

BUNDESKARTELLAMT
8. BESCHLUSSABTEILUNG
DER BERICHTERSTATTER

Gesch.-Nr. B 8 - 4/82 - 2
(Bitte in Antwort stets die Gesch.-Nr. angeben)

2 - Sep. 1982

ZR.

Bundeskartellamt · Mehringdamm 129 · 1000 Berlin 61

1000 BERLIN 61, den 27. August 1982
Mehringdamm 129
(am Platz der Luftbrücke)
Fernruf: (030) 69 01 1
Durchwahl: 342
Fernschreiber: 01 84121

Betr.: Fernwärmeversorgung in Dortmund-Schüren

Bezug: Ihr Schreiben vom 24. Mai 1982 - [REDACTED]

Sehr geehrte Herren!

Zu meinem Bedauern kann ich erst heute auf Ihr Schreiben vom 14. Mai 1982 zurückkommen. Die Prüfung Ihrer Darlegungen hat ergeben, daß für die abschließende kartellrechtliche Beurteilung und die Entscheidung über die Durchführung eines Mißbrauchsverfahrens sowohl hinsichtlich der einseitigen Änderung der Abrechnungsperiode als auch der Höhe des Fernwärmepreises der

Minister für Wirtschaft,
Mittelstand und Verkehr
des Landes Nordrhein-Westfalen
als Landeskartellbehörde
Haroldstr. 4

4000 Düsseldorf 1

zuständig ist (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 lit d, Nr. 3 GWB).
Denn nach Ihren Einlassungen kommt es für die Beurteilung des Verhaltens der Favorit in Dortmund-Schüren

wesentlich auf die rechtlichen und faktischen Besonderheiten der dortigen Versorgungsbedingungen an. Dennoch nehme ich Ihr Schreiben zum Anlaß zu einigen grundsätzlichen Bemerkungen zur kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht im Bereich der Fernwärmeversorgung und zu ihren rechtlichen Darlegungen.

I.

Obwohl bisher vom KG keine Entscheidung über die Frage der marktbeherrschenden Stellung eines Fernwärmeversorgungsunternehmens (FVU) getroffen worden ist, besteht bisher kein Anlaß von dem Rechtsstandpunkt, daß diese Unternehmen marktbeherrschend sind und der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht unterliegen, abzugehen.

Die Beschlußabteilung beobachtet - aufgrund zahlreicher Beschwerden - besonders aufmerksam die Praktiken der FVU bei der Anpassung ihrer Wärmelieferverträge (FWV) an die AVB Fernwärme. Es drängt sich dabei der Verdacht auf, daß die früheren Vertragsbedingungen nicht nur der AVB Fernwärme angepaßt werden, sondern weitergehende Änderungen vorgenommen werden, die die Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung zugunsten der FVU verändern und damit Risiken aus der Vertragsbeziehung auf die Kunden abwälzen.

II.

1. Obwohl die Beschlußabteilung nicht verkennt, daß die Vertragsänderungen in Musterverträgen auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen können, wenn die Änderung von der Zustimmung jedes einzelnen Vertragspartners abhängig gemacht wird, vermag sie Ihre Auffassung nicht zu teilen, daß durch §§ 1 Abs. 4, 4 Abs. 2 AVB Fernwärme der Ordnungsgeber die FVU ermächtigt habe, Änderungen ihrer allgemeinen Vertragsbedingungen einseitig, d.h. ohne Zustimmung der Kunden festzusetzen und sie durch rechtzeitige öffentliche Bekanntmachung verbindlich werden zu lassen.

Diese Rechtsauffassung ist nicht nur deshalb erstaunlich, weil Sie gegenüber den Abnehmern immer wieder den Standpunkt vertreten "pacta sunt servanda" und nicht zu nachträglichen Vertragsanpassungen zugunsten der Kunden bereit sind. Sie geben den genannten Vorschriften auch einen vom Verordnungsgeber nicht gewollten Sinn.

- § 1 Abs. 4 AVB Fernwärme soll lediglich sicherstellen, daß die Abnehmer sich jederzeit über die Vertragsbedingungen, Preisregelungen und Preislisten orientieren können, soweit diese Vertragsbestandteile bereits nach dem Vertrag im Laufe des Vertragsverhältnisses Änderungen unterliegen.

