

8
2169 004

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

GWB § 22

Zum Mißbrauchs begriff nach § 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2
und nach § 22 Abs. 4 Satz 1 GWB.

BGH, Beschl. v. 6. November 1984 - KVR 13/83 - Kammergericht

8

BUNDESGERICHTSHOF

KVR 13/83

BESCHLUSS

Verkündet am
6. November 1984
Walz,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in der

Kartellverwaltungssache

des Bundeskartellamts, vertreten durch seinen
Präsidenten, M [REDACTED], B [REDACTED],

Beschwerdegegners und
Rechtsbeschwerdeführers,

g e g e n

die F [REDACTED] Unternehmens-Verwaltungs-GmbH, vertreten durch
ihre Geschäftsführer Hans-Joachim G [REDACTED] und Hermann W [REDACTED],
K [REDACTED], H [REDACTED],

Betroffene,
Beschwerdeführerin und
Rechtsbeschwerdegegnerin,

Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Prof. [REDACTED]
und Koll., [REDACTED], [REDACTED]

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. November 1984 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofes Prof. Dr. Pfeiffer und die Richter Dr. Kellermann, Theune, Dr. Scholz-Hoppe und Dr. Mees

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluß des Kartellsenats des Kammergerichts vom 13. Juli 1983 wird auf Kosten des Bundeskartellamts zurückgewiesen.

Der Wert des Gegenstandes der Rechtsbeschwerde wird auf 1.500.000 DM festgesetzt.

G r ü n d e :

I.

Die Betroffene versorgt in der Bundesrepublik 73 Gebiete mit Fernwärme, unter anderem die Neubaugebiete Hochdahl in Nordrhein-Westfalen und Mainz-Lerchenberg in Rheinland-Pfalz. Die Fernwärme, die zur Raumbeheizung und zur Bereitung von Warmwasser verwendet wird, erzeugt die Betroffene für diese beiden Gebiete in Heizwerken, die mit Heizöl betrieben werden.

Die Verträge über die Versorgung mit Fernwärme wurden in den Jahren 1966 (Hochdahl) und 1967 (Mainz-Lerchenberg) von der Muttergesellschaft der Betroffenen, der E-AG, und den jeweiligen Siedlungsträgern (der Entwicklungsgesellschaft H mbH und der Stadt Mainz) abgeschlossen. Die E-AG hatte danach das Heizwerk für die Lieferung von Raumwärme entsprechend der DIN 4701 auszulegen. Die Abnehmer sollten einen Preis zahlen, der sich aus einem Grundpreis, einem Arbeitspreis und einer Meß- und Abrechnungsgebühr zusammensetzte; der Arbeitspreis bestimmte sich nach der verbrauchten Energiemenge, der Grundpreis nach dem nach der DIN 4701 zu berechnenden Anschlußwert.

Den mit den Abnehmern geschlossenen Fernwärmelieferungsverträgen der E-AG, in die die Betroffene eingetreten ist, wurden die Allgemeinen Bedingungen für die Lieferung von Fernwärme zugrundegelegt. Danach übernahm es die Lieferantin, den nach DIN 4701 zu ermittelnden Wärmebedarf vorzuhalten. Die Abnehmer verpflichteten sich, Wärme ausschließlich vom Fernheizwerk zu beziehen und dem Käufer oder Mieter ihres Eigenheimes aufzuerlegen, künftig die Wärme ebenfalls entsprechend dem vorliegenden Wärmelieferungsvertrag aus der Fernheizung zu beziehen. Bei einer Änderung der für die Wärmeerstellung und/oder -lieferung maßgebenden Kostenfaktoren sollte die Betroffene berechtigt und verpflichtet sein, die vereinbarten Wärmepreise anzupassen. Nr. II 3 der Allgemeinen Bedingungen hat folgenden Wortlaut:

"Die vereinbarten Grundpreise und Meß- und Abrechnungsgebühren sind ohne Rücksicht darauf zu zahlen, ob und in welchem Umfange Wärme bezogen worden ist und auf welchen Gründen die etwaige Nichtabnahme der Wärme beruht."

Durch Beschluß vom 20. November 1981 hat das Bundeskartellamt aufgrund § 22 Abs. 4, 5 GWB - wegen Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung - der Betroffenen untersagt, im Rahmen ihrer Wärmelieferungsverträge den Grundpreis nach einem bei Vertragsschluß richtigen Anschlußwert weiterhin zu berechnen, wenn Abnehmer nachgewiesen haben, daß der Anschlußwert auf Dauer gesenkt worden ist. Gleichzeitig hat es Art. II 3 der Allgemeinen Bedingungen als Bestandteil der Wärmelieferungsverträge für unwirksam erklärt, soweit dadurch eine erneute Berechnung des Grundpreises bei gesenkten nach DIN 4701 festzustellenden Anschlußwerten verhindert wird.

Das Bundeskartellamt hat die Betroffene auf dem relevanten Markt für Fernwärme als marktbeherrschend erachtet und darin ein mißbräuchliches Handeln gesehen, daß sie die Abnehmer an dem bei Vertragsschluß festgestellten Anschlußwert auf die Dauer des Vertrages festhält, auch wenn diese durch eigene Maßnahmen den Anschlußwert auf Dauer gesenkt haben.

Konkreter Anlaß für das Einschreiten des Bundeskartellamts war der Umstand, daß in den Versorgungsgebieten Hochdahl und Mainz-Lerchenberg zwei Abnehmer

die von ihnen bewohnten Häuser mit einem Vollwärmeschutz versehen hatten, so daß sich der Wärmeverbrauch und die Anschlußwerte nach DIN 4701 erheblich verminderten, und die Betroffene sich unter Berufung auf die getroffenen Vereinbarungen geweigert hatte, den Grundpreis auf der Grundlage der verminderten Anschlußwerte neu zu berechnen.

Auf die Beschwerde der Betroffenen hat das Kammergericht den Beschluß des Bundeskartellamts vom 20. November 1981 aufgehoben (Beschluß vom 13. Juli 1983 WuW/E OLG 3091). Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde erstrebt das Bundeskartellamt die Wiederherstellung seines Beschlusses mit der Maßgabe, daß die ausgesprochene Untersagung bzw. Unwirksamkeitserklärung nur für die von der Betroffenen mit Fernwärme versorgten Gebiete Hochdahl und Mainz-Lerchenberg Geltung hat. Die Betroffene beantragt, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen und die gesamten Kosten des Verfahrens dem Bundeskartellamt aufzuerlegen.

II.

1. Das Beschwerdegericht hält die Betroffene zwar für marktbeherrschend, verneint jedoch einen Mißbrauch im Sinne des § 22 Abs. 4 GWB. Zur Begründung führt es im wesentlichen aus:

a) Ein vertraglicher Anspruch auf Herabsetzung des Grundpreises bei nachträglicher Änderung des Anschlußwertes lasse sich aus den getroffenen Vereinbarungen nicht ableiten. Aus diesem Grunde fehle die Grundlage für die Auffassung des Bundeskartellamts, ein Mißbrauch liege in der Weigerung, eine vertraglich gebotene Anpassung des Grundpreises vorzunehmen.

b) Eine Ungleichbehandlung verschiedener Abnehmer liege nicht vor, so daß auch unter diesem Blickpunkt ein Mißbrauch der marktbeherrschenden Stellung nicht angenommen werden könne. Der Abnehmer bestimme bei Abschluß des Vertrages durch die Art und Weise der Bauausführung den Anschlußwert. Liege dieser aber fest, so habe eine Änderung keinen Einfluß auf den Grundpreis. Das gelte gegenüber jedem Abnehmer, auch gegenüber den Käufern und Mietern, die zu einem späteren Zeitpunkt das Haus mit inzwischen herabgesetztem Anschlußwert kauften oder mieteten.

c) Es komme deshalb entscheidend darauf an, ob die Betroffene im Wettbewerb nicht durchsetzbare Entgelte bzw. Geschäftsbedingungen fordere, wenn sie eine Anpassung (Herabsetzung) ihrer Grundpreise entsprechend den nachträglich verminderten Anschlußwerten verweigere. Das sei jedoch nicht der Fall; das Bundeskartellamt habe nicht dargetan, daß andere Fernwärmeunternehmen auf vergleichbaren Märkten bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Anpassung des Grundpreises bei einer nachträglichen Änderung des Anschlußwertes vornehmen.

Bei der Beurteilung dieser Frage geht das Beschwerdegericht davon aus, daß einerseits nur solche Märkte miteinander verglichen werden können, die gleichartige Marktstrukturen aufweisen, und andererseits eine Gesamtbetrachtung erforderlich ist, die das gesamte Leistungsbündel von Wärmepreis und Geschäftsbedingungen, also Leistung und Gegenleistung insgesamt einbezieht. Die Prüfung könne sich nicht darauf beschränken, die Reaktionen der einzelnen Fernwärmeunternehmen bei der nachträglichen Minderung der Anschlußwerte zu vergleichen.

Das Beschwerdegericht sieht danach im wesentlichen nur solche Märkte als vergleichbar an, auf denen privatwirtschaftlich organisierte Unternehmen im Inselbetrieb (d.h. im geschlossenen Gebiet) tätig sind, soweit diese Unternehmen den Wärmepreis in einen Grund- und Arbeitspreis aufgespalten, keine Anpassungspflicht übernommen und Wärmelieferungsverträge mit einer vergleichbaren Laufzeit (für wesentlich mehr als 10 Jahre) abgeschlossen haben. Als nicht vergleichbar erachtet es kommunale Fernwärmeunternehmen sowie ganz allgemein solche Fernwärmeunternehmen, die in offenen Gebieten tätig sind, die Verträge mit wesentlich kürzerer Laufzeit geschlossen haben, die von der Vereinbarung eines Grundpreises absehen (also nur einen Arbeitspreis fordern) und die eine Pflicht zur nachträglichen Anpassung des Grundpreises anerkennen. Bei dem Vergleich des Verhaltens der Unternehmen, die auf den so eingeschränkten Vergleichsmärkten tätig sind, kommt das Beschwerdegericht zu dem

Ergebnis, daß dieses im wesentlichen mit dem der Betroffenen übereinstimmt, soweit es um die Anpassung der Grundpreise bei nachträglicher Veränderung des Anschlußwertes geht, so daß ein mißbräuchliches Verhalten der Betroffenen nicht feststellbar sei.

2. Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

a) Dem Beschwerdegericht ist im Ergebnis darin zuzustimmen, daß sich aus den von der Betroffenen abgeschlossenen Fernwärmeverträgen ein Anspruch auf Herabsetzung des Grundpreises bei nachträglicher Änderung des Anschlußwertes nicht ableiten läßt. Es kann sonach nicht angenommen werden, die Betroffene handele deshalb mißbräuchlich, weil sie sich weigere, die vertraglich gebotene Anpassung vorzunehmen.

Nach § 1 des Wärmelieferungsvertrages ist die Betroffene verpflichtet, dem Abnehmer Wärme für die Raumheizung und die Aufheizung des Gebrauchswassers für eine bestimmte Wohnfläche und einen konkret festgelegten Anschlußwert (nach DIN 4701) zu liefern. Dafür hat der Abnehmer einen Preis zu zahlen, der sich unter anderem aus einem "Grundpreis für Raumheizung je 1000kcal/h Anschlußwert" und einem "Arbeitspreis" zusammensetzt (§ 2). Der Anschlußwert wird bei Vertragsschluß festgesetzt. Für diesen - bei Vertragsschluß festgelegten - Anschlußwert ist demgemäß auch der Grundpreis zu zahlen. Die vom Beschwerdegericht herangezogene

Bestimmung Nr. II 3 der Allgemeinen Bedingungen, wonach die vereinbarten Grundpreise ohne Rücksicht darauf zu zahlen sind, ob und in welchem Umfange Wärme bezogen wird und auf welchen Gründen eine etwaige Nichtabnahme beruht, bestätigt diese Auslegung. Weder dem Wortlaut noch dem erkennbaren Sinn und Zweck der getroffenen Vereinbarungen kann etwas für die Auffassung des Bundeskartellamts entnommen werden, daß sich der Grundpreis nach dem jeweils gegebenen realen Anschlußwert richten soll.

Auch die Interessenlage der Beteiligten spricht für und nicht, wie das Bundeskartellamt meint, gegen diese Auslegung. Das Beschwerdegericht hat zutreffend ausgeführt, daß die Grundpreise der Deckung der verbrauchs-unabhängigen Kosten dienen. Diesen kommt aber besondere Bedeutung zu, weil die Betroffene mit Rücksicht auf den hohen Investitionsaufwand darauf angewiesen ist, die Kalkulationsgrundlage langfristig zu erhalten und überschaubar zu gestalten (vgl. hierzu auch BGHZ 64, 288, 292).

