

# Rechtliche Kriterien bei der Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen

Zum Beschluss des OLG Stuttgart vom 07.11.2013 – Konzessionsvergabe Stadt Süßen

Workshop zum Energierecht

enreg Berlin, 20.01.2014

Dr. Andreas Hahn

---

# Das Konzessionierungsverfahren der Stadt Süßen (1/2)

- Auslaufen der Konzessionsverträge für Strom und Gas zum 31.12.2012 wurde im BAnz. bekannt gemacht. Interessenbekundungsfrist 6 Monate („*Die Stadt behält sich vor, nach diesem Termin eingehende Interessenbekundungen zu berücksichtigen*“).
  - Interessenbekundungen von drei Unternehmen für Strom und zwei Unternehmen für Gas. Bewerbung der Stadtwerke Süßen erfolgte 4 Monate nach Fristende.
  - Aufstellung eines Kriterienkataloges durch den Gemeinderat im Mai 2011:
    - Maximale Konzessionsabgabe
    - Kommunalrabatt 10 %
    - Folgekostenübernahme
    - Verwaltungskostenerstattung
    - Energiepolitische Leistungen
    - Endschaftsbestimmungen Eigentum
    - Endschaftsbestimmungen Auskünfte
    - Vereinbarungen über konkurrierende Direktleitungsbauten
    - Telekommunikation/Erschließung DSL
    - Verkabelung
    - Günstige Netzentgelte
    - Netzerneuerungen (smart grid)
-

---

## Das Konzessionierungsverfahren der Stadt Süßen (2/2)

- Keine Mitteilung der genauen Gewichtung der Auswahlkriterien an Bewerber.
- Aufforderung zur Abgabe von Angeboten auch in Bezug auf die Gründung einer gemeinsamen Netzgesellschaft mit der Stadt → Abgabe von zwei Angeboten.
- Vergabe der Konzessionsverträge für Strom und Gas im November 2011 an die Stadtwerke Süßen, die insgesamt die höchste Punktzahl erreicht hatten.
- Anschließend Entscheidung des Gemeinderates zur Gründung einer gemeinsamen Netzgesellschaft mit einem der Bewerber (Altkonzessionär Strom). Einbringung des Stromnetzes in die gemeinsame Netzgesellschaft und Verpachtung an den privaten Gesellschafter.
- Beschwerde eines unterlegenen Bewerbers (Altkonzessionär Gas) bei der Energiekartellbehörde Baden-Württemberg („EKartB“):
  - Einleitung eines kartellrechtliche Missbrauchsverfahrens nach § 19 Abs.1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 1 GWB durch die EKartB.

---

## Die Verfügung der EKartB vom 28.02.2013

- Missbrauchsverfügung der EKartB vom 28.02.2013 wegen Missbrauchs einer marktbeherrschender Stellung nach § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1 GWB:
    - Verpflichtung zur Wiederholung der Konzessionierungsverfahren Strom und Gas „*beginnend mit der Bekanntmachung der Wiederholung im BANz zusammen mit einem ausdrücklichen Hinweis auf die nach § 46 II 3 EnWG in geeigneter Form zu veröffentlichenden Daten sowie den Ort der Veröffentlichung*“.
    - Verpflichtung bei der Wiederholung sicherzustellen, dass die „*Konzessionsverträge in transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahren vergeben werden, unter maßgeblicher Berücksichtigung der Zielvorgaben des § 1 EnWG.*“
  - Gemeinde soll das Gebot der Diskriminierungsfreiheit, Transparenz und der Gleichbehandlung beim Auswahlverfahren und der Auswahlentscheidung nicht beachtet haben.
  - Verstoß gegen das Missbrauchsverbot des § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1 GWB in sieben Fällen:
-

---

# Die Zielvorgaben des § 1 EnWG (1/2)

## 1. EKartB: Keine **maßgebliche Berücksichtigung der Zielvorgaben** des § 1 EnWG

- Gemeinde hätte § 46 III 5 EnWG berücksichtigen müssen (obwohl Kriterien vor dem Inkrafttreten der EnWG Novelle 2011 beschlossen wurden),
- Kriterienkatalog war nicht „*vorrangig*“ an den Zielvorgaben des § 1 EnWG ausgerichtet,
- nur die Kriterien „Höhe der Netzentgelte“, „Netzerneuerung“, „Verkabelung“ und „energiepolitische Leistungen“ weisen einen Bezug zu § 1 EnWG auf → finanzielle Interessen der Gemeinde standen im Vordergrund,
- der erfolgreiche Bewerber (Stadtwerke) hat beim Kriterium „Netzentgelte“ am schlechtesten abgeschnitten.

### ➤ Stadt Süßen:

- Gemeinde ist den Zielen des § 1 EnWG nur „*verpflichtet*“, d.h. sie muss diese mit berücksichtigen und darf ihnen nicht zuwider handeln („Berücksichtigungsgebot“).
- Auch gemeindliche und fiskalische Interessen dürfen mit berücksichtigt werden.

---

## Die Zielvorgaben des § 1 EnWG (2/2)

### ➤ Gemeinde:

- Die Hälfte der 12 Auswahlkriterien bezog sich auf die Ziele des § 1 EnWG:
  - „Energiepolitische Leistungen“ → ressourcenschonender Umgang mit der Energieart
  - „Direktleitungsbauten“ → Effiziente Versorgung / preisgünstige Versorgung
  - „Telekommunikation/Erschließung DSL“ → Effiziente Versorgung
  - „Verkabelung“ → Versorgungssicherheit / Umweltverträglichkeit
  - „günstige Netzentgelte“ → Preisgünstige Versorgung
  - „Netzerneuerung (smart grid)“ → sichere Versorgung / preisgünstige Versorgung
- Kriterium „Netzentgelte“ hat keine Ausschlusswirkung (zudem kaum operationalisierbar).
- Gemeinde hat einen Beurteilungsspielraum, welchen Kriterien sie welche Gewichtung zumisst (LG Köln v. 7.11.12, 90 O 59/12; LG Leipzig v. 16.11.12, 5 O 2822/12).

---

## Interessenbekundungsfrist/Kriteriengewichtung

2. EKartB: Ungerechtfertigte **Bevorzugung der Stadtwerke**, da dessen nach Ablauf der Interessenbekundungsfrist eingegangene Bewerbung **nicht zurückgewiesen** wurde.
  - Gemeinde ist „Herrin des Verfahrens“ und frei darin, ob sie die Interessenbekundungsfrist als Ausschlussfrist gestaltet (nur Bindung an Art 3 I GG).
3. EKartB: Verstoß gegen das Transparenzgebot, da den Bewerbern nicht die **genaue Gewichtung der einzelnen Kriterien** mitgeteilt wurde, sondern nur die „wichtigsten“ Kriterien (Konzessionsabgabe, Endschaftsbestimmungen, Netzentgelte).
  - Das Transparenzgebot erfordert keine totale Offenlegung aller Daten des Verfahrens. Es genügt, wenn die Gemeinde eine interne Gewichtung vorgenommen hat. Auch der EuGH fordert für Dienstleistungskonzessionen nur einen „angemessenen Grad an Öffentlichkeit“ und hat eine Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers zur Nennung der Gewichtung der Zuschlagskriterien abgelehnt (EuGH v. 18.11.10 – C-226/09).

---

## Kooperationsmodell (1/2)

4. EKartB: Verstoß gegen das Gebot der Gleichbehandlung und Transparenz, da Gemeinde **keine Kriterien** zur Bewertung der **Kooperationsmodelle** aufgestellt hat.
5. EKartB: Verstoß gegen das Transparenzgebot, da die Gemeinde den Bewerbern **nicht mitgeteilt** hat, welche Kriterien für ein Kooperationsmodell entscheidend sein sollen.
  - § 46 III EnWG gilt nur für die Konzessionsvergabe, nicht aber für die Suche der Gemeinde nach einem Kooperationspartner.
  - Die Entscheidung darüber, ob eine Gemeinde eine Kooperationsgesellschaft gründen möchte, ist eine solche der gemeindlichen Selbstverwaltung (Art. 28 II GG).



---

## Kooperationsmodell (2/2)

6. EKartB: Gemeinde hat ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht, indem sie „*unter bewusster Umgehung der Auffassung der EKartB*“ eine **nicht marktübliche** „*Pachtrendite*“ i.R.d. Kooperationsmodells vereinbart hat (max. 5,5% Rendite zulässig).
- Der Pachtvertrag mit dem Kooperationspartner wurde erst 5 Monate nach der Konzessionsvergabe abgeschlossen. Dieser enthält keine vereinbarte Rendite, sondern nur einen (variablen) Pachtzins, der nicht mit dem Gewinn des Verpächters identisch ist. Zudem fehlt jeder Maßstab für die Marktüblichkeit.
7. EKartB: Unzulässige Vorfestlegung, da die Gemeinde bereits vor der Vergabeentscheidung die Verträge für das Kooperationsmodell ausgehandelt hat.
- Aus dem Umstand, dass die Gemeinde einen Kooperationspartner sucht, kann nicht auf eine Voreingenommenheit bei der späteren Entscheidung über die Konzessionsvergabe geschlossen werden (OLG Düsseldorf v. 9.1.13 – VII-Verg. 26/12).
-

---

# Kommunale Selbstverwaltungsgarantie/Erforderlichkeit

- **Kommunale Selbstverwaltungsgarantie**
  - EKartB: Gemeinde kann sich nicht auf Art. 28 II GG berufen, da die Regelungskompetenz durch § 46 EnGW und § 19, 20 GWB eingeschränkt wird („im Rahmen der Gesetze“).
  - Gemeinde: Der Gemeinde dürfen Aufgaben mit örtlichem Bezug nur dann entzogen werden, wenn überwiegende öffentliche Gründe dies rechtfertigen (BVerfGE 79, 127, 153).
- **Vollständige Wiederholung** des Verfahrens „erforderlich“ ?
  - Gemeinde: Zurückversetzung des Verfahrens in das Stadium vor Angebotsabgabe ist ausreichend zur Abstellung des Kartellverstoßes.

---

## OLG Stuttgart, Beschl. v. 07.11.2013, 201 Kart 1/13 (1/3)

- Jede Gemeinde hat eine **marktbeherrschende Stellung** auf dem Markt für die Einräumung der Wegerechte in ihrem Gemeindegebiet i.S.d. § 18 Abs. 1 Nr. 1 GWB inne.
- Eine missbräuchliche Ausnutzung der mbh Stellung ist darin zu sehen, dass die Gemeinde bei der Auswahl der Konzessionsnehmer *„die den Zielvorgaben des § 1 EnWG entsprechenden Auswahlkriterien in nicht ausreichendem Maße zugrunde gelegt hat.“*
- Der am 4.8.11 in Kraft getretene § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG ist anwendbar. Entscheidender Zeitpunkt ist der Beschluss des Gemeindefrates über die Vergabe. Zudem handelt es sich nur um eine klarstellende Vorschrift, so dass der sachliche Gehalt der Norm auch schon vorher zu berücksichtigen war.
- Aufgrund der Verweisung auf § 1 EnWG genügt es nicht, wenn *„eine Gemeinde bei ihrer Auswahlentscheidung die Ziele des § 1 EnWG lediglich mitberücksichtigt“*.
- Es bedarf einer *„ausschließlichen oder jedenfalls gegenüber anderen gemeindlichen Zielen deutlich vorrangigen Berücksichtigung“* der Ziele des § 1 EnWG. Weitere Kriterien können daneben *„allenfalls in ausgesprochen eingeschränktem Maße“* berücksichtigt werden..

---

# OLG Stuttgart, Beschl. v. 07.11.2013, 201 Kart 1/13 (2/3)

- Begründung:
  - Wortlaut des § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG spricht für eine Auslegung als „*strenger Verpflichtungstatbestand*“.
  - Da die Gemeinde anstelle des Kunden über den Netzbetreiber zu entscheiden hat, spricht dies dafür, dass die Gemeinde ihre Vergabekriterien und ihre Entscheidung allgemeinwohlbezogen nach der objektiven Interessenlage eines typisierten Netzkunden festlegen und treffen muss und nicht unter Berücksichtigung eigenen fiskalischer Interessen.
  - Bei der EnWG Novelle 2012 wurde die vom Bundesrat vorgeschlagene Formulierung, wonach die Ziele des § 1 EnWG nur „*mit einzubeziehen*“ sind, nicht übernommen.
  - Aus der **KAV** ergibt sich, dass der Berücksichtigung fiskalischer Interessen enge Grenzen gesetzt sind.
  - Eine deutlich vorrangige Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG berührt auch nicht den Kernbereich kommunaler Selbstverwaltung.

---

## OLG Stuttgart, Beschl. v. 07.11.2013, 201 Kart 1/13 (3/3)

- Eine „deutlich vorrangige Berücksichtigung“ liegt dann nicht vor, wenn **nur 50 % der Kriterien** einen Bezug zu den Zielen des § 1 EnWG aufweisen.
- Es ist offen, wann von einer zumindest deutlich vorrangigen Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG neben anderen Zielen ausgegangen werden kann.
- Für eine sachfremde Vergabe der Konzession spricht auch, wenn diese an einen Bewerber vergeben wird, der weder über Fachpersonal noch über Erfahrung im Strom- und Gasnetzbetrieb verfügt und beim Kriterium Netzentgelte die schlechteste Bewertung erhalten hat.
- Die Verpflichtung zur **vollständigen Wiederholung** des Vergabeverfahrens ist verhältnismäßig und die Anordnung zur Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens ist weder zu weit noch zu unbestimmt.
- Rechtsbeschwerde wurde nicht zugelassen: *„Die entscheidungserheblichen Rechtsfragen sind von der höchstrichterlichen Rechtsprechung abstrakt geklärt.“*
- Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH ist eingelegt.

Vielen Dank  
für Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. Andreas Hahn

T + 49 (0) 711 / 6 01 87 – 120

F + 49 (0) 711 / 6 01 87 – 222

[hahn@oppenlaender.de](mailto:hahn@oppenlaender.de)

Börsenplatz 1

70174 Stuttgart

[www.oppenlaender.de](http://www.oppenlaender.de)