

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser,

mit der ersten Ausgabe des KERMEL & SCHOLTKA-Newsletters in diesem Jahr stellen wir Ihnen wieder wichtige aktuelle Entwicklungen im Energie-, Umwelt- und Infrastrukturrecht vor.

Hierzu gehört unter anderem die Rechtslage der Objektnetze, die nach wie vor Gegenstand von Rechtsprechung und (europäischer) Gesetzgebung ist. Das Neueste zur Gegenwart und Zukunft der Objektnetze lesen Sie ab Seite 2.

Auch der nationale Gesetzgeber ist nicht untätig: Das CCS-Gesetz, dessen Eckpunkte wir Ihnen ab Seite 11 vorstellen, hat nach langen Vorarbeiten das Kabinett passiert. Den Verfahrensstand des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts erfahren Sie auf Seite 16.

Auf Vollzugsebene hat das Bundeskartellamt eine neue Sektorenuntersuchung des Stromgroßhandelsmarktes eingeleitet, die die Kraftwerksbetreiber trifft. Eine rechtliche Einordnung des Verfahrens finden Sie ab Seite 7.

Dies und einiges mehr erwartet Sie in dieser Ausgabe des KERMEL & SCHOLTKA-Newsletters. Wir wünschen Ihnen eine gewinnbringende Lektüre.

Ihr Kermel&Scholtka-Team

p.s.: Der Newsletter erscheint vierteljährlich und ist auch auf unserer Homepage www.kermelscholtka.com verfügbar. Wenn Sie den Newsletter zukünftig nicht mehr erhalten möchten, können Sie ihn mit einer E-Mail an: abbestellung@kermelscholtka.com abbestellen.

INHALT

ENERGIERECHT

- Objektnetze und (k)ein Ende
Der Beschluss des OLG Dresden und
der zukünftige EU-Rechtsrahmen — **S.2**
- I. Der Beschluss des OLG
Dresden — **S.2**
- II. Der zukünftige europäische
Rechtsrahmen — **S.4**
- III. Praxistipp — **S.5**
- Update Energiesteuerrecht — **S.6**

KARTELL- UND REGULIERUNGSRECHT

- Neue Sektorenuntersuchung des
Stromgroßhandelsmarktes trifft
Kraftwerksbetreiber — **S.7**

ENERGIEHANDEL UND FINANZIERUNG

- Der EFET-Vertrag Gas als Fort-
entwicklung des EFET-Vertrages
Strom — **S.9**

EMISSIONSHANDEL

- CCS-Gesetzentwurf vorgelegt -
Deutschland Spitzenreiter — **S.11**
- Oberverwaltungsgericht bestätigt
Aufhebung der Gebührenbescheide
im Emissionshandel — **S.14**

VERGABERECHT

- Bundesrat stimmt dem Gesetz zur
Modernisierung des Vergaberechts
zu — **S.16**
- Anwendung des Vergaberechts auf
interkommunale Zusammenarbeit — **S.17**

Objektnetze und (k)ein Ende – Der Beschluss des OLG Dresden und der künftige EU-Rechtsrahmen

Mit Beschluss vom 10. März 2009 (W 1109/06 Kart) hat das OLG Dresden den Objektnetzbescheid der Landesregulierungsbehörde Sachsen zugunsten des Flughafens Halle/Leipzig aufgehoben. Die – nicht immer überzeugende – Begründung ist unter I. zusammengefasst. Gleichzeitig sind die Verhandlungen zwischen Kommission, Rat und Parlament zur Reform der Elektrizitäts- und Gasbinnenmarkt-richtlinie abgeschlossen: Der zukünftige Rechtsrahmen für Objektnetze wird unter II. dargestellt.

I. Der Beschluss des OLG Dresden

Ausgangspunkt des Verfahrens war die Beschwerde eines EVU gegen den Objektnetzbescheid für das Flughafennetz; der Betreiber hatte unter Verweis auf den Bescheid Netzzugang verweigert. Das OLG Dresden hegte Zweifel an der Europarechtskonformität des § 110 Abs. 1 EnWG, weil Betriebsnetze nach Nr. 1 – anders als Dienstleistungsnetze nach Nr. 2 – nicht voraussetzen, dass die vollständige Regulierung »unzumutbar« ist. Das Gericht rief deshalb den EuGH an, der (nach Umformulierung der Vorlagefrage) im Mai 2008 entschied, dass die Elektrizitätsbinnenmarkt-richtlinie nationalen Vorschriften »wie § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG« entgegensteht, nach denen bestimmte Netze aufgrund ihrer Größe oder Beschaffenheit »von der Verpflichtung, Dritten freien Netzzugang zu gewähren, ausgenommen sind« (vgl. auch KERMEL & SCHOLTKA-Newsletter 1 | 2008 und 2 | 2008). Angesichts der inhaltlichen Begrenzung des Tenors auf Betriebsnetze nach Nr. 1 und die Frage des Netzzugangs wird seitdem die Reichweite der Auswirkungen diskutiert: Umstritten ist zunächst, ob auch Dienstleistungs- und Eigenver-

sorgungsnetze (Nr. 2 und 3) erfasst sind. Außerdem ist fraglich, ob neben der Befreiung von der Verpflichtung, Dritten Netzzugang zu gewähren, auch alle anderen Befreiungen (z. B. von der Entflechtungspflicht und Netzentgeltregulierung) unanwendbar sind. Das OLG hat sich zu beiden Fragen geäußert, soweit dies für die Entscheidung über den angegriffenen Objektnetzbescheid erforderlich war.

Übertragbarkeit des EuGH-Urteils auf Dienstleistungs- und Eigenversorgungsnetze?

Das OLG sieht »Anhaltspunkte« dafür, dass die Europarechtswidrigkeit alle Objektnetzvarianten erfasst. Denn der EuGH habe ausgeführt, dass von dem Gebot des freien Netzzugangs Dritter keinerlei Ausnahmen für bestimmte Netze zulässig sind. Gleichwohl hat das OLG die Frage mangels Entscheidungserheblichkeit offen gelassen. Das Flughafennetz sei schon nach nationalem Recht kein Dienstleistungsnetz. Denn die Anwendung der allgemeinen Vorschriften sei für den Netzbetreiber nicht unzumutbar. Dies wäre erst dann der Fall, wenn die Realisierung des Geschäftszwecks gefährdet werde. Hierfür sah das Gericht keine Anhaltspunkte. Die angeführten Erschwernisse seien gewöhnliche Belastungen, die ihn nicht härter trafen als vergleichbare Netzbetreiber und deswegen keine Unzumutbarkeit begründen könnten.

Übertragbarkeit des EuGH-Urteils auf andere Rechtsfolgen?

Deutliche Worte findet das OLG zur Wirkung des EuGH-Urteils auf Rechtsfolgenseite. Das Urteil, so das OLG, enthalte »keinerlei Ausführungen, die es auch nur ansatzweise rechtfertigen«.

tigen könnten«, eine bloße Teilunwirksamkeit des § 110 EnWG anzunehmen. Hinweise auf eine nur beschränkte Unwirksamkeit der Vorschrift ließen sich dem EuGH-Urteil nicht entnehmen, zumal man in der Vorlagefrage ja den Aspekt der »Unzumutbarkeit« angesprochen habe. Überdies widerspreche eine Weitergeltung einzelner Besserstellungen dem Willen des Gesetzgebers.

Kritik

Konsequent ist die Auffassung, die Europarechtswidrigkeit erfasse alle Objektnetzvarianten gleichermaßen. Denn die Unzulässigkeit von Ausnahmen gilt nach der Auslegung des EuGH generell, und ohne dass es darauf ankommt, welche Netze ausgenommen werden. Nachvollziehbar sind auch die Ausführungen zum Merkmal der »Unzumutbarkeit« bei Dienstleistungsnetzen, die dem Ausnahmecharakter der Vorschrift Rechnung tragen.

