



**VERWALTUNGSVERFAHREN
BESCHLUSS GEM. § 32 b GWB
– Öffentliche Version –**

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

innogy SE,
als Rechtsnachfolgerin der
RWE Energiedienstleistungen GmbH,
Opernplatz 1
45128 Essen

– Beteiligte –

Verfahrensbevollmächtigte:
Clifford Chance Deutschland LLP
RA Dr. Joachim Schütze
RA Dr. Florian Wiesner
Königsallee 59
40215 Düsseldorf

hat die 8. Beschlussabteilung des Bundeskartellamts am 13. Februar 2017 beschlossen:

1. Die von der Beteiligten mit Schreiben an die Beschlussabteilung vom 25. Januar 2017 angebotene Verpflichtungszusage ist bindend.
2. Das Verfahren gegen die Beteiligte wird nach Maßgabe des § 32 b Abs. 1 Satz 2 GWB eingestellt.
3. Eine Aufhebung oder Anpassung der Verfügung ist gemäß § 32 b Abs. 2 GWB möglich.
4. Die Gebühr für das Verfahren einschließlich der Entscheidung beträgt [...] €.

Gründe

A. Sachverhalt

- (1) Auf die Beteiligte innogy SE (im Folgenden: innogy) wurde im Wege der Gesamtrechtsnachfolge das Geschäft – damit auch das Fernwärmegeschäft – der RWE Energiedienstleistungen GmbH (im Folgenden: RWE ED) als ursprünglich Beteiligte des Verfahrens übertragen. innogy ist ein Energieversorgungsunternehmen mit Sitz in Essen. Das Unternehmen wurde im Zuge einer Konzernumstrukturierung der RWE AG, Essen, im Frühjahr 2016 neu gegründet und führt die Geschäftsbereiche Erneuerbare Energien, Netz & Infrastruktur sowie Vertrieb der RWE AG unter neuem Namen fort. Auch nach dem Börsengang der innogy im Oktober 2016 bleibt die RWE AG deren Mehrheitsgesellschafterin.
- (2) Die Tätigkeit der bisherigen RWE ED, zuvor firmierend unter FAVORIT Fernwärme GmbH, umfasste insbesondere die Erzeugung und Lieferung von Fernwärme in diversen lokalen Versorgungsgebieten. Die meisten dieser Fernwärmenetze stammten aus der Übernahme des Geschäftsfeldes Fernwärme der ExxonMobil-Tochtergesellschaft Esso Deutschland GmbH, Hamburg, im Jahr 2009.¹ Im Betrachtungszeitraum der Jahre 2010 bis 2012 erzielte die RWE ED Umsätze zwischen etwa [...] €, wovon der größte Teil auf den Bereich Fernwärme entfiel.
- (3) Mit Schreiben vom 6. März 2013 hat die Beschlussabteilung gegen die damalige RWE ED ein Verfahren wegen des Verdachts missbräuchlich überhöhter Fernwärmepreise auf Grundlage des § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 2 GWB² eingeleitet. Der Anfangsverdacht hatte sich aus einem im Rahmen der Sektoruntersuchung Fernwärme des Bundeskartellamtes durchgeführten Erlösvergleich auf Basis von Erlös- und Strukturdaten für die Jahre 2007 und 2008 ergeben.³
- (4) Um diesem Anfangsverdacht im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nachzugehen, ist der Beteiligten zusammen mit dem verfahrenseinleitenden Schreiben ein Fragebogen zur Erhebung von Erlös-, Mengen- und Strukturdaten zur Fernwärmeversorgung für die Jahre

¹ Vgl. Bundeskartellamt, Beschluss vom 8.5.2009, Az. B8-34/09.

² Die inzwischen unverändert in § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB übernommene Vorschrift befand sich in der damals gültigen Fassung des GWB noch in § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB.

³ Vgl. Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Fernwärme, Abschlussbericht gem. § 32 e GWB, August 2012, Rn. 132 ff., verfügbar unter www.bundeskartellamt.de.

2010 bis 2012 übermittelt worden. Daneben sind Informationen zum Unternehmen sowie die für die Fernwärmeversorgung relevanten Verträge erbeten worden.

