

## **Bericht zum 12. EWIR Workshop: „Recht und Pflicht zur Ausschreibung von Wegenutzungsrechten nach BGH, Urt. v. 5.12.2023, KZR 101/20 – Fernwärmenetz Stuttgart“**

Valentin Kissling ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Institut für Energiewirtschaftsrecht (EWIR) der Universität zu Köln.

Am 22.5.2024 veranstaltete das Institut für Energiewirtschaftsrecht der Universität zu Köln (EWIR) einen Workshop zum Thema „Recht und Pflicht zur Ausschreibung von Wegenutzungsrechten nach BGH, Urt. v. 5.12.2023, KZR 101/20 – *Fernwärmenetz Stuttgart*“. Die Veranstaltung ist Teil einer Veranstaltungsreihe des EWIR bestehend aus Workshops zu den Themen Wärmewende und Fernwärme. Im ersten Vortrag des Workshops untersuchte **Dr. Max Baumgart**, Assistant Professor in European and national regulation of the energy transition, Tilburg University und Rechtsanwalt, Duisburg, die Frage nach einem Ausschreibungsrecht und nach einer Ausschreibungspflicht von Wegenutzungsrechten für die Verlegung und den Betrieb von Fernwärmeleitungen aus der rechtsdogmatischen Perspektive. Im zweiten Vortrag präsentierte **Holger Fröhlich**, Syndikusrechtsanwalt der RheinEnergie AG, seinen Blick aus der Praxis auf die Thematik. Eröffnet und moderiert wurde die Veranstaltung vom Direktor des EWIR, **Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)**.

Einführend erläuterte Dr. Baumgart den Hintergrund des Themas: Das Ziel der Klimaneutralität bis 2045 und die Wärmewende nehmen auch Gemeinden in die Verantwortung. In der Folge erwägen Gemeinden verstärkt die Rekommunalisierung von Fernwärmenetzen. In diesem Zusammenhang erfahre insbesondere die das Urteil des BGH v. 5.12.2023, KZR 101/20 – *Fernwärmenetz Stuttgart* eine besondere Aufmerksamkeit, dessen Verfahrensgang Dr. Baumgart kurz nachzeichnete. Im Verfahren klagte eine Gemeinde gegen ein Fernwärmeversorgungsunternehmen auf Übereignung des Fernwärmenetzes. Daraufhin erhob das Fernwärmeversorgungsunternehmen Widerklage, gerichtet auf die Feststellung, dass die Klägerin verpflichtet sei, der Beklagten ein Angebot für den Abschluss eines neuen Gestattungsvertrages zu machen. Das LG Stuttgart bejahte zunächst einen Anspruch des Fernwärmeversorgungsunternehmens auf einen (neuen) Wegenutzungsvertrag (LG Stuttgart, Urt. v. 14.2.2019, 11 O 225/16). Das OLG Stuttgart bejahte demgegenüber ein Ausschreibungsrecht der Gemeinde und verneinte einen Anspruch des Fernwärmeversorgungsunternehmens auf Gestattung der Wegenutzung (OLG Stuttgart, Urt. v. 26.3.2020, 2 U 82/19). Das Verfahren endete mit dem Urteil des BGH v. 5.12.2023, KZR 101/20 – *Fernwärmenetz Stuttgart*.

In einem zweiten Schritt untersuchte Dr. Baumgart – unabhängig vom Urteil des BGH v. 5.12.2023, KZR 101/20 – *Fernwärmenetz Stuttgart* – ob Gemeinden verpflichtet oder berechtigt sind, Wegenutzungsrechte für Fernwärmeleitungen auszuschreiben. Die Frage nach einer Ausschreibungspflicht beurteilte Dr. Baumgart aus der kartellrechtlichen Perspektive: Als Inhaber des Wegerechts habe die Gemeinde eine marktbeherrschende Stellung nach § 18 GWB. Mangels Erfüllung des Zwischenstaatlichkeitstatbestands nehme das EU-Recht in der Regel keinen Einfluss auf die kartellrechtliche Beurteilung. Dr. Baumgart legte dar, dass die Gemeinden nach § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 4 GWB, der sog. essential-facilities-Doktrin, verpflichtet seien, jedem Zugangspetenten einfache Wegenutzungsrechte einzuräumen, solange keine Knappheitssituation vorliegt: Nur im Falle einer tatsächlichen, physikalischen Knappheit müsse die Gemeinde zwischen den Interessenten in einem objektiven Verfahren auswählen. Auch aus dem Diskriminierungsverbot der § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 GWB könne sich eine Pflicht der Gemeinde ergeben, einem Zugangspetenten ein Wegenutzungsrecht einzuräumen. Eine selbstbegünstigende Wegerechtsverweigerung oder eine

Andersbehandlung mit anderen Fernwärmeversorgungsunternehmen, welche ebenfalls ein Wegerecht beanspruchen, könne eine verbotene Diskriminierung nach § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 GWB darstellen. Schließlich könne auch das allgemeine Behinderungsverbot des § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 GWB die Gemeinden verpflichten, ein Wegerecht zur Verlegung von Fernwärmeleitungen zu gewähren, wenn die unbillige Behinderung in der Wegerechtsverweigerung liegt. Nur im Falle von physikalischer Knappheit, also bei sog. Flaschenhälsen, seien Gemeinden nicht verpflichtet, den Anspruchstellern Zugang zu gewähren, sondern das Wegerecht auszuschreiben. Eine solche physikalische Knappheit liege nur dann vor, wenn im Straßengrund nicht ausreichend Platz für zwei Leitungen sei. Im Falle eines Anschluss- und Benutzungszwanges bestehe indes keine physikalische Knappheit. Jedoch könne im Falle eines Anschluss- und Benutzungszwanges nur ein Netz wirtschaftlich nutzbar sein, womit ein Fall der wirtschaftlichen Exklusivität vorliegen könne. Teilweise, so auch vom Bundeskartellamt, werde vertreten, dass auch in diesem Fall eine Ausschreibungspflicht bestünde. Allerdings, so Dr. Baumgart, sei dies keine Frage des Kartellrechts, sondern im Rahmen der Anordnung des Anschluss- und Benutzungszwangs zu bewerten. Nach dem Bundeskartellamt bestehe eine Ausschreibungspflicht auch in Fällen von selbst geschaffener Exklusivität, also wenn ein weiteres Wegerecht wirtschaftlich nicht effektiv nutzbar wäre. Hierbei handle es sich allerdings um eine Frage des wirtschaftlichen Risikos, dass die Unternehmen und nicht die Gemeinden beurteilen müssten. Nach einer weiteren Ansicht sei die wirtschaftliche Exklusivität mit dem Vorliegen eines natürlichen Monopols auf dem nachgelagerten Markt gleichzusetzen. Allerdings, so Dr. Baumgart, seien die Fälle nicht vergleichbar, da ein natürliches Monopol gerade nicht kartellrechtswidrig sei, wirtschaftliche Exklusivität gegebenenfalls durch öffentliches Recht erlaubt sei und privatrechtliche Vereinbarungen einen Verstoß gegen § 1 GWB darstellten. Damit bestehe im Fall wirtschaftlicher Exklusivität sowie im Fall des Vorliegens eines natürlichen Monopols auf dem nachgelagerten Markt jeweils keine Ausnahme der Pflicht der Gemeinde, Zugangspetenten Wegenutzungsrechte einzuräumen. Eine Ausschreibungspflicht der Gemeinden bestehe damit nur im Falle der physikalischen Knappheit.

Auch eine energiewirtschaftsrechtliche Betrachtung führe zu keinem anderen Ergebnis. Da der Gesetzgeber die Regelungen des EnWG bewusst nicht auf den Bereich der Fernwärmenetze erstreckt habe, komme weder eine direkte, noch eine analoge Anwendung des § 46 EnWG in Betracht, aus welchem sich im Strom- und Gassektor eine Ausschreibungspflicht ergeben könne.

Für ein Ausschreibungsrecht bedürfe die Gemeinde aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes indes einer Ermächtigungsgrundlage, da das Nicht-zum-Zuge-Kommen in der Ausschreibung ein Eingriff in die Berufsfreiheit des unterliegenden Bewerbers sei. In seinem Vortrag zeigte Dr. Baumgart auf, dass insbesondere die Kommunale Selbstverwaltung, Art. 28 Abs. 2 GG, die Daseinsvorsorge oder auch die Eigentümerstellung der Gemeinde keine derartigen Rechtsgrundlagen darstellten. Damit bestünde auch kein Ausschreibungsrecht der Gemeinden.

Im nächsten Schritt analysierte Dr. Baumgart das Urteil des BGH v. 5.12.2023, KZR 101/20 – *Fernwärmenetz Stuttgart*. Der 1. Leitsatz der Entscheidung könne so verstanden werden, dass der BGH § 19 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 4 GWB so auslege, dass der Anspruch nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 4 GWB, gerichtet auf Einräumung eines Wegenutzungsrechts zur Verlegung von Fernwärmeversorgungsleitungen nur bestehe, wenn die Gemeinde als Monopolist auf dem vorgelagerten Markt durch die Gewährung des Anspruchs keinen natürlichen Monopolisten auf dem nachgelagerten Fernwärmeversorgungsmarkt schaffe. Der BGH belege die Gemeinde damit mit der Verantwortung, zu entscheiden, ob sich auf dem nachgelagerten Markt Wettbewerb entwickelt oder nicht. Kann sich kein Wettbewerb entwickeln, so könne die Gemeinde nach der Entscheidung verpflichtet sein, ein wettbewerbliches Auswahlverfahren durchzuführen. Auch arbeitete Dr. Baumgart heraus, dass der BGH (anders als er) ein Ausschreibungsrecht für Gemeinden annehme. Ein

solches Ausschreibungsrecht, so Dr. Baumgart, schließe die kartellrechtlichen und parallelen Zugangsansprüche der Interessenten aus. Insgesamt negiere der BGH so die kartellrechtlich bestehenden Zugangsansprüche des Petenten mit Hinweis auf das Recht einer privatautonomen Entscheidung der Stadt Stuttgart, also des Monopolisten auf dem vorgelagerten Markt. Eine privatautonome Entscheidung sei jedoch Voraussetzung dafür, dass ein Monopolist mit einer die Marktmacht ausnutzenden Handlung gegen Kartellrecht verstoßen kann, und nicht Rechtfertigung des Verhaltens. Damit verwechsle der BGH die Voraussetzung des Marktmachtmissbrauchsverbots mit dessen Rechtfertigung. Bei seiner Kritik an der Entscheidung des BGH legte Dr. Baumgart überdies dar, dass der Versuch, im Wege der Rekommunalisierung zusätzlich noch Monopolist auf dem nachgelagerten Markt zu werden, einen Missbrauch der Marktmacht eines Monopolisten darstellen könne. Zweitens müsse die Gemeinde nach dem Urteil auf dem nachgelagerten Markt für den Wettbewerb um das Netz sorgen, und würde so quasi Aufgaben einer Kartellbehörde übernehmen. Drittens sei für die Parteien in erster Linie nicht das Wegenutzungsrecht interessant, sondern die Leitungen selbst. Dies berücksichtige das Urteil nicht. Vielmehr deute das Urteil in Richtung einer Ausschreibungspflicht und entsprechenden Anwendung von § 46 EnWG entgegen dem Willen des Gesetzgebers und ohne die mit § 46 EnWG verbundene Pflicht der Eigentumsübertragung bzw. Besitzverschaffung in Bezug auf das Netz. Viertens führe das Urteil dazu, dass Gemeinden beim Aufbau von Fernwärmenetzen in unerschlossenen Gebieten vor dem Hintergrund einer möglichen weitergehenden Ausschreibungspflicht ökonomische Untersuchungen zur Feststellung von natürlichen Monopolen auf den nachgelagerten Märkten durchführen müssen. Es sei fraglich, ob den Gemeinden dafür hinreichende Kapazitäten zur Verfügung stehen. Fünftens diskutierte Dr. Baumgart, ob eine Ausschreibung, die letztlich nur zum Austausch von Monopolisten führe, einen Nutzen für Fernwärmekunden habe.

Als Fazit stellte Dr. Baumgart fest, dass die Entscheidung des BGH mehr offene Fragen als Antworten geschaffen habe und appellierte an den Gesetzgeber den aktuellen Zustand zu beenden.

Nach dem Vortrag von Dr. Max Baumgart folgte der Vortrag von Holger Fröhlich. Herr Fröhlich analysierte zunächst grundlegend anhand des Urteils des BGH v. 25.10.1989, VIII ZR 229/88, was unter dem Begriff der Fernwärme zu fassen sei, und dann anhand der Sektorenuntersuchung Fernwärme des Bundeskartellamts vom 1.8.2012, was unter dem Begriff des Fernwärmenetzes zu verstehen sei. Dabei arbeitete er heraus, dass die Definition der Fernwärme umfangreich sei und nicht nur große Netze, sondern im Grunde alle Fälle dezentraler Wärmeversorgung umfasse, und sich bereits deswegen eine einheitliche Normierung schwierig darstelle.

Darauf aufbauend legte Herr Fröhlich dar, in welchen praktischen Fällen und für welche Wege überhaupt ein Wegerecht benötigt werde. Keine Wegerechte werden demnach beim Contracting innerhalb eines Gebäudes benötigt, eine Sicherung der Rechte im Gebäude erfolge vielmehr durch Dienstbarkeiten. Auch bei Quartierslösungen würden nur vereinzelt Wegerechte für öffentliche Strecken benötigt. Die restlichen Strecken über Privatgrundstücke würden ebenfalls durch Dienstbarkeiten gesichert. Am Beispiel der Städte Stuttgart und Köln zeigte Herr Fröhlich, dass in größeren Fernwärmenetzen mehr Wegerechte benötigt würden. Da auch in Großstädten aber noch viele Flächen über keine Fernwärmeversorgung verfügten, seien auch hier in der Regel keine Gestattungsverträge für das ganze Stadtgebiet erforderlich. Es hätten auch nicht alle Anbieter ein Interesse daran, in dem gesamten Stadtgebiet Fernwärmenetze aufzubauen. Überdies bestehe ein räumlicher und sachlicher Zusammenhang zwischen Netz und Fernwärmekraftwerken. Anders sei dies bei Stromnetzen, wo der Kraftwerksstandort eher irrelevant sei. Vor diesem Hintergrund, und da Strom eine andere Rolle für die Daseinsvorsorge spiele als Fernwärme (die auch durch andere Heizformen ersetzt werden könne), sei bei Stromnetzen die Regelung des § 46 EnWG sinnvoll. Die Interessenlage von Fernwärmenetzen unterscheide sich jedoch hiervon. Folgend zog Herr Fröhlich

einen Vergleich mit Wasserkonzessionen und untersuchte vor diesem Hintergrund die Frage, ob für ein Gemeindegebiet nur eine Konzession zu vergeben sei, oder mehrere, bzw. an welche räumlichen Dimensionen Konzessionen anknüpfen müssten. Herr Fröhlich stellte zum Vergleich Wasserkonzessionen einer Gemeinde dar, bei welcher eine große Konzession bestehe, und daneben eine Vielzahl an kleineren, historisch gewachsenen Versorgungseinheiten mit eigenen Konzessionen. Alternativ bestehe im Bereich der Wasserkonzessionen regelmäßig eine Auffangkonzession mit mehreren jeweils abgegrenzten Ausnahmegebieten. Auf dieser Grundlage diskutierte Herr Fröhlich, ob die Art und Weise der räumlichen Aufteilung von Wasserkonzessionen als Vorlage für Konzessionen im Fernwärmebereich tauglich sein könne. Auch das gesetzliche Wegerecht für jedermann aus dem Bereich des Telekommunikationsrechts könne möglicherweise als Vorbild dienen.

