

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser,

mit der neuen Ausgabe unseres Newsletters möchten wir Sie wieder über aktuelle Rechtsentwicklungen in den Bereichen Energie, Umwelt und Infrastruktur informieren.

In den letzten Monaten sind zahlreiche neue Vorschriften vorgelegt worden: Neben den Neufassungen der europäischen Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung, der Vergabeverordnung und der Gasnetzzugangsverordnung sind vor allem das neue Energiedienstleistungsgesetz und das novellierte Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz von Bedeutung. Für Netzbetreiber sind zudem die Änderungen der Anreizregulierungsverordnung von erheblicher Relevanz.

In einem Zwischenfazit stellen wir Ihnen außerdem die ersten gerichtlichen Entscheidungen zu den regulierungsbehördlichen Festlegungen der Erlösobergrenzen vor. Schließlich beleuchten wir zwei aktuelle Entscheidungen, in denen die bisherige Rechtspraxis auf dem Prüfstand war: der BGH hat seine umstrittene Rechtsprechung bestätigt, wonach im Umweltrecht kein allgemeiner Ausgleichsanspruch zwischen verschiedenen Störern bestehe. Das Bundeskartellamt hat dagegen die Beschränkungen für langfristige Gaslieferverträge aufgehoben, weil es – anders als noch die Monopolkommission 2009 – die Wettbewerbsentwicklung auf dem Gasmarkt offenbar positiv bewertet.

Wir wünschen Ihnen eine gewinnbringende Lektüre.

Ihr Scholtka & Partner-Team

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

INHALT

ENERGIERECHT

Novelle der Gasnetzzugangsverordnung vom Bundesrat verabschiedet S.2

Weitreichende Änderungen der Anreizregulierungsverordnung verabschiedet S.3

Gesetz über Energiedienstleistungen vorgelegt S.5

Erste Entscheidungen im Beschwerdeverfahren gegen Erlösobergrenzen S.6

KARTELLRECHT

Beschränkungen für langfristige Gaslieferverträge werden nicht verlängert S.8

Neue Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung S.10

UMWELTRECHT

BGH: Keine allgemeine Ausgleichspflicht zwischen mehreren Störern S.12

Das neue Kreislaufwirtschaftsgesetz: Bedeutung für die Energiewirtschaft S.13

VERGABERECHT

Novelle der Vergabeverordnung S.15

Novelle der Gasnetzzugangsverordnung vom Bundesrat verabschiedet

Am 9. Juli 2010 hat der Bundesrat der Neufassung der Gasnetzzugangsnovelle zugestimmt. Wir hatten bereits im Newsletter 1/2010 über den Referentenentwurf berichtet. Die wichtigsten drei Punkte der Novelle sind:

- Reduzierung der Marktgebiete auf zwei bis 2013
- Änderung der Vergabe von Transportkapazitäten (Auktionierung und Begrenzung der Laufzeit)
- Speicher- und Kraftwerksbetreiber können Kapazitäten reservieren

Die Zahl der Marktgebiete ist bis zum 1. April 2011 auf 2 H-Gasgebiete und 1 L-Gasgebiet zu reduzieren. Danach sollen die Fernleitungsnetzbetreiber evaluieren, ob es wirtschaftlicher ist, die virtuellen Handlungspunkte in den H-Marktgasgebieten zu koppeln, oder das L-Gasmarktgebiet in eines oder beide H-Gasmarktgebiete einzubeziehen. Auf dieser Grundlage werden die Fernleitungsnetzbetreiber verpflichtet, bis zum 1. August 2013 höchstens zwei Marktgebiete zu schaffen. Ein- und Ausspeisekapazitäten sollen von den Fernleitungsnetzbetreibern ab dem Geschäftsjahr 2011/2012 über eine Primärkapazitätsplattform versteigert werden. Die regulierten Entgelte übersteigenden Erlöse müssen für Maßnahmen zur Beseitigung von dauerhaften Engpässen verwendet oder zurückgestellt werden. Im Falle von vorübergehenden Engpässen sind diese Erlöse für Maßnahmen zur Kapazitätserhöhung zurückzustellen oder entgeltmindernd in den Netzentgelten zu berücksichtigen. Weiterhin nach dem Prioritätsprinzip (»first come – first serve«) werden die Ausspeisekapazitäten zur Ausspeisung zu Letztverbrauchern und Speichereinrichtungen und die Einspeisekapazitäten zur Einspeisung aus Speicher-, Produktions- oder LNG-Anlagen sowie aus Anlagen zur Einspeisung von Biogas vergeben. Untertägige

Kapazitäten sowie unterbrechbare Kapazitäten werden ebenfalls weiterhin nach dem Prioritätsprinzip vergeben.

Kapazitäten an den Grenzen zu anderen Staaten und Marktgebieten sollen durch die Gasnetzzugangsnovelle in ihrer Laufzeit beschränkt werden: Nur 65 % der Jahreskapazität dürfen mit Vertragslaufzeiten von mehr als vier Jahren vergeben werden. Zurzeit sind die Kapazitäten an diesen Punkten bereits langfristig ausgebucht. Nach den Ergebnissen des Monitoring-Berichts 2009 der Bundesnetzagentur waren für das Geschäftsjahr 2012/2013 an allen deutschen Grenzübergangspunkten in Summe weniger als 5 % an festen Kapazitäten buchbar. Das Bundeskartellamt führte im vergangenen Jahr eine Sektorenuntersuchung zur Kapazitätssituation in den deutschen Gasleitungsnetzen durch und stufte die Langfristbuchungen, die zu vertraglichen Engpässen führen, als kartellrechtlich bedenklich ein. Eine Übergangsregelung für die Anwendung der neuen Kapazitätsregeln, wie sie noch im Referentenentwurf vorgesehen war, enthält die Novelle gleichwohl nicht.

Eine neue Regelung wird für die Abrechnung von Mengen an leistungsgemessene Kunden getroffen: Danach werden Schwankungen im Bereich von einer Toleranz von 5 % nicht abgerechnet. In der Begründung hierzu heißt es, dass damit insbesondere für Industriekunden die Risiken der Prognoseungenauigkeit minimiert werden und es wegen des unverhältnismäßig hohen Aufwandes einer genauen Prognose gerechtfertigt sei, das Risiko dieser Ungenauigkeiten wie auch bei den Standardlastprofilkunden im Wege eines höheren Regelenergiebedarfs zu sozialisieren.

Die Netzbetreiber müssen die Regelungen in einer neuen Kooperationsvereinbarung bis 1. Juli 2011 umsetzen.

Weitreichende Änderungen der Anreizregulierungsverordnung verabschiedet

In der Sitzung vom 9. Juli 2010 hat der Bundesrat wesentlichen Änderungen der Anreizregulierungsverordnung zugestimmt. Der Verordnungsgeber reagiert damit auf Probleme der Regulierungspraxis, die zum Teil von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung für die Netzbetreiber sind.

