

Rechtliche Kriterien für ein diskriminierungsfreies und transparentes Vergabe bei der Vergabe von Strom-, Gas-, Fernwärme und Wasserkonzessionen

Workshop zum Energierecht
Institut für Energie- u. Regulierungsrecht Berlin
Prof. Dr. Willi Weiblen
Stuttgart
Berlin, 20. Januar 2014

I. OLG Stuttgart v. 07. Nov. 2013 (201 Kart 1/13): Sachverhalt

- 16.05.2011: Beschluss, nach Bekanntmachung Strom- u. Gaskonzessionen mit 12 Kriterien (Gewichtung) zu vergeben.
- 19.10.2011: Beschluss zur Aushandlung der Verträge.
- 25.10.2011: Bewerbung der Stadtwerke/Eigenbetrieb.
- 14.11.2011: Kenntnis der Bf. vom Verhandlungsstand u. darüber, dass aus steuerlichen Gründen die Verträge mit den Stadtwerken geschlossen werden sollen.
- 21.11.2011: Beschluss zur Vergabe an Stadtwerke.
- 07.02.2012: Abschluss der Konzessionsverträge.
- 20.04.2012: unterlegene Bewerberin schaltet EKartB ein.
- 28.03.2013: EKartB erläßt gegen Bf. streitgegenständliche Missbrauchsverfügung.
- 07.11.2013: Beschluss: Beschwerde der Bf. Wird zurückgewiesen.

OLG Stuttgart: Begründung

- GWB findet Anwendung, und zwar in der aktuellen Fassung der 8. GWB-Novelle: trotz Streichung der §§ 19 Abs.2, 20 Abs.1 GWB a.F. wurden die beiden bislang enthaltenen TBe für den Behinderungsmissbrauch im neuen § 19 Abs. 2 Nr.1 u. Abs. 3 GWB redaktionell bereinigt und zusammengeführt.
- Tatbestandliche Voraussetzungen des § 19 Abs.1 und 2 Nr. 1 GWB liegen vor: Bf. Hat ihre marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausgenutzt:
 - a) Es handelt sich um ein Unternehmen i.S.d. §19 Abs. 1 u. 2 Nr. 1 GWB: Abschluss energiewirtschaftlicher KVe seitens der Kommune ist trotz vorgelagerter Entscheidung des Gemeinderats nicht hoheitlich, sondern zivilrechtlicher Natur.
 - b) BF. hat eine marktbeherrschende Stellung nach § 19 Abs.1 Nr. 1 GWB missbräuchlich ausgenutzt.

Auswahlverfahren der Bf.

- ✓ Bf. Verstößt gegen Gebot der Diskriminierungsfreiheit, das Behinderungsverbot u. das Gebot zur Transparenz und Gleichbehandlung.
- ✓ Missbräuchliche Ausnutzung durch nicht ausreichende Berücksichtigung der Zielvorgaben des § 1 EnWG im Auswahlverfahren.
- ✓ § 46 Abs.3 S. 5 EnWG ist im vorliegenden Fall anwendbar, die auch schon Inkrafttreten (s. Sachverhalt) zu berücksichtigen ist.
- ✓ In 1. Linie ist bei der Auswahlentscheidung das Niveau der erreichbaren Netzentgelte und die Effizienz des Netzbetreibers zu berücksichtigen, ebenso wie Umweltverträglichkeit oder der störungsfreie Netzbetrieb.
- ✓ Erst in 2. Linie und „*nur deutlich untergeordnet*“ können fiskalische Interessen eine Rolle spielen (wie Kommunalrabatt, Gewerbesteueraufkommen und KA).
- ✓ Eine jedenfalls deutlich vorrangige Berücksichtigung der im Interesse der Allgemeinheit festgeschriebenen Ziele i. R. des KV-Verfahrens berührt den **Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung** (Art. 28 II GG, Art. 71 LV) **nicht**.

Streitgegenständlicher Kriterienkatalog (12)

- **Bezug zu § 1 EnWG (nur 50%)** (vgl. OVG Münster):
 - energiepolitische Leistungen
 - Vereinbarung über konkurrierende Direktleitungsbauten
 - Telekommunikation/DSL
 - Verkabelung
 - Günstige Netzentgelte
 - Netzerneuerung intelligente Netze, smart grid
- **Keinen Bezug zu § 1 EnWG:**
 - max. Konzessionsabgabe
 - Kommunalrabatt 10 % auf Netznutzungsentgelte
 - Folgekostenübernahme minimieren
 - Verwaltungskostenerstattung für gemeindliche Gegenleistungen
 - **Endschaftsbestimmung Eigentum**
 - **Endschaftsbestimmung Auskünfte**

Bewertung durch Gericht

- ✓ *Sechs der zwölf Kriterien (50 %) reichen nicht aus als* Bezug zu § 1 EnWG zum Vorrang der Ziel gem. § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG.
- ✓ Gewichtung durch Bf. mit max. 380 Punkten von insgesamt 840 Punkten (=45,24 %, also zu wenig/bei Gas 71 zu 29).
- ✓ Stadtwerke (Bewerberin, die den Zuschlag erhielt) der Bf. erzielten bei Netzentgelten Null: Verfügen weder über eigenes Fachpersonal noch Erfahrung.
- ✓ Chronologischer Ablauf (lt. Sachverhalt) ergibt keine zwei Verfahren, daher wurden die Grenzen zu diskriminierungsfreiem u. transparentem Verfahren vermischt.

Verfahren

- Nach § 32 GWB kann EKartB verpflichten, Zuwiderhandlung abzustellen.
- EKartB hat fehlerfreie Ermessensentscheidung getroffen.
- Verpflichtung zur Wiederholung des Verfahrens ist verhältnismäßig.
- Frage, muss ein neues Verfahren eingeleitet werden od. genügt es, das Verfahren mit den Altbewerbern zu wiederholen?
- Nichtzulassungsbeschwerde durch Bf. wurde zwischenzeitlich eingelegt.

II. OVG Lüneburg v. 11.09.2013 (10 ME 88/12)

- Bei der Entscheidung über die Vergabe von Konzessionen müssen die Ziele des § 1 EnWG zu **mindestens 50 %** (wie OLG Stuttgart v. 07.11.2013) einfließen.
- Grundsätzlich muss **vor der endgültigen Vergabe der Konzession** jedenfalls i. Wesentlichen feststehen, wer in welchem Umfang als strategischer Partner und ggf. auch als tatsächlicher Betreiber des in Aussicht genommenen (kommunalen) Konzessionsnehmers zur Verfügung steht.
- Bei Trennung beider Verfahren muss die Ausschreibung des strategischen Partners vorausgehen und darf nicht nachfolgen, um die Leistungsfähigkeit beurteilen zu können.
- Soll die Gemeinde selbst mittelbar die Konzession übernehmen, muss ermittelt worden sein, zu welchen Kosten dies führen wird (Berücksichtigung der finanziellen Leistungsfähigkeit).
- Auswahlkriterium „Versorgungssicherheit und effizienter Betrieb“ wurde erkennbar zugunsten der Beigeladenen (eigens gegründetes EVU) „subsumiert“, obwohl dieses weder über Erfahrung noch Personal verfügt (s. a. OLG Stuttgart).

III. OLG München v. 26.09.2013 (U 3589/12 Kart)

- **Ls: Die Vereinbarung nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV unzulässiger Nebenleistungen in einem Konzessionsvertrag führt gem. § 134 BGB zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages.**
- § 7 Abs. 2 S.1 KV verpflichtet die Klägerin (städt. Gemeindewerke), die Gemeinde bei der Erstellung von kommunalen Energiekonzepten zu unterstützen, dies ist eine unzulässige Sachleistung i.S.v. § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV.
- Dasselbe gilt für die Verpflichtung, die erforderlichen Daten zur Verfügung zu stellen.
- Weiter ist die in § 7 Abs. 3 S.1 KV getroffene Vereinbarung, dass die Eigenerzeugung von Strom durch die Gemeinde, wo sie ökologisch u. wirtschaftlich sinnvoll ist, nicht nur weg. §§ 6 EnWG (Entflechtung) sachfremd ist, sondern verstößt auch gegen das Nebenleistungsverbot.
- Dasselbe gilt für das Dienstleistungsangebot des Konzerns, zu dem die Klägerin gehört.
- Sämtliche Verstöße führen zur **Gesamtnichtigkeit des KV** gemäß § 134 BGB.

dazu: Bayer. Gemeindetag, der deswegen über neues Muster verhandelt:

- Zuordnung gemischt genutzter Leitungen zum Ortsnetz,
- Verpflichtung der Netzbetreiber, die Mitverlegung von Leerrohren und TK-Linien, insbesondere Breitbandversorgung,
- Aufhebung der Duldungspflicht stillgelegter E-Versorgungsanlagen,
- Abstimmungspflicht für Ausbaumaßnahmen ab drei Jahre vor Vertragsablauf,
- KA- Zahlung bei Streitigkeiten über Netzübernahme über ein Jahr hinweg,
- 100 %ige Folgekostenübernahme durch den Netzbetreiber,
- Change of Control- Klausel,
- Erweiterter Auskunftsanspruch
- Eigentumsübertragungsanspruch zum Ertragswert für die Gemeinde

IV. VGH Baden-Württemberg

Beschluss vom 22. 08.2013

- Ast. begehrt Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Sicherung des Bürgerbegehrens „Energie- u. Wasserversorgung Stuttgart“:
- "Sind Sie dafür, dass die Stadt Stuttgart die Konzession und den Betrieb der Netze für Wasser, Strom Gas u. Fernwärme spät. ab 1.1.2014 selbst übernimmt? Und sind Sie gegen einen Gemeinderatsbeschluss, der dem nicht entspricht?"
- **Ls: Bürgerbegehren darf keine Wertungen, Schlussfolgerungen und Erwartungen enthalten, die einem Wahrheitsbeweis nicht zugänglich sind.**
- Gemeinden sind verpflichtet, eine diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren durchzuführen.
- Ausschreibungsfreie „inhouse“-Vergabe ist nicht zulässig.

Preismissbrauchsverfügung gegen Wasserpreise Calw

**OLG Stuttgart, Beschluss v. 05.09.2013/201 Kart 1/12,
BGH, Beschluss v. 15.05.2012, KVR 51/11,
OLG Stuttgart, Beschluss v. 15.05.2012, KVR 51/11**

Baden-Württemberg

- **Preissenkungsverfügung der EKartB gegen Calw v. 24.02. 2011,** allein auf §§ 19,32 GWB gestützt sowie auf Basis einer **Kostenprüfung.**
- Volumen rund 1,5 Mio. €, ca. 30 %.
- Verfügung aufgehoben durch Beschluss des OLG Stuttgart 25.08.2011.

OLG Stuttgart, Beschluss v. 15.05.2012/ KVR 51/11

- Beschwerde gegen Verfügung und Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 65 III S. 3 GWB.
- Zulassung der Rechtsbeschwerde im Hauptsacheverfahren.
- OLG: § 19 Abs.1 iVm. 4 Nr. 2 GWB geht „**vorrangig vom Vergleichsmarktkonzept aus**“.
- Preishöhenmißbrauch ist im Regelbeispiel des § 19 IV Nr. 2 GWB abschließend geregelt.
- Entgelte sind nur dann missbräuchlich, wenn sie von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb ergeben würden.
- Vorrangiger Maßstab zur Ermittlung des **Als-Ob-Wettbewerbspreises** ist das Vergleichsmarktkonzept (externer Effizienzvergleich zwischen verschiedenen Unternehmen).
- Kostenkontrolle ist von der Rechtsprechung *nicht* als eigenständiges Konzept anerkannt.

BGH vom 15. Mai 2012/KVR 51/11

- Auf die Rechtsbeschwerde der Landeskartellbehörde (BaWü) wird der Beschluss des Kartellsenats des OLG Stuttgart vom 25. August 2011 **aufgehoben**.
- Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Beschwerdegericht zurückgewiesen.
 - Das bedeutet:
 - Der Auffassung des OLG Stuttgart wird nicht gefolgt.
 - Die Kostenprüfung ist damit neben dem Vergleichsmarktprinzip wohl zulässig; § 19 GWB wird damit **nicht eng ausgelegt**.
 - Nach Rspr. des Senats ist ein **Erheblichkeitszuschlag** geboten (Höhe wurde nicht beziffert).

