

Konzessionsvergabe und Sektorkoppelung:

Der (steinige) Verfahrensweg zu sektorübergreifend effizienten Lösungen für leitungsgebundene Infrastrukturen

Tagung

„Effiziente Governance für Stromverteilnetze im Kontext der Energiewende“
Berlin, 10. Februar 2017

RA Dr. Holger Weiß, LL.M.

Übersicht

- A. Problemlaufriß**
- B. Verfahrenswege zur Sektorkoppelung im status quo**
- C. Bewertung des status quo**
- D. Anpassungsvorschläge in Thesen**

A. Problemaufriss

I. Potentiale der Sektorkoppelung

„Die herkömmlich betriebenen Energienetze müssen zukünftig ‚intelligent‘ betrieben, die einzelnen Energienetze spartenübergreifend kombiniert und die Umwandlung (z. B. ‚Power-to-Heat‘ und ‚Power-to-Gas‘) und Speicherung von Energien ermöglicht werden. Um diesen Anforderungen gerecht zu werden, sind neue Konzepte zu entwickeln und erhebliche Investitionen in den Ausbau und die Modernisierung der Energieverteilnetze erforderlich.“

Stellungnahme des Bundesrates vom 18.03.2016 zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegennutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung

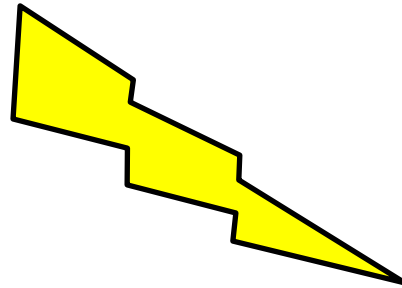
➤ Die **Potentiale** der Sektorkoppelung **reichen noch viel weiter:**

Potentiale	Beispiele		
Technische und ökonomische Verbundpotentiale	Strom	- Wärme	insb. power to heat
	Strom	- Gas	insb. power to gas
	Abwasser	- Wärme	insb. Wärmegewinnung
	Strom	- Breitband	insb. intelligente Netze
	Strom	- Beleuchtung	insb. Synergien
	Gas	- Wasser	insb. Synergien
Verbraucherfreundlichkeit	Leistungen „aus einer Hand“		z. B. ein Ansprechpartner
Vorteile für die kommunale Aufgabenstellung	Koordination konfligierender Nutzungen, Baustellenmanagement, Verkehrsmanagement.		z. B. effiziente Nutzung des knappen Straßenraums, Reduktion von Nutzungskonflikten, Reduktion von Straßenaufbrüchen, Gewährleistung des Verkehrsflusses ...

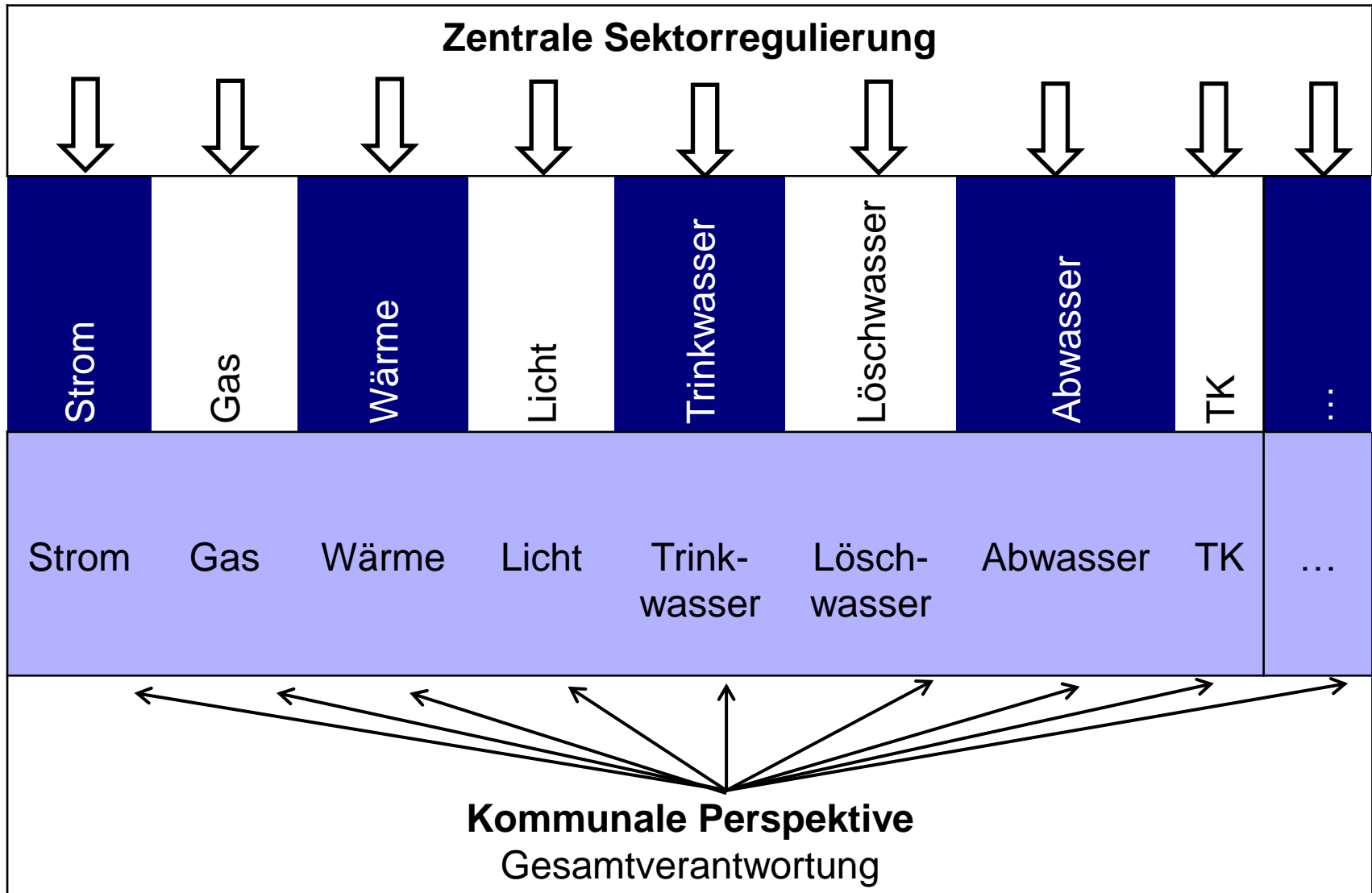
II. Dezentrale Gesamtverantwortung vs. zentrale Sektorregulierung

Ausgangsthese

Während die Kommunen sich in der Gesamtverantwortung für die Funktions- und Leistungsfähigkeit der örtlichen leitungsgebundenen Infrastruktur sehen und demzufolge sektorübergreifend denken, ...



... legen (Regulierungs-)Behörden, Ministerialverwaltung und Gesetzgebung den Fokus mit eher zunehmender Tendenz auf die Optimierung einzelner Versorgungssektoren bzw. einzelner Marktrollen in einzelnen Versorgungssektoren.



1. Dezentrale Gesamtverantwortung

1.1 (Verfassungs-)Rechtlich

- Zuständigkeit der Städte und Gemeinden für alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG)
- Örtlicher Bezug der auf die kommunalen Wege angewiesenen Infrastruktursysteme
- Gewährleistungsverantwortung für die unverzichtbaren Daseinsvorsorgeleistungen
- Sonderbereich Telekommunikation (Art. 87f GG)

1.2 Faktisch

- Erwartungshaltung der Bürgerinnen und Bürger, dass ihre Kommune für eine leistungsfähige und sichere Infrastruktur sorgt.
- Rathaus als primäre Anlaufstelle bei Problemen / Defiziten

2. Sektorale Regulierung

2.1 Disparate, nicht aufeinander abgestimmte Regelungsregime

Strom / Gas vs. Wärme vs. Wasser vs. Abwasser vs. TK vs. ...

Unterschiedliche Regelungen zu:

- Marktrollen
- Bestimmung der Rolleninhaber
- Qualitätsregeln
- Zugangs- und Entgeltregelungen
- Kontrollsysteme
- Entscheidungszuständigkeiten
- ...

2.2 Insbesondere: Unterschiedliche Vergaberegime

Exemplarische (verkürzte) Darstellung*

Sektor	Wegenutzung/ Konzession	Netzverpachtung mit Betriebspflicht	Betriebsführung/ Dienstleistungen
Strom / Gas	§§ 46 ff. EnWG § 19 GWB + KV-Richtlinie (str.)	§§ 148 ff. GWB KonzVgV	§§ 136 ff. GWB, SektVO
Wärme	Ggf. § 19 GWB* Ggf. KonzVgV*	§§ 148 ff. GWB KonzVgV	§§ 136 ff. GWB, SektVO
Wasser	Ggf. § 19 GWB Ggf. Europäisches Primärrecht	Europäisches Primärrecht	§§ 136 ff. GWB, SektVO

* *Im Detail stets abhängig von den Umständen des Einzelfalls.*

Grundsätzlich Unterschiede zwischen **Kartellvergaberecht** und **§§ 46 ff. EnWG***

	Kartellvergaberecht	§§ 46 ff. EnWG
Zielrichtung	Regelung der Beschaffung von Leistungen	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Vorrangig: Regelung des Zugangs zu kommunalen Wegen als Monopoleinrichtungen ➤ Nur nachrangig: Beschaffung von Netzbetriebsleistungen
Gestaltungsmöglichkeiten	Begrenztes Wettbewerbsprimat Eigenerfüllungsrecht Systementscheidungsrecht Beschaffungsbestimmungsrecht Relativ große Freiheit in der Kriteriengestaltung	Absolutes Wettbewerbsprimat Kein Eigenerfüllungsrecht Systementscheidungsverbot Begrenztes Beschaffungsbestimmungsrecht Enge Vorgaben für die Kriteriengestaltung

* Darstellung auf Grundlage der Rechtsprechung des BGH!

Übersicht

- A. Problemlaufriß**
- B. Verfahrenswege zur Sektorkoppelung
im status quo**
- C. Bewertung des status quo**
- D. Anpassungsvorschläge in Thesen**

B. Verfahrenswege zur Sektorkoppelung im status quo

I. Denkbare Ansätze*

Sektorale Entscheidung über die Aufgabenerfüllung

- Sektorale Eigenerfüllung
- Sektorale Fremdvergabe unter Sicherung kommunalen Einflusses
- Sektorale Fremdvergabe unter Berücksichtigung sektorübergreifender Aspekte

Sektorübergreifende Entscheidung über die Aufgabenerfüllung

- Sektorübergreifende Eigenerfüllung
- Sektorübergreifende Fremdvergabe
- Sektorübergreifende Fremdvergabe unter Sicherung kommunalen Einflusses

* *zunächst unabhängig vom rechtlichen status quo*

II. Sektorale Entscheidung

	Kartellvergaberecht	§§ 46 ff. EnWG
Beispiel	Bau und Betrieb eines Fernwärmenetzes (mit ABZ)	Bau und Betrieb eines Gasnetzes
Eigenerfüllung	Möglich	Nur bei Obsiegen im Konzessionswettbewerb**
Fremdvergabe mit Sicherung kommunalen Einflusses	Vertraglich <ul style="list-style-type: none"> – Leistungsbeschreibung – Mindestanforderungen – Zuschlagskriterien Gesellschaftsrechtlich <ul style="list-style-type: none"> – Definition Ausschreibungsgegenstand: Kommune kann Beteiligungsmodell vorgeben (ÖPP-Vergabe)* 	Vertraglich <ul style="list-style-type: none"> – Leistungsbeschreibung – Mindestanforderungen – Zuschlagskriterien Probleme: Einschränkung des Nutzungsanspruchs / selektive Wirkungen? Gesellschaftsrechtlich <ul style="list-style-type: none"> – keine ÖPP-Vergabe – Grds. auch kein zulässiges Zuschlagskriterium***

* EuGH, Urt. v. 15.10.2009, C-196/08, Rn. 59 ff. (Acoset)

** BGH, 17.12.2013, KZR 65/12, Ls. 1 (Heiligenhafen)

*** BGH, 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 53 (Berkenthin)

Die Sicherung kommunalen Einflusses ist unter anderem für die sektorübergreifende Koordinierung unterschiedlicher Nutzungsinteressen von Bedeutung.

Beispiel: Großstadt S will einheitliche Regeln für die effektive Koordination der Nutzung ihrer Straßen durch unterschiedliche Versorgungsträger etablieren. Dies betrifft:

- Austausch von Leitungsdaten
- Regeln zur effektiven Nutzung des (knappen) unterirdischen Straßenraums
- Regeln zur Vermeidung typischer Konflikte zwischen unterschiedlichen Versorgungsträgern und Nutzern
- Frühzeitige Abstimmung von Planungen und Bauvorhaben
- Vermeidung unnötiger Straßenaufbrüche
- Zeitliche Planung von Straßenaufbrüchen zur Gewährleistung des Verkehrsflusses (planmäßige Vergabe von Baustellen-Slots)
- Etablierung eines öffentlich zugänglichen Baustelleninformationssystems

...

Wie kann dies umgesetzt werden?

Rechtliche Problematik

- Wegenutzungsrechte werden (in aller Regel) durch Vertrag eingeräumt. Es gibt keine VA- oder Satzungsbefugnis.
- Es bleibt daher nur die Vorgabe (einheitlicher) Mindestbedingungen beim Abschluss der Gestattungs-/ Konzessionsverträge
- Herausforderungen:
 - Sicherstellung der Vereinbarkeit mit Kartellrecht – Einschränkung des Anspruchs auf Straßenbenutzung für Versorgungszwecke (§ 46 Abs. 1 EnWG, § 19 GWB).
 - Sicherstellung der Vereinbarkeit mit AGB-Recht (!)
 - Gewährleistung von Anpassungsmöglichkeiten (gegenüber allen Vertragspartnern) bei sich ändernden Rahmenbedingungen.

	Kartellvergaberecht	§§ 46 ff. EnWG
Fremdvergabe unter Berücksichtigung sektorübergreifender Aspekte	§ 152 GWB / § 31 KonzVgV - Zusammenhang mit dem Konzessionsgegenstand - Gewährleistung wirksamen Wettbewerbs - Chancengleichheit	Diskriminierungsverbot - Zusammenhang mit dem Konzessionsgegenstand - Gewährleistung wirksamen Wettbewerbs - Chancengleichheit

Danach gilt (wohl) Folgendes:*

- Berücksichtigung faktischer Vorteile durch Synergien bei Kriterien, die auf die ausgeschriebene Konzession bezogen sind (v. a. bei Preisen/Entgelten sowie Kosteneffizienz, auch bei Qualitätskriterien denkbar, z. B. durch ohnehin vorhandene Kundenzentren)
- Keine Berücksichtigung von positiven Fernwirkungen auf andere Sektoren (z. B. auf Wasserversorgung)
- Keine Ausbildung von Kriterien, die zu unangemessenen „Startvorteilen“ führen und daher die Chancengleichheit erheblich verzerren würden.

* *Rechtslage nicht geklärt; vgl. aber z. B. OLG Celle, Urt. v. 17.03.2016, 13 U 141/15 (Kart), Rn. 163.*

Backup 1:

Auszug aus OLG Celle, Urt. v. 17.03.2016, 13 U 141/15 (Kart), Rn. 163

*„Hinzu kommt, dass bei diesem Unterkriterium über den Effizienzwert hinaus ferner Synergieeffekte positiv bewertet worden sind, die die Streithelferin durch die Zusammenarbeit mit dem G.verbund erzielen kann und die sich durch ihre weiteren Aufgaben im Wärme- und Gasnetz - etwa die gleichzeitige Verlegung von Strom- und Gasleitungen - ergeben. Dass bei der Bewertung dieser Synergieeffekte der Beurteilungsspielraum der Verfügungsbeklagten, die Synergiepotentiale der Verfügungsklägerin aus dem Betrieb von Netzen in angrenzenden Kommunen ebenfalls zu deren Gunsten berücksichtigt hat, überschritten worden ist, ist nicht ersichtlich. **Darauf, dass sich die Streithelferin auf Synergieeffekte aus anderen Sparten berufen kann, zu denen die Verfügungsklägerin keinen Zugang hat, kommt es nicht an. Zum einen hatte auch sie die Möglichkeit, sich auf der Streithelferin verwehrte Synergieeffekte zu berufen. Zum anderen hat die Streithelferin zutreffend darauf hingewiesen, dass die Synergien ausschließlich im Zusammenhang mit dem Betrieb des Stromnetzes, etwa mit Blick auf die Verlegung von Leitungen, entstehen.** Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Verfügungsbeklagte die der Streithelferin zugutegehaltenen Synergieeffekte gerade nicht besser bewertet hat als die der Verfügungsklägerin zuzuschreibenden.“*

Backup 2: § 46 Abs. 4 EnWG n. F.

*„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.“*

Hierzu **Gesetzesbegründung** (BT-Drs. 18/8184, S. 14 f.):

Es „wird die jüngst ergangene BGH-Rechtsprechung abgebildet, dass die Vergabe von Wegenutzungsrechten sich an den Zielen des § 1 Absatz 1 EnWG orientieren muss, Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft aber auch Berücksichtigung finden dürfen. Denkbar sind hier insbesondere Laufzeit und Modelle, die bessere Koordinierung von Baumaßnahmen mit weiteren Sparten (z.B. Wasserleitungen) sowie die Zahlung der höchstmöglichen Konzessionsabgabe nach der Konzessionsabgabenverordnung.“

➤ Keine Klarheit – tendenziell Festschreibung des status quo.

III. Sektorübergreifende Entscheidung

	Kartellvergaberecht	§§ 46 ff. EnWG
Beispiel	Bau und Betrieb eines Fernwärmenetzes und eines Wassernetzes (jeweils mit ABZ)	Bau und Betrieb eines Gasnetzes und eines Stromnetzes
Eigenerfüllung	Möglich	Nur bei Obsiegen in beiden entsprechenden Konzessionswettbewerben
Sektor- übergreifende Fremdvergabe	<p>Jedenfalls dann zulässig, wenn entsprechende technische oder wirtschaftliche Gründe dies erfordern (siehe § 97 IV 2, 3 GWB).</p> <p>Nach teilweise vertretener Auffassung hat Auftraggeber sogar ein dem Gebot der Losvergabe vorgelagertes Leistungsbestimmungsrecht.</p>	<p>Zweifelhaft: Starkes Spannungsverhältnis zum Normverständnis des BGH (Zugang zu kommunalen Wegen als Monopoleinrichtungen).</p> <p>Ausgehend hiervon Vorwurf unzulässiger selektiver Wirkungen naheliegend.</p>

	Kartellvergaberecht	§§ 46 ff. EnWG
Sektor- übergreifende Fremdvergabe unter Sicherung kommunalen Einflusses	<p>Vertraglich</p> <ul style="list-style-type: none"> – Leistungsbeschreibung – Mindestanforderungen – Zuschlagskriterien <p>Gesellschaftsrechtlich</p> <ul style="list-style-type: none"> – Definition Ausschreibungs- gegenstand: Kommune kann Beteiligungsmodell vorgeben (ÖPP-Vergabe) 	<p>Vertraglich*</p> <ul style="list-style-type: none"> – Leistungsbeschreibung – Mindestanforderungen – Zuschlagskriterien <p>Probleme: Einschränkung des Nutzungsanspruchs / selektive Wirkungen?</p> <p>Gesellschaftsrechtlich*</p> <ul style="list-style-type: none"> – keine ÖPP-Vergabe – Grds. auch kein zulässiges Zuschlagskriterium

* Nur relevant, wenn man die Zulässigkeit der sektorübergreifenden Vergabe als solche unterstellt.

