

Bundeskartellamt legt Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung im Bereich der Fernwärme vor

Am 23. August 2012 hat das Bundeskartellamt den Abschlussbericht zu seiner im September 2009 eingeleiteten Untersuchung des Fernwärmesektors veröffentlicht. Die Untersuchungen hätten gezeigt, dass in einigen Fernwärmenetzgebieten Anhaltspunkte für einen Preishöhenmissbrauch bestehen. Von der Sektorenuntersuchung betroffene Unternehmen und weitere Unternehmen, deren Preise nach erstem Anschein hoch sind, müssen sich auf weitere Ermittlungen durch das Bundeskartellamt einstellen. Mit den Ergebnissen der Untersuchung sieht sich das Bundeskartellamt in seiner Forderung nach einer Einbeziehung der Fernwärme in den Anwendungsbereich des § 29 GWB bestätigt.

Hintergrund der Untersuchung

Hintergrund der Untersuchung des Fernwärmesektors durch das Bundeskartellamt waren verschiedene Hinweise auf Wettbewerbsbeschränkungen. Anhaltspunkte hierfür sah das Bundeskartellamt in signifikanten Unterschieden im Preisgefüge der Fernwärmeversorgung von Privatkunden und der angenommenen marktbeherrschenden Stellung der jeweiligen örtlichen Anbieter. Dementsprechend lag der Schwerpunkt der Untersuchungen des Bundeskartellamtes auf der Preisgestaltung für Fernwärme, daneben aber auch auf der kommunalen Vergabepaxis zu Wegerechten. Ferner wurden mögliche Störungen des Wettbewerbs bei der Durchleitung von Fernwärme und der Verweigerung der Abnahme von Wärmemengen Dritter untersucht. Im Folgenden werden die zentralen Aussagen des Berichts einschließlich der zu erwartenden Maßnahmen des Bundeskartellamtes nachgezeichnet (I.) und die wesentlichen Handlungsempfehlungen des Bundeskartellamtes an den Gesetz-

Übersicht

- Hintergrund der Untersuchung
- Zentrale Feststellungen des Bundeskartellamtes
- Handlungsempfehlungen des Bundeskartellamtes
- Konsequenzen für die Praxis

und Verordnungsgeber dargestellt (II.). Im Anschluss daran werden einige Konsequenzen der Feststellungen für die Praxis aufgezeigt (III.).

I. Zentrale Feststellungen des Bundeskartellamtes

Sachliche Marktabgrenzung

Bei der sachlichen Marktabgrenzung die Belieferung von Privatkunden betreffend unterscheidet das Bundeskartellamt in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BGH und den überwiegenden Stimmen in der Literatur zwischen Kunden in dem Zeitraum bis zur

Neuanschaffung eines Heizsystems und solchen nach deren Entscheidung für ein bestimmtes Heizsystem. So geht das Bundeskartellamt im Rahmen der vom Kunden vor der Neuanschaffung zu treffenden Systementscheidung von einem einheitlichen Markt für Wärme aus, auf dem die verschiedenen Heizsysteme (z.B. Fernwärmeanschluss, Einbau eines Gas-Brennwertkessels, Wärmeversorgung durch einen Contractor) in Substitutionswettbewerb stehen. Kunden, die sich hingegen für ein bestimmtes Heizsystem entschieden haben, werden jeweils separaten Märkten für den betreffenden Energieträger und damit auch für Fernwärme zugeordnet.

Marktbeherrschung

Das Bundeskartellamt geht davon aus, dass der etablierte Fernwärmeversorger auf dem Markt für die Belieferung von Privatkunden mit Fernwärme eine beherrschende Stellung innehat. Diese ergebe sich im Wesentlichen aus der vor dem Hintergrund der hohen Investitionskosten fehlenden Substituierbarkeit der Fernwärme mit anderen Brennstoffen, wenn sich der Kunde einmal für die Beheizung durch Fernwärme entschieden habe. Konkurrenzangebote durch Drittanbieter seien zudem angesichts der technischen Eigenheiten der Fernwärmebelieferung in den überwiegenden Fällen nicht zu realisieren und werden nach Einschätzung des Bundeskartellamtes auch zukünftig die Ausnahme sein. Verstärkt werde die marktbeherrschende Stellung der Fernwärmeversorger durch den in vielen Gemeinden bestehenden satzungsrechtlichen Anschluss- und Benutzungszwang sowie durch die nach der AVBFernwärmeV zulässigen langen Laufzeiten von mindestens 10 Jahren.