Einfügung eines volatilen Kostenanteils

Die Obergrenze der zulässigen Gesamterlöse eines Netzbetreibers enthält nunmehr auch einen volatilen Kostenanteil. In die Formel zur Berechnung der Erlösobergrenze wird die Differenz aus dem volatilen Kostenanteil (VK) des Jahres t und des Jahres 0 aufgenommen. Was ein volatiler Kostenanteil ist, regelt § 11 Abs. 5 ARegV. Danach gelten als volatiler Kostenanteil zunächst die Kosten für die Beschaffung von Treibenergie. Andere beeinflussbare oder vorübergehend nicht beeinflussbare Kostenanteile, deren Höhe von Kalenderjahr zu Kalenderjahr erheblichen Schwankungen unterliegen, gelten als volatiler Kostenanteil, soweit die Regulierungsbehörde dies festlegt. Ausdrücklich benannt sind insofern die Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie. Die Regelung ist nicht abschließend. Dem Wortlaut nach muss es sich allerdings um Kosten handeln, die starken Schwankungen unterliegen. Dies ergibt sich auch aus der Begründung des Verordnungsgebers. Aufgrund der Marktgegebenheiten naheliegender wäre die Regelung auch auf die Kosten für die Finanzierung von Investitionen anzuwenden. Kapitalkosten oder Fremdkapitalzinsen gelten allerdings nach § 11 Abs. 5 ARegV ausdrücklich nicht als volatiler Kostenanteil. § 4 Abs. 3 Satz 1 wird durch eine Nr. 3 ergänzt, wonach für volatile Kostenanteile bei der An-

passung der Erlösobergrenze auf das Kalenderjahr abzustellen ist, auf das die Erlösobergrenze Anwendung finden soll. Der Verordnungsgeber hat damit im Hinblick auf die Beschaffung von Verlustenergie eine Lösung für ein Problem geschaffen, dass in der Praxis große wirtschaftliche Auswirkungen hat und bereits Gegenstand von Entscheidungen in Beschwerdenverfahren war (Siehe weiteren Beitrag in diesem Newsletter).

Keine Berücksichtigung von Besonderheiten im Basisjahr

Ferner wird § 6 ARegV um einen neuen Abs. 2a ergänzt. Kosten, die auf einer Besonderheit des Basisjahres beruhen, bei der Ermittlung des Ausgangsniveaus unberücksichtigt bleiben sollen. Der Verordnungsgeber beabsichtigt damit die Klarstellung, dass das Ausgangsniveau der Erlösobergrenze auf der Basis eines um den Einfluss von Einmalereignissen bereinigten Kostenniveaus bestimmt wird. Die BNetzA hat in diesem Zusammenhang mehrfach betont, dass sie im Rahmen der Kostenprüfung für die 2. Regulierungsperiode Kosten aufgrund von Einmalereignissen vor dem Hintergrund der Verstetigung der Netzentgelte genau betrachten wird. Mit hoher Wahrscheinlichkeit wird die Frage, wann eine Besonderheit des Geschäftsjahres gegeben ist, durch die Rechtsprechung zu klären sein.

Investitionsbudget mit Betriebskostenpauschale genehmigungsfähig

Des Weiteren sind zukünftig im Rahmen von Investitionsbudgets nach § 23 ARegV auch Betriebskosten genehmigungsfähig. Nach § 23 Abs. 1 Satz 2 ist eine Betriebskostenpauschale

von jährlich 0,8 % der für das Investitionsbudget anererkennungsfähigen Anschaffungs- und Herstellungskosten anzusetzen, soweit die Bundesnetzagentur nicht etwas Abweichendes festgelegt hat. Eine Prüfung der notwendigen Betriebskosten im Einzelfall erfolgt durch die Regulierungsbehörden nicht. Die Regulierungsbehörden erhalten in § 32 ARegV zudem die Kompetenz, abweichend von der vorgeschlagenen Pauschale von 0,8 % der Anschaffungs- und Herstellungskosten, andere Pauschalen für bestimmte Anlagen festzulegen, soweit dies erforderlich ist. In der Verordnungsbegründung sind insoweit insbesondere Verdichter und Offshore-Anlagen aufgeführt. Der Anteil der Betriebskosten an den Anschaffungs- und Herstellungskosten kann bei diesen Anlagen höher oder niedriger sein. Auch insofern enthält die Neuregelung keine abschließende Regelung.

Neue Regelungen für stritte Praxisfragen

Zudem hat der Ordnungsgeber in der Praxis umstrittene Probleme geregelt. So findet die ARegV nach dem neuen § 1 Abs. 2 ARegV für neu errichtete, für den Regulierungsbehörden erstmals bekannt werdende oder für solche Energieversorgungsnetze, die bisher einen Objektnetzstatus im Sinne des § 110 EnWG für sich in Anspruch genommen haben, zunächst keine Anwendung. Diese Energieversorgungsnetze nehmen nicht an der Anreizregulierung teil, sondern müssen einen Antrag auf Genehmigung der Netzentgelte nach § 23a EnWG stellen.

Außerdem wird die Anwendung von § 4 Abs. 3 Satz 3 ARegV auf die erste Regulierungsperiode beschränkt. Ab der zweiten Regulierungsperiode kann damit eine Anpassung der Erlösobergrenze jedenfalls auch im ersten Jahr der Regulierungsperiode erfolgen.

Ferner werden die Vergütungen für dezentrale Einspeisungen sowohl bei der Anpassung der Erlösobergrenze als auch im Regulierungskonto wie Kosten für die vorgelagerte Netznutzung behandelt. Zudem wird in § 5 Abs. 3 ARegV ein einheitlicher Schwellenwert von 5 % für die Verpflichtung zur Anpassung der Netzentgelte festgelegt und mit der sog. »symmetrischen Anpassung« die Lücke der ARegV geschlossen, dass tatsächlich erzielte Erlöse hinter den zulässigen Erlösen zurückbleiben. Im Übrigen wird die Berücksichtigung von Planansätzen in § 6 Abs. 1 Satz 2 gestrichen, da dies nicht sachgerecht sei.

Darüber hinaus ist bei der Berücksichtigung eines Erweiterungsfaktors nach § 10 ARegV nunmehr geregelt, dass für die die Frage, ob eine nachhaltige Änderung der Versorgungsaufgabe vorliegt, auf den Zeitpunkt des Antrags auf § 4 Abs. 4 Satz 4 Nr. 1 abzustellen ist. Die nachhaltigen Änderungen müssen bereits tatsächlich eingetreten sein. Der Ordnungsgeber hat damit nun den Ansatz von Planwerten für die Beurteilung von Änderungen ausdrücklich ausgeschlossen.

Des Weiteren hat der Ordnungsgeber klargestellt, dass die Erlöspositionen Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse im Rahmen der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile gleich zu behandeln sind. Die Netzanschlusskostenbeiträge werden ausdrücklich in § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 13 aufgenommen.

