

Kommunalfreundlicher Entwurf zur Neufassung der §§ 46 ff. EnWG

im Auftrag des FuSS e.V.

Förderverein für umweltfreundliche Stromverteilung und Energieerzeugung
Schönau im Schwarzwald e.V.

vorgelegt von

Rechtsanwalt Prof. Dr. Dominik Kupfer, Dipl.-Verwaltungswirt (FH)

Rechtsanwalt Dr. Holger Weiß, LL.M.

W2K Rechtsanwälte Freiburg und Stuttgart

18.02.2016

FREIBURG

Hansjörg Wurster
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Prof. Dr. Dominik Kupfer

Dr. Holger Weiß, LL. M.

Horst E. Schöpperle † 2015

Dr. Björn Reith

Klaus Berger, LL. M.

Jens Baltschukat

Dr. Katharina Schober

Franz X. Ritter

Kaiser-Joseph-Straße 247
D-79098 Freiburg
Telefon: (07 61) 21 11 49 - 0
Telefax: (07 61) 21 11 49 - 45
freiburg@w2k.de

STUTTGART

Alfred Bauer

Bastian Reuße

Charlottenstraße 21b
D-70182 Stuttgart
Telefon: (07 11) 24 85 46 - 0
Telefax: (07 11) 24 85 46 - 19
stuttgart@w2k.de

www.w2k.de

Gliederung

A. Hinführung und Ergebnis	3
B. Kommunalfreundlicher Gesetzentwurf.....	5
I. Wortlaut – „clean-Fassung“	5
II. Wortlaut mit Hervorhebung wesentlicher Neuerungen	10
III. Gegenüberstellung der geltenden Gesetzeslage und der Entwurfsfassung	15
C. Begründung des kommunalfreundlichen Gesetzentwurfs	20
I. Gesetzgeberische Kontinuität im Fall des kommunalfreundlichen Entwurfs	22
1. Bisherige Linie des Gesetzgebers	22
2. Kartellrechtliche Wende.....	25
3. Unionsrecht	26
II. Gewährleistungsverantwortung der Gemeinden.....	28
1. Verfassungsrechtliche Vorordnung.....	28
2. Recht direkter Aufgabenerledigung	29
3. Das vermeintliche Primat des Wettbewerbs.....	29
III. Konzessionierung eines Dritten.....	33
1. Energiekonzessionsvertrag als Konzessionsvertrag i.e.S.	33
2. Recht zur Berücksichtigung kommunaler Interessen	33
IV. Recht der Gemeinde auf eine Systementscheidung	36
V. Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts.....	37

A. Hinführung und Ergebnis

Im Dezember 2015 hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) den Entwurf eines

„Gesetzes zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung“ (**Referentenentwurf**)¹

in die Länder- und Verbändeanhörung gegeben. Die Analyse des Referentenentwurfs hat ergeben, dass mit diesem Entwurf das Ziel der Gesetzesreform, Rechtssicherheit zu schaffen – sowohl für die Vergabe von Energiekonzessionen als auch für sich hieran gegebenenfalls anschließende Netzübernahmen –, nicht erreicht werden wird.² Zudem ist der Referentenentwurf nicht geeignet, der gegenwärtigen verfassungswidrigen Beschneidung der in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG verbürgten kommunalen Selbstverwaltungshoheit im Bereich der Vergabe von Energiekonzessionen durch die Kartellbehörden und Kartellgerichte abzuhelpen.

Diese Einschätzung gilt ebenfalls für den am 3. Februar 2016 beschlossenen und gegenüber dem Referentenentwurf vom Dezember 2015 lediglich überwiegend redaktionell modifizierten **Kabinettsentwurf**.³

Angesichts der aktuell bestehenden Rechtsunsicherheit bei der Vergabe von Energiekonzessionen⁴ kann der Gesetzgeber das Ziel, Rechtssicherheit zu schaffen, nur erreichen, wenn er ein eigenes, in sich tragfähiges und vom bisherigen richterrechtlichen Regime abweichendes neues Konzept vorgibt. Angesichts der Komplexität der in der Praxis mit den Verfahren zur Vergabe von Energiekonzessionen verbundenen formellen und materiellen Problemstellungen wird es nicht gelingen, den gesetzlichen Rahmen für die Vergabe von Energiekonzessionen durch wenige Vorschriften an das System des Kartellvergaberechts anzunähern, ohne die dort geltenden Bestimmungen zu Rechtsfehlerfolgen und Nachprüfungsverfahren für anwendbar zu erklären. Ohne eine Abkehr

¹ Abrufbar unter: <http://www.bmwi.de/DE/Themen/energie.did=742968.html>; letzter Zugriff am 15.02.2016.

² Kupfer/Weiß, Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMWi vom 2. Dezember 2015 zur Neufassung der §§ 46 ff. EnWG im Auftrag des FuSS e.V. – Förderverein für umweltfreundliche Stromverteilung und Energieerzeugung Schönau im Schwarzwald e.V.; abrufbar unter: <http://www.w2k.de/download/>.

³ Der Kabinettsentwurf ist abrufbar unter:

<http://www.bmwi-energiewende.de/EWD/Redaktion/Newsletter/2016/03/Meldung/verteilernetz.html>; letzter Zugriff am 15.02.2016.

⁴ Eingehend Kupfer/Weiß, Stellungnahme zum Referentenentwurf (Fn. 2), S. 6 ff. und S. 14 f.

von dem gegenwärtigen Ansatz des Kabinettsentwurfs, das Recht der Vergabe von Energiekonzessionen mit wenigen Vorschriften spezialgesetzlich zu umhegen, wird es keine Rechtssicherheit geben. Im Gegenteil! Zu allen gegenwärtigen Rechtsfragen und Unsicherheiten wird kurzfristig ein weiterer Streitpunkt hinzukommen: Die Beantwortung der Frage, ob die Konzessionsvergaberichtlinie der Union nur unzureichend in nationales Recht umgesetzt wurde, weil das Recht der Vergabe von Energiekonzessionen vom Anwendungsbereich der nationalen Umsetzungsvorschrift – der Konzessionsvergabeverordnung – ausgenommen bleiben soll.

Nachfolgend wird ein eigener **kommunalfreundlicher Entwurf** vorgestellt, mit dem die dargestellte Problemlage wenn nicht aufgelöst, so doch zumindest deutlich besser entschärft werden kann, als dies mit dem Kabinettsentwurf gelingen wird. Würde der nachfolgend dargestellte Entwurf Gesetz, wäre vor dem Hintergrund und im Rahmen der kommunalen Gewährleistungsverantwortung für den örtlichen Verteilernetzbetrieb der Wettbewerb um das Netz gewährleistet. Künftig wäre der Wechsel des Netzbetreibers – auch gegen den Willen des Alt-Konzessionärs – machbar. Die derzeit durch das Kartellrechtliche Regime zur Vergabe von Energiekonzessionen bewirkte „Zementierung bestehender Verhältnisse“⁵ würde zumindest aufgeweicht und der Gewährleistungsverantwortung der Gemeinden und Städte für einen dauerhaft funktionierenden Verteilernetzbetrieb Rechnung getragen.

Nachfolgend wird im Abschnitt B. – ab S. 5 – der kommunalfreundliche Entwurf selbst, in seinem Wortlaut dargestellt. Im Abschnitt C. – ab S. 20 – findet sich die Begründung für Inhalte des kommunalfreundlichen Entwurfs.

⁵ Näher *Kupfer/Weiß*, Stellungnahme zum Referentenentwurf (Fn. 2), S. 8 f.

B. Kommunalfreundlicher Gesetzentwurf

Nachfolgend wird der kommunalfreundliche Gesetzentwurf selbst, im Wortlaut wiedergegeben: zunächst in einer „clean-Fassung“ (I.), dann unter farblicher Hervorhebung der Schlüsselbegriffe sowie der wesentlichen Neuerungen im Entwurfstext (II.) und schließlich gespiegelt am heute (noch) geltenden Gesetzeswortlaut (III.). Im Abschnitt „C. Begründung des kommunalfreundlichen Gesetzentwurfs“ werden die unter B. dargestellten Textvorschläge im Einzelnen begründet.

I. Wortlaut – „clean-Fassung“

§ 46 Wegenutzungs- und Konzessionsverträge

- (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 Wegenutzungsvertrag 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 Abs. 2 verweigert und eine Einigung über die Höhe der Konzessionsabgaben noch nicht erzielt ist.
- (2) Die Gemeinde trifft kraft ihrer Gewährleistungsverantwortung für den Betrieb der Energieversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet jeweils die Entscheidung über das Konzept des örtlichen Netzbetriebs und den Netzbetreiber. Sie trifft diese Entscheidung wiederkehrend, spätestens alle 20 Jahre. Übernimmt die Gemeinde den Betrieb eines örtlichen Energieversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung nicht selbst, hat sie einen Dritten hiermit durch Abschluss eines Konzessionsvertrages nach Absatz 3 zu betrauen.

