



Die Wettbewerbsorientierung der Vergabekriterien

- Gesetzesentwurf vom Febr. 2016 -

Berlin, 17. März 2016

Gliederung

- I. Ausgangsbefund bei der Konzessionsvergabe
- II. Ziele der Reformüberlegungen
- III. (Wettbewerbliche) Kriterien für die Vergabe von
Wegenutzungsrechten
- IV. Insbesondere: Berücksichtigung kommunaler Belange
- V. Fazit und Ausblick

Gliederung

I. Ausgangsbefund bei der Konzessionsvergabe

II. Ziele der Reformüberlegungen

III. (Wettbewerbliche) Kriterien für die Vergabe von
Wegenutzungsrechten

IV. Insbesondere: Berücksichtigung kommunaler Belange

V. Fazit und Ausblick

Ausgangsbefund = unzureichende Gesetzesgrundlage

- § 46 EnWG

Rudimentäre gesetzliche Ausgestaltung des Verfahrens zur Vergabe von Wegenutzungen („Konzessionsverträge“).

Folge: Konkretisierung durch Rechtsprechung (BGH und OLG) und Behörden (BNetzA und BKartA) erforderlich.

Zwar ist „Gemeinsamer Leitfaden“ vorhanden, aber BGH weicht im Fall „Gasnetz Springe“ davon ab.

Verfassungswidrigkeit des Regimes („Titisee-Neustadt“)?

➡ Bundesrat (Drs. 73/1/16): „Bei der (Konzessionsvergabe) bestehen erhebliche Rechtsunsicherheiten“.

BGH: Rückgriff auf kartellrechtliche Missbrauchskontrolle

- **Ständige Rspr. BGH (insbes. Stromnetz Berkentin):**

Betonung des Diskriminierungsverbots des § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG und Rückgriff auf das (allgemeine) kartellrechtliche Diskriminierungsverbot des § 19 GWB.

Damit Anwendung eines ausschließlich wettbewerblich geprägten Instruments im Konzessionsvergabeverfahren.

Folge: Verfahrensschritte und materielle Entscheidungskriterien sind grds. am kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot zu messen. Strenge wettbewerbliche Ausrichtung, vgl. auch § 46 Abs. 5 (künftig Abs. 7) EnWG.

Kritik am wettbewerblichen Ansatz der Rechtsprechung des BGH (1)

- **Bundesrat, Kommunen und Teile der Literatur:**

Rechtspolitisch:

Wettbewerbliche Ausrichtung der Konzessionsvergabe beschneide kommunale Selbstverwaltung gem. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG („Titisee-Neustadt“).

Voraussetzungen für eine (Re-)Kommunalisierung der Energienetze seien unzureichend.

Kartellrechtlich orientierte Rechtsprechung untersage Inhouse-Vergabe.


Kritik am wettbewerblichen Ansatz der Rechtsprechung des BGH (2)

- **Teile der Literatur:**

Methodisch:

Rückgriff auf eine Generalklausel führe zu Rechtsunsicherheit, vor allem hinsichtlich des eigentlichen Verfahrens.

Rechtsprechung enthalte notwendigerweise unbestimmte Rechtsbegriffe.

 **Folge:** Forderung nach einer Reform des Verfahrens zur Vergabe von Wegenutzungen.

Gliederung

I. Ausgangsbefund bei der Konzessionsvergabe

II. Ziele der Reformüberlegungen

III. (Wettbewerbliche) Kriterien für die Vergabe von
Wegenutzungsrechten

IV. Insbesondere: Berücksichtigung kommunaler Belange

V. Fazit und Ausblick

Ziele der CDU/CSU- u. SPD-Koalition

**„Wir werden das
Bewertungsverfahren bei
Neuvergabe (z.B. bei der
(Re-)Kommunalisierung) der
Verteilernetze eindeutig und
rechtssicher regeln sowie die
Rechtssicherheit im Netzzugang
verbessern (...)“**

Koalitionsvertrag, 18. Legislaturperiode, 2013, S. 59.

Ziele Gesetzesentwurf vom Febr. 2016 (1)

- **Vorrangige Zielsetzung:**

Schutz u. Stärkung eines an den Zielen des § 1 EnWG orientierten Wettbewerbs um Strom- und Gasverteilung.

„Wettbewerb um das Netz“ bedarf klarer Regeln.

Verfahren muss diskriminierungsfrei ausgestaltet werden.

- **Zweck:**

Dasjenige Unternehmen soll Konzession erhalten, das Netzbetrieb zum Wohl der Allgemeinheit am besten wahrnehmen kann.

- **Gemeinde:**

Hat Verfahren zu administrieren u. für sachgerechte Entscheidung zu sorgen.

Ziele Gesetzesentwurf vom Febr. 2016 (2)

- **Inhouse-Vergabe:**

Klare Absage, sei rechtlich und wirtschaftlich bedenklich (Netzentflechtung); allerdings nur in Entwurfsbegründung („Allgemeiner Teil, Alternativen“) und nicht im Gesetzestext niedergelegt.

➔ **Fazit:**

Konkretisierung des bestehenden gesetzlichen Rahmens; „Rechtsänderung mit Augenmaß“. Weitgehende Beibehaltung der Rechtslage soll partiell erreichte Rechtssicherheit erhalten. „Jedem (kommunalen) Betreiber ist eine rechtssichere Übernahme des Netzes zu ermöglichen, wenn er sich im Wettbewerb als geeignetster künftiger Netzbetreiber durchsetzen kann“.

Gliederung

- I. Ausgangsbefund bei der Konzessionsvergabe
- II. Ziele der Reformüberlegungen
- III. (Wettbewerbliche) Kriterien für die Vergabe von Wegenutzungsrechten**
- IV. Insbesondere: Berücksichtigung kommunaler Belange
- V. Fazit und Ausblick

**„Die Gemeinde ist bei der
Auswahl des Unternehmens den
Zielen des § 1 Abs. 1 verpflichtet“**

§ 46 Abs. 4 S. 1 EnWG-E

§ 46 Abs. 4 S. 1 EnWG-E

- Verweis auf die Ziele des § 1 EnWG: „Jedes dieser Ziele hat in die konkrete Auswahlentscheidung einzufließen“.
- **Ziel:** Steigerung eines funktionierenden Wettbewerbs um das Netz. Verpflichtung auf die Ziele des EnWG ist ständige Rechtsprechung.
- Berücksichtigung kommunaler Interessen?
- „Sachgerechte energiewirtschaftliche Kriterien für die Entscheidung der Gemeinde müssen sich (...) aufgrund der Vorgaben zur Entflechtung des Netzbetriebs (...) auf Aspekte des Netzbetriebs beschränken“.

Kriterien bei Vergabe von Wegenutzungen

- **Somit:** Keine gesetzliche Vorgabe eines bestimmten Kriterienkatalogs für den Abwägungsprozess
- Ermessensspielraum, der die Kriterien sachgerecht zuordnet und bewertet.
- Es sei sachgerecht, „die Konkretisierung der einzelnen Ziele durch die Praxis und die Rechtsprechung weiterhin zuzulassen“.
- Offen, wie jedes der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG in den Kriterien abgebildet werden muss.

Gewichtung der Kriterien bei Vergabe

- Keine konkreten Aussagen zur Gewichtung der einzelnen Kriterien im Abwägungsprozess; namentlich Schweigen zur Frage, ob Versorgungssicherheit herausgehobene Bedeutung besitzt.
- Vgl. BGH (Stromnetz Berkenthin; Tz. 84): „Der sichere Netzbetrieb mit den Teilaspekten Zuverlässigkeit der Versorgung und Ungefährlichkeit des Betriebs der Verteilungsanlagen ist von fundamentaler Bedeutung für die Versorgungssicherheit. Dies muss bei der Bewertung angemessen berücksichtigt werden.“

Gliederung

- I. Ausgangsbefund bei der Konzessionsvergabe
- II. Ziele der Reformüberlegungen
- III. (Wettbewerbliche) Kriterien für die Vergabe von Wegenutzungsrechten
- IV. Insbesondere: Berücksichtigung kommunaler Belange**
- V. Fazit und Ausblick

**„Unter Wahrung
netzwirtschaftlicher
Anforderungen, insbesondere der
Versorgungssicherheit und der
Kosteneffizienz, können auch
Angelegenheiten der örtlichen
Gemeinschaft berücksichtigt
werden“**

§ 46 Abs. 4 S. 2 EnWG-E

„Bei der Gewichtung der einzelnen Auswahlkriterien ist die Gemeinde berechtigt, den Anforderungen des jeweiligen Netzgebiets Rechnung zu tragen“

§ 46 Abs. 4 S. 3 EnWG-E

§ 46 Abs. 4 S. 2 u. 3 EnWG-E (1)

- **Ziele:** Abbildung der Rechtsprechung des BGH; Verpflichtung auf die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG.
- Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft können auch Berücksichtigung finden.
- Denkbar: „Laufzeit und Modelle (oder) die bessere Koordinierung von Baumaßnahmen mit weiteren Sparten“.
- **Aber:** Berücksichtigung kommunaler Belange darf nicht im Widerspruch zu den Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG stehen.

§ 46 Abs. 4 S. 2 u. 3 EnWG-E (2)

- Hinweis auf die grds. Zulässigkeit der Berücksichtigung kommunaler Interessen ist neu.
- **Aber:** Entwurfsgeber will nur Rechtsprechung des BGH (Stromnetz Heiligenhafen, Stromnetz Berkenthien) wiedergeben. Was soll dann Hinweis auf Kosteneffizienz?
- *Zwingend* höhere Gewichtung von Versorgungssicherheit und Kosteneffizienz?
- **Unklar bleibt:** welche kommunalen Belange grundsätzlich berücksichtigungsfähig sind und in welchem Verhältnis sie zu den Zielen nach § 1, § 46 Abs. 4 S. 1 EnWG-E stehen.

Gliederung

- I. Ausgangsbefund bei der Konzessionsvergabe
- II. Ziele der Reformüberlegungen
- III. (Wettbewerbliche) Kriterien für die Vergabe von Wegenutzungsrechten
- IV. Insbesondere: Berücksichtigung kommunaler Belange
- V. Fazit und Ausblick**

Fazit (1)

- **Ziel des Gesetzgebers:** weitgehendes Beibehalten der bestehenden Rechtslage.
- Diskriminierungsfreie, transparente und wettbewerbliche Ausrichtung der Vergabe soll bleiben.
- Entscheidungsspielraum der Kommunen wird betont.
- Gewichtung der Auswahlkriterien bleibt weiter unklar.
- Str.: Vorrang der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG (vgl. BGH).
- Falls Vorrang (+), wie sollte dies im Verfahren umgesetzt werden? Jedenfalls keine Anwendung der §§ 97 ff. GWB.

Fazit (2)

- Was heißt: Beachtung kommunaler Interessen unter Wahrung der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz?
- Offen, welche kommunalen Belange grundsätzlich berücksichtigungsfähig sind.
- Insbes. Problem, wenn Widerspruch zur strikten Kosteneffizienz besteht, etwa bei einer Verpflichtung zur Verlegung von Leerrohren oder zur Erdverkabelung.

Ausblick

- **Forderungen des Bundesrats (Drs. 73/1/16):**
 - Privilegierung der Inhouse-Vergabe – Schaffung einer Ausnahmeregelung.
 - Betonung der Berücksichtigung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft als Auswahlkriterium – Streichung der Betonung von Versorgungssicherheit und Kosteneffizienz.
- **Systemkritik:**
 - Wie kann man im gegenwärtigen System netzübergreifende Planungen und Innovationen durchsetzen (smart grids; Netzkombinationen; Netzabstimmungen)?



***Prof. Dr. Knut Werner Lange
Forschungsstelle für deutsches und europäisches Energierecht (FER)
an der Universität Bayreuth und
Gastprofessor an der Universität Witten/Herdecke***