- (5) Da die Beteiligte ihren Sitz in Nordrhein-Westfalen hat, ist die Landeskartellbehörde in Düsseldorf am 7. März 2013 von der Verfahrenseinleitung unterrichtet worden.
- (6) Die Auswertung der von der Beteiligten erhobenen Daten durch die Beschlussabteilung hat ergeben, dass die durchschnittlichen Fernwärmeerlöse pro kWh im betrachteten Dreijahreszeitraum 2010 bis 2012 in mehreren Netzen der Beteiligten erheblich über den entsprechenden Erlösen anderer, zum Vergleich herangezogener Fernwärmeversorgungsgebiete lagen. Die Beschlussabteilung hat der Beteiligten diese ersten Ermittlungsergebnisse im Rahmen einer vorläufigen Sachstandsmitteilung mit Schreiben vom 12. Mai 2014 übermittelt. In dieser Mitteilung ist zudem das Ermittlungskonzept erläutert und der Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden.
- (7) Die Beteiligte hat die Gelegenheit zur Stellungnahme mit Schreiben vom [...] wahrgenommen. Der Vortrag der Beteiligten ist in einem persönlichen Gespräch am [...] mit der Beschlussabteilung erörtert und im Nachgang schriftlich und durch weitere Unterlagen ergänzt worden. Nach weiteren schriftlichen und mündlichen Erörterungen sowie insbesondere persönlichen Gesprächen am [...] und am [...] zwischen der Beteiligten und der Beschlussabteilung hat die Beteiligte im Gespräch am [...] eine geeignete Verpflichtungszusage gemäß § 32 b GWB in Aussicht gestellt.
- (8) Die Beteiligte hält gleichwohl an ihrer Auffassung fest, dass bei den von der Beschlussabteilung untersuchten Fernwärmeprojekten keine missbräuchlich überhöhten Fernwärmeerlöse im betrachteten Dreijahreszeitraum 2010 bis 2012 vorlagen.

Nach Ansicht der Beteiligten müssten Fernwärmeprojekte, anders als Strom- oder Gasversorgungen, als Infrastrukturprojekte gesamtheitlich und über ihre gesamte Projektlaufzeit betrachtet werden. Ein Vergleichszeitraum von drei Jahren sei danach bei solchen Infrastrukturprojekten, die Versorgungslaufzeiten von typischerweise über 50 Jahren umfassten, nicht sachgerecht, da nur ein zufälliger zeitlicher Ausschnitt betrachtet würde. Die Investitionen des Fernwärmeversorgers müssten aus Sicht der Beteiligten jedoch über die gesamte Laufzeit refinanziert werden, wobei jeder Fernwärmeversorger bei seiner Investitionsentscheidung eine prognostische Entscheidung zu treffen habe, insbesondere im Hinblick auf Veränderungen der Märkte für die Beschaffung von Instandhaltungsmaterialien und -diensten, Wartungsdiensten und Brennstoffen über die gesamte Projektlaufzeit. Die Primärenergieart und die Netzdimensionierung der Fernwärmeversorgung würden zudem häufig von den Kommunen vorgegeben, so dass ein

Fernwärmeversorger aufgrund der bei Vertragsschluss zu Projektbeginn vereinbarten Wärmepreisregelung keine Möglichkeit habe, zusätzliche Kosten in der Wartung/Instandhaltung, zusätzliche Kosten in der Wärmeerzeugung oder geringere Erlöse aufgrund geringeren Verbrauchs oder geringerer Netzauslastung durch entsprechende Preissteigerungen zu kompensieren. Eine Anpassung der Wärmepreise finde gemäß AVBFernwärmeV ausschließlich bei Veränderung klar definierter Kostenfaktoren über Preisänderungsklauseln statt.

Für die Beteiligte seien schließlich die von der Beschlussabteilung verglichenen Fernwärmeprojekte individuelle Investitionsprojekte und wiesen strukturell erhebliche Unterschiede zu den von der Beschlussabteilung herangezogenen Vergleichsprojekten auf. Hierzu gehörten u. a. das Alter der Anlagen, der eingesetzte Brennstoff, Abnehmerdichte, Netzlänge und Netzauslastung sowie Netzverluste und ergänzende Dienstleistungen des Versorgers. Die von der Beschlussabteilung verglichenen Fernwärmeprojekte seien nach Ansicht der Beteiligten daher nicht miteinander vergleichbar.