Praxisbeispiel

Stadt S beabsichtigt, gemeinsam mit einem privaten Partner-Unternehmen P eine kommunal beherrschte **Infrastrukturgesellschaft** (IG) zu gründen. S will die IG konzessionieren mit

- A. Fernwärme- und Wasserversorgung (jeweils als öffentliche Einrichtungen)
- B. Strom- und Gasnetzbetrieb

Der Betrieb der Versorgungseinrichtungen soll durch die IG erfolgen, die aber – jedenfalls zu Beginn – Dienstleistungen des P in erheblichem Umfang in Anspruch nimmt (Vertragswert jeweils über Schwellenwert).



Verfahrensrechtliche Umsetzung des Praxisbeispiels

Szenario A

Wärme- und Wasserkonzessionsverträge S – IG

- haben Beschaffungscharakter (jedenfalls wg. ABZ);
- Wärmekonzession unterfällt (oberhalb Schwellenwert) Konzessionsregime (§§ 148 ff. GWB, KonzVgV, ggf. § 19 GWB);
- Wasserkonzessionsvertrag unterliegt Primärrecht (zudem ggf. § 19 GWB)

DL-Verträge IG – P

- unterfallen vorauss. Sektorenregime (§§ 136 ff. GWB, SektVO)

Denkbares Ausschreibungskonzept

- Integrierte Ausschreibung von Partnerstellung in der IG, Konzessionsverträgen zwischen S und IG sowie DL-Verträgen zwischen IG und P
- Voraussetzung: wirtschaftliche / technische Gründe
- Klärung der Anwendung des Konzessions- oder Sektorenregimes (vgl. § 111 Abs. 3 Nr. 4 GWB)

Verfahrensrechtliche Umsetzung des Praxisbeispiels

Szenario B

Strom- und Gaskonzession S – IG

- sind als solche und gesondert auszuschreiben;
- bei der jeweiligen Ausschreibung grds. keine Berücksichtigung beteiligungsbezogener Aspekte

DL-Verträge IG – P

- unterfallen idR Sektorenregime (§§ 136 ff. GWB, SektVO)

Denkbares Ausschreibungskonzept*

- **1. Stufe:** Ausschreibung Partnerstellung in IG und Verträge IG – P nach Sektorenregime
- **2. Stufe:** Jeweils gesonderte Ausschreibung Strom- und Gaskonzession, Beteiligung IG am Strom- und am Gaskonzessionswettbewerb
- im Erfolgsfall Umsetzung des Kooperationsmodells, andernfalls keine Umsetzung bzw. Rückabwicklung

* Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 09.01.2013, VII Verg 26/12 und Urt. v. 04.02.2013, VII-Verg 31/12

Probleme bei zweistufigen Verfahren

- Mehrere Ausschreibungen notwendig – hoher Aufwand
- Ungewissheit bis zum Abschluss der letzten Verfahrensstufe
- Risiko erheblicher frustrierter Aufwendungen (Rückabwicklung)
- Spezifische rechtliche Herausforderungen
 - Saubere rechtliche Trennung
 - Vermittlung an (ehrenamtlich tätige) Entscheidungsträger
 - Vermeidung von Vorfestlegungen und Interessenkonflikten (vgl. § 5 KonzVgV)
 - Vermeidung von Wissensvorsprüngen
 - ...

Übersicht

- A. Problemlaufriß**
- B. Verfahrenswege zur Sektorkoppelung im status quo**
- C. Bewertung des status quo**
- D. Anpassungsvorschläge in Thesen**

C. Bewertung des status quo

I. Behinderungen der Sektorkoppelung

- Die Nutzung der Potentiale der Sektorkoppelung wird erheblich behindert.
- Negativ wirken vor allem unterschiedliche, nicht aufeinander abgestimmte Regelungsregime, insb. disparate vergaberechtliche Anforderungen.

II. Insbesondere: § 46 ff. EnWG und Kartellrecht

- §§ 46 ff. EnWG etablieren ein Sonderregime, das nicht durch tatsächliche Unterschiede des Realbereichs (Strom / Gas vs. Wärme / Wasser etc.) gerechtfertigt ist und keine hinreichenden Gestaltungsspielräume lässt. Folge sind überkomplexe Ausschreibungsverfahren und unnötige Kosten.
- Die Probleme wurzeln in dem kartellrechtlichen Ansatz, die Kommune bei der Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen als marktbeherrschendes Unternehmen (und nicht als öffentlichen Aufgabenträger) anzusehen und die öffentlichen Straßen wie eine private Monopoleinrichtung (nicht wie ein öffentliches Gut) zu behandeln.

- Das kartellrechtliche Regelungsregime der Konzessionsverträge wird den tatsächlichen Anforderungen nicht gerecht.
- Notwendig sind angemessene Handlungs- und Gestaltungsmöglichkeiten.
- Dazu gibt es das Öffentliche Recht als Sonderrecht des Staates und die typischen öffentlich-rechtlichen Handlungsinstrumente!

Übersicht

- A. Problemlaufriß**
- B. Verfahrenswege zur Sektorkoppelung im status quo**
- C. Bewertung des status quo**
- D. Anpassungsvorschläge in Thesen**

D. Anpassungsvorschläge in Thesen

1. Das verfahrensrechtliche Sonderregime der §§ 46 ff. EnWG sollte abgeschafft werden. Die Anwendbarkeit des allgemeinen Kartellrechts sollte ausgeschlossen werden.
2. Die (sachlich unangemessene) Vorstellung von der „Kommune als marktbeherrschendes Unternehmen“ ist abzuschaffen und durch das klassische Konzept öffentlicher Aufgabenerfüllung zu ersetzen.
3. Dazu gehört die Erkenntnis, dass Aufgabenverantwortung (und sei es Auffangverantwortung) entsprechende Entscheidungs- und Handlungsmöglichkeiten erfordert.
4. Den Kommunen sollten entsprechende Möglichkeiten eröffnet werden. Dies umfasst die Konzepthoheit und das Recht zum Handeln in den üblichen Handlungsformen des Öffentlichen Rechts (insb. Satzungs- und VA-Befugnisse). Der Zwang, Strom- und Gaskonzessionen in Vertragsform zu vergeben, sollte aufgehoben werden.

5. Soweit Strom- und Gaskonzessionen in der Rechtsform des Vertrags vergeben werden, sollte das Verfahrensregime in das allgemeine System des Kartellvergaberechts überführt werden.

(Siehe hierzu Kupfer / Weiß, Kommunalfreundlicher Entwurf zur Neufassung der §§ 46 ff. EnWG vom 18.02.2016 (www.w2k.de))

6. Gesetzgebung und Verwaltung sollten die bislang übliche sektorale Sichtweise um eine sektorübergreifende Betrachtung ergänzen. Sektorale Regelungen sollten stets auch hinsichtlich Wirkungen auf die Nutzung sektorübergreifender Potentiale geprüft werden.
7. Mittel- bis langfristig sollten die bestehenden (unterschiedlichen) Regelungsregime für die verschiedenen Infrastruktursektoren gesamthaft darauf untersucht werden, inwiefern sie die Nutzung der Potentiale der Sektorkoppelung erschweren oder gar vereiteln.
8. Auf Grundlage der Untersuchungsergebnisse sollten (unterschiedliche) Anpassungsmöglichkeiten ermittelt, bewertet und umgesetzt werden.

Ihre Fragen

RA Dr. Holger Weiß

Wurster Weiß Kupfer Rechtsanwälte Partnerschaft mbB

- Kaiser-Joseph-Straße 247 • 79098 Freiburg •
- Tel.: 0761-2 111 49-0 • Fax: 0761-2 111 49-45 •

E-Mail: freiburg@w2k.de