

05.02.16

Wi - In - R - U

## Gesetzentwurf der Bundesregierung

---

### Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung

#### A. Problem und Ziel

Gemäß § 46 des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) sind die Wegenutzungsrechte zur leitungsgebundenen Energieversorgung (umgangssprachlich „Konzessionen“ genannt) in einem vergabeähnlichen Verfahren spätestens alle 20 Jahre neu zu vergeben. Dieses Verfahren und die bei Wechsel des Inhabers des Wegenutzungsrechtes erforderlichen Netzübernahmeverhandlungen waren in der Praxis zuletzt vermehrt Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen. Auch in näherer Zukunft stehen zahlreiche solcher Verfahren an, und es ist zu befürchten, dass auch diese Verfahren einiges an Konfliktpotenzial aufweisen.

Der Koalitionsvertrag (S. 59) gibt daher das Ziel vor, „das Bewertungsverfahren bei Neuvergabe (z. B. bei der Rekommunalisierung) der Verteilernetze eindeutig und rechtssicher zu regeln sowie die Rechtssicherheit im Netzübergang zu verbessern“. Der vorliegende Entwurf dient der Umsetzung dieser Vereinbarung.

#### B. Lösung

Der vorliegende Entwurf enthält folgende Instrumente zur Verwirklichung des im Koalitionsvertrag formulierten Ziels: Eine Konkretisierung des Auskunftsanspruchs der Gemeinde gegenüber dem Inhaber des Wegenutzungsrechtes im Hinblick auf relevante Netzdaten, zeitlich gestaffelte Rügeobliegenheiten für beteiligte Unternehmen, eine ausgewogene Regelung zur Fortzahlung der Konzessionsabgabe sowie eine grundsätzliche Vorgabe zur Bestimmung des wirtschaftlich angemessenen Netzkaufpreises. Ferner soll Belangen der örtlichen Gemeinschaft bei der Auswahl des Unternehmens stärker Rechnung getragen werden können.

#### C. Alternativen

Nicht aufgegriffen wird die von kommunaler Seite und zuletzt von der Fraktion DIE LINKE (BT-Drs. 18/3745) vorgebrachte Forderung, von einem vergabeähnlichen Verfahren gänzlich absehen zu können und eine direkte In-House-Vergabe von der Gemeinde an

---

Fristablauf: 18.03.16

ein kommunales Unternehmen zuzulassen. Der in § 46 EnWG angelegte „Wettbewerb um das Netz“ ist zwingend aufrecht zu erhalten. Dieser ist kein Selbstzweck, er dient dazu, die in § 1 Absatz 1 EnWG normierten Ziele, die im Interesse des Allgemeinwohls liegen, zu erreichen.

## **D. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand**

Keine.

## **E. Erfüllungsaufwand**

### **E.1 Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger**

Das Regelungsvorhaben hat keine Auswirkungen auf den Erfüllungsaufwand der Bürgerinnen und Bürger.

### **E.2 Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft**

Das Regelungsvorhaben hat keine Auswirkungen auf den Erfüllungsaufwand der Wirtschaft. Eine Kompensation nach den Vorgaben der Bürokratiebremse erübrigt sich damit. Der Auskunftsanspruch nach dem neuen § 46a EnWG konkretisiert lediglich die bestehenden Vorgaben aus § 46 Absatz 2 Sätze 4 und 5 EnWG. Darüber hinaus besteht ohnehin bereits eine Festlegungskompetenz der Bundesnetzagentur, im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt den Umfang der herauszugebenen Daten zu bestimmen.

### **E.3 Erfüllungsaufwand für die Verwaltung**

Es entsteht kein nennenswerter Mehraufwand für die Verwaltung. Der neue § 46 Absatz 4 Satz 4 EnWG fordert, dass konkret an den Wegenutzungsrechten interessierten Unternehmen auf Anfrage die Wertungskriterien und deren Gewichtung mitzuteilen sind. Da entsprechende Dokumente für ein rechtssicheres Verfahren ohnehin erstellt werden müssen, besteht ein Mehraufwand allenfalls im Versenden weniger E-Mails. Die Anzahl konkret interessierter Unternehmen ist in der Regel stark begrenzt.

Die Pflichten der Gemeinde aus dem neuen § 47 EnWG, sich mit Rügen beteiligter Unternehmen auseinanderzusetzen, fällt ebenfalls nicht nennenswert ins Gewicht. Insbesondere wenn man bedenkt, dass der Zweck des neuen § 47 EnWG gerade eine wesentliche Entlastung der Gemeinde darstellt, sich mit verspätet vorgetragenen Rügen wegen der eintretenden Präklusionswirkung nicht mehr in der Sache auseinandersetzen zu müssen. Letztlich kann ein Rügeverfahren ein gerichtliches Verfahren obsolet machen, was den Aufwand der Gemeinde, ein Verfahren nach § 46 EnWG erfolgreich abzuschließen, erheblich reduzieren kann.

Etwaiger Mehrbedarf an Sach- und Personalmitteln soll finanziell und stellenmäßig im Einzelplan des BMWi (09) ausgeglichen werden.

## **F. Weitere Kosten**

Keine.

**Bundesrat**

**Drucksache 73/16**

**05.02.16**

Wi - In - R - U

**Gesetzentwurf**  
der Bundesregierung

---

**Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung**

Bundesrepublik Deutschland  
Die Bundeskanzlerin

Berlin, 5. Februar 2016

An den  
Präsidenten des Bundesrates  
Herrn Ministerpräsidenten  
Stanislaw Tillich

Sehr geehrter Herr Präsident,

hiermit übersende ich gemäß Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes den von der Bundesregierung beschlossenen

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von  
Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung

mit Begründung und Vorblatt.

Federführend ist das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie.

Mit freundlichen Grüßen  
Dr. Angela Merkel

---

Fristablauf: 18.03.16



## Entwurf eines

# Gesetzes zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung

Vom ...

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

## Artikel 1

### Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes

Das Energiewirtschaftsgesetz vom 7. Juli 2005, das zuletzt durch Artikel 15 des Gesetzes vom 28. Juli 2015 (BGBl. I S. 1400) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Die Inhaltsübersicht wird wie folgt geändert:
  - a) Nach der Angabe zu § 46 wird folgende Angabe eingefügt:

„§ 46a Rügeobliegenheit, Präklusion“
  - b) Die Angabe zu § 47 wird wie folgt gefasst:

„§ 47 Auskunftsanspruch der Gemeinde“
2. § 46 wird durch folgende §§ 46, 46a und 47 ersetzt:

„§ 46

#### Wegenutzungsverträge

(1) 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 Absatz 2 verweigert und eine Einigung über die Höhe der Konzessionsabgaben noch nicht erzielt ist.

(2) Verträge von Energieversorgungsunternehmen mit Gemeinden über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören, dürfen höchstens für eine Laufzeit von 20 Jahren abgeschlossen werden. 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. Das neue Energieversorgungsunternehmen kann statt der Übereignung verlangen, dass ihm der Besitz hieran eingeräumt wird. 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.

