

Bundeskartellamt (BKartA) und Bundesnetzagentur (BNetzA) veröffentlichen eine Neuauflage des gemeinsamen Leitfadens zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers

Ausgangslage: Bereits im Dezember 2010 hatten BKartA und BNetzA einen „gemeinsamen Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers“ veröffentlicht. Seit der Veröffentlichung des Leitfadens hat der Bundesgerichtshof mehrere Urteile zu Konzessionierungsverfahren und Netzübernahmen erlassen (u.a. BGH KZR 65/12 und KZR/66/12 vom 17.12.2013, BGH EnVR 10/13 vom 03.06.2014, BGH EnZR 86/13 vom 07.10.2014, BGH EnZR 33/13 vom 18.11.2014 und BGH EnZR 11/14 vom 14.04.2015). Hinzu kommen zahlreiche Entscheidungen der Land- und Oberlandesgerichte. Der fast fünf Jahre alte Leitfaden ist damit in vielen Punkten rechtlich überholt.

Mit der zweiten, überarbeiteten Auflage vom 21.05.2015 wurde der Leitfaden von BNetzA und BKartA auf den aktuellen Stand der Rechtsprechung gebracht. Trotz der zahlreichen Gerichtsurteile sind weiterhin viele Fragen im Zusammenhang mit Konzessionsvergaben und Netzübernahmen offen. BKartA und BNetzA haben einige der Streitfragen aufgegriffen und sich hierzu positioniert.

Konzessionierungsverfahren: Viele Kommunen verfügen über eigene Stadtwerke oder Netzgesellschaften, die sich am Konzessionierungsverfahren beteiligen. Es besteht die Rechtsunsicherheit, ob Gemeinderatsmitglieder die gleichzeitig in einem Organ der städtischen Gesellschaft eine Funktion haben, an der Beratung im Gemeinderat mitwirken dürfen. Der Leitfaden sieht hier unabhängig von den Vorgaben der jeweiligen Gemeindeordnung § 16 VgV als rechtliches Leitbild und verlangt eine Trennung zwischen den Funktionen der Kommune (verfahrensleitende Stelle bzw. Bieter).

Auch zur Verbindung einer Konzessionsvergabe mit der Suche nach einem strategischen Beteiligungspartner für ein gemeinsames Stadtwerk oder eine Netzgesellschaft positioniert sich der Leitfaden. Sowohl das sog. einstufige Verfahren (Suche des Beteiligungspartners und der Konzessionsvergabe erfolgen gleichzeitig), als auch das sog. zweistufige Verfahren (Suche des Beteiligungspartners und die Konzessionsvergabe erfolgen in gesonderten Verfahren) werden als zulässig erachtet. Im zweistufigen Verfahren ist die Suche des Beteiligungspartners zeitlich vor der Konzessionsvergabe vorzunehmen.

Auswahlkriterien: Zur Gestaltung der Auswahlkriterien und deren Ausrichtung an den § 1 EnWG Zielen zitiert der Leitfaden die Rechtsprechung. Eine Konkretisierung, wann ein gesellschaftsrechtlich vermittelter Einfluss einer Gemeinde auf den möglichen Konzessionsnehmer in der Wertung berücksichtigt werden darf, bietet der Leitfaden ebenso wenig wie der BGH nicht. Welche zulässigen Spielräume eine Gemeinde bei der Gewichtung der Einzelziele des § 1

EnWG zueinander hat, konkretisiert der Leitfaden nicht. Das BKartA sieht die vorrangige Gewichtung der § 1 EnWG Ziele dann als gegeben an, wenn diese ein Gewicht von zumindest 70 % erhalten. Die BNetzA scheint diese Position nicht in vollem Umfang zu teilen.

In letzter Zeit wurde von der Rechtsprechung mehrfach eine Pflicht der ausschreibenden Kommune angenommen, die Kriterien zur Konzessionsvergabe durch gewichtete Unterkriterien zu konkretisieren. Der Leitfaden führt dazu erfreulich deutlich aus, dass „in aller Regel“ eine solche Pflicht nicht besteht. BNetzA und BKartA sehen sogar die Gefahr, dass durch eine Unterkriterienbildung die Kriterien auf einzelne Bieter zugeschnitten werden könnten. Auch würde auf diese Weise die Möglichkeit zur Berücksichtigung innovativer Angebotsinhalte bei der Angebotswertung eingeschränkt.

Datenherausgabe: Der BGH hat am 14.04.2015 (EnZR 11/14) entschieden, dass der Bestandsanbieter an die ausschreibende Kommune vor Durchführung des Konzessionierungsverfahrens auch die kalkulatorischen Restwerte heraus zu geben hat. Diese Position greift der Leitfaden mit einer detaillierten Datenliste auf. Ergänzt wird die Datenliste durch einen als Anlage dem Leitfaden beigefügten Vorschlag, wie die Daten zum Anlagevermögen aufbereitet werden können. Gleichwohl haben BNetzA und BKartA nicht von ihrem Recht nach § 46 Abs. 2 Satz 5 EnWG Gebrauch gemacht, Datenumfang und Format der Datenübermittlung verbindlich festzulegen.

Die Daten, die nach Abschluss des Konzessionsvertrages an den neuen Netzbetreiber heraus zu geben sind, sind nach den Ausführungen des Leitfadens im Wesentlichen deckungsgleich mit den Daten, die ihm bereits aus dem Konzessionierungsverfahren vorliegen.

Ein Anspruch auf Übermittlung weiterer Daten, die zur Überprüfung der Angemessenheit des Kaufpreises, den Netzbetrieb und zur Fortführung und der Neufestlegung der Erlösobergrenzen erforderlich sind, besteht nach der Positionierung des Leitfadens erst nach Abschluss des Kauf- bzw. Überlassungsvertrages. Dies hat eine Trennung der Verhandlung des Kaufpreises und der Erlösobergrenzenübertragung zur Folge, obwohl ein Ertragswert ohne Kenntnis der EOG nicht ermittelt werden kann.

Fazit: Die Neuauflage des Leitfadens enthält keine grundsätzlich neuen Ausführungen. Sie konkretisiert jedoch zumindest einige der offenen Fragen. Es bleibt abzuwarten, ob die Rechtsprechung dem folgen wird.

www.kbk-anwaelte.de
www.energienetzrecht.de
info@kbk-anwaelte.de