

Tagungsbericht zur 48. Energierechtlichen Jahrestagung 2019:

Zukunft der Verteilnetze – Verteilnetze der Zukunft

Am 31.10.2019 fand an der Universität zu Köln die 48. Energierechtliche Jahrestagung des Instituts für Energiewirtschaftsrecht (EWIR) statt. Über 100 Teilnehmerinnen und Teilnehmer aus Wissenschaft und Praxis fanden sich zusammen, um sich intensiv über aktuelle Fragen des Energiewirtschaftsrechts auszutauschen. Das Institut für Energiewirtschaftsrecht (EWIR) ist ein unabhängiges Forschungsinstitut der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln mit dem Schwerpunkt auf Energierecht als Regulierungsrecht und beschäftigt sich insbesondere mit Fragen des Netzzugangs und des Wettbewerbs, mit Zukunftsfragen des Umbaus der Energiesysteme (erneuerbare Energien, Energiewende, Sektorenkoppelung, Digitalisierung, Datenökonomie) und der Gestaltung wettbewerbsgesteuerter Energiemärkte. Der besondere Fokus richtet sich auf zivil- und kartellrechtliche Fragestellungen. Schwerpunkte der diesjährigen Tagung bildeten das kommunale Ausschreibungsverfahren für Verteilnetze, sowie die angemessenen Integration der Elektromobilität in die vorhandene Netzinfrastruktur. Eröffnet und moderiert wurde die Tagung von Prof. Dr. Torsten Körber, Direktor des EWIR.

I. Die Neufassung der §§ 46 ff. EnWG als Herausforderung an die Praxis

Zunächst gab *Dr. Cornelia Kermel* von *Noerr LLP* einen Überblick über die Novelle der §§ 46 ff. EnWG und die bestehenden Praxisprobleme im Rahmen der Konzessionsvergabe. Bereits seit langem herrscht im Bereich der Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen große Unsicherheit für die beteiligten Akteure. Die Frage, ob sich die Probleme der Praxis durch die Novellierung der §§ 46 ff. EnWG gebessert hätten, konnte *Kermel* schon vorab mit einem „klaren Nein“ beantworten. So hätte sich zwar in einigen Punkten die Rechtssicherheit erhöht, doch bestünden insgesamt noch zu viele ungeklärte Fragen, bei denen das Gesetz keine Hilfestellung biete. Insbesondere unklar bliebe die Anwendung des Rügeregimes auf laufende Konzessionsverfahren nach §§ 46 ff. EnWG. *Kermel* zufolge sei ein entsprechender Gemeinderatsbeschluss hierfür zwingende Voraussetzung. Besonders spannend seien außerdem Fragen rund um das Akteneinsichtsrecht der beteiligten Unternehmen nach § 47 Abs. 3 EnWG im Verhältnis zu den Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen der obsiegenden Bewerber. Ob auch die Bewertung der Angebote durch die Gemeinde dem Geheimnisschutz unterliege, sei durch die Gerichte noch nicht eindeutig geklärt. Der Vortrag des unterlegenen Bieters sei ohne umfassende Einsicht jedenfalls deutlich erschwert. Der Kommune obliege es, im Einzelnen darzulegen, auf welcher Grundlage sie eine Auswahlentscheidung getroffen habe. Soweit sie sich aus Gründen des Geheimnisschutzes daran gehindert sähe, müsse sie dies im Einzelnen substantiiert darlegen. Unklar blieben weiterhin verschiedenste prozessuale Fragen zum neu eingeführten Rügeregime. Hier verwies sie auf den Vortrag von *Kleybolte*. Das Vergaberecht könne für die Klärung dieser offenen Fragen jedenfalls nicht gangbar gemacht werden.

II. Voraussetzungen und Grenzen der Bewerberauswahl nach § 46 EnWG zwischen gesetzlichen Vorgaben und Ideenwettbewerb

Es folgte *Prof. Dr. Martin Burgi* von der LMU München mit einem Vortrag zu den Voraussetzungen und Grenzen der Bewerberauswahl nach § 46 EnWG. Trotz der grundsätzlich verschiedenen Zwecke der Konzessionsvergabe nach § 46 EnWG und dem GWB-Vergaberecht (Wettbewerb um die Verteilungsnetze auf der einen und erfolgreiche kommunale Aufgabenerfüllung auf der anderen Seite) könne letzteres als „Erfahrungsspeicher“ bei der Anwendung des § 46 EnWG dienen. So sei der Kommune bei der Ausschreibung des Verteilnetzes die Durchführung eines Konzept- und Ideenwettbewerbs trotz fehlender gesetzlicher Regelung grundsätzlich möglich, jedoch keineswegs zwingend. Ein solcher könne der Innovations- und Wettbewerbsförderung dienen und ein taugliches Mittel zur Erreichung der Ziele des § 1 EnWG sein, berge aber auch die Gefahr ergebnisorientierter Entscheidungen. Gerade aufgrund der strukturellen Asymmetrie könne die Gemeinde – trotz eindeutiger Absage des Gesetzgebers an eine Inhouse-Vergabe – Konzepte spezifisch auf das eigene Angebot zuschneiden. Deswegen, und auch weil ein solches Konzeptmanagement gerade für kleinere

Gemeinden nur schwer zu managen sei, sei hiermit eher zurückhaltend umzugehen. *Burgi* ging sodann auf die Umsetzung eines Konzept- und Ideenwettbewerbs auf den einzelnen Entscheidungsstufen ein. Zunächst müsse es den potentiellen Bietern durch die Leistungsbeschreibung klar sein, worauf es der Gemeinde bei der Entscheidung ankomme. Hierbei könnten auch Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft berücksichtigt werden. Unzulässig seien allerdings strategische oder allgemein wirtschaftliche Kriterien, sofern sie keinen Netzbezug aufweisen. Das was für die Gemeinde kommunalpolitisch hätte interessant werden könne, gehe, so *Burgi*, also gerade nicht. Streitig sei hier, inwiefern die Auswahlkriterien und ihre Gewichtung schon vorher bekannt gemacht werden müssen. Ein solches Transparenzerfordernis sei ein großer Unterschied zum Vergaberecht. Ein Konzeptwettbewerb verlange ja gerade neue und innovative Ideen, so dass hier ein Mittelweg gefunden werden müsse. Die Gemeinde habe im Folgenden eine sorgfältige Bewertung vorzunehmen und dies ausführlich und nachvollziehbar zu dokumentieren.

III. Rügeobliegenheit und Präklusion im Ausschreibungsverfahren

Sodann gab *VRiLG Ulrich Kleybolte* einen Einblick in die richterliche Praxis bei der Vergabe von Konzessionen und nannte das Thema zum Vergnügen des Publikums einen echten „Partykiller“. *Kleybolte* stellte zunächst den Ablauf des Rügeverfahrens nach §§ 46 ff. EnWG dar und ging dabei insbesondere auf die rechtlichen Wirkungen und Anforderungen der Präklusion ein. Die Präklusion schließe das Recht der Bieter auf rechtliches Gehör aus und sei dementsprechend eng auszulegen. Dies sei u.a. ein Grund dafür, dass die Kommune die Anwendung des neuen Rügesystems ausdrücklich festlegen müsse. Es mangle dabei nicht nur an entsprechenden gesetzlichen Regelungen, sondern auch an einer klaren Linie in der Rechtsprechung. Dieser Effekt würde dadurch verstärkt, dass Rechtsverstöße im Wege des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens bereits vor den Landgerichten abschließend geklärt würden. Der Gesetzgeber habe bei der Novellierung des Konzessionsverfahrens bewusst nicht die Regelungen des GWB übernommen, was eine analoge Anwendung der Vorschriften unmöglich mache. Ein weiteres Problem sei der fehlende Maßstab der „Erkennbarkeit“ von Rechtsverletzungen im Rahmen des Rügeverfahrens. Die Rechtsprechung werde bei der Auslegung dieses Begriffs vor große Herausforderungen gestellt. Auch hier stünden Grundrechte der Bieter auf dem Spiel. Diese seien nicht die „Justiziere der Kommunen“. Bei der Anwendungen und Auslegung der Präklusionsvorschriften müsse der Anspruch der Bieter auf rechtliches Gehör mehr Berücksichtigung finden.

IV. Stellungnahmen

In den darauffolgenden Stellungnahmen erläuterte zunächst *Matthias Pöhl* von der Kanzlei *Becker Büttner Held* die Herausforderungen der Kommunen in ihrer Rolle als Vergabestelle und Inhaber der Wegrechte auf der einen und Bieter um die Konzession auf der anderen Seite. *Pöhl* betonte, dass den Gemeinden im Rahmen der kommunalen Selbstverwaltung ein Beurteilungsspielraum bei Formulierung und Gewichtung der Auswahlkriterien verbleibe. Die Praxis zeige, dass die Herausforderungen für die Kommunen hierbei unabhängig von der eigenen Beteiligung als Bieter bestünden. Das neue Rüge- und Präklusionsregime des § 47 EnWG sei im Interesse eines funktionierenden Wettbewerbs grundsätzlich zu begrüßen. Die Ziele der Novelle – vor allem mehr Rechtssicherheit und eine Entlastung der Gerichte – seien dadurch jedoch nicht erreicht worden. Hier bestehe dringender Verbesserungsbedarf. Auch der „Sonderrechtsweg“ zu den ordentlichen Gerichten im einstweiligen Rechtsschutzverfahren werfe zahlreiche rechtliche und prozessuale Fragen auf, die der Gesetzgeber nur unzureichend geregelt habe.

Gabriele Krater vom Wirtschaftsministerium NRW gab einen Einblick in das Gesetzgebungsverfahren, an dem das Wirtschaftsministerium des Landes NRW (MWIDE) intensiv beteiligt war und berichtete von den Schwierigkeiten, die Interessen aller beteiligten Akteure miteinander in Einklang zu bringen. Die Bedeutung der Versorgungssicherheit und Kosteneffizienz sei nach wie vor herausragend. Die Novellierung der §§ 46 ff. EnWG stelle insoweit keine Stärkung der kommunalen Belange dar. Auch habe der Gesetzgeber die Konzessionsvergabe klar vom Anwendungsbereich des Vergaberechts

ausgenommen. Insgesamt sei mit der Novellierung ein guter Kompromiss entstanden, der ein faires und transparentes Verfahren ermögliche. Es käme jedoch auch drauf an, was die teils marktmächtigen und finanzstarken Akteure am Ende daraus machen würden.

In der darauffolgenden Podiumsdiskussion setzten sich die Vortragenden noch einmal mit den verschiedenen Standpunkten und Fragen aus dem Publikum auseinander. Hierbei betonte *Burgi* seine Auffassung, dass gesetzliche Regelungen in der Regel weniger interessengebundene Probleme mit sich brächten, je allgemeiner sie gefasst seien. Auch *Kleybolte* verdeutlichte, dass die Gerichte bei solchen Fragen nur auf allgemeine Regelungen zurückgreifen könnten. Dies würde die Verfahren noch weiter in die Länge ziehen. Ein Ideenwettbewerb jedoch habe der gerichtlichen Prüfung bislang überwiegend nicht standgehalten. Die Höherwertung von Unterkriterien bei der Auswahl durch die Gemeinden sei schlicht nicht hinnehmbar. Auf die Frage, ob die Offenlegung der Angebote der Mitbewerber durch Gerichte oder Gemeinden im Gegensatz zum Geheimwettbewerb des § 1 GWB stehe, entgegnete *Kermel*, dass es im Zweifel zu einer neuen Auswahlentscheidung käme und nicht zu einer Rückführung, so dass auch keine Möglichkeit mehr bestünde, im selben Verfahren noch einmal das Angebot zu ändern.

V. Kartell- und zivilrechtliche Probleme bei der Ausschreibung von Fernwärmenetzen

Den Abschluss des ersten Themenkomplexes bildete der Vortrag von *Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M.* zu den kartell- und zivilrechtlichen Problemen bei der Ausschreibung von Fernwärmenetzen. Auch für den Ausbau von Fernwärmenetzen müssen Unternehmen Wegenutzungsverträge mit den Kommunen schließen. Beim Auslaufen dieser Verträge stellen sich Fragen zu Aneignung und Ausschreibung der Fernwärmenetze durch die Kommune, bzw. etwaigen Verlängerungsansprüchen der Unternehmen. Die §§ 46 ff. EnWG fänden hierbei allerdings keine Anwendung. In seinem Vortrag setzte sich *Körber* u.a. mit den beiden Urteilen des VG Berlin¹ und LG Stuttgart² auseinander. Beide Gerichte hatten sich zuletzt aus verschiedenen Blickwinkeln mit möglichen Übernahmeansprüchen der Kommunen auseinandergesetzt. Aufgrund der marktbeherrschenden Stellung der Kommunen ergebe sich zunächst ein kartellrechtlicher Anspruch der Fernwärmeunternehmen auf die Einräumung von Wegenutzungsrechten aus §§ 19 Abs. 2 Nr. 1 und 4, 33 Abs. 1 und 3 GWB. Aus dem Gedanken des § 46 Abs. 2 EnWG folge allerdings kein Ausschreibungs- oder Aneignungsrecht der Kommunen. Auch die *Schilderpräger-Rechtsprechung* des BGH³ sei nicht heranzuziehen. Zum einen bestehe keine vergleichbare Knappheitssituation, zum anderen ging es hierbei um die Ausschreibung von Mietverträgen, nicht von Geschäftsbetrieb und Kundenstamm. Nach Ablauf der Wegenutzungsverträge hätten die Unternehmen in aller Regel einen Anspruch auf Wiedereinräumung des Nutzungsrechts. Möglicherweise bestehende Endschaftsklauseln seien, so *Körber*, kartellrechtswidrig und somit unwirksam, da sich ein rationales Unternehmen in der Regel nicht freiwillig auf eine solche Klausel einlassen würde. Diese dürften kartellrechtlich nur für den Fall Vorsorge treffen, dass das Fernwärmeunternehmen die Versorgung nicht fortsetzen will oder dass die Fortsetzung für die Kommune ausnahmsweise unzumutbar ist.

VI. Panel Junge Wissenschaft

Nach der Mittagspause war Zeit für den wissenschaftlichen Nachwuchs. 5 Doktoranden aus Köln und Düsseldorf stellten den TeilnehmerInnen ihre juristischen und ökonomischen Forschungsprojekte vor. Den Anfang machte *Johannes Sebastian Thielen* mit seinem Dissertationsvorhaben „Energiewende und EU-Beihilfenrecht“ und ging dabei insbesondere auf das EEG 2012-Urteil des EuGH⁴ ein. *Paul B. Jahn* stellt sich die Frage, ob rechtlicher (De-)Regulierungsbedarf hinsichtlich der smart-contract-basierten Prosumeraktivität in der Energiewirtschaft bestehe und gab eine kurzweilige Einführung in seine bisherigen Ideen und Ergebnisse. Im Anschluss zog *Laura Gellisch* von der Universität zu Köln den Faden

¹ VG Berlin, Urt. v. 30.6.2017 – 4 K 16.15.

² LG Stuttgart, Urt. v. 14.2.2019 – 11 O 225/16.

³ z.B. BGH, Urt. v. 24.9.2002 – KZR 4/01.

⁴ EuGH, Urt. v. 28.3.2019 – C-405/16 P (Deutschland/Kommission).

zum Telekommunikationsrecht und erläuterte „Ko-Investitionen im Spannungsfeld zwischen Investitionsförderung und Wettbewerbssicherung“. *Charlotte Hasselhorn* von ebenda folgte mit einer Darstellung ihrer Forschungsfragen zum Innovationswettbewerb in der Fusionskontrolle. Zum Schluss stellte *Berit Czock* vom EWI Köln ihr Forschungsvorhaben zur Sektorenkopplung im Haushaltsbereich vor und führte die anwesenden Juristen in vertiefte ökonomische Fragestellungen ein. Beim späteren geselligen Ausklang bot sich für die Doktoranden die Möglichkeit zur fachlichen Diskussion mit Experten aus der Praxis.

VII. Netzintegration der Elektromobilität

Der Nachmittag stand ganz im Zeichen der Elektromobilität und der Rolle der Verteilnetzbetreiber bei Auf- und Ausbau der Ladeinfrastruktur. Einleitend gab *David Kemnitz* vom Beratungsunternehmen *Consentec GmbH* einen Überblick zur Entwicklung der Ladeinfrastruktur und stellte die hauseigene Studie zu Bedarf und Kosten des Netzausbaus bis zur Vollelektrifizierung des PKW-Verkehrs in den deutschen Verteilungsnetzen der *E.ON SE* vor.⁵ Die Herausforderung für Verteilnetzbetreiber bestehe vor allem im Verstärkungs- und Ausbaubedarf der Bestandsnetze. In den Netzgebieten des EON-Konzerns seien die Netze im Ergebnis jedoch gut auf einen Markthochlauf der Elektromobilität vorbereitet. Bis zur vollständigen Durchdringung würden hier bei proaktivem Netzausbau kumulative Mehrkosten für den Ausbau der Nieder- und Mittelspannungsnetze von bis zu ca. 2,5 Mrd. EUR entstehen. Deutliches Einsparpotential könne sich durch ein intelligentes Lademanagement der Elektromobile ergeben. Hierfür sei jedoch eine sichere und zuverlässige Steuerungstechnik unerlässlich. Bei einer Einsparung von ca. 200 EUR je E-Pkw stelle sich jedoch die Frage, ob der Nutzer die hiermit verbundenen Einschränkungen seines Ladeverhaltens überhaupt in Kauf nehmen würde.

VIII. Herausforderungen und Chancen von Elektromobilität in Verteilernetzen

Torsten Knop von der *innogy SE* machte im Folgenden darauf aufmerksam, dass besonders in Ballungszentren einzelne Netze vom starken Netzaufbau betroffen sein können. Die Herausforderung bei der Integration der E-Mobilität in die Netze sei dabei nicht die Energie, sondern die Leistung. Wie auch sein Vorredner betonte der Volkswirt, dass in diesen Fällen eine intelligente Steuerung der Ladevorgänge extreme Spitzen in der Netzbelastung vermeiden und den notwendigen Netzausbau somit reduzieren könnte. In welchen Fällen der einzelne Nutzer eine Marktentscheidung hinsichtlich der Steuerung des Fahrzeugs beim Laden treffen oder alle Nutzer pauschal für die Mehrkosten aufkommen sollen, ist noch zu klären. Der Betrieb öffentlicher Ladesäulen sei ferner nicht Aufgabe des Verteilnetzbetreibers. Dies sei durch die Regelung des Art. 33 EU-Strommarktrichtlinie auch so vom EU-Gesetzgeber gewollt. Der Betrieb von Ladesäulen sei vielmehr eine wettbewerbliche Aufgabe. Die bisherige Praxis in Estland, Italien und Luxemburg sei somit kein Zukunftsmodell.

IX. Öffentliche Ladeinfrastruktur – Eine Aufgabe des Verteilnetzbetreibers?

Markus Adam von Lichtblick knüpfte in seinem Vortrag an das 7. Sektorgutachten Energie der Monopolkommission an und gab einen Überblick über die aktuelle Marktverteilung und lokale Monopol Tendenzen bei der öffentlichen Ladeinfrastruktur in Deutschland. Diese seien vor allem das Ergebnis von Verbundvorteilen und ökonomischen Effizienzen. So sei der Verteilnetzbetreiber schlicht der beste Kandidat für den Betrieb und Ausbau von Ladesäulen. Dies sei nach EU-Recht auch möglich und geboten, da aufgrund des fehlenden Ausbaus und der zu hohen Bepreisung die Voraussetzungen für einen regulierten Betrieb der Ladesäulen mit diskriminierungsfreiem Zugangsanspruch für dritte Energieversorger nach Art. 33 Abs. 3 der EU-Strommarktrichtlinie vorlägen. Ferner seien Ladesäulen für Elektromobile im Rahmen der Marktabgrenzung auch nicht mit klassischen Tankstellen für Verbrennerfahrzeuge vergleichbar, da der typische Suchradius des Nutzers um ein vielfaches kleiner sei. Es läge somit ein lokaler Markt vor. Ein Roaming-Modell – wie es aktuell praktiziert werde – führe ähnlich wie im Telekommunikationssektor zu hohen Kosten für die Verbraucher und zu einer Markteintrittsbarriere für Drittanbieter. Ein kartellrechtlicher Anspruch des Drittanbieters auf

⁵ Dazu ausführlich: *Dorendorf et al.*, ET 2019, Ausgabe 9, S. 46 ff.

Durchleitung sei ohnehin gegeben. Dementsprechend sollte, so *Adam*, auch schon jetzt über den energierechtlichen Netzzugang nachgedacht werden, insb. weil regulierte Durchleitungsentgelte dafür sorgen könnten, das Geschäftsmodell mit der Ladeinfrastruktur profitabel zu machen. Verbrauchervorschriften wie etwa §§ 41, 42 EnWG würden so auch an der Ladesäule greifen.

Der Schwerpunkt in der anschließenden Diskussion lag auf der Steuerbarkeit der Ladevorgänge und der Frage des Netzzugangsanspruchs. *Kemnitz* betonte, dass die Steuerbarkeit ein sinnvolles Instrument sei, die mit ihr einhergehende Nutzereinschränkung jedoch im Hinblick auf die Nutzerakzeptanz kritisch zu betrachten sei. Zumindest die technische Möglichkeit, so *Knop*, müsse jedoch bestehen, um dem Netzbetreiber bei Netzüberlastung eine Eingriffsmöglichkeit zur Hand zu geben. Ein Marktversagen oder die Notwendigkeit einer Regulierung des Betriebs der öffentlichen Ladeinfrastruktur sehe er – im Gegensatz zu *Adam* – nicht. *Adam* zeigte noch einmal die Nähe der Ladeinfrastruktur zu den regulierten Strom-, Telekommunikations- und Schienennetzen aus ökonomischer Perspektive auf. Dass bei diesen Themen noch einiges an Diskussionspotential besteht, zeigte sich auch an der regen Beteiligung des Publikums.

Das EWIR blickt auch in diesem Jahr auf eine erfolgreiche Jahrestagung zurück und bedankt sich bei allen ReferentInnen und Teilnehmenden für eine lehr- und diskussionsreiche Veranstaltung. Es ist vorgesehen, die Referate der Tagung gesammelt in einem Beiheft zu einer energierechtlichen Zeitschrift zu veröffentlichen. Die 49. Energierechtliche Jahrestagung findet am 29.10.2020 an der Universität zu Köln statt.