

enreg. Workshop zum Energierecht

Wegevergabe (Strom, Gas, Wasser)

Berlin, 6. Mai 2013

Inhalt

- **Nichtdiskriminierung und Transparenz** **3**
- **Wegerechtsvergabe als Betrauung?** **9**
- **Wegerechtsvergabe und kommunale Selbstverwaltung** **12**
- **Missbrauchsaufsicht über Wegennutzer** **13**
 - Der Vortrag gibt **ausschließlich persönliche Überzeugungen des Referenten** wieder
 - Verweisungen auf Kermel (Hrsg.), Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, Berlin 2012 abgekürzt mit „PHK“ und Kapitel-Nr.

Nichtdiskriminierung und Transparenz

- **§ 46 EnWG: Regelungsgegenstand** (=> PHK 2)
 - Gestattung der **Wegenutzung** für Strom- und Gasleitungen; Bezeichnung als „Konzessionsvertrag“ seit 1998 irreführend: EnWG-Systematik: Teil 5, Abgrenzung zu Teil 1, 3
 - Gemeinde handelt formell zivilrechtlich, § 8 Abs.10 FStrG, LStrG: Zivilrechtl. Sondernutzung
 - materiell als Straßenbaulasträger, nicht „privatautonom“; Grundeigentum nicht entscheidend
 - Wegerecht vermittelt anders als z.Z. von BGH-“Gespart. Wegerecht“ (RdE 1986, 115) und “Kaufering“ (BGHZ 143, 128) **kein Versorgungsmonopol** mehr
 - => Entflechtung u. Durchleitung bei Strom u. Gas ermöglicht Wettbewerb über das Netz
 - Wegerecht vermittelt bei Strom u. Gas auch **kein Verteilungsmonopol** mehr
 - => Direktleitungsbau gem. § 46 Abs. 1 EnWG ermöglicht Wettbewerb im Netz
 - Noch wirksamer würde der Wettbewerb im Netz gefördert durch ein unmittelb. **gesetzliches** Wegerecht (anders als im TKG ggf. auch entgeltlich): Jacob, N&R 2012, 200

Nichtdiskriminierung und Transparenz

- **Transparenzanforderungen gem. § 46 EnWG** (=> PHK 5 A I. – IV.)
 - Spätestens **3 Jahre** vor Ablauf des Altvertrags: Info-Pflicht des bish. EVU (§ 46 Abs.2 S.4)
Umfang siehe **BKartA/BNetzA-Leitfaden** zur Konzessionsvergabe v. 15.12.10, Rn. 25
 - Spätestens **2 Jahre** vor Ablauf: Bekanntmachung des Vertragsendes im Bundesanzeiger, bei mehr als 100.000 Kunden zusätzlich im EU-Amtsblatt (§ 46 Abs. 3 S. 1, 2)
 - Zugleich muss Gemeinde die vom bish. EVU erhaltenen Daten **veröffentlichen** (Abs.3 S.1)
=> vertrauliche Kalkulationsdaten hier nicht gemeint; für Bewerbung auch nicht **notwendig**
- **Diskriminierungsfreiheit gem. § 46 EnWG** (=> PHK 5 A V.)
 - § 46 Abs. 1: Gemeinde muss **diskriminierungsfrei** entscheiden; gilt für **alle** Wegerechte; dabei **Ziele des § 1 EnWG** verpflichtend zu beachten (§ 46 Abs. 3 S. 5)
 - Nach Einräumung des Wegerechts für die allg. Versorgung hat die Gemeinde die maßgeb. **Entscheidungsgründe** öffentlich bekannt zu machen (§ 46 Abs. 3 S. 6)

Nichtdiskriminierung und Transparenz

- Zweck: Gründe sollen auf sachl. Rechtfertigung/ Diskriminierungsfreiheit überprüfbar sein
- Transparenz u. Nichtdiskriminierung gem. § 46 EnWG gilt **nicht** für Fernwärme u. Wasser

● Kartellrechtliche Anforderungen

- Bei **Strom/Gas** unterliegt die Gemeinde **zusätzlich** dem Kartell- und Missbrauchsverbot gem. §§ 1, 19, 20 GWB; gem. § 46 Abs. 5 EnWG weiter anwendbar (=> PHK 12)
 - Bei **Fernwärme** unterliegt Gemeinde **nur** dem **kartellrechtl.** Missbrauchsverbot, §§ 19, 20; Haellmigk/Wippich, RdE 2011, 248, BKartA, Sektoruntersuchung (SU) Fw v. 8/2012, S.100
- =>** auch bei Fernwärme haben andere Wärmeerzeuger Anspruch auf **Direktleitungsbau**
- Ausschließlichkeitsvereinbarung mit FVU gem. § 1 GWB verboten
 - Wenn Gemeinde auf anderem Wege Ausschließlichkeit vermittelt => Ausschreibung (s.u.)

Nichtdiskriminierung und Transparenz

- Bei **Wasser** erlaubt § 131 Abs. 6 GWB i. V. m. § 103 GWB 1990 nach wie vor ein **Ausschließlichkeitsrecht** => §§ 1, 19, 20 GWB **nicht** anwendbar
- kein Direktleitungsbau durch konkurrier. Wasserverteiler => **Verteilungsmonopol**
- kein Durchleitungsanspruch konkurrier. Wasserversorger => **Versorgungsmonopol**
Marktsituation wie bei Strom/Gas z.Z. von BGH-“gespalt. Wegerecht“ und “Kaufering“
- => Bei **Wasser** Bezeichnung als „Konzessionsvertrag“ nach wie vor zutreffend

● Vergaberechtliche Anforderungen

- Bei **Strom** u. **Gas** regelt **§ 46 EnWG** die Nichtdiskriminierung u. Transparenz
- Bei Dienstleistungskonzessionen (DLK) leitet der **EuGH** die Nichtdiskriminierung und Transparenz aus dem **AEUV** ab (Gesamtanalogie zu den Grundfreiheiten)
- bei Strom/Gas keine Regelungslücke (s.o.), auch keine DLK: Einfaches Wegerecht in D begründet kein besonderes od. ausschließliches Recht zur Verteilung oder Versorgung

Nichtdiskriminierung und Transparenz

- Bei **Fernwärme** sind die EU-Vergabegrundsätze i.d.R. **nicht** anwendbar, da nur ein einfaches **Wegenutzungsrecht** eingeräumt wird
- **anders**, wenn z.B. flankiert durch Anschluss- und Benutzungszwang nach GemO => fakt. Ausschließlichkeit => EU-Vergabegrundsätze anwendbar, vgl. BKartA SU Fw, S. 101 f.
- Bei **Wasser** sind die EU-Vergabegrundsätze i.d.R. **anwendbar**, da wg. der kartellrechtl. Freistellung i.d.R. ein ausschließl. Verteilungs- und Versorgungsrecht verliehen wird
- Falls Freistellung/Ausschließlichkeit nicht genutzt, gleichwohl bei **Wasser** Anschluss- und Benutzungszwang nach GemO => EU-Vergabegrundsätze anwendbar (=> PHK 5 B)
- Folgerichtig soll **Wasser** in die geplante **EU-DLK-Richtlinie** einbezogen werden, einschl. Privilegierung für Inhouse-Vergabe => Kodifizierung der EuGH-Rspr. zu DLK
- Unerfindlich, wie dies ein „Menschenrecht auf Wasser“ beeinträchtigen könnte
=> Verstoß gegen EMRK oder EU-Grundrechts-Charta?

Nichtdiskriminierung und Transparenz

- **Exkurs: § 46 EnWG und ein diskriminierungsfreier „Wettbewerb um Netze“**
 - Ich bin keineswegs (so Büdenbender, DVBl 2012, 1532, Fn.13) „entschieden dagegen“
 - De lege ferenda ließe sich ein solches Wettbewerbssurrogat durchaus zu Gunsten der **Netznutzer** funktionsfähig machen; s. mein Beitrag in N&R 2012, 201 f.
 - Dazu muss ein unparteiischer Schiedsrichter entscheiden, z.B. die **Energieaufsicht** od. **Regulierungsbehörde**, nicht die Gemeinde (so schon „Oberrolte-Entwurf“ v. 1973)
 - Anknüpfungspunkt: **Nicht** die **Wegenutzung**, sondern das **natürliche Monopol** im Netz
 - § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG ist m.E. nicht ausreichend, um effektiv und flächendeckend **kommunale Selbstbegünstigung** zu verhindern
 - Was letztere anbelangt, bin ich in der Tat „entschieden dagegen“
=> in der Diagnose stimme ich Büdenbender zu, in der Therapie nicht
 - Kritik auch der **Monopolkommission**: 59. Sonder-GA, Tz. 45 ff.; 19. Haupt-GA, Tz. 649 ff.

Wegerechtsvergabe als Betrauung?

- **Betrauung wettbewerbswidrig: Monopolisierung der Strom- u. Gasverteilung**
 - Versuch, das Kartell- und Missbrauchsverbot der §§ 1, 19, 20 GWB über Art. 106 Abs. 2 AEUV auszuhebeln: Kartellr. Freistellung „betrauter Unternehmen“
 - Ziel ist ein Verteilungsmonopol, soweit das betraute Unternehmen zur Durchleitung bereit
 - Genügt zwar den EU-Anforderungen: Direktleitung gem. Art. 34 EltRL, 38 GasRL subsidiär
 - Elt-/GasRL enthalten aber nur **Mindestanforderungen** für Marktöffnung bei Strom/Gas
 - §§ 1 GWB, 46 Abs. 1 GWB gehen eindeutig **weiter**, wollen Wettbewerb **im** Netz öffnen
- **Betrauung soll kommunale Selbstbegünstigung ermöglichen**
 - Versuch, die Gemeinde vom monopolistischen **Anbieter** eines **Wegerechts** zu verwandeln in einen altruistischen **Nachfrager** nach **Verteilungsdiensten** (quasi als Vormund für die unmündigen Netznutzer): Vgl. Theobald/Borrmann, EnWZ 2013, 10, 12 ff.

Wegerechtsvergabe als Betrauung?

- Versuch, **EU-Vergaberecht** auf Wegerechte für Strom und Gas anwendbar zu machen
=> **Inhouse-Privileg** => Umgehung von § 46 Abs. 1-4 EnWG
- Rechtlich vertretbar **nur** bei **Wasser**, weil die Gemeinde hier ein ausschließliches Verteilungs- u. Versorgungsrecht verleiht => EU-Vergabegrundsätze anwendbar (s.o.)
- **Betrauung diskriminiert private und gemischtwirtschaftliche EVU**
 - Betrauung setzt gedanklich voraus, dass Strom- und Gasverteilung eine staatlich-kommunale Aufgabe sei, die Private ohne Betrauung nicht wahrnehmen dürften
 - Ein solcher Staatsaufgabenvorbehalt bedarf einer gesetzlichen Grundlage: Löwer, VVDStRL 60, 416; Pielow, BerlK-EnR, Bd. 1, Einl. E u. in: Mann/Püttner, Hdb.Komm.Wi. Bd. 2, S. 555
 - Dazu reicht Art. 28 Abs. 2 GG nicht; innerstaatl. Organisationsnorm: Badura, DÖV 1998, 818
 - schützt Gemeinde nur vor Zugriff höherer staatlicher Ebenen, gibt ihr keine Sonderrechte gegenüber Privaten, vgl. Schmidt-Aßmann, FS Fabricius, 1989, S. 251

Wegerechtsvergabe als Betrauung?

- § 4 EnWG **gebundene** Entscheidung => Strom- und Gasverteilung ist ein „**Jedermannsrecht**“ im Rahmen der Berufs- und Gewerbefreiheit
- Risiko bei einer „In-Dienstnahme“ Privater zur Erfüllung einer **Staatsaufgabe**:
=> Kann sich der Private insoweit noch auf **Grundrechte** berufen?
- zur Betrauung Privater mit Breitband-Diensten im Rahmen des seinerzeitigen Staatsaufgabenvorbehalts gem. Art . 87 GG **a.F.** für TK-Dienste Jacob, RdE 1984, 146
- Private, die sich auf eine „Betrauung“ einlassen, **gefährden** damit u.U. ihren **Grundrechtsschutz** => „Betrauung“ diskriminiert private Mitbieter
- F. mehrh. öffentl. Unternehmen unschädlich: Nach bish. BVerfG-Rspr. nicht grundrechtsfähig
- aber strittig: Koppensteiner, NJW 1990, 3109; Schmidt-Aßmann, BB-Beilage 17/1990; Kühne, JZ 2009, 1071; Pfeiffle, N&R 2012, 179, 185; Gutbrodt, RdE 2012, 280
- => Auch mehrheitlich öffentliche VNB sollten sich nicht auf eine „Betrauung“ einlassen

Wegerechtsvergabe und kommunale Selbstverwaltung

- **Verstößt § 46 EnWG gegen Art. 28 Abs. 2 GG?**
 - Schon 1995 bei Abschaffung der Verteilungs- und Versorgungsmonopole für Strom u. Gas z.T. bejaht: VKU-Gutachten Wielandt/Hellermann, Der Schutz des SV-Rechts ..., Köln 1995
 - Jüngst VKU-GA Hellermann, Zulässige Kriterien..., Bielef. 2013: Verpflichtung der Gemeinde auf EnWG-Ziele (§ 46 Abs. 3 S. 5) verstoße bei strikter Auslegung gegen Art. 28 Abs. 2 GG => verfass.konform auslegen als unverbindl. Programmsatz; ähnl. VG Oldbg., IR 2012, 233
 - **Verkannt:** Wortlautgrenze => allenf. Vorlage gem. Art. 100 GG, Jacob, RdE 2013, 139, Fn. 7
- **GA verkennt Gesetzesvorbehalt in Art. 28 GG („im Rahmen der Gesetze“)**
 - Keine unverhältnismäßige Einschränkung => zum EnWG'98 Leidinger, DÖV 1999, 86
 - Tangiert § 46 den Kernbereich? => Schmidt-Aßmann, FS 50 Jahre BVerfG, Bd. 2, S. 803: Finanz- Planungs-, Personal-, Organisations- u. Rechtssetzungshoheit als Kernbereiche
 - Durch § 46 EnWG berührt? M.E. schlicht fiskalische Interessen; durch Art. 28 GG geschützt?

Missbrauchsaufsicht über Wegennutzer

- **Bei Strom- und Gasverteilern**
 - Spezielle Missbrauchsaufsicht der Regulierungsbehörde (§§ 30 ff. EnWG)
 - §§ 19, 20 GWB bleiben gem. § 111 EnWG subsidiär anwendbar (BGH-„Ahrensburg“)
- **Bei Fernwärme-Versorgern**
 - Bei marktbeherrschender Stellung Missbrauchsaufsicht gem. §§ 19, 20 GWB
 - Bei Anschluss- und Benutzungszwang gem. GemO u. U. **zusätzliche** Bindungen nach Kommunalabgaben- und Gebührenrecht (Äquivalenzprinzip); GWB bleibt aber anwendbar!
- **Missbrauchsaufsicht bei Wasser-Versorgern**
 - Falls **ausschließliches** Recht zur Wasserverteilung und -versorgung:
 - ⇒ **Spezielle** (schärfere) Missbrauchsaufsicht: § 131 Abs. 6 i.V.m. **§ 103 Abs. 5 GWB 1990**
 - Falls Wasserversorger auf Ausschließlichkeit verzichtet:
 - ⇒ **Allgemeine** kartellrechtliche Missbrauchsvorschriften, **§§ 19, 20 GWB**

Missbrauchsaufsicht über Wegennutzer

- Gilt gem. § 130 Abs. 1 GWB auch für **öffentliche** Unternehmen, soweit Wasserlieferung **privatrechtlich** ausgestaltet: BKartA, Beschl. v. 4.6.12 B8-40/10
- **A.A. VKU/BDEW-Gutachten Di Fabio, Verfassungsrechtliche Grenzen der Bundeskartellaufsicht..., Bonn 2013**
 - GA geht vom falschen Sachverhalt aus; kompetenzielle Bedenken nur zutreffend, wenn Wasserversorgung im Einzelfall tatsächlich **öffentlich-rechtlich** ausgestaltet
 - Im o.g. Fall lässt sich eine **unternehmerische** Tätigkeit des WVU i.S.v. § 130 GWB nicht ernsthaft bestreiten; schlichtes Konkurrenzproblem zwischen Landespreisrecht und GWB
 - Unterschiedliche **Regelungszwecke**: Einerseits Kostenkontrolle, andererseits Vergleichsmarktprinzip => spricht eher für **parallele** Anwendbarkeit von Kartell- und Preisaufsicht
 - Ähnliches Konkurrenzproblem früher bei **Strom**: Nach h.M. wurde die kartellr. Missbrauchsaufsicht nach GWB durch die BTOElt als **bundespreisrechtliche** Spezialregelung verdrängt

Missbrauchsaufsicht über Wegennutzer

- **Aber:** Kann **Landes**-Preisrecht die **Bundeskartellaufsicht** verdrängen? Formell: Land noch gesetzgebungskompetent? Materiell: Vorrang des Bundesrechts (Art. 31 GG)
- Zw. auch Versuche im LWasserrecht B-W, Vergleichsmarktprinzip nach GWB auszuhebeln; welche Kosten als „nicht zurechenbar“ anzuerkennen sind, ist allein nach GWB zu beurteilen
- Bei **privatrechtl.** Wasserlieferung stets **unternehmerisches** Verhalten i.S.v. § 130 GWB
- **Grenzfall:** Lieferung **öffentlich-rechtlich** ausgestaltet, aber durch eine AöR mit einem **privaten** Gesellschafter => m.E. Indiz für **unternehmerisches** Verhalten i.S.v. § 130 GWB
- Für Strom/Gas dehnt **§ 18 Abs. 3 S. 3 EnWG** die Regulierung unternehmerischen Verhaltens explizit auf öffentlich-rechtlich gestaltete Versorgungsverhältnisse aus
- Vorläufernormen schon seit 1976; Vereinbarkeit mit Art. 28 GG nie umstritten
=> entsprechende Regelung m.E. auch in § 130 GWB ratsam
- Wasser gilt neuerdings als Menschenrecht. M.E. gibt es aber auch ein Recht auf **Schutz** vor **Ausbeutungsmisbrauch** durch Monopolunternehmen, arg. Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG