

Aktenzeichen:
16 U 1/18
6 HK O 197/15 LG Rostock



Oberlandesgericht Rostock

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit

- Klägerin, Berufungsklägerin u. Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte

gegen

- Beklagte, Berufungsbeklagte u. Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Becker Büttner Held**, Kaiser-Wilhelm-Straße 93, 20355 Hamburg,

hat das Oberlandesgericht Rostock - Senat für Kartellsachen - durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Garbe, den Richter am Oberlandesgericht Hansen und den Richter am Oberlandesgericht Brix aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 03.02.2020 für Recht erkannt:

1. **Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Rostock vom 20.11.2018, Az. 6 HK O 197/15, wird zurückgewiesen.**
2. **Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Rostock vom 20.11.2018, Az. 6 HK O 197/15, abgeändert und die Klage insgesamt abgewiesen.**
3. **Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.**
4. **Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.**
5. **Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.**

Gründe:

I.

Die Parteien streiten über die Nichtigkeit zweier zwischen ihnen im Dezember 2010/Januar 2011 abgeschlossener Fernwärmelieferverträge sowie die teilweise Rückzahlung der von der Klägerin an die Beklagte gezahlten Fernwärmeentgelte.

Das Landgericht hat antragsgemäß festgestellt, dass die oben näher bezeichneten Fernwärmelieferverträge nichtig seien. Auf dem einschlägig sachlich relevanten Markt der Fernwärmeversorgung in bewirkten die streitgegenständlichen Verträge eine Wettbewerbsbeschränkung. Auf diesem Markt sei die Beklagte marktbeherrschend, die vorgesehene Laufzeit von 10 Jahren und die vertraglich vereinbarte Mindestabnahme- bzw. Mindestvergütungsverpflichtung führten zu einer nach außen hin spürbaren Wettbewerbsbeschränkung. Der Verstoß gegen § 1 GWB bewirke gem. den §§ 134, 139 BGB die Gesamtnichtigkeit des Vertrages.

Die Zahlungsklage sei dagegen unbegründet. Trotz der Nichtigkeit der Wärmelieferungsverträge seien die Zahlungen der Klägerin nicht rechtsgrundlos erfolgt. Mit der Entnahme der Wärme durch die Klägerin sei es zu einem faktischen Vertragsschluss gekommen. Auf den Willen der Parteien komme es nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung dabei nicht an. Zu einer Überzahlung sei es ebenfalls nicht gekommen. Maßgeblich für die von der Klägerin aufgrund des faktischen Vertrages zu leistende Vergütung seien gem. § 2 Abs. 2 S. 2 AVBFernwärmeV die für gleichartige Versorgungsverhältnisse geltenden Preise. Dabei sei auf die vom Versorger - hier der Beklagten - von anderen Kunden geforderten Preise abzustellen. Ein Rückgriff auf Vertragsverhältnisse in anderen Versorgungsgebieten sei nicht angezeigt, weil es keinen bundesweiten Fernwärmemarkt gebe. Die Beweisaufnahme habe ergeben, dass die Beklagte mit einer Ausnahme in von der Klägerin die niedrigsten Preise für Fernwärme verlange. Ohne Erfolg berufe sich die Klägerin auf einen Vertrag der Beklagten mit dem , einem sogenannten . Zwar zahle der tatsächlich geringere Entgelte als die Klägerin. Jedoch sei der Vertrag mit dem nicht mit den streitgegenständlichen Verträgen vergleichbar. Das folge schon daraus, dass der selbst ein Blockheizkraftwerk betreibe und das dafür erforderliche Gas von den Stadtwerken in beziehe.

Auch ein Schadensersatzanspruch der Klägerin komme nicht in Betracht, weil die Beklagte keinen Preismissbrauch betreibe. Wegen des weiteren erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird auf das erstinstanzliche Urteil Bezug genommen.

Mit ihrer Berufung beanstandet die Beklagte, dass das Landgericht rechtsfehlerhaft einen Verstoß gegen § 1 GWB angenommen habe. Bei den streitgegenständlichen Verträgen handele es sich schon um keine Vereinbarungen zwischen Unternehmen i.S.v. § 1 GWB. Dafür sei Voraussetzung, dass die Klägerin die Wärme für ihre gewerbliche Tätigkeit benötige. Das sei offensichtlich nicht der Fall. Immerhin wolle sich die Klägerin von dem Vertrag lösen, was zeige, dass sie auf die Wärmelieferung nicht angewiesen sei.

Auch die Marktabgrenzung durch das Landgericht sei unzutreffend. Entgegen der Auffassung des Landgerichts sei von einem einheitlichen Wärmemarkt auszugehen. Die Feststellung des Landgerichts, dass der Kunde nur bei der Grundentscheidung, auf welche Art und Weise er die Wärme beziehen wolle (Öl, Gas, Fernwärme), die Wahl habe, sei nicht tragfähig. Das Landgericht versäume es, die für die Umrüstung auf Gas oder Öl erforderlichen Investitionskosten zu beziffern. Ohne Erfolg verweise das Landgericht auf eine Entscheidung des

Bundesgerichtshofs (Az. KVR 2/08). Denn auch dort seien die angeblich hohen Umstellungskosten nicht näher ausgeführt. Das Landgericht übersehe, dass nicht die Klägerin, sondern sie - die Beklagte - die Kosten für den Aufbau der Wärmeversorgung getragen habe. Dagegen seien die hier maßgeblichen Investitionen des Abnehmers von Fernwärme bei der erstmaligen Installation überschaubar. Daraus folge, dass auch die Kosten für einen späteren Wechsel nicht signifikant seien. Entscheide sich der Abnehmer für das sog. Wärmecontracting, fielen keine Kosten an. Sollte die Beklagte - wie die Klägerin behaupte - tatsächlich einen über 30 % überhöhten Preis fordern, wäre es für die Klägerin ein Leichtes, ein günstigeres Angebot von einem anderen Anbieter zu erhalten.

