

Achim Zimmermann, Kai-Markus Schenek\*

## Neue Regelungen zur Konzessionsvergabe in der Strom- und Gasversorgung im Rahmen der Novelle der §§ 46 ff. EnWG

Der Bundestag hat am 01.12.2016 das Gesetz zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung beschlossen. Die Verkündung im Bundesgesetzblatt erfolgte am 2. Februar 2017.<sup>1</sup> Die neuen gesetzlichen Vorgaben zur Vergabe kommunaler Wegenutzungsverträge im Energiebereich sind am 3. Februar 2017 in Kraft getreten. Die bisherigen Regelungen der §§ 46, 48 EnWG wurden überarbeitet bzw. durch Regelungen der §§ 46 a, 47 EnWG ersetzt und/oder ergänzt. Ziel der Reform ist die Reduzierung des bisherigen Konfliktpotenzials bei der Vergabe von Netzkonzessionen durch Verbesserung bzw. Konkretisierung der gesetzlichen Rahmenbedingungen.<sup>2</sup>



Foto: Rainer Sturm/PIXELO

Neben der Konkretisierung der Pflicht zur Auskunftserteilung wurden im Rahmen der Überarbeitung Rügeobliegenheiten vorgegeben. Ferner wurde die Zahlung zur Konzessionsabgabe nach KAV auch im Falle von Streitigkeiten über den Netzübergang geregelt, falls ein Verfahren nach § 46 Abs. 3 bis 5 EnWG von Seiten der Gemeinde angestrengt wurde. Zudem wurde der objektivierte Ertragswert als Regelfall zur Ermittlung des Kaufpreises geregelt.<sup>3</sup> Darüber hinaus lässt der Gesetzeswortlaut ausdrücklich zu, dass auch Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im

Rahmen der Vergabe von Wegenutzungsrechten zu berücksichtigen sind.<sup>4</sup>

### Auskunftsanspruch

Im bisherigen EnWG war der Auskunftsanspruch in § 46 Abs. 2 Satz 4 und 5 EnWG (a.F.) geregelt. Diese Regelungen gehen nunmehr in der eigenständigen Neuregelung des § 46 a Satz 1 und Satz 3 EnWG auf. Der bisherige Informationsanspruch der Gemeinde wurde in der Neuregelung des § 46 a S. 2 EnWG konkretisiert. Zeitpunkt und Umfang des Informa-

tionsanspruchs der Gemeinde wurden konkret normiert.<sup>5</sup> So sind jetzt auch kalkulatorische Netzdaten herauszugeben. Schließlich bilden Daten zur wirtschaftlichen und technischen Situation des Netzes eine der wesentlichen Grundlagen für die Entscheidung von (Mit)Bewerbern, an einem Konzessionsverfahren teilzunehmen. Deshalb ist die Herausgabe entsprechender Daten zur Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens durch die Gemeinde von wesentlicher Bedeutung. Zu beachten ist, dass die Aufzählung in § 46 a Satz 2 EnWG gerade nicht abschließend ist, da es sich um eine „insbesondere“-Aufzählung“ handelt. So wird auch in der Gesetzesbegründung ausdrücklich klargestellt, dass die Vorgabe nicht abschließend ist. Tatsächlich sind sämtliche im Einzelfall zur Verfügungstehenden Daten an die Gemeinde herauszugeben.<sup>6</sup>

### Akteneinsichtsrecht

In § 47 Abs. 3 EnWG wurde im Zusammenhang mit der gesetzlichen Normie-

\* Die Rechtsanwälte Achim Zimmermann und Kai-Markus Schenek sind Fachanwälte für Verwaltungsrecht und Partner der Kanzlei iuscomm Rechtsanwälte – Schenek und Zimmermann Partner GmbH in Stuttgart.

rung von Rügeobliegenheiten auch das Akteneinsichtsrecht von Unternehmen gegenüber Gemeinden gesetzlich geregelt. Nach der Gesetzesbegründung setzte die Rügeobliegenheit voraus, dass dem unterlegenen Bewerber zügige Informationen über sämtliche Tatsachen zugänglich gemacht werden; die eine Verletzung in seinen Rechten begründen könnten.<sup>7</sup> Der Antrag auf Akteneinsicht ist nach Satz 2 der Regelung in Textform innerhalb einer Woche ab Information über die Ablehnung des Angebots nach § 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG vom Unternehmen zu stellen. Freilich sind Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse von Seiten der Gemeinde zu wahren. Die 30-tägige Rügefrist beginnt ab dem Tag erneut, an dem die Gemeinde die angeforderten Akten zur Einsichtnahme bereitstellt.

Die Regelung versucht, der bisherigen Rechtsprechung zur Gewährung von Akteneinsicht Rechnung zu tragen. Von Interesse ist dabei für unterlegene Bewerber insbesondere die Einsicht in das Angebot des obsiegenden Bewerbers um eine Konzession. Die Neuregelung dürfte hierzu aber nur bedingt zielführend sein. Zum einen wurde in der Rechtsprechung entschieden, dass keine Pflicht besteht, unterlegenen Bietern Einsicht in Angebote obsiegender Bieter zu gewähren.<sup>8</sup> Zum anderen ergibt sich bereits aus § 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG die Verpflichtung der Gemeinde, die Unternehmen, deren Angebote nicht angenommen werden sollen, über die Gründe der vorgesehenen Ablehnung ihres Angebots zu informieren. Gerade die Darlegung der Gründe für die Ablehnung ist aber ausreichend, um aus Sicht eines unterlegenen Bewerbers prüfen zu können, ob die Ablehnung des Angebotes zu Recht erfolgte oder nicht. Hinzu kommt, dass in der Praxis gerade die Abgrenzung zwischen schützenswerten Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und der Frage, welche Informationen aus dem Angebot des obsiegenden Bieters offengelegt werden dürfen, höchst problematisch ist. Um nicht gegen das Gebot zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zu verstoßen, werden sich Gemeinden auch in Zukunft mit der Herausgabe von Informa-

tionen, insbesondere über das Angebot des obsiegenden Bieters sehr zurückhalten (müssen). Ferner ist auch künftig zu erwarten, dass der obsiegende Bewerber sein Angebot insgesamt als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis betrachtet und entsprechend schwärzt. Gerade im einstweiligen Rechtsschutzverfahren ist aber das Zivilgericht auf die Vorlage von Akten durch die Gemeinde angewiesen, da im Vergleich zum Kartellvergabeverfahren die Akten dem Gericht nicht vorliegen und auch nicht der Amtsermittlungsgrundsatz zur Sachverhaltsfeststellung angewandt wird. Das Zivilgericht ist also im einstweiligen Rechtsschutzverfahren auf die Vorlage von Informationen durch die Gemeinde angewiesen. Diese wird aber häufig keine oder nur geringe Informationen im Hinblick auf das Angebot des obsiegenden Bewerbers preisgeben (können), nachdem sich die obsiegenden Bieter in der Praxis regelmäßig auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse (zu Recht) berufen und die Preisgabe von Informationen durch Schwärzung untersagen.

### **Wertung, Gewichtung und Auswahlentscheidung der Gemeinde**

Wenn der Bundesgesetzgeber in der Gesetzesbegründung bezüglich des Erfüllungsaufwands der Verwaltung im Zuge der Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung (Strom und Gas) mit einem lapidaren Satz unterstellt, dass für die Verwaltung und damit den Städten und Gemeinden kein „nennenswerter Mehraufwand“ entsteht, steht dies eklatant im Widerspruch zur Realität. Denn eine Konkretisierung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung bei der Vergabe der Konzessionen an eines der interessierten Unternehmen hat der Gesetzgeber abermals zu Lasten der Städte und Gemeinden nicht vorgenommen und lädt damit diesen das vollständige Risiko der Konzessionsvergabe auf. Mit dem Hinweis in § 46 Abs. 4 Satz 2 EnWG bei der Auswahl des Unternehmens auch Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft berücksichtigen zu können, wird für die

