

Rekommunalisierung von Strom- und Gasnetzen

Dr. Christoph Richter und Florian Brahms, beide Leipzig*

Die Rekommunalisierung von Energieversorgungsnetzen als Bestandteil einer dezentralen Energiewende beschäftigt derzeit eine Vielzahl von Kommunen. Der folgende Beitrag erläutert die wesentlichen Regelungen und die aktuelle Rechtsprechung zum Thema.

I. Einleitung

Eine Vielzahl von Konzessionsverträgen von Strom- und Gasnetzen laufen derzeit aus. Die Kommunen und Gemeinden sind im Rahmen ihres nach Art. 28 II GG¹ garantierten Gestaltungsspielraums dazu berufen, durch den Abschluss eines Konzessionsvertrages für die örtlichen Gemeinschaft die Versorgung der Bevölkerung mit leitungsgebundener Energie zu gewährleisten.² Für die Kommunen stellt sich mindestens alle 20 Jahre die Frage, durch wen die Versorgungsnetze³ zukünftig betrieben werden sollen. Der Gesetzgeber wollte durch die Begrenzung der Laufzeit von Konzessionsverträgen auf maximal 20 Jahre, einen freien Wettbewerb um die Versorgungsnetze schaffen⁴, sodass dem nicht nur ein Recht zur Konzessionsvergabe sondern auch eine Pflicht der Gemeinde inne wohnt.

Hierbei stehen der Kommune unterschiedliche Möglichkeiten offen. Sie kann mit dem bisherigen Altkonzessionär den bestehenden Konzessionsvertrag verlängern oder im Rahmen eines Konzessionsverfahrens einen Dritten, d.h. einen Neukonzessionär, bestimmen, vgl. § 46 II 2 EnWG^{5,6}. Hierbei zeichnet sich der Trend ab, dass die Kommunen bestrebt sind, die örtlichen Verteilnetze durch Eigenbetriebe oder durch ggf. neu gegründete Stadtwerke als Neukonzessionär betreiben zu lassen ggf. zusammen mit einem strategischen privaten Partner (sog. Rekommunalisierung von Versorgungsnetzen). Den Kommunen können durch einen Eigenbetrieb neben den Konzessionsabgaben im Rahmen der KAV⁷ auch die Unternehmensgewinne aus den Einnahmen der StromNEV⁸ und GasNEV⁹ i.V.m. der ARegV¹⁰ zufließen. Weiterhin kann ein weit größerer Einfluss auf den Netzbetrieb genommen werden, wenn ein Stadtwerk oder einen Eigenbetrieb Konzessionsinhaber ist. Ferner können aus der Verbindung von Netzbetrieb und Stromversorgung die Einwohner langfristig an die Stadtwerke gebunden werden.

Die Konzessionsvergabe ist von einer besonderen Komplexität geprägt. Dabei ergeben sich zahlreiche rechtliche Probleme daraus, dass sich die rechtlichen Rahmenbedingungen der Konzessionsvergabe binnen der letzten 20 Jahre wesentlich geändert haben, unterschiedlichste rechtliche Vorschriften zu beachten sind und dass erhebliche wirtschaftliche Interessen sowohl des Altkonzessionärs als auch nicht berücksichtigter Bewerber bestehen. Hieraus resultierte in jüngster Vergangenheit eine Vielzahl von behördlichen und gerichtlichen Entschei-

dungen, die sowohl auf dem Verwaltungs-, dem Vergabe-, dem Energiewirtschafts- als auch dem Wettbewerbsrecht beruhen.

II. Rechtsrahmen

1. Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinde

Ausgangspunkt für die rechtliche Bewertung der Konzessionsvergabe ist zunächst Art. 28 II 1 GG, der gerade den Gemeinden garantiert, dass alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in eigener Verantwortung zu regeln sind. Die Sicherstellung der leitungsgebundenen Energieversorgung der Einwohner gehört nach allgemeiner Auffassung zum Kernbereich der gemeindlichen Daseinsvorsorge¹¹, da gerade ein Bezug zu den Einwohnern der Gemeinde oder zum Gemeindegebiet vorliegt.¹² Gleichwohl gilt das Recht zur Wahrnehmung der gemeindlichen Daseinsvorsorge nicht uneingeschränkt, sondern kann durch den Gesetzgeber geregelt werden. Eine Regelung zur Nutzung der öffentlichen Verkehrswege für die Versorgung mit leitungsgebundener Energie, d.h. sowohl Strom als auch Gas¹³, hat der Gesetzgeber in § 46 EnWG vorgesehen.¹⁴ Darüber hinaus steht die Gemeinde auch unter einer entsprechenden Aufsicht und ihre Beschlüsse über die Durchführung eines

* Die Verfasser sind Rechtsanwälte in der auf Energierecht spezialisierten Maslaton Rechtsanwaltskanzlei mbH, Leipzig, www.maslaton.de.

1 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes v. 11.7.2012 (BGBl. I S. 1478) geändert worden ist.

2 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.5.1989 (Az.: 1 BvR 705/88) = NJW 1990, 1783.

3 Bei Verteilnetzen zur allgemeinen Versorgung handelt es sich um natürliche Monopole, da ein wirtschaftlicher Betrieb von zwei parallelen Netzen nicht möglich ist.

4 Vgl. BT-Drs. 13/7274, S. 21.

5 Energiewirtschaftsgesetz v. 7.7.2005 (BGBl. I S. 1970, 3621), das durch Art. 2 Abs. 97 des Gesetzes vom 7.8.2013 (BGBl. I S. 3154) geändert worden ist.

6 Vgl. BGH, Urt. v. 16.11.1999 (Az.: KZR 12/97) = NJW 2000 577 (581); Kohler, NZBau 2013, 282 (283).

7 Konzessionsabgabenverordnung v. 9.1.1992 (BGBl. I S. 12, 407), die zuletzt durch Art. 3 IV der Verordnung v. 1.11.2006 (BGBl. I S. 2477) geändert worden ist.

8 Stromnetzentgeltverordnung v. 25.7.2005 (BGBl. I S. 2225), die zuletzt durch Art. 4 des Gesetzes vom 28.7.2011 (BGBl. I S. 1690) geändert worden ist.

9 Gasnetzentgeltverordnung v. 25.7.2005 (BGBl. I S. 2197), die zuletzt durch Art. 5 der Verordnung vom 3.9.2010 (BGBl. I S. 1261) geändert worden ist.

10 Anreizregulierungsverordnung v. 29.10.2007 (BGBl. I S. 2529), die zuletzt durch Art. 7 des Gesetzes vom 20.12.2012 (BGBl. I S. 2730) geändert worden ist.

11 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.5.1989 (Az.: 1 BvR 705/88) = NJW 1990, 1783; Schray/Tischmacher, ZNER, 2013, 229; Hellermann, EnZW, 2013, 147 ff.; Theobald, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 76. EL 2012, § 46 Rn. 6.

12 In Bezug auf die Fernwasserversorgung: BVerwG, Urt. v. 20.1.2005 (Az.: 3 C 31/03) = NVwZ 2005, 958 (959).

13 Wärm- bzw. Kältenetze sowie Wassernetze sind von der Bestimmung des § 46 EnWG bereits deshalb nicht erfasst, weil der Gesetzeszweck sich allein auf die Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität mit Strom und Gas bezieht, vgl. § 1 I EnWG.

