

Kapitel 3

Erzeugung und Import, Energiehandel und Energievertrieb

Die Energiewirtschaft umfasst **verschiedene Energieträger und verschiedene Wertschöpfungsstufen**. Ursprünglich sah man die gesamte Elektrizitäts- und Gasversorgung als natürliches Monopol an. Im Rahmen der europäischen Diskussion über Deregulierung und Liberalisierung in den 1980er Jahren wurde erkannt, dass sich die eigentlichen natürlichen Monopole – die Energienetze – von den anderen Wertschöpfungsstufen trennen lassen.¹ In Bezug auf die Netze wurde eine Zugangs- und Entgeltregulierung eingeführt; die anderen Wertschöpfungsstufen wurden für den Wettbewerb geöffnet. Durch die Netzregulierung sollten die Nachteile der natürlichen Monopole vermieden oder zumindest gemindert werden.² Die höheren Transaktionskosten, die durch die Etablierung separater Wertschöpfungsstufen entstehen, sollten durch die **Effizienzgewinne des Wettbewerbs** auf diesen Stufen aufgewogen werden.

Damit sind dem Netzbetrieb vorgelagert **Erzeugung und Import sowie nachgelagert Energiehandel und Energievertrieb** diejenigen Wertschöpfungsstufen, in denen der Wettbewerb in der Energiewirtschaft in besonderem Maße ausgeprägt ist und in denen kartellrechtliche Vorgaben eine besondere Rolle spielen.

A. Exploration, Erzeugung und Import

I. Betroffene Märkte

Im Folgenden werden anhand der Entscheidungspraxis der Kartellbehörden die relevanten Märkte dargestellt.

1. Erdgas

a) Exploration

Aus Sicht der Europäischen Kommission besteht für die **Exploration von Erdöl und Erdgas** ein gemeinsamer Produktmarkt, da im Stadium der Exploration nicht vorher-

¹ Regulierung in der Energiewirtschaft/*Ockenfels/Betzüge*, Kap. 3 Rn. 1.

² Regulierung in der Energiewirtschaft/*Eekhoff/Jänsch*, Kap. 2 Rn. 11.

sehbar ist, ob es sich um Erdöl- oder Erdgasvorkommen handelt. Der geographische Markt wird als weltweit angesehen, da die Unternehmen ihre Aktivitäten regelmäßig nicht auf bestimmte geographische Bereiche beschränken.³ Die Exploration ist von hohen Anfangsinvestitionen gekennzeichnet, wobei die wirtschaftlichen Risiken hoch sind. Deswegen gibt es **häufig Kooperationen zur Exploration** von Erdöl- oder Erdgasfeldern.⁴ Die Wirtschaftlichkeit der Exploration hängt stark von den Energiepreisen ab.

- 5 Aus Sicht der Europäischen Kommission lässt sich beobachten, dass einzelne Akteure im Öl- und Gasmarkt ihr Geschäft neu ordnen, indem sie ihre Aktivitäten im Segment der Exploration bündelten und zugleich ihre Präsenz im nachgelagerten Segment an andere Ölunternehmen, Händler oder Finanzinvestoren veräußern. Die **Exploration ist dabei stark fragmentiert**, mit einer Vielzahl von miteinander konkurrierenden Akteuren.⁵

b) Entwicklung und Förderung/Beförderung und Bearbeitung

- 6 Der Exploration nachgelagert ist die **Entwicklung und Förderung des Erdgases**.⁶ Nach einer erfolgreichen Exploration müssen die Felder entwickelt und für die Förderung vorbereitet werden. Da Rohöl und Erdgas unterschiedliche Anwendungsfelder haben, wird hier anders als bei der Exploration zwischen Rohöl und Erdgas differenziert. Der geographische Markt ist hier nicht weltweit, sondern enger abzugrenzen.⁷ Der Förderung nachgelagert sind wiederum die Märkte der **Beförderung und Bearbeitung**. Das an der Quelle geförderte unbearbeitete Gemisch muss häufig zu einer Einrichtung befördert werden, wo die gasförmigen und flüssigen Bestandteile voneinander geschieden werden. Danach wird das Gasgemisch weiteren Bearbeitungs- und Reinigungsschritten unterzogen, um die Qualitätsanforderungen für den Transport in den regulären Erdgasnetzen sicherzustellen. Die Beförderung und Bearbeitung wird entweder in eigenen Anlagen der Erdgasproduzenten