Weniger überzeugend ist jedoch die Begründung einer vermeintlich vollständigen Europarechtswidrigkeit des § 110 Abs. 1 EnWG. Anders als das OLG offenbar annimmt, erklärt der EuGH – im Unterschied zum Bundesverfassungsgericht – eine Norm nicht für nichtig. Vielmehr liefert er verbindliche Auslegungshinweise zur einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts. Konkret hat er darauf hingewiesen, dass die Richtlinie keine Ausnahmen von der Verpflichtung, Dritten Netzzugang zu gewähren, zulässt. Die anderen Privilegien in § 110 Abs. 1 EnWG waren weder Gegenstand der Vorlagefrage noch hat der EuGH sie thematisiert.

Der EuGH hat auch bereits in einer Anschlussentscheidung selbst die inhaltlichen Grenzen seiner Begründung aufgezeigt. In der Begründung seines Urteils vom 9. Oktober 2008

(C-239/07) bezieht sich der EuGH auf seine Objektnetzentscheidung und betont, dass seine dortigen Ausführungen sich allein auf den Netzzugang und nicht auf den (in dem zu entscheidenden Fall maßgeblichen) Netzanschluss beziehen. Dass der Hinweis auf die »Unzumutbarkeit« in der ursprünglichen Vorlagefrage für die Auffassung des OLG sprechen soll, ist schon deshalb nicht nachvollziehbar, weil der EuGH die Vorlagefrage umformulieren musste – und die Unzumutbarkeit danach schon in der Frage nicht mehr auftauchte.

Aus der begrenzten Wirkung des EuGH-Urteils folgt allerdings ebenso wenig, dass alle anderen Rechtsfolgen des § 110 Abs. 1 EnWG in jedem Fall europarechtskonform sind. Ob sie im Einzelnen gegen Europarecht verstoßen, lässt sich aber nur ermitteln, wenn man sie jeweils an der Richtlinie misst. Der Verweis auf die Entscheidung des EuGH genügt insoweit jedenfalls nicht.

Auch das zweite Argument, der Gesetzgeber habe die teilweise Anwendbarkeit des § 110 Abs. 1 EnWG nicht gewollt, erschließt sich nicht. Davon abgesehen, dass das OLG keinen Beleg für den von ihm behaupteten gesetzgeberischen Willen anführt, ist seine Annahme auch inhaltlich zweifelhaft. Der Gesetzgeber hat sich bewusst entschieden, Objektnetzbetreiber von verschiedenen, voneinander unabhängigen Verpflichtungen auszunehmen. Dass er für den Fall der Unanwendbarkeit einer Befreiung gleichzeitig auch die Unanwendbarkeit aller anderen Privilegien wollte, ist eine – weder belegte noch belegbare – Unterstellung.

Ausblick auf Verfahrensverlauf

Das Gericht hat die Rechtsbeschwerde zum BGH zugelassen, deren Einlegung nach dem bisherigen Verfahrensverlauf wahrscheinlich ist.

II. Der zukünftige europäische Rechtsrahmen

Unabhängig von dem Rechtsstreit um den Objektnetzstatus des Flughafens Halle/Leipzig und auch ohne unmittelbaren Bezug auf die Gesetzeslage in Deutschland haben sich Kommission, Rat und Parlament Ende März auf einen Kompromiss zur Reform der EltRL und GasRL geeinigt. Die reformierten Richtlinien haben Rat und Parlament bereits passiert. Derzeit steht nur noch der förmliche Ratsbeschluss zur Beendigung des Gesetzgebungsverfahrens aus. Die reformierten Richtlinien werden auch Grundlage für eine künftige Nachfolgevorschrift des § 110 EnWG sein.

Teil der Einigung ist auch eine - in beiden Richtlinien weitgehend identische - Regelung zu »geschlossenen Verteilernetzen«. Diese Ausnahmevorschriften sind zwar tatbestandlich relativ weit gefasst, bleiben jedoch auf Rechtsfolgenseite nicht nur deutlich hinter dem heutigen § 110 Abs. 1 EnWG, sondern auch gegenüber den ursprünglichen Vorschlägen des Europäischen Parlaments aus dem letzten Jahr (vgl. KERMEL & SCHOLTKA-Newsletter 2 | 2008) zurück.

Geschlossene Verteilernetze

Die beiden Richtlinien sollen jeweils um einen künftigen Art. 27a ergänzt werden, welcher tatbestandliche Parallelen zu dem deutschen § 110 EnWG aufweist. Konkret sind Netze erfasst, mit denen »in einem geografisch begrenzten Industrie- oder Gewerbegebiet oder Gebiet, in dem Leistungen gemeinsam genutzt werden«, Strom bzw. Gas verteilt wird, wobei grundsätzlich keine Haushaltskunden angeschlossen sein dürfen. Die Mitgliedstaaten können ihre Regulatorbehörden ermächtigen, solche Netze als

»geschlossenes Verteilernetz« einzustufen, wenn die Betriebsabläufe der Nutzer integriert sind oder das Netz in erster Linie der Versorgung des Netzbetreibers oder verbundener Unternehmen dient.

Nur wenige Privilegien

Die Betreiber eines solchen geschlossenen (Strom-)Verteilernetzes dürfen nach dem Entwurf des Art. 27a EltRL - lediglich - von der Verpflichtung zur transparenten und diskriminierungsfreien Beschaffung von Regel-/Ausgleichsenergie befreit werden. Ferner dürfen die Netzbetreiber (Strom und Gas) hinsichtlich der Netzentgeltkalkulation privilegiert werden: Die Vorabkontrolle kann entfallen. Allerdings sind die Netzentgelte im Falle der Beschwerde eines Netznutzers nachträglich überprüfbar und unterliegen dann den normalen Anforderungen für alle anderen Netzbetreiber. Andere Privilegien sieht die Vorschrift nicht vor. Weil neben diesen ausdrücklichen Ausnahmemöglichkeiten künftig kein Raum mehr für »ungeschriebene« Ausnahmen sein dürfte, sind die anderen Pflichten für Netzbetreiber in Zukunft auch für Betreiber geschlossener Verteilernetze zu beachten. Dies umfasst insbesondere die Verpflichtung, sich buchhalterisch und informatorisch zu entflechten.

Behördlicher Bescheid notwendig

Nach dem Wortlaut des Entwurfs des Art. 27a soll der nationale Rechtsrahmen so gestaltet werden, dass die nationalen Regulatorbehörden die dargestellten Privilegien gewähren. Damit wird vermutlich zukünftig ein entsprechender Bescheid zwingende Voraussetzung für die Privilegierung sein.

III. Praxistipp

Selbst wenn das Urteil des OLG Dresden nicht rechtskräftig würde und die Richtlinien noch nicht endgültig verabschiedet sind, eines steht wohl schon jetzt fest: In Zukunft werden Objektnetzbetreiber strengeren Rechtspflichten unterliegen. Auch bestehende Objektnetzbescheide nach § 110 Abs. 4 EnWG können hier langfristige nicht weiterhelfen. Zum einen hat ein Objektnetzbescheid nach herrschender Auffassung nur feststellende Wirkung und ordnet nicht mehr an, als einem Objektnetzbetreiber ohnehin nach dem Gesetz zusteht. Zum anderen haben die Regulierungsbehörden die Möglichkeit, die Bescheide aufzuheben.

Objektnetzbetreiber müssen sich daher auf veränderte Rahmenbedingungen einstellen. Die Verpflichtung zum Netzzugang steht schon heute außer Frage. Die Bedingungen und Entgelte hierfür müssen in jedem Falle angemessen, transparent und diskriminierungsfrei sein. Es bleibt abzuwarten, welche weiteren Vorgaben für die Entgeltbildung in diesen Netzen auf europäischer und nationaler Ebene folgen. Als sicher gilt auch, dass Objektnetzbetreiber zukünftig der Verpflichtung zum Netzanschluss unterliegen. Zudem werden Objektnetzbetreiber sich entflechten müssen; auch hierfür sollten schon jetzt die betrieblichen Weichen gestellt werden. Schließlich sollten die vielfältigen Informations- und Veröffentlichungspflichten für Netzbetreiber im Auge behalten werden. Zwar sind hier großzügige Ausnahmen für Objektnetzbetreiber wünschenswert, letztlich aber wenig wahrscheinlich.

