



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

**KVR 13/05**

Verkündet am:  
13. Dezember 2005  
Walz  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in der Kartellverwaltungssache

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

Stadtwerke Dachau

GWB § 19 Abs. 2 Satz 1

Solange nicht davon ausgegangen werden kann, dass für die Gasnetze ein nicht nur rechtlich abgesichertes, sondern auch praktisch handhabbares Durchleitungssystem besteht, das anderen Weiterverteilern die Möglichkeit einräumt, Nachfrager zu Wettbewerbsbedingungen zu beliefern, verfügen Gasversorgungsunternehmen in ihren herkömmlichen Versorgungsgebieten auch weiterhin über ein natürliches Monopol.

GWB § 19 Abs. 1 und 4 Nr. 1

Ein Gebietsversorger darf einer Gemeinde, die nach Ablauf des Konzessionsvertrags das betreffende Netz aufgrund der vertraglichen Endchaftsbestimmungen übernommen hat, die Belieferung mit Gas nicht verweigern, wenn andere Anbieter für eine Versorgung des Gemeindegebiets auf eine Durchleitung durch das Netz des Gebietsversorgers angewiesen sind.

BGH, Beschluss vom 13. Dezember 2005 – KVR 13/05 – OLG München

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Dezember 2005 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Hirsch, den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Ball, Prof. Dr. Bornkamm und Prof. Dr. Meier-Beck

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde der Landeskartellbehörde wird der Beschluss des Kartellsenats des Oberlandesgerichts München vom 2. Oktober 2003 aufgehoben. Die Beschwerde der Betroffenen gegen die Verfügung des Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft, Verkehr und Technologie vom 23. Dezember 2002 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerde- und des Rechtsbeschwerdeverfahrens sowie die im Rechtsbeschwerdeverfahren notwendigen Aufwendungen der Landeskartellbehörde und des Bundeskartellamts hat die Betroffene zu tragen.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 100.000 € festgesetzt.

#### Gründe:

- 1 I. Die weitere Beteiligte zu 1 (im Folgenden: Stadtwerke Dachau) erhielt Anfang Dezember 2002 die Genehmigung zur Aufnahme der leitungsgebundenen Versorgung anderer mit Gas im Stadtgebiet von Dachau und im benachbarten Gröbenried. Der Betroffenen (im Folgenden: SWM-V), die bereits in der Vergangenheit die Endverbraucher im Stadtgebiet Dachau mit Gas versorgt hatte, war ebenfalls eine Genehmigung zur Aufnahme der allgemeinen Versorgung mit Gas für die Stadt München und mehrere Umlandgemeinden, darunter die Stadt Dachau, erteilt worden. Ebenfalls im Dezember 2002 übertrug die Muttergesell-

schaft der SWM-V, die Stadtwerke München GmbH (im Folgenden: Stadtwerke München), den Stadtwerken Dachau das Gasnetz in Dachau, wozu sie sich nach den Endschaftsbestimmungen des Ende 2002 ausgelaufenen Konzessionsvertrags verpflichtet hatte. Dagegen ließen die Stadtwerke München die Stadtwerke Dachau nicht in die laufenden Lieferverträge mit Letztverbrauchern eintreten. Das Netz, das die Stadtwerke Dachau von den Stadtwerken München übernommen haben, ist allein an das vorgelagerte Netz der SWM-V angeschlossen. Deren Netz ist mit dem Netz der Bayerngas GmbH verbunden, das wiederum an die Netze der Ruhrgas AG und des österreichischen Ferngasunternehmens OVM angeschlossen ist. Zunächst war zwischen den Stadtwerken Dachau und den Stadtwerken München eine gesellschaftsrechtliche Kooperation zur gemeinsamen Versorgung des Stadtgebiets Dachau ins Auge gefasst worden. Als sich die Stadt Dachau gegen eine solche Kooperation entschied, teilten ihr die Stadtwerke München mit, dass SWM-V den Stadtwerken Dachau wegen des damit entstehenden Wettbewerbs zwischen den beiden Versorgungsunternehmen kein Gas liefern werde.

2 Mit Bescheid vom 23. Dezember 2002 hat das Bayerische Staatsministerium für Wirtschaft, Verkehr und Technologie (im Folgenden: Landeskartellbehörde) der SWM-V für die Zeit vom 2. Januar bis zum 31. März 2003 untersagt, die Belieferung der Stadtwerke Dachau mit Gas zu verweigern. Die Verfügung hat folgenden Wortlaut:

1. Der SWM-V wird untersagt, den Stadtwerken Dachau eine Belieferung mit Erdgas zu verweigern, das diese zur Versorgung von Letztverbrauchern benötigen, mit denen Gaslieferungsverträge nach § 2 Abs. 2 der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden zustande kommen oder die sich für eine Versorgung durch die Stadtwerke Dachau entscheiden. Die Konditionen für die Belieferung dürfen nicht ungünstiger sein als die, die für die Versorgung der jeweiligen Letztverbraucher durch die SWM-V zum gleichen Zeitpunkt angewandt würden; die in Dachau anfallenden Durchleitungsentgelte sind in Abzug zu bringen.
2. Diese Untersagung gilt vom 2. Januar 2003 bis zum 31. März 2003 oder bis zum Abschluss eines Gaslieferungsvertrages der Stadtwerke Dachau mit einem Dritten, falls dieser einen Beginn der Gaslieferung vor dem 31. März 2003 vorsieht.
3. ...

3 Die Verfügung war darauf gestützt, dass SWM-V ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt der Versorgung von Letztverbrauchern durch die Verwei-

gerung der Belieferung missbrauche, indem sie einen zweiten Anbieter am Marktzutritt hindere (§ 19 Abs. 1 u. 4 Nr. 1 GWB). Außerdem habe die SWM-V durch die Nichtbelieferung der von ihr abhängigen Stadtwerke Dachau gegen das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot des § 20 Abs. 2 GWB verstoßen.

4           Gegen diese Verfügung hat SWM-V Beschwerde eingelegt. Während des Beschwerdeverfahrens kam es zwischen SWM-V und den Stadtwerken Dachau doch noch zum Abschluss eines Gaslieferungsvertrages.

5           Die SWM-V ist davon ausgegangen, dass sich ihre Beschwerde mit Ablauf des 31. März 2003, hilfsweise bereits mit Abschluss des Gaslieferungsvertrages am 29. Januar 2003, erledigt habe. Sie hat beantragt festzustellen, dass die Verfügung der Landeskartellbehörde rechtswidrig war.

6           Das Oberlandesgericht hat dem Fortsetzungsfeststellungsantrag der SWM-V stattgegeben und die Rechtswidrigkeit der Verfügung der Landeskartellbehörde festgestellt. Hiergegen richtet sich die – vom Senat zugelassene – Rechtsbeschwerde der Landeskartellbehörde.

7 II. Das Beschwerdegericht hat die Verfügung der Landeskartellbehörde als rechtswidrig angesehen. Zur Begründung hat es ausgeführt:

8 Auf dem Markt der Belieferung von Weiterveräußerern mit Gas sei SWM-V nicht marktbeherrschend, selbst wenn sie zwei kommunale Gaswerke beliefern sollte, die ihr konzernmäßig nicht zuzurechnen wären. Allenfalls beherrsche sie den Endkundenmarkt im Netzgebiet Dachau, weil der Gasmarkt nach den Netzen der beteiligten Unternehmen abzugrenzen sei. Unabhängig davon liege ein Missbrauch nach § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB nicht vor, weil SWM-V sich auf einen sachlich gerechtfertigten Grund für die Nichtbelieferung der Stadtwerke Dachau berufen könne. Zwar könne die Lieferungsverweigerung zu einer Festigung der marktbeherrschenden Stellung von SWM-V auf dem Endkundenmarkt in Dachau führen. Doch sei auch dem Marktbeherrscher eine Belieferung von Konkurrenten nur unter besonderen Voraussetzungen zuzumuten. Im Streitfall könne von einer solchen Ausnahme allenfalls dann ausgegangen werden, wenn den Stadtwerken Dachau der Marktzutritt ohne diese Belieferung vollständig versagt gewesen wäre. Den Stadtwerken Dachau sei es indessen nicht auf Dauer unmöglich gewesen, einen Liefervertrag mit einem anderen Gaslieferanten abzuschließen; auch hätten sie nicht alle zumutbaren Möglichkeiten ausgeschöpft, einen Liefervertrag mit einem anderen Gaslieferanten abzuschließen. Die Versorgung der Endkunden sei – nicht zuletzt im Hinblick auf die Lieferbereitschaft der SWM-V – nie gefährdet gewesen.

9 Im Verhalten der SWM-V liege auch keine unbillige Behinderung. Eine marktbeherrschende Stellung auf dem Weiterverteilermarkt komme SWM-V nicht zu. Auch eine Abhängigkeit im Sinne von § 20 Abs. 2 GWB sei nicht gegeben, weil ausreichende und zumutbare Möglichkeiten bestanden hätten, auf andere Lieferanten auszuweichen.

- 10 III. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Rechtsbeschwerde haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückweisung der (Fortsetzungsfeststellungs-)Beschwerde.
- 11 Das Beschwerdegericht hat die Untersagungsverfügung der Landeskartellbehörde zu Unrecht als rechtswidrig angesehen. Die Weigerung der SWM-V, die Stadtwerke Dachau auch nur für eine Übergangszeit bis zur endgültigen Klärung anderer Belieferungsmöglichkeiten mit Gas zu beliefern, stellt eine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von § 19 Abs. 1 und 4 Nr. 1 GWB dar.
- 12 1. Zu Unrecht hat das Beschwerdegericht eine beherrschende Stellung der SWM-V auf dem – räumlich durch das herkömmliche Versorgungsgebiet dieses Unternehmens definierten – Markt der Belieferung lokaler Weiterverteiler mit Gas verneint.
- 13 a) Der sachlich relevante Markt wird im Streitfall durch das von den Stadtwerken Dachau nachgefragte Gut bestimmt. Die Stadtwerke benötigen für die Versorgung der an ihr Netz angeschlossenen Letztverbraucher Gas, das sie von einem regionalen oder überregionalen Weiterverteiler beziehen können. Die vom Beschwerdegericht in die Betrachtung einbezogenen Verhältnisse auf dem Endverbrauchermarkt – also dem Markt, auf dem die Letztverbraucher ihrerseits Gas beziehen – spielen dagegen im Streitfall keine Rolle.
- 14 b) Die Frage, ob SWM-V in der Vergangenheit nur zu ihrem Konzern gehörende lokale Weiterverteiler mit Gas beliefert hat, ist für die Marktabgrenzung ohne Bedeutung. Ein Unternehmen kann auch dann als Teilnehmer auf einem bestimmten Markt und gegebenenfalls als marktbeherrschend im Sinne von § 19 Abs. 2 GWB anzusehen sein, wenn es in dem betreffenden Geschäftsverkehr noch nicht tätig ist und auch nicht tätig werden möchte (BGHZ 128, 17, 27 – Gasdurchleitung; vgl. ferner BGH, Urt. v. 20.11.1964 – KZR 3/64, WuW/E 647, 648, 649 – Rinderbesamung I; Urt. v. 26.10.1972 – KZR 54/71, WuW/E 1238, 1241 f. – Registrierkassen). Ob ein Unternehmen in der Vergangenheit an einem bestimmten Ge-

schäftsverkehr teilgenommen hat, ist keine Frage, die sich im Rahmen der Markt-  
abgrenzung stellt. Sie kann im Rahmen des § 20 Abs. 1 GWB von Bedeutung  
sein, wenn es darum geht, ob ein bestimmter Geschäftsverkehr vergleichbaren  
Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, stellt sich aber jedenfalls im Rahmen  
des Missbrauchs- oder Diskriminierungstatbestandes bei der Prüfung eines sach-  
lich gerechtfertigten Grundes, der für die Weigerung, sich an dem fraglichen Ge-  
schäftsverkehr zu beteiligen, bestehen kann.

15           c) Mit Recht ist das Beschwerdegericht davon ausgegangen, dass jeden-  
falls im hier maßgeblichen Zeitpunkt zu Beginn des Jahres 2003 der räumlich re-  
levante Markt nicht größer ist als das Versorgungsgebiet des weichenden Gasver-  
sorgungsunternehmens.

16           Die räumliche Marktabgrenzung bestimmt sich nach den tatsächlichen Aus-  
weichmöglichkeiten, die für die Marktgegenseite, hier für kommunale Weitervertei-  
ler, bestehen. Kleinere räumliche Teilmärkte sind immer dann zu bilden, wenn die  
Austauschmöglichkeiten der Nachfrager aus objektiven Gründen regional begrenzt  
sind. Hierfür können neben wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten  
rechtliche Schranken ursächlich sein, wie sie in der Vergangenheit im Bereich der  
leitungsgebundenen Versorgungswirtschaft bestanden haben (vgl. Ruppelt in  
Langen/Bunte, Kartellrecht, 9. Aufl., § 19 GWB Rdn. 27). Eine Änderung der durch  
regional begrenzte Märkte bestimmten Marktverhältnisse tritt jedoch nicht notwen-  
dig bereits mit der Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen ein, die in der  
Vergangenheit für die räumliche Begrenzung der Märkte verantwortlich waren  
(BGHZ 156, 379, 385 – Strom und Telefon I). Maßgeblich ist vielmehr die Entwick-  
lung der tatsächlichen Marktverhältnisse (vgl. BGHZ 136, 268, 277 – Stromversor-  
gung Aggertal). Diese werden auch weiterhin davon bestimmt, dass die Gasver-  
sorgungsunternehmen in ihren herkömmlichen Versorgungsgebieten über ein na-  
türliches Monopol an der Netzstruktur verfügen, solange nicht ein rechtlich abgesi-  
chertes und praktisch handhabbares Durchleitungssystem besteht, das anderen  
Weiterverteilern die Möglichkeit einräumt, Nachfrager in dem in Rede stehenden  
Gebiet zu Wettbewerbsbedingungen zu beliefern. Mit Recht haben die Landeskar-  
tellbehörde und das Bundeskartellamt darauf hingewiesen, dass zumindest in der

Vergangenheit für Gas ein solches Durchleitungssystem noch nicht bestand. Hieran vermag der Umstand nichts zu ändern, dass SWM-V – was im Hinblick auf die rechtliche Regelung in § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB nicht viel heißen muss – die grundsätzliche Bereitschaft zur Durchleitung erklärt hatte und eine Belieferung der Stadtwerke Dachau durch einen auswärtigen Weiterverteiler zum damaligen Zeitpunkt möglich erschien.

17           2. Ist der Markt, auf dem die Stadtwerke Dachau von regionalen Weiterverteilern Gas nachfragen, netzbezogen abzugrenzen, unterliegt es keinem Zweifel, dass SWM-V auf diesem Markt über eine beherrschende Stellung verfügt (§ 19 Abs. 2 Satz 1 GWB).

18           3. Zu Unrecht hat das Beschwerdegericht die Weigerung der SWM-V, die Stadtwerke Dachau mit Gas zu beliefern, als sachlich gerechtfertigt angesehen. Es hat dabei nicht hinreichend berücksichtigt, dass die angefochtene Untersa-  
gungsverfügung der Landeskartellbehörde eine Belieferung nicht auf Dauer vor-  
sah. Vielmehr ging es allein um die Belieferung während einer verhältnismäßig  
kurzen Übergangsfrist von drei Monaten, um den Stadtwerken bis zum Abschluss  
eines endgültigen Vertrages mit einem Weiterverteiler die Möglichkeit einzuräu-  
men, den Letztverbrauchern mit der Übernahme des Netzes Anfang 2003 eine  
Versorgungsalternative zum bisherigen Versorgungsunternehmen anzubieten.  
Zwar verweist das Beschwerdegericht zu Recht auf die Rechtsprechung, nach der  
auch einem marktbeherrschenden Unternehmen in der Regel nicht zugemutet  
werden kann, einen Wettbewerber gegen die eigenen wirtschaftlichen Interessen  
zu beliefern. Dieses grundsätzlich als berechtigt anzuerkennende Interesse auch  
des Marktbeherrschers findet jedoch dort seine Grenzen, wo es der auf die Frei-  
heit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbs-  
beschränkungen zuwiderläuft, sich insbesondere gegen die Offenheit des Markt-  
zugangs richtet (vgl. BGHZ 129, 53, 64 – Importarzneimittel; ferner BGH, Urt. v.  
12.3.1991 – KZR 26/89, WuW/E 2707, 2716 – Einzelkostenerstattung). Im Streit-  
fall ist das Interesse von SWM-V darauf gerichtet, die Endkunden, die an das den  
Stadtwerken Dachau übertragene Netz angeschlossen sind, wie in der Vergan-  
genheit unter Ausschluss von Wettbewerbern unmittelbar zu beliefern. Dieses In-

teresse kann indessen entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts nicht als berechtigt anerkannt werden. Denn es läuft dem gesetzgeberischen Ziel zuwider, die früher durch die gesetzliche Gestattung von Konzessions- und Demarkationsab-sprachen geschützten Monopole aufzubrechen und den Ablauf bestehender Konzessionsverträge sowie die Übernahme des Netzes durch einen anderen Versor-ger für eine Öffnung des Wettbewerbs zu nutzen und zu verhindern, dass die Endkunden trotz Ablauf des Konzessionsvertrages und trotz Übertragung des Netzes faktisch an den bisherigen Versorger gebunden bleiben (vgl. BGHZ 143, 128, 157 – Endschaftsbestimmung). Damit würde eine Marktzutrittsschranke auf-rechterhalten, die zu beseitigen das erklärte Ziel des Gesetzgebers im Zuge der Liberalisierung der Energiemärkte ist.

19 IV. Danach ist die Entscheidung des Beschwerdegerichts aufzuheben. Da  
die angefochtene Untersagungsverfügung der Landeskartellbehörde zu Recht er-  
gangen ist, ist die Beschwerde, mit der SWM-V zuletzt den Fortsetzungsfeststel-  
lungsantrag verfolgt hat, zurückzuweisen.

20 Die Kostenentscheidung beruht auf § 78 Satz 1 GWB.

Hirsch

Goette

RIBGH Ball ist wegen einer Dienst-  
reise an der Unterschrift gehindert.

Hirsch

Bornkamm

Meier-Beck

Vorinstanz:

OLG München, Entscheidung vom 02.10.2003 - Kart 1/02 -