



AGFW-Infotag Fernwärmerecht – Antworten für die Zukunft

6. – 7. 11. 2012, Berlin

Müssen Fernwärmenetze geöffnet werden? – Vom Umgang mit Durchleitungsbegehren

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)
Georg-August-Universität Göttingen

A. Ausgangspunkt

- I. Keine sektorspezifische Zugangsregulierung**
(anders als bei Strom und Gas, vgl. §§ 1, 20 ff. EnWG)

- II. Anwendbarkeit des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)**
(nicht der Art. 101, 102 AEUV, früher Art. 81, 82 EG)

- III. Beschluss Gasdurchleitung des BGH zu § 103 Abs. 5 S. 2 Nr. 4 GWB a.F.** (BGHZ 128, 17)

B. Durchsetzung des Netzzugangs mithilfe des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB

I. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB (§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB 2013)

Ein Missbrauch [im Sinne des § 19 Abs. 1 GWB] liegt insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ...

4. sich weigert, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu den eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, wenn es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden; dies gilt nicht, wenn das marktbeherrschende Unternehmen nachweist, dass die Mitbenutzung aus betriebsbedingten oder sonstigen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist.

B. Durchsetzung des Netzzugangs mithilfe des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB

II. Die essential facilities-Doktrin

1. US-amerikanischer Ursprung

2. Europäische essential facilities-Doktrin

(insbesondere *Bronner*-Entscheidung EuGH Slg. 1998, I-7791)

Zugangserzwingung in Anwendung des Art. 102 AEUV nur „unter außergewöhnlichen Umständen“, d.h. wenn

- **Zugangseinrichtung weder duplizierbar noch** (wenn auch weniger günstig) **substituierbar** ist und
- Zugangsverweigerung zum **Ausschluss jedweden Wettbewerbs** führt und
- **keine Rechtfertigung** für Zugangsverweigerung besteht.

B. Durchsetzung des Netzzugangs mithilfe des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB

III. Zweck des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB

- Ermöglichung des Wettbewerbs auf einem vor- oder nachgelagerten Markt
- durch Erzwingung der Mitbenutzung von Netzen oder anderen für den Marktzugang wesentlichen Infrastruktureinrichtungen durch Dritte
- gegen angemessenes Entgelt

B. Durchsetzung des Netzzugangs mithilfe des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB

IV. Voraussetzungen des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB

1. Zugangsobjekt – Netz/Infrastruktureinrichtung

Fernwärmenetz unstreitig = „Netz“ in diesem Sinne

2. Normadressat – marktbeherrschendes Unternehmen

- Markt für Mitbenutzung des Netzes wird, wenn kein Angebot existiert, notfalls fingiert
- Beherrschung dieses Marktes reicht nach Rspr. und hM aus, um § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB anzuwenden

B. Durchsetzung des Netzzugangs mithilfe des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB

3. Zugangspetent – (potentieller) Wettbewerber auf vor- oder nachgelagertem Markt

- **Wärmeanbieter**, der Wärme zu seinen Kunden durchleiten will (+)
- **Wärmeproduzent**, der Wärme gegen Bezahlung durch das FWU einspeisen will (-)
- **Areal-/Objektnetzbetreiber**, der Anschluss seines Netzes an das Netz des FWU begehrt (+)
- **Contractor**, der Belieferung mit Fernwärme zwecks Weitervertriebs an seine Kunden begehrt (-)

B. Durchsetzung des Netzzugangs mithilfe des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB

4. Zugangsgrund – Unmöglichkeit des Marktzugangs ohne Nutzung des Netzes

liegt vor, wenn das Netz weder duplizierbar noch substituierbar ist

a) Fehlende Duplizierbarkeit

- **rechtlich:** behördliche Untersagung
- **tatsächlich:** kein Platz
- **ökonomisch:** für keinen Dritten (allein oder zusammen mit anderen) Doppelverlegung rentabel

B. Durchsetzung des Netzzugangs mithilfe des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB

b) Fehlende Substituierbarkeit

strenger Maßstab: auch imperfekte Substitute reichen aus, da nur erhebliche Wettbewerbsbehinderungen Erzwingung des Zugangs unter Einschränkung von Eigentums- und Vertragsfreiheit legitimieren

- **bei Annahme eines separaten Fernwärmemarktes (BGH, hM)**: Substituierbarkeit des Fernwärmenetzes (-), da Fernwärme nicht anders zum Kunden leitbar
- **bei Annahme eines einheitlichen Wärmemarktes**: Fernwärme durch andere Wärmeenergieträger ersetzbar => § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB nicht anwendbar

B. Durchsetzung des Netzzugangs mithilfe des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB

5. Ausschlussgrund – Mitbenutzung unmöglich oder unzumutbar

Unmöglichkeit = objektiver Maßstab, Unzumutbarkeit = Interessenabwägung, Beweislast beim Netzbetreiber

a) Unmöglichkeit

- **technisch:** z.B. unüberwindliche Inkompatibilität des Energieträgers, Anschluss an unmöglicher Stelle begehrt
- **rechtlich:** Kapazitätsengpass aufgrund wirksamer vertraglicher Verpflichtungen
 - Vertragsbindung für mind. 10 Jahre (vgl. § 32 I 1 AVBFernwärmeV) respektiert, aber auch darüber hinaus vgl. OLG Köln CuR 2009, 19, 24 f. (AGB: 15 Jahre); OLG Nürnberg CuR 2011, 24 (individuell: 20 Jahre)

