

**Zur Verpflichtung der Stadt Paderborn der KMG Kraftwerksgesellschaft
Mönkeloh durch Abschluss eines entsprechenden Gestattungsvertrages
öffentlichen Straßengrund zur Verlegung einer Elektrizitätsversorgungsleitung
zur Verfügung zu stellen, um der KMG Kraftwerksgesellschaft auf diese Weise
einen Anschluss des geplanten Kraftwerkes Mönkeloh an das Versorgungsnetz
der E.O.N. Westfalen-Weser Netz GmbH zu ermöglichen**

VORLÄUFIGES RECHTSGUTACHTEN

im Auftrag des Pro Grün e.V., Rochusweg 51, 33102 Paderborn

der
HüttenbrinkPartner Rechtsanwälte
durch
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht und
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Norbert Burke
Piusallee 20 - 22
48147 Münster

Allgemeine Vorbemerkungen

Bevor im Folgenden unter Berücksichtigung der vorliegenden Stellungnahmen von Rechtsanwalt Dalka, von Rechtsanwalt Dr. Nierer, von Rechtsanwalt Dr. Hünnekens sowie von Rechtsanwältin Dr. Verstejl auf die zu Beurteilung gestellte Frage des Bestehens eines entsprechenden Kontrahierungszwanges der Stadt Paderborn bzw. eines korrespondierenden Überlassungsanspruchs des Kraftwerksbetreibers eingegangen wird, ist zunächst der der Beurteilung zugrunde liegende Sachverhalt darzulegen, wie er sich nach Auswertung der vorliegenden gutachterlichen Stellungnahmen darstellt. Eine kurze Wiedergabe des zugrunde liegenden Sachverhalts erscheint auch deshalb angezeigt, weil auf den ersten Blick vergleichsweise geringfügige Abweichungen im Tatsächlichen bezüglich der Frage einer Überlassungspflicht der Stadt Paderborn weit reichende Auswirkungen haben können.

A.

Der zu beurteilende Sachverhalt

Nach den uns vorliegenden Informationen will die KMG Kraftwerksgesellschaft Mönckeloh GmbH & Co. KG die Stadt Paderborn auf die Überlassung öffentlicher Verkehrsflächen zum Zwecke der Leitungsverlegung in Anspruch nehmen, um auf diese Weise das geplante Industrieheizkraftwerk Mönckeloh zwecks Einspeisung von Elektrizität an dem Umspannwerk Borchener Straße an das Versorgungsnetz der E.ON Westfalen-Weser-Netz GmbH anzubinden. Bei dem betreffenden Versorgungsnetz handelt es sich ausweislich der vorliegenden Gutachten um ein Mittelspannungsnetz. Die Anbindung soll dabei über eine noch zu errichtende 20-kV-Kabeltrasse, also über eine Mittelspannungstrasse, erfolgen. Ein unmittelbarer Anschluss von Letztverbrauchern – etwa in der Form von in Mittelspannung zu versorgenden Sonderabnehmern – an die betreffende Kabeltrasse ist nicht beabsichtigt.

Für die Realisierung der Kabeltrasse wird nach dem gegenwärtig geplanten Verlauf u. a. eine in der Straßenbaulast der Stadt Paderborn stehende Verkehrsfläche – namentlich ein Abschnitt der Halberstädter Straße – benötigt. Eine andere Möglichkeit, dass geplante Kraftwerk an das Verteilungsnetz der E.ON ohne Inanspruchnahme öffentlichen Verkehrsraums zu realisieren, besteht nach dem vorliegenden Gutachten nicht und wird im Rahmen der weiteren Prüfung unterstellt.

Ferner ist den vorliegenden Gutachten zu entnehmen, dass die Stadt Paderborn in der Vergangenheit den Betreibern von Windenergieanlagen eine Inanspruchnahme des

öffentlichen Verkehrsraums zum Zwecke des Anschlusses der Erzeugungsanlagen an die bestehenden Versorgungsnetze gestattet hat. Unklar ist dabei, ob eine solche Inanspruchnahme des öffentlichen Verkehrsraums zum Zwecke der Leitungsverlegung gerade auch für das vorliegend in Rede stehende Teilstück der Halberstädter Straße gestattet wurde. Wir gehen im Rahmen der folgenden rechtlichen Überlegungen davon aus, dass dies nicht der Fall ist.

B.

Rechtliche Beurteilung des Bestehens von Kontrahierungsansprüchen zugunsten des Kraftwerksbetreibers

Ausgehend von den vorstehend dargelegten tatsächlichen Gegebenheiten werden wir nun im Folgenden der Rechtsfrage nachgehen, ob die Stadt Paderborn rechtlich verpflichtet ist, dem Kraftwerksbetreiber öffentliche Verkehrsflächen zum Zwecke der Errichtung der beabsichtigten Verbindungsleitung zur Verfügung zu stellen.

I.

Gegenstand der Untersuchung

Angesichts einiger terminologischer Ungenauigkeiten in den vorliegenden Gutachten ist vorab klarzustellen, dass es nicht um Rechtsfragen der Stromdurchleitung bzw. des Netzanschlusses geht. Die Frage der Stromdurchleitung betrifft die Frage, ob Netzbetreiber gegenüber Energieerzeugern oder sonstigen Einspeisewilligen verpflichtet sind, ihr bestehendes Netz zum Zwecke der Durchleitung von Strom zur Verfügung zu stellen. Die Frage der Stromdurchleitung betrifft dementsprechend das Rechtsverhältnis zwischen Netzbetreiber und Energieerzeuger bzw. sonstigen Einspeisewilligen. Demgegenüber geht es vorliegend um die Frage, ob die Stadt Paderborn als Träger der öffentlichen Verkehrsflächen verpflichtet ist, diese dem einspeisewilligen Kraftwerksbetreiber zum Zwecke der Errichtung einer eigenen Leitung zur Verfügung zu stellen. Dies ist eine grundlegend andere Rechtsfrage, weshalb sich die vorliegenden kartellrechtlichen Entscheidungen zur Verweigerung von Durchleitungen bzw. zur Verweigerung des Netzanschlusses – genannt sei insoweit etwa die Mainova-Entscheidung des BGH – nicht unmittelbar zur Beantwortung der vorstehend zu klärenden Rechtsfrage heranziehen lassen. Dies gilt insbesondere für die in der Rechtsprechung anerkannten Rechtfertigungsgründe für eine Verweigerung von Durchleitungen etwa aufgrund Gefährdung der Netzintegrität oder aufgrund von Unzumutbarkeit. Die betreffenden Rechtfertigungsgründe sind auf die spezifische Interessenlage der prinzipiell durchleitungspflichtigen Netzbetreiber zugeschnitten, die bei einer Gefährdung der Netzintegrität selbstverständlich berechtigt sind, eine Durchleitung zu

verweigern. Eine Berufung der Stadt Paderborn auf solche Verweigerungsgründe, die ihren Grund gerade in der spezifischen Interessenlage des Netzbetreibers haben, dürfte dagegen nicht in Betracht kommen, zumal vorliegend auch nicht ersichtlich ist, dass die geplante Einspeisung die Netzintegrität des E.ON-Mittelspannungsnetzes in irgendeiner Weise gefährden könnte.

