

AZ: 2-8 O 489/06
Landgericht Frankfurt am Main

Lt. Protokoll
verkündet am 7.3.2007
Thomas, Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle

Urteil **Im Namen des Volkes**

In dem Rechtsstreit

[REDACTED]
[REDACTED]
Kläger,

- Prozessb.: RA in Lünighöner, Untere Weidenstr. 5, 81543 München -

gegen

**ENTEGA Vertrieb GmbH & Co. KG, vertreten durch die ENTEGA Vertrieb
Verwaltungs-GmbH, diese vertreten durch die Geschäftsführer Bötdeker und Koch,
Landwehrstr. 55, 64293 Darmstadt,**

Beklagte,

- Prozessb.: RA Dr. Haellmigk, Schöttlestr. 8, 70597 Stuttgart -

hat die 6. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main durch Vorsitzenden
Richter am Landgericht Rau, Richter am Landgericht Dr. Kochendörfer und Richterin
am Landgericht Zöller-Mirbach aufgrund mündlicher Verhandlung vom 10.1.2007 für
Recht erkannt:

Die Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, von den Klägern ungünstigere
Entgelte für Erdgaslieferungen zu fordern, als sie die e-ben GmbH & Co KG
von gleichartigen Abnehmern fordert, die an das Erdgasverteilnetz der
Energieried GmbH & Co. KG, das Erdgasverteilnetz der GGEW Gruppen Gas-
und Elektrizitätswerk Bensheim AG oder das Ergasverteilnetz der HEAG
Südhessische Energie AG in Bürstadt angeschlossen sind.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 750,00 EURO abwenden, falls nicht die Kläger vor der Vollstreckung entsprechend Sicherheit leisten.

Die Berufung wird zugelassen.

Streitwert: Eur. 500

Tatbestand:

Die Kläger gehen gegen die Beklagte wegen einer angeblich missbräuchlichen Preisspaltung für Erdgaslieferungen vor.

Die Beklagte ist eine Vertriebsgesellschaft, die Erdgas und Elektrizität im Netzgebiet der HSE (HEAG Süd Hessische Energie AG) und der Stadtwerke Mainz AG vertreibt. Sie verfügt über ca. 180.000 Kunden. Die Kläger sind - mit einer Jahresabnahme von ca. 22.000 kWh - Kunden der Beklagten und beziehen von der Beklagten Erdgas zur Versorgung ihres Einfamilienhauses in Lorsch.

Die HSE hält 78% der Gesellschaftsanteile der Beklagten, 22% halten die Stadtwerke Mainz AG. Zur HSE gehört als 100%ige Tochter u.a die e-ben GmbH & Co. KG. Die e-ben GmbH & Co KG vertreibt ebenfalls Erdgas und Elektrizität. Ihr Vertriebsgebiet deckt sich zum Teil mit Regionen, in denen die Beklagte Energie vertreibt (u.a. bei Lampertheim und bei Bensheim). Die e-ben GmbH & Co KG vertreibt Gas auch über die Netze der GGWE und der Energierled GmbH & Co. KG. Bei einer Jahresabnahme von 20.000 kWh beträgt der Netto-Abgabepreis bei der e-ben GmbH & Co KG 4,54 ct/kWh.

Die Kläger behaupten, die Beklagte verlange als Entgelt für das von ihr gelieferte Erdgas seit August 2006 einen aus Arbeits-, Grund- und Leistungspreis zu erreichenden „Mischpreis“ von 5,21 ct/kWh. Die e-ben GmbH & Co KG biete damit für einen vergleichbaren Abnahmefall 12,86% günstigere Preise an. Bei einem durchschnittlichem Gasverbrauch von 22.000 kWh im Jahr ergebe sich ein nomineller Preisunterschied von rund Eur. 150. Die Beklagte sei im Netzgebiet der HSE mit einem Marktanteil von über 90% marktbeherrschend, da bei Haushaltskunden derzeit faktisch noch kein Durchleitungswettbewerb stattfindet. Die Vertriebsgebiete der e-ben GmbH & Co KG seien mit denen der HSE vergleichbar. Die von der e-ben GmbH & Co KG zu zahlenden Netzentgelte seien nicht niedriger als die der Beklagten, so dass darin keine Rechtfertigung für die unterschiedliche Preisgestaltung liegen könne.

Sie sind der Auffassung, das Verhalten der Beklagten erfülle die Voraussetzungen einer missbräuchlichen Preisspaltung nach § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 3 GWB. Die HSE und die Beklagte seien als einheitliches Unternehmen i.S.d. §§ 36, Abs. 2 S. 1,

37 Abs. 1 Nr. 3 GWB anzusehen. Sicherheits-, Korrektur- und Erheblichkeitszuschläge seien nicht in Ansatz zu bringen, da faktisch kein Wettbewerb stattfinde. Der räumlich-relevante Markt nach § 19 GWB sei auf das Netzgebiet der HSE zu begrenzen, solange der Durchleitungswettbewerb faktisch nicht praktiziert werde. Es komme nicht auf die rechtlichen Rahmenbedingungen, sondern die tatsächlichen Marktverhältnisse an.

