

Thomas Götz, Saarbrücken

## Marktbeherrschende Stellung von Fernwärmeversorgungsunternehmen

Erst in jüngster Zeit befaßten sich die Kartellbehörden erstmals intensiv mit dem Marktverhalten von Fernwärmeversorgungsunternehmen<sup>1)</sup>. Ende 1981 ergingen gegen zwei Fernwärmeversorgungsunternehmen Preismißbrauchsverfügungen gemäß § 22 Abs. 4, 5 GWB<sup>2)</sup>. Die kartellbehördlichen Verfügungen sind noch nicht rechtskräftig, da die betroffenen Unternehmen in beiden Fällen Beschwerde eingelegt haben.

Da sich bisher weder die kartellrechtliche Lehre noch die Rechtsprechung mit der Problematik der Marktbeherrschung von Fernwärmeversorgungsunternehmen befaßt haben, ist der Ausgang der Kartellbeschwerdeverfahren offen. Mit dieser Abhandlung soll die öffentliche Diskussion zur Frage der Marktbeherrschung durch Fernwärmeversorgungsunternehmen angeregt werden.

### I. Problemstellung

1. Zur rechtlichen Beurteilung der aufgeworfenen Problematik ist von folgendem Sachverhalt auszugehen:

Fernwärmeunternehmen versorgen häufig auch kleinere Siedlungen, bestehend beispielsweise aus drei bis vier Hochhausblöcken und mehreren Einfamilienhäusern derart mit Fernwärme, daß in einem der zu der Wohnanlage gehörenden Gebäude eine Heizzentrale installiert wird und aus dieser einen Heizzentrale sämtliche Wohneinheiten der Anlage über Leitungen mit Heißwasser versorgt werden. Die Frage, ob und durch wen eine Wohnanlage mit Fernwärme versorgt wird, wird zwangsläufig immer vor Errichtung der Anlage durch den jeweiligen Bauträger entschieden. Fast bei jedem zu errichtenden Projekt konkurrieren mehrere örtliche oder überörtliche Fernwärmeunternehmen miteinander und bemühen sich um die Erteilung des Zuschlags durch den Bauträger. Dasjenige Fernwärmeunternehmen, das dem Bauträger die attraktivsten Konditionen anbietet, erhält, wie im Wettbewerb üblich, den Zuschlag, die Wohnanlage mit Fernwärme zu versorgen. Ferner verpflichten die Bauträger die Erwerber der einzelnen Wohneinheiten, mit dem Fernwärmeunternehmen einen Wärmelieferungsvertrag zu schließen. Solche Verträge zwischen Käufern und Fernwärmeunternehmen kommen auch in der Regel zustande. In den Verträgen wird meist eine Vertragslaufzeit von 20 bis 25 Jahren vorgesehen.

2. In den beiden oben bezeichneten Fällen erschienen manchen Wärmeabnehmern die von den Fernwärmeunternehmen geforderten Preise aus verschiedenen Gründen zu hoch. In einem der Fälle klagte ein Abnehmer vor den ordentlichen Gerichten auf Reduzierung des Wärmepreises. Diese Klage wurde abgewiesen. Sodann wandte sich der Abnehmer an das BKartA mit dem Begehren, im Wege des Preismißbrauchsverfahrens (§ 22 Abs. 5 GWB) eine Preisreduzierung durchzusetzen. Sowohl das BKartA in diesem Fall als auch die LKartB Hamburg in einem

1) Aus früherer Zeit ist nur eine Stellungnahme des Bundeskartellamts, Tätigkeitsbericht 1976, Bundestagsdrucksache 8/704, Seite 99 bekannt.

2) Mißbrauchsverfügung des BKartA, Presseinformation Nummer 20/81 des BKartA vom 8. 12. 1981; Mißbrauchsverfügung der Kartellbehörde der freien Hansestadt Hamburg vom 4. 11. 1981, Bundesanzeiger (BAnz.) Nr. 236 vom 17. 12. 1981, beide Verfügungen abgedruckt in WuW 1/1982, Seiten 17 und 18.

