



Vergabe von Konzessionsverträgen zur Strom- und Gasversorgung

**Veranstaltung des forum vergabe e.V.
am 27.02.2018 in Köln**

1. Wirtschaftlicher Rahmen und gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur

Christian Ewald, Bundeskartellamt, Bonn

- Die Vergabe dieser Verträge stellt vermutlich im Bundeskartellamt das am meisten beachtete Feld der letzten acht bis zehn Jahre dar. Dies liegt zum einen an der hohen Anzahl der auslaufenden Verträge, zum anderen an dem intensiven Wettbewerb und dem Trend zur Regionalisierung.
- Die wirtschaftliche Bedeutung wird insbesondere im Strombereich zunehmen.
- Aus Sicht des Energieverbrauchers stellen insbesondere die Nutzungsentgelte einen immer höheren Preisbestandteil dar.
- Dieser Wirtschaftsbereich ist geprägt von einem Wettbewerb „um den Markt“ und nicht um einen Wettbewerb im Markt.
- Der Qualitätswettbewerb ist ein wichtiges Ziel des Gesetzgebers. Dies liegt daran, dass die Preise für die Verbraucher letztlich außerhalb des Vertragsverhältnisses des Konzessionsvertrages gebildet werden.
- Zu erreichen ist eine Deckungsgleichheit von Regulierungsrecht, Kartellrecht und Vergaberecht.
- Die Diskussion um die Anwendbarkeit der Konzessionsrichtlinie ist noch nicht abgeschlossen. Maßgeblich gegen eine Anwendbarkeit spricht Erwägungsgrund 16 der Richtlinie.
- Ausgangspunkt ist, dass die Vergabe von Konzessionsverträgen eine unternehmerische Tätigkeit ist, auf dem die jeweilige Gemeinde marktbeherrschend ist.
- Den Kartellbehörden steht bei der Verfolgung von Wettbewerbsverstöße ein Aufgreifermessen zu. Dies kann sich beispielsweise darauf beschränken, eklatante Verstöße aufzugreifen.
- Der gemeinsame Leitfaden nimmt, um den Entscheidungsspielraum der Gemeinde nicht einzuschränken, nicht für sich in Anspruch vorzugeben, wie genau Auswahlkriterien auszugestalten sind. Er empfiehlt, als „sicheren Hafen“ mehr als 70 % der Kriterien mit Bezug zu den Zielen von § 1 EnWG festzulegen.

- Auch wenn die Gemeinde Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft einführen und bewerten will, müssen diese im Rahmen des § 1 EnWG gehalten werden und einen Bezug zum Netz aufweisen.
- Auch bei Beteiligungsmodellen darf keine unzulässige Vorabfestlegung erfolgen. Den Gemeinden stehen dabei sowohl zweistufige als auch einstufige Verfahren zur Verfügung. Geht die Gemeinde im Vorfeld einer Vergabe eine Partnerschaft ein, spricht das Fehlen einer Rückabwicklungsklausel wohl regelmäßig für eine Vorabfestlegung.
- Eine nachträgliche Kooperation miteinander konkurrierender Bieter kann einen unzulässigen Eingriff in den Wettbewerb darstellen, mit der Gefahr der zivilrechtlichen Nichtigkeit nach § 1 GWB.

2. Rechtlicher Rahmen

Rechtsanwältin Katrin Dietrich, MVV Energie AG, Mannheim

- Es besteht der Eindruck, dass Regelungen und Gedanken des Vergaberechts zunehmend Einzug in die Vergabe von Konzessionsverträgen halten.
- Diese Verträge unterliegen dann nicht dem Anwendungsbereich der Konzessionsvergaberichtlinie, wenn sie ausschließlich Wegenutzungsrechte betreffen, da die Konzessionsvergaberichtlinie begrifflich das Beauftragen einer Dienstleistung voraussetzt.
- Eine Erweiterung um Dienstleistungen, auch geringwertiger Art, würde jedoch dazu führen, dass die Konzessionsvergaberichtlinie anwendbar ist. Die sogenannte Schwerpunkttheorie ist auf diese Verträge nicht anwendbar.
- Auch die Entlastung der Gemeinde von der Grundversorgungsaufgabe „Energieversorgung“ kann nicht als Dienstleistung im Sinne des Vergaberechts angesehen werden.
- Wesentlicher Gehalt des § 46a EnWG ist die Festlegung von Auskunftspflichten gegenüber der Bundesnetzagentur und dem Bundeskartellamt.
- In § 47 EnWG sind Rügefristen, das Akteneinsichtsrecht und die Präklusion von nicht gerügten Vergabeverstößen geregelt.
- Der gemeinsame Leitfaden ist teilweise in § 46 EnWG umgesetzt, bleibt aber als nicht-gesetzliche Leitfaden eine mögliche Richtschnur ordnungsgemäßen Verhaltens.
- Die Folge einer wegen Verstoß gegen § 1 GWB unwirksamen Vergabe ist die Nichtigkeit des Vertrages.

- Die Nichtigkeit des Vertrages hat auch zur Folge, dass kein Anspruch auf Netzüberlassung beruht, dies wäre eine unzulässige Rechtsausübung.
- Gemischte-genutzte Anlagen sind zu übertragen, wenn der Letztverbraucher unmittelbar an diese angeschlossen ist.
- Der Kaufpreis wird in der Regel nach dem Ertragswert ermittelt, die Einigung auf eine andere Methode ist jedoch möglich.

3. Auswahlkriterien und Zuschlagsentscheidung

Rechtsanwalt Dennis Tischmacher, Becker Büttner Held, Berlin

- Der Leitfaden des Bundeskartellamtes und der Bundesnetzagentur ist in vielen Teilen Ausdruck anerkannten Branchenverständnisses. Aufgrund des Rechtsweges, der beim einstweiligen Rechtsschutz vor den Oberlandesgerichten endet, gewinnt die spezifische Rechtsprechung des jeweils zuständigen OLG eine deutlich größere Bedeutung als früher.
- Gemeinden verteidigen zunehmend erfolgreich ihre Verträge, was eindeutiges Zeichen für die gesteigerte Rechtssicherheit ist, die sich aufgrund von Erfahrungen und der aktuellen Entwicklungen ergeben hat.
- Bei der Aufstellung der Auswahlkriterien steht der Gemeinde ein Beurteilungsspielraum zu. Die Energieversorgung ist Teil des kommunalen Selbstverwaltungsrechts. Der Rechtsrahmen, insbesondere das EnWG, ist aber natürlich zu beachten.
- Die Ziele des § 1 EnWG sind dabei vorrangig zu beachten, also regelmäßig mit mehr als 50 %.
- Alle Zuschlagskriterien, auch soweit sie Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft einbeziehen, müssen einen sachlichen Bezug zu den Wege-nutzungsrechten und zum Netz aufweisen.
- Ein Ideen- bzw. Konzept-Wettbewerb ist als zentraler Teil des Wettbewerbes sinnvoll.
- Das Kriterium der Netzsicherheit darf nicht willkürlich untergewichtet werden. Ein Ansatz von mindestens 25 % dürfte regelmäßig nicht zu beanstanden sein. Dies gilt auch nach der Neufassung des § 46 EnWG.
- Als Faustregel dürfte sich empfehlen, kein Ziel des § 1 EnWG unter 10 % zu gewichten.
- Zulässig ist die Berücksichtigung fiskalischer Interessen wie die Höhe der Konzessionsabgabe, zulässige Nebenleistungen, Vertragslaufzeiten, Endzeitregelungen und Kaufpreisregelungen.

- Die üblichen Musterkriterienkataloge sind regelmäßig nicht ohne Abweichungen zu empfehlen.
- Den interessierten Unternehmen sind die Auswahlkriterien und die Bewertungsmethodik mitzuteilen.
- Nach Kommunalrecht ist regelmäßig die Festlegung der Auswahlkriterien, ihrer Gewichtung und der Methodik im Gemeinderat erforderlich.
- Auch bei der Auswahlentscheidung steht der Gemeinde ein Beurteilungsspielraum zu. Dieser kann nur eingeschränkt gerichtlich überprüft werden. Die Rechtsprechung verlangt außerdem, dass der sich ergebende Fehler den Wettbewerb unbillig behindern muss.
- Für die Erhebung von Rügen sind die drei unterschiedlichen Phasen des Verfahrens zu berücksichtigen. Fehler in der Bekanntmachung müssen bis zum Ablauf der Interessenbekundungsfrist gerügt werden. Bei einer begründeten Nichtabhilfe muss innerhalb von 15 Tagen eine einstweilige Verfügung beantragt werden. Auswahlkriterien und ihre Gewichtung sind 15 Kalendertagen ab ihrem Zugang zu rügen. Die Auswahlentscheidung ist innerhalb von 30 Kalendertagen ab Zugang bzw. ab Akteneinsicht zu rügen.

4. Vertragsgestaltung

Rechtsanwalt Dr. Jochen Fischer, Gaßner, Groth, Siederer & Coll., Berlin

- Die im Grundsatz gegebene Vertragsfreiheit ist in diesem Bereich stark von den gesetzlichen Regelungen überlagert.
- Wesentliche Vertragsbestandteile sind das Recht zur Wegenutzung, die Vergütung, die Vertragslaufzeit und Endzeitregelungen.
- Die festzulegende Wegenutzung ist keine erlaubnispflichtige Sondernutzung. Sie ist im Vertrag genau zu bestimmen.
- Die Vergütung ist, im Zweifel in Höhe des zulässigen Höchstsatzes nach der KAV, näher festzulegen. Für Tarif Kunden können Sonderregelungen getroffen werden.
- Der zulässige Kommunalrabatt betrifft nur das Netzentgelt. Dieses muss deswegen in den Rechnungen gesondert ausgewiesen werden.
- Die Vertragslaufzeit ist auf maximal 20 Jahre einschließlich der Verlängerungsoptionen begrenzt. Optionen sind nur dann zulässig, wenn sie automatisch greifen.
- Die möglichen Regelungen zur Beendigung des Vertrages, die Endzeitregelungen, sind weitgehend von der Rechtsprechung und dem Gesetz

vorgegeben. Dispositiv sind nur noch wenige Regelungen. So kann der Neukonzessionär zwischen Eigentums- und Besitzübergang wählen.

- Nicht von der Überlassung bei Ende des Vertrages betroffen sind Durchgangsleitungen. Auch Grundstücke sind nicht zu übereignen.
- Die Kostentragung bei Baumaßnahmen im Bereich der Straße ist sinnvollerweise nach dem Anlass der Baumaßnahme zu differenzieren und gegebenenfalls prozentual zuzuweisen.
- Auskunftsrechte vertragliche Art empfehlen sich trotz der Regelung im Gesetz, etwa um über das Gesetz hinausgehende Regelungen zu schaffen. So kann ein gegenüber dem Gesetz früherer Auskunftszeitpunkt festgelegt werden.
- Klauseln für den Fall der Kündigung wegen Kontrollwechsels des Auftragnehmers sollen vor Veränderung des Vertragspartners schützen.