

**enreg.**

## **Workshop zur Reform des § 46 EnWG und zum MsbG**

**Das Ausschreibungsverfahren für Wegerechte zum Strom-,  
Gas- und Wassernetzbetrieb**

**Berlin, 17.03.2016**

**Martin Jacob, Regulierungsrecht, Pfalzwerke Netz AG**

- **Auskunftspflicht des EVU: § 46a EnWG (neu) S. 3**
- **Transparenzpflicht der Gemeinde: § 46 Abs. 3-5 EnWG (neu) S. 6**
- **Diskriminierungsfreie Auswahl: § 46 Abs. 1, 4 EnWG (neu) S. 9**
- **Netzübertragungspflicht: § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG (unveränd.) S. 11**
- **Angemessene Vergütung: § 46 Abs. 2 S. 4, 5 EnWG (neu) S. 13**
- **KA-Fortzahlungspflicht: § 48 Abs. 4 EnWG (neu) S. 18**
  - Der Vortrag bezieht sich auf den Regierungsentwurf vom 03.02.2016 und gibt ausschließlich persönliche Überzeugungen des Referenten wieder
  - Zitierhinweis: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Regulierung in der Energiewirtschaft, 2. Aufl. 2016 wird nachfolgend zitiert mit „BSS“, Kapitel- und Randnummer

- Bisher in § 46 Abs. 2 S. 4, 5 EnWG geregelt
  - umfasst auch vertrauliche Kalkulationsdaten: *BGH-„Springe“*, *RdE 2015, 350*; *N&R 2015, 242*, *m. Anm. Lange/Möllnitz, S. 245*; *BSS Kap. 104 Rn. 24 f.*
  - aber insoweit keine Veröffentlichung („geeignete Form“); nur gegen pönalisierte Vertraulichkeitsverpflichtung der Bewerber
  - gestufte Auskünfte je nach Phase des Verfahrens („erforderlich“) => dazu näher *Jacob, RdE 2015, 500, 503*
  - weitergehende Daten fordert der *BKartA-BNetzA-Leitfaden vom 21.05.2015, Rn. 38 ff.*  
=> kritisch *Schulz-Gardyan, RdE 2015, 394, 400 f.*; *Jacob, RdE 2015, 500, 504 ff.*
- Künftig in § 46a (neu) geregelt
  - nach Satz 2 (neu) sind zu übergeben: Historische AHK, Aktivierungsjahr, betriebliche und kalkulatorische Nutzungsdauern, kalkulatorische Restwerte

- Satz 2 (neu) kodifiziert BGH-“Springe“, stützt die z.T. weitergehenden Forderungen im neuen BKartA-BNetzA-Leitfaden nicht
- bisherige Eingrenzungen („geeignete Form“, „erforderlich“) bleiben erhalten
- **Schlussfolgerungen für die Praxis**
  - Energiewirtschaftliche, nicht vertrauliche Daten sind 3 Jahre vor Vertragsende der Gemeinde zur Veröffentlichung mitzuteilen
  - Vertraul. Kalkulationsdaten müssen nicht auf Verdacht ermittelt u. mitgeteilt werden; „erforderlich“ erst, wenn sich auf die Bekanntmachung weitere Bewerber melden
  - Nur gegen Vertraulichkeitsvereinbarung => *Jacob, RdE 2015, 505 f.*
  - Statt der o.g. Einzeldaten zur Berechnung des aktuellen kalkul. Restwerts kann dieser auch in Summe mitgeteilt werden => geringere Vertraulichkeitsprobleme
  - Weitergehende Auskünfte erst nach der Auswahlentscheidung der Gemeinde gegenüber dem neuen EVU => *BSS Kap. 104 Rn. 85 f.*

- **Auf die Wegenutzungsverträge für Wasser ist § 46a EnWG nicht anwendbar**
  - Ausschließlichkeitsrechte für die Wasserversorgung sind vom Kartellverbot freigestellt (§ 31 Abs. 1 GWB),
  - Wegenutzungsverträge sind gesetzlich nicht befristet, aber anzumelden (§ 31a GWB)
  - unterliegen einer besonderen Missbrauchsaufsicht (§ 31 Abs. 4 GWB)
  - umfassende Auskunftspflicht des WVU gegenüber der Kartellbehörde (§ 59 GWB),
  - allg. Missbrauchsregeln (§ 19 GWB) bleiben grds. anwendbar (§ 31a Abs. 6 GWB),
  - jedoch mit erleichterter Ablehnung einer Wasser-Durchleitung (§ 31 Abs. 5 GWB)
- **Auskunftspflichten des WVU gegenüber der Gemeinde**
  - allenfalls aus Konzessionsvertrag, wenn dort explizit geregelt
  - ggf. als Nebenpflicht gem. § 242 BGB

- **Bisher für Strom und Gas in § 46 Abs. 3 EnWG geregelt**
  - Satz 1, 2: Bekanntmachung des Vertragsendes spätestens 2 Jahre vorab im Bundesanzeiger, ggf. auch im EU-Amtsblatt („Regelverfahren“)
  - Satz 3: Sonderregelung für vorzeitige Verlängerung; aber Schutzzweck erfordert Bekanntmachung wie im Regelverfahren: *BGH-„Schierke“, RdE 2015, 130; N&R 2015, 161 m. Anm. Lange/Möllnitz, S. 163*
  - Satz 4: 3 Monate Wartefrist bis Vertragsschluss (nur?) bei vorzeitiger Verlängerung
  - Satz 5: Bekanntmachung der maßgeblichen Auswahlgründe nur, wenn sich mehrere EVU beworben hatten; wegen anderem Schutzzweck reicht hier eine „ortsübliche Bekanntmachung“: *BBS Kap. 104 Rn. 31*
- **Künftig in § 46 Abs. 3-5 n.F. geregelt**
  - Abs. 3 S. 1, 2 unverändert: Bekanntmachung im Bundesanzeiger, ggf. EU-Amtsblatt

- Abs. 3 S. 3 (neu) stellt klar, dass bei vorzeitiger Verlängerung das Vertragsende wie im Regelverfahren bekannt zu machen ist (Kodifizierung von BGH-„Schierke“)
  - Abs. 4 S. 4 (neu) stellt klar, dass die 3-Monats-Frist nach Bekanntmachung auch im Regelverfahren gilt, schon für die Interessenbekundung
  - Abs. 4 S. 4 (neu): Die Gemeinde muss allen Bewerbern vor der Angebotsphase einen Katalog mit ihren Auswahlkriterien und ihrer Gewichtung übersenden (so schon BGH)
  - Abs. 5 S. 2 (neu): Die Gemeinde muss ihre maßgebliche Auswahlgründe künftig stets öffentlich bekannt machen, auch wenn es nur einen Bewerber gab
  - Abs. 5 S. 1 (neu): Die Gemeinde muss alle abgelehnten Bewerber individuell über die Gründe und den frühesten Zeitpunkt des beabs. Vertragsschlusses informieren
- Letzteres wegen der Rügepflicht/Präklusion in § 47 (neu)
- ⇒ Dazu verweise ich auf den Vortrag von Frau Vennewald

- Auf die Wegennutzung für Wasser ist § 46 EnWG nicht anwendbar
  - § 31b Abs. 1 GWB sieht nur eine gewisse Transparenz über die Kartellbehörde nach Vertragsschluss und Anmeldung vor, nicht vor Vertragsschluss
  - Wasserkonzessionsverträge unterfielen „eigentlich“ § 148 GWB (DL-Konzession)
  - Sie vermitteln ausschließliche Rechte und beinhalten Lieferpflichten => Betrauung i.S.v. § 105 Abs. 1 GWB zu bejahen => mein Vortrag bei [enreg.](#) am 06.05.2013
  - Vergaberecht ist aber nicht anwendbar wg. der Bereichsausnahme in § 149 Nr. 9 GWB; ebenso wenig die DLK-Richtlinie (2014/33/EU) wegen der Bereichsausnahme in Art. 12
- Schlussfolgerungen für die Praxis
  - Die vom EuGH aus allgemeinem EU-Primärrecht abgeleiteten Transparenzpflichten bleiben mangels Spezialregelung weiter anwendbar => vgl. *BSS Kap. 104 Rn. 10, 14*
  - Die Gemeinden sind weiterhin zu einer transparenten Vergabe von Wasserkonzessionen verpflichtet



- **Bisher für Strom und Gas in § 46 Abs. 1, 3-5 EnWG geregelt**
  - Abs. 1 gilt für einfache und qualifizierte Wegerechte; Abs. 1 bleibt unverändert
  - Abs. 3 S. 5: Vorrangige Beachtlichkeit der EnWG-Ziele; künftig Abs. 4 S. 1
  - Abs. 4: Gilt auch ggü. einem gemeindeeigenen Bewerber; unveränd., künftig Abs. 6
  - Abs. 5: § 19 GWB (allg. Diskriminierungsverbot) bleibt auf Wegerechte anwendbar (dazu BGH-*„Berkenthin“*, *„Heiligenhafen“*, RdE 2014, 177/191); unveränd., künft. Abs. 7
- **Künftig in § 46 Abs. 4 S. 2, 3 EnWG zusätzliche Präzisierungen**
  - EnWG-Ziele, Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft und des Netzgebiets
  - ⇒ dazu verweise ich auf den Vortrag von Herrn Prof. Lange
  - Forderung in *BR-Drs. 73/1/16*: Inhouse-Privileg zur Bevorzugung eigener Bewerber
  - **Kritik:** § 46 EnWG ist keine Spezialregelung zum allg. Vergaberecht (§§ 97 ff. GWB), sondern zur allg. essential-facility-Regelung in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB, s. nachf.

- Auf die Wegennutzung für Wasser ist § 46 EnWG nicht anwendbar
- Auch nicht das Inhouse-Privileg (§§ 108, 138 GWB) wegen § 149 Nr. 9 GWB
- Deshalb bleibt § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB auf Wegerechte für Wasser anwendbar
  - § 31b Abs. 6 GWB stellt die Anwendbarkeit des § 19 GWB ausdrücklich klar
  - Wegenetz der Gemeinde ist eine sonstige Infrastruktureinrichtung („essential facility“)
  - Wegennutzung ist Voraussetzung für einen Zugang zum nachgelagerten Markt der örtlichen Wasserverteilung und -versorgung („bottle neck“)
  - Bei „essential facilities“ ist eine Bevorzugung verbundener Unternehmen missbräuchlich und diskriminierend => Gleichbehandlung „intern wie extern“
  - Für die Wegennutzung bei Strom und Gas in § 46 EnWG spezialgesetzlich ausgeformt
  - Die Kampagne für eine Bereichsausnahme („Wasser ist ein Menschenrecht“) in Art. 12 DLK-RL, § 149 Nr. 9 GWB erweist sich als ein „Eigentor“: §§ 108, 138 GWB hätten als lex specialis § 19 GWB verdrängt

- **Befristung und Netzübertragungspflicht in § 46 Abs. 2 EnWG**
  - Satz 1: Qual. Wegenutzungsvertrag wie bisher max. 20 Jahre: *BSS Kap. 104 Rn. 19-22*
  - Sätze 2, 3: Bei Nichtverlängerung Pflicht zur Übereignung des Ortsnetzes an das neue EVU; nach dessen Wahl alternativ Verpachtung => dazu *BSS Kap. 104 Rn. 49-52*
  - Zu übertragen sind u.U. auch sog. gemischt genutzte Anlagen: *BGH-“Homberg“, RdE 2015, 29; N&R 2014, 194, m. Anm. Jacob, S. 301*
  - nicht aber, wie z.T. behauptet, alle (vor Netzentflechtung) gemischt genutzten Anlagen, so z.B. *Embacher/Fischer, RdE 2015, 16, 20; Marthol/Wolf, VersorgungW 2014, 262*
  - Anlagen, die durch Netzentflechtung ihrer innerörtlichen Verteilungsfunktion entkleidet und für einen sicheren Regionalnetzbetrieb benötigt werden, bleiben als Durchgangsleitungen beim bish. EVU => *BSS Kap. 104 Rn. 53-61; Jacob, VersorgungW 2015, 86*
  - Novelle ändert am Umfang der Übertragungspflicht nichts: § 46 Abs. 2 S. 2 im RegE unverändert
  - Auch im BR werden insoweit keine Änderungen diskutiert, s. BR-Drs. 73/1/16

- Im BR diskutierte Änderung des § 46 Abs. 2 RegE:
  - Netzübertragung an Vertragsende bzw. an Entscheidung für anderes EVU koppeln
  - ⇒ **Kritik:** Der Netzübertragungsanspruch steht nur dem „neuen EVU“ zu; dazu wird ein Bewerber erst durch einen rechtswirksamen Wegenutzungsvertrag
  - Rechtswirksamkeit ist anspruchsbegründend, Mangel ist eine Einwendung, nicht nur Einrede ⇒ zur primären und sekundären Darlegungslast *Jacob, VersorgW 2015, 86*
  - Forderung nach Ausdehnung der Präklusion auf die Netzübergangspflicht verkennt, dass diese ins Eigentum eingreift; Art. 14 GG erfordert auch einen „prozeduralen Eigentumsschutz“ ⇒ *Papier/Schröder, RdE 2012, 125, 129 f.*
  - damit unvereinbar wäre, wenn eine diskriminierende Auswahlentscheidung der Gemeinde die gesetzliche Übergangspflicht auslöste
  - so zur Präklusion analog § 101a GWB *OLG Karlsruhe, RdE 2014, 342, 349 f., m. Anm. Graßmann, S. 350; Kermel/Wagner, RdE 2014, 221, 227 f.*
  - ⇒ Zur Präklusion verweise ich auf den Vortrag von Frau Vennewald

- **Abfindung durch das neue EVU bisher in § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG geregelt**
  - Relativ offen formuliert: „Wirtschaftlich angemessene Vergütung“
  - Ähnlich offen § 327a AktG beim Squeeze-out: „Angemessene Barabfindung“
  - Orientierung am Substanzwert des Netzes zulässig, außer er läge erheblich über dem Ertragswert, BGHZ 143, 128-„Kaufering“; bestätigt in BGH-„Homberg“ u. „Springe“
- **Künftig wird Abfindung in § 46 Abs. 2 S. 4 (neu) konkretisiert:**
  - Maßgeblich ist „der sich nach den zu erzielenden Erlösen bemessende objektivierte Ertragswert des Energieversorgungsnetzes“
  - Begründung nimmt Bezug auf die o.g. BGH-Entscheidungen und den BKartA-BNetzA-Leitfaden zur Konzessionsvergabe
  - Folglich ist der kalk. Restbuchwert nur der Ausgangspunkt der Bewertung
  - Kalk. abgeschriebene Anlagen brauchen nicht verschenkt werden
  - Zu berücksichtigen sind auch die Ertragsaussichten infolge von Synergien

- Nicht nur diejenigen Synergien, die jeder potentielle Bewerber erzielen kann, nach dem HGB-Vorsichtsprinzip gemäß IDW S 1
- Alle Synergien, die ein „markttypischer Erwerber“ infolge der Netzübernahme erzielen könnte und die, das Nachfragemonopol des neuen EVU hinweggedacht, im Falle einer Auktionierung in den Grenzpreis eingingen => *Kermel, Praxishandbuch, 401 ff., 447 ff.*
- Für die Ertragsbewertung beim Squeeze-Out gem. § 327a AktG betriebsw. anerkannt
- Eine vergleichbare Grenzpreisbetrachtung (Als-Ob-Wettbewerb) liegt BGH-„Kaufering“ zugrunde => *BSS Kap. 104 Rn. 71 f.*
- Unerheblich ist, ob der konkrete Netzerwerber alle diese Synergien erzielen kann („objektivierter Ertragswert“)
- Nach Satz 4 (neu) ist der Substanzwert künftig nicht mehr zu berücksichtigen
  - BGH-„Kaufering“ berücksichtigte ihn in begrenztem Umfang über einen Erheblichkeitszuschlag auf den Ertragswert; üblich bei homogenen Massengütern ca. 5 %, bei inhomogenen Gütern (so auch bei Ortsnetzen) 10-15 %

- Satz 4 n.F. schließt dies aus; orientiert sich zu einseitig am Wettbewerb und Interesse des neuen EVU, berücksichtigt zu wenig den Eigentumsschutz des bisherigen EVU
- Die normative Übereignungspflicht greift erheblich ins Eigentum ein (*Papier/Schröder, RdE 2012, 125 ff.*), vergleichbar dem unfreiwilligen Eigentumsverlust beim Squeeze-Out (*Christ/Jacob, DVBI 2013, 752*)
- Dort verlangt das BVerfG eine „volle Kompensation“ durch den Begünstigten („wahrer Wert“) => neben dem Ertragswert ist ein höherer Substanzwert mit zu berücksichtigen
- In beiden Fällen kann der Betroffene weder den Zeitpunkt des Eigentumsübergangs noch den Erwerber bestimmen (von *Sachse/Ellerbrok, DVBI 2014, 620* ausgeblendet)
- => In beiden Fällen reicht eine rein ertragswertbasierte Abfindung nicht aus, dazu näher BSS Kap. 104 Rn. 77-82
  
- Ab wann ist § 46 Abs. 2 S. 4 (neu) anwendbar?
  - Auf alle Netzübertragungsansprüche, die nach Inkrafttreten der Novelle entstehen
  - Keine Rückwirkung auf schon entstandene Ansprüche; hier gilt BGH-“Kaufering“

- **Prozedurale Fragen**
  - Der Wortlaut des Satz 4 (neu) lässt eine auch nur partielle Berücksichtigung eines höheren Substanzwerts (z.B. bei älteren, aber technisch intakten Netzen) nicht zu
  - Deshalb ist eine verfassungskonforme Auslegung wie beim bisherigen § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG oder bei § 327a AktG ausgeschlossen
  - Deshalb hat ein Gericht, das über einen nach Inkrafttreten entstandenen Übereignungsanspruch zu entscheiden hat, gem. Art. 100 GG dem BVerfG vorzulegen,
  - unabhängig davon, ob das übereignungspflichtige EVU selbst verfassungsbeschwerdebefugt ist; letzteres bei öffentlichen EVU strittig, vgl. *Schmidt-Aßmann, BB 1990, H. 27, Beilage 34; Kühne, JZ 2009, 1071; Pfeifle, N&R 2012, 179, 185*
  - Alternativ kann ein Netzeigentümer, der einer nach Inkrafttreten entstandenen Netzübergangspflicht ausgesetzt ist, unmittelbar Verfassungsbeschwerde gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 90 ff. BVerfGG einlegen
  - Da der BGH insoweit keine verfassungskonforme Auslegung vornehmen kann, bedarf es keiner vorrangigen Rechtsweg-Ausschöpfung



- **Konkurrenz-Fragen**

- § 46 Abs. 2 S. 5 n.F. lässt abweichende Vereinbarungen zwischen dem bisherigen Netzeigentümer und dem neuen EVU zu (Farce; BR-Kritik nicht nachvollziehbar)
- Unklar ist das Verhältnis des neuen Satz 4 zu etwaigen Abfindungsregelungen im alten Wegenutzungsvertrag, soweit sie der Kaufering-Rspr. genügen  
=> dazu *BSS Kap. 104 Rn. 63-69*
- Bleiben sie unberührt, so dass sich der bisherige, nach neuem Recht unterhalb des „wahren Werts“ abgefundene Eigentümer bei der Gemeinde schadlos halten kann?
- Will der neue Satz 4 auch solche konzessionsvertraglichen Abfindungsansprüche auf den objektivierten Ertragswert „deckeln“?
- Dann läge ein weiterer Eigentumseingriff vor, weil ein bestehender vertraglicher Abfindungsanspruch entschädigungslos entzogen würde
- Verletzt auch den Vertrauensschutz: Die Netzeigentümer haben im Vertrauen auf die Abfindungsregelungen im Konzessionsvertrag und die Kaufering-Rspr. investiert  
=> Der neue § 46 Abs. 2 S. 4 wird mit Sicherheit das BVerfG beschäftigen

- **Bisher ist die nachvertragliche KA-Pflicht in § 48 Abs. 4 EnWG geregelt**
  - Auf ein Jahr begrenzt => *BSS Kap. 105 Rn. 51; Kermel, Praxishandb. Kap. 10 Rn. 176*
  - Weitergewährung nur der bisher vereinbarten Konzessionsabgabe, nicht auch der Nebenleistungen i.S.v. § 3 KAV => *Kermel, Praxishandbuch, Kap. 10 Rn. 177 f.*
  - Anders, wenn interimistische Fortgeltung des bisherigen Wegenutzungsvertrags vereinbart => *BSS Kap. 105 Rn. 52; Kermel, Praxishandbuch, Kap. 10 Rn. 179 ff.*
  - Strittig, ob KA-Weiterzahlung nach Bereicherungsrecht => *BSS Kap. 105 Rn. 53 ff.*
- **Künftig zeitlich unbeschränkte KA-Weiterzahlungspflicht nach § 48 Abs. 4 n.F.**
  - Im Detail politisch noch offen, unter welchen Voraussetzungen
  - Problem: Könnte zur Umgehung des transparenten, diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens genutzt werden
  - Details werden wohl noch zwischen BR und BReg abgestimmt