

**Landgericht Düsseldorf  
-Geschäftsstelle-  
Zustellung gegen Empfangsbekanntnis**



**gemäß  
§ 174 Abs. 2 ZPO**

-14d- Landgericht Düsseldorf, Werdener Straße 1, 40227 Düsseldorf

Rechtsanwälte  
BBH Becker Büttner Held  
Magazinstraße 15-16  
10179 Berlin

19.11.2020

Seite 1 von 1

Aktenzeichen  
**14d O 12/17**  
bei Antwort bitte angeben

Bearbeiter  
Frau Kamp  
Durchwahl  
0211/8306-41610

Ihr Zeichen: 01080-16/UJ

Sehr geehrte Damen und Herren,

in der Zivilsache

Stadt Erkrath gegen innogy SE

erhalten Sie die Anlage(n) zur Kenntnis.

Mit freundlichen Grüßen

Kamp

Justizbeschäftigte

- automatisiert erstellt, ohne Unterschrift gültig -

Anschrift  
Werdener Straße 1  
40227 Düsseldorf  
Sprechzeiten  
Mo.-Do. 8:30 Uhr bis 15:00 Uhr  
sowie Fr. 8:30 Uhr bis 14:00 Uhr  
Telefon  
0211/8306-0  
Telefax:  
0211/875651260  
[www.lg-duesseldorf.nrw.de](http://www.lg-duesseldorf.nrw.de)  
Nachbriefkasten: Werdener  
Straße 1, 40227 Düsseldorf  
Konten der Zahlstelle des  
Amtsgerichts Düsseldorf:  
Bundesbank Filiale Düsseldorf  
IBAN DE84 3000 0000 0030  
0015 10, Postbank Köln IBAN  
DE58 3701 0050 0011 3925 01  
Schalterstunden: Mo - Fr von  
08:30 Uhr bis 12:30 Uhr  
Verkehrsbindung: Öffentliche  
Verkehrsmittel Rheinbahn bis  
Haltestelle Oberbilker Markt:  
Linie U 74, U 77, U 79, 706, 732,  
736, 805, 806, 817

**Empfangsbekanntnis****Absender:**Landgericht Düsseldorf  
Werdener Straße 1  
40227 Düsseldorf  
Telefax: 0211/875651260**Geschäfts-Nr.: 14d O 12/17**Rechtsanwälte  
BBH Becker Büttner Held  
Magazinstraße 15-16  
10179 Berlin**Kurze Bezeichnung des Schriftstücks**

S. 19.11.20; AbU. 19.11.20; bAbU. 19.11.20

in der Zivilsache

Stadt Erkrath gegen innogy SE

Die vorstehend bezeichnete Sendung habe ich heute erhalten. Empfangsbekanntnis vollzogen zurückgesandt.

Ihr Zeichen: 01080-16/UJ

Ort und Tag:

Unterschrift:

Bitte füllen Sie dieses Empfangsbekanntnis aus. Ihnen steht die Art der Rücksendung frei. Die Kosten der Rücksendung hat der Zustellungsempfänger zu tragen (RV d. JM v. 03. Mai 2002 (1420 - IB. 47) in der Fassung vom 01. Juli 2004, siehe [www.jvv.nrw.de](http://www.jvv.nrw.de)). Sie können das Empfangsbekanntnis auch entweder im Nahbereich kostenfrei über das Gerichtsfach des jeweiligen Gerichts oder gemäß § 174 Abs. 4 ZPO per Fax zurücksenden.  
Das untenstehende Anschriftenfeld passt in das Fenster des Umschlages, wenn das EB entsprechend gefaltet wird.

-14d-

Landgericht Düsseldorf  
Werdener Straße 1  
40227 Düsseldorf

**Beglaubigte Abschrift (Telekopie gemäß § 169 Abs. 3 ZPO)**

14d O 12/17



Verkündet am 19.11.2020  
Kamp  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

**Landgericht Düsseldorf****IM NAMEN DES VOLKES****Teilurteil**

In dem Rechtsstreit

der Stadt Erkrath, vertreten durch ihren Bürgermeister Christoph Schultz,  
Bahnstraße 16, 40699 Erkrath,

Klägerin,

Prozessbevollmächtigte:

Becker Bunner Held  
Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer  
Steuerberater PartGmbH,  
Magazinstraße 15-16,  
10179 Berlin,

g e g e n

die innogy SE, vertreten durch den Vorstand Herrn Dr. Bernhard Günther und Herrn  
Dr. Christoph Radke, Unterste-Wilms-Straße 52, 44143 Dortmund,

Beklagte,

Prozessbevollmächtigte:

Clifford Chance Deutschland LLP,  
Königsallee 59, 40215 Düsseldorf,

hat die 14 d. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf  
auf die mündliche Verhandlung vom 03.09.2020

durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht Ollerdißén, den Richter am Landgericht Dr. Wesselburg und die Richterin Waldmann für **R e c h t** erkannt:

I.

Es wird festgestellt, dass die Laufzeit des Vertrages über das Fernheizwerk Hochdahl vom 27.06./06.07.1966 zwischen der Klägerin und der Beklagten über den 30.04.2017 hinaus nicht wirksam verlängert wurde.

II.

Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.

III.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

### T a t b e s t a n d

Die Parteien streiten u.a. um die Beendigung eines Fernheizwerkvertrags sowie um die Herausgabe eines Fernheizwerks und des zugehörigen Fernwärmenetzes.

Die Entwicklungsgesellschaft Hochdahl (im Folgenden lediglich „Entwicklungsgesellschaft“) schloss am 27.06./06.07.1966 mit der ESSO AG (im Folgenden: ESSO), deren Rechtsnachfolgerin die Beklagte ist, einen Vertrag über die Errichtung und den Betrieb eines Fernheizwerks für das Siedlungsprojekt „Neue Stadt Hochdahl“ (im Folgenden als Fernheizwerkvertrag bezeichnet, Anlage K 2), in welchen die Klägerin mit Wirkung zum 01.04.2016 anstelle der Entwicklungsgesellschaft eingetreten ist. Der Fernheizwerkvertrag wurde durch den ersten Nachtragsvertrag vom 12.07./ 30.07.1973 und den zweiten Nachtragsvertrag vom 03.12./10.12.1973 (ebenfalls vorgelegt in Anlage K 2) ergänzt und inhaltlich teilweise abgeändert.

Das Siedlungsgebiet Hochdahl entstand Anfang der 1960er Jahre. Zur Durchführung Planung und Entwicklung wurde am 29.12.1960 die Entwicklungsgesellschaft

gegründet. Diese kaufte Grundstücke auf, ließ alte Gebäude abreißen, erschloss die Grundstücke und veräußerte sie an Bauträger und Bauherren zum Zwecke der Bebauung gemäß den von ihr entwickelten Bebauungsplänen weiter. Die Planung der Entwicklungsgesellschaft sah vor, dass die Versorgung der (Wohn-)Häuser und Gewerbebetriebe im Siedlungsgebiet flächendeckend mit Fernwärme erfolgen sollte. Das Siedlungsgebiet „Hochdahl“ wurde 1975 in das Gemeindegebiet der Klägerin eingemeindet und bildet heute einen eigenen Stadtteil.

Im Fernheizwerkvertrag verpflichtete sich ESSO, auf dem hierfür vorgesehenen und im Klageantrag Nr. 3 bezeichneten Grundstück ein Fernheizwerk zu errichten, das den gesamten Wärmebedarf des Siedlungsgebiets, dessen Versorgung mit Heizwärme und Gebrauchswarmwasser deckt (vgl. § 2.1 Fernheizwerkvertrag sowie dessen Präambel). ESSO sollte gemäß § 3.1 und § 3.3 Fernheizwerkvertrag ferner das zugehörige Fernwärmeleitungsnetz errichten, betreiben und unterhalten, wobei das Netz bis zu den Hausübergabestationen vor Ort bei den Endkunden gemäß den dem Vertrag beigefügten technischen Bedingungen „zum Eigentum am Fernheizwerk (§ 95 BGB)“ zählen sollte (§ 3.2 Fernheizwerkvertrag). Gegenüber der Entwicklungsgesellschaft verpflichtete sich ESSO ferner, die (Fernwärme-)Kunden im Siedlungsgebiet nach Maßgabe der dem Fernheizwerkvertrag beigefügten Muster für Wärmelieferungsverträge mit Fernwärme zu beliefern (§ 6.1 Fernheizwerkvertrag).

Die Entwicklungsgesellschaft verpflichtete sich im Gegenzug, an den von ihr künftig (an Bauträger und Bauherrn) zu veräußernden Grundstücken zu Gunsten von ESSO bzw. des jeweiligen Erbbauberechtigten und Eigentümers des Heizwerkgrundstücks eine Grunddienstbarkeit zu bestellen und hierfür die dem Fernheizwerkvertrag als „Anlage A 6“ beigefügte formularmäßige Eintragungsbewilligung (vorgelegt als Anlage K 14) zu verwenden (§ 4.2 Fernheizwerkvertrag). Nach deren Nr. 3 dürfen auf dem mit einer solchen Grunddienstbarkeit belasteten Grundstück keine anderen Heizungs- und Warmwasserbereitungsanlagen eingebaut oder betrieben werden als die, die an das auf dem nach der Grunddienstbarkeit berechtigten Grundstück errichtete Fernheizwerk angeschlossen sind. Daneben verpflichtete sich die Entwicklungsgesellschaft, in den künftig mit Bauträgern oder Bauherren zu schließenden Grundstücksveräußerungsverträgen oder sonstigen Verträgen zur Bereitstellung von Grundstücken stets eine Klausel in den Vertrag aufzunehmen, wonach der Grundstückserwerber verpflichtet ist, mit ESSO einen Anschlussvertrag gemäß einem Vertragsmuster zu schließen, das dem Fernheizwerkvertrag als

„Anlage A 5“ (Anlage K 12) beigelegt war (§ 7.1 Fernheizwerkvertrag). Für die in ihrem Eigentum verbleibenden Grundstücke verpflichtete sich die Entwicklungsgesellschaft, einen solchen Anschlussvertrag selbst mit ESSO abzuschließen (§ 7.4 Fernheizwerkvertrag).

Der Fernheizwerkvertrag sieht gemäß § 12.1 eine anfängliche Vertragslaufzeit bis zum 30.04.2007 vor. Weiter heißt es in § 12.2. und 12.3:

„12.2.

Die ESSO AG hat zweimal das Recht, diesen Vertrag durch eine einseitige schriftliche Optionserklärung um jeweils 10 Jahre zu verlängern. Die Bedingungen, zu denen die ESSO AG das [Fernheizwerk] in den genannten Zeiträumen weiterbetreibt, müssen jedoch mindestens den Bedingungen entsprechen, die von einem Dritten für den Betrieb des [Fernheizwerks] angeboten werden. Jede dieser Erklärungen ist mit einer Frist von einem Jahr vor Vertragsablauf durch eingeschriebenen Brief gegenüber den Vertragspartnern der ESSO AG abzugeben.

12.3.

Der Vertrag verlängert sich danach um jeweils 5 Jahre, wenn er nicht zwei Jahre vor Ablauf durch eingeschriebenen Brief gekündigt wird. Die wirksame Kündigung durch die Entwicklungsgesellschaft beendet alle Anschluss- und Wärmelieferungsverträge. Die ESSO AG Wird diese Kündigung sämtlichen Bauträgern und Abnehmern des Gesamtbauvorhabens Neue Stadt Hochdahl unverzüglich mitteilen.“

Wie in § 2.6. des Fernheizwerkvertrags vereinbart, schlossen die Entwicklungsgesellschaft und ESSO am 12.12.1979 – parallel zu dem bereits vorliegenden Fernheizwerkvertrag – den als Anlage K 6 vorgelegten Erbbaurechtsvertrag. Darin bestellte die Entwicklungsgesellschaft als Eigentümerin des im Klageantrag Nr. 3 bezeichneten Grundstücks zugunsten der ESSO ein Erbbaurecht zum Zwecke der Errichtung und des Betriebs der Heizzentrale des Fernheizwerks einschließlich aller hierfür erforderlichen Baulichkeiten und Betriebsvorrichtungen (§ 1.1 und 1.2 Erbbaurechtsvertrag). Das Erbbaurecht, das sich auch auf die nicht mit der Heizzentrale bebaute Grundstücksfläche erstreckt (§ 1.3), endet nach der vertraglichen Regelung in § 3 Erbbaurechtsvertrag am 30.04.2007 und kann – ebenso wie der Fernheizwerkvertrag – zweimal um zehn Jahre von dem jeweiligen Erbbauberechtigten verlängert werden, sofern ein Vertrag über den Betrieb des Fernheizwerks und die Wärmeversorgung der angeschlossenen Grundstücke für die jeweilige Optionszeit besteht (§ 6.2 Erbbaurechtsvertrag). Gemäß § 13.1 c)

(„Heimfall“) ist der jeweilige Grundstückseigentümer berechtigt, mit Ablauf des Fernheizwerkvertrags die Übertragung des Erbbaurechts auf sich oder auf einen von ihm zu bezeichnenden Dritten zu verlangen. Bei Ausübung des Heimfallanspruchs nach dem 30.04.2007, dem ursprünglich vorgesehenen Ende des Fernheizwerk- und des Erbbaurechtsvertrages, sind von dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks nur die von der Erbbauberechtigten in den letzten fünf Jahren gemachten aktivierungspflichtige Investitionen, soweit sie der Erneuerung und Erweiterung des Fernheizwerks gedient haben, mit dem Restbuchwert zu erstatten (§ 13.2 Satz 3 Erbbaurechtsvertrag). Bei einem Heimfall ist die Erbbauberechtigte ferner verpflichtet, die Betriebseinrichtungen des Fernheizwerks einschließlich des Fernwärmeleitungsnetzes, auch soweit diese nicht wesentliche Bestandteile des Erbbaurechts sind, in dem Zustand, wie er sich bei ordnungsgemäßem Betrieb ergeben hat, an den jeweiligen Grundstückseigentümer zu veräußern, wobei hinsichtlich der Entschädigung die gleiche Regelung gilt wie für die Baulichkeiten (§ 13.3 Erbbaurechtsvertrag).

ESSO errichtete auf dem im Klageantrag Nr. 3 und in § 1.1. Erbbaurechtsvertrag genannten Grundstück mit der Anschrift Klinkerweg 6 in Erkrath ein Fernheizwerk und legte das dazugehörige Fernwärmeleitungsnetz im Siedlungsgebiet an. Im Jahr 1981 übernahm das Fernheizwerk die komplette Wärmeversorgung für das Siedlungsgebiet, nachdem zuvor mehrere provisorische Heizzentralen die Wärmeversorgung übernommen hatten. Im Jahr 2013 wurde auf dem im Klageantrag Nr. 3 genannten Grundstück zusätzlich zu dem bereits vorhandenen Fernheizwerk ein Biogas-Blockheizkraftwerk errichtet, das ebenfalls Fernwärme für das Siedlungsgebiet produziert. Das auf demselben Grundstück von den Stadtwerken Erkrath mit Gas betriebene Blockheizkraftwerk – auf dem Luftbild gemäß Anlage K 17 mit einem blauen Rahmen markiert – ist nicht Gegenstand des Rechtsstreits.

Die Versorgung der (Wohn-)Häuser und Gewerbebetriebe mit Heizwärme für die Raumheizung und Gebrauchswarmwasserbereitung wird im Siedlungsgebiet Hochdahl bis heute durch Fernwärme gewährleistet. Ein Gasverteilungsnetz innerhalb des Siedlungsgebiets ist nicht vorhanden. Bis heute betreibt die Beklagte das in Rede stehende Fernheizwerk sowie das Biogas-Blockheizkraftwerk und das zugehörige Fernwärmenetz in Hochdahl.

Die Stadtwerke Erkrath GmbH, eine 100%-ige Tochter der Klägerin und Wettbewerberin der Beklagten, erwarb von der seit 31.12.1998 in Liquidation befindlichen Entwicklungsgesellschaft mit Grundstückskaufvertrag vom 09.12.1998 (Anlage K 5) den Grundbesitz an dem im Klageantrag Nr. 3 genannten Grundstück. Gemäß § 4.3 des Grundstückskaufvertrages traten die Stadtwerke Erkrath zur Entlastung der Entwicklungsgesellschaft mit Zahlung des vereinbarten Kaufpreises in den Erbbaurechtsvertrag ein. Die Klägerin ist anstelle der Entwicklungsgesellschaft mit Wirkung zum 01.04.2016 in den Fernheizwerkvertrag eingetreten (vgl. hierzu die Ankündigung im Schreiben der Klägerin an die Beklagte vom 22.03.2016, Anlage K 3).

Die Favorit Unternehmens-Verwaltungs-GmbH, eine Rechtsvorgängerin der Beklagten, die zwischenzeitlich für den Betrieb des Fernheizwerks samt des Fernwärmenetzes verantwortlich war, verlängerte vor dem vertraglich vorgesehenen Ablauf des Fernheizwerkvertrags am 30.04.2007 mit Schreiben vom 15.03.2006/10.04.2016 unter Bezugnahme auf das Optionsrecht gemäß § 12.2 die Vertragslaufzeit des Fernheizwerkvertrags um zehn Jahre bis zum 30.04.2017. Parallel hierzu verlängerte sie das Erbbaurecht gemäß § 6.2 Erbbaurechtsvertrag ebenfalls um weitere zehn Jahre.

Im Januar 2009 übernahm die RWE Energy zum Stichtag 01.01.2009 das deutsche Nah- und Fernwärmegeschäft der ExxonMobil Central Europe Holding GmbH als Konzernmutter der ESSO Deutschland GmbH/FAVORIT Fernwärme GmbH und damit auch die Geschäftsanteile an der FAVORIT Unternehmens-Verwaltungs-GmbH. Der für den Erwerb der Unternehmensgruppe Favorit, bestehend aus der Favorit Fernwärme GmbH und der Favorit Unternehmens-Verwaltungs GmbH, als Ganzes gezahlte Gesamtkaufpreis betrug EUR 157,8 Mio. Ein Teil hiervon entfiel auf die hier streitgegenständlichen Fernwärmeversorgungsanlagen in Erkrath-Hochdahl.

Am 17.09.2015 teilte die Beklagte, die seinerzeit noch unter RWE Energiedienstleistungen GmbH firmierte, gegenüber der in Liquidation befindlichen Entwicklungsgesellschaft schriftlich mit, dass sie das in § 12.2 Fernheizwerkvertrag geregelte (zweite) Optionsrecht ausüben und den Vertrag über das Fernheizwerk um weitere zehn Jahre, nunmehr bis zum 30.04.2027, verlängern wolle (Anlage K 7). Rund sechs Monate später forderte die Entwicklungsgesellschaft die Beklagte mit

Schreiben vom 16.03.2016 (Anlage B 1) auf, für den nach ihrer Ansicht hierzu erforderlichen Fremd- bzw. Drittvergleich gemäß § 12.2 Fernheizwerkvertrag bis zum 28.04.2016 die in der beigefügten Datenabforderungsliste (ebenfalls vorgelegt in Anlage B 1) genannten Daten offenzulegen und mitzuteilen, damit die Stadtwerke Erkrath ein (Konkurrenz-)Angebot abgeben können. Dieser Forderung kam die Beklagte nicht nach (vgl. hierzu das als Anlage K 8 vorgelegte Schreiben vom 23.03.2016).

Nach einem Gespräch der Parteien am 21.06.2016 teilte die Beklagte der Klägerin im Schreiben vom 07.09.2016 (Anlage B 3) mit, welche Daten aus der Abforderungsliste nunmehr zur Verfügung stünden, wobei sie darauf hinwies, dass die Daten erst nach Abschluss einer Vertraulichkeitsvereinbarung übermittelt werden könnten. Nachdem zwischen der Klägerin und der stellvertretend für die Stadtwerke Erkrath auftretenden Becker Büttner Held Consulting am 31.01.2017 eine Vertraulichkeitsvereinbarung unterzeichnet worden war (Anlage B 4), stellte die Beklagte der Klägerin zumindest einen Teil der aus Sicht der Klägerin für einen Fremdvergleich erforderlichen Daten in einem Datenraum zur Verfügung. Mit anwaltlichem Schreiben vom 10.02.2017 (Anlage B 5) teilte die Klägerin mit, dass aus ihrer Sicht – ebenso wie aus der Sicht der Stadtwerke Erkrath (vgl. deren Schreiben vom 10.02.2017, Anlage B 9) – noch Daten fehlten, um ein verbindliches (Konkurrenz-)Angebot unterbreiten zu können. Nach einem weiteren gemeinsamen Treffen am 15.02.2017 teilte Herr Mania von der Beklagten der Klägerin per E-Mail am 22.02.2017 schließlich mit, dass keine weiteren Daten zur Kundenstatistik von der Beklagten zur Verfügung gestellt würden (Anlage B 7).

Die Parteien haben vorgerichtlich gemäß Anlage K 1 am 28.03.2017 bzw. 25.04.2017 auf die Durchführung des Gutachterverfahrens, das in § 13.7 Fernheizwerkvertrags für sämtliche Streitigkeiten vorgesehen ist, verzichtet.

Danach forderte die Klägerin die Beklagte im Schreiben vom 23.05.2017 (Anlage K 9) unter Fristsetzung bis zum 07.06.2017 erfolglos auf, das Fernheizwerk samt Fernwärmeleitungsnetz an die Stadtwerke Erkrath Zug um Zug gegen Zahlung der im Erbbaurechtsvertrag vereinbarten Entschädigung herauszugeben und eine Erklärung abzugeben, wonach das Erbbaurecht an dem im Klageantrag Nr. 3 bezeichneten Grundstück mit Ablauf des 30.04.2017 erloschen sei. Zur Begründung verwies sie darauf, dass die Ausübung der zweiten Verlängerungsoption unwirksam gewesen

sei, weil der nach den Bedingungen des Vertrages erforderliche Fremdvergleich nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden sei und die überlange Laufzeit des Fernheizwerkvertrags gegen das Kartellverbot verstoße. Da der Fernheizwerkvertrag nicht mehr bestehe, könne auch die Verlängerungsoption für den Erbbaurechtsvertrag nicht ausgeübt werden (§ 6.2 Satz Erbbaurechtsvertrag). Hilfsweise sprach die Klägerin mit anwaltlichem Schreiben vom 23.05.2017 die Kündigung des Fernheizwerkvertrags analog § 544 BGB aus.

Mit der am 24.07.2017 erhobenen Klage beantragt die Klägerin in erster Linie festzustellen, dass der Fernheizwerkvertrag nicht über den 30.04.2017 hinaus verlängert worden ist (Klageantrag Nr. 1). Für den Fall, dass der Fernheizwerkvertrag nicht mehr besteht, macht die Klägerin die Übertragung von Eigentum und Besitz an der Heizzentrale und allen Betriebsvorrichtungen des Fernheizwerks einschließlich des Biogas-Blockheizkraftwerks sowie des Fernwärmeleitungsnetzes – Zug um Zug gegen Zahlung einer Entschädigung an die Stadtwerke Erkrath (Klageantrag Nr. 2) – sowie hilfsweise Zustimmung zur Übertragung der vorgenannten Anlagen samt grundbuchmäßiger Bewilligung geltend. Darüber hinaus begehrt sie im Wege der Stufenklage Auskunft über den Umfang des Betriebs des Fernheizwerks ab dem 01.05.2017 (Klageantrag Nr. 4.a) und Herausgabe des aufgrund des Weiterbetriebs durch die Beklagte ab diesem Datum Erlangte bzw. Ersatz des ihr, der Klägerin, entgangenen Gewinns (Klageantrag Nr. 4 b.). Schließlich begehrt die Klägerin im Klageantrag Nr. 5 für den Fall, dass sie mit dem Klageantrag Nr. 1 unterliegt, dass die Beklagte den Betrieb des Fernheizwerks und der gesamten Fernwärmeversorgung nicht zu ungünstigeren Konditionen fortführt als den Bedingungen, die von einem Dritten im Sinne des in § 12.2 des Fernheizwerkvertrags vereinbarten Fremdvergleichs für den Zeitraum 01.05.2017 bis 30.04.2027 angeboten werden, sowie Auskunft zur Durchführung des Fremdvergleichs (Klageantrag Nr. 6).

Die Klägerin ist der Ansicht, sei es zu keiner wirksamen zweiten Verlängerung des Fernheizwerkvertrags über den 30.04.2017 hinaus gekommen.

Die vertraglichen Regelungen in § 12 Fernheizwerkvertrag zur Vertragslaufzeit seien unwirksam, weil sie gegen das Kartellverbot verstießen. Entgegen der Ansicht der Beklagten sei es nicht zu einer weiteren (zweiten) Verlängerung der Vertragslaufzeit um zehn Jahre bis zum 30.04.2027 gekommen. Die anfängliche Vertragslaufzeit von 41 Jahren (§ 12.1), die für sich betrachtet bereits einen Verstoß gegen das

Kartellverbot begründe, und die zweimalige einseitige Verlängerungsoption für zehn Jahre (§ 12.2) führten zusammen betrachtet mit den der Entwicklungsgesellschaft auferlegten Pflichten (insb. in § 4.2 Fernheizwerkvertrag i.V.m. Anlage A 6 sowie §§ 6, 7 Fernheizwerkvertrag) dazu, dass der Vertrieb von Fernwärme durch die Beklagte bzw. die jeweilige Betreiberin der Fernwärmeeinrichtungen über Jahrzehnte – über das erforderliche Maß hinaus – abgesichert sei. Daher sei spätestens die zweite, von der Beklagten am 15.09.2015 erklärte Vertragsverlängerung mit Blick auf die bis dahin bereits abgelaufene Vertragslaufzeit von 51 Jahren wegen Verstoßes gegen das Kartellverbot unwirksam.

