



GEODE · Magazinstraße 15-16 · 10179 Berlin

An den
Minister für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft Baden-Württemberg
Herrn Franz Untersteller, MdL
Kernerplatz 9
70182 Stuttgart

Unser Az.: 02329-04/1852050
(Bitte stets angeben)

☎ (030) 611 284 0-70

Christian Held/wa
Berlin, 20.07.2012

Stellungnahme zum Entwurf eines Musterkriterienkatalogs der Energiekartellbehörde Baden-Württemberg

Sehr geehrter Herr Minister Untersteller,

die Energiekartellbehörde Baden-Württemberg hat mit Schreiben vom 05.07.2012 den Entwurf eines Musterkriterienkatalogs für die Vergabe von energierechtlichen Wegenutzungsverträgen („Konzessionsverträge“) mit der Aufforderung zur Stellungnahme bis zum 25.07.2012 an den Städtetag Baden-Württemberg, den Gemeindetag Baden-Württemberg, alle Strom- und Gasnetzbetreiber in Baden-Württemberg, den VfEW Baden-Württemberg und den VKU, Landesverband Baden-Württemberg, versandt.

Wir wenden uns als europäischer Verband der unabhängigen Strom- und Gasverteilerunternehmen, stellvertretend für unsere Mitglieder in Baden-Württemberg direkt an Sie, weil uns das Vorgehen der zu Ihrem Ministerium gehörigen Energiekartellbehörde überrascht.

Groupement Européen des entreprises et Organismes de Distribution d'Énergie

Deutsche Sektion:
Magazinstraße 15-16 · 10179 Berlin · Deutschland
Tel.: +49 30 611 284 070 · Fax: +49 30 611 284 099
e-mail: info@geode.de

General Delegation:
Avenue Marnix 28 · 1000 Brüssel · Belgien
Tel.: +32 2 204 44 60 · Fax: +32 2 204 44 69
e-mail: info@geode-eu.org

Die GEODE begrüßt ausdrücklich, dass die Energiekartellbehörde das Thema „Konzessionsvergabe“ aufgreift und den Kommunen eine Hilfestellung anbieten möchte. Wir sind jedoch der Ansicht, dass keine Notwendigkeit besteht, Auswahlkriterien für das Verfahren vorzuschlagen. Ein Musterkriterienkatalog brächte vielmehr rechtlich und politisch ungewollte Nebeneffekte mit sich.

Im Ergebnis ist die GEODE der Auffassung, dass:

- **ein Musterkriterienkatalog in die verfassungsrechtlich garantierte kommunale Selbstverwaltung eingreift, weil er die Kommunen in unzulässiger Weise in ihrem Auswahlverfahren einschränkt;**
- **die Energiekartellbehörde von einer falschen Prämisse ausgeht, wenn sie annimmt, dass formale Mängel im Auswahlverfahren in der Regel zur Nichtigkeit des Konzessionsvertrages führen;**
- **die vorgeschlagenen Kriterien und deren Gewichtung nicht geeignet sind, Rechtssicherheit zu schaffen, sondern vielmehr die Gefahr mit sich bringen, dass der Wettbewerb um die Konzessionen zum Erliegen kommt.**

Zu den inhaltlichen Anforderungen an die Auswahlkriterien im Konzessionsverfahren enthielt § 46 EnWG in der bis August 2011 geltenden Fassung ausdrücklich keine Vorgaben. Erst in der seit dem 04.08.2011 geltenden Fassung des § 46 EnWG wird den Kommunen in Absatz 3 Satz 5 vorgeschrieben:

„Bei der Auswahl des Unternehmens ist die Gemeinde den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet.“

Wie diese Bindung sich genau darstellt, wird vom Gesetzgeber nicht weiter konkretisiert. In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu:

„Mit dem neuen Absatz 3 Satz 5 wird klargestellt, dass die Gemeinde im Rahmen ihrer Entscheidung über die Vergabe der Konzession an die Ziele des § 1 gebunden ist, eine preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche Versorgung im Sinne des Verbrauchers sicherzustellen. Die sachgerechten Kriterien für die Entscheidung der Gemeinde müssen sich aufgrund der Vorgabe der Entflechtung des Netzbetriebs von Vertrieb und Erzeugung auf Aspekte des Netzbetriebs beschränken.“ (BT-Drs. 17/6072, S. 88)

Nach dem Willen der Energiekartellbehörde Baden-Württemberg sollen sich die Kommunen bei der Aufstellung ihrer Auswahlkriterien zukünftig an dem nun vorgestellten Musterkriterienkatalog orientieren.

1. Eingriff in die kommunale Selbstverwaltung

Wir sehen in der Bereitstellung eines Musterkriterienkatalogs einen ungerechtfertigten Eingriff in die gemäß Art. 28 Abs. 2 des Grundgesetzes und Art. 71 Abs. 1 der Landesverfassung Baden-Württemberg garantierte kommunale Selbstverwaltung.

Die Energieversorgung und damit einhergehend auch die Auswahl des örtlichen Energieversorgungsunternehmens sind wesentlicher Teil der Daseinsvorsorge und zum Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung zu zählen. Die Vergabekammern betonen stets, dass die Aufstellung und Gewichtung von Vergabekriterien, die ureigenste Aufgabe der vergebenden Kommune ist. Im Bereich der Konzessionsvergaben kann nichts anderes gelten. Damit obliegt den Kommunen eine Kriterienfindungskompetenz. Die Ausübung der kommunalen Selbstverwaltung erfolgt nach dem Wortlaut der verfassungsrechtlichen Vorschriften „im Rahmen der Gesetze“. Die Kommunen dürfen demnach keine Kriterien aufstellen, die dem EnWG widersprechen. Sie sind jedoch nicht verpflichtet, dass EnWG zu *vollziehen*, solange sie es nur ausreichend *beachten*.

Zwar betont die Energiekartellbehörde, dass ihre Kriterien nur eine Empfehlung darstellen, die nicht zwingend befolgt werden muss. Gleichwohl erwarten wir eine faktische Bindungswirkung des Musterkriterienkatalogs, zumal die Energiekartellbehörde in ihren Anmerkungen zu den Musterkriterien die Meinung vertritt, dass die Verletzung formaler Anforderungen zur Nichtigkeit des späteren Konzessionsvertrages führt.

Neben der generellen Bereitstellung eines Musterkriterienkatalogs durch die Energiekartellbehörde kritisieren wir auch die inhaltliche Qualität des Entwurfs. Zwar begrüßen wir die Aussage, dass das Ziel der Effizienz nicht im Sinne einer regulatorischen Kosteneffizienz zu verstehen ist. Jedoch folgen sowohl die Aufstellung und Gliederung der Kriterien als auch deren Gewichtung in ihrer Detailliertheit keineswegs zwingend den gesetzlichen Vorgaben aus § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG, sondern engen den Spielraum der Kommunen über Gebühr ein. Das Gesetz verpflichtet die Gemeinden bei der Aufstellung ihrer Auswahlkriterien zur Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG. Es sagt aber nicht, dass die Gemeinden nicht auch die Wirtschaftlichkeit der Konzessionsvertragsangebote – etwa mit Blick auf eine mögliche kommunale Beteiligung an einer Netzgesellschaft – zu einem wesentlichen Auswahlkriterium machen dürfen.

Die von der Energiekartellbehörde vorgenommene Überbewertung der Ziele des § 1 EnWG engt zudem die Möglichkeiten der Kommunen, ihren bisherigen Netzbetreiber zu wechseln, ein. Dies widerspricht dem Willen des Gesetzgebers, den Wettbewerb auf den Energiemärkten zu fördern. Damit einher geht eine einseitige Bevorzugung der großen Konzerne, die

gegenwärtig aus historischen Gründen die Mehrzahl der Netze betreiben. Kleinere – häufig kommunale – Energieversorgungsunternehmen würden benachteiligt.

Hinsichtlich der Gewichtung der Musterkriterien sind wir der Auffassung, dass diese nicht den tatsächlichen legitimen Interessen der Kommunen entspricht. Die Regelungen des Konzessionsvertrages werden in dem Musterkriterienkatalog lediglich mit 15 von 100 Punkten gewichtet. Dies überrascht, wenn man sich vor Augen hält, dass der Konzessionsvertrag als Wegenutzungsvertrag dem Energieversorgungsunternehmen die umfangreiche Nutzung öffentlichen Eigentums für einen Zeitraum von in der Regel 20 Jahren einräumt. Die nicht unerhebliche Inanspruchnahme der gemeindlichen Wege, etwa beim Aufreißen und Wiederverschließen der Straße, betrifft die Kommune als Trägerin der Straßenbaulast in einem zentralen Punkt. Hier ist es nur legitim, wenn die Kommunen auf detaillierte Regelungen, etwa zu Baumaßnahmen und deren Kosten, im Konzessionsvertrag wert legen dürfen.

Hinsichtlich der Aussage der Energiekartellbehörde, der *„Konzessionsvertrag wird regelmäßig geringe Unterschiede zwischen den Bewerbern zu Tage bringen“*, haben wir gegenteilige Erfahrungen gemacht. Tatsächlich unterscheiden sich die angebotenen Konzessionsverträge oftmals erheblich, etwa im Bereich der Übernahme von Folgekosten, bei den Endschaftsbestimmungen und den Informationsansprüchen. Diese sollen nach dem Vorschlag der Landeskartellbehörde nicht mit in die Bewertung einfließen dürfen, weil diese Regelungen *„mit Blick auf das Nebenleistungsverbot in § 3 KAV für einen Verstoß anfällig“* seien. Wir halten diese Auffassung für unzutreffend und erlauben uns einen Verweis auf die Ausführungen der Energiekartellbehörde auf Seite 3 ihres Positionspapiers vom 05.12.2011, in dem auch Ihr Haus noch einen gegenteiligen Standpunkt vertreten hat.

2. Verfahrensmängel begründen keine Nichtigkeit des Konzessionsvertrages

Weiterhin ist die Prämisse der Energiekartellbehörde, dass nach der Zivilrechtsprechung die *„Verletzung formaler Anforderungen an den Konzessionsvergabeprozess regelmäßig eine Nichtigkeit des daran anknüpfenden Konzessionsvertrages“* nach sich zieht, nicht richtig.

Gegenwärtig gibt es lediglich eine einzige rechtskräftige Gerichtsentscheidung, die von einer Nichtigkeit eines geschlossenen Konzessionsvertrages ausgegangen ist (OLG Düsseldorf, Ur. v. 12.03.2008, Az. VI-2 U (Kart) 8/07). Die Richter hatten seinerzeit jedoch über einen Konzessionsvertrag zu urteilen, der abgeschlossen wurde, ohne dass das Auslaufen des alten Vertrages bekannt gemacht wurde. Insofern ging es seinerzeit nicht um einen bloßen formalen Mangel im Auswahlverfahren. Vielmehr hatte das gesetzlich vorgesehene Auswahlverfahren überhaupt nicht stattgefunden. Es ist offensichtlich, dass der Verzicht auf ein Verfahren eine stärkere Fehlerqualität aufweist als etwaige in einem durchgeführten Verfahren auftretende Mängel.

3. Weitere Verunsicherung der beteiligten Akteure

Der Musterkriterienkatalog wird entgegen der Intention der Energiekartellbehörde nicht Rechtsklarheit, sondern Rechtsunsicherheit erzeugen. Selbst wenn die Kommunen zukünftig unter Verzicht auf ihr Recht der kommunalen Selbstverwaltung ihre Auswahlkriterien eng an dem Musterkriterienkatalog der Landeskartellbehörde ausrichten, so verbleiben zahlreiche bereits laufende bzw. abgeschlossene Konzessionsverfahren, deren Auswahlkriterien naturgemäß von dem nunmehr präsentierten Musterkriterienkatalog abweichen. Die Energiekartellbehörde empfiehlt in solchen Fällen die Anpassung oder sogar Wiederholung der Verfahren. Dies ist sowohl unter zeitlichen als auch unter wirtschaftlichen und insbesondere unter rechtlichen Aspekten kaum umsetzbar. Die Kommunen können im Falle von bereits geschlossenen Konzessionsverträgen eine Wiederholung des Auswahlverfahrens nicht durchführen, ohne vertragsbrüchig und ggf. auch schadensersatzpflichtig zu werden.

Im Ergebnis wird der Musterkriterienkatalog dazu führen, dass die Altkonzessionäre zukünftig noch häufiger, als sie es ohnehin schon praktizieren, das Ergebnis des Auswahlverfahrens angreifen werden. Bereits aufgrund der gut gemeinten Ergänzung des § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG aus dem vergangenen Jahr sind bundesweit zahlreiche Verfahren anhängig (sowohl beim BKartA als auch bei den Verwaltungs- und Zivilgerichten). Die langwierige gerichtliche Klärung der Ansprüche hat ihrerseits einen Investitionsstau zur Folge. Der Altkonzessionär hat in der Regel kein Interesse an einem Ausbau solcher Netze, deren Abgabe er fürchten muss. Der Neukonzessionär wird mangels tatsächlicher Verfügungsbefugnis ebenfalls nicht tätig werden. Dies ist ein untragbarer Zustand angesichts der Herausforderungen der Energiewende.

Aus den vorstehend genannten Gründen empfehlen wir, auf die Bereitstellung der Musterkriterien in Gänze zu verzichten. Bitte teilen Sie uns mit, ob wir die hier dargelegten Kritikpunkte in einem persönlichen Gespräch mit Ihnen vertieft erörtern dürfen. Sofern Sie wünschen, lassen wir Ihnen eine ausführlichere Stellungnahme zu unseren Kritikpunkten oder den einzelnen Kriterien des Musterkatalogs zukommen.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen jederzeit zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Christian Held

Stellvertretender Präsident



Rainer Kübler

Stellvertretender Sprecher der Deutschen Sektion