ähnlich gelagerten Fall erließen Preismißbrauchsverfügungen gegen die betroffenen Unternehmen mit folgender Begründung:

Fernwärmeunternehmen seien in den von ihnen versorgten Wohnanlagen marktbeherrschend. Die Wohnanlagen seien in örtlicher und sachlicher Hinsicht als lokale Teilmärkte anzusehen, da die Abnehmer wegen der bestehenden Wärmelieferungsverträge keine Möglichkeit hätten, auf andere Fernwärmeversorger bzw. auf andere, herkömmliche Heizmethoden (z. B. Zentralheizanlagen, Nachtspeicherheizung usw.) auszuweichen. Begrenze man deswegen den im Rahmen des § 22 Abs. 4, 5 GWB relevanten Markt auf das jeweilige Versorgungsgebiet eines bestimmten Fernwärmeunternehmens, sei dieses Unternehmen auch marktbeherrschend, weil der Abnehmer nach Abschluß des Wärmelieferungsvertrages an diesen gebunden sei. Abzustellen sei ausschließlich auf diesen und nicht auf den Zeitpunkt, wo das Fernwärmeunternehmen gegenüber dem Bauträger als günstigster Betreiber aus dem Wettbewerb hervorgegangen sei bzw. auf den Zeitpunkt, wo der Abnehmer, als er sich aus freien Stücken zum Kauf eines mit Fernwärme versorgten Hauses entschloß, auch den Wärmelieferungsvertrag freiwillig unterschrieb.

Soweit die relevante Begründung der Kartellbehörde. Auf die Darstellung der weiteren Argumentation im Rahmen des § 22 Abs. 4, 5 wird hier verzichtet, da dies den Rahmen dieser Abhandlung sprengen würde.

### III. Zur Marktabgrenzung und Marktbeherrschung

Die zuvor beschriebene Auffassung der Kartellbehörden ist aus mehreren Gründen rechtsfehlerhaft:

#### 1. Marktabgrenzung

a) Zu Unrecht begrenzen die Kartellbehörden den relevanten Markt in räumlicher Hinsicht auf die jeweils versorgten Wohnanlagen. Diese Marktabgrenzung ist offensichtlich zu eng. Grundsätzlich geht nämlich das GWB davon aus, daß das gesamte Bundesgebiet als relevanter Markt anzusehen ist (§ 98 Abs. 2 GWB). Zwar ist in Lehre und Rechtsprechung anerkannt, daß es neben diesem weiträumigen Inlandsmarkt auch regionale bzw. lokale Teilmärkte geben kann. Dagegen ist jedoch ebenso anerkannt, daß der Marktbegriff nicht zu eng abgegrenzt werden darf, um praktisch brauchbar zu sein<sup>3)</sup>. Eine allzu enge Marktabgrenzung würde zu einer dem Gesetz zuwiderlaufenden Vermehrung von Marktbeherrschern führen. Begrenzt man beispielsweise, wie es die Kartellbehörden tun, den Marktbegriff auf einen Wohnkomplex mit mehreren Gebäuden, eine einzelne Straße oder im Extremfall sogar auf ein einzelnes Gebäude, wäre jedes Unternehmen sogar jede Privatperson, die solche Wohneinheiten mit Energie oder Dienstleistungen versorgt, marktbeherrschend im Sinne des § 22 Abs. 4 und 5 GWB. So müßte beispielsweise ein Hauseigentümer, der sein Haus vermietet, und den Mietern die Benutzung der installierten Zentralheizungsanlage vorschreibt, als Marktbeherrscher angesehen werden. Denn aufgrund seiner vertraglichen Bindungen wäre der Mieter nicht mehr frei, die gemieteten Räumlichkeiten durch einzelne Öfen zu erwärmen, sondern er müßte aufgrund seiner Vereinbarung mit dem Vermieter die Heizungswärme abnehmen und die ihm berechneten Heizkosten zahlen. Dieser Beispielsfall ist mit den von den Kartellbehörden entschiedenen Fällen im wesentlichen identisch: Es kann keinen Unterschied machen, ob beispielsweise ins-

3) *Frankfurter Kommentar*. Randziffer 9 zu § 22, *Bartholomeyczik*, in *Gemeinschaftskommentar Anmerkung 21 zu § 22: Immenga/Mestmäcker*. Randziffer 35 zu § 22, LG Frankfurt, WuW LG/AG 242, KG BB 1963 538.

