

Tagung

„Effiziente Governance für Stromverteilnetze im Kontext der
Energiewende: Bedeutung und Ausgestaltung von Konzessionen
und des § 46 EnWG als Ergänzung zur (Anreiz)Regulierung“

Berlin

10. Februar 2017

Grenzen der Inhouse-Vergabe von Energiekonzessionen im Mehrebenensystem

Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M.

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Immobilienrecht, Infrastrukturrecht und
Informationsrecht
Fakultät für Rechtswissenschaft



Universität Regensburg

Gliederung des Vortrags

- I. Einführung
- II. Ausschreibungspflicht nach der Rechtsprechung des BGH
- III. Wahrung des Status Quo in der aktuellen EnWG-Novelle
- IV. Unionsrechtliche Steuerungsvorgaben
- V. Recht auf Inhouse-Vergabe aus Art. 28 II 1 GG?
- VI. Fazit und Ausblick

I. Einführung

- Privatisierung stets Gegenstand reger Diskussion in Wissenschaft und Praxis
- insbesondere im Bereich der sogenannten Daseinsvorsorge
- Betrieb örtlicher Stromverteilernetze nur ein aktuelles Beispiel
- Kartellvergaberecht zu beachtende Rahmenbedingung
- v.a. Frage der Zulässigkeit einer Inhouse-Vergabe ohne Ausschreibung

I. Einführung

- grundsätzlich keine Ausschreibungspflicht in Inhouse-Konstellation
- EuGH-Rechtsprechung inzwischen in § 108 I GWB im nationalen Recht kodifiziert
- Verankerung auch im EU-Sekundärrecht
- aber: § 46 EnWG als speziellere Regelung im Energiewirtschaftsrecht

II. Ausschreibungspflicht nach BGH

- BGH hat diese Frage 2013 entschieden zum bisherigen § 46 EnWG

Kernaussagen der Urteile:

- Diskriminierungsverbot des § 46 I EnWG gilt auch für Verträge nach § 46 II EnWG
- aus § 46 IV EnWG folgt Nichtgeltung eines Inhouse-Privileg
- bei fehlender Ausschreibung Verstoß gegen kartellrechtliches Missbrauchsverbot
- diese Auslegung verstößt nicht gegen Art. 28 II 1 GG

III. Wahrung des Status Quo in aktueller EnWG-Novelle

- keine ausdrückliche Änderung in Bezug auf Inhouse-Vergabe
 - § 46 IV EnWG in § 46 VI EnWG-N übernommen
 - Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft „können“ bei Auswahlentscheidung berücksichtigt werden (§ 46 IV 2 EnWG-N)
 - dies jedoch nur „unter Wahrung netzwirtschaftlicher Anforderungen“

III. Wahrung des Status Quo in aktueller EnWG-Novelle

- nunmehr eindeutige Gesetzesbegründung
 - Forderung nach Inhouse-Privileg wird ausdrücklich nicht aufgegriffen
 - Wettbewerb um das Netz ist zwingend aufrechtzuerhalten
 - Wettbewerb dient Umsetzung der Ziele des § 1 I EnWG
 - Berücksichtigung kommunaler Interessen nur soweit aufgrund von Art. 28 II 1 GG erforderlich

III. Wahrung des Status Quo in aktueller EnWG-Novelle

- Kritik vor allem an Unbestimmtheit der Neuregelung
- neue Rechtssicherheit aber jedenfalls für Inhouse-Vergabe
- angesichts Gesetzesbegründung keine Zweifel an legislativer Intention

IV. Unionsrechtliche Steuerungsvorgaben

1. Sekundärrecht

- Anwendbarkeit der Konzessionsrichtlinie umstritten
 - problematisch v.a. Beschaffungsvorgang
 - Erwägungsgrund 16 der Richtlinie insoweit wohl nur deklaratorisch
 - andere Bewertung wegen Exklusivität denkbar (?)

IV. Unionsrechtliche Steuerungsvorgaben

1. Sekundärrecht

- jedenfalls keine Relevanz für Frage der Inhouse-Vergabe
 - Inhouse-Privileg nach Logik der EuGH-Rechtsprechung als Ausnahme
 - grundsätzliches Ziel wettbewerblicher Beschaffung
 - Abweichung des nationalen Gesetzgebers zugunsten des Wettbewerbs unproblematisch möglich

IV. Unionsrechtliche Steuerungsvorgaben

2. Primärrecht

- auch aus Primärvergaberecht folgen keine anderen Ergebnisse
- Inhouse-Privileg gilt zwar auch hier
- aber ebenfalls keine zwingenden Vorgaben ersichtlich

V. Recht auf Inhouse-Vergabe aus Art. 28 II 1 GG?

- Betrieb der Stromverteilernetze als örtliche Angelegenheit?
 - Energieversorgung bis dato als örtlich im Sinne der Rasteder Rechtsprechung anerkannt
 - BVerfG: wandelbare Verhältnisse
 - zunehmende „Hochzonung“ und „Wegzonung“ der Energiewirtschaft im Rahmen Liberalisierung/Energiewende
 - ist die Energiewirtschaft insgesamt den Kommunen entwachsen?

V. Recht auf Inhouse-Vergabe aus Art. 28 II 1 GG?

- schützt Art. 28 II 1 GG überhaupt vor Privatisierung/„Wegzoning“?
 - aus Sicht der Kommunen zwar kein Unterschied ob „Hochzoning“ oder „Wegzoning“
 - Art. 28 II 1 GG aber staatsorganisationsrechtliche Norm
 - keine Aussage über das Verhältnis Staat-Privatwirtschaft

V. Recht auf Inhouse-Vergabe aus Art. 28 II 1 GG?

- Eingriff durch § 46 EnWG wohl jedenfalls verfassungsrechtlich gerechtfertigt
- höhere Anforderungen bei Qualifizierung als Eingriff in Kernbereich oder Aufgabenverteilungsprinzip → hier aber eher (-)
- im Übrigen verhältnismäßige Beschränkung des kommunalen Selbstverwaltungsrechts

VI. Fazit und Ausblick

- Rechtslage nach Novelle von § 46 EnWG nur teilweise klarer
- praktikablere Regelung in jedem Fall wünschenswert
- Vorschlag der Monopolkommission:
 - Zuschlag grds. immer an Bieter, der höchsten Abschlag vom
Netznutzungsentgelt anbietet
- im Übrigen rechtspolitische Entscheidung

**Vielen Dank
für Ihre
Aufmerksamkeit**

Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M.

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Immobilienrecht,
Infrastrukturrecht und Informationsrecht

Fakultät für Rechtswissenschaft

Universitätsstraße 31
93053 Regensburg

E-Mail: Juergen.Kuehling@jura.uni-regensburg.de

Homepage: www.lehrstuhl-kuehling.de

Nachweise

- *Kühling/Seiler*, (...), (im Erscheinen)