

**EWeRK-Workshop
am 29. Juni 2009
Der Konzessionsvertrag nach § 46 Abs. 2 EnWG aus
der Perspektive des Kartellrechts**

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



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

Der Konzessionsvertrag nach § 46 Abs. 2 EnWG aus der Perspektive des Kartellrechts

Gliederung

- Zuständigkeiten nach dem GWB
- Zuständigkeiten nach dem EnWG
- Ordnungsrahmen nach dem GWB
- Verfahren nach § 46 EnWG
- Fälle aus der Kartellrechtspraxis
- Rechtsfolgen / Sanktionen



Der Konzessionsvertrag nach § 46 EnWG aus der Perspektive des Kartellrechts

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“.



Der Konzessionsvertrag nach § 46 EnWG aus der Perspektive des Kartellrechts

- Durch den Konzessionsvertrag nach § 46 EnWG gewährt eine Gemeinde ihrem Vertragspartner/EVU das Recht zur Benutzung ihrer öffentlichen Verkehrswege. Deshalb zählt der Konzessionsvertrag zu den Wegenutzungsverträgen, für den die Gemeinde Konzessionsabgaben verlangt.
- § 46 EnWG enthält Regelungen, die die inhaltliche Ausgestaltung des Vertrages zulasten der Parteiautonomie einschränken. Hierzu zählt die zeitliche Begrenzung der Laufzeit dieser Verträge auf zwanzig Jahre.



Zuständigkeiten nach dem GWB

Bundeskartellamt

- Generalermächtigung: Zuständigkeit, wenn eine Aufgabe nicht ausdrücklich einer anderen Behörde zugewiesen wird und wenn die Wirkung des wettbewerbsbeschränkenden oder diskriminierenden Verhaltens oder einer Wettbewerbsregel über das Gebiet eines Landes hinausreicht (§ 48 Abs.2 Satz 1 GWB).
- Aufsichtsbehörde für alle Energieversorgungsunternehmen mit landesübergreifenden Netzen (netzbezogene Zuständigkeitsabgrenzung)
- Außerdem: Zuständigkeit bei Abgabe durch die Landesbehörde: Auf Antrag des BKartA bei Sachen, für die die Zuständigkeit der Landesbehörde gegeben ist.



Zuständigkeiten nach dem GWB

Landeskartellbehörden

- Alle Fälle, in denen nicht die Zuständigkeit des BKartA gegeben ist (§ 48 Abs.2 Satz 2 GWB); Wettbewerbsverstoß nur innerhalb eines Landes relevant.



Zuständigkeiten nach dem EnWG

Behördliche Zuständigkeiten im Bereich des Konzessionsrechts

- **Bundesnetzagentur:** Nebeneinander von Kartellaufsicht und allgemeiner Energieaufsicht im Bereich der §§ 46, 48 EnWG
- Da Gemeinden sich bei der Vermarktung ihrer Wegerechte unternehmerisch betätigen und eine marktbeherrschende Stellung einnehmen, unterliegt ihr Verhalten in diesem Bereich der **kartellbehördlichen Aufsicht nach § 32 i. V. m. §§ 19, 20, 21 GWB**. Soweit das Verhalten einen Verstoß gegen §§ 46, 48 EnWG begründet, ist daneben auch die Bundesnetzagentur im Rahmen der **allgemeinen Energieaufsicht nach §§ 65, 54 Abs. 1 und 3 EnWG** zu Aufsichtsmaßnahmen befugt. Die §§ 46, 48 EnWG stellen keine abschließenden Regelungen i. S. v. § 111 EnWG dar, so dass die Anwendung der §§ 19, 20 GWB nicht gesperrt ist. Die Kartell- und Regulierungsbehörden werden als gleichrangige Wirtschaftsaufsichtsbehörden nebeneinander tätig (vgl. § 46 Abs. 5 EnWG).



Ordnungsrahmen nach dem GWB

§ 1: Verbot von

- **Vereinbarungen** zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden **Unternehmen**
- **Beschlüsse** von **Unternehmensvereinigungen**
- aufeinander **abgestimmte Verhaltensweisen**

die eine

- **Verhinderung** (totaler Ausschluss von Wettbewerb)
- **Einschränkung** (eine sonstige Beschränkung des Wettbewerbs)
- **Verfälschung** (eigentlich Oberbegriff zu „Verhinderung“ / „Einschränkung“, aber auch: künstliche Veränderung der Wettbewerbsbedingungen)

des Wettbewerbs

- **bezwecken** (nach den subjektiven Vorstellungen der Parteien)
- **bewirken** (nur objektive Auswirkung, Kausalität).



