbare Nutzung erneuerbarer Energieträger (Geothermie, Solarthermie, Biomasse) und die Erschließung von Abwärmequellen. Diese Umrüstung erfordert jedoch hohe Investitionen, die im Substitutionswettbewerb nur sehr langsam und mühsam refinanziert werden müssen.

Ein Preisvergleich am günstigen Fernwärmeversorgungsunternehmen, wie § 29 GWB es mit sich bringt, würde diese Anstrengungen untergraben. Denn unter derzeitigen Marktbedingungen wäre die ökonomisch sinnvollste Lösung zugleich die umweltpolitisch fragwürdigste Methode, nämlich die Erzeugung der Wärme aus Kohle. Werden Fernwärmeversorgungsunternehmen, die Wärme aus erneuerbaren Energien erzeugen wollen, am Preisniveau von Unternehmen gemessen, die Wärme aus Kohle erzeugen, würden sie die Umrüstung unterlassen.

Vergleichbare Erfahrungen haben bereits die ostdeutschen Fernwärmeversorgungsunternehmen gemacht. Ihnen wird auch heute noch von den Kartellbehörden vorgehalten, ihre Preise seien im Vergleich zu westdeutschen Unternehmen vermeintlich zu teuer.

Das liegt daran, dass die ostdeutschen Unternehmen nach der Wende flächendeckend ihre Erzeugung von Braunkohle auf Gas umgestellt und die damit verbundenen Emissionen von Luftschadstoffen (Stick- und Schwefeloxide) und von Klimagasen (Kohlenstoffdioxid) auf einen Bruchteil gesenkt haben. Die Beschaffung von Erdgas ist aber wesentlich teurer als die von Kohle.

Demgegenüber ist sich die Europäische Kommission der Rolle der Fernwärme auf dem hart umkämpften Wärmemarkt bewusst. Gerade vor diesem Hintergrund hat sie die Förderung des Aus- und Neubaus von Wärmenetzen nach § 18 KWKG 2016 beihilferechtlich genehmigt:

„On the heat market, owners of district heating facilities will be in competition with individual boiler solutions but also in competition with other heat sources injecting heat into the district heating network, including waste heat and heat from waste incineration. An aid measure is therefore necessary to trigger the investment.“ (Europäische Kommission, Beihilfegenehmigung zum KWKG 2016 vom 24.10.2016, Az. SA.42393, Tz. 224; ähnl. Tz. 49).

Ihre Ansprechpartner:

RA Adolf Topp  
Stellvertretender Geschäftsführer  
Bereichsleiter Recht und Europa  
+49 69 6304-412  
a.topp@agfw.de

Dr. iur. Norman Fricke  
Referent Fernwärmerecht  
Recht und Europa  
+49 69 6304-207  
n.fricke@agfw.de

Herausgeber:

AGFW | Der Energieeffizienzverband für Wärme, Kälte und KWK e.V.

Stresemannallee 30, D-60596 Frankfurt am Main  
Postfach 70 01 08, D-60551 Frankfurt am Main

Telefon: +49 69 6304-1  
Telefax: +49 69 6304-391  
E-Mail: [info@agfw.de](mailto:info@agfw.de)  
Internet: [www.agfw.de](http://www.agfw.de)

AGFW ist der Spitzen- und Vollverband der energieeffizienten Versorgung mit Wärme, Kälte und Kraft-Wärme-Kopplung. Wir vereinen über 500 Versorgungsunternehmen (regional und kommunal), Contractoren sowie Industriebetriebe der Branche aus Deutschland und Europa. Als Regelsetzer vertreten wir über 95 % des deutschen Fernwärmeanschlusswertes.

© copyright  
AGFW, Frankfurt am Main