Als nächstes behandelte Herr Fröhlich die Frage nach der Knappheit. Gerade im innenstädtischen Raum könne möglicherweise eine Knappheit unterhalb der Straßen vorliegen. Bei Knappheit sehe der BGH eine Ausschreibungspflicht, wobei sich allerdings die Frage stelle, ob diese möglicherweise nur punktuelle Knappheit zur Ausschreibungspflicht für das gesamte Stadtgebiet führe oder nur für einzelne knappe Strecken. In diesem Zusammenhang thematisierte er auch die Frage nach Entfernungspflichten für nicht mehr benötigte Leitungen. Relevant sei außerdem nicht nur, ob Platz für weitere Leitungen vorhanden sei, sondern auch die Anordnung verschiedener Leitungen. Beispielsweise könne es technisch problematisch sein, Fernwärmezuläufe zu dicht neben Stromleitungen zu platzieren, da dies zu einer zu starken Aufheizung der Stromleitungen und damit zu einem Kapazitätsverlust führen könne.

Schließlich zeigte Herr Fröhlich Fragen auf, die sich der Praxis durch das Urteil des BGH stellen. So passen die zu den Netzen der allgemeinen Versorgung entwickelten Grundsätze und Normen, insbesondere die §§ 46 ff. EnWG, nicht auf Fernwärmenetze. Fraglich sei auch, wie viele Wegerechte es geben müsse und könne, wenn kein Fernwärmeversorgungsunternehmen ein gesamtes Stadtgebiet versorgen kann oder will. Unklar sei, wann die Gemeinde ein Auswahlverfahren durchzuführen habe und ab wann Straßenraum derart eng sei, dass ausgeschlossen werden müsse. Auch vom BGH offengelassen sei, was mit den Fernwärmeerzeugungsanlagen passiere; schließlich beziehe sich das Wegerecht nur auf die Verkehrswege. Offen sei auch, wie die Investitionen der Fernwärmeunternehmen zur Realisierung der Wärmewende gesichert werden könnten. Schließlich sei fraglich, welche Laufzeiten Fernwärme-Gestattungsverträge nun haben dürften. Während § 46 EnWG eine Laufzeit von 20 Jahren bei Energieversorgungsnetzen vorsehe, liefen Gestattungsverträge für Wasserleitungen regelmäßig 40 Jahre lang. Da Fernwärmenetze, wie auch Wasserversorgungsnetze, anders als Stromnetze, nicht unabhängig von der Erzeugung skaliert werden können, sei die Interessenslage bei Fernwärmeversorgungsnetzen eher mit der Interessenslage von Wasserversorgungsnetzen vergleichbar. Insgesamt kommt Herr Fröhlich, wie zuvor schon auch Dr. Baumgart, zu dem Ergebnis, dass die Entscheidung des BGH mehr Fragen als Antworten liefere.

An die beiden Vorträge schloss sich eine lebhafte Diskussion an. Thematisiert wurde insbesondere ob es relevant ist, ob das Netz ursprünglich von der Gemeinde gebaut und dann verkauft wurde, oder ob das Netz von einem Fernwärmeversorgungsunternehmen mit eigenem Risiko aufgebaut wurde. Diskutiert wurde auch, was im Falle einer Ausschreibung überhaupt taugliches Ausschreibungskriterium sein könnte. In diesem Kontext wies Dr. Baumgart darauf hin, dass für eine Ausschreibung nach § 46 Abs. 2 EnWG gemäß § 46 Abs. 4 S. 1 EnWG alle Ziele des § 1 EnWG relevant seien, während bei einer Ausschreibung nach § 19 GWB Wettbewerb und Konsumentenwohlfahrt im Mittelpunkt stünden.

Die Veranstaltung endete bei Buffet und Getränken auf Einladung des Vereins zur Förderung des Instituts für Energierecht e.V. mit freundlicher Unterstützung der RheinEnergie AG. Der nächste Workshop aus der Veranstaltungsreihe wird am 12.9.2024 erneut in Präsenz und via Zoom stattfinden. Thema des Workshops ist Remit 2.0. Weitere Informationen zu den Workshops des EWIR finden sich unter <https://ewir.jura.uni-koeln.de/infobereich/ewir-workshops>.