

Spielraum der Kommunen bei der Vergabe von Wegekonzessionen nach § 46 EnWG

Überblick

- I. Einleitung
- II. Regelungskonzept des § 46 EnWG
- III. Zulässige Vergabekriterien
- IV. Kommunale Entscheidungsspielräume
- V. Novellierung des EnWG
- VI. Fazit

Einleitung

Aktualität der Problematik:

- Reformüberlegungen im EnWG, speziell auch zu § 46 EnWG
- Sich entwickelnde Rechtsprechung, Leitentscheidungen des BGH : BGH, Urt. v. 17.12.2013 – KZR 66/12 – Berkenthin; Beschl. v. 17.12.2013 – KZR 65/2 – Heiligenhafen

Einleitung

- Anstehende Neuvergaben; nach wie vor Rekommunalisierungsabsichten in größerem Umfang

Landtag NRW, Drs. 16/4153, Antrag vom Okt. 2013:

"Der Landtag stellt fest:

Städte und Gemeinden, die ihre örtliche Energieversorgung verbrauchernah und dezentral ausrichten möchten, haben mit einer Netzübernahme die Möglichkeit diesen Prozess zu steuern und die Energiewende vor Ort und für den Bürger aktiv zu gestalten. Dabei nehmen die Kommunen aktiv ihre verfassungsrechtlich geschützte Verantwortung für die Gewährleistung der Daseinsvorsorge wahr. Beim Wettbewerb um Strom- und Gaskonzessionen ist dieses verfassungsrechtlich verankerte Recht auf kommunale Selbstverwaltung neben den anderen gesetzlichen Vorgaben zu berücksichtigen. ... Nachteile für Kommunen und kommunale Unternehmen bei der Konzessionsvergabe sind unangemessen und müssen deshalb beseitigt werden."

Regelungskonzept des § 46 EnWG

§ 46 Wegenutzungsverträge

(2) Verträge von Energieversorgungsunternehmen mit Gemeinden über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören, dürfen höchstens für eine Laufzeit von 20 Jahren abgeschlossen werden. Werden solche Verträge nach ihrem Ablauf nicht verlängert, so ist der bisher Nutzungsberechtigte verpflichtet, seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu übereignen.

(3) Die Gemeinden machen spätestens zwei Jahre vor Ablauf von Verträgen nach Absatz 2 das Vertragsende und einen ausdrücklichen Hinweis auf die nach Absatz 2 Satz 4 von der Gemeinde in geeigneter Form zu veröffentlichenden Daten sowie den Ort der Veröffentlichung durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger bekannt. ... Bei der Auswahl des Unternehmens ist die Gemeinde den Zielen des § 1 verpflichtet.

Regelungskonzept des § 46 EnWG

Ausschreibung/Wettbewerb um den Markt spätestens alle 20 Jahre

aus § 46 IV EnWG wird eine *Nichtanwendbarkeit* des *Inhouseprivilegs* gefolgert

(Kritik: selbst förmliches Vergaberecht, und auch EU-Primärrecht, kennen Inhouse-Privileg

aber eindeutige gesetzgeberische Intention: Der Gesetzgeber wollte sämtliche Wegekonzessionen den Anforderungen des § 46 II und III EnWG unterwerfen und eine Direktvergabe verhindern.

Das ist eine zulässige nationale Gestaltung. MS können auf Inhouse-Privileg verzichten)

Regelungskonzept des § 46 EnWG

Welche Kriterien für die Vergabe?

→ „Zielen des § 1 verpflichtet“

§ 1 Zweck des Gesetzes

(1) Zweck des Gesetzes ist eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung ..., die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht.

(2) Die Regulierung der Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze dient den Zielen der Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs ...und der Sicherung eines langfristig angelegten leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs von Energieversorgungsnetzen.

→ Allein und ausschließlich diesen Zielen, oder auch diesen Zielen?

Regelungskonzept des § 46 EnWG

Wie soll Verfahren ablaufen, welche Kriterien für Zuschlag mit welcher Gewichtung relevant sein??

- In § 46 EnWG äußerst dürftig geregelt
- Übernahme von Kriterien aus dem allgemeinen Wettbewerbs- und Vergaberecht nach GWB:
 - Insb Diskriminierungsverbot (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB) bei Vergabe von Strom-/Gasnetzkonzessionen: Gemeinden haben eine mb Stellung bei Vergabe von Wegennutzungsrechten; Konzessionsvergabe = unternehmer. Handeln

Zulässige Vergabekriterien

Lücken in § 46 II, III EnWG durch Rspr BGH gefüllt:

- Ziele des § 1 EnWG seien "vorrangig"

Was heißt vorrangig? Enge Sicht:

- Kriterien des § 1 EnWG vollständig abarbeiten
- andere Kriterien müssen ausreichenden Bezug zu Gegenstand des Konzessionsvertrags haben
- fiskalische Interessen nur, soweit sie in der KAV verankert (Konzessionsabgabenhöhe nach § 2 KAV; zulässige Leistungen nach § 3 KAV) → Dividendeninteressen, kommunale Beteiligung unzulässig

Zulässige Vergabekriterien

Zulässig sind schließlich noch auf die Konzession selbst bezogene Aspekte (Endschaftsbestimmungen, Kaufpreisregelungen, Kriterien zur Vertragslaufzeit).

- Abschlagszahlungen
- Zusatzleistungen
- Höhe Kommunalrabatt
- Bereitschaft zur Folgekostenübernahme
- Auskunftsrechte
- Endschaftsbestimmung (insbes. Kaufpreis für Netzübernahme)
- Laufzeit

Zulässige Vergabekriterien

- U. U. regionale Präsenz (Kundenbüros/Netzstörungenstellen; nicht: Erzielung von Gewerbesteuerereinnahmen)

Örtlichkeits-/Präsenzansforderungen sind wegen

§ 1 EnWG nur zulässig aus Sicherheits- und Verbraucherinteressen, also im Interesse örtlicher Kundenbüros und Netzentstörungsstellen, nicht aber im Interesse kommunaler Gewerbesteuerereinnahmen.

Weitere, insbesondere spezifisch kommunale Ziele als Kriterien hat der BGH ausgeschlossen.

Zulässige Vergabekriterien

- Ziele des § 1 EnWG seien "vorrangig"

"vorrangig" lt nachfolgender Rspr: mdt 50%

BGH: Ziele nach § 1 dürfen weder unberücksichtigt bleiben, noch willkürlich untergewichtet werden

(Kritik: In BT-Drs. 13/7274, 21 heißt es : „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.“)

Zulässige Vergabekriterien

- **Vergabe müsse diskriminierungsfrei ablaufen**, so dass Kriterien, die kommunale Energieversorger bevorzugten, unzulässig seien

(Kritik: Ableitung aus § 46 I verkennt Unterschiede; außerdem lässt Diskriminierungsverbot gerade *sachlich* begründete *Differenzierungen* zu, vgl. auch § 19 II Nr. 1 GWB)

Zulässige Vergabekriterien

Raum für spezifisch auf kommunale Anteile an den Energienetzen oder auf kommunale fiskalische Interessen abstellende Kriterien? Lt BGH wohl fiskalische Interessen der Gemeinden auf Konzessionsabgabe, § 3 KAV begrenzt

→ unzulässige Kriterien sind daher : Höhe kommunaler Anteile an Netzen, Kommunaler Vermögenszuwachs, Kommunaler Kapitaleinsatz für Netzerwerb, Möglichkeiten Diversifizierung und Geschäftsfelderweiterung

(Kritik: Die Verweisung auf die Ziele des § 1 EnWG ist nicht abschließend oder auch nur vorrangig. Andere sachliche Gründe werden nicht ausgeschlossen.)

Zulässige Vergabekriterien

Zum Verfahren:

- Lt BGH sei gefordert ein diskriminierungsfreies und transparentes Auswahlverfahren mit Bekanntmachung

Aus Diskriminierungsverbot folgert BGH auch noch die Geltung des Transparenzgebots, was bedinge, die Entscheidungskriterien *wie auch ihre Gewichtung* vor Angebotsabgabe mitzuteilen

Kritik: Angabe der Gewichtung ist nun wirklich nicht in § 46 EnWG vorgesehen und auch sonst nicht als allgemeiner Rechtsgrundsatz für alle Vergaben existent (aA BGH)

Kommunale Entscheidungsspielräume

Verbleibende Spielräume für genuine kommunalrelevante Kriterien und zur Rekommunalisierung der Netze??

- + Spielräume haben die Gemeinden nach BGH nur zur Konkretisierung und Gewichtung der zulässigen Kriterien nach § 1 EnWG
- + Gemeinden dürfen bei ihren Auswahlentscheidungen eigene finanzielle Interessen an der Netzübernahme nicht einstellen

Kommunale Entscheidungsspielräume

ABER: Interesse der Gemeinden an größerer Einflussnahme zur Sicherung ihrer öffentlichen Daseinsvorsorgeaufgabe!!??

- BGH: kommunales Interesse an einer eigenen Netzübernahme/Einflussnahme auf Netzbetrieb allenfalls im Interesse der Güte des Netzbetriebs und der Versorgungssicherheit zulässig; vorrangig durch vertragl Einwirkungsrechte zu sichern
wenn diese nicht genügen könnten, sind Kriterien zugunsten einer eigenen kommunalen Betätigung oder Beteiligung durch Abstellen auf kommunalen gesellschaftlichen Einfluss ausnahmsweise zulässig

Kommunale Entscheidungsspielräume

kommunales Interesse an einer eigenen Netzübernahme daher allenfalls im Interesse des Netzbetriebs und der Versorgungssicherheit erlaubt. Dieser Einfluss wird aber regelmäßig durch vertragliche Einwirkungsrechte abgesichert werden können, etwa durch Auskunfts- oder Konsultationsrechte oder eine Change-of-Control-Klausel

Kommunale Entscheidungsspielräume

Soweit der Gesetzgeber in § 46 II, III EnWG eine detaillierte Regelung unterlassen und den Gemeinden dadurch Spielräume eröffnet hat, sollten sie nicht vorschnell als nach § 19 GWB missbräuchlich gebrandmarkt werden.

Dies liefe den für das Energierecht maßgeblichen Wertungen im EnWG entgegen.

Daher sollte bei der Auslegung des § 19 GWB eine gewisse Zurückhaltung in Bezug auf genuin kartellrechtliche Wertungen an den Tag gelegt werden, zumal in Situationen des unionalen Inhouse-Privilegs. Die unionale Bewertung einer innerkommunalen Vergabe als binnenmarktirrelevant sollte zu Vorsicht bei der Einschätzung als wettbewerbsschädliches Verhalten raten.

Novellierung des EnWG

Koalitionsvertrag für die 18. Legislaturperiode (S. 59)

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

Novellierung des EnWG

Vorschlag Expertenkommission LKartBeh NRW:

§ 46 Abs. 3 Satz 5 neu:

Bei der Auswahl des Unternehmens hat die Gemeinde neben den Zielen und Interessen der örtlichen Gemeinde auch die Ziele des § 1 zu berücksichtigen.

§ 46 Abs. 4 neu: Freiheit zur Inhouse-Vergabe:

„Eines Auswahlverfahrens bedarf es nicht, wenn die Gemeinde den Vertrag nach Absatz 2 mit einem Eigenbetrieb der Gemeinde oder mit einem Unternehmen schließt, das nach Artikel 17 der Richtlinie 2014/23/EU ... über die Konzessionsvergabe nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fällt. Soweit die Gemeinde ein Auswahlverfahren durchführt, finden die Absätze 2 und 3 Sätze 1 bis 5 sowie § 47 für die Eigenbetriebe der Gemeinden entsprechende Anwendung.“

(und zahlreiche weitere Änderungen)

Novellierung des EnWG

Referentenentwurf des BM Wirtschaft u Energie vom September 2015
(Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung des Strommarktes
(**Strommarktgesetz**)):

- Keine Änderung insoweit bei § 1 EnWG
- Keine Änderung bei § 46 EnWG

Auch **VergabeRModG** bringt keine Regelung:

Entwurfsbegründung, S. 92 *„Gewährung von Wegerechten ... , über die eine Dienstleistung für die Allgemeinheit erbracht werden soll“*, ist keine Konzession im Sinne der KonzRL 2014/23/EU, *„sofern derartige Verpflichtungen weder eine Lieferverpflichtung auferlegen noch den Erwerb von Dienstleistungen durch den Konzessionsgeber für sich selbst oder für den Endnutzer vorsehen.“* → nicht von den neu im GWB eingefügten Regelungen zur Konzessionsvergabe erfasst (Wegenutzungsverträge nach § 46 EnWG)

Novellierung des EnWG

Referentenentwurf des Bundeswirtschaftsministeriums zur Änderung der Vergabebestimmungen von Strom- und Gaskonzessionen:

+ Ergänzung in § 46 II S. 5, dass nicht nur Ziele des § 1 EnWG, sondern auch Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft berücksichtigt werden können

lässt aber im übrigen viele Fragen offen:

+ welche Angelegenheiten genau sind erlaubt? Örtliche Energieversorgung als kommunale Selbstverwaltungsaufgabe vom BGH bereits anerkannt; Einfluss auf örtliche Infrastruktur?

+ Gewichtung der Ziele nach § 1 EnWG zu denen der örtlichen Gemeinschaft?

Fazit

Große Rechtsunsicherheit in vielen Detailfragen

Anforderungen des BGH gewähren Kommunen kaum wirklich eigene Spielräume, außer zur Festlegung der konkreten Gewichtung weitgehend vorbestimmter Kriterien

Diese weitreichende Orientierung am Vergaberecht verkennt Spielräume → gesetzliche Klarstellungen und Erweiterungen für Kommunale Interessen dringend geboten

Literaturhinweis

