



**Grenzen der Rekommunalisierung im  
Energiebereich –  
Analyse der aktuellen Rechtsprechung  
und Spruchpraxis**

**Dr. Mathias Mantler**  
**Rechtsanwalt, Partner**

Berlin, 21.06.2013

1 | Einleitung

2 | Modelle

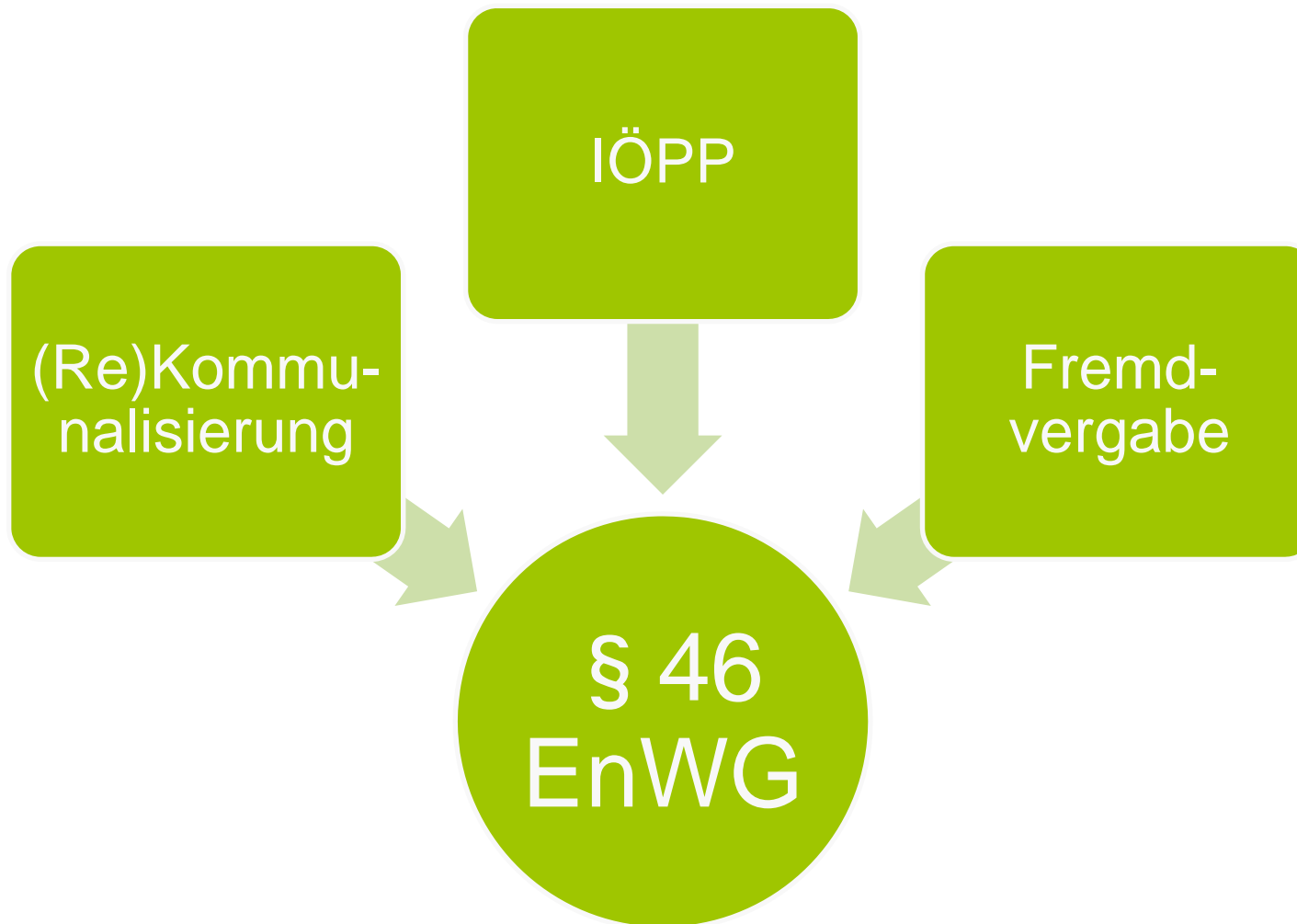
3 | Konzessionsvergabe

4 | ÖPP

5 | Fazit

## Rechtliche Ausgangslage

- OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.02.2013, VII-Verg 31/12:
- *„Bei dem auf Seiten von Städten und Gemeinden erkennbaren Bestreben, Netzbetriebe zu kommunalisieren (oder bisweilen auch zu rekommunalisieren), und zwar mittels Eingehens strategischer Partnerschaften (ÖPP), durch Konzessionsvergaben und/oder durch mögliche Kombinationen der Aufträge und der Ausschreibungen wird vielmehr in mehrfacher Hinsicht rechtliches Neuland betreten.“*



