

**(Konzessions-) Wegenutzungsvertrag
nach § 46 EnWG
und kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht**

**Heike Zinram
Niedersächsisches Ministerium für
Wirtschaft, Arbeit und Verkehr
-Landeskartellbehörde –
-Mai 2008-**



Vorbemerkung

In der Netzökonomie sind seit der Liberalisierung der Energiemärkte mittlerweile unterschiedliche Wettbewerbsalternativen etabliert. Zu unterscheiden ist zwischen „Wettbewerb in Netzen“, „Wettbewerb zwischen Netzen“ und „Wettbewerb um Netze“.

Mit der grundlegenden Neuregelung des § 46 EnWG im Jahr 2005 setzt der Gesetzgeber auf den „Wettbewerb um die Netze“. Zudem umfassen Konzessionsverträge nunmehr nur noch den Netzbetrieb, nicht jedoch die allgemeine Versorgung.



1. Konzessionsvertrag nach § 46 EnWG

- Durch den Konzessionsvertrag gewährt eine Gemeinde ihrem Vertragspartner/EVU das Recht zur Benutzung ihrer öffentlichen Verkehrswege. Deshalb zählt der Konzessionsvertrag zu den Wegenutzungsverträgen.
- Nach der Systematik des § 46 EnWG gibt es zwei Arten von Verträgen:
 - Verträge über eine Wegenutzung, die einzelne Leitungen betrifft, welche der Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet dienen (§46 Abs. 1 Satz1 EnWG)
 - Und Verträge über eine Wegenutzung, die der Versorgung von Letztverbrauchern durch ein Netz der allgemeinen Versorgung betrifft (§ 46 Abs. 2-4 EnWG)



- Für beide Arten der Wegnutzung können die Gemeinden Konzessionsabgaben verlangen.
- Dient die Wegnutzung der Verlegung und dem Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören, stellt das EnWG Regelungen auf, die die inhaltliche Ausgestaltung des Vertrages zulasten der Parteiautonomie einschränken. Hierzu zählt die zeitliche Begrenzung der Laufzeit dieser Verträge auf zwanzig Jahre. >Laufzeitbegrenzung: einzige Möglichkeit für einen Wettbewerb um Versorgungsgebiete.
- Verträge, die ein Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet betreffen, werden qualifizierte Konzessionsverträge genannt.



1. Muss die Beendigung/das Auslaufen eines Konzessionsvertrages ausgeschrieben werden?

a. Rechtlicher Rahmen nach dem Energiewirtschaftsgesetz (EnWG)

Wortlaut des § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG

„ (2) 1 Verträge von Energieversorgungsunternehmen mit Gemeinden über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören, dürfen höchstens für eine Laufzeit von 20 Jahren abgeschlossen werden. 2 Werden solche Verträge nach ihrem Ablauf nicht verlängert, (...)“



Wortlaut des § 46 Abs. 3 EnWG

„(3) 1Die Gemeinden machen spätestens zwei Jahre vor Ablauf von Verträgen nach Absatz 2 das Vertragsende durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger oder im elektronischen Bundesanzeiger bekannt. 2Wenn im Gemeindegebiet mehr als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar an das Versorgungsnetz angeschlossen sind, hat die Bekanntmachung zusätzlich im Amtsblatt der Europäischen Union zu erfolgen. 3Beabsichtigen Gemeinden eine Verlängerung von Verträgen nach Absatz 2 vor Ablauf der Vertragslaufzeit, so sind die bestehenden Verträge zu beenden und die vorzeitige Beendigung sowie das Vertragsende öffentlich bekannt zu geben. 4Vertragsabschlüsse mit Unternehmen dürfen frühestens drei Monate nach der Bekanntgabe der vorzeitigen Beendigung erfolgen. 5Sofern sich mehrere Unternehmen bewerben, macht die Gemeinde bei Neuabschluss oder Verlängerung von Verträgen nach Absatz 2 ihre Entscheidung unter Angabe der maßgeblichen Gründe öffentlich bekannt.“



b. Rechtlicher Rahmen nach dem Vergaberecht

Ist der Anwendungsbereich des Vergaberechts gegeben?