Ordnungsrahmen nach dem GWB

Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, § 19 GWB:

- Marktbeherrschung eines Unternehmens auf einem bestimmten Markt
- Verbot des Missbrauchs dieser Marktmacht als Anbieter oder Nachfrager von Waren / gewerblichen Leistungen
- z.B. darf es nicht die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtigen (Behinderungsmissbrauch - § 19 IV Nr. 1 GWB) oder eine Gemeinde z.B. für vergleichbare Wegenutzungen unterschiedliche Entgelte beanspruchen (Strukturmissbrauch - § 19 IV Nr. 3 GWB)

Diskriminierungsverbot, § 20 GWB:

- Marktbeherrschung eines Unternehmens auf einem bestimmten Markt
- Verbot, andere Unternehmen im Geschäftsverkehr zu diskriminieren
- § 20 I GWB verpflichtet die Gemeinden, die Wegenutzungsrechte in einem fairen und diskriminierungsfreien (wettbewerblichen) Verfahren zu vergeben



Ordnungsrahmen – Missbrauchsaufsicht nach §§ 19, 20 GWB

Funktionaler Unternehmensbegriff

- Voraussetzung: **Gemeinden bzw. der Bund und die Länder** sind bei der Vergabe von Wegenutzungsverträgen **als Unternehmen zu qualifizieren**.
- Funktionaler Unternehmensbegriff ist zugrunde zu legen, dessen Inhalt aus dem Gesamtzusammenhang und dem Zweck des GWB – die Freiheit des Wettbewerbs und wirtschaftliche Macht zu kontrollieren – zu bestimmen ist. Da die leitungsgebundene Energieversorgung auf die Nutzung der öffentlichen Verkehrswege angewiesen ist, hat die Auswahl der Nutzungsberechtigten und die Bedingungen, zu denen die Nutzung gestattet wird, erheblichen Einfluss auf den Wettbewerb zwischen den Versorgungsunternehmen.
- H.M. sieht die Vergabe von Wegerechten als unternehmerische Tätigkeit i.S. des funktionalen Unternehmensbegriffs an.
Begründung: privatrechtliche Ausgestaltung des Wegenutzungsvertrages, weil Gemeinden als Gegenleistung für die Überlassung von Wegerechten eine Konzessionsabgabe erhalten (so § 48 Abs. 1 EnWG).



Ordnungsrahmen – Missbrauchsaufsicht nach §§ 19, 20 GWB

Marktbeherrschende Stellung

- Auf ihrem Gebiet ist die Gemeinde Alleinanbieter von Wegerechten.
- Der räumlich relevante Markt ist das jeweilige Gemeindegebiet, so dass die Gemeinde über eine marktbeherrschende Stellung i.S. d. §§ 19, 20 GWB auf dem Markt der öffentlichen Verkehrswege i.S. des § 46 Abs. 1 EnWG verfügt. (So auch BGH Urteil vom 11.08.2008, KZR 43/07).



Verfahren nach § 46 EnWG

„Vergabe“ eines Konzessionsvertrages

- Läuft ein Konzessionsvertrag aus, so haben die Gemeinden gemäß § 46 Abs. 3 EnWG **spätestens 2 Jahre vor Ablauf des Vertrages** das Vertragsende **öffentlich** bekanntzumachen und zwar im Bundesanzeiger oder bei mehr als 100.000 an das Versorgungsnetz im Gemeindegebiet angeschlossenen Kunden zusätzlich im Amtsblatt der Europäischen Union.
- Die Anforderungen an den Inhalt der Bekanntmachung bzw. an den Ablauf des Verfahrens sind nicht normiert.
- Sinn und Zweck der Regelung des § 46 EnWG ist es, einen Wettbewerb beim Neuabschluss von Wegenutzungsverträgen zu ermöglichen, d.h. **Eröffnung eines Wettbewerbs „um das Netz“** (OLG Düsseldorf vom 12.03.2008 – VI-2U(Kart) 8/07).
- Nicht die Gemeinde soll geschützt werden, sondern es soll Wettbewerb durch Dritte um das Netz ermöglicht werden.



Verfahren nach § 46 EnWG

Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts?

- Nein, weil
es sich bei der Vergabe eines Wegenutzungsvertrages um eine **Dienstleistungskonzession** handelt.
Denn
 - > 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)



Verfahren nach § 46 EnWG

Beachtung von Grundsätzen

Auch außerhalb der vergaberechtlichen Vorschriften sind bestimmte Grundsätze bei der Vergabe einer Dienstleistungskonzession 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



Verfahren nach § 46 EnWG

Beachtung von Grundsätzen

- Wegenutzungsverträge sollten daher in einem transparenten, die Chancengleichheit interessierter Unternehmen gewährleistenden, wettbewerblichen Verfahren vergeben werden.
- Die Gemeinde sollte in dem Auswahlverfahren folgende Kriterien berücksichtigen:
 - > Durchführung eines transparenten Verfahrens,
 - > Auswahl des Konzessionsnehmers anhand objektiver Kriterien,
 - > Einhaltung der vorgegebenen Verfahrensbestimmungen und Anforderungen durch die Gemeinde sowie
 - > Kenntnis aller Bewerber von den einzuhaltenden „Spielregeln“.
- Um auf der „sicheren Seite“ zu sein, sei den Gemeinden empfohlen, sich an dem vergaberechtlichen Verhandlungsverfahren zu orientieren und **einheitliche Maßstäbe für alle Interessenten** zugrunde zulegen.



Verfahren nach § 46 EnWG

Bekanntmachungspflichten

Ziel: Verbreiterung des Informationsflusses über den Ablauf des Konzessionsvertrages und Verbesserung der Chancen für neue Interessenten, 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 EnWG)



Verfahren nach § 46 EnWG

Bekanntmachungspflichten

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

Eine Empfehlung eines Ablaufplanes, der einzelne Schritte beschreibt, wie Gemeinden vorgehen könnten, ist auf der Internetseite des Niedersächsischen Ministeriums für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr veröffentlicht unter:

www.mw.niedersachsen.de

(Pfad: Themen>Mittelstand&Dienstleistungen>Wettbewerbsrecht, Landeskartellbehörde>Energiekartellrecht>Vorträge Energiekartellrecht)



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

Fälle aus der Kartellrechtspraxis

Verstöße gegen kartellrechtliche Vorschriften:

- Bekanntmachung erfolgt nur im regionalen 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!**



Fälle aus der Kartellrechtspraxis

- Was tun, wenn sich nach Ablauf der Frist ein verspäteter Bewerber meldet?
Was tun, wenn bis zum Ablauf der Frist nur ein oder gar kein Bewerber sein Interesse am Betrieb des Netzes bekundet hat?

Grundsätzlich steht es (gemäß § 31 VII VwVfG i.V.m. § 1 NVwVfG) im Ermessen der bekannt gebenden Gemeinde, eine von ihr gesetzte Frist zu verlängern.

Zu bedenken:

>> Wettbewerb um das Netz soll eröffnet werden.

>> Grundsätze der Transparenz, Gleichbehandlung und auch Verhältnismäßigkeit sind zu beachten!

>> Wenn Berücksichtigung von verspäteten Interessenbekundungen, dann unter Beachtung der o.g. Grundsätze.



Fälle aus der Kartellrechtspraxis

- 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 unter Berufung auf BGH, RdE 1986, 118) – Verstoß gegen § 1 GWB. BGH ist in seiner bisherigen Rechtsprechung davon ausgegangen, dass die Vereinbarung eines ausschließlichen Wegenutzungsrechtes in Konzessionsverträgen – soweit unmittelbar oder mittelbar zu einer Laufzeit von mehr als 20 Jahren führend – im Allgemeinen den Tatbestand des § 1 GWB erfüllt und zur Nichtigkeit des Vertrages führt.



Fälle aus der Kartellrechtspraxis

- Vorzeitiger Neuabschluss eines KV ohne Beendigung des alten Konzessionsvertrages – Verstoß gegen §§ 19, 20 GWB

Sonderfall – vorzeitige Beendigung des Konzessionsvertrages

Die Regelung in § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG betrifft den Fall, dass Gemeinden beabsichtigen, einen Konzessionsvertrag vorzeitig zu verlängern. Das in § 46 Abs. 3 EnWG normierte Verfahren ist strengstens einzuhalten, ansonsten Verstoß gegen §§ 1, 19 und 20 GWB,

>> weil Markt für Konzessionsverträge in der betreffenden Gemeinde beschränkt oder gar ausgeschlossen wird auf einen langen Zeitraum und Zweck der Verschärfung des § 46 ist, die Möglichkeit eines Wettbewerbs um den Konzessionsvertrag wenigstens alle 20 Jahre und eines Wechsels des Konzessionsinhabers nach Ablauf des alten Vertrages zu verstärken.



Fälle aus der Kartellrechtspraxis

Verstoß gegen die Regelung des § 3 Abs. 2 KAV kann Tatbestand der §§ 19, 20 GWB erfüllen,

denn nach dieser Regelung dürfen im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung eines Konzessionsvertrages keine Leistungen der Versorgungsunternehmen bei der Aufstellung kommunaler oder regionaler Energiekonzepte vereinbart werden. Ebenfalls nicht gefordert werden dürfen eine Verpflichtung zur Übertragung von Versorgungseinrichtungen ohne wirtschaftlich angemessenes Entgelt sowie sonstige Finanz- und Sachleistungen, die unentgeltlich oder zu einem Vorzugspreis gewährt werden.



Fälle aus der Kartellrechtspraxis

- 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).



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. GWB stellen Ordnungswidrigkeiten dar
 - Bußgeldhöhe bis zu 1 Mio. EUR
- **Verpflichtungszusagen, § 32 b GWB**



§ 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



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