## Modelle

- (Re)Kommunalisierung: Konzessionsvergabe an Eigengesellschaft, -betrieb, interkommunale Gesellschaft etc.
- Fremdvergabe: Vergabe an fremden Netzbetreiber
- Partnerschaftliche Betriebsform (gemischtwirtschaftliche Gesellschaft aus Kommune und strategischem privaten Partner - Institutionalisierte öffentlich-private Partnerschaft (IÖPP))

## § 46 EnWG

- Konzession nach § 46 EnWG ist kein öffentlicher Auftrag im Sinne des § 99 GWB (z.B. OVG NRW, B. v. 10.02.2012 – 11 B 1187/11).
- Konzession nach § 46 EnWG ist – ohne weitere Inhalte – daher auch keine öffentliche Dienstleistungskonzession i. S. d. Vergabevorschriften.
- Aber: Es gelten die allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Gebote (OVG NRW, B. v. 10.02.2012 – 11 B 1187/11): § 46 EnWG enthält eigene Verfahrensvorschriften, die für qualifizierte Wegenutzungsverträge die Einhaltung von Wettbewerb, Transparenz und Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung sicherstellen sollen.
- Entsprechendes gilt nach den primärrechtlichen Bestimmungen des EU-Rechts, insbesondere die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit und den allgemeinen Grundsätzen der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz.

## § 46 EnWG

Aus diesen Geboten folgt insbesondere (vgl. auch BKartA Bonn, Beschluss v. 21.11.2011 B 10 - 17/11), dass

- alle Bewerber die gleichen Informationen erhalten müssen,
- für sie die gleichen Fristen gelten,
- die zu Beginn des Vergabeverfahrens festgelegten Kriterien einzuhalten sind,
- für alle Angebote die gleichen Wertungskriterien zu gelten haben, und
- die einmal festgelegten Kriterien und deren Gewichtung im Laufe des gesamten Vergabeverfahrens eingehalten werden müssen.

## Auswahlkriterien

- Auswahlkriterien müssen die energiepolitischen Ziele des § 1 EnWG berücksichtigen, § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG:
  - Möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht,
  - Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas und
  - Sicherung eines langfristig angelegten leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs von Energieversorgungsnetzen.



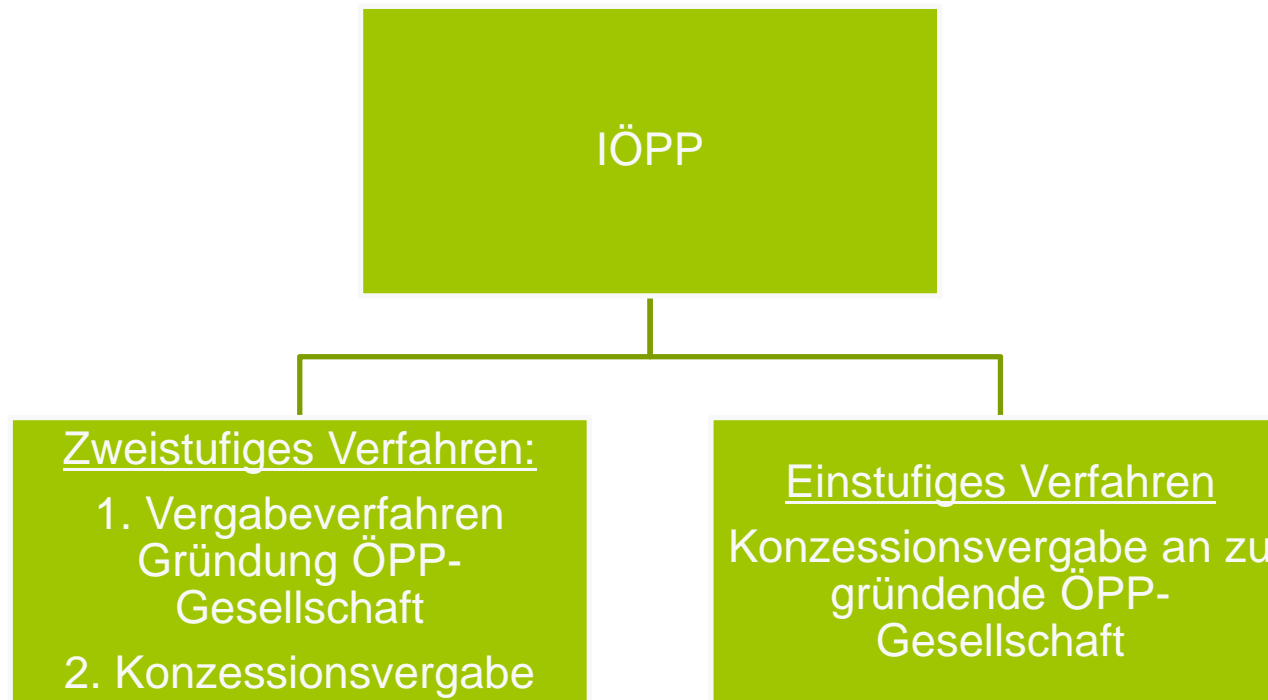
## Auswahlkriterien

- Auswahlkriterien müssen nicht nur die energiepolitischen Ziele des § 1 EnWG berücksichtigen, § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG, lt. OLG Schleswig, Urteil v. 22.11.2012, 16 U (Kart) 21/12 jedoch vorrangig.
- Preisrechtliche Vorschriften nach § 2, 3 KAV müssen eingehalten werden.
- Möglichkeit der Bevorzugung kommunaler oder gemischtwirtschaftlicher Gesellschaften strittig (pro: VG Oldenburg, B. v. 17.07.2012 -1 B 3594/12, offen lassend: OLG Düsseldorf, B. v. 09.01.2013, VII-Verg 26/12, kritisch: OLG Schleswig, Urteil v. 22.11.2012, 16 U (Kart) 21/12).

## Fazit

- Es darf nicht nur mit einem Interessenten verhandelt werden.
- Eine In-house-Vergabe ist nicht möglich, OLG Düsseldorf, B. v. 04.02.2013, VII-Verg 31/12, und 09.01.2013, VII-Verg 26/12.
- Rekommunalisierung ohne Wettbewerb ist nicht zulässig, § 46 Abs. 4 EnWG.
- Es muss ein diskriminierungsfreies, transparentes Verfahren durchgeführt werden.
- Andernfalls droht wegen Verstoß gg. § 46 Abs. 3 EnWG und § § 1, 19, 20 GWB die Nichtigkeit des Konzessionsvertrags.

## Institutionalisierte öffentlich-private Partnerschaft (IÖPP)



## Institutionalisierte öffentlich-private Partnerschaft (IÖPP)

- Zweistufiges Verfahren
  - 1. Stufe: Gründung gemischtwirtschaftliches Gesellschaft, z. B. Kommune 51 %, strategischer Partner (technische und kaufmännische Führungsaufgaben): 49%
  - 2. Stufe: Konzessionsvergabe nach § 46 EnwG
- Einstufiges Verfahren:
  - Auswahl strategischer Partner / Gründung IÖPP und Konzessionsvergabe in einem Verfahren
- Beide Verfahren sind unter rechtlichen Gesichtspunkten zulässig, OLG Düsseldorf, B. v. 04.02.2013, VII-Verg 31/12, und 09.01.2013, VII-Verg 26/12.
- Keine In-house-Vergabe möglich OLG Düsseldorf, B. v. 04.02.2013, VII-Verg 31/12, und 09.01.2013, VII-Verg 26/12

## 1. Stufe beim Zweistufigen Verfahren

- Dienstleistungen nach Anhang 1, Teil A, Kategorie 11 SektVO (Unternehmensberatung und verbundene Tätigkeiten)
- Ausnahme nur dann, wenn die Pflicht zur Dienstleistung völlig untergeordneter Art und deshalb auszuschließen ist, dass ihretwegen ein Vertrag eingegangen werden soll (OLG Düsseldorf, B. v. 4.2.13, VII-Verg 31/12; zw.)
- Durch zweistufiges Verfahren ist per se noch keine Vorfestlegung für Konzessionsvergabe anzunehmen, OLG Düsseldorf, B. v. 04.02.2013, VII-Verg 31/12, und 09.01.2013, VII-Verg 26/12.

- Rekommunalisierung im Energiebereich im Spannungsfeld von politischer Motivation und heterogenen rechtlichen Regelungen
- Verschiedene Modellstrukturen und Verfahrensarten rechtlich zulässig
- IÖPP sowohl im zweistufigen wie auch einstufigen Verfahren zulässig
- Ausgestaltung im zweistufigen Verfahren wohl rechtsicherer



→ **Dr. Mathias Mantler**

---

Rechtsanwalt, Partner

- Tätigkeitsschwerpunkt Public Sector
- Leiter Praxisgruppe Vergaberecht bei LUTZ | ABEL
- Regelmäßige Veröffentlichungen und Vorträge im Vergaberecht
- Lehrbeauftragter an der TU München sowie an der Hochschule Augsburg.

**Danke für Ihre Aufmerksamkeit!**

→ **Kontakt**

Telefon +49 (0)89 / 54 41 47-0

E-Mail [mantler@lutzabel.com](mailto:mantler@lutzabel.com)

## München

Brienner Straße 29  
80333 München  
Telefon +49 89 544147-0  
Telefax +49 89 544147-99  
muenchen@lutzabel.com



## Hamburg

Am Sandtorkai 40  
20457 Hamburg  
Telefon +49 40 3006996-0  
Telefax +49 40 3006996-99  
hamburg@lutzabel.com

## Stuttgart

Königstraße 26  
70173 Stuttgart  
Telefon +49 711 18567-509  
Telefax +49 711 18567-450  
stuttgart@lutzabel.com

 [www.lutzabel.com](http://www.lutzabel.com)