

# Gemeinsamer sachlicher Markt im Sinne des GWB bei Fernwärme und Contracting für Großkunden

Zugleich Besprechung von OLG Rostock, Urt. v. 10.3.2020 – 16 U 1/18

## I. Einleitung

Beim Abschluss von Fernwärmelieferungsverträgen sind eine Vielzahl von rechtlichen Aspekten zu beachten, um den unterschiedlichen Interessen der Parteien gerecht zu werden. Der Fernwärmelieferant hat im Regelfall hohe Investitionen in die Energieanlagen und in das Wärmeleitungsnetz getätigt, die durch einen langfristigen Liefervertrag abgesichert werden sollen. Der Wärmekunde hat ein Interesse daran, dass die Wärme zuverlässig, nachhaltig und zu angemessenen Preisen geliefert wird. Vielfach wird im Nachgang zum Abschluss des Fernwärmelieferungsvertrages versucht, sich von diesem zu lösen, wobei regelmäßige rechtliche Anknüpfungspunkte die nicht wirksame Vereinbarung der einer zehnjährigen Vertragslaufzeit<sup>1</sup> nach § 32 Abs. 1 AVBFernwärmeV<sup>2</sup>, eine nicht nachweisbare Individualvereinbarung nach § 1 Abs. 3 AVBFernwärmeV<sup>3</sup> oder auch Verstöße gegen das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)<sup>4</sup> herangezogen werden, auf welche angesichts der jüngst ergangenen Rechtsprechung des OLG Rostock (Urt. v. 10.3.2020 – 16 U 1/18),<sup>5</sup> nachfolgend näher eingegangen wird.

Die dortige Klägerin – ein Großunternehmen – wollte sich aus bereits seit mehreren Jahren bestehenden und ausgeführten Verträgen zur Belieferung mit Fernwärme unter Berufung auf einen Verstoß gegen kartellrechtliche Vorschriften lösen. Maßgeblich führte sie an, dass der Fernwärmebereich einen eigenständigen sachlichen Markt im Sinne des GWB bilde. Hieraus leite sich eine marktbeherrschende Stellung des Fernwärmerversorgungsunternehmens ab. Die bestehenden Fernwärmelieferungsverträge zur Versorgung ihrer Klinik beschränkten aus ihrer Sicht den freien Wettbewerb in unzulässiger Weise durch die vereinbarte zehnjährige Vertragslaufzeit. Aus diesem Grund beehrte die Klägerin die Feststellung, dass die Verträge gemäß § 1 GWB in Verbindung mit §§ 134, 139 BGB insgesamt nichtig seien. Dabei stützte sich die Klägerin zentral auf den Zweck des § 1 GWB, Wettbewerbsbeschränkungen zu unterbinden. § 1 GWB verbietet Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Auch wenn der Verbraucher bei der Prüfung von wettbewerbsrelevanten Verhaltensweisen nicht im Vordergrund steht, so führt ein diskriminierungsfreier Wettbewerb zu niedrigeren Preisen, hochwertigeren Produkten und einer großen Auswahl an Waren und Dienstleistungen.<sup>6</sup>

Das erstinstanzlich mit der Sache befasste Landgericht Rostock folgte zunächst der Argumentation der Klägerin, indem es einen abgegrenzten Markt für Fernwärme annahm und zur kartellrechtlichen Unzulässigkeit einer zehnjährigen Vertragsbindung bei gleichzeitiger Vereinbarung einer erheblichen Mindestabnahmemenge kam.

Damit ergab sich für das OLG Rostock als Berufungsinstanz eine spannende Fragestellung. Zwar waren zuvor bereits Entscheidungen mit Bezug auf die Fernwärmeversorgung ergangen, in denen auch kartellrechtliche Implikationen geprüft wurden.<sup>7</sup> Allerdings behandelten diese bislang nicht konkret die Fernwärmeversorgung in Bezug zum Wärmecontracting. Wie diese beiden Versorgungsarten kartellrechtlich einzuordnen sind, war folglich obergerichtlich noch nicht geklärt. Dabei ließen die Entscheidungsumstände eher eine Differenzierung

\* Der Autor Julian Arnold ist Rechtsanwalt, der Autor Dr. Florian Brahms ist Rechtsanwalt und Partner bei Brahms Nebel & Kollegen Rechtsanwälte in Berlin.

1 Vgl. hierzu BGH, Urt. v. 15.1.2014 – VIII ZR 111/13, CuR 2014, 24.

2 Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme vom 20.6.1980 (BGBl. 1980 I, 742), zuletzt geändert durch Gesetz vom 25.7.2013 (BGBl. 2013 I, 2722).

