STELLUNGNAHME

Berlin, 23. Dezember 2015

Deutscher Industrie- und Handelskammertag

Stellungnahme des DIHK zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung

A) Vorbemerkungen

Das Bundeswirtschaftsministerium (BMWi) hat am 2. Dezember 2015 den Entwurf für ein Gesetz zur Änderung der in § 46 EnWG geregelten Wegenutzungsverträge („Konzessionsverträge") bei Energienetzen vorgelegt. Damit soll die Vorgabe aus dem Koalitionsvertrag, „das Bewerbungsverfahren bei Neuvergabe (z. B. bei Rekommunalisierung) der Verteilernetze eindeutig und rechtssicher zu regeln sowie die Rechtssicherheit im Netzübergang zu verbessern", umgesetzt werden.

Aus Sicht des DIHK ist eine Konkretisierung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsverträgen richtig und notwendig, um einerseits für die beteiligten Unternehmen und Gemeinden die Rechts- und Planungssicherheit beim Netzübergang zu verbessern und andererseits die für die Energiewende notwendige Modernisierung der Verteilnetze nicht unnötig zu verzögern.

Ein diskriminierungsfreier Wettbewerb um Konzessionen, unabhängig davon, ob ein Bewerber kommunal oder privat ist, muss dabei zweifelsfrei sichergestellt sein. Grundvoraussetzung dafür ist aus Sicht des DIHK, dass – wie im Gesetzesentwurf vorgesehen - an dem in § 46 EnWG angelegten „Wettbewerb um das Netz" und an der maximalen Laufzeit der Wegnutzungsverträge von 20 Jahren festgehalten wird. Eine direkte In-House-Vergabe von einer Gemeinde an ein kommunales Unternehmen würde demgegenüber den durch die Gemeinden administrierten Wettbewerb bei der Auswahl des Vertragspartners vollständig aushebeln und die Erreichung der in § 1 Absatz 1 EnWG definierten allgemeinen Ziele (energiepolitisches Zieldreieck) gefährden und wäre abzulehnen.

Die im Gesetzesentwurf vorgegebene Systematik der Anforderungen an die Neuvergabe von Wegenutzungsrechten bewertet der DIHK im Grundsatz positiv. Teilweise steht die konkrete Ausgestaltung jedoch noch im Widerspruch zu einem möglichst diskriminierungsfreien Bewerbungsverfahren. Im Sinne der Rechtssicherheit ist zum Teil eine weitergehende Konkretisierung erforderlich.

DIHK | Deutscher Industrie- und Handelskammertag e. V.
Registriernummer des DIHK im Register der Europäischen Kommission: 22400601191-42
Breite Straße 29 | 10178 Berlin-Mitte | Telefon ++49-(0)30-20308-0 | Fax ++49-(0)30-20308-1000
E-Mail Berlin: infocenter@dihk.de | E-Mail Brüssel: dihk@bruessel.dihk.de | Internet: www.dihk.de

B) Anmerkungen im Einzelnen

§ 46 EnWG – Wegenutzungsverträge

- § 46 Abs. 2 - Konkretisierung der wirtschaftlich angemessenen Vergütung für die Übereignung der Verteilungsanlagen. Die zu erzielenden Erlöse nach dem objektiven Ertragswertverfahren sollen maßgeblich sein (Satz 4). Die Vertragspartner sollen sich im Rahmen ihrer Vertragsautonomie aber auch auf eine anderweitig basierte Vergütung einigen können (Satz 5).

Bewertung des DIHK

Eine Orientierung des Kaufpreises am objektiven Ertragswert ist aus Sicht des DIHK nachzuvollziehen und entspricht im Kern der geltenden „Kaufering"-Rechtsprechung.

In der Gesetzesbegründung wird dargelegt, dass die Kaufpreisermittlung im objektiven Ertragswertverfahren eine fall-back-Option für den Fall sein soll, dass zwischen dem bisherigen und dem neuen Nutzungsberechtigen keine Einigung über einen Kaufpreis erzielt werden kann. Tatsächlich ist in der vorgeschlagenen Ausgestaltung zu befürchten, dass der nach dem objektiven Ertragswertverfahren ermittelte Wert in der Praxis eine Preisobergrenze definiert, die einem diskriminierungsfreien Bewerbungsverfahren entgegensteht.

