

# Kriterien und Verfahren der Konzessionsvergabe – täglich etwas Neues

W2K aktuell am 29.01.2014

Freiburg

**Rechtsanwalt Dr. Holger Weiß, LL.M.**

# Inhaltsübersicht

- A. Rechtsrahmen der Konzessionsvergabe
- B. Anforderungen an das Verfahren
- C. Zulässige Entscheidungskriterien
- D. Fehlerfolgen
- E. Ausblick: Die Konzessionsvergaberichtlinie
- F. Fragen

## A. Rechtsrahmen der Konzessionsvergabe

### I. Rudimentäre gesetzliche Vorgaben

- Vorherige Bekanntmachung: § 46 III 1 bis 3 EnWG
- Bindung an Ziele des § 1 EnWG: § 46 III 5 EnWG

### II. Allgemeine Rechtsgrundsätze:

Transparenz / Diskriminierungsfreiheit

- Ursprünglich: Herleitung aus Europäischem Unions- und deutschem allg. Kartellrecht
- Neuere Rechtsprechung: § 46 I 1 EnWG  
§ 46 Abs. 1 als „Grundtatbestand“ der Konzessionsvergabe

### III. Konsequenzen

- Prägung durch Leitfäden, Behörden- und Gerichtsentscheidungen
- Case-Law-Charakter

# Inhaltsübersicht

- A. Rechtsrahmen der Konzessionsvergabe
- B. Anforderungen an das Verfahren**
- C. Zulässige Entscheidungskriterien
- D. Fehlerfolgen
- E. Ausblick: Die Konzessionsvergaberichtlinie
- F. Fragen

## B. Anforderungen an das Verfahren

### I. Übersicht

1. Bekanntmachung des Konzessionsvertragsendes (§ 46 III 1 bis 3 EnWG)
2. Veröffentlichung der zur Netzbewertung erforderlichen Informationen (§ 46 II 4, III 1 EnWG)
3. Bekanntgabe der Entscheidungskriterien und der wesentlichen Verfahrensbedingungen (Transparenzgebot)
4. Auswertung anhand der Entscheidungskriterien
5. Vorabinformation der Bieter? (analog § 101a GWB?)
6. Ggf. Einholung eines Gutachtens (§ 107 I 2 GemO)
7. Entscheidung anhand der bekanntgegebenen Kriterien
8. Vorlage an die Kommunalaufsicht (§§ 107, 108 GemO)
9. Öffentliche Bekanntmachung der Entscheidung (§ 46 III 6 EnWG)

## II. Bekanntmachung des Auslaufens des Konzessionsvertrags

Bekanntmachungspflichten sind ernst zu nehmen!

OLG Düsseldorf 12.03.2008, VI-2 U (Kart) 8/07 - Orientierungssatz

*Vorzeitig verlängerte Stromkonzessionsverträge sind ohne Bekanntmachung nichtig, wenn dadurch die gesetzliche Höchstlaufzeit von 20 Jahren überschritten wird.*

OLC Celle 23.05.2013, 13 U 185/12 (Kart)

*„Der Senat hält die Auffassung für vorzugswürdig, wonach auch im Falle einer (bloß) fehlerhaften Bekanntmachung ein Verstoß gegen § 46 III 3 EnWG die Nichtigkeit des daraufhin zustande gekommenen Rechtsgeschäfts gemäß § 134 BGB zur Folge hat.“*

### III. Bekanntgabe wesentlicher Verfahrensinformationen

#### 1. Informationen zur Bewertung des Netzes

Leitfaden BNetzA/BKartA v. 15.10.2010 Rn. 25

*Technische Daten, Strukturdaten, Konzessionsabgabenaufkommen*

OLG Celle 9.01.2014, 13 U 52/13

*„Die Auskunftspflicht des Altkonzessionärs bei einer Neuvergabe von Wegenutzungsverträgen nach § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG umfasst kalkulatorische Netzdaten, nämlich insbesondere historische Anschaffungs- und Herstellungskosten nebst dem Jahr der Aktivierung, aktuelle kalkulatorischen Restwerte, sowie diejenigen kalkulatorischen Restwerte und Nutzungsdauern, die der letzten Bestimmung des Ausgangsniveaus nach § 6 ARegV zugrunde lagen.“*

## 2. Bekanntgabe der wesentlichen Wettbewerbsbedingungen, insbesondere der Entscheidungskriterien

OLG Düsseldorf hat im Urteil vom 12.03.2008, VI-2 U (Kart) 8/07, noch ausgeführt:

*„Die Gemeinde war ... nicht zu einer reglementierten Ausschreibung mit konkreten und nachvollziehbaren Wertungskriterien - etwa nach dem Vorbild des Vergaberechts - gezwungen. Nach S. 2 der Vorschrift musste sich die Gemeinde jedoch bei mehreren vorliegenden Angeboten mit ihnen befassen und ihre Entscheidung öffentlich begründen.“*

Seit Leitfaden BNetzA/BKartA vom 15.12.2010 (Rn.22) herrschende Auffassung – nunmehr auch BGH 17.12.2013, KZR 65/12

***Kriterien und Gewichtung müssten den Bewerbern vor der Angebotsabgabe klar benannt werden!***



# Inhaltsübersicht

- A. Rechtsrahmen der Konzessionsvergabe
- B. Anforderungen an das Verfahren
- C. Zulässige Entscheidungskriterien**
- D. Fehlerfolgen
- E. Ausblick: Die Konzessionsvergaberichtlinie
- F. Fragen

## C. Zulässige Entscheidungskriterien

### I. Wesentliche Etappen der Rechtsentwicklung

BGH 16.11.1999 – KZR 12/97 – (Kaufering)

*„Die Konzessionsvertragsparteien, insbesondere die Kommunen, sollten völlig frei und ungehindert darüber entscheiden können, welcher Partner fortan für die Energieversorgung zuständig sein sollte.“*

Leitfaden BNetzA / BKartA v. 15.12.2010

*„Zulässige Auswahlkriterien müssen einen sachlichen Bezug zur Konzession oder zum Netz aufweisen ... Neben den Regelungen der KAV zu den für die Konzessionsgewährung zulässigen Gegenleistungen können regelmäßig auch Vereinbarungen zum konzessionierten Netz (z.B. Investitionen, Ausbau, Effizienzsteigerung) getroffen werden.“*

OLG Schleswig 22.11.2012, 16 U (Kart) 21/12

*„Die gemeindliche Vergabe von Wegerechtkonzessionen ... hat sich mindestens auch und zwar vorrangig an den Zielen des § 1 EnWG auszurichten. Bei der Auswahlentscheidung müssen in erster Linie das Niveau der erreichbaren Netzentgelte und die Effizienz eines Netzbetreibers sein und nicht die fiskalischen Interessen der Gemeinde.“*

*„Auch ist ... die Durchsetzung eines effizienten Netzbetriebs in der täglichen Praxis, den die kommunale Beherrschung vorgeblich ermöglichen soll, schon im Ansatz gar nicht Sache der Gemeinde. Die Regulierung ... fällt vielmehr in den Zuständigkeitsbereich der Netzagenturen. Die Aufgabe der Gemeinden besteht nach dem Gesetz allein darin, in einem bestimmten Turnus einen Wettbewerb um ihre jeweils regionalen Netze zu veranstalten.“*

OLG Stuttgart, 7.11.2013, 201 Kart 1/13

*„Vielmehr bedarf es einer ausschließlichen oder jedenfalls ... deutlich vorrangigen Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG und eine Kommune kann im Rahmen des § 46 III 5 EnWG daneben allenfalls in ausgesprochen eingeschränktem Maße weitere Kriterien berücksichtigen ...*

*Das bedeutet, dass bei der Auswahlentscheidung in erster Linie maßgeblich sein müssen das Niveau der erreichbaren Netzentgelte und die Effizienz des Netzbetreibers. Ebenso sind Qualitätskriterien wie etwa die Umweltverträglichkeit oder die Sicherung des störungsfreien Netzbetriebs beachtlich. Erst in zweiter Linie und nur deutlich untergeordnet können fiskalische Interessen einer Kommune eine Rolle spielen, wie etwa die Höhe der Konzessionsabgabe oder die Höhe des sogenannten Kommunalrabatts.“*

## II. Position des BGH (Pressemitteilung v. 17.12.2013)

*„Die bei der Auswahlentscheidung angewandten Kriterien und ihre Gewichtung müssen ... inhaltlich mit dem Diskriminierungsverbot des § 46 Abs. 1 EnWG in Einklang stehen. Danach ist die Auswahl vorrangig an den Zielen des § 1 EnWG (Effizienz, Verbraucherfreundlichkeit, preisgünstige und sichere Versorgung, Umweltverträglichkeit) auszurichten. Im Übrigen bleibt der Gemeinde überlassen, sachgerechte Auswahlkriterien zu finden und zu gewichten, die einen Bezug zum Gegenstand des Konzessionsvertrags aufweisen, was eine zulässige wirtschaftliche Verwertung des Wegerechts umfasst.*

*Diesem Maßstab genügen die Auswahlentscheidungen zugunsten der Klägerin nicht. Zwar hat das Berufungsgericht einige Auswahlkriterien wie etwa den Gemeinderabatt oder eine Folgekostenübernahme zu Unrecht für unzulässig gehalten. Es hat jedoch zu Recht beanstandet, dass 70 von 170 bei der Angebotsbewertung höchstens erreichbaren Punkten auf Kriterien zum Geschäftsmodell entfielen, und zwar im Sinne von Möglichkeiten zur Ausgestaltung einer kommunalen Beteiligung an der Netzgesellschaft. Außerdem haben die Gemeinden die Ziele des § 1 EnWG nicht hinreichend berücksichtigt.*

### III. Kritische Würdigung

#### 1. Einordnung der Rechtsprechung des BGH

(soweit auf Basis der vorhandenen Informationen möglich!)

- BGH bestätigt das OLG Schleswig in den Grundaussagen:
  - § 46 Abs. 1 EnWG als Grundtatbestand
  - Vorrangige Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG
  
- BGH relativiert aber auch:
  - Im Übrigen bleibt die sachgerechte Entwicklung von Kriterien der Gemeinde überlassen
  - Es genügt ein Bezug zum Gegenstand des Konzessionsvertrags
  - Kriterien wie Folgekostenübernahme und Kommunalrabatt sind zulässig

## 2. Offene Fragen in der künftigen Praxis

### 2.1 Was heißt „vorrangig“ berücksichtigen?

„Prozentdiskussion“ ist zu kurz gegriffen !

- Stichwort: Verhältnis von Eignungskriterien und Wertungskriterien
- Stichwort: Verhältnis zwingender Anforderungen und Wertungskriterien

### 2.2 Entwicklung und Handhabung von § 1 EnWG–Kriterien

- Untauglichkeit des Effizienzwerts als Kriterium
- Schwierigkeiten bei der Netzentgeltprognose
- Netzbezug der Kriterien Verbraucherschutz / Umweltverträglich

### 3. Entscheidende Frage lautet: Was ist die Rolle der Gemeinde im Rahmen des § 46 EnWG?

#### 3.1 Meinung 1:

Der örtliche Verteilernetzbetrieb ist eine kommunale Aufgabe mit der Konsequenz einer kommunalen Gewährleistungs- und Auffangverantwortung. Bei der Konzessionsvergabe übt die Gemeinde diese Verantwortung aus.

- Konsequenzen:
  - Sicherung kommunalen Einflusses ist ein legitimes Anliegen
  - Konzessionsvertrag darf Regelungen zur Gewährleistung des Einflusses beinhalten
  - Kommunale Einflussnahme ist ein legitimes Entscheidungskriterium

#### 3.2 Meinung 2: Die Gemeinde ist nur Verwalter von Wegerechten.

- Konsequenzen:
  - Kommunaler Einfluss auf den Netzbetrieb wäre ein sachfremdes Vergabekriterium
  - Der Konzessionsvertrag dürfte keine Regelungen beinhalten, die eine Einflussnahme auf Netzbetrieb zum Ziel haben



OLG Schleswig 22.11.2012, 16 U (Kart) 21/12

*„Auch ist ... die Durchsetzung eines effizienten Netzbetriebs in der täglichen Praxis, den die kommunale Beherrschung vorgeblich ermöglichen soll, schon im Ansatz gar nicht Sache der Gemeinde. Die Regulierung ... fällt vielmehr in den Zuständigkeitsbereich der Netzagenturen. Die Aufgabe der Gemeinden besteht nach dem Gesetz allein darin, in einem bestimmten Turnus einen Wettbewerb um ihre jeweils regionalen Netze zu veranstalten.“*

## 3.2 Bewertung

- Örtliche Energieversorgung gehört unstreitig zum gemeindlichen Aufgabenkreis im Sinne des Art. 28 Abs. 2 GG.
  - z. B. BVerfG, 16.05.1989, 1 BvR 705/88; BVerwG, 11.11.2004, 3 C 36/03; BGH, 28.06.2005, KVR 27/04
- Die Aufgabe wird der Gemeinde durch das EnWG nicht entzogen.
  - § 46 EnWG regelt keinen Aufgabenentzug, sondern bestätigt die Zuständigkeit der Gemeinde für die Konzessionsvergabeentscheidung!
  - EnWG enthält kein Privatisierungsgebot. Art. 46 IV EnWG anerkennt vielmehr die Möglichkeit kommunaler wirtschaftlicher Betätigung.
  - Das Regulierungssystem ist nicht umfassend angelegt.
- Gemeindeordnung (§ 107 GemO) bekräftigt die gemeindliche Verantwortung bei der Konzessionsvergabe.
- Konzessionsvergabe ist als Selbstverwaltungsaufgabe ausgestaltet. Innergemeindlich ist Gemeinderat zuständig!

## 4. Schlussfolgerungen

- Die örtliche Energieversorgung ist verfassungsrechtlich nach wie vor eine Aufgabe der Gemeinde.
  - Das EnWG setzt den gesetzlichen Rahmen für die Ausübung der Aufgabe, entzieht der Gemeinde die Aufgabe aber nicht.
  - Die gesetzlichen Vorgaben sind daher ihrerseits im Lichte des Verfassungsrechts (kommunale Gewährleistungsverantwortung) auszulegen.
- **Die Gemeinde ist befugt, unter Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG ihrer Aufgabenstellung bei der Definition der Kriterien für die Konzessionsvergabe und bei der Ausgestaltung des Konzessionsvertrag Rechnung zu tragen.**

## IV. Ausschreibung von Beteiligungsmodellen

- **Einstufiger Wettbewerb**
  - Ausschreibung von isolierter Konzession / Beteiligungsmodell in einem Verfahren als Alternativangebote
  - ist nur zulässig, wenn reine Netzgesellschaft in Frage steht
  - Konzession muss im Vordergrund stehen – genaue Formulierung der Erwägungsgründe des BGH bleibt abzuwarten!
  
- **Zweistufiger Wettbewerb**
  - Getrennte Ausschreibung des Beteiligungsmodells und der Konzession
  - Grundsätzliche Zulässigkeit zwischenzeitlich anerkannt  
(OLG Düsseldorf 9.01.2013, VII-Verg 26/12; 4.02.2013, VII-Verg 31/12; OLG Celle 16.5.2013, 13 Verg 13/12)
  - Wichtig ist strikte Verfahrenstrennung u. Vermeidung rechtlicher Vorfestlegungen.

# Inhaltsübersicht

- A. Rechtsrahmen der Konzessionsvergabe
- B. Anforderungen an das Verfahren
- C. Zulässige Entscheidungskriterien
- D. Fehlerfolgen**
- E. Ausblick: Die Konzessionsvergaberichtlinie
- F. Fragen

## D. Fehlerfolgenrecht

### I. Diskussion vor Beschluss des BGH

- Welche Verfahrensfehler führen zur Nichtigkeit eines Konzessionsvertrags? Nur zweiseitige Verstöße oder auch bestimmte einseitige Verstöße? Abgrenzungskriterien?
- Gibt es eine präklusionsbewehrte Rügeobliegenheit?

### II. Voraussichtliche Position des BGH (laut Pressemitteilung)

- Einseitige Verfahrensfehler führen zur Nichtigkeit eines Konzessionsvertrags, wenn andernfalls der gewollte Wettbewerb um das Wegerecht ausgeschlossen wäre.
- Ein Wettbewerber kann sich auf Verfahrensfehler berufen, wenn nicht davon ausgegangen werden kann, dass sich der Konkurrent auch bei einer ordnungsgemäßen Vorgehensweise durchgesetzt hätte.  
**= wettbewerbsorientierte Kausalitätsbetrachtung**

### III. Bewertung

- Es ist fraglich, die Wertungen des Kartellvergaberechts nur hinsichtlich der Anforderungen, nicht aber hinsichtlich der Rechtsfolgen, weitgehend auf die Konzessionsvergabe zu übertragen.
- Dies führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit, zumal durch die BGH-Urteile vom 17.12.2013 längst nicht alle Fragen geklärt sein werden.
- Abhilfe des Gesetzgebers ist dringend geboten!

# Inhaltsübersicht

- A. Rechtsrahmen der Konzessionsvergabe
- B. Anforderungen an das Verfahren
- C. Zulässige Entscheidungskriterien
- D. Fehlerfolgen
- E. Ausblick: Die Konzessionsvergaberichtlinie**
- F. Fragen



## E. Ausblick: Die Konzessionsvergaberichtlinie

### I. Stand

- Vom EU-Parlament am 15.01.2014 beschlossen.
- Zustimmung des Rats alsbald. Inkrafttreten im Februar / März erwartet.
- Umsetzungsfrist wohl 2 Jahre

### II. Interessante Neuerungen

- **Neue Verfahrensanforderungen**
  - Europaweite Bekanntmachung gemäß EU-Standardformularen
  - Verfahrensgarantien
  - Vorabinformation an die Bieter
- **Fehlerfolgen- und Rechtsschutzsystem**
  - Effektiver Rechtsschutz analog Kartellvergaberecht – **voraussichtlich mit Rügeobliegenheiten, Fristvorgaben und Präklusionsfolgen**
- Bemerkenswert sind die **Zuschlagskriterien**

## Art. 41 Zuschlagskriterien

(1) *Die Konzessionen werden auf der Grundlage objektiver Kriterien vergeben, die (...) sicherstellen, dass die Angebote unter wirksamen Wettbewerbsbedingungen bewertet werden, so dass ein wirtschaftlicher Gesamtvorteil für den öffentlichen Auftraggeber (...) ermittelt werden kann (...)*



**= wirtschaftlicher Gesamtvorteil für die Gemeinde!!**

(2) ...

(3) *Der öffentliche Auftraggeber (...) gibt die Kriterien in absteigender Reihenfolge ihrer Bedeutung an.*



**= nach EU-Recht keine Gewichtung erforderlich**  
(dt. Recht könnte aber strenger sein)

*Ist die Konzessionsvergaberichtlinie auf Wegenutzungsverträge i. S. d. § 46 Abs. 2 EnWG anwendbar?*

- Sektorspezifischer Ausschluss nur bei der Wasserversorgung
- Aber Erwägungsgrund 16 (Stand 15.01.2014):  
*„Außerdem sollten Vereinbarungen über die Gewährung von Wegerechten hinsichtlich der Nutzung öffentlicher Liegenschaften für die Bereitstellung oder den Betrieb fester Leitungen oder Netze, über die eine Dienstleistung für die Allgemeinheit erbracht werden soll, ebenfalls nicht als Konzessionen im Sinne dieser Richtlinie gelten, sofern derartige Vereinbarungen weder eine Lieferverpflichtung auferlegen, noch den Erwerb von Dienstleistungen durch den öffentlichen Auftraggeber oder den Auftraggeber für sich selbst oder für Endnutzer vorsehen.“*
- Formulierung ist auslegungsbedürftig. Kein Ausnahmetatbestand im eigentlichen Richtlinientext. Wäre etwa der Musterkonzessionsvertrag Strom / Gas ausgenommen?

# Inhaltsübersicht

- A. Rechtsrahmen der Konzessionsvergabe
- B. Anforderungen an das Verfahren
- C. Zulässige Entscheidungskriterien
- D. Fehlerfolgen
- E. Ausblick: Die Konzessionsvergaberichtlinie
- F. Fragen**

# Haben Sie Fragen?

**RA Dr. Holger Weiß, LL.M.**

Wurster Wirsing Kupfer • Rechtsanwälte Partnerschaft mbB

• Kaiser-Joseph-Straße 247 • 79098 Freiburg • Tel.: 0761-2 111 49-0 • Fax: 0761-2 111 49-45 •

E-Mail: [freiburg@w2k.de](mailto:freiburg@w2k.de)