



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

KZR 21/08

Verkündet am:  
23. Juni 2009  
Bürk  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Entega

GWB § 19 Abs. 1, 4 Nr. 3, § 36 Abs. 2

- a) Wird ein abhängiges Unternehmen i.S. des § 17 AktG wegen missbräuchlicher Preisspaltung zivilrechtlich in Anspruch genommen, sind ihm für die Anwendung von § 19 Abs. 1 und 4 GWB die Kenntnisse seiner Mutter- und Schwestergesellschaften zuzurechnen.
- b) Die Verbundklausel des § 36 Abs. 2 GWB gilt nicht nur für die Fusionskontrolle, sondern für den gesamten Anwendungsbereich des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

BGH, Urteil vom 23. Juni 2009 - KZR 21/08 - OLG Frankfurt/Main  
LG Frankfurt/Main

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. Juni 2009 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Tolksdorf, den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Prof. Dr. Meier-Beck, Dr. Kirchhoff und Dr. Grüneberg

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 19. Februar 2008 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Kläger beziehen für ihr Einfamilienhaus in L. Erdgas von der Beklagten, einer Vertriebsgesellschaft für Erdgas und Elektrizität im Netzgebiet der H. AG (H.) und der Stadtwerke M. AG. Die Gesellschaftsanteile der Beklagten werden zu 78% von der H. und zu 22% von der Stadtwerke M. AG gehalten. Die H. ist auch alleinige Gesellschafterin der e. GmbH & Co. KG (im Folgenden: e. ), die ebenfalls Erdgas

und Elektrizität vertreibt, wobei sich ihr Vertriebsgebiet in der Region um B. mit demjenigen der Beklagten deckt und im Übrigen auf die Netze der G. AG (G. ) und der E. beschränkt.

2 Die Kläger beziehen jährlich ca. 22.000 kWh Erdgas von der Beklagten. Sie haben behauptet, die Beklagte verlange dafür 5,21 ct/kWh. Demgegenüber beträgt der Abgabepreis von e. bei einer Jahresabnahme von ebenfalls 22.000 kWh 4,54 ct/kWh. Die Kläger halten dies für eine missbräuchliche Preispaltung gemäß § 19 Abs. 1 i.V. mit Abs. 4 Nr. 3 GWB. Sie haben beantragt,

der Beklagten zu verbieten, von den Klägern ungünstigere Entgelte für Erdgaslieferungen zu fordern, als sie die e. von gleichartigen Abnehmern fordert, die an das Erdgasverteilnetz der E. , der G. oder der H. in B. angeschlossen sind.

3 Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen. Dagegen wenden sich die Kläger mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

#### Entscheidungsgründe:

4 I. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen, weil die Beklagte schon nicht Normadressatin des § 19 GWB sei. Es sei von einem allgemeinen Angebotsmarkt für Wärmeversorgung auszugehen, auf dem die Beklagte keine marktbeherrschende Stellung habe.

5                   II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Kläger hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

6                   1. Der für die Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung eines Gasversorgers sachlich maßgebliche Markt ist kein einheitlicher Wärmeenergiemarkt, sondern der Markt für die leitungsgebundene Versorgung von Endkunden mit Gas. Das hat der Bundesgerichtshof zuletzt in seinem Beschluss vom 10. Dezember 2008 bestätigt und entspricht der gefestigten Rechtsprechung des Senats (BGHZ 151, 274, 282 - Fernwärme für Börnsen; 176, 244 Tz. 12 - Erdgassondervertrag; BGH, Beschl. v. 10.12.2008 - KVR 2/08, WuW/E DE-R 2538 Tz. 12 - Stadtwerke Uelzen). In Übereinstimmung damit geht jetzt auch der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in seinem Urteil vom 19. November 2008 (BGHZ 178, 362 Tz. 18) von einer Monopolstellung des örtlichen Gasversorgers aus.