B. Durchsetzung des Netzzugangs mithilfe des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB

b) Unzumutbarkeit

umfassende Abwägung der Interessen des FWU, des Zugangspetenten und der Allgemeinheit

aa) Investitionsinteresse

- Eigentum am Netz reicht allein nicht aus, aber
- Investitions- und Innovationsschutz

bb) Nutzungsinteresse

- Repartierungspflicht nur bzgl. nicht durch vertragliche Verpflichtungen gebundener Kapazitäten
- Pflicht zur Schaffung von Anschlusseinrichtungen, aber
- keine Netzaufbau- oder Netzausbaupflicht

B. Durchsetzung des Netzzugangs mithilfe des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB

cc) Absatzinteresse

- kein Schutz vor Marktanteils-/Gewinneinbußen an sich
- kein Schutz der traditionellen Kunden-, Tarif- und Netzstruktur vor jedweder Veränderung
- Bestandsschutz und Schutz der Versorgungssicherheit
- Schutz vor Störungen des Betriebsablaufs
- ggf. persönl. Unzumutbarkeit bestimmter Vertragspartner
- Berücksichtigung der **Besonderheiten der Fernwärme** – insbesondere: fehlende Möglichkeit, Fernwärme anderweitig abzusetzen oder zu beziehen => Drittzugang kann effiziente Fahrweise der Kraftwerke beeinträchtigen

B. Durchsetzung des Netzzugangs mithilfe des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB

dd) Allgemeininteressen

(1) Schutz des Wettbewerbs

Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB (unstreitig)

(2) Energiepolitische Ziele, insbesondere Klimaschutz

Grundsätzlich rein wettbewerblicher Maßstab, aber hier Berücksichtigungsfähigkeit nach richtiger Auffassung (+), da sonst Wertungswidersprüche zwischen GWB und EnergieR sowie zur gesetzgeberischen Privilegierung der Fernwärme; Durchleitungsanspruch allenfalls denkbar, wenn nachweislich klimapolitisch vorteilhaft, vgl. auch § 5 Abs. 1 Nr. 1 KWKModG

B. Durchsetzung des Netzzugangs mithilfe des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB

6. Verstoß gegen § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB

- durch völlige Zugangsverweigerung
- durch Verweigerung des Zugangs zu angemessenen Bedingungen
- durch Verweigerung des Zugangs zu notwendigen Nebeneinrichtungen (z.B. Messeinrichtungen)

7. Rechtsfolgen des Verstoßes

- a) Kartellbehördliche Verfügung nach § 32 GWB
- b) Verhängung einer Geldbuße nach § 81 GWB
- c) Zivilrechtlicher Anspruch nach § 33 GWB

C. Weitere Aspekte im Überblick

I. **Zugangsanspruch aus § 20 Abs. 1 GWB**

(§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB 2013)

denkbar, wenn einzelnen Zugangspetenten Zugang gewährt wurde, anderen aber nicht (möglicherweise Diskriminierung, wenn nicht sachlich gerechtfertigt)

II. **Weiterbelieferungsanspruch aus § 20 Abs. 1 GWB** (§ 19 Abs. 1 GWB 2013)

grundsätzlich jedenfalls so lange, bis Wärmebedarf auf zumutbare Art und Weise anders gedeckt werden kann (vgl. OLG Brandenburg OLG-NL 2002, 176)

C. Weitere Aspekte im Überblick

III. Anspruch auf erstmalige Aufnahme der Belieferung aus § 20 Abs. 1 GWB

- insbesondere dann denkbar, wenn **Anschluss- und Benutzungszwang** besteht (vgl. OLG Naumburg RdE 2006, 123: Lieferanspruch eines Contractors)
- aber nicht, wenn durch Verpflichtung zur Belieferung eines Contractors in **laufende, wirksame Verträge** zwischen FWU und Wärmeverbrauchern eingegriffen würde (vgl. OLG München RdE 2007, 133; BGH NJOZ 2008, 330)

C. Weitere Aspekte im Überblick

IV. Anspruch auf vergüteten Bezug von Fernwärme aus § 20 Abs. 1 GWB (§ 19 Abs. 1 GWB 2013)

- für Strom heute in EEG und KWKG spezialgesetzlich geregelt
- schon vorher kartellrechtlicher Anspruch auf vergüteten Bezug von Strom aus EE- und KWK-Anlagen aus § 26 Abs. 2 GWB a.F. (heute = § 20 Abs. 1 GWB, ab 2013 = § 19 Abs. 1 GWB), vgl. **Stromeinspeisungs-Rspr. des BGH** (seit BGH NJW 1993, 396 - Stromeinspeisung I)
- **aber:** Stromeinspeisungs-Rspr. **nicht auf** Begehren zur Einspeisung von **Fernwärme übertragbar**

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)

Georg-August-Universität Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 6, D-37073 Göttingen
Telefon 0551-39 10156, Fax 0551-39 7414
Email: tkoerbe@gwdg.de
Website: www.ls-koerber.de



JWW, 2011, 29,80 €
ISBN: 978-3-86653-191-8
sowie RdE 2012, 372 ff.