

# **Rechtliche Grenzen für die Ausgestaltung von Konzessionsverträgen**

**Workshop zum Energierecht am 6. Mai 2013  
Institut für Energie- und Regulierungsrecht Berlin**

**Dr. Cornelia Kermel**

## Gesetzliche Vorgaben für die Ausgestaltung von Konzessionsverträgen

- § 46 EnWG
- § 48 EnWG
- Konzessionsabgabenverordnung (KAV)
- Kartellrecht: §§ 19, 20 GWB
- Kartellvergaberecht / Dienstleistungskonzessionsrichtlinie?
- Art. 106 AEUV?

## § 46 Absatz 1 EnWG

- *„Gemeinden haben ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen ... zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen.“*
- Gemäß Satz 2 können die Gemeinden hierfür die höchstzulässigen Konzessionsabgaben verlangen
- Gegenstand von Konzessionsverträgen:  
**Entgeltliche Gestattung der Nutzung von öffentlichen Verkehrswegen zum Zwecke der Energieversorgung**  
*BGH, Beschluss v. 6.11.12 – KVR 54/11 (GAG-Ahrensburg)*

## Gilt § 46 Abs. 1 auch für Konzessionsverträge?

- OLG Düsseldorf, Beschluss v. 12.12.2012 – VI-3 Kart 137/12, S. 43  
*„Nach Auffassung des Senats (...) stellt § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG insoweit den Grundtatbestand für die Vergabe von Konzessionen durch die Gemeinde dar und ist nicht etwa, wie teilweise vertreten wird, eine Spezialregelung nur für einfache Wegenutzungsverträge ...“.*  
*So auch OLG Schleswig, Urteil v. 22.11.12 – 16 U (Kart) 22/12; BKartA, Beschluss v. 30.11.12 - B8-101/11 – Mettmann; Büdenbender, Materielle rechtliche Entscheidungskriterien ..., S. 42 ff; Kermel, Praxishandbuch der Konzessionsverträge ..., Kap. 2, Rn. 220*
- § 46 Abs. 2 EnWG (Sondertatbestand) enthält zusätzliche Anforderungen an Konzessionsverträge

## Kann „Betreuung“ mit dem Netzbetrieb den Gegenstand von KVen erweitern? (1)

- Ableitung aus der Daseinsvorsorge (Art. 28 Abs. 2 GG)?
- Ableitung aus Art. 106 AEUV: „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse?“
- **Aber:**  
Art. 28 Abs. 2 GG = nur innerstaatliche Organisationsnorm
  - Netzbetrieb keine Staatsaufgabe und keine den Kommunen übertragende Aufgabe

## Kann „Betreuung“ mit dem Netzbetrieb den Gegenstand von KVen erweitern? (2)

- Aufgabe Kommune beschränkt sich bei der Wegerechtsvergabe auf die diskriminierungsfreie Auswahl des Unternehmens (§ 46 Abs. 3 S. 5 EnWG)
  - Verweis auf Ziele des § 1 EnWG hat deklaratorische Bedeutung
  - Klarstellung zu § 46 Abs. 1 EnWG („diskriminierungsfrei“)
  - „Verpflichtung“ auf § 1 EnWG wird nicht durch Art. 28 Abs. 2 GG überwunden (SV gilt „im Rahmen der Gesetze“)
  - Ziele des § 1 EnWG haben Vorrang vor kommunalen Interessen

## Kann „Betreuung“ mit dem Netzbetrieb den Gegenstand von KVen erweitern? (3)

- Überwachung, ob das ausgewählte Unternehmen den Netzbetrieb ordnungsgemäß durchführt, ist nicht Aufgabe der Kommunen. Überwachung erfolgt durch Regulierungsbehörden etc.
  - Mangels Zuständigkeit keine vertragsstrafenbewährten Informationsverpflichtungen etc. zulässig
  - Umgehung des Nebenleistungsverbots nach § 3 KAV?

## Beachtung europäische Vorgaben? (1)

- **Konzessionsvertrag als Dienstleistungskonzession?**
    - Vorliegen eines öffentlichen Auftrags im Sinne von Art. 1 Abs. 2 RL 2004/18/EG? Entgeltliche Verträge über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, sowie Baukonzessionen
    - Zweck des Vergaberechts: Begrenzung von Nachfragemacht der öffentlichen Hand
    - KVe nach § 46 Abs. 2 EnWG beinhalten keinen Beschaffungsvorgang
    - Gemeinde tritt als Anbieter von Wegerechten für Strom, Gas auf und nicht als Nachfrager
- BGH, Beschluss v. 6.11.12 – KVR 54/11 (GAG-Ahrensburg)*



## Beachtung europäische Vorgaben? (2)

- Anwendung der EuGH-Grundsätze zur transparenten diskriminierungsfreien Vergabe von Dienstleistungskonzessionen (DLK) beruhen auf Gesamtanalogie zu Grundfreiheiten im AEUV
  - Bei Strom und Gas wegen spezieller Regelungen in § 46 EnWG keine Regelungslücke
  - § 46 EnWG insofern abschließend und nicht analogiefähig
- „Inhouse-Privilegierung“: Umgehung von § 46 Abs. 4 EnWG
- Reine Wegennutzungsrechte (ohne Ausschließlichkeit) nicht von geplanter EU DK-RiLi erfasst (Erwägungsgrund 6)

## Exkurs: Rügepflichten bei Konzessionsvergaben?

- **Rügepflichten als vorvertragliche Nebenpflichten?**
  - So wohl OLG Düsseldorf, Beschluss v. 9.1.13 – VII-Verg 26/12; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 4.2.2013 – Verg 31/12, a.A. LG Köln, Urteil v. 22.3.2013 – 90 O 51/13
  - **Aber:** Rspr. zu §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB spricht dagegen, da Bieter keinen Wissensvorsprung haben
- **Übertragbarkeit vergaberechtlicher Grundsätze und damit analoge Anwendung des § 107 GWB**
  - Keine Dienstleistungskonzession (so aber OLG Düsseldorf, Beschluss v. 9.1.13 – VII-Verg 26/12 und Beschluss v. 4.2.13 – Verg 31/12)
  - Keine planwidrige Regelungslücke in § 46 EnWG (LG Köln, Urteil v. 22.3.13 – 90 O 51/13)

## Vorgaben aus § 46 Abs. 2 EnWG

- **Laufzeit: Maximal 20 Jahre**

Keine Umgehung dieser Laufzeitbegrenzung bei zeitlich späterer Übertragung wegen Uneinigkeit über Kaufpreis

*OLG Koblenz, Teil- und Grundurteil v. 23.4.09 – U 646/08 (Kart); OLG Frankfurt a.M. Urteil v. 14.6.11 – 11 U 36/20 (Kart); LG Mainz, Urteil v. 30.11.12 – 12 HK O 10/11 (Kart): Keine SE-Ansprüche bei „verspäteter“ Übertragung*

- **Problem:**

Vertragliche Einschränkung des gesetzlichen Wahlrechts des Neukonzessionärs: Eigentum oder Besitzübertragung durch die Gemeinde?

## § 48 EnWG i.V.m. KAV

- **Begrenzung der Gegenleistung (Konzessionsabgabe) durch die Vorgaben in der KAV**
  - Abhängig von: Gemeindegröße, Kundengruppe (Tarif- / Sonderkunde)
  - **BGH, Beschluss v. 6.11.12 – KVR 54/11 (GAG-Ahrensburg):**

*Konzessionsabgabenrechtliche Einordnung der Lieferungen als Tarif- oder Sonderkundenlieferung erfolgt durch den jeweiligen Liefervertrag. Beliefern Dritte Sondervertragskunden, ist maßgeblich, welche KA der Netzbetreiber nach dem KV zu zahlen hat, wenn er selbst Sonderkunden beliefert. Dies gilt auch dann, wenn der Netzbetreiber eventuellen eigenen Energiekunden nur Tarifverträge anbietet.*

## § 3 Abs. 1 KAV

- **Nebenleistungsverbot nach § 3 KAV:**

§ 3 Abs. 1 KAV erlaubt neben oder anstelle von Konzessionsabgaben nur ganz bestimmte Leistungen

- Gemeinderabatt
- Folgekostenvereinbarung
- Verwaltungskostenbeiträge

## § 3 Abs. 2 KAV

- § 3 KAV verbietet die Vereinbarung oder Gewährung von sonstigen Finanz- und Sachleistungen an die Gemeinde, die ohne bzw. ohne angemessene Gegenleistung erfolgt
  - Marktübliche Gegenleistung der Gemeinde
  - Gegenleistung darf nicht die Einräumung des Wegerechtes sein
  - Unerheblich, ob die Nebenleistung im Konzessionsvertrag oder in einer gesonderten Vereinbarung erfolgt (Umgehungsgefahr)
- **Problem:** Anwendung des Nebenleistungsverbots auf vorgelagerte Kooperationssuche?  
Verneinend OLG Düsseldorf, Beschluss v. 9.1.13 – VII-Verg 26/12 und Beschluss v. 4.2.13 – Verg 31/12

## Rechtsprechung zu § 3 KAV

- **Unentgeltliche Verlegung Leerrohre für DSL-Verkabelung**  
OLG Bamberg, Urteil v. 3.11.2010 – 3 U 92/10; OLG Bamberg, Urteil v. 27.12.12 – 3 U 63/12
- **Erstattung der gezahlten Folgekosten/Baukostenzuschüsse**  
OLG Bamberg, Urteil v. 3.11.2010 – 3 U 92/1
- **Erstellung regionaler Energiekonzepte**  
LG München, Urteil v. 1.8.12 – 37 O 22218/11

## Kartellrechtliche Vorgaben

- **Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden nach dem GWB bleiben unberührt, § 46 Abs. 5 EnWG**
- **§§ 19, 20 GWB anwendbar**  
Marktbeherrschende Stellung Gemeinde  
BKartA, Beschluss v. 6.12.12 – B8-101/11 (Mettmann), BGH, Urteil v. 11.11.08 – KZR 43/07 (Neue Trift)
- **Auch bei der Vergabe von Konzessionsverträgen hat die Gemeinde eine marktbeherrschende Stellung**  
BGH, Beschluss v. 6.11.12 – KVR 54/11 (GAG-Ahrensburg)



**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**