Gemeinde im Rahmen der Wertung ein Ermessensspielraum eröffnet. Dieser muss dann von der Gemeinde aber auch fehler- und diskriminierungsfrei ausgefüllt werden. Zur Klärung der Frage, wie dies umgesetzt werden kann, verweist der Gesetzgeber in seiner Begründung lediglich darauf, dass die Vorgabe eines konkreten Kriterienkatalogs zur Schaffung von mehr Klarheit für die Rechtsanwender die Gefahr berge, in Anbetracht der mittlerweile hierzu ergangenen Rechtsprechung neue Rechtsicherheiten zu schaffen.<sup>9</sup> Es sei daher sachgerecht, der Gemeinde einen weiten Entscheidungsspielraum zu überlassen und die Konkretisierung der einzelnen Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG (Versorgungssicherheit, Preisgünstigkeit, Verbraucherfreundlichkeit, Effizienz und Umweltverträglichkeit) durch die Praxis und die Auslegung durch die Rechtsprechung zuzulassen. Deutlicher kann kaum formuliert werden, dass den Städten und Gemeinden eine Hilfestellung durch den Bundesgesetzgeber versagt bleibt.<sup>10</sup> Immerhin nennt der Gesetzgeber als denkbare Beispiele für Auswahlkriterien als Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft stichwortartig die Laufzeit und Modelle, die bessere Koordinierung von Baumaßnahmen mit weiteren Sparten (z. B. Wasserleitungen) sowie die Zahlung der höchstmöglichen Konzessionsabgabe nach der Konzessionsabgabenverordnung.<sup>11</sup> Wie diese Unterkriterien bewertet, gewichtet und konkretisiert werden müssen, bleibt den Städten und Gemeinden überlassen. Die Gewichtung und Wertung wird daher auch künftig äußerst streitbehaftet sein.

### **Informationsanspruch und Rückpflichten der Konzessionsbewerber**

Ähnlich wie in Vergabeverfahren oberhalb der EU-Schwellenwerte begründet die Neufassung des § 46 Abs. 4 Satz 4 und Abs. 5 EnWG Informationsansprüche der Konzessionsbewerber. Die Gemeinde hat nunmehr jedem Unternehmen, welches sein Interesse an der Konzession fristgemäß bekundet, die Auswahlkriterien und deren Gewichtung in



Textform mitzuteilen. Damit sollen etwaige Verstöße der Gemeinde bei der Aufstellung und Gewichtung der Auswahlkriterien früh für die Bewerber erkennbar werden.

Ebenso haben die Städte und Gemeinden analog des Rechtsgedankens des § 134 GWB (§ 101a GWB alt) die Unternehmen, deren Angebote nicht angenommen werden sollen, über die Gründe der vorgesehenen Ablehnung ihres Angebotes und über den frühesten Zeitpunkt des beabsichtigten Vertragsschlusses in Textform zu informieren (§ 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG). Diese Entscheidung hat die Gemeinde mit den maßgeblichen Gründen zudem öffentlich bekannt zu machen. Strittig wird in der Praxis die Frage bleiben, wie umfangreich die Ausführungen im Informationsschreiben an die unterlegenen Konzessionsbewerber sein müssen. Gemäß der hierzu bislang ergangenen Rechtsprechung muss der Informationsgehalt so umfassend sein, dass die unterlegenen Konzessionsbewerber erkennen können, warum sie bezüglich der entscheidenden Kriterien schlechter als der Bewerber, der den Zuschlag erhalten soll, bewertet wurden.<sup>12</sup> Der Informationsanspruch der unterlegenen Bewerber steht in einem Spannungsverhältnis. Den Bewerbern der Konzession kann der Umfang nicht groß genug sein. Andererseits drohen die Gemeinden überbeansprucht zu werden.

Letztlich muss die Informationsauskunft so konkret werden, dass der unterlegene Bewerber seine Rügepflicht sachgerecht ausgestalten kann. Der Hinweis in der Gesetzesbegründung, dass der unterlegene Bewerber den „bestmöglichen Einblick in die Erwägungen der Gemeinde für deren diskriminierungsfreie Sachentscheidung“ erhalten muss, erhöht das Angriffspotenzial gegen die Gemeinde erheblich.<sup>13</sup> Da es sich bei der Formulierung des „bestmöglichen Einblickes“ in der Begründung des Gesetzgebers zu § 46 Abs. 5 EnWG um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, wird sich die Intensität der gerichtlichen Auseinandersetzungen deutlich erhöhen. Im Grundsatz begrüßenswert ist die Aufnahme von konkreten Rügepflichten der Konzessionsbewerber, die mit den Informationspflichten der Gemeinde korrespondieren. Da je nach Verfahrensabschnitt unterschiedliche Rügepflichten und Rügefristen in § 47 EnWG vom Gesetzgeber neu aufgenommen worden sind, müssen diese präzise berücksichtigt werden, um Fehler zu vermeiden:

- (1) Erkennbare Rechtsverletzungen aus der Bekanntmachung im Bundesanzeiger sind innerhalb von drei Monaten zu rügen.
- (2) Erkennbare Rechtsverletzungen, die sich aus der Mitteilung der Auswahlkriterien einschließlich ihrer Ge-

wichtung – im Regelfall ist dies die Übersendung des Verfahrensbriefes – ergeben, sind innerhalb von 15 Kalendertagen ab deren Zugang beim Bewerber von diesem zu rügen.

- (3) Erkennbare Rechtsverletzungen aus dem Informationsschreiben über die Auswahlentscheidung an die unterlegenen Konzessionsbewerber sind von diesen innerhalb von 30 Kalendertagen ab dem Zugang des Schreibens beim Bewerber zu rügen.
- (4) Ein Antrag auf Akteneinsicht ist vom Konzessionsbewerber in Textform innerhalb einer Woche ab Zugang des Informationsschreibens über die Auswahlentscheidung vom unterlegenen Bewerber zu stellen. Ist von einem unterlegenen Bewerber rechtzeitig ein Antrag auf Akteneinsicht gestellt worden, beginnt die Frist von 30 Kalendertagen (siehe oben Nr. 3) ab dem ersten Tag, an dem die Gemeinde die Akten zur Einsichtnahme bereitgestellt hat, erneut zu laufen.

Rügen der Bewerber gegenüber der Gemeinde sind in Textform zu erklären und zu begründen. Eine Verfristung der Rügeobliegenheit seitens der Bewerber führt zu einer Präklusion und damit zu einer Nichtbeachtung der (verspätet) erhobenen Rüge.

Hilft die Gemeinde einer (rechtzeitig) gestellten Rüge nicht ab, so hat die Gemeinde die Unternehmen hierüber in Textform zu informieren und ihre Entscheidung zu begründen (§ 47 Abs. 4 EnWG). Hiergegen kann ein Bewerber wiederum nur dann vorgehen, wenn er innerhalb von 15 Kalendertagen ab Zugang der Information, dass der Rüge nicht abgeholfen wird, vor den ordentlichen Gerichten, d. h. der Zivilgerichtsbarkeit, die behauptete Rechtsverletzung im einstweiligen Rechtsschutz gemäß den Vorschriften der Zivilprozessordnung geltend macht. Zu Gunsten der Konzessionsbewerber hat der Gesetzgeber eine Verfahrenserleichterung aufgenommen, indem der für einen Antrag im einstweiligen Rechtsschutz erforderliche Verfügungsgrund vom Antragsteller nicht glaubhaft gemacht werden muss. Soweit ein Kon-

zessionsbewerber bereits mit Veröffentlichung der Bekanntmachung im Bundesanzeiger, der Übersendung der Auswahlkriterien einschließlich ihrer Gewichtung durch den Verfahrensbrief sowie nach Zugang des Informationsschreibens über dessen Nichtberücksichtigung bei der Auswahl und – nach erfolgtem Antrag auf Akteneinsicht – jeweils Rügen erheben kann, drohen künftig innerhalb eines Konzessionsverfahrens bis zu vier gerichtliche Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz gegen die Gemeinde! Vorausgesetzt, dass die Gemeinde der jeweils erhobenen Rüge entweder im Ganzen oder in Teilen nicht abhilft. Dies zeigt, dass zwar im Grundsatz aus kommunaler Sicht die Aufnahme von konkreten Rügeobliegenheiten der Konzessionsbewerber zu begrüßen ist. Gleichwohl verbleibt ein äußerst fader Beigeschmack in der Aussicht auf das verbleibende Konflikt- und Streitpotenzial.

**Wirtschaftlich angemessene Vergütung**

Der neue § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG normiert den objektivierten Ertragswert als maßgeblichen Wert zur Bestimmung der wirtschaftlich angemessenen Vergütung, die als Gegenleistung für die Übereignung des Netzes vom neuen Konzessionär an den Altkonzessionär zu entrichten ist. Zurück geht die Klarstellung des Bundesgesetzgebers auf die vielfältige Rechtsprechung, die im Zusammenhang mit der Heranziehung der unterschiedlichen Bewertungsmöglichkeiten anhand des Ertragswertes oder des Sachzeitwertes ergangen ist. Mit der sogenannten „Kaufering“-Entscheidung des Bundesgerichtshofs im Jahr 1999 ergab sich eine deutliche Tendenz zu Gunsten des objektivierten Ertragswertes, um überhöhte Kaufpreisforderungen der Altkonzessionäre im Falle eines Überganges auf einen neuen Konzessionär zu vermeiden, die zu zahlreichen Rechtsstreitigkeiten und damit verbundenen erheblichen Verzögerungen bei den Netzübernahmen geführt haben.<sup>14</sup> Nach Auffassung des Bundesgesetzgebers macht für potentielle Netzbewerber eine Bewerbung um das Netzgebiet wirtschaftlich nur dann Sinn, wenn sich der zu zahlende Kaufpreis an



Foto: Thorben Wergert/PIXELIO

den mit dem Netz zu erzielenden Erträgen orientiert.<sup>15</sup>

Der Ertragswert kann auf Basis der Netzentgelt- und Anreizregulierungsverordnung berechnet werden. Der Gesetzgeber verweist insofern auf die aktuelle Fassung des Gemeinsamen Leitfadens von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Wegenetzen für Strom- und Gasnetze in der Fassung vom 21.05.2015. In der Praxis wird oftmals auf den Bewertungsstandard IDW S 1 des Institutes der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V. zurückgegriffen. Trotz der Festlegung auf den objektivierten Ertragswert lässt es der Gesetzgeber gleichwohl zu, dass der Alt- und Neukonzessionär sich gemäß § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG auch auf eine anderweitige Vergütung durch Vertrag einigen können. Insofern gilt der Vorrang der Vertragsautonomie.

**Fortzahlungspflicht der vertraglich vereinbarten Konzessionsabgaben**

Zu begrüßen ist die Klarstellung des Gesetzgebers in § 48 Abs. 4 EnWG, wonach auch nach Ablauf des Wegenutzungsvertrages bis zur Übertragung der Verteilungsanlagen auf einen neuen Vertragspartner die Pflicht zur Zahlung der vertraglich vereinbarten Konzessionsabgaben durch den Altkonzessionär an die Gemeinde festgeschrieben ist. Da Netzübernahmen in der Regel nur mit erheb-

licher Zeitverzögerung abgewickelt werden können, war die Klarstellung der Zahlungspflicht zu Gunsten der Gemeinden geboten. Die Fortzahlungspflicht entfällt allerdings dann, wenn die Gemeinde es unterlassen hat, ein Konzessionsverfahren nach §§ 46 ff. EnWG durchzuführen.

Az. 811.01

- 1 BGBl. I 2017 Seite 130.
- 2 BT-Drs. 18/8184 v. 21.04.2016, Seite 8 f.
- 3 BT-Trs. 18/8184 v. 21.04.2016, Seite 8 f.; siehe auch BGH, Urteil v. 16. November 1999-KZR 12/97; ebenso BGH, Beschluss v. 03. 06. 2014, Az.: EnVR 10/13-Stromnetz Homberg.
- 4 BT-Drs. 18/8184 v. 21.04.2016, Seite 8.
- 5 BT-Drs. 18/8184, v. 21.04.2016, Seite 16.
- 6 BT-Drs. 1884 v. 21.04.2016, Seite 16; siehe auch gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Wegenetzen für Strom- und Gasnetze vom 15. Dezember 2010, zuletzt überarbeitete Fassung vom 21. Mai 2015, der praxisrelevante Beispiele nennt.
- 7 BT-Drs. 18/8184 v. 21.04.2016, Seite 17.
- 8 Zuletzt OLG Celle, Urteil v. 26.01.2017 – 13 U 9/16 (Kart).
- 9 BT-Drs. 18/8184, 21.04.2016, S. 13.
- 10 In der Kritik ähnlich: Kupfer, Vergabe von Energiekonzessionen, NVwZ 2017, S. 428, 433.
- 11 BT-Drs. 18/8184, S. 15.
- 12 OLG Stuttgart, Urteil vom 19.11.2015, Az.: 2 U 60/15, Rdnr. 78 – juris; Becker/Dicks, ZNER 2014, 425, 426.
- 13 BT-Drs. 18/8184, 21.04.2016, S. 15.
- 14 BGH, Urteil vom 16.11.1999, KZR 12/97, bestätigt durch BGH, Beschluss vom 03.06.2014, Az.: EnVR 10/13 – Stromnetz Homberg – juris.
- 15 BT-Drs. 18/8184. S. 12. ■