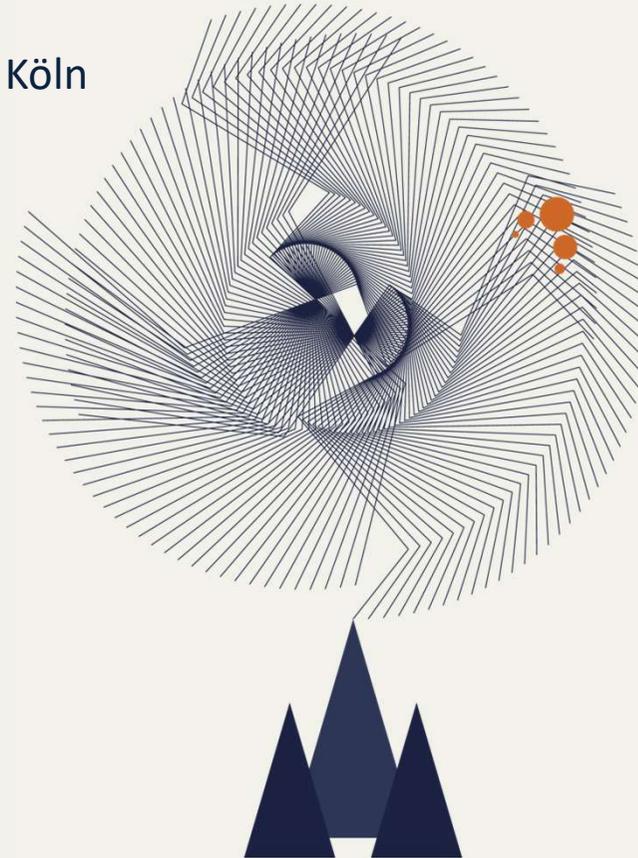


# / Die Neufassung der §§ 46 ff. EnWG als Herausforderung an die Praxis

Institut für Energiewirtschaftsrecht Universität zu Köln  
48. Energierechtliche Jahrestagung

Köln, 31. Oktober 2019  
Dr. Cornelia Kermel



Alicante  
Berlin  
Bratislava  
Brüssel  
Budapest  
Bukarest  
Dresden  
Düsseldorf  
Frankfurt/M.  
London  
Moskau  
München  
New York  
Prag  
Warschau

[noerr.com](http://noerr.com)

**Noerr**

# / Überblick über die Novellierung

- Keine Privilegierung von Eigenbetrieben
- „Konkretisierung“ des Netzkaufpreises (objektivierter Ertragswert), § 46 Abs. 2 S. 4 EnWG
- Konkretisierung des gemeindlichen Auskunftsanspruchs, § 46a EnWG
- Pflicht zur Fortzahlung der vollen Konzessionsabgabe über die Jahresfrist hinaus, § 48 Abs. 4 EnWG
- Berücksichtigung von „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ in den Auswahlkriterien, § 46 Abs. 4 S. 2 EnWG
- Einführung eines Rügeregimes, § 47 EnWG
- Anwendungsbereich des Rügeregimes, § 118 Abs. 23 EnWG
- Akteneinsichtsrecht, § 47 Abs. 3 EnWG

## / Beibehaltung eines diskriminierungsfreien Wettbewerbs „um das Netz“ nach Maßgabe der §§ 46 ff. EnWG

- ▶ **Klare Absage an In-House-Vergabe** durch die Bundesregierung:
  - ▷ Durchführung eines vergabeähnlichen Verfahrens nach Maßgabe der §§ 46 ff. EnWG ist stets notwendig vor Zuweisung der Wegenutzungsrechte an einen kommunalen Eigenbetrieb
    - Dient der Sicherstellung des hohen Qualitätsstandards, der für einen zuverlässigen Netzbetrieb dringend erforderlich ist
  - ▷ Kein „Ewigkeitsrecht“ der Kommunen
  - ▷ Kommune kann den Netzbetrieb übernehmen, wenn sie der geeignetste Bewerber ist
  - ▷ Wettbewerb „um das Netz“ steht nicht zur Disposition
  - ▷ Keine Ausnahme für In-House-Vergabe von den Vorgaben des § 46 EnWG aus der EU-Richtlinie zur Vergabe von Konzessionen (2014/23/EU)

# / Netzkaufpreis und Informationsanspruch der Gemeinde

## ➤ „Konkretisierung“ der Ermittlung des Netzkaufpreises

### ▷ Wirtschaftlich angemessene Vergütung

- Maßgeblich ist der nach den zu erzielenden Erlösen bemessene objektivierte Ertragswert des Energieversorgungsnetzes, § 46 Abs. 2 S. 4 EnWG
- Möglichkeit zur Einigung auf eine anderweitig basierte Vergütung bleibt unberührt, § 46 Abs. 2 S. 5 EnWG