- (3) Konzessionsverträge 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. Schließen der bisher Nutzungsberechtigte und die Gemeinde keinen neuen Konzessionsvertrag, so ist der Eigentümer 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 Bestimmung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung sind die mit dem Netz künftig erzielbaren Erlöse nach dem objektivierten Ertragswertverfahren maßgeblich.
- (4) Die Gemeinden machen spätestens zwei Jahre vor Ablauf von Konzessionsverträgen nach Absatz 3 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 Konzessionsverträge nach Absatz 3 vor Ablauf der Vertragslaufzeit zu beenden, 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.
- (5) Die Vergabe der Konzession an einen Dritten unterliegt nach Maßgabe von Abs. 6 dem Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Anstatt einen Dritten zu betrauen, kann die Gemeinde auch die gesellschaftsrechtliche Beteiligung eines Dritten an einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft ausschreiben, die sie mit dem ausschließlichen Zweck zu gründen und zu betrauen beabsichtigt, ein örtliches Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung zu betreiben; Satz 1 gilt entsprechend.

- (6) Vor dem Hintergrund ihrer Gewährleistungsverantwortung für den Betrieb des örtlichen Energieversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung erteilt die Gemeinde in Ausübung ihrer Konzeptionhoheit den Zuschlag auf der Grundlage objektiver Kriterien. Die Kriterien sind insbesondere darauf auszurichten, dass der örtliche Netzbetrieb dem Zweck dieses Gesetzes entspricht, die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde nicht gefährdet und die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner wahrt.
- (7) Für den Fall, dass die Gemeinde den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet selbst führt, gelten Absatz 3 und 4 entsprechend. Liegt der Netzbetrieb bei einem Eigenbetrieb tritt an die Stelle eines Konzessionsvertrages eine Verwaltungsvereinbarung.
- (8) Die Gemeinde macht ihre Entscheidung nach Absatz 2 unter Angabe der maßgeblichen Gründe öffentlich bekannt.
- (9) Die Regelungen nach Absatz 2 bis Absatz 8 sind abschließend im Sinne des § 111 Satz 1. Im Übrigen bleiben die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen unberührt.

§ 46a **Auskunftsanspruch der Gemeinde**

Der bisherige Nutzungsberechtigte ist verpflichtet, der Gemeinde spätestens ein Jahr vor Bekanntmachung der Gemeinde nach § 46 Absatz 4 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 3 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 trifft im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt Entscheidungen über den Umfang und das Format der zur Verfügung zu stellenden Daten durch Festlegung gegenüber den Energieversorgungsunternehmen. Der Gemeinde steht zur Vorbereitung der Aufforderung zur Angebotsabgabe ein Anspruch auf Aktualisierung der Informationen mit Stand zum Ablauf des letzten Kalenderjahres gegen den bisherigen Nutzungsberechtigten zu.

§ 47

Nachprüfungsverfahren

Fehler im Verfahren zur Vergabe von Konzessionsverträgen nach § 46 Absatz 3 Satz 1 führen ausschließlich nach Maßgabe von § 135 des Gesetzes über Wettbewerbsbeschränkungen zur Unwirksamkeit von Konzessionsverträgen; im Übrigen berühren sie die Wirksamkeit der Verträge nicht. Rechtsverletzungen durch die Nichtbeachtung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren können ausschließlich im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens für Konzessionen nach dem Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen geltend gemacht werden.

§ 48

Konzessionsabgaben

- (1) Konzessionsabgaben sind Entgelte, die Energieversorgungsunternehmen für die Einräumung des Rechts zur Benutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet mit Energie dienen, entrichten. Eine Versorgung von Letztverbrauchern im Sinne dieser Vorschrift liegt auch vor, wenn ein Weiterverteiler über öffentliche Verkehrswege mit Elektrizität oder Gas beliefert wird, der diese Energien ohne Benutzung solcher Verkehrswege an Letztverbraucher weiterleitet.

- (2) Die Bundesregierung kann durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Zulässigkeit und Bemessung der Konzessionsabgaben regeln. Es kann dabei jeweils für Elektrizität oder Gas, für verschiedene Kundengruppen und Verwendungszwecke und gestaffelt nach der Einwohnerzahl der Gemeinden unterschiedliche Höchstsätze in Cent je gelieferter Kilowattstunde festsetzen.
- (3) Konzessionsabgaben sind in der vertraglich vereinbarten Höhe von dem Energieversorgungsunternehmen zu zahlen, dem das Wegerecht nach § 46 Abs. 1 eingeräumt wurde.
- (4) Die Pflicht zur Zahlung der vertraglich vereinbarten Konzessionsabgaben besteht auch nach Ablauf des Wegenutzungsvertrages bis zum Übergang des Netzbetriebs auf den neuen Vertragspartner der Gemeinde fort. Anderes gilt nur dann, wenn die Gemeinde missbräuchlich den Abschluss eines neuen Wegenutzungsvertrages oder den Übergang des Netzbetriebes auf das neue Energieversorgungsunternehmen verzögert.

II. Wortlaut mit Hervorhebung wesentlicher Neuerungen

§ 46 Wegenutzungs- und Konzessionsverträge

- (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 **Wegenutzungsvertrag** 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 Abs. 2 verweigert und eine Einigung über die Höhe der Konzessionsabgaben noch nicht erzielt ist.
- (2) Die Gemeinde trifft kraft ihrer **Gewährleistungsverantwortung** für den Betrieb der Energieversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet jeweils die **Entscheidung über das Konzept des örtlichen Netzbetriebs und den Netzbetreiber**. Sie trifft diese Entscheidung wiederkehrend, spätestens alle 20 Jahre. **Übernimmt die Gemeinde den Betrieb eines örtlichen Energieversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung nicht selbst, hat sie einen Dritten hiermit durch Abschluss eines Konzessionsvertrages nach Absatz 3 zu betrauen.**
- (3) **Konzessionsverträge** 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. Schließen der bisher Nutzungsberechtigte und die Gemeinde keinen neuen Konzessionsvertrag, so ist der **Eigentümer** 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 Bestimmung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung sind die mit dem Netz **künftig erzielbaren Erlöse nach dem objektivierten Ertragswertverfahren** maßgeblich.

- (4) Die Gemeinden machen spätestens zwei Jahre vor Ablauf von Konzessionsverträgen nach Absatz 3 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 Konzessionsverträge nach Absatz 3 vor Ablauf der Vertragslaufzeit zu beenden, 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.
- (5) **Die Vergabe der Konzession an einen Dritten unterliegt nach Maßgabe von Abs. 6 dem Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.** Anstatt einen Dritten zu betrauen, kann die Gemeinde auch die **gesellschaftsrechtliche Beteiligung eines Dritten an einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft ausschreiben**, die sie mit dem ausschließlichen Zweck zu gründen und zu betrauen beabsichtigt, ein örtliches Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung zu betreiben; Satz 1 gilt entsprechend.
- (6) Vor dem Hintergrund ihrer Gewährleistungsverantwortung für den Betrieb des örtlichen Energieversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung erteilt die Gemeinde in Ausübung ihrer Konzeptschuld den Zuschlag auf der Grundlage objektiver **Kriterien**. Die Kriterien sind insbesondere darauf auszurichten, dass der örtliche Netzbetrieb dem Zweck dieses Gesetzes entspricht, die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde nicht gefährdet und die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner wahrt.
- (7) Für den Fall, dass die Gemeinde den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet selbst führt, gelten Absatz 3 und 4

entsprechend. Liegt der Netzbetrieb bei einem Eigenbetrieb tritt an die Stelle eines Konzessionsvertrages eine Verwaltungsvereinbarung.

- (8) Die Gemeinde macht ihre Entscheidung nach Absatz 2 unter Angabe der maßgeblichen Gründe öffentlich bekannt.
- (9) Die Regelungen nach Absatz 2 bis Absatz 8 sind abschließend im Sinne des § 111 Satz 1. Im Übrigen bleiben die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen unberührt.

§ 46a **Auskunftsanspruch der Gemeinde**

Der bisherige Nutzungsberechtigte ist verpflichtet, der Gemeinde spätestens ein Jahr vor Bekanntmachung der Gemeinde nach § 46 Absatz 4 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 3 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 trifft im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt Entscheidungen über den Umfang und das Format der zur Verfügung zu stellenden Daten durch Festlegung gegenüber den Energieversorgungsunternehmen. Der Gemeinde steht zur Vorbereitung der Aufforderung zur Angebotsabgabe ein Anspruch auf Aktualisierung der Informationen mit Stand zum Ablauf des letzten Kalenderjahres gegen den bisherigen Nutzungsberechtigten zu.

§ 47 Nachprüfungsverfahren

Fehler im Verfahren zur Vergabe von Konzessionsverträgen nach § 46 Absatz 3 Satz 1 führen **ausschließlich nach Maßgabe von § 135 des Gesetzes über Wettbewerbsbeschränkungen zur Unwirksamkeit von Konzessionsverträgen**; im Übrigen berühren sie die Wirksamkeit der Verträge nicht. Rechtsverletzungen durch die Nichtbeachtung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren können **ausschließlich im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens für Konzessionen nach dem Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen** geltend gemacht werden.

§ 48 Konzessionsabgaben

- (1) Konzessionsabgaben sind Entgelte, die Energieversorgungsunternehmen für die Einräumung des Rechts zur Benutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet mit Energie dienen, entrichten. Eine Versorgung von Letztverbrauchern im Sinne dieser Vorschrift liegt auch vor, wenn ein Weiterverteiler über öffentliche Verkehrswege mit Elektrizität oder Gas beliefert wird, der diese Energien ohne Benutzung solcher Verkehrswege an Letztverbraucher weiterleitet.
- (2) Die Bundesregierung kann durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Zulässigkeit und Bemessung der Konzessionsabgaben regeln. Es kann dabei jeweils für Elektrizität oder Gas, für verschiedene Kundengruppen und Verwendungszwecke und gestaffelt nach der Einwohnerzahl der Gemeinden unterschiedliche Höchstsätze in Cent je gelieferter Kilowattstunde festsetzen.
- (3) Konzessionsabgaben sind in der vertraglich vereinbarten Höhe von dem Energieversorgungsunternehmen zu zahlen, dem das Wegerecht nach § 46 Abs. 1 eingeräumt wurde.

- (4) Die Pflicht zur Zahlung der vertraglich vereinbarten Konzessionsabgaben besteht auch nach Ablauf des Konzessionsvertrages bis zum Übergang des Netzbetriebs auf den neuen Vertragspartner der Gemeinde fort. Anderes gilt nur dann, wenn die Gemeinde missbräuchlich den Abschluss eines neuen Konzessionsvertrages oder den Übergang des Netzbetriebes auf das neue Energieversorgungsunternehmen verzögert.

III. Gegenüberstellung der geltenden Gesetzeslage und der Entwurfsfassung

Die mit dem kommunalfreundlichen Entwurf vorgeschlagenen Änderungen gegenüber der heute (noch) geltenden Gesetzeslage sind nachfolgend im Änderungsmodus hervorgehoben.

§ 46

Wegenutzungs- und Konzessionsverträge

(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-Wegenutzungsvertrag 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 Abs. 2 verweigert und eine Einigung über die Höhe der Konzessionsabgaben noch nicht erzielt ist.

~~(1)(2) Die Gemeinde trifft kraft ihrer Gewährleistungsverantwortung für den Betrieb der Energieversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet jeweils die Entscheidung über das Konzept des örtlichen Netzbetriebs und den Netzbetreiber. Sie trifft diese Entscheidung wiederkehrend, spätestens alle 20 Jahre. Übernimmt die Gemeinde den Betrieb eines örtlichen Energieversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung nicht selbst, hat sie einen Dritten hiermit durch Abschluss eines Konzessionsvertrages nach Absatz 3 zu betrauen.~~

~~(2)(3) Verträge—Konzessionsverträge~~ 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~~Schließen der bisher Nutzungsberechtigte ~~verpflichtet und die~~ Gemeinde keinen neuen Konzessionsvertrag, so ist der Eigentümer 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 Bestimmung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung sind die mit dem Netz künftig erzielbaren Erlöse nach dem objektivierten Ertragswertverfahren maßgeblich. Der bisherige Nutzungsberechtigte ist verpflichtet, der Gemeinde spätestens ein Jahr vor Bekanntmachung der Gemeinde nach 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 Satz 1 erforderlich sind. 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.~~

~~(3)(4)~~ Die Gemeinden machen spätestens zwei Jahre vor Ablauf von ~~Verträgen~~ Konzessionsverträgen nach Absatz ~~2-3~~ das Vertragsende und einen ausdrücklichen Hinweis auf die nach ~~§ 46a Absatz 2 Satz 4~~ 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~~ Verträge~~Konzessionsverträgen~~ nach Absatz ~~2-3~~ vor Ablauf der Vertragslaufzeit zu beenden, 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. ~~Vertragsabschlüsse mit Unternehmen dürfen frühestens drei Monate nach der Bekanntgabe der vorzeitigen Beendigung erfolgen. Bei der Auswahl des Unternehmens ist die Gemeinde den Zielen des § 1 verpflichtet. Sofern sich mehrere Unternehmen bewerben, macht die Gemeinde bei Neuabschluss oder Verlängerung von Verträgen nach Absatz 2 ihre Entscheidung unter Angabe der maßgeblichen Gründe öffentlich bekannt.~~

- (5) Die Vergabe der Konzession an einen Dritten unterliegt nach Maßgabe von Abs. 6 dem Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Anstatt einen Dritten zu betrauen, kann die Gemeinde auch die gesellschaftsrechtliche Beteiligung eines Dritten an einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft ausschreiben, die sie mit dem ausschließlichen Zweck zu gründen und zu betrauen beabsichtigt, ein örtliches Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung zu betreiben; Satz 1 gilt entsprechend.
- (6) Vor dem Hintergrund ihrer Gewährleistungsverantwortung für den Betrieb des örtlichen Energieversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung erteilt die Gemeinde in Ausübung ihrer Konzeptionshoheit den Zuschlag auf der Grundlage objektiver Kriterien. Die Kriterien sind insbesondere darauf auszurichten, dass der örtliche Netzbetrieb dem Zweck dieses Gesetzes entspricht, die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde nicht gefährdet und die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner wahrt.
- (7) Für den Fall, dass die Gemeinde den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet selbst führt, gelten Absatz 3 und 4 entsprechend. Liegt der Netzbetrieb bei einem Eigenbetrieb tritt an die Stelle eines Konzessionsvertrages eine Verwaltungsvereinbarung.
- (8) Die Gemeinde macht ihre Entscheidung nach Absatz 2 unter Angabe der maßgeblichen Gründe öffentlich bekannt.
- ~~(4) Die Absätze 2 und 3 finden für Eigenbetriebe der Gemeinden entsprechende Anwendung.~~
- ~~(5)~~(9) Die Regelungen nach Absatz 2 bis Absatz 8 sind abschließend im Sinne des § 111 Satz 1. Im Übrigen bleiben ~~die~~ 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 4 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 3 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 trifft im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt Entscheidungen über den Umfang und das Format der zur Verfügung zu stellenden Daten durch Festlegung gegenüber den Energieversorgungsunternehmen. Der Gemeinde steht zur Vorbereitung der Aufforderung zur Angebotsabgabe ein Anspruch auf Aktualisierung der Informationen mit Stand zum Ablauf des letzten Kalenderjahres gegen den bisherigen Nutzungsberechtigten zu.

§ 47 Nachprüfungsverfahren

Fehler im Verfahren zur Vergabe von Konzessionsverträgen nach § 46 Absatz 3 Satz 1 führen ausschließlich nach Maßgabe von § 135 des Gesetzes über Wettbewerbsbeschränkungen zur Unwirksamkeit von Konzessionsverträgen; im Übrigen berühren sie die Wirksamkeit der Verträge nicht. Rechtsverletzungen durch die Nichtbeachtung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren können ausschließlich im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens für Konzessionen nach dem Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen geltend gemacht werden.

§ 48

Konzessionsabgaben

- (1) Konzessionsabgaben sind Entgelte, die Energieversorgungsunternehmen für die Einräumung des Rechts zur Benutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet mit Energie dienen, entrichten. Eine Versorgung von Letztverbrauchern im Sinne dieser Vorschrift liegt auch vor, wenn ein Weiterverteiler über öffentliche Verkehrswege mit Elektrizität oder Gas beliefert wird, der diese Energien ohne Benutzung solcher Verkehrswege an Letztverbraucher weiterleitet.
- (2) Die Bundesregierung kann durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Zulässigkeit und Bemessung der Konzessionsabgaben regeln. Es kann dabei jeweils für Elektrizität oder Gas, für verschiedene Kundengruppen und Verwendungszwecke und gestaffelt nach der Einwohnerzahl der Gemeinden unterschiedliche Höchstsätze in Cent je gelieferter Kilowattstunde festsetzen.
- (3) Konzessionsabgaben sind in der vertraglich vereinbarten Höhe von dem Energieversorgungsunternehmen zu zahlen, dem das Wegerecht nach § 46 Abs. 1 eingeräumt wurde.
- (4) Die Pflicht zur Zahlung der vertraglich vereinbarten Konzessionsabgaben besteht auch nach Ablauf des Wegenutzungsvertrages bis zum Übergang des Netzbetriebs auf den neuen Vertragspartner der Gemeinde für ein Jahr fort. Anderes gilt nur dann, wenn die Gemeinde missbräuchlich den Abschluss eines neuen Wegenutzungsvertrages oder den Übergang des Netzbetriebes auf das neue Energieversorgungsunternehmen verzögert, es sei denn, dass zwischenzeitlich eine anderweitige Regelung getroffen wird.

C. **Begründung des kommunalfreundlichen Gesetzentwurfs**

Im Folgenden stehen die Unterschiede zwischen dem hier vorgeschlagenen kommunalfreundlichen Gesetzentwurf⁶ und dem Kabinettsentwurf⁷ im Vordergrund. Soweit beide Entwürfe einander inhaltlich – zumindest weitgehend – entsprechen, etwa hinsichtlich des Auskunftsanspruchs der Gemeinde nach § 46a, der Bestimmung der wirtschaftlich angemessenen Vergütung für ein örtliches Energieverteilernetz oder der Fortzahlung der Konzessionsabgaben nach Auslaufen eines Konzessionsvertrages, finden sich zur Vermeidung von Wiederholungen und wegen der besseren Übersichtlichkeit nachfolgend keine weiteren Ausführungen. Insoweit wird auf die Begründung des Kabinettsentwurfs sowie die Stellungnahme von W2K zum Referentenentwurf⁸ verwiesen.

