

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.

vorgelegt von

Rechtsanwalt Prof. Dr. Dominik Kupfer
Rechtsanwalt Dr. Holger Weiß, LL.M.
W2K Rechtsanwälte Freiburg und Stuttgart

23.12.2015

FREIBURG

Hansjörg Wurster
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Prof. Dr. Dominik Kupfer
Dr. Holger Weiß, LL. M.
Horst E. Schöpferle † 2015
Dr. Björn Reith
Klaus Berger, LL. M.
Jens Baltschukat
Dr. Katharina Schober
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	4
I. Die Referentenentwürfe	4
II. Rechtsunsicherheit als Ausgangsbefund	6
III. Aushöhlung des Wettbewerbs als Folge	8
IV. Referentenentwurf schafft keine Rechtssicherheit	10
B. Rechtliche Würdigung.....	11
I. Datenbeschaffung	12
II. Bekanntmachung und Interessensbekundungsfrist	13
III. Auswahlkriterien, Gewichtung und Bewertungsmethode	14
1. Problematik in der Praxis	14
2. Falsche Zurückhaltung des Gesetzgebers.....	15
3. Örtlicher Verteilernetzbetrieb und Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG	16
3.1 Kein Dualismus von netzbezogenen Kriterien und Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft	18
3.1.1 Örtlicher Verteilernetzbetrieb ist Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft	18
3.1.2 Konzepthoheit als Ausfluss der Eigenverantwortlichkeit	19
3.1.3 Ergebnis: Konzepthoheit bei und zur Erreichung der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG.....	21
3.2 Konzeptwettbewerb	22
IV. Versendung des Verfahrensbriefs an interessierte EVUen	23
V. Abschluss des Auswahlverfahrens – Informationspflichten der Gemeinde.....	24
VI. Rügeobliegenheiten und Präklusion	24
1. Grundsatz	24
2. Rügefähige Fehler	26
3. Fehlerhafte Benennung und Gewichtung von Auswahlkriterien	26
4. Rügeregime und Verfahrensablauf.....	28
VII. Verstoß gegen die Konzessionsvergaberichtlinie.....	30
VIII. Netzkaufpreis	32
IX. Fortzahlung der Konzessionsabgabe	33
X. In-Kraft-Treten.....	33

C. Anlagenspiegel:	35
D. Anhang: Gesetzessynopse.....	36
I. Aktueller Gesetzestext.....	36
II. Referentenentwurf Dezember 2015	39
III. Referentenentwurf September 2015	44

A. Hinführung und Ergebnis

I. Die Referentenentwürfe

Der Anfang Dezember 2015 in die Länder- und Verbändeanhörung gegebene Entwurf eines

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

ist mittlerweile der dritte bekanntgewordene Entwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) zur Novellierung der energierechtlichen Vorschriften über die Konzessionsvergabe (§§ 46 ff. EnWG). Zugleich handelt es sich um den ersten offiziellen Entwurf. Ziel der Novellierung ist es, Rechtssicherheit zu schaffen.²

Die beiden vorangegangenen Entwürfe – der eine wohl vom Juni diesen Jahres und wohl kurzfristig wieder zurückgezogen,³ der andere vom September⁴ – hatten noch konkrete Vorgaben zur Bestimmung der Auswahlkriterien, zu deren Gewichtung und mittelbar zu den zulässigen Methoden zur Bewertung der Angebote enthalten. Diese Vorgaben hat das BMWi in seinem Entwurf von Anfang Dezember nun wieder aufgegeben.

Das „Fallenlassen“ gerade der Hauptprobleme bei der Vergabe von Energiekonzessionen überzeugt nicht. Nachdem sich die Bundesregierung – nach Bekunden des BMWi –

„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“ Referentenentwurf, S. 13

¹ Anlage 1 zu dieser Stellungnahme.

² Koalitionsvertrag, 2013, S. 42 f.: Bürger am Netzausbau beteiligen – Wir werden das Bewertungsverfahren bei Neuvergabe (z.B. bei der Rekommunalisierung) der Verteilernetze eindeutig und rechtssicher regeln sowie die Rechtssicherheit im Netzübergang verbessern. Abrufbar unter: <https://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf>; letzter Zugriff am 23.12.2015.

³ Dieser Entwurf ist der Stellungnahme als Anlage 2 beigelegt.

⁴ Dieser Entwurf ist Anlage 3.

hat sie nunmehr auch dafür gesorgt, dass die Vergabe von Energiekonzessionen nicht in den Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB n.F. und der neuen Konzessionsvergabeverordnung⁵ fallen wird. Das ist bedauerlich. Denn die Einordnung der Energiekonzessionen in diesen allgemeinen Rechtsrahmen hätte für Rechtssicherheit sorgen können.

„Für die Anwendung der förmlichen Vergaberegeln spricht, dass es zentrale Aufgabe des Vergaberechts ist, ein wettbewerbliches Auswahlverfahren durch die öffentliche Hand sicherzustellen. Aus rechtspolitischer Sicht ist die Anwendung vergaberechtlicher Regeln daher dem nur punktuell und nachträglich stattfindenden Eingriff mittels kartellrechtlicher Missbrauchsaufsicht vorzuziehen.“

Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 62 Abs. 1 EnWG, Energie 2015: Ein wettbewerbliches Marktdesign für die Energiewende, BT-Drs. 18/6432, S. 159 (Tz. 502).

Stattdessen soll für Energiekonzessionen ein besonderes „vergabeähnliches Verfahren“ gelten – und das ohne Klärung der in der Praxis virulenten Probleme.

Zur Bestimmung und Gewichtung finden sich im jetzt vorliegenden Referentenentwurf nur rudimentäre Vorgaben, zu der Frage der Bewertungsmethode(n) enthält der Referentenentwurf überhaupt keine Regelungen. Das Rüge- und Präklusionsregime geht zwar in die richtige Richtung, ist aber in der jetzt vorliegenden Umsetzung nicht praxistauglich.

Es ist unverzichtbar, die vorgesehenen Regelungen vor dem Hintergrund des aktuell geltenden Rechtsrahmens auf Musterbeispiele konkret anzuwenden. Das ist hier offenbar (noch) nicht geschehen.⁶ Anderenfalls wären die Unstimmigkeiten bereits aufgefallen.⁷

Die Schwierigkeit, mit der das Rüge- und Präklusionsregime des Referentenentwurfs kämpft, ist einfach zu benennen: Der Referentenentwurf unternimmt den Versuch einer Annäherung

⁵ Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts, Stand: 9.11.2015, S. 99 ff.

⁶ So geht der Referentenentwurf auf S. 17 davon aus, dass eine klare Zuordnung der Auswahlkriterien durch den Gesetzgeber nicht möglich, „in der Praxis (aber) auch nicht zwingend erforderlich“ sei. Diese Auffassung steht in Widerspruch zu LG Mainz, Beschl. v. 12.03.2015 – 12 HKO/215 – juris, Rn. 34: Erforderlich ist „eine Zuordnung und Feststellung, welche Ziele des § 1 EnWG durch welche Auswahlkriterien erreicht werden sollen.“

⁷ Im Einzelnen dazu und unter Nennung konkreter Fragestellungen vgl. unten, B.VI = S. 24.

an das System des Kartellvergaberechts, allerdings ohne Übernahme der dort geltenden Bestimmungen zu Rechtsfehlerfolgen und Nachprüfungsverfahren. Das Ergebnis sind bruchstückhafte Regelungen, die bereits rechtstechnisch nicht zu dem gewünschten Ziel führen können.

Unbeschadet der Auswertung weiterer – durchaus positiv zu bewertender – Ansätze der Novellierung steht damit im Ergebnis bereits fest, dass der Entwurf zu kurz greift und das im Koalitionsvertrag gesetzte Ziel, Rechtssicherheit zu schaffen, klar und sicher verfehlt.

II. **Rechtsunsicherheit als Ausgangsbefund**

Zur Rechtfertigung dieser harsch klingenden Beurteilung soll ein kurzer Blick auf die jüngere Rechtsprechung genügen. So hat etwa das Oberlandesgericht Stuttgart mit Urteil vom 19.11.2015 – 2 U 60/15 – entschieden:⁸

- **Ausrichtung allein auf die Ziele des § 1 EnWG.** Materiell sei eine Entscheidung über die Auswahl des künftigen Konzessionärs „allein nach sachlichen Kriterien zu treffen, welche die Zielsetzung des § 1 Abs. 1 EnWG konkretisieren“; Umdruck S. 17. Das Gericht erwähnt kommunale Belange überhaupt nicht.
- **Novellierung der §§ 46 ff. EnWG hat keinen über die Rechtsprechung hinausgehenden Eigenwert.** Der Referentenentwurf des BMWi vom September 2015 erscheine lediglich als „Versuch einer Nachzeichnung eben dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung und deren Umsetzung in eine Gesetzesfassung“; Umdruck S. 18.
- **Enger Sicherheitsbegriff und zwingende Mindestgewichtung.** Trotz eines Entscheidungsspielraums der Gemeinde ist das Merkmal des sicheren Netzbetriebes von so fundamentaler, überragender Bedeutung, dass die Netzsicherheit mit mindestens 25 % der möglichen Gesamtpunktzahl zu gewichten ist; Umdruck S. 18. Dabei könnten Versorgungszuverlässigkeit und Investitionen der Netzsicherheit nicht unbedingt zugerechnet werden; Umdruck S. 19. Während der Bundesgerichtshof noch zurückhaltend war und eine Gewichtung von 25 % lediglich als Orientierungswert

⁸ Die Entscheidung ist dieser Stellungnahme als Anlage 4 beigelegt.

angegeben hatte, bildet dieser Wert nunmehr eine strikte Untergrenze, deren Einhaltung das Gericht formal prüft.