II.

Rechtsgrundlagen für einen Anspruch auf Abschluss eines zivilrechtlichen Wegenutzungsvertrags

Dies vorausgeschickt stellt sich die Frage, aufgrund welcher Rechtsgrundlage die Stadt Paderborn zu einer Überlassung der öffentlichen Verkehrswege zum Zwecke der Leitungsverlegung verpflichtet sein könnte.

Den Ausgangspunkt der rechtlichen Beurteilung muss dabei die Feststellung bilden, dass es sich bei der Inanspruchnahme öffentlichen Verkehrsraums zum Zwecke der Leitungsverlegung um eine über den Allgemeingebrauch hinausgehende Sondernutzung handelt, deren Gewährung sich gem. § 23 Abs. 1 StrWG NRW angesichts der Tatsache, dass die betreffende Mittelspannungsleitung der Elektrizitätsversorgung und damit der öffentlichen Versorgung dient, nach Bürgerlichem Recht richtet. Die Überlassung von Wegenutzungsrechten zum Zwecke der Leitungsverlegung erfolgt damit nicht mittels Hoheitsaktes, sondern auf Basis eines abzuschließenden zivilrechtlichen Vertrages.

Die Frage, ob die Stadt Paderborn verpflichtet ist, dem Kraftwerksbetreiber die betreffende Verkehrsfläche zum Zwecke der Leitungsverlegung zur Verfügung zu stellen, hängt maßgeblich davon ab, ob für die Stadt Paderborn aufgrund eines sich aus Rechtsvorschriften ergebenden Kontrahierungszwanges ausnahmsweise die Verpflichtung besteht, abweichend vom Grundsatz der Vertragsfreiheit einen entsprechenden Wegenutzungsvertrag abzuschließen.

Ein entsprechender Kontrahierungszwang der Stadt Paderborn könnte sich aus verschiedenen Rechtsvorschriften ergeben. Als Rechtsgrundlage für einen entsprechenden Kontrahierungszwang kommen neben spezifisch energiewirtschaftsrechtlichen Vorschriften auch die in den vorliegenden Gutachten bereits thematisierten kartellrechtlichen Missbrauchsvorschriften der §§ 19, 20 GWB sowie Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. dem Straßenwegerecht in Betracht.

1.

**Kein Kontrahierungszwang aufgrund einer möglichen Anlagengenehmigung gem.
BlmSchG**

Bevor auf die vorgenannten Rechtsgrundlagen im Detail eingegangen wird, ist klarstellend darauf hinzuweisen, dass sich ein Anspruch des Kraftwerksbetreibers auf Abschluss eines entsprechenden Wegenutzungsvertrages nicht aus einer möglichen Genehmigung des geplanten Kraftwerks nach Maßgabe der BlmSchG ergeben würde.

Zwar käme einer möglichen immissionsschutzrechtlichen Genehmigung nach § 13 BlmSchG eine weit reichende Konzentrationswirkung vor. Nach dieser Vorschrift schließt die immissionsschutzrechtliche Genehmigung andere die Anlage betreffende behördliche Entscheidungen mit ein. Schon aus dem Wortlaut der Vorschrift, nach dem andere *die Anlage betreffende Entscheidungen* eingeschlossen werden, wird jedoch deutlich, dass die Konzentrationswirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung nur soweit reicht, wie es sachlich um die zur Genehmigung gestellte Anlage geht.

- Vgl. dazu Jarass, BlmSchG, § 13 Rdn. 15 -

Die Konzentrationswirkung endet mit anderen Worten dort, wo sich bestimmte behördliche Entscheidungen nicht mehr auf die eigentliche, zur Genehmigung gestellte Anlage beziehen. Letzteres wäre aber bei einer Entscheidung der Stadt Paderborn über die vertragliche Einräumung von Wegenutzungsrechten zum Zwecke der Leitungsverlegung der Fall, da die geplante Mittelspannungsleitung bei Zugrundlegung der Anlagendefinition des § 3 Abs. 5 BlmSchG nicht Bestandteil der zu genehmigenden Anlage ist. Schon aus diesem Grunde ergäbe sich aus der Konzentrationswirkung einer möglichen immissionsschutzrechtlichen Genehmigung keine Verpflichtung der Stadt Paderborn, dem Kraftwerksbetreiber privatrechtlich entsprechende Wegenutzungsrechte einzuräumen.

Dies gilt im Übrigen auch deshalb, weil die Konzentrationswirkung nach § 13 BlmSchG ausdrücklich nur im Hinblick auf behördliche Entscheidungen besteht. Bei der Einräumung von Wegenutzungsrechten würde es sich aber gerade nicht um eine hoheitliche Entscheidung im Sinne des § 13 BlmSchG handeln, da sich diese Einräumung nach dem Gesagten in den Formen des Privatrechts vollziehen müsste.

Auch aus diesem Grunde ergäbe sich entsprechend der zutreffenden Einschätzung von Dr. Hünnekens in der gutachterlichen Stellungnahme vom 28.09.2007 aus einer möglichen

immissionsschutzrechtlichen Genehmigung kein Anspruch des Kraftwerksbetreibers zum Abschluss eines entsprechenden Wegenutzungsvertrages .

2.

Keine Überlassungsverpflichtungen aufgrund der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für den Netzanschluss und dessen Nutzung für die Elektrizitätsversorgung in Niederspannung (Niederspannungsanschlussverordnung, NAV)

Ein dahingehender Anspruch ergibt sich für den Kraftwerksbetreiber auch nicht aus den Vorschriften der zum 08.11.2006 in Kraft getretenen Verordnung über Allgemeine Bedingungen für den Netzanschluss und dessen Nutzung für die Elektrizitätsversorgung in Niederspannung (Niederspannungsanschlussverordnung, NAV).

Zwar begründet § 12 Abs. 1 NAV unter den dort normierten Voraussetzungen für Grundstückseigentümer die Verpflichtung, für Zwecke der örtlichen Versorgung das Anbringen und Verlegen von Leitungen auf ihren Grundstücken unentgeltlich zuzulassen, wobei ausdrücklich auch das Mittelspannungsnetz der örtlichen Versorgung zugeordnet wird. Diese Verpflichtung gilt jedoch entsprechend der Intention der NAV, das Rechtsverhältnis zwischen Anschlussnehmer bzw. –nutzer und Netzbetreiber zu regeln, ausdrücklich nur für solche Grundstückseigentümer, die selbst Anschlussnehmer sind. Eine Verpflichtung der Träger der öffentlichen Straßenbaulast, auch öffentliche Verkehrsflächen zum Zwecke der Leitungsverlegung zur Verfügung zu stellen, wird daher durch die vorgenannte Vorschrift nicht begründet.

