



## **Wesentliche Änderungen im Gesetz zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung – Änderung von § 46 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG)**

### **Datenherausgabe vor Bekanntmachung** - Auskunftsanspruch der Gemeinde gem. § 46a EnWG

Der zuvor in § 46 Abs. 2 Satz 4 und 5 EnWG a.F. geregelte Auskunftsanspruch der Gemeinde wird unter Heranziehung der einschlägigen Rechtsprechung (Urteil des BGH vom 14.04.2015, EnZR 11/14 („Gasnetz Springe“)) in dem neuen § 46a EnWG konkretisiert. Nach dessen Nummern 1 bis 4 ist der Altkonzessionär nunmehr gesetzlich verpflichtet, der Gemeinde ein Jahr vor Bekanntmachung „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 EnWG erforderlich sind.“ Zu diesen Informationen gehören insbesondere

- die im Zeitpunkt der Errichtung der Verteilungsanlagen jeweils erstmalig aktivierten Anschaffungs- und Herstellungskosten gemäß § 255 des Handelsgesetzbuchs (HGB),
- das Jahr der Aktivierung der Verteilungsanlagen,
- die jeweils in Anwendung gebrachten betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauern und
- die jeweiligen kalkulatorischen Restwerte und Nutzungsdauern laut den betreffenden Bescheiden der jeweiligen Regulierungsbehörde.

### **Auswahlkriterien und Gewichtung** - Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft können auch berücksichtigt werden - § 46 Abs. 4 Satz 2 EnWG

Die Gemeinde ist bei der Auswahl des Netzbetreibers nach wie vor den Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG verpflichtet, d.h. diese Ziele sind vorrangig bei der Auswahl des Netzbetreibers zugrunde zu legen. In § 46 Abs. 4 Satz 2 EnWG wurde neu aufgenommen, dass auch kommunale Belange bei der Auswahl des neuen Netzbetreibers berücksichtigt werden können - jedoch unter Wahrung netzwirtschaftlicher Anforderungen, insbesondere der Versorgungssicherheit und Kosteneffizienz. Die Regierungsfaktionen

im Bundestag gaben folgende klarstellende Erklärung zum Begriff „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ zu Protokoll: „Im Sinne eines diskriminierungsfreien Wettbewerbs um die Wegenutzungsrechte muss die administrierende Gemeinde die Auswahlkriterien so wählen und ausgestalten, dass sie jeder Bewerber gleichermaßen erfüllen kann.

Insbesondere dürfen die aufgestellten Kriterien kommunale Bewerber gegenüber sonstigen Bewerbern nicht bevorzugen. Dies gilt auch für die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Sinne der neu geschaffenen Vorschrift.“ Die Gemeinde ist bei der Gewichtung der einzelnen Auswahlkriterien gem. § 46 Abs. 4 Satz 3 EnWG berechtigt, den Anforderungen des jeweiligen Netzgebietes Rechnung zu tragen.

### **Verpflichtung der Gemeinde zur Information der unterlegenen Bewerber** - § 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG

Durch § 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG wird die Gemeinde ausdrücklich verpflichtet, die unterlegenen Bewerber über die Gründe der vorgesehenen Ablehnung ihrer Angebote und über den frühesten Zeitpunkt des beabsichtigten Vertragsschlusses in Textform zu informieren. Für die Bewerber muss aufgrund der in § 47 Abs. 2 Satz 3 EnWG vorgesehenen Rügeobliegenheit klar erkennbar sein, warum ein anderer Bewerber den Vorzug erhalten soll. Die Gesetzesbegründung stellt klar, dass die Bewerber den bestmöglichen Einblick in die Erwägungen der Gemeinde für deren diskriminierungsfreie Sachentscheidung erhalten sollen.

### **Akteneinsichtsrecht** - § 47 Abs. 3 EnWG

Die Gemeinde hat jedem beteiligten Unternehmen auf Antrag Akteneinsicht zu gewähren, wenn dieser Antrag binnen einer Woche nach der Information über die Auswahlentscheidung gem. § 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG gestellt wird. Das Akteneinsichtsrecht wird eingeschränkt durch die Regelung des § 47 Abs. 3 Satz 2 EnWG, wonach die Gemeinde die Einsicht in die Unterlagen zu versagen hat, soweit dies zur Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen geboten ist. Die Gemeinde kann dafür von den beteiligten Unternehmen im Rahmen der Übermittlung von Dokumenten einen entsprechenden Hinweis bzw. die Kenntlichmachung solcher Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse fordern.

## **Rügeobliegenheiten und Präklusion – § 47 EnWG**

Die Regelung in § 47 EnWG ist von zentraler Bedeutung für das Vergabeverfahren der Wegenutzungsrechte. Allen beteiligten Unternehmen werden zeitlich gestaffelte Rügeobliegenheiten auferlegt, um zu vermeiden, dass Verfahrensfehler noch Jahre nach der Entscheidung erstmals geltend gemacht werden und sich der neue Wegenutzungsinhaber sowie die Gemeinde in einem fortdauernden Schwebezustand der Rechtsunsicherheit befinden. Sehen die Bewerber von einer Rüge erkennbarer Mängel innerhalb der vorgegebenen Fristen ab, können sie den erkennbaren und nicht gerügten Fehler zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr geltend machen und sind insoweit entsprechend präkludiert.

In § 47 Abs. 2 EnWG sind zwei Rügeobliegenheiten bei Rechtsverletzungen vor Angebotsabgabe und eine Rügeobliegenheit bei erkennbaren Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung mit unterschiedlichen Rügefristen vorgesehen:

- die Rüge von Rechtsverletzungen, die aufgrund der gemäß § 46 Abs. 3 EnWG im Bundesanzeiger zu veröffentlichenden Bekanntmachung über das Auslaufen des Konzessionsvertrages erkennbar sind, innerhalb der Interessensbekundungsfrist des § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG von mindestens 3 Monaten,
- die Rüge von Rechtsverletzungen, die aus der Mitteilung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung nach § 46 Absatz 4 Satz 4 erkennbar sind, innerhalb einer Frist von 15 Tagen ab deren Zugang und
- die Rüge von Rechtsverletzungen in der Auswahlentscheidung der Gemeinde, die aus der Information der unterlegenen Bewerber gemäß § 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG erkennbar sind, innerhalb einer Frist von 30 Tagen ab Zugang.

Zur Vorbereitung einer Rüge von Rechtsverletzungen in der Auswahlentscheidung nach § 47 Abs. 2 Satz 3 EnWG ist die Gemeinde verpflichtet, den Bewerbern auf Antrag, der innerhalb einer Woche ab Zugang der Information über die Nichtberücksichtigung ihrer Angebote zu stellen ist, Akteneinsicht zu gewähren. Den unterlegenen Bewerbern sollen zügig Informationen über sämtliche Tatsachen zugänglich gemacht werden, die eine Verletzung in ihren Rechten begründen könnten. Bei Antragstellung beginnt die 30-tägige Rügefrist erneut ab dem Tag, an dem die Gemeinde die Akten zur Einsichtnahme bereitstellt.

Wenn die Gemeinde einer Rüge nicht abhilft, muss sie gem. § 47 Abs. 4 EnWG den rügenden Bewerber hierüber in Textform informieren und ihre Entscheidung begründen. Der Bewerber ist, sofern er seine Rüge aufrechterhalten will, gemäß § 47 Abs. 5 EnWG sodann verpflichtet, innerhalb

von 15 Tagen ab Zugang der Nichtabhilfe-Entscheidung der Gemeinde eine einstweilige Verfügung vor den ordentlichen Gerichten zu beantragen.

Einen Konzessionsvertrag darf die Gemeinde erst nach Ablauf der Fristen aus § 47 Abs. 2 Satz 3 und Abs. 5 Satz 1 EnWG abschließen.

### **Höchststreitwert in einstweiligen Rechtschutzverfahren**

Der Streitwert für Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zur Überprüfung zur Überprüfung von Konzessionsverfahren wird gemäß § 53 Abs. 1 Nr. 4 GKG auf 100.000 EUR begrenzt (anstatt 30.000.000€ nach altem Recht), so dass sehr viel niedrigere gesetzliche Gerichts- und Anwaltskosten) anzusetzen sind.

### **Objektivierter Ertragswert als wirtschaftlich angemessene Vergütung** - § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG

Nach § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG ist für die wirtschaftlich angemessene Vergütung der sich nach den zu erzielenden Erlösen bemessene objektivierte Ertragswert des Energieversorgungsnetzes maßgeblich. Den Energieversorgungsunternehmen bleibt gemäß § 46 Abs. 2 Satz 5 EnWG jedoch die Möglichkeit, sich auf eine anderweitig basierte Vergütung zu einigen.

### **Pflicht zur Fortzahlung der Konzessionsabgabe nach Ablauf des Konzessionsvertrages** - § 48 Abs. 4 EnWG

Mit der Neufassung des § 48 Abs. 4 EnWG wird die bisherige Jahresfrist zur Fortzahlung der Konzessionsabgaben nach Vertragsablauf aufgehoben. Die vertraglich vereinbarten Konzessionsabgaben sind nunmehr bis zur Übertragung der Verteilungsanlagen auf den neuen Konzessionär zu zahlen. Die Gemeinde ist allerdings insoweit nicht schützenswert, wenn sie es unterlassen hat, ein Verfahren nach § 46 Absatz 3 bis 5 EnWG zu initiieren und zügig voranzutreiben. Daher erfolgt in § 48 Abs. 4 Satz 2 EnWG insoweit eine Einschränkung der Fortzahlungspflicht.

### **Übergangsregelung in § 118 Abs. 20 EnWG** - Folgen für im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Änderungsgesetzes laufende Konzessionsvergabeverfahren

Bei Inkrafttreten des Gesetzes laufen zahlreiche Verfahren zur Vergabe von Wegenutzungsrechten. Die administrierende Gemeinde soll Rechtssicherheit zu der Frage erhalten, inwieweit das Rügeregime des neuen

§ 47 EnWG bereits Anwendung findet und ab wann die entsprechende Rügefrist zu laufen beginnt. Die Präklusions- und Rügevorschriften als auch die Fristen des § 47 EnWG können auf ein bereits begonnenes Konzessionsverfahren dann Anwendung finden, wenn die Gemeinde die Bieter zur Rüge auffordert. Die Gemeinde kann entscheiden, ob sie ein laufendes Verfahren nach alter Rechtslage durchführen oder ob sie durch Versendung von Aufforderungen zur Rüge an die beteiligten Unternehmen in die neue Rechtslage eintreten will.

Es wird der Konzession vergebenden Gemeinde empfohlen, im Zweifelsfalle, wenn also fraglich ist, ob die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der neuen Regelung des § 47 EnWG vorliegen, die Bieter noch einmal ausdrücklich zur Erhebung von Rügen aufzufordern.