



Voraussetzungen und Grenzen der Bewerberauswahl nach § 46 EnWG zwischen gesetzlichen Vorgaben und Ideenwettbewerb

Professor Dr. Martin Burgi

Vortrag bei der 48. Energierechtlichen Jahrestagung in Köln

31. Oktober 2019

I. Die Bewerberauswahl nach § 46 EnWG zwischen Wettbewerb, Politik und Haushalt

1. Zwecke der Konzessionsvergabe

- Gegenstand: Recht zur Benutzung fremder (Straßen-)Grundstücke (bürgerlich-rechtliche Sondernutzung)
- Zwecke des § 46 EnWG:
 - Wettbewerb um die Verteilungsnetze
 - Konzessionseinnahmen als Gegenleistung für die Gewährung der Wegenutzungsrechte
 - In Grenzen: Steuerungsinstrument kommunaler Energiepolitik (Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG; § 46 Abs. 4 S. 2 EnWG)

2. Unterschiede zum (hier grds. nicht anwendbaren) GWB-Vergaberecht

- Hauptzweck: Erfolgreiche kommunale Aufgabenerfüllung
- Weitere Zwecke: Wettbewerb, Schonung öffentlicher Haushalte, ggf. ökologische und soziale Zwecke
- Aber: GWB-Vergaberecht als „Erfahrungsspeicher“ für § 46 EnWG (v.a. mit Blick auf den Wettbewerbszweck)

II. Anwendungsfälle eines Konzept- und Ideenwettbewerbs

- Vorlage eines „Konzepts zur Netzeffizienz“ (LG München I, EnWZ 2016, 378 [383])
- Entwicklung eines „Netzbewirtschaftungskonzepts“ (OLG Brandenburg, EWeRK 2016, 325 [330]; ähnlich OLG Celle, EnWZ 2016, 310)
- Vorlage eines „Konzepts für die Verbraucherfreundlichkeit“ (z. B. Dichte von Kundenbüros, Telefon- und Internetservice etc.) bzw. „Umweltverträglichkeit“ (z. B. Bereitschaft zur Erdverkabelung, Konzepte zur Einbindung erneuerbarer Energien etc.)

(Zu möglichen Konzepten s. z. B. *Ministerium für Umwelt, Klima- und Energiewirtschaft Baden-Württemberg*, Konzessionsvergabe. Musterkriterienkatalog als Orientierungshilfe für die Entscheidung über die Einräumung von Wegerechten zum Betrieb von Strom- und Gasverteilnetzen der allgemeinen Versorgung, zuletzt geändert am 05.03.2015 [zurzeit in Bearbeitung])

III. Vorteile und Gefahren

- Innovationsförderung; vgl. *Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 12 Rn. 9: „Funktionale Elemente in einer Leistungsbeschreibung sind [...] ein wichtiges Instrument der Innovationsförderung, indem der staatliche Auftraggeber das im Markt typischerweise in größerem Umfang und fortgeschrittener Verdichtung vorhandene Wissen und Know-how abzuschöpfen versucht.“
- Wettbewerbsförderung
- Aber auch Gefahr: wegen der u.U. erheblichen Unterschiedlichkeit der Angebote bestehe eine Anfälligkeit für ergebnisorientierte Entscheidungen (vgl. OLG Brandenburg, EWERK 2016, 325 [330]) → u. U. Bevorzugung kommunaler Unternehmen

IV. Statthaftigkeit eines Ideen- und Konzeptwettbewerbs

1. Trotz fehlender gesetzlicher Regelung?

- Ein „Ideen- und Konzeptwettbewerb“ ist in § 46 EnWG nicht ausdrücklich geregelt.

2. Systematisch-teleologische Interpretation

- §§ 1, 46 EnWG sollen dem „Wettbewerb um das Netz“ dienen.
- Ein Ideen- und Konzeptwettbewerb wird dabei als ein taugliches Mittel angesehen, den Wettbewerb um das Netz sowie die Ziele des § 1 EnWG zu verwirklichen (vgl. LG München I, EnWZ 2016, 378 [383]).
- Aber: Ziele des § 1 EnWG können grds. auch *ohne* Konzept- und Ideenwettbewerb realisiert werden.

V. Umsetzung auf den einzelnen Entscheidungsstufen

1. Leistungsbeschreibung: Abfrage von Konzepten

- Es werden keine einzelnen Maßnahmen festgelegt, dadurch sollen innovative Angebotsinhalte ermöglicht werden (z. B. alternative Vorschläge zu einem Mustervertragsentwurf). Es werden vielmehr nur ein bestimmtes Leistungsziel oder bestimmte Anforderungen festgelegt.
- Grenze: Den Bietern muss klar sein, worauf es der Gemeinde bei der Entscheidung ankommt (vgl. LG Kiel, Urt. 13.02.2015, 14 O 111/14 Kart, juris, Rn. 27).

2. Festlegung der Kriterien: Qualität des Konzepts

a) *Kreis der Kriterien*

- Allgemein: Diskriminierungsverbot (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB; § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG)
- § 46 Abs. 4 S. 1 EnWG: Ausrichtung an den Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG, die in konkrete Auswahlkriterien „übersetzt“ werden müssen.
- Kriterien zu den Inhalten des Konzessionsvertrags (z. B. Informations-, Mitwirkungs-, Nachverhandlungs- und Sanktionsrechte der Gemeinden)
- „Zahlung der höchstmöglichen Konzessionsabgabe nach der Konzessionsabgabenverordnung“ (BT-Drs. 18/8184, S. 15); wegen der Regelung von Höchstbeträgen für die Konzessionsabgaben (§ 2 KAV), zu deren Zahlung in der Regel mehrere oder alle Bewerber imstande sind (vgl. auch § 46 Abs. 1 S. 2 EnWG), spielt das Kriterium – anders als das Preiskriterium im Vergaberecht – nur eine untergeordnete Rolle.

- Unter Wahrung des Netzbezugs auch Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft (§ 46 Abs. 4 S. 2 EnWG; aus der Rspr. grundlegend zur Reichweite BGHZ 199, 289 [302 ff.] – *Stromnetz Berkenthin*) → In Grenzen: Wirtschaftliche und nicht-wirtschaftliche (Energiebeirat – Beteiligung der Öffentlichkeit) Teilhabe am Netzbetrieb
- Unzulässig sind dagegen strategische (z. B. Einfluss der Gemeinde auf die Netzgesellschaft) oder allgemeine wirtschaftliche (z. B. Schaffung von Arbeitsplätzen in der Gemeinde) Kriterien, sofern sie keinen Netzbezug aufweisen.

b) Unterkriterien

- Es besteht keine Pflicht zur Bildung von Unterkriterien (vgl. OLG Brandenburg, EnWZ 2017, 457 [460]; LG Berlin, ZNER 2015, 158 [166]).
 - Je unbestimmter die Auswahlkriterien sind, desto größer ist der Spielraum der Gemeinden bei der Auswahlentscheidung.
 - Befürchtungen bei einer weitgehenden Konkretisierung:
 - Innovative Angebotsinhalte (Konzept- und Ideenwettbewerb) können u. U. weniger berücksichtigt werden.
 - Gefahr des Zuschnitts auf einzelne Bewerber
- (Vgl. *BKartA/BNetzA*, Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, 2. Aufl. v. 21.05.2015, Rn. 33)

c) *Gewichtung (§ 46 Abs. 4 S. 1-3 EnWG)*

- Gewichtung der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG
 - Mind. 50% (BGHZ 199, 289 [299, 312 f.] – *Stromnetz Berkenthin*: „vorrangig“; OLG Celle, KommJur 2017, 181 [183] m.w.N.)
 - 70% als „safe harbour“ (*BKartA/BNetzA*, Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, 2. Aufl. v. 21.05.2015, Rn. 33).
 - In der Praxis tendenziell: 65 – 75%
 - i.Ü.: Kriterien zu den Inhalten des Konzessionsvertrags; Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft (§ 46 Abs. 4 S. 2 EnWG)

- Zu unverbindlichen Gewichtungsvorschlägen s. *Ministerium für Umwelt, Klima- und Energiewirtschaft Baden-Württemberg*, Konzessionsvergabe. Musterkriterienkatalog als Orientierungshilfe für die Entscheidung über die Einräumung von Wegerechten zum Betrieb von Strom- und Gasverteilnetzen der allgemeinen Versorgung, zuletzt geändert am 05.03.2015 (zurzeit in Bearbeitung).

d) *Bekanntmachung der Auswahlkriterien und ihrer Gewichtung (§ 46 Abs. 4 S. 4 EnWG)*

- Str.: Vorherige Bekanntmachung der Gewichtung von Unterkriterien (dafür: OLG Frankfurt, Beschl. v. 09.03.2015, 11 W 47/14 (Kart), juris, Rn. 21; KG Berlin, EnWZ 2019, 264 [269]; dagegen OLG Brandenburg, EnWZ 2017, 457 [460] m.w.N., für funktionale Leistungsbeschreibungen)
- Keine vertiefte Erläuterung zu den Erwartungen an die Inhalte eines einzureichenden Konzepts erforderlich (so zum GWB-Vergaberecht: BGH, NZBau 2017, 366 [370 f.] – *Postdienstleistungen*)

3. Wertung

a) *Normativer Rahmen*

- Str. ist, in welchem Umfang die Gemeinde vor der Wertung anhand der Auswahlkriterien die grundsätzliche Eignung – z. B. durch separate Eignungskriterien – zu prüfen hat (für eine weitreichende Prüfung s. etwa *Wegner*, in: Säcker [Hrsg.], Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1/Hb. 2, 4. Aufl. 2019, § 46 EnWG Rn. 132 ff.).
- Pflicht zur besonders sorgfältigen Bewertung bei Konzepten (so zum Vergaberecht: BGH, NZBau 2017, 366 [371] – *Postdienstleistungen*)
- Ausführliche und nachvollziehbare Dokumentation der Wertung

b) *Die (überschätze) Diskussion um die sog. absolute oder relative Bewertungsmethode*

- Absolute Bewertungsmethode = Bewertung jedes Angebots „für sich“; Gemeinde gibt konkret vor, was angeboten werden muss, um Höchstpunktzahl zu erreichen
- Kritik:
 - Es sei unmöglich, die Angebotsinhalte der Bieter zu antizipieren und im Vorhinein zu bewerten. Für neue Ideen – außerhalb der Vorstellung der Kommune im Zeitpunkt der Ausschreibungsvorbereitung – sei kein Raum (vgl. *Kupfer*, NVwZ 2017, 428 m.w.N.; aus der Rspr. vgl. etwa OLG Celle, EnWZ 2016, 310 [314]).
 - Fixierung des Erwartungshorizonts widerspreche dem Charakter eines Verfahrens, das einen freien Wettbewerb ermöglichen soll, und stehe einem Ideenwettbewerb entgegen (vgl. LG München I, EnWZ 2016, 378 [380]).

- Relative Bewertungsmethode = Das Angebot erhält die volle Punktzahl, das im Vergleich zu den anderen Angeboten (relativ) das Beste ist. Die anderen Angebote erhalten Punktabzüge.
- Nach anfänglicher Kritik ist diese mittlerweile in Rspr. und Lit. anerkannt (s. nur OLG Celle, EnWZ 2016, 310 [314]; LG München I, EnWZ 2016, 468 [472]; *Kupfer*, NVwZ 2017, 428 f.; a.A. noch OLG Stuttgart, Urt. v. 19.11.2015, 2 U 60/15, Rn. 75; LG Stuttgart, Beschl. v. 21.11.2014, 11 O 180/14, juris, Rn. 102).
- Begründet wird dies insbesondere mit dem (jeweils nicht näher ausgeführten) Argument, dass diese Bewertungsmethode den Ideen- und Konzeptwettbewerb besser fördere als die Vorgabe fester Maßstäbe und weil damit eine „Übererfüllung“ der Vorstellungen des Auftraggebers fairer abgebildet werden könne.

- Die relative Bewertungsmethode kann, muss aber m.E. nicht eingesetzt werden:
 - Auch die absolute Bewertungsmethode erlaubt grds. eine hinreichende Differenzierung zwischen besseren und schlechteren Angeboten. Die Befürchtung des OLG Celle, EnWZ 2016, 310 (314), zit. nach juris, Rn. 127, wonach „realistisch [...] bei der Offenlegung von absoluten Kriterien diese von allen Interessenten erfüllt und so eine Differenzierung unmöglich“ würde, ist nicht zu teilen.
 - Wenn die Gemeinde die Vorlage eines Konzeptes einfordert und nicht allzu detaillierte Unter- und Unter-Unterkriterien festlegt, kann es in diesem Sinne keine „Übererfüllung“ geben.

4. Reichweite des Entscheidungsspielraums der Gemeinde

- Leistungsbeschreibung sowie Kriterienfestlegung und -gewichtung: Weiter Entscheidungsspielraum (vgl. auch § 46 Abs. 4 S. 3 EnWG)
 - Vgl. auch die Begründung zum Entwurfes eines Gesetz zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung: „Insoweit ist ihr [der Gemeinde, Anm. M. B.] ein ausreichender Ermessensspielraum zu gewähren. [...] Von einer strikten gesetzlichen Vorgabe, wie die einzelnen Ziele des § 1 Absatz 1 EnWG in konkrete Auswahlkriterien ‚umzuwandeln‘ sind, wird im Rahmen der vorliegenden Novelle Abstand genommen. [...] Es ist daher sachgerecht, der Gemeinde einen weiten Entscheidungsspielraum zu überlassen (siehe auch Satz 3) und die Konkretisierung der einzelnen Ziele des § 1 Absatz 1 EnWG durch die Praxis und die Auslegung durch die Rechtsprechung weiterhin zuzulassen.“ (BT-Drs. 18/8184, S. 13)

- Wertung der Angebote:
 - Erheblicher Beurteilungsspielraum: „In Anlehnung an die Grundsätze des Vergabeverfahrens gem. § 97 GWB [...] ein erheblicher Beurteilungsspielraum [...]. Gegenstand der Überprüfung ist, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten, von keinem unzutreffenden oder unvollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen worden ist, keine sachwidrigen Erwägungen in die Entscheidung eingeflossen sind und sich die Wertungsentscheidung im Rahmen der Gesetze und der allgemein gültigen Beurteilungsmaßstäbe halten“ (OLG Celle, EnWZ 2016, 310 [315]; s. auch OLG Celle, KommJur 2017, 181 [187]).
 - Dagegen bei Bewerbung von kommunalen Unternehmen um die Erteilung von Konzessionen nach a. A.: kein Beurteilungsspielraum (vgl. *Wegner*, in: Säcker [Hrsg.], Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1, Hb. 2, 4. Aufl. 2019, § 46 EnWG Rn. 146)