# Arbeitskreis Kartellrecht

## Wettbewerbliche Konzessionsvergabe aus Sicht des Bundeskartellamtes

2. Oktober 2014
Bonn

Dr. Felix Engelsing
Vorsitzender
8. Beschlussabteilung

Bundeskartellamt

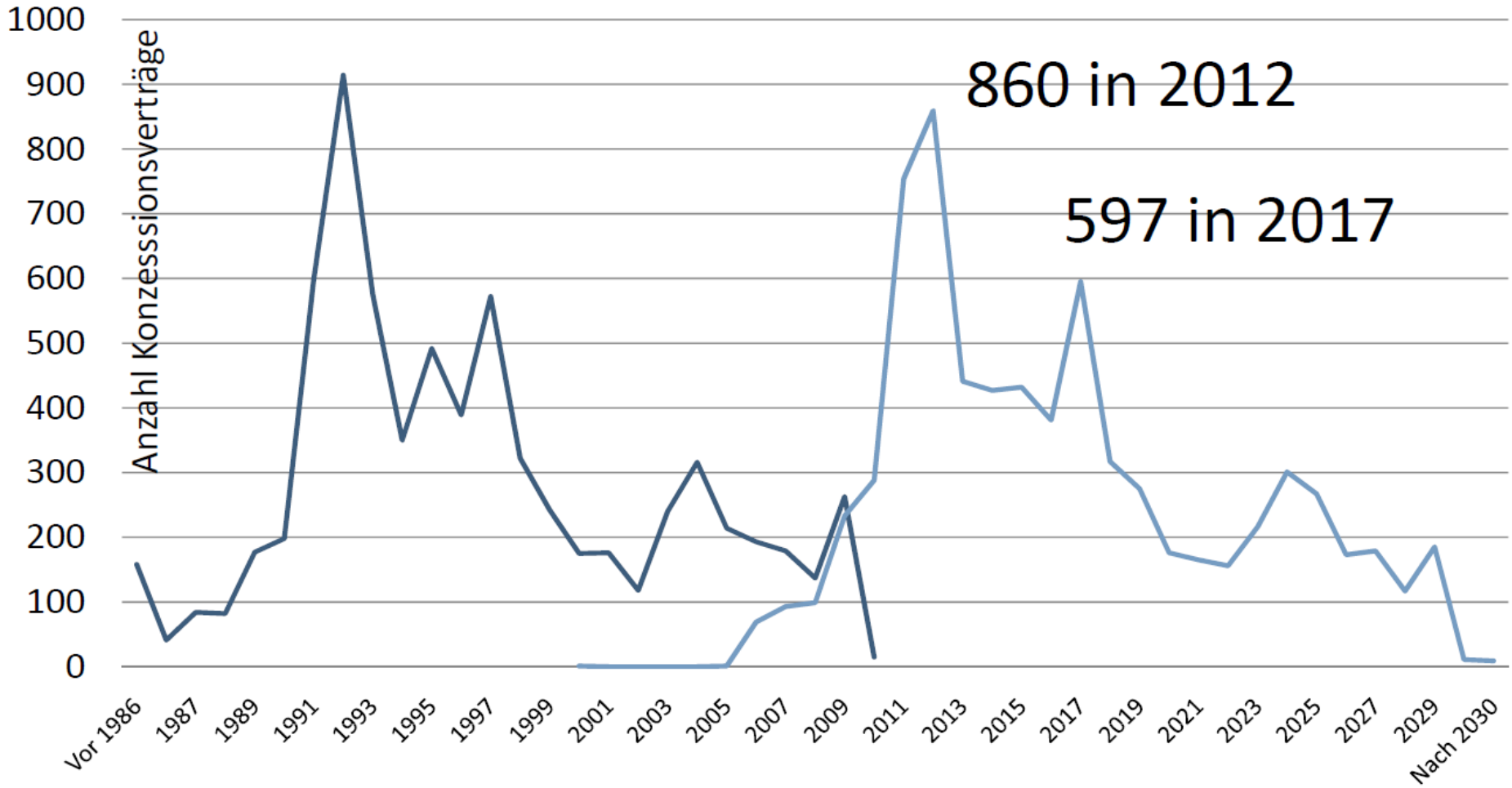
# Einleitung I



- sehr viele Konzessionsverträge für Strom- und Gasverteilernetze laufen derzeit aus
- größte: Berlin, Hamburg, Stuttgart, Bremen
- Trend zur „(Re)Kommunalisierung“
- öffentliche Aufmerksamkeit
- hohe Netzrenditen (Eigenkapitalverzinsung) bei derzeit niedrigen Kommunalkrediten
- Sorge der Netzzersplitterung

