

# Workshop Energierecht

---

## Wettbewerbliche Vergabe von Wegerechten für Energienetze

20. Mai 2015  
Berlin



Dr. Felix Engelsing  
Vorsitzender  
8. Beschlussabteilung

# Übersicht

2

1. Einleitung
2. Gemeinsamer Leitfaden
3. Verfahren Kartellbehörden
4. Fusionskontrolle
5. Reform § 46 EnWG

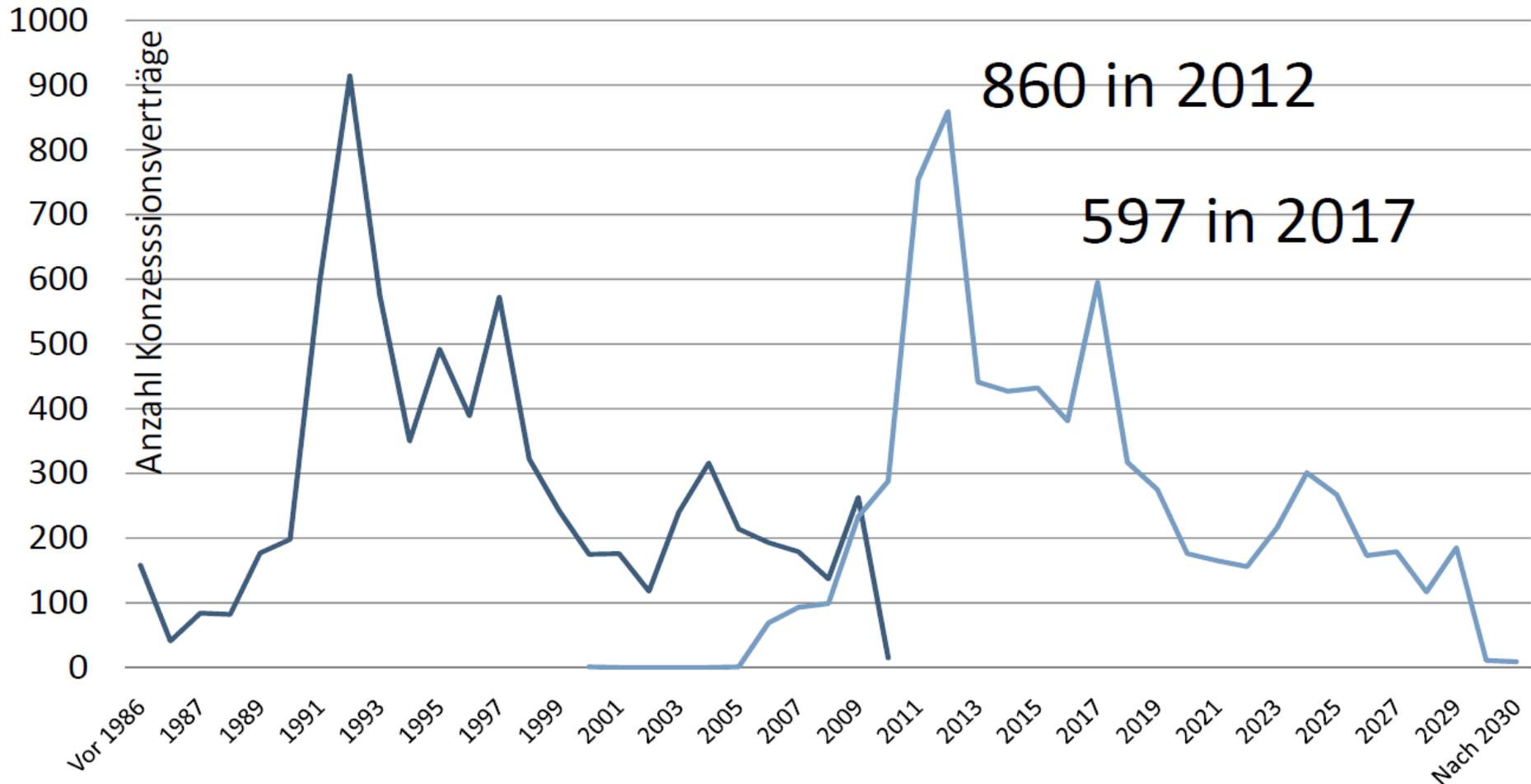
# Einleitung I

3

- sehr viele Konzessionsverträge für Strom- und Gasverteilernetze laufen derzeit aus
- größte: Berlin, Hamburg, Stuttgart, Bremen
- Trend zur „(Re)Kommunalisierung“
- öffentliche Aufmerksamkeit
- Ausbau der Stromverteilernetze wegen Energiewende und Zunahme der EEG-Einspeisung
- Beteiligungsmodelle

# Einleitung II: Laufzeiten Gaskonzessionsverträge

4



# Einleitung III: Volksentscheide

5

- in Hamburg: Volksentscheid am 22.09.2013
  - „Senat und Bürgerschaft unternehmen alle notwendigen und zulässigen Schritte, um die Hamburger Strom-, Fernwärme- und Gasleitungsnetze 2015 wieder vollständig in die Öffentliche Hand zu übernehmen. Verbindliches Ziel ist sozial gerechte, klimaverträgliche und demokratisch kontrollierte Energieversorgung aus erneuerbaren Energien.“
  - 50,9 % dafür- 49,1 % dagegen, Quorum erreicht
- in Berlin: Volksentscheid am 03.11.2013
  - Abstimmung über Gesetz für die demokratische, ökologische und soziale Energieversorgung in Berlin (EnergieVG)
  - Gründung von Anstalten des öffentlichen Rechts
  - gescheitert, da 24,1 % der Wahlberechtigten (aber 83 % der Teilnehmer) mit Ja stimmten (25 %-Quorum)

# Gemeinsamer Leitfaden 2010

6

- Hintergrund: viele Beschwerden/Anfragen
- viele Punkte ungeklärt
- wenig Gerichtsentscheidungen
- erster und bisher einziger gemeinsamer Leitfaden von BNetzA und BKartA
  - in Arbeitsgruppe 2010 erarbeitet
  - Veröffentlichung 15. Dezember 2010

# Gemeinsamer Leitfaden 2010

7

- Einleitung
- Zuständigkeiten
- Kartellrecht: Sicherstellung der wettbewerblichen Konzessionsvergabe
  - primär Kartellbehörden
  - Marktmacht, Missbrauch, Transparenz, Gleichbehandlung
- Energiewirtschaftsrecht: Netzüberlassung und regulatorische Folgefragen:
  - primär Regulierungsbehörden
  - Kaufpreis, Netzzumfang, Entflechtung, Erlösobergrenze

# Gemeinsamer Leitfaden 2015

8

- wichtige Fragen geklärt durch
  - EnWG-Novelle Jahre 2011
  - BGH, insbes. Beschlüsse von Dezember 2014 und Juni 2014
  - mehr als 10 Urteile Oberlandes-/ Obergerverwaltungsgerichte
- 2. Auflage arbeitet Rspr. und Gesetzesänderung ein
- geht auch auf aktuelle Fragen wie Gewichtung Auswahlkriterien, Unterkriterien, Auswahlverfahren und -entscheidung ein.
- bei Informationsherausgabe wird Grundsatzentscheidung des BGH vom 14. April 2015 (Springe) berücksichtigt
- Überarbeitung erfolgte unter Beteiligung von Landeskartell- und Landesregulierungsbehörden

# Gemeinsamer Leitfaden 2015

9

- Einleitung (A.) und Zuständigkeit (B.)
  - wenige Änderungen betreffen Novelle § 46 EnWG im Jahr 2011 und Rechtsprechung
- Vergaberecht (C. I.)
  - Ausführungen zur strategischen Partnerschaft und zur Konzessionsvergaberichtlinie vom 17.04.2014 geplant
- Marktabgrenzung/Marktmacht (C. II. 2.)
  - Begründungen BGH aus Heiligenhafen/Berkenthin

# Gemeinsamer Leitfaden 2015

10

## Wettbewerbliche Konzessionsvergabe C.II.2.

- grundlegende BGH-Urteile von 2013/2014 sowie mehr als 10 Urteile Oberlandes-/Oberverwaltungsgerichten berücksichtigt
- geplante Gliederung:
  - a) keine Inhouse-Vergabe
  - b) Auswahlverfahren
  - c) Auswahlkriterien
  - d) Auswahlentscheidung

# Gemeinsamer Leitfaden 2015

11

## Informationsansprüche/Datenherausgabe: neues gesondertes Kapitel „D“ geplant

- in 1. Auflage 2010 auf drei verschiedene Stellen verteilt
- Rechtsgrundlage: nach EnWG-Novelle 2011 in § 46 Abs. 2 Satz 4/5 EnWG geregelt (alte Ausführungen zur vertraglichen Nebenpflicht aus Konzessionsvertrag entbehrlich)
- Umfang der Daten: sollen abweichend von bisheriger Rz. 25 im Sinne der Rspr. des BGH vom 14.04.2015 (Springe) erweitert werden: Anspruch der Gemeinde umfasst dann insbes auch kalkulatorische Netzdaten
- Ansprüche Neu- gegen Altkonzessionär wg. erweiterter Ansprüche Gemeinde dann nicht mehr so relevant

# Fälle Kartellbehörden I

12

- 1. Stufe: diskriminierungsfreies und transparentes Auswahlverfahren mit Bekanntmachung
  - BKartA: Zusagenentscheidung Dinkelsbühl + Markkleeberg, 2011
- 2. Stufe: keine Inhouse-Vergabe durch Kommunen und keine Bevorzugung kommunaler Unternehmen
  - BKartA: Missbrauchsverfügung Mettmann (§§ 32, 19 GWB) und Zusagenentscheidung Pulheim (§ 32b GWB), beide 2012
  - Bestätigung durch Rechtsprechung
- 3. Stufe: Verfahren wegen zulässiger Auswahlkriterien
  - Bedeutung und Gewichtung der Auswahlkriterien
  - Verfügung Titisee von Januar 2015

# Fälle Kartellbehörden II

13

- Missbrauchsverfahren/–entscheidungen LKBen
  - Nordrhein-Westfalen
  - Baden-Württemberg
- Konsultation des BKartA 2013/2014
  - Stuttgart, Berlin, Hamburg, Leipzig
  - bei Auswahlverfahren in den großen Städten ist BKartA vorab konsultiert worden
  - bzgl. kartell- und energierechtlicher Einschätzung von Auswahlkriterien, Verfahren, Datenherausgabe

# Fälle Kartellbehörden III

14

- Hamburg
  - Konsultation zu Auswahlkriterien und –verfahren
  - fusionskontrollrechtliche Prüfung und Freigabe
- Stuttgart
  - Konsultation zu Auswahlkriterien und –verfahren
  - Beschwerde eines Bieters nach Auswahlentscheidung
  - kein Verstoß festgestellt: Wertungsfehler bei einem Angebot, aber nicht ergebnisrelevant; keine Kausalität des Verstoßes für Ergebnis

# Fälle Kartellbehörden IV

15

## Land Berlin: Auswahlverfahren Wegerechte Gasnetz

- Konsultation zu Auswahlkriterien
  - Change-of-Control-Klausel
- Auswahlentscheidung Berlin zugunsten BerlinEnergie
- Missbrauchsverfahren BKartA eingeleitet Juli 2014 aufgrund Beschwerde GASAG
  - Beiladung BerlinEnergie durch BKartA, Beschwerde GASAG
- zugleich zivilgerichtliche Klage der GASAG
  - LG Berlin und KG bejahen Zivilrechtsweg
  - LG Berlin gibt Hilfsantrag mit Urteil vom 09.12.2014 statt
  - Kartellrechtswidrigkeit aus mehreren Gründen

# Fälle Kartellbehörden V

16

## Gemeinde Titisee

- eingeleit. 2012 wg. Grundsatzfragen, Verzögerungen
- Besonderheit: Altkonzessionär übergibt Netz trotz kartellrechtlicher Bedenken und Verfahren
- Verfügung BKartA von Januar 2015: Missbrauch (+) wegen fehlerhafter Auswahlkriterien, keine Transparenz, einseitige Bevorzugung, Verstoß gegen Geheimwettbewerb + Nebenleistungsverbot
- Kommunalverfassungsbeschwerde beim BVerfG

# Fusionskontrolle BKartA

17

## Fusionskontrolle

- Beteiligung an Netzgesellschaft kontrollpflichtig,
  - Schwellenwerte des § 35 GWB überschritten
  - Zusammenschlusstatbestand nach § 37 GWB
  - sehr viele Anmeldungen zu Netzgesellschaften
  - wettbewerbsrechtlich meist unproblematisch, da Austausch eines Monopolisten
- Beispiel: Erwerb der Stromnetzgesellschaft von Vattenfall durch Hamburg nach dem Volksentscheid
  - Freigabe durch BKartA mit Hinweis, dass Auswahlverfahren bzgl. Konzession §§ 19, 20 GWB genügen muss

# Reform § 46 EnWG

18

- Koalitionsvertrag:
  - „Wir werden das Bewertungsverfahren bei Neuvergabe (z. B. bei der Rekommunalisierung) der Verteilernetze eindeutig und rechtssicher regeln sowie die Rechtssicherheit im Netzübergang verbessern.“
- Entschlüsseungen Länderparlamente
  - NRW (LT-Drs. vom 08.10.2013; LT-Drs. vom 16.10.2013)
  - Niedersachsen (LT-Drs. vom 18.03.2011)

# Reform § 46 EnWG

19

- Arbeitsgruppe unter Leitung von NRW zur Reform des § 46 EnWG
  - zu Auswahlkriterien und –verfahren, Rügeobliegenheit, Netzüberlassung und Regulierung
- Referentenentwurf des BMWi in Abstimmung
- Position BKartA
  - grundsätzlich kaum Änderungsbedarf, da Klarheit und Rechtssicherheit durch Rechtsprechung (insbes. BGH-Urteile)