



Wettbewerb zwingend vorgeschrieben

Die aktuelle Rechtsprechung insbesondere des Bundesgerichtshofs (BGH) geht teilweise detailliert über den gesetzlichen Wortlaut hinaus. Der neue Leitfaden für Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen des Bundeskartellamts und der Bundesnetzagentur berücksichtigt dies.

Das Bundeskartellamt und die Bundesnetzagentur haben im Mai 2015 ihren neuen Leitfaden für Energiekonzessionsvergaben veröffentlicht. Die Neuauflage berücksichtigt viele der aktuellen Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung. Damit kann der Leitfaden für Kommunen und Energieversorgungsunternehmen der sprichwörtliche „Fels in der Brandung“ sein. Allerdings stimmen nicht alle Aussagen des Leitfadens mit den vielfältigen Ansichten der Rechtsprechung überein. Daher sind Kommunen und Energieversorgungsunternehmen weiterhin gefordert, die aktuellen Entwick-

lungen und die Rechtsprechung der jeweils zuständigen Gerichte zu prüfen.

Für Strom und Gas sind kürzlich viele der rund 20.000 Wegenutzungsverträge ausgelaufen oder müssen in den nächsten Jahren neu vergeben werden. Die Neuvergabe von Wegenutzungsrechten für Strom- und Gasnetze ist gesetzlich nur teilweise im Energiewirtschaftsgesetz (§ 46 EnWG) geregelt. Außerdem unterliegen die Wettbewerbsverfahren insbesondere den aus den europäischen Grundfreiheiten folgenden allgemeinen Vergabeprinzipien wie Transparenz

und Gleichbehandlung. Konkrete Bestimmungen, die detailliert den Ablauf des Wettbewerbsverfahrens für diese Konzessionsvergaben regeln, gibt es bisher nicht. Daher beruft sich die Rechtsprechung in ihren Entscheidungen häufig auf die einzuhaltenden Gebote der Transparenz, Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung.

In der ersten Auflage des Leitfadens aus dem Jahr 2010 befassten sich Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur vor allem mit den entscheidenden Grundsatzfragen zum Neuabschluss von Wegenutzungsverträgen im Energiesektor. Seit dieser ersten Auflage wurden die Absätze 2 und 3 des § 46 EnWG geändert. Außerdem entwickelte die Rechtsprechung insbesondere des Bundesgerichtshofes (BGH)

und der Obergerichte verschiedene Vorgaben, die teilweise detailliert über den gesetzlichen Wortlaut hinausgehen. Die zweite Auflage des Leitfadens bietet allen beteiligten Marktakteuren eine aktualisierte Auslegungs- und Anwendungshilfe.

Kein Konzernprivileg

Kommunen müssen selbst dann, wenn sie ihre Energiekonzession auf einen Eigenbetrieb oder ein eigenes Stadtwerk übertragen wollen, ein transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren durchführen. Sie dürfen sich weder auf ein Konzernprivileg noch auf die Grundsätze der im Vergaberecht anerkannten Inhouse-Vergabe berufen. Dies bestätigte der BGH nochmals mit seinen Entscheidungen vom 17. Dezember 2013. Das Verbot der Inhouse-Vergabe folgt vor allem aus der spezialgesetzlichen Regelung des § 46 Abs. 4 EnWG und seinem Zweck der Verhinderung von Ewigkeitsrechten.

Kommunale Stadtwerke müssen sich dessen bewusst sein: An einem wettbewerblichen Auswahlverfahren führt kein Weg vorbei. Anders als beispielsweise für Wasserkonzessionen ist für Gas- und Stromkonzessionen zwingend ein Wettbewerb vorgeschrieben. Während des gesamten Wettbe-

werbsverfahrens muss die Kommune zudem alle Bewerber gleich behandeln und transparent über den Ablauf sowie alle relevanten Verfahrensschritte informieren.

Der neue Leitfaden weist sehr deutlich auf die Problematik von Wettbewerbsbeeinträchtigungen bei der Beteiligung kommunaler Energieversorgungsunternehmen hin. Wenn sich ein kommunales Stadtwerk an dem Wettbewerbsverfahren seiner Kommune beteiligt, darf die Kommune ihr Stadtwerk nicht durch zusätzliche Informationen bevorzugen. Zur Wahrung des Geheimwettbewerbs und des Neutralitätsgebots ist in Anlehnung an den Rechtsgedanken des § 16 Vergabeverordnung eine organisatorische und personelle Trennung zwischen der Kommune als Vergabestelle und der Kommune als Bewerber erforderlich. Zutreffend stellt der Leitfaden fest, dass die in der Gemeindeordnung vorgesehenen Regelungen zur Befangenheit von Ratsmitgliedern hierfür nicht ausreichen. Auch die Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder genügen nicht den Anforderungen an ein diskriminierungsfreies Wettbewerbsverfahren.

Keine Doppelmandate

Kommunale Energieversorgungsunternehmen sind regelmäßig so organisiert, dass der Bürger-

meister sowie Ratsmitglieder im Aufsichtsrat oder vergleichbaren Organen sitzen. Teilweise nehmen Verwaltungsmitarbeiter auch Funktionen in Vorstand und Geschäftsführung wahr. Da Bürgermeister, Ratsmitglieder und Verwaltungsmitarbeiter für die Wettbewerbsverfahren um Energiekonzessionen gleichzeitig aufseiten der Vergabestelle tätig sind, dürfen diese Doppelmandate ein faires Wettbewerbsverfahren nicht gefährden. Der Leitfaden will die erforderliche organisatorische und personelle Trennung an den Rechtsgedanken des § 16 Vergabeverordnung anlehnen. Diese Regelung, die eigentlich nur für förmliche Kartellvergabeverfahren nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) gilt, sieht strenge Mitwirkungsverbote von natürlichen Personen vor. Solch scharfe Mitwirkungsverbote nahm die Rechtsprechung bisher nicht an, jedoch sind Kommunen gut beraten, sich daran zumindest zu orientieren. Im Vorfeld jeder Konzessionsvergabe, bei der sich ein kommunales Energieversorgungsunternehmen beteiligen wird, muss die Kommune sicherstellen, dass bestimmte Ratsmitglieder nicht an den Ratsbeschlüssen mitwirken oder ihre Aufsichtsratsmandate niederlegen oder ruhen lassen.

Ausführlich stellt der neue Leitfaden dar, welche Auswahl- ►



Die Autoren: Dr. Ute Jasper und Dr. Jens Biemann

Dr. Ute Jasper ist Rechtsanwältin und seit 1994 Partnerin der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek. Jasper leitet das Dezernat Public Sector und berät nahezu ausschließlich die öffentliche Hand. Dr. Jens Biemann ist Rechtsanwalt und berät bei Heuking Kühn Lüer Wojtek insbesondere öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe von Konzessionen.

kriterien mit welcher Gewichtung aus Sicht von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zulässig sind. Die Auswahlkriterien müssen zunächst einen sachlichen Bezug zum Wegenutzungsrecht oder zum Netz aufweisen. Für die Vergabe von Energiekonzessionen konkretisiert das Energiewirtschaftsrecht dies noch weiter. Danach ist die Auswahl des Netzbetreibers an Kriterien auszurichten, die die Zielsetzung des § 1 Abs. 1 EnWG präzisieren. Der Gesetzgeber hatte dies in § 46 Abs. 3 EnWG klargestellt.

Die Ziele des § 1 EnWG umfassen eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltfreundliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Strom und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht. Besonders zu beachten ist für Kommunen, dass nur Aspekte für die Auswahlkriterien zulässig sind, die die Errichtung und den Betrieb des jeweiligen örtlichen Energienetzes betreffen. Andere energiewirtschaftliche Wertschöpfungsgebiete wie Erzeugung und Vertrieb dürfen Kommunen bei der Auswahl ihrer Kriterien nicht berücksichtigen. Bei der Gewichtung der Auswahlkriterien zu § 1 EnWG untereinander darf die öffentliche Hand keines der Kriterien willkürlich zu niedrig gewichten. Gleichzeitig nimmt der Leitfaden mit Verweis auf die Rechtsprechung eine besonders hohe Gewichtung für die Netzsicherheit an, die nicht unter 25 Prozent der möglichen Gesamtpunktzahl liegen sollte.

Kriterium Preisgünstigkeit

Für das Auswahlkriterium der Preisgünstigkeit wendet sich der Leitfaden gegen den Vorschlag

der Monopolkommission. Nach der BGH-Rechtsprechung ist für die Preisgünstigkeit des Netzbetriebs insbesondere die Höhe der zukünftigen Netzentgelte relevant. Die Monopolkommission hatte vorgeschlagen, im Wettbewerbsverfahren einen Rabatt auf die Netzentgelte bei den Bewerbern abzufragen. Nach Auffassung der Bundesnetzagentur sind allerdings Rabatte auf die Netzentgelte für ein einzelnes Konzessionsgebiet unzulässig, insbesondere wenn das Netzgebiet über das einzelne Konzessionsgebiet hinausgeht. Damit wird verhindert, dass ein wirtschaftlicher Wettbewerb zwischen den bietenden Energieversorgungsunternehmen entsteht, der einen sicheren und zuverlässigen Netzbetrieb konterkarieren könnte.

Bei der genauen Wahl und Gewichtung weiterer Auswahlkriterien für die Energiekonzessionen sind die Kommunen nicht völlig frei. Die Rechtsprechung schränkt dieses Bestimmungsrecht – anders als bei förmlichen Vergabeverfahren nach dem Kartellvergaberecht des GWB – deutlicher ein. Neben den Auswahlkriterien, die den Zielen des § 1 EnWG dienen, sind zwar weitere Kriterien mit Bezug zum Konzessionsgegenstand zulässig. Die Gemeinde darf daher beispielsweise ihre fiskalischen Interessen innerhalb der Grenzen des § 3 KAV verfolgen. Der BGH ließ etwa Auswahlkriterien wie Konzessionsabgabe, Gemeinderabatt oder Folgekostenübernahme zu. Allerdings stellt der Leitfaden klar, dass die Auswahlkriterien mit Bezug zu den Zielen des § 1 EnWG vorrangig zu berücksichtigen sind. Aus den bisherigen Entscheidungen des BGH ist zu entnehmen, dass diese Ziele mit mehr als 50 Prozent zu gewich-

ten sind. Einen konkreten Prozentwert nennt die Rechtsprechung nicht. Im neuen Leitfaden geht das Bundeskartellamt davon aus, dass dieser Anspruch jedenfalls dann erfüllt ist, wenn die Kriterien mit Bezug zu den Zielen des § 1 EnWG ein Gewicht von 70 Prozent der maximal möglichen Punktzahl ausmachen. Kommunen ist daher dringend zu empfehlen, dieser Vorgabe zu folgen. Die Ansicht des Bundeskartellamtes ist zwar kein zwingendes Recht, allerdings könnte sich ein Gericht bei der Auslegung und Gewichtung der Auswahlkriterien darauf berufen.

Zwingende Unterkriterien?

Die genannten energiewirtschaftsrechtlichen Ziele des § 1 EnWG sind ihrem Wortlaut nach nicht sehr eindeutig gefasst. Die Rechtsprechung verlangt daher eine Ausfüllung dieser weiten Hauptkriterien durch präzisiertere Unterkriterien. Der Leitfaden hingegen geht davon aus, dass in aller Regel keine Pflicht zur Bildung von Unterkriterien besteht. Aktuell entwickeln die Gerichte allerdings teilweise einen übertriebenen Ehrgeiz, lediglich Auswahlkriterien mit umfassender und aufgeklärter Wertungsmatrix zuzulassen. Nur wenn die Bewerber bei jedem Kriterium genau erkennen können, welcher Angebotsinhalt welche Punktzahl erhält, soll dies zulässig sein. Diese Entwicklung, die deutlich über das gesetzlich geregelte Maß und selbst über die kartellvergaberechtlichen Vorgaben des GWB hinausgeht, hemmt innovative Wettbewerbsverfahren. Außerdem werden die Beurteilungsspielräume der Kommunen weit eingeschränkt. Diese Problematik werden die Gerichte mit hoher Wahrscheinlichkeit in nächster Zeit aufgreifen. Unab-

hängig davon, dass eine Kommune nicht zwingend verschiedene Unter- und Unter-Unterkriterien bilden muss, folgt aber aus dem Transparenzgebot, dass bei einer detaillierten Wertungsmatrix diese allen Bewerbern vor der Angebotsabgabe bekannt sein muss.

Der neue Leitfaden bildet bereits die aktuelle Entscheidung des BGH vom 14. April 2015 zu Netzdaten ab. Der BGH hatte den Auskunftsanspruch der Gemeinde gegen den alten Konzessionär erweitert. Die Gemeinde kann diese Netzdaten dann für ein diskriminierungsfreies und transparentes Wettbewerbsverfahren verwenden. Demgemäß sind den Bewerbern bereits während des Wettbewerbsverfahrens um die Energiekonzession insbesondere Angaben zu den kalkulatorischen Restwerten und

kalkulatorischen Nutzungsdauern zu übermitteln. Alle Bewerber um einen Konzessionsvertrag müssen somit in die Lage versetzt werden, den wirtschaftlichen Wert des Energienetzes bestimmen zu können. Sie müssen bei der vor der Angebotsabgabe gebotenen Wirtschaftlichkeitsprüfung wissen, wie effizient ein Netz ist und welche Maßnahmen gegebenenfalls zur Kostensenkung notwendig sind.

Abschließend stellt der neue Leitfaden die Abläufe zur Netzüberlassung sowie regulatorische Folgefragen dar. Auch hier bildet der Leitfaden die Rechtsprechungsentwicklungen ab, beispielsweise beim Anspruchsumfang im Falle der Netzüberlassung. Demgemäß sind alle für den Netzbetrieb erforderlichen Verteilungsanlagen zu übertragen, zu denen auch mul-

tifunktionale Leitungen gehören können.

Ausblick

Der neue Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur bietet Marktakteuren aktuell eine gute Orientierungshilfe. Die raschen Entwicklungen für Energiekonzessionsvergaben werden allerdings auch die zweite Auflage des Leitfadens schnell überholen. Derzeit arbeitet das Bundeswirtschaftsministerium an einer Neuordnung der Rechtsvorschriften für Energiekonzessionsvergaben. Der noch nicht abgestimmte interne Referentenentwurf des Ministeriums lässt weitere Veränderungen erwarten, weshalb der neue Leitfaden als eingangs erwähnter „Fels in der Brandung“ eher nur für Sommerausflüge geeignet ist. ■



Wir haben eine lange Leitung.

Insgesamt sind es ganze 7.756 Leitungskilometer, um genau zu sein. Mit diesem Netz stellen wir als Zukunftsversorger in der Metropolregion Rhein-Neckar eine zuverlässige Versorgung mit Strom, Wasser, Gas und Fernwärme sicher.

Mehr unter www.mvv-energie.de/nachhaltigkeit