## ➤ „Konkretisierung“ des Informationsanspruchs der Gemeinde/der Auskunftserteilungspflicht des aktuellen Wegerechtsinhabers durch Nennung bestimmter Daten, § 46a EnWG

## / Vorgaben zur Aufstellung der Auswahlkriterien, § 46 Abs. 4 EnWG

- *„Die Gemeinde ist bei der Auswahl des Unternehmens den Zielen des § 1 Absatz 1 verpflichtet. **Unter Wahrung netzwirtschaftlicher Anforderungen, insbesondere der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz, können auch Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft berücksichtigt werden.** Bei der Gewichtung der einzelnen Auswahlkriterien ist die Gemeinde berechtigt, den Anforderungen des jeweiligen Netzgebietes Rechnung zu tragen.“*
  - ▷ Ablehnung einer strikten Vorgabe, wie die einzelnen Ziele in konkrete Auswahlkriterien umzuwandeln sind
  - ▷ Weiter Entscheidungsspielraum der Gemeinden
  - ▷ Beispiele für Berücksichtigung Angelegenheiten örtlicher Gemeinschaft (Laufzeit und Modelle, die bessere Koordinierung von Baumaßnahmen mit weiteren Sparten sowie die Zahlung der höchstmöglichen Konzessionsabgabe nach KAV)

## / Fortzahlung der Konzessionsabgabe, § 48 Abs. 4 EnWG

### ➤ **Vor der Novellierung:**

- ▷ Fortzahlungspflicht auf ein Jahr begrenzt, § 48 Abs. 4 EnWG a.F.

### ➤ **Nach der Novellierung:**

- ▷ *„Die Pflicht zur Zahlung der vertraglich vereinbarten Konzessionsabgaben besteht auch nach Ablauf des Wegenutzungsvertrages bis zur Übertragung der Verteilungsanlagen auf einen neuen 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.“*

### ➤ Wann liegt ein Unterlassen in diesem Sinne vor?

- ▷ Gesetzesbegründung: *„Die Gemeinde ist allerdings insoweit nicht schützenswert, wenn sie es unterlassen hat, ein Verfahren nach § 46 Absatz 3 bis 5 EnWG zu initiieren und zügig voranzutreiben“* (BT-Drs. 18/8184, S. 17)

## / Einführung eines „Rügeregimes“

- **Neuregelung:** Gesetzlich verankerte Rügeobliegenheiten mit Präklusionsfolge im Falle der Nichtbeachtung
  1. Schritt: **Rüge** der (erkennbaren) Rechtsverletzung
  2. Schritt: **Einstweiliger Rechtsschutz vor ordentlichen Gerichten**
- **Folge bei Nichteinhaltung:** Präklusion

# / Rügeobliegenheit der Bewerber



**Vertragsschluss erst nach Ablauf der letzten Rügefrist und Frist zur Beantragung einer einstweiligen Verfügung zulässig!**

## / Anwendung des Rügeregimes auf laufende Konzessionierungsverfahren

- **§ 118 Abs. 23 EnWG** sieht die Anwendung des § 47 auf Konzessionsverfahren, in denen am 03.02.2017 bereits Auswahlkriterien samt Gewichtung bekannt gegeben waren mit der Maßgabe vor, dass die in § 47 Abs. 2 S. 1 bis 3 EnWG genannten Fristen *„mit Zugang einer Aufforderung zur Rüge beim jeweiligen Unternehmen beginnen“*

## / Akteneinsichtsrecht nach der Auswahlentscheidung, § 47 Abs. 3 EnWG

- Zur Vorbereitung einer Rüge gegen die Auswahlentscheidung (gemäß § 47 Abs. 2 S. 3) hat die Gemeinde jedem beteiligten Unternehmen auf Antrag **Einsicht in die Akten** zu gewähren und auf dessen Kosten Ausfertigungen, Auszüge oder Abschriften zu erteilen, § 47 Abs. 3 S. 1 EnWG
- Antrag muss innerhalb **einer Woche ab Zugang** der Mitteilung über die Auswahlentscheidung erfolgen
- Erfolgt eine Akteneinsicht nach Abs. 3, **beginnt die Rügefrist** für den Antragsteller **erneut** ab dem ersten Tag, an dem die Gemeinde die Akten zur Einsichtnahme bereitgestellt hat
- Umfang des Akteneinsichtsrechts (§ 47 Abs. 3 Satz 3 EnWG):

*„Die Gemeinde hat die Einsicht in die Unterlagen **zu versagen, soweit** dies zur Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen **geboten** ist“*

## / Überblick über einzelne Probleme in der Praxis

- Anwendung kartellvergaberechtlicher Regelungen auf Konzessionsverfahren nach §§ 46 ff. EnWG?
- Zwingende Anwendung des Rügeregimes auf laufende Konzessionierungsverfahren?
- Praxisprobleme durch §§ 46, 48 EnWG
- Welche Fälle werden von dem Rügeregime erfasst?
- Sonderthema: Akteneinsichtsrecht und Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse
- Kann die Kommune die Entscheidung über geltend gemachte Rügen beliebig hinausschieben?

# / Anwendung des Rügeregimes auf laufende Konzessionierungsverfahren

- Einführung des Rügeregimes auf laufende Verfahren im Ermessen der Gemeinde oder zwingend?
  - ▷ **LG Mainz** bejaht eine automatische Anwendung (LG Mainz, Urt. v. 06.07.2017, 12 HK O 28/17)
  - ▷ a.A. wohl **OLG Karlsruhe**, Urt. v. 27.03.2019, 6 U 113/18
  - ▷ **Begründung Beschlussempfehlung** zu § 118 Abs. 23 (BT-Drs. 18/10503) spricht für OLG Karlsruhe:  
*„[...] Mit der Formulierung wird dafür gesorgt, dass die Gemeinde es **entweder** bei der alten Rechtslage belassen **oder** durch Versendung von Aufforderungen zur Rüge an die beteiligten Unternehmen in die neue Rechtslage eintreten **kann**.“*
- Notwendigkeit eines **Gemeinderatsbeschlusses** zur Einführung?

## / Praxisprobleme zu §§ 46, 48 EnWG

- Verhältnis von Auswahlkriterien zu Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sowie Gewichtung nach wie vor nicht geklärt
- Kaufpreisbemessung nach wie vor nicht geklärt
- Umfang Auskunftsanspruch nach § 46a EnWG nach wie vor nicht geklärt
- Fortzahlung Konzessionsabgaben weitgehend geklärt

## / Einzelne Praxisprobleme mit dem Rügeregime

- Der Konzessionsvertrag darf erst nach Ablauf der Fristen zur Einreichung der e.V. geschlossen werden
  - ▷ **Was passiert, wenn Antrag auf e.V. fristgerecht eingereicht wurde, über den Antrag bis zum Fristablauf nicht entschieden und vor gerichtlicher Entscheidung der Konzessionsvertrag unterzeichnet wird?**
    - Nach **OLG Frankfurt a. M.**, Beschl. v. 26.02.2018, 11 W 2/18 (Kart) besteht kein Rechtsschutzbedürfnis im e.V. Verfahren mehr. Allerdings bleibe die Berechtigung zur Geltendmachung seiner Rechte und Einwände im Hauptsacheverfahren
- Sind **Hauptsacheverfahren** nach Durchlaufen des Rügeregimes weiterhin möglich?
  - ▷ Verfassungskonforme Auslegung sprich dafür:
    - Die für eine Begrenzung des effektiven Rechtsschutzes vom BVerfG (Az. BvL 6/14) geforderten **hinreichend gewichtigen Sachgründe sind hier nicht erkennbar**
    - Im e.V. Verfahren nur eingeschränkte Beweismittel

# / Umfang der vom Rügeregime erfassten Rechtsverletzungen

- ▷ **Erkennbare Rechtsverletzungen** aus der Bekanntmachung nach § 46 Abs. 3 EnWG, aus der Mitteilung nach § 46 Abs. 4 S. 4 EnWG und aus der Information nach § 46 Abs. 5 S. 1 EnWG?
  - Nach **OLG Karlsruhe**, Urt. v. 27.03.2019, 6 U 113/18 (Kart) muss für die Frage der Erkennbarkeit der Rechtsverletzung nicht nur ein durchschnittlich fachkundiger Bieter zugrunde gelegt werden. Vielmehr müsse sich der Bieter erforderlichenfalls dabei auch fachkundig beraten lassen. Gericht verneint Anwendbarkeit des Maßstabs von § 160 GWB
- ▷ **OLG Koblenz**, Urt. v. 12.09.2019, U 678/19 Kart, verneint Präklusionsmöglichkeit wegen außerhalb der Fristen geltend gemachter unzureichender Akteneinsicht
- ▷ **OLG Dresden**, Urt. v. 18.09.2019, U 1/19 Kart, verneint Rügepflicht und Präklusion mit dem Einwand der Unzulässigkeit des Nebenangebots. Die Fehlerhaftigkeit der Ausschreibung selbst sei von den in § 47 EnWG enumerativ aufgeführten, der Präklusion fähigen Gegenstände nicht erfasst
- ▷ **KG Berlin**, Urt. v. 25.10.2018, 2 U 18/18 EnWG, vertritt weite Auslegung des Begriffs „Auswahl“

## / Akteneinsichtsrecht (1)

- Transparenzgebot erstreckt sich auch auf Bewertung der Angebote
  - ▷ **OLG Frankfurt a.M.**, Urt. v. 03.11.2017, 11 U 51/17, (vor Novellierung) unterstellt, dass Angebote der Bewerber insgesamt als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse (BuGG) anzusehen seien. Auch Verfahrensvermerk unterliege grds. dem Geheimnisschutz. Es sei daher eine Abwägung zwischen Geheimhaltungsinteresse und Offenlegungsinteresse vorzunehmen. Zuvor müssten jedoch konkrete Anhaltspunkte vorgetragen werden
  - ▷ **OLG Dresden**, Urt. v. 10.01.2018, U 4/17 Kart, (vor Novellierung) bejaht umfassenden Auskunftsanspruch hinsichtlich der im Auswertungsvermerk niedergelegten Gründe der Auswahlentscheidung, um die Rechtmäßigkeit der Entscheidung überprüfen zu können. Nicht notwendig sei, dass schon vorher genügend Anhaltspunkte für die Fehlerhaftigkeit der Entscheidung vorliegen.
    - keine anderen Möglichkeiten, um das Transparenzgebot effektiv durchzusetzen (sekundäre Darlegungslast reiche nicht)
    - Das Vorliegen von BuGGen von Kommune konkret darzulegen (Darlegungs- und Beweislast)

## / Akteneinsichtsrecht (2)

- ▷ Nach **OLG Koblenz**, Urt. v. 12.09.2019, U 678/19 Kart, und **OLG Düsseldorf**, Urt. v. 13.06.2018, VI-2 U 7/16 (Kart) obliegt es Kommune wegen **sekundärer Darlegungslast**, im Rechtsstreit im Einzelnen darzulegen, auf welcher Grundlage sie ihre Auswahlentscheidung getroffen hat.
  - Nur die Kommune hat Kenntnis vom Inhalt des Angebots des vermeintlich obsiegenden Bewerbers.
  - die Kommune könne sich nicht pauschal auf die Pflicht zur Wahrung des Geheimwettbewerbs sowie den Schutz von BuGGen berufen. Dies würde dem verfassungsrechtlich zu leistenden berechtigten Ausgleich zwischen dem Anspruch auf einen effektiven Rechtsschutz im Rahmen des allg. Justizgewähranspruchs und dem Schutz von BuGGen in einem mehrpoligen Rechtsverhältnis nicht gerecht
  - Substantiiertes Sachvortrag erforderlich, bei Offenlegung welcher konkreten Geheimnisse der Bewerber welche Nachteile befürchtet. Erst dann sei eine Abwägung zwischen Offenlegungs- und Geheimhaltungsinteresse möglich
  - Das Bestehen von BuGGen reiche allein nicht aus, um eine Akteneinsicht nach § 47 Abs. 3 EnWG zu versagen

## / Akteneinsichtsrecht (3)

- ▷ Nach **OLG Dresden**, Urt. v. 18.09.2019, U 1/19 Kart, ist das **Transparenzgebot**, das sich auch in dem Überprüfungsverfahren nach § 47 EnWG fortsetze, **nicht gewahrt**
  - bei Übersendung nur eines (teilweise) geschwärzten oder ungeschwärzten Auswertungsvermerks
  - es sei nicht sichergestellt, ob der Auswertungsvermerk die Vollständigkeit und Richtigkeit der Übertragung der Angaben aus den Angeboten wiedergibt
  - Soweit sich die Kommune aus Gründen des Geheimnisschutzes daran gehindert sieht, müsse sie dies im Einzelnen **substantiiert darlegen**
  - Kein Berufen der Kommune auf BuGGe der anderen Bewerber. Diese haben ihre Bewerbung in dem Bewusstsein abgegeben, dass sie der Überprüfung durch Mitbewerber unterliegen könne. Daher nur **relatives Geschäftsgeheimnis**, auf das sich weder der obsiegende Bewerber noch die Kommune pauschal berufen könnten. Auch hier sei eine konkrete Darlegung und Abwägung erforderlich
  - Gefahr der Nutzung aus der Akteneinsicht erlangten Erkenntnisse durch **§ 203 Abs. 1 Ziff. 7 StGB** beherrschbar

## / Kann die Kommune die Entscheidung über die Rüge beliebig verschieben?

- ▷ BT-Drs. 18/8184, S. 17 zu § 47 Abs. 4 EnWG:

*„Absatz 4 fordert von der Gemeinde bei Nicht-Abhilfe der Rüge eine Begründung und somit eine Auseinandersetzung mit sämtlichen gerügten Rechtsverletzungen. Dies kann bereits in einem frühen Stadium zu einer Klärung strittiger Fragen führen. **Die Gemeinde hat es hierbei selbst in der Hand, den Zeitpunkt der Mitteilung zu wählen und somit den Beginn der sich hieran anschließenden Frist nach Absatz 5 Satz 1 zu steuern.** So kann sie beispielsweise im Rahmen der Mitteilung der Auswahlkriterien zuwarten, ob mehrere Unternehmen eine entsprechende Rüge erheben, um dann über ein (Nicht-)Abhilfe zu entscheiden.“*

- ▷ Berechtigung der Kommune, beliebig lange nicht zu entscheiden, z.B. über ein Jahr nicht über die Rüge gegen die Auswahlentscheidung zu befinden?
  - Keine § 75 VwGO (Klage bei Untätigkeit einer Behörde) entsprechende Regelung
  - Aber: § 65 EnWG
  - Verstoß gegen Laufzeitbegrenzung gemäß § 46 Abs. 2 EnWG?
  - Berechtigte Gründe?

/ Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



**Dr. Cornelia Kermel**

Rechtsanwältin  
Partner

+49 30 20942362  
cornelia.kermel@noerr.com

Dr. Cornelia Kermel ist bei Noerr Partnerin in der Noerr Energy Group und hoch angesehen für ihre über 20-jährige Beratung im Bereich des Energierechts insbesondere zu Konzessionsverträgen. Sie berät regelmäßig nationale und internationale Energieunternehmen in regulatorischen Fragen und bei der Umsetzung von Energieprojekten.

**Kompetenzen**

- Energierecht
- Energiekartellrecht
- Litigation
- Konzessionsrecht

# / Standorte

## Alicante

Noerr Alicante IP, S.L.  
Avenida México 20  
03008 Alicante  
Spanien  
T +34 965 980480

## Berlin

Noerr LLP  
Charlottenstraße 57  
10117 Berlin  
Deutschland  
T +49 30 20942000

## Bratislava

Noerr s.r.o.  
AC Diplomat  
Palisády 29/A  
81106 Bratislava  
Slowakische Republik  
T +421 2 59101010

## Brüssel

Noerr LLP  
Boulevard du Régent 47-48  
1000 Brüssel  
Belgien  
T +32 2 2745570

## Budapest

Kanzlei Noerr & Partner  
Fő utca 14-18  
1011 Budapest  
Ungarn  
T +36 1 2240900

## Bukarest

S.P.R.L. Menzer & Bachmann - Noerr  
Str. General Constantin  
Budişteanu nr. 28 C, Sector 1  
010775 Bukarest  
Rumänien  
T +40 21 3125888

## Dresden

Noerr LLP  
Paul-Schwarze-Straße 2  
01097 Dresden  
Deutschland  
T +49 351 816600

## Düsseldorf

Noerr LLP  
Speditionstraße 1  
40221 Düsseldorf  
Deutschland  
T +49 211 499860

## Frankfurt am Main

Noerr LLP  
Börsenstraße 1  
60313 Frankfurt am Main  
Deutschland  
T +49 69 9714770

## London

Noerr LLP  
Tower 42  
25 Old Broad Street  
London EC2N 1HQ  
Großbritannien  
T +44 20 75624330

## Moskau

Noerr OOO  
1-ya Brestskaya ul. 29  
Pf. 247  
125047 Moskau  
Russische Föderation  
T +7 495 799 56 96

## München

Noerr LLP  
Brienner Straße 28  
80333 München  
Deutschland  
T +49 89 286280

## New York

Noerr LLP  
Representative Office  
885 Third Avenue, Suite 2610  
New York, NY 10022  
USA  
T +1 212 4331396

## Prag

Noerr s.r.o.  
Na Poříčí 1079/3a  
110 00 Prag 1  
Tschechische Republik  
T +420 233 112111

## Warschau

Noerr Menzer Sp.k.  
Al. Armii Ludowej 26  
00-609 Warschau  
Polen  
T +48 22 5793060

info@noerr.com  
www.noerr.com  
© Noerr LLP