2|24
Auszug aus
Ausgabe 2
April 2024

e|m|w

Das ener|gate-Magazin.

Energie & Infrastruktur

Das Urteil des Bundesgerichtshofs zum Stuttgarter Fernwärmestreit: Mehr Wettbewerb für das Monopol Fernwärme?

Von **Christoph Köberle** und **Melanie Hantschel**, beide Rechtsanwälte bei Menold Bezler Rechtsanwälte Steuerberater Wirtschaftsprüfer Partnerschaft mbB

ISSN: 1611-2997

Das Urteil des Bundesgerichtshofs zum Stuttgarter Fernwärmestreit: Mehr Wettbewerb für das Monopol Fernwärme?

Die Fernwärmebranche steht vor dem Umbruch. Seit Anfang 2024 muss jedes neue Wärmenetz zu mindestens 65 Prozent aus erneuerbarer Wärme gespeist werden. Aber auch die rechtlichen Rahmenbedingungen müssen Schritt halten, damit der technische Fortschritt nicht ins Stocken gerät. Das zeigt nicht zuletzt das jüngste Urteil des Bundesgerichtshofs, in welchem er den langjährigen Rechtsstreit zwischen der Stadt Stuttgart und der EnBW um das Fernwärmenetz entschieden hat.

Von **Christoph Köberle** und **Melanie Hantschel**, beide Rechtsanwälte bei Menold Bezler Rechtsanwälte Steuerberater Wirtschaftsprüfer Partnerschaft mbB

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat in dem jüngsten Urteil vom 5. Dezember 2023 (KZR 101/20) klargestellt, dass eine Gemeinde grundsätzlich berechtigt ist, Wegenutzungsrechte in Anlehnung an Paragraf 46 EnWG aus kartellrechtlichen Gründen befristet zu vergeben. Bisher sind solche Gestattungsverträge im Fernwärmebereich überwiegend unbefristet und damit mit einem „Ewigkeitsrecht" verbunden. In dem Rechtsstreit befasste sich der BGH aber auch mit der Frage, ob die klagende Stadt Stuttgart verpflichtet ist, die Fernwärmeversorgung in Stuttgart als Eigentümerin der Wegegrundstücke neu auszuschreiben. Betreiber des Fernwärmenetzes ist die EnBW.

Nach dem BGH darf die Stadt Stuttgart im eigenen Interesse und im Interesse der Allgemeinheit eine Ausschreibung durchführen, um die mit einem Leitungsmonopol einhergehenden Wettbewerbsnachteile zumindest teilweise auszugleichen. Der Umstand, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des EnWG ausdrücklich nicht auf den Bereich der Fernwärmeversorgung erstrecken wollte, schließt aber eine autonome Entscheidung der Stadt zur Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens nicht aus. Das gilt allerdings auch für eine Entschädigungspflicht gegenüber der EnBW für einen möglichen Rechtsverlust an den verlegten Leitungen bei Durchführung eines solchen Verfahrens. Offen blieb dagegen, ob die Stadt auch kartellrechtlich zur Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens verpflichtet ist.

Der BGH konnte diese Frage offenlassen, weil die Stadt im vorliegenden Fall ein Auswahlverfahren für den Weiterbetrieb des Netzes zwar eingeleitet, dann aber ausgesetzt und nicht abgeschlossen hatte. In einem solchen Fall kann die Gemeinde weder die Übertragung des Eigentums an den verlegten Leitungen noch die Beseitigung der dadurch verursachten Beeinträchtigung ihres Eigentums verlangen und das Netz daher nicht ohne Weiteres selbst weiter betreiben. Sie muss vielmehr das Ausschreibungsverfahren zu Ende führen.

Pflicht zur Konzessionsvergabe nach Paragraf 46 Abs. 3 EnWG gilt nicht für Fernwärmenetze...

Das Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) enthält zwar eine Bekanntmachungspflicht für die Vergabe von Wegenutzungsrechten für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen (§ 46 Abs. 3 EnWG), woraus eine weitergehende Ausschreibungspflicht für die Kommunen resultiert (BGH, Beschl. v. 3. Juni 2014; Az.: EnVR 10/13). Diese spezifische Ausschreibungspflicht der entsprechenden Wegenutzungsrechte gilt allerdings nicht für den Fernwärmesektor. Inhaltlich betrifft die Regelung zur Konzessionsvergabe die in § 46 Abs. 2 EnWG aufgegriffenen Verträge von Energieversorgungsunternehmen (§ 3 Nr. 18 EnWG) mit Gemeinden über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung (§ 3 Nr. 17 EnWG) im Gemeindegebiet gehören. Das EnWG umfasst in diesem Zusammenhang nur „Energie" im Sinne des Paragrafen 3 Abs. 14 EnWG, also lediglich Elektrizität, Gas und Wasserstoff. Der Energieträger Fernwärme ist bereits nach dem Wortlaut nicht in dieser Definition berücksichtigt.