- § 4 Abs. 2 erlaubt zwar die Änderung der Wärmelieferverträge durch öffentliche Bekanntmachung, aber ebenfalls nur im Rahmen der Grenzen der AVB. Ausreichend ist dabei nicht, daß die AVB dem FVU für die Regelung bestimmter Sachverhalte Optionen einräumt, sondern daß die AVB Fernwärme ausdrücklich Änderungen der Versorgungsbedingungen - insbesondere im technischen Bereich - zuläßt (vgl. insoweit die amtliche Begründung zu § 4 Abs. 2 AVB Fernwärme, BR-Drucksache 90/80).

Zwar gelten gem. § 37 die AVB Fernwärme von Inkrafttreten der Verordnung für alle bestehenden und zukünftigen Fernwärmever sorgungsverhältnisse, soweit diese auf Musterverträgen beruhen (§ 1 Abs. 1 AVB Fernwärme). Daraus kann aber nicht die Befugnis der FVU abgeleitet werden, nunmehr die bestehenden Verträge einseitig zu ändern. Soweit diese nicht der AVB Fernwärme entsprachen, sind die Vertragsklauseln mit Inkrafttreten der AVB unwirksam geworden und an ihre Stelle die entsprechenden Regelungen der AVB Fernwärme getreten. Einer ausdrücklichen Vertragsanpassung bedurfte es daher nicht. Auch wenn nach Inkrafttreten der AVB Korrekturen der Vertragsbeziehungen von FVU und Abnehmer erforderlich wurden, konnten die bestehenden Verträge nicht einseitig geändert werden, jedenfalls nicht in einem Umfang, der über die rechtlich notwendigen Korrekturen hinausging. Die AVB gibt keine

Handhabe, über das erforderliche Maß hinaus das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung zu ändern.

Nach Auffassung der Beschlußabteilung stellt die einseitige Änderung bestehender langfristiger Vertragsverhältnisse durch ein marktbeherrschendes Unternehmen stets einen kartellrechtlichen Mißbrauch dar, sofern das Unternehmen nicht nachweisen kann, daß durch die vorgenommene Vertragsänderung das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung nicht zu Lasten der Abnehmer geändert wurde. Es ist einem marktbeherrschenden FVU zuzumuten, möglicherweise aus anderen Gründen erforderliche Änderungen der Versorgungsbedingungen von der Zustimmung seiner Vertragspartner abhängig zu machen. Die Regelungen der AVB kommen beiden Parteien auch ohne ausdrückliche Vertragsänderung zugute.

2. Die Beschlußabteilung vermag auch Ihrer Begründung für die Änderung der Abrechnungsperiode u.a. unter Hinweis auf § 25 Abs. 1 AVB Fernwärme nicht zu folgen.
 - 2.1 Bitte der Verordnungsgeber nur das Kalenderjahr als Abrechnungsperiode anerkennen wollen, so hätte er das vermutlich auch ausdrücklich festgelegt. Im Gegensatz zu Ihrer Rechtsauffassung ist § 25 Abs. 1 AVB Fernwärme aber so vage gehalten, daß die Parteien jeden mehrmonatigen Abrechnungszeitraum beliebig vereinbaren können. Mit § 25 Abs. 1 AVB Fernwärme soll nur sichergestellt werden, daß die Abschlagzahlungen, die das FVU vom Abnehmer verlangt, sich an dessen tatsächlichem Verbrauch orientieren, wie er in der vorangegangenen Abrechnungsperiode beobachtbar war (vgl. amtliche Begründung zu § 25, a.a.O.). Das ergibt sich eindeutig aus § 25 Abs. 1 Satz 2 AVB Fernwärme. Diese Vorschrift rechtfertigt die einseitige Änderung der Abrechnungsperiode vor der Heizperiode zum Kalenderjahr jedenfalls nicht.
 - 2.2 Die von Ihnen angeführten firmeninternen Gründe (Bl. 4 ff Ihres Schreibens) können ebenfalls die einseitige Änderung der Abrechnungsperiode nicht rechtfertigen. Denn auch insoweit gilt wohl der Grundsatz "pacta sunt servanda". Sie hätte

nur Anlaß sein können, eine entsprechende Vertragsänderung den Abnehmer vorzuschlagen. Nach dem in Dortmund [REDACTED] geltenden Wärmeliefervertrag war eine einseitige Änderung der Abrechnungsmodalitäten jedenfalls nicht vorgesehen.

3. Angesichts dieser Rechtslage kommt es auf die Auswirkungen der Änderung, die Sie eingehend dargelegt haben, im Grunde nicht an. Denn der Vertrag ist zu bestimmten Bedingungen abgeschlossen worden. Wenn Sie während der Laufzeit des Vertrages feststellen, daß die ursprünglich angenommenen Bedingungen sich ändern, haben Sie im Rahmen der wirtschaftlichen Risikoverteilung die Folgen dieser "Fehlkalkulation" zu tragen.