7                   Der vom Berufungsgericht im Anschluss an die Entscheidung des VIII. Zivilsenats vom 13. Juni 2007 (BGHZ 172, 315) herangezogene Gesichtspunkt, dass von den Märkten für andere Energieträger ein wettbewerblicher Einfluss auf den Gasversorgungsmarkt ausgehen kann, der beim Nachfrager Zweifel an der Entscheidung für ein bestimmtes System (hier: Gasheizung) zu wecken vermag, ist nicht bei der Bestimmung des relevanten Marktes zu berücksichtigen. Er ist vielmehr erst für die nachgelagerte Frage erheblich, ob ein Anbieter auf dem relevanten Markt keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat (vgl. BGHZ 176, 1 Tz. 15 - Sodaclub II, m.w.N.). Im Streitfall ist nichts dafür ersichtlich, dass dieser Gesichtspunkt die marktbeherrschende Stellung der Beklagten in Frage stellen könnte.

8                    2. Da sich das Berufungsurteil auch nicht aus anderen Gründen als richtig erweist (§ 561 ZPO), kann es keinen Bestand haben.

9                    a) Es begegnet unter dem Gesichtspunkt der Zulässigkeit der Klage (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) keinen rechtlichen Bedenken, dass der Klageantrag als Vergleichsmaßstab für die Preisberechnung die Tarife der e. heranzieht. Diese Tarife werden veröffentlicht und sind der Beklagten deshalb bereits unabhängig von ihrer über die H. vermittelten gesellschaftsrechtlichen Verbindung mit der e. zugänglich.

10                    Gegen den Antrag bestehen auch keine grundsätzlichen kartellrechtlichen Einwände. Im Falle einer entsprechenden Verurteilung würde die Angleichung der Preise der Beklagten an diejenigen der e. weder auf einer Absprache noch auf einer abgestimmten Verhaltensweise i.S. des § 1 GWB beruhen. Voraussetzung für den Anspruch der Kläger ist, dass die Beklagte und die e. mit der H. eine wirtschaftliche Einheit bilden. Da die wirtschaftliche Einheit kartellrechtlich als ein Unternehmen behandelt wird, findet das Kartellrecht zwischen den einzelnen Teilen der wirtschaftlichen Einheit keine Anwendung.

11                    b) Die Beklagte ist für den etwaigen Anspruch der Kläger auch passivlegitimiert. Als marktbeherrschendes Unternehmen ist sie Normadressatin des § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB und kann bei einem Verstoß gegen diese Vorschrift auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Dass sie, was für die Zwecke der Revision zu unterstellen ist, von der H. beherrscht wird, ändert hieran entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung nichts.

- 12           aa) Die Beklagte ist Vertragspartner der Kläger für die Erdgaslieferung. Sie setzt die Abgabepreise fest und kann deshalb auch ihre Preise, wenn sie missbräuchlich überhöht sein sollten, auf die wettbewerblich zulässige Höhe absenken.
- 13           bb) Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung steht der Inanspruchnahme der Beklagten auch nicht entgegen, dass sie ohne Mitwirkung der sie - unterstellt - beherrschenden Muttergesellschaft ihrer materiellen Beweislast für die sachliche Rechtfertigung einer Preisspaltung i.S. des § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB (vgl. BGHZ 142, 239, 246 - Flugpreisspaltung) nicht gerecht werden kann. Der Beklagten sind für die Zwecke der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle die Kenntnisse ihrer Muttergesellschaft H. und der e. zuzurechnen. Sind die Beklagte und die e. Teile eines einheitlichen Unternehmens, so sind in diesem einheitlichen Unternehmen auch alle Kenntnisse verfügbar, die die Preisfestsetzung dieser Teile betreffen. Ob die Beklagte diese Kenntnisse tatsächlich in den Prozess einführen kann, liegt zwar in der Hand ihres Mehrheitsgesellschafters H. . Sollte sich dieser dafür entscheiden, den Vortrag der Beklagten zur sachlichen Rechtfertigung ihrer Preise nicht zu unterstützen, ist dies nicht anders zu beurteilen als der Verzicht einer Prozesspartei auf den Vortrag ihr günstiger Tatsachen. Eine abweichende Beurteilung verbietet sich schon deshalb, weil sie marktbeherrschenden Unternehmen die Möglichkeit eröffnen würde, das Verbot missbräuchlicher Preisspaltung durch eine Aufteilung ihrer Tätigkeit auf verschiedene Tochtergesellschaften zu umgehen. Eine Inanspruchnahme der Muttergesellschaft durch die mit überhöhten Preisen belasteten Kunden käme regelmäßig nicht in Betracht, weil die Kunden nach dem Trennungsprinzip jeweils nur gegen ihren Vertragspartner, also die jeweilige Tochtergesellschaft, vorgehen könnten.