3 Vgl. OLG Köln, Urt. v. 12.11.2014 – 5 U 28/14, CuR 2014, 180; OLG Brandenburg, Urt. v. 10.10.2007 – 3 U 50/07, CuR 2007, 151.

4 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26.6.2013 (BGBl. 2013 I, 1750, 3245), zuletzt geändert durch Gesetz vom 25.5.2020 (BGBl. 2020 I, 1067).

5 OLG Rostock, Urt. v. 10.3.2020 – 16 U 1/18, CuR 2020, 134 [in diesem Heft].

6 Vgl. Gussone/Theobald, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl. (2013), § 6 Rdnr. 307.

7 Kein einheitlicher Wärmeenergiemarkt als sachlich relevanter Markt im Sinne des GWB bei Fernwärmeversorgung für Zwischenhändler, wenn Endverbraucher nur Fernwärmeanschlüsse besitzen: BGH, Beschl. v. 25.9.2007 – KZR 33/06, CuR 2007, 141; bzgl. Gasversorger: BGH, Beschl. v. 10.12.2008 – KVR 2/08, WM 2009, 764 [Stadtwerke Uelzen]; bzgl. Endverbraucher mit Blick auf Heizöl und Fernwärme BGH, Urt. v. 9.7.2002 – KZR 30/00, NJW 2002, 3779 [Fernwärme für Börsen]; bzgl. Versorgung mit Elektrizität, Erdgas und Fernwärme OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.4.2008 – VI-2 U (Kart) 8/06, RdE 2008, 208 [zu § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1 und § 20 Abs. 1 GWB]; einen einheitlichen Markt für die Energieträger Fernwärme, Heizöl, Erdgas und Festbrennstoffe bejahend: OLG München, Urt. v. 19.10.2006 – U (K) 3090/06.

der Wärmesysteme im Sinne des GWB erwarten. So tendierte das Bundeskartellamt, das den Fernwärmemarkt bereits im Jahr 2012 in einer Sektoruntersuchung beleuchtet hatte, zu einer Abgrenzung eines separaten Marktes für Wärmecontracting.<sup>8</sup> Überdies hatte das Bundeskartellamt bereits zuvor eine Wettbewerbsbeschränkung in Bezug auf Gaslieferungsverträge angenommen und langfristige Bezugsverträge mit einem erheblichen Anteil an der Deckung des Gesamtenergiebedarfs als Behinderung des freien Wettbewerbs angesehen. Denn durch die vertragliche Bindung, den nahezu vollständigen Gesamtbedarf an Energie beim jeweiligen Vertragspartner zu beziehen, fielen die Abnehmer als Nachfrager am Energiemarkt weg.<sup>9</sup> Das Bundeskartellamt stellte in der Folge Grenzen für Gaslieferungsverträge auf. Als zulässig wurde eine Laufzeit von höchstens zwei Jahren bei einer Liefermenge von über 80% oder eine Laufzeit von höchstens vier Jahren bei einer Liefermenge von über 50% bis 80% angesehen.<sup>10</sup> Diese Auffassung wurde durch den BGH mit der Begründung bestätigt, dass Verträge, die über die genannten Grenzen hinausgehen, geeignet seien, zu einer spürbaren Wettbewerbsbeschränkung beizutragen.<sup>11</sup>

Auch die Rechtsprechung, die bisher zur Austauschbarkeit verschiedener Energieversorgungsarten ergangen ist, gelangte ganz überwiegend zu dem Ergebnis, dass grundsätzlich separate Märkte der einzelnen Versorgungsbereiche bei Bestandssystemen vorliegen.<sup>12</sup>

Das OLG Rostock entschied hier jedoch anders. Es nahm an, dass ein einheitlicher und damit bundesweiter Markt für Fernwärme und Wärmecontracting bestehe. Diese neue Entscheidung hat durchaus weitreichende Folgen für die Branche und erregt damit zu Recht Aufsehen. Aus diesem Grund werden die maßgeblichen Aspekte der Entscheidung im Folgenden dargelegt und rechtlich eingeordnet.

## II. Wesentliche Entscheidungsgründe

Zentral sind die Ausführungen des OLG Rostock zur Abgrenzung des sachlichen Marktes (dazu unter 1). Im Folgeschritt nach Feststellung des einschlägigen Marktes und Ablehnung einer marktbeherrschenden Stellung der Klägerin, erklärt der Senat die angegriffene Laufzeitregelung von zehn Jahren für kartellrechtlich zulässig (dazu unter 2).