Zwar legen Sie mit Zahlen dar, daß das neue Abrechnungssystem für den Kunden beachtliche Vorteile gehabt hat. Bezüglich der langfristigen Wirkungen dieser einseitigen Vertragsänderung kann aber kaum zweifelhaft sein, daß sie zu Ihren Gunsten wirkt. Das ist jedenfalls stets dann der Fall, wenn Preise und Löhne steigen - wovon in aller Regel ausgegangen werden kann.

An dieser Stelle darf ich anmerken, daß Ihre Vergleichsrechnungen nicht ganz verständlich sind. In der Anl. 5 Ihres Schreibens stellen Sie die Preisentwicklung dar. Unter 2 a - Abrechnungszeitraum Juli-Juni des Folgejahres 1981/82 - geben Sie als AP 27,57 DM/GJ an. Nach der alten Vertragsregelung kann dieser AP aber wohl nicht höher sein als der unter 2 b 1981 genannte Wert sein, nämlich 21,50 DM/GJ, weil nach der alten Berechnung die Preise Januar bis Juli sich nach den Durchschnittspreisen der Bezugsgrößen während des Vorjahres richteten, d.h. bei der neuen Preisberechnung dem abgerechneten Preise entsprechen müssen.

4. Ihre Ausführungen zur Preisänderungsklausel und § 24 Abs. 3 AVB Fernwärme sind nicht überzeugend und gehen von einem falschen Verständnis der Verordnung aus. Die Anforderung der angemessenen Berücksichtigung der jeweiligen Verhältnisse

auf dem Wärmemarkt wird nicht dadurch erfüllt, daß auf den Brennstoff als Preisvariable Bezug genommen wird.

Ohne im einzelnen die Angemessenheit Ihrer Preisanbindung beurteilen zu können, scheint es notwendig, darauf hinzuweisen, daß nach § 24 Abs. 3 Satz 1 AVB Fernwärme die Kostenentwicklung bei Erzeugung und Bereitstellung der Fernwärme durch das Unternehmen einerseits als auch die jeweiligen Verhältnisse auf dem Wärmemarkt andererseits in der Preisänderungsklausel zu berücksichtigen sind.

- 4.1. Das bedeutet einerseits, daß die Preisanbindung an Indices nicht ohne realen Bezug sein darf. Wie dieser reale Bezug auszusehen hat, ergibt sich vor allem aus der Kalkulation von Grund- und Arbeitspreis, d.h. aus den in diesen Preis-elementen berücksichtigten Kostenbestandteilen. Preisänderungsklauseln dürfen nicht so gefaßt werden, daß sie geeignet sind, jede Kostensteigerung des FVU bei der Wärmeerzeugung und -verteilung, etwa auch Kosten aus Fehlinvestitionen abzudecken. Ein Indiz für nach § 24 Abs. 3 AVB Fernwärme nicht zulässige Preisgleitklausel wird der Umstand sein, daß die Klauseln nicht ausgeschöpft zu werden brauchen, um den realen Kostensteigerungen des FVU Rechnung zu tragen.
- 4.2. Die angemessene Berücksichtigung der Verhältnisse auf dem Wärmemarkt bedeutet, daß ein FVU seine Preisgestaltung nicht nur an seinen Kosten orientieren kann, sondern daß seine Preise in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufwendungen stehen müssen, die andere Inhaber von Häusern und Wohnungen vergleichbarer Größe mit etwa gleichem Energiebedarf für Raumwärme und Warmwasser haben.

Mit dieser Forderung hat der Ordnungsgeber sicherzustellen versucht, daß die Fernwärmepreise sich nicht ohne Bezug zu den Aufwendungen für andere Möglichkeiten, den Raumwärme- und Warmwasserbedarf zu befriedigen, entwickeln. Dieses Merkmal bedeutet eine Korrektur und Begrenzung der Weitergabe von Kosten durch das FVU. Die Regelung enthält einen Versuch, auch

die FVU mit einem Teilrisiko aus ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zu belasten. Andererseits wird aber den FVU auch nicht verwehrt sein, die Preise für Fernwärme an vergleichbaren Aufwendungen anderer Kunden zu orientieren, wenn die Kosten der FVU günstiger sind.

Da die angemessene Berücksichtigung der Verhältnisse auf dem Wärmemarkt eine Einzelfrage darstellt, kann hier nur angeregt werden, daß in den Preisgleitklauseln der FVU die vom Ordnungsgeber gewollte Obergrenze des Preisgestaltungsspielraums ihren Ausdruck finden sollte. Das empfiehlt sich besonders, da nach Auffassung der FVU eine Anpassung der bestehenden Verträge an die AVB erforderlich erscheint.

- 4.3. Aus § 24 Abs. 3 AVB Fernwärme ergibt sich nach Auffassung der Beschlußabteilung eine weitere Forderung für die Preisberechnung der FVU. Das System der Feststellung der Fernwärmepreise nach Abschluß der Abrechnungsperiode muß geändert werden zugunsten einer vorzeitigen Bekanntgabe der Fernwärmepreise ähnlich wie in der Gas- und Stromwirtschaft.

Der Abnehmer soll jederzeit wissen, welchen Preis er für die Vorhaltung und den Bezug von Wärme zu zahlen hat. Das von zahlreichen FVU gegenwärtig praktizierte Verfahren der nachträglichen Berechnung des Wärmepreises gibt dem Kunden keine Möglichkeit des Preisvergleichs. Daß er die Preise nach der Abrechnung prüfen kann, ist für ihn vergleichsweise belanglos.

Diese nach Auffassung der Beschlußabteilung erforderliche Änderung der vertraglichen Preisregelungen behindert nicht die Gesamtabrechnung für einen mehrmonatigen Abrechnungszeitraum. Die Anwendung längerer Abrechnungsperioden mit Vorauszahlungen gem. § 25 Abs. 1 AVB Fernwärme soll nach der Zielsetzung des Ordnungsgebers nicht der Intransparenz der Wärmepreise dienen, sondern vor allem der Vereinfachung des Aufwandes beim Feststellen des Verbrauchs und der besseren

Verteilung der Heizkosten über das ganze Jahr in gleichmäßigen Abschlagszahlungen.

Es ist kein überzeugender Grund erkennbar, wieso nicht auch FVU in der Lage sein sollten, für ihre Leistungen vorab einen Preis festzulegen, wie es in den anderen Branchen der Versorgungswirtschaft üblich ist. Allerdings wird die Preisberechnung unter Berücksichtigung des Durchschnittspreises für Brennstoff während der Heizperiode dann nicht mehr möglich sein.

5. Sie räumen erhebliche Preisunterschiede zu den Anbietern vergleichbarer Wärmeträger ein. Während die Preisunterschiede zur ■■■ im Versorgungsgebiet Dortmund■■■■ nicht quantifiziert werden, geben Sie jedenfalls eine Preisdifferenz von ca. 15 % beim Arbeitspreis zum Gas der Stadtwerke Dortmund an. Ich gehe davon aus, daß die Preisunterschiede im Grundpreis größer sind, so daß auch ein Wärmepreisvergleich zu Unterschieden von mehr als 15 % führen würde. Selbst wenn man aber unterstellt daß die Grundpreisdifferenz sachlich gerechtfertigt ist durch unterschiedliche Anlagekosten bei Abnehmern von Gas und Fernwärme, bleibt ein - nach § 24 Abs. 3 AVB Fernwärme bedenklicher - erheblicher Preisunterschied bestehen. Der Preisunterschied zum Fernwärmeangebot der VEW dürfte wohl noch höher sein.
6. Wenig einsichtig ist Ihre Berechnung der Rohrleitungsverluste. Zwar gibt es die von Ihnen beschriebenen Alternativen der Belastung der Abnehmer mit den wohl unvermeidlichen Rohrleitungsverlusten. Ihre Darlegungen lassen aber nicht erkennen, wie diese Verluste gemessen werden. Wenn Sie lediglich einen pauschalen Rohrverlustzuschlag berechnen, müßte wohl nach Ihren eigenen Darlegungen dieser im Wärmepreis kalkuliert sein, nicht zuletzt, um eine Vergleichbarkeit des Fernwärmepreises mit anderen Wärmeträgern zu gewährleisten. Gerade wenn die Wärmemenge - im Gegensatz zur Heißwassermenge - beim Abnehmer gemessen wird, scheint die Berücksichtigung kalkulatorischer Rohrleitungsverluste im Wärmepreis angemessen.

Ich habe nunmehr das Verfahren an die Landeskartell-
behörde abgegeben und sie über die Eingabe und den
bisherigen Schriftwechsel unterrichtet.

Mit freundlichen Grüßen

W. Wolf
Wolf