

## Inhouse-Vergabe scheidet aus

**KONZESSIONEN** Eigenbetriebe und kommunale Stadtwerke müssen sich nach einer Entscheidung des Bundeskartellamts im Wettbewerb mit anderen Energieversorgungsunternehmen beweisen

Von **DR. UTE JASPER** und **JENS BIEMANN**,  
Kanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek, Düsseldorf

Das Bundeskartellamt wendet sich gegen eine wettbewerbsfreie Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen. In einem Beschluss beanstandete die achte Beschlussabteilung, dass die Stadt Dinkelsbühl ihren eigenen Stadtwerken sowie einem weiteren Energieversorger die Konzessionen direkt erteilt hatte, ohne anderen Unternehmen eine Chance zu geben, sich zu bewerben (Az.: B 10 – 6/11). Für die Konzessionsverträge sind damit neue Anforderungen an Gemeinden verbunden.

Nach § 46 des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) hat der Gesetzgeber Anforderungen für die diskriminierungsfreie Auswahl eines Unternehmens getroffen. Über die genaue Ausgestaltung der Vergabe macht das EnWG keine Angaben. Nach einhelliger Ansicht

muss eine Gemeinde kein förmliches Vergabeverfahren nach den kartellvergaberechtlichen Regelungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) durchführen. Vielmehr sind die Konzessionen als Dienstleistungskonzessionen zu qualifizieren, die ein transparentes, diskriminierungsfreies und chancengleiches Wettbewerbsverfahren erfordern. Für die Ausgestaltung dieses Verfahrens haben Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur in ihrem „Gemeinsamen Leitfadens zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers“ Ende 2010 ihre Vorstellungen präsentiert. Die Behörden gehen davon aus, dass eine Gemeinde bei der Konzessionsvergabe eine marktbeherrschende Stellung hat, da sie auf ihrem Gemeindegebiet allein über den Konzessionär entscheidet und der lokale Markt zählt. Ein Missbrauch

sei etwa in folgenden Fällen gegeben:

- Die Konzession wird ohne die erforderliche Bekanntmachung vergeben.
- Die Gemeinde benennt ihre Auswahlkriterien und deren Gewichtungen nicht klar gegenüber den Bietern.
- Die Gemeinde bevorzugt einzelne Bieter, insbesondere mit der Gemeinde verbundene Unternehmen ohne sachlichen Grund.

Diese Vorgaben bestätigt das Bundeskartellamt in seinem aktuellen Beschluss. Eine Inhouse-Vergabe an kommunale Tochtergesellschaften scheidet damit aus. Eigenbetriebe und kommunale Stadtwerke müssen sich im Wettbewerb mit anderen Energieversorgungsunternehmen beweisen.

Durch die Neuregelung des EnWG im August hat der Gesetzgeber die Daumenschrauben für Kommunen aber noch enger gedreht. Demnach ist die Gemeinde bei der Konzessi-

onsvergabe den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet, also auch einer sicheren und preisgünstigen Versorgung der Allgemeinheit mit Strom und Gas. Für Gemeinden bedeutet dies, dass sie die Konzessionen nicht mit weiteren Aufgaben wie Straßenbeleuchtung oder Wasserversorgung in einem Verfahren mit einheitlicher Zuschlagsentscheidung vergeben dürfen. Denn so würden durch die Ergänzung um weitere Aufgaben nicht mehr allein die auf Strom und Gas ausgerichteten Ziele des § 1 EnWG verwirklicht.

Dennoch sind weiterhin Rekommunalisierungsmodelle mit Konzessionsvergaben denkbar, die innerhalb der rechtlichen Grenzen die kommunalen Ziele umsetzen können. Ob das Kartellamt mit seinem Bekenntnis zu mehr Wettbewerb um Konzessionen nicht zu weit geht, müssen vermutlich die höheren Gerichte entscheiden.