

Gutachten
zur gesetzlichen und vertraglichen Regulierung
des Berliner Fernwärmenetzes auf Landesebene

A. Auftrag

Der Präsident des Abgeordnetenhauses hat auf Grund einer entsprechenden Bitte der Enquete-Kommission „Neue Energie für Berlin“ den Wissenschaftlichen Parlamentsdienst mit der Erstellung eines Gutachtens zu den rechtlichen Möglichkeiten der gesetzlichen und vertraglichen Regulierung des Berliner Fernwärmenetzes auf Landesebene beauftragt. Im Einzelnen sollen folgende Fragen erörtert werden:

1. Welche Möglichkeiten bestehen zur Regulierung des Wärmenetzes, inklusive des Fernwärmenetzes, durch gesetzliche Regelungen auf Landesebene?
2. Welche Möglichkeiten bestehen zur Regulierung des Wärmenetzes, inklusive des Fernwärmenetzes, durch vertragliche Regelungen bzw. durch die Vergabe von Konzessionen auf Landesebene?
3. In Bezug auf die Fragestellungen zu 1.) und 2.) ist insbesondere auch zu prüfen, inwieweit es Möglichkeiten zur Einspeisung für lokale Produzenten gibt.

Die Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes sind urheberrechtlich geschützt. Die weitere Bearbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung – auch auszugsweise – ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt.

B. Stellungnahme

Vorbemerkung

Unter Fernwärme versteht man die Beheizung und Warmwasserversorgung größerer Gebäudegruppen, Straßenzüge oder Wohnsiedlungen durch eine oder mehrere Erzeugerstellen wie Heizwerke, Heiz- oder Blockheizkraftwerke. Der Wärmeträger Heißwasser wird dabei über Rohrleitungssysteme zum Verbraucher geliefert.¹ Nach der im Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz² verwendeten Definition sind Wärmenetze „Einrichtungen zur leitungsgebundenen Versorgung mit Wärme, die eine horizontale Ausdehnung über die Grundstücksgrenze des Standorts der einspeisenden KWK-Anlage hinaus haben und an die als öffentliches Netz eine unbestimmte Anzahl von Abnehmenden angeschlossen werden kann.“ (§ 3 Abs. 13 des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes). Die nachfolgende Untersuchung bezieht sich dieser Definition entsprechend auf das Berliner Fernwärmenetz, wobei – der Wertung der Richtlinie 2009/28/EG³ und des Bundesgesetzgebers folgend – zwischen Nah- und Fernwärme nicht unterschieden wird.⁴

Die Energieversorgung mit Fernwärme ist – anders als mit Strom und Gas – in Deutschland nicht umfassend sektorenspezifisch, sondern lediglich partiell in verschiedenen Fachgesetzen zum Energie- und Umweltrecht geregelt. Eine Regulierung ist je nach Zielrichtung unter verschiedenen Gesichtspunkten denkbar.⁵

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang insbesondere auf § 16 EEWärmeG⁶, wonach die Gemeinden von einer Bestimmung nach Landesrecht, die sie zur Begründung eines Anschluss- und Benutzungszwangs an ein Netz der öffentlichen Fernwärme- oder

¹ https://www.vattenfall.de/de/file/broschuere-basis-waerme-a4-r4.pdf_25670798.pdf.

² Gesetz für die Erhaltung, die Modernisierung und den Ausbau der Kraft-Wärme-Kopplung (Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz) vom 19. März 2002 (BGBl. I S. 1092), zuletzt geändert durch Art. 13 des Gesetzes vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066).

³ Richtlinie 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der Richtlinien 2001/77/EG und 2003/30/EG (ABl. Nr. L 140 S. 16, ber. 2014 Nr. L 216 S. 5, Nr. L 265 S. 33), zuletzt geändert durch Art. 1 der Richtlinie 2013/18/EU vom 13. Mai 2013 (ABl. Nr. L 158 S. 230).

⁴ BT-Drs. 17/3629, S. 40.

⁵ Vgl. dazu Schreiben StS SenStadtUm vom 21.10.2014 betr. Landeswärmegesetz in Bremen sowie Überblick über Regelungsmöglichkeiten bzgl. der Wärmeversorgung.

⁶ Gesetz zur Förderung Erneuerbarer Energien im Wärmebereich (Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz - EEWärmeG) vom 7. August 2008 (BGBl. I S. 1658), zuletzt geändert durch Art. 14 des Gesetzes vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066).

Fernkälteversorgung ermächtigt, auch zum Zwecke des Klima- und Ressourcenschutzes Gebrauch machen können.⁷ Eine Ermächtigung des Senats, durch Rechtsverordnung für bestimmte Gebiete den Anschluss an ein Nah- oder Fernwärmenetz vorzuschreiben, findet sich im Berliner Landesrecht in § 23 des Berliner Energiespargesetzes.⁸ Des Weiteren hat der Bundesgesetzgeber in § 3 Abs. 4 Nr. 2 EEWärmeG ausdrücklich klargestellt, dass die Länder eine Pflicht zur Nutzung von Erneuerbaren Energien auch für bereits errichtete nicht öffentliche Gebäude festlegen können.⁹

Der Berliner Landesgesetzgeber könnte somit – vorbehaltlich der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit im Einzelnen – grundsätzlich regeln, dass die Eigentümer von Bestandsgebäuden einer solchen Pflicht auch durch – ggf. anteilige – Nutzung von Fernwärme aus Erneuerbaren Energien nachkommen können.¹⁰

Diese Beispiele zeigen, dass der (Bundes-) Gesetzgeber in einigen Bereichen das erforderliche rechtliche Instrumentarium bereits geschaffen hat. Es bedarf einer Entscheidung der Politik, ob und in welcher Weise von diesem Instrumentarium auf Landesebene Gebrauch gemacht werden soll.

Mangels konkreter Vorgaben durch den Auftraggeber beschränkt sich dieses Gutachten auf die Prüfung der im Auftrag ausdrücklich genannten gesetzlichen und vertraglichen Regulierung der Einspeisung von Fernwärme durch lokale Produzenten (Fragen 1 und 2). Die Gutachtenfrage 3 wird wegen des engen Sachzusammenhangs mitbehandelt; ihre gesonderte Beantwortung kann daher entfallen. Naturgemäß können in einem Rechtsgutachten keine Aussagen darüber getroffen werden, ob einzelne zulässige gesetzliche oder vertragliche Maßnahmen auch technisch möglich und sinnvoll sind. Das vorliegende Gutachten behandelt ausschließlich – soweit angesichts der Vorgaben möglich – die juristischen Aspekte der Fragestellung.

⁷ Vgl. dazu Abschlussbericht des Bundeskartellamts zur Sektoruntersuchung Fernwärme vom 23.8.2012, Rn. 104 f.

⁸ Gesetz zur Förderung der sparsamen sowie umwelt- und sozialverträglichen Energieversorgung und Energienutzung im Land Berlin (Berliner Energiespargesetz - BEnSpG) vom 2. Oktober 1990 (GVBl. S. 2144), zuletzt geändert durch Art. LVII des Gesetzes vom 16. Juli 2001 (GVBl. S. 260).

