

# Was lange währt... Darstellung und Einordnung der Novelle der §§ ff. 46 EnWG

Effiziente Governance für Stromverteilnetze im Kontext der  
Energiewende: Bedeutung und Ausgestaltung von  
Konzessionen und des § 46 EnWG als Ergänzung zur  
(Anreiz)Regulierung

Berlin, 10.02.2017

Rechtsanwalt Dennis Tischmacher,  
Mag. rer. publ.

# Dennis Tischmacher



Schwerpunkte der Beratungstätigkeit im Konzessionsvertragsrecht, Konzessionsabgabenrecht, Netzübernahmen sowie kommunalem Wirtschaftsrecht.

- ▶ Geboren 1978 in Landau (Pfalz)
- ▶ 1998 bis 2004 Studium der Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br.
- ▶ 2004 bis 2006 Referendariat in Frankenthal, Mannheim und Kapstadt
- ▶ 2007 bis 2009 Justitiar und Dezernatsbeauftragter des Landkreises Südliche Weinstraße
- ▶ 2008 bis 2009 Studium zum Magister der Verwaltungswissenschaften an der DHV Speyer
- ▶ Seit 2009 Rechtsanwalt bei BBH Berlin

**Rechtsanwalt · Partner Counsel**

10179 Berlin · Magazinstr. 15-16 · Tel +49 (0)30 611 28 40-115 · [dennis.tischmacher@bbh-online.de](mailto:dennis.tischmacher@bbh-online.de)

# Agenda

1. Entwicklung des Konzessionsrechts und Gesetzgebungsverfahren
2. Novelle der §§ 46 ff. EnWG – die Änderungen im Überblick
3. Kritische Würdigung

# Entwicklungen des Konzessionsrechts - Übersicht

2010/  
2011

## Gemeinsamer Leitfaden von BKartA und BNetzA und EnWG-Novelle

- 2010: Gemeinsamer Leitfaden von BKartA und BNetzA zu Konzessionsverfahren und Netzübernahmen
- 2011: Neuer § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG statuiert mit dem Verweis auf die Ziele des § 1 EnWG erstmals materiell-rechtliche Vorgaben für die Auswahlentscheidung

2012

## Erstinstanzliche Rechtsprechung

- Verschiedene Landgerichte beanstanden erstmalig Fehler in Konzessionsverfahren

2013 -  
2015

## Rechtsprechung des BGH zu Grundsatzfragen

- BGH, Urt. v. 17.12.2013 i.S. Berkenthin u.a.: keine In-House-Vergabe, „Vorrang“ der Ziele des § 1 EnWG
- BGH, Beschl. v. 3.6.2014 i.S. Homberg: BGH bestätigt „Kaufering“ und klärt Anlagenumfang
- BGH, Urt. v. 07.10.2014 i.S. Olching: keine Gesamtnichtigkeit bei Verstoß geg. das Nebenleistungsverbot
- BGH, Urt. v. 18.11.2014, i.S. Schierke: Bekanntmachungspflicht bei vorzeitiger Vertragsbeendigung
- BGH, Urt. v. 14.04.2015 i.S. Springe: BGH konkretisiert Datenherausgabeanspruch der Kommunen

2014/  
2015

## Fortentwicklung der Rspr. – neuer Gemeinsamer Leitfaden BKartA und BNetzA

- Aufstellung neuer Anforderungen an Konzessionsverfahren durch Landes- und Oberlandesgerichte
- Teilweise widersprüchliche Rechtsprechung der Gerichte zur Zulässigkeit von Kriterien (z.B. Bewertung kommunaler Einfluss), zur Erforderlichkeit von Unterkriterien, zur Bewertungsmethode, etc.
- Mai 2015: 2. Auflage Gemeinsamer Leitfaden von BKartA und BNetzA

2015 -  
2017

## Novellierung des § 46 EnWG / Neue Rechtsprechung zu Konzessionsvergaben

- Zunehmend „Bestätigungen“ kommunaler Konzessionsvergaben durch (Landes- und Oberlandes-)Gerichte – insb. OLG Celle Urt. v. 17.03.2016 (kritisch weiterhin LG und OLG Stuttgart)
- 16.12.2016: Abschließend Annahme des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung durch den Bundesrat
- 03.02.2017: Inkrafttreten der §§ 46 ff. EnWG n. F.

# Novellierung §§ 46 ff. EnWG - Gesetzgebungsverfahren

- ▶ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode (S. 59):

*„Wir werden das Bewertungsverfahren bei Neuvergabe (z.B. bei der Rekommunalisierung) der Verteilernetze eindeutig und rechtssicher regeln sowie die Rechtssicherheit im Netzübergang verbessern.“*

# Novellierung §§ 46 ff. EnWG – Gesetzgebungsverfahren

## Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens

- ▶ Ende 2015/Anfang 2016 mehrere Überarbeitungen eines Referentenentwurfes sowie Verbände- und Länderanhörungen. Im Anschluss
  - 05.02.2016: Gesetzentwurf der BReg an den BR (**BR-Drs. 73/16**)
  - 03.03.2016: Anhörung im BR-Wirtschaftsausschuss
  - 18.03.2016: Anhörung im BR-Plenum und Stellungnahme des BR (BR-PIPr 943, S. 131D - 132B)
  - 21.04.2016: Gegenäußerung der BReg (**BT-Drs. 18/8184**)
  - 29.04.2016: 1. Lesung im BT (BT-PIPr 18/168 , S. 16605C - 16613B)
  - 01.06.2016: Sachverständigenanhörung BT-Wirtschaftsausschuss
  - 01.12.2016: 2. und 3. Lesung im BT (BT-PIPr 18/2016, S. 20623A und 20623B)
  - 16.12.2016: 2. Durchgang im BR (BR-PIPr 952, TOP 86 und Beschlussdrucksache 766/16 (B))
  - 03.02.2017: Inkrafttreten Novelle nach Verkündung im Bundesgesetzblatt am 02.02.2017 (BGBl. I. 130)

# Gesetzesnovelle: Die wichtigsten Änderungen im Überblick (1)

Regelungsgegenstand	Gesetz alt	Gesetz neu
Datenherausgabe vor Bekanntmachung	Pflicht des Altkonzessionärs, der Gemeinde ein Jahr vor Bekanntmachung Informationen über technische und wirtschaftliche Situation des Netzes zur Verfügung zu stellen	Pflicht des Altkonzessionärs, der Gemeinde ein Jahr vor Bekanntmachung insbesondere folgende Informationen zur Verfügung zu stellen: <ul style="list-style-type: none"><li>- Aktivierte Anschaffungs- und Herstellungskosten gem. § 255 HGB</li><li>- Jahr der Aktivierung der Verteilungsanlagen</li><li>- Betriebsgewöhnliche Nutzungsdauern</li><li>- Kalkulatorische Restwerte und Nutzungsdauern (§ 46a Nrn. 1 bis 4 EnWG)</li></ul>

# Gesetzesnovelle: Die wichtigsten Änderungen im Überblick (2)

Regelungsgegenstand	Gesetz alt	Gesetz neu
Auswahlkriterien, Gewichtung	Gemeinde ist Zielen des § 1 EnWG verpflichtet	Wahrung netzwirtschaftlicher Anforderungen, insbesondere Versorgungssicherheit und Kosteneffizienz; Berücksichtigung auch Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. (§ 46 Abs. 4 Satz 2 EnWG)
Akteneinsicht	-	Gemeinde hat Akteneinsicht auf Antrag zu gewähren, wenn dieser binnen einer Woche nach der Information über die Auswahlentscheidung gem. § 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG gestellt wird (§ 47 Abs. 3 EnWG)



# Gesetzesnovelle: Die wichtigsten Änderungen im Überblick (3)

Regelungsgegenstand	Gesetz alt	Gesetz neu
Rügeobliegenheiten	-	<p>Bieter sind mit Einwänden gegen das Konzessionsverfahren präkludiert, wenn sie (drei Fallgruppen von) Verfahrensverstöße nicht rechtzeitig geltend machen. Dies betrifft Verstöße gegen</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Bekanntmachung: drei Kalendermonate nach Bekanntmachung</li> <li>- Auswahlkriterien und Gewichtung: 15 Tage ab deren Zugang</li> <li>- Auswahlentscheidung: 30 Kalendertage ab Zugang Informations schreiben (§ 47 Abs. 2 Sätze 1 bis 3 EnWG)</li> </ul>
Höchststreitwert in einstweiligen Rechtschutzverfahren	30.000.000,00 €	100.000,00 €, damit sehr viel niedrigere gesetzliche Gerichts- und Anwaltskosten (§ 43 Abs. 1 Nr. 3 GKG)

# Gesetzesnovelle: Die wichtigsten Änderungen im Überblick (4)

Regelungsgegenstand	Gesetz alt	Gesetz neu
Übergangsregelung für bereits begonnene Verfahren	-	Fristen des § 47 EnWG finden auf bereits begonnene Konzessionsverfahren Anwendung, wenn Gemeinden die Bieter zur Rüge auffordern (§ 118 Abs. 20 EnWG)
Konzessionsabgabe nach Vertragsablauf	Pflicht zur Zahlung Konzessionsabgabe besteht auch nach Ablauf des Konzessionsvertrages für ein Jahr fort, falls keine anderweitige Regelung getroffen wird	Pflicht zur Zahlung Konzessionsabgabe besteht auch nach Ablauf des Konzessionsvertrages unbefristet fort. Gilt nicht, wenn Gemeinde es unterlassen hat, Verfahren nach § 46 Abs. 3 bis 5 EnWG durchzuführen (§ 48 Abs. 4 EnWG)
Kaufpreis	Wirtschaftlich angemessene Vergütung	Objektiver Ertragswert (§ 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG)

# Kritische Würdigung (1)

- ▶ Novelle ist zu begrüßen und bringt in vielen Punkten die beabsichtigte und nötige Klarheit und Rechtssicherheit
- ▶ „Positivliste“:
  - Auskunftsansprüche der Gemeinde
  - Zulässigkeit der Berücksichtigung kommunaler Belange
  - Rüge- und Präklusionsregime (inkl. Streitwertdeckelung)
  - Netzkaufpreis
  - Fortzahlung der Konzessionsabgabe

## Kritische Würdigung (2)

- ▶ „Negativliste“
  - Klarere Regelungen zur Auswahl und Gewichtung von Auswahlkriterien statt bloßer Bestätigung der aktuellen Rechtslage wären wünschenswert
  - Nachprüfung von Strom- und Gaskonzessionierungsverfahren im Wege des Eilrechtsschutzes (§§ 916 ff. ZPO) Gefahr der Rechtszersplitterung auf OLG-Ebene – Nachprüfungsverfahren nach den Vorgaben des GWB sachgerechter (Vorlagepflichten / „in camera“)
- ▶ Was fehlt?
  - Ermöglichung der In-House-Vergabe
  - Novellierung der KAV
- ▶ Konzessionierungsverfahren bleiben komplex und aufwändig!

# Kritische Würdigung (3)

## Europarechtskonformität?

- ▶ Bundesregierung hält Regelungen der EU-Richtlinie zur Konzessionsvergabe (RL 2014/23/EU) 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 jedoch eigentlich klassische Dienstleistungskonzession:
  - Konzessionär übernimmt Daseinsvorsorgeaufgabe des örtlichen Netzbetriebs
  - Nachfrage nach Netzbetriebsleistungen wird befriedigt (vgl. auch BGH i.S. *Berkenthin*, Rz. 31 u. 45)
- ▶ OLG Düsseldorf prüfte Vorwirkung der Richtlinie, zog Anwendbarkeit nicht in Zweifel (Beschl. v. 15.07.2015, VI-2 Kart 1/15 (V)); Anwendbarkeit der Richtlinie wird auch in Literatur vertreten

Vielen Dank  
für Ihre Aufmerksamkeit.

Dennis Tischmacher, BBH Berlin  
Tel +49 (0)30 6 11 28 40-115  
dennis.tischmacher@bbh-online.de  
www.bbh-online.de