

Konzessionsverträge: aktuell
Datenherausgabe aus kartellrechtlicher Sicht
Stand: Mai 2010

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



Konzessionsverträge: Datenherausgabe aus kartellrechtlicher Sicht

Gliederung

- **Auslaufen des Konzessionsvertrages nach § 46 EnWG**
 - Bekanntmachungsverfahren
 - Rechtl. Rahmen
 - behörtl. Zuständigkeiten
- **Das Auswahlverfahren**
 - Verstoß gegen §§ 19, 20 GWB bei Verweigerung der Herausgabe von Netzinformationen?
 - offenzulegende Informationen im Verfahren
- **Sanktionen**



Konzessionsverträge: Datenherausgabe aus kartellrechtlicher Sicht

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.



Konzessionsverträge: Datenherausgabe aus kartellrechtlicher Sicht

- 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)



Konzessionsverträge: Datenherausgabe aus kartellrechtlicher Sicht

Das Bekanntmachungsverfahren nach § 46 Abs. 3 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).



Konzessionsverträge: Datenherausgabe aus kartellrechtlicher Sicht

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
- > europarechtlichen Mindestanforderungen entspricht.



Konzessionsverträge: Datenherausgabe aus kartellrechtlicher Sicht

Welche Daten müssen aus kartellrechtlicher Sicht wann und von wem herausgegeben werden?



Konzessionsverträge: Datenherausgabe aus kartellrechtlicher Sicht

- Behördliche Zuständigkeiten
 - > im Falle der Weigerung der Herausgabe der Netzdaten durch den Altkonzessionär,
 - > bei Verstößen der Gemeinde gegen § 46 EnWG
- **Bundesnetzagentur/Regulierungsbehörde oder Kartellbehörde?**
 - Energierightliches Missbrauchsverfahren gem. § 30 Abs. 1 Nr. 2 EnWG
 - oder
 - kartellrechtliches Missbrauchsverfahren gem. § 48 iVm. §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB?



Konzessionsverträge: Datenherausgabe aus kartellrechtlicher Sicht

Gem. § 30 Abs. 1 Nr. 2 EnWG ist den Betreibern von Energieversorgungsnetzen ein Missbrauch ihrer Marktstellung verboten.

§ 30 EnWG betrifft den Wettbewerb *im* Netz

(Verstöße hinsichtlich des Netzbetriebs, Netzanschlusses (§ 17 EnWG) und Netzzugangs (§ 20 EnWG)),

die Vorschriften §§ 19, 20 GWB hingegen den Wettbewerb *um* das Netz.



Konzessionsverträge: Datenherausgabe aus kartellrechtlicher Sicht

- >> Konzessionsvergabeverfahren fällt in kartellbehördliche Zuständigkeit, weil durch Konzessionsvergabe die Entscheidung darüber getroffen wird, welchem Unternehmen der Betrieb des Netzes überhaupt gestattet werden soll.
- >> die Verweigerung der Datenherausgabe betrifft den Wettbewerb *um* das Netz und damit die Marktstruktur, sodass nicht § 30 EnWG einschlägig ist, sondern vielmehr ein kartellrechtliches Missbrauchsverfahren auf Grundlage der §§ 19, 20 GWB zur Anwendung kommt.



Konzessionsverträge: Datenherausgabe aus kartellrechtlicher Sicht

- > Differenzierung nach verschiedenen Stadien des Konzessionsvergabeverfahrens
- a. Stadium vor Bekanntgabe des Vertragsendes gem. § 46 Abs. 3 S. 1 EnWG
 - > Kein Verstoß gegen §§ 19, 20 GWB.
 - > Wettbewerb um das Netz soll mit Bekanntmachung erst initiiert werden.



Konzessionsverträge: Datenherausgabe aus kartellrechtlicher Sicht

>> **Ermessensentscheidung der Gemeinde, welche Daten sie zur Einleitung des Bekanntmachungsverfahrens veröffentlicht (gem. § 46 Abs. 3 EnWG)**

(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



Konzessionsverträge: Datenherausgabe aus kartellrechtlicher Sicht

- b. Stadium nach Bekanntgabe des Vertragsendes durch die Gemeinde gem. § 46 Abs. 3 S. 1 EnWG
- Wettbewerbssituation gegeben.
Daraus folgt:
 - >>Potentiellen Interessenten muss die Möglichkeit eröffnet werden, über ihre Teilnahme am Wettbewerb zu entscheiden.
 - >>Die energiewirtschaftl. 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.



Konzessionsverträge: Datenherausgabe aus kartellrechtlicher Sicht

Die Gemeinde ist als „Herrin des Konzessionsvergabeverfahrens“ in der Verantwortung, ein den o. g. Grundsätzen entsprechendes Konzessionsvergabeverfahren durchzuführen.



Konzessionsverträge: Datenherausgabe aus kartellrechtlicher Sicht

Problem: Gemeinde verfügt kaum über Daten

- Offenlegungspflicht des aktuellen Netzbetreibers?
 - nicht unmittelbar aus § 46 III EnWG
 - explizite Regelungen im bestehenden Konzessionsvertrag?
 - Nebenpflicht aus dem bestehenden Konzessionsvertrag (§ 242 BGB)
- Einwand des Altkonzessionärs: Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse?
 - bei Monopolisten keine hohe Schutzwürdigkeit gegenüber dem öffentlichen Interesse am Wettbewerb
 - § 9 EnWG führt dazu, dass Daten bei der jeweiligen Netzbetriebssparte der Bewerber bleiben



Konzessionsverträge: Datenherausgabe aus kartellrechtlicher Sicht

- Voraussetzungen gem. §§ 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1 auch für unbillige Behinderung gem. § 20 Abs. 1 GWB gegeben?
- Marktbeherrschung von Gemeinde und Altkonzessionär?
- §§ 19 und 20 GWB setzen als Normadressateneigenschaft das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung voraus.
Gemeinde ist marktbeherrschende Alleinanbieterin auf dem Markt für die Vergabe von Wegerechten auf dem jeweiligen Gemeindegebiet als dem räumlich relevanten Markt.
- Verpflichtung der Beachtung der o. g. Grundsätze,



Konzessionsverträge: Datenherausgabe aus kartellrechtlicher Sicht

- insb. des Missbrauchsverbotes nach § 19 Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 Nr. 1 (Behinderungsmisbrauch) und des Diskriminierungsverbotes nach § 20 Abs. 1 GWB.
- 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 durchführt, die zu einer Gleichbehandlung aller Interessenten führen.



Konzessionsverträge: Datenherausgabe aus kartellrechtlicher Sicht

Und der Altkonzessionär?

- 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 im Vergabeverfahren auf die Netzdaten angewiesen, da nur aufgrund dieser Daten eine wirtschaftliche Bewertung der Netz-übernahme erfolgen kann.
- 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 kaufmännischen Netzdaten in ihrer wettbewerblichen Handlungsfreiheit erheblich eingeschränkt/diskriminiert.



Konzessionsverträge: Datenherausgabe aus kartellrechtlicher Sicht

- Beschluss des OLG Brandenburg 29.12.2009 nicht einschlägig, da OLG die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Verfügung auf Auskunftserteilung nicht als gegeben ansieht.
- vertraglicher Auskunftsanspruch – auch vor Beendigung des Konzessionsvertrages –
 - auf Mitteilung des Mengengerüstes,
 - auf Auskunft über Grundstücksnutzungsrechte,
 - auf Informationen, die zur Kaufpreisermittlung erforderlich sind.
- Überlassungspflicht des Konzessionsinhabers aus § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG tritt nebenvertragl. vereinbarte Ansprüche.
- Anspruch auf Überlassung der Verteilungsanlagen aus § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG entsteht, wenn Konzessionsvertrag nach Ablauf nicht verlängert wird.



Konzessionsverträge: Datenherausgabe aus kartellrechtlicher Sicht

>> Welche Daten müssen im Auswahlverfahren herausgegeben werden?

Mindestens offen zu legen vom Altkonzessionär sind die energiewirtschaftlichen und technischen Strukturdaten eines Elektrizitäts- bzw. Gasversorgungsnetzes:

- Mengengerüste der im Konzessionsgebiet belegenen Strom- bzw. Gasversorgungsleitungen, alle zum Netz gehörenden Anlagengüter sowie deren Alter (auf aktuellem Stand).

Das sind mindestens:

- die Länge der zum Netz gehörenden Freileitungen und Kabel (nach Spannungsebene) bzw. die Niederdruck-, Mitteldruck- und Hochdruckleitungen (falls vorhanden), die Länge der Hausanschlussfreileitungen oder -kabel bzw. des Hausanschlussnetzes
- die Anzahl der Umspannstationen/-werke bzw. Gasdruckregelanlagen/ Gasverteilstationen



Konzessionsverträge: Datenherausgabe aus kartellrechtlicher Sicht

- Messanlagen
 - die Strom- bzw. Gasabgabemenge
 - die Anzahl der Gasübernahmestationen und Odorierungsanlagen
 - die Anzahl der Stationen und Kabelverteilerschränke
 - die Anzahl der Hausanschlüsse
 - die Anzahl der Zähler
 - die Anzahl der Netzkopplungspunkte
-
- die erforderlichen kaufmännischen Angaben zum Mengengerüst, um eine Kalkulation des auf den zukünftigen Netzerlösen basierenden Ertragswerts des Netzes vornehmen zu können
 - Netzpläne (inkl. vorgelagerte Netze)
 - Netzentflechtungsvorschlag des derzeitigen Netzbetreibers
 - das Konzessionsabgabeaufkommen



Konzessionsverträge: Datenherausgabe aus kartellrechtlicher Sicht

c. Stadium nach Abschluss des neuen Konzessionsvertrages

Ist wettbewerblicher Prozess mit Abschluss des neuen Konzessionsvertrages beendet ?

- Wettbewerbsbehinderung im Sinne der §§ 19, 20 GWB könnte vorliegen, 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 ist nicht möglich, Einhaltung der regulatorischen Anforderungen (neue Erlösobergrenze!) wird verhindert.



Konzessionsverträge: Datenherausgabe aus kartellrechtlicher Sicht

- Zudem gibt § 46 Abs. 2 Satz EnWG vor, dass der Altkonzessionär dem Neukonzessionär die Netzanlagen „gegen Zahlung einer *wirtschaftlich angemessenen Vergütung* zu überlassen“ hat. Die Ermittlung bzw. Berechnung der Höhe dieser zu zahlenden Vergütung muss dem potentiellen Neukonzessionär ermöglicht werden, damit er dies bei Abgabe seines Angebotes berücksichtigen kann.
- Da aber nur der Altkonzessionär über die Netzdaten verfügt, besteht Informationsasymmetrie.
- Um wirksamen Wettbewerb zu ermöglichen, besteht für den Altkonzessionär eine Kooperationspflicht dahingehend, das Informationsdefizit des Neukonzessionärs zu beheben und ihm entsprechend die kaufmännischen Netzdaten zur Verfügung zu stellen.
- Darüber hinaus verursacht die Weigerung des Altkonzessionärs zur Offenlegung von Netzdaten einen Abschreckungseffekt bei potentiellen Bietern im Rahmen zukünftiger Konzessionsvergaben.



Konzessionsverträge: Datenherausgabe aus kartellrechtlicher Sicht

Sanktionen

- **Untersagungsverfügungen der Kartellbehörde gemäß § 32 GWB**
- **Unterlassungsanspruch, Schadensersatzpflicht nach § 33 GWB**
- **Verhängung von Bußgeldern, § 81 GWB**
 - Verstöße gegen §§ 1, 19 ff. 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

