

ENERGIE & MANAGEMENT

ZEITUNG FÜR DEN ENERGIEMARKT

B 13052 E

1. Mai 2015 9/15

Ungebrochenes Interesse

Die Eigendynamik der Rechtsentwicklung im Zuge zahlreicher Gerichtsverfahren gegen Konzessionsvergaben sehen die Berater Ralf Westermann und Hartwig Kalhöfer* als eine Ursache für Schwierigkeiten bei Rekommunalisierungen von Strom- und Gasnetzen.

Viele Kommunen sehen sich in der Verantwortung, die Energiewende vor Ort voranzutreiben. Die Neuvergabe auslaufender Konzessionen für den örtlichen Betrieb von Energienetzen wird dabei als Möglichkeit genutzt, nicht nur kommunale Einnahmen zu sichern, sondern auch die Energieversorgung in Städten und Gemeinden neu zu gestalten.

Altkonzessionären ist dies häufig ein Dorn im Auge, weil die Neukonzessionierung eines Dritten regelmäßig die Forderung zur Folge hat, den Betrieb und das Eigentum am betroffenen Netz aufzugeben. Deswegen wird oft bereits die Rechtmäßigkeit der Konzessionsneuvergabe bestritten. Kommunen, die sich mit der Idee tragen, lokale Netze selbst zu übernehmen, also zu (re)kommunalisieren, stehen somit vor der großen Aufgabe, Konzessionen rechtssicher zu vergeben.

Die aktuelle Vergabepraxis für Konzessionsvergaben orientiert sich an Leitfäden der Bundesnetzagentur und der Kartellämter. Sie werden aber auch zunehmend durch eine (höchst)richterliche Rechtsprechung geprägt, die aus eher allgemeinen Regelungen des Energiewirtschaftsgesetzes (§ 46 EnWG, Wegenutzungsverträge) und aus dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung (§ 19 GWB, Verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen) entwickelt wird.

An einer Konzession interessierte Unternehmen müssen sich demnach in einem diskriminierungsfreien und transparenten Verfahren dem Wettbe-

werb darum stellen. Kein Bewerber darf bevorzugt werden. Der „beste“ Netzbetreiber ist im Verfahren zu ermitteln und zu konzessionieren. Eine Vielzahl der Vergabeverfahren, bei denen Altkonzessionäre nicht wieder zum Zug kommen, landet dennoch vor Gerichten.

Bundesgerichtshof fordert Transparenz bei Konzessionsvergabe

Dabei rügten die Richter in der Vergangenheit häufig Vergaben als nicht diskriminierungsfrei oder als intransparent und hoben Vergabeentscheidungen wieder auf. Urteilsbegründungen aus gescheiterten Vergaben dienten danach als Basis für die Ausgestaltung nachfolgender Vergabeverfahren – doch auch diese werden vielfach wieder beklagt.

Derzeit gehen kommunale Vergabestellen deshalb vermehrt dazu über, umfangreiche Verfahrensbriefe an die Bewerber um Konzessionen zu verschicken. So wollen sie den zunehmenden Ansprüchen genügen. Die Verfahrensbriefe sollen im Vorfeld der Vergabe für

die nötige Transparenz sorgen. „Das Auswahlverfahren muss zunächst so gestaltet werden, dass die am Netzbetrieb interessierten Unternehmen erkennen können, worauf es der Gemeinde bei der Auswahlentscheidung ankommt“, heißt es dazu in einem Urteil des Bundesgerichtshofes zur Konzessionsvergabe im schleswig-holsteinischen Berkenthin.

Um diesen Ansprüchen zu genügen, werden die im § 1 des EnWG aufgeführten Kriterien für die Energieversorgung und den Netzbetrieb in Unter- und Unter-Unterkriterien aufgegliedert und mit einer entsprechenden Gewichtung versehen. Die Aufgliederung folgt auch Gerichtsurteilen zu ungültigen Vergabeverfahren. Trotz einer solchen Aufgliederung scheiterte jedoch beispielsweise Ende 2014 die Vergabe der Gaskonzession in Berlin an das landeseigene Unternehmen Berlin Energie. Die Gewichtung der Unterkriterien sei „nicht hinreichend nachvollziehbar“ gewesen, urteilte das Landgericht Berlin.

