

§ 46 EnWG in der Anwendung: Kommunale Selbstverwaltung in der Komplexitätsfalle

Effiziente Governance für Stromverteilnetze im Kontext der
Energiewende: Bedeutung und Ausgestaltung von
Konzessionen und des § 46 EnWG als Ergänzung zur
(Anreiz)Regulierung

Berlin, 10.02.2017

Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Theobald,
Mag. rer. publ.

Prof. Dr. Christian Theobald, Mag. rer. publ.



Experte für Energie-, Kartell- und Regulierungsrecht. Er betreut u.a. in kommunalwirtschaftlichen Mandaten, bei Konzessionsverfahren und Netzübernahmen. An der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften in Speyer konzentriert er sich auf die öffentliche Wirtschaft sowie Fragen rund um Energiepolitik, -wirtschaft und -recht.

- ▶ Geboren 1966 in Heidelberg
- ▶ Ausbildung zum Bankkaufmann bei der Deutschen Bank in Mannheim
- ▶ Seit 1998 Rechtsanwalt, seit 2001 Partner bei BBH Berlin
- ▶ Regelmäßige Sachverständigentätigkeit im Bundestag
- ▶ Mehr als 200 Publikationen, u. a. Herausgeber bzw. Schriftleiter der jeweils im C. H. Beck Verlag erscheinenden Fachzeitschriften EnWZ und IR, Mitherausgeber DÖV und ENLR

Rechtsanwalt · Partner

10179 Berlin · Magazinstraße 15 - 16 · Tel +49 (0)30 611 28 40-171 · christian.theobald@bbh-online.de

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Rechtsentwicklung
- III. Kritische Würdigung
- IV. Auswege aus der Komplexitätsfalle

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Rechtsentwicklung
- III. Kritische Würdigung
- IV. Auswege aus der Komplexitätsfalle

Einleitung (1)

- ▶ In Deutschland über fast 200 Jahre historisch „bottum up“ gewachsene, pluralistische Struktur von etwa 900 Gas- und Stromverteilnetzbetreibern.
- ▶ Seit 1998 Liberalisierung und Regulierung des Netzbereichs in mehreren Phasen (1998, 2003, 2005, 2011).
- ▶ Verteilnetzbetreiber/Stadtwerke unterliegen Vorgaben der (Anreiz-) Regulierung und des Unbundling sowie der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle, §§ 19, 20, 29, GWB.
- ▶ Spezifische Netzentgelte in ct/kwh in den letzten Jahren tendenziell gesunken, während Strom- und Gasgesamtpreise stark gestiegen (Ursachen liegen außerhalb des Netzbereichs).

Einleitung (2)

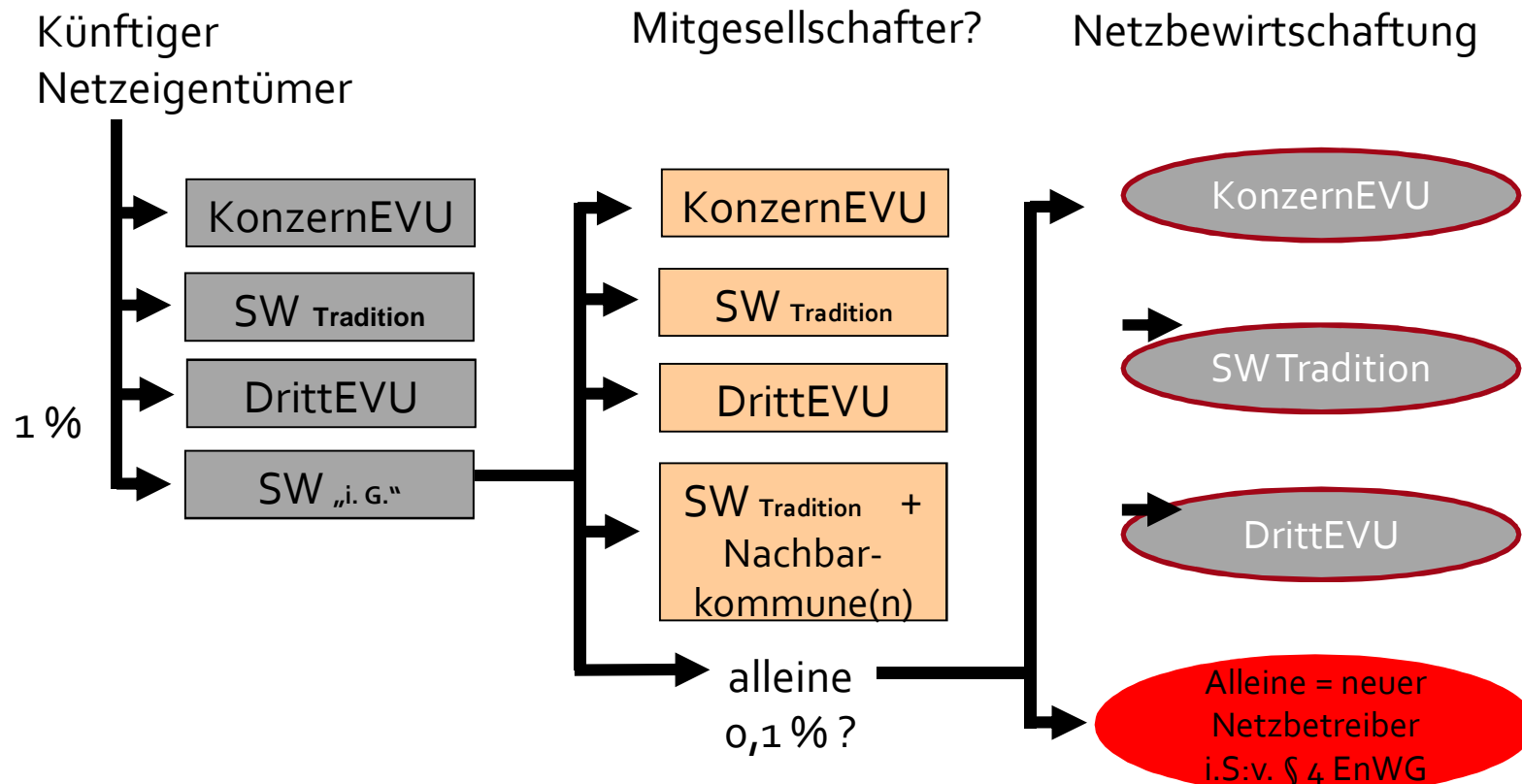
- ▶ Verteilnetzbetreiber haben sich trotz zunehmend festgestellter Überregulierung („Komplexitätsfalle“, vgl. *Monopolkommission, Sondergutachten 65, Energie 2013: Wettbewerb in Zeiten der Energiewende, Seiten 210 ff.*) den veränderten Rahmenbedingungen angepasst und ihre Rolle(n) im Wettbewerb gefunden.
- ▶ Aktuell hohe Zufriedenheit der Bevölkerung mit Stadtwerken.
- ▶ Aktueller Trend zu vielerorts feststellbaren (Re-)Kommunalisierungen; parallel trennen Konzerne sich von „regulierten“ Geschäftsbereichen.

Einleitung (3)

- ▶ Energiewende 2011 befördert stärkere Dezentralisierung der Energiewirtschaft. Damit zusammenhängend Ausbau und Umbau insbesondere der Verteilnetze erforderlich: Verteilnetz nicht mehr nur „bloßes Transportrohr“, sondern zentrale und intelligente Infrastruktur vor Ort zum Ausgleich zwischen E-Lieferung, E-Verbrauch, E-Erzeugung und E-Effizienz bzw. E-Vermeidung.
- ▶ Verteilnetze zentraler Baustein für medienübergreifenden örtliche Energiekonzepte.
- ▶ Zwischenergebnis 2017:
Im Zuge der Liberalisierung vielfach prognostiziertes „Stadtwerkesterben“ ist ausgeblieben.

Einleitung (4)

Konzessionsverfahren führen im Falle einer Wechselentscheidung gar nicht zu einer größeren Zahl von Verteilnetzbetreibern (i.S.v. § 4 EnWG), sondern meist nur zur Gründung von neuen Eigentumsgeellschaften:



Einleitung (5)

- ▶ Gravierende Einschnitte in das fast 200jährige Konzessionsrecht in den letzten Jahren
- ▶ Regelrechter „rechtsfreier Raum“ entstanden
- ▶ Konzessionsvergabe in der Komplexitätsfalle

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Rechtsentwicklung
- III. Kritische Würdigung
- IV. Auswege aus der Komplexitätsfalle

Rechtsentwicklung (1)

Rechtliche Hürden bei der Konzessionsvergabe

ab 1941

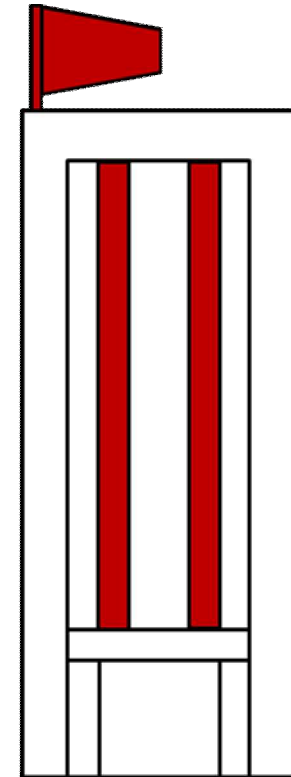
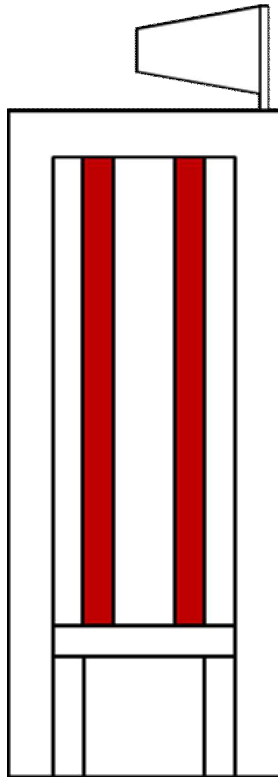
Begrenzung der
Konzessionsabgabenhöhe (KAE)

ab 1980

Laufzeitbegrenzung auf 20 Jahre
(4. GWB-Novelle)

ab 1992

KAV einschließlich
Nebenleistungsverbot (§ 3)



Rechtsentwicklung (2)

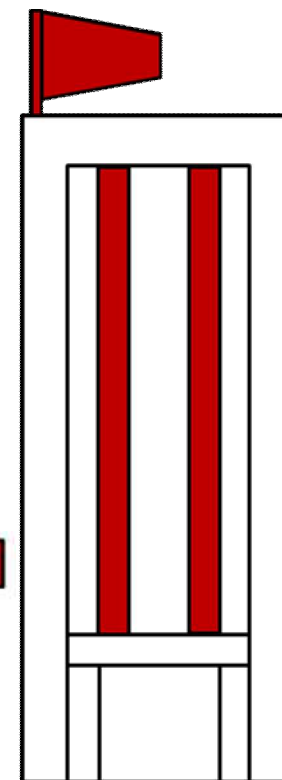
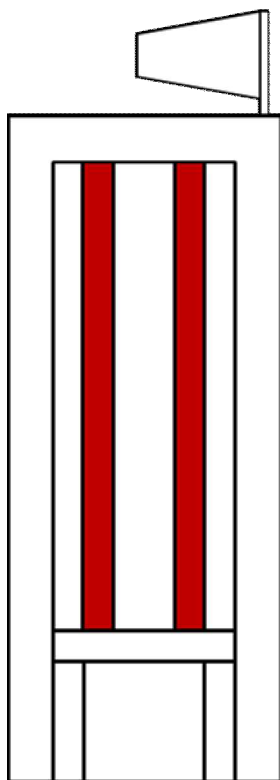
Rechtliche Hürden bei der Konzessionsvergabe

ab 1998

Einführung Bekanntmachungspflichten
(§ 13 EnWG)

„Nach welchen Kriterien die Gemeinde ihre Auswahlentscheidung zu treffen hat, wird nicht bestimmt.“ (BT-Drs. BT-Drs. 13/7274, 21)

„sie können auch künftig frei entscheiden, ob die Versorgung durch ein eigenes Stadtwerk oder ein anderes Unternehmen erfolgen soll.“ (ebenda, 32)



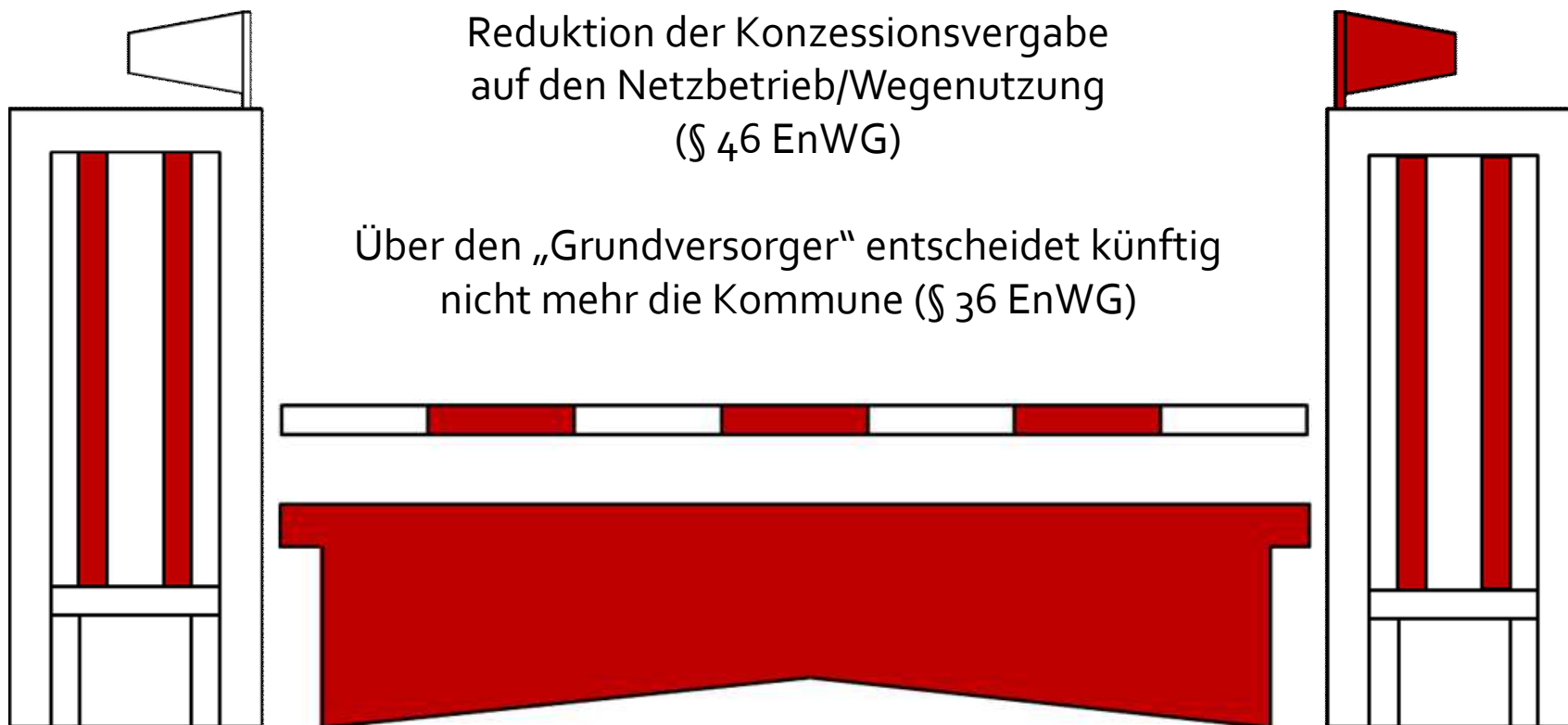
Rechtsentwicklung (3)

Rechtliche Hürden bei der Konzessionsvergabe

ab 2005

Reduktion der Konzessionsvergabe
auf den Netzbetrieb/Wegenutzung
(§ 46 EnWG)

Über den „Grundversorger“ entscheidet künftig
nicht mehr die Kommune (§ 36 EnWG)

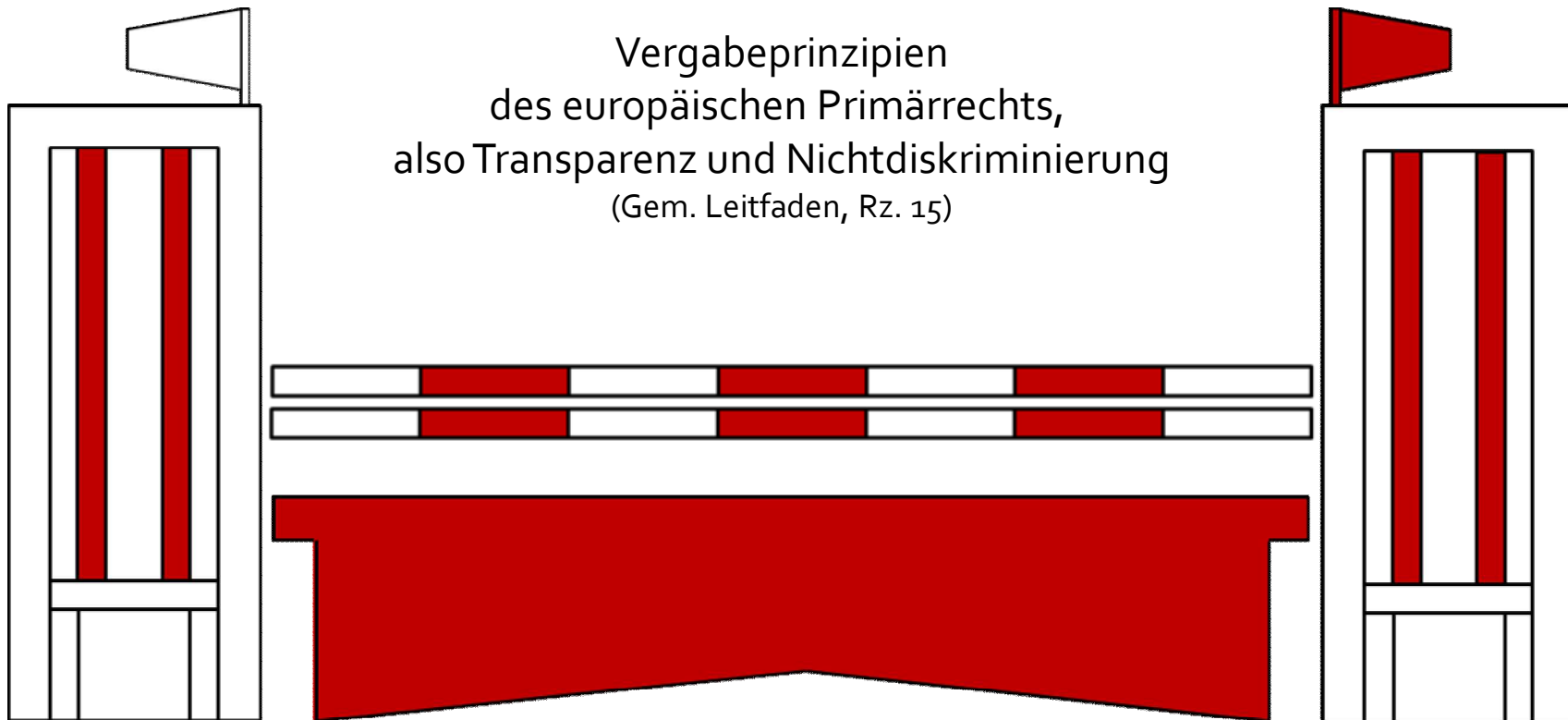


Rechtsentwicklung (4)

Rechtliche Hürden bei der Konzessionsvergabe

ab 2010

Vergabeprinzipien
des europäischen Primärrechts,
also Transparenz und Nichtdiskriminierung
(Gem. Leitfaden, Rz. 15)



Rechtsentwicklung (5)

Rechtliche Hürden bei der Konzessionsvergabe

2012/2013



Rechtsentwicklung (6)

Rechtliche Hürden bei der Konzessionsvergabe

ab 2014

Unterkriterien sind zu gewichten
(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.04.2014)

„Richter in eigener Sache“? Mitwirkungsverbote



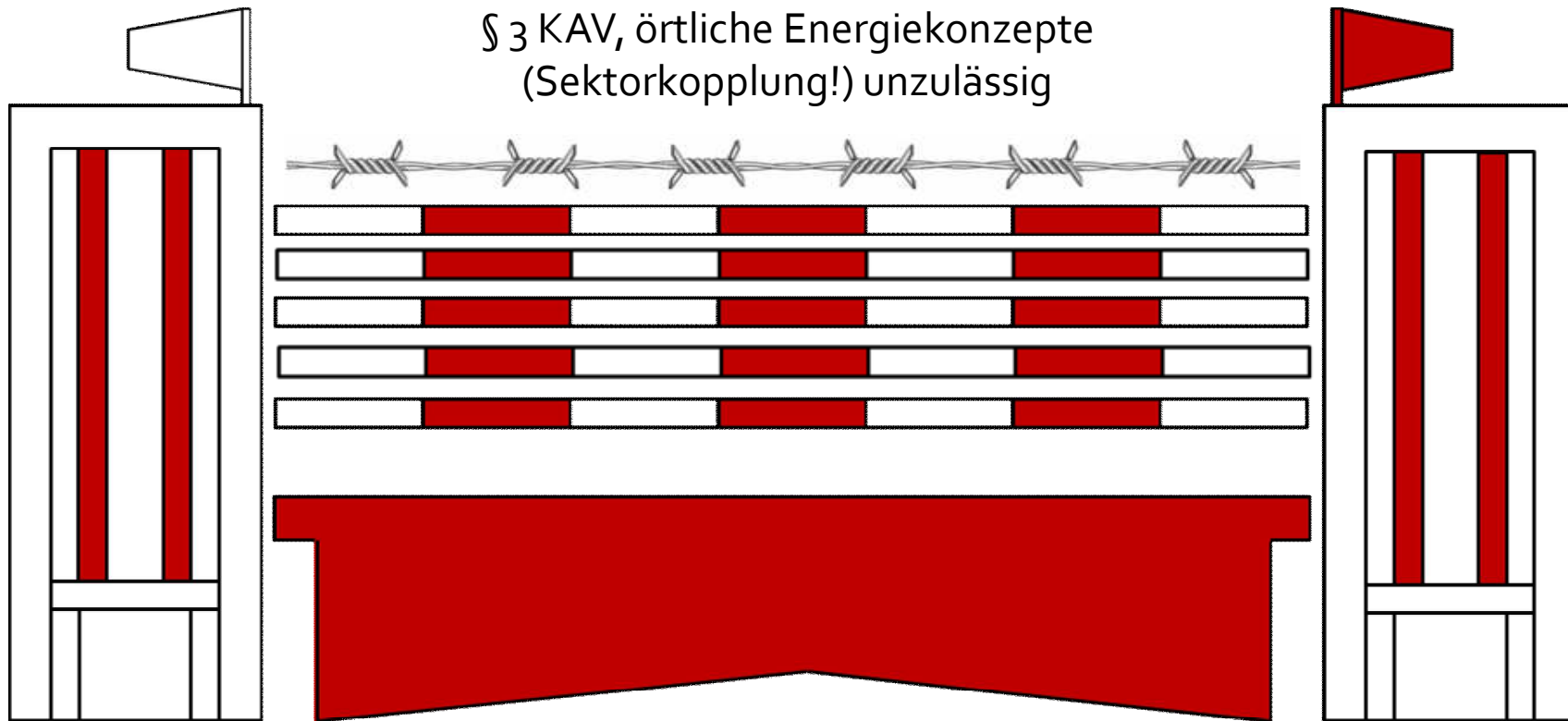
Rechtsentwicklung (7)

Rechtliche Hürden bei der Konzessionsvergabe

ab 2014

Verbot relativer Bewertungsmethode? Bewertungs- und Entscheidungsspielräume

§ 3 KAV, örtliche Energiekonzepte
(Sektorkopplung!) unzulässig



Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Rechtsentwicklung
- III. Kritische Würdigung
- IV. Auswege aus der Komplexitätsfalle

Kritische Würdigung

- ▶ Die strengen rechtlichen Vorgaben beruhen ganz überwiegend auf richterlicher Rechtsfortbildung.
- ▶ Faktisch werden die Handlungs- und Entscheidungsspielräume der Gemeinden fortwährend eingeschränkt, so dass von einer wirklichen kommunalen Selbstverwaltung in Konzessionsverfahren nach § 46 EnWG heute keine Rede mehr sein kann.
- ▶ Die Beschränkungen laufen sowohl der Rechtstradition als auch dem ausdrücklich erklärten Willen des Gesetzgebers von 1998 zuwider und sind auch nicht etwa durch das EnWG 2011 gerechtfertigt oder durch das EnWG 2017 beseitigt.
- ▶ Die Eingriffe resultieren im Gegenteil aus einem Zusammenspiel von allgemeinen – zum Teil sogar widersprüchlichen – Gesetzeszielen und kartellrechtlichen Generalklauseln.
- ▶ Keine den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen genügende Schranke der kommunalen Selbstverwaltung erkennbar; ungerechtfertigter Eingriff in das Aufgabenverteilungsprinzip von Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Rechtsentwicklung
- III. Kritische Würdigung
- IV. Auswege aus der Komplexitätsfalle

Auswege aus der Komplexitätsfalle

- ▶ Verzicht auf das Berücksichtigungsgebot zu allen Zielen des § 1 EnWG
- ▶ Eröffnung der Möglichkeit der In-House-Vergabe
- ▶ Anwendung des Vergaberechts
- ▶ Streichung des Nebenleistungsverbots des § 3 Abs. 2 KAV

Vielen Dank
für Ihre Aufmerksamkeit.

Prof. Dr. Christian Theobald, BBH Berlin
Tel +49 (0)30 611 28 40-113
christian.theobald@bbh-online.de
www.bbh-online.de