



# Wegerechte für Strom, aber nicht für Wärme?

Rechtliche Herausforderungen beim Ausbau von Wärmenetzen

### 1. Einführung und rechtliche Einordnung

- a) Bedeutung von Wärmenetzen
- b) Leistungsgebundene Infrastruktur
- c) Wege- und Leitungsrechte
- d) Strom- und Wärmenetze im Vergleich

### 2. Problemaufriss und Rechtsprechung

- a) Wegerechte im Strombereich
- b) Verlegung von Wärmeleitungen
- c) Aktuelle Rechtsprechung
- d) Faktische und natürliche Monopole
- e) Folgen für Ausbau und Wettbewerb

### 3. Lösungsansätze und Ausblick

- a) Gesetzliche Wege- und Duldungsrechte
- b) Konzessionierung und Vergabe
- c) Anschluss- und Benutzungszwang
- d) Einheitlicher regulatorischer Rahmen
- e) Fazit

### **Gleicher Straßenraum, unterschiedliche Wege**

Strom/Gas sind in § 46 EnWG strukturiert geregelt. Wärme braucht andere Zugänge zur Straße



Strom/Gas

§ 46 EnWG

Wege diskriminierungsfrei durch Vertrag; Laufzeit max. 20 Jahre.



Wärme

§ 46 EnWG nicht  
anwendbar

Kein entsprechendes Regelungsregime:  
Gestattung/Konzession + Kartellrecht; mehr Einzelfall.



#### **Kernproblem:**

#### **Planung schafft kein Wegerecht.**

Die Wärmeplanung gibt den Rahmen für den Netzausbau vor, vermittelt aber keine Nutzungsbefugnis für öffentliche Wege. Für Wärmenetze bedarf es daher einer gesonderten Rechtsgrundlage für die Wegenutzung.

**über 50 %**

Anteil der Wärme am  
Endenergieverbrauch

**15,5 %**

der rund 44 Mio. Wohnungen in  
Deutschland sind an ein  
Wärmenetz angeschlossen

**rd. 3.800**

Wärmenetze in Deutschland:  
jedes Netz bildet eigenen Markt

**100.000**

angestrebte Neuanschlüsse pro Jahr  
(Fernwärmegipfel 2023)

### Der gesetzliche Fahrplan

- § 4 WPG: Wärmeplanung bis 30.06.2026 (Kommunen > 100.000 Einw.) bzw. bis 30.06.2028 (Kommunen < 100.000 Einw.)
- § 30 Abs. 1 WPG: neue Wärmenetze ab 01.03.2025 zu mind. 65 % aus erneuerbaren Energien und / oder unvermeidbarer Abwärme
- § 29 WPG: Bestandsnetze zu mind. 30 % (2030) bzw. 80 % (2040) aus erneuerbaren Energien und / oder unvermeidbarer Abwärme
- § 3 Abs. 2 KSG: Treibhausgasneutralität bis 2045
- Förderung über die Bundesförderung für effiziente Wärmenetze (BEW) (Machbarkeit, Neubau, Transformation)

### Kernbefund:

Planungs-, Erzeugungs- und Dekarbonisierungspflichten sind gesetzlich durchnormiert. Die praktische Grundvoraussetzung jedes Netzes, der Zugang zum öffentlichen Straßenraum, ist es nicht.

### 1 Einheit von Erzeugung und Netz

Wärmenetze werden als Einheit von Erzeugung und Netz konzipiert und betrieben. Überschüssige Wärme kann nicht an andere Netze abgegeben, fehlende Wärme nicht aus anderen Netzen bezogen werden.

### 2 Lokal begrenzte Reichweite

Transportverluste begrenzen die Ausdehnung. Es gibt keinen überregionalen Wärmemarkt, keinen Transport- und keinen Infrastrukturwettbewerb. Parallele Fernwärmenetze existieren in Deutschland praktisch nicht.

### 3 Trassenbedarf im Straßenkörper

Deutlich breitere Gräben als bei Strom, Gas oder Telekommunikation, Sicherheits- und Arbeitsraumabstände, U-förmige Dehnungsbögen. Eine Parallelverlegung ist aufgrund der Dimensionen regelmäßig faktisch ausgeschlossen.

### 4 Kapitalintensität und Amortisation

Vor- und Rücklauf, Pumpen, Wasseraufbereitung, Korrosionsschutz, Leitzentrale. Die Refinanzierung läuft über Jahrzehnte. Absatz- und Trassensicherung entscheiden über die Investition.

