Ausschreibungsrecht und Ausschreibungspflicht für Wegenutzungsrechte zur Verlegung von Fernwärmeleitungen nach BGH, Urt. v. 5.12.2023, KZR 101/20 – *Fernwärmenetz Stuttgart*

Dr. Max Baumgart

Assistant Professor in European and national regulation of the energy transition, Tilburg University

Rechtsanwalt, Duisburg

22. Mai 2024

EWIR-Workshop zum Thema Recht und Pflicht zur Ausschreibung von Wegenutzungsrechten nach BGH, Urt. v. 5.12.2023, KZR 101/20 – *Fernwärmenetz Stuttgart*

Überblick

A. Hintergrund
B. Ausschreibungspflicht
C. Ausschreibungsrecht
D. BGH, Urt. v. 5.12.2023, KZR 101/20 – *Fernwärmenetz Stuttgart*
E. Ergebnis
F. Kritik
G. Fazit

A. Hintergrund

Klimaneutralität bis 2045

Wärmewende

- Gebäudeenergiegesetz (GEG)
  - Umstellung der Wärmeversorgung von Gebäuden auf die Nutzung von erneuerbaren Wärmequellen
- Wärmeplanungsgesetz (WPG)
  - Beschleunigung des Ausbaus der leitungsgebundenen Wärmeversorgung
  - Umstellung der Wärmenetze auf die vollständige Nutzung von erneuerbaren Energien und unvermeidbarer Abwärme

Bild: Deutscher Bundestag / Werner

A. Hintergrund

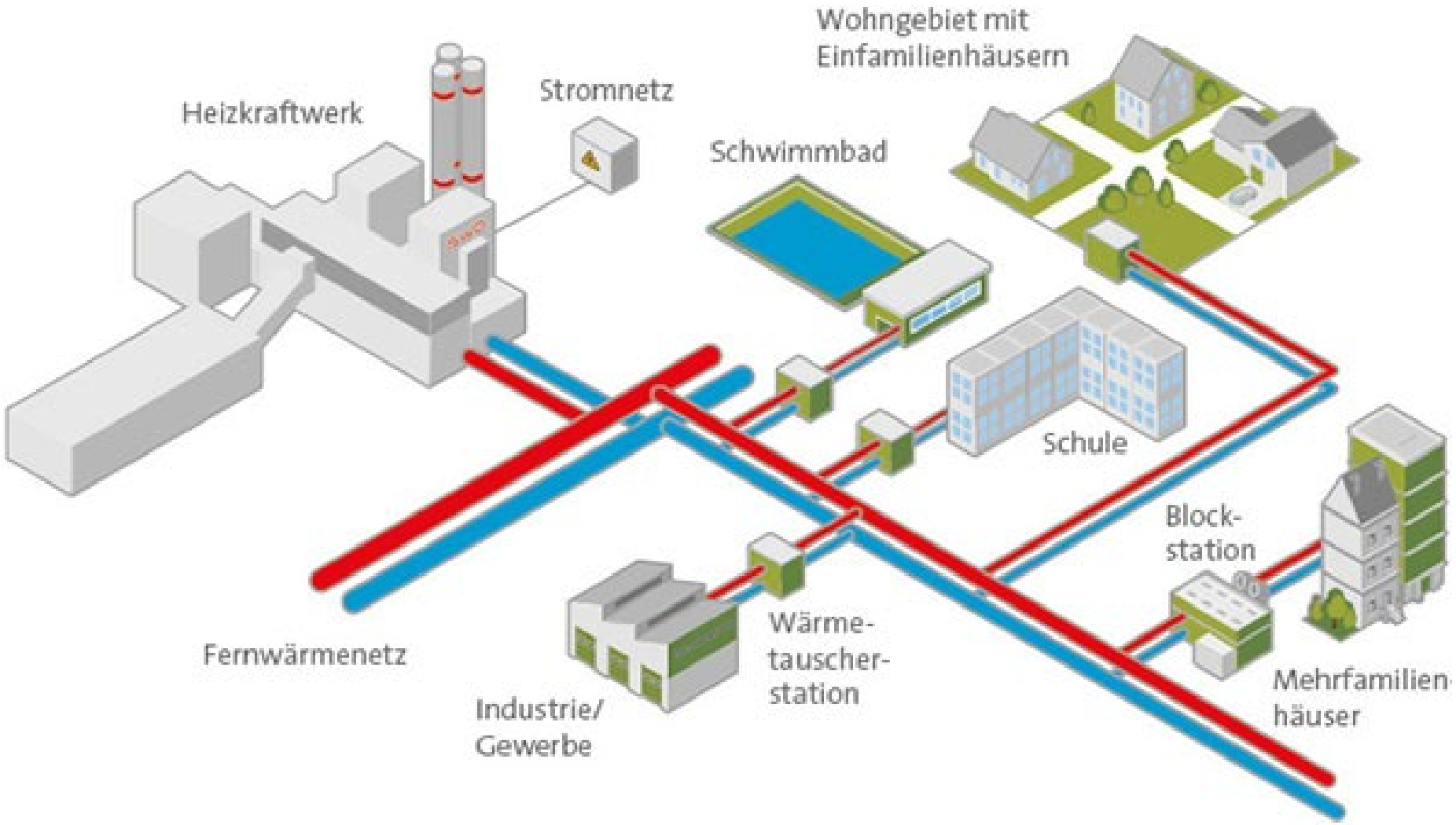


Bild: https://www.wesernetz.de

A. Hintergrund

- Klage der Gemeinde gegen das FVU auf Übereignung des Fernwärmenetzes

- Widerklage auf Feststellung, dass die Klägerin verpflichtet ist, der Beklagten ein Angebot eines neuen Konzessionsvertrages zu machen

- 14.2.2019
- LG Stuttgart
- Anspruch des FVU auf einen Wegenutzungsvertrag .

- 26.3.2020
- OLG Stuttgart Ausschreibungsrecht der Gemeinden
- kein Anspruch des FVU auf Gestattung der Wegenutzung.

5.12.2023

BGH

B. Ausschreibungspflicht

I. Kartellrechtliche Beurteilung

Marktbeherrschende Stellung der Gemeinde (§ 18 GWB)

Europäische Kommission

Bild: https://commission.europa.eu

idR kein Einfluss des EU-Rechts mangels Zwischenstaatlichkeit

B. Ausschreibungspflicht

I. Kartellrechtliche Beurteilung

