

Take-or-Pay-Klausel ist der Abnehmer zur Zahlung einer bestimmten Menge (zum Beispiel 80% der kontrahierten Menge) verpflichtet, auch wenn seine tatsächliche Abnahme unter dieser Menge liegt. Die Take-or-Pay-Klausel hielt einer gerichtlichen Überprüfung anhand von AGB-Recht bishierher stand.<sup>2</sup> Nach dem Urteil des OLG Hamm stellt sich die Frage, ob dies nunmehr anders zu beurteilen ist.

Dagegen spricht, dass zumindest die vorliegende Bring-or-Pay-Klausel mit der klassischen Take-or-Pay-Klausel nicht komplett vergleichbar ist. Die Take-or-Pay-Klausel stellt den Preis für die dem Abnehmer gewährte Toleranzbreite in der Abnahmemenge dar. Regelmäßig gibt es nicht nur eine „Untergrenze“ von ca. 80%, sondern auch eine maximale Abnahmemenge von bspw. 120%. Die Flexibilität und die Vorhaltung der entsprechenden Mengen sind die direkte Gegenleistung für die Take-or-Pay-Verpflichtung. Die hier verwendete Bring-or-Pay-Klausel gewährt dem Zulieferer (dem Entsorgungsunternehmen) jedoch keinerlei Flexibilität (bis auf die geringen Ausgleichsmöglichkeiten in einem anderen Quartal). Es gibt kein echtes Toleranzband innerhalb der entsprechenden Bezugszeit: Der Zulieferer muss den vollen Preis (also 100%) zahlen, wenn er zuwenig liefert.

Für eine Vergleichbarkeit der Klauseln spricht, dass die vorliegende Bring-or-Pay-Klausel genauso wie eine Take-or-Pay-

Klausel dem Verwender einen stetigen Zahlungsfluss garantieren soll – ggf. zur Amortisation hoher getätigter spezifischer Investitionen, wie es auch im vorliegenden Fall vorgebracht wurde. In beiden Fällen wird auch eine gewisse Leistung vorgehalten – sei es die Ware Gas oder die Verbrennungskapazität. Geht der Anbieter das Risiko ein, dass die vorgehaltene Leistung überhaupt nicht in Anspruch genommen wird, er aber trotzdem Kosten für die Vorhaltung hat, macht es Sinn, die unbedingte Zahlungsverpflichtung der Bring-or-Pay- oder Take-or-Pay-Klausel als konkrete Gegenleistung der anderen Vertragspartei zu sehen.<sup>3</sup>

Der vorliegende Rechtsstreit wird voraussichtlich vom BGH entschieden werden. Das OLG Hamm hat die Revision entsprechend den Hilfsanträgen beider Parteien zugelassen.

*Ewerk-Service:*

*Die Entscheidung kann beim EWeRK angefordert werden.*

<sup>2</sup> Vgl. LG Berlin, Az. 98 O 121/08 v. 25.08.2009, besprochen von *Wegerich* in EWeRK 10/2/2010, S. 53.

<sup>3</sup> Vgl. zur Take-or-Pay-Klausel insgesamt demnächst in der EWeRK-Schriftenreihe: *Sorge: Take-or-Pay-Klauseln in der Gaswirtschaft*.

## VG Oldenburg: Zum verfassungsrechtlich geschützten Gestaltungs-, Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum einer Gemeinde beim Neuabschluss von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen nach § 46 Absatz 3 EnWG

VG Oldenburg, Beschluss vom 17. Juli 2012 – Az. 1 B 3594/12

Rechtsanwältin Iris Falke und  
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht Jörn Schnutenhaus,  
Schnutenhaus & Kollegen Rechtsanwälte, Berlin

Beim Abschluss eines Strom- und Gas-Konzessionsvertrages im Wege eines energierechtlichen Bekanntmachungs- und Auswahlverfahrens gemäß § 46 Absatz 3 EnWG steht der Gemeinde bei der Festlegung der Auswahlkriterien und auch bei ihrer Auswahlentscheidung ein weiter Gestaltungs-, Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum zu. Dieser Spielraum ist gerichtlich und kommunalaufsichtsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbar.

### 1. Wesentlicher Sachverhalt

Das Verwaltungsgericht Oldenburg hatte im Rahmen eines verwaltungsgerichtlichen Eilverfahrens über die Ratsbeschlüsse von insgesamt 15 niedersächsischen Kommunen zur Konzessionsvergabe gemäß § 46 Absatz 3 EnWG zu entscheiden.

Der Landkreis hatte die Ratsbeschlüsse zum Neuabschluss eines Strom- und Gas-Konzessionsvertrages kommunalaufsichtsrechtlich beanstandet und die sofortige Vollziehung seiner Beanstandungsverfügung angeordnet. Dagegen richten

sich die Anfechtungsklagen der 15 Kommunen und Eilverfahren nach § 80 Absatz 5 VwGO.

Die Kommunen hatten zunächst im Jahre 2010 gemeinsam eine 100 % kommunale Netzgesellschaft in der Rechtsform einer GmbH gegründet.

Im Anschluss daran hatte eine Kommune im Auftrag der weiteren Kommunen im Landkreis den Ablauf der bestehenden Strom- und Gas-Konzessionsverträge gemeinsam zum 31. Dezember 2012 im elektronischen Bundesanzeiger bekannt gemacht. Die Kommunen hatten gemeinsam ein wettbewerbliches Verfahren zum Neuabschluss von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen durchgeführt. Zu Beginn des Bekanntmachungs- und Auswahlverfahrens legten alle beteiligten Kommunen netzbezogene Auswahlkriterien fest und fassten dazu jeweils entsprechende Ratsbeschlüsse.

Neben dem derzeitigen Netzbetreiber und weiteren Interessenten hatte auch die neu gegründete gemeinsame Netzgesellschaft ihr Interesse am Neuabschluss des Strom- und Gas-Konzessionsvertrages mit jeder einzelnen Kommune bekundet. Alle Interessenten erhielten Gelegenheit, ihr jeweiliges Angebot bei einer Informationsveranstaltung für die Ratsmitglieder der Kommunen vorzustellen und ein verbindliches, schriftliches Angebot zum Neuabschluss der Konzessionsverträge auf der Grundlage der Auswahlkriterien abzugeben.

Ein Gremium bestehend aus mehreren Vertretern der Kommunalverwaltungen prüfte und wertete die eingegangenen Konzessionsvertragsangebote und gab eine Beschlussempfehlung an die Stadt- und Gemeinderäte der Kommunen ab.

Die neu gegründete gemeinsame Netzgesellschaft hatte sich in dem Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren mit dem wirtschaftlich besten Angebot gegen mehrere Mitbewerber durchgesetzt.

Das Auswahlverfahren zur Suche nach einem strategischen Partner für die gemeinsame kommunale Netzgesellschaft führten die beteiligten Kommunen unabhängig von dem Verfahren nach § 46 Absatz 3 EnWG durch. Zum Zeitpunkt der Beanstandungsverfügung hatten bereits mehrere Bewerber ihr Interesse an einer Kooperation mit der zu 100 % kommunalen Netzgesellschaft bekundet.

Auf Grundlage entsprechender Ratsbeschlüsse wollten die 15 Kommunen nun jeweils den neuen Strom- und Gas-Konzessionsvertrag mit der gemeinsamen kommunalen Netzgesellschaft abschließen. Dies hatte der Landkreis als Kommunalaufsichtsbehörde Ende März 2012 jedoch beanstandet und die sofortige Vollziehung seiner Beanstandungsverfügung angeordnet. Gegen diese kommunalaufsichtsrechtliche Beanstandungsverfügung richteten sich die Anfechtungsklagen der beteiligten Kommunen. Durch Beschlüsse vom 17. bzw. 18. Juli 2012 stellte das Verwaltungsgericht deren aufschiebende Wirkung in allen 15 Eilverfahren wieder her.

## 2. Wesentliche Gründe

Das Verwaltungsgericht Oldenburg hat wegen der zum Jahresende 2012 auslaufenden Konzessionsverträge und wegen der grundsätzlichen Bedeutung bereits im Eilverfahren eine umfassende und erschöpfende Prüfung der Sach- und Rechtslage vorgenommen. Das Verwaltungsgericht hält die kommunalaufsichtsrechtlichen Beanstandungsverfügungen für rechtswidrig und legt sich bereits im Eilverfahren darauf fest, den Anfechtungsklagen der 15 Kommunen auch in der Hauptsache stattzugeben.

Im Kern ging es in den Eilverfahren um die Frage, ob die Kommunen ein wettbewerbliches Interessensbekundungs- und Auswahlverfahren durchführen müssen, bei dem keine eigenen kommunalpolitischen Gestaltungen einfließen dürfen, und ob alle Auswahlkriterien streng netzbezogen sein müssen.

Das Verwaltungsgericht hat sich der Auffassung der Kommunen angeschlossen. Die Gemeinden dürfen beim Neuabschluss von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen nach Auffassung des Verwaltungsgerichts eine verfassungsrechtlich geschützte Systementscheidung für eine Art der leitungsgebundenen örtlichen Strom- und Gasversorgung treffen.