Sebastian Helmes » sebastian.helmes@kermelscholtka.com
Antje Baumbach » antje.baumbach@kermelscholtka.com
Dr. Boris Scholtka » boris.scholtka@kermelscholtka.com

Art. 27a: Geschlossene Verteilernetze

1. Die Mitgliedstaaten können veranlassen, dass ein Netz, mit dem in einem geographisch begrenzten Industrie- oder Gewerbegebiet oder Gebiet, in dem Leistungen gemeinsam genutzt werden, Strom verteilt wird, wobei – unbeschadet des Absatzes 4 – keine Haushaltskunden versorgt werden, von den nationalen Regulierungsbehörden oder sonstigen zuständigen Behörden als geschlossenes Netz eingestuft wird, wenn
 - a) die Tätigkeiten oder Produktionsverfahren der Benutzer dieses Netzes aus konkreten technischen oder sicherheitstechnischen Gründen verknüpft sind, oder
 - b) mit dem Netz in erster Linie Strom an den Netzeigentümer oder -betreiber oder an mit diesen verbundene Unternehmen verteilt wird.
2. Die Mitgliedstaaten können veranlassen, dass der Betreiber eines geschlossenen Verteilernetzes von den nationalen Regulierungsbehörden freigestellt wird von
 - a) den nach Artikel 25 Absatz 5 geltenden Verpflichtungen zur Beschaffung der Energie zur Deckung von Energieverlusten und Kapazitätsreserven im Netz nach transparenten, nichtdiskriminierenden und marktorientierten Verfahren,
 - b) der nach Artikel 31 Absatz 1 geltenden Verpflichtung zur Genehmigung von Tarifen oder der Methoden zu ihrer Berechnung vor deren Inkrafttreten gemäß Artikel 36.
3. Wird eine Befreiung nach Absatz 2 gewährt, werden die geltenden Tarife oder die Methoden zu ihrer Berechnung auf Verlangen eines Benutzers des geschlossenen Verteilernetzes gemäß Artikel 36 überprüft und genehmigt.
4. Die gelegentliche Nutzung des Verteilernetzes durch eine geringe Anzahl von Haushalten, deren Personen ein Beschäftigungsverhältnis oder vergleichbare Beziehungen zum Eigentümer des Verteilernetzes unterhalten und die sich in dem durch ein geschlossenes Verteilernetz versorgten Gebiet befinden, steht der Gewährung der Freistellung nicht entgegen.

kursiv: nur EltRL-E, nicht aber GasRL-E

Update Energiesteuerrecht

Das Jahressteuergesetz 2009 vom
 19. Dezember 2008

Das Jahressteuergesetz 2009 vom 19. Dezember 2008 sieht in Artikel 30 und Artikel 31 zum Teil rückwirkende Änderungen des Energiesteuergesetzes und des Stromsteuergesetzes vor. Daraus ergeben sich folgende Neuregelungen: § 54 Abs. 2 Nr. 1 Energiesteuergesetz sieht nunmehr eine Steuerentlastung für 1.000 l Schweröle nach § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 oder Nr. 3 Energiesteuergesetz von 16,36 Euro anstelle von zuvor 24,54 Euro vor. Hintergrund ist, dass die Europäische Kommission die erforderliche beihilferechtliche Genehmigung für Art. 1 Nr. 7 lit. a) des Biokraftstoffquotengesetzes mit der Maßgabe erteilt hat, dass die nach Inanspruchnahme der Steuerentlastung nach § 54 Abs. 2 Nr. 1 Energiesteuergesetz verbleibende Steuerbelastung mindestens 44,99 Euro für 1.000 l der betreffenden Energieerzeugnisse (Heizöle) betragen muss. Aus beihilferechtlichen Gründen darf die Steuerentlastung daher höchstens 16,36 Euro für 1.000 l statt den bisher im Biokraftstoffquotengesetz vorgesehenen 24,54 Euro für 1.000 l Heizöle betragen.

Entsprechend ist § 55 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 3 Energiesteuergesetz geändert worden: Da die Europäische Kommission nur einen ermäßigten Steuersatz von 44,99 Euro pro 1.000 l Heizöl genehmigt hat, verbleibt beim Heizöl nunmehr eine Ökosteuerbelastung von 4,09 Euro auf 1.000 l (44,99 Euro - 40,90 Euro auf 1.000 l), die in den Spitzenausgleich einbezogen wird. Die Europäische Kommission hat die Fortführung des Spitzenausgleichs nach § 55 des Energiesteuergesetzes und § 10 Stromsteuergesetz bis zum 31. Dezember 2012 genehmigt. Die entsprechende Fortführung und ihre Bedingungen finden sich in dem neu gefassten § 55 Abs. 1a und Abs. 2 Energiesteuergesetz.

Im Stromsteuergesetz ist in § 9 Abs. 5 die Festsetzung der Steuer für die sogenannte Sockelverbrauchsmenge vereinfacht worden. Künftig erfolgt die Festsetzung der Steuer für die Sockelverbrauchsmenge durch die Hauptzollämter mittels Steuerbescheid, ohne dass der Erlaubnisinhaber vorher eine Steuererklärung oder Steueranmeldung abgeben muss.

In § 10 Stromsteuergesetz ist die Fortführung des Spitzenausgleichs parallel zum Energiesteuergesetz geregelt worden.

Mit dem 4. Gesetz zur Änderung von Verbrauchssteuergesetzen, das im Referentenentwurf mit Stand vom 7. November 2008 vorliegt, werden in Artikel 6 und Artikel 7 Änderungen des Energiesteuergesetzes und des Stromsteuergesetzes vorgeschlagen. Hintergrund ist die Umsetzung der durch die Richtlinie 2008/118/EG geänderten Systemrichtlinie (RL 92/12/EWG) in nationales Recht. Dieses dient der EU-weiten Einführung eines IT-Verfahrens EMCS (Excise Movement and Control System), das die bisher auf der Grundlage von Papierdokumenten ablaufenden Beförderungsverfahren mit steuerbaren Waren unter Steueraussetzung künftig IT-gestützt abwickelt. EMCS soll der Verwaltung und den Wirtschaftsbeteiligten die Überwachung der Beförderung in Echtzeit ermöglichen. Das Verfahren soll ab 1. April 2010 möglich und ab 1. Januar 2011 bindend sein.

Solveig Hinsch » solveig.hinsch@kermelscholtka.com
 Dr. Conrad Seiferth » conrad.seiferth@kermelscholtka.com

Neue Sektorenuntersuchung des Stromgroßhandelsmarktes trifft Kraftwerksbetreiber

Das Bundeskartellamt hat Mitte März 2009 erstmals eine Sektorenuntersuchung in der Energiewirtschaft eingeleitet. Die auf § 32e in Verbindung mit § 59 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) gestützte Untersuchung richtet sich an ca. 50 Kraftwerksbetreiber, welchen detaillierte Fragelisten übersandt wurden.

Ziel: Aufdeckung von vermeintlichen Preismanipulationen

Die nunmehr vom Bundeskartellamt eingeleitete Sektorenuntersuchung soll angebliche Preismanipulationen und Preismissbrauch im Stromgroßhandel aufdecken. Gegenstand der Untersuchung ist insbesondere die Erzeugungs- und Großhandelsstufe. Anlass der Untersuchung seien zahlreiche Beschwerden von Verbrauchern und Abnehmern über die Strompreisbildung. Für die Jahre 2007 und 2008 wird nun in der Rückschau die Strompreisbildung am Spotmarkt, insbesondere an der EEX, überprüft. Hierzu verlangt das Bundeskartellamt von den Erzeugern detaillierte Angaben, die u. a. neben allgemeinen Angaben zum Kraftwerk die Gesamtkosten, die kalkulatorischen Abschreibungen und die anteiligen Bilanzwerte des Kraftwerks betreffen. Ferner müssen die Geschäftsberichte der vergangenen drei Jahre mitgeteilt werden.

