

Deutscher Bundestag
18. Wahlperiode
Ausschuss für Wirtschaft und Energie

Ausschussdrucksache 18(9)813
30. Mai 2016

FREIBURG

Hansjörg Wurster
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Prof. Dr. Dominik Kupfer

Dr. Holger Weiß, LL. M.

Horst E. Schöpferle †2015

Dr. Björn Reith

Klaus Berger, LL. M.

Jens Baltschukat, LL. M.

Dr. Katharina Schober

Johannes Kupfer

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Kaiser-Joseph-Straße 247

D-79098 Freiburg

Telefon: (07 61) 21 11 49-0

Telefax: (07 61) 21 11 49-45

freiburg@w2k.de

STUTTGART

Alfred Bauer

Bastian Reuße, LL. M.

Charlottenstraße 21b

D-70182 Stuttgart

Telefon: (07 11) 24 85 46-0

Telefax: (07 11) 24 85 46-19

stuttgart@w2k.de

www.w2k.de

Stellungnahme
an den Ausschuss für Wirtschaft und Energie
des
Deutschen Bundestages
zum
Gesetzentwurf der Bundesregierung
BT-Drs. 18/8184
zur Neufassung der §§ 46 ff. EnWG

vorgelegt von

Rechtsanwalt Prof. Dr. Dominik Kupfer, Dipl.-Verwaltungswirt (FH)

W2K Rechtsanwälte Freiburg und Stuttgart

27.05.2016

Gliederung

A. Zielsetzung des Gesetzentwurfs	4
B. Allgemeine Überlegungen.....	4
I. Die zu behebende Rechtsunsicherheit.....	5
1. Rechtlicher Problemschwerpunkt.....	5
2. Aushöhlung des Wettbewerbs als Folge.....	6
II. Zwingender Rechtsrahmen.....	7
1. Konzessionsvergaberichtlinie	8
2. Verfassungsrechtlicher Rahmen	10
2.1 Örtlicher Verteilernetzbetrieb ist Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft	10
2.2 Konzepthoheit als Ausfluss der Eigenverantwortlichkeit.....	11
III. Vereinbarkeit des Gesetzentwurfs mit höherrangigem Recht?	12
1. Konzessionsvergaberichtlinie	12
1.1 Unmittelbare Wirkung der Konzessionsvergaberichtlinie.....	13
1.2 Verfahrensbekanntmachung als Beispiel.....	13
1.3 Weitere Beispiele.....	14
2. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG – kommunale Selbstverwaltungshoheit.....	15
IV. Umkehr der gesetzgeberischen Stoßrichtung	17
1. Bisherige Linie des Gesetzgebers	18
2. Wettbewerb um das Netz.....	21
V. Zwischenergebnis.....	22

C. Die Regelungen des Gesetzentwurfs im Einzelnen.....	24
I. § 46 Abs. 2 Satz 2 – Verpflichtung des Netzeigentümers	24
II. § 46 Abs. 2 Satz 4 f. – Netzkaufpreis	24
III. § 46 Abs. 3 – Bekanntmachung	25
IV. § 46 Abs. 4 Sätze 1 bis 3 – Auswahlentscheidung	25
V. § 46 Abs. 4 Satz 4 – Interessenbekundung und Eignungskriterien.....	25
VI. § 44 Abs. 4 Satz 4, Abs. 5 und § 47 – Verfahrensgestaltungen, Rechtsschutz und Präklusion	27
1. Grundsätzliche Kritik und alternativer Lösungsvorschlag	27
2. Einzelbetrachtung	29
2.1 § 47 Abs. 3 Satz 1 – Akteneinsichtsrecht	29
2.2 § 47 Abs. 5 – ordentliche Gerichte / einstweiliger Rechtsschutz	31
D. Zusammenfassende Bewertung.....	33

A. Zielsetzung des Gesetzentwurfs

Ziel der Novellierung ist es, Rechtssicherheit zu schaffen.

Vgl. bereits den Koalitionsvertrag, 2013, S. 42 f.:

„Bürger am Netzausbau beteiligen

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

Abrufbar unter:

<https://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf>; letzter Zugriff am 24.05.2016.

Bevor einzelne Vorschriften des vorliegenden Gesetzentwurfs konkret darauf geprüft werden, ob sie tatsächlich geeignet sind, bei der Durchführung künftiger Konzessionsvergabeverfahren in den Bereichen Strom und Gas die Rechtssicherheit zu verbessern (C), sind „vor die Klammer gezogen“ allgemeine Überlegungen mit Blick auf den vorliegenden Regelungsvorschlag anzustellen (B).

B. Allgemeine Überlegungen

Rechtssicherheit kann nur geschaffen werden, wenn die zu behebende Rechtsunsicherheit trennscharf identifiziert wird (I). Geeignet, Abhilfe zu schaffen ist nur eine Neuregelung, die dem zwingenden Rechtsrahmen entspricht (II). Dieser besteht vorliegend aus der Konzessionsvergaberichtlinie der Europäischen Union und dem nationalen Verfassungsrecht. Zu beiden höherrangigen Gesetzen steht der vorliegende Gesetzentwurf jedoch in einem deutlichen Spannungsverhältnis (III). Parallel zu dem Konflikt mit Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG verfolgt der vorliegende Entwurf eine neue Linie in der Gesetzgebung, die in Widerspruch zu Überzeugungen des historischen Gesetzgebers steht und sich dementsprechend nicht bruchlos in die bestehenden Regelungen des EnWG zu den örtlichen Verteilernetzen einfügen lässt (IV). Eine Zusammenfassung der aus diesen allgemeinen Überlegungen gewonnen Erkenntnisse findet sich am Ende dieses Abschnitts B. im Kapitel V.

I. Die zu behebende Rechtsunsicherheit

Kaum ein Konzessionsvergabeverfahren, das derzeit vor die ordentlichen Gerichte zur streitigen Überprüfung gebracht wird, hält stand. Dabei legen die Spruchkörper häufig strenge, nicht immer ganz vorhersehbare, mitunter widersprüchliche und sich im Wandel befindliche Prüfungsmaßstäbe an (1). Dieser Befund konterkariert das eigentliche Ziel des § 46 EnWG, einen *echten* Wettbewerb um das Netz zu gewährleisten (2).

1. Rechtlicher Problemschwerpunkt

In der Praxis liegt der Schwerpunkt der rechtlichen Auseinandersetzungen auf den Konzessionsvergabeverfahren. Er liegt nicht (mehr) bei den mit einer Netzübernahme verbundenen (Folge-)Fragen (Entflechtung, Kaufpreis und Erlösobergrenze).

Im Zentrum der Streitigkeiten über die Rechtmäßigkeit von Konzessionsvergabeverfahren stehen seit den Leitentscheidungen des Bundesgerichtshofs vom Dezember 2013¹ die Bestimmung und Gewichtung der Auswahlkriterien sowie die Bewertungsmethode. Unterschiedliche Gerichte haben sich in zahlreichen Verfahren mit diesen Aspekten auseinandergesetzt und dazu teilweise divergierende Auffassungen vertreten:

- LG Düsseldorf, Urt. v. 26.02.2014 – 37 O 87/13 (EnW) U – juris, Rn. 38;
- OLG Karlsruhe, Urt. v. 26.03.2014 – 6 U 68/13 (Kart) – juris, Rn. 48 ff.;
- OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.04.2014 – VI-2 Kart 2/13 (V), 2 Kart 2/13 (V) – juris, Rn. 63 ff.
- BGH, Beschl. v. 03.06.2014 – EnVR 10/13 – juris, Rn. 55;
- LG Köln, Urt. v. 06.06.2014 – 90 O 169/13 – juris, Rn. 51 ff.;
- LG Stuttgart, Urt. v. 02.10.2014 – 11 O 182/14 – juris, Rn. 60 ff.;
- LG Stuttgart, Beschl. v. 21.11.2014 – 11 O 180/14 – juris, Rn. 99 ff.;
- LG Kiel, Beschl. v. 25.11.2014 – 14 O 111/14.Kart – juris, Rn. 4;

¹ Vgl. BGHZ 199, 289 und BGH, Urt. v. 17.12.2013 – KZR 65/12 – juris.

- LG Berlin, Urt. v. 09.12.2014 – 16 O 224/14 Kart – juris, Rn. 77 ff.;
- LG Kiel, Urt. v. 13.02.2015 – 14 O 111/14 Kart, 14 O 111/14.Kart – juris, Rn. 24 ff.;
- OLG Frankfurt, Beschl. v. 09.03.2015 – 11 W 47/14 (Kart) – juris, Rn. 20 ff.;
- LG Mainz, Beschl. v. 12.3.2015 – 12 HKO 2/15, 12 HK O 2/15 – juris, Rn. 34.;
- LG Leipzig, Urt. v. 17.06.2015 – 5 O 1339/15, 05 O 1339/15 – juris, Rn. 35 ff.;
- OLG Stuttgart, Urt. v. 19.11.2015 – 2 U 60/15 – juris, Rn. 60 ff.;
- OLG Celle, Urt. v. 17.03.2016 – 13 U 141/15 – Umdruck, S. 37 ff.; zitiert in BT-Drs. 18/8184, S. 27).

Die beiden letztgenannten Entscheidungen – OLG Stuttgart und OLG Celle – widersprechen sich klar, was die Frage der Rechtmäßigkeit einer relativen Bewertung angeht!

Wenn in dem Gesetzentwurf vor diesem rechtstatsächlichen Hintergrund davon gesprochen wird, von der Vorgabe eines konkreten Kriterienkatalogs zur Schaffung von mehr Klarheit für die Rechtsanwender abzusehen, weil ansonsten die Gefahr bestünde,

„in Anbetracht der mittlerweile hierzu ergangenen Rechtsprechung neue Rechtsunsicherheit zu schaffen“
BT-Drs. 18/8184, S. 13

ist das realitätsfern.

2. Aushöhlung des Wettbewerbs als Folge

Folge dieser Rechtsunsicherheit ist die Aushöhlung des vom Gesetzentwurf selbst prononciert hervorgehobenen „Wettbewerbs um das Netz“. Die bestehende Rechtsunsicherheit führt faktisch zu einer systematischen Bevorzugung des jeweiligen Alt-Konzessionärs. Denn: die Probleme treten typischerweise nur im Konfliktfall zutage.

Wo die Konzessionsvergabe weder behördlich noch gerichtlich überprüft wird, können die Vertragsparteien auch einen nichtigen Konzessionsvertrag durchaus leben – frei nach dem Grundsatz: Wo kein Kläger, da kein Richter!

Es dürfte nicht übertrieben sein, zu sagen: Die weit überwiegende Zahl der heute in Deutschland laufenden Konzessionsverträge ist – gemessen an der kartellrechtlichen Rechtsprechung zur Vergabe von Energiekonzessionen – nichtig. Gleichwohl wird die weit überwiegende Zahl dieser – gemessen an der kartellrechtlichen Rechtsprechung zur Vergabe von Energiekonzessionen – nichtigen Konzessionsverträge von den Akteuren „schlicht gelebt“.

Die wenigsten Konflikte treten auf, wenn der bisherige Konzessionär erneut konzessioniert wird. Und selbst dann, wenn sich ein Energieversorgungsunternehmen, das versucht hat, die Konzession erstmals zu gewinnen, gegen das zugunsten des Altkonzessionärs durchgeführte Verfahren wehrt, wird dieser Konflikt nicht mit der Härte und der Konsequenz ausgetragen, wie es der Fall ist, wenn der bisherige Konzessionär darum kämpft, sein Netz nicht an einen Konkurrenten abgeben zu müssen.

Vor diesem Hintergrund hat die von der kartellgerichtlichen Rechtsprechung verursachte Rechtsunsicherheit bei der Durchführung von Konzessionsvergabeverfahren abschreckende Wirkung. Ohne Not wird keine rational handelnde Gemeinde das Risiko eingehen, das eigene Konzessionsvergabeverfahren kartellgerichtlich überprüfen zu lassen. Dieser Befund wirkt auf den vom Gesetz intendierten Wettbewerb um das Netz erdrosselnd!

II. Zwingender Rechtsrahmen

Es ist zu begrüßen, wenn sich der Bund durch eine Novellierung der §§ 46 ff. EnWG des gerade dargestellten Missstandes annimmt. Klar ist jedoch auch: der Bundesgesetzgeber agiert hierbei nicht ungebunden. Die novellierten Vorschriften des EnWG müssen mit den Gesetzen in Einklang stehen, die gegenüber bundesrechtlichem Fachrecht höherrangig sind. Das sind im vorliegenden Kontext insbesondere die Konzessionsvergaberichtlinie (1) und die in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleistete kommunale Selbstverwaltungsgarantie (2).

Mit Blick auf das Unionsrecht ist ergänzend hervorzuheben:

Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) respektiert ausdrücklich das Recht der Mitgliedstaaten und ihrer Behörden, Aufgaben selbst zu erledigen oder eine Systementscheidung über die Art der Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu treffen. Der EuGH erlaubt den Mitgliedstaaten, die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch eine gemischt-wirtschaftliche Gesellschaft vorzugeben und nur die private Beteiligung an der Gesellschaft zum Gegenstand der Ausschreibung zu machen.² Er gesteht den Mitgliedstaaten bei der Vergabe von Konzessionen große Gestaltungs- und Wertungsspielräume zu.

Das Unionsrecht respektiert die Systementscheidungs- und Konzepthoheit des Aufgabenträgers. Gerade im Bereich der Energieversorgung räumt der EuGH dem öffentlichen Interesse an der Versorgungssicherheit und der Gewährleistung des öffentlichen Einflusses einen sehr hohen Stellenwert ein. Nach der Entscheidung *Essent* kann dieses Interesse selbst ein gesetzliches Privatisierungsverbot für Verteilernetzbetreiber rechtfertigen.³

1. Konzessionsvergaberichtlinie

Auf S. 10 der Drs. 18/8184 ist zu lesen, die Konzessionsvergaberichtlinie der Europäischen Union würde für Wegenutzungsverträge im Sinne von § 46 EnWG grundsätzlich nicht gelten.

„Die Erwägungsgründe der Konzessionsrichtlinie stellen klar, dass ‚Vereinbarungen über die Gewährung von Wegerechten hinsichtlich der Nutzung öffentlicher Liegenschaften für die Bereitstellung oder den Betrieb fester Leitungen oder Netze, über die eine Dienstleistung für die Allgemeinheit erbracht werden soll,‘ nicht als Konzession im Sinne der Richtlinie gelten, ‚sofern derartige Vereinbarungen weder eine Lieferverpflichtung auferlegen, noch den Erwerb von Dienstleistungen durch den öffentlichen Auftraggeber oder den Auftraggeber für sich selbst oder für Endnutzer vorsehen‘ (Erwägungsgrund 16 der Richtlinie 2014/23/EU).“

Diese Rechtsauffassung ist unzutreffend. Sie lässt sich auch nicht aus Erwägungsgrund 16 der Richtlinie ableiten.

² EuGH, Urt. v. 15.10.2009 – C-196/08 – Slg. 2009 I-9913 (*Acoset*).

³ EuGH, Urt. v. 22.10.2013 – C-105/12, C-106/12, C-107/12 – EuZW 2014, 61, Rn. 59, 65 f. (*Essent*).

Ein qualifizierter Wegenutzungsvertrag nach § 46 Abs. 2 EnWG hat typischerweise Beschaffungscharakter und ist aus diesem Grund als Konzession im Sinn der Konzessionsvergaberichtlinie zu qualifizieren. Gerade im Hinblick auf diesen Beschaffungscharakter

Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung – nach § 3 Nr. 17 EnWG: offen für die Versorgung jedes Letztverbrauchers –

handelt es sich bei den Energiekonzessionen um qualifizierte Wegenutzungsrechte nach § 46 Abs. 2 EnWG und nicht um reine Gestattungsverträge nach § 46 Abs. 1 EnWG.

Auch der Bundesgerichtshof hat keinen Zweifel daran, dass ein qualifizierter Wegenutzungsvertrag nach § 46 Abs. 2 EnWG Beschaffungscharakter hat:

„Mit der Konzessionsvergabe befriedigt die Gemeinde nicht nur - als Nachfrager - den Bedarf nach einem sicheren und preisgünstigen Netzbetrieb im Gemeindegebiet, sondern sie verwertet gleichzeitig auch - als marktbeherrschender Anbieter - die kommunalen Wegerechte. Als Anbieter ist sie daran interessiert, für die Konzession einen möglichst hohen Preis zu erzielen. Ihr Interesse als Nachfrager muss hingegen darauf gerichtet sein, vom Netzbetreiber eine bestmögliche Leistung zu einem möglichst niedrigen Preis zu erlangen.“
BGHZ 199, 289 Rn. 45.

Liest man Erwägungsgrund 15 der Konzessionsvergaberichtlinie – auf den Erwägungsgrund 16 Bezug nimmt – wird deutlich, dass die Union grundsätzlich dann vom Vorliegen einer Konzession ausgeht, wenn ein Beschaffungsvorgang vorliegt.

Im Ergebnis fällt die Vergabe von qualifizierten Wegenutzungsverträgen nach § 46 Abs. 2 EnWG in den Anwendungsbereich der Konzessionsvergaberichtlinie.

Ebenso *H. Weiß*, NVwZ 2014, 1415 (1419); *Donhauser/Hözlwimmer*, VergabeR 2015, 509; *Hofmann/Zimmermann*, NZBau 2016, 71 (72 ff.); *Tugendreich*, ZfBR 2014, 547 (552). A. A. *Dieck-Bogatzke*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, §116 GWB Rn. 15; *Schwab/Gieseemann*, VergabeR 2014, 351 (366); *W. Weiß*, EnWZ 2014, 435.

2. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Der vorliegende Entwurf geht ausdrücklich von einem Dualismus netzbezogener Kriterien und Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft aus. So soll § 46 Abs. 4 Satz 2 lauten:

„Unter Wahrung netzwirtschaftlicher Anforderungen, insbesondere der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz, können auch Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft berücksichtigt werden.“

Einen solchen Dualismus gibt es jedoch nicht!

Der örtliche Verteilernetzbetrieb steht nicht neben den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. Der örtliche Verteilernetzbetrieb *ist* eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft (2.1).

Dementsprechend muss den Gemeinden bei der Durchführung von Konzessionsvergabeverfahren eine Gestaltungskompetenz hinsichtlich der Konkretisierung der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG und damit auch der netzwirtschaftlichen Anforderungen, insbesondere der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz zustehen (2.2). Indem der Entwurf den Gemeinden insoweit Gestaltungskompetenz entzieht, verstößt er gegen die verfassungsrechtlich gewährleistete Garantie kommunaler Selbstverwaltung.

2.1 Örtlicher Verteilernetzbetrieb ist Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft

Das Bundesverfassungsgericht hat festgestellt:

Die Versorgung mit Energie ist unverzichtbar für ein menschenwürdiges Leben!⁴

Grundvoraussetzung für eine funktionierende Energieversorgung sind leistungsfähige Netze. Sie sind die „Lebensadern“ der modernen Gesellschaft, die die Energie zu den Einwohnern und Unternehmen transportieren. Die Sicherstellung funktionstüchtiger örtlicher Energieverteilernetze gehört zu den zentralen Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. Hierfür tragen die Gemeinden die Gewährleistungsverantwortung. Die örtliche

⁴ BVerfGE 66, 248 [258].

Energieversorgung gehört gemeinsam mit der Wasserversorgung zu den typischen, die Daseinsvorsorge betreffenden Aufgaben der kommunalen Gebietskörperschaften.⁵ Die Entscheidung darüber, wie die örtliche Energieversorgung durchgeführt wird, unterfällt der gemeindlichen Selbstverwaltung gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG.⁶

Verfassungsrechtlich ist es deshalb falsch zu sagen, die Gemeinde

„administriert“
BT-Drs. 18/8184, S. 8

die Vergabe von Energiekonzessionen. Die Entscheidung der Gemeinde darüber, wer das örtliche Energieverteilernetz in den kommenden zwei Jahrzehnten betreiben soll, ist keine fremde Angelegenheit, welche die Gemeinde etwa treuhänderisch erledigt – „administriert“. Vielmehr trifft die Gemeinde eine Entscheidung in einer eigenen Angelegenheit.

2.2 Konzepthoheit als Ausfluss der Eigenverantwortlichkeit

Eine Entscheidung darüber, wie für die kommenden zwei Jahrzehnte das örtliche Verteilernetz selbst aus- und umgebaut, wie dessen Betrieb in der Zukunft ausgestaltet werden und wer diesen über einen langen Zeitraum durchführen soll, kann die Gemeinde aber nur treffen, wenn sie über hinreichende Prognose- und Gestaltungsspielräume verfügt.

Bei der in § 46 Abs. 2 bis Abs. 4 EnWG für die Gemeinden angeordneten Pflicht zur Durchführung von Konzessionsvergabeverfahren und zum Abschluss von Konzessionsverträgen handelt es sich um eine – als Konsequenz der bestehenden gemeindlichen Gewährleistungsverantwortung für einen nachhaltig funktionsfähigen Verteilernetzbetrieb – pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe.

Die Aufgaben- und Verantwortungszuweisung an die Gemeinde geht notwendig mit deren Eigenverantwortlichkeit bei der Aufgabenerledigung einher.

⁵ BVerfG (K), NJW 1990, 1783.

⁶ BVerwGE 98, 273 (275 f.); bestätigt durch BVerwGE 122, 157 (162 f.).

Ausprägung der Eigenverantwortlichkeit ist insbesondere die Konzepthoheit. Die Entscheidung über den Betrieb örtlicher Verteilernetze ist angesichts der langen Laufzeiten von Konzessionsverträgen stark von prognostischen Einschätzungen geprägt und erfordert Gestaltungsspielräume, um die konkreten Umstände vor Ort berücksichtigen zu können. Die Gemeinde kann die sie treffende Gewährleistungsverantwortung für einen funktionierenden Betrieb der örtlichen Verteilernetze nur wahrnehmen, wenn sie die im Einzelfall als notwendig erkannten Vorkehrungen – etwa einen gesellschaftsrechtlichen Einfluss auf den Netzbetreiber – treffen kann, um einer etwaigen Schlechterfüllung während der Vertragslaufzeit entgegenzuwirken.

Diese verfassungsrechtliche Ausgangslage verkennt der Gesetzentwurf, wenn er auf S. 9 pointiert formuliert:

„Daneben lässt der Gesetzeswortlaut nun zu, auch Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Vergabe von Wegenutzungsrechten zu berücksichtigen. Es wird allerdings ‚kein Rabatt‘ auf die Auswahlkriterien des § 1 Absatz 1 EnWG, insbesondere auf die Versorgungssicherheit und die Kosteneffizienz gegeben.“

Die verfassungsrechtliche Gewährleistung einer eigenverantwortlichen Entscheidung über die Auswahl des künftigen Verteilernetzbetreibers umfasst die Befugnis, über das grundlegende Konzept der Aufgabenerfüllung zu entscheiden (Konzepthoheit).

III. Vereinbarkeit des Gesetzentwurfs mit höherrangigem Recht?

Es liegt auf der Hand, dass der Gesetzentwurf in einem – vorsichtig ausgedrückt – deutlichen Spannungsverhältnis zur Konzessionsvergaberichtlinie (1) und zu der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG (2) steht.

1. Konzessionsvergaberichtlinie

Die Konzessionsvergaberichtlinie (2014/23/EU) regelt die Vergabe von Konzessionen, soweit die Richtlinie bestimmte Konzessionen nicht von ihrem Anwendungsbereich ausnimmt.

Anders als für Wasserkonzessionsverträge (Art. 12 Abs. 1 Konzessionsvergaberichtlinie) besteht für Strom- und Gaskonzessionsverträge kein Ausschlussstatbestand im Richtlinientext.

Die Richtlinie muss seit 18.04.2016 in nationales Recht umgesetzt sein.

1.1 Unmittelbare Wirkung der Konzessionsvergaberichtlinie

Steht fest, dass qualifizierte Wegenutzungsrechte nach § 46 Abs. 2 EnWG typischerweise als Konzessionen im Sinn der Konzessionsvergaberichtlinie zu qualifizieren sind, stellt sich seit Ablauf der Umsetzungsfrist für diese Richtlinie (18. April 2016) die Frage, in wieweit die Richtlinie unmittelbar Anwendung auch auf die Vergabe von Energiekonzessionen Anwendung findet.

Die Anwendbarkeit von Richtlinienvorschriften, welche die Voraussetzungen einer unmittelbaren Wirkung nach dem Unionsrecht erfüllen,

- Ablauf der Umsetzungsfrist,
- fehlende oder mangelhafte Umsetzung durch den nationalen Gesetzgeber und
- inhaltliche Unbedingtheit und hinreichende Genauigkeit der Vorschrift⁷

steht nicht zur Disposition des nationalen Gesetzgebers!

1.2 Verfahrensbekanntmachung als Beispiel

Vor diesem zwingenden rechtlichen Hintergrund stellt sich bereits zu Beginn eines Verfahrens zur Vergabe einer Energiekonzession die Frage, nach welchen Vorschriften sich die Bekanntmachung eines anstehenden Konzessionsvergabeverfahrens richtet.

Zwischen den Anforderungen an die Bekanntmachung eines Konzessionsvergabeverfahrens nach Konzessionsvergaberichtlinie und nach § 46 Abs. 3 EnWG bestehen erhebliche Unterschiede:

⁷ Zu den Voraussetzungen statt vieler *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 288 AEUV Rn. 47 ff. (51 ff.).

- Die Grenze für die Verpflichtung zur europaweiten Ausschreibung wird anders definiert als im nationalen Recht. Die Hürde liegt niedriger. Konzessionen sind nicht erst ab 100.000 angeschlossenen Netzkunden, sondern bereits ab einem Gesamtwert der Konzession von über 5,225 Mio. € europaweit auszuschreiben. Bei der Ermittlung des Gesamtwerts ist auf den Gesamtumsatz abzustellen, den der Konzessionsnehmer während der Vertragslaufzeit erzielt.
- Für die Veröffentlichung gelten andere inhaltliche Vorgaben (Anhang 5 Konzessionsvergaberichtlinie).
- Die Veröffentlichung hat nach Maßgabe eines Standardformulars zu erfolgen.
- Der Konzessionsgeber soll in der Konzessionsbekanntmachung die Vergabekammer benennen, an die sich die Unternehmen zur Nachprüfung geltend gemachter Vergabeverstöße wenden können. – Bislang waren die Vergabekammern nicht zuständig; es war der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet.

Würde der vorliegende Entwurf Gesetz, wären Rechtsstreitigkeiten darüber, welche Anforderungen an eine rechtmäßige Bekanntmachung zu stellen sind, vorprogrammiert.

1.3 Weitere Beispiele

Mit der Frage, nach welchen Vorschriften sich die öffentliche Bekanntmachung eines Verfahrens zur Vergabe von Energiekonzessionen zu richten hat, ist nur das erste einer Reihe von Problemen benannt. Die Diskrepanz zwischen dem vorliegenden Entwurf und der Konzessionsvergaberichtlinie setzt sich fort – beispielsweise mit der Frage der Ausgestaltung der Eignungsprüfung⁸ oder dem einschlägigen Rechtsweg⁹.

⁸ Dazu näher unten, C.V = S. 25.

⁹ Hierzu näher unten, C.VI = S. 27.

2. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG – kommunale Selbstverwaltungshoheit

Paradigmatisch für das verfehlte verfassungsrechtliche Verständnis der Entwurfsverfasser sind die Äußerungen auf Seite 10:

Die Gesellschafterstruktur des Netzbetreibers – ob kommunal oder privatrechtlich – sei „für die Qualität des Netzbetriebes unerheblich, nicht einmal eine Indizwirkung in die eine oder andere Richtung lassen die Erfahrungen aus der Praxis zu. Es muss darum gehen, durch ein wettbewerbliches Verfahren den für das jeweilige Netzgebiet geeignetsten Bewerber zum Zuge kommen zu lassen. Ist dies die Kommune, so soll sie den Netzbetrieb übernehmen können.“

Nach geltendem Verfassungsrecht ist es mit Blick auf Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft nicht Aufgabe der Gemeinden, einen „Bessererfüllungsnachweis“ zu erbringen, um die betreffende Aufgabe wahrnehmen zu dürfen. Vielmehr gilt,

„daß dem Staat eine Rechtfertigungslast auferlegt ist, wenn er den Gemeinden vorschreiben will, wie diese die Selbstverwaltungsangelegenheit wahrzunehmen haben.“

Burgi, VerwArch 90 (1999), 70 (81).

Diese verfassungsrechtlich erforderliche Rechtfertigung erbringt der vorliegende Entwurf jedoch nicht dadurch, dass er „einfach“ den Wettbewerb zum einzigen Aufgabenerfüllungsmodus erklärt – einen kategorischen Primat des Wettbewerbs einführt – und hieran anknüpfend den Gemeinden gesetzlich verbieten will, die Aufgabe des örtlichen Netzbetriebs unmittelbar selbst durchzuführen.

Zunächst ist der Wettbewerb kein Wert an sich! Der Wettbewerb wird nicht um seiner selbst willen geschützt. Der Wettbewerb kann ein Instrument zur Verfolgung verfassungslegitimer Ziele sein, er selbst ist aber kein verfassungslegitimes Ziel.

„Die Erfüllung von Aufgaben der Daseinsvorsorge kann nicht blind auf den marktwirtschaftlichen Wettbewerb als ergebnisoffenes Entdeckungsverfahren vertrauen. Im Konzept des Gewährleistungsverwaltungsrechts wird dem Wettbewerb vielmehr eine instrumentelle Funktion zugewiesen.“

So und zum Ganzen *Schoch*, NVwZ 2008, 241 (245).

Der Wettbewerb erhält auch nicht dadurch Verfassungsrang, dass er zum einzigen Zielerreichungsmodus eines an sich verfassungslegitimen Ziels erklärt, mit diesem verbunden und allen weiteren Erwägungen vorausgesetzt wird.

Gerade mit Blick auf marktmächtige natürliche Monopole – wie die örtlichen Energieverteilernetze – ist die Geeignetheit des Wettbewerbs als allgemeinwohlfördernder Verteilungsmechanismus mit besonderen Fragezeichen zu versehen.

Bei marktmächtigen natürlichen Monopolen führt Wettbewerb nicht grundsätzlich zu effizienteren Ergebnissen als jeder andere Mechanismus.

Genau aus diesem Grund enthält das Unionsrecht keine Privatisierungs- und Liberalisierungsgebote für örtliche Verteilernetze!

Genau aus diesem Grund gibt es neben dem Wettbewerb um das Netz, andere – besondere – Instrumente um den Wettbewerb im Netz allgemeinwohlverträglich zu sichern: Nach § 4 EnWG darf der örtliche Netzbetrieb nur von einem Unternehmen durchgeführt werden, das die hierfür erforderliche personelle, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzt. Indem die Netznutzungsentgelte staatlich reguliert werden, ist für einen effizienten Netzbetrieb gesorgt.

Genau aus diesem Grund und der Tatsache, dass die örtliche Energieversorgung unverzichtbar für ein menschenwürdiges Leben ist, besteht die kommunale Gewährleistungsverantwortung für die örtlichen Energieverteilernetze. Diese bedingt jedoch, dass sich die Gemeinde Überwachungs-, Einwirkungs- und ggf. Erledigungsinstrumente schafft.

Dabei ist auf eine Zeit von zwanzig Jahren gesehen eine unmittelbare gesellschaftsrechtliche Beteiligung an dem örtlichen Netzbetreiber typischerweise das effizientere Einwirkungsinstrument gegenüber einer bloß schuldrechtlichen Vereinbarung von Abstimmungspflichten.

Es stellt einen inneren Widerspruch dar, den Gemeinden die Gewährleistungsverantwortung für einen funktionierenden Betrieb der örtlichen Verteilernetze aufzuerlegen, ihnen zugleich aber die notwendigen Gewährleistungsinstrumente zu nehmen, um die Funktionsfähigkeit der örtlichen Verteilernetze langfristig und sicher zu gewährleisten.

IV. Umkehr der gesetzgeberischen Stoßrichtung

Die oben dargestellte verfassungsrechtlich problematische Argumentation der Entwurfsverfasser wird umso unverständlicher, als der Gesetzgeber sich bisher von verfassungskonformen Erwägungen hat leiten lassen. Mit dem vorliegenden Entwurf soll eine vollkommene Kehrtwende des Gesetzgebers eingeleitet werden.

Zwar stellt der Entwurf – dem Wortlaut nach – noch völlig zu Recht gleich auf S. 1 den Topos des

„Wettbewerbs um das Netz“

an den Anfang seiner Ausführungen. Dabei verkennt er aber den hiermit vom historischen Gesetzgeber verfolgten Handlungszweck (1). In der Sache meinen die Entwurfsverfasser, dieser Wettbewerb müsse gegen einen ungeschmälernten Zugriff der Gemeinden auf die örtlichen Verteilernetze in Stellung gebracht werden.

Sehr deutlich auf S. 8 der Drs.:

„Wegen des natürlichen Monopols der Kommunen hinsichtlich der Wegenutzungsrechte erfolgt dieser Wettbewerb nicht im freien Markt, sondern wird durch die jeweilige Gemeinde administriert.“

In Abkehr von den bisherigen Erwägungen des historischen Gesetzgebers soll nunmehr das von den Kartellbehörden und Kartellgerichten zwischen 2010 und 2013 errichtete „Kartellrechtliche Regime“ Gesetz werden.

Tatsächlich war und ist der „Wettbewerb um das Netz“ aber eine bewährtes Instrument, um Vermachtungstendenzen, die vom örtlichen Verteilernetz als einem marktmächtigen natürlichen Monopol auf den vorgelagerten Erzeugungs- und den nachgelagerten Vertriebsmarkt ausgehen, einzudämmen (2).

1. Bisherige Linie des Gesetzgebers

Die bisherige Linie des Gesetzgebers war, durch besondere Bekanntmachungsvorschriften dazu beizutragen, dass jede Gemeinde über den künftigen örtlichen Verteilernetzbetrieb und die künftige Person des Netzbetreibers nach rationalen Kriterien entscheidet. Hierbei sollten die Gemeinden über erhebliche Gestaltungs- und Entscheidungskompetenz verfügen.

Im Einzelnen:

Die Regelungen des heutigen § 46 EnWG zur Bestimmung eines Konzessionsvertragspartners durch die Gemeinden wurden bereits mit der Energierechtsnovelle im Jahre 1998 eingeführt und sind seither im Kern unverändert.

Absatz 1 des heutigen § 46 EnWG hat der Gesetzgeber 1998 als § 13 Abs. 1 EnWG 1998 eingeführt,¹⁰ um den Wettbewerb auf der Ebene der örtlichen Verteilernetze dadurch zu fördern, dass Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern auch von anderen als dem örtlichen Netzbetreiber und außerhalb des örtlichen Verteilernetzes i. e. S. errichtet werden können – sog. „zusätzlicher“ oder „alternativer“ Leitungsbau.¹¹

In Absatz 2 des heutigen § 46 EnWG (entspricht § 13 Abs. 2 EnWG 1998) wendet sich der Gesetzgeber einem besonderen Fall von Wegenutzungsrechten – den Konzessionsverträgen – zu. Hierbei handelt es sich um sog. qualifizierte Wegenutzungsrechte, weil sie den besonderen Fall der Verlegung und des Betriebs von Leitungen zur Durchführung der allgemeinen Versorgung betreffen.

Wie mit den Regelungen des Abs. 1, so zielt der Gesetzgeber auch durch die Vorschriften in Abs. 2 darauf ab, den Wettbewerb zu fördern. In Abs. 1 will er durch das Instrument des zusätzlichen Leitungsbaus die wettbewerbsbeschränkende Macht der örtlichen Verteilernetze beschränken. In Abs. 2 fördert er den Wettbewerb um die örtlichen Verteilernetze. Dabei hat er die Energieversorgungsunternehmen im Fokus – insbesondere den Anspruch des neuen

¹⁰ BGBl I 1998, 730 (733).

¹¹ BT-Drs. 13/7274, 20 f.; a.a.O., 33: Direktleitungen zur Versorgung einzelner Kunden.

Energieversorgungsunternehmens gegen den abgebenden Netzbetreiber auf Überlassung des Verteilernetzes:

„Abs. 2 Satz 2 gewährt bei Nichtverlängerung eines Wegenutzungsvertrags dem neuen Versorger einen Anspruch gegenüber dem bisherigen Versorger auf Überlassung der für die Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen gegen eine wirtschaftlich angemessene Vergütung. Dadurch soll ausgeschlossen werden, daß wegen des Netzeigentums des bisherigen Versorgers ein Wechsel praktisch verhindert wird und es zu wirtschaftlich unsinnigen Doppelinvestitionen kommt. Ein Versorgerwechsel darf auch nicht an prohibitiv hohen Kaufpreisen für das Netz scheitern; dazu ist die wirtschaftlich angemessene Vergütung im Einzelfall zu ermitteln.“¹²

Erst mit den Regelungen des Abs. 3 des heutigen § 46 EnWG hat der Gesetzgeber die Gemeinde insoweit in den Blick genommen, als sie über den künftigen Betreiber ihrer örtlichen Energieverteilernetze zu entscheiden hat. Den Gemeinden werden bestimmte Bekanntmachungspflichten auferlegt – weitere Vorgaben, insbesondere Regelungen zur Gestaltung des Vergabeverfahrens und der Auswahlkriterien enthält das Gesetz nicht.

„Abs. 3 sieht vor, daß die Gemeinde mindestens zwei Jahre vor Auslaufen des Wegenutzungsvertrages die Öffentlichkeit hierüber informiert, damit sich andere Unternehmen um solche Wegenutzungsrechte bewerben können. Nur wenn bekannt ist, daß ein Wegenutzungsvertrag zum Neuabschluß ansteht, kann auch ein Wettbewerb entstehen. Satz 2 verpflichtet die Gemeinden, bei mehreren Bewerbungen um ein Wegenutzungsrecht ihre Entscheidung öffentlich unter Angabe der maßgeblichen Gründe für ihre Auswahl bekanntzumachen. Nach welchen Kriterien die Gemeinde ihre Auswahlentscheidung zu treffen hat, wird nicht bestimmt. Höhere Transparenz sowie eine bessere Nachvollziehbarkeit der gemeindlichen Entscheidung werden aber gleichwohl dazu beitragen, daß die Auswahl nach rationalen Kriterien erfolgt.

Abs. 4 erstreckt die Regelungen der Absätze 2 und 3 auch auf die Fälle, in denen die Nutzung der gemeindlichen Wege zur Durchführung der allgemeinen Versorgung [...] durch gemeindliche Satzung und nicht durch Vertrag geregelt ist. Dies ist notwendig, damit die Wegenutzung in allen Gemeinden von den Bestimmungen der Absätze 2 und 3 erfaßt wird. Damit soll verhindert werden, daß der Zweck dieser Vorschriften, ‚Ewigkeitsrechten‘ bei der Versorgung entgegenzuwirken, unterlaufen werden kann.“¹³

Abschließend, d.h. mit Abs. 5 des heutigen § 46 EnWG, machte der Gesetzgeber deutlich, dass die kartellrechtliche Öffnungsklausel vornehmlich auf Einzelfälle im Rahmen des Absatzes 1 der Vorschrift und damit auf die Absicherung des zusätzlichen Leitungsbaus im

¹² BT-Drs. 13/7274, S. 21.

¹³ BT-Drs. 13/7274, S. 21.

konkreten Einzelfall zielt¹⁴ – nicht aber darauf gerichtet ist, das gesetzliche Regime der Abs. 2 und 3 in ein davon losgelöstes Kartellrechtliches Regime zu transformieren.

Die mit einer solchen Transformation einhergehende Missachtung der kommunalen Selbstgestaltungskompetenz hatte der Bundesrat thematisiert und daraus gefolgert, dem Gesetzentwurf nicht zustimmen zu können.¹⁵ Auf dieses Bedenken erwiderte die Bundesregierung:

„Die Stellung der Kommunen beim Wegerecht bleibt unangetastet. Sie bleiben auch künftig Eigentümer der öffentlichen Straßen, Wege und Plätze mit den auf diesem Eigentum basierenden Rechten.

Sie können auch künftig einem Energieversorger ihrer Wahl ein umfassendes Recht zur Benutzung aller gemeindlichen Wege einräumen.

Und sie können auch künftig frei entscheiden, ob die Versorgung durch ein eigenes Stadtwerk oder ein anderes Unternehmen erfolgen soll. Allerdings sind Wegerechte künftig auch weiteren Nutzern diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen.“¹⁶

Hieran hat der Gesetzgeber seither unverändert festgehalten.¹⁷ Lediglich einzelne Regelungen hat er etwas feiner ausdifferenziert.¹⁸ Wesentliche Unterschiede ergeben sich daraus aber nicht. Entscheidend ist, dass der Gesetzgeber auf Vorgaben für die Durchführung des Auswahlverfahrens – bis heute – verzichtet hat, und zwar aus Respekt vor der kommunalen Selbstgestaltungskompetenz.

Diese Linie verlässt der Gesetzentwurf, indem er die neuere kartellgerichtliche Rechtsprechung übernimmt. Eine argumentative Begründung für diesen „Schwenk“ wird nicht genannt. Dieser grundlegende Wechsel wird nicht transparent gemacht.

¹⁴ BT-Drs. 13/7274, S. 21.

¹⁵ BR-Drs. 806/96 (Beschluß), S. 2 ff.

¹⁶ BT-Drs. 13/7274, S. 32.

¹⁷ Zur Novellierung im Jahr 2005: BT-Drs. 15/3917, S. 67. Mit der Aufnahme des heutigen Satz 5 in § 46 Abs. 3 EnWG hat der Gesetzgeber im Jahr 2011 lediglich eine „Klarstellung“ vorgenommen; BT-Drs. 17/6072, S. 88; BGHZ 199, 289 [301, Rn. 41] (*Stromnetz Berkenthin*). Weiteren Änderungsbedarf hat die Bundesregierung nicht gesehen; BT-Drs. 17/14630, S. 4 – Antwort auf Frage 10.

¹⁸ So wurde § 46 Abs. 3 EnWG um einzelne Regelungen zur vorzeitigen Verlängerung von Konzessionsverträgen ergänzt (vgl. BT-Drs. 15/3917, S. 91 f.; BT-Drs. 15/4068, S. 8).

2. Wettbewerb um das Netz

Regelungsziel der Vorschriften des EnWG zu den örtlichen Verteilernetzen ist es nicht, den Wettbewerb gegen einen ungeschmälernten Zugriff der Gemeinden auf die örtlichen Verteilernetze in Stellung zu bringen. Vielmehr knüpft § 46 EnWG an den öffentlichen Verkehrswegen der Gemeinden an, weil die Leitungen der örtlichen Energieverteilernetze typischerweise in den öffentlichen Verkehrswegen der Gemeinden verlegt sind und weil sie wie das gemeindliche Straßennetz die Wohnungen der Einwohner und örtlichen Gewerbestätten erschließen. § 46 Abs. 2 bis 4 EnWG hat aber nicht vorrangig die Vermarktung von Wegerechten zum Gegenstand, sondern betrifft den Umgang mit den örtlichen Verteilernetzen.

Das folgt unmittelbar aus der Systematik des EnWG. Das EnWG verfolgt zur Verbesserung der Versorgungsbedingungen für die Verbraucher das Ziel, den Wettbewerb in der Energiewirtschaft zu fördern. Dabei geht es davon aus, dass der Bereich des Transports der Energie – hier insbesondere die örtlichen Energieverteilernetze – wettbewerblich nicht aus sich selbst heraus funktionsfähig ist, da es sich bei den Netzen um marktmächtige natürliche Monopole handelt. Um die von dem Transportbereich auf die Bereiche der Erzeugung und des Vertriebs ausgehenden Vermachtungstendenzen einzudämmen, will das EnWG Wettbewerb „im“, „gegen“ und „um“ das Netz bewirken.

Den Wettbewerb „im“ Netz stellen die Regelungen zu Netzanschluss (§§ 17 ff. EnWG) und Netzzugang (§§ 20 ff. EnWG) her. Um die Bedeutung der örtlichen Verteilernetze zu schmälern, hat der Gesetzgeber § 46 Abs. 1 EnWG eingeführt. Durch „zusätzlichen Leitungsbau“ soll die Marktmacht des örtlichen Verteilernetzes geschmälert werden. Der Wettbewerb „um“ die Verteilernetze wird dadurch bewirkt, dass die Gemeinden spätestens alle zwanzig Jahre eine neue Entscheidung darüber zu treffen haben, wie das betreffende örtliche Verteilernetz ausgestaltet werden und wer dieses betreiben soll – § 46 Abs. 2 bis Abs. 4 EnWG¹⁹:

Dieser Wettbewerb ist nach der Intention des Gesetzgebers freilich nicht als streng förmlicher Wettbewerb nach marktanalogen Mechanismen und Kriterien zu verstehen. Vielmehr soll die Gemeinde mit weitem Beurteilungsspielraum eine demokratische Entscheidung über den örtlichen Verteilernetzbetrieb treffen. Sie soll durch die Bekanntmachungspflichten lediglich zur regelmäßigen Reflexion und zur Rationalität angehalten werden:

„Nach welchen Kriterien die Gemeinde ihre Auswahlentscheidung zu treffen hat, wird nicht bestimmt. Höhere Transparenz sowie eine bessere Nachvollziehbarkeit der gemeindlichen Entscheidung werden aber gleichwohl dazu beitragen, daß die Auswahl

¹⁹ BT-Drs. 8/3690, S. 32.

nach rationalen Kriterien erfolgt.²⁰ ... Die Stellung der Kommunen beim Wegerecht bleibt unangetastet ... Sie können auch künftig einem Energieversorger ihrer Wahl ein umfassendes Recht zur Benutzung aller gemeindlichen Wege einräumen. Und sie können auch künftig frei entscheiden, ob die Versorgung durch ein eigenes Stadtwerk oder ein anderes Unternehmen erfolgen soll. Allerdings sind Wegerechte künftig auch weiteren Nutzern diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen.“²¹

Damit ergibt sich: Die Zuordnung der qualifizierten Wegerechte an Energieversorgungsunternehmen nach § 46 Abs. 2 bis Abs. 4 EnWG ist das den Gemeinden in die Hand gegebene rechtstechnische Vehikel für die Zuordnung der in den Wegen verlegten Energieverteilernetze und für die – im Wesentlichen ihrer Gestaltungskompetenz unterfallenden – Entscheidung über die Art und Weise des Betriebs der örtlichen Verteilernetze.

V. Zwischenergebnis

Es ist zu begrüßen, dass sich der Bundesgesetzgeber der Aufgabe annimmt, das Recht der Vergabe von Energiekonzessionen zu novellieren.

Die gegenwärtige Rechtsunsicherheit, wie Konzessionsvergabeverfahren rechtsfehlerfrei durchgeführt werden können, führt faktisch zu einer „Zementierung bestehender Verhältnisse“ und damit zu einer Aushöhlung des Wettbewerbs um Energiekonzessionen – typischerweise zugunsten des bisherigen Netzbetreibers.

Die Rechtsauffassung, dass die Vergabe von Energiekonzessionen nicht in den Anwendungsbereich der Konzessionsvergaberichtlinie fallen würde, ist falsch.

Der Gesetzgeber muss Regelungen schaffen, die mit den zwingenden Vorgaben der Konzessionsvergaberichtlinie konform sind. Er darf nicht „sehenden Auges“ in ein Regelungsgeflecht steuern, das sich aus §§ 46 EnWG, §§ 97 ff. GWB i.V.m. KonzVgV, Konzessionsvergaberichtlinie und ggfs. verfahrensrechtlichen Anforderungen aus § 19 GWB

²⁰ BT-Drs. 13/7274, S. 21.

²¹ BT-Drs. 13/7274, S. 32.

zusammensetzt. Dadurch wird die bestehende Rechtsunsicherheit nicht beseitigt, sondern erhöht!

Mit Art. 28 Abs. 2 GG kollidiert der vorliegende Entwurf bereits im Ansatz. Es gibt keinen Dualismus von netzbezogenen Kriterien und Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. Der örtliche Verteilernetzbetrieb ist eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft.

Ist die Entscheidung über das dem Wettbewerb um eine ausgelaufene Energiekonzession zugrunde zu legende Netzkonzept und die Bestimmung des künftigen Netzbetreibers aber eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft, muss die Gemeinde über eine hinreichende Gestaltungskompetenz verfügen, um die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG mit Blick auf das in Rede stehende örtliche Verteilernetz zu konkretisieren. Dies gilt sowohl mit Blick auf die Bestimmung der Kriterien und deren Gewichtung als auch auf die jeweils anzuwendende Bewertungsmethode. Die Gemeinde muss in der Lage sein, die aus ihrer Sicht optimale Absicherung der Zielerreichung für die gesamte Dauer der Konzessionsvertragslaufzeit umzusetzen – und zwar auch dann, wenn sie hierzu eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung wählt.

Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf wird eine Kehrtwende vollzogen. Diese sollte offengelegt und begründet werden. Warum sich der Entwurf von der bisherigen Sichtweise der Abs. 2 bis 4 des (noch) geltenden § 46 EnWG

- örtliches Verteilernetz als marktmächtiges natürliches Monopol,
- gemeindliches Wegerecht als rechtstechnisches Vehikel zur Durchführung eines Wettbewerbs um die Verteilernetze,
- gemeindliche Gewährleistungsverantwortung für einen dauerhaft ordnungsgemäßen Verteilernetzbetrieb

löst und stattdessen die kartellrechtliche Sichtweise übernimmt

- gemeindliches Eigentum an öffentlichen Verkehrsflächen als marktbeherrschende Stellung und
- Erforderlichkeit des Schutzes von Energieversorgungsunternehmen vor den Gemeinden

wird nicht begründet. Ein Abwägen der für die Beibehaltung der bisherigen Linie streitenden mit den gegenläufigen Argumenten findet nicht statt.

Die Konzessionsvergaberichtlinie steht der Fortführung der bisherigen traditionellen Sichtweise des Gesetzgebers im Übrigen nicht entgegen. Sie fordert zwar regelmäßig die Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens, belässt dabei aber weite Gestaltungsspielräume. Insbesondere hinsichtlich der Vergabekriterien ist sie weit weniger streng als die durch die neue kartellrechtliche Sichtweise geprägte Rechtsprechung. Die Umsetzung der Konzessionsvergaberichtlinie würde somit zugleich den Anforderungen von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG an die Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung entsprechen.

C. Die Regelungen des Gesetzentwurfs im Einzelnen

I. § 46 Abs. 2 Satz 2 – Verpflichtung des Netzeigentümers

Der Entwurf möchte § 46 Abs. 2 Satz 2 nicht ändern. Die Übereignungspflicht sollte jedoch nicht den „Nutzungsberechtigten“, sondern den „Eigentümer“ treffen. Hierdurch würden auch Pachtmodelle zweifelsfrei in den Anwendungsbereich der Vorschrift einbezogen.

Zu Recht BR-Drs. 73/1/16, S. 5 f.

II. § 46 Abs. 2 Satz 4 f. – Netzkaufpreis

Der vorliegende Entwurf trägt den Anregungen der Stellungnahme vom 23.12.2015, S. 32 f. weitgehend Rechnung.

Kupfer/Weiß, Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMWI vom 2. Dezember 2015 zur Neufassung der §§ 46 ff. EnWG, im Auftrag des FuSS e.V. – Förderverein für umweltfreundliche Stromverteilung und Energieerzeugung Schönau im Schwarzwald e.V.; abrufbar unter: <http://www.w2k.de/download/>.

III. § 46 Abs. 3 – Bekanntmachung

Die Bekanntmachungsvorschriften sind mit den Bekanntmachungsanforderungen nach Konzessionsvergaberichtlinie / nationalem Kartellvergaberecht zu harmonisieren.

Dazu näher bereits oben, B.III.1.2 = S. 13.

IV. § 46 Abs. 4 Sätze 1 bis 3 – Auswahlentscheidung

Der verfehlte Dualismus von Zielen des § 1 Abs. 1 und Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ist aufzugeben.

Im Einzelnen hierzu bereits oben, B.II.2 = S. 10.

Demgegenüber vorzugswürdig wären etwa die folgenden Regelungen:

„Vor dem Hintergrund ihrer Gewährleistungsverantwortung für den Betrieb des örtlichen Energieverteilernetzes der allgemeinen Versorgung erteilt die Gemeinde in Ausübung ihrer Konzeptsouveränität zur Umsetzung der Ziele des § 1 Abs. 1 den Zuschlag auf der Grundlage objektiver Kriterien.“

Vgl. dazu näher und mit Begründung *Kupfer/Weiß*, Kommunalfreundlicher Entwurf zur Neufassung der §§ 46 ff. EnWG, S. 10 ff.; erarbeitet im Auftrag des FuSS e.V. – Förderverein für umweltfreundliche Stromverteilung und Energieerzeugung Schwarzwald e.V.; abrufbar unter: <http://www.w2k.de/download/>.

V. § 46 Abs. 4 Satz 4 – Interessenbekundung und Eignungskriterien

Bislang war es bei Konzessionsvergabeverfahren nach § 46 Abs. 3 EnWG nicht üblich, bereits in der Konzessionsbekanntmachung Eignungskriterien zu benennen und diese in einem vorgezogenen Verfahren – im Kartellvergaberecht als „Teilnahmewettbewerb“ bezeichnet – abzuprüfen. Interessierten Unternehmen wurde auf der ersten Stufe des Verfahrens nur eine „schlichte Interessenbekundung“ abverlangt.

Der vorliegende Gesetzentwurf geht davon aus, diese Praxis in das neue EnWG zu überführen. Auch künftig soll eine „schlichte Interessenbekundung“ genügen. Die Auswahlkriterien sollen allen Unternehmen übermittelt werden, die ihr Interesse bekundet haben – nicht nur den Unternehmen, die ihre Eignung nachgewiesen haben. Zu Eignungskriterien trifft der EnWG-Entwurf insgesamt keinerlei Aussagen.

Seit 18.04.2016 folgen hieraus jedoch besondere Rechtsprobleme, die eine einfache Fortführung der bisherigen Regelung ausschließen. Im Einzelnen:

Nach der bis vor kurzem geltenden Rechtslage waren Dienstleistungskonzessionen vom Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts (§§ 97 ff. GWB) ausgenommen. Dies hat sich durch die Reform des Kartellvergaberechts geändert. Seit dem 18.04.2016 unterfallen auch Konzessionen – oberhalb des Schwellenwerts von derzeit 5,225 Mio. € – dem Kartellvergaberecht. Der Gesetzgeber hat im neuen GWB den Konzessionsbegriff definiert (§ 105 GWB) und grundlegende Vorgaben normiert (§§ 148 ff. GWB). Weitere Details sind in der Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV) geregelt. Die nationalen Regelungen basieren auf europarechtlichen Vorgaben. Sie setzen Konzessionsvergaberichtlinie um.

Bei der Konzessionsvergabe nach der Konzessionsvergaberichtlinie und den §§ 148 ff. GWB, KonzVgV ist es erforderlich, bereits in der Konzessionsbekanntmachung die Eignungskriterien zu benennen. Art. 31 Abs. 2 i. V. m. Anhang V Nr. 7 lit. c der Konzessionsvergaberichtlinie nennt die Eignungskriterien ausdrücklich. Zudem heißt es in Art. 38 Abs. 1 Konzessionsvergaberichtlinie:

„Die öffentlichen Auftraggeber und Auftraggeber prüfen die Erfüllung der Teilnahmebedingungen hinsichtlich der beruflichen und fachlichen Befähigung sowie der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Bewerber oder Bieter anhand von Eigenerklärungen oder Referenzen, die als Nachweis einzureichen sind, gemäß den in der Konzessionsbekanntmachung angegebenen Anforderungen, die nicht diskriminierend sein dürfen und in einem angemessenen Verhältnis zum Konzessionsgegenstand stehen müssen. Die Teilnahmebedingungen müssen in Bezug und angemessenem Verhältnis zu der Notwendigkeit, die Fähigkeit des Konzessionsnehmers, die Konzession in Anbetracht des Konzessionsgegenstands durchzuführen, sicherzustellen, und dem Zweck, echten Wettbewerb zu garantieren, stehen.“

Auch im nationalen Recht ist die Angabe der Eignungskriterien bereits in der Bekanntmachung angelegt. Nach § 152 Abs. 2 GWB werden Konzessionen an geeignete Unternehmen i. S. d. § 122 vergeben. Nach § 25 Abs. 1 KonzVgV sind die Eignungskriterien in der Konzessionsbekanntmachung anzugeben. Nur dann, wenn eine Bekanntmachung ausnahmsweise entbehrlich ist, sind die Eignungskriterien in die Vergabeunterlagen aufzunehmen.

Energiekonzessionen nach § 46 Abs. 2 EnWG sind Dienstleistungskonzessionen, die in den Anwendungsbereich der Konzessionsvergaberichtlinie fallen.

Dazu eingehend bereits oben, B.II.1 = S. 8.

Anders als für Wasserkonzessionen existiert eine Bereichsausnahme für Energiekonzessionen im Kartellvergaberecht nicht. Unionsrecht und nationales Kartellvergaberecht gehen grundsätzlich davon aus, dass bereits in der Bekanntmachung die Eignungskriterien zu benennen sind. Nach dem vorliegenden Gesetzentwurf soll für die Bekanntmachung von Energiekonzessionen in Fortschreibung der alten Rechtslage anderes gelten. Folge: Rechtsunsicherheit und Rechtsstreitigkeiten sind vorprogrammiert.

Auch insoweit wird wiederum deutlich, dass die Vorschriften der §§ 46 ff. EnWG mit den Vorschriften der Konzessionsvergaberichtlinie und dem nationalen Kartellvergaberecht harmonisiert werden sollten!

VI. § 44 Abs. 4 Satz 4, Abs. 5 und § 47 – Verfahrensgestaltungen, Rechtsschutz und Präklusion

1. Grundsätzliche Kritik und alternativer Lösungsvorschlag

So richtig das Ziel ist, zur Beförderung der Rechtssicherheit Rügeobliegenheiten und Präklusionsregelungen einzuführen, so falsch ist der vom vorliegenden Gesetzentwurf eingeschlagene Weg.

Es ist nicht nachvollziehbar, wieso hier versucht wird, ein eigenständiges Verfahrens- und Rechtsschutzsystem zu errichten, wenn daneben – für die Vergabe von Konzessionen nach dem Teil 4 des GWB – ein ausdifferenziertes und in der Praxis bewährtes System bereits

etabliert ist. Endgültig Durchschlagskraft erfährt die Kritik an dem geplanten Vorgehen dadurch, dass Energiekonzessionen Konzessionen im Sinn der Konzessionsvergaberichtlinie sind und dementsprechend in dieses bewährte System fallen sollten.

Dementsprechend wären verglichen mit den jetzt vorgeschlagenen Regelungen – § 46 Abs. 4 Satz 4, Abs. 5 und § 47 – die folgenden Normierungen vorzugswürdig:

„Die Vergabe der Konzession unterliegt den Regelungen des Teils 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.“

§ 47 könnte deutlich kürzer gefasst werden:

„Fehler im Verfahren zur Vergabe von Konzessionsverträgen nach § 46 führen ausschließlich nach Maßgabe von § 135 des Gesetzes über Wettbewerbsbeschränkungen zur Unwirksamkeit von Konzessionsverträgen; im Übrigen berühren sie die Wirksamkeit der Verträge nicht. Rechtsverletzungen durch die Nichtbeachtung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren können ausschließlich im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens für Konzessionen nach dem Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen geltend gemacht werden.“

Zum Ganzen näher und mit Begründung *Kupfer/Weiß*, Kommunalfreundlicher Entwurf zur Neufassung der §§ 46 ff. EnWG, S. 10 ff. und S. 37 f.; erarbeitet im Auftrag des FuSS e.V. – Förderverein für umweltfreundliche Stromverteilung und Energieerzeugung Schönau im Schwarzwald e.V.; abrufbar unter: <http://www.w2k.de/download/>.

Ein Verweis in das Kartellvergaberecht würde nicht bedeuten, keine besonderen Regelungen für die Vergabe von Energiekonzessionen treffen zu können. Regelungen, die dem Parlament gerade im Hinblick auf die Besonderheiten von Energiekonzessionen besonders wichtig sind – etwa spezifische Vorgaben für die Ausrichtung der Kriterien an den Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG – können und sollten in § 46 EnWG getroffen werden

Vgl. zu einer solchen Regelungstechnik etwa *Kupfer/Weiß*, Kommunalfreundlicher Entwurf zur Neufassung der §§ 46 ff. EnWG, S. 10 ff.; erarbeitet im Auftrag des FuSS e.V. – Förderverein für umweltfreundliche Stromverteilung und Energieerzeugung Schönau im Schwarzwald e.V.; abrufbar unter: <http://www.w2k.de/download/>.

Für eine Anwendung des kartellvergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens auch auf die Vergabe von Energiekonzessionen streiten insbesondere die folgenden Aspekte:

- Energiekonzessionen sind Konzessionen i.S.d. Konzessionsvergaberichtlinie;
- Harmonisierung der rechtlichen Nachprüfungsverfahren für Energiekonzessionen und andere Dienstleistungskonzessionen;
- Nutzung der großen Vergaberechtskompetenz der Vergabekammern und -senate
- Untersuchungsgrundsatz anstelle Beibringungsgrundsatz
- klare Regelung der Akteneinsicht
- Entscheidungsfristen

2. Einzelbetrachtung

Zu dieser grundsätzlichen Kritik an dem Versuch des Gesetzentwurfs, ein eigenständiges Verfahrens- und Rechtsschutzsystem zu errichten, kommen spezifische Nachteile, die mit dem jetzigen Regelungsvorschlag verbunden sind.

2.1 § 47 Abs. 3 Satz 1 – Akteneinsichtsrecht

Zur Vorbereitung einer Rüge der Auswahlentscheidung hat die Gemeinde nach § 47 Abs. 3 Satz 1 des Entwurfs

„jedem beteiligten Unternehmen auf Antrag Einsicht in die Akten zu gewähren“.

Sie soll die Akteneinsicht jedoch versagen,

„soweit dies zur Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen geboten ist.“

Die mit dieser Regelung verbundenen Schwierigkeiten sind offenkundig:

Fraglich ist bereits, ob es überhaupt zweckmäßig ist, die Gemeinde zu der die Einsicht gewährenden Stelle zu bestimmen. Im kartellvergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren ist es die Aufgabe der Vergabekammer Akteneinsicht zu gewähren.

Hinzu kommt, dass mit der Entscheidung, inwieweit Akteneinsicht zu gewähren bzw. nicht zu gewähren ist, schwierige rechtliche Fragen verbunden sind. Im Gesetz wird als Versagungsgrund nur auf Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse abgestellt. Was ist mit anderen wichtigen Gründen?

Etwa der Wahrung des Grundsatzes des Geheimwettbewerbs²², datenschutzrechtlichen Grundsätzen, dem Umgang mit Unterlagen aus nichtöffentlichen Sitzungen der Gemeindevertretung oder dem Schriftverkehr zwischen der Gemeinde und ihrem verfahrensberatenden Rechtsanwalt?

Aber auch im Hinblick auf die im Gesetz allein thematisierten Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse verbleiben Unklarheiten:

Hat die Gemeinde die übrigen Unternehmen vor der Entscheidung über die Akteneinsicht anzuhören? Was bedeutet eine ausdrückliche Verweigerung der Zustimmung zur Akteneinsicht durch ein anderes Unternehmen für die Entscheidung der Gemeinde? Was die ausdrückliche Zustimmung? Welche Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen für die Gemeinde, das die Akteneinsicht beantragende Unternehmen und die anderen von der Akteneinsicht betroffenen Unternehmen?

Würde die Akteneinsicht im Rahmen eines kartellvergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens durch die Vergabekammer und nicht im noch nicht abgeschlossenen Konzessionsvergabeverfahren durch die verfahrensleitende Gemeinde gewährt, bestünde von vornherein keine Gefahr, dass Fehler im Rahmen der Akteneinsicht auf die Rechtmäßigkeit des eigentlichen Konzessionsvergabeverfahrens durchschlagen können.

Würde der vorliegende Entwurf tatsächlich Gesetz, wäre demgegenüber die Frage zu beantworten, ob Fehler im Rahmen der Entscheidung über die Akteneinsicht oder bei deren Durchführung Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit des Verfahrens selbst haben.

²² Insbesondere für den Fall, dass ein Verfahren wiederholt werden muss.

2.2 § 47 Abs. 5 – ordentliche Gerichte / einstweiliger Rechtsschutz

Der Entwurf unterteilt das Konzessionsvergabeverfahren in drei Verfahrensabschnitte und verbindet jede Verfahrensteilentscheidung der Gemeinde mit einer Rügeobliegenheit für die betroffenen Unternehmen. Diese Rügeobliegenheit wird – um zügig Rechtssicherheit zu gewinnen – mit einer Präklusion verbunden.

- § 47 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 betrifft die Bekanntmachung;
- § 47 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Abs. 2 Satz 2 betrifft den eigentlichen Verfahrensbrief;
- § 47 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Abs. 2 Satz 3 betrifft die Auswahlentscheidung.

Soweit Rechtsverletzungen aus der Bekanntmachung, dem Verfahrensbrief oder der Bieterinformation über die Auswahlentscheidung erkennbar sind, müssen diese innerhalb bestimmter Fristen gerügt werden. Hilft die Gemeinde der Rüge nicht ab, hat sie das Unternehmen hierüber zu informieren; § 47 Abs. 4. Nach Abs. 5 Satz 1 können die betroffenen Unternehmen gerügte Rechtsverletzungen, denen die Gemeinde nicht abhilft, nur innerhalb von 15 Kalendertagen vor den ordentlichen Gerichten geltend machen – und zwar im Verfahren über den Erlass einer einstweiligen Verfügung.

Die erste Frage, die sich stellt, lautet:

Was gilt, wenn das Verfahren modifiziert durchgeführt wird?

Wenn etwa mit einem ersten Verfahrensbrief indikative Angebote abgefragt werden. Dann folgen Bietergespräche. Dann wird ein zweiter Verfahrensbrief zur Vorlage verbindlicher Angebote versendet. Tritt dann bereits eine Präklusionswirkung für alle Inhalte ein, die Gegenstand des 1. Verfahrensbriefs waren? Gilt das auch dann, wenn die Inhalte ebenfalls Bestandteil des 2. Verfahrensbriefes sind? Die Fragen lassen sich beliebig fortsetzen.

Mit § 47 Abs. 5 Satz 3

Ein Verfügungsgrund braucht nicht glaubhaft gemacht zu werden.

wird ein etabliertes prozessuales Instrument – die einstweilige Verfügung – ohne Not infrage gestellt. Stellt die drohende Präklusion nicht ohnehin regelmäßig einen hinreichenden Verfügungsgrund dar?

Die Regelung soll offenbar dazu dienen, das Verfügungsverfahren zu einem allgemeinen beschleunigten Hauptsacheverfahren in Streitigkeiten um Energiekonzessionen umzuwandeln. Das wird aber nicht funktionieren! Das einstweilige Verfügungsverfahren ist ein prozessuales Sicherungsinstrument, welches zwar typischerweise ein Hauptsacheverfahren flankiert – ein solches aber nicht überflüssig machen soll (vgl. §§ 936, 926 ZPO).

Insgesamt zeigt sich, dass die von den Entwurfsverfassern vorgesehene Zwischenschaltung gerichtlicher Streitverfahren in laufende Konzessionsvergabeverfahren geeignet ist, diese Verfahren über Jahre zu ziehen:

Zunächst wird das zuständige Landgericht regelmäßig nur auf die Rügen bzw. Aspekte des Rechtsstreits eingehen, die für die Entscheidung des Rechtsstreits relevant sind. Von daher ist zu erwarten, dass die im Konfliktfall typischerweise mannigfaltig vorgebrachten Rügen weder abschließend noch überhaupt umfassend vom Gericht gewürdigt werden. Somit kann es sein, dass materiell-rechtlich tatsächlich begründete Rügen vom Gericht nicht beurteilt und in der Folge von der Gemeinde bei einer eventuellen Wiederholung des betroffenen Verfahrensabschnitts auch nicht entsprechend korrigierend berücksichtigt werden.

Es besteht aber nicht nur die Gefahr eines Wiederholungsstreits nach Erlass einer einstweiligen Verfügung durch das Landgericht. Sollte im 1. Streit das Votum des Landgerichts von den Beteiligten nämlich nicht anerkannt werden, steht diesen der Weg zum Oberlandesgericht als Berufungsinstanz offen. Das Oberlandesgericht seinerseits ist bei der Einschätzung der Rechtslage grundsätzlich völlig frei (§§ 513 Abs. 1, 546 ZPO). Weder ist es an Tatsachenfeststellungen des Landgerichts gebunden, noch ist es auf die Würdigung der bisherigen Angriffs- und Verteidigungsmittel beschränkt.

Die die Prüfungsbefugnis des Berufungsgerichts insoweit beschränkenden §§ 529, 531 ZPO finden in der Berufung über ein einstweiliges Verfügungsverfahren nach überwiegender Auffassung keine Anwendung.

Ganz erhebliches Verzögerungspotenzial ergibt sich dann, wenn die Partei, welche im einstweiligen Verfügungsverfahren letztinstanzlich unterlegen ist, ein Hauptsacheverfahren einleitet. Wodurch soll ein Unternehmen, das ein Verfahren so lange wie möglich in die Länge ziehen möchte, gehindert werden, gleich mit der Stellung des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung beim Landgericht auch Hauptsacheklage zu erheben?

Vor diesem Hintergrund und der gegenwärtigen Rechtsprechung zur Bestimmung und Gewichtung von Kriterien sowie zum Bewertungsmaßstab sind jahrelange Rechtsstreitigkeiten bereits mitten im Verfahren – insbesondere nach Versendung des Verfahrensbriefes – zu erwarten.

D. Zusammenfassende Bewertung

Der vorliegende Gesetzentwurf ist nicht geeignet, die angestrebte und objektiv dringend erforderliche Rechtssicherheit zu erreichen.

Es ist nicht nachvollziehbar, warum versucht werden soll, in den §§ 46 ff. EnWG ein eigenes, besonderes – „vergabeähnliches“ – Verfahrens- und Rechtsschutzsystem zu errichten, wenn mit dem Teil 4 des GWB ein echtes und funktionstüchtiges Vergabeverfahren bereits zur Verfügung steht.

Die Novellierung der §§ 46 ff. EnWG könnte sich darauf beschränken, – erstens – den Teil 4 des GWB aus Gründen der Rechtsklarheit für anwendbar zu erklären und – zweitens – lediglich die Inhalte explizit zu regeln, die abweichend vom Kartellvergaberecht im Hinblick auf die tatsächlichen Besonderheiten von Energiekonzessionen zu normieren sind.

Viele Probleme bei der Auslegung des vorliegenden Gesetzentwurfs haben ihre Ursache darin, dass die Verfasser des Entwurfs fälschlicherweise davon ausgehen, Energiekonzessionen würden nicht in den Anwendungsbereich der

Konzessionsvergaberichtlinie fallen. Es liegt aber nicht in der Entscheidungshoheit des nationalen Gesetzgebers darüber zu befinden, ob Energiekonzessionen in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen. Da die Umsetzungsfrist der Konzessionsvergaberichtlinie im April 2016 abgelaufen ist, müssen alle Rechtsanwender die Richtlinie befolgen, soweit sie unmittelbar wirkt – und zwar unabhängig von der Rechtseinschätzung des nationalen Gesetzgebers.

Würde der Gesetzgeber die Regelungen für die Vergabe von Konzessionen nach dem Kartellvergaberecht auch auf Energiekonzessionen für anwendbar erklären, würde er nicht nur einen Konflikt mit dem Unionsrecht vermeiden. Er würde zugleich den Anforderungen der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG entsprechen, wenn er die in der KonzVgV normierten Grundsätze im Wesentlichen unverändert auf die Vergabe von Energiekonzessionen zur Anwendung bringen würde. Anders als im Fall der Anwendung des Kartellvergaberechts belässt der vorliegende Entwurf den Gemeinden im Ergebnis zu wenig Gestaltungskompetenz. Es ist nicht nachvollziehbar, warum die Gemeinden zwar die Gewährleistungsverantwortung für einen funktionierenden Verteilernetzbetrieb zu tragen haben, sich aber keinen gesellschaftsrechtlichen Einfluss auf den Netzbetreiber sichern dürfen. Auf die Sicht von zwanzig Jahren gibt es kein vergleichbar geeignetes Instrument, in solch einem dynamischen Umfeld wie der örtlichen Energieversorgung, der Gemeinde Einfluss auf die Ausgestaltung der Netzinfrastruktur und den Netzbetrieb einzuräumen.

Freiburg, den 27. Mai 2016



Prof. Dr. Dominik Kupfer
Rechtsanwalt