

Torsten Körber (Hrsg.)

Zukunft der Verteilernetze – Verteilernetze der Zukunft

Referate der 48. Energierechtlichen Jahrestagung
vom 31. Oktober 2019



Nomos

Kartell- und Regulierungsrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)

Prof. Dr. iur. Dr. rer. pol. Dres. h.c. Franz Jürgen Säcker

Prof. Dr. Matthias Schmidt-Preuß

Band 33

Torsten Körber (Hrsg.)

Zukunft der Verteilernetze – Verteilernetze der Zukunft

Referate der 48. Energierechtlichen Jahrestagung
vom 31. Oktober 2019



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-6727-4 (Print)

ISBN 978-3-7489-0850-0 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Verteilernetze sind einer der wesentlichen Bausteine der Energiewende. In Zeiten der zunehmenden Dezentralisierung der Stromerzeugung aufgrund der Energiewende sind moderne Verteilernetze der maßgebliche Resonanzboden für die Energieversorgung der Zukunft. Als natürliche Monopole unterliegen die Verteilernetze einer Ausschreibungspflicht nach §§ 46 ff. EnWG, die einen zusätzlichen Wettbewerb um das Netz erzeugen soll. Auch nach der Reform im Jahre 2017 bestehen in der Praxis etliche Fallstricke, die das Risiko langwieriger gerichtlicher Auseinandersetzungen in sich tragen. Kommunen sehen im Betrieb der Strom- und Gasnetze Vorteile und nutzen eine Bewerbung alleine oder mit einem Partnerunternehmen auf die eigene Konzession oft als ersten Baustein für eine Rekommunalisierung. Im Bereich der Fernwärme zeichnen sich ähnliche Entwicklungen auf der Basis des Kartellrechts ab.

Vor diesem Hintergrund stellen sich – auch im Kontext der Umsetzung des EU-Winterpakets – zahlreiche Anschlussfragen. Eine der im Rahmen der Energiewende wichtigsten Fragen ist diejenige nach der Rolle der Verteilernetzbetreiber für den Auf- und Ausbau der Ladesäuleninfrastruktur. Jedenfalls kann auch der weitere Ausbau der Elektromobilität nur gelingen, wenn die Ladesäuleninfrastruktur besser in die vorhandene Verteilernetzinfrastruktur integriert wird.

Die 48. Energierechtliche Jahrestagung des Instituts für Energiewirtschaftsrecht der Universität zu Köln (EWIR) stellte am 31. Oktober 2019 unter dem Titel „Zukunft der Verteilernetze – Verteilernetze der Zukunft“ die Anforderungen an Verteilernetze und ihren Nutzen in Zeiten der Energiewende in den Fokus der juristischen und ökonomischen Diskussion. Dabei lag der Schwerpunkt des Vormittags auf den aktuellen Fragen des Ausschreibungsverfahrens. Der Nachmittag war der Frage nach einer angemessenen Integration von Elektromobilität in die vorhandene Infrastruktur gewidmet.

Die Referate der Tagung sowie ein Tagungsbericht sind in diesem Band zusammengetragen. Dank gebührt neben den Referentinnen und Referenten insbesondere auch dem Verein zur Förderung des Instituts für Energierecht e.V. für seine inhaltliche und finanzielle Unterstützung sowie den

Vorwort

Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des EWIR und des Lehrstuhls Körper
für die Organisation und Durchführung der Tagung.

Köln, im März 2020

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M.

Inhalt

| | |
|--|----|
| Die Neufassung der §§ 46 ff. EnWG als Herausforderung an die Praxis <i>Cornelia Kermel</i> | 9 |
| Voraussetzungen und Grenzen der Bewerberauswahl nach § 46 EnWG unter besonderer Berücksichtigung des Konzept- und Ideenwettbewerbs <i>Martin Burgi / Patrick Zimmermann</i> | 21 |
| Rügeobligiertheit und Präklusion im Vergabeverfahren <i>Ullrich Kleybolte</i> | 41 |
| Kartell- und zivilrechtliche Probleme der Ausschreibung von Fernwärmenetzen im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung <i>Torsten Körber</i> | 51 |
| Ausschreibung von Verteilernetzen als Herausforderung an die Kommunen <i>Matthias Pöhl</i> | 67 |
| Die Neufassung der §§ 46 ff. EnWG zwischen Theorie und Praxis – Was hat sich der Gesetzgeber nur dabei gedacht? <i>Gabriele Krater</i> | 77 |
| Netzintegration der Elektromobilität <i>David Kemnitz</i> | 89 |
| Öffentliche Ladeinfrastruktur – Eine Aufgabe des Verteilnetzbetreibers? <i>Markus Adam</i> | 99 |

Inhalt

| | |
|---|-----|
| Tagungsbericht zur 48. Energierechtlichen Jahrestagung 2019: Zukunft der Verteilnetze – Verteilnetze der Zukunft <i>Felix Mansius</i> | 113 |
| Autorenverzeichnis | 123 |

Die Neufassung der §§ 46 ff. EnWG als Herausforderung an die Praxis

Dr. Cornelia Kermel¹

| | | |
|------|---|----|
| I. | Einleitung | 10 |
| II. | Überblick über die zum 03.02.2017 in Kraft getretenen Änderungen | 10 |
| | 1. Keine Inhouse-Vergabe | 10 |
| | 2. Konkretisierung der wirtschaftlich angemessenen Vergütung | 11 |
| | 3. Keine strikte gesetzliche Vorgabe der Auswahlkriterien | 11 |
| | 4. Konkretisierung des Informationsanspruchs der Gemeinden | 12 |
| | 5. Einführung eines Rüge- und Präklusionsregimes | 12 |
| | 6. Gesetzliches Akteneinsichtsrecht der Bewerber | 13 |
| | 7. Fortzahlung der Konzessionsabgaben bis zur Netzübertragung | 14 |
| | 8. Anwendungsbereich der Neuregelungen | 15 |
| III. | Überblick über einzelne Probleme der Neuregelungen in der Praxis | 15 |
| | 1. Zwingende oder fakultative Anwendung des Rügeregimes auf laufend Konzessionsverfahren? | 15 |
| | 2. Unklarheit, welche Rechtsverletzungen vom Rügeregime erfasst werden | 16 |
| | 3. Akteneinsichtsrecht und deren Grenzen | 16 |
| | 4. Beginn der 30 Tagesfrist erst mit Vorlage der vollständigen Akteneinsicht? | 19 |
| | 5. Verhältnis von § 47 Abs. 5 und § 47 Abs. 6 EnWG | 19 |
| | 6. Einstweiliges Verfügungsverfahren über 2 Instanzen erforderlich? | 20 |
| IV. | Fazit | 20 |

1 Dr. Cornelia Kermel ist Partnerin der Kanzlei Noerr LLP.

I. Einleitung

Seit Beginn der Liberalisierung der Energiemärkte in 1998 hat der Wettbewerb um die Vergabe von Wegerechten für die Verlegung und den Betrieb von Strom- und Gasnetzen der allgemeinen Versorgung stetig zugenommen. Nicht zuletzt infolge der (Re-)Kommunalisierungsbestrebungen zahlreicher Kommunen bewerben sich in der Regel mindestens zwei Unternehmen um den jeweiligen Abschluss des neuen Konzessionsvertrages mit der Kommune. Das EnWG regelte zunächst das Konzessionsverfahren nur in zwei Vorschriften.² Angesichts einer Vielzahl an offenen Rechtsfragen, auslegungsbedürftigen Formulierungen und unterschiedlichen Interessen der Beteiligten kam es in der Folgezeit zu einer Fülle von Rechtsstreitigkeiten.

Verschiedene Grundsatzentscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGH)³ und mehrere Anpassungen in den §§ 46 und 48 EnWG durch den Gesetzgeber⁴ führten zu keiner Befriedung. Der Gesetzgeber wurde daher in der Folgezeit erneut aktiv.

II. Überblick über die zum 03.02.2017 in Kraft getretenen Änderungen

Zum 03.02.2017 trat das Gesetz zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung⁵ in Kraft. Es zielt, wie es in der Gesetzesbegründung ausdrücklich heißt, auf eine „Erhöhung der Rechtssicherheit“ im vergabeähnlichen Verfahren des § 46 EnWG.⁶

1. Keine Inhouse-Vergabe

Zunächst hat der Gesetzgeber allerdings den insbesondere von kommunaler Seite geforderten Regelungen für eine In-House-Vergabe bei Konzessi-

2 §§ 13 und 14 EnWG in der am 29.04.1998 in Kraft getretenen Fassung.

3 Vgl. BGH, Urteile vom 17.12.2013, KZR 65/12 – Heiligenhafen und KZR 66/12 – Berkenthin; Beschluss vom 03.06.2014, EnVR 10/13 - Stromnetz Homberg; Urt. v. 14.04.2015, EnZR 11/14 - Gasnetz Springe.

4 Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften vom 26.11.2011, BGBl. 2011, I. Nr. 41 vom 03.08.2011, 1554.

5 Vom 27.01.2017, BGBl. I S. 130-132.

6 Vgl. BT-Dr. 18/8184, S. 8.

onsvergaben, d.h. der Zuweisung der Wegenutzungsrechte an einen kommunalen Eigenbetrieb ohne vorherige Durchführung eines vergabeähnlichen Verfahrens samt diskriminierungsfreier Auswahlentscheidung, eine klare Absage erteilt. Die Zulassung einer In-House-Vergabe sei schon aus energiewirtschaftlichen Gründen bedenklich, da der in § 46 EnWG verankerte Wettbewerb um das Netz nicht zur Disposition stehen dürfe. Ein „Ewigkeitsrecht“ der Kommunen würde die falschen Signale setzen und befürchten lassen, dass das Verteilnetz im natürlichen Monopol zum Nachteil von Verbrauchern, Gewerbe und Industrie einen nicht hinzunehmenden Qualitätsverlust erleide.⁷

2. Konkretisierung der wirtschaftlich angemessenen Vergütung

Mit § 46 Abs. 2 S. 4 EnWG hat der Gesetzgeber für den Fall der fehlenden Einigung den, in der Praxis häufig strittigen, Kaufpreis für die zu übertragenden Verteilungsanlagen konkretisiert. Als maßgeblicher Wert zur Bestimmung der wirtschaftlich angemessenen Vergütung wurde für diesen Fall der objektivierte Ertragswert normiert. Hierdurch solle der in der Vergangenheit trotz der sog. Kaufering-Rechtsprechung des BGH⁸ erfolgten Verzögerung von Netzübernahmen entgegen gewirkt werden. Der mit dem objektivierten Ertragswert verbundene Rückgriff auf das Regulierungsregime von StromNEV und GasNEV garantiere für die Netzbewertung eine sachgerechte, neutrale und objektivierte Basis. Überdies werde durch § 46 Abs. 2 Satz 5 EnWG klargestellt, dass die Vertragsautonomie stets Vorrang habe.⁹

3. Keine strikte gesetzliche Vorgabe der Auswahlkriterien

In § 46 Abs. 4 S. 1 EnWG hat der Gesetzgeber mit dem Verweis auf § 1 Abs. 1 EnWG die bestehende Rechtslage bestätigt, wonach die energiewirtschaftlichen Kriterien der Versorgungssicherheit, Preisgünstigkeit, Verbraucherfreundlichkeit, Effizienz, Umweltverträglichkeit sowie die zunehmend auf erneuerbaren Energien basierende Energieversorgung bei der Auswahl-

⁷ Vgl. BT-Dr. 18/8184, S. 9.

⁸ BGH, Urteil vom 16.11.1999, KZR 12/97; bestätigt durch BGH, Beschluss vom 03.04.2014, EnVR 10/13 – Stromnetz Homberg

⁹ Vgl. BT-Dr. 18/8184, S. 12.

entscheidung maßgeblich zu berücksichtigen sind. Allerdings hat der Gesetzgeber ausdrücklich von einer „strikten gesetzlichen Vorgabe“, wie die einzelnen Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG in konkrete Auswahlkriterien „umzuwandeln“ sind, ebenso Abstand genommen wie von Vorgaben bei der Gewichtung. Die Vorgabe eines konkreten Kriterienkatalogs berge angesichts der bereits ergangenen Rechtsprechung die Gefahr der Schaffung neuer Rechtsunsicherheiten.¹⁰

Gemäß § 46 Abs. 4 S. 2 EnWG können unter Wahrung netzwirtschaftlicher Anforderungen, insbesondere der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz, auch Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft berücksichtigt werden. Hiermit werde klargestellt, dass sich entsprechend der Rechtsprechung die Vergabe von Wegenutzungsrechten an den Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG orientieren müsse, Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft aber auch Berücksichtigung finden dürfen.¹¹

Die neu ins Gesetz aufgenommene Formulierung in § 46 Abs. 4 S. 3 EnWG, wonach bei der Gewichtung der einzelnen Auswahlkriterien die Gemeinde berechtigt ist, den Anforderungen des jeweiligen Netzgebietes Rechnung zu tragen, trage der Gewährung eines kommunalen Entscheidungsspielraums im Rahmen der Gewichtung der Kriterien Rechnung.¹²

4. Konkretisierung des Informationsanspruchs der Gemeinden

Mit § 46a EnWG hat der Gesetzgeber den gesetzlichen Informationsanspruch der Gemeinde gegenüber dem aktuellen Netzbetreiber zur Vorbereitung des Konzessionsverfahrens konkretisiert, indem Daten genannt werden, die herauszugeben sind. Die Regelung entspreche der derzeitigen Rechtslage, sei aber aus Klarstellungsgründen gleichwohl notwendig.¹³

5. Einführung eine Rüge- und Präklusionsregimes

Mit § 47 EnWG hat der Gesetzgeber ein mehrstufiges Rüge- und Präklusionsregime eingeführt. Danach obliegt es den Bewerbern um die jeweilige Konzession, die für sie erkennbaren Rechtsverletzungen bereits in drei ver-

10 Vgl. BT-Drs. 18/8184, S. 12 f.

11 Vgl. BT-Drs. 18/8184, S. 14 f.

12 Vgl. BT-Drs. 18/8184, S. 15.

13 Vgl. BT-Drs. 18/8184, S. 16.

schiedenen Verfahrensstadien des Konzessionsverfahrens gegenüber der Kommune innerhalb der im EnWG festgelegten Fristen zu rügen. Dies betrifft Rechtsverletzungen, die aus einer Bekanntmachung nach § 46 Abs. 3 EnWG oder die aus einer Mitteilung nach § 46 Abs. 4 S. 4 EnWG erkennbar sind. Darüber hinaus sind Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung, die aus einer Information nach § 46 Abs. 5 S. 1 EnWG erkennbar sind, innerhalb von 30 Kalendertagen ab deren Zugang zu rügen.

Hilft die Gemeinde der jeweiligen Rüge nicht ab, muss der Bewerber innerhalb der im Gesetz festgelegten Frist von 15 Kalendertagen einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung bei dem jeweils zuständigen Landgericht¹⁴ stellen. Ein Verfügungsgrund braucht nicht glaubhaft gemacht zu werden (§ 47 Abs. 5 S. 3 EnWG). Hält der Bieter dieses Procedere nicht ein, ist er mit den Einwänden gegen erkennbare Rechtsverletzungen ausgeschlossen.

§ 47 Abs. 6 EnWG untersagt der Gemeinde, den Konzessionsvertrag vor Ablauf der Fristen betreffend der gerichtlichen Geltendmachung zu schließen.

6. Gesetzliches Akteneinsichtsrecht der Bewerber

Die Möglichkeit des unterlegenen Bewerbers, Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung der Kommune erkennen zu können, ist in der Regel sehr begrenzt. Die Kommunen sind zwar nach § 46 Abs. 5 S. 1 EnWG verpflichtet, die Unternehmen, deren Angebote nicht angenommen werden sollen, über die Gründe der vorgesehenen Ablehnung ihres Angebots zu informieren. In der Praxis lassen Informationsschreiben der Kommunen indes regelmäßig etwaige Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung nicht erkennen. Häufig enthalten diese Schreiben nur eine kurze Zusammenfassung einzelner Gründe für die Auswahlentscheidung. Dies war offensichtlich auch dem Gesetzgeber bewusst mit der Folge, dass er zusätzlich ein Akteneinsichtsrecht in § 47 Abs. 3 EnWG in das Gesetz aufgenommen hat. Danach hat die Gemeinde zur Vorbereitung der Rüge gegen die Auswahlentscheidung jedem beteiligten Unternehmen

¹⁴ § 102 EnWG sieht unabhängig vom Streitwert eine ausschließliche Zuständigkeit der Landgerichte für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten vor. Von der Ermächtigungsbefugnis nach § 103 EnWG, diese Rechtsstreitigkeiten einem Landgericht für die Bezirke mehrerer Landgerichte zuzuweisen, haben einige Bundesländer Gebrauch gemacht (z.B. Niedersachsen, das dem LG Hannover diese Streitigkeiten zugewiesen hat).