

Kostenentscheidung kaum abgeben kann – und aus prozessökonomischen Gründen auch nicht sollte. Für eine Einbeziehung über § 161 Abs. 2 VwGO ist bei der *einseitigen* Erledigungserklärung kein Raum, auch wenn der Wortlaut dieser Norm – gegenübergestellt mit § 91 a ZPO – in diese Richtung deuten mag. Der Gleichlauf von Hauptsache- und Kostenentscheidung⁸¹ ist durch die alleinige Anwendung der §§ 154 f. VwGO nicht tangiert. Gleichlauf bedeutet nämlich nicht, dass die Kostenentscheidung den irgendwann einmal maßgeblich gewesenen Anträgen entsprechen soll, sondern den zuletzt gestellten. Das aber sind vorliegend der Erledigungsfeststellungsantrag und der entsprechende Abweisungsantrag. Aus demselben Grund kann auch nicht – mit einer älteren Auffassung – § 161 Abs. 2 VwGO generell bei einseitiger Erledigungserklärung angewendet werden⁸².

81 Eingehend *Grunsky*, Festschrift für Schwab, 1990, S. 165 (165 ff.).
82 So aber noch BVerwG vom 22. 3. 1957 – VI C 89/56 –, MDR 1957, 375 (375 f.); BVerwG vom 14. 1. 1965 – I C 68.61 –, E 20, 146 (153 f.); *Weigert*, BayVBl. 1974, 640 (641, 642); *Klein*, DVBl. 1972, 572 (573); *Redeker/von Oertzen*, 13. Aufl. 2000, Rdnr. 4 zu § 161 VwGO.

VI. Fazit

Der kurze Blick auf Facetten der rechtlichen Behandlung der einseitigen Erledigungserklärung verdeutlicht, wie die Betonung der Dispositionsmaxime auch vermeintlich diffusen Bereichen klar gezeichnete Lösungsansätze bietet. Indes führt die Diskussion um die einseitige Erledigungserklärung den zunehmenden Trend zu kleinteiliger Interessenpolitik bei gleichzeitiger Verwässerung der Systemgrundsätze auch besonders beispielhaft vor Augen. Als *Menger* im Jahre 1963 schrieb, jedes Bestreben zu mehr Richteramt und weniger Parteiherrschaft habe seine Grenze in der Verfügungsmacht der Parteien über den Prozessgegenstand zu finden⁸³, markierte er eine Linie, die die heutige Praxis schon hinter sich gelassen hat. Der konsequente Schritt hinter diese Linie ist einer der denkbaren Wege aus verschiedenen Untiefen der aktuellen Prozessrechtsentwicklung – nicht nur denen der einseitigen Erledigungserklärung.

83 *Menger*, aaO (Fußn. 1), S. 435; siehe auch *Bitter*, BayVBl. 1958, 41 (44, bei und in Fußn. 35).

Bericht

Energiepartnerschaften zwischen privaten Versorgungsunternehmen, Stadtwerken und Kommunen

– Fachtagung des Instituts für Berg- und Energierecht der Ruhr-Universität Bochum –

Von Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. *Bernhard Stüer*, Münster/Osnabrück, und Dr. *Dietmar Hönig*, Berlin

Energiepartnerschaften zwischen privaten Versorgungsunternehmen, Stadtwerken und Kommunen kennzeichnen den heutigen Energiemarkt. Sie sind die Spieler auf einem durch alte und neue Monopole markierten Feld, dessen Einflussbereiche neu aufgeteilt werden. Im Rahmen der Privatisierung der Stadtwerke liegt der Versuch nahe, die bisherigen Gebietsmonopole zu sichern und diese durch neue Kooperationen sogar noch zu erweitern. Deshalb stellt auch die Befugnis der Gemeinden, unter bestimmten Voraussetzungen die Durchleitung zu verweigern, eine kritische Hürde für Konkurrenten dar. Auslöser dieses Wettbewerbs ist die vor mittlerweile drei Jahren vorgenommene Novellierung des Energiewirtschaftsrechts. Entscheidende Normen sind neben den Vorschriften des GWB die §§ 6 und 13 EnWG, die den freien Netzzugang regeln. Ihre Auslegung und Rechtsfolgen für die Vertragsgestaltung und das neue Modell einer Energiepartnerschaft standen im Mittelpunkt einer Tagung, die am 21. 2. 2002 unter Leitung von Prof. Dr. *Martin Burgi* vom Institut für Berg- und Energierecht der Ruhr-Universität Bochum durchgeführt wurde.

I. Rechtsfragen des Wettbewerbs in der Strom- und Gaswirtschaft

Der Wettbewerb in der Strom- und Gaswirtschaft ist durch drei Bereiche geprägt: den Wettbewerb um Netze (§ 13 Abs. 2 bis 4 EnWG), zwischen den Netzen (§ 13 Abs. 1 EnWG) und in den Netzen (§ 6 EnWG bzw. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB). Nach § 6 Abs. 1 EnWG haben die Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen anderen Unternehmen das Versorgungsnetz für Durchleitungen zu Bedingungen zur Verfügung zu stellen, die nicht ungünstiger sind, als sie von ihnen in vergleichbaren Fällen für Leistungen innerhalb ihres Unternehmens oder gegenüber verbundenen oder assoziierten Unternehmen tatsächlich oder kalkulatorisch in Rechnung gestellt werden. Dies gilt nicht, soweit der Betreiber nachweist, dass ihm die Durchleitung aus betriebsbedingten oder sonstigen Gründen unter Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Die Ablehnung ist schriftlich zu begründen.

Rechtsanwalt Dr. *Christian Theobald* (Berlin) erinnerte daran, dass diese Regelungen erst auf Druck seitens der

EG eingeführt worden seien. Als Mittel der staatlichen Steuerung des Wettbewerbs zwischen den Netzen und um Netze haben die Konzessionsverträge eine entscheidende Aufgabe, wobei zwischen einfachen und qualifizierten Konzessionsverträgen zu unterscheiden ist. Der einfache Konzessionsvertrag soll den Wettbewerb zwischen den Netzen gewährleisten. Dazu haben die Gemeinden nach § 13 Abs. 1 EnGW ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen. Die Versorgungsunternehmen haben vom Grundsatz her einen Anspruch auf Abschluss eines solchen Konzessionsvertrages.

Der qualifizierte Konzessionsvertrag nach § 13 Abs. 2 i. V. mit § 10 EnGW hat hingegen eine dem Gesundheitswesen vergleichbare »AOK-Funktion«. Er will die allgemeine Versorgung sicherstellen, wenn die Gemeinden diese mit Rechten und Pflichten verbundene Funktion nicht wahrnehmen, sondern durch Vertrag auf Dritte übertragen. Durch die Einführung des sog. qualifizierten Konzessionsvertrages hat sich die Aufgabenwahrnehmung der Gemeinden von einer Leistungserfüllung zu einer Gewährleistungserfüllung gewandelt, machte *Theobald* klar.

Das »Überlassen« nach § 13 Abs. 2 Satz 2 EnGW könne nur im Sinne einer Eigentumsübertragung verstanden werden. Lediglich eine Besitzüberlassung reiche nach der Konzeption des Gesetzes nicht aus. Auch würde es z. B. durch die Neuherstellung von Anschlüssen zu unterschiedlichen Eigentumsverhältnissen kommen, was in der Praxis zu Schwierigkeiten führe. Auch die Aufhebung der Ausschließlichkeit qualifizierter Konzessionsverträge durch die Gestattung des Baus von Direktleitungen ist nicht unproblematisch. Denn die Herausnahme marktattractiver Leitungen aus dem Gesamtverbund kann durchaus dazu führen, dass die verbleibenden Versorgungsbereiche nicht mehr wirtschaftlich betrieben werden können. Im Verlauf der anschließenden Diskussion wurde zudem klargestellt, dass jeder Unternehmer einen Anspruch auf einen Netzzugang hat, weil es gerade darum gehe, Wettbewerbshindernisse auszuräumen.

Mit Rechtsfragen der Netzzugangs und der Durchleitung im Wettbewerb um den Endverbrauch befasste sich Prof. Dr. *Ulrich Büdenbender* (Dresden). Kommt eine Vereinbarung über die Höhe des Entgeltes nicht zustande, hilft nur das Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB, das vom Netzbetreiber ausgeübt werden kann. Dabei ist nach Billigkeit zu entscheiden, machte der Energierechtler klar.

Energie- wie kartellrechtlich stehen dabei zur Kontrolle der Netzzugangsentgelte dieselben Maßstäbe zur Verfügung, die generell für die kartellrechtliche Preismissbrauchsaufsicht entwickelt worden sind. Denn der Netzbetreiber habe stets eine Monopolstellung inne, die der Kontrolle bedürfe. Durch die Bildung von Strukturklassen könne dieser Monopolpreisvergleich erheblich erleichtert werden.

Die Verbändevereinbarungen dürften nicht zu einem Widerspruch mit den gesetzlichen Regelungen führen. Derartige Vereinbarungen seien zwar nicht rechtsverbind-

lich, dienten aber in der energierechtlichen Praxis als wichtige Interpretationsleitlinie für die unbestimmt gefassten Durchleitungstatbestände in §§ 6, 6 a EnWG und § 19 Abs. 4 Ziff. 4 GWB. Je mehr die betroffenen Wirtschaftskreise mit Zustimmung des Bundeskartellamtes derartige vertragliche Vereinbarungen nutzen, desto mehr werde sich die Gerichtsbarkeit ebenfalls an ihren Vorgaben ausrichten. Angesichts eines inzwischen bestehenden effizienten Wettbewerbs seien Verbändevereinbarungen nicht mehr erforderlich, um wettbewerblichen Alternativen in der Netzzugangspraxis Raum zu geben. Werde allerdings eine weitere rechtliche Aufwertung der Verbindlichkeit von Verbändevereinbarungen angestrebt, sei eine administrative Begleitung unverzichtbar. Da waren sich die Teilnehmer in der Diskussion einig.

Die Energiebeschaffung durch Energiepartnerschaften der Kommunen muss das Vergaberecht beachten, machte Rechtsanwalt Dr. *Jan Byok* LL.M (Düsseldorf) klar. Eine Voraussetzung für die Ausschreibungspflicht kommunaler Energiebeschaffung ist das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags, der nach seiner Auffassung beim Energieeinkauf bei Regie- und Eigenbetrieben und bei 100%iger Eigengesellschaft nicht vorliegt. Bei dieser Fallgestaltung liege ein »In-house-Geschäft« vor, weil die Kommune nach wie vor die Kontrolle wie bei einer eigenen Dienststelle ausübe. Im Gegensatz dazu könne bei gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften bereits bei einem Anteil von 10 % in öffentlicher Hand ein Vergabeverfahren erforderlich sein. Der Ausschluss des Vergabeverfahrens könne durch einen schnellen Vertragsschluss erreicht werden, da bei abgeschlossenen Beschaffungsvorgängen – hier durch den Vertragsschluss – mit Ausnahme der Fälle des § 13 VgV kein Primärrechtsschutz mehr besteht.

Eine ebenso praxisrelevante und wie heikle Problematik ist die Ausschreibungspflicht bei Vertragsverlängerungen und Vertragsänderungen. Bei Vertragsänderungen im Rahmen von schon bestehenden Änderungs- und Anpassungsklauseln sei ein erneutes Vergabeverfahren nicht erforderlich. Das OLG Düsseldorf stelle hier zutreffend darauf ab, ob durch die Verlängerung bzw. Änderung wesentliche inhaltliche Änderungen vorgenommen werden, wobei eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zu Grunde zu legen sei. In der anschließenden Diskussion machte *Büdenbender* deutlich, dass als Messlatte der Ausgangsvertrag herangezogen werden müsse. Denn nur so könne ein Vorgehen im Wege der »Salamitaktik« unterbunden werden.

II. Neue Kooperationsstrategien der Stadtwerke

Ihre starke Position im Endverteilergeschäft macht die Stadtwerke zu begehrten Kooperations- und Kaufobjekten; für *Markus Moraing* (Köln) Anlass genug, einen Überblick über die Kooperationsstrategien der Stadtwerke und ihre Erfahrungen zu geben. Dabei stellte der Justitiar des Vku die horizontalen und vertikalen Kooperationen der Stadtwerke vor. Derzeit sind bei der Vku 36 horizontale Kooperationen erfasst, von denen die meisten auf eine dauerhafte vertraglich fixierte Zusammenarbeit (14 Kooperationen) bzw. weitergehend sogar eine gesellschaftliche Kooperation eingingen (13 Kooperationen).

Die Zusammenarbeit konzentriert sich dabei vor allem auf die Felder, in denen einzelne Kooperationspartner Schwächen haben: Großkundenvertrieb, Beschaffung und Handel sowie den Aufbau zentraler Servicefunktionen. Die dadurch erreichten betriebswirtschaftlichen Effekte wurden durchweg positiv beurteilt. 7 Kooperationen befanden sich sogar schon im Übergang zu Fusionen. Abgesehen vom Zusammenwachsen der Leitungsnetze gehe es hier vorrangig um den Abbau von »Parallelstrukturen«. Insgesamt sind nach Auffassung des Justitiars diese Kooperationen als strategisch sinnvolle Alternative zu vertikalen Beteiligungen zu sehen.

Die vertikalen Beteiligungen führten in den letzten Jahren zu tiefgreifenden Veränderungen der kommunalwirtschaftlichen Strukturen. So hatten Ende des Jahres 2001 bereits 282 der 652 als AG oder GmbH geführten Stadtwerken einen oder mehrere private Dritte als Anteilseigner. Nur in vergleichsweise wenigen Fällen ist die private Beteiligung geringer als 25,1 % (bei 50 Unternehmen). In den meisten Fällen liegt sie zwischen 25,1 % und 49,9 % (bei 186 Unternehmen) und bei einigen sogar über 50 % (bei 18 Unternehmen). Es gibt zudem noch Unternehmen, die indirekte private Beteiligungen in unterschiedlicher Höhe haben (bei 28 Unternehmen).

Wettbewerbs- und kommunalrechtlich sind diese vertikalen Beteiligungen vor allem seitens der RWE und der E.ON nicht unproblematisch, verdeutlichte Vorsitzender Richter am OLG *Wolfgang Jaeger* (Düsseldorf). Bei einem Anteilswerb von mehr als 25 % liege immer ein kartellrechtlich relevanter Zusammenschluss vor. Demgegenüber sei bei einem Anteilswerb unter 25 % im Einzelfall zu prüfen, ob ein Zusammenschluss nach § 37 GWB gegeben sei. Dieser hänge von den Mitentscheidungsrechten des Anteilserwerbers ab. Werde ein Zusammenschluss bejaht, so würden die großen Unternehmen wie RWE und E.ON der Zusammenschlusskontrolle unterliegen, da die Umsatzschwellen des § 35 GWB allein schon durch die Umsätze dieser Unternehmen erfüllt seien. Das Bundeskartellamt habe dann zu prüfen, ob nach § 36 GWB eine

marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt werde. Die großen Unternehmen hätten eine marktbeherrschende Stellung, die sich durch jede weitere Kooperation verstärke, zumal dadurch längerfristige Lieferverträge stabil gehalten würden.

Das Bundeskartellamt werde in dieser Beziehung seiner Funktion nicht gerecht, erklärte der Vorsitzende des Düsseldorfer Kartell- und Vergabesenates. Eine Zulassung solcher Zusammenschlüsse unter Erteilung einer Auflage nach § 40 Abs. 3 GWB sei nicht geboten. Die Auflage, das Energieleitungsnetz zur Durchleitung diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen, reiche nicht aus, da nach § 40 Abs. 3 Satz 2 GWB eine laufende Verhaltenskontrolle nicht erlaubt sei. Überlegen die Stadtwerke einer Nachbargemeinde, gegen einen solchen Zusammenschluss vorzugehen, sollten sie sich vom Bundeskartellamt beiladen lassen (§§ 63, 54 Abs. 2 GWB). Es spreche viel dafür, aus der Erforderlichkeit des öffentlichen Zweckes, wie er in § 107 GO NRW ausdrücklich verankert ist, die Pflicht der Kommunaufsichtsbehörde zum Einschreiten gegen offensichtlich kartellwidrige Zusammenschlüsse herzuleiten. Eine kartellrechtswidrige Kooperation könne nicht einen öffentlichen Zweck i. S. des § 107 GO NRW erfüllen.

Diese These blieb in der Diskussion allerdings nicht ohne Widerspruch. Es sei nicht Aufgabe der Kommunaufsicht, im Rahmen der Landesregelung Bundesrecht zu kontrollieren, wurde zur Begründung vorgebracht.

Eines wurde bei der Fachtagung deutlich: Die Thematik der Energiepartnerschaften und der damit einhergehenden wettbewerbsrechtlichen Fragestellungen ist noch lange nicht abschließend geklärt. Die Herstellung des Netzzugangs und die Eingehung von Kooperationen werden private Versorgungsunternehmen, Stadtwerke und Kommunen wohl noch lange beschäftigen. Die neuen Herausforderungen sind aber durchaus lösbar, wie sich im Verlauf der Gespräche herausstellte. Der schon bald erscheinende Tagungsband wird Verlauf und Ergebnisse der Beratungen für das interessierte Fachpublikum festhalten.

Buchbesprechungen

■ *Reinhard Hendler* (Redaktion): **Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2001.** Umwelt- und Technikrecht, Schriftenreihe des Instituts für Umwelt- und Technikrecht der Universität Trier, Bd. 58. Erich Schmidt Verlag, Berlin 2001. 730 S. 149,- €.

Das Jahrbuch erreicht heuer wieder einen Umfang wie selten. 18 Abhandlungen von großer Vielfalt verlocken zum Blättern, das schnell zu vertiefter Lektüre führt. Die drei traditionellen Berichte über die Entwicklung des Umwelt- und Technikrechts (*Klein/Solf*), des Europäischen Umweltrechts (*Pfundt/Zimmer*) und der Rechtsprechung des EuGH zum Umweltrecht (*Séché/Wiesendahl*), jeweils im Jahre 2000, runden den schwergewichtigen Band ab; auch

diese Berichte – überwiegend von Rechtsreferendaren erarbeitet – übertreffen an Umfang erheblich das, was in den vergangenen Jahren geboten wurde. Wieder fällt auf, dass das Technikrecht so gut wie gar nicht vertreten ist; bei den Abhandlungen kann man nur den kürzesten Beitrag des Bandes von *Marburger/Klein* dazu rechnen; er vermittelt einen guten, auf das Wesentliche beschränkten Überblick über die Bezugnahme auf technische Normen im deutschen Umwelt- und Technikrecht. Beiträge von allgemeinem Interesse überwiegen; aber auch sehr spezielle Interessenten werden bedient, so etwa durch den Bericht über Wasserversorgung, Abwasserbeseitigung und Abwasseranierung im spanischen Recht (*Laguna de Paz*). *Hager* philosophiert über die seelischen Gründe der Umweltzer-