

**Rechtliche Stellungnahme
des Rechtsanwaltes Dalka, Paderborn,
im Auftrag von ProGrün e.V.,**

zu der Frage, ob die KMG Kraftwerkgesellschaft Mönkeloh GmbH & Co. KG einen Anspruch darauf hat, dass die Stadt Paderborn die in ihrem Eigentum stehenden öffentlichen Verkehrswege zur Schaffung eines Netzanschlusses und eines Netzzuganges des geplanten Kraftwerkes Mönkeloh zur Verfügung stellt.

Rechtsanwältin Dr. Versteyl bejaht den Anspruch, der auf § 46 EnWG fußt. Die Rechtsanwälte Luther et soc. sehen die Regelungen des EnWG ebenfalls als Anspruchsgrundlage. Hinzu käme - so die Rechtsanwälte Luther et soc. -, dass sich dieser Anspruch auch aus dem Kartellrecht sowie unter Anwendung des Gleichheitsgrundsatzes gemäß Art. 3 Abs. 1 GG ergäbe.

Im Auftrage der Stadt Paderborn hat auch Rechtsanwalt Dr. Hünnekens eine rechtliche Stellungnahme abgegeben.

Dieser verneint einen Anspruch auf der Basis der Vorschrift des EnWG und einen Anspruch auf der Basis des Kartellrechtes.

Er sieht jedoch in den Regelungen des Straßen- und Wegegesetzes NW in Verbindung mit Art. 3 GG (Gleichheitsgrundsatz) eine Anspruchsgrundlage, aufgrund derer die Stadt Paderborn verpflichtet wäre, öffentliche Verkehrswege für die Verlegung von Stromleitungen zur Verfügung zu stellen.

Wir folgen weder der Rechtsauffassung der Rechtsanwältin Dr. Versteyl, noch der der Rechtsanwälte Luther et soc., noch der des Rechtsanwaltes Dr. Hünnekens, und zwar aus folgenden Gründen:

I.

Den Ausführungen des Dr. Hünnekens zu der Frage, ob sich ein Anspruch aus dem EnWG ergibt, ist zu folgen.

Die Ausführungen des Dr. Hünnekens basieren im Wesentlichen auf einer aktuellen Entscheidung des 3. Kartellsenates des OLG Brandenburg vom 15.05.2007.

Dieses Urteil ist in seiner Klarheit und Eindeutigkeit kaum zu übertreffen.
Danach besteht ein Anspruch aufgrund der Regelung des EnWG nicht.

II.

Dasselbe gilt in Bezug auf einen Kontrahierungszwang auf der Basis der Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Wenn auch Rechtsanwalt Dr. Hünnekens die Frage letztlich offen gehalten hat, so ist dieser Anspruch dennoch zu versagen, und zwar aus folgenden Gründen:

Das deutsche Recht wird seit jeher von dem Grundsatz „lex specialis derogat legi generali“ (ein spezielles Gesetz verdrängt allgemeine Gesetze) beherrscht.

Dieser Grundsatz besteht bereits seit etwa 1600; er wurde von den Postglossatoren in Bologna entwickelt. Schon bereits durch die reichsgerichtliche Rechtsprechung

- vgl. RGSt 57, 308 -,

in der ersten Hälfte des letzten Jahrhunderts wurde er bestätigt.

Vor diesem Hintergrund sind die Regelungen des EnWG als spezielle Gesetze gegenüber dem GWB anzusehen.

Selbst wenn man annehmen könnte, dass das GWB überhaupt neben dem EnWG anwendbar wäre, so ergibt sich auch kein Anspruch aus den Regelungen des GWB.

Dies resultiert schon aus § 130 Abs. 1 GWB.

Danach findet das GWB auf „Unternehmen, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden“ Anwendung. Um das GWB vorliegend anwenden zu können, bedarf es jedoch gerade einer Unternehmertätigkeit.

Diese könnte im vorliegenden Fall nur darin bestehen, dass die Stadt Paderborn als Anbieter oder Angebotsnehmer von Leistungen am Wirtschaftsleben sich beteiligt. Genau dies ist indes nicht der Fall.

Die Stadt Paderborn stellt lediglich öffentliche Verkehrswege zur Verfügung.

Eine Erwerbswirtschaft wird damit nicht angeboten und vom Nutzer der Straße auch nicht abgegriffen.

Es kommt hinzu, dass die Stadt Paderborn mit der Verweigerung einer Durchleitung auch nicht missbräuchlich im Sinne des § 19 Abs. 4, 1 GWB handelt.

Zu Recht führt nämlich die Stadt aus, dass die Anlage in Mönkeloh nicht ein Kraftwerk darstellt, sondern eine Abfallverbrennungsanlage. Kommunalpolitische und rechtliche Erwägungen sind insoweit ausschlaggebend. Hier findet sich m. a. W. ein Gesichtspunkt, der eine Differenzierung möglich macht:

Es geht nämlich gar nicht darum, einem Stromerzeuger die Möglichkeit der Stromdurchleitung zu geben, sondern einer Abfallverbrennungsanlage.

III.

Indes greifen auch die von Rechtsanwalt Dr. Hünnekens dargelegten Gründe für einen Anspruch der KMG Kraftwerksgesellschaft Mönkeloh GmbH & Co. KG nicht:

In der rechtlichen Stellungnahme des Dr. Hünnekens finden sich zwar umfangreiche Ausführungen zu der inzwischen seit Jahrzehnten ausdiskutierten Frage, ob die Stadt Paderborn einer Grundrechtsbindung unterliegt oder nicht.

Die eigentliche Prüfung, ob der allgemeine Gleichheitsgrundsatz zum Tragen kommt oder nicht, wird indessen vernachlässigt:

1. Anwendungsbereich

Auch vor dem Hintergrund der Überprüfung der Anwendung des Art. 3 Abs. 1 GG gilt der bereits zitierte Grundsatz „lex specialis derogat legi generali“. Art. 3 Abs. 1 GG ist lediglich ein sogenanntes Auffanggrundrecht gegenüber den zuvor geprüften spezialgesetzlichen Vorschriften des GWB und des EnWG.

Anders ausgedrückt:

Art. 3 Abs. 1 GG ist nachrangig.

Konsequenz dessen ist, dass die rechtliche Beurteilung der Frage, ob ein Anspruch auf Verlegung von Stromleitungen durch öffentlichen Straßengrund besteht oder nicht, sich gar nicht aus dem GG ergeben kann.

2. Schutzbereich

Selbst wenn man unterstellt, dass Art. 3 Abs. 1 GG grundsätzlich anwendbar ist, liegen dessen Voraussetzungen nicht vor:

Art. 3 Abs. 1 GG beinhaltet zum einen das Gebot, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Zum anderen beinhaltet es das Verbot, wesentlich Gleiches ungleich und wesentlich Ungleiches gleich zu behandeln.

3. Verletzung des Schutzbereiches

Entgegen der Auffassung von Dr. Hünnekens ist eine Verletzung des Schutzbereichs des Art. 3 Abs. 1 GG nicht ersichtlich.

Die Verweigerung eines vertraglichen Nutzungsrechtes an öffentlichen Verkehrsflächen durch die Stadt Paderborn stellt keine Ungleichbehandlung ohne sachlichen Grund und damit keine willkürliche Entscheidung dar.

Es sind nämlich schon keine vergleichbaren Sachverhalte gegeben.

Der Hinweis darauf, die Stadt habe schließlich auch Betreibern von Windkraftanlagen die Nutzung öffentlicher Verkehrsflächen zur Verlegung von Stromleitungen gestattet, ist nicht geeignet, eine Vergleichbarkeit zu konstruieren:

Während die Antragstellerin mit der Verlegung der Stromleitung ausschließlich wirtschaftliche Interessen verfolgt, steht die Förderung der durch Windkraftanlagen, Blockheizkraftwerke oder durch Biomasse gewonnenen Energie im öffentlichen Interesse. Es handelt sich hier insbesondere um einen Beitrag zur öffentlichen Energieversorgung und nicht lediglich um die wirtschaftlichen Interessen eines Privatunternehmens.

Somit ist eine unterschiedliche Behandlung der Antragstellerin im Vergleich zu Betreibern von Windkraftanlagen nicht nur nicht ermessensfehlerhaft, sondern wegen Art. 3 Abs. 1 GG sogar zwingend geboten.

Selbst wenn man also von einer Vergleichbarkeit der Sachverhalte ausgehen würde, wäre die Ungleichbehandlung durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt.

Die Entscheidung der Stadt Paderborn, Durchleitungsrechte lediglich an Unternehmen zu vergeben, die sich der Gewinnung solcher Energien verschrieben haben, die dem öffentlichen Interesse entsprechen, wie beispielsweise die Energiegewinnung aus Wind, Sonne und Biomasse, ist ein auch zulässiges Differenzierungsziel und steht mit dem GG im Einklang: Schließlich ist in Art. 20 a GG der Umweltschutz als Staatsziel definiert.

Die Entscheidung der Stadt Paderborn, der Betreiberin einer Müllverbrennungsanlage die Durchleitungsrechte vorzuenthalten, stellt damit ein zulässiges Differenzierungskriterium dar, welches für die Erreichung des Differenzierungsziels geeignet, notwendig und sachlich angemessen ist.

Ein Verstoß der Stadt Paderborn gegen Art. 3 Abs. 1 GG ist durch die Versagung der Durchleitungsrechte somit ebenfalls nicht gegeben. Ein Kontrahierungszwang liegt nicht vor.

Paderborn, 12.10.2007

gez. Dalka

.....

Rechtsanwalt Hans Georg Dalka