

Auswirkungen der Urteile des OLG Karlsruhe und des BGH

# Neue Leitlinien für die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen

Die Urteile des OLG Karlsruhe vom 26. März 2014 und des BGH vom 17. Dezember 2013 haben neue Leitlinien für Strom- und Gaskonzessionen gesetzt: Kommunale Interessen wie die Haushaltssanierung dürfen nicht im Fokus eines Konzessionswettbewerbs stehen. Die Autoren stellen die Entscheidungen dar und zeigen, welche Auswirkungen sie auf die Vergabe haben. Alle Urteile machen deutlich, dass Städte und Gemeinden den Bietern ihre Wertungskriterien mit allen Gewichtungen bekanntzugeben haben. Der BGH hat darüber hinaus entschieden, dass eigene Stadtwerke bei der Vergabe der Strom- und Gaskonzessionen nicht bevorzugt werden dürfen. Sie dürfen nur als Bieter auftreten. Zudem erläutern die Autoren, welche Besonderheiten Städte bei der Vergabe ihrer Strom- und Gaskonzessionen beachten und welche Fehler sie vermeiden sollten.

Mit einem Paukenschlag griff der BGH in die Diskussion um die Vorgaben bei Energiekonzessionsvergaben ein. Den zwei Urteilen vom 17. Dezember 2013, die erst im März 2014 veröffentlicht worden sind, können Kommunen wichtige Grundlagen für eine rechtmäßige Konzessionsvergabe entnehmen. Dennoch enthalten auch diese Entscheidungen offene und ungeklärte Rechtsfragen, die bereits jetzt von der aktuellen Rechtsprechung unterschiedlich interpretiert werden. Dies zeigt beispielsweise die Entscheidung des OLG Karlsruhe, das anknüpfend an die BGH-Entscheidungen zu einer differenzierten Auffassung kommt. Ob der BGH der Interpretation des OLG Karlsruhe folgt, wird er wahrscheinlich in einer späteren Entscheidung klären müssen.

Ausgangspunkt für die Entscheidungen des BGH waren mehrere auslaufende Konzessionsverträge zur Strom- und Gasversorgung in schleswig-holsteinischen Gemeinden. Einige Kommunen wollten den Netzbetrieb selbst übernehmen. Die Verfahren betrafen die Übereignung der Versorgungsanlagen an die Neukonzessionäre. In den Prozessen griffen die Altkonzessionäre Mängel der Konzessionsvergabe auf, um sich der Herausgabe ihres Eigentums am Versorgungsnetz zu widersetzen.

## Wertungskriterien und deren Gewichtung müssen bekannt sein

Im Verfahren »Stromnetz Heiligenhafen« mit Urteil des BGH vom 17. Dezember 2013 (Az.: KZR 65/12) führte die Kommune zwar ein Wettbewerbsverfahren durch. Allerdings gab sie nicht vorab ihre Wertungskriterien bekannt und ent-

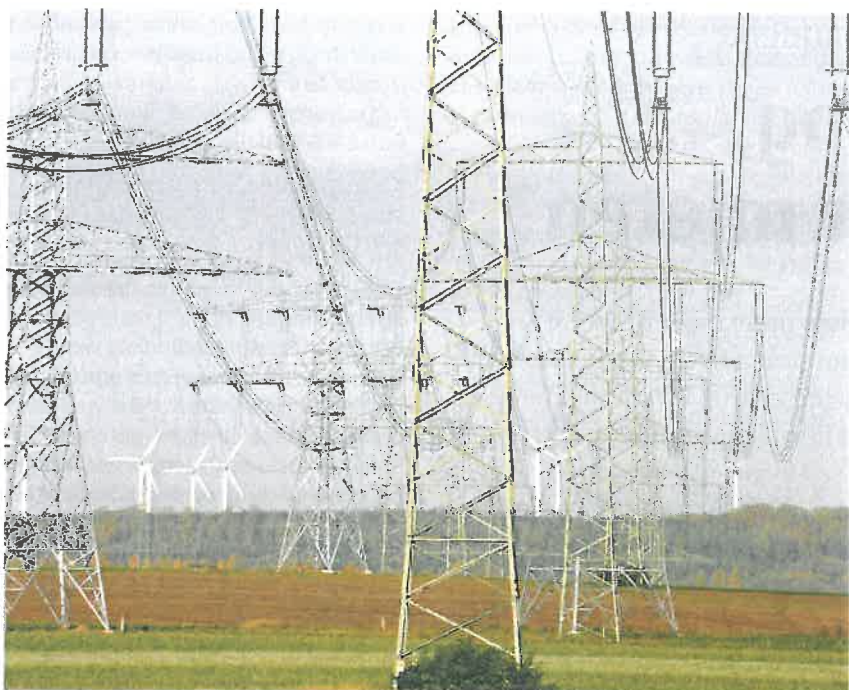
schied sich, den Netzbetrieb mit einem zu gründenden Eigenbetrieb zu übernehmen. Der BGH griff dieses Vorgehen sehr eindringlich an. Kommunen dürfen sich bei einer Energiekonzessionsvergabe weder auf ein Konzernprivileg noch eine Inhouse-Vergabe berufen. Eine Inhouse-Vergabe liegt dann vor, wenn ein Auftraggeber bestimmte Leistungen innerhalb seiner eigenen Organisation und nicht am Markt vergibt. Die für sonstige öffentliche Aufträge geltende Privilegierung dieser Inhouse-Geschäfte lehnt die Rechtsprechung für Strom- und Gaskonzessionen ab. Eigenbetriebe und kommunale Stadtwerke müssen sich im Wettbewerb mit anderen Energieversorgungsunternehmen beweisen. Die selbst für öffentliche Aufträge anerkannten Grundsätze zur Inhouse-Vergabe gelten folglich nicht für die Strom- und Gaskonzessionen.

Außerdem verlange das aus dem Diskriminierungsverbot folgende Transparenzgebot die vorherige Bekanntgabe aller Entscheidungskriterien, so der BGH. Die Bieter müssen vor der Angebotsabgabe erkennen können, welche Wertungskriterien für die Gemeinde ausschlaggebend sind. Dazu gehört nicht nur die transparente Darstellung der einzelnen Kriterien, sondern gleichfalls die Bekanntgabe der jeweiligen Gewichtung. Nur so ist ein diskriminierungsfreier Wettbewerb sichergestellt, der spätere Manipulationsmöglichkeiten minimiert. Nicht erforderlich ist aber, dass die Wertungskriterien bereits in der Bekanntmachung benannt sind. Vielmehr reicht es aus, wenn die Gemeinde die Wertungskriterien mit ihren Gewichtungen in einem Verfahrensbrief nach Eingang der Interessenbekundungen den potenziellen Neukonzessionären darstellt.

## Wertungskriterien müssen die energiewirtschaftlichen Ziele des § 1 EnWG berücksichtigen

Dem BGH-Urteil »Stromnetz Berkenthin« (Az.: KZR 66/12) lag ein anderer Sachverhalt zugrunde. Mehrere Gemeinden schrieben die Stromkonzessionen gemeinsam aus. Sie gaben dabei die Wertungskriterien mit ihren Gewichtungen vor der Angebotsabgabe den Bietern bekannt. Die Wertungskriterien unterteilten sich in zwei Gruppen: maximal 100 Punkte für den Wegenutzungsvertrag und maximal 70 Punkte für das Geschäftsmodell Netzgesellschaft. Die gebildeten Unterkriterien setzten verschiedene Schwerpunkte, die für das Geschäftsmodell Netzgesellschaft beispielsweise den kommunalen Vermögenszuwachs oder die Höhe der wirtschaftlichen Risiken umfassten. Die Gemeinden entschieden sich einheitlich für das Angebot eines Bieters, das aus ihrer Sicht sowohl für die Gestaltung des Wegenutzungsvertrags als auch für das Geschäftsmodell der Netzgesellschaft am vorteilhaftesten zu bewerten war.

Der BGH verweist sehr deutlich auf die – seit August 2011 auch gesetzlich in § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG geregelte – Vorgabe, dass die Gemeinden bei der Auswahl des Neukonzessionärs den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet sind. Die energiewirtschaftlichen Ziele des § 1 EnWG dienen einer »möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht«. Diese Ziele sah der BGH nicht



Für die rechtmäßige Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen haben Entscheidungen des BGH und des OLG Karlsruhe wichtige Leitlinien gesetzt. Dennoch bleiben offene und ungeklärte Rechtsfragen, die bereits jetzt von der aktuellen Rechtsprechung unterschiedlich interpretiert werden.

angemessen berücksichtigt. Vor allem die Wertungskriterien zum Geschäftsmodell Netzgesellschaft mit ihrer hohen Gewichtung hielt das Gericht für unzulässig. Dem sicheren Netzbetrieb mit den Teilaspekten Zuverlässigkeit der Versorgung und Ungefährlichkeit des Betriebs der Verteilungsanlagen billigte der BGH dagegen fundamentale Bedeutung für die Versorgungssicherheit zu. Dieses Kriterium müsse mit mindestens 25 % bei der Auswahlentscheidung berücksichtigt werden, was in dem Fall nicht geschehen sei.

#### Wertungskriterien dürfen nur zulässige Leistungen eines Konzessionärs berücksichtigen

Der BGH gibt den Kommunen somit enge Grenzen für die Wertungskriterien vor, die er jedoch zumindest teilweise wieder aufhebt. Die einzelnen energiewirtschaftlichen Ziele darf eine Gemeinde in unterschiedlicher Gewichtung zueinander verfolgen. Zulässig sind außerdem Wertungskriterien, die qualitative Eigenschaften und Unterschiede der Angebote bei Netzbetrieb und Netzverlegung bewerten, etwa die Bereitschaft zur Erdverkabelung oder zur Legung von Leerrohren. Bei all diesen Zielen der Gemeinde gilt jedoch, dass die fiskalischen, auf wirtschaftliche Vorteile ausgerichteten Wertungskriterien in der Regel unzulässig sind. Nur zulässige Leistungen

eines Konzessionärs, wie die Zahlung der Konzessionsabgabe, darf eine Kommune fordern. Bei den weiteren kommunalen Zielen sollten Gemeinden vorsichtig agieren und die aktuelle Rechtsprechung berücksichtigen.

#### Rechtsfolge bei Verfahrensmängeln

Einen sowohl für Energieversorgungsunternehmen als auch für Gemeinden besonders wichtigen Aspekt greift der BGH zur strengen Rechtsfolge von Verstößen bei der Konzessionsvergabe auf. Grundsätzlich begründen Verfahrensmängel die Nichtigkeit des Konzessionsvertrags. Eine andere Beurteilung kommt nach Ansicht des BGH aber dann in Betracht, wenn alle diskriminierten Bieter im Verfahren ausreichend Gelegenheit haben, ihre Rechte zu wahren. Wenn die Bieter keinen Rechtsschutz suchen, ist die fortdauernde Behinderung durch den fehlerhaft geschlossenen Konzessionsvertrag im Interesse der Rechtssicherheit hinzunehmen. Ein solcher Fall liegt aus Sicht des BGH vor allem dann vor, wenn alle unterlegenen Bieter vor dem Vertragsschluss über die beabsichtigte Auswahlentscheidung unterrichtet worden sind und die Gemeinde den Konzessionsvertrag erst 15 Kalendertage nach dem Versand dieser Vorabinformation schließt. Damit orientiert sich das Gericht an § 101a GWB, der für förmliche Vergabeverfahren gilt.

Das OLG Karlsruhe greift diesen Aspekt in seinem Urteil vom 26. März 2014 (Az.: 6 U 68/13 [Kart]) auf. Allerdings will das Gericht danach differenzieren, ob der alte Konzessionär oder ein anderer Bieter betroffen ist. Dem Altkonzessionär als Eigentümer des Netzes stehe selbst nach einer Vorabinformation das Recht zu, etwaige Verfahrensmängel in einem Klageverfahren um die Herausgabe des Netzes vorzutragen. Da der Altkonzessionär durch den rechtswidrig geschlossenen Konzessionsvertrag sein Netzeigentum verlieren würde, hält das OLG Karlsruhe den Altkonzessionär für besonders schutzwürdig.

Diese Ungleichbehandlung bei den Rechtsschutzmöglichkeiten des Altkonzessionärs auf der einen Seite und der weiteren Bieter auf der anderen Seite ist rechtlich als sehr kritisch einzustufen. Ferner relativiert sie die Möglichkeiten einer Gemeinde und auch des Neukonzessionärs, einen rechtssicheren Konzessionsvertrag zu schließen. Selbst der BGH trägt aber nicht zu mehr Klarheit bei: In einem Urteil vom 3. Juni 2014 (Az.: EnVR 10/13) schränkt der BGH die »Heilungsmöglichkeit« von Verfahrensmängeln durch eine Vorabinformation auf künftige Fälle ein. Erst mit Bekanntgabe seiner Entscheidungen vom 17. Dezember 2013 hätten die unterlegenen Bieter Kenntnis erhalten, welche Funktion die Vorabinformation hätte und welche Rechtsbehelfe ihnen gegen die Auswahlentscheidung zuständen. Daher sollten Gemeinden immer eine Vorabinformation an die unterlegenen Bieter senden, um die Rechtsschutzmöglichkeiten der Bieter einzuschränken.



RA Dr. Ute Jasper,  
Partnerin, Leiterin der  
Praxisgruppe »Öffentlicher  
Sektor und Vergabe«,  
Sozietät Heuking Kühn Lüer  
Wojtek, Düsseldorf



RA Dr. Jens Biemann,  
Salaried Partner,  
Sozietät Heuking Kühn Lüer  
Wojtek, Düsseldorf

>> [u.jasper@heuking.de](mailto:u.jasper@heuking.de)  
[j.biemann@heuking.de](mailto:j.biemann@heuking.de)

>> [www.heuking.de](http://www.heuking.de)