

# „Die Richter hätten eine salomonische Entscheidung treffen können“

In zwei Urteilen zu Konzessionsverfahren hat der Bundesgerichtshof (BGH) nach der mündlichen Verhandlung im vergangenen Dezember über Sachverhalte entschieden, die zu Beginn des Rechtsstreits eigentlich gar nicht strittig waren. Nun liegen die schriftlichen Begründungen der Urteile vor. VON FRITZ WILHELM

**W**elcher Kaufpreis kann für das Netz angesetzt werden kann, wenn ein neuer Konzessionär den Zuschlag der Gemeinde erhält? In welchem Umfang muss das Netz an den neuen Konzessionär übereignet werden? Zwei Fragen, die immer wieder Anlass zu langwierigen Rechtsstreitigkeiten geben, deren höchststrichterliche Klärung noch aussteht. Wer jetzt im Zuge zweier Verfahren, die beim Bundesgerichtshof anhängig waren, auf Rechtssicherheit gehofft hat, wurde enttäuscht.

„Die Frage nach der Rückabwicklung wurde schon aufgeworfen“

Beteiligt war die Eon Hanse-Tochter Schleswig-Holstein Netz AG, die sich 2009 und 2010 als Altkonzessionär zum einen vergeblich um den Zuschlag der Stadt Heiligenhafen bemüht hatte und zum anderen auch bei 36 weiteren Kommunen in der Region nicht mehr zum Zuge gekommen war.

Statt über Preis und Umfang des Netzes zu entscheiden, erklärten die Richter, die Konzessionsvergabe müsse auf jeden Fall in einem diskriminierungsfreien und transparenten Verfahren erfolgen, dessen Vergabekriterien ausdrücklich und vorrangig an den energiewirtschaftlichen Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG auszurichten seien, selbst wenn beabsichtigt sei, den Netzbetrieb auf einen kommunalen Eigenbetrieb zu übertragen. Andernfalls seien die abgeschlossenen Konzessionsverträge nichtig. Genau das sei in

den entsprechenden Verfahren der Fall. Für Rechtsanwalt Christian Theobald, Partner der Kanzlei Becker Böttner Held in Berlin, ist die Urteilsbegründung wenig überzeugend; sie wird seiner Ansicht nach keine Rechtssicherheit schaffen, sondern eher eine Prozesslawine nach sich ziehen.

**E&M:** Herr Professor Theobald, hat Sie nach der mündlichen Verhandlung die schriftliche Begründung noch überrascht?

**Theobald:** Die Einseitigkeit der Entscheidung war überraschend. Der BGH lässt hier tiefblicken.

**E&M:** Inwiefern?

**Theobald:** Der BGH geht davon aus, dass der unterlegene Altkonzessionär nicht die Mängel der Ausschreibung hätte erkennen und entsprechend zeitnah rügen müssen. Das bedeutet, dass von Kommunen mehr Rechtskenntnisse verlangt werden als von Netzbetreibern, die ja im Zweifelsfalle auch noch Töchter großer Energiekonzerne sind. Für Kommunen wird es nun wesentlich schwieriger, ein Konzessionsverfahren rechtssicher durchzuführen. Unterlegene EVU können sich damit auch noch nach Jahren auf Mängel im Konzessionsverfahren berufen. Ferner unterstellt der BGH lapidar, dass eine – vorliegend ja unterbliebene – Rüge im damaligen Konzessionsverfahren ohnehin nichts bewirkt hätte und damit entbehrlich gewesen sei.

**E&M:** Der BGH erklärt, die Konzessionsvergabe sei ‚vorrangig an den Kriterien auszurichten, die die Zielsetzung des Paragraphen 1 Abs. 1 EnWG konkretisieren‘. Wie beurteilen Sie diesen Vorrang?

**Theobald:** Der BGH erklärt nicht, woher er den Vorrang ableitet. Er ver-

weist auf die Änderung von Paragraph 46 EnWG im Jahr 2011. Hier habe nur eine Klarstellung stattgefunden, was vorher, also in den Fassungen von 2005 oder gar 1998, schon gegolten habe. Dabei war von einer Verpflichtung der Gemeinde auf die Ziele des EnWG nie die Rede. Dies gilt erst recht hinsichtlich des Vorrangs. Der BGH hat über einen Sachverhalt geurteilt, über den es zumindest bis zum Leitfaden von Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt im Dezember 2010 überhaupt keine widersprüchlichen Ansichten gab und deshalb auch keinen Grund für eine Klarstellung. Deshalb hat der unterlegene Konzessionär das Vergabeverfahren auch nicht gerügt.

**E&M:** Dann urteilt der Gerichtshof rückwirkend?

**Theobald:** So sieht es aus. Für die Kommunen war es jedenfalls nicht erkennbar, dass irgendwelche Auswahlkriterien aus Paragraph 1 EnWG hätten abgeleitet werden müssen. Solche gesetzlichen Berücksichtigungsgebote, die der BGH eingefordert hat, bedürfen nicht ohne Grund einer für den Rechtsanwender eindeutigen gesetzlichen Anordnung.

„EU-Konzessionsrichtlinie erlaubt Inhouse-Vergabe“

**E&M:** Sind dann alle Konzessionsverfahren seit 1998 betroffen?

**Theobald:** Im Grunde, ja. Es sind seit etwa 15 000 Konzessionsverträge geschlossen worden, regelmäßig ohne die Auswahlkriterien an Paragraph 1 EnWG explizit zu orientieren.

In Fällen mit mehreren Bewerbern ist die Wahrscheinlichkeit hoch, dass die Konzessionsvergabe als fehlerhaft anzusehen ist. Wenn es zufällig nur einen Bewerber gab und die Kommune kein Vergabeverfahren durchführen musste, haben die Beteiligten Glück. Alle anderen können sich über die Wirksamkeit ihres Konzessionsvertrages jedoch nicht sicher sein.

**E&M:** Befürchten Sie jetzt eine Welle juristischer Auseinandersetzungen?

**Theobald:** Es ist nicht nur zu befürchten, sondern davon auszugehen – jedenfalls dann, wenn sich die Kommune für einen anderen Bewerber als den bisherigen Konzessionär entschieden hat. Wenn der neue Konzessionsnehmer nun in Verhandlungen mit dem Altkonzessionär über die Netzübernahme steht, wird dieser den Einwand vorbringen, es bestehe wegen Verfahrensmängeln überhaupt kein Anspruch auf Übergabe. Überdies wurde sogar schon die brisante Frage nach der Rückabwicklung aufgeworfen, wenn der Netzkaufvertrag schon abgeschlossen und das Netz übergegangen ist.

**E&M:** Wäre das zumutbar?

**Theobald:** Es gibt Passagen in der Urteilsbegründung, die darauf hindeuten, dass ein Verfahrensmangel nicht mehr greift, wenn das Netz schon an den neuen Betreiber übereignet worden ist. Aber sehr klar ist auch hier die Argumentation des BGH nicht. Die dritte Fallgruppe betrifft schließlich die Netzübernahme mit einem Vorbehalt bezüglich des Kaufpreises, wenn danach der neue Netzbetreiber einen Anspruch auf Rückzahlung eines Teilbetrags des Kaufpreises geltend macht. Der Altkonzessionär wird möglicherweise versuchen, eine Rückzahlung abzulehnen mit dem

Argument, der Neue hätte die Konzession schon gar nicht bekommen dürfen. Soll dann die Netzübergabe quasi durch die Hintertür wieder rückabgewickelt werden? Eine wirklich absurde Situation.

„Von Rechtssicherheit kann immer noch keine Rede sein“

**E&M:** Welche Möglichkeit hätten die Richter gehabt?

**Theobald:** Sie hätten eine salomonische und gleichzeitig rechtsdogmatisch sauber begründbare Entscheidung treffen können: Das Konzessionsverfahren war fehlerhaft. Der bisherige Konzessionsnehmer hat den Fehler aber nicht gerügt, insofern ist jetzt nach Jahren das Verfahren nicht mehr angreifbar. Der Fehler ist geheilt und der Vertrag wirksam. Für die Zukunft aber haben die Kommunen jetzt mehr Klarheit über die nunmehr strengeren Anforderungen an Konzessionsverfahren. Der Altkonzessionär muss seinerseits prüfen, ob ein Mangel besteht und diesen zeitnah rügen.

**E&M:** Dann müsste aber geklärt werden, was zeitnah bedeutet.

**Theobald:** Der BGH liefert dafür einen Anhaltspunkt. Er schreibt, dass Konzessionsverfahren ausnahmsweise doch wirksam sind, wenn eine Gemeinde alle Bewerber in Textform über die beabsichtigte Auswahlentscheidung informiert hat und den Konzessionsvertrag frühestens 15 Kalendertage nach Absendung der Information abschließt. Wenn dann der Bewerber keinen Rechtsschutz ergriffen hat, ist der Konzessionsvertrag wirksam.

**E&M:** Dann werden unterlegene Bewerber immer rügen.

**Theobald:** Das ist zumindest sehr wahrscheinlich. Auf jeden Fall müssen Kommunen künftig solche Schreiben verfassen, am besten noch mit ausführlicher Begründung. Von Rechtssicherheit kann dann aber immer noch keine Rede sein.

**E&M:** Wäre die Vergabe an einen Eigenbetrieb eine Lösung?

**Theobald:** Der BGH macht grundsätzlich ein transparentes und diskriminierungsfreies Ausschreibungs- und Vergabeverfahren zur Voraussetzung. Die EU-Konzessionsrichtlinie erlaubt allerdings eine In-house-Vergabe bei Dienstleistungskonzessionen ohne Ausschreibung ausdrücklich. Der nationale Gesetzgeber müsste das nur entsprechend umsetzen. Hierzulande ist das in der aktuellen Koalitionsvereinbarung angelegt, aber noch nicht geschehen. Daher ist weiter die aktuelle Auffassung des BGH das Maß der Dinge. **E&M**



Christian Theobald: „Im Grunde sind alle Konzessionsverfahren seit 1998 betroffen“



## Umfassend beraten

Rödl & Partner ist mit 94 eigenen Niederlassungen in 43 Ländern vertreten. Die integrierte Beratungs- und Prüfungsgesellschaft für Recht, Steuern, Unternehmensberatung und Wirtschaftsprüfung verdankt ihren dynamischen Erfolg 3.700 unternehmerisch denkenden Partnern und Mitarbeitern. Im engen Schulterschluss mit ihren Mandanten erarbeiten sie Informationen für fundierte – häufig grenzüberschreitende – Entscheidungen aus den Bereichen Wirtschaft, Steuern, Recht und IT und setzen sie gemeinsam mit ihnen um.

Im Geschäftsbereich Energie begleiten wir von unseren Standorten in Nürnberg, München und Köln aus bundesweit Mandanten bei der Realisierung von Energie- und Infrastrukturvorhaben. Aufgrund unserer langjährigen Erfahrung im Public Sector, stellen Projekte im kommunalen und interkommunalen Umfeld einen besonderen Schwerpunkt dar.

Zu unserem Tagesgeschäft zählen die Begleitung von Konzessionsvergabeverfahren, die Kommunalisierung von Versorgungsinfrastrukturen und die Restrukturierung und Geschäftsfeldentwicklung von Versorgungsunternehmen ebenso wie die Begleitung von Erzeugungsprojekten, insbesondere im Bereich der Erneuerbaren Energien. Dabei verstehen wir uns als Partner, der Kommunen und Stadtwerke umfassend von der Strategie- und Konzeptphase bis in die Umsetzung der Details des operativen Geschäftsbetriebs begleitet.

## Rödl & Partner

Ihre Ansprechpartner

Christian Marthol

Rechtsanwalt

Tel.: +49 (9 11) 91 93-35 81  
christian.marthol@roedl.de

Anton Berger

Dipl.-Betriebswirt (FH)

Tel.: +49 (9 11) 91 93-36 16  
anton.berger@roedl.de

Rödl & Partner

Äußere Sulzbacher Str. 100

90491 Nürnberg

www.roedl.de