

## Neue gesetzliche Vorgaben bei der Vergabe kommunaler Wegenutzungsverträge im Energiebereich

Beitrag veröffentlicht in NZBau 3/2017, NZBau aktuell, VI f.

Dr. Lutz Horn  
Dr. Heiko Hofmann

Frankfurt, 16.03.2017

### Energie- und wettbewerbsrechtliche Rahmenbedingungen

Am 03.02.2017 ist das „Gesetz zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung“ vom 27.01.2017 in Kraft getreten (BGBl. 2017 Teil I Nr. 5 vom 02.02.2017, S. 130 ff.), auf dessen Grundlage eine Novellierung der §§ 46 ff. EnWG stattgefunden hat. Das bislang insoweit geltende Regime der §§ 46, 48 EnWG ist im Wege einer Überarbeitung dieser beiden Vorschriften sowie durch die gänzlich neuen Bestimmungen der §§ 46a, 47 EnWG ersetzt worden. Damit hat die Regelungsdichte im Bereich der wettbewerblichen Verfahren zur Suche eines Betreibers der örtlichen Strom- und Gasverteilungsnetze deutlich zugenommen. So werden etwa in § 46a EnWG nicht nur die Pflicht des aktuellen Wegenutzungsinhabers zur Auskunftserteilung konkretisiert, sondern mit § 47 EnWG auch allen Wettbewerbsteilnehmern Rügeobliegenheiten auferlegt.

Die Reform soll ausweislich der Gesetzesbegründung dazu dienen, das der energiewirtschaftsrechtlichen Vergabe- und Netzübernahmesituation innewohnende Konfliktpotential zu reduzieren und damit das auf Seiten der öffentlichen Hand seit geraumer Zeit bestehende hohe Maß an Rechtsunsicherheit zu beseitigen (vgl. BT-Drs. 18/8184 vom 21.04.2016, Seite 8 f.). Es wird dabei angestrebt, diese gesetzgeberische Zielsetzung dadurch umzusetzen, dass zum einen Leitentscheidungen der (höchstrichterlichen) Rechtsprechung Eingang in den Gesetzestext gefunden haben (z. B. BGH, Urteil vom 17.12.2013 – KZR 66/12 „Stromnetz Berkenthin“ in § 46 Abs. 4 Sätze 1 bis 3 EnWG; BGH, Beschluss vom 03.06.2014 – EnVR 10/13 „Stromnetz Homberg“ in § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG) und zum anderen rechtstechnische Anleihen genommen werden, die dem

Kartellvergaberecht der §§ 97 ff. GWB entstammen (z. B. §§ 46 Abs. 5 Satz 1, 47 EnWG).

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass sich der Reformgesetzgeber dafür entschieden hat, die dem „Wettbewerb um die Netze“ zu Grunde liegenden Dienstleistungskonzessionen nicht dem Kartellvergaberechtsregime der §§ 97 ff. GWB sowie der Konzessionsvergabeordnung (KonzVgV) zu unterwerfen (kritisch hierzu etwa *Hofmann/Zimmermann*, NZBau 2016, 71 ff.). Dies ergibt sich nicht nur aus der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/8184 vom 21.04.2016, Seite 10), sondern auch aus § 47 Abs. 5 EnWG.

### Die wesentlichen Neuregelungen

Der neue § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG legt den nach den zu erzielenden Erlösen bemessenen „objektivierten Ertragswert“ als maßgeblichen Wert zur Bestimmung der wirtschaftlich angemessenen Vergütung fest, die nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG als Gegenleistung für die Übereignung des Netzes zu entrichten ist. Damit gibt der Gesetzgeber erstmalig eine bestimmte Methode zur Netzbewertung vor, wobei hiervon die Möglichkeit zur Einigung auf eine anderweitig basierte Vergütung gemäß § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG unberührt bleibt. Ob hierdurch die angestrebte Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten bei Netzübernahmen erreicht werden kann, darf bezweifelt werden. Denn in der Praxis kommt es weniger auf die (dogmatische) Frage der zutreffenden Bewertungsmethode, sondern vielmehr darauf an, wie die betreffende Methode so angewendet wird, dass diese zu wirtschaftlich angemessenen Ergebnissen im Sinne des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG führt. Insoweit dürfte es nach wie vor entscheidend auf den jeweiligen Einzelfall ankommen.

Weiterhin sind unter § 46 Abs. 4 Sätze 1 bis 3 EnWG aus Sicht des Gesetzgebers zentrale Grundsätze zur Auswahl und Gewichtung von Auswahlkriterien enthalten. So kommt etwa durch § 46 Abs. 4 Satz 2 EnWG die besondere Bedeutung der Kriterien „Versorgungssicherheit“ und „Kosteneffizienz“ zum Ausdruck. Zudem wird in § 46 Abs. 4 Satz 2 EnWG in Einklang mit der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung betont, dass im Spannungsfeld zum Recht auf kommunale Selbstverwaltung gemäß Art. 28 Abs. 2 GG auch Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft bei der Auswahlentscheidung berücksichtigt werden dürfen. Diese gesetzgeberische Klarstellung ist aus Sicht der öffentlichen Hand zu begrüßen. Im Übrigen sind diese Neuregelungen der teilweise erhobenen Forderung – zu Recht – nicht nachgekommen, im Interesse der Rechtsklarheit einen konkreten Kriterienkatalog mit (prozentualer) Gewichtung verbindlich vorzugeben. Daher verbleibt den Kommunen bei der Auswahl sowie der Gewichtung der Auswahlkriterien nach wie vor ein nur begrenzt gerichtlich überprüfbarer Ermessensspielraum, der auch zukünftig Gegenstand von Leitfäden etwa der Kartellbehörden und von gerichtlichen Entscheidungen sein wird.

§ 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG enthält im Vergleich zur bisherigen Rechtslage zwei Neuerungen: Zum einen gilt für die in der Bekanntmachung des Vertragsendes aufzunehmende Frist für den Eingang von Interessenbekundungen nunmehr eine Mindestfrist von drei Kalendermonaten. Zum anderen ist dort ein Informationsanspruch neu aufgenommen worden. Dieser besteht zu Gunsten aller interessierten Unternehmen, die fristgemäß eine Interessenbekundung abgegeben haben und ist darauf gerichtet, dass die ausschreibende Kommune diesen Unternehmen die Auswahlkriterien sowie deren Gewichtung in Textform mitzuteilen hat. Hierbei dürfte es sich um eine Änderung grundlegender/struktureller Natur handeln, da jedenfalls nach dem Wortlaut des § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG selbst ungeeignete Unternehmen Inhaber eines solchen Informationsanspruchs sind und daher nicht bereits in der Interessenbekundungsphase ohne entsprechende Mitteilung vom weiteren Verfahren vorab ausgeschlossen werden dürfen. Da diese weitergehenden Informationen nur für materiell geeignete Unternehmen in der Angebotsphase relevant sind, wird diese Regelung nicht für sinnvoll erachtet.

Eine weitere zentrale Neuerung enthält § 46 Abs. 5 Satz 1 i. V. m. § 47 Abs. 6 i. V. m. Abs. 2 Satz 3, Abs. 5 Satz 1 EnWG, wonach in Anlehnung an die kartellvergaberechtliche Vorschrift des § 134 GWB eine Informations- und Wartepflicht der Kommunen gegenüber den unter-

legenen Wettbewerbsteilnehmern besteht. Diese Regelung dient der Sicherstellung eines effektiven Primärrechtsschutzes. Danach darf nach § 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG ein sog. qualifizierter Wegenutzungsvertrag im Sinne des § 46 Abs. 2 EnWG frühestens 30 Kalendertage ab Zugang des Informationsschreibens bei den unterlegenen Wettbewerbsteilnehmern abgeschlossen werden. Diese Mindestwartefrist soll sich nach der neuen Gesetzessystematik offensichtlich dann nochmals verlängern (können), wenn ein Unternehmen innerhalb der dreißigtägigen Wartefrist eine Rüge erhebt (vgl. § 47 Abs. 6 i. V. m. Abs. 5 Satz 1 EnWG). Im Zusammenhang mit dem nach § 47 Abs. 3 EnWG eingeführten Akteneinsichtsrecht, beginnt zudem gemäß § 47 Abs. 2 Satz 3 EnWG die Wartefrist gar gänzlich neu ab dem Tag, an dem die Kommune die Akten dem betreffenden Unternehmen zur Einsichtnahme bereitgestellt hat. Ungeachtet der aus Sicht der öffentlichen Hand als deutlich zu lang bemessen anzusehenden Wartefristen, fehlt eine ausdrückliche Regelung zu den Rechtsfolgen eines Verstoßes der Kommunen gegen die Informations- und Wartepflicht. Möglicherweise wird § 47 Abs. 6 EnWG insoweit als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB eingeordnet, was die Nichtigkeit des verbotswidrig zustande gekommenen Wegenutzungsvertrages zur Folge hätte.

Die bisherigen Bestimmungen des § 46 Abs. 2 Sätze 4 und 5 EnWG (a.F.) zum Auskunftsanspruch der Kommune gegenüber dem bisherigen Netzbetreiber sind nunmehr in einem eigenen § 46a EnWG aufgegangen. Neu ist dabei § 46a Satz 3 EnWG, der diesen gesetzlichen Informationsanspruch in Bezug auf die netzrelevanten Daten konkretisiert.

Neu ist ebenfalls § 47 EnWG, der die in Teilen der energiewirtschaftsrechtlichen Rechtsprechung auch bereits bislang angenommenen Rügeobliegenheiten von Unternehmen nunmehr gesetzlich normiert. Die Neuregelung, die sich an der kartellvergaberechtlichen Vorschrift des § 160 Abs. 3 GWB orientiert, dient der Stärkung von Rechtssicherheit sowie Vertrauensschutz und ist daher aus Sicht der Kommunen grundsätzlich zu begrüßen. Die konkrete Ausgestaltung der Rügeobliegenheiten und der damit verbundenen Präklusionswirkung sind allerdings kritikwürdig. Dies betrifft zunächst die erhebliche Länge der Rüge- bzw. Wartefristen, die teilweise zumindest doppelt so lange sind wie im Kartellvergaberecht (z. B. § 47 Abs. 6 i. V. m. Abs. 2 Satz 3 EnWG im Vergleich zu § 134 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB). Für diese unterschiedliche Handhabung ist kein sachlich gerechtfertigter Grund ersichtlich. Im Übrigen erscheint das gemäß § 47 Abs. 3 EnWG zur

Vorbereitung einer Rüge neu eingeführte Akteneinsichtsrecht eines Unternehmens gegenüber der öffentlichen Hand überaus problematisch. Auch dies geht gleich mehrfach deutlich über die entsprechenden kartellvergaberechtlichen Vorgaben hinaus und dürfte auf Seiten der ausschreibenden Kommunen zu einem erheblich gesteigerten bürokratischen Aufwand führen. Die Interessen der sich benachteiligt fühlenden Unternehmen dagegen wären auch ohne ein Akteneinsichtsrecht insbesondere durch ihren gegenüber der Kommune nach Maßgabe des § 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG ohnehin bestehenden Informationsanspruch ausreichend geschützt.

Die Vorschrift zu den Konzessionsabgaben nach § 48 EnWG ist unter Abs. 4 aufgrund praktischer Bedürfnisse angepasst worden. So haben die bei Verfahren nach § 46 EnWG bislang bestehenden erheblichen Rechtsunsicherheiten und damit auch verbundenen Verzögerungen bei der Netzübernahme häufig dazu

geführt, dass die in § 48 Abs. 4 EnWG (a.F.) enthaltene Jahresfrist zur Fortzahlung der Konzessionsabgabe überschritten wurde. Diese Jahresfrist ist nunmehr mit § 48 Abs. 4 Satz 1 EnWG deutlich verlängert worden, indem die Pflicht zur Fortzahlung der Konzessionsabgaben bis hin zur Übertragung der Verteilungsanlagen auf einen neuen Vertragspartner eines qualifizierten Wegenutzungsvertrages erstreckt wird. Dies soll nach § 48 Abs. 4 Satz 2 EnWG nur dann nicht gelten, wenn es die Kommune versäumt hat, ein betreffendes Dienstleistungskonzessionsverfahren einzuleiten.

Wenig geglückt ist schließlich die in § 113 Abs. 20 EnWG enthaltene, rudimentäre Übergangsbestimmung. Diese lässt für die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Neuregelungen bereits laufenden Verfahren nach § 46 EnWG mehr Fragen offen als sie beantwortet.

## Hinweis

Dieser Überblick dient ausschließlich der allgemeinen Information und kann konkreten Rechtsrat im einzelnen Fall nicht ersetzen. Sprechen Sie bei Fragen bitte Ihren gewohnten Ansprechpartner bei GÖRG bzw. die Autoren Dr. Lutz Horn unter +49 69 170000-290 (lhorn@goerg.de) oder Dr. Heiko Hofmann unter +49 69 170000-296 (hhofmann@goerg.de) an. Informationen zu den Autoren finden Sie auf unserer Homepage [www.goerg.de](http://www.goerg.de).

## Unsere Standorte

GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

### BERLIN

Klingelhöferstraße 5, 10785 Berlin  
Tel. +49 30 884503-0, Fax +49 30 882715-0

### ESSEN

Alfredstraße 220, 45131 Essen  
Tel. +49 201 38444-0, Fax +49 201 38444-20

### FRANKFURT AM MAIN

Neue Mainzer Straße 69 – 75, 60311 Frankfurt am Main  
Tel. +49 69 170000-17, Fax +49 69 170000-27

### HAMBURG

Dammtorstraße 12, 20354 Hamburg  
Tel. +49 40 500360-0, Fax +49 40 500360-99

### KÖLN

Kennedyplatz 2, 50679 Köln  
Tel. +49 221 33660-0, Fax +49 221 33660-80

### MÜNCHEN

Prinzregentenstraße 22, 80538 München  
Tel. +49 89 3090667-0, Fax +49 89 3090667-90

