

Anmerkung:

Die Gemeinde Börnsen ist energiepolitisch sehr aktiv. Zu den Zielen ihrer Politik gehört auch die Wärmeversorgung nach dem Prinzip der Kraft-Wärme-Kopplung. Die Gemeinde ließ deshalb durch den Gas- und Wärmedienst Börnsen GmbH eine entsprechende Fernwärmeversorgung aufbauen. Die Grundstücke in dem Neubaugebiet wurden von der Gemeinde selbst oder über eine Erschließungsträgerin an die Fernwärme gekoppelt verkauft¹. Die Verpflichtung, sich an die Fernwärmeversorgung anzuschließen, wurde durch Grunddienstbarkeiten abgesichert. Die Vorinstanzen sahen darin einen unlauteren Eingriff in den Wettbewerb und einen Verstoß gegen das Kartellgesetz. Sie meinten, die Gemeinde Börnsen habe ihre hoheitliche Stellung ausgenutzt, um den Fernwärmeabsatz ihres „Stadtwerkes“ zu fördern. Auf energiepolitische Erwägungen könne sie sich nicht stützen, da die Gemeinden für Energiepolitik und Klimaschutz nicht zuständig seien. Der BGH folgt diesen Argumenten nicht. Die Entscheidung ist von großer praktischer Bedeutung, weil das Instrument der Kopplung von Grundstücksverkauf und Fernwärmeversorgung mittels einer Dienstbarkeit von sehr vielen Gemeinden spätestens seit den 70er Jahren angewendet wird.

1. In der über hundert jährigen Geschichte der Fernwärme ergab sich eine Reihe von Gründen für ihre Förderung. Der Klimaschutz ist nur ein Gesichtspunkt, wenn auch der wichtigste.

Bereits zu Beginn des letzten Jahrhunderts schlossen viele Gemeinden große Teile ihres Gebietes an die Fernwärmeversorgung an. Dies geschah anfänglich aus Gründen der Volksgesundheit: Gesunde Wohn- und Lebensverhältnisse durch ausreichend beheizte Wohn- und Mietgebäude sollten sichergestellt werden.

Später kam die örtliche Luftreinhaltung hinzu. Durch eine zentrale Wärmeerzeugung können emittierende Einzelheizungen vor Ort verhindert werden. Für Luftkurorte und Gemeinden mit besonders belasteten Emissionslagen ist dies ein reizvolles Instrument.

¹ vgl. Joachim Ruland, Der „Fall“ Börnsen, Strategien für Klimaschutz in einer kleinen Gemeinde, abgedruckt in „Neue Gerichtsurteile stärken kommunale Handlungsspielräume für Klimaschutz.“ herausgegeben vom Ministerium für Finanzen und Energie des Landes Schleswig-Holstein und der AGFW

In den Ölkrisen der 70er Jahre trat der politische Wille zur Energieeinsparung auf allen Ebenen des Staates und bei den Gemeinden stärker hervor, insbesondere die Abhängigkeit von Erdölimporten durch einen ausgewogenen Primärenergie-Mix zu ersetzen (Kohlepolitik). Eine Energieeinsparung erfolgte dabei durch zentral besser zu bedienende Heizwerke und in noch größerem Ausmaß durch Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen (KWK), die bezogen auf den Wärmeabsatz, bis zu 70 % Primärenergie einsparen können. Da sich jeder Brennstoff für die Fernwärmeversorgung eignet, begannen Mineralölunternehmen, selbst Fernwärmeversorgungssysteme aufzubauen, um ihren Absatz zu stärken.

Für die Fernwärmeversorgung können alle Primärenergieträger eingesetzt werden. Die zentralen Systeme erleichtern eine rasche Umstellung von Primärenergieträgern in Krisenzeiten oder aus volkswirtschaftlichen Gründen.

