

## Hinweispapier der Landeskartellbehörde für Energie des Landes Schleswig-Holstein zum Abschluss von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG zur Einräumung von Wegenutzungsrechten für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur Strom- bzw. Gasversorgung

### Inhalt

Einleitung.....	2
I. Rechtliche Rahmenbedingungen .....	3
I.1. Kriterien der Auswahlentscheidung .....	3
I.2. Unzulässige Kriterien .....	7
I.3. Rechtsschutz .....	7
I.4. Gemeindeordnung .....	9
II. Hinweise zu einzelnen Verfahrensaspekten.....	9
II.1. Nebenleistungen, insbesondere sog. Energiekonzepte .....	9
II.2. Datenherausgabe .....	10
II.3. Beteiligungsmodelle.....	12
II.4. Rechtsfolgen fehlerhafter Auswahlentscheidungen / Fortgang nach Abschluss des Auswahlverfahrens .....	16
II.5. Vorbehaltskauf bei fehlender Einigung über „wirtschaftlich angemessene Vergütung“ .....	18
II.6. Abgelaufener Konzessionsvertrag .....	19
III. Verfahrensablauf .....	20
ANHANG .....	24
1.    Kriterienkatalog (Beispiel) .....	24
2.    Anschreiben Datenherausgabe (Muster).....	35
3.    Bekanntmachung (Muster) .....	37

## Einleitung

In Schleswig-Holstein stehen aufgrund des Ablaufs der bestehenden Konzessionsverträge in den kommenden Jahren zahlreiche Konzessionsverträge zur Einräumung von Wegenutzungsrechten für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur Strom- bzw. Gasversorgung zur Neuvergabe an. Das Verfahren und die materiellen Kriterien für die „Vergabe“<sup>1</sup> dieser Rechte ergeben sich aus den §§ 46 und 48 EnWG in Verbindung mit der Konzessionsabgabenverordnung. Zudem ist § 19 GWB über verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen zu beachten, weil die Gemeinden bei der Vergabe eine marktbeherrschende Stellung einnehmen.<sup>2</sup> Die Rechtslage wurde durch einige aktuelle Entscheidungen des Bundesgerichtshofs entscheidend konturiert; dennoch bleiben zahlreiche Rechtsfragen offen. Der vorhandene Rechtsrahmen wird von den an den Konzessionsvergaben Beteiligten als unzureichend empfunden.<sup>3</sup> Nichtsdestotrotz müssen die Gemeinden die Wegenutzungsrechte auf der Grundlage dieses Rechtsrahmens teilweise zeitnah vergeben, um die gesetzlichen Fristen und Höchstlaufzeiten einzuhalten und einen konzessionsvertragslosen Zustand zu vermeiden bzw. zu beenden.

Dieses Hinweispapier der schleswig-holsteinischen Landeskartellbehörde für Energie soll den Gemeinden und den Bewerbern um Konzessionen dabei eine Hilfestellung bieten, wie ein entsprechendes Auswahlverfahren möglichst rechtssicher durchgeführt werden kann. Die Gerichte sind bei der Entscheidung über etwaige privatrechtliche Streitigkeiten nicht an diese Hinweise gebunden; die Landeskartellbehörde geht dennoch davon aus, dass diese Hinweise für die Praxis der Konzessionsvergabe in Schleswig-Holstein eine Arbeitserleichterung für die Betroffenen bietet und zur Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten beitragen kann. Zudem wird die Landeskartellbehörde für Energie - sofern ihre Zuständigkeit<sup>4</sup> im Einzelfall gegeben ist - Verfahren bei denen die in diesem Papier gegebenen Hinweise beachtet wurden, nicht aufgreifen.<sup>5</sup>

Die Kommunen sind bei der Konzessionsvergabe dazu verpflichtet, ein transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren durchzuführen und müssen bei der Ausfüllung des ihnen zustehenden Spielraums für die Beachtung der rechtlichen Vorgaben auch im Hinblick auf aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung sorgen.

Dieses Hinweispapier enthält Ausführungen zum allgemeinen Rechtsrahmen der Konzessionsvergabe und vertiefende Hinweise zu einzelnen Verfahrensschritten. Eine tabellarische Übersicht zum zeitlichen Ablauf des Verfahrens und eine mögliche Bewertungsmatrix mit Auswahlkriterien und deren jeweiliger Gewichtung sollen Ablauf und Inhalt des Verfahrens anschaulich und anwendungsnah darstellen.

Das Hinweispapier beruht auf der im Mai 2015 geltenden Rechtslage. Die Landeskartellbehörde wird diese Hinweise an die Entwicklung der Rechtslage anpassen, wenn hierzu Bedarf entsteht.

---

<sup>1</sup> Es handelt sich nicht um eine Vergabe im Sinne der §§ 97 ff GWB.

<sup>2</sup> Gemeinden handeln beim Abschluss von Konzessionsverträgen als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts, BGH KZR 66/12 Rn. 19 - 24

<sup>3</sup> Vgl. u.a. Graef/Faasch NZBau 2014, 548; Graef/Horn Versorgungswirtschaft 4/2014, 89; Templin NZBau 2014, 487, 490; Becker/ Dicks ZNER 2014, 425, 426; Erps Mitteilungen des LKT 1/2014, 12 ff; Weiß NvWZ 2014, 1415, 1418; Schulz-Gardyan N & R 2014 172, 174; Theobald RdE 2015, 161, 167.

<sup>4</sup> Hierzu unten unter I.3.

<sup>5</sup> Dies schließt eine Überprüfung im Einzelfalle nicht aus, insbesondere auch daraufhin dass diese Hinweise auch tatsächlich eingehalten wurden, vgl. auch OLG Düsseldorf VI-2 Kart 2/13 (V), Rn. 205.

## I. Rechtliche Rahmenbedingungen

### I.1. Kriterien der Auswahlentscheidung

Bei der Vergabe von Wegenutzungsrechten handelt es sich nicht um eine Vergabe im Sinne der §§ 97 ff GWB und auch nicht um eine Dienstleistungskonzession im Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014.<sup>6</sup> Die Vergabe von Wegenutzungsrechten nach § 46 II EnWG muss transparent und diskriminierungsfrei erfolgen. Zudem müssen die Gemeinden die Vorschriften des Wettbewerbsrechts beachten. Eine sogenannte „In-House-Vergabe“ ohne Auswahlverfahren ist nicht zulässig. Gemeinden handeln beim Abschluss von Konzessionsverträgen als Unternehmen im Sinne des deutschen Kartellrechts. Sie haben dabei eine marktbeherrschende Stellung auf dem örtlich und sachlich relevanten Markt für das Angebot von Wegenutzungsrechten zur Verlegung und zum Betrieb von Leitungen, die zum Netz der allgemeinen Versorgung mit Energie gehören. Die Gemeinden sind Anbieter von Netzinfrastrukturdienstleistungen, weil sie trotz der Deckung der Nachfrage nach Netzinfrastrukturdiensten zugleich ihre Wegerechte wirtschaftlich verwerten<sup>7</sup>. Dies gilt unabhängig davon, dass ihr Interesse als Nachfrager darauf gerichtet ist, vom Netzbetreiber eine bestmögliche Leistung zu einem möglichst niedrigen Preis zu erlangen<sup>8</sup>.

Ein fehlerhaftes Auswahlverfahren kann zur Nichtigkeit des Konzessionsvertrags führen, wenn die fehlerhaften Kriterien kausal für die getroffene Auswahlentscheidung waren. Eine unbillige Behinderung durch ein fehlerhaftes Auswahlverfahren ist zu verneinen, wenn zweifelsfrei feststeht, dass sich die Fehlerhaftigkeit des Auswahlverfahrens nicht auf dessen Ergebnis ausgewirkt hat. Das Verfahren muss transparent und nachvollziehbar ausgestaltet sein, damit entsprechende Fehler unbeachtlich bleiben. Konzessionsverträge nach § 46 Abs. 2 EnWG, deren Abschluss mit einem bestimmten Bewerber andere Bewerber entgegen § 19 GWB unbillig behindert, sind grundsätzlich nichtig, wenn den Bietern nicht hinreichend Gelegenheit zur Wahrung ihrer Rechte gewährt wurde.<sup>9</sup>

Nach § 46 III S. 5 EnWG ist die Gemeinde bei der Auswahl des Unternehmens den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet. Die Auswahlentscheidung ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vorrangig an Kriterien auszurichten, die die Ziele des § 1 EnWG konkretisieren. Danach muss die Gemeinde bei der Auswahl der Kriterien die Ziele einer sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht, selbst konkretisieren, gewichten und abwägen.<sup>10</sup> Auswahlkriterien, die nicht konzessionsabgabenrechtlich zulässige Inhalte des Konzessionsvertrags betreffen, müssen die Ausrichtung des **Netzbetriebs** auf die Ziele des § 1 EnWG zum Gegenstand haben.

Bei der Aufstellung und Gewichtung der Kriterien kommt der Gemeinde ein gewisser Spielraum zur Konkretisierung der Ziele und zur Gewichtung der legitimen Wünsche im Rahmen der durch den Rechtsrahmen gesetzten Grenzen bei der Auswahl des Vertrags-

<sup>6</sup> Siehe auch Erwägungsgrund 16 der Konzessionsrichtlinie.

<sup>7</sup> BGH KZR 66/12 Rn. 17 ff.

<sup>8</sup> BGH KZR 66/12 Rn. 45.

<sup>9</sup> BGH EnVR 10/13 Rn. 57 – 61; BGH KZR 66/12, Rn. 108 f.

<sup>10</sup> BGH KZR 66/12 Rn. 49: „Das energiewirtschaftsrechtliche Ziel einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas vereint mehrere Einzelziele, die unterschiedlicher Konkretisierung, Gewichtung und Abwägung gegeneinander durch die Gemeinde zugänglich sind.“

partners sowie der Ausgestaltung des Konzessionsvertrages zu. Zulässig sind auch Auswahlkriterien, die qualitative Eigenschaften und Unterschiede der Angebote bei Netzbetrieb und Netzverlegung bewerten, etwa den Umfang der Bereitschaft zur Erdverkabelung oder zur Verlegung von Leerrohren.

Die Kriterien sind hierbei für alle potentiellen Bewerber transparent und diskriminierungsfrei zu gewichten und bekannt zu geben. Die Gemeinde kann durch die konkreten Kriterien, die sie der Auswahlentscheidung zugrunde legt, und deren Gewichtung ihren Auftrag zur Daseinsvorsorge erfüllen und in der ihr sachgerecht erscheinenden Weise konkretisieren. Sie kann ihn damit zum Maßstab machen, an dem sich die Angebote der am Netzbetrieb interessierten Unternehmen messen lassen müssen.<sup>11</sup> Die Gemeinde muss vor dem Hintergrund ihrer jeweiligen individuellen Situation sachgerechte Kriterien und unter Beachtung ihres individuellen Anforderungsprofils eine angemessene Gewichtung unter hinreichender Beachtung der Ziele des § 1 EnWG finden. So lässt sich etwa den Kriterien der Preisgünstigkeit einerseits und der Umweltverträglichkeit andererseits unterschiedliches Gewicht einräumen.<sup>12</sup> Die Grenze des gemeindlichen Spielraums wird im Falle einer willkürlichen Mindergewichtung einzelner Ziele des EnWG überschritten.

Für die Erstellung von Auswahlkriterien soll die Bewertungsmatrix im Anhang ein praxistaugliches Beispiel darstellen, welches von der Landeskartellbehörde für Energie für wettbewerbsrechtlich unbedenklich gehalten wird, wenn und soweit es im Verfahren beachtet wird.<sup>13</sup> Den Gemeinden steht es indes frei einzelne Kriterien anders zu gewichten; hierbei darf es nicht zu einer „willkürlichen Mindergewichtung“ einzelner Ziele kommen.<sup>14</sup> Die vom Bundesgerichtshof geforderte vorrangige Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG kommt nach Ansicht der Landeskartellbehörde für Energie bei einer Berücksichtigung in Höhe von 70 % der Gesamtpunktzahl hinreichend zum Tragen.<sup>15</sup> Der Gemeinde steht bei der Konzessionsvergabe als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft im Sinne von Art. 28 Abs. 2 GG ein Beurteilungs- und Ermessensspielraum zu.<sup>16</sup> Die Gemeinden können von dieser unverbindlichen Empfehlung im Rahmen ihres Konkretisierungsspielraums abweichen; dabei scheint eine Abweichung im Rahmen des angegebenen Spektrums unproblematisch vertretbar; darüber hinausgehende Abweichungen bergen indes ein hohes Rechtsrisiko.<sup>17</sup>

Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot und damit ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung der Kommune könnte auch darin zu sehen sei, dass die Kommune Unter- sowie Unter-Unterkriterien, die den einzelnen Zielen des § 1 EnWG zugeordnet werden, nicht vor Abgabe der finalen Angebote benennt und gewichtet. Dies könnte bei der späteren Angebotswertung erhebliches Manipulationspotential der Kommune eröffnen. Auswahlkriterien, die durch Aufzählungen mit „insbesondere“, „etc.“, „jedenfalls“ konketi-

---

<sup>11</sup> BGH KZR 66/12 Rn. 49.

<sup>12</sup> Vgl. BGH KZR 66/12 Rn. 49.

<sup>13</sup> Dies schließt eine Überprüfung im Einzelfalle nicht aus, insbesondere auch daraufhin dass diese Hinweise auch tatsächlich eingehalten wurden.

<sup>14</sup> BGH KZR 66/12 Rn. 83.

<sup>15</sup> Die Formulierung des BGH „zurückhaltender OVG Lüneburg, ZNER 2013, 541, 542 (mindestens 50 %)“ legt den Schluss nahe, dass der BGH eine „vorrangige“ Berücksichtigung erst gegeben sieht, wenn diese in gewissem Maße über 50 % hinausgeht. Im Zusammenspiel mit den Ausführungen des BGH zum „überragenden Ziel der Netzsicherheit“ (aaO Rn. 84) unter Rekurs auf die von der Landeskartellbehörde Baden-Württemberg empfohlene Gewichtung von mindestens 25 % als Orientierungshilfe würde andernfalls für die vier weiteren Ziele lediglich noch eine Gewichtung von 25 % verbleiben, was wiederum die Gefahr einer willkürlichen Mindergewichtung dieser Ziele birgt.

<sup>16</sup> OLG Karlsruhe 6 U 68/13 (Kart) Rn. 45 – 48.

<sup>17</sup> Denkbar ist grds. auch eine abschließende Vorgabe eines Konzessionsvertrags mit nach der KAV zulässigem Inhalt durch die Gemeinde einhergehend mit einer Gewichtung der Ziele des § 1 EnWG mit 100 %.

siert werden und nicht jeweils Gewichtungen für Unterkriterien vorsehen, können demnach zur Nichtigkeit der Auswahlentscheidung führen, insbesondere wenn die vorgenommene Bewertung der einzelnen Bewerber nicht nachvollziehbar und schlüssig dokumentiert ist. Die Bildung von Unterkriterien oder gar Unterunterkriterien ist gesetzlich indes nicht vorgegeben. Der BGH hat ebenfalls keine entsprechenden Vorgaben zur Gewichtung getroffen, sondern lediglich der Versorgungssicherheit eine „überragende“ Stellung eingeräumt und eine transparente Bekanntgabe der Auswahlkriterien rechtzeitig vor Angebotsabgabe verlangt. Es besteht in der Regel keine Pflicht zur Bildung von Unterkriterien. Durch eine starke Konkretisierung der Auswahlkriterien durch Unter- oder Unter-Unterkriterien wird die Möglichkeit für die Berücksichtigung innovativer Angebotsinhalte (Ideenwettbewerb) eingeschränkt. Es besteht zudem die Gefahr eines Zuschnitts der Auswahlkriterien auf einzelne Bewerber. Andererseits ist der Wettbewerb dann durch ein hohes Maß an Transparenz geprägt, das geringere Anforderungen an die Begründung der Bewertung und der Auswahlentscheidung erfordert. Unterkriterien und Unterunterkriterien müssen nach Ansicht der Landeskartellbehörde für Energie daher nicht zwingend gebildet werden.<sup>18</sup> Ihre Verwendung wird jedoch empfohlen, weil die Aufstellung und Gewichtung von Unterkriterien und Unterunterkriterien zur Erhöhung der Transparenz des Verfahrens beitragen und Schwierigkeiten bei der Begründung der Auswahlentscheidung im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung über die Wirksamkeit der Auswahlentscheidung vermeiden helfen kann. Dies gilt insbesondere angesichts der Tendenz der Zivilgerichte, eine auch im Hinblick auf Unter- und Unterunterkriterien gewichtete Bewertungsmatrix zu verlangen, um dem Transparenzgebot gerecht zu werden.<sup>19</sup>