- (9) Das Verfahren wirft komplexe Tatsachen- und Rechtsfragen auf. Insbesondere die in der Fernwärmeversorgung übliche vertikale Integration von Erzeugung, Netz und Vertrieb sowie die Kuppelproduktion von Strom und Wärme erschweren den Vergleich von Unternehmen und Versorgungsgebieten. Es gibt eine Fülle von technischen und betriebswirtschaftlich relevanten Unterschieden und Rechtfertigungsgründen, die umfangreiche Ermittlungen erfordern. Die Frage, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe die von der Beteiligte in den verschiedenen Netzen erhobenen Fernwärmepreise im Vergleich gerechtfertigt waren, konnte nicht abschließend geklärt werden, da dazu weitere aufwändige Ermittlungen bei der Beteiligten sowie bei Vergleichsunternehmen und der Branche erforderlich wären.
- (10) Obwohl die Beteiligte und die Beschlussabteilung ihre unterschiedlichen Positionen nach wie vor aufrecht erhalten, haben sich die Parteien aus verfahrensökonomischen Gründen, insbesondere um eine weitere Verzögerung des Verfahrensabschlusses durch Ermittlungen und ggf. einen nachfolgenden Rechtsstreit abzuwenden, auf einen Abschluss des Verfahrens durch eine Zusage der Beteiligten verständigt.
- (11) Mit Schreiben vom [...] hat innogy der Beschlussabteilung ein verbindliches Zusageangebot unterbreitet, das inhaltlich die folgenden Punkte umfasst:
- innogy verpflichtet sich, den Kunden in 17 im Folgenden genannten Fernwärmeversorgungen Fernwärmeentgelte in Höhe von insgesamt 12,3 Mio. € zu erstatten. Die Rückerstattung erfolgt aufgeteilt in zwei Tranchen als Verrechnungsbetrag im Rahmen der Jahresabrechnungen, grundsätzlich in den nächsten beiden

Kalenderjahren 2017 und 2018; in bereits zu Jahresbeginn 2017 abgerechneten Einzelfällen, kann sich die eine Tranche ausnahmsweise auf Anfang des Jahres 2019 verschieben.

- Um eine praktikable Verteilung zu ermöglichen, wird das Gesamterstattungsvolumen über alle genannten Fernwärmeversorgungen nach einem einheitlichen Schlüssel umgelegt. Dazu wird aus dem Gesamterstattungsbetrag und der Summe der ermittelten Anschlusswerte aller 17 von der Zusage umfassten Fernwärmeversorgungen ein Erstattungsbetrag pro Kilowatt (kW) ermittelt. Der Betrag pro Kunde errechnet sich sodann aus dessen jeweiligem Anschlusswert (in kW) und dem Erstattungsbetrag pro kW.
- Die Rückerstattung erfolgt an die Kunden in den folgenden Fernwärmeversorgungen: Bensberg-Refrath, Dortmund-Kirchlinde, Dortmund-Schüren, Elmshorn, Hanhoopsfeld, Hochdahl, Langen-Oberlinden, Leverkusen-Steinbüchel, Marmstorf, Moers-Kapellen, Monheim, Rahlstedt-Meiendorferstraße, Rahlstedt-Ost, Schwalbach-Limes und Wuppertal-Hilgershöhe.
- In zwei weiteren Versorgungen, Unna-Königsborn und Mainz-Rodelberg, sind die Kunden nicht mehr Vertragspartner der innogy. Die Versorgung in Unna wurde an die Stadtwerke Unna GmbH abgegeben, die Versorgung in Mainz-Rodelberg hat die Mainzer Wärme PLUS GmbH übernommen, an der innogy eine Minderheitsbeteiligung hält. Daher wird innogy den ermittelten Betrag in diesen Fällen an den örtlichen Versorger zur Weiterleitung an die betroffenen Kunden anweisen und sich darum bemühen, dass die dortigen Kunden die Erstattungen durch die örtlichen Versorger erhalten.

- (12) Die Beteiligte hat mit Schreiben vom 19. Dezember 2016 Gelegenheit erhalten, zum Entscheidungsentwurf nach § 32 b GWB Stellung zu nehmen.

