



**enreg Workshop**  
**„Kommunale Wärmeplanung“**  
Berlin, 8. November 2023

**Wettbewerb um und in  
Fernwärmenetze(n)?**

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

# A. Ausgangspunkt

## I. „Wärmewende“ => Umstellung der Wärmeversorgung auf EE

- Realistisch betrachtet heißt das: auf Wärmepumpen und Fernwärme
- **Ist-Zustand**
  - ca. 14 % der Haushalte heizen derzeit mit Fernwärme, davon ca. 12 % auf der Basis eines ABZ (insgesamt also nur 1,68 % der Haushalte)
  - ca. 18 % der Nettowärmeerzeugung aus EE
- **Soll 2045**
  - 40 % Anteil der Fernwärme beim Heizen
  - klimaneutrale Fernwärme
- (P) teils inkonsistente Politik und Gesetzgebung, z. B.
  - *einerseits* massive Ausweitung von Anschluss- und Benutzungszwängen (ABZ) geplant
  - *andererseits* Störung der Planungssicherheit durch § 3 Abs. 2 ABVFernwärmeV 2021

# A. Ausgangspunkt

## II. Besonderheiten der Fernwärme

- **hohe Fixkosten** (Netzausbau ca. 8x so teuer wie beim Gasnetz)
- schon heute oft **klimafreundliche Erzeugung** via KWK
- **lokaler Charakter** aufgrund von Wärmeverlusten beim Transport
- **Einheit von Produktion und Netz**
  - fehlende Fernwärme kann nicht zugekauft werden
  - überschüssige Fernwärme kann nicht außerhalb des eigenen Netzes abgesetzt werden (keine „Kupferplatte“)

⇒ zwar Systemwettbewerb bei Entscheidung zwischen Energiesystemen

⇒ danach aber **FVU als Versorger in seinem Netzgebiet idR Monopolist**

# A. Ausgangspunkt

## III. Regulierungs- und Kartellrecht

- **Fernwärme wurde aus dem EnWG** (einschließlich der §§ 46 ff. EnWG) durch bewusste Entscheidung des Gesetzgebers **ausgeklammert** => jedwede Analogien zum EnWG verbieten sich.
- privatwirtschaftliche Organisation der Fernwärme in den Leitplanken der **AVBFernwärmeV** und des **GWB** (d. h. des dt. Kartellrechts).
  
- **Probleme / Fragestellungen:**
  1. **Preismissbrauch** („Wettbewerb hinter dem Netz“)
  2. **Drittzugang** zu Fernwärmenetzen („Wettbewerb im Netz“)
  3. **Aneignung oder Ausschreibung** von Fernwärmenetzen („Wettbewerb um das Netz“)

## B. Preismissbrauch?

- (P) **Monopolstellung** der FVU auf Versorgungsebene
- (P) steigende Fernwärmepreise aufgrund steigender **Gaspreise**
- (P) Preiserhöhungen nach Umstellung auf EE (**Dekarbonisierung**)

⇒ primär Fragen des § 24 AVBFernwärmeV, aber ggf. auch der § 19 GWB

- **Sektoruntersuchung Fernwärme BKartA (2012)**: wettbewerbliche Defizite, Preisunterschied teils 100 %, aber kein Hinweis auf flächendeckenden Preismissbrauch
- **Sektoruntersuchung LWB NRW (2020)**: dito, aber mehr Transparenz für FW-Kunden gewünscht
- **10. GWB-Novelle 2021: Erweiterung des § 29 GWB auf Fernwärme** (eher Symbolpolitik)

# C. Drittzugang?

## I. Rechtsgrundlage

- EnWG / sonstiges Regulierungsrecht (-)

⇒ **§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB (essential facilities-Regelung)**

## II. Zweck des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB

- **Ermöglichung des Wettbewerbs** auf einem vor- oder nachgelagerten Markt
- **durch** Erzwingung der **Mitbenutzung von Netzen** oder anderen für den Marktzugang wesentlichen Infrastruktureinrichtungen durch Dritte
- **gegen angemessenes Entgelt**

## C. Drittzugang?

### III. Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB

1. **Zugangsobjekt:** Fernwärmenetz
2. **Normadressat:** Fernwärmeversorgungsunternehmen (FVU) als i.d.R. monopolistischer Netzinhaber
3. **Möglicher Zugangspetent:** (potentieller) Wettbewerber auf vor- oder nachgelagertem Markt, d. h.
  - Anbieter, der Wärme zu seinen Kunden **durchleiten** will (+)
  - kein Anspruch auf vom Netzinhaber bezahlte Abnahme von Wärme

## C. Drittzugang?

4. **Zugangsgrund:** Unmöglichkeit des Marktzugangs ohne Nutzung des FW-Netzes?
  - a) **Fehlende Duplizierbarkeit** (kein zweites Netz möglich?)
    - **rechtlich:** behördliche Untersagung
    - **tatsächlich:** kein Platz
    - **ökonomisch:** für *keinen* Dritten (allein oder zusammen mit anderen) Doppelerlegung rentabel
  - b) **Fehlende Substituierbarkeit** (kein anderer Kundenzugang)
    - wohl idR gegeben, wenn kein zweites Netz errichtet werden kann



## C. Drittzugang?

5. **Ausschlussgrund:** Mitbenutzung unmöglich oder dem Netzinhaber unzumutbar?

a) **Unmöglichkeit**

- **tatsächlich:** z. B. unüberwindliche Inkompatibilität des Energieträgers, Anschluss an unmöglicher Stelle begehrt
- **rechtlich:** Kapazitätsengpass aufgrund wirksamer vertraglicher Verpflichtungen

b) **Unzumutbarkeit**

umfassende Abwägung der Interessen des FVU, des Zugangspetenten und der Allgemeinheit ...

# C. Drittzugang?

## aa) Investitions- und Innovationsschutz des Netzinhabers

## bb) Eigenes Nutzungs- und Absatzinteresse

- Repartierungspflicht nur bzgl. nicht durch vertragliche Verpflichtungen gebundener Kapazitäten, grds. keine Netzauf- oder –ausbaupflicht
- **aber kein Schutz** vor Marktanteils-/Gewinneinbußen an sich (d. h. „**vor Wettbewerb**“)
- Schutz der **Versorgungssicherheit**
- Schutz vor Störungen des **Betriebsablaufs**
- Schutz der **effizienten Fahrweise** der Kraftwerke (wg. fehlender Möglichkeit, Fernwärme anderweitig abzusetzen oder zu beziehen)
- ggf. **persönliche Unzumutbarkeit** bestimmter Vertragspartner, z.B. mangelnde Solvenz

# C. Drittzugang?

## cc) Allgemeininteressen

### (1) Schutz des Wettbewerbs

Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB (unstreitig)

### (2) Energiepolitische Ziele, insbesondere Klimaschutz

- grds. gesetzgeberische Privilegierung der Fernwärme
- Durchleitungsanspruch ggf. denkbar, wenn nachweislich klimapolitisch vorteilhaft

⇒ Recht auf **Drittzugang** ist eher **Ausnahme** als Regel

⇒ und auch dann nur **gegen Übernahme der Anschlusskosten** und **angemessenes Nutzungsentgelt**



## D. Wettbewerb um das Netz?

- **Unanwendbarkeit der §§ 46 ff. EnWG** auf Fernwärmenetze (FWN)
- Notwendigkeit, (auch) **öffentliches Straßenland** für FWN zu verwenden
  - **Wegenutzungsverträge** der Fernwärmeversorgungsunternehmen (FVU) mit Kommunen sind i.d.R. **Mietverträge** (keine „Konzessionen“),
  - teils auch Regelung als **Sondernutzung** (z. B. Berlin)

### (P) Was geschieht bei Auslaufen eines Wegenutzungsvertrags?

- **Aneignungsrecht** der Kommunen zwecks (Re)Kommunalisierung?
- **Ausschreibung** des Fernwärmenetzes durch die Kommunen?
- **Anspruch auf Wiedereinräumung** der Wegenutzungsrechte?

# I. 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

## 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 Gemeingebrauch 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.
- keine Berufung auf Art. 28 Abs. 2 GG
- kein Übereignungsanspruch im Wege ergänzender Vertragsauslegung
- kein Übereignungsanspruch aus §§ 1004, 552, 997 BGB

## II. LG Stuttgart (14.2.2019, 11 O 225/16)

Klage auf Übereignung des FWN vs. Widerklage auf Feststellung der Pflicht zum Abschluss neuem Wegenutzungsvertrags

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 der Stadt Stuttgart
- 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

# III. OLG Stuttgart (26.3.2020, 2 U 82/19)

## 1. Zivilrechtliche Bewertung

- kein Eigentumserwerb der Stadt am FWN nach § 946 BGB
- kein gesetzlicher Anspruch auf Übereignung des FWN durch EnBW aus §§ 552, 997, 1004 BGB
- keine Auslegung/Ergänzung des Wegenutzungsvertrags i.S.e. Übereignungspflicht
- aber Beseitigungsanspruch der Stadt gegen EnBW aus § 1004 BGB (=> faktischer Übereignungs- oder jedenfalls Verpachtungszwang)

## 2. Kartellrechtliche Bewertung

- denn – entgegen LG - keine Pflicht zur Einräumung von Wegenutzungsrechten nach §§ 19, 33 GWB,
- da Stadt bei Wegerechtsvergabe „nicht unternehmerisch tätig ist“,
- zudem öffentliche Wege kein „Netz“ i.S.v. § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB und
- da Verweigerung nicht unbillig: Interesse der Stadt keine Rechte an Dritte zu erteilen, um das Netz selbst zu übernehmen überwiegt Interesse von EnBW am Weiterbetrieb.

# IV. Pflicht zur Einräumung von Wegenutzungsrechten

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

1. Kommunen = **Unternehmen** auf dem Markt für die Einräumung von Wegenutzungsrechten im Gemeindegebiet
2. Kommunen insoweit auch = **Marktbeherrscher** (Monopolisten)
3. Öffentliches Straßennetz = **wesentliche Einrichtung („Netz“)** i.S.v. § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB

Punkte 1 – 3 praktisch unstreitig und auch in stRspr. des BGH anerkannt.

⇒ **Entscheidung des OLG Stuttgart verkennt das Kartellrecht.**

⇒ **§§ 19, 33 GWB sind ohne Zweifel einschlägig.**



# IV. Pflicht zur Einräumung von Wegenutzungsrechten

**4. Rechtsfolge der §§ 19, 33 GWB:** Verbot, andere Unternehmen (hier EnBW) *unbillig* zu behindern oder zu diskriminieren,

d. h.

- ⇒ **Pflicht zur diskriminierungsfreien Einräumung** von Wegenutzungsrechten **an jedes FVU**, wenn bereits einem anderen FVU solche Rechte eingeräumt wurden (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB)
- ⇒ **Pflicht zur erstmaligen Einräumung / Wiedereinräumung** von Wegenutzungsrechten,
- ⇒ **es sei denn**, die Gemeinde weist nach, dass ihr dies nicht möglich oder nicht zumutbar ist (vgl. § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB) ...

# IV. Pflicht zur Einräumung von Wegenutzungsrechten

**Argumente Stuttgarts und des OLG Stuttgart gehen allesamt fehl:**

- **Eigentum der Stadt?** (-), wird gerade durch § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB relativiert
  - **Interesse selbst in die FW-Versorgung einzusteigen?** (-), § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB will genau das (Marktbeherrscher reißt anderen Markt an sich) verhindern
  - **Art. 28 Abs 2. GG?** (-), schützt Kommunen vor Eingriffen „von oben“ durch Land und Bund, gibt ihnen aber keine Rechte gegenüber Bürgern/Unternehmen
  - **kein Schutz nach Ablauf der Vertragslaufzeit?** (-), unabdingbarer *kartellrechtlicher* Anspruch auf Wiedereinräumung
  - **kein „Ewigkeitsrecht“ ?** (-), EnBW hat „first mover advantage“, Kartellrecht verbietet Monopole nicht
  - **Wettbewerbsförderung ?** (-), Aneignung oder Ausschreibung erzeugt effektiv nicht mehr Wettbewerb, sondern tauscht nur den Monopolisten aus
- ⇒ **Anspruch jedes FVU (auch von EnBW) auf Einräumung von nicht exklusiven Wegenutzungsrechten aus §§ 19, 33 GWB** (LG Stuttgart lag richtig)

# V. 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?**
- **Schilderträger-Rspr. zu § 19 GWB (z. B. BGH 24. 9. 2002 - KZR 4/01)?**

*Keine Ausschreibungspflicht und kein Ausschreibungsrecht, denn:*

- **keine Knappheitssituation** wie in Schilderträger-Rspr.
- **keine Ausschreibung des Unternehmens** bei Schilderträger-Rspr.
- **Einheit von Produktion und Netz** bei der Fernwärme (≠ „Kupferplatte“) => Netz kann nicht von Anlagen getrennt werden
- **keine Kompetenz der Gemeinden zur Regelung des Wettbewerbs**
- **keine Kompetenz aus Art. 28 Abs. 2 GG / Daseinsvorsorgepflicht**

## VI. BGH (KZR 101/20)

- Verkündungstermin war ursprünglich 10.10.2023.
- **Neuer Verkündungstermin: 5.12.2023**
- Mdl. Verhandlung vom 11.7.2023
- Lt. Presseberichten:
  - **BGH deutet wohl Tendenz an, eine Ausschreibungspflicht oder jedenfalls ein Recht zur Ausschreibung anzunehmen.**
  - **Basis? Vermutlich § 19 GWB, da eine Analogie zu § 46 EnWG offensichtlich unzulässig wäre.**
  - Wenn das so käme, wäre das aus den o. g. Gründen eine fehlerhafte Sichtweise.
  - Es ist zu hoffen, dass der BGH die Zeit bis 5.12.2023 nutzt, um den Fall kartell- und zivilrechtlich korrekt einzuordnen.

## VII. Fazit

1. Die **FVU haben** nach dem Auslaufen eines Wegenutzungsvertrags in aller Regel einen **Anspruch auf (Wieder-) einräumung des Wegenutzungsrechts** aus §§ 19, 33 GWB (und ggf. auch aus straßenrechtlichen Normen).
2. Die **Kommunen verfügen über keine Berechtigung**, sich ihnen nicht gehörende **FWN anzueignen oder diese auszuschreiben** (und sie sind erst recht nicht kartellrechtlich dazu verpflichtet).





# Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

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

Email: [Koerber@LS-koerber.de](mailto:Koerber@LS-koerber.de)

[www.LS-Koerber.de](http://www.LS-Koerber.de)