

Werden Versorgungsunternehmen vom Vergaberecht befreit?

Von Rechtsanwältin Dr. Ute Jasper und Rechtsanwalt Dr. Tobias Czepull, Heuking Kühn Lüer Wojtek, Düsseldorf

Dürfen deutsche Energieversorger künftig ihre Aufträge frei vergeben? Ein erster Schritt in diese Richtung ist zumindest getan – und die Chancen stehen gut, dass schon bald die Errichtung, der Kauf und der Betrieb von Stromerzeugungsanlagen nicht mehr dem Vergaberecht unterliegen. So beantragte der Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V. (BDEW) am 26.10.2011 bei der EU-Kommission, die Stromerzeugung und den Stromgroßhandel vom Sektorenvergaberecht zu befreien. Die Kommission muss nun überprüfen, ob für die Errichtung, den Kauf und den Betrieb von Stromerzeugungsanlagen ein freier Zugang zum Markt besteht und in ausreichendem Maße Wettbewerb garantiert ist. Kommt sie zu diesem Ergebnis, müssen die Unternehmen im Zusammenhang mit der Energieversorgung und dem Energiehandel kein Vergaberecht mehr beachten.

Sollte die Kommission im Sinne des Antrags des BDEW entscheiden, dürfte die Freude der kommunal beherrschten Versorgungsunternehmen noch in weiter Entfernung vernehmbar sein. Denn die Befreiung vom Vergaberecht würde für diese Energieversorger eine erhebliche Erleichterung bedeuten. Auch wenn das Vergaberecht ein taugliches Instrument bei der Verfolgung hoch anerkannter Ziele ist: Öffentliche Auftraggeber empfinden dessen Verpflichtungen oftmals als Last.

Doch warum ist das so? Ein Blick auf die aktuelle Rechtslage: Derzeit müssen alle Energieversorgungsunternehmen, an denen die öffentliche Hand Mehrheiten hält, die Sektorenverordnung (SektVO) beachten, wenn sie sogenannte „Sektorengeschäfte“ tätigen. Die SektVO enthält eine Vielzahl an Regelungen, die bei der Vergabe von Aufträgen im Bereich Verkehr, Trinkwasserversorgung und eben der Energieversorgung zu beachten sind. In den Regelungen geht es insbesondere um die Ausgestaltung des Verfahrens, das eingehalten werden muss, wenn öffentlich beherrschte Versorgungsunternehmen Aufträge vergeben. Beispielsweise müssen Auftraggeber ausreichend viele Teilnehmer zur Angebotsabgabe aufrufen, sie müssen angemessene Fristen für die Angebotsabgabe vorsehen und die Aufträge nach objektiven Kriterien vergeben, die sie zuvor veröffentlicht haben.

Diese Regelungen sollen garantieren, dass die Auftraggeber selbst wirtschaftliche Angebote bekommen und die möglichen Auftragnehmer gleiche und faire Chancen auf den Zuschlag haben. Doch dies ist nur die eine Seite der Medaille. Auf der anderen Seite steht, dass die förmlichen Verpflichtungen eines gesetzlich durchdefinierten Vergabeverfahrens zum Teil mit viel zeitlichem und auch finanziellem Aufwand verbunden sind. Fallen diese Beschränkungen weg, könnten die kommunal beherrschten Unternehmen leichter in Stromerzeugungsanlagen investieren. Außerdem würden dadurch Unterschiede gegenüber privatwirtschaftlichen Gesellschaften entfallen. Dies würde nach Ansicht des BDEW zur Vereinheitlichung der Wettbewerbsbedingungen führen.

Dass der Gesetzgeber den kommunal beherrschten Energieversorgungsunternehmen die vergaberechtlichen Verfahrensvorschriften überhaupt auferlegte, erschließt sich dann, wenn man in Blick nimmt, an wen sich die Vorschriften der SektVO richten. Adressaten der SektVO sind nämlich unter anderem solche Unternehmen, die unter öffentlicher Beherrschung stehen. Damit wird deutlich, dass die Regelungen insbesondere auch dem staatlichen Finanzhaushalt dienen und dass sie die Auftragnehmer gerade vor staatlicher Willkür schützen sollen. Öffentliche Auftraggeber sind dabei nicht nur der Bund, das Land oder die Kommunen, sondern auch solche Einrichtungen, die unter einem beherrschenden Einfluss des Staates stehen. Dieser Einfluss wird vermutet, wenn der Staat die Mehrheit des gezeichneten Kapitals hält, er über die

Mehrheit der Stimmrechte verfügt oder er mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Unternehmens ernennen kann. Kurz: Alle Energieversorgungsunternehmen gelten als öffentlich beherrscht, wenn sie mehrheitlich in öffentlicher Hand liegen.

Für solche Unternehmen ist die Auferlegung mit den förmlichen Zwängen des Sektorenvergaberechts gerechtfertigt – aber eben nur dann, wenn für die Errichtung, den Kauf und den Betrieb von Stromerzeugungsanlagen kein freier Zugang zum Markt besteht und Wettbewerb sonst nicht in ausreichendem Maße garantiert ist.

Genau an diesem Punkt setzt der Antrag des BDEW an: Er verfolgt die Feststellung der EU-Kommission, dass der Markt der Stromerzeugung und dem Stromgroßhandel in Deutschland frei zugänglich ist und ein unmittelbarer Wettbewerb garantiert ist.

Nach der SektVO und nach Europarecht ist eine solche Überprüfung möglich: Die EU-Kommission kann das sogenannte Befreiungsverfahren zum einen auf eigene Initiative einleiten. Außerdem können das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie sowie die Sektorenauftraggeber die Befreiung eines konkreten Marktes vom Vergaberecht beantragen. Sie müssen dann zuvor eine Stellungnahme des Bundeskartellamtes zum Wettbewerb auf dem Markt einholen. Die Stellungnahme des Bundeskartellamtes liegt im vorliegenden Fall bereits vor. Eine Entscheidung der EU-Kommission ist noch in diesem Frühjahr zu erwarten. Die Kommission muss – zumindest grundsätzlich – innerhalb von drei Monaten ab dem ersten Arbeitstag nach Antragsingang entscheiden. Trifft sie keine Entscheidung innerhalb der Frist, gilt der Wettbewerb wie beantragt als festgestellt und die Energieversorgungsunternehmen haben bei der Stromerzeugung und dem Stromgroßhandel nicht mehr das Vergaberecht zu beachten.

Entscheidend für den Erfolg des Antrags wird sein, ob die EU-Kommission dem Antragsteller darin folgt, dass der Zugang zum Markt rechtlich und faktisch frei ist und dass der Markt einem ausreichenden Wettbewerb unterliegt. Der Zugang zum Markt der Erzeugung und des Vertriebs von konventionellem Strom in Deutschland dürfte indes schon deswegen frei sein, weil das deutsche Energiewirtschaftsgesetz die maßgeblichen europäischen Richtlinien zur Schaffung des Wettbewerbs auf dem Strommarkt umgesetzt hat. Ob der Markt auch ausreichendem Wettbewerb unterliegt, beurteilt sich nach kartellrechtlichen Kriterien wie den Preisen und dem Vorhandensein mehrerer Anbieter.

Das Bundeskartellamt ging in seiner Stellungnahme von genügendem Wettbewerb bei der Erzeugung und dem Vertrieb von konventionellem Strom aus. Die Behörde verneinte das Vorhandensein von genügendem Wettbewerb in dessen für den Strom aus erneuerbaren Energien. Dort existiere derzeit kein Wettbewerbsmarkt. Wegen der festen Einspeisevergütung bestehe kein unmittelbarer Wettbewerb. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes hat der Antrag des BDEW damit gute Erfolgsaussichten für den konventionellen Strommarkt, nicht aber für Strom aus erneuerbaren Energien.

Die Entscheidung der EU-Kommission bleibt mit Spannung abzuwarten. Sie hat in vergleichbaren Fällen Anträgen aus Österreich, England, Wales, Finnland und Schweden stattgegeben. Die staatlich beherrschten Energieversorgungsunternehmen in Deutschland dürfen auf eine entsprechende Entscheidung der EU-Kommission hoffen.