Gegenwärtig beherrschen Klimaschutzgründe das Diskussionsfeld. Dabei eignet sich Fernwärmeversorgung zum Einsatz regenerativer Energiequellen, aber auch zum Einsatz von Blockheizkraftwerken nach dem Prinzip der Kraft-Wärme-Kopplung. Der Einsatz von Erdgas in Blockheizkraftwerken ist nicht zwingend, es kann auch Öl eingesetzt werden.

Im Gefolge der Vereinbarung von Kyoto² erhält der Klimaschutz auch in der Europäischen Union eine immer größere Bedeutung. Kraft-Wärme-Kopplung wird dabei zunehmend eine große Rolle zugewiesen. Das Grünbuch „Für eine Energiepolitik der EU“³ fordert mehr Energieeffizienz. In einer Entschließung des Rates der Europäischen Union zu diesem Grünbuch wird auf die KWK als Bestandteil rationeller Energienutzung und Energieeinsparung hingewiesen⁴. Später forderte die Europäische Kommission eine Gemeinschaftsstrategie zur Förderung der Kraft-Wärme-Kopplung und Fernwärme⁵. Diese Forderung wird in dem Papier „Globale Sicht der Energiepolitik und des energiepolitischen Handelns“⁶ aufgenommen, wo auf die Bedeutung der Energieeinsparung auf lokaler und kommunaler Ebene hingewiesen wird. Die Ener-

² KOM(1997), 514 endg., vom 15. Oktober 1997, S. 3, 7, 9, 10, 13, 14, 16

³ KOM(1994), 659 endg., vom 11. Januar 1995, S. 129

⁴ Ratsentschließung vom 23. November 1995, ABl. C 327 vom 7. Dezember 1995, S. 4

⁵ KOM(1995), 682 endg., vom 13. Dezember 1995, S. 32 f., Rdnr. 116

⁶ KOM(1997), 167 endg., vom 23. April 1997, S. 18

gieeffizienz- und KWK-Strategie der Europäischen Union verdichtete sich in der Kommissionsmitteilung „Gemeinschaftsstrategie zur Förderung der Kraft-Wärme-Kopplung (KWK) und zum Abbau von Hindernissen, die ihrer Entwicklung im Wege stehen“⁷. Die Europäische Kommission strebt eine Steigerung der KWK-Bruttostromerzeugung innerhalb der Gemeinschaft von 9 % auf 18 % im Jahre 2010 an⁸. Dieses Ziel wird in der Mitteilung der Kommission über die „Vorbereitungen für die Umsetzung des Kyoto-Protokolls“⁹ und vom „Aktionsplan zur Verbesserung der Energieeffizienz in der Europäischen Gemeinschaft“¹⁰ bestätigt. In der Großfeuerungsanlagen-Richtlinie¹¹ fordert Artikel 7, Vorkehrungen für die bevorzugte Anwendung von KWK zu schaffen. Schließlich hat die Kommission einen Vorschlag für eine Kraft-Wärme-Kopplungs-Richtlinie vorgelegt¹².

Die EG-Elektrizitäts-Binnenmarkt-Richtlinie der EU anerkennt die Rolle der KWK ebenfalls und enthält deshalb besondere Regelungen zur ihrer Förderung¹³.

In der Bundesrepublik Deutschland wurde ein nationales Klimaschutzprogramm verabschiedet, das die ökologische Effizienz der KWK betont und deshalb ihren Ausbau fordert¹⁴. Das nationale Klimaschutzprogramm verlangt, dass die Gemeinden eigene Klimaschutzkonzepte aufstellen und verfolgen, weil die Gemeinden vor Ort am besten über wirksame Maßnahmen entscheiden können¹⁵. Eine Reihe von Berichten der interministeriellen Arbeitsgruppe (IMA) „CO₂-Reduktion“ betont die Bedeutung und die Potentiale der KWK für die Energieeffizienz und damit den Klimaschutz. Fernwärme und KWK wird bereits im dritten Bericht der IMA erwähnt¹⁶ und im vierten IMA-Bericht wird eine CO₂-Minderung von 30-60 Mio. t bis zum Jahre 2005 bei konsequentem Einsatz dieser Technik für möglich gehalten¹⁷. Der vierte Bericht spricht besonders die Kommunen als wichtige Handlungsträger und die vielfältigen Möglichkeiten des kommunalen Klimaschutzes besonders an. Es wird mit einer Umstellung