### 1. Abgrenzung des sachlichen Marktes

Das OLG Rostock kam zu dem Schluss, dass die angegriffenen Verträge auf dem sachlich maßgeblichen Markt keine Veränderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bewirkten.<sup>13</sup> Dabei nahm das Gericht die sachliche Markt-abgrenzung anhand des Bedarfsmarktkonzepts vor, wonach dem maßgeblichen Angebotsmarkt alle Produkte oder Dienstleistungen zugerechnet werden, die aus Sicht der Nachfrage nach Eigenschaft, Verwendungszweck und Preislage zur Deckung

eines bestimmten Bedarfs austauschbar sind.<sup>14</sup> Als Maßstab legte der Senat an, dass allein die Kosten der Umstellung einer Versorgungsart maßgeblich seien und nur signifikante Mehrkosten gegen eine Austauschbarkeit verschiedener Wärmesysteme sprächen.<sup>15</sup>

Für die Ermittlung des relevanten Marktes im Falle der Wärmeversorgung nahm der Senat im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung<sup>16</sup> zunächst eine grundlegende Unterscheidung zwischen zwei Fallgruppen vor: Die erste Gruppe fasst dabei die erstmalige (Neu-) Anschaffung oder Neuinstallation eines Heizsystems zusammen. In diesem Fall besteht nach etablierter Rechtsprechung unstreitig ein einheitlicher Markt zwischen Gas, Öl, Fernwärme und Wärmecontracting.<sup>17</sup>

Die zweite Fallgruppe umfasst hingegen alle Gestaltungen, in denen bereits ein Versorgungssystem besteht. Bei solchen Bestandskunden verneint die bisher etablierte Rechtsprechung grundsätzlich eine Austauschbarkeit der verschiedenen Energieträger und lehnt die Annahme eines einheitlichen Wärmemarktes ab.<sup>18</sup> Denn ein Austausch der Energieträger komme für den Abnehmer nicht in Betracht, sei es weil er rechtlich am Austausch gehindert ist, sei es, weil die Umstellung auf eine andere Heizenergie nicht nur erhebliche Investitionen und/oder bestimmte sachlich-räumliche Voraussetzungen erfordere und daher angesichts der Restnutzungsdauer der Bestandsanlage unwirtschaftlich wäre.<sup>19</sup>

Dennoch ging das OLG Rostock von einer Austauschbarkeit zwischen Fernwärme und Wärmecontracting aus, da die vor-

---

8 Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Fernwärme, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, August 2012, Rdnr. 181.

9 Theobald/Theobald (Hrsg.), Grundzüge des Energiewirtschaftsrecht, 3. Aufl. (2013), 4. Teil, Marktöffnung und Wettbewerb in der Energiewirtschaft: Ein- und Verkauf von Strom und Gas, B II a).

10 Vgl. BKartA, Beschl. v. 13. 1. 2006 – B 8-113/03-1, NJOZ 2008, 862 ff.; vgl. ferner BKartA, Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2005/2006, BT-Drs. 16/5710, S. 131.

11 BGH, Beschl. v. 10. 2. 2009 – KVR 67/07, WM 2009, 1763 [Rdnr. 38 f.].

12 Siehe nur BGH, Beschl. v. 25. 9. 2007 – KZR 33/06, CuR 2007, 141 [Fernwärme für Börnsen].

13 OLG Rostock, Urt. v. 10. 3. 2020 – 16 U 1/18, CuR 2020, 134 (141) [in diesem Heft].

14 So bereits BGH, Beschl. v. 10. 12. 2008 – KVR 2/08, WM 2009, 764 [Stadtwerke Uelzen] unter Berufung auf EuGH, Urt. v. 9. 11. 1983 – 322/81, Slg. 1983, 3461.

15 OLG Rostock, Urt. v. 10. 3. 2020 – 16 U 1/18, CuR 2020, 134 (141) [in diesem Heft].

16 BGH, Urt. v. 29. 4. 2008 – KZR 2/07, NJW 2008, 2172 [Erdgassondervertrag].

17 Vgl. BGH, Beschl. v. 10. 2. 2009 – KVR 67/07, WM 2009, 1763 [Rdnr. 38 f.].

18 Vgl. BGH, Beschl. v. 10. 12. 2008 – KVR 2/08, WM 2009, 764 [Stadtwerke Uelzen]; BGH, Urt. v. 29. 4. 2008 – KZR 2/07, NJW 2008, 2172 [Erdgassondervertrag].

19 BGH, Beschl. v. 10. 12. 2008 – KVR 2/08, WM 2009, 764 [Stadtwerke Uelzen]; OLG Rostock, Urt. v. 10. 3. 2020 – 16 U 1/18, CuR 2020, 134 (141) [in diesem Heft].

liegende Situation nicht mit den vom BGH entschiedenen Konstellationen vergleichbar sei. Denn anders als beim Wechsel zu anderen Versorgungsformen seien Wärmecontracting und Fernwärme austauschbar. Das Gericht befasste sich mit Blick auf das Merkmal der Austauschbarkeit eingehend mit der Sektoruntersuchung des Bundeskartellamts, welches für das Wärmecontracting zur Annahme eines eigenständigen Marktes „tendiert“<sup>20</sup> und mit Blick auf die „klassische Fernwärmeversorgung“ einen separaten Markt annimmt.<sup>21</sup>

Nach Ansicht des OLG Rostock lag hier jedoch keine „klassische Fernwärmeversorgung“ vor, da diese nur in Bezug auf Verbraucher und Kleingewerbetreibende sowie Wohnungsgesellschaften einschlägig sei. Die Klägerin sei hingegen einem anderen Markt innerhalb des Fernwärmebereichs zuzuordnen, dem der Großkunden.<sup>22</sup> Denn bei Großkunden stehe eine individuelle Lösung im Vordergrund mit einzeln ausgehandelten Verträgen. Anders als Haushaltskunden verfügten Großkunden in der Regel über technische Expertise und Fachwissen, um alternative Wärmeoptionen umzusetzen.<sup>23</sup>

Auf dem Großkundenmarkt sind nach Ansicht des Gerichts Wärmecontracting und Fernwärmeversorgung grundsätzlich als austauschbar anzusehen.<sup>24</sup> Dies begründet das Gericht damit, dass die erforderlichen Umstellungskosten unerheblich seien. Zwar bedürfe es finanzieller und räumlicher Investitionen. Jedoch seien diese Kosten zu vernachlässigen, da sie sich „erheblich von dem Aufwand für die Umstellung auf Gas oder Öl [unterscheiden], weil beim Contracting für den Abnehmer die Installation einer eigenen Wärmeerzeugungsanlage entfällt.“<sup>25</sup> Mithin wählte das OLG Rostock keinen absoluten Maßstab zur Ermittlung, ob anfallende Umstellungskosten erheblich sind. Vielmehr kam das Gericht nur auf Grundlage einer relativen, in Abgrenzung zu anderen Versorgungsformen getroffenen Kostenabschätzung zu deren Unerheblichkeit.

Überdies sind nach Ansicht des Gerichts auch die weiteren Bedingungen beider Versorgungsarten vergleichbar. Grundlegend sei beiden Versorgungsformen, dass Fernwärmeversorger und Contractor jeweils erhebliche Investitionen amortisieren müssten. Daher seien langfristige Vertragslaufzeiten erforderlich.<sup>26</sup> Zudem zeigt sich nach Ansicht des Gerichts ganz praktisch die Austauschbarkeit schon in der Schwierigkeit, zwischen Fernwärme und Contracting abzugrenzen. Die hierfür einzig praktikable Unterscheidung sieht das OLG Rostock darin, „dass der Fernwärmelieferant in der Regel seine Wärme zentral 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.“<sup>27</sup> Allerdings ist auch diese Abgrenzung nicht unproblematisch, wie ein von der Klägerin selbst vorgebrachtes Beispiel zeigt. Hierbei ging es um eine in der Region belegene und von der Klägerin als zur Fernwärmeversorgung zugeordnete Anlage, die allerdings nur einen Komplex mit Wärme versorgte und mithin auch als Wärmecontracting eingeordnet werden könnte.<sup>28</sup>

## 2. Laufzeitregelung und Mindestabnahmemenge

Das OLG Rostock lehnte darüber hinaus – hilfsweise – eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die Kombination von (erheblicher) Mindestabnahmemenge und langer Vertragslaufzeit ab. Als Maßstab legte das Gericht in Übereinstimmung mit dem BGH und der Literatur an, dass Verträge, die Austauschverhältnis zum Gegenstand haben, grundsätzlich kartellrechtlich unbedenklich sind.<sup>29</sup> Zwar wird mit Abschluss eines langfristigen Liefervertrages regelmäßig ein erheblicher Bedarf des Kunden gedeckt und dieser dadurch dem Wettbewerb der Leistungsanbieter entzogen. Wegen einer solchen, für einen Austauschvertrag typischen Folge kann jedoch noch keine Wettbewerbsbeschränkung angenommen werden. Diese Rechtsprechung des BGH zieht eine Grenze erst dann, 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.<sup>30</sup>