Die streitgegenständlichen Verträge seien als Contracting- und nicht als Fernwärmelieferungsverträge einzustufen. Rechtsirrig verlange das Landgericht für die Annahme eines Contractingvertrages, dass die Installation, die Errichtung und die Erhaltung der Anlage vertraglich festgelegt seien. Fundstellen für seine Auffassung bleibe das Landgericht schuldig. Jedenfalls setze ein Contractingvertrag nicht voraus, dass der Contractor die Anlage errichte oder Eigentümer der Anlage sein müsse. Zumindest bei dem Vertrag, der die Versorgung des regele, werde die Wärme in einer Anlage erzeugt, die ausschließlich das beliefere.

Von einer Marktbehinderung sei entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht auszugehen. Bei der Fernwärme gebe es vor Ort keine Wettbewerber, damit sei es denklogisch ausgeschlossen, dass die streitgegenständlichen Verträge den Zutritt eines Wettbewerbers verhinderten. Das wäre ohnehin nur denkbar, wenn die Klägerin ihren gesamten Bedarf bei der Beklagten decken müsse. Das sei hier nicht der Fall, vielmehr sei nur eine Mindestabnahmemenge festgelegt. Es liege außerhalb jeglicher Lebenswahrscheinlichkeit, dass ein weiterer Investor ein zweites Fernwärmenetz in aufbaue.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts behindere eine 10-jährige Laufzeit nicht den Wettbewerb. So sehe § 32 Abs. 1 AVBFernwärmeV eine erstmalige Laufzeit von 10 Jahren vor. Der Ordnungsgeber habe dies damit begründet, dass die Fernwärmeversorgung kapitalintensiv sei. Ferner räume § 3 AVBFernwärmeV den Parteien die Möglichkeit ein, eine Gesamtbedarfsdeckung zu vereinbaren. Eine vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehene Vertragsgestaltung könne nicht zur Nichtigkeit führen. Eine etwaige Wettbewerbsbeschränkung sei jedenfalls nicht spürbar. Eine Marktabschottung sei ausgeschlossen, weil - wie schon oben ausgeführt - kein anderer Wettbewerber vorhanden sei. An der 10-jährigen Laufzeit habe sie ein

aner kennenswertes Interesse, weil sie ihre erheblichen Investitionen wieder einspielen müsse. Auch das Bundeskartellamt habe in seiner Sektorenuntersuchung „Fernwärme“ keine Bedenken gegen die Vereinbarung einer 10-jährigen Laufzeit geäußert.

Jedenfalls sei von keiner Gesamtnichtigkeit der Verträge auszugehen. Hätten die Parteien von der unterstellten unzulässigen Wettbewerbsbehinderung gewusst, hätten sie eine andere Laufzeit oder eine andere Mindestabnahmemenge vereinbart. Gegebenenfalls hätten die Parteien von der Vereinbarung einer Mindestabnahmemenge ganz Abstand genommen, weil ein Zusammenspiel von mehreren Anbietern zur Versorgung der Klägerin mit Wärme ohnehin unwirtschaftlich gewesen wäre. Die allenfalls anzunehmende Teilnichtigkeit der Bestimmungen über die Laufzeit führe nicht zur Nichtigkeit des Vertrages, sondern zur Umwandlung in ein jederzeit kündbares Dauerschuldverhältnis.

Die Beklagte beantragt,

das am 30.10.2018 verkündete Urteil des Landgerichts Rostock insoweit aufzuheben, als dass festgestellt wurde, dass die zwischen den Parteien unter dem 16.12.2010/03.01.2011 geschlossenen Fernwärmelieferverträge für die Objekte „ „ und „ „ nichtig sind und die Klage auch insoweit abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Sie verteidigt das Urteil des Landgerichts. Fernliegend sei die These, die Beklagte benötige für den Betrieb ihres keine Wärmeversorgung.

Weiter sei es höchststrichterlich anerkannt, dass ein einheitlicher Markt der Wärmeversorgung nicht existiere. Das gelte jedenfalls dann, wenn sich der Kunde - wie vorliegend die Rechtsvorgängerin der Klägerin - schon für eine Versorgungsform entschieden habe. Ein Wechsel sei nur theoretisch möglich, komme jedoch wegen der als Marktzutrittsschranke wirkenden Umstellungskosten nicht in Betracht. Ohne Erfolg bestreite die Beklagte die Höhe der Umstellungskosten. Diese seien offenkundig und bedürften keines Parteivortrages. Das habe der Bundesgerichtshof grundsätzlich anerkannt.

Zu Recht gehe das Landgericht davon aus, dass die streitgegenständlichen Verträge nicht als Contractingverträge anzusehen seien. Ein Contractingvertrag zeichne sich dadurch aus, dass sich der Contractor gegenüber dem Contractingnehmer zur Planung, Finanzierung und Errichtung von Energieerzeugungsanlagen sowie zu deren Betriebsführung und Instandhaltung verpflichte, wie schon das Bundeskartellamt in seiner Sektorenuntersuchung richtig ausgeführt habe. Beim Contracting befinde sich die vom Contractor zu errichtende Energieerzeugungsanlage regelmäßig im Gebäude des Kunden, sodass die Unterhaltung eines Netzes entfalle. Die streitgegenständlichen Verträge enthielten keinerlei Bestimmung, wonach die zu liefernde Wärme aus einer bestimmten Anlage stammen müsse. Vielmehr sei die Beklagte in der Wahl der Erzeugung der Wärme frei, was gegen einen Contractingvertrag spreche.

Die Verträge führten zu einer konkreten Wettbewerbsbeschränkung. Sie verfestigten eine schon vorhandene monopolistische Struktur. Unschädlich sei, dass es vor Ort keine Wettbewerber der Beklagten gebe. Denn auch der potenzielle Wettbewerb durch den Marktzutritt Dritter sei geschützt. Insbesondere die 10-jährige Laufzeit halte Dritte von einem Marktzutritt ab. Ohne Erfolg berufe sich die Beklagte darauf, dass § 32 AVBFernwärmeV ausdrücklich eine 10-jährige Vertragslaufzeit zulasse. Diese Vorschrift enthalte keine kartellrechtlichen Vorgaben. Eine Freistellung von einem Kartellverbot sei darin nicht zu sehen. § 2 Abs. 2 S. 1 AVBFernwärmeV könne als Verordnung nicht höherrangiges Kartellrecht aushebeln.

