

**„Energiepartnerschaften zwischen privaten Versorgungsunternehmen Stadtwerken und Kommunen“** – Bericht über die Jahrestagung 2002 des Instituts für Berg- und Energierecht der Ruhr-Universität Bochum, Von Referendar am KG Dr. Caspar David *Hermanns*

Die Reform des Energierechts hat die Strukturen des Energiemarkts in Bewegung gebracht. Wie beispielsweise die Zukunft von Wegenutzungsverträgen und Durchleitungsansprüchen aussieht, welche Bedeutung dem Vergaberecht mittelfristig zukommen wird und, ganz praktisch, wer überhaupt die Haushalte künftig mit Strom, Gas und Wärme beliefern wird, das sind Fragen, die noch einer Klärung harren. Ein wenig Licht ins Dunkel wollte das Institut für Berg- und Energierecht der Ruhr-Universität Bochum bringen und daher unter der Leitung seines geschäftsführenden Direktors Professor Dr. Martin *Burgi* für den 21.02.2002 ins Musische Zentrum der Universität einlud. Der Bedeutung des Tagungsthemas entsprechend groß war das Interesse der Fachwelt, gut 120 Interessierte aus Wissenschaft, Justiz und vor allem aus der Praxis mochten der Einladung ins zentrale Ruhrgebiet Folge leisten.

Eröffnet wurden die Beratungen von *Burgi*, der in seinen einleitenden Worten auf die sinnbildhafte Bedeutung des Tagungsthemas „Energiepartnerschaften“, das für die Kooperation zwischen den großen Energieversorgungsunternehmen, den Stadtwerken und Kommunen stehe, hinwies. Daß dabei aber wettbewerbs- und vergaberechtliche Aspekte nicht ausgeklammert werden dürften, verstehe sich von selbst, denn die vor knapp vier Jahren verabschiedete Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts und insbesondere die §§ 6 und 13 EnWG sollten gerade freien Wettbewerb – dem zentralen Anliegen des heutigen Wettbewerbs- und Vergaberechts – zwischen den Netzen, um die Netze und in den Netzen gewährleisten.

Ein Instrument zur Gewährleistung von Wettbewerb zwischen den Netzen ist der Konzessionsvertrag. In seinem Referat „Voraussetzungen und Inhalte beim Abschluß künftiger Wegenutzungsverträge“ stellte der Berliner Rechtsanwalt Dr. Christian *Theobald* vor allem die Modelle des einfachen und qualifizierten Konzessionsvertrags vor. Während mittels des einfachen Konzessionsvertrags der Wettbewerb zwischen den Netzen gewährleistet werden solle, in denen die Gemeinden nach § 13 Abs. 1 EnWG ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung Verfügung zu stellen hätten, habe § 13 Abs. 2 i. V. m. § 10 EnWG im Energiewirtschaftsrecht eine der AOK vergleichbare Funktion im Gesundheitswesen, machte der Energierechtler den Anwesenden plastisch deutlich. Durch ihn solle die allgemeine Versorgung sichergestellt werden, wenn dieses Recht und diese Pflicht gemeindlicherseits nicht wahrgenommen werde und stattdessen diese Funktion auf Dritte übertragen habe. Durch

den qualifizierten Konzessionsvertrag habe sich die Aufgabenwahrnehmung der Gemeinde von der Leistungserfüllung zur Gewährleistungserfüllung gewandelt. Zur Auslegung des Begriff des „Überlassens“ gemäß § 13 Abs. 2 S. 2 EnWG führte Theobald ausführlich aus, daß nur eine Eigentumsübertragung hierunter subsumiert werden könnte, denn allein eine Besitzüberlassung im Sinne von § 13 Abs. 2 S. 2 EnWG als hinreichend zu erachten, gebe die Konzeption des Gesetzes nicht her. Ferner würde es bei einer anderen Interpretation beispielsweise bei der Neuherstellung von Anschlüssen zu unterschiedlichen Eigentumsverhältnissen kommen, die nur unpraktikabel gehandhabt werden könnten. Nehme man das Konzept des qualifizierten Konzessionsvertrags ernst, dürfe die Stellung des Konzessionnehmers der die allgemeine Versorgung zu gewährleisten habe, auch nicht durch die Zulassung von Direktanschlüssen untergraben werden, denn dies könne die Wirtschaftlichkeit des Konzessionnehmers gefährden und dazu führen, daß das Konzept des qualifizierten Konzessionsvertrages im Ergebnis leerlaufe.

Der unmittelbare Netzzugang war auch Gegenstand der Ausführungen von Professor Dr. Ulrich *Büdenbender* (Dresden). Unter der Überschrift „Rechtsfragen der Durchleitung im Wettbewerb um den Endverbraucher“ schloß sich sein Vortrag gleichsam nahtlos an die Erörterungen von *Theobald* an und erläuterte die seiner Auffassung nach bestehenden Voraussetzungen und Inhalte künftiger Wegenutzungsverträge. Wenn die Errichtung von parallelen Energieversorgungsnetzen aus politischen, ökonomischen und ökologischen Gründen fragwürdig sei, gleichzeitig aber ein „Wettbewerb im Netz“ um den Endverbraucher herrschen solle, so *Büdenbender*, komme der Durchleitung von Energie – in welcher Form auch immer – letztlich die entscheidende Bedeutung bei der Frage zu, ob und inwieweit sich tatsächlich Wettbewerbsprozesse in der Energieversorgungswirtschaft einstellen. Zur Kontrolle der Netzzugangsentgelte würden dabei energie- und kartellrechtlich die gleichen Kriterien zur Verfügung stehen, wie sie auch für die kartellrechtliche Preismißbrauchsaufsicht entwickelt worden seien, denn der Netzbetreiber habe stets eine kontrollbedürftige Monopolstellung inne. Würde man dabei Strukturklassen bilden, könne der Monopolpreisvergleich zudem erheblich erleichtert werden, führte *Büdenbender* weiter aus. Das ehemalige Vorstandsmitglied der RWE AG warnte ferner vor der Gefahr der Aushebelung gesetzlicher Regelungen durch Verbändevereinbarungen. Auch wenn diese nicht rechtsverbindlich seien, dienten sie gleichwohl als Interpretationsleitlinie der unbestimmten Durchleitungstatbestände des § 6 EnWG und wohl zukünftig auch des § 6 a EnWG n. F. sowie des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB n. F. Denn je größer die allgemeine Akzeptanz,

insbesondere durch die betroffenen Wirtschaftskreise, aber auch durch das Bundeskartellamt, sei, umso mehr müsse man befürchten, daß sich auch die Justiz dieser positiven Würdigung anschließen und an den Vorgaben der Vereinbarung orientieren werde. Inzwischen hätten die Verbändevereinbarungen jedoch die durch sie verfolgten Zwecke erfüllt, weshalb sie nun aufzuheben seien, um wettbewerblichen Alternativen bei der Netzzugangspraxis Raum zu geben.

Zur Problematik von „Energiepartnerschaften und Vergaberecht“ referierte Rechtsanwalt Dr. Jan *Byok* (Düsseldorf). Die Energiebeschaffung von Kommunen sei insbesondere dann vergaberechtlich relevant und damit auch ausschreibungspflichtig, wenn ein öffentlicher Auftrag vorliege. Dies sei, so *Byok*, aber seiner Auffassung nach noch nicht der Fall, wenn die Energie bei Regie- oder Eigenbetrieben sowie bei Eigengesellschaften eingekauft werde, die zu einhundert Prozent im Eigentum der Einkäufer ständen. In diesen Fällen liege nämlich auf Seiten des Auftraggebers wirtschaftliche Identität vor, es handele sich um ein „In-house-Geschäft“, denn die Kommune übe über solche Gesellschaften die Kontrolle wie über eine Dienststelle aus. Dies wolle er bei gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften, schon ein privatwirtschaftlicher Anteil von zehn Prozent reiche dafür aus, jedoch nicht gelten lassen. Sollte bei derartigen Konstellationen dennoch kein Vergabeverfahren durchgeführt werden, bleibe nur der – rechtswidrige – Weg des schnellen Vertragsschlusses, da bei abgeschlossenen Beschaffungsverträgen, von den in § 13 VgV gergelten Ausnahmen abgesehen, kein Primärrechtsschutz gegeben sei. Besonders problematisch sei die Situation ferner bei Vertragsverlängerungen und Vertragsänderungen im Rahmen von schon bestehenden Änderungs- und Anpassungsklauseln. Unter Berufung auf die Rechtsprechung des *OLG Düsseldorf*, nach der darauf abgestellt werden müsse, ob durch die Verlängerung oder Änderung das Vertragsverhältnis wesentlich inhaltlich verändert werde, sprach sich *Byok* dabei nachdrücklich gegen ein Vergabeverfahren aus, war mit dieser These in der folgenden Diskussion jedoch nicht unbedingt im Einklang.  
Leitthema „Neue Kooperationsstrategien der Stadtwerke“. Rechtsanwalt Markus *Moraing*, Justitiar des Verbandes kommunaler Unternehmen, (Köln) ging dabei auf die „Modelle, Erwartungen und Erfahrungen“ mit Kooperationsstrategien ein und machte deutlich, daß in zunehmenden Maße die Stadtwerke aufgrund ihrer starken Position im Geschäft mit den Endverbrauchern nicht nur begehrte Kooperationspartner, sondern auch Kaufobjekte seien. Komme es zu Kooperationen, ständen vor allem der Vertrieb bei Großkunden, Beschaffung und Handel sowie der Aufbau zentraler Servicefunktionen im Vordergrund. Aber auch unmittelbare Beteiligungen seien im

verstärkten Maße auszumachen, die private Beteiligung liege dann im Regelfall zwischen 25,1 % und 49,9 %, in zunehmenden Maße aber auch über 50 %.

Im Rahmen seines Vortrags „Rechtsfragen im Schnittfeld von Wettbewerbs- und Kommunalrecht“ ging Wolfgang *Jaeger*, Vorsitzender des im wesentlichen für das Kartell- und Vergaberecht zuständigen 27. *Senats* des *OLG Düsseldorf*, insbesondere auf die kartellrechtlichen Fragen von Zusammenschlüssen zwischen privaten und kommunalen Unternehmen ein. Erwerbe ein privates Unternehmen weniger als 25 % eines öffentlichen Unternehmens, reiche noch eine Einzelfallprüfung aus, um die kartellrechtliche Relevanz der Transaktion festzustellen. Bei einem Anteilserwerb von mehr als 25 % liege hingegen regelmäßig ein kartellrechtlich relevanter Zusammenschluß im Sinne von § 37 GWB vor, dessen Zulässigkeit von den Mitentscheidungsrechten des Anteilserwerbers abhängt. Aufgrund der marktbeherrschenden Stellung der beiden großen Versorger E.ON AG und RWE AG müsse bei diesen in jedem Falle einer Beteiligung an einem öffentlichen Versorgungsunternehmen davon ausgegangen werden, daß sie ihre Marktstellung hierdurch verstärken würden. In diesem Zusammenhang kritisierte *Jaeger* die Praxis des Bundeskartellamtes, das in diesem Zusammenhang bislang seiner Funktion nicht gerecht werde. Stadtwerke einer Nachbargemeinde, die erwägen würden, gegen eine entsprechende Beteiligung im Wege der Anfechtungsbeschwerde vorzugehen, sollten sich vom Bundeskartellamt gemäß der §§ 63 und 54 Abs. 2 GWB. Allerdings sei es nicht zulässig, mittels einer Auflage nach § 40 Abs. 3 GWB die Netzdurchleitung diskriminierungsfrei sicherzustellen, da § 40 Abs. 3 S. 2 GWB gerade eine laufende Verhaltenskontrolle ausschließe. Ferner äußerte *Jaeger* die, in der Diskussion jedoch sehr umstrittene, These, daß eine kartellrechtswidrige Beteiligung die Voraussetzungen eines öffentlichen Zwecks, wie er für eine wirtschaftliche Betätigung der Kommunen beispielsweise in § 107 GO Nordrhein-Westfalen verlangt werde, nicht erfülle. Hiervon ausgehend könne dann aber auch eine Pflicht zum Einschreiten der Kommunalaufsichtsbehörden gegen offensichtlich kartellrechtswidrige Zusammenschlüsse gefolgert werden. Daß eine einheitliche Lösung für eine so vielschichtigen Materie wie dem Energiewirtschaftsrecht kein einheitliches Resümee gezogen werden kann, bleibt nicht aus und zeigte sich auch bei der unter der Leitung von *Professor Dr. Peter J. Tettinger* (Köln) geführten Abschlußdiskussion. Gleichwohl kann konstatiert werden, daß dem Bochumer Institut für Berg- und Energierecht ein großer Wurf geglückt ist, gelang es ihm doch die Fachwelt aus weiten Teilen der Bundesrepublik für einen Tag in der Stadt an der Ruhr zu versammeln und allein schon so das fachliche Gespräch zu fördern. Man darf gespannt sein,

wie es im Energiewirtschaftsrecht weiter gehen wird und man kann hoffen, daß an der Ruhr-Universität die kommende Entwicklung weiterhin so aktiv begleitet wird. Der nächste Schritt in diese Richtung wird sicherlich das baldige Erscheinen des Tagungsbandes sein, der die Beratungen der diesjährigen Tagung zum Gegenstand hat.