

Die Neufassung der §§ 46 ff. EnWG zwischen Theorie und Praxis – Was hat sich der Gesetzgeber nur dabei gedacht ?

- »» 48. Energierechtliche
Jahrestagung – Zukunft der
Verteilnetze,
31.10.2019
EWIR, Universität zu Köln

Bismarck und die Wurst



„Je weniger die Leute wissen,
wie Würste und Gesetze
gemacht werden,
desto besser schlafen sie!“

Otto von Bismarck
(*1815, +1898)

Politische und andere Akteure

▶ **Koalitionsvertrag Land (2471–2473)**

Um die Übertragung der Netze zu erleichtern und rechtssicher zu gestalten, werden wir uns weiter für eine Änderung der entsprechenden Regelungen im Energiewirtschaftsgesetz einsetzen.

▶ **Koalitionsvertrag Bund (S. 43)**

Bewertungsverfahren bei Neuvergabe (z.B. bei der Rekommunalisierung) der Verteilnetze (soll) eindeutig und rechtssicher geregelt sowie die Rechtssicherheit im Netzübergang verbessert werden

▶ **Antrag Fairer Wettbewerb SPD/Grüne NRW**

Der Landtag (fordert) die Landesregierung auf, sich in einer neuen Bundesratsinitiative für klare energiewirtschaftsrechtliche Regelungen für eine rechtssichere Konzessionsvergabe einzusetzen, die kommunale Netzübernahmen nicht unangemessen einschränkt.

Arbeitskreis Novellierung §§ 46 ff. EnWG

- ▶ ab Oktober 2013 (8 Sitzungen)
- ▶ Mitglieder (19)
 - LKartB NRW, SH, NI, IM, BKartA, BNetzA, BMWi
 - Städtetag, Städte- und Gemeindebund, VKU, BDEW
 - Fachanwälte
- ▶ Formulierungsvorschlag Anfang 09/14

Gesetzgebungsverfahren

- ▶ Kabinetttbefassung 03.02.2016
- ▶ Wirtschaftsausschuss BR 03.03.2016
- ▶ Bundesratsplenum 18.03.2016
- ▶ Gegenäußerung der BReg
(Mitte April 2016)
- ▶ 1. Durchgang BT: 21.04.2016
- ▶ Anhörung im WiA: 01.06.2016
- ▶ Beschlussempfehlung BT WiA: 30.11.2016
- ▶ 2./3. Durchgang BT: 01./02.12.2016
- ▶ 2. Durchgang BR: 16.12.2016
- ▶ Veröffentlichung: 02.02.2017
- ▶ Inkrafttreten: 03.02.2017

Deutliche Absage an

- ▶ Inhouse-Vergabe
- ▶ Stärkung der kommunalen Belange
- ▶ Anwendung des Vergaberechts

Inhalt des Gesetzentwurfs

- ▶ Präzisierung der Ermittlung der wirtschaftlich angemessenen Vergütung
- ▶ Berücksichtigung kommunaler Belange
- ▶ Informations-, Veröffentlichungs- und Wartepflichten
- ▶ Rügeregime
- ▶ Umfang der Datenherausgabe
- ▶ Fortzahlung der Konzessionsabgabe nach Ablauf des Konzessionsvertrages

Berücksichtigung kommunaler Belange (§ 46 Abs. 4)

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.

Die Gemeinde hat jedem Unternehmen, das ab der Bekanntmachung nach Absatz 3 Satz 1 oder 3 gesetzten Frist von mindestens drei Kalendermonaten ein Interesse an den öffentlichen Verkehrswegen bekundet, die Auswahlkriterien und deren Gewichtung in Textform mitzuteilen.

Stellungnahme der Bundesregierung

- ▶ herausragende Bedeutung von Versorgungssicherheit und Kosteneffizienz darf nicht durch die Berücksichtigung der Angelegenheiten der örtl. Gemeinschaft relativiert werden

Hintergrund

- ▶ Ressortkompromiss zwischen Wettbewerb und kommunalen Belangen
- ▶ keine Abkehr von BGH Rechtsprechung zu Heiligenhafen und Berkenthin

Protokollnotiz CDU/CSU u. SPD

Im Sinne eines diskriminierungsfreien Wettbewerbs um die Wegenutzungsrechte muss die administrierende Gemeinde die Auswahlkriterien so wählen und ausgestalten, dass sie jeder Bewerber gleichermaßen erfüllen kann. Insbesondere dürfen die aufgestellten Kriterien kommunale Bewerber gegenüber sonstigen Bewerbern nicht bevorzugen. Dies gilt auch für die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Sinne der neu geschaffenen Vorschrift.

Rügeobliegenheit/Präklusion (§ 47 Abs. 1)

Jedes beteiligte Unternehmen kann eine Rechtsverletzung durch Nichtbeachtung der Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens nach § 46 Abs. 1 bis 4 nur geltend machen, soweit es diese nach Maßgabe von Absatz 2 gerügt hat.

Die Rüge ist in Textform gegenüber der Gemeinde zu erklären und zu begründen.

Rügefristen (§ 47 Abs. 2)

Satz 1:

Rechtsverletzungen, die aufgrund der Bekanntmachung nach § 46 Abs. 3 erkennbar sind, sind innerhalb der Frist aus § 46 Abs. 4 S. 4 (= **mind. 3 Kalendermonate**) zu rügen.

Satz 2:

Rechtsverletzungen, die aus der Mitteilung nach § 46 Abs. 4 S. 4 (**Auswertungskriterien und deren Gewichtung**) erkennbar sind, sind innerhalb von 15 Kalendertagen ab deren Zugang zu rügen.

Rügefristen § 47 Abs. 2

Satz 3:

- ▶ Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung, die aus der Information nach § 46 Abs. 5 S. 1 erkennbar sind, sind innerhalb von **30 Kalendertagen** ab deren Zugang zu rügen.

Satz 4:

- ▶ Erfolgt eine Akteneinsicht nach Absatz 3, beginnt die Frist nach Satz 3 (**= 30 Kalendertage**) für den Antragsteller erneut ab dem ersten Tag, an dem die Gemeinde die Akten zur Einsichtnahme bereitgestellt hat.

Was ist „erkennbar“?

Ob eine Rechtsverletzung erkennbar war oder nicht, wird das Gericht entscheiden, wenn die Kommune im Verfahren den Präklusionseinwand erhebt. Zur Erkennbarkeit muss das Gericht dann inzidenter entscheiden

- ▶ sorgfältige Aktenaufbereitung
= desto bessere Erkennbarkeit evtl. Rechtsverletzungen
- ▶ schlechte Aktenaufbereitung
= desto weniger sind evtl. Rechtsverletzungen erkennbar

 **Präklusion**

 **Präklusion**

Akteneinsicht (§ 47 Abs. 3)

Zur Vorbereitung einer Rüge nach Absatz 2 Satz 3 (= **Auswahlentscheidung**) hat die Gemeinde jedem beteiligten Unternehmen auf Antrag Einsicht in die Akten zu gewähren und auf dessen Kosten Ausfertigungen, Auszüge oder Abschriften (**auch elektronisch, s. Begr.**) zu erteilen.

Der Antrag auf Akteneinsicht ist in Textform innerhalb einer Woche ab Zugang der Information nach § 46 Abs. 5 S. 1 (= **Info über Entscheidung**) zu stellen.

Die Gemeinde hat die Einsicht in die Unterlagen zu versagen, soweit dies zur Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen geboten ist.

**Antrag BRat/Prüfung BReg (abgl.):
Erweiterung auf Geheimwettbewerb u. Kenntlichmachung
von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen**

Lösungsansatz

- gemäß § 111 III GWB a.F. (jetzt: § 165 III GWB) vorher bestimmen, welche Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse herausgegeben werden dürfen
- Arbeitsaufwand für Kommunen gering halten
- Aufnahme ins Gesetz m.E. notwendig, da sonst die Legitimation der Kommunen bestritten werden könnte, dies zu verlangen

**BReg im BR gef. Klarstellung abgelehnt
(s. Begründung)**

Abhilfezeitpunkt

- ▶ Antrag NRW
- ▶ auf Bündelung der Nichtabhilfeentscheidungen
 - auch nach Durchführung des Verfahrens,
 - spätestens nach Info nach § 46 Abs. 5

BReg: kein Bedürfnis, da bereits jetzt möglich und zulässig, um „eingeschobene“ Gerichtsverfahren zu vermeiden

- ▶ Konzentration Eilrechtsschutz auf Verfahrensende

BReg: Ablehnung, Gemeinde soll flexibel entscheiden können

Wartefrist bei Abschluss des neuen Vertrages (§ 47 Abs. 6)

Ein Vertrag nach § 46 Abs. 2 (= qualifiziertes Wegerecht) darf erst nach Ablauf der Fristen aus Absatz 2 Satz 3 (= 30 Kalendertage) und Absatz 5 Satz 1 (= 15 Kalendertage) geschlossen werden.

BReg: kein Präzisierungsbedarf für Vertragssperre bis Abschluss des gerichtl. Verfahrens

Es kommt drauf an, was man draus macht.....



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit !



Gabriele Krater

Ministerium für Wirtschaft, Innovation,
Digitalisierung und Energie

des Landes Nordrhein–Westfalen

Berger Allee 25

40213 Düsseldorf

0211 / 61772–371

gabriele.krater@mwide.nrw.de