Gesetz über Energiedienstleistungen vorgelegt

Am 8. Juli 2010 hat der Bundestag die Einführung eines Energiedienstleistungsgesetzes (EDL-G) beschlossen. Damit soll die Richtlinie 2006/26/EG (Energiedienstleistungsrichtlinie) vom 5. April 2006 in das deutsche Recht umgesetzt werden.

Ziel der Maßnahmen ist es, die Effizienz der Energienutzung durch Endkunden mit Energiedienstleistungen und anderen Energieeffizienzmaßnahmen zu erhöhen. Die Bundesregierung wird dazu ermächtigt, einen nationalen Richtwert zur Energieeinsparung zu bestimmen, welcher dann als Energieeinsparziel in dem Jahr 2017 bzw. als Zwischenziel in dem Jahr 2011 erreicht werden soll. Darüber hinaus soll die Bundesregierung eine Strategie zur Erreichung dieses Ziels festlegen. Hierbei wird jedoch nicht auf die konkrete Vorgabe der Energiedienstleistungsrichtlinie Bezug genommen, welche von einem potentiellen Einsparrichtwert in Höhe von 9 % für das Jahr 2017 ausgeht. Vielmehr soll sich der entsprechende Richtwert an den Energie- und Klimaschutzziele der Bundesregierung orientieren und spätestens drei Monate nach Inkrafttreten des EDL-G vorliegen.

Ferner enthält der Gesetzentwurf Vorgaben zur Information und Beratung der Endkunden sowie Sorgepflichten zur Entwicklung und Förderung eines Marktes für Energiedienstleistungen, Energieaudits (systemisches Verfahren zur Erlangung von Informationen über das Energieprofil eines Gebäudes, einer Anlage und zur Ermittlung der Möglichkeiten von Energieeinsparungen) und andere Energieeffizienzmaßnahmen. So haben die Energielieferanten ihre Endkunden auf die Wirksamkeit von Energieeffizienzmaßnahmen sowie die Anbieter von Energiedienstleistungen, von Energieaudits und von Energieeffizienzmaßnahmen zu informieren (§ 4 EDL-G). Begründet werden diese mit dem derzeit bestehenden

Informationsdefizit des Endkunden über die Möglichkeiten der Inanspruchnahme von Energiedienstleistungen und damit über die verschiedenen Energieeinsparungsmöglichkeiten.

Darüber hinaus haben die Energieunternehmen die Pflicht, für ausreichend Angebote an Energieaudits zu sorgen. Damit soll gewährleistet werden, dass ein entsprechendes Angebot an Energieaudits (vgl. § 2 Nr. 4 EDL-G) flächendeckend zur Verfügung gestellt wird, um vorhandene Energieeinsparpotentiale auszuschöpfen, sodass diese von dem Endkunden auch tatsächlich in Anspruch genommen werden können. Die Verpflichtung des § 5 Abs. 1

EDL-G besteht allerdings nur dann, wenn dem Endkunden in der jeweiligen kreisfreien Stadt oder in dem jeweiligen Landkreis nicht genügend Anbieter von Energieaudits zur Verfügung stehen, und die Bundesstelle Energieeffizienz einen Mangel an Anbietern in dem betroffenen Gebiet festgestellt und eine entsprechende Verpflichtung gegenüber dem jeweiligen Energieunternehmen angeordnet hat.

Zudem übernimmt die durch § 9 EDL-G neu geschaffene Bundesstelle für Energieeffizienz, welche beim Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) eingerichtet ist, hauptsächlich Monitoringaufgaben, die unter anderem in der Berechnung von Einsparrichtwerten, in der Vorbereitung der Aktionspläne sowie in der Beobachtung des Marktes für Energiedienstleistungen liegen.

Mittlerweile hat der Bundesrat zu dem Gesetzentwurf Stellung genommen, und darin Zweifel geäußert, ob mit den im Gesetzentwurf vorgeschlagenen Maßnahmen die von der Energiedienstleistungsrichtlinie geforderten Einsparziele erreicht werden können.

Erste Entscheidungen im Beschwerdeverfahren gegen Erlös-obergrenzen

Nach dem Start der Anreizregulierung zum 1. Januar 2009 und der Festlegung der Erlös-obergrenzen durch die Regulierungsbehörden sind zahlreiche Beschwerdeverfahren gegen die Festlegungsbescheide anhängig. Zwischenzeitlich sind die ersten Entscheidungen der Oberlandesgerichte (OLG) Naumburg, Brandenburg, Stuttgart, Düsseldorf und Schleswig ergangen. Dabei zeigt sich eine uneinheitliche Rechtsprechung. Aufgrund der gegensätzlichen Positionen wird damit wie schon zur Auslegung der Netzentgeltverordnungen (NEV) auch im Rahmen der Anreizregulierung erst der Bundesgerichtshof (BGH) Klarheit über die Auslegung der Anreizregulierungsverordnung (ARegV) schaffen können. Im Folgenden soll eine kurze (Zwischen-)Übersicht über die wesentlichen Streitpunkte und die Positionen der verschiedenen OLGs gegeben werden.

Umstritten ist die Frage, inwieweit die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den Netzentgeltgenehmigungen, die noch 2008 erging, beim Ausgangsniveau, für das bei Einführung der Anreizregulierung die anerkannten Kosten des letzten Netzentgeltgenehmigungsbescheids heranzuziehen sind (§ 6 Abs. 2 ARegV), zu beachten ist. Weder das OLG Stuttgart, noch das OLG Brandenburg oder das OLG Düsseldorf halten eine entsprechende Korrektur der im letzten Entgeltgenehmigungsbescheid anerkannten Kosten für das Ausgangsniveau der Erlösobergrenzen für erforderlich. Dem gegenüber hat das Schleswig-Holsteinische OLG eine Korrektur für notwendig erachtet, wenn das Ausgangsniveau über die zuletzt anerkannten Kosten des letzten Netzentgeltgenehmigungsbescheids nicht mehr sachgemäß abgebildet

werde. Dies betrifft regelmäßig auch die Frage, inwieweit die im Netzentgeltgenehmigungsbescheid nicht anerkannten Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie im Ausgangsniveau hätten berücksichtigt werden müssen. Im Zusammenhang mit der Frage, ob es für den sektoralen Produktivitätsfaktor nach § 9 ARegV eine hinreichende gesetzliche Ermächtigungsgrundlage gibt, haben die OLGs Naumburg und Brandenburg dies verneint. Sie halten die Regelung in § 9 ARegV nicht von § 21 Abs. 6 Nr. 2 und § 21a Abs. 5 EnWG gedeckt. Anders hingegen die OLGs Stuttgart, Düsseldorf sowie das Schleswig-Holsteinische OLG: Dort hat man an einer ausreichenden gesetzlichen Ermächtigung des § 9 ARegV im EnWG keinen Zweifel. Es wird darauf verwiesen, dass es beim sektoralen Produktivitätsfaktor nicht um eine Effizienzvorgabe im Sinne des § 21a Abs. 5 EnWG handele, sondern die Frage des sektoralen Produktivitätsfaktors bei § 21a Abs. 4 EnWG zu verorten sei.

