

**Der Vorschlag der Kommission für eine
Konzessionsrichtlinie und dessen Auswirkungen auf
energiewirtschaftliche Konzessionierungsverfahren -
Grund für eine Subsidiaritätsrüge oder Mehr an
Rechtssicherheit?**

Berlin, 01.06.2012

Rechtsanwalt Christoph Engel

Über uns

- Gegründet 1970
- Büros in Berlin, Brüssel, Köln, München, Stuttgart, Wien
- Über 200 Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Ingenieure
- 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, über 400 Stadtwerke und kommunale Verkehrsunternehmen, international agierende Versorgungs- und Handelsunternehmen, Betreiber regenerativer und konventioneller Erzeugungsanlagen, Projektentwickler, Banken, Industrieunternehmen...

Christoph Engel, Rechtsanwalt

christoph.engel@bbh-online.de - Tel.: 030 - 611 28 40-23



- geboren 1982 in München (Bayern)
- Schulzeit in München und in Dover, OH, USA
- Studium der Rechtswissenschaften an der Humboldt-Universität zu Berlin
- 2006 erstes Juristisches Staatsexamen in Berlin
- Referendariat in Berlin und Brüssel
- seit 2011 Rechtsanwalt bei BBH-Berlin
- Schwerpunkte:
 - Vergaberecht
 - Recht der industriellen Energiewirtschaft
 - Beihilfenrecht

Inhaltsübersicht

- I. Aktueller Rechtsrahmen für die Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionen
- II. Vorschlag der EU-Kommission für Richtlinie über Vergabe von Konzessionen vom 20.12.2011
- III. Die Subsidiaritätsrüge des Bundesrates

Inhaltsübersicht

- I. Aktueller Rechtsrahmen für die Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionen**
- II. Vorschlag der EU-Kommission für Richtlinie über Vergabe von Konzessionen vom 20.12.2011**
- III. Die Subsidiaritätsrüge des Bundesrates**

Rechtsgrundlagen für Vergabe energiewirtschaftlicher Konzessionen

- § 46 Abs. 2 und Abs. 3 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG)
- §§ 19, 20 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)
- Europäisches Primärrecht
- Das Vergaberecht gilt nicht für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen

Konzessionsverträge nach § 46 Abs. 2 EnWG

- Konzessionsvertrag gewährt Wegenutzungsrecht
- Versorgung nach Entflechtung nicht mehr Gegenstand von Strom- und Gaskonzessionsverträgen
- § 46 Abs. 1 EnWG: einfache Wegenutzungsverträge (z. B. für Direktleitungen)
- § 46 Abs. 2 bis 4 EnWG: qualifizierte Wegenutzungsverträge für Verlegung und Betrieb von Leitungen, die Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung bilden
 - maximale Laufzeit 20 Jahre
- § 48 EnWG und KAV
 - Konzessionsabgaben (Höchstsätze, Nebenleistungsverbot)

Anforderungen an Konzessionierungsverfahren nach dem EnWG

- § 46 Abs. 3 EnWG:
 - Bekanntmachung spätestens zwei Jahre vor dem Abschluss (ABl. der EU bzw. Bundesanzeiger)
 - Bekanntmachung der maßgeblichen Gründe für den Fall mehrerer Bewerber
 - Ausreichende Informationen über das Netz für Bewerber
- Möglicher Ansatzpunkt aus § 46 Abs. 1 EnWG:
 - ↳ diskriminierungsfreie Entscheidung → diskriminierungsfreies Verfahren

Anforderungen an Konzessionierungsverfahren nach dem EnWG (2)

- Auswahlkriterien gesetzlich nicht ausdrücklich festgelegt:
 - einerseits den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet (§ 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG),
 - andererseits aber Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, Art. 28 Abs. 2 GG
- Entscheidungshoheit der Kommunen über Vertragspartner
- **Beachte:** Die Verpflichtung auf die Ziele des § 1 EnWG bedeutet nicht, dass die Gemeinde lediglich Vollzugsbehörde des EnWG ist. Vielmehr stellt das EnWG eine rechtliche Schranke für die Ausübung des kommunalen Selbstverwaltungsrechtes dar.