Die Kläger beantragen,

die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, von den Klägern ungünstigere Entgelte für Erdgaslieferungen zu fordern, als sie die e-ben GmbH & Co KG von gleichartigen Abnehmern fordert, die an das Erdgasverteilnetz der Energieried GmbH & Co. KG, das Erdgasverteilnetz der GGEW Gruppen Gas- und Elektrizitätswerk Bensheim AG oder das Ergasverteilnetz der HEAG Süd Hessische Energie AG in Bürstadt angeschlossen sind.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie ist der Auffassung, nicht Normadressatin zu sein. Die Geschäftspolitik der e-ben GmbH & Co KG sei ihr nicht zuzurechnen. Sie werde gemeinsam von der HSE und den Stadtwerken Mainz, die 50% der Aufsichtsratsmitglieder der Komplementärin entsendeten, kontrolliert. Zudem unterstünde die Geschäftspolitik der Verwaltungs-GmbH einem „weitreichenden Zustimmungsvorbehalt“ des Aufsichtsrates. § 36 Abs. 2 GWB beziehe sich zudem allein auf die Umsatzzurechnung für die Zwecke der Fusionskontrolle; eine Verhaltenszurechnung könne darüber nicht abgeleitet werden. Dies sei allein der Fall, wenn eine Gesellschaft nach Weisung der anderen handle, d.h. im Verhältnis „Mutter“ zur „Tochter“.

Sie habe bereits vor der offiziellen Öffnung der Gasnetze mit Schreiben vom 01.04.2006 ihren Kunden im Wege der „Beistellung“ die Belieferung durch Drittanbieter angeboten. Seit dem 01.10.2006 stehe es jedem Kunden frei, sich von Drittanbietern im Wege der Durchleitung beliefern zu lassen. Dies sei inzwischen

auch „selbstverständlich“ geworden, so seien 932 bzw. 2.000 Kunden inzwischen abgewandert.

Der Jahrespreis bei der e-ben GmbH & Co KG sei allein um 8,19% (bzw. 89,2 Eur.) niedriger. Insoweit sei jedoch den Energieversorgungsunternehmen auch ein Tarifgestaltungsspielraum zuzugestehen.

Den Klägern stünde kein Rechtsschutzbedürfnis zur Seite, da es ihnen freistünde, sich von einem anderen Gasversorger beliefern zu lassen.

Der sachlich relevante Markt sei nicht auf Energieversorger für Gas zu begrenzen. Es sei vielmehr von einem einheitlichen Wärmemarkt unter Berücksichtigung aller funktional austauschbaren Energieträger auszugehen. Insoweit bestünde keine Vergleichbarkeit zum Strommarkt. In räumlicher Hinsicht umfasse dieser Wärmemarkt das gesamte Bundesgebiet. In dem so gefassten Marktgebiet sei die Beklagte nicht marktbeherrschend.

Die vom Kläger angeführten Aussagen des Bundeskartellamtes seien durch die Öffnung auch der Gasmärkte überholt. Ihr obliege nicht die Beweislast für das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen. Jedenfalls lägen sachliche Rechtfertigungsgründe für die von ihr geforderten höheren Gaspreise vor. Sie sei gem. § 36 EnWG zur Grundversorgung im Netzgebiet der HSE verpflichtet und müsse damit auch wirtschaftlich nicht attraktive Kunden versorgen. Die e-ben GmbH & Co KG versorge dagegen nur Sondervertragskunden und könne die Versorgung von der Erteilung einer Einzugsermächtigung abhängig machen. Beratungs- und Betreuungsbedarf seien dort geringer. Die Beklagte könne einen Zuwachs an Kunden nur durch Gewinnung von Gasneukunden erreichen; der e-ben GmbH & Co KG gehe es dagegen um die Gewinnung von Gaswechsellkunden. Das Versorgungsgebiet der Beklagten sei ungünstiger zugeschnitten als das der e-ben GmbH & Co KG.

Zu berücksichtigen seien zudem ein Erheblichkeitszuschlag in Höhe von 15% sowie ein Korrektur- und Sicherheitszuschlag von 20%. Der Erheblichkeitszuschlag sei zwingend vorzunehmen, dies gelte sowohl für im Wettbewerb gebildete Preise als auch für Preise eines natürlichen Monopolisten.

Zur Ergänzung des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze sowie auf die zur Akte gelangten Anlagen verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist zulässig.

Der Klage fehlt nicht das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis. Die Kläger haben ein rechtlich schutzwürdiges Interesse daran, dass der Beklagten gerichtlich untersagt wird, bei der Preisgestaltung für die von den Klägern bezogenen Leistungen eine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich auszunutzen. Dass die Kläger die Möglichkeit hätten, zu einem anderen Gasanbieter mit günstigeren Preisen zu wechseln, ändert daran nichts. Das rechtliche Interesse ergibt sich aus der bestehenden Vertragsbeziehung der Parteien. Die Kläger verhalten sich – entgegen der Auffassung der Beklagten – nicht rechtsmissbräuchlich, wenn sie die vorliegende Klage erheben und nicht stattdessen den von der Beklagten angebotenen Rabatt für „die Zusammenführung ihrer Rechnungen für Strom- und Erdgaslieferungen“ (EUR 30,00 pro Jahr) und den „Online“-Rabatt der Beklagten (EUR 12,00 pro Jahr) in Anspruch nehmen. Es besteht keine Obliegenheit, die angebotenen, mit Nachteilen verbundenen Rabatte in Anspruch zu nehmen. Die Geltendmachung des Anspruchs aus § 33 GWB ist nicht deshalb rechtsmissbräuchlich, weil nicht der günstigste denkbare Tarif, sondern der vom Kläger mit der Beklagten vertraglich vereinbarte Tarif dem Anspruch zugrunde gelegt wird. Ohnehin könnte durch die Inanspruchnahme der Rabatte die geltend gemachte Preisdifferenz nicht voll kompensiert werden.

Die Klage ist begründet.

Die Kläger haben gegen die Beklagte einen Anspruch aus §§ 33, 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB auf Unterlassung des Anbietens von Ergas zu ungünstigeren Preisen als sie die Fa. e-ben GmbH & Co KG von gleichartigen Abnehmern in den Netzgebieten der HEAG, der Fa. GGEW AG und der Fa. Energieried verlangt.

Nach § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB liegt eine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter ungünstigere Entgelte fordert, als sie das marktbeherrschende Unternehmen selbst auf vergleichbaren Märkten von

gleichartigen Abnehmern fordert, es sei denn, der Unterschied ist sachlich gerechtfertigt.

Der Beklagten, die unstreitig andere Preise fordert als die e-ben GmbH & Co KG, ist die abweichende Preispolitik der e-ben GmbH & Co KG zuzurechnen. Beide Unternehmen sind als ein Unternehmen i.S.d. § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB anzusehen. Die Beklagte ist mit der e-ben GmbH & Co KG über die gemeinsame Mutter, die HSE, als einheitliches Unternehmen verbunden. Gemäß § 36 Abs. 2 GWB ist von einem einheitlichen Unternehmen u.a. auszugehen, wenn nach § 17 AktG ein beteiligtes Unternehmen ein abhängiges oder herrschendes Unternehmen ist. § 36 GWB enthält dabei allgemeine Grundsätze für die Beurteilung von Zusammenschlüssen. Die Auffassung der Beklagten, § 36 GWB finde nur im Bereich der Fusionskontrolle Anwendung, diene aber nicht als Rechtsgrundlage für eine Verhaltenszurechnung, ist unzutreffend. Zwar ist die Vorschrift systematisch im Abschnitt der Fusionskontrolle angesiedelt. Dennoch gilt die Verbundklausel für den gesamten Anwendungsbereich des Gesetzes (Immenga/Mestmäcker, 3. Aufl., § 36 GWB, Rn. 40; Langen/Bunte/Ruppelt, 10. Aufl., § 36 GWB, Rn. 4; Bechthold, 2. Aufl., § 36 GWB, Rn. 1 unter Bezugnahme auf die entsprechende Begründung zum Regierungsentwurf). Die Beklagte beruft sich zur Untermauerung ihres Vortrags, dass allein eine Umsatzzurechnung über die §§ 36 GWB begründet werden könne, auf den Kommentar von Bechthold. Gerade aus diesem Kommentar ergibt sich deutlich, dass §§ 36 f. GWB über die Fusionskontrolle hinaus für das ganze GWB Bedeutung hinsichtlich der Definition eines Unternehmenszusammenschlusses erlangen (vgl. Bechthold, 2. Aufl., § 36 GWB, Rd. 1).

Die Voraussetzungen des § 36 Abs. 2 GWB liegen vor. Abhängigkeit wird im Fall des Mehrheitsbesitzes gem. § 17 Abs. 2 AktG vermutet. Die Beklagte befindet sich vorliegend im Mehrheitsbesitz der HSE, der auch die e-ben GmbH & Co KG als 100%-tige Tochter angehört. Weder dem Wortlaut des § 19 GWB noch dem der §§ 36 f. GWB lässt sich dabei eine Einschränkung dahingehend entnehmen, dass nur eine Zurechnung „nach oben“ (zur „Mutter“) stattfindet. § 19 GWB stellt allein auf das Unternehmen ab, dessen Bestimmung über die §§ 36 GWB erfolgt. Soweit die Beklagte meint, dies würde „absurde“ Konsequenzen haben, da die HSE in jedem Fall der Neugründung einer Tochter ihren Preis auf den jeweils niedrigsten Preis im

Konzern senken müsste, verfangt dies nicht. § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB verlangt nicht ausnahmslos identische Preise aller zusammengeschlossenen Unternehmen. Lediglich wenn keine sachlichen Unterschiede vorzufinden sind, ist es rechtsmissbräuchlich, für eine gleichartige Leistung unterschiedliche Entgelte zu fordern. Der Beklagten ist es auch nicht gelungen, die Vermutung der Abhängigkeit nach § 17 Abs. 2 AktG zu widerlegen. Dazu müssten Tatsachen behauptet und bewiesen werden, aus denen sich ergibt, dass ein beherrschender Einfluss aus Rechtsgründen nicht ausgeübt werden kann (vgl. OLG Düsseldorf, AZ: 6 U 84/92, 22.7.1993, zitiert nach juris Rd. 40).

Die Beklagte beruft sich zum einen darauf, dass der Aufsichtsrat der Verwaltungs-GmbH der Beklagten nur zu 50% von der HSE und zu weiteren 50% von den Stadtwerken Mainz bestimmt wird. Ob es für die Widerlegung ausreicht, dass ein Mehrheitsaktionär trotz seiner Mehrheit nicht die Zusammensetzung des Aufsichtsrates bestimmen kann, oder ob auch das Fehlen sonstiger Beherrschungsmittel unter Beweis gestellt werden muss, ist streitig (vgl. Hüffer, AktG, 7. Aufl., § 17 Rd. 19 mit weiteren Nachweisen).

Gegen die Ansicht, dass bereits bei fehlendem mehrheitlichem Einfluss auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrates von einer Widerlegung ausgegangen werden kann, spricht die Gesetzessystematik. Die Vermutung des § 17 Abs. 2 AktG stellt allein auf die Mehrheitsverhältnisse ab, ohne dass damit notwendig eine Aussage über die Zusammensetzung des Aufsichtsrates getroffen ist (ebenda). Zudem spricht gegen die Maßgeblichkeit der Zusammensetzung des Aufsichtsrates, dass die Geschäftsführung grundsätzlich nicht durch den Aufsichtsrat erfolgt. Die GmbH wird gem. § 35 GmbHG durch den Geschäftsführer vertreten, der grundsätzlich die maßgeblichen Entscheidungen trifft. Soweit – wie offensichtlich hier auch (ein entsprechender Vertrag bzw. die Satzung wurden nicht vorgelegt) – die Einrichtung eines Aufsichtsrates vorgesehen ist, obliegt ihm grundsätzlich „nur“ die Überwachung der Geschäftsführung, § 52 GmbHG i.V.m. § 111 Abs. 1 AktG. Ausdrücklich können gem. § 111 Abs. 4 S. 1 AktG dem Aufsichtsrat keine Maßnahmen der Geschäftsführung übertragen werden.

Die Beklagte beruft sich zum anderen darauf, dass die „Geschäftspolitik“ der Verwaltungs-GmbH unter dem „weitreichenden Zustimmungsvorbehalt“ des

Aufsichtsrates stehe, so dass die Stadtwerke Mainz über ein weitreichendes Veto-Recht verfügten. Nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG kann durch Satzung oder vom Aufsichtsrat für bestimmte Arten von Geschäften ein Zustimmungserfordernis des Aufsichtsrates eingeführt werden. Der Vortrag der Beklagten stützt indes nicht die Annahme, dass der HSE ein beherrschender Einfluss auf die Beklagte fehlt, da ein Zustimmungsvorbehalt vorliegt. Hier wäre insbesondere näher auszuführen, welche konkreten Geschäfte der Zustimmung bedürfen. Daran fehlt es.

Die Beklagte ist im Verhältnis zu den Klägern ein marktbeherrschendes Unternehmen auf dem Markt für Erdgas. Ein Unternehmen ist gemäß § 19 II GWB marktbeherrschend, wenn es als Anbieter oder Nachfrager einer Leistung auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern eine überragende Marktstellung innehat.

Sachlich relevant ist der Markt für Erdgaslieferungen gegenüber Endkunden. Nach ständiger Rechtsprechung erfolgt die Abgrenzung von Angebotsmärkten nach dem Bedarfsmarktkonzept. Es kommt auf die funktionale Austauschbarkeit der Leistung aus Sicht des Abnehmers an (Langer/Bunte/Ruppelt, 10. Aufl., § 19 GWB, Rn. 10 m.w.N.; Loewenheim/Meessen-Götting, KartellR, 2006, § 19 Rd. 11). Erfasst werden mithin alle Güter, die der verständige Verbraucher nach Eigenschaften, Verwendungszweck und Preislage zur Deckung eines bestimmten Bedarfs als geeignet ansieht (ebenda Rd. 13). Stehen unterschiedliche Systeme zur Bedarfsdeckung zur Verfügung, so ist eine Austauschbarkeit zu verneinen, wenn nach den Verbrauchsgewohnheiten der Abnehmer nicht davon auszugehen ist, dass diese von einem System zum anderen wechseln (ebenda Rd. 14). Austauschbarkeit ist demnach umgekehrt nur gegeben, wenn sie ohne besondere sachliche oder psychologische Anpassungsleistung des Abnehmers vorliegt. Vor diesem Hintergrund sind verschiedene Energieträger, die den gleichen Bedarf nach Raumwärme decken, aus Sicht eines Gaskunden nicht unproblematisch austauschbar. Unabhängig von grundsätzlichen Unterschieden der Energiequellen, denen häufig auch psychologische Elemente anhängen, ist die Umstellung von einem Heizungssystem auf das andere mit erheblichen Kosten verbunden. Eine Heizungsanlage rechnet sich als langfristige Investition mit einem Volumen von 8. bis 10.000 Euro über einen Zeitraum von 15 bis 20 Jahren. Insoweit mag es zwar zum