Zu den Fragen zur zutreffenden Berechnung des sektoralen Produktivitätsfaktors haben das Schleswig-Holsteinische OLG und das OLG Düsseldorf entschieden, dass der sektorale Produktivitätsfaktor bereits im ersten Jahr Anwendung findet und als positiver Produktivitätsfaktor als Wachstumsrate (progressiv) zu berechnen sei. Dafür spreche der Umstand, dass der sektorale Produktivitätsfaktor in Analogie zum Term für die Bestimmung des Verbraucherpreisindex zu bilden sei, sowie die Einschätzungsprärogative des Ordnungsgebers.

Die Verwaltungspraxis der BNetzA, Erlöse aus Netzanschlusskosten den Baukostenzuschüssen als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile gemäß § 11 Abs. 2 Nr. 13 ARegV gleichzusetzen, schien das OLG Düsseldorf in materiell-rechtlicher Hinsicht nach den ersten münd-

lichen Verhandlungen zu verwerfen. Unter Verweis auf die tatsächliche Gleichbehandlung von Baukostenzuschüssen und Netzanschlusskosten bei zahlreichen Netzbetreibern scheint das OLG aber hier seine ursprüngliche Position aufzugeben und die Praxis der BNetzA zu bestätigen. Eine Entscheidung zu dieser Frage ist hier noch nicht bekannt. Einheitlich abgelehnt haben die OLGe dagegen bisher einen pauschalierten Investitionszuschlag im vereinfachten Verfahren. Auch eine Anpassung der Erlösobergrenze aufgrund geänderter Versorgungsaufgaben nach § 10 ARegV (Erweiterungsfaktor) im ersten Jahr der Regulierungsperiode haben das OLG Düsseldorf und das OLG Stuttgart abgelehnt. Unentschieden blieb insoweit der Einwand, ob bei entsprechendem Antrag nicht zumindest bei der »Bestimmung« der Erlösobergrenze Änderungen der Versorgungsaufgabe entsprechend § 10 ARegV hätten abgebildet werden müssen (vgl. auch § 4 Abs. 1 ARegV).

Auch der häufig hilfsweise gestellte Härtefallantrag wegen der (nicht anerkannten) Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie wird von den OLGen Naumburg, Stuttgart und Brandenburg abgelehnt. Die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf dazu ist differenzierter: Grundsätzlich geht das OLG Düsseldorf davon aus, dass entsprechende Belastungen im Rahmen der Anreizregulierung nur über eine Bereinigung des Effizienzwertes nach § 15 Abs. 1 ARegV oder eine Nichterreichbarkeit der Effizienzvorgaben nach § 16 Abs. 2 ARegV erfasst werden könnten. Etwas anderes gelte aber im Falle von Unternehmen mit einer Effizienz von 100 %. Da bei diesen Unternehmen die Mechanismen der §§ 15, 16 ARegV ausfielen, komme insoweit das Vorliegen eines Härtefalles beim Vorliegen der Voraussetzungen in Betracht.

Im Zusammenhang mit der Bereinigung des Effizienzwertes nach § 15 Abs. 1 ARegV hat sich das OLG Düsseldorf noch nicht entschieden,

ob es der restriktiven Auslegung der BNetzA folgen wird, die nur beim Vorliegen von Alleinstellungsmerkmalen der Versorgungsaufgabe eine Bereinigung des Effizienzwertes für möglich hält. Bisher hält es das OLG Düsseldorf nicht für ausgeschlossen, die Vorschrift so auszulegen, dass eine Bereinigung des Effizienzwertes auch für Unternehmen mit individuellen strukturellen Besonderheiten in Betracht komme. Sollte das OLG an seiner bisher nur vorläufig geäußerten Rechtsauffassung festhalten, wäre insoweit für die Bereinigung des Effizienzwertes immer entscheidend, dass die Mehrkosten über der in § 15 Abs. 1 ARegV geregelten 3 %-Schwelle liegen. Dabei müssen die Mehrkosten in jedem Fall anhand der NEV berechnet und vom betroffenen Netzbetreiber nachgewiesen werden.

Guido Brucker » brucker@scholtka-partner.de
Dr. Conrad Seiferth » seiferth@scholtka-partner.de

Beschränkungen für langfristige Gaslieferverträge werden nicht verlängert

2005 schloss das Bundeskartellamt (BKartA) seine Untersuchungen zu den wettbewerblichen Wirkungen langfristiger Gaslieferverträge auf regionaler und lokaler Weiterverteilerebene ab. Das Amt kam zu dem Ergebnis, dass ein Kartellverstoß dann nicht gegeben sei, wenn bei einer Bezugsquote von maximal 50 % des Gesamtbedarfs eines Weiterverteilers eine Vertragslaufzeit von 4 Jahren und bei einer Bezugsquote von mehr als 80 % des Gesamtbedarfs eine Vertragslaufzeit von maximal 2 Jahren nicht überschritten werde. Im Zuge dieser Bewertung führte das BKartA gegen 16 Ferngasgesellschaften Kartellverfahren durch. In dem als Musterverfahren geltenden Verfahren gegen E.ON-Ruhrgas erließ das BKartA Mitte Januar 2006 eine bis zum 30. September 2010 befristete Verbotsverfügung. Diese bezog sich nicht nur auf bestehende und künftige Vertragsverhältnisse, sondern untersagte auch den Abschluss an sich nach den eigenen Kriterien des Amtes unbedenklicher Einzelverträge, wenn diese zeitlich und mengenmäßig miteinander kombiniert ebenfalls gegen die behördlichen Vorgaben verstießen. Die Gerichte einschließlich des Bundesgerichtshofes (BGH) haben die Verfügung bestätigt. Die übrigen Verfahren wurden nach entsprechenden Verpflichtungszusagen eingestellt. Mit Spannung wurde nunmehr erwartet, ob das BKartA die Beschränkungen für langfristige Gaslieferverträge über den 30. September 2010 hinaus verlängert. Dies ist nicht der Fall.

Mit Datum vom 15. Juni 2010 hat das BKartA seinen Bericht zur Evaluierung seiner Beschlüsse zu langfristigen Gaslieferverträgen veröffentlicht. Das Amt beabsichtigt nicht, an den Vor-

gaben ab dem kommenden Gaswirtschaftsjahr 2010/2011 weiter festzuhalten. Kam die Monopolkommission in ihrem Sondergutachten 2009 noch zu dem Ergebnis, dass die Wettbewerbsentwicklung bisher noch nicht so weit fortgeschritten sei, um die Beschränkungen für Langfristverträge aufzugeben, gelangt das BKartA jetzt zu der gegenteiligen Auffassung.

Die im Internet veröffentlichte Evaluierung basiert im Wesentlichen auf einer Befragung von betroffenen Lieferanten und Weiterverteilern. Auf Lieferantenseite befragte das BKartA insgesamt 24 Unternehmen – neben den Verfügungsadressaten auch ausgewählte Wettbewerber für eine Weiterverteilerbelieferung. Auf der Abnehmerseite wurden insgesamt 100 Unternehmen befragt. Die Befragung sowohl der Angebots- als auch der Nachfrageseite brachte übereinstimmende Ergebnisse: Sowohl die durchschnittliche Vertragslaufzeit der Gaslieferverträge als auch die durchschnittlich gelieferte Menge sind erheblich gesunken. Dem steht eine im Durchschnitt gestiegene Zahl von Lieferanten je Abnehmer gegenüber.

Daneben stützt das BKartA seine aktuelle Bewertung auch auf die geänderten Rahmenbedingungen: Nicht nur das Netzzugangsregime des beim Abschluss der Untersuchung Anfang 2005 noch geltenden EnWG 1998 ist durch den regulierten Netzzugang nach dem EnWG 2005 sowie durch die Bestimmungen der Gasnetzzugangsverordnung (GasNZV) abgelöst worden. Durch die gesetzlich vorgeschriebene Entflechtung ist auch der Spielraum für Wettbewerbsbehinderungen im Zusammenspiel von Netz und verflochtenem Vertrieb nur noch eingeschränkt vorhanden.

In dem gesetzlich vorgegebenen Zweivertragsmodell sieht das Amt, einhergehend mit der Untersagung der Einzelbuchungsvariante durch

die Bundesnetzagentur (BNetzA), einen wesentlichen Vorteil. Dabei hebt das BKartA auch darauf ab, dass sich die Zahl der Marktgebiete von ursprünglich 19 auf gegenwärtig noch 6 Marktgebiete reduziert habe. Der in der GasNZV vorgesehene Sekundärhandel mit Kapazitätsrechten sei grundsätzlich möglich. Außerdem berücksichtigt das BKartA die durch Maßnahmen der BNetzA erleichterten Handels- und Belieferungsmöglichkeiten und verweist dazu auf die Standardisierung und Automatisierung des Lieferantenwechsels durch die Festlegung GeLi-Gas einerseits und das erheblich vereinfachte Bilanzausgleichssystem durch die Festlegung GABi-Gas andererseits. Auch der Beginn der Entgeltregulierung auf der Fernleitungsnetzebene bleibt nicht unerwähnt.

Im Zusammenhang mit der Marktsituation hebt das BKartA den im Evaluierungszeitraum erstmals etablierten und sich verstärkenden börslichen Spot- und Terminhandel an der Börse hervor. Dabei wird auch auf die Preisentwicklung verwiesen, nach der der Hub-Preis am virtuellen Handlungspunkt des Marktgebiets NCG unterhalb des ölpreisgebundenen Gaspreises liegt.

Schließlich verweist das BKartA auch auf eigene Maßnahmen zur Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen: Zum einen wird die nach wie vor restriktiv gehandhabte Zusammenschlusskontrolle im Gasmarkt zur Vermeidung einer vertikalen Integration erwähnt, die beibehalten werden soll. Zum anderen weist das BKartA auf erst jüngst eingeleitete Kartellverfahren zu Weiterkaufsverboten im Zusammenhang mit einer Take-or-Pay-Verpflichtung hin. Einen Großteil dieser Verfahren hat das BKartA zwischenzeitlich bereits durch einen Verzicht auf entsprechende Weiterkaufsverbote im Wege von Verpflichtungszusagen abgeschlossen.

Damit hat sich also in den vergangenen Jahren ein Trend durchgesetzt, von dem das Amt nicht erwartet, dass er sich mit einer Aufgabe der Beschränkungen für langfristige Gaslieferverträge wieder umkehre. Weiteren Verbesserungsbedarf stellt das Amt aber nicht in Abrede. Verbesserungen der Kapazitätsnutzung sowie die weitere Verringerung der Marktgebiete werden sowohl vom Gesetzgeber mit der Novelle der GasNZV und des EnWG als auch von der BNetzA weiter verfolgt.

Das Echo auf die Bewertung war geteilt, zum Teil wurde es heftig kritisiert. Allerdings ist dem Amt bei nüchterner Betrachtung zuzustimmen, dass der »ins Rollen gebrachte Stein« wohl nicht mehr aufgehalten werden kann. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Fortsetzung der Beschränkungen auch die Kombination an sich wettbewerbsrechtlich zulässiger Verträge erfasst und damit erheblich in die Vertragsfreiheit nicht nur der Verfügungsadressaten sondern auch der Vertragspartner eingreift, wird die Entscheidung des BKartA nicht nur nachvollziehbar, sondern lässt auch eine sorgfältige Abwägung der eigenen Eingriffskompetenzen erkennen.

Neue Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung

Am 1. Juni 2010 ist eine neue Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung (GFVO) in Kraft getreten (Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission). Weiterhin erließ die Kommission umfassende Leitlinien zur Auslegung der entsprechenden Normen (SEK(2010) 411). Systematik und Inhalt sind gegenüber der Vorgängerregelung weitgehend parallel ausgestaltet. Nachfolgend wird ein Überblick über die allgemeine Systematik sowie über einzelne Änderungen gegeben.

Systematik

Die neue GFVO widmet sich, wie die Vorgänger-Verordnung (EG) Nr. 2790/1999, den kartellrechtlichen Problemen bei der Kooperation zwischen Unternehmen, die grundsätzlich auf verschiedenen Wertschöpfungsebenen agieren. Tatbestandlich erfasst wird gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. a) GFVO neben ausdrücklichen Vereinbarungen auch sonstiges abgestimmtes Verhalten, das Bedingungen betrifft, zu denen die Beteiligten Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen dürfen.

Im Anwendungsbereich der Vertikal-GVO sind bestimmte wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen vom Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV (früher Art. 81 EG) freigestellt. Hintergrund dieser Privilegierung ist die Auffassung der Kommission, nach der bei Kooperation im Vertikalverhältnis lediglich geringe negative Effekte auf den Wettbewerb zu erwarten seien; gleichzeitig erzielte Effizienzsteigerungen fielen insofern stärker ins Gewicht.

Von der grundsätzlichen Freistellung werden bei Vorliegen der insofern negativ formulierten Voraussetzungen der Artikel 3 bis 5 GFVO wiederum Ausnahmen gemacht. Insofern bestehen Voraussetzungen hinsichtlich der Marktanteile

und der Umsätze der betroffenen Unternehmen sowie hinsichtlich des Inhalts der Vereinbarungen kumulativ.