Zur Beantwortung der Frage, ob langfristige Bezugsverträge eine Wettbewerbsbeschränkung in Gestalt einer unzulässigen Marktabschottung herbeiführen können, ist grundsätzlich neben der Laufzeit der Verträge der Grad der Bedarfsdeckung zu berücksichtigen.<sup>31</sup> Langfristige Verträge, die wegen eines geringen Anteils an der Bedarfsdeckung ausreichende Liefermengen für Wettbewerber belassen, sind danach ebenso unbedenklich wie kurzfristige Verträge mit einer hohen Bedarfsdeckung.<sup>32</sup>

---

20 BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, August 2012, Rdnr. 181.

21 BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, August 2012, Rdnr. 187.

22 OLG Rostock, Urte. v. 10. 3. 2020 – 16 U 1/18, CuR 2020, 134 (142) [in diesem Heft]; die Abgrenzung steht in Übereinstimmung mit OLG Düsseldorf, Urte. v. 16. 4. 2008 – VI-2 U (Kart) 8/06, RdE 2008, 208; BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, Rdnr. 178.

23 OLG Rostock, Urte. v. 10. 3. 2020 – 16 U 1/18, CuR 2020, 134 (142) [in diesem Heft].

24 OLG Rostock, Urte. v. 10. 3. 2020 – 16 U 1/18, CuR 2020, 134 (142) [in diesem Heft].

25 OLG Rostock, Urte. v. 10. 3. 2020 – 16 U 1/18, CuR 2020, 134 (142) [in diesem Heft].

26 OLG Rostock, Urte. v. 10. 3. 2020 – 16 U 1/18, CuR 2020, 134 (142) [in diesem Heft].

27 OLG Rostock, Urte. v. 10. 3. 2020 – 16 U 1/18, CuR 2020, 134 (142) [in diesem Heft].

28 OLG Rostock, Urte. v. 10. 3. 2020 – 16 U 1/18, CuR 2020, 134 (143) [in diesem Heft].

29 OLG Rostock, Urte. v. 10. 3. 2020 – 16 U 1/18, CuR 2020, 134 (143) [in diesem Heft].

BGH Urte. v. 12. 6. 2018 – KZR 4/16, NZKart 2018, 372 [Rdnr. 52]; Krauß, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kartellrecht, 13. Aufl. (2018), § 1 GWB, Rdnr. 278 [m.w.N.].

30 BGH, Urte. v. 12. 6. 2018 – KZR 4/16, NZKart 2018, 372 [Rdnr. 53].

31 BGH, Urte. v. 12. 6. 2018 – KZR 4/16, NZKart 2018, 372 [Rdnr. 54]; BGH, Beschl. v. 10. 2. 2009 – KVR 67/07, WM 2009, 1763.

32 Zu langfristigen Verträgen mit geringem Bedarfsdeckungsanteil: BGH, Urte. v. 12. 6. 2018 – KZR 4/16, NZKart 2018, 372 [Rdnr. 57]; zu kurzfristigen Verträgen zur Deckung des Gesamtbedarfs: OLG Düsseldorf, Urte. v. 17. 5. 2017 – VI-U (Kart) 10/16, WuW 2018, 49 [Rdnr. 23].

Im Ergebnis nahm das OLG Rostock an, dass eine zehnjährige Laufzeit eines Vertrages auch dann nicht wettbewerbsbeschränkend wirkt, wenn durch die vertragliche Mindestabnahmemenge ein erheblicher Teil des Wärmebedarfs gedeckt wird. Denn eine ebensolche Vertragssituation sieht auch der Verordnungsgeber in der Fernwärmeverordnung vor: § 32 Abs. 1 Satz 1 AVBFernwärmeV lässt eine zehnjährige Vertragslaufzeit zu,<sup>33</sup> wobei § 3 Satz 2 AVBFernwärmeV gleichzeitig eine Abnahmeverpflichtung des Beziehers von Fernwärme im vertraglich vereinbarten Umfang etabliert.<sup>34</sup> Hinzu kommt, dass eine Abnahmeverpflichtung auch durch einen öffentlich-rechtlichen Anschluss- und Benutzungszwang bis hin zu einer Gesamtbedarfsdeckung bestehen kann.<sup>35</sup>

### III. Bewertung und Übertragbarkeit

Durch die Annahme eines gemeinsamen Marktes für Fernwärme und Wärmecontracting wird die Gefahr für Fernwärmeversorger im Sektor der Großkunden erheblich gesenkt, kartellrechtliche Verbotstatbestände zu erfüllen. Die Zusammenlegung der beiden Bereiche führt zu einer Ausweitung des räumlich zu betrachtenden Marktes weg von einer regelmäßigen lokalen (natürlichen) Monopolstellung des Fernwärmeversorgers und hin zu einer Wettbewerbsausweitung auf den gesamten bundesweiten und europäischen Markt. Angesichts der Vielzahl von Dienstleistern bzw. Angeboten im Bereich des Wärmecontracting hat sich die für Verbote nach § 1 GWB maßgebliche Konkurrenz damit vervielfacht.

Vor dem Hintergrund der veränderten Wärmeerzeugungskosten nimmt das Bestreben vieler Fernwärmekunden seit einiger Zeit zu, sich vorzeitig aus den mit langen Laufzeiten versehenen Verträgen zu lösen. Durch das Urteil des OLG Rostock ist diesbezüglich jedenfalls in kartellrechtlicher Hinsicht eine weitere hohe Hürde errichtet worden. Damit ist in Zukunft nicht zu erwarten, dass es vermehrt zu einer erfolgreichen Anfechtung bestehender Vertragsbindungen im Fernwärmesektor bei Großkunden kommt.

Dies schafft zusätzliche Rechtssicherheit für alle Beteiligten. Auch aus diesem Grund ist der Argumentation des OLG Rostock zuzustimmen. Handwerklich sauber grenzt das Gericht den in Betracht kommenden Marktbereich ab und differenziert klar anhand der bereits etablierten Kriterien der Rechtsprechung. Auch die Nichtheranziehung der in einem – zumindest entfernt – ähnlich gelagerten Fall ergangenen Entscheidung des BGH ist folgerichtig. Denn für die Ermittlung des maßgeblichen sachlichen Referenzmarktes kommt es auf die Perspektive des Wärmebeziehers an. Dabei war die hier zu entscheidende Situation eines Beziehers, der als großer Bestandskunde einzuordnen ist, anders gelagert als die Fallgestaltungen vorangegangener Rechtsprechung. Die Annahme des Gerichts, dass die Kosten für die Umstellung von Fernwärme auf Wärmecontracting tatsächlich nur in zu vernachlässigendem Umfang entständen, ist nicht ganz nachvollziehbar. Kritisch sieht dies auch das Bundeskartellamt.<sup>36</sup>

Es ist dabei fraglich, ob das Bundeskartellamt tatsächlich, wie vom OLG Rostock angeführt, eine Aufspaltung zwischen einer „klassischen Fernwärmeversorgung“ als Geschäft mit Kleinkunden und der sonstigen Fernwärmeversorgung als einem Markt der Großkunden vertritt. Der vom Bundeskartellamt geprägte Begriff der „klassischen“ Fernwärme könnte gleichermaßen in Abgrenzung zum Wärmecontracting als dezentraler Energieversorgung gelesen werden. Diese begriffliche Abgrenzung ergäbe Sinn, da auch das Wärmecontracting nach der Definition des BGH als zum Fernwärmebereich gehörig eingeordnet werden könnte.<sup>37</sup> Weiterhin bleiben auch die aus Sicht des Bundeskartellamts inhaltlich für eine Separierung der Märkte sprechenden Umstände weiter bestehen: Während etwa beim Wechsel eines Gasanbieters die gesamte Belieferungsstruktur unverändert bleibt, müssen bei einem Wechsel von der klassischen Fernwärmeversorgung zum Contracting technische Anpassungen mit entsprechendem finanziellen und räumlichen Aufwand vorgenommen werden.<sup>38</sup>

Das OLG Rostock positionierte sich hier klar und nahm an, dass die Kosten für einen Wechsel zum Wärmecontracting – allerdings nur im Vergleich zur Umstellung von Fernwärme auf andere Energieträger – unerheblich seien. Dies mag angesichts des vom Gericht selbst aufgeführten notwendigen räumlichen und finanziellen Aufwandes für den Abnehmer verwundern. Richtig ist jedoch, dass aus Kundensicht die Kosten bei einer Umstellung auf Wärmecontracting um ein Vielfaches geringer sind als bei einer Umstellung auf einen anderen Energieträger, welche zuvor hohe Anfangsinvestitionen erfordern würde. Hinzu kommt, dass beide Versorgungsarten häufig tatsächlich nur schwer abzugrenzen sind.

Insgesamt ist daher dem OLG Rostock zuzustimmen, wenn es von einer Austauschbarkeit der beiden Versorgungsarten und folglich von einem gemeinsamen, bundesweiten Markt der Fernwärme und des Contractings ausgeht.

33 OLG Rostock, Urt. v. 10.3.2020 – 16 U 1/18, CuR 2020, 134 (144) [in diesem Heft].

34 Vgl. zu letzterem Wollschläger in: Theobald/Kühling (Hrsg.), *Energierecht*, 104. EL [Stand: 12/2019], § 3 AVBFernwärmeV, Rdnr. 5.

35 Wollschläger, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), *Energierecht*, 104. EL [Stand: 12/2019], § 3 AVBFernwärmeV, Rdnr. 2; Wustlich, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), *Energierecht*, 104. EL [Stand: 12/2019], § 16 EEWärmeG, Rdnr. 6 f.

36 BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, Rdnr. 185.

37 Jedenfalls wenn „aus einer nicht im Eigentum des Gebäudeeigentümers stehenden Heizungsanlage von einem Dritten nach unternehmenswirtschaftlichen Gesichtspunkten eigenständig Wärme produziert und an andere geliefert wird“, handelt es sich um Fernwärme, vgl. BGH, Urt. v. 25.10.1989 – VIII ZR 229/88, NJW 1990, 1181 (1183); Wollschläger, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), *Energierecht*, 104. EL (Stand: 12/2019), § 1 AVBFernwärmeV, Rdnr. 6 m. w. N.

38 BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, Rdnr. 178.

## 1. Übertragbarkeit in Fällen eines Anschluss- und Benutzungszwanges

Kritisch zu hinterfragen ist, ob die Annahmen des OLG Rostock auf Fälle eines (öffentlich-rechtlichen) Anschluss- und Benutzungszwanges übertragbar sind.<sup>39</sup> Immerhin ca. 10% der deutschen Fernwärmeversorgung erfolgt aufgrund einer solchen Konstellation.<sup>40</sup> Hier gilt: Auch in einem solchen Fall sind grundsätzlich kartellrechtliche Vorschriften anwendbar und eine hoheitlich strukturierte Fernwärmeversorgung entsprechender Überprüfung zugänglich.<sup>41</sup> Denn hoheitlich handelnde öffentlich-rechtliche Körperschaften sind dem GWB grundsätzlich nicht entzogen.<sup>42</sup> So erkennt denn auch das Bundeskartellamt eine Marktbeherrschung von kommunalen Fernwärmeversorgungsunternehmen, wenn diese infolge eines Anschluss- und Benutzungszwanges eine Monopolstellung erhalten.<sup>43</sup>

Bislang hat sich die Rechtsprechung hierzu mit Blick auf mögliche Wettbewerbsbeschränkungen und deren kartellrechtliche Zulässigkeit im Lichte von § 1 GWB noch nicht klar positioniert.<sup>44</sup> Allerdings hatte der BGH hinsichtlich eines privat-rechtlich ausgestalteten Anschluss- und Benutzungszwanges entschieden, dass ein solcher nicht von vornherein gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen verstößt und im konkreten Fall eine kartellrechtswidrige Wettbewerbsbeschränkung abgelehnt.<sup>45</sup>

Damit bleibt die kartellrechtliche Einordnung offen. Allerdings dürften die oben erläuterten Ausführungen des OLG Rostock auf Fälle, in denen ein öffentlich-rechtlicher Anschluss- und Benutzungszwang besteht, nicht übertragbar sein. Denn die im jeweiligen Gebiet ansässigen Kunden haben grundsätzlich rechtlich keine Möglichkeit, zwischen verschiedenen Versorgungsarten – wie dem Wärmecontracting und der Fernwärmeversorgung – zu wählen.