gesamt 80 Wohnungen in 5 verschiedenen, durch Fernwärme versorgten Wohnblöcken oder in einem einzigen, durch eine Zentralheizung versorgten Hochhaus liegen. Wenn man den Eigentümer eines solchen Mehrfamilienhochhauses nicht als Marktbeherrscher ansieht<sup>4)</sup>, so kann man auch ein Fernwärmeunternehmen, das die gleiche Anzahl auf mehrere Wohnblöcke verstreuten Wohnungen versorgt, nicht als Marktbeherrscher betrachten. Umgekehrt muß man dann, wenn man ein Fernwärmeunternehmen in bezug auf eine Wohnanlage als marktbeherrschend ansieht, auch einen Hauseigentümer, der nur eine einzige Mietwohnung durch eine Zentralheizanlage mitversorgt, als Marktbeherrscher betrachten. Denn wo sollte man mit sachlich gerechtfertigten Argumenten die Grenze ziehen, bei welcher Anzahl von Abnehmern ein lokaler Teilmarkt vorliegt: Bei 80, bei 40 oder bei gar bereits bei 10? Sachliche Abgrenzungskriterien sind insoweit nicht ersichtlich. Die Argumentation der Kartellbehörden würde daher zwangsläufig zu der oben aufgezeigten Konsequenz führen, daß nämlich bereits der Eigentümer eines 2-Familienhauses, der eine Wohnung selbst bewohnt, die andere vermietet und diese mit Wärme aus seiner Zentralheizungsanlage versorgt, ein Marktbeherrscher im Sinne des § 22 Abs. 4, 5 GWB wäre. Dieses Ergebnis ließe sich beliebig auf andere Bereiche, wo wenige oder nur ein einziger vertraglich gebundener Verbraucher von einem Unternehmen Waren oder Dienstleistungen beziehen, übertragen. Dies hätte eine unüberschaubare Vermehrung von lokalen Teilmärkten und damit auch von Marktbeherrschern zur Folge. Ein solches Ergebnis ist nach dem Kartellgesetz nicht gerechtfertigt<sup>5)</sup>. Ein weiteres kommt hinzu: Die Annahme eines regionalen bzw. lokalen Teilmarktes kann gerechtfertigt sein, wenn es für den Verbraucher entweder unmöglich oder zumindest nur unter Inkaufnahme erheblicher Unbequemlichkeiten möglich wäre, bestimmte Produkte oder Dienstleistungen von außerhalb eines bestimmten Absatzgebietes zu beziehen<sup>6)</sup>. Als solche Gründe, die ein Ausweichen der Abnehmer auf andere Anbieter unmöglich machen, werden in der Literatur ausschließlich objektive, für den Abnehmer nicht zu beeinflussende Kriterien genannt<sup>7)</sup>. Im Falle der Fernwärmeversorgung liegt der Sachverhalt jedoch anders: objektiv gesehen konkurrieren örtlich oder überörtlich tätige Fernwärmeversorgungsunternehmen miteinander. Es herrscht hier also zunächst reger Wettbewerb. Objektiv gesehen ständen also von Anbieterseite her mehrere Unternehmen zur Verfügung, die ebenso wie dasjenige Unternehmen, das wegen des günstigsten Angebotes den Zuschlag erhalten hat, die Fernwärmeversorgung übernehmen könnten. Der einzige Grund dafür, daß die Abnehmer einer Wohnanlage von einem bestimmten Unternehmen Wärme abnehmen müssen, sind also keine objektiven Gegebenheiten, sondern ausschließlich ihre freiwillig eingegangenen vertraglichen Bindungen. Also Ursachen, die nicht wie in den obigen Beispielfällen, von ihnen nicht zu beeinflussen sind, sondern die gerade von ihnen selbst und zwar freiwillig gesetzt wurden. Allein diese vertraglichen Verpflichtungen führen zu der Bindung der Abnehmer. Nirgends in Literatur und Rechtsprechung wird vertreten, daß eine vertragliche Bindung ein zulässiges Kriterium für eine Teilmarktbildung ist. Dies könnte auch nicht mit vernünftigen Gründen vertreten werden. Denn damit würden die Normen des BGB durch die kartellrechtlichen Vor-

4) In der kartellrechtlichen Lehre und Rechtsprechung wird von niemanden vertreten, daß es sich bei einem solchen Hauseigentümer um einen Marktbeherrscher handle.

5) Lehre und Rechtsprechung, a.a.O.

6) So z.B. Hoppmann, Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen 1974, Seite 32.

7) Z.B. Demarkationsverträge verschiedener Energieversorgungsunternehmen (§ 103 GWB), administrative Eingrenzung des Marktes (z.B. Milch; und Fettgesetz) ökonomische Gründe z.B. Frachtbelastung, Wegekosten usw.; zu alledem vgl. Beckmann, Die Abgrenzung des relevanten Marktes im GWB, 1968.

schriften ausgehöhlt. Der Grundsatz »pacata sunt servanda«, die Vorschriften des § 138 sowie 242 BGB müßten dem in den tatbestandlichen Anforderungen erheblich weitergehenden § 22 Abs. 4, 5 GWB weichen. Die Rechtssicherheit, die durch jeden Vertrag entsteht und die durch § 138, 242 BGB nur geringfügig beeinträchtigt wird, wäre nicht mehr gewährleistet, wenn ein Unternehmen seine vertraglich garantierten Preise immer dann reduzieren müßte, wenn Vergleichsunternehmen billigere Preise verlangen (§ 22 Abs. 5 GWB). Jeder, der einen langfristigen Sukzessivlieferungsvertrag geschlossen hat, könnte dann eine kartellbehördliche Korrektur des Vertrages über § 22 Abs. 5 GWB herbeiführen. In einem der eingangs beschriebenen Fälle versuchen die Abnehmer des Unternehmens dies. Nachdem die Klage eines Abnehmers vor den ordentlichen Gerichten abgewiesen worden war, hätte normalerweise Rechtssicherheit und Rechtsfrieden eintreten müssen. Indem jedoch die Kartellbehörde letztendlich dem Begehren des Abnehmers statt gab, hat sie durch ihre Entscheidung, als »Superrevisionsinstanz« die Rechtssicherheit ganz erheblich beeinträchtigt. Es kann nicht Sinn und Zweck des GWB sein, langfristige Sukzessivlieferungsverträge, die nach der höchst-richterlichen Rechtsprechung zulässig sind (vgl. Urteil des BGH vom 7.5.1975 in NJW 1975 Seite 1268/1269, wo eine unbefristete Vertragsbindung in Wärmelieferungsverträgen als zulässig erachtet wurde), über § 22 Abs. 5 GWB zu korrigieren. Auch deswegen ist die Auffassung der Kartellbehörden rechtsfehlerhaft.

b) In sachlicher Hinsicht ist die Beschränkung auf dem Fernwärmemarkt unzulässig. Fernwärmepreise werden prinzipiell im Wettbewerb gebildet; hierbei findet jedoch keine Konkurrenz der Fernwärmesysteme, sondern ein Substitutionswettbewerb mit anderen Wärmeenergieträgern statt. Insbesondere ist daher in die Marktbetrachtung auch die Wärmeversorgung mit herkömmlichen Wärmeversorgungsanlagen einzubeziehen. Denn dem Abnehmer bliebe es, bestünde seine vertragliche Bindung zu dem Wärmeversorgungsunternehmen nicht, unbenommen, eine herkömmliche Ölheizanlage oder aber auch Nachtspeicherheizkörper zu installieren.

## 2. Marktbeherrschung

Entgegen der Auffassung der Kartellbehörden kann aus folgenden Gründen nicht von einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des § 22 Abs. 4, 5 ausgegangen werden:

Zum einen wurde insoweit bereits oben ausgeführt, daß das jeweilige Fernwärmeunternehmen, das eine Wohnanlage mit Wärme versorgt, als günstigster Anbieter aus dem Wettbewerb hervorgegangen ist und deswegen den Zuschlag erhalten hat. Allein auf diesen Zeitpunkt ist bei der Frage, ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, abzustellen. Ferner ist entscheidend, daß der Abnehmer freiwillig eine mehrjährige Wärmebezugsverpflichtung eingegangen ist. Die Abnehmer entschlossen sich aus freien Stücken zum Erwerb einer mit Fernwärme versorgten Wohnung. Sie wußten bei Vertragsschluß, daß ihre Räumlichkeiten auf jeden Fall mit Fernwärme versorgt würden. Wenn sich die Abnehmer also freiwillig zum Kauf der Wohnungen entschlossen, so nahmen sie auch die Fernwärmeversorgung billigend in Kauf. Hätten sie die Fernwärme nicht gewollt, hätten sie sich eine andere Wohnung oder ein anderes Haus kaufen können. Es ist auch sonst im Geschäftsverkehr durchaus üblich, daß ein Verbraucher, um die primär ins Auge gefaßte Leistung zu erhalten eine andere Leistung billigend mit in Kauf nimmt. So muß, beispielsweise ein Gastwirt, der eine einer Brauerei gehörende gutgehende Gaststätte pachtet, sich in aller Regel zum Bierlieferbezug mit verpflichten. Die eine Leistung (Bierbezugsverpflichtung) geht er freiwillig ein, um die eigentliche Leistung (Pachtverhältnis) zu erhalten. Wenn nunmehr die Brauerei den Pächter

