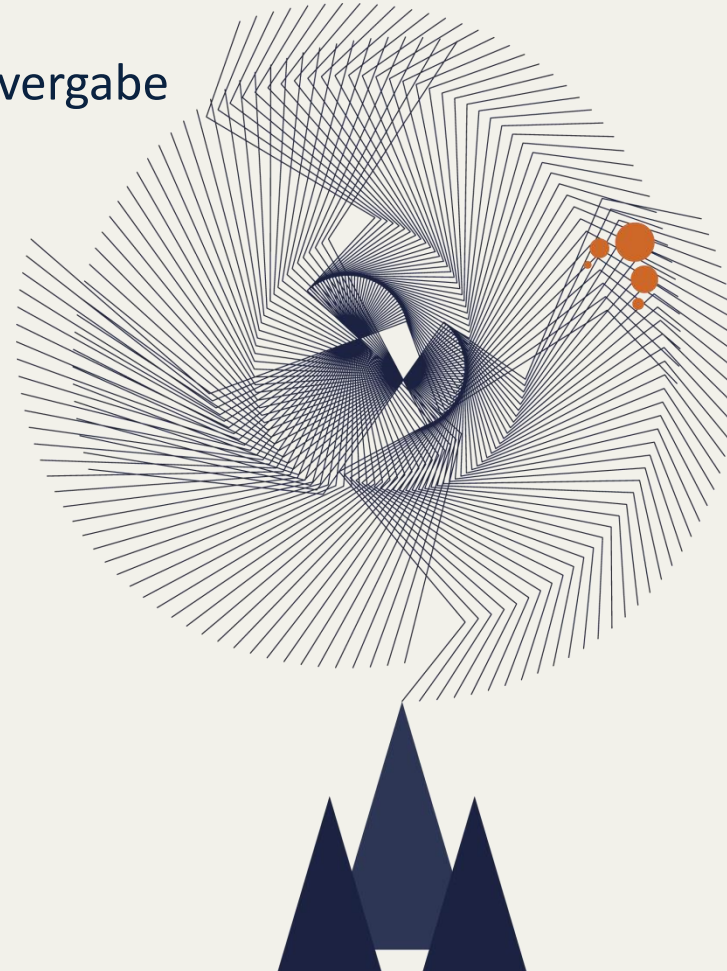


# / Die Neuregelungen des Netz(teils)übergangs in §§ 46 – 48 EnWG

Workshop – Die aktuellen Fragen der Konzessionsvergabe  
nach Neufassung der §§ 46 ff. EnWG - enreg

Berlin, 23.03.2017

Dr. Cornelia Kermel



Alicante  
Berlin  
Bratislava  
Brüssel  
Budapest  
Bukarest  
Dresden  
Düsseldorf  
Frankfurt/M.  
London  
Moskau  
München  
New York  
Prag  
Warschau

[noerr.com](http://noerr.com)

# / Überblick

- Keine Privilegierung von Eigenbetrieben
- „Konkretisierung“ des Netzkaufpreises (objektivierter Ertragswert), § 46 Abs. 2 S. 4
- Konkretisierung des gesetzlichen Auskunftsanspruchs, § 46a
- Pflicht zur Fortzahlung der vollen Konzessionsabgabe über die Jahresfrist hinaus, § 48
- Berücksichtigung von „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ in den Auswahlkriterien, § 46 Abs. 4 S. 2
- Einführung eines Rügeregimes, § 47
- Übergangsbestimmung, § 118 Abs. 20

# / Keine Privilegierung von Eigenbetrieben

## ➤ **Klare Absage an Inhouse-Vergabe** durch die Bundesregierung:

- ▷ Durchführung eines vergabeähnlichen Verfahrens immer notwendig vor Zuweisung der Wegenutzungsrechte an einen kommunalen Eigenbetrieb
- ▷ Kein „Ewigkeitsrecht“ der Kommunen
  - Befürchtung, dass Verteilernetz im natürlichen Monopol zum Nachteil von Verbraucher, Gewerbe und Industrie nicht hinzunehmenden Qualitätsverlust erleiden würde
- ▷ Kommune kann den Netzbetrieb übernehmen, wenn sie der geeignetste Bewerber ist
- ▷ Der in § 46 EnWG verankerte Wettbewerb „um das Netz“ darf nicht zur Disposition stehen
  - Sicherstellung eines hohen Qualitätsstandards, der für einen zuverlässigen Netzbetrieb dringend erforderlich ist

## ➤ **Begründung:**

- ▷ Zwar sieht Konzessionsrichtlinie (2014/23/EU) ausdrücklich eine Ausnahme vom EU-Vergaberecht für Inhouse-Vergaben vor,
- ▷ jedoch gilt die Richtlinie nach Erwägungsgrund 16 nicht für Wegenutzungsverträge im Sinne von § 46 EnWG

## / „Konkretisierung“ des Netzkaufpreises, § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG

*„Werden solche Verträge nach ihrem Ablauf nicht verlängert, so ist der bisher Nutzungsberechtigte verpflichtet, seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen **gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung** zu übereignen. (...). **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.**“*

§ 46 Abs. 2 Satz 2, 4 und 5 EnWG n.F.

## / Konkretisierung des gesetzlichen Auskunftsanspruchs (Grundsatz)

*„Der bisherige Nutzungsberechtigte ist verpflichtet, der Gemeinde spätestens ein Jahr vor Bekanntmachung der Gemeinde nach § 46 Absatz 3 diejenigen Informationen über die technische und wirtschaftliche Situation des Netzes zur Verfügung zu stellen, die für eine Bewertung des Netzes im Rahmen einer Bewerbung um den Abschluss eines Vertrages nach § 46 Absatz 2 Satz 1 erforderlich sind.“*

§ 46a Satz 1 EnWG n.F.

# / Konkretisierung des gesetzlichen Auskunftsanspruchs (Inhalt)

*„Zu den Informationen über die wirtschaftliche Situation des Netzes gehören **insbesondere***

*1. die im Zeitpunkt der Errichtung der Verteilungsanlagen jeweils erstmalig aktivierten **Anschaffungs- und Herstellungskosten** gemäß § 255 des Handelsgesetzbuchs,*

*2. das **Jahr der Aktivierung der Verteilungsanlagen,***

*3. die jeweils in Anwendung gebrachten **betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauern** und*

*4. die jeweiligen **kalkulatorischen Restwerte und Nutzungsdauern** laut den betreffenden Bescheiden der jeweiligen Regulierungsbehörde.*

*Die Bundesnetzagentur kann im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt Entscheidungen über den Umfang und das Format der zur Verfügung zu stellenden Daten durch Festlegung gegenüber den Energieversorgungsunternehmen treffen.“*

§ 46a Satz 2 und 3 EnWG n.F.

## / Fortzahlung der Konzessionsabgabe nach Vertragsablauf, § 48 Abs. 4

*„Die Pflicht zur Zahlung der vertraglich vereinbarten Konzessionsabgaben besteht auch nach Ablauf des Wegenutzungsvertrages **bis zur Übertragung der Verteilungsanlagen auf einen neuen Vertragspartner** nach § 46 Absatz 2 fort. Satz 1 gilt nicht, wenn die Gemeinde es **unterlassen** hat, ein Verfahren nach § 46 Absatz 3 bis 5 durchzuführen.“*

§ 48 Abs. 4 EnWG n.F.

## / Berücksichtigung von „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“

*„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.“*

§ 46 Abs. 4 Satz 2 EnWG n.F.



## / Rügeobliegenheit, Präklusion (Grundsatz)

*„(1) Jedes beteiligte Unternehmen kann eine **Rechtsverletzung** durch Nichtbeachtung der Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens nach § 46 Absatz 1 bis 4 **nur geltend machen, soweit** es diese nach Maßgabe von Absatz 2 **gerügt** hat. Die Rüge ist in Textform gegenüber der Gemeinde zu erklären und zu begründen.“*

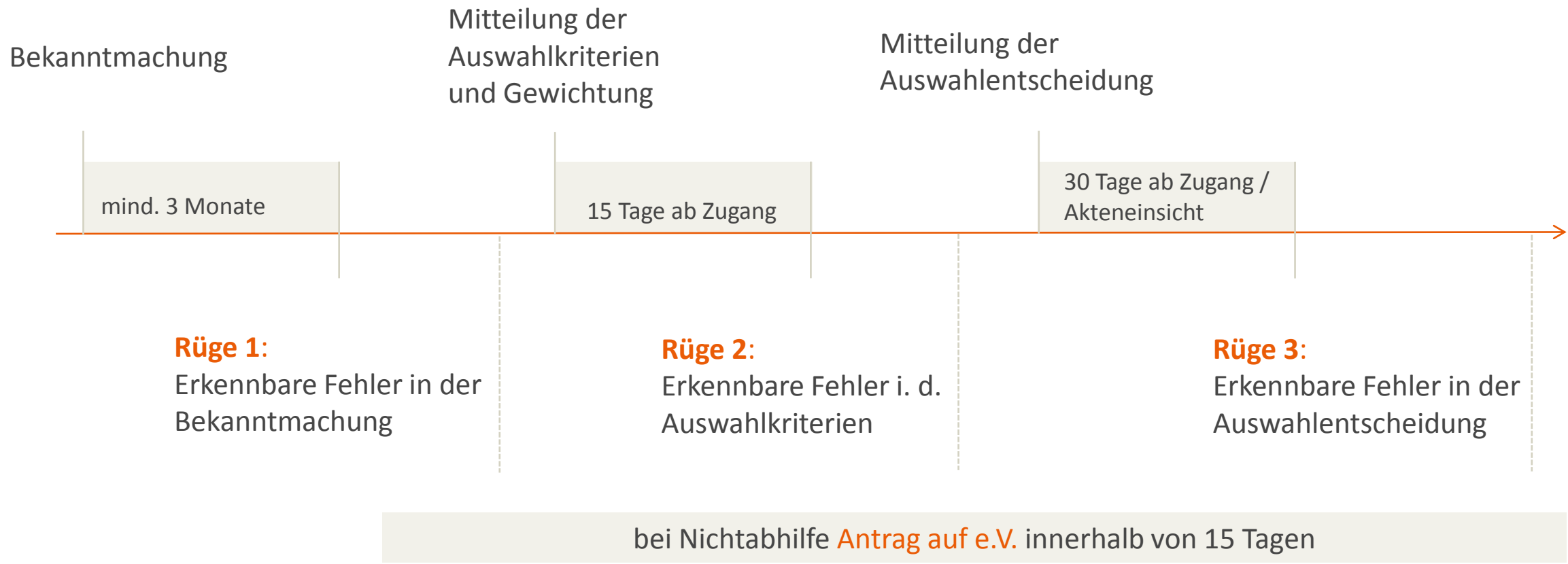
§ 47 Abs. 1 EnWG n.F.

## / Rügeobliegenheit, Präklusion (Rügezeitpunkte)

*„(2) **Rechtsverletzungen**, die **aufgrund einer Bekanntmachung** nach § 46 Absatz 3 erkennbar sind, sind innerhalb der Frist aus § 46 Absatz 4 Satz 4 zu rügen. Rechtsverletzungen, die **aus der Mitteilung nach § 46 Absatz 4 Satz 4** erkennbar sind, sind innerhalb von 15 Kalendertagen ab deren Zugang zu rügen. Rechtsverletzungen **im Rahmen der Auswahlentscheidung**, die aus der Information nach § 46 Absatz 5 Satz 1 erkennbar sind, sind innerhalb von 30 Kalendertagen ab deren Zugang zu rügen. Erfolgt eine Akteneinsicht nach Absatz 3, beginnt die Frist nach Satz 3 für den Antragsteller erneut ab dem ersten Tag, an dem die Gemeinde die Akten zur Einsichtnahme bereitgestellt hat.“*

§ 47 Abs. 2 EnWG n.F.

# / Rügeobliegenheit der Bewerber



Vertragsschluss erst nach Ablauf der letzten Rügefrist und Frist zur Beantragung einer einstweiligen Verfügung zulässig

## / Rügeobliegenheit, Präklusion (Akteneinsicht für Rüge)

*„(3) Zur Vorbereitung einer Rüge nach Absatz 2 Satz 3 hat die Gemeinde jedem beteiligten Unternehmen auf Antrag Einsicht in die Akten zu gewähren und auf dessen Kosten Ausfertigungen, Auszüge oder Abschriften zu erteilen. Der Antrag auf Akteneinsicht ist in Textform innerhalb einer Woche ab Zugang der Information nach § 46 Absatz 5 Satz 1 zu stellen. Die Gemeinde hat die Einsicht in die Unterlagen zu versagen, soweit dies zur Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen geboten ist.“*

§ 47 Abs. 4 EnWG n.F.

## / Rügeobliegenheit, Präklusion (Entscheidung über Rüge)

*„(4) Hilft die Gemeinde der Rüge nicht ab, so hat sie das rügende Unternehmen hierüber in Textform zu informieren und ihre Entscheidung zu begründen.*

*(5) Beteiligte Unternehmen können gerügte Rechtsverletzungen, denen die Gemeinde nicht abhilft, nur innerhalb von 15 Kalendertagen ab Zugang der Information nach Absatz 4 vor den ordentlichen Gerichten geltend machen. Es gelten die Vorschriften der Zivilprozessordnung über das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung. Ein Verfügungsgrund braucht nicht glaubhaft gemacht zu werden.*

*(6) Ein Vertrag nach § 46 Absatz 2 darf erst nach Ablauf der Fristen aus Absatz 2 Satz 3 und Absatz 5 Satz 1 geschlossen werden.“*

§ 47 Abs. 4 bis 5 EnWG n.F.

# / Rügeregime in laufenden Konzessionierungsverfahren

*„§ 47 ist auf Verfahren zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung, in denen am **3. Februar 2017** von der Gemeinde bereits Auswahlkriterien samt Gewichtung im Sinne des § 46 Absatz 4 Satz 4 bekannt gegeben wurden mit der Maßgabe anwendbar, dass die in § 47 Absatz 2 Satz 1 bis 3 genannten Fristen mit Zugang einer Aufforderung zur Rüge beim jeweiligen Unternehmen beginnen.“*

§ 118 Abs. 20 EnWG n.F.

# / Einführung eines „Rügeverfahrens“

## **Begründung des Gesetzgebers für das Rügeregime:**

- Zügige Geltendmachung von Fehlern im Konzessionierungsverfahren
- Erhöhen der Qualität und Rechtssicherheit
- Entlastung der Gerichte

## **Können diese Ziele erreicht werden?**

# / Erfüllt das Rügeregime die daran gestellten Anforderungen? (1)

## I. Zügige Geltendmachung von Fehlern im Konzessionierungsverfahren?

- ✓ durch Verpflichtung jedes Bewerbers, in einem einzigen Konzessionierungsverfahren an bis zu **drei Zeitpunkten** Rügen bei der Gemeinde zu erheben und anschließend im Falle der Nichtabhilfe einstweilige Verfügungen bei Gericht zu beantragen
- ✗ gilt allerdings nur für „erkennbare“ Fehler. Es bleibt das Risiko „nicht erkennbarer Fehler“
- ✗ Gefahr der Verzögerung durch restriktive Haltung der Gemeinden. Verlagerung ins Hauptsacheverfahren



# / Erfüllt das Rügeregime die daran gestellten Anforderungen? (2)

## II. Schafft es Qualität und Rechtssicherheit in Verfahren?

- ✓ durch Verpflichtung jedes Bewerbers, in einem einzigen Konzessionierungsverfahren an bis zu **drei Zeitpunkten** Rügen bei der Gemeinde zu erheben und anschließend im Falle der Nichtabhilfe einstweilige Verfügungen bei Gericht zu beantragen
- ✗ gilt allerdings nur für „erkennbare“ Fehler. Es bleibt das Risiko „nicht erkennbarer Fehler“
- ✗ Gefahr der Verzögerung durch restriktive Haltung der Gemeinden. Verlagerung ins Hauptsacheverfahren
- ✗ Lücken im Gesetz

# / Erfüllt das Rügeregime die daran gestellten Anforderungen? (3)

## III. Entlastet es die Gerichte?

- ✓ durch Verpflichtung jedes Bewerbers, in einem einzigen Konzessionierungsverfahren an bis zu **drei Zeitpunkten** Rügen bei der Gemeinde zu erheben und anschließend im Falle der Nichtabhilfe einstweilige Verfügungen bei Gericht zu beantragen
- ✗ durch Verpflichtung jedes Bewerbers, in einem einzigen Konzessionierungsverfahren an bis zu **drei Zeitpunkten** einstweiligen Rechtsschutz zu beantragen
- ✗ Gefahr der Verzögerung durch restriktive Haltung der Gemeinden in Bezug auf die vom „unterlegenden“ Bewerber beantragte Akteneinsicht
- ✗ Verfahrensablauf nach I. Instanzlicher Entscheidung über e.V. nicht geregelt

/ Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



**Dr. Cornelia Kermel**

Rechtsanwältin

Partner

+49 30 20942362

[cornelia.kermel@noerr.com](mailto:cornelia.kermel@noerr.com)

# / Standorte

## Alicante

Noerr Alicante IP, S.L.  
Avenida México 20  
03008 Alicante  
Spanien  
T +34 965 980480

## Berlin

Noerr LLP  
Charlottenstraße 57  
10117 Berlin  
Deutschland  
T +49 30 20942000

## Bratislava

Noerr s.r.o.  
AC Diplomat  
Palisády 29/A  
81106 Bratislava  
Slowakische Republik  
T +421 2 59101010

## Brüssel

Noerr LLP  
Boulevard du Régent 47-48  
1000 Brüssel  
Belgien  
T +32 2 2745570

## Budapest

Kanzlei Noerr & Partner  
Fő utca 14-18  
1011 Budapest  
Ungarn  
T +36 1 2240900

## Bukarest

S.P.R.L. Menzer & Bachmann - Noerr  
Str. General Constantin  
Budişteanu nr. 28 C, Sector 1  
010775 Bukarest  
Rumänien  
T +40 21 3125888

## Dresden

Noerr LLP  
Paul-Schwarze-Straße 2  
01097 Dresden  
Deutschland  
T +49 351 816600

## Düsseldorf

Noerr LLP  
Speditionstraße 1  
40221 Düsseldorf  
Deutschland  
T +49 211 499860

## Frankfurt am Main

Noerr LLP  
Börsenstraße 1  
60313 Frankfurt am Main  
Deutschland  
T +49 69 9714770

## London

Noerr LLP  
Tower 42  
25 Old Broad Street  
London EC2N 1HQ  
Großbritannien  
T +44 20 75624330

## Moskau

Noerr OOO  
1-ya Brestskaya ul. 29  
Pf. 247  
125047 Moskau  
Russische Föderation  
T +7 495 799 56 96

## München

Noerr LLP  
Briener Straße 28  
80333 München  
Deutschland  
T +49 89 286280

## New York

Noerr LLP  
Representative Office  
885 Third Avenue, Suite 2610  
New York, NY 10022  
USA  
T +1 212 4331396

## Prag

Noerr s.r.o.  
Na Poříčí 1079/3a  
110 00 Prag 1  
Tschechische Republik  
T +420 233 112111

## Warschau

Noerr Menzer Sp.k.  
Al. Armii Ludowej 26  
00-609 Warschau  
Polen  
T +48 22 5793060

info@noerr.com  
www.noerr.com  
© Noerr LLP