

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser,

die rechtlichen Herausforderungen im Energiesektor sind vielgestaltig: Hinter dem Schlagwort »regulatorisches Umfeld« verbergen sich unzählige rechtliche Problemstellungen, die einem fortwährenden Wandel unterworfen sind und sich keineswegs allein auf die Netzregulierung beschränken.

In der aktuellen Ausgabe unseres Newsletters greifen wir deswegen einmal mehr aktuelle Rechtsentwicklungen mit Auswirkungen auf den Energiesektor auf: So steht bei der Bundesnetzagentur erneut das Thema »Mehrerlösabschöpfung« im Raume. Auch das Bundeskartellamt ist nicht untätig, hat es doch überhöhte Konzessionsabgaben im Gasbereich untersagt und eine Untersuchung des Fernwärmesektors eingeleitet. Interessante gerichtliche Entscheidungen stammen vom EuGH, der über Dienstleistungskonzessionen im Wasserbereich zu befinden hatte, sowie vom Bundesgerichtshof, der eine Entscheidung zum Thema »Objektnetze« getroffen hat – ohne indessen die damit verbundenen Rechtsfragen abschließend zu klären.

Auch auf gesetzgeberischer Ebene tut sich Einiges: Das Wirtschaftsministerium hat Eckpunkte für eine zukünftige Novelle der GasNZV veröffentlicht. Im Bereich des Vergaberechts ist die neue Sektorenverordnung in Kraft getreten. Von Bedeutung für die Branche sind auch die modernisierten Fachgesetze im Umweltrecht, die eigentlich im gescheiterten Umweltgesetzbuch hätten aufgehen sollen, sowie die neue Emissionshandels-Versteigerungsverordnung. Wissenswertes zu all diesen Themen finden Sie auf den folgenden Seiten. 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](http://www.kermelscholtka.com) verfügbar. Wenn Sie den Newsletter zukünftig nicht mehr erhalten möchten, können Sie ihn mit einer E-Mail an: [abbestellung@kermelscholtka.com](mailto:abbestellung@kermelscholtka.com) abbestellen.

### INHALT

#### ENERGIERECHT

- Bundeskartellamt untersagt missbräuchlich überhöhte Konzessionsabgaben ..... S.2
- Objektnetze: Neue Entscheidung und alte Fragen ..... S.5
- Aktuelles zur »Mehrerlösabschöpfung« ..... S.6
- Novelle der GasNZV ..... S.8

#### KARTELL- UND REGULIERUNGSRECHT

- Bundeskartellamt untersucht Fernwärmesektor ..... S.10

#### ÖFFENTLICHES WIRTSCHAFTSRECHT/ UMWELTRECHT

- Reform des Umweltrechts - vorerst - abgeschlossen ..... S.11

#### EMISSIONSHANDEL

- Emissionshandels-Versteigerungsverordnung 2012 verabschiedet ..... S.12

#### VERGABERECHT

- Neue Sektorenverordnung ist in Kraft getreten ..... S.14
- Entscheidung des EuGH zu Dienstleistungskonzessionen im Wasserbereich ..... S.15

## Bundeskartellamt untersagt missbräuchlich überhöhte Konzessionsabgaben

Das Konzessionsabgabenrecht rückt wieder einmal in den Fokus der Energiewirtschaft. Anlass hierzu bieten verschiedene Verfahren des Bundeskartellamtes zur Höhe der Gas-KA für Tarifkunden. Hier hat das Bundeskartellamt mittels sogenannter Verpflichtungszusagen und in einem Missbrauchsverfahren den Unternehmen »untersagt«, die hohe Gas-KA für Gaslieferungen von Drittlieferanten zu verlangen. Für Drittlieferungen entstehen bei Gas nur die Sonderkunden-KA (abgesehen von Geringfügigkeitsfällen).

### Konzessionsabgaben und Kartellrecht

Das Konzessionsabgabenrecht gehört seit Jahrzehnten zu den immer wieder in der Energiewirtschaft kontrovers diskutierten Gebieten. Wurden die Konzessionsabgaben noch im Anwendungsbereich der früheren Konzessionsabgabenanordnung (KAE) als »Aussterbeleistungen« qualifiziert, erlebten die Konzessionsabgaben im Anschluss an ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit des sogenannten Neueinführungsverbots von Konzessionsabgaben, eine »Renaissance« durch die Konzessionsabgabenverordnung von 1992 (KAV). Konzessionsabgaben sind die Gegenleistung der Verteilungsnetzbetreiber im Gemeindegebiet für die zur Verfügungstellung öffentlicher Straßen und Wege. Kritiker bezeichnen daher Konzessionsabgaben gerne auch als »Wegelagerergebühr«. Die starke Wortwahl mag übertrieben klingen, in der Sache ist es nicht völlig unberechtigt. Schließlich werden die Strom- bzw. Gaskunden über den tatsächlichen Energieverbrauch mit Konzessionsabgaben (als Zuschlag zum Netznutzungsentgelt)

belastet. Andererseits ist nicht zu verkennen, dass die Konzessionsabgabe ein bedeutsames Mittel im Rahmen der Gemeindefinanzierung darstellt. Ohne die Konzessionsabgaben würde den Gemeinden ein wichtiger Beitrag für ihren Haushalt fehlen. Mit der KAV hat sich jedenfalls der Verordnungsgeber 1992 für eine Beibehaltung der Konzessionsabgaben entschieden, auch wenn dieses Finanzierungsinstrument in Europa einmalig ist. In den vergangenen Jahren hat der Gesetzgeber die Konzessionsabgaben immer wieder bestätigt. Zuletzt haben sie mit der Neufassung des Energiewirtschaftsrechts im Jahr 2005 erneut gesetzliche Berücksichtigung in § 48 EnWG gefunden.

Die Aktivitäten des Bundeskartellamtes zielen auch nicht auf eine Abschaffung, sondern auf eine Reduzierung der Konzessionsabgaben für bestimmte Lieferungen. Gleichwohl begibt sich das Bundeskartellamt auf »vermintes Gelände«. Es fragt sich, ob der Zeitpunkt in der Weltwirtschaftskrise geschickt gewählt ist, um den unter zurückgehenden Gewerbesteuererinnahmen leidenden Gemeinden zusätzlich noch die Konzessionsabgaben »abzuschneiden«. Sicherlich, das Bundeskartellamt kann kartellrechtswidriges Handeln nicht tolerieren und muss auf Beschwerden im Rahmen des Aufgreifermessens tätig werden. Man fragt sich aber, warum das Amt jetzt und nicht schon vor einigen Jahren eingeschritten ist. Der Rechtsrahmen hat sich jedenfalls in letzter Zeit nicht geändert. Erschwerend kommt für die Gemeinden hinzu, dass nun auch die Finanzbehörden Zweifel an der steuerlichen Behandlung von Konzessionsabgaben in Durchleitungsfällen unter dem Aspekt einer verdeckten Gewinnausschüttung geäußert haben.

