

# Wettbewerbspolitische Grundsatzfragen

Zeitschrift für  
Energiewirtschaft  
1981, S. 100 ff

## Wärmemarkt und Wettbewerbsrecht

Lutz Eckert\*

### 1 Fragestellung

Wärmemarkt oder Energieträgermarkt, das ist die Frage. Es geht darum, ob der sachlich relevante Markt im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) für die Anbieter, die Energie zur Wärmebedarfsdeckung liefern, der Wärmemarkt ist, oder ob selbständige Märkte für Heizöl, Gas, Strom usw. bestehen.

Die Diskussion darüber ist nicht neu, aber das Thema ist derzeit wieder aktuell. Denn das Bundeskartellamt hat kürzlich durch mehrere Beschlüsse seine Auffassung bekräftigt, daß es separate Märkte für leichtes Heizöl, Gas und elektrischen Strom gebe.<sup>1)</sup>

Diese Beurteilung wird von der Energiewirtschaft abgelehnt. Sie steht auf dem Standpunkt, daß sie die Energie, die zur Wärmebedarfsdeckung verwendet wird, auf dem Wärmemarkt absetzt. Auch von seiten der Wissenschaft ist z.B. für den Gasabsatz in den letzten Jahren wiederholt darauf hingewiesen worden, daß relevanter Markt der Wärmemarkt ist.<sup>2)</sup>

Gerichtssentscheidungen zu diesem Problem gibt es bisher nur aus dem Verfahren „Erdgas Schwaben“. Es handelt sich um je eine Entscheidung des Kammergerichts und des BGH.<sup>3)</sup>

Eine Analyse dieser Entscheidungen führt mich zu der Überzeugung, daß die Rechtsprechung auf dem Weg ist, jedenfalls für den Gas- und Heizölabsatz den Wärmemarkt als den relevanten Markt anzuerkennen, während für den Strom vom BGH etwas anderes angenommen wurde, und zwar wegen der Besonderheit, daß das betreffende Elektrizitätsversorgungsunternehmen seine Versorgungsleistungen zu 80 % außerhalb des Wettbewerbs erbrachte.<sup>4)</sup> Ich werde auf die BGH-Entscheidung zurückkommen.<sup>5)</sup>

### 2 Die Bedeutung des relevanten Marktes für die Anwendung des GWB

2.1 Obwohl der Begriff „relevanter Markt“ im Gesetz nicht vorkommt, ist er für die Anwendung des GWB von großer Bedeutung. Die Abgrenzung des relevanten Marktes in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht ist z.B. Bestandteil der Prüfung, ob ein Unternehmen marktbeherrschend im

Sinne des GWB ist. Nach der Legaldefinition in § 22 Abs. 1 GWB ist ein Unternehmen marktbeherrschend, wenn ein Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen

- ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder
- eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat.<sup>6)</sup>

Als marktbeherrschend gilt auch ein Oligopol, soweit schon den ihm angehörenden Unternehmen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen allgemein oder auf bestimmten Märkten ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und soweit sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des § 22 Abs. 1 GWB erfüllen (§ 22 Abs. 2 GWB).

Die Marktbeherrschung wiederum ist Tatbestandsmerkmal für die Mißbrauchsaufsicht nach § 22 GWB, für die Fusionkontrolle mit dem Recht des Bundeskartellamtes, gegen § 24 GWB Unternehmenszusammenschlüsse zu untersagen und für das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot nach § 26 Abs. 2 Satz 1 GWB.

Darüber hinaus kann die Abgrenzung des relevanten Marktes überall dort nötig werden, wo im GWB der Marktbeherrschung eine Rolle spielt. Das ist ausdrücklich oder implizit bei fast allen materiellen GWB-Vorschriften der Fall. Zu nennen sind: §§ 1, 5a, 6, 12, 15, 18, 20, 22 Abs. 2 u. 4, 23, 24 Abs. 8 Nr. 3, 25, 103 Abs. 5, 103a.

Zu § 1 GWB hat der Bundesgerichtshof zu Recht darauf hingewiesen, daß die Notwendigkeit, eine spürbare Beeinflussung der Marktverhältnisse festzustellen, eine räumliche und sachliche Abgrenzung des Marktes voraussetzt.<sup>7)</sup>

Außer dem Begriff Markt werden vom GWB die verschiedensten Termini benutzt wie Märkte innerhalb oder außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes, vergleichbare Märkte, Marktzutritt, Marktstellung oder Stellung im Markt, Marktanteil, Marktverhalten, Marktverhältnisse. Die Formulierungen „Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen“ in § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB und „gleichartige Waren“ in § 38a Abs. 1 GWB erfordern ebenfalls eine Marktabgrenzung als Voraussetzung der Anwendung der genannten Vorschriften.<sup>8)</sup> Auch bei § 22 GWB geht die Marktabgrenzung von dem Gesetzeswortlaut „Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen“ aus.<sup>9)</sup>

\* Erweiterte Fassung eines Vortrages auf der 12. Vortragsveranstaltung des „Instituts für Energierecht an der Universität Köln“ am 18.2.1981.

Man hat die Konstruktion des relevanten Marktes den Versuch genannt, einen operablen Marktbegriff aus der Sphäre des Güter- und Leistungsaustausches zu entwickeln.<sup>10)</sup> Man könnte auch sagen: Mit dem relevanten Markt nimmt der Marktwächter ein abgegrenztes Segment aus dem verwobenen Gesamt-Marktgeschehen unter die wettbewerbsrechtliche Lupe.

2.2 In der Literatur ist die Notwendigkeit und Nützlichkeit der Marktabgrenzung von einigen Stimmen in Zweifel gezogen worden.<sup>11)</sup> Man hat gemeint, eine Prüfung der Marktsituation lasse sich auch ohne Marktabgrenzung durchführen. Die Kritik beruft sich u.a. darauf, mit der Abgrenzung werde schon die Marktbeherrschungsfrage mitentschieden. Ferner: Die Abgrenzung sei mit hinreichender Genauigkeit sowieso nicht möglich ohne das Wissen über die Konkurrenzbeziehungen, das man mit der Abgrenzung erst erreichen wolle. Es müsse möglich bleiben, auch Wettbewerbsimpulse von außerhalb der gezogenen Grenze zu berücksichtigen.

In dieser Kritik äußert sich ein leicht nachzuempfindendes Unbehagen darüber, daß die Erfassung wettbewerblischer Sachverhalte mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist. Richtig ist die der Kritik zugrunde liegende Feststellung, daß zwischen der Marktabgrenzung und der Prüfung der Wettbewerbsqualität ein enger und wechselbezüglicher Zusammenhang besteht. Wo Wettbewerb zwischen heterogenen Waren oder Leistungen festgestellt wird, wird in der Regel Substituierbarkeit und damit ein einheitlicher Markt gegeben sein. Wo Substituierbarkeit aus Verbrauchersicht festgestellt wird, wird auch – zumindest potentieller – Wettbewerb vorliegen.

Man ist es aber nicht die Art des Juristen, vor komplexen und schwer zu erfassenden Sachverhalten die Waffen zu strecken und in eine vage und nicht kontrollierbare Gesamtschau auszuweichen. Aus praktischen Gründen wird der Jurist einen amorphen Sachverhalt gedanklich gliedern und dann Schritt für Schritt die einzelnen Glieder rechtlich erarbeiten. Demgemäß ist es schon sinnvoll, zunächst eine Marktabgrenzung vorzunehmen, ehe die Wettbewerbssituation untersucht wird. Ich bin darüber hinaus der Auffassung, daß die Rechtssicherheit gerade bei der sehr schwierigen Beurteilung von Marktpositionen ein schrittweises Vorgehen über die Marktabgrenzung hin zur Analyse der Wettbewerbsqualität gebietet, weil nur so das am Ende eines solchen Prozesses stehende juristische Werturteil überprüfbar ist.<sup>12)</sup> Man muß allerdings bereit sein, die getroffene Marktabgrenzung im Laufe der weiteren Prüfung der Wettbewerbsqualität zu revidieren, wenn sich herausstellt, daß von außerhalb des zunächst abgegrenzten Marktes beachtliche Wettbewerbsimpulse ausgehen. Das wäre nämlich ein Zeichen dafür, daß die ursprüngliche Marktabgrenzung zu eng war. Die Rechtsprechung hat übrigens nie geschwankt. Sie nimmt stets erst eine Marktabgrenzung vor, bevor sie die Marktposition betrachtet.<sup>13)</sup> Auch die herrschende Meinung in der Literatur hält daran fest.<sup>14)</sup>

Es ist darauf hinzuweisen, daß Marktanteile und Marktumsätze, die nach einer Reihe von GWB-Vorschriften von Bedeutung sind,<sup>15)</sup> sich nur nach vorheriger Marktabgrenzung rechnerisch bestimmen lassen.

Soweit es um die Prüfung von Marktbeherrschung geht, ist natürlich dann eine vorgeschaltete Marktabgrenzung als methodischer Schritt überflüssig, wenn von vornherein wesentlicher Wettbewerb und Fehlen einer überragenden Marktstellung feststehen.

2.3 Ein anderer Streit um die Marktabgrenzung betrifft die Frage, ob die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes unterschiedlich ausfallen kann oder ausfallen muß, je nachdem, ob Gegenstand des Verfahrens ein bestimmtes Unternehmensverhalten (so bei §§ 1, 22 und 26 Abs. 2 GWB) oder die Unternehmensstellung auf dem Markt (so bei § 24 GWB) ist.<sup>16)</sup>

Niederleithinger hat unter Bezugnahme auf die Praxis des Bundeskartellamtes die Auffassung vertreten, daß die Marktabgrenzung bei § 24 Abs. 1 GWB stärker zu Produktmärkten unter Vernachlässigung von Substitutionsmöglichkeiten tendiere.<sup>17)</sup> Das widerspricht aber dem Willen des Gesetzgebers, denn in der Begründung zum Regierungsentwurf der 2. GWB-Novelle heißt es: „Zum Marktbegriff wird zunächst auf die Begründung zu § 22 GWB verwiesen. Die Berücksichtigung der Substitutionskonkurrenz und der potentiellen Konkurrenz . . . ist im Rahmen der Zusammenschlußkontrolle besonders wichtig.“<sup>18)</sup> Substitutionswettbewerb ist nach dem GWB nicht etwa ein Wettbewerb zweiter Ordnung.

Nach anderer Ansicht ist die Marktabgrenzung bei § 24 GWB globaler als bei § 22 GWB vorzunehmen.<sup>19)</sup> Danach sollen bei der Fusionskontrolle die Märkte – von bestimmten Ausnahmen abgesehen – nicht nach Lieferungen an die einzelnen Wirtschaftsstufen (Großhandel, Einzelhandel, Endverbraucher) zu unterteilen sein.<sup>20)</sup>

In der Rechtsprechung läßt sich jedoch bisher keine Differenzierung erkennen. Der BGH hat die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes einheitlich auf der Grundlage des sog. Bedarfsmarktkonzeptes vorgenommen, und zwar gleichgültig, ob es sich um Fälle der §§ 1, 16 a.F., 22, 24 oder 26 GWB handelte.<sup>21)</sup>

### 3 Das Bedarfsmarktkonzept als Abgrenzungskriterium für den sachlich relevanten Markt

Von einer gesetzlichen Definition des relevanten Marktes ist bewußt abgesehen worden. Bei den Beratungen der Kartellgesetznovelle 1965 bestand im Wirtschaftspolitischen Ausschuß des Bundestages Übereinstimmung, daß es nicht möglich sei, den relevanten Markt zu definieren.<sup>22)</sup> Die Bundesregierung hat dazu ausgeführt: „Eine gesetzliche Definition wäre entweder zu allgemein oder aber zu starr in ihren Festlegungen, gerade auch im Hinblick auf neue ökonomische Entwicklungen auf der einen oder anderen Marktseite. Der relevante Markt muß also in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Beziehung für jeden Einzelfall besonders festgestellt werden.“<sup>23)</sup>

In der Begründung zum Regierungsentwurf der zweiten GWB-Novelle findet sich jedoch für die Anbieterseite eine Kurzdefinition der sachlichen Marktabgrenzung in Anlehnung an die Rechtsprechung: „Waren oder gewerbliche Leistungen, die von den Nachfragern als austauschbar angesehen werden, sind wettbewerbspolitisch demselben Markt zuzurechnen. Dies gilt auch dann, wenn sie hinsichtlich der Herstellungsverfahren oder der verwendeten Stoffe Unterschiede aufweisen.“<sup>24)</sup>

Diese Definition gibt das sog. Bedarfsmarktkonzept wieder, wie es durch die Praxis des Bundeskartellamtes und die Rechtsprechung entwickelt worden ist. Ich nenne nur die wesentlichsten dazu ergangenen BGH-Entscheidungen:

22 Abs. 1  
enn es als  
on Waren  
nen . . .  
erragende  
weit zw.  
eine be-  
eistungen  
sentlicher  
samtheit  
len (§ 22  
merkmal  
Fusions-  
s, gemäß  
tersagen,  
arbot des  
Marktes  
ktbegriff  
t b. 1  
nennen  
23, 23a,  
it darauf  
re Beein-  
äumlich  
7)  
scheiden  
ußerhalb  
Märkte,  
arkt oder  
tverhält-  
iger einer  
stungen“  
aren“ in  
tabgren-  
iten Vor-  
grenzung  
ger einer  
stungen

- 1966 „Klinker“ zu § 1 GWB,<sup>25)</sup>  
 1969 „Papierfiltertüten II“ zu § 16 a.F. GWB,<sup>26)</sup>  
 1972 „Registriertassen“ zu § 26 GWB,<sup>27)</sup>  
 1976 „Vitamin B 12“ und „Valium I“ zu § 22 GWB,<sup>28)</sup>  
 1978 „Kfz-Kupplungen“ und „Erdgas Schwaben“, zu § 24 GWB,<sup>29)</sup>  
 1980 „Valium II“ zu § 22 GWB und „Mannesmann/Brueninghaus“ zu § 24 GWB.<sup>30)</sup>

Die abstrakten Rechtsgrundsätze zur Marktabgrenzung sind zu keiner Zeit wirklich kontrovers gewesen.<sup>31)</sup>

Schon in der „Klinker“-Entscheidung führte der BGH aus, bei der sachlichen Abgrenzung des Marktes komme es auf funktionelle Austauschbarkeit und Marktgleichwertigkeit der Waren an. Er definierte die Begriffe funktionelle Austauschbarkeit und Marktgleichwertigkeit damals jedoch nicht.

In der Entscheidung „Papierfiltertüten II“ stellte der BGH dann zur heute nicht mehr zulässigen vertikalen Preisbindung für Markenwaren gemäß § 16 GWB a.F. darauf ab, ob „Konkurrenzprodukte angeboten werden, deren Eigenart die Abnehmer nach ihrer Auffassung und ihrer Gewohnheit, z.B. im Hinblick auf die Art der Verwendung, den Nutzeffekt oder Preis der Waren, nicht hindert, auf diese Produkte überzuwechseln. . . Die Abnehmer müssen von den ihnen zu Gebote stehenden Möglichkeiten der Auswahl unter den verschiedenen Waren tatsächlich Gebrauch machen.“

In der Entscheidung „Registriertassen“ wurde die Wirtschaftsstufe angesprochen: „Für die Abgrenzung unter dem Gesichtspunkt der Bedarfsdeckung ist nicht allein die Beschaffenheit einer Ware an sich maßgebend, sondern jeweils vom Bedarf der Marktgegenseite auszugehen, der je nach Wirtschaftsstufe, der die Nachfrageseite angehört, verschieden sein kann.“

Dann kam die inzwischen klassisch gewordene Formulierung des Bedarfsmarktkonzepts durch die Entscheidungen „Vitamin B 12“ und „Valium I“: „Das Kammergericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß es für die Austauschbarkeit der Produkte nicht auf die physikalisch-technische oder chemische Identität, sondern auf ihre funktionelle Austauschbarkeit, und zwar aus der Sicht der Verbrauchsdiskontinente ankommt.“ Da es sich um Arzneimittel handelte und die Nachfrage nicht von den Patienten, sondern durch die Verschreibungsgewohnheiten der niedergelassenen Ärzte bestimmt wurde, gebrauchten das Kammergericht und der BGH den Begriff Verbrauchsdiskontinente.

In dem Beschluß „Kfz-Kupplungen“ stellte der BGH klar, daß bei der Marktabgrenzung zum Zwecke der Marktanteilsberechnung die Eigenproduktion eines Nachfragers nicht einzubeziehen ist.

In der „Erdgas-Schwaben“-Entscheidung variierte der BGH den Wortlaut, aber nicht den Inhalt: „Da die Marktgegenseite im Rahmen eines auf eine bestimmte Art von Waren bezogenen Wettbewerbs in ihre Wahl auch solche Waren oder Leistungen einbezieht, die aus ihrer Sicht geeignet sind, an Stelle der betreffenden Ware oder Leistung zu treten und die an ihrer Stelle auch verwendet werden, sind auch diese Waren oder Leistungen in der Regel in das maßgebende Marktgeschehen einzubeziehen.“

Die Entscheidung „Valium II“ brachte eine Präzisierung der BGH-Rechtsprechung insofern, als es danach auf den Standpunkt des verständigen Verbrauchsdiskontinente ankommt und darauf daß die Austauschbarkeit in der Regel besteht.

Die Entscheidung „Mannesmann/Brueninghaus“ befaßte sich schließlich mit der Bildung von Teilmärkten bei der Verwendung einer Ware zur Deckung von verschiedenartigem Bedarf der Nachfrager.

In keiner Entscheidung hat der BGH das in der Literatur breit diskutierte Konzept der Kreuzpreiselastizität bei der Marktabgrenzung zu Hilfe genommen.<sup>32)</sup> In Sachen „Mannesmann-Brueninghaus“ hat er das Konzept erwähnt und ausdrücklich dahingestellt gelassen, ob es etwas über die Fühlbarkeit der Beweglichkeit der Nachfrage auszusagen gestattet. Unter Kreuzpreiselastizität wird verstanden, wie weit sich der Mengenumsatz einer Ware durch Preisänderung bei einer anderen Ware verändert. Die Kritik ist mit der Kreuzpreiselastizität hart ins Gericht gegangen (Hoppmann „Leerformel“, Mestmäcker im Anschluß an Machlup „hoffnungslose Unbekannte“). Ich bin der Meinung, daß die Kreuzpreiselastizität zwar einen interessanten Gedanken wissenschaftlich expliziert, zur praktischen Arbeit bei der Marktabgrenzung aber nichts beitragen kann, weil sie die Kenntnis dessen voraussetzt, was wir gerade ermitteln wollen, nämlich die Substitutionsreaktionen der Verbraucher bei Preisänderung einer Ware.<sup>33)</sup> Für die weitere Betrachtung des Themas mache ich deshalb von dem Begriff der Kreuzpreiselastizität keinen Gebrauch.

#### 4 Die funktionelle Austauschbarkeit der Energieträger bei der Wärmebedarfsdeckung

4.1 Wie der Überblick über die BGH-Rechtsprechung gezeigt hat, ist die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes unter dem Gesichtspunkt der Deckung des Bedarfs der Marktgegenseite vorzunehmen. Wenn Waren aus der Sicht der Verbraucher oder Verbrauchsdiskontinente funktionell austauschbar sind, gehören sie ein und demselben Markt an. Auf die physikalisch-technische oder chemische Identität der Waren kommt es nicht an.

Daraus leite ich die erste, sehr einfache Nutzenanwendung der dargestellten BGH-Rechtsprechung auf unser Thema ab: Daß Heizöl flüssig, Gas gasförmig, Kohle fest und Elektrizität nichts von alledem ist, hindert nicht, diese Energieträger ein und demselben Markt zuzurechnen.

Es folgt die zweite, ebenso einfache Feststellung: Wärmeverbraucher kaufen Energie nicht um der Energie willen. Sie kaufen Energie, um ihren Wärmebedarf zu decken. Daraus ergibt sich, daß die funktionelle Austauschbarkeit der verschiedenen Energieträger, soweit sie zur Deckung des Wärmebedarfs herangezogen werden können, aus der Sicht der Verbraucher und Verbrauchsdiskontinente grundsätzlich gegeben ist.

4.2 Wir müssen nun aber überlegen, ob und unter welchen Aspekten die grundsätzlich gegebene Austauschbarkeit der Energieträger zum Zwecke der Wärmebedarfsdeckung bei näherer Betrachtung zweifelhaft sein könnte. Anders ausgedrückt: Gibt es technische, wirtschaftliche oder rechtliche Substitutionshindernisse? Dabei soll den folgenden Fragen nachgegangen werden, die die Fachdiskussion beherrschen und die zum Teil auch schon vom Bundeskartellamt und den Gerichten angesprochen worden sind:

- Gibt es innerhalb der Wärmebedarfsdeckung Verbrauchsbereiche, wo ein Energieträger eine technische Alleinstellung hat?

Welche Bedeutung hat es für die Marktabgrenzung bei der Wärmebedarfsdeckung, wenn ein Energieträger in Verwendungsbereichen *außerhalb der Wärmebedarfsdeckung eine technische Alleinstellung* hat?

Inwieweit beeinflussen *Präferenzen* für den einen oder den anderen Energieträger bei der Wärmebedarfsdeckung die Marktabgrenzung?

Welche Rolle spielt der Umstand, daß zur Erzeugung von Wärme aus den Energieträgern beim Verbraucher bestimmte Einrichtungen nötig sind (*notwendige Kombination des Energieträgers mit Nutzenanlagen*)? Dabei ist es zur Analyse zweckmäßig, zwischen drei Zeitphasen zu unterscheiden:

- a) Energieträgerwahl durch den Verbraucher vor Installation der Nutzenanlage.
- b) Bindung an einen Energieträger während der Laufzeit des Vertrages zwischen Energielieferant und Verbraucher.
- c) (Erneute) Energieträgerwahl — gegebenenfalls nach Ablauf einer vertraglichen Bindung — bei vorhandener Nutzenanlage. Hierzu gehört das Problem der Umstellkosten.

Wie sieht es aus, wenn einem Energieträger eine *rechtliche Alleinstellung* für ein bestimmtes Gebiet verschafft wird?

## 5 Exklusive Marktnischen bei der Wärmebedarfsdeckung?

5.1 Wenden wir uns zuerst der Frage zu, ob es innerhalb der Wärmebedarfsdeckung exklusive Marktnischen gibt, d.h. Verwendungsbereiche, wo ein Energieträger eine *technische Alleinstellung* hat. Die Frage ist deshalb von Bedeutung, weil nach den vom BGH in der Entscheidung „Mannesmann-Brueninghaus“ herausgearbeiteten Grundsätzen die exklusive Marktnische einen relevanten Teilmarkt darstellen kann.<sup>34)</sup>

Die BGH-Entscheidung „Mannesmann-Brueninghaus“ ist für unser Thema in dreifacher Hinsicht interessant:

Die Entscheidung macht deutlich, daß bei der Einbeziehung von Substitutionsgütern in ein und denselben Markt nicht zu eng verfahren werden darf.

Das Bundeskartellamt war von einem ganz engen Markt ausgegangen. Es hatte als sachlich relevanten Markt für bestimmte Maschinenaggregate nur hydrostatisch angetriebene und stufenlos verstellbare Kolbenpumpen und -motoren ab 200 bar zulässigem Dauerdruck betrachtet. Schon das Kammergericht sah das als zu eng an und kam zu dem Ergebnis, der relevante Markt umfasse sämtliche mit Öl betriebenen hydrostatischen Antriebseinheiten, also ungeachtet, ob sie mit Zahnrad-, Flügelzellen- oder Kolbenpumpen und -motoren ausgestattet seien und ob sie mit hohen Drücken oder als verstellbare Einheiten eingesetzt würden. Der Bundesgerichtshof ging noch einen Schritt weiter. Nach ihm muß bei der Marktabgrenzung auch der Substitutionswettbewerb mit anderen als ölhydrostatischen Antriebssystemen berücksichtigt werden (elektrische Antriebe bei Werkzeugmaschinen, mechanische Antriebe bei Pressen, Wasserhydraulik), da die Kolbeneinheiten angesichts ihrer großen Anwendungsbreite auch mit Anwendungsbereichen dieser Antriebseinheiten und -systeme sich in großem Umfang überschneiden und diese Antriebseinheiten aus der Sicht der Abnehmer *in den meisten Anwendungsbereichen* als austauschbar angesehen werden können.

b) Nach dieser prinzipiell weiten Grenzziehung für die sachliche Marktabgrenzung machte der BGH allerdings eine wichtige Einschränkung. Auch wenn eine Ware im überwiegenden Teil ihres Anwendungsbereiches funktionell austauschbar ist, kann es die fehlende Austauschbarkeit im restlichen Bereich erfordern, diesen Bereich als einen relevanten Teilmarkt selbständig abzugrenzen.<sup>35)</sup>

c) Von dieser Besonderheit der Bildung eines relevanten Teilmarktes bei exklusiven Marktnischen gibt es nach dem BGH wiederum eine Ausnahme: Wenn die auf dem angesprochenen Teilmarkt abgesetzten Waren sich als Serienprodukte von denjenigen, die in den Überschneidungsbereichen angeboten und abgenommen werden, nicht spezifisch unterscheiden und eine verschiedene Marktstrategie (Produkt-, Preis- oder Rabattdifferenzierung) auf dem Teilmarkt gegenüber dem umfassenderen Markt nicht möglich ist, bliebe der ins Auge gefaßte verwendungsspezifische Teilmarkt aus der Sicht sowohl des Lieferanten als auch seiner Abnehmer so eng mit dem umfassenden Markt verbunden, daß er keine Wirkung als Teilmarkt entfalten könnte. Das heißt, in diesem Fall scheidet der Teilmarkt als sachlich relevanter Markt aus.

5.2 Die Frage, ob es innerhalb der Wärmebedarfsdeckung exklusive Marktnischen für einen Energieträger gibt, ist also im gegebenen Fall noch dahingehend zu ergänzen, ob der Energieanbieter für solche exklusiven Marktnischen eine eigene Marktstrategie durchführen kann.

Es würde den Rahmen dieser Betrachtung sprengen, im einzelnen zu untersuchen, wie die Situation aller Energieträger in den verschiedenen Verwendungsbereichen bei der Wärmebedarfsdeckung aussieht. Hierzu wären umfangreiche tatsächliche Ermittlungen erforderlich. Ich beschränke mich auf einige Bemerkungen zum Sachverhalt.

Beim Gas gibt es keine exklusiven Verwendungsbereiche. Das habe ich bei anderer Gelegenheit näher dargelegt.<sup>36)</sup>

Überall da, wo Gas eingesetzt wird, können alternativ andere Energieträger eingesetzt werden. Es gibt keinen Verwendungsbereich, in dem der Verbraucher nicht auf einen anderen Energieträger als Gas ausweichen kann. In der gewerblichen und industriellen Produktion sind die Hauptsubstitutionsenergieträger des leitungsgebundenen Gases schweres und leichtes Heizöl, Stein- und Braunkohle, Koks, Strom und Flüssiggas. Bei der Raumheizung und Warmwasserbereitung trifft das leitungsgebundene Gas auf Heizöl, Kohle, Koks, Strom, Fernwärme und Flüssiggas als Konkurrenzenergien. Dazu wird zunehmend die Umgebungswärme durch moderne Technologien, wie Wärmepumpen und Solarkollektoren, genutzt werden. In Heizwerken und Heizzentralen können außer dem leitungsgebundenen Gas Heizöl, Kohle, Koks und Flüssiggas verfeuert werden. Beim Kochen, einem vom Verbrauchsumfang her eigentlich vernachlässigbaren Bereich, ist die Alternative zum leitungsgebundenen Gas der elektrische Strom und in geringerem Umfang Flüssiggas und Kohle. Für das Gas heißt das Ergebnis also, daß innerhalb des umfassenden Wärmemarktes kein besonderer Teilmarkt abzugrenzen ist, weil es keinen Verwendungsbereich gibt, in dem es an der funktionellen Austauschbarkeit fehlt.

