

# enreg-Workshop Konzessions- und Vergaberecht



## Höchstpreisüberschreitung und Nebenleistungsverbot im Konzessionsrecht

Dr. Cornelia Kermel  
Berlin, 20. September 2011

# Zulässige Leistungen bei der Vergabe von Konzessionsverträgen

- Konzessionsabgaben als zulässige Gegenleistung für die Einräumung des Rechts zur Benutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet dienen, § 48 EnWG, § 1 Abs. 2 KAV
- Begrenzung der Höhe der zu zahlenden Konzessionsabgaben durch die KAV
  - KAV beinhaltet Höchstpreisrecht
  - Soll eine übermäßige Belastung der Energiepreise mit versorgungsfremden Kosten verhindern

# Zulässige Nebenleistungen nach § 3 Abs. 1 KAV

- Gemeinden und EVU dürfen neben oder anstelle von Konzessionsabgaben für einfache oder qualifizierte Wegerechte nur bestimmte Leistungen vereinbaren oder zahlen
  - Gemeinderabatt
  - Vereinbarung über die Tragung von Folgekosten
  - Verwaltungskostenbeiträge

➔ Abschließende Aufzählung

# Unzulässige Nebenleistungen nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV

- Unzulässigkeit der Vereinbarung oder Gewährung von sonstigen Finanz- und Sachleistungen an die Gemeinde, die ohne bzw. ohne angemessene Gegenleistung erfolgen
  - Ausnahme 1: Leistungen bei der Aufstellung kommunaler oder regionaler Energiekonzepte
  - Ausnahme 2: Leistungen für Maßnahmen, die dem rationellen und sparsamen sowie ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart dienen, soweit sie nicht im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Konzessionsverträgen stehen.
  
- Marktüblichkeit der Gegenleistung der Gemeinde
- Gegenleistung darf nicht die Einräumung des Wegrechtes sein
- Unerheblich, ob die Nebenleistung im Konzessionsvertrag oder in einer gesonderten Vereinbarung erfolgt (Umgehungsgefahr)

# Unzulässige Nebenleistungen nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 KAV

- Unzulässigkeit der Verpflichtung zur Übertragung der Anlagen ohne wirtschaftlich angemessenes Entgelt
  - Verbot zu hoher Übernahmeentgelte
  - Verbot zu niedriger Übernahmeentgelte

# Beispiele unstreitiger unzulässiger Nebenleistungen

- Unstreitig unzulässig:
  - Spenden
  - Geldwerte Zahlungen an die Gemeinde

# Streitige Nebenleistungen

- Streitig, ob zulässig oder nicht:
  - Unentgeltliche Verlegung von Leerrohren und Glasfaserkabel zum Zwecke einer Breitbandversorgung (LG Coburg/ OLG Bamberg)
  - Erstattung der von der Kommune an den Altkonzessionär gezahlten Folgekosten / Baukostenzuschüsse (LG Coburg/ OLG Bamberg)
  - Garantierter Mindestgewinn/ Dividende zugunsten der Gemeinde bei Kooperationsmodellen und Put Option nach 5 Jahren (LRegB Hessen)
  - Vollständige Risikoverlagerung auf den Partner der Gemeinde im Rahmen von Kooperationsmodellen, z. B. finanzielle Risiken aus Rechtsstreit über Höhe des Entgelts für die Überlassung des Netzes (BKartA, LG Dortmund)
  - Garantierte Pacht an die Kommune als Verpächterin des Netzes
  - Unentgeltliche Leistungen im zeitgleich geschlossenen Straßenbeleuchtungsvertrag

# Unentgeltliche Verlegung von Glasfaserkabeln etc. / Erstattung gezahlter Folgekosten

- Einstweiliges Verfügungsverfahren auf Unterlassung des Anbietens von bestimmten Nebenleistungen im Verfahren um die Vergabe von Konzessionsverträgen
  - Gerügte Verstöße:
    - Zahlung eines bestimmten Euro-Betrages zur Abgeltung der von der Kommune nach dem Altkonzessionsvertrag an den Altkonzessionär entrichteten anteiligen Folgekosten
    - Anbieten einer unentgeltlichen flächendeckenden Erschließung des Gemeindegebietes mit einer schnellen Breitband-Internetverbindung bzw. einer dafür notwendigen Infrastruktur
- LG Coburg, Urteil vom 22. April 2010 (Az. 1 HK O 28/10 - I. Instanz)
  - Zurückweisung wegen nicht ausreichender Glaubhaftmachung der geltend gemachten Wettbewerbsverstöße
- Anders OLG Bamberg (Az. 3 U 92/10 - II. Instanz), das jedenfalls den ersten Verstoß als ausreichend glaubhaft gemacht ansah



# Entscheidung OLG Bamberg

- Endurteil vom 3. November 2010 (Az. 3 U 92/10 = RdE 2011, 160 ff.):
  - Angebot auf „Erstattung“ der von der Kommune nach dem Altkonzessionsvertrag an den Altkonzessionär entrichteten anteiligen Folgekosten stellt einen Verstoß gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV dar, da dieser Zahlung tatsächlich keine andere Gegenleistung als der Abschluss des Konzessionsvertrages über die Einräumung der Wegerechte gegenübersteht.

*„§ 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV ist eine gesetzliche Vorschrift zur Regelung des Marktverhaltens im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG. Sie schützt nicht nur das Verhältnis zwischen Kommune und Energieversorger, sondern auch den Endkunden ebenso sowie die Mitbewerber, zumal die an die Kommunen zu erbringenden Leistungen der Energieversorgungsträger deren Preisbildung und damit die Höhe des vom Endkunden zu entrichtenden Entgelts bestimmt. Nichts anderes ergibt sich aus der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs [...] Hiernach dient § 3 KAV nicht zuletzt dem Schutz privater Anbieter vor Wettbewerbsverzerrungen zu ihren Lasten.“*

# Unterlassungsanspruch nach UWG bejaht

- Tenor unter Ziffer 2 des OLG Bamberg, Endurteil vom 3. November 2010:

*„ Der Verfügungsbeklagten zu 1) und der Verfügungsbeklagten zu 2) wird aufgegeben, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken der den Konzessionsvertrag jeweils vergebenden Kommune als Gegenleistung für den Abschluss eines Konzessionsvertrages mit der Verfügungsbeklagten zu 1) oder der Verfügungsbeklagten zu 2) verbundenen Gesellschaft anzubieten, zu versprechen oder zu gewähren:*

*Geldleistungen zur Abgeltung von von der Kommune geleisteten Zahlungen für Bau- und/oder sonstige Maßnahmen an den bisherigen Konzessionsvertragspartner. “*

# Garantierter Mindestgewinn der Gemeinde und Nebenleistungsverbot

Publikation: Hessisch-Niedersächsische Allgemeine  
Auflage: 229.374  
Ausgabe: 24.04.2010  
Seite: 5 Witzenhausen



## Land will Stadtwerke-Verträge prüfen

GROSSALMERODE. Das Vertragswerk Großalmerodes mit den Städtischen Werken Kassel über die Stadtwerke Großalmerode könnte nach Ansicht der Regulierungsbehörde beim hessischen Wirtschaftsministerium unzulässige Nebenleistungen enthalten. In ihrer überraschenden Anfrage habe die Behörde deshalb um Vorlage des gesamten Vertragswerks gebeten, berichtete Bürgermeister Andreas Nickel am Donnerstag den Stadtverordneten. Es gehe dabei insbesondere um die Garantievergütung und die Ausstiegsoption für Großalmerode.

# Vollständige Risikoverlagerung auf Partner der Gemeinde

- Verpflichtung des strategischen (Minderheits-)Partners der Gemeinde als Mehrheitspartner, in der gemeinsamen Netzgesellschaft, das finanzielle Risiko eines Kaufpreises oberhalb des kalkulatorischen Restwertes sowie die Kosten eines Rechtsstreits zur Feststellung des zu zahlenden Kaufpreises zu übernehmen
  - Verschiedene Missbrauchsverfahren beim BKartA
  - Gegenstand gerichtlicher Verfahren

# Positionspapier Konzessionsvergabe LKartB Baden-Württemberg

- Positionspapier zur Beteiligung von Konzessionsvergaberechtssubjekten (i. d. R. Kommunen) an Gemeinschaftsunternehmen mit Energieversorgungsunternehmen sowie zu Pachtmodellen im Zusammenhang von wegerechtsbezogenen Konzessionsvergaben im Strom- und Gassektor
  - Konsultationsentwurf vom 1. August 2011
  - Mit BKartA nicht abgestimmt
  - Konkretisierung der (energie- und kartell-)rechtlichen Anforderungen an Beteiligungsmodelle und Pachtlösungen im Rahmen der Verfahrens um die Vergabe von Konzessionsverträgen

# Positionspapier Konzessionsvergabe - verfahrensrechtliche Vorgaben

- Zur Einhaltung des wettbewerblichen Verfahrens um die Vergabe der Konzession sind (Vor-)Verhandlungen über Gemeinschaftsunternehmen und Pachtmodelle zulässig. ABER:
  - Die Verhandlungen dürfen nicht einen Grad erreichen, bei dem sich die Kommune bereits vor der Entscheidung über die Konzessionsvergabe festgelegt hat, z.B.
    - Bei Vorliegen unterzeichneter Verträge
    - Personelle Verflechtungen (Doppelmandate beim kommunalen Entscheidungsträger und der zukünftigen Netzgesellschaft)
    - Personelle Verflechtungen auf der Beraterebene?
- Materiell muss gewährleistet sein, dass Chancen und Risiken „normal“ verteilt sind
  - Die Entscheidung über die Konzessionsvergabe darf gerade nicht mit Rücksicht auf Vorteile für die Gemeinde erfolgen
  - Beteiligung an Gemeinschaftsunternehmen muss Fremdvergleich mit Geschäften unabhängiger Parteien genügen

# Positionspapier Konzessionsvergabe - Gemeinschaftsunternehmen

- Gemeinschaftsunternehmen von Kommunen und Energieversorgungsunternehmen sind grundsätzlich zulässig
- Gemeinschaftsunternehmen sind auch als integrierte Energieversorgungsunternehmen, d. h. unter Einschluss vertrieblicher Bereiche zulässig (a. A. Kommunalaufsicht Hessen)
- Kommunale Beteiligungen an integrierten Energieversorgungsunternehmen bzw. Netzbetreibern oder Gemeinschaftsunternehmen zu marktüblichen Konditionen (Drittvergleich) sind stets zulässig

# Positionspapier Konzessionsvergabe - Zulässige Renditeversprechen

- Renditeversprechungen sind im Rahmen von Unternehmensbeteiligungen grundsätzlich möglich und zulässig, wenn sie entsprechend des tendenziell recht geringen Risikos der Höhe nach im Bereich der Verzinsung für sichere Anlage liegen oder jedenfalls nicht stark hiervon nach oben abweichen
  - Garantierendite unbedenklich, soweit sie unterhalb oder im Bereich der langfristigen Renditen für festverzinsliche Wertpapiere inländischer Emittenten liegt. Je nach tatsächlich nachvollziehbaren und begründbaren Wagnissen des Konzessionsgebers, die derzeit kaum realistisch sein dürften, sind weitere Zuschläge im Einzelfall gerechtfertigt. Oberhalb von 5% kaum mehr unbedenklich
  - Garantierendite ist im Einzelfall zu prüfen, soweit sie oberhalb der langfristigen Renditen für festverzinsliche Wertpapiere inländischer Emittenten liegt, aber noch unterhalb des zu bildenden Mischzinses aus den regulierungsbehördlichen Festlegungen zur Eigenkapitalverzinsung für Alt- und Neuanlagen (derzeit Mischzinssatz von 7% als Obergrenze). Risiko des Empfängers der Garantiedividende entscheidend



# Positionspapier Konzessionsvergabe - Unzulässige Renditeversprechen

- Renditeversprechungen (Mindest- und Garantieverzinsung) im Rahmen von Unternehmensbeteiligungen, die im Verhältnis zum geringen Verlustrisiko überhöht sind, d. h. oberhalb des zu bildenden Mischzinses aus den regulierungsbehördlichen Festlegungen zur Eigenkapitalverzinsung für Alt- und Neuanlagen, derzeit angenommen bei 7 %, liegen, sind regelmäßig unzulässig

# Positionspapier Konzessionsvergabe - Asynchrone Gesellschafterstellungen u.a.

- Asynchrone Gesellschafterstellungen, z. B. erweiterte Mitbestimmungsrechte, beschränkte Finanzierungsverantwortung oder Haftungsfreistellung gegen Einlagenverlust bei Gemeinschaftsunternehmen können im Einzelfall, soweit es um die Ermöglichung des geordneten Geschäftsablaufs geht, gerechtfertigt sein
  - Im Grundsatz muss es allerdings beim Gleichlauf von Herrschaft und Haftung bleiben!
- Asynchrone Gesellschafterstellungen, bei denen der Gleichlauf von Chancen und Risiken grundsätzlich aufgelöst wird und asynchrone Verteilungen der Finanzierung einerseits und Einwirkungsrechte (z.B. Stimmrechte) andererseits sind regelmäßig unzulässig
  - Gilt auch für Zuwendungen sonstiger wirtschaftlicher Vorteile ohne gleichwertige Gegenleistungen
- Umgehungsmodelle, mit denen die vorgenannten unzulässigen Elemente nur verschleiert werden, sind unzulässig

# Positionspapier Konzessionsvergabe - Pachtmodelle

- Pachtvereinbarungen zwischen Kommunen und EVU sind zulässig,
  - wenn das Pachtmodell per se nicht zwingend vorgegeben wird (z.B. Konzessionierung eines Dritten bleibt möglich)
  - auch der mögliche Pächter nicht vorher festgelegt ist und
  - die Pachtzinsen entsprechend des geringen Risikos der Höhe nach im Bereich der Verzinsung für sichere Anlagen liegen bzw. nicht stark davon abweichen.
  - In begründeten Fällen dürfen sie auch darüber liegen, solange sie noch unterhalb des zu bildenden Mischzinses auf den regulierungsbehördlichen Festlegungen zur Eigenkapitalversinsung für Alt- und Neuanlagen (derzeit 7 %) liegen
- Pachtmodelle sind regelmäßig unzulässig,
  - wenn das Pachtsystem vorausgesetzt ist oder bereits Vorverhandlungen mit einem etwaigen Pächter stattfanden, durch die eine Vorfestlegung begründet wurde
  - wenn der Pachtzins oberhalb des zu bildenden Mischzinses liegt

# Positionspapier Konzessionsvergabe - Drittgesellschaften

- Auch bezüglich Drittgesellschaften (z.B. für den Straßenbeleuchtungsbetrieb oder mit gemeinnützig bezeichneten Zielen wie Förderung des Klimaschutzes) findet eine qualitative Bewertung statt und der zeitliche Zusammenhang ist maßgebend, sodass auch insoweit ein Verstoß gegen Vorschriften des AEUV, GWB, EnWG und KAV in Betracht kommt
- Leistungen solcher Drittgesellschaften, die speziell oder potentiell außer Verhältnis zur Einlage stehen, sind grundsätzlich unzulässig, wenn die Beteiligung und/oder die Leistung zeitlich oder sachlich im Zusammenhang mit der Konzessionsvergabe stehen

# Folgen für den Konzessionsvertrag: Nichtigkeit nach § 134 BGB

- Nichtigkeit des infolge einer unzulässigen Nebenleistung geschlossenen Konzessionsvertrages wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot i. S. v. § 134 BGB
  - *„Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.“*
  - Der Zweck des § 3 KAV verlangt, dass ein Konzessionsvertrag, der unter Verstoß gegen das Nebenleistungsverbot geschlossen wurde, nichtig ist. Dies gilt auch, soweit er eine salvatorische Klausel (§ 139 BGB) enthält.
    - Andernfalls würde dem Schutzzweck des § 3 KAV, der auch dazu dient, Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten der Mitbewerber zu verhindern, nicht ausreichend Rechnung getragen.
    - Gleiche Erwägungen, die das OLG Düsseldorf bei den Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Bekanntmachungsvorgaben nach § 13 Abs. 3 EnWG 1998 angestellt hat (Urt. v. 12. März 2008, RdE 2008, S. 287 ff.).
- Keine entgegenstehende Aussage des BGH im Urteil vom 29.9.2009 (EnZR 15/08), Rz. 32

# Weitere Folgen

- Keine Verpflichtung zur Überlassung der Energieverteilungsanlagen
  - Überlassungsanspruch nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG setzt voraus, dass der Anspruchsteller neuer Konzessionsvertragspartner ist, d. h. einen wirksamen Konzessionsvertrag geschlossen hat.
  - Einem im Wege der Abtretung geltend gemachten vertraglichen Übernahmeanspruch kann der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung nach § 242 BGB entgegengesetzt werden.
  
- Beweislast für das Vorliegen von Verstößen gegen § 3 KAV bei der Vergabe von Konzessionsverträgen?

# Folgen für das Verfahren um die „Vergabe“ des Konzessionsvertrages

- Ausschluss des die unzulässige Nebenleistung angebotenen „siegenden“ Bewerbers?
  - Keine „Heilung“ durch Herausnahme der unzulässigen Nebenleistungen aus den Vereinbarungen ?
  
- Verpflichtung der Gemeinde, den Konzessionsvertrag mit dem „zweiten Sieger“ zu schließen oder Verpflichtung zur Wiederholung des Bekanntmachungsverfahrens?

# Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



Dr. Cornelia Kermel

Knesebeckstr. 3 · 10623 Berlin

Tel.: +49 (0)30.3199829-0 · Fax: +49 (0)30.3199829-77

E-Mail: [kermel@kanzlei-kermel.de](mailto:kermel@kanzlei-kermel.de)

[www.kanzlei-kermel.de](http://www.kanzlei-kermel.de)