Keine Rückausnahme für Klein-Abnehmer bei Vereinbarung unter Wettbewerbern

Art. 2 Abs. 4 GFVO schließt die Freistellung für vertikale, nicht gegenseitige Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern grundsätzlich aus. Die Regelung stellt insoweit eine Ausnahme zur grundsätzlichen Freistellung dar. Hinsichtlich der korrespondierenden Rückausnahmetatbestände fehlt der neuen GFVO die Regelung des Art. 2 Abs. 4 lit. a) GFVO alter Fassung. Hier nach wurden Vereinbarungen vom Freistellungs-ausschluss nicht erfasst, soweit der Jahresumsatz des Abnehmers 100 Mio. Euro nicht überstieg.

Insofern ist die neue GFVO also strenger zu beurteilen, da sie weniger Rückausnahmen, deren Vorliegen wiederum zur Freistellung führen, zulässt.

Marktanteilsschwellen gemäß Art. 3 GFVO

Nach neuer Rechtslage kommt es bei der Beurteilung der Marktanteile immer sowohl auf den Anteil des anbietenden Unternehmens auf dem Angebotsmarkt, als auch auf den Anteil des nachfragenden Unternehmens auf dem Nachfragemarkt an. Hier gilt jeweils eine 30%-Grenze. Eine Freistellung bei höheren Marktanteilen scheidet nach der GFVO aus.

Dieses Erfordernis der doppelten Marktanteilsschwelle stellt die schwerwiegendste Änderung im Vergleich zur Vorgängerregelung dar. Letztere verlangte lediglich ein einseitiges Einhalten der 30%-Grenze. Dabei war grundsätzlich auf den Anbieter abzustellen. Lediglich im Rahmen von

» KARTELLRECHT

02 | 2010 S.11

Alleinbelieferungsvereinbarungen kam es alternativ auf den Marktanteil des Abnehmers an. Handelt es sich nach neuem Recht um eine Vereinbarung, an der auch ein Vertreter der dritten, dem ersten Abnehmer nachgelagerten Wertschöpfungsebene beteiligt ist, so darf auch der Marktanteil des ursprünglichen Abnehmers auf dem Markt, auf dem er als Anbieter auftritt, 30 % nicht überschreiten. In allen Fällen bleibt eine Zulässigkeit der Vereinbarung im Wege einer Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV unter den dort statuierten Voraussetzungen möglich.

Inhaltliche Anforderungen gemäß Artt. 4, 5 GFVO

Die Artikel 4 und 5 der neuen Verordnung stellen einen Katalog an Inhalten auf, deren Vereinbarung zum Ausschluss der gesamten Vereinbarung von der Freistellung (Art. 4 GFVO) oder zu dem Ausschluss einzelner Klauseln führt (Art. 5 GFVO).

Kernbeschränkungen des Art. 4 GFVO

Die Liste der Kernbeschränkungen übernimmt die neue Verordnung in Art. 4 unverändert. Erhalten geblieben ist so auch die kontroverse Fallgruppe der »Preisbindung der zweiten Hand«, also die Beschränkung der Möglichkeit des Verkäufers, seinen Verkaufspreis selbst festzusetzen vgl. Art. 4 Abs 1 lit. a) GFVO. Die Leitlinien erfassen in Ziffer 225 nunmehr ausdrücklich bestimmte Konstellationen, in denen ausnahmsweise ein entsprechendes Verhalten zulässig ist. So beispielsweise im Rahmen der Einführung neuer Produkte oder der Startphase von Franchise-Engagements. In diesem Falle sei nach Auffassung der Kommission eine zeitweise Bin-

dung unter dem Gesichtspunkt der Effizienzsteigerung im Sinne von Art. 101 Abs. 3 AEUV zulässig.

Auch allgemein gilt stets: Sollte das Vorliegen einer Kernbeschränkung zum Ausschluss der Freistellung nach der GFVO führen, steht den Betroffenen weiterhin die Möglichkeit offen, die zuständige Kartellbehörde von dem Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV zu überzeugen. Eine Präklusion des Art. 101 Abs. 3 AEUV bei Nichtvorliegen der Freistellungsvoraussetzungen nach der GFVO ist nicht vorgesehen.

Sonstige nicht freigestellte Vereinbarungen gemäß Art. 5 GFVO

Die Vereinbarung von Inhalten, die im Katalog des Art. 5 GFVO aufgeführt sind (auch hier hat sich nichts geändert), führt rechtsfolgenreich lediglich zur Unwirksamkeit genau dieser Teilabsprache. Dies gilt vornehmlich für die Vereinbarung von Wettbewerbsverboten. Eine Ausstrahlung auf den Rest der Vereinbarung, wie es bei Vorliegen eines Inhalts gemäß Art. 4 GFVO der Fall ist, findet nicht statt.

Übergangsregelung

Wer nun an den insofern strengeren Anforderungen an die Freistellung zu scheitern droht, profitiert noch von der Übergangsregelung des Art. 9 GFVO. Der zufolge gilt Art. 101 Abs. 1 AEUV bis zum 31. Mai 2011 ebenfalls nicht für Vereinbarungen, die bereits am 31. Mai 2010 geschlossen waren, sofern diese die weniger strengen Freistellungsvoraussetzungen nach alter Rechtslage erfüllen.

BGH: Keine allgemeine Ausgleichspflicht zwischen mehreren Störern

Bei Verhinderung und Beseitigung von Umweltschäden ist Eile geboten. Weil die Effektivität der Gefahrenabwehr im Vordergrund steht, sind die Behörden auch berechtigt, aus mehreren Verantwortlichen – hierzu gehört neben dem Verursacher beispielsweise auch der Eigentümer eines kontaminierten Grundstücks – einen auszuwählen und die anderen gleichzeitig zu verschonen. Wegen der häufig immensen Kosten stellt sich die Frage, ob im Fall von Störermehrheiten ein Ausgleichsanspruch des alleine Herangezogenen besteht. Der BGH hat nun bestätigt, dass eine allgemeine Ausgleichspflicht nicht besteht (III ZR 295/09).

Ausgleichsansprüche des Herangezogenen gegen andere Verantwortliche sind nur teilweise spezialgesetzlich geregelt; so in § 24 Abs. 2 Bundesbodenschutzgesetz (BBodSchG), in § 9 Abs. 2 Umweltschadengesetz (USchG) sowie in vielen Landespolizeigesetzen. Andere Umweltgesetze, beispielsweise das Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) oder das Wasserhaushaltsgesetz, enthalten keine Ausgleichsregelung.

Entscheidung

Der BGH hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem die Parteien um die Kosten für die Beseitigung gefährlicher Abfälle auf dem Grundstück einer ehemaligen Abfallverwertungsanlage stritten. Der Zwangsverwalter der Grundstücks war zur Beseitigung verpflichtet worden und begehrte nun die Erstattung vom Grundstückseigentümer sowie vom ehemaligen Betreiber. Rechtlicher Ausgangspunkt des BGH war die Annahme, dass sich die Gefahrenbeseitigung nach dem BImSchG, und nicht nach dem BBodSchG, richtet. Einen Ausgleichsanspruch gegen andere Störer habe der Herangezogene in einem

solchen Fall nicht. § 24 Abs. 2 BBodSchG sei weder unmittelbar noch analog anwendbar. Die Einführung des § 24 Abs. 2 BBodSchG sei eine unmittelbare gesetzgeberische Reaktion auf die Rechtsprechung des BGH gewesen, wonach ein allgemeiner Störerausgleichsanspruch nicht besteht. Dennoch beziehe sich die Vorschrift allein auf Maßnahmen nach dem Bodenschutzrecht, so dass es bereits an einer Regelungslücke fehle. Gegen eine analoge Anwendung spreche zudem die Einführung des § 9 USchG im Jahr 2007. Die wäre überflüssig gewesen, wenn ohnehin auf alle Umweltschäden – und damit auch auf solche, deren Beseitigung sich nach dem USchG richtet – § 24 Abs. 2 BBodSchG analoge Anwendung fände.

Ein Aufwendungsersatz aus Geschäftsführung ohne Auftrag ist in solchen Konstellationen zwar möglich, hängt jedoch von zusätzlichen Faktoren ab: Die Beseitigung der Gefahr ist nur dann auch ein Geschäft der anderen Störer, wenn erkennbar geworden sein, dass die Behörde deren Inanspruchnahme zumindest für gangbar gehalten hat.

Praxistipp

Die Entscheidung ist rechtlich überzeugend, führt aber vor Augen, wie unbefriedigend die uneinheitliche gesetzliche Situation ist: Eine allgemeine Ausgleichspflicht zwischen mehreren Störern existiert nicht. Wo der Regressanspruch nicht ausdrücklich angeordnet ist, bleibt nur der Rückgriff auf die Geschäftsführung ohne Auftrag, der aber davon abhängt, wie gründlich die jeweilige Behörde ihr Auswahlermessen ausgeübt hat. Und dies, obwohl dabei die Effektivität der Gefahrenabwehr maßgeblich ist, während alle anderen Belange untergeordnet werden.

Das neue Kreislaufwirtschaftsgesetz: Bedeutung für die Energiewirtschaft

Am 23. Februar 2010 hat das Bundesumweltministerium (BMU) einen Arbeitsentwurf für ein neues Kreislaufwirtschaftsgesetz vorgelegt. Bedingt ist diese umfassende Novellierung des bestehenden Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes durch die Umsetzung der neuen EG Abfallrahmen-Richtlinie (Richtlinie 2008/98/EG) vom 19. November 2008. Auffallend an dem neuen Gesetz ist zunächst die Bezeichnung: Erstmals fällt der Begriff »Abfall« im Gesetzesnamen weg und das Gesetz soll aufgrund seiner verstärkt umweltpolitischen Zielsetzung als »Kreislaufwirtschaftsgesetz« bezeichnet werden. Inhaltlich enthält dieser Entwurf in vielerlei Hinsicht auch für die Energiewirtschaft interessante Aspekte, insbesondere im Hinblick auf die energetische Verwertung von Abfall.

Nebenprodukt und Ende der Abfalleigenschaft

Der Arbeitsentwurf enthält zunächst eine Reihe wichtiger begrifflicher Klarstellungen. Für die Energiewirtschaft – und auch die Industrie – dürfte dabei zunächst die Definition des Begriffs »Nebenprodukt« von Interesse sein. Ein Stoff ist als Nebenprodukt und nicht als Abfall einzuordnen, wenn er bei einem Herstellungsverfahren anfällt, dessen hauptsächlicher Zweck nicht auf die Herstellung dieses Stoffes gerichtet ist. Zudem muss eine gesicherte positive Prognose über die geplante weitere Verwendung vorliegen. Ihre praktische Anwendung dürfte diese neue Regelung insbesondere auf die auch schon bisher umstrittenen Stoffe wie Schlacke aus der Eisen- und Stahlerzeugung, Gips aus der Abgasentschwefelung oder Flugasche aus dem Kraftwerksbereich finden. Aufgrund der neuen Regelung können diese Stoffe nicht mehr als Abfall, sondern als Wirtschaftsgüter mit der entsprechenden Marktfähigkeit eingeordnet werden.

Weiterhin ist die Definition des Endes der Abfalleigenschaft von Interesse. Die Abfalleigenschaft von Stoffen endet, wenn diese ein Verwertungsverfahren durchlaufen haben und weitere enumerativ aufgezählte Voraussetzungen im Hinblick auf die Marktfähigkeit und Umweltfreundlichkeit des Stoffes vorliegen. Diese Definition erfasst auch energetisch zu verwertende Abfälle, also Sekundärbrennstoffe, da ganz allgemein von einem »Durchlaufen des Verwertungsprozesses« gesprochen wird. Ersatzbrennstoffe können damit bereits mit ihrer Erzeugung ihre Abfalleigenschaft verlieren und nicht erst – wie bisher – durch ihre Verbrennung.

Heizwertklausel

Eine der Kernregelungen des neuen Gesetzes ist die Einführung einer neuen fünfstufigen Abfallhierarchie. In Fortführung der bisherigen dreistufigen Abfallhierarchie (Vermeidung – Verwertung – Beseitigung) werden hier drei neue Optionen der Verwertung (Vorbereitung zur Wiederverwendung, Recycling sowie sonstige Verwertung, insbesondere energetische Verwertung und Bergversatz) eingeführt. Grundsätzlich gilt dabei der Vorrang der Verwertung gegenüber der Beseitigung. Bei der Verwertung ist eine hochwertige Verwertung anzustreben. Dabei ist die stoffliche Verwertung gegenüber der energetischen Verwertung grundsätzlich vorrangig. Eine energetische Verwertung von Abfällen soll nach dem Arbeitsentwurf des BMU nur dann zulässig sein, wenn der Heizwert des einzelnen Abfalls, ohne Vermischung mit anderen Stoffen, mindestens 11.000 kJ/kg beträgt. Ein Abfall darf indes auch bei einem hohen Heizwert recycelt werden. Die gesamte Regelung soll damit dem Schutz des Recyclings dienen. Nach der Gesetzesbegründung soll der festgelegte Heizwert für den Abfall verhindern,

dass unvermischte, niederkalorische Abfälle, deren Verbrennung keinen relevanten Beitrag zur Ressourcenschonung liefert und damit nicht als vorzugswürdige Umweltoption angesehen werden kann, energetisch verwertet werden. Diese Regelung wird vom BMU selbst als besonders diskussionsrelevant angesehen, sie spielt auch in der bereits angelaufenen Fachdiskussion insbesondere im Hinblick auf ihre Vollzugsfähigkeit eine zentrale Rolle.

Energieeffizienz

Auch die lange umstrittene Abgrenzung zwischen Verwertung und Beseitigung wird durch eine klare Definition präzisiert. Zunächst sind wie nach bisheriger Rechtslage Abfälle zur Verwertung Abfälle, die verwertet werden; Abfälle die nicht verwertet werden, sind Abfälle zur Beseitigung. Als Verwertung im Sinne des Arbeitsentwurfes wird jedes Verfahren definiert, als dessen Hauptergebnis die Abfälle innerhalb der Anlage oder - über die bisherige Rechtsprechung hinaus - in der weiteren Wirtschaft einem sinnvollen Zweck zugeführt werden, indem sie andere Materialien ersetzen, die ansonsten zur Erfüllung einer bestimmten Funktion verwendet worden wären (Substitution von Ressourcen). Auch die Hauptverwendung eines Abfalls als Brennstoff oder als anderes Mittel der Energieerzeugung wird als Verwertungsverfahren anerkannt. Dies gilt jedoch für Müllverbrennungsanlagen nur dann, wenn ein bestimmter Schwellenwert der Energieeffizienz überschritten wird. Dieser beträgt für Altanlagen 60 % und für Neuanlagen (dies sind solche, die nach dem 31. Dezember 2008 genehmigt worden sind) 65 %. Der Energieeffizienzquotient wird dabei berechnet als das Verhältnis zwischen Energieinput und -output unter Anrechnung von Strom und Wärme pro Jahr. Das BMU geht davon aus, dass in Deutschland voraus-

sichtlich über 70 % der Müllverbrennungsanlagen diese Schwellenwerte überschreiten. Beseitigung im Sinne des Arbeitsentwurfes ist demgegenüber jedes Verfahren, das keine Verwertung ist, auch wenn das Verfahren zur Nebenfolge hat, dass Stoffe oder Energie zurückgewonnen werden.

Der vom BMU vorgelegte, innerhalb der Bundesregierung noch nicht abgestimmte Arbeitsentwurf enthält damit auch für die Energiewirtschaft viele interessante Ansätze. Gleichwohl sind die vorgeschlagenen Regelungen allein eine Grundlage für die weitere Diskussion. Das BMU strebt an, einen innerhalb der Bundesregierung abgestimmten Referentenentwurf noch vor der Sommerpause vorzulegen. Die Richtlinie muss bis zum 12. Dezember 2010 umgesetzt werden, auch wenn diese Frist nach Ansicht des BMU kaum eingehalten werden kann.

Dr. Markus Ehrmann » ehrmann@scholtka-partner.de

Novelle der Vergabeverordnung

Am 11. Juni 2010 ist die Verordnung zur Anpassung der Vergabeverordnung in Kraft getreten (Bundesgesetzblatt 2010 I Nr. 30). Hierdurch werden auch die bereits erlassenen neuen VOB/A und VOL/A für Auftragsvergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte rechtsverbindlich.

Zweck auch der neuen Fassung der Vergabeverordnung (VgV) ist die Festlegung eines Rahmens für das Verfahren zur Auftragsvergabe durch die öffentliche Hand. Diese erteilt allein der Baubranche pro Jahr ungefähr 1200 Aufträge mit einem Gesamtvolumen von circa 27 Milliarden Euro. Der Rahmen der Vergabeverordnung gilt dabei lediglich oberhalb der EU-Schwellenwerte, die branchenspezifisch festgesetzt sind (vgl. § 2 VgV). Dabei liegt die maßgebliche Schwelle für Bauaufträge bei 4,845 Millionen Euro (§ 2 Nr. 3 VgV) und für Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bei 193 000 Euro (§ 2 Nr. 2 VgV).

Aufgrund einer Verweisung in der aktuellen Vergabeverordnung gelten für Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte nunmehr auch die jeweils zweiten Abschnitte der bereits zuvor novellierten Vergabe- und Vertragsordnungen für Bauaufträge und Lieferdienstleistungen sowie für freiberufliche Dienstleistungen (VOB/A, VOL/A und VOF).

Unterhalb der Schwellenwerte gilt bloßes Haushaltsrecht. Zwar enthalten die jeweils ersten Abschnitte von VOB/A, VOL/A und VOF Vorgaben für Aufträge dieser Größenordnung. Zur Geltung bedarf es jedoch der ausdrücklichen Anordnung. Von Seiten der Landesregierungen, die für den jeweiligen Rahmen der kommunalen Vergabepaxis zuständig sind, ist dies (noch) nicht flächendeckend geschehen. Entsprechende Verweise existieren jedoch beispielsweise in Rheinland-Pfalz sowie im Saarland.

Neuerungen der aktuellen Vergabeverordnung ergeben sich durch den Verweis auf die Vergabe- und Vertragsordnungen beispielsweise bei den Anforderungen an die von den bietenden Unternehmen zu erbringenden Eignungsnachweise.

Ein weiteres Novum innerhalb der Vergabeverordnung stellt die Tatsache dar, dass von nun an das Kriterium »Energieverbrauch« sowohl bei der Leistungsbeschreibung nach § 6 Abs. 2 VgV als auch im Rahmen der Zuschlagsentscheidung nach § 4 Abs. 6 Nr. 2 VgV berücksichtigt werden kann. Diese Regelungen dienen der Umsetzung der Energieeffizienzvorgaben der europäischen Richtlinie 2006/32/EG (Art. 5 der Richtlinie).

Weitere Regelungsbereiche, die sich bisher in der Vergabeverordnung wiederfanden, sind mittlerweile in anderen Gesetzen niedergelegt. So finden sich die Vorschriften §§ 7 - 13 VgV a.F. nunmehr im GWB sowie innerhalb der ebenfalls novellierten Sektorenverordnung. Die Vorgaben zum »Wettbewerblichen Dialog« sind in der VOB/A beziehungsweise VOL/A geregelt.



VERANSTALTUNGEN

EUROFORUM-SEMINAR

»Crashkurs Energierecht«

24./25. August 2010 in Düsseldorf

Solveig Hinsch (Vorsitz): »Zunehmender Energiehandel: Wachsende rechtliche Bedeutung im sich wandelnden Markt«; »Energiesteuerrecht im Kurz-Überblick«; »Gas ist anders als Strom! Die Regulierung der Gaswirtschaft«

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

»1 x 1 DER GASWIRTSCHAFT«

24. August 2010 in Düsseldorf

Dr. Laurenz Keller-Herder: »Der Rechtsrahmen des Gasmarktes«; »Gaslieferverträge«

»EINFÜHRUNG IN DIE ENERGIEWIRTSCHAFT«

21. – 23. September 2010 in Frankfurt am Main/25. – 27. Oktober 2010 in Hamburg

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

EUROFORUM-KONFERENZ

»Bio-Erdgas – Geschäftsmodelle mit Zukunft«

27./28. September 2010 in Düsseldorf

Toralf Baumann: »Umstellung von BHKW auf Bio-Erdgas – Anwendungsfragen im EEG«

Herausgeber »

SCHOLTKA & PARTNER 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

Rechtsanwalt Toralf Baumann

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@scholtka-partner.de

www.scholtka-partner.de