Bei den in Rede stehenden vertraglichen Regelungen handele es sich um subjektiv bezweckte, zumindest jedoch um objektiv bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen. Die wirtschaftliche Handlungsfreiheit gleich mehrerer Marktakteure werde dadurch in spürbarer Weise beschränkt.

Betroffen sei zum einen der Markt für Betriebsführungsleistungen, auf dem die Klägerin Dienstleistungen zum Betrieb eines Fernheizwerks samt Fernwärmeleitungsnetz nachfrage, ihr ein Wechsel des Anbieters aber wegen der überlangen Vertragsdauer und der zweimaligen einseitigen Verlängerungsmöglichkeit über Jahrzehnte nicht möglich sei. Gleichzeitig führe dies auch auf der Marktgegenseite bei den Betreibern von Fernwärmeeinrichtungen (wie z.B. den Stadtwerken Erkrath) zu einer Wettbewerbsbeschränkung, weil diese ihre Dienstleistungen bis zur Beendigung des Fernheizwerkvertrags (an Stelle der Beklagten) nicht anbieten könnten. Im Ergebnis sei dadurch auch der potentielle Wettbewerb um die Versorgerstellung in diesem Gebiet langfristig beschränkt.

Zum anderen seien auf dem nachgelagerten Markt, auf dem die Fernwärmekunden Fernwärme von der Beklagten bezögen, die Auswahlmöglichkeiten ebenfalls erheblich beschränkt. Im Markt für die Wärmeversorgung von Haushalts- und Gewerbekunden in Hochdahl komme es aufgrund der vertraglichen Regelungen in § 4.2, § 7.1 lit. a und § 7.4 Fernheizwerkvertrag zu einer den Wettbewerb ausschließenden Wirkung, insbesondere wegen der im Fernheizwerkvertrag geregelten, verpflichtenden vertraglichen Weitergabe des Anschlusszwangs an die späteren Grundstückskäufer (vgl. hierzu den als Anlage K 12 vorgelegten Musteranschlussvertrag und den als Anlage K 13 vorgelegten Musterwärmelieferungsvertrag) sowie durch die Eintragung von

Grunddienstbarkeiten (§ 4.2. Fernheizwerkvertrag i.V.m. Anlage A 6 und § 7 Musteranschlussvertrag) auf Grundlage der vorformulierten Eintragungsbewilligung (Anlage A 6 zum Fernheizwerkvertrag, vorgelegt als Anlage K 14, dort Nr. 3). Die in diesen Musterverträgen und -erklärungen enthaltenen Ausschließlichkeitsbindungen dienen allein dazu, sicherzustellen, dass der jeweilige Betreiber der Fernwärme-einrichtungen für eine sehr lange Zeit der einzige Versorger im Siedlungsgebiet des Fernheizwerkvertrags bleibe. Darüber hinaus stelle § 12.2 Fernheizwerkvertrag auch eine unzulässige „englische Klausel“ dar, die jedenfalls in Verbindung mit einer solch langen Vertragslaufzeit kartellrechtlich unzulässig sei.

Da der relevante Markt lokal abzugrenzen sei, sei das Gebiet, das durch das jeweilige lokale Fernwärmenetz erschlossen werde, maßgeblich. Auf dem Markt für die Wärmeversorgung von Haushalts- und Gewerbekunden in Hochdahl sei die Beklagte daher marktbeherrschend, weil ihr Marktanteil weit über der für vertikale Vereinbarungen geltenden Spürbarkeitsgrenze von 15% liege.

Eine Freistellung vom Kartellverbot komme – entgegen der Ansicht der Beklagten – nicht in Betracht. Eine Freistellung nach § 2 Abs. 2 GWB i.V.m. der Verordnung Nr. 330/2010 (im Folgenden: Vertikal-GVO) scheide deshalb aus, weil die zeitliche Befristung von Wettbewerbsverbote auf fünf Jahre (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. a Vertikal-GVO) hier nicht eingehalten werde und die Beklagte als Anbieterin für (Heiz-)Wärme aufgrund ihrer marktbeherrschenden Stellung auch den in Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO geregelten Grenzwert von 30% Marktanteil überschreite.

Auch die Voraussetzungen für eine Einzelfreistellung gemäß § 2 Abs. 1 GWB habe die Beklagte im Streitfall nicht hinreichend dargetan. Zwar könnten bei sehr umfangreichen Investitionen im Einzelfall auch Wettbewerbsverbote, die länger als fünf Jahre dauerten, gemäß den Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen gerechtfertigt sein. Beispielsweise erfüllten wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen bei besonders hohen vertragsspezifischen Investitionen eines Anbieters während des Abschreibungszeitraums grundsätzlich die Voraussetzungen für eine Einzelfreistellung. Dass sich die ursprünglichen Investitionskosten erst nach einer Vertragslaufzeit von mehr als 50 Jahren, mithin erst in der Zeit ab dem 01.05.2017 tatsächlich amortisiert hätten, bestreitet die Klägerin mit Nichtwissen. Angesichts des zwischenzeitlichen Zeitablaufs sei

ausgeschlossen, dass die Wettbewerbsbeschränkungen durch vertragsspezifische Investitionen gerechtfertigt seien.

Aber selbst dann, wenn die vertraglichen Vereinbarungen zu den Vertragslaufzeiten wirksam seien, habe die Beklagte das Optionsrecht in § 12.2 nicht wirksam ausgeübt, so dass es zu einer Beendigung des Fernheizwerkvertrags zum 30.04.2017 gekommen sei, weil sie die für den Fremdvergleich erforderlichen Daten zu spät und überdies unvollständig mitgeteilt und damit ihre Mitwirkungspflichten verletzt habe. Die Ausübung der Option zur Vertragsverlängerung stehe – wie sich aus § 12.2 Satz 2 ergebe – unter der aufschiebenden Bedingung der Durchführung des in Satz 2 geregelten Fremdvergleichs. Der Fremdvergleich, der eine Wirksamkeitsvoraussetzung für die von der Beklagten gewünschte Vertragsfortsetzung darstelle, sei bislang nicht durchgeführt worden bzw. habe mangels aussagekräftiger Informationen der Beklagten nicht durchgeführt werden können.

Schließlich sei der Vertrag zumindest durch die vorsorglich erklärte außerordentliche Kündigung im Schreiben vom 23.05.2017 mit Wirkung zum 31.08.2017 beendet worden. § 544 BGB, wonach das Mietverhältnis 30 Jahre nach Überlassung von jeder Vertragspartei mit der gesetzlichen Frist gekündigt werden könne, sei entsprechend auf den Fernheizwerkvertrag anzuwenden, da in der gewährten Grundstücksnutzung für die Fernwärmeleitungen auch eine Gebrauchs- und Nutzungsüberlassung liege.

Sofern – wovon sie, die Klägerin, ausgehe – der Fernheizwerkvertrag beendet sei, könne sie als Prozessstandschafterin zugunsten der Stadtwerke Erkrath gemäß deren Vollmachtserklärung vom 18.05.2017 (Anlage K 10) den Herausgabe- und Übertragungsanspruch (Klageantrag Nr. 2) sowie – hilfsweise – den Anspruch auf grundbuchmäßige Erklärung und Bewilligung der Übertragung des Erbbaurechts (Klageantrag Nr. 3) Zug um Zug gegen eine entsprechende Entschädigung geltend machen. Dabei seien nicht nur die Heizzentrale und alle Betriebsvorrichtungen des Fernheizwerks auf dem im Klageantrag Nr. 3 benannten Grundstück, sondern auch das gesamte Fernwärmeleitungsnetz vom Fernheizwerk bis einschließlich zu den Hausübergabestationen herauszugeben (vgl. § 3 Nr. 2 2 des als Anlage K 12 vorgelegten Anschlussmustervertrags und die Technischen Anschlussbedingungen, wonach die Anlage des Fernheizwerks erst mit der Liefergrenze hinter der Hausstation ende). Gleiches gelte auch für das später im Jahr 2013 auf demselben

Grundstück errichtete Biogas-Blockheizkraftwerk. Bei letzterem handele es sich nicht um einen Scheinbestandteil im Sinne des § 95 BGB, sondern es greife die Regelung in § 12 Abs. 1 ErbbauRG. Es diene – insofern unstrittig – ebenfalls der Fernwärmerversorgung und könne ohne die Anbindung an das Fernwärmenetz nicht betrieben werden.

Angesichts der im Fall der Beendigung des Fernheizwerkvertrags vorliegenden angemäßen Eigengeschäftsführung der Beklagten in der Zeit ab dem 01.05.2017 bestehe auch ein Anspruch auf Auskunft über den Umfang des Betriebs des Fernheizwerks einschließlich des Biogas-Blockheizkraftwerks und des vom Fernheizwerk bis zu den jeweiligen Eigentumsgrenzen der belieferten Kunden gelegenen Fernwärmenetzes nebst Hausübergabestationen (Klageantrag Nr. 4.a).

Ferner stehe den Stadtwerken Erkrath für den Weiterbetrieb des Fernheizwerks nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag ab dem 01.05.2017 darüber hinaus auch ein Anspruch auf Herausgabe des Erlangten zu, den sie ebenfalls als Prozessstandschafterin für diese bereits jetzt im Wege der Stufenklage geltend mache (Klageantrag Nr. 4.b). Schließlich habe die Beklagte wegen der vorliegenden angemäßen Eigengeschäftsführung auch den bei den Stadtwerken Erkrath entstandenen Schaden in Gestalt des entgangenen Gewinns zu ersetzen (Klageantrag Nr. 5). Da nicht alle relevanten Daten und Informationen von der Beklagten vorgelegt worden seien, stehe ihr, der Klägerin, falls der Fernheizwerkvertrag noch bestehe, zumindest der im Klageantrag Nr. 6 geltend gemachte Auskunftsanspruch zu. Dieser erfasse insbesondere auch die bislang nicht mitgeteilten, aggregierten Kundendaten zu den vertraglichen Anschlussleistungen und den tatsächlich abgenommenen Wärmemengen in den letzten Jahren.

Die Klägerin beantragt,

1.  
hinsichtlich des Klageantrags Nr. 1, zu erkennen wie geschehen

sowie darüber hinaus für den Fall des Obsiegens mit dem Klageantrag Nr. 1,

2.  
die Beklagte zu verurteilen, Eigentum und Besitz an der Heizzentrale und allen Betriebsvorrichtungen des Fernheizwerks einschließlich des Biogas-

Blockheizkraftwerks auf dem Grundstück am Klinkerweg 6 in 40699 Erkrath und Eigentum und Besitz an allen vom Fernheizwerk bis zu den jeweiligen Eigentumsgrenzen der belieferten Kunden gelegenen Anlagen des Fernwärmeleitungsnetzes nebst Hausübergabestationen und Zubehör an die Stadtwerke Erkrath GmbH Zug um Zug gegen Zahlung der im Erbbaurechtsvertrag vom 12.12.1979 vereinbarten Entschädigung in Höhe von EUR 600.000,00 netto durch die Stadtwerke Erkrath GmbH zu übertragen;

für den Fall des Unterliegens mit dem Klageantrag Nr. 2,

3.  
die Beklagte zu verurteilen, zu erklären, dass das Erbbaurecht an dem Grundstück Klinkerweg 6 in 40699 Erkrath, eingetragen im Grundbuch von Hochdahl, Blatt 8321, Amtsgericht Mettmann, Gemarkung Hochdahl, Flur 9, Flurstück 108, eingetragen im Erbbaugrundbuch von Hochdahl des Amtsgericht Mettmann, Blatt 2000, auf die Stadtwerke Erkrath GmbH übertragen wird und in grundbuchmäßiger Form zu bewilligen, dass das Grundbuch entsprechend umgeschrieben wird; Erklärung und Bewilligung erfolgen Zug um Zug gegen Zahlung der im Erbbaurechtsvertrag vom 12.12.1979 vereinbarten Entschädigung in Höhe von EUR 600.000,00 netto durch die Stadtwerke Erkrath GmbH.

Ferner beantragt die Klägerin, die Beklagte im Wege der Stufenklage zu verurteilen,

4.  
a.  
den Stadtwerken Erkrath GmbH Auskunft zu erteilen, über den Umfang des Betriebs des Fernheizwerkes einschließlich des Biogas-Blockheizkraftwerks auf dem Grundstück am Klinkerweg 6 in 40699 Erkrath und des vom Fernheizwerk bis zu den jeweiligen Eigentumsgrenzen der belieferten Kunden gelegenen Fernwärmenetzes nebst Hausübergabestationen ab dem 01.05.2017 und zwar unter Angabe der Wärmeliefermengen und des im jeweiligen Lieferzeitraum geltenden Wärmelieferpreises (Grundpreis, Arbeitspreis, Mess- und Abrechnungspreis) für jede belieferte Abnahmestelle, der Stromerzeugungsmengen und Stromerzeugungszeiten im Biogas-Blockheizkraftwerk, der Gestehungskosten unter Angabe der einzelnen Kostenfaktoren sowie insbesondere des erzielten Gewinns;  
b.  
an die Stadtwerke Erkrath GmbH einen nach Auskunft gemäß Antrag zu 4.a) noch zu bestimmenden Betrag nebst Zinsen hierauf in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Für den Fall des Unterliegens mit dem Klageantrag Nr. 1. beantragt die Klägerin schließlich

5.  
die Beklagte zu verurteilen,

- a.  
den Betrieb des Fernheizwerks einschließlich des Biogas-Blockheizkraftwerks auf dem Grundstück Klingerweg 6 in 40699 Erkrath und
- b.  
den Betrieb des Fernwärmenetzes einschließlich Hausübergabestationen und Zubehör vom Fernheizwerk bis zu den jeweiligen Eigentumsgrenzen der von der Beklagten belieferten Kunden und
- c.  
die Fernwärmeversorgung der über das Fernwärmenetz der Beklagten versorgten Kunden

ab dem 01.05.2017 bis zum 30.04.2027 nicht zu ungünstigeren Bedingungen (Versorgungsbedingungen, Preise und Versorgungssicherheit) fortzuführen als solchen, die sich aus einem Fremdvergleich zwischen der Beklagten und einem Dritten für

- a.  
den Betrieb des Fernheizwerks einschließlich des Biogas-Blockheizkraftwerks auf dem Grundstück Klingerweg 6 in 40699 Erkrath und
- b.  
den Betrieb des Fernwärmenetzes einschließlich Hausübergabestationen und Zubehör vom Fernheizwerk bis zu den jeweiligen Eigentumsgrenzen der von der Beklagten belieferten Kunden und
- c.  
für die Fernwärmeversorgung der über das Fernwärmenetz der Beklagten versorgten Kunden

für den Zeitraum ab dem 01.05.2017 bis zum 30.04.2027 ergeben.

6.  
Die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin Auskunft zu erteilen,

- a.  
zu den Endkunden  
über einen Zeitraum vom 01.01.2015 bis 31.12.2017 anonymisiert je Kalenderjahr je Abnahmestelle über die Anschlussleistung und Abnahmemenge an Wärme für Raumheizung und Gebrauchswasserbereitung sowie die vereinbarten Preise für Wärmeleistung und Wärmearbeit, die aus den Wärmeerzeugungsanlagen einschließlich des Biogas-Blockheizkraftwerks auf dem Grundstück am Klinkerweg 6 in 40699 Erkrath über das von der Beklagten betriebene Fernwärmenetz von der Beklagten mit Wärme versorgt werden;

hilfsweise – bei einem Unterliegen mit dem vorbezeichneten Auskunftsantrag je Abnahmestelle – anonymisiert je Kalenderjahr über einen Zeitraum vom 01.01.2015 bis 31.12.2017 je Kundengruppe, die den gleichen vereinbarten

Preis für Wärmeleistung und Wärmearbeit bezogen auf die jeweils belieferte Abnahmestelle zahlt, Auskunft über die Anschlussleistung und Abnahmemenge an Wärme für Raumheizung und Gebrauchswasserbereitung sowie die vereinbarten Preise für Wärmeleistung und Wärmearbeit, die aus den Wärmeerzeugungsanlagen einschließlich des Biogas-Blockheizkraftwerks auf dem Grundstück am Klinkerweg 6 in 40699 Erkrath über das von der Beklagten betriebene Fernwärmenetz von der Beklagten mit Wärme versorgt werden;

b.

zur Erzeugung

über ein vollständiges Mengengerüst der Erzeugungsanlagen des Fernheizwerkes einschließlich des Biogas-Blockheizkraftwerkes:

- GIS-Auszug (hinterlegte Betriebsmitteldaten) des Bestandes des für die Versorgung mit Fernwärme im Versorgungsgebiet Hochdahl betriebenen Fernheizwerkes, insbesondere Identifikation im Planwerk;
- vollständiges Mengengerüst des Bestandes des für die Versorgung mit Fernwärme im Versorgungsgebiet Hochdahl betriebenen Fernheizwerkes in Form einer tabellarischen Auflistung der einzelnen installierten Betriebsmittel, bestehend insbesondere aus Angaben zur jeweiligen Netzanbindung (wärme- und ggf. gas- und stromseitig), nebst zugehöriger Anlagentechnik;
- Art und Größe weiterer Bauelemente (Maschinengebäude, Betriebsgebäude, Außenanlagen etc. je Anlage);
- Aufbau, Funktion und Betrieb der zentralen Leittechnik, unter anderem der Messtechnik;
- wesentliche Umbauten oder Nachrüstungen des Fernheizwerkes in den letzten fünf Geschäftsjahren;
- das Unterhaltungskonzept (Inspektion, Wartung, Instandsetzung) und die Wartungs- und Instandhaltungsaufwendungen für die Anlagen des Fernheizwerkes einschließlich des Biogas-Blockheizkraftwerkes nach Anlagengruppen, Maßnahme und Alter sortiert für die letzten fünf Geschäftsjahre sowie als Planwerte für das laufende Geschäftsjahr und die nächsten vier Geschäftsjahre;
- jeweilige Wärmeeinspeiselasgänge des Fernheizwerkes einschließlich des Biogas-Blockheizkraftwerkes für die letzten fünf Geschäftsjahre und
- Störfall-, Schadens- und Unfallstatistik sowie Verfügbarkeiten des Fernheizwerkes für die letzten fünf Geschäftsjahre;

c.

zum Fernwärmenetz

über ein vollständiges Mengengerüst der Betriebsmittel des Fernwärmenetzes:

- Planwerk:  
topographische Netzpläne (sowohl Übersichtspläne, z. B. Maßstab 1:5.000, als auch Bestandspläne, z. B. Maßstab 1:250) als GIS-Auszug;
- Fernwärmeleitungen:

Identifikation im Planwerk (z. B. eindeutige Betriebsmittelnummer), Bezeichnung des Betriebsmittels, Standort, Verlegungsart (Freileitung, kanalfrei oder kanalgebunden / Ein- oder Mehrrohrsystem), Zusammenverlegung mit anderen Medien (z.B. Gasversorgungs- oder Wasserversorgungsleitungen), Oberfläche, Normgrabenprofile und Bodenklasse, Nennweite, Material, Verbindungsart, Länge (ohne Hausanschlussleitungen);

- Zähler, Regler, Messgeräte:  
Identifikation im Planwerk (z. B. eindeutige Betriebsmittelnummer), Bezeichnung des Betriebsmittels, Standort, Hersteller, Typ (allgemeine und herstellerspezifische Benennung, Anzahl und Baujahr);
- Hausanschlüsse, sofern Eigentum der Beklagten:  
Identifikation im Planwerk (z. B. eindeutige Betriebsmittelnummer), Bezeichnung des Betriebsmittels, Standort, Verlegungsart (Freileitung, kanalfrei oder kanalgebunden), Zusammenverlegung mit anderen Medien (z. B. Wasserversorgungsleitungen), Oberfläche, Normgrabenprofile und Bodenklasse, Nennweite, Material, Einbindungsart, Betriebs- und Nenndruckstufe, Länge der Hausanschlussleitungen, Baujahr;
- Druckregel- und Messanlagen:  
Identifikation im Planwerk (z. B. eindeutige Betriebsmittelnummer), Bezeichnung des Betriebsmittels (z. B. Standort, Hersteller, Typ, Baujahr, Kapazität);
- Heizwasserhausübergabestationen:  
Identifikation im Planwerk (z. B. eindeutige Betriebsmittelnummer), Bezeichnung des Betriebsmittels (z. B. Standort, Hersteller, Typ, Baujahr, Kapazität);
- Wärmeüberträgerstationen:  
Identifikation im Planwerk (z. B. eindeutige Betriebsmittelnummer), Bezeichnung des Betriebsmittels (z. B. Standort, Hersteller, Typ, Baujahr, Kapazität);
- Entsalzungsanlagen (Heizwasser):  
Identifikation im Planwerk (z. B. eindeutige Betriebsmittelnummer), Bezeichnung des Betriebsmittels (z. B. Standort, Hersteller, Typ, Baujahr, Kapazität);
- Übergabeanlagen von den Erzeugungsanlagen in das Fernwärmenetz:  
Identifikation im Planwerk (z. B. eindeutige Betriebsmittelnummer), Bezeichnung der erfassten Betriebsmittel (z. B. Standort, Hersteller, Typ, Baujahr, Kapazität);
- Fernwirkanlagen (inkl. Fernwirkleitungen/Signalkabel):  
Identifikation im Planwerk (z. B. eindeutige Betriebsmittelnummer), Bezeichnung des Betriebsmittels, Typ, Anzahl, Standort;
- Angaben über Betriebsmittelausstattung der Übergabeanlagen sowie der Leitzentrale:
- Identifikation im Planwerk (z. B. eindeutige Betriebsmittelnummer), Bezeichnung der erfassten Betriebsmittel (z. B. Standort, Hersteller, Typ, Baujahr, Kapazität);

- Störfall-, Schadens- und Unfallstatistik sowie Verfügbarkeiten der aufgeführten Anlagegüter des Fernwärmenetzes für die letzten fünf Geschäftsjahre;
- Vereinnahmte und nicht aufgelöste Ertragszuschüsse (z. B. Baukostenzuschüsse und Anschlusskostenbeiträge), aufgegliedert nach deren Passivierungsjahr unter Angabe der angesetzten Nutzungsdauern sowie der Auflösungsmethode und
- das Unterhaltungskonzept (Inspektion, Wartung, Instandsetzung) und die Wartungs- und Instandhaltungsaufwendungen für das Fernwärmenetz für die letzten fünf Geschäftsjahre sowie als Planwerte für das laufende Geschäftsjahr und die nächsten vier Geschäftsjahre;

d.  
zu den Wirkungsgraden

über die Höhe der Wirkungsgrade der Energieumwandlungsprozesse je von der Beklagten auf dem Grundstück Klingerweg 6 in 40699 Erkrath betriebenen Wärmeerzeugungsanlagen einschließlich des Biogas-Blockheizkraftwerkes je Kalenderjahr für den Zeitraum vom 01.01.2015 bis 31.12.2017;

e.  
zu den Wärmenetzverlusten

über den Zeitraum von 01.01.2015 bis 31.12.2017 je Kalenderjahr bestehende Netzverluste (prozentual und absolut) des von der Beklagten betriebenen Fernwärmenetzes, welche von der Einspeisung in das Fernwärmenetz am Fernheizwerk einschließlich des Biogas-Blockheizkraftwerkes am Grundstück am Klinkerweg 6 in 40699 Erkrath bis zu den jeweiligen Eigentumsgrenzen der belieferten Kunden gelegenen Anlagen bestehen;

f.  
zu den Anschaffungs- und Herstellungskosten

über die Anschaffungs- und Herstellungskosten zum Zeitpunkt der Errichtung der von der Beklagten auf dem Grundstück Klingerweg 6 in 40699 Erkrath betriebenen Wärmeerzeugungsanlagen einschließlich des Biogas-Blockheizkraftwerkes nebst dem betriebenen Fernwärmenetz sowie über alle von 1966 bis heute durchgeführten Modernisierungsmaßnahmen mit Angaben zu Anschaffungs- und Herstellungskosten bezüglich Leitungen, Anlagen, Regler, Wärmetauschern, Messgeräten und allen weiteren Vermögensgegenständen;

g.  
zu den Grundstücken

eine Übersicht über die der Fernwärmeversorgung zuzuordnenden Grundstücke:

- historische Anschaffungskosten, Grundstücksgröße und Lage zu jedem Grundstück, soweit sie nicht den Erbbaurechtsvertrag (UR. Nr. 2254 für 1979 L) betreffen und
- schuldrechtliche und dingliche Grundstücks-benutzungsrechte unter Benennung der Grundbucheintragung der dinglichen Rechte;

h.

zu den Verträgen

über Vertragsbeziehungen für den Betrieb der oben aufgeführten Anlagengüter, soweit diese übernommen werden müssen, durch Vorlage der Verträge, d.h. insbesondere

- der Betriebsführungsverträge;
- Wartungs- und Serviceverträge und
- der Musterwärmelieferverträge für alle Endkundengruppen einschließlich der Preise und Preisregelungen sowie Übersicht über die vereinbarten Vertragslaufzeiten;

i.

zum Personal

über die Anzahl der angestellten Mitarbeiter der Beklagten, deren Tätigkeit vollständig oder überwiegend dem Betrieb der im Antrag 6.a) beschriebenen Wärmeerzeugungsanlage einschließlich des Biogas-Blockheizkraftwerks nebst Fernwärmenetz zuzuordnen ist, sowie transparente Angaben zu ihren vertraglichen Rechten und Pflichten sowie zu übernehmenden Pensionslasten ausgeschiedener und aktiver Mitarbeiter.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte vertritt die Auffassung, sie habe mit Schreiben vom 17.09.2015 wirksam die Verlängerungsoption in § 12.2 Fernheizwerkvertrag ausgeübt, so dass sich die Laufzeit des Fernheizwerkvertrags bis zum 30.04.2027 verlängert habe. Weder die ursprüngliche Vertragslaufzeit (§ 12.1) noch die Verlängerungsoptionen (§ 12.2) stellten Wettbewerbsbeschränkungen nach § 1 GWB dar. Eine Vertragslaufzeit von 40 Jahren oder länger komme bei Fernwärmeversorgungsprojekten in der Praxis sehr häufig vor, wie der Abschlussbericht des Bundeskartellamts (BKartA) zu der Sektoruntersuchung Fernwärme aus August 2012 gezeigt habe (Anlage K 28, dort S. 70, Rn. 163: über 30 Jahre 14,3% und unbefristet 11,9%). Die vertraglichen Regelungen der Wärmeversorgung in Hochdahl seien vom Bundeskartellamt im Rahmen der Sektoruntersuchung tatsächlich kartellrechtlich überprüft worden, insbesondere habe sie dem Amt die Vertragslaufzeiten ihrer Wärmeversorgungen mitgeteilt. Das Bundeskartellamt habe die Vertragslaufzeiten nicht zum Anlass genommen, dagegen einzuschreiten. Derart lange Vertragslaufzeiten seien notwendig, damit der Wärmeversorger seine erheblichen Investitionen in den Bau des Heizwerkes und die Errichtung des Leistungsnetzes über die Vertragslaufzeit refinanzieren könne. Sie seien daher kartellrechtlich gerechtfertigt. Eine

Benachteiligung der Endkunden oder der Klägerin liege nicht vor. Das Bundeskartellamt habe in seinem Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung die langen Vertragslaufzeiten daher auch nicht beanstandet. Auch die Rechtsprechung habe die besonderen Gegebenheiten der Fernwärmeversorgung anerkannt und insofern bislang keine Bedenken bei langfristigen Vertragslaufzeiten bei der Fernwärmeversorgung geäußert. Schließlich wollten die Klägerin bzw. die Stadtwerke Erkrath nicht in Wettbewerb mit alternativen Heizsystemen im Siedlungsgebiet Hochdahl eintreten, da sie das Ziel verfolgten, dass statt der Beklagten künftig die Stadtwerke Erkrath die Endkunden mit Fernwärme belieferten. Entgegen der Ansicht der Klägerin seien die Endkunden auch nicht in der Wärmeversorgung der Beklagten "gefangen", da Endkundenverträge nach der gesetzlichen Regelung in § 32 Abs. 1 AVBFernwärmeV eine Höchstlaufzeit von zehn Jahren hätten und Kunden mit sog. Altverträgen ein Sonderkündigungsrecht (§ 37 Abs. 2 AVBFernwärmeV) zustehe.

Entgegen der Ansicht der Klägerin liege auch keine „englische Klausel“ oder eine sonstige kartellrechtswidrige Alleinbezugsverpflichtung vor. Dies setze nach den Leitlinien der Europäischen Kommission denknötwendig voraus, dass der Abnehmer Teile seines Bedarfs auch bei anderen Lieferanten decken könne, was hier systembedingt gerade ausgeschlossen sei, weil es nur einen Fernwärmeversorger vor Ort gebe.

In jedem Fall liege – falls der Fernheizwerkvertrag wettbewerbsbeschränkende Klauseln enthalte – eine Freistellung vom Kartellverbot vor.

Art. 5 Abs. 1 lit. a Vertikal-GVO, der bei Wettbewerbsverboten eine Beschränkung der Laufzeit auf fünf Jahre und eine Freistellung nur bis zu einem Marktanteil von 30% vorsehe, könne aufgrund der Besonderheiten des vorliegenden Falls, insbesondere der hohen Investitionskosten für ein Fernheizwerk und das zugehörige Fernwärmenetz, nicht als Referenzmaßstab herangezogen werden. Auch insofern sei zu berücksichtigen, dass es systembedingt immer nur einen Fernwärmeanbieter in einem räumlichen Bereich gebe.

In Betracht komme indes eine Einzelfreistellung gemäß § 2 GWB. Dessen Voraussetzungen seien im Streitfall erfüllt. Die erheblichen Investitionskosten und zu erwartenden Betriebskosten der Versorgung des Siedlungsgebiets mit Fernwärme

hätten sich aus Sicht der Vertragsparteien zum Zeitpunkt bei Abschluss des Fernheizwerkvertrags nur über eine mindestens 40-jährige Vertragslaufzeit amortisiert und auch nur soweit der Wärmelieferant den Fernheizwerkvertrag zweimal um zehn Jahre habe verlängern dürfen. Auch die anteiligen Kosten für den Erwerb der Wärmeversorgung Hochdahl im Januar 2009 (zusammen mit anderen Fernwärmeeinrichtungen) seien bisher noch nicht amortisiert. Bei dem Erwerb seien auch die früheren Investitionskosten der ESSO wirtschaftlich übernommen worden.

Die Regelung des Fremdvergleichs in § 12.2 Satz 2 Fernheizwerkvertrag stehe der erfolgten zweiten Verlängerung der Vertragslaufzeit ebenfalls nicht entgegen. Bei dem in § 12.2 Satz 2 geregelten Fremdvergleich handele es sich nicht um eine aufschiebende Bedingung. Dies könne weder dem Wortlaut, noch dem Willen der Parteien bei Vertragsabschluss noch dem Sinn und Zweck der Regelung entnommen werden. Der Regelung in § 12.2 Satz 2 zum Fremdvergleich sei keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Vertragsverlängerung (also das „Ob“) zu entnehmen, sondern diese regle lediglich die wirtschaftlichen Bedingungen (das „Wie“), zu dem die Beklagte die Fernwärmeversorgung in Hochdahl fortsetzen dürfe, und sei daher mit dem Regelungszweck des § 315 BGB vergleichbar. Es handele sich um eine vertraglich vereinbarte Preisanpassungsklausel in einem Dauerschuldverhältnis, die unabhängig von der Vertragslaufzeit greife und dem Bedürfnis nach einer nachträglichen Anpassung des Wärmepreises nach billigem Ermessen Rechnung trage. Die Vertragsparteien hätten für die Zeit nach Ablauf der anfänglichen Vertragslaufzeit von 40 Jahren lediglich sicherstellen wollen, dass wenn der Versorger seine einseitige Option zur Verlängerung ausübe, die Bedingungen des (Weiter-) Betriebes des Fernheizwerkes einem Fremdvergleich in wirtschaftlicher Hinsicht standhalten. Die Regelung stelle sicher, dass der Wärmepreis angemessen und marktgerecht sei.

Sie, die Beklagte, habe bei der Durchführung des Fremdvergleichs auch keine Mitwirkungspflichten verletzt, zumal diese so im Vertrag nicht (insbesondere nicht in § 12.2) geregelt seien. Im Gegenteil habe sie alle zur Durchführung eines Fremdvergleichs erforderlichen Daten der Klägerin übermittelt, nachdem die Vertraulichkeitsverpflichtung unterschrieben worden sei. Weiterreichendere als die übermittelten Daten seien nicht erforderlich gewesen, um als Interessent ein Angebot für die Wärmeversorgung in Hochdahl unterbreiten zu können. Die aus dem Bereich Gas und Strom für Konzessionsvergabeverfahren bekannten formalen

Anforderungen könnten jedenfalls nicht auf Fernwärmesektor übertragen werden, da der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des § 46a EnWG bewusst auf Strom- und Gasnetze begrenzt habe. Überdies lasse die Klägerin unberücksichtigt, dass ihr angeboten worden sei, die Daten auch von einem neutralen Dritten (z.B. von einem Wirtschaftsprüfer) prüfen zu lassen, was nicht gewünscht gewesen sei. Da die Klägerin zuvor stets angegeben habe, die Informationen an die Stadtwerke Erkrath GmbH weiterleiten zu wollen, seien nur solche Informationen übermittelt worden, die für einen Fremdvergleich unerlässlich seien. Zudem sei der Austausch oder auch nur die einseitige Offenlegung von wettbewerblich sensiblen Informationen zwischen den Stadtwerken Erkrath und ihr aufgrund des bestehenden Wettbewerbsverhältnisses aus kartellrechtlicher Sicht kritisch zu bewerten.

Schließlich sei der Fernheizwerkvertrag auch nicht wirksam gemäß § 544 BGB analog gekündigt worden. Die Fernwärmeversorgung könne rechtlich nicht als Miete oder Pacht eingeordnet werden auch bestehe keine vergleichbare Interessenlage. Für eine analoge Anwendung fehle es zudem an einer planwidrigen Regelungslücke, da der Fernheizwerkvertrag abschließende Regelungen zur Beendigung des Vertragsverhältnisses enthalte.

Da die Beklagte den Fernheizwerkvertrag über den 30.04.2007 hinaus wirksam verlängert habe, seien die Voraussetzungen des Heimfallanspruchs gemäß § 13.1 c) des Erbbaurechtsvertrages nicht erfüllt. Die zugunsten der Stadtwerke Erkrath geltend gemachten Ansprüche auf Herausgabe und Übereignung Zug um Zug gegen Zahlung einer Entschädigung bestünden daher nicht. In jedem Fall sei das Biogas-Blockheizkraftwerk nicht von einem etwaigen Herausgabe- bzw. Übertragungsanspruch umfasst, da es nicht Gegenstand des Fernheizwerkvertrags sei und somit auch nicht von dem in § 16 geregelten Herausgabeanspruch erfasst werde. Es sei ausschließlich an das Sekundärnetz Alt-Hochdahl und nicht an die Fernwärmeversorgung in Hochdahl angeschlossen. Außerdem werde es für den Betrieb der Fernwärmeversorgung nicht benötigt und habe für den Betrieb der Fernwärmeversorgung somit keinen operativen Nutzen. Die Beklagte habe das Biogasblockheizkraftwerk nur für die Dauer errichtet, in der sie die Sekundärnetzversorgung in Alt-Hochdahl betreibe. Da es nur vorübergehend mit dem Grund und Boden verbunden worden sei, sei es auch kein wesentlicher Bestandteil des im Klageantrag Nr. 3 genannten Grundstücks, sondern lediglich Scheinbestandteil.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die von den Parteien überreichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die tatsächlichen Feststellungen in den nachfolgenden Entscheidungsgründen Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe**

Die Kammer entscheidet mit diesem Teilurteil vorab über den zulässigen (siehe dazu unter II.) Klageantrag zu 1.

#### **I.**

Eine Entscheidung über den Klageantrag zu 1. durch Teilurteil ist gemäß § 301 ZPO zulässig und in der Sache geboten, weil die Entscheidung über diesen Antrag für das weitere Verfahren vorgreiflich ist.

Die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen (vgl. dazu BGH, NJW 2013, 1009; BGH, NJW 2011, 2736, 2737). Zwar genügt die förmliche – im Einzelfall auch auf übereinstimmenden Antrag der Parteien angeordnete – Aussetzung des Verfahrens oder die Anordnung des Ruhens des Verfahrens nicht, um die gesetzlichen Beschränkungen für den Erlass eines Teilurteils außer Kraft zu setzen (BGH, NJW-RR 2017, 1197, Rn. 19 unter Hinweis auf BGH, NJW 2011, 2736, Rn. 16 ff. und BGH, GRUR 2015, 1201, Rn. 28 ff.; vgl. auch Elzer, in: BeckOK ZPO, 38. Ed. 1.9.2020, § 301 ZPO, Rn. 16a). Anders als in der vom BGH entschiedenen, vorzitierten Fallkonstellation (BGH, GRUR 2015, 1201) haben die Parteien hier aber auf ein Rechtsmittel gegen den Aussetzungsbeschluss ausdrücklich verzichtet. Insofern besteht im Streitfall keine – auch keine lediglich abstrakt denkbare – Gefahr sich widersprechender Entscheidungen. Vergleichbar zu dem von der Rechtsprechung anerkannten Ausnahmefall, in dem gegen einen einfachen Streitgenossen zulässigerweise ein Teilurteil trotz der Gefahr einer widerstreitenden Entscheidung im weiteren Verfahren ergehen kann, wenn das Verfahren durch Insolvenz oder Tod des anderen Streitgenossen unterbrochen ist, weil die übrigen Prozessbeteiligten keine prozessuale Möglichkeit haben, die Aufnahme des

Verfahrens und damit den Fortgang des Prozesses insgesamt zu bewirken, steht den Parteien des hiesigen Rechtsstreit nach dem erklärten Rechtsmittelverzicht die an sich gegen den Aussetzungsbeschluss der Kammer vom heutigen Tage statthafte sofortige Beschwerde nicht mehr zu. Damit haben die Parteien keine prozessuale Möglichkeit, die (Wieder-)Aufnahme des Verfahrens und damit den Fortgang des Prozesses in Teilen oder insgesamt zu bewirken.

## II.

Der Klageantrag zu 1. ist zulässig. Insbesondere ist das Landgericht Düsseldorf sachlich gemäß 87 GWB zuständig. Ist die ausschließliche Zuständigkeit bestimmter Gerichte – wie hier die sachliche Zuständigkeit – nur in einer Hinsicht gesetzlich geregelt, bleibt die Prorogation durch Gerichtsstandsvereinbarungen im Übrigen zulässig. Mithin ist das Landgericht Düsseldorf – unabhängig vom Sitz der Beklagten – aufgrund der in § 14.5 Fernheizwerkvertrag und § 19 Erbbaurechtsvertrag Gerichtsstandsvereinbarungen auch in örtlicher Hinsicht zuständig.

Da der Klageantrag Nr. 1 auf die Feststellung des Nichtbestehens eines zwischen den beiden Parteien bestehenden Rechtsverhältnisses gerichtet ist, liegt auch das nach § 256 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse vor. Der Antrag einer Partei auf Feststellung der Beendigung eines Vertrages ist zulässig, wenn sich die andere Partei, der vermeintliche Vertragspartner des Fortbestandes des Vertrages berührt (vgl. BGH, MDR 1982, 927). Im Streitfall hat sich die Beklagte vorgerichtlich zuletzt in ihrem Schreiben vom 07.06.2017 (Anlage K 11) auf den Fortbestand und auch im gerichtlichen Verfahren auf die Wirksamkeit des Fernheizwerkvertrags berufen.

## III.

Der auf Feststellung gerichtete Klageantrag zu 1. ist begründet.

1.

Im Streitfall kann dahinstehen, ob die vertragliche Regelung zum Fremdvergleich in § 12.2 der (zweiten) Verlängerung des Fernheizwerkvertrags über den 30.04.2017 hinaus entgegensteht, da sie in jedem Fall aus kartellrechtlichen Gründen unwirksam ist (dazu sogleich unter III.2.). Unabhängig davon spricht hier alles dafür, dass Satz 2 des § 12.2. Fernheizwerkvertrag keine aufschiebende Bedingung für die Wirksamkeit einer Vertragsverlängerung (im Sinne des „Bestehens eines Fremdvergleichs“) enthält, weil nicht anzunehmen ist, dass die Wirksamkeit der Vertragsverlängerung nach dem Willen beider Parteien bei Abschluss des Vertrages tatsächlich vom Eintritt einer aufschiebenden Bedingung abhängig sein sollte. Von einer „Bedingung“ oder dem „zwingenden Erfordernis“ eines Fremdvergleichs ist im Vertrag keine Rede. Auch findet sich dort keine Formulierung, die auf eine Bedingung im Sinne des § 158 BGB hindeutet. Allein die Verwendung des Worts „jedoch“ im Satz 2 des § 12.2 („...die Bedingungen müssen jedoch mindestens den Bedingungen entsprechen...“) reicht nicht aus, um von der Vereinbarung eines Wirksamkeitserfordernisses ausgehen zu können. Gegen die Auslegung der Klägerin spricht schließlich auch, dass die erste Vertragsverlängerung um zehn Jahre von 2007 bis 2017 auch ohne Durchführung eines Fremdvergleichs erfolgte und die Regelung in § 12.2 das Prozedere für die Durchführung eines solchen Fremdvergleichs völlig offen lässt. Im Ergebnis ist daher im Wege der Vertragsauslegung nach dem maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB, vgl. Ellenberger in: Palandt, 79. Aufl. 2020, § 133 BGB, Rn. 9) davon auszugehen, dass es im Satz 2 lediglich um die Begründung von Anpassungspflichten geht, um in der verlängerten Vertragslaufzeit die Versorgung und Belieferung der Kunden mit Fernwärme zu marktangemessenen Bedingungen zu gewährleisten.

2.

Im Streitfall ist es bereits deshalb nicht zu einer Verlängerung des Fernheizwerkvertrags gekommen, weil die vertragliche Regelung in § 12.2 verbunden mit den Regelungen in § 7 und § 4.2 Fernheizwerkvertrag i.V.m. Anlage A 6, der vorformulierten Eintragungsbewilligung für eine Grunddienstbarkeit (vorgelegt als Anlage K 14), gegen § 1 GWB verstößt. Hierbei handelt es sich um wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, die nicht vom Kartellverbot freigestellt sind.

a.

Auf den vorliegenden Fernheizwerkvertrag findet § 1 GWB in der seit Inkrafttreten der 7.GWB-Novelle am 01.07.2005 geltenden Fassung Anwendung, obwohl der

Fernheizwerkvertrag bereits 1966 geschlossen und 1973 zweimal ergänzt und inhaltlich abgeändert worden ist. Zwar richtet sich die Wirksamkeit eines Vertrages im Allgemeinen nach dem zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Recht, aber eine Neufassung des Kartellverbots erfasst grundsätzlich auch bereits wirksam begründete Dauerschuldverhältnisse in der Weise, dass sie, soweit sie gegen die Neuregelung verstoßen, ex nunc unwirksam werden (BGH, Urt. v. 12.06.2018, Az. KZR 4/16 – Busverkehr im Altmarkkreis, NZKart 2018, 372, Rn. 28 m.w.N.). Denn das Kartellverbot erfordert als Verbotsgesetz nach seinem Sinn und Zweck die für die Zukunft eintretende Nichtigkeit (BGH, Beschl. v. 18.02.2003, Az. KVR 24/01 – Verbundnetz II).

b.

Die Regelung in § 12.2 Fernheizwerkvertrag enthält mit der Option zur zweiten Verlängerung der Laufzeit um weitere zehn Jahre und den Regelungen in § 7 und § 4.2 Fernheizwerkvertrag i.V.m. der zugehörigen Anlage A 6 (dort Nr. 3.) Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des § 1 GWB, die auch spürbar sind.

§ 1 GWB ist im Gleichlauf mit Art. 101 AEUV auszulegen (vgl. Säcker, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 3. Auflage 2020, § 1 GWB, Rn. 2) und verbietet u.a. Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs („Wettbewerbsbeschränkung“) bezwecken oder bewirken. Die Regelung schützt dabei den Wettbewerb im Horizontalverhältnis zwischen Unternehmen auf der gleichen Marktstufe sowie im Vertikalverhältnis zwischen Unternehmen, die – wie bei dem zwischen den Parteien vorliegenden Austauschvertrag – auf verschiedenen Marktstufen tätig sind (Bechtold/Bosch/Brinker, EU-Kartellrecht, 3. Auflage 2014, Art. 101 AEUV, Rn. 67 m.w.N.). Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn die wirtschaftliche Handlungsmöglichkeit aller oder einzelner an einer unternehmerischen Maßnahme Beteiligten beschränkt werden oder es zur Beschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit gegenüber Dritten kommt (vgl. Bechtold/Bosch/Brinker, EU-Kartellrecht, a.a.O., Art. 101 AEUV, Rn. 75 f.). Ob eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, kann dabei nicht abstrakt-generell beantwortet werden, sondern ist stets von der konkreten Ausgestaltung der zu beurteilenden Vereinbarung zwischen Unternehmen und damit von den Umstände des Einzelfalls abhängig, insbesondere davon, welche rechtlichen und tatsächlichen Begleitumstände, Motive und Ziele der konkreten Vereinbarung zugrunde liegen und ob durch sie nicht umgekehrt auch

positive Markteffekte erzielt werden (vgl. Säcker/Zorn, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 3. Auflage 2020, Art. 101 AEUV, Rn. 200 ff.; Bechtold/Bosch/Brinker, EU-Kartellrecht, a.a.O., Art. 101 AEUV, Rn. 78 ff. m.w.N.).

Nicht ausgeschlossen ist, dass von einer langen Vertragslaufzeit bzw. einer langen vertraglichen Bindung im Einzelfall beide Vertragsparteien profitieren. Da zur Versorgung mit Fernwärme hohe anfängliche Investitionen notwendig sind, um die für die Erzeugung und Lieferung der Wärme erforderliche Infrastruktur zu schaffen, wird ein Fernwärmeversorger solche Investitionen nur vornehmen bzw. auf sich nehmen, wenn er davon ausgeht, die Kosten für den Bau und den Unterhalt der Fernwärmeeinrichtungen über die Vertragslaufzeit amortisieren zu können (vgl. BGH, Ur. v. 02.03.1984, Az. V ZR 155/83, BeckRS 1984, 31074126; Lange/Putz, NZKart 2020, 313, 316). Lange Vertragslaufzeiten von Fernwärmelieferverträgen und Gestattungsverträgen, mit denen die Gemeinden dem Fernwärmeversorger das Recht gewähren, ihre Grundstücke entgeltlich oder unentgeltlich zum Bau von Fernwärmeleitungen zu nutzen, bieten die erforderliche Sicherheit bei der Refinanzierung der anfänglichen Investitionskosten. Ohne die Vereinbarung langer Vertragslaufzeiten wäre kein Fernwärmeversorger bereit, ein Fernheizwerk samt Fernwärmenetz zu errichten (vgl. Lange/Putz, NZKart 2020, 313, 316). Der Endabnehmer bekommt dafür meist eine effiziente und oft gegenüber Gas- oder Heizöl-Einzelheizungen deutlich umweltfreundlichere Wärmeversorgung zu kalkulierbaren Bedingungen und muss sich anders als beispielsweise bei einer Öl- oder Pelletheizung nicht um die wiederkehrende Beschaffung von Brennstoff kümmern.

Ein Verstoß gegen das Kartellverbot ist dann anzunehmen, wenn sich aus der Vereinbarung Einschränkungen des Wettbewerbs ergeben, die (als Nebenabrede) nicht notwendig sind, um den beabsichtigten Hauptzweck des Geschäfts, den Austausch von Leistungen, zu fördern (vgl. BGH, Ur. v. 12.06.2018, Az. KZR 4/16 – Busverkehr im Altmarkkreis, NZKart 2018, 372, Rn. 52; BGH, Ur. v. 14.03.2000; Az. KZR 8/99, WuW/E DE-R 505 f. - Subunternehmervertrag II; vgl. Säcker, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, a.a.O., § 1 GWB, Rn. 24). Die jedem Austauschvertrag immanente, vom Kartellrecht grundsätzlich hinzunehmende Wirkung, dass der Bedarf des Abnehmers für eine gewisse Zeit gedeckt und damit dem Wettbewerb entzogen wird, kann in eine Wettbewerbsbeschränkung umschlagen, wenn die einem Vertragsbeteiligten im Geschäftsverkehr mit Dritten auferlegten Beschränkungen über das mit dem Absatz der Waren oder gewerblichen

Leistungen notwendige verbundene Maß hinausgehen und dadurch der Markt für Wettbewerber verschlossen wird (vgl. BGH, Urt. v. 12.06.2018, Az. KZR 4/16 – Busverkehr im Altmarkkreis, NZKart 2018, 372, Rn. 53 f.; OLG Rostock, NZKart 2020, 331, 332).

So liegt der Fall hier. Auch bei dem Fernheizwerkvertrag handelt es sich um einen Austauschvertrag, da die Beklagte sich darin zur Errichtung eines Fernheizwerks samt des zugehörigem Fernwärmenetzes verpflichtet und den Betrieb übernommen hat und die Entwicklungsgesellschaft der Beklagten im Gegenzug dafür Fernwärme-kunden zuführt. Dabei ist jedenfalls die Durchführung des Fernheizwerkvertrags über den 30.04.2017 hinaus, die mit der weiteren zehnjährigen Bindung der Klägerin an die Regelungen des Fernheizwerkvertrags verbunden ist, nicht mehr sachlich gerechtfertigt, weil der von den Parteien gewollte Vertrag auch ohne diese Nebenabrede verbunden mit den marktabschottenden Vereinbarungen im nachgelagerten Fernwärmeabsatzmarkt hätte zustande kommen können.

