



Bundeskartellamt

# Sektoruntersuchung Fernwärme

Abschlussbericht gemäß § 32e GWB - August 2012



Kontakt:

Bundeskartellamt

8. Beschlussabteilung

Kaiser-Friedrich-Straße 16

53113 Bonn

Hauptautoren:

Stephan Schweikardt, Michael Didycz, Dr. Felix Engelsing, Dr. Katharina Wacker

(8. Beschlussabteilung)

## Inhaltsverzeichnis

A. Zusammenfassung (executive summary) .....	1
B. Einführung.....	6
C. Zielsetzung der Sektoruntersuchung / Schwerpunkte des Berichts.....	7
D. Methodik.....	8
E. Verfahrensablauf .....	9
I. Datenerhebung und -auswertung.....	9
II. Beschwerde vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf .....	10
III. Vergleich auf europäischer Ebene .....	11
F. Struktur des Fernwärmesektors.....	12
I. Fernwärmenetze.....	13
1. Statistische Erfassung und Einteilung .....	13
2. Metermengenwerte .....	17
3. Entwicklung der Fernwärmenetze 2007/2008.....	18
4. Verwendete Heizmedien .....	19
II. Wärme- und Stromerzeugung.....	19
III. Wärmeerzeugungsanlagen.....	21
1. Anlagentypen .....	21
2. Anlagenalter.....	23
3. Nutzungsgrad.....	24
4. Stromkennzahl .....	28
IV. Brennstoffe .....	29
1. Eingesetzte Brennstoffarten .....	29
2. Brennstoffeinsatz in der Wärmeerzeugung.....	30
3. Eingesetzte Brennstoffmengen .....	32
4. Beschaffungskosten für Brennstoffe.....	33
a) Entwicklung der Brennstoff-Marktpreise .....	34
b) Brennstoffkostenvergleich .....	36

c) Durchschnittliche Brennstoffkosten.....	37
d) Kosten für CO <sub>2</sub> – Emissionsberechtigungen.....	38
V. Verpflichtungen zum Anschluss an die Fernwärmeversorgung.....	43
1. Regelungen in Bebauungsplänen (Verbrennungsverbote) .....	43
2. Kommunalen Anschluss- und Benutzungszwang.....	44
3. Dienstbarkeiten .....	47
4. Verbreitung von Abnahmeverpflichtungen.....	47
5. Auswirkung von Abnahmeverpflichtungen.....	48
VI. Erlössituation bei Belieferung von Privatkunden .....	49
1. Zusammensetzung der Erlöse.....	49
2. Preisanpassungen .....	51
a) Preisgleitklauseln (§ 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV) .....	51
b) Ausgestaltung von Preisgleitklauseln in der Praxis.....	53
aa) Arbeitspreise .....	54
bb) Grundpreise .....	55
cc) Messpreise.....	56
3. Erlösvergleich .....	57
a) Bildung von Vergleichsgruppen .....	57
b) Betrachtung der Erlöse je kWh Wärmemenge.....	58
c) Prüfung der Abhängigkeit der Erlöse vom verwendeten Brennstoff .....	61
d) Zusammenhang zwischen Brennstoffkosten und Erlösen.....	63
4. Auswertung nach Bundesländern.....	64
a) Netze.....	64
b) Fernwärmeerlöse .....	65
VII. Gestattungsentgelte für Wegenutzung.....	67
1. Allgemeines .....	67
2. Häufigkeit von Gestattungsentgelten.....	68
3. Bemessungsgrundlagen.....	69
4. Laufzeiten .....	70

5. Vergleich der Entgelthöhe .....	70
a) Gestattungsentgelte nach Leitungslänge.....	71
b) Gestattungsentgelte nach Wärmeliefermenge.....	72
6. Vergleich unter Berücksichtigung von Gemeindegrößen .....	72
a) Gestattungsentgelt nach Leitungslänge.....	73
b) Gestattungsentgelt nach Wärmeliefermenge.....	73
G. Wettbewerbliche Würdigung .....	74
I. Wärmelieferungen an Privatkunden.....	74
1. Marktabgrenzung .....	74
a) Sachliche Marktabgrenzung .....	74
b) Räumliche Marktabgrenzung.....	77
c) Wärme-Contracting .....	77
d) Kein Widerspruch zu AVBFernwärmeV .....	79
2. Marktbeherrschung .....	80
3. Anhaltspunkte für missbräuchliches Verhalten .....	83
a) Vergleichsmarktkonzept .....	83
b) Vorteile des Erlösvergleichs .....	83
c) Erlösvergleich Privatkunden .....	84
d) Anhaltspunkte für Fälle von Preismissbrauch .....	86
e) Vornahme von Korrekturzuschlägen bzw. -abschlägen .....	86
aa) Höhere Beschaffungskosten .....	87
bb) Versorgungsdichte .....	88
cc) Sondersituation in Ostdeutschland nach 1990.....	88
dd) Topographische Besonderheiten.....	89
ee) Pachtzinsen.....	89
ff) Nebenleistungen .....	89
gg) Kundenstruktur / Abnahmeverhalten der Kunden .....	90
hh) Preisgleitklauseln .....	90
II. Durchleitung von Fernwärme.....	90

1. Hintergrund .....	91
2. Bestehen eines Zugangsanspruchs .....	92
a) Allgemeines.....	92
b) Angewiesenheit des Zugangspetenten auf das Fernwärmenetz.....	92
c) Unmöglichkeit des Netzzugangs .....	92
d) Zumutbarkeit des Netzzugangs für den Netzbetreiber.....	93
e) Angemessenes Entgelt.....	96
3. Entwicklungen in anderen EU-Ländern .....	97
III. Missbräuchliche Verweigerung der Abnahme von Wärmemengen Dritter.....	98
IV. Einräumung von Wegrechten für Verlegen und Betrieb von Fernwärmeleitungen.....	100
1. Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts .....	100
2. Relevanter Markt.....	100
3. Marktbeherrschung .....	101
4. Anhaltspunkte für missbräuchliches Verhalten .....	101
a) Pflicht zur diskriminierungsfreien Wegerechtsvergabe.....	101
b) Fordern angemessener Entgelte .....	102
H. Fazit und Handlungsempfehlung .....	105
I. Wettbewerblicher Befund.....	105
II. Weiteres Vorgehen des Bundeskartellamts .....	105
1. Zuständigkeit des Bundeskartellamts .....	105
2. Missbräuchlich überhöhte Preise für Fernwärmelieferungen .....	106
3. Missbräuchliche Verweigerung des Netzzugangs .....	107
4. Missbräuchliche Verweigerung der Abnahme von Wärmemengen Dritter .....	107
5. Missbrauch wegen diskriminierender Vergabe von Wegrechten .....	107
6. Preishöhenmissbrauch bei Gestattungsentgelten.....	108
III. Handlungsempfehlungen an den Gesetzgeber / Verordnungsgeber .....	108
1. Stärkung des Heizsystemwettbewerbs .....	108
a) Aufhebung oder Befristung von Abnahmeverpflichtungen .....	109
b) Anpassung der AVBFernwärmeV.....	109

c) Vergleichbare Höchstsätze für Gas-Konzessionsabgaben und Fernwärme-Gestattungsentgelte .....	110
d) Weniger weitreichender Vorrang der Fernwärmeversorgung im KWKG .....	110
e) Wettbewerbsneutralität von Emissionszertifikaten .....	111
2. Einbeziehung der Fernwärme in § 29 GWB .....	111

## Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1:	Beheizung von Wohngebäuden in Deutschland (2010) .....	13
Abbildung 2:	Fakturierte Wärmemengen an Privatkunden nach Netzkategorien .....	15
Abbildung 3:	Häufigkeitsverteilung der Netzgebiete nach Netzkategorien .....	16
Abbildung 4:	Darstellung der erfassten Großnetze nach Netzlänge .....	17
Abbildung 5:	Wärmelieferungen (sämtliche Kunden) je Meter Trassenlänge in kWh (2008) ..	18
Abbildung 6:	Kumulierte Netzlänge nach Übertragungsmedien .....	19
Abbildung 7:	Fakturierte Wärmemenge nach Kundengruppe .....	20
Abbildung 8:	Netto-Stromerzeugung .....	21
Abbildung 9:	Anlagenanzahl und erzeugte Brutto-Wärmemenge nach Anlagentyp .....	22
Abbildung 10:	Erzeugte Wärmemenge (brutto) nach Anlagentyp (2008) .....	23
Abbildung 11:	Zeitpunkt der Kraftwerksinbetriebnahme - Häufigkeitsverteilung .....	24
Abbildung 12:	Nutzungsgrade von Heizwerken (2008) - Häufigkeitsverteilung .....	27
Abbildung 13:	Nutzungsgrade <sub>KWK</sub> von Heizkraftwerken (2008) – Häufigkeitsverteilung .....	28
Abbildung 14:	Stromkennzahlen von Heizkraftwerken (2008) - Häufigkeitsverteilung .....	29
Abbildung 15:	Anteile von Erdgas, Kohle und Heizöl an der Wärmemeyerzeugung (2008) .....	31
Abbildung 16:	Fernwärmeversorgung: Eigenerzeugung und Vorbezug (2008) .....	32
Abbildung 17:	Mengen- und Kostenänderung im Vergleich zum Vorjahr nach Brennstoffart .....	33
Abbildung 18:	Ermittelte Brennstoffpreise und Marktpreise auf Basis von Indizes .....	36
Abbildung 19:	Kosten der jeweiligen Brennstoffe .....	38
Abbildung 20:	CO <sub>2</sub> -Zertifikatspreise am BlueNext-Spotmarkt (2005 bis 2011) .....	40
Abbildung 21:	Fakturierte Wärmemengen und Abnahmeverpflichtung (2008) .....	48
Abbildung 22:	Durchschnittserlöse nach Netzkategorie in Abhängigkeit vom Bestehen einer Abnahmeverpflichtung (2008) .....	49
Abbildung 23:	Zusammensetzung der kumulierten Fernwärmeerlöse (2008) .....	50
Abbildung 24:	Häufigkeitsverteilung der Erlösanteile von Grund- und Arbeitspreis (2008) .....	51
Abbildung 25:	Preis Anpassung – Arbeitspreis .....	55
Abbildung 26:	Preis Anpassung – Grundpreis .....	56
Abbildung 27:	Preis Anpassung – Messpreis .....	57



Abbildung 28:	Durchschnittliche Erlöse pro Kilowattstunde (2008).....	58
Abbildung 29:	Einteilung entspr. Abweichung vom Durchschnittserlös der Netzkategorie.....	60
Abbildung 30:	Durchschnittliche Erlöse nach Abweichungsklassen (2008) .....	61
Abbildung 31:	Durchschnittliche Erlöse nach Brennstoffträger und Netzkategorie (2008) .....	63
Abbildung 32:	Erfasste Fernwärmenetze nach Bundesländern und Netzkategorien .....	65
Abbildung 33:	Durchschnittliche erfasste Fernwärmeerlöse (2008) nach Bundesländern .....	66
Abbildung 34:	Anteil der Netze mit Gestattungsentgelten nach Netzkategorien (2008).....	68
Abbildung 35:	Bemessungsgrundlagen für Gestattungsentgelte .....	69
Abbildung 36:	Laufzeiten der Gestattungsverträge in Jahren.....	70
Abbildung 37:	Gestattungsentgelte je Meter Trassenlänge (2008).....	71
Abbildung 38:	Gestattungsentgelte pro kWh Wärmeliefermenge (2008) .....	72
Abbildung 39:	Gestattungsentgelte je Meter Trassenlänge – nach Gemeindegröße (2008).....	73
Abbildung 40:	Gestattungsentgelte je kWh Wärme – nach Gemeindegröße (2008).....	74

## **Tabellenverzeichnis**

Tabelle 1:	Eingesetzte Brennstoffmengen und Differenz zum Vorjahr .....	33
Tabelle 2:	Entwicklung der durchschnittlichen Brennstoff-Marktpreise.....	35
Tabelle 3:	Heizwerte nach Primärenergieträgern .....	37
Tabelle 4:	CO <sub>2</sub> - Emissionsfaktoren nach Brennstoffart.....	41
Tabelle 5:	CO <sub>2</sub> -Emissionen für verschiedene KWK-Anlagentypen .....	42
Tabelle 6:	Netzgebiete nach Erlöskategorien (2007/2008).....	85

## **Abkürzungsverzeichnis**

a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGFW	Der Energieeffizienzverband für Wärme, Kälte und KWK e. V.
Art.	Artikel

Aufl.	Auflage
AVBFernwärmeV	Verordnung über allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme
Az.	Aktenzeichen
BAFA	Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle
BEnSpG	Berliner Energiespargesetz
BDEW	Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e. V.
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
CO <sub>2</sub>	Kohlendioxid
e. V.	eingetragener Verein
DEHSt	Deutsche Emissionshandelsstelle
DVBl	Deutsche Verwaltungsblatt
EEG	Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien
EEWärmeG	Gesetz zur Förderung Erneuerbarer Energien im Wärmebereich
EEX	European Energy Exchange
EL	Ergänzungslieferung
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EU	Europäische Union
EWI	Energiewirtschaftliches Institut an der Universität zu Köln
f./ff.	folgende
Fn.	Fußnote
g	Gramm
GemRechtsG	Gesetz über Rechtsetzungsbefugnisse der Gemeinden
ggf.	gegebenenfalls
GO/GemO	Gemeindeordnung
GuD-Kraftwerk	Gas- und Dampfturbinenkraftwerk
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

GWh	Gigawattstunde
HEL	Heizöl extra leicht
hl	Hektoliter
i. d. R.	in der Regel
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
JZ	Juristenzeitung
KA	Konzessionsabgabe
KAV	Verordnung über Konzessionsabgaben für Strom und Gas
kg	Kilogramm
KliSchG	Klimaschutzgesetz
km	Kilometer
KO	Kommunalordnung
KSVG	Kommunaleselbstverwaltungsgesetz
KV/KVerf	Kommunalverfassung
kWh	Kilowattstunde
KWK	Kraft-Wärme-Kopplung
KWKG	Gesetz für die Erhaltung, die Modernisierung und den Ausbau der Kraft-Wärme-Kopplung (Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz)
l	Liter
lit.	litera (Buchstabe)
LImSchG	Landes-Immissionsschutzgesetz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
m <sup>3</sup>	Kubikmeter
Mio.	Million
MJ	Megajoule
Mrd.	Milliarde
MW	Megawatt
MWh	Megawattstunde

N&R	Zeitschrift für Netzwirtschaft & Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
o. Ä.	oder Ähnliches
OLG	Oberlandesgericht
RdE	Recht der Energiewirtschaft
Rn.	Randnummer
S.	Seite
sog.	sogenannte/r/s
t	Tonne
TEHG	Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz
TJ	Terajoule
TWh	Terawattstunde
u. a.	unter anderem
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VG	Verwaltungsgericht
VGH BW	Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Entscheidungssammlung der WuW
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil
ZNER	Zeitschrift für Neues Energierecht
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht

## **A. Zusammenfassung (executive summary)**

- 1 Der Fernwärmesektor spielt mit einer Beheizung von schätzungsweise 14 % des Wohnungsbestands in Deutschland eine bedeutende wirtschaftliche Rolle. Während von der Liberalisierung bei Strom und Gas positive Auswirkungen auf Wettbewerb und Verbraucher(netto)preise ausgingen, sind die Strukturen im Fernwärmebereich nach wie vor unverändert. Fernwärmenetze sind in sich geschlossene lokale wasser- oder dampfbasierte Versorgungssysteme, bei denen eine Durchleitung nicht ohne Weiteres möglich ist. Der etablierte lokale Wärmelieferant ist daher innerhalb des jeweiligen Netzgebietes in aller Regel der einzige Anbieter. Vor diesem Hintergrund sollte die Sektoruntersuchung des Bundeskartellamts zeigen, inwieweit sich die monopolistische Anbieterstruktur und somit der fehlende Wettbewerb zwischen Fernwärmeversorgern innerhalb eines Netzgebietes auf das Wettbewerbsverhalten und das Marktergebnis auswirken. Um dies herauszufinden, wurden 74 Unternehmen zu ihren Fernwärmegeschäften befragt. Insgesamt wurden so Daten zu Netzen, Erzeugungs- und Absatzstrukturen für rund 1.200 Netzgebiete erhoben. Erfasst wurde ein Wärmeabsatz von rund 38 TWh an Haushalts- und Kleingewerbekunden (im Folgenden: Privatkunden), was einer Abdeckung von rund 80 % der deutschlandweiten Wärmelieferungen an diese Kunden entsprechen dürfte.
- 2 Traditionell handelt es sich bei Fernwärmeversorgern um vertikal integrierte Unternehmen, d. h. sie betreiben das Wärmeverteilnetz und liefern – zumeist eigens erzeugte – Wärme an die an das Netz angeschlossenen Abnehmer. Sie sind somit auf mehreren Märkten tätig: Zum einen auf dem Markt für den Wärmetransport über das Netz, zum anderen auf den Märkten für die Belieferung von Industrie- / Gewerbekunden, großen Weiterverteilern bzw. Haushalts- und Kleingewerbekunden. Letzterer stand im Fokus der vorliegenden Sektoruntersuchung. Aspekte des Netzzugangs wurden jedoch ebenfalls untersucht. Zudem wurde die Rolle der Gemeinden bei der Vergabe von Wegerechten analysiert.
- 3 Nach Auffassung des Bundeskartellamts und des Bundesgerichtshofs bildet der Markt für die Belieferung von Kunden mit Fernwärme einen eigenständigen sachlich relevanten Markt und ist nicht als Teil eines allgemeinen Wärmemarktes anzusehen. Hat sich der Verbraucher einmal für ein bestimmtes Heizsystem entschieden, so ist er ab dem Zeitpunkt dieser Systementscheidung Nachfrager auf dem Markt für die Belieferung mit dem jeweiligen Heizmittel, also etwa Gas, Öl oder Fernwärme. Zwar geht von den jeweiligen benachbarten Heizmittelliefermärkten in gewissem Umfang Wettbewerbsdruck aus. Hierfür spricht, dass Preise in Netzgebieten mit einer Fernwärme-Abnahmeverpflichtung durchschnittlich höher ausfallen als in anderen Gebieten, in denen der Kunde zum Zeitpunkt des Erstanschlusses oder (unter erschwerten Bedingungen) zu einem späteren Zeitpunkt eine Systementscheidung gegen die Versorgung mit Fernwärme fällen kann. Der hohe Umstellungsaufwand verhindert indessen, dass der

Wettbewerbsdruck der benachbarten Märkte den Preissetzungsspielraum des jeweiligen Fernwärmelieferanten nach der Systementscheidung effektiv einschränken kann. Räumlich ist der Markt auf das lokale Fernwärmenetz begrenzt, da – anders als bei Strom und Gas – eine überregionale Verbindung zu anderen Fernwärmenetzgebieten nicht besteht.

- 4 Die Wärmebelieferung durch sog. Contractoren dürfte einen von der klassischen leitungsgebundenen Fernwärmeversorgung zu unterscheidenden eigenständigen sachlichen Markt darstellen. Beim Contracting tritt gegenüber dem Wärmekunden ein auf eigene Rechnung handelnder Dienstleister auf, welcher die Wärmeversorgung gegen laufende Zahlungen für ein oder mehrere Objekte während eines bestimmten Zeitraums übernimmt. Aus Verbrauchersicht mag ein Wechsel von der klassischen Fernwärmeversorgung zur Wärmebelieferung durch einen Contractor weniger Umstellungsaufwand und ggf. eine geringere Kostenbelastung bedeuten als der Wechsel zu einer Beheizung mit einem anderen Brennstoff wie Öl oder Gas. Dennoch erfordert der Übergang zu einer Contracting-Lösung einen erheblichen Planungsaufwand und zeitlichen Vorlauf, so dass die Wechselhürden auch hier so hoch sind, dass große Zweifel am Vorliegen eines einheitlichen Markts bestehen.
- 5 Auf dem Markt für die Belieferung von Privatkunden mit Fernwärme hat der etablierte Versorger eine beherrschende Stellung inne, d. h. er verfügt über wettbewerblich nicht kontrollierte Verhaltensspielräume. Zwar steht der Fernwärmeanbieter vor der erstmaligen Entscheidung eines Kunden für ein bestimmtes Heizsystem in einem sog. Systemwettbewerb zur Raumbeheizung mit Öl, Gas oder anderen Brennstoffen. Nachdem diese Entscheidung jedoch einmal gefallen ist, besteht keine Substituierbarkeit mit anderen Brennstoffen mehr, da diese für das Heizsystem des Kunden nicht verwertbar sind. Die im Fernwärmebereich üblichen langen Vertragslaufzeiten verstärken die marktbeherrschende Stellung des etablierten Fernwärmeversorgers, da dessen Kunden jeweils erst nach mehreren Jahren wieder für eine alternative Beheizungsform gewonnen werden können. Sofern ein kommunalrechtlicher Anschluss- und Benutzungszwang oder eine vergleichbar wirkende privatrechtliche Verpflichtung zur Fernwärmeabnahme in einem bestimmten Gebiet besteht, kann dort auch keinerlei Systemwettbewerb mehr stattfinden. Der Fernwärmeversorger verfügt insoweit über eine rechtlich abgesicherte Monopolstellung. Die Sektoruntersuchung hat gezeigt, dass in solchen Gebieten im Durchschnitt etwas höhere Erlöse erzielt werden. Durchleitungen von Fernwärme, die die Marktstellung des etablierten Versorgers schwächen könnten, gestalten sich wegen des in sich abgeschlossenen Wärmekreislaufs schwierig. Sie werden voraussichtlich auch längerfristig auf Einzelfälle beschränkt bleiben und daher auch keinen Wettbewerbsdruck entfalten können.
- 6 Bezogen auf das Privatkundengeschäft hat das Bundeskartellamt die Erlöse (also sämtliche Einnahmen) der Fernwärmeversorger in den von ihnen jeweils belieferten Netzgebieten

untersucht. Die Ergebnisse zeigen, dass bestehende Preissetzungsspielräume nicht notwendigerweise zu Lasten der Abnehmer genutzt werden. Ein insgesamt überhöhtes Preisniveau im Fernwärmesektor lässt sich prima facie nicht konstatieren. Die Ergebnisse vermitteln vielmehr ein sehr differenziertes Bild. Betrachtet man die Erlöse, die in den jeweiligen Netzgebieten mit Wärmelieferungen an Privatkunden erzielt wurden, so fallen diese äußerst unterschiedlich aus.

- 7 Zum Zwecke der besseren Vergleichbarkeit hat das Bundeskartellamt Netzgebiete in Abhängigkeit von der jeweiligen Netzlänge (und damit der Größe der Netzgebiete) in verschiedene Kategorien eingeteilt. Ein wesentliches Ergebnis der Sektoruntersuchung ist, dass größere Netzgebiete durchschnittlich für den Verbraucher deutlich kostengünstiger sind. So lag 2008 der Netto-Durchschnittserlös in der Gruppe der Kleinnetze (1 bis unter 10 km) bei 10,1 Cent/kWh, in der Gruppe der Mittelnetze (10 bis unter 100 km) bei 8,9 Cent/kWh und in der Gruppe der Großnetze (ab 100 km) bei lediglich 7,0 Cent/kWh.
- 8 Die Unterschiede zwischen den Erlösen bzw. Preisen in den einzelnen Netzgebieten sind erheblich: Die jeweils teuersten Netzgebiete lagen deutlich mehr als ein Drittel über dem Durchschnitt der jeweiligen Vergleichsgruppe; die Abstände zu den jeweils günstigsten Netzgebieten betragen bei Klein- und Mittelnetzen sogar deutlich über 100 %, bei Großnetzen immerhin über 50 %. Dies geht erheblich über die Abweichungen hinaus, die aus den durch Wettbewerb geprägten Endverbrauchermärkten für Gas- oder Stromlieferungen bekannt sind. Ein Anfangsverdacht für missbräuchlich überhöhte Preise lässt sich aus diesen Werten für die betroffenen Netzgebiete ohne Weiteres ableiten.
- 9 Nur ansatzweise hat das Bundeskartellamt geprüft, inwieweit aufgrund der strukturellen Gegebenheiten in einem Netzgebiet Gründe für höhere Preise vorliegen können. Ein relevanter Gesichtspunkt kann in diesem Zusammenhang die Auslastung in dem betreffenden Absatzgebiet sein, da sich Netzkosten für den Versorger bei höheren Umsätzen je Leitungsmeter schneller amortisieren. Neben der Netzinfrastruktur stellt die Brennstoffbeschaffung den maßgeblichen Kostenfaktor für die Fernwärmeversorgung dar. Hier treten jedoch erhebliche Unterschiede auf. So zeigt sich, dass Kohle der günstigste Brennstoff ist, während bei der Verwendung von Gas oder Öl deutlich höhere Kosten auftreten. Soweit Versorger selbst Fernwärme von Dritten beziehen, fallen hierfür Preise an, die in etwa auf dem Niveau von Gas liegen. Erstaunlich ist vor diesem Hintergrund, dass jedenfalls im Untersuchungszeitraum kein eindeutiger Zusammenhang zwischen verwendetem Brennstoff und Erlöshöhe zu bestehen schien. Das bedeutet, dass die Endverbraucherpreisentwicklung nicht unbedingt analog zur Brennstoffpreisentwicklung verlief. Ein Grund hierfür könnten die vertraglichen Preisgleitklauseln sein, die oftmals auch auf die Preisentwicklung von anderen Brennstoffen als demjenigen, der tatsächlich in erster Linie verwendet wird, abstellen.

- 10 Ab 2013 ist damit zu rechnen, dass sich erstmals auch die Kosten für den Erwerb von CO<sub>2</sub>-Zertifikaten auf die Verbraucherpreise auswirken. Kleine Wärmeerzeugungsanlagen bis zu einer Leistung von 20 MW sind zwar nach wie vor vom Emissionshandel ausgenommen. Große Wärmeerzeugungsanlagen benötigen hingegen ab 2013 CO<sub>2</sub>-Zertifikate. Ihnen entstehen dadurch spürbare Mehrkosten. Aus Sicht des Bundeskartellamtes stellt dies eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung dar, die im Vergleich insbesondere zu Öl- und Gasheizungen zu einer Schlechterstellung großer Fernwärme-Erzeugungsanlagen führt.
- 11 Anbieter von Fernwärme haben gegenüber dem etablierten Fernwärmenetzbetreiber und -lieferanten grundsätzlich einen wettbewerbsrechtlichen Anspruch aus § 19 Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 Nr. 4 GWB auf Mitbenutzung dessen Netzes, um eigene Kunden zu beliefern. Die Durchsetzung dieses Zugangsanspruchs steht jedoch unter dem Vorbehalt der technischen Machbarkeit sowie der Zumutbarkeit für den Netzbetreiber. Anders als Strom und Gas basiert die Fernwärme auf einem lokalen Kreislaufsystem mit Vor- und Rücklauf, in dem eine Wasser- oder Dampfeinspeisung Dritter technisch nicht einfach umzusetzen ist. Eine Umfrage des Bundeskartellamtes innerhalb des Netzwerkes der Europäischen Wettbewerbsbehörden hat ergeben, dass die Durchleitung durch dritte Wärmeerzeuger europaweit praktisch keine Rolle spielt; auch gibt es im Gegensatz zu Strom und Gas kein spezielles Durchleitungsregime für Fernwärme – selbst in Regionen, in denen der Fernwärmeversorgungsgrad sehr viel höher ist als in Deutschland. Aller Voraussicht nach werden Durchleitungsfälle aufgrund der Komplexität des Wärmenetzbetriebs und der Schwierigkeit der Integration neuer Erzeugungsanlagen auch in Zukunft die Ausnahme bleiben.
- 12 Die Verlegung und der Betrieb von Wärmenetzen erfordert in aller Regel die Nutzung von kommunalem Grund und Boden. Jeder Fernwärmelieferant und -netzbetreiber muss daher entsprechende Wegerechte von der jeweiligen Kommune erwerben. Diese ist ihrerseits beherrschende Anbieterin auf dem Markt für die Vergabe der benötigten Wegerechte und muss sich daher auch an den kartellrechtlichen Missbrauchsnormen messen lassen.
- 13 Das bedeutet zum einen, dass die Entgelte für die Gestattung der Wegenutzung nicht missbräuchlich überhöht sein dürfen. Die Sektoruntersuchung hat zwar gezeigt, dass sich die verlangten Entgelte – etwa im Vergleich zu Gas – bislang ganz überwiegend auf einem niedrigen Niveau bewegen. Es bleibt jedoch abzuwarten, ob im Zuge der Neuvergabe von Wegerechten hier eine Änderung eintritt. Bereits zum jetzigen Zeitpunkt gibt es auch Ausreißer und erhebliche Abweichungen zwischen den einzelnen Gemeinden, die auf einen Preishöhenmissbrauch hindeuten könnten.
- 14 Zum anderen muss die Kommune allen Nachfragern Wegerechte diskriminierungsfrei zur Verfügung stellen. Wenn die Gemeinde mit der Übertragung eines Wegerechts eine weitgehende Ausschließlichkeitsstellung beim Wärmevertrieb vermittelt, muss sie die



Wegenutzungsrechte in einem transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahren vergeben. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn ein Antragsteller über das bloße Wegerecht hinaus auch die alleinige Befugnis zur Wärmebelieferung in einem bestimmten Gebiet erhält, etwa im Wege einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit. Auch hier können Missbrauchsverfahren in Betracht kommen.

- 15 Insgesamt besehen, hat die Sektoruntersuchung nur in wenigen Fällen einen Handlungsbedarf im Hinblick auf missbräuchlich überhöhte Fernwärmeerlöse und –preise aufgezeigt. Hier bestehen jedoch teils sehr deutliche Preisabstände zum Durchschnitt der in der jeweiligen Vergleichsgruppe untersuchten Unternehmen. Naturgemäß wird im Rahmen einer Sektoruntersuchung nicht dieselbe Ermittlungstiefe wie bei konkreten Missbrauchsverfahren erreicht. Es kann daher auch bei denjenigen Netzgebieten, in denen die Erlöse stark überdurchschnittlich ausfallen, nicht automatisch von missbräuchlich überhöhten Preisen ausgegangen werden. Ungeachtet der Frage, ob strukturelle Besonderheiten des jeweiligen Netzgebietes den festgestellten Erlösabstand in Gänze zu erklären vermögen, müssen sämtliche für das betreffende Unternehmen vorteil- wie nachteilhafte Umstände in eine Gesamtschau einbezogen werden.
- 16 Das Bundeskartellamt beabsichtigt, zunächst diejenigen Netzgebiete mit den höchsten Erlösen in den Jahren 2007 und 2008 genauer zu untersuchen und zeitnah Missbrauchsverfahren gegen die dort tätigen Fernwärmeversorger einzuleiten. In diesem Zusammenhang müssen insbesondere zunächst die Zahlen für die Jahre 2009 bis 2011 ermittelt werden. Um wichtige Fragen bereits frühzeitig zu klären, sollen zügig Gespräche mit den betreffenden Unternehmen aufgenommen werden. Soweit sich der bestehende Anfangsverdacht erhärtet, wird das Bundeskartellamt die Öffentlichkeit hierüber in Kenntnis setzen.
- 17 Die wettbewerbliche Situation im Fernwärmebereich insgesamt wird sich auf absehbare Zeit nicht grundlegend ändern. Das Bundeskartellamt geht daher davon aus, dass – mangels ausreichender wettbewerblicher Kontrolle im Markt selbst – stichprobenhafte Überprüfungen und Verfahren gegen Unternehmen mit sehr hohen Preisen durch die Kartellbehörden nötig sein werden. Eine erleichterte Missbrauchskontrolle durch Einbeziehung der Fernwärme in § 29 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen wäre daher hilfreich. Eine Entflechtung und Regulierung der Wärmenetze hält das Bundeskartellamt hingegen nicht für geboten. Im Gegensatz zu Strom und Gas, kann Wärme praktisch nicht überregional von einem Netzgebiet in ein anderes geliefert werden. Auch sind Wärmenetze grundsätzlich als in sich geschlossene Systeme mit bedarfsoptimierter Wärmeerzeugung konzipiert. Netzzugänge durch Dritte im Sinne einer Durchleitung von Wärmemengen an eigene Kunden werden daher jedenfalls in bereits bestehenden Wärmenetzen auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben. Vor diesem Hintergrund würde eine generelle Entflechtung von Netzbetrieb, Wärmeerzeugung und -vertrieb

allenfalls marginale wettbewerbliche Verbesserungen mit sich bringen. Dem stünden erhebliche administrative Kosten und möglicherweise Synergieverluste gegenüber.

- 18 Wünschenswert wäre ferner eine Stärkung des Systemwettbewerbs, da hierdurch Druck auf die Preissetzung im Fernwärmebereich ausgeübt würde. In diesem Zusammenhang sollte insbesondere eine stärkere Transparenz der Fernwärmepreise durch Veröffentlichung im Internet und eine Verkürzung der Laufzeiten von Verträgen mit privaten Endverbrauchern erwogen werden. Wichtig ist auch, dass ein *level playing field* für den Heizsystemwettbewerb geschaffen wird. So sollten Fernwärme-Abnahmeverpflichtungen auf wenige Ausnahmen beschränkt bleiben. Auch sollten sich Fernwärmeversorger – weitergehend als es das KWKG derzeit vorsieht – dem Wettbewerb durch hocheffiziente KWK-Kleinanlagen stellen müssen. Umgekehrt sollten größere Fernwärmeerzeugungsanlagen im Systemwettbewerb im Hinblick auf CO<sub>2</sub>-Zertifikate gegenüber anderen Heizungsformen nicht benachteiligt werden.

## **B. Einführung**

- 19 Im September 2009 leitete das Bundeskartellamt eine Untersuchung des Fernwärmesektors ein. Grundlage hierfür bildete § 32e GWB, der den Kartellbehörden die Befugnis verleiht zu prüfen, ob und ggf. inwieweit der Wettbewerb in einem Wirtschaftszweig möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist.
- 20 Für eventuelle Wettbewerbsbeschränkungen lagen diverse Anhaltspunkte vor. So hatten sich zum einen zahlreiche Verbraucher über zu hohe Fernwärmepreise beschwert. Zum anderen wiesen öffentlich verfügbare Fernwärmepreisvergleiche hohe Preisunterschiede aus, die sich ohne Weiteres nicht erklären ließen. Darüber hinaus führt das Bundeskartellamt gegen ein Fernwärmeunternehmen derzeit ein Verfahren wegen des konkreten Verdachts missbräuchlich überhöhter Preise. Die in klassischen Fernwärmenetzgebieten bestehende Marktbeherrschung des lokalen Versorgers erleichtert zudem missbräuchliche Verhaltensweisen.
- 21 Die Untersuchung beschränkte sich auf den Privatkundenbereich, da dem Bundeskartellamt hinsichtlich der Versorgung von Industriekunden mit Fern- oder Prozesswärme keine Anhaltspunkte für missbräuchliche Verhaltensweisen vorlagen.<sup>1</sup> Es ist zudem davon auszugehen, dass Industrieunternehmen im Regelfall über eine deutlich bessere Verhandlungsposition und Nachfragemacht verfügen als Privatverbraucher, da sie notfalls in der Lage sind, eine eigenständige für das betreffende Unternehmen optimierte Wärmeversorgung aufzubauen.

---

<sup>1</sup> Der Privatkundenbereich ist auch betroffen, wenn die Belieferung mit Fernwärme über Zwischenentscheider wie z. B. Wohnungsbaugesellschaften, vermittelt wird. Vgl. dazu *Büdenbender*, Die kartellrechtliche Kontrolle der Fernwärmepreise, S. 39 f.

### **C. Zielsetzung der Sektoruntersuchung / Schwerpunkte des Berichts**

- 22 Die Sektoruntersuchung verfolgt mehrere Ziele: Zunächst ist sie für eine bessere Marktkenntnis des Bundeskartellamts von grundlegender Bedeutung. Die gewonnenen Erfahrungen ermöglichen es, Wettbewerbsbeschränkungen, Marktzutrittsschranken und missbräuchliche Verhaltensweisen zu identifizieren und gegen sie vorzugehen.
- 23 Die Sektoruntersuchung sollte Aufschluss darüber geben, ob in Einzelfällen ein Anfangsverdacht missbräuchlich überhöhter Preise besteht, der ein kartellrechtliches Eingreifen nahelegt. Im Rahmen von Tarifvergleichen – etwa des AGFW<sup>2</sup> oder des Bundesverbandes der Energieabnehmer – sind mitunter erhebliche Preisdifferenzen zu beobachten. Die genannten Vergleiche beruhen indessen auf typisierten Verbrauchsfällen zu einem bestimmten Stichtag. Das Bundeskartellamt geht davon aus, dass solche reinen Tarifvergleiche weniger aussagekräftig sind als ein sog. Erlösvergleich, dem jeweils die realen Liefermengen zu den im Lieferzeitpunkt gültigen Preisen zu Grunde liegen.<sup>3</sup> Die Sektoruntersuchung sollte daher klären, ob sich auch beim Erlösvergleich starke Abweichungen ergeben und ob hierfür möglicherweise bestimmte Faktoren (Netzlänge, eingesetzter Brennstoff) in erster Linie verantwortlich sind.
- 24 Die gewonnene Datenbasis dient des Weiteren dazu, im Bedarfsfall geeignete Vergleichsunternehmen zu identifizieren, welche als „Benchmark“ in kartellrechtlichen Verfahren herangezogen werden können. Zu diesem Zweck wurden etwa Angaben zu Netzlängen, Anlagen und verwendeten Brennstoffen erhoben. Ferner soll die Sektoruntersuchung einen Beitrag zur Information der (Fach-)Öffentlichkeit leisten und so zu mehr Transparenz beitragen. Schließlich lassen sich aus gewonnenen Erkenntnissen Empfehlungen an den Gesetzgeber ableiten, wie der Wettbewerb durch legislative Maßnahmen gestärkt und Marktzutrittsschranken beseitigt werden könnten.
- 25 In den nachfolgenden Kapiteln soll zunächst das Vorgehen des Bundeskartellamts kurz dargestellt werden (Kapitel D. Methodik und E. Verfahrensablauf). Sodann folgt ein empirischer Teil, welcher in erster Linie die Auswertungen enthält, die auf der Grundlage der gelieferten Unternehmensangaben vorgenommen wurden (Kapitel F. Struktur des Fernwärmesektors). Anschließend erfolgt eine wettbewerbliche Beurteilung des Fernwärmesektors unter Einbeziehung der vorgenommenen Auswertungen (Kapitel G. Wettbewerbliche Würdigung). Zuletzt wird eine Handlungsempfehlung an den Gesetz- bzw. Verordnungsgeber formuliert (Kapitel H. Fazit und Handlungsempfehlung).

---

<sup>2</sup> AGFW - Der Energieeffizienzverband für Wärme, Kälte und KWK e. V.; früher „Arbeitsgemeinschaft für Wärme und Heizkraftwirtschaft“.

<sup>3</sup> Zu den Vorteilen des Erlösvergleichs, s.u. Rn. 198 f.

- 26 Das Bundeskartellamt geht davon aus, dass der jeweilige Fernwärmeversorger einerseits gegenüber Privatkunden als marktbeherrschend anzusehen ist (Rn. 190 ff.) sowie andererseits auch eine marktbeherrschende Stellung gegenüber unternehmensfremden Produzenten von Wärme innehat, die eigene Kunden im Wege der Durchleitung beliefern (Rn. 226) oder ihre erzeugten Wärmemengen gegen Entgelt in das lokale Wärmenetz einspeisen wollen (Rn. 245). Marktbeherrschend sind ferner die Gemeinden bei der Vergabe von Wegerechten, die für das Verlegen und den Betrieb von Fernwärmeleitungen vonnöten sind, sowie bei der Festsetzung von Gestattungsentgelten (Rn. 253).
- 27 Vor diesem Hintergrund geht der vorliegende Bericht auf folgende mögliche missbräuchliche Verhaltensweisen von Fernwärmeversorgern ein:
- überhöhte Preissetzung für Fernwärmelieferungen an Privatkunden;
  - Verweigerung von Durchleitungen;
  - Verweigerung der Abnahme von Wärmemengen Dritter.
- 28 Des Weiteren werden folgende mögliche missbräuchliche Verhaltensweisen von Gemeinden beleuchtet:
- diskriminierende Vergabe von Wegerechten;
  - Preishöhenmissbrauch bei Gestattungsentgelten.
- 29 Das Hauptaugenmerk des Berichts liegt indessen auf dem Verdacht missbräuchlich überhöhter Preise für Fernwärmelieferungen an Privatkunden. Um dem nachzugehen wurde ein Erlösvergleich erstellt, der das jeweilige Preisniveau der untersuchten Netzgebiete darstellt (Rn. 132 ff.). Die wettbewerbliche Bewertung der Ergebnisse des Erlösvergleichs findet sich in Rn. 200 ff.
- 30 Das Bundeskartellamt strebt einen Dialog mit Marktteilnehmern, Verbänden und Politik an. Alle interessierten Kreise erhalten daher Gelegenheit, zu dem vorliegenden Bericht bis zum 5. Oktober 2012 schriftlich Stellung zu nehmen.**

#### **D. Methodik**

- 31 Im Mittelpunkt der Sektoruntersuchung stand die Situation der privaten Endverbraucher (und Kleingewerbekunden).<sup>4</sup> Es erwies sich indessen als schwierig, eine stringente Definition des Privatverbrauchers zu finden. Viele Unternehmen nehmen im Rahmen ihrer Buchhaltung

---

<sup>4</sup> Kleingewerbekunden befinden sich hinsichtlich Abnahmeverhalten und –mengen in der gleichen Situation wie Haushaltskunden. Dementsprechend werden auch Kleingewerbekunden in den Endverbrauchermarkten für Strom und Gas demselben Markt wie Haushaltskunden zugerechnet. Nachfolgend ist zur Vereinfachung allgemein von Privatkunden die Rede.

keinerlei Differenzierung nach Kategorien von Kunden vor. Oftmals wird sogar für sämtliche Kunden vertraglich die Geltung der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme (AVBFernwärmeV) vereinbart, obwohl die Verordnung Industrieunternehmen nach § 1 Abs. 2 aus ihrem Anwendungsbereich ausnimmt. Eine Differenzierung allein über die Abnahmemenge war nicht möglich, da mitunter auch Wohnungsbaugesellschaften große Wärmemengen abnehmen, diese aber für Privatkunden in dem jeweiligen Wohnungsbestand bestimmt sind. Das Bundeskartellamt geht davon aus, dass der verwendete Privatkunden-Datensatz weitestgehend um Angaben zu Industriekunden bereinigt werden konnte. Die Restmenge an Daten ist, was die Verbrauchsmengen und Preise privater Endverbraucher anbelangt, hinreichend repräsentativ. Im Rahmen der Sektoruntersuchung war eine gewisse Unschärfe in diesem Punkt hinzunehmen, da eine detailliertere Befragung einen unangemessenen Mehraufwand für eine Vielzahl von Unternehmen bedeutet hätte.

- 32 Das Bundeskartellamt hat die Untersuchung auf die Erhebung von Erlösdaten fokussiert, da hohe Erlösabstände in aller Regel einen Anfangsverdacht für missbräuchlich überhöhte Preise begründen. Auf der Kostenseite wurden Ausgaben für Brennstoffe sowie die Länge des jeweiligen Wärmeversorgungsnetzes erfragt. Diese Parameter ließen sich ohne unverhältnismäßigen Aufwand abfragen und können in späteren Missbrauchsverfahren dazu dienen, geeignete Vergleichsunternehmen bzw. vergleichbare Netzgebiete zu finden.

## **E. Verfahrensablauf**

### **I. Datenerhebung und -auswertung**

- 33 Die im Rahmen der Sektoruntersuchung befragten Unternehmen wurden in erster Linie im Hinblick auf die jeweils gelieferten Wärmemengen ausgewählt.<sup>5</sup> Die geographische Verteilung der betrachteten Fernwärmenetzgebiete spielte demgegenüber eine nachrangige Rolle. Große Unternehmen, wie etwa RWE, E.ON, EnBW oder Vattenfall lieferten Angaben zu allen Netzgebieten, in denen sie Privatkunden mit Fernwärme beliefern. Somit war gewährleistet, dass sämtliche Bundesländer in die Betrachtung einbezogen wurden.
- 34 Die untersuchten Unternehmen wurden mittels Fragebogen zur Angabe von Daten zu Brennstoffen, Netzdaten, Erlösen und der Art der Fernwärmeerzeugung für die Jahre 2007 und 2008 aufgefordert. Auf weitere Anfrage des Bundeskartellamts stellten die Unternehmen dem Bundeskartellamt im Juli 2011 zudem Gestattungsverträge zur Verfügung. Aus diesen lässt sich

---

<sup>5</sup> Fragebögen waren für alle gemäß § 36 Abs. 2 GWB konzernverbundenen Unternehmen auszufüllen, die in den Jahren 2007 und 2008 einen jährlichen Fernwärmeabsatz von jeweils mindestens 200 GWh aufwiesen.

ersehen, in welchem Umfang und auf welcher Bemessungsgrundlage Gemeinden als Gegenleistung für die Beanspruchung kommunalen Bodens durch Verlegung und Betrieb von Fernwärmeleitungen Entgelte zustehen.

- 35 Das Bundeskartellamt verzichtete bei seiner Erhebung weitestgehend auf Kostendaten und detaillierte technische Informationen zu Netzen und Erzeugungsanlagen. Zwar wäre eine Erfassung noch detaillierteren Zahlenmaterials unter dem Gesichtspunkt einer möglichen späteren Verwendung in Missbrauchsverfahren hilfreich gewesen. Die befragten Unternehmen, gegen die bei Durchführung einer Sektoruntersuchung gerade *kein konkreter Missbrauchsverdacht* vorliegt, haben jedoch bereits erhebliche Anstrengungen unternommen, um die geforderten Angaben vollständig zu liefern. Um die Belastung für die Unternehmen in Grenzen zu halten und die Untersuchung innerhalb eines überschaubaren Zeitraums zu Ende führen zu können, war daher die Befragung bewusst „selektiv“ konzipiert worden. Des Weiteren wurden den Unternehmen in bestimmten Einzelfällen Erleichterungen beim Ausfüllen der Fragebögen zugestanden.
- 36 Trotz vorgenannter Einschränkungen war im Rahmen der Sektoruntersuchung ein beträchtliches Datenvolumen zu bearbeiten. Während einerseits Daten fehlten, erhielt das Bundeskartellamt andererseits eine große Anzahl unplausibler Daten. Dies machte zahlreiche Klärungsgespräche und Nacherhebungen erforderlich. Die Datenauswertung verzögerte sich hierdurch erheblich; die Datenerhebung konnte erst in der zweiten Jahreshälfte 2011 abgeschlossen werden. Aufgrund der in diesem Zusammenhang gesammelten Erfahrungen ist jedoch davon auszugehen, dass in künftigen Missbrauchsverfahren – insbesondere im Fernwärmebereich – eine Datenabfrage und -auswertung deutlich schneller durchgeführt werden kann.

## **II. Beschwerde vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf**

- 37 Gegen den Auskunftsbefehl des Bundeskartellamts vom September 2009 hatten die Stadtwerke Flensburg im Oktober 2009 Beschwerde beim Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf eingelegt. In dieser bestritten sie insbesondere die Zuständigkeit des Bundeskartellamts sowie das Vorliegen der nach § 32e GWB für eine Sektoruntersuchung notwendigen Voraussetzungen. In seinem Beschluss vom 4. August 2010<sup>6</sup> entschied das OLG Düsseldorf, dass das Bundeskartellamt zuständig sei. Dies gelte selbst dann, wenn man § 48 Abs. 2 GWB direkt oder analog anwende, denn die vermuteten Wettbewerbsbeschränkungen fänden in mehreren Bundesländern statt.<sup>7</sup> Es gebe zudem zumindest ein Unternehmen, dessen

---

<sup>6</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.08.2010, Az. VI-2 Kart 8/09 (V).

<sup>7</sup> OLG Düsseldorf, a. a. O., zit. nach juris Rn. 19.

Fernwärmeaktivitäten sich auf mehrere Bundesländer erstreckten.<sup>8</sup> Ein Anfangsverdacht gegen ein bestimmtes von der Sektoruntersuchung betroffenes Unternehmen sei für die Rechtmäßigkeit eines Auskunftsbeschlusses im Rahmen einer Sektoruntersuchung nach § 32e GWB nicht notwendig. An einen Anfangsverdacht seien angesichts der strukturellen Gegebenheiten der betroffenen Märkte nur niedrige Anforderungen zu stellen.<sup>9</sup> Das OLG Düsseldorf stellte ferner fest, dass im Hinblick auf die erheblichen Umstellungsschwierigkeiten der Verbraucher kein einheitlicher Wärmemarkt bestehe und es sich bei der Fernwärmeversorgung um einen nahezu idealtypischen Monopolmarkt handle.<sup>10</sup>

- 38 Im Anschluss an den Beschluss des OLG Düsseldorf lieferten die Stadtwerke Flensburg die angeforderten Angaben fristgemäß nach. Die Fernwärmepreise der Stadtwerke Flensburg gehörten 2007/08 deutschlandweit zu den günstigsten.

### **III. Vergleich auf europäischer Ebene**

- 39 Im Mai 2012 trat das Bundeskartellamt an die Wettbewerbsbehörden im *European Competition Network* heran, um sich über die Rechtslage in den betreffenden EU-Mitgliedstaaten sowie Erfahrungen im Fernwärmebereich zu informieren.
- 40 Naturgemäß spielt Fernwärme in den südlichen Regionen Europas kaum eine Rolle. Bemerkenswerterweise ist Fernwärme darüber hinaus aber auch in Großbritannien und Irland weitgehend bedeutungslos. Hingegen ist Fernwärme als Heizmittel in den Ländern Mittel-, Ost- und Nordeuropas weit verbreitet. So geht die Nutzung in einigen der dortig liegenden EU-Staaten deutlich über das Niveau in Deutschland hinaus, mitunter handelt es sich sogar um die dominante Beheizungsform. In Dänemark, der Slowakei oder in Estland werden rund 60 % der Wohnungen über Fernwärmesysteme versorgt, in Schweden annähernd 60 %, in Finnland etwa 50 %; in Österreich und Rumänien liegt der Anteil bei rund 20 %. Dementsprechend findet man in diesen Staaten auch häufiger fernwärmespezifische Gesetzgebung. Einerseits scheint Fernwärme als Beheizungsform aufgrund ihrer ökologischen Vorzüge auf dem Vormarsch zu sein. Andererseits bestehen in Osteuropa mitunter auch Probleme mit maroden, überdimensionierten Netzen, die eine ungünstige Kostenstruktur aufweisen.
- 41 Die europäischen Wettbewerbsbehörden verfügen bislang nur über geringe Fallerfahrung im Bereich der Fernwärme. So wurden zwar einige Unternehmenszusammenschlüsse geprüft. Es gab bislang jedoch kaum Verfahren, in denen Endverbraucherpreise einer eingehenden wettbewerbsrechtlichen Prüfung unterzogen worden wären. Mitunter werden die

---

<sup>8</sup> OLG Düsseldorf, a. a. O., zit. nach juris Rn. 22.

<sup>9</sup> OLG Düsseldorf, a. a. O., zit. nach juris Rn. 29 und 31.

<sup>10</sup> OLG Düsseldorf, a. a. O., zit. nach juris Rn. 31.

Endverbraucherpreise auch reguliert (z. B. in Bulgarien, Estland, Lettland, Rumänien, Slowakei), so dass für kartellrechtliche Verfahren insoweit kein Raum mehr ist. In den Niederlanden ist ein Wärmegesetz (*Warmtewet*) in Planung, das ebenfalls die Regulierung von Endverbraucherpreisen vorsieht. Ursprünglich sollte das Gesetz eine Maximalgrenze für Wärmetarife beinhalten, die sich am Preis der Beheizung mit Gas orientieren sollte („Niet meer dan anders“). Ob und in welcher Form eine solche Preisgrenze Eingang in die finale Fassung des *Warmtewet* findet, ist derzeit unklar. Die schwedische Wettbewerbsbehörde hatte zwei Missbrauchsverfahren wegen Preisüberhöhungen eröffnet, diese aber 2010 schließlich eingestellt.<sup>11</sup> Missbrauchsverfahren wegen Netzzugangsverweigerung wurden ebenfalls nur vereinzelt geführt.<sup>12</sup> In der Slowakei wurden auch Fälle von Anschluss- und Benutzungszwang durch die Kartellbehörde geprüft.

- 42 In jüngerer Vergangenheit ist ein verstärktes Interesse am Fernwärmesektor zu verzeichnen. So haben Behörden Sektoruntersuchungen durchgeführt (Finnland<sup>13</sup>, Rumänien<sup>14</sup>, Tschechien) oder planen dies derzeit. Mitunter wird auch erwogen, den Fernwärmesektor (weitergehend) zu regulieren und beispielsweise den Netzbetreiber zur Abnahme von Wärmemengen zu verpflichten, die im Einzugsbereich des Wärmenetzes erzeugt werden.

## F. Struktur des Fernwärmesektors

- 43 Im Rahmen der Sektoruntersuchung wurden 74 Fernwärmeversorgungsunternehmen befragt. Diese lieferten für das Jahr 2008 Beschaffungs-, Erzeugungs-, Netz- und Vertriebsdaten zu 1.169 Fernwärmenetzgebieten.<sup>15</sup> Erfasst wurden Wärmelieferungen an Privatkunden im Umfang von rund 38 TWh. Schätzungsweise deckt die Sektoruntersuchung damit rund 80 % des Fernwärmeabsatzes an private Endverbraucher in Deutschland ab.<sup>16</sup>

---

<sup>11</sup> Eines der betroffenen Unternehmen hatte zuvor eine Erlösbegrenzung zugesagt, der Beschluss der schwedischen Wettbewerbsbehörde ist abrufbar im Internet unter <http://www.kkv.se/upload/Filer/Konkurrens/2010/07-0521.pdf>.

**Sämtliche Verweise auf Internetquellen entsprechen dem Stand des Berichtsdatums.**

<sup>12</sup> Zur Frage des Zugangs Dritter zu Wärmenetzen s. unter G.II.3 Entwicklungen in anderen EU-Ländern, Rn. 242 f.

<sup>13</sup> S. dazu die entsprechende Meldung der finnischen Wettbewerbsbehörde, im Internet abrufbar unter <http://www.kilpailuvirasto.fi/cgi-bin/english.cgi?luku=news-archive&sivu=news/n-2012-01-16>.

<sup>14</sup> Für die Stadt Bukarest; noch nicht abgeschlossen.

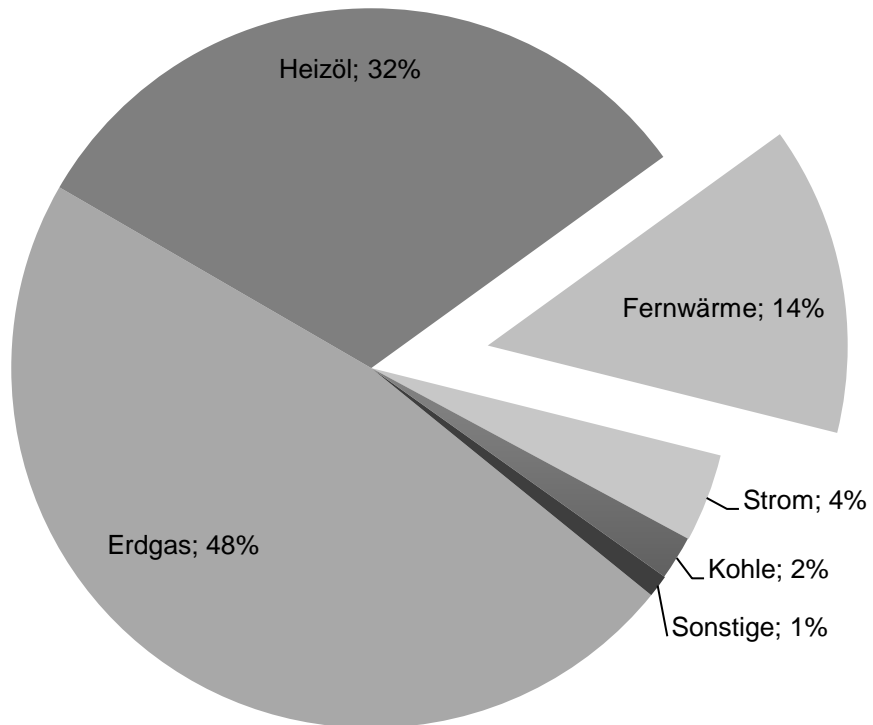
<sup>15</sup> Zahlen für 2007: 1.057 Netzgebiete.

<sup>16</sup> Laut Bundesverband der deutschen Energie- und Wasserwirtschaft (BDEW) lag die gesamte Wärmeabnahmemenge im Privatkundenbereich im Jahr 2008 bei 46 TWh, s. BDEW, Energiemarkt Deutschland – Zahlen, und Fakten zur Gas-, Strom- und Fernwärmeversorgung, S. 10.



- 44 99 % der Privatwohnungen in Deutschland werden mit Erdgas, Heizöl, Fernwärme, Strom oder Kohle beheizt. Fernwärme liegt dabei mit einem Anteil von 14 % hinter Gas und Heizöl an dritter Stelle, wie Abbildung 1 entnommen werden kann.

**Abbildung 1: Beheizung von Wohngebäuden in Deutschland (2010)**



Quelle: Auskunft des AGFW

## I. Fernwärmenetze

### 1. Statistische Erfassung und Einteilung

- 45 Die im Untersuchungszeitraum betrachteten Fernwärmenetzgebiete wiesen eine Gesamtnetzlänge von 15.283 km im Jahr 2007 bzw. 15.535 km im Jahr 2008 auf. Die durchschnittliche Netzlänge lag bei 14,5 km (2007) bzw. 13,3 km (2008), wobei die Bandbreite von wenigen Metern bis über 800 km reichte.
- 46 Zu Vergleichszwecken wurden die jeweiligen Fernwärmenetzgebiete in Abhängigkeit von der jeweiligen Netzlänge in folgende vier Kategorien unterteilt:
- Netzgebiete mit Netzen unter einem Kilometer Länge (< 1 km)
    - im Folgenden: Kleinstnetze;
  - Netzgebiete mit Netzen ab ein Kilometer bis unter 10 Kilometer Länge (1..<10 km)

– im Folgenden: Kleinnetze;

- Netzgebiete mit Netzen ab 10 Kilometer bis unter 100 Kilometer Länge (10..<100 km)

– im Folgenden: Mittelnetze;

- Netzgebiete mit Netzen ab 100 Kilometer Länge ( $\geq 100$  km)

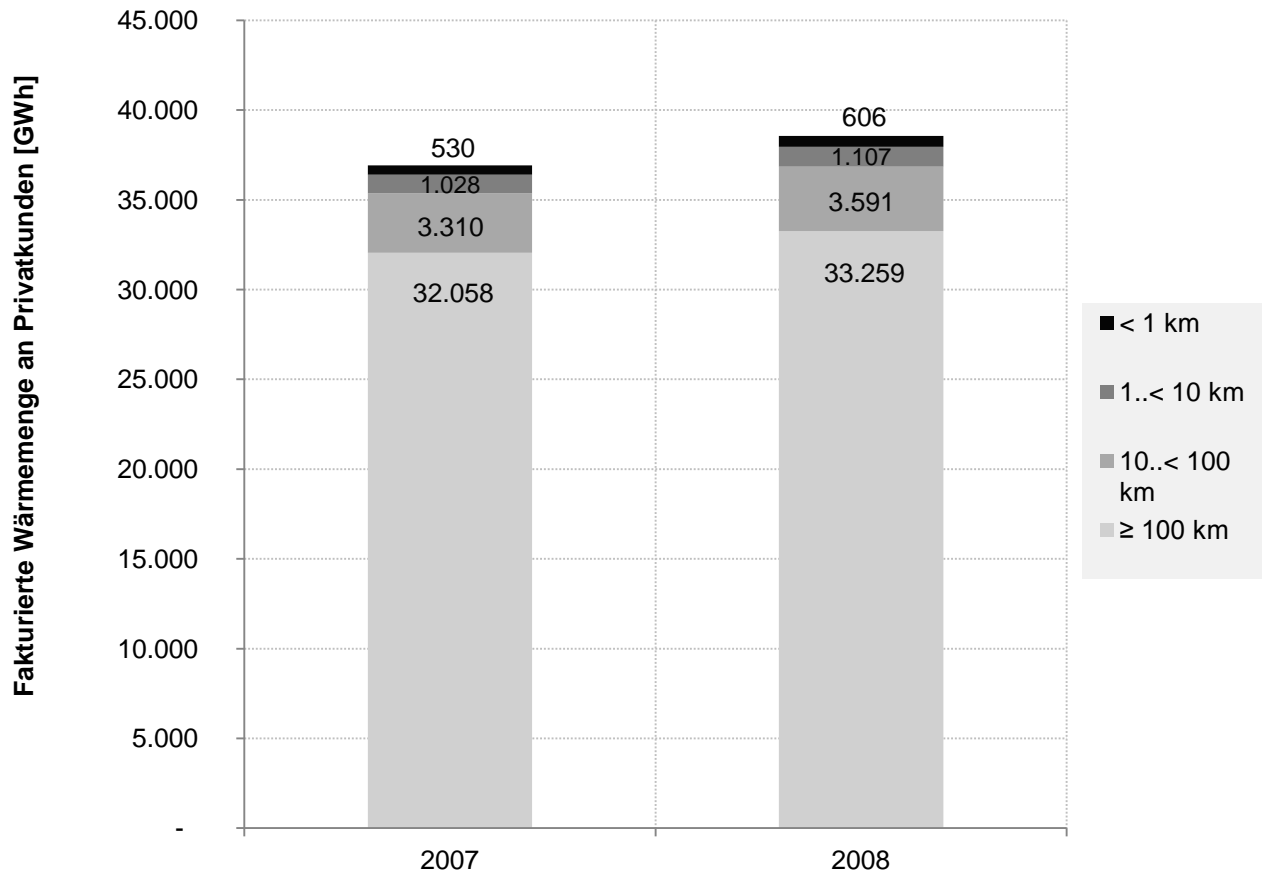
– im Folgenden: Großnetze.

47 Bei der Gruppe der Kleinstnetze wurde von einer detaillierten Analyse der Erlöse abgesehen, da bei einer Vielzahl der betroffenen Netzgebiete lokale oder vertraglich begründete Besonderheiten zu beobachten waren, welche im Ergebnis zu atypisch hohen oder niedrigen statistischen Werten führten. Aufgrund ihrer geringen wirtschaftlichen Bedeutung wurden zudem Netzgebiete aus der Vergleichserlösbetrachtung<sup>17</sup> ausgeklammert, in denen die an Privatkunden fakturierte Wärmemenge unter 10 GWh betrug. Auf diese Netzgebiete mit sehr kurzen Netzen bzw. sehr geringen Umsätzen entfielen zusammen genommen lediglich ca. 2 % der gesamten betrachteten Wärmemengen, die an Privatkunden fakturiert wurden, auf Netzgebiete mit Großnetzen hingegen deutlich über 80 % (s. dazu die nachfolgende Abbildung 2).

---

<sup>17</sup> S. dazu unter F.VI.3, Rn. 132 ff.

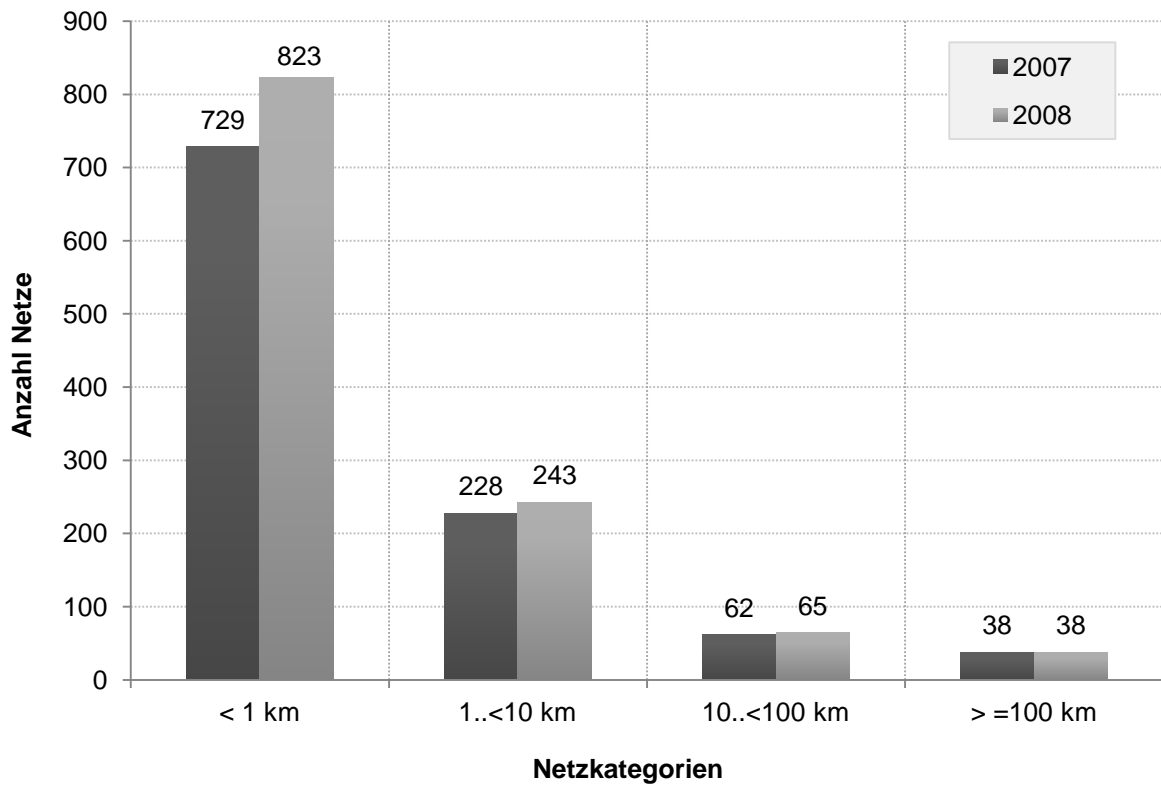
Abbildung 2: Fakturierte Wärmemengen an Privatkunden nach Netzkategorien



Quelle: eigene Darstellung

- 48 Ein umgekehrtes Bild ergibt sich bei der Anzahl der Netze, wie Abbildung 3 zeigt. Demnach beträgt die Netzlänge in über zwei Drittel aller Netzgebiete weniger als ein Kilometer.

Abbildung 3: Häufigkeitsverteilung der Netzgebiete nach Netzkategorien



Quelle: eigene Darstellung

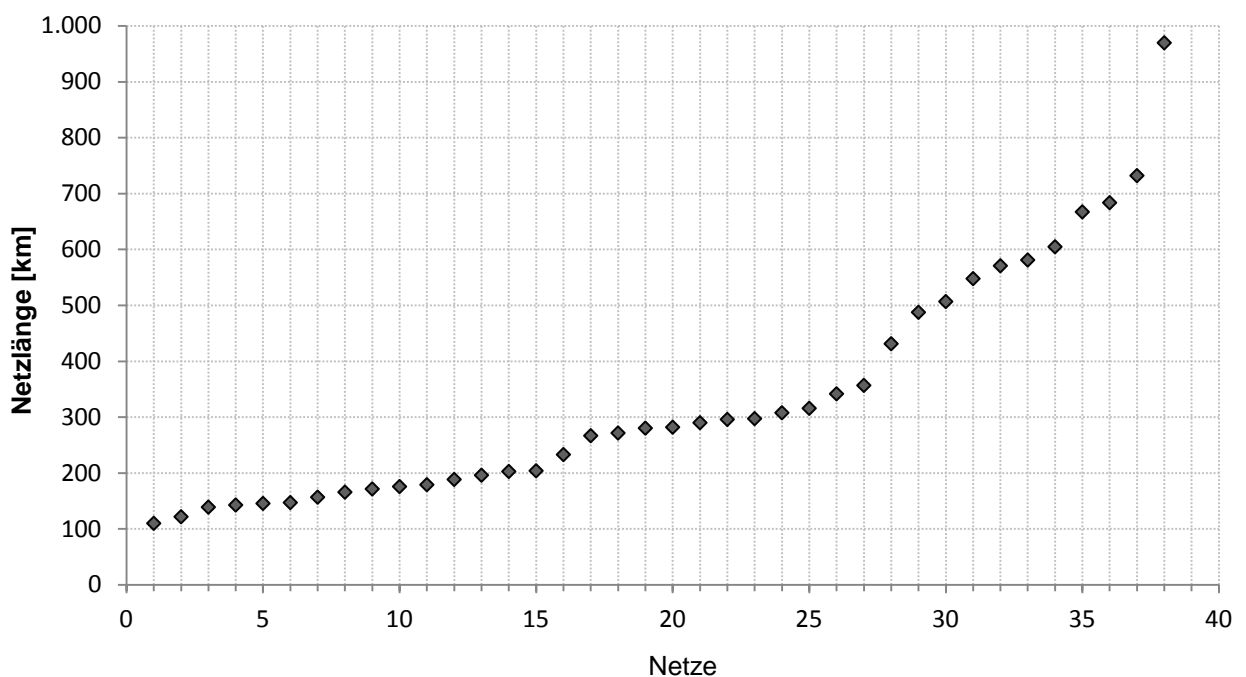
- 49 Die gebildeten Vergleichsgruppen sind hinsichtlich Versorgungsbedingungen und Infrastruktur noch relativ homogen. Die Einteilung der Vergleichsgruppen erfolgte insbesondere im Hinblick darauf, dass mit zunehmender Netzausdehnung in der Regel auch größere Wärmeerzeugungsanlagen eingesetzt werden. Zudem befinden sich längere Netze typischerweise in Ballungsgebieten. Die dort vorherrschende höhere Siedlungsdichte führt zu geringeren Wärmeverteilungskosten.<sup>18</sup>
- 50 Die Vergleichsgruppenbildung dient mithin als eine Art Indikator für wahrscheinliche Größenvorteile. Die vorgenommene Einteilung bedeutet indessen keinesfalls, dass auch in eventuellen Missbrauchsverfahren im Fernwärmesektor notwendigerweise auf Unternehmen mit Netzen in denselben hier gebildeten Vergleichsgruppen abgestellt würde; es wäre auch nicht unbedingt der jeweilige Erlösdurchschnitt der einschlägigen Netzkategorie als Benchmark für einen wettbewerbsanalogen Preis heranzuziehen. Das Bundeskartellamt würde vielmehr anhand des Einzelfalles entscheiden, welche Netzgebiete aufgrund ihrer strukturellen Merkmale

<sup>18</sup> S. dazu *Erdmann / Dittmar*, Technologische und energiepolitische Bewertung der Perspektiven von Kraft-Wärme-Kopplung in Deutschland, S. 43 f. Im Internet abrufbar unter [http://www.ensys-tu-berlin.de/fileadmin/fg8/Downloads/Sonstiges/2010\\_KWK\\_Studie\\_Langversion\\_FGEnsys\\_TUBerlin.pdf](http://www.ensys-tu-berlin.de/fileadmin/fg8/Downloads/Sonstiges/2010_KWK_Studie_Langversion_FGEnsys_TUBerlin.pdf).

besonders gut mit dem konkret untersuchten hochpreisigen Netzgebiet verglichen werden könnten. Dabei stellt die Netzlänge zwar einen bedeutenden Parameter dar; der Anlagenstruktur und dem verwendeten Brennstoff(mix) kommt jedoch gleichermaßen eine hohe Bedeutung zu.

- 51 Innerhalb der jeweiligen Netzkategorie bestehen naturgemäß strukturelle Unterschiede zwischen den Netzgebieten mit den kürzesten bzw. längsten Netzen. Exemplarisch ist dies in unten stehender Abbildung 4 für die – wirtschaftlich gesehen bedeutendste – Kategorie der Großnetze veranschaulicht:

**Abbildung 4: Darstellung der erfassten Großnetze nach Netzlänge**



Quelle: eigene Darstellung

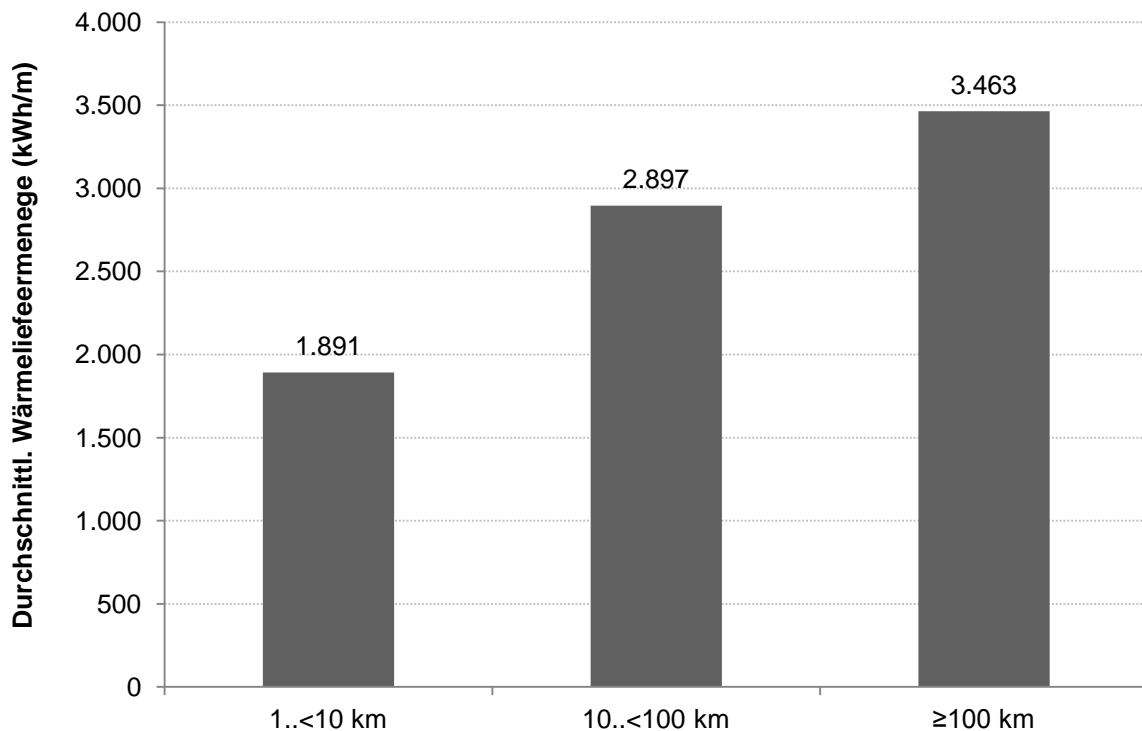
## 2. Metermengenwerte

- 52 Bei Missbrauchsverfahren im Wasserbereich hat das Bundeskartellamt zu Vergleichszwecken unter anderem auf den sog. Metermengenwert abgestellt, also die jeweils abgesetzte Wassermenge je Meter Netz. Auch im Fernwärmebereich kann der Metermengenwert, gemessen in Wärmeliefermenge je Netzmeter<sup>19</sup>, auf Ähnlichkeiten bei der Kostenstruktur im Netzbetrieb hinweisen. Allerdings ist im Fernwärmebereich gerade die Erzeugung sehr kostenintensiv und unterliegt in Abhängigkeit von den Brennstoffmärkten starken Schwankungen. Des Weiteren spiegelt der Metermengenwert kostenrelevante strukturelle Aspekte wie etwa Höhenunterschiede (die einen erhöhten Pumpaufwand erfordern) gerade

<sup>19</sup> Soweit der vorliegende Bericht auf Netzmeter abstellt, ist jeweils die Trasse gemeint. Diese kann aus zwei (Vor- und Rücklauf Heizwasser-/Heizdampf) oder drei Leitungen (zusätzlich Warmwasser) bestehen.

nicht wider. In kurzen Netzen kann zudem der Aufwand für die Rohrisolierung geringer ausfallen, da Heizwasser / Heißdampf für eine deutlich kürzere Distanz auf hohen Temperaturen gehalten werden muss. Ein Vergleich der durchschnittlichen Metermengenwerte kann dennoch einen ersten Anhaltspunkt für gewisse Kostenvorteile oder -nachteile darstellen, die sich aus einer hohen bzw. niedrigen Liefermenge je Trassenmeter ergeben. Die nachfolgende Abbildung 5 veranschaulicht, dass bei einer Durchschnittsbetrachtung längere Netze, die überwiegend in großstädtisch geprägten Gebieten mit höherer Bevölkerungs- bzw. Anschlussdichte zu finden sind, über Kostenvorteile verfügen dürften:<sup>20</sup>

**Abbildung 5: Wärmelieferungen (sämtliche Kunden) je Meter Trassenlänge in kWh (2008)**



Quelle: eigene Darstellung

### 3. Entwicklung der Fernwärmenetze 2007/2008

- 53 Im Vergleich zu 2007 ist im Jahr 2008 in allen Netzkategorien ein Zuwachs an Netzlänge zu verzeichnen: +138,9 km (+1 %) bei Großnetzen, +58,5 km (+4 %) bei Mittelnetzen sowie +38,7 km (+5 %) bei Kleinnetzen. In der Kategorie der Kleinstnetze betrug der Zubau insgesamt nur 15,5 km, was jedoch einer Steigerung um 29 % entspricht.

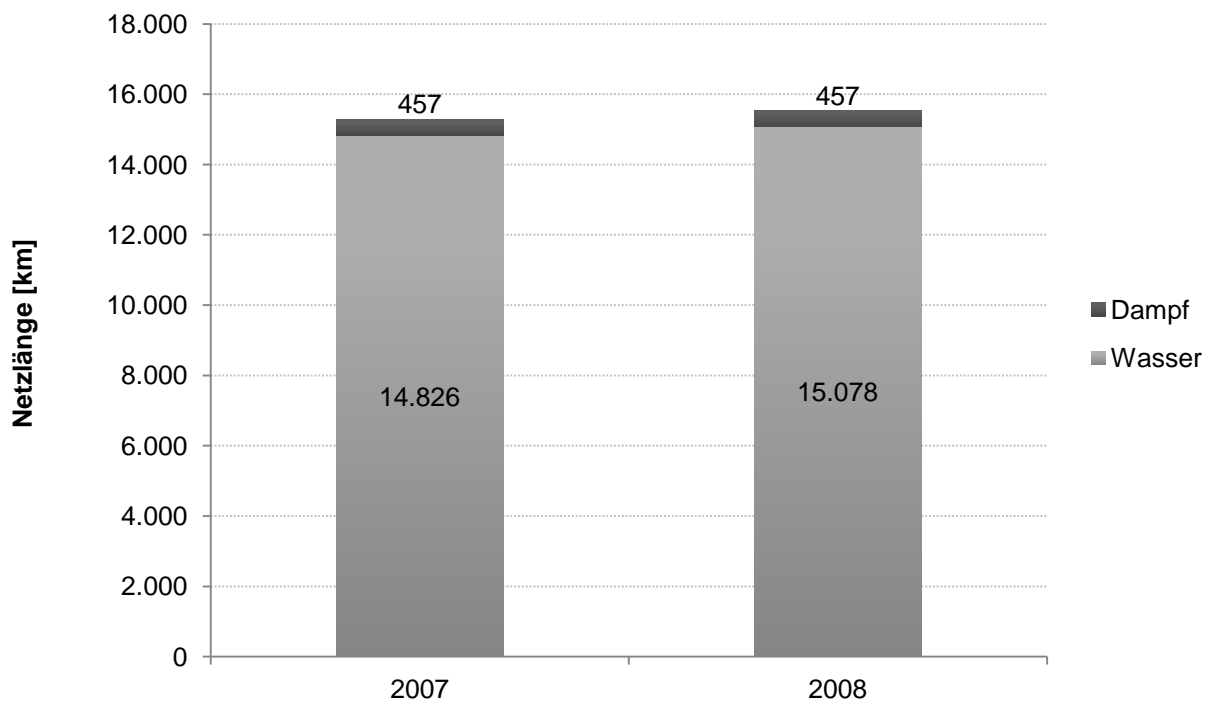
---

<sup>20</sup> Netze unter einem Kilometer Länge wurden nicht ausgewertet, da bei einer Versorgung nur weniger Objekte die Netzlänge keinen entscheidenden Kostenfaktor darstellt. In solchen Netzen werden mitunter große Wärmemengen über extrem kurze Distanzen geliefert; hierdurch ergäbe sich ein verzerrtes Bild.

#### 4. Verwendete Heizmedien

54 Fernwärme gelangt in Form von Heizwasser oder Dampf vom Erzeugungsstandort zum Abnehmer, wobei Heizwasser in den untersuchten Netzen eindeutig dominiert. So wird in etwa 97 % der Fernwärmenetze Heizwasser als Wärmeträger genutzt, lediglich in 3 % der Leitungsrohre kommt Dampf zum Einsatz. Beim Netzausbau bzw. -neubau geht der Trend zu Heizwasser. Während von 2007 auf 2008 252 km (+1,7 %) neue Heizwasserleitungen entstanden, nahm die Gesamtlänge von Dampfnetzen von 457,3 auf 456,7 km um 0,6 km ab (-0,13 %).

Abbildung 6: Kumulierte Netzlänge nach Übertragungsmedien



Quelle: eigene Darstellung

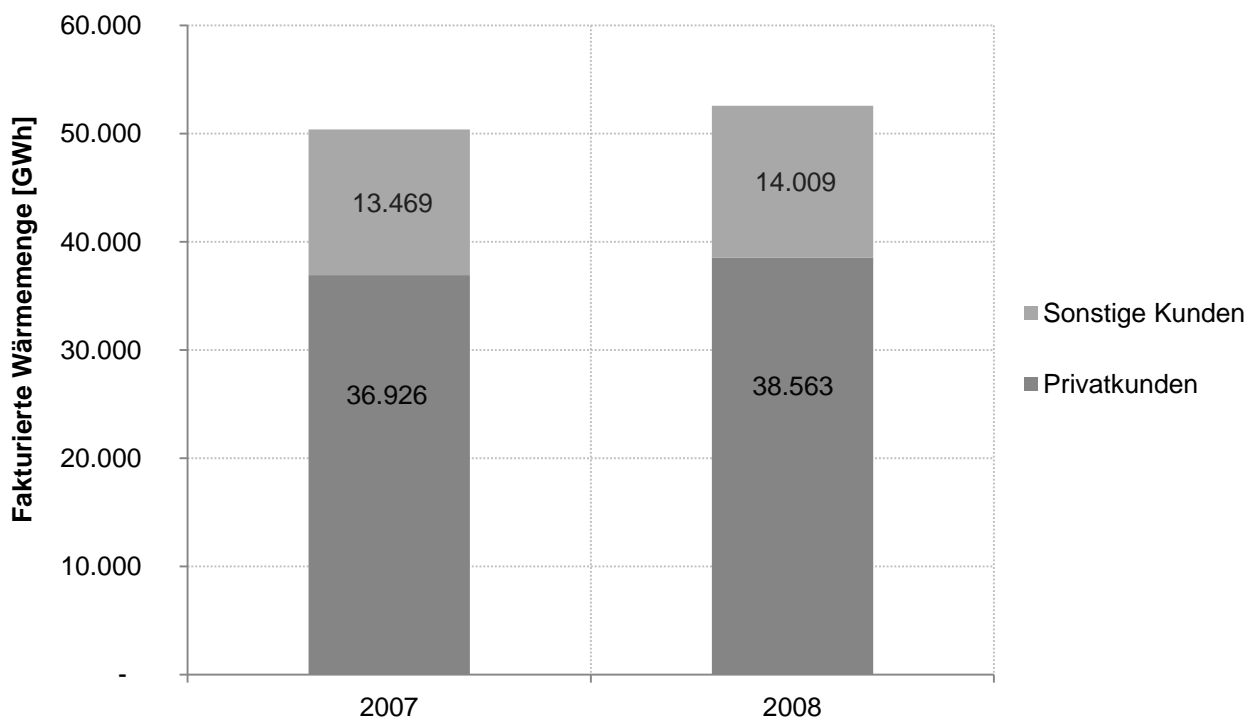
## II. Wärme- und Stromerzeugung

55 Die insgesamt fakturierte Wärmemenge der untersuchten Unternehmen – unter Ausschluss reiner „Industrienetze“<sup>21</sup> – belief sich im Jahr 2007 auf rund 50 TWh und stieg im Jahr 2008 um gut 4 % auf rund 53 TWh an. Dabei lag der Anteil im Privatkundensegment mit rund 37 TWh im

<sup>21</sup> Wie bereits dargelegt, stand die Gruppe der Privatkunden im Fokus der Sektoruntersuchung, so dass die befragten Unternehmen keine Angaben zu Netzen machen mussten, in denen keine Privatkunden beliefert wurden. Insgesamt betrachtet werden nur rund 40 % der in Deutschland erzeugten Wärmemengen an Privatkunden geliefert, s. BDEW, Energiemarkt Deutschland – Zahlen, und Fakten zur Gas-, Strom- und Fernwärmeversorgung, S. 10.

Jahr 2007 bzw. 39 TWh im Jahr 2008 bei jeweils ca. 73 %. Der auf Industrie- und große Gewerbekunden (sonstige Kunden) entfallende Anteil an Wärmelieferungen lag dementsprechend mit einer fakturierten Wärmemenge von 13,47 TWh (2007) bzw. 14,01 TWh (2008) bei ca. 27 %. Bei den fakturierten Wärmemengen war 2008 ein leichter Anstieg gegenüber 2007 zu verzeichnen.

Abbildung 7: Fakturierte Wärmemenge nach Kundengruppe



Quelle: eigene Darstellung

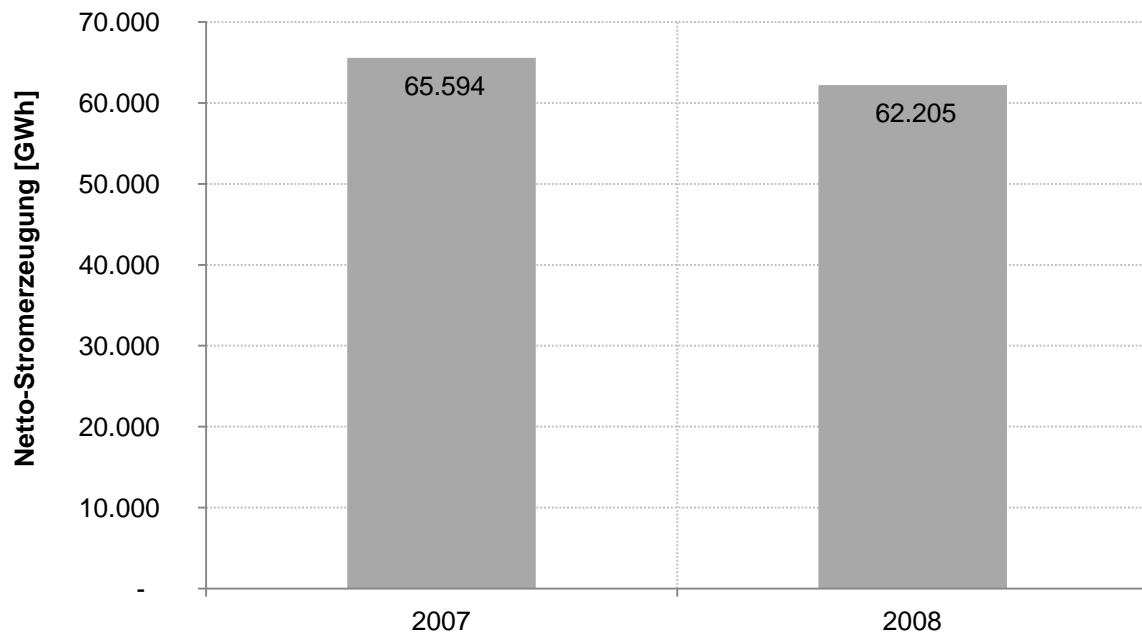
- 56 Neben Wärme wurde in einem Teil der Kraftwerke auch Strom erzeugt. Während im Jahr 2007 65,59 TWh Strom ins Netz eingespeist wurden, waren es 2008 nur noch 62,21 TWh.<sup>22</sup> Im Gegensatz zur Wärmeerzeugung ging also die Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung<sup>23</sup> von 2007 auf 2008 um rund 5 % zurück.

<sup>22</sup> In diesen Werten sind auch aus Braunkohle erzeugte Strommengen enthalten, die nicht in Kraft-Wärme-Kopplung generiert wurden.

<sup>23</sup> Weiteres zum Kraft-Wärme-Kopplungs-Prozess in Kapitel F.III „Wärmeerzeugungsanlagen“ (S. 21 ff.).



Abbildung 8: Netto-Stromerzeugung



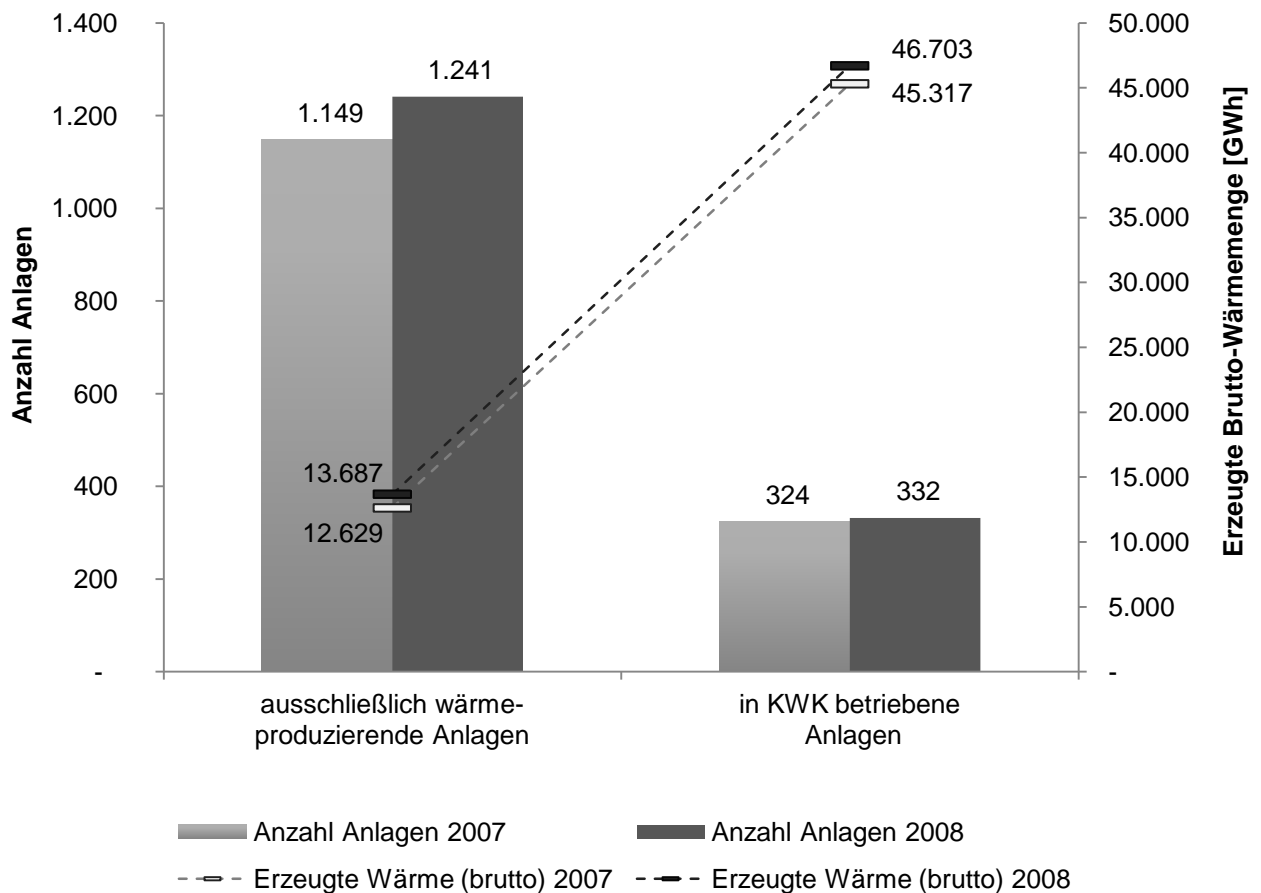
Quelle: eigene Darstellung

### III. Wärmeerzeugungsanlagen

#### 1. Anlagentypen

- 57 Im Rahmen der Untersuchung wurden knapp 1.500 wärmeerzeugende Anlagen für das Jahr 2007 sowie knapp 1.600 für das Jahr 2008 erfasst. Dabei wurde unterschieden nach Heizwerken, in denen ausschließlich Wärme erzeugt wird, und Heizkraftwerken, die sowohl Wärme als auch Strom in einem gekoppelten Prozess (KWK-Prozess) erzeugen. Heizwerke waren mit einem Anteil von 78 % (2007) bzw. 79 % (2008) an der Gesamtzahl der erfassten Wärmeerzeugungsanlagen der dominierende Anlagentyp. Bei 22 % bzw. 21 % der Anlagen handelte es sich um KWK-Anlagen. Obwohl damit ausschließlich Wärme erzeugende Anlagen den häufigsten Anlagentyp bilden, lieferten sie im Betrachtungszeitraum nur ca. 22 % (2007) bzw. 23 % (2008) der gesamten Wärme. Dementsprechend entfielen mehr als drei Viertel der insgesamt produzierten Wärmemenge (brutto) von rund 58 TWh (2007) bzw. 60 GWh (2008) auf KWK-Anlagen.
- 58 Abbildung 9 veranschaulicht die Verteilung der Anlagentypen nach Anzahl und erzeugter Brutto-Wärmemenge.

Abbildung 9: Anlagenanzahl und erzeugte Brutto-Wärmemenge nach Anlagentyp

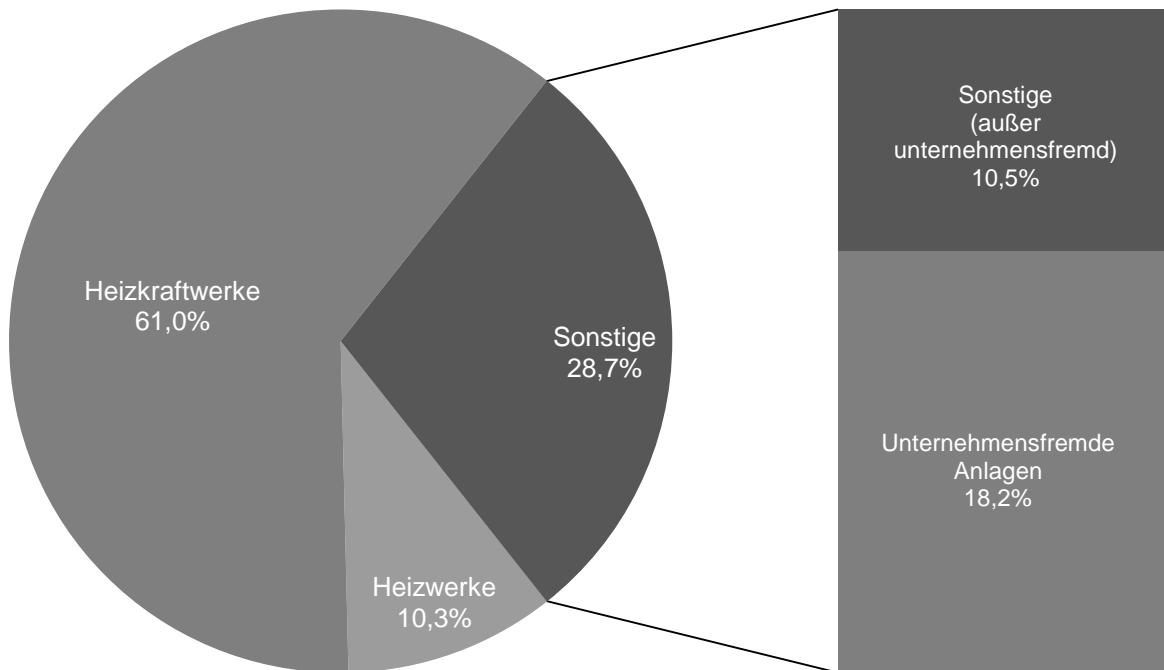


Quelle: eigene Darstellung

- 59 Im Rahmen der Unternehmensbefragung konnte ein erheblicher Teil von fast 29 % der Anlagen nicht den vorgegebenen Kategorien Heizwerk oder Heizkraftwerk zugeordnet werden, weshalb die betreffenden Anlagentypen unter der Kategorie „sonstige Anlagen“ erfasst wurden. Dabei handelt es sich in erster Linie um sog. unternehmensfremde Anlagen (18,2 %), also solche, die nicht von den befragten Unternehmen betrieben werden. In diesem Fall fungieren die Fernwärmeversorger letztlich als Zwischenhändler, die die Wärme von Dritten beziehen ihrerseits an ihre Endkunden weiterverkaufen. Die genauen Umstände der Wärmeerzeugung entziehen sich in solchen Fällen oftmals der Kenntnis der befragten Unternehmen, so dass zur Art der Wärmeproduktion keine Angaben erhoben wurden. Da der Fokus der Sektoruntersuchung ohnehin auf dem Endverbrauchermarkt lag, wurde auf Ermittlungen auf der Stufe der Vorlieferanten verzichtet. Des Weiteren umfasst die Gruppe der sonstigen Kraftwerkstypen auch Sonderformen, etwa aus mehreren Kraftwerkstypen bestehende Anlagen. Bei solchen Hybriden übernimmt beispielsweise ein Blockheizkraftwerk nur eine unterstützende Funktion in Spitzenlastzeiten. Außerdem wurden als sonstige Kraftwerke u. a. Brennwärgekessel, Brennstoffzellen, Elektrokessel, Wärmepumpen und Geothermieheizkraft-

werke genannt. Diese sind leistungsbedingt dem Bereich der kleineren Erzeugungseinheiten zuzuordnen. Die nachfolgende Abbildung 10 veranschaulicht die erhobene Kraftwerkstypstruktur.

**Abbildung 10: Erzeugte Wärmemenge (brutto) nach Anlagentyp (2008)**



Quelle: eigene Darstellung

## 2. Anlagenalter

- 60 Die Altersstruktur des in der Sektoruntersuchung erfassten Kraftwerksparks weist eine enorme Bandbreite auf. Die ältesten Kraftwerke wurden bereits im Jahr 1901 errichtet, die neuesten gingen 2008 ans Netz (s. Abbildung 11). Hierbei ist allerdings davon auszugehen, dass die Kraftwerke älterer Baujahre bereits mehrfach ertüchtigt wurden. Der größte Teil der derzeit betriebenen Kraftwerke wurde zwischen 1994 und 2006 gebaut. Innerhalb dieses Zeitraums wurden insgesamt 1.023 neue Anlagen errichtet, was einem Anteil von 65 % am gesamten betrachteten Kraftwerkspark des Jahres 2008 entspricht.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Belastbare Angaben über das Kraftwerksbaujahr sind für 86 % des insgesamt abgefragten Kraftwerksparks vorhanden.

Abbildung 11: Zeitpunkt der Kraftwerksinbetriebnahme - Häufigkeitsverteilung



Quelle: eigene Darstellung

### 3. Nutzungsgrad

- 61 Der Effizienz bei der Umwandlung von Primärenergie in thermische und mechanische bzw. elektrische Energie wird aus Gründen des Umweltschutzes, des sparsamen Ressourceneinsatzes und somit auch aus Kostengründen eine besondere Bedeutung beigemessen. Der Nutzungsgrad  $\zeta$  (griech. Zeta), definiert als das Verhältnis zwischen der erzeugten Nutzenergiemenge (Prozessoutput) und der eingesetzten Primärenergiemenge (Prozessinput), kann als Bewertungskennwert für die Effizienz des Gesamtsystems herangezogen werden.

<sup>25</sup> Rechts abgeschlossene Intervalle.

$$\zeta = \frac{E_N}{E_P}$$

$\zeta$ : Nutzungsgrad

$E_N$ : Nutzenergiemenge (Prozessoutput)

$E_P$ : Eingesetzte Primärenergiemenge (Prozessinput)

- 62 Dabei kann der Nutzungsgrad Werte zwischen 0 und 1 annehmen, wobei 1 den höchsten Effizienzgrad bedeutet. Ein derart hoher Nutzungsgrad ist in thermodynamischen Prozessen jedoch nicht erreichbar. Die Differenz zwischen dem tatsächlichen und dem theoretisch maximal erreichbaren Nutzungsgrad entspricht dem Energieverlust, der in Form von Wärme ungenutzt an die Umgebung abgegeben wird.
- 63 Um diese Art von Energieverlusten zu minimieren, kommen gekoppelte Systeme zum Einsatz. In solchen Systemen wird zum einen mechanische Energie erzeugt, die in einem weiteren Schritt in elektrische Energie umgewandelt wird. Zum anderen wird in einem gekoppelten Prozess Energie in Form von Wärme erzeugt und vor allem nutzbar gemacht. Diese Technologie steigert die Effizienz gegenüber ausschließlich Strom erzeugenden Kraftwerken. Für Kraft-Wärme-Kopplungssysteme dient der Nutzungsgrad  $\zeta_{KWK}$  als Indikator für die Effizienz des Umwandlungsprozesses des Gesamtsystems.

$$\zeta_{KWK} = \frac{E_{N(th)} + E_{N(el)}}{E_P}$$

$\zeta_{KWK}$  : Nutzungsgrad des Kopplungsprozesses

$E_{N(th)}$  : Thermische (Nutz-)Energie

$E_{N(el)}$  : Elektrische (Nutz-)Energie

$E_P$  : Eingesetzte Primärenergie

- 64 Da hier aber im Zähler zwei wesensverschiedene Faktoren aufsummiert werden, gibt diese Kennzahl nur in beschränktem Umfang Aufschluss über die Effizienz des KWK-Gesamtsystems. Sie dient vielmehr als quantitative Bewertungsgröße für das Verhältnis zwischen Input und Output.

