

Bundesgerichtshof stärkt Rechte der Kommunen

Konzessionen Astrid Meyer-Hetling und Prof. Dr. Christian Theobald von der Kanzlei Becker Büttner Held bewerten im Interview die Urteile der vergangenen Monate

In diesem Jahr gab es bereits drei neue Entscheidungen des BGH zum Konzessionsrecht. Wie lassen sich diese einordnen?

Astrid Meyer-Hetling: Im Ergebnis hat der BGH die Rechte der Kommunen aber auch der Netzübernehmer gestärkt und offene Rechtsfragen, die in der Instanzenrechtsprechung sehr divergierend (oder nur zu Lasten der Übernehmer) entschieden wurden, einer positiven Klärung zugeführt. Allen Entscheidungen ist gemein, dass es sich um Altverfahren handelt, also Konzessionsierungsverfahren vor der EnWG-Novelle 2017. Gleichwohl haben die entschiedenen Rechtsfragen auch für aktuelle Verfahren nach der Novelle große Bedeutung.

In Sachen Strom- und Gasnetz Stuttgart befasst sich der BGH mit dem Umfang der herauszugebenden Anlagen. Was ist hier neu?

Christian Theobald: Der BGH entwickelt seine Rechtsprechung im Sinne »Homberg«

»Der Bieter muss beweisen, dass die Ratsperson die Entscheidung beeinflusst.«



Astrid Meyer-Hetling

von 2014 weiter; der Neukonzessionär hat regelmäßig auch einen Anspruch auf Über-



Das Recht zu graben: Der BGH hat Fragen rund um Netzkonzessionen geklärt.

Bild: © ThomBal / Adobe

tragung von Hochspannungs- und Hochdruckleitungen. Hierzu ist erforderlich, dass die Anlagen nicht hinweggedacht werden können, ohne dass der Neukonzessionär seine Versorgungsaufgabe wie der frühere Konzessionär erfüllen könne. Das gelte unabhängig davon, ob an diese Anlagen Letztverbraucher unmittelbar angeschlossen sind.

In Sachen »Gasnetz Leipzig« beschäftigt sich der BGH mit der Frage der Neutralität.

Meyer-Hetling: Der BGH hat entschieden, dass in Konzessionsverfahren für Strom- und Gasnetze die Mitwirkung von Personen, die bei einem Bewerber beschäftigt oder als Mitglied eines Organs tätig sind, nicht automatisch zu einer Nichtigkeit des Konzessionsvertrags führt. Damit bestätigt das Gericht zwar das von ihm entwickelte Gebot der Neutralität von Vergabestellen in Gemeinden, die sich selbst um Konzessionen bewerben, stellt aber zugleich fest,

dass allein aus der Teilnahme von Doppelmandatsträgern an dem abschließenden Beschluss des Gemeinderats keine unbillige Behinderung eines unterlegenen Bieters folgt. Das ist, so der BGH, mit dem Recht auf kommunale Selbstverwaltung nicht vereinbar. Vielmehr muss der unterlegene Bieter im Einzelnen darlegen und beweisen, dass eine Beeinflussung der Entscheidung durch die Mitwirkung möglich war. Der »böse Schein« reicht nicht aus.

Was ist relevant an der Entscheidung in Sachen »Stromnetz Steinbach«?

Meyer-Hetling: In seiner Entscheidung konkretisiert der BGH seine 2013 aufgestellten Voraussetzungen für eine Präklusion. Der Altkonzessionär darf nicht untätig bleiben, wenn er dem Herausgabeverlangen des Neukonzessionärs etwaige Verfahrensfehler der Kommune im Konzessionsierungs-

verfahren und damit die Unwirksamkeit des Konzessionsvertrags entgegen halten möchte. Bleibt er gegenüber der Gemeinde untätig, kann er sich in einem späteren Netzherausgabeprozess nicht mehr auf eine Nichtigkeit des bereits abgeschlossenen Konzessionsvertrags berufen. Ferner obliegt es ihm, relevante Fehler des Konzessionsverfahrens darzulegen und zu beweisen.

In der Instanzenrechtsprechung waren beide Fragen umstritten; die Gerichte machten vom Präklusionsgedanken des BGH keinen Gebrauch und überprüften in Netzherausgabeprozessen das Konzessionsverfahren der Gemeinde umfassend (und sehr langwierig). Zudem meinten sie rechtsirrig, der Neukonzessionär müsse die Wirksamkeit des bereits abgeschlossenen Vertrags darlegen und beweisen.

Sie wurden damals als Sachverständiger im Gesetzgebungsverfahren zur Novellierung des § 46 EnWG im Jahr 2017 befragt - ist das damalige Ziel erhöhter Rechtssicherheit erreicht?

Theobald: In jedem Fall! Bewerber müssen jetzt etwaige Rechtsfehler in den drei Mitteilungen der Kommune – Bekanntmachung, Auswahlkriterien und Auswahlentscheidung – binnen kurzer Fristen rügen und gegebenenfalls gerichtlich geltend machen. Sie können nicht mehr abwarten, bis sie am Ende des Verfahrens verlieren und der neue Netzbetreiber das Netz von ihnen herausverlangt. Dadurch herrscht auch im Verfahren schneller Klarheit darüber, ob die von der Kommune aufgestellten Kriterien von allen Bietern akzeptiert oder doch gerügt werden.

Was muss man als Bewerber jetzt beachten?

Theobald: Früher war es beispielsweise in Bezug auf die Auswahlkriterien und Bewertungsmethode als Bieter üblich, nur Verständnisfragen zu stellen oder auf Unklarheiten hinzuweisen. Jetzt müssen Auswahlkriterien 15 Tage nach Empfang gerügt werden. Wenn die Kommune nicht abhilft, ist binnen weiterer 15 Tage gerichtlicher Rechtsschutz zu beantragen. Werden diese kurzen Fristen verpasst, können auch rechtswidrige

Auswahlkriterien nicht mehr angegriffen werden; möglicherweise ist eben dieses Kriterium am Ende sogar ausschlaggebend, ob die Konzession gewonnen wird oder nicht.

Insofern ist es als Bewerber insbesondere um die Bestandskonzession unerlässlich für die Geschäftsführung, bereits vor Ver-

»Bewerber müssen ein straffes Konzessionsmanagement aufsetzen.«



Prof. Dr. Christian Theobald

fahrensbeginn ein straffes Konzessionsmanagement aufzusetzen und als zentralen Angebotsbestandteil ein Netzbewirtschaftungskonzept zu entwickeln und fortzuschreiben. Dazu gehört auch das Monitoring des Auswahlverfahrens und die regelmäßige Prüfung, ob man einzelne Verfahrensschritte rügt bzw. gerichtlich überprüft. Die hierfür nötige rechtliche Unterstützung sollte frühzeitig sichergestellt sein.

Erwarten Sie im Wasserbereich eine ähnliche Entwicklung?

Meyer-Hetling: Ja, spätestens seit der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 21. März 2018 hat die obergerichtliche Rechtsprechung klargestellt, dass sie die Wasserkonzessionsvergabe wie bei Strom und Gas ohne Bereichsausnahme kartellrechtlich beurteilt. Jedoch sind Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht möglich – wie die Inhouse-Vergabe; im Übrigen entwickeln sich Anforderungen an Wasserkonzessionsverfahren ähnlich komplex.

Voraussichtlich werden sich die meisten der aus Strom und Gas bekannten Streitfälle

und Probleme wiederholen, allerdings mit einem noch unklarereren Rechtsrahmen. Es ist zu befürchten, dass Wasserkonzessionsverfahren aufwendig werden. Erfahrungen aus den Strom- und Gaskonzessionsverfahren sind dabei hilfreich.

Gibt es auch entsprechende Entwicklungen im Fernwärmebereich?

Theobald: Die Frage ist komplex und nicht einfach zu beantworten. Dies liegt daran, dass für Fernwärmekonzessionen kaum gesetzliche Regelungen bestehen; die Unsicherheiten betreffen die Gestaltung von Wegenutzungsverträgen, die Vereinbarung eines Gestattungsentgelts und die Frage der Ausschreibungspflicht einer Fernwärmekonzession.

Umso bemerkenswerter ist daher, dass das OLG Stuttgart im März in Sachen Wärmenetz Stuttgart entschieden hat, dass bei ausgelaufenem Wärmekonzessionsvertrag ohne Endschaftsklausel die Kommune keinem Kontrahierungszwang unterliegt; vielmehr muss der bisherige Konzessionnehmer entweder die Anlagen beseitigen, oder aber das Eigentum beziehungsweise die Nutzungsrechte hieran der Kommune übertragen. Sofern die Kommune das Fernwärmenetz in Eigenregie weiter betreiben möchte, ist dies – anders als bei Strom- und Gasnetzen – ohne Ausschreibung im Wege der Inhouse-Vergabe möglich.

Konnten Sie bereits Konsequenzen aus der Fusion RWE/Eon im Konzessionswettbewerb feststellen?

Meyer-Hetling: Im Bereich der Konzessionsvergabe konnten wir bislang keine Auswirkungen beobachten. Allerdings haben Unternehmen, Gesellschafter und Kommunen ihre bestehenden Gesellschafts- und Konzessionsverträge sowie die darin enthaltenen Change-of-Control-Klauseln geprüft und Handlungsmöglichkeiten, also in der Regel Kündigungsrechte ausgelotet. Zum Teil wurden bereits Verträge gekündigt, Gesellschaftsanteile eingezogen. Ob und welche konkreten Handlungsmöglichkeiten bestehen, ist im Einzelfall zu prüfen. Die Klauseln sind doch sehr unterschiedlich.

Interview: Jürgen Walk