

## **Antwort**

### **der Bundesregierung**

**auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Oliver Krischer, Hans-Josef Fell, Britta Haßelmann, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drucksache 17/14438 –**

### **Entwicklung der Anzahl der Gerichtsverfahren bei der Konzessionsvergabe für Strom- und Gasnetze**

#### Vorbemerkung der Fragesteller

In Deutschland laufen gegenwärtig viele Konzessionen für die Strom- und Gasnetze aus. Viele Kommunen stehen daher vor der Frage, ob sie ihre Strom- und Gasnetze erneut für maximal 20 Jahre an den selben oder einen neuen Konzessionär vergeben oder ihre Netze in Zukunft sogar selbst betreiben wollen. Neue Untersuchungen belegen jedoch, dass es im Rahmen der Neuvergabe von Konzessionen derzeit keinen fairen Wettbewerb gibt. Altkonzessionäre versuchen sich offenbar durch fragwürdige und auch eindeutig illegale Maßnahmen Vorteile bei der Konzessionsvergabe zu verschaffen. Dazu zählen zum Beispiel die Verweigerung der Herausgabe von wichtigen Daten zum Netzbetrieb, die Verweigerung der Fortzahlung von Konzessionsabgaben oder auch Druckausübung gegenüber den Kommunen, zum Beispiel durch die Einstellung von Netzinvestitionen.<sup>1 2</sup> Dieses Verhalten vieler Altkonzessionäre – häufig handelt es sich dabei um große Energieversorger – dient der Besitzstandswahrung und unterläuft vehement das Ziel eines fairen Wettbewerbs im Energiemarkt. Im Ergebnis kommt es zu jahrelangen und kostspieligen gerichtlichen Auseinandersetzungen, welche wiederum andere Kommunen vor einer Neuvergabe ihrer Konzession an einen Dritten zurückschrecken lassen. Das missbräuchliche Verhalten vieler Altkonzessionäre wird ihnen jedoch nach Auffassung der Fragesteller durch viele unklare Regelungen im einschlägigen § 46 des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) erheblich erleichtert. Auch die EnWG-Novelle 2011 hat an dieser Stelle keine ausreichende Rechtssicherheit geschaffen, sondern es sind dadurch im Gegenteil sogar noch neue Probleme entstanden. So hat der in § 46 Absatz 3 EnWG neu eingefügte Satz 5 zu den Zielen des § 1 EnWG in der Praxis erhebliche Verunsicherung nach sich gezogen. Weiter ist in diesem Zusammenhang auch ein Vollzugsdefizit festzustellen: Auch bei eindeutigen Verstößen gegen das geltende Energie- und Kartellrecht schreiten die zuständigen Aufsichtsbehörden nach Informationen der Fragesteller häufig nicht ein.

<sup>1</sup> Berlo, Kurt/Wagner, Oliver (2013) „Auslaufende Konzessionsrechte für Stromnetze – Strategien überregionaler Energieversorgungsunternehmen zur Besitzstandswahrung auf der Verteilnetzebene“, In: [www.wupperinst.org](http://www.wupperinst.org).

<sup>2</sup> Becker, Peter/Templin, Wolf (2013) „Missbräuchliches Verhalten von Netzbetreibern bei Konzessionsverfahren und Netzübernahmen nach §§ 30, 32 EnWG“, In: Zeitschrift für neues Energierecht (ZNER), Heft 1/2013, S. 10 bis 18.

1. In wie vielen Kommunen in Deutschland sind nach Informationen der Bundesregierung in den vergangenen fünf Jahren die Konzessionen für Strom- und/oder Gasnetze ausgelaufen, und in wie vielen deutschen Kommunen werden nach Informationen der Bundesregierung in den kommenden fünf Jahren die Konzessionen für Strom- und/oder Gasnetze auslaufen (bitte einzeln auflisten)?

Hierzu liegen der Bundesregierung keine Informationen vor.

2. Wie viele Verfahren sind nach Informationen der Bundesregierung gegenwärtig an deutschen Gerichten anhängig, welche Streitigkeiten bei der Neuvergabe von Konzessionen für Strom- und/oder Gasnetze zum Gegenstand haben?

Hierzu liegen der Bundesregierung keine Informationen vor.

3. Hält die Bundesregierung eine Zuständigkeit des Bundeskartellamtes oder der Bundesnetzagentur für Verstöße der Altkonzessionäre gegen die Pflichten aus § 46 Absatz 2 EnWG für gegeben, und wenn nein, warum nicht?

Die Bundesnetzagentur ist im Hinblick auf § 65 EnWG als Aufsichtsbehörde für die Überwachung des in § 46 EnWG geregelten Wegenutzungsrechts zuständig, das heißt für den Konzessionsnehmerwechsel und für Ansprüche aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis gemäß § 46 Absatz 2 EnWG zwischen Kommune oder Bieter/Neukonzessionär zum Altkonzessionär, das durch die Konzessionsvergabe begründet wird. Für die Überwachung der Verpflichtung des Altkonzessionärs gegenüber der Gemeinde zur Datenherausgabe, die seit 2011 explizit in § 46 Absatz 2 Satz 4 EnWG geregelt ist, ist ebenfalls die Bundesnetzagentur zuständig. Für Streitigkeiten um vertragliche (Neben-)Pflichten aus dem Altkonzessionsvertrag, die außerhalb eines nach § 46 Absatz 2 EnWG begründeten Rechtsverhältnisses stehen, ist die Bundesnetzagentur nicht zuständig.

Neben der Bundesnetzagentur können auch die Kartellbehörden (Bundeskartellamt oder Landeskartellbehörden) teilweise überschneidende Befugnisse haben. Ihre Zuständigkeit richtet sich nach den kartellrechtlichen Tatbeständen. Dies kann auch vertragliche Pflichten betreffen. Ein Verstoß des Altkonzessionärs gegen die Übereignungspflicht kann mit kartellbehördlichen Mitteln nicht verfolgt werden. Es fehlt an einem Wettbewerbsverhältnis.

Zu den kartell- und energierechtlichen Aspekten bei der Vergabe von Konzessionen einschließlich der energie- und kartellrechtlichen Zuständigkeitsabgrenzung haben die Bundesnetzagentur und das Bundeskartellamt am 15. Dezember 2010 einen gemeinsamen Leitfaden erstellt. Dieser ist über die Internetseiten beider Institutionen verfügbar.

Für Streitigkeiten aus schuldrechtlichen Ansprüchen, wie Ansprüche auf Datenherausgabe aus dem Konzessionsvertrag und Zahlungsansprüche, sind die Zivilgerichte zuständig.

4. Wie viele Beschwerden von Kommunen oder privaten Unternehmen gegen Altkonzessionäre liegen der Bundesregierung (dabei konkret dem Bundeskartellamt und der Bundesnetzagentur) vor, und wie hat sich die Anzahl an Beschwerden in den vergangenen fünf Jahren entwickelt (bitte für die letzten zehn Jahre einzeln auflisten)?

Der Bundesnetzagentur lagen seit 2009 insgesamt 45 Beschwerden gegen Altkonzessionäre vor. Diese teilen sich wie folgt auf:

Jahr	Anzahl Beschwerden im Bereich Strom	Anzahl Beschwerden im Bereich Gas
2009	3	0
2010	0	0
2011	10	2
2012	18	8
2013	4	0

Für das Bundeskartellamt bestehen nur sehr eingeschränkte Möglichkeiten, gegen Altkonzessionäre mit den Mitteln des Kartellrechts tätig zu werden. Mangels Normadressateneigenschaft (vergleiche die Antwort zu Frage 3) ist der Anwendungsbereich der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht nicht eröffnet. Die Anzahl der in den vergangenen Jahren dennoch beim Bundeskartellamt eingegangenen Beschwerden gegen Altkonzessionäre wird daher nicht gesondert erfasst.

5. Welche Schlussfolgerungen und Konsequenzen zieht die Bundesregierung aus der möglichen steigenden Anzahl gerichtlicher Auseinandersetzungen im Zusammenhang mit der Neuvergabe von Strom- und Gasnetzen, wie zum Beispiel in der „energate“-Meldung vom 3. Juli 2013 „Acht Stadtwerke verklagen Eon Mitte“ berichtet, und welche konkreten Maßnahmen leitet sie daraus ab?

Der Bundesregierung liegen keine Kenntnisse über eine steigende Anzahl gerichtlicher Auseinandersetzungen im Zusammenhang mit der Neuvergabe von Strom- und Gasnetzen vor.

6. Ist der Bundesregierung bekannt, ob es bei der Neuvergabe von Konzessionen für Strom- und Gasnetzen zu missbräuchlichem Verhalten des Altkonzessionärs kommt (zum Beispiel durch die Verweigerung der Datenherausgabe, einer Verweigerung der Fortzahlung von Konzessionsabgaben oder in Form von Druckausübung in Konzessionsierungsverfahren gegenüber den Kommunen), und wenn ja, sieht die Bundesregierung mit der derzeitigen Rechtslage einen fairen Wettbewerb, wie z. B. in § 1 EnWG Absatz 2 definiert, gewährleistet?

Die Bundesregierung verfügt über keine detaillierten Kenntnisse in Bezug auf Verstöße des Altkonzessionärs gegen in § 46 EnWG niedergelegte Pflichten. In derartigen Fällen werden die Beschwerden in der Regel bei der Bundesnetzagentur oder beim Bundeskartellamt vorgebracht (vergleiche die Antwort zu Frage 4).

Die Bundesregierung sieht die Regelung des § 46 EnWG als ausreichende Grundlage für einen diskriminierungsfreien und fairen Wettbewerb für die Vergabe von Wegenutzungsverträgen an. Mit den Aufsichtsbefugnissen der Regulierungsbehörde nach dem EnWG, den davon unberührt bleibenden Zuständigkeiten der Kartellbehörden nach dem GWB sowie den zivilprozessualen Möglichkeiten stehen die erforderlichen Mittel zur Verfügung, um die Überwachung und Durchsetzung der aus der Vergabe von Wegenutzungsrechten resultierenden Rechte und Pflichten für die Beteiligten sicherzustellen.

7. Welche weiteren Gründe liegen nach Informationen der Bundesregierung für die möglicherweise steigende Anzahl gerichtlicher Auseinandersetzungen im Zusammenhang mit der Neuvergabe von Strom- und Gasnetzen in Deutschland vor, und welche Maßnahmen plant die Bundesregierung dagegen zu ergreifen?

Es wird auf die Antwort zu Frage 5 verwiesen.

8. Welche Schlussfolgerungen und Konsequenzen zieht die Bundesregierung aus den Ergebnissen der Studie „Auslaufende Konzessionsverträge für Stromnetze – Strategien überregionaler Energieversorgungsunternehmen zur Besitzstandswahrung auf der Verteilnetzebene“<sup>3</sup> vom Wuppertal Institut für Klima, Umwelt, Energie GmbH, und welche konkreten Maßnahmen leitet sie daraus ab?

Die Bundesregierung nimmt üblicherweise zu einzelnen fachlichen Publikationen nicht Stellung.

9. Welche Schlussfolgerungen und Konsequenzen zieht die Bundesregierung aus den Ergebnissen des in der Zeitschrift für Neues Energierecht (ZNER) erschienenen Aufsatzes „Missbräuchliches Verhalten von Netzbetreibern bei Konzessionsierungsverfahren und Netzübernahmen nach §§ 30, 32 EnWG“<sup>4</sup>, und welche konkreten gesetzgeberischen Maßnahmen leitet die Bundesregierung daraus ab?

Es wird auf die Antwort zu Frage 8 verwiesen.

10. Besteht nach Auffassung der Bundesregierung angesichts der neuen wissenschaftlichen Erkenntnisse und der Anzahl gerichtlicher Verfahren am § 46 EnWG Änderungsbedarf, und wenn ja, welcher?

Wenn nein, warum nicht?

§ 46 EnWG wurde zuletzt im Rahmen der EnWG-Novelle im Sommer 2011 geändert. Unter anderem wurde ein ausdrücklicher Anspruch auf Übereignung der notwendigen Verteilungsanlagen des Neukonzessionärs gegenüber dem Altkonzessionär (§ 46 Absatz 2 Satz 2 EnWG) sowie ein Datenherausgabeanspruch der Gemeinde gegenüber dem bisherigen Konzessionär (§ 46 Absatz 2 Satz 4 EnWG) aufgenommen und diesbezüglich Rechtsklarheit geschaffen. Darüber hinausgehenden Änderungsbedarf des § 46 EnWG sieht die Bundesregierung derzeit nicht.

11. Wie häufig sind das Bundeskartellamt und die Bundesnetzagentur gemäß §§ 32 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) bzw. §§ 30 ff., 65 ff. EnWG als zuständige Aufsichtsbehörden in den vergangenen fünf Jahren im Rahmen von Neuvergaben von Konzessionsverträgen gegen Kommunen vorgegangen, und wie häufig gegen Altkonzessionäre?

Die Bundesnetzagentur hat zwei förmliche Verfahren als „Musterverfahren“ gegen Altkonzessionäre geführt. Sie betrafen den Umfang des Netzherausgabean-

<sup>3</sup> Berlo, Kurt/Wagner, Oliver (2013) „Auslaufende Konzessionsrechte für Stromnetze – Strategien überregionaler Energieversorgungsunternehmen zur Besitzstandswahrung auf der Verteilnetzebene“, In: [www.wupperinst.org](http://www.wupperinst.org).

<sup>4</sup> Becker, Peter/Templin, Wolf (2013) „Missbräuchliches Verhalten von Netzbetreibern bei Konzessionsierungsverfahren und Netzübernahmen nach §§ 30, 32 EnWG“, In: Zeitschrift für neues Energierecht (ZNER), Heft 1/2013, S. 10 bis 18.

spruches und der herauszugebenden Daten. In einem der beiden Verfahren wurde der Beschluss der Bundesnetzagentur durch das Oberlandesgericht Düsseldorf aufgehoben; die Entscheidung des Bundesgerichtshofes steht noch aus. In dem anderen Verfahren wurde die Entscheidung widerrufen.

In einem weiteren förmlichen Verfahren ist der Altkonzessionär seinen Verpflichtungen nach Einleitung des Verfahrens durch die Bundesnetzagentur freiwillig nachgekommen.

Das Bundeskartellamt führt keine Missbrauchsverfahren gegen Altkonzessionäre (vergleiche die Ausführungen zu Frage 3).

2011 leitete das Bundeskartellamt erstmals gegen eine Kommune ein Verfahren im Rahmen von Neuvergaben von Konzessionsverträgen ein. Bisher hat das Bundeskartellamt insgesamt vier förmliche Entscheidungen nach § 32 ff. GWB erlassen, drei weitere Verfahren gegen Kommunen sind noch nicht abgeschlossen.

12. Wie können Kommunen und Neukonzessionäre ihre gesetzlichen Ansprüche gegen die Altkonzessionäre nach Auffassung der Bundesregierung in angemessener Frist durchsetzen, vor dem Hintergrund, dass einstweilige Rechtsschutzverfahren vor den Zivilgerichten wegen einer möglichen Vorwegnahme der Hauptsache nach Informationen der Fragesteller in der Regel erfolglos bleiben, und welchen gesetzgeberischen Handlungsbedarf sieht die Bundesregierung angesichts dieser Tatsache?

Die Bundesregierung erachtet die bestehenden Möglichkeiten zur zivilrechtlichen Durchsetzung von Ansprüchen im Zusammenhang mit der Konzessionsvergabe für ausreichend.

13. Wie ist nach Informationen der Bundesregierung der Begriff „wirtschaftlich angemessene Vergütung“ in § 46 Absatz 2 Satz 2 EnWG konkret auszulegen und welche Schlussfolgerungen und Konsequenzen zieht die Bundesregierung aus diesem Vorschlag, diesen als den auf der Basis des Ertragswertverfahrens ermittelten objektivierten Gesamtwert des örtlichen Energieversorgungsnetzes zum Übertragungszeitpunkt zu definieren<sup>5</sup>?

Die Erwägungen der Bundesregierung im Zusammenhang mit der Änderung von § 46 EnWG im Jahr 2011 haben weiterhin Bestand. Die wirtschaftlich angemessene Vergütung sollte jeweils im Einzelfall ermittelt werden. Im Übrigen wird auf die Bundestagsdrucksache 17/6072, S. 88 und die Bundestagsdrucksache 17/6248, S. 25 verwiesen.

14. Anhand welcher konkreter Auswahlkriterien könnten Kommunen die nach Auffassung der Fragesteller zum Teil konträren Ziele des § 1 EnWG nach Auffassung der Bundesregierung bei der Neuvergabe von Konzessionen berücksichtigen, und ist die Bundesregierung der Auffassung, dass kommunale Interessen, so zum Beispiel Einflussnahmemöglichkeiten auf den örtlichen Netzbetrieb und -ausbau, weiterhin zulässige Auswahlkriterien darstellen?

Die Gemeinde ist bei der Auswahl des Neukonzessionärs gemäß § 46 Absatz 3 Satz 5 EnWG ausdrücklich den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet. Die Zielvorgaben des § 1 EnWG werden durch eine Zusammenschau einzelner Regelungen

<sup>5</sup> Kühling, Rechtsgutachten: Interpretation und verfassungsrechtliche Steuerungsvorgaben in Bezug auf die „wirtschaftlich angemessene Vergütung“ für Netzanlagen nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG, abrufbar unter: [www.geode.de](http://www.geode.de).

des EnWG, der Anwendung in der Praxis und Auslegung durch die Rechtsprechung konkretisiert.

Bei der Entscheidung über die Konzessionsvergabe ist es Aufgabe der Gemeinde, zur Prognose über die Einhaltung dieser Kriterien durch den zukünftigen Konzessionär sachgerechte Kriterien aufzustellen. Aufgrund der Entflechtung des Netzbetriebs von Vertrieb und Erzeugung müssen sie sich auf den Netzbetrieb beschränken.

15. Welche Bedeutung kommt nach Auffassung der Bundesregierung in diesem Zusammenhang dem kommunalen Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden nach Artikel 28 Absatz 2 Satz 1 des Grundgesetzes (GG) zu?

Die Bundesregierung sieht das kommunale Selbstverwaltungsrecht durch die Vorgabe in § 46 Absatz 3 Satz 5 EnWG nicht als verletzt an.

16. Ist die Bundesregierung der Auffassung, dass Altkonzessionäre gegenüber Neukonzessionären die Nichtigkeit des neuen Konzessionsvertrages einwenden und sich dabei auf etwaige Fehler im Konzessionierungsverfahren berufen können, auch wenn die Altkonzessionäre diese Fehler gegenüber den Kommunen nicht gerügt und keinen Rechtsschutz gegen die Auswahlentscheidung in Anspruch genommen haben, und wenn ja, warum?

Nein.

17. Hält die Bundesregierung die Einführung von Präklusionsvorschriften, wie im formellen Vergaberecht, für erforderlich, und wenn ja, warum?  
Wenn nein, warum nicht?

Die Bundesregierung sieht derzeit keinen Handlungsbedarf.

18. Welche Fälle sind der Bundesregierung bekannt, in denen Altkonzessionäre trotz der in § 46 Absatz 2 Satz 2 EnWG definierten Pflicht, die für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen zu übertragen, die Übertragung der zum örtlichen Verteilnetz gehörenden Mittelspannungs- oder Mitteldruckanlagen verweigern, und welche Schlussfolgerungen und Konsequenzen zieht die Bundesregierung aus einem solchen Verhalten der Altkonzessionäre?

Die Bundesregierung verfügt über keine Informationen zu derartigen konkreten Fällen.

19. Welche Schlussfolgerungen und Konsequenzen zieht die Bundesregierung aus der daraus möglicherweise folgenden Aufsplitterung der Verteilnetzstruktur einer Gemeinde nach Spannungsebenen, und welche Möglichkeiten sieht sie für ein gesetzgeberisches Eingreifen (zum Beispiel durch die zuständigen Ordnungsbehörden oder in Form einer gesetzlichen Klarstellung)?

Es wird auf die Antwort zu Frage 18 verwiesen. Ein Handlungsbedarf für die Bundesregierung wird daher nicht gesehen.