3.

Kein Kontrahierungsanspruch gem. § 46 Abs. 1 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG)

Ein denkbarer Kontrahierungszwang könnte sich für die Stadt Paderborn aus § 46 Abs. 1 EnWG ergeben, der sich ausdrücklich mit der Frage der vertraglichen Einräumung von Wegenutzungsrechten an gemeindlichen Straßen zum Zwecke der Leitungsverlegung befasst. Nach dieser Vorschrift haben Gemeinde ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, einschließlich Fernwerkleitungen zur Netzsteuerung und Zubehör, zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen.

Dies Verpflichtung gilt jedoch ausdrücklich nur für solche Elektrizitätsversorgungsleitungen, die der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern dienen.

Diese Voraussetzung dürfte vorliegend nicht erfüllt sein, da nach hiesigem Kenntnisstand an die betreffende Mittelspannungsleitung unmittelbar keine Letztverbraucher angeschlossen werden sollen. Die betreffend Elektrizitätsleitung dient vielmehr ausschließlich dazu, die in dem geplanten Industrieheizkraftwerk erzeugte Elektrizität in das Mittelspannungsnetz der E.ON Westfalen-Weser GmbH einzuspeisen. Zwar mögen auch aus diesem Netz letztlich Letztverbraucher versorgt werden, wobei unklar bleibt, ob diese unmittelbar aus dem Netz in Mittelspannung versorgt werden, oder ob die Elektrizität nach erneuter Umspannung noch in ein Niederspannungsnetz eingespeist wird, aus dem dann abnehmerseits Energie bezogen wird. Unabhängig von der konkreten Gestaltung erfüllt die betreffende Mittelspannungsleitung jedoch nicht das Tatbestandsmerkmal der unmittelbaren Versorgung, da zumindest das Mittelspannungsnetz der E.ON zwischengeschaltet ist. In Fällen dieser Art kann nicht mehr von einer unmittelbaren Versorgung im Sinne des § 46 Abs. 1 EnWG ausgegangen werden.

Die gegenteilige Einschätzung im Gutachten der Rechtsanwälte Verstyl pp. vom 18.09.2007 überzeugt nicht. Würde man auch solche Leitungsverbindungen als Leitungen für die unmittelbare Versorgung von Netzverbrauchern ansehen, durch die lediglich Elektrizität in ein Weiterverteilungsnetz eingespeist wird, so würde dies im Ergebnis dazu führen, dass nahezu sämtliche Elektrizitätsversorgungsleitungen als Leitungen der unmittelbaren Versorgung anzusehen wären. Das von dem Gesetzgeber bewusst normierte Unmittelbarkeitskriterium würde bei dieser Betrachtungsweise nahezu vollständig leer laufen, was der Intention des Gesetzgebers ersichtlich nicht gerecht wird. Dieser hat über das Unmittelbarkeitskriterium bewusst eine tatbestandliche Abgrenzung vornehmen wollen, wobei sich aus der Entstehungsgeschichte des § 46 Abs. 1 EnWG ergibt, dass das Tatbestandsmerkmal der Unmittelbarkeit eng auszulegen ist. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die Vorschrift des § 46 Abs. 1 EnWG ausweislich der Gesetzesbegründung der Umsetzung von Art. 22 der Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie 2003 dient. Diese Richtlinienbestimmung regelt aber ausdrücklich nur die Ermöglichung der Errichtung sog. Direktleitungen, also bei Zugrundelegung der Begriffsdefinition von § 3 Nr. 12 EnWG solcher Leitungen, die einen einzelnen Produktionsstandort mit einem einzelnen Kunden verbinden. Auch dies spricht dafür, nur solche Energieversorgungsleitungen dem Anwendungsbereich des § 46 Abs. 1 EnWG zuzuordnen, die entweder dem Anschluss eines einzelnen Kunden dienen, oder aber von denen zumindest unmittelbar Stickleitungen zu einzelnen Kunden abzweigen. Sachverhalte, in denen ganze Netze, insbesondere in Form von Weiterverteilungsnetzen, zwischengeschaltet sind, erfüllen daher auch bei Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des § 46 Abs. 1 EnWG nicht mehr das Unmittelbarkeitserfordernis.

Wir schließen uns insoweit der Rechtseinschätzung der Vorgutachter Dr. Hünnekens und Dalka an, wonach davon auszugehen ist, dass es sich bei der vorstehend in Rede stehenden Mittelspannungsleitung nicht um eine der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern dienende Elektrizitätsleitung handelt, mit der Folge, dass eine Kontrahierungspflicht der Stadt Paderborn nach Maßgabe von § 46 Abs. 1 EnWG nicht besteht.

Diese Rechtsauffassung wird im Übrigen auch durch das Urteil des OLG Brandenburg vom 15.05.2007 (Az. Kart U 3/06) bestätigt, in dem dieses in einer vergleichbaren Fallkonstellation erhebliche und im Ergebnis durchgreifende Bedenken dagegen geäußert hat, dass Energieversorgungsleitungen, die der gewerblichen Einspeisung von Energie in ein Weiterverteilungsnetz dienen, dem Anwendungsbereich des § 46 EnWG unterfallen.

4.

Kontrahierungszwang aufgrund des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots nach Maßgabe von § 19 GWB

Eine Verpflichtung der Stadt Paderborn, mit dem Kraftwerksbetreiber einen zivilrechtlichen Wegenutzungsvertrag zum Zwecke der Leitungsverlegung abzuschließen, könnte sich aber aus den kartellrechtlichen Missbrauchstatbeständen der §§ 19, 20 GWB i. V. m. § 33 GWB ergeben. Sollte sich die Verweigerung der Einräumung eines entsprechenden Nutzungsrechts bei Zugrundelegung der in § 19 GWB normierten Kriterien als sachlich nicht gerechtfertigter Missbrauch darstellen, so wäre die Stadt Paderborn gem. § 33 GWB zu Schadensersatz bzw. Unterlassung verpflichtet. Diese Norm kann im Falle einer nicht gerechtfertigten Verweigerung eines Vertragsschlusses unter Schadensersatz- wie auch unter Unterlassungsgesichtspunkten anerkanntermaßen einen Kontrahierungszwang des kartellrechtswidrig handelnden Unternehmens begründen.

a. Anwendbarkeit des GWB auf den vorliegenden Sachverhalt

Fraglich ist vorliegend allerdings schon die auch in den vorliegenden Gutachten diskutierte Frage, ob die Vorschriften des GWB auf den vorliegenden Sachverhalt überhaupt anwendbar sind.

aa. Keine Verdrängung des GWB aufgrund Spezialität des EnWG

Einer Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Missbrauchsvorschriften wird man nicht entgegenhalten können, dass die Vorschriften des GWB aufgrund einer vermeintlichen Spezialität des EnWG in Fallkonstellationen der vorliegenden Art verdrängt werden.

Insoweit ist zu berücksichtigen, dass das EnWG in § 111 selbst eine nähere Regelung zum Verhältnis zwischen EnWG und GWB geschaffen hat. Nach dieser Vorschrift sind die Vorschriften der §§ 19, 20 GWB neben den Vorschriften des EnWG anzuwenden, soweit durch das EnWG nicht ausdrücklich eine abschließende Regelung getroffen worden ist. Eine solche ausdrückliche abschließende Regelung hat das EnWG für den vorliegenden Fall nicht getroffen. Eine abschließende Regelung des Sachverhalts durch das EnWG scheidet schon deshalb aus, weil der vorliegend relevante Sachverhalt der Einräumung von Wegenutzungsrechten für die Verlegung von Leitungen, die nicht unmittelbar der Versorgung von Letztverbrauchern dienen, durch das EnWG gar nicht geregelt wird. Schon dies steht der Annahme einer abschließenden Regelung durch das EnWG entgegen. Hinzu kommt, dass § 46 Abs. 5 EnWG für die von § 46 EnWG erfassten Sachverhalte ausdrücklich anordnet, dass die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden nach dem GWB unberührt bleiben. Auch dies spricht deutlich dafür, dass die Frage des Abschlusses von privatrechtlichen Wegenutzungsverträgen zum Zwecke der Leitungsverlegung durch das EnWG nicht abschließend geregelt ist.

bb. Anwendbarkeit des GWB nach Maßgabe von § 130 GWB?

Bedenken gegen die Anwendbarkeit der §§ 19, 20 GWB auf den vorliegenden Sachverhalt bestehen allerdings insoweit, als es vorliegend um die Frage der Zurverfügungstellung öffentlicher Verkehrswege durch Gemeinden zum Zwecke der Leitungsverlegung geht.

Dies wirft die Frage auf, ob auch dieses gemeindliche Handeln dem Anwendungsbereich des GWB unterfällt.

Zwar findet das GWB gem. § 130 Abs. 1 GWB grundsätzlich unabhängig von der konkreten Organisationsform auch auf Unternehmen der öffentlichen Hand Anwendung. Auch gemeindliches Handeln kann daher dem Anwendungsbereich des GWB unterfallen. Voraussetzung ist jedoch stets, dass es sich bei dem entsprechenden Handeln um eine unternehmerische Tätigkeit im Sinne des GWB handelt.

Eine unternehmerische Tätigkeit im Sinne des GWB liegt allgemein vor, wenn der Handelnde als Anbieter oder Nachfrager von Leistungen am Wirtschaftsleben beteiligt ist, wobei im Falle einer unternehmerischen Tätigkeit der öffentlichen Hand allerdings hinzukommen muss, dass diese Tätigkeit gleichartig auch von privaten Unternehmen ausgeübt wird oder jedenfalls ausgeübt werden könnte.

- Vgl. *Bechtold, Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 4. Auflage 2006, § 130
GWB Rdn. 5, 6* -

Ob bei Zugrundelegung der vorgenannten Kriterien überhaupt von einer unternehmerischen Tätigkeit der Stadt Paderborn ausgegangen werden kann, hängt entscheidend davon ab, ob man als Bezugspunkt allgemein auf die Überlassung von Grundeigentum zum Zwecke der Leitungsverlegung abstellt – diese Tätigkeit könnte auch von einem Privaten gewerblich erbracht werden – oder ob man gerade auf die Zurverfügungstellung öffentlicher Verkehrswege zum Zwecke der Leitungsverlegung abstellt. Diese Tätigkeit ist notwendig den öffentlichen Körperschaften vorbehalten und einer privaten Unternehmenstätigkeit entzogen.

Die Rechtsfrage, ob die zivilrechtliche Gestattung der Wegenutzung zum Zwecke der Leitungsverlegung bei Zugrundelegung der vorgenannten Kriterien als unternehmerische Tätigkeit im Sinne des GWB zu qualifizieren ist, wird in dem die Anwendbarkeit des GWB behandelnden Gutachten der Rechtsanwälte Luther/Nierer vom 18.09.2007 nur unzureichend untersucht.

Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung wäre unseres Erachtens zwingend zu berücksichtigen, dass die Inanspruchnahme öffentlicher Verkehrsflächen den betreffenden Energieversorgungsunternehmen – anders als die Inanspruchnahme einzelner privater Grundstücksflächen – eine mit vergleichsweise geringem Aufwand verbundene Verlegung von Leitungen über längere Distanzen ermöglicht. Gerade aus diesem Grunde werden Elektrizitätsversorgungsleitungen –sofern möglich – bevorzugt im öffentlichen Straßengrund verlegt. Die Überlassung öffentlicher Verkehrsflächen zum Zwecke der Leitungsverlegung weist daher gegenüber der Inanspruchnahme privater Grundstücke aufgrund des ungleich höheren Nutzens eine grundlegend andere Qualität auf. Dies lässt es gerechtfertigt erscheinen, bei der Frage des Vorliegens einer unternehmerischen Tätigkeit nicht auf die Überlassung von Grundeigentum im Allgemeinen, sondern konkret auf die Überlassung von Wegenutzungsrechten an öffentlichen Straßen abzustellen. Die zivilrechtliche Einräumung von Wegenutzungsrechten an öffentlichen Verkehrsflächen ist aber zwingend den öffentlichen Körperschaften vorbehalten, mit der Folge, dass der Anwendungsbereich des GWB nach Maßgabe der dargelegten Kriterien für diese Tätigkeit nicht eröffnet ist.

Dies entspricht im Ergebnis auch der Rechtsauffassung von Rechtsanwalt Dalka in der gutachterlichen Stellungnahme vom 12.10.2007 und wohl auch der Einschätzung der Rechtsanwälte Baumeister in der gutachterlichen Stellungnahme vom 28.09.2007. Letztere lässt die Anwendbarkeit zwar im Ergebnis offen, äußert jedoch erhebliche und unseres

Erachtens durchgreifende Bedenken gegen die Anwendbarkeit des Kartellrechts auf Sachverhalte der vorliegenden Art.

Eine Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Vorschriften lässt sich entgegen der in dem Gutachten von Luther/Nierer vertretenen Auffassung auch nicht durch den bloßen Hinweis darauf begründen, dass es sich bei der Gestattung der Nutzung von Verkehrswegen um eine Leistung handele, für die im Wirtschaftsverkehr üblicherweise eine Vergütung gezahlt wird. Selbst wenn die Stadt Paderborn beabsichtigen sollte, die Einräumung entsprechender Wegenutzungsrechte von einem Entgelt abhängig zu machen, so reicht der Umstand, dass für eine Leistung im Wirtschaftsverkehr üblicherweise eine Vergütung gezahlt wird, im Falle einer Betätigung der öffentlichen Hand für die Annahme einer unternehmerischen Tätigkeit im Sinne des GWB nach den dargelegten Kriterien nicht aus.

Es spricht daher nach hiesiger Einschätzung überwiegendes dafür, dass die Vorschriften des GWB im Falle einer Vergabe von Wegenutzungsrechten durch Gemeinden zum Zwecke der Leitungsverlegung nicht anwendbar sind.

b. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Unterstellt man, dass die Vergabe von Wegerechten an öffentlichen Verkehrswegen als unternehmerische Tätigkeit zu qualifizieren wäre und dass der Stadt Paderborn auf diesem Markt eine marktbeherrschende Stellung zukäme, ergäbe sich aus den kartellrechtlichen Missbrauchsvorschriften der §§ 19, 20 GWB aber nur dann ein auf Abschluss eines Wegenutzungsvertrages gerichteten Kontrahierungszwang, wenn sich die Weigerung, einen solchen Vertrag abzuschließen, als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des § 19 GWB darstellen würde.

Einzig ersichtlicher Ansatzpunkt für die Annahme eines solchen Missbrauchs wäre der in dem Gutachten von Luther/Nierer angeführte Umstand, dass die Stadt Paderborn in der Vergangenheit anderen Energieversorgungsunternehmen – namentlich den Betreibern von Windkraftanlagen – eine Nutzung von öffentlichen Verkehrswegen zum Zwecke der Leitungsverlegung gestattet hat, den Abschluss eines entsprechenden Wegenutzungsvertrages im vorliegenden Fall aber möglicherweise ablehnt.

Auch bei Berücksichtigung dieses Gesichtspunktes würde sich eine Weigerung zum Abschluss eines Wegenutzungsvertrages zum Zwecke der Leitungsverlegung aber nur dann als missbräuchlich im Sinne des § 19 GWB darstellen, wenn sich die Weigerung zum Vertragsschluss als sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung von Unternehmen darstellen würde. Das Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung ist im Falle eines

divergierenden Leistungsangebotes an verschiedenen Unternehmen unabdingbare Voraussetzung für die Annahme eines missbräuchlichen Verhaltens. Dies gilt unabhängig davon, ob man im Rahmen der rechtlichen Beurteilung auf die in § 19 Abs. 4 GWB beispielhaft aufgeführten speziellen Missbrauchstatbestände oder aber auf den allgemeinen Missbrauchstatbestand des § 19 Abs. 1 GWB abstellt.

aa. Vorliegen einer Ungleichbehandlung

Vorliegend ist schon äußerst fraglich, ob im Falle der Verweigerung des Vertragsschlusses überhaupt eine Ungleichbehandlung vorläge.

Zwar wird man das Vorliegen eines Missbrauchs entgegen der Einschätzung des Rechtsanwalts Dalka im Gutachten vom 12.10.2007 nicht allein mit der Begründung ablehnen können, dass es sich bei dem in Rede stehenden Industrieheizkraftwerk nicht um ein Kraftwerk handele, sondern um eine Abfallverbrennungsanlage. Der Umstand, dass die betreffende Anlage Elektrizität aus der Verbrennung von Abfällen gewinnt, ändert nichts daran, dass es sich um eine Elektrizitätserzeugungsanlage handelt.

Ob die Verweigerung eines Vertragsabschlusses mit der KMG eine Ungleichbehandlung begründen würde, dürfte damit entscheidend von dem der Betrachtung zugrunde gelegten Bezugspunkt abhängen. Insoweit kommt es darauf an, ob man als Bezugspunkt der Beurteilung darauf abstellt, ob die betreffende Gemeinde in der Vergangenheit die Nutzung irgendeiner Verkehrsfläche zum Zwecke der Leitungsverlegung gestattet hat, oder ob man darauf abstellt, ob anderen Energieversorgungsunternehmen gerade an der konkret in Rede stehenden Verkehrsfläche Wegenutzungsrechte eingeräumt worden sind.

Legt man das o.g. Urteil des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 15.05.2007 zugrunde, so wird man im Rahmen der kartellrechtlichen Überprüfung darauf abstellen müssen, ob in der Vergangenheit gerade an dem konkret in Rede stehenden öffentlichen Verkehrsweg Wegenutzungsrechte eingeräumt worden sind. Das Oberlandesgericht Brandenburg hat in dem genannten Urteil einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des § 20 GWB jedenfalls gerade mit der Begründung abgelehnt, dass es an einer diskriminierenden Handlung der betreffenden Gemeinde fehle, da diese gerade den *streitgegenständlichen Weg* nicht anderen Energieversorgungsunternehmen zur Leitungsverlegung zur Verfügung gestellt hat.

Ein Abstellen auf den konkret in Rede stehenden öffentlichen Verkehrsweg erscheint auch sachgerecht. Widrigenfalls würde jede räumlich noch so beschränkte Gestattung der Wegenutzung eines einzelnen Verkehrsweges nach Maßgabe der kartellrechtlichen

Vorschriften dazu führen, dass die betreffende Gemeinde sämtliche Verkehrswege jedem Energieversorgungsunternehmen zum Zwecke der Leitungsverlegung zur Verfügung stellen muss. Ein so weitgehender Kontrahierungszwang erscheint auch bei Berücksichtigung der wettbewerbsfördernden Zielsetzungen des GWB nicht gerechtfertigt.

Es spricht daher manches dafür, mit dem OLG Brandenburg im Rahmen der kartellrechtlichen Überprüfung darauf abzustellen, ob anderen Energieversorgungsunternehmen gerade an dem konkreten Verkehrsweg private Wegenutzungsrechte zum Zwecke der Leitungsverlegung eingeräumt worden sind. Dies ist nach hiesigem Kenntnisstand bezüglich des in Rede stehenden Teilstücks der Halberstädter Straße nicht der Fall, mit der Folge, dass bei Zugrundelegung der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Brandenburg schon mangels relevanter Ungleichbehandlung kein kartellrechtlicher Kontrahierungszwang zu Lasten der Stadt Paderborn besteht.

bb. Sachliche Rechtfertigung aufgrund Privilegierung der Elektrizitätserzeugung aus Erneuerbaren Energien

Selbst wenn man im Falle einer Weigerung der Stadt Paderborn, einen Wegenutzungsvertrag mit der KMG abzuschließen, entgegen der hier vertretenen Auffassung von einer rechtlich relevanten Ungleichbehandlung ausginge, würde die Verweigerung zum Vertragsschluss nur dann einen Missbrauch im Sinne des § 19 GWB begründen, wenn für die Verweigerung keine sachlich rechtfertigenden Gründe vorliegen.

Ein solcher sachlich rechtfertigender Grund für eine unterschiedliche Behandlung der verschiedenen Energieerzeuger könnte sich aus der weitreichenden Privilegierung der Energieerzeugung aus Erneuerbaren Energien ergeben. Diese Privilegierungen könnten es der Stadt Paderborn gestatten, den Betreibern von Windenergieanlagen die Wegenutzung zum Zwecke der Leitungsverlegung zu ermöglichen, eine Wegenutzung durch andere Energieerzeuger, denen - wie dem vorliegend in Rede stehenden Kraftwerksbetreiber - die Privilegierung Erneuerbarer Energien nicht zugute kommt, abzulehnen.

Die weitgehenden Privilegierung der Energieerzeugung aus erneuerbaren Energieträgern wie Wind-, Wasser- oder auch Solarenergie steht in Einklang mit den grundgesetzlich durch Art. 20 a GG verbürgten Umweltschutzziel. Sie findet in einer Vielzahl von gesetzlichen Regelungen insbesondere des EnWG sowie des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) ihren Ausdruck. Insbesondere das letztgenannte Gesetz sieht weitreichende Privilegierungen zugunsten von Energieerzeugern vor, die Energie aus erneuerbaren Energieträgern gewinnen. Für die vorliegende Beurteilung relevant ist dabei insbesondere die Regelung des § 4 Abs. 1 EEG, die Netzbetreiber verpflichtet, Anlagen zur Erzeugung von Strom aus

Erneuerbaren Energien unverzüglich vorrangig an ihr Netz anzuschließen und den gesamten aus diesen Anlagen angebotenen Strom aus Erneuerbaren Energien vorrangig abzunehmen und zu übertragen. Zweck dieser Regelung ist es ersichtlich, durch den Netzzugang die erforderliche infrastrukturelle Anbindung der Energieerzeugungsanlage an die Netze der allgemeinen Versorgung sicherzustellen. Dies ist wiederum unabdingbare Voraussetzung dafür, dass die in den betreffenden Erzeugungsanlagen erzeugte umweltfreundliche Energie den bezweckten Beitrag zur allgemeinen Energieversorgung leisten kann. Der Gesetzgeber wollte durch Erlass des § 4 Abs. 1 EEG ersichtlich sichergestellt wissen, dass aufgrund der verfolgten umweltpolitischen Zielsetzungen jede Anlage zur Erzeugung von Strom aus Erneuerbaren Energien an ein Elektrizitätsversorgungsnetz angeschlossen wird. Nur auf diese Weise können die für förderungswürdig erachteten Elektrizitätsanlagen den ihr zugeordneten Beitrag zu einer umweltfreundlichen Energieversorgung leisten.

Diese gesetzgeberische Wertentscheidung haben auch die Gemeinden bei der Vergabe von Wegenutzungsrechten zum Zwecke der Leitungsverlegung zu berücksichtigen. Würden Gemeinden in Fällen, in denen die Betreiber von Energieerzeugungsanlagen aus Erneuerbaren Energien für den Anschluss der Erzeugungsanlage an das Energieversorgungsnetz zwingend auf die Inanspruchnahme öffentlicher Verkehrsflächen angewiesen sind, den Abschluss entsprechender Wegenutzungsverträge ablehnen, so würde dies einen Anschluss faktisch unmöglich machen. Dies liefe aber der mit § 4 EEG verfolgten gesetzgeberischen Zielsetzungen erkennbar zuwider. Gemeinden werden daher gegenüber den Betreibern von Energieerzeugungsanlagen aus Erneuerbaren Energien auch bei Berücksichtigung des Staatsziels des Art. 20 a GG zumindest im Regelfall verpflichtet sein, entsprechende Wegenutzungsverträge zum Zwecke der Leitungsverlegung abzuschließen.

Eine solche Verpflichtung besteht gegenüber Kraftwerksbetreibern, die wie die KMG ihre Energie nicht aus erneuerbaren Energieträgern gewinnen, nicht. Dies stellt einen sachlich relevanten Unterschied dar, der eine unterschiedliche Behandlung bei der Vergabe von Wegerechten rechtfertigt.

Dies entspricht im Ergebnis auch der Einschätzung des Rechtsanwalts Dalka im Gutachten vom 12.10.2007, der davon ausgeht, dass eine unterschiedliche Behandlung der verschiedenen Kraftwerksbetreiber mit Blick auf das öffentliche Interesse an einer umweltschonenden Energieversorgung nicht nur nicht ermessensfehlerhaft, sondern im Gegenteil sogar wegen Art. 3 Abs. 1 GG zwingend geboten ist.

Eine unterschiedliche Handhabung der Stadt Paderborn beim Abschluss von Wegenutzungsverträgen stellt sich daher nach hiesiger Einschätzung nicht als willkürlich dar,

sondern findet mit der weitreichenden Privilegierung Erneuerbarer Energien einen sachlich rechtfertigenden Grund. Eine Weigerung der Stadt Paderborn, mit der KMG einen entsprechenden Wegenutzungsvertrag abzuschließen, würde sich daher nach hiesiger Einschätzung nicht als Missbrauch im Sinne des § 19 GWB darstellen.

Aus den dargelegten Gründen lässt sich ein kartellrechtlicher Kontrahierungszwang der Stadt Paderborn auch nicht aus den §§ 20, 33 GWB herleiten. Die Verweigerung eines Vertragsschlusses wäre aufgrund der dargelegten sachlichen Rechtfertigung nicht als unbillige Behinderung bzw. als sachlich nicht gerechtfertigte, unterschiedliche Behandlung im Sinne des § 20 Abs. 1 GWB zu qualifizieren.

Wir weisen vor dem Hintergrund der vorstehenden Erwägungen rein vorsorglich darauf hin, dass ein kartellrechtlicher Anspruch des Kraftwerksbetreibers auf Abschluss eines entsprechenden Wegenutzungsvertrages ohnehin nicht bestünde, wenn dem Kraftwerksbetreiber entgegen dem hiesigen Verständnis vom Sachverhalt ein Anschluss an das Weiterverteilungsnetz der E.ON auf anderem Wege möglich sein sollte. Die Möglichkeit, eine Energieerzeugungsanlage auf anderem Wege – und sei es auch mit entsprechenden Mehrkosten – an ein Energieversorgungsnetz anzuschließen, ist von dem Brandenburgischen Oberlandesgericht in dem angeführten Urteil vom 15.05.2007 ausdrücklich als Gesichtspunkt herausgestellt worden, der eine relevante Behinderung im Sinne des § 20 GWB ausschließt. Entsprechendes müsste für einen kartellrechtlichen Anspruch nach Maßgabe von § 19 GWB gelten. Auch insoweit müsste in entsprechender Anwendung der Ausführungen des brandenburgischen OLG der Grundsatz gelten, dass sich im Falle einer anderweitigen Anschlussmöglichkeit aus den §§ 19, 20 GWB kein Anspruch auf Gewährleistung eines kostengünstigeren Zugangs zum Netz des Energieversorgungsunternehmens auf Kosten des Wegenutzungsberechtigten herleiten lässt.

5.

Kontrahierungszwang aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. dem Straßenwegerecht

Ein Anspruch der KMG gegen die Stadt Paderborn auf Abschluss eines Wegenutzungsvertrages zum Zwecke der Leitungsverlegung könnte sich daher – wie von den Rechtsanwälten Baumeister thematisiert – nur noch aus den Vorschriften des Straßenwegerechtes i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG ergeben.

a. Anwendbarkeit des allgemeinen Gleichheitssatzes

Zwar hat die Einräumung von Wegenutzungsrechten zum Zwecke der Leitungsverlegung nach Maßgabe von § 23 Abs. 1 StrWG NW durch Abschluss eines privatrechtlichen Wegenutzungsvertrages zu erfolgen. Sachlich stellt sich die Einräumung von Wegenutzungsrechten aber als Verwaltung der öffentlichen Verkehrsfläche als öffentlicher Einrichtung dar. Es spricht daher manches dafür, die privatvertragliche Vergabe von Wegenutzungsrechten als Verwaltung in Privatrechtsform anzusehen, mit der Folge, dass die Gemeinden bei dieser Tätigkeit an die Grundrechte einschließlich des Gleichheitsgrundsatzes des Art. 3 Abs. 1 GG gebunden sind.

Die KMG kann den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG grundsätzlich auch für sich in Anspruch nehmen.

Eine Berufung auf Art 3 Abs. 1 GG scheitert entgegen der Einschätzung des Rechtsanwalts Dalka in seinem Gutachten vom 12.10.2007 nicht daran, dass Art. 3 Abs. 1 GG nach dem Spezialitätsgrundsatz durch die einfach gesetzliche Normen des EnWG bzw. des GWB verdrängt wird. Eine solche Verdrängung kommt schon bei Berücksichtigung der allgemeinen Normenhierarchie nicht in Betracht. Es ist ausgeschlossen, dass eine höherrangige grundgesetzliche Norm durch ein einfaches Gesetz verdrängt wird.

Auch kann sich die KMG als juristische Person des Privatrechts auf die grundrechtliche Gewährleistung des Art. 3 Abs. 1 GG berufen, da dieses Grundrecht im Sinne des Art. 19 Abs. 3 GG seinem Wesen nach auch auf juristische Personen anwendbar ist.

bb. Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz

Allerdings dürfte der Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG im Falle einer Weigerung der Stadt Paderborn zum Abschluss eines Wegenutzungsvertrages entgegen der gutachterlichen Einschätzung der Rechtsanwälte Baumeister im Gutachten vom 28.09.2007 sowie entgegen der Einschätzung von Rechtsanwalt Dr. Nierer im Gutachten vom 18.09.2007 im Ergebnis nicht verletzt sein.

Allgemein verbietet es der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, wesentliche gleiche Sachverhalte willkürlich ungleich bzw. wesentlich ungleiche Sachverhalte willkürlich gleich zu behandeln.

aa. Vorliegen einer Ungleichbehandlung

Vorliegend ist schon äußerst fraglich, ob im Falle einer Verweigerung eines Vertragsschlusses überhaupt eine Ungleichbehandlung der verschiedenen Kraftwerksbetreiber vorläge. Stellt man für die Beurteilung dieser Frage entsprechend den obigen Ausführungen zum Vorliegen eines kartellrechtlichen Missbrauchs darauf ab, ob anderen Kraftwerksbetreibern gerade an dem konkret in Rede stehenden Verkehrsweg Wegenutzungsrechte eingeräumt worden sind, so fehlt es vorliegend schon an einer maßgeblichen Ungleichbehandlung.

Eine solche Ungleichbehandlung läge nur vor, wenn man als Bezugspunkt für den anzustellenden Vergleich nicht die Einräumung von Wegenutzungsrechten an dem konkreten Verkehrsweg nimmt, sondern darauf abstellt, ob die Stadt Paderborn in ihrem Gemeindegebiet anderen Energieerzeugern an irgendeinem Verkehrsweg Wegenutzungsrechte eingeräumt hat.

bb. Sachliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

Auch in diesem Falle würde die dann anzunehmende Ungleichbehandlung aber nur dann einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG begründen, wenn sich die Ungleichbehandlung als willkürlich darstellen würde.

Dies wirft erneut die Frage nach der sachlichen Rechtfertigung einer möglichen Verweigerung der Einräumung von Wegenutzungsrechten zu Gunsten der KMG auf.

Dieser Frage wird in dem vorliegenden Gutachten von Luther Nierer vom 18.09.2007 nur unzureichend nachgegangen. Auf Umstände, die die angenommene Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten, wird in diesem Gutachten gar nicht eingegangen.

Keineswegs lässt sich die vermeintliche Willkürlichkeit der Ungleichbehandlung damit begründen, dass es der Stadt Paderborn allein darum gehe, durch die Verweigerung von Wegenutzungsrechten eine möglicherweise positive Entscheidung im Rahmen des eingeleiteten immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens zu umgehen. Der diesbezügliche Argumentationsansatz verkennt, dass es sich bei der Frage der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsfähigkeit der betreffenden Anlage sowie der Frage einer Verpflichtung zur Einräumung von Wegenutzungsrechten zum Zwecke der Leitungsvergabe um grundlegend verschiedene Rechtsfragen handelt. Aus dem Umstand einer möglichen immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsfähigkeit der betreffenden Erzeugungsanlage ergibt sich auch bei Berücksichtigung der Konzentrationswirkung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungen nach den obigen Ausführungen gerade keine gemeindliche Verpflichtung zur Überlassung öffentlicher Verkehrsflächen. Zudem wird in den

Ausführungen von Luther/Nierer verkannt, dass die unterschiedliche Behandlung nach den obigen Ausführungen ihren Grund gerade in der gesetzgeberisch gewollten Privilegierung Erneuerbarer Energien hat. Mit diesen Gesichtspunkten setzt sich das Gutachten in keiner Weise auseinander.

Auch die Rechtsanwälte Baumeister gelangen in ihrer gutachterlichen Stellungnahme zu der Einschätzung, dass eine Ungleichbehandlung im Rahmen der Wegerechtsvergabe sachlich nicht gerechtfertigt sei. Diese Einschätzung fußt im Wesentlichen auf der rechtlichen Annahme, dass im Rahmen der Entscheidung über die Wegerechtsvergabe nur solche Belange eingestellt werden könnten, die sich aus der Straßenbaulast und den damit in Verbindung stehenden Gesichtspunkten ergeben. Daraus wird gefolgert, dass städtebauliche bzw. kommunalpolitische Erwägungen im Rahmen der Entscheidungsfindung nicht berücksichtigungsfähig seien.

Diese Einschätzung ist aber rechtlich nicht zwingend. Zwar wird man nicht sämtliche städtebaulichen oder kommunalpolitischen Erwägungen in die Entscheidung über die Vergabe von Wegenutzungsrechte einbeziehen können. Einbeziehungsfähig müssen aber solche gesetzgeberische Wertentscheidungen sein, die in anderen gesetzlichen Regelungen deutlich ihren Ausdruck gefunden haben und die auch für die Gemeinden bindende Wirkung entfalten. Eine solche, von den Gemeinden zu berücksichtigende Wertung hat der Gesetzgeber aber nach den obigen Ausführungen im Rahmen des EEG mit der dort geforderten Privilegierung der Energieerzeugung aus Erneuerbaren Energien getroffen. Wie bereits im Rahmen der Prüfung eines kartellrechtlichen Kontrahierungszwangs dargelegt, wäre eine Verweigerung des Abschlusses von Wegenutzungsverträgen gegenüber Anlagenbetreibern, die Elektrizität aus erneuerbaren Energieträgern gewinnen, mit der in § 4 Abs. 1 EEG deutlich zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Wertentscheidung, den Anschluss solcher Elektrizitätserzeugungsanlagen sicherzustellen, nicht in Einklang zu bringen. Gerade auf Grund der gesetzgeberisch mit Blick auf das Umweltschutzziele des Art. 20 a GG gewünschten Privilegierung der Energieerzeugung aus erneuerbaren Energieträgern dürften die Gemeinden gegenüber Anlagenbetreibern, die Elektrizität aus Erneuerbaren Energien gewinnen, im Regelfall zur Einräumung von Wegenutzungsrechten zum Zwecke der Leitungsverlegung verpflichtet sein. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der betreffende Anlagenbetreiber alternativlos auf eine Inanspruchnahme der betreffenden Verkehrsfläche angewiesen ist.

Eine entsprechende Verpflichtung besteht dagegen gegenüber sonstigen Anlagenbetreibern, die Elektrizität unter Verwendung anderer Energieträger gewinnen, nicht. Es ist kein sachlicher Grund dafür ersichtlich, warum die Betreiber solche Energieanlagen über den

Gleichheitsgrundsatzes des Art. 3 Abs. 1 GG eine Gleichbehandlung erfahren sollten. Eine Gleichbehandlung dieser Anlagenbetreiber würde im Ergebnis dazu führen, dass sie an der Privilegierung für die Energieerzeugung aus Erneuerbaren Energien teil hätten, ohne dass dafür ein Grund ersichtlich wäre.

Die Privilegierung der Energieerzeugung aus Erneuerbaren Energien hat nach hiesiger Einschätzung insbesondere durch die Vorschrift des § 4 Abs. 1 EEG auch eine hinreichende Konkretisierung erfahren. Sie stellt eine gesetzgeberische Wertentscheidung dar, die weit über allgemeine kommunalpolitische Erwägungen, die im Rahmen der Entscheidung über die Wegerechtsvergabe nicht berücksichtigungsfähig sein mögen – was allerdings ebenfalls bezweifelt werden kann –, hinaus geht.

Ob die Privilegierung erneuerbarer Energien für die Gemeinden so weit reicht, dass sie im Ergebnis einen Kontrahierungszwang zugunsten der Betreiber von Energieerzeugungsanlagen aus Erneuerbaren Energien begründet, kann dabei dahinstehen. Jedenfalls stellt die Frage, ob der betreffende Anlagenbetreiber Elektrizität aus Erneuerbaren Energien oder auf andere Weise gewinnt, nach hiesiger Einschätzung angesichts der hinreichend gesetzlich konkretisierten Privilegierung der Energieerzeugung aus Erneuerbaren Energien ein sachliches Kriterium dar, das eine unterschiedliche Behandlung der verschiedenen Kraftwerksbetreiber rechtfertigt.

Eine Weigerung der Stadt Paderborn, mit der KMG einen entsprechenden Wegnutzungsvertrag abzuschließen, würde daher nach hiesiger Einschätzung keinen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG begründen, mit der Folge, dass sich auch aus dieser Vorschrift in Verbindung mit den Vorschriften des Straßenweggesetzes kein Kontrahierungszwang zu Lasten der Stadt Paderborn ergibt.

C. Zusammenfassung

Es bleibt festzuhalten, dass nach hiesiger Einschätzung keine Verpflichtung der Stadt Paderborn besteht, mit der KMG einen zivilrechtlichen Wegnutzungsvertrag abzuschließen, um dieser auf diese Weise einen Anschluss des geplanten Industrieheizkraftwerks an das Mittelspannungsnetz der E.ON zu ermöglichen.

Zwar lässt sich diese Frage nicht mit absoluter Sicherheit beantworten, da zu der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Kraftwerksbetreibern ein Anspruch gegen

Gebietskörperschaften auf Einräumung von Wegenutzungsrechten zum Zwecke der Leitungsverlegung zusteht, - soweit ersichtlich – keine gerichtlichen Entscheidungen vorliegen. Auch in der Literatur wird diese Frage nicht erschöpfend behandelt.

Es spricht aus den erörterten Gründen u. E. jedoch Überwiegendes gegen einen Anspruch der KMG auf Abschluss eines Wegenutzungsvertrages.

Ein solcher Anspruch lässt sich entgegen der Einschätzung von Frau Dr. Versteyl im Gutachten vom 18.09.2007 nicht aus § 46 Abs. 1 EnWG herleiten, da es sich bei der geplanten Leitungsverbindung nicht um eine Leitung zur unmittelbaren Versorgung von Netzverbrauchern im Sinne dieser Vorschrift handelt.

Auch aus den kartellrechtlichen Missbrauchs- bzw. Diskriminierungsverboten der §§ 19, 20 GWB dürfte sich kein entsprechender Kontrahierungszwang der Stadt Paderborn ergeben. Diese Vorschriften sind nach hiesiger Einschätzung wohl schon nicht anwendbar. Zumindest liegt kein Missbrauch bzw. keine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung vor, da die unterschiedliche Handhabung der Stadt Paderborn beim Abschluss von Wegenutzungsverträgen durch die gesetzgeberisch gewollte Privilegierung der Energieerzeugung aus erneuerbaren Energien gerechtfertigt ist.

Aus diesem Grunde dürfte auch keine Verpflichtung zum Abschluss eines Wegenutzungsvertrages aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. den Vorschriften des Straßenwegerechts bestehen.

Münster, den 08.11.2007

(Norbert Burke, Rechtsanwalt)