

Konzessionsvergaben und Rekommunalisierung

Rechtssicher und erfolgreich

(BS/Ralf Westermann/Hartwig Kalhöfer*) Städte und Gemeinden sehen gerade die Neuvergabe auslaufender Konzessionen als Chance, mit dem örtlichen Betrieb von Energienetzen kommunale Einnahmen zu sichern sowie die lokale Energieversorgung neu zu gestalten. Kommen dabei Alt-konzessionäre nicht wieder zum Zuge, geben sie sich sehr wehrhaft. Denn der Verlust der Konzession zieht in aller Regel den Verkauf des lukrativen Netzgeschäfts nach sich. Oftmals führt dies, insbesondere im Spezialfalle einer Rekommunalisierung der Netze, auch zum schmerzhaften Verlust von Vertriebskunden. Deswegen wird durch Altkonzessionäre oft bereits die Rechtmäßigkeit der Konzessionsneuvergabe bestritten. Kommunen stehen somit in jedem Falle vor der großen Aufgabe, Konzessionen rechtssicher zu vergeben.

Die aktuelle Vergabepraxis für Konzessionen orientiert sich an Leitfäden der Bundesnetzagentur und der Kartellämter. Sie wird aber auch zunehmend und insbesondere durch eine (höchst-)richterliche Rechtsprechung geprägt, die sich aus eher allgemeinen Regelungen des Energiewirtschaftsgesetzes (§ 46 EnWG) und dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung (§19 GWB) entwickelt. Die Ursache für diese ausgeprägte, jeweils neu richtungsweisende Rechtsprechung liegt darin begründet, dass es nur wenige konkret einschlägige gesetzlichen Vorschriften gibt.

Kommunen dürfen nicht bevorzugt werden

An einer Konzession interessierte Unternehmen müssen sich in einem diskriminierungsfreien und transparenten Verfahren dem Wettbewerb stellen. Kein Bewerber darf bevorzugt werden. Das gilt auch für die Kommune, die sich ggf. mit einem eigenen Unternehmen um die Netze auf eigener Stadtge-markung bewirbt. Eine freihändige oder direkte Vergabe an dieses eigene Unternehmen ist nicht zulässig: Der "beste" Netzbetreiber ist im Verfahren zu ermitteln und zu konzessionieren.

In tausenden Kommunen im Bundesgebiet steht zurzeit die Neuvergabe der Konzessionen an. Eine Vielzahl der Vergabeverfahren, bei denen Altkonzessionäre nicht wieder zum Zug

kommen, landet – obwohl vielleicht alle bisher bekannten Rechtsvorschriften und -auf-fassungen berücksichtigt wurden – vor Gerichten. Die Rechtsprechung entwickelt sich bei den vielen Verfahren rasant weiter.

Intransparente Vergaben

Die Richter rügten zum Beispiel in der Vergangenheit häufig Vergaben als nicht diskriminierungsfrei oder als intransparent und hoben die Vergabeentscheidungen wieder auf. Das gesamte Verfahren ist somit nichtig und muss vollständig wiederholt werden. Urteilsbegründungen aus diesen gescheiterten Vergaben dienen danach als Basis für die Ausgestaltung nachfolgender Vergabeverfahren – doch auch diese werden nun vielfach wieder beklagt.

Derzeit gehen kommunale Vergabestellen deshalb vermehrt dazu über, umfangreiche Verfahrensbriefe an die Bewerber um Konzessionen zu verschicken. Auf diese Weise bemühen sie sich, den zunehmenden Ansprüchen zu genügen und im Vorfeld der Vergabe den Interessenten die nötige Transparenz zu verschaffen. "Das Auswahlverfahren muss zunächst so gestaltet werden, dass die am Netzbetrieb interessierten Unternehmen erkennen können, worauf es der Gemeinde bei der Auswahlentscheidung ankommt", heißt es dazu in einem Urteil des BGH

zur Konzessionsvergabe in Ber-kenthin.

Deswegen werden die im § 1 des EnWG aufgeführten Kriterien in Unter- und Unter-Unterkriterien aufgegliedert und mit einer entsprechenden Gewichtung versehen. Zur Vergabe der Gaskonzession des Landes Berlin urteilte das Landgericht Berlin, die Gewichtung der Unterkriterien sei jedoch ebenfalls "nicht hinreichend nachvollziehbar" gewesen.

Und die Spirale dreht sich weiter: Es kann sogar auch eine zur Transparenzwahrung schon im Vorfeld der Vergabe festgelegte Gewichtung von Kriterien als unangemessen erachtet werden, so die o. g. Entscheidung des BGH, wenn die Kriterien des § 1 EnWG nicht vorrangig berücksichtigt werden. Und selbst diese Detaillierung ist noch steigbar: Auch die angemessene Gewichtung der Kriterien innerhalb des § 1 EnWG wird von verschiedenen Gerichten unterschiedlich eingeschätzt.

Unterstützung bei Konzessionsverfahren

Die rechtssichere Vergabe von Konzessionen ist derzeit alles andere als einfach. Die Praxis zeigt jedoch auch, dass mit guter energiewirtschaftlicher und juristischer Beratung sowie mit dem nötigen Durchhaltevermögen auch andere, selbstständige kommunale Lösungen gelingen können.

BET steht seinen Kunden seit vielen Jahren, stets in Koopera-

tion mit fachkundigen Rechtsanwältinnen, bei Konzessionsverfahren erfolgreich zur Seite. Wir unterstützen sowohl Kommunen bei der Vergabe als auch Netzbetreiber bei der Bewerbung um die Konzession. Somit kennen wir "beide Seiten" und können Ihre Erfolgsaussichten maximieren. Dabei legen wir Wert auf ganzheitliche Lösungen:

- **Wir begleiten Sie in Ihrer Eigenschaft als Vergabestelle:** Von Beginn an im politischen Prozess des Wissenstransfers und der Meinungsbildung. Wir organisieren Ihr Projekt und stellen sicher, dass alle Beteiligten im politischen und energiewirtschaftlichen Umfeld stets die richtigen Informationen erhalten.
- **Wir unterstützen Sie als Bewerber um eine Konzession, auch in Rekommunalisierungsprojekten:** Wir bieten Ihnen solide Beratung zu allen technisch-wirtschaftlichen Aspekten für den gesamten Prozess aus einer Hand: von der Bewertung der Wirtschaftlichkeit eines Netzes über die Konzessionsbewerbung und die Übernahmeverhandlungen (Kaufpreis, Erlösobergrenzen, Entflechtung) bis zum Aufbau von wettbewerbsfähigen Vertriebsaktivitäten.

**Ralf Westermann und Hartwig Kalhöfer sind Berater im Büro für Energiewirtschaft und technische Planung GmbH, Aachen.*