Die Wettbewerbsbeschränkung sei auch spürbar. Erneut sei auf die Möglichkeit des Marktzutritts Dritter abzustellen. Die beanstandeten Regelungen seien wegen der marktbeherrschenden Stellung der Beklagten auch nicht freistellungsfähig. Schließlich sei das Landgericht zu Recht von einer Gesamtnichtigkeit ausgegangen. Die Beklagte habe in ihrer Klagerwiderungsschrift vom 25.04.2016 selbst vorgetragen, dass sie nicht bereit gewesen sei, einen Vertrag mit einer kürzeren Laufzeit abzuschließen. Damit habe sich die Vermutung des § 139 BGB bestätigt.

Mit ihrer **Berufungsbegründung** nimmt die Klägerin einen faktischen Vertragsschluss gem. § 2 Abs. 2 S. 1 AVBFernwärmeV in Abrede. Zutreffend sei zwar noch die Annahme des Landgerichts, dass bei dem Abschluss eines faktischen Vertrages der entgegenstehende Wille des Abnehmers in der Regel unbeachtlich sei. Das gelte jedoch dann nicht, wenn zumindest eine der Parteien von einem vermeintlich bestehenden Vertrag ausgehe. So liege es hier, weil die Beklagte bis zum jetzigen Zeitpunkt von einer Gültigkeit der abgeschlossenen Verträge ausgehe. Nichts Anderes ergebe sich aus einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Brandenburg (Az. 7 U 4/14). Dort seien beide Parteien davon ausgegangen, dass infolge der Kündigung der dortigen Beklagten und

der Ablehnung der von der dortigen Klägerin vorgeschlagenen Alternativvereinbarung kein Vertrag mehr bestanden habe.

Anders liege es hier. Bis August 2015 hätten beide Parteien die kartellrechtliche Nichtigkeit noch nicht gekannt. Auch nach diesem Zeitpunkt habe die Beklagte weiterhin auf ihrem irrigen Standpunkt beharrt, die Verträge seien wirksam. Mit der Annahme eines konkludenten Vertrages umgehe das Landgericht die kartellrechtlichen Vorgaben, welche ausdrücklich die Nichtigkeit einer kartellrechtswidrigen Vereinbarung bestimmten.

Zu Unrecht habe das Landgericht bei der Ermittlung der für gleichartige Versorgungsverhältnisse geltenden Preise gem. § 2 Abs. 2 S. 1 AVBFernwärmeV allein die Fernwärmeentgelte der Beklagten in berücksichtigt. Denn nach den Feststellungen des Landgerichts handele es sich bei der Beklagten um eine Monopolistin, die überhöhte Preise durchsetzen könne. Falsch liege das Landgericht in seiner Annahme, dass die Preise der Beklagten einer gerichtlichen Kontrolle entzogen seien. Die vom Landgericht herangezogene Entscheidung des Bundesgerichtshof betreffe nur die Billigkeitskontrolle gem. § 315 Abs. 3 BGB, die hier ohnehin nicht einschlägig sei. Damit schließe der Bundesgerichtshof nicht eine Missbrauchskontrolle gem. § 19 GWB aus. Wäre die Annahme des Landgerichts richtig, hätten Versorger mit monopolistischer Struktur nichts zu befürchten.

Tatsächlich verlange die Beklagte Preise, die weit über dem kartellrechtlich Zulässigen lägen. Das zeige schon ein Vergleich mit dem in . Das Abstellen allein auf die Verhältnisse sei daher nicht sachgerecht.

Schließlich habe das Landgericht irrig angenommen, die Klägerin zahle im Vergleich zu den übrigen Großkunden der Beklagten in die niedrigsten Entgelte. Das Landgericht übersehe, dass bei der Versorgung der Wohnungen höhere Netzkosten anfielen, weil eine Vielzahl von Einzelabnahmestellen zu beliefern seien. Dagegen müsse die Beklagte jeweils nur ein versorgen. Schon dieser Umstand stehe einer Gleichartigkeit gem. § 2 Abs. 2 S. 1 AVBFernwärmeV entgegen. Vergleichbar sei allein der Vertrag der Beklagten mit dem , der einen Preis zahle, der ca. um ein Drittel unter der Vergütung liege, die sie - die Klägerin - entrichten müsse. Das Landgericht verquicke in unzulässiger Weise zwei Vertragsverhältnisse, wenn es auf die gegenseitigen Versorgungsbeziehungen des einerseits und der Beklagten andererseits abstelle.

Aus dem Vorgesagten ergebe sich, dass auch ein Schadenersatzanspruch der Klägerin aus den §§ 33 Abs. 3 und 1 sowie 19 Abs. 2 Nr. 1 und 2 GWB a.F. gegen die Beklagte bestehe. Ein Preismissbrauch der Beklagten sei anzunehmen. Das ergebe ein Vergleich des tatsächlich vom marktbeherrschenden Unternehmen geforderten Preises mit dem Marktpreis. Letzterer könne nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung auch durch einen Vergleich mit anderen Monopolmärkten ermittelt werden. Hier sei erneut auf den Fernwärmelieferungsvertrag der in zu verweisen. Schließlich könne sie noch gemäß den §§ 33 Abs. 3 und 1, 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB a. F. Schadenersatz beanspruchen, denn die Beklagte diskriminiere die Klägerin gegenüber dem

Die Klägerin beantragt,

das am 20.11.2018 verkündete Urteil des Landgerichts Rostock wie folgt abzuändern:

1.

Es wird festgestellt, dass die zwischen den Parteien unter dem 16.12.2010/03.01.2011 geschlossenen Fernwärmelieferverträge für die Objekte „

“ und „

“ nichtig sind.

2.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin € 1.728.179,80 nebst Zinsen i. H. v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus € 1.692.006,00 seit dem 27.01.2016 sowie aus weiteren € 36.173,80 seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Sie verteidigt insoweit das Urteil des Landgerichts. Zu Recht gehe das Landgericht von einem sogenannten faktischen Vertrag aus. Entgegen der Darstellung der Klägerin habe der Versorger im vom Oberlandesgericht Brandenburg entschiedenen Fall die Kündigung für unwirksam erachtet. Das habe das OLG Brandenburg nicht daran gehindert, von einem faktischen Vertrag auszugehen. Das passe zur höchstrichterlichen Rechtsprechung, wonach es bei der Energieversorgung keinen vertragslosen Zustand geben dürfe. Unerheblich sei daher, ob die

Parteien die Nichtigkeit erkannt hätten. Etwas Anderes gelte nur dann, wenn eine der Parteien schon einen Vertrag mit einem Dritten abgeschlossen habe. So liege es hier nicht.