14 Vgl. Hellermann, EnZW, 2013, 147 (148).

Konzessionsvergabeverfahren können auf dem Verwaltungsgerichtsweg überprüft werden.¹⁵

2. Wegenutzung nach § 46 EnWG

§ 46 II bis V EnWG bilden die einzig gesetzliche Regelung, die sich unmittelbar mit der Konzessionsvergabe auseinandersetzt.¹⁶ Nach § 46 II 1 EnWG dürfen Verträge von Energieversorgungsunternehmen mit Gemeinden über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören, höchstens für eine Laufzeit von 20 Jahren abgeschlossen werden. In den folgenden Absätzen wird insbesondere geregelt, wie und unter welchen Bedingungen die Netzvergabe und -übertragung vom Altkonzessionär auf den Neukonzessionär erfolgen soll.

Die gesetzliche Ausgestaltung der Konzessionsvergabe in § 46 II EnWG regelt im Unterschied zu I die Nutzung der öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung gehören. Im Gegensatz hierzu bestimmt § 46 I EnWG allgemein, dass Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern diskriminierungsfrei durch die Gemeinde zur Verfügung zu stellen sind.¹⁷ Aus dem Verhältnis der beiden Absätze zueinander wird bereits geschlossen, dass auch für die Konzessionsvergabe das Diskriminierungsverbot gelte.¹⁸ Hieraus folgt, dass alle Bewerber die gleichen Informationen erhalten müssen, die gleichen Fristen gelten, die gleichen, vorher festgelegten Bewertungskriterien anzuwenden sind und deren Gewichtung im Verlauf des Verfahrens nicht verändert werden dürfen.¹⁹

In Bezug auf eine etwaige Rekommunalisierung sieht § 46 EnWG keine besondere Regelung vor. Allein § 46 IV EnWG bestimmt, dass die Absätze 2 und 3 entsprechend auf Eigenbetriebe der Gemeinden Anwendung finden. Hierdurch wird gewährleistet, dass auch bei Eigenbetrieben, die in Form eines rechtlich unselbständiger Teils der Gemeindeverwaltung keinen Konzessionsvertrag benötigen, sondern durch eine gemeindliche Satzung die Konzession geregelt werden können, diese ebenfalls alle 20 Jahre erneut vergeben bzw. entsprechend verlängert werden müssen.²⁰ Dies gilt selbst dann, wenn die Gemeinde sich das Recht zur Rückübertragung im Konzessionsvertrag mit dem Altkonzessionär eingeräumt hat. Eine solche vertragliche Regelung ist unwirksam.²¹ Folglich ist auch bei einer Rekommunalisierung der Netze die Konzession lediglich für den Zeitraum von 20 Jahre gesichert, da der Gesetzgeber zwingend einen Wettbewerb um das Netz vorgesehen hat.

3. Anwendbarkeit des Vergaberechts

Da die Gemeinde im Rahmen eines Konzessionsvergabeverfahrens gegenüber den Bewerbern als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB²² auftritt, kommen auch vergaberechtliche Aspekte in Betracht, die durch starke europarechtliche Einflüsse geprägt sind. Jedoch findet das in den §§ 97 ff. GWB geregelte europäische Vergaberecht auf die Konzessionsvergabe keine Anwendung, da es sich nach allgemeiner Auffassung hierbei

um öffentliche Dienstleistungsaufträge handelt.²³ Der EuGH stellte allerdings fest, dass selbst bei Dienstleistungsaufträgen, die gerade nicht einer speziellen Vergabeverfahren zugewiesen sind, ein transparentes Verfahren durchzuführen ist, welches einer Nachprüfung offen steht und unparteiisch durchgeführt wird.²⁴ Dabei ist die Gemeinde in ihrer Entscheidung, an wen sie die Konzession vergibt, nicht vollständig frei. Sie ist aufgrund des ausdrücklich normierten Diskriminierungsverbotes und des gesetzgeberischen Willens eines Wettbewerbs gehalten, ein transparentes, nicht diskriminierendes und dem Gebot der Gleichbehandlung entsprechendes Verfahren durchzuführen.²⁵

Im Rahmen eines Rekommunalisierungsverfahrens ist jedoch zwingend durch die Gemeinde darauf zu achten, welche Vergabevorschriften für welchen zu regelnden Sachverhalt Anwendung finden. Zwar ist allein auf die Vergabe der Strom- bzw. Gaskonzession die §§ 97 ff. GWB nicht anwendbar, jedoch kann die Suche nach einem strategischen Partner beispielsweise zur Gründung eines Stadtwerks wiederum selbst dem europäischen Vergaberecht unterfallen.²⁶ Eine Vermengung der Konzessionsvergabe und der Vergabe um eine strategische Partnerschaft sollte aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzungen und Abwägungskriterien möglichst vermieden werden.²⁷ Es empfiehlt sich, eine entsprechend lange Vorlaufzeit einzuplanen. Auch führt die Gründung eines Stadtwerkes mit einem strategischen Partner nicht zwingend zu einer erfolgreichen Vergabe des Versorgungsnetzes an das neu gegründete Stadtwerk.

4. Kartellrecht

Neben dem bereits aufgezeigten Rechtsrahmen ist auch das Kartellrecht bei der Konzessionsvergabe relevant. Bereits § 46 V EnWG bestimmt, dass die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden nach GWB unberührt bleiben²⁸. Fraglich ist dabei, inwieweit diese Anwendbarkeit eine Einschränkung für die vergebende Gemeinde beinhaltet, die über die Voraussetzungen des § 46 II bis IV EnWG hinausgehen. Nach

15 Vgl. VG Stuttgart, Beschl. v. 29.4.2013 (Az.: 7 K 929/13) = IR 2013, 187 f. mit Anm. Engel.

16 Vgl. Hofmann, NZBau 2012, 11 (12).

17 Dies betrifft insbesondere Direktleitungen im Sinne des § 3 Nr. 12 EnWG, Kundenanlagen nach § 3 Nr. 24 und Nr. 24a EnWG sowie geschlossene Verteilnetze nach § 110 EnWG.

18 Vgl. OLG Schleswig, Ur. v. 22.11.2012 (Az.: 16 U [Kart] 22/12) = BeckRS 2012, 25122; Schulz, NZBau 2012, 41 (42).

19 Vgl. BKartA, Beschl. v. 21.11.2011 (Az.: B 10 – 17/11).

20 Vgl. BT-Drs. 13/7274, S. 21; OLG Schleswig, Ur. v. 22.11.2012 (Az.: 16 U [Kart] 22/12) = BeckRS 2012, 25122; Theobald, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 76. EL 2012, § 46 Rn. 111.

21 Vgl. OLG Schleswig, Ur. v. 22.11.2012 (Az.: 16 U [Kart] 22/12) = BeckRS 2012, 25122.

22 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750), das durch Artikel 2 Abs. 78 des Gesetzes vom 7. 8. 2013 (BGBl. I S. 3154) geändert worden ist.

23 Vgl. OVG Münster, Beschl. v. 10.2.2012 (Az.: 11 B 1187/11) = BeckRS 2012, 47622; Hofmann, NZBau 2012, 11 (12).

24 Vgl. EuGH, Ur. v. 7.12.2000 (Az.: Rs.C-324/98) = EuZW, 2001, 90 (94); Kohler, NZBau 2013, 282.

25 Vgl. BT-Drs. 13/7274, S. 21; OVG Münster, Beschl. v. 10.2.2012 (Az.: 11 B 1187/11) = BeckRS 2012, 47622; VG Oldenburg, Beschl. v. 17.7.2012 (Az.: 1 B 3594/12) = BeckRS 2012, 53875.

26 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.1.2013 (Az.: VII-Verg 26/12); VK Lüneburg, Beschl. v. 26.11.2012 (Az.: VgR-40/2012) = BeckRS 2012, 01458.

27 Vgl. Kohler, NZBau 2013, 284.

28 Dazu sogleich ausführlich.

herrschender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur²⁹ wird davon ausgegangen, dass die Gemeinde bei der Vergabe als marktbeherrschendes Unternehmen auftritt und deshalb insbesondere den Regelungen der §§ 19 und 20 GWB unterliegt.

Zwar wird erkannt, dass bei einer sog. In-House-Vergabe von Dienstleistungskonzessionen an einen Eigenbetrieb der EuGH in seiner Entscheidung „Parking Brixen“ bereits entschieden hat, dass auf diesen Sachverhalt keine kartellrechtlichen Anforderungen eingehalten werden müssen.³⁰ Hierüber setzt sich die Rechtsprechung aber mit der Begründung hinweg, dass gerade bei Strom- und Gaskonzessionen keine Erbringung der Dienstleistung zugunsten der Gemeinde erfolge sondern „qualitativ und quantitativ“ gegenüber den angeschlossenen Letztverbrauchern.³¹ Dies vermag insoweit nicht zu überzeugen, als grundsätzlich die Wahrnehmung von Aufgaben durch die Gemeinde für die Einwohner erfolgt und nicht zum Selbstzweck. Dies spiegelt sich insbesondere an der Einordnung der Konzessionsvergabe der Energieversorgungsnetze im Schutzbereich des Art. 28 II 1 GG wieder.³² Es kann kein Unterschied zwischen der vorgenannten EuGH Entscheidung und der Vergabe von Gas- oder Stromkonzessionen erkannt werden.

Wenn bei einer Rekommunalisierung die Maßstäbe des § 46 II bis V EnWG eingehalten werden, ist kein Grund ersichtlich, weitere kartellrechtliche Kriterien heranzuziehen.³³ Die Vorgaben der Durchführung eines transparenten und unparteiischen Verfahrens führen sorgen gerade dazu, dass auch bei einer Rekommunalisierung der Versorgungsnetze keine sachfremden Erwägungen Eingang in die Entscheidung finden können. Die Gemeinde muss selbst bei einem Eigeninteresse an der Konzession diese Maßstäbe einhalten, was sich unmittelbar aus § 46 IV EnWG ableitet.

III. Durchführung der Rekommunalisierung

Trotz dieses durchaus breit gefächerten gesetzlichen Rahmens für die rechtliche Behandlung von Konzessionierungsprozessen ist im Ergebnis festzustellen, dass die bei der Rekommunalisierung konkret zu beachtenden Vorschriften in ihrer Zahl sehr übersichtlich und zudem auch nur rudimentär ausgestaltet sind. Dies hat aber geradezu zwangsläufig zur Folge, dass nahezu jede Facette der Übertragung bzw. des Rückkaufs von Verteilnetzen ungeklärt oder zumindest heftig umstritten ist. Dies ist vor allem deshalb als besonders problematisch einzustufen, weil bereits bloße verfahrensrechtliche Fehler mit zum Teil gravierenden rechtlichen Konsequenzen verbunden sind. Unter Umständen führen sie sogar zur Nichtigkeit der Neukonzessionierung bzw. des neu abgeschlossenen Konzessionsvertrages.³⁴ Dies wiederum kann, vor allem wenn deshalb ein gänzlich neues, zeitaufwendiges Konzessionierungsverfahren durchgeführt werden muss, erhebliche finanzielle Konsequenzen für die Gemeinden haben. Denn in die Pflicht des Altkonzessionärs, die vereinbarte Konzessionsabgabe zu zahlen, besteht nach § 48 IV EnWG längstes für ein Jahr nach Ende des Altvertrages fort.³⁵ Vor diesem Hintergrund soll nachfolgend ein Überblick über die wohl wesentlichsten einzuhaltenden Verfahrensfragen gegeben werden.

1. Veröffentlichungspflichten

Eine der maßgeblichsten Pflichten, die gleichsam auch den Beginn des Konzessionierungsverfahrens markiert, ist die in § 46 III 1 EnWG normierte Vorgabe, dass die Gemeinde spätestens zwei Jahre vor Ablauf eines Konzessionsvertrages das Vertragsende öffentlich bekanntzumachen hat.³⁶

a) „Form“

Hinsichtlich der einzuhaltenden Form der Veröffentlichung sieht die Regelung konkret eine Veröffentlichung im Bundesanzeiger, sofern an das neu zu vergebende Netz mehr als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar angeschlossen sind, zusätzlich sogar im Amtsblatt der Europäischen Union, vor. Hintergrund dieser Regelung ist mit Blick auf die Zielvorgaben des EnWG³⁷ im Ergebnis die Sicherstellung eines funktionierenden Wettbewerbes bei der Energieversorgung auf kommunaler Ebene.³⁸ Dieser ist nur dann gewährleistet, wenn potenzielle Interessenten auch tatsächlich Kenntnis davon erlangen (können), dass eine Neuvergabe des Verteilnetzes ansteht.³⁹ Nach Auffassung des OLG Celle gelten die vorstehend dargelegten Grundsätze sogar für den Fall des § 46 III 3 EnWG, also im Fall der Verlängerung des Konzessionsvertrages⁴⁰ vor Ablauf der eigentlich vorgesehenen Vertragslaufzeit.⁴¹

b) Rechtsfolgen bei Verstoß

Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die gesetzlich vorgegebenen Veröffentlichungspflichten sind in Rechtsprechung und Literatur durchaus umstritten. Die wohl herrschende Auffassung und insbesondere die Rechtsprechung wollen eine Nichtigkeit des neuen Konzessionsvertrages nach § 134 BGB annehmen⁴². Zudem soll ein Nachholen der Veröffentlichung nicht möglich sein⁴³. Insbesondere das Verdikt der Nichtigkeit überzeugt jedoch nicht. § 134 BGB will nämlich schon seinem

29 Vgl. OLG Schleswig, Urt. v. 22.11.2012 (Az.: 16 U [Kart] 22/12) = BeckRS 2012, 25122; LG Kiel, Urt. v. 21.9.2012 (Az.: 14 O 19/12.Kart) = BeckRS 2013, 07067; BNetzA und BKartA, Gemeinsamer Leitfaden vom 15.12.2010, Anlage B 7, Rz. 16; BKartA, Beschl. v. 21.11.2011 (Az.: B 10 - 17/11) Rz. 16 ff.

30 Vgl. EuGH, Urt. v. 13.10.2005 (Az.: C-458/03) = KommJur 2005, 461 ff.

31 Vgl. OLG Schleswig, Urt. v. 22.11.2012 (Az.: 16 U [Kart] 22/12) = BeckRS 2012, 25122.

32 Ähnlich: Hellermann, EnZW 2013, 147 (153).

33 So auch: Hellermann, EnZW 2013, 147 (154).

34 Vgl. nur OLG Celle, Urt. v. 23.5.2013 (Az. 13 U 185/12 [Kart]) = BeckRS 2013, 09192, das selbst bei einem nur einseitigen Verstoß gegen die Veröffentlichungspflichten des § 46 III 3 EnWG eine Nichtigkeit des nachfolgend abgeschlossenen Konzessionsvertrages nach § 134 BGB angenommen hat.

35 Freilich sieht die Vorschrift auch die Möglichkeit vor, den dann eintretenden konzessions(abgabe)losen Zustand zwischenzeitlich vertraglich zu regeln.

36 Ein ausführlicher Überblick über die Veröffentlichungspflichten des § 46 III EnWG finden sich bei Reck in KommJur 2009, 403.

37 Dazu sogleich.

38 BT-Drs. 13/7274, S. 21.

39 OLG Celle, Urt. v. 23.5.2013 (Az. 13 U 185/12 [Kart]) = BeckRS 2013, 09192; Theobald, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 76. EL 2012, EnWG, § 46 Rn. 104.

40 Siehe hierzu ausf. Germer, in: LKV 2004, S. 401ff.

41 OLG Celle, Urt. v. 23.5.2013 (Az. 13 U 185/12 [Kart]) = BeckRS 2013, 09192 m.w.N.

42 OLG Celle, Urt. v. 23.5.2013 (Az.: 13 U 185/12 [Kart]) = BeckRS 2013 09192; OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.3.2008 (Az.: 2 U (Kart); dem Grunde nach auch LG Mannheim Urt. v. 3.5.2013 (Az. 22 O 33/12 Kart.); vgl. außerdem Albrecht, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), a. a. O., Rn. 94; Thomale/Kiesling, N & R 2008, S. 173; Ortner, VergabeR 2008, 609; Hellermann in Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG-Kommentar, 2. Aufl., § 46 Rn. 67.

43 OLG Düsseldorf ZNER 2008, 165; a. A. noch OLG Schleswig RdE 2006, 199.

insoweit eindeutigen Wortlaut nach „lediglich“ Verstöße gegen ein gesetzliches Verbot sanktionieren. Die Vorgabe, das Auslaufen eines Konzessionsvertrages öffentlich bekannt zu machen, ist aber gerade kein Verbot sondern vielmehr ein verfahrensrechtliches Gebot.⁴⁴ Näher liegend wäre mit Blick auf die einzuhaltende „Form“ der Bekanntmachung – soweit man eine solch drastische Sanktion überhaupt für sachgerecht hielte – demnach vielmehr eine Nichtigkeit in analoger Anwendung von § 125 BGB.

Generell stößt die Annahme der Nichtigkeit des neuen Konzessionsvertrages aber auf Bedenken, denn die Anordnung einer derart gravierenden Rechtsfolge setzt nach zutreffender Ansicht dem Grunde nach jedenfalls voraus, dass beide Vertragspartner durch die verletzte Norm gebunden sind. Nur einseitig geltende Ver- oder Gebote sind demhingegen nicht ohne weiteres dazu geeignet, die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts zu rechtfertigen. Vielmehr muss das Verbot stets auch beide Vertragspartner ansprechen.⁴⁵ Im Rahmen der Konzessionsneuvergabe richtet sich das Gebot des § 46 III 1 EnWG aber ausschließlich an die die Konzession vergebende Gemeinde und gerade nicht auch an den zukünftigen Neukonzessionär. Schon vor diesem Hintergrund kann die generelle Forderung der Nichtigkeit der Neuvergabe nicht wirklich überzeugen.⁴⁶ Sicher wird man mit Blick auf die Rechtsprechung des BGH hierzu, zu zugestehen haben, dass jedenfalls dann von den vorstehenden Grundsätzen abzuweichen ist, wenn es mit dem Zweck des Verbotsgesetzes unvereinbar wäre, die getroffenen Regelung hinzunehmen und bestehen zu lassen.⁴⁷ Auch wird man in diesem Zusammenhang nicht gänzlich von der Hand weisen können, dass die Veröffentlichungspflichten des § 46 III EnWG in erster Linie zum Schutz der Allgemeinheit bestehen.⁴⁸ Doch die Annahme einer generellen Nichtigkeit des dem Verstoß der Gemeinde nachgelagerten Abschlusses eines neuen Konzessionsvertrages ist jedenfalls stets dann nicht gerechtfertigt, wenn trotz eines Bekanntmachungsmangels tatsächlich mehrere Bewerber an der Neuvergabe des Verteilnetzes teilgenommen haben und dies den einzelnen Bewerbern auch positiv bekannt ist.⁴⁹ In diesem Fall kann die Konzessionsneuvergabe den Zielen des EnWG nämlich immer noch gerecht werden. Für die Nichtigkeit des neuen Konzessionsvertrages besteht daher nicht zwingend ein Grund.

c) Übernahme des Netzes durch die Gemeinde selbst

Es stellt sich aber die Frage, was sich aus den vorstehenden Ausführungen für den Fall der Rekommunalisierung ergibt. Denn im Fall des Rückkaufs eines Verteilnetzes durch die Gemeinde selbst trifft die Vorgabe des § 46 III 1 EnWG immer auch den Neukonzessionär. Damit steht aber auf beiden Seiten gleichsam dieselbe Rechtsperson. Insbesondere wird die Gemeinde, die die Gesetzesverletzung selbst begangen hat, hiervon auch Kenntnis haben. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich zum Schutze eines freien und fairen Wettbewerbs sehr wohl, die Neukonzessionierung als unwirksam anzusehen. Aus diesem Grunde und weil wie gezeigt ein Nachholen der Bekanntmachung nicht möglich ist, sollte gerade im Fall der Rekommunalisierung von Seiten der Gemeinden akribisch

darauf geachtet werden, die Bekanntmachungsform und die Fristen des § 46 III EnWG einzuhalten.

2. Auskunftsanspruch

Nach § 46 II 4 EnWG haben die Gemeinden im Rahmen der vorstehend erörterten Veröffentlichung insbesondere Informationen über die technische und wirtschaftliche Situation des neu zu vergebenden Netzes zur Verfügung zu stellen, die für eine Bewertung des Netzes im Rahmen einer Bewerbung um den Abschluss eines Konzessionsvertrages erforderlich sind. Gerade die Frage, in welchem Zustand sich das potenziell zu übernehmende Netz befindet, welchen Wert es hat und welche Ertragschancen mit seinem Betrieb verbunden sind, wird mit Blick auf die Wirtschaftlichkeit eines solches Vorhabens einen der zentralen Beweggründe eines Bewerbers ausmachen, sich für oder gegen eine Teilnahme an dem Verfahren um die Neukonzessionierung zu entscheiden.⁵⁰ Dies gilt insbesondere auch im Fall der Rekommunalisierung. Erst die Informationen im Sinne des § 46 II 4 EnWG werden Bewerber in die Lage versetzen, entscheiden zu können, ob die vom Altkonzessionär geforderte Vergütung für die Übertragung des Netzes wirtschaftlich angemessen im Sinne von § 46 II 2 EnWG⁵¹ ist, ob sich also eine Teilnahme an der Neuvergabe überhaupt lohnt.⁵² Um hier von vornherein ein diskriminierungsfreies, ordnungsgemäßes und vor allem effizientes Vergabeverfahren zu gewährleisten⁵³, hat der Gesetzgeber den Altkonzessionären die gesetzliche Pflicht auferlegt, spätestens ein Jahr vor der nach § 46 III 1 EnWG vorzunehmenden Bekanntmachung, also drei Jahre vor Ablauf des Konzessionsvertrages, Informationen über die technische und wirtschaftliche Situation des neu zu vergebenden Netzes zur Verfügung zu stellen.

Damit steht aber die Frage im Raum, welche Informationen konkret zur Verfügung zu stellen sind. Weil die herauszugebenden Daten die potenziellen Neukonzessionäre in die Lage versetzen sollen, die möglichen Kosten einer Netzübernahme und damit auch die zu erzielende Rendite beurteilen zu können⁵⁴, werden hierzu jedenfalls Auskünfte über Art, Umfang, Alter und Oberflächenstruktur der Anlagengüter, über originäre Anschaffungs- und Herstellungskosten zum Zeitpunkt der erstmaligen Aktivierung, über Besonderheiten des neu zu vergebenden Verteilnetzes sowie über die Höhe der aufgelösten Netzanschlussbeiträge und der Baukostenzuschüsse sowie die Netzabsatzmengen im Konzessionsgebiet gehören.⁵⁵

44 LG Kiel, ZNER 2005, 330; vgl. auch Kermel, RdE 2005, 158; Boos, in: Held/Theobald (Hrsg.), FS für Peter Becker, S. 358.

45 BGH, NJW 1994, 728, LG Mannheim Ur. v. 3.5.2013 (Az. 22 O 33/12 Kart.); Ellenberger, in: Palandt (Hrsg.), BGB-Kommentar, 72. Aufl. 2013, § 134 Rn. 9.

46 Ebenso LG Mannheim, Ur. v. 3.5.2013 (Az. 22 O 33/12 Kart.).

47 BGHZ 65, 370.

48 OLG Celle, Ur. 23.5.2013 (Az. 13 U 185/12 [Kart]) = BeckRS 2013.

49 LG Mannheim, Ur. v. 3.5.2013 (Az. 22 O 33/12 Kart.).

50 Hofmann, NZBau 2012, 14; vgl. auch Gemeinsamer Leitfaden der BNetzA und des BKartA vom 15.12.2010, S. 16 f.

51 Dazu sogleich.

52 Vgl. BT-Drs. 17/6072, S. 88.

53 Vgl. BT-Drs. 17/6072, S. 88.

54 Vgl. BT-Drs. 17/6072, S. 88.

55 Gemeinsamer Leitfaden der BNetzA und des BKartA vom 15.12.2010, S. 16f.

3. Verfahren zur Rekommunalisierung

Nach der Veröffentlichung der Konzessionsvergabe muss die Gemeinde ein Konzessionsvergabeverfahren durchführen, wobei bereits dargestellt wurde, dass hierbei die Vorschriften der öffentlichen Vergabe §§ 97 ff. GWB keine direkte Anwendung finden, jedoch maßgeblich das Verfahren prägen.⁵⁶ Gleichwohl hat sich in der Rechtsprechung und Literatur ein besonderes Konzessionsvergabeverfahren herausgebildet und die Abwägungskriterien sind Gegenstand der aktuellen Diskussion.

a) Konzessionsvergabeverfahren

In der öffentlichen Bekanntmachung ist eine Frist zur Abgabe der Einreichung von Interessensbekundungen zu bestimmen. Danach ist durch die Gemeinde eine Auswahl der geeigneten Interessenten durchzuführen und die Aufforderung zur Angebotsabgabe unter Angabe entsprechender Bewertungskriterien und deren Gewichtung sowie die zusätzlichen üblichen Vergabeunterlagen abzusenden. Bei Nachfragen sind gegenüber allen Bewerbern entsprechende Anfragen zu beantworten und nach dem Schlusstermin entsprechende Verhandlungsrunden durchzuführen. Nach Abschluss der Verhandlungsrunden ist durch das zuständige Gremium der Gemeinde eine Auswahlentscheidung zu treffen.⁵⁷ Fraglich ist insoweit, ob zwischen dem Vertragsschluss mit dem erfolgreichen Bewerber und der Bekanntmachung noch eine Frist eingeräumt werden muss, in der die nicht erfolgreichen Bewerber Rechtsschutzmöglichkeiten wahrnehmen können. § 46 EnWG sieht eine solche Frist nicht vor, sodass wohl davon ausgegangen werden kann, dass unmittelbar der Konzessionsvertrag geschlossen werden kann.

Grundsätzlich wird im Rahmen der Konzessionsvergabe eine Bewertungsmatrix aufgestellt, sodass die Bewerber um die Konzession bereits eingangs Kenntnis der der Vergabe zugrundeliegenden Kriterien und deren Bewertung erhalten.⁵⁸ Insoweit müssen jedoch die genannten Kriterien zumindest so konkret sein, dass jeder Bewerber erkennen kann, welche Leistungen bzw. Konditionen zu erfüllen sind. Zwar können im Rahmen einer Vergabe die Kriterien nachfolgend noch konkretisiert werden, jedoch nur, wenn schon die ursprüngliche Beschreibung hinreichend konkret war und allen Bewerber die Möglichkeit zur Anpassung ihrer Angebote gelassen wird.⁵⁹ Ansonsten bestünde die Gefahr, dass bereits Bewerber aufgrund der ursprünglichen Beschreibung von einer Beteiligung am Verfahren absehen.

b) Abwägungskriterium für eine Rekommunalisierung

Hoch umstritten ist im Rahmen der Strom- und Gaskonzessionsvergabe, welche Kriterien überhaupt durch die Gemeinde aufgestellt und bewertet werden dürfen. Gemäß § 46 III 5 EnWG ist die Gemeinde bei der Auswahl des Unternehmens den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet. Der Verweis erfolgt auf den gesamten § 1 EnWG und schließt daher neben dem Zweck nach 1 einer möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht, auch die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs gemäß II und die

Entsprechung mit europäischen Vorgaben gemäß Absatz 3 mit ein. Unmittelbar aus dem Wortlaut des § 46 III 5 EnWG ergibt sich nicht, ob auch andere Ziele verfolgt und in eine Bewertungsmatrix eingestellt werden dürften.⁶⁰

Jedoch wird teilweise vertreten, dass gerade nur solche Kriterien einbezogen werden dürfen, die einen Bezug zum Netz oder zu den Zielen des § 1 EnWG darstellen.⁶¹ Hierdurch wären gerade die Ziele, die mit einer Rekommunalisierung einhergehen, d.h. die regionale Wertschöpfung durch Einnahmen für die Gemeinde sowie einen stärkeren Einfluss auf den Netzbetrieb, nicht zulässig.⁶² Hierbei wird auch Bezug auf § 3 KAV genommen⁶³, der gerade neben den Konzessionsabgaben restriktiv auszuliegende weitere Leistungen aufzählt, die die Gemeinde vom Konzessionär verlangen kann. In der Folge können neben der höchstzulässigen Konzessionsabgabe und dem Gemeinderabatt nur wenige wirtschaftliche Aspekte in den Vordergrund rücken.⁶⁴ In der Gesetzesbegründung zu § 46 III 5 EnWG wird ausgeführt, dass sich die sachgerechten Kriterien für eine Entscheidung der Gemeinde aufgrund der Vorgabe der Entflechtung von Netzbetrieb und Erzeugung auf Aspekte des Netzbetriebs beschränken.⁶⁵

Die vorgenannte Auffassung überzeugt nicht.⁶⁶ Der Gesetzeswortlaut ist nicht derart restriktiv ausgestaltet und auch die Gesetzesbegründung bezieht sich allein auf die Entflechtung von Erzeugung und Betrieb. Gerade der neu eingeführte Verweis auf § 1 EnWG verdeutlicht, dass eine rein netzbezogene Auffassung bereits nicht zwingend ist.⁶⁷ Zu Recht wird darauf verwiesen, dass die Gemeinde hier von ihrem verfassungsrechtlich zugebilligten Recht auf Selbstverwaltung Gebrauch macht⁶⁸, sodass eine Berücksichtigung dieses Kriteriums – soweit die weiteren Kriterien⁶⁹ entsprechend ihrer tatsächlichen Bedeutung gewertet werden – im Rahmen eines transparenten Verfahrens nicht als diskriminierend empfunden werden kann. Es wird bei einem Rekommunalisierungsverfahren darauf ankommen, die unterschiedlichen Kriterien richtig konkret zu bestimmen und konkret zu bewerten. Es ist aufgrund der noch nicht gefestigten Rechtsprechung⁷⁰ zu empfehlen, erst nachrangig den Einfluss der Gemeinde auf den Betrieb des Netzes einzuordnen, womit

56 Vgl. VK Münster, Beschl. v. 8.6.2012 (Az.: VK 6/12) = NZBau 2012, 521 (527).

57 Vgl. Hofmann, NZBau 2012, 11 (13).

58 Vgl. Hofmann, NZBau 2012, 11 (15), wohl auch BGH, Urt. v. 17.12.2013 (Az.: KZR 65/12) (Urteilsgründe lagen zum Redaktionsschluss noch nicht vor).

59 Vgl. VK Münster, Beschl. v. 8.6.2012 (Az.: VK 6/12) = NZBau 2012, 521 (527, 528).

60 Ähnlich: VG Oldenburg, Beschl. v. 17.07.2012 (Az.: 1 B 3594/12) = BeckRS 2012, 53875.

61 Vgl. OLG Schleswig, EnWZ 2013, 76 (78), LG Kiel, Urt. v. 3.2.2012 (Az.: 14 O 12.11 Kart.); wohl auch: Schulz, LKRZ 2012, 41 (43) „Gemeinde [...] an die Zielsetzungen des § 1 EnWG gebunden ist.“

62 Vgl. Hellermann, EnWZ 2013, 147 (151).

63 Vgl. BKartA, Beschl. v. 21.11.2011 (Az.: B 10 - 17/11) Rz. 19; Hofmann, NZBau 2012, 11 (15,16).

64 Vgl. Hofmann, NZBau 2012, 11 (16).

65 Vgl. BT-Drs. 17/6072, S. 88.

66 So auch: Hellermann, EnWZ 2013, 147 (152).

67 So auch: VG Oldenburg, Beschl. v. 17.7.2012 (Az.: 1 B 3594/12) = BeckRS 2012, 53875.

68 Vgl. VG Oldenburg, Beschl. v. 17.7.2012 (Az.: 1 B 3594/12) = BeckRS 2012, 53875; Hellermann, EnWZ 2013, 147 (152).

69 Vgl. Hofmann, NZBau 2012, 11 (16).

70 OVG Lüneburg, Urt. v. 11.9.2013 (Az.: 10 ME 87/12), wohl auch BGH, Urt. v. 17.12.2013 (Az.: KZR 65/12) (Urteilsgründe lagen zum Redaktionsschluss noch nicht vor).

allerdings auch das Risiko steigt, dass ein anderer Bewerber erfolgreich sein könnte.

4. Netzbewertung

Besonderes Streitpotenzial bei der Übertragung und damit auch bei der Rekommunalisierung von Verteilnetzen birgt regelmäßig die Frage, zu welchem Preis der Altkonzessionär das Netz auf den Neukonzessionär bzw. auf die das Netz übernehmende Gemeinde zu übertragen hat.

a) Entgelt für die Netzübertragung

Nach § 46 II 2 EnWG ist insoweit bestimmt, dass der bisher Nutzungsberechtigte verpflichtet ist, seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu übereignen. Angesichts des doch recht allgemein gehaltenen Wortlauts der Norm stellt sich in der täglichen Praxis aber immer wieder die im Zweifel nur gerichtlich zu klärende Frage, welche Vergütung ganz konkret als „angemessen“ zu betrachten und nach welchen Maßstäben dies zu beurteilen ist. Dabei wird man sich zu vergegenwärtigen haben, dass das für die Übereignung des Netzes vom Altkonzessionär verlangte Entgelt maßgeblichen Einfluss darauf hat, ob der von Gesetzes wegen gewünschte Wettbewerb um die Neuvergabe des Verteilnetzes auch zustande kommt, denn überzogene Preisvorstellungen des Altkonzessionärs⁷¹ werden im Regelfall potenzielle Bewerber von vornherein abschrecken.⁷² Dem Gesetz oder der Gesetzesbegründung lassen sich zu diesem Themenkomplex jedoch keine aussagekräftigen Anhaltspunkte entnehmen.

Erfreulicherweise hat der Gesetzgeber im Rahmen der Gesetzesnovelle 2011 aber wenigstens die bis dahin noch hoch umstrittene Frage, ob der Altkonzessionär das Netz nur zu verpachten- bzw. zu vermieten oder gänzlich zu übereignen hat⁷³, klargestellt und sich – wenngleich auch das Pachtmodell weiterhin eine mögliche Option darstellt⁷⁴ – für den Regelfall zugunsten der wesentlich überzeugenderen Übereignungsvariante entschieden.⁷⁵

b) Die angemessene Vergütung nach dem Ertragswertverfahren

Eine weitere – wenn auch nicht im Wortlaut des Gesetzes direkt verankerte – Positionierung hat der Gesetzgeber hinsichtlich der für die Bestimmung des Netzes anzuwendenden Bewertungsmethode vorgenommen. So spricht er sich in der Gesetzesbegründung explizit für die Anwendung des sogenannten Ertragswertverfahrens aus.⁷⁶ Hintergrund hierfür dürfte sein, dass in der Praxis immer wieder gerichtliche Auseinandersetzungen dazu ausgetragen werden, ob der Wert des Netzes nicht auf Grundlage des Sachzeitwertes zu bestimmen sein könnte.⁷⁷ Hierzu hatte der BGH bereits im Jahr 1999 im Rahmen der „Kaufering“-Entscheidung⁷⁸ Stellung bezogen und geurteilt, dass zwar grundsätzlich sowohl das Sachzeitverfahren als auch das Ertragswertverfahren für die Wertermittlung zugrunde gelegt werden könnten, dass aber jedenfalls dann auf das Ertragswertverfahren abzustellen sei, wenn der Sachzeitwert den Ertragswert nicht unerheblich übersteigt.⁷⁹ Damit entfaltet der Ertragszeitwert jedenfalls nach

oben eine begrenzende Wirkung im Hinblick auf die im Zuge der Netzübertragung zu entrichtende Vergütung.⁸⁰ Diese Auffassung wird nunmehr wohl auch vom Gesetzgeber geteilt, der sich – wie bereits erwähnt – in der Gesetzesbegründung unter ausdrücklicher Berufung auf die Rechtsprechung des BGH ebenfalls für eine Beurteilung des Netzwertes in erster Linie auf Grundlage des Ertragswertverfahrens ausgesprochen hat.⁸¹

Das Ertragswertverfahren selbst ist ein betriebswirtschaftliches Unternehmensbewertungsverfahren und ermittelt einen Zukunftserfolgswert.⁸² Nach zutreffender Auffassung von BNetzA und BKartA wird der Ertragswert dabei maßgeblich durch die Vorgaben der StromNEV bzw. der GasNEV bestimmt und begrenzt, denn diese Entgeltverordnungen bestimmen im Ergebnis, welchen Ertrag ein Netzbetreiber (behördlich genehmigt) überhaupt erzielen darf.⁸³ Weil die Netzentgelte hierbei vornehmlich anhand der anzulegenden Netzkosten festgelegt werden, ist der Ertragswert eines neu zu vergebenden Netzes auf Basis des netzentgeltkalkulatorischen Restwerts der jeweils anzuwendenden Entgeltverordnung abzüglich der nichtaufgelösten Baukostenzuschüsse und Anschlusskostenbeiträge zu ermitteln.⁸⁴

Bei der Ermittlung des Ertragswertes kommt es dabei nach Auffassung des BGH nicht auf die besonderen Verhältnisse einzelner möglicher Erwerber oder der übernahmewilligen Kommune an, weshalb – im Ergebnis zum Zwecke einer wettbewerbszuträglichen Begrenzung des Ertragswertes⁸⁵ – der Ertragswert selber nach objektiven, für alle denkbaren Erwerber geltenden Kriterien zu ermitteln ist.⁸⁶ Für die konkrete Ertragswertermittlung dürfte sich ein Rückgriff auf die Grundsätze zur Durchführung der Unternehmensbewertung (IDW S 1) anbieten und als sachgerecht erweisen.⁸⁷

71 Dies wird den Altkonzessionären nach einer im Auftrag von Bündnis 90/DIE GRÜNEN angefertigten Studie des Wuppertal Instituts für Klima, Umwelt, Energie GmbH vom 30.1.2013 gleichsam als die leitende Methode unterstellt.

72 Vgl. hierzu auch Gemeinsamer Leitfaden der BNetzA und des BKartA vom 15.12.2010, S. 14; etwas differenzierter im Ergebnis aber zustimmend sieht dies der BGH in seiner Kaufering-Entscheidung (dazu sogleich), Ur. v. 16.11.1999 (Az. KZR 12/97) = NJW 2000, S. 577 ff.

73 Vgl. hierzu Gemeinsamer Leitfaden der BNetzA und des BKartA vom 15.12.2010, S. 11f. mit zahlreichen weiteren Nachweisen sowie Reck, in: KommJur 2009, 405.

74 Vgl. § 46 II 3 EnWG.

75 Vgl. BT-Drs. 17/6072, S. 88.

76 BT-Drs. 17/6072, S. 88.

77 Vgl. hierzu ausführlich Büttner/Straßer, ZNER 2012, 7 ff.

78 BGH, Ur. v. 16.11.1999 (Az. KZR 12/97) = NJW 2000, 577 ff.

79 BGH, Ur. v. 16.11.1999 (Az. KZR 12/97) = NJW 2000, 577 ff., nach dem Urteil des BGH vom 7.2.2006 (NJW-RR 2006, 1142) gilt diese grundsätzlich noch zur Rechtslage nach dem EnWG 1998 ergangene Rechtsprechung auch für die seit der grundlegenden Novellierung des Gesetzes im Jahr 2005 geltende Rechtslage, zustimmend in jüngerer Zeit auch OLG Frankfurt a.M. Ur. v. 14.6.2011 (Az. 11 U 36/10 [Kart.]) = RdE 2011, 422 ff.

80 Gemeinsamer Leitfaden der BNetzA und des BKartA vom 15.12.2010, S. 14.

81 BT-Drs. 17/6072, S. 88.

82 Theobald, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 76. EL 2012, EnWG, § 46 Rn. 76; Büttner/Straßer, ZNER 2012, 7 ff.

83 Büttner/Straßer, ZNER 2012, 8; siehe auch Gemeinsamer Leitfaden der BNetzA und des BKartA vom 15.12.2010, S. 14.

84 OLG Frankfurt a.M., Ur. v. 14.6.2011 (Az. 11 U 36/10 [Kart.]) = RdE 2011, 422 ff.; in diese Richtung auch LG Hannover, Ur. v. 24.6.2010 (Az. 18 O 260/08) = ZNER 2010, 415.

85 Büttner/Straßer, ZNER 2012, 10.

86 BGH, Ur. v. 16.11.1999 (Az. KZR 12/97) = NJW 2000, 577 ff.

87 Siehe hierzu ausführlich Büttner/Straßer, ZNER 2012, 11 ff. unter Hinweis auf OLG Koblenz, Hinweis- und Beweisbeschluss v. 11.11.2010 (Az. U 646/08) = ZNER 2011, 340.

IV. Rechtsschutzfragen

Wenngleich mit den vorstehend dargelegten Grundsätzen der Rechtsrahmen für eine Rekommunalisierung von Verteilnetzen weitestgehend und ausdifferenziert abgesteckt ist, zeigt die tägliche Praxis doch, dass im Zuge der durchgeführten Konzessionierungsverfahren auf allen rechtlichen Eben immer wieder Streitigkeiten aufkommen, für deren Beilegung sich regelmäßig die Frage stellt, an wen sich die Beteiligten hierfür zu wenden haben.

1. Grundsätzliche Zuständigkeit der Landgerichte

Nach § 102 I 1 EnWG ist zumindest klagestellt, dass für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, die sich aus dem EnWG ergeben, ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes die Landgerichte ausschließlich zuständig sind. Damit ist von Gesetzes wegen nicht nur eine Rechtswegzuweisung zu den Zivilgerichten sondern in sachlicher Hinsicht auch eine streitwertunabhängige, ausschließliche Zuständigkeit der Landgerichte vorgegeben. Von dieser Zuständigkeitsbestimmung umfasst sind insbesondere Streitigkeiten über die vom Altkonzessionär nach § 46 II 4 EnWG der Gemeinde gegenüber zu erteilenden Auskünfte sowie Streitigkeiten zwischen Alt- und Neukonzessionär über die für die Übernahme des Netzes zu entrichtende Vergütung, aber auch die Durchführung des Konzessionsverfahrens selbst.⁸⁸

2. Zuständigkeit der BNetzA

Daneben sieht das EnWG in § 54 I, III 1 EnWG eine umfassende Zuständigkeit der Bundesnetzagentur vor, die im Kern darauf gerichtet ist, die Einhaltung der Vorschriften des EnWG zu gewährleisten. Damit besteht zunächst einmal eine potenzielle Zuständigkeitskonkurrenz, jedenfalls soweit es um Streitigkeiten geht, die aus dem hier relevanten § 46 EnWG resultieren. Dies wiederum wirft interessante prozessuale Fragen auf: zum Beispiel die Frage, ob jeweils nur entweder die Zivilgerichte oder die BNetzA angerufen werden können; ob also das jeweils zuerst eingeleitete Verfahren wegen § 261 III Nr. 1 ZPO aufgrund anderweitiger Rechtshängigkeit zur Unzulässigkeit des anderen Verfahrens führt. Dies dürfte nach zutreffender Ansicht⁸⁹ aber abzulehnen sein. Denn zum einen führt die Einleitung eines behördlichen Verfahrens mangels entsprechender Rechtsvorschrift gerade nicht zu einer Rechtshängigkeit im Sinne von § 261 I ZPO und zum anderen wäre es anderenfalls möglich, dass eine Streitpartei der anderen durch Erheben einer Rechtsschutzmöglichkeit den jeweils anderen, zur Verfügung stehenden Rechtsschutzweg abschneidet. Unter Umständen wäre es der BNetzA dann wegen einer zuvor erhobenen Klage in derselben Angelegenheit sogar verwehrt, ihrem gesetzlichen Überwachungsauftrag nachzukommen. Dies vermag nicht zu überzeugen. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Zuständigkeiten der Landgerichte und der BNetzA nebeneinander bestehen und dass das behördliche und das zivilgerichtliche Verfahren parallel betrieben werden können.⁹⁰

3. Zuständigkeit des BKartA

Schließlich ist § 111 I 2 EnWG zu entnehmen, dass die Aufgaben und Zuständigkeit der Kartellbehörden von den Regelungen des EnWG unberührt bleiben. § 46 V EnWG ordnet in der gleichen Stoßrichtung an: „Die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen bleiben unberührt“. Dies führt aber zu der Frage, ob es zu einer weiteren Zuständigkeitskonkurrenz zwischen Regulierungsbehörden und Kartellbehörden kommen kann und wie diese gegebenenfalls aufzulösen ist.

Grundsätzlich verdrängen nach allgemeiner Auffassung die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften des EnWG – soweit solche vorhanden sind – als *lex specialis* die Vorgaben des GWB.⁹¹ Ob dieser Grundsatz auch für das Konzessionierungsverfahren nach § 46 EnWG gilt, ist umstritten⁹² und dürfte schon mit Blick auf die ausdrückliche Regelung des § 46 V EnWG zu bezweifeln sein. Allerdings wird hier wohl auch zu differenzieren und danach zu fragen sein, ob im Sinne der §§ 19, 20 GWB eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Nach zutreffender Ansicht kann aus § 46 V EnWG nämlich nicht der generelle Schluss gezogen werden, dass auf §§ 54, 65 EnWG gestützte energieaufsichtsrechtliche Maßnahmen der Regulierungsbehörden im Konzessionierungsverfahren ausgeschlossen sind.⁹³ Wenn in diesem Zusammenhang auch zu zugestehen ist, dass sich die in § 30 I EnWG normierte energieaufsichtsrechtliche Kompetenz der BNetzA primär auf den Netzanschluss und den Netzzugang bezieht, so ist in dieser Vorschrift doch auch eine Generalklausel zu erblicken, die der BNetzA auch im Rahmen des § 46 EnWG weitgehende Überwachungs- und Regulierungskompetenzen einräumt.⁹⁴ Weil es aber gerade im Bereich der Vergabe von kommunalen Verteilnetzen regelmäßig um eine monopolähnliche und marktbeherrschende Stellung des Konzessionärs geht, scheint es nur sachgerecht, wegen der der BNetzA eingeräumten umfassenden energiespezifischen Missbrauchsaufsicht schon kraft Sachzusammenhangs doch von einer das Kartell- und Wettbewerbsrecht verdrängenden Spezialregelung und damit von einer weitgehend ausschließlichen behördlichen Zuständigkeit der BNetzA auszugehen.⁹⁵ Vor diesem Hintergrund dürfte den Kartellbehörden im Rahmen eines Konzessionierungsverfahrens im Ergebnis die Aufgabe zukommen, die Energieerzeugung und den Energievertrieb zu überwachen.⁹⁶

88 Vgl. hierzu ausführlich Schray/Tischmacher, ZNER 2012, 229 ff.

89 Schray/Tischmacher, ZNER 2012, 235.

90 Schray/Tischmacher, ZNER 2012, 234.

91 Statt vieler Hölscher, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG-Kommentar, 2. Aufl. 2010, § 111 Rn. 1.

92 Überblick bei Schray/Tischmacher, ZNER 2012, 232, dort Fn. 39.

93 Theobald, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 76. EL 2012, EnWG, § 46 Rn. 113.

94 Theobald, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 76. EL 2012, EnWG, § 46 Rn. 115; Becker/Templin, ZNER 2013, 10 ff.; Schray/Tischmacher, ZNER 2012, 232 m.w.N.

95 Theobald, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 76. EL 2012, EnWG, § 46 Rn. 115; Schray/Tischmacher, ZNER

96 Schray/Tischmacher, ZNER 2012, 232.

V. Fazit

Die Rekommunalisierung von Gas- und Stromverteilnetzen wird aufgrund der in den nächsten Jahren sehr zahlreich auslaufenden Konzessionsverträgen einen immer höheren Stellenwert bei den Kommunen einnehmen. Denn diese haben vielfach erkannt, dass sie mit der (Rück)Übernahme der Energieversorgungsnetze die Energiewende vor Ort in die eigenen Hände nehmen und vor allem, dass sie in einem viel stärkeren Maße als bisher auch an der mit dem Netzbetrieb verbundenen Wertschöpfung partizipieren können. Die mit einer Rekommunalisierung verbundenen Rechtsfragen und Problemstellungen sind aber – das haben die vorstehenden Ausführungen gezeigt – vielfältig und komplex. Dies belegt

nicht zuletzt auch der sprunghafte Anstieg in jüngster Zeit bekannt gewordener gerichtlicher Entscheidungen zu den hier besprochenen Problemen. Kommunen, die sich mit dem Gedanken tragen, die örtlichen Verteilnetze tatsächlich wieder selbst zu betreiben, sollten daher im gesamten Konzessionsierungsprozess äußerste Sorgfalt walten lassen. Denn Fehler bei der Durchführung des Verfahrens, etwa eine fehlerhafte Bekanntmachung oder eine mangelhafte bzw. gänzlich unterbliebene Bewerberauswahl, können gravierende, unter Umständen sogar erhebliche finanzielle Konsequenzen nach sich ziehen. Der hier vorgelegte Beitrag versteht sich vor diesem Hintergrund als ein erster Einstieg in die vielschichtige Materie der Konzessionierung sowie als Leitfaden für die praktische Umsetzung einer solchen.