

Institut für Energie- und Regulierungsrecht

1

Das Ahrensburg-Urteil des BGH und die EU- Konzessionsvergaberichtlinie*

enreg-Workshop
Berlin, 2. Juli 2013

Dr. Roland Schwensfeier, LL.M.

*Der Vortrag gibt die persönliche Auffassung des Autors wieder.

I. Das Ahrensburg-Urteil des BGH

(Der Vortragende war auf Seiten des BKartA
am Verwaltungs- und an den Gerichtsverfahren beteiligt)

I. 1. GAG Ahrensburg - Der Vorwurf

3

- Gemeinde marktbeherrschend bei Vergabe von Wegerechten für Energieversorgungsleitungen
- Netzbetreiber abgeleitet marktbeherrschend bei der Weiterverwertung der Wegerechte
- Netzbetreiber behindert Wettbewerber – raising rivals' costs
- Wettbewerbles Unwerturteil
 - Verhalten verstößt gegen § 2 Abs. 6 KAV
 - Ergänzend: Indizien für wettbewerbsbehindernde Wirkung

I. 2. Verfahrensgang

4

a) GAG Ahrensburg

- 16.9.2009 – BKartA-Beschluss B10-11/09
- 19.11.2011 – OLG D-Beschluss, VI-3 Kart 1/11 (V)
- 30.4.2012 – BKartA Bericht zur Untersuchung Gas-Konzessionsabgaben
- 6.11.2012 – BGH-Beschluss, KVR 54/11

b) Parallelverfahren nach § 32b GWB (GGEW, Torgau, Völklingen)

c) Inzident bei § 46 EnWG (Dinkelsbühl)

I. 3. BGH-Beschluss Ahrensburg

5

a) Der Beschluss des BGH

- Kartellbehörden zuständig
- Gemeinde-Netzbetreiber-Konzern ist marktbeherrschend
- Behinderungsmissbrauch, denn Abrechnungsverhalten verstößt gegen KAV
- § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB ist Gefährdungstatbestand, kein Wirksamkeitsnachweis erforderlich, wenn ein Erfahrungssatz besteht

b) Implikationen jenseits der engen Fallkonstellation?

I. 4. Zuständigkeitsgrenzen § 111 EnWG

6

- BGH: Es kann offen bleiben, ob „grundsätzlich abschließend nach [§ 30 Abs. 1 Satz 1 EnWG] und nicht nach §§ 19, 20 GWB zu beurteilen ist, in welchem Umfang [Netzbetreiber] verauslagte KA den NNE hinzurechnen können, ohne dadurch ihre Marktstellung in unzulässiger Weise zu missbrauchen.“
- Literatur: Keine Aussage zur Grundsatzfrage des § 111 EnWG durch BGH (Lange, RdE 2013, 229, 230; Schray EnWZ 2013, 267)

I. 4. Zuständigkeitsgrenzen § 111 EnWG

7

- Details der Subsumtion durch BGH weisen über Einzelfall hinaus
- § 36 Abs. 2 GWB gilt auch im Kontext von § 19 GWB (so schon BGH - Entega) hier: auch, wenn Netzbetreiber involviert
- Ein Markt ist betroffen, der außerhalb von Teil 3 des EnWG geregelt ist (BGH, Rn. 17) = Behinderung auf anderem Markt als Markt für Netzdienstleistungen
- Gesamtbetrachtung (BGH, Rn. 19)
- Hat Stellung als Netzbetreiber eigenständige Bedeutung?
- Keine eigenständige Bedeutung bei durchlaufenden Posten = wirtschaftliche Betrachtungsweise

I. 5. Monopolstellung Gemeinde

8

- Gemeinde hat Monopol auf dem Markt für die entgeltliche Gestattung der Nutzung von (öffentlichen) Wegen zur der Gasversorgung
- Positive Sanktionierung der Position des Gemeinsamen Leitfadens, Rn. 17
- Folge: Bindung an §§ 19, 20 GWB (BGH, Rn. 17)
- Folge: kein Recht zur Bestimmung von Lieferbeziehungen im Konzessionsvertrag (BGH, Rn. 33)

I. 6. § 19 GWB - Gefährdungstatbestand

9

- Ausdrücklich OLG D, bestätigt vom BGH (Rn. 41 f.)
- Kriterien:
- Wettbewerblicher Aktionsparameter zur Beeinträchtigung der Wettbewerbsverhältnisse objektiv geeignet
- Verhalten führt erfahrungsgemäß zu Risiken für den Wettbewerb; auf erhebliche Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur kommt es nicht an

I. 7. § 19 GWB – Wettbewerbsleitende Normen

10

- Unwerturteil in § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB über Verstöße gegen andere wettbewerbsleitende Normen begründbar (BGH, Rn. 38 mit Verweis auf Vorgängerfall zu Basisdaten)
- Bedeutung bei Begründung des Missbrauchs von Marktmacht durch Gemeinde bei Verstößen gegen § 3 KAV – Nebenleistungsverbot
- Übertragbarkeit der Wertung des OLG Bamberg (U.v. 21.11.2012, 3 U 63/12): § 3 KAV schützt auch den horizontalen Wettbewerb

I. 8. Konzessionsabgabenvolumen

11

- BGH (Rn. 35): „KA-Volumen nicht entscheidend“
- KA als zivilrechtliches Entgelt zwischen Netzbetreiber und Gemeinde, nicht allgemeines Finanzierungsinstrument (keine „Abgabe“)
- Verweis auf implizite Erhöhung der KA durch EnWG-ÄndG 2005: Konstante Gegenleistung bei doppelt eingeschränkter Leistung (kein Vertrieb, Netznutzungsentgelte reguliert)
- Wettbewerbliche Energielieferung auch für Gemeinden verbindlich

II. Die EU-Konzessionsvergaberichtlinie

II. 1. Stand der Gesetzgebung

13

- Verfahren 2011/0437 (COD)
- Befassung im IMCO-Ausschuss des EP am 1. Februar 2013
- Tagespresse zu weiteren Debatten über Reichweite und Anwendungsbereich
- 1. Lesung im EP voraussichtlich am 22. Oktober 2013
- Frage hier: Was wären die Folgen für Auswahlverfahren nach § 46 EnWG?

II. 2. Regelungsgegenstände

14

Tenor: „Vergaberecht light“

- Keine Vorgaben zum Beschaffungsbedarf
- Kein Vorrang vor Kartellrecht (§ 104 Abs. 3 GWB)
- +Vorgaben für das Auswahlverfahren
- +Fristgebundener Vergaberechtsschutz

II. 3. Folgen für § 46 EnWG

15

- Vergaberechtsschutz – Stärken
 - Ausschreibungspflicht (geklärt, z.B. B8-6/11 – Dinkelsbühl)
 - Aufstellung und Anwendung von Auswahlkriterien
- Vergaberechtsschutz – Schwächen
 - Zulässigkeit von Auswahlkriterien nach EnWG und GWB
 - Beachtung der Zulässigkeitsgrenzen bei Anwendung der Kriterien
 - Vorfestlegungen (§ 1 GWB)
- Fortbestehende Zuständigkeit der KartB (§ 104 Abs. 3 GWB)

Kontakt

16

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Dr. Roland Schwensfeier, LL.M.

Bundeskartellamt
8. Beschlussabteilung
Kaiser-Friedrich-Straße 16
53113 Bonn

Tel.: 0228 / 9499 - 242

Fax 0228 / 9499 - 400