



Kernforderungen bei der Konzessionsvergabe im Energiebereich

Örtliche Energienetze haben als Drehscheibe der Energiewende eine zentrale Funktion. Dies betrifft traditionell die Strom- und Gasnetze in einer zunehmend integrierten Energiewirtschaft, aber auch die Wärme- und Wasserstoffnetze. Energienetze unterstützen das Ziel, fossile Energie schrittweise durch erneuerbare Energien zu ersetzen. Auf dem Weg zu einer CO₂-neutralen Energieversorgung bzw. -nutzung wird zugleich die Koppelung der Sektoren Strom, Wärme und Verkehr zunehmend wichtiger. Hierbei kommt den Netzen ebenfalls eine grundlegende Rolle zu.

Auf der kommunalen Ebene wird dabei immer deutlicher, dass einer spartenübergreifenden Gestaltung der örtlichen Energienetze für eine erfolgreiche Umsetzung der Energiewende eine zunehmende Bedeutung zukommt. Diesen schwierigen Prozess mitzugestalten, gehört in den Kernbereich der kommunalen Verantwortung für die Daseinsvorsorge. Neben einer dezentralen Energieversorgung steht dabei oft im Vordergrund, Energiepolitik lokal, d. h. auf der Grundlage kommunaler und regionaler Energiekonzepte mitzubestimmen. Dies ist mit Blick auf örtliche CO₂-Vermeidungspotenziale, aber auch mit Blick auf die Akzeptanz der BürgerInnen gegenüber teils als Belastungen empfundenen Auswirkungen der Energiewende („Verspargelung“ der Landschaft durch Windkraft an Land, Flächenkonflikte, steigende Energiepreise, Monokulturen etc.) erforderlich.

Städte und Gemeinden begreifen die örtliche Netzpolitik als Chance, die Energiewende vor Ort mit ihren Bürgern sowie der Wirtschaft aktiv zu gestalten. Gleichzeitig bietet die Transformation der Energiewirtschaft, welche überwiegend in der Fläche erfolgt, die Möglichkeit, die Rolle der Selbstverwaltung bei der Umsetzung der Klimaziele zu stärken.

Hierzu benötigen die Kommunen und Unternehmen mit kommunalen Eigentümern einen Rechtsrahmen im Bereich der Konzessionsvergabe und der Konzessionsabgaben, der dies unterstützt!

Der Deutsche Städte- und Gemeindebund sieht Anpassungsbedarf in folgenden Bereichen:

1. Vereinfachung des Verfahrens und des verfahrensrechtlichen Rahmens im EnWG

Die Novellierung des Konzessionsverfahrens im Strom- und Gasbereich im Jahr 2017 hat aus heutiger Sicht einige Verbesserungen, aber nicht die geforderte Klarheit und Rechtssicherheit gebracht. Zwar wurde beispielsweise durch das Rügeregime entlang der Verfahrensstufen der Neukonzessionierung die Rechtssicherheit etwas erhöht, zugleich stieg jedoch der Zeit- und Kostenaufwand bei den Verfahrensbeteiligten ebenso wie die Zahl gerichtlicher Auseinandersetzungen erheblich. Grundsätzlich gilt daher auch nach der letzten Novellierung, dass die Altkonzessionäre einen Wechsel des Konzessionsnehmers verzögern können und auch die Mittel hierzu haben (vgl. bereits des OLG Düsseldorf vom 16.11.2016 - VI-2 U (Kart) 1/15 -). In der Folge dauern betroffene Konzessionsvergabeverfahren bis zu ihrem endgültigen Abschluss viele Jahre und weit über das eigentliche Auslaufen des Konzessionsvertrages hinaus. Das Ergebnis ist nicht nur ein vertragloser Zustand, in dem von den im Konzessionsvertrag vereinbarten Rechten und Pflichten allein die Zahlung der Konzessionsabgabe abgesichert ist, sondern auch, dass der bisherige Konzessionsnehmer bis zu einer Übergabe des Verteilnetzes an einen Nachfolger (in der Interimszeit) in der Regel wichtige grundlegende Investitionen in

das Netz unterlässt und sich auf lediglich unabwendbare Ausgaben beschränkt. Und selbst nach dem rechtsgültigen Abschluss der Vergabe an einen neuen Konzessionsnehmer verzögern Altkonzessionäre vielfach den Netzübergang um mehrere Jahre, wenn nicht gar komplett aufgrund fortbestehender Rechtsunklarheiten. Somit kommt es häufig vor, dass die umfangreichen Verfahren nicht nur extrem aufwändig sind, sondern mitunter gar ohne jede faktische Wirkung bleiben. Selbst nach einer gerichtlichen Klärung im Sinne des § 47 EnWG über die Rechtmäßigkeit der kommunalen Auswahlentscheidung wird diese häufig nicht respektiert. Dies zeigt sich, indem im Rahmen von Netzübernahmen gegenüber dem Neukonzessionär die Wirksamkeit seiner Konzessionierung angezweifelt und von im Wettbewerb unterlegenen Altkonzessionären erneut zum Gegenstand einer weiteren gerichtlichen Auseinandersetzung gemacht werden. Hier sollte der Rechtsrahmen dafür geschaffen werden, dass die Wirksamkeit der Konzessionsvergabe nach einmal erfolgter Überprüfung im Sinne des § 47 EnWG durch alle Beteiligten nicht mehr in Zweifel gezogen werden kann!

Aus gemeindlicher Sicht stellt sich deshalb künftig mehr denn je die Frage, ob der Aufwand für die Vorbereitung und Durchführung des Verfahrens noch in einem angemessenen Kosten-Nutzen-Verhältnis zu den Erträgen aus der Konzessionsvergabe steht. **In allen genannten Bereichen sind daher Vereinfachungen und Optimierungen des Rechtsrahmens erforderlich.**

Anwendung des kartellvergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens

Der Gesetzgeber hat bei der Novellierung der §§ 46 ff. EnWG im Jahr 2016 in § 47 EnWG die Verweisung von Rechtsstreitigkeiten über Konzessionsvergaben zu den ordentlichen Gerichten nach den Vorschriften über das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung aufgenommen. Infolgedessen ist es vielfach zu einer Zersplitterung der Rechtsprechung gekommen. Vergleichbare Entscheidungen der im Eilrechtsschutz letztinstanzlichen Oberlandesgerichte weichen erheblich voneinander ab bzw. sind widersprüchlich. So laufen Konzessionsvergaben trotz des an sich einheitlichen Rechtsrahmens, je nachdem, in welchem Zuständigkeitsgebiet eines Oberlandesgerichtes die Konzessionsvergabe stattfindet, faktisch nach unterschiedlichen, von den jeweiligen Oberlandesgerichten geprägten „Spielregeln“ ab. **Eine Anwendung des kartellvergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens vor den Vergabekammern -auch auf die Konzessionsvergaben gemäß §§ 46 ff. EnWG- kann dieses Dilemma beheben.** Überdies könnte so direkt ein weiteres drängendes Problem vieler aktueller Konzessionsvergaben gelöst werden: die aktuell landauf, landab umstrittene Akteneinsicht im Rahmen von Konzessionsverfahren gemäß § 47 Abs. 3 EnWG. Dieses Recht belastet übermäßig regelmäßig die konzessionsgebenden Gemeinden und ist Gegenstand weiterer Rechtsstreitigkeiten. Im kartellvergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren sind hingegen die in der Sache erfahrenen Vergabekammern dazu berufen, Akteneinsicht unter Berücksichtigung des Geheimnisses sowie von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zu gewähren. Wenn keine Zuständigkeit der Vergabekammern erfolgen sollte, bedürfte es insoweit zumindest eines Nachjustierens der entsprechenden Regelung im EnWG insbesondere zu Fragen der Akteneinsicht und der Möglichkeit einer höchstrichterlichen Klärung konzessionsrechtlicher Streitigkeiten. Zudem müssen die Rechte und Pflichten aus dem Konzessionsvertrag auch für den Interimszeitraum abgesichert werden.

Vereinfachte Verfahren speziell für kleinere Kommunen

Insbesondere für Gemeinden mit einer kleinen Verwaltungsstruktur (bis 25.000 Einwohner) sind umfangreiche Konzessionsverfahren ohne kostenaufwändige rechtliche und technisch-wirtschaftliche Beratung in vielen Fällen nicht durchführbar. Diese verfügen regelmäßig über

zu wenig Personal, um ein Vergabeverfahren durchzuführen, welches einer gerichtlichen Überprüfung standhält. In der Folge müssen externe Berater beauftragt werden. Und selbst dann drohen Kartellverfahren unterlegener Mitbewerber. **Erforderlich ist deshalb in diesen Fällen eine grundlegende Vereinfachung des Konzessionsvergabeverfahrens, die den wettbewerblichen Vorgaben entspricht, sowie eine zeitliche Flexibilisierung der Frist zur Verfahrensdurchführung aus dem „de minimis“ Gedanken heraus, wobei das Entstehen von Ewigkeitsrechten zu vermeiden ist.** Hierzu sollte die Bundesnetzagentur ein Konsultationsverfahren von Gemeinden, Energiewirtschaft und weiteren Stakeholdern durchführen mit dem Ziel, weitere Verfahrensvereinfachungen zu prüfen und vorzuschlagen.

Beschleunigung von Netzübernahmen

Damit der Streit über den Netzkaufpreis nicht zu einer jahrelangen Verzögerung der Netzübernahme und damit der Umsetzung der gemeindlichen Konzessionierungsentscheidung führt, sollte dem erfolgreichen Neukonzessionär das Recht eingeräumt werden, den Eigentumsübergang nach seiner Wahl auch im Wege eines Vorbehaltskaufs zu verlangen, wenn nicht innerhalb eines Jahres eine Einigung über den Kaufpreis erzielt wurde. Flankierend könnte eine Verpflichtung der Bundesnetzagentur eingeführt werden, um im Streitfall auf Antrag einer Partei eine vorläufige, aber sofort vollziehbare Entscheidung über die Höhe des Vorbehaltskaufpreises bzw. des Anlagenumfangs zu treffen. Damit könnten zusätzliche Verzögerungen bei der Umsetzung der Netzübernahme begrenzt werden.

2. Förderung einer integrierten Netzplanung

Besonders mit Blick auf die CO₂-mindernde und damit umweltfreundliche Koppelung der Sektoren Strom, Wärme, Verkehr im Sinne einer örtlichen Energiepolitik ist eine integrierte Netzplanung und -bewirtschaftung zentrales Anliegen. Kommunale bzw. regionale Energiekonzepte sichern dies ab. Infolgedessen muss sich dies stärker als bisher bei den zulässigen Kriterien für die Auswahl des Vertragspartners widerspiegeln, der Rechtsrahmen muss entsprechend angepasst werden.

Ferner sollte insoweit das Nebenleistungsverbot nach § 3 der Konzessionsabgabenverordnung (KAV) angepasst und klargestellt werden, dass Unterstützungsleistungen der Konzessionäre bei der Aufstellung und Umsetzung kommunaler oder regionaler Energiekonzepte und die hierfür erforderliche Bereitstellung einer integrierten, spartenübergreifenden Netzplanung nicht durch das Nebenleistungsverbot erfasst werden.

3. Klare Regelungen im Bereich der Wasserstoffnetze

Die Rechtslage der Vergabe bei den Wegerechten für Wasserstoffnetze ist trotz der letzten Änderungen in der 19. Wahlperiode des Gesetzesgebers weiterhin unklar. Dadurch kommt es zu erheblichen Rechtsunsicherheiten bei den Gemeinden. Im Einzelnen ist nicht geregelt, ob das Vergabeverfahren für das einfache (§ 46 Absatz 1 Satz 1 EnWG) oder qualifizierte Wegerecht (§ 46 Absatz 2 Satz 1 EnWG) anzuwenden ist. Im Sinne der volkswirtschaftlich vorzugswürdigen Integration des Wasserstoffs in die vorhandene Gasnetzinfrastruktur sollten auch die §§ 46, 48 EnWG sowie alle weiteren diesbezüglichen Normen in der Weise angepasst werden, dass sich hieraus eine Parallelität zu den Gasnetzen ergibt. **Erforderlich ist eine rechtssichere Regelung für die Wegenutzung, aber auch bei der Konzessionsabgabe im Bereich des Energieträgers Wasserstoff.** Im Interesse des Konzessionsabgabenaufkommens bei den Gemeinden sollte sichergestellt werden, dass Wasserstofflieferungen konzessionsabgabenrechtlich als Tariflieferungen behandelt werden.