Wechsel des Energieträgers kommen – etwa bei ohnehin anfallendem Erneuerungsbedarf der Heizungsanlage -, eine freie Austauschbarkeit besteht indes infolge der Anbindung an die vorhandene Heizungsart grundsätzlich nicht. Soweit das LG Ulm hinsichtlich eines Fernwärmelieferanten ein Wettbewerbsverhältnis mit Mitbewerbern anderer Energieformen angenommen hat (LG Ulm, AZ: 10 O 23/04; 8.4.2005, zitiert nach juris Rd. 62), bezog sich dies zum einen nicht auf die Bestimmung des nach GWB maßgeblichen räumlichen Marktes, sondern auf eine Preiskontrolle über das Institut der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Zum anderen genügt allein der Umstand, dass auch Neukunden – aus anderen Wärmequellen - zu gewinnen sind, nicht für die Annahme, dass ein offener Wettbewerb im Wärmebereich vorliegt, da der ganz überwiegende Teil der Versorgungsleistungen auf die Belieferung vorhandener Heizquellen entfällt.

Der räumlich relevante Markt ist nicht bundesweit, sondern nach dem Netzgebiet des konzernangehörigen Netzbetreibers abzugrenzen. Die räumliche Marktabgrenzung bestimmt sich nach den tatsächlichen Ausweichmöglichkeiten, die für die Marktgegenseite bestehen. Es kommt also darauf an, welche auswärtigen Erdgasanbieter für die Endverbraucher als Bezugsquelle zur Verfügung stehen. In der Regel bildet das gesamte Gebiet der Bundesrepublik Deutschland den räumlich relevanten Markt. Kleinere räumliche Teilmärkte sind dagegen dann zu bilden, wenn die Austauschmöglichkeiten der Nachfrager aus objektiven Gründen räumlich begrenzt sind (vgl. BGH, Beschluss vom 13.12.2005, AZ: KVR 13/05). Dies kann sich aus rechtlichen Regelungen ergeben, etwa bei der leitungsgebundenen Versorgungswirtschaft auf Grund von Demarkations- und Konzessionsverträgen (Loewenheim/Meesen-Götting, KartellR, 2006, § 19 Rd. 23). Rechtliche Eingrenzungen bestehen nach der eingeführten Liberalisierung des Gasmarktes durch die offizielle Einführung der Netzdurchleitung am 01.10.2006 nicht mehr. Da jedoch vor der Einführung der Netzdurchleitung praktisch keine Ausweichmöglichkeiten am Markt vorhanden waren, führt die jetzige Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen nicht notwendig – jedenfalls in unmittelbarer zeitlicher Nähe – zur Veränderung der Marktverhältnisse (vgl. BGH, Beschluss vom 13.12.2005, AZ: KVR 13/05, GA BI. 38, 44). Maßgeblich sind jedoch allein die tatsächlichen Gegebenheiten (vgl. BGH, ebenda S. 7; BGHZ 136, 268, 277 –

Stromversorgung Aggertal). Diese werden nach Aufhebung eines Monopols – wie hier - zunächst weiterhin davon bestimmt, dass die Gasversorgungsunternehmen in ihren herkömmlichen Versorgungsgebieten über ein natürliches Monopol an der Netzstruktur verfügen, solange nicht ein rechtlich abgesichertes und praktisch handhabbares Durchleitungssystem besteht, das anderen Weiterverteilern die Möglichkeit einräumt, Nachfrager in dem in Rede stehenden Gebiet zu Wettbewerbsbedingungen zu beliefern (vgl. BGH, Beschluss vom 13.12.2005, AZ: KVR 13/05, S. 8). Soweit demnach ein Durchleitungssystem in der Vergangenheit nicht bestand, vermag der Umstand, dass grundsätzlich die Bereitschaft zur Durchleitung erklärt wird und eine Belieferung durch Dritte möglich ist, an diesem Umstand nichts zu ändern (ebenda, S. 8). Diese Einschätzung wird vom OLG Düsseldorf geteilt (vgl. OLG Düsseldorf, ZNER 2006, 47, GA Bl. 48 und Beschluss vom 25.4.2005, AZ: VI-2 Kart 1/06 (V), GA Bl. 53, 72f). Demnach kann nicht festgestellt werden, dass sich ein Durchleitungswettbewerb in einem Umfang entwickelt hat, der eine über die Reichweite eines Leitungsnetzes hinausgehende Marktabgrenzung generell rechtfertigen würde.

Soweit sich die Entscheidungen zum Teil auf die Situation von Weiterverteilern bezogen, ist nicht ersichtlich, dass für Endkunden bessere Ausweichmöglichkeiten bestehen als für Weiterverteller. Eine Vergleichbarkeit liegt damit nach Ansicht der Kammer vor.

Der Medienberichterstattung über die Entwicklung des Gasmarktes ist insoweit lediglich zu entnehmen, dass der Wettbewerb gemäß Angaben des Bundeskartellamtpräsidenten Ulf Böge „trotz der Liberalisierung nur schleppend in Gang“ kommt (Pressemitteilung des Bundeskartellamtes vom 3.1.2007, Anlage SS 8.1.2007; FAZ, 17.1.2007, S. 12; Süddeutsche Zeitung, 4.1.2007, Anlage SS 8.1.2007; FAZ, 4.1.2007, S. 11). So haben zwar einige Unternehmen seit November 2006 ihre Preise gesenkt (vgl. FAZ, 14.2.2007, S. 13: bezogen auf die Berliner Gasag, Stadtwerke Leipzig und SWB)); zudem ist es zu Neugründungen gekommen, die aggressive Preispolitik betreiben wollen (vgl. FAZ, 2.2.2007, S. 11, bezogen auf die Eon-Tochter „E wie Einfach“). Spürbare Auswirkungen konnten indes – auch konkret auf die hier maßgebliche Region bezogen - nicht berichtet werden (vgl. FAZ 5.1.2007, S. 47). Diese Einschätzung deckt sich auch mit den Ausführungen der

Bundesnetzagentur in der Stellungnahme vom 17.11.2004 (Anlage K 14), wonach faktisch noch kein nennenswerter Wettbewerb am Gasmarkt feststellbar sei. Dieser Einschätzung entsprechen auch die von der Beklagten vorgelegten Zahlen. Die Beklagten bellefern gem. den von den Klägern vorgelegten und von der Beklagten nicht bestrittenen Zahlen ca. 160.000 Gaskunden. Soweit davon 932 (Schriftsatz der Beklagten vom 08.01.2007) bzw. 2000 Kunden abgewandert sind, entspricht dies einem Prozentsatz von unter 1%. Dies kann als Anhaltspunkt für die Annahme echten Wettbewerbs nicht genügen. Jedenfalls insoweit ist auch die Entscheidung des BGH zum Strommarkt heranzuziehen, wonach ein Marktanteil von über 90% die Annahme eines Wettbewerbs nicht stützen kann (vgl. BGH, GRUR 2004, 255).

Die Beklagte ist auf dem Markt für Erdgaslieferungen an Endkunden im Netzgebiet der HSE marktbeherrschend. Sie ist keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt, denn sie verfügt auf dem genannten Teilmarkt über einen Marktanteil von über 90%. Dies ist zwischen den Parteien unstrittig. Nach § 19 III S. 1 GWB wird bereits ab einem Marktanteil von 1/3 vermutet, dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist.

Die Beklagte fordert – da ihr die Preispolitik der e-ben GmbH & Co KG aus den oben genannten Gründen zuzurechnen ist – für eine gleichartige Leistung in einem vergleichbaren Gebiet, unterschiedliche Preise. Wie oben ausgeführt, ist das Vertriebsgebiet in den Bereichen um Bensheim und um Lampertheim herum identisch. Wie hoch der Preisunterschied konkret ist, kann hier dahinstehen. Jedenfalls geht auch die Beklagte davon aus, dass der Jahrespreis bei der e-ben GmbH & Co KG für die Kläger unter dem Preis der Beklagten liegen würde.

Dieses Verhalten trägt die Vermutung der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung in sich, es sei denn, die unterschiedliche Preisgestaltung basiere auf sachlichen Gründen. Darlegungs- und beweisbelastet für das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen ist die Beklagte. Dem Wortlaut des Gesetzes in § 19 GWB ist insoweit deutlich eine materielle Beweislastumkehr zu entnehmen. § 19 GWB definiert die Voraussetzungen einer missbräuchlichen Preisspaltung und schließt mit der typischerweise eine Beweislastumkehr enthaltenden Formulierung „es sei denn...“ (vgl. BGHZ 142, 239, 246 –

Flugpreisspaltung, Anlage K 13; Immenga/Mestmäcker-Möschel, 3. Aufl., § 19 Rd. 172). Die Vermutung der missbräuchlichen Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung ist demnach allein dann ausgeräumt, wenn sachlich gerechtfertigte Gründe für den Preisunterschied festzustellen sind. Das marktbeherrschende Unternehmen trifft insoweit sogar in Kartellverwaltungsverfahren, in denen der Sachverhalt von Amts wegen ermittelt wird, eine gesteigerte Mitwirkungspflicht (BGH a.a.O.). Derartige Rechtfertigungsgründe können dem Vortrag der Beklagten nicht entnommen werden. Nachdem die Beklagte anfänglich Darlegungen zur Rechtfertigung im Hinblick auf die ihr nicht zurechenbare Preispolitik der e-ben GmbH & Co KG lediglich am Rande erwähnte, hat sie nunmehr im nachgelassenen Schriftsatz vom 24.1.2007 erstmals ausführlicher zu diesen Gründen Stellung genommen. Dieser Vortrag ist gem. § 298 a ZPO verspätet. Der in der mündlichen Verhandlung vom 10.1.2007 gewährte Schriftsatznachlass bezog sich gem. § 283 ZPO – seinen gesetzlichen Vorgaben nach – nur auf neues Vorbringen des Klägers, zu welchem die Beklagte bislang aus tatsächlichen Gründen heraus nicht hatte Stellung nehmen können. Dazu zählte die von den Klägern im Rahmen der mündlichen Verhandlung überreichte Tabelle. Gegenstand der Tabelle war jedoch nicht die Frage der sachlichen Rechtfertigung, die eine Kernfrage des Rechtsstreits seit Beginn darstellt. Soweit in der mündlichen Verhandlung die Rede davon gewesen sein soll, dass die sachliche Rechtfertigung „möglicherweise“ von Bedeutung sein könnte, versteht sich dies von selbst und bedarf keines Schriftsatznachlasses.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass auch der nunmehrige Vortrag der Beklagten die Kammer nicht vom Vorliegen von Rechtfertigungsgründen überzeugt. Soweit die Beklagte auf vermutete unterschiedliche Netzentgelte verweist, verlassen die Darlegungen der Beklagten den Bereich der Erwartungen und Vermutungen nicht. Die Gasnetzentgelte der GGEW und der Energieried GmbH & Co. KG, welche der e-ben GmbH & Co KG in Rechnung gestellt werden, sind von der Landesregulierungsbehörde Hessen noch nicht genehmigt worden. Ob der von der Beklagten herangezogene Stromnetzentgeltbescheid der HSE für die HSE höhere genehmigte Netzentgelte als für die GGEW ausweist, kann dabei dahinstehen. Der Strommarkt ist mit dem Gasmarkt insoweit nicht vergleichbar, da zum Bezug von

Strom keine Alternative besteht; Gas dagegen nur eine von unterschiedlichen Wärmeenergien darstellt.

Wenn die Beklagte ausführt, dass „alles dafür“ spreche, dass auch die genehmigten Gasnetzentgelte der GGEW deutlich unter denen der HSE liegen werden, so handelt es sich um Vermutungen, die zur Überzeugungsbildung der Kammer nicht ausreichen. Bereits die der Vermutung zugrunde gelegten Erwägungen der Beklagten vermögen nur bedingt zu überzeugen. Soweit die Beklagte hinsichtlich der von ihr herangezogenen Abnahmedichte auf die versorgte Fläche, gemessen in Quadratkilometern, abstellt, meinen die Kläger, maßgeblich seien allein die Kilometer Leitungslänge. Angesichts der allein notwendigen Verlegung von Leitungen in bebauten Flächen erscheint dies – insbesondere auch im Hinblick auf den Zuschnitt der teilweise recht ländlichen Gebiete – auch überzeugend. Führt die Beklagte die höheren Netzkosten der HSE an, so fehlt es jedenfalls an konkreten Darlegungen, in welcher Größenordnung Kostenunterschiede vorliegen und wie sich diese konkret auf den dem Kunden in Rechnung gestellten Preis auswirken.

Soweit die Beklagte zur Untermauerung Ihrer Vermutung, dass die der GGEW zu genehmigenden Netzentgelte unter denen der HSE liegen werden, auf die Bad Honnef AG (BHAG) abstellt, fehlt es an hinreichenden Darlegungen zur Vergleichbarkeit der BHAG und der GGEW. Die Beklagte verweist allein auf die Einwohner, die Anzahl der Zähler und die Netzlänge. Bei nahezu gleicher Einwohnerzahl (GGEW: 84.321; BHAG: 84.598) ist das von der BHAG betriebene Netz mehr als doppelt so lang (GGEW: 344,3; BHAG: 720,8); bereits dies spricht gegen eine Vergleichbarkeit der Kosten. Zudem fehlen weitere Angaben, die die Beklagte bei ihrem Vergleich von HSE und GGWE für erheblich hielt – wie etwa Gasaufkommen in kWh, Anzahl Ausspeisepunkte, Fläche in Quadratkilometern.

Soweit die Beklagte auf einen Tarifgestaltungsspielraum abstellt, ist dieser unstreitig anzuerkennen. Er ermöglicht es etwa – wie von der Beklagten auch dargestellt – unterschiedliche Tarife bei unterschiedlichen Abgabemengen in Rechnung zu stellen. § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB befasst sich jedoch allein mit der Fallgestaltung, dass innerhalb einer Tarifgruppe verschiedene Preise gefordert werden. Auf die Frage, ob bei einer höheren Abnahmemenge die Preise sinken, kommt es mithin nicht an.

Soweit die Beklagte darauf verweist, dass sie gem. § 36 EnWG zur Grundversorgung und nach § 38 EnWG zur Ersatzversorgung verpflichtet sei und damit auch wirtschaftlich nicht attraktive Kunden zu versorgen habe, bei denen sie die Versorgung nicht von der Erteilung einer Einzugs Ermächtigung abhängig machen könne, kommt es auf die Frage, ob die Beklagte dennoch – wie vom Kläger behauptet – nur Sondervertragskunden unterhält, nicht an. Jedenfalls fehlt es an konkreten Darlegungen, wie sich dieser von der Beklagten angeführte Umstand konkret auf die Kostengestaltung auswirkt.

