

Auf dem Prüfstand

Das Bundeskartellamt greift die bisherige Praxis der Konzessionsvergaben an.

Kommunen dürfen nicht eigenmächtig entscheiden, wer die Strom- oder Gaskonzessionen erhält. Für die bundesweit auf ca. 20.000 geschätzten Konzessionsverträge über Strom und Gas, die bereits in den kommenden Jahren und gegenwärtig auslaufen, stellt das Bundeskartellamt hohe Anforderungen an die Vergabeentscheidung der Gemeinden. Direktvergaben ohne Wettbewerb an Eigenbetriebe oder kommunale Tochtergesellschaften sind unzulässig. Das Bundeskartellamt setzt sich damit deutlich für mehr Wettbewerb um die Konzessionen ein. In dem aktuellen Beschluss des Bundeskartellamtes hatte die Kreisstadt Dinkelsbühl ihren eigenen Stadtwerken sowie einem Energieversorgungsunternehmen die Konzessionen direkt erteilt, ohne anderen Unternehmen eine Chance zu geben, sich zu bewerben (Beschluss des Bundeskartellamtes vom 18.10.2011, B 10 – 6/11). Dieses Vorgehen hält das Bundeskartellamt für rechtswidrig.

Genauere Vorgaben

Aktuell sorgen die Vorstöße des Bundeskartellamtes für Unruhe und Unsicherheiten bei den Kommunen. Rekommunalisierungsverfahren mit geplanten Konzessionsvergaben werden gestoppt oder auf die reine Konzessionsvergabe reduziert. Die Gründung von neuen Stadtwerken mit einem Energieversorgungsunternehmen als strategischen Partner wird den Kommunen erschwert, soweit die Kommune im selben Verfahren Strom- oder Gaskonzessionen vergeben will. Ursprung der aktuellen Entwicklungen sind die Vorgaben des § 46 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) zur diskriminierungsfreien Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen. Anders als für Wasserkonzessionen sieht das Gesetz genauere Vorgaben für die Konzessionsvergabe vor.

Mit den Strom- und Gaskonzessionen vergeben die Gemeinden Verträge über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen auf dem Gemeindegebiet. Für diese Wegennutzungsrechte erhalten die Gemeinden eine Konzessionsabgabe. Der Gesetzgeber sieht in § 46 EnWG bestimmte Anforderungen für die diskriminierungsfreie Konzessionsvergabe vor. Entsprechend der Regelungen in § 46 Abs. 3 EnWG muss eine Gemeinde spätestens zwei Jahre vor Ablauf der Konzessionsverträge das Vertragsende veröffentlichen. Soweit im Gemeindegebiet mehr als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar an das Versorgungsnetz angeschlossen sind, muss diese Bekanntmachung sogar im Amtsblatt der Europäischen Union erfolgen. Außerdem sind die Konzessionsverträge auf maximal 20 Jahre zu befristen. Keine Angaben macht das EnWG zur genauen Ausgestaltung der diskriminierungsfreien Konzessionsvergabe. An die kartellvergaberechtlichen Regelungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ist die Gemeinde allerdings nach allgemeiner Ansicht nicht gebunden. Sie muss folglich kein förmliches Vergabeverfahren durchführen. Die Gas- und Stromkonzessionen sind jedoch als Dienstleistungskonzessionen zu qualifizieren, die nach den europarechtlichen Anforderungen ein transparentes, diskriminierungsfreies und chancengleiches Wettbewerbsverfahren erfordern.

Die Vorstellungen des Bundeskartellamtes und der Bundesnetzagentur für die Ausgestaltung dieses Wettbewerbsverfahrens haben sie bereits in ihrem „Gemeinsamen Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers“ vom 15.12.2010 dargestellt. Bundeskartellamt und Bundes-

netzagentur gehen in dem Leitfaden davon aus, dass eine Gemeinde bei der Konzessionsvergabe als Unternehmen im Sinne des GWB zu qualifizieren ist. Denn durch die entgeltliche Einräumung der Wegerechte handle die Gemeinde unternehmerisch. Da die Gemeinde über die örtliche Konzessionsvergabe allein entscheide, nehme sie außerdem eine „marktbeherrschende Stellung“ ein. Ein Missbrauch dieser marktbeherrschenden Stellung im Sinne der §§ 19, 20 GWB ist nach Auffassung des Bundeskartellamtes und der Bundesnetzagentur beispielsweise in folgenden Fällen gegeben:

- Die Konzession wird ohne die gemäß § 46 Abs. 3 EnWG erforderliche Bekanntmachung vergeben.
- Die Gemeinde benennt ihre Auswahlkriterien und deren Gewichtungen nicht klar gegenüber den Bietern.
- Die Gemeinde trifft ihre Auswahlentscheidung nicht anhand der vorher festgelegten und bekanntgegebenen Auswahlkriterien.
- Die Gemeinde bevorzugt einzelne Bieter, insbesondere mit der Gemeinde verbundene Unternehmen, ohne sachlichen Grund.
- Die Gemeinde fordert für die Konzession eine Gegenleistung, die im Widerspruch zum Nebenleistungsverbot des § 3 Konzessionsabgabenverordnung steht.

Zeichen für mehr Wettbewerb?

Diese strengen Vorgaben schränken die Kommunen deutlich in ihrem Selbstverwaltungsrecht ein. Denn eine Inhouse-Vergabe an kommunale Tochtergesellschaften scheidet damit aus. Eigenbetriebe und kommunale Stadtwerke müssen sich im Wettbewerb mit anderen Energieversorgungsunternehmen beweisen. Die selbst für öffentliche Aufträge anerkannten Grundsätze zu Inhouse-Vergaben gelten folglich nicht für



Foto: P&K/UD/Thomas Max Müller

die als Dienstleistungskonzessionen zu qualifizierenden Strom- und Gaskonzessionen. Ob dieses deutliche Zeichen für mehr Wettbewerb haltbar sein wird, werden voraussichtlich die höheren Gerichte entscheiden müssen. Aktuell unterwerfen sich allerdings die Gemeinden, deren Verfahren vom Bundeskartellamt angegriffen werden, regelmäßig den Vorgaben des Bundeskartellamtes. Daher ist nicht mit einer zeitnahen gerichtlichen Klärung zu rechnen. Unterstützung findet die Ansicht des Bundeskartellamtes in § 46 Abs. 4 EnWG, wonach § 46 Abs. 2, 3 EnWG für Eigenbetriebe entsprechend anzuwenden ist. Die deutliche Einschränkung der in Artikel 28 Abs. 2 Grundgesetz normierten Selbstverwaltungsgarantie scheint

somit vom Gesetzgeber gewollt zu sein. Die Handlungsspielräume der Gemeinden sind folglich bei aktuell laufenden oder geplanten Rekommunalisierungsverfahren deutlich eingeschränkt, wenn die Gemeinde im Rahmen der Verfahren Strom- oder Gaskonzessionen vergeben will. Zusätzlich hat der Gesetzgeber den Kommunen durch die Neuregelung des EnWG im August dieses Jahres ein weiteres Hindernis in den Weg gelegt. Gemäß des neu eingefügten § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG ist die Gemeinde bei der Konzessionsvergabe den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet. Die Ziele des § 1 EnWG sind beispielsweise auf eine möglichst sichere, verbraucherfreundliche und preisgünstige Versorgung der Allgemeinheit mit Elektri-

zität und Gas gerichtet. Wenn eine Gemeinde nun weitere Aufgaben, wie zum Beispiel die Wasserversorgung oder den Stromvertrieb, mit der Strom- oder Gaskonzession in einem Verfahren mit einheitlicher Zuschlagsentscheidung vergeben will, wäre dies ein Verstoß gegen § 46 EnWG. Denn in diesem Fall würden durch die Ergänzung um weitere Aufgaben nicht mehr allein die auf Elektrizität und Gas ausgerichteteren Ziele des § 1 EnWG verwirklicht.

Nachträgliche Änderung der Auswahlkriterien unzulässig

Vorsicht ist zudem geboten, wenn die Gemeinde – wie gefordert – den interessierten Unternehmen die Auswahlkriterien mit ihren Gewichtungen für die Entscheidung über die Konzessionsvergabe vorher bekanntgegeben hat. Eine nachträgliche Änderung der Auswahlkriterien oder ihrer Gewichtungen wäre unzulässig. Dies hat das Verwaltungsgericht Aachen kürzlich für einen späteren Austausch der Auswahlkriterien klargestellt (VG Aachen, Beschluss vom 13.09.2011, 1 L 286/11) und folgt damit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für vergleichbare Fälle.

Obwohl die Spielräume für Kommunen durch die Regelungen des § 46 EnWG sowie die zugehörige Spruchpraxis des Bundeskartellamtes eingeschränkt sind, können Kommunen auch weiterhin Rekommunalisierungsmodelle mit Konzessionsvergaben realisieren. Für diese Verfahren sollten sie allerdings die engen rechtlichen Grenzen beachten. Ein Wettbewerbsverfahren können Gemeinden nicht umgehen. Allerdings können sie dieses so gestalten, dass sie ihre Ziele bestmöglich erreichen können. Die richtigen Weichen für eine rechtssichere Konzessionsvergabe sollten die Gemeinden bereits zu Beginn des Verfahrens stellen. Spätere Korrekturen sind kaum möglich und führen im schlimmsten Fall zur Aufhebung des Verfahrens – verbunden mit höheren Kosten und einem Zeitverlust.

*Die Autoren:
Dr. Ute Jasper, Partnerin, Rechtsanwältin
Jens Biemann, Rechtsanwalt,
beide Heuking Kuhn Luer Wojtek*