- 65 Im Rahmen der Sektoruntersuchung wurden die Nutzungsgrade über einen Zeitraum von jeweils einem Jahr ermittelt. Auf diese Weise wird der effektive Nutzungsgrad berechnet, der die unterschiedlichen Betriebszustände (z. B. Anfahrprozess, Teillast) und die damit verbundenen Verluste berücksichtigt. Der Jahresnutzungsgrad liegt daher stets unterhalb des maximal erreichbaren (idealen) Nutzungsgrades.
- 66 Die Nutzungsgrade wurden in den Kraftwerkskategorien Heizwerke und Heizkraftwerke untersucht. Als Input wurden die eingesetzten Brennstoffarten Erdgas, Steinkohle, Braunkohle, Heizöl und Biomasse herangezogen, die zunächst in die Energieeinheit kWh umgerechnet wurden.<sup>26</sup> Als Output wurde bei Heizwerken die insgesamt in der Anlage erzeugte Brutto-Wärmemenge, bei Kraft-Wärme-gekoppelten Anlagen die insgesamt erzeugte Brutto-Wärmemenge und die insgesamt erzeugte Brutto-Strommenge eingesetzt. Aufgrund mitunter auftretender Schwierigkeiten bei der Erhebung der Bruttowärmemengen, wurde diese Variable in einigen Fällen durch die Substitutionsgröße Netto-Wärmemenge (insgesamt *fakturierte* Wärmemenge) ersetzt, wodurch auch die Übertragungsverluste und der Eigenbedarf mitberücksichtigt werden.
- 67 Die vorgenannten Restriktionen stellen einen Unsicherheitsfaktor dar. Dementsprechend ist der hier ermittelte Faktor  $\zeta$  eine Approximation zum real erreichten Nutzungsgrad.
- 68 Von Vorlieferanten bezogene Wärmemengen, die ohne Erzeugungsarbeit durch unternehmenseigene Kraftwerke ins Netz eingespeist wurden, wurden außer Betracht gelassen. Dies gewährleistet, dass die Berechnung des Nutzungsgrades nicht durch die Berücksichtigung vorbebezogener Wärmemengen verfälscht wird.
- 69 Von den insgesamt 937 auf ihren Nutzungsgrad hin untersuchten Anlagen waren 712 Heizwerke. Diese wiesen einen durchschnittlichen Nutzungsgrad<sup>27</sup> von 0,85 auf. Dieser durchaus hohe Wert bedeutet, dass 85 % des eingesetzten Brennstoffs als nutzbare Wärmeenergie verwertet werden konnten. Für die 225 Heizkraftwerke, die als Basis für die Ermittlung des Gesamtnutzungsgrades (Strom und Wärme) von KWK-Anlagen herangezogen wurden, ergab sich ein durchschnittlicher Kennwert von 0,54. Dieser niedrigere Nutzungsgrad besagt indessen nicht, dass KWK-Anlagen als weniger effizient anzusehen wären. Grund hierfür ist vielmehr, dass sich in der Stromproduktion keine ähnlich hohen Nutzungsgrade wie in der Wärmeerzeugung erzielen lassen. Dementsprechend weisen auch KWK-Anlagen tendenziell einen umso niedrigeren Gesamtnutzungsgrad auf, je mehr Strom im Verhältnis zu Wärme sie erzeugen. Ein aussagekräftiger Vergleich lässt sich daher eher durch eine Gegenüberstellung der Stromerzeugung mit und ohne Kraft-Wärme-Kopplung erreichen: Der

---

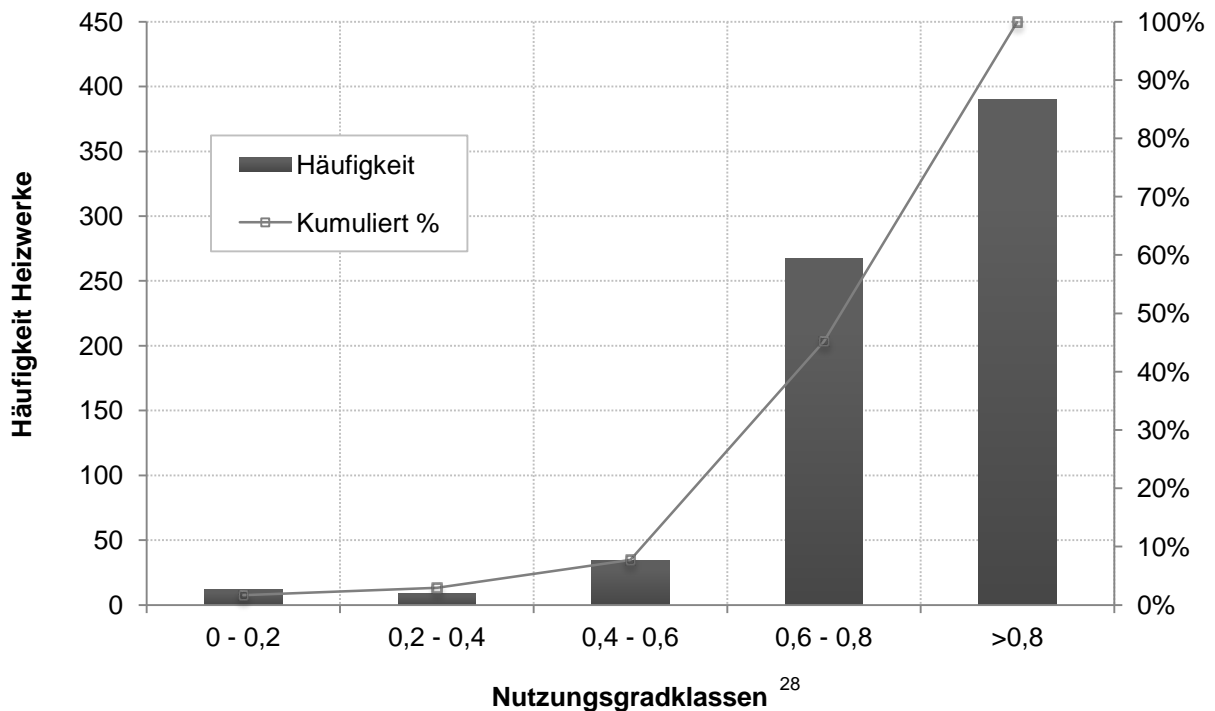
<sup>26</sup> Weitere Informationen zu Umrechnung der Kraftstoffgrößen im Abschnitt Brennstoffe, S. 29 ff.

<sup>27</sup> Durchschnittliche Nutzungsgrade mengengewichtet.

durchschnittliche Nutzungsgrad liegt bei reiner Stromgewinnung in Anlagen ohne KWK deutlich niedriger. Die Befriedigung der Stromnachfrage kann mithin am effizientesten durch zusätzliche Ausnutzung der bei der Stromproduktion entstehenden Abwärme erfolgen.

70 Sowohl innerhalb der Gruppe der Heizwerke als auch derjenigen der Heizkraftwerke ließen sich starke Unterschiede bei den Nutzungsgraden beobachten. Dies mag teilweise auf die bereits erwähnten Effekte der erfassten Ausbringungsmengen (Brutto/Netto-Mengen) und die Umrechnung auf eine homogene Energieeinheit zurückzuführen sein. Abbildung 12 und Abbildung 13 veranschaulichen die Verteilung der absoluten Nutzungsgrade der beiden betrachteten Kraftwerktypen.

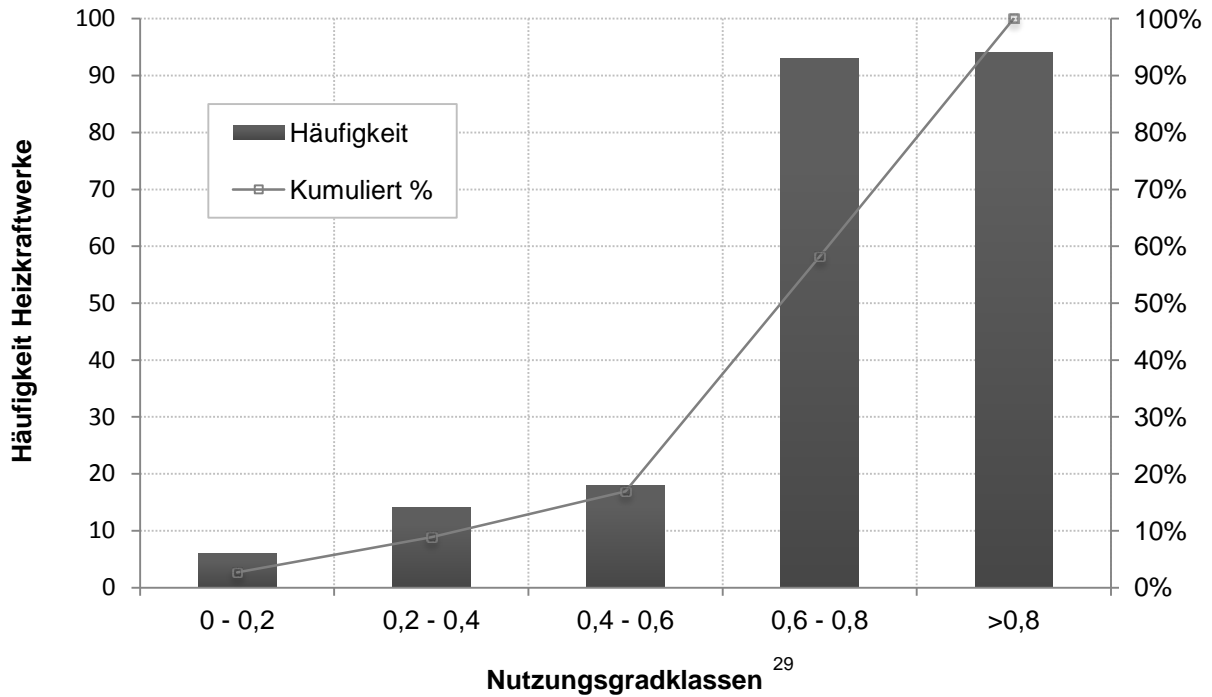
**Abbildung 12: Nutzungsgrade von Heizwerken (2008) - Häufigkeitsverteilung**



Quelle: eigene Darstellung

<sup>28</sup> Rechts abgeschlossene Intervalle.

Abbildung 13: Nutzungsgrade<sub>KWK</sub> von Heizkraftwerken (2008) – Häufigkeitsverteilung



Quelle: eigene Darstellung

#### 4. Stromkennzahl

- 71 Eine weitere Größe zur Beurteilung einer KWK-Anlage, die in der Regel zur Bestimmung des KWK-Stroms herangezogen wird, ist die Stromkennzahl  $C$ . Sie wird gebildet aus der erzeugten elektrischen Energie ( $E_{el}$ ) und der nutzbaren Wärmeenergie ( $E_{th}$ ):

$$C = \frac{E_{el}}{E_{th(nutzbar)}}$$

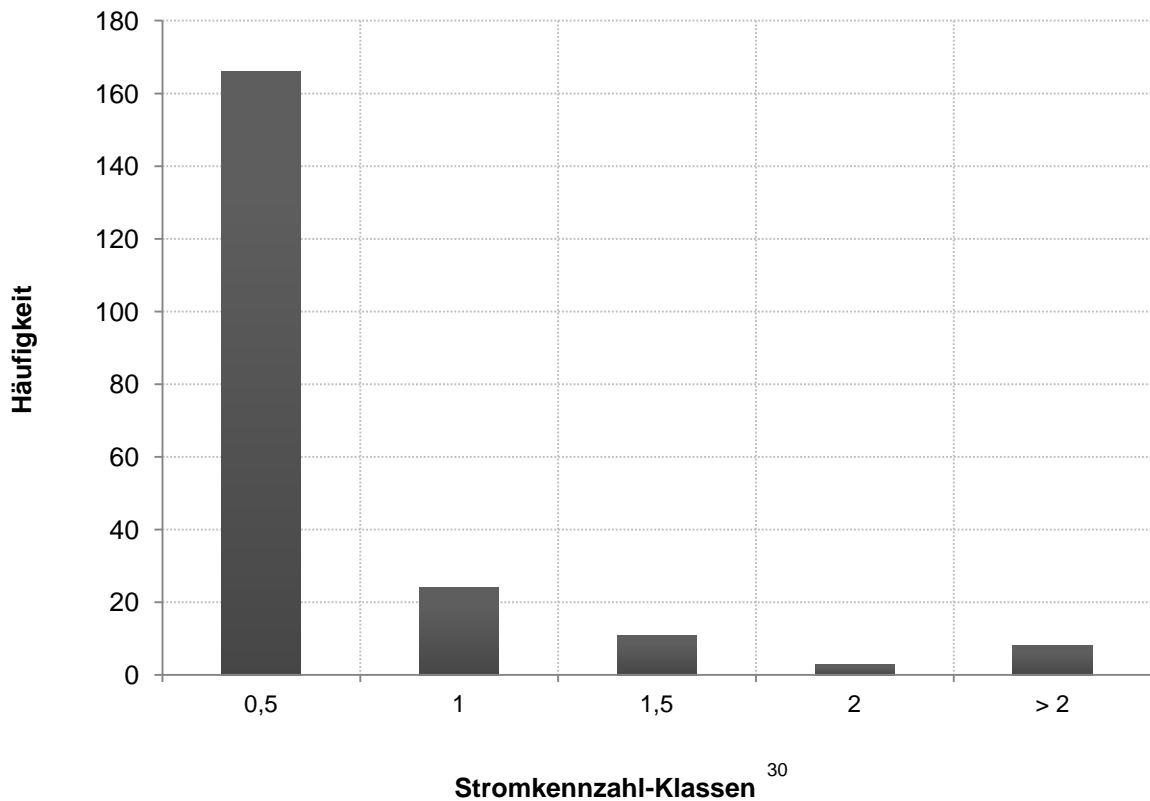
- 72 Bei  $C = 0$  liegt ausschließlich Wärmeerzeugung vor. Je größer  $C$ , desto mehr Strom im Verhältnis zu Wärme wird in der Anlage erzeugt. Ist  $C > 1$  so überwiegt die Stromerzeugung. Aus den erhobenen Kraftwerksdaten ließ sich für die KWK-Anlagen eine mengengewichtete Stromkennzahl von 1,61 ermitteln. Dies bedeutet, dass insgesamt betrachtet in allen KWK-Anlagen zusammen mehrheitlich Strom produziert wurde. Betrachtet man dagegen die einzelnen Kraftwerke, so fällt die deutliche Mehrheit der Anlagen, wie Abbildung 14 zu

<sup>29</sup> Rechts abgeschlossene Intervalle.



entnehmen ist, in den Bereich  $C < 1$ . Sie erzeugen somit mehr Wärme als Strom. Dies lässt darauf schließen, dass gerade große Heizkraftwerke höhere Stromkennzahlen aufweisen.

**Abbildung 14: Stromkennzahlen von Heizkraftwerken (2008) - Häufigkeitsverteilung**



Quelle: eigene Darstellung

#### **IV. Brennstoffe**

73 Wärmeerzeugungsanlagen lassen sich außer nach Kraftwerkstyp auch nach Art des eingesetzten Brennstoffs unterscheiden. In diesem Zusammenhang wird zwischen Anlagen, die mit einer Brennstoffart (univalent) und Anlagen, die mit mehr als einem Brennstoff (bi- bzw. multivalent) betrieben werden, differenziert. Die Sektoruntersuchung erfasste 1.266 univalente Anlagen im Jahr 2007 (86 % aller untersuchten Anlagen) und 1.360 im Jahr 2008 (86,5 % aller untersuchten Anlagen). In 170 (2007) bzw. 177 (2008) Anlagen wurden zwei Brennstoffarten eingesetzt. Jeweils 36 Anlagen wurden in den beiden untersuchten Jahren mit mindestens drei, jedoch maximal fünf Brennstoffarten betrieben.

##### **1. Eingesetzte Brennstoffarten**

74 Die in den Jahren 2007 und 2008 hauptsächlich eingesetzten Brennstoffarten waren:

---

<sup>30</sup> Rechts abgeschlossene Intervalle.

- Erdgas;
- Steinkohle;
- Braunkohle;
- Heizöl;
- Biomasse.

75 Daneben kamen diverse weitere Brennstoffarten zum Einsatz, die jeweils in deutlich geringerem Umfang Verwendung fanden:

- Müll;
- Bioerdgas;
- Schweröl;
- Palmöl;
- Grubengas;
- Strom;
- Klärgas;
- Pflanzenöl;
- geothermische Wärme;<sup>31</sup>
- Flüssiggas;
- Tiermehl;
- Klärschlamm.

76 Bezogen auf die gesamten Brennstoffbeschaffungskosten aller befragten Unternehmen beläuft sich der Anteil dieser sonstigen Brennstoffe auf weniger als 1 %.

## **2. Brennstoffeinsatz in der Wärmeerzeugung**

77 Für Erdgas, Steinkohle, Braunkohle Heizöl wurde ausgewertet, welcher Anteil an den erzeugten Wärmemengen aus diesen Brennstoffen gewonnen wird. Bi- oder multivalente Anlagen wurden bei dieser Auswertung nur berücksichtigt, wenn in ihnen zu über 90 % nur ein bestimmter Brennstoff verwendet wurde. Dies war bei ca. 85 % der erfassten Anlagen der Fall. Sonstige Brennstoffe werden in vielen Fällen nur ergänzend zu einem der vorgenannten Brennstoffe

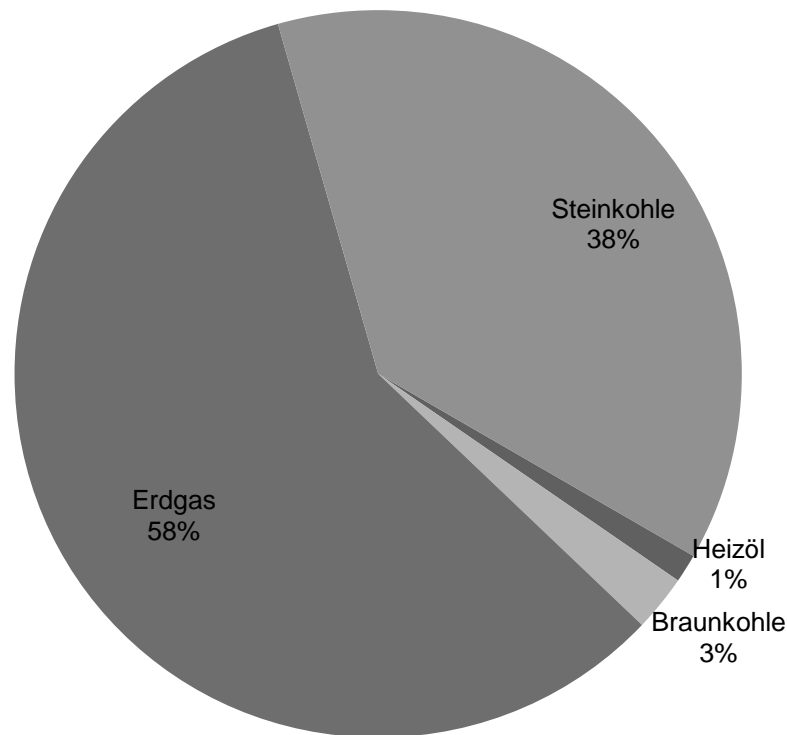
---

<sup>31</sup> Geothermische Wärme kann direkt zur Aufheizung des jeweils verwendeten Heizmediums verwendet werden; sie stellt keinen „Brennstoff“ im eigentlichen Sinne dar.

eingesetzt. Sie bilden zudem jeweils sehr heterogene Stoffgruppen, so dass die tatsächlichen Energiewerte innerhalb dieser Gruppe extrem auseinandergehen. Eine Zuschlüsselung der erzeugten Wärmemengen zu diesen Ausgangsstoffen hätte daher zu großen Unschärfen geführt. Insgesamt dürften schätzungsweise ca. 10 % der erzeugten Wärmemengen auf sonstige Brennstoffe (insbesondere Biomasse und Müll) zurückzuführen sein.<sup>32</sup>

- 78 Die Auswertung ergab, dass Gas die für die Wärmeerzeugung<sup>33</sup> bedeutendste Brennstoffquelle darstellt, gefolgt von Steinkohle (s. die nachfolgende Abbildung).

**Abbildung 15: Anteile von Erdgas, Kohle und Heizöl an der Wärmemeyerzeugung (2008)**



Quelle: eigene Darstellung

- 79 Zu einem Teil erzeugen Fernwärmeversorger benötigte Wärmemengen nicht selbst, sondern beziehen diese von Dritten und verkaufen sie dann an ihre eigenen Kunden weiter. Dieser

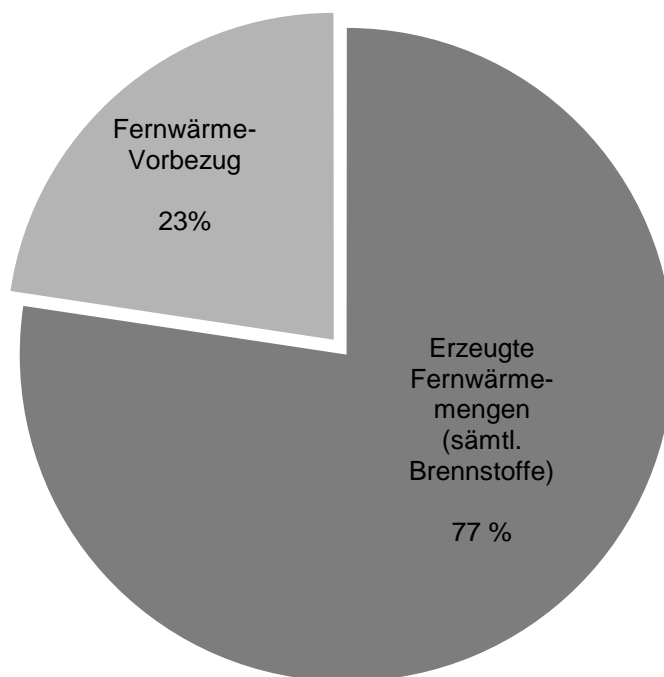
---

<sup>32</sup> In seiner Statistik „Elektrizitäts- und Wärmeerzeugung sowie Brennstoffeinsatz nach Energieträgern der Elektrizitätsversorgungsunternehmen“ weist das Statistische Bundesamt einen Anteil von Biomasse in Höhe von ca. 4 % sowie von Abfällen in Höhe von ca. 12 % aus (Datengrundlage: Stromerzeugungsanlagen für die allgemeine Versorgung), s. <https://www-genesis.destatis.de/genesis/online/logon?language=de&sequenz=tabelleErgebnis&selectionname=43311-0001>.

<sup>33</sup> Da in KWK-Gaskraftwerken je erzeugter kWh Strom im Durchschnitt deutlich mehr Wärme ausgekoppelt wird als in KWK-Kohlekraftwerken, kommt dem Brennstoff Gas in der Stromerzeugung eine deutlich weniger wichtige Rolle zu.

Fernwärme-Vorbezug spielt eine durchaus erhebliche Rolle, wie die nachfolgende Abbildung 16 zeigt.

**Abbildung 16: Fernwärmeversorgung: Eigenerzeugung und Vorbezug (2008)**



Quelle: eigene Darstellung

### 3. Eingesetzte Brennstoffmengen<sup>34</sup>

- 80 Im Vergleich zum Jahr 2007 ist im Jahr 2008 bei nahezu allen Hauptbrennstoffarten ein Anstieg der Bezugsmengen zu beobachten (s. dazu die nachfolgende Tabelle 1). Der Zuwachs fiel bei Biomasse mit 22 % am höchsten aus. Im Vergleich zum vorhergehenden Jahr wurden fast 9 % mehr Erdgas, 6 % mehr Heizöl und 5 % mehr Braunkohle eingesetzt. Als einzige Hauptbrennstoffart verzeichnete Steinkohle einen Rückgang um 9 %.

---

<sup>34</sup> Die nachfolgenden Angaben zu Brennstoffen beziehen sich stets auf die insgesamt eingesetzten Brennstoffmengen (also für Wärmeerzeugung und Wärme-/Stromerzeugung in Kraft-Wärme-Kopplung).

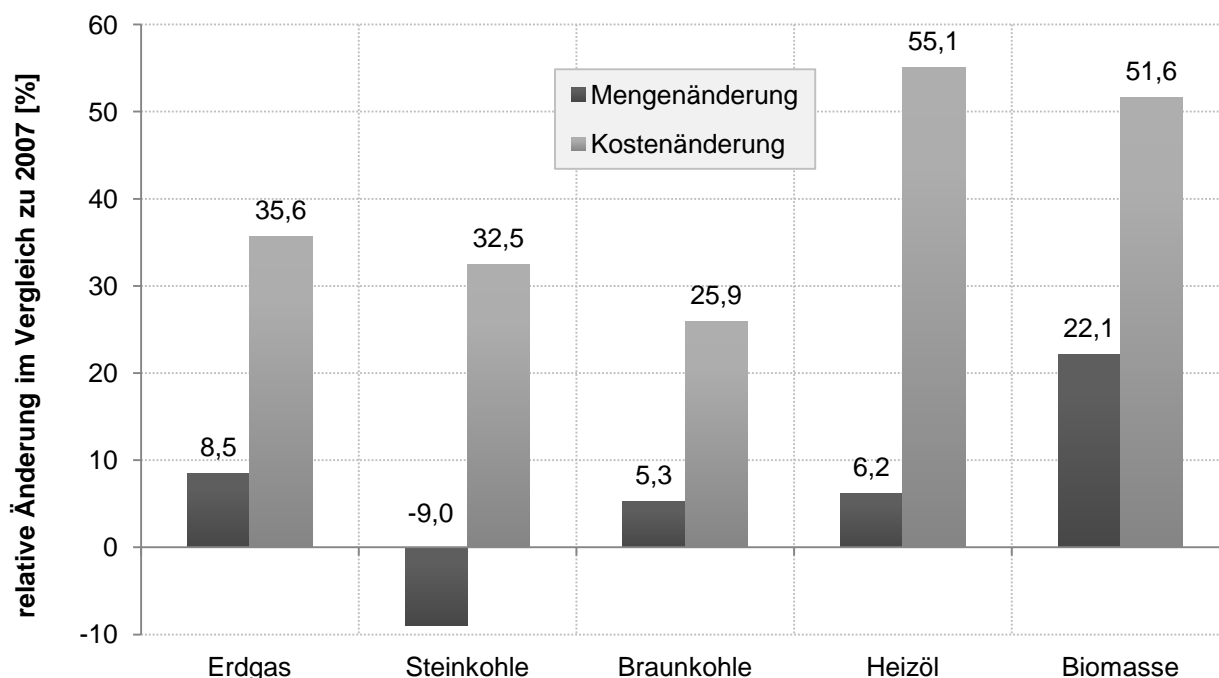
Tabelle 1: Eingesetzte Brennstoffmengen und Differenz zum Vorjahr

Brennstoff	Menge 2007	Menge 2008	Δ Vorjahr
Erdgas [GWh]	54.968	59.654	+ 8,5 %
Steinkohle [t]	14.507.310	13.203.614	- 9,0 %
Braunkohle [t] <sup>35</sup>	14.465.924	15.231.133	+ 5,3 %
Heizöl [hl]	909.784	966.297	+ 6,2 %
Biomasse [t]	2.921.079	3.566.820	+ 22,1 %

#### 4. Beschaffungskosten für Brennstoffe

81 Ein Vergleich der relativen Änderungen von Mengen und Kosten gegenüber dem Vorjahr zeigt, dass sich die Kosten stärker erhöht haben als die Mengen (Abbildung 17). Ursache hierfür sind die allgemein gestiegenen Rohstoffkosten, welche weiter unten noch näher betrachtet werden.

Abbildung 17: Mengen- und Kostenänderung im Vergleich zum Vorjahr nach Brennstoffart



Quelle: eigene Darstellung

<sup>35</sup> Die Angaben für Braunkohle enthalten überwiegend Mengen, die ausschließlich zur Stromerzeugung verwendet wurden. Für die hier relevante Ermittlung von Preisen ist dies nicht weiter relevant.

### a) Entwicklung der Brennstoff-Marktpreise

- 82 Die durchschnittlichen Marktpreise<sup>36</sup> in den Jahren 2007 und 2008 für die hier betrachteten Brennstoffarten waren teilweise sehr unterschiedlich. So konnte Steinkohle im Jahr 2007 noch für rund 68 Euro pro Tonne (t) eingekauft werden, wohingegen der Preis im Jahr 2008 im Mittel bereits um 65 % höher lag und 112,5 Euro/t betrug. Der Heizölpreis stieg von durchschnittlich 46,68 Euro pro Hektoliter (hl) im Jahr 2007 um knapp 32 % auf 61,76 Euro/hl im Jahr 2008. Die Marktpreise für Erdgas weisen eine ähnliche Entwicklung auf. Wurden im Jahr 2007 noch 19,98 Euro je bezogener MWh Erdgas fällig, so waren es im Folgejahr 26,82 Euro (+34,2 %). Da Marktpreise für Braunkohle nicht existieren, weil es keinen zentralen Braunkohlemarkt gibt, wurde ein konstanter Referenzpreis von 35 Euro pro Tonne<sup>37</sup> angesetzt. Dieser wurde für beide Jahre 2007 und 2008 veranschlagt.
- 83 Die zu Grunde gelegten Marktpreise werden die in der folgenden Tabelle angegeben, wobei die in Euro/TJ erfassten Preise für Gas in Euro/MWh umgerechnet wurden.

---

<sup>36</sup> Siehe dazu die nachfolgende Tabelle 2. Indizes können das tatsächliche Marktgeschehen mit unterschiedlichen Handelsplätzen und – etwa bei Kohle – sehr heterogenen Produkteigenschaften nur näherungsweise abbilden. Sie sind daher geeignet, Preistendenzen abzubilden; zur tatsächlichen Kostensituation einzelner Unternehmen können indessen signifikante Abweichungen auftreten.

<sup>37</sup> Schätzwerte aus Studie „Energiewirtschaftliches Gesamtkonzept 2030“ (EWI), S. 9, im Internet abrufbar unter [http://www.ewi.uni-koeln.de/fileadmin/user\\_upload/Publikationen/Studien/Politik\\_und\\_Gesellschaft/2008/EWI\\_2008-03-31\\_Gesamtkonzept-2030-Doku.pdf](http://www.ewi.uni-koeln.de/fileadmin/user_upload/Publikationen/Studien/Politik_und_Gesellschaft/2008/EWI_2008-03-31_Gesamtkonzept-2030-Doku.pdf).

**Tabelle 2: Entwicklung der durchschnittlichen Brennstoff-Marktpreise**

Brennstoffart	Marktpreis 2007 (Ø)	Marktpreis 2008 (Ø)	Δ Vorjahr
Erdgas [€/MWh] <sup>38</sup>	19,98	26,82	34,2 %
Steinkohle [€/t] <sup>39</sup>	68,24	112,48	64,8 %
Braunkohle [€/t] <sup>40</sup>	35	35	0,0 %
Heizöl [€/hl] <sup>41</sup>	46,83	61,76	31,9 %

84 Die in der Sektoruntersuchung erhobenen durchschnittlichen Brennstoff-Einkaufspreise zeigen eine ähnliche Tendenz wie die Marktpreise (Abbildung 18).<sup>42</sup> Erdgas, der mit Abstand am häufigsten eingesetzte Brennstoff, weist dabei die größte Übereinstimmung mit dem Marktpreis auf.

---

<sup>38</sup> Aufkommen und Export von Erdgas sowie die Entwicklung der Grenzübergangspreise ab 1991, Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA), S. 5, abrufbar im Internet unter [http://www.bafa.de/bafa/de/energie/erdgas/ausgewaehlte\\_statistiken/egasmon.pdf](http://www.bafa.de/bafa/de/energie/erdgas/ausgewaehlte_statistiken/egasmon.pdf).

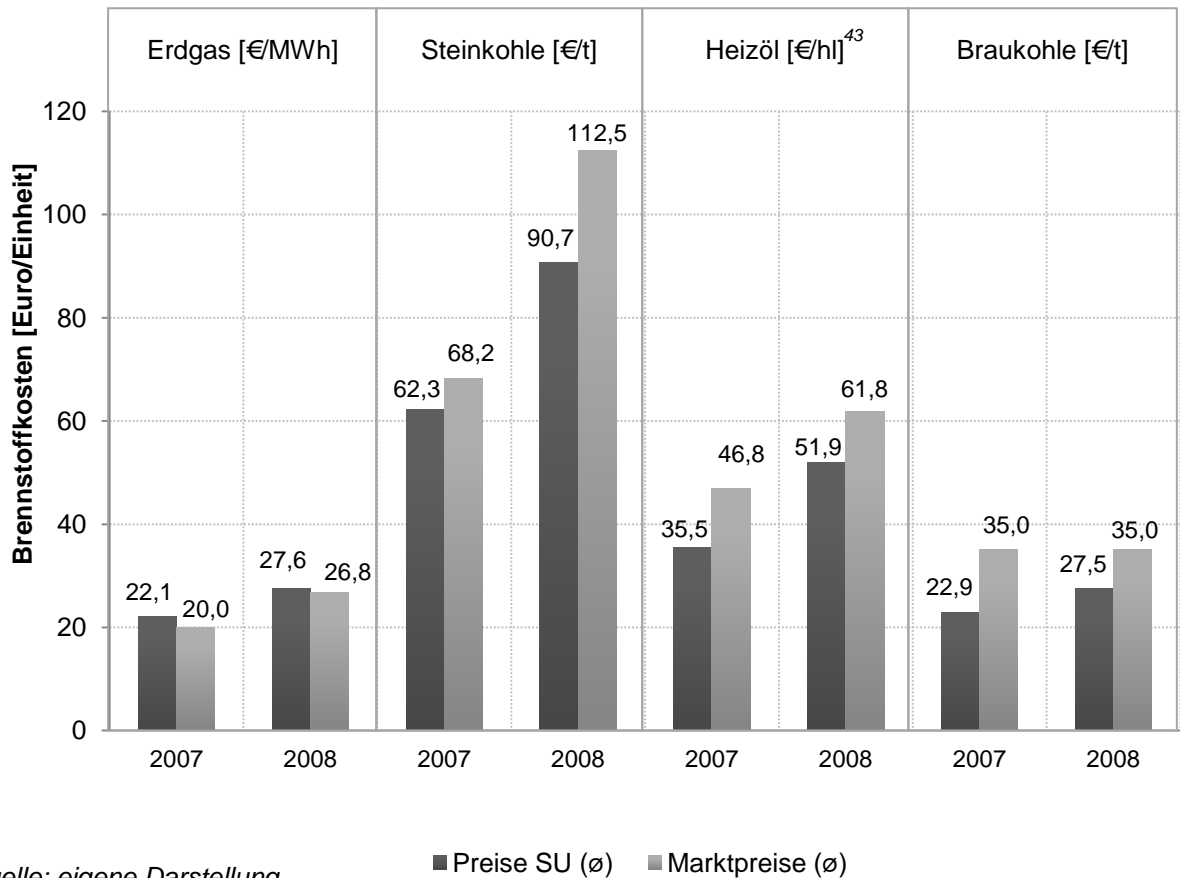
<sup>39</sup> Drittlandskohlepreis, Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA), im Internet abrufbar unter <http://www.bafa.de/bafa/de/energie/steinkohle/drittlandskohlepreis/index.html>.

<sup>40</sup> Schätzwerte aus Studie „Energiewirtschaftliches Gesamtkonzept 2030“ (EWI), S.9, im Internet abrufbar unter [http://www.ewi.uni-koeln.de/fileadmin/user\\_upload/Publikationen/Studien/Politik\\_und\\_Gesellschaft/2008/EWI\\_2008-03-31\\_Gesamtkonzept-2030-Doku.pdf](http://www.ewi.uni-koeln.de/fileadmin/user_upload/Publikationen/Studien/Politik_und_Gesellschaft/2008/EWI_2008-03-31_Gesamtkonzept-2030-Doku.pdf).

<sup>41</sup> S. Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Energiedaten Tabelle 26, im Internet abrufbar unter: [www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/Binaer/Energiedaten/energiepreise-und-energiekosten1-entwicklung-energiepreise-preisindizes.property=blob,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.xls](http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/Binaer/Energiedaten/energiepreise-und-energiekosten1-entwicklung-energiepreise-preisindizes.property=blob,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.xls).

<sup>42</sup> Die in der folgenden Grafik dargestellten Preise/Gewichtseinheit können untereinander nicht ohne Weiteres verglichen werden, da sie insbesondere über sehr unterschiedliche Heizwerte verfügen. Die jeweiligen Inputkosten für die Wärmeerzeugung werden erst später untersucht, s. Rn. 85 ff.

Abbildung 18: Ermittelte Brennstoffpreise und Marktpreise auf Basis von Indizes



## b) Brennstoffkostenvergleich

85 Um eine Vergleichbarkeit der verschiedenen Brennstoffarten herzustellen, wurde jeweils eine Umrechnung der Energieeinheiten in kWh vorgenommen. Zu diesem Zweck wurden die unteren Heizwerte ( $H_u$ ) für die entsprechenden Brennstoffe herangezogen. Der untere Heizwert beziffert den nutzbaren Wärmeinhalt eines Brennstoffes. Für die Sektoruntersuchung wurden folgende Heizwerte verwendet:<sup>44</sup>

<sup>43</sup> Die Unternehmensangaben waren nicht differenziert nach leichtem bzw. schwerem Heizöl. Das Bundeskartellamt geht davon aus, dass die befragten Unternehmen bis zu 20 % schweres Heizöl eingesetzt haben. Dieses ist umgerechnet ca. 46 % (2007) bzw. 48 % (2008) günstiger als HEL. Dies erklärt die im Verhältnis zum ermittelten Marktpreis signifikant niedrigeren Einkaufspreise.

<sup>44</sup> Die Werte für Erdgas wurden bereits in Kilowattstunden (kWh) erhoben.



**Tabelle 3: Heizwerte nach Primärenergieträgern**

Brennstoffart	Ø Heizwert ( $H_u$ ) <sup>45</sup>
Steinkohle [MJ/kg]	28,8
Braunkohle [MJ/kg]	13,1
Heizöl [MJ/L]	35,4
Biomasse [MJ/kg] <sup>46</sup>	18,0
Erdgas [MJ/m <sup>3</sup> ]	36,9 <sup>47</sup>

86 In der Literatur werden Heizwerte für Brennstoffe innerhalb gewisser Spannen angegeben, da für eine bestimmte Brennstoffkategorie nicht *ein* spezifischer Wert bestimmt werden kann. Das liegt daran, dass auch Brennstoffe derselben Brennstoffkategorie heterogene Eigenschaften aufweisen. So kann beispielsweise die Kategorie Steinkohle u. a. in Anthrazitkohle, Magerkohle oder Fettkohle unterteilt werden. Diese Steinkohlearten haben aufgrund ihrer jeweiligen Materialeigenschaften unterschiedliche Energiegehalte. Da eine Abfrage in solcher Detailtiefe nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand möglich gewesen wäre, wurden arithmetische Mittel über alle Unterkategorien einer Brennstoffart gebildet. Hierbei handelt es sich somit um eine Annäherung an den Realwert. Von einer Repräsentativität der so ermittelten Ergebnisse ist dessen ungeachtet auszugehen.

### c) Durchschnittliche Brennstoffkosten

87 Auf der Grundlage der oben erläuterten Umrechnung in Cent/kWh ergeben sich die in Abbildung 19 ausgewiesenen durchschnittlichen Brennstoffkosten je kWh für das Jahr 2008.<sup>48</sup> Der Preis für Heizöl liegt mit 5,3 Cent/kWh am höchsten. Heizöl wird aber nur in geringem Umfang für die Energieerzeugung eingesetzt, insbesondere in Spitzenlast- und/oder Reservekesseln. Der zweitteuerste Brennstoff ist mit 2,8 Cent/kWh Erdgas. Steinkohle liegt mit 1,1 Cent/kWh preislich deutlich unter Erdgas und Heizöl. Mit 0,8 Cent/kWh noch preiswerter ist

---

<sup>45</sup> Vgl. *Strauß*, Kraftwerkstechnik: zur Nutzung fossiler, nuklearer und regenerativer Energiequellen, 2006, S.39.

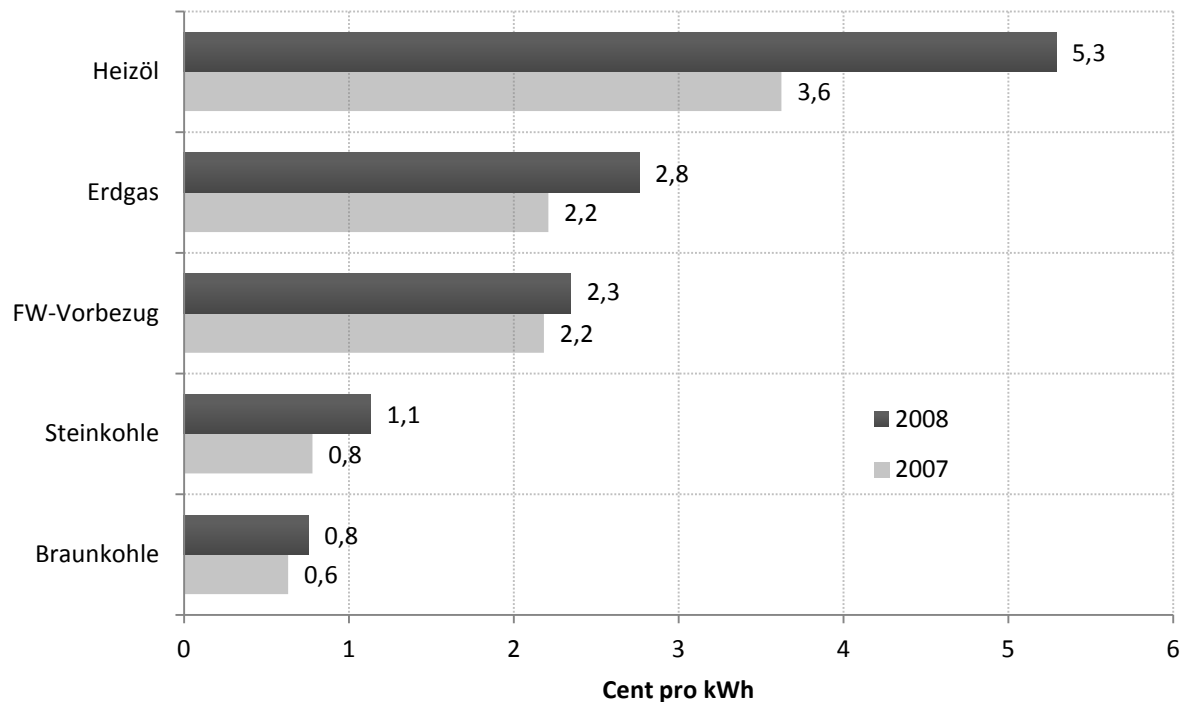
<sup>46</sup> Der Begriff „Biomasse“ umfasst eine Vielzahl verschiedener Energieträger mit jeweils sehr unterschiedlichem Heizwert (vgl. etwa die Definition in § 2 der Biomasseverordnung). Bei dem hier angegebenen Heizwert handelt es sich daher allenfalls um einen groben Richtwert.

<sup>47</sup> Mittelwert aus norwegischem, niederländischem und russischem Erdgas.

<sup>48</sup> Es handelt sich hier um die rechnerischen Kosten einer kWh des jeweiligen Brennstoffs. Der Brennstoff muss jedoch erst noch in Wärme (und ggf. Strom) umgewandelt werden. Es handelt sich bei den nachfolgenden Angaben mithin nicht um die Gestehungskosten einer kWh Fernwärme aus dem betreffenden Brennstoff.

der Einsatz von Braunkohle. Biomasse ist in der Beschaffung am günstigsten.<sup>49</sup> Vorbezogene Fernwärme weist mit 2,3 Cent/kWh ein ähnliches Preisniveau wie Erdgas auf. Jedoch stellt vorbezogene Fernwärme bereits ein fertiges Produkt dar, welches im Gegensatz zur Verwendung von Brennstoffen auf der Erzeugungsebene keine weiteren Betriebskosten verursacht.

**Abbildung 19: Kosten der jeweiligen Brennstoffe<sup>50</sup>**



Quelle: eigene Darstellung

#### **d) Kosten für CO<sub>2</sub> – Emissionsberechtigungen**

88 Seit dem Jahr 2005 sind alle Anlagen zur Erzeugung von Strom, Dampf, Warmwasser und Prozesswärme durch den Einsatz von Brennstoffen in einer Verbrennungseinrichtung (wie z. B. Kraftwerk, Heizkraftwerk, Heizwerk, Gasturbinenanlage), die eine Leistung von mindestens 20 MW aufweisen, in den CO<sub>2</sub>-Emissionsrechtehandel einbezogen.<sup>51</sup> Für jede ausgestoßene

<sup>49</sup> Die Auswertung der Biomassepreise ergab einen Durchschnittspreis von lediglich 0,09 Cent/kWh. Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, dass der Biomassebegriff von den befragten Unternehmen unter Umständen sehr weit verstanden wurde und ggf. mitunter auch andere als reine Bioabfälle mit angegeben wurden. Da zudem der Heizwert nur geschätzt werden kann (s. dazu Fn. 46), kann ein belastbarer Durchschnittspreis für Biomasse aus den vorhandenen Daten nicht berechnet werden.

<sup>50</sup> Aufgrund der starken Volatilität der Brennstoffpreise in den Jahren 2007 und 2008 wird zur Veranschaulichung der Schwankungen hier auch das ermittelte Brennstoffpreisniveau des Jahres 2007 mit angegeben.

<sup>51</sup> Grundlage für das Anrecht von Kohlenstoffausstoß bildet in Deutschland das Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen (Treibhausgas-Emissionshandels-

Tonne des Treibhausgases Kohlenstoffdioxid (CO<sub>2</sub>) müssen Anlagenbetreiber zu einem bestimmten Stichtag eine Genehmigung in Form eines Emissionszertifikates bei der zuständigen Behörde, der Deutschen Emissionshandelsstelle (DEHSt), abgeben.

- 89 Grundsätzlich behält ein Zertifikat seine Gültigkeit für die gesamte Handelsperiode.<sup>52</sup> Eine Überführung der Berechtigungen in die nächste Periode ist nicht vorgesehen. Kommt der Anlagenbetreiber dieser Pflicht nicht nach, so muss er die fehlende Menge an Zertifikaten nachreichen und zusätzlich pro emittierte Tonne CO<sub>2</sub> 100 Euro Strafzahlung leisten (in der ersten Periode von 2005 bis 2007 waren es noch 40 Euro).
- 90 Bislang war der Fernwärmemarkt von dieser Regelung ausgenommen, wodurch die CO<sub>2</sub>-Kosten für den Untersuchungszeitraum 2007 / 2008 keine Rolle spielten. Ab der 2013 beginnenden dritten Handelsperiode unterliegt jedoch auch die Fernwärmeproduktion dem Emissionshandel, wobei nach wie vor eine Ausnahme für Anlagen bis 20 MW Leistung besteht. Den im Rahmen der Sektoruntersuchung erhobenen Daten zufolge, lagen über 95 % der erfassten Heizwerke unterhalb dieser De-minimis-Schwelle, bei KWK-Anlagen immerhin rund 75 %.<sup>53</sup>
- 91 Trotz dieses jeweils hohen Anteils stammt der weitaus größte Anteil der Brutto-Wärmeproduktion aus Anlagen oberhalb der 20-MW-Grenze. So würden für ca. 60 – 70 % der in Heizwerken sowie für über 95 % der in Kraft-Wärme-gekoppelten Anlagen erzeugten Wärmemengen Emissionszertifikate benötigt.
- 92 Im Folgenden soll kurz erläutert werden, wie sich die Kosten für Emissionszertifikate im Fernwärmebereich auswirken könnten.
- 93 Betrachtet man die Preisentwicklung der Emissionsrechte für die vergangene und die derzeit laufende Handelsperiode an der BlueNext,<sup>54</sup> so lag der Marktpreis in der ersten Phase durchschnittlich bei 11,71 Euro/t CO<sub>2</sub> und in der zweiten Phase (bislang) bei 15,37 Euro/t CO<sub>2</sub>. Abbildung 20 veranschaulicht die Kursbewegungen für den Zeitraum zwischen Juni 2005 und Dezember 2011. In der dritten Handelsperiode werden die Preise aufgrund gezielter Verknappung und Verringerung der kostenlosen Zuteilung, die in den ersten beiden

---

gesetz – TEHG), das auf der Richtlinie 2003/87/EG des europäischen Parlaments und Rates vom 13.10.2003 basiert.

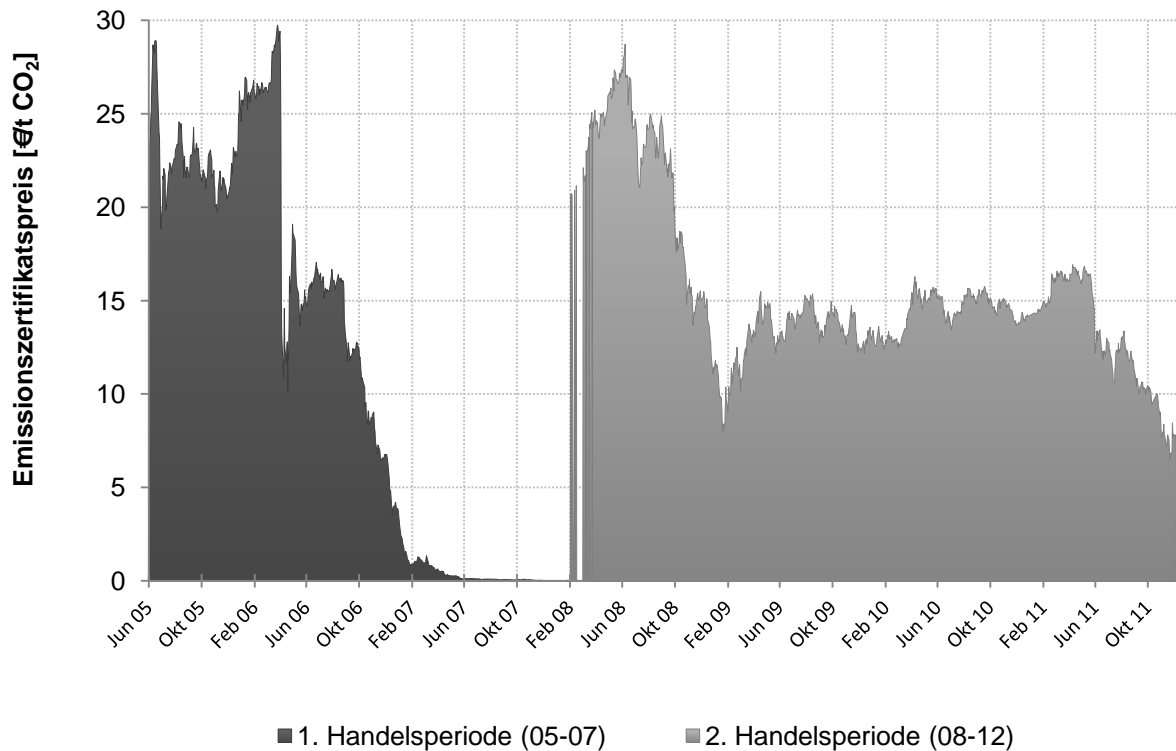
<sup>52</sup> 1. Handelsperiode: 2005 – 2007, 2. Handelsperiode: 2008 – 2012, 3. Handelsperiode: 2013 – 2020.

