



per E-Mail:

Pro Grün e. V.
Herrn Fritz Buhr
Rochusweg 51

33102 Paderborn

Münster, 05.12.2007
501/07B01 Bur-ka D8/19886 (Bitte stets angeben)

Pro Grün e. V. Beratung

Sehr geehrter Herr Buhr,

in obiger Angelegenheit nehmen wir Bezug auf Ihre E-Mail vom 03.12.2007 und das mit Telefaxschreiben vom 03.12.2007 übersandte Gutachten der Rechtsanwälte Baumeister pp. vom 16.11.2007.

Mit Blick auf die nunmehr am 06.12.2007 angedachte Erörterung der Rechtsfragen, die bislang Gegenstand der gutachterlichen Bewertung waren, möchten wir zu den Ausführungen der Rechtsanwälte Baumeister pp. Folgendes anmerken:

I.

Einleitende Vorbemerkung:

Wir halten an unserer Einschätzung (siehe Blatt 19 f. unseres Gutachtens vom 08.11.2007) fest, dass eine Verpflichtung der Stadt Paderborn nicht besteht, mit der KMG einen zivilrechtlichen Wegenutzungsvertrag abzuschließen, um auf diese Weise einen Anschluss des geplanten Industrieheizkraftwerks an das Mittelspannungsnetz der E.ON zu ermöglichen. Das Ergänzungsgutachten der Baumeister Rechtsanwälte überzeugt u. E. im Ergebnis nicht,

selbst wenn man nunmehr – abweichend von unserem bisherigen Kenntnisstand - davon ausgehen muss, dass die Stadt Paderborn mit der Firma Stute am 03.06.1998 und 23.12.1998 Verträge schloss, mit denen Letzterer die Verlegung verschiedener Medienleitungen, u. a. auch einer Stromleitung, unter der Halberstädter Straße gestattet wurde (Blatt 2 des Ergänzungsgutachtens vom 16.11.2007 Baumeister Rechtsanwälte). Im Einzelnen begründet sich dies wie folgt:

II.

Rechtsausführungen

Letztlich hängt die Beantwortung der Rechtsfrage, ob die Stadt Paderborn verpflichtet ist, der KMG öffentlichen Straßengrund für die beabsichtigte Leitungsverlegung zur Verfügung zu stellen, entscheidend davon ab, ob die Stadt Paderborn im Rahmen der Entscheidung über den Abschluss eines privatrechtlichen Wegenutzungsvertrages – wie dies Dr. Hünnekens vertritt - nach Maßgabe der rechtlichen Vorgaben lediglich straßenrechtlich relevante Belange berücksichtigen darf, oder ob es ihr im Rahmen der Vertragsfreiheit unbenommen bleibt, jenseits der Grenze einer willkürlichen Verweigerung auch sonstige sachgerechte Erwägungen einzubeziehen, was diesseits vertreten wird.

Rechtsanwalt Dr. Hünnekens kommt in seinem Ergänzungsgutachten (Bl. 10 f.) allein deshalb zur Bejahung eines Kontrahierungszwangs aus Artikel 3 Abs. 1 GG, weil seiner Einschätzung nach ein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung zu Lasten der KMG nicht festzustellen sei. Diese Einschätzung beruht auf der Prämisse, dass ein Verweis auf die gesetzgeberische Wertentscheidung in § 4 Abs. 1 EEG nicht in Betracht komme, weil sich dies schon aus dem EEG in dieser Form nicht ableiten lasse und entsprechende umweltpolitische Erwägungen im übrigen auch außerhalb der Verbandskompetenz der Stadt Paderborn und außerhalb des straßenrechtlich eingeschränkten Spektrums berücksichtigungsfähiger Belange lägen.

Die vorgenannten gutachterlichen Wertungen von Herrn Rechtsanwalt Dr. Hünnekens vermögen im Hinblick auf den zu beurteilenden Sachverhalt nicht zu überzeugen. Im Einzelnen:

1.

Die Frage, ob - und bejahendenfalls zu welchen Bedingungen - ein Kontrahierungszwang aus Art. 3 Abs. 1 GG zu Lasten der Stadt Paderborn abgeleitet werden kann, beurteilt sich u. E. maßgeblich danach, ob die Stadt Paderborn im Rahmen der Wegerechtsvergabe letztlich in privatrechtlicher Form Leistungs- oder Lenkungszwecke im Bereich der öffentlichen

Daseinsvorsorge verfolgt und folglich nur formell, jedoch nicht inhaltlich eine „fiskalischen“ Tätigkeit nachgeht. Denn nur soweit sie im Rahmen der Daseinsvorsorge tätig wird, übt die öffentliche Hand letztlich auch bei Abschluss bürgerlich-rechtlicher Geschäfte öffentliche Verwaltung aus und ist auch in diesem mit Mitteln des bürgerlichen Rechts wahrgenommenen Verwaltungsbereich den besonderen Beurteilungsnormen der Verwaltung unterworfen.