-Nein, weil eine Konzession nach § 46 EnWG
> eine Dienstleistungskonzession darstellt.

Definition

Dienstleistungskonzessionen sind definiert als Dienstleistungsaufträge zwischen einem (öffentlichen) Auftraggeber und einem Unternehmer (Konzessionär), bei denen die Gegenleistung für die Dienstleistung statt in einer Vergütung in dem Recht auf Nutzung der Dienstleistung, ggf. zuzüglich der Zahlung eines Preises, besteht.

Das wirtschaftliche Risiko der Nutzung liegt vollständig beim Konzessionär.



Auf Konzessionen zur Wegenutzung übertragbar?

- Der Konzessionär schließt mit einer Gemeinde einen Vertrag
- Der Vertrag beinhaltet neben dem Recht auf Wegenutzung die Pflicht das Netz zu betreiben (Dienstleistung im Rahmen der Daseinsvorsorge)
- Als Gegenleistung erhält das EVU von der Gemeinde keine Vergütung, sondern das Recht zur Nutzung, nämlich zum Betrieb des Netzes; die Nutzer des Netzes zahlen für die Nutzung des Netzes an den Netzbetreiber; mit dem Nutzungsrecht wird auch die Verantwortung (= Risiko) für die Nutzung übertragen
- Das wirtschaftliche Risiko liegt beim Netzbetreiber (= Konzessionär)

Folge: Die Konzession, mit der einem EVU das Recht zur Benutzung öffentlicher Wege zur Verlegung und zum Betrieb von Leitungen eingeräumt wird, ist eine Dienstleistungskonzession.



Vergaberechtliche Vorschriften sind nicht anzuwenden, das bedeutet:

Konzessionen sind nicht nach vergaberechtlichen Vorschriften auszuschreiben.

Aber:

Schlussfolgerung aus der „Teleaustria“ Entscheidung des EuGH (EuGH E vom 07.12.2000 – Rs. C-324/98):

Auch außerhalb der vergaberechtlichen Vorschriften sind bestimmte Grundsätze zu beachten, die sich aus dem EU Primärrecht - den Artikeln 43 bis 49 EGV ergeben, nämlich



- > Grundsatz der Nichtdiskriminierung
- > Grundsatz der Gleichbehandlung
- > Grundsatz der Transparenz
- > Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung
- > Grundsatz der Verhältnismäßigkeit



Grundsatz der Nichtdiskriminierung:

Verbietet allen Teilnehmern am Wirtschaftsverkehr jegliche Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit



Grundsatz der Gleichbehandlung:

Vergleichbare Sachverhalte dürfen nicht unterschiedlich behandelt werden, es sei denn, eine Differenzierung ist objektiv gerechtfertigt.

Auf vergleichbare Sachverhalte dürfen nicht unterschiedliche Unterscheidungsmerkmale angewendet werden



Grundsatz der Transparenz:

Verpflichtet jeden Konzessionsgeber das gewählte Verfahren sowie die Entscheidungskriterien bekannt zu geben.



Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung:

Die Erbringung von Dienstleistungen durch Wirtschaftsteilnehmer aus einem anderen Mitgliedsstaat muss zugelassen sein, wenn diese Dienstleistung den vom Bestimmungsland festgelegten gerechtfertigten Standards entspricht.



Grundsatz der Verhältnismäßigkeit:

Die gewählten Maßnahmen zur Erreichung des verfolgten Ziels müssen sowohl angemessen, als auch erforderlich sein.

Es dürfen keine technischen, fachlichen oder finanziellen Fähigkeiten von einem Bieter verlangt werden, die in Bezug auf den Gegenstand der Konzession unverhältnismäßig sind.

Das Verhältnis zwischen Wettbewerb und finanzieller Ausgewogenheit muss gewahrt sein, d.h. z.B. keine Vereinbarungen von überlangen Laufzeiten.

Der freie Wettbewerb darf nur insoweit eingeschränkt werden, als dies die Amortisation von Investitionen und eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals erfordert.



2. Bekanntmachungspflichten

Ziel: Verbreiterung des Informationsflusses über den Ablauf des Konzessionsvertrages u. Verbesserung der formalen Chancen für neue Anbieter, sich um Vertragsabschluss zu bemühen.

Folgende Fälle sind zu unterscheiden:

- Bekanntmachung des Vertragsendes
- Bekanntmachung der vorzeitigen Vertragsverlängerung (Pflicht zur Beendigung des bestehenden Vertrages)
- Wichtig: keine Vertragsverlängerung ohne vorangegangene Bekanntmachung
- Jeweils 2 Jahre im Voraus ist bekannt zu machen (außerdem gilt bei der vorzeitigen Vertragsverlängerung ein Neuabschlussverbot von drei Monaten nach Bekanntmachung.)
- Öffentliche Bekanntmachung der Entscheidung der Gemeinde über Neuabschluss oder Verlängerung des KV unter Angabe der maßgeblichen Gründe (§46 Abs. 3 Satz 2)



Hinweis:

- Vor der Veröffentlichung der Bekanntmachung sollte von der Gemeinde ein Ablaufplan festgelegt werden, der alle Einzelschritte, und den zeitlichen Rahmen beinhaltet
- Festlegung der Auswahlkriterien (einschl. der Gewichtung der Kriterien)
- Abschätzung, wie viel Zeit die Übertragung des Netzes in Anspruch nehmen wird
- Beschreibung des Netzes hinsichtlich Lage und Wert?



a. Inhalt und Umfang der Bekanntmachung

Keine ausdrückliche gesetzliche Verpflichtung – Verpflichtung aus Sinn und Zweck des § 46 EnWG bzw. §§ 19, 20 GWB?

>Problematisch – es geht um die Schaffung von Wettbewerb um Netze.

Bedarf es hierzu der Herausgabe von Unterlagen, Daten etc?

- Ein interessiertes EVU sollte erkennen können, wie groß das Netz ist und wie es im Einzelnen technisch ausgestattet ist?
- räumliche oder gesellschaftliche Besonderheiten innerhalb der Gemeinde
- Umweltschutzaspekte
- Auswahlkriterien (Größe des EVU; Umsatz des EVU; Erfahrungen des EVU)? Wirtschaftlichkeitsbetrachtung zur Erstellung des Angebotes?

Aber: Begrenzung des Kaufpreises durch den Ertragswert (Kauferring-Entscheidung des BGH v. 16.11.1999) führt dazu, die Wirtschaftlichkeit des Netzes zu unterstellen. Informationen daher nicht notwendig?



Umfang der zu übermittelnden Informationen?

- > Allenfalls die von der Gemeinde zu gebenden Informationen (KA-Aufkommen, Einwohnerzahl)?
- Keine Herausgabe von Netzdaten?

Wer ist Verpflichteter?

- Die Gemeinde – d.h. nicht der bisherige Konzessionsinhaber ist ggü. Interessenten verpflichtet.

Mögliche Lösung:

- Schaffung eines zweistufigen Verfahrens:
 1. Stufe: nur allg. Informationen (wie oben)
 2. Stufe: bei Konkretisierung der Gemeinde auf einen Interessenten - dann Herausgabe von Netzdaten



b. Form der Bekanntmachung

- Bundesanzeiger
- oder elektronischer Bundesanzeiger
- Amtsblatt der Europäischen Union
- Es entspricht dem Grundsatz der Transparenz alle wichtigen Informationen über das Netz und die Modalitäten der Neuvergabe aufzuführen.



c. Durchführung des Auswahlverfahrens

- Maßgeblich sind die veröffentlichten Auswahlkriterien
- Der Grundsatz der Transparenz verbietet es, die einmal festgelegte Gewichtung der Auswahlkriterien zu verändern
- Mit allen Bietern sollte einmal gesprochen werden (Grundsatz der Gleichbehandlung)
- Es widerspricht nicht dem Grundsatz der Gleichbehandlung stufenweise den Bestbieter zu ermitteln (d.h. nicht mit allen Bietern muss bis zum Schluss verhandelt werden)



d. Vorzeitige Verlängerung von Konzessionsverträgen gemäß

§ 46 Abs. 3 S. 3 und 4 EnWG

„3Beabsichtigen Gemeinden eine Verlängerung von Verträgen nach Absatz 2 vor Ablauf der Vertragslaufzeit, so sind die bestehenden Verträge zu beenden und die vorzeitige Beendigung sowie das Vertragsende öffentlich bekannt zu geben. 4Vertragsabschlüsse mit Unternehmen dürfen frühestens drei Monate nach der Bekanntgabe der vorzeitigen Beendigung erfolgen.“