⁷ KOM(1997), 514 endg., vom 15. Oktober 1997

⁸ KOM(1997), 514 endg., vom 15. Oktober 1997, S. 3, 7, 9, 10, 13, 14, 16

⁹ KOM(1999), 230 endg., vom 19. Mai 1999, S. 33

¹⁰ KOM(2000), 247 endg., vom 26. April 2000, S. 11, 24

¹¹ RL88/609/EWG, ABl. L vom 7.12.1988

¹² KOM (2002), 415 endg.

¹³ Richtlinie 96/92/EG vom 19. Dezember 1996, ABl. Nr. 27 L, 27/20 vom 30. Januar 1997

¹⁴ Nationales Klimaschutzprogramm der Bundesregierung, 5. Bericht der IMA, BTDrucks. 14/4729 vom 14. November 2000

¹⁵ Beschluss vom 18. Oktober 2000, S. 195

¹⁶ BTDrucks. 12/8557, S. 92

¹⁷ BTDrucks. 13/8936, S. 13

der Versorgungsinfrastrukturen auf Kraft-Wärme-Kopplung und Blockheizkraftwerke gerechnet¹⁸. Der 5. IMA-Bericht wurde zur Grundlage des nationalen Klimaschutzprogramms und fordert CO₂-Einsparungen durch den Einsatz von KWK in Höhe von 10 Mio. t bis 2005 sowie auf 23 Mio. t jährlich bis zum Jahre 2010¹⁹. Diese Ziele führten inzwischen zur KWK-Klimaschutz-Vereinbarung vom 29.6.2001 und zum Kraft-Wärme-Kopplungs-Gesetz vom 12. Mai 2000 (KWK-G; sog. „Vorschaltgesetz“)²⁰. Als Teil der Vereinbarung wurde das KWK-G aufgehoben und das Kraft-Wärme-Kopplungs-Gesetz vom 24. März 2002 (KWKModG) erlassen²¹.

Während das KWK-G und das KWKModG die Förderung von KWK-Strom im Blick haben, versuchen die Gemeinden aufgrund der örtlichen Zuständigkeiten, den Fernwärmeausbau als die andere Seite der Kraft-Wärme-Kopplung voranzutreiben. Nun ist die Fernwärmeversorgung bei Vergleich der Fernwärmekosten mit den Brennstoffkosten von Ölheizung in aller Regel teurer als eine öl- oder gasgeführte Wärmeversorgung. Im Vollkostenvergleich sind die Kosten aber gleich oder nur unwesentlich höher als Ölheizung²². Dies liegt nicht nur an den hohen Kosten der doppelten isoliert ausgeführten Verrohrung etwa im Vergleich zur Gasversorgung, sondern auch in den tendenziell höheren Kosten einer dezentralen Wärmeerzeugung, die sich die Kostendegression von Großkraftwerken nicht zunutze machen kann. Gleichzeitig werden höhere Emissionsstandards als bei Einzelhausheizungen eingehalten. Für preisbewusste Kunden wiegt der – scheinbar - höhere Preis der Fernwärmeversorgung oft schwerer als die Komfort- und Klimaschutzvorteile der Fernwärmeversorgung. Oft werden die Kosten der Fernwärmeversorgung nicht betriebswirtschaftlich korrekt verglichen und die Ersparnis eigener Kapitalkosten bei dem Verzicht auf eine eigene Heizung nicht beachtet. Viele Hauseigentümer geben ihre eigene Heizung nicht gern aus der Hand.

Weil die Fernwärmeversorgung genauso wie die gemeindliche Wasserversorgung, die Abwasser- und Müllentsorgung umso preisgünstiger ist, je mehr Einwohner angeschlossen sind, wird gerne auf eine Reihe rechtlicher Instrumente zurückgegriffen,

¹⁸ BTDrucks. 13/8936, S. 47 f

¹⁹ Nationales Klimaschutzprogramm der Bundesregierung, 5. Bericht der IMA, BTDrucks. 14/4729 vom 14. November 2000

²⁰ BGBl. 2000 I, S. 703

²¹ BGBl. 2002 I, S. 1092

²² vgl. Fernwärme-Heizöl-Erdgas Heizkosten im Vergleich, herausgegeben von der Arbeitsgemeinschaft für Wärme und Heizkraftwirtschaft – AGFW – e.V. bei dem VDEW, Frankfurt am Main

die den möglichst vollständigen Anschluss aller Kunden eines Versorgungsgebietes sicherstellen sollen. Dazu zählt der öffentlich-rechtliche Anschluss- und Benutzungszwang für Fernwärme, dessen Rechtsgrundlage sich in allen Gemeindeordnungen findet. Dieses Instrument wird ungern gewählt, da maßgebliche Gesichtspunkte ihrer rechtlichen Voraussetzung umstritten sind. So wird zum Teil angenommen, die Gemeinde darf nur örtlichen Klimaschutz betreiben und müsse deshalb den Anschluss- und Benutzungszwang mit besonderen Emissionslagen begründen. Die Vertreter dieser Auffassung verneinen die Befugnis der Gemeinden zum nationalen Klimaschutz, wie sie etwa im Nationalen Klimaprogramm der Bundesregierung gefordert wird²³.

Daneben wird das Instrument der Verbrennungsverbote gemäß § 9 I Nr. 23 BBauG angewendet. Die Einzelheiten und die rechtliche Zulässigkeit sind ebenfalls umstritten²⁴.

Deshalb bietet sich für Gemeinden mit einer Zugriffsmöglichkeit auf die örtlichen Grundstücke an, stattdessen das (wie es bis zu den Entscheidungen der Vorinstanzen schien) rechtssichere Instrument der Kopplung von Grundstücksverkauf und Fernwärmeversorgung und ihre Absicherung durch eine Grunddienstbarkeit zu wählen. Vorteilhaft ist, dass die Gemeinde ohne hoheitliche Zwangsmaßnahmen auskommt und es ganz der Entscheidung des Grundstückskäufers überlassen bleibt, in die Fernwärmeversorgung einzuwilligen oder auf ein anderweitig wärmeversorgtes Grundstück zurückzugreifen²⁵.

2. Der Bundesgerichtshof prüft die beiden Varianten der Fallgestaltung getrennt. Soweit die Gemeinde 23 der Grundstücke in dem Neubaugebiet von dem Voreigentümer, einem Landwirt, gekauft und ohne Gewinn an die Interessenten weiterverkauft hat, werden wettbewerbs- und kartellrechtliche Ansprüche verneint. Soweit die Gemeinde die Erschließungsträgerin verpflichtet hat, Grundstücke nur fernwärmeversorgt weiter zu veräußern, ergeben sich strengere Anforderungen, die aber ebenfalls

²³ Zu Recht hat das OVG Schleswig-Holstein jetzt klargestellt, dass die Gemeinden auch mittels des gemeindlichen Anschluss- und Benutzungszwanges durch eine Satzung nationale Klimaziele verfolgen dürfen – Urteil vom 21. August 2002 (nicht rechtskräftig), ZNER 2002, S. 313 ff. mit Anm. Topp

²⁴ vgl. dazu und zum Anschluss- und Benutzungszwang Marius Raabe, ZNER 2002, S. 283

²⁵ Kommunale Nahwärmeversorgung im Blickpunkt des Wettbewerbs- und Kartellrechts – zum „Börsen-Urteil“ des BGH, Marius Raabe, ZNER, 2002, S. 283

nicht erfüllt waren. Diese Unterscheidung war schon in der Urteilsanmerkung vom Berufungsurteil von Jaeger angemahnt worden²⁶.