Signalwirkung des Stromhandels für die Preisbildung

Der Stromhandel habe laut Bundeskartellamt eine Signalwirkung für sämtliche Preise in der Stromwirtschaft. Die Strombeschaffungskosten betreffen einen wichtigen Teil des vom Verbrau-

cher zu zahlenden Strompreises. Die vorgelagerte Beschaffungsstufe stehe deshalb im Zentrum der Untersuchung. Das Amt will daher prüfen, ob sich der Preis, der sich am Spotmarkt der EEX einstellt, auch einstellen würde, wenn die gesamte deutsche Erzeugungsleistung am Erfüllungstag betrachtet wird. Dazu betrachtet das Bundeskartellamt die gesamte deutsche Merit-Order durch Abfrage bei den Stromerzeugern, die in den vier deutschen Regelzonen über Kraftwerksblöcke mit einer Kapazität von mehr als 25 MW verfügen.

Rechtliche Voraussetzungen für Sektorenuntersuchung eher großzügig

Rechtlich betrachtet sind die Ermittlungsbefugnisse des Bundeskartellamtes bei solchen Sektorenuntersuchungen sehr weitgehend und die hierfür einzuhaltenden Voraussetzungen eher gering. Allerdings muss ein Anfangsverdacht bestehen. Hierfür reicht es aber, wenn die Vermutung besteht, dass der Wettbewerb in Deutschland eingeschränkt oder verfälscht ist. Diese Vermutung muss durch konkrete Umstände belegt sein. Die Preisentwicklung ist hierfür regelmäßig ein gewichtiges Indiz. So lässt das Bundeskartellamt erkennen, dass es Zweifel daran hat, wie der Preisanstieg bei Haushaltskunden innerhalb von fünf Jahren (seit 2004) um durchschnittlich 5 Cent/kWh auch unter Berücksichtigung von Steuern, Brennstoffkosten, Netzentgelten erklärt werden kann. Zudem hat das Bundeskartellamt Konsultationsgespräche mit den »vier großen Erzeugern EnBW, E.ON, RWE und Vattenfall« geführt und so die Sektorenuntersuchung vorbereitet.

Auskunftsverlangen auch gegenüber Unbeteiligten

Üblicherweise kann das Bundeskartellamt auch bei Auskunftsbeschlüssen im Rahmen einer Sektorenuntersuchung in vergleichbarer Weise Auskünfte verlangen wie im Rahmen regulärer Auskunftsbeschlüsse (die allein auf § 59 GWB gestützt werden). Im Rahmen der Untersuchung kann das Bundeskartellamt daher auch Auskünfte von unbeteiligten Dritten verlangen. Vorliegend können daher auch Erzeuger zur Auskunft verpflichtet werden, die selbst gar nicht auf dem untersuchten Stromhandelsmarkt (insbesondere dem Spotmarkt) tätig sind. Zudem darf das Amt auch Auskünfte über verbundene Unternehmen (i. S. der fusionskontrollrechtlichen Vorschriften) verlangen.

Typische Fragen

Im Rahmen von Auskunftsbeschlüssen wird Auskunft verlangt werden über die wirtschaftlichen Verhältnisse, wobei dieser Begriff weit ausgelegt wird. Er umfasst üblicherweise das Verhalten von Unternehmen auf dem Markt als auch die inneren Marktstrukturen. Insbesondere kann nach Preisen, Geschäftsbedingungen, Vertragsabschlüssen, Namen von Kunden, Verflechtungen, Einkaufsbedingungen, Umsätzen, Erträgen, Leistungsfähigkeit, etc. gefragt werden. Grenzen des Auskunftsverlangens sind die Verhältnismäßigkeit und die Erforderlichkeit der eingeforderten Auskünfte für das angestrebte Ziel. Inwieweit die im Rahmen der Sektorenuntersuchung abgefragten wirtschaftlichen Daten diese Voraussetzungen erfüllen, bleibt noch zu klären. Gerade kleinere oder nicht auf die Erzeugung spezialisierte Unternehmen dürften erhebliche Probleme haben, die abgefragten Daten überhaupt zu beschaffen bzw. aus vor-

handenen Daten abzuleiten. Der bei den Unternehmen entstehende zeitliche Aufwand rechtfertigt es allerdings regelmäßig nicht, die begehrten Auskünfte zu verweigern. Ebenso wenig rechtfertigen Geschäftsgeheimnisse die Auskunftsverweigerung. Die Auskunft kann (nur) dann verweigert werden, wenn die zur Auskunft Verpflichteten sich ansonsten der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung oder eines Bußgeldverfahrens aussetzen.

Weiterer Ablauf

Die Kraftwerksbetreiber müssen nun bis Anfang Mai die Fragebögen beantworten oder jeweils Beschwerde gegen den jeweiligen Auskunftsbeschluss einlegen. Allerdings hat eine Beschwerde keine aufschiebende Wirkung, d. h. die Fragen müssen beantwortet werden, solange nicht das OLG Düsseldorf als Beschwerdegericht auf Antrag die aufschiebende Wirkung anordnet. Beendet wird die Sektorenuntersuchung mit einem Ergebnisbericht des Bundeskartellamtes über die aus der Untersuchung gewonnenen Erkenntnisse. Wann dieser vorgelegt werden wird, ist naturgemäß in diesem frühen Stadium nicht vorhersehbar. Realistischerweise wird dieser Bericht nicht vor Anfang des kommenden Jahres zu erwarten sein. Abzuwarten bleibt, welche Erkenntnisse das Bundeskartellamt aus der Untersuchung ziehen wird. Die Einleitung von Missbrauchsverfahren aufgrund der gewonnenen Erkenntnisse hat die Behörde jedenfalls schon einmal angedroht.

Der EFET-Vertrag Gas als Fortentwicklung des EFET-Vertrages Strom

Handelsverträge gewinnen an Bedeutung im Strom- und Gashandel. Die Musterrahmenverträge der Europäischen Vereinigung der Energiehändler (EFET) sind hierbei nicht mehr wegzudenken. Der EFET-Vertrag für Strom stammt aus dem Februar 2000. Der erste Rahmenvertrag für Gas wurde im Dezember 2001 veröffentlicht. Gingen die Marktteilnehmer schon früh zur Verwendung von EFET-Verträgen im Strombereich über, hat der EFET-Vertrag Gas erst durch die Öffnung der langfristigen Take-or-pay-Verträge und die Regulierung des Gasnetzzugangssystems in Deutschland an Bedeutung gewonnen. Die zeitliche Verzögerung des EFET-Vertrages Gas brachte aber die Möglichkeit mit sich, aus Unstimmigkeiten im EFET-Vertrag Strom Konsequenzen zu ziehen und den EFET-Vertrag Gas mit diesem Wissen fortzuentwickeln. Viele Änderungen, die in der aktuellen Fassung des EFET-Vertrages Strom regelmäßig in der Anpassungsvereinbarung aufgenommen werden, sind im EFET-Vertrag Gas bereits im Standard enthalten.

Winter- und Sommerzeit

Der EFET-Vertrag Strom enthält bis heute (Version 2.1(a) vom 21. September 2007) in § 2 eine Vereinbarung über die maßgebliche Zeit, die nicht präzise ist. Nach der Definition im Anhang zum Vertrag gilt die mitteleuropäische Zeit. Diese »umfasst, je nachdem, die mitteleuropäische Winterzeit bzw. die mitteleuropäische Sommerzeit«. Damit bleibt eine Unsicherheit, die gerade bei Fahrplangeschäften im Stromhandel Risiken mit sich bringen kann. Der Wechsel zwischen Sommer- und Winterzeit ist nämlich nicht geregelt. Anders der EFET-Vertrag

Gas: Dieser nimmt in der aktuellen Version 2.0(a) vom 11. Mai 2007 Bezug auf die mitteleuropäische Zeit, wobei die Definition auf die Sommerzeit im Sinne der entsprechenden europäischen Richtlinie und jeden nachfolgenden Rechtsakt in Bezug auf die Sommerzeit verweist. Durch den Bezug auf gesetzliche Vorschriften wird demnach auch die Umstellung zwischen den Zeiten geregelt.

Kündigung wegen lang anhaltender höherer Gewalt

Die EFET-Verträge dienen auch dazu, einer Partei die vollständige Beendigung der Handelsbeziehungen zu gestatten, wenn sich die Insolvenz der anderen Partei abzeichnet. Mittel ist die Kündigung des Vertrages aus wichtigem Grund. Bei Zweifeln an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit einer Partei kann die andere den Vertrag beenden, die noch offenen Forderungen saldieren und im Ergebnis durch einen (positiven oder negativen) Kündigungsbetrag glattstellen. Der EFET-Vertrag Strom enthält in § 10.5(e) als wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung die lang anhaltende höhere Gewalt. Kann eine Partei über einen bestimmten Zeitraum wegen höherer Gewalt nicht liefern, kann die andere den EFET-Vertrag aus wichtigem Grund kündigen. Dies ist systematisch nicht richtig verortet. Wenn eine Partei an der Erfüllung ihrer Vertragspflichten wegen höherer Gewalt gehindert ist, können keine Rückschlüsse auf ihre wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit gezogen werden, wie sonst in den Fällen des § 10.5. Darüber hinaus ist es nachteilig, dass die andere Partei den gesamten EFET-Vertrag kündigen und einer Abwicklung durch den Kündigungsbetrag zuführen kann, wenn lediglich ein einzelner Vertrag von der höheren Gewalt betroffen ist. Diese

Punkte müssen in EFET-Verträgen Strom regelmäßig angepasst werden. Der EFET-Vertrag Gas hat dies berücksichtigt: Er enthält in § 7.5 den Fall lang anhaltender höherer Gewalt, der nicht zur Beendigung der gesamten Vertragsbeziehung berechtigt, sondern lediglich zur Beendigung des von der höheren Gewalt konkret betroffenen Einzelvertrages.

Haftungsbegrenzung

Die Vertragspraxis hat für alle Rechtsgebiete Haftungsregelungen herausgearbeitet, die dazu dienen, das wirtschaftliche Risiko bei Pflichtverletzungen beherrschbar zu machen. Die Möglichkeit zur Haftungsbegrenzung besteht jedoch nicht unbegrenzt: Die Haftung für Personenschäden kann zumindest, soweit man den EFET-Vertrag als Allgemeine Geschäftsbedingungen ansieht, nicht ausgeschlossen werden. Der EFET-Vertrag Strom hat diese Grundsätze nicht vollständig berücksichtigt: Sein Haftungsausschluss erstreckt sich für leicht fahrlässiges Verhalten auch auf Personenschäden. Nicht so der § 12 im EFET-Vertrag Gas: Er behält die Haftung für Personenschäden ausdrücklich bei, was der Klausel eine höhere Chance der Wirksamkeit verleiht.

Übertragung an verbundene Unternehmen

Eine strukturierte Beschaffung im Konzern mit Hilfe von Handelsverträgen wird oft durch eigene Handelsgesellschaften abgewickelt. Organisatorische Umstrukturierungen können es erforderlich machen, dass Rechte und Pflichten aus dem Handelsgeschäft innerhalb eines Konzerns »verschoben« werden. Eine reibungslose Übertragung von Rechten und Pflichten aus dem EFET-Vertrag ist daher interessengerecht. Nach § 19.2 des EFET-Vertrages Strom sind die

Parteien bei der Übertragung des Vertrages auf verbundene Unternehmen insofern privilegiert, als sie dies ohne die sonst erforderliche vorherige schriftliche Zustimmung der anderen Partei tun können, solange dieser die Übertragung mitgeteilt wird und das übernehmende Unternehmen dieselbe oder eine bessere Bonität aufweist. Eine Übertragung des Vertrages auf Unternehmen außerhalb der bisherigen Rechtsordnung wird dabei regelmäßig ausgeschlossen. Dies ist ein Umstand, der im EFET-Vertrag Strom stets zusätzlich vereinbart werden muss. Anders der EFET-Vertrag Gas: § 19.2 enthält von vornherein die Bedingung, dass das verbundene Unternehmen derselben Rechtsordnung angehört wie die übertragende Partei.

Rechtswahl

Rechtsverfolgung und Vollstreckung im Ausland sind aufwendig und riskant. Der EFET-Vertrag Strom sieht erfreulicherweise in § 22.1 als Standardfall die Anwendung deutschen Rechts vor. Hier stellt der EFET-Vertrag Gas einen Rückschritt dar: Soweit nicht anders vereinbart, gilt englisches Recht (Option A). Dies wird bei dem Abschluss von EFET-Verträgen Gas zwischen deutschen Parteien regelmäßig geändert (Option B).

Dr. Laurenz Keller-Herder » laurenz.keller-herder@kermelscholtka.com
Solweig Hirsch » solweig.hirsch@kermelscholtka.com

CCS-Gesetzentwurf vorgelegt – Deutschland Spitzenreiter

Am 31. März 2009 haben das BMWi und das BMU einen gemeinsamen Referententwurf eines »Gesetzes zur Regelung von Abscheidung, Transport und dauerhafter Speicherung von Kohlendioxid (CO₂ ATSG) vorgelegt, dessen Artikel 1 das Kohlendioxid-Speicherungsgesetz (KSpG) ist. Dieses Gesetz soll nicht nur die dauerhafte Speicherung von Kohlendioxid in tiefen geologischen Gesteinsschichten ermöglichen, sondern gleichzeitig auch die dafür erforderlichen rechtlichen Voraussetzungen einschließlich des Transports des Kohlendioxids von Anfallstelle bis zur Speicherstätte regeln. Es soll noch vor der Sommerpause die parlamentarischen Hürden nehmen und vor der Bundestagswahl im Herbst verabschiedet sein. Das Gesetz soll den künftigen Einsatz von Braun- und Steinkohle in der Energiewirtschaft ermöglichen. Gleichzeitig setzt das CO₂ ATSG die CCS-Richtlinie um, die am 6. März 2009 vom Rat verabschiedet wurde. Es ist davon auszugehen, dass die Richtlinie in Kürze in Kraft tritt.

Das Gesetz schafft zum einen den ordnungsrechtlichen Rahmen für das Transportnetz, die Erkundung geeigneter Lagerstätten und die Ablagerung von CO₂. Darüber hinaus enthält es einen regulatorischen Rahmen für den Zugang zu und die Nutzung von Netzen und Speichern durch Dritte. Die Abscheidung des CO₂ an der Anfallstelle ist hingegen nicht geregelt.

Zulassungen und Register

Für CO₂-Leitungen sieht das Gesetz ein Planfeststellungsverfahren vor und verweist hierfür teilweise auf die entsprechenden Bestimmungen

des EnWG. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen, da die Interessenlage und zu beachtenden Belange bei CO₂-Leitungen vergleichbar sind. Denn Erdgasleitungen wie CO₂-Leitungen sind Infrastrukturmaßnahmen, die der Energieversorgung und damit der Volkswirtschaft im Ganzen dienen.

Das BMWi hat bundesweit das Potenzial von Gesteinsschichten für die Lagerung von Kohlendioxid zu ermitteln. Hierzu hat die Bundesanstalt für Geowissenschaften und Rohstoffe die erforderlichen geologischen Grundlagen zu erarbeiten und im Hinblick auf verschiedene Aspekte zu bewerten und anschließend öffentlich bekannt zu machen. In diesem Zusammenhang sind auch Nutzungskonflikte durch Exploration, Rohstoffgewinnung, Geothermienutzung, Speicherung oder Lagerung anderer gasförmiger, flüssiger oder fester Stoffe und/oder wissenschaftliche Bohrungen im Bereich der für die dauerhafte Speicherung geeigneten Gesteinsschichten aufzuzeigen. Darüber hinaus führt die Bundesanstalt für Geowissenschaften und Rohstoffe in Zusammenarbeit mit den Ländern ein öffentliches Register, in dem der Bestand und die Planung der Ablagerungsstätten, der Transportinfrastrukturen und behördliche Zulassungen nach dem Gesetz einschließlich der Anträge hierauf sowie die bereits geschlossenen CO₂-Speicher auszuweisen sind.

Die Erkundung des Untergrunds auf die Eignung zur Errichtung und zum Betrieb eines CO₂-Speichers bedarf der Genehmigung. Errichtung und Betrieb eines CO₂-Speichers sowie die wesentliche Änderung eines solchen Speichers sind planfeststellungspflichtig. Die Planfeststellung darf nicht erteilt werden, wenn das Wohl der Allgemeinheit oder überwiegende private Belange entgegenstehen. Daneben sind personelle und betriebsbezogene Anforderungen

darzustellen und einzuhalten. Der jeweilige Grundeigentümer hat die Speicher unter seinem Grundstück zu dulden.

Die Betreiberpflichten während des Betriebs sind dynamisch und werden durch die zuständige Behörde durch Anordnung konkretisiert. Der Betreiber hat auf der Grundlage seines Überwachungskonzepts den Speicher, die diesen umliegenden Gesteinsschichten (Speicherkomplex) sowie die umgebende Umwelt kontinuierlich zu überwachen und insbesondere auf Leckagen zu überprüfen.

Das einzulagernde Gas muss überwiegend aus Kohlendioxid bestehen, es darf »Tracer« enthalten, also Stoffe, die ein Entweichen signalisieren sowie weitere Stoffe, die unvermeidbar bei der Abscheidung im Gasstrom verbleiben. Abfälle dürfen nicht mit dem Gas zum Zwecke der Beseitigung in den Untergrund verbracht werden. Der Betreiber hat die Herkunft der Gase insbesondere durch Benennung der Betriebe, aus denen es stammt, nachzuweisen. Das erscheint wenig praxisgerecht, da das CO₂ über das zentrale Leitungsnetz von verschiedenen Erzeugeranlagen zu verschiedenen Speicherstätten transportiert wird. In dem Netz wird sich das CO₂ vermischen, so dass die Nämlichkeit und damit die Herkunft bestimmter Gase kaum mehr zu ermitteln sein wird. Es ist allenfalls eine Bilanzierung möglich.

Auch die Stilllegung des CO₂-Speichers bedarf der Genehmigung. Dem Stilllegungsantrag ist ein Stilllegungs- und Nachsorgekonzept beizufügen, mit einem aktualisierten Sicherheitsnachweis sowie einem Überwachungskonzept. Der Betreiber muss den Speicher stilllegen, sobald die im Planfeststellungsbeschluss festgelegte Gasmenge eingelagert ist. Er kann jedoch eine Erhöhung der einzulagernden CO₂-Menge beantragen. Die Stilllegung umfasst den Stopp der Injektion von CO₂ und den Rückbau der dafür

erforderlichen Anlagen, soweit diese nicht für die Nachsorge notwendig sind. Die Behörde hat den ordnungsgemäßen Abschluss der Stilllegung auf Antrag des Betreibers festzustellen. Damit beginnt die 30jährige Nachsorgepflicht zu laufen, nach deren Abschluss der Betreiber die Übertragung der Verantwortung beantragen kann. Nach der Stilllegung hat der Betreiber weiterhin Vorsorge gegen Gefahren und Beeinträchtigungen der Schutzgüter zu treffen und den Speicher zu überwachen. Leckagen sind der zuständigen Behörde anzuzeigen; gleichzeitig sind Maßnahmen zu treffen bzw. der Behörde vorzuschlagen, wie derartige Vorfälle verhindert und Gefahren beseitigt werden können. Frühestens nach Ablauf von 30 Jahren nach Abschluss der Stilllegung kann der Betreiber bei der zuständigen (Landes-)Behörde die Übernahme der Verantwortung für den Speicher beantragen. Die Behörde hat die Übertragung zu genehmigen, wenn die Langzeitsicherheit des Speichers belegt ist und der Betreiber einen Nachsorgebeitrag in Geld geleistet hat.

Regulierung der Sequestrierungs-Anlagen

Anschluss und Zugang Dritter zu Transportnetzen und Speicheranlagen haben nach sachlich gerechtfertigten Kriterien zu technischen und wirtschaftlichen Bedingungen zu erfolgen, die angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sind. Die Betreiber können den Anschluss bzw. den Zugang verweigern, wenn dies aus zwingenden rechtlichen oder technischen Gründen, insbesondere wegen mangelnder Kapazität, nicht möglich ist. In diesem Fall trifft sie jedoch eine Ausbaupflicht, die unter dem Vorbehalt der Zumutbarkeit besteht und nur dann durchgesetzt werden kann, wenn der Dritte die Kosten dieser Maßnahmen übernimmt. Die Ablehnung ist zu begründen und auch der Bundesnetz-

agentur als Regulierungsbehörde mitzuteilen. Ausdrücklich bleiben die Aufgaben und Zuständigkeiten der allgemeinen Kartellbehörden unberührt. Die Bundesnetzagentur ist darüber hinaus auch für die Streitbeilegung im Hinblick auf den Zugang zu Netzen und Speichern zuständig. Befugnisse der Bundesnetzagentur sind insoweit jedoch nicht geregelt.

Stellungnahme

Es ist grundsätzlich zu begrüßen, dass das Gesetz teilweise auf die Regelungen des EnWG verweist (Planfeststellung für die Transportleitungen, Aufgaben und Befugnisse der Bundesnetzagentur als Regulierungsbehörde). Andererseits hätte es nahe gelegen, hinsichtlich der Erkundung von Standorten, der Errichtung und des Betriebs der Speicher auf das Bergrecht zu verweisen und nur die Besonderheiten in dem neuen Gesetz zu regeln, insbesondere die Sicherheitsanforderungen, die Stilllegungs- und Nachsorgepflicht. So stehen das Bergrecht und das neue CO₂-Speichergesetz unvermittelt nebeneinander, was sicherlich noch Diskussionsbedarf aufwerfen wird.

Ebenso wäre es wünschenswert gewesen, das Verhältnis von CO₂-Speicherungen zum Abfallgesetz ausdrücklich zu regeln. Denn es gibt einige Stimmen, die das in den Transportleitungen befindliche CO₂ als Abfall ansehen. Auch wenn diese Auffassung nicht überzeugend ist, da es sich zum einen um Gase und zum anderen bei den Rohrleitungen nicht um »Behälter« im Sinne des Abfallrechts handelt, kann nicht ausgeschlossen werden, dass hier Überschneidungen vorkommen, die nicht beabsichtigt waren. Bei der Bewertung der Potenziale für die dauerhafte Speicherung weist das Gesetz ausdrücklich auf die Ausweisung möglicher Nutzungskonflikte mit anderen Vorhaben hin.

Es hätte daher nahe gelegen, auch Nutzungskonflikte bei den konkreten Speichervorhaben zu regeln oder jedenfalls ein Entscheidungsprogramm zu entwickeln, auf dessen Grundlage der Konflikt im Einzelfall zu lösen wäre. Hierzu schweigt das Gesetz jedoch. Insgesamt ist die gemeinsame Anstrengung von Umwelt- und Wirtschaftsministerium aber zu begrüßen, diesen Gesetzentwurf vorzeitig einzubringen und somit einen verlässlichen Rechtsrahmen für diese Technologie mit erheblichem Investitionsbedarf zu schaffen.

Dr. Dominik Greinacher » dominik.greinacher@kermelscholtka.com

Oberverwaltungsgericht bestätigt Aufhebung der Gebührenbescheide im Emissionshandel

Das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg hat nach mündlicher Verhandlung am 5. März 2009 die Aufhebung der Gebührenbescheide der Deutschen Emissionshandelsstelle (DEHSt) für die erste Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 bestätigt. Die Revision wurde nicht zugelassen. Gegenstand der Verhandlung war die Berufung der DEHSt gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin vom 1. Februar 2008. Darin wurde der angegriffene Kostenbescheid der DEHSt aufgehoben, da das VG die Rechtsgrundlage für die Erhebung der allgemeinen Emissionshandelsgebühr als nichtig erachtete. Hoffnung hatte die DEHSt bei ihrer Berufung offenbar aus einem Beschluss des nun wieder tätigen 12. Senats des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg vom 28. November 2005 geschöpft. In einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes hatte das Oberverwaltungsgericht damals keine durchgreifenden Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der Emissionshandelskostenverordnung (EHKostV). Jedoch bereits zu Beginn der mündlichen Verhandlung machte das Oberverwaltungsgericht klar, dass es an der in dieser Entscheidung vorgegebenen Richtung nicht festhält, da ihm damals nicht der vollständige Sachverhalt vorgelegen habe.

Wesentliche Entscheidungsgründe

Streitig war insbesondere die von der DEHSt erhobene »allgemeine Emissionshandelsgebühr« gemäß § 1 Abs. 1 in Verbindung mit Nr. 1 des Gebührenverzeichnisses der EHKostV, die die Zuteilung von Berechtigungen und alle an-

schließenden Maßnahmen des TEHG abdeckt. Mit dieser sollen nicht nur die Kosten der den einzelnen, kostenpflichtigen Anlagenbetreiber betreffenden, konkret-individuellen Amtshandlung der Zuteilungsentscheidung abgegolten werden. Vielmehr soll damit pauschal der gesamte bei der DEHSt anfallende Aufwand – also zum Beispiel auch die Öffentlichkeitsarbeit oder die Vertretung auf internationaler Ebene – abgedeckt werden. Die DEHSt sollte damit ausschließlich über Gebühren refinanziert werden. Nach der mündlichen Verhandlung hat das Oberverwaltungsgericht diese »allgemeine Emissionshandelsgebühr« jedoch für unvereinbar mit dem gebührenrechtlichen Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip gehalten, wie es in § 22 TEHG alter Fassung und § 23 ZuG 2007 niedergelegt ist. Danach muss eine Gebühr individuell zurechenbar und konkret anlassbezogen sein, sie muss eine Gegenleistung für eine konkret individualisierte Amtshandlung darstellen. Zudem darf sie in ihrer Höhe nicht in einem groben Missverhältnis zum tatsächlichen Verwaltungsaufwand stehen. Die EHKostV ist damit nicht von der gesetzlichen Grundlage abgedeckt.

Entscheidend war dabei für das Oberverwaltungsgericht nach der mündlichen Verhandlung vor allem eine Formulierung in der Begründung zur EHKostV. Dort wird ausgeführt, dass die Gebührensätze der EHKostV so kalkuliert sind, dass neben dem Verwaltungsaufwand für die Amtshandlungen nach TEHG und ZuG 2007 über die Berücksichtigung des wirtschaftlichen Wertes der Berechtigungen auch der »sonstige Aufwand« der DEHSt mit abgedeckt ist. Entgegen der Berufung der DEHSt kann also nicht argumentiert werden, dass die sonstigen Kosten der DEHSt bereits von einem – weit verstande-

nen - Begriff der »Amtshandlung« abgedeckt sind. Vielmehr sollen diese eigens zusätzlich in die Kalkulation eingestellt werden.

Nichtzulassung der Revision

Die Revision ist nicht zugelassen worden. Die DEHSt hat jedoch bereits angekündigt, Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision einzulegen. Das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg kann damit noch nicht rechtskräftig werden und die Anlagenbetreiber können daher die auf der Grundlage der rechtswidrigen Gebührenbescheide gezahlten Gebühren noch nicht von der DEHSt zurück fordern. Die Nichtzulassung der Revision durch das Oberverwaltungsgericht bildet jedoch verfahrensrechtlich eine zusätzliche Schwelle, um den Fall vor das Bundesverwaltungsgericht zu bringen. Zudem dürften die Erfolgsaussichten nach dem klaren Obsiegen der Kläger sowohl vor dem Verwaltungsgericht Berlin, als auch vor dem Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, relativ gering sein.

Bedeutung der Entscheidung

Besondere Bedeutung gewinnt das Urteil dadurch, dass es sich bei den vier verhandelten Fällen um Musterverfahren handelt. In gut 600 weiteren Verfahren hat die DEHSt eine Gleichstellungsvereinbarung getroffen, nach der sie bei Obsiegen der Kläger auch in diesen Verfahren die zuviel gezahlten Kosten einschließlich Verzinsung zurück erstatten wird. Bei den Anlagenbetreibern, die keinen Widerspruch gegen ihren Gebührenbescheid eingelegt haben, ist dieser bestandskräftig geworden. Gestaltet jedoch das Bundesumweltministerium die EHKostV rückwirkend neu, könnten auch diese Anlagenbetreiber eine Möglichkeit haben, diese

Gebühren zurück zu fordern. Denn mit einer rückwirkenden Änderung der EHKostV könnte argumentiert werden, dass die Bestandskraft der Bescheide durchbrochen wird.

In der jetzt laufenden zweiten Zuteilungsperiode 2008 - 2012 erfolgte keine Gebührenerhebung mehr, da die Kosten der DEHSt durch die Veräußerung von Berechtigungen gedeckt wird (§ 5 Abs. 3 ZuG 2012). Für die dritte Zuteilungsperiode 2013 - 2020 ist derzeit noch nicht geklärt, ob die Zuteilung auf europäischer oder staatlicher Ebene vorgenommen wird. Es ist jedoch davon auszugehen, dass keine Gebührenerhebung mehr erfolgt.

Dr. Markus Ehrmann » markus.ehrmann@kermelscholtka.com

Bundesrat stimmt dem Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts zu

In unserem Newsletter 01|2008 berichteten wir darüber, dass sich die Bundesregierung am 21. Mai 2008 auf einen Gesetzentwurf zur Modernisierung des Vergaberechts geeinigt hatte. Nachdem der Bundestag am 19. Dezember 2008 das Gesetz beschloss, stimmte nunmehr der Bundesrat am 13. Februar 2009 dem Gesetz zu. Das Gesetz dient der Umsetzung weiterer Regelungen der EG-Vergaberichtlinien und soll das Vergaberecht modernisieren. Es ist am 24. April 2009 in Kraft getreten (BGBl. I, S. 790).

Beibehaltung der Struktur des Vergaberechts

Das noch zu Beginn der Vergaberechtsreform von der damaligen Bundesregierung im Frühjahr 2003 gestellte Ziel, das Vergaberecht umfassend zu überarbeiten und zu vereinfachen, wurde im Laufe des Reformvorhabens aufgegeben, was sich auch in dem nunmehr vorliegenden Gesetz widerspiegelt. Denn der ursprünglich geplante »große Wurf« durch eine Reform auch der Struktur des Vergaberechts ist es nicht geworden. Es bleibt nämlich bei dem bisherigen Kaskadenprinzip des Vergaberechts, bestehend aus dem vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), der Vergabeverordnung und den Vergabe- und Verdingungsordnungen. Auch wenn man hierüber enttäuscht sein darf, bringt das Gesetz einige Neuerungen, mit denen bislang streitige Praxisfragen geklärt werden. Zu nennen sind hier die Regelungen zur In-house-Vergabe, zur Unwirksamkeit der De-facto-Vergabe und zur Zulässigkeit vergabefremder Aspekte. Die wesentlichen Neuregelungen haben wir bereits in unserem Newsletter 01 | 2008 dargestellt.