Die Dokumentations- und Begründungsanforderungen für die Gemeinde bei der Auswahlentscheidung erhöhen sich, desto weniger konkret die Ausgestaltung der Kriterien und ihrer Gewichtung für die Bewerber quantifizierbar ist. Der Maßstab ist auch bei einem Verzicht auf Unterunterkriterien in Anlehnung an eine teilfunktionale Ausschreibung, dass die Bewerber stets transparent nachvollziehen können müssen, auf welche Kriterien sie ihre Bewerbung auszurichten haben. Insbesondere wegen des verbleibenden kommunalen Gestaltungsspielraums ist es erforderlich, dass die Bewerber nicht nur die Auswahl der Kriterien, die die Gemeinde für maßgeblich erachtet, sondern auch deren Gewichtung erfahren.

Die Gemeinde muss Zusätze wie „insbesondere“, „etc.“, „u.s.w.“ weglassen und darf nicht von der selbst gewählten Gewichtung und Bewertungsmethodik abweichen. Je weniger die Kriterien definitorisch überprüfbar sind, desto höher sind die Begründungsanforderungen an die Bewertung des Bewerbers. Soweit Unterkriterien und/ oder Unterunterkriterien angegeben werden, müssen diese im Einzelnen gewichtet werden und einschließlich der vorgesehenen Bewertungsmethodik den Bewerbern transparent bekannt gegeben werden.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Vgl. OLG Düsseldorf VII Verg 31/12 Rn. 78 ff; VK Sachsen1/SVK/026-13 Rn. 96 ff; zur Gewichtung von Unter- und Unterunterkriterien siehe LG Köln vom 06.06.2014, Az. 90 O 35/14 Rn. 51 ff.

<sup>19</sup> Siehe u.a. OLG Karlsruhe 6 U 68/13 (Kart) Rn. 52 ff; LG Berlin v. 9.12.2014 16 O 224/14 Kart; LG Kiel v. 13.02.2015 14 O 111/14.Kart; LG Düsseldorf v. 11.12.2014 37 O 96/14; LG Stuttgart v. 21.11.2014 11 O 180/14.

<sup>20</sup> Siehe OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. April 2014 – VI-2 Kart 2/13 (V), 2 Kart 2/13 (V) Rn. 66 „Die Beteiligte zu 1) hat der Angebotswertung teilweise Unterkriterien zugrunde gelegt, die sie Bietern zuvor nicht mitgeteilt hat. Das eröffnete ihr bei der späteren Angebotswertung unzulässige Manipulationsmöglichkeiten.“ Rn. 128: „**Gewichtungen von Unter- und Unterunterkriterien sind in unzulässiger Weise gänzlich unterblieben.** Auch das eröffnete der Beteiligten zu 1) bei der späteren Angebotswertung unzulässige Manipulationsmöglichkeiten.“ Rn. 140: „Eine weitere **Verletzung von Transparenz- und Bekanntmachungspflichten** ist darin zu sehen, dass die Beteiligte zu 1) das **beabsichtigte Vorgehen bei der Wertung der Angebote nicht mitgeteilt** hat. Nach Ziffer III. der Verwaltungsvorlage vom 22.06.2012 sollte der Wertungsvorgang durchgeführt werden, indem innerhalb eines Auswahlkriteriums das jeweils "vorzugswürdigere Angebot" die Höchstwertung entsprechend der Gewichtung erhalten sollte und die anderen Angebote mit Wer-

Eine nachträgliche Änderung der Auswahlkriterien und ihrer Gewichtung ist grundsätzlich unzulässig<sup>21</sup>. Erkennt eine Gemeinde bspw. aufgrund eingetretener Rechtsprechungsänderungen oder infolge von berechtigten Rügen im Laufe eines Verfahrens einen Fehler, der zur Rechtswidrigkeit der Konzessionsvergabe führen würde, muss das Verfahren in den Stand zurückversetzt werden, den es zu dem Zeitpunkt hatte, an dem der Fehler das erste Mal aufgetreten ist (siehe hierzu auch unten unter Verfahrensablauf).

Die Regelungen der KAV bestimmen die mögliche Berücksichtigung finanzieller Interessen der Gemeinde in diesem Zusammenhang abschließend. Die Gemeinden haben gemäß § 46 Abs. 1 S. 2 EnWG hierbei das Recht den Vertragsschluss abzulehnen, solange das Unternehmen die Zahlung von Konzessionsabgaben in Höhe der Höchstsätze nach § 48 Abs. 2 verweigert und eine Einigung über die Höhe der Konzessionsabgaben noch nicht erzielt ist.

Gesellschaftsrechtliche Möglichkeiten der Einflussnahme als Auswahlkriterium sind nur in sehr engen Grenzen zulässig. Zwar ist es nach dem BGH grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn die Gemeinde ein Angebot besser bewertet, das es ihr erlaubt, auch nach der Konzessionsvergabe ein legitimes Interesse an der Ausgestaltung des Netzbetriebs zu verfolgen. Dazu zählen etwa Einflussmöglichkeiten der Gemeinde auf Effizienz, Sicherheit und Preisgünstigkeit des Netzbetriebs oder zur Absicherung ihrer Planungshoheit bei Netz- oder Kapazitätserweiterungen oder Maßnahmen zur Modernisierung des Netzes. Die Gemeinde muss legitime Einflussmöglichkeiten auf den Netzbetrieb, die sie für unverzichtbar hält, bereits im Rahmen der Leistungsbeschreibung für den Konzessionsvertrag für alle Angebote verbindlich vorgeben. Eine Bewertung dieser vertraglichen Einflussmöglichkeiten bei der Auswahlentscheidung ist dann nicht mehr möglich und wäre unzulässig.<sup>22</sup> Die Ausführungen des BGH an dieser Stelle, der die Frage explizit offen lässt<sup>23</sup>, sind interpretationsfähig: die LKartBE geht davon aus, dass der BGH einerseits die Berücksichtigung „kommunaler Einflussmöglichkeiten“ auf vertragsrechtlicher Grundlage bei der Auswahlentscheidung und andererseits eine Vorgabe der für unverzichtbar gehaltenen Einflussmöglichkeiten in der Leistungsbeschreibung für zulässig erachtet, sodass Angebote die diesen Vorgaben der Gemeinde nicht entsprechen von vornherein nicht für die Auswahl in Betracht kämen und eine Berücksichtigung als Kriterium bei der Auswahlentscheidung ausgeschlossen wäre.<sup>24</sup> „Eine gesellschaftsrechtlich abgesicherte Einflussnahme wird allenfalls dann hingenommen werden können, wenn dem legitimen Interesse, die Konkretisierung der energiewirtschaftsrechtlichen Ziele des Netzbetriebes über die Laufzeit des Konzessionsvertrages nachzuhalten, nicht in anderer Weise – etwa durch Regelungen des Vertragsrechtes – angemessen Rechnung getragen werden kann.“<sup>25</sup> Soweit die gesellschaftsrechtliche Absicherung der Einflussnahme trotz dieser hohen Hürden in Betracht kommt, müssten jedenfalls die mit einer Beteiligung am Netzbetrieb verbundenen Gegenleistungen (insbesondere der Anteilskaufpreis) und Risiken der Gemeinde bei der Bewertung ebenfalls angemessen berücksichtigt werden.

---

tungsabzügen versehen werden sollten. Die **Methode, nach der ein öffentlicher Auftraggeber festgelegte Auswahlkriterien bewertet, ist Bietern rechtzeitig vor Abgabe der Angebote bekannt zu machen.**“ (Hervorhebung durch LKartBE SH); LG Berlin v. 9.12.2014 16 O 224/14 Kart; LG Kiel v. 13.02.2015 14 O 111/14 Kart; LG Düsseldorf v. 11.12.2014 37 O 96/14; LG Stuttgart v. 21.11.2014 11 O 180/14.

<sup>21</sup> Siehe BGH KZR 66/12 Rn. 87.

<sup>22</sup> Vgl. BGH KZR 66/12 Rn. 52; Becker/Dicks ZNER 2014, 425, 428.

<sup>23</sup> BGH KZR 66/12 Rn. 51.

<sup>24</sup> So auch Schulz-Gardyan N & R 2014, 172, 174, der durch die Formulierung des BGH indes den Vorrang der Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG gefährdet sieht; Säcker RdE 2015, 1, 8 hält die verbindliche Vorgabe ohne anschließende Wertung bei der Auswahl für einzig zulässig.

<sup>25</sup> BGH KZR 66/12 Rn. 52 aE – 53.

## I.2. Unzulässige Kriterien

Auswahlkriterien, die andere Bereiche der Energiewirtschaftlichen Betätigung wie Erzeugung und Vertrieb betreffen, sind als Auswahlkriterien unzulässig.

Die Kriterien "Höhe des kommunalen Anteils an Netzen", "Kommunaler Vermögenszuwachs" und "Höhe des kommunalen Kapitaleinsatzes für den Netzerwerb" dienen allein fiskalischen Interessen, die über das nach der Konzessionsabgabenverordnung erlaubte Maß hinausgehen. Dies ist unzulässig, weil eine kommunale Beteiligung an den Netzen während der Vertragslaufzeit als Kriterium zum Geschäftsmodell in besonderem Maße mit der Gefahr eines Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung der Gemeinde und der Verletzung der gesetzlichen Vorgaben für die Bewertungskriterien bei der Konzessionsvergabe verbunden ist.<sup>26</sup> Eine gesellschaftsrechtliche Verbindung der beiden Marktseiten als Wertungskriterium in einem Kontext, in dem die eine - marktbeherrschende - Seite eine Auswahl zwischen verschiedenen Anbietern auf der anderen Marktseite zu treffen hat, ist strukturell anfällig für eine Verfälschung des Leistungswettbewerbs auf der Anbieterseite.

Die Zahlung von Gewerbesteuer sowie die Verfolgung lokaler insbesondere arbeitsmarktpolitischer Ziele ist unzulässig, weil dies jeweils eine Diskriminierung auswärtiger, nicht ortsansässiger Bewerber bewirken würde.<sup>27</sup> Ein Kriterium „Regionale Präsenz“ muss bspw. durch Abstellen auf örtliche Kundenbüros oder Netzstörungenstellen auf die Ziele Sicherheit und Verbraucherefreundlichkeit des Netzbetriebs im Sinne des § 1 EnWG ausgerichtet sein.

Konzessionsverträge mit Laufzeiten unter 10 Jahren werden von der Landeskartellbehörde grundsätzlich kritisch gesehen, weil durch eine entsprechend kurze Laufzeit potentiell interessierte Bewerber in diskriminierender Weise von einer Bewerbung abgehalten werden könnten. Dies gilt auch für ein Sonderkündigungsrecht der Gemeinde, das voraussetzungslos<sup>28</sup> eine Kündigung nach bspw. fünf Jahren ermöglicht, weil hierdurch die erforderliche Investitionssicherheit mit diskriminierender Wirkung insbesondere für potentielle private Bewerber ausgehebelt wird, falls sich bspw. bestimmte potentielle Bewerber anders als etwa ein Eigenbetrieb nicht auf entsprechend kurze Laufzeiten einlassen könnten.<sup>29</sup>

## I.3. Rechtsschutz<sup>30</sup>

In Konzessionsvergabeverfahren bestehen folgende Zuständigkeiten und Rechtsschutzmöglichkeiten:

- Zivilgerichte (§ 13 GVG)

Die Konzessionsverträge gem. § 46 EnWG sind privatrechtliche Verträge und Rechtsstreitigkeiten hierüber somit zivilrechtlicher Natur. Insbesondere ist das von dem Vertragspartner zu zahlende Wegenutzungsentgelt (Konzessionsabgabe) nicht als öffentlich-rechtliche Abgabe zu qualifizieren<sup>31</sup>.

Für Klagen im Zusammenhang mit Konzessionsverträgen sind deshalb die Zivilgerichte zuständig. In Betracht kommen z.B. Klagen des Neukonzessionärs gegen den Altkonzes-

<sup>26</sup> BGH KZR 66/12 Rn. 53 sowie Rn. 93 ff.

<sup>27</sup> BGH KZR 66/12 Rn. 90 – 91.

<sup>28</sup> Sonderkündigungsrechte sind zulässig, wenn sie auf sachliche Gründe wie etwa nicht unerhebliche Verstöße gegen die im Konzessionsvertrag vereinbarten Verpflichtungen zurückzuführen sind.

<sup>29</sup> Vgl. u.a. BGH KZR 66/12 Rn. 80; Hinweispapier Landeskartellbehörde Baden-Württemberg v. 05.03.2015, S. 8; Säcker RdE 2015, 1, 9; Scholtka/Keller-Herder N & R 2014, 186, 190.

<sup>30</sup> Der nachfolgende Abschnitt ist im Wesentlichen dem Hinweispapier der Nds. LKartB entnommen.

<sup>31</sup> OVG Münster, Beschluss v. 10.02.2012, Az. 11 B 1187/11.

sionär auf Netzherausgabe oder Klagen der Gemeinde gegen den Konzessionär auf Zahlung der Konzessionsabgabe. Verstöße gegen das Kartellrecht im Konzessionsvergabeverfahren können hierbei mittelbar überprüft werden, weil sie regelmäßig die Nichtigkeit des Konzessionsvertrages zur Folge haben können.

Insbesondere durch die Ausführungen des BGH zu einem möglichen Ausschluss nicht rechtzeitig vorgebrachter Einwände gewinnt der einstweilige Rechtsschutz vor den Zivilgerichten verstärkt an Bedeutung. In Anbetracht der nicht abschließend geklärten Rechtslage werden Bewerber, die einen Konzessionsvertragsschluss verhindern wollen, eine einstweilige Verfügung beantragen müssen, um nicht Gefahr zu laufen sich ihrer Rechte zu begeben, wenn sie entsprechend § 101a GWB informiert wurden.<sup>32</sup>

Die Verletzung kartellrechtlicher Tatbestände kann zur Folge haben, dass der unterlegene Bewerber Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadenersatzansprüche gegen die Gemeinde geltend machen kann (§ 33 GWB).

- Kartellbehörden (Bundeskartellamt, Landeskartellbehörden)

Da Gemeinden sich bei der Vermarktung ihrer Wegerechte unternehmerisch betätigen und eine marktbeherrschende Stellung einnehmen, unterliegt ihr Verhalten in diesem Bereich der kartellbehördlichen Aufsicht nach § 32 i. V. m. §§ 18 ff. GWB.

Die Kartellbehörden sind bei Verstößen im Konzessionsvergabeverfahren zuständig (u. a. diskriminierendes Verfahren oder diskriminierende Auswahlkriterien bzw. Auswahlentscheidung – materielle Auswahlkriterien, Nebenleistungsverbot). Die Kartellbehörden können im Rahmen ihres Ermessens unter anderem Verfügungen nach § 32 GWB treffen und einstweilige Maßnahmen nach § 32a GWB anordnen. Weiterhin besteht die Möglichkeit, Verpflichtungszusagen nach § 32b GWB für bindend zu erklären. Die Kartellbehörde kann nach Prüfung des Sachverhalts auch entscheiden, dass kein Anlass zum Tätigwerden für sie vorliegt (§ 32c GWB, sog. „Negativtest“). Ein solches Negativtestat bindet indes nicht die Gerichte im Falle einer Entscheidung bspw. über einen Netzherausgabeanspruch.