Mit der Bejahung eines faktischen Vertrages werde auch entgegen der Darstellung der Klägerin das Kartellrecht nicht ausgehebelt. Die Klägerin begründe die Kartellrechtswidrigkeit allein mit der Laufzeit und der Mindestabnahmemenge in den streitgegenständlichen Wärmeversorgungsverträgen. Das gelte jedoch nicht für einen faktischen Vertrag, der jederzeit kündbar sei und auch keine Mindestabnahmemenge vorsehe.

Das Landgericht habe auch die Preise gleichartiger Versorgungsverhältnisse (§ 2 Abs. 2 S. 2 AVBFernwärmeV) rechtsfehlerfrei festgestellt. Zutreffend gehe das Landgericht davon aus, dass die Anfangspreise eines faktischen Vertrages nicht der gerichtlichen Kontrolle unterlägen. Denn zu diesem Zeitpunkt sei der Kunde frei, unter verschiedenen Angeboten zu wählen. Hier hätte sich die Klägerin auch für eine Eigenversorgung entscheiden können. Ein Unternehmen, welches erhöhte Anfangspreise begehre, laufe Gefahr, keine Kunden mehr zu finden. Bei dieser Konstellation sei eine Notwendigkeit gerichtlicher Kontrolle nicht vorhanden. Entgegen der Darstellung der Klägerin habe der Bundesgerichtshof dabei allgemein und nicht nur für § 315 Abs. 3 BGB eine gerichtliche Preiskontrolle abgelehnt.

Zu Recht habe das Landgericht bei der Ermittlung der Preise gleichartiger Vorsorgeverhältnisse auf die Verhältnisse vor Ort abgestellt. Der von der Klägerin angestrebte Vergleich mit der Wärmeversorgung in sei nicht zielführend. Das Bundeskartellamt habe in seiner Sektorenuntersuchung festgestellt, dass der Fernwärmemarkt sich regional und lokal erheblich unterscheide. Die Klägerin bleibe ohnehin einen Beleg dafür schuldig, dass die Preise der Stadtwerke kostendeckend seien. Jedenfalls werde eine etwaige Kostendeckung bestritten.

Ein Vergleich mit den Wohnungsgesellschaften sei dagegen sachgerecht. Auch die kalkulierten Netzkosten seien vergleichbar. Diese richteten sich in beiden Fällen nach der gelieferten Wärmemenge. Bei den Wohnungsgesellschaften sei lediglich der Verwaltungsaufwand höher, der jedoch nicht über die Bezahlung der Fernwärme Eingang in die Vergütung finde, sondern über einen gesonderten Messpreis vergütet werde. Deshalb stelle die Beklagte auch keine abweichenden Entgelte in Rechnung, wenn nur eine Abnahmestelle zu versorgen sei.

Nicht vergleichbar sei dagegen die Fernwärmeversorgung des . Der beziehe von der Beklagten nicht nur Fernwärme, sondern erzeuge die Wärme selbst und speise die bei der Stromerzeugung produzierte Wärme in das Netz der Beklagten ein. Entgegen der Auffassung der Klägerin sei eine Einzelbetrachtung nur der Wärmelieferung der Beklagten an den nicht sachgerecht. Nach der Beweisaufnahme betreibe der ein Blockkraftwerk, welches die dort anfallende Wärme in das Netz der Beklagten einspeise. Damit könnten zwei große Wohngebiete versorgt werden. Ohne das Heizkraftwerk des fielen für die Beklagte höhere Wärmeverluste an, weil die Wärme in diesem Fall über eine längere Distanz zu transportieren wäre. Beim kalkuliere die Beklagte mit einem Mischpreis, der sich aus dem Strom für die Wärme, welche im erzeugt werde und über das Netz der Beklagten über wenige Meter an den geliefert werde, und der Wärme, welche die Beklagte selbst produziere und an den liefere. Die von der Klägerin angestrebte formaljuristische Betrachtung sei ohne Erkenntnisgewinn.

Zu Recht habe das Landgericht einen kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch der Klägerin verneint. Erneut gehe das Landgericht zutreffend davon aus, dass die Preise nicht der richterlichen Kontrolle unterlägen.

II.

Beide Berufungen sind zulässig, insbesondere fristgerecht eingelegt und begründet.

A. Berufung der Beklagten

Die Berufung der Beklagten hat auch in der Sache Erfolg.

Vorliegend findet grundsätzlich das GWB in der Fassung der 7. GWB-Novelle Anwendung, welches bei Vertragsschluss gegolten hat (vgl. dazu OLG Jena, Urteil vom 22.02.2017, Az. 2 U 583/15, Kart, Rn. 50, juris; OLG Hamburg, Urteil vom 12. Dezember 2013 - 3 U 38/11 -, Rn. 347, juris). Der Senat übersieht nicht, dass eine Neufassung des Kartellverbots auch bereits wirksam begründete Dauerschuldverhältnisse in der Weise erfassen kann, dass sie, soweit sie gegen die Neuregelung verstoßen, ex nunc unwirksam werden (BGH, Urteil vom 12. Juni 2018 - KZR 4/16 -, Rn. 28, juris). Jedoch wirken sich die mit dem Inkrafttreten der 8. und 9. GWB-Novelle erfolgten Änderungen hier nicht aus, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat.

Der Feststellungsantrag der Klägerin ist zurückzuweisen, weil die streitgegenständlichen Wärmelieferungsverträge nicht gemäß den §§ 1 GWB, 134 BGB nichtig sind. Gem. § 1 GWB sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, verboten. Die streitgegenständlichen Verträge bewirken auf dem sachlich (1.) und örtlich maßgeblichen (2.) Markt keine Veränderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs (3.).

1.

Die sachliche Marktabgrenzung folgt nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung jedenfalls im Ausgangspunkt dem Bedarfsmarktkonzept. Nach diesem sind dem relevanten Angebotsmarkt alle Produkte oder Dienstleistungen zuzurechnen, die aus Sicht der Nachfrage nach Eigenschaft, Verwendungszweck und Preislage zur Deckung eines bestimmten Bedarfs austauschbar sind (BGH, Beschl. v. 10.12.2008, Az. KVR 2/08, Rn. 7, juris). Bei der Austauschbarkeit handelt es sich um eine Rechtstatsache, die vom Gericht grundsätzlich selbst beurteilt werden kann, soweit es über einschlägige eigene Lebenserfahrung und Sachkunde verfügt (Kölnener Kommentar zum Kartellrecht/Busche (2017), § 18 GWB, Rn. 13; BGH, Beschl. v. 16.01.2007, Az. KVR 12/06, Rn. 15, juris). Weiter stand dem Senat, der sich zur Beurteilung auf eigene Lebenserfahrung und während der Tätigkeit als Kartellsenat erworbene Sachkunde stützt, die Sektorenuntersuchung des Bundeskartellamtes vom 01.08.2012 zur Fernwärme (www.bundeskartellamt.de) zur Verfügung, auf die sich beide Parteien bezogen haben.

Für die Austauschbarkeit ist auf die Perspektive des Abnehmers abzustellen (Loewenheim, Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 3. Aufl., § 18 GWB, Rn. 16). Die Frage, mit welchen Mitteln der Wärmelieferant sein Produkt zur Verfügung stellt, ist für den Abnehmer weitgehend irrelevant. Maßgebend für eine Nachfrageschwelle, die eine Austauschbarkeit ausschließt, sind allein die Kosten der Umstellung, die der Abnehmer der Wärme aufwenden muss. Nur signifikante Umstellungskosten sprechen gegen eine Austauschbarkeit (Loewenheim, Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, a.a.O., § 18 GWB, Rn. 28).

Ein einheitlicher Wärmemarkt wird einhellig dann angenommen, wenn der Abnehmer das Heizsystem erstmalig (neu) oder als Neuinstallation anschafft (Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., § 18 GWB, Rn. 73, Stichwort „Energie“). Dort hat der Abnehmer die

freie Wahl zwischen Gas, Öl, Fernwärme oder auch dem Wärmecontracting. So liegt der Fall hier jedoch nicht. Die Klägerin hat schon einen langjährigen Wärmelieferungsvertrag abgeschlossen und auf diese Weise die Grundentscheidung über die Art der Wärmeversorgung getroffen.

Ob ein einheitlicher Wärmemarkt auch für den Abnehmer existiert, der sich für ein System entschieden hat, wird unterschiedlich beurteilt. Überwiegend wird eine Austauschbarkeit zwischen Öl, Gas und Fernwärme verneint und ein einheitlicher Wärmeenergiemarkt negiert (BGH, Beschl. v. 10.12.2008. Az. KVR 2/08, Rn. 7 ff.; BGH, Urt. v. 09.07.2002, Az. KZR 30/00, Rn. 29, juris). Die typische Nachfragekonstellation sei dadurch gekennzeichnet, dass für den Endkunden ein Austausch des Energieträgers ausscheide, sei es, weil er rechtlich überhaupt an der Installation einer anderen Heizungsanlage gehindert sei, sei es, weil die Umstellung auf einen anderen Energieträger erhebliche Investitionen oder bestimmte sachliche und räumliche Voraussetzungen erforderlich macht, die für die Restnutzungsdauer der vorhandenen Anlage unwirtschaftlich wären (BGH, Beschl. v. 10.12.2008, Az. KVR 2/08, Rn. 7 ff., juris).

Das Oberlandesgericht München geht dagegen von einem einheitlichen Wärmemarkt unter Einschluss von Öl, Gas und Fernwärme auch für den Fall aus, dass der Abnehmer sich schon für eine Heizungsart entschieden hat. Eine Spaltung zwischen Alt- und Neukunden sei sachwidrig. Fernwärmeversorgungsunternehmen müssten ihre Preis- und Konditionspolitik aus ökonomischen Gründen so ausgestalten, dass sie möglichst viele neue Kunden gewinnen. Würde ein Fernwärmeversorgungsunternehmen eine Preis- und Konditionspolitik zu Lasten von Altkunden betreiben, würde sich dies herumsprechen und die Gewinnung von Neukunden erschweren, wenn nicht unmöglich machen. Daher kämen auch die Altkunden stets in den Genuss der „neukundenorientierten“ Preis- und Konditionspolitik. Für Neukunden bestehe jedoch unstreitig ein Wärmemarkt mit Substitutionskonkurrenz (OLG München, Urt. v. 19.10.2006, Az. U (K) 3090/06, Rn. 39, juris). Auf die Nichtzulassungsbeschwerde gegen die vorgenannte Entscheidung hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass er die Marktabgrenzung des Oberlandesgerichts München in diesem Fall nicht billige. Die dortige Klägerin habe über das Fernwärmenetz der Beklagten die Endverbraucher zusammen mit anderen Leistungen mit Fernwärme versorgen wollen. Die Klägerin habe deshalb nicht auf eine andere Wärmeversorgung ausweichen können, weil die Endkunden allein über Fernwärmeanschlüsse verfügt und keine Wechselmöglichkeit gehabt hätten (BGH, Beschl. v. 25.09.2007, Az. KZR 33/06, Rn. 2, juris). Die Überlegung trifft für die hiesige Klägerin nicht zu, welche zwischen den einzelnen Heizungsarten frei wählen kann.

Ob das Heizen mit Gas oder Öl für den Kunden, der sich zuvor für eine Fernwärmeversorgung entschieden hat, eine austauschbare Leistung darstellt, kann hier dahinstehen. Jedenfalls die Beheizung mittels „Wärmecontracting“ stellt für den bisherigen Bezieher von Fernwärme eine austauschbare Alternative dar, die eine Behinderung des Wettbewerbs ausschließt. Zwar fallen auch bei der Umstellung von Fernwärme auf das Wärmecontracting Kosten an. So kann der Contractingnehmer gehalten sein, Räumlichkeiten für die Heizanlage zur Verfügung zu stellen. Ferner mag es notwendig sein, dass er Flächen für eine neu zu errichtende Wärmeerzeugungsanlage zur Verfügung stellen muss. Auch kann die Neuherstellung einer Anschlussstation oder die Anpassung der vorhandenen Anschlussstation erforderlich sein. In jedem Fall ist eine neue Zuleitung zur Wärmeerzeugungsanlage des Contractors herzustellen (vgl. dazu Bundeskartellamt, Abschlussbericht gem. § 32 EGWB zur Sektorenuntersuchung „Fernwärme“, Rn. 185; www.bundeskartellamt.de, im Folgenden zitiert als BKartA). Das BKartA hat in der vorgenannten Untersuchung noch nicht abschließend entschieden, tendiert jedoch zur Abgrenzung eines separaten Marktes für Wärmecontractingdienstleistungen (BKartA, a. a. O., Rn. 180). Festgelegt hat sich das BKartA bei der sog. „klassischen Fernwärmeversorgung“, bei der das BKartA eine Austauschbarkeit verneint (BKartA, a. a. O., Rn 187).

Hier handelt es sich jedoch nicht um eine klassische Fernwärmeversorgung in dem o.g. Sinne. Es ist anerkannt, dass innerhalb des Fernwärmemarktes noch auf einen Markt für die Belieferung von größeren bis großen Gewerbekunden einerseits und auf einen Markt für die Belieferung von Haushalts- und Kleingewerbekunden andererseits abzustellen ist. Grund dafür ist das unterschiedliche Abnahmeverhalten der Kunden (OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.04.2018, Az. VI-2 U (Kart) 8/06, Rn. 31; BKartA, a.a.O., Rn. 178). Bei der Versorgung von Haushalts- und Kleingewerbekunden mit Fernwärme handelt es sich um ein Massengeschäft mit in der Regel vorgefertigten Vertragsformularen. Bei der Versorgung von Großkunden mit Fernwärme steht eine individuelle Lösung im Vordergrund mit einzeln ausgehandelten Verträgen. Größere Gewerbekunden verfügen in aller Regel im Vergleich zu Haushaltskunden über die notwendige technische Expertise und das betriebswirtschaftliche Fachwissen, um alternative Optionen für die Beheizung von Räumen oder die Generierung von Prozesswärme umzusetzen (BKartA, Rn. 178). Der Großkunde verhandelt den Anfangspreis, den er beim Abschluss des ersten Fernwärmevertrages zahlt, selbst. Diesen Vorteil hat der Kleinkunde in aller Regel nicht, der die vom Fernwärmeversorger vorgegebenen Preise im Allgemeinen akzeptieren muss. Großkunden haben deshalb die bessere Verhandlungsposition. So hat das BKartA etwa bei der Versorgung von Industriekunden keine Anhaltspunkte für missbräuchliche Verhaltensweisen vorgefunden (BKartA, Rn. 21). Zum Markt der „Großkunden“ zählen jedoch nicht die Wohnungsunternehmen.

Diese sind nicht unmittelbar von den Preisen betroffen, weil sie diese auf ihre Mieter umlegen können. Sie zählen daher trotz ihrer Abnahmemenge zum Markt der Haushalts- und Kleingewerbekunden (BKartA, Rn. 178).

Zu dem gesonderten Markt der Versorgung von Großkunden mit Wärme gehört auch das Wärmecontracting. Zumindest bei den Großkunden sind die Fernwärmeversorgung und das Wärmecontracting austauschbar. Auch beim Wärmecontracting mit Großkunden wird der Vertrag individuell ausgehandelt. Dem Landgericht ist zuzugeben, dass dem Großkunden, der von Fernwärme auf Wärmecontracting umstellt, Kosten entstehen, die steuerlich wirksam über längere Zeiträume hin abgeschrieben werden können. Diese unterscheiden sich jedoch erheblich von dem Aufwand für die Umstellung auf Gas oder Öl, weil beim Contracting für den Abnehmer die Installation einer eigenen Wärmeerzeugungsanlage entfällt. Auch die Laufzeiten von Fernwärme und Contractingverträgen unterscheidet sich nicht maßgeblich. In beiden Fällen müssen sich die Abnehmer auf lange Laufzeiten einstellen, weil der Fernwärmeversorger und der Contractor jeweils ihre erheblichen Investitionen wieder amortisieren müssen (vgl. BKartA, Rn. 186). Ohne Erfolg weist die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 14.02.2020 darauf hin, dass das OLG Düsseldorf (a.a.O., Rn. 32) ausdrücklich auch bei dem Markt für Großkunden keinen einheitlichen Markt für Wärmeenergie angenommen habe. Die Klägerin übersieht, dass das OLG Düsseldorf sich nicht mit dem Wärme-Contracting befasst hat.

Für eine Austauschbarkeit beider Heizungsarten spricht nicht zuletzt die im Einzelfall schwierige und unscharfe Unterscheidung zwischen Fernwärme einerseits und Wärmecontracting andererseits. Beispielhaft sei nur erwähnt, dass die Beklagte, die nach Auffassung der Klägerin ihr gegenüber allein Fernwärmeleistungen erbringt, auch Contractingverträge anbietet (vgl. das Angebot der Beklagten, Anlage B 2, Bl. 111 Bd. I ff.). Weiter gibt es eine Vielzahl von Arten des Contractings, die ihrerseits miteinander kombiniert werden können (BKartA, R. 183 f.). Daher wird mit beachtlichen Argumenten vertreten, dass das Wärmecontracting der Fernwärme gleichzustellen sei (Topp in: Stuhlmacher/Stappert/Schoon/Jansen, Grundriss zum Energierecht, 2. Aufl., Kapitel 34, Rn. 29).

Das Landgericht hat es etwa als maßgeblichen Unterschied zwischen Fernwärme- und Wärmecontracting angesehen, dass beim Contracting die Erzeugung der Wärme in der dem Contractingnehmer zugeordneten Heizungsanlage vertraglich festgelegt sei (S. 9 UA). Eine Relevanz für die Austauschbarkeit von Fernwärme und Contracting beim Großkunden vermag der Senat diesem Umstand nicht zu entnehmen. Denn für den Abnehmer ist es ohne Bedeutung,

woher der Contractor die zu liefernde Wärme bezieht. Maßgeblich für die Austauschbarkeit sind - wie schon oben dargestellt - die Kosten der Marktgegenseite, auf welche das zutreffende Abgrenzungsmerkmal des Landgerichts keinen Einfluss hat.

Es bleibt wohl die einzig praktikable Unterscheidung, dass der Fernwärmelieferant in der Regel zentral seine Wärme erzeugt und sie über ein weit verzweigtes Netz an den Kunden transportiert, während der Contractor eigens für den konkreten Abnehmer eine Wärmeerzeugungsanlage errichtet und unterhält. Das Beispiel der Versorgung des _____ zeigt jedoch, dass auch dieses Unterscheidungskriterium nicht trennscharf ist. So wird das _____ welches abseits eines Wohngebietes liegt, von einer Wärmeerzeugungsanlage versorgt, die ausschließlich das _____ bedient (vgl. S. 5 der Klagerwiderung Bl. 97 Bd. I d.A.). Dennoch soll nach Auffassung der Klägerin ein Fernwärmelieferungsvertrag vorliegen.

Festzuhalten ist, dass die aufgezeigten Unterschiede zwischen der Versorgung von Großkunden mit Fernwärme einerseits und durch Wärmecontracting andererseits nicht ausreichen, um eine Austauschbarkeit beider Wärmeversorgungsarten zu verneinen. Beide Versorgungsarten bilden daher einen gemeinsamen sachlichen Markt.

2.

Die zusätzliche sachliche Einbeziehung des Wärmecontractings in den Markt der Versorgung von Großkunden mit Wärme führt dazu, dass anders als beim reinen Fernwärmemarkt nicht das Gebiet, welches durch das jeweilige Fernwärmenetz erschlossen wird, sondern ein bundesweiter Markt anzunehmen ist. Investoren für Wärmecontracting stehen bundesweit zur Verfügung. Es fehlt entgegen der im Schriftsatz der Klägerin vom 14.02.2020 (S. 4) geäußerten Ansicht auch nicht an der Homogenität der Wettbewerbsbedingungen (vgl. dazu: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01. Juli 2015 – VI-Kart 8/11 (V) –, Rn. 90, juris). Insoweit wird auf die Ausführungen zu Ziff. 1 Bezug genommen.

3.

Die Klägerin trägt nicht vor, dass die streitgegenständlichen Verträge auf dem so abgegrenzten Markt den Wettbewerb behinderten und die Beklagte als Wärmeanbieter keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt wäre. Nichts anderes ergibt sich entgegen der im Schriftsatz vom 14.02.2020 geäußerten Ansicht der Klägerin (S. 5) aus Art. 5 Abs. 1 a) Verordnung (EU) Nr. 330/2010. Danach gilt die Freistellung nach Artikel 2 der genannten VO für vertikale

Vereinbarungen von den Vorgaben des Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht für unmittelbare oder mittelbare Wettbewerbsverbote, die für eine unbestimmte Dauer oder für eine Dauer von mehr als fünf Jahren vereinbart werden. Gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken, mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten. Eine solche Beeinträchtigung des Wettbewerbs i.S.v. Art. 101 Abs. 1 AEUV zeigt die Klägerin nicht auf. Damit ist der Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht erfüllt. Mithin bedarf es keiner Freistellung. Dem Senat ist zudem keine Entscheidung bekannt, in der ein langfristiger Wärmelieferungsvertrag infolge einer Überschreitung der in Art. 5 Abs. 1 a) Verordnung (EU) Nr. 330/2010 genannten Höchstlaufzeit wegen eines Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV für nichtig erklärt worden ist. Das gibt zu denken, weil nach dem Vortrag der Klägerin Verträge mit ähnlich langen Laufzeiten bundesweit den Regelfall darstellen sollen (vgl. S. 6 des Schriftsatzes der Klägerin vom 14.02.2020).

Mithin ist der Tatbestand des § 1 GWB nicht erfüllt. Damit scheidet eine Nichtigkeit der streitgegenständlichen Wärmelieferungsverträge gem. § 134 BGB aus. Der Feststellungsantrag der Klägerin ist deshalb unbegründet.

4.

Selbst wenn der Senat zugunsten der Klägerin unterstellte, die Beklagte sei keinem wesentlichen Wettbewerb durch das Wärmecontracting ausgesetzt, führte dies zu keinem anderen Ergebnis. Denn die Vereinbarung einer zehnjährigen Vertragszeit und die Mindestabnahmemenge stehen nicht im Widerspruch zu § 1 GWB. Verträge, die - wie die streitgegenständlichen Vereinbarungen - ein Austauschverhältnis zum Gegenstand haben, sind als solche im Grundsatz kartellrechtlich unbedenklich. Hieran ändert nichts, dass mit dem Abschluss eines solchen Vertrages der Auftraggeber als Nachfrager der Leistungen entfällt und sein diesbezüglicher Bedarf dem Wettbewerb der Leistungsanbieter entzogen wird. Wegen dieser für einen Austauschvertrag typischen Folge kann noch keine Wettbewerbsbeschränkung angenommen werden (BGH, Urteil vom 12. Juni 2018 - KZR 4/16 -, Rn. 52, juris).

