



AGFW Infotag Recht
Berlin, 8. November 2016

Wegenutzungsverträge für Fernwärme aus kartellrechtlicher Sicht

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)
Georg-August-Universität Göttingen

I. Einführung

1. Ausgangspunkt

Auslaufen zahlreicher Konzessionsverträge und Ausschreibung von **Strom- und Gasnetzen** nach § 46 Abs. 2 EnWG

2. Kernfrage

Ausschreibung von **Wegenutzungsverträgen oder Fernwärmenetzen?**

3. Rechtsgrundlage

- ⇒ § 46 Abs. 2 EnWG direkt/analog?
- ⇒ Vergaberecht / Dienstleistungskonzessionsrecht?
- ⇒ Kartellrecht?

I. Einführung

4. Fragestellungen

- Folgt aus kartellrechtlichen Regelungen ein **Anspruch von FVU auf Einräumung** von Wegenutzungsrechten?
- Folgt aus kartellrechtlichen Regelungen eine **Pflicht von Gemeinden zur Ausschreibung** der Wegenutzungsverträge oder Fernwärmenetze?
- Welche Rolle spielen in diesem Zusammenhang sog. **“Endschafftsklauseln”** oder **“Heimfallklauseln”**?

II. Anspruch auf Einräumung von Wegenutzungsrechten

1. Rechtsgrundlage: § 19 GWB

„(1) Die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten“.

- Gemeinden sind Unternehmen** i.S.d. Kartellrechts.
(z.B. BGH 17.12.2013, KZR 66/12, NVwZ 2014, 807 – *Stromnetz Berkenthin*)
- Markt hier** = Vermietung öffentlichen Straßengrunds im Gebiet der Gemeinde
- Marktbeherrschende Stellung** der Gemeinden folgt aus ihrem Wegemonopol.
(z.B. BGH 11.11.2008, KZR 43/07, NVwZ-RR 2009, 596 – *Neue Trift*)

⇒ **Gemeinden sind Verbotsadressaten des § 19 GWB**

II. Anspruch auf Einräumung von Wegenutzungsrechten

2. Verbotshalt des § 19 GWB

„(2) Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen ...

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

- a) **Diskriminierung** konkurrierender FVU ist verboten.
- b) **Unbillige Behinderung** des ersten FVU ist verboten.

⇒ **Kontrahierungspflicht der Gemeinden?**

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

5

II. Anspruch auf Einräumung von Wegenutzungsrechten

c) Kontrahierungspflicht bei wesentlichen Einrichtungen

„(2) Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen ...

4. sich weigert, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt **Zugang zu den eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren**, wenn es dem anderen Unternehmen ... ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt ... tätig zu werden ...“.

- ⇒ **Öffentlicher Straßengrund = wesentliche Einrichtung**, da Nutzung für Fernwärmeleitungen unverzichtbar
- ⇒ Grds. **Pflicht der Gemeinden, jedem Zugangspetenten ein nicht-ausschließliches Nutzungsrecht** zu angemessenen und nicht-diskriminierenden Bedingungen **zu gewähren**

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

6

II. Anspruch auf Einräumung von Wegenutzungsrechten

d) Ausnahme: Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit

„(2) Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, ...

4. ... **dies gilt nicht, wenn** das marktbeherrschende Unternehmen nachweist, dass die Mitbenutzung aus betriebsbedingten oder sonstigen Gründen **nicht möglich oder nicht zumutbar** ist“.

⇒ **Unmöglichkeit** ist kaum denkbar (genug Platz ist vorhanden).

⇒ **Unzumutbarkeit?**

- ⇒ Ist gegeben bei nachweislicher **Unzuverlässigkeit** des FVU, aber
- ⇒ nicht bei ökonomischer **Sinnlosigkeit** der Doppelverlegung
- ⇒ nicht bei „**Fernwärmeunwürdigkeit** bestimmter Gebiete
- ⇒ nicht bei **exklusiver Zuweisung** an eigenes / drittes Unternehmen
- ⇒ nicht zum **Schutz** kommunaler Unternehmen **vor Wettbewerb**.

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

7

II. Anspruch auf Einräumung von Wegenutzungsrechten

3. Rechtsfolgen der Verletzung des § 19 GWB

a) Zivilrechtliche Rechtsfolgen

- **§ 33 GWB**: Beseitigungs- und Schadensersatzanspruch
 - ⇒ Anspruch auf Vertragsschluss
 - ⇒ ggf. Anspruch auf zusätzlichen Schadensersatz
- **§ 134 BGB**: Nichtigkeit von Vertragsklauseln

b) Verwaltungs-/bußgeldrechtliche Rechtsfolgen

- **§ 32 GWB**: Kartellbehördliche Beseitigungsverfügung
- **§ 81 GWB**: Bußgeld

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

8

III. Ausschreibung vor Errichtung eines Fernwärmenetzes

1. Rechtsgrundlage: § 19 GWB nach Maßgabe der “Schilderpräger-Rechtsprechung”?

„(1) Die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten.

(2) Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen ...

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

Grundlegende Entscheidung:

BGH 14.7.1998, KZR 1/97, NJW 1998, 3778 – *Schilderpräger im Landratsamt*

III. Ausschreibung vor Errichtung eines Fernwärmenetzes

2. Übertragbarkeit der “Schilderpräger-Rechtsprechung” auf Wegenutzungsverträge?

- **Gemeinde** in beiden Fällen **marktbeherrschend**
 - **aber:** bei Wegenutzungsverträgen resultiert Marktbeherrschung nicht aus einer Knappheitssituation
- ⇒ **Rechtsfolgen des § 19 GWB**
- **bei nicht-knappen Gütern:** **Kontrahierungspflicht** gegenüber jedermann, sofern “wesentliche Einrichtung”
 - **(nur) bei knappen Gütern:** **Ausschreibungspflicht**, damit jeder irgendwann einmal zum Zuge kommen kann
 - **Besonderheiten für ABZ-Gebiete?** auch hier nicht Wege, sondern allenfalls nach öffentl. Recht exklusive Versorgerstellung “knapp”

IV. Ausschreibung bei Bestehen eines Fernwärmenetzes

1. Wegenutzungsrechte?

= nicht-knappes Gut

- ⇒ Anspruch neuer Wettbewerber auf **erstmalige Einräumung**
- ⇒ Anspruch des etablierten FVU auf **Wiedereinräumung**

2. Fernwärmenetz?

nur einmal vorhanden, aber im Eigentum des FVU und von diesem **mit unternehmerischem Risiko im Wettbewerb errichtet**

- ⇒ "first mover advantage" des ersten FVU legitim
- ⇒ Errichtung weiterer Netze nicht ausgeschlossen
- ⇒ **keine gesetzliche Grundlage für Ausschreibung**, insbesondere auch sonst kein Recht des Vermieters, Vermögenswerte seiner vertragstreuen Mieter auszuschreiben

IV. Ausschreibung bei Bestehen eines Fernwärmenetzes

3. Rechtspolitische Betrachtung

- **Besonderheiten der Fernwärme** (insbesondere Einheit von Erzeugung und Netz) => Art. 14 GG besonders betroffen
- Ausschreibung **nicht zur Wettbewerbsermöglichung erforderlich**
- **Keine Kompetenz der Gemeinden**, ordnungspolitische Grundentscheidungen zu treffen oder Wettbewerb zu regeln
 - Gesetzgeberische Entscheidung gegen Ausschreibung
 - Keine Kompetenz aus Art. 28 Abs. 2 GG
 - Keine Kompetenz mit Blick auf "Daseinsvorsorgepflicht"

⇒ **Ausschreibung bestehender Fernwärmenetze gegen den Willen der Eigentümer ist rechtswidrig**

V. Relevanz und Grenzen von Endschafftsklauseln

1. Kartellrechtliche Grenzen des Kündigungsrechts

Grds. **Anspruch der FVU auf Wiedereinräumung** von
Wegenutzungsrechten

⇒ Kündigung durch Gemeinde nur zulässig, wenn dies
ausnahmsweise anders ist (dolo agit)

2. Relevanz von Endschafftsklauseln?

**Endschafftsklausel greift erst nach – grds. einvernehmlicher –
Beendigung des Wegenutzungsvertrages.**

⇒ Nach Beendigung regelt Endschafftsklausel, was mit dem Netz
geschehen soll und verhindert dessen Entwertung.

V. Relevanz und Grenzen von Endschafftsklauseln

3. Kartellrechtliche Grenzen von Endschafftsklauseln

**Keine Kompetenz, aufgrund einer Endschafftsklausel, das Netz
gegen den Willen des FVU an Gemeinde zu ziehen**

– **sonst:** Verstoß gegen Art. 14 GG und **§ 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB:**

„(2) Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes
Unternehmen ...

2. Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die von
denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher
Wahrscheinlichkeit ergeben würden ...“.

⇒ Fordern nur aufgrund der marktbeherrschenden Stellung des Verwenders
durchsetzbarer AGB = **Konditionenmissbrauch**

(z.B. BGH 6.11.2013, KZR 58/11, NZKart 2014, 31 – *VBL-Gegenwert*)

⇒ **Nichtigkeit solcher Klauseln** nach §§ 1, 19 GWB i.V.m. § 134 BGB

VI. Fazit

1. Aus dem Kartellrecht lässt sich **keine Pflicht und auch kein Recht der Gemeinden zur Ausschreibung** von Wegenutzungsverträgen oder gar Fernwärmenetzen ableiten.
2. Die Gemeinden sind vielmehr kartellrechtlich **verpflichtet, jedem FVU ein nicht-exklusives Wegenutzungsrecht** zu angemessenen und nicht-diskriminierenden Bedingungen **einzuräumen bzw. wiedereinzuräumen**.
3. Die Gemeinden unterliegen auch **bei der Ausgestaltung von Wegenutzungsverträgen**, einschließlich Kündigungs- und Endschaftsklauseln, **kartellrechtlichen Grenzen**.
4. Aus einer **Endschaftsklausel** kann **kein Recht** der Gemeinde **zur Ausschreibung vom Netzen** abgeleitet werden.

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

15



Georg-August-Universität Göttingen
Juristische Fakultät

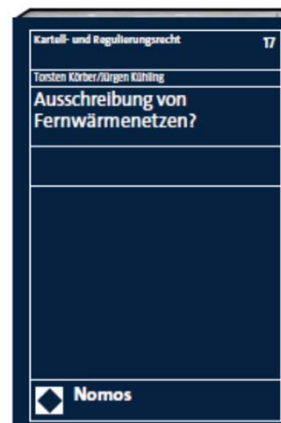
Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M.
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Kartellrecht,
Versicherungs-, Gesellschafts- und Regulierungsrecht

**Vielen Dank für
Ihre Aufmerksamkeit!**

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M.
Georg-August-Universität Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 6,
D-37073 Göttingen
Telefon 0551-39 10156, Fax 0551-39 7414

Email: Koerber@LS-Koerber.de

Webseite: www.LS-Koerber.de



(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

16