<sup>53</sup> Die Leistung der Anlagen in MW wurde nicht erhoben, jedoch lässt sich diese anhand der angegebenen Erzeugungsmengen unter Zugrundelegung einer durchschnittlichen Volllaststundenzahl näherungsweise abschätzen. Die angegebenen Werte basieren auf der Annahme von 3.000 bis 5.000 Volllaststunden pro Jahr je Anlage. s. zur durchschnittlichen Ausnutzungsdauer der Kraftwerke im Jahr 2007: BDEW Energiedaten – 10.5 Ausnutzungsdauer der Kraftwerke, im Internet abrufbar unter [http://www.bdew.de/internet.nsf/id/DE\\_Energiedaten](http://www.bdew.de/internet.nsf/id/DE_Energiedaten).

<sup>54</sup> BlueNext - führende Emissionsrechtbörse mit Sitz in Paris.

Handelsperioden bei bis zu 100 % der benötigten Zertifikate lag, aller Wahrscheinlichkeit nach weiter steigen.

Abbildung 20: CO<sub>2</sub>-Zertifikatspreise am BlueNext-Spotmarkt (2005 bis 2011)



Quelle: eigene Darstellung (auf Basis von Daten der DEHSt für Juni 2005 bis Dezember 2011)

94 Die verursachten Emissionen lassen sich für Heizwerke, unter Beachtung des verwendeten Brennstoffs, relativ einfach feststellen. Der CO<sub>2</sub>-Emissionsfaktor, der den Kohlenstoffdioxid-gehalt eines Primärenergieträgers in Gewichtseinheit pro Energieeinheit angibt (z. B. t CO<sub>2</sub>/TJ), wird mit der erzeugten Wärmemenge über den Zeitraum  $t$  multipliziert und durch den Wirkungsgrad der Anlage dividiert. Das Ergebnis ist dann der Emissionsausstoß im definierten Zeitraum, der in Form von Emissionszertifikaten ausgeglichen werden muss.

Die Emissionsfaktoren der wichtigsten Brennstoffe sind in der nachfolgenden Tabelle 4 dargestellt.

**Tabelle 4: CO<sub>2</sub> - Emissionsfaktoren nach Brennstoffart**

<b>Brennstoffart</b>	<b>CO<sub>2</sub>-Emissionsfaktor<sup>55</sup></b> [t CO <sub>2</sub> /TJ]	<b>CO<sub>2</sub>-Emissionsfaktor</b> [g CO <sub>2</sub> /kWh]
Braunkohle	112,3	404,3
Steinkohle	94,3	339,5
Heizöl (EL)	74,0	266,4
Erdgas	56,0	201,6

- 95 Wesentlich schwieriger gestaltet sich die Zuordnung der CO<sub>2</sub>-Emissionen bei KWK-Anlagen. Hier stellt sich die Frage, welcher Anteil der Emissionen auf die jeweiligen Koppelprodukte – Wärme und Strom – entfällt. Hierzu wurden diverse Verfahren entwickelt, die sich hinsichtlich der Art der Zuordnung der jeweiligen Produkte unterscheiden. Ein Standardverfahren hat sich bislang nicht herausgebildet.
- 96 Das Umweltbundesamt hat in einer Studie<sup>56</sup> untersucht, mit welchen spezifischen Emissionen an Treibhausgasen die Bereitstellung von Fernwärme in Deutschland in den Jahren 2000 bis 2005 verbunden war. Als Allokationsverfahren wurde die „finnische Methode“ gewählt, auf die sich auch die EU-KWK-Richtlinie<sup>57</sup> bei der Berechnung der Primärenergieeinsparung stützt. Die finnische Methode betrachtet zwei Referenzanlagen, die unabhängig voneinander ausschließlich Strom bzw. Wärme produzieren. Sie berücksichtigt, dass in gekoppelten Anlagen der Wirkungsgrad für die Einzelprodukte geringer ist als bei der getrennten Produktion, wohingegen in Einzelsystemen der Brennstoffeinsatz und somit der Emissionsausstoß höher ausfällt. Wird als Referenzsystem ein Gas-Heizwerk für den Wärmeanteil und der Mix der deutschen Stromerzeugung für den Stromanteil herangezogen, so zeigt Tabelle 5 die modellierten CO<sub>2</sub>-Emissionsfaktoren für die unterschiedlichen KWK-Systeme. Hierbei werden

---

<sup>55</sup> Zu den CO<sub>2</sub>-Emissionsfaktoren für die deutsche Berichterstattung atmosphärischer Emissionen s. Umweltbundesamt / DEHSt, Einheitliche Stoffwerte für Emissionsfaktoren, Heizwerte und Kohlenstoffgehalte für Brennstoffe, Rohstoffe und Produkte, im Internet abrufbar unter [http://www.umweltbundesamt.de/emissionen/archiv/CO2\\_Faktoren\\_Brennstoffe\\_out.xls](http://www.umweltbundesamt.de/emissionen/archiv/CO2_Faktoren_Brennstoffe_out.xls).

<sup>56</sup> Bestimmung spezifischer Treibhausgas-Emissionsfaktoren für Fernwärme (2008), Umweltforschungsplan des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (Forschungsbericht 360 16 008), S. 20, im Internet abrufbar unter <http://www.umweltdaten.de/publikationen/fpdf-l/3476.pdf>.

<sup>57</sup> Richtlinie 2004/8/EG des europäischen Parlaments und Rates vom 11. Februar 2004 über die Förderung einer am Nutzwärmebedarf orientierten Kraft-Wärme-Kopplung im Energiebinnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 92/42/EWG, Amtsblatt der Europäischen Union, L 52/50 DE, im Internet abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:052:0050:0050:DE:PDF>.

nur die direkten Emissionen der Anlage berücksichtigt. Emissionen aus vor- bzw. nachgelagerten Bereitstellungsstufen werden nicht einbezogen.

**Tabelle 5: CO<sub>2</sub>-Emissionen für verschiedene KWK-Anlagentypen**

KWK-Anlagentyp	CO <sub>2</sub> -Emissionen	
	KWK-Wärme [g CO <sub>2</sub> /kWh <sub>th</sub> ]	KWK-Strom [g CO <sub>2</sub> /kWh <sub>el</sub> ]
Gas-Blockheizkraftwerk	167,2	359,4
Steinkohle-HKW-Dampfturbine	206,4	443,7
Heizöl-HKW-Dampfturbine	149,5	321,4
Erdgas-HKW-Dampfturbine	112,2	241,1
Erdgas-HKW-Gasturbine	185,4	398,5
Erdgas-HKW-Gas-und Dampfturbine	141,6	304,3

Quelle: Umweltbundesamt<sup>58</sup>

- 97 Geht man davon aus, dass ca. 80 % der Wärme in KWK-Systemen erzeugt werden, so spielt die Zuordnung von Emissionen zu den Produkten Wärme und Strom bei der Kostenverteilung eine essentielle Rolle. Unter Zugrundelegung der ermittelten Emissionsfaktoren gemäß obiger Tabelle 5 und der durchschnittlichen Preise für Emissionsrechte der jeweiligen Handelsperiode, ergäben sich Emissionskosten für das Produkt Wärme, abhängig von dem jeweiligen Kraftwerkstyp, zwischen 0,13 und 0,24 Cent/kWh (1. Handelsperiode 2005 – 2007) bzw. zwischen 0,17 und 0,32 Cent/kWh (2. Handelsperiode 2008 – 2012). In der 2013 beginnenden 3. Handelsperiode könnten die Emissionskosten unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen Zertifikatpreises von 19,03 Euro/t CO<sub>2</sub><sup>59</sup> – bei ansonsten identischen Annahmen – zwischen 0,21 Cent/kWh und 0,39 Cent/kWh liegen. Hierbei stellt das erdgasbetriebene Dampfturbinen-Heizkraftwerk die günstigste Variante dar, wohingegen das steinkohlebetriebene Dampf-Heizkraftwerk den höchsten Emissionsausstoß je erzeugter Wärmeeinheit und somit die höchsten Emissionskosten aufweist.

---

<sup>58</sup> Bestimmung spezifischer Treibhausgas-Emissionsfaktoren für Fernwärme (2008), Umweltforschungsplan des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (Forschungsbericht 360 16 008), S. 20 f., im Internet abrufbar unter <http://www.umweltdaten.de/publikationen/fpdf-l/3476.pdf>.

<sup>59</sup> Vereinfachte Ermittlung des Zertifikatpreises durch lineare Extrapolation aus den durchschnittlichen Preisen der ersten und zweiten Handelsperiode des *BlueNext*-Spotpreises.

## V. Verpflichtungen zum Anschluss an die Fernwärmeversorgung

98 In einigen Gebieten besteht für die Grundstücke, die sich im Versorgungsbereich eines Fernwärmenetzes befinden, eine Verpflichtung zum Anschluss an dieses Netz bzw. zur Beheizung von Gebäuden ausschließlich durch Fernwärme aus dem betreffenden Netz. Eine solche Verpflichtung kann mit Hilfe des öffentlichen Rechts wie des Privatrechts begründet werden. Einer Gemeinde stehen hier im Rahmen ihrer energiepolitischen Zuständigkeit mehrere Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung. Diese sind in ihren Auswirkungen zwar nicht identisch, führen jedoch dazu, dass jedenfalls der ganz überwiegende Teil der in dem betreffenden Gebiet gelegenen Gebäude nur mit Fernwärme beheizt werden kann. Die nachfolgend unter a) bis c) genannten Instrumente können grundsätzlich auch kombiniert werden.

### 1. Regelungen in Bebauungsplänen (Verbrennungsverbote)

99 § 9 Abs. 1 Nr. 23 lit. a des Baugesetzbuches (BauGB) bietet die Möglichkeit, Gebiete festzusetzen, in denen zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen i. S. d. Bundesimmissionsschutzgesetzes (BImSchG) bestimmte luftverunreinigende Stoffe nicht oder nur beschränkt verwendet werden dürfen. Diese Festsetzungen sind in der Regel als Verbrennungsverbote ausgestaltet, bei denen insbesondere die Verwendung von Kohle oder Heizöl als Heizbrennstoff untersagt wird. Zwar dürfte eine solche Festsetzung vor allem für Neubaugebiete in Betracht kommen. § 9 Abs. 1 Nr. 23 lit. a BauGB ist aber nicht rein präventiver Natur. Er erlaubt zur Verbesserung der Immissionssituationen auch eine Anwendung in besonders belasteten Gebieten.<sup>60</sup>

100 Zu beachten ist, dass an diese Festsetzung bestimmte Kriterien anzulegen sind. So ermöglicht die Vorschrift nur stoffliche, nicht aber anlagenbezogene Festsetzungen. Es ist daher nicht möglich, mittels des Bebauungsplans bestimmte Abgas- oder Emissionswerte für Heizungsanlagen vorzugeben.<sup>61</sup> Statt Verboten kann im Bebauungsplan auch eine positive und abschließende Regelung zulässiger Heizstoffe erfolgen. Voraussetzung für ein positiv oder negativ geregeltes Verbot ist indessen, dass eine anderweitige Versorgung, d.h. Gas- oder Fernwärmeversorgung, zu Bedingungen und Kosten sichergestellt sein muss, die dem Bürger zumutbar sind.<sup>62</sup>

101 Aufgrund des geltenden Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit können die Verbrennungsverbote räumlich, zeitlich oder mengenmäßig differenziert werden.

---

<sup>60</sup> Löhr in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, 11. Aufl., § 9 Rn. 84.

<sup>61</sup> Sparwasser/Mock, ZUR 2008, 469.

<sup>62</sup> Vgl. Söfker in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Kautzenberger, Baugesetzbuch, 103. Ergänzungslieferung 2012, Rn. 187 f., 195.

- 102 Bauplanungsrechtliche Festsetzungen gelten indessen nur für künftige Bauvorhaben. Was den Gebäude-Altbestand anbelangt, ist zu berücksichtigen, ob die Eigentümer aufgrund einer verfestigten Eigentumsposition Bestandsschutz gegen die im Nachhinein ergangene bauplanerische Festsetzung genießen.<sup>63</sup>
- 103 Nach § 9 Abs. 1 Nr. 23 lit. b BauGB besteht zudem die bauplanungsrechtliche Möglichkeit, Gebiete festzusetzen, in denen bei der Errichtung von Gebäuden bestimmte bauliche und sonstige technische Maßnahmen für die Erzeugung, Nutzung oder Speicherung von Strom, Wärme oder Kälte aus erneuerbaren Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung getroffen werden müssen.<sup>64</sup> Dies wirft die Frage nach dem Verhältnis zu § 3 Abs. 1 EEWärmeG auf, nach dem Eigentümer von Gebäuden, die neu errichtet werden, den Wärme- und Kälteenergiebedarf durch die anteilige Nutzung von Erneuerbaren Energien decken müssen. So wird zum Teil vertreten, dass § 3 Abs. 1 EEWärmeG als *lex specialis* § 9 Abs. 1 Nr. 23 lit. b BauGB in seinem Anwendungsbereich (Neubauten mit einer Nutzfläche von mehr als 50 m<sup>2</sup>) verdränge.<sup>65</sup> Dagegen geht die wohl herrschende Meinung davon aus, dass die Festsetzungsmöglichkeit nach § 9 Abs. 1 Nr. 23 lit. b BauGB nicht verdrängt wird.<sup>66</sup> Hierfür spricht, dass der Gesetzgeber die Festsetzungsmöglichkeit im Zuge der Novellierung des Baugesetzbuches 2011 nicht aufgehoben, sondern stattdessen erweitert hat. Im Rahmen der durch das EEWärmeG vorgesehenen Handlungsoptionen verbleibt den Gemeinden insoweit die Befugnis zur städtebaulichen Planung.<sup>67</sup>

## 2. Kommunalen Anschluss- und Benutzungszwang

- 104 Nach dem jeweils für sie einschlägigen Landesrecht kann eine Kommune per Satzung festlegen, dass innerhalb eines bestimmten Gebietes jedes Grundstück an die Fernwärmeversorgung anzuschließen ist bzw. auf dem Grundstück Fernwärme als Beheizungsart zu nutzen ist. In der Praxis wird im Fernwärmebereich die Verpflichtung zum

---

<sup>63</sup> *Spannowsky/Baumann* in: BeckOK BauGB, § 9 Rn. 94.2; BVerwG, Beschluss vom 16.12.1988, Az. 4 NB 1/88, zit. nach juris Rn. 58 *Ekardt, Schmitz, Schmidtke*, ZNER 2008, 334, 340.

<sup>64</sup> Ob auf dieser Grundlage auch zur Nutzung entsprechender Anlagen verpflichtet werden kann, ist umstritten; ablehnend (zu § 9 Abs. 1 Nr. 23 lit. b BauGB a.F.) z. B. *Löhr* in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, Baugesetzbuch, 11. Aufl., § 9 Rn. 84; bejahend *Wustlich* in: *Danner/Theobald*, Energierecht, 73. Ergänzungslieferung 2012, Einführung Rn. 168 m. w. N. Diesen Streit halten *Spannowsky/Baumann* in: BeckOK BauGB, § 9 Rn. 97 durch die Neufassung der Nr. 23 lit. b dahingehend für entschieden, dass gesetzgeberisch klargestellt wurde, dass auch ein Einbau technischer Vorrichtungen zur „Erzeugung, Nutzung oder Speicherung von Strom, Wärme oder Kälte aus erneuerbaren Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung“ angeordnet werden kann.

<sup>65</sup> *Kahl*, Klimaschutz durch die Kommunen – Möglichkeiten und Grenzen, ZUR 2010, 395, 396 f. m. w. N.

<sup>66</sup> *Wustlich* in: *Danner/Theobald*, Energierecht, 73. Ergänzungslieferung 2012, Einführung Rn. 168 m. w. N.

<sup>67</sup> Vgl. *Wustlich*, ebenda.



Anschluss stets mit der Verpflichtung zur Benutzung verbunden (Anschluss- und Benutzungszwang).

- 105 Die Rechtsgrundlage für die Festsetzung eines Anschluss- und Benutzungszwangs findet sich in den Gemeinde- bzw. Kommunalordnungen der Bundesländer, z. T. jedoch auch in landesumweltrechtlichen Vorschriften:

**Tabelle 6: Rechtsgrundlagen für kommunalen Anschluss- und Benutzungszwang**

Bundesland	Vorschrift
Baden-Württemberg	§ 11 Abs. 1 GemO
Bayern	Art. 24 Abs. 1 Nr. 3 GO
Berlin	§ 23 Abs. 1 BEnSpG
Brandenburg	§ 8 Abs. 1 LImSchG; § 12 Abs. 2 und 3 KVerf
Bremen	§ 1 Abs. 2 GemRechtsG
Hamburg	§ 4 Abs. 1 KliSchG
Hessen	§ 19 Abs. 2 GO
Mecklenburg-Vorpommern	§ 15 Abs. 1 KV
Niedersachsen	§ 8 Nr. 2 GO
Nordrhein-Westfalen	§ 9 GO
Rheinland-Pfalz	§ 26 Abs. 1 GemO
Saarland	§ 22 Abs. 1 KSVG
Sachsen	§ 14 Abs. 1 GemO
Sachsen-Anhalt	§ 8 Nr. 2 GO
Schleswig-Holstein	§ 17 Abs. 2 GO
Thüringen	§ 20 Abs. 2 Nr. 2 KO

Quelle: AGFW<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup> Vgl. die Übersicht auf der Website des AGFW <http://www.agfw.de> unter Recht ⇒ Anschluss- und Benutzungszwang ⇒ Überblick über die landesrechtlichen Vorschriften; Angaben für Brandenburg ergänzt.

- 106 Soweit eine Regelung in den Gemeinde- bzw. Kommunalordnungen erfolgt, wird in der Regel das Bestehen eines (dringenden) „öffentlichen Bedürfnisses“ vorausgesetzt.<sup>69</sup> Dieser unbestimmte Rechtsbegriff wurde in verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen so interpretiert, dass nach objektiven Maßstäben die Lebensqualität der Einwohner der Gemeinde gefördert werden müsse, es mithin eines hinreichenden örtlichen Bezuges bedürfe.<sup>70</sup> Sahen die landesrechtlichen Ermächtigungsgrundlagen indessen den Erlass eines Anschluss- und Benutzungszwangs aus Gründen des „Schutzes der natürlichen Grundlagen des Lebens“ o. Ä. vor, so war auch vom Vorliegen eines entsprechenden „öffentlichen Bedürfnisses“ auszugehen.<sup>71</sup>
- 107 2008 wurde durch § 16 des Erneuerbare-Energien-Wärmegesetzes (EEWärmeG) klargestellt, dass ganz allgemein von landesrechtlichen Bestimmungen, die die Begründung eines Anschluss- und Benutzungszwangs zu Gunsten der lokalen Fernwärmeversorgung erlauben, auch zum Zwecke des (globalen) Klima- und Ressourcenschutzes Gebrauch gemacht werden darf. Insoweit ist ein lokaler Bezug nicht mehr notwendig. Somit ist es nunmehr in allen Bundesländern möglich, Grundstückseigentümer mittels eines Anschluss- und Benutzungszwangs zum Anschluss an die kommunale Fernwärmeversorgung zu verpflichten. Dies gilt – außer in Bayern – nicht nur für Neubau- oder Sanierungsgebiete, sondern auch für Gebiete, in denen bereits andere Heizungsformen existieren.
- 108 Die Verhängung eines Anschluss- und Benutzungszwangs und die damit einhergehende Vorgabe einer bestimmten Beheizungsart berühren stets die Grundrechte der jeweiligen Grundstückseigentümer.<sup>72</sup> Um dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gerecht zu werden, muss ein Anschluss- und Benutzungszwang daher die Möglichkeit einer Ausnahme im Einzelfall vorsehen. Je nach Lage des Falles kann sich die Gemeinde jedoch darauf berufen, dass durch Befreiungen von der Abnahmeverpflichtung das gesamte Wärmeversorgungssystem unrentabel würde.<sup>73</sup>

---

<sup>69</sup> Art. 9 GO NRW etwa lautet: „Die Gemeinden können bei öffentlichem Bedürfnis durch Satzung für die Grundstücke ihres Gebiets den Anschluss an Wasserleitung, Kanalisation und ähnliche der Volksgesundheit dienende Einrichtungen sowie an Einrichtungen zur Versorgung mit Fernwärme (Anschlusszwang) und die Benutzung dieser Einrichtungen und der Schlachthöfe (Benutzungszwang) vorschreiben. [...]“.

<sup>70</sup> VGH BW, VBIBW 1982, 54 und 235, bestätigt durch BVerwG, Urteil vom 23.11.2005, Az. 8 C 14.04, DVBl 2006, 779.

<sup>71</sup> Vgl. BVerwG, Urteil vom 25.01.2006, Az. 8 C 13.05, zit. nach juris Rn. 14.

<sup>72</sup> Es liegt jedenfalls ein Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG vor. Daneben kann eine eigentumsrelevante Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 2 GG in Betracht kommen. Letzteres ist jedoch dann nicht der Fall, wenn der Anschluss- und Benutzungszwang bereits vor dem Grundstückserwerb verhängt wurde, s. dazu BVerwG, Urteil v. 25.01.2006, Az. 8 C 13/05, zit. nach juris Rn. 20.

<sup>73</sup> Vgl. VG Frankfurt, Urteil vom 23.06.2009, Az. 3 K 150/08.F, zit. nach juris Rn. 20.

### 3. Dienstbarkeiten

- 109 Insbesondere wenn Gemeinden bzw. kommunale Unternehmen nicht nur Wärmeversorger sind, sondern auch als Veräußerer von Grundstücken in Erscheinung treten, kommt eine Verpflichtung zum Bezug von Fernwärme im Wege der Dienstbarkeit in Betracht. In dieser Konstellation wird der Käufer durch den Kaufvertrag verpflichtet, Fernwärme eines bestimmten Versorgers bzw. aus einer bestimmten Wärmequelle abzunehmen.
- 110 Vergibt die Kommune die Erschließung eines Neubaugebietes an einen Erschließungsträger, besteht darüber hinaus im Rahmen der Vergabe des Auftrages die Möglichkeit, diese davon abhängig zu machen, dass der Erschließungsträger eigene Grundstücke in dem betroffenen Gebiet ebenfalls nur mit einer entsprechend dinglich abgesicherten Verpflichtung zur Abnahme von Fernwärme verkauft.
- 111 Die kaufvertraglich vereinbarte Anschluss- und Nutzungsverpflichtung kann durch eine im Grundbuch einzutragende beschränkte persönliche Dienstbarkeit nach §§ 1090 Abs. 1 i. V. m. § 1018 Alt. 1 und 2 BGB mittelbar gesichert werden, so dass sie dauerhaft für jeden Grundstückseigentümer gilt. Inhalt einer solchen Dienstbarkeit ist in der Regel die Duldung des Anschlusses an die Wärmeerzeugungsanlage in Verbindung mit einem Recht des Anlagenbetreibers, Leitungen zu verlegen, sowie das Unterlassen der Errichtung und des Betriebes einer anderweitigen Heizanlage. Eine unmittelbare Abnahme- oder Bezugspflicht kann dagegen nicht Gegenstand der Dienstbarkeit sein, da eine positive Leistungspflicht des Eigentümers gem. § 1018 BGB nicht (Haupt-)Inhalt einer Dienstbarkeit sein kann. Die Eigentümer oder andere Benutzer des Grundstücks sind auf den Bezug der Fernwärme vielmehr faktisch angewiesen, um ihre Räumlichkeiten zu beheizen. Die gleichen Folgen können auch über eine Grunddienstbarkeit nach § 1018 BGB herbeigeführt werden. Gegenüber der Grunddienstbarkeit unterscheidet sich die beschränkte persönliche Dienstbarkeit v.a. darin, dass sie nicht zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen (herrschenden) Grundstücks eingeräumt werden muss, sondern eine bestimmte (juristische) Person begünstigt.<sup>74</sup>

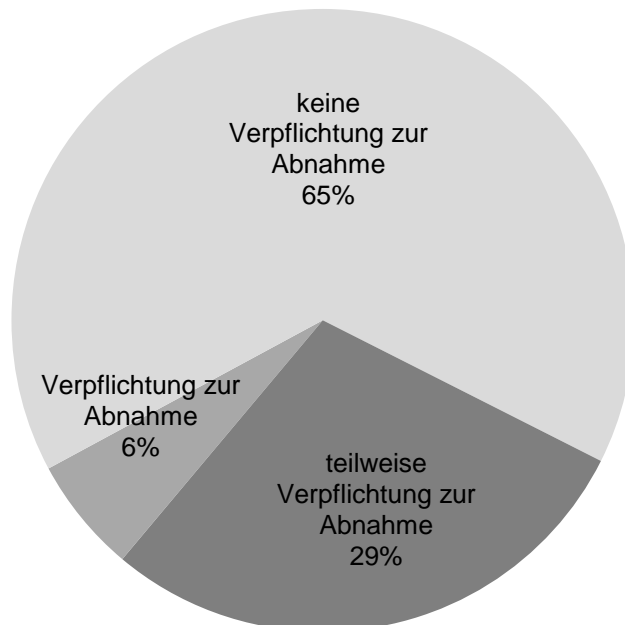
### 4. Verbreitung von Abnahmeverpflichtungen

- 112 Stellt man auf die im Rahmen der Sektoruntersuchung betrachteten Wärmelieferungen an Privatkunden ab, so entfallen diese zu 6 % auf Netzgebiete mit umfassender sowie zu weiteren 29 % auf solche mit teilweiser Abnahmeverpflichtung (siehe nachfolgende Abbildung 21).

---

<sup>74</sup> Die einer juristischen Person oder einer rechtsfähigen Personengesellschaft zustehende beschränkte persönliche Dienstbarkeit, die dazu berechtigt, ein Grundstück für Anlagen zur Fortleitung von Fernwärme einschließlich aller dazugehörigen Anlagen, die der Fortleitung unmittelbar dienen, zu benutzen, ist gem. § 1092 Abs. 3 BGB übertragbar. Eine Grunddienstbarkeit ist demgegenüber nur zusammen mit dem herrschenden Grundstück übertragbar.

Abbildung 21: Fakturierte Wärmemengen und Abnahmeverpflichtung (2008)

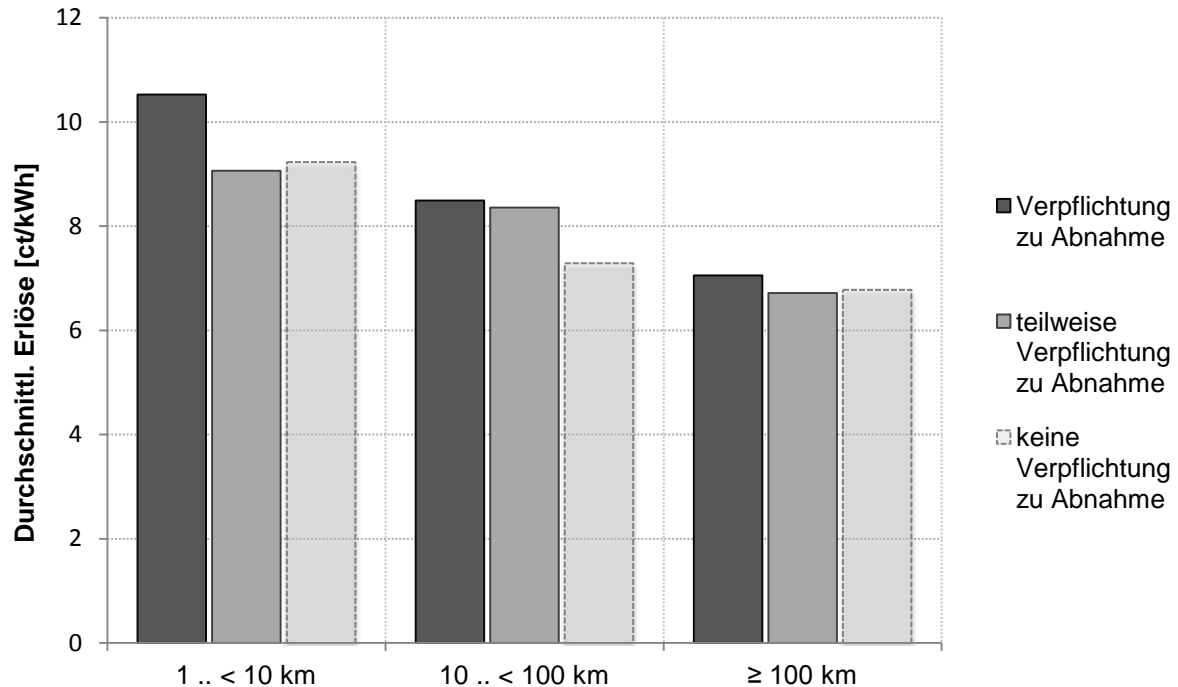


Quelle: eigene Darstellung

## 5. Auswirkung von Abnahmeverpflichtungen

- 113 Die Sektoruntersuchung hat ergeben, dass die durchschnittlichen Erlöse in Netzgebieten, in denen ein Anschluss- und Benutzungszwang besteht, höher ausfallen als in Gebieten ohne Anschluss- und Benutzungszwang. Außer in der Kategorie der Großnetze sind die Erlösabstände auch signifikant. Des Weiteren fällt auf, dass von den elf Netzgebieten, die im Vergleich der jeweiligen Netzkategorie 2008 die höchsten Erlöse aufwiesen (s. S. 85, Tabelle 6) sieben einer vollständigen sowie eines einer teilweisen Abnahmeverpflichtung unterlagen.
- 114 In der nachfolgenden Abbildung sind die durchschnittlichen Erlöse in Netzgebieten mit vollständigem / teilweisem / ohne Anschluss- und Benutzungszwang nach Netzkategorien dargestellt.

Abbildung 22: Durchschnittserlöse nach Netzkategorie in Abhängigkeit vom Bestehen einer Abnahmeverpflichtung (2008)



Quelle: eigene Darstellung

## VI. Erlössituation bei Belieferung von Privatkunden

### 1. Zusammensetzung der Erlöse

115 Der vom privaten Endverbraucher zu entrichtende Fernwärmepreis setzt sich zumeist aus drei Komponenten zusammen:

- Der **Grund- bzw. Leistungspreis** stellt ein jährlich pauschal zu entrichtendes Entgelt dar, welches in den meisten Fällen von der vertraglich vorzuhaltenden Wärmeleistung, dem sog. Anschlusswert, abhängt.
- Der ebenfalls pauschale **Mess- bzw. Verrechnungspreis** fällt für die Messung der gelieferten Energiemenge und die Bereitstellung und Wartung der Messeinrichtung an.
- Der **Arbeitspreis** ist je kWh tatsächlich verbrauchte Wärmemenge zu entrichten.

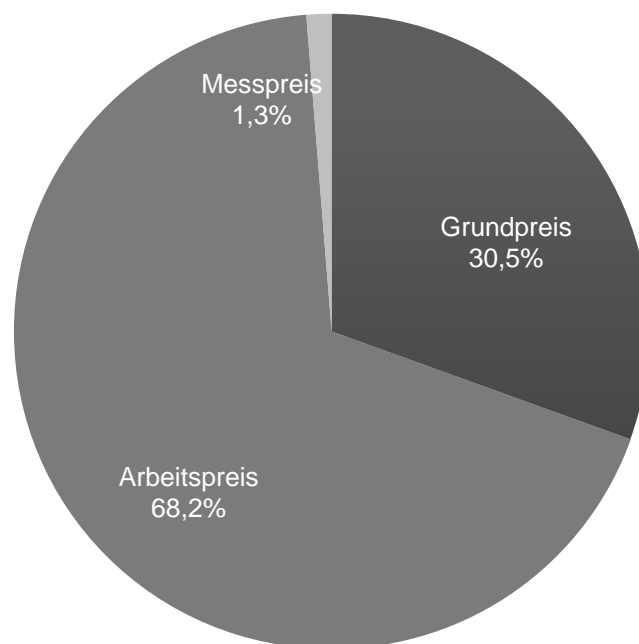
116 Während die Erlöse aus dem Arbeitspreis je nach Abnahmeverhalten des einzelnen Verbrauchers von Jahr zu Jahr unterschiedlich ausfallen, sind Grundpreis und Messpreis verbrauchsunabhängig ausgestaltet.

117 Die Sektoruntersuchung hat ergeben, dass im Regelfall die Erlöse aus dem Grundpreis deutlich geringer ausfallen als diejenigen aus dem Arbeitspreis. Zugleich ist der Anteil der Erlöse aus

dem Grundpreis an den Gesamterlösen höher als dies aus den Bereichen Strom oder Gas bekannt ist. Dies lässt sich zumindest teilweise damit erklären, dass – anders als bei der Strom- bzw. Gasversorgung von Haushaltskunden – beim Fernwärmelieferanten in aller Regel erhebliche Fixkosten beim Betrieb von Netz und Wärmeerzeugungsanlagen anfallen. Diese Kosten werden von vielen Versorgern über den Grundpreis an die Kunden weitergegeben. Im Strom- bzw. Gasbereich schlägt der Energieversorger hingegen die Kosten aus dem Netzbetrieb, die dem Netzbetreiber in Form von regulierten Netznutzungsentgelten zu erstatten sind, auf die von den Haushaltskunden zu entrichtenden Arbeitspreise auf.

- 118 Von den gesamten betrachteten Fernwärmeerlösen im Privatkundensektor entfielen im Jahr 2008 (kumuliert) rund 68 % auf Erlöse aus Arbeitspreisen, 31 % auf Erlöse aus Grundpreisen und 1 % auf Erlöse aus Messpreisen (Abbildung 23).

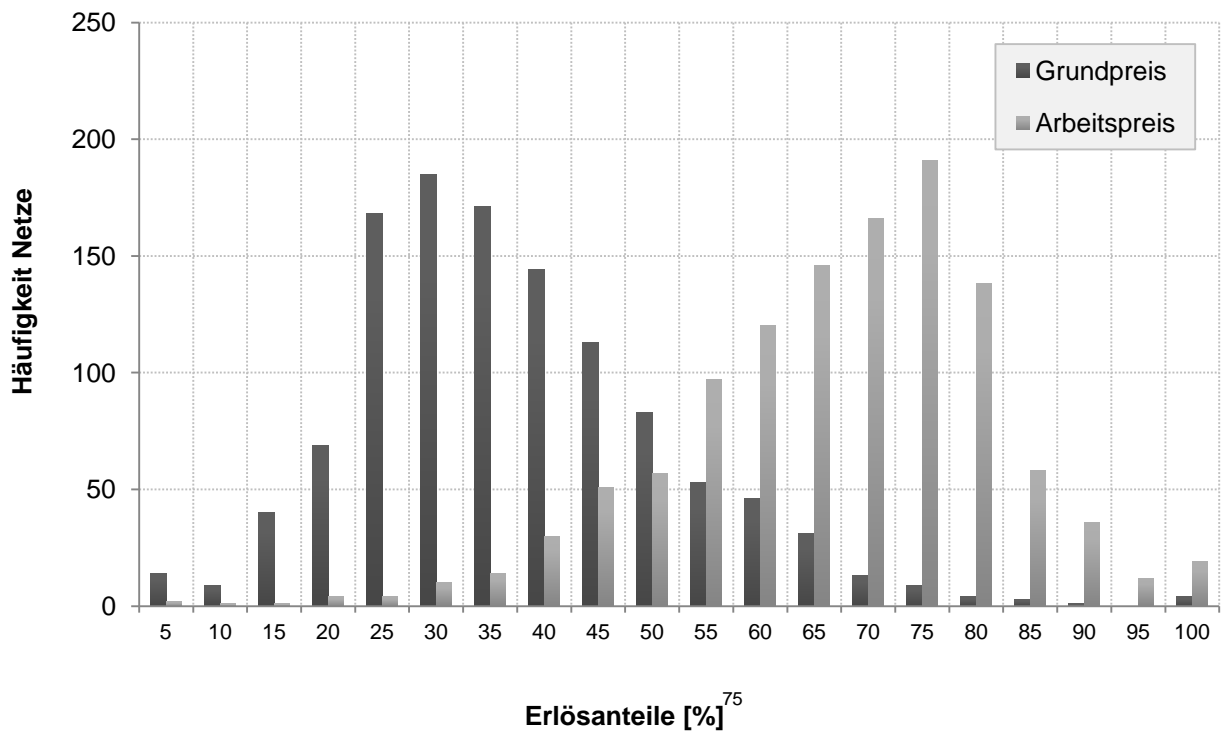
**Abbildung 23: Zusammensetzung der kumulierten Fernwärmeerlöse (2008)**



*Quelle: eigene Darstellung*

- 119 Bei netzscharfer Betrachtung zeigen sich die Unterschiede beim jeweiligen Erlösanteil von Grund- und Arbeitspreis. Die Verteilung (Abbildung 24) zeigt, dass in ca. 75 % aller Netzgebiete die Erlöse aus dem Arbeitspreis zwischen 50 % und 95 % an den Gesamterlösen ausmachen. Analog dazu erwirtschaften Fernwärmeversorger in etwa 75 % aller untersuchten Netzgebiete zwischen 15 % und 50 % der Erlöse mit den Grundpreisen.

Abbildung 24: Häufigkeitsverteilung der Erlösanteile von Grund- und Arbeitspreis (2008)



Quelle: eigene Darstellung

## 2. Preisanpassungen

### a) Preisgleitklauseln (§ 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV)

120 Im Gegensatz zu Strom- oder Gasbelieferungsverträgen werden Fernwärmelieferungsverträge üblicherweise für mehrere Jahre abgeschlossen bzw. verlängert. Die Langfristigkeit der vertraglichen Bindung bei gleichzeitiger starker Volatilität der Brennstoff-Beschaffungskosten erfordert, dass Preise auch während der Vertragslaufzeit angepasst werden können. Fernwärmelieferverträge enthalten daher in der Regel eine Klausel zur automatischen Preisanpassung (sog. Preisgleitklausel). Der Rahmen für deren Ausgestaltung wird dabei durch § 24 Abs. 4 der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme (im Folgenden: AVBFernwärmeV) vorgegeben.<sup>75</sup> In seiner jüngeren Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof festgestellt, dass sich die Wirksamkeit von Preisanpassungsklauseln im Fernwärmebereich ausschließlich am Maßstab des § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV a.F. (§ 24

<sup>75</sup> Rechts abgeschlossene Intervalle.

<sup>76</sup> Für Verträge mit Industriekunden und individualvertraglich ausgehandelte Verträge findet die AVBFernwärmeV indessen keine Anwendung.

Abs. 4 AVBFernwärmeV n.F.) und nicht am Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen orientiert.<sup>77</sup>

- 121 Gemäß § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV sind sowohl die Preisveränderungen bei der Erzeugung und Bereitstellung von Fernwärme („Kostenelement“) als auch die Entwicklung der Preise auf dem Wärmemarkt („Marktelement“) zu berücksichtigen und die maßgeblichen Berechnungsfaktoren vollständig und in allgemein verständlicher Form auszuweisen. Hierdurch soll zum einen eine kostenorientierte Preisbemessung gewährleistet werden und zum anderen dem Umstand Rechnung getragen werden, dass sich die Festlegung der Fernwärmepreise nicht unabhängig von den Preisverhältnissen am Wärmemarkt durchführen lässt.<sup>78</sup> Das Kostenelement und das Marktelement stehen mithin gleichrangig nebeneinander; eine Gewichtung ist lediglich im Rahmen der Angemessenheit durchzuführen.<sup>79</sup>
- 122 Hinsichtlich des Marktelements hat der Bundesgerichtshof jüngst klargestellt, dass nicht auf einen lokalen Fernwärmemarkt, sondern vielmehr auf die Entwicklung eines „funktionierenden Marktes“ (z. B. für die Belieferung mit Gas oder Heizöl<sup>80</sup>) abzustellen ist.<sup>81</sup> Der Kostenbestandteil hat die Kosten für Wärmeerzeugung und -verteilung zu berücksichtigen, wobei die vom Bundesgerichtshof geforderte Kostenorientierung nicht mit Kostenechtheit gleichzusetzen ist. Demnach muss die Klausel die kostenmäßigen Zusammenhänge widerspiegeln, d.h. sich an den Kosten der Wärmeerzeugung, also dem Preis des (überwiegend) eingesetzten Brennstoffes orientieren. Preisgleitklauseln müssen dabei ein Maß an Transparenz und Nachvollziehbarkeit aufweisen, das mindestens dem Niveau entspricht, welches der Bundesgerichtshof im Rahmen von § 307 Abs. 1 S. 2 BGB fordert. Art und Umfang der zukünftigen Preissteigerungen müssen aus der Formulierung der Klausel erkennbar sein.<sup>82</sup>
- 123 Eine Geltendmachung von Ansprüchen bei unwirksamen Anpassungsklauseln ist dem Bundesgerichtshof zufolge bis zu drei Jahre nach Zusendung der jeweiligen Jahresendrechnung möglich.<sup>83</sup>

---

<sup>77</sup> BGH, Urteil vom 06.04.2011, Az. VIII ZR 273/09, NJW 2011, 2501 f.; Urteil vom 13.07.2011, Az. VIII ZR 339/10, NJW 2011, 3222.

<sup>78</sup> BGH, Urteil vom 13.07.2011, Az. VIII ZR 339/10, NJW 2011, 3222.

<sup>79</sup> BGH, Urteil vom 13.07.2011, Az. VIII ZR 339/10, NJW 2011, 3222, 3224.

<sup>80</sup> Ob eine Festlegung auf nur einen Brennstoff genügt, wurde vom BGH letztlich offen gelassen, s. BGH, Urteil vom 13.07.2011, Az. VIII ZR 339/10, NJW 2011, 3222, 3224 f.

<sup>81</sup> BGH, Urteil vom 13.07.2011, Az. VIII ZR 339/10, NJW 2011, 3222, 3224.

<sup>82</sup> BGH, Urteil vom 21.09.2005, Az. VIII ZR 38/05, DB 2005, 2813.

<sup>83</sup> BGH, Urteil vom 14.03.2012, Az. VIII ZR 113/11, NJW 2012, 1865.



## b) Ausgestaltung von Preisgleitklauseln in der Praxis

- 124 Für die Frage, ob Preise im Sinne des Kartellrechts als missbräuchlich einzustufen sind, sind Preisgleitklauseln generell nicht von Bedeutung, da grundsätzlich das Preisniveau und nicht die Preiserhöhungsmechanismen den Maßstab einer kartellrechtlichen Prüfung bildet.<sup>84</sup> Preisgleitklauseln besitzen jedoch eine große praktische Bedeutung. Für die Sektoruntersuchung wurden daher 163 Preisinformationsblätter von Fernwärmeanbietern auf die Gestaltung von Preisgleitklauseln hin ausgewertet. Zu diesem Zweck wurden die den Bemessungsformeln – zur Ermittlung des neuen Preises – zugrunde gelegten Preisgleitelemente und die dazugehörigen Gewichtungsfaktoren näher betrachtet.
- 125 Die Preisänderungsformel besteht in der Regel aus dem Wärmepreis zum Zeitpunkt  $t=0$  (Basispreis) sowie dem gewichteten Quotient des Preisgleitelementes zum Zeitpunkt  $t$  und des Preisgleitelementes zum Zeitpunkt  $t=0$ . Je nach Ausgestaltung der Preisgleitklausel werden mehrere unterschiedliche Preisgleitelemente einbezogen, wodurch die Formel von Lieferant zu Lieferant variieren kann. Das Grundmodell setzt sich jedoch folgendermaßen zusammen:

$$\text{Preis}_{t(\text{neu})} = P_{t=0} \sum_{i=1}^n f_i \frac{PGE_{i,t}}{PGE_{i,t=0}}$$

$P_{t=0}$	:	Basispreis (Wärmepreis zum Zeitpunkt $t=0$ )
$f_i$	:	Gewichtungsfaktor
$PGE_{i,t}$	:	Preisgleitelement zum aktuellen Zeitpunkt $t$ (z. B. aktueller Erdgaspreis)
$PGE_{i,t=0}$	:	Preisgleitelement zum Zeitpunkt $t=0$ (z. B. alter Erdgaspreis)
$n$	:	Anzahl Preisgleitelemente

- 126 Die ausgewerteten Preisgleitklauseln fanden sowohl bei den Arbeits- und den Grundpreisen als auch bei den Messpreisen Anwendung. Die Auswahl und Anzahl von Preisgleitkomponenten sowie ihre Gewichtung werden in den jeweiligen Preisarten relativ unterschiedlich gehandhabt.
- 127 Die am weitesten verbreiteten Preisgleitelemente waren Brennstoffpreise (extraleichtes Heizöl [Heizöl EL], schweres Heizöl [Heizöl S], Erdgas und Kohle), Lohnindex und Investitionsgüterindex. Daneben enthielten viele Preisgleitklauseln eine fixe Komponente. Die

---

<sup>84</sup> S. dazu unten, S. 88.

jeweiligen Gewichtungsfaktoren, die für alle Preisgleitkomponenten der jeweiligen Klausel kumuliert den Wert 1 ergeben müssen, bestimmen, wie stark die einzelnen Elemente in die Preisänderung eingehen.

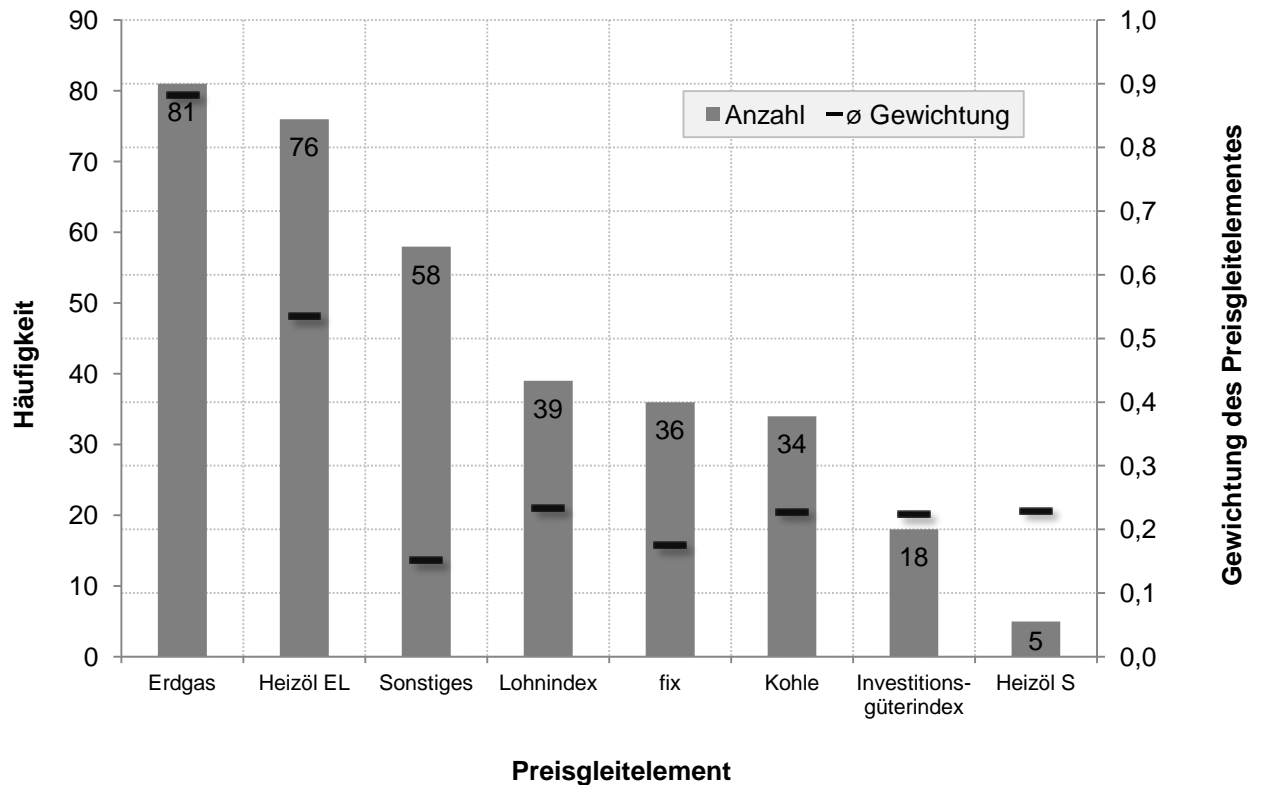
### **aa) Arbeitspreise**

- 128 Die Arbeitspreise waren in rund 50 % der Fälle (auch) an Erdgas gebunden und wurden dabei im Mittel , mit 0,88 gewichtet. Eine Kopplung an Heizölpreise (EL) enthielten 47 % aller Preisgleitklauseln, wobei der durchschnittliche Gewichtungsfaktor 0,54 betrug. In Anbetracht der untergeordneten Rolle von Heizöl bei der Wärmeerzeugung erscheint die Häufigkeit der Referenzierung auf den HEL-Index und dessen Gewichtung sehr hoch. Dieses Phänomen dürfte jedoch darauf zurückzuführen sein, dass viele Unternehmen Heizölpreisindizes als besonders geeignet ansehen, um die Entwicklung auf dem allgemeinen Wärmemarkt im Sinne der AVBFernwärmeV abzubilden.<sup>85</sup>
- 129 Generell waren die Brennstoffkosten die dominanten preisbestimmenden Faktoren. Häufig wird zudem auf einen Lohnindex zurückgegriffen (durchschnittlicher Gewichtungsfaktor von 0,24). 24 % der Preisgleitklauseln wiesen einen solchen Lohnindexbezug auf. In 22 % der Fälle fand ein fixer Bestandteil Eingang in den Arbeitspreis (durchschnittlicher Gewichtungsfaktor von 0,18). In der Praxis wirkt dieser – nach oben wie nach unten – dämpfend auf Preisbewegungen. Unter den „sonstigen“ Elementen, die in 36 % der Preisgleitklauseln enthalten waren und deren durchschnittlicher Gewichtungsfaktor 0,15 betrug, spielte der Strompreisindex die wichtigste Rolle. Welche Preisgleitelemente in welcher Gewichtung und in welcher Häufigkeit vorkamen, kann der nachfolgenden Abbildung 25 entnommen werden.

---

<sup>85</sup> S. dazu Rn. 121. Da früher Erdgasbezugsverträge – insbesondere auf der Importstufe – zumeist eine Kopplung an den Heizölpreis vorsahen, entwickelten sich Heizöl- und Erdgaspreise auch tatsächlich weitgehend identisch. In Anbetracht der durchaus unterschiedlichen Entwicklung der Heizöl- und Erdgaspreise in der jüngeren Vergangenheit (s. auch Abbildung 17) und einer weiter fortschreitenden Diversifizierung der Heizsysteme kann mittlerweile jedoch nicht mehr ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass der Heizölpreis (isoliert betrachtet) einen adäquaten Indikator für die Berücksichtigung der Verhältnisse auf einem – eigentlich Brennstoff übergreifenden – Wärmemarkt i. S. v. § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV darstellt. Der BGH hat dies bislang offen gelassen, s. Fn. 80.