### Kritik des Bundeskartellamts

Die Aktivitäten des Bundeskartellamts zielen auf die Höhe der Gaskonzessionsabgabe in sogenannten Drittlieferungsfällen, also in den Fällen, in denen ein Kunde im Verteilungsnetzgebiet nicht vom örtlichen, in der Regel integrierten EVU (z.B. dem örtlichen Stadtwerk) beliefert wird, sondern von einem anderen Lieferanten (»Drittlieferant«) beliefert wird. Das Bundeskartellamt vertritt grundsätzlich die Auffassung, dass alle Kunden, die von Drittlieferanten im Gemeindegebiet beliefert werden, Sonderkunden sind und demgemäß (nur) die entsprechende Sonderkundenkonzessionsabgabe für Gas (maximal 0,03 Ct/kWh) schulden. Soweit die Netzbetreiber dabei auf die tatsächliche Praxis des Grundversorgers abstellen, bis zu bestimmten Mengengrenzen eine höhere Konzessionsabgabe an die Gemeinde abzuführen, hält das Bundeskartellamt diese Praxis für nicht durch die KAV gedeckt. Zwar regelt § 2 Abs. 6 KAV, dass für Durchleitungsfälle die gleiche Konzessionsabgabe zu zahlen ist, wie ansonsten auch. Jedoch hält das Bundeskartellamt eine Mengengrenze nicht für geeignet, im Verhältnis zum Drittlieferanten eine Bindung dahingehend herzustellen, dass für Gaslieferungen unterhalb der Mengengrenze die Tarifkundenkonzessionsabgabe zu zahlen ist. Angesichts einer fehlenden Regelung in der KAV zur Frage der konzessionsabgabenrechtlichen Abgrenzung zwischen Tarif- und Sonderkunden im Gasbereich (im Strom gibt es gemäß § 2 Abs. 7 KAV die Abgrenzung nach Leistung und Arbeit, 2 x 30 kW und 30.000 kWh) stellt das Bundeskartellamt für die Frage der Differenzierung zwischen Tarifkunden und Sonderkunden allein auf die Legaldefinition des § 3 Nr. 22 EnWG zum Haushaltskunden ab. Die pauschale Einordnung von Kunden als Tarifkunden sei danach konzessionsabgabenrechtlich ebenso

wie eine hohe Mengengrenze unzulässig, da hiervon auch Kunden erfasst würden, die nach § 1 Abs. 3 KAV in Verbindung mit § 36 Abs. 1 und § 3 Nr. 22 EnWG keine Tarifkunden seien. In einem Missbrauchsverfahren hat das Bundeskartellamt am 18. September 2009 zudem der Gasversorgung Ahrensburg GmbH (GAG) die missbräuchliche Erhebung überhöhter Konzessionsabgaben untersagt und die Rückerstattung verfügt. Anders als in den zuvor entschiedenen Verpflichtungszusagen hatte GAG mit der Übernahme der Gasversorgung alle Kunden, die vorher Sondervertragskunden waren, als Tarifkunden eingeordnet. Diese hohe Tarifkunden-KA hat GAG auch von den neuen Wettbewerbern gefordert. In der Tat erscheint dieses Vorgehen der GAG kartellrechtlich nicht nur unter Missbrauchsgesichtspunkten, sondern sogar unter dem Gesichtspunkt eines Verstoßes gegen das Kartellverbot des § 1 GWB (bei einem Zusammenwirken mit der Gemeinde) für bedenklich. Unberücksichtigt bleibt bisher in allen Fällen das europäische Kartellrecht, dessen Anwendung jedoch im Hinblick auf die flächendeckende Verwendung von Konzessionsverträgen trotz der örtlichen Gebundenheit nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann.

### Kritik an der Entscheidungspraxis

Das Bundeskartellamt springt jedoch zu kurz, wenn es pauschal bestimmte Versorgungssituationen bzw. die Konzessionsabgabenpraxis hierzu als kartellrechtswidrig einstuft. Zwar ist das Interesse von Drittlieferanten mehr als verständlich, über einen einheitlichen KA-Satz bessere Kalkulationsmöglichkeiten und damit auch verbesserte Wettbewerbsbedingungen zu haben. Es gibt aber eine Vielzahl von Versorgungsunternehmen, die bei der Abführung von Sonderkunden-KA auch im Gasbereich vernünftige Mengengrenzen von nicht mehr als 10.000 kWh

berücksichtigt. In der Praxis werden damit regelmäßig nur die sogenannten Kochgaskunden erfasst, da Heizgaskunden regelmäßig höhere Verbräuche haben. Damit bleiben jedoch die Unternehmen durchaus im Rahmen der Haushaltskunden-Grenze (für echte Haushaltskunden gibt es im EnWG eigentlich keine Grenze, sondern die Grenzziehung steht vor allem für Kleingewerbekunden). Haben daher Unternehmen über Jahre hinweg »energiewirtschaftlich vernünftige Grenzziehungen« vorgenommen, ist das Eingreifen des Bundeskartellamts zum jetzigen Zeitpunkt nur schwer nachvollziehbar. Der Gesetzgeber hat bei den vergangenen Reformen zum Konzessionsabgabenrecht stets zum Ausdruck gebracht, dass den Gemeinden die Konzessionsabgaben auch durch die verschiedenen Reformen im Grundsatz ungeschmälert erhalten bleiben sollen. Sicherlich muss sich auch der Gesetzgeber vorwerfen lassen, im Gasbereich - anders als im Strom-

bereich - keine Mengen- oder Druckstufenregelungen eingeführt zu haben. Geht aber das Verhalten des örtlichen Unternehmens nicht auf ein mit der Gemeinde wettbewerbswidrig abgestimmtes Verhalten im Konzessionsvertrag zurück, sondern orientiert es sich an vernünftigen energiewirtschaftlichen Erwägungen, ist die Brandmarkung solcher Unternehmen als »Kartellsünder« ein überzogener Schritt des Bundeskartellamts. Eine Lösung wird hier voraussichtlich nur der Gesetzgeber schaffen können. Dieser ist nun dringend gefordert, notwendige Anpassungen im Konzessionsabgabenrecht mit Beginn der neuen Legislaturperiode zügig herbeizuführen. Dabei muss die Anpassung sicherlich die Interessen der Gemeinden einerseits berücksichtigen. Andererseits sollte im Interesse des Wettbewerbs ein »homogener Ansatz« gefunden werden, der bundesweiten Wettbewerb ermöglicht.

Dr. Boris Scholtka » [boris.scholtka@kermelscholtka.com](mailto:boris.scholtka@kermelscholtka.com)

## Objektnetze: Neue Entscheidung und alte Fragen

Der BGH hat am 6. Mai 2009 über den Objektnetzstatuts des Industrieparks Altmark entschieden (EnVR 55/08) und dabei Ausführungen zur Objektnetzregelung in § 110 Abs. 1 EnWG gemacht, die über den Einzelfall hinaus von Bedeutung sind. Zum Einen hat der BGH erstmalig detaillierte Anforderungen an den »übergeordneten gemeinsamen Geschäftszweck« von Dienstleistungsnetzen nach § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG entwickelt. Zum Anderen hat er die grundlegende Frage nach den Auswirkungen des EuGH-Urteils vom 22. Mai 2008 auf die deutsche Objektnetzregelung ausdrücklich offen gelassen.

### Gemeinsamer Geschäftszweck

Zum Dienstleistungsnetz führt der BGH aus, dass die Vorschrift als Ausnahmetatbestand eng auszulegen sei. Der »übergeordnete gemeinsame Geschäftszweck« erfordere eine »funktionale Verbindung« der angeschlossenen Verbraucher, die »aufeinander bezogene und voneinander abhängige Leistungen« erbringen (z. B. Wertschöpfungskette) und »nach außen als Einheit auftreten«. Die Verfolgung jeweils individueller Ziele im wechselseitigen Nutzen reiche nicht aus. Dies sei bei einem Industriepark – anders als ein Einkaufszentrum, das aufgrund eines gemeinsamen Marketingkonzepts als Einheit auftritt – nicht ohne Weiteres der Fall.

### Europarechtswidrigkeit?

Weil der Industriepark Altmark diese Voraussetzungen nicht erfüllte, konnte der BGH die Frage nach den Auswirkungen des EuGH-Urteils unentschieden lassen. Der EuGH hatte auf Vorlage des OLG Dresden entschieden, dass es mit den

europäischen Vorgaben unvereinbar ist, Betriebsnetze von der Verpflichtung zur Gewährung von Netzzugang freizustellen. Was dieses Urteil für die deutsche Objektnetzregelung bedeutet, ist seitdem umstritten (KERMEL & SCHOLTKA-Newsletter 1|2009).

Die Ausführungen des BGH hierzu sind trotz ihrer Kürze bemerkenswert. Die Betriebsnetzgesellschaft (§ 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG) scheiterte an den fehlenden tatbestandlichen Voraussetzungen, »unabhängig davon, ob diese Norm wegen Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht nicht anzuwenden ist«. Im Kontext der Dienstleistungsnetze nach Nr. 2 lässt der BGH offen, »ob die gemeinschaftsrechtlichen Bedenken gegen § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG auch für § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG gelten und ob diese Norm gegebenenfalls richtlinienkonform ausgelegt werden kann«.

Der BGH hält es offenbar nicht für ausgemacht, dass die Betriebsnetzregelung vollständig europarechtswidrig ist (»ob« statt »dass«) und spricht (nur) von »gemeinschaftsrechtlichen Bedenken«. Die Übertragbarkeit dieser Bedenken auf Dienstleistungsnetze hält er für ebenso wenig selbstverständlich und erwägt eine richtlinienkonforme Anwendung. Im Gegensatz zum OLG Dresden, das noch apodiktisch von der vollständigen Europarechtswidrigkeit der Regelung ausgegangen ist (KERMEL & SCHOLTKA-Newsletter 1|2009), sind diese Formulierungen merklich differenzierter. Allerdings hat der BGH die Fragen nur aufgeworfen – einstweilen ohne sie zu beantworten. Dies wird er vermutlich im Verfahren um den Flughafen Halle/Leipzig (EnVR 17/09) nachholen; ein Verhandlungs- oder gar Entscheidungstermin steht noch nicht fest.

## Aktuelles zur »Mehrerlösabschöpfung«

Anfang Juli 2009 hat die Bundesnetzagentur (BNetzA) mit der Datenabfrage zur sog. Mehrerlösabschöpfung begonnen. Sie stützt sich dabei auf einen in der Festlegung der Erlösbergrenzen enthaltenen Auflagenvorbehalt. Die BNetzA behält sich vor, den Netzbetreiber zu verpflichten, seine kalenderjährlichen Erlösbergrenzen beginnend ab dem 1. Januar 2010 um die Mehrerlöse einschließlich einer angemessenen Verzinsung zu reduzieren.

### Problem: Mehrerlöse und Entflechtung

Bei diesen Mehrerlösen handelt es sich verkürzt dargestellt um die Differenz zwischen den erstmalig genehmigten Netzentgelten und den beibehaltenen Entgelten nach den Verbändevereinbarungen, die in der Zeit vom 29. Oktober 2005 für Strom und 29. Januar 2006 für Gas bis zur erstmaligen Genehmigung der Netzentgelte durch den Netzbetreiber erzielt wurden. Die BNetzA ist dabei der Ansicht, dass die Mehrerlösabschöpfung auf Basis von § 34 Abs. 1 ARegV in Verbindung mit § 11 StromNEV bzw. § 10 GasNEV nur gegenüber dem heutigen Netzbetreiber, der auch Adressat der Erlösbergrenzenfestlegung ist, zu erfolgen hat.

Die BNetzA lässt aber bisher den Umstand außer Betracht, dass die aktuellen Netzbetreiber häufig nicht über den gesamten Zeitraum tatsächlich Mehrerlöse erzielt haben. Im relevanten Zeitraum hat oftmals aufgrund der Vorgaben zur Entflechtung der Netzbetreiber gewechselt. Selbst die Ausgliederung des Netzbetriebs bedeutet nicht zwangsläufig, dass dem neuen Netzbetreiber entsprechende Mehrerlöse zugewachsen sind. Unter energie-

rechtlichen Gesichtspunkten ist damit das Vorgehen der BNetzA in mehrfacher Hinsicht problematisch.

### Mehrerlösabschöpfung beim aktuellen Netzbetreiber

Unabhängig vom rein tatsächlichen Problem eines zwischenzeitlichen Netzbetreiberwechsels, ist bereits zweifelhaft, ob der Auflagenvorbehalt bei der Festlegung der Erlösbergrenzen erlassen werden konnte. Im allgemeinen Verwaltungsrecht darf ein Verwaltungsakt ohne Ermessensspielraum mit einer Nebenbestimmung nur dann versehen werden, wenn dies durch Rechtsvorschrift zugelassen ist, oder wenn die Nebenbestimmung sicherstellen soll, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes erfüllt werden. Eine Abschöpfung der Mehrerlöse im Übergangszeitraum ist aber weder im EnWG noch in der ARegV vorgesehen. Zudem ist nicht erkennbar, wie durch die Mehrerlösabschöpfung sichergestellt werden kann, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Festlegung der Erlösbergrenzen erfüllt werden.

### Mehrerlösabschöpfung beim ehemaligen Netzbetreiber

Der ehemalige Netzbetreiber kann nicht aus dem Auflagenvorbehalt zur Mehrerlösabschöpfung in der Festlegung der Erlösbergrenzen in Anspruch genommen werden. Insoweit ist nur der aktuelle Netzbetreiber Adressat der Festlegung. Ein Vorgehen gegen den ehemaligen Netzbetreiber aufgrund des Auflagenvorbehaltes würde gegen das verwaltungsverfahrensrechtliche Bestimmtheitsgebot verstoßen. Eine gesetzlich geregelte Vorteilsabschöpfung

nach § 33 EnWG erscheint ebenfalls zweifelhaft. Dafür müsste der ehemalige Netzbetreiber die Mehrerlöse im Übergangszeitraum vorsätzlich oder fahrlässig vereinnahmt haben. Einem möglichen Fahrlässigkeitsvorwurf kann insoweit entgegengehalten werden, dass der ehemalige Netzbetreiber sich gerade gesetzeskonform verhalten und die zuvor erhobenen Netzentgelte beibehalten hat. Bis zur Entscheidung des BGH vom 14. August 2008 war es überdies ganz herrschende Meinung, dass das Beibehalten im Sinne von endgültig behalten zu verstehen sei. Überdies führt die Vorteilsabschöpfung nach § 33 EnWG tatsächlich nicht dazu, dass erzielte Mehrerlöse in künftigen Netzentgelten kostenmindernd berücksichtigt werden.

Gegen eine Mehrerlösabschöpfung auf der Grundlage von § 30 Abs. 2 EnWG spricht, dass insoweit auch ein missbräuchliches Verhalten im Sinne des § 30 Abs. 1 Satz 2 EnWG zweifelhaft ist. Nach § 30 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 EnWG gelten Entgelte, die die Obergrenzen einer dem betroffenen Unternehmen erteilten Genehmigung nach § 23a EnWG nicht überschreiten, als sachlich gerechtfertigt. Zwar hatten die ehemaligen Netzbetreiber im Übergangszeitraum keine Genehmigung für ihre Netzentgelte. Allerdings galten auch insoweit uneingeschränkt die gesetzlichen Übergangsvorschriften nach den §§ 118 Abs. 1b, 23a Abs. 5 Satz 1 EnWG. Danach durften die bisherigen Netzentgelte im Übergangszeitraum beibehalten werden. Gegebenenfalls ist allerdings ein Vorgehen der BNetzA über allgemeine Aufsichtsmaßnahmen nach § 65 EnWG denkbar. Dabei kommt auch in Betracht, Maßnahmen zu erlassen, die der Beseitigung einer geschehenen aber noch gegenwärtig fortdauernden Beeinträchtigung dienen können.

### Zivilrechtliche Rückforderung zuviel gezahlter Netzentgelte durch Netznutzer

Darüber hinaus machen gegenwärtig einige Netznutzer in zivilgerichtlichen Verfahren Rückforderungsansprüche wegen vermeintlich unbilliger Netzentgelte geltend. Betroffen ist dabei teilweise auch der Mehrerlöszeitraum. In mehreren Verfahren ergingen bereits Hinweise an die klagenden Netznutzer, dass nach vorläufiger Einschätzung des Gerichts die zivilrechtliche Rückabwicklung aufgrund der BGH-Entscheidung nicht in Betracht komme. Zudem beteiligt sich die BNetzA an einigen Verfahren und stützt diese Auffassung. Nicht geklärt ist, wie der Ausschluss der zivilrechtlichen Rückabwicklung dogmatisch begründet werden soll. Möglicherweise ist die Entscheidung des BGH so zu lesen, dass »rechtsgrundlos« dort nicht im Sinne einer fehlenden zivilrechtlichen Leistungsbeziehung zu verstehen ist. Denn dem EnWG lässt sich durchaus entnehmen, dass die gesetzlichen Übergangsvorschriften eine sachliche Rechtfertigung bzw. die Angemessenheit der beibehaltenden Netzentgelte fingiert haben. Damit besteht nur im regulierungsrechtlichen Ordnungsrahmen keine Berechtigung des Netzbetreibers, die vereinnahmten Mehrerlöse beibehalten zu dürfen. Für eine solche Auslegung spricht auch der Verweis des BGH auf die periodenübergreifende Saldierung.

Dr. Conrad Seiferth » [conrad.seiferth@kermelscholtka.com](mailto:conrad.seiferth@kermelscholtka.com)  
Guido Brucker » [guido.brucker@kermelscholtka.com](mailto:guido.brucker@kermelscholtka.com)

## Novelle der GasNZV

Am 3. April 2009 hat das Bundeswirtschaftsministerium (BMWi) sechs Eckpunkte mit einzelnen Konkretisierungen für eine Novelle der Gasnetzzugangsverordnung (GasNZV) veröffentlicht. Ziel der Novelle ist es, die zum Teil durch die Regulierungspraxis der Bundesnetzagentur überholten Regelungen der GasNZV anzupassen und den Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt zu verbessern.

### Reduzierung der Marktgebietszahl

Die GasNZV soll eine Zielvorgabe erhalten, die Marktgebiete schrittweise bis auf ein Marktgebiet je Gasqualität zu verringern. Zudem werden die Zusammenarbeitspflichten der Marktgebietsverantwortlichen untereinander konkretisiert, insbesondere bei der Regelenenergiebeschaffung, der Kapazitätsberechnung und dem Netzausbau. Dem Marktgebietsverantwortlichen sollen wesentliche Aufgaben zur Gewährung des Netzzugangs (z. B. Durchführung der Bilanzierung) zentral zugewiesen werden, um eine effiziente Abwicklung zu gewährleisten.

### Zugangserleichterung für Gaskraftwerke und Speicher zum Gasnetz

Durch einen zeitlich begrenzten Anspruch auf Reservierung von Transportkapazitäten für Betreiber von neuen Gaskraftwerken bzw. Speicheranlagen möchte das BMWi den Zugang zum Gasnetz erleichtern. Außerdem sollen die Netzbetreiber verpflichtet werden, Engpässe zu beseitigen, die aufgrund des Zugangsanspruchs des Kraftwerks- oder Speicherbetreibers an anderer Stelle im Netz entstehen. Eine klare Verteilung der Kostentragungspflicht zwischen Netzbetreiber und Anschlussbegehrenden soll in die

GasNZV aufgenommen werden. Als Vorbild für die Zugangserleichterung sieht das BMWi insofern die Vorgaben der Kraftwerksnetzanschlussverordnung (KraftNAV).

### Neuordnung des Vergabesystems für Kapazitäten

Zur Schaffung eines liquiden Gasmarktes mit funktionierendem Wettbewerb beabsichtigt das BMWi, die Vergabe von Transportkapazitäten neu zu ordnen. Die Kapazitätsvergabe soll zumindest an innerdeutschen Buchungspunkten (unter Umständen auch bei bestehenden Kapazitätsverträgen und bei der Kapazitätsvergabe an Grenzübergangspunkten) nach folgenden Grundsätzen erfolgen: Vor der Kapazitätsvergabe können alle Transportkunden während eines im Voraus bestimmten Zeitraums (Buchungsfenster) ihr Interesse an den Transportkapazitäten bekunden. Nach Schließung des Buchungsfensters erfolgt die Vergabe der vorhandenen Kapazität zu einem einheitlichen Zeitpunkt. Dabei soll die Vergabe der Kapazität zukünftig nur noch dann nach dem Prioritätsprinzip erfolgen, wenn ausreichende Kapazität vorhanden ist. Bei Kapazitätsengpässen soll die Kapazität auktioniert werden.