⁹ Vgl. zu § 3 Abs. 2 EEWärmeG a. F. *Wustlich*, in: Müller/Oschmann/Wustlich, Erneuerbare-Energien-WärmeG, Kommentar, 2010, § 3 Rn. 85 ff.

¹⁰ Vgl. dazu § 4 Abs. 2 des Gesetzes zur Nutzung erneuerbarer Wärmeenergie in Baden-Württemberg (Erneuerbare-Wärme-Gesetz – EWärmeG vom 20. November 2007, GBl. S. 531), wonach der Energiebedarf von Bestandsgebäuden anteilig durch Erneuerbare Energien gedeckt werden muss, wenn ein Austausch der Heizanlage erfolgt.

Entsprechend der energie- und wettbewerbsrechtlichen Terminologie ist zwischen einem bloßen Zugangs- und Durchleitungsrecht sowie dem Recht auf Einspeisung von Fernwärme zu unterscheiden.¹¹

Beim Zugangsrecht begehrt der Zugangspetent lediglich Zugang zum Fernwärmenetz eines Dritten zwecks Durchleitung von Fernwärme an seine eigenen Vertragspartner. Der Endabnehmer vergütet dem Zugangspetenten die gelieferte Fernwärme und der Zugangspetent dem Netzbetreiber bzw. der Gemeinde die Nutzung der Infrastruktureinrichtung Fernwärmenetz.¹² Bei der Einspeisung hingegen hat der Einspeisewillige gegen den Netzbetreiber einen Anspruch auf Abnahme (Kauf) der eingespeisten Fernwärme, die der Netzbetreiber (oder die Gemeinde) vergütet und die der Netzbetreiber auf eigene Rechnung an die Abnehmer liefert. Der Einspeisewillige muss sich in diesem Fall also nicht selbst um Kunden bemühen. Ein solches Verständnis des Begriffs „Einspeisung“ liegt auch dem Erneuerbare-Energien-Gesetz bezüglich der Einspeisung von Strom aus Erneuerbaren Energien und Grubengas zugrunde¹³.

Die Unterscheidung ist deshalb bedeutsam, weil ein Zugangs- und Durchleitungsrecht für Fernwärme – anders als bei Strom und Gas¹⁴ – zwar nicht sektorenspezifisch geregelt ist, nach Auffassung weiter Teile der Literatur¹⁵ und des Bundeskartellamtes¹⁶ aber aus § 19 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 Nr. 4 GWB¹⁷ abgeleitet werden kann.¹⁸

¹¹ Vgl. Abghs-Drs. 17/2100 – Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Neue Energie für Berlin – Zukunft der energiewirtschaftlichen Strukturen“, S. 43.

¹² Vgl. – für den Strom- und Gasbereich – § 2 Abs. 6 der Verordnung über Konzessionsabgaben für Strom und Gas (Konzessionsabgabenverordnung - KAV) vom 9. Januar 1992 (BGBl. I S. 12, ber. S. 407), zuletzt geändert durch Art. 3 Abs. 4 der Verordnung vom 1. November 2006 (BGBl. I S. 2477).

¹³ Vgl. *Sailer/Kantenwein*, in: Reshöft/Schäfermeier (Hrsg.), Erneuerbare-Energien-Gesetz, Handkommentar, 4. Aufl. 2014, Einl. Rn. 13 ff. und § 8 Rn. 10, *Salje*, EEG 2012, § 8 Rn. 7. Vgl. zur Unterscheidung zwischen Durchleitung und Einspeisung auch „<https://www.agfw.de/recht/zugang-zu-fernwaermenetzen/>“.

¹⁴ Vgl. §§ 20 ff. des Gesetzes über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz - EnWG) vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, ber. S. 3621), zuletzt geändert durch Art. 6 des Gesetzes vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066).

¹⁵ Nach *Greb/Böcker*, RdE 2013, 15 (21), dürften die Voraussetzungen des Anspruchs im Fernwärmebereich zwar vorliegen, eine Zugangsverweigerung durch den Netzbetreiber wird jedoch häufig gerechtfertigt sein. Ähnlich differenzierend *Körber*, Drittzugang zu Fernwärmenetzen, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft 2011, S. 119 ff. und RdE 2012, 372 (382). Uneingeschränkt für einen Zugangsanspruch *Säcker*, RdE 2011, 277 (286). Dagegen nur *Topp/Fricke*, CuR (Contracting und Recht) 2009, 83. Alle Genannten zu dem bis 29.6.2013 geltenden § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB a.F., der aber mit dem seit 30.6.2013 geltenden § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB wortgleich ist.

Danach müssen marktbeherrschende Unternehmen Wettbewerbern Zugang zu eigenen Netzen – auch Fernwärmenetzen – gewähren, wenn der Wettbewerber sonst nicht in der Lage wäre, auf einem dem Netz vor- oder nachgelagerten Markt tätig zu werden. Der Zugangsanspruch steht jedoch unter dem Vorbehalt der tatsächlichen Möglichkeit der Zugangsgewährung sowie der Zumutbarkeit für den Betreiber der Infrastruktureinrichtung.¹⁹ Inwieweit eine Durchleitung von Drittmengen durch ein Fernwärmenetz tatsächlich im Einzelfall technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar ist, muss der Einzelfallprüfung überlassen werden.²⁰

Nach allem wird hier davon ausgegangen, dass ein bundesgesetzlich geregelter Zugangs- und Durchleitungsanspruch im Fernwärmebereich dem Grunde nach bereits besteht. Für eine entsprechende Regelung auf Landesebene besteht daher weder durch Gesetz noch durch Vertrag ein Bedarf.

I. Zu Frage 1

Gesetzliche Regelung eines Einspeisungsrechts

Ein Recht auf Einspeisung von Fernwärme in ein von Dritten betriebenes Fernwärmenetz ist bislang weder sektorenspezifisch noch im allgemeinen Wettbewerbsrecht gesetzlich geregelt.

Das hier einschlägige (Bundes-) Energierecht, das u. a. das Energiewirtschafts- und Energieumweltrecht umfasst, hat – wohl aufgrund technischer Besonderheiten der bestehenden Fernwärmenetze – schwerpunktmäßig die kostengünstige und umwelt-

¹⁶ Abschlussbericht des Bundeskartellamts zur Sektoruntersuchung Fernwärme vom 23.8.2012, Rn. 223 ff.; vgl. auch *Judith*, in: Danner/Theobald, Energierecht, 81. Ergänzungslieferung 2014, 160. Missbrauchsaufsicht in der Energiewirtschaft, Rn. 218.

¹⁷ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, ber. S. 3245), zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066).

¹⁸ Vgl. dazu auch *Sachv. Dr. Haucap*, in: Abgeordnetenhaus von Berlin, Wortprotokoll EnKo Energie 17/8 vom 12.11.2014, S. 39 (nichtöffentlicher Teil).

¹⁹ Abschlussbericht des Bundeskartellamts zur Sektoruntersuchung Fernwärme vom 23.8.2012, Rn. 227.