Preishöhenmissbrauch

Hinsichtlich der Preise für Fernwärmelieferungen im Privatkundenbereich habe die Untersuchung der Erlöslage der betroffenen Unternehmen gezeigt, dass in einigen Fernwärmenetzgebieten Anhaltspunkte für einen Preishöhenmissbrauch bestehen. Um das Vorliegen missbräuchlich überhöhter Preise zu beurteilen, hat das Bundeskartellamt die Netzgebiete in Abhängigkeit von der jeweiligen Netzlänge in verschiedene Kategorien eingeteilt und die für diese Netzgebiete jeweils ermittelten Netto-Durchschnittserlöse miteinander verglichen. Danach divergierten die Preise bzw. Erlöse zwischen den günstigsten und teuersten Netzgebieten einer Vergleichsgruppe im Fall von Klein- und Mittelnetzen um über 100 %, im Fall von Großnetzen um über 50 %. Dies gehe erheblich über die Abweichungen hinaus, die aus dem Strom- und Gasbereich bekannt seien. Da das Bundeskartellamt

jedoch nach eigenen Aussagen nur ansatzweise geprüft hat, inwieweit höhere Preise in bestimmten Netzgebieten auf strukturellen Gegebenheiten in einem Netz, wie etwa der Auslastung in dem betreffenden Absatzgebiet, beruhen und sich folglich allein aus den Preisunterschieden nicht ohne Weiteres ein konkreter Preismissbrauch ergeben kann, will das Bundeskartellamt sich zunächst einen vertiefteren Überblick über die jeweiligen Erlössituationen verschaffen. Geplant ist ausweislich des Berichts, gegen diejenigen Unternehmen Verfahren wegen des Verdachts missbräuchlich überhöhter Preise einzuleiten, die im Vergleich auf Basis des Datenmaterials für die Jahre 2007 und 2008 stark überdurchschnittliche Erlöse aufweisen. Des Weiteren wird das Bundeskartellamt von Unternehmen, die nicht von der Untersuchung betroffen waren, Auskünfte über deren Erlössituation verlangen, soweit die Preise dieser Unternehmen dem Anschein nach hoch sind. Insgesamt wird bei den Verfahren zunächst in erster Linie die Erlössituation in den jeweiligen Netzgebieten in den Jahren 2009 bis 2011 untersucht werden.

Hervorzuheben ist vor dem Hintergrund der BGH-Rechtsprechung zur Wirksamkeit von Preisänderungsklauseln nach § 24 AVBFernwärmeV aus dem Jahr 2011 insbesondere auch die Äußerung des Bundeskartellamtes, dass bei den Erlösen die Endverbraucherpreisentwicklung offenbar nicht analog zur Brennstoffpreisentwicklung verlaufe, was wiederum auf die vertragliche Ausgestaltung der Preisgleitklauseln zurückzuführen sei.

Wegerechte und Gestattungsentgelte

Hinsichtlich der Vergabe der Wegerechte für die Verlegung und den Betrieb von Wärmenetzen weist das Bundeskartellamt in seinem Bericht darauf hin, dass – ähnlich wie in den Bereichen Strom und Gas – auch im Fernwärmebereich Verfahren wegen diskriminierender Vergabe von Wegerechten denkbar seien. Dies gelte insbesondere für die Fälle, in denen einem Fernwärmeversorger neben der Einräumung der Wegenutzungsrechte eine Ausschließlichkeitsstellung vermittelt werde, so z.B. durch Erlass eines gemeindlichen Anschluss- und Benutzungszwangs und Übertragung der Erschließung ohne vorheriges Vergabeverfahren. Zugleich werden Missbrauchsverfahren wegen überhöhter Gestattungsentgelte nicht ausgeschlossen. Solche Verfahren sollen indessen auf die wenigen Fälle beschränkt bleiben, in denen extreme Abweichungen zu den durchschnittlichen Entgelten vorliegen.

Missbräuchliche Verweigerung der Abnahme von Wärmemengen Dritter und des Netzzugangs

Mit Blick auf die ebenfalls untersuchten Aspekte der missbräuchlichen Verweigerung der Abnahme von Wärmemengen Dritter und des Netzzugangs sieht das Bundeskartellamt hingegen zum gegenwärtigen Zeitpunkt keinen Handlungsbedarf. Zwar komme dem Zukauf von Fernwärme von Drittproduzenten durch den Versorger durchaus Bedeutung zu. Angesichts der bei der Fernwärmeversorgung erforderlichen Kapazitätsplanungen erscheine eine Abnahmeverpflichtung antragener Wärme von Drittproduzenten nach Ansicht des Kartellamts jedoch zu weitgehend. Zudem seien allgemeine Grundsätze für Durchleitungsfälle und Entgeltberechnungen gegenwärtig nicht angezeigt, zumal die wenigen Wärmedurchleitungsbegehren derzeit am sinnvollsten durch bilaterale Verhandlungen zwischen den betreffenden Parteien über die Modalitäten des Einzelfalls abzuarbeiten seien.

