

Ist der Musterkonzessionsvertrag Baden-Württemberg wichtig?

**Darstellung und kritische Analyse des Urteils
des OLG München (26.09.2013 – U 3589/12 Kart)**

W2K aktuell 29.01.2014

—

Brennpunkte des Strom- und Gaskonzessionsrechts

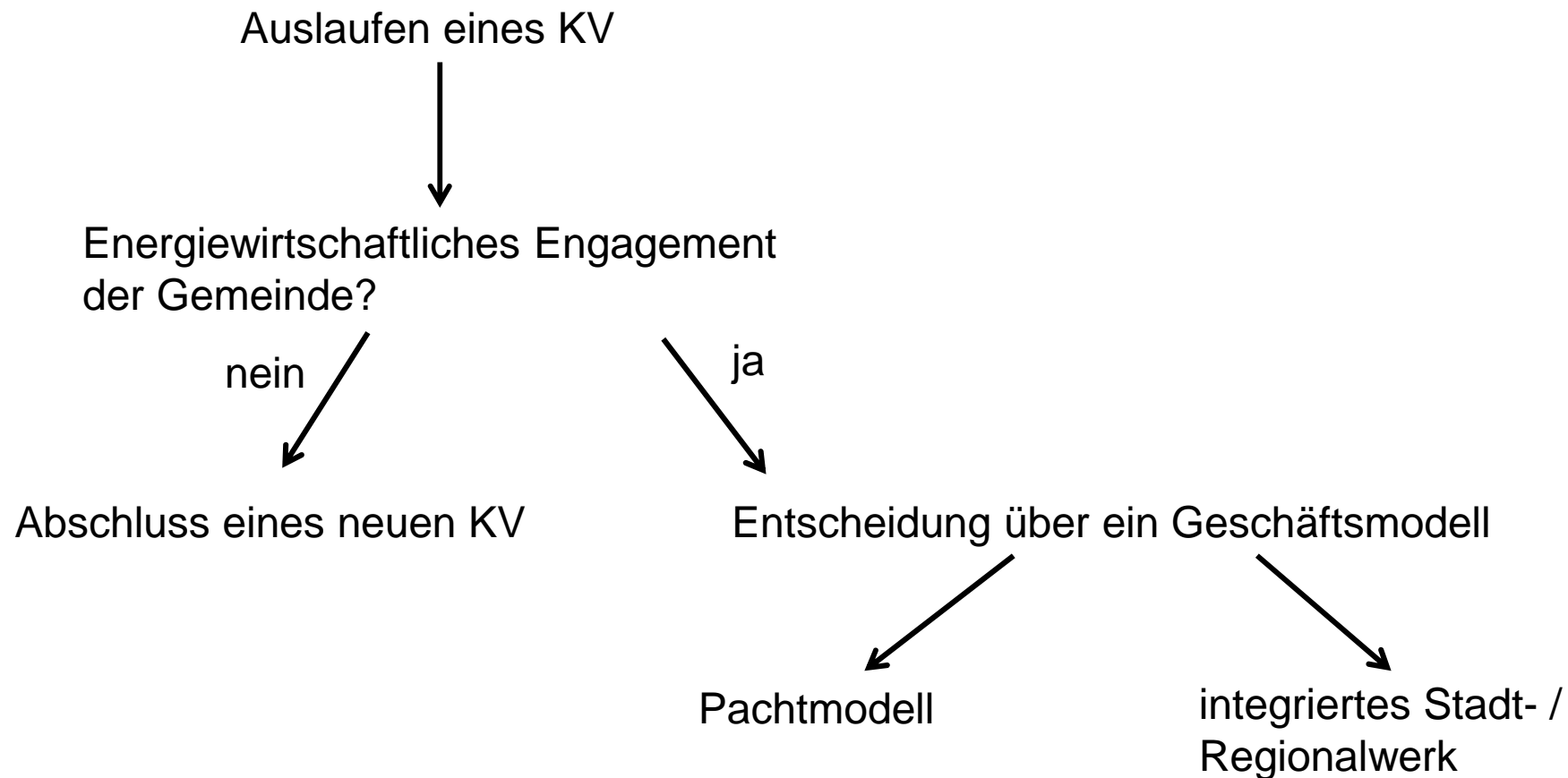
- A. Konzessionsvertrag –
Einzelvertrag oder Baustein eines Geschäftsmodells

- B. Die Entscheidung des OLG München

- C. Kritische Würdigung

- D. Folgerungen

A. Konzessionsvertrag – Einzelvertrag oder Baustein eines Geschäftsmodells



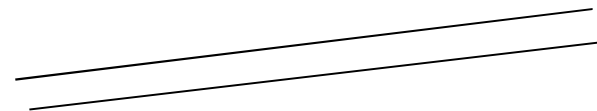
Frage nach der Rechtmäßigkeit einer Konzessionierung



- objektive Rechtmäßigkeitskontrolle (inbes. § 107 GemO)
- subjektiver Rechtsschutz (inbes. i. F. einer „unfreundlichen Netzübernahme“)

Abschluss eines neuen KV
unproblematisch mit bisherigem
Netzbetreiber (Nb)

problematisch mit neuem Nb



für konzessionierende
Kommune idR weniger
relevant

Entscheidung über ein Geschäftsmodell

Pachtmodell
unproblematisch mit
bisherigem Nb

problematisch mit
neuem Nb

integriertes Stadt-/Regionalwerk
unproblematisch mit bisherigem Nb

problematisch mit neuem Nb



für konzessionierende Kommune idR sehr relevant

B. Die Entscheidung des OLG München

- I. Tatbestand
- II. Begründung

I. Tatbestand

- ⇒ 30.01.2008 Bekanntmachung elektronischer BAnz
- ⇒ 30.04.2008 Ende der Frist zur Abgabe schriftlicher Bewerbungen
- ⇒ kein Verfahrensbrief
- ⇒ 17.11.2009 Entscheidung in nichtöffentlicher GR-Sitzung
- ⇒ 26.11.2009 Bekanntmachung Entscheidungsgründe im elektronischen BAnz
- ⇒ 04.02.2010 Ende alter KV
- ⇒ 08.02.2010 Abschluss neuer KV
- ⇒ 08.02.2010 Abtretung der Ansprüche der Gemeinde aus altem Konzessionsvertrag an den neuen Vertragspartner
- ⇒ 09.02.2010 Mitteilung der Gemeinde an bisherigen Nutzungsberechtigten
- ⇒ Verhandlung Entflechtungskonzept, SZW, EOG
- ⇒ 27.01.2011 Interimsvertrag zwischen Gemeinde und bisherigem Nutzungsberechtigtem

Bekanntmachung Entscheidungsgründe

„Die Entscheidung der Gemeinde beruht auf folgenden Gesichtspunkten:

- Die S. ist ein regionaler Anbieter, die Wertschöpfung bleibt in der Region.
- Die S. ist für die Wartung und Betreuung des Stromnetzes ortsnah mit ihrem Standort in Ulm.
- Die Stärkung des kommunalen Einflusses auf die örtliche Energieversorgung könnte verbessert werden.
- Die S. engagiert ist in der Förderung des Einsatzes von regenerativen Energien.“

§ 7 des neuen Konzessionsvertrages

„§ 7 Zusammenarbeit mit der Gemeinde

(2) ¹Die S. wird die Gemeinde bei der Erstellung von kommunalen Energiekonzepten unterstützen. ²Sie wird die erforderlichen Daten zur Verfügung stellen. ³Wenn die Gemeinde die Erstellung eines kommunalen Energiekonzepts beauftragt, ist die Gesellschaft nach Abstimmung bereit, hierfür im Rahmen des konzessionsabgabenrechtlichen Zulässigen einen Zuschuss zu gewähren.

(3) ¹Die Eigenerzeugung von Strom durch die Gemeinde wird dort, wo sie ökologisch und wirtschaftlich sinnvoll ist, von der S. unterstützt. ²Die S. verpflichtet sich, den von der Gemeinde oder von Dritten durch erneuerbare Energieträger erzeugten Strom abzunehmen und entsprechend der gesetzlichen Regelungen zu vergüten. ³Dies gilt auch für Strom aus Anlagen mit Kraft-Wärme-Kopplung.

(4) ¹Über die partnerschaftliche Zusammenarbeit im Rahmen dieses Vertrages hinaus wird der Gemeinde das auf kommunale Partner ausgerichtete Dienstleistungs-Angebot des S.-Konzern zur Verfügung stehen.
²Die S. wird auf Wunsch der Gemeinde entsprechende Angebote der S.-Konzerngesellschaften vermitteln.“

§ 10 *enthält eine salvatorische Klausel*

II. Begründung

Klägerin habe keine Ansprüche gegen die Beklagte, weil

⇒ § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG sowie

⇒ die Abtretung der Ansprüche der Gemeinde aus dem alten KV

einen wirksamen neuen KV voraussetzten und der neue KV im vorliegenden Fall unwirksam wäre.

1. Notwendigkeit eines wirksamen KV

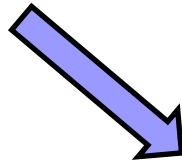
2. Unwirksamkeit des neuen KV

⇒ kein Verfahrensbrief

⇒ Entscheidung in nichtöffentlicher Gemeinderatssitzung

⇒ Entscheidungsgründe

⇒ Vertragsinhalte



§ 7 Zusammenarbeit mit der Gemeinde

- 2.1. § 7 KV verstoße gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV
- 2.2. Fehlerfolgen
- 2.3. Kein Rügeausschluss der Beklagten

2.1. § 7 KV verstoße gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV

2.1.1. Auslegung von § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV

2.1.2. Subsumtion von § 7 Abs. 2 KV

2.1.3. Subsumtion von § 7 Abs. 3 KV

2.1.4. Subsumtion von § 7 Abs. 4 KV

2.1.1. Auslegung von § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV

- § 2 KAV legt Höchstsätze für KA fest.
- Zum Schutz dieser Höchstsätze vor wirtschaftlicher Aushöhlung lege § 3 KAV abschließend fest, welche Leistungen neben der KA zulässig sind. Es soll keinen Wettbewerb um die höchsten Unterstützungsleistungen geben!

§ 3 KAV

(1) Neben oder anstelle von KA ... dürfen ... nur die folgenden Leistungen:

1. Preisnachlässe für den in Niederspannung ... abgerechneten Eigenverbrauch der Gemeinde bis 10 % des Rechnungsbetrages für den Netzzugang, ...
2. Folgekosten im Fall von Baumaßnahmen
3. Verwaltungskostenbeiträge

...

(2) Nicht vereinbart oder gewährt werden dürfen insbesondere

1. sonstige Finanz- und Sachleistungen, die unentgeltlich oder zu einem Vorzugspreis gewährt werden; Leistungen der Versorgungsunternehmen bei der Aufstellung kommunaler oder regionaler Energiekonzepte oder für Maßnahmen, die dem rationellen und sparsamen sowie ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart dienen, bleiben unberührt, soweit sie nicht im Zusammenhang mit dem Abschluß oder der Verlängerung von Konzessionsverträgen stehen,
2. Verpflichtungen zur Übertragung von Versorgungseinrichtungen ohne wirtschaftlich angemessenes Entgelt.

Wird eine Leistung gegen „marktübliche Vergütung“ erbracht, liegt kein Verstoß gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV vor.

Zulässig sind – so das OLG – unentgeltliche oder verbilligte

⇒ Leistungen bei der Aufstellung kommunaler oder regionaler Energiekonzepte

oder

⇒ Finanz- und Sachleistungen für Maßnahmen, die dem rationellen und sparsamen sowie ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart dienen;

allerdings nur, soweit sie nicht im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von KVen stehen.

Eine Leistung stehe immer dann „im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von KVen“, wenn sie im KV selbst vereinbart werde.

2.1.2. Subsumtion von § 7 Abs. 2 KV unter § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV

- Die Pflicht der Gemeinde bei der Erstellung von kommunalen Energiekonzepten zu unterstützen und die erforderlichen Daten zur Verfügung zu stellen, sei eine Leistung vermögensrechtlicher Art, soweit auf der Seite des EVU personeller Aufwand entsteht, der nicht völlig unerheblich ist.
- Die Vereinbarung der Leistung ist auch dann unzulässig, wenn sie für die Wahl des EVU durch die Gemeinde von Bedeutung war.
- Lautet die Regelung „das EVU verpflichtet sich, im Rahmen des konzessionsabgabenrechtlich Zulässigen eine Leistung zu erbringen“ und ist diese Leistung unzulässig, stellt die Regelung keinen Verstoß gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV dar, da sie wegen Perplexität unwirksam ist.