- 14           Dieser zivilrechtlichen Beurteilung steht, anders als die Revisionserweiterung meint, der für das Kartellverwaltungsverfahren geltende § 59 Abs. 1 Nr. 2 GWB nicht entgegen. Nach dieser Vorschrift kann die Kartellbehörde von Unternehmen Auskunft über die wirtschaftlichen Verhältnisse auch der mit ihnen nach § 36 Abs. 2 GWB verbundenen Unternehmen verlangen, soweit sie die Information zur Verfügung haben oder soweit sie aufgrund bestehender rechtlicher Verbindungen zur Beschaffung der verlangten Informationen über die verbundenen Unternehmen in der Lage sind. Im Verhältnis von Tochtergesellschaften untereinander wird es an diesen Voraussetzungen allerdings regelmäßig fehlen (vgl. Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 59 Rdn. 12). Die Tochtergesellschaft kann dementsprechend nicht unter Androhung von Zwangsgeld (vgl. § 86a GWB) zur Auskunft verpflichtet werden. Die Durchsetzung eines behördlichen Auskunftsverlangens im Wege des Verwaltungszwangs ist jedoch mit der materiellen Beweislast im Rahmen des § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB nicht vergleichbar. Die prozessuale Mitwirkungspflicht des marktbeherrschenden Unternehmens ist lediglich eine prozessuale Obliegenheit, der nachzukommen in seinem Belieben steht. Hält das marktbeherrschende Unternehmen keinen entsprechenden Vortrag, hat es allerdings die prozessualen Konsequenzen zu tragen.
- 15           c) Für das Revisionsverfahren ist davon auszugehen, dass die Preisgestaltung der e. der Beklagten zuzurechnen ist. Die Verbundklausel des § 36 Abs. 2 GWB gilt nicht nur für die Fusionskontrolle, sondern für den gesamten Anwendungsbereich des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Begründung zur 6. GWB-Novelle, BT-Drucks. 13/9720, S. 56; Mestmäcker/Veelken in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 36 Rdn. 40; Paschke in Frankfurter Kommentar zum GWB, Stand Januar 2009, § 36 Rdn. 90; Münch-Komm.GWB/C. Becker/Knebel, § 36 Rdn. 211; Ruppelt in Langen/Bunte, Kartellrecht, 10. Aufl., § 36 GWB Rdn. 58). Nach § 36 Abs. 2 GWB sind abhängige

und herrschende Unternehmen i.S. des § 17 AktG oder Konzernunternehmen i.S. des § 18 AktG als einheitliches Unternehmen anzusehen. Gemäß § 36 Abs. 2 GWB i.V. mit § 17 Abs. 2 AktG wird vermutet, dass sowohl die Beklagte als auch die e. von der H. abhängige Unternehmen sind.

16 Daraus, dass § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB auf ungünstigere Entgelte abstellt, die das marktbeherrschende Unternehmen "selbst" auf vergleichbaren Märkten von gleichartigen Abnehmern fordert, kann keine Unanwendbarkeit der Verbundklausel im Rahmen dieses Tatbestands abgeleitet werden. Die Vorschrift des § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB wendet sich gegen eine Diskriminierung von Abnehmern durch missbräuchliche Preisspaltungen und stellt daher - anders als § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB - auf einen Vergleich der von dem marktbeherrschenden Unternehmen "selbst" geforderten Preise ab. Die Betrachtung des Verhaltens verbundener Unternehmen als wirtschaftliche Einheit wird dadurch aber nicht ausgeschlossen. Eine andere Auslegung wäre mit dem Zweck der Vorschrift unvereinbar, weil die Norm immer dann leerliefe, wenn sich das marktbeherrschende Unternehmen für die Preisspaltung rechtlich selbständiger Tochtergesellschaften bediente.

17 Die Abhängigkeitsvermutung kann auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht als widerlegt angesehen werden. Es ist nicht nachgewiesen, dass H. aus Rechtsgründen keine Herrschaftsmittel zur Verfügung stehen, die beherrschenden Einfluss auf die Beklagte und die e. begründen (vgl. MünchKomm.AktG/Bayer, 3. Aufl., § 17 Rdn. 90 f.; Hüffer, AktG, 8. Aufl., § 17 Rdn. 19).

18 d) Nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts ist auch nichts dafür ersichtlich, dass die Beklagte kein Normadressat des § 19 Abs. 4

GWB sein könnte, weil der Markt räumlich nicht auf das durch das Netz der H. versorgte Gebiet zu beschränken wäre. In räumlicher Hinsicht wird der relevante Markt - solange keine Veränderung der konkreten Wettbewerbsverhältnisse eintritt - durch das Versorgungsgebiet des einzigen örtlichen Anbieters leitungsgebundener Versorgung mit Gas bestimmt (vgl. BGHZ 156, 379, 384 ff. - Strom und Telefon I; BGH WuW/E DE-R 2538 Tz. 13 - Stadtwerke Uelzen).

19                    3. Dem Senat ist eine eigene Sachentscheidung nicht möglich, weil das Berufungsgericht noch keine Feststellungen zur Widerlegung der Abhängigkeitsvermutung des § 36 Abs. 2 GWB, zu den tatsächlich dem Kläger berechneten Preisen sowie zur Vergleichbarkeit der Märkte, Gleichartigkeit der Abnehmer und der eventuellen sachlichen Rechtfertigung der unterschiedlichen Preise getroffen hat.

20                    Für seine erneute Entscheidung wird das Berufungsgericht gegebenenfalls die Grundsätze zu berücksichtigen haben, die der Senat zur Auslegung des § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB entwickelt hat (vgl. BGHZ 142, 239 - Flugpreispaltung). Die Vergleichbarkeit der Märkte wird dabei kaum zu verneinen sein, da die Beklagte und die e.    nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in der Region um B.    auf demselben räumlichen Markt tätig sind. Mit den Klägern gleichartig sind private Endabnehmer mit einer jährlichen Bezugsmenge von 22.000 kWh Erdgas, unabhängig davon, ob sie nach einem allgemeinen Tarif oder einem Sondervertrag beliefert werden. Hinsichtlich der sachlichen Rechtfertigung könnte erheblich werden, dass es auch einem Anbieter leitungsgebundener Gasversorgung grundsätzlich unbenommen ist, neben seinem herkömmlichen Vertriebsweg eine günstigere Bezugsmöglichkeit über eine andere

eigene Vertriebsgesellschaft - ähnlich einer Zweimarkenstrategie bei Konsumgütern oder der im Stromvertrieb bereits etablierten "Billigmarken" - anzubieten. Ein Missbrauchsvorwurf kann sich in einem solchen Fall aber aus der räumlichen Beschränkung des günstigeren Angebots ergeben.

Tolksdorf

Bornkamm

Meier-Beck

Kirchhoff

Grüneberg

Vorinstanzen:

LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 07.03.2007 - 2/6 O 469/06 -

OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 19.02.2008 - 11 U 12/07 (Kart) -