B. Rechtliche Würdigung

I. Verpflichtungszusage

- (13) Die angebotene Verpflichtungszusage ist unter Zugrundelegung des gegenwärtigen Sach- und Kenntnisstandes der Beschlussabteilung geeignet, die nach vorläufiger Beurteilung bestehenden Bedenken der Beschlussabteilung im Hinblick auf das beanstandete wettbewerbliche Verhalten auszuräumen. Daher erklärt die Beschlussabteilung im Rahmen ihres Ermessens die Verpflichtungszusage für bindend und stellt das Verfahren vorbehaltlich ihrer in § 32 b Abs. 2 GWB enthaltenen Möglichkeiten ein. Die

Verfahrenseinstellung bedeutet, dass die Beschlussabteilung im Bereich Fernwärme auch die Preisgestaltung der innogy in den Folgejahren 2013 bis 2015 nicht kartellrechtlich aufgreifen wird.

- (14) Die vorläufige Würdigung der Beschlussabteilung beruht auf den nachfolgend (unter III.) dargestellten Überlegungen.

II. Zuständigkeit

- (15) Nach § 48 Abs. 2 GWB nimmt grundsätzlich das Bundeskartellamt die im GWB der Kartellbehörde übertragenen Aufgaben und Befugnisse wahr, wenn die Wirkung des wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens über das Gebiet eines Landes hinausreicht. Die Beteiligte hat die örtliche oder sachliche Unzuständigkeit des Bundeskartellamtes nicht geltend gemacht (§ 55 Abs. 2 GWB).

III. Materielle Würdigung

- (16) Nach vorläufiger wettbewerblicher Würdigung durch die Beschlussabteilung hat die Beteiligte durch Verlangen missbräuchlich überhöhter Fernwärmepreise gegen § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 2 GWB (Missbrauchsverbot) verstoßen. Die Preise der Beteiligten wichen im Betrachtungszeitraum der Jahre 2010 bis 2012 in mehreren Versorgungsgebieten von denjenigen Preisen ab, die sich nach vorläufiger Bewertung der Beschlussabteilung bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben hätten.

1. Normadressateneigenschaft

- (17) Die Beteiligte ist in Bezug auf ihre Tätigkeit als Fernwärmeversorger Normadressatin des Missbrauchsverbotes. In Einklang mit der Rechtsprechung⁴ ist regelmäßig von einer marktbeherrschenden Stellung des – im jeweils betroffenen Versorgungsgebiet in der Regel alleinigen – Fernwärmeversorgers bei der Belieferung von Endkunden mit Fernwärme auszugehen.

⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 9.7.2002, KZR 30/00 – *Fernwärme für Börnsen*; BGH, Beschluss vom 10.12.2008, KVR 2/08 – *Stadtwerke Uelzen*; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4.8.2010, VI 2 (Kart) 8/09 (V).

a) Marktabgrenzung

- (18) Die Beschlussabteilung geht in ihrer bisherigen Praxis von einem Markt für die Belieferung von Endverbrauchern mit Fernwärme aus, der räumlich auf das jeweilige lokale Netzgebiet beschränkt ist.
- (19) Die sachliche Marktabgrenzung erfolgt nach ständiger Rechtsprechung anhand des Bedarfsmarktconceptes, wonach dem relevanten (Angebots-)Markt alle Produkte oder Dienstleistungen zuzurechnen sind, die aus Sicht des verständigen Nachfragers hinsichtlich ihrer Verwendung ohne Umstellungsaufwand und -kosten funktionell austauschbar sind.⁵
- (20) Im Hinblick auf die Wärmeversorgung ist zunächst zwischen der Entscheidung für ein Heizsystem und dem laufendem Bezug des systementsprechenden Energieträgers zu unterscheiden: Steht der Kunde vor der Neuanschaffung eines Heizsystems, so stehen die unterschiedlichen Heizsysteme in Wettbewerb zueinander, soweit sie vor Ort verfügbar sind, verwendet werden dürfen und keine Verpflichtung zum Fernwärmebezug besteht. Hat der Kunde sich hingegen für ein Heizsystem – und damit den künftig zu beziehenden Energieträger – entschieden, so ist für die nachfolgende Wärme- bzw. Brennstoffbeschaffung grundsätzlich von separaten Märkten für die Energieträger auszugehen.
- (21) Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung „*Fernwärme für Börnsen*“⁶ ausgeführt, dass kein einheitlicher Markt für Fernwärme und andere Beheizungsarten besteht. Diese Auffassung ist in der Sache „*Stadtwerke Uelzen*“⁷ bestätigt worden.
- (22) Um Fernwärme handelt es sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wenn aus einer nicht im Eigentum des Gebäudeeigentümers stehenden Heizungsanlage von einem Dritten nach unternehmenswirtschaftlichen Gesichtspunkten eigenständig Wärme produziert und an andere geliefert wird, wobei es auf die Nähe der Heizungsanlage zu dem versorgten Gebäude ebenso wenig ankommt wie auf das Vorhandensein eines größeren Leitungsnetzes.⁸
- (23) In räumlicher Hinsicht entspricht der relevante Markt für die Belieferung mit Fernwärme dem Gebiet, das durch das jeweilige lokale Fernwärmenetz erschlossen wird. Da es sich jeweils

⁵ Vgl. Säcker in: Berliner Kommentar zum Energierecht, 2. Aufl., § 19, Rn. 4 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 9.7.2002, KZR 30/00 – *Fernwärme für Börnsen*.

⁷ Vgl. BGH, Beschluss vom 10.12.2008, KVR 2/08 – *Stadtwerke Uelzen*.

⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 6.12.1989, VIII ZR 8/89, sowie Urteil vom 15.2.2006, VIII ZR 138/05.

um in sich geschlossene Leitungssysteme handelt, die untereinander nicht verbunden sind, können die an ein Netz angeschlossenen Kunden grundsätzlich nicht ohne weiteres aus anderen Netzen beliefert werden.

- (24) Für die vorliegende Prüfung ist damit jedes durch ein lokales Netz erschlossene Fernwärmeversorgungsgebiet der Beteiligten als ein eigener räumlich relevanter Markt zu betrachten.

b) Marktbeherrschung

- (25) Nach vorläufiger Auffassung der Beschlussabteilung verfügt die Beteiligte in den einzeln zu betrachtenden Fernwärmeversorgungsgebieten jeweils über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des § 18 Abs. 1 GWB. Die Beteiligte vertritt hingegen die Auffassung, die Fernwärmelieferung stehe sehr wohl im Wettbewerb zu alternativen Energieträgern, weil die Kunden dort, wo kein öffentlich-rechtlicher Anschluss- und Benutzungszwang bestehe – und diese Voraussetzung sei bei den betroffenen Netzen mit einer Ausnahme gegeben – frei wählen könnten. Für die vorliegende Entscheidung kann diese Frage aber letztlich offenbleiben, da das Verfahren aufgrund der Verpflichtungszusage abgeschlossen werden konnte.
- (26) Nach der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf handelt es sich bei der Fernwärmeversorgung um einen nahezu idealtypischen Monopolmarkt.⁹ Auf die Frage, in welchem Umfang ein Anschlussinhaber bereits rechtlich an einem Wechsel der Heizungsart gehindert ist, komme es dabei nicht an. Sind die Kosten des Verbrauchers bei einem Wechsel der bisherigen Heizungsart schon bei Erdgas oder Erdöl sehr hoch, erhöhten sich die Kosten bisheriger Verbraucher von Fernwärme bei einer Umrüstung durch das Erfordernis eines nachträglichen Kamineinbaus noch weiter. Die marktbeherrschende Stellung des Fernwärmeversorgers verstärke sich noch dadurch, dass – anders als in den sonstigen Fällen leitungsgebundener Energieversorgung – eine Durchleitung von Drittunternehmen regelmäßig nicht in Betracht kommt.¹⁰
- (27) In Einklang mit dieser Rechtsprechung ist daher regelmäßig von einer marktbeherrschenden Stellung des Fernwärmeversorgers bei der Belieferung von Endkunden mit Fernwärme auszugehen. Auch die Beteiligte ist in den vorliegend relevanten Fernwärmeversorgungsgebieten jeweils alleiniger Anbieter von Fernwärmelieferungen.

⁹ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4.8.2010, VI 2 (Kart) 8/09 (V).

¹⁰ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4.8.2010, VI 2 (Kart) 8/09 (V).

