Tagung: „Kommunale Sektorkopplung und Infrastrukturen“

Session „Institutioneller Rahmen für die kommunale Sektorkopplung“

Die unternehmerische Vermarktung von Wegenutzungsrechten für die Energie-, und Fernwärmeversorgung - ein Webfehler bei der Wahrnehmung staatlicher Infrastrukturverantwortung – insbes. kommunaler Sektorkopplung?

–

Lösungspotentiale einer aufgabenzentrierten Betrachtung

Dr. Mirko Sauer

EWERK

Institut für Energie- und Wettbewerbsrecht
in der kommunalen Wirtschaft e.V. an der Humboldt-Universität zu Berlin

Ziegelstraße 13 a
10117 Berlin

Tel.: +49 (0)30 2093 40739
Fax: +49 (0)30 2093 40731

mirko.sauer@rewi.hu-berlin.de
www.ewerk.hu-berlin.de

Fragestellung

Wesentliche Ansatzpunkte

Aufgabenzentrierte Betrachtung, Rechtsregime und Systementscheidungsrecht

- Anknüpfungspunkt: Versorgungsaufgabe – nicht: Wegenutzungsrecht
- Möglichkeit zur Wahl öffentlich-rechtlicher Handlungsformen
- Kommunales sektoberübergreifendes Systementscheidungsrecht (Eigenerfüllung, Fremderfüllung, gemischtwirtschaftliche Erfüllung) - Abschaffung des § 46 Abs. 6 EnWG

Ausschreibungsregime

- Möglichkeit sektorübergreifender Ausschreibungen (z. B. Strom, Gas, Wärme …)
- Ermöglichung integrierter Ausschreibungen: Partnersuche + Konzessionsvergabe
- Änderung des Bezugspunkts der Ausschreibungspflicht in gemischt-wirtschaftlichen Strukturen: nicht Konzession, sondern Partnerschaft im öffentlich beherrschten Unternehmen wird regelmäßig ausgeschrieben

Netzübernahmen

- Schaffung effektiver Netzübernahmemöglichkeiten im Allgemeinen
- Schaffung effektiver kommunaler Rückholoptionen für örtliche Versorgungsnetze

© W2K

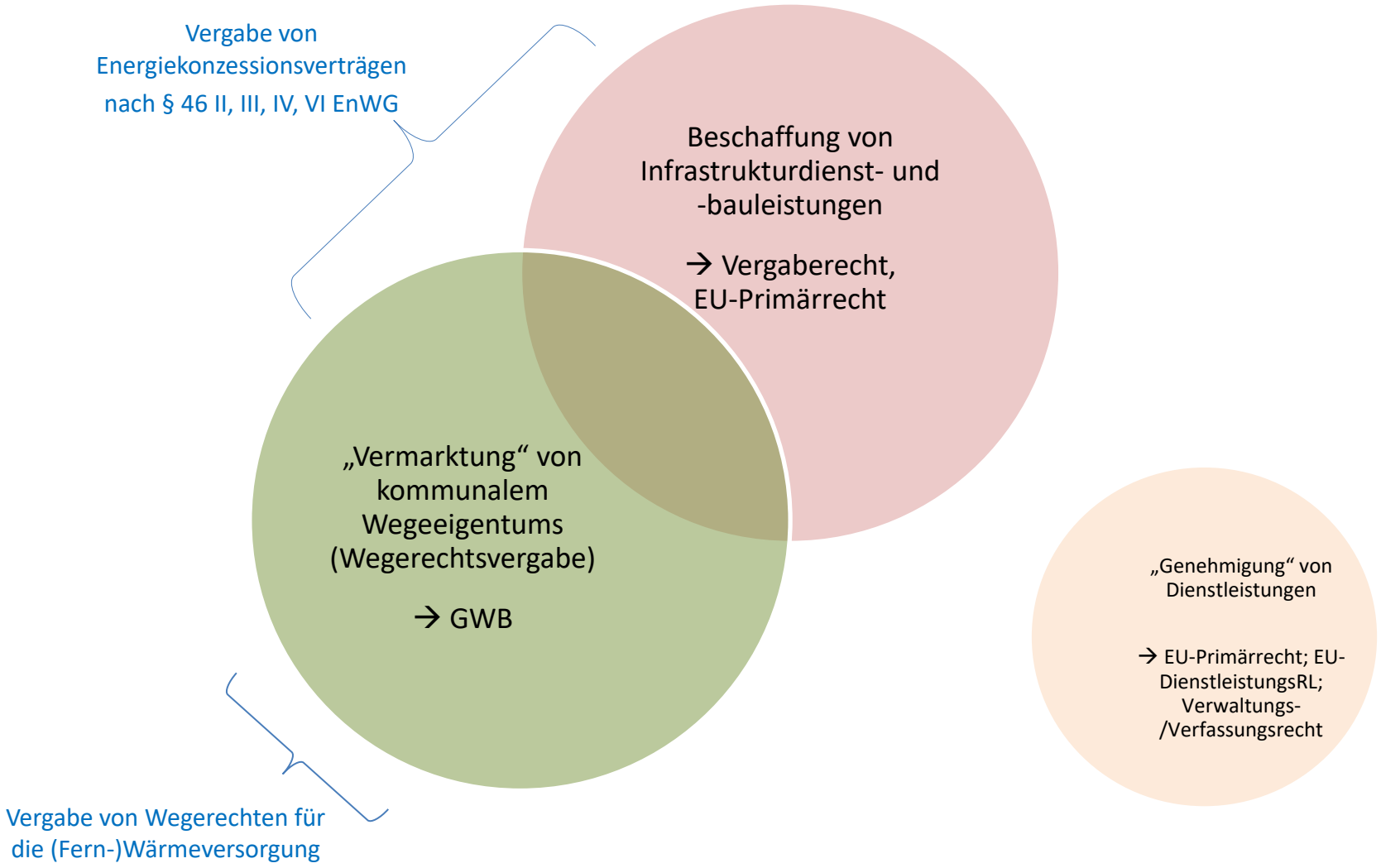
These 1: **Ohne die unternehmerische Vermarktung von Wegenutzungsrechten – „kommunale Sektorkopplung“ (Energiesystemplanung und Steuerung privater Akteure) besser möglich.**

→ u.a. Steuerung der netzseitigen Erschließung oder Nichterschließung; Energiesystem-entscheidungskompetenz der Gemeinde; sektorübergreifende Ausschreibung (Strom, Gas, Wärme); energiesystemplanungsabgestimmte Zielstellungen der Ausschreibungen

These 2: **Ohne § 46 Abs. 6 EnWG – kommunales sektorübergreifendes Systementscheidungsrecht.**

→ Änderung des Bezugspunkts der Ausschreibungspflicht (Partnersuche); interne Steuerungen

Zur Orientierung



Gliederung

A. **Die unternehmerische Vermarktung von Wegenutzungsrechten im Energie- und Wärmesektor – Friktionen bei der kommunalen Sektorkopplung**

B. **Lösungspotentiale einer aufgabenzentrierten Betrachtung (Abschaffung des § 46 VI EnWG)**

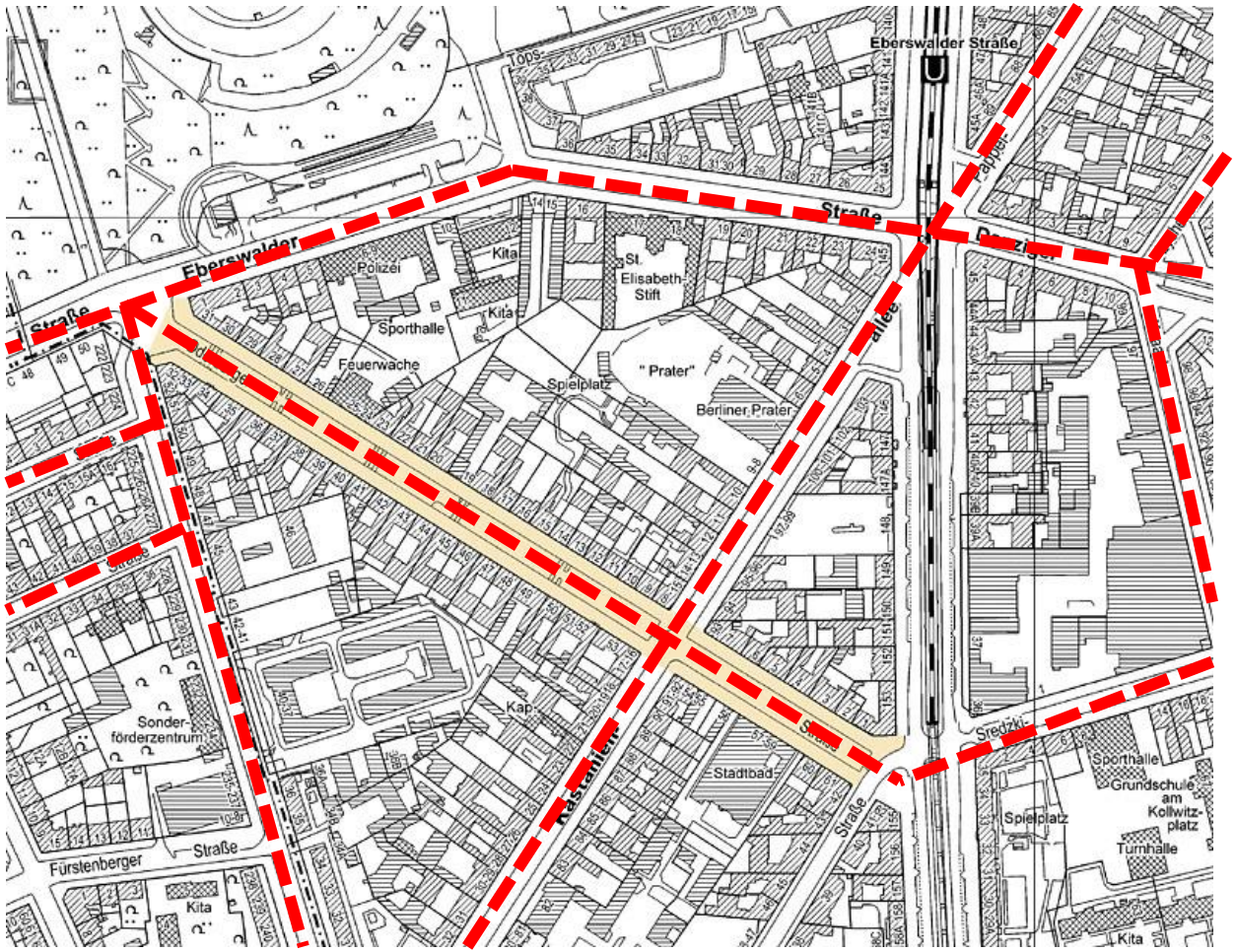
A. Die unternehmerische Vermarktung von Wegenutzungsrechten im Energie- und Wärmesektor

1. **Einstieg und historischer Abriss**

2. **Rechtsgrundlagen der Wegerechtsvergabe – Potentiale und Friktionen bei der kommunalen Sektorkopplung**

3. **Exkurs: Umgang mit Wegenutzungsrechten in anderen Sektoren und anderen Ländern**

1. Einstieg und historischer Abriss



Die großflächige Energie- und Wärmeverteilung ist in Siedlungsgebieten praktisch wegegebunden.

„Praktisch kein Netz- oder Leitungsbetrieb ohne Wegenutzung .“

1. Einstieg und historischer Abriss

1. Leitungsgebundenheit der externen Energie- und Wärmeversorgung

↳ 2. Leitungsgebundenheit führt praktisch zur Wegegebundenheit der großflächigen Energie- und Wärmeverteilung in Siedlungsgebieten

↳ 3. Schon das Wegeeigentum der Gemeinden führt zur Entscheidungshoheit der Gemeinden im Bereich der Energie- und Wärmeversorgung

- Keine Überlagerung des privaten Wegeeigentums der Gemeinden durch spezielles Fachrecht (anders z.B. § 68 TKG) → daher Möglichkeit der Vermarktung

- In den Flächenländern auch keine Überlagerung des privaten Wegeeigentums der Gemeinden durch Landesstraßenrecht → daher Möglichkeit der Vermarktung

z.B. § 23 Niedersächsisches Straßengesetz:

„(1) Die Einräumung von Rechten zur Nutzung des Straßeneigentums richtet sich nach bürgerlichem Recht, wenn dadurch der Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt wird, wobei eine nur vorübergehende Beeinträchtigung für Zwecke der öffentlichen Versorgung oder der Abwasserbeseitigung außer Betracht bleibt.“

Fazit: Wegenutzungsrechte zum Zweck der Verlegung und des Betriebs von Energie- oder Wärmeversorgungsleitungen oder -netzen **werden mittels „bürgerlich-rechtlichem Vertrag“ eingeräumt** (bürgerlich-rechtliche Sondernutzung kein VA). In Berlin öff.-rechtl. Rechtsnatur.

Gegenstand der Energiekonzessionsverträge – historischer Abriss

EnWG 1935

- *Energieversorgung kein Wettbewerb*
- Konzessionsvertragsinhalt:
  1. unbefristet
  2. Wegenutzung vermittelt Recht zur Energieversorgung im Gemeindegebiet
  3. ausschließlich
  4. Gegenleistung frei verhandelbar (unbeschränkte Kommerzialisierbarkeit d. Wegeeigentums)

ab **KAE 1941**

4. Gegenleistung begrenzt (beschränkte Kommerzialisierbarkeit)

GWB 1980

- *Energieversorgung geschlossene Versorgungsgebiete*
- Konzessionsvertragsinhalt:
  1. max. 20 Jahre (20-jährige Freistellung von Kartellrecht)
  2. Wegenutzung vermittelt Recht zur Energieversorgung im Gemeindegebiet
  3. ausschließlich
  4. Gegenleistung nach KAE begrenzt

ab **KAV 1992**

4. KAV löst KAE ab

EU
„Liberalisierung" der Energieversorgung

EnWG 1998

- *Energieversorgung im Wettbewerb*
- Konzessionsvertragsinhalt:
  1. max. 20 Jahre
  2. Wegenutzung vermittelt Recht zum Netzbetrieb und Status des „allgemeinen Versorgers" (§ 10 EnWG 1998)
  3. nicht-ausschließlich (rechtlich!) – Aufhebung der kartellrechtlichen Freistellungen
  4. Gegenleistung nach KAV begrenzt

Seit EnWG 2005

- *Energieversorgung im Wettbewerb*
- Konzessionsvertragsinhalt:
  1. max. 20 Jahre
  2. **nur noch Netzbetrieb! Wegenutzung vermittelt nur noch Recht zum Netzbetrieb** („Grundversorger" wird im Wettbewerb bestimmt - § 36 EnWG)
  3. nicht-ausschließlich (rechtlich!)
  4. Gegenleistung nach KAV begrenzt

Dimension der Energiekonzessionsverträge

- insgesamt 12.012 eigenständige Gemeinden (ohne Berlin, Hamburg und Bremen)
- insgesamt **ca. 20.000 Konzessionsverträge (Strom- und Gas)**
- Konzessionsabgaben: Gesamteinnahmen aller Kommunen insgesamt **ca. 3,4 Mrd. €/Jahr**
    - KA ist sonstige Finanzeinnahme aus wirtschaftlicher Tätigkeit
    - KA machen ca. 4 % der Einnahmen des Verwaltungshaushalts der Kommunen aus
    - i.E. finanzieren KA ca. 30 % der Investitionen aus dem Vermögenshaushalt

Gegenstand der „(Fern-)Wärmegestattungs-/-konzessionsverträge“

Anders als im Energiebereich keine spezialgesetzlichen Vorgaben an den Vertragsinhalt eines (Fern-)Wärmegestattungsvertrages

Beispiele:

- reine Gestattungs-/Wegenutzungsverträge zur Leitungsverlegung
- Gestattungs-/Wegenutzungsverträge mit Netzbetriebs- und/oder Wärmeversorgungspflicht
- Gestattungs-/Wegenutzungsverträge mit Pflicht zum Bau des Wärmenetzes (ggf. inkl. Netzbetriebs- und/oder Wärmeversorgungspflicht

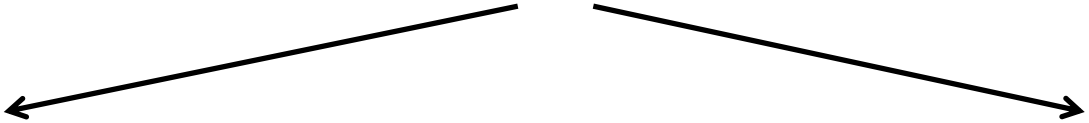
- nicht-ausschließlich (oder ausschließlich)
- mit oder ohne öff. Anschluss- und Benutzungszwang
- mit oder ohne priv. Abnahmeverpflichtung
- entgeltlich oder unentgeltlich

- **Im Wärmebereich heterogene Vertrags- und Versorgungskonstellationen**
- **In jedem Fall „Wegenutzungsvertrag“ enthalten**
- **Keine direkte Begrenzung der Vermarktung durch die KAV** (allenfalls mittelbare Relevanz der KAE (Wasser) über das Steuerrecht)

Allgemeine Unterscheidung der Inhalte der Wegenutzungsverträge im Energie- und Wärmesektor

Die zum Zweck der Leitungsverlegung notwendigen **Wegenutzungsrechte** werden von den Gemeinden mittels „**bürgerlich-rechtlichen**“ oder „**öffentlich-rechtlichen**“ **Vertrag** eingeräumt.

Wegenutzungsvertrag (Energie oder Wärme)



„einfacher“ Wegenutzungsvertrag

für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet

für einzelne Leitungen
auf bestimmten Wegen

gegen Entgelt
(sog. Konzessionsabgabe)

„qualifizierter“ Wegenutzungsvertrag
sog. Konzessionsvertrag

für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören

für gesamtes Leitungsnetz
auf/unter dem Straßen- und Wegenetz

gegen Entgelt
(sog. Konzessionsabgabe)

A. Die unternehmerische Vermarktung von Wegenutzungsrechten im Energie- und Wärmesektor

1. **Einstieg und historischer Abriss** ☑
2. **Rechtsgrundlagen der Wegerechtsvergabe – Potentiale und Friktionen bei der kommunalen Sektorkopplung**
3. **Exkurs: Umgang mit Wegenutzungsrechten in anderen Sektoren und anderen Ländern**

2. Rechtsgrundlagen der Wegerechtsvergabe – Friktionen bei der kommunalen Sektorkopplung

a. Rechtsrahmen der Vergabe „einfacher“ und „qualifizierter“ Wegenutzungsverträge

b. Energiekonzessionsvergabe – Potentiale und Friktionen zur kommunalen Sektorkopplung?

Anwendbarkeit des deutschen und europäischen Kartellrechts

Adressaten: ***„Unternehmen“***

Begriff „Unternehmen“ ist mit Blick auf das Ziel auszulegen, die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs zu gewährleisten; daher sind alle Marktbeziehungen dem Wettbewerbsrecht zu unterwerfen → ergo: funktionaler Unternehmensbegriff:

„jede wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von Rechtsform oder Art der Finanzierung“

= heißt: Angebot oder Nachfrage von Gütern/Dienstleistungen am Markt → Marktbeeinflussung; Gewinnerzielung egal; nicht erfasst: (1) privater Verbrauch (weil ja gerade ein Schutzziel des GWB); (2) hoheitliches Handeln des Staates

Handeln die Gemeinden bei der Einräumung von Wegenutzungsrechten als „Unternehmen“?

