STELLUNGNAHME
zum ressortabgestimmten Referentenentwurf
des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie

„Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung“ (Stand: 02.12.2015)

Der vorliegende ressortabgestimmte Referentenentwurf vom 02.12.2015 (im Folgenden RefE) zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten betrifft die Konzessionsvergabe bei Strom- und Gasverteilnetzen der allgemeinen Versorgung (derzeit § 46 ff. Energiewirtschaftsgesetz von 07.07.2015, i.d.F. vom 31.08.2015). Er sieht zu einzelnen Aspekten der energiewirtschaftlichen Konzessionsvergabe Regelungen vor, die zu mehr Rechtsicherheit führen werden. Begrüßenswert sind insbesondere die an die BGH Rechtsprechung anknüpfende Klarstellung zum angemessenen Netzkaufpreis (§ 46 Abs. 2 Satz 4 RefE) und die neu eingefügten Präklusionsregelungen (§ 47 RefE). Es gibt allerdings noch Unklarheiten im Gesetzesentwurf und seiner Begründung, die geklärt werden müssen.

Insbesondere zu der zentralen und in der Rechtsprechung nach wie vor strittigen Frage der zulässigen Auswahlkriterien enthält der Entwurf nur unzureichende Regelungen, die keine der zahlreichen Streitfragen aus der Praxis lösen. Für Gemeinden ist es angesichts der sich widersprechenden Rechtsprechung derzeit kaum möglich, einen praxistauglichen und rechtssicheren Kriterienkatalog aufzustellen. Eine höchstrichterliche Klärung ist nicht in Sicht, da in den einstweiligen Verfügungsverfahren zur Nachprüfung der Vergabeentscheidung eine Revision zum BGH nicht möglich ist. Der Gesetzgeber ist hier dringend aufgefordert, die zentrale Frage der zulässigen Auswahlkriterien entweder selbst zu klären oder zumindest durch eine Zuständigkeitsregelung zugunsten der Vergabenachprüfungsinstanzen (mit Vorlagepflicht zum BGH) die Entstehung einer einheitlichen Rechtsprechung zu ermöglichen.

Ungeklärt ist weiterhin die Frage der Anwendbarkeit der EU-Konzessionsrichtlinie. Entgegen der Ansicht des BMWi gehen wir mit der herrschenden Meinung von einer Anwendbarkeit der Richtlinie aus. Sollte die Novellierung des § 46 EnWG nicht mit dem Vergaberechtsmodernisierungsgesetz harmonisiert und sinnvoll verknüpft werden, stellen sich unweigerlich Fragen zur richtlinienkonformen Auslegung bis hin zur unmittelbaren Anwendbarkeit, die unnötig zu neuer Rechtsunsicherheit führen.

Im Einzelnen:

A. Netzkaufpreis („wirtschaftlich angemessene Vergütung“):

Die Neuregelung zum Netzkaufpreis ist zu begrüßen. Für den Netzveräußerer und den Netzkäufer ist das Ertragswertverfahren die wirtschaftlich angemessene Methode zur Ermittlung des Netzkaufpreises unter Berücksichtigung der Vorgaben der Netzentgeltregulierung (ARegV, Strom- und GasNEV). Eine höhere sachzeitwertbasierte Vergütungspflicht würde zu einem systemwidrigen Sondergewinn des Netzveräußerers zu Lasten des Netzkäufers führen und den Wettbewerb um das Netz behindern. Die Begründung zu der Neuregelung ist insoweit zutreffend.

Zwei redaktionelle Fehler sind zu beheben:

Zu § 46 Abs. 2 Satz 4 RefE: Es muss ein „*objektivierter Ertragswert*“ ermittelt werden. Dass das Ertragswertverfahren bei der Ermittlung einer angemessenen Vergütung, insbesondere in einem gerichtlichen Sachverständigenverfahren, „*objektiv*“ durchgeführt werden muss, ist eine Selbstverständlichkeit. In der Rechtsprechung herrscht darüber hinaus jedoch auch Konsens, dass nicht der subjektive Ertragswert des Netzveräußerers, des Netzkäufers oder gar eines „höchstbietenden“ theoretischen Erwerbes, sondern ein objektivierter Ertragswert eines typisierten Erwerbers maßgeblich sein muss, um einen Wettbewerb um die Netze zu ermöglichen (vgl. OLG Frankfurt, Beschl. v. 27.03.2014, Az. 11 U 112/13, OLG Karlsruhe, Beschl. v. 24.10.2012, Az. 6 U 168/10 (Kart.)). Der BGH hatte bereits in seinem grundlegenden Kaufering-Urteil vom 16.11.1999 (Az. KZR 12/97) entschieden, dass der Ertragswert „*nach objektiven, für alle denkbaren Erwerber geltenden Kriterien zu ermitteln*“ sei. Für die Ermittlung des objektivierten Ertragswerts eines typisierten Erwerbers haben sich in der Rechtsprechung insofern bereits Maßstäbe herausgebildet. Im Gesetzeswortlaut oder zumindest in der Begründung sollte eine Klarstellung zum „objektivierten Ertragswert“ erfolgen, um neue Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden.

Zu § 46 Abs. 2 Satz 5 RefE: Die Regelung soll nach der Begründung (S. 16) nur der Klarstellung dienen, dass sich Netzveräußerer und Netzkäufer privatautonom auch auf eine abweichende Vergütung verständigen können. Systematisch falsch ist der Begriff „*Vertragsparteien*“. Die „*Vertragsparteien*“ des § 46 Abs. 2 RefE sind die Gemeinde und der Konzessionär. Über eine mögliche anderweitige Vergütung müssen sich jedoch der bisherige Nutzungsberichtigte und das neue Energieversorgungsunternehmen einigen. Die Regelung sollte angepasst oder – da sie rein klarstellend ist – besser gänzlich gestrichen werden.

B. Bekanntmachung

Die Neuregelung zur Bekanntmachung in § 46 Abs. 3 Satz 3 RefE ist zu begrüßen. Sie entspricht der Rechtsprechung des BGH zu Bekanntmachungspflichten bei der vorzeitigen Beendigung von Konzessionsverträgen (Urt. v. 18.11.2014, Az. EnZR 33/13 – Stromnetz Schierke).

Die Formulierung der Regelung ist jedoch unscharf. Wie in der derzeitigen Regelung wird auf eine beabsichtigte „*Verlängerung von Verträgen*“ abgestellt. Tatsächlich muss jedoch ein bestehender Vertrag beendet und ein neuer Vertrag abgeschlossen werden, und zwar nicht zwingend mit demselben Vertragspartner. Es sollte lediglich auf das vorzeitige Vertragsende abgestellt werden.

C. Auswahlkriterien

Die Regelungen zu den Auswahlkriterien sind unzureichend und können die derzeitigen Rechtsunsicherheiten in keiner Weise beheben. Es ist weiterhin nicht ersichtlich, wie die Gemeinde in Ausübung ihrer Gewährleistungsverantwortung für die örtliche Netzinfrastruktur (Art. 28 Abs. 2 GG) einen rechtssicheren und praxistauglichen Kriterienkatalog aufstellen kann. Auch die in der Begründung zum Referentenentwurf (S. 17 ff.) enthaltene Interpretation der Rechtsprechung zu den Auswahlkriterien wirft neue Fragen auf. Der Gesetzgeber sollte sich der konkreten praktischen Probleme annehmen oder zumindest über eine Zuständigkeitsregelung zugunsten der Vergabenachprüfungsinstanzen (mit Vorlagepflicht zum BGH) die Entstehung einer einheitlichen Rechtsprechung ermöglichen.

<u>Zu § 46 Abs. 4 Satz 1 RefE:</u> Die Gemeinden müssen nach § 46 Abs. 4 Satz 1 RefE und der Begründung hierzu (S. 17) sämtliche Ziele des § 1 EnWG in ihre Auswahlentscheidung einfließen lassen. In der Praxis stellt sich das Problem, welche konkreten Kriterien zu den einzelnen Zielen überhaupt tauglich und zulässig sind. Dies liegt nicht zuletzt an den strukturellen Unterschieden im Bewerberfeld (Altkonzessionär mit vorhandener Ausstattung vor Ort und Neubewerber, Stadtnetzbetreiber und Flächennetzbetreiber, etc.).