### Folge:

Wer den Straßenraum zuerst belegt, belegt ihn faktisch dauerhaft und exklusiv. Der Wegenutzungsvertrag entscheidet damit über die Marktstruktur. Nicht der Markt.

### Öffentlicher Raum

#### Straßen- und Wegerecht

- Straßenbaulast der Gemeinde für Gemeindestraßen, § 13 StrWG SH; als Eigentümerin verfügt sie über die Nutzungsrechte
- Verlegung über den Gemeingebrauch hinaus = Sondernutzung, § 21 StrWG SH
- Für Zwecke der öffentlichen Versorgung: Regelung durch Satzung möglich, § 23 Abs. 1 StrWG SH; im Übrigen Nutzung nach bürgerlichem Recht, §§ 23 Abs. 2, 28 StrWG SH
- Praxis: privatrechtlicher Gestattungs- bzw. Wegenutzungsvertrag (Konzessionsvertrag) mit der Gemeinde
- **Keine gesetzliche Pflicht der Gemeinde, Dritten Wegerechte für Fernwärme einzuräumen (OLG Stuttgart, Rn. 172 f.)**

### Privater Raum

#### Grundstücks- und Sachenrecht

- Eigentumsschutz nach Art. 14 GG: keine allgemeine Duldungspflicht des Grundstückseigentümers
- Dauerhafte Sicherung nur dinglich: Grunddienstbarkeit (§ 1018 BGB) oder beschränkte persönliche Dienstbarkeit (§ 1090 BGB)
- Leitungen bleiben Scheinbestandteile, § 95 BGB, kein Eigentumsübergang auf den Grundstückseigentümer (BGH, Rn. 40 ff.)
- § 8 AVBFernwärmeV: Grundstücksbenutzung nur im Verhältnis zum angeschlossenen Kunden
- **Vergleich Strom: § 12 NAV begründet eine echte Duldungspflicht des Anschlussnehmers; eine entsprechende Regelung fehlt für Wärme**

# 1. Einführung und rechtliche Einordnung I d) Strom- und Wärmenetze im Vergleich

## Drei leitungsgebundene Sektoren, drei Regelungsniveaus

|                              | Strom und Gas                                                                   | Telekommunikation                                                          | Fernwärme                                                   |
|------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------|
| Zugang zu öffentlichen Wegen | Gesetzliche Pflicht zur diskriminierungsfreien Bereitstellung, § 46 Abs. 1 EnWG | Nutzungsberechtigung des Bundes, unentgeltlich, § 125 Abs. 1 TKG           | Keine gesetzliche Regelung, freie Entscheidung der Gemeinde |
| Verfahren                    | Bekanntmachung und Auswahlverfahren, § 46 Abs. 3-5 EnWG                         | Übertragung der Nutzungsberechtigung durch die BNetzA, § 125 Abs. 2, 3 TKG | Kein sektorspezifisches Verfahren; nur Grenzen des § 19 GWB |
| Laufzeit                     | Höchstens 20 Jahre, § 46 Abs. 2 S. 1 EnWG                                       | Für die Dauer der öffentlichen Tätigkeit, § 124 Abs. 3 S. 2 TKG            | Frei vereinbar; Grenzen allein aus dem Kartellrecht         |
| Netzübergang am Vertragsende | Übereignung gegen wirtschaftlich angemessene Vergütung, § 46 Abs. 2 S. 2-4      | Systembedingt nicht erforderlich                                           | Keine gesetzliche Endschaftsregelung, rein vertraglich      |
| Duldungspflicht Privater     | § 12 NAV, § 48a EnWG                                                            | Duldungspflicht im Teil 8 TKG                                              | Nur gegenüber Kunden, § 8 AVBFernwärmeV                     |
| Rechtsschutz der Bewerber    | Rügeobliegenheit und Rechtsschutz, § 47 EnWG; Datenherausgabe, § 46a EnWG       | Verwaltungsverfahren vor der BNetzA                                        | Nur allgemeiner Zivilrechtsweg, §§ 33, 33a GWB              |

1

#### Kontrahierungspflicht

Gemeinden haben ihre öffentlichen Verkehrswege diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen, § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG.

2

#### Befristung

Qualifizierte Wegenutzungsverträge höchstens 20 Jahre, § 46 Abs. 2 S. 1 EnWG; periodische Wiederöffnung des Marktes.

3

#### Transparenz

Bekanntmachung des Vertragsendes spätestens zwei Jahre vorher im Bundesanzeiger, bei über 100.000 Kunden zusätzlich im EU-Amtsblatt, § 46 Abs. 3 EnWG.

4

#### Auswahlverfahren

Bindung an die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG, Mitteilung der Kriterien und ihrer Gewichtung, Information der unterlegenen Bewerber, § 46 Abs. 4, 5 EnWG.

5

#### Endschaft und Rechtsschutz

Übereignung der Verteilungsanlagen gegen wirtschaftlich angemessene Vergütung (Ertragswert), § 46 Abs. 2 S. 2–4; Datenherausgabe § 46a; Rügeobliegenheit § 47 EnWG.

#### Flankierend: Duldungspflichten

- § 12 NAV: Duldungspflicht des Anschlussnehmers für Anschlussleitungen
- § 48a EnWG: Duldung von Transporten für Bau und Betrieb von Stromnetzen

#### Der Regelungsgedanke

Das Wegemonopol der Gemeinde und das natürliche Netzmonopol des Betreibers werden nicht aufgelöst, sondern prozedural gebündelt: befristete Vergabe, transparentes Verfahren, gesicherter Netzübergang.

#### Unmittelbare Anwendung

##### Nicht zulässig

- § 46 EnWG gilt unmittelbar nur für Strom-/Gasnetze
- Für Wärmenetze besteht kein entsprechendes einheitliches Wärmenutzungsregime
- Für Fernwärme besteht somit **keine § 46 EnWG entsprechende Pflicht** zur Einräumung von Wegenutzungsrechten

#### Analoge Anwendung

##### Nicht zulässig

- Eine analoge Anwendung setzt insbesondere eine planwidrige Regelungslücke voraus
- Gesetzgeber hat Fernwärme bewusst nicht mit einbezogen in den Anwendungsbereich (BGH)
- Es besteht also keine planwidrige Regelungslücke

#### § 46 EnWG zumindest als Leitbild

##### Zulässig

- Gemeinden können Wegenutzungsrechte in Anlehnung an § 46 EnWG zeitlich begrenzen.
- Ebenso kann ein Wettbewerb um den Netzbetrieb organisiert werden
- Auch Entschädigungsmechanismen können sich am Regelungsgedanken des § 46 Abs. 2 EnWG orientieren.

#### ABER Kartellrecht:

Weil ein paralleler Netzaufbau technisch und wirtschaftlich in der Regel ausscheidet, ist das Wärmenetz ein natürliches Monopol und der Wegenutzungsvertrag wirkt wie eine Ausschließkeitsabrede (BGH). Um die damit verbundenen wettbewerblichen Nachteile teilweise zu kompensieren, dürfen Kommunen Wegenutzungsrechte zeitlich begrenzt vergeben und einen Wettbewerb um das Netz organisieren

#### Rechtliche Einordnung

Die Einräumung eines Wegerechts ist nicht automatisch ein vergabepflichtiger Beschaffungsvorgang. Unabhängig davon kann die Kommune bei der Vergabe kartellrechtlichen Bindungen unterliegen.

#### Vergaberecht

- I Vergabepflicht nur bei öffentlichem Auftrag / Konzession i.S.d. GWB
- II In-house-Vergabe bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 108 GWB möglich
- III Häufig erteilt die Kommune einem Wärmeversorger nur ein einfaches Wegerecht, ohne Leistungen zu beschaffen → dann kein Vergaberecht

#### Kartellrecht

- I § 19 Abs. 1 GWB verbietet den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.
- II § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB: Verbot unbilliger Behinderung und sachlich nicht gerechtfertigter Ungleichbehandlung
- III Transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren kartellrechtlich möglich. Generelle Verpflichtung vom BGH offengelassen



#### **Keine sektorspezifische Regulierung**

§ 46 EnWG gilt nur für Strom und Gas. Der Gesetzgeber hat die Fernwärme bewusst vom Anwendungsbereich des EnWG ausgenommen; es fehlt daher an einer planwidrigen Regelungslücke, sodass auch eine analoge Anwendung ausscheidet.



#### **Kein Konzessionsvergaberecht**

Reine Wegenutzungs- bzw. Gestattungsverträge sind keine Dienstleistungskonzessionen i.S.d. §§ 105 ff. GWB, weil die Gemeinde nichts beschafft. Das bestätigen Erwägungsgrund 16 der Konzessionsrichtlinie und die Begründung zum VergRModG ausdrücklich.



#### **Keine Bereichsausnahme, aber auch keine Pflicht**

Anders als für Wasser (§ 149 Nr. 9 GWB) besteht keine Bereichsausnahme: Sobald die Kommune Leistungen beschafft (Planung, Bau, Betrieb, Betriebspflicht), gilt Vergaberecht. Die bloße Wegegastattung erreicht diese Schwelle nicht.