## 2. Individuell vereinbarte Vertragslaufzeit

Die Tragweite des Urteils des OLG Rostock ist auch im Hinblick auf individuell vereinbarte Vertragsgestaltungen mit Laufzeiten von erheblich über zehn Jahren zu sehen. Zwar hält die AVBFernwärmeV in § 32 Abs. 1 eine Vertragslaufzeit von maximal zehn Jahren im Rahmen von AGB für zulässig. Bereits diese Laufzeit sieht allerdings das Bundeskartellamt in seiner Sektoruntersuchung kritisch, da diese eine großes Hindernis für Anbieter abweichender Heizsysteme darstellten. Insbesondere sei zu bemängeln, dass keine Unterscheidung zwischen bereits kostenmäßig abbeschriebenen Fernwärmenetzen und solchen, deren Investitionskosten erst noch eingebracht werden müssen, vorgesehen ist.<sup>46</sup> Das Rechtfertigungsargument der für Fernwärme notwendigen, hohen Anfangsinvestitionen greife dann nicht. Daher spricht sich das Bundeskartellamt für eine Reformierung der AVB-Regelungen zu Vertragslaufzeiten aus.

Dieses Argument dürfte bei Vertragslaufzeiten von erheblich über zehn Jahren zusätzliches Gewicht erlangen. Solche Laufzeiten sind möglich, da die Verordnungsbestimmungen gemäß

§ 1 AVBFernwärmeV nur bei allgemeinen Versorgungsbedingungen Anwendung finden, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind. Mithin können grundsätzlich auch Laufzeiten individuell vereinbart werden, die die in § 32 AVBFernwärmeV vorgeschriebene Höchstgrenze überschreiten.<sup>47</sup>

In einem solchen Fall greifen die hilfsweise angestellten Überlegungen des OLG Rostock zur Zulässigkeit von Laufzeitbestimmungen nicht, da diese insbesondere mit Blick auf die zehnjährige Vertragsdauer nach § 32 AVBFernwärmeV begründet wurden.<sup>48</sup> Folglich wird in einem solchen Fall einer individuell vereinbarten Vertragslaufzeit von über zehn Jahren nach allgemeinen kartellrechtlichen Grundsätzen zu ermitteln sein, ob eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Voraussetzung einer solchen Prüfung ist jedoch angesichts des vom OLG Rostock festgestellten einheitlichen Wärmemarktes von Fernwärme und Wärmecontracting, dass ausnahmsweise eine marktbeherrschende Stellung des Versorgungsunternehmens angenommen werden kann. In einem solchen Fall dürfte – in Abhängigkeit von Laufzeit und Umfang der Bedarfsdeckung durch den Vertrag – auch zukünftig eine kartellrechtliche Kontrolle offenstehen. Dies könnte sich auch daraus ableiten, dass durch dingliche Sicherheiten und Anschlussnutzungsverträge, die nicht mit dem eigentlichen Wärmekunden, sondern mit dem Grundstückseigentümer geschlossen werden, eine dem Anschluss- und Benutzungszwang vergleichbare Lage bestehen kann. Hierdurch kann es zu einer Unterbindung des Wettbewerbs kommen. Denn der Wärmekunde ist in einer derartigen Konstellation faktisch daran gehindert, eine Auswahl der Versorgungsart zu treffen. Es bleibt mithin in bestimmten Fallgestaltungen auch im Bereich von Fernwärmeversorgung und Wärmecontracting weiterhin Raum für eine Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften.

39 Wie ihn beispielsweise § 16 EEWärmeG in Verbindung mit einer kommunalen Satzung vorsieht.

40 Vgl. Wustlich in: Theobald/Kühling (Hrsg.) *Energierrecht*, 104. EL (Stand: 12/2020), § 16 EEWärmeG, Rdnr. 8.

41 BGH, *Beschl. v. 9.7.2019 – KZR 110/18; NZKart 2019, 490; Würdinger*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. (2019), § 315 BGB, Rdnr. 23.

42 Vgl. BGH, *Beschl. v. 18.10.2011 – KVR 9/11, RdE 2012, 157*.

43 BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, Rdnr. 190 f.

44 In der Literatur werden maßgeblich Grundrechtseingriffe durch entsprechende kommunale Rechtsvorschriften diskutiert, vgl. etwa Müller, in: Müller/Oschmann/Wustlich (Hrsg.), *Kommentar zum EEWärmeG*, 1. Aufl. (2010), Vor §§ 1 ff. EEWärmeG, Rdnr. 119 ff.

45 BGH, *Urt. v. 9.7.2002, KZR 30/00, NJW 2002, 3779* [Fernwärme für Börsen].

46 BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, Rdnr. 281.

47 Wollschläger, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), *Energierrecht*, 104. EL (Stand: 12/2019), § 1 AVBFernwärmeV, Rdnr. 13 f., 19; siehe auch § 1 Abs. 3 AVBFernwärmeV.

48 OLG Rostock, *Urt. v. 10.3.2020 – 16 U 1/18, CuR 2020, 134 (144)* [in diesem Heft].