# Einleitung II: Laufzeiten Gaskonzessionsverträge





# Einleitung III: Volksentscheide



- in Hamburg: Volksentscheid am 22.09.2013
  - „Senat und Bürgerschaft unternehmen alle notwendigen und zulässigen Schritte, um die Hamburger Strom-, Fernwärme- und Gasleitungsnetze 2015 wieder vollständig in die Öffentliche Hand zu übernehmen. Verbindliches Ziel ist sozial gerechte, klimaverträgliche und demokratisch kontrollierte Energieversorgung aus erneuerbaren Energien.“
  - 50,9 % dafür- 49,1 % dagegen, Quorum erreicht
- in Berlin: Volksentscheid am 03.11.2013
  - Abstimmung über Gesetz für die demokratische, ökologische und soziale Energieversorgung in Berlin (EnergieVG)
  - Gründung von Anstalten des öffentlichen Rechts
  - gescheitert, da 24,1 % der Wahlberechtigten (aber 83 % der Teilnehmer) mit Ja stimmten (25 %-Quorum)

# Rechtsrahmen I: Wettbewerb um Markt



- Wettbewerb *um* den Markt

  ⇒ *Verschlusswirkung* (für bis zu 20 Jahre)
- Auswahlstelle: Kommune (als Inhaber der öffentlichen Straßen und Wege)
- Bewerber: kommunale und private Unternehmen
- Wettbewerbsparameter “Preis” nicht relevant, da Höhe Konzessionsabgaben durch KAV begrenzt
- Vorgabe: zumindest vorrangige Ausrichtung an den Zielen des § 1 EnWG (§ 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG)

  ⇒ Wettbewerb ist als *Qualitätswettbewerb* auszutragen

# Rechtsrahmen II: § 46 EnWG



## Regelung des § 46 EnWG

- Abs. 1: Gemeinden müssen Wege diskriminierungs-frei zur Verfügung stellen (dafür KA)
- Abs. 2: Laufzeitbegrenzung auf 20 Jahre
  - S. 4: Pflicht zur Herausgabe von Netzdaten durch Altkonzessionär
- Abs. 3: Regeln zum Auswahlverfahren
  - S. 5: „Bei der Auswahl [...] ist die Gemeinde den Zielen des § 1 verpflichtet.“
- Abs. 4: Ausschreibung auch bei Eigenbetrieben
- Abs. 5: GWB bleibt unberührt

# Rechtsrahmen III: Anwendbarkeit Kartellrecht



- Anwendbarkeit des GWB
- Vergabe von Wegerechten durch Gemeinde ist unternehmerische Tätigkeit (BGH 2008 Neue Trift)
- Gemeinde ist marktbeherrschend i.S.v. § 18 GWB (bei großen Städten ggf. auch Art. 102 AEUV)
  - bestätigt durch BGH, Beschluss v. 06.11.2012 (KVR 54/11) – GAG Ahrensburg
  - und BGH, Urteile vom 17.12.2013 (KZR 65/12, 66/12) – Heiligenhafen und Berkenthin

# Rechtsrahmen IV: Gemeinsamer Leitfaden



Gemeinsamer Leitfaden BNetzA/BKartA v. 15.12.2010

- Einleitung
- Zuständigkeiten
- Kartellrecht: Sicherstellung der wettbewerblichen Konzessionsvergabe
  - primär Kartellbehörden
  - Marktmacht, Missbrauch, Transparenz, Gleichbehandlung
- Energiewirtschaftsrecht: Netzüberlassung und regulatorische Folgefragen:
  - primär Regulierungsbehörden
  - Kaufpreis, Netzumfang, Entflechtung, Erlösobergrenze

# Rechtsprechung: Obergerichte



- OLG Düsseldorf v. 09.01.2013 – VII-Verg 26/12
  - Nachprüfungsverfahren: Beschwerde gegen VK NRW
- OLG Stuttgart v. 07.11.2013 – 201 Kart 1/13
  - Kartellverwaltungsverfahren: Beschwerde Verfügung LKB BW
- VGH Mannheim v. 22.08.2013 – 1 S 1047/13
  - Klage gegen Unzulässigerklärung Bürgerbegehren in Stuttgart
- OVG Lüneburg v. 11.09.2013 – 10 ME 87/12
  - Beanstandung Ratsbeschluss durch Kommunalaufsicht
- OLG Düsseldorf. v. 17.04.2014 – VI-2 Kart 2/13
  - Bedeutung und Bewertung von Unterkriterien

# Rechtsprechung: BGH



Beschlüsse vom 17.12.2013: KZR 65/12 (Heiligenhafen) - KZR 66/12 (Berkenthin)

- Kartellzivilverfahren: zuvor OLG Schleswig v. 22.11.2012
- Grundsätze: transparent + diskriminierungsfrei
- Inhouse-Vergabe unzulässig
- kein Verstoß gegen Art. 28 Abs. 2 GG
- als Kriterien sind zulässig:
  - Kriterien mit Bezug zu Ziele § 1 EnWG – „vorrangig“ (auch vor Inkrafttreten des § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG)
  - Kriterien als Gegenleistung für Wegerechte mit nach KAV zulässigem Inhalt (insbesondere § 3 KAV)
  - innerhalb Ziele § 1 EnWG Gewichtungsspielraum, aber Versorgungssicherheit sehr wichtiges Kriterium

# Rechtsprechung: BGH



- unzulässige Kriterien:
  - gesellschaftsrechtlicher/kommunaler Einfluss
  - lokale Präsenz (zur Generierung von Gewerbesteuer)
  - Erfordernis einer Beteiligung der Gemeinde am Netzbetrieb
  - weitere fiskalische Interessen (abschließend in KAV geregelt)
- Nichtigkeit: Vergabeverstöße führen zur Nichtigkeit von Zuschlag und Konzessionsvertrag, § 134 BGB
  - Bei Vergabe an Eigenbetrieb: § 134 BGB analog
- Rügeobliegenheit
  - wenn analog § 101a GWB in Textform im Vorhinein über beabsichtigten Zuschlag informiert wird

# Rechtsprechung: BGH



Beschluss vom 03.06.2014: EnVR 10/13 (Homberg)

- zuvor OLG Düsseldorf, Beschluss v. 12.12.2012
- Grundsätze zur Netzüberlassung
- kein Verstoß gegen Art. 14 GG
- Aufgreifermessen der BNetzA
- Überlassung: Übereignung schon vor 2011
- Umfang: auch gemischt-genutzte Anlagen
- Kaufpreis: Sachzeitwert nur, soweit er Ertragswert nicht unerheblich übersteigt (Kaufering-Rspr.)
- Prüfung Wirksamkeit Konzessionsvertrag durch BNetzA bzgl. §§ 19, 20 GWB, 46 EnWG

# Fälle BKartA I



- Hamburg
  - Konsultation zu Auswahlkriterien und –verfahren
  - fusionskontrollrechtliche Prüfung und Freigabe
- Stuttgart
  - Konsultation zu Auswahlkriterien und –verfahren
  - Beschwerde eines Bieters nach Auswahlentscheidung
  - kein Verstoß festgestellt (Wertungsfehler bei einem Angebot, aber nicht ergebnisrelevant)

# Fälle BKartA II



- Berlin
  - Ausschreibung zunächst Gasnetzkonzession, dann Stromnetzkonzession
  - Konsultation zu Auswahlkriterien und –verfahren
  - Beschwerde eines Bieters bzgl. Auswahlentscheidung des Berliner Senates zu Gasnetzkonzession
  - Anforderung und Übersendung der Unterlagen
  - als Kartellzivilgerichtsverfahren auch beim LG Berlin anhängig (Klage des unterlegenen Bieters)

# Reform § 46 EnWG



- Koalitionsvertrag:
  - „Wir werden das Bewertungsverfahren bei Neuvergabe (z. B. bei der Rekommunalisierung) der Verteilernetze eindeutig und rechtssicher regeln sowie die Rechtssicherheit im Netzübergang verbessern.“
- Entschließungen Länderparlamente
  - NRW (LT-Drs. vom 08.10.2013; LT-Drs. vom 16.10.2013)
  - Niedersachsen (LT-Drs. vom 18.03.2011)

# Reform § 46 EnWG



- Arbeitsgruppe unter Leitung von NRW zur Reform des § 46 EnWG
  - Auswahlkriterien und –verfahren
  - Rügeobliegenheit
  - Netzüberlassung und Regulierung
- Position Bundeskartellamt
  - grundsätzlich kein Änderungsbedarf, da Klarheit und Rechtssicherheit durch Rechtsprechung