



Die Reform der Konzessionsvergabe nach § § 46 ff EnWG

Heike Zinram, Referat 15 für Wettbewerbs- und
Energiekartellrecht, Landeskartellbehörde
Fachseminar beim NSGB am 04.04.2017 in Hannover



Agenda

- Die Entwicklung des Konzessionsvergaberechts
- Die Reform der §§ 46 ff EnWG – wesentliche Änderungen
- Ablaufplan für ein wettbewerbliches Vergabeverfahren

Die Entwicklung des Konzessionsvergaberichts

- Zahlen und Daten

- Ca. **11.190** Gemeinden in Deutschland
 - Ca. **1.000** in Niedersachsen
- Davon haben alle ein Stromverteilnetz und die überwiegende Anzahl ein Gasverteilnetz
- Es gibt **888** Stromnetzbetreiber und **737** Gasnetzbetreiber in Deutschland (Quelle: BNetzA, Stand 28.11.2016)
 - davon ca. **70** Strom- und ca. **65** Gasnetzbetreiber in Niedersachsen
- Konzessionsverträge vielfach Anfang der 90er Jahre mit 20jähriger Laufzeit (Höchstgrenze!) abgeschlossen, 2015/2016 lief die „große Konzessionsvergabewelle“
- Trend zur Rekommunalisierung
- Etwa **72** Neugründungen von Stadtwerken und **190** Netzübernahmen seit 2005 in der Bundesrepublik Deutschland (Quelle: Wuppertal Institut, Studie 2013, S. 6)
- Stand August 2011: **9** Neugründungen in Niedersachsen (Quelle: ZfK 2011) – keine aktuelleren Daten

Die Entwicklung des Konzessionsvergaberechts - gesetzliche Grundlagen

- **§ 13 EnWG 1998**
„Neuabschlüsse von Wegenutzungsverträgen sind wettbewerblich auszugestalten um so einen „Wettbewerb um das Netz“ zu initiieren“ (So Begründung § 13 EnWG-E 1997, BT-Drs. 13/7274)
- **§ 46 EnWG 2005**
„Die Vorschrift entspricht in einer an die neuen rechtlichen Rahmenbedingungen angepassten Form § 13 des geltenden Energiewirtschaftsgesetzes“ (Begründung BT-Drs. 15/3917, S.67)
- So auch OLG Düsseldorf zu § 13 Abs.3 bzw. 46 Abs. 3 EnWG (Urt. v.12.03.2008 – VI-2U (Kart) 8/07)
„Der Zweck des Gesetzes besteht nicht in dem Schutz der Gemeinde, etwa um die Entscheidungsfreiheit der Gemeinde zu erweitern, oder in der Gewährleistung von Rechtssicherheit, sondern in der Ermöglichung des Wettbewerbs durch Dritte“.
- **§ 46 EnWG 2011**
„Um den Wettbewerb um die Vergabe der Konzession sicherzustellen, wird der Informationsanspruch der Gemeinde nunmehr ausdrücklich gesetzlich geregelt.“ (Begründung BT-Drs. 17/6072, S.88)

Die Entwicklung des Konzessionsvergaberichts

- gesetzliche Grundlagen

- **§ 46 EnWG 2017**

„Wir werden das Bewertungsverfahren der Neuvergabe (z.B. bei der Rekommunalisierung) der Verteilnetze eindeutig und rechtssicher regeln sowie die Rechtssicherheit im Netzübergang verbessern.“ (Koalitionsvertrag CDU/CSU/SPD, S. 43)

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

Die jüngere Praxis hat insoweit aufgezeigt, dass eine Verbesserung bzw. Konkretisierung der gesetzlichen Rahmenbedingungen helfen kann, das der Vergabe- und Netzübernahmesituation innewohnende Konfliktpotenzial zu reduzieren. Gerade kommunale Interessensvertreter mahnten zuletzt vermehrt an, dass geplante Netzübernahmen in kommunale Hand durch gewisse Verhaltensweisen des aktuellen Inhabers des Wegenutzungsrechtes unbillig erschwert werden könnten. Hier können durch die vorliegende Novelle Verbesserungen erreicht werden. Die Zielvorgabe der vorliegenden Novelle lautet: Jedem (kommunalen) Bewerber ist eine rechtssichere Übernahme der Netze zu ermöglichen, wenn er sich im Wettbewerb als geeignetster künftiger Netzbetreiber durchsetzen kann.“ (Begründung BT-Drs. 18/8184, S. 8)

Die Entwicklung des Konzessionsvergaberechts

- gesetzliche Grundlagen

Fazit:

Wettbewerb um Netze hat trotz Regulierung wichtige **ordnungs- und energiepolitische Bedeutung!**

- Wettbewerb ist kein Selbstzweck, er dient dazu, die in § 1 Absatz 1 EnWG normierten Ziele, die im Interesse des Allgemeinwohls liegen, zu erreichen.
- Die gesetzlich angeordnete Laufzeitbegrenzung von Wegenutzungsverträgen und das diskriminierungsfreie und transparente vergabeähnliche Verfahren verhindern, dass das Verteilernetz im natürlichen Monopol zum Nachteil von Verbraucher, Gewerbe und Industrie erstarrt.
- Notwendig: Erhöhung der Rechtssicherheit im Verfahren
- Energiewende - Verteilernetzbetrieb vor grundlegendem Wandel - Netzausbau und -verstärkungsmaßnahmen
- BReg geht von notwendigen Investitionen in Höhe von ca. 23,2 Milliarden Euro bis 2032 aus! (BMW i Studie „Moderne Verteilernetze für Deutschland“)

Die Entwicklung des Konzessionsvergaberechts - Ausgangslage

- Unklarer Rechtsrahmen
 - Gemeinde: Herrin des KVV: Verpflichtung zur rechtskonformen Ausgestaltung des Vergabeverfahrens nach § 46 EnWG
 - Gleichzeitig: Erhebliche eigene Betroffenheit, da grundlegende wirtschaftliche und politische Entscheidung über gemeindliche Energieversorgung der folgenden 20 Jahre (Umsetzung ihrer energie-/klimaschutzpolitischen Vorstellungen - Optimierung ihrer finanziellen Interessen).
 - (Re-)Kommunalisierung (Einnahmen aus Netz und ggf. Vertrieb)?
 - Beteiligung am Energieversorger mit kommunalem/privatem Partner (Anteilige Einnahmen aus Netz und ggf. Vertrieb)?
 - Altkonzessionär: zumeist: erneuter Bewerber mit strategischem Interesse am Netz (sichere Rendite, Netzkunden weiterhin wg. geringer Wechselquoten auch Vertriebskunden)
 - Interessenten/Bewerber: Ebenfalls strategisches Interesse am Erwerb des Netzgebiets / weiterer Netzgebiete

Die Entwicklung des Konzessionsvergaberichts

- Ausgangslage

- Rechtsunsicherheiten bei der Durchführung des Konzessionsvergabeverfahren nach §§ 46 ff EnWG und Netzübernahmen:
 - Datenherausgabe an Gemeinde / Interessenten – kein rechtliche Ermächtigung
 - Materielle Kriterien – Bezug zu § 1 EnWG – Zielhierarchie?
 - Aufstellung und Gewichtung der Kriterien – können kommunale Belange und Besonderheiten des örtlichen Netzgebietes Berücksichtigung finden?
 - Kaufpreis – was ist die wirtschaftlich angemessene Vergütung?
 - Übereignung der Verteilungsanlagen - Anlagenumfang
 - Geltendmachung von nicht gerügten Verfahrensfehlern in späteren Prozessen?
 - Anspruch der Gemeinde auf Fortzahlung der Konzessionsabgabe?

Die Entwicklung des Konzessionsvergaberichts

- Ausgangslage

- Folge:
 - >>> erhebliche Verzögerungen von Konzessionsverfahren und Netzübernahmen
 - >>> Vielzahl von Rechtsschutzmöglichkeiten führt zu uneinheitlicher und umfänglicher Rechtsprechung zur Rechtmäßigkeit von Konzessionsvergaben
 - >>> hohes Kostenrisiko für Gemeinden bei Rekommunalisierungen

Die Entwicklung des Konzessionsvergaberichts

- Ausgangslage

- **Frage: Fällt die Vergabe von Wegenutzungsrechten unter die EU-Richtlinie zur Konzessionsvergabe (RL 2014/23/EU) bzw ist die KonzessionsvergabeVO anwendbar?**
 - BReg hält Regelungen der Konzessionsrichtlinie auf Strom- und Gaskonzessionsverfahren für nicht anwendbar und beruft sich auf Erwägungsgrund 16 der RL:

Nach Erwägungsgrund 16 sollen Wegenutzungsverträge für Leitungen nicht unter die Richtlinie fallen, wenn diese „weder eine Lieferverpflichtung auferlegen, noch den Erwerb von Dienstleistungen“ vorsehen.

- Strom- und Gaskonzessionen sind jedoch eigentlich klassische Dienstleistungskonzessionen
- Konzessionär übernimmt Daseinsvorsorgeaufgabe des örtlichen Netzbetriebs
- es wird die Nachfrage nach Netzbetriebsleistungen befriedigt (vgl. auch BGH i.S. Berkenthien, Rz 31 und 35)

Die Entwicklung des Konzessionsvergaberichts

- Ziele der Novelle 2017

- Kodifizierung der höchstrichterlichen Rechtsprechung
- Klarstellungen – „keine Inhouse-Vergabe“ möglich
- Schaffung eines neuen Präklusionsregimes für Verfahrensrügen
- Sicherstellung der Konzessionsabgabezahlungen über die Jahresfrist hinaus

>>> Schaffung von Rechtssicherheit für Konzessionsverfahren und Netzübernahmen

Die Reform der §§ 46 ff EnWG – wesentliche Änderungen

Im Überblick

- Konkretisierung des gesetzlichen Auskunftsanspruchs auf wirtschaftliche Netzdaten, § 46a EnWG
- Auswahlentscheidung – Berücksichtigung der „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ in den Auswahlkriterien, § 46 Abs. 4 EnWG
- Keine Privilegierung von Eigenbetrieben – keine „Inhouse-Vergabe“
- Zwingende Interessenbekundungspflicht von drei Monaten, § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG
- Einführung eines Rügeregimes, Akteneinsichtsrecht, § 47 EnWG
- Konkretisierung des Netzkaufpreises – grundsätzlich objektivierter Ertragswert, § 46 Abs. 2 Satz 4
- Pflicht zur Fortzahlung der vollen Konzessionsabgabe bis zur Netzübertragung, § 48 Abs. EnWG
- Streitwertbegrenzung auf 100.000€ für Eilrechtsschutz
- Übergangsregelung für Präklusionsregime, § 118 Abs. 20 EnWG

Die Reform der §§ 46 ff EnWG – wesentliche Änderungen

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 § 46a EnWG nunmehr konkretisiert.

Nach § 46a Nrn 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.

>>“insbesondere“: im Einzelfall sind ggf. weitere technische u. wirtschaftliche Daten herauszugeben,

>> weiterhin Festlegungskompetenz von BNetzA und BKartA

Die Reform der §§ 46 ff EnWG – wesentliche Änderungen

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.

>> Diese sind Versorgungssicherheit, Preisgünstigkeit, Verbraucherefreundlichkeit, Effizienz, Umweltverträglichkeit sowie die zunehmend auf erneuerbaren Energien basierende Energieversorgung.

Alle Ziele müssen in die gemeindliche Auswahlentscheidung einfließen!

>> Eine klare Trennung wird in der Praxis nicht immer möglich sein, daher:

„Wichtig ist, dass diese Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG als Kriterien von der Gemeinde sachgerecht zugeordnet und bewertet werden. Insoweit ist ihr ein ausreichender Ermessenspielraum zu gewähren.“
(Gesetzesbegründung, BR Drs. 73/16, S. 15)

>> D.h. keine zwingend zu beachtenden Vorgaben an die Methode zur Bewertung und kein pauschales Schema für eine Gewichtung der zulässigen Kriterien.

Die Reform der §§ 46 ff EnWG – wesentliche Änderungen

- § 46 Abs. 4 Satz 2 EnWG neu - auch kommunale Belange können bei der Auswahl des neuen Netzbetreibers berücksichtigt werden - jedoch unter Wahrung netzwirtschaftlicher Anforderungen, insbesondere der Versorgungssicherheit und Kosteneffizienz.
- >> Einschränkung: unter Wahrung netzwirtschaftlicher Anforderungen, insbesondere Versorgungssicherheit und Kosteneffizienz
- >> **Kommunale Belange laut Gesetzesbegründung** z.B. Vertragslaufzeit und -modelle, bessere Koordinierung von Baumaßnahmen mit weiteren Spaten (z.B. Wasser) und Zahlung der höchstzulässigen Konzessionsabgabe.
- >> Klarstellung des gemeindlichen Ermessensspielraum bei der Gewichtung der einzelnen Auswahlkriterien gem. § 46 Abs. 4 Satz 3 EnWG, um den Anforderungen des jeweiligen Netzgebietes Rechnung zu tragen.
- >> Gesetzesbegründung (S. 18): „Die Gewährung eines kommunalen Entscheidungsspielraums im Rahmen der Gewichtung der Auswahlkriterien ist sachgerecht.“
- >> Absage an Musterkriterienkatalog?

Die Reform der §§ 46 ff EnWG – wesentliche Änderungen

Die Regierungsfractionen im Bundestag gaben folgende klarstellende Erklärung zum Begriff „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ zu Protokoll (Bt Drs. 18/10503, S. 6):

„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 Reform der §§ 46 ff EnWG – wesentliche Änderungen

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

§ 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG verpflichtet die Gemeinde ausdrücklich, die unterlegenen Bewerber über die Gründe der vorgesehenen Ablehnung ihrer Angebote und über den frühesten Zeitpunkt des beabsichtigten Vertragsschlusses in Textform zu informieren.

Für Bewerber muss aufgrund der in § 47 Abs. 2 Satz 3 EnWG vorgesehenen Rügeobliegenheit klar erkennbar sein, warum ein anderer Bewerber den Vorzug erhalten soll.

>> Klarstellung in Gesetzesbegründung: Transparenzerfordernis erfordert, dass Bewerber den bestmöglichen Einblick in die Erwägungen der Gemeinde für deren diskriminierungsfreie Sachentscheidung erhalten sollen.

Die Reform der §§ 46 ff EnWG – wesentliche Änderungen

Pflicht zur Veröffentlichung der Auswahlentscheidung - § 46 Abs. 5 Satz 2 EnWG

Aus Transparenzgründen ist eine Veröffentlichung des neu abgeschlossenen Konzessionsvertrages auch dann vorzunehmen, wenn der Vertragspartner der einzige Bewerber war.

Die Reform der §§ 46 ff EnWG – wesentliche Änderungen

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.

>> Beteiligte haben Anspruch auf Ausfertigungen, Auszüge oder Abschriften.

>> Akteneinsicht kann auch in elektronischer Form gewährt werden.

Einschränkung des Akteneinsichtsrechts 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.

Gemeinde kann von beteiligten Unternehmen im Rahmen der Übermittlung von Dokumenten einen entsprechenden Hinweis bzw. die Kenntlichmachung solcher Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse fordern.

Die Reform der §§ 46 ff EnWG – wesentliche Änderungen

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. > Für die Gemeinde bleibt das Risiko „nicht erkennbarer Fehler“!
- >> Zügige Geltendmachung von Fehlern im Konzessionsvergabeverfahren
- >> Erhöhung der Rechtssicherheit

Die Reform der §§ 46 ff EnWG – wesentliche Änderungen

In § 47 Abs. 2 EnWG sind zwei Rügeobligationen bei Rechtsverletzungen vor Angebotsabgabe und eine Rügeobligations 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 EnWG 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.
- 30-tägige Rügefrist beginnt erneut ab dem Tag, an dem die Gemeinde die Akten zur Einsichtnahme bereitstellt.

Die Reform der §§ 46 ff EnWG – wesentliche Änderungen

Rechtsverletzungen in...

Inhalten der Bekanntmachung
der Gemeinde nach § 46 Abs. 4 Satz 4

Auswahlkriterien und deren Gewichtung

im Rahmen der konkreten Auswahlentscheidung

zu rügen innerhalb ...

der Interessenbekundungsfrist
bzw. bis zum ihrem Ablauf

von 15 Kalendertagen ab
Zugang der Mitteilung nach
§ 46 Abs. 4 Satz 4

von 30 Kalendertagen ab
Zugang der Mitteilung nach
§ 46 Abs. 5 Satz 1

>Neubeginn ab
Akteneinsichtnahme!

Die Reform der §§ 46 ff EnWG – wesentliche Änderungen

- 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.
 - 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 – keine Fristen!
- >> ggf. gebündelt am Ende des Verfahrens.

Die Reform der §§ 46 ff EnWG – wesentliche Änderungen

- Gemeinde kann den Zeitpunkt der begründeten Mitteilung selbst wählen und somit den Beginn der Frist nach § 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG steuern.
 - Bei Nichtabhilfe einer fristgemäßen Rüge ist der Bewerber, 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.
 - > Besonderheit hier: Verfügungsgrund muss nicht glaubhaft gemacht werden.
- >> Einen Konzessionsvertrag darf die Gemeinde erst nach Ablauf der Fristen aus § 47 Abs. 2 Satz 3 und Abs. 5 Satz 1 EnWG und ggf. Antrag auf einstweilige Verfügung abschließen.

Die Reform der §§ 46 ff EnWG – wesentliche Änderungen

Höchststreitwert in einstweiligen Rechtschutzverfahren

Streitwertwertbegrenzung für Eilrechtsschutz über gerügte Rechtsverletzungen auf 100.000 EUR (gemäß § 53 Abs. 1 Nr. 4 GKG (anstatt 30.000.000€ nach altem Recht), so dass sehr viel niedrigere gesetzliche Gerichts- und Anwaltskosten) anzusetzen sind.

Die Reform der §§ 46 ff EnWG – wesentliche Änderungen

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 grundsätzlich der sich nach den zu erzielenden Erlösen bemessene objektivierte Ertragswert des Energieversorgungsnetzes maßgeblich.
- Gleichwohl bleibt Energieversorgungsunternehmen gemäß § 46 Abs. 2 Satz 5 EnWG jedoch die Möglichkeit, sich auf eine anderweitig basierte Vergütung zu einigen – Vorrang der Vertragsautonomie!
- Gemeinde muss § 3 Abs. 2 Nr. 2 KAV beachten!

>> Kodifizierung der seit der „Kaufering“-Entscheidung des BGH (Urteil vom 16.11.1999, KZR 12/97) entwickelten Rechtsprechungspraxis. „Danach ist eine Endschaftsbestimmung in einem Konzessionsvertrag zwischen einer Gemeinde und einem Energieversorgungsunternehmen, die für die Übertragung des örtlichen Versorgungsnetzes auf die Gemeinde ein Entgelt in Höhe des Sachzeitwertes vorsieht, gemäß § 1 GWB, § 103a GWB a. F. unwirksam, wenn der Sachzeitwert den Ertragswert des Netzes nicht unerheblich übersteigt, so daß die Übernahme der Stromversorgung durch einen nach den Maßstäben wirtschaftlicher Vernunft handelnden anderen Versorger ausgeschlossen ist und die Kommune infolge dessen nach Beendigung des Konzessionsvertrages faktisch an den bisherigen Versorger gebunden bleibt.“

Die Reform der §§ 46 ff EnWG – wesentliche Änderungen

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

- Streitig war bisher, ob und in welcher Höhe auch nach Ablauf des sog. Karenzjahres ein finanzieller Ausgleich für die Wegennutzung zu erfolgen hatte.
- Neufassung des § 48 Abs. 4 EnWG – nunmehr Fortzahlung der vertraglich vereinbarten Konzessionsabgaben bis zur Übertragung der Verteilungsanlagen auf den neuen Konzessionär.
- Ausnahme in § 48 Abs. 4 Satz 2 : Gemeinde ist nicht schützenswert, wenn sie es unterlassen hat, ein Verfahren nach § 46 Absatz 3 bis 5 EnWG zu initiieren und zügig voranzutreiben.

Die Reform der §§ 46 ff EnWG – wesentliche Änderungen

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.

>> Ratsbeschluss dazu notwendig?

Ablaufplan für ein wettbewerbliches Vergabeverfahren

1. Vorüberlegungen der Gemeinde

(spätestens 3,5 Jahre vor Auslaufen des Konzessionsvertrages)

- Wann läuft der Konzessionsvertrag aus?
- Zeitabschätzung für das Verfahren nach § § 46ff EnWG vornehmen
- Welche Fristen müssen eingehalten werden?
- Inhaltliche Prüfung des „alten“ Konzessionsvertrages
- Erarbeitung eines Grundgerüsts eines Konzessionsvertrags, der den Spezifikationen und Interessen der Gemeinde Rechnung trägt
- Welche Daten sind notwendig für das Bekanntmachungsverfahren und später für das Verhandlungsverfahren mit den Interessenten?
- Anforderung der erforderlichen Netzdaten beim Altkonzessionär(§ 46a EnWG)
- Erste Überlegungen zu oder ggf. schon Festlegung von Auswahlkriterien und ihrer jeweiligen Gewichtung im Verhandlungsverfahren.
- Überlegungen der Gemeinde, ob eine kommunale Netzgesellschaft am Bieterverfahren teilnehmen soll. (Achtung: es bestehen besondere Anforderungen an das Konzessionsvergabeverfahren und die Kooperationspartnersuche; Beachtung kommunal- und vergaberechtlicher Vorgaben; Problematik des Mitwirkungsverbotes beachten!)

Ablaufplan für ein wettbewerbliches Vergabeverfahren

2. Anforderung der Netzdaten und -informationen beim Altkonzessionär

Es wird empfohlen, dass sich die Gemeinde rechtzeitig, d.h. spätestens 3,5 Jahre vor Auslaufen des Konzessionsvertrages mit dem bisherigen Nutzungsberechtigten, d.h. dem Altkonzessionär, in Verbindung setzt.

Nach § 46a 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 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.

Ablaufplan für ein wettbewerbliches Vergabeverfahren

3. Bekanntmachung

Die Bekanntgabe der Neuausschreibung des Konzessionsvertrages und das Ablaufdatum des alten Vertrages und einen ausdrücklichen Hinweis auf die nach § 46a von der Gemeinde in geeigneter Form zu veröffentlichenden Netzdaten sowie den Ort der Veröffentlichung sind öffentlich bekannt zu geben, um die Entwicklung eines Wettbewerbs zu ermöglichen.

- Wann?

Spätestens zwei Jahre vor Ablauf des bestehenden Konzessionsvertrages (§ 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG). Eine frühere Bekanntgabe ist möglich und sichert der Gemeinde ggf. ausreichend Zeit für die notwendigen Vertragsverhandlungen.

- Wo bzw. Wie?

Durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger oder im elektronischen Bundesanzeiger .

Zusätzlich im Amtsblatt der Europäischen Union, wenn mehr als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar an das Netz angeschlossen sind (§ 46 Abs. 3 Satz 1 und 2 EnWG).

- Was?

Vertragsende und Hinweis auf bewerbungsrelevante Netzdaten und den Ort ihrer Veröffentlichung (§ 46 Abs. 3 EnWG).

Ablaufplan für ein wettbewerbliches Vergabeverfahren

Inhalt der Bekanntmachung:

- Gemeindegebiet und Einwohnerzahl
- Art des Netzes
- Rahmendaten über das Netz (Art und Länge des Netzes, Zahl der Abnahmestellen)
- Ausdrücklicher Hinweis auf die von der Gemeinde in geeigneter Form zu veröffentlichenden Daten sowie den Ort ihrer Veröffentlichung und Informationen über die technische und wirtschaftliche Situation des Netzes (§ 46a EnWG), die für eine Bewertung des Netzes im Rahmen einer Bewerbung um den Abschluss eines Konzessionsvertrages erforderlich sind
- Name des derzeitigen Konzessionärs
- Datum des Ablaufs der derzeitigen Konzession
- Fristsetzung zur Interessenbekundung
- Anschrift der Stelle, bei der die Interessenbekundung einzureichen ist
- Ggf. mit der Interessenbekundung vorzulegende Unterlagen zur Einschätzung der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Interessenten (ggf. Unterlagen zur fachlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit, z.B. Bilanzen, Unternehmensprofil, Konzept für den Betrieb des Energieversorgungsnetzes, Referenzen, Ansprechpartner im Unternehmen)

Ablaufplan für ein wettbewerbliches Vergabeverfahren

Sonderfall „Vorzeitige Beendigung“ (§ 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG)

Die Parteien des Konzessionsvertrages können jederzeit das Ende des laufenden Vertrages vereinbaren („vorzeitige Beendigung“). Die Beendigung des (laufenden) Vertrags setzt eine Zustimmung des Vertragspartners voraus; ein einseitiges Sonderkündigungsrecht für die Gemeinde besteht grundsätzlich nicht, es sei denn, dieses ist im Konzessionsvertrag ausdrücklich vereinbart.

Für die Fälle der vorzeitigen Beendigung des Konzessionsvertrages, d.h. vor Ablauf der Vertragslaufzeit, stellt § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG besondere Anforderungen auf. Wollen sich die Vertragsparteien vorzeitig auf einen neuen Konzessionsvertrag einigen, muss die Gemeinde die vorzeitige Beendigung sowie das Vertragsende nach Maßgabe der Sätze 1 und 2 öffentlich bekannt machen und anderen Interessenten Gelegenheit geben, sich ebenfalls um den Konzessionsvertrag zu bewerben. Der alte Konzessionsvertrag ist zu beenden.

- Im Gegensatz zum regulären Verfahren muss der vorhandene Konzessionsvertrag zunächst vorzeitig (d.h. vor dem regulären Vertragsablauf) beendet werden,
- die öffentliche Bekanntmachung der vorzeitigen Beendigung und des Vertragsendes hat durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger (und im elektronischen Bundesanzeiger) bzw. im Amtsblatt der Europäischen Union zu erfolgen
- erst damit beginnt auch das neue Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren.

Ablaufplan für ein wettbewerbliches Vergabeverfahren

4. Offenlegung von Netzdaten und –informationen

Die Offenlegung von Informationen und allen relevanten (Netz-)Daten gemäß § 46a EnWG ein Jahr bevor die Gemeinde, das Auslaufen des Konzessionsvertrages bekanntmacht, ist erforderlich, damit ein fairer Wettbewerb entstehen kann (Verpflichtung der Gemeinde und des bisherigen Netzbetreibers). Die entscheidenden Daten für eine Wirtschaftlichkeitsbetrachtung müssen offen gelegt werden, so dass Umfang, Alter und Wert des Netzes sowie die durch den Netzbetrieb erzielbaren Erlöse für alle Interessenten bestimmbar sind. Interessenten an einer Netzübernahme müssen in die Lage versetzt werden, ein wirtschaftliches Angebot abzugeben.

Für potentielle Netzbewerber ist es für die Entscheidung über die Teilnahme am Konzessionsvergabeverfahren wichtig, möglichst früh die von der Gemeinde aufgestellten Auswahlkriterien und deren Gewichtung zu kennen. Daher wird ein entsprechender Informationsanspruch konkret interessierter Bewerber in § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG normiert.

>> Eine Information der gesamten Öffentlichkeit ist nicht erforderlich und somit eine Veröffentlichung der kalkulatorischen Netzdaten auf der Homepage der Gemeinde nicht von § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG gedeckt.

>> Vor Herausgabe der Netzdaten sollte eine Verschwiegenheitserklärung abgegeben werden, um eventuelle Geheimhaltungsinteressen (Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse) des Altkonzessionärs zu wahren.

Ablaufplan für ein wettbewerbliches Vergabeverfahren

5. Interessenbekundungsfrist

Die Interessenbekundungsfrist muss gem. § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG mindestens **3 Monate** betragen.

Ablaufplan für ein wettbewerbliches Vergabeverfahren

6. Gewährleistung eines Geheimwettbewerbs

Die Gemeinde hat zu gewährleisten, dass während des gesamten Verfahrens ein Geheimwettbewerb stattfindet. Das bedeutet, dass die Gemeinde die eingehenden Angebote vertraulich zu behandeln hat und diese nicht an Mitbewerber weitergeben darf. Hat der Mitbewerber Kenntnis anderer Angebote, muss er nicht mehr potentiell günstigere Angebote überbieten, sondern kann sein eigenes Angebot an den ihm bekannten Bedingungen ausrichten.

Beteiligt sich die Gemeinde selbst an dem Konzessionierungsvergabefahren als Mitbewerber muss sie zur Wahrung des Geheimwettbewerbs organisatorisch und personell eine Trennung zwischen ihrer Funktion als verfahrensleitender Stelle und ihrer Stellung als Bieter (strikte personelle und sachliche Trennung) in dem Verfahren herbeiführen und dies auch nach außen dokumentieren.

Hierdurch wahrt sie zugleich das Neutralitätsgebot, das sie verpflichtet, keinen Bewerber um die Wegenutzungsrechte zu bevorzugen.

Ablaufplan für ein wettbewerbliches Vergabeverfahren

Das Neutralitätsgebot des § 16 VgV a. F./ § 6 VgV n. F. wird in der Rechtsprechung für die Vergabe von Wegenutzungsrechten herangezogen und es wird deutlich gemacht, dass sich das Mitwirkungsverbot auch auf Beauftragte des Auftraggebers erstreckt. Als Ausprägung des allgemeinen Rechtsstaatlichkeitsgrundsatzes der Neutralität gilt ein Mitwirkungsverbot von Personen, die dem Bieter nahe stehen, auf Seiten der vergabeleitenden Stelle aber auch über das förmliche Vergabeverfahren hinaus für Auswahlentscheidungen zur Vergabe von Wegenutzungsrechten (z.B. Bürgermeister oder Ratsmitglieder im Aufsichtsrat eines kommunalen EVU).

>> Die Gemeinde sollte daher darauf achten, dass insbesondere Berater nicht bereits vor oder während des Konzessionierungsverfahrens mit der Vertretung der Interessen z. B. der Kooperationsgesellschaft bzw. des gemeindeeigenen Unternehmens beauftragt werden. Als Berater zählen nicht nur Rechtsanwälte, sondern auch Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Unternehmensberater etc..

Ablaufplan für ein wettbewerbliches Vergabeverfahren

7. Erstellen von Auswahlkriterien

Spätestens nach Vorliegen der Interessenbekundungen und vor den weiteren Verhandlungen sind die Auswahlkriterien für die Konzessionsvergabe und deren Gewichtung verbindlich festzulegen.

Werden Unterkriterien festgelegt, so sind auch diese, sowie ihre Gewichtung, verbindlich festzulegen.

Die Gemeinde ist den Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG verpflichtet.

Bei der Gewichtung der einzelnen Auswahlkriterien kann die Gemeinde unter Wahrung netzwirtschaftlicher Anforderungen, insbesondere der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz, auch Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft berücksichtigen.

>> Die Kriterien werden vom Rat beschlossen.

Ablaufplan für ein wettbewerbliches Vergabeverfahren

8. Mitteilung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung

Nach Ablauf der Interessenbekundungsfrist teilt die Gemeinde allen interessierten Bewerbern die Auswahlkriterien und deren Gewichtung mit, § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG.

Ablaufplan für ein wettbewerbliches Vergabeverfahren

9. Prüfung der Interessenbekundungen

Nach Ablauf der Interessenbekundungsfrist gem. § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG sind die eingegangenen Interessenbekundungen zu prüfen.

Prüfungsumfang: Sind die Unterlagen vollständig und fristgemäß eingegangen?

Was passiert, wenn nur eine Interessenbekundung vorliegt oder nach Fristablauf weitere Interessenten auftauchen?

- Eine Verlängerung der Interessenbekundungsfrist ist grundsätzlich möglich, sie liegt aber im Ermessen der Gemeinde. Die gesetzte Interessenbekundungspflicht ist keine Ausschlussfrist (§ 31 Abs. 7 VwVfG i. V. m. § 1 NVwVfG).
- Wenn die Interessenbekundungsfrist verlängert wird, dann unter Berücksichtigung der o. g. Grundsätze (u. a. des Transparenzgebots) und Fristen, d. h., es muss eine erneute öffentliche Bekanntmachung der verlängerten Interessenbekundungsfrist erfolgen.

>> Sollte es keinen Interessenten für die Übernahme des Netzbetriebes geben, so ist die Gemeinde verpflichtet, einen kontinuierlichen Netzbetrieb sicherzustellen, indem sie das Netz ggf. in Eigenregie betreibt .

Ablaufplan für ein wettbewerbliches Vergabeverfahren

10. Führen von Gesprächen zur Vorbereitung von Angeboten

- Einladung an interessierte Bewerber
- Angebotsgespräche unter Beachtung der maßgeblichen Grundsätze (wie u.a. Transparenz, Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung, Verhältnismäßigkeit) führen
- Grundsatz: mit allen Bewerbern sollte wenigstens einmal gesprochen werden
- Ggf. Übersendung weiterer Unterlagen
- Spätere Änderungen der Auswahlkriterien und deren Gewichtung nach Bekanntgabe ggü. den Interessenten ist grundsätzlich nicht mehr möglich. Beachtung des Diskriminierungsverbotes!

Ablaufplan für ein wettbewerbliches Vergabeverfahren

11. Angebotsphase

Angebote der/des Interessenten und entsprechende Konzepte unter Setzung einer Angebotsfrist einholen; eine Frist von 3 Monaten wird als angemessen betrachtet.

Ablaufplan für ein wettbewerbliches Vergabeverfahren

12. Auswertung und Auswahlentscheidung

- Nach Angebotseingang: Aufnahme der Verhandlungen (sofern mehr als ein Anbieter vorhanden)
- Gleiche Möglichkeit der Angebotspräsentation für alle Bewerber ermöglichen
- Sicherstellung der Vertraulichkeit der eingereichten Angebote; Angebote bis zur einheitlichen Öffnung unter Verschluss halten, Schutz vor Zugriff unbefugter Personen
- Zur Auswahl des Konzessionsnehmers bzw. des Kooperationspartners sollte wegen der möglicherweise im Einzelfall zu berücksichtigenden Sachverhalte ein großzügig bemessener Zeitraum eingeplant werden.
- Auswertung der abgegebenen Angebote unter Beachtung der Grundsätze –Transparenz, Nichtdiskriminierung, Verhältnismäßigkeit-, der zuvor festgelegten Kriterien und deren Gewichtung, nachvollziehbare Bewertung der Angebote.
- Gemeinden dürfen mit ihnen verbundene Unternehmen nicht einseitig bevorzugen .
- Kommunale Entscheidung für ein Angebot dokumentieren und nachvollziehbar begründen

Ablaufplan für ein wettbewerbliches Vergabeverfahren

13. Gemeindlicher Beschluss/Bekanntmachung

- Beschlussfassung der Gemeinde (ggf. Aufteilung in öffentliche und nicht öffentliche Sitzung, falls Geschäftsgeheimnisse oder andere sensible Daten preisgegeben werden)
- Bekanntgabe der Entscheidung gegenüber den unterlegenen Interessenten (§ 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG) hat vor dem Abschluss des Konzessionsvertrages zu erfolgen, damit die abgelehnten Bewerber ggf. eine Rügepflicht in Bezug auf die konkrete Unternehmensauswahl sachgerecht ausgestalten können. Gemeinde hat unterlegenen Bewerbern „einen bestmöglichen Einblick in ihre Entscheidungserwägungen für eine diskriminierungsfreie Sachentscheidung“ zu geben, damit diese ggf. Rechtsfehler rügen können.
- Nach einer Frist von 30 Kalendertagen kann der Konzessionsvertrag abgeschlossen werden, wenn keine Rüge erhoben bzw einstweilige Verfügung beantragt wurden.
- Bekanntmachung durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger oder im elektronischen Bundesanzeiger (ggf. zusätzlich im Amtsblatt der Europäischen Union)
- Veröffentlichung auch dann, wenn der einzige Bewerber > Vertragspartner

Ablaufplan für ein wettbewerbliches Vergabeverfahren

14. Rügeobliegenheiten/Präklusion

Jedes beteiligte Unternehmen kann eine mögliche Rechtsverletzung durch Nichtbeachtung der Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens nach § 46 Abs. 1 bis 4 EnWG geltend machen. Voraussetzung hierfür ist eine Rüge nach § 47 Abs. 2 EnWG.

Die Rüge ist in Textform gegenüber der Gemeinde zu erklären und zu begründen.

Ablaufplan für ein wettbewerbliches Vergabeverfahren

15. Abschluss des neuen Konzessionsvertrages

- Abschluss des neuen Konzessionsvertrages erst nach Ablauf der Fristen des § 47 Abs. 2 Satz 3 bzw. Satz 4 und Absatz 5 Satz 1 EnWG.
- Anzeigepflicht ggü. der zuständigen Kommunalaufsichtsbehörde § 152 NKomVG .

Sonderfall Eigenbetrieb

Ein Konzessionsvertrag in Form eines privat-rechtlichen Vertrages ist zwischen einer Gemeinde und ihrem Eigenbetrieb nicht möglich, weil der Eigenbetrieb selbst keine Rechtsfähigkeit hat, sondern gemäß § 1 Abs. 1 EigBetrVO ein wirtschaftliches Unternehmen der Gemeinde ohne Rechtspersönlichkeit ist.

Wenn es gleichwohl in der Praxis durchaus üblich ist, die rechtlichen Beziehungen auch hinsichtlich der Wegenutzung zwischen einer Gemeinde und ihrem Eigenbetrieb unter der Bezeichnung "Konzessionsvertrag" zu regeln, so handelt es sich hierbei nicht um einen Vertrag, sondern ihrem rechtlichen Charakter nach um eine besonders gestaltete Verwaltungsanweisung des Bürgermeisters.

Ablaufplan für ein wettbewerbliches Vergabeverfahren

16. Folgen bei Verzögerungen

In 48 Abs. 4 EnWG ist nunmehr geregelt, dass der Altkonzessionär die Konzessionsabgabe bis zur Übertragung der Verteilungsanlagen auf den neuen Vertragspartner an die Gemeinde zu entrichten hat.

17. Netzübernahmeverhandlung/Netzübergang

Im Falle einer Neukonzessionierung folgen nun Netzübernahmeverhandlungen zwischen dem Alt- und Neukonzessionär über

- Netzentflechtung,
- Netzzumfang,
- Kaufpreis,

sowie eine Aufteilung der Erlösobergrenze nach § 26 ARegVO .

Hierbei handelt es sich um bilaterale Verhandlungen zwischen Alt- und Neukonzessionär ohne Beteiligung der Gemeinde. Nach Abschluss der Verhandlungen erfolgt der Netzübergang.

Ablaufplan für ein wettbewerbliches Vergabeverfahren

Zusammenfassender Überblick - Konzessionsvergabeverfahren der Gemeinde

- Einhaltung der Grundsätze (Transparenz, Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung, Verhältnismäßigkeit und gegenseitige Anerkennung)
- Für alle Bewerber müssen die gleichen Regeln gelten und die gleichen Ausgangsgrundlagen vorhanden sein
- Auskunftsanspruch der Gemeinde ggü Altkonzessionär auf netzwirtschaftliche Daten
- Bekanntmachungen der Kommune
- Einhaltung der Interessenbekundungsfrist von 3 Monaten
- Mitteilung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung an interessierte Bewerber
- Prüfung der Interessenbekundungen
- Verfahrensbrief mit allen relevanten Informationen
- Aufforderung zur Abgabe indikativer Angebote
- Gespräche mit EVU / Verhandlungen
- Aufforderung zur Abgabe verbindlicher Angebote
- Auswertung der Angebote
- Konzessionierungsbeschluss des Gemeinderates
- Vertragsabschluss der Gemeinde nach Ablauf der Fristen aus § 47 Abs. 2 Satz 3 und 4 und Abs. 5 Satz 1 EnWG

Gesetzestexte

EnWG

§ 1 Zweck und Ziele des Gesetzes

- (1) Zweck des Gesetzes ist eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht.
- (2) Die Regulierung der Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze dient den Zielen der Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas und der Sicherung eines langfristig angelegten leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs von Energieversorgungsnetzen.
- (3) Zweck dieses Gesetzes ist ferner die Umsetzung und Durchführung des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf dem Gebiet der leitungsgebundenen Energieversorgung.
- (4) Um den Zweck des Absatzes 1 auf dem Gebiet der leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität zu erreichen, verfolgt dieses Gesetz insbesondere die Ziele,
 1. die freie Preisbildung für Elektrizität durch wettbewerbliche Marktmechanismen zu stärken,
 2. den Ausgleich von Angebot und Nachfrage nach Elektrizität an den Strommärkten jederzeit zu ermöglichen,
 3. dass Erzeugungsanlagen, Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie und Lasten insbesondere möglichst umweltverträglich, netzverträglich, effizient und flexibel in dem Umfang eingesetzt werden, der erforderlich ist, um die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems zu gewährleisten, und
 4. den Elektrizitätsbinnenmarkt zu stärken sowie die Zusammenarbeit insbesondere mit den an das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland angrenzenden Staaten sowie mit dem Königreich Norwegen und dem Königreich Schweden zu intensivieren.

Gesetzestexte

EnWG

§ 46 Wegenutzungsverträge

(1) Gemeinden haben ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, einschließlich Fernwirkleitungen zur Netzsteuerung und Zubehör, zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen. Unbeschadet ihrer Verpflichtungen nach Satz 1 können die Gemeinden den Abschluss von Verträgen ablehnen, solange das Energieversorgungsunternehmen die Zahlung von Konzessionsabgaben in Höhe der Höchstsätze nach § 48 Absatz 2 verweigert und eine Einigung über die Höhe der Konzessionsabgaben noch nicht erzielt ist.

(2) Verträge von Energieversorgungsunternehmen mit Gemeinden über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören, dürfen höchstens für eine Laufzeit von 20 Jahren abgeschlossen werden. Werden solche Verträge nach ihrem Ablauf nicht verlängert, so ist der bisher Nutzungsberechtigte verpflichtet, seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu übereignen. Das neue Energieversorgungsunternehmen kann statt der Übereignung verlangen, dass ihm der Besitz hieran eingeräumt wird. Für die wirtschaftlich angemessene Vergütung ist der sich nach den zu erzielenden Erlösen bemessende objektivierte Ertragswert des Energieversorgungsnetzes maßgeblich. Die Möglichkeit zur Einigung auf eine anderweitig basierte Vergütung bleibt unberührt.

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

(4) Die Gemeinde ist bei der Auswahl des Unternehmens den Zielen des § 1 Absatz 1 verpflichtet. Unter Wahrung netzwirtschaftlicher Anforderungen, insbesondere der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz, können auch Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft berücksichtigt werden. Bei der Gewichtung der einzelnen Auswahlkriterien ist die Gemeinde berechtigt, den Anforderungen des jeweiligen Netzgebietes Rechnung zu tragen. Die Gemeinde hat jedem Unternehmen, das innerhalb einer von der Gemeinde in der Bekanntmachung nach Absatz 3 Satz 1 oder 3 gesetzten Frist von mindestens drei Kalendermonaten ein Interesse an der Nutzung der öffentlichen Verkehrswege bekundet, die Auswahlkriterien und deren Gewichtung in Textform mitzuteilen.

(5) Die Gemeinde hat die Unternehmen, deren Angebote nicht angenommen werden sollen, über die Gründe der vorgesehenen Ablehnung ihres Angebots und über den frühesten Zeitpunkt des beabsichtigten Vertragsschlusses in Textform zu informieren. Die Gemeinde macht bei Neuabschluss oder Verlängerung von Verträgen nach Absatz 2 ihre Entscheidung unter Angabe der maßgeblichen Gründe öffentlich bekannt.

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

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

Gesetzestexte

EnWG

§ 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.

Gesetzestexte

EnWG

§ 47 Rügeobliegenheit, Präklusion

- (1) Jedes beteiligte Unternehmen kann eine Rechtsverletzung durch Nichtbeachtung der Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens nach § 46 Absatz 1 bis 4 nur geltend machen, soweit es diese nach Maßgabe von Absatz 2 gerügt hat. Die Rüge ist in Textform gegenüber der Gemeinde zu erklären und zu begründen.
- (2) Rechtsverletzungen, die aufgrund einer Bekanntmachung nach § 46 Absatz 3 erkennbar sind, sind innerhalb der Frist aus § 46 Absatz 4 Satz 4 zu rügen. Rechtsverletzungen, die aus der Mitteilung nach § 46 Absatz 4 Satz 4 erkennbar sind, sind innerhalb von 15 Kalendertagen ab deren Zugang zu rügen. Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung, die aus der Information nach § 46 Absatz 5 Satz 1 erkennbar sind, sind innerhalb von 30 Kalendertagen ab deren Zugang zu rügen. Erfolgt eine Akteneinsicht nach Absatz 3, beginnt die Frist nach Satz 3 für den Antragsteller erneut ab dem ersten Tag, an dem die Gemeinde die Akten zur Einsichtnahme bereitgestellt hat.
- (3) Zur Vorbereitung einer Rüge nach Absatz 2 Satz 3 hat die Gemeinde jedem beteiligten Unternehmen auf Antrag Einsicht in die Akten zu gewähren und auf dessen Kosten Ausfertigungen, Auszüge oder Abschriften zu erteilen. Der Antrag auf Akteneinsicht ist in Textform innerhalb einer Woche ab Zugang der Information nach § 46 Absatz 5 Satz 1 zu stellen. Die Gemeinde hat die Einsicht in die Unterlagen zu versagen, soweit dies zur Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen geboten ist.
- (4) Hilft die Gemeinde der Rüge nicht ab, so hat sie das rügende Unternehmen hierüber in Textform zu informieren und ihre Entscheidung zu begründen.
- (5) Beteiligte Unternehmen können gerügte Rechtsverletzungen, denen die Gemeinde nicht abhilft, nur innerhalb von 15 Kalendertagen ab Zugang der Information nach Absatz 4 vor den ordentlichen Gerichten geltend machen. Es gelten die Vorschriften der Zivilprozessordnung über das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung. Ein Verfügungsgrund braucht nicht glaubhaft gemacht zu werden.
- (6) Ein Vertrag nach § 46 Absatz 2 darf erst nach Ablauf der Fristen aus Absatz 2 Satz 3 und Absatz 5 Satz 1 geschlossen werden.

Gesetzestexte

EnWG

§ 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.

Gesetzestexte

KAV

§ 3 Andere Leistungen als Konzessionsabgaben

1) Neben oder anstelle von Konzessionsabgaben dürfen Versorgungsunternehmen und Gemeinde für einfache oder ausschließliche Wegerechte nur die folgenden Leistungen vereinbaren oder gewähren:

1. Preisnachlässe für den in Niederspannung oder in Niederdruck abgerechneten Eigenverbrauch der Gemeinde bis zu 10 vom Hundert des Rechnungsbetrages für den Netzzugang, sofern diese Preisnachlässe in der Rechnung offen ausgewiesen werden,

2. Vergütung notwendiger Kosten, die bei Bau- und Unterhaltungsmaßnahmen an öffentlichen Verkehrswegen der Gemeinden durch Versorgungsleitungen entstehen, die in oder über diesen Verkehrswegen verlegt sind,

3. Verwaltungskostenbeiträge der Versorgungsunternehmen für Leistungen, die die Gemeinde auf Verlangen oder im Einvernehmen mit dem Versorgungsunternehmen zu seinem Vorteil erbringt.

Für die Benutzung anderer als gemeindlicher öffentlicher Verkehrswege sowie für die Belieferung von Verteilerunternehmen und deren Eigenverbrauch dürfen ausschließlich die in Satz 1 Nr. 2 und 3 genannten Leistungen vereinbart oder gewährt werden.

(2) Nicht vereinbart oder gewährt werden dürfen insbesondere

1. sonstige Finanz- und Sachleistungen, die unentgeltlich oder zu einem Vorzugspreis gewährt werden; Leistungen der Versorgungsunternehmen bei der Aufstellung kommunaler oder regionaler Energiekonzepte oder für Maßnahmen, die dem rationellen und sparsamen sowie ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart dienen, bleiben unberührt, soweit sie nicht im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Konzessionsverträgen stehen,

2. Verpflichtungen zur Übertragung von Versorgungseinrichtungen ohne wirtschaftlich angemessenes Entgelt.



Vielen Dank für Ihr Interesse!

Heike Zinram
Referatsleiterin
Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr
Referat 15 – Wettbewerbs- u. Energiekartellrecht,
Landeskartellbehörde
Tel. 0511 / 120-8412
heike.zinram@mw.niedersachsen.de