Aus der langen Laufzeit eines solchen Vertrags und der Abnahmeverpflichtung der Klägerin kann sich zwar etwas Anderes ergeben. Die jedem Austauschvertrag immanente, vom Kartellrecht

grundsätzlich hinzunehmende Wirkung, dass der Bedarf des Abnehmers für eine gewisse Zeit gedeckt und damit dem Wettbewerb entzogen wird, kann in eine Wettbewerbsbeschränkung umschlagen, wenn die einem Vertragsbeteiligten im Geschäftsverkehr mit Dritten auferlegten Beschränkungen über das mit dem Absatz der Waren oder gewerblichen Leistungen notwendig verbundene Maß hinausgehen und dadurch der Markt für Wettbewerber verschlossen wird (vgl. zu Vorstehendem: BGH, a.a.O., Rn. 53 f, juris). Ob langfristige Bezugsverträge eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken, kann danach nicht ohne Blick auf die Laufzeit der Verträge und den Grad der Bedarfsdeckung beurteilt werden. Die mit dem Abschluss des Austauschvertrages einhergehende Ausschlusswirkung ist umso größer, je länger der Vertrag läuft und je umfangreicher der Anteil am Gesamtbedarf ist, der durch den Vertrag erfasst wird. Verträge über die Deckung des Gesamtbedarfs der Abnehmer sind kartellrechtlich unbedenklich, wenn sie wegen ihrer kurzen Laufzeit den Wettbewerb nicht zum Erliegen bringen; ebenso sind langfristige Verträge nicht zu beanstanden, die wegen des geringen Anteils an der Bedarfsdeckung ausreichende Liefermengen für Wettbewerber belassen (OLG Düsseldorf, Urteil vom 17. Mai 2017 - VI-U (Kart) 10/16 -, Rn. 24, juris).

Eine Mindestabnahmemenge von 13.500 MWh p.a., welche nach den Feststellungen des Landgerichts einen erheblichen Teil des Wärmebedarfs der Klägerin abdeckt (S. 11 UA), und eine zehnjährige Laufzeit gehen nicht über das mit dem Absatz der Fernwärme notwendige Maß hinaus. Der Anschluss des [] an das Fernwärmenetz sowie die Versorgung des [] durch eine gesonderte Wärmeerzeugungsanlage erforderten erhebliche Investitionen. Für deren Amortisation ist eine längere Laufzeit notwendig. Eine zehnjährige Laufzeit ist daher noch hinzunehmen (vgl. etwa OLG München, Urteil vom 18.07.2019, 29 U 2041/18 Kart, Rn. 194, juris, für den Bau eines Kraftwerks mit einer 20-jährigen Laufzeit; vgl. aber OLG Düsseldorf, Urteil vom 29. Januar 2014 - VI-U (Kart) 19/13 -, Rn. 30, juris, wonach ein Konkurrenzschutz über 38 Jahre zur Amortisierung eines Hotelbaus nicht erforderlich ist). Das ergibt sich auch aus § 32 Abs. 1 Satz 1 AVBFernwärmeV, der ausdrücklich eine zehnjährige Laufzeit zulässt. In § 3 Satz 2 AVBFernwärmeV ist auch eine Abnahmeverpflichtung des Beziehers von Fernwärme vorgesehen. Das zeigt, dass eine längere Laufzeit und eine Abnahmeverpflichtung bei der Fernwärmeversorgung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen vereinbart werden kann (vgl. § 310 Abs. 2 Satz 1 BGB).

Der Klägerin ist zwar zuzugeben, dass die AVBFernwärmeV den Abnehmer von Fernwärme u.a. vor unangemessenen AGB der Fernwärmeversorgungsunternehmen bewahren soll (vgl. Art. 1 Abs. 1 AVBFernwärmeV). Dagegen bezweckt § 1 GWB auch den Schutz des tatsächlichen oder

potentiellen Wettbewerbs. Dennoch zeigt die AVBFernwärmeV, dass der Ordnungsgeber dem Versorger ein berechtigtes Interesse an einer langen Laufzeit zubilligt. Die entsprechende Wertung in der AVBFernwärmeV indiziert, dass eine Laufzeit von 10 Jahren mit einer Mindestvergütung nicht über das notwendige Maß für den Absatz von Fernwärme hinausgeht (s.o. BGH, a.a.O., Rn. 53 f, juris).

Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob die Beklagte die Investitionen anlässlich des Abschlusses der streitgegenständlichen Verträge oder schon zuvor getätigt hat. Das zeigt erneut § 32 Abs. 1 Satz 1 AVBFernwärmeV, der eine zehnjährige Vertragslaufzeit unabhängig vom Zeitpunkt der vorgenommenen Investitionen des Verwenders zulässt.

B. Berufung der Klägerin

Die Berufung der Klägerin hat dagegen keinen Erfolg. Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht einen Zahlungsanspruch verneint.

1.

Ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gem. § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB scheidet aus, weil die Leistung der Klägerin - die Zahlung der Entgelte - aufgrund eines wirksamen Vertrages (s.o. A.) und damit nicht rechtsgrundlos erfolgte.

2.

Der Klägerin steht auch kein Schadensersatzanspruch aus den §§ 33 Abs. 3 und 1 GWB a.F. zu. Danach ist zum Schadensersatz verpflichtet, wer gegen eine Vorschrift des GWB a.F. vorsätzlich oder fahrlässig verstößt. Gemäß § 19 Abs. 1 GWB a.F. ist die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein Unternehmen verboten. Gemäß § 19 Abs. 2 GWB a.F. ist ein Unternehmen marktbeherrschend, soweit ein Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder ein im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat. Hier fehlt es an einer marktbeherrschenden Stellung der Beklagten. Wie oben ausgeführt (s.o. A.) beherrscht die Beklagte den Fernwärmemarkt für Großkunden einschließlich des Wärmecontractings nicht.

3.

Ein Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen eines Verstoßes der Beklagten gegen das Diskriminierungsverbot kommt nicht in Betracht. Gemäß § 20 Abs. 1 GWB a.F. dürfen marktbeherrschende Unternehmen, Vereinigungen von miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen im Sinne der §§ 2, 3 und 28 Abs. 1 GWB a.F. und Unternehmen, die Preise nach § 28 Abs. 2 oder § 30 Abs. 1 Satz 1 GWB a.F. binden, ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln. Das ist hier nicht der Fall. Die Beklagte beherrscht den maßgeblichen Markt nicht (s.o. A.).

C

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO, diejenige über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Revision war nicht zuzulassen. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) und auch die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO liegen nicht vor. Die Rechtssache erfordert lediglich die Anwendung gesicherter Rechtsprechungsgrundsätze auf den Einzelfall.

Garbe
Vorsitzende Richterin
am Oberlandesgericht

Hansen
Richter
am Oberlandesgericht

Brix
Richter
am Oberlandesgericht

Verkündet am 05.03.2020

Haack, JAI'in
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Beglaubigt

Rostock, 10.03.2020

Haack
Justizamtsinspektorin