- dient der Ermöglichung der Kenntniserlangung dritter EVU
- Behinderungs- und diskriminierungsfreie Ausgangssituation für alle Interessierten



Auffassung der Kartellbehörden / AAV I/04 am 18./19.03.2004

- > „Macht die Gemeinde den beabsichtigten Neuabschluss bekannt, ohne sicherzustellen, dass der bisherige Vertrag vorzeitig beendet werden kann, kann dies als Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung der Gemeinde auf dem Markt für die Vergabe von Wegerechten nach § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB und u.U. auch als Verstoß gegen § 20 Abs. 1 GWB von der zuständigen Kartellbehörde aufgegriffen werden und als Zuwiderhandlung nach § 32 GWB untersagt bzw. nach § 81 Abs. 1 Nr. 1 mit Geldbußen belegt werden.



3. Verschiedene Verstöße gegen Bekanntmachungspflichten möglich

a. Zuständigkeit der Kartellbehörden / Abgrenzung zu den Regulierungsbehörden

Nach § 46 Abs. 5

„(5) Die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen bleiben unberührt.“

Das bedeutet: Für Abschluss, Verlängerung und Neuabschluss von Konzessionsverträgen sind nach wie vor die Kartellbehörden zuständig (es gelten die §§ 19, 20 GWB). Kartellbehörden zuständig bei Wettbewerb um Netze.

Für aufsichtsrechtliche Maßnahmen ist gemäß § 65 Abs. EnWG die Regulierungsbehörde zuständig, d.h. alles was das Netz selbst betrifft.



b) Verstöße gegen §§ 1, 19, 20 GWB

> Nach 1 GWB sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, verboten.

> Nach § 19 GWB Abs. 1 GWB ist die Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein Unternehmen verboten. Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtigt.



- > Nach § 20 Abs. 1 GWB ist es Unternehmen mit gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegener Marktmacht untersagt, ihre Marktmacht dazu auszunutzen, solche Wettbewerber unmittelbar oder mittelbar unbillig zu behindern. Ob eine Behinderung unbillig ist, ist dabei durch eine umfassende Interessenabwägung unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB festzustellen.



c. Fälle aus der Praxis

- LK will für Gemeinde Bekanntmachungsverfahren durchführen – Verstoß gegen § 1 GWB
- Vorzeitiger Neuabschluss eines KV ohne Beendigung des alten KV – Verstoß gegen §§ 19, 20 GWB
- Samtgemeinde führt Bekanntmachungsverfahren nur für Teile des Versorgungsgebietes durch und will andere Gemeindegebiete ohne vorherige Bekanntmachung an EVU vergeben - Verstoß gegen §§ 19, 20 GWB
- Fristen des Bekanntmachungsverfahrens werden nicht eingehalten – Einzelfallprüfung, ob kartellrechtliche Verstöße gegeben sind.
- KB vertreten die Auffassung, dass Interessenbekundung mindestens 3 Monate betragen sollte – keine Ausschlussfrist!
- Bekanntmachung in unzulässigen Medien (Tageszeitung) kann zur Nichtigkeit des Vertrages wegen Verstoßes gegen § 134 BGB (Gesetzliches Verbot) führen.



d. Rechtsfolgen

- Abstellung von Zuwiderhandlungen nach §§ 32 ff GWB
- Unterlassungsanspruch und möglicherweise Schadensersatz nach § 33 GWB
- Bußgeld nach § 81 GWB



4. Folgen der Beendigung eines Konzessionsvertrages:

Verpflichtung des bisher nutzungsberechtigten EVU gegenüber dem neuen EVU zur Überlassung „seiner für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen“ Verteilungsanlagen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung

Problemfelder:

- Inhalt der Überlassungsverpflichtung (Eigentumsübertragung oder Besitzüberlassung)?



Inhalt der Überlassungspflicht Eigentumsübertragung oder schuldrechtliche Überlassung auf Zeit?

- Keine Konkretisierung des Inhalts der Überlassungsverpflichtung
Urteil des OLG SH vom 10.01.2006:
 - Pflicht zur Eigentumsübertragung auch nach § 46 Abs. 2 Satz EnWG

2 Urteile vom LG Darmstadt vom 24.04.2007:

- Keine Pflicht zur Eigentumsübertragung nach § 46 Abs. 2 EnWG. Die Formulierung „zu Überlassen“ beinhaltet neben der Möglichkeit der Eigentumsübertragung auch die Möglichkeit, die Objekte anderweitig, z.B. im Wege der Pacht, einem Dritten zur Verfügung zu stellen.
- Die Möglichkeit zur schuldrechtlichen Überlassung gilt über § 113 EnWG auch für Altverträge, die (wirksame) abweichende Regelungen getroffen haben.



- Inzwischen hat der Kartellsenat des OLG Frankfurt am Main sich mit diesen beiden Fällen befasst und entschieden, inwieweit ein neuer Konzessionsträger vom bisherigen EVU die Herausgabe der zur Energieverteilung erforderlichen Anlagen und Einrichtungen verlangen kann.
 - In beiden Fällen hatten hessische Gemeinden in ihren bisherigen Verträgen mit den EVU sog. Endschaftsklauseln vorgesehen, nach denen die Gemeinden berechtigt waren, die Energieverteilungsanlagen im Gemeindegebiet bei Beendigung des Konzessionsvertrages gegen Erstattung des Sachwertes zu übernehmen. Nachdem die Gemeinden sich entschlossen hatten neue Konzessionsverträge mit Wettbewerbern der bisherigen Netzbetreiber zu schließen, hatten sie ihre Ansprüche auf Übertragung des Eigentums an den Anlagen an die neuen Konzessionsnehmer abgetreten, die von den alten Versorgungsunternehmen nunmehr die Übertragung des Eigentums an allen Anlagen und Grundstücken verlangten, die der Versorgung des Gemeindegebiets mit Elektrizität und Gas dienen. Daneben haben sie sich auf die Regelung in § 46 Abs. 2 des EnWG berufen, wonach der bisherige Nutzungsberechtigte verpflichtet ist, seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu überlassen.



- Die Klagen auf Übertragung der Verteilungsanlagen hatten im Wesentlichen Erfolg:
- Allerdings hat das OLG angenommen, dass der gesetzliche Anspruch in § 46 Abs. 2 EnWG keinen Eigentumsübertragungsanspruch gibt, sondern den bisher Nutzungsberechtigten frei gestellt ist, in welcher Form er die notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Konzessionsnehmer zur Verfügung stellt.
- Erfolg hatte die Klage aber aus dem von der Gemeinde abgetretenen Anspruch aus der Endschaftsklausel.
- Insoweit hat der Senat klargestellt, dass derartige weitergehende Ansprüche auf Eigentumsübertragung an den Verteilungsanlagen in älteren Konzessionsverträgen von der neueren gesetzlichen Regelung unberührt bleiben und die Gemeinden ihren Anspruch auf Eigentumsüberlassung aus Endschaftsklauseln ggf. an den neuen Konzessionsträger abtreten können.
- Der Senat hat die Revision in diesem Punkt zugelassen - die Entscheidung ist noch nicht rechtskräftig. (OLG Frankfurt am Main, Urteile vom 29.01.2008, Az. 11 U 19/07 (KRT) und 11 U 20/07 (KRT))



**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.
Bei Fragen können Sie sich an mich wenden.**

**Heike Zinram
Niedersächsisches Ministerium für
Wirtschaft, Arbeit und Verkehr
- Landeskartellbehörde -
Postfach 1 01, 30002 Hannover
Tel.: 0511/120-55 46
Fax: 0511/120-99 55 46
E-Mail: heike.zinram@niedersachsen.de**



**Niedersächsisches Ministerium
für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr**