

Änderungen der Wege- nutzungsverträge der FHH mit Netzbetreibern

Rechtsgutachten zu Möglichkeiten und Grenzen

Verfasser:

Rechtsanwalt Dr. Christoph Meitz, LL.M.

Rechtsanwalt Dr. Johannes Mosters

Rechtsanwalt Henning Winkelmann, LL.M.

Aktenzeichen BBG und Partner:

234/25/23

Erstellt für:

Freie und Hansestadt Hamburg

Behörde für Umwelt, Klima, Energie

und Agrarwirtschaft

Amt Energie und Klima

Bremen,

30.09.2025

BBG und Partner

Contrescarpe 75 A

D-28195 Bremen

T +49 421 33541-0

F +49 421 33541-15

kontakt@bbgundpartner.de

www.bbgundpartner.de

Rechtsanwälte Barth

Baumeister Griem und Partner

Partnerschaftsgesellschaft mbB

PR 216 (AG Bremen)



Inhaltsverzeichnis

1	Sachverhalt	4
1.1	Hintergrund	4
1.2	Gegenwärtig geltende Wegenutzungsverträge	4
1.3	Derzeitiges Verfahren zur Genehmigung von Leitungsbauarbeiten in öffentlichen Wegen	5
1.4	Stand der Diskussion zur Anpassung der Wegenutzungsverträge	5
1.5	Prüfauftrag BBG	7
2	Zusammenfassung der Ergebnisse	8
3	Konkrete Fragestellung im Einzelnen	11
4	Rechtliche Prüfung	13
4.1	Zulässigkeit und Reichweite der geplanten Änderungen	13
4.1.1	Regelungsbereich des HWG	13
4.1.1.1	Geltungsbereich des HWG	13
4.1.1.2	Vorliegen von Sondernutzungen im Sinne des HWG	15
4.1.1.3	Vereinbarkeit der Vertragsänderung im Wege einer Generalausnahme?	18
4.1.1.4	Vereinbarkeit Vertragsänderung mit 22 HWG	22
4.1.2	Bedeutung sonstiger Normen	27
4.1.3	Zwischenergebnisse	27
4.2	Auswirkungen auf die bestehende Konzession	27
4.2.1	Maßstab der Zulässigkeit von Änderungen von Wegenutzungsverträgen	28
4.2.1.1	Europarecht	28
4.2.1.2	Nationales Recht	31
4.2.2	Bewertung der in Rede stehenden Änderungen	32
4.2.2.1	Ausweitung des Nutzungsgegenstands	32
4.2.2.2	Umstellung von Genehmigungs- auf Einspruchsregelung	35
4.2.2.3	Weitere Regelungen	37
4.3	Diskriminierungsfreiheit / Gleichbehandlung	38
4.3.1	Keine über 4.2 hinausgehenden Ansprüche von Wettbewerbern in den gleichen Sektoren	38
4.3.2	Ansprüche von Vertragspartnern der FHH bei anderen Wegenutzungsverträgen	38
4.4	Verhältnis zum Hamburgischen Klimaschutzgesetz	40
4.4.1	Regelungsinhalt von § 2a HmbKliSchG	40
4.4.2	Wirkungen des § 2a HmbKliSchG auf andere gesetzliche Normen	41
4.4.3	Wirkungen des § 2a HmbKliSchG auf die Verwaltungspraxis	41
4.4.3.1	Verpflichtungsnorm für die öffentliche Hand?	41
4.4.3.2	Ermächtigungsnorm für die öffentliche Hand?	45
4.4.3.3	Verhältnis zum Konzessionsvergaberecht	47
4.4.4	Prüfung Rechtspflicht zur Umsetzung beschleunigter Verfahren	47
4.4.4.1	Aus übergeordneten Rechtsebenen	47

4.4.4.2	Aus Landesverfassungsrecht _____	49
4.5	Sonstige rechtliche Risiken _____	50
4.6	Alternative Regelungen _____	50
4.6.1	Anpassung HWG _____	50
4.6.2	Anpassung Fachanweisung _____	51

1 Sachverhalt

1.1 Hintergrund

Bei den Energienetzen für Elektrizität, Gas und Wärme in der Freien und Hansestadt Hamburg (nachfolgend: FHH) ergeben sich in den kommenden Jahren und Jahrzehnten durch die erforderliche Dekarbonisierung der Energieversorgung erhebliche Aus- und Umbaumaßnahmen, die auch umfangreiche Leitungsbauarbeiten in öffentlichen Wegen erforderlich machen werden. Die bislang zur Zulassung entsprechender Arbeiten erforderlichen Zulassungsverfahren stellen sich als ein mögliches Hemmnis für die zügige und zeitgerechte Durchführung dieser Arbeiten dar. Sowohl FHH als auch die Energieversorgungsunternehmen (nachfolgend: EVU) sehen insoweit Potenziale für Vereinfachungen.

Mit dem Ziel, Hemmnisse und Bürokratie bei der Umsetzung von Leitungsbauarbeiten im öffentlichen Raum zu beseitigen und die zugrundeliegenden Verfahren effektiv zu beschleunigen, sind durch SNH (heute HNE) verschiedene Änderungen der bestehenden Wegenutzungsverträge vorgeschlagen worden. Diese Vorschläge sollen auf Ihre auf ihre Vereinbarkeit mit dem geltenden Landesrecht geprüft werden, Ggf. sollen auch erforderliche Änderungen des HWG, weiterer Gesetze und darauf bezogener Fachanweisungen betrachtet werden.

1.2 Gegenwärtig geltende Wegenutzungsverträge

Auf dem Gebiet der Freien und Hansestadt Hamburg (nachfolgend: FHH) bestehen Wegenutzungsverträge für unterschiedliche Energienetze:

- betreffend das Elektrizitätsnetz mit der Hamburger Energienetze GmbH, Inkrafttreten am 01.01.2015, Laufzeit bis zum 31.12.2034 (Anlage 1),
- betreffend das Erdgasnetz mit der Hamburger Energienetze GmbH, Inkrafttreten am 01.01.2019, Laufzeit bis 31.12.2038 (Anlage 2),
- betreffend die durch die Hamburger Energiewerke GmbH betriebenen Wärmenetze, Inkrafttreten am 01.01.2015, Laufzeit bis 31.12.2034 (Anlage 3).

Ursprünglich waren die Verträge für Strom und Gas jeweils mit der Stromnetz Hamburg GmbH und der Gasnetz Hamburg GmbH geschlossen worden. Seit dem 01.09.2024 sind diese zu einem gemeinsamen Unternehmen fusioniert – der Hamburger Energienetze GmbH. Die derzeit noch getrennten Bereiche der Netzbetriebe sollen bis spätestens 2027 zusammengeführt werden.

Der Vertrag über Wegerechte für Wärmenetze war ursprünglich mit der Vattenfall Europe Wärme AG geschlossen worden.

Die bestehenden Wegenutzungsverträge beschränken sich in ihrem Geltungsbereich auf öffentliche Verkehrswege im Sinne des § 2 HWG, wohingegen § 46 EnWG bereits seinem Wortlaut nach, sämtliche öffentlichen Verkehrswege ohne Bezugnahme auf das einschlägige Straßen- und Wegerecht der Länder erfasst.

1.3 Derzeitiges Verfahren zur Genehmigung von Leitungsbauarbeiten in öffentlichen Wegen

Nach den aktuell geltenden Wegenutzungsverträgen gilt für die Errichtung von Leitungsinfrastruktur ein Zustimmungsvorbehalt der FHH (beispielhaft § 2 Abs. 1 Wegenutzungsvertrag Strom). Die Zustimmung muss für die Durchführung von Arbeiten in schriftlicher Form in Gestalt einer Aufgrabeerlaubnis, bestehend aus Aufgrabeschein und Trassenanweisung, vorliegen (§ 2 Abs. 2 Wegenutzungsvertrag Strom). Es sind grundsätzlich bestimmte Aufgabesperrfristen zu beachten (§ 2 Abs. 3 Wegenutzungsvertrag Strom).

Die bestehenden Wegenutzungsverträge verweisen mit Blick auf die erforderlichen Zustimmungen/Genehmigungen auf die Regelungen des Hamburgischen Wegegesetzes (HWG). Das Erfordernis einer Aufgrabeerlaubnis stützt sich insoweit auf § 22 Abs. 1 HWG und es werden zusätzlich die Versagungsgründe aus § 19 Abs. 1 Satz 4 HWG in Bezug genommen (§ 2 Abs. 4 Wegenutzungsvertrag Strom).

Genehmigungserfordernisse für Leitungsbaumaßnahmen nach anderen Rechtsakten sind in den Wegenutzungsverträgen nicht adressiert.

Die derzeitige Verwaltungspraxis bei der Erteilung der Aufgrabeerlaubnisse richtet sich nach der „Fachanweisung über Aufgrabungen öffentlicher Wege nach dem Hamburgischen Wegegesetz“ (Anlage 4).

1.4 Stand der Diskussion zur Anpassung der Wegenutzungsverträge

Sowohl FHH als auch die Energieversorgungsunternehmen (nachfolgend: EVU) erkennen Potenziale für Vereinfachungen.

Im September 2023 hat die Behörde für Verkehr und Mobilitätswende (BVM) den Bezirken und Leitungsunternehmen die Endversion der beiden neuen Fachanweisungen nach HWG und TKG zur „perspektivischen Ablösung“ der aktuellen „Fachanweisung über Aufgrabungen öffentlicher Wege“ von 2020 (nachfolgend: FA) vorgestellt (beigefügt als Anlage 5).

Die darin vorgeschlagenen Neuregelungen bezwecken in erster Linie eine Neuausrichtung des Genehmigungsprozesses für eine digitalere Gestaltung der Prozesse. Diese stünden dementsprechend im Einklang mit den Digitalisierungsbestrebungen der Verwaltung. Die Verwaltungsakte Trassenanweisung und Aufgrabeerlaubnis sollen zu diesem Zweck zur „Aufgrabeerlaubnis“ zusammengefasst werden.

Aus diesem Anlass hat die BUKEA die damals noch bestehende Stromnetz Hamburg GmbH (nachfolgend SNH) aufgefordert, hierzu Stellung zu nehmen. In Ansehung der Umsetzung des „SNH-Sofortprogramms“ sowie der Novelle des Hamburgischen Klimaschutzgesetzes sollte die geplante Novellierung bewertet werden.

Daraufhin legte SNH Änderungsvorschläge für den Wegenutzungsvertrag Strom nebst Begleittext im Jahr 2023 vor (Anlagen 6, 7 und 8). SNH sah konkret das Erfordernis, insbesondere die wegerechtlichen Anforderungen zur Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die EVU weitreichend zu vereinfachen. Auch hinsichtlich weiterer Genehmigungsverfahren wurden Vereinfachungen eingefordert.

Die Änderungsvorschläge setzen an solchen Punkten an, die SNH als Schwachstellen der gegenwärtigen Systematik bezeichnete:

- Einschränkungen des Wegerechts durch Beschränkung des Anwendungsbereichs der Verträge auf öffentliche Wege im Sinne des HWG und weitere vertragliche Beschränkungen
- Einschränkungen des Wegerechts durch das Nebeneinander von Vertrag und Verwaltungsakten mit Verweisungskette und Rückverweisung mit zahlreichen einschränkenden Verfahrensanforderungen und damit verbundene Überregulierungen

Vorgeschlagen wird, die Regularien der Wegenutzung – wie nach Auffassung der EVU „bundesweit üblich“ – abschließend im Wegenutzungsvertrag zu regeln. Hierbei sollen zugleich nach Auffassung der EVU „unzulässige Beschränkungen“ entfallen. Dem stehe nicht entgegen, dass es sich den Wegenutzungsverträgen der FHH um öffentlich-rechtliche Verträge handele.

Es werden insoweit in der durch SNH erarbeiteten Synopse (Anlage 6) spezifische Änderungen des HWG vorgeschlagen und begründet. Zentrale Vorschläge sind insoweit:

- Vollständiges Entfallen der wegerechtlichen Zulassungserfordernisse für Leitungsbauarbeiten.
- Stattdessen soll lediglich ein vertragliches Vetorecht der FHH in begründeten Fällen bestehen.
- Ausweitung des Anwendungsbereichs der Wegenutzungsverträge auf sämtliche öffentlichen Verkehrsflächen.

Vorgeschlagen werden durch SNH überdies Änderungen im Hamburgischen Wegegesetz und eine neue Fachanweisung zu Aufgrabungen, welche für die vorliegende Begutachtung jedoch nicht heranzuziehen waren und den Unterzeichnern nicht vorlagen. Die BUKEA rechnet in Bezug auf die Ausweitung des Anwendungsbereichs mit nicht nur unerheblichen Einsparmöglichkeiten bei der Verlegung von Netzteilen. Die Umstellung auf ein Vetorecht führt aus Sicht der BUKEA zwar nicht zu einem verringerten Aufwand bei den Netzbetreibern oder der FHH im Zusammenhang mit der Erstellung und Prüfung der Unterlagen zu den Leitungsvorhaben. Es wird aber voraussichtlich zu einer beschleunigten Durchführung sowie zu einer Verringerung von Baustellenstillstand führen. BUKEA rechnet vor diesem Hintergrund damit, dass sich der Aufwand des stadtseitigen Baustellenmanagements reduzieren würde. Außerdem wären kürzere Bauphasen insofern mit erheblichen Vorteilen verbunden, als sich die Dauer von Straßensperrungen, Umleitungen des ÖPNV etc. verkürzen würde.

1.5 Prüfauftrag BBG

BBG ist seitens der BUKEA aufgefordert, die Änderungsvorschläge von SNH hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Bundes- und Landesrecht zu bewerten, insbesondere hinsichtlich der Auswirkungen der vorgeschlagenen Änderungen auf den Fortbestand der bestehenden Konzessionsverträge und des Erfordernisses neuer Ausschreibungen. Landesrechtlich sind die Vereinbarkeit mit dem HWG und die Implikationen des HmbKliSchG in den Blick zu nehmen. Etwaige Änderungsbedarfe im Landesrecht und mögliche Alternativen zu den Vorschlägen von SNH sollen aufgezeigt werden.

Die genauen Prüfaufträge ergeben sich aus dem zugrundeliegenden Leistungsverzeichnis zum Gutachtenauftrag und sind unter Ziffer 3 nochmals im Einzelnen wiedergegeben.

2 Zusammenfassung der Ergebnisse

Ergebnisse zu 3.1:

1. Die im E-WegeNV vorgeschlagene Ausweitung des Anwendungsbereichs des Vertrages auf sämtliche öffentlichen Verkehrswege der FHH ist mit dem Hamburgischen Wegegesetz in der geltenden Fassung vereinbar.
2. Dagegen sind die im E-WegeNV vorgeschlagenen Änderungen des Zulassungsregimes für Bauarbeiten/Aufgrabungen für Energieleitungen nach unserer Einschätzung nicht mit der aktuell geltenden Fassung der §§ 19, 22 HWG vereinbar.
3. Weder eröffnen die Vorschriften des HWG oder andere Rechtsvorschriften des hamburgischen Landesrechts die Möglichkeit einer Generalausnahme vom Erlaubniserfordernis für Wegeeingriffe/Aufgrabungen, noch kann das in § 2 Abs. 1 und § 3 E-WegeNV vorgesehene Verfahren als eine zulässige Ausprägung/Durchführung der nach § 22 HWG vorgesehenen Verfahren angesehen werden.
4. Daran ändert auch die Zuweisung eines überragenden öffentlichen Interesses an bestimmte Leitungsvorhaben in § 2a HmbKliSchG nichts.

Ergebnisse zu 3.2:

1. Die beabsichtigten Änderungen der Wegenutzungsverträge erfordern mit ganz überwiegenden Gründen keine Neuausschreibung im Sinne von §§ 46 ff. EnWG. Lediglich geringe rechtliche Risiken verbleiben insofern:
 - 1.1. Zwar folgen aus dem europäischen Primärrecht und dem nationalen Kartellrecht Grenzen für die wettbewerbsfreie Änderung von laufenden Wegenutzungsverträgen,
 - 1.2. Es ist davon auszugeben, dass sich gerichtliche Überprüfungsinstanzen dabei an dem in § 132 GWB kodifizierten Maßstab orientieren würden, der auf der Rechtsprechung des EuGH zum europäischen Gebot der Nichtdiskriminierung beruht.
 - 1.3. Die beabsichtigte Ausweitung der Nutzungsflächen wäre aber allenfalls dann als wettbewerblich relevante wesentlichen Vertragsänderung zu bewerten, wenn die z. B. durch Abkürzungsmöglichkeiten gegebenen Einsparungen nicht nur erheblich sind, sondern diesen auch keine Vorteile der FHH gegenüberstehen. Hier sind bereits direkte verwaltungsinterne Vorteile der FHH festzustellen,

zudem gibt es auch lokale und globale volkswirtschaftliche Vorteile. Jedenfalls wäre die Änderung aber voraussichtlich gerechtfertigt, da die Verschiebung des wirtschaftlichen Gleichgewichts lediglich gering wäre und der Gesamtcharakter des Vertrages nicht verändert wird.

- 1.4. Bezüglich des beabsichtigten Wechsels vom Genehmigungsansatz bis zum Einspruchsansatz ist bereits zweifelhaft, dass es sich hierbei um eine wesentliche Vertragsänderung handelt. Denn die möglichen Erleichterungen und Zeiteinsparungen sollen nicht zu einer Gesamtentlastung des Konzessionsnehmers führen, sondern Potential für eine Beschleunigung des Netzausbaus heben. Jedenfalls läge auch hier eine Rechtfertigung der Änderung nahe, da der Gesamtcharakter des Vertrages nicht verändert wird und keine Ausweitung des Vertrages gegeben wäre.

Ergebnisse zu 3.3:

1. Wegenutzungsberechtigten für andere Netzanlagen kommt zwar aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB grundsätzlich ein Anspruch auf Gleichbehandlung zu, der auch bestimmte Vertragsregelungen umfassen kann, insbesondere wenn diese sich auf das Verhältnis der verschiedenen Wegenutzungsberechtigten untereinander auswirken kann. Ein sachlicher Grund für eine Besserstellung des Wegenutzungsberechtigten für das Stromversorgungsnetz liegt hier aber im überragenden Interesse der erforderlichen Arbeiten zur Erreichung der Klimaneutralität. Gegenüber dem Wegenutzungsberechtigten für Fernwärmenetze, für den ebenfalls der sachliche Grund des überragenden Interesses streitet, könnten von dem Wegenutzungsrechtsgeber die unterschiedlichen Intensitäten der Baumaßnahmen für Fernwärmeleitungen einerseits und Stromnetze andererseits als Grund für eine unterschiedliche Behandlung vom Stromnetzbetreibern einerseits und Wärmenetzbetreibern andererseits eingewendet werden rechtfertigen. Hier verbleiben mangels einschlägiger Rechtsprechung und Literatur aber Unsicherheiten.“

Ergebnisse zu 3.4:

1. Aus § 2a HmbKliSchG für sich betrachtet können weder eine Verpflichtung noch eine Ermächtigung der FHH abgeleitet werden, den bestehenden Wegenutzungsvertrag im Sinne des hier geprüften Vorschlags zu ändern. Entsprechende – auch konsensuale – Änderungen des Wegenutzungsvertrags trügen aufgrund ihrer Unvereinbarkeit mit den Vorschriften der §§ 19 und 22 HWG vielmehr das Risiko der Rechtswidrigkeit in sich.
2. Die in § 2a HmbKliSchG enthaltene Interessengewichtung kann somit derzeit im Ergebnis lediglich beim Vollzug des bestehenden Wegenutzungsvertrages zum Tragen kommen, soweit hierbei Entscheidungsspielräume der Verwaltung bestehen. Parallel dazu können die Wertungen des § 2a HmbKliSchG auch beim Vollzug

der §§ 19, 22 HWG zum Tragen kommen, soweit Entscheidungs- oder Abwägungsspielräume bestehen. Eine entsprechende Lenkung der Verwaltungspraxis könnte über eine Anpassung der Fachanweisung über die Aufgrabungen öffentlicher Wege erfolgen.

Ergebnisse zu 3.5:

Siehe Ergebnisse zu 3.2 und 3.3

Ergebnisse zu 3.6:

1. Es kommen zur Erleichterung und Beschleunigung der Zulassung von Aufgrabungen für Energieleitungen sowohl Änderungen des bestehenden HWG als auch Änderungen der bestehenden Fachanweisung über die Aufgrabung öffentlicher Wege in Betracht.
2. Diese sollten sich in der Abgrenzung zu anderen Vorhaben jeweils an den in § 2a HmbKliSchG mit überragendem öffentlichem Interesse vorgesehenen Infrastrukturen orientieren.
3. Weitere Aspekte zur möglichen Gestaltung sind unter Ziffer 4.6 ausgeführt.

3 Konkrete Fragestellung im Einzelnen

3.1. Zulässigkeit und Reichweite der geplanten Änderungen

- Sind die vorgeschlagenen Änderungen des Konzessionsvertrages, insbesondere die Regelung einer ausschließlichen vertraglichen Wegenutzung ohne Rückgriff auf das Hamburgische Wegegesetz (HWG), rechtlich zulässig?
- Ist es rechtlich zulässig und sachgerecht, das Erfordernis behördlicher Einzelgenehmigungen (z. B. Trassenanweisungen, Aufgrabescheine) vollständig durch ein vertragliches Anzeigeverfahren mit Vetorecht zu ersetzen?
- Prüfung der Vereinbarkeit der geplanten Vertragsklauseln mit den §§ 19 und 22 HWG

3.2. Auswirkungen auf die bestehende Konzession

- Handelt es sich bei den geplanten Änderungen um eine wesentliche Vertragsänderung im Sinne des Konzessionsvergaberechts bzw. der einschlägigen EU-rechtlichen Vorgaben?
- Falls ja: Wäre eine Neuausschreibung der Konzession erforderlich?

