

# Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände + VKU



Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände · Hausvogteiplatz 1, 10117 Berlin

Deutscher Bundestag  
- Ausschuss für Wirtschaft und Energie-  
Platz der Republik 1

11011 Berlin

Per E-Mail: [wirtschaftsausschuss@bundestag.de](mailto:wirtschaftsausschuss@bundestag.de)

**Deutscher Bundestag**  
**18. Wahlperiode**  
**Ausschuss für Wirtschaft und Energie**

**Ausschussdrucksache 18(9)811**  
**30. Mai 2016**

25.05.2016/pu

Bearbeitet von

Barbara Meißner, DST  
Tel.: +49 221 3771-276  
[Barbara.meissner@staedtetag.de](mailto:Barbara.meissner@staedtetag.de)

Timm Fuchs, DStGB  
Tel.: +49 30 77307-206  
[Timm.fuchs@dstgb.de](mailto:Timm.fuchs@dstgb.de)

Dr. Klaus Ritgen, DLT  
Tel.: +49 30 590097-321  
[Klaus.ritgen@landkreistag.de](mailto:Klaus.ritgen@landkreistag.de)

Dr. Andreas Zuber, VKU  
Tel.: +49 30 58580-130  
[zuber@vku.de](mailto:zuber@vku.de)

Aktenzeichen  
75.06.03 D

## **Stellungnahme zur Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestags am 01.06.2016 zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung**

### **I. Allgemeines**

Die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände und der VKU begrüßen die Novellierung der §§ 46-48 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG), die aus Gründen der Rechtssicherheit dringend erforderlich ist. Der derzeitige Rechtsrahmen für die Vergabe von Wegerechtskonzessionen zur Versorgung mit Gas und Strom führt auch nach höchstrichterlicher Klärung einiger wesentlicher Fragen durch den Bundesgerichtshof (BGH) weiterhin zu gerichtlichen Auseinandersetzungen über die formellen und materiellen Anforderungen an die Konzessionsvergabe.

Die bisherige Rechts- und Entscheidungspraxis der Gerichte - insbesondere die ergangenen Entscheidungen des BGH und der Kartellbehörden - lassen den Kommunen im Rahmen der Vergabe der örtlichen Energieversorgungsnetze insgesamt nur noch wenig Entscheidungsspielraum. Die Rechtsunsicherheiten bei der Konzessionsvergabe sind nach wie vor virulent

und mit dem Risiko der vollständigen Rückabwicklung von Konzessionsverträgen verbunden. Vor dem Hintergrund sind eine Änderung des EnWG sowie der Konzessionsabgabenverordnung (KAV) zwingend notwendig, um entsprechend der Vorgaben des Koalitionsvertrages ein rechtssichereres Verfahren bei der Neuvergabe der gemeindlichen Strom- und Gasnetze zu schaffen.

Der Gesetzentwurf zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung, der eine Änderung der §§ 46-48 EnWG vorsieht, greift wichtige kommunale Forderungen auf und ist ein wichtiger Schritt zu mehr Rechtssicherheit. Allerdings muss er an verschiedenen Stellen noch inhaltlich geschärft werden, insbesondere um dem Stellenwert der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie i.S.v. Art. 28 Abs. 2 GG im Rahmen der Konzessionsvergabe gerecht zu werden und um den Anforderungen der im Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD festgelegten Forderung nach Vereinfachung und Erhöhung der Rechtssicherheit der Vergabe von Konzessionen im Energiebereich zu genügen.

Zudem halten wir über die Reform der §§ 46 ff. EnWG hinaus auch eine Änderung der KAV im Hinblick auf die Zulässigkeit von Nebenleistungen und den Erhalt des Konzessionsabgabenaufkommens im Gasbereich für zwingend erforderlich.

## **II. Zu den Änderungsvorschlägen im Einzelnen:**

Aus kommunaler Sicht sind drei wesentliche Punkte erforderlich, um die Vergabe von Wegenutzungsrechten für alle Beteiligten praktikabel und rechtssicher zu gestalten:

1. Die Berücksichtigung örtlicher Belange bei der Auswahl des Konzessionärs
2. Die Einführung von Rügeobliegenheiten und Präklusionswirkung in und nach einem Rechtsschutzverfahren
3. Die Weiterzahlung der Konzessionsabgabe nach Ablauf eines Jahres im Falle von Rechtsstreitigkeiten

Diese Punkte sind in dem Entwurf zwar aufgegriffen, aber noch nicht umfassend genug, um den kommunalen Belangen zu genügen.

### ***Zu § 46 EnWG-E – Wegenutzungsverträge –***

#### ***§ 46 Abs. 4 Satz 2 EnWG-E – Berücksichtigung örtliche Angelegenheiten***

Im Rahmen des § 46 EnWG wäre es systematisch richtig, den Kommunen eine rechtssichere Inhouse-Vergabe entsprechend der Rechtsprechung des EuGH und der Regelung der neuen EU-Konzessionsvergaberichtlinie (Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014) zu ermöglichen. Soweit man dies aus Gründen der historischen Entwicklung der Energiewirtschaft in Deutschland nicht machen will, ist es besonders wichtig, dass die Kommune, der eine vergabefreie Selbsterledigung der Aufgabe rechtlich nicht möglich ist, im Rahmen der Vergabe die örtlichen Anliegen und Angelegenheiten gebührend berücksichtigen kann. Jede andere Lösung würde dem Gehalt und dem Stellenwert der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie i.S.v. Art. 28 Abs. 2 GG im Rahmen der Konzessionsvergabe nicht gerecht werden. Hier besteht in dem Entwurf allerdings noch Änderungsbedarf.

Leider wird darin die Wahrung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie durch eine zulässige Berücksichtigung örtlicher Angelegenheiten i.S.v. Art. 28 Abs. 2 GG neben den Zielen des § 1 EnWG im Auswahlverfahren in § 46 Abs. 4 EnWG-E nur unzureichend aufgegriffen. Die Gewährung des kommunalen Entscheidungsspielraums im Rahmen des Konzessionsvergabeverfahrens wird ausdrücklich begrüßt. Allerdings lässt der Gesetzentwurf weiterhin offen, in welchem Verhältnis netzbezogene und gemeindliche Kriterien zueinander stehen.

Aus der Gesetzesbegründung lässt sich entnehmen, dass entsprechend der Rechtsprechung des BGH vom Dezember 2013 die Kriterien des § 1 EnWG weiterhin Vorrang haben sollen. Diese nachrangige Einbeziehung der Berücksichtigung der örtlichen Angelegenheiten wird von den kommunalen Spitzenverbänden und dem VKU abgelehnt. Dies führt zu einem Wertungswiderspruch zu dem den Gemeinden in der Gesetzesbegründung zuerkannten „weiten Ermessensspielraum“ bei der Auswahl und Gewichtung der Kriterien. Dieser läuft ins Leere, wenn nicht ausdrücklich festgestellt wird, dass die Kriterien gleichwertig nebeneinander berücksichtigt werden können. Es ist ansonsten davon auszugehen, dass sich die zahlreichen Rechtsstreitigkeiten zu diesem Punkt fortsetzen und keine Verbesserung der Rechtslage eintreten wird.

Um zu gewährleisten, dass die kommunalen Belange der örtlichen Situation angemessen bei der Auswahlentscheidung berücksichtigt werden können, muss eine im Gesetz festgelegte gleichrangige Berücksichtigung der örtlichen Angelegenheiten verankert werden.

Deshalb sollte § 46 Abs. 4 Satz 2 EnWG-E wie folgt formuliert werden:

***„Bei der Auswahl des Unternehmens hat die Gemeinde neben ihren örtlichen Zielen und Interessen auch die Ziele des § 1 zu berücksichtigen.“***

Insofern ist die besondere Betonung der Versorgungssicherheit und Kosteneffizienz zu streichen. Dieses entspricht auch der Auffassung des Bundesrates, der in seinem Beschluss vom 18.03.2016 dieses ebenfalls gefordert hatte.

***Zu § 47 EnWG-E i.V.m. §§ 46 Abs. 4, Abs. 5, 46a EnWG-E Auskunftsanspruch, Rügeobliegenheit, Präklusion –***

Die vorgeschlagenen Regelungen zu den Rügepflichten und der Präklusion im Verfahren bedürfen noch einer erheblichen Veränderung, um das gewünschte Ziel der Rechtssicherheit und Beschleunigung der Verfahren zu erreichen.

Die Regelungen für das Nachprüfungsverfahren sollten den §§ 104 ff. GWB entsprechen. Nach dem vorgeschlagenen Verfahren in § 47 EnWG-E haben sich die beteiligten Parteien des Konzessionsvergabeverfahrens wegen möglicher Verfahrensfehler auseinanderzusetzen. Für den Fall, dass es zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung kommt, sollen die Zivilgerichte im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes entscheiden.

Dieses wird nicht zu einem zufriedenstellenden Ergebnis und zu einer Verfahrensbeschleunigung führen. Zuständige Instanzen müssen – entsprechend des Rechtsschutzes bei den öffentlichen Aufträgen– die Vergabekammer in 1. Instanz sowie das Oberlandesgericht in 2. Instanz sein. Diese verfügen über eine hohe Kompetenz und lange Erfahrung für das Vergabeverfahren. Ihnen ist die aktuelle Rechtsprechung geläufig sowie der Gang des Verfahrens. Diese speziellen Kenntnisse liegen bei den Zivilgerichten oft nicht vor. Zudem ist es rechtlich zulässig zur Verfahrensbeschleunigung und im Vergaberechtsschutz auch gesetzlich vorge-

sehen, den Vergabekammern eine Frist zu setzen, innerhalb derer sie zu entscheiden haben. Diese Möglichkeit besteht wegen der Unabhängigkeit der Richter für die Gerichte nicht. Diese Rechtslage gilt zwar auch für die Vergabesenate der Oberlandesgerichte. Allerdings darf hier nicht übersehen werden, dass die weit überwiegende Anzahl der Fälle bereits rechtskräftig in 1. Instanz von den Vergabekammern entschieden wird und nur noch eher umstrittene Fälle zum Oberlandesgericht kommen, die einer vertieften Erörterung bedürfen. Dies ist aber in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht vorgesehen. Auch deshalb ist es zwingend erforderlich, für das Rechtsschutzverfahren den Instanzenzug aus dem Bereich des öffentlichen Auftragswesens gesetzlich zu regeln.

Auch im Fall einer Zuständigkeit der Vergabekammern hat die Gemeinde die Möglichkeit, der Rüge abzuweichen und das Verfahren ab dem Zeitpunkt des Verstoßes zu wiederholen oder bei Nichtabhilfe ihre Entscheidung zu begründen. Das Akteneinsichtsrecht nach § 47 Abs. 3 EnWG-E wird entsprechend durch § 111 GWB ersetzt.

Um ein rechtssicheres Vergabeverfahren künftig zu ermöglichen, sollte § 47 EnWG-E in der nachfolgenden Form verändert werden:

*(1) Jedes beteiligte Unternehmen kann eine Rechtsverletzung durch Nichtbeachtung der Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens nach § 46 nur geltend machen, soweit es diese nach Maßgabe von Absatz 2 gerügt hat.*

*(2) Die Rüge ist in Textform gegenüber der Gemeinde zu erklären und zu begründen. Rechtsverletzungen, die aufgrund einer Bekanntmachung nach § 46 Absatz 3 oder der Mitteilung nach § 46 Absatz 4 Satz 4 erkennbar sind, sind bis Ablauf der dort benannten Fristen zu rügen. Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung, die aus der Information nach § 46 Absatz 5 Satz 2 erkennbar sind, sind innerhalb von 30 Kalendertagen ab deren Absendung zu rügen.*

*(3) Hilft die Gemeinde der Rüge ab, so hat sie das Verfahren ab dem Zeitpunkt des gerügten Verstoßes zu wiederholen. Hilft sie der Rüge nicht ab, so hat sie das rügende Unternehmen hierüber in Textform zu informieren und ihre Entscheidung zu begründen.*

*(4) Hilft die Gemeinde der Rüge nicht ab, ist auf Verlangen eines beteiligten Unternehmens, das Interesse an der Nutzung öffentlicher Verkehrswege im Sinne des § 46 Abs. 2 Satz 1 bekundet hat und eine Verletzung in seinen Rechten durch Nichtbeachtung der Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens bei der Vergabe der Wegenutzungsrechte geltend macht, das Verfahren zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen vor der Vergabekammer nachzuprüfen. Für die Durchführung des Nachprüfungsverfahrens gelten die § 104 ff. GWB entsprechend.*

*(5) Beteiligte Unternehmen können gerügte Rechtsverletzungen vor der Vergabekammer nur innerhalb von 15 Kalendertagen ab Absendung der Information nach Absatz 3 Satz 2 und nach Einhaltung der Fristen nach Absatz 2 geltend machen. Bei Feststellung eines Verstoßes durch die Vergabekammer gegen die Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens, insbesondere bei fehlenden Auswahlkriterien und deren Gewichtung, der nachträglichen Änderung der Kriterien oder deren Gewichtung, der fehlenden Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG ist das Verfahren nach dem Zeitpunkt vor dem Verstoß zu wiederholen.*

(6) Ein Vertrag nach § 46 Abs. 2 darf erst nach Ablauf der Fristen aus Absatz 2 Satz 2 und 3 und bei einem Verfahren vor der Vergabekammer nach Abs. 5 nach Ablauf der Fristen des § 115 GWB geschlossen werden.

#### **Zu § 48 EnWG-E - Weiterzahlung der Konzessionsabgabe**

Die Übergabe von Netzen wird von Altkonzessionären teilweise systematisch erschwert und verzögert. Dabei wird oftmals ein Jahr nach Ablauf des ursprünglichen Konzessionsvertrags die Zahlung von Konzessionsabgaben an die Gemeinde ganz eingestellt, obwohl die Verzögerung vom Altkonzessionär verursacht wurde. Diese Fälle sind von den Kartellbehörden bislang nicht aufgegriffen worden. In diesen Fällen ist es nicht sachgerecht, dass sich die Altkonzessionäre unter Berufung auf § 48 Abs. 4 EnWG weigern, weiter Konzessionsabgaben zu zahlen. Entsprechend sollte die Pflicht zur Zahlung der Konzessionsabgabe bis zur Übertragung des Netzes auf ein anderes Unternehmen fortbestehen.

Diese Rechtslage hat § 48 Abs. 4 EnWG-E zwar aufgegriffen. Allerdings soll diese Pflicht nicht gelten, wenn es die Kommune unterlassen hat, ein Verfahren nach § 46 Abs. 3 - 5 EnWG-E durchzuführen. Diese Regelung nimmt von ihrem Wortlaut Bezug auf die formelle Art und nicht auf die korrekte Art der Durchführung der Verfahren. Rechtssicherheit würde aber nur geschaffen, indem auf die korrekte Art der Durchführung des Verfahrens abgestellt wird.

Der Wortlaut ist insofern unklar und bedarf der Klarstellung. Im Interesse der Rechtssicherheit der Beteiligten sollte deshalb Satz 2 gestrichen werden. Dieses entspricht auch der Auffassung des Bundesrates.

Es sollte im Übrigen klargestellt werden, dass die Regelungen zum Gemeinderabatt auf das Netznutzungsentgelt auch im Falle der Weiterzahlung der Konzessionsabgabe gelten. Üblicherweise werden in den Konzessionsverträgen in Einklang mit § 3 Abs. 1 Nr. 1 KAV Preisnachlässe für den in Niederspannung oder in Niederdruck abgerechneten Eigenverbrauch der Gemeinde (i.d.R. 10 %) auf das Netznutzungsentgelt vereinbart. Gerade im Gasbereich, bei dem die Konzessionsabgabenzahlungen aufgrund der überwiegenden Sondervertragskunden gering sind, ist dieser Rabatt eine wichtige Gegenleistung für die Gewährung der Wegerechte. Ohne den Änderungsvorschlag ist die Weitergewährung wegen § 3 Abs. 2 KAV rechtlich angreifbar. Gleiches gilt für die regulatorische Anerkennung.

Zudem sollten auch weitere in dem Konzessionsvertrag enthaltene Regelungen mit Ausnahme der Regelungen zur Kaufpreisbestimmung, die der Gemeinde zugutekommen und die dem störungsfreien Betrieb der Netze dienen, fortgelten. Auch diese sollten durch Verzögerungen bei der Netzübernahme nicht unterlaufen werden können. Der maßgebliche Zeitpunkt sollte der Übergang des Netzbetriebes sein, um einen störungsfreien Übergang zu gewährleisten.

Vor dem Hintergrund sollte § 48 Abs. 4 EnWG-E wie folgt geändert werden:

*„Die Pflicht zur Zahlung der vertraglich vereinbarten Konzessionsabgaben sowie **aller weiteren unter Beachtung von § 3 Abs. 1 Konzessionsabgabenverordnung getroffenen Vereinbarungen mit Ausnahme der Regelungen zur Kaufpreisbestimmung** bestehen auch nach Ablauf des Wegenutzungsvertrages bis zur Übertragung des Netzbetriebes auf einen neuen Vertragspartner nach § 46 Absatz 2 fort.“*

### III. Änderungsvorschläge zur Konzessionsabgabenverordnung (KAV)

Das Ziel der Erleichterung von Wegenutzungsverträgen im Bereich der leitungsgebundenen Energieversorgung kann allerdings nur erreicht werden, wenn auch die KAV geändert wird. Aufgrund von obergerichtlichen Urteilen besteht die Gefahr, dass Konzessionsverträge, die Klauseln zu kommunalen Energiekonzepten enthalten, zur Gänze als nichtig angesehen werden müssen. Entsprechende Klauseln sind in zahlreichen Musterkonzessionsverträgen enthalten.

Trotz Klarstellung durch den BGH (Az.: EnZR 86/13), dass Verstöße gegen das Nebenleistungsverbot nicht zwingend und unmittelbar zur Nichtigkeit des gesamten Konzessionsvertrages führen, führt die Frage nach der Zulässigkeit von Nebenleistungen i.S.v. § 3 KAV im täglichen Umgang mit gemeindlichen Konzessionsvergabeentscheidungen zu erheblichen Rechtsunsicherheiten. Das damit verbundene Risiko der Rückabwicklung der Verträge sowie gegebenenfalls der Wiederholung des Konzessionsvergabeverfahrens ist mit einem erheblichen finanziellen und personellen Aufwand verbunden.

Zudem kann die Verunsicherung bei den Gemeinden die im Rahmen der Energiewende erforderlichen Projekte und die dringend notwendige Modernisierung der Netze behindern, die für die Aufnahme der erneuerbaren Energien notwendig ist. Die KAV sollte deswegen so geändert werden, dass entsprechende Klauseln in Zukunft zulässig sind.

Da die aktuelle Fassung des § 3 Abs. 2 KAV unübersichtlich und der Regelungsinhalt unklar ist und damit ständig zu Streitigkeiten in der kommunalen Praxis führt, sollte dieser geändert und ergänzt werden.

Die Streitigkeiten bestehen im Hinblick auf die Unterstützung und Mitwirkung an der Erstellung kommunaler Energie- und Klimaschutzkonzepte und der Diskussion, ob diese im Zusammenhang mit dem Konzessionsvertrag stehen. Eine Änderung des § 3 Abs. 1 KAV ist anzustreben.

Die nachfolgend vorgeschlagene Änderung im § 3 Abs. 1 Nr. 4 und 5 KAV bezieht sich, wie auch bisher in der herrschenden Meinung, nur auf nichtinvestive Maßnahmen und Leistungen.

Textvorschlag zu § 3 Abs. 1 und 2 KAV:

*(1) „Neben oder anstelle von Konzessionsabgaben dürfen Versorgungsunternehmen und Gemeinden für Wegerechte nur die folgenden Leistungen vereinbaren oder gewähren:*

*1. Preisnachlässe für den in Niederspannung oder in Niederdruck abgerechneten Eigenverbrauch der Gemeinde bis zu 10 v. 100 des Rechnungsbetrages für den Netzzugang, sofern diese Preisnachlässe in der Rechnung offen ausgewiesen werden,*

*2. Vergütung notwendiger Kosten, die Bau- und Unterhaltungsmaßnahmen an öffentlichen Verkehrswegen der Gemeinden durch Versorgungsleitung entstehen, die in oder über die Verkehrswege verlegt sind,*

*3. Verwaltungskostenbeiträge der Versorgungsunternehmen für Leistungen, die die Gemeinden auch verlangen oder im Einvernehmen mit dem Versorgungsunternehmen zu seinem Vorteil erbringt,*

*4. Mitwirkung, Unterstützung und nichtinvestive Leistung der Versorgungsunternehmen bei der Aufstellung kommunaler oder regionaler Energie- und Klimaschutzkonzepte,*

5. nichtinvestive Maßnahmen, die den rationellen und sparsamen sowie ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart dienen.


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

In diesem Zusammenhang möchten wir uns den Hinweis erlauben, dass im Falle der Änderung der KAV auch weitere Vorschriften, namentlich § 2 Abs. 6 und 7 KAV, entsprechend der langjährigen Forderungen der kommunalen Spitzenverbände nach einer Absicherung der Konzessionsabgabe Gas der Anpassung bedürfen.


Mit freundlichen Grüßen  
In Vertretung



Detlef Raphael  
Beigeordneter  
des Deutschen Städtetages



Dr. Kay Ruge  
Beigeordneter  
des Deutschen Landkreistages



Timm Fuchs  
Beigeordneter  
des Deutschen Städte- und Gemeindebundes



Dr. Andreas Zuber  
Geschäftsführer Recht, Finanzen und Steuern  
des VKU