3 Europäische Kommission, Entsch. v. 3.12.2013 – COMP/M.6910, Rn. 46 – Gazprom/Wintershall/Target Companies.

4 Vgl. Rasbach/Baumgart/Jüttner, Vertragshandbuch Gaswirtschaft, Kap. 11A Rn. 63f., FfK-KartellR/Meyer-Lindemann, Sonderbereich Energiewirtschaft Rn. 49.

5 Staff Working Paper zum Bericht über die Wettbewerbspolitik 2015, COM(2016) 393 final, S. 48, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2015/part2_de.pdf.

6 Europäische Kommission, Entsch. v. 29.9.1999 – IV/M.1383, Rn. 15 – Exxon/Mobil. In dieser Entscheidung hat die Europäische Kommission noch offen gelassen, ob diese Stufen mit der Exploration zusammengefasst werden müssten.

7 Europäische Kommission, Entsch. v. 21.8.2009 – COMP/M.5585, Rn. 11 – Centrica/Venture Production; Europäische Kommission, Entsch. v. 10.9.2014 – COMP/M.7316 – Det Norske Oljeselskap/Marathon Oil Norge.

oder aber über Leitungen und Gasbearbeitungseinrichtungen auf See oder auf dem Lande ausgeführt, die anderen Unternehmen gehören.⁸

c) Großhandelsstufe

Das Bundeskartellamt hat bis 2014 in ständiger Praxis die Belieferung überregionaler 7 und die Belieferung regionaler Ferngasunternehmen als zwei sachlich unterschiedliche Marktstufen angesehen. Damit gab es auf der Großhandelsstufe Upstream- und Downstream-Großhandelsmärkte, die zu unterscheiden waren. Der Upstream-Großhandel wurde von überregionalen Ferngasunternehmen betrieben, die Gas selber produzieren oder importieren und auf einer ersten Stufe Erdgas an regionale Ferngasunternehmen und große Weiterverteiler belieferten. Diese belieferten auf einer zweiten Stufe regionale und lokale Weiterverteiler.⁹ Diese **Zweiteilung des Großhandelsmarktes** entspricht noch der Sicht der Kommission; nach deren Auffassung ist der Upstream-Großhandel dadurch gekennzeichnet, dass hier Gasproduzenten große Mengen Erdgas an andere Wiederverkäufer verkaufen, typischerweise auf der Grundlage von langfristigen Lieferverträgen.¹⁰ Die Europäische Kommission hat in ihren Entscheidungen dabei offengelassen, ob dem Downstream-Großhandelsmarkt auch der Handel an den virtuellen Punkten/Gas Hubs zugerechnet werden muss.¹¹

Das Bundeskartellamt ist 2014 dazu übergegangen – für Deutschland – von 8 einer einheitlichen Großhandelsstufe für Erdgas auszugehen. Hier beliefern inländische und ausländische Produzenten Gasgroßhandelsunternehmen. Diese handeln zwar auch Gas untereinander, setzen dieses Gas aber letztlich an regionale und lokale Weiterverteiler sowie direkt an große Industriekunden ab.¹² Ein wichtiger Gesichtspunkt für die Aufgabe der bisherigen Zweiteilung der Großhandelsmärkte ist, dass in Deutschland mit dem Zweivertragsmodell der Gasbezug über den virtuellen Handlungspunkt erfolgt. Beim Bezug über den virtuellen Handlungspunkt besteht jedoch kein struktureller Unterschied mehr zwischen den ehemaligen überregionalen Ferngasgesellschaften und den regionalen Ferngasgesellschaften. Die regionalen Ferngasgesellschaften erhalten über den virtuellen

⁸ Europäische Kommission, Entsch. v. 29.9.1999 – IV/M.1532 – ABl EU 2001 Nr. L 18 S. 1 – BP Amoco/Arco; Europäische Kommission, Entsch. v. 21.8.2009 – COMP/M.5585, Rn. 12 – Centrica/Venture Production.

