



Forum Juris

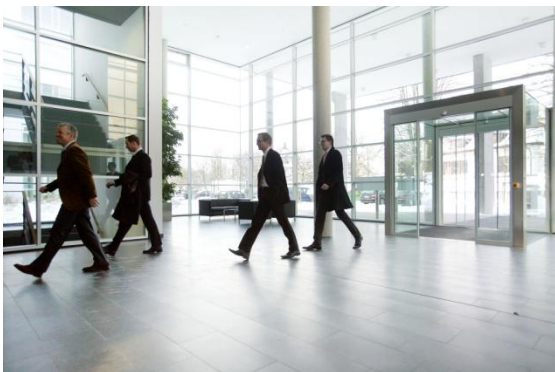
Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers

Februar 2011

I. Einleitung

Bei der (Neu)Vergabe von Strom- und Gas-konzessionen stellt sich den Gemeinden – insbesondere im Hinblick auf den gegenwärtig erkennbaren Trend zur Rekommunalisierung – die Frage, in welcher Form und nach welchen Kriterien der neue Konzessionsnehmer auszuwählen ist. Zudem ergeben sich im Zusammenhang mit der Neuvergabe von Konzessionsverträgen auch energiewirtschaftsrechtliche Fragen.

Vor dem Hintergrund, dass viele Fragen höchstrichterlich noch ungeklärt und in der Rechtsliteratur umstritten sind, haben das Bundeskartellamt (BKartA) und die Bundesnetzagentur (BNetzA) am 15. Dezember 2010 einen gemeinsamen Leitfaden¹ zu dieser Thematik herausgegeben. Die in dem Leitfaden niedergelegten Anwendungsgrundsätze weichen zum Teil erheblich von der bislang vorherrschenden Literaturmeinung ab, insbesondere hinsichtlich der Vergabe von Konzessionen an eine hundertprozentige Tochtergesellschaft (z.B. Stadtwerke) einer Gemeinde. Gerade vor dem Hintergrund, dass es vielfach keine einschlägige Rechtsprechung gibt, sollten bei der zukünftigen Neuvergabe von Konzessionsverträgen die im Folgenden näher dargestellten Auslegungsgrundsätze des BKartA und der BNetzA berücksichtigt werden.



Zusammenfassung der wesentlichen Anwendungsgrundsätze:

- Vergaberecht zwar nicht einschlägig, aber bei Neuvergabe sind Vergabeprinzipien des europäischen Primärrechts einzuhalten
- Kartellrecht vollumfänglich anwendbar
- Kommune hat stets marktbeherrschende Stellung, also gelten die Missbrauchsregeln
- Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, wenn bestimmte Kriterien bei der Vergabe des Konzessionsvertrags nicht eingehalten werden
- Verstoß gegen das Kartellverbot, wenn die Gemeinde unter Missachtung des Informationsanspruchs gegen den Altkonzessionär bezüglich der Informationen, die andere Bieter benötigen, um ein effektives Angebot abgeben zu können, die Konzession erneut an den Altkonzessionär vergibt
- Informationsanspruch betrifft Daten, die sich auf die Netzstruktur, die möglichen Kosten und die ggf. zu erzielende Rendite beziehen
- Netzüberlassungsanspruch: BKartA hält Übereignung für erforderlich, während BNetzA eine Besitzrechtsverschaffung für ausreichend erachtet
- Umfang des Netzüberlassungsanspruchs: Sämtliche im Konzessionsgebiet belegene Anlagen des Verteilernetzes mit Ausnahme solcher, die eindeutig überörtlichen Versorgungscharakter haben
- angemessene Vergütung: Ertragswert oder Sachzeitwert als Berechnungsgrundlage (Sachzeitwert allerdings durch Ertragswert gedeckelt, wenn jener den Ertragswert nicht unerheblich übersteigt)

¹ Abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/101215_Leitfaden_Konzessionsrecht_BNetzA-BKartA.PDF

II. Vergaberecht

Es ist allgemein anerkannt, dass die Neuvergabe von Konzessionsverträgen nach § 46 Abs. 2 und 3 EnWG nicht dem förmlichen Vergaberecht der §§ 97 ff. GWB unterliegt, da es sich nicht um öffentliche Aufträge über Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen handelt.

Das BKartA und die BNetzA sind allerdings unabhängig von der umstrittenen Frage, ob es sich bei Konzessionsverträgen um Dienstleistungskonzessionen im Sinne des durch europäische Richtlinien harmonisierten Vergaberechts handelt, der Ansicht, dass bei der Neuvergabe von Konzessionsverträgen die aus dem europäischen Primärrecht folgenden Vergabeprinzipien einzuhalten sind. Danach ist es insbesondere erforderlich, dass eine Bekanntmachung in geeigneter Form erfolgt und die Vergabe in transparenter und nichtdiskriminierender Weise durchgeführt wird.

III. Kartellrecht

Nach Auffassung des BKartA und der BNetzA ist das Kartellrecht auf die Neukonzessionierungen unmittelbar und vollumfänglich anwendbar.

1. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Beide Behörden gehen von einem auf das Konzessionsgebiet begrenzten räumlichen Markt hinsichtlich der Strom- und Gas Konzession aus mit der Folge, dass die jeweilige Gemeinde (der allein die Neuvergabe der Konzessionen zukommt) stets eine absolut marktbeherrschende Stellung (Monopol) in Bezug auf die örtlichen Konzessionen hat und damit Adressat der §§ 19, 20 GWB (Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, Diskriminierungsverbot) ist².

² Im Einzelfall unter Umständen auch Art. 102 AEUV.

Der bislang überwiegende Teil der Literatur ist dagegen der Auffassung, dass es sich zumindest im Hinblick auf qualifizierte Wegenutzungsverträge (= Konzessionsverträge über Leitungen, die zu einem Versorgungsnetz der allgemeinen Versorgung gehören) um einen bundesweiten Markt handelt mit der Folge, dass die einzelne Gemeinde keine marktbeherrschende Stellung innehat³.

Das BKartA und die BNetzA gehen von einem Missbrauch der von ihnen angenommenen marktbeherrschenden Stellung vor allem dann aus, wenn die Gemeinde

- die Konzession ohne die nach § 46 Abs. 3 EnWG in Übereinstimmung mit europäischen primärrechtlichen Vorgaben erforderliche Bekanntmachung vergibt,
- im Rahmen der Konzessionsvergabe Gegenleistungen fordert oder sich zusagen lässt, die im Widerspruch zur KAV stehen,
- auf die Vertriebstätigkeit der Bieter oder des Altkonzessionärs einwirkt,
- ihre Auswahlkriterien und deren Gewichtung gegenüber den Bietern nicht klar benennt,
- den Interessenten nicht diskriminierungsfrei die netzrelevanten Daten für eine sachgerechte Bewerbung zur Verfügung stellt,
- ihre Auswahlentscheidung nicht anhand ihrer vorher festgelegten und bekanntgegebenen Auswahlkriterien trifft oder
- einzelne Bieter, insbesondere mit der Gemeinde verbundene Unternehmen, ohne sachlichen Grund bevorzugt.

Insbesondere das letzte Kriterium ist im Zusammenhang mit der Rekommunalisierung, d.h. der Vergabe von Konzessionen an kommunale Unternehmen wie z.B. Stadtwerke, von entscheidender Bedeutung. Die Tatsache, dass die Gemeinde mit dem Netzbetrieb durch ein verbundenes Unternehmen Gewinne erzielen kann, stellt nach Ansicht des BKartA und der BNetzA gerade keinen sachlichen Grund i.S.d. §§ 19, 20 GWB dar.

³ Vgl. Kerme/Brucker/Baumann, Wegenutzungsverträge und Konzessionsabgaben in der Energieversorgung, 2008, S. 92.

Da unter den Begriff der verbundenen Unternehmen auch hundertprozentige Tochtergesellschaften der Gemeinde fallen, scheinen das BKartA und die BNetzA auch in diesem Fall von einer kartellrechtswidrigen, also unzulässigen, Konzessionsvergabe auszugehen, wenn kein sachlicher Grund für die Vergabe der Konzession an die hundertprozentige Tochtergesellschaft der Gemeinde vorliegt.

Der Leitfaden geht auf die Frage, ob die Grundsätze der „quasi-Inhouse-Vergabe“⁴ anwendbar sind, nicht näher ein. Zu beachten ist hier jedoch, dass die Vergabe der Konzession an mit der Gemeinde verbundene Unternehmen ohne sachlichen Grund aus kartellrechtlichen und nicht aus vergaberechtlichen Gründen für unzulässig gehalten wird. Da das etwaige Eingreifen vergaberechtlicher Ausnahmetatbestände nicht zur grundsätzlichen Unanwendbarkeit des Kartellrechts führt, spricht einiges dafür, dass das BKartA und die BNetzA unabhängig von einer Inhouse-Privilegierung einen Verstoß gegen das Kartellrecht wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung annehmen.

2. Kartellverbot

Im Rahmen der Neuvergabe von Konzessionsverträgen kann nach Ansicht des BKartA und der BNetzA auch gegen das Kartellverbot gemäß § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV verstoßen werden.

Der Altkonzessionär ist regelmäßig aus dem auslaufenden Konzessionsvertrag gegenüber der Gemeinde zur Herausgabe bestimmter Informationen verpflichtet. Insbesondere muss er diejenigen Informationen zur Verfügung stellen, die potentielle Bieter benötigen, um effektiv an der Vergabe der Konzession teilnehmen zu können⁵.

Würde die Gemeinde die Konzession unter Missachtung dieses Informationsanspruchs erneut an den Altkonzessionär vergeben, läge ein Verstoß gegen das Kartellverbot vor, da die Vergabe der Konzession an den Altkonzessionär den Wettbewerb um die Konzession im regulatorisch vorgeschriebenen Umfang verhindert hätte.

Es ist daher zu empfehlen, dass neu abgeschlossene Konzessionsverträge einen entsprechenden Auskunftsanspruch ausdrücklich vorsehen.

IV. Energiewirtschaftsrecht

1. Überlassungsanspruch gemäß § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG

In Rechtsprechung und Literatur umstritten (und höchstrichterlich bislang nicht geklärt) ist die Frage, ob der Überlassungsanspruch des Neukonzessionärs gegenüber dem Altkonzessionär im Hinblick auf die für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen auf Eigentumsübertragung gerichtet ist oder ob auch die Einräumung einer umfassenden Nutzungsbefugnis, z.B. durch Pachtvertrag, ausreichend ist.

Das BKartA und die BNetzA vertreten hierzu unterschiedliche Auffassungen. Während das BKartA eine Übereignung zur Erfüllung des Überlassungsanspruchs für erforderlich hält, geht die BNetzA davon aus, dass bereits die Besitzrechtsverschaffung – wie beispielsweise durch Verpachtung – genügt. Unberührt hiervon bleiben jedoch etwaige weitergehende vertragliche Ansprüche z.B. aus Endschafftsbestimmungen.

Das BKartA und die BNetzA raten daher, in neu abzuschließenden Konzessionsverträgen einen Anspruch auf Eigentumsübertragung zu vereinbaren.

⁴ „quasi-Inhouse-Vergabe“, da es sich bei der Neuvergabe der Konzessionsverträge nicht um die Vergabe eines öffentlichen Auftrags im Sinne des Vergaberechts der §§ 97 ff GWB handelt.

⁵ Siehe hierzu Abschnitt IV.4.

2. Umfang des Überlassungsanspruchs gemäß § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG

Der Begriff der Verteilungsanlagen ist gesetzlich nicht definiert. Beim Konzessionswechsel ist zwischen dem alten und dem neuen Konzessionsnehmer daher häufig streitig, welche Verteilungsanlagen konkret zu überlassen sind, wobei sich die Auseinandersetzung regelmäßig auf multifunktionale Leitungen bezieht, d.h. Leitungen, die sowohl der Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet als auch einem darüber hinausgehenden Zweck (z.B. überörtlicher Energietransport) dienen.

Das BKartA und die BNetzA gehen davon aus, dass der gesetzliche Anspruch regelmäßig auf die Überlassung sämtlicher im Konzessionsgebiet belegener Anlagen des Verteilernetzes gerichtet ist mit Ausnahme solcher, die eindeutig überörtlichen Versorgungscharakter haben.

3. Angemessene Vergütung

Nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG muss der Altkonzessionär das Netz nur gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung überlassen.

Als Grundlage für die Berechnung einer angemessenen Vergütung kommen sowohl der Ertragswert als auch der Sachzeitwert in Betracht. Zu beachten ist dabei allerdings, dass der Ertragswert eine begrenzende Wirkung entfaltet, wenn der Sachzeitwert den Ertragswert nicht unerheblich übersteigt, da dadurch eine Übernahme des Versorgungsnetzes verhindert würde.

Nach dem Verständnis des BKartA und der BNetzA wird der Ertragswert (und damit die angemessene Vergütung) durch die im Rahmen der Entgeltregulierung determinierten Kosten bestimmt. Allerdings kann nicht nur eine nominelle Überschreitung des Ertragswertes durch den Netzüberlassungspreis den Netzübergang faktisch verhindern. Auch folgende Faktoren können dieselbe Wirkung haben:

- Bei verzögerter Netzübergabe fließen die Netznutzungsentgelte an den tatsächlichen Inhaber der Netze (d.h. der Neukonzessionär erhält trotz Finanzierungskosten keine Erträge).
- Bei Vereinbarung eines Vorbehaltspreises muss der Neukonzessionär diese Überzahlung vorfinanzieren.
- Sind die für die Aufteilung der Erlösobergrenzen maßgeblichen Daten dem Neukonzessionär bei Vereinbarung des Netzüberlassungspreises nicht bekannt, so muss er mit einer ggf. nicht unerheblichen Unsicherheit kalkulieren und diese auch finanzieren.

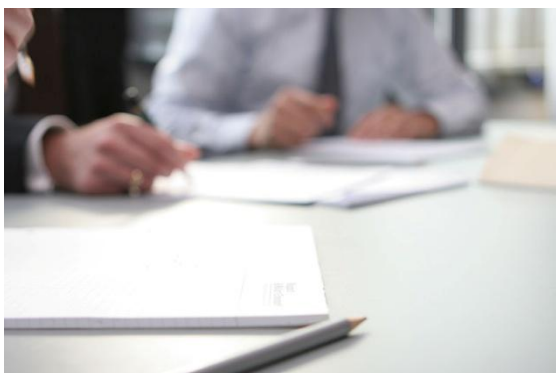
Laut BKartA und BNetzA darf der bisherige Konzessionär daher die Netzübergabe nicht verweigern, wenn ihm der Neukonzessionär eine Zahlung unter Vorbehalt anbietet. Ein Schadensausgleich mit einer angemessenen Verzinsung müsse möglich sein.



4. Datenherausgabe

Der Altkonzessionär ist zur Herausgabe bestimmter Daten verpflichtet. Diese Daten beziehen sich auf die Netzstruktur, die möglichen Kosten und das erzielte Konzessionsabgabevolumen. Insbesondere folgende Daten sind herauszugeben:

- Art, Umfang, Alter und Oberflächenstruktur der Anlagegüter des Versorgungsnetzes im Konzessionsgebiet
- originäre Anschaffungs- und Herstellungskosten zum Zeitpunkt der erstmaligen Aktivierung, Auflistung der Tagesneuwerte laut Genehmigungsbescheid, Besonderheiten des Elektrizitäts- bzw. Rohrleitungsnetzes
- kalkulatorische Restwerte, kalkulatorische Nutzungsdauern laut Genehmigungsbescheid, aufwandsgleiche Kostenpositionen i.S.d. § 5 Strom- bzw. GasNEV, kalkulatorische Abschreibungen i.S.d. § 6 Strom- bzw. GasNEV, kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung i.S.d. § 7 Strom- bzw. GasNEV, kalkulatorische Gewerbesteuer i.S.d. § 8 Strom- bzw. GasNEV, kostenmindernde Erlöse und Erträge i.S.d. § 9 Strom- bzw. GasNEV
- Höhe der nicht aufgelösten Netzanschlussbeiträge und Baukostenzuschüsse
- Netzabsatzmengen im Konzessionsgebiet
- zugehörige Bilanz- und GuV-Werte des jeweiligen Konzessionsgebietes, soweit diese vorliegen, Auskünfte über die auf das Konzessionsgebiet bezogene mehrjährige Vermögens-, Ertrags-, Finanz- und Investitionsplanung sowie
- neutrale Schadensberichte (soweit vorhanden)
- Konzessionsabgabeaufkommen



V. Fazit

Der gemeinsame Leitfaden von BKartA und BNetzA beleuchtet einige von der Rechtsprechung noch nicht geklärte und von beiden Behörden – soweit ersichtlich – in der bisherigen Entscheidungspraxis ebenfalls nicht näher oder nur am Rande behandelten Fragen im Zusammenhang mit der (Neu)Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und soll den Beteiligten insoweit eine erste Orientierung hinsichtlich der Rechtsauffassungen des BKartA und der BNetzA geben.

Ob die vertretenen Ansichten – insbesondere zum Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch die Gemeinde bei Nichteinhaltung gewisser Kriterien bei der Konzessionsvergabe – auch vor Gericht Bestand haben werden, wird die Zukunft zeigen müssen.

Aufgrund der derzeit unsicheren Rechtslage ist den Beteiligten aber zu empfehlen, die vorstehenden Auslegungsgrundsätze bei ihren Entscheidungen nicht unberücksichtigt zu lassen.