²⁰ Bundeskartellamt, a.a.O., Rn. 226 ff.; *Judith*, in: Danner/Theobald, Energierecht, 81. Ergänzungslieferung 2014, 160. Missbrauchsaufsicht in der Energiewirtschaft, Rn. 218.

freundliche Versorgung mit Strom und Gas zum Gegenstand. So gilt z. B. das Erneuerbare-Energien-Gesetz²¹, ein Bundesgesetz, das u. a. den Zweck verfolgt, im Interesse des Klima- und Umweltschutzes eine nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung zu ermöglichen, nur für die Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien und aus Grubengas (§§ 1, 2, 4, 5 Nr. 1 EEG 2014).

Das Energiewirtschaftsgesetz reguliert ausschließlich die Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze mit dem Ziel der Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas (§ 1 Abs. 2 EnWG). Den Wettbewerb der Fernwärmeanbieter untereinander regelt das Gesetz nicht.

Das Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz fördert aus Gründen des Umweltschutzes u. a. die Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung (§ 1 KWKG). Es regelt die Abnahme und Vergütung von Kraft-Wärme-Kopplungsstrom (KWK-Strom) aus Kraftwerken mit KWK-Anlagen (§ 2 KWKG). Die Anschluss- und Abnahmepflicht für Netzbetreiber (§ 4 Abs. 1 KWKG) gilt nur für den in KWK-Anlagen erzeugten KWK-Strom. Entsprechende Pflichten in Bezug auf Fernwärme regelt das Gesetz nicht.

Das Erneuerbare-Energien-WärmeGesetz schließlich enthält für Eigentümer neu errichteter Gebäude die Verpflichtung, den Wärmeenergiebedarf durch anteilige Nutzung von Erneuerbaren Energien zu decken (§ 3 EEWärmeG). Diese Verpflichtung kann auch durch Nutzung von Fernwärme erfüllt werden (§ 7 Nr. 3 EEWärmeG). Ferner wird Gemeinden und Gemeindeverbände ermöglicht, von landesrechtlichen Bestimmungen zur Begründung eines Anschluss- und Benutzungszwangs an ein Fernwärmenetz auch zum Zwecke des Klima- und Ressourcenschutzes Gebrauch zu machen (§ 16 EEWärmeG).²² Weitergehende Regelungen zur Fernwärme enthält auch das Erneuerbare-Energien-WärmeGesetz nicht.

Es ist daher festzuhalten, dass für ein Landesgesetz der hier in Rede stehenden Art angesichts der in Deutschland vorzufindenden Regelungslage durchaus Raum besteht.

²¹ Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz - EEG 2014) vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 22. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2406).

²² Vgl. oben S. 2 f.

Eine landesgesetzliche Regelung über die Einspeisung von Fernwärme durch Dritte in ein lokales Fernwärmenetz setzt jedoch eine entsprechende Gesetzgebungskompetenz der Länder voraus. Die Gesetzgebungskompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern bemisst sich nach den Artikeln 70 ff. des Grundgesetzes²³. Soweit das Grundgesetz keine ausschließliche Bundesgesetzgebung begründet (Art. 71, 73 GG), haben die Länder – je für sich – die Gesetzgebungskompetenz, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat (Art. 70, 72 GG).

Die hier in Rede stehende Regelung fällt nicht in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes (vgl. den Katalog der Gegenstände in Art. 73 GG). Die Gesetzgebungszuständigkeit bemisst sich daher nach dem Kompetenzkatalog des Art. 74 Abs. 1 GG.

In Betracht kommt zunächst Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG (Luftreinhaltung). Diese Vorschrift bildet die Zuständigkeitsgrundlage für einen Teil der sog. Umweltschutzgesetzgebung.²⁴ Mit dem Recht auf Einspeisung von Fernwärme – sofern diese ganz oder teilweise mit erneuerbaren Energieträgern erzeugt wird, wovon hier ausgegangen wird – wird der Gesetzgeber in erster Linie das Ziel verfolgen, den Verbrauch von Energie aus fossilen Energieträgern und den damit verbundenen Schadstoffausstoß zu senken. Ein entsprechendes Gesetz fällt somit in den Bereich des Klima- und Umweltschutzes, insbesondere der Luftreinhaltung. Den Entwurf des EEG 2009²⁵, der eine Neufassung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes enthält, das u. a. die Einspeisung und Abnahme von Strom aus Erneuerbaren Energien regelt, hat der (Bundes-) Gesetzgeber ebenfalls auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG gestützt. In der Begründung heißt es wörtlich:

„Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes durch Artikel 1 dieses Gesetzes, (...) ergibt sich aus Artikel 74 Abs. 1 Nr. 24 des Grundgesetzes (GG). Die Bestimmungen fallen in den Bereich der Luftreinhaltung (Artikel 74 Abs. 1 Nr. 24 GG). Ziel des Erneuerbare-Energien-Gesetzes ist die Steigerung des Anteils Erneuerbarer Energien an der Stromversorgung, um eine nachhaltige Energieversorgung zu erreichen und so das Klima als Teil der natürlichen Umwelt zu schützen. Ziel und Gegenstand des

²³ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 23. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2438).

²⁴ Maunz, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, 72. Lieferung Juli 2014, Art. 74 Rn. 249.

²⁵ Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 25. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2074), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 12. April 2011 (BGBl. I S. 619).

Gesetzes ist folglich der Klimaschutz (und damit der Schutz der natürlichen Zusammensetzung der Luft).“²⁶

Fraglich ist, ob daneben auch der Kompetenztitel des Rechts der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) einschlägig ist. Dies ist deshalb von Bedeutung, weil in diesem Fall die Erforderlichkeitsklausel nach Art. 72 Abs. 2 GG eingreift. Danach hat der Bundesgesetzgeber das Gesetzgebungsrecht nur, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht. Ein entsprechendes Landesgesetz wäre also insoweit gegen mögliche konkurrierende Gesetzgebungspläne des Bundes besser geschützt.

Wie das Recht der Wirtschaft insgesamt, so wird auch der in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ausdrücklich genannte Teilbereich der Energiewirtschaft weit ausgelegt.²⁷ Er umfasst neben Energiegewinnung und -verteilung aller Energien und Energieträger²⁸ auch den Verkehr mit Energie einschließlich der Energiefernleitungen. Das gilt auch für die Fernwärme.²⁹ Mit einem Einspeisungsrecht würde der Gesetzgeber neben der Förderung bestimmter Brennstoffe und Technologien zur Wärmegewinnung mit dem Ziel des Klima- und Ressourcenschutzes auch auf die Wettbewerbssituation innerhalb des Fernwärmemarktes einwirken. Folglich liegen die Voraussetzungen von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG nach der hier vertretenen Auffassung vor.³⁰

Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, dass das Land Berlin die Gesetzgebungskompetenz zur Regelung eines Einspeisungsrechts in das Berliner Fernwärmenetz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 und 24 GG hat, weil bislang kein Bundesgesetz erlassen worden ist, das diese Materie regelt.

²⁶ BT-Drs. 16/8148, S. 26.

²⁷ BVerfGE 8, 143 (148 f.); 28, 119 (146); 68, 319 (330); *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), 7. Aufl. 2014, Art. 74 Rn. 44; *Rengeling*, in: Handbuch des Staatsrechts Band VI, 2008, § 135 Rn. 228; *Müller*, in: Müller/Oschmann/Wustlich, EEWärmeG, Kommentar, 2010, Einl. Rn. 114.

²⁸ *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 13. Aufl. 2014, Art. 74 Rn. 25.

²⁹ *Maunz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 72. Ergänzungslieferung 2014, Art. 74 Rn. 144.

³⁰ Der Gesetzentwurf zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren-Energien im Strombereich, der u. a. auch die Abnahme- und Vergütungspflicht von Strom aus Erneuerbaren Energien enthält, wurde ebenfalls auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 und 24 GG gestützt (BT-Drs. 15/2327, S. 13).

Zu prüfen bleibt, ob der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz abschließend dadurch Gebrauch gemacht hat, dass er das Einspeisungsrecht Dritter zwar in Bezug auf Strom, in Bezug auf Fernwärme aber gerade nicht geregelt hat.³¹ Denn es ist in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, dass der Gesetzgeber auch durch absichtsvolle und insofern abschließende (Nicht-)Regelung einer Materie – mit der Folge eines Ausschlusses der Länder von der Gesetzgebung (vgl. Art. 72 Abs. 1 GG) – von seiner Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 GG Gebrauch machen kann.³² Entscheidend hierfür ist das Vorliegen des erkennbaren bundesgesetzgeberischen Regelungswillens, keinen Raum für ergänzende, der Sache nach mögliche landesrechtliche Regelungen zu lassen, diese also auszuschließen.³³ Ein solcher gesetzgeberischer Wille lässt sich nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts namentlich dort feststellen, wo sich der parlamentarische Gesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren mit einer Frage auseinandergesetzt, sie dann aber nicht weiter verfolgt bzw. letztlich nicht geregelt hat.³⁴ Im Übrigen kommt es auf eine Gesamtwürdigung des betreffenden Normbereichs an.³⁵

In der Begründung der Neufassung des Energiewirtschaftsgesetzes im Jahr 2005, das auch den Zugang zu den Energieversorgungsnetzen von Strom und Gas regelt, verweist der Bundesgesetzgeber auf die Begründung der Reform desselben Gesetzes aus dem Jahr 1998.³⁶ Dort heißt es wörtlich:

„Mit der jetzt getroffenen Regelung hat der Bund seine Gesetzgebungskompetenz abschließend ausgeschöpft, so daß für zusätzliche Gesetzgebung durch die Länder gemäß Artikel 72 Abs. 1 GG kein Raum bleibt.

Der Anwendungsbereich des Gesetzes wird beibehalten. Eine Ausdehnung auf andere Energieträger als Elektrizität und Gas – insbesondere Fernwärme – ist nicht vorgesehen.“³⁷

³¹ Vgl. § 20 EnWG für den Zugang zu den Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetzen und § 11 EEG 2014 zum Recht auf Einspeisung von Strom aus Erneuerbaren Energien.

³² Vgl. dazu *Pieroth*, in *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 13. Aufl. 2014, Art. 72 Rn. 6 m. w. Nachw.; *Uhle*, in: *Maunz/Dürig*, Kommentar zum GG, 72. Lieferung Juli 2014, Art. 72 Rn. 93.

³³ *Uhle*, a.a.O., Art. 72 Rn. 93.

³⁴ BVerfGE 98, 265 (313 ff.).

³⁵ BVerfGE 1, 283 (296); 20, 238 (248), 49, 343 (358); 67, 299 (324); *Jarass*, NVwZ 1996, 1041 (1044).

³⁶ BT-Drs. 15/3917, S. 47 und BR-Drs 613/04, S. 78.

³⁷ BT-Drs. 13/7274, S. 13.

Vertreter des Energieeffizienzverbandes für Wärme, Kälte und KWK e. V. (AGFW), ein Lobbyistenverband der Unternehmen, die Heizkraftwerke und Fernwärmenetze in Deutschland betreiben, folgern aus diesen Äußerungen, dass der Gesetzgeber damit unmissverständlich zum Ausdruck gebracht habe, dass er die Fernwärme nicht regulieren will.³⁸ Ob die zitierten Äußerungen im Sinne einer abschließenden (Nicht-)Regelung der Fernwärmenetze gemäß Artikel 72 Abs. 1 GG zu verstehen sind, kann daraus aber nicht – jedenfalls nicht zweifelsfrei – abgeleitet werden. Dagegen spricht die Äußerung der Bundesregierung, wonach sie – ebenso wie das Bundeskartellamt – eine Regulierung der Wärmenetze „derzeit“ nicht für geboten hält.³⁹ Im Übrigen beziehen sich die zitierten Gesetzesbegründungen auf das Energiewirtschaftsgesetz, das lediglich ein Zugangs- und Durchleitungsrecht für Strom und Gas und auch für diese beiden Energieträger kein Einspeisungsrecht regelt. Das Einspeisungsrecht war nicht Gegenstand der Gesetzgebungsvorhaben, aus deren Begründung die o. a. Zitate stammen.

Da sich die Motive des Gesetzgebers jedenfalls nicht zweifelsfrei aufklären lassen, ist auf die Kompetenzverteilungsregel des Artikels 70 Abs. 1 GG zurückzugreifen. Danach verfügen die Länder über die Gesetzgebungskompetenz, sofern eine Bundeszuständigkeit nicht besteht. Daraus folgt im Falle der konkurrierenden Gesetzgebung, dass es dort, wo nicht positiv geklärt werden kann, ob eine bundesgesetzliche Regelung erschöpfenden Charakter besitzt, an dem erforderlichen Nachweis für eine abschließende bundesseitige Inanspruchnahme der konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis fehlt. Somit ist bei letztlich nicht aufzuklärender Unklarheit über das Vorliegen einer erschöpfenden Regelung „im Zweifel“ davon auszugehen, dass keine abschließende Regelung vorliegt. Das gilt umso mehr, als der Bund im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung über die Möglichkeit verfügt, durch eine klare bundesgesetzliche Regelung derartige Zweifelsfälle zu vermeiden.⁴⁰ Dem entspricht es, wenn das Bundesverfassungsgericht insoweit eine „eindeutige“ Regelung verlangt.⁴¹

Als Ergebnis kann somit festgehalten werden, dass das Land Berlin zur Zeit über die Gesetzgebungskompetenz zur Regelung der Einspeisung von Fernwärme lokaler Produzenten in das Berliner Fernwärmenetz verfügt, weil der Bund insoweit von seiner Gesetzgebungskompetenz bisher keinen Gebrauch gemacht hat.

³⁸ *Topp/Fricke*, CuR (Contracting und Recht) 2009, S. 83; *Fricke*, EuroHeat&Power 2009, 34; vgl. auch <https://www.agfw.de/recht/zugang-zu-fernwaermenetzen/>.

³⁹ BT-Drs. 17/13675, S. XI.

⁴⁰ Vgl. *Uhle*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, 72. Lieferung Juli 2014, Art. 72 Rn. 84.

⁴¹ BVerfG, Beschluss vom 12.10.1978 – 2 BvR 154/74 = NJW 1979, 859 (860 f.).

Hinsichtlich der materiellen Verfassungsmäßigkeit einer solchen Landesgesetzgebung wäre zu berücksichtigen, dass der Netzbetreiber möglicherweise eigene Erzeugungskapazitäten aufgebaut hat oder langfristige Wärmebezugsverpflichtungen eingegangen ist.⁴² Insofern könnten die ins Auge gefassten Regelungen möglicherweise in den Schutzbereich des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 GG) sowie der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) eingreifen.

Eine weitergehende Prüfung der materiellen Rechtslage ist dem WPD allerdings ohne Kenntnis der konkret geplanten Regelungen nicht möglich.

II. Zu Frage 2

Vertragliche Regelung eines Einspeisungsrechts

Das Fernwärmenetz Berlin besteht derzeit aus 17.800 Kundenanlagen sowie Fernwärmetrassen mit einer Länge von 1.750 Kilometern und wird von dem Energiekonzern Vattenfall betrieben.⁴³ Nach den hier vorliegenden Informationen ist die erforderliche Sondernutzungserlaubnis, Wärmeleitungen im öffentlichen Straßenraum zu nutzen, nicht in einem eigenen Konzessionsvertrag mit Vattenfall geregelt, sondern das Land Berlin hat in dem Konzessionsvertrag Strom dem Energiekonzern Vattenfall „das Recht eingeräumt, die öffentlichen Straßen, Wege und Plätze im Sinne des Berliner Straßengesetzes sowie zum öffentlichen Verkehr dienende Grundstücke und Anlagen zur Errichtung und zum Betrieb aller der öffentlichen Versorgung des Vertragsgebietes mit elektrischer Energie und Wärme dienenden Anlagen zu benutzen. Dieser Vertrag endet am 31.12.2014.“⁴⁴

Es liegt nahe, die hier zu prüfende Möglichkeit der Einspeisung von Fernwärme in ein von Dritten betriebenes Fernwärmenetz ggf. als Duldungspflicht des Konzessionsnehmers in den neu abzuschließenden Konzessionsvertrag aufzunehmen. Ob dies zulässig ist, bemisst sich nach dem Rechtsregime, das zwingend auf solche Verträge anzuwenden ist.

⁴² <https://www.agfw.de/recht/zugang-zu-fernwaermenetzen/>.

⁴³ <https://www.vattenfall.de/de/fernwaerme-fuer-berlin-und-hamburg.htm>.

⁴⁴ Antwort zu 2. des Senats auf die Kleine Anfrage des *Abg. Schäfer* (Bü90/Grüne) vom 29.7.2010 – Abghs-Drs. 16/14 624; vgl. dazu auch Berliner Zeitung vom 10.6.2013 „Umweltsenator greift nach der Fernwärme“, abrufbar unter www.berliner-zeitung.de.

Nach einhelliger Auffassung ist das Vergaberecht der §§ 97 ff. GWB auf die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen nicht anwendbar.⁴⁵ Das gilt für alle Arten von Wegenutzungsrechten, also sowohl für Strom- und Gas-, als auch für Fernwärmenetze. Begründet wird dies damit, dass es sich bei der energierechtlichen Wegenutzung nicht um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne des Vergaberechts handelt, sondern um eine Dienstleistungskonzession, die gemäß Artikel 17 der Richtlinie 2004/18/EG⁴⁶ und Artikel 18 der Richtlinie 2004/17/EG⁴⁷ vergaberechtsfrei ist.⁴⁸

Gleichwohl verlangen die gemeinschaftsrechtlich begründeten Vorgaben aus dem EU-Primärrecht, namentlich aus dem Diskriminierungsverbot nach Artikel 18 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)⁴⁹, aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz nach Artikel 8 AEUV, dem Transparenzgebot, der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit nach Artikel 49 und 56 AEUV sowie aus dem Wettbewerbsprinzip nach Artikel 119 AEUV⁵⁰, die Konzession auszuschreiben und ein wettbewerbliches Auswahlverfahren durchzuführen. Darüber hinaus ist die Gemeinde auch verfassungsrechtlich durch den Gleichheitssatz gebunden.⁵¹

⁴⁵ *Hellermann*, in: Britz/Hellermann/Hermes, (Hrsg.), *Energiewirtschaftsgesetz, Kommentar*, 2. Aufl. 2010, § 46 Rn. 66 m. w. Nachw. Vgl. dazu auch WPD-Gutachten zu einigen Rechtsproblemen im Zusammenhang mit der Konzessionsvergabe bei Energienetzen vom 8.11.2012, S. 5 - 7 m. w. Nachw.

⁴⁶ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. Nr. L 134 S. 114, ber. ABl. Nr. L 351 S. 44), zuletzt geändert durch Art. 91 der Richtlinie 2014/24/EU vom 26. Februar 2014 (ABl. Nr. L 94 S. 65).

⁴⁷ Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABl. Nr. L 134 S. 1, ber. ABl. Nr. L 358 S. 35, ABl. 2005 Nr. L 305 S. 46), zuletzt geändert durch Art. 107 der Richtlinie 2014/25/EU vom 26. Februar 2014 (ABl. Nr. L 94 S. 243).

⁴⁸ *Hellermann*, in: Britz/Hellermann/Hermes, *EnWG-Kommentar*, 2. Auflage 2010, § 46 Rn. 66 m. w. Nachw.

⁴⁹ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 9. Mai 2008 (ABl. 2008 Nr. C 115 S. 47), zuletzt geändert durch ÄndBeschl. 2012/419/EU vom 11. Juli 2012 (ABl. 2012 Nr. L 204 S. 131).

⁵⁰ EuGH EuZW 2005, 727 (729); *Sauer*, *Das Recht der Vergabe von Strom- und Konzessionsverträgen im EnWG*, 2012, S. 263 ff.; *Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15.12.2010*, S. 3 f.; *Hofmann*, *NZBau* 2012, 11 (12); *Byok*, *RdE* 2008, 268 (271).

⁵¹ Vgl. *Hellermann*, in: Britz/Hellermann/Hermes, *EnWG-Kommentar*, 2. Auflage 2010, § 46 Rn. 66a und b m. w. Nachw.

Zu prüfen ist, ob die Gemeinden – abgesehen von diesen gemeinschafts- und verfassungsrechtlichen Bindungen – beim Konzessionsvertragsschluss weiteren materiell-rechtlichen Vorgaben unterliegen, die dem hier zu beurteilenden (Ausschreibungs-) Kriterium der Einspeisung von Fernwärme durch lokale Produzenten entgegenstehen könnten.

Dafür kommt zunächst § 46 EnWG in Betracht. Die Vorschrift regelt die Nutzung der öffentlichen, insbesondere gemeindlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern mit Energie. Es werden die verfahrensmäßigen und sachlichen Voraussetzungen geregelt, unter denen Gemeinden ihre Verkehrswege Energieversorgungsunternehmen zur Verfügung zu stellen haben, sowie einzelne Folgeregelungen getroffen.⁵²

Für 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, gibt § 46 Abs. 2 EnWG eine Laufzeit von höchstens 20 Jahren vor. Die Gemeinde ist ferner verpflichtet, spätestens zwei Jahre vor dem Ablauf solcher Verträge das Vertragsende und weitere näher bestimmte Daten im Bundesanzeiger bekannt zu machen (§ 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG). Nach § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG ist die Gemeinde bei der Auswahl des Unternehmens den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet. § 1 EnWG lautet:

„§ 1 Zweck des Gesetzes

(1) Zweck des Gesetzes ist eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht.

(2) Die Regulierung der Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze dient den Zielen der Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas und der Sicherung eines langfristig angelegten leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs von Energieversorgungsnetzen.

(3) Zweck dieses Gesetzes ist ferner die Umsetzung und Durchführung des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf dem Gebiet der leitungsgebundenen Energieversorgung.“

⁵² a.a.O., § 46 Rn. 1.

Die auf § 1 EnWG verweisende Vorschrift des § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG wurde im Rahmen einer umfangreichen EnWG-Novellierung im Jahr 2011 hinzugefügt.⁵³ In der Begründung des Gesetzentwurfs zu dieser Vorschrift heißt es:

*„Mit dem neuen Absatz 3 Satz 5 wird klargestellt, dass die Gemeinde im Rahmen ihrer Entscheidung über die Vergabe der Konzession an die Ziele des § 1 gebunden ist, eine preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche Versorgung im Sinne des Verbrauchers sicherzustellen. Die sachgerechten Kriterien für die Entscheidung der Gemeinde müssen sich aufgrund der Vorgabe der Entflechtung des Netzbetriebs von Vertrieb und Erzeugung auf Aspekte des Netzbetriebs beschränken.“*⁵⁴

Mit der Vorschrift wird – entsprechend der systematischen Verortung im Energiewirtschaftsrecht – der Ausschreibungswettbewerb um die Konzessionsverträge weiter gestärkt.⁵⁵ Das ergibt sich auch aus der vom Gesetzgeber vorgegebenen Trennung des Netzbetriebs von Energieerzeugung und -vertrieb. Zulässige Auswahlkriterien bei der Konzessionsvergabe, die dann auch zulässigerweise in den Konzessionsvertrag aufgenommen werden können, können daher nur solche sein, die eine Differenzierung zwischen den verschiedenen Bewerbern um die Konzession zulassen. Das Kriterium „Einspeisung Erneuerbarer Energien durch lokale Produzenten“ betrifft zwar sachliche Gesichtspunkte des Netzbetriebs, erlaubt aber keine Differenzierung zwischen den Bewerbern um die Konzession, weil es – jedenfalls für Strom aus Erneuerbaren Energien – bereits in §§ 11, 37 EEG 2014 gesetzlich geregelt ist.⁵⁶

Das EEG 2014 gilt jedoch ausweislich seiner Bestimmungen über Zweck und Geltungsbereich nur für die Stromerzeugung, nicht aber für Fernwärme.⁵⁷ Auch das Energiewirtschaftsgesetz reguliert ausschließlich die Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze; es gilt nicht für Fernwärmenetze.⁵⁸ Das Energiewirtschaftsgesetz – und damit die hier in Rede stehenden Vorschriften des § 46 Abs. 3 und § 1 – kann auch nicht analog

⁵³ Art. 1 Nr. 39 Buchst. b Doppelbuchst. bb des Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften vom 26. Juli 2011 (BGBl. I S. 1554). Vgl. dazu auch *Sodan*, LKV (Landes- und Kommunalverwaltung) 2013, 433 (438 ff.).

⁵⁴ BT-Drs. 17/6072, S. 88.

⁵⁵ Vgl. dazu auch WPD-Gutachten zu einigen Rechtsproblemen im Zusammenhang mit der Konzessionsvergabe bei Energienetzen vom 8.11.2012, S. 5 - 7 m. w. Nachw.

⁵⁶ Vgl. zum EEG 2012 *Salje*, EEG 2012, Kommentar, 6. Aufl. 2012, § 8 Rn. 7 und § 16 Rn. 1 ff.

⁵⁷ Vgl. §§ 1, 2, 4, 5 Nr. 1 EEG 2014.

⁵⁸ Vgl. § 1 EnWG.

oder seinem Rechtsgedanken nach auf Fernwärmenetze angewendet werden. Denn bei der Novellierung im Jahr 2005 hat der Gesetzgeber durch Verweis auf eine frühere Gesetzesbegründung zu derselben Rechtsmaterie zum Ausdruck gebracht, dass eine Ausdehnung des Energiewirtschaftsgesetzes auf andere Energieträger als Elektrizität und Gas – insbesondere Fernwärme – nicht vorgesehen ist.⁵⁹ Es ist weder dokumentiert noch erkennbar, dass der Gesetzgeber seine Auffassung inzwischen geändert hat.

§ 46 EnWG vermag folglich die Kriterien für die Vergabe von Konzessionen für den Betrieb von Fernwärmenetzen – und somit auch einen entsprechenden Konzessionsvertrag – nicht zu begrenzen. Die Gemeinde – hier das Land Berlin – wäre jedenfalls nach dieser Vorschrift nicht gehindert, die Duldung der Einspeisung von Fernwärme aus Erneuerbaren Energien durch lokale Produzenten als eine von mehreren Bedingungen an die Konzessionsvergabe und damit an eine entsprechende (konzessions-)vertragliche Vereinbarung zu knüpfen.

Zu prüfen bleibt, ob dies auch nach den nationalen kartellrechtlichen Bestimmungen zulässig ist. Da die Gemeinde regelmäßig eine marktbeherrschende Stellung innehat und bei der Vergabe der Energiekonzession unternehmerisch tätig wird, ist die Entscheidung über die Konzessionsvergabe nach herrschender Meinung in Literatur und Rechtsprechung an den Vorgaben des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB zu messen.⁶⁰ Danach sind die Gemeinden verpflichtet, den Konzessionär für den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes in einem diskriminierungsfreien Wettbewerb auszuwählen. Die Auswahl muss in einem transparenten Verfahren erfolgen.⁶¹ Diese Anforderungen entsprechen den europarechtlichen Vorgaben.

Aus der Bindung der Gemeinden an das Diskriminierungsverbot ergeben sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sowohl verfahrensbezogene als auch materielle Anforderungen an die Auswahlentscheidung und somit auch an die Auswahlkriterien.

⁵⁹ Vgl. BT-Drs. 15/3917, S. 47 und BT-Drs. 13/7274, S. 13. Vgl. auch oben S. 9 f.

⁶⁰ Vgl. WPD-Gutachten zu einigen Rechtsproblemen im Zusammenhang mit der Konzessionsvergabe bei Energienetzen vom 8.11.2012, S. 8 m. w. Nachw.; BGH, Urteil vom 17.12.2013 – KZR 65/12 – (Stromnetz Heiligenhafen), juris Rn. 15; BGH, Urteil vom 17.12.2013 – KZR 66/12 – (Stromnetz Berkenthin) = BGHZ 199, 289-322; juris Rn. 16 ff.

⁶¹ BGH, Urteil vom 17.12.2013 – KZR 65/12 – (Stromnetz Heiligenhafen), juris Rn. 15; BGH, Urteil vom 17.12.2013 – KZR 66/12 – (Stromnetz Berkenthin) = BGHZ 199, 289-322; juris Rn. 16.

Das Auswahlverfahren muss so gestaltet werden, dass die am Netzbetrieb interessierten Unternehmen erkennen können, worauf es der Gemeinde bei der Auswahlentscheidung ankommt. Denn nur dann ist gewährleistet, dass die Auswahlentscheidung im unverfälschten Wettbewerb nach sachlichen Kriterien und diskriminierungsfrei zugunsten desjenigen Bewerbers erfolgt, dessen Angebot den Auswahlkriterien am besten entspricht. Das aus dem Diskriminierungsverbot folgende Transparenzgebot verlangt dementsprechend, dass den am Netzbetrieb interessierten Unternehmen die Entscheidungskriterien der Gemeinde und ihre Gewichtung rechtzeitig vor Angebotsabgabe mitgeteilt werden.⁶² Außerdem ist auch die Gewichtung der Kriterien offenzulegen, damit die Bewerber erkennen können, wie die einzelnen Kriterien die Entscheidung beeinflussen.⁶³

Weder dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen noch dem Europarecht und auch nicht der Rechtsprechung lassen sich konkrete Vorgaben dazu entnehmen, welche Kriterien im Einzelnen bei der Netzvergabe zugrunde gelegt werden dürfen.⁶⁴ Mit Blick auf die gemeindliche Selbstverwaltungsgarantie aus Artikel 28 Abs. 2 GG wird die Auffassung vertreten, dass die Gemeinde beim Konzessionsvertragsschluss außer den oben dargestellten Bindungen keinen spezifischen materiellrechtlichen Vorgaben unterliege. Vielmehr sei die Entscheidung über den Vertragsschluss eine – auch nicht auf Leistungsaspekte beschränkte – Angelegenheit der Lokalpolitik.⁶⁵

Hierzu kann zunächst festgestellt werden, dass jedenfalls die aus der Konzessionsabgabenverordnung (KAV)⁶⁶ möglicherweise folgenden Einschränkungen hinsichtlich der Auswahlkriterien und damit auch der zulässigen Konzessionsvertragsinhalte bei der Vergabe von Wegenutzungsrechten für Fernwärmenetze nicht gelten. Nach § 3 Abs. 2 Nr. 1, 2. Halbsatz KAV dürfen im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Konzessionsverträgen u. a. solche Maßnahmen nicht vereinbart werden, „die dem rationellen und sparsamen sowie ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart dienen.“ Ob diese Einschränkung in Bezug auf die

⁶² BGH, Urteil vom 17.12.2013 – KZR 65/12 – (Stromnetz Heiligenhafen), juris Rn. 44, mit weiteren Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung.

⁶³ BGH, Urteil vom 17.12.2013 – KZR 65/12 – (Stromnetz Heiligenhafen), juris Rn. 48.

⁶⁴ Auch in der Gesetzesbegründung zu § 8 EnWG a. F., der Vorgängernorm von § 46 EnWG, der die Wegenutzung für Strom- und Gasleitungen regelt, heißt es ausdrücklich: „Nach welchen Kriterien die Gemeinde ihre Auswahlentscheidung zu treffen hat, wird nicht bestimmt.“ (BT-Drs. 13/7274, S. 21).

⁶⁵ So *Hellermann*, in: Britz/Hellermann/Hermes, *Energiewirtschaftsgesetz*, Kommentar, 2010, § 46 Rn. 66c.

⁶⁶ Fn. 12.

hier in Rede stehende Duldung der Einspeisung erneuerbarer Energien durch den Netzbetreiber tatsächlich einschlägig ist, kann aber dahinstehen, da diese Verordnung bereits nach ihrem Wortlaut unstreitig nur auf Konzessionsabgaben für Strom und Gas anwendbar ist (vgl. § 1 KAV).

Der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes folgend kann demnach lediglich festgestellt werden, dass die Auswahlentscheidung allein an sachgerechten bzw. sachlichen und objektiven Kriterien zu treffen ist.⁶⁷ Ob Bewerber durch ein fehlerhaftes Auswahlverfahren unbillig behindert sind, bestimmt sich letztlich „anhand einer Gesamtwürdigung und Abwägung aller beteiligten Interessen unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die auf die Sicherung des Leistungswettbewerbs und insbesondere die Offenheit der Marktzugänge gerichtet ist.“⁶⁸

Gemessen an diesen Vorgaben wird das Auswahlkriterium „Duldung der Einspeisung von Fernwärme (aus erneuerbaren Energien) durch lokale Produzenten“ hier für zulässig gehalten. Folglich kann es auch (konzessions-) vertraglich vereinbart werden. Eine solche Duldungspflicht hätte zwar möglicherweise einen geringeren Absatz von eigenproduzierter Fernwärme des Netzbetreibers zur Folge; dies gilt aber gleichermaßen für alle Bewerber und potenziellen Netzbetreiber. Eine diskriminierende Wirkung kann daher nicht festgestellt werden. Im Übrigen stünde diesem ggf. die unternehmerische Freiheit einschränkende Aspekt die – im Interesse des Gemeinwohls – erfolgende Schonung fossiler Ressourcen gegenüber, eine umweltpolitische Zielsetzung, die der Gesetzgeber inzwischen weitgehend im Energierecht festgeschrieben hat.⁶⁹ Im Übrigen könnte das Kriterium auch so gestaltet werden, dass die Duldungspflicht entfällt, wenn der Netzbetreiber selbst ganz oder zu einem bestimmten Teil Fernwärme aus Erneuerbaren Energien anbietet.

Für die Vereinbarkeit der Duldungspflicht mit dem Wettbewerbsrecht spricht darüber hinaus auch folgende Überlegung:

⁶⁷ BGH, Urteil vom 17.12.2013 – KZR 65/12 – (Stromnetz Heiligenhafen), juris Rn. 48 u. 49.

⁶⁸ BGH, Urteil vom 17.12.2013 – KZR 65/12 – (Stromnetz Heiligenhafen), juris Rn. 51 m. Hinw. auf BGH, Urteil vom 24.10.2011 – KZR 7/10 – (Grossistenkündigung), juris Rn. 37.

⁶⁹ Vgl. § 1 Abs. 1 EEWärmeG; § 1 Abs. 1 EEG 2014.

Nach Auffassung des Bundeskartellamts und des Bundesgerichtshofs⁷⁰ bildet der Markt für die Belieferung von Kunden mit Fernwärme einen eigenständigen sachlich relevanten Wärmemarkt.⁷¹

Hat sich der Verbraucher einmal für ein bestimmtes Heizsystem entschieden, so ist er ab dem Zeitpunkt dieser Systementscheidung Nachfrager auf dem Markt für die Belieferung mit dem jeweiligen Heizmittel, also etwa Gas, Öl oder Fernwärme. Zwar geht von den jeweiligen benachbarten Heizmittelliefermärkten in gewissem Umfang ein Wettbewerbsdruck aus. Der hohe Umstellungsaufwand bei der Fernwärme verhindert jedoch, dass der Wettbewerbsdruck der benachbarten Märkte den Preissetzungsspielraum des jeweiligen Fernwärmelieferanten nach der Systementscheidung effektiv einschränken kann. Hinzu kommt, dass der Markt räumlich auf das lokale Fernwärmenetz begrenzt ist, da – anders als bei Strom und Gas – eine überregionale Verbindung zu anderen Fernwärmenetzgebieten nicht besteht.⁷² Die Einspeisung von Fernwärme aus Erneuerbaren Energien durch Dritte in das Fernwärmenetz hätte – sofern dies technisch möglich ist – den Effekt, dass das Angebot von Fernwärme aus regenerativen Energiequellen steigt, was sich den Marktgesetzen zufolge preissenkend auswirken dürfte. Das Einspeisungsrecht hätte mithin – ganz im Sinne des Wettbewerbsrechts – wettbewerbsfördernde Wirkung, was für die Vereinbarkeit mit dem Wettbewerbsrecht spricht.

Das Kriterium „Zulassung der Einspeisung von Fernwärme lokaler Produzenten“ verstößt auch nicht gegen das Gebot der Entflechtung des Netzbetriebs von Vertrieb und Erzeugung. Denn dieses Gebot ergibt sich aus § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG, der unstreitig nur für die Vergabe von Wegennutzungsrechten für Strom- und Gasleitungen gilt.⁷³ Im Übrigen weist die Einspeisung auch einen Netzbezug auf, weil sich der Preisvorteil für den Endabnehmer aus der Nutzung des Fernwärmenetzes ergibt. Daher handelt es sich auch nicht um eine sachwidrige Kopplung.

⁷⁰ BGH, Urteil vom 9.7.2002 – KZR 30/00 – (Fernwärme für Börsen), juris Rn. 29; fortgeführt von BGH, Beschluss vom 10.12.2008 – KVR 8/08 – .

⁷¹ Vgl. Abschlussbericht des Bundeskartellamts zur Sektoruntersuchung Fernwärme vom 23.8.2012, Rn. 3.

⁷² a.a.O.

⁷³ Vgl. dazu oben S. 14 f.

Auch der Deutsche Städtetag bzw. der Deutsche Städte- und Gemeindebund empfiehlt seinen Mitgliedern als „Auswahlkriterium bei der Konzessionsvergabe“ u. a. das Kriterium „Förderung des Einsatzes regenerativer Energien“.⁷⁴

Noch eindeutiger (und möglicherweise als Vorbild geeignet) erscheint der Entwurf eines Konzessionsvertrages für die Fernwärmeversorgung in der Landeshauptstadt Stuttgart. § 8 Absatz 3 dieses Entwurfs lautet wörtlich:

„(3) Das FVU verpflichtet sich, jedermann den diskriminierungsfreien Zugang zum Fernwärmeversorgungsnetz im Konzessionsgebiet zu ermöglichen. Das FVU wird dezentrale Einspeisungen der Stadt und Dritter in das Fernwärmenetz im Rahmen des technisch Möglichen zulassen. Im Zweifel gelten die gesetzlichen Vorgaben für die Gewährung des Netzzugangs und den Anschluss an die Gasversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung entsprechend. Das FVU kalkuliert die Netzentgelte entsprechend den Vorgaben der Gasnetzentgeltverordnung oder etwaiger Nachfolgeregelungen.“⁷⁵

Nach alledem hält der WPD das Auswahlkriterium und die entsprechende konzessionsvertragliche Vereinbarung der Einspeisung von Fernwärme (aus erneuerbaren Energien) durch lokale Produzenten für zulässig.

Abschließender Hinweis:

Zu Vertiefung dieser und weiterer Fragen in Bezug auf Möglichkeiten der gesetzlichen und vertraglichen Regulierung der Berliner Fernwärmenetze könnte es sinnvoll sein, folgende auf den genannten Gebieten tätige sachverständige Experten anzuhören bzw. um Auskünfte zu bitten:

- Herr Prof. Dr. Franz Jürgen Säcker
Institut für Energie- und Regulierungsrecht Berlin e.V.
- Herr Prof. Dr. Torsten Körber
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Kartellrecht, Versicherungs-, Gesellschafts- und Regulierungsrecht an der Georg-August Universität Göttingen

⁷⁴ VKU Verband kommunaler Unternehmen e.V., Stadtwerk der Zukunft IV – Konzessionsverträge – Handlungsoptionen für Kommunen und Stadtwerke, S. 75.

⁷⁵ Entwurf BBH (Rechtsanwälte Becker, Büttner, Held) Stand: 29.6.2012, S. 6 f.

C. Zusammenfassung der Ergebnisse

Zu Frage 1:

Das Land Berlin verfügt über die (konkurrierende) Gesetzgebungskompetenz zur Regelung eines Einspeisungsrechts in das Berliner Fernwärmenetz. Die Gesetzgebungskompetenz folgt aus Art. 72 in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 und 24 GG, weil der Bund diese Materie bislang weder durch ein ausdrückliches Gesetz noch durch absichtsvolles Unterlassen abschließend geregelt hat.

Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG (Luftreinhaltung) bildet die Zuständigkeitsgrundlage für einen Teil der sog. Umweltschutzgesetzgebung. Mit dem Recht auf Einspeisung von Fernwärme – sofern diese ganz oder teilweise mit erneuerbaren Energieträgern erzeugt wird – dürfte der Gesetzgeber in erster Linie das Ziel verfolgen, den Verbrauch von Energie aus fossilen Energieträgern und den damit verbundenen Schadstoffausstoß zu senken. Ein entsprechendes Gesetz fällt somit in den Bereich des Klima- und Umweltschutzes, insbesondere der Luftreinhaltung.

Daneben ist auch der Kompetenztitel aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Energiewirtschaft) einschlägig, weil der Gesetzgeber mit der Schaffung eines Einspeisungsrechts nicht nur Klima- und Ressourcenschutz betreiben, sondern auch auf die Wettbewerbssituation innerhalb des Fernwärmemarktes einwirken würde.

Ob eine solche Regelung im Land Berlin mit Blick auf den Schutzbereich des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 GG) sowie der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) des Netzbetreibers auch materiell verfassungsgemäß wäre, kann durch den WPD ohne Kenntnis der konkret geplanten Regelung nicht beurteilt werden.

Zu Frage 2:

Das Land Berlin kann nach einer transparenten und diskriminierungsfreien Ausschreibung des Berliner Fernwärmenetzes in den Konzessionsvertrag mit dem ausgewählten Fernwärmenetzbetreiber zulässigerweise eine Regelung aufnehmen, wonach der Netzbetreiber dezentrale Einspeisungen Dritter von Fernwärme (aus erneuerbaren Energien) im Rahmen des technisch Möglichen zuzulassen hat.

Einer solchen vertraglichen Abrede stehen weder europarechtliche Vorschriften noch solche des nationalen Verfassungsrechts entgegen. Eine solche Abrede verstößt auch nicht gegen das einschlägige nationale Wettbewerbsrecht (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB).

Zu Frage 3:

Die Beantwortung der Gutachtenfrage 3 ist im Zusammenhang mit der Beantwortung der Fragen 1 und 2 erfolgt (siehe oben S. 3).

(Keßler)