

Die Rechtsprechung des BGH zur korrekten Gestaltung von Strom- und Gasnetz- Ausschreibungen

Dr. Wolfgang Kirchhoff
Richter am BGH

enreg.
Workshop zum Energierecht
Berlin

20. Mai 2015

Gliederung

1. Vergabe im Wettbewerb
 - a) Geltung des Diskriminierungsverbots
 - b) Netzbetrieb durch Eigenbetriebe
2. Transparenzgebot
3. Auswahlkriterien
4. Gewichtung
5. Einfluss der KAV

Grundlegend BGH, Urteile v. 17.12.2013, KZR 66/12, BGHZ 199,289 – Stromnetz Berkenthin – und KZR 65/12, WuW/E DE-R 4139 – Stromnetz Heiligenhafen

1a Diskriminierungsverbot/1

Diskriminierungsverbot (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB) bei Vergabe von Strom-/Gasnetzkonzessionen

- Gemeinden = Normadressaten des § 19 GWB
 - Abschluss von Konzessionsverträgen = unternehmer. Handeln
- Marktbeherrschende Stellung
Monopol für Wegennutzungsrechte im Gemeindegebiet
- Kartellrechtl. Diskriminierungsverbot nicht durch EnWG beschränkt

§ 46 Abs. 1 S. 1 EnWG:

Gemeinden haben ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen ... zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen.

1b Netzbetrieb durch Eigenbetrieb

Diskriminierungsverbot auch bei „Vergabe“ an Eigenbetrieb

- § 46 Abs. 4 EnWG: Abs. 2 u. 3 entspr. anwendbar
(auch bei Wegennutzung durch Eigenbetrieb alle 20 Jahre Wettbewerb um Netz)
- § 46 EnWG schließt Ewigkeitsrecht Kommune zum eigenen Netzbetrieb aus
- § 46 Abs. 4 EnWG stellt beim Wettbewerb um Konzession Eigenbetriebe anderen bisher Nutzungsberechtigten gleich
- Entspr. Anwendung § 46 Abs. 3 EnWG (Bekanntmachungspflichten) auf Eigenbetriebe sinnlos, wenn keine Pflicht zur Betreiber Auswahl nach rationalen Kriterien
- Kein „Konzernprivileg“/keine „In-House-Vergabe“

2. Transparenzgebot/1

Transparenzgebot: Ordnungsgemäße Bekanntmachung

- Stets im Bundesanzeiger (§ 46 Abs. 3 S. 1 EnWG), auch bei vorzeitiger Beendigung Konzessionsvertrag (§ 46 Abs. 3 S. 3 EnWG – Deutsches Ausschreibungsblatt reicht nicht)
- Verstoß führt zur Nichtigkeit des Konzessionsvertrags
 - Keine Heilung durch anderweitige Veröffentlichung
 - Auswirkung auf Vergabe nicht auszuschließen, Bewerbung weiterer Unternehmen bei ordnungsgemäßer Bekanntgabe jedenfalls möglich

BGH, Urt. v. 18.11.2014 – EnZR 33/13, ZNER 2015, 24 – Stromnetz Schierke

2. Transparenzgebot/2

Transparenzgebot:

- Mitteilung der Entscheidungskriterien
- Offenlegung ihrer Gewichtung
- Rechtzeitig vor Angebotsabgabe
(aber nicht schon in Bekanntmachung)

= Allgemeiner Grundsatz diskriminierungsfreier
Auswahlverfahren

(vgl. nur zum Vergaberecht § 97 Abs. 1 GWB ; zu Dienstleistungskonzessionen EuGH, Slg. 2005, I-8585 Rn. 49 – Parking Brixen; zum Kartellrecht BGH, WuW/E DE-R 1951 Rn. 16 – Bevorzugung einer Behindertenwerkstatt)

3. Auswahlkriterien

- Auswahlentscheidung allein nach sachl. Kriterien
 - Konkretisierung durch Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG:
 - sichere
 - preisgünstige
 - verbraucherfreundliche
 - effiziente
 - umweltverträgliche
 - zunehmend auf erneuerbaren Energien beruhende
- kommunale Versorgung mit Elektrizität und Gas
- Auswahl des für diese Ziele bestgeeigneten Netzbetreibers

3. Auswahlkriterien/2

Zulässige Kriterien /

Doppelrolle Gemeinde als Anbieter und Nachfrager

- Anbieterinteresse (hoher Preis): nur in Grenzen KAV
- Nachfragerinteresse (sichere usw. Versorgung):
 - Inhalt des Konzessionsvertrags (qualitative Kriterien)
 - Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG
- Spielraum der Gemeinden bei Formulierung/Gewichtung von Auswahlkriterien

3. Auswahlkriterien/3

Gemeindlicher Einfluss auf Netzbetrieb als Kriterium?

- Einflussnahme auf Netzbetrieb kann legitimes Interesse der Gemeinde sein
 - Absicherung der Planungshoheit bei
 - Netz- u. Kapazitätserweiterungen
 - Netzmodernisierung
- Soweit unverzichtbar, aber als Auswahlkriterium ungeeignet (zwingende Anforderung an alle Angebote)
- Soweit unterschiedliche Angebote möglich, zulässiges Bewertungskriterium (insbes. Umfang vertragl. Informations- u. Nachverhandlungspflichten, Mitwirkungs- und Konsultationsrechte)

3. Auswahlkriterien/4

Besserbewertung wg. Beteiligung an Netzgesellschaft?

- Missbrauchsgefahren:
 - Unzulässige Gegenleistung nach KAV
 - Verfälschung Leistungswettbewerb
 - Marktbeh. Anbieter erzwingt Beteiligung beim Nachfrager
 - Erhebl. Wettbewerbsvorteil für Eigenbetriebe/-gesellschaften der Gemeinde
- Kriterium „gesellschaftsrechtl. Einfluss“ nur zulässig, wenn anders legitim. Ziel der Kontrolle Netzbetrieb nicht erreichbar
 - Vertragsrecht unzureichend?
 - Kosten und Risiken angemessen berücksichtigen

3. Auswahlkriterien/5

Beispiele zulässiger vertragsbezog. Kriterien (Fall Berkenthin):

- Höhe Konzessionsabgabe (aber sehr begrenzter Wert)
- Abschlagszahlungen
- Zusatzleistungen
- Höhe Kommunalrabatt
- Bereitschaft zur Folgekostenübernahme
- Auskunftsrechte
- Endschaftsbestimmung (insbes. Kaufpreis für Netzübernahme)
- Laufzeit
- U. U. regionale Präsenz (Kundenbüros/Netzstörungenstellen;
nicht: Erzielung von Gewerbesteuerereinnahmen)

3. Auswahlkriterien/6

Keine Verfolgung fiskal. Interessen über KAV hinaus

Daher unzulässige Kriterien:

- Höhe kommunaler Anteil an Netzen
 - Kommunaler Vermögenszuwachs
 - Kommunaler Kapitaleinsatz für Netzerwerb
 - Möglichkeiten Geschäftsfelderweiterung
- Mitgestaltungsrechte/Einflussmöglichkeiten kann zul. Kriterium sein – aber nicht, wenn nur gesellschaftsrechtl. Einfluss auf Netzgesellschaft bezweckt

4. Gewichtung

Gewichtung der Kriterien

- Vorrang für Ziele, die sich an § 1 Abs. 1 EnWG orientieren
- Erheblicher Spielraum der Gemeinden
- Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG dürfen aber
 - weder unberücksichtigt bleiben
 - noch willkürlich untergewichtet werden
 - Beispiel willkürlicher Untergewichtung:
„Störungsfreier Netzbetrieb“ nur 10 v. 170 möglichen
Punkten in Gesamtwertung

5. Nebenleistungsverbot KAV/Olching

Einfluss der KAV

BGH, Urt. v. 7.10.2014 – EnZR 86/13, WuW/E DE-R 4499 – Stromnetz Olching

- Neuer Konzessionsvertrag Gemeinde Olching
- Konzessionär zur Unterstützung Gemeinde verpflichtet:
 - bei Erstellung kommunaler Energiekonzepte
(auch erforderliche Daten zur Verfügung zu stellen)
 - Bei Eigenerzeugung von Strom durch Gemeinde, wo
ökologisch und wirtschaftlich sinnvoll

(Regelungen aus "Musterkonzessionsvertrag Baden-Württemberg)
- OLG: Konzessionsvertrag gem. § 3 KAV nichtig

5. Nebenleistungsverbot KAV/Olching 2

§ 3 KAV Andere Leistungen als Konzessionsabgaben

(1) Neben oder anstelle von Konzessionsabgaben dürfen Versorgungsunternehmen und Gemeinde für einfache oder ausschließl. Wegerechte nur die folgenden Leistungen vereinbaren oder gewähren:

...

- (2) Nicht vereinbart oder gewährt werden dürfen insbesondere
1. sonstige Finanz- und Sachleistungen, die unentgeltlich oder zu einem Vorzugspreis gewährt werden; Leistungen der Versorgungsunternehmen bei der Aufstellung kommunaler oder regionaler Energiekonzepte oder für Maßnahmen, die dem rationellen und sparsamen sowie ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart dienen, bleiben unberührt, soweit sie nicht im Zusammenhang mit dem Abschluß oder der Verlängerung von Konzessionsverträgen stehen,
 2. ...

5. Nebenleistungsverbot KAV/Olching 3

- unentgeltliche Leistungen iSv § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV
 - Daten, Beratung, Zuschuss
- dennoch ausnahmsweise zulässig?
 - vom ausdrücl. Verbot „unberührt“:
Leistungen bei Aufstellung Energiekonzepte
 - Ausnahme rückbezogen auf § 3 Abs. 1 KAV =
nur Leistungen für Gewährung Wegerechte erfasst
 - also Vereinbarung in Konzessionsverträgen möglich?
- ABER:
Ausnahme soll nur für Leistungen gelten, „soweit sie nicht im Zusammenhang mit Abschluss/Verlängerung von Konzessionsverträgen stehen“

5. Nebenleistungsverbot KAV/Olching 4

- Problem:
Ausnahme lt. Wortlaut ohne Anwendungsbereich!
 - Entstehungsgeschichte unergiebig
 - Gesetzeszweck:
Enge Auslegung, weil Privilegierung Energiekonzepte gewollt?
(solche Leistungen nur während Laufzeit für Verlängerung/
zur Vorbereitung Neuabschluss verboten?)
 - durch Entflechtung Versorgung/Netz überholte Regelung?
(fehlender Anwendungsbereich hinzunehmen?)
- Problem aber nicht entscheidungserheblich, bleibt offen!

5. Nebenleistungsverbot KAV/Olching 5

Trotz Verstoß gegen § 3 KAV hier keine Nichtigkeit Konzessionsvertrag!

- Zwar gesetzliches Verbot
- Aber Preisrecht (Höchstpreisregelung)
- Bei Verstoß gegen Preisrecht keine Gesamtnichtigkeit; zulässiger Preis gilt
(z.B. BGHZ 89, 316, 319; BGH NJW 2008, 55 Rn. 14)
- salvatorische Klausel
≠ § 139 BGB Beweislast bei, Nichtigkeit behauptender Partei
- im Konzessionsvertrag Klausel untergeordneter Bedeutung
- Aber Nichtigkeit nach § 19 (1), (2) Nr. 1 GWB zum Schutz der Mitbewerber?

hier unzul. Leistung nicht kausal für Auswahlentscheidung!

5. Nebenleistungsverbot KAV/Olching 6

Gleichwohl neuer Konzessionsvertrag nichtig:

Konzessionsvergabe nicht transparent/diskriminierungsfrei
(BGH 17.12.2013, BGHZ 199,289 Rn. 99, 101 – Stromnetz Berkenthin)

- keine Angabe Auswahlkriterien
- unzulässige Kriterien, z. B.
 - Schaffung Arbeitsplätze vor Ort
 - Einflussnahme auf kommunale Infrastruktur
- fehlende Kriterien, z. B.
 - Versorgungssicherheit

Also doch Gesamtnichtigkeit (wie OLG)!