#### **Es bleibt:**

Das allgemeine Kartellrecht. § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB verbietet der Gemeinde als marktbeherrschender Anbieterin von Wegerechten die unbillige Behinderung und die sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung. Mehr Maßstab gibt das geltende Recht nicht her.

**Ergebnis:** Die Kommune entscheidet über Ob, Wie, Laufzeit und Endschaft der Wegenutzung praktisch frei, kontrolliert allein durch eine nachgelagerte zivilgerichtliche Missbrauchsprüfung.

### Der Fall Stuttgart: ein Vertrag ohne Endschaftsregelung

#### Sachverhalt

- Konzessionsvertrag von 1994 über die Fernwärmeversorgung, Laufzeit bis 31.12.2013, ohne Endschaftsregelung
- Netz zwischenzeitlich auf 218 km ausgebaut; rund 25.000 Haushalte, 1.300 Unternehmen, 300 öffentliche Gebäude
- Stadt startet 2012 ein transparentes Auswahlverfahren, setzt es 2013 aus und beschließt 2016 die Rekommunalisierung
- Versorger betreibt weiter; Streit um Eigentum am Netz, Beseitigung und Anspruch auf neue Wegerechte

#### OLG Stuttgart, Urt. v. 26.03.2020 – 2 U 82/19

##### • Wegerechtsanspruch

- Kein Kontrahierungszwang zugunsten jedes Nachfragers; das Wegerecht ist physisch und wirtschaftlich faktisch ausschließlich
- Aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB folgt nur ein Anspruch auf Gleichbehandlung, also auf Teilnahme an einem diskriminierungsfreien Verfahren

##### • Vertragsende

- Leitungen sind Scheinbestandteile (§ 95 BGB): weder Eigentumserwerb noch Übereignungsanspruch der Stadt
- Aber: Verurteilung zur Beseitigung des Störungszustands, § 1004 Abs. 1 BGB
- Stadt handele bei Eigenbetrieb insoweit nicht als Unternehmen

#### Zwischenstand 2020:

Erstmals obergerichtlich bestätigt, dass die Vergabe von Wegerechten für Fernwärme kartellrechtlich ein transparentes, diskriminierungsfreies Auswahlverfahren erfordert. Beide Parteien legten Revision ein.

**Rn. 21–25**

#### **Die Gemeinde ist Unternehmen**

Beim Abschluss von Konzessionsverträgen handelt die Gemeinde privatrechtlich und ist Normadressatin des § 19 GWB. Kraft ihres Eigentums an den öffentlichen Wegen ist sie auf dem Markt für die Vergabe von Wegenutzungsrechten marktbeherrschend. Dass keine dem § 46 EnWG entsprechende Pflicht besteht, ist unerheblich. Maßgeblich ist allein die tatsächliche Nachfrage.

**Rn. 28 – 30**

#### **Anspruch nur bei möglichem Parallelnetz**

Ein Anspruch auf Einräumung von Nutzungsrechten besteht nur, wenn die technischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten sämtlichen Interessenten den Bau paralleler Netzinfrastrukturen erlauben. Ob weitere Netze wirtschaftlich betrieben werden können, ist vorab zu klären und nicht dem Wettbewerb zu überlassen. § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB hilft ebenfalls nicht.

**Rn. 31**

#### **Befristung und Wettbewerb um das Netz zulässig**

Der Gemeinde kann kartellrechtlich nicht verwehrt werden, in Anlehnung an § 46 EnWG Wegenutzungsrechte zeitlich begrenzt zu vergeben und einen Wettbewerb um das Netz zu organisieren, um die Nachteile des Leitungsmonopols zumindest teilweise zu kompensieren.

**Rn. 50, 74 f.**

#### **Kein Eigentum, keine Beseitigung**

Die Gemeinde kann weder Übereignung der Leitungen noch Beseitigung verlangen, solange sie ein begonnenes Auswahlverfahren nur ausgesetzt hat und der bisherige Betreiber daran beteiligt ist; insoweit besteht eine Duldungspflicht aus nachvertraglicher Rücksichtnahme (§§ 242, 1004 Abs. 2 BGB).

**Rn. 50, 74 f.**

#### **Fazit aus dem Urteil:**

Besteht kein Anspruch auf Abschluss eines Konzessionsvertrages (Einräumung von Wegenutzungsrechten) nach den oben genannten Voraussetzungen, ist die Kommune gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB zur Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens gehalten.

### Was der BGH ausdrücklich offengelassen hat

#### **Pflicht zum Verfahren?**

Ob die Gemeinde verpflichtet ist, ein transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren durchzuführen, „bedarf hier keiner Entscheidung“ (Rn. 31).