3.3. Diskriminierungsfreiheit / Gleichbehandlung

- Können durch die vertragliche Stellung von HNE Wettbewerber benachteiligt oder diskriminiert werden?
- Sind die vorgeschlagenen Änderungen mit den Vorgaben zur diskriminierungsfreien Wegenutzung gemäß EnWG und EU-Recht vereinbar?
- Müssten vergleichbare Regelungen Wettbewerbern vorgeschlagen werden?

3.4. Verhältnis zum Hamburgischen Klimaschutzgesetz

- Macht das im HmbKliSchG verankerte „überragende öffentliche Interesse“ eine vertragliche Neuregelung (1) erforderlich oder kann es (2) eine solche rechtfertigen?
- Besteht eine rechtliche Pflicht zur Umsetzung beschleunigter Verfahren im Wegenutzungsvertrag zur Einhaltung der Klimaziele?

3.5. Sonstige rechtliche Risiken

- Welche Risiken bestehen bei Umsetzung der vorgeschlagenen Änderungen ohne Neuausschreibung?
- Welche Anpassungen des Vertragsvorschlags wären ggf. erforderlich, um Rechtssicherheit zu schaffen?

3.6. Alternative Regelungen

- Welche Alternativen zu einer vertraglichen Regelung werden gesehen (u.a. Anpassung Wegerecht oder Fachanweisung) und inwieweit sind diese geeignet identifizierte Risiken zu vermeiden.

4 Rechtliche Prüfung

4.1 Zulässigkeit und Reichweite der geplanten Änderungen

- *Sind die vorgeschlagenen Änderungen des Konzessionsvertrages, insbesondere die Regelung einer ausschließlichen vertraglichen Wegenutzung ohne Rückgriff auf das Hamburgische Wegegesetz (HWG), rechtlich zulässig?*

4.1.1 Regelungsreichweite des HWG

Die vorgeschlagenen Änderungen des Konzessionsvertrages beinhalten insbesondere Vorschläge, hinsichtlich der Wegenutzung für Energieleitungen und insbesondere darauf bezogener Bauarbeiten auf öffentlich-rechtliche Zulassungs- und Zustimmungserfordernisse künftig vollständig zu verzichten. (§ 1 Abs. 4 E-WegeNV) und allein ein vertragliches Einvernehmen der Freien und Hansestadt Hamburg für bestimmte Fallkonstellationen vorzusehen, in denen den Bauarbeiten konkret entgegenstehende öffentliche Belange das überragende öffentliche Interesse an Maßnahmen an den Energieleitungen überwiegen (§ 2 Abs. 1 E-WegeNV). Die vorgeschlagenen vertraglichen Neuregelungen sollen dementsprechend keinen Rückgriff mehr auf die § 19 und 22 HWG enthalten, auf deren Grundlage bei der aktuellen Regelung die sogenannten Aufgrabeerlaubnisse erteilt werden. § 2 Abs. 2 E-WegeNV sieht verschiedene Maßgaben vor, die die Netzbetreiberin im Zusammenhang mit Netzbauarbeiten zu beachten hätte. Daneben sind noch einzelne Folgeänderungen und änderungsbedingte Verschiebungen von Absätzen vorgesehen.

Einleitend ist deshalb zu prüfen, ob eine solche vertragliche Bereichsausnahme vom Anwendungsbereich des HWG bei der derzeitigen Rechtslage möglich ist. Dazu sind zu betrachten der räumliche und sachliche Geltungsbereich des bestehenden Gesetzes (4.1.1.1) und der Anwendungsbereich der bislang zur Anwendung kommenden Einzelnormen § 19 und § 22 HWG (4.1.1.4). Dabei sind zu berücksichtigen im Gesetz vorgesehene Ausnahmemöglichkeiten sowie bestehende gesetzliche Ermächtigungen zu Regelung von Sonderfällen durch Rechtsverordnung und andere Instrumente.

4.1.1.1 Geltungsbereich des HWG

4.1.1.1.1 Definition im HWG selbst

Bereits ausweislich des Wortlauts des § 1 Abs. 1 HWG gilt dieses für die öffentlichen Wege im Gebiet der FHH. In Abgrenzung hierzu sind Bundesfernstraßen nur erfasst, soweit das Bundesfernstraßengesetz keine Regelung trifft.

Öffentliche Verkehrsflächen, die keine öffentlichen Wege im Sinne des HWG sind, sind vom Regelungsbereich des HWG nicht umfasst. Dies kann beispielsweise verkehrlich genutzte Flächen in Grün- und Erholungsanlagen betreffen. Aufgrund der Verordnungsermächtigung in § 1 Abs. 2 HWG kann der Senat i. d. R. bestimmen, dass das HWG ganz oder teilweise auf bestimmte Wege in öffentlichen Grün- oder Erholungsanlage anzuwenden ist. In diesem Fall gelten die Vorschriften des HWG für die entsprechenden Wege neben denen des Gesetzes über Grün- und Erholungsanlagen.

Somit ist das HWG für Sachverhalte, die öffentliche Wege betreffen sowie für durch Rechtsverordnung einbezogene Wege grds. einschlägig.

4.1.1.1.2 Bedeutung des § 46 EnWG

In Abgrenzung hierzu enthält § 46 EnWG die Grundsätze, nach denen eine Nutzung öffentlicher Wege, Straßen und Plätze zu gestatten ist, damit Leitungen verlegt und betrieben werden können, die Teil eines Energieversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung sind. Dementsprechend kann sich der energierechtliche Wegebegriff des § 46 EnWG anders darstellen als der des Landeswegerechts.

Bei dem hier gegenständlichen Wegenutzungsvertrag vom 12.11.2014 handelt es sich nach unserer Einschätzung jedoch um einen sog. qualifizierten Wegenutzungsvertrag i. S. v. § 46 Abs. 2 EnWG¹. Die Abgrenzung von § 46 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG erfolgt anhand der Reichweite der Verträge. Einfache Wegenutzungsverträge sind leitungsbezogen, während qualifizierte sich auf das Netzgebiet beziehen.²

Die Einordnung als sog. öffentliche Verkehrswege im Eigentum der Gemeinde i. S. v. § 46 Abs. 2 EnWG, also der energierechtliche Wegebegriff, hängt davon ab, ob eine Eröffnung für den öffentlichen Verkehr vorliegt. Es bedarf hierfür keiner öffentlich-rechtlichen Widmung nach dem Straßen- bzw. Wegerecht.³ Gemeindliche Grundstücke ohne Widmung sind dann als „öffentliche Verkehrswege“ i. d. S. anzusehen, wenn die Gemeinde faktisch den öffentlichen Verkehr auf diesen eröffnet.⁴

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs (BGH) kommt es für die Einordnung als Weg im energierechtlichen Sinne auf eine Nutzbarkeit für den Verkehr durch die Allgemeinheit an,

¹ Vgl. *Peiffer*, in: BeckOK EnWG, 6. Ed. 01.03.2023, § 46, Rn. 4; *Wegner*, in: Säcker (Hrsg.), BerlKom EnergieR, EnWG, 4. Aufl. 2019, § 46, Rn. 49 m. w. N.

² *Huber*, in: Kment, EnWG, 2. Auflage 2019, § 46, Rn. 17; 27; *Peiffer*, in: BeckOK EnWG, 6. Ed. 01.03.2023, § 46, Rn. 46; *Theobald/Schneider*, in: Theobald/Kühling, Energierecht, 118. EL November 2022, § 46 EnWG, Rn. 28; *Wegner*, in: Säcker (Hrsg.), BerlKom EnergieR, EnWG, 4. Aufl. 2019, § 46, Rn. 57.

³ *Peiffer*, in: BeckOK EnWG, 6. Ed. 01.03.2023, § 46, Rn. 5 f.

⁴ *Peiffer*, in: BeckOK EnWG, 6. Ed. 01.03.2023, § 46, Rn. 7; *Theobald/Schneider*, in: Theobald/Kühling, Energierecht, 118. EL November 2022, § 46 EnWG, Rn. 19; *Wegner*, in: Säcker (Hrsg.), BerlKom EnergieR, EnWG, 4. Aufl. 2019, § 46, Rn. 35 – demgegenüber können Flächen in Privateigentum demgegenüber keine „öffentliche Verkehrswege“ gem. § 46 EnWG sein, auch wenn Eröffnung für den öffentlichen Verkehr vorliegt, da die Norm nur Flächen im Eigentum der Gemeinde adressiert.

wofür eine befestigte Oberfläche, Straßenbeleuchtung und für Anliegergrundstücke eine Anbindungsfunktion Indizien darstellen.⁵ Diese Umstände werden beispielsweise von den befestigten Wegen in öffentlichen Grün- und Erholungsanlagen regelmäßig erfüllt.

Somit lässt sich festhalten, dass derzeit in Hamburg der wegerechtliche und der energierechtliche Wegebegriff auseinanderfallen. Vom Anwendungsbereich des HWG sind nur die öffentlich gewidmeten Verkehrsflächen umfasst sowie weitere Flächen, die durch Rechtsverordnung in den Anwendungsbereich einbezogen sind. Die wegerechtlichen Zulassungserfordernisse für Baumaßnahmen gelten nur für diese Wege im Sinne des Landesrechts. Auf den übrigen dem öffentlichen Verkehr eröffneten und sonstigen öffentlichen Flächen gelten ggf. Zulassungserfordernisse nach Grünanlagenrecht oder es können Duldungspflichten nach § 12 NAV bestehen. Diese Zulassungserfordernisse werden hier nicht im Einzelnen geprüft.

Die Vorgaben des § 46 EnWG zu Wegenutzungsverträgen führen nicht zu einer automatischen Zulässigkeit sämtlicher Baumaßnahmen und Wegeeingriffe, sondern stellen Ergänzungen zu den landesrechtlichen Vorgaben des Straßenrechts dar, sodass § 46 EnWG neben § 19 HWG anzuwenden ist.⁶ Die Bewertung, ob eine Sondernutzungserlaubnis für bestimmte Tätigkeiten im Zusammenhang mit Verlegung und Betrieb von Leitungen erforderlich ist, erfolgt dementsprechend auf Grundlage des Landeswegerechts der FHH, der § 46 EnWG führt hier nicht zu einer Bereichsausnahme. Allerdings ist es den Ländern durch § 46 EnWG verwehrt, mit landesrechtlichen Regelungen – z. B. der Sondernutzungserlaubnis – die Ziele einer bundesrechtlichen Norm wie § 46 EnWG zu konterkarieren.⁷

4.1.1.2 Vorliegen von Sondernutzungen im Sinne des HWG

Es ist einleitend darzustellen, ob die Benutzung von Straßen- bzw. Wegekörpern für Bauarbeiten an einem Wegenutzungsvertrag unterfallenden Leitungen eine Sondernutzung i. S. d. Vorgaben des § 19 HWG darstellt. Hiervon hängt die Zulassungsbedürftigkeit von Bauarbeiten an entsprechenden Leitungen ab, weil für separate Sondernutzungen nach § 19 Abs. 1 HWG grundsätzlich jeweils eine Sondernutzungserlaubnis erforderlich ist.

Die Sondernutzung definiert § 19 Abs. 1 S. 1 HWG in Abgrenzung zum Gemeingebrauch:

„Jede Benutzung der öffentlichen Wege, die ihren Gebrauch durch andere dauernd ausschließt oder in den Wegekörper eingreift oder über die Teilnahme am allgemeinen öffentlichen Verkehr (Gemeingebrauch) oder den Anliegergebrauch hinausgeht, ist Sondernutzung.“

⁵ BGH, Urt. v. 11.11.2008, KZR 43/07, Rn. 11 (juris) – Neue Trift; *Peiffer*, in: BeckOK EnWG, 6. Ed. 01.03.2023, § 46, Rn. 6.

⁶ Vgl. *Graßmann/Steinbeck*, in: Elspas/Graßmann, EnWG, 2. Aufl. 2023, § 46 Rn. 21; *Huber*, in: Kment, EnWG, 3. Aufl. 2023, § 46 Rn. 11.

7

Die als Regelbeispiel in § 19 Abs. 1 HWG genannten Eingriffe in den Wegekörper gehen mit der Errichtung / Erweiterung und dem Betrieb – z. B. bei Instandhaltung einher. Jedenfalls bei Bauarbeiten liegt immer ein Eingriff in den Wegekörper vor, so dass es ausgeschlossen erscheint, das Vorliegen einer Sondernutzung hier begrifflich auszuschließen.⁸ Die Frage, ob die Bauarbeiten durch den Wegenutzungsberechtigten erfolgen bzw. zu Ausbau oder Unterhaltung des öffentlichen Stromnetzes dienen, sind in der Norm nicht adressiert.

Zwar ist davon auszugehen, dass eine Beeinträchtigung der Straßen i. d. S. nur vorliegt, wenn Leitungen verlegt oder diese repariert oder gewartet werden. Jedenfalls dann liegt eine über den Gemeingebrauch hinausgehende Sondernutzung vor. Diese Beeinträchtigungen sind zwar jeweils vorübergehend, aber unregelmäßig wiederkehrend.⁹

Soweit Leitungen lediglich betrieben werden, wird der Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt. Das generelle Recht zur Nutzung des Wegekörpers wird allerdings in Hamburg ebenfalls als Sondernutzung eingestuft und im Wege von Sondernutzungserlaubnis oder -vertrag gewährt.¹⁰

An einer regulierungsrechtlichen Überformung, die die Regelungen zur Sondernutzung im HWG verdrängt, fehlt es bei Energieleitungen. In Abgrenzung zum Verlegen von Leitungen nach Telekommunikationsgesetz (TKG), ist festzuhalten, dass keine Sondernutzung vorliegt, wenn das Rechtsverhältnis durch das einschlägige Regulierungsrecht im Detail derart adressiert wird, dass die Regelung als abschließend zu betrachten ist.¹¹ Dies ist, wie oben gesehen (4.1.1.1), im EnWG nicht der Fall. Für Energieleitungen i. S. d. § 46 EnWG ist eine vertragliche Regelung gerade erforderlich. Die §§ 46 EnWG „*treffen Aussagen zum Verfahren bei der Vergabe der Rechte*“ und die Höhe des Entgelts regelt die Konzessionsabgabenverordnung.¹² Für die Nutzung der Wegekörper ist eine darüber hinaus gehende (vertragliche) Regelung noch erforderlich. Damit stellt diese Nutzung eine Sondernutzung gem. den landesrechtlichen Vorschriften dar.¹³

Die Nutzung des öffentlichen Straßenraums durch (Energie-)Leitungen ist daher sowohl hinsichtlich der reinen Nutzung des Wegekörpers als auch bei erforderlichen Bauarbeiten jeweils als Sondernutzung zu bewerten. Die Gewährung des Sondernutzungsrechts für die

⁸ *Graßmann/Steinbeck*, in: Elspas/Graßmann, EnWG, 2. Aufl. 2023, § 46 Rn. 21.

⁹ *Albrecht/Pöhl*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 5. Aufl. 2021, § 10 Rn. 11 f.

¹⁰ Vgl. Fachanweisung über die Aufgrabung öffentlicher Wegen nach dem Hamburgischen Wegegesetz, Ziffer 4.1.3.

¹¹ *Birko*, in: Landesrecht Hamburg; *Sauthoff*, in: Sauthoff, Öffentliche Straßen, 3. Aufl. 2020, Teil 3 Rn. 475.

¹² *Birko*, in: Landesrecht Hamburg, 5. Aufl. 2024, § 8 Rn. 39.

¹³ *Graßmann/Steinbeck*, in: Elspas/Graßmann, EnWG, 2. Aufl. 2023, § 46 Rn. 21; *Huber*, in: Kment, EnWG, 3. Aufl. 2023, § 46 Rn. 11.

reine Nutzung des Wegekörpers umfasst noch nicht das Recht zur Durchführung von Bauarbeiten im öffentlichen Straßenraum und zur Aufgrabung des jeweiligen Weges.¹⁴

In der derzeitigen Verwaltungspraxis muss allerdings bei Einholung einer Aufgrabeerlaubnis nach § 22 HWG keine separate Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis für die mit der Aufgrabung notwendig verbundenen Flächenbedarfe (Platz für notwendige Geräte (z.B. Bagger und Schaufeln), Bedarfe für eine Zwischenlagerung von Aushubböden und Anlagenteilen, sowie die Absperrung der Baustelle) eingeholt werden.¹⁵ Eine zusätzliche Sondernutzungserlaubnis ist dann nur erforderlich, wenn weitere Flächen – etwa für Parkplätze für Baustellenfahrzeuge oder Aufenthaltscontainer – in Anspruch genommen werden sollen.¹⁶

Die Miterteilung der erforderlichen Sondernutzungserlaubnis im Verfahren nach § 22 HWG ist nach unserer Einschätzung in der derzeitigen Konzeption des HWG auch zulässig.

SNH vertritt hierzu die Auffassung, dass eine Erteilung der Erlaubnis nach § 22 HWG „mit verwaltungsrechtlichen Grundsätzen nicht vereinbar“ sei und der Definition der Sondernutzung in § 19 HWG widerspreche. Dazu wird darauf verwiesen, dass es sich bei der für Bauarbeiten erforderlichen Flächeninanspruchnahme um temporäre Sondernutzungen handele.¹⁷ Sondernutzungen sollten jedoch – anders als Aufgrabeerlaubnisse – in der Regel erteilt werden. Bei letzterem präge das grundsätzliche Veränderungsverbot die Abwägung zu Lasten der Bauinteressenten vor.¹⁸

Diese Argumentation erscheint nicht vollständig überzeugend. Zwar ist auch nach unserer hier gefundenen und oben begründeten Auffassung richtig, dass es sich bei Flächennutzung und Aufgrabung für Bauarbeiten auch um Sondernutzungen im Sinne des § 19 HWG handelt. Allerdings hat der hamburgische Gesetzgeber im aktuell geltenden Wegegesetz in Gestalt des § 22 HWG hierzu eine Spezialregelung für alle Fälle der Veränderung und insbesondere Aufgrabung von Wegen geschaffen. Unabhängig davon, ob man diese gesetzgeberische Konzeption als sinnvoll und zweckmäßig einschätzt, kann die Spezialregelung somit nach unserer Einschätzung nicht unter Verweis darauf umgangen werden, dass parallel auch eine Sondernutzung vorliege. Es ergibt sich nach unserer Auffassung auch aus den Grundsätzen des Verwaltungsrechts nichts anderes. Auch unter Berücksichtigung dieser gilt, dass Voraussetzungen einer Spezialregelung diejenigen der Grundnorm ergänzen. Wenn sich bei Erfüllung des Tatbestandes der spezielleren Norm weitere

¹⁴ Vgl. Fachanweisung über die Aufgrabung öffentlicher Wegen nach dem Hamburgischen Wegegesetz, Ziffer 4.1.3; vgl. auch dort Ziffer 1.2 letzter Spiegelstrich, wo bestimmte Arbeiten (z.B. das Öffnen von Schachtdeckeln) der Ausübung des eines bestehenden (Sondernutzungs-)Rechts zugeordnet werden und dementsprechend nicht den rechtlichen Vorgaben zur Aufgrabung unterliegen sollen.

¹⁵ Fachanweisung über die Aufgrabung öffentlicher Wegen nach dem Hamburgischen Wegegesetz, Ziffer 4.1.11.

¹⁶ Ebd.

¹⁷ Siehe Begleittext SNH zum Regelungsvorschlag zur Änderung der gesetzlichen und untergesetzlichen Vorschriften, S. 4.

¹⁸ Ebd.

Voraussetzungen ergeben, sind diese zusätzlich zu beachten. So stellt es sich auch bei §§ 19, 22 HWG dar. Das weitergehende Erfordernis, eine Aufgrabeerlaubnis einzuholen, ist dementsprechend die im Verhältnis zu § 19 HWG umfassendere Voraussetzung für die Veränderung von Wegen i. S. d. § 22 HWG.

4.1.1.3 Vereinbarkeit der Vertragsänderung im Wege einer Generalausnahme?

Nachdem § 46 EnWG nicht zu einer Generalausnahme vom Landeswegerecht für von Wegenutzungsverträgen umfasste Nutzungen führt, stellt sich die weitere Frage, ob durch den Wegenutzungsvertrag selbst eine Generalausnahme von der Anwendung des HWG auf Bauarbeiten für die jeweilige Leitungsart vorgesehen werden kann.

4.1.1.3.1 Vertragliche Generalausnahme vorgesehen?

Aufgrund von § 19 Abs. 5 HWB können zur Wegenutzung öffentlich-rechtliche Verträge geschlossen werden. Deren Gegenstand können konkrete Sondernutzungen oder ausschließliche Rechte zur Sondernutzung sein.

Klärungsbedürftig ist, ob die Erlaubnis von Sondernutzungen bzw. ausschließlichen Rechten zur Sondernutzung durch öffentlich-rechtliche Verträge i. S. v. § 19 Abs. 5 HWG eine Ausnahme von der Anwendung des HWG im Übrigen darstellt. In diesem Fall könnte sich eine abweichende Bewertung hinsichtlich der Reichweite des Geltungsbereichs des Straßen- und Wegerechts ergeben.

Die aktuell vorliegenden Wegenutzungsverträge als Vereinbarungen im Sinne des § 19 Abs. 5 HWG enthalten keine solche Generalausnahme, weil sie selbst die Ausübung der Sondernutzung für Energieleitungen unter bestimmte Vorbehalte stellen, insbesondere das Nichtvorliegen von Versagungsgründen im Sinne des § 19 Abs. 1 Nr. 4 HWG (WegeNV Strom, § 1 Abs. 4) sowie die vorherige Einholung von Zustimmung der Stadt sowie Trassenanweisung und Aufgrabeschein (§ 2 Abs. 1, 2 WegeNV Strom). Die vorliegenden öffentlich-rechtlichen Nutzungsverträge begründen somit keinen vollständigen Dispens von den Vorgaben des HWG.

Eine solche Generalausnahme wäre allerdings nur dann gegeben, wenn sämtliche Regelungsinhalte des Gesetzes nach einem Vertragsschluss gem. § 19 Abs. 5 HWG keine Anwendung mehr fänden. Dies ist nach unserer Einschätzung unabhängig von der gewählten vertraglichen Gestaltung nicht der Fall.

