

Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG

Eine kritische Betrachtung der jüngsten BGH-Rechtsprechung

von
Prof. Dr. Wolfgang Weiß

1. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de

ISBN 978 3 406 67775 5

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

V. Anforderungen aus dem Transparenzgebot

Darüber hinaus stößt es auf methodische und inhaltliche Bedenken, wenn der BGH aus der Erstreckung des Diskriminierungsverbots aus § 46 I auf die Entscheidungsfindung für eine Konzessionsvergabe nach § 46 II weitergehende Schlussfolgerungen über Anforderungen entnimmt, die über die in § 46 II, III festgelegten formalen und inhaltlichen Anforderungen hinausgehen, etwa im Hinblick auf Anforderungen aus dem Transparenzgebot.¹³¹ Der BGH leitet daraus eine Pflicht ab, die Entscheidungskriterien rechtzeitig, das heißt vor Angebotsabgabe, mitzuteilen, wie auch die Gewichtung dieser Kriterien vorab anzugeben. Der BGH entnimmt dem Diskriminierungsgebot auch eine Einschränkung hinsichtlich der heranziehbaren sachlichen Gründe.

Damit erhält das in § 46 I EnWG festgelegte Diskriminierungsverbot einen ganz neuen Inhalt im Rahmen von § 46 II EnWG. Das ist deshalb methodisch fragwürdig, weil der BGH auf diese Weise die gesetzlichen Regelungen des § 46 II, III inhaltlich ergänzen will. Für solche über die in § 46 II und III verankerten Vorgaben hinausgehende verfahrensbezogenen oder materiellen Ergänzungen bedarf es einer eigenständigen Rechtsgrundlage, etwa aus anderen einschlägigen gesetzlichen Regelungen (der BGH verweist noch auf § 19 I 2 GWB¹³²) oder aus dem GG; solche Ergänzungen können nicht über die ergänzende Anwendung des Diskriminierungsverbotes aus § 46 I EnWG gewonnen werden, das im Rahmen des § 46 I eine viel eingeschränktere Bedeutung hat. Anforderungen in Richtung eines weitreichenden Transparenzgebots können § 46 EnWG selbst angesichts seiner beschränkteren und eher dürftigen Regelungen gerade nicht entnommen werden.¹³³ Verfahrensrechtliche Anforderungen eines Transparenzgebots können ebenso wenig aus dem Diskriminierungsverbot des § 19 I 2 GWB gewonnen werden.

Nicht angehen kann eine Herleitung von verfahrensbezogenen und materiellen Transparenz- und Nichtdiskriminierungsanforderungen aus dem EU-Diskriminierungsverbot. Denn für In-house Fälle lässt der EuGH diese gerade nicht gelten, wie oben dargelegt. Die Begründung des BGH verweist jedoch auf die Rechtsprechung des EuGH zu Dienstleistungskonzessionen, um konkrete Transparenz- und Nichtdiskriminierungsverpflichtungen aus dem zuvor vom BGH nur auf § 46 EnWG

¹³¹ Vgl. BGH, Az. KZR 65/12, Urteil vom 17.12.2013, Rn. 43 f.; Az. KZR 66/12, Urteil vom 17.12.2013, Rn. 34 f. – Stromnetz Berkenthin, bestätigt in BGH, Az. EnVR 10/13, Beschluss vom 3.6.2014, Rn. 52, 57.

¹³² BGH, Az. KZR 66/12, Urteil vom 17.12.2013, Rn. 16 f., 25 – Stromnetz Berkenthin.

¹³³ Vgl. auch *Hellermann*, EnWZ 2014, 339 (341).

und § 19 I 2 GWB gestützten Diskriminierungsverbot abzuleiten.¹³⁴ Hier ist die Begründung des BGH in höchstem Maße inkonsistent.

Unbeschadet dieser Fragwürdigkeiten in der Begründung bleibt die inhaltliche Frage, woraus der BGH konkret die insbesondere verfahrensrechtlichen Anforderungen, die er aus Diskriminierungs- und Transparenzgebot gewinnt, entnimmt. Zur Begründung zieht der BGH die Überlegung heran, dass „die Auswahlentscheidung im unverfälschten Wettbewerb nach sachlichen Kriterien und diskriminierungsfrei zugunsten desjenigen Bewerbers erfolgt, dessen Angebot den Auswahlkriterien am besten entspricht.“ Das erfordere, dass den interessierten Unternehmen die Kriterien und ihre Gewichtung rechtzeitig mitgeteilt werde.¹³⁵ Der BGH verweist zur näheren Begründung dann auf Literatur und eigene Entscheidungen, die indes die vom BGH formulierte Tragweite der verfahrensbezogenen Anforderungen im Hinblick auf eine vorherige Mitteilung der konkreten Gewichtung der Kriterien nicht tragen oder ihrerseits nicht näher begründen.¹³⁶

Sicherlich erfordert eine sinnvolle Bewerbung für interessierte Unternehmen, dass sie die Entscheidungskriterien kennen und ihre Bewerbung entsprechend einrichten können. Transparenz gebietet einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit, um einen Wettbewerb für Konzessionen eröffnen zu können und eine Nachprüfung zu ermöglichen, ob die Vergabe unparteiisch durchgeführt wurde.¹³⁷ Dass aber zugleich auch die konkrete Gewichtung jedes Kriteriums vorher mit angegeben wird, ist für eine Bewerbung nicht in gleicher Weise erforderlich. Nur das formale Vergaberecht kennt die Verpflichtung, die konkrete Gewichtung der Kriterien vorab in der Ausschreibung bekannt zu geben (vgl. Art. 53 II VergabeRL 2004/18; Art. 67 V VergabeRL 2014/24). Das formale Vergaberecht gilt für die Wegekonzession nach § 46 II, III EnWG aber wie ausgeführt nicht. Sollte der BGH auch hier Maßstäbe des formalen Vergaberechts herangezogen haben, ohne dies deutlich zu machen? Dem

¹³⁴ BGH, Az. KZR 65/12, Urteil vom 17.12.2013, Rn. 45; darauf verweist auch das BGH-Urteil, Az. KZR 66/12, Rn. 35 – Stromnetz Berkenthin.

¹³⁵ Vgl. BGH ebda. So auch etwa OLG München, Urteil vom 26.9.2013, Az. U 3589/12 Kart, EWERK 2014, (54 f.) mit Anm. Modest, auf das der BGH verweist.

¹³⁶ So belegt der Verweis auf die BGH-Urteile vom 7.11.2006, KZR 2/06 und 13.1.2007, KZR 22/06 nur, dass es der öffentlichen Hand frei steht, zur Verfolgung öffentlicher Interessen wie der Förderung einer Behinderteneinrichtung das entsprechende Kriterium als Vergabekriterium aufzulisten. Das Positionspapier Konzessionsvergabe der baden-württembergischen Landeskartellbehörde (http://www.versorger-bw.de/fileadmin/BENUTZERDATEN/Bildmaterial/Kartell/Positionspapier_Konzessionsvergabe.pdf) statuiert zwar eine Verfahrensanforderung der vorherigen Mitteilung auch der Gewichtung der Kriterien, ohne dies aber näher zu begründen. Es wird ebda. S. 5 nur allgemein auf kartellrechtliche Gebote verwiesen.

¹³⁷ EuGH, Rs. C-324/98, Rn. 61 f. – Telaustria; Rs. C-91/08, Rn. 36 – Wall.

allgemeinen verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbot ist eine konkrete Transparenzanforderung dieses Inhalts nicht zu entnehmen. Auch die Vorgaben des EU-primärrechtlichen Diskriminierungsverbots nach der Rechtsprechung des EuGH geben gerade keine Verpflichtung zur vorherigen Angabe der konkreten Gewichtung der Kriterien her. Dies folgt aus einem Urteil des EuGH zu nicht-prioritären Dienstleistungen, die nicht allen Anforderungen des unionalen sekundärrechtlichen Vergaberechts unterliegen.¹³⁸ Das Urteil lässt sich daher ohne weiteres auf die hier vorliegende Situation einer Dienstleistungskonzession übertragen.¹³⁹ Dort hatte der EuGH ausgeführt: „Auch wenn jedoch die Verpflichtung, die relative Gewichtung jedes einzelnen Zuschlagskriteriums im Stadium der Veröffentlichung der Bekanntmachung anzugeben, wie dies jetzt Art. 53 Abs. 2 der Richtlinie bestimmt, dem Erfordernis entspricht, die Beachtung des Gleichheitsgrundsatzes und der daraus fließenden Transparenzpflicht sicherzustellen, ist die Annahme nicht gerechtfertigt, dass die Tragweite dieses Grundsatzes und dieser Verpflichtung angesichts des Fehlens dahin gehender besonderer Vorschriften in der Richtlinie so weit reicht, dass die relative Gewichtung der vom öffentlichen Auftraggeber angewandten Kriterien im Rahmen von Aufträgen, die nicht in den Anwendungsbereich einer Art. 53 der Richtlinie entsprechenden Vorschrift fallen, vorab zu bestimmen und den potenziellen Bietern bei der Aufforderung, ihre Angebote einzureichen, mitzuteilen ist. Wie nämlich der Gerichtshof durch die Verwendung des Ausdrucks „möglichst“ in der oben angeführten Rechtsprechung deutlich macht, stellt die Nennung der Gewichtung der Zuschlagskriterien im Fall eines Auftrags, der nicht in den Anwendungsbereich einer Art. 53 Abs. 2 der Richtlinie entsprechenden Vorschrift fällt, keine Verpflichtung für den öffentlichen Auftraggeber dar.“ Daher stellt es keinen Verstoß gegen die Gleichbehandlungsgebote und die daraus folgenden Transparenzgebote des EU-Rechts dar, dass ein öffentlicher Auftraggeber „eine Gewichtung der Zuschlagskriterien vornahm, ohne ... Bietern vor Ablauf der für die Einreichung der Angebote gesetzten Frist Zugang zu dieser Gewichtung zu gewähren.“¹⁴⁰

In ähnlicher Weise gibt die KonzessionsvergabeRL 2014/23, die die primärrechtlichen Anforderungen für Dienstleistungskonzessionen formuliert, die bis 2016 umzusetzen sind, vor, dass eine vorherige Mitteilung der konkreten Gewichtung nicht erforderlich ist. Denn nach Erwägungsgrund 73 folgen aus dem Diskriminierungsverbot und dem

¹³⁸ EuGH, Rs. C-226/09 – Kommission/Irland.

¹³⁹ *Braun*, Anmerkung zu einer Entscheidung des EuGH, *VergabeR* 2011, 199 (200).

¹⁴⁰ EuGH, Rs. C-226/09, Rn. 43 f. – Kommission/Irland.

Transparenzgebot die Verpflichtung zur vorherigen Bekanntgabe der Kriterien. Als Kriterien sollen auch ökologische, soziale oder innovationsbezogene Kriterien aufgenommen werden können. Bezüglich der vorherigen Angabe der Gewichtung der Kriterien heißt es, dass die Auftraggeber die Zuschlagskriterien „in absteigender Reihenfolge ihrer Wichtigkeit angeben, damit die Gleichbehandlung potenzieller Bieter gewährleistet ist, weil diese dann alle Elemente kennen, die bei der Ausarbeitung ihrer Angebote zu berücksichtigen sind“. Das wurde in Art. 41 III KonzessionsvergabeRL 2014/23 umgesetzt: Die Kriterien müssen (nur) in absteigender Reihenfolge ihrer Bedeutung angegeben werden.

Diese Rechtslage in der EU verdeutlicht, dass sich als Geltungsgrund für diese vom BGH postulierte verfahrensbezogene Anforderung selbst außerhalb der Anwendung eines In-house Privilegs keineswegs das EU-primärrechtliche Diskriminierungsverbot heranziehen lässt. Eine solche Anforderung gilt im formalen Vergaberecht, das hier indes nicht gilt. Sie kann auch nicht als Ausdruck eines allgemeinen Gleichheitsgedankens postuliert werden, wie die differenzierte Entwicklung und Argumentation des EuGH im EU-Recht zeigt. Die vom BGH – und in seiner Folge von anderen Obergerichten – formulierte Anforderung der vorherigen Bekanntgabe der konkreten Gewichtung der Kriterien¹⁴¹ ist daher in ihrer rechtlichen Grundlage höchst zweifelhaft.

VI. Fazit

Aus § 46 IV EnWG ist die gesetzgeberische Entscheidung gegen ein In-house Privileg im Sinne einer Freistellung einer Wegekonzessionierung an ein kommunaleigenes Unternehmen von den Anforderungen des § 46 II, III EnWG abzuleiten. Unionsrecht steht dem nicht entgegen. Die Beachtung des Diskriminierungsverbots bei der kommunalen Entscheidung über die Konzessionsvergabe kann weder § 46 EnWG noch dem Unionsrecht entnommen werden; dafür müssen andere Normen herangezogen werden.

¹⁴¹ Siehe etwa auch OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.4.2014, Az. VI-2 Kart 2/13 (V), Urteilsdruck S. 22, 26; an letzter Stelle beklagt das OLG, dass Gewichtungen von Unterkriterien unterblieben seien. Die ausschreibende Gemeinde hatte Unterkriterien angegeben. Der Aussage des OLG wird man daher nicht entnehmen können, dass es eine (verfehlte) Verpflichtung zur Bildung von Unterkriterien gebe. Verfehlt wäre eine solche Verpflichtung, weil es bezüglich einer Verpflichtung zur Mitteilung von Unterkriterien und der Mitteilung ihrer Gewichtung bereits unter dem formalen Vergaberecht Unklarheiten gibt, dazu vgl. *Bordalo Faustino*, Public Procurement Law Review 2014, 124 (132 f.).

Die zentrale Frage, welche Folgerungen aus der Geltung eines Diskriminierungsverbots für die kommunale Auswahlentscheidung zu ziehen sind, ist die Frage nach den zulässigen, sachlichen Kriterien. Auf sie wird unter Teil 4. zurückgekommen. Hier genügt, vorweg und allgemein darauf hinzuweisen, dass – auch wenn das europarechtliche In-house Privileg der völligen Ausschreibungsfreiheit angesichts der Regelung des § 46 IV EnWG nicht greift – bei der nachfolgenden näheren Analyse der kartellrechtlichen Normen, insbesondere bei der Begründung eines Vorwurfs des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung durch die Gemeinde, die hinter der Zulässigkeit von In-house Vergaben stehenden Wertungen nicht völlig außer Acht gelassen werden sollten. Wenn schon das klassische strenge Vergaberecht die In-house Ausnahme akzeptiert, sollten an die weit weniger regulierte Auswahlentscheidung nach § 46 II, III EnWG, die der Gesetzgeber nicht der formalen und materiellen Strenge des Vergaberechts unterworfen hat, nicht ohne Not im Gesetz in dieser Weise nicht klar enthaltene Anforderungen gestellt werden. Bei der Anwendung kartellrechtlicher Wertungen auf die Konzessionsvergabe sollte man daher angesichts der eher rudimentären Regelungen im § 46 EnWG besondere Sorgfalt, und Bedacht auf die involvierten kommunalen Interessen bei der Vergabe des Netzbetriebs¹⁴², an den Tag legen.

Über die in §46 II, III formulierten Verfahrens- und inhaltlichen Anforderungen hinausgehende Anforderungen, wie sie der BGH jüngst mit Blick auf die Gebote des Transparenzprinzips formulierte, können jedenfalls nicht über § 46 I EnWG abgeleitet werden. Sie können auch nicht durchweg auf das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot gestützt werden. Die weitreichenden formalen Folgerungen im Hinblick auf die postulierte Pflicht der Kommunen, auch die konkrete Gewichtung der Konzessionsvergabekriterien vorab mitzuteilen, hat der BGH letztlich ohne rechtliche Grundlage formuliert.

C. Nichtanwendung des EnWG und des GWB auf die Auswahl kommunaler Unternehmen wegen der Zulässigkeit einer „vorgelagerten Systemscheidung“ zwischen Vergabe und Eigenerfüllung?

Eine eigenständige Spielart der oben verworfenen Argumentation mit einer zulässigen In-house Privilegierung stellt die Argumentation mit einer der Gesetzesanwendung angeblich vorgelagerten Systemschei-

¹⁴² Zu den Vorteilen und kommunalen Interessen an energiewirtschaftlicher kommunaler Betätigung *Theobald/Templin*, Strom- und Gasverteilnetze im Wettbewerb, 2011, 96 ff.

dung dar. Nach dieser Ansicht stehe es den Kommunen frei, entweder den in § 46 II, III EnWG vorgesehenen Weg einer Ausschreibung mit nachfolgender Auswahl zu gehen oder aber sich – als gleichberechtigte Alternative dazu – für eine Eigenerbringung durch eine kommunale Eigenengesellschaft zu entscheiden. Diese Auffassung will die kommunale Eigenwahrnehmung als eine Alternative zu dem „regulatorisch vorgegebenen Wettbewerb“/„wettbewerblichen Auswahlverfahren“¹⁴³, wie es im EnWG unter Heranziehung auch des GWB gemäß § 46 V EnWG vorgesehen ist, zulassen, und zwar unabhängig von und nicht gebunden an die Regelungen des § 46 EnWG.¹⁴⁴ Begründet wird mit einem Hinweis auf die Zulässigkeit einer In-house Vergabe und mit Verweis auf die einfachgesetzlich grundsätzlich zugelassene kommunale Wirtschaftstätigkeit; daher sei die kommunale Vorabfestlegung auf eine Eigenerbringung in § 46 II, III EnWG gar nicht geregelt.¹⁴⁵

Der BGH ist einer solchen Argumentation klar entgegengetreten, mit dem Argument, dass auch für solche „Systementscheidungen“ zugunsten eines Eigenbetriebs die Kommune § 46 EnWG zu beachten habe. Der BGH bezieht sich dabei aber vor allem auf das Diskriminierungsverbot, das er damit als unterlaufen ansieht.¹⁴⁶

Der Kritik des BGH ist im Ergebnis zuzustimmen. Eine dem Gesetz vorgelagerte Systementscheidung gibt es nicht; sie ist im EnWG und auch andernorts nicht vorgesehen und kann nicht unmittelbar aus der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 II GG entnommen werden, der einen Gesetzesvorbehalt enthält. Eine solche Systementscheidung würde Regelungen des § 46 II–V EnWG, gerade auch die recht expliziten Regeln in § 46 IV, V EnWG einfach beiseite schieben. Gerade § 46 IV EnWG steht einer In-house-Privilegierung auch bei Vorliegen der Voraussetzungen gemäß EuGH-Judikatur entgegen, und darf das wie gesehen auch. Vielmehr ist eine Auswahl unter mehreren Bewerbern in § 46 II–IV EnWG vorgesehen auch bei Eigenerbringung durch die Kommune. Das ist aber entgegen dem BGH nicht so sehr dem Diskriminierungsverbot zu entnehmen, da dieses bei sachlichen Kriterien eine Entscheidung für ein kommunaleigenes Unternehmen gerade zuließe, sondern der Gesamtanlage der Regelungen in § 46 II–V EnWG.

Soweit mit dem Begriff der Systementscheidung aber nur intendiert ist, auf sachliche Besonderheiten bei der Auswahlentscheidung über eine Eigenkonzessionierung im Vergleich zur Konzessionierung privater

¹⁴³ Davon spricht der Gemeinsame Leitfaden von BKartA und BNetzA, 2010, S. 7, Fn. 13, S. 9, Fn. 16.

¹⁴⁴ Dazu *Brüning/Schulz/Brackmann/Tischer*, Die Rolle der Kommunen, 2013, S. 15 f., S. 55 f., S. 77.

¹⁴⁵ *Brüning/Schulz/Brackmann/Tischer*, Die Rolle der Kommunen, 2013, S. 53 ff.

¹⁴⁶ BGH, Az. KZR 65/12, Urteil vom 17.12.2013, Rn. 35 f.

Energieversorger hinzuweisen und deren Beachtung bei der weiteren Konkretisierung der gesetzlichen Anforderungen zu fordern¹⁴⁷, ist das eine Frage der zulässigen Kriterien, die bei der Auswahlentscheidung eine Rolle spielen dürfen. Ihr wird nachstehend unter Teil 4. nachgegangen.

D. Zwischenergebnis

Nach den bisherigen Ausführungen ist festzuhalten, dass die Entscheidung über die Auswahl des Netzbetreibers die Gewährung einer Dienstleistungskonzession darstellt, die § 46 II–IV EnWG nur in sehr groben Zügen und nicht gänzlich abschließend regelt. Die kartellrechtlichen Regelungen des GWB – anders als das Kartellvergaberecht – sind darauf neben dem EnWG anwendbar, weil die Entscheidung über die Vergabe des Netzbetriebs eine wirtschaftliche Betätigung der Kommune darstellt. Die In-house Privilegierung einer freihändigen Vergabe an ein Kommunalunternehmen greift angesichts der abweichenden gesetzlichen Regelung in § 46 II–IV EnWG nicht ein. Gleichwohl sind – entgegen diesbezüglichen Andeutungen beim BGH – die unionsrechtlichen Gebote der Nichtdiskriminierung, der Transparenz und der Bekanntgabepflicht auf die Auswahlentscheidung nicht anwendbar, soweit eine In-house Vergabe Konstellation vorliegt, weil solche In-Sich Geschäfte als binnenmarkt-irrelevante In-Sich Vorgänge nicht vom Unionsrecht erfasst sind. Die Vorgaben für die Auswahlentscheidung über den Netzbetreiber bestimmen sich in solchen Fällen demnach allein nach dem nationalen Recht, konkret aus § 46 II, III EnWG und dem GWB. Unionsrecht enthält für In-sich Konstellationen keine Vorgaben. § 46 II, III EnWG regelt nur eine Bekanntgabe- und eine Begründungspflicht und kein förmliches Auswahlverfahren (das aber aus unionsrechtlichen Verpflichtungen resultiert, sofern keine In-house Konstellation vorliegt). Die Begründungspflicht impliziert – wie aus Art. 3 GG geboten – eine Ausrichtung der Auswahlentscheidung an sachlichen Kriterien und ein Verbot willkürlicher oder sachfremder Erwägungen. Über die in § 46 II, III EnWG hinausgehende verfahrensbezogene oder gar materielle Anforderungen an die Auswahlentscheidung, die der BGH aus dem Diskriminierungsverbot ableiten will¹⁴⁸, können jedenfalls entgegen dem BGH nicht auf § 46 EnWG gestützt werden, sondern bedürfen einer anderen Fundamentierung, für die nur Art. 3 GG oder das GWB infrage kommen. Das GWB

¹⁴⁷ So *Hellermann*, EnWZ 2014, 339 (343).

¹⁴⁸ Vgl. wieder BGH, Az. KZR 65/12, Urteil vom 17.12.2013, Rn. 43 f.; Az. KZR 66/12, Urteil vom 17.12.2013, Rn. 34 f. – Stromnetz Berkenthin.

enthält ein Verbot der sachlich ungerechtfertigten Ungleichbehandlung gleichartiger Unternehmen in § 19 II Nr. 1 GWB, das in diesem Kontext an die Gemeinde angelegt wird. Ob und inwieweit dies berechtigt ist, bleibt nunmehr zu untersuchen.

In Sachverhalten, die nicht die Voraussetzungen einer In-house Vergabe erfüllen, sind die primärrechtlichen Anforderungen aus der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit zu beachten, die eine transparente und diskriminierungsfreie, nachprüfbare Entscheidung erfordern.