2. Verhalten

- (28) Nach vorläufiger Würdigung der Beschlussabteilung hat sich die Beteiligte missbräuchlich verhalten, in dem sie im betrachteten Zeitraum in den folgenden 17 Fernwärmeversorgungsgebieten überhöhte Entgelte gefordert hat: Bensberg-Refrath, Dortmund-Kirchlinde, Dortmund-Schüren, Elmshorn, Hanhoopsfeld, Hochdahl, Langen-Oberlinden, Leverkusen-Steinbüchel, Mainz-Rodelberg, Marmstorf, Moers-Kapellen, Monheim, Rahlstedt-Meiendorferstraße, Rahlstedt-Ost, Schwalbach-Limes, Unna-Königsborn und Wuppertal-Hilgershöhe. Weitere Netze der Beteiligten sind nicht (mehr) Gegenstand der Betrachtung. Ein missbräuchliches Verhalten liegt nach § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 2 GWB vor, wenn ein Unternehmen Entgelte fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden.

a) Vergleichsmarktmethode

- (29) Um zu prüfen, ob ein Unternehmen Entgelte fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden, ist sowohl die Vergleichsmarktmethode als auch die Kostenkontrolle anerkannt.¹¹ Vorliegend wurde die räumliche Vergleichsmarktmethode in Form des Erlösvergleichs herangezogen.
- (30) Die Vorteile des Erlösvergleichs bestehen insbesondere darin, dass die Mengenstruktur unter Berücksichtigung aller Abnahmefälle sowie Mischpreissysteme erfasst werden können.¹² Ein Tarifvergleich mit vordefinierten Typfällen kann demgegenüber sehr vom gewählten Abnahmefall abhängen, der für die zu vergleichenden Versorgungsgebiete nicht in gleicher Weise typisch sein muss. Dieses Vorgehen und deren Begründung wurden von der Rechtsprechung bereits mehrfach – auch höchstrichterlich – anerkannt.¹³
- (31) Der Erlösvergleich erfolgte anhand des Durchschnittserlöses für den gesamten Dreijahreszeitraum der Kalenderjahre 2010 bis 2012. Angesichts mitunter deutlicher Preisänderungen zwischen den Jahren, bedingt insbesondere durch Preisgleitklauseln und deren Bezugsgrößen, konnte so ein mittleres Preisniveau über einen längeren Zeitraum betrachtet werden. Der Dreijahresdurchschnittserlös (in Cent/kWh) wurde ermittelt aus der Summe der erzielten Wärmeerlöse über die drei Jahre und der Summe der fakturierten

¹¹ Vgl. BGH, Beschluss vom 15.5.2012, KVR 51/11 – *Wasserpreise Calw*.

¹² Bestätigt durch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.2.2014, VI-2 Kart 4/12 (V) – *Berliner Wasserbetriebe*, Rn. 140 (zit. nach juris).

¹³ Vgl. zuletzt OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.2.2014, VI-2 Kart 4/12 (V) – *Berliner Wasserbetriebe*.

Wärmemenge über die drei Jahre. In die Berechnung ging der in einem Versorgungsnetz erzielte Wärme gesamt Erlös ein, der zum einen alle Kunden und zum anderen sowohl die verbrauchsabhängigen Erlöse aus Arbeitspreisen als auch die unabhängig vom Verbrauch anfallenden Grund-, Mess- oder Verrechnungspreise umfasst.