Sonstige nationale Anforderungen an Konzessionierungsverfahren (1)

- Grundsatz der **Gleichbehandlung**
 - Gleichbehandlung aller Bewerber
 - Leitfaden des BKartA/der BNetzA vom 15.12.2010 spricht von „level playing field“
- Grundsatz der **Transparenz**
 - Konzessionsverfahren muss für alle Bewerber nachvollziehbar sein
 - Benennung aller entscheidungserheblichen Auswahlkriterien und Entscheidung anhand dieser Kriterien

Sonstige nationale Anforderungen an Konzessionierungsverfahren (2)

- Gemeinde befindet sich als Wegeeigentümerin in einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne der §§ 19, 20 GWB
- BKartA/BNetzA (Gemeinsamer Leitfaden, Rn. 22) stellen noch weitere Anforderungen:
 - Unzulässigkeit der Forderung von nach § 3 KAV unzulässigen Nebenleistungen
 - Verbot von Einwirkungen auf die Vertriebstätigkeiten des Konzessionärs
 - Auswahlkriterien müssen einen sachlichen Bezug zum Netz aufweisen.

Unionsrechtsrechtliche Anforderungen an die Vergabe von Konzessionen (1)

- EuGH, Urt. v 7.12.2000, 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.“

Unionsrechtsrechtliche Anforderungen an die Vergabe von Konzessionen (2)

- EuGH, Urt. v. 21.7.2005, Rn. 17 bis 19 - *Coname*:

„(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....“

- EuGH, Urt. v. 13.10.2005, Rn. 48 - *Parking-Brixen*:

„Demnach ist der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter auf öffentliche Dienstleistungskonzessionen auch dann anwendbar, wenn keine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vorliegt.“

Unionsrechtsrechtliche Anforderungen an die Vergabe von Konzessionen (3)

■ Mögliche Rechtfertigung einer Diskriminierung

- Art. 51, 52 AEUV bzw. Art. 51, 52 i. V. m. Art. 62 AEUV (Ausübung öffentlicher Gewalt)
- 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))

Unionsrechtsrechtliche Anforderungen an die Vergabe von Konzessionen (4)

- 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)

Offene Fragen bei der aktuellen Rechtslage (1)

- 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?

Offene Fragen bei der aktuellen Rechtslage (2)

- Bisher nur spärliche Rechtsprechung des EuGH zur Durchführung von Konzessionierungsverfahren im Einzelnen. Einzelfragen wurden geklärt.

Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 18.11.2010, Rs. C-226/09 – Kommission ./ . Irland:

- Keine Verpflichtung zur Gewichtung von Zuschlagskriterien
- Keine nachträgliche Gewichtung von Zuschlagskriterien (nach vorliegen der Angebote)

Inhaltsübersicht

- I. Aktueller Rechtsrahmen für die Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionen
- II. Vorschlag der EU-Kommission für Richtlinie über Vergabe von Konzessionen vom 20.12.2011
- III. Die Subsidiaritätsrüge des Bundesrates

Anwendungsbereich des Richtlinienvorschlags

- Der Richtlinienvorschlag soll nur gelten für **Dienstleistungskonzessionen**
- Das setzt eine „Beschaffung“ der Kommune voraus, für welche der Konzessionär das Entgelt von Dritten erhält
- Die reine Vergabe des Wegenutzungsrechts ist keine „Beschaffung“
- **Aber:** Die Kommune leistet durch die Konzessionierung auch Daseinsvorsorge → der Konzessionär erbringt also mit dem **Netzbetrieb** auch eine Leistung für die Kommune

Inhalt des Vorschlags der Kommission (1)

- Richtlinie soll auf alle Konzessionen ab einem Schwellenwert i.H.v. 5 Mio. Euro anwendbar sein
- zukünftig sollen **alle** Konzessionsvergaben obligatorisch im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht werden und dies sowohl vor Beginn als auch nach Abschluss des Konzessionierungsverfahrens
- Interessenbekundungsfrist von 52 Tage
- Zuschlagskriterien sind auf Grundlage objektiver Kriterien aufzustellen (Diskriminierungsfreiheit und Transparenz), dazu gehört auch die „*Erfahrung des mit der Durchführung der Konzession betrauten Personals*“

Inhalt des Vorschlags der Kommission (2)

- das aus dem Sektorenbereich bekannte Konzernprivileg (§ 101 Abs. 2 lit o aa GWB) wird übernommen
- EuGH- Rspr. zu den In-House- Geschäften wird aufgenommen, wobei klargestellt wird, dass das Wesentlichkeitskriterium dann erfüllt ist, wenn mind. 90 % der Tätigkeiten des Auftragnehmers für den öffentlichen Auftragnehmer erfolgen
- mit Inkrafttreten würde sich auch die sog. Rechtsmittelrichtlinie (89/665/EWG und 92/13/EWG) ändern
 - Anwendungsbereich wird auf Konzessionen ausgedehnt
 - Folge: Die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen müssten zunächst vor der zuständigen Vergabekammer und schließlich im Wege der sofortigen Beschwerde vor dem zuständigen OLG überprüft werden

Inhaltsübersicht

- I. Aktueller Rechtsrahmen für die Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionen
- II. Vorschlag der EU-Kommission für Richtlinie über Vergabe von Konzessionen vom 20.12.2011
- III. Die Subsidiaritätsrüge des Bundesrates

Die Subsidiaritätsrüge des Bundesrates

- Der Bundesrat hat den Kommissionsvorschlag nach Art. 12 lit. b) EUV gerügt (Drucksache 874/11):

„Die Kommission legt nicht ausreichend dar, dass eine sekundärrechtliche Regelung der Dienstleistungskonzession auf europäischer Ebene erforderlich ist. Schwerwiegende Wettbewerbsverzerrungen oder eine Marktabschottung, mit denen die Kommission ihren Richtlinienvorschlag begründet, sind nicht ausreichend belegt“

Wesentliche Kritikpunkte des Bundesrates

- Den Mitgliedstaaten und regionalen wie lokalen Einrichtungen kommt nach dem AEUV ein weiter Gestaltungsspielraum bei der Gestaltung der Daseinsvorsorge zu. Dieser werde eingeschränkt.
- Die hohe Regelungsdichte führe zu unverhältnismäßigem Aufwand
- Widerspruch zu Bestrebungen der Vereinfachung und des Bürokratieabbaus

Mangelnde Subsidiarität oder Mehr an Rechtssicherheit?

„Dienstleistungskonzessionen werden auch heute nicht in einem rechtsfreien Raum vergeben. Die für sie aus primärrechtlich verankerten Grundfreiheiten abgeleiteten Grundsätze sind durch die Rechtsprechung des EuGH sowie Mitteilungen der Kommission näher konkretisiert worden. [...] Danach müssen Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz gewährleistet sein. [...].

Die aus den Regelungen des Primärrechtes abgeleiteten Prinzipien gelten in allen Mitgliedsstaaten gleich. Ihnen wird durch den Europäischen Gerichtshof Geltung verschafft.“

Vorteile einer sekundärrechtlichen Regelung: (1)

- Konkrete Pflichten der Mitgliedstaaten im Konzessionsierungsverfahren
- Vereinheitlichung der Bekanntmachung (Amtsblatt der EU)
- Einheitlicher Rechtsschutz bei den Vergabekammern statt Unsicherheit über den Rechtsweg (Zivilrechtsweg/ Verwaltungsrechtsweg)
- Möglichkeit der schnellen Klärung (behaupteter) Rechtsverstöße
 - heute: Unsicherheit über die Wirksamkeit von Konzessionen bis ins Netzübernahmeverfahren hinein
 - mit der Richtlinie: Verpflichtung zur Geltendmachung von Rechtsverletzungen im Konzessionsierungsverfahren

Vorteile einer sekundärrechtlichen Regelung: (2)

Aber:

- keine zu hohe Regelungsintensität
- Wahrung des Gestaltungsspielraums bei Vergaben von Konzessionen
 - ↳ Gewährleistung der kommunalen Entscheidungshoheit

Schlussfolgerung

Die Verabschiedung einer Konzessionsrichtlinie sollte nicht mehr als eine Frage des „Ob“, sondern des „Wie“ diskutiert werden.



Rechtsanwälte · Wirtschaftsprüfer · Steuerberater

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Ansprechpartner: Rechtsanwalt Christoph Engel

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

BBH Brüssel
Avenue Marnix 28
1000 Brüssel/Belgien
Tel.: +32 2 204 44 00
Fax.: +32 2 204 44 99
bruessel@bbh-online.be

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