Gleiches gilt, soweit die Beklagte auf einen erhöhten Personalkostenanteil infolge u.a. höheren Beratungsangebots zur Gewinnung von Gasneukunden verweist. Da auch die Betrachtungsweise der Kläger, wonach das Gewinnen von Gaswechselkunden ebenfalls aufwendig und kostenintensiv ist, nachvollziehbar erscheint, wäre näherer Vortrag erforderlich gewesen, welche konkreten, bei der e-ben GmbH & Co KG nicht vorhandenen Kostenfaktoren anfallen und wie sie in den Endpreis einfließen. Die pauschale Behauptung etwa, die e-ben GmbH & Co KG würde über „wenig eigene Mitarbeiter“ verfügen, bleibt zu vage, um konkret Preisunterschiede zu erklären. Notwendig gewesen wären nähere Angaben zur Anzahl und zum Aufgabengebiet der Mitarbeiter, um einen Vergleich des Mitarbeiterpotentials und der damit verbundenen Kosten anstellen zu können.

Soweit die Beklagte 24.01.2007 um richterlichen Hinweis gebeten hat, sollten die Ausführungen zur sachlichen Rechtfertigung nicht ausreichen, war dem nicht nachzukommen. Der Vortrag war bereits – wie oben ausgeführt – verspätet und kann damit aus den Gesichtspunkten der Verfahrensfairness heraus nicht als Grundlage für einen Hinweis herangezogen werden. Es besteht auch kein Anlass, entsprechend der Anregung im Schriftsatz vom 28.02.2007, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen. Die mündliche Verhandlung wurde ordnungsgemäß geschlossen. Gründe des § 156 ZPO liegen nicht vor.

Liegen mithin keine Gründe für die unterschiedliche Preisgestaltung vor, so ist auch nicht ein erheblicher Preisunterschied für die Annahme des Missbrauchs erforderlich. Insoweit sind nach Ansicht der Kammer keine weiteren Zuschläge bei der Gegenüberstellung der Preise anzusetzen.

Soweit Korrektur- bzw. Sicherheitszuschläge im Raum stehen (vgl. Langen/Bunte, § 19 Rd. 117), decken sich im Fall des § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB die Rechtfertigungsgründe mit den Korrekturzuschlägen (ebenda). Da eine sachliche Rechtfertigung nicht ersichtlich ist, ist damit auch kein Raum für einen weiteren Korrekturzuschlag.

Ein Sicherheitszuschlag wird nur in Fällen angesetzt, in denen tatsächliche Preise mit fiktiv ermittelten Preisen bzw. geringfügig abweichenden Märkten verglichen werden.

Um die damit verbundenen Unsicherheiten auszugleichen, wird ein Sicherheitszuschlag erhoben. Eine derartige auszugleichende Unsicherheit liegt hier nicht vor, da konkrete, nach Tarif ermittelte Preise zu vergleichen sind die auf zum Teil 100% identischen Märkten gefordert werden.

Nach Ansicht der Kammer ist auch kein Erheblichkeitszuschlag anzusetzen. Ob für einen solchen Zuschlag grundsätzlich im Fall des § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB kein Raum ist, weil der Unwertcharakter des als missbräuchlich angegriffenen Verhaltens im Fall des Fehlens von Rechtfertigungsgründen – wie hier – feststeht (ebenda Rd. 117), kann dabei dahinstehen. Jedenfalls ergibt sich aus der von der Beklagten angeführten Entscheidung des BGH zur Flugpreisspaltung nicht, dass auch hier ein Erheblichkeitszuschlag anzusetzen ist (BGHZ 142, 239, 251f - Flugpreisspaltung).

Der BGH stellt ausdrücklich klar, dass seine Ausführungen den Fall eines im Wettbewerb gebildeten Preises betreffen (ebenda, S. 252). Soweit der Preis im Wettbewerb gebildet wird, sei nicht jede Forderung ungünstigerer Preise missbräuchlich; notwendig sei vielmehr ein deutlicher Abstand. Die Entscheidung stellt die vom BGH im Fall leitungsgebundener Energie (vgl. BGH, AZ: KVR 4/94, 21.2.1994 - Weiterverleiher, zitiert nach Juris Rd. 44) aufgestellten Anforderungen jedoch ausdrücklich nicht in Frage. Soweit die Preise eines in Monopolstellung anbietenden Versorgungsunternehmens zu beurteilen sind, genügt demnach für die Annahme einer missbräuchlichen Preisspaltung jede Preisdifferenz (ebenda Rd. 44, 45).

Die Kammer geht - wie oben dargestellt - davon aus, dass jedenfalls derzeit kein echtes Wettbewerbsverhältnis zwischen der Beklagten und anderen Anbietern besteht, da die Beklagte einen Marktanteil von über 99% innehat. Ein im Wettbewerb gebildeter Preis im Sinne der Entscheidung des BGH zur Flugpreisspaltung liegt damit nicht vor. Folglich bedarf es auch nicht eines erheblichen Preisunterschiedes – unabhängig von der Frage, in welcher Höhe dieser Zuschlag anzusetzen wäre.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit fußt auf § 709 ZPO.

Die Berufung war gem. § 511 Abs. 4 ZPO zuzulassen, da der Entscheidung grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Entwicklung auf dem Markt der Gasenergieversorger nach Liberalisierung ist noch offen.

Die Entscheidung über den Streitwert folgt aus § 3 ZPO.

Rau

Zöller-Mirbach

Dr. Kochendörfer

