

Ausschreibung von Verteilernetzen als Herausforderung an die Kommunen

48. Energierechtliche Jahrestagung des EWIR
Köln, 31.10.2019

Konzessionsvergabe als kommunale Aufgabe

- ▶ Aufgabe der Konzessionsvergabe liegt bei Gemeinden:

*„Die Versorgung der Einwohner und ortsansässigen Unternehmen mit Energie ist eine Aufgabe der **verfassungsrechtlich geschützten kommunalen Selbstverwaltung**“*

(BGH, Urt. v. 17.12.13, KZR 66/12 – *Stromnetz Berkenthin*)

Konzessionsvergabe als kommunale Aufgabe

- ▶ Recht auf **kommunale Selbstverwaltung im Rahmen der Gesetze**, also auch Energiewirtschaftsgesetz
 - Diskriminierungsverbot, § 46 Abs. 1 EnWG, § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB
 - Berücksichtigung Ziele § 1 EnWG
 - § 46 Abs. 6 EnWG: Verfahren auch bei Eigenerfüllung (Eigenbetriebe); keine Inhouse-Vergabe
- ▶ Gleichwohl **Beurteilungsspielraum** der Gemeinden:
 - *„Dies bedeutet indes nicht, dass den Gemeinden bei der Formulierung und Gewichtung der Auswahlkriterien kein **Spielraum** verbliebe und steht daher auch nicht im Widerspruch zu den **Anforderungen, die sich aus der Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung ergeben**“ (BGH – Stromnetz Berkenthin)*

Konzessionsvergabe als kommunale Aufgabe

- ▶ Kommune trägt **Gewährleistungsverantwortung** für örtliche Energieversorgung
 - ➔ *legitimes Interesse der Gemeinden, Ausgestaltung des Netzbetriebs auch nach Konzessionsvergabe zu verfolgen („Einflussmöglichkeiten“)*
- ▶ Dazu BGH – *Stromnetz Berkenthin*:
 - Einflussmöglichkeiten auf vertragsrechtlicher Grundlage unbedenklich
 - Soweit für unverzichtbar gehalten, sogar als Mindestanforderungen?
 - Offen: gesellschaftsrechtliche Einflussmöglichkeiten

Konzessionsvergabe als kommunale Aufgabe

- ▶ Bei Bewerbung Eigenbetrieb / (Beteiligungs-)Unternehmen **keine besonderen (oder gar erhöhten) Verfahrensanforderungen**
- ▶ So bereits BGH, Urt. V. 17.12.13, KZR 65/12 – *Heiligenhafen*:
*„Die Betrauung eines kommunalen Eigenbetriebs mit dem Netzbetrieb darf gegenüber der Konzessionierung eines ‚Energieversorgungsunternehmens‘ im Sinne von § 46 EnWG **weder erschwert noch erleichtert** werden“*
- ▶ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/8184, S. 8:
*„Jedem (kommunalen) Bieter ist eine **rechtssichere** Übernahme der Netze zu ermöglichen, wenn er sich **im Wettbewerb als geeignetster künftiger Netzbetreiber** durchsetzen kann“*

Konzessionsvergabe als kommunale Aufgabe

- ▶ Verschiedene Rollen der Gemeinden im Konzessionsverfahren möglich (und gesetzlich zulässig):
 - Gemeinden als **Inhaber** der zu vergebenden Wegenutzungsrechte
 - Gemeinden als zuständige „**Vergabestelle**“
 - Ebenfalls zulässig: Gemeinde selbst als **Bieter** (Eigenbetrieb / (Beteiligungs-)Unternehmen)

- ➔ Praxis zeigt: „Herausforderung“ für Kommunen unabhängig von Beteiligung als Bieter

Novelle der §§ 46 EnWG 2017

- ▶ Ziel des Gesetzentwurfs, BT-Drs. 18/8184, S. 1:

*„....das Bewertungsverfahren bei Neuvergabe (z.B. Rekommunalisierung) der Verteilernetze **eindeutig und rechtssicher** zu regeln sowie die Rechtssicherheit im Netzübergang zu verbessern.“*

Ideen- und Konzeptwettbewerb

- ▶ „Konzeptwettbewerb“ vom Gesetzgeber vorgesehen und auch tatsächlich erforderlich:

*„...ist eine solche Ausschreibung **wenn nicht sogar geboten**, so doch jedenfalls als zulässig anzusehen. Wenn die Gemeinde selbst die ihr erst zu unterbreitenden Ideen noch nicht kennt und auch selbst **naturgemäß das Know How zur überlegenen Entwicklung der Vielzahl der abzufragenden Konzepte** nicht hat, so versteht sich von selbst, dass nicht schon im Vorhinein vorhergesehen und fest bestimmt werden kann, bei welcher genauen Angebotsgestaltung bei einem Kriterium oder Unterkriterium die volle Punktzahl zu vergeben sein wird.“*

(OLG Schleswig, Urt. v. 16.4.18, 16 U 110/17 (Kart), juris, Rn. 60)

Neutralität der Gemeinden

- ▶ Neutralitätsgebot folgt aus Diskriminierungsverbot
 - ➔ Entwickelt sich zum „**Auffangvorwurf**“ gegen Einhaltung Diskriminierungsverbot!
- ▶ Bei „eigener Bewerbung“: „*Gebot der **organisatorischen und personellen Trennung** der Vergabestelle von dem als Bieter auftretenden Eigenbetrieb*“
(BGH, Beschl. v. 18.10.16, KZB 46/15, Rn. 40 – Berlin Energie)
 - ➔ BGH: kommunaler Bieter darf weder bevorzugt noch benachteiligt werden
 - ➔ Zuständigkeit für Vergabe bleibt bei Gemeinden (Art. 28 Abs. 2 GG)

Rüge-, Präklusionsregime des § 47 EnWG

- ▶ Grundsätzlich im Interesse funktionierenden Wettbewerbs zu begrüßen!
- ▶ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/8184, S. 16:
 - *„Sowohl die Gemeinde als auch ein neuer Netzbetreiber profitieren von einer zügig eintretenden Rechtssicherheit“*
 - *„Auch die Gerichte werden entlastet...“*

→ Praxis zeigt das Gegenteil!

Rüge-, Präklusionsregime des § 47 EnWG

► Kritik:

- „Sonderrechtsweg“ zu ordentlichen Gerichten im einstweiligen Rechtsschutzverfahren wirft zahlreiche rechtliche und prozessuale Fragen auf, die Gesetzgeber unzureichend geregelt hat
- Schutz Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse: kein „in camera“-Verfahren
- „Rechtszersplitterung“ auf OLG-Ebene, keine Vorlagepflicht zum BGH
- Abschließende Wirkung wird teilweise bestritten
- „Verzögerungsinstrument“?
- ...

Fazit

- ▶ Ziele der Novelle der §§ 46 ff. EnWG 2017 wurden bisher weitgehend nicht erreicht
- ▶ Zunehmende Klärungen durch Rechtsprechung begrüßenswert, aber weiterhin teils widersprüchlich und unter Verkennung des verfassungsrechtlich geschützten kommunalen Beurteilungsspielraums
- ▶ Rüge- und Präklusionsregime des § 47 EnWG sollte dringend nachgebessert werden

Vielen Dank
für Ihre Aufmerksamkeit.

Matthias Pöhl, BBH Köln
Tel +49 (0)221 650 25-103
matthias.poehl@bbh-online.de
www.bbh-online.de