Bei der <u>Versorgungssicherheit</u> fällt die Aufstellung praxistauglicher Kriterien besonders schwer, obwohl gerade dieses Ziel neben der (Kosten)-Effizienz eine besondere Bedeutung haben soll (Begründung, S. 18). Die personelle und technische Ausstattung der Bewerber lässt sich nur sehr schwer vergleichen und bewerten, da aufgrund des Netzmonopols regelmäßig nur der Altkonzessionär im Auswahlverfahren eine Ausstattung für den örtlichen Netzbetrieb verfügt. Wird diese Ausstattung vom Altkonzessionär auch in benachbarten Gemeinden für den Netzbetrieb eingesetzt, ergeben sich Zuordnungsprobleme, die eine gerichtsfeste vergleichende Bewertung („*schlecht, besser, am besten*“) mit Neubewerbern fast unmöglich machen. Die generelle Leistungsfähigkeit der Bewerber in wirtschaftlicher, personeller und technischer Hinsicht ist vielmehr eine Eignungsfrage („*Eignung vorhanden /*

nicht vorhanden"). Zwar muss im Hinblick auf das konkrete Konzessionsgebiet die Leistungsfähigkeit erst zur Aufnahme des Netzbetriebes vorliegen (vgl. § 4 EnWG, OLG Düsseldorf, Beschl. V. 17.04.2014, Az. VI-Kart 2/13 (V)); im Bewerbungsverfahren kann und darf von Neubewerbern daher keine Vorlage der Netzbetriebsgenehmigung (unklar hier die Ausführungen auf S. 18 der Begründung) oder ein Aufbau von unsinnigen Parallelstrukturen verlangt werden. Die Gemeinde wird jedoch durch Abforderung von aussagekräftigen Eignungsnachweisen zur Zuverlässigkeit und zur wirtschaftlichen, personellen und technischen Leistungsfähigkeit in der Lage sein, die grundsätzliche Befähigung eines Bewerbers zu prüfen. Anhand der bestehenden Ausstattung jedoch zu bewerten, ob es sich um den „*geeignetsten*" Bewerber handelt (vgl. S. 10 der Begründung, oben), birgt Diskriminierungsrisiken und ist im Hinblick auf die zukunftsbezogene Bewertungsperspektive (im Regelfall für die kommenden 20 Jahre) nicht immer sachgerecht. Letztlich kann die Gemeinde lediglich Konzepte zu einzelnen Aspekten des versorgungssicheren Netzbetriebs abfragen und bewerten (Investitions- und Instandhaltungsstrategie, Sicherheitsmanagement, Störungsbeseitigung, etc.).

Aufgrund der in der Sache liegenden geringen Verbindlichkeit und Prognoserisiken von rein konzeptionellen Aussagen zum Netzbetrieb der kommenden 20 Jahre ist die Gemeinde, gerade im Hinblick auf die von ihr bei der Auswahl des EVU sicherzustellenden Ziele des § 1 EnWG, ferner darauf angewiesen, konkrete vertragliche Zusagen, Informations- und Mitspracherechte sowie Sanktionsmöglichkeiten bei den Auswahlkriterien zu bewerten, die mit den Konzepten der Bewerber korrespondieren. Dies hatte der BGH in seinem Urteil vom 17.12.2013 anerkannt (Az. KZR 66/12, Rz. 52). Einige Gerichte halten es gleichwohl für unzulässig, die Angebote der Bewerber im Hinblick auf diese vertraglichen Regelungen gegenüberzustellen und zu bewerten. Da es in den entsprechenden Eilverfahren keine Revisionsmöglichkeit zum BGH gibt, droht eine Rechtszersplitterung auf der Ebene der Oberlandesgerichte. Der Gesetzgeber sollte zumindest in der Begründung im Sinne der Rechtssicherheit klarstellen, dass die Gemeinden bei den einzelnen Zielen des § 1 EnWG auch bewerten dürfen, inwieweit die Erreichung der Ziele durch konzessionsvertragliche Regelungen überwacht und gewährleistet werden kann.

Bei der <u>Preisgünstigkeit</u> ist in der Praxis umstritten, ob eine Prognose der Netzentgelte der Bewerber (für bestimmte Abnahmefälle) miteinander verglichen und bewertet werden darf. Der BGH hat dies gefordert (Urt. v. 17.12.2013, Az. KZR 66/12, Rz. 87), gleichwohl sehen dies einige Gerichte aufgrund der unterschiedlichen Absatzstruktur der Netzbetreiber (Stadt-Land-Unterschiede) anders. Die Rechtsunisicherheit wird durch die Begründungserwägungen auf S. 19 weiter verschärft. Der Gesetzgeber sollte zumindest in der Begründung eindeutig klarstellen, ob die prognostizierten Netzentgelte trotz der stets bestehenden strukturellen Unterschiede zwischen Bewerbern bewertet werden dürfen (bzw. müssen) oder nicht. Ansonsten wird sich jeder „teurere" Netzbetreiber auf eine Unzulässigkeit berufen.

Bei der Effizienz werden die praktischen Probleme in der Begründung aufgezeigt. Die regulatorischen Effizienzwerte lassen sich allenfalls vergleichen, wenn alle Bewerber über einen solchen Effizienzwert verfügen und dieser im Vollverfahren ermittelt wurde. Dies ist erfahrungsgemäß nur selten der Fall. Letztlich kann die Gemeinde hier nur Indizien zur Kosteneffizienz sowie Konzepte zu Energieeffizienz bewerten. Hier sollte wiederum klargestellt werden, dass nicht nur unverbindliche Konzepte, sondern gerade auch vertragliche Zusagen bewertet werden dürfen.

Zu § 46 Abs. 4 Satz 2 RefE: Es ist grundsätzlich zu begrüßen, dass der Gesetzgeber die kommunale Selbstverwaltung gem. Art. 28 Abs. 2 GG bei der Konzessionsvergabe klarstellt. Höchstrichterlich wurde mehrfach bestätigt, dass die örtliche Energieversorgung und damit auch die Konzessionsvergabe eine Daseinsvorsorgeaufgabe ist (BVerfG, Beschl. v. 20.03.1984, Az. 1 BvL 28/82, BVerwG, Urt. v. 18.05.1995, Az. 7 C 58/94, BGH, Urt. v. 17.12.2013, Az. KZR 66/12, Rz. 31). Unklar ist jedoch weiterhin das Verhältnis der Ziele des § 1 EnWG und der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft (siehe auch nachstehende Kritik zu Satz 3). Dies wird durch den RefE noch dadurch verstärkt, dass durch die „*netzwirtschaftlichen Anforderungen*“ der Versorgungssicherheit und Kosteneffizienz eine dritte Kategorie geschaffen wird. Hinzu kommt, dass bereits der Netzbetrieb im Sinne der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft ist, so dass sich schon die Gegenüberstellung der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG einerseits und der berücksichtigungsfähigen Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft anderseits nicht erschließt. In der Praxis ist bisher auch nicht die Gewährleistungsverantwortung der Gemeinden für den örtlichen Netzbetrieb an sich umstritten, sondern die Frage, wie die Gemeinden diese durch konkrete Kriterien zum Ausdruck bringen können. Die in der Begründung (S. 21) beispielhaft genannten Kriterien sind bereits bisher völlig praxisüblich und unstrittig gewesen. Der Gesetzgeber sollte sich in der Begründung dahingehend positionieren, dass die Gemeinden zumindest auch in dem vom BGH anerkannten Umfang (vertragliche) Einflussnahmemöglichkeiten (Informationsrechte, Konsultations- und Mitwirkungsrechte bei wichtigen Fragen des Netzbetriebs; vom BGH ausdrücklich für zulässig erklärt, s.o.) sowie planerische und infrastrukturelle Erwägungen (spartenübergreifender Netzbetrieb aus einer Hand) bewerten dürfen. Andernfalls stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber die Kriterienfestsetzungskompetenz weiter als die Rechtsprechung einschränken wollte, obzwar dies offenbar nicht in der Intention des Referentenentwurfs liegt.

Zu § 46 Abs. 4 Satz 3 RefE: Es ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber den Ermessenspielraum der Gemeinden bei der Gewichtung der Kriterien bestätigt (Begründung, S. 21). Offen bleibt jedoch, ob einzelne Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG im Kriterienkatalog eine herausgehobene Stellung haben müssen und in welchem Verhältnis die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG zu den sonstigen zulässigen Auswahlkriterien stehen. Nach der Formulierung in § 46 Abs. 4 Satz 2 RefE scheinen die Versorgungssicherheit und die Kosteneffizienz für den Gesetzgeber herausgehobene Anforderungen an den Netzbetrieb zu sein. Ob und wie sich dies

im Kriterienkatalog der Gemeinden wiederspiegeln muss – etwa durch eine Mindestgewichtung dieser Ziele – ist jedoch unklar. Im Hinblick auf das Verhältnis der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG zu den sonstigen Kriterien geht die Rechtsprechung derzeit davon aus, dass die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG vorrangig sind, also jedenfalls mit über 50% gewichtet werden müssen. Der Gesetzgeber sollte zwar keine Mindestgewichtung vorgeben, jedoch klarstellen, dass die berücksichtigungsfähigen Aspekte außerhalb von § 1 Abs. 1 EnWG – sofern sie Bezug zum Netz oder zur Wegenutzung aufweisen – echte Auswahlkriterien sein können. Dies wird in der Formulierung des § 46 Abs. 4 RefE und der Begründung (S. 21) nicht deutlich. Der BGH hatte bereits bestätigt, dass auch die – zulässigen – Inhalte des Konzessionsvertrages, die nicht unmittelbar den Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG zugeordnet werden können (also Laufzeit, Kündigungsrechte, Konzessionsabgabenzahlung und sonstige zulässige Nebenleistungen, Abstimmung von Baumaßnahmen, etc.) als Kriterien bewertet werden dürfen (Urt. v. 17.12.2013, Az. KZR 66/12).

Unser Vorschlag zur Festlegung der Auswahlkriterien lautet:

„Die Auswahl des Unternehmens erfolgt in Ausübung der kommunalen Selbstverwaltung aufgrund sachgerechter Kriterien unter besonderer Beachtung der energiewirtschaftlichen Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG. Zulässig sind Kriterien, die sich auf die Gewährleistung eines an den energiewirtschaftlichen Zielen orientierten Netzbetriebes beziehen und die sonstige Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft betreffen, sofern sie mit dem Netzbetrieb, der Wegenutzung oder berechtigten planerischen oder energieinfrastrukturellen Interessen der Gemeinde, ihrer Bürger oder der örtlichen Wirtschaft verbunden sind. Die Gewährleistung der energiewirtschaftlichen Ziele soll insgesamt mindestens im gleichen Umfang in den Kriterien berücksichtigt werden wie sonstige Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. Belangen der Versorgungssicherheit soll durch eine herausgehobene Gewichtung oder durch die Festlegung sachgerechter Eignungsanforderungen Rechnung getragen werden. Im Übrigen ist die Gemeinde in der Kriterienfestlegung und Gewichtung frei; insbesondere ist sie berechtigt, im Rahmen der Gewährleistung der energiewirtschaftlichen Ziele den örtlichen Anforderungen des jeweiligen Netzbetriebes Rechnung zu tragen.“

D. Mitteilung der Auswahlkriterien

Die Regelung zum Zeitpunkt der Kriterienmitteilung an die Bewerber in § 46 Abs. 4 Satz 4 RefE ist unklar und sollte gestrichen oder auf einen Zeitpunkt nach Ablauf der Interessenbekundungsfrist festgelegt werden. Es ist unstreitig, dass für die Gemeinden aus dem Transparenzgebot die Pflicht erwächst, den Bewerbern rechtzeitig vor Angebotsabgabe die Auswahlkriterien und deren Gewichtung mitzuteilen (BGH, Urt. v. 17.12.2013, Az. KZR 65/12 – Stromnetz Heiligenhafen, Leitsatz b). Nach der derzeitigen Formulierung ist es jedoch unklar, ob jedem Bewerber die Kriterien unmittelbar nach der Interessenbekundung übermittelt werden müssen oder ob eine zeitgleiche Übermittlung nach Ablauf der Interessenbekun-

dungsfrist an alle Bewerber ausreicht, wie es der überwiegenden Praxis bisher entspricht. Sollte bereits nach der Interessenbekundung des ersten Unternehmens eine Pflicht zur Übermittlung der Kriterien bestehen, würde dies zu einem erheblichen zusätzlichen und unnötigen Aufwand für viele Gemeinden führen. Durch dieses Vorgehen müssen Gemeinden in unnötiger Weise einen Kriterienkatalog und weitere Wettbewerbsbedingungen festlegen, wenn nur ein Unternehmen (zumeist der Altkonzessionär) sein Interesse bekundet und kein Auswahlverfahren durchzuführen ist. Dies dürfte nach wie vor in vielen Konzessionierungsverfahren der Fall sein. Die Erstellung des Kriterienkataloges ist aufgrund der komplexen energiewirtschaftlichen Zielvorgaben und der sich ständig ändernden Rechtsprechung kaum ohne externe Berater möglich. Zudem müssen regelmäßig Ausschüsse sowie der Rat der Gemeinde eingebunden werden. Der Zeitpunkt der Kriterienmitteilung, die stets rechtzeitig vor Angebotsabgabe zu erfolgen hat, sollte im Sinne der Aufwandsreduzierung den Gemeinden überlassen bleiben.