EuGH, Urt. v. 21.07.2005, Rs. C-231/03 („Coname“)

Vergabe der Dienstleistung der Verwaltung, des Vertriebs und der Wartung der Anlagen eines Methangasnetzes durch eine italienische Gemeinde → EuGH: Gemeinde tritt als Träger öffentlicher Gewalt auf und betraut private mit der Erbringung eines öffentlichen Dienstes → Gemeinde handelt nicht unternehmerisch! Art. 101 AEUV (-)

deutsche Wegerechtsvergabe

- Bei Wegerechtsvergabe (Konzessionierung) wird selbst keine hoheitliche Gewalt ausgeübt
- Sicherstellung der örtl. Versorgung schließt erwerbswirtschaftliche Vermarktung des Wegerechts nicht aus
- Einräumung von Wegenutzungsrechten ist wesentlicher Bestandteil der Konzessionsverträge (≈in der Beschaffung von Netzbetriebsdienstleistungen enthalten)
- Gegenleistung (Konzessionsabgabe) essentiell
- Charakter der Verwertung des Wegeeigentums gleicht in wirtschaftl. & rechtlicher Hinsicht der Verwertung von privaten Eigentum

Rechtsprechung und ganz herrschende Meinung: ja!

→ Kartellrecht anwendbar

Vergabe „einfacher“ Wegenutzungsverträge

für Betrieb/Verlegung **einzelner Leitungen**
auf bestimmten Wegen

(Fern-)Wärme

§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB

Anspruch auf diskriminierungsfreie Vergabe
(Kontrahierungszwang der Gemeinde)

- Soweit Straßenkapazität, kein Verweigerungsrecht wegen kommunaler Eigenerbringung oder wegen anderweitiger kommunaler Energiesystemplanung)
- gegen Zahlung einer Konzessionsabgabe (allenfalls mittelbar Beachtung der KAE)

Energie (Strom/Gas)

§ 46 Abs. 1 EnWG, § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB, (Art. 38 Gasbinnenmarkt-RL)

Anspruch auf diskriminierungsfreie Vergabe
(Kontrahierungszwang der Gemeinde)

- Soweit Straßenkapazität, kein Verweigerungsrecht wegen kommunaler Eigenerbringung oder wegen anderweitiger kommunaler Energiesystemplanung)
- gegen Zahlung einer Konzessionsabgabe (Beachtung der KAV)

Vergabe „qualifizierter“ Wegenutzungsvertrag

für Betrieb/Verlegung **gesamten Leitungsnetzes**
auf/unter dem Straßen- und Wegenetz

(Fern-)Wärme

§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB

Anspruch auf diskriminierungsfreie Vergabe
(Kontrahierungszwang der Gemeinde)

- Soweit Straßenkapazität, kein Verweigerungsrecht wegen kommunaler Eigenerbringung oder wegen anderweitiger kommunaler Energiesystemplanung)
- gegen Zahlung einer Konzessionsabgabe (allenfalls mittelbar Beachtung der KAE)

Im Fernwärmebereich keine turnusmäßige Ausschreibung (kein Wettbewerb) → direkter Anspruch auf Wegerecht s.o.

- LG Stuttgart, Urt. v. 14.02.2019, Az. 11 O 225/16; VG Berlin, Urt. v. 30.06.2017, Az. 4 K 16.15.
- Differenzierend: BKartA (BKartA, B8-22/12 – Stadt Hamburg/Vattenfall; Sektoruntersuchung Fernwärme, 2012, Rn. 254 ff.) – Ausschreibung bei öff. Anschluss-/Benutzungszwang oder priv. Abnahmeverpflichtung
- Stets Ausschreibungspflicht: Sauer, IR 2018, S. 4 ff.

Energie (Strom/Gas)

§ 46 Abs. 2 EnWG, § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB

„Wettbewerb um den Netzbetrieb“ (um die Konzession)

- 20 Jahre Laufzeitbegrenzung (§ 46 II 1 EnWG)
- regelmäßiger Ausschreibungswettbewerb (§ 46 III EnWG)
- Netzübertragung an Ausschreibungsgewinner (§ 46 II 2 EnWG)

Potentiale zur kommunalen Sektorkopplung?

Ausgangspunkt: Kommunale Entscheidungsfreiheit (*„örtliche Energiepolitik“*)

- Eigentümerstellung an den öffentlichen Verkehrswegen
- Recht zur Regelung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft (**Art. 28 Abs. 2 GG**)

↳ **Ausgangspunkt 1**: „Gemeinde ist Herrin über den Vergabegegenstand“

- **Kommunale Freiheit zur Festlegung des Inhalts des Vergabe- bzw. Vertragsgegenstandes**

↳ **Ausgangspunkt 2**: „Gemeinde ist Herrin des Vergabeverfahrens“

- **Kommunale Freiheit zur Gestaltung des Verfahrens der Vergabe**

↳ **Ausgangspunkt 3**: „Gemeinde ist Herrin über die Auswahl ihres Konzessionärs“

- **Kommunale Freiheit zur Auswahl eines EVU**

Einengung der kommunalen Entscheidungsfreiheit durch Gesetz

spezialgesetzliche **Vergabeanforderungen (§ 46 EnWG)**	
§ 46 III 1 EnWG	**Öffentliche Bekanntmachung** • Wann? „spätestens 2 Jahr vor Ablauf des Konzessionsvertrages“ • Was? Vertragsende und Hinweis auf bewerbungsrelevante Netzdaten (nach § 46 II 4 EnWG) • Wo? „durch Veröffentlichung im (elektronischen) Bundesanzeiger“
§ 46 III 2 EnWG	**Öffentliche Bekanntmachung** nach S. 1 zusätzlich im Amtsblatt der EU • Soweit im Gemeindegebiet mehr als 100.000 Netzkunden
§ 46 III 3 EnWG	Sonderregeln für „beabsichtigte“ vorzeitige Vertragsverlängerungen
§ 46 I EnWG	**Diskriminierungsfreies (sachlich gerechtfertigtes) Auswahlverfahren zwischen (pot.) Bewerbern** § 46 I EnWG gilt auch für die Vergabe von Verträgen i.S.d. § 46 II EnWG (insbes. **BGH, v. 17.12.2013, KZR 65/12**) D.h. insbesondere: Auswahlentscheidung nur auf der Grundlage vorher festgelegter und bekanntgemachter Auswahlkriterien.
§ 46 IV EnWG	**Auswahl anhand der Ziele des § 1 I EnWG** • Bei Konkurrenzsituation („Auswahl“) inhaltliche Vorgabe an die Auswahlentscheidung
§ 46 V EnWG	Bei Neuabschluss oder Verlängerung Info an unterlegene Bieter samt Gründen und Termin des Vertragsabschlusses sowie öffentliche Bekanntgabe der maßgeblichen Gründe
§ 46 VI EnWG	Laufzeit, Verfahrensanforderungen (Abs. 3 - 5) gelten auch bei (beabsichtigten) Eigenbetrieben **Kein Inhouse-Privileg (auch schon BGH, v. 17.12.2013, Az. KZR 65/12)** • erst-Recht für Eigengesellschaften
§ 48 EnWG i.V.m. **KAV**	Begrenzung der „Kommerzialisierbarkeit“ des Wegeeigentums (Gegenleistungen der EVU) • Begrenzung der Höhe der Konzessionsabgaben (§ 2 ff. EnWG) • Keine unentgeltlichen oder vergünstigten Gegenleistungen für die Wegerechtsvergabe (Nebenleistungsverbot aus § 3 II KAV)
KommunalR	• entscheidungsbefugt ist Gemeinderat/Stadtparlament (keine Angelegenheit der laufenden Verwaltung) • **z.T. vor Vertragsabschluss zwingende Einholung eines unabhängiges Sachverständigengutachtens** • **z.T. vor Vertragsabschluss Prüfpflicht der Rechtsaufsichtsbehörde** Bsp: § 101 GO Sachsen; § 107 GO Ba.-Wü.; § 76 KomVerfMV; § 124 GO LSA; §§ 115 II, 116 I Nr. 11 GO Ns.

Einengung der kommunalen Entscheidungsfreiheit durch Gesetz

allgemein-gesetzliche **Vergabeanforderungen**	
§ 19 II Nr. 1 GWB	**Diskriminierungsfreies (sachlich gerechtfertigtes) Auswahlverfahren zwischen (pot.) Bewerbern** • Nur ein angemessenes Auswahlverfahren und eine Auswahlentscheidung auf der Grundlage vorher festgelegter Auswahlkriterien kann die faktisch-ausschließliche Vergabe sachlich rechtfertigen. vgl. **BGH, v. 17.12.2013, KZR 65/12**; BKartA/BNetzA, Gemeinsamer Leitfaden, S. 6; Übertragbarkeit folgender Rspr.: BGH v. 7.11.2006, Az.: KZR 2/06 (Bevorzugung einer Behindertenwerkstatt), Rz. 16 (juris); KG v. 06.11.96, Kart W 6990/96 (KfZ-Schilder-präger) BGH v. 14.7.1998, Az.: KZR 1/97 (Schilderpräger im Landratsamt); BGH v. 24.9.2002, Az.: KZR 4/01 • **Keine Privilegierung kommunaler Unternehmen (i.E. kein Konzernprivileg hier)** vgl. **BGH, v. 17.12.2013, KZR 65/12**; BKartA/BNetzA, a.a.O., S. 9; Übertragbarkeit folgender Rspr.: BGH v. 24.09.2002, a.a.O., Rz. 26 (juris); BGH v. 19.06.1986, Az.: I ZR 54/84 (Kommunaler Bestattungswirt-schaftsbetrieb I); BGH v. 26.03.1998, Az.: I ZR 222/95 (1.000 DM Umwelt-Bonus).
Art. 12 I i.V.m. Art. 3 I GG	**Diskriminierungsfreie Verteilungshandlung (derivatives Teilhaberecht außenstehender EVU/FVU)** • Soweit der Staat Leistungen (hier Wegerecht) gewährt, dann besteht auch ein Anspruch auf gleichheitsgerechte diskriminierungsfreie Entscheidungen über den Zugang zur Leistung (hier: Wege-/Netzbetriebsrecht). Übertragbarkeit folgender Rspr.: BVerfGE 33, 303, 333 („numerus clausus I“); vgl. auch BVerfGE 43, 291 ff. („numerus clausus II“); BVerfGE 73, 280 (Notarbewerberauswahl); BVerfGE 110, 304 (Notar im Nebenamt); VGH Ba.-Wü. v. 17.3.2000, Az.: 5 S 369/99, Rz. 54 (Freiburger Kartoffelmarkt). • angemessene Verfahrensgestaltung schon im Vorfeld der Verteilungshandlung Übertragbarkeit folgender Rspr.: BVerfGE 73, 280 (296); BVerfG v. 3.8.2004, Az.: 1 BvR 135/00 („Insolvenzverwalter“), Rz. 26 (juris).
Art. 14 GG	**Diskriminierungsfreie Vergabe als legitimer Geltungsgrund der gesetzl. Netzübereignungspflicht** • auch prozeduraler Eigentumsschutz aus Art. 14 GG. • § 46 II 2 EnWG entsteht nicht ohne ein vorheriges diskriminierungsfreies Auswahlverfahren. „Das Netz kann nur im Wettbewerb abgemeiert werden.“