Damit hat das Verwaltungsgericht zugleich einer anderen, in der Rechtsprechung der Zivilgerichte vertretenen wettbewerbs- und kartellrechtlich geprägten Meinung eine klare Absage erteilt. Nach Auffassung des Verwaltungsgerichts erfolgt die Konzessionsvergabe in erster Linie aus Gründen der Gewährleistung der Daseinsvorsorge. Der Gesetzgeber habe sich im Rahmen des § 46 Absatz 3 EnWG darauf beschränkt, Bekanntmachungsvorschriften einzuführen bzw. zu verschärfen, um die Transparenz des Verfahrens zu gewährleisten. Auf inhaltliche Vorgaben für die gemeindliche Verfahrensgestaltung oder ihre Auswahlentscheidung habe der Gesetzgeber verzichtet, und zwar nach Einschätzung der Kammer ganz bewusst. Mit der Einführung der Regelung in § 46 Absatz 3 Satz 5 EnWG sei beispielsweise gerade keine inhaltliche Festlegung der Auswahlkriterien im Sinne einer ausschließlichen Zulässigkeit streng netzbezogener Auswahlkriterien in das EnWG aufgenommen worden.

Eine streng wettbewerbs- und kartellrechtliche Betrachtungsweise bei der Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen durch die Gemeinden lässt zudem die verfassungsrechtlich garantierte Stellung der Kommunen beim Abschluss qualifizierter Wegenutzungsverträge nahezu vollständig außer Betracht. Das EnWG sei als ein einfaches Bundesgesetz an den verfassungsrechtlichen Vorgaben, insbesondere an denen des Artikel 28 Absatz 2 GG, zu messen.

Aus der in Artikel 28 Absatz 2 GG garantierten Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden ergibt sich die Aufgabe und Verpflichtung einer Gemeinde, eine letztlich kommunalpolitische Entscheidung darüber zu treffen, wie die Aufgabe der örtlichen Energieversorgung künftig erfüllt werden soll. Daraus folgt ebenso die Befugnis der Gemeinde, eine weitgehend kontrollfreie, grundlegende Systementscheidung treffen

zu dürfen. Im Hinblick auf die Festlegung der Auswahlkriterien und auch der Bewertung der Angebote der Konzessionsbewerber steht der Gemeinde ein weiter, gerichtlich und auch kommunalaufsichtsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu.

Ausdrücklich hebt das Verwaltungsgericht hervor, dass die Gemeinden beim Betrieb örtlicher Energienetze neben dem Ziel des § 1 EnWG für die Auswahlentscheidung auch weitere, aus dem Gemeinwohl und der Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden abgeleitete Kriterien, wie etwa die Stärkung des kommunalen Einflusses auf die örtliche Energieversorgung, die Sicherstellung der Einflussnahme auf die kommunale Infrastruktur, die Bereitschaft zum Auf- oder Ausbau dezentraler Entscheidungsstrukturen und letztlich auch eigene fiskalische Interessen der Gemeinde verfolgen darf.

Das Verwaltungsgericht hält daher die von den 15 Kommunen aufgestellten Auswahlkriterien für sachlich gerechtfertigt und zulässig. Die Befürchtung des Landkreises, die Kommunen würden keinen strategischen Beteiligungspartner für die gemeinsame kommunale Netzgesellschaft finden, weist das Gericht als „nicht realistisches Worst-Case-Szenario“ zurück.

Das Interessensbekundungs- und Auswahlverfahren der Kommunen zum Neuabschluss von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen verletzt auch nicht das kommunalrechtliche Prinzip der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit (§ 110 Absatz 2 NKomVG); dies vor dem Hintergrund, dass im jetzigen Zeitpunkt vor Neuabschluss der Strom- und Gas-Konzessionsverträge weder der strategische Partner der kommunalen Netzgesellschaft, noch das gesellschaftsrechtliche Beteiligungsmodell, noch die Modalitäten der Netzübernahme (Netzkaufpreis, Netzentflechtung etc.) feststehen können.

Der Landkreis hat nur in zwei Fällen gegen die Beschlüsse des Verwaltungsgerichts Oldenburg Beschwerde an das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht in Lüneburg eingelegt. In den übrigen 13 Parallelverfahren sind die Beschlüsse des Verwaltungsgerichts Oldenburg rechtskräftig.

Das Verwaltungsgericht Oldenburg hat durch Beschlüsse vom 18. Juli 2012 aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung der Angelegenheit einen Streitwert in Höhe von 100.000 Euro für jedes Eilverfahren festgelegt. Es ist damit über den Regelstreitwert für kommunalaufsichtsrechtliche Streitigkeiten von 15.000 Euro deutlich hinausgegangen.

### 3. Anmerkungen

1. Streitigkeiten um die Neuvergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen haben die Verwaltungsgerichte erreicht<sup>1</sup>. Erstmals in Deutschland war ein Auswahlverfahren zum Neuabschluss von Konzessionsverträgen gemäß § 46 Absatz 3 EnWG Gegenstand einer kommunalaufsichtsrechtlichen Streitigkeit. Der Landkreis und weitere Landkreise in Niedersachsen sind an dem regionalen Energieversorgungsunternehmen in erheblichem Umfang gesellschaftsrechtlich beteiligt. Dies erklärt die

geringe Bereitschaft des Landkreises, die kreisangehörigen Kommunen bei der Rekommunalisierung des Energienetzbetriebes zu unterstützen.

2. Die 15 Eilverfahren sind ein Musterbeispiel für effektiven verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz. Die Verfahrensdauer der 1. Instanz betrug beim Verwaltungsgericht Oldenburg weniger als zwei Monate. Alle 15 Verfahren wurden parallel bearbeitet und zeitgleich abgeschlossen.
3. Auch kleinere kreisangehörige Kommunen können bei Ablauf bestehender Strom- und Gas-Konzessionsverträge rechtssicher einen Weg zur Rekommunalisierung der leitungsgebundenen Energieversorgung beschreiten.

– Sie können gemeinsam in einem ersten Schritt – z. B. auf Kreisebene – eine kommunale Netzgesellschaft gründen<sup>2</sup>.

– Die Kommunen können gemeinsam das Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren gemäß § 46 Absatz 3 EnWG führen, indem sie eine Kommune mit der Durchführung und Abwicklung des Verfahrens beauftragen. Ähnliche Modelle der interkommunalen Zusammenarbeit gibt es schon seit Jahren, z. B. bei der Durchführung von EU-weiten Bündelausschreibungen zur Strom- bzw. Gaslieferung an mehrere Kommunen. Diese projektbezogene Form der interkommunalen Zusammenarbeit bietet viele Vorteile: geringerer Verwaltungsaufwand, insgesamt geringere Aufwendungen für externe Beratung, Steigerung des Wettbewerbs um örtliche Verteilnetze bei Zusammenfassung der örtlichen Netzgebiete, Synergie- und Effizienzgewinne bei Bewirtschaftung eines größeren zusammenhängenden Netzgebietes als bei mehreren kleinen örtlichen Netzgebieten.

– Die gemeinsame kommunale Netzgesellschaft darf als Bewerber am Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren gemäß § 46 Absatz 3 EnWG teilnehmen.

– Die Kommunen haben bei der Durchführung des Bekanntmachungs- und Auswahlverfahrens zum Neuabschluss von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen die allgemeinen europarechtlichen Verfahrensgrundsätze einzuhalten. Sie haben ein transparentes, nicht diskriminierendes Verfahren durchzuführen und dürfen keinen der Konzessionsbewerber unzulässig bevorzugen. Die Kommunen können dennoch eine Systementscheidung zugunsten ihrer eigenen gemeinsamen Netzgesellschaft treffen, die von der verfassungsrechtlich geschützten Selbstverwaltungsgarantie nach Artikel 28 Absatz 2 GG mit umfasst ist.

4. Nach dem Gemeinsamen Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gas-konzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15. Dezember 2010 müssen Auswahlkriterien streng

<sup>1</sup> so bereits VG Aachen, Beschluss vom 13. August 2011, Az. 1 L 286/11 und OVG Münster, Beschluss vom 10. Februar 2012, Az.: 11 B 1187/11.

<sup>2</sup> Dazu gibt es zahlreiche Initiativen im gesamten Bundesgebiet, z. B. die Regionalwerk Bodensee GmbH & Co. KG, die Stadtwerke Münsterland etc.

- netzbezogen sein. Das VG Oldenburg legt bei den Auswahlkriterien zugunsten der Kommunen einen großzügigeren Maßstab an. Die Kommunen sind auf der sicheren Seite, wenn sie überwiegend netzbezogene Auswahlkriterien festlegen. Denn netzbezogene Auswahlkriterien weisen einen unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit dem Regelungsgegenstand eines Strom- bzw. Gas-Konzessionsvertrages auf: dem Recht zur Wegenutzung für den Betrieb von Strom- bzw. Gasverteilnetzen für die allgemeine Versorgung von Letztverbrauchern (§ 46 Absatz 1 und 2 EnWG).
5. Soweit kommunalpolitisch gewünscht und/oder aus finanziellen bzw. wirtschaftlichen Gründen erforderlich, sollte die Suche der Kommunen nach einem strategischen Partner, der sich an der gemeinsamen Netzgesellschaft beteiligen soll, in einem separaten strukturierten Auswahlverfahren erfolgen. Die Neuvergabe der Konzessionsverträge und die Suche nach einem strategischen Partner für die neu gegründete gemeinsame Netzgesellschaft sollten rechtlich und zeitlich streng voneinander getrennt in zwei unterschiedlichen Verfahren durchgeführt werden.
  6. Will die gemeinsame kommunale Netzgesellschaft nach Abschluss der Konzessionsverträge die technische und gegebenenfalls kaufmännische Betriebsführung an ein Energieversorgungsunternehmen vergeben, so ist dieser Betriebsführungsvertrag bei Überschreiten der maßgebli-

chen Schwellenwerte EU-weit auszuschreiben und zu vergeben.

7. Aus kartellbehördlicher Sicht wird der Neuabschluss eines integrierten Strom- und Gas-Konzessionsvertrages kritisch gesehen. Die 15 Kommunen im Landkreis hatten das Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren zum Neuabschluss eines integrierten Strom- und Gas-Konzessionsvertrages durchgeführt. Das Verwaltungsgericht hat dies nicht beanstandet. Die Kommunen sind kartellrechtlich auf der sicheren Seite, wenn sie für den Neuabschluss eines Strom-Konzessionsvertrages und für den Neuabschluss eines Gas-Konzessionsvertrages zwei separate, zeitlich möglicherweise parallel laufende Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren gemäß § 46 Absatz 3 EnWG durchführen.
8. Die kommunalfreundliche Entscheidung des Verwaltungsgerichts Oldenburg steht in einem Spannungsverhältnis zu neueren zivilgerichtlichen Entscheidungen der 1. Instanz<sup>3</sup>. Die weitere zivil- und verwaltungsrechtliche Rechtsprechung der 2. Instanz bleibt abzuwarten<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> LG Kiel, Entscheidungen jeweils vom 3. Februar 2012, Az. 14 O Kart. 83/10 und Az. 14 O Kart. 12/11, zuletzt LG München I, Urteil vom 1. August 2012, Az. 37 O 19383/10.

<sup>4</sup> 13 Entscheidungen des VG Oldenburg vom 17. bzw. 18. Juli 2012 sind rechtskräftig. In zwei Fällen sind Beschwerden des Landkreises beim OVG Lüneburg anhängig (Az. 10 ME 87/12 und 10 ME 88/12).

## Zu den Formvorschriften von AVBGasV und Gasgrundversorgungsverordnung unter europarechtlichen Gesichtspunkten – OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.6.2012, Az. VI-2 U (Kart) 10/11

Florian Warg, Wiss. Mit. am EWeRK

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat sich in seiner Entscheidung mit den formalen Anforderungen an eine ordnungsgemäße Preiserhöhung von in Grundversorgungsverhältnissen bezogenem Erdgas beschäftigt und hat dabei einige gesetzliche Lücken geschlossen, die durch unvollkommene Umsetzung der Europäischen Richtlinien entstanden sind.

### Entscheidungssätze des Verfassers

Einem Gasversorgungsunternehmen steht ein einseitiges Preiserhöhungsrecht im Rahmen der Grundversorgung zu, sei es aus den jeweils gültigen Versorgungsverordnungen, sei es im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung.

Unabhängig von der rechtlichen Begründung der Preisanpassung müssen die Mitgliedstaaten der Europäischen Union,

deren Behörden und Gerichte, insbesondere bei Preiserhöhungen seitens der Gasversorger auf die vollumfängliche Wirksamkeit der Art. 3 Abs. 3 und Anhang A der Richtlinie 2003/55/EG<sup>1</sup> achten. Die Richtlinie sieht darin einen hohen Verbraucherschutz und eine hohe Transparenz vor.

Die beiden Erdgasrichtlinien – die eben genannte wie die aktuelle Nachfolgerichtlinie – sind nicht vollkommen in nationales Recht übertragen worden. Die übergangenen Bestimmungen sind daher durch eine richtlinienkonforme Auslegung in das nationale Recht hineinzulesen. Dies betrifft im vorliegenden

<sup>1</sup> „Erdgasbinnenmarkttrichtlinie“, aufgehoben durch die aktuelle Richtlinie 2009/73/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt.