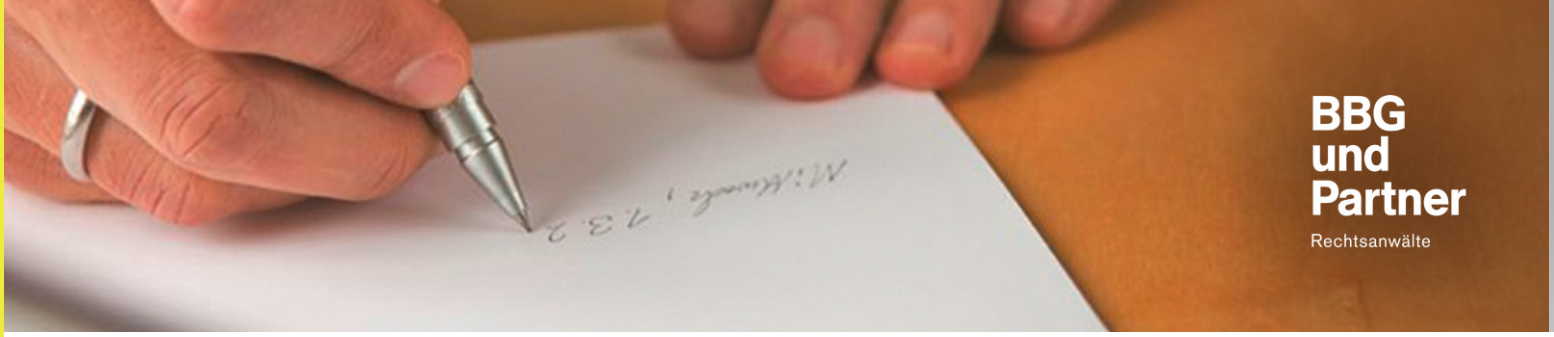

BBG und Partner
Rechtsanwälte

Update Vergaberecht

Wichtige Weichenstellungen für den Fernwärmemarkt

BGH, Urteil vom 05.12.2023 – KZR 101/20

Der Wärmeversorger W betreibt in der Stadt S ein Fernwärmenetz, das er auf der Grundlage eines mit S geschlossenen Wegenutzungsvertrages errichtet hatte. Dieser war zum 31.12.2013 ausgelaufen, enthielt allerdings keine Regelungen dazu, was hieraus für das Netz folgt. S beabsichtigt den neuen Wegenutzungsvertrag im Rahmen eines transparenten, wettbewerblichen Auswahlverfahrens auszuschreiben und verlangt von W die Verschaffung des Eigentums am Netz, hilfsweise dessen Beseitigung. W leitet demgegenüber aus ihrem Eigentum an dem Netz ein „Ewigkeitsrecht“ auf die Wegenutzung ab und verlangt von S den Abschluss eines neuen Wegenutzungsvertrages.

Nach Durchlaufen sämtlicher Instanzen musste schließlich der BGH entscheiden. Dieser stellte zunächst fest, dass W Eigentümerin der Netzleitungen sei, da es sich hierbei um Scheinbestandteile im Sinne von § 95 Abs. 1 BGB handele. Ein gesetzlicher Anspruch der S auf Übertragung des Eigentums bestehe nicht, insbesondere fehle es an einer Regelung, wie sie in § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG für Energienetze bestehe. Auch eine Pflicht zur Beseitigung bestehe nicht, jedenfalls nicht so lange S an dem Weiterbetrieb des Fernwärmenetzes interessiert sei. Andererseits bestehe kein Anspruch der W auf den Abschluss eines Wegenutzungsvertrages, weder aus ihrem Monopol in Form des Eigentums am Netz noch aus der marktbeherrschenden Stellung der S zu Wegenutzungsrechten. Zwar sei S als marktbeherrschendes Unternehmen für Wegenutzungsrechte an öffentlichen Wegen dem Missbrauchs- und Diskriminierungsverbot des § 19 GWB verpflichtet. Ein Anspruch auf ein Wegenutzungsrecht bestehe aber nur dann, wenn trotzdem sämtliche Interessenten parallele Netzinfrastrukturen errichten könnten. Hiervon könne aber nicht ausgegangen werden. S dürfe auch aus kartellrechtlichen Gründen Wegenutzungsrechte zeitlich begrenzt vergeben und einen Wettbewerb um das Netz organisieren, um die wettbewerblichen Nachteile des Leistungsmonopols zumindest teilweise zu kompensieren.

Bedeutung für die Praxis

Der BGH hat gleich mehrere wichtige Streitfragen geklärt und die Spielräume der Kommunen bei der Mitgestaltung des für die Energiewende so wichtigen Fernwärmemarktes erweitert. Insbesondere ist nun zugunsten von Kommunen geklärt, dass sie Wegenutzungsrechte für Fernwärmenetze mit einer Befristung vergeben und eine wettbewerbliche Auswahl des Vertragspartners vornehmen dürfen. Nicht beantworten musste der BGH die Frage, ob eine Gemeinde vor dem Abschluss eines Wegenutzungsvertrages für ein Wärmenetz verpflichtet ist, ein transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren zur Ermittlung des Vertragspartners durchzuführen und ggf. sogar bestehende unbefristete Fernwärmekonzessionen nach einer bestimmten Laufzeit (z. B. 30 Jahre) beenden und im Wettbewerb vergeben muss. Eine entsprechende Verpflichtung aus §§ 19, 20 GWB bzw. Europarecht wurde etwa für Trinkwasserkonzessionen angenommen und ist für Energienetzkonzessionen in den §§ 46 ff. EnWG besonders geregelt.