Keine Regelung der interkommunalen Zusammenarbeit

Auf eine klarstellende Regelung zur Freistellung der interkommunalen Zusammenarbeit und anderer innerstaatlicher Kooperationen von der Anwendung des Vergaberechts konnten sich Bundesrat und Bundesregierung nicht einigen. Die Bundesregierung lehnte im Gesetzgebungsverfahren eine entsprechende Forderung des Bundesrates ab. Zur Begründung verwies die Bundesregierung darauf, dass sie gegenüber der EU-Kommission fortlaufend geeignete Fälle aufgreife, um ihre Rechtsauffassung darzulegen, wonach innerstaatliche Kooperationen nicht dem Vergaberecht unterliegen würden. Insoweit verwies die Bundesregierung auch auf ein zu dieser Frage laufendes Vertragsverletzungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof (»Abfallentsorgung Rotenburg/Wümme«). Ungeachtet dessen hat der Bundesrat die Bundesregierung in einer Entschließung gebeten, weiterhin auf eine Beseitigung der bestehenden Rechtsunsicherheiten in diesem Zusammenhang hinzuwirken. Dies soll nach Wunsch des Bundesrates bei der nächsten Novellierung durch eine entsprechende Ergänzung des § 99 GWB erfolgen.

Weitere Reformschritte

Mit dem Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts ist die Vergaberechtsreform aber noch nicht abgeschlossen. Es stehen noch die Neufassungen der Vergabe- und Verdingungsordnungen sowie die neue Sektorenverordnung aus. Entsprechende Entwürfe liegen bereits vor und sollen noch vor der Sommerpause beschlossen werden.

Anwendung des Vergaberechts auf interkommunale Zusammenarbeit Urteil des EuGH vom 13. November 2008, Az.: C-324/07 (»Coditel Brabant«)

Gerade in Deutschland wird die Anwendung des Vergaberechts auf die interkommunale Zusammenarbeit intensiv diskutiert. Eine entsprechende ausdrückliche Freistellung vom Vergaberecht wurde auch in dem Gesetzgebungsverfahren zum Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom Bundesrat gefordert, konnte aber nicht durchgesetzt werden (siehe dazu den Beitrag von Toralf Baumann). Insoweit ist für die Anwendung des Vergaberechts weiter maßgeblich, ob nach den hierzu entwickelten Maßstäben der Rechtsprechung ein vergabepflichtiger öffentlicher Auftrag vorliegt. In diesem Zusammenhang sind insbesondere auch die Grundsätze zum In-house-Geschäft zu berücksichtigen. Mit einer weiteren Klarstellung der Voraussetzungen des In-house-Geschäfts hat der EuGH nun die interkommunale Zusammenarbeit erleichtert.

Ausgangspunkt

Die obergerichtliche Rechtsprechung differenziert für die Anwendung des Vergaberechts nach der Form der Zusammenarbeit; entscheidend ist, ob eine Aufgabe selbst (»Delegation«) oder nur ihre Durchführung (»Mandatierung«) abgegeben wird. In der Mandatierung wird grundsätzlich ein Beschaffungsakt gesehen, so dass hier nur im Falle eines In-house-Geschäfts keine Pflicht zur Anwendung des Vergaberechts besteht.

Voraussetzungen des In-house-Geschäfts

Ein vergabefreies In-house-Geschäft setzt voraus, dass der Auftraggeber über den Auftragnehmer eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt und der Auftragnehmer seine Tätigkeit im Wesentlichen für seine An-

teilseigner verrichtet. Das Kontrollkriterium ist nach der Rechtsprechung des EuGH nicht erfüllt, wenn der Auftragnehmer private Anteilseigner hat. Nicht eindeutig geklärt war bisher, ob bei mehreren (öffentlichen) Anteilseignern jeder von ihnen über den Auftragnehmer eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausüben muss.

Gemeinschaftliche Kontrolle ausreichend

Hierzu hat der EuGH in seiner Entscheidung »Coditel Brabant« nun klar gestellt, dass es ausreichend ist, wenn die Anteilseigner gemeinsam, z. B. durch Mehrheitsbeschluss, über den Auftragnehmer eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausüben können. Zur Begründung verweist der EuGH im Wesentlichen darauf, dass andernfalls öffentliche Stellen, die einem Zusammenschluss anderer öffentlicher Stellen beitreten wollten, eine Ausschreibung durchführen müssten. Dies aber sei nicht mit der Systematik des gemeinschaftlichen Vergaberechts vereinbar, das öffentlichen Stellen gerade die Freiheit lasse, ihre im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen Mitteln zu erfüllen. Dies könne auch in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen erfolgen.

Fazit

Die Auffassung des EuGH hatte sich bereits in seiner Entscheidung »Asemfo« (Urteil vom 19. April 2007, Az.: C-295/05) angedeutet. Auch wenn diese weite Deutung des Kontrollkriteriums nicht zwingend erscheint, so fügt sie sich doch in die Systematik ein und bedeutet gerade für interkommunale Kooperationen eine Erleichterung.



VERANSTALTUNGEN

EUROFORUM-SEMINAR »I X I DER GASWIRTSCHAFT«

18. – 20. Mai 2009 in Berlin

Antje Baumbach: »Der Rechtsrahmen des Gasmarktes auf deutscher und europäischer Ebene«;
»Gaslieferverträge«; »Verträge für den Gasnetz-zugang«

EUROFORUM-SEMINAR »EINFÜHRUNG IN DIE ENERGIEWIRTSCHAFT«

26. – 28. Mai 2009 in Berlin

22. – 24. Juni 2009 in Hamburg

Toralf Baumann: »Steuerung der Energiewirtschaft durch Regulierungs- und Kartellrecht sowie § 315 BGB«; »Netzentgelte im regulierten Markt – Funktionsweise der Anreizregulierung«
(23. Juni 2009)

BDEW-TAGUNG

»Neues Energierecht kompakt«

19. Mai 2009 in Düsseldorf

Dr. Markus Ehrmann: »Aktuelle umweltrechtliche Anforderungen«

BDEW-KOMPAKTSEMINAR

»Konzessionsverträge – Aktuell«

16. Juni 2009 in Leipzig

Dr. Cornelia Kermel: »Konzessionsrecht für Strom, Gas, Wasser – Aktuelle Rechtsprechung und Entwicklungen«; »Konzessionsverträge – Gestaltungsoptionen und Risiken«

BDEW / KERMEL & SCHOLTKA-INFOTAG

30. Juni 2009 in Düsseldorf

Dr. Dominik Greinacher: »Bodenschutzrecht«;
»Immissionsschutzrecht«

Dr. Markus Ehrmann: »Emissionshandel«

Sebastian Helmes: »Umweltbezogene Haftungsrisiken im Unternehmen«

FORUM CONTRACTING E.V.

»Recht der Fernwärmeversorgung«

6. Mai 2009 in Hamburg

Toralf Baumann: »AVBFernwärmeV Teil 3: Vertragslaufzeit, Versorgungseinstellung, ordentliche und außerordentliche Kündigung«

Herausgeber »

KERMEL & SCHOLTKA Rechtsanwälte

Partnerschaft von Rechtsanwälten

Partner im Sinne des PartGG »

Rechtsanwältin Dr. Cornelia Kermel

Rechtsanwalt Dr. Boris Scholtka

Rechtsanwalt Dr. Dominik Greinacher

Rechtsanwältin Antje Baumbach

Rechtsanwalt Dr. Markus Ehrmann

Rechtsanwältin Solveig Hinsch

Redaktion »

Rechtsanwalt Toralf Baumann (verantw.)

Rechtsanwalt Sebastian Helmes

Gestaltung »

Jana Köhler

Hinweis »

Dieser Newsletter dient ausschließlich der allgemeinen Information und ersetzt nicht die Rechtsberatung im Einzelfall.

Postadresse

Postfach 15 07 55

D-10669 Berlin

Kanzleiadresse

Meinekestraße 4

D-10719 Berlin

Tel.: +49 (0)30 50 96 95-0

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

newsletter@kermelscholtka.com

www.kermelscholtka.com