

Berlin, 10. Februar 2023



**BDEW Bundesverband  
der Energie- und  
Wasserwirtschaft e. V.**  
Reinhardtstraße 32  
10117 Berlin

[www.bdew.de](http://www.bdew.de)

## **Positionspapier**

### **De-minimis-Klausel**

### **bei der Konzessionsvergabe**

### **gemäß § 46 Absatz 3 EnWG**

Stellungnahme zu den DStGB-Vorschlägen zur Verfahrensvereinfachung für kleine Gemeinden

Der Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft (BDEW), Berlin, und seine Landesorganisationen vertreten über 1.900 Unternehmen. Das Spektrum der Mitglieder reicht von lokalen und kommunalen über regionale bis hin zu über-regionalen Unternehmen. Sie repräsentieren rund 90 Prozent des Strom- und gut 60 Prozent des Nah- und Fernwärmeabsatzes, 90 Prozent des Erdgasabsatzes, über 90 Prozent der Energienetze sowie 80 Prozent der Trinkwasser-Förderung und rund ein Drittel der Abwasser-Entsorgung in Deutschland.

## 1 Einleitung

Mit einem Wegenutzungsvertrag (sog. Konzessionsvertrag) gestattet die Gemeinde einem Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung von Konzessionsabgaben die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet mit Strom und Gas dienen. Die Einnahmen aus der Konzessionsabgabe basieren auf der Konzessionsabgabenverordnung und variieren je Gemeinde. Vor allem bei kleinen Gemeinden sind die Einnahmen aus der Konzessionsabgabe gering (bedingt durch geringe Einwohnerzahlen).

Vor Abschluss eines Wegenutzungsvertrages nach § 46 Abs. 1 EnWG muss die Gemeinde einen „Wettbewerb um das Netz“ ermöglichen und hierzu ein transparentes und diskriminierungsfreies, wettbewerbliches Auswahlverfahren durchführen. Diese Auswahlverfahren sind jedoch durch eine hohe rechtliche Komplexität, erhebliche bürokratische Anforderungen und in vielen Fällen durch langwierige gerichtliche Auseinandersetzungen gekennzeichnet. Folglich entstehen den Gemeinden häufig hohe Kosten für rechtliche Beratungen und Prüfungen, die bei kleinen Gemeinden nicht im Verhältnis zu den erzielbaren Einnahmen aus der Konzessionsabgabe stehen.

Vor ähnlichen Herausforderungen stehen Energieversorgungsunternehmen, die sich um eine solche Konzession bewerben. Eine rechtssichere Abwicklung von Konzessionsvergabeverfahren ist mittlerweile mit erheblichen Kosten für die sich bewerbenden Energieversorgungsunternehmen verbunden. Vor allem bei kleinen ländlichen Gemeinden, wo der Konzessionswettbewerb ohnehin erfahrungsgemäß gering ist bzw. wo in vielen Fällen nur ein Bewerber vorhanden ist, wird die Unverhältnismäßigkeit von Aufwand und Nutzen besonders deutlich. De-minimis-Klauseln zur Vereinfachung der Konzessionsvergabeverfahren könnten hier Abhilfe schaffen.

Im Nachfolgenden werden die bisherigen Diskussionen zu möglichen De-minimis-Klauseln bzw. Verfahrensvereinfachungen bei der Konzessionsvergabe des Deutschen Städte- und Gemeindebunds (DStGB) zusammengefasst und die Position des BDEW dargestellt.

## 2 Forderung des DStGB zu Verfahrensvereinfachungen bei der Konzessionsvergabe

Die Forderung einer De-minimis-Regelung wurde vom DStGB bereits im Rahmen eines Positionspapiers vom Februar 2021 zur Modernisierung des Konzessionsabgabenrechts aufgegriffen.<sup>1</sup> Der DStGB verweist in seiner Stellungnahme auf die Entwicklungen auf dem Energiemarkt der vergangenen 30 Jahre und auf die Notwendigkeit, auf die geänderten Rahmenbedingungen der Energiewirtschaft zu reagieren.

---

<sup>1</sup> Vgl. DStGB (2021): Kernforderungen Konzessionsabgabenverordnung reformieren – Kommunale Einnahmen sichern, S. 3.

Die Einnahmen der Gemeinden aus der Konzessionsabgabe stehen aus Sicht des DStGB bei kleinen Gemeinden zunehmend nicht mehr im Verhältnis zum Aufwand für die Durchführung des Konzessionsvergabeverfahrens. In diesem Zusammenhang wird auf die hohe Komplexität und die erheblichen bürokratischen Herausforderungen für die Gemeinden bei der Durchführung von Konzessionsverfahren und die damit verbundenen Kosten für rechtliche Beratung und gerichtliche Auseinandersetzungen verwiesen. Vor diesem Hintergrund schlägt der DStGB vor, bei Gemeinden und Städten unter 25.000 Einwohnern im Rahmen einer neu zu schaffenden De-minimis-Regelung eine Ermessensentscheidung zu ermöglichen, wonach auf ein Vergabeverfahren für Strom- und Gasnetze nach Ablauf der gesetzlichen Fristen verzichtet und dem bisherigen Inhaber des Wegenutzungsrechts weiterhin die Konzession eingeräumt werden kann. Derzeit steht einem solchen Vorgehen § 46 Abs. 3, 4 EnWG entgegen.

In einem weiteren DStGB-Positionspapier vom Dezember 2021 wurde der Vorschlag für eine De-minimis-Regelung bei der Konzessionsvergabe für Gemeinden mit einer kleinen Verwaltungsstruktur (bis 25.000 Einwohner) erneuert und konkretisiert.<sup>2</sup> Aufgrund der kleinen Verwaltungsstrukturen und begrenzter Personalkapazitäten der Gemeinden sind in vielen Fällen bei der Durchführung von Konzessionsvergabeverfahren kostenaufwändige rechtliche und technisch-wirtschaftliche Beratungen notwendig. Häufig folgen zudem Gerichtsverfahren unterlegener Mitbewerber, die zu zusätzlichen Kosten für die Gemeinden führen. Vor diesem Hintergrund erneuert der DStGB die Forderung einer grundlegenden Vereinfachung des Konzessionsvergabeverfahrens, die den wettbewerblichen Vorgaben entspricht und eine zeitliche Flexibilisierung der Frist zur Verfahrensdurchführung enthält. Bei der Einführung einer solchen Geringfügigkeitsregelung sollte das Entstehen von Ewigkeitsrechten vermieden werden. Für eine konkrete Umsetzung schlägt der DStGB ein Konsultationsverfahren der Bundesnetzagentur vor, in dem mögliche Verfahrensvereinfachungen von den Gemeinden, der Energiewirtschaft und weiteren Stakeholdern eingebracht werden können.

### **3 BDEW-Position**

Die Forderung des DStGB nach einer Verfahrensvereinfachung für kleine Gemeinden ist im Grundsatz zu unterstützen. Die Auswahlverfahren gemäß § 46 Abs. 2-5 EnWG sind aufgrund der vorgenannten Entwicklungen hoch komplex. Wegen der immer stärker ausdifferenzierten Rechtsprechung der Kartellgerichte ist eine rechtssichere Abwicklung für die Gemeinden ohne kostenintensive externe Unterstützung faktisch nicht möglich. Eine energiewirtschaftliche und juristische Beratung ist für viele Gemeinden schon bei der Erstellung eines diskriminierungsfreien Kriterienkatalogs und der Gewichtung der Auswahlkriterien erforderlich, ebenso bei der anschließenden Auswahlentscheidung gemäß § 46 Abs. 4 EnWG.

Entsprechend hoch ist auch der Aufwand der Bewerber, um individuelle, auf den jeweiligen Kriterienkatalog zugeschnittene Angebote zu erstellen. Auch die anschließende gerichtliche

---

<sup>2</sup> Vgl. DStGB (2021): Kernforderungen bei der Konzessionsvergabe im Energiebereich, S. 4.

Überprüfung der gemeindlichen Auswahlentscheidung ist für alle Beteiligten zeit- und kostenintensiv, sowohl für die Gemeinde als auch für unterlegene Bewerber und die Justiz.

Dieser Aufwand ist u.a. aufgrund des Wertes der Konzession bei mittleren und größeren Gemeinden eher gerechtfertigt. Bei kleinen ländlichen Gemeinden, wo der Konzessionswettbewerb ohnehin erfahrungsgemäß gering ist, steht deren Aufwand für Berater-, Gerichts- und Anwaltskosten in keinem vertretbaren Verhältnis zu der erzielbaren Konzessionsabgabe. Darauf weist der DStGB zu Recht hin.

Hinzu kommt, dass gerade bei Klein-Gemeinden der Aufwand des bisher wegenutzungsberechtigten Energieversorgungsunternehmens zur Bereitstellung der in § 46a EnWG genannten Daten zur Netzbewertung überproportional hoch ist. Wegen Sammelaktivierungen ist eine automatisierte Auswertung z.B. der kalkulatorischen Restwerte und Nutzungsdauern bezogen auf die einzelne Gemeinde häufig nicht möglich, eine aufwendige manuelle Auswertung ist erforderlich. Dieser Aufwand ist nur dann zu rechtfertigen, wenn mit weiteren Bewerbern um das Wegerecht zu rechnen ist.

Deshalb sollte das förmliche Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren für Gemeinden unterhalb einer sachgerechten De-minimis-Schwelle **fakultativ** sein. Sie hätten dann die Wahl zwischen

- dem förmlichen Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren gemäß § 46 Abs. 2-5 und
- einem vereinfachten Verfahren mit der Möglichkeit zum Neuabschluss mit dem bisher Nutzungsberechtigten.

Im vereinfachten Verfahren sollten § 46 Abs. 3-4, Abs. 5 Satz 1 und § 46a EnWG nicht gelten.

Bei einer Anpassung des Rechtsrahmens ist mit Blick auf das EU-Primärrecht darauf zu achten, dass die Grundsätze der Transparenz und Nichtdiskriminierung eingehalten werden. Die erforderliche Transparenz kann dadurch bewirkt werden, dass die Gemeinde ihre Absicht, vom vereinfachten Verfahren Gebrauch zu machen, spätestens drei Jahre vorab im Bundesanzeiger bekannt zu machen hat. Eine Frist von mindestens drei Jahren ist erforderlich, damit der bisher Nutzungsberechtigte die Daten gem. § 46a EnWG rechtzeitig bereitstellen kann, falls sich die Gemeinde z.B. im Rahmen der Abhilfe einer Rüge dafür entscheidet, doch ins förmliche Auswahlverfahren zu wechseln. Anwendbar bleiben sollte § 46 Abs. 5 Satz 2 EnWG, wonach die Gemeinde ihre Entscheidung zum Neuabschluss des Wegenutzungsvertrags unter Angabe der maßgeblichen Gründe öffentlich bekannt zu machen hat. Diese Transparenz hält kleine Gemeinden an, ihr Ermessen bei der Verfahrenswahl sachgerecht auszuüben.

Die allgemeine kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht bleibt durch die Entscheidung der Gemeinde für das vereinfachte Verfahren unberührt (§ 46 Abs. 7 EnWG).

Um den Gemeinden auch bei Anwendung des vereinfachten Verfahrens eine zügige Rechtssicherheit zu verschaffen, sollten zudem die Bestimmungen zur Rügeobliegenheit und Präklusion des § 47 EnWG entsprechend für die Bekanntmachung Anwendung finden.

Im Hinblick auf die sachgerechte Höhe des Schwellenwertes sollte Folgendes berücksichtigt werden:

Grundsätzlich soll die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen auch zukünftig im Wettbewerb erfolgen, da nur dieser sicherstellt, dass Konzessionen an das jeweils beste Energieversorgungsunternehmen im Sinne der in § 1 Satz 1 EnWG formulierten Ziele vergeben werden.

Der Wunsch vieler Gemeinden nach einer Vereinfachung der Verfahren zur Konzessionsvergabe ist vor dem Hintergrund der hohen Verfahrenskosten verständlich, darf aber nicht dazu führen, dass der Wettbewerb um Konzessionen im Regelfall ausgeschaltet wird.

Eine De-minimis-Grenze, wie vom DStGB vorgeschlagen, bei deren Unterschreitung auf Wunsch der Gemeinde auf eine Ausschreibung verzichtet werden kann, ist grundsätzlich ein geeigneter Ansatz, kleine Gemeinden von einem unverhältnismäßigen Verfahrensaufwand zu entlasten. Der De-minimis-Grenzwert muss dabei aber so gewählt werden, dass eine Vergabe der Konzession ohne Ausschreibung und somit ohne Wettbewerb einen Ausnahmefall darstellt.

Der vom DStGB vorgeschlagene Grenzwert in Höhe von 25.000 Einwohnern würde indes dazu führen, dass ca. 95 % aller Gemeinden in Deutschland mit zusammen knapp 50 % aller Einwohner von der De-minimis-Grenze erfasst würden. Eine De-minimis-Regelung, von der ca. die Hälfte aller Einwohner Deutschlands betroffen wäre, kann aber nicht mehr als Ausnahmeregelung angesehen werden.

Der BDEW schlägt daher einen Grenzwert vor, welcher bezogen auf die Gesamtbevölkerung Deutschlands nur in Ausnahmefällen greift. Bei 5.000 Einwohnern als De-minimis-Grenzwert wäre mit unter 15 % aller Einwohner Deutschlands nur noch eine Minderheit von der De-minimis-Regelung betroffen. Gleichwohl wären mit diesem Grenzwert immer noch über 70 % der Gemeinden von der Ausschreibungspflicht befreit. Das könnte aus Wettbewerbssicht insofern toleriert werden, als in Gemeinden mit weniger als 5.000 Einwohnern bereits heute kein oder nur ein sehr geringer Wettbewerb um Konzessionen stattfindet und die Auswirkung auf den Wettbewerb damit geringer bliebe, als der Wert 70 % vermuten lässt.

Insbesondere im Bereich der Gasinfrastrukturen ist hingegen aufgrund der oft geringeren Versorgungsdichte sowie der zu erwartenden Transformationsentwicklungen und dem daraus resultierenden geänderten Abnahmeverhalten zu diskutieren, ob der Grenzwert auch höher angesetzt werden kann. In den nächsten Jahren wird der Fokus auch im Bereich des Konzessionsrechts darauf liegen, eine strukturierte und zwischen den Sektoren abgestimmte Transformationsregulierung zu entwickeln.

Der BDEW unterstützt daher grundsätzlich den Vorschlag des DStGB zur Einführung einer De-minimis-Regelung in Konzessionsverfahren, sofern dabei ein Grenzwert für die Größe der davon betroffenen Gemeinden festgelegt wird, welcher nicht über 5.000 Einwohnern liegen darf. Maßgeblich sollte dafür die jeweils vom Statistischen Landesamt fortgeschriebene Einwohnerzahl sein.

## 4 Vorschlag für einen neuen § 46 Absatz 6a

...

(6a) Gemeinden mit weniger als 5.000 Einwohnern haben die Wahl zwischen dem Verfahren nach den Absätzen 3 bis 5 und einem vereinfachten Verfahren nach den Regelungen dieses Absatzes. Maßgeblich ist die jeweils vom statischen Landesamt fortgeschriebene Einwohnerzahl im Gemeindegebiet zum Zeitpunkt der Bekanntmachung. Im vereinfachten Verfahren sind die Absätze 3 bis 4, Absatz 5 Satz 1 und § 46a nicht anzuwenden, der Wegenutzungsvertrag kann in diesem Fall mit dem bisher Nutzungsberechtigten im gegenseitigen Einvernehmen neu abgeschlossen werden. Die Gemeinde hat ihre Absicht, vom vereinfachten Verfahren Gebrauch zu machen, spätestens drei Jahre vor Ablauf von Verträgen nach Absatz 2 durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger bekannt zu machen; für diese Bekanntmachung gelten § 47 Absatz 1, Absatz 2 Satz 1 und Absatz 4 und Absatz 5 entsprechend. Ein Vertragsschluss im vereinfachten Verfahren ist frühestens drei Kalendermonate nach der Bekanntmachung und erst nach Ablauf der Frist aus § 47 Absatz 5 Satz 1 zulässig.

Für ein Gespräch bzw. Rückfragen stehen wir gerne zur Verfügung.

### **Ansprechpartner:**

Julia Borger, LL.M. (Edinburgh)  
Telefon: 030 / 300 199 - 1536  
[julia.borger@bdew.de](mailto:julia.borger@bdew.de)

Martin Müller  
Telefon: 030 / 300 199 - 1665  
[martin.mueller@bdew.de](mailto:martin.mueller@bdew.de)

Der BDEW ist im Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung sowie im europäischen Transparenzregister für die Interessenvertretung gegenüber den EU-Institutionen eingetragen. Bei der Interessenvertretung legt er neben dem anerkannten Verhaltenskodex nach § 5 Absatz 3 Satz 1 LobbyRG, dem Verhaltenskodex nach dem Register der Interessenvertreter (europa.eu) auch zusätzlich die BDEW-interne Compliance Richtlinie im Sinne einer professionellen und transparenten Tätigkeit zugrunde. Registereintrag national: R000888. Registereintrag europäisch: 20457441380-38