- **Netzentgeltvergleich mit Blick auf das Konzessionsgebiet.** Bei dem Kriterium der Preisgünstigkeit könne es „nur auf die aktuellen (nicht rabattierten) Netznutzungsentgelte im zur Vergabe anstehenden Konzessionsgebiet ankommen“. Es könne nicht „darum gehen, von der Beklagten als einer sehr großen Netzbetreiberin in Baden-Württemberg in deren Bewerbung deren ganzes Spektrum an Netznutzungsentgelten abzurufen und diese – welche genau? – dem aktuellen Netzentgelt der Klägerin als Mitbewerberin in Gestalt ihrer Stadtwerke, ihres Eigenbetriebes, gegenüberzustellen, womit allenfalls ihr Entgelt für den Kernstadtbereich in die Waagschale geworfen werden kann.“ Umdruck, S. 21.
- **Relative Bewertung ist rechtswidrig.** Es sei unzulässig, dem Angebot bezogen auf ein (Unter-)Kriterium die volle Punktzahl zuzuordnen, das unter allen vorliegenden Angeboten das beste mit Blick auf dieses (Unter-)Kriterium ist, und die anderen, hinter dem in diesem (Unter-)Kriterium besten Angebot zurückbleibenden Angebote mit relativen Abschlägen von der vollen Punktzahl zu versehen. Vielmehr sei ein absolutes „Schulnoten-Einser-Niveau“ bereits im Verfahrensbrief vorzugeben. Umdruck, S. 23.

Nach Maßgabe dieser Entscheidung ist etwa der – spätestens seit den Leit-Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zur Konzessionsvergabe vom Dezember 2013⁹ – in der Fachwelt populäre Muster-Kriterienkatalog der Landeskartellbehörde Baden-Württemberg¹⁰ rechtswidrig. Hält sich eine Gemeinde bei der Gestaltung ihres Verfahrensbriefes an diesen Muster-Kriterienkatalog, ist ihr Konzessionsvergabeverfahren nach der dargestellten neueren Rechtsprechung rechtswidrig, ein darauf gestützter Konzessionsvertrag nichtig und die Gemeinde hat das Konzessionsvergabeverfahren zu wiederholen.

⁹ BGH, Urt. v. 17.12.2013 – KZR 66/12 – *Berkenthin* = BGHZ 199, 289 [vgl. dort etwa Rn. 80, 84 und insbesondere Rn. 88 f.]; Urt. v. 17.12.2013 – KZR 65/12 – *Heiligenhafen*, juris.

¹⁰ Abrufbar unter: http://www.versorger-bw.de/fileadmin/BENUTZERDATEN/Bildmaterial/Kartell/Musterkriterienkatalog_als_Orientierungshilfe.pdf; letzter Zugriff am 23.12.2015.

Die Praxis wird also auch nach den Leit-Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und trotz der von den Kartellbehörden veröffentlichten Muster-Kriterienkataloge von großer Unsicherheit geprägt. Derzeit ist es nahezu unmöglich, ein Konzessionsvergabeverfahren durchzuführen, das den Vorstellungen aller Obergerichte entspricht. Zumal diese von Entscheidung zu Entscheidung fortgesponnen werden.

Die Reform des § 46 EnWG muss diese Probleme angehen – und zwar auf eine Weise, die deutlich macht, dass der Gesetzgeber ein eigenes, in sich tragfähiges und vom bisherigen richterrechtlichen Regime abweichendes neues Konzept vorgibt. Anderenfalls wird die Rechtsprechung genau so auf die Novellierung reagieren, wie es das Oberlandesgericht Stuttgart in seiner Entscheidung vom November mit Blick auf den Referentenentwurf des BMWi vom September¹¹ bereits getan hat: Die Rechtsprechung wird sagen, dass die Neufassung des Gesetzes an den richterrechtlichen Maßstäben nichts ändere, da der Gesetzgeber nur versucht habe, die bisherige Rechtsprechung nachzuzeichnen und in Gesetzesform zu fassen.¹²

Ohne eine wirklich aus sich selbst heraus tragfähige Novellierung der §§ 46 ff. EnWG wird die vom Koalitionsvertrag völlig zu Recht verlangte Rechtssicherheit nicht erreicht werden. Die Überarbeitung der bestehenden Vorschriften wird „verpuffen“. Damit wird zugleich das Ziel verfehlt, einen wirksamen Wettbewerb um die Netze zu gewährleisten.

III. Aushöhlung des Wettbewerbs als Folge

Die heute bestehende Rechtsunsicherheit bei der Durchführung von Konzessionsvergabeverfahren verhindert den – vom Referentenentwurf völlig zu Recht so prominent hervorgehobenen – „Wettbewerb um das Netz“. Sie führt faktisch zu einer systematischen Bevorzugung des Alt-Konzessionärs. Denn: die Probleme treten typischerweise nur im Konfliktfall zutage.

¹¹ Der insoweit – Bestimmung sowie Gewichtung der Auswahlkriterien und Bewertungsmaßstäbe – noch aussagekräftiger war als es der jetzt vorliegende Entwurf ist!

¹² Vgl. Anlage 4 zu dieser Stellungnahme, dort auf S. 18 unter lit. c).

Wo die Konzessionsvergabe weder behördlich noch gerichtlich überprüft wird, können die Vertragsparteien auch einen nichtigen Konzessionsvertrag durchaus leben – frei nach dem Grundsatz: Wo kein Kläger, da kein Richter!

Es dürfte nicht übertrieben sein, zu sagen: Die weit überwiegende Zahl der heute in Deutschland laufenden Konzessionsverträge ist – gemessen an der kartellrechtlichen Rechtsprechung zur Vergabe von Energiekonzessionen – nichtig. Gleichwohl wird die weit überwiegende Zahl dieser – gemessen an der kartellrechtlichen Rechtsprechung zur Vergabe von Energiekonzessionen – nichtigen Konzessionsverträge von den Akteuren „schlicht gelebt“.

Die wenigsten Konflikte treten auf, wenn der bisherige Konzessionär erneut konzessioniert wird. Und selbst dann, wenn sich ein Energieversorgungsunternehmen, das versucht hat, die Konzession erstmals zu gewinnen, gegen das zugunsten des Altkonzessionärs durchgeführte Verfahren wehrt, wird dieser Konflikt nicht mit der Härte und der Konsequenz ausgetragen, wie es der Fall ist, wenn der bisherige Konzessionär darum kämpft, sein Netz nicht an einen Konkurrenten abgeben zu müssen.

Vor diesem Hintergrund hat die von der kartellgerichtlichen Rechtsprechung verursachte Rechtsunsicherheit bei der Durchführung von Konzessionsvergabeverfahren abschreckende Wirkung. Ohne Not wird keine rational handelnde Gemeinde das Risiko eingehen, das eigene Konzessionsvergabeverfahren kartellgerichtlich überprüfen zu lassen. Dieser Befund wirkt auf den vom Gesetz intendierten Wettbewerb um das Netz erdrosselnd!

Aktuell geht die größte Gefahr für den Wettbewerb um das Netz nicht von Gemeinden aus, die angeblich versuchen, sich Vorteile zu verschaffen, indem sie die Konzessionen nicht ausschließlich nach sachlich gerechtfertigten Kriterien zu vergeben. Die größte Gefahr für den Wettbewerb geht vielmehr von einer Rechtsprechung aus, die es für alle Beteiligten als äußerst risikoreich erscheinen lässt, einen Netzbetreiberwechsel gegen den Willen des bisherigen Konzessionärs zu versuchen.

IV. Referentenentwurf schafft keine Rechtssicherheit

Indem der vorliegende Referentenentwurf gegen diese kartellrechtliche „Zementierung bestehender Verhältnisse“ keine Abhilfe schafft, weil er kein substantielles, aus sich selbst heraus tragfähiges Konzept zur Vergabe von Energiekonzessionen bereitstellt, bleibt der Referentenentwurf hinter dem Ziel zurück, für mehr Rechtssicherheit bei der Konzessionsvergabe zu sorgen und so den Wettbewerb um die örtlichen Verteilernetze zu befördern.

Im Folgenden werden die Inhalte des Referentenentwurfs im Detail rechtlich gewürdigt (B). Als Grundlage hierfür dient eine Gesetzessynopse im Anhang (D). Diese beinhaltet einen Textvergleich zwischen dem aktuellen Gesetzestext (D.I) und dem Referentenentwurf (D.II) sowie einen Textvergleich zwischen dem Referentenentwurf vom September 2015 und dem aktuellen (D.III).

B. Rechtliche Würdigung

Das Ziel, Rechtssicherheit zu schaffen, kann nur erreicht werden, wenn die Anforderungen an die Durchführung eines Konzessionsvergabeverfahrens hinsichtlich aller wesentlichen Verfahrensschritte geklärt sind. Der vorliegende Referentenentwurf wird im Folgenden hieran gemessen. Die Darstellung folgt dem üblichen Ablauf eines Konzessionsvergabeverfahrens.

Typischerweise ist ein Verfahren zur Vergabe einer isolierten¹³ Konzession wie folgt gegliedert:

1. Prüfung, ob eine personelle Entflechtung in der Gemeindevertretung und/oder in der Gemeindeverwaltung notwendig ist.
2. Beschaffung der Netzdaten.
3. Bekanntmachung des Auslaufens des alten Konzessionsvertrages mit zeitgleicher Bereitstellung der Netzdaten.
4. Prüfung der Interessensbekundungen.
5. Erarbeitung eines Verfahrensbriefes (Eignungsprüfung, Bestimmung und Gewichtung von Kriterien, Festlegung der Bewertungsmethode[n]).
6. Erörterung und Beschluss des Verfahrensbriefes durch die Gemeindevertretung in öffentlicher Sitzung.
7. Versendung des Verfahrensbriefes an interessierte EVUen.
8. Auswertung der Angebote und Beschluss über die Vergabe der Konzession in öffentlicher Sitzung durch die Gemeindevertretung.¹⁴
9. Information der unterlegenen Bieter.
10. Ggfs. Durchführung eines kommunalrechtlichen Genehmigungs-/Anzeigeverfahrens.¹⁵
11. Abschluss des Konzessionsvertrages.
12. Öffentliche Bekanntmachung der Vergabeentscheidung.

¹³ D.h. ohne Berücksichtigung eines möglichen unternehmerischen Engagements der Gemeinde.

¹⁴ In der Praxis wird insoweit auch doppelstufig vorgegangen. Zunächst werden mit einem 1. Verfahrensbrief indikative Angebote abgefragt und mit den Bietern verhandelt. Dann werden mit einem 2. Verfahrensbrief rechtsverbindliche Angebote eingefordert.

¹⁵ Vgl. etwa §§ 107, 108, 121 Abs. 2 GemO BW.

I. Datenbeschaffung

Der bisher in § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG geregelte Auskunftsanspruch der Gemeinde gegenüber dem bisherigen Konzessionär soll in einen neuen § 46a ausgelagert werden. Dort findet sich die bisherige Regelung grundsätzlich unverändert als § 46a Satz 1 wieder. Dann benennt der Referentenentwurf in Anlehnung an die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zum Auskunftsanspruch nach § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG¹⁶ vier Kategorien von Daten, die der Gemeinde zu überlassen sind. Durch die Verwendung des Wortes „insbesondere“ in § 46a Satz 2 vor Nr. 1 will sich der Referentenentwurf für die weiteren Daten entsprechend dem Leitfaden (dort Rn. 40)¹⁷ öffnen. Über Details soll die BNetzA im Einvernehmen mit dem BKartA auf Grundlage einer Ermächtigung in § 46a Satz 3 durch Festlegung entscheiden.

Im Ergebnis soll im Gesetz selbst somit nur ein Ausschnitt der Netzdaten benannt werden, die an die Gemeinde herauszugeben sind. Dabei handelt es sich um die Daten, bei denen mittlerweile durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geklärt ist, dass sie herauszugeben sind. Alles Weitere soll – wie bisher (vgl. § 46 Abs. 2 Satz 5 EnWG) – die BNetzA im Einvernehmen mit dem BKartA förmlich klären.

Ob dies wirklich zweckmäßig ist, darf bezweifelt werden. Bis heute ist eine entsprechende förmliche Festlegung – trotz eines erheblichen Klarstellungsbedürfnisses in der Praxis – durch BNetzA und BKartA nicht erfolgt. Diese Konkretisierung hat sich auch nicht deshalb erübrigt, weil sich zu der Frage der Datenherausgabe Aussagen beider Behörden in der 2. Auflage ihres gemeinsamen Leitfadens finden. Zum einen ist der Leitfaden keine förmliche Festlegung. Im Rechtsverkehr ist der Leitfaden nicht so belastbar wie eine förmliche Festlegung – die Veröffentlichung eines Leitfadens stellt lediglich informelles Verwaltungshandeln dar. Zum anderen bleiben viele fachliche Aspekte auch durch den Leitfaden ungeklärt. Dies betrifft sowohl den Umfang als auch die Qualität der Daten. Als

¹⁶ BGH, Urt. v. 14.04.2015 – EnZR 11/14 – juris.

¹⁷ Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, zweite, überarbeitete Auflage 21.05.2015, abrufbar unter: www.bundeskartellamt.de; letzter Zugriff am 23.12.2015.

Beispiel sei auf das Problem der Aktualität hingewiesen. Bei den benannten Datenarten kann es sich im Einzelfall durchaus um Daten handeln, die im Zeitpunkt der Abfrage bereits mehrere Jahre alt sind.

Versteht man § 46a Satz 2 Nr. 4 des Referentenentwurfs so, dass die kalkulatorischen Daten in der Gestalt mitzuteilen sind, wie sie gemäß der jüngsten Festlegung der Erlösobergrenze des bisherigen Netzbetreibers nach § 4 Abs. 2 Satz 1 ARegV („Bescheid“) als Bestandteil des Ausgangsniveaus gemäß § 6 ARegV anerkannt wurden, dann können diese Daten durchaus älter als fünf Jahre sein – etwa dann, wenn lediglich ein Bescheid vorliegt, der sich auf das vorletzte Basisjahr bezieht. Zur Information potentiell am Konzessionswettbewerb interessierter EVUen wäre es demgegenüber vorzugswürdig, die kalkulatorischen Daten bezogen auf die Anlagegüter des Verteilernetzes im konkret betroffenen Konzessionsgebiet und zum Stand des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres in die Aufzählung mitaufzunehmen.

Zur Förderung des Wettbewerbs um das Netz bietet es sich an, im Gesetz einen Anspruch der Gemeinde auf Aktualisierung der Daten zur Erarbeitung des Verfahrensbriefs aufzunehmen, mit dem die Gemeinde die rechtsverbindlichen Konzessionsvertragsangebote abfragt – Chancengleichheit bei der Angebotsabgabe.¹⁸ Mitunter liegen zwischen dem Jahr vor der Bekanntmachung und dem Zeitpunkt der Versendung des Verfahrensbriefes, mit dem die rechtsverbindlichen Angebote abgefragt werden, mehrere Jahre. Nimmt man dann noch das Alter der kalkulatorischen Daten bei der ersten Abfrage in den Blick, wird deutlich, dass die Datenlage häufig nicht hinreichend belastbar sein wird, um ein im Wettbewerb um das Netz schlagkräftiges rechtsverbindliches Angebot zu legen.

II. Bekanntmachung und Interessensbekundungsfrist

Aus § 46 Abs. 4 Satz 4 des Referentenentwurfs ist zu schließen, dass künftig die Interessensbekundungsfrist mindestens 3 Kalendermonate betragen muss. Dabei sieht der Entwurf keine besonderen Anforderungen an den Inhalt der Interessensbekundungen vor – „rechtsunverbindliches Fingerheben“. So sollen offensichtlich keine Eignungsnachweise abgefragt werden. Ein Teilnahmewettbewerb ist ebenfalls nicht vorgesehen.

¹⁸ Vgl. die Ausführungen in Fn. 14.

Vor diesem Hintergrund erscheint die Dauer der Frist – drei Kalendermonate – sehr lange. Die Frist für Teilnahmeanträge nach Kartellvergaberecht ist deutlich kürzer. Sie beträgt regelmäßig 37 Kalendertage¹⁹ – und das obwohl die Anforderungen dort höher sind.

III. Auswahlkriterien, Gewichtung und Bewertungsmethode

1. Problematik in der Praxis

Regelmäßig Hauptstreitpunkte bei Gerichtsverfahren über die Wirksamkeit von Konzessionsverträgen waren und sind seit den Leitentscheidungen des Bundesgerichtshofs vom Dezember 2013²⁰ die Bestimmung und Gewichtung der Auswahlkriterien sowie die Bewertungsmethode. Unterschiedliche Gerichte haben sich in zahlreichen Verfahren mit diesen Aspekten auseinandergesetzt und dazu teilweise divergierende Auffassungen vertreten:

- LG Düsseldorf, Urt. v. 26.02.2014 – 37 O 87/13 (EnW) U – juris, Rn. 38;
- OLG Karlsruhe, Urt. v. 26.03.2014 – 6 U 68/13 (Kart) – juris, Rn. 48 ff.;
- OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.04.2014 – VI-2 Kart 2/13 (V), 2 Kart 2/13 (V) – juris, Rn. 63 ff.
- BGH, Beschl. v. 03.06.2014 – EnVR 10/13 – juris, Rn. 55;
- LG Köln, Urt. v. 06.06.2014 – 90 O 169/13 – juris, Rn. 51 ff.;
- LG Stuttgart, Urt. v. 02.10.2014 – 11 O 182/14 – juris, Rn. 60 ff.;
- LG Stuttgart, Beschl. v. 21.11.2014 – 11 O 180/14 – juris, Rn. 99 ff.;
- LG Kiel, Beschl. v. 25.11.2014 – 14 O 111/14.Kart – juris, Rn. 4;
- LG Berlin, Urt. v. 09.12.2014 – 16 O 224/14 Kart – juris, Rn. 77 ff.;
- LG Kiel, Urt. v. 13.02.2015 – 14 O 111/14 Kart, 14 O 111/14.Kart – juris, Rn. 24 ff.;
- OLG Frankfurt, Beschl. v. 09.03.2015 – 11 W 47/14 (Kart) – juris, Rn. 20 ff.;
- LG Mainz, Beschl. v. 12.3.2015 – 12 HKO 2/15, 12 HK O 2/15 – juris, Rn. 34;
- LG Leipzig, Urt. v. 17.06.2015 – 5 O 1339/15, 05 O 1339/15 – juris, Rn. 35 ff.;
- OLG Stuttgart, Urt. v. 19.11.2015 – 2 U 60/15 – Anlage 4, S. 16 ff.

¹⁹ Vgl. § 17 Abs. 3 Nr. 1 SektVO, § 12 Abs. 4 Satz 1 VOL/A EG.

²⁰ Vgl. Fn. 9.

Die beiden letztgenannten Entscheidungen – LG Leipzig und OLG Stuttgart – widersprechen sich klar, was die Frage der Rechtmäßigkeit einer relativen Bewertung angeht!

Wenn sich aus diesen Entscheidungen eine Erkenntnis ableiten lässt, dann lautet sie: Ohne ein klares und aus sich selbst heraus tragfähiges gesetzliches Konzept zur Bestimmung und Gewichtung der Auswahlkriterien sowie zu den anzuwendenden Bewertungsmethoden wird es keine Beseitigung der bestehenden Rechtsunsicherheit geben. Ohne mehr Rechtssicherheit, was die Belastbarkeit von Konzessionsverträgen angeht, wird es bei der heute vorherrschenden „Zementierung bestehender Verhältnisse“ bleiben – ein echter Wettbewerb um die Netze wird vielerorts nicht stattfinden.

2. Falsche Zurückhaltung des Gesetzgebers

Während die Referentenentwürfe vom Juni²¹ und vom September²² dieses Jahres Regelungen zu dem Problemkreis „Auswahlkriterien, Gewichtung und Bewertungsmethode“ noch vorgesehen hatten, trifft der aktuelle Referentenentwurf hierzu keine konkreten Vorgaben mehr. Als Begründung für das Fallenlassen entsprechender Regelungen wird im Entwurf angeführt:

„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 (...) und die Konkretisierung der einzelnen Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG durch die Praxis und die Auslegung durch die Rechtsprechung weiterhin zuzulassen.“
Referentenentwurf, S. 18

Diese Begründung geht von falschen Prämissen aus!

Die erste fehlerhafte Prämisse ist, dass die „mittlerweile hierzu ergangene Rechtsprechung“ Rechtssicherheit geschaffen hätte. Das Gegenteil ist der Fall, wie sich ohne Weiteres aus der

²¹ Anlage 2, dort Art. 1 Nr. 3.

²² Anlage 3, dort Art. 1 Nr. 3; vgl. auch unten D.III = S. 44 (dort § 46 Abs. 4).

Lektüre der oben, unter „1. Problematik in der Praxis“ benannten Rechtsprechung ergibt. Der einzig „halbwegs“ rechtssichere Weg, der sich Gemeinden bietet, die Konzessionsverfahren durchführen müssen, ist den bisherigen Netzbetreiber zu konzessionieren oder mit diesem ein Kooperationsmodell umzusetzen. Denn damit sinkt das Risiko, hinsichtlich der Konzessionsvergabe angegriffen zu werden. Es entfällt die Gefahr, dass im Rahmen eines Netzübernahmeprozesses die Wirksamkeit des Konzessionsvertrages in Frage gestellt wird.

So richtig der Inhalt der zweiten Prämisse ist, der Gemeinde einen weiten Entscheidungsspielraum zu überlassen, so falsch ist die Annahme, ein solcher bestünde gegenwärtig. Zwischen den Transparenzanforderungen – aussagekräftige Benennung der Kriterien – und den Anforderungen des Diskriminierungsverbots – ausdrückliche Gewichtung auch von Unter-Unter-Kriterien und dem Streit um die Rechtmäßigkeit der relativen Bewertung – gibt es tatsächlich keinen gemeindlichen Entscheidungsspielraum.

Wohin die weitere Konkretisierung der Auswahlkriterien, deren Gewichtung und des Bewertungsmaßstabes durch die Rechtsprechung führt, ist an der eingangs zitierten Rechtsprechung abzulesen. Hierdurch wird ein echter Wettbewerb um die örtlichen Verteilernetze vereitelt.

3. Örtlicher Verteilernetzbetrieb und Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG

An dieser Stelle sollen zwei Aufgreifpunkte des Referentenentwurfs vom September 2015 besonders benannt und erörtert werden:

- der vermeintliche Dualismus von netzbezogenen Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG und Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sowie
- der Konzeptwettbewerb.

In der Auseinandersetzung mit diesen beiden Merkmalen gelingt es, die Gesamtproblematik zu konturieren.

Der Referentenentwurf vom September 2015 ist von zwei Arten von Auswahlkriterien ausgegangen: netzbezogenen Auswahlkriterien und Angelegenheiten der örtlichen

Gemeinschaft. Dementsprechend sollten § 46 Abs. 4 Sätze 1 bis 3 die folgende Fassung erhalten:

„(4) Die Gemeinde ist bei der Auswahl des Unternehmens den Zwecken des § 1 Absatz 1 verpflichtet und hat daher die folgenden Kriterien heranzuziehen:

- 1. Versorgungssicherheit, insbesondere Konzepte zum bedarfsgerechten Netzausbau und zur technischen Verbesserung des Netzes sowie Referenzen als Betreiber von Energieversorgungsnetzen,
- 2. Preisgünstigkeit und Effizienz, insbesondere solche Merkmale des Unternehmens, die auf eine kosteneffiziente Durchführung des Netzbetriebs und erforderlicher Netzausbaumaßnahmen schließen lassen,
- 3. Verbraucherfreundlichkeit, insbesondere Qualität der Verbraucherberatung bei Netzanschlüssen, Netzstörungen und Verbrauchstransparenz, sowie
- 4. Umweltverträglichkeit, insbesondere Konzepte zur effizienten Netzintegration von Speicheranlagen, Erzeugungsanlagen nach dem Erneuerbare-Energien Gesetz und dem Kraft-Wärme-Kopplungs-Gesetz sowie von steuerbaren Verbrauchseinrichtungen nach § 14a.

Die Gewichtung der einzelnen Auswahlkriterien hat den Anforderungen des jeweiligen Netzgebietes Rechnung zu tragen. Daneben können Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Sinne des Artikel 28 Absatz 2 des Grundgesetzes unter Wahrung der Versorgungssicherheit und Kosteneffizienz berücksichtigt werden.“
Referentenentwurf vom September 2015, Anlage 3, S. 4.

Zusammengefasst haben für die Konzessionierung ausschließlich entscheidend zu sein: vorrangig Zwecke des § 1 Abs. 1 EnWG – daneben (und nachrangig) Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft.

An dieser Dualismus-These hält der Referentenentwurf vom Dezember fest. § 46 Abs. 4 Satz 2 des Entwurfs lautet:

„Unter Wahrung netzwirtschaftlicher Anforderungen, insbesondere der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz, können auch Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft berücksichtigt werden.“²³

Das zweite Merkmal ist die Betonung des Konzeptwettbewerbs durch den Referentenentwurf vom September 2015.

²³ An dieser Stelle könnte kritisch gefragt werden, ob der Wechsel in den Begrifflichkeiten – von (netzbezogenen) Zielen/Zwecken des § 1 Abs. 1 EnWG zu „netzwirtschaftlichen Anforderungen“ – von vornherein so trennscharf ist, dass der Wechsel per se zu einer Verbesserung, nicht aber zu weiteren Unsicherheiten bei der Gesetzesanwendung führen wird.

3.1 Kein Dualismus von netzbezogenen Kriterien und Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft

Hinsichtlich des örtlichen Verteilernetzbetriebs gibt es keinen Dualismus von einerseits netzbezogenen Kriterien zur Verwirklichung der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG und andererseits Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft.²⁴

3.1.1 Örtlicher Verteilernetzbetrieb ist Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft

Der Referentenentwurf verkennt mit Blick auf den örtlichen Verteilernetzbetrieb die verfassungsrechtliche Ausgangslage, wenn er auf Seite 11 ausführt:

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

Vielmehr gilt:

- Der örtliche Verteilernetzbetrieb ist eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft.
- Die Gemeinde trägt die Gewährleistungsverantwortung für einen funktionsfähigen örtlichen Verteilernetzbetrieb.
- Wenn sich die Gemeinde einen dauerhaften Einfluss auf den örtlichen Verteilernetzbetrieb sichert, tut sie das in Ausübung ihrer Konzeptionhoheit primär, um die Erreichung der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG mit Blick auf das Verteilernetz vor Ort dauerhaft sicherzustellen, nicht aber um ihre Erträge zu maximieren. Von daher gibt es keine von vornherein gegenläufigen Interessen – etwa nachhaltiger Verteilernetzbetrieb gegen kommunale Ertragsmaximierung – auf die allein zugunsten der Gemeinde „kein Rabatt“ gegeben werden darf.

²⁴ Eine andere Frage ist, inwiefern andere kommunale Belange als der dauerhaft funktionsfähige Verteilernetzbetrieb – etwa die Hebung von Synergien bei der Bewirtschaftung und Koordinierung anderer örtlicher Infrastrukturnetze der Daseinsvorsorge oder die regionalen Wertschöpfung oder die Bürgerbeteiligung – bei der Auswahl des künftigen Netzbetreibers berücksichtigt werden können.

Dies folgt aus folgenden Erwägungen:

Die Versorgung mit Strom ist unverzichtbar für ein menschenwürdiges Leben!²⁵ 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. Die örtliche Energieversorgung gehört gemeinsam mit der Wasserversorgung zu den typischen, die Daseinsvorsorge betreffenden Aufgaben der kommunalen Gebietskörperschaften.²⁶ Die Entscheidung darüber, wie die örtliche Energieversorgung durchgeführt wird, unterfällt der gemeindlichen Selbstverwaltung gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG.²⁷

Verfassungsrechtlich ist es deshalb falsch zu sagen, die Gemeinde

„administriert“
Referentenentwurf, S. 9

die Vergabe von Energiekonzessionen. Die Entscheidung der Gemeinde darüber, wer das örtliche Energieverteilernetz in den kommenden zwei Jahrzehnten betreiben soll, ist keine fremde Angelegenheit, welche die Gemeinde etwa treuhänderisch erledigt. Vielmehr trifft die Gemeinde eine Entscheidung in einer eigenen Angelegenheit.

3.1.2 Konzepthoheit als Ausfluss der Eigenverantwortlichkeit

Eine Entscheidung darüber, wie der Betrieb des örtlichen Verteilernetzes in der Zukunft ausgestaltet und wer diesen über einen langen Zeitraum durchführen soll, kann die Gemeinde aber nur treffen, wenn sie über hinreichende Prognose- und Gestaltungsspielräume verfügt.

²⁵ BVerfGE 66, 248 [258].

²⁶ BVerfG (K), NJW 1990, 1783.

²⁷ BVerwGE 98, 273 (275 f.); bestätigt durch BVerwGE 122, 157 (162 f.).

Vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund handelt es sich bei der in § 46 Abs. 2 bis Abs. 4 EnWG für die Gemeinden angeordneten Pflicht zur Durchführung von Konzessionsvergabeverfahren und zum Abschluss von Konzessionsverträgen

- in der Sache um die Entscheidung darüber, wie der Betrieb des örtlichen Energieverteilernetzes in der Zukunft ausgestaltet und durch wen dieser durchgeführt werden soll,
- rechtlich um eine, infolge der bestehenden gemeindlichen Gewährleistungsverantwortung, pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe.

Die Aufgaben- und Verantwortungszuweisung an die Gemeinde geht notwendig mit deren Eigenverantwortlichkeit bei der Aufgabenerledigung einher.

Ausprägung der Eigenverantwortlichkeit ist insbesondere die Konzepthoheit. Die Entscheidung über den Betrieb örtlicher Verteilernetze ist angesichts der langen Laufzeiten von Konzessionsverträgen stark von prognostischen Einschätzungen geprägt und erfordert Gestaltungsspielräume, um die konkreten Umstände vor Ort berücksichtigen zu können. Die Gemeinde kann die sie treffende Gewährleistungsverantwortung für einen funktionierenden Betrieb der örtlichen Verteilernetze nur wahrnehmen, wenn sie die im Einzelfall als notwendig erkannten Vorkehrungen – etwa einen gesellschaftsrechtlichen Einfluss auf den Netzbetreiber – treffen kann, um einer etwaigen Schlechterfüllung während der Vertragslaufzeit entgegenzuwirken.

Diese verfassungsrechtliche Ausgangslage verkennt der Referentenentwurf, wenn er meint, das Verlangen der Gemeinde, über gesellschaftsrechtlichen Einfluss auf den örtlichen Netzbetreiber zu verfügen, sei nicht legitim, weil die Qualität des Netzbetriebes durch eine kommunale Gesellschafterstellung nicht nachweisbar gesichert werde.²⁸

Mit Blick auf Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ist es nicht Aufgabe der Gemeinden, einen solchen „Bessererfüllungsnachweis“ zu erbringen. Vielmehr gilt, „daß dem Staat eine Rechtfertigungslast auferlegt ist, wenn er den Gemeinden

²⁸ Referentenentwurf, S. 12.

vorschreiben will, wie diese die Selbstverwaltungsangelegenheit wahrzunehmen haben.“²⁹

Die Gewährleistung einer eigenverantwortlichen Entscheidung über die Auswahl des künftigen Verteilernetzbetreibers umfasst folglich die Befugnis, über das grundlegende Konzept der Aufgabenerfüllung zu entscheiden (Konzepthoheit).

3.1.3 Ergebnis: Konzepthoheit bei und zur Erreichung der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG

Die Entscheidung über die Ausgestaltung des zukünftigen örtlichen Verteilernetzbetriebs ist eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft. Zu diesem verfassungsrechtlichen Befund kommt durch § 46 Abs. 2 bis 4 EnWG die gesetzliche Aufgabenzuweisung hinzu, Energiekonzessionen zu vergeben. Bei der Erfüllung dieser Aufgabe besitzt die Gemeinde die Kompetenz, die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG mit Blick auf das örtliche Verteilernetz konzeptionell auszugestalten und anhand dieser Kriterien dann zu entscheiden, welches das beste Netzbetriebskonzept zur Versorgung ihrer Bevölkerung ist.

Im Ergebnis gibt es somit keinen Dualismus von einerseits netzbezogenen Kriterien zur Verwirklichung der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG und andererseits Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. Die Verwirklichung der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG mit Blick auf die örtlichen Verteilernetze ist eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft. Die Gemeinde besitzt die verfassungsrechtlich gewährleistete Befugnis, die Ziele des § 1 Abs. 1 mit Blick auf die örtlichen Besonderheiten ihres Netzgebietes zu konkretisieren.

Festzuhalten – und gesetzlich klarzustellen – ist:

Bei der Vergabe von Energiekonzessionen materialisiert sich die kommunale Selbstverwaltung durch die konkrete ortsbezogene Ausgestaltung netzbezogener Kriterien durch die jeweilige Gemeinde zur Erreichung der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG.

²⁹ Burgi, VerwArch 90 (1999), 70 (81).

Wenn dem aber so ist, liegt es auf der Hand, dass es in der Kompetenz der Gemeinde liegen muss, ihr Konzept zum künftigen Verteilernetzbetrieb (auch) so auszugestalten, dass sie sich über die Laufzeit des Konzessionsvertrages einen gesellschaftsrechtlichen Einfluss auf den Netzbetreiber sichert, um die Erreichung der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG vor Ort sicherzustellen. Dieser verfassungsrechtlichen Anforderung wird der Referentenentwurf nicht gerecht.

3.2 Konzeptwettbewerb

Während der vermeintliche Dualismus von einerseits netzbezogenen Kriterien zur Verwirklichung der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG und andererseits Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft vehementen Widerspruch herausfordert, gilt das Gegenteil für das zweite Merkmal des Referentenentwurfs von September 2015. Der Betonung des Konzeptwettbewerbs zur Entscheidung des Wettstreits der Bieter um eine Energiekonzession ist vorbehaltlos zuzustimmen.

Völlig zu Recht arbeiten beide Referentenentwürfe – sowohl der aktuelle als auch der vom September 2015 – die besonderen Anforderungen an den Verteilernetzbetrieb in den kommenden Jahren vor dem Hintergrund der politischen Entscheidung zur Energiewende heraus. Auf Seite 12 des Referentenentwurfs ist zu lesen, dass sich 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.

Die Dynamik der Veränderungen im Verteilernetzbetrieb

„Fingerzeig, dass der Verteilernetzbetrieb vor einem grundlegenden Wandel steht. Dies betrifft insbesondere den Einsatz moderner Netztechnologien und Maßnahmen des Last- und Erzeugungsmanagements.“
Referentenentwurf, S. 9

sowie der Umstand, dass Konzessionsverträge regelmäßig auf eine Laufzeit von zwanzig Jahren angelegt sind, führen dazu, dass es sich bei dem Wettbewerb um eine Energiekonzession materiell – d.h. bei der Beantwortung der Frage, wer aufgrund seines Netzbetriebskonzepts für ein konkretes örtliches Verteilernetz erwarten lässt, künftig den Netzbetrieb am besten wahrzunehmen – um die prognostische Bewertung konkurrierender Konzepte handelt.

Im Vordergrund der Bewertung der konkurrierenden Angebote steht die Auswertung von auf das im Einzelfall konkret betroffene Verteilernetz bezogenen Konzepten!

Prognostische Entscheidungen verlangen zwangsläufig einen Beurteilungs- und Bewertungsspielraum der Vergabestelle. Die Bewertung von Konzepten ist systemlogisch einer absoluten Bewertung nicht zugänglich, da es sich um einen Ideenwettbewerb handelt. Die von Bewerbern zu entwickelnden Ideen können und sollen aber nicht von der Vergabestelle im Vorhinein vorhergesehen und begrenzt werden.

Vor diesem Hintergrund ist die gesetzgeberische Klarstellung, dass es sich mit Blick vor allem auf qualitative Kriterien um einen Ideenwettbewerb handelt, notwendig!

IV. Versendung des Verfahrensbriefs an interessierte EVUen

Das in der Rechtsprechung entwickelte Gebot, einen Verfahrensbrief mit Benennung und Gewichtung von Entscheidungskriterien an die Bieter zu versenden, findet sich jetzt ausdrücklich in Art. 1 Nr. 2 § 46 Abs. 4 Satz 4 des Entwurfs.

Bemerkenswert ist, dass der Entwurf in diesem Zusammenhang über die Mitteilung eines Bewertungsmaßstabes an die Bieter schweigt.

V. Abschluss des Auswahlverfahrens – Informationspflichten der Gemeinde

Der bisherige § 46 Abs. 3 Satz 6 EnWG wird in einen neuen Abs. 5 als dessen Satz 1 verlagert.³⁰ Nach § 46 Abs. 5 Satz 2 des Referentenentwurfs hat die Gemeinde die unterlegenen Bieter „vorab“ über die Gründe für ihr Unterliegen und über den frühesten Zeitpunkt des beabsichtigten Vertragsschlusses zu informieren.

Der Aufbau des Referentenentwurfs an dieser Stelle ist zu kritisieren, da er den Eindruck erweckt, die Bieterinformation nach Satz 2 schließe sich an die Bekanntmachung nach Satz 1 an. Das ist jedoch nicht der Fall. Die öffentliche Bekanntmachung nach Satz 1 bildet im Normalfall den Abschluss des Konzessionierungsverfahrens, während die Bieterinformation nach Satz 2 hierzu deutlich im Vorfeld stattfinden wird.³¹

VI. Rügeobliegenheiten und Präklusion

1. Grundsatz

Der neue Grundsatz lautet: Ohne rechtzeitige Rüge kann sich ein unterlegener Bieter später nicht auf Fehler im Konzessionsvergabeverfahren berufen.

Dieser im Referentenentwurf als Abs. 1 im neuen § 47 hervorgehobene Grundsatz ist zu begrüßen, weil er als solcher zumindest grundsätzlich geeignet ist, zügig für Rechtssicherheit zu sorgen und damit Rechtsfrieden herbeizuführen.

³⁰ Öffentliche Bekanntmachung der Gründe für die Entscheidung zugunsten eines bestimmten Bewerbers in einer Wettbewerbssituation – zumeist im amtlichen Veröffentlichungsorgan der Gemeinde.

³¹ Vgl. dazu den oben dargestellten Ablaufplan, B vor B.I. Die Bieterinformation ist Verfahrensschritt Nr. 9, die öffentliche Bekanntmachung Verfahrensschritt Nr. 12.

In der jetzigen Fassung bleibt jedoch unklar, wie das Verhältnis zu § 19 GWB ist, da in § 47 Abs. 1 ausdrücklich nur § 46 erwähnt wird. Der Bundesgerichtshof hat § 46 EnWG jedoch § 19 GWB „untergehängt“.

„Nach der Rechtsprechung des Senats sind die Gemeinden als marktbeherrschende Anbieter der Wegenutzungsrechte im Sinne von § 46 Abs. 2 EnWG in ihrem Gebiet gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (§ 20 Abs. 1 GWB aF) und § 46 Abs. 1 EnWG verpflichtet, den Konzessionär für den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes in einem diskriminierungsfreien Wettbewerb auszuwählen“. ... „Genügt die Konzessionsvergabe den aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (§ 20 Abs. 1 GWB aF) und § 46 Abs. 1 EnWG abzuleitenden Anforderungen nicht, liegt eine unbillige Behinderung derjenigen Bewerber vor, deren Chancen auf die Konzession dadurch beeinträchtigt worden sind (...). Dies hat zur Folge, dass der neue Konzessionsvertrag nach § 134 BGB nichtig ist“.

BGH, Urt. v. 03.06.2014 – EnVR 10/13 – juris, Rn. 51 und 53.

Die Rüge- und Präklusionsregelungen müssen für das Konzessionsvergabeverfahren insgesamt und umfassend gelten – anderenfalls sind sie nicht zweckmäßig.

Unklar bleibt auch, ob es sich um eine bloß formelle oder tatsächlich um eine materielle Präklusion handelt.³²

Der Gesetzgeber sollte ausdrücklich klarstellen, dass es sich um eine materielle Präklusion handelt! Somit könnte § 47 Abs. 1 lauten:

„Jedes beteiligte Unternehmen kann eine Rechtsverletzung in dem Verfahren zum Abschluss eines Vertrages nach § 46 Abs. 2 nur geltend machen, soweit es diese nach Maßgabe von Absatz 2 gerügt hat. Die Unternehmen werden mit allen Einwendungen ausgeschlossen, die nicht fristgemäß geltend gemacht worden sind (materielle Präklusion).“

³² Im Falle einer lediglich formellen Präklusion wäre lediglich das Unternehmen mit dem Vortrag ausgeschlossen, den es nicht fristgerecht vorgebracht hat. Demgegenüber führte eine materielle Präklusion dazu, dass der Fehler grundsätzlich gegenüber jedermann und nach der objektiven Rechtslage als geheilt gelten würde. Eine materielle Präklusion stellte folglich zugleich eine Durchbrechung der für Konzessionsverträge von der Rechtsprechung bislang angenommenen Nichtigkeitsfolge dar. Mit dem Instrument der materiellen Präklusion erreichte man ein „Mehr“ an Rechtssicherheit gegenüber einer bloß formellen.

2. Rügefähige Fehler

Der Referentenentwurf greift zwei Verfahrensabschnitte auf: Rechtsverletzungen vor Angebotsabgabe (Bekanntmachung nach § 46 Abs. 3 und Mitteilung nach § 46 Abs. 4 Satz 4) und Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung.

Damit drängt sich die Frage auf, welche Folgen andere Fehler nach sich ziehen? Etwa das Unterlassen der Bekanntmachung nach § 46 Abs. 5 Satz 1 des Referentenentwurfs.

Kritikwürdiger als die „Nicht-Regelung anderer Fehler“ ist jedoch der beabsichtigte Verzicht auf jede Einengung der Nichtigkeitsfolge, insbesondere auch bei Fehlern von lediglich geringem Gewicht. In Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs³³ könnte etwa die folgende Regelung – als § 47 Abs. 2 Satz 4 – zweckmäßig sein:

„Mängel im Rahmen der Auswahlentscheidung sind nur erheblich, wenn sie offensichtlich und auf das Ergebnis der Auswahlentscheidung von Einfluss gewesen sind.“

3. Fehlerhafte Benennung und Gewichtung von Auswahlkriterien

§ 46 Abs. 4 Satz 4 lautet:

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.

§ 47 Abs. 2 Satz 2 sieht vor:

Rechtsverletzungen, die aufgrund einer ... Mitteilung nach § 46 Absatz 4 Satz 4 erkennbar sind, sind bis Ablauf der dort benannten Frist zu rügen.

³³ BGHZ 199, 289 (317 Rn. 99).

Es bleibt unklar, was hiermit gemeint ist. Welches soll die in § 47 Abs. 2 S. 2 thematisierte Frist nach § 46 Abs. 4 Satz 4 sein?

Aus der Begründung des Referentenentwurfs, S. 23, ergibt sich, dass hiermit wohl die im Verfahrensbrief der Gemeinde genannte Frist zur Angebotsabgabe gemeint ist:

„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. Zu rügen sind daher bis zum Ablauf der Interessensbekundungs- bzw. Angebotsfrist alle Rechtsverstöße, die aus diesen Dokumenten erkennbar sind. Werden bis Ablauf der 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.“

Wie lange muss diese Angebotsfrist sein? Auch drei Kalendermonate wie für die Interessensbekundung? Ein anderer Zeitraum?

Oder ist gemeint, dass die Kriterien gleich mit der Bekanntmachung des Auslaufens zu benennen sind? Das könnte die lange Interessensbekundungsfrist von drei Monaten erklären. So ist im Referentenentwurf auf S. 21 zu lesen:

„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.“

4. Rügeregime und Verfahrensablauf

Unterstellt der Referentenentwurf geht für den Regelfall nicht davon aus, dass der gewichtete Kriterienkatalog gleich mit dem Auslaufen des Konzessionsvertrages bekannt gemacht wird, scheint sich der folgende Verfahrensgang abzuzeichnen:

Die Gemeinde versendet einen Verfahrensbrief – mit gewichteten Auswahlkriterien³⁴ – an alle Unternehmen,³⁵ die binnen der dreimonatigen Interessensbekundungsfrist ihr Interesse an der Konzession bekundet haben.³⁶ Wenn es keine Rügen von Unternehmen mit Blick auf den Verfahrensbrief gibt, dann legen die Unternehmen ihre Angebote binnen der Angebotsfrist und die Gemeinde entscheidet anhand der im Verfahrensbrief benannten und gewichteten Kriterien.³⁷ Anschließend versendet die Gemeinde die Bieterinformation nach § 46 Abs. 5 Satz 2 des Referentenentwurfs.³⁸ Mit Zugang der Bieterinformation beginnt die Rügefrist von 30 Kalendertagen zu laufen (§ 47 Abs. 2 Satz 3). Die Gemeinde prüft etwaige Rügen. Hilft die Gemeinde einer Rüge nicht dadurch ab, dass sie das Verfahren zumindest teilweise wiederholt (§ 47 Abs. 4 Satz 1), beginnt die Rechtsbehelfsfrist von 15 Kalendertagen nach § 47 Abs. 4 Satz 3 zu laufen.

Tatsächlich wird dieser Verfahrensplan aber nicht funktionieren. Dies wird bereits anhand der nachfolgend lediglich beispielhaft gestellten Fragen deutlich.

Zunächst für die Phase vor der Abgabe des Angebots:

- Innerhalb welcher Frist muss ein Unternehmen, das den von der Gemeinde mit dem Verfahrensbrief übersandten gewichteten Kriterienkatalog für rechtswidrig hält, dies gegenüber der Gemeinde rügen? Wie lange hat diese Rügefrist mindestens zu sein?
- Wird auch der Bewertungsmaßstab (relative und/oder absolute Bewertungsmethode) von der Rügeobliegenheit/Präklusionswirkung erfasst?

³⁴ Und der Bestimmung des Bewertungsmaßstabes – relative und / oder absolute Bewertung (siehe dazu oben, B.III.3.2 = S. 22).

³⁵ Dazu, ob eine Eignungsprüfung vorab durchzuführen ist oder durchgeführt werden kann, äußert sich der Referentenentwurf nicht.

³⁶ Verfahrensschritt Nr. 7 des Ablaufplans; B vor B.I.

³⁷ Verfahrensschritt Nr. 8 des Ablaufplans; B vor B.I.

³⁸ Verfahrensschritt Nr. 9 des Ablaufplans; B vor B.I.

- Hemmt eine Rüge des gewichteten Kriterienkatalogs den Ablauf der Angebotsfrist?
- Wenn die Gemeinde der Rüge hinsichtlich des gewichteten Kriterienkatalogs nicht abhilft, was muss das Unternehmen binnen der Frist von 15 Kalendertagen nach § 47 Abs. 4 Satz 3 dann tun? Konkret könnte fraglich sein, ob ein Verfügungsgrund für den Erlass einer einstweiligen Verfügung besteht, wenn doch der Vertragsschluss selbst noch gar nicht absehbar ist.
- Was passiert mit der laufenden Angebotsfrist bzw. dem Verfahren im Übrigen? Können andere Unternehmen wirksame Angebote abgeben, solange der Streit zwischen der Gemeinde und dem rügenden Bieter andauert? Müssen diese Unternehmen ihre Angebote abgeben, um keine Verfahrensnachteile zu erleiden?

Nun für die Phase nach Zugang der Bieterinformation an die unterlegenen Bieter:

- Beginnt die Rügefrist von 30 Kalendertagen auch dann zu laufen, wenn das Unternehmen erst einmal einen Akteneinsichtsanspruch nach § 47 Abs. 3 stellt? Wird der Ablauf der Rügefrist durch einen später gestellten Akteneinsichtsanspruch unterbrochen?
- Was sind Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse nach § 47 Abs. 3 Satz 2? Steht der Gemeinde insoweit ein Beurteilungsspielraum zu?
- Muss das unterlegene Unternehmen, das meint, keine hinreichende Akteneinsicht erhalten zu haben, Klage auf Akteneinsicht erheben oder gar eine Leistungsverfügung beantragen, um nicht präkludiert zu werden?
- Läuft die 30tägige Frist für verschiedene Rügen unterschiedlich, wenn der Sachverhalt einer Rüge für den unterlegenen Bieter sofort und vollständig erkennbar war, der Sachverhalt einer anderen Rüge aber nur teilweise – etwa weil die Gemeinde zu Unrecht nur einen Teil des Sachverhaltes im Rahmen der Akteneinsicht offengelegt hat?
- Gibt es ein erneutes Akteneinsichtsrecht, wenn die Gemeinde nach § 47 Abs. 4 Satz 2 der Rüge mit einer Begründung nicht abhilft, die für das betroffene Unternehmen neue Fragen aufwirft.

- Darf ein Konzessionsvertrag abgeschlossen werden, wenn die in § 47 Abs. 5 in Bezug genommenen Fristen³⁹ zwar abgelaufen, aber innerhalb der Frist nach § 47 Abs. 4 Satz 3 gerichtlicher Rechtsschutz beantragt worden ist?
- Welche Bedeutung hat das Verbot nach § 47 Abs. 5, den Konzessionsvertrag vor Ablauf der Fristen abzuschließen? Ist der Konzessionsvertrag in jedem Fall dann nichtig, wenn die Rüge begründet war und die Gemeinde vorzeitig abgeschlossen hat? Wenn das der Fall sein sollte, dann dürfte der für den Erlass einer einstweiligen Verfügung erforderlich Verfügungsgrund (Eilbedürftigkeit!) regelmäßig entfallen. Folge hiervon wäre, dass das Unternehmen Hauptsacheklage zu erheben hätte. Mit dem Abschluss des Konzessionsvertrages hätten die Gemeinde und der erfolgreiche Bieter dann bis zum Abschluss dieses gerichtlichen Verfahrens zu warten. Hierbei könnte es sich um einen mehrere Jahre umfassenden Zeitraum handeln.

Als Ergebnis wird deutlich: Der Versuch, ein eigenes Vergabe-, Rechtsfehlerfolgen- und Rechtsschutzsystem mit wenigen Vorschriften zu etablieren, gelingt nicht – und kann, das sei zur Entlastung des BMWi gesagt, wohl auch kaum gelingen. Demgegenüber vorzuzugswürdig ist es, Energiekonzessionen in den Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB n.F. sowie der Konzessionsvergabeverordnung einzubeziehen.

VII. Verstoß gegen die Konzessionsvergaberichtlinie

Die Einordnung der Vergabe von Energiekonzessionen in den Anwendungsbereich der Konzessionsvergabeverordnung⁴⁰ wäre aber nicht nur in der Sache zu bevorzugen. Die Einordnung ist rechtlich geboten. Soweit der aktuelle vorliegende Referentenentwurf den Vorgaben der unionalen Konzessionsvergaberichtlinie nicht genügt, ist der Referentenentwurf zugleich unionsrechtswidrig.

³⁹ Bei dem Verweis § 47 Abs. 5 des Referentenentwurfs auf „Absatz 4 Satz 2“ handelt es sich wohl um ein Redaktionsversehen. Hier müsste § 47 Abs. 4 Satz 3 in Bezug genommen werden.

⁴⁰ Dazu bereits oben, A.I = S. 4.

Ohne echte Begründung⁴¹ geht der Entwurf davon aus, dass die Konzessionsvergaberichtlinie der Union nicht anwendbar ist.⁴²

Die Anwendbarkeit der Konzessionsvergaberichtlinie auf die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen ist in der Tat umstritten. Der im Referentenentwurf auf S. 12 zitierte Erwägungsgrund 16 der Richtlinie dient jedoch allein der Klarstellung, dass reine Wegenutzungsverträge, die ausschließlich Gestattungs- und keinen Beschaffungscharakter haben, keine Konzessionen im Sinne der Richtlinie sind. Das gilt jedoch i.d.R. nur für einfache Wegenutzungsverträge nach § 46 Abs. 1 EnWG, nicht aber für qualifizierte Wegenutzungsverträge nach § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG. Strom- und Gaskonzessionsverträge nach § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG haben Beschaffungscharakter. Die Gemeinde befriedigt als Nachfragerin – stellvertretend für ihre Einwohnerinnen und Einwohner – den Bedarf nach einem sicheren und preisgünstigen Netzbetrieb im Gemeindegebiet. Das ist auch die Sichtweise des Bundesgerichtshofs.⁴³

In aller Regel enthalten Konzessionsverträge dementsprechend eine Verpflichtung des Konzessionsnehmers zum Netzbetrieb und dem vorgelagert – bei einem Wechsel des Konzessionsnehmers – die Pflicht zur Übernahme des Netzes vom bisherigen Netzeigentümer. Ausgehend von der Begriffsdefinition in Art. 5 Abs. 1 lit. b) der Konzessionsvergaberichtlinie, wonach letztlich alle Verträge mit Betrauungscharakter erfasst werden, die keine Aufträge sind, ist die Richtlinie somit anwendbar.⁴⁴

Anders als für Wasserkonzessionsverträge (Art. 12 Abs. 1 KVR) besteht für Strom- und Gaskonzessionsverträge auch kein Ausschlusstatbestand im Richtlinienentwurf.

Die Frage der Anwendbarkeit der Konzessionsvergaberichtlinie unterliegt nicht der Dispositionsfreiheit des nationalen Gesetzgebers. Sie ist unionsrechtlich determiniert. Vor

⁴¹ Die Ausführungen auf S. 13 des Referentenentwurfs sind nicht mehr als ein Bericht über die seinerzeitigen Verhandlungsziele der Bundesregierung bei den Gesprächen über die Konzessionsvergabe-Richtlinie. Maßgeblich ist nicht, welche Ziele die Bundesregierung verfolgt hat oder das, was sie zu verhandeln meinte, sondern das, was schließlich Inhalt der Richtlinie geworden ist.

⁴² Etwa S. 12 des Referentenentwurfs.

⁴³ BGHZ 199, 289 (302 f. Rn. 45).

⁴⁴ *Weiß*, NVwZ 2014, 1415 (1419); *Wagner/Pohl* ZfWR 2014, 745, 747; *Weiß*, BWGZ 2015, 1107 (1108 f.).

diesem Hintergrund ist es durchaus denkbar, dass ein nationales Gericht, das nach Inkrafttreten der Konzessionsvergaberichtlinie im April 2016, einen Konzessionsstreit zu entscheiden haben wird, dem EuGH die Frage vorlegt, ob eine Energiekonzession in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt.⁴⁵ Die Entscheidung des EuGH wäre für Deutschland bindend und würde auch nationalen Gesetzen vorgehen.

VIII. Netzkaufpreis

Die Aufnahme des „objektiven Ertragswertverfahrens“⁴⁶ als Verfahren zur Bestimmung der wirtschaftlich angemessenen Vergütung für ein Netz ist grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings sollte nicht aus dem Blick geraten, dass mit der Aufnahme dieses so bezeichneten Preisfindungsverfahrens als Regelverfahren in das Gesetz künftig viele Detailfragen zum Tragen kommen werden, die derzeit umstritten sind.⁴⁷ Wünschenswert wäre, dass der Gesetzgeber jedenfalls die typischen Streitfragen regelt. Dabei könnte er sich an dem Leitfaden von BKartA und BNetzA orientieren.

Zu Missverständnissen könnte indessen § 46 Abs. 2 Satz 5 des Referentenentwurfs führen:

„Davon unberührt bleibt die Freiheit der Vertragsparteien, sich auf eine anderweitig basierte Vergütung zu einigen.“

Damit will das BMWi deutlich machen,

„dass die Vertragsautonomie der Parteien 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.“
Referentenentwurf, S. 16 f.

⁴⁵ Zur Vorlagepflicht der nationalen Gerichte an den EuGH instruktiv und aktuell BVerfG, Beschl. v. 08.10.2015 – 1 BvR 3509/13.

⁴⁶ Oder besser: objektivierte Ertragswertverfahrens? Vgl. etwa OLG Frankfurt, Beschl. v. 27.03.2014 – 11 U 112/13 – juris, Rn. 4: „Maßstab für die Ermittlung der angemessenen Vergütung gem. § 46 Abs. 2 EnWG ist der objektivierte Ertragswert“; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 24.10.2012 – 6 U 168/10 (Kart) – juris, Rn. 41.

⁴⁷ Instruktiv *Meier/Lachmann/Hoffjan/Löper*, BFuP 66 (2014), 283 (287 ff.).

Aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt sich nicht eindeutig, wer die „Vertragsparteien“ sind und ob sich die Regelung auf den auslaufenden Konzessionsvertrag oder einen Netzkaufvertrag bezieht. Dies könnte künftig „Ansatzpunkt“ für abgebende Netzbetreiber sein, zu behaupten, § 46 Abs. 2 Satz 5 sei die kartellrechtliche Freizeichnung durch den Gesetzgeber für alle bereits bestehenden Konzessionsverträge, in denen etwa der Sachzeitwert als Netzkaufpreis festgelegt ist. Bisher konnte man unter Verweis auf die sog. Kaufering-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs⁴⁸ gut vertretbar argumentieren, dass solch eine vertragliche Vereinbarung kartellrechtlichen Bedenken ausgesetzt ist. Ist das die gesetzliche Aufhebung der Kaufering-Rechtsprechung? Das kann wohl kaum in der Absicht des Referentenentwurfs liegen! Hier ist eine entsprechende Klarstellung – zumindest in der Gesetzesbegründung – angezeigt.

IX. Fortzahlung der Konzessionsabgabe

Art. 1 Nr. 3 des Referentenentwurfs ist zu begrüßen!

Anlass für Streit zwischen Gemeinden und Energieversorgungsunternehmen könnten jedoch die Ausführungen auf S. 25 des Entwurfs geben. Dort ist zu lesen, dass die Fortzahlungspflicht u.a. nicht bestehen soll, wenn das Verfahren „nicht zügig“ vorangetrieben wurde. Damit steht die Frage im Raum, wann eine nicht zügige Verfahrensführung vorliegt. Ist das beispielsweise auch dann der Fall, wenn sich eine Gemeinde aus Anlass des Auslaufens des Konzessionsvertrages beispielsweise drei Jahre lang damit befasst hat, ob sie ein Stadtwerk gründen möchte, diese Absicht schließlich aber aufgegeben hat? Wie ernsthaft muss diese Absicht untersucht worden sein, um die Zügigkeit nicht in Abrede zu stellen?

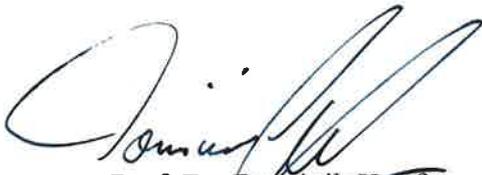
X. In-Kraft-Treten

Der Referentenentwurf sieht keine Übergangsregelung vor. Hier wäre ein Wahlrecht für die Gemeinden zweckmäßig, die sich zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens bereits in laufenden

⁴⁸ BGHZ 143, 128; Beschl. v. 03.06.2014 – EnVR 10/13 – juris, Rn. 45.

Verfahren befinden, ob sie die laufenden Verfahren auf den neuen Rechtsrahmen umstellen oder im bestehenden fortfahren wollen.

Freiburg, den 23.12.2015



Prof. Dr. Dominik Kupfer
Rechtsanwalt



Dr. Holger Weiß
Rechtsanwalt

C. Anlagenspiegel:

- Anlage 1 Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung, Bearbeitungsstand 02.12.2015
- Anlage 2 Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung, Bearbeitungsstand Mai/Juni 2015
- Anlage 3 Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung im Energiewirtschaftsgesetz, Bearbeitungsstand 08.09.2015
- Anlage 4 OLG Stuttgart, Urt. v. 19.11.2015 – 2 U 60/15 –, amtlicher Umdruck (geschwärzt)

D. Anhang: Gesetzessynopse

Zur besseren Kontrastierung der mit dem Referentenentwurf angestrebten Neuerungen verglichen mit dem aktuell (noch) geltenden Gesetzeswortlaut wird nachfolgend der aktuelle Gesetzeswortlaut (I) wiedergegeben, dann wird der Gesetzeswortlaut dargestellt, wie er lautete, wenn der Referentenentwurf Gesetz werden sollte (II). Schließlich werden die Änderungen des Referentenentwurfs gegenüber seiner Vorgängerversion vom September 2015 herausgearbeitet (III).

I. Aktueller Gesetzestext

Zuletzt geändert durch Gesetz vom 20.12.2012:⁴⁹

§ 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 Abs. 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

⁴⁹ BGBl I 2012, 2730 (2742).

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. 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) Die Gemeinden machen spätestens zwei Jahre vor Ablauf von Verträgen nach Absatz 2 das Vertragsende und einen ausdrücklichen Hinweis auf die nach 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 Verträgen nach Absatz 2 vor Ablauf der Vertragslaufzeit, so sind die bestehenden Verträge zu beenden und die vorzeitige Beendigung sowie das Vertragsende 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.
- (4) Die Absätze 2 und 3 finden für Eigenbetriebe der Gemeinden entsprechende Anwendung.

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

**§ 47
(aufgehoben)**

**§ 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 für ein Jahr fort, es sei denn, dass zwischenzeitlich eine anderweitige Regelung getroffen wird.

II. Referentenentwurf Dezember 2015

Im Folgenden ist der gegenwärtig aktuelle Gesetzestext in Schwarz, im Referentenentwurf vorgesehene Streichungen sind in Rot und durchgestrichen, vorgesehene textliche Erweiterungen in Grün dargestellt.

§ 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 Abs. 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 sind die mit dem Netz zu erzielenden Erlöse nach dem objektiven Ertragswertverfahren maßgeblich. Davon unberührt bleibt die Freiheit der Vertragsparteien, sich auf eine anderweitig basierte Vergütung zu einigen.

~~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) Die Gemeinden machen spätestens zwei Jahre vor Ablauf von Verträgen nach Absatz 2 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 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. ~~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.~~

~~(4) Die Absätze 2 und 3 finden für Eigenbetriebe der Gemeinden entsprechende Anwendung.~~

(4) Die Gemeinde ist bei der Auswahl des Unternehmens den Zielen des § 1 Abs. 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 Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen bleiben unberührt.~~

(5) 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. Die Gemeinde hat die Unternehmen, deren Angebote nicht angenommen werden sollen, über die Gründe der vorgesehenen Ablehnung ihres Angebots und über den frühesten Zeitpunkt des beabsichtigten Vertragsschlusses in Textform zu informieren.

(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 (aufgehoben)~~

§ 47 Rügeobliegenheit, Präklusion

- (1) Jedes beteiligte Unternehmen kann eine Rechtsverletzung durch Nichtbeachtung der Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens nach § 46 nur geltend machen, soweit es diese nach Maßgabe von Absatz 2 gerügt hat.
- (2) Die Rüge ist in Textform gegenüber der Gemeinde zu erklären und zu begründen. Rechtsverletzungen, die aufgrund einer Bekanntmachung nach § 46 Absatz 3 oder der Mitteilung nach § 46 Absatz 4 Satz 4 erkennbar sind, sind bis Ablauf der dort benannten Fristen zu rügen. Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung, die aus der Information nach § 46 Absatz 5 Satz 2 erkennbar sind, sind innerhalb von 30 Kalendertagen ab deren Zugang zu rügen.
- (3) Zur Vorbereitung einer Rüge nach Absatz 2 Satz 3 hat die Gemeinde jedem beteiligten Unternehmen Einsicht in die Akten zu gewähren und auf dessen Kosten

Ausfertigungen, Auszüge oder Abschriften zu erteilen. 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 ab, so hat sie das Verfahren ab dem Zeitpunkt des gerügten Verstoßes zu wiederholen. Hilft sie der Rüge nicht ab, so hat sie das rügende Unternehmen hierüber in Textform zu informieren und ihre Entscheidung zu begründen. Beteiligte Unternehmen können gerügte Rechtsverletzungen, denen die Gemeinde nicht abhilft, nur innerhalb von 15 Kalendertagen ab Zugang der Information nach Satz 2 geltend machen.
- (5) Ein Vertrag nach § 46 Absatz 2 darf erst nach Ablauf der Fristen aus Absatz 2 Satz 3 und Absatz 4 Satz 2 geschlossen 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 für ein Jahr fort, es sei denn, dass zwischenzeitlich eine anderweitige Regelung getroffen wird.~~

(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.

III. Referentenentwurf September 2015

Im Folgenden werden die Abweichungen des Referentenentwurfs vom Dezember gegenüber dem Referentenentwurf vom September herausgearbeitet. Der Text des Referentenentwurfs vom September ist in Schwarz, im Referentenentwurf vom Dezember demgegenüber vorgesehene Streichungen sind in Rot und durchgestrichen, vorgesehene textliche Erweiterungen in Grün dargestellt.

§ 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 Abs. 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 sind in der Regel die mit dem Netz zu erzielenden Erlöse nach dem objektiven Ertragswertverfahren maßgeblich. Davon unberührt bleibt die Freiheit der Vertragsparteien, sich auf eine anderweitig basierte Vergütung zu einigen.
- (3) Die Gemeinden machen spätestens zwei Jahre vor Ablauf von Verträgen nach Absatz 2 das Vertragsende und einen ausdrücklichen Hinweis auf die nach § 46a ~~§ 47~~ 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 von Satz 1 und 2 öffentlich bekannt zu geben.
- (4) Die Gemeinde ist bei der Auswahl des Unternehmens den ~~Zwecken~~ 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.

~~und hat daher die folgenden Kriterien heranzuziehen:~~

- ~~1 — Versorgungssicherheit, insbesondere — Konzepte zum bedarfsgerechten Netzausbau und zur technischen Verbesserung des Netzes sowie Referenzen als Betreiber von Energieversorgungsnetzen;~~
- ~~2 — Preisgünstigkeit und Effizienz, insbesondere solche Merkmale des Unternehmens, die auf eine kosteneffiziente Durchführung des Netzbetriebs und erforderlicher Netzausbaumaßnahmen schließen lassen;~~
- ~~3 — Verbraucherfreundlichkeit, insbesondere Qualität der Verbraucherberatung bei Netzanschlüssen, Netzstörungen und Verbrauchstransparenz, sowie~~
- ~~4 — Umweltverträglichkeit, insbesondere Konzepte zur effizienten Netzintegration von Speicheranlagen, Erzeugungsanlagen nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz und dem Kraft-Wärme-Kopplungs-Gesetz sowie von steuerbaren Verbrauchseinrichtungen nach § 14a.~~

~~Die Gewichtung der einzelnen Auswahlkriterien hat den Anforderungen des jeweiligen Netzgebietes Rechnung zu tragen. Daneben können Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Sinne des Artikel 28 Absatz 2 des Grundgesetzes unter Wahrung der Versorgungssicherheit und Kosteneffizienz berücksichtigt werden.~~ Die Gemeinde hat jedem Unternehmen, das innerhalb einer von der Gemeinde in der ~~das ab der~~ Bekanntmachung nach Absatz 3 Satz 1 oder 3 gesetzten Frist von mindestens drei Kalendermonaten ein Interesse an ~~den~~ der Nutzung der öffentlichen Verkehrswegen bekundet, die Auswahlkriterien und deren Gewichtung in Textform mitzuteilen.

- (5) 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. Die Gemeinde hat ~~zuvor~~ die Unternehmen, deren Angebote nicht angenommen werden sollen, über die Gründe der vorgesehenen Ablehnung ihres Angebots und über den frühesten Zeitpunkt des beabsichtigten Vertragsschlusses in Schriftform zu informieren. ~~Die Gründe müssen sich aus einer~~

~~ausführlichen Darlegung der Bewertung der einzelnen Kriterien nach Absatz 4 im Vergleich zum ausgewählten Unternehmen ergeben.~~

- (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 **Rügeobliegenheit, Präklusion**

- (1) ~~Jedes unterlegene 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. Satz 1 gilt nicht, wenn das unterlegene Unternehmen den die Rechtsverletzung begründenden Verstoß nicht gekannt hat und insbesondere aus den mitgeteilten Informationen nach § 46 Absatz 5 Satz 2 nicht erkennen konnte.~~
- (2) ~~Die Rüge ist schriftlich innerhalb von 20 Kalendertagen ab Zugang der Information nach § 46 Absatz 5 Satz 2 gegenüber der Gemeinde zu erklären. Die Rüge ist unter Nennung der geltend gemachten Rechtsverletzung zu begründen.~~
- (3) ~~Zur Vorbereitung einer Rüge nach Absatz 1 kann jedes Unternehmen die Akten bei der Gemeinde einsehen und sich auf eigene Kosten Ausfertigungen, Auszüge oder Abschriften erteilen lassen. § 111 Absätze 2 und 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen¹⁾ gelten entsprechend.~~
- (4) ~~Hilft die Gemeinde der Rüge ab, so hat sie das Verfahren ab dem Zeitpunkt des gerügten Verstoßes zu wiederholen. Hilft Sie der Rüge nicht ab, so hat sie das rügende Unternehmen hierüber in Textform zu informieren und ihre Entscheidung qualifiziert zu begründen. Ein Vertrag nach § 46 Absatz 1 darf erst nach Ablauf der Frist aus Absatz 2 Satz 1 und nicht vor Versendung der Information nach Satz 2 geschlossen werden.~~

- (5) ~~Die Möglichkeit jedes unterlegenden Unternehmens, innerhalb der Frist des Absatz 2 Satz 1 Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes zu ergreifen, bleibt unberührt. In diesem Fall ist eine Rüge nach Absatz 1 zur Rechtswahrung nicht erforderlich.~~

§ 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 **Datenherausgabe**

~~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 die im Zeitpunkt der Errichtung der Verteilungsanlagen jeweils erstmalig aktivierten Anschaffungs- und Herstellungskosten gemäß § 255 HGB, das Jahr der Aktivierung der Verteilungsanlagen, die jeweils in Anwendung gebrachten betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauern, sowie die jeweiligen kalkulatorischen Restwerte und Nutzungsdauern laut den betreffenden Genehmigungsbescheiden 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 nur geltend machen, soweit es diese nach Maßgabe von Absatz 2 gerügt hat.
- (2) Die Rüge ist in Textform gegenüber der Gemeinde zu erklären und zu begründen. Rechtsverletzungen, die aufgrund einer Bekanntmachung nach § 46 Absatz 3 oder der Mitteilung nach § 46 Absatz 4 Satz 4 erkennbar sind, sind bis Ablauf der dort benannten Fristen zu rügen. Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung, die aus der Information nach § 46 Absatz 5 Satz 2 erkennbar sind, sind innerhalb von 30 Kalendertagen ab deren Zugang zu rügen.
- (3) Zur Vorbereitung einer Rüge nach Absatz 2 Satz 3 hat die Gemeinde jedem beteiligten Unternehmen Einsicht in die Akten zu gewähren und auf dessen Kosten Ausfertigungen, Auszüge oder Abschriften zu erteilen. 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 ab, so hat sie das Verfahren ab dem Zeitpunkt des gerügten Verstoßes zu wiederholen. Hilft sie der Rüge nicht ab, so hat sie das rügende Unternehmen hierüber in Textform zu informieren und ihre Entscheidung zu begründen. Beteiligte Unternehmen können gerügte Rechtsverletzungen, denen

die Gemeinde nicht abhilft, nur innerhalb von 15 Kalendertagen ab Zugang der Information nach Satz 2 geltend machen.

- (5) Ein Vertrag nach § 46 Absatz 2 darf erst nach Ablauf der Fristen aus Absatz 2 Satz 3 und Absatz 4 Satz 2 geschlossen 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 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.