Außerdem sollen die vom BGH bestätigten Entscheidungen zur zulässigen Höchstlaufzeit von langfristigen Gaslieferverträgen auf der Kapazitätsseite durch entsprechende Regelungen strukturell flankiert werden. Dabei wird geprüft, inwieweit die Laufzeitbeschränkungen auf bestehende und zukünftige Kapazitätsverträge ausgedehnt werden können.

Zudem sieht das Eckpunktepapier vor, dass ungenutzte Kapazitäten dem Markt schneller wieder zur Verfügung gestellt werden können. Deshalb sollen Transportkunden verpflichtet

werden, nicht gebuchte Kapazitäten kurzfristig zu verkaufen (Use-it-or-sell-it). Der Zeitraum, über den ein Transportkunde seine gebuchte Kapazität langfristig ungenutzt lassen kann, bevor sie ihm entzogen wird, wird dabei verkürzt (Überarbeitung des langfristigen Use-it-or-lose-it-Prinzips). Zudem soll die Regulierungsbehörde (anstelle des Netzbetreibers) die Möglichkeit erhalten, den Transportkunden langfristig ungenutzte Kapazitäten zu entziehen. Es werden gebündelte Kapazitätsprodukte (gemeinsame Vergabe von Ein- und Ausspeisekapazitäten zwischen Marktgebieten) vorgesehen, um insbesondere den marktgebietsüberschreitenden Gastransport zu erleichtern.

#### Stärkung des Regelenenergiemarktes

Für einen stabilen Netzbetrieb und zur Aufrechterhaltung einer zuverlässigen Versorgung der Verbraucher mit Erdgas ist der Einsatz von Regelenenergie notwendig. Damit die Regelenenergie möglichst kostengünstig und effizient eingesetzt wird, möchte das BMWi die Beschaffung und den Einsatz der Regelenenergie im Marktgebiet beim Marktgebietsverantwortlichen konzentrieren und die Bedingungen für die Beschaffung und den Einsatz in den einzelnen Marktgebieten unverbindlich vorgeben. Vorgesehen ist, dass die Bedingungen für Einsatz und Beschaffung von Regelenenergie (z. B. Angebot von untertäglicher Flexibilität aus Speichern) vereinheitlicht werden können.

#### Berücksichtigung der aktuellen Regulierungspraxis der BNetzA

Die Entscheidungen der Bundesnetzagentur (BNetzA) zum Netzzugang (Zwei-Vertragsmodell), zur Bilanzierung und zum Lieferantenwechsel werden vom BMWi in der Verordnungsnovelle berücksichtigt. Darüber hinaus

sollen gewisse Anpassungen geprüft werden, um berechtigten Interessen der Marktteilnehmer (z. B. gasintensive Industrien) Rechnung zu tragen.

#### Schlanke Verordnungsregelungen

Das BMWi beabsichtigt bei der Novelle lediglich die Grundsätze des Gasnetzzugangssystems in der Verordnung niederzulegen. Die notwendige Anpassungsfähigkeit des Systems wird dabei durch Festlegungskompetenzen der Regulierungsbehörde gewährleistet. Übermäßige Bürokratielasten (z. B. aufgrund von Veröffentlichungs- bzw. Informationsbereitstellungspflichten) sollen insbesondere für kleine Netzbetreiber vermieden werden.

#### Ausblick

Die Novelle befindet sich momentan noch in der internen Abstimmung. Ursprünglich sah der Zeitplan vor, bereits vor der Sommerpause einen ersten Referentenentwurf zu erstellen. Stattdessen ist mit dem Entwurf der durch den Bundesrat zustimmungsbedürftigen Novelle erst gegen Ende des Jahres zu rechnen. Die neuen Regelungen, insbesondere zum Engpass- und Kapazitätsmanagement, werden von allen Marktteilnehmern einen erheblichen Umsetzungs- und Anpassungsaufwand erfordern.

Dr. Conrad Seiferth » [conrad.seiferth@kermelscholtka.com](mailto:conrad.seiferth@kermelscholtka.com)  
Solveig Hinsch » [solveig.hinsch@kermelscholtka.com](mailto:solveig.hinsch@kermelscholtka.com)

## Bundeskartellamt untersucht Fernwärmesektor

Nachdem das Bundeskartellamt bereits Mitte März 2009 eine Sektorenuntersuchung des Stromgroßhandelsmarktes einleitete (KERMEL & SCHOLTKA-Newsletter 1 | 2009), untersucht es nun auch den Fernwärmesektor. Hierzu hat das Bundeskartellamt auf der Grundlage der §§ 32e, 59 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) umfangreiche Auskunftsbeschlüsse an 30 FernwärmeverSORGER verschickt.

**Ziel: Transparenz auf den Fernwärmemärkten**

Das Bundeskartellamt verspricht sich von der Untersuchung mehr Transparenz auf den Fernwärmemärkten im Hinblick auf Preise und Strukturen. Die Untersuchung deckt die Jahre 2007 und 2008 ab. In einer Vergleichsanalyse soll festgestellt werden, welche FernwärmeverSORGER besonders teuer und welche besonders günstig sind. Dabei will das Bundeskartellamt ausdrücklich auch die Leitungsnetze und die Art der Energieerzeugung berücksichtigen. Anlass für die Einleitung der Untersuchung war für das Bundeskartellamt, dass nach seiner Auffassung FernwärmeverSORGER innerhalb ihres Leitungsnetzes als Anbieter über eine Alleinstellung verfügten, welche häufig rechtlich durch einen Anschluss- und Benutzungszwang abgesichert sei. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes eröffnet diese Situation Preissetzungsspielräume, die bei bestehendem Wettbewerb nicht gegeben wären.

### Auswahl der befragten FernwärmeverSORGER

Nach Angaben des Bundeskartellamtes erfolgte die Auswahl der 30 FernwärmeverSORGER im Hinblick auf deren Größe, Kundenzahl und

Gesellschafterstruktur. Des Weiteren waren geografische und gebietsstrukturelle Kriterien ausschlaggebend. Das Bundeskartellamt weist ausdrücklich darauf hin, dass die Preishöhe mangels Transparenz der Preise kein Auswahlkriterium gewesen sei. Die Sektorenuntersuchung sei ein ergebnisoffenes Verfahren und gehe ausdrücklich nicht einem konkreten Verdacht gegen die nun befragten Unternehmen nach. Gleichzeitig weist das Bundeskartellamt auf die Möglichkeit der Einleitung von Missbrauchsverfahren hin, wenn sich aus der vergleichenden Betrachtung der Anfangsverdacht eines Verstoßes gegen das Kartellrecht ergeben sollte.

### Weiterer Ablauf

Die rechtlichen Voraussetzungen für eine Sektorenuntersuchung haben wir in Bezug auf die Sektorenuntersuchung des Stromgroßhandelsmarktes bereits im KERMEL & SCHOLTKA-Newsletter 1 | 2009 im Überblick dargestellt. Auch die nun in die Sektorenuntersuchung des Fernwärmemarktes einbezogenen FernwärmeverSORGER müssen die vom Bundeskartellamt verschickten Fragebögen beantworten oder Beschwerde gegen den jeweiligen Auskunftsbeschluss einlegen. Allerdings hat eine Beschwerde keine aufschiebende Wirkung, das heißt die Fragen müssen beantwortet werden, solange nicht das OLG Düsseldorf als Beschwerdegericht auf Antrag die aufschiebende Wirkung anordnet.

## Reform des Umweltrechts – vorerst – abgeschlossen

Anfang dieses Jahres ist das seit langem angestrebte Ziel einer einheitlichen Kodifikation eines Umweltgesetzbuches (UGB) gescheitert. Wesentlicher Bestandteil dieses Vorhabens war die Schaffung allgemeiner Vorschriften im Umweltrecht, in deren Zentrum eine »integrierte Vorhabengenehmigung« (iVG) stehen sollte. Statt mehrerer paralleler Zulassungsverfahren vor verschiedenen Behörden sollte ein einheitliches und integriertes Genehmigungsverfahren bei nur einer Behörde für ein Projekt geschaffen werden. Die iVG bildete jedoch zugleich den zentralen Zankapfel, an der das gesamte Vorhaben gescheitert ist.

### Vier »sektorale Fachgesetze«

Statt eines einheitlichen UGBs sind nun vier »sektorale Fachgesetze« verabschiedet worden. Zentral ist die Neuordnung des Wasser- und Naturschutzrechtes in einheitlichen Bundesgesetzen. Die Möglichkeit zum Erlass von Vollregelungen auf Bundesebene besteht erst seit der Föderalismusreform 2006. Zuvor hatte der Bund lediglich die Befugnis zum Erlass von Rahmenregelungen. Die Bereiche des Wasser- und Naturschutzrechtes unterliegen heute der konkurrierenden Gesetzgebung, die allerdings eine Besonderheit aufweist: Die Bundesländer können durch eigene Gesetze von den Bundesregelungen abweichen. In diesem Fall gilt bei abweichenden Bundes- und Landesvorschriften das jeweils jüngere Gesetz. Um dem Bund die Möglichkeit zu geben, erstmalig von seiner neuen Regelungsbefugnis Gebrauch zu machen, wurde ein Moratorium geschaffen: Die Bundesländer können erst ab dem 1. Januar 2010 eigene abweichende Regelungen schaffen. Durch die Verabschiedung der neuen Bundesgesetze

wurde die Gefahr eines »föderalen Flickentepichs« mit 16 verschiedenen Landesgesetzen so zunächst gebannt. Gleichwohl besteht die Möglichkeit, dass die Länder im nächsten Jahr eigene Gesetze erlassen.

### Neues Wassergesetz

Das neue Wassergesetz beinhaltet einheitliche Vorgaben zur Bewirtschaftung der Oberflächengewässer, des Küstenmeers und des Grundwassers. Voraussetzung für die Nutzung von Wasserkraft sind zukünftig geeignete Maßnahmen zum Schutz der Fischpopulationen.

### Neues Naturschutzgesetz

Weiterer Schwerpunkt war die Schaffung eines einheitlichen Rechts des Naturschutzes und der Landschaftspflege. Wesentlicher Inhalt ist die ausdrückliche Benennung von abweichungsfesten allgemeinen Grundsätzen des Naturschutzes, von denen die Bundesländer auch durch eigene Gesetze nicht abweichen dürfen. Zudem wurden die Eingriffsregelungen wie etwa durch Schaffung eines Flächenpools und eines Ökokontos modernisiert. Schäden an der Natur sind grundsätzlich im Wege der Realkompensation zu beseitigen.

Auch wenn die Einführung einer integrierten Vorhabengenehmigung gescheitert ist, ist die Vereinheitlichung verschiedener Genehmigungsvoraussetzungen auf Grundlage der IVU-Richtlinie bereits relativ weit fortgeschritten. Es ist indes nicht damit zu rechnen, dass die Umweltgesetzgebung damit zur Ruhe kommt.

## Emissionshandels-Versteigerungsverordnung 2012 verabschiedet

Der Deutsche Bundestag hat am 2. Juli 2009 der Emissionshandels-Versteigerungs-Verordnung (EHVV 2012) zugestimmt, diese war bereits vom Bundeskabinett am 27. Mai 2009 verabschiedet worden. Die Verordnung ist am 23. Juli 2009 in Kraft getreten, am Tag nach ihrer Verkündung im Bundesgesetzblatt.

### Verordnungsermächtigung im ZuG 2012

Das Zuteilungsgesetz 2012 (ZuG 2012) sieht vor, dass für die Stromwirtschaft keine vollständig kostenfreie Zuteilung mehr erfolgt. Vielmehr sollen 40 Mio. Berechtigungen pro Jahr (dies entspricht 8,8 % der zugeteilten Menge) veräußert werden. Diese Veräußerung erfolgte im letzten und im laufenden Jahr durch einen schlichten kontinuierlichen Verkauf an den üblichen Handelsplätzen zum Marktpreis. Ab dem Jahr 2010 soll nun eine Versteigerung erfolgen. Im Zuteilungsgesetz 2012 waren dafür lediglich die Grundzüge niedergelegt. Denn bei der Verabschiedung des ZuG 2012 im Jahr 2007 konnte die Veräußerung von Berechtigungen nur in Grundzügen festgelegt werden (§ § 19-21 ZuG 2012). Dies lag daran, dass die Vorstellung der Veräußerung von Berechtigungen erst im Laufe der parlamentarischen Beratungen von Seiten des Bundestages eingebracht worden ist.

Um die Einzelheiten der Versteigerung festlegen zu können, wurde im ZuG 2012 eine Verordnungsermächtigung niedergelegt, nach der die Bundesregierung in einer Rechtsverordnung ein Versteigerungsverfahren vorsehen kann (§ 21 Abs. 2 ZuG 2012). Diese Rechtsverordnung bedarf der Zustimmung des Bundestages, nicht jedoch des Bundesrates. In der Rechtsverordnung sind die zuständige Stelle und die Regeln für die Durchführung des Versteigerungsverfahrens festzulegen. Nach der Vorgabe des Gesetzes

müssen diese Regeln objektiv, nachvollziehbar und diskriminierungsfrei sein. Schließlich sind Vorkehrungen gegen die Beeinflussung der Preisbildung durch das Verhalten einzelner Bieter zu treffen. Das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU) soll im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Finanzen eine geeignete Stelle mit der Abwicklung des Verfahrens der Versteigerung beauftragen.

### Versteigerung an Emissionshandelsbörse

Die Verordnung sieht vor, dass die Versteigerung an einer bestehenden Emissionshandelsbörse erfolgen soll. Die Börse soll in einem Vergabeverfahren ausgewählt werden. Durch die Versteigerung an einer bestehenden Börse sollen die Emissionsberechtigungen an einer Stelle angeboten werden, an der der Handel ohnehin stattfindet. Zudem sollen die Aufsichts- und Abwicklungsstrukturen einer Börse genutzt werden. Wöchentlich sollen 870.000 Emissionsberechtigungen versteigert werden. In jedem Versteigerungstermin sollen zwei getrennte Versteigerungen für zwei Versteigerungsarten durchgeführt werden. 570.000 Berechtigungen sollen für Termingeschäfte in den Monaten Januar bis Oktober zur Lieferung im Dezember des laufenden Jahres angeboten werden. Die restliche Menge wird für den Spot-Handel erfolgen. In dem vom BMU vorgelegten Entwurf war noch offen, ob die Versteigerung nur als Spot-Handel oder nur in Form von Termingeschäften erfolgen soll. Die Verordnungsgegner haben sich nun – sinnvollerweise – dafür entschieden, beide Instrumente zu nützen.

Die Versteigerung ist auch im Auftrag anderer Mitgliedstaaten der EU möglich. Diese Regelung wurde bereits im Hinblick auf eine Harmoni-

sierung für die Zeit ab 2013 eingefügt. Dann werden alle Emissionsberechtigungen für die Stromwirtschaft versteigert. Mit der Einführung dieser Regelung wurde damit bereits die Grundlage für eine einheitliche Plattform für die Versteigerung geschaffen.

### Teilnehmerkreis

Gemäß dem gesetzlichen Erfordernis eines diskriminierungsfreien Zugangs wird der Teilnehmerkreis offen gehalten. Zur Teilnahme als Bieter an der Versteigerung sind daher alle an der durchführenden Börse für den jeweiligen Handel mit Berechtigungen zugelassenen Handelsteilnehmer berechtigt. Als Bieter können also nicht nur die Betreiber von emissionshandelspflichtigen Anlagen, sondern jeder, etwa auch Banken als Intermediäre, auftreten. Die Mindestgebotsmenge beträgt bei der Versteigerung im Spothandel 500 Berechtigungen, ansonsten 1000 Berechtigungen. Höhere Gebotsmengen müssen einem ganzzahligen Vielfachen der Mindestgebotsmenge entsprechen. Eine spezielle Regelung zum Schutz von kleineren Unternehmen, wie sie verschiedentlich im politischen Raum gefordert worden ist, wurde nicht eingeführt.

### Preisbildung

Die Preisbildung erfolgt nach dem Einheitspreisverfahren, das heißt alle Bieter zahlen den gleichen Preis. Für die Ermittlung des Zuschlagspreises werden alle abgegebenen Gebote, beginnend mit dem höchsten, zum festgesetzten Zeitpunkt nach der Höhe des Gebotspreises geordnet. Bei gleichem Gebotspreis entscheidet die zeitliche Reihenfolge des Zugangs der Gebote. Vom höchsten Gebot ausgehend werden die in den Geboten dargelegten Gebotsmengen aufsummiert. Der Preis, bei dem die Summe die

bei der jeweiligen Versteigerung angebotene Menge erreicht oder überschreitet, ist der Zuschlagspreis. Alle Gebote, die in die Summenbildung eingegangen sind, werden zu diesem Zuschlagspreis zugeteilt. Dem letzten erfolgreichen Gebot wird die verbleibende Menge an Berechtigungen zugeschlagen. Staatliche Eingriffe in den Preisbildungsprozess sollen nur in Ausnahmefällen erfolgen.

### Musterverfahren vor dem Verwaltungsgericht Berlin

Damit wurde ein relativ schlicht gehaltenes und praktikables Verfahren zur Versteigerung der Emissionsberechtigungen geschaffen. Da ab dem Jahr 2013 die Versteigerung von Emissionsberechtigungen zu 100 % die Allokationsmethode für die Stromwirtschaft darstellen wird, dürften hier auch schon gewisse Vorwirkungen abzulesen sein. Gleichwohl bleiben die verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Bedenken im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der Versteigerung in der laufenden Zuteilungsperiode bestehen. Diese werden derzeit in einem Musterverfahren vor dem Verwaltungsgericht Berlin geklärt.

Dr. Markus Ehrmann » [markus.ehrmann@kermelscholtka.com](mailto:markus.ehrmann@kermelscholtka.com)

## Neue Sektorenverordnung ist in Kraft getreten

Am 29. September 2009 ist die Verordnung zur Neuregelung der für die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung anzuwendenden Regeln (Sektorenverordnung - SektVO) in Kraft getreten (BGBl. I S. 3110). Zuvor hatte der Bundesrat in seiner Sitzung am 10. Juli 2009 der Sektorenverordnung mit einigen Änderungen zugestimmt. Damit ist ein weiterer wesentlicher Teil der Vergaberechtsreform abgeschlossen, nachdem bereits am 24. April 2009 das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts in Kraft getreten ist.

### Einheitliches Vergaberecht im Sektorenbereich

Mit der Sektorenverordnung gelten im Sektorenbereich nunmehr einheitliche Regelungen für alle Auftragsvergaben oberhalb der europäischen Schwellenwerte. Erfasst werden alle Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge sowie freiberufliche Leistungen. Damit ist dem Gesetzgeber im Sektorenbereich gelungen, was für klassische öffentliche Auftraggeber nicht durchsetzbar war, nämlich eine einheitliche Vergabeverordnung für alle Auftragsarten zu schaffen. Während es für klassische Auftraggeber bei der Geltung der Vergabe- und Verdingungsverordnungen für Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge sowie freiberufliche Leistungen (VOB/A, VOL/A, VOF) bleibt, findet im Sektorenbereich nur noch die Sektorenverordnung Anwendung. Dies ist für die Rechtsanwendung im Sektorenbereich eine Erleichterung und führt zur Vereinfachung des Vergaberechts.

### Änderungen durch den Bundesrat

Seine Zustimmung zur Sektorenverordnung hat der Bundesrat mit einigen Änderungen verknüpft,

die dann auch von der Bundesregierung beschlossen wurden. Die Änderungen des Bundesrates betreffen neben redaktionellen Anpassungen auch inhaltliche Änderungen. So hat der Bundesrat beschlossen, den Eignungsnachweis nicht nur durch Eintragung in das Bau-Präqualifikationsverzeichnis (nur für Bauaufträge) führen zu können, sondern im Bereich der Liefer- und Dienstleistungen auch durch Eintragung in ein zugelassenes Unternehmer- und Lieferantenverzeichnis (§ 24 Abs. 13 SektVO). Zudem hat der Bundesrat eine Entschließung zur Gleichwertigkeit ausländischer Nachweise gefasst. Er hat die Bundesregierung gebeten, sich bei der EU-Kommission dafür einzusetzen, dass diese zentral alle erforderlichen Daten sammelt und zur Verfügung stellt, auf die im Herkunftsland der Bieter oder Bewerber zurückgegriffen werden müsse.

### Struktur der Sektorenverordnung

Die Sektorenverordnung dient der Umsetzung der europäischen Sektorenkoordinierungsrichtlinie in nationales Recht. Dabei werden nur die Mindestanforderungen der Sektorenkoordinierungsrichtlinie umgesetzt. Auf darüber hinausgehende Anforderungen wurde verzichtet. Die Sektorenverordnung enthält 35 Paragraphen in sieben Abschnitten. Hinzu kommen drei Anhänge zu der Verordnung. In den einzelnen Abschnitten werden die Vorgaben für die Durchführung eines Vergabeverfahrens im Sektorenbereich umgesetzt.

Es stehen nun noch die neuen Vergabe- und Verdingungsordnungen VOB/ und VOL/A aus, die aber für die Auftragsvergabe im Sektorenbereich keine Bedeutung mehr haben werden.

## Entscheidung des EuGH zu Dienstleistungskonzessionen im Wasserbereich

Auf einen Vorlagebeschluss des Thüringer OLG (KERMEL & SCHOLTKA-Newsletter 3|2008) hat der EuGH mit Urteil vom 10. September 2009, Rs-C-206/08 Fragen zur Abgrenzung eines Dienstleistungsauftrages von einer Dienstleistungskonzession im Wasserbereich beantwortet. Danach dürften Konzessionen im Wasserbereich in der Regel Dienstleistungskonzessionen und keine ausschreibungspflichtigen Dienstleistungsaufträge sein.

### Sachverhalt und Vorlagefragen des Thüringer OLG

Der WAZV Gotha, ein Verband von Gemeinden, beabsichtigte eine Konzession für die Trinkwasserversorgung und die Abwasserbeseitigung für die Dauer von 20 Jahren zu vergeben, ohne hierfür ein förmliches Vergabeverfahren durchzuführen. Der Konzessionär sollte das Recht erhalten, seine Leistungen auf der Grundlage privatrechtlicher Verträge in eigenem Namen und auf eigene Rechnung gegenüber den Nutzern zu erbringen und hierfür von diesen ein entsprechendes Entgelt zu erhalten. Im Wege einer Satzung sollte ein Anschluss- und Benutzungszwang festgelegt werden.

Gegen die Vergabe der Konzession ohne Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens stellte Eurawasser einen Nachprüfungsantrag bei der zuständigen Vergabekammer. Diese entschied, dass es sich hier um einen Dienstleistungsauftrag handele, und der WAZV Gotha deshalb ein förmliches Vergabeverfahren hätte durchführen müssen. Gegen diese Entscheidung legte der WAZV Gotha Beschwerde ein. Das Thüringer OLG hat das Nachprüfungsverfahren ausgesetzt und dem EuGH die Frage vorgelegt, welchen Grad das wirtschaftliche Risiko des Konzessionsnehmers aufweisen müsse, um

– in Abgrenzung zu einem Dienstleistungsauftrag – von einer Dienstleistungskonzession ausgehen zu können.

### Entscheidung des EuGH

Der EuGH hat seine Entscheidung zur Beantwortung der Vorlagefragen auf die Definition der Dienstleistungskonzession in den europäischen Vergaberichtlinien gestützt. Zu dem dort geregelten Recht der Nutzung der Dienstleistung als Gegenleistung für die Leistungserbringung gehört nach Auffassung des EuGH auch das Recht, Entgelte gegenüber den privaten Nutzern zu erheben. Wird bei einem Vertrag über Dienstleistungen dieses Recht anstelle einer Entgeltzahlung vom öffentlichen Auftraggeber eingeräumt, genüge dieser Umstand für die Annahme einer Dienstleistungskonzession, wenn der Auftragnehmer bzw. Konzessionär das Betriebsrisiko im vollen Umfang oder zumindest zu einem erheblichen Teil übernimmt. Dies gelte auch dann, wenn das Betriebsrisiko aufgrund der öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung der Dienstleistung von vornherein erheblich eingeschränkt ist. Ob dies der Fall sei, müsse von dem nationalen Gericht festgestellt werden.

Damit dürften Konzessionen im Wasserbereich regelmäßig ausschreibungsfreie Dienstleistungskonzessionen sein, selbst wenn ein öffentlich-rechtlicher Anschluss- und Benutzungszwang besteht. Insoweit findet das Vergaberecht hier keine Anwendung. Der EuGH hat aber nochmals festgestellt, dass die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen gleichwohl den Grundregeln des EG-Vertrages im Allgemeinen sowie dem Gleichbehandlungsgrundsatz, dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und der daraus folgenden Transparenzpflicht im Besonderen unterliegt.



## VERANSTALTUNGEN

### EUROFORUM-SEMINAR

»Einführung in die Energiewirtschaft«  
19. – 21. Oktober 2009 in Frankfurt/Main

Toralf Baumann: »Steuerung der Energiewirtschaft durch Regulierungs- und Kartellrecht sowie § 315 BGB«

### NOVOGATE-WORKSHOP

26. – 28. Oktober 2009 in Düsseldorf

Solveig Hinsch: »EFET versus klassische Lieferverträge: Standardisierung, Anwendungsbereiche«;  
»Derivat-Verträge: Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte, ISDA«

### BBU UND INITIATIVE KWK MODELLSTADT BERLIN

»Zentrale KWK-Lösungen für die Wohnungswirtschaft«

27. Oktober 2009 in Berlin

Guido Brucker: »Zentrale KWK in der Anwendung. Gesetzlicher Hintergrund, Vertrags- und Preisgestaltung sowie weitere aktuelle Praxisfragen«

### BGW-KONGRESS-SEMINAR

3. November 2009 in Köln

Dr. Dominik Greinacher und Sebastian Helmes:  
»Zuwendungsrecht in der Versorgungswirtschaft«

### EUROFORUM-SEMINAR

»Crashkurs Energierecht«  
10. November 2009 in Berlin

Dr. Boris Scholtka (Vorsitz): »Die Regulierung der Netze: Vom verhandelten zum regulierten Netzzugang«; »Konzessionsverträge, Wegenutzung und Konzessionsabgaben - der Rechtsrahmen«

11. November 2009 in Berlin

Solveig Hinsch: »Die Gaswirtschaft »tickt« anders – Was gilt?«; »Recht, Handel und Steuern – Das müssen Sie beachten!«

### 7. ENERGIEWIRTSCHAFTSFORUM

KERMEL & SCHOLTKA Rechtsanwälte  
18. November 2009 in Berlin

»Aktuelle Fragen zum Energierecht«

### Herausgeber »

KERMEL & SCHOLTKA Rechtsanwälte  
Partnerschaft von Rechtsanwälten

### Partner im Sinne des PartGG »

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  
10669 Berlin

### Kanzleiadresse

Meinekestraße 4  
10719 Berlin

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

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

[newsletter@kermelscholtka.com](mailto:newsletter@kermelscholtka.com)

[www.kermelscholtka.com](http://www.kermelscholtka.com)