Entsprechende Untersuchungen mit Bezug auf die anderen Energieträger sind mir nicht bekannt. Ich halte es für wichtig, daß solche Untersuchungen durchgeführt werden, damit es nicht zu voreiligen Schlüssen hinsichtlich der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes bzw. Teilmarktes beim An-

gebot der Energieträger kommt. Ich vermute, daß es bei der Wärmebedarfsdeckung auch für Heizöl, Kohle, Koks, Fernwärme und Flüssiggas keine exklusiven Marktnischen innerhalb des Wärmemarktes gibt. Ob es beim elektrischen Strom, soweit er als Wärmeenergie Verwendung findet, exklusive Marktnischen in bestimmten gewerblichen oder industriellen Produktionsverfahren gibt, kann ich nicht beurteilen. Sollte das der Fall sein, käme es für die Notwendigkeit zur Bildung eines Teilmarktes weiter darauf an, ob die Stromanbieter für diese Verwendungszwecke eine eigene Marktstrategie, insbesondere eine Preisdifferenzierung, gegenüber den Wettbewerbsbereichen praktizieren können. Dies müßte durch tatsächliche Feststellungen geklärt werden, bevor ein entsprechender Teilmarkt für elektrischen Strom abgegrenzt werden kann.

## 6 Technische Alleinstellung eines Energieträgers außerhalb der Wärmebedarfsdeckung

6.1 Ich komme nun zu der Frage, welche Bedeutung es für die Marktabgrenzung bei der Wärmebedarfsdeckung hat, wenn ein Energieträger in Verwendungsbereichen außerhalb der Wärmebedarfsdeckung eine technische Alleinstellung hat.

Auszugehen ist von der BGH-Entscheidung „Erdgas Schwaben“.<sup>37)</sup> Der BGH ist darin mit Bezug auf den Stromabsatz einer Teilmarktbildung entgegengetreten. Es heißt im Anschluß an die Wiedergabe des Rechtsgrundsatzes der funktionellen Austauschbarkeit: „Diese Betrachtung zwingt aber nicht, den Markt, der der Prüfung der Wettbewerbsverhältnisse zugrunde zu legen ist, auf den Teil (hier den Märkten für den Wärmebedarf in den Haushalten) zu beschränken, auf dem das Unternehmen in der Endabnehmerstufe auch mit bestimmten, austauschbaren Energieträgern in Wettbewerb steht. Würde die Untersuchung der Marktmacht im Sinne des § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB sich auf dergestalt verkleinerte Teilmärkte beschränken müssen, so könnte der die Marktstruktur mitprägende Umstand, daß das Unternehmen als Anbieter einer bestimmten Energie in wesentlichen Absatzbereichen überhaupt keinem Wettbewerb ausgesetzt ist, nicht die erforderliche Berücksichtigung finden.“ Aus der Tatsache, daß das betreffende Elektrizitätsversorgungsunternehmen zu 80 % seiner Versorgungsleistungen mangels eines brancheninternen Wettbewerbs und aus technischen Gründen keinem Wettbewerb ausgesetzt war, ergab sich nach Auffassung des BGH, daß dem Unternehmen auch dort vom Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierte Verhaltensspielräume zur Verfügung standen, wo es dem Wettbewerb mit anderen Energieträgern ausgesetzt war. Büdenbender hat zu Recht an dieser Entscheidung kritisiert, daß die Frage der Marktabgrenzung nicht klar genug von der Prüfung der Marktverstärkung getrennt wurde.<sup>38)</sup>

Wenn man die BGH-Entscheidung „Erdgas Schwaben“ im Zusammenhang mit der später ergangenen Entscheidung „Mannesmann-Brueninghaus“ würdigt, fällt auf, daß sie in gewissem Sinne komplementär sind. Nach der Entscheidung „Mannesmann-Brueninghaus“ kommt es trotz technischer Alleinstellung nicht zur Teilmarktbildung, wenn dem Anbieter in der exklusiven Marktnische keine differenzierte Marktstrategie gegenüber den Wettbewerbsbereichen möglich ist. Nach „Erdgas Schwaben“ kommt es andererseits auch nicht zur Ausgrenzung eines wettbewerblich geprägten Teil-

marktes, wenn eine Ware ganz überwiegend außerhalb des Wettbewerbs abgesetzt wird und der Anbieter infolgedessen in den wettbewerblich geprägten Verwendungsbereichen die gleiche Marktstrategie verfolgen kann wie im Nichtwettbewerbsbereich.

6.2 Betrachten wir nun unter diesen Gesichtspunkten den Absatz von elektrischem Strom und Gas.

a) Unbestritten ist aus der Sicht der Stromverbraucher eine Substitutionsmöglichkeit bei Licht und Kraft nicht oder fast nicht gegeben. Darum kommt es darauf an, ob den Stromanbietern, wie der BGH in „Erdgas Schwaben“ meint, aus dem Licht- und Kraftsektor „nicht hinreichend kontrollierte Verhaltensspielräume“ auch für den Bereich zuwachsen, wo der elektrische Strom dem Wettbewerb mit anderen Energieträgern ausgesetzt ist. Der BGH ist dabei von 80 % Stromabsatz außerhalb des Wettbewerbs ausgegangen. Der Wert ist für mich nicht nachvollziehbar. Gemäß einer VDEW-Studie wurden 1977 45 % des Stroms für Raum- und Prozeßwärme eingesetzt (63 % bei den Haushalten, 46 % bei Kleinverbrauchern ohne Haushalte und 38 % in der Industrie).<sup>39)</sup> Das ist ein Punkt, der sicher aufgeklärt werden kann. Ich könnte mir vorstellen, daß die BGH-Entscheidung „Erdgas-Schwaben“ in diesem Punkt zu korrigieren ist im Lichte der neueren Entscheidung „Mannesmann-Brueninghaus“. Das Ergebnis wäre dann: Soweit Stromanbieter Strom zur Verwendung für Licht und Kraft liefern, handelt es sich um einen relevanten Teilmarkt, der nicht durch Wettbewerb geprägt ist; soweit sie Wärmestrom liefern, müssen sie eine andere Marktstrategie anwenden, und darum ist für sie ein anderer Markt, nämlich der Wärmemarkt, relevant.

b) Erdgas wird auch als Rohstoff in der chemischen Industrie eingesetzt. Jedoch sind das nur 2 % vom Gasaufkommen (1979 2,2 Mio t SKE), während alles übrige Gas zur Wärmeerzeugung dient. Erdgas ist auch beim Einsatz als Rohstoff substituierbar, und zwar durch Leichtbenzin, Flüssiggas und Raffineriegas. Mithin gibt es keinen relevanten Teilmarkt für Erdgaslieferungen zur Rohstoffverarbeitung, und die Gasanbieter können von diesem Verwendungsbereich auch keine „nicht hinreichend kontrollierten Verhaltensspielräume“ für den Gasabsatz zu Wärmebedarfszwecken herleiten.

## 7 Der Einfluß von Verbraucherpräferenzen auf die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes

Inwieweit beeinflussen Präferenzen für den einen oder den anderen Energieträger bei der Wärmebedarfsdeckung die Marktabgrenzung?

Präferenzen der Verbraucher entstehen vorwiegend aus Anwendungsvorteilen und -nachteilen heterogener Waren. Diese Anwendungsvorteile und -nachteile repräsentieren auf dem Markt einen Wert; denn sie sind in ihren wirtschaftlichen Auswirkungen quantifizierbar. Sie gehen in die Wirtschaftlichkeitsrechnung ein, die der Verbraucher anstellt, ebenso wie der Energiepreis, die Anlagen- und die Betriebskosten. Haben bestimmte Vor- oder Nachteile, die für einen Kunden von Bedeutung sind, für einen anderen keine Bedeutung, so finden sie in dessen Wirtschaftlichkeitsrechnung keine Berücksichtigung. Anwendungsvorteile und -nachteile bestehen z.B. hinsichtlich der Umweltverträglichkeit, des Anwendungskomforts

Umwandlungswirkungsgrades und — im Produktionsprozeß — hinsichtlich der Produktivität, d.h. der Qualität und Quantität der mit Hilfe der Energie produzierten Ware. Die Vorteile einer Energieart konkurrieren mit den Vorteilen anderer Energiearten. Z.B. haben Erdgas und Flüssiggas deutlich weniger Schadstoffe im Abgas als Heizöl und Kohle. Aber dafür ist der spezifische Wärmeverbrauch im Hochtemperaturbereich bei Heizöl und Kohle niedriger als bei Gas. Was in vielen Fällen ein Anwendungsvorteil ist, kann in anderen Fällen in einen Nachteil umschlagen. Z.B. verbrennt Erdgas praktisch schwefelfrei, das ist meistens von Vorteil. Aber in der Zementindustrie oder bei der Herstellung von Bleikristallgläsern ist ein hoher Schwefelgehalt aus produktionstechnischen Gründen erwünscht, dort ist also die Schwefelfreiheit des Erdgases ein Nachteil. Nur wenn Anwendungsvorteile dominierend oder Anwendungsnachteile prohibitiv sind, können an sich substituierbare Waren nicht ein und demselben Markt zugerechnet werden. Hierzu heißt es in der Literatur: „Die Präferenzen sind nur unter der Bedingung als Ursachen für Marktgrenzen anzuerkennen, daß die Beurteilung der Nebeneigenschaften des Gutes die Austauschbarkeit der an sich gleichermaßen verwendbaren Güter aufhebt und daß sie von einer ausreichenden Anzahl von Marktteilnehmern geteilt wird.“<sup>40)</sup> Anwendungsvorteile sind dominierend, und Anwendungsnachteile sind prohibitiv, wenn sie sich nach Meinung der Mehrzahl der in Betracht kommenden verständigen Verbraucher nicht mehr durch Preisunterschiede bei der Ware ausgleichen lassen. Demgemäß markieren Preisunterschiede verschiedener für den gleichen Zweck geeigneter Waren nicht notwendigerweise Grenzen der Substituierbarkeit und des Marktes,<sup>41)</sup> sondern Preisunterschiede führen unter Umständen bei solchen Waren, wenn sie Anwendungsvorteile und -nachteile besitzen, die Substituierbarkeit überhaupt erst herbei.

Das Verhältnis zwischen den in den einzelnen Verwendungsbereichen der Wärmeerzeugung gängigen Energieträgern und nach meiner Kenntnis Anwendungsvorteile in aller Regel nicht dominierend und Anwendungsnachteile nicht prohibitiv. Sie lassen sich üblicherweise im Energiepreis ausgleichen. Auf Ausnahmefälle kann es nach der BGH-Rechtsprechung nicht ankommen.<sup>42)</sup> Es gibt auch Verbraucherpräferenzen und -abneigungen, die nicht ohne weiteres valutierbar sind. Sie spielen allerdings nur beim Energieeinsatz außerhalb des industriellen und gewerblichen Abnehmerkreises eine Rolle. Sie erreichen bei der Mehrzahl der verständigen Verbraucher nicht die Schwelle der Dominanz und schließen technisch und wirtschaftlich substituierbare Energieträger nicht von der Verwendung aus. Die Feststellung, ob Anwendungsvorteile so dominierend und Anwendungsnachteile so lästig werden, daß der Preis nach Auffassung der Verbraucher nicht mehr ausgleichen kann, und die Substituierbarkeit ermöglichen kann, muß an das tatsächliche Verbraucherverhalten anknüpfen. Dies ist in erster Linie eine Tatsachen- und keine Rechtsfrage. Ich komme auf die Unterscheidung von Tatsachen- und Rechtsfragen bei der Marktabgrenzung in Abschnitt 11 zurück.

## 8 Die notwendige Kombination der Energieträger mit Nutzenanlagen

8.1 Welche Rolle spielt der Umstand, daß zur Erzeugung von Wärme aus den Energieträgern beim Verbraucher bestimmte Einrichtungen nötig sind, z.B. Brenner, Kessel, Öltank, Flüssiggastank, Strom- und Gasleitungen, Wärmespeicher, Schornstein, Kohlelagerplatz? Ich nenne diese Anlagen, nämlich die Einrichtungen zur Umwandlung der Energie in Wärme, und die zur Heranführung, Lagerung, Verwertung usw. erforderlichen Hilfsanlagen im weiteren kurz „Nutzanlagen“. Die Kombination des Energieträgers mit einer Nutzenanlage beim Verbraucher ist zur Wärmedarbietung notwendig. Auch die Nutzung der Fernwärme macht keine Ausnahme. Sie erfordert zwar beim Verbraucher keinen Energiewandler, aber doch die Kombination mit Leitungen und Heizkörpern. Viele Nutzenanlagen sind energieträgerspezifisch. Z.B. kann ein Gasherd nicht mit Strom und ein Elektroherd nicht mit Gas betrieben werden. Andere Nutzenanlagen sind bi- oder multivalent. So können z.B. die meisten Kessel sowohl mit Heizöl als auch mit Gas befeuert werden. Der Verbraucher hat auch die Möglichkeit, seine Wärmeversorgung insgesamt bi- oder multivalent ausulegen. Das erfordert regelmäßig bei einem Teil der Nutzenanlage alternative Komponenten, erhöht aber auch den Wert der Nutzenanlage.

Zur Analyse, welche Konsequenzen für die Marktabgrenzung die notwendige Kombination des Energieträgers mit der Nutzenanlage beim Verbraucher hat, erscheint es — wie schon ausgeführt — zweckmäßig, zwischen drei Zeitphasen zu unterscheiden.

8.2 Wenden wir uns zunächst der ersten Phase zu, nämlich der Energieträgerwahl durch den Verbraucher vor Installation der Nutzenanlage. Beispiele: Die Produktionsstätte auf der grünen Wiese oder der Wohnungsneubau.

