

## Konzessionsverträge zwischen EnWG und Europäischem Gemeinschaftsrecht

Konferenz „Kommunales Infrastruktur-Management“  
an der Technischen Universität Berlin, 14. Mai 2009

Rechtsanwalt Dr. Sascha Michaels

## Über uns

- Gegründet 1970
- Büros in Berlin, Köln, München, Stuttgart, Wien
- Über 120 Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater
- Führend in der Beratung der Energie- und Infrastrukturbranche mit interdisziplinärem Ansatz
- Spezialisiert besonders auf:
  - Energie-, Wasser-/Abwasser- und Abfallwirtschaft, ÖPNV und Telekommunikation
  - Regulierungsrecht
  - Gesellschafts-, Steuer- und Arbeitsrecht
  - Wettbewerbs- und Kartellrecht
  - Umwelt-, Kommunal- und Vergaberecht
  - Finanzierungen
  - Betriebswirtschaftliche Beratung/ Wirtschaftsprüfung
  - Recht des Energie- und Zertifikatehandels
  - Forderungsmanagement und insolvenzrechtliche Beratung aus Gläubigersicht
- Erfolgreiche Vertretung unserer Mandanten in einer Vielzahl von Grundsatzfragen
- Mandanten: Kommunen und Gebietskörperschaften, ca. 350 Stadtwerke und kommunale Verkehrsunternehmen, international agierende Versorgungs- und Handelsunternehmen, Betreiber regenerativer und konventioneller Erzeugungsanlagen, Projektentwickler, Banken, Industrieunternehmen...

## Dr. Sascha Michaels, Rechtsanwalt

sascha.michaels@bbh-online.de - Tel.: 030 / 611 28 40 - 40



- geboren 1972 in Bad Salzungen (Thüringen)
- Studium der Rechtswissenschaften in Halle
- 1996 Erstes Juristisches Staatsexamen
- 1996 bis 1999 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht (Prof. Dr. Werner Meng) an der Universität Halle
- 1999 bis 2001 Referendariat in Berlin mit Stationen in einer Wirtschaftskanzlei in Berlin sowie beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
- 2001 Zweites Juristisches Staatsexamen
- seit 2001 Rechtsanwalt bei BBH-Berlin
- 2002 Promotion zum Dr. iur. an der Universität Halle mit einer Dissertation aus dem Bereich des Europarechts
- Schwerpunkte:
  - Vergaberecht; Energiewirtschaftsrecht; Wirtschaftsverwaltungsrecht, insbesondere Recht des öffentlichen Personenverkehrs; Europarecht.

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Konzessionsverträge im EnWG
- III. Behandlung von Konzessionen im Gemeinschaftsrecht
- IV. Gemeinschaftsrechtliche Anforderungen an den Abschluss von Konzessionsverträgen
- V. Fazit und Ausblick

## I. Einleitung

- Die Erteilung von Konzessionen, d. h. von Rechten, eine bestimmte Wirtschaftstätigkeit in einem Mitgliedstaat durchzuführen, ist (potenziell) binnenmarktrelevant.
- Elementar für die Verwirklichung der Grundfreiheiten des EG-Vertrages ist insbesondere die Gleichbehandlung bei der Erteilung solcher Konzessionen.

## I. Einleitung

- Ähnlich wie bei öffentlichen Aufträgen kann diese Gleichbehandlung nur dadurch verwirklicht werden, dass transparente Verfahren, die mit einer Bekanntmachung eingeleitet werden, durchgeführt werden.
- Typischerweise ist mit einer solchen Konzession eine rechtliche oder tatsächliche Ausschließlichkeit oder jedenfalls Vorrangstellung des Konzessionierten verbunden.

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Konzessionsverträge im EnWG
- III. Behandlung von Konzessionen im Gemeinschaftsrecht
- IV. Gemeinschaftsrechtliche Anforderungen an den Abschluss von Konzessionsverträgen
- V. Fazit und Ausblick

## II. Konzessionsverträge im EnWG

### Konzessionsverträge für Energieversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung

#### **„§ 46 Wegenutzungsverträge**

(1) ...

(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.*



## II. Konzessionsverträge im EnWG

*(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. Beabsichtigten 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) ...*

*(5) ...“*

## II. Konzessionsverträge im EnWG

Die wesentlichen Anforderungen an den Abschluss zu Konzessionsverträgen nach dem EnWG:

- maximale Laufzeit von 20 Jahren (ABl. der EU bzw. Bundesanzeiger)
- Bekanntmachung spätestens zwei Jahre vor dem Abschluss
- Bekanntmachung der maßgeblichen Gründe für den Fall mehrerer Bewerber

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Konzessionsverträge im EnWG
- III. Behandlung von Konzessionen im Gemeinschaftsrecht
- IV. Gemeinschaftsrechtliche Anforderungen an den Abschluss von Konzessionsverträgen
- V. Fazit und Ausblick

## III. Behandlung von Konzessionen im Gemeinschaftsrecht

### 1. Primärrecht

- Art. 86 Abs. 1 EG (Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten)
  - Konzessionen im hier verstandenen Sinne müssen nicht zwingend ausschließliche oder besondere Rechte im Sinne des Art. 86 Abs. 1 EG gewähren, sind es aber häufig
- Grundfreiheiten, insbesondere Art. 43 EG (Niederlassungsfreiheit) und Art. 49 EG (Dienstleistungsfreiheit)
- Art. 12 EG (Diskriminierungsverbot)

## III. Behandlung von Konzessionen im Gemeinschaftsrecht

### 2. Konzessionen im Sekundärrecht

- Richtlinie 2004/18/EG (Vergabekoordinierungsrichtlinie, VKR)
- Richtlinie 2004/17/EG (Sektorenkoordinierungsrichtlinie, SKR)

➔ Beide Richtlinien gelten grundsätzlich nur für öffentliche Aufträge.

➔ Ausnahme: Baukonzessionen (nur in der VKR)

### III. Behandlung von Konzessionen im Gemeinschaftsrecht

- Öffentliche Aufträge sind dabei

*„zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossene schriftliche entgeltliche Verträge über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne dieser Richtlinie“ (Art. 1 Abs. 2 lit. a VKR).*

- Darüber hinaus sind sogenannte Baukonzessionen von der VKR, nicht aber von der SKR erfasst.
- Nicht erfasst sind sogenannte Dienstleistungskonzessionen.

### III. Behandlung von Konzessionen im Gemeinschaftsrecht

- Nach Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18/EG sind Dienstleistungskonzessionen:

*„Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zzgl. der Zahlung eines Preises besteht.“*

- Nach Art. 17 der Richtlinie 2004/18/EG gilt die Richtlinie mit Ausnahme des Art. 3 (Zuerkennung besonderer oder ausschließlicher Rechte, Nichtdiskriminierungsklausel) nicht für Dienstleistungskonzessionen.

### III. Behandlung von Konzessionen im Gemeinschaftsrecht

Stellen Konzessionsverträge im Sinne des § 46 Abs. 2 EnWG Dienstleistungskonzessionen dar?

Hierfür spricht:

- Konzessionsverträge sind keine öffentlichen Aufträge (s. Art. 1 Abs. 4 VKR), auch nicht bei Abgrenzung nach dem Risiko.
- Die Gemeinde gestattet dem EVU nicht nur die Wegenutzung (wie in § 46 Abs. 1 EnWG).
- Die Gemeinde betraut das Unternehmen vielmehr auch mit dem Betrieb des Energieversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung.



## III. Behandlung von Konzessionen im Gemeinschaftsrecht

- Selbst wenn die Pflichten des Unternehmens zum Betrieb des Netzes nicht über die Betriebspflichten nach dem EnWG hinaus gehen, so übernimmt das EVU diese Pflichten doch auch gegenüber der Gemeinde.
- Die Gemeinde verfügt wegen § 46 Abs. 2 EnWG hinsichtlich der Pflichten eines Betreibers eines Netzes der allgemeinen Versorgung über eine Dispositionsbefugnis (Auswahlbefugnis).
- Der Netzbetreiber erhält von der Gemeinde keine Vergütung, sondern liquidiert bei den Netznutzern.
- Zu energiewirtschaftlichen Konzession als Dienstleistungskonzessionen vgl.
  - EuGH, Urt. v. 21.7.2005, Rs. C-231/03, Slg. 2005, I-7287 - Coname
  - EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-347/06 - ASM Brescia

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Konzessionsverträge im EnWG
- III. Behandlung von Konzessionen im Gemeinschaftsrecht
- IV. Gemeinschaftsrechtliche Anforderungen an den Abschluss von Konzessionsverträgen
- V. Fazit und Ausblick

## IV. Gemeinschaftsrechtsrechtliche Anforderungen an die Vergabe von Konzessionen

### 1. Geltendes Recht

- EuGH, Urt. v 7.12.2000, Rs. C-324/98, Slg. 2000, I-10745, Rn. 60 - Telaustria:

*„Auch wenn solche Verträge beim derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts vom Anwendungsbereich der Richtlinie 93/38 ausgenommen sind, so haben die Auftraggeber, die sie schließen, doch die Grundregeln des Vertrages im Allgemeinen und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Besonderen zu beachten.“*

### III. Behandlung von Konzessionen im Gemeinschaftsrecht

- EuGH, Urt. v. 21.7.2005, Rs. C-231/03, Slg. 2005, I-7287, Rn. 17 bis 19 - Coname:

*„(17) Da an dieser Konzession auch ein in einem anderen Mitgliedstaat ... niedergelassenes Unternehmen Interesse haben kann, liegt in der ohne jede Transparenz erfolgenden Vergabe dieser Konzession an ein im letztgenannten Mitgliedstaat niedergelassenes Unternehmen eine unterschiedliche Behandlung zum Nachteil des in dem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmens (vgl. in diesem Sinne Urteil Telaustria und Telefonadress, Randnr. 61).*

*(18) ....*

*(19) Eine solche unterschiedliche Behandlung, die durch den Ausschluss aller in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmen hauptsächlich diese benachteiligt, stellt, sofern sie nicht durch objektive Umstände gerechtfertigt ist, eine nach den Artikeln 43 EG und 49 EG verbotene mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit dar....“*

### III. Behandlung von Konzessionen im Gemeinschaftsrecht

- Vgl. auch EuGH, Urt. v. 13.10.2005, Rs. C-458/03, Slg. 2005, I-8585, Rn. 48 - Parking-Brixen:

*„Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes sind die Artikel 43 EG und 49 EG eine besondere Ausprägung des Gleichbehandlungsgrundsatzes (vgl. Urteil vom 5. Dezember 1989 in der Rechtssache C-3/88, Kommission/Italien, Slg. 1989, 4035, Randnr. 8). Auch beim Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit handelt es sich um eine spezielle Ausprägung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes (vgl. Urteil vom 8. Oktober 1980 in der Rechtssache 810/79, Überschär, Slg. 1980, 2747, Randnr. 16).*

### III. Behandlung von Konzessionen im Gemeinschaftsrecht

*In seinen Urteilen zu den Gemeinschaftsrichtlinien auf dem Gebiet der öffentlichen Aufträge hat der Gerichtshof ausgeführt, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter bedeutet, dass alle Bieter unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit bei der Aufstellung ihrer Angebote über die gleichen Chancen verfügen müssen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 25. April 1996 in der Rechtssache C-87/94, Kommission/Belgien, Slg. 1996, I-2043, Randnrn. 33 und 54). Demnach ist der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter auf öffentliche Dienstleistungskonzessionen auch dann anwendbar, wenn keine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vorliegt.“*

- ➔ Der EuGH schließt vom Sekundärrecht auf die Auslegung des Primärrechts!

## III. Behandlung von Konzessionen im Gemeinschaftsrecht

### ■ Mögliche Rechtfertigung

- Art. 45, 46 EG bzw. Art. 45, 46 i. V. m. Art. 55 EG
- Zwingende Erfordernisse des gemeinschaftlichen Interesses
- Keine zwingenden Erfordernisse des gemeinschaftlichen Interesses die eine versteckte Diskriminierung durch mangelnde Transparenz rechtfertigen können, sind:
  - die (geringfügige) Beteiligung an dem konzessionierten Unternehmen (EuGH, Rs. Coname und Parking Brixen)
  - rein wirtschaftliche Gründe (für die Inhaber der Konzession (EuGH, Urt. v. 13.9.2007, Rs. C-260/04, Kommission ./ . Italien, Rn. 35))

### III. Behandlung von Konzessionen im Gemeinschaftsrecht

- Mögliche Ausnahmen von der Transparenz erkennt der EuGH an
  - bei einer geringfügigen wirtschaftlichen Bedeutung (EuGH, Rs. Coname, Rn. 20)
  - in sogenannten In-House-Situationen (EuGH, Rs. Parking-Brixen, Rn. 62; Urt. v. 6.4.2006, Rs. C-410/04, Slg. 2006, I-3303 - ANAV).
  - Es handelt sich hierbei um Einschränkungen des Tatbestands und nicht um Rechtfertigung.
    - Beachte: Dies sind keine Rechtfertigungsgründe, sondern Tatbestandsausnahmen
  - für die kurzfristige Verlängerung einer Konzession zur Vorbereitung einer Ausschreibung (EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-347/06, Rn. 64 ff. - ASM Brescia) (wohl echte Rechtfertigung)



