



› Die Reform des § 46 EnWG aus der Sicht der kommunalen Unternehmen

Dr. Andreas Zuber, Geschäftsführer Abteilung Recht,
Finanzen und Steuern VKU

enreg. Workshop, Berlin, 17.03.2016

PROBLEMFELDER

Konzessionsverträge

Problemfelder

- 】 **Welche Informationen müssen den Bewerbern zur Verfügung gestellt werden?** BGH (Urteil vom 14.05.2015 – Az.: EnZR 11/14 – Gasnetz Springe): Auch Angaben zu den kalkulatorischen Restwerten und den kalkulatorischen Nutzungsdauern für sämtliche Anlagen des zu überlassenden Versorgungsnetzes.
- 】 **Wie wird der Netzkaufpreis bemessen?** BGH (Beschluss vom 03.06.2014 - Az.: EnVR 10/13) Zur Berechnung der Vergütung könne sowohl der Ertragswert als auch der Sachzeitwert zugrunde gelegt werden, es sei denn, der Sachzeitwert übersteige den Ertragswert nicht unerheblich.
- 】 **Sind gemischt genutzte Leitungen von der Übereignungspflicht umfasst?** BGH (Beschluss vom 03.06.2014 - Az.: EnVR 10/13): Übereignungsanspruch aus § 46 EnWG kann auch sogenannte gemischt genutzte Leitungen umfassen. Dies gelte zumindest dann, wenn an die gemischt genutzten Mittelspannungsleitungen (Groß-) Kunden im Gemeindegebiet unmittelbar angeschlossen sind.

Konzessionsverträge

Problemfelder (II)

- 】 **Welche Kriterien können der Entscheidung zugrunde gelegt werden?** BGH (Urteile vom 17.12.2013 – Az.: KZR 65/12 und KZR 66/12): Auswahl ist vorrangig an den Zielen des § 1 EnWG auszurichten. Daneben sachgerechte Auswahlkriterien mit Bezug zum Gegenstand des Konzessionsvertrags zulässig, inklusive wirtschaftliche Verwertung des Wegerechts.
- 】 **Welche Anforderungen sind an die Bewertung von Kriterien und an Leistungsverzeichnisse, die auch teilfunktionale Elemente enthalten, zu stellen?** (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 17.04.2014 – Az.: VI-2 Kart 2/13)
- 】 **Welche Konsequenzen haben Verfahrensfehler?** BGH (Urteile vom 17.12.2013 – Az.: KZR 65/12 und KZR 66/12) Verfahrensfehler führen grds. zu Nichtigkeit des Konzessionsvertrages, es sei denn, sie hatten auf das Ergebnis keinen Einfluss oder alle Bewerber hatten die Möglichkeit, ihre Rechte zu wahren.
 - **Wie muss unterlegener Bieter seine Beanstandungen geltend machen?** (vgl. LG München, Hinweisbeschluss vom 11.01.2016 (Az.: 1 HK O 8010/15))

Konzessionsverträge

Problemfelder (III)

- 】 **Was kann in Konzessionsverträgen im Hinblick auf kommunale Energiekonzepte vereinbart werden?**
 - BGH, Urteil v. 07.10.2014 – Az.: EnZR 86/13: *Es ist nicht ausgeschlossen, dass es sich bei der Ausnahmebestimmung in § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV um eine ohnehin überholte Regelung handelt, die jedenfalls seit der Entflechtung von Energieversorgung und Netzbetrieb keine Bedeutung mehr hat.*

- 】 **Was passiert mit dem Wegenutzungsentgelt, wenn die Netzübergabe sich verzögert?**
(BGH Urteil vom 28.02.2002 - Az.: III ZR 328/00; LG Dortmund, Teilurteil vom 19.03.2015 (Az.: 13 O 83/12 Enw))

Konzessionsvergabe

Exkurs: Zulässige Kriterien

- 】 Bei der Auswahl des Unternehmens soll Gemeinde den **Zielen des § 1 EnWG** verpflichtet sein: möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche Versorgung der Allgemeinheit, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht.
- 】 Daneben möglich: **sachgerechte Auswahlkriterien mit Bezug zum Gegenstand des Konzessionsvertrags**, einschließlich zulässige **wirtschaftliche Verwertung** des Wegerechts.
- 】 Weitergehende kommunale Interessen nach derzeitigem Recht **regelmäßig nicht** als Auswahlkriterien zulässig.
- 】 BGH: Gemeinden haben die Möglichkeit, Kriterien **unterschiedlich zu konkretisieren, gewichten und gegeneinander abzuwägen**. Möglichkeit der Gewichtung darf aber nicht dazu führen, dass die Versorgungssicherheit nur unzureichend berücksichtigt wird oder andere Ziele des § 1 EnWG gar nicht aufgenommen werden.

Konzessionsvergabe

Exkurs: Zulässige Kriterien - Streitfälle

】 Beispiele aus Behördenpraxis und Rechtsprechung:

- Bereitschaft zur **Verlegung von Leerrohren** (zulässig, BGH - 17.12.2013 – KZR 66/12)
- **Effizienzwert** (LKartB BW: nur, wenn alle Bewerber im ARegV-Vollverfahren waren)
- **Abschlag auf Netzentgelte** (Monopolkommission: sollte wesentliches Kriterium sein; BNetzA: nicht umsetzbar)
- **Kommunaler Vermögenszuwachs, Höhe des kommunalen Anteils an den Netzen** (nicht zulässig, BGH - 17.12.2013 – KZR 66/12)
- **Schaffung regionaler Standorte** (unzulässig, wenn arbeitsmarktpolitische Ziele damit verfolgt werden, OLG Düsseldorf – 17.04.2014 – VI-2 Kart 2/13)
- **Sicherung gemeindlicher Einflussrechte** (nicht per se unzulässig, darf nicht zur Bevorzugung von Beteiligungsgesellschaften der Gemeinde führen, BGH - 17.12.2013 – KZR 66/12, ganz ablehnend OLG Düsseldorf – 17.04.2014 – VI-2 Kart 2/13)

KABINETTSENTWURF

Kabinettsentwurf

Kriterien der Konzessionsvergabe

】 Kabinettsentwurf vom 02.02.2016:

– „Die Gemeinde ist bei der Auswahl des Unternehmens den Zielen des § 1 Absatz 1 verpflichtet. Unter Wahrung netzwirtschaftlicher Anforderungen, insbesondere der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz, können auch Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft berücksichtigt werden. Bei der Gewichtung der einzelnen Auswahlkriterien ist die Gemeinde berechtigt, den Anforderungen des jeweiligen Netzgebietes Rechnung zu tragen.“

】 Zu begrüßen ist, dass **Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft** im Gesetzestext explizit angesprochen werden. Die Zielsetzung „Ferner soll Belangen der örtlichen Gemeinschaft bei der Auswahl des Unternehmens stärker Rechnung getragen werden können.“ ist ebenfalls zu begrüßen.

】 Umfang und Verhältnis der verschiedenen Kriterien bleibt unklar; klareres Bekenntnis zu kommunalen Spielräumen notwendig!

Kabinettsentwurf

Rechtsschutz

- 】 Kabinettsentwurf sieht einen **Rechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten** vor, mit **zeitlich gestaffelten Rügeverpflichtungen**. Zielsetzung: Vereinfachung und Straffung des Verfahrens.
- 】 Weitgehender Rückgriff auf das einstweilige Verfahren vor den Zivilgerichten für den Rechtsschutz im Verfahren der Vergabe von Gas- und Stromkonzessionen, angereichert mit vergaberechtlichen Elementen. Zeitliche Staffelung der Rügeverpflichtungen kann dabei zum gegenteiligen Effekt führen.
- 】 Notwendig ist rasche und abschließende Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Verfahrens. Dies ist am besten durch einen **Rechtsschutz vor den Vergabekammern** zu gewährleisten.

Kabinettsentwurf

weitere Themen

- 】 *Netzkaufpreis: „Für die wirtschaftlich angemessene Vergütung ist der sich nach den zu erzielenden Erlösen bemessende objektivierte Ertragswert des Energieversorgungsnetzes maßgeblich. Die Möglichkeit zur Einigung auf eine anderweitig basierte Vergütung bleibt unberührt.“*
- 】 **Auskunftsansprüche:** Informationen über die technische und wirtschaftliche Situation des Netzes entsprechend BGH, Urteil vom 14.05.2015 – Az.: EnZR 11/14 – Gasnetz Springe.
- 】 **Weiterzahlung der Konzessionsabgabe** auch ein Jahr nach Ablauf des Konzessionsvertrages, es sei denn die Gemeinde hat es unterlassen, ein Verfahren nach § 46 Absatz 3 bis 5 durchzuführen.

Kabinettsentwurf

Anwendung der Dienstleistungskonzessionsrichtlinie

- 】 Sind Strom- und Gaskonzessionen Dienstleistungskonzessionen i.S. des Europarechts und gilt insoweit nicht GWB-Vergaberecht? Das Bundeswirtschaftsministerium lehnt eine Anwendung der Dienstleistungskonzessionsrichtlinie (2014/23/EU) auf Konzessionsverträge unter Verweis auf deren Erwägungsgrund 16 ab. Im Hinblick auf Entstehungsgeschichte der Richtlinie und Intention der Regelungen erscheint dies überzeugend.
- 】 OLG Düsseldorf (B. v. 15.07.2015 – Az.: VI-2 Kart 1/15 (V) vertritt ohne jede Begründung die andere Ansicht, in der Literatur gibt es inzwischen verschiedene Begründungen.
- 】 Folgen: ggf. unmittelbare Anwendung der Dienstleistungskonzessionsrichtlinie.
 - Steht Dienstleistungskonzessionsrichtlinie strengeren nationalen Regelungen in § 46 EnWG entgegen?
 - Regelung zu Kriterien im Einklang mit den vergaberechtlichen Vorgaben (sowohl OLG Düsseldorf B. v. 15.07.2015 – Az.: VI-2 Kart 1/15 (V) ?

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.



Dr. Andreas Zuber

Geschäftsführer

Abteilung Recht, Finanzen und Steuern

Verband kommunaler Unternehmen e.V.

Invalidenstraße 91

10115 Berlin

Fon +49 30 58580-130

Fax +49 30 58580-103

www.vku.de

zuber@vku.de