Daß zur Bedarfsdeckung beim Verbraucher Kombinationen von sachlichen Mitteln erforderlich sind (Komplementärgüter), wie im Falle Energieträger/Nutzenanlage, ist nichts Besonderes. Die Nutzung eines Gutes erfolgt in den allermeisten Fällen in irgendeiner Weise in Kombination mit einem anderen Gut.<sup>43)</sup> Wer Wein trinken möchte, braucht ein Glas, wer eine Schallplatte anhören möchte, einen Plattenspieler.

Daraus folgt jedoch nicht etwa, daß eine sachliche Markt-abgrenzung für Komplementärgüter nicht möglich ist oder daß relevanter Markt nur ein Markt für die Kombination der Komplementärgüter sein kann. Im allgemeinen wird der Verbraucher mit einer selbständigen Nachfrage nach jedem der Komplementärgüter an den Markt herantreten. Ausnahmen sind denkbar, z.B. wenn der Einkauf einer Ware von der Bedingung abhängig gemacht wird, daß der Käufer beim Verkäufer oder einem Dritten ein geeignetes Komplementärgut beziehen kann. Eine solche Kopplung der Nachfrage gibt es aber beim Energieeinkauf typischerweise nicht. Deshalb bleibt es dabei, daß die Nachfrage des Verbrauchers nach Energie sich trotz der notwendigen Kombination von Energieträger und Nutzenanlage auf einem Markt artikuliert, der von dem Markt oder den Märkten für die Nutzenanlagen zu unterscheiden ist.

Die Selbständigkeit der Nachfrage nach Energie bedeutet allerdings nicht, daß diese Nachfrage nicht von den Überlegungen des Verbrauchers hinsichtlich der erforderlichen Nutzenanlage beeinflusst wird. Der Verbraucher wird bei sei-



ner Entscheidung für die eine oder andere Energieart im Rahmen einer Gesamtwürdigung alle Umstände berücksichtigen, die für die Wirtschaftlichkeit der Deckung seines Wärmebedarfs erheblich sind. Zu dieser Wirtschaftlichkeitsrechnung gehören neben den vereinbarten und künftig zu erwartenden Energiepreisen, den Anwendungsvorteilen und -nachteilen sowie den Betriebskosten auch die Kosten der Installation und Unterhaltung der Nutzenanlage, ihre Qualität (Wirkungsgrad, voraussichtliche Lebensdauer) und ihr Einfluß auf die Produktivität bei Produktionsprozessen.

Nun ist es denkbar, daß die Kosten der zur Verwertung eines bestimmten Energieträgers erforderlichen Nutzenanlage so hoch oder die Qualität oder Produktivität der Anlage so schlecht sind, daß der Einsatz dieser Nutzenanlage ausscheidet. Wenn ein Energieträger nur in Verbindung mit einer solchen Nutzenanlage verwendbar ist, dann steht er aus der Sicht des Verbrauchers nicht als Substitutionsenergie zur Verfügung und erweitert mithin nicht die Grenzen des sachlich relevanten Marktes. Beispiel: Die Nutzung von Windenergie ist wegen der Relation zwischen Aufwand für die Nutzenanlage und Wirkungsgrad aus der Sicht des deutschen Normalverbrauchers nicht möglich.

Das ist aber ein Extrembeispiel. Keine der zur Verwertung der marktgängigen Energieträger notwendigen Nutzenanlagen fällt mit ihren Kosten oder ihrer Qualität so aus dem Rahmen, daß sie zu einem Hindernis bei der Entscheidung für eine Energieart wird. Demgemäß ist heute wohl auch durchweg anerkannt, daß der Verbraucher vor Installation einer Nutzenanlage sich zwischen verschiedenen marktgängigen Energieträgern zur Wärmebedarfsdeckung entscheiden kann.<sup>44)</sup> Diese Energieträger bilden den Wärme-

### 8.3 Betrachten wir die nächste Zeitphase.

Der Verbraucher hat sich für einen Energieträger und die Installation einer bestimmten Nutzenanlage entschieden. In vielen Fällen schließt er dann mit einem Anbieter einen Energieliefervertrag über eine mehr oder weniger lange Zeitspanne. Während dieser Zeitspanne sind der Energielieferant und der Verbraucher rechtlich aneinander gebunden. Der eine hat eine Lieferpflicht, der andere eine Bezugspflicht. Diese Situation haben wir vor allem bei der Belieferung von Sonderabnehmern mit Gas und Strom und bei Fernwärmelieferungen. Aber auch längerfristige Heizöl-, Kohle- und Flüssiggaslieferverträge sind nicht außergewöhnlich. Verhältnismäßig einfach kann sich der Strom- und Gas-Tarifabnehmer aus der Bezugsbindung lösen. Er hat einmal die Möglichkeit, das Tarifvertragsverhältnis kurzfristig zu kündigen (§ 32 AVB), was allerdings praktisch nur bei Gas eine Rolle spielt. Er hat aber auch die Möglichkeit, ohne Vorankündigung und ohne Zeitverzögerung Verbrauchsgeräte für eine Energieart zu ersetzen durch Verbrauchsgeräte für eine andere Energieart. Insbesondere ist er auch während des Bestandes des Tarifkundenverhältnisses nicht verpflichtet, eine bestimmte Energiemenge zu beziehen. Die rechtliche Bindung des Verbrauchers im Tarifabnehmerverhältnis ist also recht schwach.

Je nach der Art des Versorgungsverhältnisses und der Vertragsgestaltung kann somit für einen bestimmten Zeitraum eine rechtliche Beschränkung des Übergangs des Verbrauchers zu einer anderen Energieart bestehen. Das ist jedoch kein Ausfluß von Marktmacht, sondern von Rechtsmacht und damit kein kartellrechtliches, sondern ein bürgerrechtliches Phänomen.<sup>45)</sup> Es ist der normale Zustand in Dauerschuldverhältnissen, bei denen Vertragspartner über eine ge-

wisse Zeitspanne gegenseitig bindende Verpflichtungen zur Lieferung und zum Bezug einer Gattungsware eingegangen sind.<sup>46)</sup>

Energie, die kontrahiert ist, ist nicht mehr am Markt, sondern der Käufer hat sie sich juristisch gesichert.<sup>47)</sup> Der Anbieter kann sie, wenn er rechtschaffen ist, nicht ein zweites Mal anbieten. Der Käufer wird, soweit er durch den Vertrag seinen Bedarf gedeckt hat, nicht mit doppelter Nachfrage an den Markt herantreten. Wenn er nicht an den Markt herantritt, weil er bereits eingekauft und die Bedarfsdeckung rechtlich gesichert hat, stellt sich für ihn die Frage der Substituierbarkeit grundsätzlich nicht mehr. Ausnahme: Der Verkäufer erfüllt seine Lieferpflicht nicht.

Das gleiche gilt übrigens für den Kohle- oder Heizölkäufer, der eine bestimmte Menge eingekauft und auf Vorrat genommen hat. Dieser Verbraucher hat die zur Bedarfsdeckung benötigte Ware bereits sicher, und er geht nicht mehr mit doppelter Nachfrage an den Markt.

Erst wenn der Vorrat zur Neige geht oder der Liefervertrag ausläuft, ist der Verbraucher wieder mit Nachfrage am Markt. Dann gehört er wieder zu den Personen, deren Verhalten einen Rückschluß darauf zuläßt, ob aus Verbrauchersicht verschiedene Energieträger funktionell austauschbar sind und tatsächlich ausgetauscht werden.

Bei langlebigen Wirtschaftsgütern, bei Wirtschaftsgütern, die auf Vorrat genommen werden, und bei Wirtschaftsgütern, die im Rahmen von Dauerlieferungsverhältnissen bedarfsgerecht zur Verfügung gestellt werden, ist nicht jeder Nutzer täglich am Markt. Bedeutsam ist jedoch allein, ob diese Wirtschaftsgüter in den Augen derer, die im Zeitablauf an den Markt herantreten, sei es, weil das langlebige Wirtschaftsgut unbrauchbar geworden ist, sei es, weil der Vorrat zu Ende geht, sei es, weil der Dauerlieferungsvertrag ausläuft, substituierbar sind. Ob wir es hier noch mit der Frage der sachlichen Marktabgrenzung zu tun haben oder ob dies ein Aspekt ist, der mehr unter die zeitliche Marktabgrenzung<sup>48)</sup> oder gar unter das bisher meines Wissens nicht besonders erörterte Kriterium einer personellen Marktabgrenzung gehört, möchte ich nicht entscheiden. Es ist im Ergebnis unwichtig. Wichtig ist, daß zur Beantwortung der Frage, ob substituiert wird oder nicht, das Verhalten der Energieverbraucher, die von einem rechtlichen oder tatsächlichen Vorrat zehren, nicht interessiert. Es kommt nur darauf an, wie sich Kaufinteressenten am Markt verhalten, und zwar wie sie sich in der Regel verhalten, und verständige Leute müssen es sein, wie der BGH entscheiden hat.

8.4. Ich komme nun zu der Frage der Energieträgerwahl bei bereits vorhandener Nutzenanlage in dem Zeitpunkt, in dem der Energievorrat aus Heizöl, Flüssiggas oder Kohle zu Ende geht oder ein Energiebezugsvertrag über Gas, Strom oder Fernwärme ausläuft.

Dies ist der Kernpunkt der Meinungsverschiedenheiten über die Marktabgrenzung beim Absatz der zur Wärmebedarfsdeckung geeigneten Energieträger. Das Bundeskartellamt begründet seine Ablehnung des Wärmemarktes damit, daß der Verbraucher nach Vornahme der Installation an eine bestimmte Nutzenanlage und damit eine bestimmte Energie gebunden sei. Es sagt: „Die relativ hohe Investition für eine nachträgliche Umrüstung auf eine andere Energieart dürfte den Verbraucher in der Regel an die einmal gewählte Energieart binden.“<sup>49)</sup>

Der Sachverhalt ist vielfältig. Deshalb muß man sich vor einem Pauschalurteil hüten. Es erscheint sinnvoll, die verschiedenen Konstellationen, denen sich der Verbraucher

der im Zeitpunkt der Energieträgerwahl eine vorhandene Nutzenanlage hat, gegenübersteht, gesondert zu betrachten. Diskutiert wird meistens nur eine Fallkonstellation. Man geht davon aus, daß die energieträgerspezifische Nutzenanlage noch lange nicht erneuerungsbedürftig ist. Ich werde diesen Fall betrachten. Er ist aber keineswegs der häufigste. Deshalb möchte ich zunächst die anderen Fallkonstellationen behandeln.

#### Erster Fall:

Wenn es sich um eine bi- oder multivalente Nutzenanlage handelt, entstehen dem Verbraucher praktisch keine Umstellungskosten. Diese Fälle sind bei der Strom- und Dampferzeugung zahlreich. Aber auch bei der Wohnraumbelastung sind viele Anlagen für den Alternativbetrieb mit Öl und Gas, teilweise auch mit festen Brennstoffen, geeignet. Außerdem nimmt die Zahl der Verbraucher, die außer den Kesseln auch die übrige Infrastruktur (Brenner, Leitungen) für eine bivalente Wärmeversorgung auslegen, zu. In diesen Zusammenhang gehört auch die Technologie der bivalenten Wärmeversorgung durch Stromwärmepumpe und Gas- oder Ölkessel.

#### Zweiter Fall:

Der Wechsel der Energieart bedeutet eine Rückumstellung auf eine bereits früher verwendete Energie, und die Nutzenanlage dafür ist noch ganz oder teilweise erhalten. Beispiel: Der Verbraucher setzte früher Kohle oder Heizöl ein und stellte dann auf Erdgas um. Häufig ist die Rückumstellung in diesen Fällen mit minimalen Kosten zu bewältigen, die im Verhältnis zu den Energiekosten nicht als spürbar bezeichnet werden können.

#### Dritter Fall:

Im Zeitpunkt der erneuten Energieträgerwahl ist die Nutzenanlage veraltet und würde auch dann nicht mehr den Anforderungen genügen, wenn der bisherige Energieträger weiter eingesetzt werden würde. Veraltet bedeutet nicht nur, daß der Verbraucher das Risiko aus hoher Reparaturanfälligkeit nicht mehr tragen kann, sondern auch, daß es inzwischen Anlagen mit besserem Wirkungsgrad, mit besserer Steuer- und Regeltechnik oder — bei Produktionsanlagen — mit höherer Qualität oder Quantität des Produktionsausstoßes gibt, so daß der Produzent, wenn er Nachteile gegenüber seinen Konkurrenten vermeiden will, zum Austausch der Nutzenanlage gezwungen ist. In dieser Situation wird meistens kein oder kein wesentlicher Unterschied zu der Entscheidungslage bestehen, in der sich der Verbraucher bei erstmaliger Installation der Nutzenanlage befindet. Er stellt eine Wirtschaftlichkeitsrechnung auf. Darin gehen alle Faktoren ein, die für den Zeitraum des in Aussicht genommenen Energiebezugs von Bedeutung sind. Dazu gehören neben den zu erwartenden Energiepreisen, den Anwendungsvorteilen und -nachteilen und den Betriebskosten gerade auch die Kosten der Installation und Unterhaltung einer neuen Nutzenanlage. Ein Vorteil für den Lieferanten der bisher gelieferten Energie besteht nicht, wenn die Nutzenanlage ohnehin erneuert werden muß.

#### Vierter Fall:

Die Nutzenanlage ist zwar in dem Zeitpunkt, in dem der Verbraucher vor einer erneuten Energieträgerwahl steht, noch brauchbar, aber in absehbarer Zeit erneuerungsbedürftig. Wenn wird der Verbraucher nicht die Investitionskosten als Faktor in die Wirtschaftlichkeitsrechnung einsetzen. Denn belastet wird er nur durch das Vorziehen der Investitionen. Das heißt, in die Wirtschaftlichkeitsrechnung geht nur der

Zinsaufwand für die Zeitspanne des vorgezogenen Kapitaleinsatzes ein. Es liegt auf der Hand, daß die Belastung aus dem Vorziehen der Investition wesentlich niedriger ist als die Investition selbst.

Aus diesen Ausführungen wird ersichtlich, daß in den Fällen eins bis vier eine Belastung des Verbrauchers aus der Umstellung von einer Energieart auf eine andere entweder überhaupt nicht vorhanden (Fälle eins und drei) oder jedenfalls gering ist (Fälle zwei und vier). Mit diesen Fallgruppen wird die überwiegende Zahl der Entscheidungssituationen von Energieverbrauchern mit vorhandenen Nutzenanlagen erfaßt. Insbesondere nach Ablauf längerfristiger Energiebezugsverträge werden die bisherigen Nutzenanlagen veraltet oder jedenfalls in absehbarer Zeit erneuerungsbedürftig sein.

#### Fünfter Fall:

Hier ist die Situation dadurch gekennzeichnet, daß die Nutzenanlage dem Verbraucher noch lange nicht erneuerungsbedürftig erscheint.

Die Situation ist nicht ungewöhnlich. Die Anbieter aller langlebigen Wirtschaftsgüter müssen in Betracht ziehen, daß der Interessent, der ein solches Wirtschaftsgut nach Prüfung der im Wettbewerb stehenden Angebote erworben hat, für längere Zeit als Marktteilnehmer ausfällt. Eine getätigte Investition beeinflußt das Käuferverhalten regelmäßig in dem Sinne, daß der Käufer eine Substitutionsware nicht erwerben wird, bevor sich die zuerst gekaufte Ware nach seiner Ansicht amortisiert hat, es sei denn, daß besondere Gründe für einen früheren Wechsel unter Inkaufnahme höherer Gesamtkosten sprechen. Der Privatmann, der heute einen Pkw kauft, wird meistens erst nach Jahren wieder einen neuen kaufen. Der Produzent, der sich für eine Maschine entschieden hat, wird regelmäßig nicht geneigt sein, sie nach wenigen Tagen durch eine andere zu ersetzen. Der Pkw-Käufer und der Maschinen-Käufer werden dann einen Substitutionskauf tätigen, wenn sie nach einer mehr oder weniger gründlichen Kosten-Nutzen-Analyse zu der Überzeugung gelangen, daß jetzt der richtige Zeitpunkt zur Substitution ist. Dieser Zeitpunkt kann früher oder später sein. Er kann schon nach wenigen Tagen eintreten, wenn der Kaufgegenstand nicht das hält, was der Käufer sich versprochen hat, oder er kann erst nach sehr langer Zeit eintreten, wenn der zunächst gekaufte Gegenstand nicht mehr tauglich ist. Trotzdem wird niemand behaupten, daß es wegen der von Käufern in der Vergangenheit getätigten Investitionen keinen Markt für Automobile oder Maschinen gäbe. Ein rationaler Kaufinteressent orientiert sich nicht an den Kosten der Vergangenheit, sondern an den ihm jetzt und für die Zukunft entstehenden Kosten. Die Lage ist im wesentlichen die gleiche, wenn das langlebige Wirtschaftsgut, hier die Nutzenanlage, in Kombination mit einem anderen Gegenstand, hier der Energie, steht und vom Verhalten des Verbrauchers am Markt nicht nur die Nutzenanlage, sondern auch die komplementäre Energie betroffen wird. Die Investitionen, die zur Umstellung von einer Energieart auf eine andere erforderlich sind, unterscheiden sich nicht substantiell von den Investitionen, die entstehen, wenn man von einem beliebigen langlebigen Wirtschaftsgut auf ein anderes übergehen will.

Der Energieverbraucher stellt auch in dieser Situation — wir haben unterstellt, daß die Nutzenanlage noch lange nicht erneuerungsbedürftig ist — eine Wirtschaftlichkeitsrechnung auf mit den Faktoren Energiepreis, Betriebs- und Unterhaltungskosten, Anwendungsvorteile und -nachteile und Kosten der eventuellen Umstellung. Je nach der Höhe der Um-



stellkosten ergibt sich daraus ein mehr oder weniger großer Vorteil der bisher verwendeten Energie, für die die bisherige Nutzanlage weiter benutzt werden kann. Aber die Wirtschaftlichkeitsrechnung wird genauso angestellt, und der Verbraucher wird nur dann nicht umstellen, wenn er von der Umstellung unter Berücksichtigung der gesamten in die Wirtschaftlichkeitsrechnung eingegangenen Faktoren keinen Vorteil hat. Nur wenn in dieser Rechnung die Umstellkosten prohibitiv hoch sind, kann man davon sprechen, daß in einer solchen Situation aus der Sicht des Verbrauchers der bisher verwendete Energieträger nicht durch Alternativenergien substituierbar ist.

**8.5** Leider gibt es keine wissenschaftlichen Untersuchungen darüber, wie häufig und unter welchen Bedingungen eine solche Situation gegeben ist. Das Ergebnis meiner Bemühungen, Material über Umstellkosten und über das Verbraucherverhalten bei Umstellungen zusammenzutragen und auszuwerten, habe ich kürzlich veröffentlicht.<sup>50)</sup> Ich möchte hier nur beispielhaft anführen, daß typische Relationen zwischen Umstellkosten und Brennstoffkosten bei 5jährigem Betrieb im Industriesektor in den mir von Fachleuten genannten Beispielen zwischen 1 : 19 und 1 : 26 lagen, wenn die Infrastruktur voll neu geschaffen werden mußte. In einem Beispielsfall, in dem die Infrastruktur für die Alternativenergie genutzt werden konnte, betrug die Relation zwischen Umstellkosten und Brennstoffkosten bei 5jährigem Betrieb 1 : 184.

Die Tatsache, daß in den letzten Jahrzehnten eine lebhaftere Umstellbereitschaft der Verbraucher von Kohle auf Heizöl, von Heizöl auf Gas und von Kohle, Heizöl oder Gas auf Strom oder Fernwärme festzustellen war, beweist, daß den Umstellkosten keineswegs eine ausschlaggebende Bedeutung für die Wahl der einzusetzenden Energie zukommt. Das energiewirtschaftliche Verhalten der Verbraucher ist nicht gekennzeichnet durch ein starkes Beharrungsvermögen, sondern durch die Flexibilität, sich den Veränderungen auf dem Wärmemarkt anzupassen. Anderenfalls wären die gravierenden Umstrukturierungen im Energieabsatz, die in den letzten Jahrzehnten zu verzeichnen waren, nicht zu erklären. Das Ausmaß von Umstellungen wäre zweifellos noch größer, wenn die Energielieferanten im Einzelfall nicht alles daran setzen würden, um ihre Kunden durch wettbewerbsfähige Lieferkonditionen bei der Stange zu halten. Wichtig ist deshalb nicht nur die Zahl der tatsächlich erfolgten Umstellungen, sondern auch der Umfang der potentiellen Substituierbarkeit. Er kann weit größer sein als die Zahl der tatsächlichen Umstellfälle.

Heute stellt man wieder eine verstärkte Tendenz zum Übergang auf Kohle fest. Steigende Energiepreise und forcierte Technologieentwicklung im Bereich der Energienutzung werden tendenziell die Umstellbereitschaft fördern. Mit dieser Entwicklung kann, auch in der näheren Zukunft, ziemlich sicher gerechnet werden. Als Beispiel nenne ich die Kohlefeuerung mit Wirbelschichttechnologie.

Mit den fünf Fallkategorien ist die Wirklichkeit vielleicht noch nicht voll erfaßt. Sie mag noch vielgestaltiger sein. Außerdem mag es Erscheinungen geben, die zwischen diesen Fallkategorien liegen. Die Übergänge sind fließend. Wichtig erscheint mir die Einsicht, daß man an diese Untersuchung sehr praktisch und mit dem Blick für den tatsächlichen Sachverhalt herangehen muß. Mit allgemeinen Thesen wie „Umstellkosten sind ein Substitutionshindernis“ oder „Umstellkosten sind kein Substitutionshindernis“ ist nichts gewonnen.

**8.6** Nun könnte der Einwand kommen, daß diese sehr ökonomisch-praktische Betrachtung nur für den Energieverbrauch in der Industrie gelte, nicht aber für den Energieverbrauch im Kleinverbrauchssektor. Doch das wäre nicht richtig. Auch Kleinverbraucher werden, wenn sie sich die Frage nach einer Umstellung von der einen auf eine andere Energieart stellen, eine Wirtschaftlichkeitsrechnung durchführen. Gewiß nicht so detailliert wie ein Industriekunde und mit weniger spitzem Bleistift, aber den Ausschlag gibt auch für sie bei rationaler Überlegung eine Kosten-Nutzen-Analyse. Es kommt deshalb darauf an, ob und in welchem Umfang Umstellkosten im Kleinverbrauchssektor prohibitiv sind. Dies scheint nach den aus der Vergangenheit bekannten Zahlen kaum der Fall zu sein. Aus dem Bereich der privaten Haushalte ist zu belegen, daß in der Vergangenheit alljährlich zwischen einer halben und einer Million Haushalte ihr Heizsystem umgestellt haben.<sup>51)</sup> Von 1972 bis 1979 wurden im Zuge der Wohnungsmodernisierung 5,6 Mio bestehende Wohnungen auf ein anderes Heizsystem umgestellt. Das ist beeindruckend, wenn man bedenkt, daß im gleichen Zeitraum nur 3,9 Mio Wohnungen neu gebaut wurden. Der Umstellungssektor ist also für die Energiewirtschaft wichtiger als der Neubausektor. Bestätigt wird dieses Bild durch Prognosezahlen für die Zukunft. Nach Schätzungen der HEA<sup>52)</sup> werden von 1979 bis 1990 5,1 Mio Umstellungen bei der Heizung und 7,2 Mio Umstellungen bei der Warmwasserversorgung der Wohnungen erfolgen.

Falls bei den Kleinverbrauchern irrationale Momente in die Entscheidung einfließen, sind sie in beide Richtungen denkbar. Trägheit und Bequemlichkeit können Umstellungen entgegenwirken. Modernisierungswünsche, Interesse an neuer Technologie, Prestigedenken u.a. fördern die Umstellbereitschaft.

**8.7** Zum Thema Umstellkosten ist folgendes Fazit zu ziehen:

Wenn man Fallkategorien bildet, ergibt sich, daß in vier von fünf Fallgruppen die Umstellkosten kein ernstes Substitutionshindernis für Energieträger sein können. Das sind

- die Fälle der bi- und multivalenten Nutzanlagen;
- die Fälle, in denen eine Rückumstellung auf eine bereits früher genutzte Energie wegen im wesentlichen noch intakter Infrastruktur nur minimale Kosten verursacht;
- die Fälle, in denen die Nutzanlage veraltet ist und auch bei Beibehaltung des bisher verwendeten Energieträgers ersetzt werden muß;
- die Fälle, in denen die Nutzanlage zwar im Moment noch brauchbar, aber demnächst erneuerungsbedürftig ist, so daß nur der Zinsaufwand für die vorgezogene Investition bei der Wirtschaftlichkeitsrechnung ins Gewicht fällt.

Denkbar ist, daß in einer fünften Fallgruppe Umstellkosten prohibitiv hoch sein können. Das ist dann der Fall, wenn eine energieträgerspezifische Nutzanlage noch lange nicht erneuerungsbedürftig ist und die Umstellkosten nicht durch die Energiepreisgestaltung ausgeglichen werden können. Dabei dürfen auch nicht andere Beweggründe den Verbraucher veranlassen, trotz der Umstellkosten die Umstellung vorzunehmen, z.B. zur Vermeidung erwarteter Versorgungsengpässe etc.. Hohe Umstellkosten sind ferner dann kein Substitutionshindernis, wenn ihnen ein Wertzuwachs gegenübersteht. Das ist z.B. der Fall, wenn der Verbraucher durch die Umstellung die Möglichkeit bivalenter Nutzung erhält oder sich eine kostenmäßig nicht ins Gewicht fallende Rückumstellmöglichkeit offenhält. In solchen Fällen werden von

## 9 Rechtliche Alleinstellung eines Energieträgers

Wie sieht es aus, wenn einem Energieträger eine rechtliche Alleinstellung für ein bestimmtes Gebiet verschafft wird? Hierfür gibt es gewisse rechtliche Instrumentarien.<sup>54)</sup> Sie werden allerdings bisher selten eingesetzt. Am bekanntesten ist die in den Gemeindeordnungen der Bundesländer vorgesehene Möglichkeit, einen Anschluß- und Benutzungszwang zugunsten der Fernwärmeversorgung durch Gemeindegenehmigung einzuführen.<sup>55)</sup>

Es kann kein Zweifel sein, daß dort, wo auf diese Weise eine rechtliche Alleinstellung für einen Energieträger begründet wird, die Substituierbarkeit des Energieträgers aus Verbrauchersicht ausgeschlossen wird. Teilweise lassen die gesetzlichen Ermächtigungen nur eine Einschränkung und keinen Ausschluß des Substitutionswettbewerbes zu. Z.B. sind nach § 19 der Gemeindeordnung von Nordrhein-Westfalen die Betreiber solcher Heizungseinrichtungen vom Anschluß- und Benutzungszwang befreit, die auch ohne Anschluß an die Fernwärmeversorgung einen immissionsfreien Betrieb gewährleisten.

In diesem Zusammenhang sind einige Bemerkungen zu dem Thema der örtlichen Versorgungskonzepte geboten. Der Begriff ist schillernd. Manche sehen darin nichts weiter als ein Instrument zur Harmonisierung der Stadtentwicklungs- und Energieversorgungsplanung, das wettbewerbsneutral bleiben soll. Das erscheint vernünftig. Andere sehen darin jedoch ein Mittel, das durch Schaffung von ausschließlichen oder bevorzugten Versorgungszonen die Energieversorgung rationalisieren soll. Daß es dem Bürger die Wahl des Energieträgers abnimmt, wird dabei nicht etwa verschämt verschwiegen, sondern wegen des vermeintlichen Rationalisierungseffektes positiv gewertet. Bemerkungen wie die, durch örtliche Versorgungskonzepte müsse ein „Bruderkrieg“ zwischen den leitungsgebundenen Energiearten vermieden werden, sollten nachdenklich machen.

Vorschläge, die auf eine wesentliche Einschränkung oder gar Beseitigung des Wettbewerbs der Energieträger hinauslaufen, sind energiepolitisch nicht vorteilhaft und ordnungspolitisch bedenklich. Ihre Verwirklichung würde in dem örtlichen Bereich, in dem die Substitution der Energieträger ausgeschlossen wird, auch die Relevanz des Wärmemarktes im Rahmen des GWB beseitigen.

Die Bundesregierung hat zu einer Bundestagsanfrage über örtliche Versorgungskonzepte folgende Erklärung abgegeben:

„Eine mit Zwangsmaßnahmen notwendigerweise verbundene Änderung des Wettbewerbs würde den Bestrebungen zuwiderlaufen, den Wettbewerb in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft zu verstärken. Sicherung des Wettbewerbs im Wärmemarkt hält die Bundesregierung im Interesse des Verbrauchers für notwendig. Allerdings kann die Bundesregierung auch der Auffassung nicht zustimmen, daß eine verbindliche Handlungsanleitung grundsätzlich abzulehnen sei. Die Notwendigkeit, Energie sinnvoll und sparsam einzusetzen, hat eine ähnliche Bedeutung wie der Substitutionswettbewerb zwischen den verschiedenen Energiearten und die freie Wahl des Energieträgers durch Verbraucher und Energieversorgungsunternehmen.“<sup>56)</sup>

Interessant sind in dieser Erklärung der Bundesregierung die Vokabeln „Wärmemarkt“ und „Substitutionswettbewerb“ zwischen den verschiedenen Energiearten“.

Verbraucher auch hohe Umstellkosten in Kauf genommen werden, weil er dadurch Verhaltensflexibilität am Markt und zusätzliche Versorgungssicherheit gewinnt.

Nie häufig nun Fälle vorkommen, in denen die Umstellkosten prohibitiv sind, ist eine Frage an den Marktforscher und nicht an den Juristen. Die bekannten Zahlen über das Verbraucherverhalten, insbesondere über die hohe Zahl der Umstellungen sowohl im Industriebereich als auch im Kleinverbraucherbereich, sprechen nach meiner Überzeugung gegen die Annahme des Bundeskartellamtes, daß relativ hohe Investitionen für die nachträgliche Umrüstung auf eine andere Energieart den Verbraucher in der Regel an die einmal gewählte Energie binden. Nach den Erfahrungen der Energieverkäufer ist es umgekehrt: *In der Regel* sind Umstellkosten kein ernstliches Substitutionshindernis. Ich möchte in diesem Zusammenhang noch einmal den Hinweis wiederholen, daß es nach der BGH-Rechtsprechung auf die Regelfälle ankommt, so daß Ausnahmen bei der juristischen Bewertung keine Rolle spielen. Auch Elemente aus der subjektiven Risikosphäre, die für die Mehrzahl der Verbraucher nicht typisch sind, müssen ausgeklammert werden. Ich meine z.B. die Fälle, in denen Vermögensverfall und mangelnde Kreditwürdigkeit des Energieverbrauchers eine Finanzierung der Umstellkosten ausschließen. Außerdem kommt es nach der Rechtsprechung auf das Verhalten der *verständigen* Verbraucher an, so daß rational abwegige Verhaltensweisen, die einer Umstellung entgegenstehen, ebenfalls außer Betracht zu bleiben haben.

3.3 Das Bundeskartellamt hat in zwei Entscheidungen<sup>53)</sup> zum Umstellkostenargument noch die These hinzugefügt, Risiken hinsichtlich nicht überschaubarer Preisentwicklungen bei anderen Energien erschweren zunehmend einen Wechsel der Energieart. Das bezog sich auf die Umstellung von leichtem Heizöl auf andere Energieträger.

Ich halte das nicht für schlüssig. Sicher macht sich der Energieverbraucher bei der Wahl der Energieart Gedanken über die künftige Energiepreisentwicklung. Das gilt für die erstmalige Wahl ebenso wie für die Energieträgerwahl, bei der eine Umstellung in Betracht kommt. Sicher ist es auch richtig, daß die Preisentwicklung bei den Energieträgern heute schwerer als in der Vergangenheit zu prognostizieren ist. Die Verbraucherentscheidung ist also mit Risiken verbunden.

Aber was besagt das eigentlich? Der gewerblichen Wirtschaft ist es vertraut, daß jede Investitionsentscheidung eine Entscheidung über Chancen und Risiken ist. Deren Abwägung wird im Prinzip auch von jedem privaten Verbraucher vorgenommen. Der Unterschied ist — ähnlich wie bei der Wirtschaftlichkeitsrechnung —, daß der private Verbraucher tendenziell überschlägig und vielleicht auch emotional entscheidet. Die Unsicherheit der weiteren Preisentwicklung aber für die Energieträger gilt, kann man sie nicht generell als umstellförderndes oder umstellhinderndes Element bewerten. Dabei schließe ich nicht aus, daß zeitweise Verbrauchererwartungen entstehen können, die mehr für die eine oder andere Energieart sprechen. Ein auffälliges Beispiel war der Boom neuer Gasanschlüsse 1974 und 1979. Aber solche Trends sind nur vorübergehend. Und das Beispiel zeigt, daß der Trend durchaus umstellfördernd sein kann. Die meisten der in den genannten Jahren neu gewonnenen Gaskunden waren Umsteller.

## 10 Vermieter, Bauträger, Architekten und Energieplaner als Verbrauchsdiponenten

Ich möchte noch auf einen anderen Gesichtspunkt eingehen, der gelegentlich in der Fachdiskussion zur Sprache gebracht wird. Es wird darauf hingewiesen, daß sich der Wohnungsmieter meistens das Heizsystem und die Heizenergie nicht aussuchen kann. Dies ist jedoch für die Abgrenzung des Wärmemarktes als des relevanten Marktes auch für die Wohnraumbeheizung unerheblich. Denn nach der BGH-Rechtsprechung kommt es auf den Verbrauchsdiponenten an.<sup>57)</sup> Das ist der Vermieter, wenn er über das Heizsystem und damit über die Heizenergie entscheidet. Entsprechend ist der Fall des Erwerbs eines Hauses vom Bauträger zu beurteilen, wenn der Erwerber keinen Einfluß mehr auf die Erstausrüstung mit einem Heizsystem nehmen kann. Gemäß der BGH-Rechtsprechung, wonach es bei Arzneimitteln für die funktionelle Austauschbarkeit auf die Verschreibungsgewohnheiten der Ärzte ankommt, wird man im Energiebereich zumindest auch auf die Sicht der Architekten und der Ingenieurbüros, die die energietechnische Planung vornehmen, abstellen müssen.

Das gelegentlich zu hörende Argument, den Bauherrn, der vermieten oder verkaufen will, interessierten die künftigen Heizkosten nicht, sondern nur die Investitionskosten, ist unzutreffend. Angesichts der steigenden Energiekosten muß der Bauherr zunehmend damit rechnen, daß sich Mieter oder Erwerber bei ihrer Entscheidung an den Gesamtkosten einschließlich der Nebenkosten für Heizung orientieren.

Ferner greift der Einwand nicht durch, daß Eigentümer von Mietshäusern in Fällen bereits installierter Heizanlagen kein Interesse an einer Umrüstung auf eine andere Energieart mit größerem Spareffekt hätten, da sie nur die Heizkosten auf die Mieter umlegen könnten, die Umrüstungskosten aber selbst zu tragen hätten. Denn Hauseigentümer können für Umrüstungen der Heizanlagen unter bestimmten Voraussetzungen Zuschüsse<sup>57a)</sup> oder Steuervergünstigungen<sup>57b)</sup> in Anspruch nehmen. Ferner können sie regelmäßig die sich aus der Umstellung auf eine rationellere Heizanlage ergebenden wirtschaftlichen Belastungen sowohl bei preisgebundenen als auch bei nicht preisgebundenen Wohnungen durch Mieterhöhung auf die Mieter umlegen<sup>57c)</sup>.

## 11 Was sind bei der Marktabgrenzung Rechtsfragen und was sind Tatsachenfragen?

11.1 Ich möchte zum Schluß noch auf die Methodik der Marktabgrenzung im kartellbehördlichen und gerichtlichen Verfahren eingehen. Dabei ergibt sich die Möglichkeit, die hauptsächlich in dieser Abhandlung behandelten Fragen so zu ordnen, daß klar wird, welche normativen Charakter haben und als Antwort ein Werturteil erfordern und welche Tatsachenfragen sind, die nach einer Aufklärung des Sachverhaltes verlangen. Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf Mißbrauchsverfahren nach § 22 GWB und Fusionskontrollverfahren nach § 24 GWB, weil das die wichtigsten Verfahren sind, in denen die Marktabgrenzung eine Rolle spielt.<sup>58)</sup>

Der relevante Markt ist ein unbestimmter Rechtsbegriff.<sup>59)</sup> Die Meinungsverschiedenheiten über das Thema Wärmemarkt oder Energieträgermarkt zeigen, daß der Begriff unscharf ist.

Die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffes auf einen Sachverhalt erfordert drei Schritte:<sup>60)</sup>

- Der rechtliche Gehalt des unbestimmten Rechtsbegriffes ist zu konkretisieren.
- Der Sachverhalt ist aufzuklären.
- Der Sachverhalt ist dem konkretisierten Rechtsbegriff zuzuordnen.

Diese methodischen Schritte sind auch beim Begriff des sachlich relevanten Marktes anzuwenden.<sup>61)</sup> Dabei erfordern die Konkretisierung des rechtlichen Gehaltes des unbestimmten Rechtsbegriffes und die Zuordnung des Sachverhaltes zu diesem Rechtsbegriff jeweils Wertungen. Die Aufklärung des Sachverhaltes ist dagegen keine Rechts-, sondern eine Tatsachenfrage.

11.2 Zur Bestimmung des rechtlichen Gehaltes des Begriffes des relevanten Marktes hat Hoppmann bemerkt:

„In jedem konkreten Fall und bei allen Abgrenzungskriterien muß eine wertende Entscheidung darüber getroffen werden, welches Ausmaß an Schwierigkeiten, Unbequemlichkeiten, Kosten usw. für die räumliche, zeitliche und sachliche Substitutionalität (Austauschbarkeit, Äquivalenz) toleriert werden soll, um ein Unternehmen zum gleichen Markt zu rechnen oder nicht. Jede Anwendung der Abgrenzungskriterien erfordert deshalb ein Wertungsurteil. Darüber hinaus ist die Festlegung, welches Kriterium jeweils als relevant ausgewählt wird und mit welcher Strenge es bei der Anwendung als relevant angesehen werden soll, ebenfalls Ergebnis einer Wertentscheidung und nicht Resultat einer erfahrungswissenschaftlichen Erkenntnis.“<sup>62)</sup>

Die Aufgabe, den rechtlichen Gehalt des Begriffes relevanten Markt näher zu bestimmen, liegt im Verfahren zunächst bei der Kartellbehörde.

Im Streitfall ist das Ergebnis gerichtlich nachprüfbar, und zwar, da es sich um eine Rechtsfrage handelt, letztlich auch durch den Bundesgerichtshof, wenn grundsätzliche Bedeutung gegeben ist oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherheit einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des BGH erfordert (§ 73 Abs. 2 GWB).

Der BGH hat den Begriff des sachlich relevanten Marktes näher konkretisiert, indem er die Kriterien

- funktionelle Austauschbarkeit,
- Gebrauchmachen von der Substitutionsmöglichkeit,
- Unerheblichkeit der physikalisch-technischen oder chemischen Identität,
- Substituierbarkeit in der Regel und aus der Sicht eines verständigen Verbrauchers,

aufgestellt und die Behandlung exklusiver Marktnischen und die Bedeutung differenzierter Marktstrategien für eine Teilmarktbildung geklärt hat.<sup>63)</sup>

Wie meine Ausführungen gezeigt haben, sind einige ergänzende Präzisierungen rechtlicher Art möglich. Sie sind auch nötig, wenn man eine einwandfreie Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes für die zur Wärmebedarfsdeckung eingesetzten Energieträger vornehmen will:

- Nur wenn Anwendungsvorteile so dominierend und Anwendungsnachteile so lästig werden, daß der Preis sie in der Regel aus der Sicht verständiger Verbraucher nicht mehr auszugleichen vermag, können an sich substituierbare Waren nicht ein und demselben Markt zugerechnet werden.
- Die notwendige Kombination von Komplementärgütern verhindert nicht die Annahme verschiedener Märkte für die Komplementärgüter, wenn der Verbraucher sie selbständig nachfragt.

ffes auf  
begriffes  
sbegriff  
riff des  
fordern  
estimm-  
altes zu  
klärung  
rn eine  
Begrif.  
riterien  
werden,  
keiten,  
he Sub-  
ert wer-  
zu rech-  
crit.  
is ist die  
gewählt  
lung als  
is einer  
swissen-  
relevan-  
unächst  
ar, und  
ch auch  
Bedeu-  
der die  
ntschei-  
Marktes  
ait,  
r chemi-  
ht eines  
nischen  
für eine  
e ergän-  
nd auch  
sachlich  
ig einge-  
nd An-  
is sie in  
er nicht  
stituier-  
recht  
rgütern  
rkte für  
her  
E 2/19  
ZE 2/1981

- Daß Energieverbraucher, die von einem tatsächlichen oder durch Rechtsanspruch gesicherten Vorrat zehren, zeitweilig nicht als Nachfrager am Markt auftreten, hat keine Bedeutung für die Substituierbarkeit der Energiearten. Relevant ist das Verbraucherverhalten nur im Zeitpunkt der Nachfrage am Markt.

Umstellkosten können bei den zur Wärmebedarfsdeckung eingesetzten Energieträgern nur dann Bedeutung für die Marktabgrenzung haben, wenn sie aus der Sicht verständiger Verbraucher und im Regelfall prohibitiv hoch sind. Hohe Umstellkosten sind aber z.B. dann kein Substitutionshindernis, wenn ihnen ein entsprechender Wertzuwachs beim Verbraucher gegenübersteht.

- Die rechtliche Alleinstellung eines Energieträgers führt zu einer Begrenzung des relevanten Marktes auf diesen Energieträger.

