

Deutscher Bundestag
18. Wahlperiode
Ausschuss für Wirtschaft und Energie

Ausschussdrucksache 18(9)814
30. Mai 2016

Boos Hummel & Wegerich · Zimmerstraße 56 · 10117 Berlin

Ausschuss für Wirtschaft und Energie
Deutscher Bundestag

Per E-Mail: wirtschaftsausschuss@bundestag.de

Partner der Sozietät:

Dr. jur. Philipp Boos
Rechtsanwalt

Dr. jur. Konrad Hummel
Rechtsanwalt

Dr. jur. Heidrun Schalle
Rechtsanwältin

Dr. jur. Christine Wegerich
Rechtsanwältin

David Steinbeck
Rechtsanwalt

Ferdinand von Petz
Rechtsanwalt

Dr. jur. Wolf Templin
Rechtsanwalt

Berlin, 27.05.2016 / pb

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung

BT-Drs. 18/8184

Ihr Schreiben vom 23. Mai 2016

Sehr geehrte Damen und Herren,

gerne nehme ich zu dem Gesetzentwurf vom 21. April 2016 zur Änderung der §§ 46 ff. EnWG Stellung.

Im Ergebnis sehe ich das Problem, dass der Gesetzentwurf bei der angestrebten „*eindeutigen und rechtssicheren*“ Regelung zur Vergabe von Wegenutzungsrechten (S. 1 der BT-Drs. 18/8184) gleichzeitig neue Rechtsunsicherheiten schafft. Zudem werden diverse der derzeit bestehenden Rechtsunsicherheiten durch den Gesetzentwurf nicht adressiert.

Die Reform der §§ 46 ff. EnWG steht in einem Spannungsverhältnis zwischen der Schaffung von Rechtssicherheit einerseits und der Wahrung der kommunalen Selbstverwaltungshoheit sowie den davon erfassten Entscheidungsbefugnissen der Kommunen andererseits. Wünschenswert wären konkrete Festlegungen dieser Entscheidungsbefugnisse und klare Definitionen. Durch die Verwendung von neuen unbestimmten Rechtsbegriffe drohen aber neue streitige Rechtsfragen, die unabhängig von der grundsätzlichen rechtspolitischen Position zum Konzessionswettbewerb und der von vielen Kommunen angestrebten „*Re-Kommunalisierung*“ des Strom- und Gasnetzbetriebs nicht nur für die Kommunen, sondern für alle Beteiligten zu Nachteilen führen.

Inhaltsverzeichnis

A. Derzeitige Ausgangslage für die Kommunen	2
B. Bewertung der Neuregelungen im Gesetzentwurf.....	3
I. Unklare Regelung der Auswahlkriterien – § 46 Abs. 4 EnWG-E	4
II. Keine „Inhouse“-Vergabe an kommunale Unternehmen – § 46 Abs. 6 EnWG-E.....	5
III. Unklarer Geltungszeitraum / fehlende Übergangsregelung	6
IV. Überlange Interessenbekundungsfrist - § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG-E.....	7
V. Fortzahlung der Konzessionsabgabe – § 48 Abs. 4 EnWG-E	7
C. Nicht adressierte Rechtsunsicherheiten.....	8
I. Bildung und Gewichtung von „Unter-Unterkriterien“?	9
II. Zuständige Überprüfungsinstanz / Schutz von Geschäftsgeheimnissen	10
III. „Vorrangige“ Gewichtung der Ziele des § 1 EnWG	13
IV. Relative oder absolute Bewertungsmethode.....	14
V. Berücksichtigung von Effizienzwerten?.....	14
VI. Mitwirkung von Gremienmitgliedern von kommunalen Unternehmen.....	15

A. Derzeitige Ausgangslage für die Kommunen

Vor der Änderung von § 46 EnWG in 2011 haben die Kommunalverwaltungen die Verfahren regelmäßig selbst durchgeführt. Das hat sich mittlerweile stark verändert.

Kommunen, in denen Strom- und Gaskonzessionsverträge enden, stehen aufgrund der Anforderungen der Kartellbehörden sowie der zivilgerichtlichen Entscheidungen derzeit vor der Aufgabe, die Konzessionsvergabe in sehr aufwändigen und komplexen Verfahren durchzuführen. Diese Aufgabe können die Kommunen nur noch durch (kostenträchtige) Einschaltung von energierechtlichen und energiewirtschaftlichen Beratern erfüllen. Durch die mittlerweile erheblichen Anforderungen an die Konzessionsverfahren ist ein ebenso erheblicher Erfüllungsaufwand für die kommunalen Verwaltungen entstanden. Dieser Aufwand dürfte auch zukünftig – entgegen der Erwartung auf S. 2 unter E. 3. der BT-Drs. 18/8184 – weiter entstehen.

Kernelement der Konzessionsverfahren ist mittlerweile ein Kriterienkatalog, der die Auswahlkriterien der Kommune festlegt und gewichtet. Regelmäßig sind – neben der Zusammenstellung der rechtlich zulässigen Auswahlkriterien selbst – die „richtige“ Gewichtung und die Erläuterung

der Auswahlkriterien Gegenstand von gerichtlichen Auseinandersetzungen. Daneben werden aber auch andere rechtliche Aspekte der Konzessionsverfahren angegriffen (vorgebliche Vorfestlegung auf kommunale Bewerber, Mitwirkung von Gremienmitgliedern kommunaler Bewerber, diverse Aspekte der Bewertung der Angebote etc.). Da in den letzten Jahren fortlaufend Rechtsprechung mit neuen – aber teilweise widersprüchlichen – Anforderungen an die Konzessionsverfahren ergangen ist, ist eine rechtssichere Durchführung von Konzessionsverfahren derzeit kaum möglich.