2.1.3. Subsumtion von § 7 Abs. 3 KV

- „Unterstützung“ \triangleq unentgeltliche generelle Leistungspflicht

2.1.4. Subsumtion von § 7 Abs. 4 KV

- Vermittlung des Dienstleistungsangebots des Konzerns „erfordert den Einsatz von Personal“. Personalaufwand ist „eine unzulässige Sachleistung“!

2.2. Fehlerfolgen

- Verstöße gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV führen zur Gesamtnichtigkeit des KV gemäß § 134 BGB.
- Schutzzweck: Mitbewerber, die sich gesetzeskonform verhalten und unter Beachtung von § 3 KAV keine unzulässige Nebenleistung anbieten, sind nur bei Gesamtnichtigkeit des Vertrags gegen das verbotswidrige Verhalten ihres Mitbewerbers geschützt.
- Im Fall von § 134 BGB sei eine salvatorische Klausel bedeutungslos.
- Nichtigkeitsfolge sei auch nicht unverhältnismäßig, nur weil es sich um branchenübliche Regelungen handelt.

2.3. Kein Rügeausschluss der Beklagten

„Die Beklagte hat nach Bekanntgabe der Auswahlentscheidung am 26.11.2009 und bis heute keine rechtlichen Schritte gegen die Gemeinde unternommen und sich vorprozessual auch gegenüber der Klägerin nicht auf die Nichtigkeit des KV berufen.

Hieraus konnte die Klägerin jedoch nicht schließen, dass die Beklagte, falls keine Einigung über den Preis erzielt würde, nicht die Übertragungspflicht als solche in Frage stellen würde.“

C. Kritische Würdigung

- I. Auslegung § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV
- II. Grundlegende Fehlannahmen des Gerichts
- III. Fehlerfolgen
- IV. Rügeausschluss

- I. Auslegung § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV
 1. Anwendungsbereich § 3 Abs. 2 Nr. 1 letzter Halbsatz
 2. Inhalt von § 3 Abs. 2 Nr. 1 letzter Halbsatz

1. Anwendungsbereich § 3 Abs. 2 Nr. 1 letzter Halbsatz

Aktueller Wortlaut:

(2) Nicht vereinbart oder gewährt werden dürfen insbesondere

1. sonstige Finanz- und Sachleistungen, die unentgeltlich oder zu einem Vorzugspreis gewährt werden; Leistungen der Versorgungsunternehmen bei der Aufstellung kommunaler oder regionaler Energiekonzepte oder für Maßnahmen, die dem rationellen und sparsamen sowie ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart dienen, bleiben unberührt, soweit sie nicht im Zusammenhang mit dem Abschluß oder der Verlängerung von Konzessionsverträgen stehen,

2. Verpflichtungen zur Übertragung von Versorgungseinrichtungen ohne wirtschaftlich angemessenes Entgelt.

OLG München meint,

- 1) der Bezug des letzten Halbsatzes, ausschließlich auf die „Maßnahmen“ sei mit dem Wortlaut nicht vereinbar;
- 2) aus der Entstehungsgeschichte der Norm ergebe sich dieses enge Verständnis auch nicht.

Wortlaut Regierungsentwurf, BR-Drs. 686/91, S. 4.

(2) Nicht vereinbart oder gewährt werden dürfen insbesondere

1. sonstige Finanz- und Sachleistungen, die unentgeltlich oder zu einem Vorzugspreis gewährt werden; Leistungen der Versorgungsunternehmen bei der Aufstellung kommunaler Energieversorgungskonzepte oder für die Beratung für einen rationellen und sparsamen Umgang mit Energie bleiben unberührt,
2. Verpflichtungen zur Übertragung von Versorgungseinrichtungen ohne wirtschaftlich angemessenes Entgelt.

BR-Drs. 686/91, S. 18.

„Nr. 1 läßt allerdings - aus energie- und umweltpolitischen Gründen - ausdrücklich für Leistungen bei der Aufstellung kommunaler Energieversorgungskonzepte und für die Einsparberatung Ausnahmen zu. Darüber hinausgehende Leistungen sind dagegen, wenn sie überhaupt vom Versorgungsunternehmen erbracht werden, zu Marktpreisen abzurechnen.“

Wortlaut Ausschussempfehlung , BR-Drs. 686/1/91, S. 12.

„Leistungen der Versorgungsunternehmen bei der Aufstellung kommunaler oder regionaler Energiekonzepte oder für Maßnahmen, die dem rationellen und sparsamen sowie ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart dienen, bleiben unberührt, soweit sie nicht im Zusammenhang mit dem Abschluß oder der Verlängerung von Konzessionsabgabeverträgen stehen,“

Begründung:

Das EVU muss als langfristig versorgungsberechtigtes und versorgungsverpflichtetes Unternehmen neben der KA-Zahlung Leistungen erbringen können, die zu einem rationellen, sparsamen und ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart beitragen.

Sitzung des Bundesrates am 19.12.1991, Protokoll S. 605:

Senator Zumkley

„Es drängt sich der Verdacht auf, dass es hier letztlich auch darum gehen könnte, eine kommunale Abgabe zu begrenzen,...

Hamburg wird die Verordnung daher auf jeden Fall ablehnen, wenn die Ausschussempfehlungen unter den Ziffern 3 – Prozentsätze statt Festbeträge –, 7 – Verzicht auf Festsetzung von Höchst- und Grenzbeträgen – sowie zu den Ziffern 15 – Möglichkeit der Vereinbarung weiterer Leistungen neben der Konzessionsabgabe – und 16 – Wegfall der Mindestgewinnngarantie – keine Mehrheit fanden.

Zwischenergebnis: Die Entstehungsgeschichte des Wortlauts von § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV zeigt deutlich, dass der letzte Halbsatz nicht eingeführt wurde, um die Zusage von Leistungen im Zusammenhang mit Energiekonzepten einzuschränken.

§ 3 Abs. 2 Nr. 1 letzter Halbsatz KAV war der einschränkende Zusatz der Erweiterung des zulässigen Leistungsspektrums um „Maßnahmen“.

2. Inhalt von § 3 Abs. 2 Nr. 1 letzter Halbsatz KAV

OLG München meint,

eine Leistung stehe immer dann „im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von KVen“, wenn sie im KV selbst vereinbart wurde.

Wir meinen,

wenn eine Nebenleistung schon dadurch rechtswidrig würde, dass sie im KV überhaupt erwähnt wird, gäbe es keine zulässigen Nebenleistungen, die Gegenstand eines rechtsfehlerfreien KV sein könnten.

In diesem Sinn verboten ist nur die Vereinbarung als „spezifische Gegenleistung“ gerade für die Einräumung des Wegerechts.

Zulässig ist u. E. folgende Regelung:

Sofern im EVU zu diesem Zweck allgemein Mittel bereitstehen, berät das EVU die Netznutzer im Stadtgebiet über Möglichkeiten des rationellen und sparsamen sowie ressourcenschonenden Umgangs mit Strom / Gas.

II. Grundlegende Fehlannahmen

OLG München meint,

jeder nicht nur unerhebliche Personalaufwand sei „eine unzulässige Sachleistung“.

Wir meinen,

allein daraus, dass das Konzessionsverhältnis ein Dauerschuldverhältnis ist, welches in vielerlei Hinsicht auf Abstimmung zwischen den Vertragspartnern angelegt ist, entsteht ein notwendiger und damit legitimer Vertragsdurchführungsaufwand auf beiden Seiten.

OLG München meint,

das Recht zur Selbstverwaltung besteht gemäß Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG nur nach Maßgabe der Gesetze;

↳ kein Recht, „unbegrenzt Nebenleistungen“ zu fordern;

↳ kein Recht, „sich beliebig neue Einnahmequellen zu verschaffen“;

↳ kein Recht auf eine bestimmte Ausgestaltung des kommunalen Einnahmesystems.

Energieversorgung ist dem Bereich der Daseinsvorsorge zuzurechnen.

Jüngst BVerfG, Urt. v. 17.12.2013 – 1 BvR 3139 / 08 – juris, Rn. 286.

Die Durchführung der Energieversorgung gehört zu den typischen die Daseinsvorsorge betreffenden Aufgaben kommunaler Gebietskörperschaften.

BVerfG, Beschl. v. 16.05.1989 – 1 BvR 705 / 88 – juris, Rn. 5

Zwischenergebnis:

Die Gemeinden tragen eine Gewährleistungsverantwortung für die Bereitstellung von örtlichen Stromverteilernetzen!

III. Fehlerfolgen

OLG München meint,

im Fall eines Verstoßes gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV sei der KV insgesamt nichtig – eine salvatorische Klausel sei unbeachtlich.

BGH, Urt. v. 29.09.2009 – EnZR 14/08 -, juris Rn. 29 f.

Fall: Ausdehnung der Gemeinderabatts gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV auf den Eigenverbrauch von Unternehmen, die von der Gemeinde beherrscht werden.

BGH: „Auch diese Einwände verhelfen der Revision nicht zum Erfolg. Das Berufungsgericht hat fehlerfrei angenommen, dass die geltend gemachten Verstöße mit Rücksicht auf die salvatorische Klausel jedenfalls nicht die Gesamtnichtigkeit des Vertrages zur Folge haben.“

OLG München meint,

es gebe keine Begrenzung des Rügerechts für den bisherigen Netzbetreiber.

dagegen etwa OLG Düsseldorf, Beschl. v. 04.02.2013 – VII-Verg 31/12 – juris, Rn. 42:

Bei den einer Nachprüfung nach dem GWB nicht unterliegenden (reinen) Konzessionsvergaben nach § 46 EnWG ergibt sich – im Sinn einer unselbständigen Nebenpflicht – eine Verpflichtung der Bieter, den Auftraggeber insbesondere auch auf Rechtsverstöße im Vergabeverfahren hinzuweisen, im Übrigen aus dem durch Anforderung der Vergabeunterlagen begründeten vorvertraglichen Schuldverhältnis nach §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

Eine Verletzung der vorvertraglichen Hinweispflicht wird im Allgemeinen angemessen nur in der Weise zu sanktionieren sein, dass die betreffenden Rügen bei dem regelmäßig anzustrengenden Verfügungsverfahren nach §§ 935 ff. ZPO von einer Nachprüfung jedenfalls materiell-rechtlich ausgeschlossen sind.



Wir meinen:

Abzustellen ist darauf, was der abgebende Netzbetreiber wann gewusst hat oder hätte wissen können.

D. Folgerungen

Wir meinen:

- ⇒ maßgeblich ist der Schutz des Wettbewerbs um das Netz
- ⇒ hieraus abgeleitet: entscheidend ist die Frage der Kausalität
 - ↳ Verstöße bei der Eröffnung des Wettbewerbs:
Gesamtnichtigkeit
 - ↳ Verstöße bei der Bewertung der Angebote:
einzelfallbezogene Kausalitätsbetrachtung

Ich schulde Ihnen noch Antworten!

Nach meiner rechtlichen Einschätzung:

- ⇒ § 7 Abs. 2 ist rechtmäßig;
- ⇒ § 7 Abs. 3 S. 1 ist unproblematisch – sollte iS eines netzbezogenen kommunalen Energiekonzepts reduzierend ausgelegt und angewendet werden; § 7 Abs. 3 S. 2 f. sind unproblematisch;
- ⇒ § 7 Abs. 4 insbesondere Satz 2 ist problematisch;
- ⇒ eine salvatorische Klausel ist grundsätzlich beachtlich;
- ⇒ sollte eine Regelung einen Verstoß gegen § 3 KAV darstellen, wäre eine Kausalitätsbetrachtung im konkreten Einzelfall anzustellen.

Noch Fragen?

Rechtsanwalt Prof. Dr. Dominik Kupfer

Wurster Wirsing Kupfer • Rechtsanwälte Partnerschaft mbB

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

E-Mail: kupfer@w2k.de