E. Information über die Auswahlentscheidung

Die Neuregelung in § 46 Abs. 5 RefE ist grundsätzlich zu begrüßen. Die Informationspflicht gegenüber unterlegenen Bewerbern ermöglicht die zügige Prüfung der Konzessionsvergabe und korrespondiert mit den Rüge- und Präklusionsvorschriftten in § 47 RefE. Die Reihenfolge der beiden Sätze sollte jedoch geändert werden, da sie nicht der tatsächlichen zeitlichen Abfolge entspricht. Zunächst muss die Gemeinde die unterlegenen Bewerber über den beabsichtigten Vertragsabschluss unterrichten (regelmäßig nach der Beschlussfassung im Rat). Die öffentliche Bekanntmachung erfüllt dann nur noch den Zweck, die Gemeindeöffentlichkeit (also die Netzkunden) über den Abschluss des Konzessionsvertrages mit dem (neuen) Netzbetreiber zu informieren („*bei Neuabschluss*“). Solange Rüge- und Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen, wäre eine öffentliche Bekanntmachung verfrüht. Zudem sollte die Alternative „*Verlängerung*“ in Satz 1 gestrichen werden, da es immer um einen Neuabschluss geht.

F. Inhouse-Vergabe

§ 46 Abs. 6 RefE sollte gestrichen werden. Stattdessen sollte auf die Regelungen zu Inhouse-Vergabe im neuen GWB (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz, § 108) verwiesen werden. Es besteht kein Grund, die kommunale Selbstverwaltung beim Betrieb der örtlichen Strom- und Gasnetze weitergehend zu begrenzen als beim Betrieb der Wasser- oder Fernwärmeversorgung. Wenn die kommunalrechtlichen Voraussetzungen einer wirtschaftlichen Betätigung (insbesondere angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit) vorliegen und das kommunale Unternehmen die Anforderungen an die Genehmigungspflicht gem. § 4 EnWG erfüllt, sollte sich die Gemeinde frei für eine Eigenerfüllung entscheiden können. Das derzeitige (richterrechtliche) Verbot der Inhouse-Vergabe trifft nicht nur die seltenen Fälle, in denen tatsächlich ein neuer kommunaler Netzbetreiber entsteht. Vielmehr müssen Gemeinden auch dann einen Konzessionswettbewerb durchführen, wenn der Netzbetrieb bereits

von einem erfahrenen Stadtwerk durchgeführt wird und kein Anlass für einen Netzbetreiberwechsel besteht. Eine Beeinträchtigung der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG durch eine Inhouse-Vergabe ist nicht ersichtlich. Vielmehr werden die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG vielerorts dadurch beeinträchtigt, dass eine rechtssichere Durchführung von Konzessionsvergaben aufgrund der unklaren und praxisuntauglichen Auswahlkriterien nicht möglich ist und nachhaltige Investitionen in die Netzinfrastruktur unterbleiben.

Unverständlich ist, warum das BMWi die EU-Richtlinie zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen (2014/23/EU) nicht für anwendbar hält, nach der eine Inhouse-Vergabe zulässig ist. Strom- und Gaskonzessionen nach § 46 Abs. 2 RefE sind klassische Dienstleistungskonzession: Gemeinden betrauen Netzbetreiber mit der Daseinsvorsorgeaufgabe des Netzbetriebs der allgemeinen Versorgung und befriedigen Nachfrage nach Netzbetriebsleistungen (vgl. BGH, Urt. v. 17.12.2013, Az. KZR 66/12, Rz. 31 u. 45). Die Ausnahme in Erwägungsgrund 16 der Konzessionsrichtlinie gilt nur für einfache Wegenutzungsrechte, die nicht mit einem Auftrag verbunden sind. Dies ist die herrschende Meinung in der Literatur (*Weiß*, NVwZ 21/2014, S. 1415 ff.; *Donhauser/Hölzlwimmer*, VergabeR 2015, 509, *Knauff*, EnWZ 2/2015, S. 51 ff.; *Wagner/Pfohl*, ZfBR 2014, 745) und hat zuletzt auch das OLG Düsseldorf angenommen, als es eine mögliche Vorwirkung der Richtlinie prüfte (Beschl. v. 15.07.2015, VI-2 Kart 1/15 (V)). Sollte der Gesetzgeber die Vorschriften für Strom- und Gaskonzessionen nicht mit der Umsetzung der EU-Konzessionsrichtlinie harmonisieren, werden zahlreichen Fragen offen bleiben, unter anderem die Frage nach der Zulässigkeit der Inhouse-Vergabe.

G. Zuständigkeit der Kartellbehörden, sonstige Nachprüfungsinstanzen

§ 46 Abs. 7 RefE sollte gestrichen werden. Stattdessen sollte der Gesetzgeber eine klare Zuständigkeitsregung treffen, am besten zugunsten der Vergabenachprüfungsinstanzen (Vergabekammern, OLG-Vergabesenate, bei Vorlage BGH). Dadurch würde gewährleistet, dass die Nachprüfungsinstanz über die erforderliche Sachkunde verfügt. Derzeit laufen gerichtliche und kartellbehördliche Nachprüfungen teilweise parallel, was unnötigen zusätzlichen Aufwand verursacht und zu divergierenden Entscheidungen führen kann. Es ist kein Grund ersichtlich, warum die Kartellbehörden von Amts wegen Konzessionsvergaben überprüfen sollen, wenn unterlegenen Bewerbern der Rechtsweg offensteht. Zudem ist unklar, ob und wie die Präklusionsvorschriften in § 47 RefE gelten, wenn die Kartellbehörde von Amts wegen eine Missbrauchskontrolle einleitet.

Für die Zuständigkeit der Vergabenachprüfungsinstanzen sprechen mehrere Erwägungen:

- Bei den derzeit durchzuführenden Eilverfahren gibt es keine Revision zum BGH (§ 542 Abs. 2 ZPO), so dass sich keine bundeseinheitliche Rechtsprechung herausbilden kann.

- Vergabenachprüfungsinstanzen sind mit vergaberechtlichen Grundsätzen vertraut. Dies ist bei Kartellgerichten und -behörden nicht immer der Fall. Nur bei einigen Oberlandesgerichten gibt es Kartellsenate, die zugleich Vergabesenate sind.

- Die Vergabenachprüfungsinstanzen können vertrauliche Auswertungsunterlagen prüfen, ohne dass schützenswerte Angebotsinhalte konkurrierender Bewerber offengelegt werden müssen.

H. Auskunftsanspruch

Die Klarstellung zum Auskunftsanspruch der Gemeinde in § 46 a RefE ist zu begrüßen. Sie entspricht der Rechtsprechung des BGH (Urt. v. 14.04.2015, Az. EnZR 11/14 – Gasnetz Springe). Zu erwägen ist, ob die Bundesnetzagentur im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt zu einer Festlegung verpflichtet wird, um den Gemeinden über die ausdrücklich genannten Daten hinaus, einen verbindlichen Mindestkatalog zur Verfügung stellen zu können. Denn neben den wirtschaftlichen Netzdaten sind auch die technischen Netzdaten wichtig, damit die Gemeinde die Auswahl des geeigneten Netzbetreibers anhand der Ziele des § 1 EnWG treffen kann.

I. Rügeobliegenheit, Präklusion

Die Neuregelungen zu Rügeobliegenheiten und zur Präklusion in § 47 sind im Sinne der Rechtssicherheit zu begrüßen. Der derzeitige Zustand, dass Konzessionsvergaben noch Jahre später angegriffen und Rügen zu den Auswahlkriterien im laufenden Verfahren zurückgehalten werden können, ist unzumutbar. Es bleiben jedoch einige Fragen offen, die zu klären sind:

