

Der Wettbewerb um Konzessionsverträge

Kartellrechtliche Anforderungen

Heike Zinram
Niedersächsisches Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr
- Landeskartellbehörde -

Speyerer Kommunaltag
Rekommunalisierung der Versorgungsaufgaben
Forum an der DHV Speyer vom 7.-8. Oktober 2010

Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts
- Kartellrechtliche Anforderungen

Gliederung

- **Der Konzessionsvertrag nach § 46 EnWG**
- **Behördliche Zuständigkeiten nach dem GWB und EnWG**
- **Kartellrechtliche Verpflichtungen der konzessionsvergebenden Gemeinde**
- **Kartellrechtliche Verpflichtungen des Altkonzessionärs**
 - a) **im Verhältnis zur Gemeinde**
 - b) **im Verhältnis zum Neukonzessionär**
 - c) **im Verhältnis zu anderen Interessenten**
- **Fazit**

Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

Vorbemerkung

- Aus dem Sinn und Zweck der Regelung des § 46 EnWG ergibt sich, den Neuabschluss von Wegenutzungsverträgen wettbewerblich auszugestalten und somit einen Wettbewerb „um das Netz“ zu initiieren. (So Begründung § 13 EnWG-E 1997, BT-Drs. 13/7274).
- Wettbewerb um Netze, da
 - Verhinderung erstarrter Strukturen durch transparenten Auswahlprozess.
 - Marktzutrittschance für neue kommunale / private Marktteilnehmer.

Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

- Das OLG Düsseldorf führte hierzu aus:
„Der Zweck des Gesetzes besteht nicht in dem Schutz der Gemeinde, etwa um die Entscheidungsfreiheit der Gemeinde zu erweitern, oder in der Gewährleistung von Rechtssicherheit, sondern in der Ermöglichung des Wettbewerbs durch Dritte“.
(OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.03.2008 – VI-2U (Kart) 8/07)
- Die Gemeinde ist als „Herrin des Konzessionsvergabeverfahrens“ in der Verantwortung, eine transparente und diskriminierungsfreie Vergabe der Wegenutzungsrechte durchzuführen.

Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

Der Konzessionsvertrag nach § 46 EnWG

- Nach § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG haben Gemeinden ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen (...) zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen.
- Die Höchstlaufzeit beträgt 20 Jahre, auslaufende Konzessionsverträge zwischen Gemeinden und EVU über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Elektrizitäts- und Gasverteilnetzen sind gemäß § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG nach ihrem Ablauf von den Gemeinden neu abzuschließen. Dabei sieht die Vorschrift eine Bekanntmachung des Auslaufens der Konzessionsverträge spätestens zwei Jahre vor Vertragsablauf im Bundesanzeiger oder bei mehr als 100 000 an das Versorgungsnetz im Gemeindegebiet angeschlossenen Kunden zusätzlich im Amtsblatt der Europäischen Union vor.



Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

- Die Anforderungen an den Inhalt der Bekanntmachung bzw. an den Ablauf bzw. die Ausgestaltung des Verfahrens sind nicht normiert.
- Sofern sich mehrere EVU beworben haben, ergibt sich aus § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG nur, dass die Neuvergabe der Konzession durch öffentliche Bekanntgabe unter Angabe der maßgeblichen Gründe zu erfolgen hat.



Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

- Problemursachen für Streitfragen im Konzessionsvergabeverfahren
 - Viele unbestimmte Rechtsbegriffe im Gesetz und rudimentäre Regelungen
 - Interessensgegensätze der Verfahrensbeteiligten

Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

- § 46 EnWG: Gemeinden haben spätestens alle 20 Jahre Konzessionen für den Netzbetrieb neu zu vergeben.
- Konzession betrifft nur den Netzbetrieb, Belieferung der Kunden seit Liberalisierung durch im Wettbewerb stehenden Lieferanten.
- Konzessionsvergabe betrifft „Wettbewerb um das Netz“ – „Wettbewerb im Netz“ wird durch Regulierung sichergestellt.
- Trotzdem: Verknüpfung des Konzessionsvergabeverfahrens mit Netzregulierung!
 - >>Neufestlegung der EÖG, die insbesondere dann aufwändig wird, wenn Neukonzessionär ein Teilnetz aus dem Netzgebiet des Altkonzessionärs erwirbt (§ 26 Abs.2 ARegVO: gemeinsamer Antrag!)

Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

Verfahrensbeteiligte vor Abschluss des Konzessionsvertrages

- **Gemeinde**
 - Herrin des Konzessionsvergabeverfahrens
 - Gleichzeitig: eigene Betroffenheit, da grundlegende wirtschaftliche und politische Entscheidung über gemeindliche Energieversorgung der folgenden 20 Jahre (Umsetzung ihrer energie-/klimaschutzpolitischen Vorstellungen - Optimierung ihrer finanziellen Interessen).
 - (Re-)Kommunalisierung (Einnahmen aus Netz und ggf. Vertrieb)?
 - Beteiligung am Energieversorger mit kommunalem/privatem Partner (Anteilige Einnahmen aus Netz und ggf. Vertrieb)?
 - Externe Lösung (keine zusätzlichen Einnahmen neben der KA)?
- **Altkonzessionär**
 - Zumeist: erneuter Bewerber mit strategischem Interesse am Netz (sichere Rendite, Netzkunden weiterhin wg. geringer Wechselquoten auch Vertriebskunden)
 - erheblichem Informationsvorsprung ggü. übrigen Interessenten (da genaue Kenntnis des Netzes / seines Wertes)
- **Interessenten**
 - Ebenfalls strategisches Interesse am Erwerb (weiterer) Netzgebiete.
 - Zumeist: erhebliches Informationsdefizit ggü. Altkonzessionär bzgl. Wert des Netzes.



Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

Wettbewerbsprobleme vor Abschluss des Konzessionsvertrages

- Interessenten kennen Wert des Netzes nicht.
- Bedeutung des Netzwertes für
 - Refinanzierbarkeit der Kosten der Wettbewerbsteilnahme / Leistungszusagen ggü. Gemeinde durch Netzerlöse („Ertragswert des Netzes“)
 - Kalkulation der Kosten einer möglichen Netzübernahme.
- Interessent muss bei Bewerbung um die Konzession das Stadium vor und nach Netzübernahme berücksichtigen, da Netzübernahme zwingende Konsequenz eines erfolgreichen Konzessionswettbewerbs ist.
- Benachteiligung der Interessenten ggü. Altkonzessionär, der über exakte Netzdaten verfügt.



Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

Verfahrensbeteiligte nach Abschluss des Konzessionsvertrages

- Altkonzessionär
 - Hat Wettbewerb um das Netz verloren
 - Hat Anspruch auf „**wirtschaftlich angemessene Vergütung**“
 - Altkonzessionär: Interesse an hoher Vergütung,
 - Neukonzessionär: Interesse an niedriger Vergütung (weiterhin Gültigkeit der „Kaufering-Entscheidung“ des BGH: Kaufpreis wird durch Ertragswert des Netzes begrenzt, sofern prohibitive Wirkung)
- Neukonzessionär
 - Hat Wettbewerb um das Netz gewonnen
 - Hat Anspruch auf „**Netzüberlassung**“
 - Neukonzessionär: Interesse an Eigentumsübertragung (Kaufvertrag)
 - Altkonzessionär: Interesse, nur Besitz zu übertragen und Eigentum zu behalten (Pachtvertrag).



Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

Wettbewerbsprobleme nach Abschluss des Konzessionsvertrages

- Sofern Neukonzessionär Wert des Netzes noch nicht erfahren hat:
 - Benachteiligung bei Kaufpreis-/Pachtzinsverhandlungen wegen Informationsasymmetrie
 - Behinderung beim Netzbetrieb wegen Unkenntnis der eigenen Infrastruktur
 - Neufestlegung der Erlösobergrenzen (§ 26 Abs.2 ARegVO)
 - Einhaltung der Pflichten nach §§ 11 ff. EnWG
- Durchsetzung nicht durch Netzerlöse refinanzierbarer Vergütung für Überlassung: Neukonzessionär in wirtschaftlicher Bedrängnis
- „Nur“ Besitzüberlassung durch den Altkonzessionär beeinträchtigt die Verfügungsgewalt über das Netz.



Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

Behördliche Zuständigkeiten nach dem GWB

Bundeskartellamt

- Generalermächtigung in § 48 Abs. 2 Satz 1 GWB
- Aufsichtsbehörde für alle großen Energieversorgungsunternehmen mit landesübergreifenden Netzen (netzbezogene Zuständigkeitsabgrenzung)
- Außerdem:
Zuständigkeit bei Abgabe durch die Landesbehörde: Auf Antrag des BKartA bei Sachen, für die die Zuständigkeit der Landesbehörde gegeben ist.

Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

Landeskartellbehörden

- Alle Fälle, in denen nicht die Zuständigkeit des BKartA gegeben ist (§ 48 Abs. 2 Satz 2 GWB); Wettbewerbsverstoß nur innerhalb eines Landes relevant.

Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

Behördliche Zuständigkeiten nach dem EnWG

Bundesnetzagentur/Regulierungsbehörde:

- allgemeine Energieaufsicht nach §§ 65, 54 Abs. 1 und 3 EnWG.
- Energierechtliches Missbrauchsverfahren gem. § 30 Abs. 1 Nr. 2 EnWG?
- Gem. § 30 Abs. 1 Nr. 2 EnWG ist den Betreibern von Energieversorgungsnetzen ein Missbrauch ihrer Marktstellung verboten.

>> § 30 EnWG betrifft den Wettbewerb *im* Netz

(Verstöße hinsichtlich des Netzbetriebs, Netzanschlusses (§ 17 EnWG) und Netzzugangs (§ 20 EnWG)),



Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

>> Nebeneinander von regulierungs- und kartellbehördlichen
Zuständigkeiten (§ 46 Abs. 5 EnWG).



Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

Kartellrechtliche Verpflichtungen der konzessionsvergebenden Gemeinde

- Ist Kartellvergaberecht anwendbar?

Nein,
weil es sich bei der Vergabe eines Wegenutzungsvertrages um eine **Dienstleistungskonzession** handelt (EuGH Urteil vom 10.09.2009 betr. Wasserkonzession (Az.: C-206/08, WAZV Gotha).

Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

Zu beachten sind die dem EGV entspringenden Grundprinzipien, u. a.:

- Grundsatz der Transparenz
- Grundsatz der Nichtdiskriminierung
- Grundsatz der Gleichbehandlung
- Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

Daraus folgt, dass die Gemeinde ein Verfahren durchzuführen hat, das

- > zu einem Wettbewerb der Interessenten bzw. Bewerber führen muss und
- > europarechtlichen Mindestanforderungen entspricht.

Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

- Wettbewerb um den Zugang zum Markt
- Vorschriften der §§ 1, 19 und 20 GWB sind auf das gemeindliche Konzessionsvergabeverfahren anwendbar, d.h. Gemeinden unterliegen der besonderen kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht.

Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

Marktbeherrschende Stellung

- Gemeinde ist als Alleinanbieterin von Wegerechten in ihrem Gemeindegebiet als dem sachlich und räumlich abzugrenzenden Markt marktbeherrschend iSv § 19 Abs. 2 GWB.
- Der räumlich relevante Markt ist das jeweilige Gemeindegebiet, so dass die Gemeinde über eine marktbeherrschende Stellung i.S. der §§ 19, 20 GWB auf dem Markt für die Vergabe örtlicher Wegerechte i.S. des § 46 Abs. 1 EnWG verfügt. (So auch BGH Urteil vom 11.08.2008, KZR 43/07).

Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

Funktionaler Unternehmensbegriff

- Voraussetzung: Gemeinden sind bei der Vergabe von Wegenutzungsverträgen als Unternehmen zu qualifizieren.
- H.M. sieht die Vergabe von Wegerechten als unternehmerische Tätigkeit i.S. des funktionalen Unternehmensbegriffs des GWB an.

Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung könnte gegeben sein, wenn die Gemeinde z.B.,

- im Rahmen der Konzessionsvergabe unzulässige Nebenleistungen fordert oder sich zusagen lässt,
 - im Widerspruch zu §§ 1 Abs. 3 und 4, 2 Abs. 6 KAV die Tarif-KA für Gasdurchleitungsfälle fordert,
 - auf die Vertriebstätigkeiten der Konzessionsnehmerin einwirkt,
 - den Interessenten nicht diskriminierungsfrei alle Daten zur Abgabe eines wirtschaftlichen Angebotes zur Verfügung stellt (= Verstoß gegen § 21 Abs. 2 GWB (verbotene Druckausübung))
- >> unmittelbare kartellrechtliche Pflicht der Gemeinde, Wegerechte i. S. d. § 46 EnWG ohne Behinderung eines Wettbewerbers bzw. Interessenten in einem fairen und diskriminierungsfreien Verfahren zu vergeben
- **und** die verschärften kartellrechtlichen Anforderungen zu erfüllen, in dem die Gemeinde ein wettbewerblich ausgestaltetes Auswahlverfahren mit objektiven und transparenten Kriterien durchführt, die zu einer Gleichbehandlung aller Interessenten führen.

Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

- >> Behinderung i.S.v. §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB ist bei jeder wettbewerblich nachteiligen Maßnahme gegeben, die erheblich ist.
D.h.: Jeder Verstoß der Gemeinde gegen Verpflichtung, Wegerechte i. S. d. § 46 EnWG ohne Behinderung eines Wettbewerbers bzw. Interessenten in einem fairen und diskriminierungsfreien Verfahren zu vergeben, führt zur Behinderung der Interessenten.
- Sachliche Rechtfertigung?
 - Verfügbarkeit der Daten für Gemeinde?
 - Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des Konzessionärs?
- >> und ggf. Nichtigkeit des abgeschlossenen KV nach § 1 GWB, wenn KV unter Verstoß gegen o.g. Verpflichtungen zustande kommt.

Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

Problem:

- Geltendmachung ist zeitaufwändig
- Aufwand für Gemeinde – Ressourcen großer Regionalversorger
- Atmosphärisch – langjährige Kooperation der Gemeinde mit EVU, ggf. auch zukünftige Zusammenarbeit, daher Hemmschwelle

Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

Fälle und Rechtsprechung aus der Kartellrechtspraxis:

- Bekanntmachung erfolgt nur in regionalem Anzeigenblatt, d.h. Bekanntmachung in unzulässigen Medien - Verstoß gegen § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG und §§ 19, 20 GWB; Folge: Nichtigkeit des Vertrages wegen Verstoßes gegen § 134 BGB (Gesetzliches Verbot).
- Fristen des Bekanntmachungsverfahrens werden nicht eingehalten – Einzelfallprüfung. Ein Kartellrechtsverstoß ist auf jeden Fall gegeben, wenn
>> Unangemessen kurze Frist (von z.B. 14 Tagen)
- Kartellbehörden vertreten die Auffassung, dass Interessenbekundung **mindestens 3 Monate** betragen sollte.
>> **Interessenbekundungsfrist ist keine Ausschlussfrist!**

Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

- Samtgemeinde führt Bekanntmachungsverfahren nur für Teile des Versorgungsgebietes durch und will Wegenutzungsverträge für andere Gemeindegebiete ohne vorherige Bekanntmachung an das gleiche EVU vergeben - Verstoß gegen §§ 19, 20 GWB.
- Verhandlung nur mit dem alten Konzessionsnehmer und Verlängerung der Gesamtlaufzeit über 20 Jahre (OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.03.2008 (VI-2 U (Kart) 8/07) – Verstoß gegen § 1 GWB, Nichtigkeit des Vertrages.
- Verstoß gegen dreimonatige Vertragssperre führt zur Nichtigkeit, § 46 Abs. 3 EnWG iVm § 134 BGB
- Vergaberechtliche Losaufteilung führt zu nur einem Bieter; Verstoß gegen Gleichbehandlungs- bzw. Nichtdiskriminierungsgrundsatz?

Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

- Das Vereinbaren von Musterkonzessionsverträgen auf horizontaler Ebene zwischen den Gemeinden untereinander und vertikal zwischen den Gemeinden und großen EVU ist an den Vorschriften der §§ 1, 19 und 20 GWB zu messen.
- Im Rahmen von Absprachen getroffene Regelungen unterliegen – soweit sie wettbewerbsbeschränkenden Charakter haben, grundsätzlich dem Kartellverbot nach § 1 GWB.
- Auch wenn es sich bei Musterkonzessionsverträgen lediglich um Empfehlungen handeln sollte, können diese unter das Kartellverbot des § 1 GWB fallen (Beispiel: Gemeinden sollen immer die höchstzulässige Konzessionsabgabe erhalten und das EVU hat stets die höchstzulässige Konzessionsabgabe zu zahlen. Dies könnte als unzulässige Preisabrede angesehen werden i.S. von § 1 GWB).

Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

Kartellrechtliche Verpflichtungen des Altkonzessionärs a) im Verhältnis zur Gemeinde

Datenherausgabe

- kartellrechtlich durchsetzbare Verpflichtung gegen Altkonzessionär
Spätestens nach der Bekanntmachung des Auslaufens des KV ist der **Altkonzessionär ggü. der Gemeinde verpflichtet, bestimmte Daten zum Netz an die Gemeinde herauszugeben**, damit sie ein wettbewerbliches Verfahren durchführen kann.
>> Dies ergibt sich als Nebenpflicht aus auslaufendem Konzessionsvertrag und aus Sinn und Zweck von § 13 EnWG 1998 und § 46 EnWG 2005.
>> Vertragliche Mitwirkungspflicht des Altkonzessionärs bei der Neuvergabe der Konzession.

Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

- >> Kartellrechtlich durchsetzbare Verpflichtung des Altkonzessionärs zur Datenherausgabe besteht auf Herausgabe der Daten, die es den Bewerbern ermöglicht, überhaupt ein wirtschaftliches Angebot / Kalkulation vornehmen zu können.
(Hierzu Hinweise der LKB Niedersachsen)

Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

Angaben zum KA-Aufkommen

- Neuerlicher Konzessionsvertrag unter Missachtung dieser Auskunftsansprüche mit dem Altkonzessionär verstieße gegen § 1 GWB, weil wettbewerbliches Verfahren verhindert worden ist.
- Nichterfüllung des Auskunftsanspruch durch den Altkonzessionär könnte auch kartellrechtlich verbotene Druckausübung auf die Gemeinde nach § 21 Abs. 2 GWB darstellen.



Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

b) Im Verhältnis zum Neukonzessionär

- Kartellrechtlich durchsetzbare Verpflichtung auf Datenherausgabe nach Abschluss des KV und Erwerb der Konzession durch Neukonzessionär?
- Ist wettbewerblicher Prozess mit Abschluss des neuen Konzessionsvertrages beendet ?
- Wettbewerbsbehinderung im Sinne von §§ 19, 20 GWB, wenn Wettbewerb auch nach Abschluss des neuen Konzessionsvertrages fortwirkt, z.B. wenn Überlassung (Verpachtung oder Eigentumsübergang) stattgefunden hat und Altkonzessionär sich trotzdem weigert, Daten herauszugeben.
 - Denn: Neukonzessionär ist wegen Unkenntnis des Sachwertes und des Ertragswertes seines Netzgebietes in der Ausübung der Sachherrschaft erheblich eingeschränkt. Unabhängige Bewirtschaftung des Netzes nicht möglich, Einhaltung der regulatorischen Anforderungen (neue Erlösobergrenze!) wird verhindert.



Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

- § 46 Abs. 2 Satz EnWG:
Altkonzessionär hat Neukonzessionär Netzanlagen „gegen Zahlung einer *wirtschaftlich angemessenen Vergütung* zu überlassen“. Die Ermittlung bzw. Berechnung der Höhe dieser zu zahlenden Vergütung muss dem potentiellen Neukonzessionär ermöglicht werden.
- Da aber nur der Altkonzessionär über die Netzdaten verfügt, besteht Informationsasymmetrie.
- Regulatorische Pflicht des Altkonzessionärs dahingehend, das Informationsdefizit des Neukonzessionärs zu beheben und ihm entsprechend die kaufmännischen Netzdaten zur Verfügung zu stellen? Dann Zuständigkeit der Regulierungsbehörden gegeben.

Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

- Zivilrechtlicher Anspruch
 - unmittelbar aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG iVm § 242 BGB?Ja, Urteil des LG Hannover vom 24.06.2010 (AZ.: 18 = 260/08, RZ 18).
Danach hat der Neukonzessionär einen direkten Netzdatenherausgabeanspruch gegen den Altkonzessionär aus § 46 II S. 2 auf Erteilung sämtlicher Auskünfte, die erforderlich sind, um Stromversorgungsnetz wirtschaftlich betreiben zu können. Dazu gehören insb. Auskünfte über die historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten und die kalkulatorischen Restwerte. Anspruch als Nebenpflicht aus Überlassung (LG Hannover, Ur. v. 24.06.2010, Az. 18 O 260/08).

Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

c) Im Verhältnis zu anderen Bewerbern

- Verstößt Altkonzessionär, in dem er die relevanten Netzdaten anderen Bewerbern vorenthält, gegen § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1 und § 20 Abs. 1 GWB?
- Marktbeherrschung von Altkonzessionär gegeben?

Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

- Beeinträchtigung des Wettbewerbes gem. §§ 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB durch den Altkonzessionär durch Weigerung der Herausgabe der Netzdaten?
 - Potentielle Bieter sind zur Erstellung eines wettbewerbsfähigen Angebotes zur Übernahme des Netzes auf Herausgabe der Netzdaten angewiesen.
- Relativität des Marktbeherrschungsbegriffs: Marktbeherrschung ist „normativer Zweckbegriff“, der nur vom Schutzzweck der unterschiedlichen Zielsetzung der einzelnen Normen verstanden werden kann.
 - Potentielle Bieter werden durch Verweigerung der Herausgabe der relevanten Netzdaten in ihrer wettbewerbliehen Handlungsfreiheit erheblich eingeschränkt / diskriminiert.

Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

- Marktzutrittsschranke gegeben?
- Gemeinde erhält ggf. weniger Angebote. Freier Wettbewerb kann nicht entstehen.
- Sachliche Rechtfertigungsgründe durch Altkonzessionär für Verweigerung der Datenherausgabe gegeben?
 - Sind offenzulegende Netzdaten schützenswerte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse?
 - § 9 EnWG
- Abwägung >>Gesetzeszweck des § 46 EnWG – Wettbewerb um den Zugang zum Markt und Ziel des GWB – freien Wettbewerb zu gewährleisten.

Der Konzessionsvertrag aus der Perspektive des Kartellrechts

Fazit

- Konzessionsvergabeverfahren nach § 46 EnWG ist häufig sehr konfliktreich:
 - Interessengegensätze der Marktteilnehmer
 - Unvollständiger gesetzlicher Rahmen
 - Umstrukturierungen in der Energiebranche
 - Keine klaren Zuständigkeiten für Kartell-/Regulierungsbehörden
- Lösung von Wettbewerbsproblemen im Konzessionsvergabeverfahren durch Wettbewerbs-, Regulierungsbehörden / Gerichte?
- Gesetzgeberischer Handlungsdruck – ca. 3500 Konzessionen werden in 2010 bis 2013 vergeben. Überarbeitung des § 46 EnWG im Rahmen der Energiewirtschaftsrechtsnovelle Anfang 2011?

§ 46 EnWG

- (1) Gemeinden haben ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, einschließlich Fernleitungen zur Netzsteuerung und Zubehör, zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen. Unbeschadet ihrer Verpflichtungen nach Satz 1 können die Gemeinden den Abschluss von Verträgen ablehnen, solange das Energieversorgungsunternehmen die Zahlung von Konzessionsabgaben in Höhe der Höchstsätze nach § 48 Abs. 2 verweigert und eine Einigung über die Höhe der Konzessionsabgaben noch nicht erzielt ist.
- (2) Verträge von Energieversorgungsunternehmen mit Gemeinden über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören, dürfen höchstens für eine Laufzeit von 20 Jahren abgeschlossen werden. Werden solche Verträge nach ihrem Ablauf nicht verlängert, so ist der bisher Nutzungsberechtigte verpflichtet, seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu überlassen.
- (3) Die Gemeinden machen spätestens zwei Jahre vor Ablauf von Verträgen nach Absatz 2 das Vertragsende durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger oder im elektronischen Bundesanzeiger bekannt. Wenn im Gemeindegebiet mehr als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar an das Versorgungsnetz angeschlossen sind, hat die Bekanntmachung zusätzlich im Amtsblatt der Europäischen Union zu erfolgen. Beabsichtigen Gemeinden eine Verlängerung von Verträgen nach Absatz 2 vor Ablauf der Vertragslaufzeit, so sind die bestehenden Verträge zu beenden und die vorzeitige Beendigung sowie das Vertragsende öffentlich bekannt zu geben. Vertragsabschlüsse mit Unternehmen dürfen frühestens drei Monate nach der Bekanntgabe der vorzeitigen Beendigung erfolgen. Sofern sich mehrere Unternehmen bewerben, macht die Gemeinde bei Neuabschluss oder Verlängerung von Verträgen nach Absatz 2 ihre Entscheidung unter Angabe der maßgeblichen Gründe öffentlich bekannt.
- (4) Die Absätze 2 und 3 finden für Eigenbetriebe der Gemeinden entsprechende Anwendung.
- (5) Die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen bleiben unberührt.



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Heike Zinram

Niedersächsisches Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr

Referat für Wettbewerbsrecht und Öffentliches Auftragswesen,

-Landeskartellbehörde-

Tel. 0511 120 5546

Fax 0511 120 99 5546

Email: Heike.Zinram@mw.niedersachsen.de

oder

landeskartellbehoerde@mw.niedersachsen.de

Fax 0511 120 99 5791