Bei vielen dieser streitigen Rechtsfragen ist eine höchstrichterliche Klärung durch den BGH jedenfalls zeitnah nicht zu erwarten. Das liegt neben der Verfahrensdauer auch daran, dass mittlerweile viele Konzessionsverfahren Gegenstand von einstweiligen Verfügungsverfahren sind, in denen keine Revision zum BGH vorgesehen ist. Daher „*hangeln*“ sich die Kommunen (und ihre Berater) von Urteil zu Urteil und bewerten unter den Aspekten „*lokale Nähe des Gerichts*“ und „*Aktualität der ergangenen Urteile*“ deren Relevanz für ihr eigenes Verfahren. Oftmals kommt es wegen neuer Urteile zur Unterbrechung laufender Verfahren, um zu prüfen, ob diese an neue Sichtweisen anzupassen wären. Hinzu kommt, dass eine Vielzahl von Verfahren auf Grund der unklaren Rechtslage wiederholt wurde, wodurch sich die Kosten für die Kommunen weiter erheblich erhöht haben.

Schließlich ist durch die hohe Komplexität und die (überzogenen) rechtlichen Anforderungen eine Abhängigkeit der Kommunen von ihren energiewirtschaftlichen und energierechtlichen Beratern entstanden. Sofern die Gemeindevertreter von der Empfehlung der Berater für die Auswahl des Konzessionsvertragspartners abweichen wollen, stellen einzelne Gerichte erhöhte Anforderungen an die Darlegung und Begründung der Entscheidung.

Vor diesem Hintergrund ist es zu begrüßen, dass der Gesetzgeber eine Beseitigung der Rechtsunsicherheiten anstrebt.

B. Bewertung der Neuregelungen im Gesetzentwurf

Der Gesetzentwurf klärt zwar einige Streitige Rechtsfragen, er provoziert aber auch neue rechtliche Probleme.

Vorab soll hervorgehoben werden, dass die Klarstellungen zur Begrenzung des Netzkaufpreises auf den Ertragswert (§ 46 Abs. 2 Satz 4-5 EnWG-E) und zum Auskunftsanspruch der Kommune in § 46a EnWG-E sowie die Regelung zur Rügeobliegenheit und Präklusion in § 47 EnWG-E zu mehr Rechtsicherheit führen und daher grundsätzlich zu begrüßen sind.

Dabei entsprechen die Klarstellungen zum Netzkaufpreis sowie den mitzuteilenden Daten allerdings bereits der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung sowie der Position der Kartell- und Regulierungsbehörden.

BGH, Urteil vom 16. November 1999 (KZR 12/97), NJW 2000, S. 577 ff.; bestätigt durch: BGH, Rn. 45 im Beschluss vom 03. Juni 2014 (EnVR 10/13); BGH, Urteil vom 14. April 2015 (EnVR 11/14); Rn. 59 ff. in „*Gemeinsamer Leitfaden*“ von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur vom 21. Mai 2015.

BGH, Urteil vom 14. April 2015 („*Gasnetz Springe*“), Az.: EnZR 11/14 sowie Rn. 39 ff. in „*Gemeinsamer Leitfaden*“ von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur vom 21. Mai 2015.

Die Etablierung eines Rügesystems in **§ 47 EnWG-E** ist grundsätzlich ebenfalls zu begrüßen. Allerdings besteht gerade für kleinere Kommunen die Gefahr, dass sie durch die Erhebung von zahlreichen Rügen durch die Bewerber überfordert werden und die Behandlung der Rügen zu zusätzlichem Kostenaufwand für die Kommunalverwaltungen sowie zur Verzögerung des Konzessionsverfahrens führt. Das ist aber letztlich ein Folgeproblem der (zu) komplexen rechtlichen Anforderungen an das Konzessionsverfahren. Zudem wäre abzuwägen, ob eine Klärung von Streitfragen durch die Vergabekammern an Stelle der (vorläufigen) Klärung durch die Zivilgerichte in einstweiligen Verfügungsverfahren nicht vorzugswürdig wäre (siehe dazu auch nachstehend unter C. II.).

Schließlich ist die Regelung zur Fortzahlung der Konzessionsabgabe (**§ 48 Abs. 4 EnWG-E**) zu begrüßen. Hier besteht allerdings noch „*Optimierungspotential*“ (siehe dazu unter B. V.).

I. Unklare Regelung der Auswahlkriterien – § 46 Abs. 4 EnWG-E

Durch **§ 46 Abs. 4 Satz 1 – Satz 2 EnWG-E** werden die Auswahlkriterien und ihre Gewichtung geregelt. Dabei werden mehrere im Zusammenhang mit Konzessionsverfahren und den für Auswahl maßgeblichen „*Zielen des § 1 EnWG*“ bisher nicht bekannte Begriffe verwandt. Das führt – unabhängig davon, ob man die inhaltlichen Zielsetzungen der Vorschrift für richtig hält oder nicht – zu neuen rechtlichen Streitfragen.

Der in **§ 46 Abs. 4 Satz 2 EnWG-E** verwandte Begriff „*netzwirtschaftlicher Anforderungen*“ wird an keiner Stelle im EnWG verwandt und wird auch nicht definiert. Es bleibt unklar, ob damit bestimmte oder alle Ziele des § 1 EnWG gemeint sind, da „*insbesondere Versorgungssicherheit und Kosteneffizienz*“ dazu gehören sollen.

Auch mit der „*Kosteneffizienz*“ wird ein neuer Begriff eingeführt, der so weder in der von **§ 46 Abs. 4 Satz 2 EnWG-E** in Bezug genommenen Vorschrift in § 1 Abs. 1 EnWG noch an anderer Stelle im EnWG enthalten ist. Offenbar sollen darauf die Ziele „*Preisgünstigkeit*“ und „*Effizienz*“

vereint werden, was aber nur zu weiteren Unklarheiten führt. So etwa die Frage, ob die relative Gewichtung von Preisgünstigkeit und Effizienz in einem Kriterium entsprechend höher zu sein hat, oder ob und mit welchem Gewicht daneben die nur in der Gesetzesbegründung angesprochene „Energieeffizienz“ (S. 14 der BT-Drs. 18/8184) als weitere Ausprägung von Effizienz noch Berücksichtigung finden kann bzw. soll.

Nach dem Wortlaut von **§ 46 Abs. 4 Satz 3 EnWG-E** soll ferner die Gewichtung der Auswahlkriterien „den Anforderungen des jeweiligen Netzgebietes“ Rechnung tragen. Es bleibt offen, ob dies auch für die Zusammenstellung der Auswahlkriterien selbst gilt. Es kann somit stets fraglich bleiben, ob die „*netzwirtschaftlichen Anforderungen*“ im jeweils konkreten Verfahren angemessen berücksichtigt worden sind. Damit handelt es sich um ein Einfallstor für rechtliche Angriffe auf jedes zukünftig durchgeführte Konzessionsverfahren.

Durch die ausdrückliche Hervorhebung von „*insbesondere Versorgungssicherheit und Kosteneffizienz*“ ist zu befürchten, dass die Rechtsprechung zukünftig deren (deutlich) höhere Gewichtung im Vergleich zu anderen Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG verlangt und damit eine weitere Rechtsunsicherheit entsteht.

Dabei wäre eine Erhöhung der Rechtssicherheit durch konkrete Vorgabe von Auswahlkriterien und ihrer konkreten Mindestgewichtung in Form eines gesetzlichen „*Musterkriterienkatalogs*“ problematisch, weil damit die durch Art. 28 Abs. 2 GG garantierte kommunale Selbstverwaltungshoheit erheblich eingeschränkt würde. Der aktuelle Entwurf sollte aber auf neue unbestimmte Rechtsbegriffe verzichten. Vorzugswürdig erscheint der Vorschlag des Bundesrates, nach dem den Kommunen nicht nur bei der Gewichtung, sondern auch bei der Zusammenstellung der Kriterien und deren Bewertung ein Spielraum zugestanden wird.

S. 20 unter Ziffer 6 zu § 46 Abs. 4 Satz 3 EnWG in der BT-Drs. 18/8184.

II. Keine „*Inhouse*“-Vergabe an kommunale Unternehmen – § 46 Abs. 6 EnWG-E

Zumindest rechtspolitisch problematisch erscheint der Ausschluss einer Inhouse-Vergabe an ein kommunales Unternehmen („*Stadtwerk*“) durch **§ 46 Abs. 6 EnWG-E**.

S. 1 – 2 unter C. sowie S. 9 – 10 unter III. der BT-Drs. 18/8184.

Der deutsche Gesetzgeber geht hier über die europarechtlichen Anforderungen an die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen weit hinaus. Mit dem Argument, der „*Wettbewerb darf nicht zur Disposition stehen*“ (S. 9 letzter Absatz der BT-Drs. 18/8184) könnte die auch im deutschen Vergaberecht nach dem GWB als selbstverständlich anerkannte Option einer verfahrensfreien Inhouse-Vergabe grundsätzlich in Frage gestellt werden.

Klarstellend ist darauf hinzuweisen, dass durch eine Inhouse-Vergabe kein genereller Verzicht auf den Konzessionswettbewerb erfolgt, sondern nur für den Fall, dass die Kommune selbst den Strom- oder Gasnetzbetrieb mit einem eigenen Betrieb oder Unternehmen durchführen will. In allen anderen – immer noch sehr zahlreichen – Konstellationen, in denen die Kommune diese ihr nach Art. 28 Abs. 2 GG grundsätzlich obliegende Aufgabe nicht selbst erfüllen will, bliebe es beim Wettbewerb zwischen den privatwirtschaftlichen und benachbarten kommunalen Energieversorgungsunternehmen. Zudem müsste die Kommune vor der Entscheidung für den Strom- oder Gasnetzbetrieb durch ein eigenes Unternehmen dessen Eignung schon aus kommunal- und haushaltsrechtlichen Gründen prüfen. Schließlich muss auch dieses kommunale Unternehmen die Anforderungen des EnWG an den Strom- und Gasnetzbetrieb erfüllen.

Die Durchführung der mittlerweile sehr komplexen Konzessionsverfahren in „*Inhouse-Konstellationen*“ führt für alle Beteiligten (Kommune, ihr Unternehmen sowie die Wettbewerber) zu einem erheblichen Zeit- und Kostenaufwand sowie zu der schwierigen Konstellation, dass die Kommunen gleichzeitig Vergabestelle und Bewerber in dem Verfahren sind.

III. Unklarer Geltungszeitraum / fehlende Übergangsregelung

Der Gesetzentwurf spricht nicht ausdrücklich an, ab welchem Zeitpunkt die neue gesetzliche Regelung gelten soll und ob sie auch für im Zeitpunkt ihres Inkrafttretens laufende Konzessionsverfahren gelten soll. Der BGH hat zu der letzten Änderung von § 46 EnWG im Jahr 2011 entschieden, dass der damals ergänzte Verweis auf die „*Verpflichtung*“ der Kommunen auf die Ziele des § 1 EnWG nur eine „*Klarstellung*“ gewesen sei, die auch schon vor ihrer ausdrücklichen Regelung in § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG gegolten habe.

BGH, Rn. 41 – 42 im Urteil vom 17. Dezember 2013 (KZR 66/12).

Das hat zu erheblichen Verunsicherungen geführt, da den Kommunen bei der Durchführung von vor der Reform 2011 eingeleiteten Konzessionsverfahren nicht bewusst war, dass diese damals noch „*ungeschriebene*“ Vorgabe schon vorher gelten sollte. Ohne eine Klarstellung zum maßgeblichen Geltungszeitpunkt und der Anwendung auf laufende Konzessionsverfahren droht eine Wiederholung dieses Problems. Erforderlich wäre eine Übergangsregelung, die diese Rechtsunsicherheiten vermeidet.

Daher sollte eine Klarstellung aufgenommen werden, wonach die Neuregelungen auf zum Zeitpunkt des Inkrafttretens durch Bekanntmachung im Bundesanzeiger nach § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG bereits laufende Konzessionsverfahren keine Anwendung finden.

IV. Überlange Interessenbekundungsfrist – § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG-E

Die in **§ 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG-E** festgelegte Frist für die Abgabe einer Interessenbekundung innerhalb von drei „Kalendermonaten“ entspricht zwar der bisherigen Verfahrenspraxis sowie der Position einiger Kartellbehörden.

Da die „*Interessenbekundung*“ aber noch keine verbindlichen Erklärungen des Interessenten enthält, sondern in der Praxis regelmäßig nur aus einem kurzen Schreiben mit der zudem formlos widerrufbaren Anmeldung des Interesses besteht, erscheint diese Frist überzogen und führt dazu, dass die Konzessionsverfahren unnötig in die Länge gezogen werden. Eine Frist von einem Monat würde ausreichen.

V. Fortzahlung der Konzessionsabgabe – § 48 Abs. 4 EnWG-E

Bei Verzögerung des Konzessionsverfahrens oder der Netzübernahme ist es angemessen, die Konzessionsabgabe als wichtige kommunale Einnahmequelle auch über das Ende der Vertragslaufzeit bis zur Übertragung des Netzes auf den neuen ausgewählten Konzessionär zu sichern und nicht nur – wie bislang normiert – für ein weiteres Jahr. Da sich aufgrund von Rechtsstreitigkeiten über die Wirksamkeit des Konzessionsverfahrens und die Konditionen der Netzübernahme teilweise Verzögerungen von mehr als fünf Jahren ergeben haben, ist die Neuregelung in **§ 48 Abs. 4 Satz 1 EnWG-E** sinnvoll und begrüßenswert.

Nicht angemessen erscheint es aber, dass durch den neuen **§ 48 Abs. 4 Satz 2 EnWG-E** als Sanktion für die nicht rechtzeitige Einleitung und Durchführung des Konzessionsverfahrens ein Entzug der Konzessionsabgabe erfolgen soll. Selbst wenn die Kommune die Verzögerung schuldhaft durch Unterlassung der rechtzeitigen Durchführung eines Konzessionsverfahrens herbeigeführt hat, rechtfertigt das nicht eine Pönalisierung durch den Wegfall der Konzessionsabgabe. Selbst in nur mittelgroßen Städten können die jährlichen Einnahmen aus den Konzessionsabgabe Beträge von über 1 Mio. € erreichen.

Im Fall von Verstößen der Kommunen gegen **§ 46 EnWG-E** stehen ausreichende Sanktionsmöglichkeiten durch die Kartellbehörden (**siehe § 46 Abs. 7 EnWG-E**) und die Kommunalaufsichtsbehörden zur Verfügung.

Der Wortlaut des neuen **§ 48 Abs. 4 Satz 2 EnWG-E** ist zudem nicht eindeutig, weil er die Ausnahme von der Verpflichtung zur Fortzahlung der Konzessionsabgabe nicht an ein schuldhaftes Verhalten der Kommune knüpft, sondern daran, dass „*die Gemeinde es unterlassen hat, ein Verfahren nach § 46 Abs. 3 – Abs. 5 durchzuführen.*“

Da ausdrücklich auf „*ein Verfahren nach § 46 Absatz 3 bis 5*“ abgestellt wird, wäre auch die Interpretation denkbar, dass nur ein rechtskonformes Konzessionsverfahren dazu führt, dass die Konzessionsabgabe weitergezahlt werden muss und ein (unverschuldet) rechtswidriges Verfahren zum Wegfall der Konzessionsabgabe führt. Die Gesetzesbegründung enthält zu diesem Problem keine ausdrückliche Aussage, stellt aber darauf ab, dass „*die Gemeinde es unterlassen hat, ein Verfahren nach § 46 Abs. 3 bis 5 EnWG zu initiieren und zügig voranzutreiben.*“

Siehe S. 17 der BT-Drs. 18/8184 zu Nummer 3 (§ 48 Abs. 4).

Außerdem regelt § 48 Abs. 4 EnWG-E nicht, bis wann die Kommune „*ein Verfahren nach § 46 Absatz 3 bis 5*“ durchführen muss, um nicht der Konzessionsabgabe verlustig zu gehen. Ohne zeitliche Vorgaben hängt die Regelung in der Luft. Sofern man die Position vertritt, die in § 46 Abs. 3 Satz 1 genannte Frist sei maßgeblich („*spätestens zwei Jahre vor Ablauf*“), kann man nur schwierig erklären, warum dann nicht auch die anderen Anforderungen von § 46 Abs. 3 bis Abs. 5 EnWG an das Konzessionsverfahren gelten sollen.

Schließlich fehlt eine Übergangsvorschrift, die klarstellt, ab wann die Regelung in **§ 48 Abs. 4 EnWG-E** gilt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es derzeit viele Kommunen wegen der unklaren Rechtslage vermeiden, ein Konzessionsverfahren einzuleiten, sondern zunächst auf die Herbeiführung von Rechtssicherheit durch Gesetzgeber und Gerichte warten. Auch dieses nachvollziehbare Abwarten sollte nicht durch den Verlust der Konzessionsabgabe sanktioniert werden.

Alle vorgenannten Probleme könnten vermieden werden, wenn **§ 48 Abs. 4 Satz 2 EnWG-E** ersatzlos gestrichen würde, so dass die Verfolgung sowie gegebenenfalls Sanktionierung von Verstößen der Kommunen gegen § 46 EnWG wie bisher den dafür zuständigen Kartell- und Kommunalaufsichtsbehörden überlassen wird.

C. Nicht adressierte Rechtsunsicherheiten

Ziel des Gesetzesentwurfs ist es, die „*Probleme und Hindernisse*“ aufzugreifen, „*die zuletzt in der Praxis im Rahmen geplanter Neuvergaben häufiger auftraten und daher ein gesetzgeberisches Handeln nahelegen*“ (S. 9 zweiter Absatz der BT-Drs. 18/8184). Diesem Ziel wird der Gesetzentwurf nur eingeschränkt gerecht, weil die nachstehend beschriebenen „*Probleme und Hindernisse*“ nicht adressiert werden.

Selbstverständlich kann der Gesetzgeber dabei nicht alle potentiellen rechtlichen Streitfragen zu dem ohnehin hoch umstrittenen Strom- und Gaskonzessionsverfahren antizipieren. Auch wenn einige der nachstehenden Themen durch den Gesetzgeber klargestellt werden, wird die

Entscheidung weiterer Rechtsfragen durch die Gerichte und/oder Kartell- und Regulierungsbehörden erforderlich bleiben. Es wäre aber für die Herstellung von Rechtssicherheit sinnvoll, wenn die nachstehend beschriebenen und derzeit schon bekannten Themen geklärt würden.

I. Bildung und Gewichtung von „Unter-Unterkriterien“?

Seit einer Entscheidung des OLG Düsseldorf aus dem April 2014 wird es in zahlreichen Entscheidungen von Land- und Oberlandesgerichten nicht für ausreichend gehalten, wenn die kommunalen Auswahlkriterien aus den sechs Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG sowie den zulässigen Konzessionsvertragsinhalten bestehen. Es wird zusätzlich verlangt, dass die Kommunen weitere Unterkriterien bzw. „Unter-Unterkriterien“ bilden bzw. etwaige Unterkriterien jeweils auch mit einer „Unter-Gewichtung“ versehen.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. April 2014, Az.: VI-2 Kart 2/13 (V);

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Juli 2015, Az.: VI-2 Kart 1/15 (V); LG Kiel, Urteil vom 13. Februar 2015, Az. 14 O 111/14.Kart.

Ebenfalls für Verpflichtung zur Gewichtung von Unterkriterien: OLG Stuttgart, S. 19 ff. im Urteil vom 19. November 2015, Az.: 2 U 60/15; OLG Frankfurt, S. 9 ff. im Beschluss vom 09. März 2015, Az.: 11 W 47/14 (Kart).

Das führt zu einer nur scheinbar objektiven zusätzlichen Transparenz der Auswahlkriterien und ihrer Gewichtung.

Tatsächlich wird dadurch aber der beabsichtigte Ideen- und Konzeptwettbewerb um den zukünftig besten Strom- oder Gasnetzbetrieb sachwidrig eingeschränkt. Deshalb wird diese von den Gerichten teilweise verlangte weitere Untergliederung und Untergewichtung der Auswahlkriterien vom Bundeskartellamt und der Bundesnetzagentur zutreffend kritisch bewertet und abgelehnt, weil innovative Angebote so nicht berücksichtigt werden können.

Siehe Rn. 33 in „*Gemeinsamer Leitfaden*“ vom 21. Mai 2015.

Eine Entscheidung des BGH zu dieser Frage steht noch aus, ist aber vorerst auch nicht zu erwarten. Daher wäre eine Klärung durch den Gesetzgeber dringend notwendig.

Die problematische Wirkung einer zu tiefen Untergliederung und Untergewichtung kann an einem Beispiel erläutert werden. Zu den besonders bedeutsamen Zielen des § 1 EnWG gehört nach der Rechtsprechung die Versorgungssicherheit. Wenn die Kommune in ihren Auswahlkriterien die Versorgungssicherheit in mehrere Aspekte mit den Unterkriterien A. – E. aufteilt und diese Unterkriterien mit einer konkreten Untergewichtung versieht, kann sie innovative Angebote nicht – jedenfalls aber nicht ausreichend – berücksichtigen.

Das gilt zunächst dann, wenn ein Bewerber in seinem Angebot für den zukünftigen Strom- oder Gasnetzbetrieb neben oder statt der Aspekte A. – E. noch die weiteren Aspekte F. – H. anbietet und plausibel darstellt, dass mit den Aspekten F. – H. die Versorgungssicherheit besser gewährleistet werden kann. Aufgrund des abschließenden Charakters des Kriterienkatalogs wäre die Kommune gehindert, die Aspekte F. – H. bei der Angebotsbewertung zu berücksichtigen, obwohl diese für die Erreichung der Versorgungssicherheit besser geeignet sind, als die von der (im Strom- und Gasnetzbetrieb nicht erfahrenen) Kommune aufgestellten Kriterien A. – E.

Das Problem der zu kleinteiligen Untergewichtung würde in diesem Beispiel dann auftreten, wenn die Kommune die Unterkriterien A. – E. jeweils gleich mit 20 % der für die Versorgungssicherheit vergebenen Punkte gewichtet, dann aber ein Bewerber plausibel darlegt, dass er für die optimale Versorgungssicherheit nur die Umsetzung der Kriterien A. – C. benötigt. Trotz eines optimalen Angebots zur Versorgungssicherheit könnte dieser Bewerber nicht die volle Punktzahl erhalten (sondern maximal 60 % der Punkte), weil er die von der Kommune vorgegebenen Unterkriterien D. – E. nicht erfüllt hat.

Deshalb wäre eine gesetzliche Klarstellung wünschenswert, wonach die Kommune nicht zu einer Aufstellung von Unterkriterien zu den Zielen des § 1 EnWG oder zu deren „*Untergewichtung*“ verpflichtet ist.

II. Zuständige Überprüfungsinstanz / Schutz von Geschäftsgeheimnissen

Weiterhin wird durch die Reform keine zufriedenstellende Lösung für die zuständige Institution zur Überprüfung von Streitfragen zum Konzessionsverfahren und zu Netzübernahmen herbeigeführt. Grundsätzlich existieren vier Institutionen, deren Zuständigkeit in Betracht käme:

- Bundesnetzagentur (oder Landesregulierungsbehörden),
- Bundeskartellamt (oder Landeskartellbehörden),
- Zivilgerichte (im einstweiligen Verfügungsverfahren letztinstanzlich das jeweilige OLG),
- Vergabekammern der Länder und ggf. anschließend Vergabesenat des jeweiligen OLG

Die Vergabekammern der Länder sind nach derzeitiger Rechtslage aber nur für die Entscheidung zu förmlichen Vergabeverfahren nach dem GWB („*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*“) und damit nicht für Konzessionsverfahren nach dem EnWG zuständig.

Die Kartellbehörden und die Regulierungsbehörden sind zwar grundsätzlich zuständig. Der BGH hat die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur zur Durchsetzung einer Stromnetzübernah-

me ausdrücklich bestätigt und eine solche Durchsetzung grundsätzlich auch als ermessensfehlerfrei angesehen:

BGH, Beschluss vom 03. Juni 2014 (EnVR 10/13).

Sowohl Kartell- wie auch Regulierungsbehörden verfügen jedoch über ein so genanntes Aufgreifermessen. Selbst wenn ein Verstoß gegen § 46 EnWG feststeht, besteht kein Rechtsanspruch auf ein Einschreiten, so dass die Kartell- und Regulierungsbehörden die Einleitung von Verfahren wegen ihrer beschränkten personellen Kapazitäten oder aus anderen Gründen ablehnen und auf die Zivilgerichte verweisen. Trotz der „Freigabe“ durch den BGH im Juni 2014 hat die Bundesnetzagentur seitdem kein einziges Verfahren zur Durchsetzung einer Netzübernahme mehr aufgegriffen. Damit liegt die Klärung der Streitfragen zu Konzessionsverfahren und Netzübernahmen aktuell faktisch weitgehend allein bei den Zivilgerichten.

1. Zuständigkeit für die Überprüfung von Konzessionsverfahren

Die Überprüfung der Konzessionsverfahren durch die Landgerichte im Rahmen von einstweiligen Verfügungsverfahren ist – neben dem in einstweiligen Verfügungsverfahren bestehenden hohen Zeitdruck – mit dem Problem der Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen verbunden.

Die Streitigkeiten betreffen in der Praxis zunehmend den Bereich der (zutreffenden) Bewertung der Konzessionsangebote der Bewerber. Für deren gerichtliche Überprüfung müssten die eingereichten Konzessionsangebote miteinander verglichen werden. Im zivilgerichtlichen Streitverfahren würde dies faktisch eine Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen gegenüber dem am Prozess beteiligten Mitbewerber bedeuten. Da sich die Bewerber in der Praxis häufig in weiteren Konzessionsverfahren gegenüberstehen, könnte sich ein Mitbewerber Kenntnis vom Angebot seiner Konkurrenten verschaffen und diese Kenntnis in den weiteren Konzessionswettbewerben gegen diesen Konkurrenten ausnutzen. Das wäre schädlich für den Konzessionswettbewerb.

Die Kartellbehörden wie auch die Vergabekammern wären für die Überprüfung der Konzessionsverfahren qualifiziert und könnten das Problem der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse lösen, da nur die Kartellbehörde oder die Vergabekammer selbst die Angebote einsehen könnte. Zudem sind die Vergabekammern auf Grund ihrer Zuständigkeit für die Überprüfung von Vergabeverfahren mit vergleichbaren Fragestellungen vertraut. Der Rechtsschutz für einen dort unterlegenen Konzessionsbewerber wird durch die Vergabesenate bei den jeweiligen Oberlandesgerichten sichergestellt.

Die Vergabekammern sind aber nach derzeitiger Rechtslage nicht zuständig. Die Kartellbehörden können wegen ihres „Aufgreifermessens“ ein Einschreiten auch bei offenkundigen Verstößen ablehnen.

2. Zuständigkeit für die Durchsetzung von Strom- oder Gasnetzübernahmen

In sich gegebenenfalls anschließenden streitigen Fragen zur Übernahme des Strom- oder Gasnetzes empfiehlt sich eine Zuständigkeit der Bundesnetzagentur (etwa durch Erweiterung des Anwendungsbereichs von § 31 EnWG): Die Umsetzung von Netzübernahmen nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG ist zwischen den beteiligten Netzbetreibern regelmäßig streitig. Das gilt nicht nur für die Rechtmäßigkeit des Konzessionsverfahrens, sondern auch für die Konditionen der Netzübernahme (Kaufpreis/Ertragswertverfahren, Umfang der übergehenden Anlagen etc.).

Eine gerichtliche Klärung dieser Streitfragen ist extrem zeit- und kostenintensiv, weil das Gericht zur Klärung von streitigem Vortrag zur Kaufpreishöhe und zum Umfang der übergehenden Anlagen kaufmännische und ggf. auch technische Sachverständige hinzuziehen muss. Erstinstanzliche Verfahren dauern deswegen häufig länger als drei Jahre. Sofern eine Berufung und anschließend auch noch eine Revision eingelegt werden, kann eine Verfahrensdauer von sieben Jahren und mehr entstehen. Dadurch wird der von § 46 Abs. 3 EnWG alle 20 Jahre vorgesehene Wettbewerb um die Strom- und Gasnetze erheblich behindert, weil sich die Netzübergänge um die Dauer des Gerichtsverfahrens verzögern.

Zudem ist die gerichtliche Durchsetzung regelmäßig sehr kostenträchtig, weil der vom neu konzessionierten Unternehmen zu zahlende Kaufpreis als maßgeblicher Wert für die Gebührenbestimmung nach Gerichtskostengesetz (GKG) und Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) angesehen wird. Selbst für Netzübernahmen in kleineren Städten entstehen damit bereits Streitwerte in Höhe von 3-4 Mio. € und damit Prozesskosten von über 100.000 € pro Instanz. Hinzu kommen Kosten für Sachverständige von regelmäßig über 50.000 €.

Die beste Lösung für die Netzübernahmen besteht darin, dass die Bundesnetzagentur die Streitfragen im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens entscheidet. Die Bundesnetzagentur ist interdisziplinär mit Experten im Bereich der Energiewirtschaft besetzt und kann daher die streitigen kaufmännischen, technischen und rechtlichen Fragen entscheiden. Dafür würde es ausreichen, wenn die Regelung zum „*besonderen Missbrauchsverfahren*“ in § 31 Abs. 1 Satz 2 EnWG wie nachstehend fett markiert und unterstrichen ergänzt würde:

*„Personen und Personenvereinigungen, deren Interessen durch das Verhalten eines Betreibers **oder Eigentümers** von Energieversorgungsnetzen erheblich berührt werden, können bei der Regulierungsbehörde einen Antrag auf Überprüfung dieses Verhaltens stellen. Diese hat zu prüfen, inwieweit das Verhalten des Be-*

*treibers von Energieversorgungsnetzen mit den Vorgaben in den Bestimmungen der Abschnitte 2 und 3, oder der auf dieser Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen sowie den nach § 29 Abs. 1 festgelegten oder genehmigten Bedingungen und Methoden **oder nach § 46** übereinstimmt.“*

Dann wäre die Bundesnetzagentur im Falle eines Verstoßes gegen § 46 EnWG zum Eingreifen verpflichtet und könnte dieses nicht mehr unter Berufung auf ein „Aufgreifermessen“ ablehnen.

III. „Vorrangige“ Gewichtung der Ziele des § 1 EnWG

Der Gesetzentwurf übernimmt in **§ 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG-E** die bisher in § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG enthaltene Regelung mit der Verpflichtung der Kommunen auf die Ziele des § 1 EnWG und konkretisiert diese sinnvollerweise auf **§ 1 Abs. 1 EnWG**.

Damit ist aber noch nicht geklärt, mit welcher nach **§ 46 Abs. 4 Satz 3 EnWG-E** nunmehr ausdrücklich vorgeschriebenen Gewichtung die Kommunen die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG berücksichtigen müssen und mit welcher Gewichtung sie die nach **§ 46 Abs. 4 Satz 2 EnWG-E** ebenfalls als Kriterium zugelassenen „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ berücksichtigen dürfen.

Der BGH hat in seiner Grundsatzentscheidung zum Konzessionsverfahren vor zwei Jahren festgestellt, dass die Ziele des § 1 EnWG „**vorrangig**“ berücksichtigt werden müssen.

BGH, Rn. 16 im Urteil vom 17. Dezember 2013 (Az.: KZR 66/12).

Das hat zu einer Diskussion in der Rechtsprechung sowie bei den Kartell- und Regulierungsbehörden darüber geführt, ob diese Vorgabe schon ab einer Gewichtung mit **51 %**, erst bei einer Gewichtung mit **60 %** oder gar – jedenfalls rechtssicher – erst mit einer Gewichtung von **70 %** erfüllt ist.

Siehe dazu Rn. 32 im „*Gemeinsamer Leitfaden*“ von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur vom 21. Mai 2015; LG Köln, Urteil vom 22. Dezember 2015, Az. 88 O (Kart) 64/15.

Daher wäre zur Herstellung von Rechtssicherheit eine konkretisierende Aussage des Gesetzgebers hilfreich, ab welcher Gewichtung die Kommunen die Verpflichtung auf die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG erfüllen. § 46 Abs. 4 EnWG-E könnte dementsprechend um folgenden Satz ergänzt werden:

„Die Gemeinde ist verpflichtet, die Ziele des § 1 Abs. 1 mit mehr als 50 % zu gewichten.“

IV. Relative oder absolute Bewertungsmethode

Weiterhin ist in der aktuellen Rechtsprechung umstritten, ob die relative oder die absolute Bewertungsmethode zulässig sind.

Für die Zulässigkeit der relativen Bewertungsmethode: OLG Celle, S. 38-40 im Urteil vom 17. März 2016, Az.: 13 U 141/15 (Kart), LG Köln, Urteil vom 22. Dezember 2015, Az. 88 O (Kart) 64/15; LG Leipzig, Urteil vom 17. Juni 2015 – Az.: 05 O 1339/15; LG München, S. 15 im Beschluss vom 29. Februar 2016 – Az.: 37 O 3123/16.

Dagegen: OLG Stuttgart, S. 23 im Urteil vom 19. November 2015, Az.: 2 U 60/15; LG Stuttgart, Urteil vom 05. April 2016, Az.: 41 O 43/14 KfH.

Unter der absoluten Bewertungsmethode wird ein „*Schulnotensystem*“ verstanden, dass die Bewertung der Konzessionsangebote zu den einzelnen Kriterien an der von der Kommune einzuschätzenden absoluten Erfüllungsgrad des Angebots ausrichtet.

Bei der „*relativen*“ Bewertungsmethode werden die eingereichten Angebote vergleichend bewertet. Das zu einem Kriterium beste Angebot eines Bewerbers erhält die Maximalpunktzahl und die Angebote der übrigen Bewerber eine entsprechend niedrigere Bewertung.

Da grundsätzlich beide Bewertungsmethoden geeignet und sachgerecht sind, wäre es wünschenswert, wenn der Gesetzgeber eine entsprechende „*Wahlfreiheit*“ der Kommunen klarstellen würde.

V. Berücksichtigung von Effizienzwerten?

Zudem wird insbesondere vom OLG Düsseldorf verlangt, dass die von der Regulierungsbehörde auf Basis der Anreizregulierungsverordnung zugewiesenen Effizienzwerte von der Kommune als Auswahlkriterien berücksichtigt werden müssen.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 23. Dezember 2015, Az.: VI-2 U (Kart) 4/15.

Das führt ebenfalls zu Problemen für die Kommunen. Die Prognose von zukünftigen Effizienzwerten nach der Anreizregulierungsverordnung – zumal über eine Laufzeit von 20 Jahren – lässt sich nur schwer überprüfen bzw. plausibilisieren. Sofern auf die aktuellen Effizienzwerte abgestellt wird, führt das auch zu rechtlichen Problemen. „*Newcomer*“ (z. B. neu gegründete Stadtwerke) haben noch keinen Effizienzwert. Zudem befinden sich viele Stadtwerke im so genannten „*vereinfachten Verfahren*“ nach § 24 ARegV, in dem kein individueller Effizienzwert festgestellt wird. Dieses Probleme werden zwar in der Gesetzesbegründung erwähnt (S. 14 im zweiten Absatz der BT-Drs. 18/8184), aber nicht vom Wortlaut des neuen § 46 Abs. 4 EnWG-E aufgegriffen.

VI. Mitwirkung von Gremienmitgliedern von kommunalen Unternehmen

Vereinzelt wird in der Rechtsprechung beanstandet, dass Mitglieder eines Gremiums des kommunalen Bewerbers um die Konzession (insbesondere die Aufsichtsratsmitglieder einer Stadtwerke GmbH einschließlich des Bürgermeisters als Aufsichtsratsvorsitzenden) gleichzeitig auch auf Seiten der konzessionsvergebenden Kommune am Konzessionsverfahren teilnehmen. Zwar sehen die maßgeblichen Gemeindeordnungen der für diese Frage zuständigen Bundesländer für diese Konstellation gerade keinen Ausschlussgrund bzw. eine Befangenheit für eine Teilnahme am Konzessionsverfahren vor.

Es wird aber von einer entsprechenden Anwendung der Regelung aus dem förmlichen Vergaberecht in § 6 Vergabeverordnung (§ 16 Vergabeverordnung a. F.) ausgegangen, der eine Teilnahme von Gremienmitgliedern eines Bewerbers im Vergabeverfahren ausschließt.

LG Dortmund, Urteil vom 03. Juli 2015, Az. 10 O 63/15 EnW.

Der Ausschluss der kommunalen Gremienmitglieder ist auch deswegen problematisch, weil gerade die im Aufsichtsrat des kommunalen Stadtwerks sitzenden Mitglieder der Kommunalparlamente über ein besonderes Interesse am und erhöhte Kenntnisse zum Strom- und Gasnetzbetrieb verfügen. Da der Gesetzgeber die „Doppelrolle“ der Kommune als konzessionsvergebende Vergabestelle einerseits und – über einen Eigenbetrieb oder ein Stadtwerk – als Bewerber um die Konzession andererseits notwendigerweise in Kauf genommen hat, sollte es zulässig sein, dass die kommunalen Gremienmitglieder – insbesondere der Bürgermeister – am Konzessionsverfahren teilnehmen.

Eine Regelung des Bundesgesetzgebers zur Zulässigkeit der Mitwirkung würde in die Gesetzkompetenz der Länder eingreifen und wird daher nicht angeregt. Es wäre aber hilfreich, wenn die Gesetzesbegründung ausdrücklich klarstellen könnte, dass sich die Zulässigkeit der Mitwirkung nach den Gemeindeordnungen der Länder richtet.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Philipp Boos
Rechtsanwalt