an dem Bierlieferungsvertrag festhält, käme niemand auf die Idee, von der Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung zu sprechen. Gleichwohl ist die tatsächliche und rechtliche Lage mit der hierzu entscheidenden Situation absolut identisch. Ebenso, wie eine Brauerei gemäß der höchstrichterlichen Rechtsprechung ihren Pächter an einen langfristigen Bierlieferungsvertrag festhalten darf, darf ein Fernwärmeunternehmen einen Abnehmer an einem langfristigen Wärmelieferungsvertrag festhalten. Hier geht es nicht um die Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung, sondern um das Festhalten an einem Vertragsverhältnis. Zusammenfassend ist also folgendes festzuhalten:

Fernwärmeunternehmen, die eine bestimmte Wohnanlage mit Fernwärme versorgen, sind nicht marktbeherrschend im Sinne des § 22 GWB. Die rechtlichen Beziehungen zwischen Unternehmer und Abnehmer sind rein vertragsrechtlicher Art, so daß sich die Frage der höchst zulässigen Dauer eines Wärmelieferungsvertrages sowie die Höhe der Wärmepreise ausschließlich nach den Vorschriften des BGB (§ 138, 242, 826 BGB) richtet. Wenn die Abnehmer von Fernwärme die Konditionen der Fernwärmeunternehmen für rechtswidrig halten, steht ihnen selbstverständlich der Weg vor die ordentlichen Gerichte offen. Die Kartellbehörden dagegen haben in diesem Fall keine Eingriffsbefugnisse.

### III. INTERNATIONALES

#### **Antitrust-Richtlinien für Forschungsgemeinschaften des US-Justizministeriums – Antitrust-Abteilung – vom November 1980\***

*In WuW 81, 268 hat David J. Gerber in einem Kurzbeitrag auf die im November 1980 von der amerikanischen Antitrust Division herausgegebene Richtlinie für die kartellrechtliche Behandlung von Forschungsgemeinschaften hingewiesen. Wegen der analogen Problematik auch im deutschen Kartellrecht wie beispielsweise Fragen der Außenseiterbeteiligung, Zwanglizenzierung oder wettbewerbliche Nebenabreden zwischen den beteiligten Muttergesellschaften, ist der allgemein einführende Teil der Guidelines im folgenden in einer WuW-Übersetzung – einschließlich Fußnoten – wiedergegeben.*

*Die Red.*

#### **Einführung**

In der modernen Volkswirtschaft ist die Innovation ein Schlüssel zur Produktivität und Wettbewerbsfähigkeit. Innovation setzt normalerweise Forschung sowie die Umsetzung neuer Ideen in marktfähige Produkte, Dienstleistungen oder Technologie voraus.

Die Forschung selbst umfaßt ein breites Tätigkeitsspektrum, von der »reinen« Grundlagenforschung auf der einen Seite bis hin zur Entwicklungstätigkeit, die auf die werbliche Differenzierung eines Erzeugnisses ausgerichtet ist, oder Marketing-Fragen auf der anderen Seite des Spektrums. Im allgemeinen sind die Ergebnisse der Grundlagenforschung weniger vorhersehbar und beinhalten daher mehr Risiken als die Entwicklung. Außerdem sind die Ergebnisse der Grundlagenforschung mit geringerer Wahrscheinlichkeit schutzfähig; sie werden daher eher eine weite Verbreitung in der Wirtschaft finden und möglicherweise die Grundlage für zukünftigen Fortschritt und Wettbewerbschancen für alle bilden.

Aus vielen vernünftigen Gründen – z.B. der große Umfang eines Vorhabens oder das hohe mit ihm verbundene Risiko oder die Tatsache, daß sich die kooperierenden Unternehmen ergänzen – wird ein großer Teil der Forschung von zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam oder von einer Vereinigung oder einem Gemeinschaftsunternehmen durchgeführt. Antitrust-Probleme können sich ergeben, weil die Gemeinschaftsforschung marktbeherrschende Technologie betreffen oder hervorbringen kann, von Wettbewerbern oder potentiellen Wettbewerbern betrieben werden oder wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen über die Verwertung der Forschungsergebnisse mit sich bringen kann. Die antitrustrechtlichen Bedenken hinsichtlich der Gemeinschaftsforschung sind über die Breite des

\*) U.S. Department of Justice, Antitrust Division: Antitrust Guide Concerning Research Joint Ventures, Washington, D.C., November 1980.