(3) Die Gemeinden machen spätestens zwei Jahre vor Ablauf von Verträgen nach Absatz 2 das Vertragsende und einen ausdrücklichen Hinweis auf die nach § 46a von der Gemeinde in geeigneter Form zu veröffentlichenden Daten sowie den Ort der Veröffentlichung durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger bekannt. Wenn im Gemeindegebiet mehr als 100 000 Kunden unmittelbar oder mittelbar an das Versorgungsnetz angeschlossen sind, hat die Bekanntmachung zusätzlich im Amtsblatt der Europäischen Union zu erfolgen. Beabsichtigen Gemeinden eine Verlängerung von Verträgen nach Absatz 2 vor Ablauf der Vertragslaufzeit, so sind die bestehenden Verträge zu beenden und die vorzeitige Beendigung sowie das Vertragsende nach Maßgabe der Sätze 1 und 2 öffentlich bekannt zu geben.

(4) 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. Die Gemeinde hat jedem Unternehmen, das innerhalb einer von der Gemeinde in der Bekanntmachung nach Absatz 3 Satz 1 oder 3 gesetzten Frist von mindestens drei Kalendermonaten ein Interesse an der Nutzung der öffentlichen Verkehrswege bekundet, die Auswahlkriterien und deren Gewichtung in Textform mitzuteilen.

(5) Die Gemeinde hat die Unternehmen, deren Angebote nicht angenommen werden sollen, über die Gründe der vorgesehenen Ablehnung ihres Angebots und über den frü-

hesten Zeitpunkt des beabsichtigten Vertragsschlusses in Textform zu informieren. Die Gemeinde macht bei Neuabschluss oder Verlängerung von Verträgen nach Absatz 2 ihre Entscheidung unter Angabe der maßgeblichen Gründe öffentlich bekannt.

(6) Die Absätze 2 bis 5 finden für Eigenbetriebe der Gemeinden entsprechende Anwendung.

(7) Die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen bleiben unberührt.

#### § 46a

##### Auskunftsanspruch der Gemeinde

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. 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.

#### § 47

##### Rügeobliegenheit, Präklusion

(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.

(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.

(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.

(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.“

3. § 48 Absatz 4 wird wie folgt gefasst:

„(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.“



## **Artikel 2**

### **Inkrafttreten**

Dieses Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft.

## **Begründung**

### **A. Allgemeiner Teil**

#### **I. Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelungen**

Die Begrenzung der Laufzeit von Wegenutzungsverträgen im Sinne von § 46 EnWG (umgangssprachlich „Konzessionsverträge“ genannt) auf 20 Jahre ist das zentrale Element, um einen freien, an den Zielen des § 1 EnWG orientierten Wettbewerb um die Strom- und Gasverteilernetze zu schaffen. Wegen des natürlichen Monopols der Kommunen hinsichtlich der Wegenutzungsrechte erfolgt dieser Wettbewerb nicht im freien Markt, sondern wird durch die jeweilige Gemeinde administriert. Dieser Wettbewerb ist kein Selbstzweck, er dient dazu, die in § 1 Absatz 1 EnWG normierten Ziele, die im Interesse des Allgemeinwohls liegen, zu erreichen. Die gesetzlich angeordnete Laufzeitbegrenzung von Wegenutzungsverträgen verhindert, dass das Verteilernetz im natürlichen Monopol zum Nachteil von Verbraucher, Gewerbe und Industrie erstarrt. Dies ist insbesondere im Hinblick auf die großen Herausforderungen, welche die Energiewende an das Stromverteilernetz stellt, von großer Bedeutung. Dies hat zuletzt die im Auftrag des BMWi erstellte Studie „Moderne Verteilernetze für Deutschland“ aufgezeigt. Sie geht bei Zugrundelegung des „EEG-Szenarios 2014“ von notwendigen Investitionen in Höhe von ca. 23,2 Milliarden Euro bis 2032 aus und gibt einen Fingerzeig, dass der Verteilernetzbetrieb vor einem grundlegenden Wandel steht. Dies betrifft insbesondere den Einsatz moderner Netztechnologien und Maßnahmen des Last- und Erzeugungsmanagements.

Ein derartiger „Wettbewerb um das Netz“ bedarf klarer Regeln, um seine Ziele nicht zu verfehlen. Er muss diskriminierungsfrei ausgestaltet werden und sicherstellen, dass dasjenige Unternehmen zum Zug kommt, welches die Aufgabe des Netzbetriebes zum Wohle der Allgemeinheit am besten wahrnehmen kann. Dies erfordert einerseits Vorgaben an die das Verfahren administrierende Gemeinde, die eine sachgerechte Entscheidung zu treffen hat. Andererseits sind strenge Regelungen gegenüber den aktuellen Inhabern des Wegenutzungsrechtes nötig, denen trotz eines drohenden Netzgebietsverlustes aufgegeben werden muss, an einem fairen Verfahren mitzuwirken.

Die jüngere Praxis hat insoweit aufgezeigt, dass eine Verbesserung bzw. Konkretisierung der gesetzlichen Rahmenbedingungen helfen kann, das der Vergabe- und Netzübernahmesituation innewohnende Konfliktpotenzial zu reduzieren. Gerade kommunale Interessensvertreter mahnten zuletzt vermehrt an, dass geplante Netzübernahmen in kommunale Hand durch gewisse Verhaltensweisen des aktuellen Inhabers des Wegenutzungsrech-

tes unbillig erschwert werden könnten. Hier können durch die vorliegende Novelle Verbesserungen erreicht werden. Die Zielvorgabe der vorliegenden Novelle lautet: Jedem (kommunalen) Bewerber ist eine rechtssichere Übernahme der Netze zu ermöglichen, wenn er sich im Wettbewerb als geeignetster künftiger Netzbetreiber durchsetzen kann.

Auch der Koalitionsvertrag enthält die Zielsetzung, für mehr Rechtssicherheit bei der Vergabe von Wegenutzungsrechten für die leitungsgebundene Energieversorgung zu sorgen und im Rahmen dieser Vergabe möglichst klare Auswahlkriterien vorzugeben.

Es ist bei einer solchen Rechtsänderung jedoch Augenmaß zu wahren: Jede Vergabe von Wegenutzungsrechten hat ihre Besonderheiten, insbesondere im Hinblick auf die besonderen Anforderungen an den jeweiligen künftigen Netzbetrieb. So sehen sich z.B. ländliche Stromnetzbetreiber anderen Herausforderungen gegenüber als städtische. Dies hat die erwähnte BMWi-Verteilernetzstudie anhand simulierter Modellnetzklassen klar aufgezeigt.

## **II. Wesentlicher Inhalt des Entwurfs**

Der vorliegende Entwurf dient einer Erhöhung der Rechtssicherheit im vergabeähnlichen Verfahren des § 46 EnWG. Dies ist ein wichtiges Ziel, denn Streitigkeiten im Rahmen der Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung oder gar das Erfordernis einer Verfahrenswiederholung im Anschluss an ein gerichtliches Verfahren schaden der Allgemeinheit. Wichtige Netzausbau und -verstärkungsmaßnahmen könnten für einen beachtlichen Zeitraum zum Erliegen kommen. Gerade im Hinblick auf den zügigen Zubau dezentraler Erzeugungsanlagen, die in das Stromverteilernetz zu integrieren sind, sind solche Verzögerungen fatal.

Der Entwurf greift Probleme und Hindernisse auf, die zuletzt in der Praxis im Rahmen geplanter Neuvergaben häufiger auftraten und daher ein gesetzgeberisches Handeln nahelegen.

So wird die Pflicht des aktuellen Wegenutzungsinhabers zur Auskunftserteilung konkretisiert. Denn eine Entscheidung potenzieller Netzbewerber, am Wettbewerb „um das Netz“ teilzunehmen, setzt die Verfügbarkeit möglichst ausführlicher und belastbarer Informationen über das gegenständliche Verteilernetz voraus. Daneben wird allen beteiligten Unternehmen eine Rügeobliegenheit auferlegt. So wird vermieden, dass Verfahrensfehler noch Jahre nach der Entscheidung erstmals geltend gemacht werden und sich der neue Wegenutzungsinhaber sowie die Gemeinde in einem fortdauernden Schwebezustand der Rechtsunsicherheit befinden. Auch wird eine weitere von kommunaler Seite vorgebrachte Forderung aufgegriffen: Es ist zu verhindern, dass die Gemeinde vorübergehende Ein-

nahmeverluste aufgrund von Streitigkeiten über den Netzübergang erleidet. Dies kann dadurch geschehen, dass die Pflicht des ehemaligen Wegenutzungsrechtsinhabers zur Zahlung der Konzessionsabgabe nach der Konzessionsabgabenverordnung (KAV) auch in solchen Fällen fortbesteht. Dies setzt jedoch voraus, dass die Gemeinde auch tatsächlich ein Verfahren nach § 46 Absatz 3 bis 5 EnWG angestrengt hat.

Mit der bestehenden Verpflichtung zur Übereignung des Netzes „gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung“ soll gewährleistet werden, dass ein Wechsel des Wegenutzungsrechtsinhabers nicht an einem prohibitiv hohen Kaufpreis für das Netz scheitert. Dies ist für einen funktionierenden Wettbewerb „um das Netz“ unerlässlich. Um auch bei dieser Frage für mehr Rechtssicherheit zu sorgen, soll mit dem vorliegenden Entwurf entsprechend der mit dem „Kaufering-Urteil“ des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 16. November 1999, KZR 12/97; bestätigt durch BGH, Beschluss vom 3. Juni 2014, Az. EnVR 10/13 – Stromnetz Homberg) aufgestellten Grundsätze insoweit der objektivierte Ertragswert als Regelfall normiert werden, ohne die Vertragsfreiheit der beteiligten Parteien sowie das verfassungsrechtlich geschützte Recht zur Verwertung des Anlageneigentums über Gebühr zu beschränken. Die Vertragsautonomie der Parteien genießt nach wie vor Vorrang.

Daneben lässt der Gesetzeswortlaut nun zu, auch Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Vergabe von Wegenutzungsrechten zu berücksichtigen. Es wird allerdings „kein Rabatt“ auf die Auswahlkriterien des § 1 Absatz 1 EnWG, insbesondere auf die Versorgungssicherheit und die Kosteneffizienz gegeben.

### **III. Alternativen**

Ein Anliegen, das von kommunaler Seite vermehrt vorgebracht wurde, ist die Zulässigkeit einer „In-House-Vergabe“, d.h. der Zuweisung der Wegenutzungsrechte an einen kommunalen Eigenbetrieb ohne vorherige Durchführung eines vergabeähnlichen Verfahrens samt diskriminierungsfreier Auswahlentscheidung.

Die Zulassung einer „In-House-Vergabe“ wäre schon aus energiewirtschaftlichen Gründen bedenklich. Der in § 46 EnWG verankerte Wettbewerb „um das Netz“ darf nicht zur Disposition stehen. Er dient der Sicherstellung des hohen Qualitätsstandards, der für einen zuverlässigen Netzbetrieb dringend erforderlich ist. Ein „Ewigkeitsrecht“ der Kommunen würde die falschen Signale setzen und befürchten lassen, dass das Verteilernetz im natürlichen Monopol zum Nachteil von Verbraucher, Gewerbe und Industrie einen nicht zunehmenden Qualitätsverlust erleidet. Dies gilt umso mehr, als dass sich durch die politische Entscheidung zur Energiewende (80 Prozent Erzeugung aus Erneuerbaren Ener-

gien bis 2050) die Anforderungen an den Verteilernetzbetrieb immer stärker verändern werden. Das herkömmliche Verteilernetz hatte lediglich die Aufgabe, Strom aus höheren Spannungsebenen in die niedrigeren Spannungsebenen bis hin zum Verbraucher zu verteilen. Im Stromnetz der Zukunft wird der Verteilernetzbetreiber eine deutlich aktivere Rolle einnehmen müssen, da über 98 Prozent aller Erzeugungsanlagen auf seiner Netzebene angeschlossen sind. Ferner nimmt die Anzahl an „Prosumern“, also solchen Netznutzern, die sowohl Strom einspeisen als auch aus dem Netz beziehen, stetig zu. All diese neuen Herausforderungen sind zu meistern, teilweise durch komplexe Anwendung moderner Kommunikationstechnologien zum Zwecke eines netz- wie auch marktgetriebenen Last- und Erzeugungsmanagements („Smart Grid“). Dies stellt wiederum erhöhte Anforderungen an die IKT-Sicherheit, was eine besondere neue Herausforderung darstellt.

Zudem trifft man immer wieder Argumentationsmuster an, die auf gewünschten kommunalen Betätigungen im Erzeugungs- und Vertriebsbereich, beispielsweise auf politisch bevorzugten Kraftwerkstypen basieren. Diese sind angesichts des im dritten Binnenmarktpaket sowie im EnWG fest verankerten Prinzips der Netzentflechtung systemwidrig und daher von vornherein zu verwerfen.

Im Übrigen ist die Gesellschafterstruktur des Netzbetreibers – ob kommunal oder privatrechtlich – für die Qualität des Netzbetriebes unerheblich, nicht einmal eine Indizwirkung in die eine oder andere Richtung lassen die Erfahrungen aus der Praxis zu. Es muss darum gehen, durch ein wettbewerbliches Verfahren den für das jeweilige Netzgebiet geeigneten Bewerber zum Zuge kommen zu lassen. Ist dies die Kommune, so soll sie den Netzbetrieb übernehmen können.

Eine Ausnahme für In-House-Vergaben von den Vorgaben des § 46 EnWG ergibt sich auch nicht aus den neuen EU-Vergaberichtlinien, insbesondere nicht aus der neuen EU-Richtlinie zur Vergabe von Konzessionen (2014/23/EU). Zwar sieht die Konzessionsrichtlinie ausdrücklich eine Ausnahme vom EU-Vergaberecht für In-House-Vergaben vor. Jedoch gilt die Konzessionsrichtlinie für Wegennutzungsverträge im Sinne von § 46 EnWG grundsätzlich nicht. Die Erwägungsgründe der Konzessionsrichtlinie stellen klar, dass *Vereinbarungen über die Gewährung von Wegerechten hinsichtlich der Nutzung öffentlicher Liegenschaften für die Bereitstellung oder den Betrieb fester Leitungen oder Netz, über die eine Dienstleistung für die Allgemeinheit erbracht werden soll,* nicht als Konzession im Sinne der 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* (Erwägungsgrund 16 der Richtlinie 2014/23/EU).

#### **IV. Gesetzgebungskompetenz**

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ergibt sich aus Artikel 74 Absatz 1 Nummer 11 (Recht der Energiewirtschaft) in Verbindung mit Artikel 72 Absatz 2 des Grundgesetzes.

Eine bundesgesetzliche Regelung ist zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich. Die Strom- und Gaswirtschaft ist eine Schlüsselbranche mit erheblicher Bedeutung für die gesamtwirtschaftliche Entwicklung und für alle öffentlichen und privaten Letztverbraucher von Strom und Gas.

Hinzu kommt, dass zahlreiche Energieversorgungsunternehmen länderübergreifend tätig sind. Aus diesen Gründen würde eine Gesetzesvielfalt auf Länderebene eine Rechtszersplitterung mit problematischen Folgen darstellen, die sowohl im Interesse des Bundes als auch der Länder nicht hingenommen werden kann. Zudem würde dies erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft mit sich bringen.

#### **V. Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen**

Die Vorgabe sachgerechter Kriterien für das in § 46 EnWG angelegte vergabeähnliche Verfahren entspricht den europäischen Wettbewerbsregeln.

Zum Verhältnis des § 46 EnWG zur Konzessionsrichtlinie (2014/23/EU) ist auszuführen, dass sich die Bundesregierung im Rahmen des EU-Gesetzgebungsverfahrens zur Modernisierung des Vergaberechts erfolgreich dafür eingesetzt hat, dass die „Gewährung von Wegerechten hinsichtlich der Nutzung öffentlicher Liegenschaften für die Bereitstellung oder den Betrieb fester Leitungen oder Netze“ grundsätzlich nicht als Konzession im Sinne der Richtlinie gilt (s.o. unter III.). Diese Ausführungen betreffen vor allem Wegenutzungsverträge im Sinne des § 46 EnWG für Strom- und Gasleitungen.

Dies bedeutet insbesondere, dass es eine autonome Entscheidung des deutschen Gesetzgebers ist, ob im Bereich der Wegenutzungsverträge für Strom und Gas sachliche Gründe bestehen, die eine privilegierte Berücksichtigung von kommunalen Interessen beim Rückerwerb des Netzbetriebes („Rekommunalisierung“) zulassen oder nicht.

## **VI. Gesetzesfolgen**

### **1. Rechts- und Verwaltungsvereinfachung**

Der vorliegende Entwurf dient der Erhöhung der Rechtssicherheit im Rahmen des in § 46 EnWG angelegten vergabeähnlichen Verfahrens.

### **2. Nachhaltigkeitsaspekte**

Der Entwurf dient zumindest mittelbar der Modernisierung der Verteilernetzstruktur in Deutschland und somit auch der Nachhaltigkeitsstrategie.

### **3. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand**

Keine.

### **4. Erfüllungsaufwand**

#### **a) Erfüllungsaufwand für die Bürgerinnen und Bürger**

Das Regelungsvorhaben hat keine Auswirkungen auf den Erfüllungsaufwand der Bürgerinnen und Bürger.

#### **b) Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft**

Das Regelungsvorhaben hat keine Auswirkungen auf den Erfüllungsaufwand der Wirtschaft. Eine Kompensation nach den Vorgaben der Bürokratiebremse erübrigt sich damit. Der Auskunftsanspruch nach dem neuen § 46a EnWG konkretisiert lediglich die bestehenden Vorgaben aus § 46 Absatz 2 Sätze 4 und 5 EnWG. Darüber hinaus besteht ohnehin eine Festlegungskompetenz der Bundesnetzagentur, im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt den Umfang der herauszugebenen Daten festzulegen.

#### **c) Erfüllungsaufwand für die Verwaltung**

Es entsteht kein nennenswerter Mehraufwand für die Verwaltung. Der neue § 46 Absatz 4 Satz 4 EnWG fordert, dass konkret an den Wegenutzungsrechten interessierten Unternehmen auf Anfrage die Wertungskriterien und deren Gewichtung mitzuteilen sind. Da entsprechende Dokumente für ein rechtssicheres Verfahren ohnehin erstellt werden müssen, besteht ein Mehraufwand allenfalls im Versenden weniger E-Mails. Die Anzahl konkret interessierter Unternehmen ist in der Regel stark begrenzt.

Die Pflichten der Gemeinde aus dem neuen § 47 EnWG, sich mit Rügen beteiligter Unternehmen auseinanderzusetzen, fällt ebenfalls nicht nennenswert ins Gewicht. Insbesondere

re wenn man bedenkt, dass der Zweck des neuen § 47 EnWG gerade eine wesentliche Entlastung der Gemeinde darstellt, sich mit spät vorgetragenen Rügen wegen der eintretenden Präklusionswirkung in der Sache nicht mehr auseinandersetzen zu müssen. Letztlich kann ein Rügeverfahren ein gerichtliches Verfahren obsolet machen, was den Aufwand der Gemeinde, ein Verfahren nach § 46 EnWG erfolgreich abzuschließen, erheblich reduzieren kann.

#### **5. Weitere Kosten**

Keine.

#### **6. Weitere Gesetzesfolgen**

Keine.

#### **VII. Befristung; Evaluation**

Keine.

### **B. Besonderer Teil**

#### **Zu Artikel 1 (Änderung des EnWG)**

#### **Zu Nummer 2 (§§ 46, 46a und 47 )**

##### **§ 46 Absatz 1:**

Dieser Absatz bleibt unverändert.

##### **§ 46 Absatz 2:**

Der neue § 46 Absatz 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 zu entrichten ist. Hierfür besteht trotz der nach wie vor geltenden „Kaufering“-Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 16. November 1999, KZR 12/97; bestätigt durch BGH, Beschluss vom 3. Juni 2014, Az. EnVR 10/13 – Stromnetz Homberg) ein Bedürfnis, da in der Vergangenheit zahlreiche Netzübernahmen durch überhöhte Kaufpreisforderungen des vormaligen Wegenutzungsrechtsinhabers erheblich verzögert wurden. Eine solche Praxis widerspricht jedoch dem mit der Konzep-



tion des in § 46 EnWG verfolgten Ziels eines funktionierenden „Wettbewerbs um das Netz“.

Für jeden potenziellen Netzbewerber macht eine Bewerbung um das Netzgebiet wirtschaftlich nur dann Sinn, wenn sich der zu zahlende Kaufpreis an den mit dem Netz zu erzielenden Erträgen orientiert. Mit anderen Worten setzt ein funktionierender Wettbewerb „um das Netz“ eine Orientierung am Ertragswert für die Fälle voraus, in denen sich der vormalige und der aktuelle Wegenutzungsrechteinhaber nicht über den zu entrichtenden Kaufpreis einigen können.

Der Ertragswert kann auf Basis der Netzentgelt- und Anreizregulierungsverordnung berechnet werden. Insoweit kann auf die Ausführungen des gemeinsamen Leitfadens von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Wegerechten für Strom- und Gasnetze vom Dezember 2010, zuletzt überarbeitet mit Fassung vom 21. Mai 2015, verwiesen werden.

Das gesetzgeberische Plädoyer für die Art und Weise der Kaufpreisermittlung steht im Spannungsfeld zu Artikel 14 des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland. Die vorliegend vorgeschlagene Ausrichtung am objektivierten Ertragswert stellt insoweit eine zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung dar. Ihre Rechtfertigung liegt in den Zielen, Chancen und Funktionsvoraussetzungen des in § 46 EnWG angelegten Ausschreibungswettbewerbs, der wie bereits mehrfach ausgeführt dem Wohle der Allgemeinheit dient.

Im Einzelfall kann die Vorgabe des objektivierten Ertragswerts dazu führen, dass die nach dieser Vorschrift zu bestimmende angemessene Vergütung für das Netz unter dessen Sachzeitwert liegt. Auch dies ist angesichts der Funktionsweise der Strom- und Gasnetzentgeltregulierung verfassungsrechtlich unbedenklich. Da der Ertragswert des Netzes auf dessen kalkulatorischem Restwert basiert, bedeutet ein niedriger Ertragswert ein zurückhaltendes Investitionsverhalten des bisherigen Netzbetreibers. Zum anderen kann ein niedriger Ertragswert nur dann zu Stande kommen, wenn der bisherige Netzbetreiber das Netz weitgehend abgeschrieben und seine Investitionen amortisiert hat. Im theoretischen Fall einer vollständigen Abschreibung könnte er wegen des Verbots der „Abschreibung unter null“ (§ 6 Absatz 6 StromNEV/GasNEV) auch keine weiteren Erträge erwirtschaften. Der mit dem objektivierten Ertragswert verbundene Rückgriff auf das Regulierungsregime von StromNEV und GasNEV garantiert für die Netzbewertung eine sachgerechte, neutrale und objektivierte Basis.

Ferner wird durch Satz 5 klargestellt, dass die Vertragsautonomie stets Vorrang genießt. Bei Satz 4 handelt es sich mithin lediglich um eine Vorschrift für den Fall, dass zwischen

dem bisher Nutzungsberechtigten und dem neuen Energieversorgungsunternehmen keine Einigung über den Netzkaufpreis erzielt werden kann.

**§ 46 Absatz 3:**

Es besteht kein Grund, nicht auch bei vorzeitiger Verlängerung des Wegenutzungsvertrages die Vorgaben der Sätze 1 und 2 zu fordern. Die Änderung in Satz 3 stellt dies klar. Die Sätze 5 und 6 werden wegen ihrer zentralen Bedeutung in einen neuen Absatz 4 verschoben.

Die Vorgabe in § 46 Absatz 3 Satz 4 der vorherigen Fassung, dass Vertragsabschlüsse mit Unternehmen frühestens drei Monate nach der Bekanntgabe der vorzeitigen Beendigung erfolgen dürfen, ist nicht mehr erforderlich. Der neu gefasste § 46 Absatz 4 Satz 4 EnWG sieht hier ohnehin eine Frist zur Interessenbekundung von mindestens drei Monaten vor. Ferner sorgt der neue § 47 Absatz 6 EnWG dafür, dass ein Vertragsschluss nur dann möglich ist, wenn keine Verfahrensrügen mehr erhoben werden können.

**§ 46 Absatz 4:**

Die Notwendigkeit, Kriterien für die Vergabe von Wegenutzungsrechten vorzugeben, ergibt sich aus dem Bedürfnis nach einem funktionierenden Wettbewerb „um das Netz“ sowie aus den nationalen und europäischen Wettbewerbsregeln. Die sachgerechten energiewirtschaftlichen Kriterien für die Entscheidung der Gemeinde müssen sich hierbei aufgrund der Vorgaben zur Entflechtung des Netzbetriebs von Vertrieb und Erzeugung auf Aspekte des Netzbetriebs beschränken.

**Absatz 4 Satz 1**

Satz 1 soll im Hinblick auf die Berücksichtigung energiewirtschaftlicher Kriterien die bestehende Rechtslage bestätigen. Da jedoch ein Verweis auf § 1 EnWG insgesamt ungenau ist und auch mit dem am 4. November 2015 im Bundeskabinett beschlossenen Strommarktgesetz ein weiterer Absatz 4 normiert werden soll, der im Rahmen des § 46 EnWG jedoch keine Rolle spielen kann, wird konkret auf die Ziele des § 1 Absatz 1 EnWG verwiesen. Diese sind Versorgungssicherheit, Preisgünstigkeit, Verbraucherfreundlichkeit, Effizienz, Umweltverträglichkeit sowie die zunehmend auf erneuerbaren Energien basierende Energieversorgung. Jeder dieser Ziele hat in die konkrete Auswahlentscheidung einzufließen.

Es liegt auf der Hand, dass diese Ziele teilweise schwer voneinander abzugrenzen sind, da sie mehreren Zielen des § 1 Absatz 1 EnWG zugeordnet werden können. Eine klare Trennung durch den Gesetzgeber ist hier nicht möglich, ist aber in der Praxis auch nicht

zwingend erforderlich. Wichtig ist, dass die Ziele des § 1 Absatz 1 EnWG als Kriterien von der Gemeinde sachgerecht zugeordnet und bewertet werden. Insoweit ist ihr ein ausreichender Ermessensspielraum zu gewähren.

Von einer strikten gesetzlichen Vorgabe, wie die einzelnen Ziele des § 1 Absatz 1 EnWG in konkrete Auswahlkriterien „umzuwandeln“ sind, wird im Rahmen der vorliegenden Novelle Abstand genommen. Die Vorgabe eines konkreten Kriterienkatalogs zur Schaffung von mehr Klarheit für die Rechtsanwender birgt nämlich die Gefahr, in Anbetracht der mittlerweile hierzu ergangenen Rechtsprechung neue Rechtsunsicherheit zu schaffen. Es ist daher sachgerecht, der Gemeinde einen weiten Entscheidungsspielraum zu überlassen (siehe auch Satz 3) und die Konkretisierung der einzelnen Ziele des § 1 Absatz 1 EnWG durch die Praxis und die Auslegung durch die Rechtsprechung weiterhin zuzulassen.

Aus diesem Grund verzichtet der vorliegende Entwurf auch auf eine gesetzliche Vorgabe zur zwingenden Gewichtung der einzelnen Kriterien, stellt aber durch die Formulierung in Absatz 4 Satz 2 die besondere Bedeutung der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz für die Allgemeinheit heraus.