Wie in der Begründung zum Gesetzesentwurf ausgeführt, steht die Kaufpreisermittlung mittels objektivem Ertragswertverfahren zudem in einem Spannungsfeld zum Eigentumsrecht nach Artikel 14 GG. Einerseits darf im Sinne eines funktionsfähigen Wettbewerbs der Kaufpreis den Ertragswert des Netzes nicht (erheblich) überschreiten. Eine Netzübernahme ist nur sinnvoll ist, wenn der zu zahlende Kaufpreis sich an den zu erzielenden Erträgen orientiert. Andererseits kann der (subjektive) Ertragswert des bisher Nutzungsberechtigten oberhalb des Ertragswertes eines objektivierten Erwerbers liegen. In diesem Fall ergibt sich ein Kaufpreis, der einen möglicherweise nur schwer zu rechtfertigenden Eingriff in die Vermögenswerte des Alt-Konzessionärs darstellt. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn Synergieeffekte verloren gehen, weil das Netz in einer Gemeinde aus einem größeren Verteilnetz herausgenommen

DIHK | Deutscher Industrie- und Handelskammertag e. V.
Registriernummer des DIHK im Register der Europäischen Kommission: 22400601191-42
Breite Straße 29 | 10178 Berlin-Mitte | Telefon ++49-(0)30-20308-0 | Fax ++49-(0)30-20308-1000
E-Mail Berlin: infocenter@dihk.de | E-Mail Brüssel: dihk@bruessel.dihk.de | Internet: www.dihk.de

wird. Dies sollte, ebenso wie ein im Vergleich zum objektiven Ertragswert höherer subjektiver Ertragswert des Erwerbers, bei der Preisfindung angemessen Berücksichtigung finden können.

- § 46 Abs. 4 (neu) - Ergänzung der Kriterien für die Auswahl des Unternehmens durch die Gemeinde: Bisher nur festgelegt, dass bei der Auswahl des Unternehmens die Gemeinde den in § 1 Abs. 1 EnWG genannten Zielen der Netzregulierung verpflichtet ist (bislang § 46 Abs. 3 Satz 5). Ergänzend dazu sollen unter Wahrung netzwirtschaftlicher Anforderungen in Zukunft auch explizit Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft Berücksichtigung finden dürfen. Über Auswahlkriterien und Gewichtung muss die Gemeinde mit Bekanntgabe der Konzessionsausschreibung informieren.

Bewertung des DIHK

Nach Satz 4 ist die Gemeinde berechtigt, den Anforderungen des jeweiligen Netzgebietes Rechnung zu tragen. Diese Ergänzung trägt in der Offenheit ihrer Formulierung nicht zur Rechtssicherheit bei. Es besteht das Risiko, dass hierüber die Diskriminierungsfreiheit des Bewerbungsverfahrens eingeschränkt werden kann. Das Gesetz sollte aus Sicht des DIHK klarere Vorgaben für die Auswahl der Bewerbungskriterien und auch ihrer Gewichtung vornehmen.

Die Pflicht zur Bekanntmachung der Auswahlkriterien und ihrer Gewichtung durch die Gemeinde mit einer Frist von mindestens drei Monaten passt sich in das in § 47 vorgeschlagene Verfahren von Rügeobliegenheit und Präklusion ein. Die Fristsetzung erscheint angemessen.

- § 46 Abs. 5 (neu) – Mitteilung über Entscheidungsgründe: Ergänzend zur Veröffentlichung der maßgeblichen Zuschlagsgründe (bislang § 46 Abs. 3 Satz 6) wird die Gemeinde dazu verpflichtet, den Unternehmen, deren Angebot nicht angenommen wurde, über die Gründe für die Ablehnung und den Zeitpunkt des beabsichtigten Vertragsschlusses zu informieren.

Bewertung des DIHK

Diese Informationspflichten sind Voraussetzung für eine verzerrungsfreie Umsetzung der im Gesetzesentwurf in § 47 EnWG vorgesehenen Präklusion (siehe unten zu § 47).

Um eine ausreichende Transparenz der Auswahlentscheidung der Gemeinde gegenüber den Bewerbern herzustellen, sollte allerdings klargestellt werden, dass bei der Darlegung der Ablehnungsgründe (Absatz 4 Satz 2) eine Bewertung entlang der Auswahlkriterien im Vergleich zum ausgewählten Unternehmen erfolgten sollte.

§ 46 a (neu) – Auskunftsanspruch der Gemeinde

- Konkretisierung der Informationspflichten des Alt-Konzessionärs gegenüber der Gemeinde über die wirtschaftliche Situation des Netzes in Vorbereitung auf eine anstehende Neu-Vergabe (bislang § 46 Abs. 2 Satz 4 und 5 EnWG).

Bewertung des DIHK

Die detaillierten Vorgaben zur Darstellung der wirtschaftlichen Situation des Netzes durch den bisherigen Wegnutzungsberechtigten dienen der Rechtssicherheit und der Transparenz bei der Neuvergabe. Sie sind Voraussetzung dafür, dass das nunmehr vorgesehene Verfahren der Präklusion diskriminierungsfrei und rechtssicher erfolgen kann. Die bereitzustellenden Informationen sind die wesentliche Grundlage für die Entscheidung für eine Bewerbung bei der Neuvergabe von Wegenutzungsrechten.

§ 47 (neu) – Rügeobliegenheit, Präklusion

Für die am Bewerbungsverfahren beteiligten Unternehmen soll künftig eine zeitlich gestaffelte Rügeobliegenheit mit Präklusionswirkung vorgesehen werden. Mit Abschluss des neuen Konzessionsvertrages sind damit nachträgliche Anfechtungen wegen Verfahrensfehlern nicht mehr

DIHK | Deutscher Industrie- und Handelskammertag e. V.
Registriernummer des DIHK im Register der Europäischen Kommission: 22400601191-42
Breite Straße 29 | 10178 Berlin-Mitte | Telefon ++49-(0)30-20308-0 | Fax ++49-(0)30-20308-1000
E-Mail Berlin: infocenter@dihk.de | E-Mail Brüssel: dihk@bruessel.dihk.de | Internet: www.dihk.de

möglich. Die beteiligten Unternehmen sollen bereits im laufenden Auswahlverfahren auf die Vermeidung und Ausräumung von Rechtsfehlern hinwirken. Dafür wird ihr Informationsrecht konkretisiert. Ziel ist eine für die Gemeinde und das ausgewählte Unternehmen rechtssichere und insgesamt beschleunigte Konzessionsvergabe.

Bewertung des DIHK

Der DIHK sieht in der im Gesetzesentwurf vorgesehenen zeitlich gestaffelten Rügeobliegenheit mit Präklusionswirkung eine angemessene Möglichkeit, für mehr Rechtssicherheit und eine Beschleunigung bei Verfahren der Netzübergabe zu sorgen. Allerdings stellt dieses Verfahren hohe Anforderungen an die Gemeinde als Verfahrensführerin insbesondere hinsichtlich der Transparenz und des Fristenmanagements. Gleichzeitig müssen berechtigte Interessen zur Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen der bisherigen (Bekanntmachung der Neuvergabe) und künftigen (begründete Entscheidung) Nutzungsberechtigten angemessen berücksichtigt werden.

- § 47 Abs. 1 und 2 – Rügeobliegenheit: Eine Rechtsverletzung im Auswahlverfahren soll nur geltend gemacht werden können, wenn ein am Verfahren beteiligtes Unternehmen zum jeweils relevanten Zeitpunkt gegenüber der Gemeinde in Textform eine Rüge erklärt und begründet hat.
    - Rügen aufgrund einer Bekanntmachung des anstehenden Auslaufens einer Konzession nach § 46 Absatz 3 oder aufgrund einer Mitteilung nach § 46 Abs. 4 Satz 4: Bis zur Interessenbekundungs- bzw. Angebotsfrist sind Rechtsverstöße u. a. bei der Veröffentlichung und bei der Aufstellung und Gewichtung der Auswahlkriterien zu rügen. Der Zeitraum für mögliche Rügen umfasst damit maximal drei Monate.
    - Rügen aufgrund der Auswahlentscheidung der Gemeinde nach § 46 Abs. 5 sind innerhalb von 30 Kalendertagen ab Zugang der Entscheidungsgründe zu rügen.

Bewertung des DIHK

Die vorgesehenen Fristen für Rügen zu den jeweiligen Schritten des Verfahrens erscheinen angemessen. Für die Mitteilung nach § 46 Absatz 4 Satz 3 muss aber sichergestellt sein, dass die Gemeinde ihrer Mitteilungspflicht gegenüber potentiellen Konzessionsbewerbern zu Auswahlkriterien und deren Gewichtung *unverzüglich* nachkommen muss. Andernfalls kann sich eine unangemessen kurze Rügefrist ergeben.

- § 47 Abs. 3 – Akteneinsicht: Jedem beteiligten Unternehmen ist Akteneinsicht zu gewähren, soweit dadurch Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse gewahrt bleiben.

Bewertung des DIHK

Die Gewährung von Akteneinsicht ist angesichts der vorgesehenen Präklusion Vorbedingung für ein ausreichend transparentes und rechtssicheres Verfahren. Daher bedarf es einer genaueren Darstellung, was vorliegend unter Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zu verstehen ist. Zudem sollte klargestellt werden, ab welchem Zeitpunkt und unter welchen Voraussetzungen ein Unternehmen als beteiligt gilt. Voraussetzung für eine umfassende Akteneinsicht könnte z. B. eine qualifizierte Interessenbekundung sein.

- § 47 Abs. 4 – Handlungsoptionen der Gemeinde im Fall von Rügen: Aus Sicht der Gemeinde begründete Rügen führen zur Wiederholung des Verfahrens ab dem Zeitpunkt des gerügten Rechtsverstoßes. Wird die Rüge als unbegründet abgelehnt, ist das rügende Unternehmen darüber zu informieren und die Entscheidung zu begründen. Das rügende Unternehmen kann innerhalb einer Frist von 15 Kalendertagen vor den ordentlichen Gerichten einstweiligen Rechtsschutz ersuchen, um einen Vertragsabschluss nach § 46 Abs. 2 zu verhindern.

DIHK | Deutscher Industrie- und Handelskammertag e. V.
Registriernummer des DIHK im Register der Europäischen Kommission: 22400601191-42
Breite Straße 29 | 10178 Berlin-Mitte | Telefon ++49-(0)30-20308-0 | Fax ++49-(0)30-20308-1000
E-Mail Berlin: infocenter@dihk.de | E-Mail Brüssel: dihk@bruessel.dihk.de | Internet: www.dihk.de

Bewertung des DIHK

Die Frist von 15 Tagen, um vor ordentlichen Gerichten einstweiligen Rechtsschutz zu ersuchen, ist zu kurz. Hier sollte in Anlehnung an § 74 Absatz 1 VwGO eine Frist von einem Monat vorgesehen werden. Weiterhin ist nicht vollständig klar, ob mögliche Rechtsverletzungen nur gegen die Auswahlentscheidung (§ 47 Absatz 2 Satz 3, Gesetzesbegründung, Seite 24 „…um einen Vertragsschluss nach § 46 Absatz 2 zu verhindern“) vor ordentlichen Gerichten geltend zu machen sind oder auch während des laufenden Verfahrens in Fällen, in denen Rügen gegen die Aufforderung zur Abgabe von Interessenbekundungen oder gegen die Mitteilung der Auswahlkriterien als unbegründet von der Gemeinde abgelehnt worden sind. Wenn ggf. mehrfach vor eigentlichen Auswahlentscheidung Gerichtsverfahren geführt werden (müssen), kann sich daraus entgegen der Zielsetzung des Gesetzesentwurfes eine erhebliche Verzögerung von Konzessionsverfahren ergeben. Andererseits sollte der Zugang zu einer neutralen rechtlichen Instanz nicht unangemessen eingeschränkt werden.

§ 48 – Konzessionsabgaben

- § 48 Abs. 4 – Zahlungspflicht nach Vertragsablauf: Die bislang auf ein Jahr nach Auslaufen des Konzessionsvertrages begrenzte Pflicht zur Zahlung der vereinbarten Konzessionsabgabe wird auf den Zeitpunkt der Übertragung der Verteilungsanlagen auf den neuen Vertragspartner verschoben. Die Zahlungsverpflichtung gilt nur dann nicht, wenn die Gemeinde es unterlassen hat, ein Verfahren zur Neuvergabe durchzuführen.

Bewertung des DIHK

Der DIHK sieht in der Neuregelung grundsätzlich eine ausgewogene Lösung. Der fortgeltenden Pflicht des Unternehmens zur Zahlung der Konzessionsabgabe sollte allerdings eine Fortgeltung der Pflicht der Gemeinde, die Wegnutzung im Interimszeitraum zu gewähren, gegenübergestellt werden.

Im Sinne der Gesetzesbegründung, nach der eine Gemeinde nicht schützenswert ist, wenn sie

es unterlassen hat, ein Konzessionsverfahren zu initiieren und zügig voranzubringen, sollte am Ende von § 48 Abs. 4 ergänzt werden: „oder eine Verzögerung eines solchen Verfahrens zu vertreten hat."

Ansprechpartner:

Jakob Flechtner
030/20308-2204
flechtner.jakob@dihk.de