- vgl. nur BGHZ 29, 76 (81) -

Die Besonderheit dieses „Verwaltungshandelns in Privatrechtsform“ besteht darin, dass die Träger der Verwaltung weiterhin umfassend den öffentlich-rechtlichen Bindungen, insbesondere also dem Gleichbehandlungsgrundsatz unterliegen, während dies im Bereich der rein fiskalischen Tätigkeit weitgehend nicht der Fall ist und regelmäßig nicht die entsprechende Grundrechtsbindung besteht.

Der zu beurteilende Sachverhalt zeichnet sich nun dadurch aus, dass die **Firma KMG auf die Benutzung des Straßengrundstücks gerade nicht im Rahmen der öffentlichen Daseinsvorsorge angewiesen** ist, mithin die Stadt Paderborn ihr gegenüber keine Leistung erbringt, die nur durch Darreichung der öffentlichen Sache, in welcher Rechtsform auch immer, ermöglicht werden kann. Es geht nicht um die Benutzung einer öffentlichen Straße im Rahmen der Daseinsvorsorge, beispielhaft zur „örtlichen Versorgung mit Energie“ oder sonstigen leitungsgebundenen Medien.

Prägend für den zu beurteilenden Sachverhalt ist vielmehr, dass es an dem Merkmal des „Angewiesenseins“ bei der von der Firma KMG erstrebten Längsverlegung von Leitungen im Straßenkörper oder auf dem Straßengrundstück in seiner Eigenschaft als Anlage der Daseinsvorsorge fehlt. Das Straßengrundstück soll vielmehr nicht anders als jedes beliebige Grundstück genutzt werden. In einem solchen Fall in dem weder die örtliche, noch die öffentliche Versorgung mit leitungsgebundener Energie gem. § 46 EnWG in Rede steht, hat es der Träger der Straßenbaulasten in seiner Eigenschaft als Eigentümer des Straßengrundstücks grundsätzlich in der Hand, diese Inanspruchnahme des Grundstücks privatrechtlich frei zu verhindern.

- vgl. nur Kodal/Krämer, Straßenrecht, 5. Aufl. Kapitel 5, Rdn. 54.2 –

Vor diesem Hintergrund ist es bereits vom Ausgangspunkt her mehr als fraglich, ob aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz ein Kontrahierungszwang zugunsten der KMG abgeleitet werden kann, da die angestrebte Nutzung der Straße nicht im Zusammenhang mit einer daseinsvorsorgenden Tätigkeit steht, sondern allein privatwirtschaftlichen Interessen der

KMG dient. Dies gilt umso mehr, wenn man sich nochmals vergegenwärtigt, dass ein Nutzungsanspruch für Energieleitungen in § 46 EnWG speziell geregelt wurde.

2.

Ausgehend von den vorstehenden Erwägungen ist ein Kontrahierungszwang auf Grundlage des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes allenfalls dann denkbar, wenn sich eine Weigerung der Stadt Paderborn gleichsam nach jeder Betrachtungsweise als willkürlich und rechtsmissbräuchlich darstellen würde, insbesondere nicht einmal ansatzweise sachliche Erwägungen eine ablehnende Entscheidung rechtfertigen könnten. Vorliegend bestehen u.E. jedoch durchaus sachlich rechtfertigende Gründe für eine unterschiedliche Behandlung bei der Wegerechtsvergabe, die nach Maßgabe der rechtlichen Vorgaben auch zulässigerweise in die Entscheidung einbezogen werden können. Im Einzelnen:

a.

Wie bereits in unserem Ausgangsgutachten dargestellt, ist es der Stadt Paderborn nach hiesiger Einschätzung durchaus gestattet, sich im Rahmen einer Weigerung auf umweltschutzrechtliche Belange und insbesondere auf die in § 4 Abs. 1 EEG zum Ausdruck kommende Wertentscheidung des Gesetzgebers zu berufen.

aa.

Gegenteiliges folgt nicht aus der im Gutachten des Rechtsanwalts Dr. Hünnekens zitierten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 15.10.2002 – 4 BN 51/02. In dieser zum Bauplanungsrecht ergangenen Entscheidung hat zwar das Bundesverwaltungsgericht festgestellt, dass Artikel 20 a GG den Gemeinden es nicht gebietet, bestimmte Handlungen, Anlagen oder Ähnliches jenseits konkreter rechtlicher Vorgaben zu bevorzugen oder andere – vermeintlich oder tatsächlich – weniger umweltfreundliche schlechter zu stellen. Angesprochen ist damit jedoch nur die Frage einer aus Art. 20 a GG fließenden Verpflichtung der Gemeinden zu einer differenzierenden Behandlung. Nicht geklärt ist dagegen die Frage, ob Gemeinden berechtigt sind, entsprechenden Umweltbelangen einen Vorrang einzuräumen. Diese Frage wird in der genannten Entscheidung nicht thematisiert, geschweige denn, dass das Bundesverwaltungsgericht den Gemeinden eine dahingehende Berechtigung abgesprochen hätte. Dementsprechend kann es u. E. keinen begründeten Zweifeln unterliegen, dass es einer Kommune gestattet ist, sich im Rahmen der Nutzung ihres Eigentums dafür zu entscheiden, besonderen umweltrechtlichen Aspekten, beispielhaft im Rahmen der Nutzung erneuerbarer Energien, Rechnung zu tragen. Gegenteiliges ergibt sich aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht.

bb.

Die Kommune kann auch eine entsprechende Verbandskompetenz beanspruchen.

Die Ausführungen von Herrn Rechtsanwalt Dr. Hünnekens berücksichtigen nicht, dass es hier letztlich um die Frage geht, nach welchen Kriterien die Stadt Paderborn die Nutzung ihres Privatvermögens regelt. Die Entscheidung hierüber liegt selbstverständlich in ihrer Verbandskompetenz. Bedient sie sich in diesem Zusammenhang umweltrechtlicher Maßstäbe, beispielhaft der Förderung erneuerbarer Energien, ist ihr dies grundsätzlich unbenommen. Die Frage, die im Gutachten von Rechtsanwalt Dr. Hünnekens im Detail erörtert wird, ob Adressat der Verpflichtung aus § 4 Abs. 1 EEG die Stadt Paderborn ist, ist folglich nicht entscheidungserheblich. Es geht letztlich in der Sache nicht um eine zwingende Verpflichtung der Stadt Paderborn zur Anwendung des § 4 Abs. 1 EEG, die in der Tat nicht besteht, sondern um die Berücksichtigung der in § 4 Abs. 1 EEG sowie in Art. 20 a GG zum Ausdruck kommenden Wertentscheidung des Gesetz- bzw. Verfassungsgebers für einen Schutz umweltrechtlicher Belange. Wie bereits in unserem Ausgangsgutachten dargelegt, würde der mit § 4 Abs. 1 EEG offensichtlich verfolgte Zweck, den Anschluss von Energieerzeugungsanlagen sicherzustellen, die Energie aus erneuerbaren Energieträgern gewinnen, verfehlt, wenn die Gemeinden berechtigt wären, gegenüber den Betreibern dieser Energieerzeugungsanlagen die für die Anbindung der Erzeugungsanlage an das Netz erforderliche Wegenutzung abzulehnen. Aus der Wertentscheidung des § 4 Abs. 1 EEG wird sich daher für die Gemeinden im Regelfall eine Verpflichtung zu einer Gestattung der Wegenutzung zum Zwecke der Leitungsverlegung ergeben. Ein solcher Anspruch besteht dagegen zugunsten der Betreiber nicht privilegierter Erzeugungsanlagen nicht, da diese eben für sich keine § 4 Abs. 1 EEG vergleichbare Wertentscheidung in Anspruch nehmen können.

Vor diesem Hintergrund sind wir weiterhin der Auffassung, dass mit den bereits in unserem Gutachten vom 08.11.2007 angesprochenen umweltrechtlichen Erwägungen die von der KMG erstrebte Nutzung der Straße untersagt werden kann.

cc.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass es sich hierbei nicht um eine straßenbezogene Erwägung handelt. Herr Rechtsanwalt Dr. Hünnekens berücksichtigt nur unzureichend, dass es vorliegend nicht um die Erteilung einer öffentlich-rechtlichen Sondernutzungserlaubnis gem. § 18 StrWG – allein hierüber hatte das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen in seinem Beschluss vom 02.08.2006 zu entscheiden – geht, sondern um die Nutzung des Straßengrundstücks letztlich zu rein fiskalischen Zwecken. Wieso und weshalb in einer solchen Situation die Stadt Paderborn verpflichtet sein soll, lediglich aus straßenbezogenen Erwägungen einen