⁹ BKartA, Beschl. v. 23.10.2014 – B8-69/14, Rn. 80 – EWE/VNG.

¹⁰ Europäische Kommission, Entsch. v. 10.3.2017 – COMP/M.7936 – Petrol/Geoplin; Europäische Kommission, Entsch. v. 3.12.2013 – COMP/M.6910, Rn. 93 – Gazprom/Wintershall/Target Companies, in dieser Entscheidung ließ die Europäische Kommission die Frage offen und stellte dar, dass in Deutschland die Marktteilnehmer einen einheitlichen Wholesale-Markt annehmen.

¹¹ Europäische Kommission, Entsch. v. 10.3.2017 – COMP/M.7936, Rn. 18 – Petrol/Geoplin.

¹² BKartA, Beschl. v. 23.10.2014 – B8-69/14, Rn. 84 – EWE/VNG.

Handelspunkt direkten Zugang zu Gaslieferungen aus inländischer und internationaler Produktion.¹³

d) Belieferung von Endkunden

- 9 Das Bundeskartellamt hat im Gasbereich lange zwischen den Märkten für die Belieferung von **Kunden mit registrierender Lastgangmessung** (RLM-Kunden) und der Belieferung von Haushalts- und Kleingewerbekunden – gleichbedeutend mit **Standardlastprofilkunden** (SLP-Kunden) – unterschieden.¹⁴ In Bezug auf SLP-Kunden nahm das Bundeskartellamt 2014 – entsprechend der Übung im Strombereich – eine weitere Differenzierung zwischen der Belieferung von SLP-Kunden im Wege der Grund- und Ersatzversorgung (§§ 36, 38 EnWG) und der Belieferung von SLP-Kunden auf der Grundlage von Sonderverträgen (§ 41 EnWG) vor.¹⁵
- 10 Auf der Endkundenebene sieht das Bundeskartellamt die Märkte für die Belieferung von RLM-Kunden und SLP-Kunden mit Sonderverträgen als **bundesweite Märkte**, die Märkte für die Belieferung von SLP-Kunden in der Grund- und Ersatzversorgung als auf das jeweilige Netzgebiet begrenzte Märkte.¹⁶



Praxistipp

Nur noch der Markt für die Belieferung von SLP-Kunden in der Grund- und Ersatzversorgung wird in der Gasversorgung netzbezogen abgegrenzt. Ansonsten werden alle Märkte deutschlandweit betrachtet.

2. Elektrizität

a) Sachliche Marktabgrenzung

- 11 Das Bundeskartellamt geht seit 2006 in ständiger Praxis von einem **Markt für den Erstabatz von Elektrizität** aus. Dieser Markt umfasst den erstmaligen Absatz aller Elektrizitätsversorger aus eigener Erzeugung sowie die Netto-Importe von Elektrizität. Das sich daran anschließende Zweitgeschäft der Marktteilnehmer mit Elektrizität hingegen wird mangels kompetitiver Effekte seither nicht mehr in den sachli-

13 BKartA, Beschl. v. 23.10.2014 – B8-69/14, Rn. 87 – EWE/VNG.

14 Zu möglichen weiteren Differenzierungen innerhalb der RLM-Kunden vgl. BKartA, Beschl. v. 23.10.2014 – B8-69/14, Rn. 129f. – EWE/VNG.

15 BKartA, Beschl. v. 23.10.2014 – B8-69/14, Rn. 167f. – EWE/VNG.

16 BKartA, Beschl. v. 23.10.2014 – B8-69/14, Rn. 161, 190f. – EWE/VNG.

chen Markt einbezogen.¹⁷ Diese Marktabgrenzung wurde vom BGH in der Rechtsbeschwerdeentscheidung „E.ON/Eschwege“ bestätigt.¹⁸

Aus Sicht des Bundeskartellamtes muss berücksichtigt werden, dass nur die **12** **physisch angebotenen Strommengen** und nicht die jeweils zur Verfügung stehenden Kraftwerkskapazitäten für die Erfassung der Marktverhältnisse auf diesem Markt für den Erstabsatz von Elektrizität maßgeblich sind. Dabei müssen die Im- und Exporte von und nach Deutschland berücksichtigt werden. **Reine Handelsgeschäfte mit Elektrizität**, die sich alleine auf die Weiterverwertung von Stromabsatzrechten beziehen, werden allerdings nicht berücksichtigt, da ansonsten eine Mehrfachzählung der Strommengen erfolgte.¹⁹ Auch Strommengen, die nicht in das Netz der Allgemeinen Versorgung eingespeist werden, z.B. Bahnstrom und (nicht-eingespeister) Eigenverbrauch sind nicht in den Markt einzubeziehen.²⁰

Die Europäische Kommission geht von einem Stromerzeugungs- und -großhan- **13** delsmarkt (generation and wholesale supply of electricity) aus, der hauptsächlich die **Erzeugung und den Import von Elektrizität** umfassen soll.²¹ Dies scheint im Wesentlichen der deutschen Konzeption des Marktes für den Erstabsatz von Elektrizität zu entsprechen. Auch die Kommission geht zunächst von nationalen Märkten aus.²²

Aus Sicht des Bundeskartellamtes ist **die Regelenergie** jedoch nicht Bestandteil **14** des Erstabsatzmarktes für Strom. Regelenergie wird zwar grundsätzlich von denselben Kraftwerken erbracht, die auch im Stromgroßhandel eingesetzt werden, der Markt unterliegt jedoch einer Reihe von Besonderheiten. So wird Regelenergie nur von den vier Übertragungsnetzbetreibern nachgefragt, die sie zur Aufrechterhaltung der Netzfrequenz benötigen. Anders als im Stromgroßhandel wird Kapazität vermarktet und nicht Strommengen. Das Angebot von Regelenergie ist an eine Präqualifikation beim Übertragungsnetzbetreiber gebunden, es unterliegt auch besonderen

17 BKartA, Sektoruntersuchung Stromerzeugung und -großhandel, Januar 2011, S. 69, abrufbar unter http://www.BKartA.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung%20Stromerzeugung%20Stromgrosshandel%20-%20Abschlussbericht.pdf?__blob=publicationFile&v=3. Allgemein zur Marktabgrenzung vgl. *Säcker*, Marktabgrenzung, S. 17 f.

18 BGH, Beschl. v. 11.11.2008 – KVR 60/07 – WuW/E DE-R 2451 – E.ON/Eschwege; in der Vorinstanz ebenso OLG Düsseldorf, Beschl. v. 6.6.2007 – VI-2 Kart 7/04 (V) – WuW/E DE-R 2094 – E.ON/Eschwege.

19 BKartA, Sektoruntersuchung Stromerzeugung und -großhandel, Januar 2011, S. 69 f., abrufbar unter http://www.BKartA.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung%20Stromerzeugung%20Stromgrosshandel%20-%20Abschlussbericht.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

20 BKartA, Beschl. v. 23.10.2014 – B8-69/14, Rn. 244 – EWE/VNG.

21 Europäische Kommission, Entsch. v. 12.5.2010 – COMP/M.5793, Rn. 54 – Dalkia CZ/NWR Energy; Europäische Kommission, Entsch. v. 13.10.2009 – COMP/M.5519 – E.ON/Electrabel.

22 Europäische Kommission, Entsch. v. 4.11.2009 – COMP/M.5591, Rn. 11 – CEZB/Javys/Jess JV.

Kapitel 8

Die Fernwärmeversorgung aus der Sicht des Kartellrechts*

A. Einleitung

I. Die Fernwärmeversorgung in Deutschland¹

Die Fernwärmeversorgung² ist ein wirtschaftlich bedeutender Teil der Energieversorgung. Etwa 14% des deutschen Wohnungsbestands wird mit Fernwärme versorgt. In den östlichen Bundesländern ist der Anteil mit 32% wesentlich höher als in den westlichen Bundesländern mit 9%.³ Bei Neubauten ist die Bedeutung der Fernwärme größer als im Gebäudebestand. Im Jahr 2014 wurden 21,5% der neuerbauten Wohnungen an Fernwärmeversorgungssysteme angeschlossen.⁴

Von Bedeutung ist auch die **Verbindung der Fernwärme- zur Stromversorgung**. Etwa 80% der Fernwärme wird in Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlagen erzeugt, die gleichzeitig Strom und Wärme produzieren.⁵ Die besonders effiziente und damit weniger umweltbelastende Kraft-Wärme-Kopplung ist eine gute Ergänzung zur fluktuierenden Stromerzeugung mit Windkraft- und Photovoltaikanlagen. Wärme lässt sich in „isolierten Wassertanks“ kostengünstig speichern. Die kostengünstigen Wärmespeicher machen es möglich, den Einsatz der KWK-Anlagen nicht nur auf

* Der Verfasser dankt der Rechtsreferendarin Frau Katharina Bader für die wertvolle inhaltliche Mitarbeit an diesem Beitrag.

1 Das BKartA hat im August 2012 eine „Sektoruntersuchung Fernwärme“ vorgelegt, die diesen Wirtschaftszweig umfassend beleuchtet. Abrufbar unter: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publication/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung%20Fernwaerme%20-%20Abschlussbericht.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

2 Der BGH definiert den Begriff „Fernwärme“ wie folgt: „Wird aus einer nicht im Eigentum des Gebäudeeigentümers stehenden Heizungsanlage von einem Dritten nach unternehmenswirtschaftlichen Gesichtspunkten eigenständig Wärme produziert und an andere geliefert, so handelt es sich um Fernwärme. Auf die Nähe der Anlage zu dem versorgenden Gebäude oder das Vorhandensein eines größeren Leitungsnetzes kommt es nicht an.“ (BGH, Urt. v. 25.10.1989 – VIII ZR 229/88 – NJW 1990, 1181, Leitsatz).

3 AGFW-Branchenreport 2006.

4 BMWi, Newsletter Ausgabe 15/2015, abrufbar unter: <https://www.bmwi-energiewende.de/EWD/Redaktion/Newsletter/2015/15/Meldung/infografik-so-heizt-deutschland-heute.html> (zul. besucht am 20.6.2017).

5 <http://www.umweltbundesamt.de/daten/energiebereitstellung-verbrauch/kraft-waerme-kopplung-kwk#textpart-4>

den jeweils aktuellen Wärmebedarf auszurichten (sog. „wärmegeführte Fahrweise“), sondern auch auf den Strommarkt (sog. „stromgeführte Fahrweise“). Die KWK-Anlagen können ihre Erzeugung also in einem gewissen Umfang in die Zeiten verlegen, in denen Windkraftanlagen und Photovoltaikanlagen weniger Strom erzeugen. Teilweise werden bereits „überdimensionierte“ KWK-Anlagen mit einer Erzeugungsleistung, die über dem Bedarf des jeweiligen Netzes liegt, in Kombination mit großen Wärmespeichern errichtet, um in Zeiten mit hohen Strompreisen mehr Strom erzeugen zu können. Allerdings setzen die Notwendigkeit, im Winter wie im Sommer stets bedarfsgerecht Wärme bereitzustellen, und die Anlagenkosten der stromgeführten Fahrweise wirtschaftliche Grenzen.

- 3 Noch unklar ist, wie sich der weitere Ausbau der Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien und der **Zubau von Stromspeichern** auf die Kraft-Wärme-Kopplung und damit die Fernwärmeversorgung auswirken werden. Werden Stromspeicher deutlich günstiger und kommt es zu einem massiven Ausbau der Stromspeicherkapazitäten, kann das zusammen mit dem Ausbau der Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien erhebliche Auswirkungen auf die Kraft-Wärme-Kopplung und damit die Fernwärmeversorgung haben.⁶
- 4 Aus wettbewerblicher Sicht ist diese **Kopplung der Sektoren** von Interesse, weil die marktbeherrschenden Stellungen der Fernwärmeversorger auf den Wärmemärkten auch Auswirkungen auf die Strommärkte haben könnten.
- 5 Die Fernwärmeversorgung ist in Deutschland, wie in anderen Ländern auch, durch **lokale Gebietsmonopole** gekennzeichnet.⁷ Fernwärmenetze sind, ohne Ausnahme, räumlich begrenzte, in sich geschlossene Versorgungssysteme. Überregionale Leitungsverbindungen zwischen den lokalen Versorgungssystemen bestehen in der Regel nicht. Dabei haben die Netzgebiete der Fernwärmeversorgungsunternehmen zum Teil eine beträchtliche Größe. Das größte Fernwärmeversorgungssystem in Deutschland ist das Berliner Fernwärmenetz der Vattenfall Europe Wärme AG. Über das Netz werden mit seinen etwa 1.900 km Rohrleitungen 1,2 Mio. Wohneinheiten versorgt.⁸
- 6 Die Fernwärmeunternehmen sind in der Regel **„vertikal integriert“**, d.h. sie betreiben die örtlichen Wärmeverteilernetze, sie erzeugen die Wärme in eigenen Heiz-

⁶ Die Unternehmensberatung Roland Berger spricht in ihrer Studie „Wärmewende in Sicht“ von möglichen „disruptiven Veränderungen“, die auch die Erzeugung von Fernwärme mit KWK-Anlagen betreffen könnten, vgl.: <https://www.presseportal.de/pm/32053/3638749>.

⁷ BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, Rn. 1ff.

⁸ Derzeit werden im Raum Duisburg zwei benachbarte Fernwärmegebiete mit einer 25 km langen „Fernwärmeschiene Rhein-Ruhr“ zum größten Fernwärmenetz Europas verbunden. Ab 2019 werden die zusammengeführten Netze das größte Fernwärmeversorgungssystem in Europa sein. Siehe: <https://www.derwesten.de/staedte/duisburg/duisburg-haengt-am-groessten-fernwaermenetz-europas-id11877123.html>.

werken oder Heizkraftwerken (Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlagen) und sie beliefern die an ihr Netz angeschlossenen Verbraucher.⁹

Die Fernwärmeversorger sind also auf mehreren Märkten tätig. Auf dem räumlich begrenzten Markt für den **Wärmetransport** in ihrem Netzgebiet und auf den Märkten für die **Belieferung der Wärmeverbraucher**. Dabei ist zu unterscheiden zwischen **Großverbrauchern** (Industriekunden, große Weiterverteiler, große Gewerbebetriebe) und **Kleinverbrauchern** (Haushaltskunden, Kleingewerbe).¹⁰

Wettbewerb über parallele Leitungen gibt es im Bereich der Fernwärme praktisch nicht. Die Fernwärmeunternehmen verfügen auf dem Markt für den Wärmetransport in ihrem Netzgebiet über **uneingeschränkte Monopolstellungen**.¹¹

Denkbar ist aber, wie bei Strom- und Gasversorgungsnetzen (vgl. § 46 Abs. 2 bis 6 EnWG), ein **Wettbewerb um die Stellung als Netzbetreiber**, wenn das von der Gemeinde eingeräumte Wegennutzungsrecht endet. Spezialgesetzliche Regelungen, die das Entstehen eines regelmäßigen „**Wettbewerbs um die Netze**“ anordnen, wie § 46 Abs. 2 bis 6 EnWG für die örtlichen Strom- und Gasverteilernetze, gibt es für Fernwärmenetze aber nicht.

Denkbar ist auch ein Wettbewerb um neue noch nicht für die Fernwärmeversorgung erschlossene Gebiete. Dabei ist allerdings zu bedenken, dass die für die Fernwärmeversorgung attraktiven Gebiete mit einer hohen Verbrauchsdichte (Mehrfamilienhäuser, Gebiete mit älteren Gebäuden, Industriegebiete) häufig bereits durch die etablierten Fernwärmeversorger erschlossen sind.

Ein „**Durchleitungswettbewerb**“ zwischen mehreren miteinander im Wettbewerb stehenden Fernwärmelieferanten in den Fernwärmenetzen findet, trotz des bestehenden **Anspruchs auf Netzzugang**, ebenfalls nicht statt.¹²

Auf dem **Markt für die Belieferung von Kleinverbrauchern** verfügen die etablierten Fernwärmeversorger über beherrschende Stellungen. Bei Kleinverbrauchern, die bereits an die Versorgungsnetze angeschlossen sind, ist ein **Substitutionswettbewerb** mit anderen Formen der Wärmeversorgung (Gas- oder Ölheizungen, Wärmepumpen, Solarthermie, Kohleheizungen) nur sehr eingeschränkt möglich.¹³ Mieter können den Wärmelieferanten in der Regel nicht selbst auswählen. Die Vermieter profitieren nicht von einer Veränderung der Wärmeversorgung. Bei ihnen fehlt also der wirtschaftliche Anreiz für einen Wechsel. Darüber hinaus ist ein

⁹ BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, Rn. 2; Monopolkommission, 20. Hauptgutachten, 2012/2013, Rn. 797.

¹⁰ BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, Rn. 173 ff., 178.

¹¹ BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, Rn. 226; in der „DALKIA-Entscheidung“ der EU-Kommission heißt es: „Although district heating networks are considered ‚natural‘ monopolies“, EU-Kommission, Case No COMP/M.5793 – DALKIA CZ/NWR ENERGY, S. 5.

¹² § 19 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 4 GWB. Vgl. dazu BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, Rn. 223 ff.

¹³ BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, Rn. 190 ff.

Wechsel von der Fernwärme zu einem anderen Energieträger zumeist wirtschaftlich uninteressant, weil die Kosten des Wechsels, insbesondere die Investitionen in eine neue Heizungsanlage und beim Erdgas zusätzlich in einen neuen Hausanschluss, die absehbaren Einsparmöglichkeiten übersteigen. Nicht selten fehlt in den Gebäuden auch der Platz für eine Heizungsanlage. Es besteht also kein sog. „**einheitlicher Wärmemarkt**“, d.h. kein Wettbewerb zwischen den unterschiedlichen Formen der Wärmebereitstellung.¹⁴ Zu einem Wettbewerb des Fernwärmeversorgers mit anderen Energieträgern kommt es deshalb allenfalls bei der erstmaligen Entscheidung eines Kunden für ein Heizsystem.¹⁵

- 13 Auf dem **Markt für die Belieferung von Großverbrauchern** stellt sich die Situation anders dar. Größere Wärmeverbraucher haben in der Regel die Möglichkeit, auf eigene Wärmeerzeugungsanlagen umzustellen. Die eigene Wärme- und Stromerzeugung (Eigenversorgung) ist für Großverbraucher wegen der Förderung durch das EEG und das KWKG, den Entlastungen bei der EEG-Umlage, den Entlastungen bei der Strom- und Energiesteuer sowie der eingesparten Netzentgelte mit den darin enthaltenen Umlagen häufig eine wirtschaftlich interessante Alternative zum Fernwärmebezug.¹⁶

II. Das wettbewerbliche Potential im Bereich der Fernwärme

- 14 Im Jahre 1998 hat der deutsche Gesetzgeber mit der Liberalisierung der Strom- und Gasmärkte begonnen.¹⁷ Der erste wesentliche Schritt war die Aufhebung der in § 103f. GWB a.F. geregelten Freistellung wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen vom Verbot des § 1 GWB, z.B. der bis 1998 üblichen Demarkationsvereinbarungen zwischen den Strom- und Gasversorgungsunternehmen. Inzwischen wurde ein umfangreiches Regelungssystem geschaffen, das einen funktionierenden Wettbewerb ermöglichen soll. Dass mehr Wettbewerb im Bereich der Strom- und Gasversorgung möglich und sinnvoll ist, bestreitet heute niemand mehr.¹⁸ Dabei verfügen die Strom- und Gasnetzbetreiber, wie die Fernwärmeversorgungsunternehmen, unverändert über Transportmonopole, weil auch bei Strom- und Gasnetzen ein paralleler Leitungsbau (Infrastrukturwettbewerb) wirtschaftlich unmöglich ist. Der Wettbewerb zwischen den Lieferanten im Bereich der Strom- und Gasversorgung ist also

14 BGH, Urt. v. 9.7.2002 – KZR 30/00 – WuW, 2003, 162, 165 – Fernwärme Börsen; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.8.2010 – VI-2 Kart 8/09 (V), juris Rn. 31.

15 BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, Rn. 175ff.

16 BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, Rn. 178ff.

17 Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts v. 24.4.1998, BGBl. I S. 730.

18 Vgl. für die Zeit vor 1998: *Büdenbender*, Kartellaufsicht über die Energiewirtschaft, Baden-Baden 1995, S. 13ff.

ein **Wettbewerb in den Netzen**. Der Energietransport ist auch bei der Strom- und Gasversorgung weiterhin ein natürliches Monopol.

Eine Freistellung der Fernwärmeversorgung von den allgemeinen Regelungen 15 des GWB oder des UWG besteht nicht. Im Unterschied zur Strom- und Gasversorgung hat der Gesetzgeber aber bisher keinen speziellen Ordnungsrahmen geschaffen, der das Entstehen von Wettbewerb im Bereich der Fernwärmeversorgung anstoßen und fördern könnte. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, der Gesetzgeber wolle keinen Wettbewerb im Bereich der Fernwärme. Gewünscht ist der Wettbewerb wie in jedem anderen Wirtschaftszweig auch.

Allerdings gehen viele davon aus, dass ein Wettbewerb zwischen mehreren 16 Wärmelieferanten in den Fernwärmenetzen, wegen der Besonderheiten der Fernwärmeversorgung nur begrenzt möglich ist. Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, ob und inwieweit diese Einschätzung richtig ist.

1. Wettbewerb durch parallelen Leitungsbau (Infrastrukturwettbewerb)

Wettbewerb über parallele Fernwärmenetze oder einzelne parallele Leitungen (**Inf- 17 rastrukturwettbewerb**) ist – bis auf sehr wenige Ausnahmen – ausgeschlossen. Auf dem Markt für den Wärmetransport in ihren Netzgebieten verfügen die Fernwärmenetzbetreiber über **natürliche Transportmonopole**.¹⁹ Das hat folgende Gründe:

- Der Aufbau von Fernwärmenetzen erfordert sehr hohe Investitionen. Die isolierten Fernwärmerohre sind deutlich teurer als Gasleitungen oder Stromkabel. Es bedarf stets eines Vorlaufs für den Transport des heißen Wassers vom Heizkraftwerk oder Heizwerk zum Verbraucher und eines Rücklaufs für das beim Verbraucher abgekühlte Wasser zur Wärmeerzeugungsanlage. Zusätzlich bedarf es eines Systems vom Umwälzpumpen, einer Wasseraufbereitung, eines Korrosionsschutzes, einer Leitzentrale usw. Die Leitungsgräben müssen wegen der großen Dimensionen der Fernwärmeleitungen deutlich breiter sein als bei Strom-, Gas- oder Telekommunikationsleitungen. Außerdem sind bei Fernwärmeleitungen wegen der Temperaturschwankungen U-förmige Ausdehnungsschleifen im Netz erforderlich, die zusätzlichen Platz in den Wegegrundstücken benötigen. Die Grabungsarbeiten bei der Verlegung und Reparatur von Fernwärmeleitungen und die Wiederherstellung der Oberflächen nach der Leitungsverlegung sind dadurch deutlich aufwendiger und teurer als bei anderen Leitungssystemen. Die Verlegung von Fernwärmeleitungen ist auch deshalb besonders kostenintensiv, weil es wegen der Größe der Fernwärmeleitungen zu besonders vielen „Konflikten“ mit anderen in den Wegegrundstücken verlegten Leitungen

19 BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, Rn. 226 ff.