Die weiteren Vorgaben des HWG gelten auch im Fall von erlaubten Sondernutzungen und auch wenn diese qua öffentlich-rechtlichen Vertrags im Sinne des § 19 Abs. 5 HWG erlaubt werden. So bleibt beispielsweise eine Widmung gem. § 6 ff. HWG hiervon unabhängig bestehen. Ebenfalls sind Baulast, Reinigung und weitere Sachkomplexe weiterhin der Regelungen des HWG unterworfen. Die erlaubte Sondernutzung findet im Rahmen dieser Vorgaben statt. Es handelt sich dementsprechend nicht um Ausnahmen vom Anwendungsbereich, sondern um eine besondere Form der Erlaubnis von Sondernutzungen.

Es erscheint auch nicht überzeugend, anzunehmen, dass ein Vertrag im Sinne von § 19 Abs. 5 HWG insbesondere von der Zulassungsbedürftigkeit konkreter Baumaßnahmen mit Eingriffen in den Wegekörper eröffnet.

Dagegen spricht bereits systematisch, dass der Gesetzgeber das Erlaubniserfordernis für Aufgrabungen separat von den Sondernutzungen und ohne Verweis auf die Regelungen zur Sondernutzung in §19 HWG geregelt hat.

Dagegen sprechen zudem rechtsstaatliche Erwägungen zur Zulässigkeit und zum Umfang öffentlich-rechtlicher Verträge. Nach § 54 S. 2 HmbVwVfG können öffentlich-rechtliche Verträge anstelle des Erlasses eines Verwaltungsaktes durch die jeweilige Behörde geschlossen werden. Dies bedingt, dass die Behörde beim Abschluss des öffentlich-rechtlichen Vertrages nur in dem Rahmen handeln darf, in dem sie einen entsprechenden Verwaltungsakt erlassen dürfte.¹⁹ Ob Rechtsnormen einen *bestimmten Vertragsinhalt* verbieten, ist im Wege der Auslegung zu bestimmen. Namentlich ist zu prüfen, ob das Gesetz zwingende Gebote enthält und eine abschließende Regelung trifft oder – im Sinne eines vertragspezifischen Rechtmäßigkeitsspielraumes – vertragliche Abweichungen ermöglicht. Ein Abweichen ist insbesondere unzulässig, wenn eine Rechtsnorm am Vertrag nicht beteiligte Dritte schützt oder wenn bestimmte öffentliche Belange, die durch die Vertragsgestaltung tangiert werden, zwingend zu wahren sind.²⁰ Unter anderem aus dem jeweils einschlägigen Fachrecht können sich Beschränkungen ergeben, die ausschließen oder verbieten, dass die Verwaltung eine Leistung gewährt, für die keine rechtliche Grundlage existiert.²¹

Auch hier ist zunächst das gesetzessystematische Argument von Bedeutung, weil in § 22 HWG für Eingriffe in den Wegekörper gerade keine Vorabzulassung zahlreicher Eingriffe zugunsten eines Interessenten vorgesehen ist, sondern die Genehmigung einzelfallbezogen erfolgen soll. Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, der hiervon dispensiert, gewährt damit im Ergebnis eine Zulassung, die in dieser Breite durch das Gesetz nicht vorgesehen ist.

Auch die Historie des HWG spricht gegen die Möglichkeit einer vertraglichen Generalausnahme. Durch die jüngste Änderung des § 19 Abs. 5 HWG wurden Anhaltspunkte zur Ausübung des Ermessens bei der Zulassung von Sondernutzungen ergänzt.

Dazu führt die Gesetzesbegründung aus:

„Bei der Ermessensentscheidung über Sondernutzungserlaubnisse werden regelmäßig die Interessen aller am Gemeingebrauch gegen die privaten Interessen des Einzelnen an einer Sondernutzung abgewogen. Die im Rahmen der Abwägung heranzuziehenden unmittelbar wegebezogenen Kriterien, wie die Aufrechterhaltung der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, sind jedoch nicht abschließend. Vielmehr sind sämtliche der im neuen [Abs. 1] Satz 4 genannten Gesichtspunkte

¹⁹ Vgl. Gerstner-Heck, in: BeckOK VwVfG, 68. Edition Stand: 01.01.2025, § 9 Rn.

²⁰ Schoch/Schneider/Rozek, 6. EL November 2024, VwVfG § 54 Rn. 70.

²¹ Schoch/Schneider/Rozek, 6. EL November 2024, VwVfG § 54 Rn. 70.

bei der Abwägung zu berücksichtigen. Der umfassende Interessenausgleich erfolgt mit einem hohen Differenzierungsgrad insbesondere durch den Abschluss von Sondernutzungsverträgen gemäß Absatz 5.

Dem Abschluss von Verträgen, die ein ausschließliches Recht zur Sondernutzung für bestimmte Zwecke vorsehen, geht ein diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren voraus. Solche ausschließlichen Verträge dienen insbesondere auch der wirtschaftlichen Nutzung des begrenzten öffentlichen Straßenraums zur Erzielung von Einnahmen für den Haushalt. Hierbei handelt es sich um einen öffentlichen Belang im Sinne des neuen Absatz 1 Satz 4 Nummer 3.²²

[Einfügung durch die Verfasser]

Der Gesetzgeber hat hier die Bedeutung einer Abwägung der Interessen an der allgemeinen Wegenutzung gegen das Interesse an der jeweiligen Sondernutzung betont. Zwar bestünde im Fall der Sondernutzung durch öffentliche Versorgungsleitungen die Möglichkeit, den Vertragsschluss bei Neuabschluss eines Wegenutzungsvertrages zumindest im Zuge eines diskriminierungsfreien und transparenten Verfahrens durchzuführen. Auch eine generalisierte Interessenabwägung erscheint unter Berücksichtigung von § 19 Abs. 1 Satz 4 HWG grundsätzlich möglich.

Jedoch steht vorliegend kein Neuabschluss eines Wegenutzungsvertrages im Raum und überdies wären die konkreten Eingriffe in den Wegekörper während der Laufzeit eines Wegenutzungsvertrages zum Zeitpunkt des entsprechenden Vertragsschlusses nicht absehbar. Dies führt dazu, dass – anders als bei der reinen Wegenutzung für Energieleitungen an sich – eine Abwägung zwischen den involvierten öffentlichen und privaten Interessen nicht umfassend, wie vom Gesetzgeber vorgesehen, erfolgen kann, weil diese noch gar nicht bekannt sind. Eine Berücksichtigung der entsprechenden Interessen müsste bei einer fiktiven Zulassung der Sondernutzung durch Verwaltungsakt mit gleichem Inhalt erfolgen, jedenfalls um den Zulassungssachverhalt zutreffend ermitteln und die einschlägigen Vorschriften auf diesen anwenden zu können.²³

Fraglich ist auch die erforderliche Bestimmtheit einer solchen Pauschalzulassung. Fehlt diese, droht die Verletzung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.²⁴ Problematisch wäre der Abschluss eines derart weitreichenden Vertrags z. B., weil der Regelungsgegenstand nicht hinreichend genau bezeichnet werden kann.²⁵ Weder die betroffenen Wege noch die konkreten Begleitumstände sind absehbar. Dies spricht zudem dagegen, dass das Ermessen im Vorwege abstrakt pflichtgemäß ausgeübt werden kann.

²² Bü-Drs. 19/1751, S. 2.

²³ Bürgerschafts-Drs. 19/1751, S. 2.

²⁴ *Kyrill-Alexander Schwarz*, in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, 5. Auflage 2021, Einl. Rn. 132; § 37 Rn. 6; vgl. auch *Tiedemann*, in: BeckOK VwVfG, 68. Edition Stand: 01.07.2025, § 37 Rn. 1 ff.

²⁵ *Kyrill-Alexander Schwarz*, in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, 5. Auflage 2021, § 37 Rn. 6.

Anders als die Wegenutzung für Energieleitungen im Übrigen kann auch keine andere Personen ausschließende Zulassung von baulichen Eingriffen in den Wegekörper erfolgen, weil dies für andere Leitungsträger und sonstige Interessenten im Konfliktfall Bauarbeiten, die mit Wegeeingriffen verbunden sind, unmöglich machen würde.

4.1.1.3.2 Generalausnahme durch Rechtsverordnung nach § 19 Abs. 7 HWG?

Zu erwägen ist, ob eine Generalausnahme von der Anwendung des HWG im Übrigen durch Rechtsverordnung nach § 19 Abs.7 HWG geregelt werden kann. Der Senat kann nach dieser Vorschrift durch Rechtsverordnung bestimmen, dass Sondernutzungen allgemein oder in bestimmten Teilen der Freien und Hansestadt Hamburg ohne Erlaubnis nach diesem Gesetz ausgeübt werden dürfen. Als abstrakt-generelle Regelung könnte die Verordnung eine geeignete Form sein, um regelmäßig im Kontext mit Energie- und Wärmeleitungen bei Sondernutzungen gleich gelagerte Aspekte zu adressieren.

Wenn die Handlungsform der Verordnung gewählt würde, formuliert das Gesetz keine Einschränkungen dahingehend, dass bei jedem grds. sondererlaubnisbedürftigen Vorhaben Betroffene beteiligt werden oder ggf. berührte Interessen gehört werden müssen. Auch hinsichtlich dem der Entscheidung über eine Erlaubnis sonst innewohnende Ermessensgebrauch enthält § 19 Abs. 7 HWG keine Einschränkungen der Verordnungsermächtigung.

Da aber der § 19 Abs. 1 HWG und dessen oben ausgeführten Konkretisierungen der Ermessensgrundsätze den gesamten § 19 HWG prägen, ist ein gänzlichliches Außerachtlassen dieser Abwägungen auch bei Erlass einer Rechtsverordnung nicht zulässig. Weiter legt § 19 Abs.7 Satz 2 fest, dass *„das Recht der Wegeaufsichtsbehörde, diese Sondernutzungen im Einzelfall nachträglich zu untersagen, wenn sie mit dem Gemeingebrauch nicht vereinbar sind, bleibt unberührt bleibt“*. Dies spricht für eine weitreichende Verordnungsermächtigung, die zur Einschränkung der behördlichen Handlungsspielräume geeignet ist.

Allerdings sprechen entscheidende Gründe im Ergebnis gegen die Zulässigkeit einer globalen Regelung von Bauarbeiten für Netzinfrastrukturen durch eine Rechtsverordnung. So ist es der Charakter der Rechtsverordnung als untergesetzliche Vorschrift, dass auch diese (nur) abstrakt-generelle Regelungen enthalten darf. Es ist nach den vorstehenden Feststellungen bereits zweifelhaft, ob es gelingen kann die Inhalte abstrakt und hinreichend auszugestalten.

Auch eine Einschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs auf die Betreiber von Netzinfrastrukturen ist demnach nicht zulässig. § 19 Abs. 7 HWG erlaubt das Instrument nur zur Zulassung bestimmter Sondernutzungen „allgemein oder in bestimmten Teilen der Freien und Hansestadt Hamburg“. Die entsprechenden Sondernutzungen für Bauarbeiten müssten somit generell für alle Interessenten zugelassen werden, wenn die Regelung in einer Rechtsverordnung erfolgt. Eine Einschränkung auf bestimmte Personengruppen ist der Ermächtigung gerade nicht zu entnehmen.

Schließlich könnte aufgrund der Normhierarchie auch eine Rechtsverordnung die Geltung der übrigen wegerechtlichen Vorgaben mit formellem Gesetzesrang nicht abbedingen. Der Vollständigkeit halber sei hinzugefügt, dass auch bei Abschluss eines Vertrags oder Erlass einer Rechtsverordnung die Reichweite des Straßen- und Wegerechts insgesamt würde nicht modifiziert. Insbesondere gälte § 22 HWG als separate Regelung fort. Hiernach sind Aufgrabungen separat erlaubnispflichtig. Die Ermächtigungen des § 19 Abs. 5, Abs. 7 HWG erfassen den Anwendungsbereich des § 22 HWG nicht.

4.1.1.3.3 Sonstige Generalausnahme?

Auch abseits von § 46 EnWG und des Wegenutzungsvertrages ist nach unserer Einschätzung keine Norm erkennbar, die eine Generalausnahme von dem Erfordernis der Erlaubnis von Eingriffen in dem Wegekörper nach § 22 Abs. 1 HWG ermöglichen würde.

Eine solche Ausnahme ist insbesondere nicht dem Landesklimaschutzrecht zu entnehmen. Der § 2a HmbKliSchG enthält zwar eine Gewichtungsvorgabe zugunsten von Stromnetzbauvorhaben, diese ist allerdings nicht so ausgestaltet, dass sie einen Dispens von an anderer Stelle im Landesrecht vorgesehenen Zulassungsverfahren bewirkt. Die Gewichtungsvorgabe wirkt sich lediglich innerhalb eines Zulassungsverfahrens aus, soweit dieses eine Interessenabwägung, beispielsweise zur Priorisierung und Koordinierung unterschiedliches Bauvorhaben im öffentlichen Straßenraum, erfordert (siehe dazu näher unten Ziffer 4.4.1).

4.1.1.3.4 Zwischenergebnis

Somit ergeben sich weder aus § 46 EnWG noch aus dem HWG oder sonstigen Normen des Landesrechts Anhaltspunkte dafür, dass es eine gesetzliche oder vertragliche Generalausnahme von der Anwendung des Landeswegerechts und insbesondere von der Erlaubnispflicht des § 22 HWG geben kann.

4.1.1.4 Vereinbarkeit Vertragsänderung mit 22 HWG

Schließlich ist zu prüfen, ob die vorgeschlagenen Änderungen des Wegenutzungsvertrages, wenn sie keinen generellen Dispens von der Anwendung des § 22 HWG begründen trotzdem mit diesem vereinbar sein können. Dies wäre dann der Fall, wenn die vorgesehenen Neuregelungen die Anforderungen des § 22 HWG an ein Zulassungsverfahren für Wegeingriffe/Aufgrabungen im Ergebnis erfüllen.²⁶

²⁶ Wir prüfen hier das Erlaubniserfordernis nach § 19 Abs. 1 HWG nicht separat, weil in der aktuellen Verwaltungspraxis eine separate Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis jedenfalls für die notwendig mit der Aufgrabung verbundenen Eingriffe nicht vorgesehen ist, siehe 4.1.1.2; die sich stellenden rechtlichen Probleme sind aber im Grundsatz vergleichbar.

Eine Vereinbarkeit mit § 22 HWG ist nach unserer Einschätzung jedoch zu verneinen.

4.1.1.4.1 Tatbestandsvoraussetzungen des § 22 HWG

Für die Veränderung – insbesondere das Aufgraben – öffentlicher Wege bedarf es auf dem Gebiet der FHH einer gesonderten Erlaubnis. Weitere Tatbestandsmerkmale als Voraussetzung für die Erteilung einer solchen Erlaubnis enthält das HWG nicht. Für deren Erteilung ist – wie für die Erlaubnis von Sondernutzungen – die Wegeaufsichtsbehörde zuständig ist, § 22 Abs. 1 Satz 1 HWG. Das Gesetz legt außerdem fest, dass Aufgrabungen „nur im unabdingbaren Umfang zulässig“ sind, § 22 Abs. 1 Satz 2 HWG.

In Zusammenschau mit § 19 Abs. 1 HWG, dass Aufgrabungen sowohl als Sondernutzung, als auch gesondert aufgrund von § 22 HWG erlaubnispflichtig sind.

4.1.1.4.2 Subsumtion der im Entwurf vorgesehenen zentralen Regeln unter die Tatbestandsvoraussetzungen

Für das Verlegen und ggf. die Wartung von Energie- und Wärmeleitungen im Wegekörper ist Veränderung des Wegekörpers – zumeist in Form der Aufgrabung erforderlich. Dementsprechend bedürfen diese Tätigkeiten einer Erlaubnis durch die Wegeaufsichtsbehörde.

Fraglich ist, ob das Einvernehmens-Verfahren, das in dem Entwurf für die Änderungen des Wegenutzungsvertrages enthalten ist, den Anforderungen des § 22 HWG entspricht, so dass man sagen könnte, dass § 22 HWG auch bei der neuen vertraglichen Regelung im Einzelfall erfüllt wäre.

Folgende Änderungen werden diesbezüglich vorgeschlagen:

- (1) Die Netzbetreiberin wird ihre Netzanlagen innerhalb des Vertragsgebiets entsprechend den jeweiligen Bedürfnissen im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen im Einvernehmen mit der Stadt und unter Berücksichtigung städtischer Belange errichten, betreiben und ausbauen. **Das Einvernehmen kann die Stadt nur verweigern, wenn öffentliche Belange konkret entgegenstehen, die das überragende öffentliche Interesse an den Maßnahmen der Netzbetreiberin an den Netzanlagen überwiegen. Die Verweigerung des Einvernehmens ist schriftlich zu begründen. Das Einvernehmen gilt als erteilt, wenn es nicht binnen zwei Wochen nach Eingang der Baubeginnanzeige begründet verweigert wird.***
- (2) Für die Trassenführung und die Baudurchführung muss die Zustimmung in schriftlicher Form (Aufgrabeerlaubnis bestehend aus Aufgrabeschein und Trassenanweisung) vorliegen. Der Aufgrabeschein und die Trassenanweisung können befristet erteilt werden. Das Aufstellen der einzelnen Netzstationen ist schriftlich oder elektronisch unter Beifügung von drei Lageplänen (im Maßstab*

1 : 1.000 oder auf Verlangen der Stadt detaillierter) bei den zuständigen Fachdienststellen der Stadt oder der Hamburg Port Authority zu beantragen. Bei freistehenden Netzstationen, mit Ausnahme von standardisierten Kompaktstationen, erfolgt dies unter Beifügung von drei Ansichtsplänen nebst Gestaltungskonzept. Nach Einigung über den Aufstellungsort bzw. den Trassenverlauf erhält die Netzbetreiberin die Trassengenehmigung mit Lageplan. Nachträgliche Veränderungen an einer Netzstation, die den Umfang der jeweiligen Sondernutzung verändern, bedürfen der vorherigen Genehmigung der zuständigen Stelle.

(3) Für die Ausführungen von Bauarbeiten der Netzbetreiberin in den Vertragsgrundstücken gilt Folgendes:

1. Die Netzbetreiberin zeigt der zuständigen Behörde den Beginn der Bauarbeiten rechtzeitig an (Baubeginnanzeige), ebenso sonstigen leitungsführenden Unternehmen im Bereich der Baustelle. Anzeigepflichtig sind alle Tiefbauarbeiten, bei denen in die Substanz des öffentlichen Verkehrsweges eingegriffen wird. In Notfällen, in denen sofortiges Handeln zur Schadensabwehr geboten ist, ist die Anzeige unverzüglich nachzuholen.
2. Vor Beginn der Bauarbeiten erkundigt sich die Netzbetreiberin, ob im Bereich der geplanten Elektrizitätsversorgungsanlage bereits Fernmeldeanlagen, andere Versorgungsleitungen oder dergleichen verlegt sind.
3. Falls Bauarbeiten der Stadt oder anderer städtischer Versorgungsunternehmen und der Netzbetreiberin etwa zur gleichen Zeit anfallen, sollen die Arbeiten möglichst gleichzeitig begonnen, koordiniert und ausgeführt werden.
4. Die vorübergehende Inanspruchnahme der öffentlichen Verkehrswege im Zusammenhang mit der Errichtung und Änderung von Netzanlagen (Lagerung von Baustoffen und Aushubböden, Abstellen von Containern, Inanspruchnahme von Verkehrsflächen für die Baustelleneinrichtung und anderes) gehört zum erforderlichen Umfang der Wegenutzung und bedarf keiner gesonderten Erlaubnis oder Anzeige.
5. Bei temporären Nutzungen ist darauf zu achten, dass die Inanspruchnahme der öffentlichen Verkehrswege auf das geringstmögliche Maß und den kürzesten Zeitraum beschränkt wird, um die Beeinträchtigung des fließenden und ruhenden Straßenverkehrs möglichst gering zu halten.
6. Die Bauarbeiten werden so durchgeführt, dass die Sicherheit des Verkehrs nicht und die Leichtigkeit des Verkehrs möglichst wenig beeinträchtigt werden. Der Konzessionsnehmer trifft im Benehmen mit der Stadt alle zum Schutz der Straße und des Straßenverkehrs erforderlichen Vorkehrungen; Baustellen sind abzusperren und zu kennzeichnen. Es gelten die anerkannten Regeln der Straßenbautechnik (z. B. „Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen und Richtlinien für Straßenbauarbeiten in Hamburg – ZTV/St-Hmb.-‘). Durch die Bauarbeiten dürfen die Zugänge zu den

angrenzenden Grundstücken sowie der Anliegerverkehr nicht mehr als unvermeidbar beschränkt werden.

- 7. Zur Sicherung einer geordneten Trassenführung und zum Schutz des Wegekörpers sind die Vorgaben der DIN 1998:1978-05 zu beachten.*
- 8. Mit der Aufgrabung dürfen nur Firmen beauftragt werden, die auf dem Gebiet des Erd- und Straßenbaus als fachkundig, leistungsfähig und zuverlässig anzusehen sind und über die personellen, technischen und gewerblichen Voraussetzungen verfügen. Die Sicherstellung dieser Qualifikationen liegt bei dem Antragstellenden, bzw. dem Veranlassenden.*
- 9. Der im Einzelfall betroffene Baumbestand ist vor Beginn und während der gesamten Bauzeit gemäß DIN 18920 und RAS-LP4 zu schützen.*
- 10. Bei umfangreichen Arbeiten sind die Anlieger der betroffenen Grundstücke von der Netzbetreiberin bzw. der bauausführenden Firma rechtzeitig vor Baubeginn in angemessener Form schriftlich zu unterrichten.*
- 11. Sind von der Nutzung auch Ingenieurbauwerke betroffen, sind die Hinweise des für diese Anlage zuständigen Baulastträgers von der Netzbetreiberin einzuholen und zu beachten.*
- 12. Die Netzbetreiberin ist verpflichtet, nach Beendigung von Bauarbeiten an ihren Anlagen die in Anspruch genommenen Grundstücke und Gebäude nach Maßgabe des Absatz 3 wieder in einen ordnungsgemäßen Zustand zu versetzen.*
- 13. Nach Beendigung der Bauarbeiten zeigt die Netzbetreiberin der Wegeaufsichtsbehörde die Fertigstellung an (Fertigstellungsanzeige). Es findet nach Maßgabe des Absatz 5 eine gemeinsame Besichtigung statt, soweit die Stadt nicht auf diese verzichtet.*
- 14. Die Netzbetreiberin gibt der Stadt auf deren Wunsch nach Fertigstellung der Baumaßnahme Auskunft über die realisierten Bauarbeiten an den Netzanlagen nach Maßgabe des § 6. Diese Auskunft entbindet die Stadt und sonstige Dritte nicht von der Verpflichtung, vor der Durchführung von Tiefbauarbeiten gesonderte Plan- und Trassenauskünfte bei der Netzbetreiberin einzuholen.*
- 15. Die Netzbetreiberin verpflichtet sich, nach Maßgabe des Absatz 5 Schäden zu beheben, wenn die Stadt deren Auftreten rügt und sie auf die Bauarbeiten der Netzbetreiberin zurückzuführen sind. Die Frist beginnt mit der Abnahme der Bauarbeiten durch die Stadt. Ist auf eine Besichtigung verzichtet worden, beginnt die Frist mit dem Eingang einer schriftlichen Anzeige der Netzbetreiberin über die Beendigung der Bauarbeiten*

[Hervorhebung durch die Verfasser]

Der Klauselvorschlag enthält diverse Vorgaben, die darauf abzielen, Inhalte vertraglich abstrakt zu regeln, die bis dato für jede Erlaubnis unter § 22 HWG durch die Behörde zu prüfen sind. Hierdurch soll ein wesentlicher Teil des Prüfprogramms „vor die Klammer gezogen werden“ und für sämtliche Konstellationen beachtlich sein.

Allerdings kann der Vorschlag nach unserer Einschätzung drei wesentliche Punkte nicht abbilden:

- Der § 2 Abs. 1 E-WegeNV ist nicht als öffentlich-rechtliche Zulassung, sondern ausschließlich als vertragliches Einvernehmen ausgestaltet. Bereits die in § 22 Abs. 1 HWG vorgesehene Form der Zulassung wird damit nicht eingehalten.
- Strukturell ist festzustellen, dass bei § 2 Abs. 1 E-WegeNV kein Erlaubnisverfahren vor, sondern ein Anzeigeverfahren mit Widerspruchsmöglichkeit vorliegt. Handelt die Behörde nach einer Anzeige nicht binnen zwei Wochen, gilt die Zulassung als erteilt. Zwar lässt sich dogmatisch dieses Verfahren ggf. auch als Antragsverfahren mit Genehmigungsfiktion beschreiben, dem widerspricht aber, dass die Behörde nur in sehr eingeschränkten Konstellationen die Möglichkeit hat, ihr Einvernehmen zu verweigern. Das nach § 2 Abs. 1 E-WegeNV vorgesehene Verfahren ist somit strukturell anders aufgebaut als das nach § 22 HWG. Bereits deshalb ist zweifelhaft, dass es als äquivalenter Ersatz bzw. Durchführung dieses Verfahrens gelten kann.
- In § 22 Abs. 1 HWG ist keine tatbestandliche Beschränkung der Behörde in ihrer Entscheidung über eine Erlaubnis (im Vorschlag „Einvernehmen“) vorgesehen. Insbesondere ist die Aufgrabeerlaubnis nicht als gebundene Entscheidung ausgestaltet. Die Behörde entscheidet daher nach ihrem Ermessen.

Dies würde durch die vertragliche Bindung wie im § 2 Abs. 1 (Entwurf) zumindest teilweise konterkariert. Es wird weitreichend niedergelegt, welche Vorgehensweisen durch den Netzbetreiber rechtmäßig und folglich erlaubt sein sollen. Zur „Erlaubnis“ führen „müssen“ nach § 2 Abs. 1 (Entwurf) bereits die Baubeginnanzeigen, wenn nicht die Behörde innerhalb von zwei Wochen widerspricht. Außerdem enthält § 2 Abs. 2 (Entwurf) einen weitreichenden Katalog von Vorgaben für die Baumaßnahmen. Wenn diese eingehalten werden (sollen – laut Baubeginnanzeige), setzte sich die Behörde in Widerspruch mit § 2 Abs. 2 (Entwurf), wenn sie dem fingierten Einvernehmen nach Abs. 1 (Entwurf) widerspräche.

Eine Ermessensausübung und Berücksichtigung der Besonderheiten – auch öffentlicher Interessen – im Einzelfall ist so nicht möglich. Es wird bereits am anhand des Umfangs des vorstehend zitierten § 2 Abs. 2 E-WegeNV deutlich, dass eine umfassende Prüfung aller relevanten Aspekte innerhalb von zwei Wochen – jedenfalls bei umfangreichen Maßnahmen – oftmals nicht möglich sein wird. Es drohen Fälle, in denen die Behörde ihr Ermessen nicht vollständig gesetzeskonform ausüben kann, ohne gegen den Wegenutzungsvertrag zu verstoßen. Erfüllte sie dann ihre Pflichten unter dem Vertrag verstieße sie gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.

- Der Vorschlag kehrt die Systematik der Erlaubnis („Einvernehmen“) um. Ihre Erteilung wird fingiert, wenn die Behörde nicht innerhalb einer kurzen Frist von zwei Wochen entscheidet. Lediglich für Netzstationen soll noch die Beantragung der

Genehmigung vorausgehen – wobei diese Inhalte der Errichtung von Anlagen i. d. R. nicht mehr dem Anwendungsbereich des HWG betreffen. Die Verweigerung muss innerhalb dieser Frist schriftlich begründet werden. Wenn diese Vorgehensweise auch dem Bedürfnis nach Beschleunigung – auch im Sinne der Inhalte des HmbKliSchG – Rechnung trägt, so ist die damit verbundene Veränderung des Verwaltungsverfahrens nicht vom Wortlaut des § 22 gedeckt.

Aus diesen Gründen steht der Änderungsvorschlag des § 2 nicht im Einklang mit den gesetzlichen Vorgaben des HWG.

Auch in Zusammenschau mit den Inhalten des § 19 HWG ergibt sich kein anderes Ergebnis. Für Aufgrabungen erfolgt in § 22 Abs. 2 Satz 2 sowie Abs. 4 Satz 2 HWG lediglich hinsichtlich der Kostentragung ein Verweis auf § 19 Abs. 2 Satz 3 HWG. Hieraus und im Umkehrschluss ergibt sich, dass die übrigen Inhalte des § 19 HWG nicht auf Aufgrabungen übertragbar sind. Systematik und besondere Bedeutung der Aufgrabung als intensive Nutzung öffentlicher Wege stehen einer entsprechenden Anwendung der vertraglichen Sondernutzungsregelung in § 19 Abs. 5 HWG und die Verordnungsermächtigungen einer Erlaubnisfreiheit für bestimmte Sondernutzungen in § 19 Abs. 7 HWG entgegen. Daher können Aufgrabungen nicht aufgrund von § 19 Abs. 5 bzw. Abs. 7 HWG insgesamt erlaubnisfrei gestellt werden. Auch die Zuständigkeit der Bezirksämter als Wegeaufsichtsbehörde für beide Erlaubnistatbestände²⁷ hilft hierüber nicht hinweg.

4.1.2 Bedeutung sonstiger Normen

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass es hinsichtlich Baustellen für Netzinfrastrukturen unabhängig von der Frage der Notwendigkeit von Sondernutzungs- und Aufgrabeerlaubnissen bei der Erforderlichkeit verkehrsbehördlicher Anordnungen nach § 45 Abs. 6 StVO bleibt.

4.1.3 Zwischenergebnisse

Die im E-WegeNV, insbesondere in §§ 2 und 3 vorgesehenen Änderungen des Verfahrens für die Zulassung von Aufgrabungen für Bauarbeiten für Elektrizitätsnetze sind mit dem HWG in der geltenden Form nicht vereinbar. Insbesondere verstoßen Sie gegen das Erfordernis einer öffentlich-rechtlichen Aufgrabeerlaubnis aus § 22 Abs. 1 HWG.

4.2 Auswirkungen auf die bestehende Konzession

- *Was ist der rechtliche Maßstab für die Zulässigkeit von Änderungen von laufenden Wegenutzungsverträgen?*

²⁷ Anordnung zur Durchführung des Hamburgischen Wegegesetzes vom 16. Oktober 1973, Ziffer I.

- *Sind die Änderungen ohne eine Neuausschreibung des Wegenutzungsvertrages zulässig?*

4.2.1 Maßstab der Zulässigkeit von Änderungen von Wegenutzungsverträgen

Sowohl dem Europarecht (4.2.1.1) als auch dem nationalen Recht (4.2.1.2) lassen sich Anforderungen an die Zulässigkeit der Änderung von bestehenden Wegenutzungsverträgen entnehmen. Es ist im Grundsatz von einem gleichlaufenden Maßstab auszugehen.

4.2.1.1 Europarecht

Ob das Europarecht sekundärrechtliche Anforderungen und Grenzen an die Änderung von laufenden Wegenutzungsverträgen stellt, ist noch ungeklärt. Gute Gründe sprechen aber dagegen (4.2.1.1.1). Soweit das europäische Primärrecht Anwendung findet, wofür im hiesigen Fall gewichtigen Gründe sprechen, lassen sich diesen Anforderungen an die Zulässigkeit von Vertragsänderungen während der Laufzeit entnehmen (4.2.1.1.2).

4.2.1.1.1 Kein einschlägiges Sekundärrecht

Zunächst ist festzustellen, dass es keine besonderen sekundärrechtlichen Regelungen gibt, die sich explizit mit der Vergabe von Wegenutzungsverträgen durch die Gebietskörperschaften in den Mitgliedstaaten befassen.

Allerdings lässt sich die Definition von Dienstleistungskonzessionen aus der Konzessionsvergabe-Richtlinie in Art. 5 Abs. 1 lit. a) 2014/24/EU auf qualifizierte Wegenutzungsverträge, die eine Verpflichtung zur Herstellung einer Versorgung vorsehen, anwenden. Unter dieser Prämisse würde das europäische Sekundärrecht in Form der Konzessionsvergabe-Richtlinie 2014/24/EU einschlägige Regelungen enthalten. Die dortige Regelung des Art. 72 befasst sich zudem ausdrücklich mit "Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit", die vom deutschen Gesetzgeber in § 132 GWB umgesetzt wurde.

Allerdings folgt nach ganz überwiegender Auffassung aus Erwägungsgrund Nr. 16 der RL 2014/24/EU, dass Vereinbarungen über Wegenutzungsrechte jedenfalls dann nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, sofern sie weder eine Lieferverpflichtung auferlegen noch den Erwerb von Dienstleistungen durch den (öffentlichen) Auftraggeber für sich selbst oder für Endnutzer vorsehen.²⁸

Rechtsprechung des EuGH liegt zu der Rechtsfrage, ob für die Vergabe Wegenutzungsverträge der Anwendungsbereich der RL 2014/24/EU eröffnet ist, nicht vor. Für die Zwecke

²⁸ Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 21.05.2015, 2. Auflage Rn. 14; Gabriel, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 4. Auflage 2024, § 84 Rn. 17.

dieses Gutachtens kann dies aber dahinstehen, da – wie sogleich gezeigt wird – aus dem Vergaberecht ein dem Art. 72 RL 2014/24/EU entsprechender Maßstab folgt.

4.2.1.1.2 Primärrecht

Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH müssen öffentliche Stellen bei der Übertragung wirtschaftlicher Tätigkeiten auf Dritte im Falle einer möglichen Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels die Grundregeln der EU-Verträge beachten. Zu diesen gehören die wirtschaftlichen Grundfreiheiten (Art. 49, 56 und 63 AEUV) und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit gemäß Art. 18 AEUV, die jeweils als spezifische Ausprägungen des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes zu verstehen sind.²⁹

Dabei ist das europäische Primärrecht bei staatlichen Maßnahmen nur dann anwendbar, wenn eine Beeinträchtigung des Binnenhandels droht, weshalb dem konkret in Rede stehenden Beschaffungsvorgang eine grenzüberschreitende Bedeutung zukommen muss. Dieses grenzüberschreitende Interesse kann sich aber aus verschiedenen Gesichtspunkten wie der wirtschaftlichen Bedeutung der Vereinbarung, dem Ort ihrer Durchführung oder technischen Merkmalen ergeben.³⁰ Bei der gebotenen engen Auslegung reicht es aus, wenn ein Marktteilnehmer aus einem anderen Mitgliedstaat an dem Auftrag / der Konzession / dem Wegenutzungsvertrag theoretisch interessiert sein kann. Angesichts der Größe und der wirtschaftlichen Bedeutung der hier in Rede stehenden Wegenutzungsverträge ist davon auszugehen, dass eine rechtliche Nachprüfungsinstanz hier eine grenzüberschreitende Bedeutung annehmen würde.

Ist damit für den hier in Rede stehenden Wegenutzungsvertrag davon auszugehen, dass für diesen der primärrechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung gilt,³¹ ist sodann festzustellen, dass sich nach der Rechtsprechung des EuGH, insbesondere der sog. „presetext“-Entscheidung der Gehalt des Grundsatzes der Gleichbehandlung nicht auf den Vorgang der wettbewerblichen Vergabe bis zum Abschluss des Vertrages erschöpft, sondern er auch die Änderung von laufenden Verträgen umfasst³².

Exkurs: Wesentliche Passagen der „presetext“-Entscheidung des EuGH:

Der EuGH setzte sich im Jahr 2008 im Rahmen seiner „presetext“-Entscheidung³³ mit der Frage auseinander, unter welchen Umständen Änderungen laufender Verträge als wesentlich zu betrachten sind und infolgedessen zur Neuausschreibung verpflichtet sind. Die

²⁹ EuGH, Urteil vom 25.10.2018 - RS- C- 260/17, Rn. 63, NZBau 2019, 189,

³⁰ EuGH, Urteil vom 14.11.2013, Rs. C.221/12, Rn. 29 EuZW 2005, 259.

³¹ OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.06.2018 2 U 7/16, VPRRS 2018, 0263; Schröder, NVwZ 2017, 504.

³² EuGH, Urteil vom 19.06.2008 – C-454/06, NZBau 2008, 518; Beschluss vom 21.03.2018 2 U (Kart) 6/17.

³³ EuGH, Urteil vom 19.06.2008 – C-454/06, NZBau 2008, 518; Beschluss vom 21.03.2018 2 U (Kart) 6/17.

Entscheidung erging im Kontext der damaligen RL 92/50/EWG, die der Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge diente.

Da der EuGH allerdings zur Herleitung der seinerzeit aufgestellten Grundsätze auf das geltende Gemeinschaftsrecht über das öffentliche Auftragswesen und dessen Ziele rekurrierte – namentlich die Gewährleistung des freien Dienstleistungsverkehrs und die Öffnung eines unverfälschten Wettbewerbs – wird die Entscheidung von der nachfolgenden europäischen und nationalen Rechtsprechung sowie der juristischen Literatur so verstanden, dass die in der Entscheidung herausgearbeiteten Maßstäbe als Vergabeprimärrecht Allgemeingültigkeit beanspruchen.

Der EuGH konstatierte konkret:

„Aus der Rechtsprechung ergibt sich, dass das Hauptziel der Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen die Gewährleistung des freien Dienstleistungsverkehrs und die Öffnung für einen unverfälschten Wettbewerb in allen Mitgliedsstaaten ist. [...]

Dieses doppelte Ziel verfolgt das Gemeinschaftsrecht insbesondere durch die Anwendung des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter und der sich daraus ergebenden Verpflichtung zur Transparenz.“

Sodann stellt der EuGH klar, dass wesentliche Änderungen bestehender Vertragswerke eine Pflicht zur Neuvergabe begründen:

„Um die Transparenz der Verfahren und die Gleichbehandlung der Bieter sicherzustellen, sind Änderungen der Bestimmungen eines öffentlichen Auftrags während seiner Geltungsdauer als Neuvergabe des Auftrags im Sinne der Richtlinie 92/50/EWG anzusehen, wenn sie wesentlich andere Merkmale aufweisen als der ursprüngliche Auftrag und damit den Willen der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen dieses Vertrags erkennen lassen. Nach der Rechtsprechung des EuGH kommt es für die Wesentlichkeit einer Änderung darauf an, ob sie

- Bedingungen einführt, die die Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter oder die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots erlaubt hätte, so sie denn Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen wäre (Rn. 35).
- den Auftrag in großem Umfang auf ursprünglich nicht vorgesehene Dienstleistungen erweitert (Rn.36)
- das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrags in einer im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehenen Weise zu Gunsten des Auftragnehmers ändert (Rn. 37))

- den ursprünglich designierten Vertragspartner ersetzt, sofern dies nicht in den Bedingungen des ursprünglichen Auftrags vorgesehen war (Rn. 40)

Die vom EuGH entwickelten Grundsätze haben bei der nachfolgenden Vergaberechtsreform zu entsprechenden Regelungen in den Richtlinien geführt - für die Konzessionsvergaberichtlinie zu Art. 72 RL 2014/24/EU, der durch § 132 GWB vom nationalen Gesetzgeber umgesetzt wurde.

4.2.1.2 Nationales Recht

Auch in Bezug auf die Vorgaben des nationalen Rechts ist für die Zwecke der hiesigen Betrachtung davon auszugehen, dass ein entsprechender Maßstab für die Bewertung von Änderungen an laufenden Wegenutzungsverträgen gilt, wie er aus dem Vergabepriärrecht entwickelt wurde und im Europäischen Vergabesekundärrecht verankert ist: Zwar folgt ein solcher Maßstab mit guten Gründen nicht bereits aus dem Kartellvergaberecht der §§ 97 ff. GWB in Verbindung mit der KonzVgV. Denn dieses findet nach ganz überwiegender und zutreffender Ansicht keine Anwendung auf die Vergabe von Wegenutzungsverträgen. Der deutsche Gesetzgeber ist insofern dem oben dargestellten Ansatz gefolgt, dass aus dem Erwägungsgrund Nr. 16 der RL 2014/24/EU folgt, dass auch qualifizierte Wegenutzungsverträge nicht von der Konzessionsvergaberichtlinie erfasst werden sollen. Dies ist auch ausdrücklich in den Gesetzgebungsunterlagen zur Vergaberechtsmodernisierung 2016, mit der unter anderem die RL 2014/24/EU umgesetzt wurde, festgehalten worden.

In der Folge hat der deutsche Gesetzgeber es bei dem Sondervergaberecht der §§ 46 ff. EnWG für die Vergabe von Wegenutzungsverträgen belassen und die dortigen Regelungen noch erweitert. Die Regelungen enthalten aber keine Aussage zur Zulässigkeit von Vertragsänderungen während der Laufzeit.

Nach der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung sind Kommunen bei der Vergabe von Wegenutzungsverträgen zur diskriminierungsfreien wettbewerblichen Auswahl verpflichtet. Dies gilt jedenfalls für Wegenutzungsverträge über Strom- und Gasversorgungsnetze nach §§ 46 ff. EnWG³⁴ sowie über Trinkwassernetze³⁵ und – mit Abstrichen - auch für Fernwärmenetze. Dies folgt wegen der marktbeherrschenden Stellung von Kommunen in Bezug auf die Nutzung der öffentlichen Wege aus dem Kartellrecht, und dem dort in § 19 GWB normierten Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, insbesondere in Form des Diskriminierungsverbotes aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB. Aus diesem ist in der nationalen Rechtsprechung auch ein Verbot der Vornahme wesentlicher Vertragsänderungen abgeleitet worden, wobei eine Anlehnung an § 132 GWB erfolgte.³⁶

³⁴ BGH, Urteil vom 17.12.2013 – KZR 66/12, Rn. 16; Urteil vom 18.11.2014 – EnZR 33/13, Rn. 20; Beschl. v. 03.06.2014 – EnVR 10/13, Rn. 51.

³⁵ OLG Düsseldorf: 2 U 7/16 (Kart) vom 13.06.2018.

³⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.08.2016 - VK VOL 4/2016.

Angesichts dieser Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass eine gerichtliche Nachprüfungsinstanz ebenfalls den in § 132 GWB konkretisierten Maßstab an die in Rede stehenden Vertragsänderungen anlegen würde.

4.2.2 Bewertung der in Rede stehenden Änderungen

4.2.2.1 Ausweitung des Nutzungsgegenstands

Hinsichtlich der anvisierten Änderungen des § 1 ist zu differenzieren.

- Soweit der Verweis auf § 2 HWG gestrichen werden soll, stellt sich mit Blick auf die Altfassung des Vertrags bereits die Frage, ob überhaupt eine inhaltliche Änderung vorliegt oder nicht stattdessen eine rein redaktionelle Korrektur einer Formulierung, die aufgrund ihrer Rechtswidrigkeit von vornherein keinen Bestand hatte.

Denn § 2 Abs. 1 HWG limitiert den Begriff der Öffentlichen Wege auf Wege, Straßen und Plätze, die dem Gemeingebrauch gewidmet sind und nicht zu einer öffentlichen Grün- und Erholungsanlage gehören. Eine solche Einschränkung ist § 46 EnWG jedoch fremd. Der BGH hat bereits vor einigen Jahren klargestellt, dass Öffentliche Verkehrswege i. S. d. § 46 sämtliche Wege einer Gemeinde umfassen, die tatsächlich für den öffentlichen Verkehr geöffnet sind. Auf eine straßenrechtliche Widmung kommt es gerade nicht an.³⁷ Vor dem Hintergrund, dass § 46 EnWG im Übrigen einen Kontrahierungszwang beinhaltet, der lediglich Privatwege ausschließt³⁸ dürfte es den Gemeinden daher verwehrt sein, diesen Zwang durch vertragliche Absprachen zu umgehen. Die Altfassung des § 1 Wegenutzungsvertrag war daher unwirksam. Infolgedessen bringt die Neufassung lediglich zum Ausdruck, was gesetzlich ohnehin gilt (und galt).

Soweit es die Streichung der Ausnahmeregelung des § 1 Abs. 1 Wegenutzungsvertrag betrifft, wonach Wege auf oder an Hochwasserschutzanlagen, der Bundesautobahnen, sowie der freien Strecken der Bundesstraßen nicht erfasst sind, so liegt ebenfalls keine inhaltliche Änderung des Vertrags vor. Die Verpflichtung der Gemeinden aus § 46 EnWG lässt Landes- und Bundesstraßen unberührt, sie liegen außerhalb der Verfügungsgewalt der Gemeinden. Entsprechende deklaratorische Klauseln sind regelmäßig in Wegenutzungsverträgen anzutreffen³⁹ - das Fortbestehen oder Nichtfortbestehen hat jedoch keinerlei Auswirkung.

- Soweit es die anvisierte Änderung in § 1 Abs. 2 und 4 betrifft, so gilt das Vorstehende. § 46 EnWG zwingt zum Vertragsschluss, eine Einschränkung wie in der Altfassung des § 1 Abs. 2 und 4 schränkt das sich daraus ergebende

³⁷ BGH, Urt. v. 11.11.2008 – KZR 43/07, NVwZ-RR 2009, 596

³⁸ Huber, in: Kment, Energiewirtschaftsgesetz, 3. Aufl. 2023, § 46 EnWG Rn. 17.

³⁹ Wegner, in: Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl. 2019, § 46 EnWG Rn. 36.

Pflichtenprogramm unzulässig ein und ist daher ohnehin unwirksam. Die Neuformulierung berücksichtigt diesen Umstand.

Würde es sich bei der Ausweitung des Nutzungsgegenstandes entgegen den vorstehenden Ausführungen um eine privatautonome Änderung handeln, die nicht ohnehin bereits gesetzlich vorgegeben ist, sprechen zwar wiederum gute Gründe dafür, dass es sich nicht um eine wesentliche Vertragsänderung im oben definierten Sinne handelt. Eine andere Bewertung kann mit Blick auf die mit der Änderung verbundenen Einsparpotentiale nicht gänzlich ausgeschlossen werden:

- Ein Auftragnehmerwechsel steht nicht in Rede.
- Auch wäre die Änderung nicht mit einer erheblichen Ausweitung des Umfangs des Wegenutzungsvertrages verbunden:
 - Denn es bleibt zunächst bei der Vertragslaufzeit.
 - Das zentrale Recht und die zentrale Pflicht des Konzessionärs, in einem definierten Gebiet ein Verteilnetz zu errichten, bleibt unverändert.
 - Der Umstand, dass neben den straßenrechtlich zum Gemeingebrauch gewidmeten Flächen auch weitere öffentliche Wegeflächen genutzt werden dürfen, erweitert sodann zwar die Flächen, die konkret für eine Wegenutzung zur Verfügung stehen. Dadurch erweitert sich nach unserem Verständnis aber nicht die Pflicht des Konzessionärs zur Errichtung eines Netzes zur Versorgung der Allgemeinheit. Es entstehen lediglich neue Spielräume für die konkrete Verlegen des Verteilnetzes. Damit werden insbesondere keine Marktchancen von Konkurrenten verhindert, weil der Konzessionsvertrag bereits das gesamte kommunale Gebiet erfasst und ein isolierte Konzessionsvertrag über die bisher nicht erfassten Verkehrswege weder technisch noch ökonomisch sinnvoll wäre und mit dem räumlichen Geltungsanspruch des bestehenden Konzessionsvertrages in Konflikt stünde.
- Dafür, dass die Änderung des Nutzungsgegenstandes eine wesentliche Vertragsänderung wäre, weil im Sinne von § 132 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 GWB ursprüngliche Vergabebedingungen geändert würden, lassen sich ebenfalls keine überzeugenden Gründe finden:
 - Die Varianten unter lit. a) und b) betreffen nach allgemeinem Verständnis nur solche Regelungen, bei denen es im ursprünglichen Vergabeverfahren tatsächlich Bewerber oder Bieter gegeben hat, die an seinerzeit nicht erfüllten Eignungskriterien oder an (mangels abgegebener Erklärungen oder Belegen) nicht erfüllten Ausführungsbedingungen (siehe §§ 61, 33, 34 VgV und § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV) gescheitert sind, die aber aufgrund der neuen oder geänderten Bedingungen, wenn sie seinerzeit gegolten hätten, am

Vergabeverfahren bis zum Ende (Angebotswertung) hätten teilnehmen können.⁴⁰ Dies würde hier voraussetzen, dass ein Marktteilnehmer entweder die Ausweitung des Nutzungsgegenstandes ausdrücklich zur Bedingung seines Angebotes gemacht hätte und er entweder kein Angebot abgegeben hat, weil ihm dieses Begehren auf eine Bieterfrage verweigert wurde oder aber sein Angebot wegen Abweichung von den Verfahrensunterlagen, z. B. dem Konzessionsvertragsentwurf, ausgeschlossen wurde. Dass dies hier der Fall gewesen wäre, ist nicht zu erkennen.

- Ein unter die Variante c) einzuordnender Fall läge vor, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass weitere Marktteilnehmer sich am Verfahren mit einem Angebot beteiligt hätten, wenn die Ausweitung der Nutzungsflächen bereits zum Verfahrenszeitpunkt bekannt gewesen wäre. Dies scheint aus unserer Sicht nicht plausibel.

Die Erweiterung der Flächen stellt aus unserer Sicht lediglich eine nicht entscheidungserhebliche Vertragsbedingung dar, die keine Auswirkungen auf die wesentlichen Leistungs- und Gegenleistungspflichten aus dem Wegenutzungsvertrag hat.

- Indes kann unterschiedlich bewertet werden, ob durch die Änderung des Nutzungsgegenstandes das vertragliche Äquivalenzverhältnis in relevantem Umfang zu Gunsten des Konzessionärs geändert wird:
 - Die Hauptverpflichtung zur Errichtung eines Netzes zur Versorgung der Allgemeinheit bleibt zwar bestehen.
 - Aus dem erweiterten Nutzungsgegenstand ergeben sich aus Sicht von BUKEA allerdings nicht nur unerhebliche Einsparpotentiale, da einerseits Abkürzungen genommen werden können und auch die Baumaßnahmen im Grünbereich deutlich günstiger ausfallen können, als im Gehweg und Straßenbereich. Ob diesem Vorteil für den Konzessionsnehmer hinreichende Vorteile des Konzessionsgebers gegenüberstehen, um eine Verschiebung des vertraglichen Gleichgewichts zu vermeiden, ist fraglich. Hier könnte auf das im Allgemeininteresse stehende Ziel der Änderung abgestellt werden, nämlich dass durch die Änderung Netzerneuerungen und Netzerweiterungen vereinfacht werden sollen, um so die angestrebte Klimaneutralität erreichen zu können. Dem könnte aber entgegengehalten werden, dass dies kein spezifischer Vorteil der wechselseitigen Vertragsverpflichtungen ist.

Selbst wenn die Änderung als wesentliche Vertragsänderung betrachtet würde, wäre sie mit guten Gründen über § 132 Abs. 3 GWB analog zu rechtfertigen, da mit der Änderung

⁴⁰ OLG Celle, Beschluss vom 24.10.2019 – 13 Verg 9/19, NZBau 2020, 535.

keine Erhöhung des Auftragswerts einhergehen würde und sich der Gesamtcharakter des Auftrages nicht ändert.

4.2.2.2 Umstellung von Genehmigungs- auf Einspruchsregelung

Es sprechen sodann gute Gründe dafür, dass die Umstellung von der Genehmigungs- auf eine Einspruchsregelung keine wesentliche Änderung darstellt. Eine andere Bewertung durch eine rechtliche Nachprüfungsinstanz kann aber wiederum nicht gänzlich ausgeschlossen werden.

- Es soll kein Auftragnehmerwechsel stattfinden.
- Es ist keine erhebliche Ausweitung des Umfangs des ursprünglichen Auftrages geplant.
- Ursprüngliche Vergabebedingungen im Sinne von Eignungskriterien und Auftragsausführungsbedingungen werden nicht geändert im Sinne von § 132 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 lit. a) und b) GWB.
- Ein unter die Variante c) einzuordnender Fall läge vor, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass weitere Marktteilnehmer sich am Verfahren mit einem Angebot beteiligt hätten, wenn die Ausweitung der Nutzungsflächen bereits zum Verfahrenszeitpunkt bekannt gewesen wäre. Dies scheint aus unserer Sicht nicht plausibel. Dass sich Netzbetreiber, die mit Blick auf die hier in Rede stehende sehr große Netzkonzession hinreichend geeignet, insbesondere erfahren sind, aber gleichwohl von einer Beteiligung an dem Vergabeverfahren abgesehen haben, an diesem beteiligt hätten, wenn im Zeitpunkt des Verfahrens bereits Kenntnis über die Umstellung auf das Einspruchsverfahren bestanden hätte, ist nicht plausibel. Es gehört zum bisherigen Standard von Wegenutzungsverträgen, dass ein Genehmigungsverfahren für die Baumaßnahmen besteht. Ein Wechsel auf das Einspruchsverfahren wäre zwar grundsätzlich mit Erleichterungen im Planungs- und Umsetzungsbereich verbunden. Andererseits handelt es sich hierbei um ein ungeübtes Verfahren mit dem Risiko von Auseinandersetzungen mit dem Konzessionsgeber und anderen Wegeberechtigten.
- Eine wesentliche Vertragsänderung könnte die Umstellung auf das Einspruchsverfahren schließlich unter dem Aspekt sein, dass das vertraglich Äquivalenzverhältnis zu Gunsten des Konzessionärs verändert wird. Gute Gründe sprechen zwar gegen eine solche Bewertung, eine andere Bewertung durch eine rechtliche Nachprüfungsinstanz ist aber nicht ausgeschlossen:
 - Zunächst ist festzustellen, dass das bisherige Erfordernis der Einholung von Genehmigungen mit einem nicht unerheblichen internen Aufwand beim Konzessionär verbunden ist, der ggf. auch externe Unterstützung

(Planer, Berater) umfasst, und auch Zahlungsverpflichtungen an die Genehmigungsbehörden einschließt. Dieser Aufwand wird allerdings voraussichtlich kaum reduziert. Eventuelle Aufwandseinsparungen sollen sodann dazu genutzt werden, dass der Netzbetreiber schneller dem Ausbaubedarf nachkommen kann. Es wird daher in der Summe nicht zu Einsparungen beim Konzessionsnehmer kommen, sondern zu einem schnelleren Ausbau.

- Selbst wenn es gewinnwirksame Einsparungen auf Seiten des Konzessionsnehmers geben würde, würde es sich nur dann um eine wesentliche Vertragsänderung, wenn dieser Kostenersparnis kein gleichwertiger wirtschaftlicher Vorteil des Konzessionsgebers gegenübersteht. Insofern gilt folgendes:
 - Wir halten es nicht für ausgeschlossen, können dies aber nicht abschließend bewerten, dass sich durch die Umstellung auf das Einspruchserfordernis auch beim Konzessionsgeber (Kommune in der Gesamtbetrachtung aller Behörden und Dienststellen) ein (betriebs-) wirtschaftlicher Vorteil ergibt, indem sich der Aufwand der stadtseitigen Baustellenaufsicht reduziert.
 - Zudem lässt sich argumentieren, dass durch die Umstellung auch ein volkswirtschaftlicher Vorteil ergibt, der auch im ureigenen Interesse der Konzessionsgeberin liegt. So ist damit zu rechnen, dass sich Maßnahmen deutlich schneller durchführen lassen und damit weniger Straßensperrungen und weniger ÖPNV-Umleitungen stattfinden müssen. Soweit das OLG Düsseldorf in einer aktuellen Entscheidung volkswirtschaftliche Vorteile – anders als die VK Bund – als nicht als relevante wirtschaftliche Erwägung eines Auftraggebers hat gelten lassen, betraf dies allein die Frage der Zulässigkeit eines Absehens vom Gebot der Losvergabe. Es ist offen, ob ein Gericht diese Bewertung auf die Frage des Äquivalenzverhältnisses im Sinne von § 132 GWB übertragen würde.
 - Hinzu kommt, dass die Änderung dem im Allgemeininteresse liegenden Ziel der Klimaneutralität dient. Auch insofern erhält der Konzessionsgeber etwas
 - Jeglicher Zweifel an einer Verbesserung des Äquivalenzverhältnisses zugunsten des Konzessionärs könnten dadurch beseitigt werden, wenn dem Konzessionär im Gegenzug eine äquivalente zusätzliche Verpflichtung gegenüber dem Konzessionsgeber vertragliche auferlegt würde. Dabei wäre allerdings zwingend das Nebenleistungsverbot zu beachten. ZU denken wäre etwa an eine Ausweitung der angebotenen Serviceleistungen und

Erreichbarkeitszeiten oder auch eine Verpflichtung zur Reduzierung der Kosten, die von Dritten für den Anschluss eingefordert werden.

- Wird eine solche „Gegenleistung“ nicht vereinbart, verbleibt ein geringes Risiko, dass die Umstellung auf das Einspruchserfordernis als wesentliche Vertragsänderung betrachtet wird.

Ob unter der Prämisse einer wesentlichen Vertragsänderung über § 132 Abs. 3 GWB analog in Betracht kommt, hängt von der Höhe der voraussichtlichen betriebswirtschaftlichen Einsparungen des Konzessionärs durch die Umstellung ab. Hier wird man unter Rückgriff auf § 132 Abs. 3 GWB damit rechnen müssen, dass immer dann, wenn die Einsparungen so groß sind, dass der relevante Schwellenwert erreicht wird. Dabei dürften die Anforderungen aus dem europäischen Primärrecht nicht höher sein als diejenigen, die aus der Konkretisierung des Sekundärrechts folgen. Danach gilt für Änderungen von Konzessionsverträge nach der KonzVgV ein Schwellenwert von 5.538.000 EUR. Wir gehen davon aus, dass die möglichen Einsparungen im verbleibenden Vertragszeitraum unterhalb diesem Wert bleiben.

4.2.2.3 Weitere Regelungen

Die übrigen vorgesehene Änderungen sind im wesentlichen unkritische Folgeanpassungen der beiden vorangegangenen Änderungen.

4.2.2.3.1 § 4 Besondere bauliche Vorkehrungen zur Ermöglichung der Wegnutzung durch Netzanlagen

- Die anvisierte Änderung in § 4 Abs. 2 ist notwendige Konsequenz der Änderungen des § 2 Abs. 1 und als solche miterfasst.

4.2.2.3.2 § 7 Kollision von Netzanlagen der Netzbetreiberin mit Maßnahmen der Stadt

- Die anvisierten Änderungen in § 7 Abs. 1, 2, 4 und 5 sind rein kosmetischer Natur. Die Wörter „öffentlicher Weg“ wurden wiederholt durch das Wort „Verkehrsweg“ ersetzt. Der Vertragsinhalt bleibt dadurch unverändert.

4.2.2.3.3 § 8 Konzessionsabgabe

Die anvisierten Änderungen in § 8 Abs. 1 und 4 sind rein kosmetischer Natur. Auch insofern wurde lediglich das Wort „Verkehrswege“ eingefügt, außerdem ein Verweis auf § 1 Abs. 1 gestrichen. Der Vertragsinhalt bleibt dadurch unverändert.

- Die anvisierte Änderung in § 8 Abs. 8 ist notwendige Konsequenz der Änderungen des § 1 Abs. 1 und 3 Wegenutzungsvertrag und als solche miterfasst.

4.2.2.3.4 § 24 Vertragsstrafe

Die anvisierte Änderung in § 24 Abs. 1 ist notwendige Konsequenz der Änderungen des § 2 Abs. 1, 2 und 3 Wegenutzungsvertrag und als solche miterfasst.

4.3 Diskriminierungsfreiheit / Gleichbehandlung

- *Können durch die vertragliche Stellung von HNE Wettbewerber benachteiligt oder diskriminiert werden?*
- *Sind die vorgeschlagenen Änderungen mit den Vorgaben zur diskriminierungsfreien Wegenutzung gemäß EnWG und EU-Recht vereinbar?*
- *Müssten vergleichbare Regelungen Wettbewerbern vorgeschlagen werden?*

4.3.1 Keine über 4.2 hinausgehenden Ansprüche von Wettbewerbern in den gleichen Sektoren

Potentielle Wettbewerber, die Interesse an dem Wegenutzungsvertrag haben könnten, sind über den Anspruch auf eine diskriminierungsfreie wettbewerbliche Vergabe und die grundsätzliche Neuvergabepflicht bei wesentlichen Vertragsänderungen geschützt. Darüber hinaus besteht kein Anlass für eine Gleichbehandlung

4.3.2 Ansprüche von Vertragspartnern der FHH bei anderen Wegenutzungsverträgen

Der Anwendungsbereich des Anspruchs auf Gleichbehandlung ist bei allen Vertragspartnern eröffnet.

Ob diesen gegen die FHH ein Anspruch auf Gewährung der entsprechenden Anpassungen zukommt, hängt davon ab, ob sich sachliche Gründe finden lassen, warum die Wegenutzungsverträge bei den anderen Medien andere Regelungen rechtfertigen. Dies wäre im jeweiligen Einzelfall zu betrachten.

- Ein sachlicher Grund könnte insbesondere die Bedeutung des jeweiligen vom Vertrag erfassten Netzes für überragende Interessen der Allgemeinheit sein. Dies ist mit Blick auf die Klimaneutralität insbesondere beim Stromnetz und bei den Wärmenetzen der Fall. Hingegen ist der Ausbau des Gasnetzes eher kontraproduktiv

und anderen Netze wie die Telekommunikation kommt keine besondere Bedeutung für die Klimaneutralität zu.

- Ein weiterer sachlicher Grund könnte der Aufwand der jeweiligen Netzverlegung sind. So sind Baumaßnahmen für Fernwärmeleitungen regelmäßig deutlich aufwändiger und raumgreifender als Baumaßnahmen für Strom- und Gas. Dies kann als Grund dafür herangezogen werden, dass eine vorherige Genehmigung hier wichtige Funktionen erfüllen kann, die bei Strom- und Gasnetzen nicht benötigt werden.
- Etwas anderes kann auch bei kalten Nahwärmenetzen mit Tiefensonden gelten, weil diese ebenfalls umfangreiche Arbeiten erfordern.

4.4 Verhältnis zum Hamburgischen Klimaschutzgesetz

- *Macht das im HmbKliSchG verankerte „überragende öffentliche Interesse“ eine vertragliche Neuregelung (1) erforderlich oder kann es (2) eine solche rechtfertigen?*

4.4.1 Regelungsinhalt von § 2a HmbKliSchG

§ 2a HmbKliSchG ist als Teil der zum 01.01.2024 in Kraft getretenen Änderung des HmbKliSchG eingeführt worden, um den in der Norm genannten Vorhaben im Rahmen gesetzlicher vorgesehener Schutzgüterabwägungen ein besonders hohes Gewicht zu verleihen.⁴¹ Die Norm lautet in den hier maßgeblichen Teilen wie folgt:

„Folgende Maßnahmen liegen aufgrund ihrer besonderen Bedeutung für die Erreichung der in § 2 Absatz 1 genannten Ziele im überragenden öffentlichen Interesse und dienen der öffentlichen Sicherheit:

[...]

2. die Errichtung, der Betrieb und die Änderung der Elektrizitätsverteilernetze und der für deren Betrieb notwendigen Anlagen, soweit dies für die Errichtung und den Betrieb der in Nummer 1 genannten Anlagen, für den Ausbau der Elektromobilität und die Verteilung von Energien erforderlich ist,

3. der Ausbau, die Errichtung und der Betrieb der Wärmenetzinfrastruktur,

4. der Ausbau, die Errichtung und der Betrieb der Wasserstoffnetzinfrastruktur sowie

[...]“

Die durch die Norm intendierte hohe Gewichtung des öffentlichen Interesses an den benannten Vorhabenarten kommt somit immer dann zum Tragen, wenn der Verwaltung durch Gesetz Entscheidungsspielräume, etwa in Form von Beurteilungs- Ermessens- oder Abwägungsspielräumen eröffnet sind.⁴² Die Norm entspricht damit in ihrer Struktur anderen gesetzlichen Feststellungen des überragenden öffentlichen Interesses für bestimmte Vorhaben wie beispielsweise § 2 EEG auf der Bundesebene.⁴³

⁴¹ Vgl. Bü-Drs. 22/12773, S. 31.

⁴² Bü-Drs. 22/12773, S. 31.

⁴³ Vgl. dazu etwa *Greb/Boewe*, in: BeckOK EEG, 17. Ed. 1.5.2025, EEG 2023 § 2 Rn. 4-11.

4.4.2 Wirkungen des § 2a HmbKliSchG auf andere gesetzliche Normen

§ 2a HmbKliSchG hat somit nicht die Wirkung, dass sie von bestehenden Zulassungserfordernissen dispensiert, sondern sie wirkt sich lediglich im Rahmen von Zulassungsverfahren aus, soweit die Verwaltung in diesem Rahmen Entscheidungsspielräume hat.⁴⁴

Ein Dispens von anderen landesrechtlich geregelten Zulassungsverfahren ist bereits deshalb nicht möglich, weil es sich bei § 2a HmbKliSchG dem Rang nach um eine Norm des einfachen Landesrechts handelt. Die Vorschrift ist somit zu anderen Landesgesetzen in der Normhierarchie gleichartig. Daraus folgt zunächst, dass aus § 2a HmbKliSchG keine Verpflichtung der Bürgerschaft als Gesetzgeber der FHH abgeleitet werden kann, andere Landesgesetze im Sinne der Ziele der Norm anzupassen.

Andere Landesgesetze müssen im Verhältnis zu § 2a HmbKliSchG auf der Ebene der Gleichrangigkeit nach den gängigen Auslegungsmethoden und mit Blick auf die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung ausgelegt werden.⁴⁵ Allgemeine Grenze der Auslegung ist hier wie auch in sonstigen Fällen der Normwortlaut, der nicht überschritten werden darf.⁴⁶

4.4.3 Wirkungen des § 2a HmbKliSchG auf die Verwaltungspraxis

Nach der Feststellung, dass § 2a HmbKliSchG weder von in anderen Landesgesetzen geregelten Zulassungserfordernissen dispensiert noch den Landesgesetzgeber verpflichtet, konkrete Zulassungserfordernisse mit Blick auf die erfassten Leitungsarten abzuschaffen, bleiben noch die Rechtswirkungen für die Verwaltung bei Handlungsformen unterhalb des förmlichen Gesetzes zu prüfen.

4.4.3.1 Verpflichtungsnorm für die öffentliche Hand?

Zunächst ist dabei zu prüfen, ob § 2a HmbKliSchG die FHH verpflichtet, die Änderung bestehender (öffentlich-rechtlicher) Vertragsverhältnisse anzustreben oder – bei entsprechender Möglichkeit – auch einseitig vorzunehmen.

⁴⁴ Vgl. Bü-Drs. 22/12773, S. 31 – ausdrücklicher Hinweis darauf, dass die entsprechenden Entscheidungen nach anderen Fachgesetzen unverändert getroffen werden müssen.

⁴⁵ Vgl. zum Grundsatz der Widerspruchsfreiheit BVerfG, Beschl. v. 27.11.2024 – 1 BvR 1726/23, Rn 62; Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge/Bethge, 64. EL August 2024, BVerfGG § 91 Rn. 67.

⁴⁶ Vgl. BeckOK VwGO/Reimer, 74. Ed. 1.4.2025, VwGO § 40 Rn. 7, 8.

4.4.3.1.1 Rechtswirkungen des § 2a HmbKliSchG im Verhältnis zu öffentlich-rechtlichen Verträgen

Wie bereits dargestellt hat die gesetzliche Feststellung des überragenden öffentlichen Interesses Bedeutung bei Entscheidungsspielräumen der Verwaltung, also bei Abwägungen, Ermessensentscheidungen und ähnlichen Situationen.⁴⁷

bedarf stets eines „Einfallstors“ in Form eines Entscheidungsspielraums der Verwaltung für die besondere Interessengewichtung zugunsten der genannten Vorhaben.⁴⁸ Entsprechend werden auch andere Normen verstanden, die für Errichtung und Betrieb bestimmter Vorhaben ein überragendes öffentliches Interesse statuieren.⁴⁹ Es § 2 EEG kommt dabei beispielsweise auch die Wirkung einer Erleichterung der Darlegungs- und Beweislast zugunsten des Interesses an der Errichtung von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien zu.⁵⁰

4.4.3.1.2 Auswirkungen auch auf öffentlich-rechtliche Verträge?

Vorliegend stellt sich die Frage, ob ein solches Einfallstor auch bei der Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages bestehen kann. Hierzu gibt es – soweit ersichtlich – noch keine Positionierung in der juristischen Literatur.

Die Wegenutzungsverträge in der FHH sind auf Grundlage des § 19 Abs. 5 HWG als öffentlich-rechtliche Verträge abzuschließen. Der hamburgische Gesetzgeber hat damit die Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages für Wegenutzungsverträge ausdrücklich – und abweichend von den Regelungen in anderen Bundesländern – vorgegeben.

Es besteht damit hinsichtlich des Abschlusses von öffentlich-rechtlichen Verträgen zur Regelung der Wegenutzung für Energieleitungen nach unserer Einschätzung kein Auswahlermessen im Verhältnis zu anderen Handlungsformen der Verwaltung. Eine einseitige Einräumung umfassender Wegenutzungsrechte ist fachrechtlich nicht vorgesehen. Entscheidungsspielräume, bei denen § 2a HmbKliSchG zum Tragen kommen kann, ergeben sich daher nach unserer Einschätzung lediglich bei den Inhalten eines entsprechenden

⁴⁷ Bü-Drs. 22/12773, S. 31.

⁴⁸ Vgl. Zorn, in: Theobald/Kühling, 129. EL April 2025, EEG 2023 § 2 Rn. 9-10; vgl. auch *Schlacke/Wentzien/Römling*: Beschleunigung der Energiewende: Ein gesetzgeberischer Paradigmenwechsel durch das Osterpaket?, NVwZ 2022, 1577, 1578 mit umfangreicher Aufzählung potenziell betroffener Entscheidungen.

⁴⁹ Vgl. zu § 2 EEG etwa BeckOK EEG/Greb/Boewe, 17. Ed. 1.5.2025, EEG 2023 § 2 Rn. 7, die sogar nur auf „Abwägungsentscheidungen“ abstellen; ähnlich die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 20/1630, 158, 159, die aber auch auf „Genehmigungsentscheidungen“ im Allgemeinen abstellt.

⁵⁰ Zorn, in: Theobald/Kühling, 129. EL April 2025, EEG 2023 § 2 Rn. 8; *Schlacke/Wentzien/Römling*: Beschleunigung der Energiewende: Ein gesetzgeberischer Paradigmenwechsel durch das Osterpaket?, NVwZ 2022, 1577, 1578.

Vertragsschlusses bzw. einer entsprechenden Vertragsänderung sowie bei konkreten Entscheidungsspielräumen im Vertragsvollzug.

Insoweit sind nach unserer Einschätzung drei Konstellationen zu unterscheiden:

- Der Neuabschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages
- Die Änderung eines bestehenden öffentlich-rechtlichen Vertrages und schließlich
- Der Vollzug eines bestehenden öffentlich-rechtlichen Vertrages

Bei Abschluss oder Änderung eines öffentlich-rechtlichen Vertrages unterliegt die Verwaltung dabei den gleichen Grenzen wie bei ihrem sonstigen Handeln mit bestimmten auf die Rechtsform des Vertrages bezogenen Modifikationen. Vorliegend steht dabei nur die Variante einer nachträglichen Vertragsänderung im Raum.

Das Instrument des öffentlich-rechtlichen Vertrages ist als Handlungsform grundsätzlich eröffnet, soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen, § 54 Satz 1 HmbVwVfG. Als Rechtsvorschriften gelten dabei alle Vorschriften des Unions-, Bundes- und Landesrechts einschließlich Rechtsverordnungen.⁵¹ Entsprechende rechtliche Verbote können sich dabei sowohl auf die Wahl der Handlungsform des Vertrages als auch auf konkrete Vertragsinhalte beziehen.⁵² Es ist stets dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung Rechnung zu tragen.⁵³

Mit Blick auf § 2a HmbKliSchG als rechtlichem Maßstab für die Vertragsinhalte des Wegenutzungsvertrages ist hier zu folgern, dass der Neuabschluss von Klauseln unzulässig wäre, welche den gesetzlich statuierten Vorrang des Ausbaus der Verteilnetze konterkarieren, etwa indem sie dem Konzessionsnehmer insoweit aufgeben, dass seine Vorhaben hinter anderen Bauvorhaben im Bereich öffentlicher Wege nachrangige Priorität genießen. Ebenso wäre ein in diese Richtung gehende Änderung der bestehenden Wegenutzungsverträge für die FHH unzulässig.

Umgekehrt stellt sich vorliegend allerdings die Situation, dass der § 2a HmbKliSchG nach Abschluss der geltenden Wegenutzungsverträge eingeführt worden ist und sich somit die Frage stellt,

- ob dieser zu einer Teilnichtigkeit des Vertrages hinsichtlich derjenigen Klauseln führt, die besondere Zulassungserfordernisse hinsichtlich Aufgrabung und Veränderung von Wegen zum Bau von Verteilnetzanlagen und -leitungen vorsehen ode
- ob eine nachträgliche Vertragsänderung durch § 2a HmbKliSchG erfordert ist.

⁵¹ Vgl. Stelkens/Bonk/Sachs/Siegel, 10. Aufl. 2022, VwVfG § 54 Rn. 95-97.

⁵² Stelkens/Bonk/Sachs/Siegel, 10. Aufl. 2022, VwVfG § 54 Rn. 98.

⁵³ Stelkens/Bonk/Sachs/Siegel, 10. Aufl. 2022, VwVfG § 54 Rn. 103.

Ob ein gesetzliches Verbot vorliegt und die Nichtigkeitsfolge auslöst, ist anhand der Vorgaben des jeweiligen Fachrechts zu beurteilen.⁵⁴ § 2a HmbKliSchG enthält keine ausdrückliche Verbotsfolge, sondern lediglich eine besondere Interessengewichtung zugunsten der Verteilnetze. Insofern ist fraglich, ob diesem die Wirkung zugeschrieben werden kann, als nachträgliches Verbotsgesetz bestimmten Klauseln des Wegenutzungsvertrages entgegenzustehen.

Nach unserer Einschätzung muss eine derartige rechtliche Wirkung allerdings bereits daran scheitern, dass § 2a HmbKliSchG und § 22 HWG in der Normhierarchie auf gleicher Stufe stehen und das wegerechtliche Zulassungserfordernis für Aufgrabungen weiterhin besteht und -wie oben festgestellt – auch durch § 2a HmbKliSchG nicht obsolet wird.

Eine rechtliche Wirkung von § 2a HmbKliSchG als Verbotsgesetz erscheint auch aus einem weiteren Grund nicht als überzeugend: Aus der Bindung des öffentlich-rechtlichen Vertrages an die geltende Rechtsordnung folgt auch, dass der Vertrag oder dessen Änderungen nicht im Widerspruch zu anderen Rechtsnormen, insbesondere des Wegerechts, stehen dürfen. Dies hat zur Folge, dass im Wege des öffentlich-rechtlichen Vertrages ein Dispens von im HWG zwingend vorgeschriebenen Zulassungserfordernissen für Sondernutzungen und Eingriffe in die Wegesubstanz nicht erteilt werden kann (siehe dazu bereits oben 4.1.1.3 und 4.1.1.4).

Ein solcher Dispens wäre nur dann möglich, wenn im HWG selbst ein Einfallstor für ein Absehen von entsprechenden Zulassungserfordernissen bestehen würde. Konkret müsste das HWG ermöglichen, im Rahmen einer Gutabwägung bei bestimmten Vorhaben auf die Voraussetzung einer Aufgrabeerlaubnis zu verzichten. Dies ist im Gesetz aber nicht angelegt. Vielmehr verlangt die Regelung des § 22 Abs 1 HWG für jede Veränderung, insbesondere Aufgrabungen öffentlicher Wege, eine Erlaubnis, ohne dass hierbei zwischen Vorhabentypen unterschieden wird. Auch eine Interessenabwägung im Sinne einer Verzichtsmöglichkeit auf das Zulassungserfordernis ist insoweit nicht im HWG angelegt.⁵⁵

Eine solche Interessenabwägung kann allenfalls zum Tragen kommen bei der Koordinierung verschiedener Anfragen für die Veränderung/das Aufgraben von Wegen. Auch dies führt aber nicht zu einem Dispens von der grundsätzlichen Erlaubnispflicht.

Somit stehen die bisherigen Regelungen des Wegenutzungsvertrages (Strom) zur Erforderlichkeit einer Aufgrabeerlaubnis nicht im Widerspruch zu § 2a HmbKliSchG. Die Nichtigkeitsfolge aus § 59 Abs. 1, 2 HmbVwVfG tritt nicht ein.

Nachdem Gesagten verpflichtet § 2a HmbKliSchG auch die FHH nicht, eine Änderung der Klauseln zu den Zulassungserfordernissen für Bauarbeiten/Aufgrabungen im bestehenden Wegenutzungsvertrag zu ändern bzw. eine solche Änderung anzustreben. Wie dargestellt

⁵⁴ Stelkens/Bonk/Sachs/Siegel, 10. Aufl. 2022, VwVfG § 59 Rn. 13.

⁵⁵ Dementsprechend verweist die Fachanweisung über die Aufgrabung öffentlicher Wege auf diverse öffentliche und private Interessen, die zeitliche Beschränkungen der Bautätigkeit rechtfertigen können, siehe dort Ziffer 4.1.14.

könnte eine solche Änderung keinen Dispens von dem öffentlich-rechtlichen Zulassungserfordernis für Bauarbeiten/Aufgrabungen bewirken, weil das HWG in der geltenden Fassung insoweit kein „Einfallstor“ für ein vollständiges Absehen von einem Zulassungsverfahren eröffnet. Eine Vertragsänderung mit diesem Inhalt verstieße also gegen § 22 HWG bzw. würde umgekehrt die Durchsetzung der durch § 2a als überragend gewichteten Interessen nicht dienen.

Vor diesem Hintergrund bedarf es keiner näheren Prüfung, ob die FHH auch einseitig dazu befugt wäre, entsprechende Vertragsänderungen durchzusetzen, einzelne wesentliche Punkte hierzu werden in der folgenden Ziffer kurz dargestellt.

Als Einfallstor für die Berücksichtigung der von § 2a HmbKliSchG als überragend gewichteten öffentlichen Interessen am Netzausbau bleibt bei der derzeit geltenden Rechtslage somit nur der konkrete Vertragsvollzug und dabei insbesondere die Durchführung der Zulassungsverfahren nach § 22 HWG. Im Rahmen dieser Zulassungsverfahren ist die FHH verpflichtet, im konkreten Einzelfall das überragende öffentlich Interesse am Ausbau der in § 2a HmbKliSchG genannten Netzinfrastrukturen zur Geltung zu bringen.

4.4.3.2 Ermächtigungsnorm für die öffentliche Hand?

Weiter ist zu prüfen, ob die Interessengewichtung aus § 2a HmbKliSchG die FHH ermächtigt, die Anpassung bestehender öffentlich-rechtlicher Verträge anzustreben oder sogar einseitig vorzunehmen. Wie oben bereits dargelegt ist eine Vertragsanpassung durch § 2a HmbKliSchG nicht gefordert und rechtlich voraussichtlich auch unzulässig, weil die zu § 2a HmbKliSchG gleichrangige Norm des § 22 HWG fortbesteht und deshalb ein allgemeiner Dispens vom Zulassungserfordernis für Aufgrabungen nicht im Vertragswege erteilt werden kann. Gleichwohl stellen wir hier kurz dar, unter welchen Maßgaben die FHH einseitig auf den öffentlich-rechtlichen Vertrag einwirken könnte.

Allgemein richten sich die Möglichkeiten zu Anpassung und Kündigung bestehenden öffentlich-rechtlicher Verträge nach § 60 (Hmb)VwVfG, welche bestimmt:

„Haben die Verhältnisse, die für die Festsetzung des Vertragsinhalts maßgebend gewesen sind, sich seit Abschluss des Vertrags so wesentlich geändert, dass einer Vertragspartei das Festhalten an der ursprünglichen vertraglichen Regelung nicht zuzumuten ist, so kann diese Vertragspartei eine Anpassung des Vertragsinhalts an die geänderten Verhältnisse verlangen oder, sofern eine Anpassung nicht möglich oder einer Vertragspartei nicht zuzumuten ist, den Vertrag kündigen. Die Behörde kann den Vertrag auch kündigen, um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten oder zu beseitigen.“

Die Vorschrift greift grundsätzlich auch bei Änderungen der dem Vertrag zugrundeliegenden rechtlichen Rahmenbedingungen.⁵⁶ Die entsprechenden Änderungen müssen sich

⁵⁶ BVerwG, Urt. v. 18. 10. 2001 - 3 C 1/01, NVwZ 2002, 488.

zudem als wesentlich darstellen, was anhand des Einzelfalls geprüft werden muss. Es darf einer der Vertragsparteien nach Treu und Glauben nicht zumutbar sein, an der ursprünglichen Vereinbarung festzuhalten. Zu beachten ist dabei, dass der *Grundsatz der Vertrags-treue auch im öffentlichen Recht nur ausnahmsweise durchbrochen werden darf*, wenn dies notwendig ist, um mit Recht und Gerechtigkeit unvereinbare Ergebnisse im öffentlichen Interesse zu vermeiden.⁵⁷

Ob dies vorliegend auf Seiten der FHH der Fall ist, erscheint uns unsicher, weil die durch § 2a HmbKliSchG vorgenommene Gewichtung in Konkurrenz zur fortbestehenden Regelung des § 22 HWG steht und zudem die Interessengewichtung des § 2a HmbKliSchG im Vollzug des § 22 HWG berücksichtigt werden kann. Dem Vertrag zugrunde liegende Regelungen sind grundsätzlich die Normen des HWG, die eine Einholung der Aufgrabeerlaubnis vorsehen. Die Gewichtung der Interessen bestimmter Vorhaben, die bei Abschluss der Verträge noch nicht gesetzlich geregelt war, könnte man grundsätzlich ebenfalls als zugrunde liegende Regelungen betrachten. Die reine gesetzliche Interessengewichtung führt allerdings für sich betrachtet nicht zu konkreten Handlungspflichten der Verwaltung, sondern immer nur im Rahmen der Einbettung in konkrete Entscheidungen in (Zulassungs-)Verfahren. Dies ist konsistent mit dem oben gefundenen Ergebnis, dass die besondere Gewichtung bestimmter Vorhaben die Zulassungserfordernisse nach dem aktuellen HWG nicht beseitigt, sondern allenfalls die entsprechenden Zulassungsverfahren und -entscheidungen beeinflussen kann. Die Zulassungserfordernisse, die den vertraglichen Vereinbarungen zugrunde liegen, haben sich also nicht geändert, lediglich bei der Einholung der Zulassungen können sich Erleichterungen durch das hoch zu gewichtende übertragende öffentliche Interesse ergeben.

Vorrangig ist zudem stets die Möglichkeit einer (konsensualen) Vertragsanpassung zu prüfen. Ein (Teil-)Kündigungsrecht besteht nur, falls eine solche nicht möglich ist. Die uns vorliegenden Wegenutzungsverträge für Strom, Gas und Wasser enthalten keine ausdrücklichen Klauseln zur Möglichkeit und Durchführung nachträglicher Vertragsänderungen. Insbesondere sind Rechte zur einseitigen Vertragsänderung nicht ausdrücklich vereinbart. Somit wäre zunächst eine konsensuale Vertragsanpassung anzustreben.

Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass die derzeitigen Verträge (beispielhaft § 19 Abs. 2 WegeNV Strom ein Recht zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund enthalten. Dazu sind Regelbeispiele für das Vorliegen eines wichtigen Grundes genannt, die vorliegend jedoch nicht einschlägig sind. Ein außerordentliches Kündigungsrecht der FHH ist vorgesehen für den Fall, dass dies zur Verhütung oder Beseitigung schwerer Nachteile für das Gemeinwohl geboten ist. Auf den im Wortlaut identischen § 60 [Abs. 1 S. 2] HmbVwVfG wird im Vertrag ausdrücklich verwiesen. Das Vorliegen dieses Kündigungsgrundes erscheint uns mit Blick auf die Überlegungen zum Vorliegen eines wesentlichen Grundes als nicht überzeugend.

⁵⁷ Spieth/Hellermann, in: BeckOK VwVfG/, 68. Ed. 1.7.2025, VwVfG § 60 Rn. 10; BVerwGE 25, 303 ff.

Eine außerordentliche Kündigung kommt vorliegend zudem deshalb nicht in Betracht, da die FHH keine vollständige Lösung vom Wegenutzungsvertrag beabsichtigt, sondern allenfalls eine Anpassung des Vertrages.

Zu erwägen ist insoweit eine außerordentliche Änderungskündigung. Diese kommt aber nach unserer Einschätzung im Ergebnis nicht in Betracht. Das Instrument der Änderungskündigung ist beim öffentlich-rechtlichen Vertrag nicht etabliert, sondern primär im Arbeitsrecht. Dort bezieht es sich in der Regel auf ordentliche Kündigungen.

Im Ergebnis kommt daher eine einseitige Vertragsanpassung weder durch die SNH noch durch die FHH in Betracht. Die beabsichtigten Vertragsanpassungen könnten lediglich im Konsens zwischen beiden Vertragspartnern vereinbart werden. Wie oben ausgeführt können die entsprechenden Vertragsanpassungen allerdings keinen Dispens vom Zulassungserfordernis des § 22 HWG bewirken und wären deshalb voraussichtlich rechtswidrig.

4.4.3.3 Verhältnis zum Konzessionsvergaberecht

Das Konzessionsvergaberecht ist – wie oben bereits ausgeführt – vorliegend nicht anwendbar, allenfalls Allgemeine Rechtsgrundsätze der Nichtdiskriminierung und Transparenz aus Europäischem Primärrecht und nationalem Kartellrecht. Die sich daraus ergebenden Anforderungen sind bei allen Vertragsänderungen neben den oben ausgeführten Maßgaben des nationalen Verwaltungsverfahrensrechts und des Fachrechts zu beachten.

4.4.4 Prüfung Rechtspflicht zur Umsetzung beschleunigter Verfahren

- *Besteht eine rechtliche Pflicht zur Umsetzung beschleunigter Verfahren im Wegenutzungsvertrag zur Einhaltung der Klimaziele?*

Darzustellen ist, ob eine klimaschutzbezogene rechtliche Pflicht der FHH zur Umsetzung beschleunigter Verfahren in vertraglichen/nichtvertraglichen Zusammenhängen besteht.

4.4.4.1 Aus übergeordneten Rechtsebenen

4.4.4.1.1 Aus Völkerrecht

Aus dem Völkerrecht, insbesondere der Klimarahmenkonvention und dem Übereinkommen von Paris folgen keine hinreichend konkreten Rechtspflichten der Vertragsstaaten oder ihrer Untergliederungen, beschleunigte Verfahren zur Einführung/Errichtung emissionsfreier/-armer Technologien oder der dafür benötigten Netzinfrastrukturen einzuführen. Dies gilt auch vor dem Hintergrund des jüngsten Gutachtens des Internationalen Gerichtshofs, der zwar eine Verpflichtung der Staaten zum Klimaschutz und auch eine Verbindlichkeit der Vorgaben der Klimarahmenkonvention und des Übereinkommens von Paris anerkennt, jedoch zur genauen Erfüllung dieser Verpflichtungen keine Maßgaben macht,

welche so verstanden werden können, dass sie die Staaten bzw. deren Untergliederungen zu konkreten Änderungen verfahrensrechtlicher Vorschriften verpflichten.⁵⁸

4.4.4.1.2 Aus Unionsrecht

Aus dem Europäischen Unionsrecht folgen ebenfalls keine konkreten Pflichten der Mitgliedstaaten oder ihrer Untergliederungen, bestimmte Verfahrensregelungen mit dem Ziel des Klimaschutzes einzuführen oder abzuschaffen.

Die im Europäischen Klimagesetz⁵⁹ enthaltenen Reduktionsziele für die Union insgesamt werden durch den Europäischen Emissionshandel und die Lastenteilungsverordnung⁶⁰ heruntergebrochen auf die einzelnen Mitgliedstaaten und deren Gesamtemissionen. Vorgaben zu konkreten Zulassungsverfahren in den Mitgliedstaaten enthalten diese Rechtsakte jedoch nicht.

Andere sekundärrechtliche Vorgaben wie beispielsweise die Erneuerbare-Energien-Richtlinie erlauben zwar die Vereinfachung bestimmter Zulassungsverfahren durch die Mitgliedstaaten oder einzelner Prüfkomplexe (z.B. Artenschutz), verpflichten die Mitgliedstaaten jedoch nicht zur Abschaffung bestimmter konkreter Zulassungsverfahren.

4.4.4.1.3 Aus Verfassungsrecht des Bundes

Auch aus dem Grundgesetz lässt sich eine Verpflichtung zur Umsetzung verfahrensbeschleunigender Regeln zugunsten klimaschutzfreundlicher Infrastrukturen nicht ableiten. Das Grundgesetz verpflichtet vermittelt durch Art. 20a auch die Bundesländer zum Klimaschutz.⁶¹ Dies gilt auch mit Blick darauf, dass die Klimaschutzziele des Bundes ohne Durchführungsmaßnahmen der Länder und deren eigene Gesetzgebung nicht zu erreichen wären.⁶² Das Grundgesetz macht jedoch keine quantitativen Vorgaben dazu, welche Emissionsreduktionen in den einzelnen Bundesländern zu welchem Zeitpunkt zu erreichen sind.⁶³ Folglich verneint das Bundesverfassungsgericht in seiner aktuellen Rechtsprechung auch eingriffsähnliche Vorwirkungen von emissionsbezogenen Regelungen der

⁵⁸ <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/187/187-20250723-adv-01-00-en.pdf>

⁵⁹ Verordnung (EU) 2021/1119 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 2021 zur Schaffung des Rahmens für die Verwirklichung der Klimaneutralität und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 401/2009 und (EU) 2018/1999 („Europäisches Klimagesetz“), ABl. L 243 vom 09.07.2021, S. 1 ff.

⁶⁰ Verordnung (EU) 2018/842 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018 zur Festlegung verbindlicher nationaler Jahresziele für die Reduzierung der Treibhausgasemissionen im Zeitraum 2021 bis 2030 als Beitrag zu Klimaschutzmaßnahmen zwecks Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Übereinkommen von Paris sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 525/2013, ABl. L 156 vom 19.6.2018 i.d.F. der Verordnung (EU) 2023/857 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. April 2023, ABl. L 111 vom 26.4.2023.

⁶¹ BVerfG, Beschl. v. 18.01.2022 – 1 BvR 1565/21 u.a., NJW 2022, 844 ff., Rn. 16.

⁶² BVerfG a.a.O.

⁶³ BVerfG, a.a.O.

Länder.⁶⁴ Analog zur Rechtsprechung auf der Bundesebene werden auch entsprechende Verletzungen grundrechtlicher Schutzpflichten derzeit verneint.⁶⁵ Auch das gänzliche Fehlen von Landesklimaschutzgesetzen wird insoweit als grundrechtlich unschädlich angesehen.

Auf den vorliegenden Fall übertragen bedeutet dies, dass das Staatsziel aus Art. 20a GG sowohl isoliert betrachtet als auch im Zusammenwirken mit den Freiheitsgrundrechten die FHH als Bundesland nicht zu konkreten emissionsbegrenzenden Regelungen verpflichtet. Daraus folgt nach unserer Einschätzung weiter, dass aus dem Grundgesetz auch keine Pflicht zur Abschaffung oder Anpassung von bestimmten Zulassungsverfahren mit mittelbaren Auswirkungen auf die Höhe der THG-Emissionen im Gebiet des Landes abgeleitet werden kann. Es fehlt zur Herleitung einer solchen Pflicht an einem bundesverfassungsrechtlichen Maßstab.

4.4.4.1.4 Aus einfachem Bundesrecht

Auch aus dem sonstigen Bundesrecht, insbesondere dem Bundes-Klimaschutzgesetz folgt keine Verpflichtung der Länder, in ihrem Zuständigkeitsbereich bestimmte Verfahren vorzusehen oder abzuschaffen. § 13 KSG legt ein Berücksichtigungsgebot hinsichtlich des Zwecks des KSG und der zu seiner Erfüllung festgelegten Ziele für alle Träger öffentlicher Aufgaben, also auch für die Länder, fest. Das Berücksichtigungsgebot entfaltet – ähnlich § 2a HmbKliSchG – allerdings nur dort Wirkung, wo dem jeweiligen Träger öffentlicher Aufgaben Planungs-, Abwägungs- und Ermessensspielräume eröffnet sind. § 13 KSG eröffnet keinen Dispens von der Anwendbarkeit anderer Rechtsvorschriften und enthält auch keinen konkreten Regelungsauftrag zur Anpassung bestehender Verfahren.

4.4.4.2 Aus Landesverfassungsrecht

Auch aus dem Landesverfassungsrecht der FHH lässt sich nach unserer Einschätzung keine konkrete Verpflichtung ableiten, mit Blick auf den Klimaschutz bestimmte Verfahren vorzusehen oder abzuschaffen.

Die Präambel der Verfassung der Freien und Hansestadt enthält im vorletzten Satz eine besondere Schutzpflicht des Staates für die natürlichen Lebensgrundlagen unter Hervorhebung der Wahrnehmung der Verantwortung für die Begrenzung der Erderwärmung:

„Die natürlichen Lebensgrundlagen stehen unter dem besonderen Schutz des Staates. Insbesondere nimmt die Freie und Hansestadt Hamburg ihre Verantwortung für die Begrenzung der Erderwärmung wahr.“

Diese rechtliche Vorgabe enthält zwar die grundsätzliche Verpflichtung, in Gesetzgebung und Verwaltungshandeln den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen und insbesondere

⁶⁴ BVerfG, a.a.O., Rn. 17, 18.

⁶⁵ BVerfG, a.a.O., Rn. 18.

den Klimaschutz mit hohem Gewicht zu berücksichtigen, jedoch keine Maßstäbe dafür, wie genau dieser Verpflichtung zu genügen ist.

4.5 Sonstige rechtliche Risiken

- *Welche Risiken bestehen bei Umsetzung der vorgeschlagenen Änderungen ohne Neuausschreibung?*

Die rechtliche Situation bei Vornahme der Vertragsänderungen ohne Neuausschreibung und die entsprechenden Risiken sind oben unter den Ziffern 4.2 und 4.3 umfassend dargestellt.

- *Welche Anpassungen des Vertragsvorschlags wären ggf. erforderlich, um Rechtssicherheit zu schaffen?*

Hierzu siehe ebenfalls Ziffern 4.2 und 4.3.

4.6 Alternative Regelungen

- *Welche Alternativen zu einer vertraglichen Regelung werden gesehen (u.a. Anpassung Wegerecht oder Fachanweisung) und inwieweit sind diese geeignet identifizierte Risiken zu vermeiden.*

Als Alternativen zu der durch SNH vorgeschlagenen Vertragsänderung kommen in Betracht eine Anpassung des bestehenden Wegegesetzes oder der auf Aufgrabungen bezogenen Fachanweisung. Beide Möglichkeiten werden im Folgenden grob skizziert:

4.6.1 Anpassung HWG

Alternativ oder in Ergänzung zu der geprüften vertraglichen Neuregelung kommen Änderungen des HWG in Betracht mit dem Ziel, die derzeit noch erforderlichen Zulassungen der mit Leitungsbauarbeiten verbundenen Sondernutzungen und Wegeingriffe/Aufgrabungen abzuschaffen oder zu vereinfachen.

Hierzu bietet es sich nach unserer Einschätzung an, eine besondere Kategorie von Sondernutzungen/Aufgrabungen gesetzlich zu definieren. Diese könnte sich begrifflich an den durch § 2a HmbKliSchG mit überragendem öffentlichem Interesse versehenen Infrastrukturkategorien orientieren. Eine Orientierung an § 2a HmbKliSchG würde zugleich eine widerspruchsfreie Regelung im Landesrecht darstellen und zugleich könnte die Begründung für die gesetzliche Differenzierung im HWG aus der Klimaschutzdienlichkeit der entsprechenden Infrastrukturen abgeleitet werden.

Wesentliche Regelungsaufgabe einer Neuregelung ist die gesetzliche Vorwegnahme der Abwägung über die Zulässigkeit von Bauarbeiten im Einzelfall zur Vermeidung oder Vereinfachung einer Zulassungsentscheidung im Einzelfall.

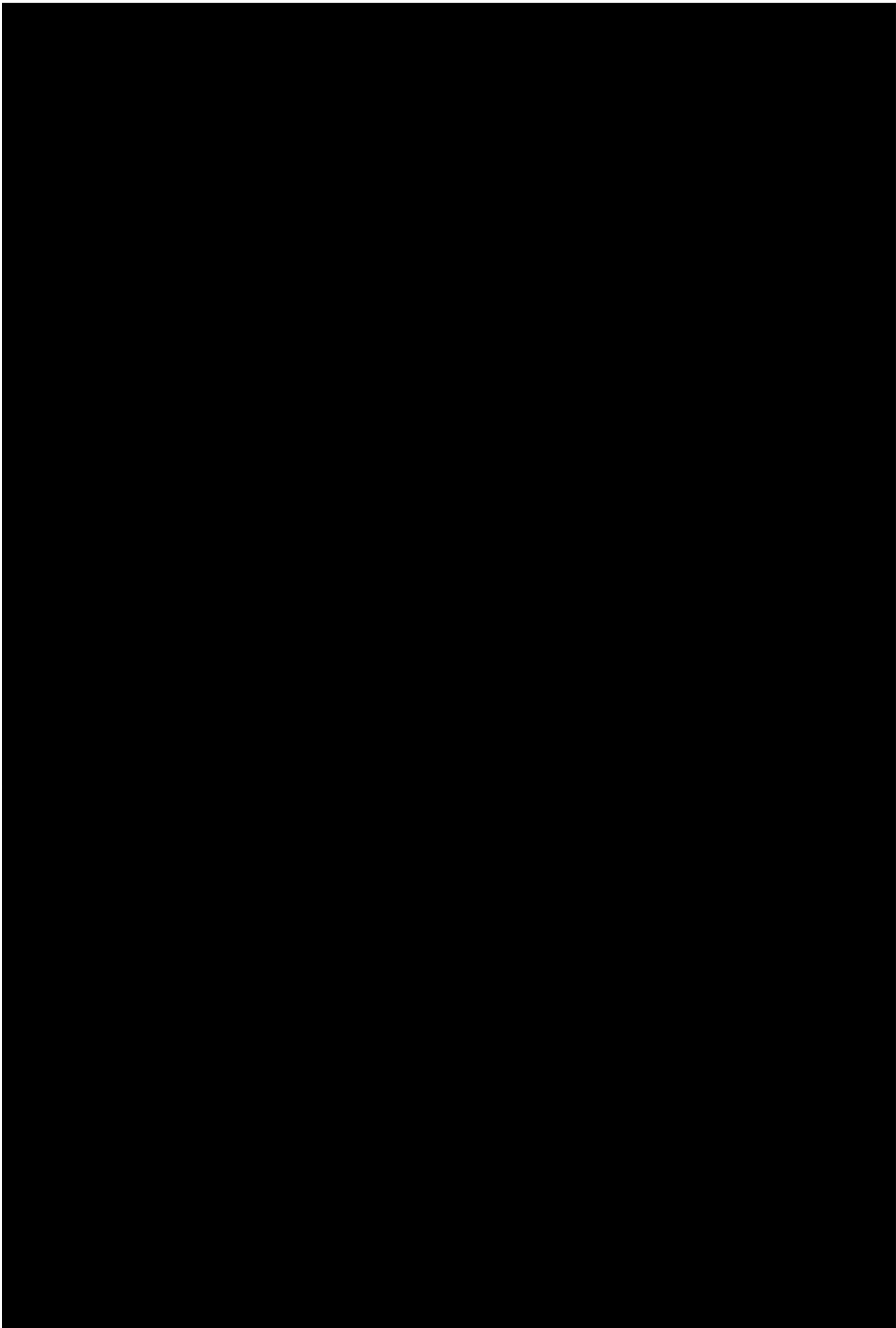
So könnte beispielsweise geregelt werden, dass Wegeeingriffe zwecks Bauarbeiten für die dort genannten Infrastrukturen im Regelfall zulässig sind/zuzulassen sind oder nur einer Anzeige mit Widerspruchsmöglichkeit der zuständigen Behörde bedürfen. Insoweit erscheint uns eine öffentlich-rechtliche Ausgestaltung des Zulassungs- oder Anzeigeverfahrens geboten, damit auch mit Blick auf die Interessen Dritter sichergestellt ist, dass eine verrechtlichte Entscheidung getroffen wird und nicht lediglich eine Entscheidung als Teil des Vollzuges eines zweiseitigen Vertrages. Damit kann sichergestellt werden, dass eine Abwägung sonstiger betroffener öffentlicher und privater Belange im Einzelfall möglich bleibt und nicht vollständig ausfällt.

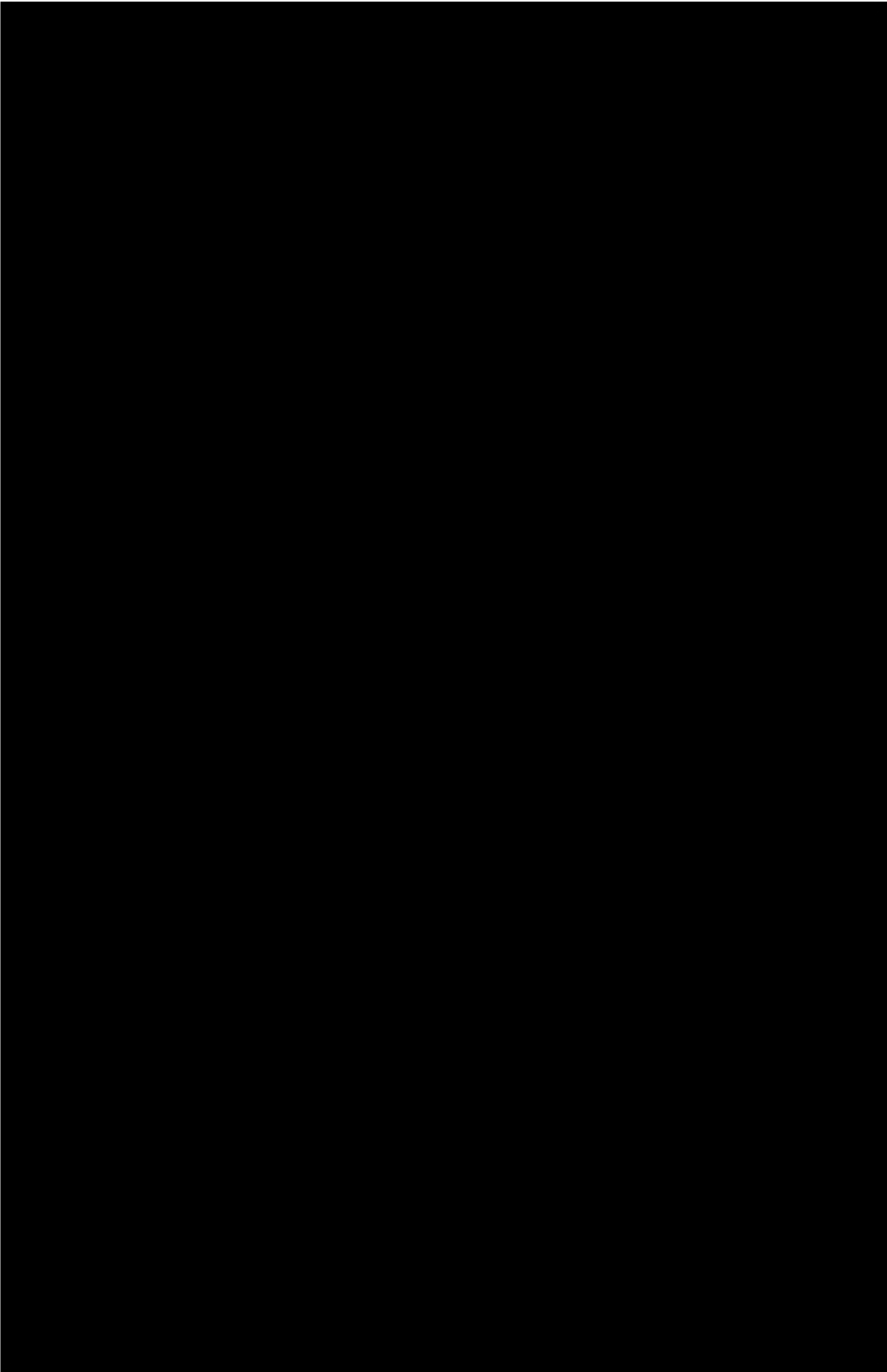
4.6.2 Anpassung Fachanweisung

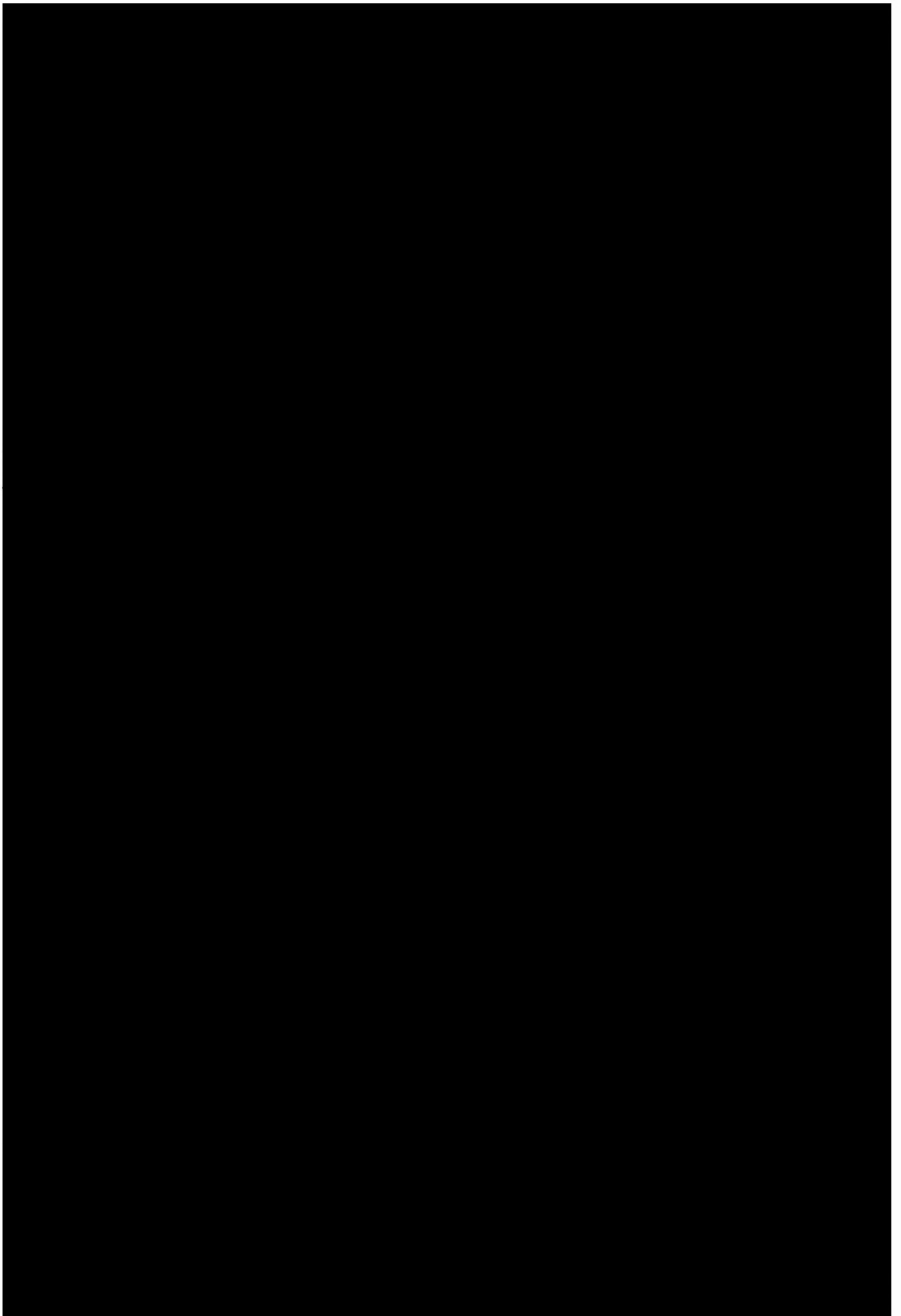
Falls eine gesetzliche Neuregelung im HWG nicht erfolgen soll, kommt eine Anpassung der bestehenden Fachanweisung in Betracht, um Bauarbeiten/Aufgrabungen für bestimmte Netzinfrastrukturen in der Verwaltungspraxis mit einem höheren Gewicht zu versehen. Die Abgrenzung zu anderen Bauvorhaben könnte auch hier anhand der in § 2a HmbKliSchG definierten Vorhabenkategorien erfolgen. Das besondere öffentliche Interesse an diesen stellt einen sachlichen Differenzierungsgrund zu Vorhaben anderer Art dar.

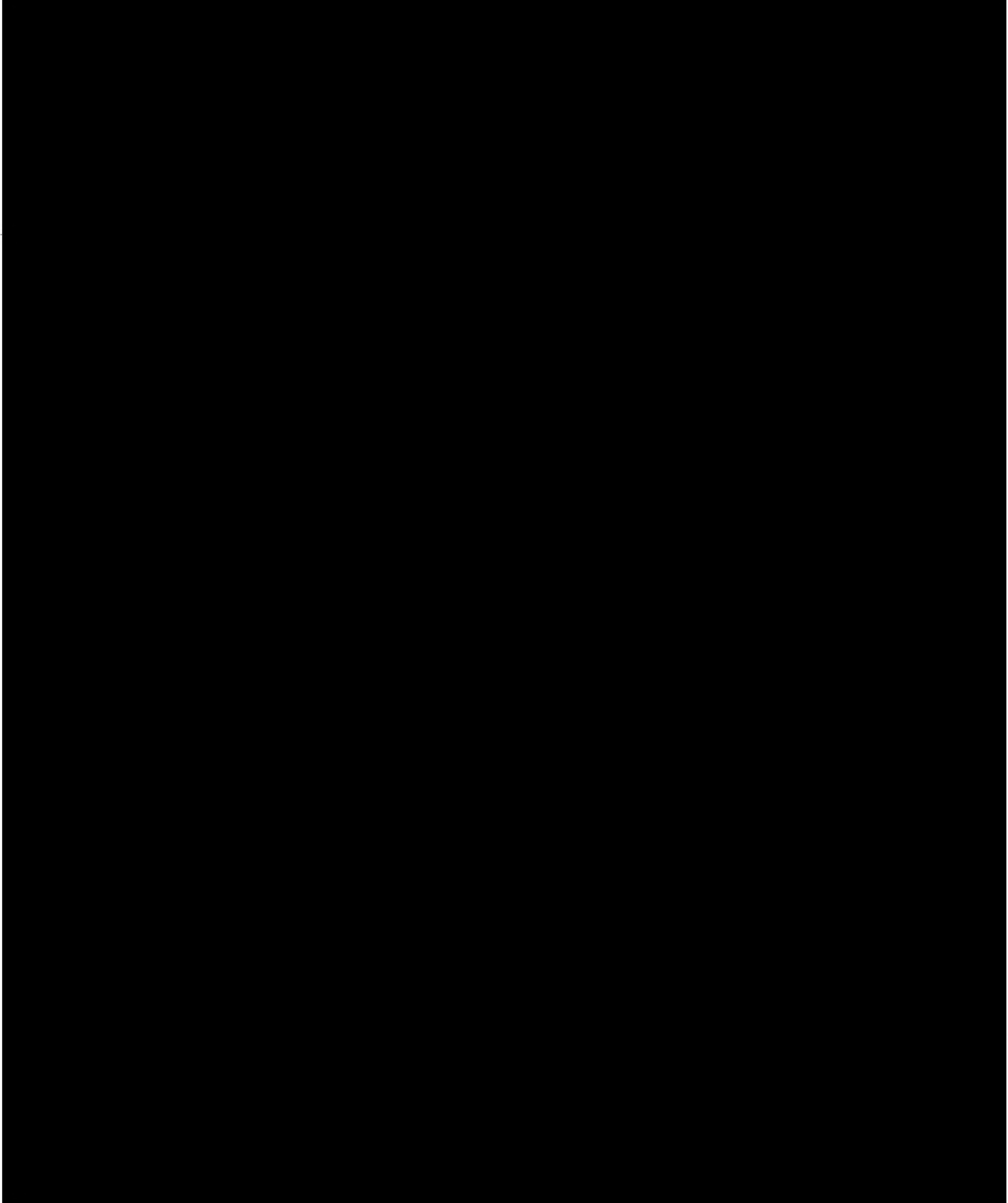
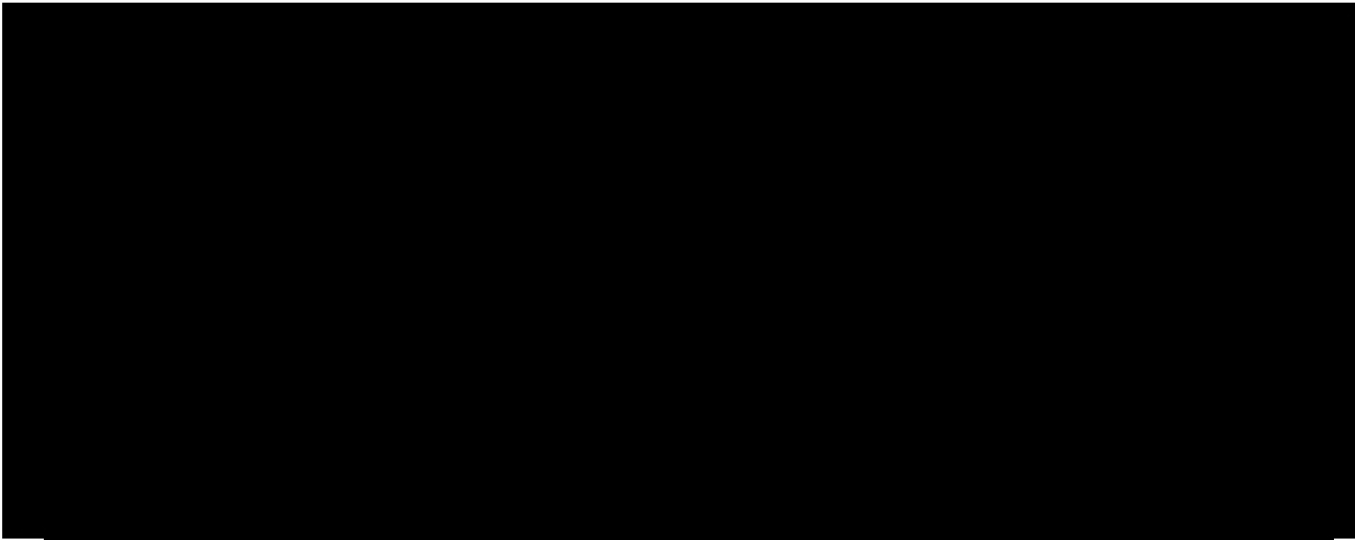
Dieses Vorgehen ist wie bereits oben dargestellt zulässig unter der Maßgabe, dass es ein rechtliches „Einfallstor“ in Gestalt einer Abwägungs- oder Ermessensentscheidung im geltenden Recht gibt, in dessen Rahmen die Wertungen des § 2a HmbKliSchG zur Geltung kommen können. Dies ist hier nach unserer Einschätzung dadurch gegeben, dass § 22 HWG und § 19 HWG im Einzelfall eine Abwägungs- bzw. Ermessensentscheidung über die Erlaubniserteilung erfordern, bei der für und gegen die jeweilige Baumaßnahme sprechende Interessen zu berücksichtigen sind.

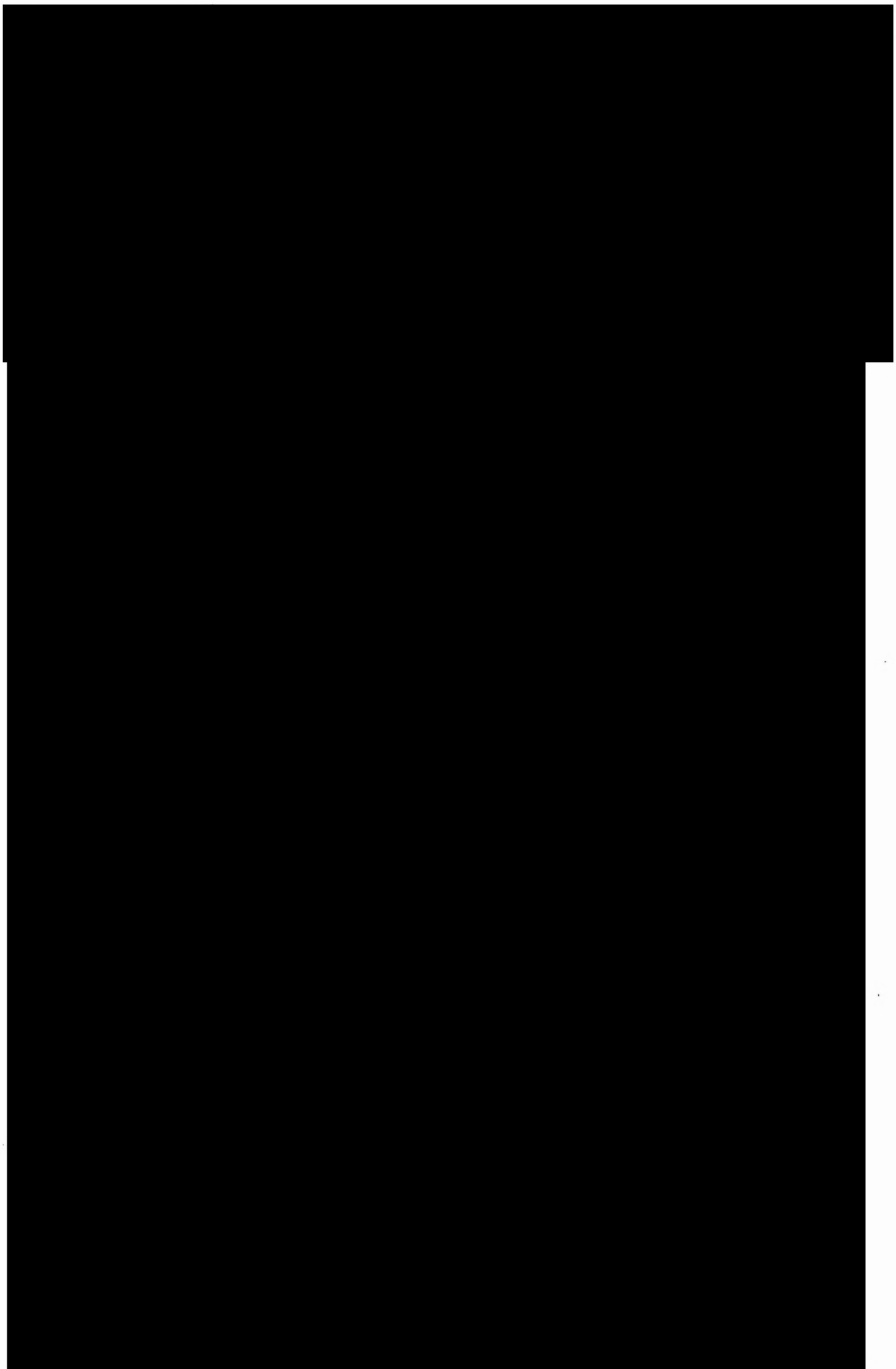
Konkret könnte dies beispielsweise gestaltet werden in Form einer Regelvermutung für die Zulassungsfähigkeit von Aufgrabungen für Anlagen nach § 2a HmbKliSchG, wenn nicht binnen bestimmter Vorlaufzeiten gegenläufige Interessen Dritter vorgebracht werden. Zur zeitlichen Priorisierung und Ordnung im Verhältnis zu anderen Bauarbeiten könnten Regelbeispiele für das Vorgehen in typisierten Situationen aufgenommen werden.

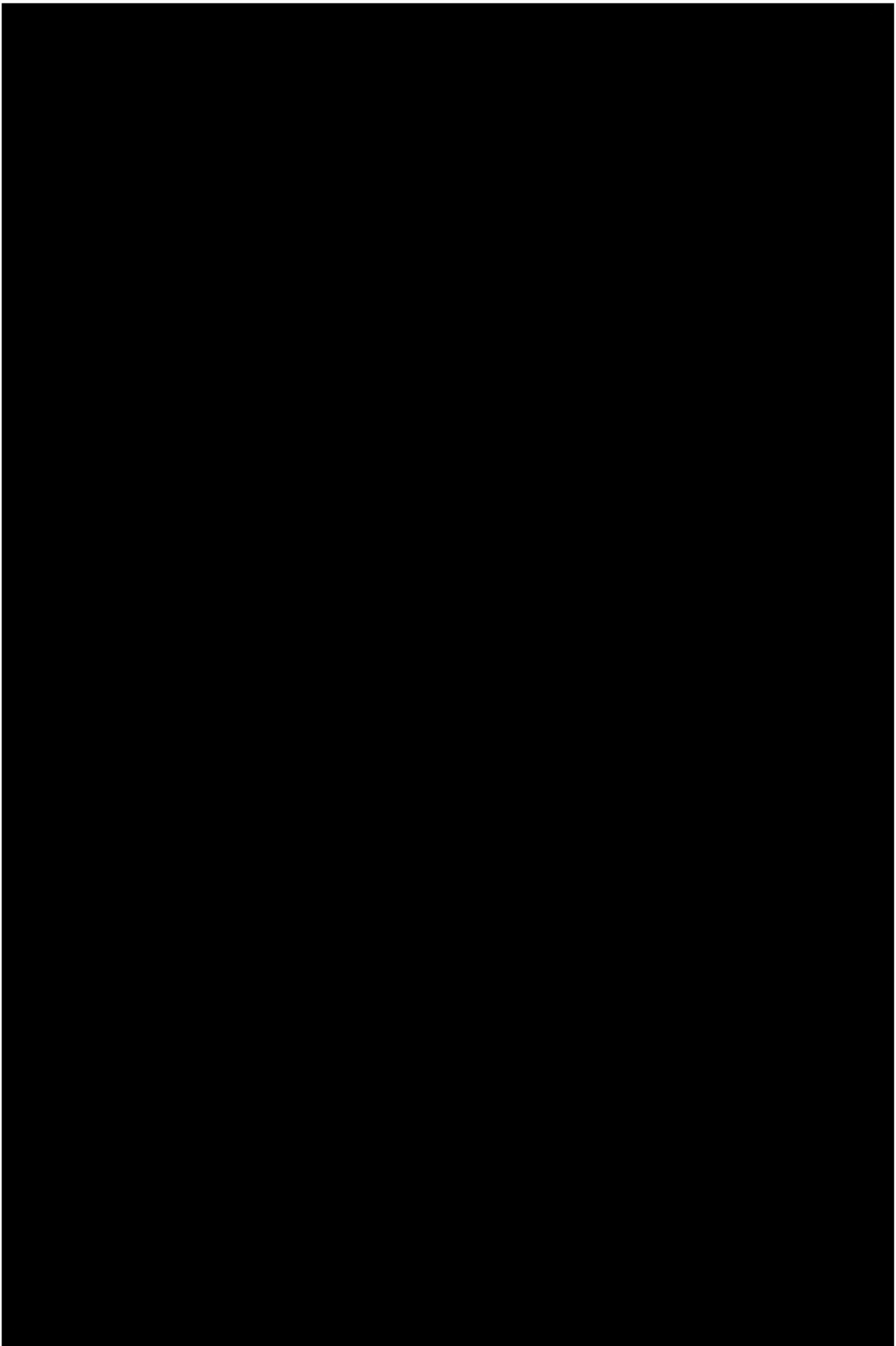




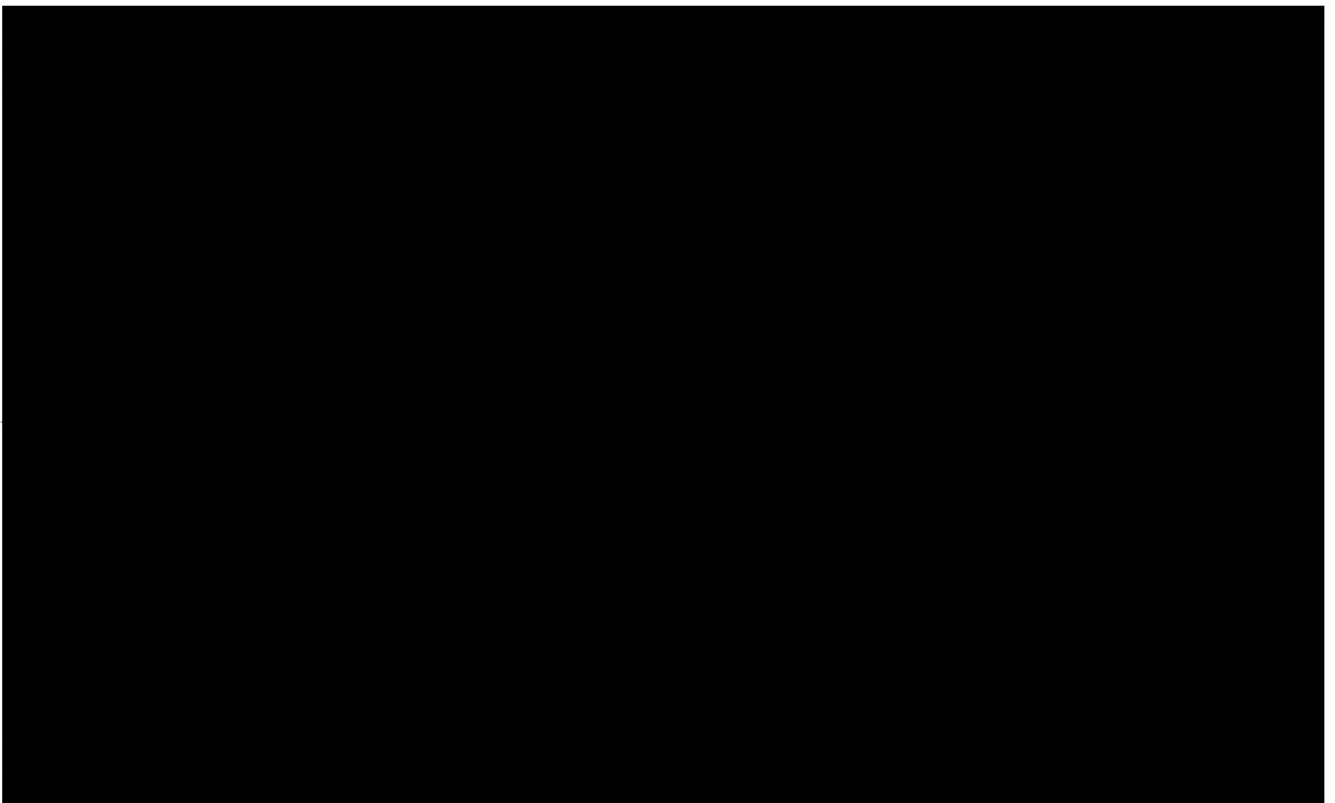
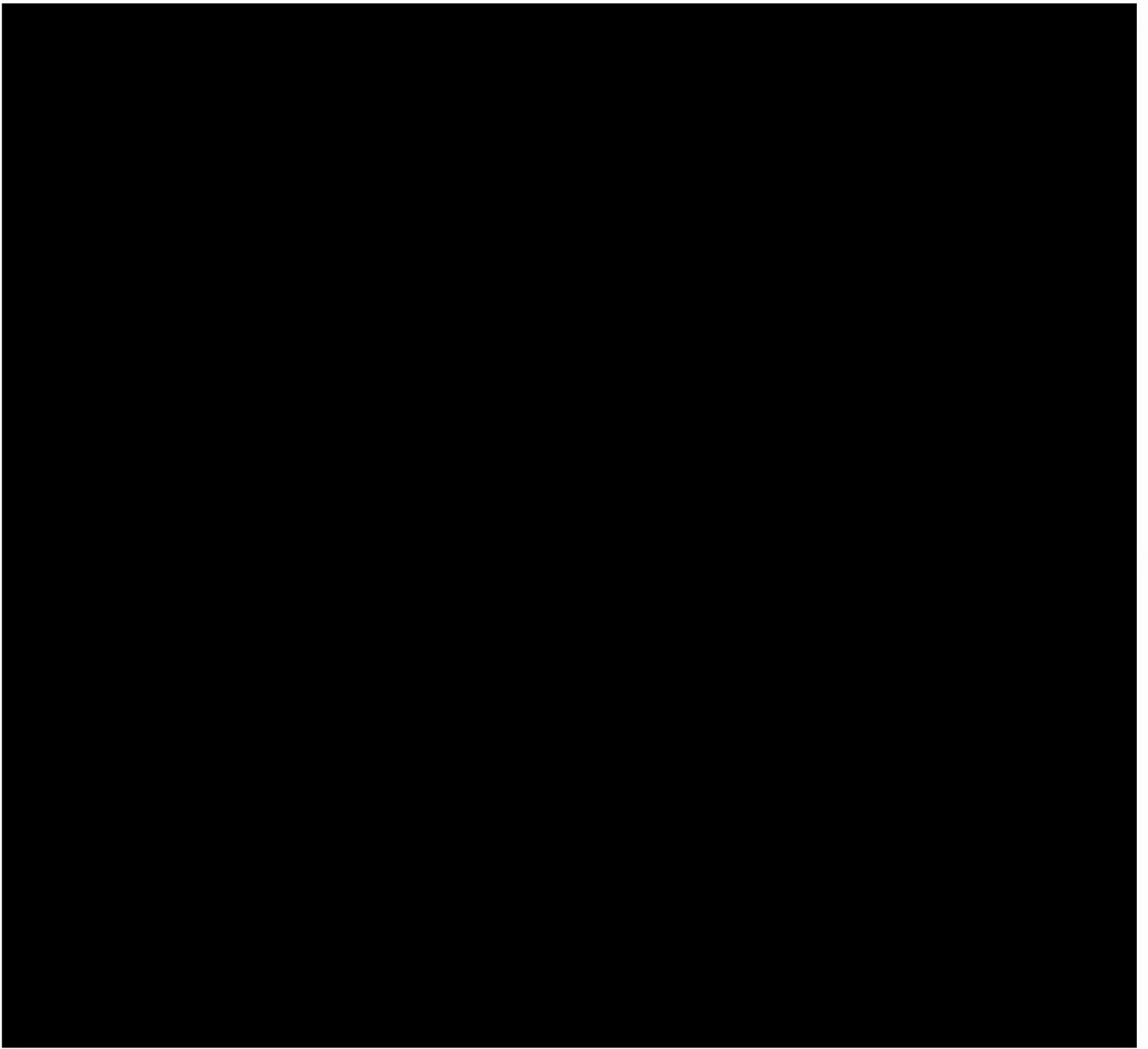








[Redacted]





[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]



[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]