<u>§ 47 Abs. 2 Satz 2 RefE:</u> Unklar ist zunächst die Rügefrist im laufenden Verfahren, soweit sie sich auf die Kriterien und deren Gewichtung bezieht. Die Kriterien werden regelmäßig in einem Informationsschreiben (Verfahrensbrief) mitgeteilt, der mehrere Fristen enthält (Abgabe von Eignungsunterlagen, Abgabe von indikativen Angeboten, ggf. bereits Abgabe von verbindlichen Angeboten nach einer Verhandlungsrunde). Es gibt insoweit nicht nur eine „*dort benannte Frist*“, wie es die Formulierung in § 47 Abs. 2 Satz 2 RefE vermuten lässt. Der Gesetzgeber sollte eine konkrete Frist (15 oder 30 Kalendertage) vorgeben, um Rechtsunsicherheiten zu vermeiden. Auf die Frist zur Abgabe der verbindlichen Angebote sollte aufgrund des unnötigen Zeitverzuges jedenfalls nicht abgestellt werden. Zudem müssten die Bewerber im Falle der Anpassung der Kriterien mehrmals Angebote abgeben.

<u>§ 47 Abs. 3 RefE:</u> Die Regelung zur Akteneinsicht unter Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ist zu begrüßen. In Satz 1 sollte jedoch zur Vermeidung unnötigen Aufwands klargestellt werden, dass die Akteneinsicht nur „*auf Verlangen*“ zu gewähren ist.

§ 47 Abs. 4 Satz 1 RefE: Die Regelung zur Rügeabhilfe sollte gestrichen werden. Eine Verfahrenswiederholung ab dem Zeitpunkt des Verstoßes ist nicht immer erforderlich oder geboten. Das Vorgehen bei der Abhilfe muss daher im Einzelfall entschieden werden.

§ 47 Abs. 4 Satz 3 RefE: Es ist zu begrüßen, dass die Bewerber im Falle der Nichtabhilfe einer Rüge ihre Rechte innerhalb von 15 Kalendertagen geltend machen müssen, um nicht präkludiert zu sein. Allerdings sollte der Gesetzgeber klarstellen, wie die Rechte geltend gemacht werden müssen. Am besten wäre eine Zuständigkeit der Vergabenachprüfungsinstanzen. Fraglich ist jedenfalls, ob zivilrechtlicher Eilrechtsschutz bei der Nichtabhilfe einer Rüge zu den Auswahlkriterien prozessual möglich ist, solange keine Vertragsunterzeichnung droht.

J. Fortzahlung Konzessionsabgabe

Die zeitlich unbegrenzte Fortzahlungspflicht der Konzessionsvergabe in § 48 Abs. 4 RefE ist grundsätzlich zu begrüßen. Zuweilen wurde bisher versucht, durch Konzessionsabgabenkürzungen Druck auf Gemeinden auszuüben. Allerdings ist die Einschränkung in § 48 Abs. 4 Satz 2 RefE unklar. Der Gesetzgeber sollte in der Begründung klarstellen, dass die Ausnahme nur gegeben ist, wenn die Gemeinde die Verfahrensdurchführung gänzlich unterlässt und nicht bereits, wenn die Gemeinde das Verfahren nicht nach den rechtlichen Vorgaben durchführt. Bei der derzeitigen Rechtslage zu den Auswahlkriterien – an der sich durch den vorliegenden Entwurf nicht viel ändern würde – ist eine rechtssichere Verfahrensdurchführung kaum zu gewährleisten. Vorzugswürdig wäre im Interesse aller Beteiligten eine bedingungslose Fortzahlungspflicht, da die Konzessionsabgabe für den Netzbetreiber ohnehin nur einen durchlaufenden Posten darstellt und die Gemeinden auf die Einnahmen angewiesen sind. Jegliche Einschränkung führt zu Rechtsunsicherheiten und Streitigkeiten.

Berlin, 30.12.2015

Christian Held
Stellvertretender Präsident
GEODE
Magazinstraße 15/16
10179 Berlin
Tel.: 0 30 / 611 284 070
Fax: 0 30 / 611 284 099
E-Mail: info@geode.de
www.geode.de
www.geode-eu.org

Die GEODE ist der europäische Verband der unabhängigen privaten und öffentlichen Strom- und Gasverteilerunternehmen. Mit dem Ziel, diese Unternehmen in einem sich zunehmend europäisch definierten Markt zu vertreten, wurde der Verband 1991 gegründet. Mittlerweile spricht die GEODE für mehr als 1.000 direkte und indirekte Mitgliedsunternehmen in vielen europäischen Ländern, davon 150 in Deutschland.