

RUNDSCHREIBEN



An die Hauptverwaltungsbeamtinnen und Hauptverwaltungsbeamten der Städte, Gemeinden und Samtgemeinden im NSGB

Datum: 19.06.2014 Aktenzeichen: 81 16, 10 70-vo-kob

RD 108/2014

Ansprechpartner: Joachim Vollmer

Durchwahl: -55

im Internet abrufbar seit: 19.06.2014

Konzessionsvergabe, Auswahlkriterien

Beispiel eines Kriterienkatalogs für die Entscheidung über die Einräumung von Wegerechten zum Betrieb von Strom- und Gasverteilnetzen der allgemeinen Versorgung - Stand: 19.06.2014

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Konzessionsvergabe nach § 46 EnWG ist in den letzten Jahren immer komplexer und anspruchsvoller geworden. Dies gilt insbesondere für die sog. Auswahlkriterien, die die Gemeinde im Laufe des Verfahrens aufzustellen und der Entscheidung zugrunde zu legen hat. Ein Blick zurück in das Jahr 2009 auf den damals erstellten „Fahrplan für das Verfahren nach § 46 EnWG“ (veröffentlicht in der NSGB-Broschüre „Energieversorgungsnetze“) belegt, dass hier eine rasante Entwicklung zum Nachteil der verfahrensführenden Gemeinden stattgefunden hat. Denn: Trotz oder gerade wegen einer sehr intensiven fachlichen Diskussion und vielfältiger Rechtsprechung bleibt heute festzustellen: Gemeinden werden allein gelassen mit der Frage, wie ein rechtssicheres Verfahren nach § 46 EnWG insbesondere bezogen auf die sog. Auswahlkriterien auszusehen hat. Dies trifft alle Gemeinden und gilt umso mehr für die vielen kleinen, teilweise ehrenamtlich verwalteten Gemeinden.

Um Missverständnissen vorzubeugen: Dies ist nicht der Ruf nach starren Regeln und Beschränkungen; es geht vielmehr um ein klares Bekenntnis zur kommunalen Selbstverwaltung und zur kommunalen Daseinsvorsorge, dass also die Gemeinde verantwortungsvoll im Rahmen der kommunalen Selbstverwaltung und unter Berücksichtigung klar definierter und verständlicher Rahmenbedingungen über die Einräumung von Wegerechten zum Betrieb von Strom- und Gasverteilnetzen der allgemeinen Versorgung entscheiden kann.

Ein Wunsch insbesondere an den Gesetzgeber, der aber Gemeinden, die jetzt im Verfahren sind, nicht weiter hilft. Auch der NSGB kann momentan leider keinen Musterkriterienkatalog empfehlen. Wir möchten aber zumindest den Versuch starten, ein Beispiel für einen einfachen, den Hinweisen des BGH berücksichtigenden Kriterienkatalog zu bilden. Deutlicher Hinweis: Ohne Gewähr, dass dieses Beispiel in der Rechtsprechung Anklang findet.

Hinweise zu dem Beispiel:

Das Verfahren nach § 46 EnWG ist inzwischen in vielen Leitfäden beschrieben; ein aktueller Leitfaden der Niedersächsischen Landeskartellbehörde steht unmittelbar vor der Veröffentlichung.

Auch bzgl. des Kriterienkatalogs werden Hilfen angeboten; erwähnt sei hier insbesondere der Musterkriterienkatalog der Energiekartellbehörde Baden-Württemberg in der geänderten Fassung vom 26.03.2014, der jedoch sehr komplex und nicht einfach handhabbar erscheint.

Der Ansatz, den das nachfolgende Beispiel verfolgt, ist hingegen folgender:

An eine Beteiligung der Gemeinde ist nicht gedacht. Es gibt keinen Eigenbetrieb.

Wichtig sind der Gemeinde Inhalte des Konzessionsvertrages, insbesondere höchstzulässige Konzessionsabgabe, Kommunalrabatt, angemessene Folgekosten- und Gewährleistungsregelung, angemessene Endschaftsbestimmung.

Der Versorgungssicherheit der Bürger wird besondere Beachtung geschenkt.

Die Gemeinde möchte ein einfach handhabbares, nachvollziehbares und rechtssicheres Verfahren durchführen.

Dieses Anforderungsprofil dürfte für viele, insbesondere auch kleinere Gemeinden zutreffen.

Erläuterungen zu dem Beispiel-Kriterienkatalog:

Der Beispiel-Kriterienkatalog versucht die Hinweise insbesondere des BGH (NSGB RD 48/2014, 38/2014 und 191/2013) zu berücksichtigen. Dies gilt insbesondere für folgende Punkte:

- Die Kriterien nach § 1 Abs. 1 EnWG müssen mit (mindestens) über 50 Prozent vorrangig bewertet werden. Die Alternative 1 berücksichtigt die Kriterien nach § 1 Abs. 1 EnWG mit 51%, dürfte also diese Anforderung des BGH erfüllen. Die Alternativen 2 und 3 gehen sogar von 60% bzw. 70% aus.
- Grundsätzlich sind alle fünf Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG zu berücksichtigen; eine Anforderung, die nicht unmittelbar den Urteilen entnommen werden kann, die aber aufgrund ergänzender Hinweise inzwischen als Anforderung des BGH unterstellt werden kann.
- Die fünf Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG können unterschiedlich gewertet werden; insbesondere das Kriterium der Sicherheit scheint nach Ansicht des BGH eine besondere Bedeutung zu haben. Gerade in ländlichen Gebieten dürfte die Netzsicherheit eine große Rolle spielen. In allen drei Alternativen wurde die Netzsicherheit daher besonders hoch bewertet.

- Auswahlkriterien ohne § 1 EnWG-Bezug sind zulässig, wenn sie weniger als 50% der Gesamtgewichtung ausmachen, einen ausreichenden Bezug zum Gegenstand des Konzessionsvertrags aufweisen und konzessionsabgabenrechtlich unbedenklich sind. Die Auswahlkriterien ohne § 1 EnWG-Bezug sind in allen drei Alternativen nachrangig, also unter 50%; als Beispiel wurden nur Kriterien genommen, die nach derzeitigen Kenntnisstand zulässig sein dürften. Weitere (unverbindliche) Beispiele für zulässige Kriterien finden sich im Musterkriterienkatalog der Energiekartellbehörde Baden-Württemberg. Der BGH hat diesen Katalog ausdrücklich als Orientierungshilfe anerkannt.
- Die Frage, ob Auswahlkriterien und hier insbesondere die Kriterien nach § 1 EnWG durch Unterkriterien auszufüllen sind, kann derzeit abschließend nicht beantwortet werden. Das OLG Düsseldorf (Beschluss vom 17.04.2014, Az. VI-2 Kart 4/13) führt hierzu aus, dass das Auswahlverfahren so gestaltet werden muss, dass die am Netzbetrieb interessierten Unternehmen erkennen können, worauf es der Gemeinde bei der Auswahlentscheidung ankommt; Auswahlkriterien, Unterkriterien und Unterunterkriterien, die Grundlage für die Angebotswertung sind, müssten zuvor den Bietern mitgeteilt werden. Leitet man hieraus die Verpflichtung ab, Unterkriterien oder gar Unterunterkriterien zu bilden, dann führt dies zu einer weiteren Einschränkung des Entscheidungsspielraums der Gemeinden und damit der kommunalen Selbstverwaltung. In dem Beispiel-Kriterienkatalog wurden daher bei den Kriterien nach § 1 EnWG in Klammern nur einige Beispiele für Unterkriterien genannt; ob, wann und wie tiefgehend Unterkriterien gebildet werden müssen, wird ggfs. auch nicht in jedem Fall gleich beantwortet werden können.

Natürlich können die im Beispielkatalog aufgeführten Kriterien auch anders gewichtet werden, soweit die vom BGH aufgestellten Grundsätze berücksichtigt werden. Dabei können auch die örtlichen Rahmenbedingungen und Verhältnisse eine Rolle spielen. Die drei Alternativen sollen deutlich machen, dass gerade bei den Auswahlkriterien ohne § 1 EnWG-Bezug ein gewisser Spielraum bestehen dürfte.

Den Bewerbern sollte aufgegeben werden, ihre Angaben und Ausführungen den aufgestellten Kriterien unmittelbar zuzuordnen.

Beispiel eines Kriterienkatalogs

für die Entscheidung über die Einräumung von Wegerechten zum Betrieb von Strom- und Gasverteilnetzen der allgemeinen Versorgung

NSGB Stand: 19.06.2014

Kriterien nach § 1 Abs. 1 EnWG	1. Alternative Gewichtung (51 von 100)	2. Alternative Gewichtung (60 von 100)	3. Alternative Gewichtung (70 von 100)
Die Angaben in den Klammern stellen nicht abschließende Beispiele dar.			
Sicherheit (Zuverlässigkeit der Versorgung, Ausfallzeiten, Ungefährlichkeit des Betriebs der Verteilungsanlagen etc.)	27	30	35
Preisgünstigkeit ⁽¹⁾ (nicht rabattierte Netzentgelte)	6	9	10
Verbraucherfreundlichkeit (Kundenbüros, Netzstörungenstellen etc.)	6	7	7
Effizienz (SmartGrid [intelligentes Stromnetz], SmartMetering [intelligente Zähler], Minimierung der Verlustenergie/Gasschwund etc.)	6	7	8
Umweltverträglichkeit (Bereitschaft zur Erdverkabelung, umweltverträglicher Netzbetrieb, Beseitigung stillgelegter Verteilanlagen, Öffentlichkeitsarbeit zur umweltverträglichen Energieversorgung etc.)	6	7	10

Sonstige kommunal- freundliche Kriterien mit sachlichem Bezug zum Konzessionsver- trag	1. Alternative Gewichtung (49 von 100)	2. Alternative Gewichtung (40 von 100)	3. Alternative Gewichtung (30 von 100)
Höhe der Konzessions- abgabe	10	5	6
Zahlungsweise & Nach- weis der Konzessionsab- gabe	5	5	3
Gewährung des nach § 3 Abs. 1 KAV zulässigen Kommunalrabattes	7	5	2
Folgekostenübernahme	3	7	4
Endschaftsbestimmung	8	9	4
Kaufpreisregelung	7	5	4
Auskunftsansprüche	9	4	7
Gesamt	100	100	100

⁽¹⁾ Nach Auffassung des BGH (KZR 66/12) betrifft das Kriterium der Preisgünstigkeit die nicht rabattierten Netzentgelte.

Mit freundlichen Grüßen



Joachim Vollmer