

Stellungnahme

zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung vom 2. Dezember 2015

Berlin, 21. Dezember 2015

1 Einleitung

In den letzten Jahren sind viele Wegenutzungsverträge ausgelaufen und viele Gemeinden mussten die Wegenutzung entsprechend den gesetzlichen Vorschriften neu ausschreiben. Da die gesetzlichen Vorschriften der §§ 46 ff. EnWG im Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung teilweise auslegungsbedürftig sind, hat das Bundeswirtschaftsministerium am 2. Dezember 2015 den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung veröffentlicht und um Stellungnahmen gebeten. Der BDEW – dessen Mitgliedsunternehmen im Wettbewerb um die Netze sowohl als abgebende als auch als übernehmende Netzbetreiber zentral von dem Entwurf betroffen sind – setzt sich für eine ausgewogene Regelung der Vorschriften zu den Wegenutzungsverträgen nach § 46 ff. EnWG ein. Der BDEW bekennt sich zum Wettbewerb um Gas- und Stromnetze. Dieser Wettbewerb muss so ausgestaltet sein, dass der aus energiewirtschaftlichen Gründen am besten geeignete Netzbetreiber die Konzession erhält. Dies führt zum höchsten Nutzen für die Verbraucher. Das Auswahlverfahren muss fair, diskriminierungsfrei, transparent, handhabbar und rechtssicher sein. Vor diesem Hintergrund bewertet der BDEW den Referentenentwurf vom 2. Dezember 2015 für die Branche grundsätzlich als praktikablen Regelungsrahmen.

Im Einzelnen ergeben sich folgende Anmerkungen.

2 Ziele des § 1 EnWG

Bei der Reform des Verfahrens zur Auswahl eines Wegenutzungsberechtigten nach § 46 EnWG ist das Thema der Auswahlkriterien von zentraler Bedeutung. Es soll ein Wettbewerb um die Netze stattfinden. Dieser Wettbewerb und die Kriterien, nach denen der Wegenutzungsberechtigte ausgewählt wird, müssen so ausgestaltet sein, dass der aus energiewirtschaftlichen Gründen am besten geeignete Netzbetreiber die Konzession erhält. Dies führt zum höchsten Nutzen für die Verbraucher und für die Allgemeinheit und trägt auch zu einer möglichst kosteneffizienten und leistungsstarken Umsetzung der Energiewende bei. Mehr Wettbewerb führt weiterhin auch zu günstigeren Verbraucherpreisen.

Der Referentenentwurf nimmt diese Grundaussagen erfreulicherweise sowohl in § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG-E als auch in der Gesetzesbegründung auf. Positiv ist auch zu werten, dass die Inhouse-Vergabe im Sinne des Vergaberechts bereits im Vorwort des Referentenentwurfs abgelehnt wird. Richtig ist auch die ausdrückliche Klarstellung des Gesetzgebers in der Gesetzesbegründung, dass die EU-Richtlinie zur Vergabe von Konzessionen (2014/23/EU) für Wegenutzungsverträge im Sinne des § 46 EnWG keine Anwendung findet.

Darüber hinaus wird in § 46 Abs. 4 Satz 2 EnWG-E mit den „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ ein weiteres Auswahlkriterium gesetzlich geregelt. Der BDEW unterstreicht das Ziel des Gesetzgebers, dass das Unternehmen zum Zug kommt, welches die Aufgabe des Netzbetriebes zum Wohle der Allgemeinheit am besten wahrnehmen kann. Dies kann sowohl ein kommunales als auch privates Unternehmen sein.

Zu begrüßen ist, dass die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft „unter Wahrung netzwirtschaftlicher Anforderungen, insbesondere der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz“ berücksichtigt werden. Das spiegelt die BGH-Rechtsprechung wieder, die die Ausübung des Rechts auf kommunale Selbstbestimmung nach Art. 28 GG auf die Berücksichtigung der örtlichen Netzbetriebsverhältnisse bezieht. Dies wird in der Begründung des Gesetzentwurfs (Seite 17) bekräftigt, wonach die Kriterien für die Entscheidung der Gemeinde auf Aspekte des Netzbetriebs beschränkt sind.

Allerdings regt der BDEW eine Ergänzung in § 46 Abs. 5 EnWG-E an, wonach die Gemeinde die unterlegenen Bieter über die Gründe der vorgesehenen Ablehnung ihres Angebotes und über den frühesten Zeitpunkt des beabsichtigten Vertragsschlusses in Textform zu informieren hat. Zur Erhöhung der Transparenz der Verfahren und der sachgerechten Ausgestaltung der Rügepflicht nach § 47 EnWG-E sollten sich die Gründe aus einer ausführlichen Darlegung der Bewertung der einzelnen Kriterien nach Abs. 4 Sätze 1 bis 3 im Vergleich zum ausgewählten Unternehmen ergeben.

3 Konkretisierung zur Kaufpreisermittlung (Ertragswert)

Ein schwieriger Punkt bei der Überlassung von Netzkonzessionen und dem damit verbundenen Netzübergang ist naturgemäß der Preis, der für die zu übertragenden Anlagen zu zahlen ist. Aufgrund der diametral verschiedenen Interessen des Alt- und Neukonzessionärs wird sich ein gewisses Maß an Auseinandersetzungen in diesem Punkt häufig nicht vermeiden lassen. Bisher enthält § 46 EnWG keine explizit vorgegebene Methode zur Ermittlung des Kaufpreises. Die sogenannte Kaufering-Rechtsprechung ist vom BGH allerdings jüngst noch einmal bestätigt worden. Damit sind laut BGH der Sachzeitwert sowie der Ertragswert zulässig. Der Sachzeitwert darf den Ertragswert jedoch nicht wesentlich überschreiten.

Der Referentenentwurf regelt nun, dass das objektive Ertragswertverfahren zur Wertermittlung maßgeblich ist. Zwar sieht der Entwurf vor, dass die Parteien sich auch gemeinschaftlich auf eine anderweitig basierte Vergütung einigen können, jedoch handelt es sich bei den Fällen, in denen der Kaufpreis streitig ist, in der Regel gerade nicht um Fälle, in denen man sich gemeinschaftlich einigt. In diesen Fällen wird es deshalb nicht zu einer gemeinschaftlich vereinbarten Vergütung auf einer anderen Basis kommen. Vor dem Hintergrund der angestrebten Erhöhung der Rechtssicherheit bleiben Fragen offen.

Das Kaufering-Urteil schützt - zu Recht - den neuen Wegenutzungsberechtigten vor überzogenen Forderungen des bisherigen Wegenutzungsberechtigten. Gleichwohl ist jedoch auch der bisherige Wegenutzungsrechtsinhaber davor zu schützen, gesetzlich dazu gezwungen zu werden, sein Eigentum „unter Wert“ übertragen zu müssen, insbesondere in den Fällen, in denen der Ertragswert außerordentlich gering ist. Wie dies unter der Neuregelung bewerkstelligt wird, bleibt unklar.

Des Weiteren ist im Zusammenhang mit der Orientierung am Ertragswert bei der Wertermittlung die jüngst getroffene BGH-Entscheidung im Fall Schwerte¹ zu berücksichtigen. Der BGH hat hier entschieden, dass bei einem Wechsel des Netzbetreibers die zuständige Regulierungsbehörde über die Aufteilung der Erlösobergrenze entscheiden muss. Da aber der Ertragswert des Netzes maßgeblich von den durch die Erlösobergrenze limitierten Netzentgelten abhängt, führt die vorgeschlagene Neuregelung dazu, dass die Regulierungsbehörde faktisch über den Kaufpreis entscheidet. Dies dürfte zumindest zu längeren Verfahrensdauern führen und ggf. weitere Rechtsfragen aufwerfen.

4 Auskunftsanspruch der Gemeinde

Der Umfang der Datenherausgabe war in der Vergangenheit umstritten. Der BGH hatte im Fall Springe² viele offene Fragen geklärt. Durch die vorgesehene Neuregelung wird die Ausgestaltung des Auskunftsanspruchs der Gemeinde nun erstmals auch kodifiziert. Sie trägt damit dazu bei, die Rechtssicherheit weiter zu erhöhen. Der BDEW begrüßt daher die Neuregelung grundsätzlich.

Es wird jedoch vorgeschlagen, den Zeitpunkt der Datenherausgabe eindeutiger zu fassen. Die beibehaltene Regelung, wonach die Daten „spätestens ein Jahr vor der Bekanntmachung der Gemeinde“ zur Verfügung zu stellen sind, knüpft an einen weiteren „spätestens-Termin“ an, denn der Zeitpunkt der Bekanntmachung kann von der Gemeinde gemäß § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG frei festgesetzt werden, soweit es spätestens zwei Jahre vor Ablauf des Vertrages erfolgt. Eine konkrete Zeitangabe wäre daher für alle Beteiligten eindeutiger und besser planbar.

Formulierungsvorschlag des BDEW zu § 46a Abs. 1 Satz 1 EnWG-E :

„Der bisherige Nutzungsberechtigte ist verpflichtet, der Gemeinde spätestens ~~ein Jahr vor Bekanntmachung der Gemeinde nach § 46 Absatz 3~~ drei Jahre vor Ablauf von Verträgen nach § 46 Absatz 2 EnWG 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.“

Darüber hinaus sieht der BDEW Konkretisierungsbedarf bei den beispielhaft aufgezählten Daten.

- § 46a Satz 2 Nr. 3 EnWG-E - Es ist unklar welche Nutzungsdauern gemeint sind, denn in Frage kämen sowohl handelsrechtliche (HGB) oder regulatorische Nutzungsdauern. Handelsrechtliche Nutzungsdauern sind für die Kaufpreisfindung grundsätzlich nicht relevant. Zudem stellen diese ggf. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse dar. Das Unterneh-

¹ BGH vom 6. Oktober 2015, EnVR 18/14.

² BGH vom 14. April 2015, EnZR 11/14.

men wäre hier bei Bereitstellung ohne sachliche Notwendigkeit gezwungen, seine Bilanzpolitik offenzulegen.

- § 46a Satz 2 Nr. 4 EnWG-E - Bei der Bereitstellung der Daten aus den entsprechenden Bescheiden sollte danach differenziert werden, ob diese gebietsscharf vorhanden sind. Umfasst das aktuelle Netzgebiet mehrere Konzessionsgebiete, ist ein Bescheid speziell für ein Konzessionsgebiet nicht verfügbar. Die Gewinnung der Daten direkt aus dem Bescheid ist also nicht möglich und die Daten für das gesamte Netzgebiet bereitzustellen, wäre für die Bewertung der wirtschaftlichen Situation des Netzes nicht relevant bzw. irreführend. Die erforderlichen Informationen sollten in diesem Fall durch eine eigene Kalkulation des bisherigen Nutzungsberechtigten zur Verfügung gestellt werden.

Formulierungsvorschlag des BDEW zu § 46a Satz 2 Nrn. 3 und 4 EnWG-E:

„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 **regulatorischen** Nutzungsdauern und
4. die jeweiligen kalkulatorischen Restwerte und Nutzungsdauern laut den betreffenden Bescheiden der jeweiligen Regulierungsbehörde. **Soweit derartige Bescheide nicht gebietsscharf vorhanden sind, stellt der bisherige Nutzungsberechtigte die Daten durch eigene Kalkulation zur Verfügung.**“

5 Fortzahlung der Konzessionsabgabe

Wettbewerbsverfahren, die spätestens zwei Jahre vor Auslaufen des Konzessionsvertrages beginnen müssen, dauern teilweise über die Dauer des bestehenden Konzessionsvertrages hinaus. § 48 Abs. 4 EnWG-E sieht für diese Fälle eine gesetzliche Fortzahlungsverpflichtung der vertraglich vereinbarten Konzessionsabgaben für ein Jahr vor. Unterlässt es die Gemeinde, ein Verfahren durchzuführen, gilt die Fortzahlungsverpflichtung jedoch nicht. Auch hier soll Rechtssicherheit in langfristigen Verfahren geschaffen werden, ohne jedoch einen Anreiz zu bieten, die Laufzeitbefristung durch Untätigkeit zu unterlaufen. Im Ergebnis wird damit auch diese Neuregelung vom BDEW begrüßt.