Die **Landeskartellbehörde für Energie Schleswig-Holstein** nimmt die Aufgaben und Befugnisse nach dem GWB wahr, wenn die Wirkung einer Marktbeeinflussung oder eines wettbewerbsbeschränkenden oder diskriminierenden Verhaltens nicht über das Gebiet des Landes Schleswig-Holstein hinausreicht, anderenfalls ist das Bundeskartellamt zuständig (§ 48 Abs. 2 GWB). Die **Zuständigkeit der Kartellbehörden** insbesondere für die Überprüfung der diskriminierungsfreien und wettbewerblichen Vergabe der Konzession durch die marktbeherrschende Gemeinde muss im Einzelfall in Ansehung der konkreten Auswirkungen des wettbewerbswidrigen Verhaltens und der Nachfragesituation beantwortet werden. Eine wechselseitige Zuständigkeitsübertragung zwischen Bundeskartellamt und der Landeskartellbehörde ist nach § 49 Abs. 3 und 4 GWB möglich.

- Bundesnetzagentur (Regulierungsbehörde, § 54 Abs. 1 Hs. 1 EnWG)

Soweit das Verhalten der Gemeinden bei der Konzessionsvergabe einen Verstoß gegen §§ 46, 48 EnWG begründet, ist auch die **Bundesnetzagentur** im Rahmen der allgemeinen Energieaufsicht nach § 65 EnWG zu Aufsichtsmaßnahmen befugt. Die §§ 46, 48 EnWG stellen keine abschließenden Regelungen i. S. v. § 111 Abs. 1 EnWG dar, so dass die Anwendung der §§ 18 ff. GWB nicht gesperrt ist. Die Kartell- und Regulierungsbehörden werden als gleichrangige Wirtschaftsaufsichtsbehörden nebeneinander tätig (vgl. § 46

<sup>32</sup> Siehe u.a. BGH KZR 66/12 Rn. 108 – 119; zum einstweiligen Rechtsschutz vgl. u.a.: LG Köln, Urt. v. 06.06.2014, 90 O 35/14; LG Köln, Urt. v. 07.11.2012, 90 O 59/12; LG Düsseldorf, Urt. v. 11.12.2014, 37 O 96/14; vgl. auch Kermel RdE 2014 221, 227.



Abs. 5 EnWG). Die Bundesnetzagentur wird jedoch regelmäßig erst nach Abschluss des Konzessionsvertrages tätig, wenn ein enger regulatorischer Bezug vorliegt.<sup>33</sup>

- Kommunalaufsicht (§§ 120 ff GO SH)

Die Kommunalaufsicht kann im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht Maßnahmen der Gemeinden beanstanden, soweit sie rechtswidrig sind. Ein Verstoß gegen § 46 EnWG bzw. gegen §§ 18 ff. GWB kann neben den Kartellbehörden auch von der Kommunalaufsicht verfolgt werden.

- Vergabekammern (§ 102 GWB)

Die Vergabekammern sind ggf. für die Nachprüfung der Vergabeentscheidung zuständig, sofern im Rahmen eines Beteiligungsmodells eine Beteiligungspartnersuche stattgefunden hat, die den §§ 97 ff. GWB unterliegt. Sie werden ggf. auf Antrag (§ 107 GWB) des unterlegenen Bewerbers tätig.

#### **I.4. Gemeindeordnung**

Kommunale Unternehmen müssen zusätzlich sämtliche Anforderungen der Gemeindeordnung erfüllen.

### **II. Hinweise zu einzelnen Verfahrensaspekten**

#### **II.1. Nebenleistungen, insbesondere sog. Energiekonzepte**

§ 3 KAV regelt abschließend, welche weiteren Leistungen Versorgungsunternehmen und Gemeinden für Wegerechte neben oder anstelle von Konzessionsabgaben vereinbaren oder gewähren dürfen. Danach dürfen insbesondere nicht vereinbart oder gewährt werden:

1. sonstige Finanz- und Sachleistungen, die unentgeltlich oder zu einem Vorzugspreis gewährt werden; Leistungen der Versorgungsunternehmen bei der Aufstellung kommunaler oder regionaler Energiekonzepte oder für Maßnahmen, die dem rationellen und sparsamen sowie ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart dienen, bleiben unberührt, soweit sie nicht im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Konzessionsverträgen stehen,
2. Verpflichtungen zur Übertragung von Versorgungseinrichtungen ohne wirtschaftlich angemessenes Entgelt.

Damit sind der Berücksichtigung der finanziellen Interessen der Gemeinde als marktbeherrschender Anbieterin ebenso klare wie enge Grenzen gesetzt, die es erst ermöglichen, aber auch gebieten, die Konzessionsvergabe im Übrigen an dem Bedarf auszurichten, den die Gemeinde als Nachfrager im Interesse aller Netznutzer befriedigen muss.<sup>34</sup>

Umstritten war insbesondere die Frage der Zulässigkeit unentgeltlicher sog. Energiekonzepte. Der BGH hat entschieden, dass die Vereinbarung eines solchen Konzepts grundsätzlich nicht zur Nichtigkeit des Konzessionsvertrags führt, wenn die unzulässigen Leistungen weder Kriterium für die Auswahl des Konzessionärs waren noch sich in anderer Weise auf die Auswahlentscheidung der Gemeinde ausgewirkt haben.<sup>35</sup> Nach der Klärung<sup>36</sup> durch den BGH rät die Landeskartellbehörde für Energie vorbehaltlich etwaiger Än-

<sup>33</sup> Siehe zum weiten Ermessen der Bundesnetzagentur BGH EnVR 10/13 Rn. 15.

<sup>34</sup> BGH KZR 66/12 Rn. 45.

<sup>35</sup> BGH EnZR 86/13 vom 7.10.2014 (entgegen OLG München U 3589-12).

<sup>36</sup> BGH EnZR 86/13 Rn. 28: „Ob danach § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV die in § 7 Abs. 2 und 3 KonzV getroffenen Vereinbarungen verbietet, kann indes dahinstehen, weil auch aus einem unterstellten Verstoß gegen § 3

derungen durch den Gesetz- bzw. Ordnungsgeber<sup>37</sup> nicht mehr generell von der Vereinbarung von unentgeltlichen Energiekonzepten ab. Wenn entsprechende Konzepte bei der Auswahlentscheidung Berücksichtigung finden sollen, müssen diese Konzepte „entgeltlich“ vereinbart werden oder die durch die KAV gesetzten Grenzen strikt beachtet werden. Wenn unzulässige unentgeltliche Leistungen Kriterium für die Auswahl des Konzessionärs waren oder sich in anderer Weise auf die Auswahlentscheidung der Gemeinde ausgewirkt haben, droht die Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrags.

Die Vorschrift des § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV ist als Höchstpreisregelung eine Bestimmung des Preisrechts und enthält ein gesetzliches Verbot, das bestimmte Leistungen des Versorgungsunternehmens als Gegenleistung für die Einräumung der Konzession verbietet.<sup>38</sup> Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führt ein Verstoß gegen Preisvorschriften nicht zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrags, sondern in Anwendung der in § 134 2. Halbsatz BGB normierten Ausnahmeregelung nur zur Teilnichtigkeit der Preisabrede. An die Stelle der unzulässigen Preisvereinbarung tritt der gesetzlich zulässige Preis. Aus Sinn und Zweck der Verbotsnorm folgt bei preisrechtlichen Bestimmungen, die lediglich die Vereinbarung eines unzulässigen Preises verhindern sollen, nicht jedoch insgesamt das Rechtsgeschäft, auf das sich die Parteien geeinigt haben, die Rechtsfolge der Teilnichtigkeit. Auch der Schutzzweck des § 3 Abs. 1 Nr. 1 KAV rechtfertigt kein anderes Ergebnis. Der Konzessionär, der durch die Vereinbarung einer nach Konzessionsabgabenrecht unzulässigen Leistungspflicht belastet ist, ist schutzbedürftig. Wegen des strukturellen Risikos, dass Gemeinden versucht sein können, unangemessene Gegenleistungen für die Gewährung der Wegenutzungsrechte zu verlangen, ist es zum Schutz des Konzessionärs geboten, den Konzessionsvertrag ohne die Verpflichtung zu unzulässigen Nebenleistungen aufrechtzuerhalten.

Eine Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrags folgt - jedenfalls wenn eine salvatorische Klausel im Vertrag enthalten ist<sup>39</sup> - auch nicht aus § 139 BGB, wenn es demjenigen, der entgegen der Erhaltensklausel den Vertrag als Ganzes für unwirksam hält, nicht gelingt darzulegen und ggf. zu beweisen, dass anzunehmen ist, dass der Konzessionsvertrag ohne den nichtigen Teil nicht geschlossen worden wäre, die Gemeinde und der Konzessionär mithin den Konzessionsvertrag ohne die Bestimmungen zur Unterstützung der Gemeinde bei einem Energiekonzept nicht abgeschlossen hätten. Die Rechtsfolge der Nichtigkeit tritt nur dann ein, wenn die unzulässige Leistung kausal für die Auswahlentscheidung war.

