

Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer,
Ergänzungsstudium

A 519 – Praxisfragen aus Energierecht,
Energiewirtschaft und Energiepolitik

Wettbewerb um Strom- und
Gasverteilnetze: Ablauf der
Konzessionsverfahren nach § 46 EnWG
aus der Perspektive der
ausschreibenden Kommunen

Vortragsnotizen

Till Menke

Gästehaus Otto Mayer Zimmer 331 – Otto-Mayer-Straße 16 – 67346 Speyer – Tel. 06232/6959834 – studium@tillmenke.de

Vortragsdatum: 08.01.2022

<http://www.tillmenke.de/studium/verwaltungswissenschaft/a519>

Inhaltsverzeichnis

Folienverzeichnis	4
1 Aufgabenstellung.....	5
2 Konzessionsarten des § 46 EnWG	5
3 Ablauf eines Verfahrens nach § 46 Abs. 2 EnWG	6
3.1 Vorprüfung: Entscheidung für die Durchführung des Verfahrens	7
3.1.1 Erforderlichkeit des Verfahrens	7
3.1.2 Folgen bei Nichtdurchführung.....	8
3.1.3 strategische Positionierung.....	8
3.2 Bekanntmachung nach § 46 Abs. 3 EnWG	8
3.3 Auswahlverfahren im engeren Sinne (Abs. 4)	9
3.3.1 Aufstellung und Gewichtung der Auswahlkriterien i. S. d. Satz 1-3	9
3.3.2 Mitteilung an Interessenten (Satz 4).....	9
3.3.3 Bewertung der eingehenden Angebote	9
3.4 Vorabinformation der unterlegenen Bieter (Abs. 5 Satz 1)	9
3.5 Abwarten der Rügefristen (§ 47 Abs. 6).....	9
3.6 Vertragsschluss.....	9
3.7 öffentliche Bekanntmachung des Vertragsschlusses (Abs. 5 Satz 2)	9
3.8 Vertragsdurchführung	9
4 rechtliche Anforderungen an das Auswahlverfahren	10
5 Bewertungsverfahren.....	11
6 Auswahlkriterien	12
6.1 zulässige Auswahlkriterien (§ 46 Abs. 4 Satz 1-2)	13
6.1.1 gesetzlich vorgegebene Auswahlkriterien.....	13
6.1.2 weitere zulässige Auswahlkriterien.....	14
6.2 Gewichtung (§ 46 Abs. 4 Satz 3).....	15
6.3 unzulässige Auswahlkriterien	15
7 Stolpersteine	16
8 Literatur	17

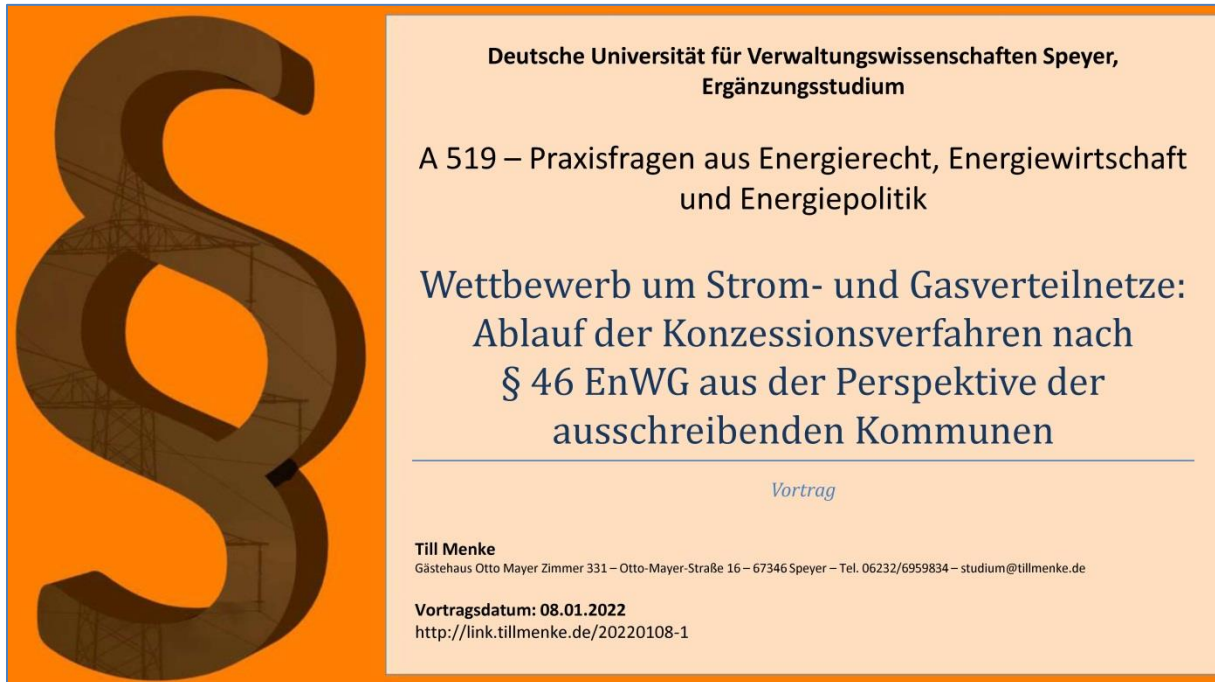
Folienverzeichnis

Folie 1	5
Folie 2	5
Folie 3	6
Folie 4	7
Folie 5	10
Folie 6	11
Folie 7	12
Folie 8	12
Folie 9	13
Folie 10	14
Folie 11	15
Folie 12	16

1 Aufgabenstellung

Beschreiben Sie aus der Perspektive der ausschreibenden Kommunen den optimierten Ablauf eines Konzessionsverfahrens und die möglichen Stolpersteine. Welche Auswahlkriterien sind zulässig? Welche nicht?

Dauer: max. 15 Minuten



Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer,
Ergänzungsstudium

A 519 – Praxisfragen aus Energierecht, Energiewirtschaft
und Energiepolitik

Wettbewerb um Strom- und Gasverteilnetze:
Ablauf der Konzessionsverfahren nach
§ 46 EnWG aus der Perspektive der
ausschreibenden Kommunen

Vortrag

Till Menke
Gästehaus Otto Mayer Zimmer 331 – Otto-Mayer-Straße 16 – 67346 Speyer – Tel. 06232/6959834 – studium@tillmenke.de

Vortragsdatum: 08.01.2022
<http://link.tillmenke.de/20220108-1>

Folie 1

2 Konzessionsarten des § 46 EnWG



	Abs. 1	Abs. 2
Gegenstand ist die Nutzung von Wegen für...	... einzelne Leitungen beliebiger Art → leitungsbezogenes Recht	... Energieversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung → ortsbezogenes Recht
max. Laufzeit	unbeschränkt	20 Jahre
Entscheidungsart	gebundene Entscheidung („haben“)	Ermessensentscheidung („dürfen“)

Folie 2

	Abs. 1	Abs. 2
Gegenstand ist die Nutzung von Wegen für...	... einzelne Leitungen beliebiger Art → leitungsbezogenes Recht	... Energieversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung → ortsbezogenes Recht ¹
max. Laufzeit	unbeschränkt	20 Jahre
Entscheidungsart	gebundene Entscheidung („haben“)	Ermessensentscheidung („dürfen“)

→ Schwierigkeiten im Verfahren stellen sich nur bei Abs. 2, da nach Abs. 1 Anspruch bei Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzungen und keine Konkurrenzsituation

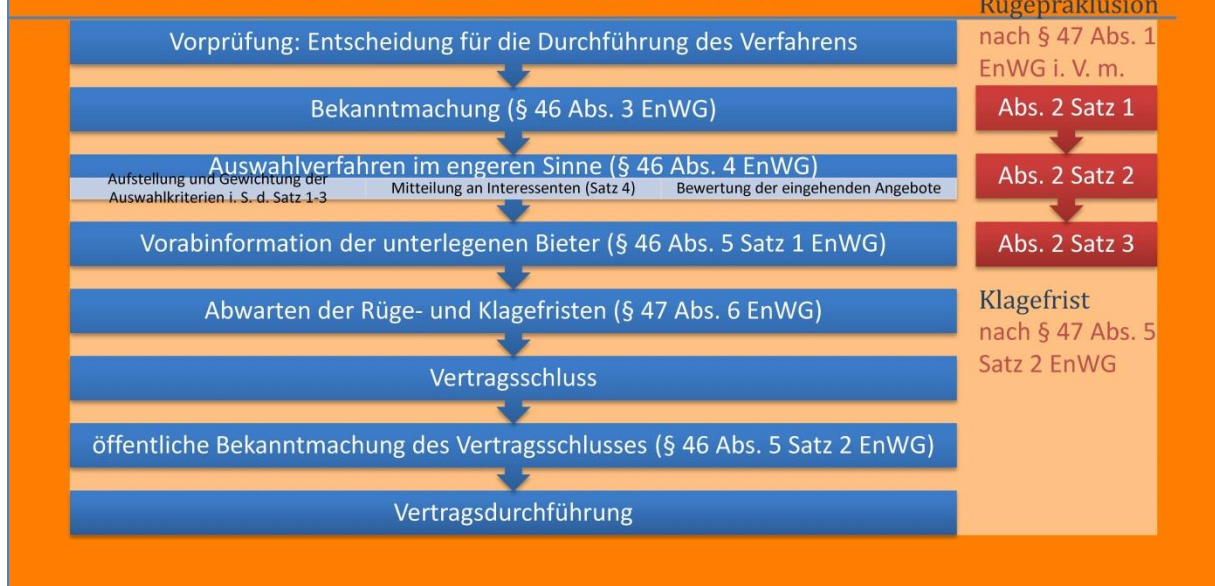
3 Ablauf eines Verfahrens nach § 46 Abs. 2 EnWG

Konzessionsverfahren nach § 46 Abs. 2 EnWG

Folie 3

¹ Theobald/Kühling/Theobald/Schneider: § 46 EnWG, 111. Lfg., Rn. 28; Templin: Recht der Konzessionsverträge, S. 130.

Verfahren im Überblick



Folie 4

3.1 Vorprüfung: Entscheidung für die Durchführung des Verfahrens

3.1.1 Erforderlichkeit des Verfahrens

Möglichkeit der verfahrensfreien In-House-Vergabe umstritten²

- dafür: keine europarechtlichen Vergabebeschränkungen, da In-House-Privileg
 - dafür: Art. 28 Abs. 2 GG, dessen Schutzbereich eröffnet ist³
 - dafür: ursprüngliche Interpretation des Zwecks
„Spätestens alle zwanzig Jahre sollten die Partner eines Konzessionsvertrags völlig frei darüber entscheiden können, ob die Energieversorgung durch den bisherigen Vertragspartner, durch ein konkurrierendes Versorgungsunternehmen oder aber durch die Kommune selbst fortgesetzt werden sollte.“⁴
 - dagegen (BGH): kein nationalrechtlicher Ausschluss des Vergabeverfahrens (insb. Wortlaut des Abs. 6 (bis 2017 Abs. 4)⁵)
 - mit letzter Neufassung Bestätigung der Verfahrenspflicht durch Gesetzgeber entgegen Antrag der Linkspartei⁶; inhaltliche Argumentation gegen Ausschluss der Inhouse-Vergabe überzeugt aber kaum⁷
- ➔ de lege lata nach den gängigen Auslegungskriterien recht eindeutige Verfahrenspflicht; andere Frage ist aber Berücksichtigung der sachlichen Gründe für Kommunalisierung im Vergabeverfahren

² Weiß: Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, S. 22-45; ausführlich Möllnitz: Vergabe von Konzessionsverträgen, S. 138-180.

³ Brüning, in: Bauer/Büchner/Hajasch (Hrsg.): Rekommunalisierung, S. 59ff., hier: S. 60; vgl. insb. BVerfG NJW 1990, 1783; Theobald/Kühling/Theobald/Schneider: § 46 EnWG, 111. Lfg., Rn. 29; ausführlich Templin: Recht der Konzessionsverträge, S. 163-245.

⁴ BGH NJW 2000, 577, 580-581.

⁵ Albrecht, in: Schneider/Theobald (Hrsg.): Handbuch RdEW, § 9, hier: Rn. 89.

⁶ BT-Drucksache 18/8184, Seite 1.

⁷ Theobald/Kühling/Theobald/Schneider: § 46 EnWG, 111. Lfg., Rn. 144.

3.1.2 Folgen bei Nichtdurchführung

ggf. keine Betriebspflicht und sehr wahrscheinlich keine Ansprüche gegen derzeitigen Betreiber⁸;
Entfall der Hauptansprüche bei Unterlassen der Vergabe nach § 48 Abs. 4 Satz 2 EnWG möglich

3.1.3 strategische Positionierung

- auch bei Verfahrensdurchführung Entscheidung über Rekommunalisierung als strategisches Ziel vorab zu klären; Bemühungen dazu führen laut Ansicht des Gesetzgebers nicht zu einer unzulässigen Vorfestlegung⁹; hier vorgestellte Aspekte vermutlich abgedeckt durch [THEMA 10](#)
- denkbare Alternative zur Fremdvergabe: Rekommunalisierung in unterschiedlichem Umfang¹⁰
- Kriterien
 - netzwirtschaftlich¹¹ (vgl. auch § 1 Abs. 1 EnWG mit zwei weiteren Zielen)
 - Versorgungssicherheit
 - Wirtschaftlichkeit (realistisch: 3-6% Eigenkapitalrendite)
 - Umweltverträglichkeit (auf Netzbetriebsebene [laut für Abschnitt zitierter Quelle] nicht erreichbar, da Neutralitätspflicht bezüglich Durchleitenden)
 - politisch¹²
 - pro
 - Mitarbeiterbegünstigung
 - gezielte Kleinauftragsvergaben in die Region
 - Gewerbesteuer (aber: auch privater Betreiber kann Gewinnerlegung beim Finanzamt beantragen¹³)
 - Bürgernähe
 - Steuerungsmöglichkeit
 - contra
 - bessere Planbarkeit und geringere Risiken
 - Marktübersicht
 - Einbringung überregionaler Erfahrungen
 - Finanzierung durch Privaten (insb. Netzerwerb¹⁴)

3.2 Bekanntmachung nach § 46 Abs. 3 EnWG

- Ort
 - grundsätzlich Bundesanzeiger
 - bei über 100000 Kunden auch im Amtsblatt der europäischen Union (Satz 2)
- Inhalt
 - Vertragsende
 - Hinweis auf nach § 46a EnWG zu veröffentlichende Daten
 - Fristsetzung nach Abs. 4 Satz 4 (mind. 3 Monate) für Mitteilung des Teilnahmeinteresses

⁸ DStGB: Auslaufende Konzessionsverträge, S. 4.

⁹ BT-Drucksache 18/8184, Seite 13; vgl. auch *Dehenn*: Vergabe von Wegekonzessionen, S. 296.

¹⁰ *Kunze*, in: Bauer/Büchner/Hajasch (Hrsg.): Rekommunalisierung, S. 99ff., hier: S. 104-105.

¹¹ *Kunze*, in: Bauer/Büchner/Hajasch (Hrsg.): Rekommunalisierung, S. 99ff., hier: S. 100-102.

¹² *Schäfer*, in: Bauer/Büchner/Hajasch (Hrsg.): Rekommunalisierung, S. 73ff., hier: S. 77-78.

¹³ *Kunze*, in: Bauer/Büchner/Hajasch (Hrsg.): Rekommunalisierung, S. 99ff., hier: S. 106.

¹⁴ *Kunze*, in: Bauer/Büchner/Hajasch (Hrsg.): Rekommunalisierung, S. 99ff., hier: S. 106.

- Rügepräklusion für aus Bekanntmachung ersichtliche Mängel nach § 47 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 EnWG (Frist entspricht der gesetzten Frist)

3.3 Auswahlverfahren im engeren Sinne (Abs. 4)

zu den rechtlichen Vorgaben siehe [ABSCHNITT 4 = FOLIE 5](#)

3.3.1 Aufstellung und Gewichtung der Auswahlkriterien i. S. d. Satz 1-3

dazu [ABSCHNITT 6 = FOLIE 8 BIS FOLIE 11](#)

3.3.2 Mitteilung an Interessenten (Satz 4)

- Textform
- Auswahlkriterien und deren Gewichtung
- Rügepräklusion für aus Mitteilung ersichtliche Mängel nach § 47 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 EnWG (Frist: 15 Tage ab Zugang)
- vorher durch BGH aus Transparenzgebot aus Diskriminierungsverbot gefolgert¹⁵

3.3.3 Bewertung der eingehenden Angebote

dazu [ABSCHNITT 5 = FOLIE 6 BIS FOLIE 7](#)

3.4 Vorabinformation der unterlegenen Bieter (Abs. 5 Satz 1)

- Textform
- Gründe der vorgesehenen Ablehnung
- frühester Zeitpunkt des beabsichtigten Vertragsschlusses
- Rügepräklusion für aus Mitteilung ersichtliche Mängel nach § 47 Abs. 1, Abs. 2 Satz 3 EnWG (Frist: 30 Tage ab Zugang, bei Akteneinsicht ab ersten Tag (§ 187 Abs. 2 BGB?) der Bereitstellung zur Einsichtnahme (Satz 4, Frist für Akteneinsicht nach Abs. 3 Satz 2 eine Woche ab Zugang))

3.5 Abwarten der Rügefristen (§ 47 Abs. 6)

- § 47 Abs. 2 EnWG: Rügefristen bereits oben behandelt
- § 47 Abs. 5 Satz 2 EnWG: Klagefrist 15 Tage ab Zugang der Nichtabhilfemitteilung nach Abs. 4 (im Verfügungsverfahren nach der ZPO, wobei Verfügungsgrund unerheblich ist)
- für Beweis sinnvoll: Zustellung per PZU¹⁶ oder Einschreiben mit Rückschein¹⁷

3.6 Vertragsschluss

nennt das Gesetz nicht systematisch, ist aber logische Voraussetzung dessen Bekanntmachung; zudem vorausgesetzt in § 47 Abs. 6 EnWG

3.7 öffentliche Bekanntmachung des Vertragsschlusses (Abs. 5 Satz 2)

3.8 Vertragsdurchführung

ggf. Verkauf und Übereignung oder sonstige Besitzüberlassung eines gemeindeeigenen Netzes nach Abs. 2 Satz 2-5

¹⁵ Theobald/Kühling/Theobald/Schneider: § 46 EnWG, 111. Lfg., Rn. 112.

¹⁶ DStGB: Auslaufende Konzessionsverträge, S. 12.

¹⁷ Czernek, EnWZ 2018, 99, 100.

4 rechtliche Anforderungen an das Auswahlverfahren

rechtliche Vorgaben

- §§ 46 Abs. 2-6, 47 EnWG
- europäisches Vergaberecht unanwendbar (hM)
- BGH: §§ 46 Abs. 7 EnWG, 19 Abs. 4 GWB
 - Gleichbehandlungsgebot → Gebot sachgerechter und objektiver Auswahlkriterien
 - Transparenzgebot (seit 2017 auch: § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG)

Folie 5

- europäisches Vergaberecht nicht anwendbar, da Vergleichbarkeit mit Dienstleistungskonzession und nicht mit öffentlicher Nachfrage am Markt¹⁸, hM übernimmt aber Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot aus dem Europarecht¹⁹ (allerdings ohne überzeugende Begründung nicht die Ausnahme für In-House-Vergaben²⁰)
- BGH sieht Kommunen als marktbeherrschend i. S. d. § 19 Abs. 4 GWB an und verbietet daher Diskriminierungen und schränkt damit die kommunale Erfüllung auf Situationen ein, in denen die kommunalen Betriebe nach objektivem Kriterienkatalog ohnehin zum Zuge kommen²¹
 - ➔ Folge aus dem Diskriminierungsverbot: Transparenzgebot und Gebot sachgerechter und objektiver Auswahlkriterien²²; Transparenzgebot seit 2017 auch in § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG ausdrücklich angeordnet

¹⁸ *Templin*: Recht der Konzessionsverträge, S. 135.

¹⁹ *Templin*: Recht der Konzessionsverträge, S. 136.

²⁰ *Weiß*: Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, S. 38-39.

²¹ BGH NVwZ 2014, 807; eingehend und eher der aA anhängend *Weiß*: Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, S. 55-81.

²² *Albrecht*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.): Handbuch RdEW, § 9, hier: Rn. 88

5 Bewertungsverfahren

Bewertungsverfahren

- Möglichkeiten
 - relatives Bewertungsverfahren
 - absolutes Bewertungsverfahren
- muss nicht vorab bekannt gegeben werden

Folie 6

- Möglichkeiten
 - relatives Bewertungsverfahren (in obergerichtlicher Rechtsprechung anerkannt): Vorgabe von Zielvorstellungen, bestes Angebot erhält höchsten Wert, andere relativ zum Zurückbleiben → Übererfüllung wird belohnt²³
 - absolutes Bewertungsverfahren: Anforderungen vorgegeben, bei Erfüllen Höchstpunktzahl, sonst Abschlag (jeweils unabhängig von anderen Angeboten)²⁴
- Bewertungsverfahren muss nach Rechtsprechung nicht bekannt gegeben werden²⁵

²³ Theobald/Kühling/Theobald/Schneider: § 46 EnWG, 111. Lfg., Rn. 132+134.

²⁴ Theobald/Kühling/Theobald/Schneider: § 46 EnWG, 111. Lfg., Rn. 133.

²⁵ Theobald/Kühling/Theobald/Schneider: § 46 EnWG, 111. Lfg., Rn. 136-137.