- (32) In vorangegangenen Preismissbrauchsverfahren der Beschlussabteilung wurde ein abgabenbereinigter Nettodurchschnittserlös als Vergleichsgröße verwendet.¹⁴ Ausgangspunkt bildet jeweils der von den Unternehmen tatsächlich (in einem Jahr) erzielte Netto-Gesamterlös (d. h. ohne Umsatzsteuer). Sofern darin verschiedene Steuern, Abgaben oder sonstige Entgelte enthalten sind, die vom betroffenen Unternehmen nicht beeinflussbar sind und von diesem nur weitergereicht werden, wird der Gesamterlös um diese Komponenten bereinigt. Der in anderen Versorgungsbereichen verbreiteten Konzessionsabgabe ähnlich ist das teilweise in der Fernwärmeversorgung gezahlte Gestattungsentgelt für die Wegenutzung. Dies wird in einem privatrechtlichen Vertrag zwischen der Kommune als Wegerechtsinhaber und dem Fernwärmeversorger vereinbart. Eine einheitliche Festlegung der Berechnungsgrundlage oder eine Obergrenze wie in der KAV für die Bereiche Strom und Gas gibt es dabei nicht. Dennoch hat die Beschlussabteilung diese Kosten für das vorliegende Verfahren als nicht beeinflussbar unterstellt und demzufolge die Wärmeerlöse um die gezahlten Gestattungsentgelte bereinigt und für den Erlösvergleich den Erlös ohne Gestattungsentgelt betrachtet.
- (33) Die so ermittelten Erlöse in den Versorgungsgebieten der Beteiligten wurden entsprechenden Erlösen von zum Vergleich herangezogener Versorgungsgebiete gegenüber gestellt. Bei der Auswahl der Vergleichsnetzgebiete hat die Beschlussabteilung verschiedene Strukturmerkmale und Kennzahlen zur Wärmeerzeugung und -verteilung berücksichtigt. Aufgegriffen und einer näheren Prüfung unterzogen wurden diejenigen Versorgungsgebiete der Beteiligten, deren Durchschnittserlöse ein auffällig höheres Niveau gegenüber dem entsprechenden Vergleichswert aufwiesen.
- (34) Die Beteiligte hat sowohl grundsätzliche methodische Bedenken hinsichtlich der Eignung des Erlösvergleichs für Fernwärmeprojekte geltend gemacht, als auch die konkrete Vergleichbarkeit ihrer Versorgungsgebiete mit den vorläufig von der Beschlussabteilung ausgewählten Vergleichsgebieten in Zweifel gezogen. Nach Ansicht der Beteiligten seien zumindest einige der vorläufig ausgewählten Vergleichsgebiete schon gemessen an den herangezogenen Strukturfaktoren und Kennzahlen nicht hinreichend ähnlich, weitere für

¹⁴ Vorgehen bestätigt durch OLG Düsseldorf, Beschluss v. 24.2.2014, VI-2 Kart 4/12 (V) – *Berliner Wasserbetriebe*.

die Kostenstruktur relevante Parameter seien überhaupt nicht berücksichtigt worden (dazu im Einzelnen nachfolgend unter b). Daher könnten jedenfalls die vorläufig herangezogenen Vergleichserlöse die Erlöse der betroffenen Versorgungsgebiete der Beteiligten nicht missbräuchlich erscheinen lassen.

b) Sachliche Rechtfertigung

- (35) Im Rahmen der räumlichen Vergleichsmarktmethode sind grundsätzlich wegen objektiver struktureller Unterschiede Korrekturzuschläge oder -abschläge zu berücksichtigen, da die Vergleichsmärkte mit dem betroffenen Markt meist strukturell nicht uneingeschränkt vergleichbar sind. Solche Korrekturfaktoren dienen der Herstellung der Vergleichbarkeit der betrachteten Märkte. Etwaigen verbleibenden Unsicherheiten ist durch einen Sicherheitszuschlag auf das Endergebnis Rechnung zu tragen. Als Korrekturfaktoren kommen alle objektiven Parameter des betroffenen Marktes in Betracht, die auch ein Vergleichsunternehmen zu berücksichtigen hätte, wenn es dort tätig würde. Dabei sind jedoch grundsätzlich nur unternehmensunabhängige Mehrkosten, nicht unternehmensindividuelle Parameter zu berücksichtigen.¹⁵
- (36) Die Beteiligte hat verschiedene Gründe vorgetragen, die ihrer Ansicht nach jedenfalls Korrekturzuschläge auf den Vergleichserlös erfordern bzw. einen höheren Erlös als denjenigen der herangezogenen Vergleichsgebiete bzw. Vergleichsgruppen rechtfertigen, da diese zumindest in vielen Fällen strukturell nicht hinreichend ähnlich seien. Die Ausführungen umfassten u. a. eine fehlende Vergleichbarkeit aufgrund unterschiedlicher Netzstrukturen, Anlagentechniken, Brennstoffe, Abnahmestrukturen und Versorgungsdichte. Zudem wies die Beteiligte auf weitere kostenrelevante, aber im vorläufigen Erlösvergleich nicht berücksichtigte Parameter hin, z. B. gebe es Versorgungsgebiete mit oder ohne Warmwasserversorgung, mit oder ohne Einzelabrechnung in Mehrfamilienhäusern sowie Liefergrenzen vor oder nach dem Hausanschluss oder unterschiedliche Komplexitätsgrade eines Projektes, die zu unterschiedlichen Wartungs- und Instandhaltungskosten führen.
- (37) Eine ganze Reihe der von der Beteiligten vorgebrachten Rechtfertigungsgründe für höhere Kosten in den betroffenen Versorgungsgebieten der Beteiligten erscheint der Beschlussabteilung substantiiert, so dass sie einen beachtlichen Teil der Erlösüberhöhung im Vergleich rechtfertigen können. Zur Aufklärung wären jedoch weitere umfangreiche Ermittlungen für jedes einzelne Versorgungsgebiet der Beteiligten und für eine

¹⁵ Vgl. Nothdurft, in: Langen/Bunte (2014), Kartellrecht, Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl., Rn. 117 f.

entsprechende Vielzahl von Vergleichsunternehmen bzw. -gebieten erforderlich. Aufgrund der Bereitschaft der Beteiligten, den Kunden im Rahmen der Zusage gegenüber der Beschlussabteilung eine Rückerstattung zukommen zu lassen, hat die Beschlussabteilung auf eine vollständige und noch weiteren Aufwand verursachende Ausermittlung des Sachverhalts hinsichtlich der geltend gemachten Rechtfertigungsgründe verzichten können.

3. Beurteilung der Verpflichtungszusage

- (38) Die von der Beteiligten angebotene (oben unter Rn. 11 dargestellte) Zusage zur Rückerstattung führt zeitnah zu einer finanziellen Entlastung der betroffenen Kunden, die das Verhalten der Beteiligten hinsichtlich möglicher überhöhter Preise im Betrachtungszeitraum der Jahre 2010 bis 2012 kompensiert.
- (39) Die Entgegennahme der Zusage und der Abschluss des Verfahrens führen schneller zu einem effektiven Ergebnis für die Kunden als eine Fortführung des Verfahrens. Eine entsprechende Verfügung hätte aufgrund noch erforderlicher Ermittlungen erst erheblich später angeordnet werden können. Weitere Verzögerungen durch jahrelange und sehr ressourcenintensive Rechtsstreitigkeiten hätten zudem in Kauf genommen werden müssen.

C. Gebühr

(40) [...]

D. Rechtsmittelbelehrung

- (41) Gegen diesen Beschluss ist die Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich binnen einer mit Zustellung des Beschlusses beginnenden Frist von einem Monat beim Bundeskartellamt, Kaiser-Friedrich-Straße 16, 53113 Bonn, einzureichen. Es genügt jedoch, wenn sie innerhalb dieser Frist bei dem Beschwerdegericht, dem Oberlandesgericht Düsseldorf, eingeht.
- (42) Die Beschwerde ist durch einen beim Bundeskartellamt oder beim Beschwerdegericht einzureichenden Schriftsatz zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt zwei Monate. Sie beginnt mit der Zustellung der angefochtenen Verfügung und kann auf Antrag vom Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die – gegebenenfalls auch neuen – Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.
- (43) Die Beschwerdeschrift und Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung. Auf Antrag kann das Beschwerdegericht die aufschiebende Wirkung der Beschwerde ganz oder teilweise anordnen.

Prof. Dr. Carsten Becker

Dr. Juliane Lagemann

Dr. Katharina Wacker

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----------|
| A. Sachverhalt | 2 |
| B. Rechtliche Würdigung..... | 5 |
| I. Verpflichtungszusage..... | 5 |
| II. Zuständigkeit..... | 6 |
| III. Materielle Würdigung | 6 |
| 1. Normadressateneigenschaft..... | 6 |
| a) Marktabgrenzung..... | 7 |
| b) Marktbeherrschung..... | 8 |
| 2. Verhalten..... | 9 |
| a) Vergleichsmarktmethode..... | 9 |
| b) Sachliche Rechtfertigung..... | 11 |
| 3. Beurteilung der Verpflichtungszusage..... | 12 |
| C. Gebühr | 13 |
| D. Rechtsmittelbelehrung..... | 14 |

