

## Beiträge

### Bundeskartellamt greift Strom- und Gaskonzessionsvergaben an

Rechtsanwältin Dr. Ute Jasper und Rechtsanwalt Jens Biemann, Düsseldorf\*

**Direktvergaben von Strom- oder Gaskonzessionen an Eigenbetriebe oder kommunale Tochtergesellschaften sind ohne Wettbewerb unzulässig. In zwei aktuellen Beschlüssen<sup>1</sup> greift das BKartA wettbewerbswidrige Konzessionsvergaben an. Das BKartA nimmt einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung einer Gemeinde an, wenn sie die sich aus § 46 EnWG ergebenden Vorgaben zur Konzessionsvergabe verletzt. Das BKartA stellt mit seiner Spruchpraxis strenge Anforderungen an Konzessionsvergaben, die Gemeinden vor neue Herausforderungen stellen. Der Trend zu Rekommunalisierungsverfahren wird zumindest in den Fällen gestoppt, in denen gleichzeitig eine Strom- oder Gaskonzession auf die neue Stadtwerke-Gesellschaft übergehen soll.**

#### I. Rechtsrahmen für Konzessionsvergaben

Mit den Strom- und Gaskonzessionen vergeben die Gemeinden Verträge über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen auf dem Gemeindegebiet. Für diese Wegenutzungsrechte erhalten die Gemeinden eine Konzessionsabgabe. Der Gesetzgeber sieht in § 46 EnWG bestimmte Anforderungen für die diskriminierungsfreie Konzessionsvergabe vor<sup>2</sup>. Die Vorstellungen des BKartA und der BNetzA für die Ausgestaltung dieses Wettbewerbsverfahrens haben sie bereits in ihrem „Gemeinsamen Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers“ vom 15.12.2010 dargestellt<sup>3</sup>. Entsprechend den Regelungen in § 46 III 1 EnWG muss eine Gemeinde spätestens zwei Jahre vor Ablauf der Konzessionsverträge das Vertragsende veröffentlichen. Soweit im Gemeindegebiet mehr als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar an das Versorgungsnetz angeschlossen sind, muss diese Bekanntmachung sogar im Amtsblatt der EU erfolgen. Außerdem sind die Konzessionsverträge auf maximal 20 Jahre zu befristen. Für die Konzessionsabgaben an die Gemeinde sind ferner die Vorschriften der Konzessionsabgabenverordnung (KAV) zu beachten, die insbesondere in § 3 KAV für das Nebenleistungsverbot und in § 2 KAV für die zulässige Höhe der Konzessionsabgaben besondere Vorgaben machen.

Keine Angaben macht das EnWG zur genauen Ausgestaltung der diskriminierungsfreien Konzessionsvergabe. An die kartellvergaberechtlichen Regelungen des GWB ist die Gemeinde allerdings nach allgemeiner Ansicht nicht gebunden<sup>4</sup>. Die Gemeinde muss folglich kein förmliches Vergabeverfahren durchführen. Die Gas- und Stromkonzessionen sind jedoch als Dienstleistungskonzessionen zu qualifizieren, die nach den europarechtli-

chen Anforderungen ein transparentes, diskriminierungsfreies und chancengleiches Wettbewerbsverfahren erfordern<sup>5</sup>. Ob dieser Wettbewerb um Dienstleistungskonzessionen in Zukunft den vergaberechtlichen Vorschriften unterfallen wird, ist noch offen. Derzeit laufen allerdings Bestrebungen der *Kommission*, für die bisher vergaberechtsfreien Dienstleistungskonzessionen in einer neuen EU-Richtlinie einen eigenen Rechtsrahmen zu schaffen<sup>6</sup>. Ziel der EU-Richtlinie soll es sein, die Unsicherheiten bei der Vergabe von Konzessionen im Interesse der öffentlichen Hand und der Wirtschaftsteilnehmer zu verringern. Wenn für die Strom- und Gaskonzessionen kein Ausnahmetatbestand geschaffen würde, unterfielen diese dann dem neuen Rechtsrahmen für Konzessionsvergaben.

#### II. Aktuelle Spruchpraxis des BKartA

Das BKartA schränkt in seinen aktuellen Beschlüssen die Handlungsspielräume für Gemeinden bei der Konzessionsvergabe weiter ein. Beide Beschlüsse des BKartA stellen zwar keine Untersagungsverfügungen dar, sondern beruhen auf Verpflichtungszusagen. Dennoch lässt sich an den Beschlüssen die strenge Sicht des BKartA ablesen. Im ersten Beschluss zu Konzessionsvergaben greift das BKartA insbesondere die wettbewerbsfreie Konzessionsvergabe der Stadt Dinkelsbühl

\* Die Erstautorin ist Rechtsanwältin und Partnerin, der Zweitautor ist Rechtsanwalt bei Heuking Kühn Lüer Wojtek, Düsseldorf.

1 BKartA, Beschl. v. 21.11.2011, B 10-17/11; Beschl. v. 18.10.2011, B 10-6/11.

2 Siehe dazu bereits *Tischmacher*, IR 2011, 246 ff. m.w.N.

3 Gemeinsamer Leitfaden von BKartA und BNetzA zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, 15.12.2010 („Gemeinsamer Leitfaden“), im Internet abzurufen unter [www.bundesnetzagentur.de](http://www.bundesnetzagentur.de).

4 BKartA und BNetzA, Gemeinsamer Leitfaden (o. Fußn. 3), Rdnr. 14; *Albrecht*, in: *Schneider/Theobald*, Recht der Energiewirtschaft, 3. Aufl. 2011, § 9 Rdnr. 79; *Tischmacher*, IR 2011, 246 (247); *Hoch/Theobald*, KSzW 2011, 300 (301 f.); *Niehof*, RdE 2011, 15 (16); *Schau*, RdE 2011, 1 (2 f.); *Templin*, IR 2009, 101 (103).

5 *Hoch/Theobald*, KSzW 2011, 300 (302); *Schau*, RdE 2011, 1 (3); *Michaels*, IR 2009, 246 (247 f.); *Albrecht*, in: *Schneider/Theobald* (o. Fußn. 4) § 9 Rdnr. 79 ff.; *Templin*, IR 2009, 101 (103); *Hellermann*, in: *Britz/Hellermann/Hermes*, EnWG, 2. Aufl. 2010, § 46 Rdnr. 66 m.w.N.

6 Vgl. den „Vorschlag für Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Konzessionsvergabe“ der *Kommission* v. 20.12.2011, KOM(2011) 897 endg.

#### Wie kann ich alle nachfolgenden Entscheidungen und Dokumente der IR abrufen?

- Unter [www.ir.beck.de](http://www.ir.beck.de) gelangt man auf die Homepage der IR
- Links unten befindet sich der **LOGIN-Bereich**: Einfach Benutzernamen und Passwort in das entsprechende Feld eintragen
- In das Suchfeld (GO-Suche) wird das Wort „**becklink**“ und die sog. sechsstellige „**becklink-Nummer**“ eingegeben; diese Nummer befindet sich am Ende eines Beitrages oder einer Urteilsbesprechung in der jeweiligen Ausgabe der IR
- Der gesamte Inhalt der IR steht nun exklusiv zur Verfügung: sämtliche zitierten Entscheidungen und Dokumente können nun im Volltext ausgedruckt werden

an ihren Eigenbetrieb Stadtwerke Dinkelsbühl sowie ein weiteres Energieversorgungsunternehmen an<sup>7</sup>. Das *BKartA* bemängelt, dass die Stadt Dinkelsbühl kein transparentes, diskriminierungsfreies Verfahren zur Konzessionsvergabe durchgeführt hat.

Der zweite Beschluss des *BKartA* betrifft keine Direktvergabe an einen Eigenbetrieb, sondern insbesondere die fehlende Transparenz der Entscheidung über die Konzessionsvergabe<sup>8</sup>. Die Stadt Marktleeburg hatte bei der Konzessionsvergabe den Bewerbern ihre Entscheidungskriterien nicht bekanntgegeben. Außerdem hatte sie ihre Entscheidung nicht unter Angabe der maßgeblichen Gründe, wie in § 46 III 6 EnWG vorgesehen, veröffentlicht. Zusätzlich beanstandete das *BKartA*, dass die angewandten Entscheidungskriterien jedenfalls zum Teil keinen Zusammenhang mit dem Netzbetrieb oder den Zielen des § 1 EnWG aufwiesen.

Soweit die Kommunen bei den Wettbewerben um Konzessionen die Verfahrensvorgaben verletzen, nimmt das *BKartA* einen Verstoß gegen die §§ 1, 19 I i.V.m. IV Nr. 1, § 20 I GWB und ggf. Art. 101 und 102 AEUV an. *BKartA* und *BNetzA* gehen davon aus, dass eine Gemeinde bei der Konzessionsvergabe als Unternehmen im Sinne des GWB zu qualifizieren ist, da sie durch die entgeltliche Einräumung der Wegerechte unternehmerisch handelt<sup>9</sup>. Durch die selbstständige Entscheidung der Gemeinde über die örtliche Konzessionsvergabe nehme sie außerdem eine „marktbeherrschende Stellung“ ein<sup>10</sup>. Ein Missbrauch dieser marktbeherrschenden Stellung i.S.d. §§ 19, 20 GWB ist nach Auffassung des *BKartA* und der *BNetzA* beispielsweise in folgenden Fällen gegeben<sup>11</sup>:

- Die Konzession wird ohne die gem. § 46 III EnWG erforderliche Bekanntmachung vergeben.
- Die Gemeinde benennt ihre Auswahlkriterien und deren Gewichtungen nicht klar gegenüber den Bietern.
- Die Gemeinde trifft ihre Auswahlentscheidung nicht anhand der vorher festgelegten und bekanntgegebenen Auswahlkriterien.
- Die Gemeinde bevorzugt einzelne Bieter, insbesondere mit der Gemeinde verbundene Unternehmen, ohne sachlichen Grund.
- Die Gemeinde fordert für die Konzession eine Gegenleistung, die im Widerspruch zum Nebenleistungsverbot des § 3 KAV steht.

Diese Vorgaben greift das *BKartA* in seinen Beschlüssen auf und geht gegen entsprechende Verstöße vor. Wett-

bewerbtsfreie Direktvergaben sind zweifelsohne unzulässig. Gleichfalls verstößt die Bevorzugung von Eigenunternehmen oder kommunalen Tochtergesellschaften gegen die Wettbewerbsvorschriften. Auch eine fehlende oder verspätete öffentliche Bekanntmachung zum Auslaufen der Konzessionsverträge führt zu einem Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung. Nicht eindeutig geklärt hat das *BKartA*, ob bereits eine lediglich geringfügig verspätete Bekanntmachung für einen Wettbewerbsverstoß mit anschließender Pflicht zur Neuausschreibung ausreicht. Die klare Regelung in § 46 III 1 EnWG sowie die konsequente Ansicht des *BKartA* lassen dies aber vermuten.

Zusätzlich hat der Gesetzgeber den Kommunen durch die Neuregelung des EnWG im August 2011 ein weiteres Hindernis in den Weg gelegt, welches auch das *BKartA* in seinen Beschlüssen aufgreift. Gemäß des neu eingefügten § 46 III 5 EnWG ist die Gemeinde bei der Konzessionsvergabe den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet. Die Ziele des § 1 EnWG sind beispielsweise auf eine möglichst sichere, verbraucherfreundliche und preisgünstige Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas gerichtet. Wenn eine Gemeinde nun weitere Aufgaben, wie zum Beispiel die Wasserversorgung oder den Stromvertrieb, mit der Strom- oder Gaskonzession in einem Verfahren mit einheitlicher Zuschlagsentscheidung vergeben will, wäre dies ein Verstoß gegen § 46 EnWG. Denn in diesem Fall würden durch die Ergänzung um weitere Aufgaben nicht mehr allein die auf Elektrizität und Gas ausgerichteten Ziele des § 1 EnWG verwirklicht.

### III. Auswirkungen für die Praxis

Diese strengen Vorgaben schränken die Kommunen deutlich in ihrem Selbstverwaltungsrecht ein. Denn In-house-Vergaben an kommunale Tochtergesellschaften scheiden damit aus. Eigenbetriebe und kommunale Stadtwerke müssen sich im Wettbewerb mit anderen Energieversorgungsunternehmen beweisen. Die selbst für öffentliche Aufträge anerkannten Grundsätze zu In-house-Vergaben gelten folglich nicht für die als Dienstleistungskonzessionen zu qualifizierenden Strom- und Gaskonzessionen. Ob dieses deutliche Zeichen für mehr Wettbewerb haltbar sein wird, werden voraussichtlich die höheren Gerichte entscheiden müssen. Aktuell unterwerfen sich allerdings die Gemeinden, deren Verfahren vom *BKartA* angegriffen werden, regelmäßig den Vorgaben des *BKartA*. Daher ist nicht mit einer zeitnahen gerichtlichen Klärung zu rechnen. Unterstützung findet die Ansicht des *BKartA* in § 46 IV EnWG, wonach § 46 II, III EnWG für Eigenbetriebe entsprechend anzuwenden ist. Die deutliche Einschränkung der in Art. 28 II GG normierten Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden scheint somit vom Gesetzgeber gewollt zu sein.

Die Handlungsspielräume für Rekommunalisierungsverfahren sind stark geschrumpft. Neugründungen von Stadtwerke-Gesellschaften mit einem Energieversorgungsunternehmen als strategischen Partner sind recht-

7 *BKartA*, Beschl. v. 18.10.2011, B 10-6/11.

8 *BKartA*, Beschl. v. 21.11.2011, B 10-17/11.

9 *BKartA* und *BNetzA*, Gemeinsamer Leitfaden (o. Fußn. 3), Rdnr. 16 m.w.N.

10 *BKartA*, Beschl. v. 21.11.2011, B 10-17/11; Beschl. v. 18.10.2011, B 10-6/11; siehe zur Diskussion zur „marktbeherrschenden Stellung“ der Gemeinde *Hoch/Theobald*, KSzW 2011, 300 (301, Fußn. 17).

11 Vgl. *BKartA* und *BNetzA*, Gemeinsamer Leitfaden (o. Fußn. 3), Rdnr. 22.

lich schwierig umsetzbar, sobald eine Strom- oder Gas-konzession mit der Neugründung auf die Stadtwerke-Gesellschaft übertragen werden soll. Denn die Stadtwerke-Gesellschaft hat sich formal nicht am Wettbewerb um die Konzession beteiligt. Zudem dürfen Kommunen ihre Eigenbetriebe und kommunalen Tochterunternehmen nicht bevorzugen. Soweit eine einheitliche Zuschlagsentscheidung ergehen soll und neben der Konzession weitere Aufgaben übertragen werden sollen, verfolgt die Kommune außerdem nicht mehr allein die auf Elektrizität und Gas ausgerichteten Ziele des § 1 EnWG.

Die strenge Haltung des *BKartA* wird aber nicht von allen Kartellbehörden getragen. Die Landeskartellbehörde Energie Baden-Württemberg sieht in ihrem aktuellen „Positionspapier Konzessionsvergabe“ vom 5.12.2011 durchaus Möglichkeiten für Gemeinschaftsunternehmen im Zusammenhang mit Konzessionsvergaben sowie die Selbstübernahme der Konzession durch die Gemeinde<sup>12</sup>. Welche konkreten Lösungen zulässig sind, wird allerdings nicht präzise und unmissverständlich dargestellt. Zudem widerspricht die Landeskartellbehörde Energie Baden-Württemberg mit ihrer Ansicht den engen Vorgaben des *BKartA*, weshalb sich Kommunen für eine rechtssichere Konzessionsvergabe an der Ansicht des *BKartA* orientieren sollten.

Achtsamkeit ist zudem geboten, wenn die Gemeinde – wie gefordert – den interessierten Unternehmen die Auswahlkriterien mit ihren Gewichtungen für die Entscheidung über die Konzessionsvergabe vorher bekanntgegeben hat. Eine nachträgliche Änderung der Auswahlkriterien oder ihrer Gewichtungen wäre unzulässig. Dies hat das *VG Aachen* kürzlich für einen späteren Austausch der Auswahlkriterien klargestellt<sup>13</sup> und folgt damit der Rechtsprechung des *EuGH* für vergleichbare Fälle.

#### IV. Fazit

Die Spielräume für Gemeinden bei Strom- oder Gas-konzessionsvergaben sind durch die Regelungen des § 46 EnWG sowie die zugehörige Spruchpraxis des *BKartA* stark eingeschränkt. Dennoch können Kommunen auch weiterhin Rekommunalisierungsmodelle mit Konzessionsvergaben realisieren. Die Gemeinde darf beispielsweise zunächst mit einem strategischen Partner – ggf. nach einem förmlichen Vergabeverfahren – eine Stadtwerke-Gesellschaft gründen, welche sich im Anschluss an dem Konzessionsvergabeverfahren beteiligt. Für sämtliche Verfahren sollten Gemeinden allerdings die engen rechtlichen Grenzen beachten. Ein Wettbewerbsverfahren können Gemeinden für Konzessionsvergaben nicht umgehen. Allerdings können sie dieses so gestalten, dass sie ihre Ziele bestmöglich erreichen können. Vor Beginn des Verfahrens sollten die Gemeinden die Weichen für eine rechtssichere Konzessionsvergabe stellen. Etwasige Änderungen während des Verfahrens sind regelmäßig unzulässig und bieten Angriffsmöglichkeiten für beteiligte Bieter. Eine überlegte Vorplanung und Verfahrensstrukturierung spart der Gemeinde im Ergebnis Zeit und Geld.