

**4. Genossenschaftstag Weser-Ems:  
„Chancen und Möglichkeiten von genossenschaftlichen dezentralen  
Energieerzeugungsprojekten“  
am 03. November 2010 in Rastede**

**Das Verfahren zur „Vergabe“ von  
Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG**

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



# Das Verfahren zur „Vergabe“ von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG

## Gliederung

- **Auslaufen des Konzessionsvertrages nach § 46 EnWG**
  - **Bekanntmachungsverfahren**
- **Das Auswahlverfahren**
  - **offenzulegende Daten im Verfahren**
  - **kartellrechtliche Ansprüche auf Datenherausgabe**
- **Die Auswahlentscheidung**
- **Beendigung des Konzessionsvertrages**
- **Fälle aus der Kartellrechtspraxis**
- **Rechtsfolgen / Sanktionen**



# Das Verfahren zur „Vergabe“ von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG

## Vorbemerkung

Aus dem Sinn und Zweck der Regelung des § 46 EnWG ergibt sich, den Neuabschluss von Wegenutzungsverträgen wettbewerblich auszugestalten und somit einen Wettbewerb „um das Netz“ zu initiieren (So amtl. Begründung zu § 13 EnWG-E 1997, BT-Drs. 13/7274).

- Wettbewerb um Netze, da
  - Verhinderung erstarrter Strukturen durch transparenten Auswahlprozess.
  - Marktzutrittschance für neue kommunale / private Marktteilnehmer.



## Das Verfahren zur „Vergabe“ von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG

- In Niedersachsen enden  
im Jahr 2011 **509**,  
im Jahr 2012 **623** und  
im Jahr 2013 **85** Strom- und Gaskonzessionsverträge.



## Das Verfahren zur „Vergabe“ von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG

- Nach § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG haben Gemeinden ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen (...) zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen.
- Die Höchstlaufzeit beträgt 20 Jahre, auslaufende Konzessionsverträge zwischen Gemeinden und EVU über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Elektrizitäts- und Gasverteilnetzen sind gemäß § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG nach ihrem Ablauf von den Gemeinden neu abzuschließen. Dabei sieht die Vorschrift eine Bekanntmachung des Auslaufens der Konzessionsverträge spätestens zwei Jahre vor Vertragsablauf vor.



## Das Verfahren zur „Vergabe“ von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG

- Der Gesetzgeber gibt den Gemeinden kein konkretes Verfahren zur Neuvergabe der Konzession vor.
- Der Gesetzgeber gibt auch nicht vor, welche Anforderungen an die Ausgestaltung des Konzessionsvergabeverfahrens der Gemeinden und an den Inhalt der Bekanntmachung zu stellen sind.
- Sofern sich mehrere EVU beworben haben, ergibt sich aus § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG nur, dass die Neuvergabe der Konzession durch öffentliche Bekanntgabe unter Angabe der maßgeblichen Gründe zu erfolgen hat.
- Mit der Vergabe eines Konzessionsvertrages wird nach der Novellierung des EnWG im Jahr 2005 nur darüber entschieden, wer für höchstens 20 Jahre örtlicher Netzbetreiber sein soll. Danach muss ein erneutes Bekanntmachungsverfahren stattfinden und die Gemeinde eine neue Auswahl treffen.



## Das Verfahren zur „Vergabe“ von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG

- Das OLG Düsseldorf führte hierzu aus:  
**„Der Zweck des Gesetzes besteht nicht in dem Schutz der Gemeinde, etwa um die Entscheidungsfreiheit der Gemeinde zu erweitern, oder in der Gewährleistung von Rechtssicherheit, sondern in der Ermöglichung des Wettbewerbs durch Dritte“.**  
(OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.03.2008 – VI-2U (Kart) 8/07)
- Die Gemeinde ist als „Herrin des Konzessionsvergabeverfahrens“ in der Verantwortung, eine transparente und diskriminierungsfreie Vergabe der Wegenutzungsrechte durchzuführen.



# Das Verfahren zur „Vergabe“ von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG

## Rechtlicher Rahmen

Ist das Kartellvergaberecht anwendbar?

Nein,

weil es sich bei der Vergabe eines Wegenutzungsvertrages um eine **Dienstleistungskonzession** handelt ( EuGH Urteil vom 10.09.2009 zu einer Wasserkonzession (Az.: C-206/08, WAZV Gotha).



# Das Verfahren zur „Vergabe“ von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG

Zu beachten sind die dem EGV entspringenden Grundprinzipien, u.a.:

- Grundsatz der Transparenz
- Grundsatz der Nichtdiskriminierung
- Grundsatz der Gleichbehandlung
- Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Daraus folgt, dass die Gemeinde ein Verfahren durchzuführen hat, das

- > zu einem Wettbewerb der Interessenten bzw. Bewerber führen muss und
- > europarechtliche Mindestanforderungen einzuhalten sind.



# Das Verfahren zur „Vergabe“ von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG

## 1. Das Bekanntmachungsverfahren nach § 46 Abs. 3 EnWG

- **Wann?**

Spätestens zwei Jahre vor Ablauf des bestehenden Konzessionsvertrages (§ 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG)

- **Wo bzw. Wie?**

Durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger oder im elektronischen Bundesanzeiger (ggf. zusätzlich im Amtsblatt der Europäischen Union, wenn mehr als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar an das Netz angeschlossen sind (§ 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG)).



## Das Verfahren zur „Vergabe“ von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG

### 2. Bekanntmachung des Sonderfalles der vorzeitigen Vertragsbeendigung - § 46 Abs. 3, Satz 3 EnWG

- Im Gegensatz zum regulären Verfahren **muss** der vorhandene Konzessionsvertrag erst **beendet sein**.
- Erst dann erfolgt die **Bekanntmachung der vorzeitigen Beendigung und des Vertragsendes** durch die Gemeinde,
- und dann **beginnt das neue Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren**.
- **Wo?** „öffentlich“; wie beim regulären Verfahren
- **3 Monate Vertragsabschlussperre** (ab Bekanntgabe)



# Das Verfahren zur „Vergabe“ von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG

## **3. Inhalt der Bekanntmachung** (die Kriterien sind nicht abschließend)

- Gemeindegebiet und Einwohnerzahl
- Art des Netzes
- Rahmendaten über das Netz  
(z. B. Art und Länge des Netzes, Zahl der Abnahmestellen)
- Name des derzeitigen Konzessionärs
- Datum des Ablaufs der derzeitigen Konzession
- Ggf. geplantes Netzbetreibermodell
- Fristsetzung zur Interessenbekundung
- Ggf. mit der Interessenbekundung vorzulegende Unterlagen zur Einschätzung der fachlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit sowie der Zuverlässigkeit der Interessenten (z.B. Bilanzen, Unternehmensprofil, Konzept für den Betrieb des Energieversorgungsnetzes, Referenzen, Ansprechpartner im Unternehmen)
- Anschrift der Stelle, bei der die Interessenbekundung einzureichen ist



# Das Verfahren zur „Vergabe“ von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG

## 4. Interessenbekundungsfrist

- Festlegung einer Interessenbekundungsfrist?  
> Grundsätzlich zulässig
- **Dauer?**  
>Mindestens 3 Monate



# Das Verfahren zur „Vergabe“ von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG

## 5. Prüfung der Interessenbekundungen

- **Prüfungsumfang:** Sind die Unterlagen vollständig und fristgemäß eingegangen?
- **Was passiert, wenn nur eine Interessenbekundung vorliegt oder nach Fristablauf weitere Interessenten auftauchen?**
- Fristverlängerung möglich  
**aber** im Ermessen der Gemeinde
- Die gesetzte Bewerbungsfrist ist keine Ausschlussfrist (§ 31 Abs. 7 VwVfG i. V. m. § 1 NVwVfG)
- Wenn die Interessenbekundungsfrist verlängert wird, dann unter Berücksichtigung der o. g. Grundsätze – insb. der Nichtdiskriminierung und Transparenz, d. h., es muss eine erneute Bekanntmachung der verlängerten Interessenbekundungsfrist erfolgen.



