
Mängel bei Stromkonzessionsvergabe unbeachtlich für Netzübergang

Von Dr. Ute Jasper – Partnerin, Rechtsanwältin und Jens Biemann – Rechtsanwalt, Heuking Kühn Lüer Wojtek

Dem Neukonzessionär steht nach Abschluss des Konzessionsvertrags gegenüber dem Altkonzessionär ein Anspruch auf Netzübergang und damit verbundenen Auskünften zu. Dies gilt unabhängig von etwaigen Verfahrens- oder Vertragsmängeln. Allenfalls bei offensichtlichen und schwerwiegenden Mängeln des Konzessionsvertrags könne dies anders sein, so die Bundesnetzagentur in einem aktuellen Beschluss (Beschluss vom 19.06.2012, BK6-11-079).

Die bundesweit auf ca. 20.000 geschätzten Konzessionsverträge über Strom und Gas, von denen gegenwärtig und in den nächsten Jahren viele auslaufen, stellen für Kommunen und Energieversorgungsunternehmen vielfältige Herausforderungen dar. Mit den Strom- und Gaskonzessionen vergeben die Gemeinden Verträge über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen auf dem Gemeindegebiet. Nicht nur das Wettbewerbsverfahren zur Auswahl des Neukonzessionärs mit Abschluss des Konzessionsvertrags birgt besondere Risiken für die Beteiligten, sondern auch der anschließende Netzübertragungsprozess läuft in der Praxis selten problemlos ab.

Klarstellung der Bundesnetzagentur

Der genannte Beschluss der Bundesnetzagentur ist vor diesem Hintergrund besonders zu begrüßen. Der Entscheidung lag ein Sachverhalt zugrunde, bei dem nach Durchführung eines Konzessionsvergabeverfahrens eine Gemeinde mit einem neuen Netzbetreiber als Neukonzessionär den Vertrag über das Stromversorgungsnetz im Gemeindegebiet geschlossen hatte. Im Anschluss stritten der Altkonzessionär und der Neukonzessionär über den Umfang der herauszugebenden Netzdaten. Außerdem verlangte der Neukonzes-

sionär die Übergang bestimmter Verteilungsanlagen, die sowohl der örtlichen als auch der überörtlichen Versorgung dienen. Da sich der Altkonzessionär nicht kooperativ zeigte, schaltete der Neukonzessionär die Bundesnetzagentur als Aufsichtsbehörde in einem Verfahren nach den §§ 65, 66 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) ein.

In dem Verfahren trug der Altkonzessionär vor, dass die Auswahlentscheidung im Konzessionsvergabeverfahren fehlerhaft und der Konzessionsvertrag nichtig seien. Diesem Vortrag schob die Bundesnetzagentur einen deutlichen Riegel vor. Danach könne sich ein Altkonzessionär nicht auf vermeintliche Fehler im Konzessionsvergabeverfahren berufen, um Auskunfts- oder Netzübertragungsansprüchen zu widersprechen. Für etwaige Mängel im Konzessionsvergabeverfahren seien ausschließlich die Zivilgerichte und das Bundeskartellamt zuständig. Andernfalls liege außerdem eine Ungleichbehandlung der unterlegenen Bieter vor, da nur der Altkonzessionär in dem Aufsichtsverfahren das Konzessionsvergabeverfahren angreifen könne. Anderen unterlegenen Bietern stehe dieses „Rechtsmittel“ nicht zur Verfügung. Selbst die Unwirksamkeit des Konzessionsvertrags, der zwischen der Gemeinde und dem Neukonzessionär geschlossen worden war, sei nicht Gegenstand des Verfahrens vor der Bundesnetzagentur. Lediglich im Einzelfall könne der Altkonzessionär dies den Auskunfts- oder Netzübertragungsansprüchen entgegenhalten, nämlich dann, wenn der Konzessionsvertrag an einem offensichtlichen und schwerwiegenden Mangel leide.

Trennung der Rechtswege

Durch den Beschluss der Bundesnetzagentur sind die bereits bestehenden vielfältigen Rechtswegmöglichkeiten glück-

licherweise nicht um eine weitere aufgestockt worden. Die Bundesnetzagentur trennt damit Angriffe gegen die Konzessionsvergabe von der späteren Netzübertragung. Damit wird die Übertragung des Stromversorgungsnetzes, die ohnehin im Regelfall genügend Streitpotenzial bietet, nicht durch eine zusätzliche Rechtsschutzmöglichkeit des Altkonzessionärs beschwert.

Für mögliche Mängel im Konzessionsvergabeverfahren können sich unterlegene Bieter an die Zivilgerichte und das Bundeskartellamt als Missbrauchsaufsicht wenden. Ein weiterer Rechtsweg kann eröffnet sein, wenn die Gemeinde neben der Konzessionsvergabe öffentliche Aufträge vergeben will. Dies kann beispielsweise im Rahmen von Rekommunalisierungsmodellen sein, wenn eine Kommune zusammen mit einem Energieversorgungsunternehmen eine gemeinsame Gesellschaft gründen will. Die gemeinsame Gesellschaft soll dann bestimmte Aufgaben übernehmen, zu denen auch perspektivisch der Netzbetrieb gehören kann. In diesem Fall können Bieter die Vergabekammern als Nachprüfungsinstanzen anrufen. Aktuell laufen bereits verschiedene Verfahren zu Rekommunalisierungsmodellen vor den Nachprüfungsinstanzen.

Um das Instanzenwirrwarr zu vervollständigen, kann auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Entscheidungen zu Strom- und Gaskonzessionen eingebunden sein. Derzeit streiten sich beispielsweise niedersächsische Kommunen mit dem zuständigen Landkreis über Konzessionsvergaben, da der Landkreis die Ratsbeschlüsse zum Abschluss von Konzessionsverträgen kommunalaufsichtlich beanstandet hat. Gemeinden müssen bei Konzessionsvergaben im Energiebereich folglich mit Störfeuer aus sämtlichen Richtungen rechnen.

Praxisprobleme der Netzübertragung

Der Beschluss der Bundesnetzagentur verdeutlicht, dass die Netzübergabe ein Quell verschiedenster Rechtsstreitigkeiten sein kann. Einige der Problemfelder sind mittlerweile durch den Gesetzgeber gelöst worden. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG stellt klar, dass der Altkonzessionär die für den Betrieb der Versorgungsnetze notwendigen Verteilungsanlagen an den Neukonzessionär übereignen muss. Hierfür erhält der Altkonzessionär eine wirtschaftlich angemessene Vergütung. Statt der Übereignung kann der Neukonzessionär verlangen, dass ihm nur der Besitz an den Versorgungsanlagen eingeräumt wird, beispielsweise durch einen Pachtvertrag.

Stetiger Streitpunkt ist ferner der Kaufpreis für das Versorgungsnetz sowie die damit zusammenhängende Datenherausgabe. Um einen angemessenen Kaufpreis zu bestimmen, muss der Neukonzessionär die entsprechenden Netzdaten zum Umfang, Zustand, Betrieb und Wert des Verhandlungsgegenstandes kennen. Welche genauen Daten das sind und wie differenziert die Aufgliederung sein muss, ist bereits Gegenstand mehrerer Entscheidungen und wird in Zukunft durch Gerichte und Bundesnetzagentur weiter zu qualifizieren sein.

Zusätzliche Probleme schafft die technische Netzentflechtung, also die Frage, wie Netzteile technisch so voneinander getrennt werden können, dass für alle Beteiligten ein effizienter Netzbetrieb nachhaltig gesichert ist. Nicht zu vergessen ist regelmäßig die Prüfung, ob durch die Netzübernahme ein Betriebsübergang im Sinne des § 613a BGB vorliegt. Die Rechtsfolge daraus ist, dass der Neukonzessionär in die Rechte und Pflichten der laufenden Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiter des Altkonzessionärs tritt. Die bereits dargestellten Problemfelder verdeutlichen, dass dem Altkonzessionär viele Optionen offen stehen, die Netzübergabe zu torpedieren. Da er regelmäßig auch kein eigenes Interesse daran hat, die unfreiwillige Netzübertragung voranzutreiben, wird er seine Strategie auf Zeitverzögerung und Gewinnoptimierung ausrichten. Um mit dem Neukonzessionär derartige Streitigkeiten zu vermeiden, sollten Gemeinden die neuen Konzessionsverträge so gestalten, dass für das lange in der Zukunft liegende Vertragsende voraussichtlich streitige Themen klar im Konzessionsvertrag geregelt sind.

Minenfeld „Konzessionsvergabeverfahren“

Die Odyssee einer Konzessionsvergabe beginnt für Kommunen nicht erst bei der abschließenden Umsetzung des Konzessionsvertrags. Bereits das Wettbewerbsverfahren um die Strom- oder Gaskonzessionen hält für die Gemeinde verschiedene Fallstricke und Gefahrenherde vor. Der Gesetzgeber stellt in § 46 EnWG bestimmte Anforderungen für die diskriminierungsfreie Konzessionsvergabe auf.

Entsprechend der Regelungen in § 46 Abs. 3 EnWG muss eine Gemeinde spätestens zwei Jahre vor Ablauf der Konzessionsverträge das Vertragsende veröffentlichen. Soweit im Gemeindegebiet mehr als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar an das Versorgungsnetz angeschlossen sind, muss diese Bekanntmachung sogar zusätzlich im Amtsblatt der Europäischen Union erfolgen. Außerdem sind die Konzessionsverträge auf maximal 20 Jahre zu befristen. Keine Angaben macht das EnWG zur genauen Ausgestaltung der diskriminierungsfreien Konzessionsvergabe. An die kartellvergaberechtlichen Regelungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ist die Gemeinde allerdings nach allgemeiner Ansicht nicht gebunden. Sie muss folglich kein förmliches Vergabeverfahren durchführen. Die Gas- und Stromkonzessionen sind jedoch als Dienstleistungskonzessionen zu qualifizieren, die nach den europarechtlichen Anforderungen ein transparentes, diskriminierungsfreies und chancengleiches Wettbewerbsverfahren erfordern.

Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur

Um den Gemeinden eine Hilfestellung zu geben, haben Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur einen gemeinsamen Leitfaden für Konzessionsvergaben herausgegeben. Die Vorstellungen dieser Behörden für die Ausgestaltung eines Konzessionsvergabeverfahrens haben sie in ihrem „Gemeinsamen Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers“ vom 15.12.2010 dargestellt. Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur gehen in dem Leitfaden davon aus, dass eine Gemeinde bei der Konzessionsvergabe als Unternehmen im Sinne des GWB zu qualifizieren ist. Denn durch die entgeltliche Einräumung der Wegerechte handle die Gemeinde unternehmerisch. Da die Gemeinde über die örtliche Konzessionsvergabe allein entscheide, nehme sie außerdem eine „marktbeherrschende Stellung“ ein. Ein Missbrauch dieser marktbeherrschenden Stellung im Sinne der §§ 19, 20 GWB ist nach Auffassung des Bundeskartellamtes und der Bundesnetzagentur beispielsweise in folgenden Fällen gegeben:

– Die Konzession wird ohne die gemäß § 46 Abs. 3 EnWG erforderliche Bekanntmachung vergeben.

- Die Gemeinde benennt ihre Auswahlkriterien und deren Gewichtungen nicht klar gegenüber den Bietern.
- Die Gemeinde trifft ihre Auswahlentscheidung nicht anhand der vorher festgelegten und bekanntgegebenen Auswahlkriterien.
- Die Gemeinde bevorzugt einzelne Bieter, insbesondere mit der Gemeinde verbundene Unternehmen, ohne sachlichen Grund.
- Die Gemeinde fordert für die Konzession eine Gegenleistung, die im Widerspruch zum Nebenleistungsverbot des § 3 Konzessionsabgabenverordnung steht.

Gemeinden, die eine Konzessionsvergabe durchführen wollen, sollten sich an die Vorgaben des Leitfadens halten. Zu beachten ist allerdings, dass sich die gesetzlichen Rahmenbedingungen durch Novellierungen des EnWG mittlerweile verändert haben. Zudem gibt es verschiedene Entscheidungen der Gerichte und Behörden, die Inhalte des Leitfadens konkretisieren.

Konzessionsvergaben und Netzübergangungen gut strukturieren

Sowohl die Durchführung einer Konzessionsvergabe als auch die spätere Netzübergangung sind möglichst frühzeitig und vorausschauend zu planen. Eine Strom- oder Gaskonzessionsvergabe kann daher nicht erst ein Jahr vor dem Auslaufen des alten Konzessionsvertrags beginnen, sondern sollte bereits ca. drei Jahre vor Vertragsende mit der Beschaffung der Netzdaten vom Altkonzessionär starten. Der Neukonzessionär sollte spätestens ein Jahr vor dem Beginn des neuen Konzessionsvertrags feststehen, um für die spätere Netzübertragung ein geeignetes Zeitpolster zu schaffen. Etwaige Angriffe unterlegener Bieter oder Beanstandungen der Kommunalaufsicht können eine Konzessionsvergabe deutlich verzögern. Um dies zu verhindern, muss eine Gemeinde die aktuellen Entwicklungen in der Rechtsprechung beobachten und für das Verfahren berücksichtigen. Aufgrund verschiedener laufender Rechtsstreite können sich Kommunen nur in einer Sache sicher sein: Ruhe und absolute Rechtssicherheit kehren bei der Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen nicht mehr in diesem Jahr ein. Und man muss kein Prophet sein, um diese Feststellung auf die nächsten Jahre ausdehnen zu können.