
Kommunale Gestaltungsspielräume bei der energiewirtschaftlichen Wegerechtsvergabe

Konferenz „Kommunales Infrastruktur-Management“
Berlin, 21.06.2013

Rechtsanwalt Sören Wolkenhauer

- BBH gibt es als Sozietät seit 1991.
- Wir sind eine Partnerschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern - mit Ingenieuren und weiteren Experten in unserer Becker Büttner Held Consulting AG.
- Über 500 Mitarbeiter, darunter mehr als 250 Berufsträger, arbeiten für Sie.
- Wir betreuen über 3.000 Mandanten.
- Wir sind die führende Kanzlei für die Energie- und Infrastrukturwirtschaft.
- BBH ist bekannt als „die“ Stadtwerke-Kanzlei. Tatsächlich sind wir das. Wir sind aber auch viel mehr. In Deutschland und auch in Europa.
- Die dezentralen Versorger, die Industrie, Verkehrsunternehmen, Investoren, Intermediäre sowie die Politik, z. B. die Europäische Kommission, die Bundesregierung, die Bundesländer und die öffentlichen Körperschaften u. v. a. m. schätzen BBH.

Sören Wolkenhauer, Rechtsanwalt



Sören
Wolkenhauer
Rechtsanwalt



Kontakt:
Soeren.wolkenhauer@bbh-online.de
Tel.: 030 / 611 28 40-175

- 2003 - 2009 Jurastudium in Hamburg, Berlin und Rom
- 2009 Tätigkeit in der Verwaltung des Deutschen Bundestages
- 2009 - 2011 Referendariat in Berlin und Lausanne (Schweiz)
- Seit Februar 2012 Rechtsanwalt bei BBH Berlin

Tätigkeitsschwerpunkte:

- **Allgemeines Energiewirtschaftsrecht**
- **Konzessionierungsverfahren**
- **Netzübernahmen**

- I. Rechtsrahmen der Wegerechtsvergabe
- II. Beteiligung kommunaler Unternehmen
- III. Ausgestaltung des Verfahrens
- IV. Probleme nach Verfahrensabschluss

- I. Rechtsrahmen der Wegerechtsvergabe
- II. Beteiligung kommunaler Unternehmen
- III. Ausgestaltung des Verfahrens
- IV. Probleme nach Verfahrensabschluss

I. Rechtsrahmen der Wegerechtsvergabe



Energiewirtschaftsrecht



**Europäisches
Unionsrecht**



**Art. 28 II GG und
Kommunalrecht**



Kartellrecht



Energiewirtschaftsrecht

- **§ 46 II bis IV EnWG**
 - Bekanntmachung des Vertragsendes zur Wettbewerbseröffnung
 - Veröffentlichung von Netzdaten
 - „Berücksichtigung“ der Ziele des § 1 EnWG
 - Bekanntmachung der Auswahlentscheidung
- **Nebenleistungsverbot in § 3 KAV**



Europäisches Unionsrecht

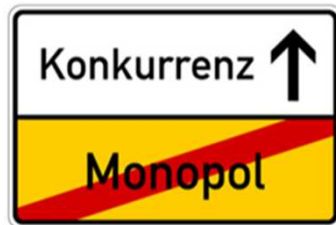
- Europäische Grundfreiheiten bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen zu beachten
- **Transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren:**
 - Grundsatz der **Nichtdiskriminierung:**
 - Gleichbehandlung aller Bewerber (Informationen, Fristen, etc.)
 - Entscheidung anhand objektiver, nicht diskriminierender Kriterien!
 - Grundsatz der **Transparenz:**
 - Auswahlkriterien müssen vorab benannt werden



Art. 28 II GG und Kommunalrecht

- **Kommunale Selbstverwaltung (Art. 28 II GG)**
 - Energieversorgung als Teil der Daseinsvorsorge
 - Gewährleistungsverantwortung für Netzbetrieb

- **Kommunales Wirtschaftsrecht**
 - Wirtschaftlichkeitsgrundsatz



Kartellrecht

- **Marktbeherrschende Stellung der Kommunen bei der Wegerechtsvergabe**
 - von Kartellbehörden und Kartellgerichten angenommen
 - Gemeinsamer Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen von BKartA und BNetzA vom 15.12.2010
 - Zum Teil sehr strenge Auslegung des Diskriminierungs- und Missbrauchsverbotes durch Kartellbehörden und Kartellgerichte

Derzeit hohe Rechtsunsicherheit für Kommunen

- insbesondere:
 - Verhältnis zwischen kommunalen Interessen und Zielen des § 1 EnWG?
 - Verhältnis Art. 28 II GG und Kartellrecht?
 - Welche Nebenleistungen sind im Konzessionsvertrag zulässig?
 - Was sind die Rechtsfolgen von Verfahrensfehlern?

- Konzessionierungsentscheidungen werden oft angegriffen, viele Gerichtsverfahren anhängig

- Grundsatzentscheidungen des BGH? Reform des § 46 EnWG?

- I. Rechtsrahmen der Wegerechtsvergabe
- II. Beteiligung kommunaler Unternehmen**
- III. Ausgestaltung des Verfahrens
- IV. Probleme nach Verfahrensabschluss

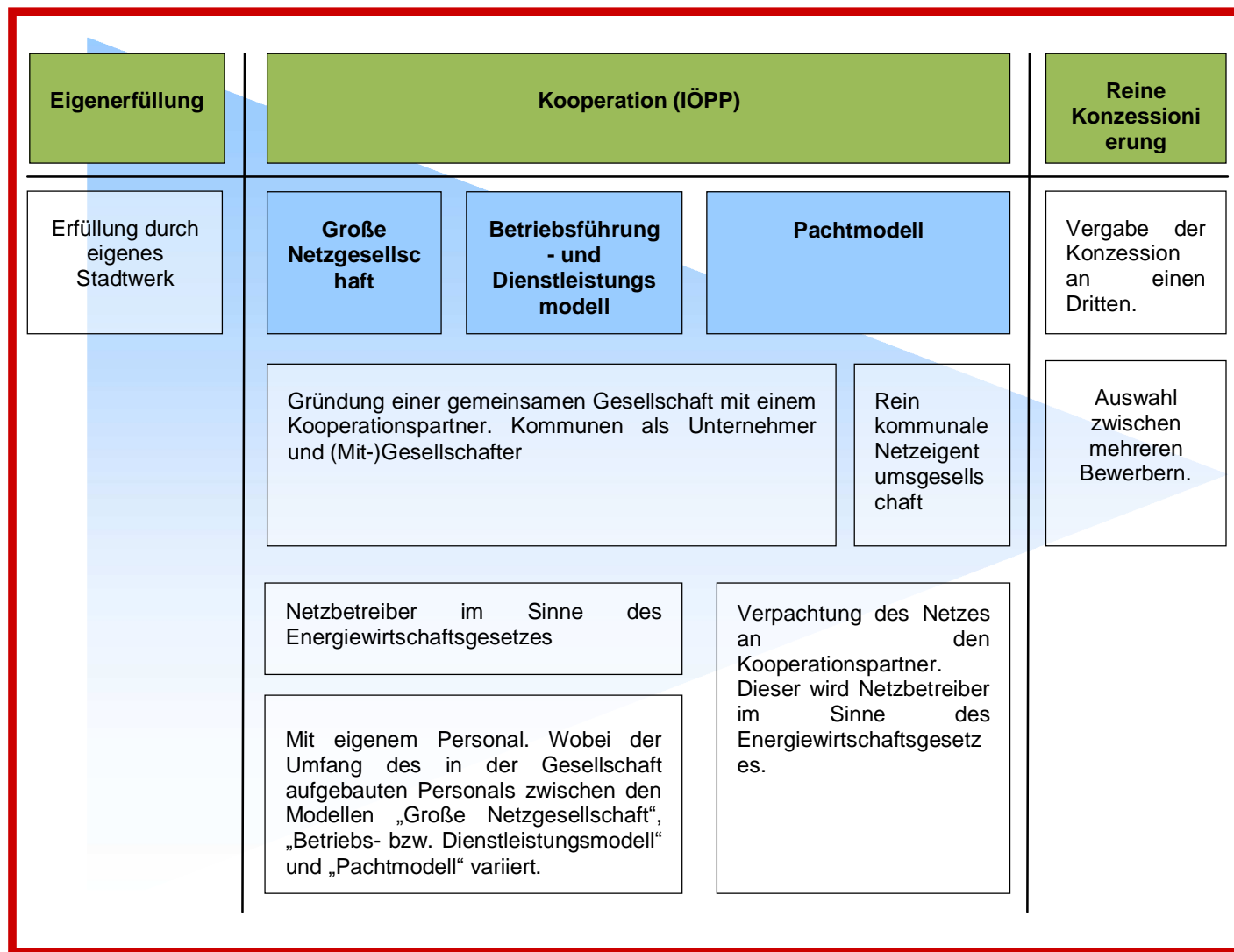


Aktuelle (Re-) Kommunalisierungen (Auswahl)

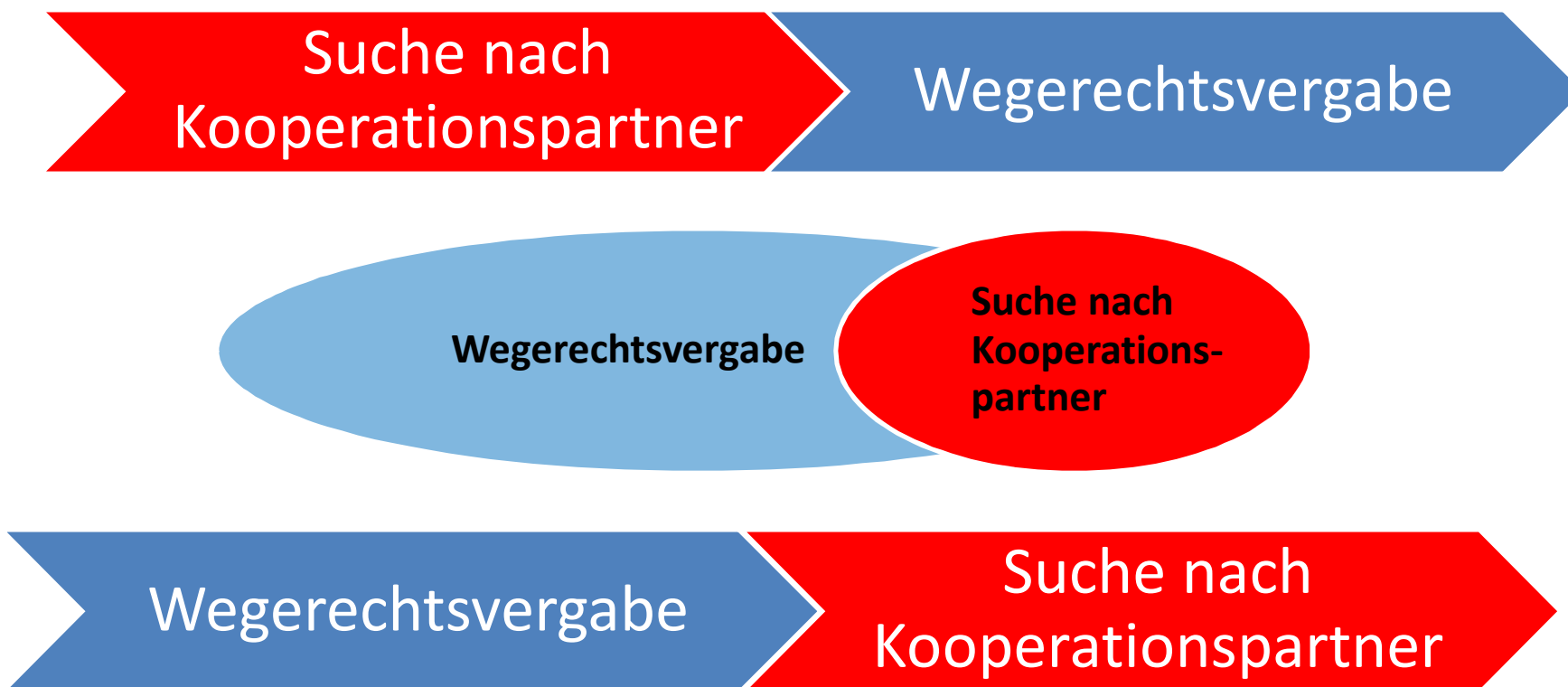
Eigene Darstellung BBH 06/2013

II. Beteiligung kommunaler Unternehmen

Kommunale Optionen bei der Wegerechtsvergabe



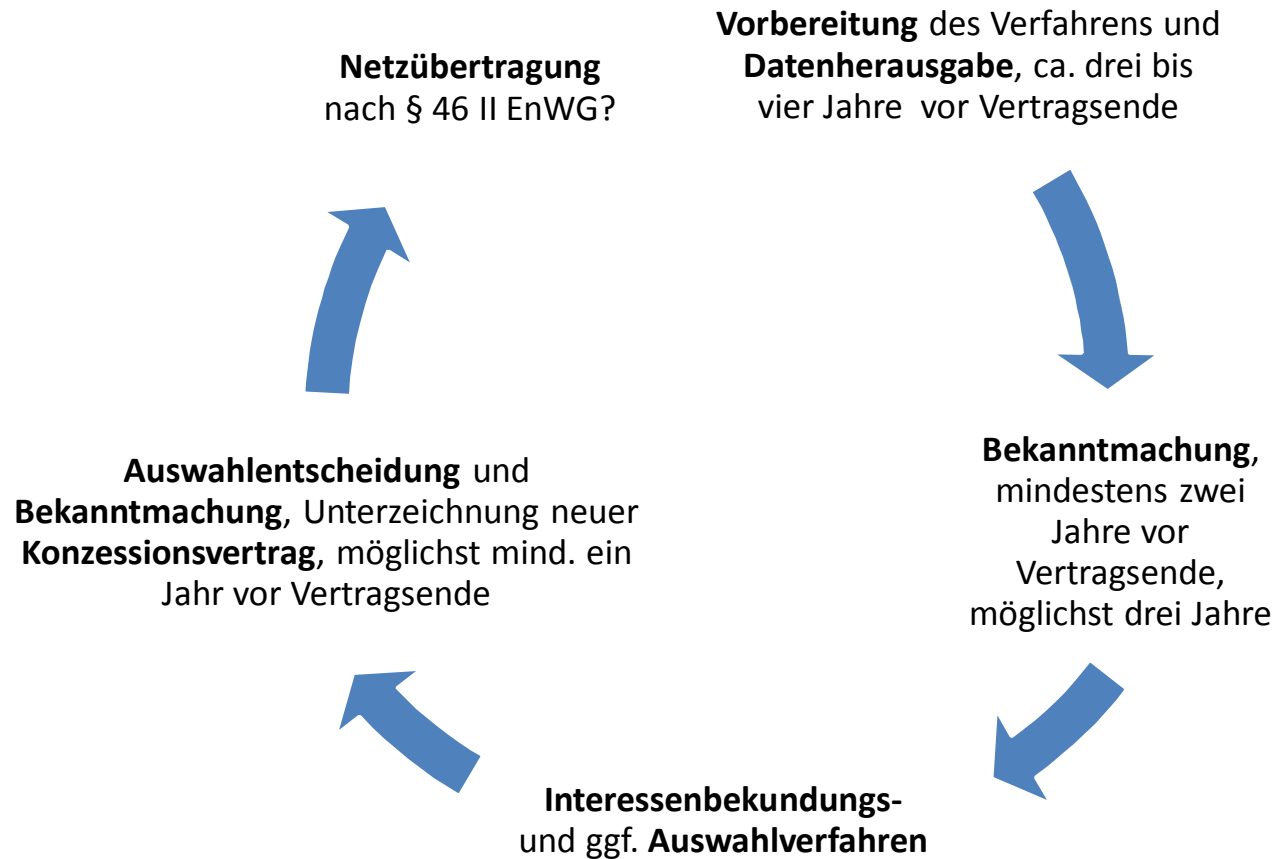
Gestaltungsmöglichkeiten bei Kooperationsmodellen



- **Streitpunkt „Inhouse-Vergabe“**
 - EuGH-Rechtsprechung zu „Inhouse-Vergaben“ gilt grundsätzlich auch für Dienstleistungskonzessionen wie in § 46 II EnWG
 - Strengere Vorgaben in § 46 II bis IV EnWG?
 - Rechtsprechung lehnt „Inhouse-Vergabe“ überwiegend ab (ebenso Kartellbehörden)
 - a.A. VG Oldenburg, Beschl. v. 17.07.2012; zuletzt Lorenz-von-Stein-Institut (Uni Kiel)
 - derzeit nicht zu empfehlen

- I. Rechtsrahmen der Wegerechtsvergabe
- II. Beteiligung kommunaler Unternehmen
- III. Ausgestaltung des Verfahrens**
- IV. Probleme nach Verfahrensabschluss

Ablauf des Konzessionierungsverfahrens



- **Streitpunkt „Ziele des § 1 EnWG“ vs. Kommunales Interesse**
- **§ 46 III 5 EnWG 2011** neu eingefügt:
 - *„Bei der Auswahl des Unternehmens ist die Gemeinde den Zielen des § 1 verpflichtet.“*
 - **1 I EnWG:** „sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche Versorgung“ ist Zweck des EnWG

Gesetzesbegründung zu § 46 III 5 EnWG:

*„Mit dem neuen Absatz 3 Satz 5 wird **klargestellt**, dass die Gemeinde im Rahmen ihrer Entscheidung über die Vergabe der Konzession an die Ziele des § 1 gebunden ist, eine preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche Versorgung im Sinne des Verbrauchers sicherzustellen. **Die sachgerechten Kriterien** für die Entscheidung der Gemeinde **müssen sich** aufgrund der Vorgabe der Entflechtung des Netzbetriebs von Vertrieb und Erzeugung **auf Aspekte des Netzbetriebs beschränken.**“*

(BT-Drs. 17/6072, S. 88)

III. Ausgestaltung des Verfahrens

Rechtsprechung zu Kriterien und Beurteilungsspielraum

Gerichte	Entscheidungsmaßstab der Gemeinde
VG Oldenburg (17.07.2012)	„Beurteilungsspielraum“ <u>Grenze:</u> gröbliche Verletzung bzw. schlechthin Unvereinbarkeit mit Grundsätzen vernünftiger Wirtschaft
OLG Hamm (26.09.2012)	„Dispositionsfreiheit“ <u>Grenze:</u> Willkür bzw. vergabefremde Kriterien
LG Köln (07.11.2012)	„Beurteilungsspielraum“ <u>Grenze:</u> sachfremde mit § 1 EnWG unvereinbare Kriterien
LG Leipzig (16.11.2012)	„Beurteilungsspielraum“ <u>Grenze:</u> sachfremde Kriterien ohne Bezug zum Konzessionsvertrag
OLG Schleswig (22.11.2012)	Zwingend vorrangige Anwendung von an § 1 EnWG orientierten Kriterien (nur sekundär andere Aspekte)

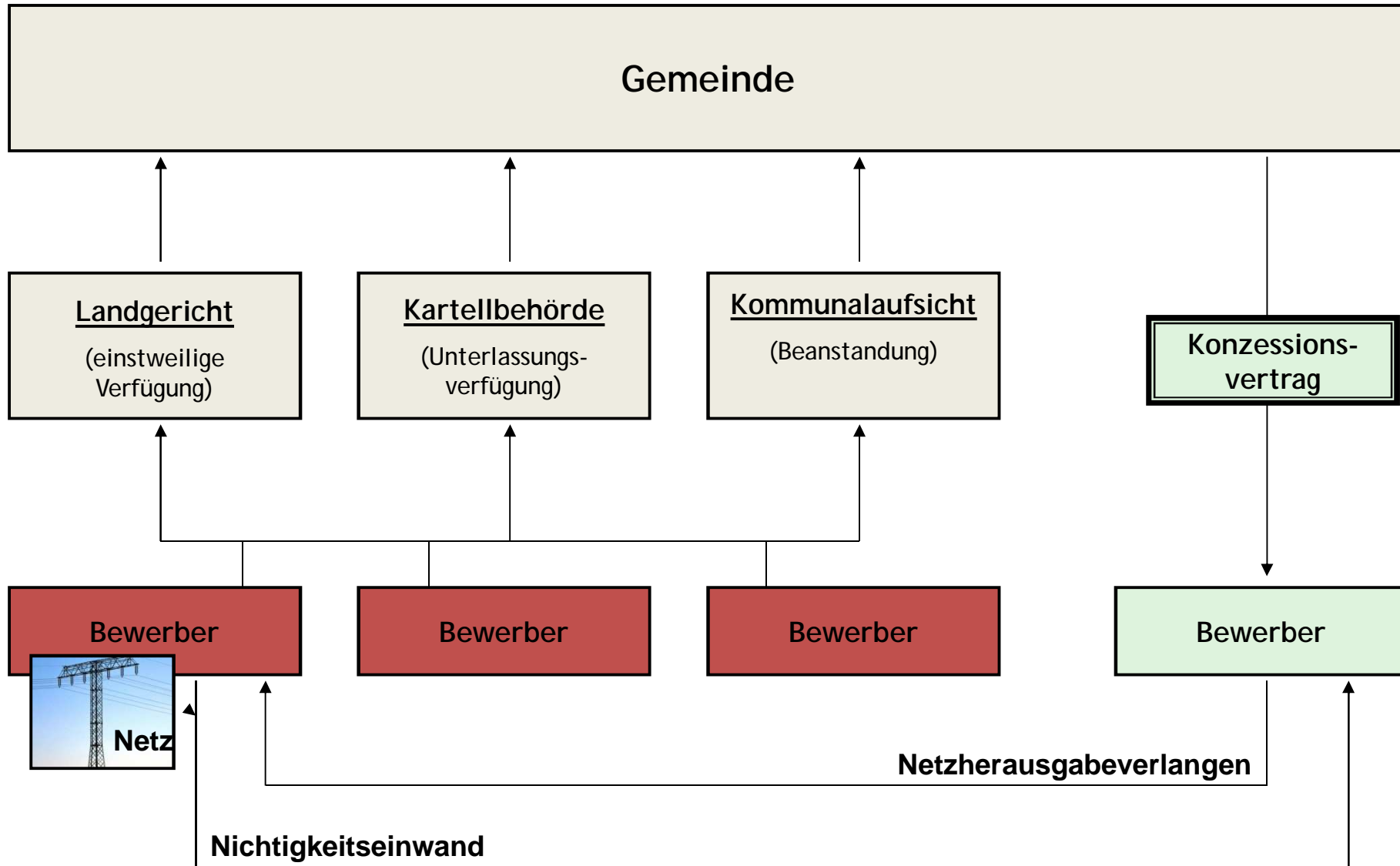
III. Ausgestaltung des Verfahrens

- Typische Regelungen in Strom- und Gaskonzessionsverträgen
 - Wegenutzungsrecht
 - Baumaßnahmen
 - Folgepflichten und Folgekosten
 - Zahlung von Konzessionsabgaben (§ 48 EnWG i.V.m. KAV)
 - Kommunalrabatt auf Netzentgelte (§ 3 I KAV)
 - Sonstige zulässige Nebenleistungen (§ 3 I und II KAV)
 - Endschaftsbestimmungen
 - Datenherausgabe
 - Laufzeit (höchstens 20 Jahre, § 46 II 1 EnWG)

- I. Rechtsrahmen der Wegerechtsvergabe
- II. Beteiligung kommunaler Unternehmen
- III. Ausgestaltung des Verfahrens
- IV. Probleme nach Verfahrensabschluss

- Probleme nach Verfahrensabschluss
 - Kein formelles Nachprüfungsverfahren wie im GWB-Vergaberecht
 - Nebeneinander von Rechtsschutzmöglichkeiten: Zivilgerichte, Kartellbehörden, Kommunalaufsicht
 - Mangels ausdrücklicher Rüge- und Rechtsschutzfristen hohe Rechtsunsicherheit
 - Streit um Rechtmäßigkeit der Wegerechtsvergabe verlagert sich häufig in das Folgeverfahren zur Netzübertragung auf Neukonzessionär
 - Wiederholung des Verfahrens droht

IV. Probleme nach Verfahrensabschluss



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Ansprechpartner: Rechtsanwalt Sören Wolkenhauer

BBH
Becker Büttner Held

Rechtsanwälte · Wirtschaftsprüfer · Steuerberater

BBH Berlin
Magazinstraße 15-16
10179 Berlin
Tel.: 030 611 28 40 0
Fax: 030 611 28 40 99
berlin@bbh-online.de

BBH Brüssel
Avenue Marnix 28
1000 Brüssel/Belgien
Tel.: +32 2 204 44 00
Fax.: +32 2 204 44 99
bruessel@bbh-online.be

BBH Hamburg
Kaiser-Wilhelm-Str. 93
20355 Hamburg
Tel.: 040 341 069 0
Fax: 040 341 069 22
hamburg@bbh-online.de

BBH Köln
KAP am Südkai
Agrippinawerft 30
50678 Köln
Tel.: 0221 6 50 25 0
Fax: 0221 6 50 25 299
koeln@bbh-online.de

BBH München
Pfeufferstraße 7
81373 München
Tel.: 089 23 11 64 0
Fax: 089 23 11 64 570
muenchen@bbh-online.de

BBH Stuttgart
Industriestraße 3
70565 Stuttgart
Tel.: 0711 722 47 0
Fax: 0711 722 47 499
stuttgart@bbh-online.de

www.bbh-online.de
www.DerEnergieblog.de