# Das Verfahren zur „Vergabe“ von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG

## 6. Führen von Gesprächen zur Vorbereitung von Angeboten

- Einladung an interessierte Bewerber
- Angebotsgespräche unter Beachtung der o. g. Grundsätze führen
- **Offenlegung von Informationen und allen relevanten (Netz-) Daten, damit ein fairer Wettbewerb entstehen kann** (Verpflichtung der Gemeinde und des bisherigen Netzbetreibers)
- Interessenten an einer Netzübernahme müssen in die Lage versetzt werden, ein wirtschaftliches Angebot abzugeben
- Entscheidende **Daten für eine Wirtschaftlichkeitsbetrachtung** müssen offen gelegt werden, so dass **Umfang, Alter und Wert des Netzes sowie die durch den Netzbetrieb erzielbaren Erlöse für Interessenten bestimmbar sind.**



## Das Verfahren zur „Vergabe“ von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG

- Grundsatz: mit allen Bietern sollte wenigstens einmal gesprochen werden
- Ggf. Übersendung weiterer Unterlagen
- Gleichzeitig sind den Interessenten die Auswahlkriterien (z. B. Errichtung einer Betriebsstätte in der Region, Konzept für den Betrieb des Netzes, Beteiligung und Mitspracherechte) und deren Gewichtung für eine Angebotsabgabe bekannt zu geben
- Angebote der/des Interessenten und entsprechende Konzepte unter Setzung einer Angebotsfrist einholen
- Ggf. Maßnahmen zur Vorbereitung einer möglichen Netzübernahme



## Das Verfahren zur „Vergabe“ von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG

### >> **Offenzulegende Daten im Verfahren – wer hat wann welche Daten wem gegenüber herauszugeben?**

- Gemeinde ist marktbeherrschende Alleinanbieterin von Wegerechten in ihrem Gemeindegebiet als dem räumlich relevanten Markt iSv § 19 Abs. 2 GWB, so dass die Gemeinde über eine marktbeherrschende Stellung i.S. der §§ 19, 20 GWB auf dem Markt für die Vergabe örtlicher Wegerechte i.S. des § 46 Abs. 1 EnWG verfügt. (So auch BGH Urteil vom 11.08.2008, KZR 43/07).
- Verpflichtung zur Beachtung der o.g. Grundsätze für wettbewerbliches Verfahren
  - >> und insb. des Missbrauchsverbotes nach § 19 Abs. 1 iVm Abs. 4 Nr. 1 GWB (Behinderungsmisbrauch)
  - >> und des Diskriminierungsverbotes nach § 20 Abs. 1 GWB.



## Das Verfahren zur „Vergabe“ von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG

- D.h.: hieraus resultiert die unmittelbare kartellrechtliche Pflicht der Gemeinde, Wegerechte i. S. d. § 46 EnWG ohne Behinderung eines Wettbewerbers bzw. Interessenten in einem fairen und diskriminierungsfreien Verfahren zu vergeben
  - **und** die verschärften kartellrechtlichen Anforderungen zu erfüllen, in dem die Gemeinde ein wettbewerblich ausgestaltetes Auswahlverfahren mit objektiven und transparenten Kriterien, die zu einer Gleichbehandlung aller Interessenten führen, durchführt.
- >> Behinderung iSv §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB ist bei jeder wettbewerblich nachteiligen Maßnahme gegeben, die erheblich ist.
- Sachliche Rechtfertigung?
    - Verfügbarkeit der Daten für Gemeinde?
    - Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des Konzessionärs?
- >> und ggf. Nichtigkeit des abgeschlossenen KV nach § 1 GWB, wenn KV unter Verstoß gegen o.g. Verpflichtungen zustande kommt.



# Das Verfahren zur „Vergabe“ von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG

## Problem:

- Geltendmachung ist zeitaufwändig
- Aufwand für Gemeinde – Ressourcen großer Regionalversorger
- Atmosphärisch – langjährige Kooperation der Gemeinde mit EVU, ggf. auch zukünftige Zusammenarbeit, daher Hemmschwelle



## Das Verfahren zur „Vergabe“ von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG

### a) Kartellrechtliche Verpflichtung des Altkonzessionärs auf Datenherausgabe im Verhältnis zur Gemeinde?

- Spätestens nach der Bekanntmachung des Auslaufens des KV ist der **Altkonzessionär ggü. der Gemeinde verpflichtet, bestimmte Daten zum Netz an die Gemeinde herauszugeben**, damit sie ein wettbewerbliches Verfahren durchführen kann.
  - >> Dies ergibt sich als Nebenpflicht aus auslaufendem Konzessionsvertrag und aus Sinn und Zweck von § 13 EnWG 1998 und § 46 EnWG 2005.
  - >> Vertragliche Mitwirkungspflicht des Altkonzessionärs bei der Neuvergabe der Konzession.



## Das Verfahren zur „Vergabe“ von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG

- Angaben zum KA-Aufkommen
- >> Neuerlicher Konzessionsvertrag unter Missachtung dieser Auskunftsansprüche mit dem Altkonzessionär verstieße gegen § 1 GWB, weil wettbewerbliches Verfahren verhindert worden ist.
- >> Nichterfüllung des Auskunftsanspruch durch den Altkonzessionär könnte auch kartellrechtlich verbotene Druckausübung auf die Gemeinde nach § 21 Abs. 2 GWB darstellen.



## Das Verfahren zur „Vergabe“ von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG

### **b) Kartellrechtliche Verpflichtung des Altkonzessionärs auf Datenerhausgabe im Verhältnis zum Neukonzessionär?**

- Kartellrechtlich durchsetzbare Verpflichtung auf Datenherausgabe nach Abschluss des KV und Erwerb der Konzession durch Neukonzessionär?
- Ist wettbewerblicher Prozess mit Abschluss des neuen Konzessionsvertrages beendet ?
- Wettbewerbsbehinderung im Sinne von §§ 19, 20 GWB, wenn Wettbewerb auch nach Abschluss des neuen Konzessionsvertrages fortwirkt, z.B. wenn Überlassung (Verpachtung oder Eigentumsübergang) stattgefunden hat und Altkonzessionär sich trotzdem weigert, Daten herauszugeben.
  - Denn: Neukonzessionär ist wegen Unkenntnis des Sachwertes und des Ertragswertes seines Netzgebietes in der Ausübung der Sachherrschaft erheblich eingeschränkt. Unabhängige Bewirtschaftung des Netzes nicht möglich, Einhaltung der regulatorischen Anforderungen (neue Erlösobergrenze!) wird verhindert.



# Das Verfahren zur „Vergabe“ von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG

## Zivilrechtlicher Anspruch?

Unmittelbar aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG iVm § 242 BGB?

**Ja, Urteil des LG Hannover vom 24.06.2010** (AZ.: 18 = 260/08, RZ 18).

Danach hat der Neukonzessionär einen direkten Netzdatenherausgabeanspruch gegen den Altkonzessionär aus § 46 II S. 2 auf Erteilung sämtlicher Auskünfte, die erforderlich sind, um Stromversorgungsnetz wirtschaftlich betreiben zu können. Dazu gehören insb. Auskünfte über die historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten und die kalkulatorischen Restwerte. Anspruch als Nebenpflicht aus Überlassung (LG Hannover, Ur. v. 24.06.2010, Az. 18 O 260/08).



# Das Verfahren zur „Vergabe“ von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG

## Regulatorische Pflicht des Altkonzessionärs?

- § 46 Abs. 2 Satz EnWG:  
Altkonzessionär hat Neukonzessionär Netzanlagen „gegen Zahlung einer *wirtschaftlich angemessenen Vergütung* zu überlassen“. Die Ermittlung bzw. Berechnung der Höhe dieser zu zahlenden Vergütung muss dem Neukonzessionär ermöglicht werden.
- Regulatorische Pflicht des Altkonzessionärs dahingehend, das Informationsdefizit des Neukonzessionärs zu beheben und ihm entsprechend die kaufmännischen Netzdaten zur Verfügung zu stellen?  
>> Dann Zuständigkeit der Regulierungsbehörden gegeben.



Das Verfahren zur „Vergabe“ von Konzessionsverträgen  
nach § 46 EnWG

**c) Kartellrechtliche Verpflichtung des Altkonzessionärs auf  
Datenerhausgabe im Verhältnis zu anderen Bewerbern?**

- Verstößt Altkonzessionär, in dem er die relevanten Netzdaten anderen Bewerbern vorenthält, gegen § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1 und § 20 Abs. 1 GWB?
- Marktbeherrschung von Altkonzessionär gegeben?



## Das Verfahren zur „Vergabe“ von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG

- Beeinträchtigung des Wettbewerbes gem. §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB durch den Altkonzessionär durch Weigerung der Herausgabe der Netzdaten?
  - Potentielle Bieter sind zur Erstellung eines wettbewerbsfähigen Angebotes zur Übernahme des Netzes auf Herausgabe der Netzdaten angewiesen.
- Relativität des Marktbeherrschungsbegriffs: Marktbeherrschung ist „normativer Zweckbegriff“, der nur vom Schutzzweck der unterschiedlichen Zielsetzung der einzelnen Normen verstanden werden kann.
  - Potentielle Bieter werden durch Verweigerung der Herausgabe der relevanten Netzdaten in ihrer wettbewerbsrechtlichen Handlungsfreiheit erheblich eingeschränkt / diskriminiert.



## Das Verfahren zur „Vergabe“ von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG

- Marktzutrittsschranke gegeben?
- Gemeinde erhält ggf. weniger Angebote. Freier Wettbewerb kann nicht entstehen.
- Sachliche Rechtfertigungsgründe durch Altkonzessionär für Verweigerung der Datenherausgabe gegeben?
  - Sind offenzulegende Netzdaten schützenswerte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse?
  - § 9 EnWG
- Abwägung >> Gesetzeszweck des § 46 EnWG – Wettbewerb um den Zugang zum Markt und Ziel des GWB – freien Wettbewerb zu gewährleisten.



# Das Verfahren zur „Vergabe“ von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG

## Welche Daten sind herauszugeben?

Als Obersatz gilt:

Die energiewirtschaftlichen und technischen Netzdaten müssen so umfangreich sein, dass es unter Berücksichtigung **des Ziels der Eröffnung von Wettbewerb um das Netz** gemäß § 46 Abs. 3 EnWG einem Interessenten möglich ist, im Wege einer Wirtschaftlichkeitsbetrachtung die Kalkulation eines Angebots vornehmen zu können.

- Verbindliche Angebotserstellung setzt wirtschaftliche Kalkulation der mit einer Bewerbung bezweckten Netzübernahme voraus,
  - so dass potentielle Interessenten an der Konzessionsübernahme im Rahmen eines wettbewerblichen Konzessionsvergabeverfahrens in die Lage versetzt werden müssen, mit Hilfe einer Wirtschaftlichkeitsbetrachtung eine Entscheidung über die Teilnahme am Konzessionswettbewerb zu treffen.
- >> Kartellrechtlich durchsetzbare Verpflichtung gegen den Altkonzessionär besteht auf Herausgabe der Daten, die es den Bewerbern ermöglichen, überhaupt ein wirtschaftliches Angebot / Kalkulation vornehmen zu können.  
(Hierzu Hinweise der LKB Niedersachsen)



# Das Verfahren zur „Vergabe“ von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG

## **7. Auswertung und Auswahlentscheidung**

- § 46 Abs. 2 und 3 EnWG enthalten keine ausdrücklichen Vorgaben
- Nach Angebotseingang Aufnahme der Verhandlungen (sofern mehr als ein Anbieter vorhanden)
- Auswertung der abgegebenen Angebote unter Beachtung der o. g. Grundsätze und der festgelegten Kriterien



## Das Verfahren zur „Vergabe“ von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG

### **8. Gemeindlicher Beschluss über die Konzessionsvergabe bzw. die Übernahme des Energieversorgungsnetzes**

- Kommunale Entscheidung für ein Angebot bzw. für Netzbetrieb in Eigenregie – dokumentieren und nachvollziehbar begründen
- Bekanntmachung nach § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG über die Entscheidung über den Neuabschluss oder die Verlängerung des Vertrages bzw. die Übernahme des Energieversorgungsnetzes unter Angabe der maßgeblichen Gründe
- Bekanntmachung genügt in überörtlicher Presse - auch wenn es nur eine Bewerbung gibt
- Die Bekanntgabe der Entscheidung muss vor dem Abschluss des Konzessionsvertrages erfolgen, damit Dritte, d. h. abgelehnte Interessierte, die Möglichkeit haben, sich gegen die Entscheidung der Gemeinde zu wenden



# Das Verfahren zur „Vergabe“ von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG

## 9. Abschluss des neuen Konzessionsvertrages

- Abschluss des neuen Konzessionsvertrages frühestens 15 Tage nach Bekanntmachung der Entscheidung der Gemeinde
- Regelungen zu Konzessionsverträgen gelten auch für Eigenbetriebe (§ 46 Abs. 4 EnWG)  
d. h., wenn derzeit ein Eigenbetrieb das Netz betreibt, ist nach spätestens 20 Jahren wieder Wettbewerb zu ermöglichen
- Wichtig: Verbot anderer als der in § 3 Abs. 1 KAV genannten Sach- und Finanzleistungen vom Konzessionsbewerber an die Gemeinde, insbesondere im zeitlichen Zusammenhang mit der Konzessionsvergabe (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV) sowie Pflicht zur Übertragung (nur) gegen ein wirtschaftlich angemessenes Entgelt (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 KAV)



## Das Verfahren zur „Vergabe“ von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG

### Fälle und Rechtsprechung aus der Kartellrechtspraxis

- Bekanntmachung erfolgt nur in regionalem Anzeigenblatt, d.h. Bekanntmachung in unzulässigen Medien - Verstoß gegen § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG und §§ 19, 20 GWB; Folge: Nichtigkeit des Vertrages wegen Verstoßes gegen § 134 BGB (Gesetzliches Verbot).
- Fristen des Bekanntmachungsverfahrens werden nicht eingehalten – Einzelfallprüfung. Ein Kartellrechtsverstoß ist auf jeden Fall gegeben, wenn
  - >> Unangemessen kurze Frist (von z.B. 14 Tagen)
- Kartellbehörden vertreten die Auffassung, dass Interessenbekundung **mindestens 3 Monate** betragen sollte.
  - >> **Interessenbekundungsfrist ist keine Ausschlussfrist!**



## Das Verfahren zur „Vergabe“ von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG

- Samtgemeinde führt Bekanntmachungsverfahren nur für Teile des Versorgungsgebietes durch und will Wegenutzungsverträge für andere Gemeindegebiete ohne vorherige Bekanntmachung an das gleiche EVU vergeben - Verstoß gegen §§ 19, 20 GWB.
- Verhandlung nur mit dem alten Konzessionsnehmer und Verlängerung der Gesamtlaufzeit über 20 Jahre (OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.03.2008 (VI-2 U (Kart) 8/07) – Verstoß gegen § 1 GWB, Nichtigkeit des Vertrages.
- Verstoß gegen dreimonatige Vertragssperre führt zur Nichtigkeit, § 46 Abs. 3 EnWG iVm § 134 BGB
- Vergaberechtliche Losaufteilung führt zu nur einem Bieter; Verstoß gegen Gleichbehandlungs- bzw. Nichtdiskriminierungsgrundsatz?
- Gemeinde fordert im Rahmen der Konzessionsvergabe unzulässige Nebenleistungen oder lässt sich diese zusagen,
- Gemeinde fordert im Widerspruch zu §§ 1 Abs. 3 und 4, 2 Abs. 6 KAV die Tarif-KA für Gasdurchleitungsfälle,



## Das Verfahren zur „Vergabe“ von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG

- Gemeinde stellt den Interessenten nicht diskriminierungsfrei alle Daten zur Abgabe eines wirtschaftlichen Angebotes zur Verfügung.
- Das Vereinbaren von Musterkonzessionsverträgen auf horizontaler Ebene zwischen den Gemeinden untereinander und vertikal zwischen den Gemeinden und großen EVU ist an den Vorschriften der §§ 1, 19 und 20 GWB zu messen.
- Im Rahmen von Absprachen getroffene Regelungen unterliegen – soweit sie wettbewerbsbeschränkenden Charakter haben, grundsätzlich dem Kartellverbot nach § 1 GWB.
- Auch wenn es sich bei Musterkonzessionsverträgen lediglich um Empfehlungen handeln sollte, können diese unter das Kartellverbot des § 1 GWB fallen (Beispiel: Gemeinden sollen immer die höchstzulässige Konzessionsabgabe erhalten und das EVU hat stets die höchstzulässige Konzessionsabgabe zu zahlen. Dies könnte als unzulässige Preisabrede angesehen werden i.S. von § 1 GWB).



Das Verfahren zur „Vergabe“ von Konzessionsverträgen  
nach § 46 EnWG

## **Rechtsfolgen / Sanktionen**

- **Nichtigkeit des Vertrages nach § 134 BGB**
- **Untersagungsverfügungen der Kartellbehörde gemäß § 32 GWB**
- **Unterlassungsanspruch, Schadensersatzpflicht nach § 33 GWB**
- **Verhängung von Bußgeldern, § 81 GWB**
  - Verstöße gegen §§ 1, 19ff. stellen Ordnungswidrigkeiten dar
  - Bußgeldhöhe bis zu 1 Mio. EUR
- **Verpflichtungszusagen, § 32 b GWB**



# Das Verfahren zur „Vergabe“ von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG

## Fazit

- Konzessionsvergabeverfahren nach § 46 EnWG ist häufig sehr konfliktreich:
  - Interessengegensätze der Marktteilnehmer
  - Unvollständiger gesetzlicher Rahmen
  - Umstrukturierungen in der Energiebranche
  - Keine klaren Zuständigkeiten für Kartell-/Regulierungsbehörden
- Lösung von Wettbewerbsproblemen im Konzessionsvergabeverfahren durch Wettbewerbs-, Regulierungsbehörden / Gerichte?
- Gesetzgeberischer Handlungsdruck – ca. 3500 Konzessionen werden in 2010 bis 2013 vergeben. Überarbeitung des § 46 EnWG im Rahmen der Energiewirtschaftsrechtsnovelle Anfang 2011?



## § 46 EnWG

- (1) Gemeinden haben ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, einschließlich Fernwirkleitungen zur Netzsteuerung und Zubehör, zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen. Unbeschadet ihrer Verpflichtungen nach Satz 1 können die Gemeinden den Abschluss von Verträgen ablehnen, solange das Energieversorgungsunternehmen die Zahlung von Konzessionsabgaben in Höhe der Höchstsätze nach § 48 Abs. 2 verweigert und eine Einigung über die Höhe der Konzessionsabgaben noch nicht erzielt ist.
- (2) 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. Werden solche Verträge nach ihrem Ablauf nicht verlängert, so ist der bisher Nutzungsberechtigte verpflichtet, seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu überlassen.
- (3) Die Gemeinden machen spätestens zwei Jahre vor Ablauf von Verträgen nach Absatz 2 das Vertragsende durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger oder im elektronischen Bundesanzeiger bekannt. Wenn 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. Beabsichtigen 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. Vertragsabschlüsse mit Unternehmen dürfen frühestens drei Monate nach der Bekanntgabe der vorzeitigen Beendigung erfolgen. Sofern 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.
- (4) Die Absätze 2 und 3 finden für Eigenbetriebe der Gemeinden entsprechende Anwendung.
- (5) Die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen bleiben unberührt.



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Heike Zinram

Niedersächsisches Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr  
Referat für Wettbewerbsrecht und Öffentliches Auftragswesen,

-Landeskartellbehörde-

Tel. 0511 120 5546

Fax 0511 120 99 5546

Email: [Heike.Zinram@mw.niedersachsen.de](mailto:Heike.Zinram@mw.niedersachsen.de)

oder

[landeskartellbehoerde@mw.niedersachsen.de](mailto:landeskartellbehoerde@mw.niedersachsen.de)

Fax 0511 120 99 5791



Niedersächsisches Ministerium  
für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr