



Herausgeber

Institut für Energie-
und Wettbewerbsrecht
in der kommunalen
Wirtschaft e.V.,
Humboldt-Universität
zu Berlin

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. em. Dr. Dr. h.c. Ulrich Battis
Prof. Dr. Hartmut Bauer
Prof. Dr.-Ing. Peter Birkner
Prof. Dr. Christoph Brömmelmeyer
Prof. Dr. Gert Brunekreeft
MinDirig Christian Dobler
Dr. Felix Engelsing
Prof. Dr. Jörg-Rafael Heim
Prof. Dr.-Ing. habil. Antonio Hurtado
Prof. Dr. Lorenz Jarass
Prof. Dr. Siegfried Klaue
Prof. Dr. Torsten Körber
Prof. Dr. Knut Werner Lange
Wiegand Laubenstein
Prof. Dr. Christoph Moench
Prof. Dr. Holger Mühlenkamp
Prof. Dr. Johann-Christian Pielow
Prof. Dr. Michael Rodi
Prof. Dr. Michael Schäfer
Prof. Dr. Thomas Schomerus
Prof. Dr. Andreas Weitbrecht
Prof. Dr. Daniela Winkler
Prof. Dr. Gregor Zöttl

3/2022

Jahrgang 22 | Seiten 73–117
ISSN 1866-8585

Aus dem Inhalt

Aufsätze

Christoph Brömmelmeyer
Nachhaltigkeit für Energieversorgungsunternehmen

Christof Schorsch
Die Crux mit den Kriterienkatalogen in Strom- und
Gaskonzessionsverfahren – ZuMa 2020 revisited

Hans-Peter Schwintowski
Die Nutzung kommunaler Dachflächen für PV-Anlagen

Richard Wichmann
Erzeugung und Vertrieb von Grünem Wasserstoff (Teil 1)

Rechtsprechung

Thomas Noack
BGH, Anwendbarkeit der Rechtsfolgenbestimmung des
§ 306 Abs. 1 BGB auf Allgemeine Versorgungsbedingungen
i. S. d. § 1 Abs. 1 AVBFernwärmeV



Die Crux mit den Kriterienkatalogen in Strom- und Gaskonzessionsverfahren – ZuMa 2020 revisited

Dr. Christof Schorsch*

I. Einleitung

Im Juni/Juli 2021 hatte das EWeRK zu einer vierteiligen Veranstaltungsreihe geladen. Der Titel lautete „Auswahlkriterien in Stromkonzessionsverfahren – Aktuelle Anforderungen und zukünftige Marktstandards“. Im Begleittext hieß es: „Die rechtlichen Anforderungen, die die Gemeinden bei der Gestaltung der Auswahlkriterien zu beachten haben, sind bekanntlich sehr komplex. Dementsprechend streitanfällig sind die Kriterienkataloge. Die hierzu in den letzten 10 Jahren ergangene Rechtsprechung ist kleinteilig und immer noch im Fluss. Die seinerzeit sehr nützlichen Musterkriterienkata-

loge der Landeskartellbehörden sind zuletzt im Jahr 2015 aktualisiert worden.

Zugleich zeigt die gesetzliche und politische Entwicklung, dass sich die Netzbetreiber in den kommenden Jahren neuen Herausforderungen zu stellen haben. Der Netzbetrieb wird sich verändern. Energiewendebedingte Anforderungen, Sek-

* Dr. Christof Schorsch ist Unternehmensberater und Prokurist der LBD-Beratungsgesellschaft mbH und hat in den vergangenen 14 Jahren an Dutzenden von Strom- und Gaskonzessionsverfahren mitgewirkt. – Der Verfasser dankt Dr. jur. Mirko Sauer für rechtliche Hinweise und Kritik.

torkopplung, Zunahme der E-Mobilität, Digitalisierung und demografische Entwicklung sind nur einige wenige Beispiele. Die Herausforderung für die Gemeinden besteht darin, diese Entwicklungen und Entwicklungspotentiale des künftigen Netzbetriebs schon jetzt in ihren Kriterienkatalogen rechtssicher abzubilden (...)

Aus der Branche sind hierfür bereits konkrete Vorschläge erarbeitet und dem fachöffentlichen Diskurs zur Verfügung gestellt worden. Der Kriterienkatalog „Zukünftige Marktstandards in Stromkonzessionsverfahren“ soll den Einstieg in den Dialog erleichtern (www.lbd.de/zuma).¹

Hiermit sind bereits die Themen des ZuMa-Katalogs genannt, die heute – ungefähr ein Jahr nach der EWeRK-Veranstaltung – noch einmal reflektiert werden sollen.

„Zukünftige Marktstandards in Konzessionsverfahren (ZuMa-Katalog)“ (2020)

Der ZuMa-Katalog entstand zwischen Sommer 2019 und Herbst 2020, veröffentlicht wurde er von der LBD-Beratungsgesellschaft im Oktober 2020. Die Fachpresse berichtete anschließend darüber.² Der Katalog umfasste in 52 Unterkriterien etwa 200 Unter-Unterkriterien.³ Von Anfang an sollte der Katalog verstanden werden als ein Diskussionsvorschlag für Konzessionskommunen und die Fachöffentlichkeit – und zwar „nicht als etwas, das hier und jetzt ‚fertig‘ vorliegt. Vielmehr soll er in der Diskussion mit der Fachöffentlichkeit weiterentwickelt sowie periodisch aktualisiert werden.“⁴ Verbunden war dies mit der Zielsetzung, auf diese Weise einen Impuls zur Weiterentwicklung der in Strom- und Gaskonzessionsverfahren eingesetzten Kriterienkataloge zu geben.

Zu diesem Zweck hatte die LBD bei der Veröffentlichung ausdrücklich auf entsprechende Copyright-Restriktionen verzichtet. Vielmehr wurden die vorgeschlagenen Kriterien allen Interessierten zur Auswahl angeboten. Den Anwendern wurde empfohlen, dass sie (wie beim Angebot in einer Cafeteria) „sich aus dem Katalog ihren jeweils eigenen Katalog zusammenstellen, einzelne der Anforderungen auswählen oder verwerfen, und dabei ihre Prioritäten auch in ihren Bewertungspunkten abbilden“.⁵

In der kritischen Draufsicht wirkt der ZuMa-Katalog aus dem Jahr 2020 auch heute noch wie ein „Stachel im Fleische“ der aktuellen Konzessionspraxis. Weil die ihm zugrunde liegenden Probleme in Konzessionsverfahren nach wie vor Bestand haben – und weil viele (aber nicht alle) seiner Impulse nach wie vor richtig sind. Sowohl Kommunen als auch Netzbetreiber sollten sich in ihrem eigenen Interesse mit den Kriterien beschäftigen (dazu später mehr).

Zur terminologischen Klarstellung: Unter „Netzbetreiber“ werden hier auch „Konzessionsnehmer“ verstanden, die nicht Netzbetreiber sind (Pachtmodell), und unter „Kriterien“ werden die Auswahlkriterien verstanden, und zwar sowohl (Ober-)Kriterien als auch Unter- und Unter-Unterkriterien.

II. Aktuelle Probleme in Kriterienkatalogen für Strom- und Gaskonzessionsverfahren

Der von der Kommune ins Strom- oder Gaskonzessionsverfahren eingeführte Kriterienkatalog umfasst diejenigen Auswahlkriterien, vermittels derer die Kommune den „besten Bieter“ ermittelt. Der „beste Bieter“ aus Sicht des BGH ist derjenige Bieter, „der nach seiner personellen und sachlichen Ausstattung, seiner fachlichen Kompetenz und seinem Betriebskonzept am besten geeignet ist, beim Netzbetrieb eine sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit (...) zu gewährleisten“.⁶ Hierfür erstellt die Kommune den Kriterienkatalog, in dem sie ihre diesbezüglichen Anforderungen konkretisiert. Der „beste Bieter“ aus Sicht der Kommune ist derjenige Bewerber, der am ehesten erwarten lässt, die Anforderungen bestmöglich zu erfüllen. Dies setzt den Rahmen und damit auch die Grenzen zulässiger Auswahlkriterien.

In heutigen Kriterienkatalogen finden sich zwischen geschätzt 20 und 200 Kriterien (bei Zählung dessen, was bepunktet wird). Zwischen den Katalogen unterschiedlicher Kanzleien, welche die Konzessionskommunen beraten, gibt es große Überschneidungen: nach Schätzungen des Verfassers finden sich deutlich über 80 % der Themen in allen Katalogen. Das definiert quasi den aktuellen Konsens der Branche. Echte Neuerungen sind eher selten, aber es gibt sie – etwa zur geforderten Ungefährlichkeit des Netzbetriebs⁷ oder auch vereinzelt schon zu Netzentwicklungskonzepten in Verbindung mit Versorgungssicherheit.

Ansonsten findet in den Kriterienkatalogen relativ wenig Veränderung statt – Revolution: nein, Evolution: gelegentlich. Dies ist der Grund, weshalb sich in der Regel auch ohne Kenntnis der von der Kommune beauftragten Kanzlei anhand des ins Verfahren eingeführten Kriterienkatalogs feststellen lässt, wer in dem konkreten Verfahren jeweils mandatiert worden ist.

Sinn und Unsinn heutiger Kriterienkataloge

Dass die Verfahren (zu) langwierig sind, dass sie streitbehaftet sind und der Ausgang oft ungewiss ist, wird allgemein beklagt.⁸ Grundsätzlich besteht eine hohe Unsicherheit in Bezug auf den Verfahrensgang, insbesondere in bestimmten

1 https://ewerk.rewi.hu-berlin.de/doc/ewerk-online-dialog-auswahl-kriterien/-neu_flyer-2-seitig_online-dialog.pdf.

2 Jürgen Walk, Auch in 15 Jahren muss der Vertrag noch passen, ZfK 12/2020, S. 8; Peter Focht, „Die Digitalisierung wird nicht nur Workflows verändern“, Energie & Management 1.2.2021, S. 16; Was sich ändern muss? Alles? KOPO kommunalpolitische Blätter 09/2021, S. 26 f.

3 Zukünftige Marktstandards in Strom- und Gaskonzessionsverfahren (ZuMa-Katalog), www.lbd.de/zuma.

4 ZuMa-Katalog, Seite 6.

5 ZuMa-Katalog, ebd.

6 BGH, Urteil vom 17.12.2013, KZR 66/12, „Stromnetz Berkenthin“, Rn. 38.

7 So bspw. zur Ungefährlichkeit des Betriebs der Verteilungsanlagen OLG Stuttgart, Urteil vom 6.6.2019, 2 U 218/18, Rn. 122.

8 Was sich ändern muss? Alles! KOPO kommunalpolitische Blätter 09/2021, S. 26 f.

Regionen, wo praktisch jedes Verfahren am Ende vor dem zuständigen OLG endet.

Aufgrund dessen ist der Aufwand für alle Beteiligten enorm gestiegen: Man will alles richtig machen, um den „besten Bieter“ zu identifizieren bzw. sich im Konzeptwettbewerb deutlich zu differenzieren. Aus vielleicht einmal 20 Kriterien wurden 200, aus 20 Seiten Verfahrensbrief wurden fast 200, aus 300-seitigen Konzessionsangeboten wurden mittlerweile 500- oder über 1.000-seitige (!) Dokumente. Getrieben wurde diese Hyperkomplexität durch alle Akteure: von den Gerichten ebenso, wie den Netzbetreibern und den Kommunen und ihren jeweiligen Beratern. Aber diese „Wucherungen“ liegen durchaus im Wesen des Konzeptwettbewerbs, denn dieser erzwingt geradezu die Suche nach immer neuen Differenzierungsmöglichkeiten im Bietervergleich, welche auf die Kriterien einzahlen und bei der Bewertung (möglicherweise) mehr Punkte bringen.

Aber bedeutet diese Hyperkomplexität nun, dass damit die Verfahren wenigstens den kommunalen Anforderungen im Rahmen der Konkretisierung der § 1-EnWG-Ziele besser gerecht werden? Das darf angesichts der Erfahrungen in der Praxis getrost bezweifelt werden:

Ziele der Kommune in Verbindung mit dem Konzessionsverfahren sind in der Regel die Durchführung eines rechtssicheren Verfahrens, in dessen Ergebnis sie den aufgrund ihrer Bewertung „besten Bieter“ finden kann, sowie ein damit verbundener Verfahrensaufwand, der sich in einem für sie vertretbaren Rahmen hält. Diese Ziele zu erreichen, ist nicht trivial. Der Gesetzgeber hat es auch bei der EnWG-Novelle 2016 bewusst unterlassen, über die Bindung an die Zwecke des § 1 Abs. 1 EnWG hinaus wesentliche Parameter für den Konzessionswettbewerb festzulegen.⁹ Darüber hinaus ist die Spruchpraxis der verschiedenen Land- und Oberlandesgerichte nicht konsistent. Interessengeleitete Formulierungen der Auswahlkriterien und ihrer Gewichtung sowie eine entsprechende Angebotsbewertung tun ein Übriges. Viele Kommunen wollen entweder den Bestandskonzessionär bezuschlagen – oder es ist ihnen egal. Hauptsache, der „beste Bieter“ gewinnt. Besonderen Ehrgeiz entwickeln Kommunen allerdings vor allem dann, wenn eine eigene Beteiligung vorhanden oder in Gründung ist, die selbst am Konzessionswettbewerb teilnimmt. Hier sehen wir dann in der Praxis, wie der Kriterienkatalog für ein gewünschtes Ergebnis offensichtlich instrumentalisiert wird.

Aufgrund des den Kommunen vom Gesetzgeber eingeräumten breiten Ermessensspielraumes lassen sich die Kriterien so aufstellen, dass damit auch die Bieterauswahl gezielt beeinflusst wird. Zweifelsohne haben Kommunen auch dann, wenn sie den Konzessionsvertrag mit einem Eigenbetrieb oder einer Eigengesellschaft schließen wollen, das Diskriminierungsverbot des § 46 Abs. 1 EnWG zu beachten und können sich in diesem Zusammenhang weder auf ein „Konzernprivileg“, noch auf die Grundsätze des im Vergaberecht anerkannten Inhouse-Geschäfts berufen. Vielmehr haben sie die Auswahlentscheidung zwischen einem Eigenbetrieb oder

einer Eigengesellschaft und anderen Bewerbern diskriminierungsfrei zu treffen.¹⁰ Soweit jedenfalls die Theorie.

In einem konkreten Fall wurde im Kriterienkatalog bei einem Kabelfehler in der Niederspannung das Eintreffen an der örtlichen Störungsstelle binnen fünf Minuten gefordert. Der Blick auf Google Maps hat es dann verraten: Die geforderte Zeitspanne war nur zu schaffen vom Betriebshof der eigenen Stadtwerke aus – eine diskriminierende Anforderung aufgrund interessengeleiteter Vorfestlegung auf den eigenen Bieter, was zwar ein besonders krasses Beispiel darstellt, aber beileibe kein Einzelfall ist.

Ein anderes Beispiel stellen die im Kriterienkatalog festgelegten Abnahmefälle für die Netznutzungsentgeltprognose dar: Wir kennen Verfahren, in denen die Abnahmefälle offenkundig so gewählt worden sind, dass im Bieterwettbewerb ein von den Kommunen favorisierter Bieter zum Zuge kommen sollte. Die Preisblätter der Netzbetreiber sind im Internet veröffentlicht. Durch einfachen rechnerischen Vergleich lässt sich ermitteln, bei welchen (konstruierten) Abnahmefällen welcher Bieter einen Wettbewerbsvorteil hat. Das Landgericht hatte im einstweiligen Verfügungsverfahren dem klagenden Bieter Recht gegeben. Aufgrund der Berufung der Kommune liegt das Verfahren jetzt beim zuständigen OLG.

Besonders schwierig ist die Bewertung der unterschiedlichen Bieterpositionen da, wo zwar ein Konzeptwettbewerb verfolgt wird, die Kriterien jedoch nicht zur Auswahl des „besten Bieters“ taugen.

Nehmen wir einmal das übliche Unterkriterium der sachlichen Ausstattung des Netzbetriebs. Ziel der Kommune – so könnte die diesbezügliche Formulierung lauten – ist eine die Versorgungssicherheit optimal unterstützende sachliche Ausstattung im Netzbetrieb. Abgesehen von der potenziellen Streitfrage der „optimalen“ Unterstützung – was ist bei der sachlichen Ausstattung nun besser, der Nachläufer oder der Hubsteiger? Der eine Bieter hat vielleicht das eine, der andere das andere. Beide Geräte erfüllen unterschiedliche Funktionen und sind nicht vergleichbar. Im Verfahren mag dies dazu führen, beides durchzuwinken, da beide Netzbetreiber im Bietervergleich offenkundig über eine „schon irgendwie angemessene“ sachliche Ausstattung verfügen. Damit werden aber Differenzierungsmöglichkeiten und ihre angemessene Bewertung im Bietervergleich verschenkt. Das Beispiel ist aus Vereinfachungsgründen gewählt; in der Praxis ist die Situation komplizierter, da alle Bieter eine ganze Reihe von Betriebsmitteln angeben werden.

Ein weiteres Beispiel: Unter dem Gesichtspunkt der Kosteneffizienz – in § 46 Abs. 4 EnWG vom Gesetzgeber neben der Versorgungssicherheit besonders hervorgehoben – wird im Kriterienkatalog gefordert, Angaben zur Arbeitsorganisation zu machen. Die Darstellung solle alle Maßnahmen zur Orga-

9 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung, 21.4.2016, BT-Drs. 18/8184, S. 13.

10 BGH, Urteil vom 17.12.2013, KZR 65/12, „Stromnetz Heiligenhafen“, Rn. 31.

nisationsstruktur umfassen, wodurch ein kosteneffizienter Netzbetrieb ermöglicht werde.

In dem Beispielverfahren konnte eine kommunale Präferenz zugunsten des eigenen Stadtwerks im Wettbewerb zu einem regional tätigen großen Flächennetzbetreiber angenommen werden. Große Netzbetreiber haben eine deutlich andere Organisation als kleinere, gelten landläufig als „schwerfälliger“, „unbeweglicher“, „mehr mit sich selbst beschäftigt“, oder wie derlei Vorurteile auch lauten mögen.

Bereits 2011 haben wir anhand der von der Bundesnetzagentur seinerzeit veröffentlichten Effizienzwerte analysiert, welche Netzbetreiber – große oder kleine – einen Effizienzwert von 100% erhielten. Wesentliche Erkenntnis war: „Ein eindeutiger statistischer Zusammenhang zwischen Strukturmerkmalen – wie Größe – und Effizienz lässt sich nicht nachweisen, weil die Streuung der Effizienzwerte sowohl bei kleinen als auch bei großen Netzbetreibern insgesamt viel zu breit ist. Zum „100 %-Club“ gehören zweierlei Gruppen von Unternehmen: große regionale Netzbetreiber sowie Stadtwerke unterschiedlicher Größe. Bei den regionalen Netzbetreibern dürfte die höhere Effizienz sowohl aus Durchmischungseffekten von Ballungsräumen und ländlichen Regionen resultieren als auch aus Skaleneffekten sowie einer Spezialisierung und Arbeitsteilung mit standardisierten Prozessen. Diese Vorteile haben kleinere Netzbetreiber nicht. Bei ihnen resultiert die Effizienz aus einer günstigen Relation Overhead-Kosten/Gesamtkosten und einer geringen Anzahl von Schnittstellen im Unternehmen. Anders als behauptet sind kleine Stadtwerke gerade dann sehr effizient, wenn z. B. alle Mitarbeitenden einschließlich Geschäftsführung mehrere Funktionen haben und man sich auf das konzentriert, was man wirklich kann, und dies konsequent umsetzt – so dass am Ende die Qualität des Managements stärker auf die Effizienz wirkt als die absolute Größe in Form von Netzkilometern und Anzahl der Netzkunden“.¹¹

Also, was hat die eigene Aufbauorganisation mit der Effizienz zu tun, was hat die eigene Wertschöpfungstiefe damit zu tun? Es gibt bekanntlich nicht die eine, beste Organisationsform – im Konzeptwettbewerb wird dies bei solchen und ähnlichen Anforderungen aber gerade unterstellt. Die Anforderung zielt aber noch weiter auf das Verhältnis von Outsourcing vs. Insourcing: Ist nun ein schlankes Management mit einem umfangreichen Outsourcing der Betriebsprozesse an externe Spezialisten für die betriebliche Effizienz besser als die tief gestaffelte Eigenleistung mit eigenem Personal? Was haben die Kommune oder ihre Berater sich bei diesem Kriterium gedacht? Auf das Auswertungsgutachten dürfte man gespannt sein. Jedenfalls handelt es sich um ein für den Bieterwettbewerb ungeeignetes Kriterium. Maßgeblich dürften vielmehr die plausible Darstellung von Maßnahmen zur Effizienzverbesserung im Netzbetrieb und ihre vertragliche Zusage fürs Konzessionsgebiet sein. Hieran lässt sich eher ermesen, wie ernst es dem Bieter mit der Verbesserung seiner Kosteneffizienz ist.

Ausdruck des kommunalen Ermessensspielraums

Fassen wir zusammen: Der vom Gesetzgeber und den Gerichten den Kommunen zugebilligte weite Ermessensspielraum hinsichtlich der Ausgestaltung der Kriterien, ihrer Gewichtung und der anschließenden Bewertung der Angebote¹² kann (und wird) faktisch auch für die Bevorzugung eines favorisierten Bieters genutzt werden. Denn am Ende gilt auch hier, aller Diskriminierungsfreiheit¹³ zum Trotz: derjenige, den die Kommune als Partner haben will, den bekommt sie auch. Jedenfalls dann, wenn ihrer Seite keine gravierenden Verfahrensfehler unterlaufen.¹⁴

Wenig hilfreich ist dabei eine Spruchpraxis wie die folgende: „Die Art und Weise, wie und welche der verschiedenen von der Kommune aufgeführten Aspekte vom jeweiligen Bieter konkret verwirklicht werden, kann erst bei Vorliegen der Angebote beurteilt werden und steht einer starren Bewertungsvorgabe hinsichtlich der in Betracht kommenden Einzelaspekte des Kriteriums entgegen. Insoweit fordert das Transparenzgebot bei zulässiger Offenheit der Ausschreibung für eigene Gestaltungen des Bieters nicht, dass er bei Abgabe seines Gebots weiß, welche Leistungen er bieten muss, um das am höchsten zu bewertende Gebot zu machen oder einen bestimmten Grad in der relativen Bewertungsskala zu erreichen.“¹⁵ Woanders nennt man dies Blindflug... in Konsequenz zwingt dies den Bieter, möglichst viel in die Waagschale zu legen und sich mit seinem Angebot „auf Teufel komm raus“ vom Wettbewerbsangebot zu unterscheiden – das er de facto aber nicht kennt, da es sich beim Konzessionsverfahren um einen Geheimwettbewerb handelt.

Und noch eine Faustregel gilt: Wenn eine Kommune ein eigenes Stadtwerk hat, dann wird aller Wahrscheinlichkeit nach das eigene Stadtwerk den Zuschlag erhalten. Die Anzahl der Verfahren, in denen dies nicht der Fall war, ist vernachlässigbar gering. Eine Ausnahme wäre es dann, wenn das Konzessionsangebot eines Dritten im Vergleich zum Angebot des eigenen Stadtwerks objektiv so viel besser wäre, sodass sich auch unter Nutzung des kommunalen Ermessensspielraums die Angebotslücke nicht zugunsten des eigenen Stadtwerks schließen ließe. Auch dieser Fall würde sicherlich beim zuständigen OLG landen.

Fehlende Zukunftsorientierung der Kriterienkataloge

Ein drittes – und künftig wesentlich dringlicheres – Problemfeld stellt die geringe Zukunftsorientierung der meisten heutigen Kriterienkataloge dar (Ausnahmen bestätigen die Regel!). Es überwiegen Anforderungen, die in der Vergangen-

11 Ralph Klebsch und Dr. Christof Schorsch: Größe ist nicht alles – aber zu achten, ZfK 05/2011, S. 10 f.

12 Siehe Gesetzesentwurf der Bundesregierung, ebd., sowie folgerichtig OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.8.2019, 6 U 109/18 Kart, Rn. 216; LG Kiel, Urteil vom 21.6.2019, 14 HKO 56/18 Kart, Rn. 58 u.a.

13 BGH, Urteil vom 17.12.2013, KZR 65/12, „Stromnetz Heiligenhafen“, Rn. 31 ff.

14 Ein schlagendes Beispiel aus einem dem eigentlichen Konzessionsverfahren vorgelagerten Kooperationsverfahren, das mit diesem im Zusammenhang gesehen werden muss, zeigt der Beschluss des OLG Karlsruhe vom 30.10.2018, 15 Verg 6/18, Rn. 51 ff.

15 OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.1.2021, 6 U 95/20 Kart, Nr. 3.

heit ihren Sinn gehabt haben mögen, mittlerweile jedoch überholt sind. Hierzu einige Beispiele:

1. Kundencenter in örtlicher Nähe

Die Forderung, selbst in kleineren Konzessionskommunen ein örtliches Netzkundencenter zu errichten, schafft Ineffizienzen und ist nicht mehr zeitgemäß. Die von Netzkunden gewünschten Auskünfte und Beratungsleistungen können telefonisch erfolgen, per Mail oder im Kundenportal, oder sie stehen auf der Webseite des Netzbetreibers, können dort heruntergeladen werden oder erfolgen persönlich bei einem zu vereinbarenden Vor-Ort-Termin beim Netzkunden zu Hause. Für diese Serviceleistungen für Netzkunden muss keine Infrastruktur mit Personal und fixen Kostenblöcken, wie Raummieten, Sach- und Betriebsausstattung etc., vorgehalten werden. Mehr noch: Da Konzessionsverträge in der Regel immer noch über 20 Jahre abgeschlossen werden und dies folglich auch der Vertragszeitraum ist, für den die Leistungszusagen gelten, steht diese Leistungszusage dem Fortschritt durch Digitalisierung gerade entgegen und kann darüber hinaus als vertragliche Festlegung in der Regel auch nur mit Zustimmung der Kommune geändert werden.

Hingegen erhält beim Kriterium „Netzkundencenter in örtlicher Nähe“ derjenige Bieter die meisten Punkte, der möglichst jeder Gemeinde ein eigenes Netzkundencenter mit möglichst langen Öffnungszeiten verspricht. Wird dies dann noch mit der kommunalen Anforderung verknüpft, wonach dieses Kundencenter in minimalster Entfernung vom Rathaus oder mit der im Bietervergleich längsten Öffnungszeit zugesagt wird, dann wäre die Konsequenz dessen eine Errichtung im Rathaus selbst mit einer Öffnungszeit 24/7 – und das ist schlicht Unfug und nicht nur aus Kosteneffizienzgründen nicht zu leisten.

Außerdem sind wir es auch in anderen Lebensbereichen zunehmend gewohnt, online zu bestellen: Zeitgemäßer ist es daher, wenn der Netzkunde bspw. seinen Hausanschlussantrag komplett im Internet stellen und den Prozess online abwickeln kann. Der Vorteil der Digitalisierung aus Kundensicht liegt in Schnelligkeit, Bequemlichkeit und zeitlicher Flexibilität. Das Online-Kundenportal ist 24/7 geöffnet, im Gegensatz zum physischen Kundencenter. Was in den Kriterienkatalogen also vielmehr gefordert werden sollte, das sind vielfältige digitale Kontaktkanäle – verbunden mit dem Serviceangebot einer Terminvereinbarung beim Kunden vor Ort ist das perfekt. Für das Kriterium Verbraucherfreundlichkeit braucht es das physische Kundencenter nicht mehr.

2. Interventionszeiten

Im Gas ist die DVGW-Vorgabe zur Erstsicherung binnen 30 Minuten für den Bereitschaftsdienst bindend.¹⁶ Im Strom gibt es keine vergleichbare Vorgabe vom VDE FNN. Wir sehen aber in Gaskonzessionsverfahren zunehmend eine Verkürzung des vorgegebenen Zeitraums bis zum Erreichen der Störungsstelle. Auch im Strom ist dieser Trend zu beobachten. Der Bieter mit der kürzesten Interventionszeit im Bietervergleich erhält die meisten Punkte.

Wie eine Auswertung der LBD aus den Jahren 2015-2018 gezeigt hat, führt dies zu einem Unterbietungswettbewerb, der irgendwann nicht mehr plausibel begründet werden kann. Die Auswertung sowohl der Interventionszeiten als auch der Prozessdauern für den Standard-Netzanschluss zeigte jeweils eine deutliche Verkürzung der zugesagten Zeiten: beim Interventionszeitraum um mehr als die Hälfte, und beim Netzanschluss um bis zu 60%. Auch wenn die Ergebnisse nicht repräsentativ sind, so bestätigen sie doch den Trend. Dieser zeigt sich auch dort, wo im Kriterienkatalog Zielwerte vorgegeben werden. Der Unterbietungswettbewerb geht aber auch deshalb in die falsche Richtung, weil er keine nachhaltige Strategie zur Effizienzverbesserung darstellt.

Stattdessen sollte im Kriterienkatalog eine zunehmende Ausstattung mit regelbaren Ortsnetztransformatoren, mit fernsteuerbaren Gasdruckregelanlagen etc. gefordert werden. Je mehr hierbei die Digitalisierung zum Tragen kommt, desto geringer wird die Bedeutung der Interventionszeiten für die Erstsicherung vor Ort. Hierbei zahlt die zunehmende Digitalisierung sowohl auf die Kriterien Versorgungssicherheit (schnellere Störungsbeseitigung) als auch auf Effizienz (Kosten) und Umweltverträglichkeit (Verringerung von Fahrwegen) ein.

3. Höhe der Netznutzungsentgelte

Preisgünstigkeit ist seit dem BGH-Urteil zum Stromnetz Berkenthin ein gängiges – gleichwohl in der Fixierung auf prognostizierte Netznutzungsentgelte durchaus umstrittenes – Kriterium.¹⁷ In den Kriterienkatalogen ist es in der Regel so, dass der Bieter mit den plausibel prognostizierten niedrigsten Netznutzungsentgelten die höchste Bewertung erhält. Das Problem ist hierbei vor allem, dass sich ein relevanter Teil der Kostenpositionen der Beeinflussbarkeit durch den Bieter entzieht.

Auch sind die strukturellen Unterschiede zwischen Stadt (verdichtetes urbanes Netz mit kurzen Leitungslängen und hoher Absatzmenge sowie geringer volatiler EE-Einspeisung) und Land (Flächennetz mit ausgedehnten Leitungslängen und geringer Absatzmenge sowie hoher volatiler EE-Einspeisung) nun einmal so, wie sie sind. Zwar haben die Gerichte die damit verbundene systematische Benachteiligung von Flächennetzbetreibern akzeptiert.¹⁸ Das Kriterium als solches wird aber den kostentreibenden Entwicklungen im kommenden Konzessionszeitraum nicht gerecht. Investitionen in den Ausbau der Energiewendefähigkeit des örtlichen Verteilnetzes sorgen über die Summe aller örtlichen Verteilnetze für eine perspektivisch steigende Erlösobergrenze, sofern nicht

¹⁶ DVGW-Arbeitsblatt GW 1200 i. V. m. DVGW-Rundschreiben G 05/01.

¹⁷ BGH, Urteil vom 17.12.2013, KZR 66/12 „Stromnetz Berkenthin“, Rn. 87; siehe die Ausführungen über „Das untaugliche Auswahlkriterium“ in Dr. Sabine Beckhausen/Dr. Heiko Hofmann: Die Quadratur der Glaskugel: Zum Auswahlkriterium „Netzentgelte“ bei Auswahlverfahren im Energiebereich, RdE Recht der Energiewirtschaft 1/2015, S. 13 ff.

¹⁸ Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 19.9.2017, 16 U 68/17 Kart, Rn. 27; OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.8.2019, 6 U 109/18 Kart, Rn. 182; LG Dortmund, Urteil vom 8.10.2019, 13 O 10/19 EnW, Rn. 53 ff.

kostenbegrenzende Maßnahmen greifen (bspw. Digitalisierung statt „Kupferplatte“).

Wichtiger als die prognostische Momentaufnahme wäre deshalb die Anforderung, im 20-jährigen Konzessionszeitraum Maßnahmen zur Kosteneffizienz (also deren Sicherung oder Steigerung) systematisch umzusetzen und dies der Konzessionskommune verbindlich zuzusagen.

4. Geringstmögliche Versorgungsunterbrechungen

Über das Ziel geringstmöglicher Versorgungsunterbrechungen als solches dürfte bei Kommunen, Netzkunden und Netzbetreibern Einigkeit bestehen. Absurd ist jedoch die in manchen Kriterienkatalogen geforderte verbindliche Zusage maximaler SAIDI-Werte im Konzessionszeitraum. Im Bietervergleich erhält dann der Bieter mit dem niedrigsten Wert die meisten Bewertungspunkte.

Der SAIDI-Wert (System Average Interruption Duration Index) misst die Summe aller Versorgungsunterbrechungen pro angeschlossenen Verbraucher und wird in Minuten pro Jahr angegeben, in der Regel als Summe aus Niederspannung und Mittelspannung. Gemessen wird nur, was länger als drei Minuten dauert und nicht Folge höherer Gewalt ist: Als höhere Gewalt gelten bspw. Sturm ab Windstärke 10 Bft., Hochwasser ab HQ50, Erdbeben, behördlich angeordnete Abschaltungen mit Ursachen außerhalb des Zuständigkeitsbereichs des Netzbetreibers, Terroranschläge, Krieg. In Deutschland betrug der SAIDI-Wert im Strom ($\text{SAIDI}_{\text{EnWG}} + \text{ASIDI}_{\text{EnWG}}$) im Jahr 2021 10,73 Minuten (zum Vergleich: im Gas 1,09 Minuten).

Nun kennt die Bundesnetzagentur für Stromverteilnetze vier verschiedene Störungsanlässe: Atmosphärische Einwirkungen, Einwirkung Dritter, Störungen in der Zuständigkeit des Netzbetreibers, Rückwirkungsstörungen.¹⁹ Unterbrechungen aufgrund dieser vier Störungsanlässe gehen in die Berechnung des SAIDI-Werts ein.

Bei Störungen in der Zuständigkeit des Netzbetreibers handelt es sich bspw. um altersbedingten Ausfall oder um die Überlastung von Betriebsmitteln. Hiergegen hat der Netzbetreiber Vorsorge zu treffen. Auch bei atmosphärischen Einwirkungen kann der Netzbetreiber Störungen durch Erdverkabelung reduzieren.

Einwirkungen Dritter (wie der notorische „Baggerbiss“) sowie Rückwirkungsstörungen in vor- oder nachgelagerten Netzen entziehen sich zwar seiner Einflussnahme, gehen aber in die Angabe des im Konzessionsverfahren verbindlich zugesagten SAIDI-Wertes mit ein. Damit soll der Netzbetreiber Verantwortung übernehmen für Einflussgrößen, die seiner Verantwortung entzogen sind.

Zukunftsdienlicher wäre stattdessen die Forderung nach Ausbau fernschaltbarer Ortsnetzstationen und fernsteuerbarer Gasdruckregelanlagen, nach der Pflicht zur Prüfung von Ringschlüssen im Konzessionsgebiet usw. Gerade die zunehmende Einspeisung erneuerbarer Energien ins örtliche Verteilnetz sowie neue Lastspitzen aus Elektromobilen und Wärmepumpen erfordern entsprechende Energiewendeinvestitio-

nen. Wenn der Konzessionswettbewerb den „besten Bieter“ ermitteln soll, dann muss dies folgerichtig derjenige Bieter sein, der sich heute schon Gedanken über zukünftige Anforderungen macht und dem in seiner Investitionsstrategie Rechnung trägt. Entsprechende Netzentwicklungskonzepte fürs Konzessionsgebiet werden von einigen Kanzleien daher heute schon als Bestandteil der Netzbetriebskonzepte gefordert – und dies zu Recht.

III. Anforderungen an eine Reform kommunaler Kriterienkataloge in Strom- und Gaskonzessionsverfahren

Ausgangspunkt für die Entwicklung des ZuMa-Katalogs war 2019 die Frage: Wenn eine Kommune die Kriterien für ein anstehendes Konzessionsverfahren verabschiedet, was sollte sie dann wollen?

Die formale Anforderung in § 46 Abs. 4 Satz 2 EnWG korrespondiert mit dem in Art. 28 GG geschützten Recht, „alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln“. Die Kommune kann also ihre Kriterien so wählen, dass sie nicht nur den Zweckbestimmungen des § 1 Abs. 1 EnWG Rechnung trägt, sondern auch weitere Anforderungen aus „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ aufstellt, sofern diese nicht im Widerspruch zu den in § 1 Abs. 1 EnWG genannten Zielsetzungen stehen.²⁰ Diese Angelegenheiten betreffen in der Regel die Ausgestaltung des Konzessionsvertrags mit den jeweiligen Rechten und Pflichten der Vertragspartner, auf den konkreten Netzbetrieb in der Konzessionskommune bezogen.²¹ Auch hier wiederum gilt also die Verpflichtung auf die Zweckbestimmungen des § 1 Abs. 1 EnWG – aber *auf welche Weise* die Kommune ihre Anforderungen in den Kriterien konkretisiert, das ist Bestandteil ihres Ermessensspielraums.

Hiervon ausgehend, haben wir 2020 unsere Erkenntnisse aus zahlreichen Kriterienkatalogen in Konzessionsverfahren, bei denen wir Netzbetreiber als Bieter unterstützt hatten, wie folgt zusammengefasst: „Bisherige Kriterienkataloge sind in Teilen nicht mehr zeitgemäß, da im kommenden Konzessionszeitraum aus kommunaler Sicht andere Fähigkeiten des Netzbetreibers wichtig werden als in der Vergangenheit eingefordert worden waren.“²² Damit kamen wir zu der Frage, welches denn diese „anderen Fähigkeiten“ des Netzbetreibers sein werden. Wir haben infolge dessen diejenigen Megatrends analysiert, die den Netzbetrieb in der kommenden Konzessionsperiode wesentlich prägen werden.

Die Definition von Megatrends geht auf John Naisbitts gleichnamiges Buch aus dem Jahr 1982 zurück. Naisbitt verstand darunter langandauernde und verschiedene gesell-

19 Bundesnetzagentur, Hinweise zur Zuordnung von Versorgungsunterbrechungen zum Störungsanlass höhere Gewalt, Januar 2020, S. 6 f.

20 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung, 21.4.2016, BT-Drs. 18/8184, S. 14 f.

21 BGH, Urteil vom 17.12.2013, KZR 66/12, „Stromnetz Berkenthin“, Rn. 50 ff.

22 ZuMa-Katalog, S. 4.

schaftliche und wirtschaftliche Bereiche beeinflussende Entwicklungen.²³

Für den Strom- und Gasnetzbetrieb sehen wir fünf Megatrends:

- Klimaschutz und Energiewende
- Digitalisierung
- Risikoabwehr
- Demografischer Wandel und Fachkräftemangel
- Kapitalmarktentwicklung.

Unter „Zukunftsorientierung“ von Kriterienkatalogen verstehen wir ebendies: die Berücksichtigung der Megatrends und der mit ihnen verbundenen neuen Anforderungen. Folglich finden sich die Megatrends – mit Ausnahme der Kapitalmarktentwicklung – allesamt schon im ZuMa-Katalog 2020 wieder.

Die entscheidende Frage war und ist: Wie werden diese Megatrends den Netzbetrieb prägen, und auf welche Weise sollten die Kriterienkataloge darauf reagieren?

Klimaschutz und Energiewende

Klimaschutzpolitik wird dazu führen, dass in den Kommunen CO₂-Restbudgets aufgestellt und Maßnahmen zur örtlichen Klimaneutralität entwickelt werden. Die erneuerbaren Energien sind wesentlich für das Gelingen der Energiewende. Das Stromverteilnetz ist das Rückgrat der Energiewende vor Ort, und die Umsetzung der Energiewende in den Kommunen wird wesentlich den Stromnetzbetrieb prägen. Da Erdgas eine fossile Energie ist, wird sich auch die Bedeutung des örtlichen Gasverteilnetzes ändern müssen. Aufgrund der für 2045 gewollten Klimaneutralität in Deutschland geht es infolgedessen um Dekarbonisierung des Gasnetzes mit Hilfe von Bio- und Synthesegasen sowie um seine Wasserstofftauglichkeit.

Die Entwicklung bis zur Klimaneutralität umfasst aus heutiger Sicht den gesamten nächsten Konzessionszeitraum. Folglich wird die Kommune ein vitales Interesse daran haben, dass der Netzbetreiber das Stromverteilnetz für die zunehmende Einspeisung von PV-Anlagen sowie für die zunehmende Anzahl an Elektromobilen und Wärmepumpen fit macht; und dass er für das Gasverteilnetz eine Strategie zur Dekarbonisierung, bspw. mit Hilfe von Wasserstoffeinspeisung, verfolgt. Die Kommune wird daher wissen wollen, wie der Netzbetreiber auch in Zukunft die Netzentwicklung für die Versorgung der Allgemeinheit mit Strom und Gas, die – wie es in § 1 Abs. 1 EnWG heißt – „zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht“ – sicherstellt.

Damit sind weitere Fragen verbunden, wie zum Beispiel: Wie stellt der Netzbetreiber die bestmögliche Versorgungssicherheit sicher, ohne alles in Kupfer auszubauen? Wie nimmt er lokale Klimaschutzkonzepte als Ausgangspunkt seiner Szenarien, und wie entwickelt er daraus Maßnahmen zur Optimierung, zur Verstärkung und zum Ausbau des Verteilnetzes vor Ort?

Dies sollte die Kommune auch nicht dem „freien Spiel der Ideen“ im Konzeptwettbewerb überlassen, sondern sie sollte

hierzu konkrete Vorgaben machen, welches ihre Anforderungen an den künftigen Konzessionär sind. Entsprechende Anforderungen sollten in den Kriterienkatalogen formuliert werden – nicht zuletzt, um das örtliche Verteilnetz für die Energiewende vor Ort weiterzuentwickeln. Klimaschutz ist Basis für die Netzentwicklungsszenarien und die Energieinvestitionen im Kriterium „Versorgungssicherheit“ sowie für eine entsprechende Netzbetriebspraxis im Kriterium „Umweltverträglichkeit“ oder in einem künftig neuen Kriterium „Treibhausgasneutralität“.²⁴ Die beauftragte Kanzlei sollte in der Regel wissen, welche Optionen die Kommune bei der Ausgestaltung der Kriterien hat.

Konzessionsverfahren, die heute beginnen und zu Vertragschlüssen, sagen wir im Jahr 2024, führen, enden nach der üblichen 20-jährigen Laufzeit im Jahr 2043. Das ist zwei Jahre vor der anvisierten Klimaneutralität 2045. Es wäre geradezu ein schuldhaftes Versagen der Beteiligten, wenn diesen Entwicklungen nicht auch in den Kriterienkatalogen entsprochen würde.

Der Netzbetreiber muss infolge dessen im Netzbetriebskonzept seine Klimaschutz- und Energiewendestrategien darlegen und darin Angaben zur Netzentwicklung ebenso aufnehmen, wie zum Einsatz von Smart Grids und regelbaren Ortsnetzstationen etc. Gefordert werden damit auch Klimaschutzanstrengungen im eigenen Netzbetrieb, wie CO₂-Reduktionsziele und ein entsprechendes Reporting im Rahmen des Kriteriums „Umweltverträglichkeit“, ggf. auch die Zusage des Einsatzes abgasfreier Fahrzeuge im Konzessionsgebiet u.a.m.

Digitalisierung

Der Megatrend verändert nicht nur die Workflows bspw. im Netzservice und in der Instandhaltung, sondern auch die Kundenprozesse. Möglichst viele Use Cases auf der Website des Netzbetreibers abzuwickeln, ist heute beinahe schon Standard. Dazu gehören etwa die Kontaktaufnahme und die Beschwerdeäußerung, der Netzanschlussantrag, die Einholung von Planauskünften, die Zählerstandsmitteilung und die Installateursuche.

Während bei manchem Netzbetreiber viele der Prozesse nicht ohne Medienbrüche auskommen, wird sich der Digitalisierungstrend dahin entwickeln, dass komplette End-to-end-Prozesse online abgewickelt werden. Vorbei sind dann die Zeiten, wo der Hausanschlussantrag zwar im Netz steht, aber der Download ausgedruckt, ausgefüllt, unterschrieben und per Post verschickt werden muss.

Beispiele für digitale End-to-end-Prozesse kennen wir aus dem Onlinehandel, von Amazon, booking.com und dem Weinhändler unseres Vertrauens. Die Kundenerwartung, die sich aus anderen Lebensbereichen speist, sowie der Effizienz- und Kostendruck im Netzbetrieb andererseits werden zu

²³ John Naisbitt, Megatrends, Bayreuth, 2. Auflage 1984.

²⁴ Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Energiewirtschaftsrechts im Zusammenhang mit dem Klimaschutz-Sofortprogramm und zu Anpassungen im Recht der Endkundenbelieferung, Artikel 1 Nr. 1, 2.5.2022, BT-Drs. 20/1599, S. 6.

einem deutlich höheren Digitalisierungsgrad in den Kundenprozessen führen als bisher. Die Aufnahme entsprechender Anforderungen in die Kriterienkataloge fordert ein solches Maßnahmenbündel zur Effizienzverbesserung und fördert gleichzeitig eine Netzbetriebspraxis, die entschieden auf Innovation setzt.

Risikoabwehr

Der Megatrend entspricht gestiegenen Gefahrenlagen auch im Verteilnetzbetrieb und dem erforderlichen Schutz der IT-Systeme sowie der Netze und Anlagen gegen Sabotage und Hacking. Die Zertifizierung des Informationssicherheitsmanagements nach ISO 27001 ff., IT-SiKat, die BSI-KritisV für größere Netzbetreiber sowie die damit verbundenen Maßnahmen zur Risikoabwehr sind das eine. Mit der Coronapandemie ist das Risiko des versorgungskritischen Personalausfalls, bspw. in der Leitstelle oder bei der Störungsbeseitigung, hinzugekommen. Das noch relativ neue Zertifikat des Business Continuity Management (BCM nach ISO 22301) reagiert darauf. Auch dies findet sich bereits im ZuMa-Katalog 2020 als eine der künftig empfohlenen Zertifizierungen.

Ein kurzer Exkurs: Unterschiedliche Zertifizierungen, wie TSM und ISO 14001, sind bereits heute als Anforderungen weit verbreitet, weil sich ihr Vorhandensein beim Netzbetreiber mit „Ja“ oder „Nein“ angeben und damit leicht bewerten lässt. Abstufungen finden sich dann vielleicht noch hinsichtlich der verbindlich zugesicherten Einführung bis zum Vertragsbeginn bzw. zu einem festen Zeitpunkt. Grundgedanke dabei ist: Je länger vom Netzbetreiber im Konzessionszeitraum eine zugesicherte Leistung erbracht wird, desto werthaltiger ist diese Zusicherung aus Sicht der Kommune beziehungsweise der Netzkunden. Verbunden wird dies in der Regel mit der Forderung nach einer kontinuierlichen Rezertifizierung im Konzessionszeitraum. All dies findet sich bereits in heutigen Kriterienkatalogen. Zunehmen wird aber vermutlich die Anzahl der geforderten oder gebotenen Zertifizierungen.

Die Bedeutung der Risikoabwehr wird angesichts neuer Bedrohungslagen weiter steigen. Der Angriffskrieg Russlands gegen die Ukraine seit Februar 2022 und die erwartete Zunahme von Cybercrime im Westen stellen nur ein besonders augenfälliges Beispiel dar.²⁵ Aber auch das BCM gehört noch nicht zu den Standardanforderungen in Kriterienkatalogen. Die gestiegene Bedeutung der Risikoabwehr muss sich künftig auch in den Kriterienkatalogen widerspiegeln, nicht zuletzt in den Gewichtungen.

Demografischer Wandel und Fachkräftemangel

Beides hängt zusammen. Der Megatrend entsteht daraus, dass die Bevölkerungsentwicklung auf alle Branchen einwirkt und die Zeit der Baby-Boomer sich dem Ende neigt, weil sie altersbedingt aus dem normalen Berufsleben ausscheiden. Gleichzeitig ist es ungeheuer schwer, ausreichende Personalressourcen zu finden. Der Fachkräftemangel ist heute bereits in vielen Regionen und Bereichen Realität. Wenn sich die Hoffnung hierbei – neben Digitalisierung – auf Migration

richtet,²⁶ dann muss dies eine Migration von Fachkräften sein oder von Migranten, die in Deutschland zu Fachkräften aus- und fortgebildet werden. Deshalb betreiben insbesondere größere Netzbetreiber heute bereits entsprechende Aus- und Fortbildungsprogramme.

Durch demografischen Wandel und Fachkräftemangel bedingt, werden sich die Anforderungen der Konzessionskommunen zwangsläufig ändern müssen: Bei einem 20-jährigen Konzessionszeitraum muss die Kommune die Sicherheit haben, dass in der ganzen Zeit ausreichendes Personal vorhanden ist, das bestens aus- und fortgebildet ist und das Verteilnetz vor Ort kennt und betreibt.

Auch hierdurch kommen andere Kriterien ins Spiel als bisher üblich: Es geht bspw. um Aus- und Fortbildungsqualität, um die Attraktivität des Netzbetreibers als Arbeitgeber, eine geringe Personalfuktuation, hohe Arbeitssicherheit und Work-Life-Balance usw. Auch hierzu hat der ZuMa-Katalog 2020 bereits Vorschläge gemacht – und wir sehen entsprechende Anforderungen durchaus auch schon in dem einen oder anderen aktuellen Verfahren. Die Kommunen jedenfalls sollten in ihrem eigenen Interesse entsprechende Anforderungen in ihre Kriterienkataloge aufnehmen.

Kapitalmarktentwicklung

Die bisherige Null- bzw. Negativzinswelt bedeutete Chancen und Risiken. Die Aufnahme von billigem Fremdkapital für die erforderlichen Investitionen ins Verteilnetz sorgte für einen deutlichen Leverage-Effekt beim investierten Eigenkapital. Dies erlaubte die Optimierung der eigenen Finanzierungsstruktur des Netzbetreibers. Die von der EZB beschlossene Anhebung der Leitzinsen wird künftig die Kapitalaufnahme am Kapitalmarkt verteuern.

Durch die vergangenheitsorientierte Ermittlung des Basiszinses als Bestandteil der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung als gewichteter Durchschnitt des auf die letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre bezogenen Durchschnitts der Umlaufrenditen inländischer Inhaberschuldverschreibungen kommt die Erhöhung der Leitzinsen nicht so schnell im Regulierungsregime an. Somit stellt der aus der vergangenen Kapitalmarktentwicklung resultierende Rückgang der regulierten Eigenkapitalverzinsung von Anreizperiode zu Anreizperiode aus Sicht der Strom- und Gasnetzbetreiber ein ausgesprochenes Ärgernis dar. Sofern allerdings der Gesetzgeber den Berechnungsmodus der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung in § 7 StromNEV bzw. § 7 GasNEV nicht anpasst, folgt die Verzinsung der regulierten Asset Base weiterhin dem dort vorgegebenen Pfad der Kapitalmarktentwicklung.

In Kriterienkatalogen ist diese Entwicklung nach eigener Einschätzung erst teilweise angekommen – bislang eher im Zusammenhang mit einem Bonitätsnachweis und der Finanzierungsfähigkeit der für den Konzessionsraum ermittelten Investitionssummen ins örtliche Verteilnetz.

25 „Alarmstufe Rot“: Sicherheitsbehörden fürchten massive Attacken russischer Hacker auf Energieversorgung, Handelsblatt, 22.2.2022.

26 Ben Schlemmermeier, Infrastruktur ist die strategische Aufgabe der Zukunft, Energie & Management, 1.4.2022, S. 5.

IV. ZuMa 2020 revisited

Im ZuMa-Katalog gab es drei große Themen:

Erstens ist die fehlende Zukunftsorientierung in den meisten heutigen Kriterienkatalogen augenfällig und führte 2020 zu einer Reihe von Vorschlägen zur Streichung ungeeigneter und zur Aufnahme geeigneterer, neuer Auswahlkriterien.

Zweitens führte das Ziel, zu eindeutigen Anforderungen und ebensolchen Bewertungen zu kommen, um Ermessensspielräume zu reduzieren und vom „Ideen-“ bzw. „Konzeptwettbewerb“ als Streitobjekt möglichst weg zu kommen, zur Suche nach einer möglichst weitgehenden Operationalisierbarkeit der Kriterien, bspw. in Form einfacher Ja-Nein-Abfragen.

Drittens sollte die Gefahr der Willkürlichkeit in relativen Bietervergleichen auf der Grundlage des weiten kommunalen Ermessensspielraums durch quasi mathematisch ermittelbare Bewertungen verringert werden. Damit verbunden wurde im ZuMa-Katalog großer Wert auf Nachweispflichten gelegt.

Der ZuMa-Katalog stellt damit immer noch einen grundsätzlich innovativen Ansatz dar, „die Dinge anders zu sehen“ – und vor allem: sie anders zu machen. Aber Einschätzungen ändern sich bekanntlich mit der Zeit, wenn nicht im Großen und Ganzen, so doch im Detail... Welches sind nun die Schwächen des ZuMa-Katalogs aus heutiger Sicht, und wie können diese Schwächen behoben werden?

In erster Linie sehen wir notwendigen Korrekturbedarf in fünf Punkten.

1. Berücksichtigung der gerichtlichen Spruchpraxis

Als der ZuMa-Katalog ab Mitte 2019 entstand, war unser Ansatz kein primär juristischer: Wir haben bewusst die Vielzahl an Vorgaben, Einschränkungen und Widersprüchen in der Spruchpraxis der Gerichte ausgeblendet.

Wir wollten quasi auf der grünen Wiese einen Kriterienkatalog schaffen, der inhaltliche Impulse für die Weiterentwicklung von Konzessionsverfahren gibt.

Die fachjuristische Diskussion in der EWeRK-Veranstaltungsreihe vom Sommer 2021 hat gezeigt, dass der Katalog rechtssicherer gemacht werden muss, nicht zuletzt aufgrund jüngerer Entscheidungen der Oberlandesgerichte. Dies betrifft auch und gerade die Bewertungssystematik und die Gewichtungen.

2. Andere Zuordnung von Kriterien zu einem Oberkriterium

Offenkundig gibt es Änderungsbedarf bei der Zuordnung der Kriterien zur Material-/Lagerwirtschaft und Logistik zum Kriterium „Effizienz“ statt bisher zur „Versorgungssicherheit“, dies gilt auch für den „online-basierten Stellenbewerbungsprozess“,²⁷ der primär effizienzgetrieben ist und nur sehr abstrakt in Zusammenhang mit Versorgungssicherheit zu sehen ist.

3. Bereinigung ungeeigneter Kriterien

Einige Kriterien haben sich in Konzessionsverfahren nicht durchgesetzt, bspw. das Nachhaltigkeitsinstrument WIN-Charta außerhalb Baden-Württembergs. Auch wird der Einbezug von NGOs in der Energiewirtschaft zwischenzeitlich kritischer gesehen und sollte nicht mit Leistungszusagen des Netzbetreibers verknüpft werden.²⁸

4. Nachweispflichten und Plausibilisierung

Im ZuMa-Katalog gibt eine Reihe von Punkten, wo der ungeliebte Konzeptwettbewerb quasi durch die Hintertür wieder in den Katalog hineinkommt (wenngleich als Ausnahme, nicht als Regel). Dies betrifft insbesondere die geforderten Nachweispflichten. Denn nicht immer lassen sich gemachte Zusagen so leicht nachweisen, wie durch einen Screenshot von der Website des Netzbetreibers oder die Abbildung eines Zertifikats.

Das Vorhandensein bestimmter im Netzbetrieb eingesetzter Fähigkeiten und Leistungen sollte, wo erforderlich, in Textform soweit plausibilisiert werden, dass dies in sich stimmige, der Betriebspraxis entsprechende Darstellungen ergibt.

5. Aufnahme zwischenzeitlicher Entwicklungen

Wie oben erläutert, sollte der ZuMa-Katalog von Anfang an nichts Statisches sein. So hieß es denn auch 2020: „Die Jahre der künftigen Konzessionsperiode, die vor uns liegen, werden für uns alle neue Erkenntnisse bringen, denen Rechnung getragen werden muss. Nicht zuletzt auch durch neue rechtliche Regelungen.“²⁹ Auch Weiterentwicklungen im politischen Rahmenwerk – zum Beispiel die Ergänzung der Zweckbestimmung in § 1 Abs. 1 EnWG um die treibhausgasneutrale Versorgung – sollten hier ihren Niederschlag finden. Für das Gasverteilnetz wird die Forderung nach Dekarbonisierung in Verbindung mit der Wasserstofftauglichkeit des Netzes künftig deutlich gestiegene Bedeutung erlangen – sowohl in der Praxis als auch in den Kriterienkatalogen.

V. Ausblick

Von einer Lösung der genannten Probleme sind wir noch weit entfernt. Es bedarf der Arbeit aller Akteure, um die Kriterienkataloge in Strom- und Gaskonzessionsverfahren für die Netzbetriebspraxis in der kommenden Konzessionsperiode tauglicher zu machen.

Auch die Arbeit am ZuMa-Katalog muss weiter gehen: Im Anschluss an die EWeRK-Tagung im Sommer 2021 hat sich eine Gruppe von Fachjuristen und Netzbetreibern mit dem Verfasser zusammen die Aufgabe gestellt, diese Weiterentwicklung des ZuMa-Katalogs vorzunehmen. Wir rechnen damit, dass die Arbeitsgruppe noch im Jahr 2022 ihre Ergebnisse vorlegen wird.

²⁷ ZuMa-Katalog, S. 16 und S. 20.

²⁸ ZuMa-Katalog, S. 38 und S. 43.

²⁹ ZuMa-Katalog, Seite 6.