Nutzungsvertrag ablehnen zu dürfen, ist diesseits nicht nachvollziehbar. Diese Auslegung führt zu einem offensichtlichen Wertungswiderspruch zu § 46 EnWG, wonach Gemeinden ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen nur denjenigen Unternehmen diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen haben, die eine öffentliche Versorgung betreiben. Hieraus folgt im Umkehrschluss, dass Unternehmen, die keine öffentliche Versorgung betreiben, sich regelmäßig nicht über Art. 3 GG auf einen Kontrahierungszwang berufen können. Bestünde ein solcher Kontrahierungszwang, so wäre die Vorschrift des § 46 EnWG mit den dort normierten einschränkenden Voraussetzungen für eine Wegenutzung zum Zwecke der Leitungsverlegung weitgehend inhaltsleer, da Energieversorgungsunternehmen angesichts der Tatsache, dass in jeder Gemeinde in irgendeiner Straße Energieversorgungsleitungen verlegt sein dürften, ohnehin immer einen Anspruch auf Wegenutzung aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. den straßenrechtlichen Vorschriften hätten, und dies auch dann, wenn die Leitungen – wie vorliegend – nicht der öffentlichen Versorgung dienen. Auch der darin liegende Wertungswiderspruch zu der mit § 46 EnWG offensichtlich beabsichtigten Privilegierung solcher Energieversorgungsunternehmen, die Leitungen zum Zwecke der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern betreiben, spricht gegen die Annahme eines durch Art. 3 Abs. 1 GG vermittelten Kontrahierungszwangs.

Dies gilt umso mehr, wenn man sich vergegenwärtigt, dass mit der Errichtung dieser Leistungen auch straßenbezogene Eingriffe einhergehen, die – zumindest vorübergehend – den Gemeingebrauch beeinträchtigen und vor diesem Hintergrund einer Ablehnung der begehrten Nutzung rechtfertigen können. Das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen weist in seinem Beschluss vom 02.08.2006 – 11 A 2642/04 – NWVBl 2007, 64 (65), hierauf ausdrücklich hin.

b.

Schließlich möchten wir betonen, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG auch nicht deshalb in einer willkürlichen Art und Weise durch die Versagung der Nutzung beeinträchtigt wird, weil in einem anderen Einzelfall Sondernutzungserlaubnisse – sei es in Form eines Verwaltungsaktes oder aufgrund eines Vertrages - bereits erteilt worden sein sollen.

aa.

Zum einen möchten wir anmerken, dass sich nach den Ausführungen im Gutachten des Herrn Rechtsanwalt Dr. Hünnekens der Eindruck einstellt, dass die in der Straße bereits verlegten Leitungen ihrer Funktion nach der örtlichen Versorgung dienen. Es dürfte damit bereits an einem vergleichbaren Sachverhalt fehlen, der zugunsten der KMG herangezogen werden könnte.

bb.

Im Übrigen ist eine unterschiedliche Behandlung nicht bereits deshalb willkürlich, weil in einem anderen Einzelfall eine Sondernutzungserlaubnis bereits seit langem erteilt wurde und sich deren Inhaber daher auf einen gewissen „Bestandschutz“ berufen kann.

- vgl. nur Sauthoff, Straße und Anlieger, § 16 Rdn. Nr. 674 ff. unter Hinweis auf eine Entscheidung des VGH Mannheim in: VGHBW RSpDienst 1996, Beilage 12, B10. -

Der Umstand, dass einer anderen Person in der Vergangenheit eine über den Gemeingebrauch hinausgehende Nutzung öffentlicher Straßen erlaubt wurde, vermag daher m.a.W. im Regelfall auch unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten keinen Anspruch zugunsten anderer Personen auf eine entsprechende Sondernutzung zu begründen.

Diese Überlegung überzeugt auch in der Sache.

Mit der Gestattung zusätzlicher Nutzungsrechte an dem Straßengrundstück zur Verlegung von Leitungen geht nämlich konsequenterweise eine weitere Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs einher. Diese muss der zuständige Straßenbaulastträger – in diesem Fall die Stadt Paderborn – selbstverständlich nicht ohne Weiteres hinnehmen, zumal die privatrechtliche Gestattung von Nutzungen in der Vergangenheit kaum eine Selbstbindung der Verwaltung bedingt haben dürfte, auf die sich nunmehr ein Dritter berufen kann.

III.

Zusammenfassendes Ergebnis

Wir halten nach alledem daran fest, dass die Stadt Paderborn aufgrund des gegebenen Sachverhaltes nicht verpflichtet ist, mit der KMG einen Vertrag über die Nutzung des in Ihrem Eigentum stehenden Straßengrundstück an der Halberstädter Straße abzuschließen.

Mit freundlichen Grüßen

Rechtsanwalt