

Veranstaltungen – EWeRK-Workshops

Workshop zum Thema „Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers“ am 02.03.2011 in Berlin:

Neuvergabe von Konzessionsverträgen – Ausschreibungsverfahren, Inhouse-Geschäft und interkommunale Zusammenarbeit

Dr. Roderic Ortner, LL.M., BHO Legal, Köln

I. Einleitung

Mehr als 3000 Strom- bzw. Gaskonzessionsverträge laufen in den nächsten Jahren aus und erfordern daher eine Neuvergabe. Zahlreiche Rechtsfragen um die Konzessionsvergabe sind nach wie vor umstritten. Ein wenig Licht ins Dunkel versucht der Gemeinsame Leitfaden des Bundeskartellamtes und der Bundesnetzagentur vom 15.12.2010 zu bringen. Rechtlich handelt es sich bei dem Leitfaden allerdings um kein Gesetz, das heißt es steht nicht fest, ob und inwieweit ein Gericht dem Leitfaden folgen würde oder nicht, wenn es einmal zum Spruch kommt. Unklar ist auch die Rechtsgrundlage des Leitfadens. Das Bundeskartellamt und die Bundesnetzagentur jedenfalls werden sich an diesen Leitfaden halten, das heißt einerseits Verstöße ahnden, andererseits aber leitfadenskonforme Unternehmen in Ruhe lassen.

Sorge bereitet dem Bundeskartellamt, dass neue Konzessionsverträge vor allem mit kleineren Netzbetreibern geschlossen werden und somit eine „Netzersplitterung“ stattfinden könnte – die Unbundling-Regeln findet dort keine Anwendung, was letztlich dem Wettbewerb wieder schadet, da eine Wettbewerbsbehinderung auf dem Endkundenmarkt befürchtet wird.

Nur am Rande geht der Gemeinsame Leitfaden auf die europäische Sicht der Vergabe von Konzessionsverträgen ein. Dies gibt Anlass, diesen Aspekt näher zu beleuchten.

II. Dienstleistungskonzession nach § 46 EnWG

Rechtlicher Dreh- und Angelpunkt ist zunächst § 46 Abs. 2 und 3 des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG). Absatz 3 gibt vor, dass eine Bekanntmachung über den Ablauf von Verträgen erfolgen muss. Bei der Bekanntmachungspflicht handelt es sich wie bei der 20-jährigen Laufzeitbeschränkung in Absatz 2 um ein Verbotsgesetz gemäß § 134 BGB. Das bedeutet, dass ein Vertrag, der unter Verstoß gegen dieses Verbot geschlossen wurde, nichtig ist.¹ Eine Missachtung des § 46 Abs. 2 und 3 EnWG birgt daher erhebliche rechtliche und wirtschaftliche Risiken für beide Parteien.

Aber was beinhaltet die richtige Anwendung dieser Norm?

1. Ausgangspunkt: Wettbewerb um das Netz

Dies führt zunächst zu der Frage, ob die Bekanntmachungspflicht in § 46 Abs. 3 EnWG verlangt, Unternehmen aktiv aufzufordern, sich um den neuen Konzessionsvertrag zu bewerben.

Man wird wohl sagen müssen, dass der allgemeine Wettbewerbsgedanke, welcher der Norm zu Grunde liegt, logischer Weise einfordert, dass mit der Bekanntmachung über das Aus-

laufen des Vertrages gleichzeitig auch eine Art öffentliche Ausschreibung einzuleiten ist, andernfalls würde das Bekanntgabegebot wenig Sinn machen.² Der Gemeinsame Leitfaden geht ebenfalls hiervon aus und folgert diese Ausschreibungspflicht aus den allgemeinen europäischen Vergabeprozessen.³

Andere Stimmen sind der Meinung, bei einer Vergabe von Strom-/Gas-Konzessionsverträgen nach § 46 Abs. 2, 3 EnWG handele es sich um eine Dienstleistungskonzession.⁴

Nimmt man eine Dienstleistungskonzession an, so hat dies erhebliche praktische Relevanz, da dann die Mitteilung der Europäischen Kommission vom 23.6.2006⁵ zu beachten ist. Im Fall von Widersprüchen zwischen der Kommissions-Mitteilung und dem Gemeinsamen Leitfaden ginge außerdem erstere vor, da das Unionsrecht Vorrang vor dem nationalen Recht hat und dies erst recht für behördliche Stellungnahmen, Mitteilungen etc. gelten muss. Die Mitteilung der Kommission enthält insofern teilweise detaillierte Bestimmungen, die bei der Vergabe einer Dienstleistungskonzession einzuhalten sind. Zu untersuchen ist daher, ob ein Gas-/Strom-Konzessionsvertrag tatsächlich eine Dienstleistungskonzession im europäischen Sinn darstellt.

2. Definition der Dienstleistungskonzession

Dienstleistungskonzessionen sind nach unionsrechtlicher Definition Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistung ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich eines Preises besteht.⁶ Aus mittlerweile zahlreichen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs lassen sich folgende weitere Schlussfolgerungen ziehen: Das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession erfordert nicht, dass die Dienstleistung im Allgemeininteresse stehen muss, es ist nicht erforderlich, dass mit der Konzession eine echte Pflichten- und Verantwortungsübertragung einhergeht oder dem Konzessionär ein Ausschließlichkeitsrecht eingeräumt wird. Schließlich muss die Leistung

1. OLG Düsseldorf, Urteil v. 12.3.2008 – VI-2 U (Kart).

2. Zu den Inhalten einer solchen Bekanntmachung Sauer, EWeRK Jahrgang 9/4/2009, S. 117, 118 f.

3. Rz. 15.

4. Pippke/Gaßner, RdE 2006, 33, 36; Thomale/Kiebling, N&R 2008, S. 166, 168 f.; so damals auch noch Kermel, RdE 2005, 153 (158).

5. ABl. EG C 179/2.

6. Art. 1 Nr. 4 der Richtlinie 2004/18 (Vergabekoordinierungsrichtlinie, VKR) und Art. 18 der Richtlinie 2004/17 (Sektorenkoordinierungsrichtlinie, SKR).

auch nicht unmittelbar über die Nutzer finanziert werden, eine so genannte Kongruenz ist daher nicht erforderlich, es genügt, wenn der Auftragnehmer (d.h. Konzessionär) von Dritten finanziert wird.⁷ Als Abgrenzungsmerkmal zum Dienstleistungsauftrag hat sich mittlerweile das wirtschaftliche Risiko herauskristallisiert – dieses muss der Konzessionär tragen.⁸

Voraussetzungen einer Dienstleistungskonzession sind damit⁹:

- Der Auftraggeber betraut den Konzessionär mit der Durchführung einer Dienstleistung,
- der Konzessionär erhält als Vergütung das Recht zur Verwertung der eigenen Leistung, gegebenenfalls zuzüglich eines Preises, und
- er trägt das wirtschaftliche Risiko.

3. Prüfung der Voraussetzungen im Einzelfall

Anhand der vorgenannten Voraussetzungen ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob ein Konzessionsvertrag nach § 46 Abs. 2, 3 EnWG eine Dienstleistungskonzession im unionsrechtlichen Sinn darstellt.

a. Dienstleistung

Der Konzessionär muss eine Dienstleistung erbringen. Im Rahmen des Konzessionsvertrages nach § 46 Abs. 2, 3 EnWG bestehen die zu verrichtenden Dienstleistungen darin, dass der Konzessionär vorhandene Leitungsnetze in Stand hält, neue Leitungsnetze errichtet und das Leitungsnetz betreibt.

b. Verwertungsrecht

Weiterhin muss der Konzessionär als Vergütung das Recht zur Verwertung der eigenen Leistung eingeräumt werden. Auch dies ist zu bejahen, da die Hauptleistungspflicht des öffentlichen Auftraggebers (in der Regel ein Kreis, eine Stadt oder eine Gemeinde) darin besteht, dem Konzessionär seine öffentlichen Wege, Straßen und Plätze zur Verfügung zu stellen.¹⁰ Der Konzessionär verwertet die Leistung in der Regel durch Erhebung von Nutzungsgebühren. Im Gegenzug zahlt er der Gemeinde eine regelmäßige Konzessionsabgabe, vgl. § 48 EnWG.