Die in § 12.2 geregelten zwei Vertragsverlängerungsoptionen beschränken nicht nur die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Klägerin als Nachfragerin von (Dienst-) Leistungen, die mit dem Betrieb des Fernheizwerks und des zugehörigen Fernwärmenetzes verbunden sind (Betriebsführungsleistungen), weil ein Wechsel des Fernwärmeversorgers nicht möglich ist, sondern auch die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Stadtwerke Erkrath und anderer (potentieller) Fernwärmeversorger bzw. Betreiber von Fernwärmeheizwerken als Anbieter solcher Betriebsführungsleistungen. Diese können, solange die Beklagte die in § 12.2 Fernheizwerkvertrag geregelten zwei Verlängerungsoptionen von jeweils zehn Jahren einseitig ausübt, in dem konkreten Fernwärmenetz ihre Betriebsführungsleistungen nicht anbieten („Wettbewerb um das Netz“). Dass mit dem Abschluss eines Vertrags über den Betrieb von Fernwärmeheizwerken (und dem zugehörigen Fernwärmenetz) die Klägerin als Nachfragerin der in Rede stehenden Leistungen ausfällt und ihr diesbezüglicher Bedarf dem Wettbewerb der Leistungsanbieter entzogen wird, ist, wie dargelegt, für einen Austauschvertrag typisch und bei angemessenen Vertragslaufzeiten grundsätzlich hinzunehmen (vgl. BGH, Urt. v. 12.06.2018, Az. KZR 4/16 – Busverkehr im Altmarkkreis, NZKart 2018, 372, Rn. 52). Dies gilt jedoch nicht, wenn die Vertragslaufzeit – wie hier angesichts der mehr als 50-jährigen Laufzeit des Fernheizwerkvertrags im Zeitpunkt der Verlängerung – das erforderliche Maß übersteigt.

Dabei ist neben der absoluten Vertragslaufzeit im Zeitpunkt der zweiten Verlängerung von rund 51 Jahren (1966 bis 2017) zu berücksichtigen, dass sich die Vertragslaufzeit durch die hier in Rede stehende zweite Verlängerung bis Anfang 2027, mithin auf über 60 Jahre nach Abschluss des Fernheizwerkvertrags erstrecken würde. Bei der Beurteilung der Gebotenheit einer solchen vertraglichen Regelung ist auf den gesamten Verlängerungszeitraum abzustellen, so dass diese bereits dann unwirksam ist, wenn die Bindung der Klägerin an die Regelungen des Fernheizwerkvertrags im letzten Jahr (bis April 2027) nicht mehr geboten ist. Selbst wenn man insofern lediglich auf die Zeit nach Aufnahme des Betriebs durch das Fernheizwerk im Jahr 1981 abstellen wollte (d.h. den Amortisationszeitraum), würde noch eine Vertragsbindung von über 45 Jahren vorliegen. Hinzu kommt, dass die Klägerin bzw. die Entwicklungsgesellschaft keine Möglichkeit haben, die Vertragslaufzeit abzukürzen, da die beiden Vertragsverlängerungen um jeweils zehn Jahre vertraglich als einseitige Optionen ausgestaltet sind (vgl. § 12.2. Fernheizwerkvertrag).

Soweit das Bundeskartellamt in seinem Abschlussbericht zu der Sektorenuntersuchung Fernwärme vom August 2012 (dort S. 70, Rn. 163) festgestellt hat, dass 14,3% der untersuchten Gestattungsverträge eine Laufzeit von 30 bis 50 Jahren und ein Prozentsatz von 11,9% der Gestattungsverträge überhaupt keinerlei Befristung aufweisen, können diese rein empirischen Daten nicht als Beleg für die Zulässigkeit dieser Vertragspraxis dienen, zumal das umfassende Kartellverbot in § 1 GWB auf vertikale Vereinbarungen, wie dargelegt, erst seit Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle Anwendung findet. Soweit in dem Abschlussbericht des Bundeskartellamts ferner angegeben ist, dass bei 26,2 % der Gestattungsverträge die vertraglich vereinbarten Laufzeiten zwar grundsätzlich unbefristet, aber von der Dauer der Wärmeversorgung im nachgelagerten Markt abhängig sind, da der Gestattungsvertrag endet, wenn die Versorgung der Endkunden mit Fernwärme in dem betreffenden Netzgebiet endet (a.a.O.), dürfte dies im Ergebnis zu einer zeitlich deutlich kürzeren Vertragslaufzeit als im Streitfall führen, denn die zulässige Laufzeit von Versorgungsverträgen nach § 32 Abs. 1 a.F. (1980) der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme (AVBFernwärmeV) beträgt nach deren Inkrafttreten im April 1980 höchstens zehn Jahre. Für davor abgeschlossene Fernwärmelieferverträge können mittels Individualabrede zwar wirksam auch längere Laufzeiten vereinbart werden. Allerdings sind insofern in

landgerichtlichen Entscheidungen lediglich Laufzeiten von 15 Jahren (LG Berlin, BeckRS 2011, 9057) und 20 Jahren (LG Berlin, BeckRS 2004, 30971139) sowie vom OLG Rostock eine Laufzeit von 10 Jahren als unbedenklich eingestuft worden (NZKart 2020, 331). Entscheidungen von Gerichten zu Laufzeiten – wie im Streitfall – von über 60 Jahren liegen, soweit ersichtlich, weder zu Gestattungsverträgen noch zu Wärmelieferungsverträgen vor. Das Bundeskartellamt hat sich zur Frage der Kartellnichtigkeit von Verträgen mit solch langer Laufzeit nicht abschließend geäußert. Das Amt hat indes – allgemein formuliert – Bedenken, wenn, wie in der Sektoruntersuchung festgestellt, in der Praxis Abnahmeverpflichtungen mitunter über Jahrzehnte fortbestehen, weil die Rechtfertigung für die Einräumung eines Wettbewerbsschutzes in diesen Fällen entfallen sei, so dass Fernwärmekunden die Möglichkeit haben sollten, frei unter verschiedenen Beheizungsarten zu wählen (vgl. Abschlussbericht, a.a.O., Rn. 279 und 281). Die gegen die Beklagte aufgrund des Vorwurfs des Missbrauchs von Marktmacht vom Bundeskartellamt erlassene Zusagenentscheidung, mit der diese verpflichtet worden ist, ihren Fernwärmekunden in mehreren Städten einen Betrag von insgesamt 13,2 Mio. € zurückzuerstatten, enthält keine Ausführungen zu einem etwaigen Verstoß gegen § 1 GWB (vgl. Beschluss der 8. Beschlussabteilung B 8 vom 13.02.2017, Az. 30/13, Rn. 28, Anlage K 34).

Unter Berücksichtigung dessen ist die lange Vertragslaufzeit des Fernheizwerkvertrags hier jedenfalls deshalb nicht gerechtfertigt, weil der Fernwärmeversorger nach den vertraglichen Regelungen bis zur Beendigung des Fernheizwerkvertrags, die die Klägerin frühestens durch Kündigung zum 30.04.2027 erreichen kann, eine breit angelegte und zumindest im zweiten Verlängerungszeitraum ab dem 01.05.2017 nicht mehr gebotene vertikale Marktabschottung vorsieht, die sich aus einem Bündel vertraglicher Regelungen ergibt.

Bei der Beurteilung der Frage, ob durch die lange Vertragslaufzeit des Fernheizwerkvertrags der Wettbewerb auf dem Markt der Betriebsführungsleistungen in unzulässiger Weise beschränkt wird, sind auch die rechtlichen und tatsächlichen Begleitumstände auf dem nachgelagerten Markt der Versorgung der Endkunden mit Fernwärme und die Auswirkungen der in Rede stehenden Vereinbarungen im Gesamtzusammenhang in den Blick zu nehmen. Insbesondere bei Belieferungsverträgen ist anerkannt, dass Vertragsgestaltungen, die einem Bündel gleichartiger Verträge angehören, die sich kumulativ nachteilig auf den Wettbewerb auswirken, als

ein marktabschottender Faktor zu berücksichtigen sind (vgl. EuGH, Urt. v. 28.02.1991, Rs. C-234/89, Slg. 1991, I-935, 985 ff. – Delimitis, Rn. 19 ff.). Im Streitfall kommt dem Bündel an dinglichen und vertraglichen Maßnahmen zur Absicherung des Absatzes der Fernwärme auf dem nachgelagerten Markt im Siedlungsgebiet Hochdahl eine erhebliche marktabschottende Wirkung zu. Angesichts der im Folgenden dargestellten ineinander greifenden vertraglichen Regelungen wird die sich aus der zu langen Laufzeit des Fernheizwerkvertrags ergebende Wettbewerbsbeschränkung noch zusätzlich verstärkt.

Die vertikale Marktabschottung ergibt sich hier zum einen aus der Verpflichtung der Entwicklungsgesellschaft, die die Fernwärmekunden treffende Alleinbezugsverpflichtung an den von ihr erworbenen Grundstücken im Siedlungsgebiet durch die Bestellung einer Grunddienstbarkeit dinglich abzusichern, bevor diese an Bauträger und Bauherren weiterveräußert werden (siehe § 4.2 Fernheizwerkvertrag). Dort wird ausdrücklich auf die dem Fernheizwerkvertrag beigefügte vorformulierten Eintragungsbewilligung „Anlage A 6“ Bezug genommen (vorgelegt als Anlage K 14), in deren Nr. 3 es heißt: „Auf dem belasteten Grundstück dürfen keine anderen Heizungs- und Warmwasserbereitungsanlagen eingebaut oder betrieben werden als die, die an das auf dem berechtigten Grundstück errichtete Fernheizwerk angeschlossen sind.“ Danach sind die Erwerber des Grundstücks verpflichtet, allein von dem Betreiber des Fernheizwerks Fernwärme abzunehmen und ihren gesamten Wärmebedarf auch durch den Bezug von Fernwärme bei diesem Betreiber zu decken, da sie keine andere Heizungsanlage betreiben dürfen, was letztlich in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht zu einer Kombination aus Alleinvertrieb und Alleinbezug führt. Zum anderen ergibt sich die vertikale Marktabschottung aus mehreren vertraglichen Regelungen, u.a. aus § 7.1 lit. a Fernheizwerkvertrag, nach dem die Entwicklungsgesellschaft verpflichtet ist, in künftigen Verträgen mit Bauträgern bzw. Bauherren über die Veräußerung oder Verpachtung von Grundstücken eine Vertragsklausel aufzunehmen, die diese dazu verpflichtet, mit ESSO den als Anlage A 5 zum Fernheizwerkvertrag beigefügten Anschlussvertrag über die Versorgung des geplanten Bauvorhabens mit Wärme für Raumheizung und Gebrauchswasserbereitung zu schließen. Gemäß § 7.3 des als Anlage K 12 vorgelegten Anschlussvertrags mit ESSO ist der Erwerber (hier der Bauträger) ferner verpflichtet, die im Siedlungsgebiet errichteten Gebäude für die Versorgung mit Wärme an das Fernwärmeleitungsnetz anzuschließen und keine anderen Heizungs- und Warmwasserbereitungsanlagen einzubauen oder zu betreiben, als diejenigen,

die an das Fernheizwerk angeschlossen sind (vgl. auch § 7.5. und 7.9 für die Weitergabe der Beschränkungen an Mieter). § 7.2 des Anschlussvertrages mit ESSO sieht darüber hinaus eine Verpflichtung zur Eintragung einer Reallast vor, mit der u.a. – vergleichbar der Regelung in der vorformulierten Eintragungsbewilligung gemäß Anlage A 6 zum Fernheizwerkvertrag – eine dingliche Sicherung der Alleinbezugsverpflichtung erfolgen soll. Hinsichtlich der Vertragslaufzeit stellt § 12.1 des Anschlussvertrags einen Gleichlauf mit den Regelungen zur Vertragslaufzeit in § 12.2 Fernheizwerkvertrag her. Außerdem enthält auch das offensichtlich später verwandte Muster des Wärmelieferungsvertrags mit der Favorit Unternehmens-Verwaltungs-GmbH (Anlage K 13) in den zugehörigen AGB unter Nr. III.1 die Verpflichtung des Fernwärmekunden, während der Dauer des Wärmelieferungsvertrages Wärme nur von dem Fernheizwerk zu beziehen und auf den Betrieb einer eigenen Wärmeerzeugungsanlage oder den Bezug von Wärme von Dritten zu verzichten, wobei bei Zuwiderhandlungen eine Vertragsstrafe verwirkt wird. Schließlich hat sich die Entwicklungsgesellschaft in § 7.4 Fernheizwerkvertrag auch im Hinblick auf diejenigen Grundstücke, die sie nicht an Bauträger und Bauherren veräußert, dazu verpflichtet, einen Anschlussvertrag gemäß Anlage A 5 mit ESSO abzuschließen. Im Ergebnis ist die Ausschlusswirkung dieser teils „doppelt abgesicherten“ Beschränkungen besonders hoch, weil die Vertragslaufzeit genauso lange ist wie die des Fernheizvertrages (§ 12.1 Anschlussvertrag) und der vollständige Wärmebedarf des Endkunden durch die Abnahme der Fernwärme von der Beklagten (bzw. früher ESSO) bewerkstelligt werden muss.

Die Wettbewerbsbeschränkung ist – unabhängig davon, ob man einen einheitlichen Wärmemarkt (vgl. OLG München, Urf. v. 19.10.2006, Az. U (K) 3090/06, Rn. 39, zitiert nach juris) oder einen separaten Markt für Fernwärme (BGH, Urf. v. 09.07.2002, Az. KZR 30/00, WuW, 2003, 162, 165 – Fernwärme für Börsen; BGH, Beschl. v. 25.09.2007, Az. KZR 33/06, Rn. 2, juris; BKartA, Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung Fernwärme, Rn. 178) annimmt – auch spürbar. Denn der relevante Markt für Betriebsführungsleistungen, der „Wettbewerb um das Netz“, ist bezogen auf die konkreten Fernwärmeeinrichtungen und das im Siedlungsgebiet verlegte Fernwärmeleitungsnetz und damit räumlich begrenzt.

Im nachgelagerten Markt zur Versorgung der Endkunden mit Fernwärme dürfte unabhängig davon, ob auch nach der Entscheidung des Endabnehmers für ein bestimmtes Heizsystem (z.B. für eine Gas-, Öl- oder Pelletheizung) weiterhin ein

einheitlicher Wärmemarkt besteht oder ob nach dieser Entscheidung für einen Energieträger nur noch von einem separaten Markt für den jeweiligen Energieträger auszugehen ist, zumindest ein nicht unerheblicher Wettbewerbsdruck von den Märkten für andere Energieträger oder Heizungsarten (wie z.B. neuerdings durch sog. Wärmecontracting, vgl. OLG Rostock, NZKart 2020, 331) ausgehen, weil der naheliegende Vergleich mit den Kosten für den Einbau und den Betrieb einer anderen Heizungsart bei den Endabnehmern Zweifel weckt, ob sie seinerzeit bei der Wahl des Heizsystems die richtige Entscheidung getroffen haben (BGH, Beschl. v. 10.12.2008, Az. KVR 2/08 – Stadtwerke Uelzen, Rn. 14, zitiert nach juris; Topp, in: Theobald/Kühling, Energierecht, Werkstand: 106. EL April 2020, Fernwärme 76. Fernwärmerecht Rn. 178). Nicht zuletzt strahlt der Neukundenwettbewerb (z.B. um Kunden, die nach dem Abriss eines Bestandsgebäudes eine Heizungsanlage für ihren Neubau wählen) im Sinne eines Substitutionswettbewerbs auf die Märkte für Wärmeenergieträger aus und verhindert im besten Falle die Ausbeutung der „gefangenen“ Kunden (Topp, in: Theobald/Kühling, Energierecht, Werkstand: 106. EL April 2020, Fernwärme 76. Fernwärmerecht Rn. 179). Dass Fernwärmekunden (zumindest am Rande des Siedlungsgebiets Hochdahl) trotz hoher Umstellungskosten tatsächlich gewillt sind, den Energieträger zu wechseln, indem sie z.B. auf eigene Kosten den Anschluss an das etwas entfernter gelegene Gasverteilungsnetz herstellen (wie im Fall der „Seniorenwohnanlage Rosenhof“, Bl. 233 GA), belegt, dass von den Märkten für andere Energieträger zumindest ein gewisser Wettbewerbsdruck ausgeht.

Gerade dieser insbesondere von den Randbereichen und neueren Entwicklungen im Heizungsmarkt ausgehende Wettbewerbsdruck wird durch das Bündel an dinglichen und vertraglichen Maßnahmen erheblich beeinträchtigt, so dass diese wie zusätzliche, sachlich nicht gerechtfertigte Marktzutrittsschranken wirken.

c.

Da jedenfalls eine bewirkte und spürbare Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, kann dahingestellt bleiben, ob es sich vorliegend gar um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung handelt, zumal anerkannt ist, dass die Spürbarkeitsschwelle auch durch ein Bündel von gleichartigen Verträgen überschritten werden kann, wenn der in Rede stehende Vertrag – wie hier – einen erheblichen Beitrag zu der Marktabschottungswirkung geleistet hat (vgl. OLG Düsseldorf, Ur. v. 24.03.2004, Az. VI-U (Kart) 43/02, BeckRS 2004, 18469, Rn. 34 m.w.N.).

3.

Die mit den zuvor dargestellten vertraglichen Regelungen im Fernheizwerkvertrag einhergehende Wettbewerbsbeschränkung ist nicht vom Kartellverbot freigestellt.

a.

Eine Freistellung nach § 2 Abs. 2 GWB i.V.m. der Vertikal-GVO scheidet hier bereits daran, dass die zeitliche Befristung von Wettbewerbsverboten gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. a Vertikal-GVO auf fünf Jahre angesichts der (bis Ende April 2027 dauernden) 65 Jahre langen Vertragslaufzeit nicht eingehalten ist und sowohl die Beklagte als Anbieterin auf dem relevanten sachlichen Markt der Betriebsführungsleistungen als auch die Klägerin als Nachfragerin auf diesem Markt einen Marktanteil von weit über 30% haben, so dass der in Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO geregelte Grenzwert von jeweils 30% Marktanteil überschritten ist.

b.

Die für die Ausnahme vom Kartellverbot darlegungs- und beweisbelastete Beklagte (vgl. Art. 2 Satz 2 VO 1/2003) hat nicht dazulegen vermocht, dass die Voraussetzungen der Legalausnahme gemäß § 2 Abs. 1 GWB hier vorliegen. Insbesondere hat sie nicht hinreichend substantiiert dargetan, dass eine Vertragslaufzeit von über 60 Jahren bis zum 30.04.2027 unter Berücksichtigung der objektiven Umstände bei Vertragsschluss am 27.06./06.07.1966 erforderlich war, um einen hinreichenden Ausgleich für die beim Bau des Fernheizwerks und des zugehörigen Fernwärmenetzes zu tätigen Investitionen zu schaffen.

Sind – wie hier – die Voraussetzungen der Vertikal-GVO nicht erfüllt, bleibt eine Freistellung im Einzelfall nach der Generalklausel des § 2 Abs. 1 GWB möglich. Danach sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen vom Verbot des § 1 GWB freigestellt, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 GWB müssen kumulativ in dem Moment erfüllt sein, auf den hin die Wirksamkeit einer Vereinbarung, die gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstößt, geprüft wird (Bechtold/Bosch/Brinker, EU-Kartellrecht, a.a.O., Art. 101 AEUV, Rn. 151, zu der inhaltsgleichen gesetzlichen Regelung in Art. 101 Abs. 3 AEUV; vgl. auch Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG (2004/C 101/08), ABI. Nr. C 101 vom 27.04.2004, Rn. 44). Liegt nur eine Voraussetzung nicht oder nicht mehr vor, entfällt die Freistellungswirkung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV (Bechtold/Bosch/Brinker, a.a.O.; Europäische Kommission, Leitlinien zu Art. 81 Abs. 3 EG, a.a.O.).

Sofern ein Verstoß gegen eine sog. schwarze Klausel oder Kernbeschränkung nach Art. 4 VO Vertikal-GVO vorliegt, ist eine Einzelfreistellung von vornherein unwahrscheinlich (vgl. Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2014, § 2 GWB, Rn. 226; Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen, ABI. EU 2010 C Nr. 130/01, Rn. 47). Die Verfehlung der Anwendungsvoraussetzungen der Vertikal-GVO – hier der Dauer des Wettbewerbsverbots (Art. 5 Abs. 1 lit. a Vertikal-GVO) – begründet für sich allein keine Vermutung gegen die Freistellungsfähigkeit der in Rede stehenden Vereinbarung.

Vertikale Beschränkungen wie z. B. Alleinvertriebsrechte, Wettbewerbsverbote oder ein (begrenzter) Gebietsschutz können im Einzelfall notwendig sein, um die Amortisation besonderer Anlaufinvestitionen zur Erschließung neuer Märkte abzusichern. Potentielle Effizienzgewinne, die schwerpunktmäßig bei Verbesserungen der Warenverteilung auftreten und insbesondere dadurch erreicht werden sollen, dass den Vertriebspartnern Anreize für besondere Anstrengungen und Investitionen geboten und ein gewisser Schutz gegenüber der Frustrierung von Aufwendungen gewährt wird, sind hier zwar denkbar (Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, a.a.O., § 2 GWB, Rn. 228). Denn gerade bei sehr umfangreichen Investitionen können somit im Einzelfall auch Wettbewerbsverbote, die länger als fünf Jahre dauern, gerechtfertigt sein (vgl. hierzu die Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen, ABI. EU 2010 C Nr. 130/01, Rn. 146). Danach erfüllen bei besonders hohen vertragsspezifischen Investitionen eines Anbieters Vereinbarungen mit Wettbewerbsverbot oder Mengenvorgaben während des Abschreibungszeitraums grundsätzlich die Voraussetzungen für eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV (und somit auch nach § 2 Abs. 1 GWB). Eine vertragsspezifische Investition liegt laut der

Europäischen Kommission beispielsweise vor, wenn der Anbieter eine Anlage errichtet oder umstellt, mit der nur Bauteile für einen bestimmten Abnehmer gefertigt werden können. Allgemeine oder marktspezifische Investitionen in (zusätzliche) Kapazitäten sind normalerweise nicht vertragsspezifisch.

Indes ist hierfür entsprechender substantiierter Vortrag der insofern darlegungs- und beweisbelasteten Partei, hier der Beklagten, notwendig, der das Gericht in die Lage versetzt, das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen für eine Einzelfreistellung prüfen zu können. Dem werden die Ausführungen der Beklagten – auch nach den im Hinweisbeschluss vom 29.11.2018 (Bl. 202 ff. GA) erteilten rechtlichen Hinweisen – nicht gerecht.

Die Beklagte trägt bereits nicht dazu vor, wie sich die Situation 1966 bei Abschluss des hier in Rede stehenden Fernheizwerkvertrags darstellte und welche Annahmen im Hinblick auf die Amortisation der Investitionskosten getroffen wurden (insbesondere welche Zeitspanne nach damaliger Kalkulation hierfür voraussichtlich benötigt werden dürfte). Insofern hätte es nahegelegen, die Kosten für den Bau des Fernheizwerks und die Errichtung des Fernwärmenetzes (das später im Jahr 2013 auf demselben Grundstück errichtete Biogas-Blockheizkraftwerk hat insofern außer Betracht zu bleiben) und die prognostizierten Gewinne unter Berücksichtigung der Finanzierungskosten ins Verhältnis zu setzen. Danach hätte die Vertragslaufzeit so viele Jahre betragen dürfen, wie die Amortisation der Investitionskosten voraussichtlich gedauert hätte. Stattdessen hat die Beklagte in ihrem Vorbringen stets bei dem eigenen Erwerb der Fernwärmeeinrichtungen im Jahr 2009 angesetzt und den hierfür gezahlten Kaufpreis als Berechnungsgrundlage für ihre Kalkulation herangezogen. Damit aber hat sie nicht berücksichtigt, dass sich möglicherweise bereits im Jahr 2009 die anfänglichen Investitionskosten bereits vollständig amortisiert hatten. Dem anteiligen Kaufpreis, der im Zusammenhang mit dem Erwerb der Untemehmensgruppe Favorit im Jahr 2009 für das Fernheizwerk und das zugehörige Fernwärmenetz gezahlt worden sein soll, in Höhe von 30,451 Mio. € kommt daher nicht die ihm von der Beklagten beigemessene Aussagekraft zu. Der Umstand, dass die Beklagte diesen – in der Höhe bestrittenen – rechnerischen Teilbetrag für die hier in Rede stehenden Fernwärmerversorgungseinrichtungen bezahlt haben will, lässt nämlich keine Rückschlüsse darauf zu, wann sich aus Sicht der ursprünglichen Planungen und Berechnungen bei Abschluss des Fernheizwerkvertrags die Investitionen voraussichtlich amortisiert hätten.

Soweit die Beklagte im Schriftsatz vom 01.04.2019 vorträgt, dass am 01.05.2017, also an dem Tag, an dem die erneute Verlängerungsoption wirksam werden sollte, die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 GWB vorgelegen hätten, da zu diesem Zeitpunkt die Investitionen der Beklagten noch nicht amortisiert gewesen seien, geht die Argumentation fehl, weil es nicht darauf ankommt, wann sich die Investition der Beklagten für die in Rede stehenden Fernwärmeversorgungsanlagen im Zusammenhang mit dem Erwerb der Untermehmensgruppe Favorit im Jahr 2009 amortisiert hat, sondern wann sich die ursprüngliche Investition, d.h. die ursprünglich angefallenen vertragsspezifischen Investitionen, amortisiert hätten bzw. aufgrund des nunmehr bekannten Geschehensablauf tatsächlich amortisiert haben.

Auch die Ausführungen der Beklagten unter Bezugnahme auf das als Anlage B 15 vorgelegte Gutachten der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft KPMG vom 29.03.2019 zur Berechnung der Amortisationszeit auf Grundlage der (gegenüber der Durchschnitts- und/oder Kumulationsmethode vorzugswürdigen) dynamischen Amortisationsberechnung beruhen auf der fehlerhaften Annahme, dass eine Berechnung des Zeitraums für die Amortisation ausgehend von dem im Jahr 2009 gezahlten anteiligen Kaufpreis („Anschaffungsausgabe der Beklagten“) erfolgen kann. Überdies handelt es sich bei den Ausgaben für die Anschaffung des schon bestehenden Fernheizwerks samt Fernwärmenetz im Jahr 2009 nicht um vertragsspezifischen Investitionen im Sinne der Leitlinien der Kommission, da bereits nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich die anfänglichen Investitionen bereits im Jahr 2009 amortisiert hatten. Hierauf ist die Beklagte von der Klägerin im Schriftsatz vom 27.06.2019 (Bl. 233 ff. GA) ausdrücklich auch hingewiesen worden.

Dass die wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen darüber hinaus unerlässlich sind und keine Ausschaltung des Wettbewerbs zu befürchten ist (§ 2 Abs. 1 GWB), ist ebenfalls nicht hinreichend substantiiert dargetan. Wird – wie hier – ein gewisses Maß an Marktmacht erreicht, kommt es in besonderem Maße darauf an, dass die am wenigsten wettbewerbsschädliche Maßnahme zur Lösung des konkreten Effizienzproblems gewählt wird. Dabei entfalten Wettbewerbsverbote und/oder Ausschließlichkeitsbindungen, wie sie in dem Fernheizwerkvertrag für den nachgelagerten Markt der Versorgung mit Fernwärme vorgesehen sind, erheblich stärkere Abschottungswirkungen als Mengenvorgaben, die dem Abnehmer einen

37

gewissen Spielraum belassen (vgl. Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, a.a.O., § 2 GWB, Rn. 230).

#### IV.

Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 Satz 1 ZPO, da es sich insofern bei dem Teilurteil um ein „anderes Urteil“ im Sinne dieser Vorschrift handelt.

Ollerdißen

Dr. Wesselburg

Waldmann

Beglaubigt  
Urkundsbeamter/in der Geschäftsstelle  
Landgericht Düsseldorf



**Abschrift (Telekopie gemäß § 169 Abs. 3 ZPO)**

14d O 12/17



Verkündet am 19.11.2020  
Kamp  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

**Landgericht Düsseldorf****IM NAMEN DES VOLKES****Teilurteil**

In dem Rechtsstreit

der Stadt Erkrath, vertreten durch ihren Bürgermeister Christoph Schultz,  
Bahnstraße 16, 40699 Erkrath,

Klägerin,

Prozessbevollmächtigte:

Becker Bunner Held  
Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer  
Steuerberater PartGmbH,  
Magazinstraße 15-16,  
10179 Berlin,

g e g e n

die innogy SE, vertreten durch den Vorstand Herrn Dr. Bernhard Günther und Herrn  
Dr. Christoph Radke, Unterste-Wilms-Straße 52, 44143 Dortmund,

Beklagte,

Prozessbevollmächtigte:

Clifford Chance Deutschland LLP,  
Königsallee 59, 40215 Düsseldorf,

hat die 14 d. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf  
auf die mündliche Verhandlung vom 03.09.2020

durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht Ollerdißén, den Richter am Landgericht Dr. Wesselburg und die Richterin Waldmann für **R e c h t** erkannt:

I.

Es wird festgestellt, dass die Laufzeit des Vertrages über das Fernheizwerk Hochdahl vom 27.06./06.07.1966 zwischen der Klägerin und der Beklagten über den 30.04.2017 hinaus nicht wirksam verlängert wurde.

II.

Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.

III.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

### T a t b e s t a n d

Die Parteien streiten u.a. um die Beendigung eines Fernheizwerkvertrags sowie um die Herausgabe eines Fernheizwerks und des zugehörigen Fernwärmenetzes.

Die Entwicklungsgesellschaft Hochdahl (im Folgenden lediglich „Entwicklungsgesellschaft“) schloss am 27.06./06.07.1966 mit der ESSO AG (im Folgenden: ESSO), deren Rechtsnachfolgerin die Beklagte ist, einen Vertrag über die Errichtung und den Betrieb eines Fernheizwerks für das Siedlungsprojekt „Neue Stadt Hochdahl“ (im Folgenden als Fernheizwerkvertrag bezeichnet, Anlage K 2), in welchen die Klägerin mit Wirkung zum 01.04.2016 anstelle der Entwicklungsgesellschaft eingetreten ist. Der Fernheizwerkvertrag wurde durch den ersten Nachtragsvertrag vom 12.07./ 30.07.1973 und den zweiten Nachtragsvertrag vom 03.12./10.12.1973 (ebenfalls vorgelegt in Anlage K 2) ergänzt und inhaltlich teilweise abgeändert.

Das Siedlungsgebiet Hochdahl entstand Anfang der 1960er Jahre. Zur Durchführung Planung und Entwicklung wurde am 29.12.1960 die Entwicklungsgesellschaft

gegründet. Diese kaufte Grundstücke auf, ließ alte Gebäude abreißen, erschloss die Grundstücke und veräußerte sie an Bauträger und Bauherren zum Zwecke der Bebauung gemäß den von ihr entwickelten Bebauungsplänen weiter. Die Planung der Entwicklungsgesellschaft sah vor, dass die Versorgung der (Wohn-)Häuser und Gewerbebetriebe im Siedlungsgebiet flächendeckend mit Fernwärme erfolgen sollte. Das Siedlungsgebiet „Hochdahl“ wurde 1975 in das Gemeindegebiet der Klägerin eingemeindet und bildet heute einen eigenen Stadtteil.

Im Fernheizwerkvertrag verpflichtete sich ESSO, auf dem hierfür vorgesehenen und im Klageantrag Nr. 3 bezeichneten Grundstück ein Fernheizwerk zu errichten, das den gesamten Wärmebedarf des Siedlungsgebiets, dessen Versorgung mit Heizwärme und Gebrauchswarmwasser deckt (vgl. § 2.1 Fernheizwerkvertrag sowie dessen Präambel). ESSO sollte gemäß § 3.1 und § 3.3 Fernheizwerkvertrag ferner das zugehörige Fernwärmeleitungsnetz errichten, betreiben und unterhalten, wobei das Netz bis zu den Hausübergabestationen vor Ort bei den Endkunden gemäß den dem Vertrag beigefügten technischen Bedingungen „zum Eigentum am Fernheizwerk (§ 95 BGB)“ zählen sollte (§ 3.2 Fernheizwerkvertrag). Gegenüber der Entwicklungsgesellschaft verpflichtete sich ESSO ferner, die (Fernwärme-)Kunden im Siedlungsgebiet nach Maßgabe der dem Fernheizwerkvertrag beigefügten Muster für Wärmelieferungsverträge mit Fernwärme zu beliefern (§ 6.1 Fernheizwerkvertrag).

Die Entwicklungsgesellschaft verpflichtete sich im Gegenzug, an den von ihr künftig (an Bauträger und Bauherrn) zu veräußernden Grundstücken zu Gunsten von ESSO bzw. des jeweiligen Erbbauberechtigten und Eigentümers des Heizwerkgrundstücks eine Grunddienstbarkeit zu bestellen und hierfür die dem Fernheizwerkvertrag als „Anlage A 6“ beigefügte formularmäßige Eintragungsbewilligung (vorgelegt als Anlage K 14) zu verwenden (§ 4.2 Fernheizwerkvertrag). Nach deren Nr. 3 dürfen auf dem mit einer solchen Grunddienstbarkeit belasteten Grundstück keine anderen Heizungs- und Warmwasserbereitungsanlagen eingebaut oder betrieben werden als die, die an das auf dem nach der Grunddienstbarkeit berechtigten Grundstück errichtete Fernheizwerk angeschlossen sind. Daneben verpflichtete sich die Entwicklungsgesellschaft, in den künftig mit Bauträgern oder Bauherren zu schließenden Grundstücksveräußerungsverträgen oder sonstigen Verträgen zur Bereitstellung von Grundstücken stets eine Klausel in den Vertrag aufzunehmen, wonach der Grundstückserwerber verpflichtet ist, mit ESSO einen Anschlussvertrag gemäß einem Vertragsmuster zu schließen, das dem Fernheizwerkvertrag als

„Anlage A 5“ (Anlage K 12) beigelegt war (§ 7.1 Fernheizwerkvertrag). Für die in ihrem Eigentum verbleibenden Grundstücke verpflichtete sich die Entwicklungsgesellschaft, einen solchen Anschlussvertrag selbst mit ESSO abzuschließen (§ 7.4 Fernheizwerkvertrag).

Der Fernheizwerkvertrag sieht gemäß § 12.1 eine anfängliche Vertragslaufzeit bis zum 30.04.2007 vor. Weiter heißt es in § 12.2. und 12.3:

„12.2.

Die ESSO AG hat zweimal das Recht, diesen Vertrag durch eine einseitige schriftliche Optionserklärung um jeweils 10 Jahre zu verlängern. Die Bedingungen, zu denen die ESSO AG das [Fernheizwerk] in den genannten Zeiträumen weiterbetreibt, müssen jedoch mindestens den Bedingungen entsprechen, die von einem Dritten für den Betrieb des [Fernheizwerks] angeboten werden. Jede dieser Erklärungen ist mit einer Frist von einem Jahr vor Vertragsablauf durch eingeschriebenen Brief gegenüber den Vertragspartnern der ESSO AG abzugeben.

12.3.

Der Vertrag verlängert sich danach um jeweils 5 Jahre, wenn er nicht zwei Jahre vor Ablauf durch eingeschriebenen Brief gekündigt wird. Die wirksame Kündigung durch die Entwicklungsgesellschaft beendet alle Anschluss- und Wärmelieferungsverträge. Die ESSO AG Wird diese Kündigung sämtlichen Bauträgern und Abnehmern des Gesamtbauvorhabens Neue Stadt Hochdahl unverzüglich mitteilen.“

Wie in § 2.6. des Fernheizwerkvertrags vereinbart, schlossen die Entwicklungsgesellschaft und ESSO am 12.12.1979 – parallel zu dem bereits vorliegenden Fernheizwerkvertrag – den als Anlage K 6 vorgelegten Erbbaurechtsvertrag. Darin bestellte die Entwicklungsgesellschaft als Eigentümerin des im Klageantrag Nr. 3 bezeichneten Grundstücks zugunsten der ESSO ein Erbbaurecht zum Zwecke der Errichtung und des Betriebs der Heizzentrale des Fernheizwerks einschließlich aller hierfür erforderlichen Baulichkeiten und Betriebsvorrichtungen (§ 1.1 und 1.2 Erbbaurechtsvertrag). Das Erbbaurecht, das sich auch auf die nicht mit der Heizzentrale bebaute Grundstücksfläche erstreckt (§ 1.3), endet nach der vertraglichen Regelung in § 3 Erbbaurechtsvertrag am 30.04.2007 und kann – ebenso wie der Fernheizwerkvertrag – zweimal um zehn Jahre von dem jeweiligen Erbbauberechtigten verlängert werden, sofern ein Vertrag über den Betrieb des Fernheizwerks und die Wärmeversorgung der angeschlossenen Grundstücke für die jeweilige Optionszeit besteht (§ 6.2 Erbbaurechtsvertrag). Gemäß § 13.1 c)

(„Heimfall“) ist der jeweilige Grundstückseigentümer berechtigt, mit Ablauf des Fernheizwerkvertrags die Übertragung des Erbbaurechts auf sich oder auf einen von ihm zu bezeichnenden Dritten zu verlangen. Bei Ausübung des Heimfallanspruchs nach dem 30.04.2007, dem ursprünglich vorgesehenen Ende des Fernheizwerk- und des Erbbaurechtsvertrages, sind von dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks nur die von der Erbbauberechtigten in den letzten fünf Jahren gemachten aktivierungspflichtige Investitionen, soweit sie der Erneuerung und Erweiterung des Fernheizwerks gedient haben, mit dem Restbuchwert zu erstatten (§ 13.2 Satz 3 Erbbaurechtsvertrag). Bei einem Heimfall ist die Erbbauberechtigte ferner verpflichtet, die Betriebseinrichtungen des Fernheizwerks einschließlich des Fernwärmeleitungsnetzes, auch soweit diese nicht wesentliche Bestandteile des Erbbaurechts sind, in dem Zustand, wie er sich bei ordnungsgemäßem Betrieb ergeben hat, an den jeweiligen Grundstückseigentümer zu veräußern, wobei hinsichtlich der Entschädigung die gleiche Regelung gilt wie für die Baulichkeiten (§ 13.3 Erbbaurechtsvertrag).

ESSO errichtete auf dem im Klageantrag Nr. 3 und in § 1.1. Erbbaurechtsvertrag genannten Grundstück mit der Anschrift Klinkerweg 6 in Erkrath ein Fernheizwerk und legte das dazugehörige Fernwärmeleitungsnetz im Siedlungsgebiet an. Im Jahr 1981 übernahm das Fernheizwerk die komplette Wärmeversorgung für das Siedlungsgebiet, nachdem zuvor mehrere provisorische Heizzentralen die Wärmeversorgung übernommen hatten. Im Jahr 2013 wurde auf dem im Klageantrag Nr. 3 genannten Grundstück zusätzlich zu dem bereits vorhandenen Fernheizwerk ein Biogas-Blockheizkraftwerk errichtet, das ebenfalls Fernwärme für das Siedlungsgebiet produziert. Das auf demselben Grundstück von den Stadtwerken Erkrath mit Gas betriebene Blockheizkraftwerk – auf dem Luftbild gemäß Anlage K 17 mit einem blauen Rahmen markiert – ist nicht Gegenstand des Rechtsstreits.

Die Versorgung der (Wohn-)Häuser und Gewerbebetriebe mit Heizwärme für die Raumheizung und Gebrauchswarmwasserbereitung wird im Siedlungsgebiet Hochdahl bis heute durch Fernwärme gewährleistet. Ein Gasverteilungsnetz innerhalb des Siedlungsgebiets ist nicht vorhanden. Bis heute betreibt die Beklagte das in Rede stehende Fernheizwerk sowie das Biogas-Blockheizkraftwerk und das zugehörige Fernwärmenetz in Hochdahl.

Die Stadtwerke Erkrath GmbH, eine 100%-ige Tochter der Klägerin und Wettbewerberin der Beklagten, erwarb von der seit 31.12.1998 in Liquidation befindlichen Entwicklungsgesellschaft mit Grundstückskaufvertrag vom 09.12.1998 (Anlage K 5) den Grundbesitz an dem im Klageantrag Nr. 3 genannten Grundstück. Gemäß § 4.3 des Grundstückskaufvertrages traten die Stadtwerke Erkrath zur Entlastung der Entwicklungsgesellschaft mit Zahlung des vereinbarten Kaufpreises in den Erbbaurechtsvertrag ein. Die Klägerin ist anstelle der Entwicklungsgesellschaft mit Wirkung zum 01.04.2016 in den Fernheizwerkvertrag eingetreten (vgl. hierzu die Ankündigung im Schreiben der Klägerin an die Beklagte vom 22.03.2016, Anlage K 3).

Die Favorit Unternehmens-Verwaltungs-GmbH, eine Rechtsvorgängerin der Beklagten, die zwischenzeitlich für den Betrieb des Fernheizwerks samt des Fernwärmenetzes verantwortlich war, verlängerte vor dem vertraglich vorgesehenen Ablauf des Fernheizwerkvertrags am 30.04.2007 mit Schreiben vom 15.03.2006/10.04.2016 unter Bezugnahme auf das Optionsrecht gemäß § 12.2 die Vertragslaufzeit des Fernheizwerkvertrags um zehn Jahre bis zum 30.04.2017. Parallel hierzu verlängerte sie das Erbbaurecht gemäß § 6.2 Erbbaurechtsvertrag ebenfalls um weitere zehn Jahre.

Im Januar 2009 übernahm die RWE Energy zum Stichtag 01.01.2009 das deutsche Nah- und Fernwärmegeschäft der ExxonMobil Central Europe Holding GmbH als Konzernmutter der ESSO Deutschland GmbH/FAVORIT Fernwärme GmbH und damit auch die Geschäftsanteile an der FAVORIT Unternehmens-Verwaltungs-GmbH. Der für den Erwerb der Unternehmensgruppe Favorit, bestehend aus der Favorit Fernwärme GmbH und der Favorit Unternehmens-Verwaltungs GmbH, als Ganzes gezahlte Gesamtpreis betrug EUR 157,8 Mio. Ein Teil hiervon entfiel auf die hier streitgegenständlichen Fernwärmeversorgungsanlagen in Erkrath-Hochdahl.

Am 17.09.2015 teilte die Beklagte, die seinerzeit noch unter RWE Energiedienstleistungen GmbH firmierte, gegenüber der in Liquidation befindlichen Entwicklungsgesellschaft schriftlich mit, dass sie das in § 12.2 Fernheizwerkvertrag geregelte (zweite) Optionsrecht ausüben und den Vertrag über das Fernheizwerk um weitere zehn Jahre, nunmehr bis zum 30.04.2027, verlängern wolle (Anlage K 7). Rund sechs Monate später forderte die Entwicklungsgesellschaft die Beklagte mit

Schreiben vom 16.03.2016 (Anlage B 1) auf, für den nach ihrer Ansicht hierzu erforderlichen Fremd- bzw. Drittvergleich gemäß § 12.2 Fernheizwerkvertrag bis zum 28.04.2016 die in der beigefügten Datenabforderungsliste (ebenfalls vorgelegt in Anlage B 1) genannten Daten offenzulegen und mitzuteilen, damit die Stadtwerke Erkrath ein (Konkurrenz-)Angebot abgeben können. Dieser Forderung kam die Beklagte nicht nach (vgl. hierzu das als Anlage K 8 vorgelegte Schreiben vom 23.03.2016).

Nach einem Gespräch der Parteien am 21.06.2016 teilte die Beklagte der Klägerin im Schreiben vom 07.09.2016 (Anlage B 3) mit, welche Daten aus der Abforderungsliste nunmehr zur Verfügung stünden, wobei sie darauf hinwies, dass die Daten erst nach Abschluss einer Vertraulichkeitsvereinbarung übermittelt werden könnten. Nachdem zwischen der Klägerin und der stellvertretend für die Stadtwerke Erkrath auftretenden Becker Büttner Held Consulting am 31.01.2017 eine Vertraulichkeitsvereinbarung unterzeichnet worden war (Anlage B 4), stellte die Beklagte der Klägerin zumindest einen Teil der aus Sicht der Klägerin für einen Fremdvergleich erforderlichen Daten in einem Datenraum zur Verfügung. Mit anwaltlichem Schreiben vom 10.02.2017 (Anlage B 5) teilte die Klägerin mit, dass aus ihrer Sicht – ebenso wie aus der Sicht der Stadtwerke Erkrath (vgl. deren Schreiben vom 10.02.2017, Anlage B 9) – noch Daten fehlten, um ein verbindliches (Konkurrenz-)Angebot unterbreiten zu können. Nach einem weiteren gemeinsamen Treffen am 15.02.2017 teilte Herr Mania von der Beklagten der Klägerin per E-Mail am 22.02.2017 schließlich mit, dass keine weiteren Daten zur Kundenstatistik von der Beklagten zur Verfügung gestellt würden (Anlage B 7).

Die Parteien haben vorgerichtlich gemäß Anlage K 1 am 28.03.2017 bzw. 25.04.2017 auf die Durchführung des Gutachterverfahrens, das in § 13.7 Fernheizwerkvertrags für sämtliche Streitigkeiten vorgesehen ist, verzichtet.

Danach forderte die Klägerin die Beklagte im Schreiben vom 23.05.2017 (Anlage K 9) unter Fristsetzung bis zum 07.06.2017 erfolglos auf, das Fernheizwerk samt Fernwärmeleitungsnetz an die Stadtwerke Erkrath Zug um Zug gegen Zahlung der im Erbbaurechtsvertrag vereinbarten Entschädigung herauszugeben und eine Erklärung abzugeben, wonach das Erbbaurecht an dem im Klageantrag Nr. 3 bezeichneten Grundstück mit Ablauf des 30.04.2017 erloschen sei. Zur Begründung verwies sie darauf, dass die Ausübung der zweiten Verlängerungsoption unwirksam gewesen

sei, weil der nach den Bedingungen des Vertrages erforderliche Fremdvergleich nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden sei und die überlange Laufzeit des Fernheizwerkvertrags gegen das Kartellverbot verstoße. Da der Fernheizwerkvertrag nicht mehr bestehe, könne auch die Verlängerungsoption für den Erbbaurechtsvertrag nicht ausgeübt werden (§ 6.2 Satz Erbbaurechtsvertrag). Hilfsweise sprach die Klägerin mit anwaltlichem Schreiben vom 23.05.2017 die Kündigung des Fernheizwerkvertrags analog § 544 BGB aus.

Mit der am 24.07.2017 erhobenen Klage beantragt die Klägerin in erster Linie festzustellen, dass der Fernheizwerkvertrag nicht über den 30.04.2017 hinaus verlängert worden ist (Klageantrag Nr. 1). Für den Fall, dass der Fernheizwerkvertrag nicht mehr besteht, macht die Klägerin die Übertragung von Eigentum und Besitz an der Heizzentrale und allen Betriebsvorrichtungen des Fernheizwerks einschließlich des Biogas-Blockheizkraftwerks sowie des Fernwärmeleitungsnetzes – Zug um Zug gegen Zahlung einer Entschädigung an die Stadtwerke Erkrath (Klageantrag Nr. 2) – sowie hilfsweise Zustimmung zur Übertragung der vorgenannten Anlagen samt grundbuchmäßiger Bewilligung geltend. Darüber hinaus begehrt sie im Wege der Stufenklage Auskunft über den Umfang des Betriebs des Fernheizwerks ab dem 01.05.2017 (Klageantrag Nr. 4.a) und Herausgabe des aufgrund des Weiterbetriebs durch die Beklagte ab diesem Datum Erlangte bzw. Ersatz des ihr, der Klägerin, entgangenen Gewinns (Klageantrag Nr. 4 b.). Schließlich begehrt die Klägerin im Klageantrag Nr. 5 für den Fall, dass sie mit dem Klageantrag Nr. 1 unterliegt, dass die Beklagte den Betrieb des Fernheizwerks und der gesamten Fernwärmeversorgung nicht zu ungünstigeren Konditionen fortführt als den Bedingungen, die von einem Dritten im Sinne des in § 12.2 des Fernheizwerkvertrags vereinbarten Fremdvergleichs für den Zeitraum 01.05.2017 bis 30.04.2027 angeboten werden, sowie Auskunft zur Durchführung des Fremdvergleichs (Klageantrag Nr. 6).

Die Klägerin ist der Ansicht, sei es zu keiner wirksamen zweiten Verlängerung des Fernheizwerkvertrags über den 30.04.2017 hinaus gekommen.

Die vertraglichen Regelungen in § 12 Fernheizwerkvertrag zur Vertragslaufzeit seien unwirksam, weil sie gegen das Kartellverbot verstießen. Entgegen der Ansicht der Beklagten sei es nicht zu einer weiteren (zweiten) Verlängerung der Vertragslaufzeit um zehn Jahre bis zum 30.04.2027 gekommen. Die anfängliche Vertragslaufzeit von 41 Jahren (§ 12.1), die für sich betrachtet bereits einen Verstoß gegen das

Kartellverbot begründe, und die zweimalige einseitige Verlängerungsoption für zehn Jahre (§ 12.2) führten zusammen betrachtet mit den der Entwicklungsgesellschaft auferlegten Pflichten (insb. in § 4.2 Fernheizwerkvertrag i.V.m. Anlage A 6 sowie §§ 6, 7 Fernheizwerkvertrag) dazu, dass der Vertrieb von Fernwärme durch die Beklagte bzw. die jeweilige Betreiberin der Fernwärmeeinrichtungen über Jahrzehnte – über das erforderliche Maß hinaus – abgesichert sei. Daher sei spätestens die zweite, von der Beklagten am 15.09.2015 erklärte Vertragsverlängerung mit Blick auf die bis dahin bereits abgelaufene Vertragslaufzeit von 51 Jahren wegen Verstoßes gegen das Kartellverbot unwirksam.

Bei den in Rede stehenden vertraglichen Regelungen handele es sich um subjektiv bezweckte, zumindest jedoch um objektiv bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen. Die wirtschaftliche Handlungsfreiheit gleich mehrerer Marktakteure werde dadurch in spürbarer Weise beschränkt.

Betroffen sei zum einen der Markt für Betriebsführungsleistungen, auf dem die Klägerin Dienstleistungen zum Betrieb eines Fernheizwerks samt Fernwärmeleitungsnetz nachfrage, ihr ein Wechsel des Anbieters aber wegen der überlangen Vertragsdauer und der zweimaligen einseitigen Verlängerungsmöglichkeit über Jahrzehnte nicht möglich sei. Gleichzeitig führe dies auch auf der Marktgegenseite bei den Betreibern von Fernwärmeeinrichtungen (wie z.B. den Stadtwerken Erkrath) zu einer Wettbewerbsbeschränkung, weil diese ihre Dienstleistungen bis zur Beendigung des Fernheizwerkvertrags (an Stelle der Beklagten) nicht anbieten könnten. Im Ergebnis sei dadurch auch der potentielle Wettbewerb um die Versorgerstellung in diesem Gebiet langfristig beschränkt.

Zum anderen seien auf dem nachgelagerten Markt, auf dem die Fernwärmekunden Fernwärme von der Beklagten bezögen, die Auswahlmöglichkeiten ebenfalls erheblich beschränkt. Im Markt für die Wärmeversorgung von Haushalts- und Gewerbekunden in Hochdahl komme es aufgrund der vertraglichen Regelungen in § 4.2, § 7.1 lit. a und § 7.4 Fernheizwerkvertrag zu einer den Wettbewerb ausschließenden Wirkung, insbesondere wegen der im Fernheizwerkvertrag geregelten, verpflichtenden vertraglichen Weitergabe des Anschlusszwangs an die späteren Grundstückskäufer (vgl. hierzu den als Anlage K 12 vorgelegten Musteranschlussvertrag und den als Anlage K 13 vorgelegten Musterwärmelieferungsvertrag) sowie durch die Eintragung von

Grunddienstbarkeiten (§ 4.2. Fernheizwerkvertrag i.V.m. Anlage A 6 und § 7 Musteranschlussvertrag) auf Grundlage der vorformulierten Eintragungsbewilligung (Anlage A 6 zum Fernheizwerkvertrag, vorgelegt als Anlage K 14, dort Nr. 3). Die in diesen Musterverträgen und -erklärungen enthaltenen Ausschließlichkeitsbindungen dienen allein dazu, sicherzustellen, dass der jeweilige Betreiber der Fernwärme-einrichtungen für eine sehr lange Zeit der einzige Versorger im Siedlungsgebiet des Fernheizwerkvertrags bleibe. Darüber hinaus stelle § 12.2 Fernheizwerkvertrag auch eine unzulässige „englische Klausel“ dar, die jedenfalls in Verbindung mit einer solch langen Vertragslaufzeit kartellrechtlich unzulässig sei.

Da der relevante Markt lokal abzugrenzen sei, sei das Gebiet, das durch das jeweilige lokale Fernwärmenetz erschlossen werde, maßgeblich. Auf dem Markt für die Wärmeversorgung von Haushalts- und Gewerbekunden in Hochdahl sei die Beklagte daher marktbeherrschend, weil ihr Marktanteil weit über der für vertikale Vereinbarungen geltenden Spürbarkeitsgrenze von 15% liege.

Eine Freistellung vom Kartellverbot komme – entgegen der Ansicht der Beklagten – nicht in Betracht. Eine Freistellung nach § 2 Abs. 2 GWB i.V.m. der Verordnung Nr. 330/2010 (im Folgenden: Vertikal-GVO) scheidet deshalb aus, weil die zeitliche Befristung von Wettbewerbsverbote auf fünf Jahre (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. a Vertikal-GVO) hier nicht eingehalten werde und die Beklagte als Anbieterin für (Heiz-)Wärme aufgrund ihrer marktbeherrschenden Stellung auch den in Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO geregelten Grenzwert von 30% Marktanteil überschreite.

Auch die Voraussetzungen für eine Einzelfreistellung gemäß § 2 Abs. 1 GWB habe die Beklagte im Streitfall nicht hinreichend dargetan. Zwar könnten bei sehr umfangreichen Investitionen im Einzelfall auch Wettbewerbsverbote, die länger als fünf Jahre dauerten, gemäß den Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen gerechtfertigt sein. Beispielsweise erfüllten wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen bei besonders hohen vertragsspezifischen Investitionen eines Anbieters während des Abschreibungszeitraums grundsätzlich die Voraussetzungen für eine Einzelfreistellung. Dass sich die ursprünglichen Investitionskosten erst nach einer Vertragslaufzeit von mehr als 50 Jahren, mithin erst in der Zeit ab dem 01.05.2017 tatsächlich amortisiert hätten, bestreitet die Klägerin mit Nichtwissen. Angesichts des zwischenzeitlichen Zeitablaufs sei

ausgeschlossen, dass die Wettbewerbsbeschränkungen durch vertragsspezifische Investitionen gerechtfertigt seien.

Aber selbst dann, wenn die vertraglichen Vereinbarungen zu den Vertragslaufzeiten wirksam seien, habe die Beklagte das Optionsrecht in § 12.2 nicht wirksam ausgeübt, so dass es zu einer Beendigung des Fernheizwerkvertrags zum 30.04.2017 gekommen sei, weil sie die für den Fremdvergleich erforderlichen Daten zu spät und überdies unvollständig mitgeteilt und damit ihre Mitwirkungspflichten verletzt habe. Die Ausübung der Option zur Vertragsverlängerung stehe – wie sich aus § 12.2 Satz 2 ergebe – unter der aufschiebenden Bedingung der Durchführung des in Satz 2 geregelten Fremdvergleichs. Der Fremdvergleich, der eine Wirksamkeitsvoraussetzung für die von der Beklagten gewünschte Vertragsfortsetzung darstelle, sei bislang nicht durchgeführt worden bzw. habe mangels aussagekräftiger Informationen der Beklagten nicht durchgeführt werden können.

Schließlich sei der Vertrag zumindest durch die vorsorglich erklärte außerordentliche Kündigung im Schreiben vom 23.05.2017 mit Wirkung zum 31.08.2017 beendet worden. § 544 BGB, wonach das Mietverhältnis 30 Jahre nach Überlassung von jeder Vertragspartei mit der gesetzlichen Frist gekündigt werden könne, sei entsprechend auf den Fernheizwerkvertrag anzuwenden, da in der gewährten Grundstücksnutzung für die Fernwärmeleitungen auch eine Gebrauchs- und Nutzungsüberlassung liege.

Sofern – wovon sie, die Klägerin, ausgehe – der Fernheizwerkvertrag beendet sei, könne sie als Prozessstandschafterin zugunsten der Stadtwerke Erkrath gemäß deren Vollmachtserklärung vom 18.05.2017 (Anlage K 10) den Herausgabe- und Übertragungsanspruch (Klageantrag Nr. 2) sowie – hilfsweise – den Anspruch auf grundbuchmäßige Erklärung und Bewilligung der Übertragung des Erbbaurechts (Klageantrag Nr. 3) Zug um Zug gegen eine entsprechende Entschädigung geltend machen. Dabei seien nicht nur die Heizzentrale und alle Betriebsvorrichtungen des Fernheizwerks auf dem im Klageantrag Nr. 3 benannten Grundstück, sondern auch das gesamte Fernwärmeleitungsnetz vom Fernheizwerk bis einschließlich zu den Hausübergabestationen herauszugeben (vgl. § 3 Nr. 2 2 des als Anlage K 12 vorgelegten Anschlussmustervertrags und die Technischen Anschlussbedingungen, wonach die Anlage des Fernheizwerks erst mit der Liefergrenze hinter der Hausstation ende). Gleiches gelte auch für das später im Jahr 2013 auf demselben

Grundstück errichtete Biogas-Blockheizkraftwerk. Bei letzterem handele es sich nicht um einen Scheinbestandteil im Sinne des § 95 BGB, sondern es greife die Regelung in § 12 Abs. 1 ErbbauRG. Es diene – insofern unstreitig – ebenfalls der Fernwärmerversorgung und könne ohne die Anbindung an das Fernwärmenetz nicht betrieben werden.

Angesichts der im Fall der Beendigung des Fernheizwerkvertrags vorliegenden angemäßen Eigengeschäftsführung der Beklagten in der Zeit ab dem 01.05.2017 bestehe auch ein Anspruch auf Auskunft über den Umfang des Betriebs des Fernheizwerks einschließlich des Biogas-Blockheizkraftwerks und des vom Fernheizwerk bis zu den jeweiligen Eigentumsgrenzen der belieferten Kunden gelegenen Fernwärmenetzes nebst Hausübergabestationen (Klageantrag Nr. 4.a).

Ferner stehe den Stadtwerken Erkrath für den Weiterbetrieb des Fernheizwerks nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag ab dem 01.05.2017 darüber hinaus auch ein Anspruch auf Herausgabe des Erlangten zu, den sie ebenfalls als Prozessstandschafterin für diese bereits jetzt im Wege der Stufenklage geltend mache (Klageantrag Nr. 4.b). Schließlich habe die Beklagte wegen der vorliegenden angemäßen Eigengeschäftsführung auch den bei den Stadtwerken Erkrath entstandenen Schaden in Gestalt des entgangenen Gewinns zu ersetzen (Klageantrag Nr. 5). Da nicht alle relevanten Daten und Informationen von der Beklagten vorgelegt worden seien, stehe ihr, der Klägerin, falls der Fernheizwerkvertrag noch bestehe, zumindest der im Klageantrag Nr. 6 geltend gemachte Auskunftsanspruch zu. Dieser erfasse insbesondere auch die bislang nicht mitgeteilten, aggregierten Kundendaten zu den vertraglichen Anschlussleistungen und den tatsächlich abgenommenen Wärmemengen in den letzten Jahren.

Die Klägerin beantragt,

1.  
hinsichtlich des Klageantrags Nr. 1, zu erkennen wie geschehen

sowie darüber hinaus für den Fall des Obsiegens mit dem Klageantrag Nr. 1,

2.  
die Beklagte zu verurteilen, Eigentum und Besitz an der Heizzentrale und allen Betriebsvorrichtungen des Fernheizwerks einschließlich des Biogas-

Blockheizkraftwerks auf dem Grundstück am Klinkerweg 6 in 40699 Erkrath und Eigentum und Besitz an allen vom Fernheizwerk bis zu den jeweiligen Eigentumsgrenzen der belieferten Kunden gelegenen Anlagen des Fernwärmeleitungsnetzes nebst Hausübergabestationen und Zubehör an die Stadtwerke Erkrath GmbH Zug um Zug gegen Zahlung der im Erbbaurechtsvertrag vom 12.12.1979 vereinbarten Entschädigung in Höhe von EUR 600.000,00 netto durch die Stadtwerke Erkrath GmbH zu übertragen;

für den Fall des Unterliegens mit dem Klageantrag Nr. 2,

3.  
die Beklagte zu verurteilen, zu erklären, dass das Erbbaurecht an dem Grundstück Klinkerweg 6 in 40699 Erkrath, eingetragen im Grundbuch von Hochdahl, Blatt 8321, Amtsgericht Mettmann, Gemarkung Hochdahl, Flur 9, Flurstück 108, eingetragen im Erbbaugrundbuch von Hochdahl des Amtsgericht Mettmann, Blatt 2000, auf die Stadtwerke Erkrath GmbH übertragen wird und in grundbuchmäßiger Form zu bewilligen, dass das Grundbuch entsprechend umgeschrieben wird; Erklärung und Bewilligung erfolgen Zug um Zug gegen Zahlung der im Erbbaurechtsvertrag vom 12.12.1979 vereinbarten Entschädigung in Höhe von EUR 600.000,00 netto durch die Stadtwerke Erkrath GmbH.

Ferner beantragt die Klägerin, die Beklagte im Wege der Stufenklage zu verurteilen,

4.  
a.  
den Stadtwerken Erkrath GmbH Auskunft zu erteilen, über den Umfang des Betriebs des Fernheizwerkes einschließlich des Biogas-Blockheizkraftwerks auf dem Grundstück am Klinkerweg 6 in 40699 Erkrath und des vom Fernheizwerk bis zu den jeweiligen Eigentumsgrenzen der belieferten Kunden gelegenen Fernwärmenetzes nebst Hausübergabestationen ab dem 01.05.2017 und zwar unter Angabe der Wärmeliefermengen und des im jeweiligen Lieferzeitraum geltenden Wärmelieferpreises (Grundpreis, Arbeitspreis, Mess- und Abrechnungspreis) für jede belieferte Abnahmestelle, der Stromerzeugungsmengen und Stromerzeugungszeiten im Biogas-Blockheizkraftwerk, der Gestehungskosten unter Angabe der einzelnen Kostenfaktoren sowie insbesondere des erzielten Gewinns;  
b.  
an die Stadtwerke Erkrath GmbH einen nach Auskunft gemäß Antrag zu 4.a) noch zu bestimmenden Betrag nebst Zinsen hierauf in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Für den Fall des Unterliegens mit dem Klageantrag Nr. 1. beantragt die Klägerin schließlich

5.  
die Beklagte zu verurteilen,

- a.  
den Betrieb des Fernheizwerks einschließlich des Biogas-Blockheizkraftwerks auf dem Grundstück Klingerweg 6 in 40699 Erkrath und
- b.  
den Betrieb des Fernwärmenetzes einschließlich Hausübergabestationen und Zubehör vom Fernheizwerk bis zu den jeweiligen Eigentumsgrenzen der von der Beklagten belieferten Kunden und
- c.  
die Fernwärmeversorgung der über das Fernwärmenetz der Beklagten versorgten Kunden

ab dem 01.05.2017 bis zum 30.04.2027 nicht zu ungünstigeren Bedingungen (Versorgungsbedingungen, Preise und Versorgungssicherheit) fortzuführen als solchen, die sich aus einem Fremdvergleich zwischen der Beklagten und einem Dritten für

- a.  
den Betrieb des Fernheizwerks einschließlich des Biogas-Blockheizkraftwerks auf dem Grundstück Klingerweg 6 in 40699 Erkrath und
- b.  
den Betrieb des Fernwärmenetzes einschließlich Hausübergabestationen und Zubehör vom Fernheizwerk bis zu den jeweiligen Eigentumsgrenzen der von der Beklagten belieferten Kunden und
- c.  
für die Fernwärmeversorgung der über das Fernwärmenetz der Beklagten versorgten Kunden

für den Zeitraum ab dem 01.05.2017 bis zum 30.04.2027 ergeben.

6.  
Die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin Auskunft zu erteilen,

a.  
zu den Endkunden

über einen Zeitraum vom 01.01.2015 bis 31.12.2017 anonymisiert je Kalenderjahr je Abnahmestelle über die Anschlussleistung und Abnahmemenge an Wärme für Raumheizung und Gebrauchswasserbereitung sowie die vereinbarten Preise für Wärmeleistung und Wärmearbeit, die aus den Wärmeerzeugungsanlagen einschließlich des Biogas-Blockheizkraftwerks auf dem Grundstück am Klinkerweg 6 in 40699 Erkrath über das von der Beklagten betriebene Fernwärmenetz von der Beklagten mit Wärme versorgt werden;

hilfsweise – bei einem Unterliegen mit dem vorbezeichneten Auskunftsantrag je Abnahmestelle – anonymisiert je Kalenderjahr über einen Zeitraum vom 01.01.2015 bis 31.12.2017 je Kundengruppe, die den gleichen vereinbarten

Preis für Wärmeleistung und Wärmearbeit bezogen auf die jeweils belieferte Abnahmestelle zahlt, Auskunft über die Anschlussleistung und Abnahmemenge an Wärme für Raumheizung und Gebrauchswasserbereitung sowie die vereinbarten Preise für Wärmeleistung und Wärmearbeit, die aus den Wärmeerzeugungsanlagen einschließlich des Biogas-Blockheizkraftwerks auf dem Grundstück am Klinkerweg 6 in 40699 Erkrath über das von der Beklagten betriebene Fernwärmenetz von der Beklagten mit Wärme versorgt werden;

b.  
zur Erzeugung

über ein vollständiges Mengengerüst der Erzeugungsanlagen des Fernheizwerkes einschließlich des Biogas-Blockheizkraftwerkes:

- GIS-Auszug (hinterlegte Betriebsmitteldaten) des Bestandes des für die Versorgung mit Fernwärme im Versorgungsgebiet Hochdahl betriebenen Fernheizwerkes, insbesondere Identifikation im Planwerk;
- vollständiges Mengengerüst des Bestandes des für die Versorgung mit Fernwärme im Versorgungsgebiet Hochdahl betriebenen Fernheizwerkes in Form einer tabellarischen Auflistung der einzelnen installierten Betriebsmittel, bestehend insbesondere aus Angaben zur jeweiligen Netzanbindung (wärme- und ggf. gas- und stromseitig), nebst zugehöriger Anlagentechnik;
- Art und Größe weiterer Bauelemente (Maschinengebäude, Betriebsgebäude, Außenanlagen etc. je Anlage);
- Aufbau, Funktion und Betrieb der zentralen Leittechnik, unter anderem der Messtechnik;
- wesentliche Umbauten oder Nachrüstungen des Fernheizwerkes in den letzten fünf Geschäftsjahren;
- das Unterhaltungskonzept (Inspektion, Wartung, Instandsetzung) und die Wartungs- und Instandhaltungsaufwendungen für die Anlagen des Fernheizwerkes einschließlich des Biogas-Blockheizkraftwerkes nach Anlagengruppen, Maßnahme und Alter sortiert für die letzten fünf Geschäftsjahre sowie als Planwerte für das laufende Geschäftsjahr und die nächsten vier Geschäftsjahre;
- jeweilige Wärmeeinspeiselasgänge des Fernheizwerkes einschließlich des Biogas-Blockheizkraftwerkes für die letzten fünf Geschäftsjahre und
- Störfall-, Schadens- und Unfallstatistik sowie Verfügbarkeiten des Fernheizwerkes für die letzten fünf Geschäftsjahre;

c.  
zum Fernwärmenetz

über ein vollständiges Mengengerüst der Betriebsmittel des Fernwärmenetzes:

- Planwerk:  
topographische Netzpläne (sowohl Übersichtspläne, z. B. Maßstab 1:5.000, als auch Bestandspläne, z. B. Maßstab 1:250) als GIS-Auszug;
- Fernwärmeleitungen:

Identifikation im Planwerk (z. B. eindeutige Betriebsmittelnummer), Bezeichnung des Betriebsmittels, Standort, Verlegungsart (Freileitung, kanalfrei oder kanalgebunden / Ein- oder Mehrrohrsystem), Zusammenverlegung mit anderen Medien (z.B. Gasversorgungs- oder Wasserversorgungsleitungen), Oberfläche, Normgrabenprofile und Bodenklasse, Nennweite, Material, Verbindungsart, Länge (ohne Hausanschlussleitungen);

- Zähler, Regler, Messgeräte:  
Identifikation im Planwerk (z. B. eindeutige Betriebsmittelnummer), Bezeichnung des Betriebsmittels, Standort, Hersteller, Typ (allgemeine und herstellerspezifische Benennung, Anzahl und Baujahr);
- Hausanschlüsse, sofern Eigentum der Beklagten:  
Identifikation im Planwerk (z. B. eindeutige Betriebsmittelnummer), Bezeichnung des Betriebsmittels, Standort, Verlegungsart (Freileitung, kanalfrei oder kanalgebunden), Zusammenverlegung mit anderen Medien (z. B. Wasserversorgungsleitungen), Oberfläche, Normgrabenprofile und Bodenklasse, Nennweite, Material, Einbindungsart, Betriebs- und Nenndruckstufe, Länge der Hausanschlussleitungen, Baujahr;
- Druckregel- und Messanlagen:  
Identifikation im Planwerk (z. B. eindeutige Betriebsmittelnummer), Bezeichnung des Betriebsmittels (z. B. Standort, Hersteller, Typ, Baujahr, Kapazität);
- Heizwasserhausübergabestationen:  
Identifikation im Planwerk (z. B. eindeutige Betriebsmittelnummer), Bezeichnung des Betriebsmittels (z. B. Standort, Hersteller, Typ, Baujahr, Kapazität);
- Wärmeüberträgerstationen:  
Identifikation im Planwerk (z. B. eindeutige Betriebsmittelnummer), Bezeichnung des Betriebsmittels (z. B. Standort, Hersteller, Typ, Baujahr, Kapazität);
- Entsalzungsanlagen (Heizwasser):  
Identifikation im Planwerk (z. B. eindeutige Betriebsmittelnummer), Bezeichnung des Betriebsmittels (z. B. Standort, Hersteller, Typ, Baujahr, Kapazität);
- Übergabeanlagen von den Erzeugungsanlagen in das Fernwärmenetz:  
Identifikation im Planwerk (z. B. eindeutige Betriebsmittelnummer), Bezeichnung der erfassten Betriebsmittel (z. B. Standort, Hersteller, Typ, Baujahr, Kapazität);
- Fernwirkanlagen (inkl. Fernwirkleitungen/Signalkabel):  
Identifikation im Planwerk (z. B. eindeutige Betriebsmittelnummer), Bezeichnung des Betriebsmittels, Typ, Anzahl, Standort;
- Angaben über Betriebsmittelausstattung der Übergabeanlagen sowie der Leitzentrale:
- Identifikation im Planwerk (z. B. eindeutige Betriebsmittelnummer), Bezeichnung der erfassten Betriebsmittel (z. B. Standort, Hersteller, Typ, Baujahr, Kapazität);

- Störfall-, Schadens- und Unfallstatistik sowie Verfügbarkeiten der aufgeführten Anlagegüter des Fernwärmenetzes für die letzten fünf Geschäftsjahre;
- Vereinnahmte und nicht aufgelöste Ertragszuschüsse (z. B. Baukostenzuschüsse und Anschlusskostenbeiträge), aufgegliedert nach deren Passivierungsjahr unter Angabe der angesetzten Nutzungsdauern sowie der Auflösungsmethode und
- das Unterhaltungskonzept (Inspektion, Wartung, Instandsetzung) und die Wartungs- und Instandhaltungsaufwendungen für das Fernwärmenetz für die letzten fünf Geschäftsjahre sowie als Planwerte für das laufende Geschäftsjahr und die nächsten vier Geschäftsjahre;

d.  
zu den Wirkungsgraden

über die Höhe der Wirkungsgrade der Energieumwandlungsprozesse je von der Beklagten auf dem Grundstück Klingerweg 6 in 40699 Erkrath betriebenen Wärmeerzeugungsanlagen einschließlich des Biogas-Blockheizkraftwerkes je Kalenderjahr für den Zeitraum vom 01.01.2015 bis 31.12.2017;

e.  
zu den Wärmenetzverlusten

über den Zeitraum von 01.01.2015 bis 31.12.2017 je Kalenderjahr bestehende Netzverluste (prozentual und absolut) des von der Beklagten betriebenen Fernwärmenetzes, welche von der Einspeisung in das Fernwärmenetz am Fernheizwerk einschließlich des Biogas-Blockheizkraftwerkes am Grundstück am Klinkerweg 6 in 40699 Erkrath bis zu den jeweiligen Eigentumsgrenzen der belieferten Kunden gelegenen Anlagen bestehen;

f.  
zu den Anschaffungs- und Herstellungskosten

über die Anschaffungs- und Herstellungskosten zum Zeitpunkt der Errichtung der von der Beklagten auf dem Grundstück Klingerweg 6 in 40699 Erkrath betriebenen Wärmeerzeugungsanlagen einschließlich des Biogas-Blockheizkraftwerkes nebst dem betriebenen Fernwärmenetz sowie über alle von 1966 bis heute durchgeführten Modernisierungsmaßnahmen mit Angaben zu Anschaffungs- und Herstellungskosten bezüglich Leitungen, Anlagen, Regler, Wärmetauschern, Messgeräten und allen weiteren Vermögensgegenständen;

g.  
zu den Grundstücken

eine Übersicht über die der Fernwärmeversorgung zuzuordnenden Grundstücke:

- historische Anschaffungskosten, Grundstücksgröße und Lage zu jedem Grundstück, soweit sie nicht den Erbbaurechtsvertrag (UR. Nr. 2254 für 1979 L) betreffen und
- schuldrechtliche und dingliche Grundstücks-benutzungsrechte unter Benennung der Grundbucheintragung der dinglichen Rechte;

h.

zu den Verträgen

über Vertragsbeziehungen für den Betrieb der oben aufgeführten Anlagengüter, soweit diese übernommen werden müssen, durch Vorlage der Verträge, d.h. insbesondere

- der Betriebsführungsverträge;
- Wartungs- und Serviceverträge und
- der Musterwärmelieferverträge für alle Endkundengruppen einschließlich der Preise und Preisregelungen sowie Übersicht über die vereinbarten Vertragslaufzeiten;

i.  
zum Personal

über die Anzahl der angestellten Mitarbeiter der Beklagten, deren Tätigkeit vollständig oder überwiegend dem Betrieb der im Antrag 6.a) beschriebenen Wärmeerzeugungsanlage einschließlich des Biogas-Blockheizkraftwerks nebst Fernwärmenetz zuzuordnen ist, sowie transparente Angaben zu ihren vertraglichen Rechten und Pflichten sowie zu übernehmenden Pensionslasten ausgeschiedener und aktiver Mitarbeiter.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte vertritt die Auffassung, sie habe mit Schreiben vom 17.09.2015 wirksam die Verlängerungsoption in § 12.2 Fernheizwerkvertrag ausgeübt, so dass sich die Laufzeit des Fernheizwerkvertrags bis zum 30.04.2027 verlängert habe. Weder die ursprüngliche Vertragslaufzeit (§ 12.1) noch die Verlängerungsoptionen (§ 12.2) stellten Wettbewerbsbeschränkungen nach § 1 GWB dar. Eine Vertragslaufzeit von 40 Jahren oder länger komme bei Fernwärmeversorgungsprojekten in der Praxis sehr häufig vor, wie der Abschlussbericht des Bundeskartellamts (BKartA) zu der Sektoruntersuchung Fernwärme aus August 2012 gezeigt habe (Anlage K 28, dort S. 70, Rn. 163: über 30 Jahre 14,3% und unbefristet 11,9%). Die vertraglichen Regelungen der Wärmeversorgung in Hochdahl seien vom Bundeskartellamt im Rahmen der Sektoruntersuchung tatsächlich kartellrechtlich überprüft worden, insbesondere habe sie dem Amt die Vertragslaufzeiten ihrer Wärmeversorgungen mitgeteilt. Das Bundeskartellamt habe die Vertragslaufzeiten nicht zum Anlass genommen, dagegen einzuschreiten. Derart lange Vertragslaufzeiten seien notwendig, damit der Wärmeversorger seine erheblichen Investitionen in den Bau des Heizwerkes und die Errichtung des Leistungsnetzes über die Vertragslaufzeit refinanzieren könne. Sie seien daher kartellrechtlich gerechtfertigt. Eine

Benachteiligung der Endkunden oder der Klägerin liege nicht vor. Das Bundeskartellamt habe in seinem Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung die langen Vertragslaufzeiten daher auch nicht beanstandet. Auch die Rechtsprechung habe die besonderen Gegebenheiten der Fernwärmeversorgung anerkannt und insofern bislang keine Bedenken bei langfristigen Vertragslaufzeiten bei der Fernwärmeversorgung geäußert. Schließlich wollten die Klägerin bzw. die Stadtwerke Erkrath nicht in Wettbewerb mit alternativen Heizsystemen im Siedlungsgebiet Hochdahl eintreten, da sie das Ziel verfolgten, dass statt der Beklagten künftig die Stadtwerke Erkrath die Endkunden mit Fernwärme belieferten. Entgegen der Ansicht der Klägerin seien die Endkunden auch nicht in der Wärmeversorgung der Beklagten "gefangen", da Endkundenverträge nach der gesetzlichen Regelung in § 32 Abs. 1 AVBFernwärmeV eine Höchstlaufzeit von zehn Jahren hätten und Kunden mit sog. Altverträgen ein Sonderkündigungsrecht (§ 37 Abs. 2 AVBFernwärmeV) zustehe.

Entgegen der Ansicht der Klägerin liege auch keine „englische Klausel“ oder eine sonstige kartellrechtswidrige Alleinbezugsverpflichtung vor. Dies setze nach den Leitlinien der Europäischen Kommission denknötwendig voraus, dass der Abnehmer Teile seines Bedarfs auch bei anderen Lieferanten decken könne, was hier systembedingt gerade ausgeschlossen sei, weil es nur einen Fernwärmeversorger vor Ort gebe.

In jedem Fall liege – falls der Fernheizwerkvertrag wettbewerbsbeschränkende Klauseln enthalte – eine Freistellung vom Kartellverbot vor.

Art. 5 Abs. 1 lit. a Vertikal-GVO, der bei Wettbewerbsverboten eine Beschränkung der Laufzeit auf fünf Jahre und eine Freistellung nur bis zu einem Marktanteil von 30% vorsehe, könne aufgrund der Besonderheiten des vorliegenden Falls, insbesondere der hohen Investitionskosten für ein Fernheizwerk und das zugehörige Fernwärmenetz, nicht als Referenzmaßstab herangezogen werden. Auch insofern sei zu berücksichtigen, dass es systembedingt immer nur einen Fernwärmeanbieter in einem räumlichen Bereich gebe.

In Betracht komme indes eine Einzelfreistellung gemäß § 2 GWB. Dessen Voraussetzungen seien im Streitfall erfüllt. Die erheblichen Investitionskosten und zu erwartenden Betriebskosten der Versorgung des Siedlungsgebiets mit Fernwärme

hätten sich aus Sicht der Vertragsparteien zum Zeitpunkt bei Abschluss des Fernheizwerkvertrags nur über eine mindestens 40-jährige Vertragslaufzeit amortisiert und auch nur soweit der Wärmelieferant den Fernheizwerkvertrag zweimal um zehn Jahre habe verlängern dürfen. Auch die anteiligen Kosten für den Erwerb der Wärmeversorgung Hochdahl im Januar 2009 (zusammen mit anderen Fernwärmeeinrichtungen) seien bisher noch nicht amortisiert. Bei dem Erwerb seien auch die früheren Investitionskosten der ESSO wirtschaftlich übernommen worden.

Die Regelung des Fremdvergleichs in § 12.2 Satz 2 Fernheizwerkvertrag stehe der erfolgten zweiten Verlängerung der Vertragslaufzeit ebenfalls nicht entgegen. Bei dem in § 12.2 Satz 2 geregelten Fremdvergleich handele es sich nicht um eine aufschiebende Bedingung. Dies könne weder dem Wortlaut, noch dem Willen der Parteien bei Vertragsabschluss noch dem Sinn und Zweck der Regelung entnommen werden. Der Regelung in § 12.2 Satz 2 zum Fremdvergleich sei keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Vertragsverlängerung (also das „Ob“) zu entnehmen, sondern diese regle lediglich die wirtschaftlichen Bedingungen (das „Wie“), zu dem die Beklagte die Fernwärmeversorgung in Hochdahl fortsetzen dürfe, und sei daher mit dem Regelungszweck des § 315 BGB vergleichbar. Es handele sich um eine vertraglich vereinbarte Preisanpassungsklausel in einem Dauerschuldverhältnis, die unabhängig von der Vertragslaufzeit greife und dem Bedürfnis nach einer nachträglichen Anpassung des Wärmepreises nach billigem Ermessen Rechnung trage. Die Vertragsparteien hätten für die Zeit nach Ablauf der anfänglichen Vertragslaufzeit von 40 Jahren lediglich sicherstellen wollen, dass wenn der Versorger seine einseitige Option zur Verlängerung ausübe, die Bedingungen des (Weiter-) Betriebes des Fernheizwerkes einem Fremdvergleich in wirtschaftlicher Hinsicht standhalten. Die Regelung stelle sicher, dass der Wärmepreis angemessen und marktgerecht sei.

Sie, die Beklagte, habe bei der Durchführung des Fremdvergleichs auch keine Mitwirkungspflichten verletzt, zumal diese so im Vertrag nicht (insbesondere nicht in § 12.2) geregelt seien. Im Gegenteil habe sie alle zur Durchführung eines Fremdvergleichs erforderlichen Daten der Klägerin übermittelt, nachdem die Vertraulichkeitsverpflichtung unterschrieben worden sei. Weiterreichendere als die übermittelten Daten seien nicht erforderlich gewesen, um als Interessent ein Angebot für die Wärmeversorgung in Hochdahl unterbreiten zu können. Die aus dem Bereich Gas und Strom für Konzessionsvergabeverfahren bekannten formalen

Anforderungen könnten jedenfalls nicht auf Fernwärmesektor übertragen werden, da der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des § 46a EnWG bewusst auf Strom- und Gasnetze begrenzt habe. Überdies lasse die Klägerin unberücksichtigt, dass ihr angeboten worden sei, die Daten auch von einem neutralen Dritten (z.B. von einem Wirtschaftsprüfer) prüfen zu lassen, was nicht gewünscht gewesen sei. Da die Klägerin zuvor stets angegeben habe, die Informationen an die Stadtwerke Erkrath GmbH weiterleiten zu wollen, seien nur solche Informationen übermittelt worden, die für einen Fremdvergleich unerlässlich seien. Zudem sei der Austausch oder auch nur die einseitige Offenlegung von wettbewerblich sensiblen Informationen zwischen den Stadtwerken Erkrath und ihr aufgrund des bestehenden Wettbewerbsverhältnisses aus kartellrechtlicher Sicht kritisch zu bewerten.

Schließlich sei der Fernheizwerkvertrag auch nicht wirksam gemäß § 544 BGB analog gekündigt worden. Die Fernwärmeversorgung könne rechtlich nicht als Miete oder Pacht eingeordnet werden auch bestehe keine vergleichbare Interessenlage. Für eine analoge Anwendung fehle es zudem an einer planwidrigen Regelungslücke, da der Fernheizwerkvertrag abschließende Regelungen zur Beendigung des Vertragsverhältnisses enthalte.

Da die Beklagte den Fernheizwerkvertrag über den 30.04.2007 hinaus wirksam verlängert habe, seien die Voraussetzungen des Heimfallanspruchs gemäß § 13.1 c) des Erbbaurechtsvertrages nicht erfüllt. Die zugunsten der Stadtwerke Erkrath geltend gemachten Ansprüche auf Herausgabe und Übereignung Zug um Zug gegen Zahlung einer Entschädigung bestünden daher nicht. In jedem Fall sei das Biogas-Blockheizkraftwerk nicht von einem etwaigen Herausgabe- bzw. Übertragungsanspruch umfasst, da es nicht Gegenstand des Fernheizwerkvertrags sei und somit auch nicht von dem in § 16 geregelten Herausgabeanspruch erfasst werde. Es sei ausschließlich an das Sekundärnetz Alt-Hochdahl und nicht an die Fernwärmeversorgung in Hochdahl angeschlossen. Außerdem werde es für den Betrieb der Fernwärmeversorgung nicht benötigt und habe für den Betrieb der Fernwärmeversorgung somit keinen operativen Nutzen. Die Beklagte habe das Biogasblockheizkraftwerk nur für die Dauer errichtet, in der sie die Sekundärnetzversorgung in Alt-Hochdahl betreibe. Da es nur vorübergehend mit dem Grund und Boden verbunden worden sei, sei es auch kein wesentlicher Bestandteil des im Klageantrag Nr. 3 genannten Grundstücks, sondern lediglich Scheinbestandteil.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die von den Parteien überreichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die tatsächlichen Feststellungen in den nachfolgenden Entscheidungsgründen Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe**

Die Kammer entscheidet mit diesem Teilurteil vorab über den zulässigen (siehe dazu unter II.) Klageantrag zu 1.

#### **I.**

Eine Entscheidung über den Klageantrag zu 1. durch Teilurteil ist gemäß § 301 ZPO zulässig und in der Sache geboten, weil die Entscheidung über diesen Antrag für das weitere Verfahren vorgreiflich ist.

Die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen (vgl. dazu BGH, NJW 2013, 1009; BGH, NJW 2011, 2736, 2737). Zwar genügt die förmliche – im Einzelfall auch auf übereinstimmenden Antrag der Parteien angeordnete – Aussetzung des Verfahrens oder die Anordnung des Ruhens des Verfahrens nicht, um die gesetzlichen Beschränkungen für den Erlass eines Teilurteils außer Kraft zu setzen (BGH, NJW-RR 2017, 1197, Rn. 19 unter Hinweis auf BGH, NJW 2011, 2736, Rn. 16 ff. und BGH, GRUR 2015, 1201, Rn. 28 ff.; vgl. auch Elzer, in: BeckOK ZPO, 38. Ed. 1.9.2020, § 301 ZPO, Rn. 16a). Anders als in der vom BGH entschiedenen, vorzitierten Fallkonstellation (BGH, GRUR 2015, 1201) haben die Parteien hier aber auf ein Rechtsmittel gegen den Aussetzungsbeschluss ausdrücklich verzichtet. Insofern besteht im Streitfall keine – auch keine lediglich abstrakt denkbare – Gefahr sich widersprechender Entscheidungen. Vergleichbar zu dem von der Rechtsprechung anerkannten Ausnahmefall, in dem gegen einen einfachen Streitgenossen zulässigerweise ein Teilurteil trotz der Gefahr einer widerstreitenden Entscheidung im weiteren Verfahren ergehen kann, wenn das Verfahren durch Insolvenz oder Tod des anderen Streitgenossen unterbrochen ist, weil die übrigen Prozessbeteiligten keine prozessuale Möglichkeit haben, die Aufnahme des

Verfahrens und damit den Fortgang des Prozesses insgesamt zu bewirken, steht den Parteien des hiesigen Rechtsstreit nach dem erklärten Rechtsmittelverzicht die an sich gegen den Aussetzungsbeschluss der Kammer vom heutigen Tage statthafte sofortige Beschwerde nicht mehr zu. Damit haben die Parteien keine prozessuale Möglichkeit, die (Wieder-)Aufnahme des Verfahrens und damit den Fortgang des Prozesses in Teilen oder insgesamt zu bewirken.

## II.

Der Klageantrag zu 1. ist zulässig. Insbesondere ist das Landgericht Düsseldorf sachlich gemäß 87 GWB zuständig. Ist die ausschließliche Zuständigkeit bestimmter Gerichte – wie hier die sachliche Zuständigkeit – nur in einer Hinsicht gesetzlich geregelt, bleibt die Prorogation durch Gerichtsstandsvereinbarungen im Übrigen zulässig. Mithin ist das Landgericht Düsseldorf – unabhängig vom Sitz der Beklagten – aufgrund der in § 14.5 Fernheizwerkvertrag und § 19 Erbbaurechtsvertrag Gerichtsstandsvereinbarungen auch in örtlicher Hinsicht zuständig.

Da der Klageantrag Nr. 1 auf die Feststellung des Nichtbestehens eines zwischen den beiden Parteien bestehenden Rechtsverhältnisses gerichtet ist, liegt auch das nach § 256 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse vor. Der Antrag einer Partei auf Feststellung der Beendigung eines Vertrages ist zulässig, wenn sich die andere Partei, der vermeintliche Vertragspartner des Fortbestandes des Vertrages berührt (vgl. BGH, MDR 1982, 927). Im Streitfall hat sich die Beklagte vorgerichtlich zuletzt in ihrem Schreiben vom 07.06.2017 (Anlage K 11) auf den Fortbestand und auch im gerichtlichen Verfahren auf die Wirksamkeit des Fernheizwerkvertrags berufen.

## III.

Der auf Feststellung gerichtete Klageantrag zu 1. ist begründet.

1.

Im Streitfall kann dahinstehen, ob die vertragliche Regelung zum Fremdvergleich in § 12.2 der (zweiten) Verlängerung des Fernheizwerkvertrags über den 30.04.2017 hinaus entgegensteht, da sie in jedem Fall aus kartellrechtlichen Gründen unwirksam ist (dazu sogleich unter III.2.). Unabhängig davon spricht hier alles dafür, dass Satz 2 des § 12.2. Fernheizwerkvertrag keine aufschiebende Bedingung für die Wirksamkeit einer Vertragsverlängerung (im Sinne des „Bestehens eines Fremdvergleichs“) enthält, weil nicht anzunehmen ist, dass die Wirksamkeit der Vertragsverlängerung nach dem Willen beider Parteien bei Abschluss des Vertrages tatsächlich vom Eintritt einer aufschiebenden Bedingung abhängig sein sollte. Von einer „Bedingung“ oder dem „zwingenden Erfordernis“ eines Fremdvergleichs ist im Vertrag keine Rede. Auch findet sich dort keine Formulierung, die auf eine Bedingung im Sinne des § 158 BGB hindeutet. Allein die Verwendung des Worts „jedoch“ im Satz 2 des § 12.2 („...die Bedingungen müssen jedoch mindestens den Bedingungen entsprechen...“) reicht nicht aus, um von der Vereinbarung eines Wirksamkeitserfordernisses ausgehen zu können. Gegen die Auslegung der Klägerin spricht schließlich auch, dass die erste Vertragsverlängerung um zehn Jahre von 2007 bis 2017 auch ohne Durchführung eines Fremdvergleichs erfolgte und die Regelung in § 12.2 das Prozedere für die Durchführung eines solchen Fremdvergleichs völlig offen lässt. Im Ergebnis ist daher im Wege der Vertragsauslegung nach dem maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB, vgl. Ellenberger in: Palandt, 79. Aufl. 2020, § 133 BGB, Rn. 9) davon auszugehen, dass es im Satz 2 lediglich um die Begründung von Anpassungspflichten geht, um in der verlängerten Vertragslaufzeit die Versorgung und Belieferung der Kunden mit Fernwärme zu marktangemessenen Bedingungen zu gewährleisten.

2.

Im Streitfall ist es bereits deshalb nicht zu einer Verlängerung des Fernheizwerkvertrags gekommen, weil die vertragliche Regelung in § 12.2 verbunden mit den Regelungen in § 7 und § 4.2 Fernheizwerkvertrag i.V.m. Anlage A 6, der vorformulierten Eintragungsbewilligung für eine Grunddienstbarkeit (vorgelegt als Anlage K 14), gegen § 1 GWB verstößt. Hierbei handelt es sich um wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, die nicht vom Kartellverbot freigestellt sind.

a.

Auf den vorliegenden Fernheizwerkvertrag findet § 1 GWB in der seit Inkrafttreten der 7.GWB-Novelle am 01.07.2005 geltenden Fassung Anwendung, obwohl der

Fernheizwerkvertrag bereits 1966 geschlossen und 1973 zweimal ergänzt und inhaltlich abgeändert worden ist. Zwar richtet sich die Wirksamkeit eines Vertrages im Allgemeinen nach dem zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Recht, aber eine Neufassung des Kartellverbots erfasst grundsätzlich auch bereits wirksam begründete Dauerschuldverhältnisse in der Weise, dass sie, soweit sie gegen die Neuregelung verstoßen, ex nunc unwirksam werden (BGH, Urt. v. 12.06.2018, Az. KZR 4/16 – Busverkehr im Altmarkkreis, NZKart 2018, 372, Rn. 28 m.w.N.). Denn das Kartellverbot erfordert als Verbotsgesetz nach seinem Sinn und Zweck die für die Zukunft eintretende Nichtigkeit (BGH, Beschl. v. 18.02.2003, Az. KVR 24/01 – Verbundnetz II).

b.

Die Regelung in § 12.2 Fernheizwerkvertrag enthält mit der Option zur zweiten Verlängerung der Laufzeit um weitere zehn Jahre und den Regelungen in § 7 und § 4.2 Fernheizwerkvertrag i.V.m. der zugehörigen Anlage A 6 (dort Nr. 3.) Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des § 1 GWB, die auch spürbar sind.

§ 1 GWB ist im Gleichlauf mit Art. 101 AEUV auszulegen (vgl. Säcker, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 3. Auflage 2020, § 1 GWB, Rn. 2) und verbietet u.a. Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs („Wettbewerbsbeschränkung“) bezwecken oder bewirken. Die Regelung schützt dabei den Wettbewerb im Horizontalverhältnis zwischen Unternehmen auf der gleichen Marktstufe sowie im Vertikalverhältnis zwischen Unternehmen, die – wie bei dem zwischen den Parteien vorliegenden Austauschvertrag – auf verschiedenen Marktstufen tätig sind (Bechtold/Bosch/Brinker, EU-Kartellrecht, 3. Auflage 2014, Art. 101 AEUV, Rn. 67 m.w.N.). Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn die wirtschaftliche Handlungsmöglichkeit aller oder einzelner an einer unternehmerischen Maßnahme Beteiligten beschränkt werden oder es zur Beschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit gegenüber Dritten kommt (vgl. Bechtold/Bosch/Brinker, EU-Kartellrecht, a.a.O., Art. 101 AEUV, Rn. 75 f.). Ob eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, kann dabei nicht abstrakt-generell beantwortet werden, sondern ist stets von der konkreten Ausgestaltung der zu beurteilenden Vereinbarung zwischen Unternehmen und damit von den Umstände des Einzelfalls abhängig, insbesondere davon, welche rechtlichen und tatsächlichen Begleitumstände, Motive und Ziele der konkreten Vereinbarung zugrunde liegen und ob durch sie nicht umgekehrt auch

positive Markteffekte erzielt werden (vgl. Säcker/Zorn, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 3. Auflage 2020, Art. 101 AEUV, Rn. 200 ff.; Bechtold/Bosch/Brinker, EU-Kartellrecht, a.a.O., Art. 101 AEUV, Rn. 78 ff. m.w.N.).

Nicht ausgeschlossen ist, dass von einer langen Vertragslaufzeit bzw. einer langen vertraglichen Bindung im Einzelfall beide Vertragsparteien profitieren. Da zur Versorgung mit Fernwärme hohe anfängliche Investitionen notwendig sind, um die für die Erzeugung und Lieferung der Wärme erforderliche Infrastruktur zu schaffen, wird ein Fernwärmeversorger solche Investitionen nur vornehmen bzw. auf sich nehmen, wenn er davon ausgeht, die Kosten für den Bau und den Unterhalt der Fernwärmeeinrichtungen über die Vertragslaufzeit amortisieren zu können (vgl. BGH, Ur. v. 02.03.1984, Az. V ZR 155/83, BeckRS 1984, 31074126; Lange/Putz, NZKart 2020, 313, 316). Lange Vertragslaufzeiten von Fernwärmelieferverträgen und Gestattungsverträgen, mit denen die Gemeinden dem Fernwärmeversorger das Recht gewähren, ihre Grundstücke entgeltlich oder unentgeltlich zum Bau von Fernwärmeleitungen zu nutzen, bieten die erforderliche Sicherheit bei der Refinanzierung der anfänglichen Investitionskosten. Ohne die Vereinbarung langer Vertragslaufzeiten wäre kein Fernwärmeversorger bereit, ein Fernheizwerk samt Fernwärmenetz zu errichten (vgl. Lange/Putz, NZKart 2020, 313, 316). Der Endabnehmer bekommt dafür meist eine effiziente und oft gegenüber Gas- oder Heizöl-Einzelheizungen deutlich umweltfreundlichere Wärmeversorgung zu kalkulierbaren Bedingungen und muss sich anders als beispielsweise bei einer Öl- oder Pelletheizung nicht um die wiederkehrende Beschaffung von Brennstoff kümmern.

Ein Verstoß gegen das Kartellverbot ist dann anzunehmen, wenn sich aus der Vereinbarung Einschränkungen des Wettbewerbs ergeben, die (als Nebenabrede) nicht notwendig sind, um den beabsichtigten Hauptzweck des Geschäfts, den Austausch von Leistungen, zu fördern (vgl. BGH, Ur. v. 12.06.2018, Az. KZR 4/16 – Busverkehr im Altmarkkreis, NZKart 2018, 372, Rn. 52; BGH, Ur. v. 14.03.2000; Az. KZR 8/99, WuW/E DE-R 505 f. - Subunternehmervertrag II; vgl. Säcker, Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, a.a.O., § 1 GWB, Rn. 24). Die jedem Austauschvertrag immanente, vom Kartellrecht grundsätzlich hinzunehmende Wirkung, dass der Bedarf des Abnehmers für eine gewisse Zeit gedeckt und damit dem Wettbewerb entzogen wird, kann in eine Wettbewerbsbeschränkung umschlagen, wenn die einem Vertragsbeteiligten im Geschäftsverkehr mit Dritten auferlegten Beschränkungen über das mit dem Absatz der Waren oder gewerblichen

Leistungen notwendige verbundene Maß hinausgehen und dadurch der Markt für Wettbewerber verschlossen wird (vgl. BGH, Urt. v. 12.06.2018, Az. KZR 4/16 – Busverkehr im Altmarkkreis, NZKart 2018, 372, Rn. 53 f.; OLG Rostock, NZKart 2020, 331, 332).

So liegt der Fall hier. Auch bei dem Fernheizwerkvertrag handelt es sich um einen Austauschvertrag, da die Beklagte sich darin zur Errichtung eines Fernheizwerks samt des zugehörigem Fernwärmenetzes verpflichtet und den Betrieb übernommen hat und die Entwicklungsgesellschaft der Beklagten im Gegenzug dafür Fernwärmekunden zuführt. Dabei ist jedenfalls die Durchführung des Fernheizwerkvertrags über den 30.04.2017 hinaus, die mit der weiteren zehnjährigen Bindung der Klägerin an die Regelungen des Fernheizwerkvertrags verbunden ist, nicht mehr sachlich gerechtfertigt, weil der von den Parteien gewollte Vertrag auch ohne diese Nebenabrede verbunden mit den marktabschottenden Vereinbarungen im nachgelagerten Fernwärmeabsatzmarkt hätte zustande kommen können.

Die in § 12.2 geregelten zwei Vertragsverlängerungsoptionen beschränken nicht nur die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Klägerin als Nachfragerin von (Dienst-) Leistungen, die mit dem Betrieb des Fernheizwerks und des zugehörigen Fernwärmenetzes verbunden sind (Betriebsführungsleistungen), weil ein Wechsel des Fernwärmeversorgers nicht möglich ist, sondern auch die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Stadtwerke Erkrath und anderer (potentieller) Fernwärmeversorger bzw. Betreiber von Fernwärmeheizwerken als Anbieter solcher Betriebsführungsleistungen. Diese können, solange die Beklagte die in § 12.2 Fernheizwerkvertrag geregelten zwei Verlängerungsoptionen von jeweils zehn Jahren einseitig ausübt, in dem konkreten Fernwärmenetz ihre Betriebsführungsleistungen nicht anbieten („Wettbewerb um das Netz“). Dass mit dem Abschluss eines Vertrags über den Betrieb von Fernwärmeheizwerken (und dem zugehörigen Fernwärmenetz) die Klägerin als Nachfragerin der in Rede stehenden Leistungen ausfällt und ihr diesbezüglicher Bedarf dem Wettbewerb der Leistungsanbieter entzogen wird, ist, wie dargelegt, für einen Austauschvertrag typisch und bei angemessenen Vertragslaufzeiten grundsätzlich hinzunehmen (vgl. BGH, Urt. v. 12.06.2018, Az. KZR 4/16 – Busverkehr im Altmarkkreis, NZKart 2018, 372, Rn. 52). Dies gilt jedoch nicht, wenn die Vertragslaufzeit – wie hier angesichts der mehr als 50-jährigen Laufzeit des Fernheizwerkvertrags im Zeitpunkt der Verlängerung – das erforderliche Maß übersteigt.

Dabei ist neben der absoluten Vertragslaufzeit im Zeitpunkt der zweiten Verlängerung von rund 51 Jahren (1966 bis 2017) zu berücksichtigen, dass sich die Vertragslaufzeit durch die hier in Rede stehende zweite Verlängerung bis Anfang 2027, mithin auf über 60 Jahre nach Abschluss des Fernheizwerkvertrags erstrecken würde. Bei der Beurteilung der Gebotenheit einer solchen vertraglichen Regelung ist auf den gesamten Verlängerungszeitraum abzustellen, so dass diese bereits dann unwirksam ist, wenn die Bindung der Klägerin an die Regelungen des Fernheizwerkvertrags im letzten Jahr (bis April 2027) nicht mehr geboten ist. Selbst wenn man insofern lediglich auf die Zeit nach Aufnahme des Betriebs durch das Fernheizwerk im Jahr 1981 abstellen wollte (d.h. den Amortisationszeitraum), würde noch eine Vertragsbindung von über 45 Jahren vorliegen. Hinzu kommt, dass die Klägerin bzw. die Entwicklungsgesellschaft keine Möglichkeit haben, die Vertragslaufzeit abzukürzen, da die beiden Vertragsverlängerungen um jeweils zehn Jahre vertraglich als einseitige Optionen ausgestaltet sind (vgl. § 12.2. Fernheizwerkvertrag).

Soweit das Bundeskartellamt in seinem Abschlussbericht zu der Sektorenuntersuchung Fernwärme vom August 2012 (dort S. 70, Rn. 163) festgestellt hat, dass 14,3% der untersuchten Gestattungsverträge eine Laufzeit von 30 bis 50 Jahren und ein Prozentsatz von 11,9% der Gestattungsverträge überhaupt keinerlei Befristung aufweisen, können diese rein empirischen Daten nicht als Beleg für die Zulässigkeit dieser Vertragspraxis dienen, zumal das umfassende Kartellverbot in § 1 GWB auf vertikale Vereinbarungen, wie dargelegt, erst seit Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle Anwendung findet. Soweit in dem Abschlussbericht des Bundeskartellamts ferner angegeben ist, dass bei 26,2 % der Gestattungsverträge die vertraglich vereinbarten Laufzeiten zwar grundsätzlich unbefristet, aber von der Dauer der Wärmeversorgung im nachgelagerten Markt abhängig sind, da der Gestattungsvertrag endet, wenn die Versorgung der Endkunden mit Fernwärme in dem betreffenden Netzgebiet endet (a.a.O.), dürfte dies im Ergebnis zu einer zeitlich deutlich kürzeren Vertragslaufzeit als im Streitfall führen, denn die zulässige Laufzeit von Versorgungsverträgen nach § 32 Abs. 1 a.F. (1980) der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme (AVBFernwärmeV) beträgt nach deren Inkrafttreten im April 1980 höchstens zehn Jahre. Für davor abgeschlossene Fernwärmelieferverträge können mittels Individualabrede zwar wirksam auch längere Laufzeiten vereinbart werden. Allerdings sind insofern in

landgerichtlichen Entscheidungen lediglich Laufzeiten von 15 Jahren (LG Berlin, BeckRS 2011, 9057) und 20 Jahren (LG Berlin, BeckRS 2004, 30971139) sowie vom OLG Rostock eine Laufzeit von 10 Jahren als unbedenklich eingestuft worden (NZKart 2020, 331). Entscheidungen von Gerichten zu Laufzeiten – wie im Streitfall – von über 60 Jahren liegen, soweit ersichtlich, weder zu Gestattungsverträgen noch zu Wärmelieferungsverträgen vor. Das Bundeskartellamt hat sich zur Frage der Kartellnichtigkeit von Verträgen mit solch langer Laufzeit nicht abschließend geäußert. Das Amt hat indes – allgemein formuliert – Bedenken, wenn, wie in der Sektoruntersuchung festgestellt, in der Praxis Abnahmeverpflichtungen mitunter über Jahrzehnte fortbestehen, weil die Rechtfertigung für die Einräumung eines Wettbewerbsschutzes in diesen Fällen entfallen sei, so dass Fernwärmekunden die Möglichkeit haben sollten, frei unter verschiedenen Beheizungsarten zu wählen (vgl. Abschlussbericht, a.a.O., Rn. 279 und 281). Die gegen die Beklagte aufgrund des Vorwurfs des Missbrauchs von Marktmacht vom Bundeskartellamt erlassene Zusagenentscheidung, mit der diese verpflichtet worden ist, ihren Fernwärmekunden in mehreren Städten einen Betrag von insgesamt 13,2 Mio. € zurückzuerstatten, enthält keine Ausführungen zu einem etwaigen Verstoß gegen § 1 GWB (vgl. Beschluss der 8. Beschlussabteilung B 8 vom 13.02.2017, Az. 30/13, Rn. 28, Anlage K 34).

Unter Berücksichtigung dessen ist die lange Vertragslaufzeit des Fernheizwerkvertrags hier jedenfalls deshalb nicht gerechtfertigt, weil der FernwärmeverSORGER nach den vertraglichen Regelungen bis zur Beendigung des Fernheizwerkvertrags, die die Klägerin frühestens durch Kündigung zum 30.04.2027 erreichen kann, eine breit angelegte und zumindest im zweiten Verlängerungszeitraum ab dem 01.05.2017 nicht mehr gebotene vertikale Marktabschottung vorsieht, die sich aus einem Bündel vertraglicher Regelungen ergibt.

Bei der Beurteilung der Frage, ob durch die lange Vertragslaufzeit des Fernheizwerkvertrags der Wettbewerb auf dem Markt der Betriebsführungsleistungen in unzulässiger Weise beschränkt wird, sind auch die rechtlichen und tatsächlichen Begleitumstände auf dem nachgelagerten Markt der Versorgung der Endkunden mit Fernwärme und die Auswirkungen der in Rede stehenden Vereinbarungen im Gesamtzusammenhang in den Blick zu nehmen. Insbesondere bei Belieferungsverträgen ist anerkannt, dass Vertragsgestaltungen, die einem Bündel gleichartiger Verträge angehören, die sich kumulativ nachteilig auf den Wettbewerb auswirken, als

ein marktabschottender Faktor zu berücksichtigen sind (vgl. EuGH, Urt. v. 28.02.1991, Rs. C-234/89, Slg. 1991, I-935, 985 ff. – Delimitis, Rn. 19 ff.). Im Streitfall kommt dem Bündel an dinglichen und vertraglichen Maßnahmen zur Absicherung des Absatzes der Fernwärme auf dem nachgelagerten Markt im Siedlungsgebiet Hochdahl eine erhebliche marktabschottende Wirkung zu. Angesichts der im Folgenden dargestellten ineinander greifenden vertraglichen Regelungen wird die sich aus der zu langen Laufzeit des Fernheizwerkvertrags ergebende Wettbewerbsbeschränkung noch zusätzlich verstärkt.

Die vertikale Marktabschottung ergibt sich hier zum einen aus der Verpflichtung der Entwicklungsgesellschaft, die die Fernwärmekunden treffende Alleinbezugsverpflichtung an den von ihr erworbenen Grundstücken im Siedlungsgebiet durch die Bestellung einer Grunddienstbarkeit dinglich abzusichern, bevor diese an Bauträger und Bauherren weiterveräußert werden (siehe § 4.2 Fernheizwerkvertrag). Dort wird ausdrücklich auf die dem Fernheizwerkvertrag beigefügte vorformulierte Eintragungsbewilligung „Anlage A 6“ Bezug genommen (vorgelegt als Anlage K 14), in deren Nr. 3 es heißt: „Auf dem belasteten Grundstück dürfen keine anderen Heizungs- und Warmwasserbereitungsanlagen eingebaut oder betrieben werden als die, die an das auf dem berechtigten Grundstück errichtete Fernheizwerk angeschlossen sind.“ Danach sind die Erwerber des Grundstücks verpflichtet, allein von dem Betreiber des Fernheizwerks Fernwärme abzunehmen und ihren gesamten Wärmebedarf auch durch den Bezug von Fernwärme bei diesem Betreiber zu decken, da sie keine andere Heizungsanlage betreiben dürfen, was letztlich in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht zu einer Kombination aus Alleinvertrieb und Alleinbezug führt. Zum anderen ergibt sich die vertikale Marktabschottung aus mehreren vertraglichen Regelungen, u.a. aus § 7.1 lit. a Fernheizwerkvertrag, nach dem die Entwicklungsgesellschaft verpflichtet ist, in künftigen Verträgen mit Bauträgern bzw. Bauherren über die Veräußerung oder Verpachtung von Grundstücken eine Vertragsklausel aufzunehmen, die diese dazu verpflichtet, mit ESSO den als Anlage A 5 zum Fernheizwerkvertrag beigefügten Anschlussvertrag über die Versorgung des geplanten Bauvorhabens mit Wärme für Raumheizung und Gebrauchswasserbereitung zu schließen. Gemäß § 7.3 des als Anlage K 12 vorgelegten Anschlussvertrags mit ESSO ist der Erwerber (hier der Bauträger) ferner verpflichtet, die im Siedlungsgebiet errichteten Gebäude für die Versorgung mit Wärme an das Fernwärmeleitungsnetz anzuschließen und keine anderen Heizungs- und Warmwasserbereitungsanlagen einzubauen oder zu betreiben, als diejenigen,

die an das Fernheizwerk angeschlossen sind (vgl. auch § 7.5. und 7.9 für die Weitergabe der Beschränkungen an Mieter). § 7.2 des Anschlussvertrages mit ESSO sieht darüber hinaus eine Verpflichtung zur Eintragung einer Reallast vor, mit der u.a. – vergleichbar der Regelung in der vorformulierten Eintragungsbewilligung gemäß Anlage A 6 zum Fernheizwerkvertrag – eine dingliche Sicherung der Alleinbezugsverpflichtung erfolgen soll. Hinsichtlich der Vertragslaufzeit stellt § 12.1 des Anschlussvertrags einen Gleichlauf mit den Regelungen zur Vertragslaufzeit in § 12.2 Fernheizwerkvertrag her. Außerdem enthält auch das offensichtlich später verwandte Muster des Wärmelieferungsvertrags mit der Favorit Unternehmens-Verwaltungs-GmbH (Anlage K 13) in den zugehörigen AGB unter Nr. III.1 die Verpflichtung des Fernwärmekunden, während der Dauer des Wärmelieferungsvertrages Wärme nur von dem Fernheizwerk zu beziehen und auf den Betrieb einer eigenen Wärmeerzeugungsanlage oder den Bezug von Wärme von Dritten zu verzichten, wobei bei Zuwiderhandlungen eine Vertragsstrafe verwirkt wird. Schließlich hat sich die Entwicklungsgesellschaft in § 7.4 Fernheizwerkvertrag auch im Hinblick auf diejenigen Grundstücke, die sie nicht an Bauträger und Bauherren veräußert, dazu verpflichtet, einen Anschlussvertrag gemäß Anlage A 5 mit ESSO abzuschließen. Im Ergebnis ist die Ausschlusswirkung dieser teils „doppelt abgesicherten“ Beschränkungen besonders hoch, weil die Vertragslaufzeit genauso lange ist wie die des Fernheizvertrages (§ 12.1 Anschlussvertrag) und der vollständige Wärmebedarf des Endkunden durch die Abnahme der Fernwärme von der Beklagten (bzw. früher ESSO) bewerkstelligt werden muss.

Die Wettbewerbsbeschränkung ist – unabhängig davon, ob man einen einheitlichen Wärmemarkt (vgl. OLG München, Urte. v. 19.10.2006, Az. U (K) 3090/06, Rn. 39, zitiert nach juris) oder einen separaten Markt für Fernwärme (BGH, Urte. v. 09.07.2002, Az. KZR 30/00, WuW, 2003, 162, 165 – Fernwärme für Börsen; BGH, Beschl. v. 25.09.2007, Az. KZR 33/06, Rn. 2, juris; BKartA, Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung Fernwärme, Rn. 178) annimmt – auch spürbar. Denn der relevante Markt für Betriebsführungsleistungen, der „Wettbewerb um das Netz“, ist bezogen auf die konkreten Fernwärmeeinrichtungen und das im Siedlungsgebiet verlegte Fernwärmeleitungsnetz und damit räumlich begrenzt.

Im nachgelagerten Markt zur Versorgung der Endkunden mit Fernwärme dürfte unabhängig davon, ob auch nach der Entscheidung des Endabnehmers für ein bestimmtes Heizsystem (z.B. für eine Gas-, Öl- oder Pelletheizung) weiterhin ein

einheitlicher Wärmemarkt besteht oder ob nach dieser Entscheidung für einen Energieträger nur noch von einem separaten Markt für den jeweiligen Energieträger auszugehen ist, zumindest ein nicht unerheblicher Wettbewerbsdruck von den Märkten für andere Energieträger oder Heizungsarten (wie z.B. neuerdings durch sog. Wärmecontracting, vgl. OLG Rostock, NZKart 2020, 331) ausgehen, weil der naheliegende Vergleich mit den Kosten für den Einbau und den Betrieb einer anderen Heizungsart bei den Endabnehmern Zweifel weckt, ob sie seinerzeit bei der Wahl des Heizsystems die richtige Entscheidung getroffen haben (BGH, Beschl. v. 10.12.2008, Az. KVR 2/08 – Stadtwerke Uelzen, Rn. 14, zitiert nach juris; Topp, in: Theobald/Kühling, Energierecht, Werkstand: 106. EL April 2020, Fernwärme 76. Fernwärmerecht Rn. 178). Nicht zuletzt strahlt der Neukundenwettbewerb (z.B. um Kunden, die nach dem Abriss eines Bestandsgebäudes eine Heizungsanlage für ihren Neubau wählen) im Sinne eines Substitutionswettbewerbs auf die Märkte für Wärmeenergieträger aus und verhindert im besten Falle die Ausbeutung der „gefangenen“ Kunden (Topp, in: Theobald/Kühling, Energierecht, Werkstand: 106. EL April 2020, Fernwärme 76. Fernwärmerecht Rn. 179). Dass Fernwärmekunden (zumindest am Rande des Siedlungsgebiets Hochdahl) trotz hoher Umstellungskosten tatsächlich gewillt sind, den Energieträger zu wechseln, indem sie z.B. auf eigene Kosten den Anschluss an das etwas entfernter gelegene Gasverteilungsnetz herstellen (wie im Fall der „Seniorenwohnanlage Rosenhof“, Bl. 233 GA), belegt, dass von den Märkten für andere Energieträger zumindest ein gewisser Wettbewerbsdruck ausgeht.

Gerade dieser insbesondere von den Randbereichen und neueren Entwicklungen im Heizungsmarkt ausgehende Wettbewerbsdruck wird durch das Bündel an dinglichen und vertraglichen Maßnahmen erheblich beeinträchtigt, so dass diese wie zusätzliche, sachlich nicht gerechtfertigte Marktzutrittsschranken wirken.

c.

Da jedenfalls eine bewirkte und spürbare Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, kann dahingestellt bleiben, ob es sich vorliegend gar um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung handelt, zumal anerkannt ist, dass die Spürbarkeitsschwelle auch durch ein Bündel von gleichartigen Verträgen überschritten werden kann, wenn der in Rede stehende Vertrag – wie hier – einen erheblichen Beitrag zu der Marktabschottungswirkung geleistet hat (vgl. OLG Düsseldorf, Ur. v. 24.03.2004, Az. VI-U (Kart) 43/02, BeckRS 2004, 18469, Rn. 34 m.w.N.).

3.

Die mit den zuvor dargestellten vertraglichen Regelungen im Fernheizwerkvertrag einhergehende Wettbewerbsbeschränkung ist nicht vom Kartellverbot freigestellt.

a.

Eine Freistellung nach § 2 Abs. 2 GWB i.V.m. der Vertikal-GVO scheidet hier bereits daran, dass die zeitliche Befristung von Wettbewerbsverboten gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. a Vertikal-GVO auf fünf Jahre angesichts der (bis Ende April 2027 dauernden) 65 Jahre langen Vertragslaufzeit nicht eingehalten ist und sowohl die Beklagte als Anbieterin auf dem relevanten sachlichen Markt der Betriebsführungsleistungen als auch die Klägerin als Nachfragerin auf diesem Markt einen Marktanteil von weit über 30% haben, so dass der in Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO geregelte Grenzwert von jeweils 30% Marktanteil überschritten ist.

b.

Die für die Ausnahme vom Kartellverbot darlegungs- und beweisbelastete Beklagte (vgl. Art. 2 Satz 2 VO 1/2003) hat nicht dazulegen vermocht, dass die Voraussetzungen der Legalausnahme gemäß § 2 Abs. 1 GWB hier vorliegen. Insbesondere hat sie nicht hinreichend substantiiert dargetan, dass eine Vertragslaufzeit von über 60 Jahren bis zum 30.04.2027 unter Berücksichtigung der objektiven Umstände bei Vertragsschluss am 27.06./06.07.1966 erforderlich war, um einen hinreichenden Ausgleich für die beim Bau des Fernheizwerks und des zugehörigen Fernwärmenetzes zu tätigen Investitionen zu schaffen.

Sind – wie hier – die Voraussetzungen der Vertikal-GVO nicht erfüllt, bleibt eine Freistellung im Einzelfall nach der Generalklausel des § 2 Abs. 1 GWB möglich. Danach sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen vom Verbot des § 1 GWB freigestellt, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 GWB müssen kumulativ in dem Moment erfüllt sein, auf den hin die Wirksamkeit einer Vereinbarung, die gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstößt, geprüft wird (Bechtold/Bosch/Brinker, EU-Kartellrecht, a.a.O., Art. 101 AEUV, Rn. 151, zu der inhaltsgleichen gesetzlichen Regelung in Art. 101 Abs. 3 AEUV; vgl. auch Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG (2004/C 101/08), ABI. Nr. C 101 vom 27.04.2004, Rn. 44). Liegt nur eine Voraussetzung nicht oder nicht mehr vor, entfällt die Freistellungswirkung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV (Bechtold/Bosch/Brinker, a.a.O.; Europäische Kommission, Leitlinien zu Art. 81 Abs. 3 EG, a.a.O.).

Sofern ein Verstoß gegen eine sog. schwarze Klausel oder Kernbeschränkung nach Art. 4 VO Vertikal-GVO vorliegt, ist eine Einzelfreistellung von vornherein unwahrscheinlich (vgl. Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2014, § 2 GWB, Rn. 226; Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen, ABI. EU 2010 C Nr. 130/01, Rn. 47). Die Verfehlung der Anwendungsvoraussetzungen der Vertikal-GVO – hier der Dauer des Wettbewerbsverbots (Art. 5 Abs. 1 lit. a Vertikal-GVO) – begründet für sich allein keine Vermutung gegen die Freistellungsfähigkeit der in Rede stehenden Vereinbarung.

Vertikale Beschränkungen wie z. B. Alleinvertriebsrechte, Wettbewerbsverbote oder ein (begrenzter) Gebietsschutz können im Einzelfall notwendig sein, um die Amortisation besonderer Anlaufinvestitionen zur Erschließung neuer Märkte abzusichern. Potentielle Effizienzgewinne, die schwerpunktmäßig bei Verbesserungen der Warenverteilung auftreten und insbesondere dadurch erreicht werden sollen, dass den Vertriebspartnern Anreize für besondere Anstrengungen und Investitionen geboten und ein gewisser Schutz gegenüber der Frustrierung von Aufwendungen gewährt wird, sind hier zwar denkbar (Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, a.a.O., § 2 GWB, Rn. 228). Denn gerade bei sehr umfangreichen Investitionen können somit im Einzelfall auch Wettbewerbsverbote, die länger als fünf Jahre dauern, gerechtfertigt sein (vgl. hierzu die Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen, ABI. EU 2010 C Nr. 130/01, Rn. 146). Danach erfüllen bei besonders hohen vertragsspezifischen Investitionen eines Anbieters Vereinbarungen mit Wettbewerbsverbot oder Mengenvorgaben während des Abschreibungszeitraums grundsätzlich die Voraussetzungen für eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV (und somit auch nach § 2 Abs. 1 GWB). Eine vertragsspezifische Investition liegt laut der

Europäischen Kommission beispielsweise vor, wenn der Anbieter eine Anlage errichtet oder umstellt, mit der nur Bauteile für einen bestimmten Abnehmer gefertigt werden können. Allgemeine oder marktspezifische Investitionen in (zusätzliche) Kapazitäten sind normalerweise nicht vertragsspezifisch.

Indes ist hierfür entsprechender substantiierter Vortrag der insofern darlegungs- und beweisbelasteten Partei, hier der Beklagten, notwendig, der das Gericht in die Lage versetzt, das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen für eine Einzelfreistellung prüfen zu können. Dem werden die Ausführungen der Beklagten – auch nach den im Hinweisbeschluss vom 29.11.2018 (Bl. 202 ff. GA) erteilten rechtlichen Hinweisen – nicht gerecht.

Die Beklagte trägt bereits nicht dazu vor, wie sich die Situation 1966 bei Abschluss des hier in Rede stehenden Fernheizwerkvertrags darstellte und welche Annahmen im Hinblick auf die Amortisation der Investitionskosten getroffen wurden (insbesondere welche Zeitspanne nach damaliger Kalkulation hierfür voraussichtlich benötigt werden dürfte). Insofern hätte es nahegelegen, die Kosten für den Bau des Fernheizwerks und die Errichtung des Fernwärmenetzes (das später im Jahr 2013 auf demselben Grundstück errichtete Biogas-Blockheizkraftwerk hat insofern außer Betracht zu bleiben) und die prognostizierten Gewinne unter Berücksichtigung der Finanzierungskosten ins Verhältnis zu setzen. Danach hätte die Vertragslaufzeit so viele Jahre betragen dürfen, wie die Amortisation der Investitionskosten voraussichtlich gedauert hätte. Stattdessen hat die Beklagte in ihrem Vorbringen stets bei dem eigenen Erwerb der Fernwärmeeinrichtungen im Jahr 2009 angesetzt und den hierfür gezahlten Kaufpreis als Berechnungsgrundlage für ihre Kalkulation herangezogen. Damit aber hat sie nicht berücksichtigt, dass sich möglicherweise bereits im Jahr 2009 die anfänglichen Investitionskosten bereits vollständig amortisiert hatten. Dem anteiligen Kaufpreis, der im Zusammenhang mit dem Erwerb der Untemehmensgruppe Favorit im Jahr 2009 für das Fernheizwerk und das zugehörige Fernwärmenetz gezahlt worden sein soll, in Höhe von 30,451 Mio. € kommt daher nicht die ihm von der Beklagten beigemessene Aussagekraft zu. Der Umstand, dass die Beklagte diesen – in der Höhe bestrittenen – rechnerischen Teilbetrag für die hier in Rede stehenden Fernwärmeversorgungseinrichtungen bezahlt haben will, lässt nämlich keine Rückschlüsse darauf zu, wann sich aus Sicht der ursprünglichen Planungen und Berechnungen bei Abschluss des Fernheizwerkvertrags die Investitionen voraussichtlich amortisiert hätten.

Soweit die Beklagte im Schriftsatz vom 01.04.2019 vorträgt, dass am 01.05.2017, also an dem Tag, an dem die erneute Verlängerungsoption wirksam werden sollte, die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 GWB vorgelegen hätten, da zu diesem Zeitpunkt die Investitionen der Beklagten noch nicht amortisiert gewesen seien, geht die Argumentation fehl, weil es nicht darauf ankommt, wann sich die Investition der Beklagten für die in Rede stehenden Fernwärmeversorgungsanlagen im Zusammenhang mit dem Erwerb der Untermehmensgruppe Favorit im Jahr 2009 amortisiert hat, sondern wann sich die ursprüngliche Investition, d.h. die ursprünglich angefallenen vertragsspezifischen Investitionen, amortisiert hätten bzw. aufgrund des nunmehr bekannten Geschehensablauf tatsächlich amortisiert haben.

Auch die Ausführungen der Beklagten unter Bezugnahme auf das als Anlage B 15 vorgelegte Gutachten der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft KPMG vom 29.03.2019 zur Berechnung der Amortisationszeit auf Grundlage der (gegenüber der Durchschnitts- und/oder Kumulationsmethode vorzugswürdigen) dynamischen Amortisationsberechnung beruhen auf der fehlerhaften Annahme, dass eine Berechnung des Zeitraums für die Amortisation ausgehend von dem im Jahr 2009 gezahlten anteiligen Kaufpreis („Anschaffungsausgabe der Beklagten“) erfolgen kann. Überdies handelt es sich bei den Ausgaben für die Anschaffung des schon bestehenden Fernheizwerks samt Fernwärmenetz im Jahr 2009 nicht um vertragsspezifischen Investitionen im Sinne der Leitlinien der Kommission, da bereits nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich die anfänglichen Investitionen bereits im Jahr 2009 amortisiert hatten. Hierauf ist die Beklagte von der Klägerin im Schriftsatz vom 27.06.2019 (Bl. 233 ff. GA) ausdrücklich auch hingewiesen worden.

Dass die wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen darüber hinaus unerlässlich sind und keine Ausschaltung des Wettbewerbs zu befürchten ist (§ 2 Abs. 1 GWB), ist ebenfalls nicht hinreichend substantiiert dargetan. Wird – wie hier – ein gewisses Maß an Marktmacht erreicht, kommt es in besonderem Maße darauf an, dass die am wenigsten wettbewerbsschädliche Maßnahme zur Lösung des konkreten Effizienzproblems gewählt wird. Dabei entfalten Wettbewerbsverbote und/oder Ausschließlichkeitsbindungen, wie sie in dem Fernheizwerkvertrag für den nachgelagerten Markt der Versorgung mit Fernwärme vorgesehen sind, erheblich stärkere Abschottungswirkungen als Mengenvorgaben, die dem Abnehmer einen

37

gewissen Spielraum belassen (vgl. Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, a.a.O., § 2 GWB, Rn. 230).

#### IV.

Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 Satz 1 ZPO, da es sich insofern bei dem Teilurteil um ein „anderes Urteil“ im Sinne dieser Vorschrift handelt.

Ollerdißen

Dr. Wesselburg

Waldmann