Neben mangelnder Transparenz kann aber auch eine schon im Vorfeld der Vergabe festgelegte Gewichtung von Kriterien als unangemessen erachtet werden. „Die Auswahl [...] ist vorrangig an Kriterien auszurichten, die das Ziel des § 1 EnWG [...] konkretisieren“, heißt es in der genannten Entscheidung des Bundesgerichtshofes. Was dabei unter vorrangig zu verstehen ist und wie daneben kommunale Belange wie Informations- und Kündigungsrechte zur Wirkung gebracht werden können, bleibt offen. Darüber hinausgehend wird auch die Angemessenheit der Bin- ➤



Ralf Westermann

Hartwig Kalhöfer

➤ nengewichtung von Kriterien, die sich aus dem § 1 des EnWG herleiten, von verschiedenen Gerichten unterschiedlich eingeschätzt. Abgesehen von der Gewichtung der Kriterien stellt sich auch die Frage, an welchen Parametern die Vergabestelle deren Einhaltung überprüfen soll. Woran ist etwa die vom EnWG verlangte „Preisgünstigkeit“ des Netzbetriebs festzumachen? Was bedeutet die Forderung nach „Effizienz“? Sich auf den ersten Blick anbietende Parameter wie die Netzentgelthöhe und der in der Anreizregulierung verankerte Effizienzwert erweisen sich bei genauerer Betrachtung als in weiten Teilen dafür ungeeignet.

Wie stellt man Preisgünstigkeit des Netzbetriebs fest?

Im Lichte der immer komplizierteren und detaillierteren Vorgaben für die Vergabe von Konzessionen erscheint es im übrigen geradezu als absurd, wenn beispielsweise aktuell in Bayern weitere Musterkonzessionsverträge entwi-

ckelt werden. Diese konterkarieren das auch von den angerufenen Gerichten mitgestaltete Bemühen um einen wettbewerblichen Rahmen, der eine deutliche Differenzierung der Anbieter ermöglichen und damit den besten Netzbetreiber zu Tage fördern soll. Durch Musterverträge erzwungen gleichlautende Angebote dürften klare – und damit rechtssichere – Entscheidungen für „den besten Bewerber“ nicht einfacher machen.

Im Koalitionsvertrag der aktuellen Bundesregierung heißt es: „Wir werden das Bewertungsverfahren bei Neuvergabe (zum Beispiel bei der Rekommunalisierung) der Verteilnetze eindeutig und rechtssicher regeln sowie die Rechtssicherheit im Netzübergang verbessern.“ Dieses sehr begrüßenswerte Ansinnen lässt allerdings bislang in der Umsetzung auf sich warten.

Derweil wird die Rechtsentwicklung weiter vorangetrieben. Ob deren Eigendynamik jedoch überhaupt tragfähig ist, muss nun das Bundesverfassungsgericht entscheiden. Auf die jüngste Kommunalverfassungsbeschwerde der

Stadt Titisee-Neustadt „gegen das Kartellrechtliche Regime bei der Vergabe von Energiekonzessionen“ hin, müssen die Karlsruher Richter klären, ob die Auswüchse der Konzessionsvergabepraxis unter dem Postulat des absoluten Wettbewerbs und damit verbundene Einschränkungen der kommunalen Selbstbestimmung verfassungsrechtlich zulässig sind.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass eine Rekommunalisierung von Netzen insgesamt deutlich einfacher zu erreichen ist, wenn Kommunen Altkonzessionäre einbeziehen und sich beispielsweise im Rahmen gemeinsamer Netzgesellschaften dem Konzessionswettbewerb stellen. Die Praxis zeigt jedoch auch, dass mit politischem Rückhalt, guter energiewirtschaftlicher und juristischer Beratung sowie mit dem nötigen Durchhaltevermögen weiter auch selbständige kommunale Lösungen gelingen können. **E&M**

* Ralf Westermann und Hartwig Kalhöfer, Berater, Büro für Energiewirtschaft und technische Planung GmbH, Aachen