Der markanteste Unterschied zwischen dem kommunalfreundlichen Gesetzentwurf und dem Kabinettsentwurf liegt darin, dass der kommunalfreundliche Entwurf auf einer Linie mit dem bisherigen Gesetz – § 46 EnWG in der aktuell (noch) geltenden Fassung – und den bisherigen Erwägungen des Gesetzgebers liegt, während der Kabinettsentwurf diese Linie verlässt und stattdessen die neuere kartellbehördliche und kartellgerichtliche Praxis im Grundsatz übernimmt (I.).

Dabei wird dieser „Vorzeichenwechsel“ im Kabinettsentwurf nicht transparent und offen kommuniziert. Warum sich der Kabinettsentwurf von der bisherigen Sichtweise der Abs. 2 bis 4 des (noch) geltenden § 46 EnWG

- örtliches Verteilernetz als marktmächtiges natürliches Monopol,
- gemeindliches Wegerecht als rechtstechnisches Vehikel zur Durchführung eines Wettbewerbs um die Verteilernetze,
- gemeindliche Gewährleistungsverantwortung für einen dauerhaft ordnungsgemäßen Verteilernetzbetrieb

löst und stattdessen die kartellrechtliche Sichtweise übernimmt

⁶ Vgl. oben, B.I = S. 5.

⁷ Fn. 3.

⁸ Fn. 2 – dort etwa zum Auskunftsanspruch der Gemeinde auf S. 12 f., zur Bestimmung der wirtschaftlich angemessenen Vergütung für ein örtliches Energieverteilernetz auf S. 32 f. und zur Fortzahlung der Konzessionsabgaben nach Auslaufen eines Konzessionsvertrages auf S. 33.

→ gemeindliches Eigentum an öffentlichen Verkehrsflächen als marktbeherrschende Stellung und

→ Erforderlichkeit des Schutzes von Energieversorgungsunternehmen vor den Gemeinden

wird nicht begründet. Ein Abwägen der für die Beibehaltung der bisherigen Linie streitenden mit den gegenläufigen Argumenten findet nicht statt.

Ein fundamentaler Unterschied zwischen dem Kabinettsentwurf und dem kommunalfreundlichen Entwurf liegt darin, dass der kommunalfreundliche Entwurf unmittelbar an das Verfassungsrecht anknüpft. Der kommunalfreundliche Entwurf greift die verfassungsrechtliche Kategorie der „Gewährleistungsverantwortung“ der Gemeinden für einen nachhaltig funktionsfähigen örtlichen Verteilernetzbetrieb auf. Folgerichtig erhält die Gemeinde das Recht, mit Auslaufen eines Konzessionsvertrages – unter Einhaltung der allgemeinen Bekanntmachungsvorschriften – den örtlichen Verteilernetzbetrieb eigenhändig durchzuführen (II.).

Entscheidet sich die Gemeinde mit Blick auf das Auslaufen eines Konzessionsvertrages dazu, den Netzbetrieb nicht selbst durchzuführen, hat sie einen Dritten hiermit durch Abschluss eines Konzessionsvertrages zu betrauen (III.). Anderes gilt dann, wenn sich die Gemeinde entschließt, ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen zu gründen, um dieses mit dem Netzbetrieb zu betrauen. Für diesen Fall einer öffentlich-privaten-Kooperation genügt es in Umsetzung der Rechtsprechung des EuGH, wenn die Gemeinde die gesellschaftsrechtliche Beteiligung an dieser Gesellschaft ausschreibt (IV.).

Von erheblicher Bedeutung ist die Einordnung der Vergabe von Energiekonzessionen durch den kommunalfreundlichen Gesetzentwurf in das Recht der Konzessionsvergabe nach dem neuen Vergaberecht (V.). Dies betrifft nicht nur die Ausschreibung von Energiekonzessionen nach der künftigen Konzessionsvergabeverordnung, sondern auch die Folgen eventueller Rechtsverstöße. Die Kontrolle der Rechtmäßigkeit von Konzessionsvergabeverfahren wird in die Hände der sachnäheren Vergabenachprüfungsinstanzen gegeben.

I. Gesetzgeberische Kontinuität im Fall des kommunalfreundlichen Entwurfs

Im Unterschied zum Kabinettsentwurf folgt der vorliegende kommunalfreundliche Entwurf den Erwägungen des Gesetzgebers seit 1998 (1.). Demgegenüber übernimmt der Kabinettsentwurf das von den Kartellbehörden und Kartellgerichten zwischen 2010 und 2013 errichtete „Kartellrechtliche Regime“ (2.). Auf Unionsrecht kann die kartellrechtliche Wende dabei nicht gestützt werden (3.).

1. Bisherige Linie des Gesetzgebers

Die Regelungen des heutigen § 46 EnWG zur Bestimmung eines Konzessionsvertragspartners durch die Gemeinden wurden bereits mit der Energierechtsnovelle im Jahre 1998 eingeführt und sind seither im Kern unverändert.

Absatz 1 des heutigen § 46 EnWG hat der Gesetzgeber 1998 als § 13 Abs. 1 EnWG 1998 eingeführt,⁹ um den Wettbewerb auf der Ebene der örtlichen Verteilernetze dadurch zu fördern, dass Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern auch von anderen als dem örtlichen Netzbetreiber und außerhalb des örtlichen Verteilernetzes i. e. S. errichtet werden können – sog. „zusätzlicher“ oder „alternativer“ Leitungsbau.¹⁰

In Absatz 2 des heutigen § 46 EnWG (entspricht § 13 Abs. 2 EnWG 1998) wendet sich der Gesetzgeber einem besonderen Fall von Wegenutzungsrechten – den Konzessionsverträgen – zu. Hierbei handelt es sich um sog. qualifizierte Wegenutzungsrechte, weil sie den besonderen Fall der Verlegung und des Betriebs von Leitungen zur Durchführung der allgemeinen Versorgung betreffen.

Wie mit den Regelungen des Abs. 1, so zielt der Gesetzgeber auch durch die Vorschriften in Abs. 2 darauf ab, den Wettbewerb zu fördern. In Abs. 1 will er durch das Instrument des zusätzlichen Leitungsbaus die wettbewerbsbeschränkende Macht der örtlichen Verteilernetze beschränken. In Abs. 2 fördert er den Wettbewerb um die örtlichen Verteilernetze. Dabei hat

⁹ BGBl I 1998, 730 (733).

¹⁰ BT-Drs. 13/7274, 20 f.; a.a.O., 33: Direktleitungen zur Versorgung einzelner Kunden.

er die Energieversorgungsunternehmen im Fokus – insbesondere den Anspruch des neuen Energieversorgungsunternehmens gegen den abgebenden Netzbetreiber auf Überlassung des Verteilernetzes:

„Abs. 2 Satz 2 gewährt bei Nichtverlängerung eines Wegenutzungsvertrags dem neuen Versorger einen Anspruch gegenüber dem bisherigen Versorger auf Überlassung der für die Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen gegen eine wirtschaftlich angemessene Vergütung. Dadurch soll ausgeschlossen werden, daß wegen des Netzeigentums des bisherigen Versorgers ein Wechsel praktisch verhindert wird und es zu wirtschaftlich unsinnigen Doppelinvestitionen kommt. Ein Versorgerwechsel darf auch nicht an prohibitiv hohen Kaufpreisen für das Netz scheitern; dazu ist die wirtschaftlich angemessene Vergütung im Einzelfall zu ermitteln.“¹¹

Erst mit den Regelungen des Abs. 3 des heutigen § 46 EnWG hat der Gesetzgeber die Gemeinde insoweit in den Blick genommen, als sie über den künftigen Betreiber ihrer örtlichen Energieverteilernetze zu entscheiden hat. Den Gemeinden werden bestimmte Bekanntmachungspflichten auferlegt – weitere Vorgaben, insbesondere Regelungen zur Gestaltung des Vergabeverfahrens und der Auswahlkriterien enthält das Gesetz nicht.

„Abs. 3 sieht vor, daß die Gemeinde mindestens zwei Jahre vor Auslaufen des Wegenutzungsvertrages die Öffentlichkeit hierüber informiert, damit sich andere Unternehmen um solche Wegenutzungsrechte bewerben können. Nur wenn bekannt ist, daß ein Wegenutzungsvertrag zum Neuabschluß ansteht, kann auch ein Wettbewerb entstehen. Satz 2 verpflichtet die Gemeinden, bei mehreren Bewerbungen um ein Wegenutzungsrecht ihre Entscheidung öffentlich unter Angabe der maßgeblichen Gründe für ihre Auswahl bekanntzumachen. Nach welchen Kriterien die Gemeinde ihre Auswahlentscheidung zu treffen hat, wird nicht bestimmt. Höhere Transparenz sowie eine bessere Nachvollziehbarkeit der gemeindlichen Entscheidung werden aber gleichwohl dazu beitragen, daß die Auswahl nach rationalen Kriterien erfolgt.

Abs. 4 erstreckt die Regelungen der Absätze 2 und 3 auch auf die Fälle, in denen die Nutzung der gemeindlichen Wege zur Durchführung der allgemeinen Versorgung [...] durch gemeindliche Satzung und nicht durch Vertrag geregelt ist. Dies ist notwendig, damit die Wegenutzung in allen Gemeinden von den Bestimmungen der Absätze 2 und 3 erfaßt wird. Damit soll verhindert werden, daß der Zweck dieser Vorschriften, ‚Ewigkeitsrechten‘ bei der Versorgung entgegenzuwirken, unterlaufen werden kann.“¹²

Abschließend, d.h. mit Abs. 5 des heutigen § 46 EnWG, machte der Gesetzgeber deutlich, dass die kartellrechtliche Öffnungsklausel vornehmlich auf Einzelfälle im Rahmen des

¹¹ BT-Drs. 13/7274, S. 21.

¹² BT-Drs. 13/7274, S. 21.

Absatzes 1 der Vorschrift und damit auf die Absicherung des zusätzlichen Leitungsbaus im konkreten Einzelfall zielt¹³ – nicht aber darauf gerichtet ist, das gesetzliche Regime der Abs. 2 und 3 in ein davon losgelöstes Kartellrechtliches Regime zu transformieren.

Die mit einer solchen Transformation einhergehende Missachtung der kommunalen Selbstgestaltungskompetenz hatte der Bundesrat thematisiert und daraus gefolgert, dem Gesetzentwurf nicht zustimmen zu können.¹⁴ Auf dieses Bedenken erwiderte die Bundesregierung:

„Die Stellung der Kommunen beim Wegerecht bleibt unangetastet. Sie bleiben auch künftig Eigentümer der öffentlichen Straßen, Wege und Plätze mit den auf diesem Eigentum basierenden Rechten.

Sie können auch künftig einem Energieversorger ihrer Wahl ein umfassendes Recht zur Benutzung aller gemeindlichen Wege einräumen.

Und sie können auch künftig frei entscheiden, ob die Versorgung durch ein eigenes Stadtwerk oder ein anderes Unternehmen erfolgen soll. Allerdings sind Wegerechte künftig auch weiteren Nutzern diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen.“¹⁵

Hieran hat der Gesetzgeber seither unverändert festgehalten.¹⁶ Lediglich einzelne Regelungen hat er etwas feiner ausdifferenziert.¹⁷ Wesentliche Unterschiede ergeben sich daraus aber nicht. Entscheidend ist, dass der Gesetzgeber auf Vorgaben für die Durchführung des Auswahlverfahrens – bis heute – verzichtet hat, und zwar aus Respekt vor der kommunalen Selbstgestaltungskompetenz.

Diese Linie verlässt der Kabinettsentwurf, indem er die neuere kartellgerichtliche Rechtsprechung übernimmt. Eine argumentative Begründung für diesen „Schwenk“ wird nicht genannt. Dieser grundlegende Wechsel wird nicht einmal transparent gemacht.

¹³ BT-Drs. 13/7274, S. 21.

¹⁴ BR-Drs. 806/96 (Beschluß), S. 2 ff.

¹⁵ BT-Drs. 13/7274, S. 32.

¹⁶ Zur Novellierung im Jahr 2005: BT-Drs. 15/3917, S. 67. Mit der Aufnahme des heutigen Satz 5 in § 46 Abs. 3 EnWG hat der Gesetzgeber im Jahr 2011 lediglich eine „Klarstellung“ vorgenommen; BT-Drs. 17/6072, S. 88; BGHZ 199, 289 [301, Rn. 41] (*Stromnetz Berkenthin*). Weiteren Änderungsbedarf hat die Bundesregierung nicht gesehen; BT-Drs. 17/14630, S. 4 – Antwort auf Frage 10.

¹⁷ So wurde § 46 Abs. 3 EnWG um einzelne Regelungen zur vorzeitigen Verlängerung von Konzessionsverträgen ergänzt (vgl. BT-Drs. 15/3917, S. 91 f.; BT-Drs. 15/4068, S. 8).

Mit dem vorliegenden kommunalfreundlichen Entwurf wird die jüngere Rechtsprechung korrigiert und die bisherige Linie des Gesetzgebers fortgeführt.

2. Kartellrechtliche Wende

Die neuere kartellbehördliche und kartellgerichtliche Praxis – das so genannte „Kartellrechtliche Regime“ – das nunmehr in grundlegender Weise Eingang in das Gesetz finden soll, zeichnet sich durch drei Verbote aus:

1. das für alle Gemeinden geltende Verbot, den Betrieb der örtlichen Energieverteilernetze selbst zu übernehmen, es sei denn, die Gemeinde hat ein Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntgabe gewichteter Entscheidungskriterien durchgeführt und innerhalb dieses Verfahrens selbst das beste Angebot abgegeben (Verbot direkter Aufgabenerledigung);
2. das für alle Gemeinden geltende Verbot, bei der Ausschreibung des Betriebs der örtlichen Energieverteilernetze den Betrieb durch eine kommunale Beteiligungsgesellschaft vorzugeben und nur die private Beteiligung an dieser Gesellschaft zum Gegenstand der Ausschreibung zu machen (Systementscheidungsverbot);
3. das für alle Gemeinden geltende Verbot, bei der Bestimmung des Betreibers eines örtlichen Energieverteilernetzes Auswahlkriterien wie Synergien bei der Bewirtschaftung und Koordinierung örtlicher Infrastrukturnetze der Daseinsvorsorge, regionale Wertschöpfung, Schaffung von Arbeitsplätzen, Bürgerbeteiligung, Bürgernähe, Auswirkungen auf den kommunalen Haushalt und vergleichbare kommunale Interessen zu berücksichtigen (Verbot der Berücksichtigung kommunaler Interessen).

Das Kartellrechtliche Regime wurde seitens der Kartellbehörden durch die Veröffentlichung von Leitfäden eingeführt,¹⁸ in Grundsatzbeschlüssen ausgeformt,¹⁹ durch die Rechtsprechung aufgegriffen²⁰ und vom Bundesgerichtshof durch seine Grundsatzentscheidungen vom 17.

¹⁸ Niedersächsische Landeskartellbehörde, Hinweise zur Durchführung eines wettbewerblichen Konzessionsvergabeverfahrens nach § 46 EnWG, März 2010, S. 7 f.; BKartA/BNetzA, Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, 15. Dezember 2010, Rn. 16 ff.

¹⁹ BKartA, Beschl. v. 18.10.2011 – B 10-6/11 (*Dinkelsbühl*); BKartA, Beschl. v. 22.6.2012 – B 10-16/11 (*Pulheim*); BKartA, Beschl. v. 30.11.2012 – B 8-101/11 (*Mettmann*); BKartA, Beschl. v. 21.11.2011 – B 10-17/11 (*Markkleeberg*).

²⁰ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.12.2012 – VI-3 Kart 137/12 (V) – juris; LG Kiel, Urt. v. 3.2.2012 – 14 O 12/11 Kart und 14 O Kart 83/10 – juris; OLG Schleswig-Holstein, Urt. v. 22.11.2012 – 16 U (Kart) 22/12 – juris; OLG Schleswig-Holstein, Urt. v. 22.11.2012 – 16 U (Kart) 22/12 – juris.

Dezember 2013 bestätigt^{21, 22} Vom Gesetzgeber intendiert war das Kartellrechtliche Regime jedoch nicht.²³

3. Unionsrecht

Das Kartellrechtliche Regime – Verbot direkter Aufgabenerledigung, Systementscheidungsverbot und Verbot der Berücksichtigung kommunaler Belange –²⁴ steht nicht nur in Widerspruch zu den Erwägungen des Gesetzgebers mit Blick auf § 46 EnWG in seiner heute geltenden Fassung.²⁵ Auch im Unionsrecht hat das Kartellrechtliche Regime keine Grundlage – weder im Primär-, noch im Sekundärrecht!

Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) respektiert ausdrücklich das Recht der Mitgliedstaaten und ihrer Behörden, Aufgaben selbst zu erledigen oder eine Systementscheidung über die Art der Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu treffen. Der EuGH erlaubt den Mitgliedstaaten, die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch eine gemischt-wirtschaftliche Gesellschaft vorzugeben und nur die private Beteiligung an der Gesellschaft zum Gegenstand der Ausschreibung zu machen.²⁶ Er gesteht den Mitgliedstaaten bei der Vergabe von Konzessionen große Gestaltungs- und Wertungsspielräume zu.²⁷

²¹ BGHZ 199, 289 (*Stromnetz Berkenthin*) und BGH, Urt. v. 17.12.2013 – KZR 65/12 – juris (*Stromnetz Heiligenhafen*).

²² Zusammenfassend BKartA, Der Staat als Unternehmer – (Re)Kommunalisierung im wettbewerblichen Kontext – Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht, 2. Oktober 2014, Hintergrundpapier, S. 23 f.; abrufbar unter: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Bundeskartellamt%20-%20Der%20Staat%20als%20Unternehmer.pdf?__blob=publicationFile&v=2; letzter Zugriff am 17.02.2016.

²³ Vgl. nur oben, Text zu Fn. 15.

²⁴ Im Einzelnen oben, C.I.2 = S. 25.

²⁵ C.I.1 = S. 22.

²⁶ EuGH, Urt. v. 15.10.2009 – C-196/08 – Slg. 2009 I-9913 (*Acoset*).

²⁷ Vgl. Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.02.2014 über die Konzessionsvergabe (Konzessionsvergabe-RL), ABl. L 94 v. 28.3.2014, S. 1, geändert durch Delegierte Verordnung (EU) 2015/2172 der Kommission v. 24.11.2015, ABl. L 307 v. 25.11.2015, S. 9. Aus Erwägungsgrund 16 folgt, dass die Konzessionsvergabe-RL auf einfache Gestattungsverträge – etwa nach § 46 Abs. 1 EnWG – nicht anwendbar ist, während qualifizierte Wegenutzungsverträge – Energiekonzessionsverträge nach § 46 Abs. 2 EnWG – infolge ihres Beschaffungscharakters in den Anwendungsbereich der Konzessionsvergabe-RL fallen.

Das Unionsrecht respektiert die Systementscheidungs- und Konzepthoheit des Aufgabenträgers. Gerade im Bereich der Energieversorgung räumt der EuGH dem öffentlichen Interesse an der Versorgungssicherheit und der Gewährleistung des öffentlichen Einflusses einen sehr hohen Stellenwert ein. Nach der Entscheidung *Essent* kann dieses Interesse selbst ein gesetzliches Privatisierungsverbot für Verteilernetzbetreiber rechtfertigen.²⁸

Insgesamt zeigt sich damit: Das Kartellrechtliche Regime findet im Unionsrecht keine Grundlage, sondern steht hierzu in auffallendem Kontrast. Aus dem Unionsrecht lässt sich für die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen weder ein Verbot direkter Aufgabenerledigung, noch ein Systementscheidungsverbot, noch ein Verbot der Berücksichtigung kommunaler Interessen herleiten. Im Gegenteil: Das Unionsrecht erkennt die Zulässigkeit direkter Aufgabenerledigung, die Systementscheidungshoheit und die Kriterienhoheit der Mitgliedstaaten und ihrer Behörden bei der Vergabe von Konzessionen an.

²⁸ EuGH, Urt. v. 22.10.2013 – C-105/12, C-106/12, C-107/12 – EuZW 2014, 61, Rn. 59, 65 f. (*Essent*).

II. Gewährleistungsverantwortung der Gemeinden

1. Verfassungsrechtliche Vorordnung

Die Versorgung mit Strom ist unverzichtbar für ein menschenwürdiges Leben!²⁹

Grundvoraussetzung für eine funktionierende Energieversorgung sind leistungsfähige Netze. Sie sind die „Lebensadern“ der modernen Gesellschaft, die die Energie zu den Einwohnern und Unternehmen transportieren.

Die Sicherstellung funktionstüchtiger örtlicher Energieverteilernetze gehört zu den zentralen Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. Hierfür tragen die Gemeinden die Gewährleistungsverantwortung. Deshalb kann die Gemeinde nicht ausschließen, am Ende des Konzessionsvertrages den Netzbetrieb selbst übernehmen zu müssen, wenn und weil sich kein Unternehmen mehr finden wird, um den Netzbetrieb weiterzuführen. Die niedersächsische Landeskartellbehörde führt hierzu aus:

„Sollte es keinen Interessenten für die Übernahme des Netzbetriebes geben, so ist die Gemeinde verpflichtet, eine kontinuierliche Versorgung sicherzustellen, indem sie das Netz ggf. in Eigenregie betreibt.“³⁰

Die örtliche Energieversorgung gehört gemeinsam mit der Wasserversorgung zu den typischen, die Daseinsvorsorge betreffenden Aufgaben der kommunalen Gebietskörperschaften.³¹ Die Entscheidung darüber, wie die örtliche Energieversorgung durchgeführt wird, unterfällt der gemeindlichen Selbstverwaltung gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG.³²

²⁹ BVerfGE 66, 248 [258].

³⁰ Niedersächsische Landeskartellbehörde, Hinweise zur Durchführung eines wettbewerblichen Konzessionsvergabeverfahrens nach § 46 EnWG, Stand: 25.08.2015, S. 8.

³¹ BVerfG (K), NJW 1990, 1783.

³² BVerwGE 98, 273 [275 f.]; bestätigt durch BVerwGE 122, 157 [162 f.].

2. Recht direkter Aufgabenerledigung

Diese verfassungsrechtliche Vorordnung greift der kommunalfreundliche Entwurf in § 46 Abs. 2 ausdrücklich auf. Den Ausgangspunkt bildet in § 46 Abs. 2 Satz 1 die Gewährleistungsverantwortung der Gemeinde für den Betrieb der örtlichen Energieverteilernetze.

Wenn die Gemeinde den Netzbetrieb eigenhändig übernehmen muss, falls sich in der Zukunft kein Energieversorgungsunternehmen hierzu (mehr) finden lassen sollte, dann ist es nur folgerichtig, wenn die Gemeinde nach dem Auslaufen eines Konzessionsvertrages – unter Einhaltung der allgemeinen Bekanntmachungsvorschriften des § 46 – das Recht hat, die Aufgabe des örtlichen Verteilernetzbetriebs künftig direkt, d.h. ohne Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens, wahrzunehmen.

Entscheidet sich die Gemeinde den Netzbetrieb selbst durchzuführen, so hat sie diese Entscheidung und die maßgeblichen Gründe hierfür öffentlich bekannt zu machen. Die Gemeinde ist aber nicht verpflichtet, zuvor einen Wettbewerb um das Netz nach kartellrechtlich determinierten Kriterien durchzuführen. Es genügt eine rational begründete Entscheidung der Gemeinde nach vorheriger Bekanntmachung und Durchführung eines Interessenbekundungsverfahrens.

Auch dann, wenn die Gemeinde den Netzbetrieb selbst durchführt, hat sie spätestens alle zwanzig Jahre, zu prüfen und transparent zu entscheiden, wie der Betrieb des betreffenden örtlichen Strom- und Gasversorgungsnetzes künftig ausgestaltet sein soll – Pflicht zur transparenten und öffentlichen Reflexion und politischen Diskussion.

3. Das vermeintliche Primat des Wettbewerbs

Die dem Kabinettsentwurf zugrunde liegende Sichtweise, ein „Zugriffsrecht“ 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 hinzunehmenden Qualitätsverlust erleidet. Dies gilt umso mehr, als dass sich durch die politische Entscheidung zur Energiewende (...) die Anforderungen an den Verteilernetzbetrieb immer stärker verändern werden.“

Kabinettsentwurf (Fn. 3), S. 11

arbeitet unter Abkehr von der bisherigen Linie des Gesetzgebers und unter Verkennung grundlegender Prämissen mit Unterstellungen.

Bisher stand der Gesetzgeber auf dem Standpunkt, die Bekanntmachungspflichten nach § 46 Abs. 3 EnWG allein genügen, um zu gewährleisten, dass die Auswahl des Netzbetreibers durch die Gemeinden nach rationalen Kriterien erfolgt.³³ Wieso der Kabinettsentwurf diese Auffassung jetzt aufgibt, wird in der Sache nicht erläutert. Der Entwurf folgt letztlich den von den Kartellbehörden und Kartellgerichten entwickelten Vorgaben, ohne eigene grundsätzliche Erwägungen anzustellen.

Mit der Einführung eines kategorischen Primats des Wettbewerbs in den Kabinettsentwurf – keine Entscheidung über den künftigen Netzbetreiber ohne Wettbewerb, keine Entscheidung gegen das Ergebnis des Wettbewerbs – werden die folgenden grundlegenden verfassungsrechtlichen Erwägungen verkannt:

Die Entscheidung darüber, wie der Betrieb des örtlichen Strom- oder Gasverteilernetzes vor Ort künftig ausgestaltet und durch wen dieser erfolgen soll, ist als Folge der Gewährleistungsverantwortung der Gemeinden für den nachhaltigen örtlichen Verteilernetzbetrieb, eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft. Der Betrieb örtlicher Verteilernetze ist unauflöslich mit dem Gemeindegebiet verbunden. Die Gemeinde hat das Recht und die Pflicht, eigenverantwortlich darüber zu entscheiden, wie und wem der örtliche Verteilernetzbetrieb durchzuführen ist.

Das von Kartellbehörden und Kartellgerichten entwickelte Regime (Verbot direkter Aufgabenerledigung, Systementscheidungsverbot, Verbot der Berücksichtigung kommunaler Interessen – siehe oben C.I.2), beschränkt die geschützte kommunale Entscheidungshoheit in einer Weise, die verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen ist und daher vom Gesetzgeber nicht übernommen werden darf. Zwar steht Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG unter Gesetzesvorbehalt (Schranke). Der Gesetzesvorbehalt steht aber seinerseits unter verfassungsrechtlichem Verhältnismäßigkeitsvorbehalt (Schränken-Schranke). Ein Gesetz, das das kommunale Selbstverwaltungsrecht beschränkt, muss auf ein verfassungslegitimes Ziel gerichtet und zur Zielerreichung geeignet, erforderlich und angemessen sein. Diese Vorgaben erfüllt das „Kartellrechtliche Regime“ nicht.

³³ BT-Drs. 13/7274, S. 21 – oben Text zu Fn. 12.

Es fehlt bereits an einer verfassungslegitimen Zielsetzung. Nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG sollen die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft durch die demokratisch gewählten Vertreter dieser örtlichen Gemeinschaft nach demokratischen Grundsätzen eigenverantwortlich geregelt werden. Bloße ökonomische Effizienz ist für sich genommen kein verfassungslegitimes Ziel. Das wettbewerbliche Prinzip darf gerade nicht an die Stelle des demokratischen Prinzips gesetzt werden.

Das Primat des Wettbewerbs ist auch nicht geeignet, erforderlich und angemessen, um dauerhaft einen ordnungsgemäßen Betrieb leistungsfähiger Verteilernetze sicherzustellen.

Es fehlt schon an der Eignung: Bei marktmächtigen natürlichen Monopolen wie den örtlichen Verteilernetzen führt Wettbewerb nicht grundsätzlich zu effizienteren Ergebnissen als jeder andere Mechanismus. Deshalb trifft das Unionsrecht keine Privatisierungs- und Liberalisierungsgebote für örtliche Verteilernetze. Vielmehr besteht eine kommunale Gewährleistungsverantwortung für diese Netze. Diese setzt jedoch voraus, dass sich die Gemeinde Überwachungs-, Einwirkungs- und ggf. Erledigungsinstrumente schafft.

Das Primat des Wettbewerbs ist auch nicht das mildeste Mittel, um dauerhaft einen ordnungsgemäßen Betrieb leistungsfähiger Verteilernetze sicherzustellen. Angesichts ihrer Gewährleistungsverantwortung für den Verteilernetzbetrieb benötigt die Gemeinde vielmehr Konzepthoheit, um ihrer Pflicht zur Ergebnissicherung nachzukommen. Sie muss für ihre spezifische Situation ein System für den künftigen Verteilernetzbetrieb erarbeiten können, das auch Vorkehrungen gegen eine etwaige Schlechterfüllung während der Konzessionsvertragslaufzeit vorsieht, und dies umsetzen können – entweder durch die Gemeinde selbst, durch einen Zusammenschluss von Gemeinden (Kooperationshoheit) oder durch die Zusammenarbeit mit Privaten.

Es stellt einen inneren Widerspruch dar, den Gemeinden die Gewährleistungsverantwortung für einen funktionierenden Betrieb der örtlichen Verteilernetze aufzuerlegen, ihnen zugleich aber die notwendigen Gewährleistungsinstrumente zu nehmen, um die Funktionsfähigkeit der örtlichen Verteilernetze langfristig und sicher zu gewährleisten.

Schließlich argumentiert der Kabinettsentwurf, kommunale Stadt- oder Regionalwerke arbeiteten weniger leistungsstark als rein private Energieversorgungsunternehmen. So äußert der Kabinettsentwurf Zweifel daran, dass kommunale Stadtwerke tatsächlich die Energiewende vor Ort umzusetzen können. Das ist nicht mehr als eine Unterstellung. Der Kabinettsentwurf erkennt, dass

- auch kommunale Stadtwerke nur dann den Netzbetrieb übernehmen dürfen, wenn sie über eine entsprechende Netzbetriebsgenehmigung verfügen – also sichergestellt ist, dass sie über die personelle, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit verfügen, um den Netzbetrieb entsprechend den Vorgaben des Energiewirtschaftsrechts dauerhaft zu gewährleisten;
- auch kommunale Stadtwerke der energiewirtschaftlichen Regulierung unterworfen sind – also sichergestellt ist, dass Anreize für zweckmäßige Investitionen und einen effizienten Netzbetrieb auch für kommunale Stadtwerke gelten;
- es tatsächlich eher die Stadt- und Regionalwerke als die großen privaten Energieversorgungsunternehmen sind, die die Energiewende „vor Ort“ bis heute tatsächlich vorangetrieben haben.

III. Konzessionierung eines Dritten

1. Energiekonzessionsvertrag als Konzessionsvertrag i.e.S.

Entscheidet sich die Gemeinde mit Blick auf das Auslaufen eines Konzessionsvertrages dazu, den Netzbetrieb nicht selbst durchzuführen, hat sie einen Dritten hiermit durch Abschluss eines Konzessionsvertrages zu betrauen. Allein die Wortwahl in § 46 Abs. 2 letzter Satz des kommunalfreundlichen Gesetzentwurfs – „durch Abschluss eines Konzessionsvertrages ... zu betrauen“ – macht deutlich, dass ein Energiekonzessionsvertrag ein Konzessionsvertrag i.e.S. ist, weil er typischerweise zumindest auch einen Beschaffungscharakter aufweist.

„Mit der Konzessionsvergabe befriedigt die Gemeinde nicht nur - als Nachfrager - den Bedarf nach einem sicheren und preisgünstigen Netzbetrieb im Gemeindegebiet, sondern sie verwertet gleichzeitig auch - als marktbeherrschender Anbieter - die kommunalen Wegerechte. Als Anbieter ist sie daran interessiert, für die Konzession einen möglichst hohen Preis zu erzielen. Ihr Interesse als Nachfrager muss hingegen darauf gerichtet sein, vom Netzbetreiber eine bestmögliche Leistung zu einem möglichst niedrigen Preis zu erlangen.“
BGHZ 199, 289 Rn. 45.

Damit fällt die Vergabe eines Energiekonzessionsvertrages nach Erwägungsgrund 16 der Konzessionsvergabe-RL in deren Anwendungsbereich³⁴ und sollte dementsprechend auch in den Anwendungsbereich der nationalen Umsetzungsvorschrift – §§ 97 ff. GWB n.F. i.V.m. Konzessionsvergabeverordnung – fallen. Diesen Weg geht der kommunalfreundliche Entwurf konsequent. § 46 Abs. 5 Satz 1 des kommunalfreundlichen Entwurfs lautet:

„Die Vergabe der Konzession an einen Dritten unterliegt nach Maßgabe von Abs. 6 dem Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.“

2. Recht zur Berücksichtigung kommunaler Interessen

Entscheidet sich die Gemeinde im Umfeld des Auslaufens eines Konzessionsvertrages nicht dazu, den örtlichen Verteilernetzbetrieb künftig selbst zu übernehmen, sondern will sie ein drittes Energieversorgungsunternehmen damit betrauen, hat sie ein Konzessionsvergabeverfahren durchzuführen, das sich grundsätzlich nach der

³⁴ So bereits und näher Fn. 27.

Konzessionsvergabeverordnung richten wird. Für diesen Fall werden in Abs. 6 des § 46 des kommunalfreundlichen Entwurfs besondere Vorgaben zur Bestimmung der Auswahlkriterien getroffen.

Die Hauptunterschiede zum Kabinettsentwurf liegen darin, dass der kommunalfreundliche Entwurf keinen vermeintlichen Dualismus von netzbezogenen Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG und Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft festschreibt und darüber hinaus sich für weitere kommunale Interessen als mögliche Entscheidungskriterien öffnet.

§ 46 Abs. 4 S. 1 f. des Kabinettsentwurfs lauten:

„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.“

Nach dem Kabinettsentwurf haben somit ausschließlich entscheidend zu sein: vorrangig die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG – daneben (und nachrangig) Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft.

Anders der kommunalfreundliche Entwurf: Die Ausgestaltung des künftigen Verteilernetzbetriebs und die Bestimmung des Netzbetreibers ist eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft.³⁵ Dementsprechend besitzt die Gemeinde Konzepthoheit. Das heißt:

Zunächst hat die Gemeinde zu antizipieren, wie sich die Energieversorgungsunternehmen, die ihr Interesse am Abschluss eines neuen Konzessionsvertrages bekundet haben, als Netzbetreiber während der regelmäßig zwanzig Jahre umfassenden Laufzeit des Konzessionsvertrages verhalten würden, wenn sie den Zuschlag erhielten. Sie prüft die Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der in Frage kommenden Bewerber. Angesichts ihrer Gewährleistungsverantwortung muss die Gemeinde erwägen, welche Vorkehrungen notwendig und möglich sind, um einer etwaigen Schlechterfüllung während der Vertragslaufzeit entgegenzuwirken. Hierzu soll sie sich – auf gesellschaftsrechtlichem oder konzessionsvertraglichem Weg – die notwendigen Informations- und Einflussmöglichkeiten vorbehalten, Sanktionsmöglichkeiten und ggf. auch die Möglichkeit zur Kündigung und zum Selbsteintritt vorsehen. Zudem hat die Gemeinde bereits beim Abschluss des Konzessionsvertrages mit Blick auf dessen Auslaufen zu prüfen, wie sich die Situation

³⁵ Näher und im Einzelnen *Kupfer/Weiß*, Stellungnahme zum Referentenentwurf (Fn. 2), S. 18 ff.

dann darstellen wird. Sie hat sich damit auseinanderzusetzen, ob und gegebenenfalls welche Vorkehrungen sie jetzt treffen kann, um für einen möglichst erfolgreichen Wettbewerb um das in Rede stehende örtliche Verteilernetz am Ende des jetzt abzuschließenden Konzessionsvertrages zu sorgen. Hierzu bieten sich verschiedene Ansatzpunkte: Sicherung eines qualitativ hohen Netzzustandes, Vorliegen aussagekräftiger Netzdaten, belastbare Netzübernahmekonditionen (Netzkaufpreis sowohl technisch als auch wirtschaftlich belastbare Entflechtungskonditionen usw.).

Aus diesem von der Gemeinde zu erarbeitenden Konzept sind von ihr dann die Entscheidungskriterien für den konkreten Einzelfall abzuleiten. Dabei tritt neben die Vorgabe, dass die Kriterien darauf auszurichten sind, dass der örtliche Netzbetrieb den Zweck des EnWG erfüllt, die ausdrückliche Öffnung des Gesetzes für weitere kommunale Belange.

„..., die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde nicht gefährdet und die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner wahrt.“

Damit würde das Bundesgesetz eine seit vielen Jahren in der Praxis erprobte und bewährte Regelung verschiedener landesrechtlicher Kommunalordnungen übernehmen. So lautet etwa § 107 der baden-württembergischen Gemeindeordnung:³⁶

„§ 107 Energie- und Wasserverträge

(1) Die Gemeinde darf Verträge über die Lieferung von Energie oder Wasser in das Gemeindegebiet sowie Konzessionsverträge, durch die sie einem Energieversorgungsunternehmen oder einem Wasserversorgungsunternehmen die Benutzung von Gemeindeeigentum einschließlich der öffentlichen Straßen, Wege und Plätze für Leitungen zur Versorgung der Einwohner überlässt, nur abschließen, wenn die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde nicht gefährdet wird und die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner gewahrt sind. Hierüber soll dem Gemeinderat vor der Beschlussfassung das Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen vorgelegt werden.

(2) Dasselbe gilt für eine Verlängerung oder ihre Ablehnung sowie eine wichtige Änderung derartiger Verträge.“

Durch die vorgeschlagene Öffnung des EnWG würden das Recht des Bundes und die Rechte der Länder harmonisiert. Für die Gemeinden, die bei der Entscheidung über die Vergabe der Energiekonzessionen sowohl Bundes- als auch landesrechtliches Kommunalrecht zu beachten haben, würde eine solche Harmonisierung eine große Erleichterung darstellen.

³⁶ Vgl. ebenso etwa § 109 GemO Bbg, § 76 KV M-V, § 148 Abs. 2 NKomVG oder § 101 SächsGemO.

IV. Recht der Gemeinde auf eine Systementscheidung

Anstatt den Netzbetrieb entweder künftig selbst zu übernehmen oder diesen einem dritten Energieversorgungsunternehmen zu überlassen, soll der Gemeinde – in direkter Umsetzung der Rechtsprechung des EuGH³⁷ – auch die Möglichkeit eröffnet werden, die gesellschaftsrechtliche Beteiligung eines Dritten an einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft auszuschreiben, die sie mit dem ausschließlichen Zweck zu gründen und zu betrauen beabsichtigt, ein örtliches Energieverteilernetz zu betreiben.

Dieses Recht auf Systementscheidung steht nicht nur in Einklang mit dem Unionsrecht, es ist zugleich Ausfluss der verfassungsrechtlichen Gewährleistungsverantwortung der Gemeinden für einen nachhaltig funktionsfähigen Verteilernetzbetrieb.

Wenn die Gemeinde den Netzbetrieb eigenhändig übernehmen muss, sollte sich irgendwann in der Zukunft kein Energieversorgungsunternehmen hierzu finden lassen, dann ist es folgerichtig, wenn die Gemeinde nach dem Auslaufen eines Konzessionsvertrages – unter Einhaltung der allgemeinen Bekanntmachungsvorschriften des § 46 – das Recht hat, die Aufgabe des örtlichen Verteilernetzbetriebs künftig direkt wahrzunehmen. Wenn die Gemeinde aber die Wahl hat, entweder den Netzbetrieb selbst zu übernehmen oder einen Dritten zu betrauen, dann ist es zweckmäßig – „als Mittelweg“ –, die Eingehung einer öffentlich-privaten-Kooperation zu eröffnen. In diesem Fall ist die gesellschaftsrechtliche Beteiligung des Privaten auszuschreiben.

³⁷ Dazu näher oben Text zu und Nachweis in Fn. 26.

V. Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts

Anders als Referentenentwurf³⁸ und Kabinettsentwurf³⁹ versucht der kommunalfreundliche Gesetzentwurf nicht, ein eigenständiges Regelungsregime allein für die Vergabe von Energiekonzessionen zu schaffen.⁴⁰ Vielmehr ordnet der kommunalfreundliche Gesetzentwurf das Recht der Vergabe von Energiekonzessionen in den Anwendungsbereich des neuen Vergaberechts ein.⁴¹ Dies hat mehrere Vorteile.

Durch die Anwendbarkeit der §§ 97 ff. GWB und der Konzessionsvergabeverordnung stünde ein ausdifferenziertes und unionsrechtskonformes Rechtsregime zur Beantwortung vieler Rechtsfragen zur Verfügung. An dieser Stelle sollen alleine die Verweise auf die gegenwärtig uneinheitliche Rechtsprechung etwa zur fehlenden Gewichtung vermeintlicher Unter-Unterkriterien oder zur Bewertungsmethode – relativ oder absolut – genügen.⁴² Dies würde sich erledigen. Denn nach der Konzessionsvergabeverordnung genügt die Angabe der Kriterien in der absteigenden Reihenfolge ihrer Bedeutung. Zur Auflösung der gegenwärtigen Problemstellungen würde künftig ein austariertes und voll funktionsfähiges Rechtssystem vor den sachnäheren Vergabenachprüfungsinstanzen zur Verfügung stehen, während gerade diese wichtigen Fragen vom Kabinettsentwurf nicht beantwortet werden.

Mit der Anwendbarkeit von GWB und Konzessionsvergabeverordnung bewirkt der kommunalfreundliche Entwurf eine rechtssichere Abkehr vom Nichtigkeitsdogma der kartellgerichtlichen Rechtsprechung.⁴³ Energiekonzessionsverträge sollen nach dem kommunalfreundlichen Entwurf – genau so wie öffentliche Aufträge und andere Konzessionen auch – künftig nur noch nichtig sein, wenn ein Fall nach § 135 GWB n.F. vorliegt. Es soll also nicht grundsätzlich jeder Fehler im Konzessionsvergabeverfahren zur Nichtigkeit des Konzessionsvertrages führen können. Ein Energiekonzessionsvertrag soll nur noch dann nichtig sein, wenn der Konzessionsvertrag vor Ablauf der Informations- und

³⁸ Fn. 1.

³⁹ Fn. 3.

⁴⁰ Zu der fehlenden Praktikabilität und der Rechtsunsicherheit eines solchen Vorgehens vgl. *Kupfer/Weiß*, Stellungnahme zum Referentenentwurf (Fn. 2), S. 28 ff.

⁴¹ 4. Teil des GWB n.F. und Konzessionsvergabeverordnung.

⁴² Im Einzelnen hierzu *Kupfer/Weiß*, Stellungnahme zum Referentenentwurf (Fn. 2), S. 14 f.

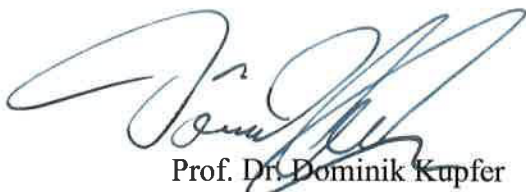
⁴³ Zu der völlig berechtigten Kritik an der mit dem Nichtigkeitsdogma verbundenen Rechtsunsicherheit vgl. Kabinettsentwurf (Fn. 3), S. 23.

Wartefrist oder ohne Durchführung des vorgeschriebenen Vergabeverfahrens abgeschlossen wurde und dies in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist.

Die hierdurch gewonnene Rechtssicherheit wird durch den kommunalfreundlichen Gesetzentwurf gegen den Einbruch des allgemeinen Kartellrechts über § 19 GWB abgesichert, indem

- in § 46 des kommunalfreundlichen Gesetzentwurfs klar zwischen Wegenutzungsverträgen nach § 46 Abs. 1 und Konzessionsverträgen nach § 46 Abs. 2 bis Abs. 8 unterschieden und
- in Abs. 9 die Regelungen in den Abs. 2 bis Abs. 8 ausdrücklich für abschließend erklärt werden.

Freiburg, den 18. Februar 2016



Prof. Dr. Dominik Kupfer
Rechtsanwalt



Dr. Holger Weiß
Rechtsanwalt