

VKU ☉ Landesgruppe Baden-Württemberg ☉ Königstraße 4 ☉ 70173 Stuttgart

Energiekartellbehörde Baden-Württemberg
Thomas Freiherr von Fritsch
Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft
Baden-Württemberg
Kernerplatz 9
70182 Stuttgart

Verband kommunaler
Unternehmen e.V.

Landesgruppe
Baden-Württemberg

Königstraße 4
70173 Stuttgart

Fon +49 (0)711.722373-30
Fax +49 (0)711.722373-32

bringmann@vku.de

Hauptgeschäftsstelle

13.08.2012

**Stellungnahme zum Entwurf eines Musterkriterienkatalogs der
Energiekartellbehörde Baden-Württemberg**

AktZ.: 6-4452.85/145

Invalidenstraße 91
10115 Berlin

Fon +49 (0) 30.58580-0
Fax +49 (0) 30.58580-100

www.vku.de
info@vku.de

Sehr geehrter Herr von Fritsch,

die Energiekartellbehörde beabsichtigt, einen Musterkriterienkatalog für die Konzessionsvergaben im Sinne des § 46 EnWG zu veröffentlichen. Hintergrund sind verschiedene Anfragen an die Behörde, aus denen die Behörde eine Unsicherheit im Hinblick auf zulässige Auswahlkriterien ableitet.

Der zur Konsultation gestellte Musterkriterienkatalog ist jedoch nicht geeignet diese Unsicherheit zu beseitigen, er führt vielmehr zu weiteren Unsicherheit und bedeutet letztlich eine weitere Einschränkung kommunaler Spielräume bei der Konzessionsvergabe. Die Energiekartellbehörde wiederholt den Appell an die Gemeinden, „bei den formalen Anforderungen an die Konzessionsvergabe im Zweifel eher eine Übererfüllung vorzunehmen, um das Risiko eines formalen Mangels zu minimieren“. Diesen Grundsatz wendet die Behörde aber jetzt offensichtlich auch auf die materiellen Entscheidungskriterien an.

Der Wettbewerb um Strom- und Gasnetzkonzessionen, der seit den 90er-Jahren im EnWG verankert ist, hat sich in den letzten Jahren als wichtiges Element der Förderung des Wettbewerbs auf den Energiemärkten und der dezentralen, kommunalen Unterstützung der Energiewende, etabliert. Die EnWG-Änderungen des letzten Jahres sollten diese Entwicklung weiter fördern. Die Anwendungspraxis der Kartellbehörden lässt jedoch befürchten, dass rechtssichere Netzerwerbe weiter erschwert werden und die durch das Selbstverwaltungsrecht der Kommunen geschützten Spielräume bei der Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge systematisch eingeschränkt werden.

Der Musterkriterienkatalog reiht sich ein in eine Vielzahl von Handreichungen und Mitteilungen von Kartellbehörden und Gerichtsurteilen. Dabei ist festzustellen, dass selbst

zwischen den verschiedenen Kartellbehörden erhebliche Unterschiede in der Bewertung bestimmter Verfahrensweisen und Vergabekriterien bestehen. Die Energiekartellbehörde ordnet sich hier an einigen Stellen bei den restriktivsten Ansichten ein. Der Musterkriterienkatalog hilft also nicht, Rechtsunsicherheit zu beseitigen, solange es noch zwischen den Behörden sowie zwischen Behörden und Gerichten grundsätzlich unterschiedliche Auffassungen gibt.

Die Energiekartellbehörde erläutert, dass die Zivilgerichte bei Verletzung formaler Anforderungen an den Konzessionsvergabeprozess regelmäßig eine Nichtigkeit des daran anknüpfenden Konzessionsvertrages angenommen hätten. Dies ist so nicht richtig, da die bisherigen obergerichtlichen Entscheidungen allein mit der Frage befasst waren, welche zivilrechtlichen Auswirkungen eine vollständig fehlende Bekanntmachung hat. Wie sich andere Verfahrensfehler auswirken und ob in jedem Fall eine Nichtigkeit anzusehen ist, ist bislang nicht entschieden.

Die Energiekartellbehörde sieht den Musterkriterienkatalog als „Beispiel“, weist jedoch auch darauf hin, dass die Gewichtung der Kriterien eine Indikation dafür gibt, in welchem Verhältnis sie grundsätzlich zueinander stehen. Damit überschreitet die Energiekartellbehörde klar ihre Kompetenz. In § 46 EnWG ist vorgesehen, dass die Gemeinde bei der Entscheidung über die Konzessionsvergabe den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet sei. Damit ist die möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht von den Gemeinden zu berücksichtigen. Die weitere Vorgabe der Energiekartellbehörde, dass es sich um netzbezogene Kriterien handeln müsse, findet sich nicht im Gesetz selbst, sondern nur in der Begründung. Der Gesetzgeber selbst hat sich allerdings – in Abkehr von früheren Entwurfs-Formulierungen – bewusst dafür entschieden, dass Konzessionsverträge nicht nur mit Netzbetreibern, sondern mit Energieversorgungsunternehmen abgeschlossen werden können. Gerade im Hinblick auf die Ziele des § 1 EnWG ist eine Verengung der Kriterien auf den Netzbetrieb deshalb höchst zweifelhaft.

Die Energiekartellbehörde geht auch – ohne weiteren Beleg – davon aus, dass sich aus § 46 EnWG herauslesen lasse, dass nur die Ziele des § 1 EnWG berücksichtigt werden dürften. Die örtliche Energieversorgung stellt jedoch nach der Rechtsprechung von Bundesverwaltungsgericht und Bundesverfassungsgericht eine Aufgabe der örtlichen Gemeinschaft dar, die dem kommunalen Selbstverwaltungsrecht gem. Art. 28 Abs. 2 GG unterliegt. Von diesem Recht wird auch und insbesondere die Entscheidung der Gemeinde geschützt, ob eine Aufgabe der örtlichen Gemeinschaft durch sie selbst oder durch einen Dritten erfüllt werden soll. Die Bedeutung dieser grundlegenden Verfassungsentscheidung für die Auslegung des § 46 EnWG wird von der Energiekartellbehörde vollkommen verkannt; schlimmer noch, sie wird nicht einmal diskutiert. Dabei ergibt sich diese Frage auch bei einer rein kartellrechtlichen Betrachtung. Die Energiekartellbehörde übersieht, dass selbst der Kartellsenat des BGH in der zum Konzessionswettbewerb maßgeblichen Entscheidung „Kaufering“ ausführt: „Spätestens alle 20 Jahre sollten die Partner eines Konzessionsvertrages völlig frei darüber entscheiden können, ob die Energieversorgung

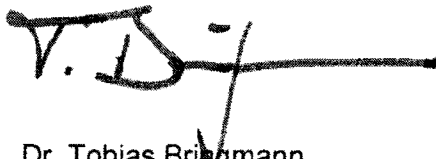
durch den bisherigen Vertragspartner, durch ein konkurrierendes Versorgungsunternehmen oder aber durch die Kommune selbst fortgesetzt werden sollte.“

Die Nichtbeachtung der kommunalen Selbstverwaltung zeigt sich auch bei der restriktiven Behandlung von Gemeinschaftsunternehmen im Rahmen von Konzessionsbewerbungen. Hier vertritt die Energiekartellbehörde ohnehin nach unserer Kenntnis eine restriktive Auffassung, die von den anderen in diesem Bereich tätigen Kartellbehörden nicht geteilt wird. Mit dieser rechtlich höchst angreifbaren Linie verhindert die Energiekartellbehörde energie- und kommunalwirtschaftlich sinnvolle Lösungen. Die restriktive Haltung zeigt sich zudem als eine Einschränkung des gewünschten Wettbewerbs um Konzessionen, da damit viele sinnvolle Gestaltungen ohne zwingenden rechtlichen Grund ausgeschlossen werden.

Von der Veröffentlichung des Musterkriterienkatalogs sollte deswegen Abstand genommen werden. Die Energiekartellbehörde könnte ihre Ressourcen sinnvoller einsetzen, wenn sie die Gemeinden dabei unterstützen würde, die nach EnWG geforderten Informationen von Altkonzessionären zu erhalten.

Für Rückfragen stehe ich Ihnen jederzeit zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Tobias Bringmann
Geschäftsführer