» Wesentliche Anforderungen an die Vergabe von Energiekonzessionsverträgen «

Fazit

Kein Inhouse-Privileg

- ➢ Öffentliche Bekanntmachung
- ➢ Diskriminierungsfreie Vergabe
  - **sachliche Rechtfertigung der Auswahl zwischen den Interessenten**
    - Das heißt insbesondere:
      - vorherige Festlegung von Auswahlkriterien
        - nach den Zielen des § 1 EnWG
        - nach den Zielen des Kommunalrechts
        - keine i.Ü. verbotenen Kriterien

        } inhaltliche Anforderungen an das Diskriminierungsverbot (an die sachliche Rechtfertigung)
      - Bekanntgabe der o.g. Auswahlkriterien
      - Selbstbindung an o.g. Auswahlkriterien bei der Auswahl

» Wesentliche Anforderungen an die Vergabe von Energiekonzessionsverträgen «

Fazit

Kein Inhouse-Privileg

- ➢ Öffentliche Bekanntmachung
- ➢ Diskriminierungsfreie Vergabe
  - **sachliche Rechtfertigung der Auswahl zwischen den Interessenten**
    - Das heißt insbesondere:
      - vorherige Festlegung von Auswahlkriterien
        - nach den Zielen des § 1 EnWG
        - nach den Zielen des Kommunalrechts
        - keine i.Ü. verbotenen Kriterien

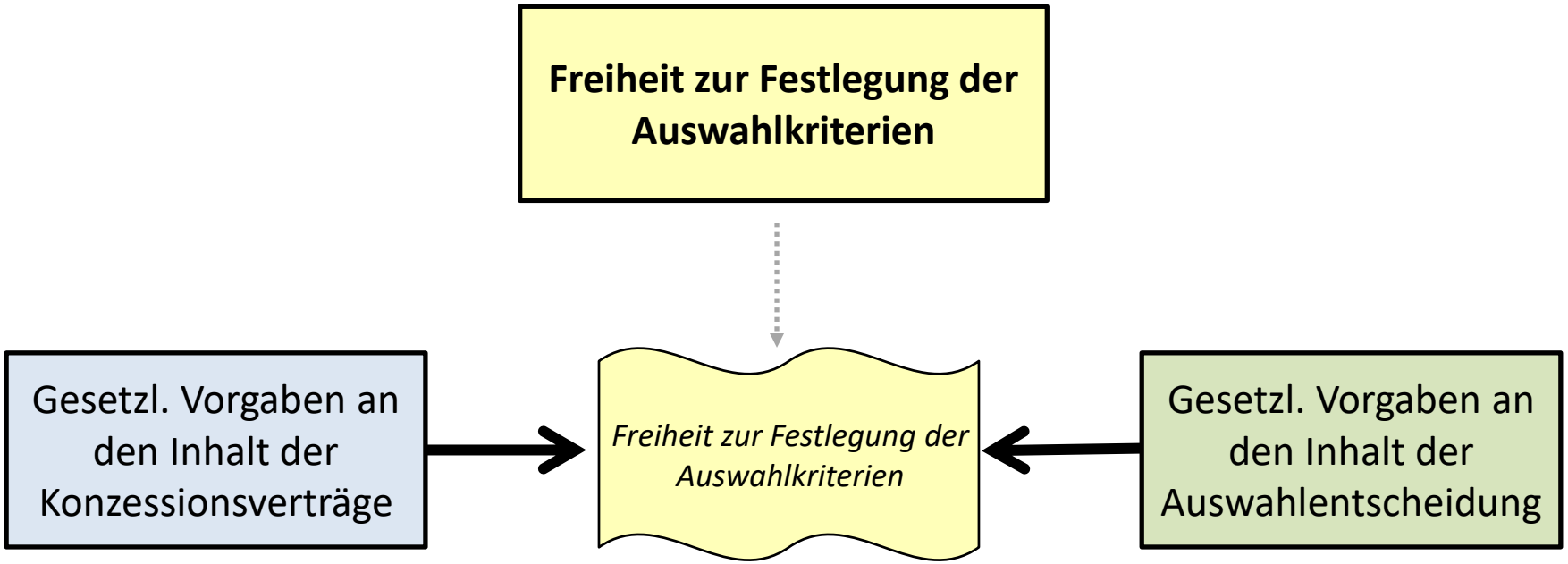
        inhaltliche Anforderungen an das Diskriminierungsverbot (an die sachliche Rechtfertigung)
      - Bekanntgabe der o.g. Auswahlkriterien
      - Selbstbindung an o.g. Auswahlkriterien bei der Auswahl

Bei der Energiekonzessionsvergabe von vornherein allenfalls hier „Spielfeld“ örtlicher Energiepolitik

Rechtsrahmen bei der Aufstellung der Vergabekriterien

Ausgangspunkt: Kommunale Entscheidungsfreiheit („örtliche Energiepolitik“)

- Eigentümerstellung an den öffentlichen Verkehrswegen (§ 903 BGB bzw. öffentliches Wegeeigentum)
- Recht zur Regelung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft (**Art. 28 Abs. 2 GG**)

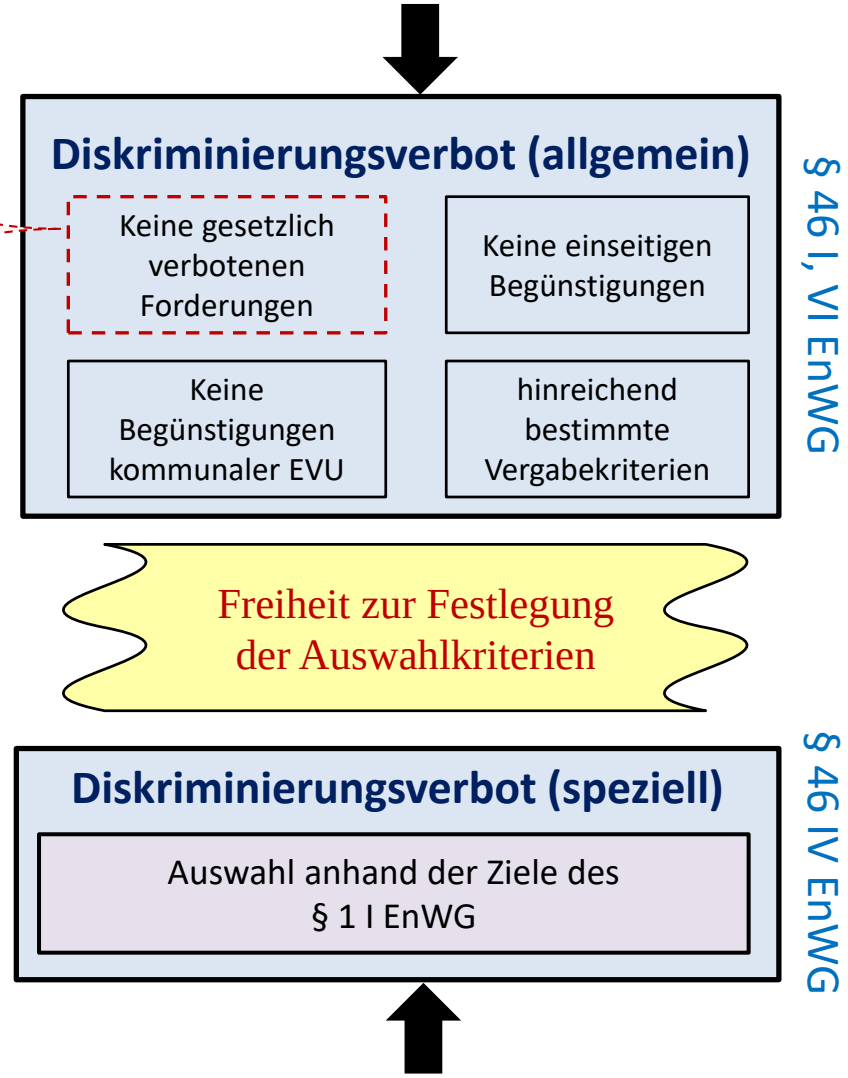


Matrix zulässiger Auswahlkriterien

- Grenzen der örtlichen Energiepolitik -

Gesetzlicher Vertrags- bzw. Konzessionsgegenstand

- Kein (rechtlich) ausschließliches WegeR
- Konzessionierung (nur) des Netzbetriebs
- max. 20 Jahre Laufzeit
- **Beachtung der KAV**
- Keine unangemessenen Entgelte oder Geschäftsbedingungen



Gesetzlich verbotene Vergabekriterien » Teil 1 «

1. Verletzung allgemeiner Anforderungen des Diskriminierungsverbotes (§ 19 II Nr. 1 GWB, § 46 I EnWG)

- **Keine hinreichend bestimmten (intransparenten) Vergabekriterien**
  - Kriterien, die nicht eindeutig und erschöpfend so beschrieben sind, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und miteinander vergleichbare Angebote zu erwarten sind.

    → Pflicht zur Bildung von (Unter-)Unterkriterien samt jeweiliger Gewichtung (Punktezuweisung)

- **Einseitig begünstigende Vergabekriterien (Angebotswertungen)**
  - Kriterien, die auf die Gründung/Fortführung eines kommunalen EVU (Re-Kommunalisierung) abzielen / entspr. Bevorzugung bei Angebotswertung ohne weiteren Sachgrund

    → z.B. „Einfluss auf den Netzbetreiber“; „Förderung der kommunalen Wirtschaft“; „Beteiligung an Gewinnen“

  - Kriterien, die auf die Konzessionierung des bisherigen Netzbetreibers abzielen / entspr. Bevorzugung bei Angebotswertung ohne weiteren Sachgrund

    → z.B. „bekannt und bewährt“; „Vermeidung von Netzentflechtungskosten“

2. Unverhältnismäßige Vergabekriterien (Verletzung des Verhältnismäßigkeitsprinzips)

- **Eignungsanforderungen, die für Sicherstellung des Netzbetriebs unverhältnismäßig / ohne sachliche Rechtsfertigung**
  - übermäßige technische, fachliche oder finanzielle Leistungsfähigkeiten
  - Eignung für gemeinsamen Betrieb von Strom- und Gasnetz und/oder zusätzlich von Wasser- oder Fernwärmenetzen
  - Eignung zum Netzbetrieb in mehreren Gemeinden (jedenfalls soweit Gesamtnetz Regionalnetzcharakter hat)

Gesetzlich verbotene Vergabekriterien »Teil 2«

3. Abweichung vom gesetzl. definierten Vergabegegenstand (Konzessionsgegenstand i.S.d. § 46 II EnWG)

- Kriterien bzw. Vorgaben hinsichtlich der Energiebezugs- bzw. Energievertriebs- und Erzeugungstätigkeit
- Kriterien zum gemeinsamen Betrieb von Strom- und Gasnetz bzw. zusätzlicher Wasser-/Fernwärmenetzbetrieb
- Kriterien zum gemeinsamen Netzbetrieb in mehreren Gemeinden
- bloße Ausschreibung einer Unternehmensbeteiligung (Einwerbung strategischer privater Partner für den Netzbetrieb)
- Forderung nach kommunaler Unternehmensbeteiligung, Netzpacht- oder Betriebsführungsmodellen

4. Ausdrücklich verbotene Forderungen

a. Abweichungen vom gesetzl. zulässigen Vertragsinhalt von Konzessionsverträgen (§ 46 II EnWG, KAV)

- Vertragslaufzeiten über 20 Jahre
- Forderung KAV-widriger Gegenleistungen (insbesondere: …)
  - Konzessionsabgaben oberhalb der zulässigen Höchstsätze / rechtswidrige Bemessungsgrundlagen
  - Unzulässige Preisnachlässe für Eigenverbrauch der Gemeinde (§ 3 I Nr. 1 KAV)
  - Unzulässige Folgekosten für Bau- und Unterhaltungsmaßnahmen an Wegen (§ 3 I Nr. 2 KAV)
  - sonstige Sach- oder Finanzleistungen ohne angemessene Gegenleistung, insbesondere:
    - Verlegung von Leerrohren zur Breitbandverkabelung/Verlegung von Breitbandkabeln (anders nur, wenn eindeutig vorrangig dem Netzbetrieb dient)
    - Leistungen im Zusammenhang mit dem Bau und dem Betrieb von Anlagen zur KWK
    - Schaffung neuer Arbeitsplätze vor Ort
    - Aufbau dezentraler Energieversorgungsstrukturen
    - Unterstützung der Eigenerzeugung der Gemeinde
    - Förderung des Klimaschutzes vor Ort
    - marktunübliche Unternehmensbeteiligungen (Beteiligung sowieso als Vergabekriterium unzulässig)
    - finanzielle/sachleistungsmäßige Unterstützung zur Aufstellung kommunaler/regionaler Energiekonzepte
    - Maßnahmen, die rationellen, sparsamen, ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart dienen
    - Rückbau stillgelegter Leistungen (str.!)
  - Verpflichtungen zur Netzübertragung ohne wirtschaftlich angemessenes Entgelt

4. Ausdrücklich verbotene Forderungen

b. Sonstige gesetzlich verbotene Forderungen (GWB, KAV, AEUV, etc.)

- Unternehmenssitz im Inland/Förderung der kommunalen Wirtschaft (soweit EVU aus anderen EU-Staaten beteiligt)
- Leistungsforderungen ohne sachlichen Bezug zur Wegenutzung bzw. zum Netz, insbesondere
  - Straßenbeleuchtungs-, Energieerzeugungs-, Abwasser-, Wärme- und Telekommunikationsdienstleistungen
  - Beschäftigung von Arbeitnehmern in der Gemeinde
  - Gewerbesteuerzerlegung
  - Unternehmensbeteiligung der Gemeinde
- Verlegung oder Verbleib des Unternehmenssitzes bzw. der Betriebsstätte in die Gemeinde

B Deckung mit den Zielen des § 1 EnWG

§ 46 IV 1 - 3 EnWG: *„Die Gemeinde ist bei der Auswahl des Unternehmens den Zielen des § 1 Absatz 1 verpflichtet. Unter Wahrung netzwirtschaftlicher Anforderungen, insbesondere der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz, können auch Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft berücksichtigt werden. Bei der Gewichtung der einzelnen Auswahlkriterien ist die Gemeinde berechtigt, den **Anforderungen des jeweiligen Netzgebietes Rechnung zu tragen**.“*

Problem:

Bei der Umsetzung und Gewichtung dieser Zielvorgaben:

- Gemeinde beschränkt auf ihr Gemeindegebiet
- Gemeinde beschränkt auf das vorhandene Netz

} Aspekte überörtlicher Energiesystemplanungen/überörtlicher Sektorkopplung allenfalls verwertbar, wenn Bezug zum konkreten Netz

B Deckung mit den Zielen des § 1 EnWG (§ 46 IV 1 und 2 EnWG)

➢ **Auswahlentscheidung nur durch Bezugnahme auf:**

§ 46 IV 1 EnWG — **zwingend**

○ **Ziele des § 1 I EnWG**

- *sicherer*
- *preisgünstiger*
- *verbraucherfreundlicher*
- *effizienter*
- *umweltverträglicher*

Streng bezogen auf den ausgeschriebenen Netzbetrieb!!

Gewichtung zwischen den einzelnen Zielen bleibt grundsätzlich Gemeinde überlassen

Aber (BGH „Berkenthin“):

- Versorgungssicherheit min. 25%
- Alle Ziele müssen „angemessen“ berücksichtigt werden

OLG Stuttgart (5.1.2017/7.11.2013):

- Effizienz min. 10%

Insgesamt: **„vorrangig“** (m.E. 70%)

OLG Celle v. 17.3.2016 (13 U 141/15 (Kart): jedenfalls über 50%

§ 46 IV 2 EnWG — **fakultativ**

○ **Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft**

- **KAV-zulässige Gegenleistungen**
- **Unmb. durch Netzbetrieb bzw. Wegenutzung berührte Kommunalinteressen (Sachbezug)**

  Insbesondere:
  - Städtebauliche Aspekte
  - Vermeidung von Straßenverkehrsstörungen
  - **Koordinierung mit anderen Netzgewerken**
  - Wegeinstandsetzung/Folgekosten
  - Endschaftsvereinbarungen; SonderkündigungsR

interne Gewichtung bleibt der Gemeinde überlassen

Insgesamt: **„nachrangig“**

= sachlich gerechtfertigte Bewerberauswahl

B Deckung mit den Zielen des § 1 EnWG (§ 46 IV 1 und 2 EnWG)

1. Auswahlentscheidung unter jeglicher Bezugnahme auf**:**

   - **Kriterien ohne sachlichen Bezug zum Konzessionsgegenstand**
     - nicht-netzbezogene Kriterien:
       - Energievertrieb
       - Energieerzeugung
       - andere nicht-netzspezifische Leistungen
     - sonstige Fiskalinteressen:
       - Kommunale Unternehmensbeteiligungen
       - „Regionale Präsenz“ (Betriebsstätte/Arbeitsplätze vor Ort)
       - m.E. auch Gewerbesteuerzerlegung

2. Auswahlentscheidung ohne Berücksichtigung der Ziele des § 1 I EnWG

3. Auswahlentscheidung bei nur nachrangiger Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG sowie Untergewichtung der einzelnen Ziele des § 1 EnWG

nach § 46 IV EnWG
unzulässige Auswahlkriterien

= sachlich ungerechtfertigte Bewerberauswahl

Verstoß gegen

- §§ 46 III, I EnWG und
- § 19 I, II Nr. 1 GWB

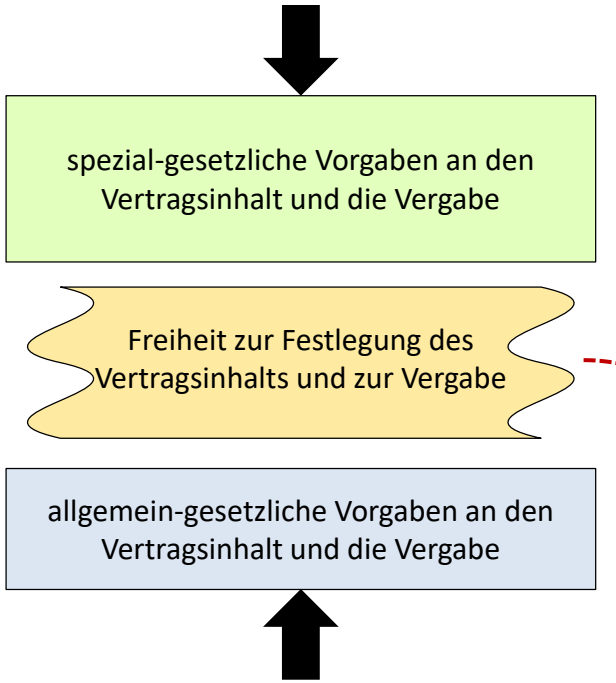
Zusammenfassung

A. Die unternehmerische Vermarktung von Wegenutzungsrechten im Energie- und Wärmesektor – Friktionen bei der kommunalen Sektorkopplung

- **Konzessionsvertragliche Steuerungspotentiale im Kontext der Netzregulierung**
  - Energiesystementscheidungsrecht der Gemeinde (Gas oder Fernwärme? - Erschließung/Nichterschließung von Gemeindegebieten)
    - (+) Vertragliche Bindung des Konzessionärs bzgl. der Frage der (Nicht-)Erschließung und des Leitungsrückbaus **möglich**
    - (-) Aber: keine rechtliche Handhabe gegen „Dritterschließungen“ (Fernwärme, Gasleitungsbau)

- **Steuerungspotentiale im Rahmen der Ausschreibung**
  - **Energiesystementscheidungsrecht** der Gemeinde (Gas oder Fernwärme? - Erschließung/Nichterschließung von Gemeindegebieten)
    - (+) mit Blick auf den konkreten Ausschreibungsgegenstand (z.B. Gasnetzbetrieb) denkbares Auswahlkriterium
  - **Steuerungshemmnisse:**
    - Keine Bündelung von Gemeinden (d.h. zum Teil sehr kleine Gemeinden)
    - Bindung der Gemeinde an das Zielpentagon des § 1 Abs. 1 EnWG → nur streng netz- bzw. gemeindebezogene Aspekte
    - Über die Koordinierung von Bau-/Investitionsmaßnahmen hinaus kaum Möglichkeiten zur Sektorkopplung
    - Gemeindeseitig geforderter Rückbau von Energieleitungen → Kostenübernahme? - Verstoß gegen § 3 II KAV?

b. Energiekonzessionsvergabe – Potentiale und Friktionen zur kommunalen Sektorkopplung?



Abseits streng netzspezifischer Aspekte
→ *„örtliche Energiepolitik“ / „kommunale Sektorkopplung“*
über die Vergabe von Wegerechten nach § 46 I, II EnWG/§ 19 GWB:

eher

Fazit: Mit Blick auf die Effektivität einer *„kommunalen Sektorkopplung“* wäre der § 46 EnWG insgesamt zu novellieren.

A. Die unternehmerische Vermarktung von Wegenutzungsrechten im Energie- und Wärmesektor

1. **Einstieg und historischer Abriss** ☑
2. **Rechtsgrundlagen der Wegerechtsvergabe – Potentiale und Friktionen bei der kommunalen Sektorkopplung** ☑
3. **Exkurs: Umgang mit Wegenutzungsrechten in anderen Sektoren und anderen Ländern**

Telekommunikationsgesetz (TKG)

§ 68 Grundsatz der Benutzung öffentlicher Wege

(1) *Der Bund ist befugt, Verkehrswege für die öffentlichen Zwecken dienenden Telekommunikationslinien unentgeltlich zu benutzen, soweit dadurch nicht der Widmungszweck der Verkehrswege dauernd beschränkt wird (Nutzungsberechtigung). Als Verkehrswege gelten öffentliche Wege, Plätze, Brücken und Tunnel sowie die öffentlichen Gewässer.*

- Wegenutzungsberechtigung liegt originär beim Bund
- BNetzA überträgt Wegenutzungsrecht gemäß § 69 Abs. 1 und 2 TKG auf Antrag an die Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze
- Gemeinden üben abgesehen von der Zustimmung zur konkreten Verlegungsweise der TK-Linien gemäß § 68 Abs. 3 TKG (Kabelführung) keinen Einfluss aus.
- Es dürfen noch nicht einmal Konzessionsabgaben verlangt (Verfassungsmäßigkeit vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 07.01.1999, Az.: 2 BvR 929/97)

Wasserkonzessionsverträge

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)

§ 31 Verträge der Wasserwirtschaft

(1) Das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach § 1 gilt nicht für Verträge von Unternehmen der öffentlichen Versorgung mit Wasser (Wasserversorgungsunternehmen) mit

2. Gebietskörperschaften, soweit sich damit eine Gebietskörperschaft verpflichtet, die Verlegung und den Betrieb von Leitungen auf oder unter öffentlichen Wegen für eine bestehende oder beabsichtigte unmittelbare öffentliche Wasserversorgung von Letztverbrauchern im Gebiet der Gebietskörperschaft ausschließlich einem Versorgungs-unternehmen zu gestatten;

- Laufzeitbegrenzung nur aus §§ 18 ff. GWB
- h.M. keine Ausschreibungspflicht bei inhouse-fähigem WVU
- Konzessionsabgaben begrenzt durch die KAE (bei Eigenbetrieben keine KA)

Einräumung des Rechts auf Energienetzbetrieb in anderen Europäischen Mitgliedsstaaten

	Recht zum Netzbetrieb vermittelt durch:	Ausschreibung vorgesehen?	Zuständige Stelle für Vergabe/Erteilung/Genehmigung
Österreich	Erteilung einer Konzession (daneben Gebrauchsabgabe für Wegenutzung)	(-)	Landesregierung
Griechenland*	Bestimmung durch Gesetz (unentgeltliches Wegerecht gesetzlich eingeräumt)	(-)	Gesetzgeber
Irland*	Erteilung einer Lizenz (unentgeltliches Wegerecht gesetzlich eingeräumt)	(-)	Nationale Regulierungsbehörde CER
Portugal*	Erteilung einer Konzession (kommunale Abgabe oder Steuer für Wegenutzung)	(+)	**Kommunen**
Luxemburg	Erteilung einer befristeten Genehmigung (unentgeltliches Wegerecht gesetzlich eingeräumt)	(-)	Ministerium für Energie und Raumentwicklung
Großbritannien	Erteilung einer Lizenz	(-)	Nationale Regulierungsbehörde GEMA
Italien	Erteilung einer befristeten (ausschließlichen) Konzession	(+)	Ministerium für wirtschaftliche Entwicklung
Frankreich*	Abschluss von Konzessionsverträgen + öffentlich-rechtlicher Vertrag zwischen ERDF (EDF-Tochter) u. Staat	(-)	**Kommunen** und Staat
Tschechien	Erteilung einer befristeten Lizenz	(-)	Nationale Regulierungsbehörde ERU
Polen	Erteilung einer befristeten Lizenz	(-)	Nationale Regulierungsbehörde URE

* Landesweit nur ein Verteilnetzbetreiber.

Modest/Sauer, EWeRK 3/2016, S. 226-229

Gliederung

A. Die unternehmerische Vermarktung von Wegenutzungsrechten im Energie- und Wärmesektor – Friktionen bei der kommunalen Sektorkopplung

B. Lösungspotentiale einer aufgabenzentrierten Betrachtung (Abschaffung des § 46 VI EnWG)

W2K

Wesentliche Ansatzpunkte

Aufgabenzentrierte Betrachtung, Rechtsregime und Systementscheidungsrecht

- Anknüpfungspunkt: Versorgungsaufgabe – nicht: Wegenutzungsrecht
- Möglichkeit zur Wahl öffentlich-rechtlicher Handlungsformen
- Kommunales sektoberübergreifendes Systementscheidungsrecht (Eigenerfüllung, Fremderfüllung, gemischtwirtschaftliche Erfüllung) - Abschaffung des § 46 Abs. 6 EnWG

Ausschreibungsregime

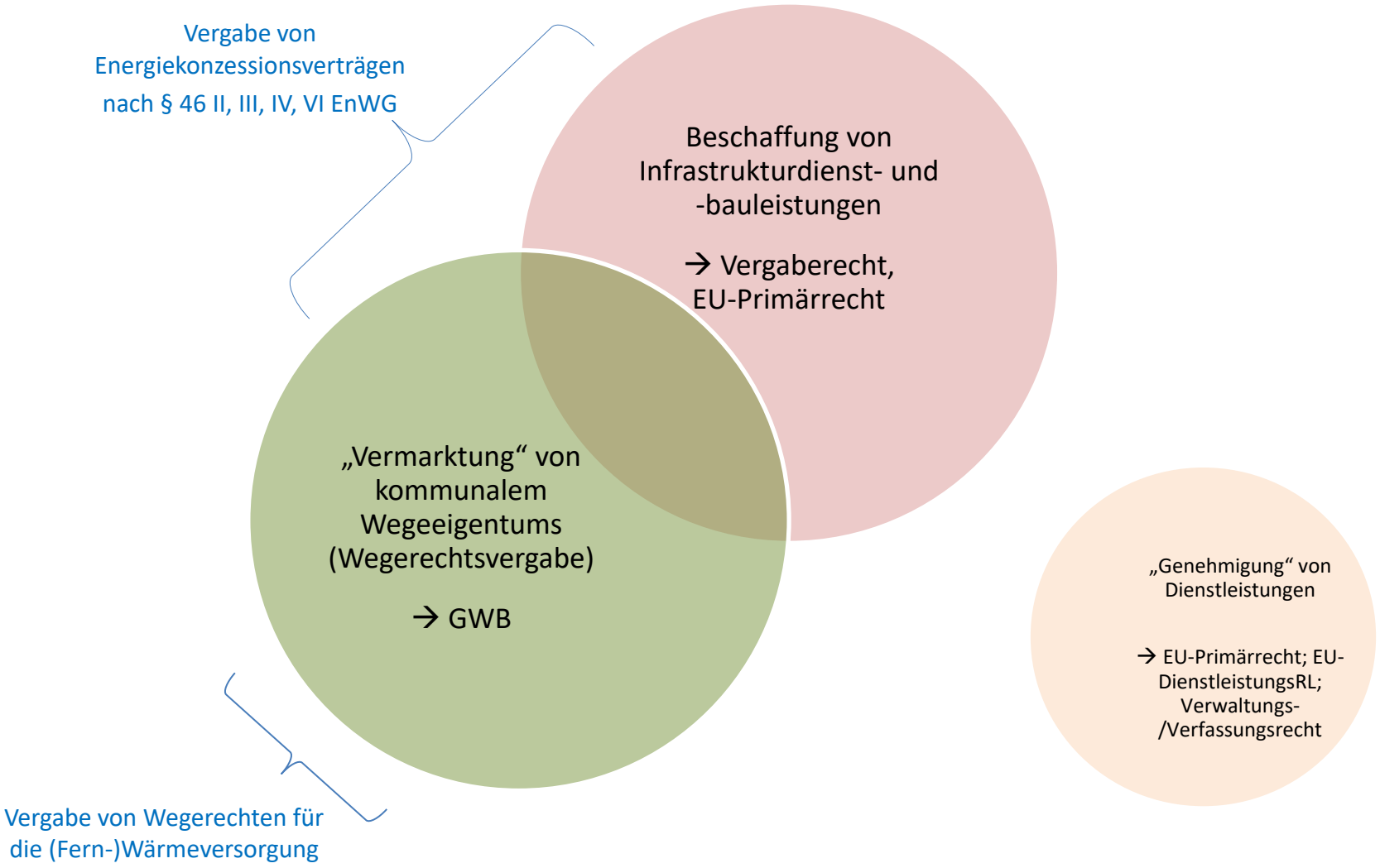
- Möglichkeit sektorübergreifender Ausschreibungen (z. B. Strom, Gas, Wärme …)
- Ermöglichung integrierter Ausschreibungen: Partnersuche + Konzessionsvergabe
- Änderung des Bezugspunkts der Ausschreibungspflicht in gemischt-wirtschaftlichen Strukturen: nicht Konzession, sondern Partnerschaft im öffentlich beherrschten Unternehmen wird regelmäßig ausgeschrieben

Netzübernahmen

- Schaffung effektiver Netzübernahmemöglichkeiten im Allgemeinen
- Schaffung effektiver kommunaler Rückholoptionen für örtliche Versorgungsnetze

© W2K

Zur Erinnerung



„eine“ Reformoption

~~Vergabe von Energiekonzessionsverträgen nach § 46 II, III, IV, VI EnWG~~

Beschaffung von Wärme- und Energieversorgungs- und Infrastrukturdienst- sowie Infrastruktur-bauleistungen

→ Vergaberecht, EU-Primärrecht

Wegenutzungs-gebühr/-entgelt

„Genehmigung“ von Dienstleistungen

→ EU-Primärrecht; EU-DienstleistungsRL; Verwaltungs-/Verfassungsrecht

Unternehmerische Vermarktung von kommunalem (Wege-)Eigentum

1. Fragenkreis: Kommerzialisierung des Wegeeigentums (€€)

- Öffentliches Straßen-/Wegerecht der Flächenländer (u.a. öffentliche Gebühren) überlagt die Vermarktung des Wegeeigentums der Gemeinden nicht (Verweis ins BGB → bürgerl. Eigentums/VertragsR)
- Kommunalrechtlicher Wirtschaftlichkeitsgrundsatz („*Keine Veräußerung unter Wert*“)
- Begrenzung der Kommerzialisierbarkeit für Wasser- und Energiewegenutzungsrechte durch KAV, KAE (bei Fernwärme mittelbare Relevanz der KAE über das Steuerrecht) und für alle Gewerke aus Kartellrecht

2. Fragenkreis: Einräumung des Wegenutzungsrechts

- Vorgaben aus den LandesstraßenG für Bln., HH, Bremen
- Vorgaben aus dem **Kartellrecht** und **EnWG**
  - **Fernwärme**: Anspruch auf einfache WegenutzungsR – kein Recht/keine Pflicht der Gemeinde zur Ausschreibung (so LG Stuttgart, Urt. v. 14.02.2019, Az. 11 O 225/16; mE falsch!)
  - **Energie**:
    - Anspruch auf **einfache Wegerechte** (Mglkt. der Umgehung der kommunalen Energiesystemplanung)
    - Ausschreibungspflicht bei sog. **Konzessionsverträgen** (Netzmonopol)
      - Laufzeitbegrenzung
      - Diskriminierungsfreie Vergabe
        - Gleiche Chancen
        - **Sachbezug der Kriterien (u.a. netzbezogen)**
      - **Kein Konzern-/Inhouseprivileg für Kommunen**

Eigenerbringung oder Dritterfüllung kommunaler Aufgaben

1. Fragenkreis: Privatisierbarkeit kommunaler Aufgaben

- Restriktionen bei pflichtiger Selbstverwaltung nach den Fachgesetzen (Wasserversorgung; Abwasser-/Abfallbeseitigung)
- **Energie-, (Fern-)Wärmeversorgung**, ÖPNV, TK sind **grundsätzlich freiwillige Aufgaben der Daseinsvorsorge** → keine besonderen Restriktionen für Privatisierungen
- i.Ü. allgemeine Pflicht zum Erhalt gemeinwohlorientierter Handlungsspielräume (zumindest Vorbehalt kommunaler Einwirkungs-/Steuerungsmöglichkeiten; soweit möglich).

2. Fragenkreis: Auftrags-/Konzessionsvergabe

- Vorgaben aus dem dt. und europäischen Vergaberecht (v.a. §§ 119 ff. GWB, VgV (RL 2014/24/EU) oder §§ 148 ff. GWB, KonzVgV (RL 2014/23/EU)
  - Laufzeitbegrenzung
  - Diskriminierungsfreie Vergabe
    - Gleiche Chancen
    - **Keine vergabefremden Zwecke (Beurteilungsspielraum)**
  - **„grundsätzlich" Inhouseprivileg für Kommunen**
- Europäisches Primärrecht (Grundfreiheiten des AEUV)
- Verfassungsrechtliche Anforderungen (Artt. 3, 12, 14 GG)

B. Lösungspotentiale einer aufgabenzentrierten Betrachtung (Abschaffung des § 46 VI EnWG)

Erfordernisse

I. Abschaffung des § 46 EnWG

II. Loslösung vom Kartellrecht → Unterlassung der „unternehmerischen Vermarktung“ des Wegeeigentums

- Umgestaltung der Vereinnahmung von Wegerechtsentgelten
- freiwillige Preisgabe oder gesetzl. Beschränkung der Kommerzialisierung des privaten Wegeeigentums (vglb. § 68 TKG)?

III. Kommunale Eigenerbringung oder kommunale Beschaffung von Versorgungsleistungen sowie Infrastrukturdienst- und -bauleistungen im Wärme- und Energiesektor

1. Problem:

- Woraus folgt die Systementscheidungskompetenz der Gemeinde in Angelegenheiten der Wärme- und Energieversorgung?
- Muss hierfür eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden? Oder genügt Art. 28 II GG?

2. Problem:

- Auf welcher Grundlage kann das Eigentum an den Wärme- bzw. Energieversorgungsleitungen (vormals Aufgabenerlegung durch private Dritte) herausverlangt werden?

Vielen Dank für die Aufmerksamkeit!

Exkurs

Konzessionsvergaberecht (§§ 148 ff. GWB i.V.m. KonzVgV / RL 2014/23/EU)

Wenn §§ 148 ff. GWB, KonzVgV (RL 2014/23/EU) anwendbar, dann insbesondere:

- Pflicht zur Befristung der Verträge
- Pflicht zur Ausschreibung unter Einhaltung definierter Verfahrensregeln
- m.E. Beendigung von rechtswidrig vergebenen oder unverhältnismäßig lang gelaufenen Verträgen

es sei denn:

- Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit nach § 108 GWB (**Inhouse-Geschäfte**)
- Ausnahmen von der Konzessionsbekanntmachung nach § 20 KonzVgV

Exkurs: Konzessionsvergaberecht (§§ 148 ff. GWB i.V.m. KonzVgV / RL 2014/23/EU)

1. **Anwendbarkeit der §§ 148 ff. GWB, KonzVgV / RL 2014/23/EU**
2. **Ausnahmen bei öffentlicher-öffentlicher Zusammenarbeit nach § 108 GWB (Inhouse-Geschäfte)**
3. **Ausnahmen von der Konzessionsbekanntmachung nach § 20 KonzVgV (Ausschließlichkeitsrechte)**
4. **Fazit**

1. Anwendbarkeit der §§ 148 ff. GWB, KonzVgV / RL 2014/23/EU:

- Keine Bereichsausnahme für Energie- und (Fern-)Wärmekonzessionen (nur für Wasser gem. § 149 Abs. 9 Buchst. a) GWB)

- **Erfüllung des Begriffs der Dienstleistungskonzession?** - § 105 I Nr. 2 GWB, Art. 5 Nr. 1 Buchst. b) RL 2014/23/EU

  - „*entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Konzessionsgeber ein oder mehrere Unternehmen* ***mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen****, die nicht in der Erbringung von Bauleistungen nach Nummer 1 bestehen …* "

  - „*dabei besteht die* ***Gegenleistung*** *entweder allein in dem* ***Recht zur Verwertung der Dienstleistungen*** *oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung*"

  - in Abgrenzung zum Dienstleistungsauftrag: (etwaiges) Betriebsrisiko für Verwertung der Dienstleistung trägt Konzessionsnehmer (§ 105 Abs. 2 GWB)

RICHTLINIE 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe

Erwägungsgrund *(16)* *„Außerdem sollten Vereinbarungen über die* ***Gewährung von Wegerechten*** *hinsichtlich der Nutzung öffentlicher Liegenschaften für die Bereitstellung oder den Betrieb fester Leitungen oder Netze, über die eine Dienstleistung für die Allgemeinheit erbracht werden soll, ebenfalls* ***nicht als Konzessionen*** *im Sinne dieser Richtlinie gelten,* ***sofern derartige Vereinbarungen weder eine Lieferverpflichtung auferlegen, noch den Erwerb von Dienstleistungen*** *durch den öffentlichen Auftraggeber oder den Auftraggeber für sich selbst oder für Endnutzer* ***vorsehen****.“*

1. Anwendbarkeit der §§ 148 ff. GWB, KonzVgV / RL 2014/23/EU:

- **Erfüllung des Begriffs der Dienstleistungskonzession?** - § 105 I Nr. 2 GWB, Art. 5 Nr. 1 Buchst. b) RL 2014/23/EU
  - *„entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Konzessionsgeber ein oder mehrere Unternehmen **mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen**, die nicht in der Erbringung von Bauleistungen nach Nummer 1 bestehen … "*

→ Heißt unter erwägungsbegründungskonformer Auslegung (E 16):

Dienstleistungskonzession (+),

soweit neben Gewährung eines Wegerechts zur Leitungsverlegung auch …

Auferlegung einer durchsetzbaren **Vertragspflicht des Konzessionsnehmers gegenüber dem Konzessionsgeber zur Erbringung vorgegebener Dienstleistungen**

… für den Konzessionsgeber (Gemeinde) ***und*/oder für Dritte (Kunden)**

1. Anwendbarkeit der §§ 148 ff. GWB, KonzVgV / RL 2014/23/EU

- Erfüllung des Begriffs der Dienstleistungskonzession?

Frage des Einzelfalls!

- abhängig von konkreter Ausgestaltung der Verträge bzw. der Leistungspflichten des Vertragspartners
- irrelevant, ob EVU/FVU an die Gemeinde für die Wegenutzung ein Entgelt entrichtet

1. Anwendbarkeit der §§ 148 ff. GWB, KonzVgV / RL 2014/23/EU

- Erfüllung des Begriffs der Dienstleistungskonzession?

Beispiel: Fernwärme

Vereinbarung	**DLK-Begriff** (Konzessionsvergaberecht anwendbar?)	**Bisherige Rspr.**
Einräumung nur eines einfachen Wegerechts zur Leitungsverlegung (reiner Gestattungs-vertrag)	**Nein.** Keine DLK, weil kein Beschaffungsvorgang	VG Berlin, U.v. 30.6.2017, 4 K 16.15 (Rz. 125)
Einräumung eines exklusiven Wegerechts zur Leitungsverlegung	**Nein.** m.E. keine DLK, weil kein Beschaffungsvorgang	(-)
Wegerecht und zusätzlich Versorgungspflicht (Pflicht zum Betrieb eines Fernwärmenetzes), ggf. unter Netzpacht vom Netzeigentümer (z.B. der Gemeinde)	**Ja. DLK (+), weil Beschaffungsvorgang** (soweit auch Pflicht zum Netzausbau geregelt, dürfte dieser Bauleistungsbestandteil idR untergeordnet sein → insoweit dann keine Baukonzession)	implizit VG Berlin (a.a.O.)

Bestand eines **Anschluss-/Benutzungszwangs** (zugunsten eines Nutzungsberechtigten)	**Contra DLK**: AZB betrifft zunächst nur Verhältnis zwischen Grundstückseigentümer und Fernwärmeversorger **Pro DLK**: AZB nur zulässig, wenn die Versorgung sichergestellt wird (d.h. u.a. vertragliche Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten der Gemeinde auf Betreiber, etc.), so BVerwG, U.v. 6.4.2005, 8 CN 1/04. → soweit damit Begründung einer vertragl. Versorgungspflicht → Beschaffungsbezug	offengelassen vom VG Berlin, Rz. 127

1. **Anwendbarkeit der §§ 148 ff. GWB, KonzVgV / RL 2014/23/EU – Frage des Einzelfalls** ☑
2. **Ausnahmen bei öffentlicher-öffentlicher Zusammenarbeit nach § 108 GWB (Inhouse-Geschäfte)**
3. **Ausnahmen von der Konzessionsbekanntmachung nach § 20 KonzVgV (Ausschließlichkeitsrechte)**
4. **Fazit**

2. Ausnahmen bei öffentlicher-öffentlicher Zusammenarbeit nach § 108 GWB (Inhouse-Geschäfte):

Trotz Dienstleistungskonzession *(d.h. bei vereinbarter Versorgungs- bzw. FW-Netzbetriebspflicht)*

→ **Inhouse-Vergabe (Direktvergabe) an kommunales FVU möglich**

→ **Weiterkonzessionierung des kommunalen FVU ohne Ausschreibung möglich**

→ **Keine Befristung der Verträge/Tätigkeit des kommunalen FVU nötig**

wenn:

- *Gemeinde über den Aufragnehmer (die juristische Person) eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt,*
- *mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber oder von einer anderen juristischen Person, die von diesem kontrolliert wird, betraut wurde, und*
- *an der juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht*

  (mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die durch gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln)

2. Ausnahmen bei öffentlicher-öffentlicher Zusammenarbeit nach § 108 GWB (Inhouse-Geschäfte):

Trotz Dienstleistungskonzession *(d.h. bei vereinbarter Versorgungs- bzw. FW-Netzbetriebspflicht)*

→ **Inhouse-Vergabe (Direktvergabe) an kommunales FVU möglich**

→ **Weiterkonzessionierung des kommunalen FVU ohne Ausschreibung möglich**

→ **Keine Befristung der Verträge/Tätigkeit des kommunalen FVU nötig**

wenn:

- *Gemeinde über den Aufragnehmer (die juristische Person) eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt,*
- *mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber oder von einer anderen juristischen Person, die von diesem kontrolliert wird, betraut wurde, und*
- *an der juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht*
  (mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die durch gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln)

---

vmtl. Einwand des priv. EVU/FVU: „*widersprüchliches Verhalten*“ der Gemeinde ?

- Vorzeitige Vertragsbeendigung mit privatem FVU unter Hinweis auf konzessionsvergaberechtliche Befristungspflicht (Vertragsüberdauer) aber anschließender Inhouse-Vergabe an kommunales FVU möglich?

→ Spannungsfeld: **kommunale Daseinsvorsorgeaufgabe** vs. **Gewerbefreiheit der Privatwirtschaft**

Exkurs: Konzessionsvergaberecht (§§ 148 ff. GWB i.V.m. KonzVgV / RL 2014/23/EU)

1. **Anwendbarkeit der §§ 148 ff. GWB, KonzVgV / RL 2014/23/EU – Frage des Einzelfalls** ☑
2. **Ausnahmen bei öffentlicher-öffentlicher Zusammenarbeit nach § 108 GWB (Inhouse-Geschäfte)** ☑
3. **Ausnahmen von der Konzessionsbekanntmachung nach § 20 KonzVgV (Ausschließlichkeitsrechte)**
4. **Fazit**

3. Ausnahmen von der Konzessionsbekanntmachung nach § 20 KonzVgV **(Ausschließlichkeitsrechte):**

Trotz Dienstleistungskonzession *(d.h. bei vereinbarter FW-Lieferpflicht und/oder FW-Netzbetriebspflicht)*

→ Kann von Konzessionsbekanntmachung abgesehen werden (**Direktvergabe**)

→ Nur Dokumentations- und ex-post-Bekanntmachungspflichten

wenn:

- wenn Dienstleistung nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht werden kann, weil ein ausschließliches Recht besteht (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 KonzVgV)
  - Hier: **Eigentum am Fernwärmenetz als ausschließliches Recht?**
    - Eigentum am Wassernetz grundsätzlich als Ausschlussgrund anerkannt

      zu § 3a Nr. 2 lit. c) VOL/A a.F.: OLG Frankfurt a.M. vom 30.08.2011 - (11 Verg 3/11)

    - auf Fernwärme- oder Energieversorgungsnetz übertragbar

      (wegen des Fremdeigentums zumindest zweifelnd am (binnenmarktweiten) Interesse anderer FVU am Erhalt eines Wegenutzungsrechts: VG Berlin, U.v. 30.6.2017, 4 K 16.15, Rz. 124)

3. Ausnahmen von der Konzessionsbekanntmachung nach § 20 KonzVgV **(Ausschließlichkeitsrechte)**:

Trotz Dienstleistungskonzession *(d.h. bei vereinbarter FW-Lieferpflicht und/oder FW-Netzbetriebspflicht)*

→ Kann von Konzessionsbekanntmachung abgesehen werden (**Direktvergabe**)

→ Nur Dokumentations- und ex-post-Bekanntmachungspflichten

wenn:

- wenn Dienstleistung nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht werden kann, weil ein ausschließliches Recht besteht (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 KonzVgV)
  - Hier: **Eigentum am Fernwärmenetz als ausschließliches Recht?**
    - Eigentum am Wassernetz grundsätzlich als Ausschlussgrund anerkannt

      zu § 3a Nr. 2 lit. c) VOL/A a.F.: OLG Frankfurt a.M. vom 30.08.2011 - (11 Verg 3/11)
    - auf Fernwärme- oder Energieversorgungsnetz übertragbar

      (wegen des Fremdeigentums zumindest zweifelnd am (binnenmarktweiten) Interesse anderer FVU am Erhalt eines Wegenutzungsrechts: VG Berlin, U.v. 30.6.2017, 4 K 16.15, Rz. 124)

- **ABER: KEIN Ausschlussgrund bei bestehenden Netzübertragungsansprüchen**
  - Vertragliche Übernahmeansprüche (Endschafts-/Heimfallklausel)?
  - Gesetzliche Übernahmeansprüche? VG Berlin (-)?

4.Fazit

Jedenfalls soweit …

(1) neben der Einräumung eines Wegerechts zur Leitungsverlegung dem Nutzungsberechtigten auch eine gemeindeseitig durchsetzbare **Vertragspflicht zur Erbringung vorgegebener Dienstleistungen** (Versorgungs- bzw. Netzbetriebspflicht) für die Gemeinde und/oder für Dritte (Kunden) auferlegt wird,

(2) der **Vertragswert mindestens 5.186.000 EUR** beträgt (§ 106 II Nr. 4 GWB i.V.m. Art. 8 RL 2014/23/EU) und

(3) das bisherige FVU zur **Übereignung oder Gebrauchsüberlassung der Fernwärmeleistungen** bereit oder verpflichtet ist,

… folgt aus den Regelungen des Konzessionsvergaberechts (§§ 148 ff. GWB i.V.m. KonzVgV / RL 2014/23/EU)

- eine Pflicht der Gemeinde zur **regelmäßigen Ausschreibung** unter Einhaltung der definierten Verfahrensregeln,
- eine **Laufzeitbegrenzung** der Verträge und
- m.E. auch die **Beendigung bestehender Verträge**, soweit diese rechtswidrig vergeben oder überlang gelaufen

Es sein denn …

- bisherige EVU/FVU ist **inhouse-fähiges Unternehmen** und Gemeinde wünscht Fortführung mit demselben

  → dies ist aus der Perspektive des Konzessionsvergaberechts auch ohne Ausschreibung, Laufzeitbegrenzung, Vertragsbeendigung möglich