Die Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme vom 20. Juni 1980 (AVB FernwärmeV) steht dieser Auslegung ebenfalls nicht entgegen. Der Rechtsbeschwerde ist zwar darin zu folgen, daß aus § 3 Satz 3 dieser Verordnung, wonach der Kunde berechtigt ist, "Vertragsanpassung zu verlangen, soweit er den Wärmebedarf unter Nutzung regenerativer Energiequellen

decken will", nicht zu schließen ist, nur in diesen Fällen könne überhaupt eine Anpassung verlangt werden. Daraus folgt aber andererseits nicht, daß andere Maßnahmen, die - wie die hier interessierende nachträgliche Wärmedämmung - zu einer Verminderung des Anschlußwertes führen, in jedem Falle eine Verpflichtung zur Anpassung begründen.

b) Die Ausführungen des Beschwerdegerichts, wonach eine mißbräuchliche Ungleichbehandlung nicht festzustellen sei, lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Die Rechtsbeschwerde erhebt insoweit auch keine Angriffe.

c) Gegen die Ausführungen des Beschwerdegerichts, das Bundeskartellamt habe nicht dargelegt, daß die Betroffene im Wettbewerb nicht durchsetzbare Entgelte bzw. Geschäftsbedingungen fordere, wendet sich die Rechtsbeschwerde mit der Begründung, die Betrachtungsweise sei für die Prüfung des Mißbrauchsvorwurfs nach dem Vergleichsmarktkonzept ungeeignet. Sie beschränke die Vergleichsbasis rechtsfehlerhaft auf nahezu identische monopolistische Unternehmen und beziehe auch diese nur ein, soweit sie ihre Verträge gleichartig ausgestalteten. Auch diese Angriffe greifen im Ergebnis nicht durch.

aa) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde sind gegen den rechtlichen Ausgangspunkt des Beschwerdegerichts keine Bedenken zu erheben. Der erkennende Senat hat wiederholt ausgesprochen, daß im Rahmen des

Vergleichsmarktkonzepts die Frage besondere Bedeutung erlangt, ob sich die Marktstrukturen als gleichwertig erweisen, und daß Unterschiede in der Marktstruktur einer Wertung als Vergleichsmarkt nicht entgegenstehen, allerdings durch entsprechende Zu- und Abschläge ausgeglichen werden müssen (vgl. BGHZ 59, 42, 47 "Stromtarif"; 68, 23, 33 "Valium"; 74, 327, 336 ff. "Baukostenzuschuß"). Die Rechtsbeschwerde weist zwar zu Recht darauf hin, daß den entsprechenden Ausführungen des erkennenden Senats Fälle zugrunde lagen, in denen es um die Kontrolle von Mißbrauchsverfügungen ging, die sich gegen die Preisgestaltung (die Höhe der Preise) richteten. Im Kern greifen sie jedoch auch dann Platz, wenn es, wie hier, um die Prüfung der Frage mißbräuchlicher Gestaltung von Geschäftsbedingungen geht. § 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 GWB behandelt diesen Mißbrauch in gleicher Weise.

Dem Beschwerdegericht ist weiterhin darin zuzustimmen, daß bei der Prüfung, ob bestimmte Geschäftsbedingungen und bestimmte Verhaltensweisen als mißbräuchlich zu werten sind, bei der Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts eine "Gesamtbetrachtung des Leistungsbündels" - des Wärmepreises und der Geschäftsbedingungen insgesamt - geboten ist. Die Frage, welche Leistung für einen Abnehmer günstiger oder ungünstiger ist, kann nicht auf der Grundlage des Vergleichs einzelner Geschäftsbedingungen beantwortet werden; denn die ungünstige Wirkung einer Klausel kann durch die günstige Wirkung anderer Konditionen oder durch die Preisgestaltung ausgeglichen werden (vgl. hierzu BGHZ 59, 42, 50; 74, 327, 337). Es ist zwar nicht zu