1.3 Nach der Präzisierung der rechtlichen Substanz des Begriffes des relevanten Marktes ist der Sachverhalt, auf den es nach den Rechtskriterien ankommt, aufzuklären. Die Ermittlung des Sachverhalts ist zunächst Sache der Kartellbehörde und im gerichtlichen Verfahren Sache der Beschwerdeinstanz als Tatsacheninstanz. Dafür gilt die Officialmaxime (§§ 54 Abs. 1 und 69 Abs. 1 GWB). Für die Verfahrensbeteiligten besteht eine Mitwirkungspflicht bei der Aufklärung des Sachverhalts (§ 69 Abs. 3 GWB).<sup>64)</sup> Beweisangebote der Verfahrensbeteiligten sind nicht erforderlich.<sup>65)</sup>

Andererseits dürfen angebotene Beweismittel nicht übergangen werden, sofern sie entscheidungserheblich sind und die Kartellbehörde oder das Gericht für die Beurteilung der Frage nicht selbst sachkundig ist. Das Tatsachengericht hat nach eigenem richterlichen Ermessen darüber zu befinden, ob es hinreichend sachkundig ist oder ob es einen Sachverständigen hinzuzuziehen hat.<sup>66)</sup> Demgemäß haben das Bundeskartellamt und das Kammergericht in ihrer bisherigen Entscheidungspraxis bei der Ermittlung des für die Marktabgrenzung maßgeblichen Sachverhalts nicht selten auf Sachverständige zurückgegriffen.<sup>67)</sup> Selbstverständlich kommen auch andere Beweismittel, z.B. Zeugenbeweis, in Frage.

Der BGH ist an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz gebunden, außer, wenn in bezug auf diese Feststellungen zulässige und begründete Rechtsbeschwerdegründe vorbracht sind (§ 75 Abs. 4 GWB). Die Rechtsbeschwerde kann damit begründet werden, daß angebotene Beweismittel übergangen wurden. In einigen Fällen hat der BGH gerügt, daß das Tatsachengericht angebotene Beweise hinsichtlich des relevanten Marktes nicht erhoben hat.<sup>68)</sup>

Wesentlichen sind folgende Tatsachenfragen für die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes für Energieträger zur Wärmebedarfsdeckung – im Streitfall durch Beweiserhebung – aufzuklären:

Gibt es exklusive Marktnischen bei der Wärmebedarfsdeckung? Wenn ja, für welchen Energieträger und in welchem Umfang?

Welche Energieträger haben außerhalb der Wärmebedarfsdeckung eine technische Alleinstellung, und welche Rückwirkungen ergeben sich daraus auf den Handlungsspielraum von Energieanbietern im wettbewerblich geprägten Teilmarkt?

Welche Anwendungsvorteile und -nachteile haben die Energieträger? Gibt es Anwendungsvorteile oder -nachteile, die so dominierend oder lästig sind, daß sie die Substituierbarkeit der Energieträger ausschließen?

- Welche Rolle spielen die Umstellkosten bei vorhandener Nutzenanlage? Wie hoch ist die Zahl der bi- oder multivalenten Nutzenanlagen? Wie zahlreich sind die Fälle, in denen eine Rückumstellung mit minimalen Kosten möglich ist? Wie lange ist die Gebrauchsdauer der Nutzenanlagen unter Berücksichtigung der Fortschritte im Wirkungsgrad, in der Steuer- und Regeltechnik usw.? Wie ist die Relation zwischen Umstellkosten und Energiekosten? Oder allgemeiner gefragt, welche Bedeutung haben Umstellkosten im Rahmen der gesamten Kosten, die in die Wirtschaftlichkeitsrechnung des Verbrauchers eingehen?

Zur Beantwortung dieser Fragen liefert das Verbraucherverhalten wichtige Hinweise. Auch die Veränderung von Marktanteilen im Laufe der Jahre signalisiert Substituierbarkeit. Das Ausmaß solcher Veränderungen muß deshalb festgestellt werden. Dabei handelt es sich ebenfalls um eine Tatsachenfrage.

Die Marktgrenzen sind ebenso wie die Marktstrukturen in Bewegung. Die Zahl der aus Verbrauchersicht substituierbaren Energieträger kann sich mit der Zeit ändern. Nicht nur das Hinzukommen neuer Energieträger, sondern auch die Entwicklung neuer Technologien bei den Nutzenanlagen kann die Marktgrenzen verändern. Ein aktuelles Beispiel ist die zunehmende Nutzung von Umgebungswärme durch moderne Technologien wie Wärmepumpen und Solarkollektoren für die Heizung und Warmwasserbereitung.

Es gibt noch eine Reihe weiterer, dem Tatsachenbereich zuzurechnender Indizien für die Substituierbarkeit der Energieträger zur Wärmebedarfsdeckung. Da sind einmal die intensiven und planmäßigen Marketingmaßnahmen der Energieanbieter und ihrer Organisationen zur Beeinflussung der Energiewahl. Sie reichen z.B. bei der Gaswirtschaft von der Imagewerbung über Informationschriften zum Produkteinsatz und Informationsveranstaltungen für Verbraucher und Verbrauchsdisponenten bis zur persönlichen Ansprache von Hauseigentümern und Wohnungsinhabern durch freiberufliche Akquisiteure. Viel Aufmerksamkeit haben andererseits die aggressiven Werbeaktionen der Heizöhländler gegen die leitungsgebundenen Energien gefunden. Welchen Sinn hätten diese Maßnahmen, wenn die Verbraucher und Verbrauchsdisponenten nicht die Wahlmöglichkeit zwischen den verschiedenen Energieträgern im Wärmemarkt hätten? Und welchen Sinn sollten dann die zahlreichen Heizkostenvergleiche haben, die nicht nur von den Energieanbietern, sondern auch von staatlichen Stellen, von der Presse und von der Wissenschaft veröffentlicht werden? Die Energieanbieter lassen außerdem ständig kostspielige Untersuchungen über die Bedarfsstruktur und das Verbraucherverhalten durchführen. Wozu sollte das dienen, wenn das Verbraucherverhalten mangels Möglichkeit zur Energiesubstitution sowieso nicht beeinflusst werden könnte?

11.4 Schließlich ist der festgestellte Sachverhalt dem unbestimmten Rechtsbegriff des sachlich relevanten Marktes zuzuordnen.

Dabei ist eine Würdigung der ermittelten Tatsachen vorzunehmen. Die Tatsachenwürdigung ist zunächst Sache der Kartellbehörde und im gerichtlichen Verfahren Sache der Beschwerdeinstanz.<sup>69)</sup>

Im Streitfall muß sich der Richter aus den ihm vorgetragenen und von ihm ermittelten Tatsachen die Überzeugung bilden, ob und inwieweit Energieträger bei der Wärmebedarfsdeckung aus der Sicht der Mehrzahl der verständigen Verbrau-

cher funktionell austauschbar sind. Sollte sich trotz umfassender Sachverhaltsaufklärung der vom Bundeskartellamt behauptete Ausschluß der Substituierbarkeit nicht zur Überzeugung des Richters feststellen lassen, so darf der Richter bei der Prüfung, ob Marktbeherrschung vorliegt, nicht von einem Energieträgermarkt ausgehen. Denn die Kartellbehörde trägt bei Eingriffstatbeständen die materielle Beweislast für die Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen.<sup>70)</sup>

Die Tatsachenwürdigung der Beschwerdeinstanz ist vom BGH nicht selbständig nachprüfbar, außer darauf, ob Unvollständigkeit oder ein Verstoß gegen Erfahrungssätze und Denkgesetze vorliegt. Im übrigen ist die Subsumtion des Sachverhaltes unter einen unbestimmten Rechtsbegriff grundsätzlich revisibel. Jedoch werden in der Literatur unterschiedlich formulierte und begründete Einschränkungen gemacht, und die Rechtsprechung verliert sich in Kasuistik<sup>71)</sup>, so daß eine gesicherte Aussage über die Revisionsmöglichkeit der Subsumtion beim Begriff des relevanten Marktes nicht möglich ist.

**11.5** Ich habe die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes für die Anbieter von Energie zur Wärmebedarfsdeckung behandelt. Dabei ergaben sich Querverbindungen zur zeitlichen und personellen Marktabgrenzung. Außerhalb des Themas lag die räumliche Marktabgrenzung, ferner die Frage, ob und unter welchen Umständen eine Vertriebsstufe ein Markt sein kann. Außerhalb des Themas lag auch die Untersuchung der Wettbewerbsqualität (wesentlicher Wettbewerb, Fehlen überragender Marktstellungen) auf dem Wärmemarkt. Diese Fragen sind sehr wichtig. Meine Ausführungen können deshalb nur ein Schritt auf dem Weg zu einer umfassenderen Würdigung der wettbewerbsrechtlichen Situation der Energiedarbietung zur Wärmebedarfsdeckung sein. Eine solche weitergehende Begutachtung halte ich zur Klärung der Rechtslage für außerordentlich wünschenswert.

## Anmerkungen

- 1) Heizölmarkt: WuW/E BKartA 1840, 1841 „Texaco/Zerssen“ sowie Beschluß vom 8.12.1980 betreffend Mobil Oil/Mertl. Beide Beschlüsse sind nicht rechtskräftig. — Gasmarkt: nicht rechtskräftiger Beschluß vom 5.12.1980 betreffend VEW/Gelsenwasser. Früher schon WuW/E BKartA 1647, 1649 „Erdgas Schwaben“ und WuW/E BKartA 1719, 1720 „BP/Gelsenberg“. — Strommarkt: WuW/E BKartA 1857 „Veba — Stadtwerke Wolfenbüttel“ und Beschluß vom 5.12.1980 betreffend VEW/Gelsenwasser. Beide Beschlüsse sind nicht rechtskräftig. Früher schon WuW/E BKartA 1647, 1648 „Erdgas Schwaben“; WuW/E BKartA 1727, 1728, RWE/Energieversorgung Leverkusen“. Siehe auch Kartte/Piltz in „Energiewirtschaftliche Tagesfragen“ 1981, S. 127 ff.
- 2) Schneider/Mönig/Schmitt/Schürmann, „Konzentration und Wettbewerb in der Energiewirtschaft“, 1977, S. 636; Kantzenbach in „Energiewirtschaft“ 1977, S. 42; Börner, „Studien zum deutschen und europäischen Wirtschaftsrecht“, Band 3, 1980, S. 374; Dolinski, „Untersuchung zu Fragen der Gaspreisbildung als Folge der Interdependenz zwischen dem internationalen Erdgasbeschaffungs- und Erdgasabsatzmarkt in der Bundesrepublik Deutschland“, Sonderheft 120, 1978 des Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung, 1978 Seite 65; Michaelis in „Energiewirtschaftliche Tagesfragen“, 1977, S. 143; Schneider in „gwf-Gas/Erdgas“, 1978, S. 477. So auch: Salinger, „Preisänderungsklauseln in Erdgaslieferungsverträgen“ in VEnergy, Band 35 Seite 23; Büdenbender in RdE 1980, S. 22, 23; Mai in Gas wärme international 1978 S. 409. Ebenso die Bundesre-

- gierung, Bericht über die Ausnahmereiche des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 04.02.1975, BT-Drucksache 7/3206 Ziff. 130 und Stellungnahme vom 30.06.1977 zum 1. Hauptgutachten der Monopolkommission nach § 24b GWB, BT-Drucksache 8/702, Ziff. 15, 16 und 17. Hootz im Gemeinschaftskommentar, 3. Auflage 1980, § 103 Anm. 36 bezeichnet Gas und Strom, die zu Heizzwecken verwendet werden, unter sich sowie mit Heizöl substituierbar.
- 3) WuW/E OLG 1895, 1896 ff; WuW/E BGH 1533, 1535 f.
  - 4) WuW/E BGH 1533, 1535 f. Kritisch zu der Entscheidung Büdenbender in „Recht der Elektrizitätswirtschaft“ 1980 S. 22 ff.
  - 5) Abschnitt 6.
  - 6) Für Gas und vor allem für Strom wird zum Teil die Wareneigenschaft bestritten. Vgl. z.B. Hoßfeld, Gas als Ware; 1976, S. 94 ff. Das GWB geht jedoch von einem weiten Warenbegriff aus. Siehe Kleinmann-Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle 1977, § 22 Anm. 11 ff: „Jeder Gegenstand des Geschäftsverkehrs“.
  - 7) WuW/E BGH 1458, 1462 „Fertigbeton“. Ebenso ist der BGH schon im Falle „Klinker“ verfahren, WuW/E BGH 726, 727. Zweifelnd Müller-Henneberg in Gemeinschaftskommentar 4. Auflage 1980, § 1 Anm. 92.
  - 8) Vgl. den Hinweis auf den relevanten Markt in WuW/E BGH 1391, 1393, „Rossignol“.
  - 9) Kleinmann-Bechtold, aaO § 22 Anm. 8; Müller-Gries-Giessler, Kommentar zum GWB, 3. Auflage 1979, § 22 Anm. 10.
  - 10) Müller-Gries-Giessler, aaO § 22 Anm. 10.
  - 11) Z.B. Sandrock, Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1968, S. 127 und 376; Langen-Niederleithinger-Schmidt, Kommentar zum Kartellgesetz, 5. Auflage 1977 § 22 Anm. 5; weitere Nachweise bei Kleinmann-Bechtold, aaO § 22 Anm. 7 und Müller-Gries-Giessler, § 22 Anm. 11. Überzeugen Hesse in WuW 1981 S. 27, 28: „Es ist in der Praxis nicht möglich, den relevanten Markt zu bestimmen.“
  - 12) Auf die Rechtssicherheit weisen in diesem Zusammenhang auch Müller-Gries-Giessler aaO § 22 Anm. 11 hin.
  - 13) Vgl. z.B. WuW/E BGH 726 „Klinker“; WuW/E BGH 1238 „Registrierkassen“; WuW/E BGH 1288 „EDV-Ersatzteile“; WuW/E BGH 1435 „Vitamin B 12“; WuW/E BGH 1445 „Valium“; WuW/E BGH 1533 „Erdgas Schwaben“; WuW/E BGH 1711 „Mannesmann/Brueninghaus“.
  - 14) Vgl. Müller-Gries-Giessler, aaO § 22 Anm. 1 und Kleinmann-Bechtold, § 22 Anm. 7, jeweils mit weiteren Nachweisen.
  - 15) Z.B. §§ 22 Abs. 3, 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 23a, 24 Abs. 3 Nr. 3 GWB.
  - 16) Für eine Differenzierung z.B. Möschel in Betriebs-Berater 1976 S. 49, 52; Hoppmann, Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, 1974, S. 25; Kleinmann-Bechtold, aaO § 22 Anm. 16. Gegen Differenzierung Löwenheim-Westrick, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 4. Auflage 1977, § 24 Anm. 21 ff. Widersprüchlich Müller-Gries-Giessler aaO § 22 Anm. 11, die feststellen, der Begriff Marktbeherrschung sei nicht nur für § 22 prägend, sondern werde inhaltlich gleich auch für das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot nach § 26 Abs. 2 und in der Fusionskontrolle, § 24 Abs. 1 verwendet. Unter Berufung auf Möschel fahren sie dann jedoch fort, die Anwendung des Begriffs auf drei verschiedene Tatbestände schließe eine je nach Sinn und Zweck der Bezugsnorm differenzierte Betrachtung nicht aus.
  - 17) FIW-Schriftenreihe „Schwerpunkte des Kartellrechts 1974/75“ S. 73 ff, 76.
  - 18) BT-Drucksache VI 2520 S. 28 f.
  - 19) Vgl. Langen-Niederleithinger-Schmidt aaO, § 24 Anm. 5. Kleinmann-Bechtold aaO, § 22 Anm. 18 und 26.
  - 20) Von einem einheitlichen, nicht nach Vertriebsstufen zu trennenden Markt für HEL ist auch das Bundeskartellamt ausgegangen, vgl. WuW/E BKartA 1840, 1841 „Texaco/Zerssen“ und Beschluß vom 08.12.1980 betreffend Mobil Oil/Mertl. Beide Beschlüsse sind nicht rechtskräftig.
  - 21) Siehe dazu Abschnitt 3. Müller-Gries-Giessler, aaO § 22 Anm. 11 weisen deshalb mit Recht darauf hin, daß der Begriff des relevanten Marktes vom BGH in verschiedenen Vorschriften des GWB inhaltsgleich entwickelt und angewandt worden ist. Vgl. auch WuW/E BGH 1501, 1502 „Kfz-Kupplungen“.

tztes gegen  
rucksache  
77 zum I  
4b GWB  
n Gemein  
6 bezeich  
t werden  
5 f.  
idung Be  
10 S. 22 ff  
areneig  
3. S. 94 ff  
f aus. Sa  
kontrolle  
chäftsver  
der BGH  
726, 728  
mmmentar  
W/E BGH  
s-Giessler  
10.  
ttbewerba  
derleithin  
age 1977  
told, aaO  
1. Überze  
axis nicht  
nmenhang  
1238 „Re  
“; WuW/E  
Valium I“;  
BGH 1711  
leinmann  
sen.  
24 Abs. 8  
ater 1976  
in Markt  
rrschende  
aaO § 22  
ck, I  
l. Aussage  
s-Giessler  
rktbeherr  
de inhalt  
ngsverbot  
4 Abs. 1  
inn jedoch  
ne Tatbe  
zugsnom  
1974/75  
1. 5; Klein  
n zu tron  
ausgegen  
ssen“ und  
ertl. Beid  
§ 22 Anm.  
Begriff des  
rschriften  
vorden ist  
jen“: „De

bei geht es (erg.: das Beschwerdegericht) zutreffend davon aus, daß der Begriff der Markbeherrschung im Sinn des § 24 Abs. 1 GWB nach den Bestimmungen des § 22 Abs. 1 und 3 GWB zu beurteilen ist.“

21) BT-Drucksache IV/3533 S. 5.  
23) Begründung zum Entwurf der dritten GWB-Novelle = BT-Drucksache 7/2954 S. 5.  
24) BT-Drucksache VI/2520, S. 23.  
25) WuW/E BGH 726.  
26) WuW/E BGH 990.  
27) WuW/E BGH 1238.  
28) WuW/E BGH 1435 und 1445.  
29) WuW/E BGH 1501 und 1533.  
30) WuW/E BGH 1678 und WUW/E BGH 1711.  
31) Denkbare Alternativen zur Abgrenzung aus Nachfragersicht, insbesondere auch die Abgrenzung aus Anbietersicht, hat Baum in WuW 1980 S. 401, 403 ff kritisch untersucht und abgelehnt.  
32) Vgl. zur Kreuzpreiselastizität u.a.: Sandrock, aaO S. 365 ff; Langen-Niederleithinger-Schmidt aaO § 22 Anm. 8; Beckmann, Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1968, S. 159 ff. Kritisch: Mestmäcker, Das marktbeherrschende Unternehmen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1959, S. 12; Barnikel in WuW 1961 S. 246, 253; Hoppmann aaO S. 38 f; Klauss, Die Bestimmung von Marktmacht, 1975, S. 114 ff; Baum in WuW 1980 S. 401, 406.  
33) Vgl. auch Börner, aaO S. 373 f zu Interdependenzkoeffizienten und Kreuzpreiselastizität: „Das sind nur Formeln, die man in der Praxis nie anwenden kann, Formeln im Reich des Gedankens, aber nicht im Reich des Rechts.“  
34) WuW/E BKartA 1711.  
35) Darauf, daß Waren, die für verschiedene Verwendungszwecke geeignet sind, mehreren Märkten angehören können, machte schon Barnikel in WuW 1961 S. 246, 250 aufmerksam. Ebenso Kleinmann-Bechtold aaO § 22 Anm. 29.  
36) In „Energiewirtschaftliche Tagesfragen“ 1981 S. 131 ff., besonders Tabellen 1 und 5.  
37) WuW/E BGH 1533, 1535 f.  
38) In „Recht der Elektrizitätswirtschaft“ 1980 S. 22, 23.  
39) VDEW-Studie „Die volkswirtschaftliche Bedeutung der elektrischen Energie am Wärmemarkt“, 1980, S. 42 bis 47.  
40) Beckmann, aaO S. 152.  
41) Ebenso Barnikel in WuW 1961 S. 246, 250.  
42) WuW/E BGH 1678, 1681 „Valium II“.  
43) Ebenso Langen-Niederleithinger-Schmidt aaO § 22 Anm. 10.  
44) So auch das Bundeskartellamt in WuW/E BKartA 1840, 1841 „Texaco/Zerssen“ und im Beschluß vom 08.12.1980 betreffend Mobil Oil/Mertl. Beide Beschlüsse sind nicht rechtskräftig.  
45) Grundlegend dazu Börner, aaO S. 363 ff (Vortrag von 1976) und in DB 1977 S. 484.  
46) Ebel hat in DB 1978 S. 679 darauf hingewiesen, daß der Abnehmer durchaus ein Interesse daran haben kann, langfristige Energieversorgungsverträge zu schließen. Ebel führte dazu aus: „Er begibt sich hier freiwillig (für den Vertragszeitraum) seiner Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Energiearten, um diese Wahlfreiheit gegen größere Versorgungssicherheit einzutauschen.“ Weiter heißt es bei Ebel aaO.: „Vertragliche Bindungen, die ein Abnehmer freiwillig eingegangen ist, führen jedenfalls nicht zu einer marktbeherrschenden Stellung des EVU gegenüber dem Abnehmer und m.E. auch nicht ohne weiteres zu einer Abhängigkeit im Sinne des § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB.“  
47) Bei Strom und Gas ist es nicht präzise, von einem Kauf zu sprechen. Nach moderner und im Vordringen befindlicher Auffassung handelt es sich bei Strom- und Gaslieferverträgen um Verträge eigener Art, die außer dem Verkauf einer Ware auch die Erbringung von Diensten enthalten, insbesondere die jederzeitige und ausreichende Vorhaltung der Energie. Kauf wird hier also als pars pro toto gebraucht.  
48) Hoppmann (aaO S. 33) hat zu Recht darauf hingewiesen, daß der zeitlichen Abgrenzung des Marktes bisher nur wenig Aufmerksamkeit gewidmet wurde. Die relevante Zeitspanne könne unter Umständen viele Jahre betragen. Ähnlich Willeke in WuW 1975 S. 533, 539: „genügend langer Beobachtungszeitraum“.

49) Beschluß vom 05.12.1980 betreffend VEW/Gelsenwasser. Ähnliche Formulierungen finden sich in WuW/E BKartA 1840, 1841 „Texaco/Zerssen“ und im Beschluß vom 08.12.1980 betreffend Mobil Oil/Mertl. Die genannten Beschlüsse sind nicht rechtskräftig.  
50) In „Energiewirtschaftliche Tagesfragen“ 1980 S. 131 ff.  
51) Vgl. die Zahlen in „Energiewirtschaftliche Tagesfragen“ 1980 S. 138, insbesondere Tabellen 9 und 10.  
52) „Überlegungen zur künftigen Entwicklung der elektrischen Warmwasserversorgung in den privaten Haushalten in der Bundesrepublik Deutschland“, 1979, S. 104 und 126.  
53) WuW/E BKartA 1840, 1841 „Texaco/Zerssen“ und Beschluß vom 08.12.1980 betreffend Mobil Oil/Mertl. Beide Beschlüsse sind nicht rechtskräftig.  
54) Siehe näher Doose in „Der Landkreis“ 1979 S. 416 ff.  
55) Zu den verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Grenzen siehe Börner „Einführung eines Anschluß- und Benutzungszwanges für Fernwärme durch kommunale Satzung“ 1978. In Bayern ist der Anschluß- und Benutzungszwang auch zugunsten der Gasversorgung möglich.  
56) Antwort der Bundesregierung vom 03.04.1980 auf eine kleine Anfrage im Deutschen Bundestag, BT-Drucksache 8/3888, S. 3.  
57) Vgl. WuW/E BGH 1435 „Vitamin B 12“; WuW/E BGH 1435 „Valium I“; WuW/E BGH 1678 „Valium II“.  
57a) Vgl. §§ 4, 13 Gesetz zur Förderung der Modernisierung von Wohnungen und Maßnahmen zur Einsparung von Heizenergie i.d.F. des Gesetzes vom 18.7.1978 (BGBl. I 993 (ModEnG))  
57b) Vgl. § 51 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe 9 Einkommensteuergesetz vom 16. Oktober 1934 in der Fassung der Bekanntmachung vom 21.6.1979 (BGBl. I S. 721) — zuletzt geändert durch das Gesetz zur Änderung der Abgabenordnung und des Einkommensteuergesetzes vom 25.6.1980 (BGBl. I S. 731)  
57c) Preisgebundene Wohnungen: vgl. § 17 ModEnG, §§ 8 ff. Gesetz zur Sicherung der Zweckbestimmung von Sozialwohnungen i.d.F. vom 31.1.1974 (BGBl. I S. 137) — zuletzt geändert durch das WoBauÄndG 80 vom 20.2.1980 (BGBl. I 159); § 6 der Verordnung über die Ermittlung der zulässigen Miete für preisgebundene Wohnungen (NMV 1970) i.d.F. vom 18.7.1979 (BGBl. I S. 1103) und § 11 der Verordnung über wohnungswirtschaftliche Berechnungen (Zweite Berechnungsverordnung) i.d.F. vom 18. Juli 1979 (BGBl. I S. 1577). Nicht preisgebundene Wohnungen: vgl. § 14 ModEnG, § 3 Gesetz zur Regelung der Miethöhe (Art. 3 bis 8 des 2. WKSchG vom 18.2.1974 (BGBl. I 3603) — zuletzt geändert durch das Wohnungsmodernisierungsänderungsgesetz vom 27.6.1978 (BGBl. I 878)  
58) Darauf, daß die Markt-abgrenzung im Rahmen des GWB auch in anderen Fällen nötig ist, wurde in Abschnitt 2 hingewiesen.  
59) So auch Müller-Gries-Giessler aaO § 22 Anm. 12.  
60) Vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Auflage 1979, S. 232 ff, insbesondere S. 273 ff. Larenz verwendet auch den Begriff „ausfüllungsbedürftiger Maßstab“.  
61) Diese methodischen Schritte stehen weniger im Verhältnis einer zeitlichen Abfolge. Sie vereinen sich vielmehr „im Vorgang der wechselseitigen Erhellung“ (Larenz aaO S. 265).  
62) Hoppmann, aaO S. 39 f.  
63) Siehe Abschnitt 3.  
64) Dieser Grundsatz gilt auch schon für das Verfahren vor den Kartellbehörden, Müller-Gries-Giessler aaO § 54 Anm. 1.  
65) WuW/E BGH 967, 971 „Zementverkaufsstelle Niedersachsen“.  
66) WuW/E BGH 967, 971 „Zementverkaufsstelle Niedersachsen“; WuW/E BGH 1445, 1449 „Valium I“.  
67) Dies ergibt sich z.B. aus den Entscheidungen WuW/E OLG 2122 „Mannesmann-Brueninghaus“; WuW/E BGH 726, 728 „Klinker“; WuW/E BGH 1435, 1440, „Vitamin B 12“.  
68) WuW/E BGH 442, 450 „Gummistrümpfe“; WuW/E BGH 1435, 1440 „Vitamin B 12“.  
69) Vgl. WuW/E BGH 1445, 1448, 1449 „Valium I“.  
70) WuW/E OLG 1160, 1162 „Haushaltspanels“; Junge in Gemeinschaftskommentar 3. Auflage § 54 Anm. 2; Müller-Gries-Giessler aaO § 54 Anm. 4.  
71) Vgl. z.B. Grunsky in Stein-Jonas, ZPO, 20. Auflage 1977 § 549 Anm. 9 ff, insbesondere 14 ff; Wolfsteiner in Zöller, Zivilprozeßordnung, 12. Auflage 1979, § 551 Anm. 3; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozeßordnung, 39. Auflage 1981, § 550 Anm. 1 u. 2 mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen.