

# **Inhousevergaben von Strom- und Gasnetzkonzessionen nach § 46 EnWG - Zulässigkeit und Grenzen ausschreibungsfreier Netzvergaben – Beteiligung kommunaler Einheiten an Ausschreibungen**

Von Prof. Dr. Stefan Hertwig und Andreas Haupt, CBH Rechtsanwälte, Köln

In den nächsten Jahren laufen bundesweit mehrere tausend Wegenutzungsverträge betreffend die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen nach § 46 EnWG aus. Hierbei handelt es sich rechtlich um eine Dienstleistungskonzession, die bei grenzüberschreitender Bedeutung in einem transparenten Diskriminierungsfreien Verfahren zu vergeben ist. § 46 Abs. 3 EnWG ordnet eine Bekanntmachung an und sieht eine Auswahl des neuen Vertragspartners grundsätzlich im Wettbewerb vor. Aufgrund der Gewährleistungsverantwortung der Kommunen für den Erhalt der Strom- und Gasnetze in ihrem Gemeindegebiet besteht bei vielen Kommunen das Bedürfnis, diese Netze weiterhin oder künftig wieder selbst zu betreiben. Zahlreiche Kommunen planen deshalb, die Leitungsnetze in die Hände von Eigenbetrieben oder kommunalen Gesellschaften zu geben bzw. mit anderen Gemeinden gemeinsam die Netze zu betreiben. Ausschreibungsverfahren sind insoweit folgerichtig nicht vorgesehen und wurden in der Vergangenheit mitunter ebenfalls nicht durchgeführt.

Solche Inhousevergaben stehen aktuell unter starker Kritik des Bundeskartellamtes. Mit Beschluss vom 18.10.2011 (B 10-6/11) hat das Bundeskartellamt eine ausschreibungsfreie Vergabe an einen Eigenbetrieb als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung angesehen und für unzulässig erklärt. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang Strom- und Gasversorgungsnetze künftig ausschreibungsfrei im Wege einer Inhousevergabe (oder im Rahmen einer interkommunalen Kooperation) vergeben werden können oder ob stets ein wettbewerbliches Auswahlverfahren erforderlich ist. Wenn ein solches Verfahren unter Beteiligung städtischer Eigenbetriebe oder Gesellschaften durchgeführt wird, steht die Berücksichtigung der daraus folgenden Besonderheiten in der Bewertung im Blickpunkt.

## **Grundsätzliche Zulässigkeit ausschreibungsfreier Inhousevergaben**

Ausschreibungspflichten bestehen nur dann, wenn Aufträge an den Markt gegeben werden. Keine Vergabepflicht besteht, wenn der öffentliche Auftraggeber den Auftrag unmittelbar selbst ausführt oder im Wege „hausinterner“ Aufgabenübertragung an ihm angegliederte Stellen überträgt. Das europäische Vergaberecht nimmt den öffentlichen Auftraggebern nicht das Recht, darüber zu entscheiden, ob sie bestimmte Aufgaben extern durch am Markt tätige Unternehmen oder selbst bzw. durch ihnen angegliederte Einheiten erledigen wollen. Eine „Privatisierungspflicht“ kann dem Vergaberecht nicht entnommen werden, es kommt vielmehr erst zur Anwendung, wenn entschieden wurde, dass man zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe private Dritte einschalten möchte.

Wird der Rechtskreis des Auftraggebers nicht verlassen, so liegt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) kein öffentlicher Auftrag vor und ist dementsprechend von vornherein der Anwendungsbereich des Vergaberechts nicht eröffnet.

Hierfür **mü s e n f o l g e n d e K r i t e r i e n e r f ü l l t w e r d e n :**

- Der Auftraggeber ist an dem Auftragnehmer allein oder zusammen mit anderen öffentlichen Stellen zu **100 %** beteiligt;
- der Auftraggeber übt über den Auftragnehmer eine **Kontrolle „wie über eine eigene Dienststelle“** aus (Kontrollkriterium);
- **der Auftragnehmer ist im Wesentlichen nur für den Auftraggeber tätig** (Wesentlichkeitskriterium).

Das Wesentlichkeitskriterium ist erfüllt, wenn der Auftragnehmer seine **Umsätze zu mindes tens 90 %** aus der Tätigkeit für den bzw. die an ihm beteiligten öffentlichen Auftraggeber erlöst; Drittgeschäfte sind damit auf maximal 10 % beschränkt.

**Für Strom- und Gasnetzkonzessionen sind vor diesem Hintergrund insbesondere folgende ausschreibungsfreie Konstellationen im Ausgangspunkt denkbar:**

- **kein Abschluss von Wegerechtsverträgen**, sondern unmittelbare Haltung der Netze durch die jeweilige Kommune;
- **Verlagerung der Netze auf einen (nicht rechtsfähigen) Eigenbetrieb;**
- **Abschluss eines Wegerechts- bzw. Konzessionsvertrages mit einer kommunalen Gesellschaft/ einer kommunalen Anstalt des öffentlichen Rechts bei Erfüllung der Inhouse-Kriterien;**
- Gründung einer gemeinsamen Gesellschaft/ eines Zweckverbandes durch mehrere Kommunen und Abschluss eines Wegerechts- bzw. Konzessionsvertrages mit dem Zweckverband. Weitergehend und unter Freistellung von dem Kontrollierfordernis nimmt der EuGH die Zusammenarbeit mehrerer öffentlicher Stellen ohne Beteiligung privater Dritter von der Ausschreibungspflicht aus, wenn alle beteiligten Stellen eine ihnen jeweils obliegende öffentliche Aufgabe wahrnehmen. Diese Rechtsprechung dürfte für Strom- und Gasnetze allerdings nicht fruchtbar zu machen sein. Jeder Kommune obliegt nur die Sicherung des Bestandes ihres eigenen Netzes als öffentliche Aufgabe. Würde also einer achbarkommune die Verwaltung des Netzes übertragen, so wäre diese außerhalb ihres Aufgabenbereiches und damit wie ein privater Auftragnehmer tätig. Folglich kann eine Ausschreibungsfreiheit für die Vergabe von Strom- oder Gasnetzkonzessionen nur bei Erfüllung der „klassischen“ Inhousekriterien in Betracht kommen und wenn die Kommune (oder eine gemeinsame Gesellschaft mehrerer Kommunen) das Netz unmittelbar selbst verwaltet.

#### **Die Kritik des Kartellamts**

Das Bundeskartellamt hatte bereits frühzeitig in veröffentlichten Stellungnahmen die Inhousevergabe von Strom- und Gasnetzkonzessionen als kritisch betrachtet. Mit Beschluss vom 18.10.2011 (B 10-6/11) hat das Bundeskartellamt nun u.a. die ausschreibungsfreie Vergabe einer Stromnetzkonzession an einen Eigenbetrieb als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung i.S.d. § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 1 GWB angesehen und für unzulässig erklärt. In Bezug auf die Vergabe von Strom- und Gasnetzkonzessionen sieht das Bundeskartellamt die Gemeinden wegen ihrer Alleinzuständigkeit für die Vergabe der Wegerechte als Kommunalwirtschaft 01/2012 13 marktbeherrschende Unternehmen an mit der Folge, dass die §§ 19 und 20 GWB Anwendung finden. Bei der Auswahl des Konzessionärs trage die Gemeinde im Sinne des Allgemeinwohls und der Ziele des § 1 EnWG – einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltfreundlichen Energieversorgung – eine besondere Verantwortung für den Wettbewerb um die Konzession aber auch für den Wettbewerb auf den Endkundenmärkten. § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG stelle ausdrücklich klar, dass die Gemeinden bei der „Auswahl des nternehmens“ den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet seien.

**Den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung** sieht das Bundeskartellamt u.a. als gegeben an, wenn die Gemeinde:

- die Konzession „ohne die nach § 46 Abs. 3 EnWG in Übereinstimmung mit europäischen primärrechtlichen Vorgaben erforderliche Bekanntmachung“ vergibt oder – einzelne Bieter, insbesondere mit der Gemeinde verbundene Unternehmen, ohne sachlichen Grund bevorzugt. Im konkreten Fall habe die Gemeinde mit den angenommenen Verstößen gegen § 46 EnWG ihre marktbeherrschende Stellung dazu missbraucht, potentiell an der Übernahme der Konzession interessierte Netzbetreiber ohne sachliche Rechtfertigung zu behindern. Die Gemeinde habe den „gesetzlich intendierten Wettbewerb“ um Wegenutzungsrechte für Strom und Gas beschränkt und damit gegen das Verbot des § 1 GWB verstoßen.

Das Bundeskartellamt erachtet somit grundsätzlich bei der Vergabe von Strom- oder Gasnetzkonzessionen einen Wettbewerb für erforderlich, so dass sich die Frage stellt, ob und in welchen Konstellationen die Gemeinde berechtigt ist, ohne Ausschreibung „inhouse“ über die Vergabe der Wegenutzungsrechte zu entscheiden.

#### **Unmittelbarer Netzbetrieb durch die Kommune**

Unbenommen ist es einer Kommune - auch in Ansehung der Entscheidung des Bundeskartellamtes - von der Vergabe eines Konzessionsvertrages insgesamt abzusehen und das Netz unmittelbar selbst zu halten:

Das EnWG regelt in § 46 Abs. 3 den Abschluss eines neuen Konzessionsvertrages mit einem „Unternehmen“; insoweit ist eine Auswahl nach den Kriterien des § 1 EnWG gefordert. Entschließt sich die Gemeinde allerdings dazu, das bestehende Netz (künftig oder weiterhin) selbst zu halten, so schließt sie keinen (weiteren) Konzessionsvertrag ab mit der Folge, dass auch keine Auswahlentscheidung nach § 46 Abs. 3 EnWG gefordert ist.

Selbst wenn man mit Teilen der Fachliteratur den Regelungen des § 46 Abs. 4 EnWG entnimmt, dass diese Anforderungen gleichermaßen bei der Vergabe an einen Eigenbetrieb gelten (vgl. dazu nachfolgend 4.), fehlt eine vergleichbare Regelung für den unmittelbaren Netzbetrieb durch die Kommune, etwa im Rahmen eines Regiebetriebs.

**Es besteht auch keine Grundlage für eine – teilweise ohne nähere Begründung vertretene – entsprechende Anwendung des § 46 Abs. 4 EnWG auf Regiebetriebe.**

Im Hinblick darauf, dass eine materielle Privatisierungspflicht einen empfindlichen Eingriff in die Selbstverwaltungsautonomie der Kommune bedeuten würde, ist eine eindeutige gesetzliche Regelung zu fordern, welche für Regiebetriebe fehlt. Der Gesetzgeber spricht in § 46 Abs. 4 EnWG – seit 14 Jahren unverändert – allein von Eigenbetrieben; hätte er auch Regiebetriebe erfassen wollen, so hätte er diese ausdrücklich erwähnt. In der Gesetzesbegründung zum seinerzeitigen § 8 Abs. 4 EnWG (1998) ist von der Gleichstellung einer satzungsmäßigen und einer vertraglichen Regelung von Wegerechten die Rede. **Zur Übertragung eines Strom- oder Gasnetzes auf einen Regiebetrieb bedürfte es keiner satzungsmäßigen Regelung; vielmehr läge eine rein interne organisatorische Weisung** vor. Darüber hinaus ist der Eigenbetrieb, wenngleich nicht rechtsfähig, weitgehend funktional selbstständig und kann deshalb – anders als unselbständige Regiebetriebe – funktional einer städtischen Gesellschaft und damit einem Dritten gleichkommen. Regiebetriebe besitzen anders als Eigenbetriebe keine eigenen Organe und auch kein eigenständiges Rechnungswesen; sie sind rechtlich wie funktional nur ein unselbständiger Teil der Kommune.

Für den unmittelbar eigenen Netzbetrieb, etwa durch einen Regiebetrieb, sieht § 46 Abs. 3, 4 EnWG somit bei zutreffender Betrachtung keine Ausschreibungspflichten vor. Eine Verpflichtung zur Fremdvergabe der Leitungsnetze ergibt sich auch nicht aus § 46 Abs. 1 EnWG. Hiernach haben die Gemeinden ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen. Diese Regelung soll interessierten Unternehmen die Verlegung eigener Netze ermöglichen, ist aber nicht auf eine Verpflichtung zur Überlassung eines bereits bestehenden Netzes gerichtet.

Es ist damit die originäre Entscheidung einer Kommune, ob sie ein Strom- oder Gasnetz selbst halten oder zum Gegenstand eines qualifizierten Wegenutzungsvertrages nach § 46 Abs. 2, Abs. 3 EnWG machen und damit entsprechende Konzessionen vergeben will. Bei unmittelbar eigenem Betrieb, etwa im Rahmen eines Regiebetriebes, ist eine Auswahlentscheidung durch § 46 EnWG nicht vorgegeben; mangels Verstoßes gegen § 46 EnWG kann eine solche ohne Ausschreibungsverfahren getroffene Entscheidung auch keinen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung bedeuten.

### **Ausschreibungspflicht bei Vergabe**

an kommunale Eigenbetriebe und kommunalen Eigengesellschaften in privater Rechtsform  
Die Vergabe eines Strom- oder Gasnetzes an buchhalterisch und funktional verselbständigte Einheiten einer Kommune wie einen kommunalen Eigenbetrieb oder eine auch rechtlich verselbständigte Eigengesellschaft privaten Rechts sieht das Bundeskartellamt demgegenüber ohne Ausschreibungsverfahren als Verstoß gegen § 46 EnWG und in der Folge als unzulässige Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung an; im konkreten Fall ging es um die Vergabe an einen kommunalen Eigenbetrieb. Das Bundeskartellamt entnimmt also § 46 EnWG und dem Kartellrecht die der Anwendung des

Vergaberechts voraus liegende Entscheidung des Gesetzgebers, dass auch eine kommunale Eigengesellschaft oder ein Eigenbetrieb nur „im Wettbewerb“ mit dem Netzbetrieb beauftragt werden dürfe, die Organisationshoheit der Kommunen insoweit mithin eingeschränkt worden sei.

### **Ausschluss ausschreibungsfreier Inhouse-Vergaben durch § 46 EnWG?**

Ob § 46 EnWG tatsächlich entgegen der sonst einschränkungslos für alle Auftrags- und Konzessionsvergaben gültigen Inhouseprivilegierung einen Wettbewerb fordert, erscheint indes zweifelhaft und bedarf der Überprüfung durch die Gerichte. Nach § 46 Abs. 2 EnWG ist die Laufzeit von „Verträgen mit Energieversorgungsunternehmen“ über die Verlegung und den Betrieb eines der allgemeinen Versorgung dienenden Leitungsnetzes auf maximal 20 Jahre begrenzt. Das Ende solcher Verträge ist bekannt zu machen und es ist bei Bewerbung mehrerer „Unternehmen“ eine Auswahlentscheidung vorzunehmen. Diese Vorschrift ist Ausfluss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu den bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen geltenden Transparenz- und Gleichbehandlungspflichten. Dienstleistungskonzessionen werden bekanntlich – bisher – von der Vergaberichtlinie 2004/18/EG nicht erfasst. Gleichwohl hat der EuGH festgestellt, dass sich auch dem Primärrecht der Union, nämlich den Grundfreiheiten, eine Pflicht der öffentlichen Stellen ergäbe, auch Dienstleistungskonzessionen in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu vergeben. § 46 Abs. 3 EnWG will dieser Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes genügen, mehr nicht. Auch bei der Vergabe einer Dienstleistungskonzession lässt der EuGH jedoch hausinterne Beauftragungen zu. Dabei handele es sich um einen blossen Organisationsakt, der keinen Vergabevorschriften unterliege. Das Bundeskartellamt verkennt mithin den Regelungsbereich des § 46 Abs. 3 EnWG, wenn es die Auffassung vertritt, dass auch eine eigene Gesellschaft/ ein Eigenbetrieb einer Kommune danach nur nach Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens hausintern beauftragt werden dürfe. Gerade im Hinblick auf die außerhalb ausdrücklicher Privatisierungszwänge uneingeschränkt geltende Freiheit der Kommunen, öffentliche Aufgaben auch selbst zu erbringen wäre ein eindeutiger Ausschluss dieses Privilegs zu verlangen, wenn der Gesetzgeber dies mit § 46 Abs. 3 EnWG intendiert hätte. Dies gilt umso mehr, als der Ausschluss von Inhousevergaben in diesem Bereich einen erheblichen Eingriff in die kommunale Selbstverwaltungsautonomie bedeuten würde. Aus § 46 Abs. 2, 3 EnWG ist deshalb mangels eindeutiger Regelung eine Einschränkung der Eigenerbringung und ein Ausschluss von Inhouse-Vergaben nicht abzuleiten.

Vielfach wird § 46 Abs. 4 EnWG als Beleg einer Ausschreibungspflicht bei einer Netzvergabe auch an kommunale Eigenbetriebe oder Eigengesellschaften angesehen. Nach dieser Vorschrift finden die Regelungen des § 46 Abs. 2 und 3 EnWG „für Eigenbetriebe der Gemeinden“ entsprechende Anwendung. Nach seinem Wortlaut („für“) erstreckt § 46 Abs. 4 EnWG jedoch allein die Pflichten der Gemeinden als Konzessionsgeber auch auf deren Eigenbetriebe. Anderer Auffassung nach sollen mit dieser Vorschrift „Eigenbetriebe“ der Gemeinden privaten Unternehmen gleichgestellt und unter das von Abs. 3 verlangte wettbewerbliche Auswahlverfahren gezogen werden; dann müsste es in Absatz 4 allerdings heißen, dass die Absätze 2 und 3 des § 46 EnWG nicht „für“, sondern „auf“ Eigenbetriebe entsprechende Anwendung fänden. Der Wortlaut der Vorschrift spricht mithin für die hier vertretene Auffassung.

Für die hier skizzierte Auslegung des § 46 Abs. 4 EnWG spricht, dass die Übertragung der Strom- und Gasnetze auf einen Eigenbetrieb bei Lichte betrachtet nichts anderes ist als eine organisatorische Entscheidung der Gemeinde, die den Markt um Strom- und Gasnetze nicht berührt. Muss – wie dargelegt – einer Gemeinde die Entscheidung offenstehen, ein Netz selbst zu halten, so liegt es in ihrer verfassungsrechtlich durch Art. 28 Abs. 2 GG geschützten Organisationsautonomie, ob sie das Netz unmittelbar selbst oder durch eine organisatorisch und gegebenenfalls auch rechtlich verselbständigte Einheit betreiben will. Gleiches gilt für die Verlagerung der Wegenutzung auf einen von mehreren Kommunen gegründeten Zweckverband oder eine gemeinsame Gesellschaft privaten Rechts.

In allen diesen Fällen ist kein Marktbezug gegeben. Die Entscheidung der Kommune zur Eigendurchführung – und diesen Gesichtspunkt verkennt das Bundeskartellamt – lässt für

die zu Grunde liegende Leistung gerade keinen Markt entstehen und die Gemeinden werden auch durch § 46 Abs. 3 EnWG nicht verpflichtet, sich zum Netzbetrieb „an den Markt“ zu wenden. § 46 Abs. 3 EnWG verlangt nur ein transparentes und diskriminierungsfreies Vorgehen in den Fällen, in denen eine Gemeinde zuvor aus freien Stücken entschieden hat, den Netzbetrieb durch externe private Dritte durchführen zu lassen. Aus den gleichen Gründen kann – entgegen der Auffassung des Bundeskartellamtes – eine hausinterne Beauftragung mit dem Netzbetrieb nicht gegen § 19 GWB verstoßen. Mangels Eröffnung eines Marktes um den Netzbetrieb in der betreffenden Kommune kann auch keine „marktbeherrschende Stellung“ missbraucht werden.

### **Haushaltsrechtliche Einschränkungen der Eigendurchführung?**

Das Bundeskartellamt folgert die Pflicht, die Eigendurchführung in den Wettbewerb mit einem Netzbetrieb durch Private zu stellen unter anderem daraus, dass § 46 Abs. 3 EnWG die Gemeinde bei der Auswahl der „Unternehmen“ auf die Ziele des § 46 Abs. 1 EnWG verpflichtet. Hierzu gehört auch eine möglichst preisgünstige Energieversorgung. Die Eigendurchführung sei deshalb – so das Bundeskartellamt – nicht zulässig, wenn der Wettbewerb ergeben habe, dass ein Netzbetrieb durch Private zu niedrigeren Durchleitungsgebühren führe. Bei der Eigendurchführung geht es nach der hier vertretenen Auffassung nicht um die Auswahl von „Unternehmen“, so dass Kartellrecht nicht greift. Entsprechende Überlegungen muss die Gemeinde aber unter Umständen auch aus haushaltsrechtlichen Gründen anstellen. § 6 Abs. 2 HGrG verlangt, dass für alle finanzwirksamen Maßnahmen angemessene „Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen“ anzustellen sind, was sich auch in den für die Gemeinden geltenden Haushaltsverordnungen wiederfindet. Dem Haushaltsrecht kann damit entnommen werden, dass in allen Fällen, in denen eine Eigenerbringung deutlich teurer als die Fremdvergabe der Dienstleistungskonzession wäre, das Kommunalwirtschaft 01/2012 15 Wirtschaftlichkeitsgebot verletzt wäre. Dies zu sanktionieren, ist jedoch nicht Aufgabe der Kartell-, sondern der Kommunalaufsichtsbehörden.

### **Beteiligung von Eigenbetrieben und kommunalen Unternehmen an einer Ausschreibung**

Vorsorglich tendiert der Großteil der Kommunen derzeit dazu, eine Ausschreibung auch dann durchzuführen, wenn die Beauftragung einer eigenen Einheit in Betracht kommt. Wie das Verfahren in solchen Fällen auszugestaltet ist, soll deshalb im Folgenden noch kurz dargestellt werden.

An einer solchen Ausschreibung müssen sich – eine materielle Privatisierung ist unstrittig nicht angeordnet – auch die Kommune selbst (in Gestalt eines Eigenbetriebs) oder kommunale Gesellschaften als Bieter (nachfolgend: kommunale Bieter) beteiligen können. Es ist hierbei allerdings Sorge dafür zu tragen, dass keine unberechtigte Besserstellung der kommunalen Bieter erfolgt. Ist der Wettbewerb eröffnet, so ist ein transparentes willkürfreies Verfahren geschuldet. Folgerichtig nimmt das Bundeskartellamt einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung der Gemeinde an, wenn „einzelne Bieter, insbesondere mit der Gemeinde verbundene Unternehmen, ohne sachlichen Grund bevorzugt“ werden.

### **Informationsflüsse / handelnde Personen**

Einem fairen Verfahren steht nicht per se entgegen, dass die Entscheidungsträger auf Seiten der Kommune und einer sich an der Ausschreibung beteiligenden kommunalen Einheit identisch sind. Es ist allerdings darauf zu achten, dass Entscheidungsträger des kommunalen Bieters nicht in die Bewertung der Angebote und die zentralen Weichenstellungen im Verfahren eingebunden werden. Durch die Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen ist in Bezug auf die wettbewerbsrelevanten Daten ein vergleichbares Wissensniveau aller Bieter sicherzustellen.

Keine materielle Bevorzugung ohne Sachgrund Kommunale Bieter dürfen bei der Eignungs- und Angebotswertung gegenüber anderen Bietern nicht ohne Sachgrund besser behandelt werden; anderenfalls liegt ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot und zugleich nach der Entscheidung des Bundeskartellamtes ein Missbrauch marktbeherrschender Stellung vor.

Dies verbietet es der Kommune indes nicht, mit Blick auf die bei der Auswahl des Konzessionärs zu beachtenden Ziele des § 1 EnWG etwa gegebene strukturelle Vorteile eines kommunalen Bieters bei der Wertung zu berücksichtigen.

Nach § 1 ist auf eine:

- sichere
- preisgünstige
- verbraucherfreundliche
- effiziente und
- umweltfreundliche

leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas hinzuwirken. Nach § 1 Abs. 2 EnWG dient die Regulierung der Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze auch der Sicherung eines langfristig angelegten leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs von Energieversorgungsnetzen. Diese Aspekte sind bei der Auswahl des Konzessionärs zu berücksichtigen. Insoweit ist es nicht auszuschließen, dass im Hinblick etwa 16 Kommunalwirtschaft 01/2012 auf die strukturell weiterreichenden Einflussmöglichkeiten der Kommune auf die Netzbewirtschaftung eines kommunalen Bieters oder das zumeist fehlende bzw. weitgehend jedenfalls tatsächlich nicht bestehende Insolvenzrisiko das Angebot eines kommunalen Bieters im Hinblick auf einen langfristig leistungsfähigen, sicheren und effizienten Netzbetrieb berechnete Wertungsvorteile genießen kann.

Es ist den Kommunen selbstverständlich untersagt, die Auswahlkriterien von vornherein auf eine „Inhousevergabe“ auszulegen. Im Rahmen der entsprechend § 1 EnWG aufgestellten Kriterien können jedoch die Besonderheiten der Vergabe an ein inhousefähiges Unternehmen oder einen Eigenbetrieb Berücksichtigung finden.

Parallelausschreibung oder Verhandlungsverfahren nach Art eines wettbewerblichen Dialoges Gerade wenn die Eigenerbringung mit der Fremdvergabe in den Wettbewerb gestellt werden soll, könnte es sich anbieten, nicht nur die Netzkonzession auszuschreiben, sondern die Konzessionsvergabe mit anderen rechtlichen Möglichkeiten, eben der Eigenerbringung, der Gründung einer öffentlich-privaten Partnerschaft oder der Einbringung des Netzes in eine bestehende Netzbetriebsgesellschaft, zu vergleichen. Hierfür bieten sich vergaberechtlich die Möglichkeiten von Parallelausschreibungen oder die Ausgestaltung eines Verfahrens als wettbewerblichen Dialog um die beste Lösung an. Die Schwierigkeiten ergeben sich dabei in der zutreffenden Formulierung der Kriterien, welche am Ende den endgültig einzuschlagenden Weg festlegen sollen.

Ausblick

§ 46 Abs. 3 EnWG setzt lediglich die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof zu den primärrechtlichen Anforderungen an die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen um. Die Vorschrift will – entgegen der Rechtsauffassung des Bundeskartellamtes – in keiner Weise das Recht der Gemeinden zu einer eigenen Netzbewirtschaftung beschneiden.

Hausinterne Beauftragungen sieht selbstverständlich auch der Europäische Gerichtshof bei Dienstleistungskonzessionen als zulässig an.

Derzeit orientieren sich die Kommunen jedoch mehrheitlich an den Vorgaben des Bundeskartellamtes, sodass mit einer abschließenden gerichtlichen Klärung der Zulässigkeit von Inhousevergaben im Rahmen des § 46 EnWG zeitnah nicht zu rechnen ist. Entscheidet sich eine Kommune für eine Ausschreibung der Konzession, so dürfen sich hieran selbstverständlich auch nach Auffassung der Kartellbehörden kommunale Eigenbetriebe und Eigengesellschaften beteiligen. Diese dürfen zwar nicht ohne Grund bevorzugt werden, allerdings ist der Kommune die Berücksichtigung struktureller Vorteile der Vergabe an einen Eigenbetrieb oder eine Eigengesellschaft im Rahmen der Kriterien des § 1 EnWG nicht verwehrt.