II. Handlungsempfehlungen des Bundeskartellamtes

Das Bundeskartellamt sieht sich im Ergebnis seiner Untersuchungen zu einer Reihe von Handlungsempfehlungen an den Gesetz- und Verordnungsgeber veranlasst. Diese beziehen sich zum einen auf die Stärkung des Heizsystemwettbewerbs und zum anderen auf die Einbeziehung der Fernwärme in den Anwendungsbereich des § 29 GWB, der spezifische Regelungen für den Marktmissbrauch von Energieversorgungsunternehmen enthält.

Der Heizsystemwettbewerb soll u.a. durch eine Aufhebung oder Befristung von Abnahmeverpflichtungen gestärkt werden. Hier gebe es über die Absicherung hoher Anfangsinvestitionen bei der Erschließung neuer Versorgungsgebiete hinaus keinen Grund für einen Fortbestand des Wettbewerbsschutzes über viele Jahrzehnte. Um des Weiteren den Wettbewerbsdruck durch alternative Heizsysteme auch nach der Entscheidung des Kunden für die Beheizung mit Fernwärme zu stärken, hält das Bundeskartellamt Anpassungen der AVBFernwärmeV hinsichtlich der dauerhaften Veröffentlichung der jeweils aktuellen Fernwärmepreise im Internet sowie der Laufzeit von Fernwärmelieferungsverträgen für sinnvoll. Zweifel bestünden an den langen Erstlaufzeiten von zehn Jahren insbesondere dann, wenn ein Netz bereits vollständig abgeschrieben sei. Hinsichtlich der gegenwärtig bestehenden Regelung zur automatischen Verlängerung der Laufzeiten um jeweils fünf Jahre schlägt das Bundes-

kartellamt konkret eine Anpassung an § 309 Nr. 9 lit. b) und c) BGB vor, so dass Wärmelieferungsverträge bis drei Monate vor deren Ablauf gekündigt werden könnten und eine automatische Verlängerung nur bis zu maximal einem Jahr möglich wäre. Hinsichtlich der Wegrechte empfiehlt das Bundeskartellamt eine den Vorgaben für Gas-Konzessionsabgaben vergleichbare Festlegung von Höchstsätzen für Gestattungsentgelte im Fernwärmebereich. Zudem wird mit Blick auf den bestehenden Vorrang der Fernwärmeversorgung aus KWK-Anlagen gegenüber neuen möglicherweise effizienteren KWK-Anlagen nach § 5 Abs.2 S. 1 Nr.1 KWKG in Erwägung gezogen, die darin enthaltene KWK-Quote, ab deren Erreichen ein Vorrang der etablierten Fernwärmeversorgung gegenüber KWK-Kleinanlagen anzunehmen ist, deutlich zu erhöhen. Schließlich gibt das Bundeskartellamt zugunsten der Fernwärmeversorgungsunternehmen zu bedenken, dass es sachgerecht wäre, Emissionszertifikate wettbewerbsneutral zu stellen. Dies könne entweder durch eine Privilegierung der Produktion von Heizwärme bei der Zuteilung von Emissionszertifikaten oder durch eine Belastung von Erdgas- und Öllieferungen an vom Emissionshandel ausgenommene Anlagen erfolgen.

Neben diesen Maßnahmen zur Stärkung des Heizsystemwettbewerbs empfiehlt das Bundeskartellamt die Einbeziehung von Fernwärme in § 29 GWB, um die Fernwärmemärkte im Einzelfall einer wirksamen kartellrechtlichen Preiskontrolle unterziehen zu können. Wesentlicher Unterschied zu der bereits gegenwärtig möglichen Missbrauchsaufsicht durch die Kartellbehörden nach § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 GWB wäre damit, dass in einem konkreten Missbrauchsverfahren die Unternehmen darlegen und beweisen müssten, weshalb und in welchem Ausmaß bestimmte Kostenansätze unvermeidbar und daher gerechtfertigt sind. Die in § 29 GWB geregelte Beweislastverteilung werde nach Meinung des Bundeskartellamtes am ehesten der bestehenden Informationsasymmetrie im Fernwärmebereich gerecht. Mit dieser Argumentation schließt sich das Bundeskartellamt im Wesentlichen der Argumentation des Bundesrats im Rahmen der derzeit anstehenden Novellierung des GWB an.

III. Konsequenzen für die Praxis

Der Bericht des Bundeskartellamtes hat für die Praxis in erster Linie hinsichtlich des im Ergebnis der Untersuchungen im Raum stehenden Verdachts missbräuchlich überhöhter Preise große Bedeutung. Diesbezüglich müssen sich die Unternehmen, deren Preise

im Vergleich überdurchschnittlich hoch sind, auf eine (weitergehende) Offenlegung von Daten zu ihrer Erlössituation einstellen. Soweit konkrete Missbrauchsverfahren nach den §§ 54 ff. GWB eingeleitet werden, ergibt sich eine Verpflichtung zur Erteilung von Auskünften aus § 59 GWB. Gegenüber den sonstigen Unternehmen folgt der Auskunftsanspruch der Kartellbehörden im Rahmen der Sektorenuntersuchung gemäß § 32e Abs. 4 GWB in entsprechender Anwendung des § 59 GWB.

Die Unternehmen sollten insoweit frühzeitig die Gelegenheit nutzen, alle entlastenden Umstände, die im Zuge von Missbrauchsverfahren, aber auch bei der Abfrage von Daten außerhalb solcher konkreten Verfahren relevant sein können, zu sammeln und zu strukturieren. Der Schwerpunkt sollte dabei zunächst auf die Erlössituationen in den Jahren 2009 bis 2011 gelegt werden. Zu analysieren wären u.a. die konkrete Beschaffungs- und Erzeugungssituation der Unternehmen sowie die Verteilungskosten (Netzlänge, Boden- und Landschaftsqualität, Versorgungsdichte, Siedlungs- und Kundenstruktur, Auslastung etc.).

Ob das Bundeskartellamt in Zukunft auch Missbrauchsverfahren wegen überhöhter Gestattungsentgelte für die Nutzung von öffentlichen Wegen einleitet, wird sich zeigen, wenn die gegenwärtig bestehenden Konzessionen auslaufen und neu vergeben werden.

Mit Blick auf die kritischen Aussagen des Bundeskartellamtes zu den langen Laufzeiten von Fernwärmelieferungsverträgen und mögliche Änderungen der AVBFernwärmeV sollten Unternehmen schließlich evaluieren, ob sich bereits jetzt Modelle entwickeln lassen, die es ermöglichen, den Kunden auch über kürzere Laufzeiten hinweg die Fernwärmeversorgung anbieten zu können.

Ihre Kontakte

Dr. Peter Rosin

Partner, Düsseldorf

T: +49 211 43 55-53 37

E: peter.rosin
@cliffordchance.com

Dr. Joachim Schütze

Partner, Düsseldorf

T: +49 211 43 55-55 48

E: joachim.schuetze
@cliffordchance.com

Dr. Jürgen Kroneberg

Of Counsel, Düsseldorf

T: +49 211 43 55-55 44

E: juergen.kroneberg
@cliffordchance.com

Jana Michaelis

Senior Associate, Düsseldorf

T: +49 211 43 55-53 43

E: jana.michaelis
@cliffordchance.com

Nadia Esken

Senior Associate, Düsseldorf

T: +49 211 43 55-55 49

E: nadia.esken
@cliffordchance.com

Diese Publikation dient der allgemeinen Information und ersetzt nicht die Beratung im Einzelfall. Wenn Sie Fragen haben oder weitere Informationen wünschen, wenden Sie sich bitte an die Autoren oder Ihren üblichen Ansprechpartner bei Clifford Chance.

Clifford Chance, Königsallee 59, 40215 Düsseldorf

© Clifford Chance 2012

Clifford Chance Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Solicitors ·

Sitz: Frankfurt am Main · AG Frankfurt am Main PR 1000

Die nach § 5 TMG und §§ 2, 3 DL-InfoV vorgeschriebenen Informationen finden Sie unter: <http://www.cliffordchance.com/german-regulatory>

www.cliffordchance.com

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Casablanca ■ Doha ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Istanbul ■ Kyiv ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Perth ■ Prague ■ Riyadh* ■ Rome ■ São Paulo ■ Shanghai ■ Singapore ■ Sydney ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

*Clifford Chance has a co-operation agreement with Al-Jadaan & Partners Law Firm in Riyadh.