OLG Stuttgart, Beschluss v. 05.09.2013/ 201 Kart 1/12

- Entscheidung bedeutet die **erste** gerichtliche Überprüfung einer kartellrechtlichen Mißbrauchsverfügung gg. WVU auf Grundlage einer **Kostenkontrolle**:
- Es gibt *kein* maßgebliches Kalkulationssystem, das von den Behörden zu beachten ist.
- Kürzungen der LKartB werden abgelehnt, wenn das OLG der Auffassung ist, dass der Betrachtung der Behörde keine „überwiegende Plausibilität“ zukommt.
- Grundsätze der NetzentgeltVO` en können angewandt werden (EK-Verzinsung, Abschreibung unter Null).
- Behörde hat Spielraum, nach welchen Maßstäben sie die Kostenprüfung vornehmen will. allerdings unter Berücksichtigung der einschlägigen ökonomischen Theorien.
- Prüfung des Gerichts beschränkt sich auf die Bewertung der Kostenpositionen auf über 63 Seiten: umfangreichste Kürzungen i. H. von 700 T€ hielten bei den kalkulatorischen Kosten nicht stand.
- Unter Beachtung des monopolistischen Marktstruktur wird ein **Erheblichkeitszuschlag i. H. von 7, 5 %** zugestanden, dessen Überschreitung zu einem Preismissbrauch führen würde.

Kostenprüfung

- **Vorteile der Kostenprüfung:** keine Vergleichsdaten notwendig, keine Gewichtung und Umrechnung von Rechtfertigungsgründen, WVU braucht sich nicht gegen Wasserpreise rechtfertigen, deren Kalkulationsumstände es ebenso wenig kennt wie manche andere Strukturmerkmale.
- **Nachteile der Kostenprüfung:** sehr aufwändig für beide Seiten, wenn Kostendaten lückenhaft: setzt ordentliche Kostenrechnung voraus, **Schlüsselung** von Kosten notwendig, ggf. Effizienzbewertung erforderlich.
- **Merke:**
bei Vergleichsmarktkonzept: LKartB vergleicht hierbei Preise, **überprüft keine Kalkulationen**. Gleichartigkeit ist allerdings darzulegen und nachzuweisen als grobes Kriterium (einfache Darstellung): WVU muss Gründe beweisen, die einen höheren Preis rechtfertigen (Beweislastumkehr).

Nichtzulassungsbeschwerde der LKartB

- Nichtbeachtung von Beweisangeboten bezüglich der kalkulatorischen Kosten führt zur **zulassungsfreien Rechtsbeschwerde**,
- Nichtzulassungsbeschwerde aus grundsätzlichen Erwägungen heraus.
- Frage, kann LKartB überhaupt zur „Neubescheidung verpflichtet werden?“
vgl. **Tenorierung**: sofortige Beschwerde wird aufgehoben und zur erneuten Bescheidung „aufgrund der rechtlichen Beurteilung, welcher dieser Aufhebung zugrunde liegt“ zurückverwiesen.

Gegenstand der **Nichtzul.Beschwerde**

- Anwendung von Bodenrichtwerten ist regulierungsrechtlich nicht ausgetragen.
- **Löschwasserversorgung:** Kürzungen werden nicht akzeptiert, „pauschale Behauptung“ genügt nicht, WVU hätte im KV nach verhandeln müssen.
- **Erheblichkeitszuschlag i.H. von 7,5 %** bezieht sich auf **alle** Kostenarten bis hin zur KA, denn Höhe hat der BGH nicht vorgegeben.
- **Ermittlung der kalkulatorischen Kosten** entspricht nicht dem Leitfaden des BdEW.
- Zweifel bestehen hinsichtlich der **Beweis- und Darlegungslast:** „Kosten bei einer rationellen Betriebsführung“ nach § 31 Abs. 4 Nr. 3 GWB?

Fazit :

Von einer ständigen Rspr. bezüglich der Wasserpreiskalkulation kann derzeit nicht gesprochen werden, zumal auch im Rahmen des Vergleichsmarktprinzips einige entscheidende Faktoren, wie z.B. die sachgerechte Ermittlung der kalkulatorischen Kosten, nicht im Detail geklärt sind.

Besten Dank

Prof. Dr. Willi Weiblen
Ministerialdirigent a.D.
Rechtsanwalt, Tel. +49 172 731 3434
willi@cweiblen.de
willi.weiblen@bakertilly.de
Tel. +49 711/ 933046-358