Die Gesetzesbegründung hierzu macht außerdem deutlich, dass der Gesetzgeber bewusst davon abgesehen hat, das EnWG auf weitere Energieträger – insbesondere Fernwärme –

auszudehnen (BT-Drs. 15/3917, S. 47). Somit ist die Konzessionsvergabe nach Paragraf 46 Abs. 3 EnWG im Bereich der Fernwärme nicht anwendbar. Das EnWG erfasst ausdrücklich und bewusst nur bestimmte Energieträger. Es lässt daher keinen Raum für mögliche Erweiterungen des Anwendungsbereichs.

...stattdessen gilt das Kartellrecht

Da es also bei Fernwärmenetzen kein dem sektorspezifischen Energierecht vergleichbares Regelungssystem gibt, das einen regelmäßigen Wettbewerb um das Fernwärmenetz sicherstellt, sind die allgemeinen kartellrechtlichen Regelungen anzuwenden. Diese sehen auf der Grundlage des Paragrafen 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen („GWB") je nach Ausgestaltung des Fernwärmenetzes eine Ausschreibungspflicht der Wegenutzungsrechte und der damit verbundenen Möglichkeit zur Verlegung und zum Betrieb des Fernwärmenetzes vor.

» EnWG gilt bei der Fernwärme nicht, stattdessen sind die allgemeinen kartellrechtlichen Regelungen anzuwenden.

Aus kartellrechtlicher Sicht ist eine Vergabe – eindeutig – dann erforderlich, wenn die Kommune dem Betreiber des Fernwärmenetzes durch die Einräumung von Wegenutzungsrechten eine weitgehende Ausschließlichkeit für die Wärmeversorgung einräumt (BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, Rn. 14). Eine solche Ausschließlichkeit liegt insbesondere dann vor, wenn ein Anschluss- und Benutzungszwang begründet oder beschränkte persönliche Dienstbarkeiten für das ausschließliche Recht der Wärmelieferung eingeräumt werden.

Hinsichtlich der Laufzeit der Gestattungsverträge und der damit verbundenen (potenziellen) Verpflichtung, Fernwärmenetze in regelmäßigen Abständen neu auszuschreiben, gibt es keine eindeutigen Aussagen des Gesetzgebers oder der Rechtsprechung. Das Bundeskartellamt stellte in seiner Sektoruntersuchung „Fernwärme" aus dem Jahr 2012 fest, dass Gestattungsverträge mit Laufzeiten von mehr als 20 Jahren oder sogar unbefristete Verträge weit verbreitet sind – ausdrückliche Bedenken gegen solche Vertragslaufzeiten äußerte es in diesem Zusammenhang nicht. Der konkreten Bestimmung der zulässigen Kooperationsdauer sollte jedenfalls eine sorgfältige Interessenabwägung zwischen dem Wettbewerbsinteresse und dem Interesse des Investors an der Amortisation seiner Netzinvestitionen sowie einer angemessenen Kapitalverzinsung zugrunde liegen.

» Hinsichtlich der Laufzeit der Gestattungsverträge gibt es keine eindeutigen Aussagen des Gesetzgebers oder der Rechtsprechung.

Die kartellrechtliche Unternehmenseigenschaft von Kommunen

Kommunen sind grundsätzlich als „Unternehmen" im Sinne des Kartellrechts anzusehen. Der BGH bestätigte dies mit seinem Urteil vom 5. Dezember 2023 (Az. KZR 101/20) ausdrücklich. Während das OLG Stuttgart in seinem dem BGH- Urteil vorangegangenen Urteil vom 26. März 2020 (Az. 2 U 82/19) die Unternehmenseigenschaft bei einer Rekommunalisierung des Fernwärmenetzes und der damit verbundenen Übernahme des Netzes des bisherigen Betreibers durch die Kommune zunächst verneint hatte, hat der BGH dies mit Urteil vom 5. Dezember 2023 (Az. KZR 101/20) ausdrücklich bejaht. Die Unternehmenseigenschaft von Kommunen im Sinne des Kartellrechts ist daher grundsätzlich zu bejahen – sowohl bei der Errichtung eines neuen Leitungsnetzes als auch bei der Frage, wie mit einem bestehenden Leitungsnetz nach Ablauf des Konzessionsvertrages zu verfahren ist.