Abbildung 25: Preisanpassung – Arbeitspreis

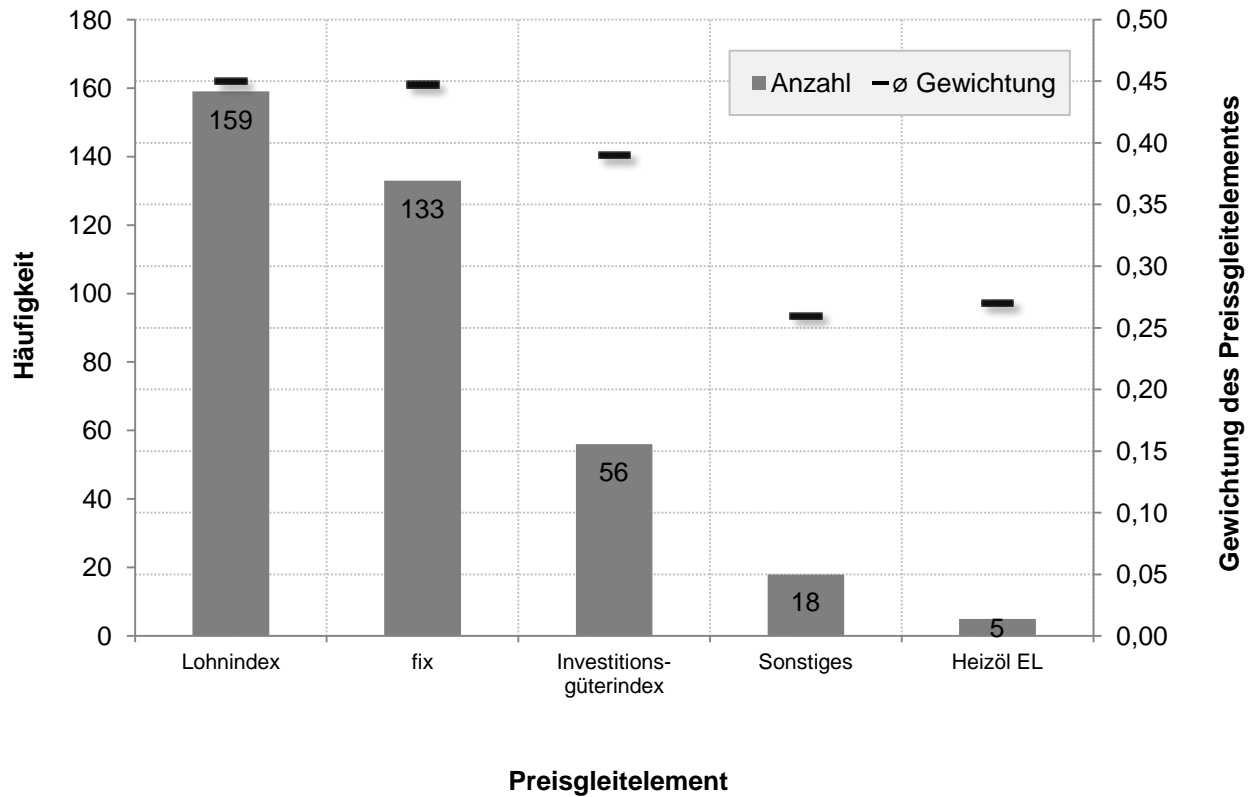


Quelle: eigene Darstellung

## bb) Grundpreise

130 159 aller untersuchten Preisblätter enthielten Berechnungsformeln für Grundpreise. Diese basierten in der Regel auf einem Lohnindex, zumeist ergänzt durch eine fixe Komponente. Beide Preisgleitelemente waren in fast allen ausgewerteten Preisblättern vertreten und gingen mit einer durchschnittlichen Gewichtung von jeweils 0,45 in die Ermittlung des neuen Grundpreises ein. Der Investitionsgüterindex war in 56 Klauseln zu finden und wurde durchschnittlich mit einem Faktor von 0,39 bei der Preisermittlung gewichtet. Brennstoffe spielten bei der Grundpreisberechnung eine untergeordnete Rolle. Abbildung 26 zeigt die Verteilung der Preisanpassungselemente und der dazugehörigen durchschnittlichen Gewichtungsfaktoren.

Abbildung 26: Preisanpassung – Grundpreis

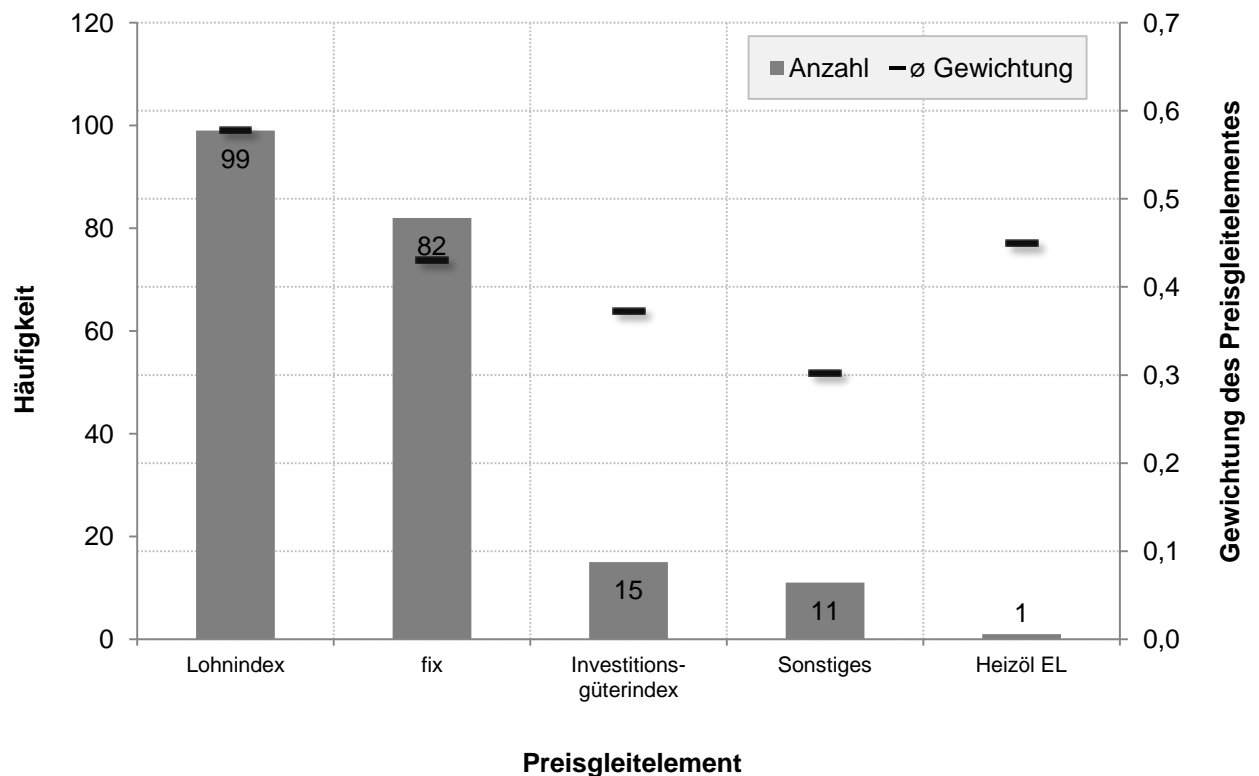


Quelle: eigene Darstellung

### cc) Messpreise

131 Messpreise wurden in 108 der 163 ausgewerteten Preisblätter über eine Preisleitformel angepasst. Ähnlich wie bei den Grundpreisen erfolgt dies hauptsächlich über die Elemente Lohnindex und Fixkomponente. Auf diese beiden Komponenten wurde in fast allen Preisleitklauseln Bezug genommen. Der Lohnindex erreichte dabei eine mittlere Gewichtung von 0,58. Die fixe Komponente im Durchschnitt mit einem Faktor von 0,43 gewichtet. Von eher untergeordneter Bedeutung sind hingegen die Preisgleitelemente Brennstoff und Investitionsgüterindex. Die Gesamtverteilung der Preisleitkomponenten ist der folgenden Abbildung 27 zu entnehmen.

Abbildung 27: Preisanpassung – Messpreis



Quelle: eigene Darstellung

### 3. Erlösvergleich

#### a) Bildung von Vergleichsgruppen

132 Wie bereits oben erläutert,<sup>86</sup> wurden Vergleichsgruppen definiert, die dem besseren Erlösvergleich verschiedener Netzgebiete dienen. Die Klassifizierung erfolgte dabei in die vier Kategorien Kleinstnetze (< 1 km), Kleinnetze (1..< 10 km), Mittelnetze (10..< 100 km) und Großnetze (≥ 100 km).

133 Eine detaillierte Erlösvergleichsbetrachtung wurde für Netzgebiete mit Netzen vorgenommen, die eine Mindestlänge von einem Kilometer sowie eine Mindestwärmeabgabemenge im Privatkundengeschäft von 10 GWh aufwiesen.<sup>87</sup> In die Erlösbetrachtung gingen somit 119

<sup>86</sup> S. Rn. 45 ff.

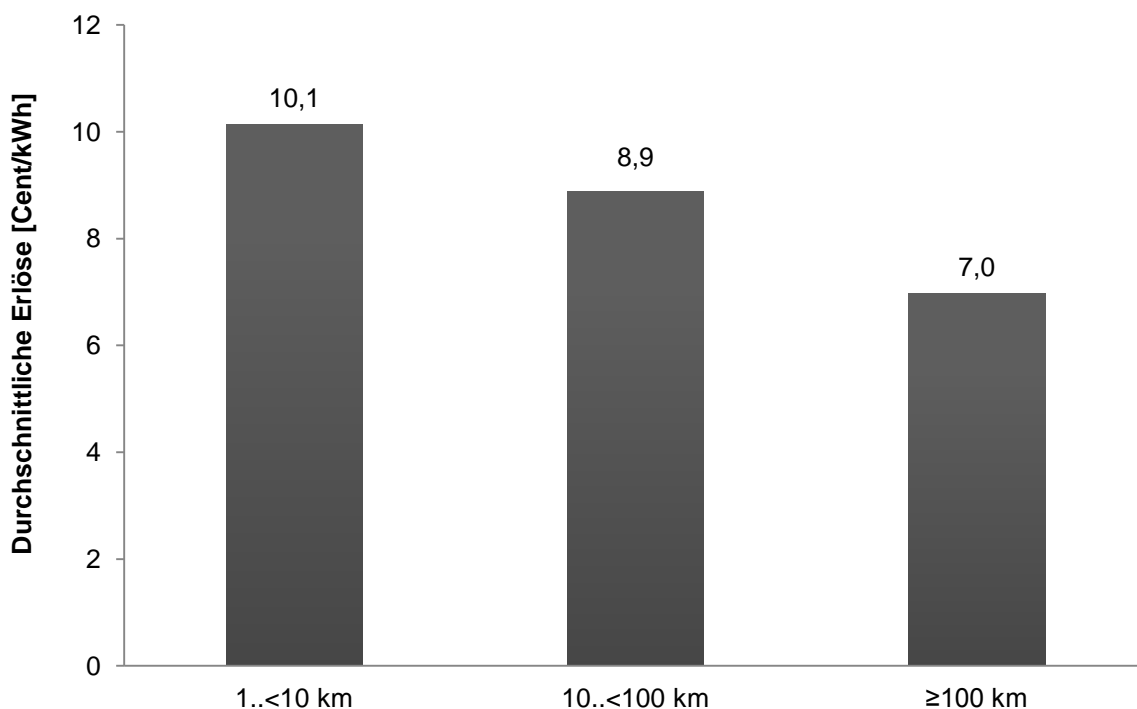
<sup>87</sup> S. dazu oben, Abbildung 5, S. 18.

Netzgebiete im Jahr 2008 und 118 Netzgebiete 2007 ein. Diese wurden jeweils einer Netzkategorie zugeordnet.<sup>88</sup>

### b) Betrachtung der Erlöse je kWh Wärmemenge

134 Der Durchschnittserlös<sup>89</sup> aller 119 Netzgebiete lag 2008 bei 8,6 Cent/kWh. Die durchschnittlichen Erlöse je Kilowattstunde nahmen mit steigender Netzlänge deutlich ab. Sie beliefen sich bei Kleinnetzen auf 10,1 Cent, bei Mittelnetzen auf 8,9 Cent und bei Großnetzen auf 7,0 Cent. Die Wärmebelieferung in Netzgebieten mit großen Netzen ist somit im Ergebnis durchschnittlich preisgünstiger als in solchen mit kurzen Netzen, wie die folgende Abbildung 28 nochmals veranschaulicht.<sup>90</sup> Hier scheinen sich Skaleneffekte bei Einkauf bzw. Erzeugung sowie günstige Versorgungsstrukturen (hohe Versorgungsdichte in großstädtischen Gebieten) positiv auszuwirken.

Abbildung 28: Durchschnittliche Erlöse pro Kilowattstunde (2008)



Quelle: eigene Darstellung

<sup>88</sup> Netze in unmittelbarem räumlichem Zusammenhang, die einer einheitlichen Preissetzung unterlagen, wurden für die Zwecke der Sektoruntersuchung grundsätzlich als Teile eines einheitlichen Netzgebiets gewertet.

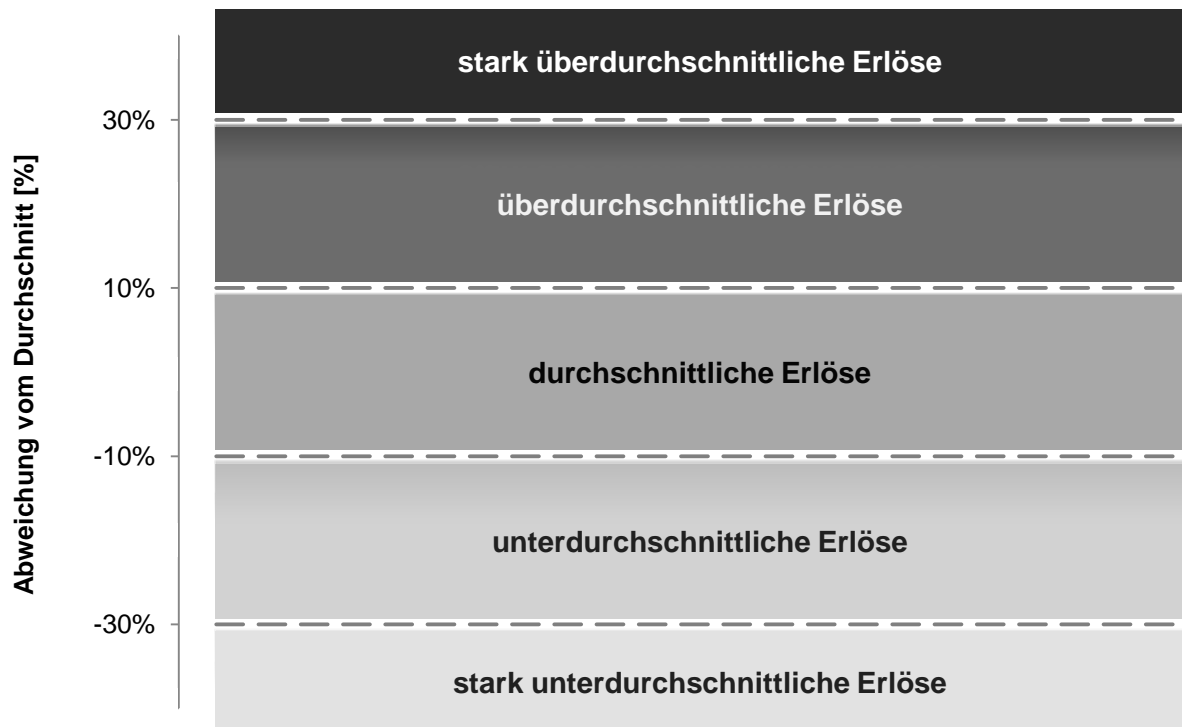
<sup>89</sup> Arithmetischer Mittelwert unter Einbeziehung aller Einnahmen aus der Fernwärmelieferung.

<sup>90</sup> Eine ohne jegliche Restriktionen durchgeführte Berechnung für die Netzkategorie unter 1 km ergab für 2008 einen Durchschnittserlös von 11,4 Cent/kWh. s. hierzu jedoch Rn. 47.

- 135 Die Erlöse in den einzelnen Netzkategorien wiesen dabei eine erhebliche Bandbreite auf: Bei den Kleinnetzen lag die Spanne 2008 zwischen 5,1 und 17,7 Cent/kWh. In der Kategorie der Mittelnetze bewegten sich die Erlöse zwischen 3,8 und 15,4 Cent/kWh. Bei Großnetzen reichten die Erlöse von 5,7 bis 9,3 Cent/kWh.
- 136 Für einen Erlösvergleich wurden innerhalb jeder Netzkategorie die Abweichungen vom jeweiligen Durchschnittserlös (arithmetischen Mittelwert der Vergleichsgruppe) berechnet. Je nach Grad der Abweichung erfolgte eine Einordnung der Netzgebiete in folgende fünf Kategorien:
- über +30 % Abweichung vom Mittelwert  
= stark überdurchschnittliche Erlöse ( $> +30\%$ );
  - maximal +30 % Abweichung vom Mittelwert  
= überdurchschnittliche Erlöse ( $>+10\%.. \leq +30\%$ );
  - maximal  $\pm 10\%$  Abweichung vom Mittelwert  
= durchschnittliche Erlöse ( $\leq +10\%.. \geq -10\%$ );
  - maximal -30 % Abweichung vom Mittelwert  
= unterdurchschnittliche Erlöse ( $< -10\%.. \geq -30\%$ );
  - minimal -30 % Abweichung vom Mittelwert  
= stark unterdurchschnittliche Erlöse ( $< -30\%$ ).

137 Die Einteilung wird in folgender Abbildung nochmals veranschaulicht:

**Abbildung 29: Einteilung entspr. Abweichung vom Durchschnittserlös der Netzkategorie**



Quelle: eigene Darstellung

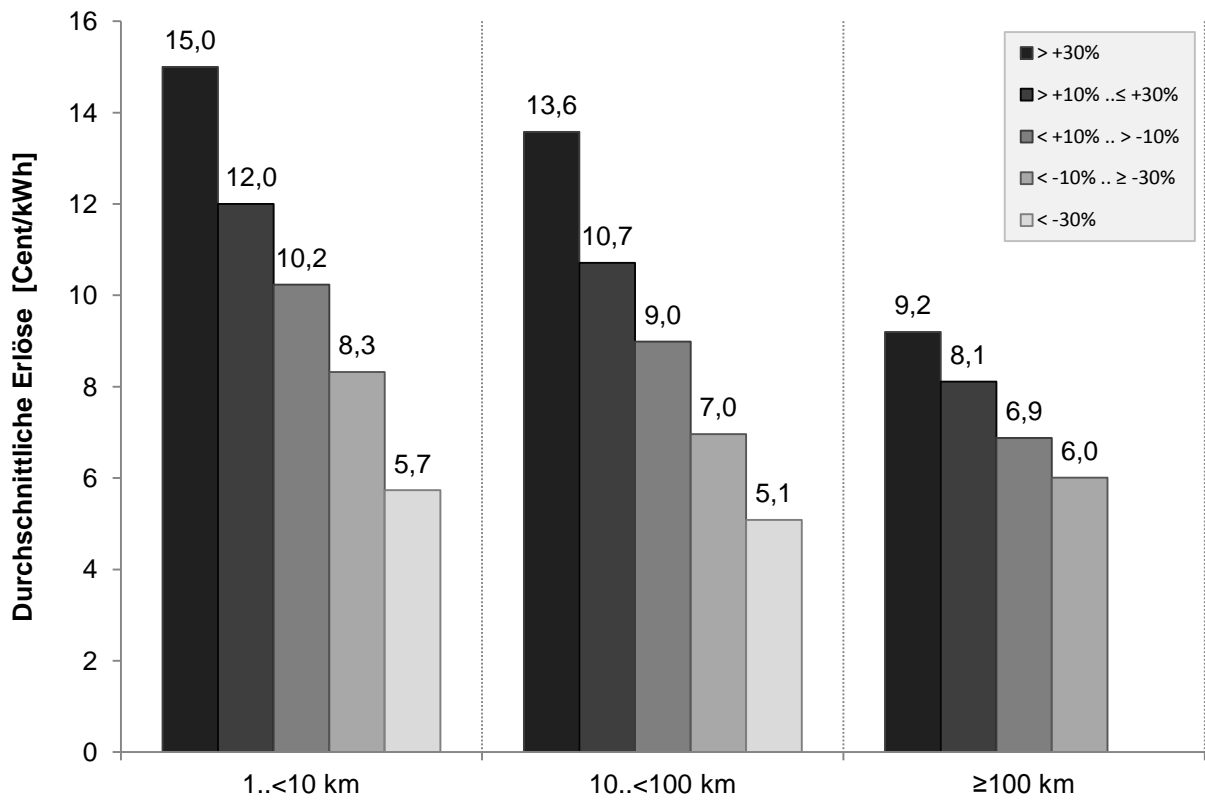
138 Von den insgesamt 119 betrachteten Netzgebieten lagen 2008 elf im stark überdurchschnittlichen Bereich. Ihre Erlöse betragen im Mittel bei

- Kleinnetzen 15,0 Cent/kWh (48 % über dem Durchschnitt der Vergleichsgruppe, 162 % über der Kategorie der Netzgebiete mit stark unterdurchschnittlichen Erlösen)
- Mittelnetzen 13,6 Cent/kWh (46 % über dem Durchschnitt der Vergleichsgruppe, 167 % über der Kategorie der Netzgebiete mit stark unterdurchschnittlichen Erlösen);
- Großnetzen 9,2 Cent/kWh (32 % über dem Durchschnitt der Vergleichsgruppe, 53 % über der Kategorie der Netzgebiete mit stark unterdurchschnittlichen Erlösen).<sup>91</sup>

<sup>91</sup> In der Kategorie Großnetze treten keine stark unterdurchschnittlichen Erlöse auf.



Abbildung 30: Durchschnittliche Erlöse nach Abweichungsklassen (2008)



Quelle: eigene Darstellung

### c) Prüfung der Abhängigkeit der Erlöse vom verwendeten Brennstoff

- 139 Ein erheblicher Teil der Kosten eines Fernwärmerversorgers wird durch die Brennstoffpreise determiniert. Um zu beurteilen, inwieweit die Erlöshöhe von den eingesetzten Brennstoffen abhängt, wurde ein Vergleich der Erlöse nach Brennstoffarten durchgeführt.
- 140 Ein solcher Vergleich bereitet Schwierigkeiten, da in einem großen Teil der untersuchten Netzgebiete mehrere Brennstoffarten zur Fernwärmeerzeugung eingesetzt werden. Es wurden daher nur solche Netze ausgewertet, in denen mehr als zwei Drittel der Gesamtbrennstoffmengen auf einen Brennstoff entfielen. Zum größten Teil handelte es sich hierbei indessen um Fälle, in denen zu hundert oder nahezu hundert Prozent nur ein Brennstoff eingesetzt wurde. In die Auswertung gingen die häufigsten Brennstoffarten Erdgas, Steinkohle, Braunkohle und Heizöl sowie vorbezogene Fernwärme ein.
- 141 Während Steinkohle, Erdgas und vorbezogene Fernwärme in allen Netzkategorien als dominante Energieträger vorkamen, war dies bei Heizöl und Braunkohle nicht der Fall.<sup>92</sup>

<sup>92</sup> Bei nur einem Netzgebiet in einer Kategorie wurde keine Auswertung vorgenommen.

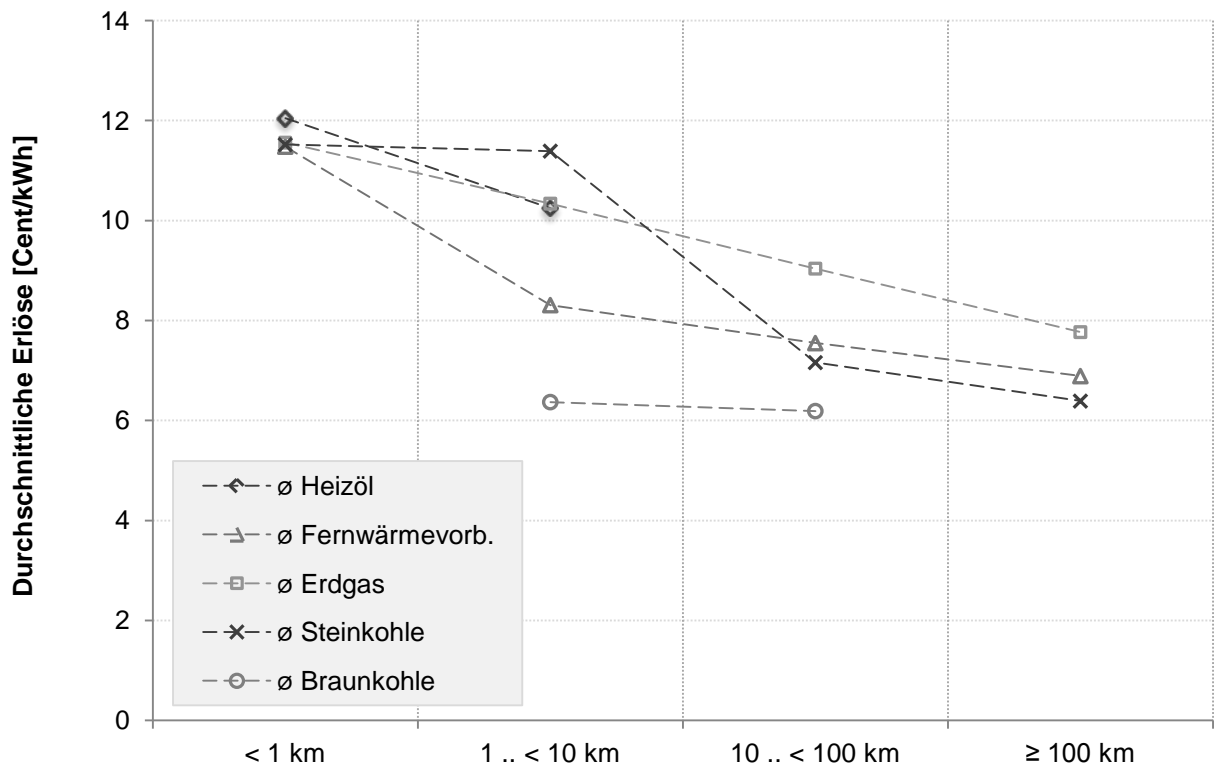
- 142 In über 90 % der untersuchten Netze gab es einen dominanten Brennstoff im vorbeschriebenen Sinne. Diese Netze gingen in die Analyse ein. Die an Privatkunden fakturierte Wärmemenge in den Netzen mit einem dominanten Brennstoff betrug insgesamt knapp 28 TWh. Somit basiert die Auswertung auf rund 72 % der im Rahmen der Sektoruntersuchung betrachteten Privatkunden-Wärmelieferungen.
- 143 Welche Rolle der hauptsächlich verwendete Brennstoff hinsichtlich der Erlöshöhe spielt, wurde in zweierlei Hinsicht betrachtet: Zum einen wurden innerhalb einer Netzkategorie die für den jeweiligen Brennstoff gebildeten durchschnittlichen Erlöse<sup>93</sup> verglichen. Zum anderen wurde untersucht, wie sich die Erlöse in den verschiedenen Netzkategorien bei Einsatz desselben Brennstoffs verhalten.
- 144 Wie bereits oben dargestellt,<sup>94</sup> lässt sich ein tendenzielles Absinken der Erlöse mit zunehmender Netzgröße feststellen. Dieser Befund spiegelt sich auch bei der Betrachtung nach Brennstoffkategorien wider (s. Abbildung 31). Auch hier sind niedrigere Erlöse bei zunehmender Netzgröße zu beobachten. Auffällig ist, dass bei Steinkohle-dominierten Kleinst- und Kleinnetzen die höchsten Erlöse anfallen, während in Mittel- und Großnetzen, in denen Steinkohle als Hauptbrennstoff zum Einsatz kommt, die zweitniedrigsten bzw. niedrigsten Erlöse im Vergleich mit anderen Brennstoffarten zu verzeichnen sind. Am konstantesten stellen sich die Erlöse bei Erdgas-dominierten Netzen dar. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass Erdgas in der Gruppe der Kleinst- bzw. Kleinnetze die mit Abstand wichtigste Brennstoffart darstellt.

---

<sup>93</sup> Um den Einfluss der Mengen in den jeweiligen Netzen hervorzuheben, wurden für diese Betrachtung die Durchschnittserlöse mengengewichtet.

<sup>94</sup> S. Rn. 134.

Abbildung 31: Durchschnittliche Erlöse nach Brennstoffträger und Netzkategorie (2008)



Quelle: eigene Darstellung

#### d) Zusammenhang zwischen Brennstoffkosten und Erlösen

145 Unterschiede in den Brennstoffbeschaffungskosten können sich in entsprechenden unterschiedlichen Wärmepreisen und damit -erlösen widerspiegeln. Das Bundeskartellamt hat untersucht, inwieweit unterschiedliche Erlöse pro Kilowattstunde mit unterschiedlichen Brennstoffkosten pro Kilowattstunde einher gehen.

146 Bereits die obige Abbildung 31 zeigt, dass nicht notwendigerweise die niedrigsten Brennstoffkosten (Steinkohle) auch mit den niedrigsten Erlösen einhergehen. Auch eine für die Jahre 2007 und 2008 durchgeführte Korrelationsanalyse zu Beschaffungskosten der Primärenergieträger und erzielten Erlösen ergab keine durchgängigen Muster. Konsistente Schlüsse auf einen linearen Zusammenhang zwischen Beschaffungskosten und Erlös konnten nicht gezogen werden.<sup>95</sup>

147 Dies mag insbesondere auf die Preisgleitklauseln in Fernwärmebelieferungsverträgen zurückzuführen sein. Zwar stellen Brennstoffkosten einen ganz wesentlichen Kostenfaktor für

<sup>95</sup> Daneben wurden weitere Analysen zur Untersuchung eventuell bestehender Zusammenhänge durchgeführt, aus denen sich jedoch ebenfalls keine klaren Muster ergaben.

einen Fernwärmeversorger dar. Die starke Betonung des Marktelements<sup>96</sup> kann jedoch – je nachdem, welcher Index in welcher Gewichtung als Indikator für die „Wärmemarktentwicklung“ herangezogen wird – dazu führen, dass der tatsächlich verwendete Brennstoff bei Preisanpassungen eine nur untergeordnete Rolle spielt.

#### **4. Auswertung nach Bundesländern**

148 Im Rahmen der Sektoruntersuchung wurden schätzungsweise 80 % aller in Deutschland an Privatkunden gelieferten Wärmemengen erfasst. Nachfolgend werden einige Auswertungen nach Bundesländern vorgenommen. Hierdurch können etwa bestehende Unterschiede zwischen alten und neuen Bundesländern veranschaulicht werden.

##### **a) Netze**

149 Wie bereits eingangs erläutert, wurde im Rahmen der Datenerhebung keine geographische Ausgewogenheit angestrebt. Um dennoch möglicherweise bestehende regionale Unterschiede transparent zu machen, wurden die Daten zu Netzlängen und Erlösen nach Bundesländern ausgewertet.

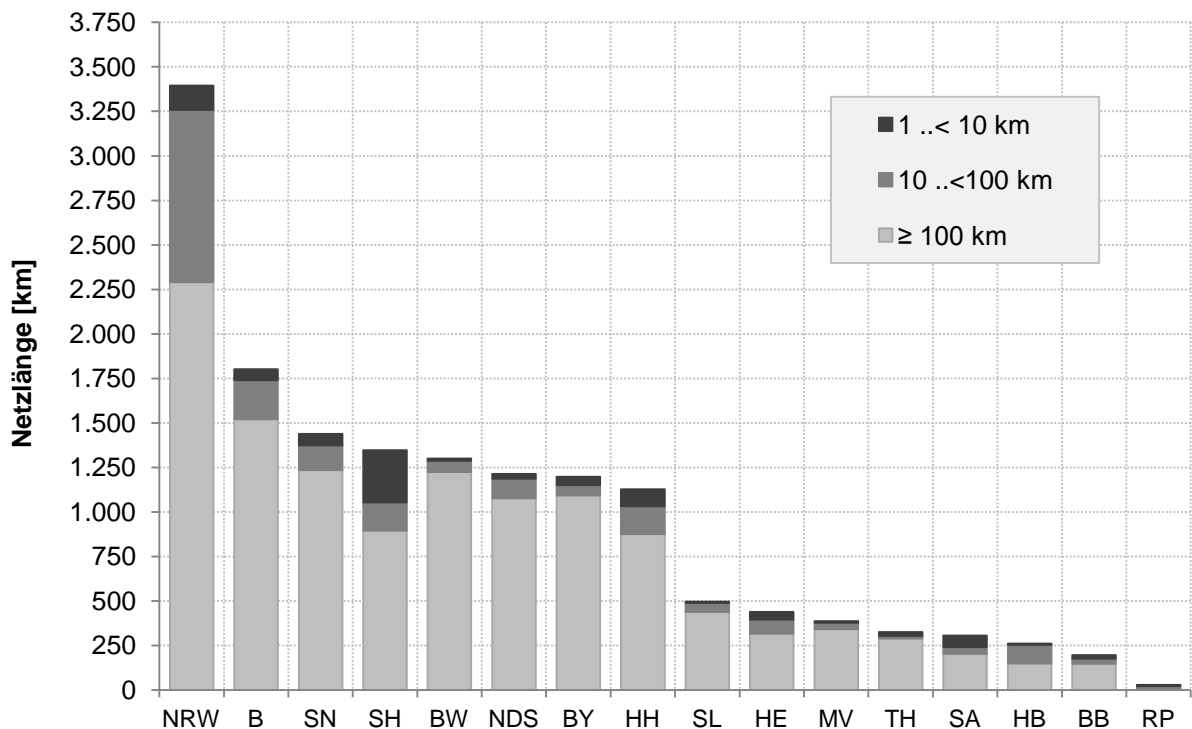
150 Nordrhein-Westfalen ging in diese Auswertung mit den meisten Netzen und der höchsten Netzkilometeranzahl ein. Insgesamt wurden für Nordrhein-Westfalen 546 Netze mit 3.413 km Netzlänge erfasst. In Berlin wurden Daten für 68 Netze erhoben, die eine Gesamtlänge von 1.955 km aufwiesen. Berlin ist damit im Rahmen der Sektoruntersuchung das Bundesland mit der zweitlängsten Netzinfrastruktur. Das Schlusslicht bildete Rheinland Pfalz mit lediglich 31 km Gesamtnetzlänge (29 Netze). Die für Rheinland-Pfalz erfassten Fernwärmemengen liegen damit deutlich unter dem Niveau anderer Bundesländer; von einer Repräsentativität kann daher nicht ausgegangen werden.

151 Die Verteilung der Netzlänge nach Bundesländern und Netzkategorien kann der Abbildung 32 entnommen werden. Hieraus ist auch ersichtlich, dass der weit überwiegende Teil der Gesamtnetzlänge auf Großnetze entfällt.

---

<sup>96</sup> S. dazu oben Rn. 118.

Abbildung 32: Erfasste Fernwärmenetze nach Bundesländern und Netzkategorien



Quelle: eigene Darstellung

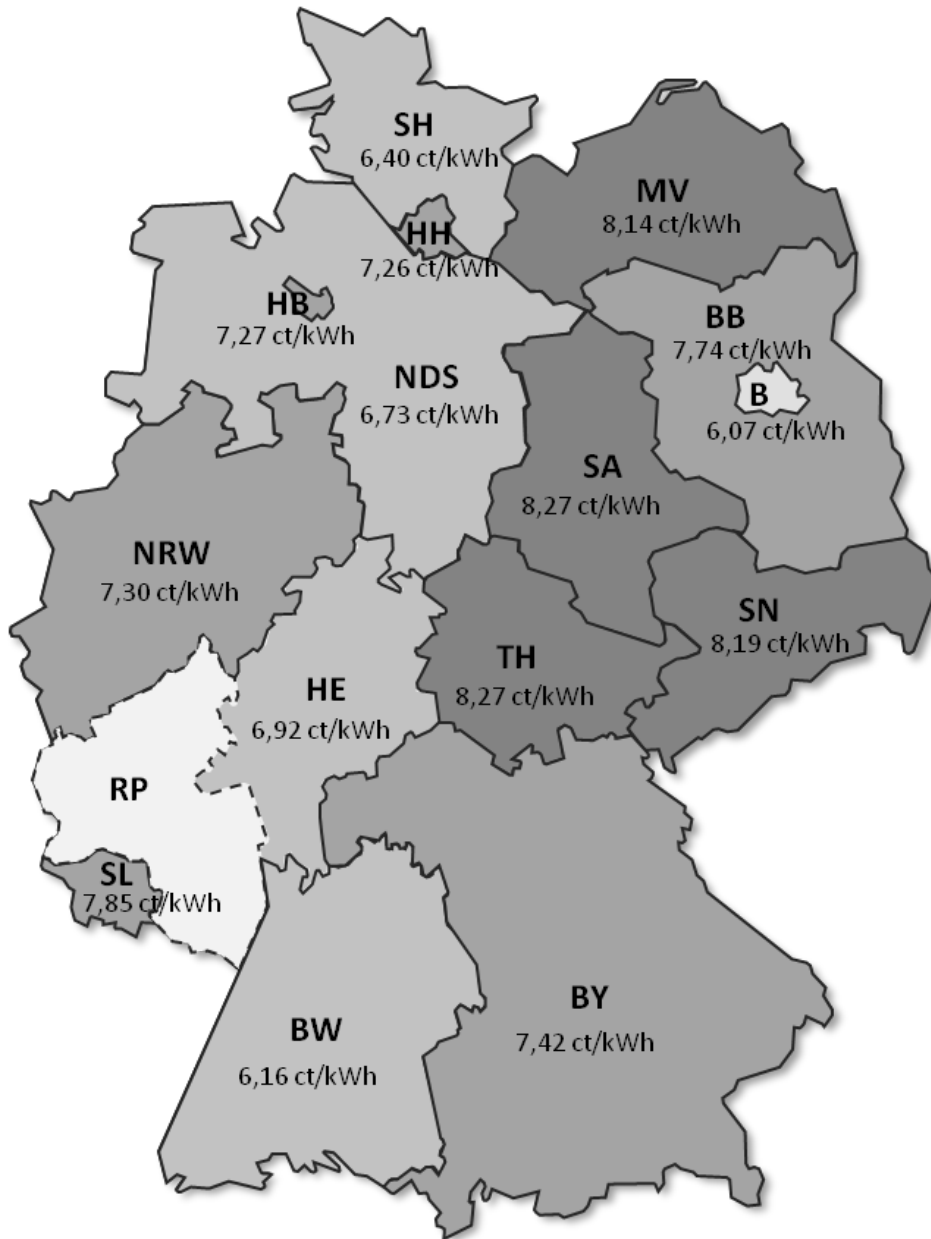
## b) Fernwärmeerlöse

- 152 Die durchschnittlichen mengengewichteten Fernwärmeerlöse variierten je nach Bundesland nicht unerheblich. Im Maximum betragen die Unterschiede über 2 Cent/kWh. So belief sich der durchschnittliche Erlös in Berlin auf 6,07 Cent/kWh, in Sachsen-Anhalt und Thüringen hingegen auf 8,27 Cent/kWh. Differenziert man nach alten bzw. neuen Bundesländern, so liegen die durchschnittlichen Erlöse in den neuen Ländern etwa 20 % höher.
- 153 Es muss in diesem Zusammenhang jedoch berücksichtigt werden, dass Unterschiede in den Erlöshöhen nicht notwendigerweise auf die jeweilige geographische Lage der Netzgebiete zurückzuführen sind. Die festgestellten Unterschiede lassen sich ggf. auch dadurch erklären, dass der Anteil besonders großer oder besonders kleiner Netzgebiete in einem Bundesland höher ausfällt als in einem anderen.<sup>97</sup>

<sup>97</sup> Dieses Problem bestünde selbst bei einer Vollerhebung von Daten für sämtliche Netzgebiete in Deutschland.

154 Abbildung 33 zeigt die durchschnittlichen Erlöse in dem jeweiligen Bundesland.

**Abbildung 33: Durchschnittliche erfasste Fernwärmeerlöse (2008) nach Bundesländern<sup>98</sup>**



Quelle: eigene Darstellung

<sup>98</sup> Durchschnittliche Erlöse nach Bundesländern sind ggf. nicht repräsentativ. Da die regionale Verteilung der untersuchten Unternehmen im Rahmen der Sektoruntersuchung von untergeordneter Bedeutung war, ist möglicherweise nur ein geringer Anteil der Wärmelieferungen in einem Bundesland erfasst. Dies gilt jedenfalls für Rheinland-Pfalz.

## VII. Gestattungsentgelte für Wegenutzung

### 1. Allgemeines

- 155 Fernwärmenetze verlaufen überwiegend unter öffentlichen Verkehrswegen und Grundstücken, die im Eigentum der jeweiligen Kommune stehen. Um Fernwärmeleitungen verlegen und sie betreiben zu können, ist ein Fernwärmelieferant daher darauf angewiesen, dass die jeweilige Kommune die Nutzung dieser Flächen gestattet. Für die Gestattung der Wegenutzung bzw. die Einräumung der entsprechenden Wegrechte kann die Kommune Gestattungsentgelte erheben. Formell werden diese im Rahmen eines Gestattungsvertrages festgeschrieben.
- 156 Die Situation im Fernwärmesektor unterscheidet sich dabei fundamental von derjenigen bei Strom und Erdgas. Dort werden seitens der jeweiligen Kommune Konzessionen zum Betrieb des jeweiligen Netzes der allgemeinen Versorgung für eine Laufzeit von maximal 20 Jahren nach § 46 des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) vergeben. Im Gegenzug erhält die Kommune Konzessionsabgaben. Deren Ausgestaltung ist im Konzessionsvertrag geregelt, wobei die Konzessionsabgabenverordnung Höchstbeträge festlegt, die in erster Linie von der Gemeindegröße sowie bei Erdgas von der Einordnung als Tarif- oder Sondervertragskunde abhängen.
- 157 Entsprechende rechtliche Vorgaben existieren im Fernwärmebereich nicht. Hier stehen sich auf der einen Seite der Gestattungsnehmer, der i. d. R. Netzbetrieb *und* Wärmevertrieb übernimmt, sowie auf der anderen Seite die Kommunen als Gestattungsgeber gegenüber. Die zwischen diesen beiden Parteien geschlossenen Gestattungsverträge verleihen überwiegend nur ein nicht-ausschließliches<sup>99</sup> Recht zum Verlegen und zum Betrieb von Fernwärmenetzen. Zudem werden in diesen Verträgen u. a. die Höhe und die Berechnung der Gestattungsentgelte ebenso wie die Laufzeit des Gestattungsvertrags und eventuelle Endschaftsbestimmungen vereinbart.
- 158 Die Summe der Gestattungsentgelte, die die untersuchten Unternehmen im Jahr 2008 zu entrichten hatten, belief sich auf 21,8 Mio. Euro.<sup>100</sup> Nur in einem der untersuchten Netzgebiete fand eine Trennung von Netzbetrieb und Wärmevertrieb statt. In diesem Netzgebiet wurde anstelle eines Gestattungsentgelts ein echtes Netznutzungsentgelt bezahlt. Dieses deckt – wie bei Strom und Gas üblich – in erster Linie Netzdienstleitungen (Transport der Wärme) ab und fiel daher deutlich höher aus als reine Gestattungsentgelte. Dieses Netzgebiet wurde daher bei der Betrachtung der Gestattungsentgelte nicht berücksichtigt.

---

<sup>99</sup> Nicht-ausschließlich bedeutet, dass die Gemeinde für das betreffende Gebiet grundsätzlich auch jedem anderen Petenten das Nutzungsrecht für ihre Wege für die Verlegung von Fernwärmeleitungen, ggf. gegen die Zahlung eines Entgeltes, diskriminierungsfrei einräumt.

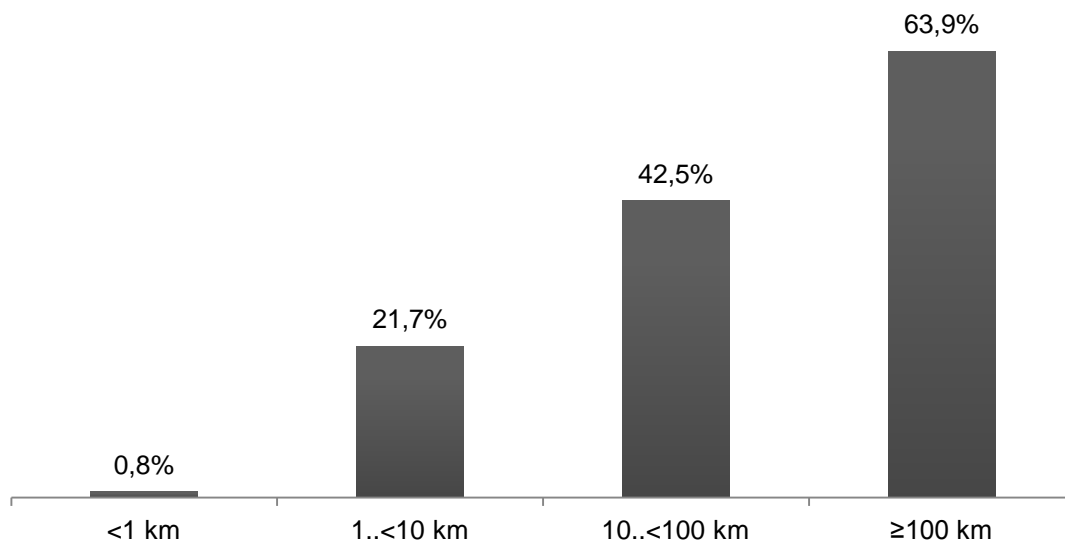
<sup>100</sup> 2007: 19,8 Mio. Euro

## 2. Häufigkeit von Gestattungsentgelten

159 Im Rahmen der Sektoruntersuchung wurden 122 Fernwärmenetze identifiziert, für die ein Gestattungsentgelt entrichtet wurde. Somit kommt ein Gestattungsentgelt zwar nur in rund 10 % aller betrachteten Netzgebiete vor. Die Auswertung der Gestattungsverträge ergab indessen, dass Gestattungsentgelte deutlich häufiger für lange Netze anfallen als für kurze. So wurden 2008 für weniger als 1 % der Kleinstnetze Gestattungsentgelte bezahlt, wohingegen für über 40 % der Mittelnetze sowie knapp zwei Drittel der Großnetze Gestattungsentgelte entrichtet werden mussten. Dass gerade bei kleineren Netzen auf die Erhebung von Gestattungsentgelten verzichtet wird, könnte einerseits daran liegen, dass die betreffenden – überwiegend kleineren – Gemeinden mangels eines der Konzessionsabgabenverordnung (KAV) entsprechenden Rechtsrahmens in der Vergangenheit häufig davon ausgingen, die Vereinbarung eines Gestattungsentgelts sei nicht möglich. Zum anderen könnte auch eine Rolle spielen, dass kleine Netze oftmals ungünstigere Kostenstrukturen aufweisen, so dass Gemeinden bewusst auf Gestattungsentgelte verzichten, um Endverbraucherpreise nicht weiter zu verteuern. Derzeit ist in einer Reihe von Fällen zu beobachten, dass bei neu verhandelten Gestattungsverträgen für die Fernwärmeversorgung erstmals Gestattungsentgelte vereinbart werden.

160 Abbildung 34 zeigt für welchen Anteil der Netze der jeweiligen Kategorie 2008 Gestattungsentgelte anfielen.

**Abbildung 34: Anteil der Netze mit Gestattungsentgelten nach Netzkategorien (2008)**



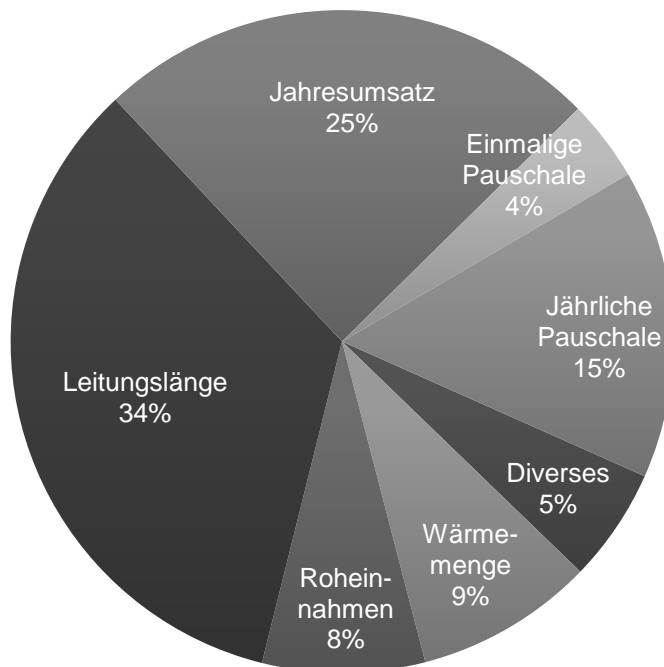
Quelle: eigene Darstellung



### 3. Bemessungsgrundlagen

161 Die untersuchten Gestattungsverträge sahen im Wesentlichen sechs verschiedene Kriterien vor, auf deren Grundlage die Bemessung der Entgelte erfolgte (s. Abbildung 35). Am häufigsten war die Netzlänge (34 %), gefolgt vom erzielten Jahresumsatz (25 %). In 15 % der Fälle war eine jährliche Pauschale vorgesehen. Auf die durchgeleitete Wärmemenge wurde in 9 % der Gestattungsverträge abgestellt. 8 % der Verträge waren an die Roheinnahmen gekoppelt. Eine einmalige pauschale Zahlung wurde in 4 % der Fälle verlangt.

**Abbildung 35: Bemessungsgrundlagen für Gestattungsentgelte**



Quelle: eigene Darstellung

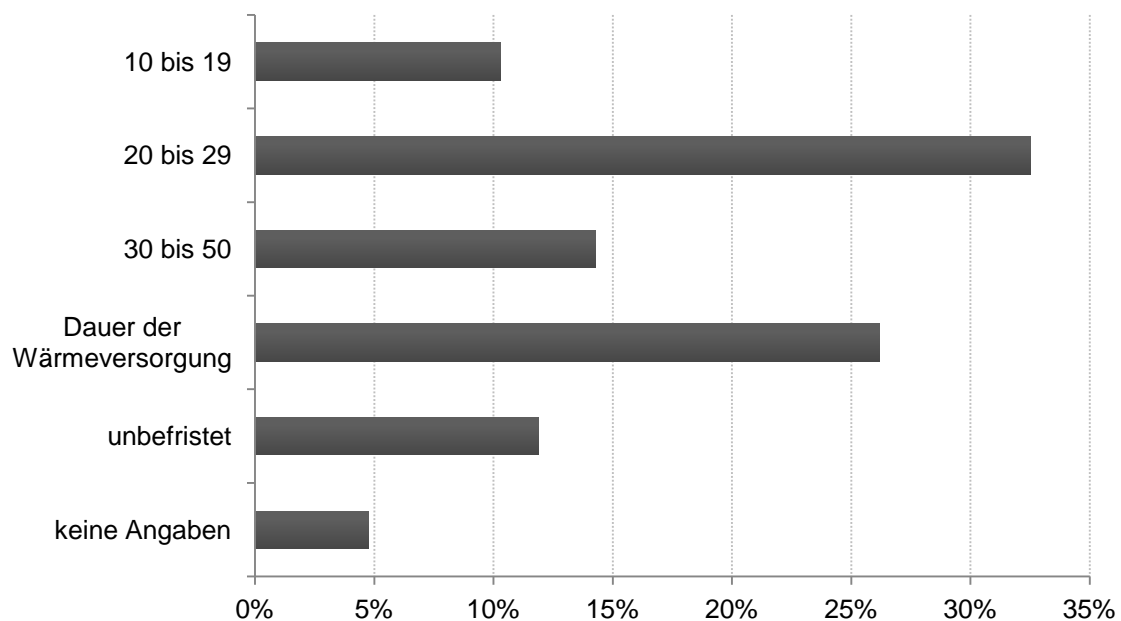
162 Die Berechnung des Gestattungsentgelts nach Leitungslänge und eine periodische (i. d. R. jährliche) Zahlungsweise erscheinen grundsätzlich als plausibelster Ansatz, da das Entgelt eine Art Pachtzins für die Inanspruchnahme öffentlichen Bodens darstellt. Eine Bemessung anhand der Netzlänge bildet damit am besten das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung ab. Als positiver Nebeneffekt kann hierdurch auch die Bereitschaft der Kommune gefördert werden, ihren Boden für die Verlegung von Fernwärmenetzen zur Verfügung zu stellen. Schließlich ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass – anders als bei Erdgas – Fernwärmenetze eine sehr kurze Trassenlänge aufweisen können. Bei der Versorgung besonders nachfragestarker Objekte (z. B. Hochhäuser), können auch über kurze Netze sehr große Wärmemengen an den Abnehmer geliefert werden. Es erscheint grundsätzlich wenig sinnvoll, in solchen Fällen eine Bemessung der Gestattungsentgelte anhand der Wärmeliefermengen

vorzunehmen. Im Extremfall könnte dies sogar zu jährlichen Entgeltzahlungen führen, die den Kaufwert der betreffenden kommunalen Grundstücksfläche, unter dem die Wärmeleitung verläuft, übersteigen würden.

#### 4. Laufzeiten

163 Ebenso wie die Bemessung der Gestattungsentgelte sind auch die Laufzeiten der Gestattungsverträge sehr unterschiedlich ausgestaltet. 10,3 % der Verträge laufen zwischen 10 und 19 Jahren. Ein Drittel der Verträge weist eine Laufzeit zwischen 20 und 29 Jahren auf. Laufzeiten zwischen 30 und 50 Jahren kommen in 14,3 % der Fälle vor. 26,2 % der vertraglich vereinbarten Laufzeiten sind grundsätzlich unbefristet, aber von der Dauer der Wärmeversorgung abhängig: Endet die Versorgung der Kunden mit Fernwärme in dem betreffenden Netzgebiet, so endet der Gestattungsvertrag ebenfalls. 11,9 % der Verträge haben keinerlei Befristung. In Abbildung 36 sind die Anteile der unterschiedlichen Laufzeiten dargestellt.

**Abbildung 36: Laufzeiten der Gestattungsverträge in Jahren**



Quelle: eigene Darstellung

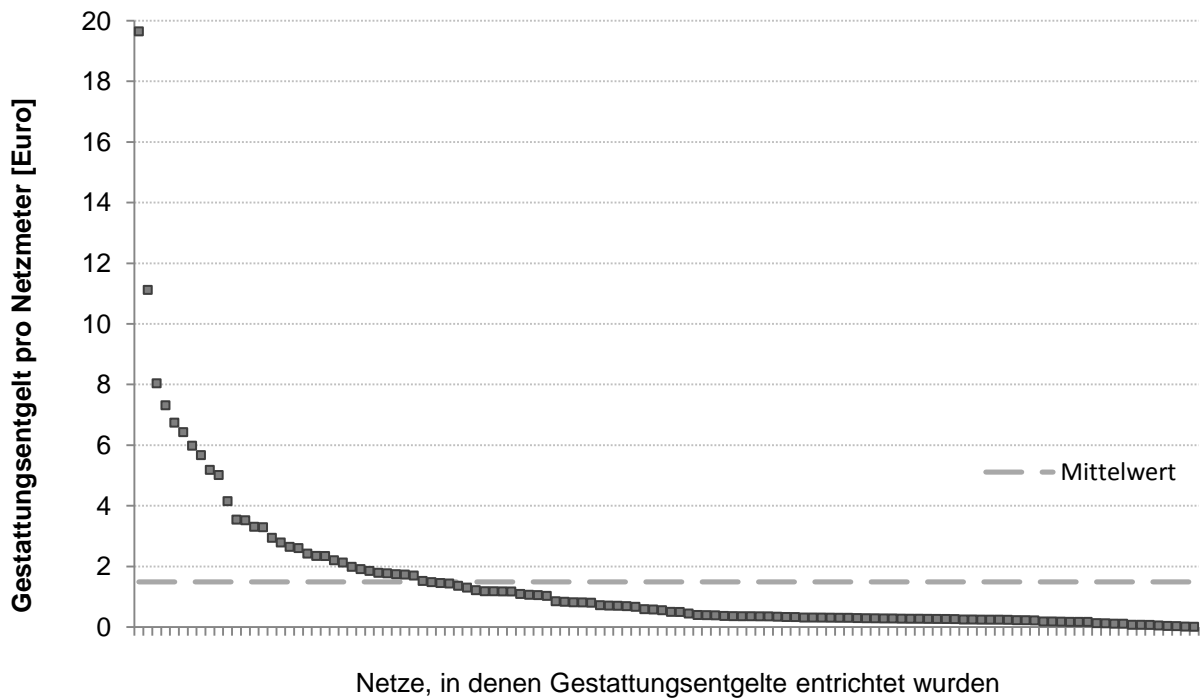
#### 5. Vergleich der Entgelthöhe

164 Um einen direkten Vergleich der nach unterschiedlichen Bemessungskriterien berechneten Entgelthöhe zu ermöglichen, wurden zum einen die Entgelte je Netzmeter (in Euro/m) berechnet. Zum anderen wurden die jeweils absolut bezahlten Entgelte auf die insgesamt fakturierten Wärmemengen (Cent/kWh) umgelegt.

### a) Gestattungsentgelte nach Leitungslänge

165 Bezogen auf die Leitungslänge betrug die Höhe der 2008 vereinnahmten Gestattungsentgelte, gemittelt über alle Gestattungsverträge, 1,49 Euro/m. Die ermittelten Werte wiesen jedoch eine hohe Streuung auf, die von 0,011 Euro/m bis 19,65 Euro/m reichte (s. Abbildung 37).

Abbildung 37: Gestattungsentgelte je Meter Trassenlänge (2008)

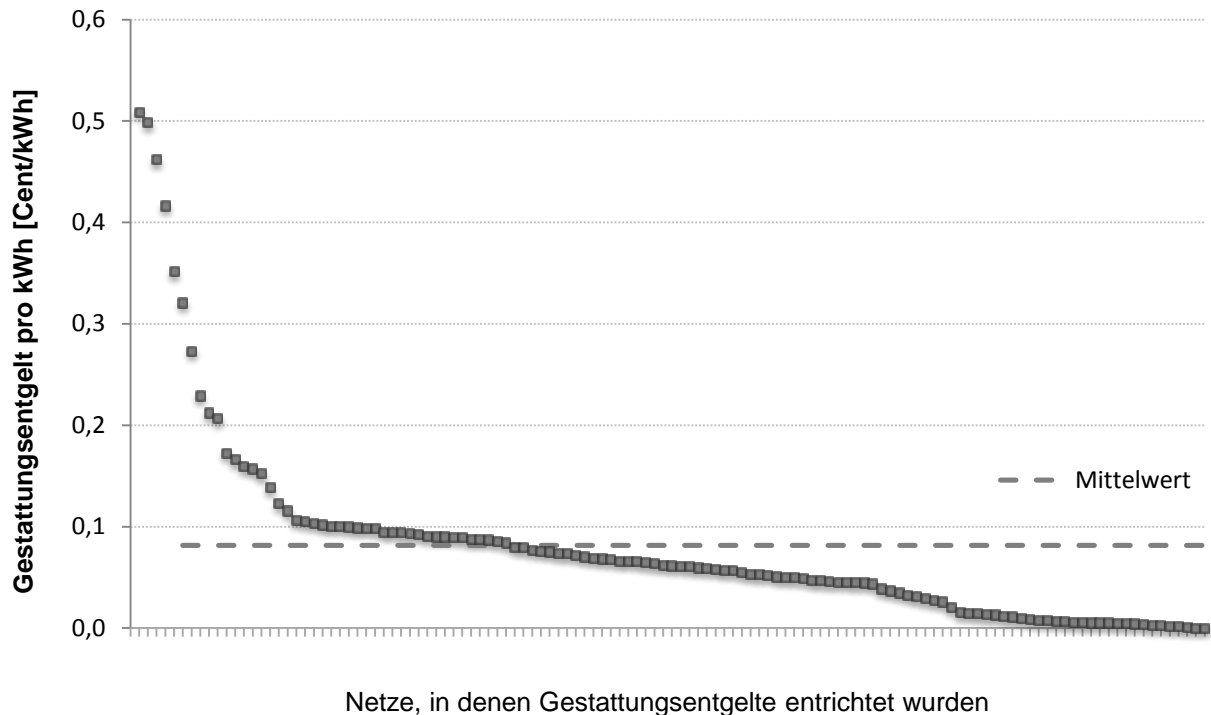


Quelle: eigene Darstellung

## b) Gestattungsentgelte nach Wärmeliefermenge

166 Wie Abbildung 38 zu entnehmen ist, betragen die Gestattungsentgelte je gelieferter kWh Fernwärme im Jahr 2008 zwischen 0,0002 Cent und 0,51 Cent. Der Durchschnittswert lag bei 0,08 Cent/kWh.

Abbildung 38: Gestattungsentgelte pro kWh Wärmeliefermenge (2008)



Quelle: eigene Darstellung

## 6. Vergleich unter Berücksichtigung von Gemeindegrößen

167 Um eine Vergleichbarkeit insbesondere mit Gas herzustellen, wurden die Gestattungsentgelte nach Gemeindegröße differenziert. Wie in der KAV vorgesehen, wurde hier eine Einteilung in Gemeinden bis 25.000, zwischen 25.001 und 100.000, zwischen 100.001 und 500.000 sowie über 500.000 Einwohner vorgenommen.

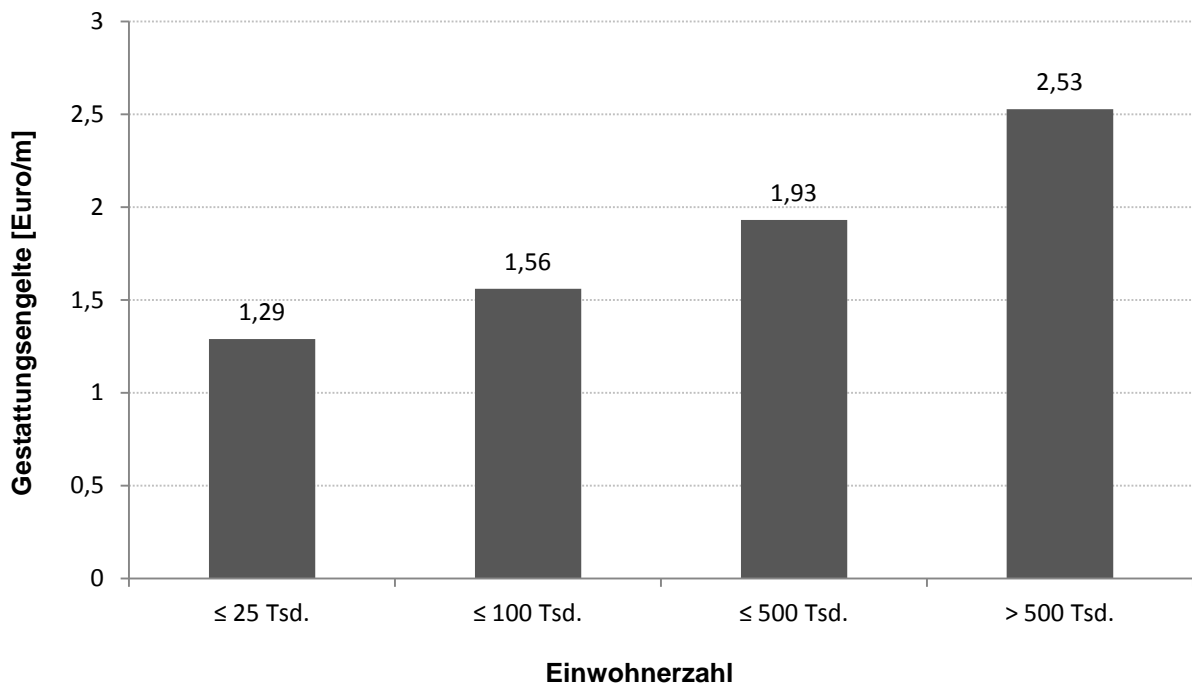
168 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die jeweiligen Vergleichsgruppen z. T. nur wenige Netze erfassen, so dass von einer Repräsentativität der Ergebnisse nicht ohne Weiteres auszugehen ist.<sup>101</sup>

<sup>101</sup> In der Kategorie der Gemeinden zwischen 100.001 und 500.000 Einwohnern wurde ein Netzgebiet aus der Betrachtung ausgenommen, da dieses sowohl hinsichtlich der Gestattungsentgelte je Meter Trassenlänge als auch der Gestattungsentgelte je gelieferter kWh Wärme einen Ausreißer bildete.

### a) Gestattungsentgelt nach Leitungslänge

169 In großen Gemeinden fallen die jährlichen Erlöse je Meter Leitungslänge deutlich höher aus als in kleineren Gemeinden. (s. dazu die nachfolgende Abbildung 39).

Abbildung 39: Gestattungsentgelte je Meter Trassenlänge – nach Gemeindegröße (2008)

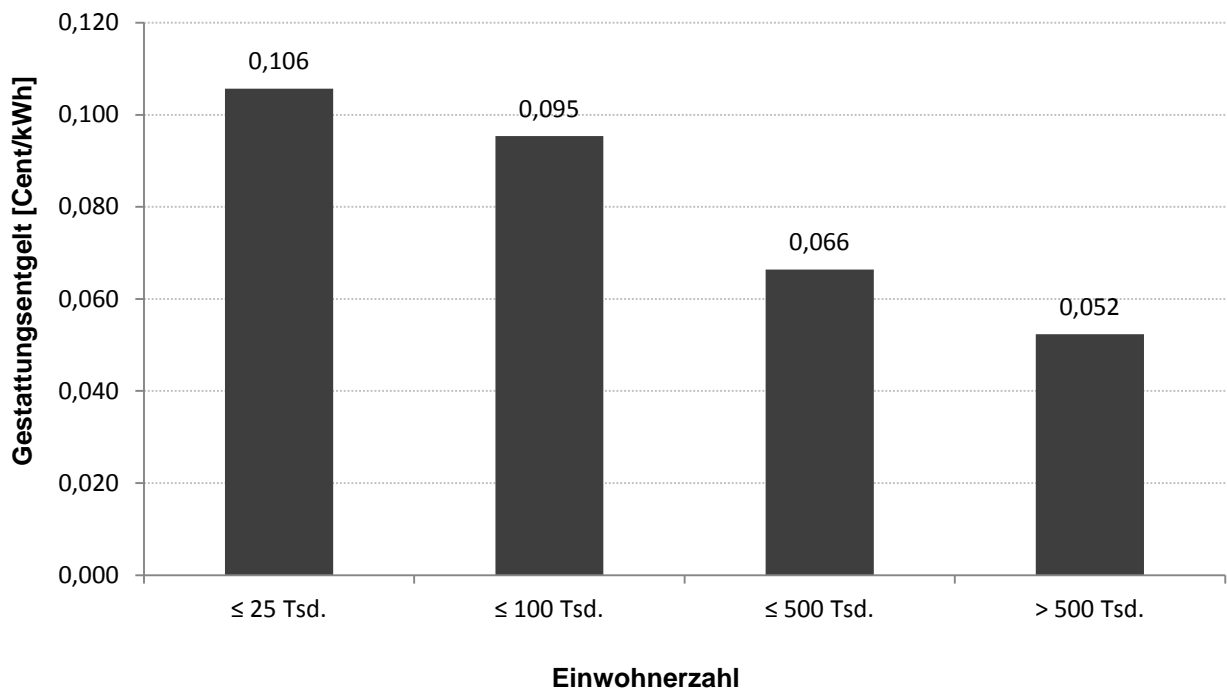


Quelle: eigene Darstellung

### b) Gestattungsentgelt nach Wärmeliefermenge

170 Betrachtet man hingegen die Gestattungsentgelte je kWh so ergibt sich ein umgekehrtes Bild, wie Abbildung 40 veranschaulicht. Je größer die Gemeinde, desto geringere Gestattungsentgelte werden im Durchschnitt pro gelieferter kWh Wärme erhoben.

Abbildung 40: Gestattungsentgelte je kWh Wärme – nach Gemeindegröße (2008)



Quelle: eigene Darstellung

171 Netze in größeren Städten weisen somit ein höheres Entgeltaufkommen je Trassenmeter bei geringerer Entgeltbelastung je kWh auf. Dies erklärt sich aus der Tatsache, dass in großstädtischen Netzen der Wärmedurchsatz aufgrund der günstigeren Versorgungsdichte höher ausfällt. Selbst bei nominal geringeren Gestattungsentgelten je gelieferter kWh Fernwärme kann so ein deutlich höheres Entgeltaufkommen je Meter Leitungslänge generiert werden.

## G. Wettbewerbliche Würdigung

### I. Wärmelieferungen an Privatkunden

#### 1. Marktabgrenzung

172 Das Bundeskartellamt geht von einem eigenen Markt für die Versorgung von privaten Endverbrauchern mit Fernwärme aus. Dieser ist räumlich jeweils auf das lokale Netzgebiet beschränkt.

##### a) Sachliche Marktabgrenzung

173 Nach ständiger Rechtsprechung erfolgt die sachliche Marktabgrenzung nach dem Bedarfsmarktkonzept, 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.<sup>102</sup>

- 174 In der Literatur und älteren Rechtsprechung wird teilweise von einem allgemeinen einheitlichen Wärmemarkt ausgegangen, mithin einem Gesamtmarkt für die Beheizung von Gebäuden, auf dem die unterschiedlichen Wärmeerzeugungsarten zueinander im Wettbewerb stehen. Einem solchen Markt wäre demnach die Lieferung von Wärme ebenso zuzurechnen wie die Raumheizung mittels Gas, Heizöl, Kohle, Strom, Holzpellets, Solarenergie oder anderer Energieträger.
- 175 Die neuere Rechtsprechung und die mittlerweile wohl herrschende Meinung differenzieren hingegen: Steht der Kunde vor der Neuanschaffung eines Heizsystems, so treten die unterschiedlichen Heizsysteme in Wettbewerb zueinander, soweit keine Verpflichtung zum Fernwärmebezug besteht. Der Konsument steht somit vor mehreren Entscheidungsalternativen (Fernwärmeanschluss, Einbau eines Gas-Brennwertkessels, Wärmeversorgung durch einen Contractor<sup>103</sup> usw.). Im Rahmen dieser *Systementscheidung* wird insoweit von einem einheitlichen Markt ausgegangen. Hat der Kunde sich hingegen einmal für ein Heizsystem – und damit den künftig zu beziehenden Energieträger – entschieden, so wird für die nachfolgende Wärme- bzw. Brennstoffbeschaffung von jeweils einem separaten Markt für jeden Energieträger ausgegangen. In Anbetracht der hohen Investitionskosten in ein Heizsystem und der gewöhnlichen Nutzungsdauer von Heizsystemen von durchschnittlich 15 – 20 Jahren,<sup>104</sup> ist der Kunde insoweit festgelegt und beschränkt seine Nachfrage auf den Brennstoff, den er zur Wärmeerzeugung benötigt. Bezieher von Fernwärme sind in technischer Hinsicht auf die Belieferung ihrer Hausanschlussstation mit Heizwasser angewiesen, um Räume beheizen oder warmes Wasser bereiten zu können. Erdgas, Heizöl oder andere Energieträger stellen keine Alternative dar. Aufgrund des erheblichen Umstellungsaufwands bzw. der hohen Umstellungskosten ist für Nachfrager der Austausch eines funktionstüchtigen Heizsystems in aller Regel unrentabel. Im Bereich der Fernwärme wird ein Wechsel zu einem anderen Heizsystem zudem durch die oftmals langen Vertragslaufzeiten erschwert (in der Regel automatische Verlängerung der Bezugsverträge um jeweils 5 Jahre). Soweit eine Verpflichtung

---

<sup>102</sup> Vgl. ständige Rechtsprechung, z. B. BGH, Beschluss vom 04.03.2008, Az. KVR 21/07, WuW/E DE-R 2268 ff. – *Soda- Club II*.

<sup>103</sup> S. hierzu unter c), Rn. 180 ff.

<sup>104</sup> S. *Helmstedter*, Umsetzung der EU-Richtlinie über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden – Berücksichtigung von alternativen Heizungssystemen, Endbericht, S. 12 ff., im Internet abrufbar unter [www.bbsr.bund.de/cln\\_032/nn\\_21948/BBSR/DE/FP/ReFo/Bauwesen/BegleitgutachtenEnEV2007/Downloads/DL\\_alternativeHeizsyst\\_neueGeb\\_C3\\_A4u.de.templateId=raw,property=publicationFile.pdf/DL\\_alternativeHeizsyst\\_neueGeb%C3%A4u.de.pdf](http://www.bbsr.bund.de/cln_032/nn_21948/BBSR/DE/FP/ReFo/Bauwesen/BegleitgutachtenEnEV2007/Downloads/DL_alternativeHeizsyst_neueGeb_C3_A4u.de.templateId=raw,property=publicationFile.pdf/DL_alternativeHeizsyst_neueGeb%C3%A4u.de.pdf) ;

zum Anschluss an die Fernwärmeversorgung besteht, kann ein Wechsel sogar rechtlich ausgeschlossen sein.

- 176 Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung „Fernwärme für Börnsen“ ausgeführt, dass gerade kein einheitlicher Markt für Fernwärme und andere Beheizungsarten (etwa mit Öl) besteht. Beide Heizungsformen seien für die Marktgegenseite, die Hausbesitzer, die sich für eine der beiden Varianten einmal entschieden hätten, nicht austauschbar.<sup>105</sup> Diese Auffassung wurde in der Sache *Stadtwerke Uelzen* noch einmal bestätigt. In Anwendung des Bedarfsmarktkonzeptes sei es, so der Bundesgerichtshof, nicht zu rechtfertigen, einen einheitlichen Wärmeenergiemarkt als sachlich relevanten Markt anzusehen.<sup>106</sup>
- 177 Dieser Befund deckt sich im Übrigen auch mit der Rechtsanwendungs- und Rechtsprechungspraxis in anderen Staaten. Soweit veröffentlichte Entscheidungen vorliegen, gehen andere Wettbewerbsbehörden und Gerichte ebenso wie das Bundeskartellamt davon aus, dass ein Markt für Heizsysteme besteht, auf dem verschiedene Beheizungstechnologien zueinander in Wettbewerb treten, sowie ein hiervon zu trennender Markt für die Belieferung mit dem für das gewählte Heizsystem jeweils benötigten Heizmittel.<sup>107</sup>
- 178 Innerhalb des Fernwärmemarktes nimmt das Bundeskartellamt eine Differenzierung hinsichtlich der Kundenbeziehungen vor, wobei eine definitive Abgrenzung erst im Rahmen konkreter Verfahren vorgenommen werden wird. So bilden die hier betrachteten Lieferungen an Haushalts- und Kleingewerbekunden nach derzeitiger Auffassung des Bundeskartellamts grundsätzlich einen eigenständigen Markt.<sup>108</sup> Hiervon erfasst ist auch die Belieferung von Wohnungsbaugesellschaften. Diese fragen zwar wesentlich größere Wärmeeinheiten nach als

---

<sup>105</sup> BGH, Urteil vom 09.07.2002, Az. KZR 30/00, WuW, 2003, 162, 165. – *Fernwärme für Börnsen*.

<sup>106</sup> BGH, Beschluss vom 10.12.2008, Az. KVR 2/08, NJW 2009, S. 1212 – *Stadtwerke Uelzen*.

<sup>107</sup> S. etwa zu Fernwärme Conseil de la Concurrence, Entscheidung n° 99-D-51 vom 20.07.1999, II.A.1, S. 15 f., im Internet abrufbar unter <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/99d51.pdf>; Björnerstedt / Söderberg, The Market for District Heating in Sweden: an Empirical Analysis of the Relevant Product Market, University of South Australia – Centre for Regulation and Market Analysis, Working Paper 2011-01, im Internet abrufbar unter <http://w3.unisa.edu.au/crma/docs/working-papers/2011-01c.pdf>; Energimyndigheten & Energimarknadsinspektionen, Uppvärmning i Sverige 2011, S. 38 f.; im Internet abrufbar (in schwedischer Sprache) unter [http://www.ei.se/Documents/Publikationer/rapporter\\_och\\_pm/Rapporter%202011/Uppvarmning\\_sverige\\_EIR201106.pdf](http://www.ei.se/Documents/Publikationer/rapporter_och_pm/Rapporter%202011/Uppvarmning_sverige_EIR201106.pdf); für (Heiz-)Gas: Bundeswettbewerbsbehörde, Allgemeine Untersuchung der österreichischen Gaswirtschaft, September 2005, S. 26ff; im Internet abrufbar unter <http://www.e-control.at/portal/page/portal/medienbibliothek/infos/dokumente/pdfs/untersuchung-gassmarkt-endbericht.pdf>; für Propangas: Beschluss des kanadischen *Competition Tribunal vom 30.08.2000*, The Commissioner of Competition v. Superior Propane Inc., 2000 Comp. Trib. 15, file no. CT1998002, Registry document no.192b, im Internet abrufbar unter [http://www.ct.gc.ca/CMFiles/CT-1998-002\\_192b\\_45QNG-4232004-3036.pdf?windo](http://www.ct.gc.ca/CMFiles/CT-1998-002_192b_45QNG-4232004-3036.pdf?windo).

<sup>108</sup> Eine andere Einschätzung mag für Fälle von Abnahmeverpflichtungen gelten. Diese treffen grundsätzlich in gleicher Weise alle Kunden unabhängig von deren Größe. Alternative Beheizungsoptionen und damit Wechselmöglichkeiten scheiden damit für alle Kundengruppen gleichermaßen aus.



einzelne Privatkunden. Sie sind vom Niveau der Wärmepreise jedoch nicht selbst betroffen, da sie diese auf ihre Mieter umlegen können. Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zur Kundengruppe der Groß- und Industriekunden, bei denen die Wärmepreise unmittelbar zu höheren Kosten führen und die zudem in aller Regel über die notwendige technische Expertise und das notwendige betriebswirtschaftliche Fachwissen verfügen, um alternative Optionen für die Beheizung von Räumen oder die Generierung von Prozesswärme umzusetzen. In seiner Fallpraxis hat das Bundeskartellamt zudem einen Markt für die Belieferung von großen Weiterverteilern definiert, die ihrerseits Kunden auf eigene Rechnung beliefern.<sup>109</sup> Hierunter fallen etwa Lieferungen von industrieller Abwärme an lokale Fernwärmenetzbetreiber.

## **b) Räumliche Marktabgrenzung**

- 179 In räumlicher Hinsicht entspricht der relevante Markt dem Gebiet, das durch das jeweilige lokale Fernwärmenetz erschlossen wird. Überregionale Verbindungsleitungen zwischen Wärmenetzen bestehen praktisch nicht und wären aufgrund des Wärmeverlusts auf dem Transportweg in aller Regel auch nicht ökonomisch sinnvoll.

## **c) Wärme-Contracting**

- 180 Im Rahmen der Sektoruntersuchung bildete das sog. Wärme-Contracting keinen Schwerpunkt. Der Auskunftsbefehl erfasste zwar auch Contracting-Anlagen. Diese waren jedoch, was die insgesamt erzeugte Wärmemenge anbetrifft, nur von untergeordneter Bedeutung.<sup>110</sup> Seitens der befragten Unternehmen wurde mitunter vorgebracht, dass Contracting-Anlagen keineswegs demselben Markt wie die klassische leitungsgebundene Fernwärmeversorgung zugerechnet werden könnten.
- 181 Das Bundeskartellamt hat diese Frage bislang nicht abschließend entschieden, tendiert jedoch zur Abgrenzung eines separaten Marktes für Wärme-Contracting-Dienstleistungen.
- 182 Eine einheitliche gesetzliche Definition des Contracting-Begriffes existiert nicht. Einen Ansatz bietet lediglich die technische Normung DIN 8930-5 „Kälteanlagen und Wärmepumpen – Terminologie“, Teil 5: „Contracting“.<sup>111</sup> Danach handelt es sich beim Contracting um die zeitlich und räumlich abgegrenzte Übertragung von Aufgaben der Energiebereitstellung und

---

<sup>109</sup> BKartA, Beschluss vom 8.05.2009, Az. B8-34/09 – *RWE Favorit*, im Internet abrufbar unter <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion09/B8-34-09.pdf>.

<sup>110</sup> Auf Contractinganlagen entfielen lediglich ca. 2 % der insgesamt erzeugten Wärmemengen aller im Rahmen der Sektoruntersuchung befragten Unternehmen.

<sup>111</sup> Sie ist aus der Arbeit der Projektgruppe Contracting entstanden, die sich aus Mitgliedern des Verbandes für Wärmelieferung e.V., des Bundesverbandes Privatwirtschaftlicher Energie Contracting-Unternehmen e.V., der Energieagentur NRW und einiger weiterer Unternehmen zusammensetzt; *Meinefeld*, Strategische Erfolgsfaktoren für Contracting-Angebote von Energieversorgungsunternehmen, Dissertation 2004, S. 65.

Energielieferung auf einen Dritten, der im eigenen Namen und auf eigene Rechnung handelt. Gegenstand des Contractings sind die Nutzenergien Wärme, Kälte, Druckluft und Beleuchtung.

183 Da es sich beim Contracting um den Abschluss privatrechtlicher Verträge handelt, gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit, d.h. die Pflichten der Vertragsparteien können individuell und flexibel festgelegt werden. In der Praxis haben sich in der Folge verschiedene Contracting-Varianten herausgebildet. Diese Entwicklung spiegelt sich auch in der DIN-Normung wider.<sup>112</sup> Unterschieden werden insbesondere<sup>113</sup>

- Energieliefer-Contracting,
- Energieeinspar-Contracting,
- Betriebsführungs-Contracting<sup>114</sup> und
- Finanzierungs-Contracting.

Allerdings können diese vier Grundmodelle beliebig kombiniert und abgewandelt werden.

184 Beim Energieeinspar-, Finanzierungs- und Betriebsführungs-Contracting tritt der Contractor nicht selbst als Wärmeversorger auf; vielmehr wird in diesen Contracting-Varianten nur die Wärme-Eigenerzeugung des Contractingnehmers durch Betriebsführungs- bzw. Finanzierungsdienstleistungen unterstützt. Der klassischen Fernwärmeversorgung angenähert ist hingegen das Energieliefer-Contracting, welches auch die häufigste Form des Contracting darstellt.<sup>115</sup> Hierbei verpflichtet sich der Contractor gegenüber dem Contractingnehmer zur Planung, Finanzierung, Errichtung, ggf. auch zur Erneuerung oder Sanierung von Energieerzeugungsanlagen, sowie zu deren weiterer Betriebsführung und Instandhaltung. Für letzteres trägt also der Contractor das finanzielle Risiko. Als Gegenleistung erhält er im Rahmen von langfristigen Wärmelieferverträgen einen Lieferpreis, der die Vorhaltekosten für die Heizstation (Grundpreis), die verbrauchsabhängigen Kosten für die konkret gelieferte Wärme in Euro/kWh (Arbeitspreis) und die Ablese- bzw. Abrechnungskosten abdeckt.

185 Die Belieferungssituation des Nachfragers ist insoweit beim Energieliefer-Contracting ähnlich wie beim Bezug von Fernwärme aus einem lokalen Fernwärmenetz. Aus Sicht des Nachfragers bestehen zwischen der Belieferung mit Fernwärme und der Belieferung mit Wärme aus

---

<sup>112</sup> DIN 8930-5 (2003), S. 2ff.

<sup>113</sup> So auch die Einteilung bei *Danner/Theobald*, Energierecht, 62. EL 2008, VIIIa Contracting, Rn. 9-15. Nicht weiter betrachtet werden vorliegend Konstellationen, in denen lediglich ein Weiterverkauf von Wärme aus dem lokalen Fernwärmenetz durch einen zwischengeschalteten Contractor stattfindet.

<sup>114</sup> Mitunter auch bezeichnet als „technisches Anlagenmanagement“.

<sup>115</sup> Einer Mitgliederbefragung des Verbands für Wärmelieferung zufolge, war Energieliefer-Contracting im Jahr 2011 mit einem Anteil von 85 % die häufigste Contracting-Form; im Internet abrufbar unter <http://www.energiecontracting.de/1-definition-info/contracting-formen/index.php>.

Contractinganlagen dennoch deutliche Unterschiede, die gegen die Einbeziehung in einen einheitlichen Fernwärmemarkt sprechen. Während etwa beim Wechsel eines Gasanbieters die gesamte Belieferungsstruktur unverändert bleibt, müssen bei einem Wechsel von der klassischen Fernwärmeversorgung zum Contracting technische Anpassungen vorgenommen werden. Je nach Bedarf muss die Hausanschlussstation ausgetauscht oder angepasst werden, ggf. werden auch Räumlichkeiten bzw. geeignete Außenflächen für die Wärmeerzeugung benötigt. Eine Zuleitung von der neuen Wärmeerzeugungsanlage zur jeweiligen Hausanschlussstation ist in jedem Fall vonnöten.

- 186 Handelt es sich bei der klassischen leitungsgebundenen Fernwärme um ein Massengeschäft mit in der Regel vorgefertigten Vertragsformularen, so stehen beim Contracting individuelle, dezentrale Lösungen im Vordergrund. Dementsprechend besteht bei Contractingmodellen grundsätzlich die Möglichkeit, aus einer Vielzahl überregionaler Anbieter zu wählen, während bei der klassischen leitungsgebundenen Fernwärmeversorgung nur der lokale Anbieter als Lieferant in Betracht kommt. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass der Contractor für den Kunden eigens eine Wärmeerzeugungsanlage und ein Wärmeleitungssystem errichten und betreiben muss. Damit sich diese Anfangsinvestition für den Contractor rechnet, ohne dass die laufenden Entgelte für den Contractingnehmer unattraktiv werden, müssen lange Laufzeiten vereinbart werden. Diese gehen über die im Fernwärmebereich nach § 32 Abs. 1 AVBFernwärmeV maximale Dauer von fünf Jahren bei automatischer Vertragsverlängerung deutlich hinaus. Der Wechsel zu einer Contracting-basierten Wärmebelieferung bringt für den Contractingnehmer einen nicht unerheblichen Aufwand für Planung und Vertragsgestaltung mit sich, der auch einen gewissen zeitlichen Vorlauf erfordert. Anders als etwa beim Wechsel eines Gasversorgers müssen nicht nur Grund-, Arbeits- und Messpreise gegenübergestellt, sondern Contracting-Angebote eingeholt und verglichen werden, die ihrem Wesen nach deutlich komplexer sind (z. B. Vertragslaufzeit, Eigentumsfragen, Haftungsregelungen, Absicherung von Insolvenzrisiken, Endschäftsbestimmungen).<sup>116</sup>
- 187 Auch insofern kann aus Abnehmersicht nicht von einer Austauschbarkeit zwischen klassischer Fernwärmeversorgung und Wärme-Contracting ausgegangen werden.

#### **d) Kein Widerspruch zu AVBFernwärmeV**

- 188 Die AVBFernwärmeV verfolgt eine andere Zielrichtung als die kartellrechtlichen Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Der Ordnungsgeber wollte auf

---

<sup>116</sup> Fraglich wäre dies hingegen in Fällen, in denen der Contractor keine eigenständige Wärmeerzeugungsanlage betreibt, sondern lediglich Wärme aus dem lokalen Fernwärmenetz durchleitet.

Basis von § 243 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB) einen generellen Rechtsrahmen für die zivilrechtlichen Beziehungen zwischen Wärmelieferant und - abnehmer schaffen. Die Vorschriften der AVBFernwärmeV stellen sich mithin als eine Regelung von allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Fernwärmebereich dar. Von diesen können die Parteien in Individualverträgen abweichen oder sie können die Geltung der AVBFernwärmeV vereinbaren, obwohl deren Anwendungsbereich eigentlich nicht eröffnet ist. Eine Präjudizwirkung für die Marktabgrenzung im kartellrechtlichen Sinne ergibt sich aus der (Nicht-)Anwendbarkeit der AVBFernwärmeV nicht.

- 189 Soweit die AVBFernwärmeV in § 24 Abs. 3 von einem „Wärmemarkt“ ausgeht, ist hiermit erkennbar nicht ein relevanter Markt im Sinne des GWB gemeint. Vielmehr werden die durchschnittlichen Preisentwicklungen bei Nutzung verschiedener Gebäudeheizungsformen in Bezug genommen.<sup>117</sup>

## 2. Marktbeherrschung

- 190 Der jeweilige Fernwärmeversorger ist in dem Gebiet, in dem er die Versorgung mit Fernwärme übernommen hat, marktbeherrschend. Dabei ist es nicht von entscheidender Bedeutung, ob das betreffende Gebiet einem Anschluss- und Benutzungszwang unterliegt oder nicht.<sup>118</sup> Ist letzteres der Fall, so ist die Marktbeherrschung rechtlich abgesichert und besteht bereits vor dem erstmaligen Anschluss an die Fernwärmeversorgung.<sup>119</sup> Die oben dargestellten Erlöse in Gebieten mit bzw. ohne Anschluss- und Benutzungszwang weisen zudem darauf hin, dass die Möglichkeit des Heizsystemwechsels zumindest einen gewissen Druck auf die Fernwärmepreise erzeugt. Diese liegen in Gegenden, die keinem Anschluss- und Benutzungszwang unterliegen, durchschnittlich etwas niedriger.<sup>120</sup>
- 191 Ausschlaggebend ist, dass der jeweilige Wärmebezieher keine oder nur sehr eingeschränkte Möglichkeiten besitzt, auf andere Beheizungsvarianten umzusteigen. Bei Vorliegen eines Anschluss- und Benutzungszwangs ist eine Änderung der Beheizungsart bereits rechtlich nicht möglich. Wo ein Anschluss- und Benutzungszwang nicht besteht, sind die Hürden für einen Systemwechsel gleichwohl hoch. So werden die Wärmeversorgungsverträge mit privaten

---

<sup>117</sup> In diesem Sinne auch BGH, Urteil vom 13.07.2011, Az. VIII ZR 339/10, NJW 2011, 3222, 3224.

<sup>118</sup> *Körper*, Drittzugang zu Fernwärmenetzen, S. 59, zweifelt in Fällen eines Anschluss- und Benutzungszwangs bereits am Vorliegen eines Marktes. Diese Ansicht geht jedoch von einem zu engen Marktbegriff aus. Die Existenz eines Marktes im Sinne eines Ortes, an dem Angebot und Nachfrage zusammengeführt werden, setzt keine uneingeschränkte Dispositionsfreiheit von Anbieter und/oder Abnehmer voraus.

<sup>119</sup> S. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4.8.2010, Az. VI 2 Kart 8/09 (V) – *Stadtwerke Flensburg*; abrufbar im Internet unter [http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2010/VI\\_2\\_Kart\\_8\\_09\\_V\\_beschluss20100804.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2010/VI_2_Kart_8_09_V_beschluss20100804.html).

<sup>120</sup> S. dazu oben, F.V.5, Rn. 113.

Endverbrauchern zumeist über einen Zeitraum von mehreren Jahren abgeschlossen, wobei die AVBFernwärmeV eine maximale Erstbindungsdauer von 10 Jahren zulässt, mit stillschweigender Verlängerung um jeweils fünf Jahre. Während der vertraglichen Bindung kann der Fernwärmebezieher zwar theoretisch auf alternative Beheizungsmöglichkeiten ausweichen. Er müsste jedoch weiterhin die mit dem Wärmebezugsvertrag verbundenen Kosten, insbesondere die im Vergleich zum Strom- oder Gasbezug sehr hohen Grundpreise, entrichten. Ökonomisch wäre dies nicht sinnvoll. Auch bei Ablauf der vertraglichen Bindung sprechen regelmäßig viele Gründe gegen einen Wechsel des Heizsystems. So liegen schon nicht an allen Abnahmestellen die Voraussetzungen für einen problemlosen Wechsel auf ein anderes Heizsystem vor. Das ist etwa der Fall, wenn die zu versorgende Immobilie über keinen Schornstein oder keine Räumlichkeiten für einen Ölkeller verfügt oder erst erhebliche Baukostenzuschüsse für den Anschluss an das örtliche Gasnetz gezahlt werden müssten (sofern ein solches in räumlicher Nähe überhaupt verfügbar ist). Überdies erforderte das Ausweichen auf ein anderes Heizsystem ganz erhebliche Investition in die Installation eines neuen Heizkessels. Anders als bei der Auswechslung von Öl- oder Gas-Heizkesseln ist mit der Installation eines modernen Kessels anstelle einer gebrauchsfähigen Fernwärme-Anschlussstation zudem kein direktes Einsparpotential durch effizientere Brennwertechnik verbunden, da es sich bei Fernwärme bereits um ein fertiges Produkt handelt, das außerhalb der versorgten Wohneinheit generiert wurde. Diese Umstände wiegen umso schwerer, als sich die Entwicklung der Brennstoffpreise im Vergleich zu den Fernwärmepreisen über die kommenden Jahre insbesondere für private Endverbraucher kaum prognostizieren lässt.

192 Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht aufgrund der Tatsache, dass im Fernwärmebereich in vielen Fällen nicht der Endverbraucher Vertragspartner des Fernwärmeversorgers ist, sondern die Fernwärmefachfrage über Wohnungsbaugesellschaften vermittelt wird. Zwar könnten Wohnungsbaugesellschaften das über sie vermittelte Nachfragevolumen effektiver für Preisverhandlungen nutzen als einzelne Mieter. Dies geschieht auch in Einzelfällen. Umgekehrt ist die Preissensibilität bei der Wohnungsbaugesellschaft naturgemäß geringer als beim Endverbraucher selbst, da sie die Wärmebezugskosten vollumfänglich weitergeben kann. Entsprechend sind die Anreize für einen Lieferantenwechsel eher gering.<sup>121</sup>

193 Vom unstreitig bestehenden Systemwettbewerb um Neukunden geht in der Regel kein wesentlicher Wettbewerbsdruck aus.<sup>122</sup> Zum einen kann sich für den betreffenden

---

<sup>121</sup> Siehe dazu (für den Gasbereich) BKartA, Beschluss vom 20.03.2012, Az. B8-124/11, Rn. 98 – *Enovos*, im Internet abrufbar unter <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion12/B8-124-11.pdf?navid=84>.

<sup>122</sup> A.A. *Büdenbender*, Die kartellrechtliche Kontrolle der Fernwärmepreise, S. 10, *Ehricke*, JZ 2005, 599, 605, jeweils unter Hinweis auf die notwendige Einheitlichkeit der Preise für Alt- und Neukunden.

Fernwärmeversorger ein Verzicht auf den Abschluss von Neuverträgen bei Aufrechterhaltung eines hohen Preisniveaus für die Gesamtheit der Altverträge durchaus lohnen.<sup>123</sup> Zum anderen werden zwar generell auch für Neuverträge die für das Versorgungsgebiet geltenden allgemeinen Preise vereinbart. Dem Fernwärmeversorger ist es jedoch grundsätzlich nicht verwehrt, mit besonders günstigen (Erst-)Anschlusskonditionen oder Bonuszahlungen<sup>124</sup> um Neukunden zu werben. Dies kann sich für den Fernwärmeversorger – wesentlich eher als bei Erdgas oder Öl – gerade deshalb lohnen, da er die Möglichkeit hat, Kunden über eine zehnjährige Vertragslaufzeit an sich zu binden.

- 194 Im Rahmen des Systemwettbewerbs kann vom Energieliefer-Contracting ein größerer Druck ausgehen als von anderen alternativen Beheizungsarten, da je nach den Umständen des Einzelfalles der Umstellungsaufwand wesentlich geringer ausfallen kann (Weiterbetrieb der eigenen Hausanschlussstation nach Anpassungs- und Anschlussmaßnahmen). Zumindest zum jetzigen Zeitpunkt lässt sich jedoch noch kein erheblicher Wettbewerbsdruck durch Wärme-Contracting feststellen, welcher sich bei bestehenden Wärmeversorgungsverträgen zudem allenfalls zum jeweiligen Laufzeitende manifestieren würde. Zu Gunsten der etablierten Fernwärmeversorger wirkt sich zudem aus, dass § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 KWKG eine KWKG-Förderung neuer kleiner KWKG-Anlagen davon abhängig macht, dass hierdurch keine bereits bestehende Fernwärmeversorgung aus KWKG-Anlagen verdrängt wird.<sup>125</sup>
- 195 Was die Versorgung privater Endverbraucher mit Fernwärme anbelangt, sind die Markteintrittshürden extrem hoch. Eine Durchleitung von Wärmelieferungen anderer Versorger stößt in der Praxis auf große Schwierigkeiten. Selbst in denjenigen Fällen, in denen sich eine Durchleitung bewerkstelligen ließe, wäre jeder neue Wettbewerber mit den langen Vertragslaufzeiten konfrontiert, die im Fernwärmesektor herrschen. Kurzfristig ließe sich daher in der Regel nur ein Bruchteil des Kundenpotentials erschließen. In den meisten Fällen dürfte aus diesem Grund erst recht der Bau paralleler Wärmeversorgungsnetze ausscheiden, da die Amortisation entsprechender Investitionen kaum möglich wäre.

---

<sup>123</sup> S. dazu *Körber und Fricke*, N&R 2009, 222, 229 f.

<sup>124</sup> So bieten beispielsweise die Stadtwerke Heidelberg einen sog. CO<sub>2</sub>-Bonus zwischen 400 und 1.200 Euro beim Umstieg auf Fernwärmebeheizung an, s. [http://www.swhd.de/cms/Fernwaerme/Foerderung\\_und\\_COsub2\\_sub-Bonus/Foerderung\\_und\\_COsub2\\_sub-Bonus\\_.html](http://www.swhd.de/cms/Fernwaerme/Foerderung_und_COsub2_sub-Bonus/Foerderung_und_COsub2_sub-Bonus_.html).

<sup>125</sup> Der Wortlaut der Vorschrift ließe zwar durchaus eine Interpretation dahin gehend zu, dass eine Verdrängung nach Auslaufen eines Fernwärmelieferungsvertrags ohnehin nicht mehr stattfindet. Die behördliche Förderpraxis des Bundesamts für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle geht jedoch beim unmittelbaren Übergang von Fernwärmeversorgung auf Wärmeversorgung aus kleinen KWKG-Anlagen von einer Verdrängung aus. Nach der jüngst verabschiedeten KWKG-Novelle liegt indessen keine Verdrängung mehr vor, wenn die Fernwärmeversorgung die Effizienzvoraussetzungen des § 5a Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe b KWKG nicht erfüllt (KWKG-Anteil von mindestens 60 %).

### **3. Anhaltspunkte für missbräuchliches Verhalten**

#### **a) Vergleichsmarktkonzept**

- 196 Um festzustellen, ob der Preis eines Fernwärmeunternehmens missbräuchlich überhöht ist oder nicht, kann auf unterschiedliche Methoden zurückgegriffen werden. Zum einen ließe sich eine Kostenprüfung durchführen, auf deren Basis – unter Hinzurechnung eines in einem wettbewerblichen Umfeld angemessenen Gewinns zu effizient angesehenen Kosten – eine Erlösbegrenzung berechnet würde. Das Bundeskartellamt hat in seinen Missbrauchsverfahren der jüngeren Vergangenheit jedoch stets auf das zumeist besser handhabbare Vergleichsmarktkonzept abgestellt, welches in § 19 Abs. 4 Nr. 2, 2. Halbsatz GWB ausdrückliche Erwähnung findet. Ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung liegt demnach insbesondere dann vor, wenn Entgelte eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb abweichen. Zwar fehlt es im Fernwärmebereich an Märkten mit „wirksamem Wettbewerb“. Anerkanntermaßen ist zu Vergleichszwecken jedoch auch ein Rückgriff auf andere Märkte mit – ebenfalls – eingeschränktem Wettbewerb zulässig.
- 197 Für die Zwecke der Sektoruntersuchung hat das Bundeskartellamt ebenfalls auf das Vergleichsmarktkonzept abgestellt.<sup>126</sup> Maßstab sind damit grundsätzlich vergleichbare Unternehmen mit günstigeren Erlösen auf anderen räumlichen Fernwärmemärkten, wobei ggf. aufgrund besonderer Strukturen des jeweiligen Vertriebsgebietes Zuschläge oder Abschläge auf den Erlös des Vergleichsunternehmens vorgenommen werden müssen. Mit dieser Methode wird also ermittelt, wie das Vergleichsunternehmen im räumlichen Markt des betroffenen Fernwärmeversorgers agiert hätte. Bei der vorgenommenen Vergleichsbetrachtung stellt das Bundeskartellamt grundsätzlich nicht auf die von den jeweiligen Unternehmen geforderten Tarife, sondern die tatsächlich in dem jeweiligen Markt vereinnahmten Erlöse ab.

#### **b) Vorteile des Erlösvergleichs**

- 198 Gerade im Fernwärmebereich zeigen sich deutliche Vorteile eines Erlösvergleichs gegenüber einem Tarifvergleich. Die Preisstellung für Wärmelieferungen zeichnet sich deutschlandweit durch eine sehr große Heterogenität aus, wie sie etwa in den Bereichen Strom und Gas nicht bekannt ist. Wie bereits oben gezeigt,<sup>127</sup> variiert das Verhältnis von Grundpreis und Messpreis ganz erheblich. Des Weiteren wird die Höhe des Grundpreises an eine Reihe unterschiedlicher Kriterien geknüpft (Anschlussleistung, Wohnungsgröße, Größe des Wärmezählers etc.).

---

<sup>126</sup> Dies erfolgte bereits aus Praktikabilitätsgründen, da andernfalls eine Fülle zusätzlicher (Kosten-)Daten hätte abgefragt werden müssen. Eine Vorfestlegung im Hinblick auf spätere Missbrauchsverfahren im Fernwärmebereich ist hiermit nicht verbunden.

<sup>127</sup> S. Abbildung 14

Zumeist werden die Begriffe Grundpreis und Leistungspreis synonym verwendet; mitunter gibt es einen Leistungspreis auch noch neben einem Grundpreis. Hinzu treten vereinzelt weitere Preiskomponenten wie etwa Preise für Heizwasserfehlmengen. Der Erlösvergleich gewährleistet indessen die lückenlose Erfassung sämtlicher Preise.

199 Ein – zwangsläufig typisierter – Tarifvergleich von Abnahmefällen begegnet zudem der Schwierigkeit, dass die Siedlungsstruktur in den jeweils versorgten Gebieten völlig unterschiedlich ausfallen und daher ein bestimmter Abnahmefall in der Praxis große oder geringe Bedeutung haben kann. Ein Erlösvergleich erlaubt zudem eine Zeitrumbetrachtung, die auch unterjährige Preisanpassungen oder unterschiedliche Preise für Sommer- bzw. Wintermonate mit berücksichtigt. Gerade im Hinblick auf die während der Wintermonate wesentlich höheren Abnahmemengen können so die bei einer Stichtagsbetrachtung auftretenden Verzerrungen vermieden werden.

### **c) Erlösvergleich Privatkunden**

200 Im Rahmen der Sektoruntersuchung wurde innerhalb der jeweiligen Netzkategorien ein Vergleich der Erlöse je an private Endverbraucher gelieferter kWh Wärme vorgenommen.

201 Hausanschlusskostenbeiträge (HAKB) und Baukostenzuschüsse (BKZ) decken den (Erst-)Anschluss eines Grundstücks an ein Fernwärmenetz ab. Entsprechende Einnahmen stellen daher keine Erlöse aus der Belieferung mit Fernwärme dar<sup>128</sup> und sind ggf. einer separaten kartellrechtlichen Betrachtung zu unterziehen (sofern der Fernwärmeversorger aufgrund einer bestehenden Abnahmeverpflichtung bereits beim Erstanschluss marktbeherrschend ist).

202 Entsprechend der Abweichung vom Erlösdurchschnitt der jeweiligen Netzkategorie wurde eine Einordnung der untersuchten Netzgebiete<sup>129</sup> danach vorgenommen, ob in ihnen die Erlöse aus dem Privatkundengeschäft durchschnittlich, (stark) überdurchschnittlich oder (stark) unterdurchschnittlich ausfielen. In diesem Zusammenhang sei nochmals darauf hingewiesen, dass durch die Einteilung in Vergleichsgruppen und die hiermit einhergehende Kategorisierung eine bessere Vergleichbarkeit von Netzgebieten ermöglicht wird. Sie dienen damit einer ersten Einschätzung von Sachverhalten. Dies bedeutet jedoch nicht, dass das Bundeskartellamt die gebildeten Netzkategorien auch als Maßstab in künftigen Missbrauchsverfahren heranzieht.<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> Vgl. dazu auch BGH, Beschluss vom 02.02.2010, Az. KVR 66/08, zit. nach juris Rn. 40.

<sup>129</sup> Im Anhang findet sich eine Übersicht aller im Rahmen des Erlösvergleichs untersuchten Netzgebiete.

<sup>130</sup> Zur Einteilung der Netzkategorien s. auch oben, F.I., Rn. 45 ff.



203 Bei der Berechnung der Vergleichserlöse wurden Gestattungsentgelte nicht abgezogen. Ein entsprechender Abzug hätte sich aber bei der –Einordnung der Netzgebiete in verschiedene Erlöskategorien im Ergebnis praktisch nicht ausgewirkt.<sup>131</sup>

204 Die nachfolgende Tabelle 6 zeigt, wie sich die Netzgebiete in den Jahren 2007 und 2008 auf die verschiedenen Erlöskategorien verteilen.

**Tabelle 6: Netzgebiete nach Erlöskategorien (2007/2008)**

		Durchschn. Erlös je Netzkategorie [Cent/kWh]	Anzahl Netzgebiete	Anzahl Netzgebiete je Erlöskategorie				
				Stark überdurchschnittliche Erlöse	Überdurchschnittliche Erlöse	Durchschnittliche Erlöse	Unterdurchschnittliche Erlöse	Stark unterdurchschnittliche Erlöse
				> +30%	≤ +30 .. > +10%	≤ +10 .. ≥ -10%	< -10 .. ≥ -30%	< -30%
1..<10 km	2007	9,2	30	2	8	9	9	2
	2008	10,1	31	4	7	6	11	3
10..<100 km	2007	8,2	50	4	8	19	17	2
	2008	8,9	50	5	9	17	16	3
≥100 km	2007	6,5	38	1	8	22	7	-
	2008	7,0	38	2	7	18	11	-

<sup>131</sup> Für einen Abzug spricht, dass es sich bei Gestattungsentgelten um Belastungen handelt, die dem Einfluss des jeweiligen Fernwärmeversorgers weitestgehend entzogen sind. Zwar werden Gestattungsentgelte ebenso wie Konzessionsabgaben vertraglich zwischen den Parteien vereinbart. In der Regel kommt der Gemeinde jedoch als Monopolistin für die Vergabe der für die Wärmeversorgung benötigten Wegerechte eine dominante Verhandlungsposition zu. Ein Abzug ist hingegen kritisch zu sehen, wenn es sich bei dem lokalen Fernwärmeversorger um ein kommunales Unternehmen handelt. In solchen Fällen kann die Gemeinde durch Festsetzung der Gestattungsentgelte unmittelbar die Erlössituation des eigenen Tochterunternehmens beeinflussen.

#### **d) Anhaltspunkte für Fälle von Preismissbrauch**

- 205 Bei einigen Unternehmen sieht das Bundeskartellamt eine Reihe von Anhaltspunkten für eine missbräuchliche Preissetzung. So fällt insbesondere ins Auge, dass zwischen den Netzgebieten mit den höchsten Erlösen und dem jeweiligen Durchschnitt bzw. den günstigsten Anbietern große Abstände bestehen. Diese Abstände sind so erheblich,<sup>132</sup> dass eine vollständige Rechtfertigung allein anhand der erhobenen Kennzahlen (verwendeter Brennstoff, Netzlänge bzw. Wärmeliefermenge je Netzmeter) unwahrscheinlich ist. Dies schließt indessen die Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung im Einzelfall aufgrund außergewöhnlicher Umstände nicht von vornherein aus.
- 206 Vieles spricht dafür, dass bei einigen wenigen Unternehmen entweder bestehende Potenziale zur Effizienzverbesserung nicht genutzt werden oder aber Gewinnmargen realisiert werden, die sich bei wirksamem Wettbewerb nicht erzielen ließen. Hierfür spricht auch die Tatsache, dass im Einkauf mitunter sehr unterschiedliche Preise für denselben Brennstoff<sup>133</sup> bezahlt werden, die sich nicht durch Größenvorteile o. Ä. in der Beschaffung erklären lassen. Die Schlussfolgerung liegt nahe, dass hohe Beschaffungspreise ohne Weiteres auf der Absatzseite weitergegeben werden können und so kein Druck entsteht, möglichst günstige Einkaufspreise zu erzielen, wie dies in einer Wettbewerbssituation der Fall wäre. Die nahezu durchgängig in Versorgungsverträgen verwendeten Preisgleitklauseln erlauben es zudem, bei steigenden Preisindices höhere Preise von Konsumenten zu verlangen, selbst wenn sich dies in der individuellen Beschaffungskostensituation nicht niederschlägt.
- 207 Bemerkenswert ist auch, dass allenfalls ansatzweise eine Korrelation zwischen dem dominierenden Kostenfaktor Brennstoffkosten und den jeweils erzielten Erlösen zu beobachten ist. In einem Wettbewerbsmarkt wäre zu erwarten, dass der Einsatz im Vergleich besonders günstiger Brennstoffe zu niedrigeren Preisen (und damit Erlösen) führt. Dies lässt sich indessen nicht feststellen.

#### **e) Vornahme von Korrekturzuschlägen bzw. -abschlägen**

- 208 Nicht jede preisliche Überhöhung im Vergleich zu anderen Unternehmen stellt bereits einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung i. S. v. § 19 Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 Nr. 2 GWB dar. Da Fernwärmeversorger unter unterschiedlichen Bedingungen operieren, müssen im Rahmen des Vergleichsmarktkonzepts Zu- bzw. Abschläge vorgenommen werden, um strukturelle Unterschiede zwischen den Netzgebieten auszugleichen.<sup>134</sup> Eine solche Prüfung

---

<sup>132</sup> S. dazu Rn. 138.

<sup>133</sup> Die Unterschiede bei den Einkaufspreisen betragen in vielen Fällen über 100 %.

<sup>134</sup> Zur Frage, inwieweit daneben noch Raum für das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen besteht, s. *Nothdurft* in Langen/Bunte, 11. Aufl., § 19 Rn. 119 ff.

von Zu- oder Abschlägen wird im Rahmen einer Gesamtstrukturanalyse vorgenommen. Das betreffende Unternehmen kann sich mithin nicht unter selektivem Hinweis auf nachteilige Gebietsstrukturen entlasten, sondern muss im Rahmen einer Gesamtschau auch vorteilhafte Strukturen gegen sich gelten lassen. Ausgeschlossen ist ferner auch eine Rechtfertigung aufgrund von Umständen, die dem Handeln des betreffenden Unternehmens entspringen.<sup>135</sup> Der Abnehmer kann nicht für unternehmerische Entscheidungen, die sich negativ ausgewirkt haben und die andere Unternehmen anders getroffen haben, in Mithaftung genommen werden.<sup>136</sup>

- 209 Nachfolgend sollen einige Gründe erläutert werden, die nach Auffassung des Bundeskartellamts Zuschläge auf die zum Vergleich herangezogenen Erlöse anderer Unternehmen grundsätzlich rechtfertigen bzw. nicht rechtfertigen könnten. Diese Aufzählung ist nicht abschließend. Das bedeutet, dass Fernwärmeversorger im Einzelfall nicht gehindert sind, auch andere Aspekte darzulegen, die aus ihrer Sicht höhere Preise in ihrem Absatzgebiet bedingen.
- 210 Im Rahmen einer Missbrauchsprüfung wäre hinsichtlich struktureller Unterschiede in der Wärmeversorgung jeweils zu untersuchen, inwieweit diese konkret den Bereich der Wärmeerzeugung betreffen. Bei der weit verbreiteten Erzeugung von Wärme in Kraft-Wärme-Kopplung wäre etwa eine Zuschlüsselung von Kosten auf den Bereich der Wärme- bzw. den Bereich der Stromerzeugung vorzunehmen. Das Bundeskartellamt hat sich diesbezüglich noch nicht auf eine bestimmte Allokationsmethode festgelegt.<sup>137</sup>

#### **aa) Höhere Beschaffungskosten**

- 211 Bei strikter Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts ließe sich argumentieren, dass – vorbehaltlich der Notwendigkeit von Zu- oder Abschlägen – grundsätzlich der jeweils preisgünstigste strukturell vergleichbare Wettbewerber als Maßstab heranzuziehen wäre. Die von diesem Wettbewerber im betreffenden Netzgebiet (hypothetisch) gesetzten Preise wären dann der für das im Verdacht des Preissmissbrauchs stehende Unternehmen der relevante Vergleichspreis. Diese Betrachtung bezieht die jeweils verwendeten Brennstoffe nicht ein, da davon ausgegangen wird, dass dem Wettbewerbsunternehmen dieselben günstigen Erzeugungskapazitäten zur Verfügung hätten wie in seinem eigenen Netzgebiet. Das spricht für einen grundsätzlich nicht zu berücksichtigenden unternehmensindividuellen Umstand.

---

<sup>135</sup> S. BGH, Beschluss vom 31.05.1972, Az. KVR 2/71, zit. nach juris Rn. 22 ff. – *Stromtarif*.

<sup>136</sup> S. *Büdenbender*, Die kartellrechtliche Kontrolle der Fernwärmepreise, S. 73.

<sup>137</sup> S. zur analogen Problematik bei der Zuteilung von CO<sub>2</sub>-Zertifikaten oben Rn. 95 f.

212 Hiergegen spricht allerdings, dass nicht in jedem Netzgebiet ohne Weiteres die gleichen Wärme erzeugenden Anlagen errichtet werden könnten. So werden etwa Genehmigungen für den Bau bzw. den Betrieb von Kohlekraftwerken nicht oder nur unter strengen Auflagen erteilt. Für einen Fernwärmeversorger ist des Weiteren im Bauzeitpunkt in der Regel nicht ersichtlich, wie sich die Brennstoffpreise entwickeln werden. Auch die rechtlichen Rahmenbedingungen, unter denen die Wärmeerzeugung stattfindet, lassen sich nur sehr eingeschränkt prognostizieren. Gerade durch umweltspezifische Gesetzgebung können sich die Wärmeerzeugungsbedingungen wesentlich ändern. Ein Beispiel hierfür ist die Einführung des Emissionszertifikatehandels für die Wärmeerzeugung und die damit – je nach Brennstoff in unterschiedlicher Höhe – einhergehenden CO<sub>2</sub>-Kosten. Schließlich kann in einzelnen Netzgebieten die Möglichkeit zum Ankauf günstiger industrieller Abwärme gegeben sein, in anderen hingegen nicht.

### **bb) Versorgungsdichte**

213 Die Kostenstruktur eines Fernwärmeversorgers bei der Belieferung von Fernwärme wird u. a. von der Versorgungsdichte beeinflusst. Eine Fernwärmeversorgung lässt sich über weitläufige Netze in Gebieten mit geringer Anschlussdichte nicht gleichermaßen effizient bewerkstelligen wie in dichtbesiedelten Innenstadtbereichen, die vollständig oder größtenteils mit Fernwärme versorgt werden und damit hohe Abnahmemengen je Netzmeter aufweisen. Zwar dürfte das Kriterium des Metermengenwertes aufgrund der großen Bedeutung der Erzeugungsstufe nicht das entscheidende Kriterium für eine Vergleichbarkeit von Netzen (etwa im Rahmen von Preismissbrauchsverfahren) darstellen. Bei großen Unterschieden im Metermengenwert kann jedoch ein Zuschlag auf den Vergleichserlös eines günstigeren Unternehmens angezeigt sein.

### **cc) Sondersituation in Ostdeutschland nach 1990**

214 In gewissem Umfang kann es eine Rolle spielen, dass nach der deutschen Wiedervereinigung in vielen ostdeutschen Fernwärmenetzen ein Investitionsrückstand vorlag, für den die jeweiligen Fernwärmenetzbetreiber keine Verantwortung trifft. Netz(teil)erneuerungen aus den 1990er-Jahren können in Form von Abschreibungen bis heute fortwirken.<sup>138</sup> Das unterschiedliche Erlösniveau in Ost- und Westdeutschland scheint diese Annahme zu bestätigen. Des Weiteren ist in vielen ostdeutschen Städten eine Bevölkerungsabwanderung zu verzeichnen, die im

---

<sup>138</sup> Der AfA-Tabelle zufolge ist von einer Nutzungs- und damit Abschreibungsdauer von 20 Jahren für erdverlegte Leitungen bzw. von 25 Jahren für kanalverlegte Leitungen auszugehen. Die AfA-Tabelle („Abschreibung für Abnutzung“) dient der Schätzung der gewöhnlichen Nutzungsdauer eines Wirtschaftsgutes des Anlagevermögens und damit der Berechnung steuerrechtlicher Abschreibungen. Sie wird vom Bundesministerium der Finanzen herausgegeben und ist im Internet abrufbar unter [http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Weitere\\_Steuertemen/Betriebspruefung/AfA-Tabellen/afa-tabellen-anl.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Weitere_Steuertemen/Betriebspruefung/AfA-Tabellen/afa-tabellen-anl.pdf?__blob=publicationFile&v=3).

Ergebnis dazu führt, dass Fernwärmenetze weniger Abnehmer versorgen. Die erhobenen Daten deuten darauf hin, dass in Ostdeutschland je Meter Netz im Durchschnitt rund 20 % weniger Fernwärme geliefert wird als in den alten Bundesländern.<sup>139</sup> Entstehende Netzkosten müssen folglich auf weniger Kunden umgelegt werden, was zu höheren Preisen führen kann.

#### **dd) Topographische Besonderheiten**

- 215 Die Kostensituation eines Wärmeversorgers kann auch durch die spezifischen Verhältnisse vor Ort beeinflusst werden. So können die Oberflächenbeschaffenheit, Bodenbeschaffenheit, Höhenunterschiede, Wasserläufe etc. unterschiedlich hohe Kosten bei der Verlegung und Wartung von Netzen sowie der Durchführung der Wärmeversorgung verursachen.

#### **ee) Pachtzinsen**

- 216 Mitunter pachten Unternehmen die von ihnen genutzten Netze oder auch Wärmeerzeugungsanlagen. Verpächter kann dabei ein anderes Konzernunternehmen oder ein unabhängiges Unternehmen sein. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass das betreffende Unternehmen bei einer Pacht von einem anderen Konzernunternehmen keine gegenüber dem Eigentumsmodell kostenerhöhenden strukturellen Umstände für sich beanspruchen kann. Denn die Entscheidung für Pacht oder Eigentum fällt innerhalb des Konzerns und ist daher als unternehmensindividueller, im Rahmen des Vergleichsmarktkonzepts grundsätzlich nicht zu berücksichtigender Umstand anzusehen. Ob und ggf. inwieweit durch Pachtzinsen an ein konzernfremdes Unternehmen verursachte Kosten im Rahmen eines Erlösvergleichs eine Rolle spielen, ist jeweils im Einzelfall zu entscheiden. Relevant wird hierbei sein, inwieweit die betreffenden Zahlungen als marktüblich anzusehen sind.

#### **ff) Nebenleistungen**

- 217 Mitunter bieten Unternehmen ihren Kunden innerhalb des bestehenden Vertragsverhältnisses Leistungen an, die über die bloße Wärmelieferung hinausgehen. So kann es insbesondere vorkommen, dass der Wärmeversorger den Einbau und/oder die Wartung der Hausanschlussstation übernimmt. Höhere Preise können insoweit bzgl. der hierdurch begünstigten Kunden durch entsprechende Aufwendungen auf Seiten des Versorgers gerechtfertigt sein. Dies gilt jedenfalls, wenn die hierfür anfallenden Kosten angemessen sind und der Kunde sich für eine entsprechende tarifliche Zusatzoption entscheidet.

---

<sup>139</sup> Aufgrund unterschiedlicher Leitungsdurchmesser ist ein alleiniger Vergleich des Absatzes im Verhältnis zur jeweiligen Trassenlänge nur bedingt aussagekräftig.

### **gg) Kundenstruktur / Abnahmeverhalten der Kunden**

218 Auf die Preisgestaltung eines Unternehmens kann es sich positiv auswirken, wenn Kunden nicht nur in den Wintermonaten, sondern auch in den Sommermonaten erhebliche Wärmemengen abnehmen. Industriekunden mit hohem (Prozess-)Wärmebedarf können so die Nachfrage verstetigen und eine effizientere Fahrweise der Wärmeerzeugungsanlagen ermöglichen. Netzgebiete mit hohem Industriekundenanteil können daher kostenseitig über Vorteile verfügen.

### **hh) Preisgleitklauseln**

219 Ein Preismissbrauch lässt sich nicht durch den Hinweis auf die vertraglichen **Preisgleitklauseln** widerlegen. Es trifft zwar zu, dass durch Preisgleitklauseln eine Objektivierung des Preissetzungsmechanismus stattfinden kann. Je nach Ausgestaltung der betreffenden Preisgleitklausel kann dies dazu führen, dass sich – auf der Basis eines angemessenen Ausgangspreises – die Preise so entwickeln, wie dies auch in einem wettbewerblichen Umfeld der Fall wäre. Für eine Beanstandung der Preise unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten bliebe dann kein Raum.

220 Zwar verfügen nahezu alle Wärmeversorgungsverträge über Preisgleitklauseln, diese können sich jedoch – auch bei identischen Erzeugungsumständen – preislich durchaus sehr unterschiedlich entwickeln. Innerhalb des von § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV vorgegebenen Rahmens steht die Konzeption der betreffenden Preisgleitklausel im Ermessen des Wärmeversorgungsunternehmens.

221 Für eine kartellrechtliche Preisanalyse ist es irrelevant, ob eine Preisgleitklausel vorhanden und wie diese ausgestaltet ist. Es ist daher z. B. auch möglich, dass eine Preisgleitklausel von einem Zivilgericht als intransparent im Sinne des § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV verworfen wird, die Wärmepreise in dem betreffenden Netzgebiet aber keinen Anlass zu kartellrechtlichem Einschreiten bieten. Maßstab ist vielmehr, ob sich ein entsprechendes Preisniveau auch in einem wettbewerblichen Umfeld einstellen würde oder nicht. Dies ermittelt das Bundeskartellamt in erster Linie anhand eines Vergleichs mit anderen Unternehmen.

222 Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei der jeweils verwendeten Preisgleitklausel gerade nicht um ein strukturelles Merkmal des jeweiligen Netzgebietes handelt, sondern um eine Vertragsklausel, die auf eine individuelle Entscheidung des jeweiligen Versorgers zurückgeht.

## **II. Durchleitung von Fernwärme**

223 Nicht im Fokus der Sektoruntersuchung stand die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen Inhaber wärmeerzeugender Anlagen von dem jeweiligen Netzbetreiber die

Durchleitung von Wärme an Kunden verlangen können. Das Bundeskartellamt hat in den vergangenen Jahren nahezu keine Beschwerden über Fälle von Zugangsverweigerung zu Fernwärmenetzen erhalten. Erst seit kurzem wird dieses Thema in der Fachöffentlichkeit verstärkt diskutiert.

## 1. Hintergrund

- 224 Eine Durchleitung von Fernwärme Dritter ist weitaus komplexer als dies bei der Durchleitung von Strom bzw. Gas der Fall ist. So lassen sich Strom und Gas – selbst über verschiedene Netze hinweg – über große Distanzen übertragen und verteilen. Bei Wärme ist die Übertragung schon aufgrund der physisch abgeschlossenen Netzstrukturen strikt begrenzt. In der Regel sind Fernwärmenetze bereits bei der Planung für ein bestimmtes Gebiet bzw. eine bestimmte Abnehmeranzahl und dementsprechend auf eine relativ feste Ein- und Ausspeiseleistung und Jahreslast ausgelegt. Die Netzaufnahmeleistung ist daher begrenzt, wobei hier jedes Netz eine gewisse Toleranz aufweist, um Volatilität in der Wärmeabnahme (z. B. aufgrund von Außentemperaturschwankungen) auszugleichen. Teilnehmer, die mit neuen Kapazitäten in das Netz eintreten, können das Risiko von Engpässen in bereits weitestgehend ausgelasteten Netzabschnitten erhöhen. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Durchleitung von Fernwärme eines Drittanbieters durch ein bereits bestehendes Netz in technischer wie wirtschaftlicher Hinsicht eine enorme Herausforderung darstellt. Mit entscheidend ist hier die örtliche Lage des geplanten Einspeisepunkts.
- 225 Fernwärmenetze erreichen Längen von wenigen Metern bis zu mehreren hundert Kilometern. Je nach Dimension des Netzes bzw. der Erzeugungsanlage reicht die Wärmeleistung eines einzelnen Kraftwerks möglicherweise nicht aus, um alle Abnehmer im gesamten Netz zu versorgen. In diesem Fall muss der Wärmebedarf durch weitere Anlagen innerhalb des Netzes gedeckt werden. Um dies technisch zu realisieren, erfolgt eine Aufteilung des Netzes in sogenannte „hydraulische Teilnetze“. Dies geschieht nicht etwa durch eine physische Trennung von Leitungen, sondern durch eine Regulierung der Fließgeschwindigkeit des Heizwassers, welche an den definierten Endpunkten des jeweiligen Teilnetzes auf 0 m/s absinkt. Diese Verfahrensweise gilt sowohl für den Vor- als auch den Rücklauf. Jedes Kraftwerk ist jedoch mit seiner Wärmeerzeugung einem bestimmten, entsprechend dimensionierten hydraulischen Teilnetz zugeordnet. Damit versorgt es faktisch nur Abnehmer in diesem Teilgebiet. Die Verschiebung der Teilnetzgrenzen ist nur in begrenztem Umfang technisch möglich. Begehrt ein Dritter die Durchleitung von Wärme zu Abnehmern, die nicht an das gleiche hydraulische Teilnetz wie das Drittkraftwerk angeschlossen sind, ist zunächst die technische Realisierbarkeit zu klären. Wie viel zusätzliche Leistung ein (Teil-)Netz aufnehmen kann, hängt von der jeweiligen Netztopologie im Einzelfall ab.

## 2. Bestehen eines Zugangsanspruchs

### a) Allgemeines

- 226 Gemäß § 19 Abs. 1. i. V. m. Abs. 4 Nr. 4 GWB steht Dritten grundsätzlich ein Zugangsanspruch zu Netzen bzw. Infrastruktureinrichtungen zu, ohne deren Nutzung ein Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt nicht aktiv werden kann. Die Bejahung einer Marktbeherrschung ist in einer solchen Konstellation unproblematisch, da der Netzbetreiber auf dem Markt für den Wärmetransport über das Netz ein (natürliches) Monopol innehat.
- 227 Der Zugangsanspruch steht jedoch unter dem Vorbehalt der tatsächlichen Möglichkeit der Zugangsgewährung sowie der Zumutbarkeit für den Betreiber der Infrastruktureinrichtung. Erst wenn diese Tatbestandsmerkmale bejaht sind, stellt sich die Frage nach einem angemessenen Zugangsentgelt.

### b) Angewiesenheit des Zugangspetenten auf das Fernwärmenetz

- 228 In aller Regel wird man davon ausgehen können, dass die Mitbenutzung der Netzinfrastruktur notwendig ist, um auf dem nachgelagerten Vertriebsmarkt Kunden mit Wärme beliefern zu können. In Anbetracht der hohen Investitionskosten, die der Aufbau eines Wärmenetzes mit sich brächte, wäre eine Duplizierung oder anderweitige Substituierung normalerweise nicht ökonomisch tragfähig. Eine Ausnahme kann dann bestehen, wenn sich die Abnehmer in geringer Distanz zur Wärmeerzeugungsanlage befinden. In einem solchen Fall könnte eventuell auch ein dezentrales Blockheizkraftwerk mit eigenem Versorgungsnetz rentabel betrieben werden.

### c) Unmöglichkeit des Netzzugangs

- 229 Äußerst schwierig zu beurteilen ist die Frage, ob im Einzelfall betriebsbedingte oder sonstige Gründe die Mitbenutzung eines Wärmenetzes durch Dritte unmöglich oder für den Netzbetreiber unzumutbar machen.
- 230 § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB postuliert zwar den Zugang Dritter zu *vorhandenen* Netzen. Gewisse Anpassungen im Netzbetrieb oder notwendige Maßnahmen zum Anschluss von Drittanlagen führen aber nicht zur technischen Unmöglichkeit einer Netzmitbenutzung.<sup>140</sup> So müssten zwangsläufig zunächst Abrechnungsmodelle für die Durchleitung von Fernwärme entwickelt werden. Diese könnten auf temperaturabhängigen Lastprofilen oder aber intelligenten Zählern (*Smart meter*) basieren. Mit *Smart Metern* könnte der Verbrauch jedes einzelnen Kunden exakt abgebildet und an den Fernwärmeversorger unmittelbar und kontinuierlich übermittelt werden,

---

<sup>140</sup> Ebenso *Körber*, Drittzugang zu Fernwärmenetzen, S. 61.



so dass dieser seine Erzeugung nach dem Verbrauchsverhalten seiner Kunden ausrichten kann. Derzeit sind *Smart meter* im Fernwärmebereich aber weitgehend unbekannt. Um jederzeit eine Parameteroptimierung durchführen zu können, müsste bei Anschluss von Drittkraftwerken an ein bestehendes Netz außerdem eine Einbindung in die zentrale Netzsteuerung des Betreibers gewährleistet sein, von der aus auch der Zugriff auf alle weiteren Teilsysteme des Netzes (u. a. Kraftwerke, Pumpen, Druckregelstationen) erfolgt. Innerhalb eines Wärmenetzes müssen die Parameter Druck und Temperatur kontinuierlich aufeinander abgestimmt werden. Übersteigt beispielsweise der Betriebsdruck einen definierten Sicherheitsdruck im Vorlauf oder wird er im Rücklauf unterschritten, werden die Pumpen automatisch abgeschaltet. Ähnlich verhält es sich hinsichtlich der Heizwassertemperaturen. So können zu hohe Temperaturen zur automatischen Trennung einer Anlage vom Netz führen. Hierbei handelt es sich um gewöhnliche Sicherheitsmechanismen zur Gewährleistung der Netzstabilität. Entsprechende Abstimmungsmaßnahmen für die Anbindung von Drittkraftwerken sind daher unumgänglich.

- 231 Ist über solche notwendigen Anpassungsmaßnahmen hinaus eine Mitbenutzung des Netzes durch Dritte jedoch nur dann realisierbar, wenn wesentliche *Netzerweiterungsmaßnahmen* getroffen werden, so lässt sich die Ablehnung eines Zugangsantrags wegen betriebsbedingter Unmöglichkeit rechtfertigen.

#### **d) Zumutbarkeit des Netzzugangs für den Netzbetreiber**

- 232 Soweit ein Netzzugang grundsätzlich technisch durchführbar ist, ist zu klären, ob die Mitbenutzung des Netzes für den Netzbetreiber zumutbar ist. Dies ist anhand einer umfassenden Interessenabwägung unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB zu beurteilen.<sup>141</sup>
- 233 Eine Unzumutbarkeit kann beispielsweise dann vorliegen, wenn der den Durchleitungsantrag stellende Anlagenbetreiber eine so große Anzahl neuer Kunden über das vorhandene Netz versorgen will, dass dessen Kapazität (auch bei Ausnutzung eventuell bestehender Effizienzreserven) überschritten würde. Anders als etwa im Fall *Puttgarden*<sup>142</sup> kann im Fernwärmebereich der Inhaber der essentiellen Infrastruktureinrichtung auch nicht ohne Weiteres zu Gunsten des Transports von Wärmemengen Dritter seine eigene Nutzung

---

<sup>141</sup> *Bechtold*, GWB, 6. Aufl., § 19 Rn. 110; *Götting* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampf, Kartellrecht, 2. Aufl., § 19 Rn. 96; *Nothdurft* in: Langen/Bunte, 11. Aufl., § 19 Rn. 187.

<sup>142</sup> S. BKartA, Beschluss vom 27.01.2010, B9-188/05, S. 42, im Internet abrufbar unter [http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Missbrauchsaufsicht/B9-188-05\\_Scandlines.pdf?navid=63](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Missbrauchsaufsicht/B9-188-05_Scandlines.pdf?navid=63).

zurückführen, soweit dies zu einer Verletzung rechtswirksam abgeschlossener langfristiger Versorgungsverträge mit Kunden auf dem nachgelagerten Markt führen würde.<sup>143</sup>

- 234 Die Tatsache, dass der Netzbetreiber auf dem nachgelagerten Markt Kunden verliert, führt nicht zu einer Unzumutbarkeit, denn es ist gerade Zielsetzung des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB, den Wettbewerb auf den nachgelagerten Märkten zu fördern. Es ist jedoch denkbar, dass die Bewilligung eines Durchleitungsbegehrens einen so massiven Eingriff in eine ansonsten effiziente Netzsteuerung und Anlagenfahrweise bedeuten würde, dass eine Interessenabwägung zu Lasten des Durchleitungspetenten ausfiele. Sofern man in entsprechenden Fällen nicht bereits die Möglichkeit des Netzzugangs verneinen will, erscheint es jedenfalls sehr zweifelhaft, ob die Pflicht zur Einräumung der Mitbenutzung eines Netzes nach § 19 Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 Nr. 4 GWB den Netzbetreiber auch verpflichtet, ggf. Wärmemengen, die wegen Kapazitätsengpässen nicht zwischen Teilnetzen fließen können, durch entsprechende Drosselung bzw. Erhöhung der eigenen Wärmeproduktion in den verschiedenen Teilnetzen auszugleichen. Dies käme letztlich einer Verpflichtung zu einem echten Bilanzkreismanagement gleich.
- 235 Inwieweit im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung *Allgemeinwohlbelange*, insbesondere ökologische und energiepolitische Zielsetzungen, zu berücksichtigen sind, ist bislang nicht abschließend geklärt.<sup>144</sup> Zum Teil wird in der Literatur eine Einbeziehung öffentlicher Interessen im Rahmen des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB generell abgelehnt.<sup>145</sup> Da das Kartellrecht allein wettbewerbsorientiert sei, seien andere Aspekte wie der Umweltschutz grundsätzlich irrelevant und eine politische Instrumentalisierung zu vermeiden.<sup>146</sup> Gegen eine Berücksichtigung von ökologischen Gesichtspunkten im Rahmen des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB spreche daher, dass die Berücksichtigung eine energiepolitische Wertung und Bewertung der jeweiligen Petenten voraussetze. Eine solche sei vorrangig dem Gesetzgeber vorbehalten und sollte nicht dem Bundeskartellamt und nachfolgend den Gerichten im Rahmen einer etwaigen Durchsetzung des Anspruchs aufgebürdet werden.<sup>147</sup>

---

<sup>143</sup> Vgl. OLG München, Beschluss vom 19.10.2006, Az. U (K) 3090/06, zit. nach juris, Rn. 41.

<sup>144</sup> Vgl. *Körber*, Drittzugang zu Fernwärmenetzen, S. 80, der seinerseits eine Berücksichtigung von Allgemeinwohlbelangen befürwortet.

<sup>145</sup> *Wiedemann*, Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl. § 23 Rn. 70b; *Möschel* in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 19 Rn. 206.

<sup>146</sup> *Büdenbender*, Durchleitung elektrischer Energie nach der Energierechtsreform, RdE 1999, 1 (10) zum Verhältnis von § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB zum EnWG, der aber i.E. unter dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung eine analoge Anwendung der Vorschriften des EnWG im Rahmen des GWB anerkennt.

<sup>147</sup> *Möschel* in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 19 Rn. 210; *Körber*, Drittzugang zu Fernwärmenetzen, S. 81.

- 236 Andererseits wird vertreten, dass bei der Interessensabwägung nach §§ 19 und 20 GWB öffentliche Belange wie Umweltschutz, Versorgungssicherheit oder soziale Belange zu berücksichtigen seien.<sup>148</sup> Auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs könnten Gemeinwohlbelange im Rahmen der erforderlichen Abwägung nach den §§ 19 und 20 GWB grundsätzlich Berücksichtigung finden.<sup>149</sup> Speziell für den Fernwärmebereich wird argumentiert, dass sich aus der Summe verschiedener Gesetze sowie dem Fehlen einer gesetzlichen Regelung zur ex-ante-Zugangsregulierung oder der Nichteinbeziehung der Fernwärme in § 29 GWB im Ergebnis ablesen lasse, dass ein Zugangsanspruch, der zu einer Verschlechterung der Umweltschutzgesichtspunkte führe, vom Gesetzgeber unerwünscht sei.<sup>150</sup>
- 237 Während anerkannt ist, dass bei Anwendung des GWB dessen auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichtete Zielsetzung zu berücksichtigen ist, sprechen – jedenfalls im Rahmen des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB – die besseren Argumente gegen eine generelle Einbeziehung von Gemeinwohlbelangen in die vorzunehmende Interessenabwägung. Ein Ausufern der Wertungsmaßstäbe würde zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen. Auch ist fraglich, ob die Kartellbehörden geeignet sind, ggf. widersprüchliche gesetzgeberische Wertungen außerhalb des GWB zu gewichten und abzuwägen.
- 238 Nach kartellrechtlichen Maßstäben ist daher lediglich auf die Interessenlage von Netzbetreiber und Zugangspetenten abzustellen.<sup>151</sup> Dies bedeutet jedoch nicht, dass Vorschriften außerhalb des GWB notwendigerweise gänzlich außer Betracht bleiben müssen. Entscheidend ist, ob und inwieweit rechtliche Vorgaben außerhalb des GWB Rechte und Pflichten des Netzbetreibers hinreichend klar determinieren. Dies ist der Fall, wenn der Netzbetreiber direkter Normadressat ist, wie etwa bei Zugangsansprüchen nach § 5 Abs. 1 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes

---

<sup>148</sup> *Säcker/Wolf*, Wettbewerbsrechtliche Bindungen der Fernwärmenetzbetreiber, RdE 2011, 277, 280 f. unter Bezug auf die Rechtsprechung des BGH, Urteil vom 11.11.2008, Az. KZR 43/07, WuW/E DE-R 2581, 2584 – *Neue Trift*; BGH, Urteil vom 13.11.2007, Az. KZR 22/06, WuW/E DE-R 2163, 2164 f.; BGH, Urteil vom 7.11.2006, Az. KZR 2/06, WuW/E DE-R 1951, 1952 f. – *Bevorzugung einer Behindertenwerkstatt* und BGH, Urteil vom 10.2.1987, Az. KZR 1/86, WuW/E BGH 2370, 2376.

<sup>149</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 148 sowie BGH v. 9.7.2002, Az. KZR 30/00, zit. nach juris, Rn. 36 f – *Fernwärme für Börsen*.

<sup>150</sup> *Körber*, Drittzugang zu Fernwärmenetzen, S. 85, unter Hinweis u. a. auf §§ 7 und 16 EEWärmeG, §§ 27, 28 EEG und §§ 6a und 7a KWKG, auch § 3 Nr. 33 EnWG.

<sup>151</sup> Soweit der BGH in *Fernwärme für Börsen* (s. Fn. 149) und den *Schilderprägerfällen* (s. Fn. 148) von der generellen Berücksichtigungsfähigkeit von Gemeinwohlbelangen in §§ 19, 20 GWB ausgeht, ist dies vor dem Hintergrund der jeweils entschiedenen Fälle zu sehen. Diese wurden sämtlich nach § 20 GWB beurteilt, so dass die Ausführungen des BGH jedenfalls auf § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB nicht ohne Weiteres übertragbar sind. In den zu Grunde liegenden Fallkonstellationen war Normadressatin des § 20 Abs. 1 bzw. Abs. 4 GWB stets die Gemeinde, die ihrerseits im (durch die Gemeinde erst eröffneten) nachgelagerten Markt nicht selbst als Wettbewerberin auftrat. Ein weiterer Gestaltungsspielraum bei der Berücksichtigung von Gemeinwohlbelangen ist in solchen Fällen unter Wettbewerbsgesichtspunkten grundsätzlich unbedenklich.

(EEG).<sup>152</sup> Umgekehrt kann der Netzbetreiber auch privilegiert sein, beispielsweise durch die rechtmäßige Einräumung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit<sup>153</sup> zu seinen Gunsten, welche andere Anbieter von der Belieferung von Fernwärmekunden auf dem betroffenen Grundstück ausschließt.

239 Vorschriften außerhalb des GWB entfalten demzufolge keine Ausstrahlungswirkung auf die Zumutbarkeitsprüfung nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB, soweit sich ihnen keine klare Vorgabe im Hinblick auf die Situation der Netzzugangsgewährung entnehmen lässt. Zwar gibt es eine Vielzahl von Regelungen, die die Förderung der Fernwärme zum Gegenstand haben. Konkrete rechtliche Vorgaben, die den Wärmenetzbetreiber privilegieren oder ihm spezifische Pflichten auferlegen, sind im Fernwärmebereich hingegen nicht ersichtlich.

### **e) Angemessenes Entgelt**

240 Sofern man zu dem Ergebnis gelangt, dass in einem Fall eine Durchleitung sowohl technisch machbar als auch für den Netzbetreiber zumutbar wäre, so wäre die Frage nach einem angemessenen Entgelt für den Netzzugang zu klären. Während sich ein Preis für den Erstanschluss an das Netz in Abhängigkeit von den hierfür notwendig werdenden Anpassungsleistungen des Netzbetreibers mit überschaubarem Aufwand kalkulieren lassen dürfte, bereitet die Frage nach laufenden Entgelten für die Netznutzung größere Schwierigkeiten. Eine differenzierte Methodik, die den Grundsätzen von Transparenz und Diskriminierungsfreiheit Rechnung trägt, müsste vom jeweiligen Netzbetreiber entwickelt werden. Es erscheint dabei angemessen, neben einer Umlage von Netz-Investitions- und Wartungskosten auch Kosten für die Vorhaltung von Reservewärmekapazitäten (für den Fall von Kraftwerksrevisionen oder -ausfällen) zu berücksichtigen, sofern der Drittanbieter ein entsprechendes Risiko nicht selbst absichert.

241 Zieht man des Weiteren in Betracht, dass Kosten für den Kauf von Fernwärmerohren deutlich über diejenigen etwa für Gasrohre liegen<sup>154</sup> und die Verteilung der Wärme im Netz komplexer vonstatten geht als bei Gas, steht zu erwarten, dass laufende Fernwärme-Netzentgelte tendenziell teurer ausfallen würden als diejenigen für Gaslieferungen. Es ist vor diesem Hintergrund noch nicht absehbar, ob und inwieweit sich die Einspeisung von Wärmemengen Dritter in bestehende Netze als ökonomisch tragfähig erweist.

---

<sup>152</sup> So etwa die Konstellation in BGH, Urteil vom 11.11.2008, Az. KZR 43/07, WuW/E DE-R 2581, 2584 – *Neue Trift*.

<sup>153</sup> Siehe dazu oben Rn. 111.

<sup>154</sup> *Erdmann/Zweifel* Energieökonomik, S. 319.

### 3. Entwicklungen in anderen EU-Ländern

- 242 Soweit ersichtlich,<sup>155</sup> gibt es bislang in anderen EU-Ländern keine Verfahren zur Netzzugangsgewährung, die allein auf kartellrechtlichen Vorschriften beruhen. Sofern die Behörden in entsprechenden Fällen aktiv werden, stützen sie sich in erster Linie auf spezialgesetzliche Regelungen, die einen Zugangsanspruch vorsehen. Soweit regulatorische Bestimmungen existieren, betreffen diese indessen nur die grundsätzliche – unter diversen Vorbehalten stehende – Verpflichtung von Fernwärmenetzbetreibern, Wärme von Drittproduzenten anzukaufen<sup>156</sup> bzw. entsprechende Verhandlungen aufzunehmen.<sup>157</sup> Mitunter gilt diese Ankaufsverpflichtung auch nur eingeschränkt, etwa für Wärme aus Kraft-Wärme-Kopplung oder erneuerbaren Energien<sup>158</sup>. Das neue estnische Fernwärmegesetz aus dem Jahr 2010 sieht eine entsprechende Vorrangregelung für erneuerbare Energien vor. Es statuiert außerdem Ausschreibungspflichten für den Wärmenetzbetreiber – zum einen bei Notwendigkeit der Erschließung neuer Wärmekapazitäten, zum anderen auf Betreiben der Wettbewerbsbehörde in Fällen ineffizienter Wärmeversorgung. In Frankreich sieht Art. 711-2 des *Code de l'énergie* vor, dass Betreiber von Stromproduktionsanlagen mit einer Leistung von mehr als 100 MW Leistung mit den örtlichen Behörden die Möglichkeit von Einspeisungen in ein lokales Wärmenetz klären müssen. Sofern eine Einspeisung erfolgt, erhält der Stromerzeuger für die eingespeiste Wärme einen Ausgleich. Dieser orientiert sich u. a. daran, wie viel weniger Strom aufgrund der Auskopplung von Wärme produziert wurde.
- 243 Bestimmungen zur Regulierung eines echten Drittzugangs zu bestehenden Fernwärmenetzen im Sinne einer Durchleitung von Wärme an Kunden gibt es hingegen nicht. Außer in Schweden<sup>159</sup> werden entsprechende Regelungen derzeit auch nicht angestrebt. In Schweden hatte eine Expertenkommission zunächst eine Entflechtung von Wärmeerzeugung, Netzbetrieb und Wärmevertrieb angeregt.<sup>160</sup> Dieser Vorschlag wurde schließlich jedoch verworfen. Hauptkritikpunkt war, dass eine mit einer Entflechtung einhergehende weitgehende Regulierung

---

<sup>155</sup> Dem Bundeskartellamt liegen Rückmeldungen von Kartellbehörden aus 21 der 27 EU-Mitgliedstaaten vor, so dass keine Aussage für die gesamte EU getroffen werden kann.

<sup>156</sup> Z. B. Bulgarien, Estland, Lettland, Polen, Tschechien.

<sup>157</sup> Schweden.

<sup>158</sup> Dies ist etwa in der Slowakei der Fall.

<sup>159</sup> Der schwedische Regulierer, die *Energimarknadsinspektion*, arbeitet zur Zeit an Vorschlägen für eine nichtdiskriminierende Wärmepreissetzung und einen regulierten Zugang für Drittproduzenten von Fernwärme. Mit einem entsprechenden Gesetz ist nicht vor 2013 zu rechnen.

<sup>160</sup> So noch der Vorschlag einer Regierungskommission aus dem Jahr 2011; abrufbar im Internet unter <http://www.regeringen.se/content/1/c6/16/73/92/fe97accc.pdf> (englische Zusammenfassung ab S. 19).

voraussichtlich hohe Systemkosten<sup>161</sup> verursacht hätte, denen kein greifbarer Nutzen in Form einer deutlich stärkeren Wettbewerbsintensität bzw. niedrigen Endverbraucherpreisen gegenüber gestanden hätte. Im Gegensatz zu Strom und Gas blieben Fernwärmemärkte auch bei einer Entflechtung lokal oder regional begrenzt mit zumeist einem dominanten Wärmeproduzenten, so dass sich die Vorteile einer Liberalisierung nur sehr begrenzt auswirken könnten.<sup>162</sup>

### III. Missbräuchliche Verweigerung der Abnahme von Wärmemengen Dritter

- 244 Mitunter wird gefordert, dass Fernwärmeversorger ihren Wärmebedarf diskriminierungsfrei beschaffen sollen, etwa über eine Ausschreibung benötigter Mengen. So sollen auch unabhängige Wärmeproduzenten die Möglichkeit erhalten, ihre Wärmemengen abzusetzen. In Betracht käme insofern ein Verstoß des Fernwärmeversorgers gegen § 20 Abs. 1 (ggf. i. V. m. Abs. 2) GWB aufgrund einer diskriminierenden Behandlung anderer Unternehmen durch deren Benachteiligung beim Einkauf von Wärme.
- 245 Zwar ist der lokale Fernwärmeversorger, der in aller Regel gleichzeitig Netzbetreiber ist, bei der Abnahme von Wärmelieferungen innerhalb des jeweiligen Netzgebietes grundsätzlich als marktbeherrschendes Unternehmen anzusehen, da außer ihm niemand über die Möglichkeit verfügt, in nennenswertem Umfang Wärme abzunehmen und weiterzuleiten. Allerdings dürfte ein kartellrechtlicher Abnahmeanspruch nur schwer zu begründen sein.
- 246 Im Rahmen der Prüfung einer Diskriminierung nach § 20 Abs. 1 GWB stellt sich zunächst die Frage, ob überhaupt ein „Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist“ vorliegt. Das Merkmal der Zugänglichkeit verlangt einen bereits geöffneten Markt, der die Möglichkeit eines Zugangs gewährt.<sup>163</sup> Fernwärmenetze werden hingegen in der Regel so geplant und ausgestaltet, dass Netzbetrieb und Wärmevertrieb in einer Hand liegen und daneben auch die Wärmeerzeugung durch das eigene Unternehmen gewährleistet wird. Die Ergebnisse der Sektoruntersuchung weisen indessen darauf hin, dass ein durchaus

---

<sup>161</sup> S. dazu Wårell und Sundqvist, Market Opening in Local District Heating Networks, S. 5 f., abrufbar im Internet unter <http://pure.ltu.se/portal/files/3446349/Paper.pdf>.

<sup>162</sup> Wårell und Sundqvist, a. a. O., S. 3, 6, 9.

<sup>163</sup> *Wiedemann*, Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl., § 26 Rn. 4; *Markert*, in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 20 Rn. 109. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist für die Frage der üblichen Zugänglichkeit maßgeblich, „was sich innerhalb der in Betracht kommenden Kreise in natürlicher wirtschaftlicher Entwicklung als allgemein geübt und als angemessen empfunden herausgebildet hat“, vgl. u. a. BGH, Urteil vom 06.10.1992, Az. KZR 10/91, zit. nach juris Rn. 14 – *Stromeinspeisung*; BGH, Urteil vom 10.10.1978, Az. KZR 10/77, zit. nach juris Rn. 22 – *Zeitschriften-Grossisten*. Damit ist auf die Branchenüblichkeit abzustellen, vgl. *Bechtold*, GWB, 6. Aufl., § 20 Rn. 32 m. w. N.

beachtlicher Teil der vertriebenen Wärmemengen von Drittproduzenten stammt.<sup>164</sup> Eine grundsätzliche Zugänglichkeit des maßgeblichen Geschäftsverkehrs (Belieferung von Versorgern mit Wärme durch Drittproduzenten) ist damit zu bejahen. Inwiefern diese Zugänglichkeit auch „üblicherweise“ besteht, ist hingegen weniger eindeutig. Die unternehmensinterne Produktion von Wärme für den eigenen Vertrieb ist zwar nach wie vor prägend; jedenfalls bei weiter Auslegung des Üblichkeitskriteriums<sup>165</sup> wäre dieses jedoch zu bejahen.

- 247 Im Rahmen der möglicherweise einschlägigen Missbrauchsvorschriften (neben § 20 Abs. 1 GWB auch bei § 19 Abs. 1, evtl. i. V. m. Abs. 4 Nr. 1) wäre jedenfalls das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen für eine Abnahmeverweigerung zu prüfen bzw. eine entsprechende Interessenabwägung vorzunehmen. Eine Abnahmeverpflichtung würde die Dispositionsfreiheit des Unternehmens nachhaltig beeinträchtigen (stärker als etwa eine reine Durchleitungsverpflichtung). Eingriffe in die Vertragsfreiheit kommen aber im Bereich der Nachfrage nur ausnahmsweise in Betracht; es wären jedenfalls vorrangig mildere Verhaltenspflichten zu prüfen.<sup>166</sup> Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass der Wärmenetzbetreiber/-lieferant langfristig seinen Bezug sicherstellen muss und ggf. aus diesem Grund auch entsprechende Erzeugungskapazitäten bereits selbst geschaffen hat.<sup>167</sup> Aufgrund des geschlossenen Wärmekreislaufs müssten zusätzlich eingespeiste Wärmemengen und eigene Wärmeerzeugung austariert werden. Hierin besteht ein grundlegender Unterschied zur Situation bei der Stromeinspeisung. Zum einen wird Strom nicht notwendig lokal erzeugt, zum anderen kann ein Ausgleich überschüssiger oder fehlender Mengen über die vorgelagerte Netzebene stattfinden.<sup>168</sup> Für Fernwärmenetze besteht diese Möglichkeit nicht.

---

<sup>164</sup> Der Anteil zugekaufter Wärmemengen liegt in einer Größenordnung von knapp einem Viertel, s. dazu oben Abbildung 16.

<sup>165</sup> S. dazu *Nothdurft* in Langen/Bunte, 11. Aufl., § 19 Rn. 119 ff.; *Markert*, in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 20 Rn. 93 m. w. N.

<sup>166</sup> BGH, Urteil vom 14.01.1997, Az. KZR 130/95, zit. nach juris Rn. 15 ff. – *Zuckerrübenanlieferungsrecht II*; BGH, Urteil vom 21.02.1995, Az. KVR 10/94, zit. nach juris Rn. 26 – *Importarzneimittel*; BGH, Urteil vom 13.11.1990, Az. KZR 25/89, zit. nach juris Rn. 18 f. – *Zuckerrübenanlieferungsrecht*; BGH, Urteil vom 26.05.1987, Az. KZR 13/85, zit. nach juris Rn. 32 ff. – *Krankentransporte*.

<sup>167</sup> Im Rahmen der Interessenabwägung kann auch bei einem Unternehmen mit Nachfragemacht, das gleichzeitig Anbieter der nachgefragten Leistung oder Ware ist, das Interesse an der Auslastung vorhandener Kapazitäten auf der Angebotsseite berücksichtigt werden, vgl. hierzu BGH, Urteil vom 26.05.1987, Az. KZR 13/85, zit. nach juris Rn. 36 – *Krankentransporte*.

<sup>168</sup> Die Anwendung der BGH-Rechtsprechung zur Stromeinspeisung aus den 1990er-Jahren dürfte daher auf den Fernwärmebereich nicht übertragbar sein; s. dazu *Körber*, Drittzugang zu Fernwärmenetzen, S. 106 ff.

248 Eine Interessenabwägung dürfte daher grundsätzlich zu Gunsten des Fernwärmelieferanten ausfallen und dementsprechend ein Missbrauch ausscheiden.<sup>169</sup> Eine andere Beurteilung mag allenfalls dann geboten sein, wenn eine bestehende Lieferbeziehung abgebrochen wird.

#### **IV. Einräumung von Wegerechten für Verlegen und Betrieb von Fernwärmeleitungen**

##### **1. Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts**

249 Gemeinden sind bei der Einräumung von Wegerechten unternehmerisch tätig, da es sich insoweit um eine entgeltliche Tätigkeit handelt. Das deutsche und das europäische Wettbewerbsrecht sind daher anwendbar.<sup>170</sup>

##### **2. Relevanter Markt**

250 Der Betrieb eines Wärmenetzes erfolgt in der Regel ganz oder teilweise über Flächen oder Untergrund, die im Eigentum der öffentlichen Hand stehen. Um Fernwärmeleitungen verlegen und betreiben zu können, ist ein Fernwärmeversorger daher darauf angewiesen, dass die jeweilige Kommune die Nutzung der betroffenen Verkehrswege gestattet. Dies geschieht durch Einräumung entsprechender Wegerechte. Zumindest bei größeren Wärmenetzen ist die Erteilung von Wegerechten in der Regel eingebettet in einen umfassenderen sog. Gestattungsvertrag. Dieser gibt die Rahmenbedingungen für den Netzbetrieb und oftmals auch ein zu entrichtendes Gestattungsentgelt vor. Mitunter ist in diesem Zusammenhang auch von „Fernwärmekonzessionen“ die Rede. Obgleich der Begriff „Fernwärmekonzession“ durchaus gebräuchlich ist, kann daraus nicht auf einen klar definierten Vertragsgegenstand oder gar eine rechtliche Einordnung als „Konzession“ (wie im Bereich der Strom- und Gasnetze<sup>171</sup>) geschlossen werden. Nachfolgend wird daher der Begriff „Gestattungsvertrag“ verwendet.

251 Eine spezialgesetzliche Regelung, welche Rechte oder Pflichten Gegenstand eines Fernwärmegestattungsvertrags sein können, existiert nicht. In der Praxis finden sich zahlreiche unterschiedliche Vertragsgestaltungen. Neben der Einräumung von Wegerechten können etwa auch der Bau des Wärmenetzes oder die (Dienst-)Leistung des Netzbetriebs oder auch Regelungen zum Netzeigentum umfasst sein.

---

<sup>169</sup> So im Ergebnis wohl auch *Körber*, Drittzugang zu Fernwärmenetzen, S. 106.

<sup>170</sup> S. BGH, Urteil vom 11.11.2008, Az. KZR 43/07, WuW/E DE-R 2581, 2584 – *Neue Trift*.

<sup>171</sup> Für die Einräumung von Wegerechten für Strom- und Gasnetze hat sich ebenfalls der Begriff „Konzession“ etabliert, ohne dass abschließend geklärt wäre, inwieweit es sich dabei um eine (Dienstleistungs-)Konzession im rechtlichen Sinne handelt. Die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen ist – im Gegensatz zur Fernwärme – in § 46 EnWG geregelt.



252 Die rechtliche Einordnung der Wegerechtsvergabe muss daher immer im Gesamtkontext der jeweiligen begleitend getroffenen Regelungen erfolgen.<sup>172</sup>

### **3. Marktbeherrschung**

253 Bei der Einräumung von Wegerechten für die Verlegung von Versorgungsleitungen haben die Kommunen als Eigentümerinnen der öffentlichen Wege eine Monopolstellung inne. Sie sind damit grundsätzlich Adressatinnen des Missbrauchsverbots der §§ 19, 20 GWB und ggf. auch des Art. 102 AEUV. Sie müssen einerseits eine diskriminierungsfreie Wegerechtsvergabe sicherstellen und dürfen andererseits keine missbräuchlich überhöhten Gestattungsentgelte für die Gewährung der Wegerechte verlangen.

### **4. Anhaltspunkte für missbräuchliches Verhalten**

#### **a) Pflicht zur diskriminierungsfreien Wegerechtsvergabe**

254 Grundsätzlich gilt, dass die Kommune bei Einräumung nicht-ausschließlicher Wegerechte an jedweden Antragsteller zu gleichen Konditionen ihrer aus §§ 19, 20 GWB resultierenden Pflicht zur diskriminierungsfreien und transparenten Vergabe genügt. Die Nutzung der kommunalen Wege erfolgt damit nicht exklusiv, sondern wird jedem gewährt. Will also etwa ein Fernwärmeversorger im Gemeindegebiet ein Fernwärmenetz neu verlegen und betreiben, so kann die Gemeinde ohne Weiteres die hierfür erforderlichen Wegerechte durch Gestattungsvertrag oder einfachen Verwaltungsakt einräumen. Eine formelle Ausschreibung der Wegerechtsvergabe ist in solchen Fällen entbehrlich.

255 Anders sind hingegen Fälle zu beurteilen, in denen ein Wegerecht nicht isoliert vergeben wird, sondern die Kommune im Ergebnis einem Marktteilnehmer eine weitgehend ausschließliche Versorgerstellung verschafft. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn ein Anschluss- und Benutzungszwang oder eine privatrechtliche Abnahmeverpflichtung zu Gunsten des Wegerechtsinhabers dazu führt, dass dieser in dem betroffenen Netzgebiet keinem oder nur sehr eingeschränktem Wettbewerb ausgesetzt ist. In solchen Konstellationen kann die Gemeinde nicht darauf verweisen, dass jedem anderen Wettbewerber ebenfalls ein Wegerecht in dem betreffenden Gebiet eingeräumt würde, denn ein solches Wegerecht wäre wirtschaftlich nicht effektiv nutzbar.

256 Hieraus folgt, dass die Kommune jedenfalls dann, wenn sie einem Marktteilnehmer über das bloße Wegerecht hinaus eine Ausschließlichkeitsstellung vermittelt, eine Ausschreibung

---

<sup>172</sup> S. dazu *Reidt*, RdE 2012, 265.

vornehmen muss.<sup>173</sup> Dies muss transparent und diskriminierungsfrei mit ausreichendem zeitlichem Vorlauf<sup>174</sup> erfolgen. Eine freihändige Vergabe würde grundsätzlich einen Verstoß gegen §§ 19, 20 GWB darstellen.

## **b) Fordern angemessener Entgelte**

- 257 Die Frage, welches Entgelt für die Einräumung eines Wegerechts als angemessen anzusehen ist, bemisst sich nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB. Demzufolge sind solche Entgelte missbräuchlich, die „von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden; hierbei sind insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen.“ Ohne Weiteres möglich wäre ein Vergleich mit anderen Fernwärmenetzen in Deutschland. Allerdings sind diese, was die Erhebung von Gestattungsentgelten durch die jeweilige Kommune anbelangt, unstreitig allesamt monopolistisch geprägt. Erschwerend kommt hinzu, dass die Berechnungsgrundlagen verschieden ausgestaltet sind und die Gestattungsverträge – in Ermangelung gesetzlicher Vorgaben wie bei Strom und Gas – unterschiedliche Laufzeiten und Endschaftsregelungen aufweisen. Im Rahmen einer Missbrauchsprüfung müssten diese Gesichtspunkte ergänzend in eine Gesamtbetrachtung einbezogen werden.
- 258 Ein wettbewerblicher Maßstab lässt sich mithin aus dem Durchschnitt der im Fernwärmebereich in einem Jahr tatsächlich erhobenen Gestattungsentgelte nur schwerlich ableiten. Die Sektoruntersuchung hat jedoch gezeigt, dass die höchsten Gestattungsentgelte mehrere hundert Prozent über dem Durchschnitt liegen. Bei solch erheblichen Abweichungen bestehen jedenfalls Anhaltspunkte für einen Preishöhenmissbrauch.
- 259 Obgleich die Fernwärmeversorgung einige strukturelle Parallelen zur Wasserversorgung aufweist, wäre eine Orientierung an den maximal zulässigen Konzessionsabgabensätzen im Wasserbereich (je nach Gemeindegröße 12 bis 18 % der Entgelte<sup>175</sup>) nicht sachgerecht. Die Umsätze aus Fernwärmelieferungen je versorgter Wohneinheit übersteigen deutlich diejenigen aus der Trinkwasserversorgung. Ausgehend von jährlichen Trinkwasserausgaben eines durchschnittlichen 4-Personen-Haushalts von rund 360 Euro<sup>176</sup> ergibt sich je Haushalt ein

---

<sup>173</sup> Hiervon kann die Gemeinde lediglich absehen, wenn sie die Wärmeversorgung einem kommunalen Eigenbetrieb überträgt.

<sup>174</sup> Da Bewerber neben dem Netzbetrieb in der Regel auch noch die Wärmeerzeugung sicherstellen und hierfür ggf. eigene Kapazitäten aufbauen müssen, ist hierfür in Anlehnung an § 46 Abs. 3 EnWG mindestens eine Zweijahresfrist vorzusehen.

<sup>175</sup> Vgl. § 2 Abs. 2 der Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände (KAEEAnO).

<sup>176</sup> S. dazu die Angaben des Statistischen Bundesamtes, welches für 2010 von einem Entgelt von 1,65 Euro/m<sup>3</sup> und einer jährlichen Grundgebühr von Euro 65,60 ausgeht, im Internet abrufbar unter

Konzessionsabgabenaufkommen von maximal rund 65 Euro. Bei Fernwärme hingegen liegen die für einen Haushalt dieser Größenordnung anfallenden jährlichen Zahlungen selbst bei guter Wärmedämmung um ein Vielfaches höher, so dass ein hierauf anfallendes Gestattungsentgelt im Umfang von 12 bis 18 % unverhältnismäßig wäre.

- 260 Näher liegt die Heranziehung der Konzessionsabgaben für Gaslieferungen. Gas wird über ein ähnlich strukturiertes Leitungsnetz vertrieben. Auch bewegen sich die Verbrauchsmengen in einer vergleichbaren Größenordnung.<sup>177</sup> Für eine Orientierung am Erdgas-Netzbetrieb spricht des Weiteren, dass für die Gemeinde eine vergleichbare Situation vorliegt: Das Verlegen und die Wartung der Leitungsrohre stellt sich als zumindest gleichermaßen aufwendig dar und ist mit ähnlichen Eingriffen, insbesondere in den öffentlichen Straßenverkehr, verbunden. Zwar ist eine Analyse der vereinbarten Gestattungsbedingungen im Einzelfall notwendig. Einer Gemeinde kann aber in der Regel kein Missbrauchsvorwurf gemacht werden, soweit diese ein Entgeltaufkommen erzielt, das dem Abgabenaufkommen aus der Konzessionierung eines vergleichbar großen Gasnetzes entspricht. Geht man davon aus, dass Gas und Fernwärme zumindest in sich überlappenden Netzgebieten in einem Systemwettbewerb stehen, so spricht auch unter Diskriminierungsgesichtspunkten vieles für eine Gleichbehandlung von Wärme- und Gaslieferungen durch die jeweilige Gemeinde.
- 261 Schwierigkeiten bereitet insofern jedoch die Tatsache, dass für Gaslieferungen keine einheitliche Begrenzung der Abgabenhöhe durch die Konzessionsabgabenverordnung (KAV) erfolgt. Stattdessen sieht die KAV für Heizgaslieferungen an „Tarifkunden“ je nach Gemeindegröße Abgabensätze von 0,22 bis 0,40 Cent/kWh vor.<sup>178</sup> Für Lieferungen an sog. „Sondervertragskunden“ gilt hingegen ein deutlich niedrigerer Höchstsatz von lediglich 0,03 Cent/kWh.<sup>179</sup> Die Kommunen generieren ihr Konzessionsabgaben-Aufkommen im Haushaltsgeschäft mit Gas je teilweise aus der Tarifkunden- und der Sonderkunden-Konzessionsabgabe; für letztere gibt es im Fernwärmebereich jedoch keine Entsprechung. Folglich lässt sich zwar die in der Konzessionsabgabenverordnung vorgesehene Staffelung der

---

<https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUmwelt/Umwelt/UmweltstatistischeErhebungen/Wasserwirtschaft/Tabellen/Entgelteerhebung.html>.

**Fehler! Hyperlink-Referenz ungültig.**Die tägliche Trinkwasser-Verbrauchsmenge je Person veranschlagt das Statistische Bundesamt mit 122 Litern (Stand 2007), im Internet abrufbar unter <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUmwelt/Umwelt/UmweltstatistischeErhebungen/Wasserwirtschaft/Tabellen/Wasserabgabe.html?nn=151658>.

<sup>177</sup> Naturgemäß liegen die Verbrauchsmengen je Haushalt bei Gas höher, da dieses erst noch in Wärme umgewandelt werden muss, während Fernwärme bereits als „fertiges Produkt“ geliefert wird.

<sup>178</sup> Vgl. § 2 Abs. 2 lit. b) KAV. Die in § 2 Abs. 2 lit. a) KAV erfasste Kategorie der reinen „Kochgaskunden“, für welche Höchstsätze von 0,51 bis 0,93 Cent/kWh gelten, ist in der Praxis von untergeordneter Bedeutung.

<sup>179</sup> § 2 Abs. 3 KAV.

Tarifkunden-Konzessionsabgaben nach Größe der jeweiligen Kommune<sup>180</sup> auch im Fernwärmebereich ohne Weiteres abbilden.<sup>181</sup> Gegen eine Anwendung der Höchstsätze der KAV für Gaslieferungen auf den Fernwärmebereich spricht jedoch, dass für einen großen Teil der Gas-Haushaltskunden – unabhängig von der Gemeindegröße – nur der für Sonderverträge maximal zulässige Satz von lediglich 0,03 Cent/kWh einschlägig ist. Da gerade beim Wettbewerb um Neukunden Gasanbieter nur mit dem letztgenannten Konzessionsabgaben-Höchstsatz rechnen müssen,<sup>182</sup> wäre dieser zwar noch am ehesten ein geeigneter Maßstab für Fernwärme-Gestattungsentgelte. Insgesamt ist das in der KAV geregelte System der Konzessionsabgaben für Erdgas jedoch sehr kompliziert, historisch überholt und wenig sachgerecht. Hinzu kommen Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von Kundengruppen. Daher ist das Konzessionsabgabensystem für die Einräumung der Wegenutzung für Erdgasleitungen als Referenzrahmen für die Begrenzung von Gestattungsentgelten im Fernwärmebereich nur sehr eingeschränkt geeignet.

262 Mangels rechtlicher Vorgaben für die Bemessung von Gestattungsentgelten im Fernwärmebereich wird man den Gemeinden einen gewissen Preissetzungsspielraum zugestehen müssen. Ein Aufgreifen von Fällen möglicherweise missbräuchlich überhöhter Entgelte wird daher zunächst auf Fälle beschränkt bleiben, in denen eine deutliche Abweichung zu den durchschnittlichen Entgelten vorliegt.<sup>183</sup> Die jeweiligen Entgelte müssen zudem im Kontext der Regelungen des jeweiligen Gestattungsvertrags beurteilt werden.

---

<sup>180</sup> § 2 Abs. 2 lit. b) KAV.

<sup>181</sup> Gegen eine ansteigende Staffelung lässt sich mit Recht einwenden, dass große Städte in der Regel bereits aufgrund einer deutlich höheren Anschlussdichte und den damit einhergehenden höheren Absatzmengen je Meter Leitungstrasse privilegiert sind. Eine Differenzierung der Höchstsätze nach Gemeindegröße ist von der KAV für Gaslieferungen aber explizit vorgesehen. Aus Sicht der Kommune stellt damit der jeweils einschlägige Höchstsatz den maßgeblichen Richtwert dar.

<sup>182</sup> So die Auffassung des Bundeskartellamts, s. insb. BKartA, Beschluss vom 16.09.2009, Az. B10-11/09 – *Gasversorgung Ahrensburg*, im Internet abrufbar unter [http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Missbrauchsaufsicht/B10-11-09\\_GAG\\_Ahrensburg.pdf](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Missbrauchsaufsicht/B10-11-09_GAG_Ahrensburg.pdf);

bestätigt durch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.10.2011, VI-3 Kart 1/11 [V], im Internet abrufbar unter [http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2011/VI\\_3\\_Kart\\_1\\_11\\_V\\_beschluss20111019.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2011/VI_3_Kart_1_11_V_beschluss20111019.html);

gegen den Beschluss des OLG Düsseldorf ist derzeit eine Rechtsbeschwerde vor dem Bundesgerichtshof anhängig.

<sup>183</sup> S. dazu Rn. 164 ff.

## **H. Fazit und Handlungsempfehlung**

### **I. Wettbewerblicher Befund**

- 263 Im Fernwärmesektor bestehen in mehrerlei Hinsicht Anhaltspunkte für mögliche missbräuchliche Verhaltensweisen. Der Fernwärmeversorger ist in aller Regel auch Wärmenetzbetreiber und nimmt beim Vertrieb ebenso wie im Netzbetrieb jeweils eine marktbeherrschende Stellung ein. Ein Missbrauch ist daher auf mehreren Ebenen denkbar, etwa durch Verweigerung oder Behinderung des Zugangs zum Fernwärmenetz für durchleitungswillige Wärmeerzeuger oder durch das Verlangen überhöhter Preise gegenüber Wärmeabnehmern. Diskutiert wird ferner eine Pflicht des Wärmenetzbetreibers / Wärmelieferanten zum Ankauf von Wärmemengen Dritter, die aus dessen Alleinstellung beim Ankauf lokal erzeugter Wärmemengen resultiert.
- 264 Hinzu kommt, dass die Gemeinden hinsichtlich der Überlassung von Grund und Boden für die Verlegung und den Betrieb von Fernwärmeleitungen eine marktbeherrschende Stellung innehaben. Hieraus entstehen ebenfalls wettbewerblich nicht kontrollierte Spielräume, die zu missbräuchlichen Verhaltensweisen führen können. So kann ein Missbrauch einerseits in einer diskriminierenden bzw. intransparenten Vergabe von Wegerechten sowie andererseits in der Forderung überhöhter Gestattungsentgelte liegen.
- 265 Nachfolgend soll kurz dargestellt werden, welche Maßnahmen das Bundeskartellamt erwägt, um dem Missbrauch marktbeherrschender Stellungen entgegenzutreten. Zudem werden Handlungsempfehlungen an den Gesetz- bzw. Verordnungsgeber formuliert, die zu einer Belebung des Wettbewerbs führen und damit den Anreiz für missbräuchliche Verhaltensweisen reduzieren können.

## **II. Weiteres Vorgehen des Bundeskartellamts**

### **1. Zuständigkeit des Bundeskartellamts**

- 266 Das Bundeskartellamt ist für die Durchführung einer Fernwärme-Sektoruntersuchung zwar zuständig, auch wenn eventuelle missbräuchliche Verhaltensweisen auf das Gebiet eines einzelnen Bundeslandes beschränkt sein mögen.<sup>184</sup> Hinsichtlich konkreter Verfahren ist jedoch im Einzelfall zu untersuchen, ob die Wirkungen des in Frage stehenden wettbewerbswidrigen Verhaltens über ein Bundesland hinausgehen. Nur dann besteht nach § 48 Abs. 2 S. 1 GWB eine originäre Zuständigkeit des Bundeskartellamtes. Dies setzt indessen nicht notwendig voraus, dass ein Fernwärmenetzgebiet über die Grenzen eines Bundeslandes hinausreicht.

---

<sup>184</sup> S. dazu oben Rn. 37.

Eine bundeslandübergreifende Wirkung kann sich insbesondere auch dann ergeben, wenn sich die jeweiligen lokalen Fernwärme-Netzgebiete in verschiedenen Bundesländern befinden und einer zentralen Unternehmenslenkung unterliegen. Sofern die Gemeinde Adressatin des Missbrauchsverbots ist, ist ebenfalls zu untersuchen, ob das gemeindliche Handeln eine bundeslandübergreifende diskriminierende oder wettbewerbsbeschränkende Wirkung zur Folge hat. Bei kleinen Netzgebieten wird dies in der Regel nicht der Fall sein.

## **2. Missbräuchlich überhöhte Preise für Fernwärmelieferungen**

- 267 Die Sektoruntersuchung hat gezeigt, dass in einigen Fernwärmenetzgebieten Anhaltspunkte für einen Preishöhenmissbrauch bestehen. Bei der überwiegenden Anzahl der Fernwärmeversorger sieht das Bundeskartellamt hingegen derzeit keine Hinweise auf missbräuchlich überhöhte Preise. Es gibt auch eine große Anzahl von Netzgebieten, in denen niedrige Preise verlangt werden.
- 268 Das Bundeskartellamt sieht zumindest bei denjenigen Unternehmen, die im Rahmen des durchgeführten Vergleichs stark überdurchschnittliche Erlöse in einem oder mehreren Netzgebieten aufwiesen, einen hinreichenden Anfangsverdacht für das Vorliegen missbräuchlich überhöhter Preise. Die Erlösabstände zu den günstigsten Netzgebieten der jeweiligen Vergleichsgruppe sind so erheblich, dass sie sich jedenfalls anhand der erhobenen Daten (verwendeter Brennstoff, Netzlänge) nicht vollumfänglich erklären lassen. Die betroffenen Unternehmen haben die Möglichkeit, gegenüber dem Bundeskartellamt die jeweilige individuelle Wärmeversorgungssituation betreffende Umstände darzulegen, die geeignet sind, die preislichen Überhöhungen ganz oder ggf. teilweise zu rechtfertigen.
- 269 Das Bundeskartellamt wird daher im Nachgang zur Sektoruntersuchung gegen diejenigen Unternehmen Verfahren wegen des Verdachts missbräuchlich überhöhter Erlöse einleiten, deren Netzgebiete die im Vergleich höchsten Erlöse aufwiesen. Des Weiteren wird das Bundeskartellamt von weiteren Unternehmen, die nicht im Rahmen der Sektoruntersuchung befragt wurden, Auskünfte über ihre dem ersten Anschein nach hohen Preise verlangen. Im Anfangsstadium der Verfahren wird das Bundeskartellamt die Erlössituation in den betroffenen Netzgebieten in den Jahren 2009 bis 2011 untersuchen. Das Bundeskartellamt wird den Unternehmen zudem frühzeitig die Gelegenheit einräumen, sie entlastende strukturelle Umstände und deren Erlösrelevanz darzulegen. Sofern sich der bestehende Anfangsverdacht erhärtet, soll eine vertiefte Prüfung der jeweiligen Erlössituation erfolgen und die Öffentlichkeit hiervon entsprechend informiert werden.
- 270 Die Missbrauchsaufsicht für den zahlenmäßig größten Teil der Fernwärmenetzgebiete fällt in die Zuständigkeit der Landeskartellbehörden. Das Bundeskartellamt wird sich daher mit den Landeskartellbehörden eng abstimmen und strebt einen regelmäßigen Austausch von

Erfahrungen, Erkenntnissen und Fachwissen an. Denkbar ist auch die Abgabe einzelner Verfahren vom Bundeskartellamt an die Landeskartellbehörden bzw. umgekehrt.<sup>185</sup>

### **3. Missbräuchliche Verweigerung des Netzzugangs**

- 271 Bislang hat das Bundeskartellamt erst eine Beschwerde wegen einer Netzzugangsverweigerung erhalten. Derzeit befinden sich die betreffenden Parteien in einem Dialog um die Zugangsgewährung. Wärmedurchleitungsbegehren werden voraussichtlich auch mittel- bis langfristig auf wenige Fälle beschränkt bleiben, in denen jeweils die Spezifikationen des lokalen Wärmenetzes und der wärmeerzeugenden Drittanlage zu berücksichtigen sind. Bilaterale Verhandlungen sind daher am besten geeignet, um die Modalitäten des Netzzugangs im Einzelfall festzulegen. Aus den hierbei gewonnenen Erfahrungen lassen sich ggf. zu einem späteren Zeitpunkt allgemeinere Grundsätze für Durchleitungsfälle und Entgeltberechnungen ableiten.
- 272 Das Bundeskartellamt sieht bei der Ermöglichung von Netzzugangsbegehren derzeit keinen Tätigkeitsschwerpunkt. Bei Vorliegen eines repräsentativen Einzelfalls von einigem wirtschaftlichen Gewicht wäre ein Aufgreifen zwar möglich; dies würde jedoch einen hohen Ermittlungsaufwand erfordern.

### **4. Missbräuchliche Verweigerung der Abnahme von Wärmemengen Dritter**

- 273 Das Bundeskartellamt sieht in diesem Punkt keinen Handlungsbedarf, da die Verweigerung des Ankaufs erzeugter Wärme in der Regel keinen Missbrauch darstellt.<sup>186</sup>

### **5. Missbrauch wegen diskriminierender Vergabe von Wegerechten**

- 274 Im Bereich von Gas und Strom hat das Bundeskartellamt bereits mehrere Verfahren wegen unsachgemäßer oder unterbliebener Ausschreibungen eingeleitet. Ähnliche Verfahren wären bei diskriminierender Vergabe von Wegerechten für die Verlegung bzw. den Betrieb von Fernwärmeleitungen durchaus denkbar. Dies käme in Fällen in Betracht, in denen die Gemeinde über die bloßen Wegerechte hinaus einem Fernwärmeversorger eine Ausschließlichkeitsstellung vermittelt, etwa indem sie für ein Gebiet einen Anschluss- und Benutzungszwang erlässt und einem Fernwärmeversorger die Erschließung dieses Gebietes ohne Ausschreibung überträgt. Soweit sie ihre Grundlage nicht in speziellen energierechtlichen Vorschriften für Strom bzw. Gas finden, können die Grundsätze aus dem Gemeinsamen Leitfaden von Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt zur Vergabe von Strom- und

---

<sup>185</sup> Diese Option ist in § 49 Abs. 3 bzw. Abs. 4 GWB vorgesehen.

<sup>186</sup> S. dazu oben Rn. 244 ff.

Gaskonzessionen<sup>187</sup> entsprechend gelten, sofern über die bloßen Wegrechte hinaus eine Ausschließlichkeitsstellung vermittelt wird.

275 Sofern die Kommune hingegen jedweden Antragsteller allein nicht-ausschließliche Wegrechte zu gleichen Konditionen einräumt, hat sie grundsätzlich ihrer aus §§ 19, 20 GWB resultierenden Pflicht zur diskriminierungsfreien und transparenten Vergabe genügt.

## **6. Preishöhenmissbrauch bei Gestattungsentgelten**

276 Wie oben gezeigt<sup>188</sup>, ist nicht ausgeschlossen, dass im Fernwärmebereich Gestattungsentgelte verlangt werden, die als missbräuchlich überhöht betrachtet werden könnten. Ein Aufgreifen von Fällen möglicherweise missbräuchlich überhöhter Entgelte wird zunächst auf Fälle beschränkt bleiben, in denen extreme Abweichungen zu den durchschnittlichen Entgelten vorliegen.<sup>189</sup>

## **III. Handlungsempfehlungen an den Gesetzgeber / Verordnungsgeber**

### **1. Stärkung des Heizsystemwettbewerbs**

277 Wie oben ausgeführt,<sup>190</sup> stehen Fernwärme und andere Beheizungsarten nach einer einmal vorgenommenen Entscheidung für ein Heizsystem grundsätzlich nicht mehr im Wettbewerb zueinander. Gerade deshalb kommt dem Systemwettbewerb eine wichtige Funktion zu. Naturgemäß wirkt der Systemwettbewerb am stärksten vor der Erstentscheidung für oder gegen eine Beheizungsart. Wenngleich in schwächerer Form, so können vom Systemwettbewerb auch zu einem späteren Zeitpunkt – etwa dem der anstehenden Erneuerung einer Beheizungsanlage – positive Wirkungen ausgehen. Der Systemwettbewerb kann so zu einem niedrigeren Preisniveau beitragen.

278 Der Wettbewerbsdruck durch alternative Beheizungsarten kann sich aber nur dann bestmöglich entfalten, wenn eine möglichst weitgehende Chancengleichheit zwischen den Beheizungsarten hergestellt wird.

---

<sup>187</sup> Gemeinsamer Leitfaden von Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, im Internet abrufbar unter [http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/101215\\_Leitfaden\\_Konzessionsrecht\\_BNetzA-BKartA.PDF](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/101215_Leitfaden_Konzessionsrecht_BNetzA-BKartA.PDF).

<sup>188</sup> S. Rn. 257 ff.

<sup>189</sup> S. dazu Rn. 164 ff.

<sup>190</sup> S. oben unter G.I, Rn. 175 ff.



### **a) Aufhebung oder Befristung von Abnahmeverpflichtungen**

279 In Gebieten mit bestehender Fernwärme-Abnahmeverpflichtung kann, wenn überhaupt, nur in sehr geringem Umfang ein Wettbewerb der Beheizungssysteme entstehen. Gemeinden sollten daher nur zurückhaltend von Abnahmeverpflichtungen Gebrauch machen. Ein gewisser Schutz des Fernwärmeversorgers vor Wettbewerb kann zur Absicherung hoher Anfangsinvestitionen sinnvoll sein, etwa bei der Erschließung neuer Versorgungsgebiete. In der Praxis bestehen Abnahmeverpflichtungen jedoch mitunter auch über Jahrzehnte fort. In solchen Fällen ist die Rechtfertigung für die Einräumung eines Wettbewerbsschutzes entfallen, so dass Verbraucher die Möglichkeit haben sollten, frei unter verschiedenen Beheizungsarten zu wählen.

### **b) Anpassung der AVBFernwärmeV**

280 Wie bereits dargestellt,<sup>191</sup> ist innerhalb der jeweiligen lokalen Fernwärmenetzgebiete der etablierte Wärmeanbieter als Marktbeherrscher anzusehen. Hohe Marktzutrittsschranken sowie Umstellungskosten bei einem Heizsystemwechsel sichern diese Stellung ab. Dennoch geht von alternativen Heizsystemen ein Wettbewerbsdruck aus, der sich auf die Fernwärmepreise zumindest dämpfend auswirken kann. Um diesen Wettbewerbsdruck zu fördern, wären zwei Maßnahmen wünschenswert: Zum einen sollten sich Anbieter alternativer Heizsysteme zügig ein Bild von dem Preisniveau eines bestimmten Fernwärmenetzgebietes verschaffen können. § 1 Abs. 4 AVBFernwärmeV sollte daher in der Form angepasst werden, dass die jeweils aktuellen Fernwärmepreise nicht nur „in geeigneter Weise öffentlich bekanntzugeben“, sondern in jedem Fall dauerhaft im Internet zu veröffentlichen sind.

281 Des Weiteren stellen die langen Vertragslaufzeiten für Anbieter alternativer Heizsysteme ein großes Hindernis dar. Es erscheint durchaus nachvollziehbar, dass zur Absicherung der Anfangsinvestition in ein Fernwärmenetz eine Erstvertragslaufzeit von 10 Jahren vereinbart werden kann. Zweifelhaft ist indessen, ob dies auch noch sinnvoll ist, wenn ein Netz bereits beschrieben ist und der Fernwärmeversorger einen Vertrag mit einem Neukunden schließt. Besonders nachdrücklich stellt sich in diesem Zusammenhang jedoch die Frage, ob eine automatische Verlängerung um jeweils fünf Jahre tatsächlich notwendig ist. Letzterer Umstand führt im Ergebnis dazu, dass selbst in längst abgeschriebenen Fernwärmenetzen im Durchschnitt nur ein Fünftel der Kunden jedes Jahr für einen Heizsystemwechsel in Betracht kommt. Um das Kundenpotential für externe Wettbewerber zu erhöhen, sollte daher § 32 Abs. 1 S. 2 AVBFernwärmeV an die Regelung in § 309 Nr. 9 lit. b) und c) angepasst werden. Ein Wärmebelieferungsvertrag könnte demnach bis drei Monate vor dessen Ablauf gekündigt werden, und eine automatische Verlängerung wäre nur bis zu maximal einem Jahr möglich.

---

<sup>191</sup> S. oben unter G.I.2, Rn. 190 f.

### **c) Vergleichbare Höchstsätze für Gas-Konzessionsabgaben und Fernwärme-Gestattungsentgelte**

282 Derzeit liegen die im Fernwärmebereich geforderten Gestattungsentgelte durchschnittlich auf niedrigerem Niveau als bei Gas. Es besteht jedoch die Gefahr, dass sich dies im Zuge neuer Gestattungsverträge ändert. Da es insoweit keine expliziten rechtlichen Vorgaben für Höchstbeträge gibt, könnte die Fernwärmeversorgung mit hohen Gestattungsentgelten belastet werden, die ggf. das Niveau im Gasbereich deutlich überschreiten würden. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass es bei Fernwärme keine Sondervertragskonstellation mit sehr niedrigem KA-Höchstsatz (0,03 Cent/kWh) gibt, wie die KAV sie in § 2 Abs. 3 für Gaskunden vorsieht. Eine Vorgabe von Höchstsätzen für Gestattungsentgelte durch den Gesetz- bzw. Verordnungsgeber wäre daher erwägenswert, wobei eine Anknüpfung an die Leitungslänge vorzugswürdig wäre. Das Bundeskartellamt erachtet die Netzlänge grundsätzlich als den sachgerechtesten Anknüpfungspunkt für die Gestattung der Wegenutzung, da die netzlängenbezogene Entgeltbemessung am ehesten die Leistung der Kommune (Bereitstellung kommunaler Wege über eine bestimmte Distanz) widerspiegelt.

283 Werden die gemeindlichen Spielräume bis zu den jeweiligen Maximalschwellen für Konzessionsabgaben / Gestattungsentgelte genutzt, so bedeutet dies zwangsläufig eine Belastung der Endverbraucherpreise. Es sollten daher moderate Höchstsätze angestrebt werden.

### **d) Weniger weitreichender Vorrang der Fernwärmeversorgung im KWKG**

284 Wie bereits oben ausgeführt,<sup>192</sup> wird das Energieliefer-Contracting durch § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 KWKG behindert. Dieser Vorschrift zufolge scheidet eine KWK-Förderung neuer kleiner KWK-Anlagen aus, wenn hierdurch eine bereits bestehende Fernwärmeversorgung aus KWK-Anlagen verdrängt wird. Dies gilt selbst nach Auslaufen eines bestehenden Fernwärmelieferungsvertrags.<sup>193</sup> Die Einschränkung, dass keine Verdrängung vorliegt, wenn der KWK-Anteil der etablierten Fernwärmeversorgung unter 60 % beträgt, dürfte angesichts der zumeist hohen KWK-Quoten überwiegend keine grundlegende Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen hinsichtlich bereits an die Fernwärmeversorgung angeschlossener Gebäude mit sich bringen. Zwar ist nachvollziehbar, dass zur Erreichung des nationalen KWK-Ausbauziels von 25 % der Stromversorgung bis 2020 eine gewisse Privilegierung von Fernwärme aus Kraft-Wärme-Kopplung sinnvoll erscheint. Jedoch ist das pauschale Kriterium einer 60-prozentigen KWK-Quote insofern fragwürdig, als möglicherweise höchsteffiziente

---

<sup>192</sup> S. Rn. 194.

<sup>193</sup> S. dazu Fn. 125.

dezentrale KWK-Anlagen einen noch größeren Beitrag zur Erreichung dieses Ziels leisten könnten als die ein Fernwärmenetz aktuell versorgenden Anlagen. Vor diesem Hintergrund könnte ein konkreter Vergleich der Effizienz der neuen KWK-Kleinanlage mit dem bestehenden Fernwärmeversorgungssystem erfolgen. In der Praxis einfacher zu handhaben wäre indessen die Vorgabe einer deutlich höheren KWK-Quote durch das KWKG, ab deren Erreichen ein Vorrang der etablierten Fernwärmeversorgung gegenüber KWK-Kleinanlagen greift. Dies würde mehr Fernwärmeversorgungsgebiete für den Wettbewerb durch Energieliefer-Contractoren öffnen und auch einen Anreiz für Fernwärmeversorger darstellen, den KWK-Anteil an ihrer Wärmeerzeugung ggf. zu erhöhen.

### **e) Wettbewerbsneutralität von Emissionszertifikaten**

285 Ab der 2013 beginnenden 3. Handelsperiode müssen Unternehmen für Emissionen, die bei der Erzeugung von Heizwärme in Anlagen mit einer Feuerungswärmeleistung von mindestens 20 MW<sup>194</sup> entstehen, CO<sub>2</sub>-Emissionszertifikate erwerben, soweit diese nicht gratis zugeteilt werden. Das Verbrennen von Gas, Öl oder anderen Brennstoffen in Privathaushalten oder selbstständigen Anlagen unter 20 MW unterfällt hingegen dem Treibhausgas-Emissionshandel nicht. Hierdurch entsteht vielen Fernwärmeversorgern ein Nachteil im Heizsystem-Wettbewerb, da sich die Wärmeerzeugung und letztlich auch die Fernwärmepreise verteuern. Wie hoch dieser Nachteil ausfallen wird und inwieweit er tatsächliche Auswirkungen auf die Auswahl des Heizsystems haben wird, lässt sich derzeit nicht beurteilen. Im Sinne eines „level playing field“ wäre es indessen sachgerecht, entweder die Produktion von Heizwärme bei der Zuteilung von Emissionszertifikaten zu privilegieren oder aber Erdgas- bzw. Öllieferungen zu belasten, sofern diese an Anlagen geliefert werden, die vom Emissionshandel ausgenommen sind.

## **2. Einbeziehung der Fernwärme in § 29 GWB**

286 Die Fernwärmemärkte werden aufgrund der oben geschilderten Umstände auf lange Sicht Märkte mit einer beherrschenden Stellung des lokalen Fernwärmenetzbetreibers / -versorgers bleiben. Um die Fernwärmemärkte im Einzelfall einer wirksamen kartellrechtlichen Preiskontrolle unterziehen zu können, wäre die Aufnahme der Fernwärme in den Tatbestand des § 29 GWB sinnvoll. Zwar lässt sich missbräuchliches Verhalten von Wärmeversorgern auch auf der Basis von § 19 Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 GWB aufgreifen. Mehr noch als bei Strom oder Gas ergibt sich jedoch bei Fernwärme die Schwierigkeit, dass die Heterogenität der Wärmeerzeugungs- und Wärmeverteilungsstrukturen je nach Lage des Falles die Betrachtung einer Vielzahl von kostenrelevanten Aspekten erfordern kann. Zum einen werden hier anders als bei Strom und Gas die Netzkosten nicht durch regulierte Netzentgelte abgebildet. Sie

---

<sup>194</sup> Zum Anwendungsbereich siehe § 2 Abs. 1 TEHG i. V. m. Anhang 1 Teil 2, Nr. 1 bis 4. s. auch unten Rn. 90 ff. zur wettbewerblichen Problematik der *de-minimis*-Schwelle.

können daher nicht abgezogen werden, sondern sind Bestandteil des Vergleichserlöses. Hierdurch sind die zu vergleichenden Erlöse in wesentlich höherem Ausmaß von strukturellen Faktoren abhängig, die in den einzelnen Netzgebieten sehr unterschiedlich ausfallen können. Es sind daher wesentlich mehr potentielle Rechtfertigungsgründe zu berücksichtigen. Das Bundeskartellamt muss folglich neben der „normalen“ Missbrauchsprüfung in größerem Umfang Kostennachteile oder -vorteile aufgrund objektiver struktureller Faktoren analysieren. Verfahren im Fernwärmebereich stellen daher eine große Herausforderung dar.

287 Dies lässt sich wie folgt veranschaulichen: Die eingesetzten Brennstoffe sind vielfältig (Gas, Kohle, Heizöl, aber auch Müll, Biomasse und andere; z. T. auch Einkauf von Fernwärme). Die verwendete Technik ist höchst unterschiedlich (Heizwerke und stromerzeugende Heizkraftwerke, z. T. dezentrale Kleinanlagen). Die Verteilungskosten variieren stark je nach Netzqualität, Bodengegebenheiten, Versorgungsdichte, Siedlungs- und Kundenstruktur etc. Nach herkömmlichen Beweislastregeln muss das Bundeskartellamt sämtliche strukturellen Rechtfertigungsgründe analysieren und im Hinblick auf den ermittelten Vergleichserlös ggf. Zuschläge und Abschläge vornehmen. Bei einer Kostenkontrolle müsste das Bundeskartellamt jeweils im Einzelnen nachvollziehen, in welcher Höhe ein bestimmter Kostenansatz unter Effizienzgesichtspunkten gerechtfertigt ist. Unabhängig vom gewählten Vorgehen muss das Bundeskartellamt, dem die Betriebsabläufe nicht im Detail vertraut sind, hier Korrekturzuschläge bzw. -abschläge vornehmen (was ggf. auch in einem einzigen Schritt erfolgen kann). Diese können in Anbetracht der ökonomischen Komplexität der Kostenberechnung mitunter nicht exakt bemessen werden, so dass in diesen Fällen zu Gunsten der Unternehmen eine explizite oder implizite „Unsicherheitsmarge“ zugestanden wird. Es liegt auf der Hand, dass in einer solchen Konstellation das betreffende Unternehmen weitaus eher in der Lage ist, nachvollziehbar zu begründen, weshalb und in welcher Höhe bestimmte Kostenansätze unvermeidbar und daher gerechtfertigt sind. Die in § 29 GWB vorgesehene Beweislastverteilung trüge damit der im Fernwärmebereich bestehenden Informationsasymmetrie angemessen Rechnung.

288 Gegen eine Einbeziehung der Fernwärme in § 29 GWB kann auch nicht vorgebracht werden, die wettbewerblichen Strukturen in Fernwärmemärkten seien dauerhaft unterentwickelt, während § 29 GWB gerade eine Übergangsvorschrift für Märkte darstelle, die sich auf dem Weg zu Wettbewerbsmärkten befänden. Die stärkere Vermachtung der Marktstrukturen erfordert – auch aus den oben dargestellten Gründen – gerade eine erleichterte Missbrauchskontrolle. Etwas anderes gälte erst dann, wenn sich der Gesetzgeber für die Einführung eines Regulierungsregimes entschiede. Die Sinnhaftigkeit einer Regulierung des Fernwärmebereichs, jedenfalls eine Regulierung von Verbraucherpreisen, ist indessen sehr zweifelhaft. Der bürokratische Aufwand wäre immens und insbesondere bei kleinen

Fernwärmenetzen unverhältnismäßig. Eine punktuelle kartellrechtliche Kontrolle in Verdachtsfällen von Preismissbrauch stellt hier ein deutlich effizienteres Instrument dar.

**Anhang - Liste der untersuchten Unternehmen (Zahlen für 2008)**

<b>Netzkategorie 1..&lt;10 km</b>		
<b>Unternehmen</b>	<b>Netzgebiet</b>	<b>Netzlänge [km]</b>
Danpower	Großenhain Kupferberg	6
Danpower	Grima Bahnhofstraße	8
Danpower	Fläminger Ufer	8,8
Danpower	Bad Lobenstein	9
E.ON Avacon	Gommern	5,2
E.ON Avacon	Genthin	7,6
E.ON Hanse	Neuenfelde	3,3
Evonik ENE Großrosseln	Großrosseln	8,5
Evonik ENE Neuss	Neuss	2,6
Mainova	Nahwärme 1 (Frankfurt)	2,8
RWE Favorit	Berlin-Gr.Ziethenerstr.	1,5
RWE Favorit	Alstertal-EKZ	1,5
RWE Favorit	Bad Dübén I	3,6
RWE Favorit	Bergedorf-West	3,8
RWE Favorit	München-Olympiadorf	4
RWE Favorit	Unna-Königsborn	4,3
RWE Favorit	Marmstorf	4,6
RWE Favorit	Mainz-Rodelberg	5,3
RWE Favorit	Bensberg-Refrath	6,7
RWE Favorit	Köln-Stammheim	7
RWE Favorit	Schmalkalden	7,3
RWE Favorit	Rahlstedt-Meiendorferstr	7,8
RWE Favorit	Dortmund-Schüren	8

RWE Favorit	Rahlstedt-Ost	9,5
RWE Innogy Cogen Berlin	Tegel	2,1
Stadtwerke Chemnitz	Nahwärmenetz (Chemnitz)	4,2
Stadtwerke Jena-Pößneck	Pößneck	5,4
Stadtwerke Kiel	Schilksee	2,5
Stadtwerke Leipzig	Dösen	3,9
Vattenfall Berlin	Wannsee	1,9
Vattenfall Hamburg	Burgwedel-Schnelsen	4,4

<b>Netzkategorie 10..&lt;100 km</b>		
<b>Unternehmen</b>	<b>Netzgebiet</b>	<b>Netzlänge [km]</b>
Danpower	Braustraße (Ort)	11,8
Danpower	Wolgast	14,4
Danpower	Hönow	17
Danpower	Lauchhammer	23,7
E.ON Avacon	Lüneburg - Kaltenmoor	14,3
E.ON Avacon	Lüneburg – Mitte	19,8
E.ON Avacon	Salzwedel	26,4
E.ON Bayern	Poing	12,4
E.ON Enertec	Hameln	40,4
E.ON FW	Datteln	89,2
E.ON Hanse	Verbund Petershof	25,9
E.ON Hanse	Schwarzenbek Müllerweg	26,6
E.ON Hanse	Verbund Oldenburg	31,7
E.ON Hanse	Verbund Wahlstedt	34,8
E.ON Hanse	Verbund Stelling Moor	43,9
E.ON Thür. Energie	Bad Salzungen	15,3

EnBW KWG	Heilbronn-Neckarsulm	28,7
EnBW SW Düsseldorf	Garath	61
Evonik ENE Erding	Erding	35
Evonik ENE Fürstenwalde	Fürstenwalde Nord	12
Evonik ENE Gröditz	Gröditz	22,5
Evonik ENE Winnenden	Winnenden	34
Evonik FW	Bonn - Duisdorf	22
EVS	Quierschied	10
Mainova	Nahwärme 4 (Frankfurt)	14,8
Mainova	Nahwärme 6 (Frankfurt)	29,1
RWE BTB	ADL/SW (Wustermark, Berlin, Hennigsdorf, Bernau)	65,8
RWE EnviaTherm	Meuselwitz	42
RWE EnviaTherm	Plauen	50
RWE Favorit	Langen-Oberlinden	12,3
RWE Favorit	Hagen-Helfe	14,9
RWE Favorit	Schwalbach-Limes	21
RWE Favorit	Mainz-Lerchenberg	22,8
RWE Favorit	Lohbrügge-Nord	38,6
RWE Favorit	Monheim-Süd	54,3
RWE Favorit	Hochdahl	55,8
RWE Innogy Cogen Berlin	Gropiusstadt	34
RWE WWE	Neukirchen	32
RWE WWE	Marl	91,6
Stadtwerke Bonn	SWB EnW (Bonn)	82,4
Stadtwerke Dinslaken	Lüdenscheid-Wehberg	10,3
Stadtwerke Dinslaken	Dortmund-Bodelschwingh	15,6
Stadtwerke Dinslaken	Dortmund-Scharnhorst	30



Stadtwerke Dinslaken	Neukirchen-Vluyn	30,2
Stadtwerke Rostock	Bad Doberan	22,2
Vattenfall Berlin	An der Kappe	14,7
Vattenfall Berlin	Neukölln	74,9
Vattenfall Berlin	Märkisches Viertel	70
Vattenfall Hamburg	Allermöhe	14,1
Vattenfall Hamburg	Hamburg (Dampf)	18,5

<b>Netzkategorie <math>\geq</math> 100 km</b>		
<b>Unternehmen</b>	<b>Netzgebiet</b>	<b>Netzlänge [km]</b>
BS Energy	BS Energy (Braunschweig)	233,2
DREWAG	Dresden	487,8
E.ON Fernwärme	Gladbeck, Gelsenkirchen, Recklinghausen, Herne, Herten, Marl, Bochum	581,3
E.ON Hanse	Verbund Stapelfeld	143
E.ON LSW	Wolfsburg – Netz	571
EnBW FUG	Ulm-Netz	145,8
EnBW KWG	Region Stuttgart	204,2
EnBW SW Düsseldorf	Düsseldorf	122
Energie SaarLorLux	Netz Stadtwerke Saarbrücken	171,7
Evonik FW	Verbundgebiet Essen, Bochum, Gelsenkirchen	548
EVS	EVS Fernwärmeschiene Saar	267
Mainova	Frankfurt	196,3
MVV	Mannheim	507
MVV EVO	Offenbach-Gravenbruch-Dietzenbach	166
N-ERGIE	Nürnberg	297,5
RheinEnergie	Köln	280,5

RWE EV Oberhausen	Oberhausen	188,7
Stadtwerke Bielefeld	Bielefeld	176
Stadtwerke Chemnitz	Chemnitz	316
Stadtwerke Dinslaken	Moers	139,2
Stadtwerke Dinslaken	Dinslaken	282,2
Stadtwerke Duisburg	Duisburg	308
Stadtwerke Erfurt	Erfurt	179,3
Stadtwerke Flensburg	Flensburg	605
Stadtwerke Halle	Halle	203
Stadtwerke Hannover	Hannover	296,1
Stadtwerke Heidelberg	Heidelberg	357
Stadtwerke Jena-Pößneck	Jena	110,2
Stadtwerke Karlsruhe	Karlsruhe	157
Stadtwerke Kiel	Heizwassernetz Verbund Kiel	290,2
Stadtwerke Leipzig	Leipzig	431,5
Stadtwerke München	München	667,4
Stadtwerke Potsdam	Potsdam	147,3
Stadtwerke Rostock	Rostock	341,9
swb Vertrieb Bremen	Bremen	271,8
Vattenfall Berlin	Fernwärmeversorgung West	683,9
Vattenfall Berlin	Fernwärmeversorgung Ost	969,9
Vattenfall Hamburg	Hamburg (Heizwasser)	732,3