Der Verkauf fernwärmeversorgter Grundstücke durch die Gemeinde selbst ist nicht unlauter im Sinne des Wettbewerbsrechts. Zunächst stellt der BGH klar, dass die Gemeinde Börnsen zu Zwecken des Wettbewerbs gehandelt hat. Dabei musste die Gemeinde noch nicht einmal andere Energielieferanten vom Markt fernhalten wollen. Es reicht, dass die Gemeinde durch ihr Verhalten faktisch den Wettbewerb des Gas- und Wärmedienstes Börnsen GmbH zu Lasten anderer förderte. Dabei spielt es an dieser Stelle keine Rolle, ob die Gemeinde umweltpolitische Ziele verfolgt oder nur gewinnorientiert handelt. Es kommt nicht darauf an, ob das Handeln im Wettbewerb ggf. gegenüber der umweltpolitischen Zielsetzung zurücktritt und das wettbewerbliche Handeln nur ein Nebenreflex dieser Zielsetzung ist.

Für die öffentliche Hand gilt lauterkeitsrechtlich der gleiche Maßstab wie für andere Wettbewerbsteilnehmer. Die Gemeinde Börnsen nimmt am Wettbewerb teil, indem sie Grundstücke verkauft und zusammen mit dem Minderheitsgesellschafter, dem Wärmedienst Börnsen, ein Blockheizkraftwerk betreibt. Sie nimmt dabei Aufgaben der Daseinsvorsorge wahr. Die öffentliche Hand hat im Wettbewerb wegen ihrer öffentlichen Aufgaben keine Vorzugsstellung, hat sich aber auch keinen schärferen Anforderungen zu stellen als private Grundstückseigentümer oder Energieversorger.

Zu Recht kann der BGH in dem Verhalten der Gemeinde anders als das Berufungsgericht keinen Missbrauch hoheitlicher Befugnisse erkennen. Denn die Gemeinde übt die Tätigkeit als Grundstücksverkäufer bzw. Energielieferant mit privatrechtlichen, also jedermann offen stehenden Gestaltungsmitteln aus. Die Gemeinde hat sich hier lediglich genauso verhalten, wie ein Privater, der beplante Grundstücke kauft und dann wieder verkauft. Der BGH weist auch zu Recht darauf hin, dass private Grundstückerschließler dafür sorgen müssen, dass ihre zentralen Heizsysteme von jedem Nutzer oder Käufer von Wohnungen auch genutzt werden. Im Rahmen der Fernwärmeversorgung von größeren Wohnungseinheiten ist es üblich, die Wohnungseigentümer anzuschließen²⁷. Ähnliche Überlegungen liegen dem Anschluss an die gemeindliche Wasserversorgung und Müllentsorgung zugrunde. Letztlich bleibt

²⁶ Jaeger, ZfIK 2000, 960 ff.

²⁷ vgl. die Fallgestaltung im „FAVORIT-Urteil“, KG Berlin, Beschluss vom 13.7.1983, WuW/E OLG 3091

es bei den Vorinstanzen offen, welche hoheitliche Befugnis im Einzelnen wie missbraucht worden sein soll.

Die für öffentlich-rechtliche Verträge geltenden Beschränkungen sind im Privatverkehrsverkehr nicht anwendbar.

Im Lichte der jüngeren Rechtsprechung zu gekoppelten Angeboten von zwei Wirtschaftsgütern²⁸ liegt keine Unlauterkeit vor. Dabei ist nicht die Kopplung als solche unlauter, sondern in der Regel lediglich die Werbung, wenn die Gefahr besteht, dass der Verbraucher über den Wert des tatsächlichen Angebotes, vor allen Dingen über den Wert der Teilleistungen, getäuscht oder falsch informiert wird. Entsprechendes war hier aber nicht vorgetragen worden.

3. Kartellrechtliche Ansprüche sind ebenfalls nicht gegeben. In Betracht kommen lediglich Ansprüche aus §§ 33, 20 Abs. 4 GWB. Danach ist es Wettbewerbern mit überlegener Marktmacht verboten, kleine und mittlere Wettbewerber unbillig zu behindern. Im vorliegenden Fall fehlt es bereits an der überlegenen Marktmacht. Voraussetzung ist, dass das behinderte und das behindernde Unternehmen im selben Markt tätig sind. Nun treten die Mineralölhändler nicht im Grundstücksmarkt an. Im Fernwärmemarkt konkurrieren sie ebenfalls nicht. Entsprechend der bisherigen Praxis der Kartellämter wurde vom BGH dann das Vorliegen eines einheitlichen Marktes für Wärmeenergie verneint, weil für Hausbesitzer Fernwärmeversorgung und Ölheizungen untereinander nicht austauschbar sind. Selbst wenn ein allgemeiner Wärmemarkt anzunehmen wäre, verfügt der Gas- und Wärmedienst Börsen nach Auffassung des BGH gegenüber dem Mineralölhandel über keine überlegene Marktmacht.

Zu einer überlegenen Marktmacht kann man – mit der Auffassung des Bundeskartellamtes – nur kommen, wenn man den Markt auf das mit Fernwärme versorgte Neubaugebiet begrenzt. Diese Auffassung hat der BGH abgelehnt. Aus der Sicht der Bauherren kommt es hier nicht auf ein gestuftes Verfahren an, nachdem zunächst ein Grundstück gekauft und dann ein Heizsystem ausgewählt wird. Vielmehr sind die

²⁸ BGH-Urteil vom 13. Juni 2002, I ZR 173/01

Bauwilligen frei, in der örtlichen Umgebung von Börnsen, in anderen Gemeinden oder in Börnsen selbst, andere Grundstücke zu kaufen²⁹.

4. Die restlichen Grundstücke des Neubaugebietes wurden über eine Erschließungsträgerin verkauft. Sie wurde von der Gemeinde Börnsen verpflichtet, ebenfalls nur fernwärmeversorgte Grundstücke zu veräußern. Dieser Sachverhalt ist grundsätzlich anders zu beurteilen³⁰.

Lauterkeitsrechtlich gilt, gleichgültig, ob öffentlich-rechtliche Erschließungsverträge nach § 124 BauGB oder privatrechtliche Vereinbarungen getroffen werden, ein anderer Maßstab. Denn es ist nicht zulässig, eine bloß erwerbswirtschaftliche Tätigkeit, wie das Betreiben des Gas- und Wärmedienstes Börnsen, mit der öffentlichen Aufgabe der Erschließung zu verquicken. Vereinfacht ausgedrückt: Gemeindliche Erschließung im Gegenzug zum Abschluss von Energieversorgungsverträgen ist unstatthaft. (vgl. § 124 Abs. 3 Satz 1 BauGB und § 56 Abs. 1 Satz 2 VwVfG).

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz meint der BGH, dass die Gemeinde Klima- und Umweltschutzziele verfolgen darf. Der BGH stützt diese Auffassung sehr kurz und knapp auf § 127 Abs. 4 Satz 2 BauGB und beruft sich außerdem auf Jaeger³¹.

Abschließend verneint der BGH auch bei dieser Fallgestaltung Ansprüche gemäß §§ 33, 20 Abs. 1 GWB. Der BGH kann zu recht keine marktbeherrschende Stellung der Gemeinde Börnsen auf dem Gebiet der Vergabe von Erschließungsarbeiten erkennen. Der BGH weist sodann darauf hin, dass Behinderungen jedenfalls wegen der Verfolgung berechtigter öffentlicher Interessen nicht unbillig wären.

Der Entscheidung des BGH ist zuzustimmen. Dabei kann es dahinstehen, ob ein Wettbewerbsverhältnis oder eine marktbeherrschende Stellung vorliegt. Entscheidend ist, wie der BGH in aller Klarheit hervorgehoben hat, dass sowohl im Lauterkeitsrecht als auch im Kartellrecht die Unbilligkeit entfallen kann, wenn berechnigte öffentliche Interessen verfolgt werden. Dazu zählen m. E. nicht nur der örtliche Kli-

²⁹ Dies entspricht auch den tatsächlichen Lebensverhältnissen, da Bauwillige im Osten Hamburgs in aller Regel überörtlich und gemeindeunabhängig nach Grundstücken suchen.

³⁰ Vgl. schon Jaeger, ZfIK 2000, 960 ff.

³¹ Jaeger, ZfIK 2000, 960, 961

maschutz, sondern auch globale umweltpolitische Ziele, wie sie im Kyoto-Protokoll, den Zielen der EU und dem Nationalen Klimaschutzprogramm dargestellt sind.

Im Einzelfall mag dabei die Abwägung durchaus zu anderen Ergebnissen kommen, wenn durch die Maßnahmen keine Vorteile für die in Anspruch genommenen Ziele ersichtlich sind³². Der BGH ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Befugnisse der Gemeinden zum Umweltschutz so klar auf der Hand liegen, dass er auf eine weitere Begründung verzichten konnte. Sie ergeben sich nicht nur aus der allgemeinen Staatszielbestimmung des Art. 20 a GG, sondern bereits aus der Allzuständigkeit der Gemeinden in ihrem örtlichen Wirkungskreis gemäß Art. 28 Abs. 2 GG. Danach sind die Gemeinden nicht nur in ihrem Wirkungskreis für Klima- und Umweltschutz zuständig, sondern insbesondere für die Anwendung von Energierecht (vgl. § 1 EnWG). Damit verbunden ist auch eine deutliche Absage an jene Auffassungen, die im Lauterkeits- und Kartellrecht nur wettbewerbsrechtliche Kriterien anerkennen wollen und Klima- und Umweltgesichtspunkten nur ausnahmsweise berücksichtigen. Dem ist zuzustimmen, weil nach dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Rechtsordnung in einem Rechtsgebiet, nämlich dem Wettbewerbs- und Kartellrecht, Dinge nicht rechtswidrig sein können, die in anderen Rechtsgebieten nicht nur erlaubt sind, sondern ausdrücklich gefordert werden (vgl. Art. 20 a GG). Damit befindet sich der BGH in Übereinstimmung mit dem EuGH³³, der ebenfalls die wettbewerbliche Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs im Ergebnis aus Gründen des Umweltschutzes nach dem derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts für zulässig gehalten hat. Dies bedeutet keinen Vorrang des Umweltschutzes gegenüber dem Lauterkeitsrecht und dem Kartellrecht, sondern lediglich die Freiheit für die öffentlich-rechtlichen Körperschaften, im Einzelfall wohlbegründete Abwägungen vorzunehmen und sich dabei für den Umweltschutz zu entscheiden.

Dem Urteil ist auch zuzustimmen, soweit gegen eine allzu kleinräumige Abgrenzung von relevanten Märkten Stellung bezogen wird. Letztlich würde sich das Kartellrecht selbst widerlegen, wenn es zulässig wäre, den räumlich relevanten Markt jeweils so

³² Ob der Gemeinde eine umwelt- oder energiepolitische Einschätzungsprärogative zusteht, müsste geklärt werden. Das OVG Schleswig-Holstein hat jedenfalls im Fall des öffentlich-rechtlichen Anschluss- und Benutzungszwanges an ein BHKW (vgl. FN 21 oben) geprüft, ob sich aus der konkreten Maßnahme Klimaschutzvorteile ergeben.

³³ Vgl. das PreussenElektra-Urteil des EuGH vom 13. März 2001

klein zu ziehen, dass auch noch dem kleinsten Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung zugewiesen werden kann.