Darüber hinaus sind die Kommunen auch marktbeherrschend im Sinne des Paragrafen 18 Abs. 1 GWB, da es grundsätzlich wirtschaftlich unsinnig ist, ein weiteres Leitungsnetz parallel zu einem bereits bestehenden zu verlegen (BGH, Urt. v. 5. Dezember 2023, Az. KZR 101/20, Rn. 29). Zum einen liegt das an den hohen Investitionskosten. Aber auch technische Gründe sorgen dafür, dass die Verlegung von parallelen Leitungsnetzen in der Regel abwegig ist und daher nicht realisiert wird. Daher sind die Wegegrundstücke der Kommunen auch die einzige Möglichkeit zur Verlegung und zum Betrieb eines flächendeckenden Wärmenetzes in einem Gemeindegebiet. Ein Anspruch auf Verlegung eines Leitungsnetzes nach Paragraf 19 Abs. 1, 2 Nr. 1, 33 GWB besteht jedoch nicht. Da es sich bei den Wegenutzungsrechten um ein „knappes Gut" handelt, kann – so auch der BGH – nicht „jedermann" ein Recht und die damit verbundene Erlaubnis zur Nutzung eingeräumt werden.

Noch ungeklärt: Inhouse-Vergabe für Kommunen

In der Rechtsprechung noch ungeklärt ist, ob Kommunen bei der Konzeption eines neuen Fernwärmenetzes, gegebenenfalls auch in Verbindung mit einem neuen Gesamtwärmekonzept, also einer vorgeschalteten umweltneutralen Wärmeerzeugung, die (kartell-)rechtliche Möglichkeit einer Inhouse-Vergabe haben.

Bei Strom- und Gasnetzen ist die Inhouse-Vergabe unzulässig, allerdings bezieht sich der BGH hier eindeutig auf Paragraf 46 Abs. 6 EnWG, der – wie dargestellt – bei Fernwärmenetzen gerade keine analoge Anwendung findet (BGH, Urt. v. 17. Dezember 2013, Az. KZR 65/12, Rn. 31 – Stromnetze Heiligenhafen). Zwar hat der BGH entschieden, dass das Konzernprivileg für die öffentliche Hand nicht gilt, wenn sie sich wirtschaftlich betätigt und das Ausfluss einer hoheitlichen Tätigkeit der öffentlichen Hand ist (BGH, Urt. v. 24. September 2002, Az. KZR 4/01 – Kommunaler Schilderprägerbetrieb). Bei der Einräumung von Wegenutzungsrechten ist die öffentliche Hand allerdings zivilrechtlich als Eigentümer der Wegegrundstücke tätig, weswegen die Rechtsprechung nicht übertragbar ist.

Eine Inhouse-Vergabe beim Neubau eines Fernwärmenetzes ist daher wohl vor allem dann möglich, wenn ein sachlich gerechtfertigter Grund im Sinne des Paragrafen 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB vorliegt. Als Ausfluss des Art. 28 Abs. 2 GG und der damit verbundenen kommunalen Selbstverwaltungsfreiheit kann insbesondere ein kommunales Eigenversorgungskonzept ein

sachlich gerechtfertigter Grund sein, gerade wenn eine Wärmeversorgung mit umweltneutraler Wärme sicherzustellen ist. Letztlich ist diese Frage noch nicht abschließend geklärt und bleibt einzelfallbezogen zu prüfen.

Vergaberechtliche Ausschreibungspflicht im Fernwärmesektor selten von Bedeutung

Die vergaberechtliche Ausschreibungspflicht bei der Vergabe von Wegenutzungsrechten zur Verlegung von Leitungen richtet sich nach den Vorschriften des vierten Teils des GWB. Ein ausschreibungspflichtiger öffentlicher Auftrag ist gemäß Paragraf 103 Abs. 1 GWB ein entgeltlicher Vertrag zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, welche die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben.

Auch im Rahmen einer ausschreibungspflichtigen Konzession nach Paragraf 105 Abs. 1 GWB, bei der dem Auftragnehmer ein Nutzungsrecht und damit einhergehend auch das Betriebsrisiko übertragen wird, bedarf es eines sogenannten Beschaffungsvorgangs. Dies ergibt sich in diesem Zusammenhang aus dem Merkmal der Betrauung. Der Nutzen der konzessionsgegenständlichen Leistung muss stets dem Konzessionsgeber zustehen (Erwägungsgrund Nr. 11 der Richtlinie 2014/23/EU). Das Vorliegen einer Betrauung ist somit an das Erfordernis eines Beschaffungsbezugs geknüpft.

Einen Beschaffungscharakter weisen diese Vorgänge dann auf, wenn ein öffentlicher Auftraggeber als Nachfrager von Leistungen am Markt auftritt, also einen eigenen Bedarf befriedigt. Nicht erfasst werden hingegen Sachverhalte, in denen der öffentliche Auftraggeber als bloßer Anbieter von Leistungen agiert. Dies wird beim reinen Verkauf eines Grundstücks durch die Kommune angenommen.

Für die Annahme einer vergabepflichtigen „Beschaffung" bei Abschluss eines Überlassungs- beziehungsweise Gestattungsvertrags ist es nach der Rechtsprechung erforderlich, dass sich der öffentliche Auftraggeber über die Überlassung hinaus eine Leistung beschafft, die im unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse des Auftraggebers liegt (vgl. EuGH, Urt. v. 25. März 2010, Az.: C-451/08 – Helmut Müller). Denkbar wäre die Annahme eines solchen Interesses beispielsweise bei einer finanziellen Beteiligung der Kommune im Rahmen der Verlegung der Leitungen oder bei der Erbringung von bestimmten Leistungen für die Kommune. Etwaige Fernwärmegestattungsentgelte finden hierbei keine Berücksichtigung, da sie als Gegenleistung für die Gewährung des Wegenutzungsrechts und somit nicht als finanzielles Interesse anzusehen sind. Die bloße Einhaltung von öffentlich-rechtlichen Vorschriften reicht ebenfalls in diesem Zusammenhang nicht für die Annahme eines solchen Vorteils aus.

Entscheidend wird hierbei immer die konkrete Ausgestaltung des Vorhabens sein. Im Ergebnis wird aber in der Regel aufgrund des reinen Gewährens von Wegenutzungsrechten für die Verlegung von Leitungen keine vergaberechtliche Ausschreibung erforderlich sein – dies sollte letztlich allerdings immer im Einzelfall geprüft werden.

Fazit

Die jüngste Entscheidung des Bundesgerichtshofs eröffnet neue Perspektiven für mehr Wettbewerb im Bereich bestehender Fernwärmenetze und ist daher zu begrüßen.

Insbesondere im Hinblick auf den Anschluss- und Benutzungszwang war schon zuvor geklärt, dass eine Ausschreibung zwingend erforderlich ist.

Vergaberechtliche Ausschreibungspflichten spielen im Zusammenhang mit der Vergabe von Wegenutzungsrechten im Fernwärmesektor nur selten eine Rolle. Gleichwohl sollte bei der konkreten Ausgestaltung der Überlassung das Vergaberecht im Blick behalten werden – insbesondere dann, wenn die Gestattung mit etwaigen Verpflichtungen gegenüber der Kommune oder mit Anforderungen verbunden wird, die über öffentlich-rechtliche Vorgaben hinausgehen.

Gleichzeitig ist es aber wichtig, dass die Kommunen – insbesondere bei der Errichtung neuer Fernwärmenetze – eine eigene planerische Gestaltungsfreiheit behalten. Dies ermöglicht eine sinnvolle Umsetzung der Wärmewende und die Verknüpfung des Betriebs von Fernwärmenetzen mit einer vorgelagerten klimaneutralen Wärmeerzeugung, um die ambitionierten Ziele der Bundesregierung, bis 2045 ausschließlich mit erneuerbaren Energien zu heizen, umsetzen zu können.

CHRISTOPH KÖBERLE

Jahrgang 1994

- 2013–2019 Studium der Rechtswissenschaften, Eberhard Karls Universität Tübingen / Istanbul University
- 2019–2021 Referendariat, Oberlandesgericht Stuttgart
- 2021/2022 Master of Laws (LL.M.) "European Economic Law and Competition Law", Stockholm University
- seit 2022 Rechtsanwalt mit Schwerpunkt (Energie-)Kartellrecht und Beihilferecht

Christoph.koeberle@menoldbezler.de

MELANIE HANTSCHEL

Jahrgang 1994

- 2013–2019 Studium der Rechtswissenschaften, Julius-Maximilians-Universität Würzburg
- 2019–2021 Referendariat, Oberlandesgericht Stuttgart
- seit 2021 Rechtsanwältin mit Schwerpunkt Vergaberecht

Melanie.hantschel@menoldbezler.de

e|m|w

Das ener|gate-Magazin.

energate gmbh
Norbertstraße 3–5
D-45131 Essen
Tel.: +49 (0) 201.1022.500
Fax: +49 (0) 201.1022.555
www.energate.de

Werden Sie Mitglied im **ener|gate club**
und erhalten Sie neben der **e|m|w**
viele weitere exklusive Leistungen!

www.energate.club