Zu den einzelnen Kriterien, die sich durch den Verweis auf die Ziele des § 1 Absatz 1 EnWG ergeben, lässt sich folgendes ausführen:

Versorgungssicherheit:

Die Gewährleistung der Zuverlässigkeit und Sicherheit des Verteilernetzes ist die elementare Aufgabe des Netzbetreibers. Er hat gemäß §§ 11, 14 EnWG ein sicheres, zuverlässiges und leistungsfähiges Energieversorgungsnetz zu betreiben, zu warten, bedarfsgerecht auszubauen und zu verstärken. Die mit der Energiewende verbundene Notwendigkeit der Netzintegration dezentraler Erzeugungsanlagen wird hier in vielen Netzgebieten große Anforderungen an die Betreiber von Stromverteilernetzen stellen (siehe hierzu auch unten zu Nr. 4). Im Hinblick auf zur Bewertung dieses Kriteriums vorzulegende Referenzen oder gar Genehmigungen nach § 4 EnWG ist auszuführen, dass neu gegründeten Stadtwerken, die an dem Verfahren teilnehmen, die Möglichkeit gegeben werden muss, mit etablierten Akteuren insoweit „auf Augenhöhe“ zu gelangen. Eine Neugründung darf per se kein Wettbewerbsnachteil sein. In keinem Fall dürfen zum Zwecke der Neuaufstellung als Netzbetreiber ergriffene Organisationsmaßnahmen per se als Vorfestlegung der Gemeinde ausgelegt werden, sich für den kommunalen Netzbewerber entscheiden zu wollen.

Preisgünstigkeit und Effizienz:

Die Netzkosten betragen für den Verbraucher ca. 20 Prozent des Energiepreises. Es liegt daher auf der Hand, dass die zu erwartende Höhe der Netznutzungsentgelte ein sachgerechtes Kriterium für die Auswahl des künftigen Netzbetreibers darstellt.

Grundsätzlich ist die kommunale Entscheidung dann sachgerecht, wenn sie sich an der in der Vergangenheit bewiesenen Effizienz der sich bewerbenden Netzbetreiber orientiert. Die Anreizregulierung zeigt diese grundsätzlich durch einen Effizienzvergleich auf, hinzu kommen Gesichtspunkte der Netzbetriebsqualität nach Maßgabe der §§ 18 ff. ARegV. Allerdings ist ein solcher Vergleich nur dann möglich, soweit sich bisher an anderer Stelle bereits im Verteilernetzbetrieb tätige Unternehmen als Interessenten bewerben. Dies ist aber bei „Newcomern“ gerade nicht der Fall. Ferner ist zu beachten, dass für Bewerber, die bislang im vereinfachten Verfahren nach § 24 ARegV geprüft wurden, gerade kein belastbarer Effizienzwert vorliegt.

In allen Fällen, in denen es an belastbaren Daten mangelt, sind zur Bewertung der Kosteneffizienz sämtliche vorhandenen Indizien heranzuziehen, die ein effizientes Verhalten des Netzbetreibers belegen. Insbesondere dürfen keine Verhaltensweisen von Interessenten belohnt werden, die zu den Zielen der Anreizregulierungsverordnung im Widerspruch stehen.

Zur Effizienz im Sinne des § 1 Absatz 1 EnWG gehört allerdings auch die Energieeffizienz. Die Gewährleistung von Energieeffizienz im Rahmen des Netzbetriebes lässt sich in erster Linie anhand von Konzepten zur Minimierung von Verlustenergie bzw. Gasschwund bewerten.

Verbraucherfreundlichkeit:

Wird in § 1 Absatz 1 EnWG die Verbraucherfreundlichkeit als Ziel ausgegeben, so ist in Bezug auf den Netzbetrieb insbesondere der Kundenservice bei Netzanschlüssen, Netzstörungen und Zählerablesungen gemeint. Durch besondere Verbraucherfreundlichkeit kann sich hierbei das Angebot an Messeinrichtungen, insbesondere an intelligenten Messsystemen und Zählern auszeichnen, da hier dem Verbraucher eine präzise Verbrauchsvizualisierung angeboten werden kann. Dies hat für die Verbraucher gegenüber den herkömmlichen „Ferraris-Zählern“ einen erheblichen Mehrwert. Gleiches gilt für den allgemeinen Service im Rahmen der Ablesung z.B. durch ein funktionierendes Online-Angebot zur Selbstablesung oder zur regelmäßigen Überprüfung des Zählerstandes. Hieran dürften die Verbraucher ein besonderes Interesse haben, da so der oft umständliche

Ablesetermin entfällt. Zwar fallen Netz- und Messstellenbetrieb nicht zwingend zusammen, dies ist jedoch nach aktueller Sachlage immer noch der Regelfall.

Umweltverträglichkeit; zunehmend auf erneuerbaren Energien basierende Energieversorgung:

Angesichts der Netzneutralität gegenüber den Erzeugungsarten bedarf das in § 1 Absatz 1 EnWG genannte Ziel der Umweltverträglichkeit sowie der zunehmend auf erneuerbaren Energien basierenden Energieversorgung im Kontext netzbezogener Auswahlkriterien einer näheren Konkretisierung. Es ist offensichtlich, dass sich umweltpolitische Ziele nicht allein über Maßnahmen des Netzbetriebs erreichen lassen. Allerdings stellt die energiebedingte Netzintegration dezentraler Erzeugungsanlagen hohe Anforderungen an den Netzbetrieb. Die im Herbst 2014 veröffentlichte Verteilernetzstudie des BMWi hat gezeigt, dass sich gerade Betreiber von ländlichen Stromverteilernetzen großen Herausforderungen gegenübersehen. Zwischen effizientem Stromnetzbetrieb in Form der effizienten Netzintegration dezentraler Erzeugungsanlagen und umweltfreundlicher Energieversorgung besteht somit ein direkter Wirkungszusammenhang. Umweltfreundliche Energie aus Wind und Sonne ist volatil; ihre Aufnahme bedarf intelligenter Konzepte wie den Einsatz von Speichern, Maßnahmen des Last- und Einspeisemanagements sowie regelbarer Ortsnetztransformatoren. Insbesondere derartige Konzepte unter Einsatz moderner (Kommunikations-)technologien können von der Gemeinde bewertet werden.

Zur Bewertung der Umweltverträglichkeit kann darüber hinaus insbesondere die Schonung von Bäumen bei der Leitungsverlegung sowie die Bereitschaft zur Erdverkabelung herangezogen werden.

Absatz 4 Satz 2:

Die Vorgabe des Absatz 4 Satz 1 steht im Spannungsfeld zu Artikel 28 Absatz 2 des Grundgesetzes, dem Recht auf kommunale Selbstverwaltung. Daher wird die jüngst ergangene BGH-Rechtsprechung abgebildet, dass die Vergabe von Wegenutzungsrechten sich an den Zielen des § 1 Absatz 1 EnWG orientieren muss, Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft aber auch Berücksichtigung finden dürfen. Denkbar sind hier insbesondere Laufzeit und Modelle, die bessere Koordinierung von Baumaßnahmen mit weiteren Sparten (z.B. Wasserleitungen) sowie die Zahlung der höchstmöglichen Konzessionsabgabe nach der Konzessionsabgabenverordnung.

Hierdurch soll sichergestellt werden, dass im Lichte des Artikels 28 Absatz 2 des Grundgesetzes durch den normierten Wettbewerb „um das Netz“ die kommunalen Belange nicht ins Hintertreffen geraten. Allerdings wird klargestellt, dass diese berücksichtigungsfähigen

kommunalen Belange nicht im Widerspruch zu den in § 1 Absatz 1 EnWG genannten netzwirtschaftlichen Anforderungen und insbesondere zu den zentralen Zielen der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz stehen dürfen.

Im Ergebnis wird klargestellt, dass im Rahmen der Aufstellung und Bewertung der Auswahlkriterien die Ziele des § 1 Absatz 1 EnWG heranzuziehen sind, kommunale Belange, sofern die Gemeinde dies für erforderlich erachtet, aber berücksichtigt werden können.

Absatz 4 Satz 3:

Die Gewährung eines kommunalen Entscheidungsspielraums im Rahmen der Gewichtung der Auswahlkriterien ist sachgerecht, da die Gemeinden entsprechend ihrer örtlichen Netzbetriebsverhältnisse manche Ziele stärker gewichten können müssen als andere. Dies hängt von den netzbetrieblichen Herausforderungen vor Ort ab. Gerade die bereits zitierte Verteilernetzstudie des BMWi hat aufgezeigt, dass die Herausforderungen je nach Typisierung des Stromnetzgebietes stark divergieren können.

Absatz 4 Satz 4:

Für potentielle Netzbewerber ist es für die Entscheidung über die Teilnahme am vergabeähnlichen Verfahren wichtig, möglichst früh die von der Gemeinde aufgestellten Auswahlkriterien und deren Gewichtung zu kennen. Daher wird ein entsprechender Informationsanspruch konkret interessierter Bewerber normiert. Auch dient diese Änderung der Rechtssicherheit, da so mögliche Verstöße der Gemeinde gegen die Vorgaben aus Absatz 4 Satz 1 bis 3 im Rahmen der Aufstellung und Gewichtung der Auswahlkriterien früh erkennbar werden. Eine entsprechende Präklusionswirkung bei Unterlassung einer rechtzeitigen Rüge enthält der neue § 47 EnWG.

Die Gemeinde setzt zur Interessensbekundung im Rahmen der Bekanntmachung nach Absatz 3 eine Frist. Um potenziellen Bewerbern für die Entscheidung über eine konkrete Interessensbekundung ausreichend Zeit zu gewähren, darf diese Frist jedoch drei Kalendermonate nicht unterschreiten.

Den Zeitpunkt der Übermittlung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung von der Gemeinde an das jeweilige Unternehmen regelt die Vorschrift jedoch nicht. In der Regel wird die Gemeinde abwarten, bis alle Interessensbekundungen eingegangen sind, und die Informationen anschließend zeitgleich an alle Bewerber versenden.

**§ 46 Absatz 5:**

Satz 1 orientiert sich am Rechtsgedanken des § 101a GWB und ist ein Anknüpfungspunkt für die neu einzuführende Rügeobliegenheitsvorschrift in § 47 Absatz 2 Satz 3 EnWG.

Schon aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ist es erforderlich, eine durch den Beschleunigungsgedanken motivierte Rügeobliegenheit durch eine klare Vorgabe von Informationsrechten und -pflichten zu ergänzen. Um eine Rügepflicht in Bezug auf die konkrete Unternehmensauswahl sachgerecht auszugestalten, muss für einen unterlegenen Bewerber klar erkennbar sein, warum ein anderer Bewerber den Vorzug erhalten soll. Er muss den bestmöglichen Einblick in die Erwägungen der Gemeinde für deren diskriminierungsfreie Sachentscheidung erhalten.

Satz 2 entspricht § 46 Absatz 3 Satz 6 der bisherigen Fassung. Aus Transparenzgründen ist es jedoch geboten, eine Veröffentlichung des neu abgeschlossenen Konzessionsvertrages auch dann vorzunehmen, wenn der Vertragspartner der einzige Bewerber war.

#### **§ 46 Absatz 6:**

Entspricht § 46 Absatz 4 der bisherigen Fassung und enthält durch die Erweiterung auf die Sätze 2 bis 5 eine notwendige Folgeänderung.

#### **§ 46 Absatz 7:**

Entspricht § 46 Absatz 5 der bisherigen Fassung.

#### **§ 46a**

Die Sätze 1 und 3 wurden hierher von § 46 Absatz 2 Satz 4 und 5 EnWG verschoben.

Mit dem neuen Satz 2 wird der gesetzliche Informationsanspruch der Gemeinde konkretisiert. Dieser ist bereits nach derzeitiger Rechtslage als Nebenpflicht aus dem Wegenutzungsvertrag ableitbar, dennoch hat die Praxis zuletzt gezeigt, dass eine gesetzliche Klarstellung im Hinblick auf den Zeitpunkt und den Umfang des Informationsanspruchs der Gemeinde notwendig ist, um auch in diesem Bereich Rechtssicherheit zu schaffen. Um das Ausschreibungsverfahren transparent und diskriminierungsfrei durchführen zu können, müssen der Gemeinde Daten zur wirtschaftlichen und technischen Situation des Netzes durch den aktuellen Netzbetreiber zur Verfügung gestellt werden. Diese Daten bilden eine wesentliche Grundlage für die Entscheidung möglicher Bewerber, am Verfahren teilzunehmen, da erst hierdurch eine Bewertung des Netzes ermöglicht wird. Zu diesem Zweck sind vor dem Hintergrund des Systems der Anreizregulierung insbesondere die historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten gemäß § 255 HGB, das Jahr der Aktivierung sowie die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer der Verteilungsanlagen von Bedeutung. Diese Daten sind nun verpflichtend zur Verfügung zu stellen. Diese Vorgabe ist nicht abschließend („insbesondere“); sämtliche im Einzelfall zur Verfügung stehenden Daten sind herauszugeben. Der gemeinsame Leitfaden von Bundeskartellamt und Bun-

desnetzagentur zur Vergabe von Wegerechten für Strom- und Gasnetze vom 15. Dezember 2010, zuletzt überarbeitet mit Fassung vom 21. Mai 2015, nennt hier praxisrelevante Beispiele.

#### **§ 47**

Fehler im Verfahren nach § 46 EnWG können die Gesamtnichtigkeit des neu abgeschlossenen Wegenutzungsvertrages sowie das Erfordernis einer Verfahrenswiederholung zur Folge haben. Dies führt zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit für die Gemeinde und den neuen Wegenutzungsberechtigten und hindert die Fortführung des Netzbetriebs und möglicherweise die Durchführung zwingend erforderlicher Netzausbaumaßnahmen. Dies gilt insbesondere dann, wenn Verfahrensfehler auch noch Jahre nach dem Neuabschluss eines Wegenutzungsvertrages geltend gemacht werden können. Mit dem neuen § 47 EnWG wird nun zur Stärkung von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz eine Präklusionsvorschrift im Gesetz verankert.

Durch eine Pflicht der beteiligten Unternehmen, auch im laufenden Verfahren aktiv auf die Vermeidung und Ausräumung von Rechtsfehlern hinzuwirken, erhöhen sich die Qualität und die Rechtssicherheit von Verfahren nach § 46 EnWG zum Vorteil aller Beteiligten. Sowohl die Gemeinde als auch ein neuer Netzbetreiber profitieren von einer zügig eintretenden Rechtssicherheit. Auch die Gerichte werden entlastet, da sie nicht erst am Ende eines Verfahrens nach § 46 EnWG das gesamte Verfahren aufarbeiten müssen, sondern sich auf die rechtzeitig gerügten Streitpunkte konzentrieren können.

#### **§ 47 Absatz 1:**

Absatz 1 trifft die Grundaussage, dass die Geltendmachung von Rechtsverletzungen im Rahmen des Verfahrens nach § 46 EnWG präkludiert werden kann, wenn nicht rechtzeitig eine Rüge gegenüber der Gemeinde angestrengt wird.

#### **§ 47 Absatz 2:**

Absatz 2 sieht zeitlich abgestufte Rügeobliegenheiten vor. Satz 2 betrifft hierbei den Zeitraum vor Angebotsabgabe. Wesentliche Tatsachen, die eine Rüge begründen können, ergeben sich hierbei aus den Inhalten der Bekanntmachungen der Gemeinde nach § 46 Absatz 3 sowie der Mitteilung aus § 46 Absatz 4 Satz 4. Daher sind bis zum Ablauf der Interessensbekundungsfrist alle Rechtsverstöße, die aus den Bekanntmachungen der Gemeinde erkennbar sind, zu rügen. Verstöße im Rahmen der Ausstellung und Gewichtung von Kriterien sind innerhalb von 15 Kalendertagen ab Zugang der entsprechenden Mitteilung nach § 46 Absatz 4 Satz 4 zu rügen. Werden bis Ablauf der jeweiligen Fristen keine Rechtsverstöße im Rahmen der Veröffentlichung oder der allgemeinen Aufstellung



und Gewichtung von Auswahlkriterien geltend gemacht, so sind die beteiligten Unternehmen mit entsprechenden Einwänden präkludiert. Dies dient der Rechtssicherheit auf einer ersten zeitlichen Stufe.

Auf einer zweiten zeitlichen Stufe sind Rechtsverletzungen im Rahmen der konkreten Auswahlentscheidung zu rügen. Anknüpfungspunkt für Fristbeginn und Erkennbarkeit ist hierbei die nach § 46 Absatz 5 Satz 1 zu versendende Information. Dies setzt der Gemeinde einen Anreiz, bei der Bereitstellung dieser Informationen besonders sorgfältig zu handeln. Die Frist von 30 Kalendertagen sollte hierbei für das unterlegene Unternehmen ausreichend sein, um eine Rüge – gegebenenfalls unter Akteneinsichtnahme nach Absatz 3 – vorzubereiten und zu begründen. Eine Frist von 30 Kalendertagen ist andererseits auch erforderlich, um dem mit der Vorschrift verfolgten Beschleunigungsgedanken auch im Hinblick auf die Rechtssicherheit der konkreten Auswahlentscheidung Geltung zu verschaffen.

#### **§ 47 Absatz 3:**

Eine Rügeobliegenheit in Bezug auf die von der Gemeinde getroffene Auswahlentscheidung setzt voraus, dass dem unterlegenen Bewerber zügig Informationen über sämtliche Tatsachen zugänglich gemacht werden, die eine Verletzung in seinen Rechten begründen könnten. Daher enthält Absatz 3 ein entsprechendes Recht auf Akteneinsicht. Die Akteneinsicht kann hierbei auch in elektronischer Form gewährt werden. Dem Rechtsgedanken aus § 111 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen folgend ist jedoch das Recht der Beteiligten auf Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zu beachten. Die Gemeinde kann von den beteiligten Unternehmen im Rahmen der Übermittlung von Dokumenten einen entsprechenden Hinweis bzw. die Kenntlichmachung solcher Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse fordern.

Die Antragsfrist von einer Woche dient wiederum der Beschleunigung des Verfahrens.

#### **§ 47 Absatz 4:**

Absatz 4 fordert von der Gemeinde bei Nicht-Abhilfe der Rüge eine Begründung und somit eine Auseinandersetzung mit sämtlichen gerügten Rechtsverstößen. Dies kann bereits in einem frühen Stadium zu einer Klärung strittiger Fragen führen. Die Gemeinde hat es hierbei selbst in der Hand, den Zeitpunkt der Mitteilung zu wählen und somit den Beginn der sich hieran anschließenden Frist nach Absatz 5 Satz 1 zu steuern. So kann sie beispielsweise im Rahmen der Mitteilung der Auswahlkriterien erst zuwarten, ob mehrere Unternehmen eine entsprechende Rüge erheben, um dann über eine (Nicht-) Abhilfe zu entscheiden.

**§ 47 Absatz 5:**

Die in Absatz 5 Satz 1 vorgesehene Präklusionswirkung stellt die letzte Stufe des Präklusionsregimes des neuen § 47 EnWG dar. Innerhalb dieser Frist ist bei Nicht-Abhilfe einer Rüge vor den ordentlichen Gerichten eine einstweilige Verfügung zu beantragen, um entweder die Fortsetzung des Auswahlverfahrens oder einen bereits drohenden Vertragsschluss nach § 46 Absatz 2 EnWG zu verhindern, bevor nicht die konkret gerügte rechtswidrige Verfahrenshandlung aufgehoben und durch eine rechtmäßige Verfahrenshandlung ersetzt wurde. Ausschließlich zuständig ist gemäß § 102 Absatz 1 EnWG das Landgericht in Zivilsachen.

Satz 2 stellt klar, dass für das Verfahren die Vorschriften der Zivilprozessordnung über den Erlass einer einstweiligen Verfügung gelten (Buch 8, Abschnitt 5). Nach Satz 3 braucht jedoch ein Verfügungsgrund in der Form einer Rechtsgefährdung nicht geltend gemacht zu werden, weil sich dieser bereits aus der drohenden Präklusion ergibt.

**§ 47 Absatz 6:**

Die Vertragssperre in Absatz 6 soll den jeweils betroffenen Bewerbern ausreichend Zeit gewähren, um eine Rüge vorbereiten und begründen zu können. Diese Sperre bedeutet zugleich, dass ein Vertragsschluss nicht zulässig ist, solange von den am Verfahren Beteiligten noch Rügen erhoben werden können bzw. nicht allen erhobenen Rügen abgeholfen wurde.

**Zu Nummer 3 (§ 48 Absatz 4)**

In der Praxis kamen Gemeinden zuletzt vielfach durch zeitliche Verzögerungen bei der Netzübernahme in die Situation, dass die Jahresfrist zur Fortzahlung der Konzessionsabgabe überschritten wurde. Durch eine Fortzahlungspflicht über diese Jahresfrist hinaus wird insoweit mehr Rechtssicherheit im Interesse der Gemeinde geschaffen. Die Gemeinde ist allerdings insoweit nicht schützenswert, wenn sie es unterlassen hat, ein Verfahren nach § 46 Absatz 3 bis 5 EnWG zu initiieren und zügig voranzutreiben. Daher erfolgt in Satz 2 eine sachgerechte Einschränkung der Fortzahlungspflicht.

**Zu Artikel 2**

Artikel 2 bestimmt das In-Kraft-Treten. Für eine Rückwirkung oder ein späteres In-Kraft-Treten als dem Folgetag der Verkündung besteht kein Bedürfnis.