

Rechtlich gewährleistete Eigentumsfreiheit

## Kein Anspruch Dritter auf Zugang zu Fernwärmenetzen

Die gekoppelte Erzeugung von Strom und Wärme hat viele Vorteile und eröffnet viel versprechende Ertragschancen. Diese Chance wollen auch Investoren kleinerer Anlagen – wie BHKW-Betreiber oder Contractoren – nutzen. Häufig fehlt es solchen Betreibern jedoch an einem vorhandenen Kundenkreis, bei dem sie die erzeugte Wärme absetzen können. Unter dem Stichwort »Erschließen neuer Wärmesenken« geben sie sich auf die Suche nach Absatzgebieten.

**D**och meist verbirgt sich hinter dieser Losung nicht die eigenverantwortliche Gewinnung neuer Kunden durch den Aufbau eines eigenen Leitungsnetzes, sondern der Wunsch Wärme durch ein bestehendes Wärmenetz eines anderen Fernwärmeversorgungsunternehmens (im Folgenden Wärmenetzbetreiber) durchzuleiten oder sich gar auf eine Einspeisung in das Wärmenetz zu beschränken. Unter der Voraussetzung, dass die technischen Parameter zwischen dem Einspeisewilligen und dem Wärmenetzbetreiber miteinander in Einklang zu bringen sind, steht einer vertraglichen Vereinbarung der Beteiligten nichts entgegen.

Ist aber der Wärmenetzbetreiber mit der Einspeisung bzw. Durchleitung nicht einverstanden, weil dies etwa negative Auswirkung auf seinen eigenen Betrieb hätte, wird sich der Einspeisewillige mitunter auf einen vermeintlich bestehenden rechtlichen Anspruch auf Netzzugang berufen wollen. Doch einen besonderen gesetzlichen Zugangsanspruch zu Wärmenetzen gibt es

im Gegensatz zu dem regulierten Netzzugang zu Strom- und Gasnetzen (§§ 20ff. EnWG) nicht. Das Energiewirtschaftsgesetz gilt wegen § 1 Abs. 1 EnWG nur für Strom- und Gasnetze und darf auch nicht entsprechend auf Fernwärme wegen des erklärten gesetzgeberischen Willens<sup>1</sup>, die Fernwärme nicht in den Geltungsbereich des Gesetzes einzubeziehen, angewendet werden.

Es stehen dem einspeisewilligen Wärmerezeuger allenfalls allgemeine Ansprüche aus dem Kartellrecht offen, so eventuell § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB (Behinderungsmisbrauch) und § 20 Abs. 1 GWB (Diskriminierungsverbot) bei der Verweigerung der Einspeisung oder § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB (Zugangsanspruch zu wesentlichen Einrichtungen) bei der Verweigerung der Durchleitung, die jedoch letztendlich allesamt nicht zum Erfolg führen.

Sämtliche Vorschriften setzen eine marktbeherrschende Stellung des Wärmenetzbetreibers voraus. Hierbei wird ein Einspeise- bzw. Durchleitungsmarkt<sup>2</sup> angenommen, auf dem der Wärmenetzbetreiber Marktbeherrscher ist, wenn keine anderweitigen Wärmeleitungen in dem betroffenen Gebiet vorhanden sind. Es bleibt also zunächst auch außen vor, dass auf dem nachgelagerten Markt Wettbewerb besteht. Unter dem nachgela-

gerten Markt versteht man den Markt, welcher der Netznutzung bei Anlegen einer Wertschöpfungskette folgt. Dies ist also der Markt, auf dem die Wärme beim Endkunden abgesetzt wird.

Indes folgt aus der so angenommenen marktbeherrschenden Stellung des Wärmenetzbetreibers allein noch nicht der Netzzugangsanspruch, sondern er ist von weiteren Voraussetzungen abhängig. Diese Voraussetzungen sind je nach heranzuziehender Vorschrift verschieden und können an dieser Stelle nicht vertieft besprochen werden.

Im Wesentlichen handelt es sich immer um dieselbe Kernfrage, die bei der Anwendung der kartellrechtlichen Missbrauchsvorschriften zu stellen ist: Kann dem Inhaber der marktbeherrschenden Stellung ein Vorwurf gemacht werden, weil er den Wettbewerb ohne sachliche Rechtfertigung beeinträchtigt?

Die Beantwortung dieser Frage lässt sich nicht mit einer Faustformel beantworten, denn es müssen stets 2 Interessen gegeneinander abgewogen werden, nämlich das gewünschte Ziel der Schaffung und Aufrechterhaltung des Wettbewerbs gegen die berechtigten Interessen des Inhabers der marktbeherrschenden Stellung. Doch es ist anerkannt, dass auch ein marktbeherrschendes Unternehmen durch die grundrechtlich gewährleistete Eigentumsfreiheit (Art. 14 GG) in seiner Entscheidung grundsätzlich frei ist, ob und wie er sein Eigentum anderen Mitbenutzern zur Verfügung stellt oder nicht.

Außerdem ist das Unternehmen nicht dazu verpflichtet, Wettbewerber zum eigenen Schaden zu fördern, denn insoweit ist das marktbeherrschende Unternehmen in seiner unternehmerischen Betätigungsfreiheit geschützt (Berufsfreiheit aus Art. 12 GG). Diese Prinzipien hatte der Bundesgerichtshof<sup>3</sup> selbst auf Durchleitungsbegehren von Gaslieferanten nach Maßgabe des alten Rechts<sup>4</sup> angewendet. An diese Grundsätze knüpfen auch



Norman Fricke,  
AGFW Der Energieeffizienzverband für Wärme, Kälte und KWK e. V.,  
Frankfurt am Main

<sup>1</sup> Bundestags-Drucks. 613/04, S. 78.

<sup>2</sup> BGH, Urt. v. 15. November 1994 - Gasdurchleitung, NJW 1995, 2718-2724 = RdE 1995, 123-129.

<sup>3</sup> BGH, Urt. v. 15. November 1994 - Gasdurchleitung, NJW 1995, 2718-2724 = RdE 1995, 123-129; siehe aber nunmehr BGH, Art. v. 28. Juni 2005 - Mainova, RdE 2005, 222-228 zur Rechtslage nach § 13 Abs. 4 Nr. 4 GWB n. F.

<sup>4</sup> Vor der Liberalisierung gab es in § 103 GWB a. F. besondere kartellrechtliche Regelungen in Bezug auf die leitungsgebundene Strom- und Gaswirtschaft.

Oberlandesgerichte an, wenn sie bestimmte Verhaltensweisen im Telekommunikationssektor nach allgemeinem Kartellrecht beurteilen und kein spezieller Netzzugangsanspruch nach Telekommunikationsrecht besteht<sup>5</sup>. Diese Rechtslage ist damit auch auf den Fernwärmesektor übertragbar für den – wie eingangs bereits festgestellt – kein spezieller Netzzugangsanspruch besteht.

Angesichts dieser anerkannt-werten Interessen des Netzinhabers ist festzuhalten, dass die Schaffung von Wettbewerb in Netzen kein Selbstzweck ist, sondern immer mit einem Eingriff in Rechte verbunden ist und daher durch besondere Gründe gerechtfertigt werden muss.

Solche Gründe bestehen bei Fernwärmenetzen nicht. Das gilt schon nach dem Grundsatz, dass der Netzbetreiber keine Eigenschädigung hinnehmen muss, wenn der Netzzugang zu einer Gefahr des Verlustes an Kunden an den begünstigten Wettbewerber führt<sup>6</sup>. Wenn also einspeisewillige Anlagenbetreiber nicht neue Wärmesenken dadurch erschließen, dass Wärmekunden ihr Heizsystem erstmals auf einen Anschluss an ein Fernwärmenetz umstellen, sondern sie sich lediglich darauf beschränken wollen, Kunden des Wärmenetzbetreibers abzuwerben, so haben sie bereits aus diesem Grund gegenüber dem Wärmenetzbetreiber keinen Anspruch auf Zugang zum Netz.

Ebenso würde es eine Eigenschädigung mit sich bringen, wenn vom Wärmenetzbetreiber gefordert werden würde, die Eigennutzung zurückzufahren, um Kapazitäten für Wettbewerber zu schaffen<sup>7</sup>. Der Wärmenetzbetreiber wäre aber bei Einspeisung eines Dritten zur Senkung der eigenen Erzeugungsmenge gezwungen, wenn der Einspeisewillige keine neuen Fernwärmekunden erschließt. Diese Ein-

schränkungen des Wärmenetzbetreibers sind auch nicht durch Interessen des Allgemeinwohls gerechtfertigt. So gibt es wettbewerbspolitisch keine Notwendigkeit<sup>8</sup>, den Wärmenetzbetreiber zur Öffnung seiner Netze zu zwingen, wenn auf dem Absatzmarkt ein wirksamer Wettbewerb stattfindet.

Ein solcher Wettbewerb zwischen verschiedenen Energieträgern – wie Heizöl, Erdgas, Fernwärme, Energieholz und anderen – findet bereits statt. Dies belegt auch der im Vergleich zu Heizöl und Erdgas geringe Anteil der Fernwärme am sämtliche Energieträger umfassenden Wärmemarkt. Auf diesem Markt ist der Wärmenetzbetreiber dem Wettbewerb ausgesetzt und muss sich um die Gewinnung und den Erhalt von Kunden bemühen<sup>9</sup>.

Nicht zu unterschätzen ist die Gefahr, dass sich der Wärmenetzbetreiber mit Investitionen in den Neu- und Ausbau des Wärmenetzes zurückhalten wird, wenn sich andere Unternehmen, die nicht das Risiko der Investition in ein Netz auf sich nehmen, nach Fertigstellung des Netzes auf einen Netzzugang berufen können und die Früchte des mühsamen Netzausbaus ernten dürfen. Vielmehr wird dann ein jeder Wärmeerzeuger abwarten, bis ein anderer die Investition tätigt, um dann einen Netzzugangsanspruch geltend zu machen. In einem kürzlich vorgelegten und viel beachteten Gutachten hat *Kirchner*<sup>10</sup> diese Möglichkeit des Trittbrettfahrens als ein Hindernis des erwünschten Ausbaus des Breitbandkabelnetzes identifiziert.

#### Hemmnisse für Wärmenetze

Ähnliche Hemmnisse sind für Wärmenetze zu befürchten. Dies würde aber dem erklärten Ziel<sup>11</sup>

entgegenlaufen, den Ausbau von Wärmenetzen voranzutreiben, weil damit in effizienter Energieausnutzung umwelt- und ressourcenschonend erzeugte KWK-Wärme transportiert werden kann. Das Risiko der ausbleibenden Investitionen ist bei Wärmenetzen besonders groß, da der Aufwand zum Bau des Leitungsnetzes im Vergleich zu anderen Energieleitungsnetzen besonders hoch ist<sup>12</sup>.

Auch sind zugunsten des Wärmenetzbetreibers die besonders langen Amortisationszeiträume zu berücksichtigen. Würde in einem solchen Netz, das sich noch nicht amortisiert hat, Wettbewerb zugelassen werden, würde dies selbst Schäden für den Wettbewerb mit sich bringen<sup>13</sup>, da der Erhalt des Netzes nicht mehr gewährleistet werden kann und dieses womöglich aufgegeben werden muss.

Schließlich ist auch umweltpolitisch eine Einspeisung von Wärme in Wärmenetze nicht wünschenswert. Denn die Wärmeerzeugungsanlage des Wärmenetzbetreibers ist auf eine bestimmte Abnahmemenge ausgelegt, anhand derer der KWK-Prozess optimiert wird. Würde ein Dritter Wärme einspeisen dürfen, wäre die Fahrweise der KWK-Anlage gestört, was eine ineffizientere Nutzung der eingesetzten Primärenergieträger zur Folge hätte.

Die genannten Gründe sind die Ursache dafür, dass Wärmenetzbetreiber in der Regel keine Wärme bei dritten Einspeisern nachfragen. Sie tun dies ausnahmsweise nur dann, wenn ihre eigenen Erzeugungsanlagen auf eine kontinuierliche Einspeisung durch Dritte abgestimmt sind.

Dies ist bei Anwendung des § 20 Abs. 1 GWB zu berücksichtigen, wonach dann die Verweigerung des Vertragsschlusses gerechtfertigt ist, wenn der fragliche Geschäftsverkehr – hier also der Einspeise- und Durchleitungsverkehr – üblicherweise überhaupt nicht Dritten zugänglich ist. ■

<sup>5</sup> OLG München, Urt. v. 22. April 2004 - GSM-Wandler; OLG Düsseldorf, Urt. 25. Mai 2005 - SIM-Karten.

<sup>6</sup> BGH, Urt. v. 15. November 1994 - Gasdurchleitung, NJW 1995, 2718-2724 = RdE 1995, 123-129; aus dem Bereich der Telekommunikation OLG München, Urt. v. 22. April 2004 - GSM-Wandler; OLG Düsseldorf, Urt. 25. Mai 2005 - SIM-Karten; siehe dazu Immenga/Mestmäcker, 4. Aufl., § 19 GWB Rn. 218.

<sup>7</sup> Zur Rolle der Kapazitätsausschöpfung Bunte, WuW 1997, 302, 316; Markert, WuW 1996, 561; Papier, BB 1987, 1213, 1215; Schmidt-Preuß, AG 1996, 1, 8.

<sup>8</sup> Vgl. dazu Deselaers, EuZW 1995, 563; Müller, EuZW 1998, 234, 235.

<sup>9</sup> Ausführlich zu den Wettbewerbsbeziehungen der Teilnehmer des Wärmemarkts Körber/Fricke, N & R 2009, erscheint.

<sup>10</sup> Kirchner, Rechtsgutachten für den Deutschen Städte- und Gemeindebund - Beseitigung regulatorischer und wettbewerbsrechtlicher Hindernisse für den Ausbau der Breitbandinfrastruktur im ländlichen Raum, S. 5f., abrufbar unter [www.dstgb.de](http://www.dstgb.de).

<sup>11</sup> Siehe dazu § 1KWKModG 2009.

<sup>12</sup> Sie betragen in etwa das Achtfache der Kosten für Erdgasleitungen, so Erdmann/Zweifel, Energieökonomik, S. 319.

<sup>13</sup> Siehe dazu Fleischer/Waller, WuW 1999, 350, 356.