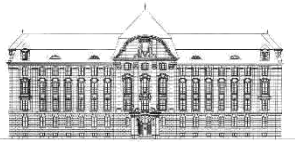


Oberlandesgericht
Düsseldorf
(2. Kartellsenat,
Vergabesenat u.
27. Zivilsenat)



Rechtliche Rahmenbedingungen für die korrekte Gestaltung von Strom- und Gasnetz-Ausschreibungen

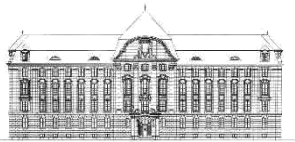
Berlin (enreg.), 20. Mai 2015
Stefan Rubel, Richter am OLG



Oberlandesgericht
Düsseldorf
(2. Kartellsenat,
Vergabesenat u.
27. Zivilsenat)



Vorüberlegungen



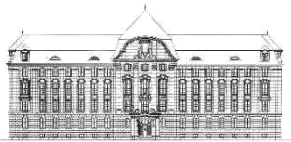
(Re-) Kommunalisierung des Netzbetriebs durch Städte und Gemeinden

ggf. in Kombination mit der Aufnahme eines „**strategischen Partners**“ durch
kommunale Netzunternehmen (Minderheitsbeteiligung)

strategischer Partner soll **Betriebsführungsaufgaben** übernehmen

= Dienstleistungen (oberhalb des Schwellenwerts)

= Geltung von GWB-Vergaberecht



Eine Ausschreibung **oder zwei** Ausschreibungen?

1. Ausschreibung der strategischen **Partnerschaft:**

§§ 97 ff. GWB gelten (wg. Dienstleistungen)

2. Ausschreibung der **Wegekonzession:**

keine Geltung des GWB-Vergaberechts (weil Dienstleistungskonzession)

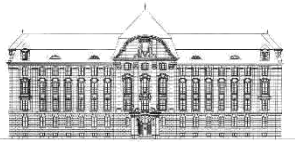
aber:

EU-rechtliche Verfahrensregeln - abhängig von Binnenmarktrelevanz

§ 46 EnWG und nationales Kartellrecht (z.B. §§ 19, 20 GWB)

Reihenfolge und Kombination der Ausschreibungen

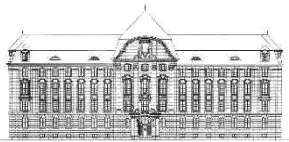
wechselseitige Abhängigkeiten und Probleme (z.B. gespaltene Rechtswege)



Oberlandesgericht
Düsseldorf
(2. Kartellsenat,
Vergabesenat u.
27. Zivilsenat)



Konzessionsvergaben



EU-Primärrecht bei eindeutiger Binnenmarktrelevanz:

Schwelle ist tendenziell niedrig

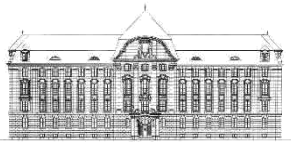
(EuGH 13.10.2003 – C-458/03, Parking Brixen;
OLG Düsseldorf 9.1.2013 – VII-Verg 26/12)

aus Grundfreiheiten des AEUV:

- Gleichbehandlung
- Nichtdiskriminierung
- Transparenz
- angemessener Grad von Öffentlichkeit / Zugang zu angemessenen Informationen

(EuGH 15.10.2009 – C-196/08, Acoset)

→ Im Ergebnis sind die Anforderungen wie in Vergabeverfahren nach GWB und VOL/A bzw. VOL/A-EG



„Spielregeln“ im Vergabeverfahren:

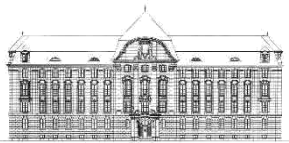
Auftraggeber: in der Regel eine Kommune

Verfahrensart: **freihändige Vergabe** (Verhandlungsverfahren) oder **beschränkte Ausschreibung** (nicht offenes Verfahren)

jeweils nach vorheriger Bekanntmachung (Veröffentlichung) und Aufruf zum Teilnahmewettbewerb

Vergabebekanntmachung (§ 46 Abs. 3 EnWG):

- im Bundesanzeiger
- bei mehr als 100.000 Kunden: zusätzlich im Amtsblatt der EU
- Angabe von Mindestanforderungen an die Eignung

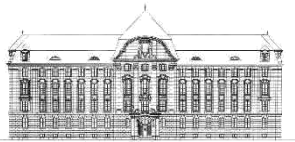


Vergabeunterlagen (so genannter „Verfahrensbrief“)

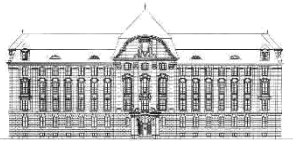
Leistungsbeschreibung / Angebotsaufforderung

- **vorherige** Festlegung und Bekanntgabe der verlangten Leistungen und der Auswahlkriterien (vor Angebotsabgabe!)
- allgemeiner vergaberechtlicher Grundsatz: **Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand**, d.h. nur Vorgaben, die **mit dem Netzbetrieb** im Zusammenhang stehen
- **vorrangige** Ausrichtung an den Zielen von § 1 EnWG (§ 46 Abs. 3 S. 5 EnWG)
- **Gewichtung** der Kriterien (Prozentwerte, Punkte)

- Beachtung der Preisbestimmungen der **§§ 2 und 3 KAV**
- Vertragsdauer längstens **20 Jahre** (§ 46 Abs. 2 EnWG)



- **Bindung** des AG an Festlegungen in den Vergabeunterlagen
gleiche Informationen für alle Bieter
- Begründung und **Veröffentlichung** der Vergabeentscheidung
(§ 46 Abs. 3 EnWG) = Bieterinformation
- **Wartefrist** (entsprechend § 101a GWB, 15 Tage)
EuG, Urteil vom 20.09.2011, T-461/08 (Datenverarbeitungssystem SERAPIS)

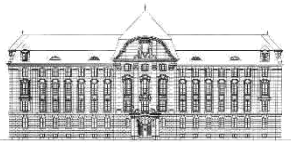


Oberlandesgericht
Düsseldorf
(2. Kartellsenat,
Vergabesenat u.
27. Zivilsenat)



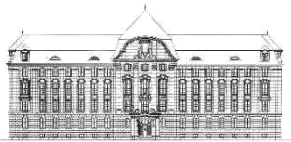
strategische Partnerschaft

Bsp.: OLG Düsseldorf 09.01.2013 – VII-Verg 26/12

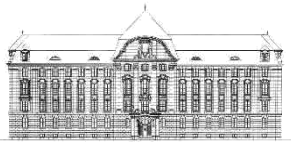


- drei sauerländische Kommunen planen eine Übernahme des Strom- und Gasnetzbetriebs und der Netze
- Gründung einer Netzgesellschaft
- Netzgesellschaft will sich um auslaufende Konzessionen bewerben
- Netze gehören der Ast. und der Bgl., die Alt-Konzessionäre sind.
- Netzgesellschaft hat ausgeschrieben:

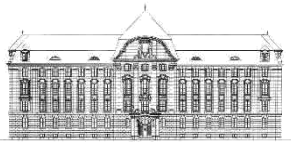
Aufnahme eines Minderheitsgesellschafters, der Betriebsführungsaufgaben übernehmen soll



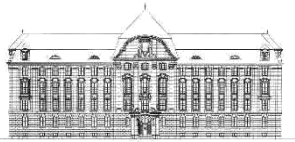
- **Ausschreibungspflicht** nach GWB, wenn – ungeachtet des gewählten Beteiligungsmodells – der Vertrag **jedenfalls** (auch) **Dienstleistungen** zum Gegenstand hat, die wertmäßig den maßgebenden Schwellenwert erreichen oder übersteigen.
- Ausschreibungspflicht gilt auch bei **Pachtmodellen**, denn die Pacht ist nur **Mittel zum Zweck**.
- Die Entscheidung für eine **Getrennt- oder Zusammenvergabe** von Wegekonzession und Eingehung einer strategischen Partnerschaft mit kommunalen Netzunternehmen unterliegt der **Bestimmungsfreiheit** des Auftraggebers.



- Eine **marktbeherrschende Stellung** der Kommune bei Wege-
nutzungsverträgen ist einer kommunalen Netzgesellschaft bei
Ausschreibung einer strategischen Partnerschaft **nicht zuzurechnen**.
- Eine lediglich **befürchtete oder vermutete Voreingenommenheit** der
Kommune bei der (späteren) Vergabe der Verteilnetzkonzession
rechtfertigt keinen Eingriff in die Ausschreibung der strategischen
Partnerschaft.



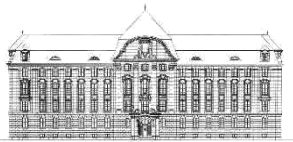
- Zugesagte **Renditen** sind als - nach § 3 Abs. 2 KAV unzulässige Finanzleistungen - nur zu bewerten, wenn sie als eine spezifische Gegenleistung für die Einräumung von Wegenutzungsrechten vereinbart oder gewährt werden.
- Als Zuschlagskriterien dürfen - dieses mit Blick auf die finanzielle Situation der Kommune und eine Begrenzung ihrer unternehmerischen Risiken – auch **wirtschaftliche Ziele** sowie kommunale **Einflussmöglichkeiten** auf das Netzunternehmen berücksichtigt werden.



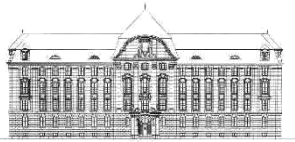
Oberlandesgericht
Düsseldorf
(2. Kartellsenat,
Vergabesenat u.
27. Zivilsenat)



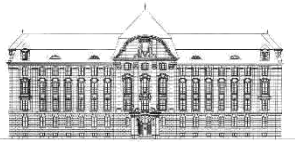
einzelne Punkte



Rügepflicht?
(entsprechend § 107 Abs. 3 GWB,
Nebenpflicht aus dem durch das Anfordern der
Vergabeunterlagen begründeten vorvertraglichen
Schuldverhältnis?)



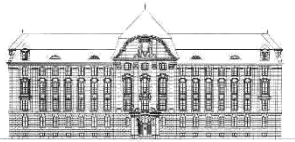
(zwingende) **Nichtigkeit?**
(§ 134 BGB – Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot)



Oberlandesgericht
Düsseldorf
(2. Kartellsenat,
Vergabesenat u.
27. Zivilsenat)

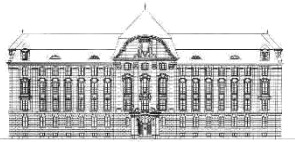


Nebenleistungsverbot (§ 3 KAV)



Inhousevergabe

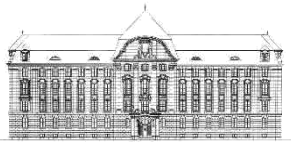
(Eigenbetriebe, § 46 Abs. 4 EnWG)



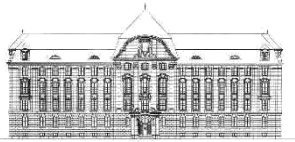
Oberlandesgericht
Düsseldorf
(2. Kartellsenat,
Vergabesenat u.
27. Zivilsenat)



Change-of-Control-Klausel



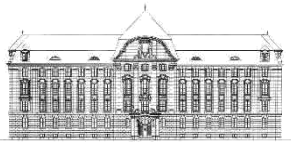
- gemeindliches Kündigungsrecht für den Fall, dass ein Kontrollwechsel oder eine Änderung der Gesellschaftsstruktur des Netzbetreibers stattfindet (z.B. Eigentümerwechsel), Folge: vorzeitige Neuvergabe der Wegenutzungsrechte
- Zulässigkeit der Klausel ist zumindest fraglich. § 4 Abs. 3 EnWG dürfte eine abschließende Regelung für den Fall der Rechtsnachfolge treffen. Nur in den genannten Fällen geht die Genehmigung auf den Rechtsnachfolger über! Was ist in anderen Fällen? Ist dann die Leistungsfähigkeit des Netzbetreibers erneut durch die Regulierungsbehörde zu prüfen und bei deren Bejahung scheidet eine Kündigung durch die Gemeinde aus?



Oberlandesgericht
Düsseldorf
(2. Kartellsenat,
Vergabesenat u.
27. Zivilsenat)

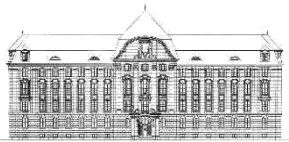


Netzbetriebsgenehmigung (§ 4 EnWG)

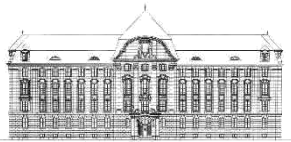


OLG Düsseldorf 17.04.2014 – VI-2 Kart 2/13 (V), juris, Rn. 62:

Das EnWG macht Gemeinden bei der Auswahl des Unternehmens weder in § 46 Abs. 1, Abs. 3 noch in [§ 1 EnWG](#) Vorgaben, anhand derer die Eignung des Bewerbers für den späteren Netzbetrieb zu prüfen ist. Dass ein Netzbetreiber die erforderliche Eignung haben muss, d.h. personell, technisch und wirtschaftlich leistungsfähig sowie zuverlässig sein muss, ergibt sich energiewirtschaftsrechtlich mittelbar aus [§ 4 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG](#), wonach die Aufnahme des Betriebs eines Energieversorgungsnetzes einer behördlichen Genehmigung bedarf, die nur versagt werden darf, wenn der Antragsteller ungeeignet im vorgenannten Sinn ist. Wie auch die Landeskartellbehörde in der Beschwerdeerwiderung einräumt, findet das erforderliche Genehmigungsverfahren in der Praxis nach Abschluss des Konzessionsvertrags und gemäß [§ 4 Abs. 1 Satz 2 EnWG](#) innerhalb von sechs Monaten nach Vorlage vollständiger Antragsunterlagen statt..

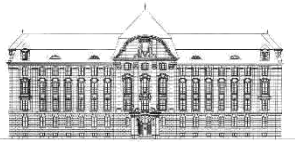


Das bedeutet zugleich, dass **für die Vergabe** von energierechtlichen Wegenutzungsrechten **eine Genehmigung nach dem EnWG nicht erforderlich ist**. Dies entspricht auch im Übrigen allgemeinem Vergaberecht, nach dem für die Leistungserbringung erforderliche Genehmigungen erst im Zeitpunkt der Vertragsausführung vorliegen müssen (vgl. [OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.06.2013, VII-Verg 4/13](#), BA 14) Die Eignung eines Unternehmens zum Betrieb eines Energieversorgungsnetzes, insbesondere seine Fachkunde und Leistungsfähigkeit sowie der Umstand, dass es zu den ausgeschriebenen Leistungen berechtigt ist, **muss zwar im Zeitpunkt der Vergabeentscheidung geklärt sein und in diesem Zeitpunkt bejaht werden können** ([OLG Düsseldorf, Beschl. v. 05.07.2006, VII-Verg 25/06, Rn. 22](#); Beschl. v. 19.9.2002 - Verg 41/02). **Die Erteilung einer Genehmigung nach § 4 EnWG und deren Vorlage im Zeitpunkt der Angebotsabgabe kann von Bietern nicht verlangt werden**. Dies wäre unangemessen, weil von Bietern nicht zu erwarten ist, dass sie schon zum Zweck der Eignungsprüfung alle Vorbereitungen treffen, die für einen Netzbetrieb erforderlich sind.



Gegenansicht (Prof. Säcker):

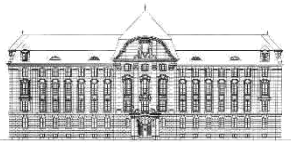
- Sinn und Zweck des Konzessionsverfahrens gebieten es, die Genehmigung des Netzbetriebs zur Voraussetzung der Vergabe zu machen.
- Objektivierung der Entscheidung durch eine vorherige Prüfung der Regulierungsbehörde.
- Benachteiligt auch keine Newcomer, weil nur ein substantiiertes Finanzierungs- und Personalkonzept vorgelegt werden muss, das sicherstellt, dass im Zeitpunkt der Netzübernahme das Personal und die erforderlichen Finanzmittel zur Verfügung stehen.



Oberlandesgericht
Düsseldorf
(2. Kartellsenat,
Vergabesenat u.
27. Zivilsenat)



Kaufpreisermittlung



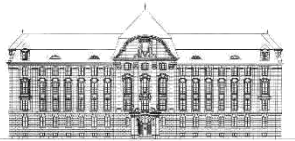
Sachzeitwert begrenzt durch Ertragswert gemäß BGH-Rechtsprechung
Kaufering (1999), Lippstadt (2004) und Homberg (2014)

Bsp.: Stadtwerke Lippstadt (derzeit OLG Düsseldorf):

Streit über Netzkaufpreis, Zahlung unter Vorbehalt, Rückforderungs-
verlangen, Aufhebung und Zurückverweisung durch BGH, weitere
umfangreiche Begutachtung

***„weitere tatrichterliche Feststellungen zur Höhe des Sachzeitwerts der
übertragenen Anlagen“***

***„genaue Höhe des vom Berufungsgericht nur annähernd festgestellten
Ertragswerts“***



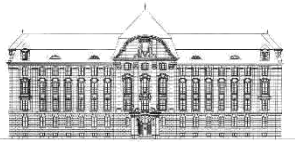
Oberlandesgericht
Düsseldorf
(2. Kartellsenat,
Vergabesenat u.
27. Zivilsenat)



Auskunftserteilung

Bsp.: Flüssiggasnetz Haina

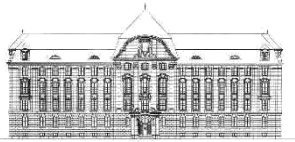
OLG Düsseldorf 17.09.2014 - I-27 U 14/13



Oberlandesgericht
Düsseldorf
(2. Kartellsenat,
Vergabesenat u.
27. Zivilsenat)



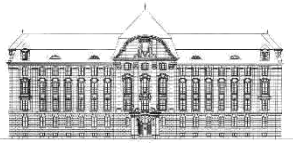
Netzübernahmeverordnung erforderlich?



Oberlandesgericht
Düsseldorf
(2. Kartellsenat,
Vergabesenat u.
27. Zivilsenat)



Vielen Dank!



Oberlandesgericht
Düsseldorf
(2. Kartellsenat,
Vergabesenat u.
27. Zivilsenat)



Stefan Rubel
Richter am Oberlandesgericht

Oberlandesgericht Düsseldorf
2. Kartellsenat, Vergabesenat und 27. Zivilsenat
Cecilienallee 3
40474 Düsseldorf

Tel.: 0211/4971-235 (Frau Reimann/Frau Giesen)
E-Mail: stefan.rubel@olg-duesseldorf.nrw.de