Bewertungsverfahren (Beispiel)

Angebot	relatives Bewertungsverfahren (Kriterium: „möglichst schnelle Störungsbeseitigung“)	absolutes Bewertungsverfahren (Kriterium: „Störungsbeseitigung innerhalb 24 Stunden“)
12 Stunden	100/100 Punkten	100/100 Punkten
13 Stunden	92/100 Punkten	100/100 Punkten
24 Stunden	50/100 Punkten	100/100 Punkten
48 Stunden	0/100 Punkten	50/100 Punkten

eigene Berechnungen

Folie 7

6 Auswahlkriterien

Auswahlkriterien

Folie 8

6.1 zulässige Auswahlkriterien (§ 46 Abs. 4 Satz 1-2)

6.1.1 gesetzlich vorgegebene Auswahlkriterien

vorgegebene Auswahlkriterien

§ 46 Abs. 4 Satz 1 i. V. m. § 1 Abs. 1 EnWG

- Versorgungssicherheit
- Preisgünstigkeit
- Effizienz
- Verbraucherfreundlichkeit
- Umweltverträglichkeit und erneuerbare Energien

Folie 9

kein gesetzlicher Kriterienkatalog, sondern Verweis auf die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG in Satz 1 (diese sind vorrangig (25/50/70% der Gesamtpunktzahl²⁶) zu berücksichtigen²⁷; Unterkriterien sinnvoll, aber nicht so dass sie Ideenwettbewerb verhindern²⁸, Verpflichtung dazu allerdings nicht generell, sondern nur, wenn Zusammenwertung unüberbrückbaren Widerspruch begründet²⁹)

- Versorgungssicherheit
 - Forderung von Referenzen darf nicht dazu führen, dass Neugründung per se Nachteil ist; Organisationsbemühungen der Stadtwerke dürfen nicht als Vorfestlegung ausgelegt werden³⁰
 - Anzahl und Qualifikation der Mitarbeiter, Investitions- und Instandhaltungskonzepte³¹
- Preisgünstigkeit und Effizienz
 - Effizienz meint Kosten- und Energieeffizienz³²
 - bisherige Erfahrungen, bei Neueinsteigern Berücksichtigung sämtlicher vorhandenen Erfahrungen³³
 - Preisgünstigkeit: Prognose der Netznutzungsentgelte, Hausanschlusskosten und Baukostenzuschüsse³⁴

²⁶ BKartA/BNetzA: Leitfaden, Rn. 32; Theobald/Kühling/Theobald/Schneider: § 46 EnWG, 111. Lfg., Rn. 116.

²⁷ BGH NVwZ 2014, 807, Rn. 16.

²⁸ BKartA/BNetzA: Leitfaden, Rn. 33.

²⁹ Theobald/Kühling/Theobald/Schneider: § 46 EnWG, 111. Lfg., Rn. 129-130.

³⁰ BT-Drucksache 18/8184, Seite 13.

³¹ DStGB: Auslaufende Konzessionsverträge, S. 15

³² DStGB: Auslaufende Konzessionsverträge, S. 16; Theobald/Kühling/Theobald/Schneider: § 46 EnWG, 111. Lfg., Rn. 122.

³³ BT-Drucksache 18/8184, Seite 14.

- Verbraucherfreundlichkeit
 - Kundenservice, laut Gesetzgeber insbesondere Betrieb „intelligenter“ Stromzähler kundenfreundlich³⁵ (was in tatsächlicher Hinsicht fragwürdig erscheint)
 - auch örtliches Personal³⁶
 - Bereitstellungsfristen³⁷
- Umweltverträglichkeit und Versorgung, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht
 - nach obenstehendem klassisch wenig relevant, aber durch erhöhte Anforderungen bei Einspeisung erneuerbarer Energie mittlerweile doch wesentlich³⁸

weitere zulässige Auswahlkriterien

- § 46 Abs. 4 Satz 2 EnWG (seit 2017):
„Unter Wahrung netzwirtschaftlicher Anforderungen, insbesondere der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz, können auch Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft berücksichtigt werden.“
- § 3 Abs. 1 KAV: kommunalfreundliche Nebenleistungen
 - Preisnachlässe bis 10% des Netzzugangsentgelts
 - Vergütung notwendiger Kosten und Gebühren
- BGH: auch darüber hinausgehende fiskalische Interessen und Mitgestaltungsinteressen

Folie 10

Nach Satz 2 können dann Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft berücksichtigt werden, sofern Versorgungssicherheit und Effizienz gewährleistet sind (Anlehnung an BGH-Rechtsprechung³⁹); genauer Umfang aber ungeklärt

6.1.2 weitere zulässige Auswahlkriterien

- Vertragsinhalte nach KAV, z. B. Nebenleistungen nach § 3 KAV⁴⁰
- auch darüber hinausgehende fiskalische Interessen und Mitgestaltungsinteressen nach BGH-Rechtsprechung zulässig, insbesondere⁴¹
 - regionale Präsenz
 - (Folge-)Kosten für Gemeinde

³⁴ DStGB: Auslaufende Konzessionsverträge, S. 16.

³⁵ BT-Drucksache 18/8184, Seite 14.

³⁶ DStGB: Auslaufende Konzessionsverträge, S. 16.

³⁷ DStGB: Auslaufende Konzessionsverträge, S. 16.

³⁸ DStGB: Auslaufende Konzessionsverträge, S. 16.

³⁹ BT-Drucksache 18/8184, Seite 14 bezieht sich wohl auf BGH NVwZ 2014, 807, Rn. 49.

⁴⁰ Albrecht, in: Schneider/Theobald (Hrsg.): Handbuch RdEW, § 9, hier: Rn. 91; Dehenn: Vergabe von Wegekonzessionen, S. 295.

⁴¹ Niedersächsische Landeskartellbehörde: Hinweise, S. 21; Theobald/Kühling/Theobald/Schneider: § 46 EnWG, 111. Lfg., Rn. 117; Dehenn: Vergabe von Wegekonzessionen, S. 295-296.

- Mitbestimmungsmöglichkeiten

6.2 Gewichtung (§ 46 Abs. 4 Satz 3)

keine gesetzliche Wertung, da Bedeutung örtlich divergierend⁴²

6.3 unzulässige Auswahlkriterien

unzulässige Auswahlkriterien

- § 3 Abs. 2 KAV: verbotene Nebenleistungen
 - über Abs. 1 hinausgehende Leistungen
 - Verpflichtungen zur Übertragung von Einrichtungen ohne angemessenes Entgelt
- über § 2 KAV hinausgehende Konzessionsentgelte
- Bevorzugung kommunaler Versorgungsbetriebe?

Folie 11

umstritten, ob Bevorzugung kommunaler Versorgungsbetriebe umfasst; obergerichtliche Rechtsprechung tendiert dazu⁴³.

⁴² BT-Drucksache 18/8184, Seite 15.

⁴³ Vgl. insbesondere die Fundstellen in [ABSCHNITTE 3.1.1 UND 3.3](#) sowie [FUßNOTE 44](#).

7 Stolpersteine

Stolpersteine

- höhere Anforderungen bei Beteiligung kommunaler Unternehmen?
 - Beteiligung derselben Mitarbeiter?
 - Gründungsaufwand für kommunalen Wettbewerber als unzulässige Vorfestlegung der Kommune?
- Sicherung der Vertragserfüllung über die gesamte (meist 20-jährige) Vertragslaufzeit
- nachträgliche Änderung der Auswahlkriterien?
- Rechtsfolge Nichtigkeit?

Folie 12

- nach obergerichtlicher Rechtsprechung höhere Anforderungen bei Beteiligung kommunaler Eigenbetriebe, dafür aber kein Anhaltspunkt in Normwortlaut und BGH-Rechtsprechung, vielmehr im Gegenteil⁴⁴
 - Problem allerdings: Beteiligung derselben Personen bei Gebot und Bewertung (zudem auch von Gemeinderäten bei Aufsichtsratsstätigkeit z. B. im kommunalen Bewerberunternehmen)⁴⁵
 - Gründung eines kommunalen Versorgungsbetriebs nach Gesetzgeber keine Vorfestlegung⁴⁶
- bei Auswahl muss Prognose für gesamten (meist 20-jährigen) Vertragszeitraum erfolgen sowie Erfüllung über diesen gesichert werden (z. B. durch Vertragsstrafen)⁴⁷
- nach OVG Münster keine Änderung der Kriterien während des Verfahrens möglich, richtigerweise gebietet Transparenzgebot nur rechtzeitige Mitteilung vor Gebotsende⁴⁸
- Rechtsfolge außerhalb der Präklusion nach § 47 Abs. 1 EnWG nicht gesetzlich geregelt, Auslegungsergebnis reicht bei den einzelnen Verfahrensschritten von Nichtigkeit bei fehlender Wettbewerbseröffnung bis zur Unbeachtlichkeit

⁴⁴ Theobald/Kühling/Theobald/Schneider: § 46 EnWG, 111. Lfg., Rn. 138.

⁴⁵ Theobald/Kühling/Theobald/Schneider: § 46 EnWG, 111. Lfg., Rn. 145-155.

⁴⁶ BT-Drucksache 18/8184, Seite 13.

⁴⁷ Albrecht, in: Schneider/Theobald (Hrsg.): Handbuch RdEW, § 9, hier: Rn. 93-94.

⁴⁸ Albrecht, in: Schneider/Theobald (Hrsg.): Handbuch RdEW, § 9, hier: Rn. 95.

8 Literatur

- Albrecht, Matthias*: Kommunale Wegerechte, Konzessionsverträge, Stromnetzübernahmen, in: Schneider, Jens-Peter/Theobald, Christian (Hrsg.): Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft, § 9 [zitiert: *Albrecht*, in: Schneider/Theobald (Hrsg.): Handbuch RdEW, § 9].
- Bauer, Hartmut/Büchner, Christiane/Hajasch, Lydia (Hrsg.): Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, KWI Schriften, Band 6, Potsdam 2012 [zitiert: Bauer/Büchner/Hajasch (Hrsg.): Rekommunalisierung].
- Brüning, Christoph*: Rechtliche Voraussetzungen der Rekommunalisierung, in: Bauer, Hartmut/Büchner, Christiane/Hajasch, Lydia (Hrsg.): Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, KWI Schriften, Potsdam 2012, S. 59-71 [zitiert: *Brüning*, in: Bauer/Büchner/Hajasch (Hrsg.): Rekommunalisierung, S. 59ff.].
- Bundeskartellamt (BKartA)/Bundesnetzagentur (BNetzA): Gemeinsamer Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, 2. Auflage 2015 [zitiert: BKartA/BNetzA: Leitfaden].
- Czernek, Gregor*: Das neue Rügeregime des § 47 EnWG, Mehr Rechtssicherheit für die Gemeinden?, EnWZ 2018, S. 99-105.
- Dehenn, Daniel*: Die Vergabe von Wegekonzessionen nach § 46 EnWG, Kommunalen Stromnetzbetrieb zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerb, Reihe Rechtswissenschaft, Band 37, Lohmar 2015 [zitiert: *Dehenn*: Vergabe von Wegekonzessionen].
- Deutscher Städte und Gemeindebund (DStGB): Auslaufende Konzessionsverträge, Ein Leitfaden für die kommunale Praxis, DStGB Dokumentation, 4. Auflage.
- Kunze, Sebastian*: Konzessionsverträge, Handlungsoptionen für Kommunen, in: Bauer, Hartmut/Büchner, Christiane/Hajasch, Lydia (Hrsg.): Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, KWI Schriften, Potsdam 2012, S. 99-109 [zitiert: *Kunze*, in: Bauer/Büchner/Hajasch (Hrsg.): Rekommunalisierung, S. 99ff.].
- Möllnitz, Christina*: Die Vergabe von Konzessionsverträgen nach § 46 Abs. 2 EnWG im Spannungsfeld zwischen Wettbewerb und kommunaler Daseinsvorsorge, Energierecht, Band 16 2016 [zitiert: *Möllnitz*: Vergabe von Konzessionsverträgen].
- Niedersächsische Landeskartellbehörde: Hinweise zur Durchführung eines wettbewerblichen Konzessionsvergabeverfahrens nach § 46 EnWG 2015 [zitiert: Niedersächsische Landeskartellbehörde: Hinweise].
- Schäfer, Roland*: Rekommunalisierung, Fallstricke in der Praxis, in: Bauer, Hartmut/Büchner, Christiane/Hajasch, Lydia (Hrsg.): Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, KWI Schriften, Potsdam 2012, S. 73-80 [zitiert: *Schäfer*, in: Bauer/Büchner/Hajasch (Hrsg.): Rekommunalisierung, S. 73ff.].
- Schneider, Jens-Peter/Theobald, Christian (Hrsg.): Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft [zitiert: Schneider/Theobald (Hrsg.): Handbuch RdEW].
- Templin, Wolf*: Recht der Konzessionsverträge, Eine historische, verfassungsrechtliche, rechtstatsächliche und rechtspolitische Analyse des Konzessionsvertrages als Instrument

gemeindlicher Energiepolitik, Schriftenreihe Energie- und Infrastrukturrecht, Band 14, München 2009.

Theobald, Christian/Kühling, Jürgen (Hrsg.): Energierecht, München 2021.

Weiß, Wolfgang: Entscheidungsspielräume bei der Konzessionierung nach § 46 EnWG, Eine kritische Betrachtung der jüngsten BGH-Rechtsprechung, 1. Auflage, München 2014.