

Workshop „Neues Vergaberecht“

Zum Verhältnis von Energiewirtschaftsrecht (§ 46 EnWG) und Vergaberecht

RAin Dr. Sabine Wrede

Wegenutzungsverträge in Deutschland

- Versorgungsunternehmen benötigen von Grundstückseigentümern die Erlaubnis, auf deren Grundstücken Versorgungsleitungen zu verlegen. → Wegenutzungsrecht!
- Rechtegewährung erfolgt grds. durch zivilrechtlichen Vertrag.
- Erteilung von Wegenutzungsrechten für die öffentlichen Straßen und Wege einer Gemeinde erfolgt in der Regel durch sog. „Konzessionsverträge“.
 - Bezeichnung historisch begründet.
 - Früher Wegenutzung UND Lieferauftrag; heute unzulässig!
 - Anlehnung an Begrifflichkeit aus Konzessionsabgabenverordnung (KAV)
 - Heute Wegenutzungsverträge, so amtl. Überschrift § 46 EnWG.

Hintergründe

- Hintergrund: Regelungen im öffentlichen Straßenrecht (z.B. § 8 Abs. 10 FStrG).
- Danach richtet sich die Einräumung des Rechts zur Benutzung des Eigentums der Straßen nach bürgerlichem Recht, wenn
 - Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt wird.
 - *Unbeachtlich*: Beeinträchtigung von nur kurzer Dauer für Zwecke der öffentlichen Versorgung.
- Die Wegenutzung für solche Zwecke erfolgt
 - auf der Grundlage zivilrechtlicher Nutzungsverträge und
 - grdsl. gegen Zahlung eines entsprechenden Entgeltes.

Pachtähnliche Situation!

Vertragspartner

- Konzessionsverträge werden von Gemeinden mit Versorgungsunternehmen abgeschlossen.
- Versorgungsunternehmen
 - privat oder
 - staatlich, das heißt, gemeindeeigen oder einer anderen staatlichen Einheit angehörend.
- Verträge in jedem Fall üblich, da Rechtsgrundlage für die Zahlung von Konzessionsabgaben.

Wegenutzungsverträge

- Regeln das Recht eines Versorgungsunternehmens, die öffentlichen Straßen und Wegegrundstücke einer Gemeinde zu nutzen.
- Nicht geregelt
 - die Versorgung der Kunden
 - Fragen der Betriebsführung.
- Im Bereich der Strom- und Gasversorgung eindeutige gesetzliche Regelung: § 46 EnWG.

§ 46 Abs. 1 EnWG

*Gemeinden haben ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, einschließlich Fernwirkleitungen zur Netzsteuerung und Zubehör, zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet **diskriminierungsfrei durch Vertrag** zur Verfügung zu stellen. Unbeschadet ihrer Verpflichtungen nach Satz 1 können die Gemeinden den Abschluss von Verträgen ablehnen, solange das Energieversorgungsunternehmen die Zahlung von Konzessionsabgaben in Höhe der Höchstsätze nach § 48 Abs. 2 verweigert und eine Einigung über die Höhe der Konzessionsabgaben noch nicht erzielt ist.*

- Wegenutzungsverträge nicht exklusiv.
- Jeder Interessent hat einen Anspruch, soweit er der Gemeinde die höchst zulässige Entschädigung zahlt.
- Keine Ausschließlichkeitsstellung, sondern marktöffnende Funktion.
- Weitgehend Entsprechung zu § 68 ff. TKG

§ 46 Abs. 2 und 3 EnWG

- Regeln Fragen zum Verfahren, um ein transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren sicherzustellen.
- Parallele in § 68 Abs. 3 TKG.
- Frage der Entschädigung der Gemeinde ist in § 48 EnWG und der KAV geregelt.

Vergaberechtliche Eckpfeiler

- Richtlinie 2014/23/EU über die Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen vom 26.02.2014
- Regierungsentwurf zur Modernisierung des Vergaberechts vom 8. Juli 2015
- BR-Drs. 367/15 vom 25.09.2015, Nr. 1:

*„Vereinbarungen über die Gewährung von Wegerechten hinsichtlich der Nutzung öffentlicher Liegenschaften für die Bereitstellung oder den Betrieb fester Leitungen oder Netze, über die eine Dienstleistung für die Allgemeinheit erbracht werden soll, gelten nicht als Konzession, sofern derartige Vereinbarungen **weder eine Lieferpflicht auferlegen noch den Erwerb von Dienstleistungen** durch den öffentlichen Auftraggeber oder den Auftraggeber für sich selbst oder für Endnutzer vorsehen.“*

*„Außerdem sollten Vereinbarungen über die Gewährung von Wegerechten hinsichtlich der Nutzung öffentlicher Liegenschaften für die Bereitstellung oder den Betrieb fester Leitungen oder Netze, über die eine Dienstleistung für die Allgemeinheit erbracht werden soll, ebenfalls nicht als Konzessionen im Sinne dieser Richtlinie gelten, sofern derartige Vereinbarungen **weder eine Lieferverpflichtung auferlegen, noch den Erwerb von Dienstleistungen** durch den öffentlichen Auftraggeber oder den Auftraggeber für sich selbst oder für Endnutzer vorsehen.“*

Definition Konzession

Art. 5 KVRL und § 105 Abs. 1 GWB-E

- Konzessionen sind **entgeltliche, schriftlich geschlossene Verträge** zwischen einem Wirtschaftsteilnehmer und einem öffentlichen Auftraggeber bzw. einem Sektorenauftraggeber.
- Dabei wird der **Konzessionär** mit der Erbringung von Bauarbeiten oder Dienstleistungen **betraut**.
- Die **Gegenleistung** besteht im **Recht** des Konzessionärs **zur Nutzung** des Bauwerks oder der Dienstleistung (ggf. zuzüglich einer Zahlung).
- Wichtig: **Übergang des Betriebsrisikos** auf den Konzessionär.

Vergabegrundsätze DLK

- Bisher: Primärrechtliche Grundsätze sind einzuhalten
 - Transparenz
 - Nichtdiskriminierung
 - Gleichheit
- DLK-RL und § 105 GWB-E:
 - Bau- oder DL-Konzession setzen stets eine „Betrachtung“ durch eine staatliche Stelle voraus.
 - Die DL muss „im öffentlichen Interesse liegen“; der Staat muss sie „per Gestattung von Dritten ausführen lassen.“

Betrauung?

- Bestimmte Aufgaben sind **ausdrücklich der öffentlichen Hand zugewiesen** (z.B. Hausmüllbeseitigung, § 17 KrWG).
 - Öffentliche Hand hat hier eigene Erfüllungsverantwortung.
 - § 97 Abs. 4 GWB-E „... mit der *Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe **betraut** ...“*
 - Überträgt die zur Erfüllung zuständige staatliche Stelle diese Aufgabe auf einen Privaten, z.B. die Hausmüllentsorgung, so ist eine Betrauung zu bejahen.
 - Betrauung als Indienstnahme für eine öffentliche Aufgabe.

Betrauung?

- **Öffentlich/Privat-rechtliche Gestattung mit Bedürfnisprüfung**
- Tätigkeit nicht im Sinne eigener Erfüllungsverantwortung zwingend dem Staat zugewiesen;
- Tätigkeit steht privater Initiative offen.
- Präventive staatliche Zugangskontrolle.
- Bsp.: Recht zur Grundwasserentnahme, Bewirtschaftungsermessen gem. §§ 46, 50 ff. WHG.
- Zwar keine „Indienstnahme des Privaten“, aber der Private erhält „besondere und ausschließliche Rechte“; im Gegenzug besondere Betriebspflichten.
- Privilegierte Marktstellung; daher Betrauung ja!

Verträge gem. § 46 EnWG

- Verträge vermitteln keine besonderen oder ausschließlichen Rechte mehr.
- **EnWG- und GWB-Novelle 1998:** die zuvor üblichen ausschließlichen Wegerechte für Strom und Gas wurden verboten (anders als für Wasser).
- **EnWG-Novelle 2005:** Inhalt der Verträge in Umsetzung der EU-Entflechtungsvorgaben noch weiter reduziert;
 - „... die Einräumung des Rechts zur Benutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet mit Energie dienen“ (§ 48 EnWG).

Betraugung: nein!

Verträge gem. § 46 EnWG

Kein Versorgungsauftrag in Wegenutzungsverträgen

- Vertragsgegenstand: die Wegenutzung für die Verlegung und den Betrieb von Strom- oder Gasverteilungsleitungen im Gemeindegebiet;
- Def. Betreiber von Energieverteilernetzen (§ 3 Nr. 3 EnWG): Betrieb, Wartung und ggf. Ausbau des Verteilernetzes.
- Verteilung wiederum umfasst gem. § 3 Nr. 37 EnWG nur Energietransport über Leitungsnetze, um die Versorgung von Kunden zu ermöglichen;
- nicht die Belieferung der Kunden selbst.

- Keine Betrauung, keine Beschaffung einer Leistung am Markt;
- Anders auch nicht BGH, 17.12.2013, NZBau 2014, 514 Rz. 45 – Stromnetz Berkenthin

*"Mit der Konzessionsvergabe befriedigt die Gemeinde nicht nur - als Nachfrager - den Bedarf nach einem sicheren und preisgünstigen Netzbetrieb im Gemeindegebiet, sondern sie verwertet gleichzeitig auch - **als marktbeherrschender Anbieter** - die kommunalen Wegerechte.,,*

- Es war hier überhaupt nicht entscheidungserheblich, ob die Gemeinde als Nachfrager von Netzinfrastukturdienstleistungen zu behandeln sei.
- Gegenstand war nur die bestmögliche Verwertung des Wegerechts.
- Frage der Betrauung war nicht entscheidungserheblich.

- Versorgungsauftrag kann nicht geregelt werden; wäre Frage der Belieferung, nicht der Energieverteilung.
- Die Versorgungspflicht nach § 36 Abs. 1 EnWG obliegt nach § 36 Abs. 2 EnWG nicht dem Wegnutzungsberechtigten, sondern dem Energievertriebsunternehmen in dem Gebiet, das die meisten Kunden beliefert.
- § 46 EnWG dient der Begrenzung der Marktmacht der Gemeinde als Anbieterin eines Wegnutzungsrechts.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

RAin Dr. Sabine Wrede, LL.M. (UC Davis)

BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V.
Reinhardtstraße 32
10117 Berlin

Telefon +49 (0)30 - 300199-1523
[Email: sabine.wrede@bdew.de](mailto:sabine.wrede@bdew.de)
www.bdew.de