

48. Energierechtliche Jahrestagung des Instituts für Energiewirtschaftsrecht (EWIR)

Köln, 31. Oktober 2019

Kartell- und zivilrechtliche Probleme der Ausschreibung von Fernwärmenetzen

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)
Universität zu Köln

A. Ausgangspunkt

- **Unanwendbarkeit der §§ 46 ff. EnWG** auf Fernwärmenetze (FWN)
- Notwendigkeit, (auch) **öffentliches Straßenland** für FWN zu verwenden
- Wegenutzungsverträge der Fernwärmeversorgungsunternehmen (FVU) mit Gemeinden sind **Mietverträge** (keine „Konzessionen“)
- Wegenutzungsverträge werden i.d.R. **für begrenzte Zeit** geschlossen

- **Aneignungsrecht** der Kommunen nach Ablauf des Vertrags?
- **Ausschreibung** des Fernwärmenetzes durch die Kommunen?
oder
- **Anspruch auf Verlängerung** der Wegenutzungsrechte?

B. VG Berlin 30.6.2017, 4 K 16.15

Klage auf Feststellung der Pflicht zur Übereignung des FWN und Übertragung des Kundenstamms an das Land Berlin

1. „Anspruch aus vertraglicher Endschaftsklausel“
2. „Kein Anspruch auf neue Sondernutzungserlaubnis“
3. „Anspruch jedenfalls aus ergänzender Vertragsauslegung“
4. „Anspruch aus §§ 1004, 552, 997 BGB“

VG Berlin: **Klageabweisung**

- **Vertrag enthält keine Endschaftsklausel in Bezug auf das Fernwärmenetz**
- **Anspruch auf unbefristete Sondernutzung aus § 12 Abs. 2 BerlStrG**

§ 12 BerlStrG: (2) Die Sondernutzung ist zu erlauben, soweit sie den Gemein-gebrauch nicht dauerhaft beeinträchtigt oder andere überwiegende öffentliche Interessen nicht entgegenstehen und nach den örtlichen Gegebenheiten eine Unterbringung der Anlagen im Straßengrund möglich ist.
(3) Die Erlaubnis ist [...] **unbefristet** auf Widerruf zu erteilen.

B. VG Berlin 30.6.2017, 4 K 16.15

VG Berlin: **Klageabweisung**

- **Keine Berufung auf Art. 28 Abs. 2 GG**
Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG: Den Gemeinden muß das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln.
- **Kein Anspruch aus EU-Dienstleistungskonzessionsrecht**
- **Kein Anspruch im Wege ergänzender Vertragsauslegung**
- **Kein Anspruch aus §§ 1004, 552, 997 BGB**

C. LG Stuttgart 14.2.2019, 11 O 225/16

Klage auf Übereignung des FWN von EnBW vs. Widerklage Feststellung der Pflicht zu neuem Vertrag

1. „Kein kartellrechtlicher Anspruch auf Einräumung eines „ewigen“ Wegenutzungsrechts oder „Transport-Monopols““
2. „Recht zur Aneignung des FWN“ aus ergänzender Vertragsauslegung bzw. §§ 1004, 552, 997 BGB – auch mit Blick auf Art. 28 Abs. 2 GG

LG Stuttgart: **Klageabweisung** / **Erfolg der Widerklage**

- **Kein vertraglicher/privatrechtlicher Anspruch auf Übereignung des FWN**
- **Keine ergänzende Vertragsauslegung im Sinne Stuttgarts**
- **Keine Pflicht zur Entfernung des Netzes nach § 1004 BGB, denn**
- **Anspruch auf Einräumung eines (neuen) Wegenutzungsrechts aus §§ 19 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 4, 33 Abs. 1, Abs. 3 GWB**

D. Rechtliche Bewertung

Kartell- und zivilrechtliche Kernfragen:

- I. Pflicht der Gemeinden zur Einräumung von Wegenutzungsrechten an FVU nach Kartellrecht
- II. Ausschreibungsrecht oder Ausschreibungspflicht der Gemeinden nach Kartellrecht?
- III. Aneignungsrecht der Gemeinden aus Endschaftsklausel?
- IV. Aneignungsrecht der Gemeinden ohne Endschaftsklausel?

I. Pflicht zur Einräumung von Wegenutzungsrechten

§§ 19 Abs. 2 Nr. 1 und 4, 33 Abs. 1 und 3 GWB

1. **Kommunen = marktbeherrschende Unternehmen** (Monopolisten) auf dem Markt für die Einräumung von Wegenutzungsrechten im Gemeindegebiet = **Normadressaten** (unstreitig)
2. **Folge: Verbot, andere Unternehmen unbillig zu behindern oder zu diskriminieren**
 - **Pflicht zur diskriminierungsfreien Einräumung** von Wegenutzungsrecht an jedes FVU, wenn bereits einem anderen FVU solche Rechte eingeräumt wurden
 - **Pflicht zur erstmaligen Einräumung / Wiedereinräumung** von Wegenutzungsrechten, es sei denn, dies ist den Gemeinden nicht möglich oder nicht zumutbar (vgl. § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB)

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Köln

7

I. Pflicht zur Einräumung von Wegenutzungsrechten

Verweigerungsgründe?

- „Kein hinreichender Platz“
 - „Parallele FWN nicht ökonomisch sinnvoll“
 - „Anderes FVU hat exklusive Konzession“
 - „Gebiet ist fernwärmeunwürdig“
 - „Schutz kommunaler EVU vor Wettbewerb“
 - „Regelung in der Endschafftsklausel“
- ⇒ **Anspruch jedes FVU auf Einräumung von (nicht exklusiven) Wegenutzungsrechten aus §§ 19, 33 GWB** (LG Stuttgart)
und teils auch aus anderen Normen wie § 12 Abs. 2 BerlStRG (VG Berlin)

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Köln

8

II. Ausschreibungsrecht oder -pflicht der Gemeinden?

**Recht oder sogar Pflicht zur Ausschreibung nach § 19 GWB,
um eine dauerhafte Monopolstellung eines FVU zu vermeiden?**

- Rechtsgedanke des § 46 Abs. 2 EnWG?
- Schilderpräger-Rspr. zu § 19 GWB (z.B. BGH 24. 9. 2002 - KZR 4/01)?

Keine Ausschreibungspflicht und kein Ausschreibungsrecht, denn:

- Keine Knappheitssituation wie in Schilderpräger-Rspr.
- Keine Ausschreibung des Unternehmens bei Schilderpräger-Rspr.
- Eher § 46 Abs. 1 EnWG als § 46 Abs. 2 EnWG vergleichbar
- Einheit von Produktion und Netz bei der Fernwärme (≠ „Kupferplatte“)
- „First mover advantage“ => Kartellrecht verbietet keine Monopole!
- Keine Wettbewerbskompetenz der Gemeinden
- Keine Kompetenz aus Art. 28 Abs. 2 GG / Daseinsvorsorgepflicht

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Köln

9

III. Aneignungsrecht aus Endschaftsklausel

1. Vertrag läuft aus, FVU will nicht verlängern

Endschaftsklausel regelt das Schicksal des FVN bei Beendigung des
Wegenutzungsvertrages i.S.e. Rechts der Gemeinden, (nur in diesem Fall)
das Netz zu einem angemessenen Preis zu erwerben.

Erwerb durch Gemeinde liegt im beiderseitigen Interesse

2. Vertrag läuft aus, FVU will verlängern

Aneignung und dann ggf. Ausschreibung via Endschaftsklausel?

- Gemeinde war auch bei Abschluss des Vertrags Monopolist
- Rationales FVU würde sich auf eine solche Klausel nicht freiwillig einlassen, da Anspruch auf Verlängerung (§§ 19, 33 GWB)

Klausel kartellrechtswidrig und damit nichtig (§ 134 BGB)

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Köln

10

IV. Aneignungsrecht ohne Endschaftsklausel

1. Aneignungsrecht aus §§ 552 Abs. 1, 997 Abs. 2 BGB?

=> vgl. OLG Frankfurt a.M. 11.2.1997 - 11 U (Kart) 38/96

§ 552 Abs. 1 BGB: „Der Vermieter kann die Ausübung des Wegnahme-rechts (§ 539 Abs. 2) durch Zahlung einer angemessenen Entschädigung abwenden, wenn nicht der Mieter ein berechtigtes Interesse an der Weg-nahme hat“.

§ 997 Abs. 2 BGB: „Das Recht zur Abtrennung ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer [...] Ersatz nicht verlangen kann oder die Abtrennung für ihn keinen Nutzen hat oder ihm mindestens der Wert ersetzt wird, [...]“.

(-), bei den FWN geht es nicht um eine Wegnahme der Netze durch das FVU, sondern um den Wunsch der Kommunen, dem FVU sein Netz (und seine Kunden) wegzunehmen!

IV. Aneignungsrecht ohne Endschaftsklausel

2. Anspruch aus § 1004 BGB?

§ 1004 BGB: (1) Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entzie-hung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigen-tümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. [...]

(2) Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist.

(-), Kommunen müssen die Nutzung des Straßenlandes auch nach Auslaufen des Vertrages dulden, weil sie verpflichtet sind, den Vertrag zu verlängern bzw. zu erneuern (Arglisteinwand, dolo petit, ...)

3. Anspruch aufgrund ergänzender Vertragsauslegung?

(-), keine Vertragslücke; Wegnahmerecht trotz Verlängerungspflicht begünstigt einseitig die Kommunen und entspricht daher nicht dem, was die Parteien nach Treu und Glauben vereinbart hätten.

E. Fazit

1. Die FVU haben nach Auslaufen der Wegenutzungsverträge in aller Regel einem **Anspruch auf Wiedereinräumung** des Nutzungsrechts aus §§ 19, 33 GWB (und ggf. auch aus straßenrechtlichen Normen).
2. Die Kommunen verfügen demgegenüber über **kein gesetzliches Recht** und sind erst recht **nicht kartellrechtlich verpflichtet, Fernwärmenetze regelmäßig auszuschreiben**.
3. Ein **Aneignungs- und/oder Ausschreibungsrecht** gegen den Willen des FVU lässt sich **auch nicht aus einer Endschaftsklausel** ableiten oder im Wege ergänzender Vertragsauslegung begründen.
4. **Endschaftsklauseln** sollen (und dürfen kartellrechtlich) **nur für den Fall** Vorsorge treffen, **dass das FVU die Fernwärmeversorgung nicht fortsetzen will** oder dass die Fortsetzung für die Kommune ausnahmsweise unzumutbar ist.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)

**Institut für Energiewirtschaftsrecht (EWIR)
der Universität zu Köln**

Email: Koerber@ewir-Koeln.de

www.ewir-Koeln.de