verkennen, daß auf der Grundlage des dem § 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 GWB zugrundeliegenden Vergleichsmarktkonzepts die Feststellung eines Mißbrauchs bei der Gestaltung von Geschäftsbedingungen im Vergleich zur Preiskontrolle erheblich größere Probleme aufwirft. Da Geschäftsbedingungen im allgemeinen nur den Rahmen des zu schließenden Vertrages festlegen (vgl. Möschel in Immenga/Mestmäcker § 22 Rdnr. 172), wird es im Einzelfalle außerordentlich schwierig sein, Geschäftsbedingungen in ihrer Gesamtheit wertend (ggf. unter Berücksichtigung der Preisgestaltung) zu vergleichen und festzustellen, ob die beanstandete Gestaltung wesentlich ungünstiger als die wettbewerbsanaloge Gestaltung ist. Diese Schwierigkeiten können aber nicht den Anlaß bilden, die gebotene Gesamtbetrachtung zu vernachlässigen. Den Problemen, die sich aus dem Vergleich zwischen den tatsächlichen und den fiktiven Geschäftsbedingungen (und Preisen) ergeben, hat der Gesetzgeber dadurch Rechnung getragen, daß er lediglich eine hohe Wahrscheinlichkeit für die zu vergleichenden Preise und Geschäftsbedingungen fordert, die sich bei wirksamem Wettbewerb ergeben würden. Weitergehende Erleichterungen in der Beweisführung und der Feststellung der einzelnen den Mißbrauch begründenden Faktoren können der Eingriffsverwaltung hiernach nicht zugebilligt werden.

bb) Die Rechtsbeschwerde rügt allerdings zu Recht, daß die Notwendigkeit, Unterschiede in der Marktstruktur zu berücksichtigen und eine Gesamtbetrachtung von Leistung

und Gegenleistung vorzunehmen, nicht die Auffassung des Beschwerdegerichts rechtfertigt, wonach nur solche Märkte als vergleichbar anzusehen sind, die eine gleiche Struktur wie der Markt aufweisen, auf dem die Betroffene tätig ist, und daß bei dem Vergleich nur solche Unternehmen berücksichtigt werden, die ein gleichartiges Vertragssystem aufweisen. Die Unterschiede der Marktstruktur und der Vertragsgestaltung sind zwar bei der Beurteilung der Frage zu berücksichtigen, ob Preise und Geschäftsbedingungen mißbräuchlich sind, weil sie erheblich von denjenigen der Vergleichsmärkte abweichen. Sie können jedoch nicht dazu führen, daß die Vergleichbarkeit der Märkte von vornherein verneint wird.

Das Vergleichsmarktkonzept beruht auf der Überlegung, Preise und Geschäftsbedingungen, die sich auf dem relevanten Markt bei funktionsfähigem Wettbewerb bilden würden, dadurch zu ermitteln, daß die auf einem vergleichbaren Markt im Wettbewerb gebildeten Preise und Konditionen als Beurteilungsgrundlage herangezogen werden. Unterschiede in der Marktstruktur und in sonstigen den Preis und die Geschäftsbedingungen beeinflussenden Faktoren stehen der Eigenschaft als Vergleichsmarkt grundsätzlich nicht entgegen. Sie haben nur Einfluß auf die Frage, ob und in welchem Umfange die auf dem Vergleichsmarkt festzustellenden Preise und Geschäftsbedingungen eine Beurteilungsgrundlage bilden können. Je geringer die Unterschiede sind, je näher also der Vergleichsmarkt dem relevanten Markt kommt, um so geringer sind die

Unsicherheitsfaktoren für die mit dem Vergleichsmarktkonzept verbundenen Schätzungen und die zu ihrem Ausgleich notwendig werdenden Korrekturen, die sich bei der Prüfung des Preismißbrauchs beispielsweise in Form von Zu- und Abschlägen niederschlagen (vgl. BGHZ 68, 23, 33 "Valium").

cc) Welche Märkte und Unternehmen hiernach im vorliegenden Falle in den Vergleich einzubeziehen sind, bedarf keiner abschließenden Entscheidung. Der Rechtsbeschwerde bleibt schon aus folgenden Gründen der Erfolg versagt.

Wie dargelegt, ist für die Entscheidung der Frage, ob Preise und Geschäftsbedingungen nach dem Vergleichsmarktkonzept als mißbräuchlich anzusehen sind, eine Gesamtbetrachtung dahin erforderlich, ob Leistung und Gegenleistung, die die Betroffene insgesamt gesehen erbringt und nimmt, zum Nachteil der Abnehmer (erheblich) davon abweichen, was auf dem Vergleichsmarkt festzustellen ist. Das schließt es aus, im vorliegenden Falle einen Mißbrauch mit dem Bundeskartellamt schon daraus abzuleiten, daß eine Vielzahl oder auch die Mehrzahl der Unternehmen, die auf vergleichbaren Märkten tätig werden, Anpassungen des Grundpreises vornehmen. Die Mißbrauchsverfügung - soweit sie auf § 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 GWB gestützt ist - wird deshalb von dem vom Bundeskartellamt vorgetragenen Sachverhalt nicht getragen. Denn danach ist davon auszugehen, daß das Bundeskartellamt das Verhalten

der Betroffenen unter Mißbrauchsgesichtspunkten nur beanstandet, soweit diese in das Vertragswerk die Klausel aufgenommen hat, wonach sich der Grundpreis während der gesamten Laufzeit des Vertrages nach dem Anschlußwert bestimmt, der bei Vertragsschluß besteht, und sich weigert, bei nachträglich herbeigeführten Änderungen des Anschlußwertes den Grundpreis entsprechend herabzusetzen. Gegen das Vertragswerk im übrigen und die im einzelnen geforderten Preise und Geschäftsbedingungen werden keine Bedenken geltend gemacht. Es hätte aber dargetan werden müssen, daß sich die beanstandete Klausel bei Mitberücksichtigung der weiteren Bestimmungen der getroffenen Vereinbarungen als mißbräuchlich erweist. Da dies nicht geschehen ist, kann nicht ausgeschlossen werden, daß die für die Abnehmer nachteiligen Wirkungen der beanstandeten Klausel bei einer Gesamtbetrachtung des Vertragswerkes, insbesondere unter Berücksichtigung der insgesamt genommenen Preise, ausgeglichen werden.

Unter dem Blickpunkt des § 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 GWB kann die Verfügung des Bundeskartellamts auch nicht mit anderer Begründung wiederhergestellt werden. Das Bundeskartellamt meint zwar, bei Vereinbarungen, die wie im vorliegenden Falle auf die Dauer von 35 und 40 Jahren abgeschlossen worden seien, könne ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß sie im Wettbewerb - gleichgültig wie die Preise und Geschäftsbedingungen im übrigen gestaltet sind - ohne ausdrücklich erklärte oder faktisch praktizierte Bereitschaft zur Anpassung an veränderte Verhältnisse nicht durchzusetzen seien. Es berücksichtigt dabei jedoch nicht, daß nach den

getroffenen Vereinbarungen eine Anpassung der Wärmepreise an veränderte Verhältnisse - auch zugunsten der Abnehmer - dann vorgesehen ist, wenn sich die Kosten der Wärmeerstellung und/oder -lieferung oder andere Grundlagen der Kalkulation verändern (Abschn. V der Allgemeinen Bedingungen). Damit werden nachträgliche Veränderungen, die alle Abnehmer betreffen, berücksichtigt. Die hier entscheidende Frage, ob derart langfristige Verträge ohne Anpassungsklausel hinsichtlich des Grundpreises, der auf dem bei Vertragsschluß bestehenden Anschlußwert basiert, im Wettbewerb durchsetzbar sind, betrifft im Ergebnis nur solche Abnehmer, die durch nachträgliche individuelle Maßnahmen den Anschlußwert herabsetzen. Insoweit ist aber zu berücksichtigen, daß diese Maßnahmen dem Risikobereich des Abnehmers zuzurechnen sind und überdies der Grundpreis nicht nur Bestandteil des Wärmepreises ist, sondern auch die Kalkulationsgrundlage für den Arbeitspreis bildet. Vor allem ist der Grundpreis im einzelnen unter Wettbewerbsverhältnissen festgelegt worden. Es steht fest, daß die Verträge zwischen der Muttergesellschaft der Betroffenen (in die diese eingetreten ist) und den Siedlungsträgern, in denen auch die hier in Frage stehenden Grundsätze für die Errechnung des Grundpreises bestimmt wurden, im Wettbewerb zustande gekommen sind. Das schließt es zwar nicht aus, die auf dieser Grundlage mit den einzelnen Käufern und Mietern als Abnehmern geschlossenen Fernwärmeverträge und die Weigerung, den Grundpreis bei nachträglichen Änderungen des Anschlußwertes anzupassen, als mißbräuchliche Ausnutzung der

marktbeherrschenden Stellung zu werten. Hierfür hätte es dann aber einer besonderen Begründung und der Anführung konkreter Tatsachen bedurft. Dies gilt um so mehr, wenn, wie geboten, die hier gegebenen Verhältnisse berücksichtigt werden:

Während der Arbeitspreis an die tatsächlich abgenommene Wärme anknüpft, sollen durch den Grundpreis im Kern die verbrauchsunabhängigen Kosten ausgeglichen werden (Zinsen, Tilgung und Abschreibung für die Erstellung der Anlage, Kosten der Wartung, Instandhaltung und Erneuerung, Kosten für Personal und Verwaltung, Versicherung und Steuern). Letztere fallen im Rahmen der Gesamtkalkulation erheblich ins Gewicht, weil hohe Investitions- und Unterhaltungskosten anfallen. Vor allem Bau und Einrichtung der Fernwärmeerzeugungsanlagen und des Leitungsnetzes verursachen einen erheblichen Kostenaufwand, der nur langfristig über den Preis wieder erwirtschaftet werden kann (vgl. Wolf, Energie-wirtschaftliche Tagesfragen 1982, 941, 945). All das erfordert eine überschaubare Kalkulation. In welcher Weise das einzelne Fernwärmeunternehmen diese Kosten in die Kalkulation einfließen läßt, ob sie insgesamt über den Arbeitspreis oder über den Grundpreis erwirtschaftet werden oder ob insoweit eine Mischkalkulation vorgenommen wird, ist Teil der freien unternehmerischen Entscheidung. Damit aber verbietet es sich, in einem Falle, in dem - wie hier - das Gesamtergebnis nicht zu beanstanden ist und die Geschäftsbedingungen keine

zusätzlichen Wettbewerbsbeschränkungen enthalten, allein aus dem Umstand, daß die einzelnen Unternehmen unterschiedliche Kalkulationswege beschreiten und dementsprechend ihre Verträge unterschiedlich gestalten, zu schließen, bestimmte Vertragsgestaltungen und bestimmte Verhaltensweisen seien im Wettbewerb nicht möglich, weil sie von denen eines anderen Unternehmens abweichen.

d) Da ein Mißbrauch im Sinne des § 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 GWB nicht bejaht werden kann, stellt sich die Frage, ob ein Mißbrauch im Sinne der Generalklausel des § 22 Abs. 4 Satz 1 GWB gegeben ist. Sie ist ebenfalls zu verneinen.

Hierbei bedarf es keiner abschließenden Entscheidung, ob und inwieweit bei der Beurteilung von Konditionen (weil die Vergleichsmarktkonzeption nach § 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 GWB keinen angemessenen Prüfungsmaßstab abgibt) nicht nur auf die Ordnungsprinzipien einer Wettbewerbswirtschaft, sondern auch - wovon das Beschwerdegericht und das Bundeskartellamt ausgehen - auf die allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen abzustellen ist, wie sie dem dispositiven Recht, insbesondere auch dem Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und der aufgrund des § 27 dieses Gesetzes ergangenen Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme zugrundeliegen (vgl. hierzu Möschel in Immenga/Mestmäcker § 22 Rdnr. 172;

Langen, GWB 6. Aufl., § 22 Rdnr. 113; Wolf, Energie- wirtschaftliche Tagesfragen 1982, 947 zu 2.1). Der die Mißbrauchsverfügung des Bundeskartellamts aufhebende Beschluß des Beschwerdegerichts ist auch dann zu bestätigen, wenn die allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen den Beurteilungsmaßstab bilden können. Das Bundeskartellamt wendet sich unter diesem Blickpunkt mit der Begründung gegen den angefochtenen Beschluß, die Verweigerung einer Anpassung des Grundpreises an verringerte Anschlußwerte stelle gerade auch angesichts der langfristigen Verträge eine unausgewogene Abwälzung aller wirtschaftlichen Risiken auf den Abnehmer dar. Das trifft jedoch nicht zu. Das Risiko, das daraus entsteht, daß die Abnehmer die von der Betroffenen belieferten Anwesen mit der hier in Frage stehenden Wärmedämmung versehen, trägt die Betroffene insofern allein, als sich die Wärmeabnahme verringert und dadurch die Einnahmen aus dem Arbeitspreis sinken. Wird der Betroffenen auferlegt, auch den Anschlußwert und damit den Grundpreis zu senken, so hat sie zusätzlich das Risiko zu tragen, das daraus entsteht, daß durch die Herabsetzung des Grundpreises die verbrauchsunabhängigen Kosten nicht mehr gedeckt werden. Die Betroffene ist nach den geschlossenen Verträgen grundsätzlich nicht in der Lage, die dadurch eintretenden Einnahmeverluste über den Arbeitspreis auf die Abnehmer insgesamt abzuwälzen, und grundsätzlich auch nicht berechtigt, zum Ausgleich den Grundpreis zu erhöhen. Sie würde damit verpflichtet, Risiken und Verluste aus Veränderungen zu übernehmen, die allein dem Einfluß- und Interessenbereich der Abnehmer zuzurechnen sind.

Diese Würdigung entspricht auch der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Frage, ob bei Wärmeversorgungsverträgen das Recht zur ordentlichen Kündigung ohne zeitliche Begrenzung ausgeschlossen werden kann (vgl. BGHZ 64, 288, 290 ff.). Hier wie dort ist es im Hinblick auf den hohen Investitionsaufwand nicht zu beanstanden, wenn der Wärmelieferant bestrebt ist, die Kalkulationsgrundlage langfristig zu erhalten und überschaubar zu gestalten. Letztlich findet diese Auffassung ihre Bestätigung in der am 20. Juni 1980 erlassenen Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme. Mit dieser Regelung hat der Verordnungsgeber auf der Grundlage einer sachgerechten Abwägung der Belange des Wärmelieferanten und seines Kunden einen Interessenausgleich geschaffen (vgl. Amtliche Begründung zur AVB FernwärmeV, Allgemeines Nr. 1, abgedr. in Ludwig/Cordt/Stech/Odenthal, Recht der Elektrizität-Gas- und Wasserversorgung, III. Teil). Dabei hat er im Hinblick auf die hier interessierenden Fragen anerkannt, daß das Versorgungsverhältnis wegen der Kapitalintensität der Fernwärmeversorgung und im Interesse einer möglichst verlässlichen Basis der Preiskalkulation langfristig angelegt werden muß. Allerdings wurde schon eine Laufzeit von 10 Jahren als angemessen angesehen. Verträge, die - wie hier - vor Inkrafttreten dieser Verordnung abgeschlossen wurden, sollten jedoch ihre vereinbarte Laufzeit beibehalten, "um zu verhindern, daß der an die vereinbarte Vertragslaufzeit anknüpfenden Preiskalkulation der Fernwärmeunternehmen im Nachhinein die Grundlage entzogen wird" (Amtliche Begründung zu § 32). Das Problem der nachträglichen

Vertragsanpassung hat der Verordnungsgeber ebenfalls erkannt und behandelt. Er hat sie nur für den Fall als notwendig erachtet, daß der Kunde den Wärmebedarf unter Nutzung regenerativer Energiequellen decken will (§ 3 Satz 3). Durch langfristige Bindung an die Fernwärme sollte der Einsatz anderer energiesparender Technologien, wie zum Beispiel die der Wärmepumpe oder der Solarkollektoren, nicht behindert werden (Amtliche Begründung zu § 3).

3. Nach alledem ist die Rechtsbeschwerde mit der Kostenfolge des § 77 Satz 2 GWB zurückzuweisen.

Dem Begehren der Rechtsbeschwerdegegnerin, dem Bundeskartellamt auch die im Beschwerdeverfahren vor dem Kammergericht entstandenen außergerichtlichen Kosten aufzuerlegen, kann schon deshalb nicht entsprochen werden, weil in die Rechtsbeschwerdeinstanz nur der Teil des Verfahrens gelangt ist, der die beiden Fernwärmeversorgungsgebiete Hochdahl und Mainz-Lerchenberg betrifft,

und in diesem Umfange sich die angefochtene Entscheidung - mit der dem Bundeskartellamt nur die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens auferlegt wurden - an die vom erkennenden Senat zu § 77 GWB ausgesprochenen Grundsätze hält.

Pfeiffer

Dr. Kellermann

Theune

Scholz-Hoppe

Mees