Der öffentliche Auftraggeber ist berechtigt, mehrere Konzessionen zu vergeben, so dass sich Versorgungsgebiete überlappen können.¹¹ Folglich wird auch kein Ausschließlichkeitsrecht übertragen. Ein solches ist für die Annahme einer Dienstleistungskonzession aber auch nicht erforderlich.¹²

c. Wirtschaftliche Risikoverlagerung

Grundsätzlich gilt, dass das wirtschaftliche Risiko je nach Einzelfall zu bemessen ist und dabei alle die Leistung des Konzessionärs betreffenden risikohöhernden und risikoverringenden Faktoren zu berücksichtigen sind. Von Bedeutung sind dabei neben der Ausgestaltung des Dienstleistungsvertrages auch das allgemeine Betriebs- und Marktrisiko.¹³

Dies hängt jeweils im Einzelfall davon ab, ob der Konzessionär das wirtschaftliche Risiko trägt. Dabei sind etwa folgende Aspekte zu bedenken:

- Die Kunden können in der Regel nicht auf einen Konkurrenten des Konzessionär ausweichen
 - Die Höhe des Konzessionsentgelts ist gesetzlich geregelt
 - Der Vertrag läuft in der Regel für 20 Jahre
 - Die Kosten der Übernahme sind vorher oft ungewiss
 - Die Nachfrage der Kunden kann sich in 20 Jahren ändern
- Zu dem Umfang hat sich der EuGH in Sachen Eurawasser geäußert (C-206/08). Danach könne eine Dienstleistungskonzession auch vorliegen, wenn das vom öffentlichen Auftraggeber eingegangene Betriebsrisiko aufgrund der öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung der Dienstleistung von vornherein zwar erheb-

lich eingeschränkt ist, der Auftragnehmer aber dieses eingeschränkte Risiko in vollem Umfang oder zumindest zu einem erheblichen Teil übernimmt. In aller Regel wird das wirtschaftliche Risiko auf den neuen Betreiber (Konzessionär) verlagert werden, so dass die Vergabe von Strom-/Gaskonzessionsverträgen in aller Regel auch eine Dienstleistungskonzession darstellt.¹⁴

III. Ausschreibungsverfahren

1. Rechtsprechung des EuGH

Geht man von einer Dienstleistungskonzession aus, stellt sich die Frage, nach welchem Verfahren diese auszuschreiben ist und welche Formvorschriften zu beachten sind. Unstreitig ist zunächst, dass das streng formalisierte Ausschreibungsregime des Kartellvergaberechts auf die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen keine Anwendung findet.¹⁵ Das bedeutet insbesondere: Weder die VOL/A noch die Sektorenverordnung sind anwendbar. Der EuGH hat jedoch mehrfach klargestellt, dass bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen die Grundregeln des Europäischen Gemeinschaftsvertrages im Allgemeinen und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Besonderen zu beachten sind¹⁶. Das Diskriminierungsverbot enthalte dabei eine Verpflichtung zur Transparenz, da nur so festgestellt werden könne, ob es beachtet worden ist¹⁷. Daraus folgt, dass bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen grundsätzlich eine Bekanntmachungspflicht besteht¹⁸. Bzgl. des Ausschreibungsverfahrens hat der Auftraggeber die Wahl. Es bietet sich allerdings an, sich an bekannten Verfahren zu orientieren, etwa an dem Verhandlungsverfahren, welchem sinnvoller Weise ein Teilnahmewettbewerb vorzuschalten ist.

2. Mitteilung der Kommission vom 23.6.2006

Die Mitteilung der Europäischen Kommission vom 23.6.2006¹⁹ enthält nähere Hinweise zur Bekanntmachungspflicht. Die Entscheidung, inwieweit ein Auftrag möglicherweise für Wirtschaftsteilnehmer eines anderen Mitgliedstaats von Interesse

7. Vgl. EuGH, Urteil vom 11.06.2009 – C-300/07, Oymanns, Urteil vom 10.9.2009 – C-206/08, Eurawasser, Urteil vom 15.10.2009 – C-196/08, Acoset SpA, Urteil vom 13.04.2010 – C-91/08, FES, Urteil vom 10.03.2011 – C-274/09, Rettungsdienstleistungen.

8. EuGH, Urt. v. 13.10.2005, C-458/03, Parking Brixen, Rn. 40.

9. Vgl. OLG München, Beschluss vom 25.03.2011, Az. Verg 04/11 zur Vergabe des ländlichen Breitbandausbaus als Dienstleistungskonzession.

10. Albrecht, in: Schneider/Theobald, Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft, § 8 Rn. 15; Salje, Kommentar zum EnWG, 1. Aufl. 2006, § 46 Rn. 106.

11. Salje, a. a. O., § 46, Rn. 116 f.

12. Ortner, VergabeR 2008, 608 (612) m. w. N.; a. A. soweit ersichtlich nur VK Sachsen, Beschluss vom 12.5.2005 – 1/SVK/038-5.

13. Siehe hierzu umfassend Ortner, Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen, 2007, S. 127 ff.

14. Dies war auch die überwiegende Auffassung auf dem EWeRK-Workshop am 02.03.2011 zum Thema „Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers“.

15. Burgi, NZBau 2005, 610, 612; Hailbronner, in: Byok/Jaeger, Kommentar z. VergabeR, 2. Aufl. (2005); § 99, Rn. 458; Opitz, ZVgR 2000, 97 (103); Ruhland, VergabeR 2006, 731 (732); Werner/Köster, NZBau 2003, 420 (421); a.A. nur Enzian, DVBl. 2002, 235.

16. EuGH, NZBau 2001, 148, Telaustria; NZBau 2005, 592, Coname.

17. EuGH, NZBau 2001, 148, Telaustria; EuGH, NZBau 2005, 592, Coname; EuGH, NZBau, 2005, 644, Parking Brixen, EuGH, NZBau 2006, 326, ANAV.

18. Vgl. Pippke/Gaßner, RdE 2006, 33 (36 f.); verkannt von Germer, LKV 2004, 401 (402).

19. ABl. EU Nr. C 179/2 vom 1. 8.2006, Seite 3.

sein könnte („Binnenmarktrelevanz“) und damit eine EU-weite Bekanntmachung erforderlich macht, obliegt zunächst dem Auftraggeber, wobei dieser Entscheidung eine Prüfung der Umstände des jeweiligen Falls vorauszugehen hat²⁰. Dabei sind der Auftragsgegenstand, der geschätzte Auftragswert, die Besonderheiten des betreffenden Sektors sowie die geographische Lage des Orts der Leistungserbringung zu berücksichtigen²¹. Je interessanter der Auftrag für potentielle Bieter aus anderen Mitgliedstaaten ist, desto weiter sollte er bekannt gemacht werden²². Als angemessene und gängige Veröffentlichungsmedien schlägt die Kommission das Internet, nationale Amtsblätter, Ausschreibungsblätter, regionale oder überregionale Zeitungen und Fachpublikationen, lokale Medien sowie das Amtsblatt der Europäischen Union (Tenders Electronic Daily) vor²³.

Die Mitteilung der Kommission entfaltet zwar keine unmittelbare Rechtswirkung, sie ist aber als Auslegungsmaterial des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts von allen Behörden, Gerichten, Vergabekammern etc. heranzuziehen²⁴. Bei der Vergabe eines Konzessionsvertrages nach § 46 Abs. 2 EnWG sind daher die in der Mitteilung der Kommission enthaltenen Grundsätze zu beachten. Dogmatischer Anknüpfungspunkt hierfür ist eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des § 46 Abs. 2 EnWG.²⁵

3. Konflikt mit § 46 Abs. 2, 3 EnWG

Zu Konflikten mit den in der Mitteilung der Kommission genannten Bekanntmachungspflichten kommt es dann, wenn der Wegenutzungsvertrag aufgrund seines Auftragsvolumens im Amtsblatt der EU veröffentlicht werden müsste, jedoch in dem betroffenen Gemeindegebiet weniger als 100.000 Kunden an das jeweilige Versorgungsnetz angeschlossen sind. Allein aus energierechtlicher Sicht bestünde keine entsprechende Bekanntmachungspflicht nach § 46 Abs. 3 EnWG. In einer solchen Konstellation ist § 46 Abs. 3 EnWG jedoch gemeinschaftsrechtskonform dahingehend auszulegen, dass auch bei Verträgen, bei denen weniger als 100.000 Kunden zu versorgen sind, eine EU-weite Ausschreibung zu erfolgen hat, wenn nach der Kommissions-Mitteilung eine Binnenmarktrelevanz zu bejahen ist.²⁶

IV. Inhouse-Vergabe und Kooperationsmodell

Ebenfalls noch ungeklärt ist die Frage, ob und inwieweit § 46 Abs. 2 und 3 EnWG von den Regelungen über die Inhouse-Vergabe nach der Teckal-Rechtsprechung des EuGH überlagert wird.²⁷ Vergaberechtlich anerkannt ist, dass eine Ausschreibungspflicht nicht besteht, wenn ein Inhouse-Geschäft vorliegt. Ein solches liegt vor, wenn der öffentliche Auftraggeber oder die öffentlichen Auftraggeber über den Auftragnehmer, also den Vertragspartner, eine Kontrolle ausübt bzw. ausüben wie über seine bzw. ihre eigenen Dienststellen (Kontrollkriterium) und wenn der Auftragnehmer zugleich seine Tätigkeit im Wesentlichen für den Auftraggeber bzw. die öffentlichen Auftraggeber verrichtet, die seine Anteile innehaben (Wesentlichkeitskriterium). Gründen etwa zwei Gemeinden eine GmbH und übertragen dieser eine Dienstleistungskonzession, spielt sich dies außerhalb des Vergaberechts ab, es handelt sich um einen rein staatsinternen Organisationsakt. Diese Wertung muss konsequenterweise auch bei der Vergabe von Konzessionen nach § 46 Abs. 2, 3 EnWG gelten. Hiergegen spricht auch nicht § 46 Abs. 4 EnWG, wonach die Absätze 2 und 3 auf Eigenbetriebe der Gemeinden entsprechende Anwendung finden.²⁸ Der Hinweis auf Eigenbetriebe in Abs. 4 meint nämlich nicht etwa das Verhältnis der Gemeinde zu ihrem Eigenbetrieb, sondern stellt klar, dass Eigenbetriebe ebenfalls an die Verpflichtung aus § 46 Abs. 2 und 3 EnWG gebunden, aber auch berechtigt sind.²⁹ Unabhängig davon wird § 46 EnWG von dem unionsrechtlich anerkannten Inhouse-Geschäft überlagert. Eine andere Sichtweise

würde auf einen Privatisierungszwang hinauslaufen; ein solcher massiver Eingriff in die grundgesetzlich garantierte kommunale Selbstverwaltung ist von § 46 EnWG jedoch nicht bezweckt und wäre wohl auch verfassungswidrig. Daraus folgt, dass eine Bekanntmachung nach § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG und damit Ausschreibung bei einer Inhouse-Vergabe nicht erforderlich ist. Zwar wird teilweise vertreten, dass auch bei der Vergabe eines Inhouse-Geschäfts eine Bekanntmachung zu erfolgen habe, da dies auch bei der Dienstleistungskonzession gefordert werde.³⁰ Diese Ansicht verkennt jedoch den strukturellen Unterschied zwischen den beiden Rechtsinstituten: Die Dienstleistungskonzession ist dem öffentlichen Auftrag nicht unähnlich, da auch hier ein Wettbewerb um eine Dienstleistung erfolgt, es handelt sich regelmäßig um eine funktionelle Privatisierung. Die Inhouse-Vergabe ist hingegen der Beauftragung innerhalb einer staatlichen Einrichtung gleichzustellen, forderte man hier eine Bekanntmachungspflicht würde dies den staatsorganisatorischen Handlungsspielraum unverhältnismäßig beschränken. Eine Bekanntmachung hätte auch keinen Sinn, da ohnehin keine Öffnung des Auftrags aus dem staatlichen Bereich hinaus erfolgen soll. Dies hat der EuGH auch unlängst bestätigt.³¹

Neben dem Inhouse-Geschäft gibt es noch ein weiteres jüngst vom EuGH geprägtes Rechtsinstitut, nach welchem das Vergaberecht keine Anwendung findet, nämlich die sog. „interkommunale Zusammenarbeit“.³² In der sog. „Hamburg-Entscheidung“ haben die Luxemburger Richter, vereinfacht gesprochen, entschieden, dass bei einem kooperativen Zusammenarbeiten zwischen Gemeinden zur Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe und ohne Gewinnerzielungsabsicht (also nur reiner Kostenausgleich) keine Ausschreibungspflicht besteht. Dieses Kooperationsmodell läßt sich auch auf Vergaben nach § 46 Abs. 2, 3 EnWG übertragen, da Strom-/Gaskonzessionsverträge fraglos der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben dienen.

V. Zusammenfassung

Nach Ablauf einer Strom-/Gaskonzession ist diese im Wettbewerb neu auszuschreiben. Da es sich in aller Regel um eine Dienstleistungskonzession handelt, findet das streng formalisierte

20. Mitteilung, ABl. EU Nr. C 179/2 vom 1. 8.2006, Seite 2.

21. Mitteilung, ABl. EU Nr. C 179/2 vom 1. 8.2006, Seite 2.

22. Mitteilung, ABl. EU Nr. C 179/2 vom 1. 8.2006, Seite 4.

23. Mitteilung, ABl. EU Nr. C 179/2 vom 1. 8.2006, Seite 4.

24. Vgl. EuGH, Urteil vom 20.03.1997, Rs. 750/95, Französische Republik/Kommission, Slg. 1997, I-1627, Rn. 24; Kugelman, in: Streinz, EUV/EGV, Artikel 211, Rn. 38.

25. Ortner, VergabeR 2008, 608, 614.

26. Ortner, VergabeR 2008, 608, 614.

27. EuGH, Urt. v. 18.11.1999 – Rs. C-107/98, Teckal, NZBau 2000, 90; Übersicht über die Rechtsprechung etwa bei Ganske, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, Kommentar, 3. Aufl. 2011, § 99, Rn. 50 ff.

28. So aber U. Ehrcke im Rahmen seines Vortrags zum „Rechtsrahmen der EnWG-Konzessionsvergabe“ auf dem 12. Düsseldorfer Vergaberechtstag am 09.06.2011.

29. Vgl. Salje, a.a.O., § 46, Rn. 172.

30. VK Arnsberg, Beschluss v. 26.10.2005 – VK 15/2005; wohl auch Ganske, a.a.O., § 99, Rn. 63.

31. Urteil vom 13.10.2005, Rs. C-458/03, Parking Brixen, Rn. 62: „Folglich ist die Anwendung der Artikel 12 EG, 43 EG und 49 EG sowie der allgemeinen Grundsätze, deren spezielle Ausprägung sie darstellen, im Bereich der öffentlichen Dienstleistungskonzessionen dann ausgeschlossen, wenn die konzessionserteilende öffentliche Stelle über die konzessionsnehmende Einrichtung eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Einrichtung zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Stelle verrichtet, die ihre Anteile innehat.“ Es ist davon auszugehen, dass VK Arnsberg diese Entscheidung in ihrem Beschluss noch nicht berücksichtigen konnte und daher heute wohl anders entscheiden würde.

32. EuGH, Urteil vom 09.06.2009, Rs. C-480/06.

sierte Vergaberecht keine Anwendung und die Vergabenachprüfungsinstanzen sind unzuständig. Gleichwohl erfolgt die Vergabe nicht in einem rechtsfreien Raum. Zu beachten sind die allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Transparenz. Handlungsanweisungen an die ausschreibende Stelle enthalten der Gemeinsame Leitfaden des Bundeskartellamts und der Bundesnetzagentur vom 15.12.2010 sowie die Mitteilung der Kommission vom 23.06.2006. Bei Binnenmarktrelevanz des Konzessionsvertrages ist dieser EU-weit auszuschreiben. Keine Ausschreibungs- und damit Bekanntga-

bepflicht besteht indes, wenn die Konzession „inhouse“ vergeben wird; oder im Rahmen einer interkommunalen Zusammenarbeit.

EWeRK-Service:

Am 02.03.2011 fand unter Beteiligung von RA Dr. Ortner ein EWeRK-Workshop zu dem Thema: „Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers“ statt. Nähere Informationen können beim EWeRK angefordert werden.

Workshop zum Thema „Beteiligungsmodelle bei Konzessionsvertragsvergaben – § 46 EnWG“ am 8. April 2011 in Berlin:

Zusammenfassung des Vortrags: „Beteiligungsmodelle und Nebenleistungsverbot nach § 3 KAV“

Gert Schäfer, Referatsleiter Landesregulierungsbehörde Energie, Hessisches Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung

1. Die Konzessionsabgabenverordnung (KAV) begrenzt die Belastung der Betreiber von Strom- und Gasnetzen als Konzessionsnehmer und damit indirekt auch die der Energieverbraucher im Wesentlichen auf bestimmte, in der Verordnung genannte Cent-Beträge je gelieferte Kilowattstunde Energie. Den Kommunen ist damit ein den wirtschaftlichen Wert der gemeindlichen Wegerechte maximierender Vergabewettbewerb um Konzessionsgebiete verwehrt. Vielmehr definiert die KAV den Wert des Wegerechts für Strom- und Gaskonzessionen. Diese Begrenzung der Konzessionsabgaben ist nur wirksam, wenn auch sonstige Leistungen des Netzbetreibers an die konzessionsgebende Kommune ausgeschlossen bzw. begrenzt werden.

2. Es war deshalb für den Gesetz- und Ordnungsgeber sachlich geboten, mit dem Fortbestand der KAV auch das Nebenleistungsverbot des § 3 Abs. 2 KAV in das seit Juli 2005 geltende neue Energiewirtschaftsrecht zu übernehmen. Erwägungen, denen zufolge der Schutzzweck des Nebenleistungsverbots unter den Bedingungen der Netzentgeltregulierung ins Leere laufe, weil die Regulierung verhindere, dass unangemessene Kostenbestandteile in die Netzentgeltkalkulation einfließen, gehen fehl. Ein der Kostenprüfung vorgelagerter Eingriff des Ordnungsgebers in die Zulässigkeit von Ausgaben der Netzbetreiber ist auch unter den Bedingungen einer Kostenregulierung sachgerecht, um bereits die Entstehung betriebsfremder oder nicht sachzielbezogener Kosten zu unterdrücken. Ferner ist das Nebenleistungsverbot darauf gerichtet, eine den Netzbetreiber in seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit beeinträchtigende und damit die Versorgungssicherheit gefährdende Belastung zu unterbinden, ein Anliegen, dem die Regulierung nicht Rechnung tragen könnte, weil sie nicht unmittelbar in die Ausgaben eines Netzbetreibers eingreifen kann, sondern nur (durch Verweigerung der Anerkennung von Ausgaben als Kosten) deren Wälzung auf die Netznutzer unterbinden könnte.

3. Im Zuge der Neuvergabe von Konzessionen werden vergleichsweise häufig Beteiligungsmodelle vereinbart. Dabei nimmt die Kommune einen Beteiligungspartner in ihr neu zu gründendes oder hinsichtlich des Geschäftsumfangs zu erweiterndes Stadtwerk auf. Dem Gemeinschaftsunternehmen „Stadtwerk“ werden die Wegerechte für die Strom- oder Gas-

versorgung im Gemeindegebiet eingeräumt. Die Beteiligung privater Unternehmen an kommunalen Energieversorgern entlastet somit die Kommunen bei der Aufbringung von Eigenkapital für Stadtwerksgründungen oder -erweiterungen. Das unternehmerische Risiko des Netzbetriebs wird gestreut. Handelt es sich, wie häufig anzutreffen, beim Beteiligungspartner um einen Netzbetreiber, so ist auch eine Kooperation in der Betriebsführung naheliegend, wodurch einer kostentreibenden kleinzelligen Zersplitterung des Netzbetriebs entgegengewirkt werden kann. Regulierungsbehörden und Wirtschaftspolitik stehen deshalb Beteiligungsmodellen grundsätzlich positiv gegenüber.

4. Auch Beteiligungsmodelle sind am Maßstab des Nebenleistungsverbot der KAV zu messen. Das Nebenleistungsverbot ist auch in diesem Zusammenhang eng auszulegen, da es nur so die ihm vom Ordnungsgeber zugeordnete Wirkung entfalten kann. Soweit gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen im wirtschaftlichen Ergebnis die konzessionsgebende Kommune in einem Umfang begünstigen, der bei unmittelbarem Abschluss eines Konzessionsvertrages mit einem Netzbetreiber nicht zulässig wäre, begegnen sie entsprechenden Bedenken. Dies gilt insbesondere für Regelungen des Konsortialvertrags, die der Gemeinde eine unangemessen hohe Gewinnbeteiligung oder eine unverhältnismäßige Übernahme des unternehmerischen Risikos durch den Beteiligungspartner einräumen. Betätigt sich die Kommune unternehmerisch im Rahmen eines gemeinsam mit einem Beteiligungspartner geführten Stadtwerks, unterliegt sie uneingeschränkt sowohl den Gewinnchancen als auch den Verlustrisiken aus dieser Tätigkeit.

5. Die Zusage einer vom Geschäftsergebnis unabhängigen Garantiedividende stellt jedenfalls dann eine nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV unzulässige Nebenleistung dar, wenn die Kommune eine Mehrheitsbeteiligung an ihrem Stadtwerk hält und unternehmerischen Einfluss auf die Geschäftstätigkeit ausübt. Eine Garantiedividende ist eine Finanzleistung i.S. des § 3 Abs. 2 Ziff. 1 KAV. Ob sie „unentgeltlich oder zu einem Vorzugspreis“ gewährt wird, bestimmt sich danach, wie die Gegenleistung der Kommune im Geschäftsverkehr üblicherweise vergütet wird. Die Gegenleistung der Kommune besteht in der Beteiligung an

der Gesellschaft, d.h. in der Einlage von Eigenkapital und in der Steuerung des Geschäftsbetriebes im Rahmen der gesetzlichen und satzungsgemäßen Einflussnahme. Eigenkapital ist Risikokapital. Im Gegensatz zum Kreditgeber, der nur dem Risiko der Insolvenz des Schuldners unterworfen ist, trägt der Eigenkapitalgeber zusätzlich das Ertragsrisiko. Vereinbarungen, die ihn von diesem Risiko befreien, begünstigen ihn in wirtschaftlich unüblicher Weise. Da Garantiedividenden auf die „Gewährung“ von Zahlungen an die Kommune auch in Wirtschaftsjahren zielen, in denen kein Gewinn oder gar ein Verlust erwirtschaftet wurde, dürfen sie nicht „vereinbart“ werden.

6. Auch in Fällen, in denen die Gemeinde Minderheitsgesellschaftler bleibt, gelten die vorstehenden Erwägungen. Wird allerdings zwischen dem Beteiligungspartner als Mehrheitsgesellschaftler und dem Stadtwerk ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag geschlossen, sind die gesetzlich gebotenen und wirtschaftlich üblichen Regelungen der Ergebnisbeteiligung von Minderheitsgesellschaftler selbstverständlich auch konzessionsabgabenrechtlich unbedenklich. Eine über die wirtschaftlich übliche und angemessene Beteiligung des Minderheitsgesellschaftlers hinausgehende Begünstigung der Kommune stellt ebenfalls einen Verstoß gegen das Nebenleistungsverbot dar.

7. Einen Verstoß gegen § 3 Abs. 2 KAV wird man auch in Endschaffsklauseln sehen müssen, die die Kommune in wirtschaftlich unangemessener Weise begünstigen. Ein solcher Fall liegt etwa vor, wenn sich die Kommune vorbehält, im Falle ungünstiger wirtschaftlicher Entwicklung des Stadtwerks ihren

Anteil durch einseitige Willenserklärung dem Beteiligungspartner zu einem Kaufpreis anzudienen, der den nach üblichen Methoden der Unternehmensbewertung ermittelten (anteiligen) Unternehmenswert übersteigt. Eine „Vereinbarung“, die auch die Zahlung („Gewährung“) einer Mindestkaufpreissumme zugesagt, die über den nach anerkannten Verfahren ermittelten Wert der kommunalen Beteiligung hinausgeht, ist unzulässig.

8. Nach der speziellen Norm des § 6 KAV kann die zuständige Behörde nach § 6 Abs. 2 KAV bei Verletzung des Nebenleistungsverbots das betroffene Unternehmen verpflichten, den Verstoß abzustellen. Für die Befugnisse der Behörde gelten die §§ 65 und 69 des Energiewirtschaftsgesetzes „entsprechend“. Die zuständige Behörde ist nicht die Regulierungsbehörde, sondern die nach jeweiligem Landesrecht bestimmte Behörde, i.d.R. sind es die Wirtschaftsministerien der Länder. Die Befugnisse der Kartellbehörden, Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht zu unterdrücken bzw. zu ahnden, bleiben unberührt. Verstöße gegen § 3 Abs. 2 KAV können Ansprüche von Wettbewerbern um die Konzession begründen und die Wirksamkeit des an das Gemeinschaftsunternehmen vergebenen Konzessionsvertrages gefährden.

EWeRK-Service:

Am 08.04.2011 fand unter Beteiligung von Gert Schäfer ein EWeRK-Workshop zu dem Thema: „Beteiligungsmodelle bei Konzessionsvertragsvergaben – § 46 EnWG“ statt.

Nähere Informationen hierzu können beim EWeRK angefordert werden.