



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

KZR 110/18

vom

9. Juli 2019

in dem Rechtsstreit

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 9. Juli 2019 durch die Präsidentin des Bundesgerichtshofs Limperg, den Vorsitzenden Richter Dr. Raum sowie die Richter Prof. Dr. Kirchhoff, Dr. Bacher und Sunder

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 4. Oktober 2018 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Nichtzulassungsbeschwerde, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Streitwert der Nichtzulassungsbeschwerde wird auf 349.907,67 € festgesetzt.

#### Gründe:

- 1 I. Die Klägerin vermietet in E. Wohnungen. Soweit diese Wohnungen im Geltungsbereich der Fernwärmeversorgungssatzung der L. Ei. liegen, werden sie aufgrund des darin vorgesehenen Anschluss- und Benutzungszwangs von der Beklagten mit Fernwärme versorgt. Dies erfolgt auf Grundlage eines Fernwärmeversorgungsvertrags, der zum 1. Januar 2012 in Kraft trat und zunächst bis 31. Dezember 2021 gilt. Das danach zu zahlende Entgelt setzt sich aus einem Jahresgrundpreis für die bereitzustellende Wärmehöchstleistung und einem Arbeitspreis für die gelieferte Wärmemenge zusammen.

2 Die Klägerin macht geltend, der Jahresabschluss der Beklagten für 2013 weise für den Bereich Fernwärme eine Umsatzrendite von 43% aus. Außerdem gewähre die Beklagte der städtischen Wohnungsbaugesellschaft der L. Ei. mbH für ein neu an ihr Fernleitungsnetz angeschlossenes, nicht dem Anschluss- und Benutzungszwang unterliegendes Objekt einen Nachlass auf den Grundpreis in Höhe von 59,18%. Die Klägerin meint, die Beklagte missbrauche dadurch ihre monopolartige Stellung als Fernwärmeversorger.

3 Die Klägerin ist der Auffassung, die Beklagte habe ihr ebenfalls einen Rabatt von 59,18% auf den Grundpreis zu gewähren. Für die Jahre 2013 bis 2015 macht sie Schadensersatz wegen der Differenz zwischen diesem rabattierten und dem von ihr tatsächlich gezahlten Grundpreis in Höhe von insgesamt 349.907,67 € geltend. Hilfsweise begehrt sie von der Beklagten, es zu unterlassen,

der Wohnungsbaugesellschaft der L. Ei. mbH für die in der Anlage K 11 genannten Wohngebäude in der T. -Siedlung und in der W. -P. -Siedlung Preisnachlässe zu gewähren, die nicht durch öffentliche Fördermittel laut KWKG oder andere Förderungen für den Ausbau und Betrieb neuer Fernwärmenetze gerechtfertigt sind;

höchst hilfsweise

es zu unterlassen, Preisnachlässe für die im Hilfsantrag erwähnten Objekte zu gewähren.

4 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben. Das Berufungsgericht hat die Revision nicht zugelassen. Dagegen richtet sich die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin.

5                   II. Die zulässige Nichtzulassungsbeschwerde hat in der Sache Erfolg. Sie führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Die Nichtzulassungsbeschwerde rügt mit Recht, das Berufungsgericht habe das Verfahrensgrundrecht der Klägerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG in entscheidungserheblicher Weise verletzt.

6                   1. Das Berufungsgericht hat als wahr unterstellt, dass die Beklagte im Jahr 2013 mit ihrer Fernwärmesparte einen Gewinn von 43% erzielt hat. Es hat angenommen, ein solcher Gewinn könne zwar grundsätzlich ein Indiz für einen Ausbeutungsmissbrauch sein, diese Indizwirkung sei im Streitfall jedoch durch andere Umstände abgeschwächt. Ein solcher Umstand sei, dass die Preise der Beklagten dem Bundeskartellamt im Rahmen seiner Sektorenuntersuchung Fernwärme vorgelegen hätten und von ihm nicht beanstandet worden seien. Das Bundeskartellamt habe auch keinen Anlass gesehen, die Beklagte zur Offenlegung ihrer Kalkulation aufzufordern.

7                   2. Die Nichtzulassungsbeschwerde rügt mit Erfolg, das Berufungsgericht gehe gehörswidrig davon aus, die Preise der Beklagten seien Gegenstand der Sektorenuntersuchung Fernwärme des Bundeskartellamts gewesen. Dies sei von keiner der Parteien vorgetragen worden und werde eindeutig dadurch widerlegt, dass die Beklagte nicht in der Liste der untersuchten Unternehmen im Anhang zum Abschlussbericht zur Sektorenuntersuchung Fernwärme des Bundeskartellamts aufgeführt sei.

8                   a) Die Garantie rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet die Gerichte, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Die Beteiligten müssen Gelegenheit erhalten, sich zu dem einer gerichtlichen Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt vor Erlass der Entscheidung zu äußern. Eine dem verfassungsrechtlichen Anspruch

genügende Gewährung rechtlichen Gehörs setzt zudem voraus, dass die Verfahrensbeteiligten bei Anwendung der von ihnen zu verlangenden Sorgfalt zu erkennen vermögen, auf welchen Tatsachenvortrag es für die Entscheidung ankommen kann (vgl. BVerfGE 84, 188, 190; BVerfG, Beschluss vom 20. September 2012 - 1 BvR 1633/09, Rn. 11, juris, mwN; BGH, Beschluss vom 29. April 2014 - VI ZR 530/12, NJW 2014, 2796 Rn. 5; Beschluss vom 9. Mai 2018 - I ZR 68/17 Rn. 10, juris).

9            b) Nach diesen Maßstäben stellt es eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar, wenn in einem der Dispositionsmaxime unterliegenden Kartellzivilverfahren ein Gericht seiner Entscheidung einen von keiner Partei vorgetragenen Sachverhalt zugrunde legt. So liegt es hier.

10           3. Diese Gehörsverletzung ist entscheidungserheblich. Wäre sie unterblieben, erschiene eine andere Entscheidung des Berufungsgerichts in der Sache zumindest möglich.

11           a) Das Berufungsgericht hat insgesamt drei Umstände angeführt, die eine Indizwirkung des behaupteten hohen Gewinns abschwächen. Dabei behandelt es die Sektorenuntersuchung des Bundeskartellamts als drittes, "weiteres Indiz". Zwar ist nicht erkennbar, welches Gewicht das Berufungsgericht diesem Indiz im Rahmen seiner Beurteilung gegeben hat. Es ist aber jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass es der fehlerhaft angenommenen Billigung durch das Bundeskartellamt erhebliche Bedeutung beigemessen hat.

12           b) Die beiden anderen vom Berufungsgericht als Indizien gegen einen Ausbeutungsmisbrauch herangezogenen Umstände sind auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht geeignet, die Beurteilung des Berufungsgerichts zu tragen.

13

aa) Das Berufungsgericht hat angenommen, bei den im Streitfall für eine Dauer von zehn Jahren abgeschlossenen Fernwärmeverträgen könne ein hoher Gewinn in dem einen Jahr einen Ausreißer nach oben darstellen, dem Verluste in anderen Jahren gegenüberstünden. Der Heizbedarf schwanke von Jahr zu Jahr. In die Kalkulation der Fernwärmeverträge fließe aber immer die Erwartung einer bestimmten Wärmeabsatzmenge ein.

14 Wie die Nichtzulassungsbeschwerde zutreffend geltend macht, hat das Berufungsgericht keine Feststellungen dazu getroffen, dass gerade das Jahr 2013 aufgrund niedriger Außentemperaturen und entsprechend hohem Wärmeabsatz für die Beklagte außerordentlich gewinnträchtig gewesen ist. Damit ist offen, ob das auf eine schwankende Absatzmenge gestützte Argument im Streitfall zutrifft.

15 bb) Zudem hat das Berufungsgericht, wie die Beschwerde zu Recht rügt, unberücksichtigt gelassen, dass der Einfluss der Witterung auf die Gewinne der Beklagten dadurch beschränkt sein dürfte, dass der Grundpreis verbrauchsunabhängig ist und der Absatz größerer Mengen zwar zu höheren Arbeitspreiseinnahmen, aber auch zu höherem Beschaffungsaufwand für die zusätzlich abgesetzte Fernwärme führen müsste.

16 cc) Als zweiten die Indizwirkung des behaupteten hohen Gewinns abschwächenden Umstand hat es das Berufungsgericht angesehen, dass der Preis der Beklagten im Jahr 2013 nur ca. 13% über dem von der Klägerin behaupteten Durchschnittspreis für Sachsen-Anhalt im Jahr 2008 liege. Diese Preisdifferenz verringere sich weiter, wenn die Inflation im Zeitraum 2008 bis 2013 berücksichtigt werde.

17 Wie die Beschwerde zu Recht geltend macht, hat das Berufungsgericht bei diesen Erwägungen unberücksichtigt gelassen, dass in dem von ihm herangezogenen Durchschnittspreis für 2008 auch missbräuchlich überhöhte Preise

einzelner Fernwärmeanbieter eingegangen sein können. Nach der Senatsrechtsprechung stößt das Vergleichsmarktkonzept insbesondere bei monopolistisch geprägten Vergleichsmärkten und damit auch im Bereich der Fernwärmeversorgung an seine Grenzen, wenn es darum geht, nicht nur ein Überschreiten des günstigsten Monopolpreises zu verhindern, sondern - wie hier - den wettbewerbsanalogen Preis als Maßstab heranzuziehen (vgl. BGH, WuW/E DE-R 3632 Rn. 14 - Wasserpreis Calw I; BGH, Beschluss vom 2. Februar 2010 - KVR 66/08, BGHZ 184, 168 Rn. 26 - Wasserpreis Wetzlar).

18            Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen durfte das Berufungsgericht damit auch den Vergleich mit dem für 2008 ermittelten Durchschnittspreis nicht ohne weiteres als gegen einen Preishöhenmissbrauch der Beklagten sprechenden Umstand werten.

19            4. Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben. Für die neue Verhandlung weist der Senat auf Folgendes hin:

20            a) Ein Ausbeutungsmissbrauch kann auch im Wege der Kostenkontrolle nachgewiesen werden. Dazu ist es nicht erforderlich, dass der Kläger die Kalkulation des in Anspruch genommenen Normadressaten mit sämtlichen Preisbildungsfaktoren vorträgt. Vielmehr können für den Nachweis eines Ausbeutungsmissbrauchs einzelne Preisbildungsfaktoren Bedeutung gewinnen, wobei insbesondere der Ansatz einer Mehrheit von Preisbildungsfaktoren, von denen anzunehmen ist, dass auf ihrer Grundlage kalkulierte Preise bei wirksamem Wettbewerb auf dem Markt nicht durchgesetzt werden können, ein Indiz für einen missbräuchlich überhöhten Preis sein kann (vgl. BGH, Urteil vom 18. Oktober 2005 - KZR 36/04, BGHZ 164, 336, 346 - Stromnetznutzungsentgelt I; Beschluss vom 15. Mai 2012 - KVR 51/11, WuW/E DE-R 3632 Rn. 15 - Wasserpreise Calw I; Beschluss vom 14. Juli 2015 - KVR 77/13, BGHZ 206, 229 Rn. 22 - Wasserpreise Calw II).

21           b) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist es für die Anwendbarkeit der zur sekundären Darlegungslast entwickelten Grundsätze unerheblich, ob ein entsprechender Auskunftsanspruch besteht. Anders als die Beschwerdeerwiderung meint, gilt das nicht nur für Schadensersatzansprüche wegen Verletzung eines strafrechtlichen Schutzgesetzes (vgl. BGH, Urteil vom 17. März 1987 - VI ZR 282/85, BGHZ 100, 190, 195 f.; Urteil vom 10. Februar 2015 - VI ZR 343/13, NJW-RR 2015, 1279 Rn. 11). Das für die zivilrechtliche Verfahrenspraxis wichtige und unverzichtbare Instrument der sekundären Darlegungslast würde weitgehend entwertet, wenn es nur in Fällen Anwendung finden könnte, in denen ohnehin ein entsprechender materiell-rechtlicher Auskunftsanspruch besteht.

22           c) Die vom Berufungsgericht als allgemeingültig formulierte Aussage, an Kalkulationsgrundlagen bestehe ein erhebliches Geheimhaltungsinteresse, das ihre Offenlegung im Wege einer sekundären Darlegungslast unzumutbar mache, ist mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ebenfalls nicht vereinbar. In einem die Festsetzung von Stromnetznutzungsentgelt betreffenden Fall hat der Senat bereits ausgeführt, dass sich die dortige Beklagte für die Weigerung, ihre Kalkulationsgrundlagen vorzulegen, nicht pauschal auf die Wahrung ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse berufen könne. Vielmehr bedürfe es eines substantiierten Sachvortrags, bei Offenlegung welcher konkreten Geheimnisse sie welche Nachteile zu befürchten hätte (vgl. BGH, Urteil vom 20. Juli 2010 - EnZR 24/09, NVwZ-RR 2011, 58 Rn. 35; Urteil vom 19. November 2009 - VIII ZR 138/07, BGHZ 178, 362 Rn. 46). Es ist nicht ersichtlich, wieso hinsichtlich der Preisfestsetzung für Energielieferungen und damit auch für die hier in Rede stehende Lieferung von Fernwärme insoweit andere Grundsätze gelten sollten. Insbesondere steht hier ebenfalls ein Vertikalverhältnis der Parteien in Rede. Deshalb ist es unerheblich, dass der Bundesgerichtshof in einem einen Streit zwischen Wettbewerbern betreffenden Fall



die dortige Erwägung des Berufungsgerichts nicht beanstandet hat, die Beklagte habe - was keiner näheren Ausführung bedürfe - ein erhebliches Geheimhaltungsinteresse an ihren Kalkulationsgrundlagen (BGH, Urteil vom 21. April 2005 - I ZR 201/02, GRUR 2005, 1059, 1061 - Quersubventionierung von Laborgemeinschaften I).

23 Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass die Beklagte - wie im Streitfall erforderlich - zu einem konkreten Geheimhaltungsinteresse an den für die Durchführung einer Kostenkontrolle erforderlichen Unterlagen vorgetragen hat.

24 d) Soweit das Berufungsgericht hinsichtlich des für das Objekt PI. - straße 8 gewährten Rabatts in Höhe von 59,18% auf den Grundpreis eine missbräuchliche Preisspaltung unter Hinweis auf das Senatsurteil vom 7. Dezember 2010 (KZR 5/10, WuW/E DE-R 3145 Rn. 25 - Entega II) abgelehnt hat, wird in der neuen Verhandlung zu berücksichtigen sein, dass die Beweislast für die

Rechtfertigung einer Preisspaltung gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 3 GWB beim Normadressaten liegt. Die Klägerin hat Vortrag der Beklagten zum konkreten Zeitraum der von ihr behaupteten zeitlichen Begrenzung verlangt. Es ist nicht ersichtlich, dass die Beklagte solchen Vortrag bisher gehalten hat.

Limperg

Raum

Kirchhoff

Bacher

Sunder

Vorinstanzen:

LG Magdeburg, Entscheidung vom 16.12.2017 - 36 O 1/17 (001) -

OLG Naumburg, Entscheidung vom 04.10.2018 - 9 U 5/18 -