§ 19 GWB

(1) Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten.

(2) Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen

1. ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert oder ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar anders behandelt als gleichartige Unternehmen;

[...]

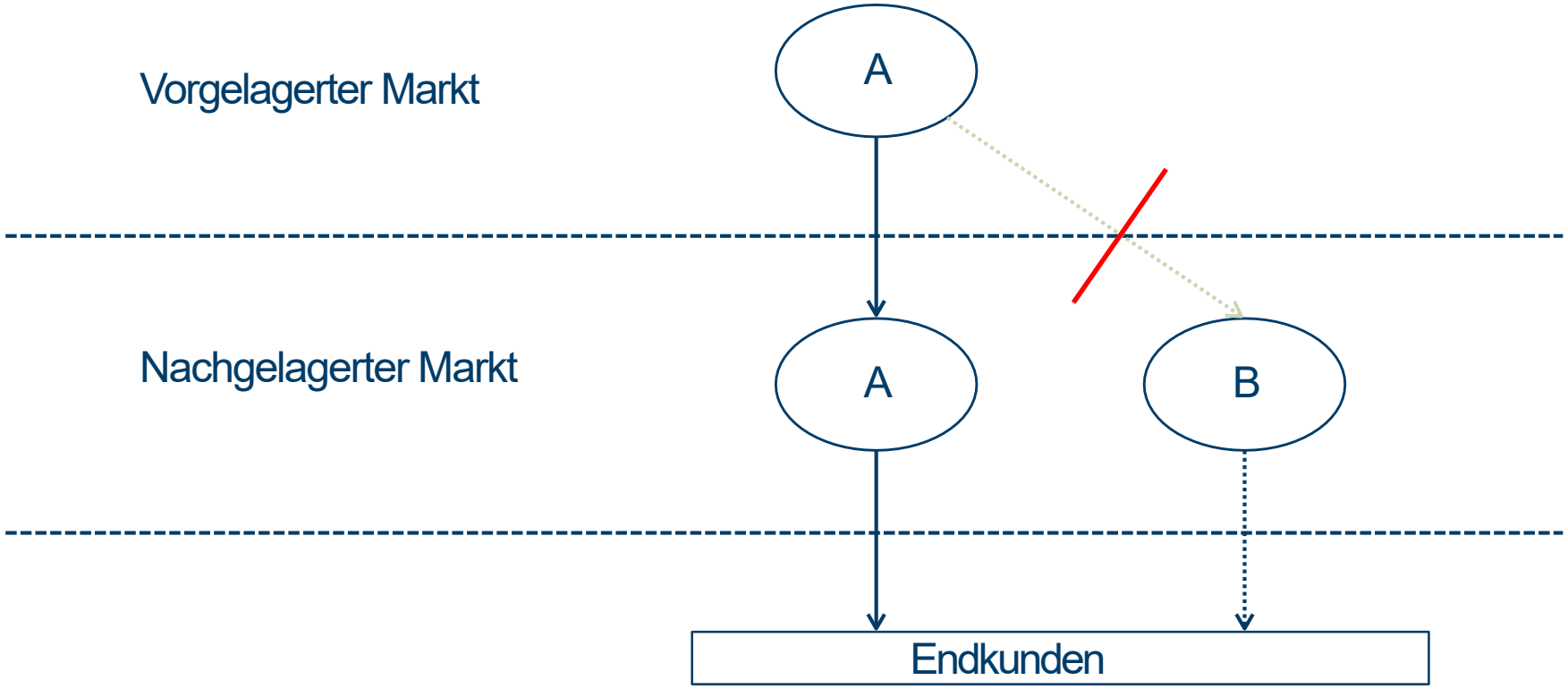
4. sich weigert, ein anderes Unternehmen gegen angemessenes Entgelt mit einer solchen Ware oder gewerblichen Leistung zu beliefern, insbesondere ihm Zugang zu Daten, zu Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, und die Belieferung oder die Gewährung des Zugangs objektiv notwendig ist, um auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig zu sein und die Weigerung den wirksamen Wettbewerb auf diesem Markt auszuschalten droht, es sei denn, die Weigerung ist sachlich gerechtfertigt;

B. Ausschreibungspflicht

I. Kartellrechtliche Beurteilung

1. essential facilities-Doktrin (§ 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 4 GWB)
   - Pflicht der den vorgelagerten Markt beherrschenden Gemeinde einfache Wegenutzungsrechte jedem Zugangspetenten einzuräumen, solange keine Knappheitssituation vorliegt
   - Erst im Fall einer physikalisch bedingten Knappheit muss die Gemeinde zwischen den Interessenten in einem objektiven Verfahren auswählen
2. Diskriminierungsverbot (§ 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 GWB)
   - Diskriminierung in der gemeindlichen, selbstbegünstigenden Wegerechtsverweigerung
   - Diskriminierung bei der Andersbehandlung mit anderen das Wegerecht beanspruchenden FVU
3. allgemeines Behinderungsverbot (§ 19 Abs. 1, Abs 2. Nr. 1 Alt. 1 GWB)
   - Pflicht, ein Wegerecht zur Verlegung von Fernwärmeleitungen zu gewähren, wenn die unbillige Behinderung in der Wegerechtsverweigerung liegt

Refusal to supply



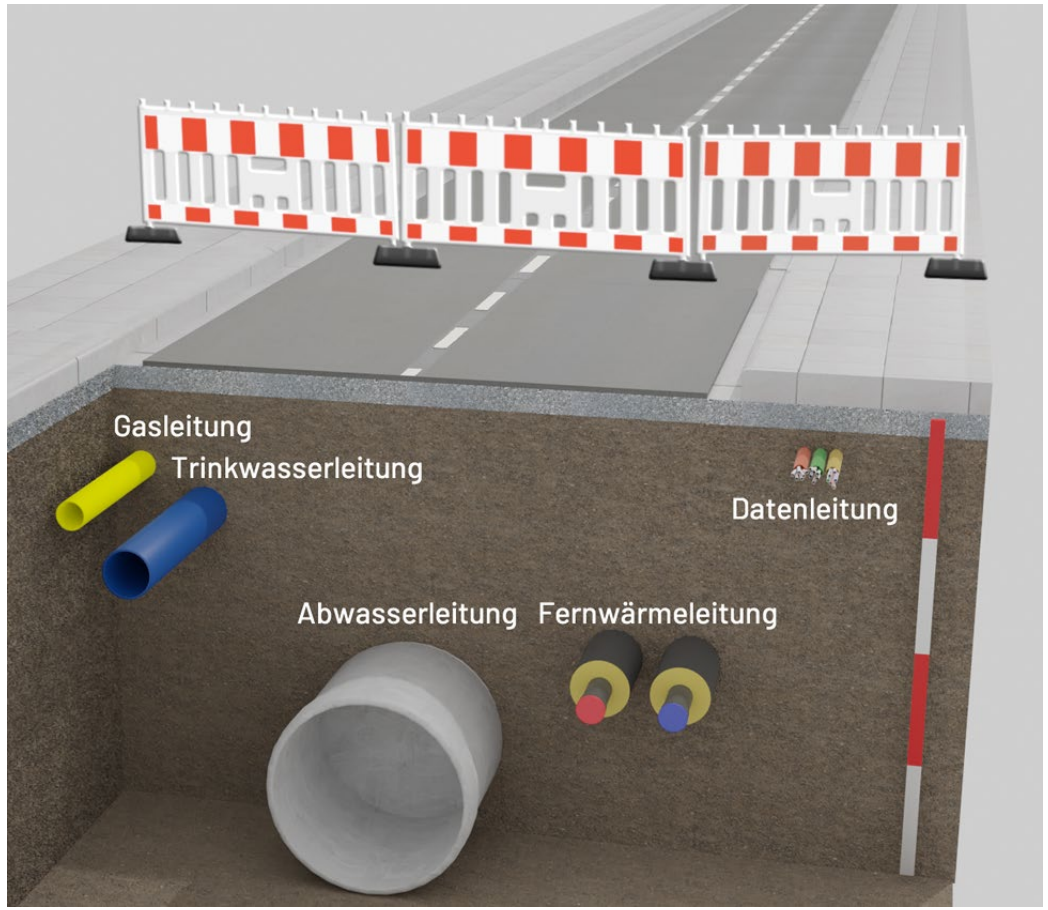
B. Ausschreibungspflicht

I. Kartellrechtliche Beurteilung

4. <u>Ausnahme:</u> Ausschreibungspflicht bei tatsächlicher, physikalischer Knappheit

- P: räumliche Bezugsgröße
- Technisch ist einiges möglich, keine Begrenzung nach oben oder unten

→ Für den äußerst seltenen Fall einer Ausschreibung muss diese auf Flaschenhälse im Straßengrund begrenzt sein (= Ausschreibungsgegenstand)



<u>Bild:</u> Westenergie AG, 3male.de

B. Ausschreibungspflicht

I. Kartellrechtliche Beurteilung

- BKartA:
  - Ausschreibungspflicht auch in Fällen von <u>selbst geschaffener Exklusivität</u> („Wegerecht wäre wirtschaftlich nicht effektiv nutzbar“)
  - aber:
    - Exklusivität/Ausschließlichkeit aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften (z.B. Anschluss- und Benutzungszwang): Ausschreibungspflicht nicht Frage des GWB, sondern der Rechtsmaterie, die die Exklusivität begründet; außerdem: Frage des wirtschaftlichen Risikos; nicht mit der physikalisch bedingten Knappheit gleichzustellen
    - Exklusivität /Ausschließlichkeit aufgrund privatrechtlicher Vereinbarung: Frage von § 1 GWB iVm § 134 BGB

- *Sauer*, IR 2018, 4 (6 f.) („wirtschaftlich-faktische[...] Ausschluss paralleler Netzbetriebe“):
  - Wirtschaftliche Exklusivität mit natürlichem Monopol auf dem nachgelagerten Markt gleichzusetzen
  - aber:
    - natürliches Monopol gerade nicht kartellrechtswidrig, wirtschaftliche Exklusivität ggf. durch öffentliches Recht erlaubt und privatrechtliche Vereinbarungen Verstoß gegen § 1 GWB = keine Vergleichbarkeit

- <u>Fazit:</u> m.E. keine Ausnahme bei wirtschaftlicher Exklusivität und Vorliegen eines natürlichen Monopols auf dem nachgelagerten Markt

B. Ausschreibungspflicht

II. Energiewirtschaftsrechtliche Beurteilung

§ 46 EnWG

[...]

(2) Verträge von Energieversorgungsunternehmen mit Gemeinden über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören, dürfen höchstens für eine Laufzeit von 20 Jahren abgeschlossen werden. Werden solche Verträge nach ihrem Ablauf nicht verlängert, so ist der bisher Nutzungsberechtigte verpflichtet, seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu übereignen. Das neue Energieversorgungsunternehmen kann statt der Übereignung verlangen, dass ihm der Besitz hieran eingeräumt wird. [...]

(4) Die Gemeinde ist bei der Auswahl des Unternehmens den Zielen des § 1 Absatz 1 verpflichtet. [...]

B. Ausschreibungspflicht

II. Energiewirtschaftsrechtliche Beurteilung

- Weder direkte noch analoge Anwendung des § 46 EnWG

→ Keine Ausschreibungspflicht für Fernwärmenetze

Bild: beck-shop.de

B. Ausschreibungspflicht

III. Zwischenergebnis

- Kartellrecht verpflichtet Gemeinden als Monopolisten auf dem Markt für Wegenutzungsrechte Zugangspetenten zum Betrieb eines Fernwärmeversorgungsnetzes Wegenutzungsrechte einzuräumen
- Ausnahme nur in den äußerst seltenen Fällen von physikalisch bedingter Knappheit; wenn sich mehrere Anspruchsteller in Anspruchskonkurrenz gegenüberstehen, insoweit dass diesen nicht gleichermaßen ein Wegenutzungsrecht zur Verlegung von Fernwärmeleitungen eingeräumt werden kann

C. Ausschreibungsrecht

I. Kommunale Selbstverwaltung, Art. 28 Abs. 2 GG
   - So OLG Stuttgart, Urt. v. 26.03.2020 - 2 U 82/19
   - EGL?
   - <u>Außerdem:</u> Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG: „nach Maßgabe der Gesetze“
   - → Schon aufgrund der kartellrechtlichen Ansprüche auf (Wieder-)Einräumung von Wegenutzungsrechten kein Ausschreibungsrecht

II. Daseinsvorsorge
   - Letztlich nur politisches Konzept, keine Ermächtigungsgrundlage für Handeln der Verwaltung.

III. Eigentümerstellung
   - So OLG Stuttgart, Urt. v. 26.03.2020 - 2 U 82/19
   - <u>Aber:</u> Notwendigkeit einer Ermächtigungsgrundlage

D. BGH, Urt. v. 5.12.2023, KZR 101/20 – *Fernwärmenetz Stuttgart*

2. Leitsatz:

„Eine Gemeinde kann von dem bisherigen Betreiber eines Fernwärmenetzes weder Verschaffung des Eigentums an den in ihren Grundstücken verlegten Leitungen noch Beseitigung der dadurch verursachten Beeinträchtigung ihres Eigentums verlangen, wenn die Gemeinde ein bereits begonnenes Auswahlverfahren für den Weiterbetrieb dieses Netzes nur ausgesetzt, aber nicht beendet hat und der bisherige Netzbetreiber an diesem Verfahren beteiligt ist.“

→ Keine Aussage über eine generelle Pflicht zur Ausschreibung

D. BGH, Urt. v. 5.12.2023, KZR 101/20 – *Fernwärmenetz Stuttgart*

1. Leitsatz:

   „Dem Betreiber eines Fernwärmenetzes kann nach Beendigung eines befristeten Gestattungsvertrags ein Anspruch auf Einräumung von Nutzungsrechten an den im Eigentum einer Gemeinde stehenden Wegegrundstücken nur zustehen, wenn die technischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten sämtlichen Interessenten den Bau paralleler Netzinfrastrukturen erlauben."

D. BGH, Urt. v. 5.12.2023, KZR 101/20 – *Fernwärmenetz Stuttgart*

I. Ausschreibungspflicht

- „Es kann auch[…] nicht dem Wettbewerb überlassen bleiben, ob sich nach der Vergabe von einfachen Wegenutzungsrechten Wettbewerb entwickelt. Die Frage, ob weitere Netze wirtschaftlich zu betreiben sind, muss vor der Entscheidung der Frage beantwortet werden, ob Wegenutzungsrechte jedem Interessenten einzuräumen sind und ob ein wettbewerbliches Auswahlverfahren durchzuführen ist.“ (Rn. 30)

Ausschreibungspflicht ja/nein?

D. BGH, Urt. v. 5.12.2023, KZR 101/20 – *Fernwärmenetz Stuttgart*

I. Ausschreibungspflicht

- Anspruch nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 4 GWB nur, wenn durch die Gewährung des Anspruchs kein natürlicher Monopolist auf dem nachgelagerten Markt der Fernwärmeversorgung geschaffen wird?
- Monopolist auf dem vorgelagerten Markt (= Gemeinde) wird mit der Verantwortung belegt, zu entscheiden, ob sich auf dem nachgelagerten Markt Wettbewerb entwickelt oder nicht?
- Kann sich kein Wettbewerb entwickeln, ist ein wettbewerbliches Auswahlverfahren durchzuführen?

- Natürliches Monopol als Tatsachenfrage

D. BGH, Urt. v. 5.12.2023, KZR 101/20 – *Fernwärmenetz Stuttgart*

II. Ausschreibungsrecht

- „Es kann der Klägerin aus kartellrechtlichen Gründen jedenfalls nicht verwehrt werden, in Anlehnung an die Regelung des § 46 EnWG im eigenen Interesse und in dem der Allgemeinheit Wegenutzungsrechte zeitlich begrenzt zu vergeben und einen Wettbewerb um das Netz mit dem Zweck zu organisieren, die wettbewerblichen Nachteile, die mit einem Leitungsmonopol verbunden sind, zumindest teilweise zu kompensieren“
- „Der Umstand, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des Energiewirtschaftsgesetzes ausdrücklich nicht auf den Bereich der Fernwärme erstreckt wissen wollte [...], schließt eine solche privatautonome Entscheidung der Klägerin zur Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens nicht aus, auch nicht, dass die Beklagte für den danach möglichen Rechtsverlust - ebenso wie es § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG vorsieht - zu entschädigen ist.“

D. BGH, Urt. v. 5.12.2023, KZR 101/20 – *Fernwärmenetz Stuttgart*

II. Ausschreibungsrecht

- BGH sieht ein Ausschreibungsrecht, was die kartellrechtlichen und parallelen Zugangsansprüche der Interessenten ausschließt

D. BGH, Urt. v. 5.12.2023, KZR 101/20 – *Fernwärmenetz Stuttgart*

Stellungnahme:

- BGH negiert kartellrechtlich bestehende Zugangsansprüche des Petenten mit Hinweis auf das Recht einer privatautonomen Entscheidung des Monopolisten auf dem vorgelagerten Markt
- Begründung in der Privatautonomie? Privatautonome Entscheidung ist Voraussetzung dafür, dass ein Monopolist eine seine Marktmacht ausnutzende Handlung vornehmen kann und nicht Rechtfertigung des Verhaltens

→ BGH verwechselt Voraussetzung und Rechtfertigung des Marktmachtmissbrauchs

→ Ende der *essential facilities*-Doktrin

E. Ergebnis

- Dogmatisch überzeugend ist, dass Monopolisten grundsätzlich nicht und nur in sehr seltenen Ausnahmefällen (physikalisch bedingte Knappheit = punktuelle Engpässe / Flaschenhälse) verpflichtet sind, Wegenutzungsrechte für Fernwärmeleitungen auszuschreiben
- Auch kein Ausschreibungsrecht

- <u>Aber:</u> BGH sieht wohl Ausschreibungsrecht und suggeriert eine Ausschreibungspflicht bei Vorliegen eines natürlichen Monopols auf dem nachgelagerten Markt

F. Kritik

- Rekommunalisierung als Missbrauch der Marktmacht eines Monopolisten, mit dem Versuch, auch noch Monopolist auf dem nachgelagerten Markt zu werden
- Gemeinde muss auf dem nachgelagerten Markt für den Wettbewerb um das Netz sorgen und wird so „zur Kartellbehörde“
- Interessenslage
  - Eigentlich interessant ist nicht das Wegenutzungsrecht, sondern die Leitungen selbst
  - Ausschreibungspflicht und entsprechende Anwendung von § 46 EnWG, entgegen dem Willen des Gesetzgebers und ohne verbundene Pflicht der Eigentumsübertragung bzw. Besitzverschaffung in Bezug auf das Netz
- Aufbau von Fernwärmesystemen in unerschlossenen Gebieten
  - Gemeinde sollte eine Ausschreibung einleiten, sobald sie physikalisch bedingte Engpässe für die Verlegung von Fernwärmeleitungen identifiziert hat und sich der erste Interessent meldet
  - Vor dem Hintergrund einer möglichen weitergehenden Ausschreibungspflicht nach BGH müssen Gemeinden allerdings möglicherweise ökonomische Untersuchungen zur Feststellung von natürlichen Monopolen auf den nachgelagerten Märkten durchführen – Kapazitäten?
- Welchen Nutzen hat das alles für die Fernwärmekunden?

G. Fazit

Mehr offene Fragen als Antworten

Notwendigkeit gesetzgeberischen Tätigwerdens

…