## II.2. Datenherausgabe

Die Landeskartellbehörde für Energie geht davon aus, dass die historischen Anschaffungs- und/ oder Herstellungskosten der Anlagegüter, das Jahr der Aktivierung sowie die kalkulatorischen Restwerte und Restnutzungsdauern gemäß §§ 6 und 32 GasNEV /

---

KAV keine Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrags folgen würde[...]. Daher bedarf es keiner abschließenden Stellungnahme zur Auslegung des letzten Halbsatzes von § 3 Abs. 2 Nr. 1 Halbs. 2 KAV. Der Inhalt der letztgenannten Bestimmung ist nach Auffassung des Senats auch nicht eindeutig.“ (Hervorhebung durch LKartBE SH).

<sup>37</sup> § 48 II EnWG: Die Bundesregierung kann durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Zulässigkeit und Bemessung der Konzessionsabgaben regeln. Die durch Gesetz geänderte Verordnung wurde „entsteinert“. Siehe Art. 4 i.V.M. Art 3 Ziffer 40 des Zweiten Gesetzes zur Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts, BGBl. 2005 Nr. 42 Teil 1 S. 204.

<sup>38</sup> Vgl. zum Nachfolgenden BGH EnZR 86/13 Rn. 37 ff. mit weiteren Nachweisen.

<sup>39</sup> Dies bewirkt eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast; BGH, Urteil vom 24. September 2002 KZR 10/01, WuW/E DE-R 1031, 1032 Tennishallenpacht; Urteil vom 29. September 2009 EnZR 14/08, WuW/E DE-R 2921 Rn. 30 Endschaftsbestimmung II.

StromNEV vom Informationsanspruch nach § 46 II S. 4 EnWG umfasst sind.<sup>40</sup> Dieser Einschätzung liegt im Wesentlichen die Einschätzung zugrunde, dass diese Daten bei abgrenzbaren Netzen ohne unverhältnismäßigen Aufwand für die Datenaufbereitung durch den Altkonzessionär zur Verfügung gestellt werden können. Von der Gemeinde und den übrigen Bietern kann zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen ggf. eine mit Vertragsstrafen bewehrte Geheimhaltungsverpflichtung gefordert werden. Die Daten sollten nach Möglichkeit auch in digitaler Form zur Verfügung gestellt werden.

Die folgenden Daten sind vom Anspruch der Gemeinde nach § 46 Abs. 2 S. 4 EnWG umfasst:

- a) Allgemeine Angaben zu Art, Umfang, Alter und Oberflächenstruktur der nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG zu übereignenden Anlagegüter des Elektrizitäts- bzw. Gasversorgungsnetzes, insbesondere auch Art und Zugehörigkeit der jeweiligen Messeinrichtungen (z.B. Umspannstationen/Gasdruckregelanlagen, Messanlagen, Gasübernahmestationen, Odorierungsanlagen, Kabelverteilerschränke, Hausanschlüsse, Zähler, Netzkopplungspunkte),
  - b) Originäre historische Anschaffungs- und Herstellungskosten der Anlagegüter des zu überlassenden Elektrizitäts- bzw. Gasversorgungsnetzes und der Grundstücke, aufgeteilt nach Anlagengruppen gemäß Anlage 1 zu § 6 Abs. 5 S. 1 Gas- bzw. StromNEV und Anschaffungsjahren,
  - c) In der Netzkostenkalkulation gem. § 6 Abs. 5 S. 1 Gas- bzw. StromNEV verwendete Nutzungsdauern je Anlagengruppe und etwaige Nutzungsdauerwechsel, unter Angabe des Jahres des Nutzungsdauerwechsels und der bis zum und ab dem Nutzungsdauerwechsel verwendeten Nutzungsdauern,
  - d) Art und Besonderheiten des Elektrizitäts- bzw. Rohrleitungsnetzes (z.B. verbaute Materialien, herausragende Schadensereignisse) und der sonstigen Anlagegüter,
  - e) Höhe der nicht aufgelösten Netzanschlussbeiträge und Baukostenzuschüsse,
  - f) kalkulatorische Restwerte, kalkulatorische Nutzungsdauern laut Genehmigungsbescheid, aufwandsgleiche Kostenpositionen i.S.d. § 5 Strom- bzw. GasNEV, kalkulatorische Abschreibungen i.S.d. § 6 Strom- bzw. GasNEV, kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung i.S.d. § 7 Strom- bzw. GasNEV, kalkulatorische Gewerbesteuer i.S.d. § 8 Strom- bzw. GasNEV, kostenmindernde Erlöse und Erträge i.S.d. § 9 Strom- bzw. GasNEV,
  - g) Netzabsatzmengen im Konzessionsgebiet,
  - h) zugehörige Bilanz- und GuV-Werte des jeweiligen Konzessionsgebietes, soweit diese vorliegen, Auskünfte über die auf das Konzessionsgebiet bezogene mehrjährige Vermögens-, Ertrags-, Finanz- und Investitionsplanung,
  - i) neutrale Schadensberichte (soweit vorhanden),
  - j) Angaben zum Konzessionsgebiet einschließlich eines Netzplans mit Kennzeichnung z.B. der Netzverknüpfungspunkte und derjenigen Leitungen, welche nicht vom Überlassungsanspruch nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG erfasst werden,
- Strukturdaten gemäß § 27 Abs. 2 Strom- bzw. GasNEV (Veröffentlichungspflichten des Netzbetreibers) bezogen auf das Konzessionsgebiet, also insbesondere
    - im Falle von Gasnetzen:
      - die Länge des Gasleitungsnetzes jeweils getrennt für die Niederdruck-, Mittel- und Hochdruckebene zum 31. Dezember des Vorjahres,

---

<sup>40</sup> OLG Celle 13 U 52/13. BGH EnZR 11/14 vgl. auch Hinweispapier der Nds. LKartB.

- die Länge des Gasleitungsnetzes in der Hochdruckebene nach Leitungsdurchmesserklassen,
  - die im Vorjahr durch Weiterverteiler und Letztverbraucher entnommene Jahresarbeit in Kilowattstunden oder in Kubikmetern,
  - die Anzahl der Ausspeisepunkte jeweils für alle Druckstufen und
  - die zeitgleiche Jahreshöchstlast aller Entnahmen in Megawatt oder Kubikmetern pro Stunde und den Zeitpunkt des jeweiligen Auftretens;
- o im Falle von Stromnetzen:
- die Stromkreislänge jeweils der Kabel- und Freileitungen in der Niederspannungs-, Mittelspannungs-, Hoch- und Höchstspannungsebene zum 31. Dezember des Vorjahres,
  - die installierte Leistung der Umspannebenen zum 31. Dezember des Vorjahres,
  - die im Vorjahr entnommene Jahresarbeit in Kilowattstunden pro Netz und Umspannebene,
  - die Anzahl der Entnahmestellen jeweils für alle Netz- und Umspannebenen,
  - die Einwohnerzahl im Netzgebiet von Betreibern von Elektrizitätsversorgungsnetzen der Niederspannungsebene zum 31. Dezember des Vorjahres,
  - die versorgte Fläche nach § 24 Abs. 2 Satz 2 und 3 StromNEV zum 31. Dezember des Vorjahres und
  - die geographische Fläche des Netzgebietes zum 31. Dezember des Vorjahres;

sowie das Konzessionsabgabenaufkommen (getrennt nach den jeweiligen Tarif- und Sondervertragskunden).

Ansprüche über das Bestehen oder den Umfang des Datenherausgabeanspruchs kann die Gemeinde vor den Zivilgerichten geltend machen.

