

# 6. Energiewirtschaftsforum

## ■ Die „Vergabe“ von Konzessionen im Energie- und Wassersektor

Rechtsanwältin Dr. Cornelia Kermel  
Berlin, 18. Juni 2008

# Gliederung

1. Einleitung
2. Bekanntmachungsverfahren für energiewirtschaftliche Konzessionsverträge
3. Abschluss von Wasserkonzessionsverträgen

# Einleitung

Früher: Versorgungsverträge im Bereich der Strom-, Gas- und Wasserversorgung waren von der Kartellaufsicht freigestellt

- > Ausdrücklich durch das GWB 1957
- > Freistellungstatbestände §§ 103, 103a GWB a. F.  
(Laufzeitbegrenzung auf 20 Jahre für Strom und Gas seit 1980)

## 6. GWB-Novelle 1998

- > Einfügung von § 103b GWB a. F.: „Die §§ 103, 103a sind auf die Versorgung mit Elektrizität und Gas nicht mehr anzuwenden.“
- > Gelten aber für Wasser fort (heute: § 131 Abs. 8 GWB)

## Heute: Zwei Welten

- > Konzessionsverträge für Strom und Gas
- > Konzessionsverträge für Wasser

# Bekanntmachungsverfahren bei Konzessionsverträgen Strom und Gas

## Bekanntmachungsverfahren geregelt in § 46 Abs. 3 EnWG

- > Unterscheidung danach, ob es sich um den Neuabschluss eines KVer nach Auslaufen oder um eine vorzeitige Vertragsverlängerung handelt

## Problemfelder:

- > Auswahlverfahren und -kriterien nicht definiert. Anwendung der §§ 97 ff. GWB?
- > Anwendung des primären Gemeinschaftsrechts (Diskriminierungsverbot)?
- > Anforderungen an das Bekanntmachungsverfahren von Konzessionsverträgen nach § 46 Abs. 3 EnWG?
- > Folgen eines Verstoßes gegen die Bekanntmachungspflichten?

# Konzessionsverträge als öffentliche Aufträge?

Konzessionsverträge gemäß § 46 EnWG als Lieferverträge?

Konzessionsverträge als Dienstverträge?

Konzessionsverträge als „Baukonzession“?

Behandlung als „Dienstleistungskonzession“?

- > So LG Potsdam, Beschluss v. 30.12.2003
- > Vergabebestimmungen nach §§ 97 ff. GWB nicht anwendbar
- > Aber: Beachtung des aus dem Primärrecht resultierenden Diskriminierungsverbots (was bei Einhaltung der Voraussetzungen des § 46 Abs. 3 EnWG der Fall sein dürfte)

# Konzessionsverträge als Dienstleistungskonzession?

## Dienstleistungskonzession:

Vertrag, der von einem Dienstleistungsauftrag nur insoweit abweicht, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistung in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht

- > Kernelement ist der Umstand, dass der Auftraggeber sich eine Leistung vertraglich beschafft, oder erbringen lässt (EuGH, Urt. v. 7.12.2000, Rs. C-324/98 Telaustria, Rn. 14, 18)

Die Gemeinde tritt aber beim Konzessionsvertrag nicht als Nachfrager, sondern als Anbieter von Wegerechten auf

# Bekanntmachungspflichten bei Konzessionsverträge (§ 46 Abs. 3 EnWG)

Bekanntmachung des Vertragsendes spätestens 2 Jahre vor Auslaufen des Konzessionsvertrages, § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG

- > Gilt nur für qualifizierte Wegenutzungsverträge (Verträge i.S. des § 46 Abs. 2 EnWG)

Öffentliche Bekanntmachung der Entscheidung der Gemeinde über Neuabschluss oder Verlängerung des KV unter Angabe der maßgeblichen Gründe, § 46 Abs. 3 Satz 2 EnWG

Konkretisierung des „wo“ der Bekanntmachung

- > Grundsätzlich im Bundesanzeiger
- > Soweit mehr als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar an das Versorgungsnetz angeschlossen sind, zusätzlich im Amtsblatt der EU

# Vorzeitige Verlängerung von Konzessionsverträgen (§ 46 Abs. 3 S. 2 EnWG)

„Beabsichtigen die Gemeinden eine Verlängerung von Verträgen nach Absatz 2 vor Ablauf der Vertragslaufzeit, so sind die bestehenden Verträge zu beenden und die vorzeitige Beendigung sowie das Vertragsende öffentlich bekannt zu machen. Vertragsabschlüsse mit Unternehmen dürfen frühestens drei Monate nach Bekanntgabe der vorzeitigen Beendigung erfolgen.“

- > Entspricht der Auffassung der Kartellbehörden gemäß Beschluss vom 18./19.03.2004

Im Vermittlungsausschuss aufgenommen, war bereits Gegenstand der Änderungsvorschläge des Bundesrates vom 24.09.2004

- > Regelungen über vorzeitige Verlängerung erstmalig im EnWG 2005 formuliert. Klarstellung oder Neuregelung?

# Vorzeitige Verlängerung bereits von § 13 Abs. 3 EnWG 1998 erfasst?

Stellungnahme des Bundesrates vom 24.09.2004 zu § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG 2005:

*„Durch diese Regelung wird gewährleistet, dass auch im Falle einer vorzeitigen Verlängerung von Wegenutzungsverträgen interessierte Energieversorgungsunternehmen von der Eröffnung des Wettbewerbs um das Wegenutzungsrecht Kenntnis erlangen und ihr Interesse gegenüber der Gemeinde bekunden können...“* (Drs. 613/04 (Beschluss))

OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.03.2008 (S.7):

*„Die Bestimmung des § 13 Abs. 3 EnWG 1998 galt auch bei vorzeitiger Beendigung eines früheren Wegenutzungsvertrages. Sinn und Zweck der Regelung verlangten bereits vor der Neuregelung in § 46 Abs. 3 EnWG 2005 eine Anwendung auf diesen Fall ... Aus ihren Äußerungen [gemeint sind Bundesrat und Bundesregierung, Anm. Verfasserin] geht nichts dafür hervor, dass es sich bei der Neuregelung in § 46 Abs. 3, die eine vorzeitige Beendigung des vorherigen Vertrages ausdrücklich erwähnt, um eine gegenüber dem bisherigen Rechtszustand neue Regelung handele ...“*

# Anwendung der 2-Jahresfrist nach § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG bei vorzeitiger Verlängerung?

## Einhaltung der 2-Jahresfrist?

- > Wortlaut: Kein Verweis auf die 2-Jahresfrist nach S. 1
- > Gegenäußerung BRegierung zur Stellungnahme des BR vom 28.10.2004 (BT-Drs. 15/4068), in der die Ablehnung der Regelung über die vorzeitige Verlängerung begründet wurde:

*„... Generell würde zudem durch die Einfügung einer kürzeren Frist im Falle einer „Vertragsverlängerung“ eine bequeme Möglichkeit zur Umgehung der Zwei-Jahres-Frist des § 46 Abs. 3 EnWG-E geschaffen. Dies widerspricht dem Sinn und Zweck der Fristsetzung.“*

# Pflicht zur Bekanntmachung im Bundesanzeiger etc. bei vorzeitiger Verlängerung?

## Bekanntmachung der vorzeitigen Verlängerung im Bundesanzeiger/ Amtsblatt der EU?

- > Wortlaut: „Öffentlich bekanntzumachen“ versus „durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger...“
- > Ursprünglicher Wortlaut des Vorschlages war „bekannt zu machen“, während S. 1 noch die Formulierung „in geeigneter Form bekannt zu machen“ enthielt. Nachdem Aufnahme der konkreten Veröffentlichungsblätter in S. 1 erfolgt ist, wurde S. 3 durch „öffentlich“ ergänzt.
- > Stellungnahme BR vom 24.09.2004 (BR-Drs. 613/04), in der die Aufnahme der Regelung über die vorzeitige Verlängerung verlangt wurde:

*„... Die Bekanntmachung über die Beendigung der Verträge sollte in geeigneter Form im Bundesausschreibungsblatt, Bundesanzeiger, Internet, mindestens aber in der überörtlichen Presse bekannt gemacht werden, damit eine möglichst breite interessierte Öffentlichkeit Zugang zu dieser Information erlangen kann.“*

# Verschiedene Verstöße gegen die Bekanntmachungspflichten möglich

- Folge bei Unterlassen der Bekanntmachung des Auslaufens des Konzessionsvertrages überhaupt?
- Folge bei Bekanntmachung des Auslaufens ohne Einhaltung der Zweijahresfrist?
- Folge bei Nichteinhaltung der öffentlichen Bekanntmachung über die Entscheidung zugunsten eines „Bieters“?
- Folge einer vorzeitigen Verlängerung eines bestehenden qualifizierten Konzessionsvertrages ohne vorherige Beendigung des bestehenden Vertrages ohne Einhaltung der 3-Monatsfrist?

# Bekanntmachungspflichten als gesetzliches Verbot? (1)

## Wortlaut:

Gebot der Gemeinde, das Vertragsende bekannt zu machen

## Literatur:

Zielt auf die Verbreiterung des Informationsflusses über den Ablauf des KV u. Verbesserung der formalen Chancen für neue Anbieter, sich um den Vertragsabschluss zu bemühen. Dient zugleich der Sicherung und ggfs. Anhebung der Versorgungsqualität gemäß § 1. Damit Regelung von grundlegender energierechtlicher Bedeutung und daher Verbotsgesetz (so Bändenbender für Satz 1)

## OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.03.2008 (nicht rechtskräftig):

- > § 13 Abs. 3 EnWG 1998 ist ein Verbotsgesetz, obwohl es vom Wortlaut als Gebot formuliert ist.
- > Verbot richtet sich allerdings nur gegen die Gemeinde (einseitiges Verbot).
- > Gleichwohl führt der Verstoß gegen das einseitige Verbot zur Nichtigkeit, da es mit dem Zweck dieses Gesetzes nicht vereinbar wäre, den geschlossenen Vertrag bestehen zu lassen.

# Bekanntmachungspflichten als gesetzliches Verbot? (2)

## OLG Düsseldorf (Fortsetzung):

- > § 13 Abs. 3 EnWG 1998 zielt darauf ab, zumindest ansatzweise einen Wettbewerb beim Neuabschluss von Wegenutzungsverträgen zu ermöglichen. Durch eine Bekanntmachung sollen Interessenten von der Möglichkeit des Abschlusses eines derartigen Vertrages Kenntnis erlangen und in Verhandlung mit der betreffenden Gemeinde treten können. Auch ohne eine Pflicht zur Ausschreibung mit konkreten und nachvollziehbaren Wertungskriterien müsse sich die Gemeinde bei Vorliegen mehrerer Angebote mit diesen befassen und ihre Entscheidung öffentlich begründen.
- > Ein solcher Wettbewerb besteht dann nicht, wenn die Gemeinde den beabsichtigten Neuabschluss nicht bekannt gibt.
- > „Der Zweck des Gesetzes besteht nicht in dem Schutz der Gemeinde, etwa um die Entscheidungsfreiheit der Gemeinde zu erweitern, ... sondern in der Ermöglichung des Wettbewerbs durch Dritte.“ Das Gesetz dient dem Schutz Dritter

# Rechtsfolgen von Verstößen gegen die Bekanntmachungspflichten (1)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.03.2008 (Az.: IV-2 U (Kart) 8/07):

- > Nichtigkeit des Vertrages, wenn Bekanntmachung nicht durchgeführt wurde (keine nachträgliche Heilung möglich)
- > Auf die Nichtigkeit kann sich auch die dagegen verstoßende Gemeinde berufen. Andernfalls würde der Gesetzeszweck (Herstellung von Wettbewerb) über längere Zeit vereitelt ... § 13 Abs. 3 EnWG 1998 diene dem Schutz Dritter. Dabei wolle die Vorschrift auch die Unternehmen schützen, die mangels Bekanntmachung von der Möglichkeit von Verhandlungen mit der Gemeinde überhaupt keine Kenntnis erlangt haben (weiter als bei § 13 VgV, der nur Bieter schützt, die an dem Vergabeverfahren beteiligt waren)

# Rechtsfolgen von Verstößen gegen die Bekanntmachungspflichten (2)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.03.2008 (Az.: IV-2 U (Kart) 8/07):

Gleichzeitiger Verstoß gegen § 1 GWB unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BGH zu ausschließlichen Wegenutzungsrechten vor 1998 trotz Wegfalls von Ausschließlichkeitsrechten:

*„Dies ändere aber nichts daran, dass durch langfristige Konzessionsverträge der Markt für Konzessionsverträge in der betreffenden Gemeinde beschränkt oder gar ausgeschlossen wird.“*

- > Ein derartiger Markt (?) bestehe, es sei ein Wettbewerb bei den „Nebenbestimmungen“ trotz KAV durchaus möglich (?)
- > § 13 Abs. 3 EnWG 1998 stelle gegenüber § 103, 103 a GWB a.F. eine „Verschärfung“ dar. Der Gesetzgeber habe hierdurch die Möglichkeit eines Wettbewerbs um den KV und die Möglichkeit eines Wechsels des Konzessionsinhabers nach Ablauf des vorherigen Vertrages erheblich verstärkt (?)

# Rechtsfolgen von Verstößen gegen die Bekanntmachungspflichten (3)

## Kritik am Urteil des OLG Düsseldorf:

- > OLG verkennt Bedeutung des Wettbewerbs im Zusammenhang mit Konzessionsverträgen (kein Übergang der Lieferverhältnisse, heute: Regulierung des Netzbetriebes),
- > nur Schutz des Wettbewerbs als Institution beabsichtigt, nicht dagegen bestimmter Wettbewerber,
- > Konzessionsvertrag ist heute kein Kartellvertrag mehr
- > OLG überträgt alte Rechtsprechung auf „neue Welt“! BGH hat nicht festgestellt, dass Wegenutzungsverträge ohne Ausschließlichkeitsbindung dem § 1 GWB unterfallen
- > Keine Verschärfung in § 13 Abs. 3 EnWG 1998 in Verhältnis zu §§ 103, 103 a GWB a.F.

# Konzessionsverträge im Wasserbereich (1)

In Deutschland besteht eine kleinteilige Versorgungsstruktur

- > Ca. 6.600 Wasserversorgungsbetriebe
- > Problem: hohe Infrastruktur- / Investitionskosten
- > Problem: die öffentlichen Haushalte sind angespannt

Im Wasserbereich besteht noch keine Marktöffnung

- > Beteiligung privater Partner?
- > Wettbewerb um den Markt?

# Konzessionsverträge im Wasserbereich (2)

## Wasserversorgung ist als öffentliche Aufgabe ausgestaltet

- > Trinkwasserversorgung: Beispiel § 47a LWG NRW:  
Die Gemeinden haben in ihrem Gebiet eine dem Gemeinwohl entsprechende öffentliche Wasserversorgung sicherzustellen. Die Gemeinden können diese Aufgabe Dritten übertragen...
- > Abwasserbeseitigung geregelt in § 18a Abs. 2 WHG:  
Die Länder regeln, welche Körperschaften des öffentlichen Rechts zur Abwasserbeseitigung verpflichtet sind ... Die zur Abwasserbeseitigung Verpflichteten können sich zur Erfüllung ihrer Pflichten Dritter bedienen.
- > Aber: § 18a Abs. 2 a Satz 1 WHG - Privatisierungsmöglichkeit  
Die Länder können regeln, unter welchen Voraussetzungen eine öffentlich-rechtliche Körperschaft ihre Abwasserbeseitigungspflicht auf einen Dritten übertragen kann.
- > Privatisierungsmöglichkeit ist umstritten und wurde bislang nur teilweise genutzt:  
§ 63 Abs.4 SächsWG; § 151a Abs. 1 SachsAnhWG; § 45c BdWrttWG  
Aber: Zuletzt in NRW bei Neufassung des LWG abgelehnt

# Konzessionsverträge im Wasserbereich

## Wasserversorgung (1)

Fortgeltung der §§ 103, 103a und 105 GWB a.F., soweit sie die öffentliche Versorgung mit Wasser regeln, § 131 Abs. 8 GWB

- > Vereinbarung von ausschließlichen Wege- und Versorgungsrechten. Zulässigkeit richtet sich nach §§ 103, 103a und 105 GWB a.F.
- > Keine Befristung auf 20 Jahre, da diese Bestimmungen eine solche Befristung nur für den Strom- und Gasbereich vorsehen

Anwendung der Grundsätze der Kaufering-Entscheidung des BGH auch auf den Kaufpreis im Bereich Wasserversorgung (BGH ZNER 2006, S. 336)

- > Zulässigkeit von Sachzeitwertvereinbarungen

Bemessung der Konzessionsabgaben nach der KAE

- > Fortgeltung der KAE vom 4.03.1941 für den Wasserbereich
- > Entsprechende Anwendung des § 48 EnWG auf den Wasserbereich, § 117 EnWG

# Konzessionsverträge im Wasserbereich

## Wasserversorgung (2)

### Vergaberechtliche Relevanz von Wasserkonzessionsverträgen

- > Hergebrachtes Verständnis von Versorgungsverträgen: Kein vergaberelevanter Beschaffungsvorgang
- > Aber: wenn die Gemeinde eine ihr obliegende Pflicht dadurch erfüllt, dass sie einen Privaten einbindet, ist nicht ausgeschlossen, dass ein Dienstleistungsauftrag erbracht wird, § 97 Abs. GWB

Je nach Ausgestaltung und Lesart kann der Vorgang dann vergabepflichtig sein oder eben nicht

Abhängig von der vereinbarten Gegenleistung, die das Versorgungsunternehmen erhält

- > Feste Vergütung: Dienstleistungsauftrag => Vergaberecht
- > Keine feste Vergütung, sondern Einräumung des Rechts zur Verwertung eigener Leistungen gegenüber Dritten: Dienstleistungskonzession => Kein Vergaberecht anwendbar

# Konzessionsverträge im Wasserbereich

## Abwasserbeseitigung (1)

Keine nähere Ausgestaltung der Erbringung von Leistungen durch Dritte im Abwasserbereich

- > Abgrenzen: privater Erfüllungsgehilfe, vgl. § 18a Abs. 2 Satz 2 WHG
- > Oder: Drittbeauftragung - „Konzessionierung“, § 18a Abs. 2a WHG

„Konzessionierung“ eines privaten Unternehmens bislang nicht geregelt

- > VO-Ermächtigungen: § 63 Abs. 4 Satz 7 SächsWG; § 151a Abs. 1 Satz 2 iVm. § 146a Abs. 3 Satz 1 SachsAnhWG; § 45c Abs. 3 BdWrttWG
- > Bislang fehlt es an den erforderlichen Pflichtenübertragungsverordnungen

# Konzessionsverträge im Wasserbereich Abwasserbeseitigung (2)

Kooperationsverhältnis zwischen zuständiger Gebietskörperschaft und „konzessioniertem“ Unternehmen muss definiert werden

- > Bei „Dienstleistungsauftrag“ muss ggfs. ein Vergabeverfahren durchgeführt werden
- > Die Einzelheiten sind derzeit ungeklärt
- > Vergaberechtliche Relevanz muss noch bestimmt werden

**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**

**KERMEL & SCHOLTKA Rechtsanwälte**  
Partnerschaft von Rechtsanwälten

**Rechtsanwältin**  
**Dr. Cornelia Kermel**

**Meinekestraße 4**  
**D - 10719 Berlin**

**Tel: +(49) 30 / 50 96 95 - 0**  
**Fax: +(49) 30 / 50 96 95 - 77**

**E-Mail: [kermel@kermelscholtka.com](mailto:kermel@kermelscholtka.com)**  
**Internet: [www.kermelscholtka.com](http://www.kermelscholtka.com)**