Der BDEW regt an, in § 48 Abs. 4 EnWG-E nicht nur auf den „neuen“ Vertragspartner abzustellen, sondern auch den Fall des Vertragsschlusses mit dem bisherigen Vertragspartner zu berücksichtigen. Auch hier kann es zu Verzögerungen kommen, wenn andere Bewerber gegen die Auswahl des bisherigen Vertragspartners klagen oder das Verfahren ab dem Zeitpunkt eines gerügten Verstoßes wiederholt wird.

Außerdem erscheint es aus Gründen der Klarstellung als sachgerecht, § 48 Abs. 4 Satz 1 EnWG-E zu ergänzen. Dabei handelt es sich um ein Äquivalent zwischen der Kostentragungspflicht und der weiteren Nutzung der öffentlichen Straßen und Wege.

Formulierungsvorschlag des BDEW zu § 48 Abs. 4 Satz 1 EnWG-E:

„(4) Die Pflicht zur Zahlung der vertraglich vereinbarten Konzessionsabgaben **sowie die Fortgeltung des Rechtes zur Nutzung der öffentlichen Verkehrswege entsprechend den bisherigen konzessionsvertraglichen Regelungen** besteht auch nach Ablauf des Wegenutzungsvertrages bis zur Übertragung der Verteilungsanlagen auf einen neuen Vertragspartner **oder dem wirksamen Abschluss des Vertrages mit dem bisherigen 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.“

6 Rügeobliegenheit

Der Referentenentwurf führt erstmals eine gesetzliche Rügeobliegenheit ein. Dabei wird zwischen der Rüge aufgrund von Rechtsverletzungen aufgrund der Bekanntmachung nach § 46 Abs. 3 EnWG-E bzw. der Mitteilung nach § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG-E (beteiligte Unternehmen) und der Rüge von Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung (unterlegene Unternehmen) differenziert. Nicht differenziert wird hingegen je nach Verfahrensstand bezüglich der Rügeobliegenheiten und der Präklusionswirkung für Rechtsverletzungen im laufenden Auswahlverfahren und nach Abschluss des Verfahrens. Für die Rüge von Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung wird den unterlegenen Unternehmen ein Akteneinsichtsrecht in § 47 Abs. 3 Satz 1 EnWG-E gewährt, das durch die Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen begrenzt wird.

Grundsätzlich begrüßt der BDEW die Schaffung einer Rügeobliegenheit. Es ist im Interesse aller Beteiligten, dass die Rechtslage zügig geklärt wird und nach Ablauf einer gewissen Frist endgültig Rechtssicherheit besteht.

6.1 Klarstellung zur Erkennbarkeit zu rügbarer Rechtsverletzungen

Im Detail erscheint die generelle Klarstellung erforderlich, dass es nicht zu einer Präklusion kommt, wenn das Unternehmen den die Rechtsverletzung begründenden Verstoß nicht gekannt hat und insbesondere aus den mitgeteilten Informationen nicht erkennen konnte. Das sieht auch der Gesetzgeber in der Begründung des Gesetzentwurfes so (S. 23 unten und 24 oben). Um den Gleichklang zwischen Gesetzesbegründung und Gesetzestext sicherzustellen, sollte auch im Gesetzestext eine Klarstellung erfolgen. Zu rügbarer Rechtsverletzungen müssen aus der Bekanntmachung, der Mitteilung nach § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG-E und der Information über die Ablehnung nach § 46 Abs. 5 Satz 2 EnWG-E, ergänzt durch die Möglichkeit der Akteneinsicht, für beteiligte bzw. unterlegene Unternehmen erkennbar sein.

Formulierungsvorschlag des BDEW zu § 47 Abs. 1 Satz 2 EnWG-E:

„Satz 1 gilt nicht, wenn das Unternehmen den die Rechtsverletzung begründenden Verstoß nicht gekannt hat und insbesondere aus der Bekanntmachung nach § 46 Absatz 3, der Mitteilung nach § 46 Absatz 4 Satz 4 und den mitgeteilten Informationen nach § 46 Absatz 5 Satz 2 nicht erkennen konnte.“

6.2 Rüge und Rechtsschutz nach der Auswahlentscheidung der Gemeinde

Der BDEW macht darauf aufmerksam, dass § 47 Abs. 4 EnWG-E um die Formulierung der gerichtlichen Geltendmachung ergänzt werden muss.

6.3 Rüge und Rechtsschutz vor der Auswahlentscheidung der Gemeinde zur Bekanntmachung bzw. Mitteilung

Der bisherige § 47 Abs. 4 Satz 3 EnWG-E stellt darauf ab, dass gerügte Rechtsverletzungen generell nur innerhalb von 15 Kalendertagen ab Zugang der Information über die Nichtabhilfe der Gemeinde geltend gemacht werden können. Das liest sich jedoch so, dass auch während des laufenden Auswahlverfahrens einstweiliger Rechtsschutz geltend gemacht werden soll, wenn die Gemeinde einer Rüge zur Bekanntmachung bzw. der Mitteilung nicht abhilft. Andernfalls würde bezüglich der gerügten Rechtsverletzung die Präklusion eintreten. Das würde das Verfahren unnötig zersplittern und in die Länge ziehen. Darüber hinaus wäre ein (interessierter) Bewerber gezwungen, einerseits das Bewerbungsverfahren um die Wegenutzungsrechte weiter zu betreiben und andererseits die Gemeinde im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes zu verklagen, wenn die Gemeinde einer Rüge nicht abhilft. Das erscheint für ein faires und diskriminierungsfreies Verfahren nicht förderlich. Sinnvoll wäre es daher nach Auffassung des BDEW folgende Gesichtspunkte in einem Rügeregime zu berücksichtigen:

- Alle erkennbaren Verstöße müssen fristgerecht gerügt werden.
- Die Gemeinde teilt qualifiziert mit, idealerweise innerhalb einer gesetzlich vorgegebenen Frist, ob sie der Rüge abhilft oder nicht.
- Gerichtlicher Rechtsschutz für Verfahrensrügen kann während des Verfahrens geltend gemacht werden. Wird davon kein Gebrauch gemacht, tritt keine Präklusion ein.

Es bietet sich darüber hinaus an, die Fristenregelungen danach zu differenzieren, ob nur während des Verfahrens gerügt wurde oder nur bzw. auch die Auswahlentscheidung selbst. Berücksichtigt werden muss die Möglichkeit, dass eine Abhilfe der Rüge zur Auswahlentscheidung durch die Gemeinde, die Abhilfe einer Verfahrensrüge umfasst und so die Notwendigkeit einer gerichtlichen Überprüfung der Verfahrensrüge entfällt. Das trägt zur Entlastung der Gerichte und zum Rechtsfrieden der Beteiligten bei.

6.4 Klarstellung der Rechtsfolge, wenn keine Rüge erhoben wird bzw. Gerichtsverfahren beendet wurden

Wurde keine Rüge gegenüber der Gemeinde erhoben oder gerichtlicher Rechtsschutz geltend gemacht, ist eine gerichtliche Anfechtung seitens aller Beteiligten ausgeschlossen. Der BDEW regt an, dies zur Klarstellung in § 47 Abs. 5 Satz 2 EnWG-E zu regeln.

Ansprechpartner:

Dr. Max Marquard
Telefon: 030 / 300 199 - 1665
max.marquard@bdew.de

Nina-Isabel Skrobanek
Telefon: 030 / 300 199 - 1520
nina-isabel.skrobanek@bdew.de