#### **Welche Verfahrensregeln?**

Fristen, Bekanntmachungsform, Auswahlkriterien, Gewichtung, Dokumentation und Information der Bewerber sind für Wärme nirgends normiert.

#### **Welcher Rechtsschutz?**

Es fehlt ein Äquivalent zu § 47 EnWG: keine Rügeobliegenheit, keine Präklusion, keine Akteneinsicht, kein Stillhaltezeitraum vor Vertragsschluss.

#### **Welche Endschaftsregelung?**

Ohne vertragliche Regelung gibt es weder Übereignungs- noch Überlassungsanspruch und keinen Bewertungsmaßstab für eine angemessene Vergütung.

#### **Was gilt bei Eigenrealisierung?**

Entscheidet sich die Kommune für den Eigenbetrieb, fehlt eine § 46 Abs. 6 EnWG entsprechende Erstreckung des Verfahrens.

#### **Wie weit reicht Art. 28 Abs. 2 GG?**

Das Verhältnis von kommunaler Selbstverwaltung und kartellrechtlicher Bindung hat der BGH ausdrücklich offengelassen (Rn. 32).

#### **Konsequenz:**

Jede Kommune und jeder Investor muss die Verfahrens- und Endschaftsfragen im Einzelfall selbst konstruieren, mit dem Risiko, dass ein Zivilgericht die Lösung Jahre später verwirft.

#### Zwei Monopole liegen übereinander

- **Wegemonopol der Gemeinde**
- Kraft ihres Eigentums an den öffentlichen Wegen verfügt die Gemeinde über ein auf das Gemeindegebiet beschränktes Monopol (BGH, Rn. 21).
- **Netzmonopol des Betreibers**
- Der Netzbetreiber hat auf dem Markt für den Transport von Fernwärme ein natürliches Monopol; parallelen Infrastrukturen stehen hohe Marktzutrittsschranken entgegen (BKartA Rn. 226; BGH Rn. 29).
- **Kein Substitutionswettbewerb mehr**
- Mit dem Auslaufen von Öl und Erdgas als Wärmequellen entfällt auch der Wettbewerb zwischen den Energieträgern, der bislang als Korrektiv angeführt wurde.

#### 8 bis 39 ct/kWh

Spannbreite der Fernwärmepreise zwischen einzelnen Netzen

#### 17 ct/kWh

Median im Mehrfamilienhaus (vzbv-Auswertung, 08/2026)

#### 0

Durchleitungs- oder Netzzugangsanspruch Dritter im Wärmenetz

#### Regulatorisch:

Für die Preisebene hat der Gesetzgeber reagiert. § 29 GWB gilt seit dem 29.07.2022 auch für Fernwärme. Für die Ebene davor, die Entstehung des Monopols durch die Wegevergabe, gibt es bis heute keine Regel.

#### Kommune

- Wahl des Verfahrens ohne gesetzlichen Maßstab. Fehler werden erst im Zivilprozess sichtbar
- Schadensersatzrisiko nach §§ 33, 33a GWB bei diskriminierender Vergabe
- Bei Beteiligungs- und Betreibermodellen zusätzlich Vergabe- und Beihilferisiken (Art. 107 Abs. 1 AEUV)
- Ohne Endschaftsregelung droht der Verlust jeder Steuerungsmöglichkeit nach Vertragsablauf

#### Netzbetreiber / Investor

- Investitionen über 30 bis 40 Jahre auf Grundlage eines befristeten Gestattungsvertrags
- Kein gesetzlicher Anspruch auf Verlängerung und kein Anspruch auf Vergütung des Netzes
- Erworbenes Eigentum ist nach dem BGH „belastet“, weil es auf abgeleiteten Wegerechten beruht
- Folge: Risikoaufschläge in der Kalkulation oder Zurückhaltung beim Ausbau

#### Wettbewerb und Kunden

- Ohne Verfahren gibt es keinen Marktzugang für neue Anbieter, auch nicht für Genossenschaften oder Stadtwerke
- Kein Wettbewerbsdruck auf Preise, Qualität und Dekarbonisierungstempo
- Anschlusskunden sind langfristig gebunden, ohne Ausweichmöglichkeit
- Ausbauziel von 100.000 Neuanschlüssen pro Jahr gerät unter Druck

## Erster Ansatz: ein gesetzliches Wegerecht für Wärmeleitungen

### Regelungsinhalt eines Wegerechts für Wärme

- Anspruch des Wärmeversorgers auf Einräumung von Wegenutzungsrechten gegenüber dem Träger der Straßenbaulast
- Duldungspflicht für Anschlussleitungen auf angeschlossenen Grundstücken; Parallele zu § 12 NAV
- Einheitliche Regelung von Verlegung, Betrieb, Unterhaltung, Folgekostenlast und Rückbau

### Vorbilder im geltenden Recht

- § 46 Abs. 1 EnWG: Pflicht zur diskriminierungsfreien Bereitstellung öffentlicher Verkehrswege
- § 125 TKG: gesetzliche, unentgeltliche Nutzungsberechtigung des Bundes, übertragen durch die Bundesnetzagentur
- § 12 NAV, § 48a EnWG: gesetzlich angeordnete Duldungspflichten

### Dafür spricht

- Planungssicherheit und kalkulierbare Genehmigungsdauer für den Netzaufbau
- Gleichbehandlung aller Sektoren im selben Straßenkörper
- Entlastung der Kommunen von Einzelfallentscheidungen ohne Maßstab

### Dagegen spricht

- Ein Kontrahierungszwang gegenüber jedem Nachfrager passt nicht zu einem Gut, das faktisch nur einmal vergeben werden kann (BGH, Rn. 28 ff.)
- Eingriff in die kommunale Selbstverwaltung, Art. 28 Abs. 2 GG, und in das Eigentum, Art. 14 GG
- Ohne Auswahlverfahren entstünde ein Windhundrennen um die Trasse

### Zwischenergebnis:

Ein Zugangsrecht allein löst das Problem nicht. Knappe Trassen brauchen ein Auswahlverfahren, keinen Anspruch jedes Einzelnen.

#### Weitgehend übertragbar

- Verfahrens- und Rechtsschutzregeln der §§ 46 Abs. 3 bis 5, 47 EnWG: Sie ordnen die Vergabe eines knappen Rechts und sind nicht auf Strom oder Gas zugeschnitten
- Datenherausgabe nach § 46a EnWG: Ohne Netz- und Absatzdaten kann kein Bewerber belastbar kalkulieren
- Duldungspflichten der §§ 12 NAV, 48a EnWG für Anschlussleitungen und Transporte; § 8 Abs. 2 GeoBG erklärt § 48a EnWG für die dort erfassten Wärmeleitungen bereits für entsprechend anwendbar

#### Nur angepasst übertragbar

- Zugangsanspruch (§ 46 Abs. 1 EnWG): nicht für jeden Interessenten, sondern als Anspruch des im Verfahren ausgewählten Betreibers
- Befristung (§ 46 Abs. 2 S. 1 EnWG): Wiederöffnung des Marktes ja, Laufzeit aber an der Amortisation des konkreten Netzes bemessen statt an einer festen Grenze
- Endschaft (§ 46 Abs. 2 S. 2 bis 4 EnWG): Übereignung gegen wirtschaftlich angemessene Vergütung ja, der Bewertungsmaßstab muss aber Wärmequellen und Speicher einbeziehen; **ein Netz ohne Erzeugung ist nicht betriebsfähig**

#### Nicht übertragbar

- Voraussetzungslose, unentgeltliche Nutzungsberechtigung nach § 125 TKG: Sie setzt auf parallele Wettbewerbsnetze; bei Wärme gibt es pro Trasse nur ein Netz (BGH, Rn. 29)
- Netzzugang Dritter und Entflechtung (§§ 6 ff., 20 ff. EnWG): Wärme braucht Wettbewerb um das Netz, nicht im Netz; ein Durchleitungsregime würde das Investitionsrisiko weiter erhöhen
- Entgeltregulierung nach §§ 21 ff. EnWG: Die Preiskontrolle bleibt bei § 24 AVBFernwärmeV und §§ 19, 29 GWB; eine Netzentgeltregulierung wäre ein Systemwechsel, keine Übertragung

#### Bedeutung:

Für Wärme greifen die übertragbaren Bausteine erst, wenn ein Gesetz sie zusammenführt und wärmespezifisch ausformt. Das ist der einheitliche regulatorische Rahmen.

## Zweiter Ansatz: die Bausteine einer Konzessionsvergabe

#### 1 Anlass und Auslöser

Anknüpfung an die Wärmeplanung: Sobald ein Wärmenetzgebiet ausgewiesen ist und die Kommune Dritten die Wegenutzung eröffnen will, wird das Verfahren ausgelöst.

#### 2 Bekanntmachung

Veröffentlichung von Vertragsende bzw. Vergabeabsicht, Netzgebiet und Rahmendaten, in Anlehnung an § 46 Abs. 3 EnWG.

#### 3 Auswahlkriterien

Vorab mitgeteilte, gewichtete Kriterien: Versorgungssicherheit, Dekarbonisierungspfad nach §§ 29, 30 WPG, Preis- und Anschlussbedingungen, Ausbauszusagen.

#### 4 Befristung

Laufzeitobergrenze mit Blick auf die Amortisation von Wärmenetzen; längere Fristen als 20 Jahre sind sachlich begründbar.

#### 5 Endschaftsregelung

Gesetzlicher Überlassungs- oder Übereignungsanspruch gegen wirtschaftlich angemessene Vergütung, der zentrale Unterschied zum heutigen Zustand.

#### 6 Rechtsschutz

Rügeobliegenheit, Informationspflicht gegenüber unterlegenen Bewerbern und Stillhaltefrist nach dem Vorbild des § 47 EnWG.

#### Zu beachten:

Entscheidet sich die Kommune für Eigenerfüllung oder eine Inhouse-Vergabe (§ 108 GWB), fehlt bislang eine Erstreckung des Verfahrens auf den Eigenbetrieb. § 46 Abs. 6 EnWG zeigt, wie das gelöst werden kann.

##### Voraussetzungen

- Satzung der Gemeinde auf Grundlage des § 17 Abs. 2, 3 GO SH; § 109 GEG erweitert die Zwecke um Klima- und Ressourcenschutz
- Dringendes öffentliches Bedürfnis: relevanter Klimaschutzeffekt gegenüber Einzelfeuerungsanlagen (OVG Schleswig: 40 % Minderung ausreichend)
- Es muss sich um eine öffentliche Einrichtung handeln: Betrieb durch die Gemeinde oder durch Private mit gesicherten Einwirkungsrechten
- Ausnahmen und Übergangsfristen für soziale und wirtschaftliche Härten, § 17 Abs. 3 S. 2 GO SH

##### Anforderungen bei privatem Betrieb

- Die Kommune muss maßgeblichen Einfluss auf die wesentlichen Fragen der Betriebsführung behalten (BVerwG, 8 CN 1/04)
- Bloße Informationsansprüche oder Entscheidungen „im Einvernehmen“ genügen nicht (OVG Magdeburg, 4 K 181/15)
- Erforderlich sind Selbsteintritts-, Übernahme- und Vetorechte sowie Genehmigungs- und Abstimmungspflichten, auch zur Preisgestaltung
- Absicherung gesellschaftsrechtlich (Beteiligung) oder vertraglich im Betreibervertrag

##### Wechselwirkung mit der Wegevergabe: der übersehene Zusammenhang

Ein Anschluss- und Benutzungszwang verringert das Betriebsrisiko des Versorgers erheblich. Vergaberechtlich kann damit aus einer Konzession ein öffentlicher Auftrag werden, weil das Risiko nicht mehr beim Vertragspartner liegt. Zugleich verschärft der Zwang die Ausschließlichkeit des Wegerechts und damit die kartellrechtliche Pflicht zur diskriminierungsfreien Auswahl. Beide Instrumente lassen sich deshalb nur zusammen denken.

##### Praxishinweis:

Vor Erlass einer Satzung ist zu prüfen, ob die Wegenutzungsrechte auf einer Grundlage vergeben wurden, die einer späteren Überprüfung standhält.

### 3. Lösungsansätze und Ausblick I d) Einheitlicher regulatorischer Rahmen

#### Der Gesetzgeber ist in Bewegung – aber nicht auf dieser Ebene

|                            | Vorhaben und Stand                                                                                                                                                                                                               | Wegevergabe |
|----------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| Planung                    | WPG seit 2024; Novelle für kleine Kommunen im Bundestag (BT-Drs. 21/6587). Gebietsausweisung begründet keine Pflicht zu Errichtung oder Betrieb (§ 27 Abs. 1 WPG)                                                                | Nein        |
| Genehmigung und Bau        | GeoBG v. 22.12.2025: überragendes öffentliches Interesse (§ 4); Planfeststellung/Plangenehmigung und Enteignung für bestimmte Wärmeleitungen (§ 8) ersetzt kein kommunales Wegenutzungsrecht                                     | Nein        |
| Preis und Kunde            | Wärmenetzkpaket (Eckpunkte, Kabinett 26.08.2026): geplantes Wärmenetzgesetz mit Überführung von AVBFernwärmeV/FFVAV, Ex-post-Preisaufsicht, Transparenzplattform; 12. GWB-Novelle: Verlängerung des § 29 GWB bis 2032 vorgesehen | Nein        |
| Förderung                  | BEW; KWKG-Novelle (Eckpunkte 21.09.2026, Kabinett im Herbst angestrebt): Anhebung des maximalen Zuschlags je Wärmenetzprojekt von 50 auf 100 Mio. Euro geplant                                                                   | Nein        |
| Wegevergabe und Konzession | Kein Vorhaben regelt Auswahlverfahren, Höchstlaufzeit, Endschaft oder spezifischen Rechtsschutz. Allgemeines Kartellrecht (§§ 19, 20 GWB), ggf. Vergaberecht und Vertragsgestaltung bleiben maßgeblich.                          | Fehlt       |

#### Kostenneutralitätsgebot

- Bisher: Umstellung auf Wärmelieferung darf die Wärmekosten der Mieter nicht erhöhen, § 556c Abs. 1 Nr. 2 BGB
- Eckpunkte: Kaltmieterhöhung um bis zu 0,50 €/m<sup>2</sup> monatlich, in Anlehnung an die Wärmepumpenregelung
- vzbv: Vergleich hinkt, da die Betriebskosten bei Fernwärme nicht sinken; angemessen seien ca. 0,35 €/m<sup>2</sup> (Öko-Institut)

#### Recht zur Leistungsanpassung

- Eckpunkte: Reduzierung überdimensionierter Anschlussleistungen nur in den ersten drei Vertragsjahren
- Bisher: Kündigung und Neuvertrag bei geänderter Erzeugungsstruktur eröffnen die Leistungsanpassung
- Künftig: Preisanpassung im laufenden Vertrag; Altverträge mit überhöhter Leistung laufen unverändert weiter

#### Preisanpassung und Price-Cap

- Eckpunkte: einseitige Weitergabe von Dekarbonisierungs- und Ausbaurkosten ohne Grenze nach Höhe und Häufigkeit
- Preisaufsicht prüft nur den Kostennachweis, nicht die Wirtschaftlichkeit gegenüber anderen Heizlösungen
- Forderung: Price-Cap an den Vollkosten einer Wärmepumpe; unwirtschaftliche, aber sinnvolle Netze gesondert fördern

#### Bezug zur Wegevergabe:

Der vzbv bestätigt den Befund dieser Präsentation: Angeschlossene Kunden können nicht wechseln und sind ihrem Versorger ausgeliefert. Das Wärmenetzkpaket reagiert darauf nachgelagert über Preisaufsicht und Mietrecht; der Wettbewerb um das Netz bei der Wegevergabe bleibt auch hier ungeregt.

#### Befund

Kommunales **Wegemonopol** trifft auf **natürliches Monopol** des jeweiligen Wärmenetzbetreibers

Fehlende Parallelnetze machen Trassenvergabe faktisch **dauerhaft und exklusiv**

Planung und Preisaufsicht sind reguliert, die eigentliche **Wegevergabe** bleibt weitgehend **offen**

#### Regulatorische Lücke

Es fehlt weiterhin ein **funktionales Äquivalent** zu §§ 46, 47 EnWG

Kartellrecht kontrolliert nur **nachgelagert**, ersetzt aber keine eigenständige **Verfahrensordnung**

**BGH**: Ohne **Endschaftsregelung** fehlt ein geordneter **Netzübergang**

#### Rechtspolitische Konsequenz

Transparente **Auswahlverfahren** für knappe Wegenutzungsrechte gesetzlich und verfahrensrechtlich absichern

**Laufzeiten** konsequent an Investition und **Amortisation** konkreter Wärmenetze ausrichten

**Endschaft und Rechtsschutz** wärmespezifisch, klar und vorhersehbar gesetzlich regeln

WIRTSCHAFTSRAT  RECHT



[www.wr-recht.de](http://www.wr-recht.de)



[info@wr-recht.de](mailto:info@wr-recht.de)



Tel.: 040 / 350036-0



**Standort Hamburg**

Bleichenbrücke 11

20354 Hamburg

#### Hinweise

© Der gesamte Inhalt dieser Präsentation mit Ausnahme der verwendeten Bilder ist ausschließliches Eigentum der WIRTSCHAFTSRAT Recht – Bremer Woitag Rechtsanwaltsgesellschaft mbH. Ohne Einwilligung der Rechtsinhaberin ist jegliche Übernahme zur Vervielfältigung und zur Nutzung für werbliche Zwecke oder die Änderung des Inhalts bei Beibehaltung der wesentlichen strategischen Aussagen, auch einzelner, Vorschläge unzulässig, wenn nicht dafür die schriftliche Genehmigung der Rechtsinhaberin eingeholt wurde.  
Die Bilder werden unter einer CC 0 Lizenz über die Plattform Pexels bereitgestellt.