## III. Behandlung von Konzessionen im Gemeinschaftsrecht

### 2. Schlussfolgerungen für den Abschluss von Konzessions- verträgen

- Verpflichtung zur Bekanntmachung
  - Diese Anforderungen werden durch die Erfüllung der Verpflichtung zur Bekanntmachung zwei Jahre vor Abschluss, im Bundesanzeiger bzw. im Amtsblatt der EU nach § 46 Abs. 3 Sätze 1 und 2 EnWG erfüllt.
  - ➔ Beachte: § 46 EnWG gilt nur für Strom- und Gaskonzessionsverträge

### III. Behandlung von Konzessionen im Gemeinschaftsrecht

- Verpflichtung zur Durchführung eines diskriminierungsfreien Verfahrens
  - Der EuGH hat dazu noch nicht dazu Stellung genommen, welche Anforderungen an die Durchführung des konzessionsvertraglichen Auswahlverfahrens zu stellen sind.
  - Vorabfestlegung der Wertungskriterien?
  - Welche Wertungskriterien sind zulässig?
  - Rechtsschutz?
  - Formalisierung des Verfahrens?
  - Öffentlich-private Partnerschaften im Zusammenhang mit Konzessionierungen?
  - Stellenwert der kommunalen Selbstverwaltung bei der Auswahl des Konzessionärs?

## III. Behandlung von Konzessionen im Gemeinschaftsrecht

### 3. Möglicherweise künftiges Recht

- Die Kommission bereitet einen Rechtsakt zur sekundärrechtlichen Regelung von sogenannten Dienstleistungskonzessionen vor. Die bereits vorliegenden inoffiziellen Entwürfe richten sich auf eine wesentliche Angleichung an das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe. Diese werden in vielen Fällen den Besonderheiten von Konzessionen nicht gerecht.

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Konzessionsverträge im EnWG
- III. Behandlung von Konzessionen im Gemeinschaftsrecht
- IV. Gemeinschaftsrechtliche Anforderungen an den Abschluss von Konzessionsverträgen
- V. Fazit und Ausblick

## V. Fazit und Ausblick

- Konzessionsverträge im Sinne des § 46 Abs. 2 EnWG sind Dienstleistungskonzessionen im Sinne des Gemeinschaftsrechts.
- Eine sekundärrechtliche Regelung der Dienstleistungskonzessionen erscheint sinnvoll.
- Jedoch sollte sich die Kommission in einem möglichen Richtlinienvorschlag darauf beschränken, ähnlich wie bei Baukonzessionen, nur allgemeine Transparenzpflichten analog den Baukonzessionen vorzusehen.

## V. Fazit und Ausblick

- Notwendigerweise wird man die Dienstleistungskonzessionen in das System des Vergaberechtsschutzes einbeziehen müssen.
- Das Ermessen insbesondere der Gemeinden bei der Bestimmung des Konzessionärs sollte nicht zu stark eingeschränkt werden.
- Vgl. auch die EntschlieÙung des 67. Deutschen Juristentages, Erfurt 2008 (Öffentliches Recht, II.8.c).

**BBH**  
*Becker Büttner Held*

Rechtsanwälte · Wirtschaftsprüfer · Steuerberater

**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit**

**Ansprechpartner: Rechtsanwalt Dr. Sascha Michaels**

BBH Berlin  
Magazinstraße 15-16  
10179 Berlin  
Tel.: 030 611 28 40 0  
Fax: 030 611 28 40 99  
berlin@bbh-online.de

BBH Köln  
KAP am Südkai  
Agrippinawerft 30  
50678 Köln  
Tel.: 0221 6 50 25 0  
Fax: 0221 6 50 25 299  
koeln@bbh-online.de

BBH München  
Untere Weidenstraße 5  
81543 München  
Tel.: 089 23 11 64 0  
Fax: 089 23 11 64 570  
muenchen@bbh-online.de

BBH Stuttgart  
Industriestraße 3  
70565 Stuttgart  
Tel.: 0711 722 47 0  
Fax: 0711 722 47 499  
stuttgart@bbh-online.de

**www.bbh-online.de**