Die Gemeinde muss gemäß § 46 Abs. 3 S. 1 EnWG die nach § 46 Abs. 2 S. 4 EnWG vom bisherigen Nutzungsberechtigten erhaltenen Daten in geeigneter Form gegenüber den potentiellen Bewerbern veröffentlichen und den Ort der Veröffentlichung bekanntgeben<sup>41</sup>. Damit erhalten mittelbar auch die potentiellen Bewerber Zugang zu den für sie hinsichtlich der Teilnahme am Auswahlverfahren relevanten Informationen. Erst hierdurch entsteht das gebotene „level-playing-field“ hinsichtlich der Informationsgrundlage zwischen allen Bewerbern. (Zur Veröffentlichung durch die Gemeinde siehe auch unten unter **III. Verfahrensablauf.**)

Es bietet sich an detaillierte Regelungen über die Datenherausgabepflicht des neuen Netzbetreibers im Konzessionsvertrag zu vereinbaren.

## **II.3. Beteiligungsmodelle<sup>42</sup>**

### **II.3.1. Grundlagen**

Oftmals streben Gemeinden eine (Re-)Kommunalisierung ihrer Netze an, indem sie die Konzession auf ein eigenes oder im kommunalen Eigentum stehendes EVU (zumeist Stadt- oder Gemeindewerk) übertragen, um auf diese Weise mehr Einfluss auf den Netzbetrieb zu gewinnen und Renditen hieraus zu erzielen. Da das sogenannte Konzernprivileg und der vergaberechtlich anerkannte Grundsatz des „In-house-Geschäfts“, die eine Bevorzugung von eigenen Unternehmen der Gemeinde grundsätzlich gestatten würden,

<sup>41</sup> Siehe OLG Celle 13 U 52/13 Rn. 58 – 59.

<sup>42</sup> Der nachfolgende Abschnitt ist im Wesentlichen dem Hinweispapier der Nds. Landeskartellbehörde entnommen.

bei Konzessionsvergaben nach § 46 EnWG keine Anwendung findet<sup>43</sup>, muss auch in diesem Fall eine diskriminierungsfreie reguläre Ausschreibung der Konzession durchgeführt werden, bei der das kommunale Unternehmen als ein Bieter unter mehreren teilnimmt und nicht bevorzugt behandelt werden darf.

Aber auch die Ausschreibung von Beteiligungsmodellen ist eine vielfach gewählte Variante der (Re-)Kommunalisierung. Hierbei verschafft sich die Gemeinde das nötige Know-How zum Netzbetrieb durch die Kooperation mit einem privaten Energieversorgungsunternehmen als strategischem Partner und gründet gemeinsam mit diesem eine kommunale Netzgesellschaft, an der beide Eigentümer eine bestimmte Anteilshöhe halten.

Obwohl die strategische Partnerschaft und die Konzessionsvergabe häufig miteinander verbunden werden, muss streng zwischen beiden Elementen unterschieden werden. Die Gründung der Netzgesellschaft und die Vergabe der Konzession fallen – unabhängig von der Wahl eines einstufigen oder eines zweistufigen Verfahrens – nicht in einem Akt zusammen; vielmehr wird zuerst die neue Gesellschaft gegründet und erst danach die Konzession vergeben. Diese Unterscheidung ist notwendig, da beide Vorgänge unterschiedlichen rechtlichen Anforderungen unterliegen:

Bei der Suche nach einem strategischen Partner für die Netzgesellschaft handelt es sich ggf. um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag gem. § 99 Abs. 4 GWB und Anhang 1, Teil A, Kategorie 11 SektVO, der dem Vergaberecht unterfällt und somit öffentlich ausgeschrieben werden muss, wenn auch eine Dienstleistung, wie zumeist die Betriebsführung des Netzes, Gegenstand der Ausschreibung ist.<sup>44</sup>

Weder § 46 EnWG (keine Konzessionsvergabe) noch die Missbrauchsvorschriften der §§ 18 f. GWB (keine Marktbeherrschung der Gemeinde bei der Partnersuche) sind anwendbar. Der Zuschlag ist gem. § 97 Abs. 5 GWB auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen.

Die Konzessionsvergabe richtet sich dagegen nach § 46 EnWG und hat in einem diskriminierungsfreien Auswahlverfahren zu erfolgen, das von der Gemeinde vorrangig an den Zielen des § 1 EnWG auszurichten ist und auch der kartellrechtlichen Überprüfung nach §§ 18 f. GWB unterliegt. Das Vergaberecht nach §§ 97 ff. GWB spielt bei der Konzessionsvergabe keine Rolle.

Es handelt sich also um zwei wesensverschiedene Vergabeverfahren. Auch der Rechtsschutz fällt folglich auseinander: Während Fehler bei der Partnersuche bei einer Vergabe nach §§ 97 ff. GWB vor der Vergabekammer geltend zu machen sind, kann die Konzessionsvergabe vor den Zivilgerichten angegriffen und ggf. auch von der Kartellbehörde überprüft werden. Organisatorisch unterliegt es der Bestimmungsfreiheit der Gemeinde, ob sie diese beiden Verfahren zeitlich nacheinander (zweistufiges Verfahren) oder zusammen mit einer gemeinsamen Ausschreibung (einstufiges Verfahren) durchführt.<sup>45</sup>

Die Gemeinde darf einen kommunalen Bewerber auch nicht durch den Zugang zu Informationen bevorzugen. Das Kartellrecht gebietet zur Wahrung des Geheimwettbewerbs und des Neutralitätsgebots eine organisatorische und personelle Trennung zwischen der

---

<sup>43</sup> BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az.: KZR 65/12, Rz. 31 ff., 79 – § 134 BGB gilt in analoger Anwendung auch für Eigenbetriebe ohne eigene Rechtspersönlichkeit.

<sup>44</sup> Vgl. bspw. OLG Düsseldorf, VII-Verg 26/12 – Münsterlandgesellschaft, Rn. 46 - 59.

<sup>45</sup> OLG Düsseldorf VII Verg 26/12.

Kommune als Herrin des Verfahrens und der Kommune in ihrer Rolle als Bieter.<sup>46</sup> Ein an den Rechtsgedanken des § 16 VgV angelehntes Verfahren bietet die höchste Gewähr zur Einhaltung der erforderlichen Trennung. Die in der Gemeindeordnung SH vorgesehenen Regelungen zu Ausschließungsgründen von Gemeinderatsmitgliedern erfassen den hier vorliegenden Konflikt nur unzureichend. Ebenso unpassend sind die in §§ 81, 81 a LVwG enthaltenen Regelungen, weil diese nur die persönliche Voreingenommenheit einzelner Behördenmitarbeiter betreffen.

Andererseits hat der Gesetzgeber durch § 46 Abs. 4 EnWG auch ausdrücklich anerkannt, dass sich Gemeinden jedenfalls in Gestalt von Eigenbetrieben – d.h. mit einem unselbstständigen Betrieb ohne eigene Rechtspersönlichkeit – an Verfahren zur Konzessionierung von Versorgungsnetzen beteiligen können. Die Gemeinde muss jedenfalls auch dergestalt selbst am Vergabeverfahren teilnehmen können, dass sie zu diesem Zweck zuvor eine (Projekt-)Gesellschaft bürgerlichen oder öffentlichen Rechts gründet, die damit auch rechtlich von der Vergabestelle unabhängig ist. Durch diese Ausgründung legt sich die Gemeinde auch nicht schon vorab in unzulässiger Weise auf eine (Re-)Kommunalisierung fest. Das u.a. unmittelbar in § 46 Abs. 4 EnWG angelegte Problem eines Interessenkonflikts aufgrund der Doppelstellung von Vergabestelle und mitbietender Gemeinde ist als Entscheidung des Gesetzgebers hinzunehmen und der Konflikt durch eine hinreichende organisatorische Trennung aufzulösen. Eine Unabhängigkeitserklärung analog § 16 VgV kann dazu beitragen, einen „bösen Schein“ der Voreingenommenheit von vornherein zu vermeiden.

### **II.3.2. Das einstufige Verfahren**

Der Zeitaufwand lässt sich reduzieren, wenn die Beteiligungspartnersuche und die Vergabe der Konzession in einem Verfahren mit einer gemeinsamen Ausschreibung zusammengefasst werden. Interessierte Unternehmen können sowohl Angebote für eine reine Konzessionierung als auch für eine Kooperation mit der Gemeinde abgeben. Bei dieser Vorgehensweise ist dabei aus kartellrechtlicher Sicht wesentlich, dass die Vergabe der Konzession nicht durch die Kriterien für die Beteiligungspartnersuche beeinflusst wird und das gesamte Verfahren den Anforderungen der §§ 46, 1 EnWG und des § 3 Abs. 2 KAV genügt. Das Auswahlverfahren und die dabei verwendeten Kriterien müssen gleichzeitig den unterschiedlichen Anforderungen des GWB, des § 46 EnWG und des Vergaberechts gem. §§ 97 ff. GWB genügen.

Außerhalb der Konzessionsvergabe liegende Kriterien dürfen daher kein so großes Gewicht haben, dass die dort im Vordergrund stehenden wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde in den Vordergrund rücken und ein wirtschaftlich attraktives Angebot dadurch in der Bepunktung einen Rückstand bei den Kriterien für die Konzessionsvergabe aufholen kann. Auch ein reines Konzessionsangebot ohne Beteiligungsangebot muss sich im Wettbewerb stets durchsetzen können; das bedeutet, dass das Ergebnis der Bewertung der

---

<sup>46</sup> Siehe LG Berlin 16 O 224/14, S. 19: „In der vorliegenden Konstellation lässt sich aufgrund der unzureichenden Trennung des Bewerbers „Berlin Energie“ von der Verwaltungsstruktur des Beklagten im Übrigen nicht einmal klar unterscheiden, ob der Beklagte – wie er meint - „Berlin Energie“ im Vergabeverfahren als Bewerber zugelassen (und somit dessen Eignung geprüft und bejaht) hat oder sich nicht doch eher selbst unmittelbar durch das landeseigene Unternehmen „Berlin Energie“ beteiligt und damit die Eignung zur Teilnahme am Verfahren und Erfüllung der Bewerbungsanforderungen quasi selbst zugesprochen hat. Der damit zum Ausdruck kommende Interessenkonflikt des Beklagten ist nicht zu lösen. Die Zulassung von „Berlin Energie“ im Vergabeverfahren verstößt gegen übergeordnete Rechtsgrundsätze und führt zwangsläufig jedenfalls dann zur Diskriminierung der Mitbewerber, wenn der unselbständige Bieter als Teil der Vergabestelle – wie hier – später tatsächlich zum Zuge kommt.“

Konzessionsangebote nicht durch die Berücksichtigung der mit einer Beteiligung ggf. verbundenen wirtschaftlichen Vorteile geändert werden darf.

Stets zu beachten ist, dass die ggf. zu gründende Netzgesellschaft auch hier im Rahmen der Konzessionsvergabe nur eine Bewerberin unter mehreren ist. Unter keinen Umständen darf die Gemeinde deshalb eine Systementscheidung zwischen Kooperations- und reinen Konzessionslösungen treffen, da sie sich dadurch bereits auf die Netzgesellschaft als Konzessionärin festlegen würde. Die Bewertungsmatrix darf Kooperationsangebote auch nicht gegenüber reinen Konzessionsangeboten bevorzugen, indem sie etwa Kriterien vorsieht, in denen nur Kooperationsangebote zusätzliche Punkte sammeln können. Kriterien, die an die wirtschaftliche oder gesellschaftsrechtliche Beteiligung der Gemeinde am Netzbetrieb anknüpfen, wirken sich diskriminierend für reine Konzessionsangebote aus.<sup>47</sup> Auch und gerade im einstufigen Verfahren dürfen insbesondere die unter **I.2.** dargestellten unzulässigen Kriterien zur (gesellschaftsrechtlichen) Beteiligung und zum Geschäftsmodell nicht verwendet werden.

Es ist schwierig, diese Anforderungen einzuhalten und gleichzeitig auch den Vorgaben des Vergaberechts zu genügen. Die geringsten rechtlichen Risiken dürfte ein einstufiges Verfahren bergen, wenn die Bewertung der Angebote für die Konzession und für die Kooperation klar voneinander getrennt wird. Dieses könnte vorbehaltlich einer kartellrechtlichen Einzelfallprüfung z. B. dadurch erfolgen, dass zunächst in einem ersten Denkschritt die Angebote für eine Kooperationslösung miteinander verglichen werden und anhand einer dem Vergaberecht nach §§ 97 ff. GWB entsprechenden Bewertungsmatrix ermittelt wird, mit welchem strategischen Partner eine Netzgesellschaft ggf. zu gründen wäre. Sodann könnte das Kooperationsangebot dieses Bieters in einem zweiten Schritt mit allen Angeboten für eine reine Konzessionierung verglichen werden, wobei eine zweite Bewertungsmatrix zum Einsatz kommt, die sich allein auf netzbezogene Kriterien und dabei vorrangig auf die Ziele des § 1 EnWG stützt. Nur wenn sich das Kooperationsangebot des ausgewählten Partners auch im zweiten Auswahlschritt (=Konzessionsvergabe nach § 46 EnWG) durchsetzt, kann die Netzgesellschaft gegründet werden und sodann die Konzession erhalten. Der Vorzug gegenüber dem zweistufigen Verfahren liegt darin, dass die Gesellschaft bei einer Niederlage im zweiten Schritt der Auswahlentscheidung gar nicht erst wirksam ins Leben gerufen werden muss.

### **II.3.3. Das zweistufige Verfahren**

Am besten lässt sich den o.g. unterschiedlichen rechtlichen Anforderungen Rechnung tragen, indem man die Verfahren strikt voneinander trennt und hintereinander durchführt. Die Gemeinde sucht zunächst nur nach einem strategischen Beteiligungspartner für ihre Netzgesellschaft. Dazu wird regelmäßig ein Vergabeverfahren nach §§ 97 ff. GWB durchzuführen sein. Kriterien in diesem Vergabeverfahren sind die wirtschaftlichen und fiskalischen Interessen der Gemeinde. Das wirtschaftlichste Angebot erhält dabei gem. § 97 Abs. 5 GWB den Zuschlag.

Sobald der strategische Partner gefunden und die kommunale Netzgesellschaft gegründet ist, kann das Verfahren zur Vergabe der Wegenutzungsrechte nach § 46 EnWG beginnen, bei dem sich die neue Netzgesellschaft dann neben anderen Interessenten bewirbt.

Unzulässig ist es, die logische Reihenfolge der Verfahren umzukehren und zuerst die Netzgesellschaft zu konzessionieren, um danach einen privaten Partner für ihren Betrieb zu suchen. Denn solange der strategische Partner noch nicht feststeht, kann die Eignung der Netzgesellschaft für den Netzbetrieb noch nicht hinreichend beurteilt werden<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. KZR 66/12.

<sup>48</sup> OVG Lüneburg, Beschluss v. 11.09.2013, Az. 10 ME 87/12 und 88/12.

Wichtig ist, dass das Konzessionsvergabeverfahren nach § 46 EnWG diskriminierungsfrei ist und die Netzgesellschaft in keiner Weise gegenüber den anderen Bietern bevorzugt wird. Die wirtschaftlichen und fiskalischen Interessen der Gemeinde, die bei der Auswahl des Partnerunternehmens noch im Vordergrund standen, sind bei der Konzessionsvergabe weitgehend bedeutungslos. Es hat eine ergebnisoffene Auswahl zwischen allen Interessenten um das zu betreibende Netz zu erfolgen, die vorrangig an den Kriterien nach § 1 EnWG ausgerichtet ist. Eine Vorprogrammierung der Entscheidung auf der zweiten Stufe durch die Gründung einer Netzgesellschaft auf der ersten Stufe ist unzulässig<sup>49</sup>.

Für das zweistufige Verfahren ist ein erheblicher Zeitaufwand einzuplanen, da vor dem ohnehin schon etwa drei Jahre vor Ablauf des alten Konzessionsvertrages zu beginnenden Konzessionsvergabeverfahren noch ein komplettes Vergabeverfahren nach §§ 97 ff. GWB vorzuschalten ist. Zudem beinhaltet dieses Vorgehen notwendigerweise das Risiko, dass die nach der ersten Stufe bereits gegründete Netzgesellschaft auf der zweiten Stufe nicht zum Zuge kommt, der Zeit- und Kostenaufwand für die Partnersuche und die Gründung also umsonst war.

#### **II.4. Rechtsfolgen fehlerhafter Auswahlentscheidungen / Fortgang nach Abschluss des Auswahlverfahrens**

Konzessionsverträge nach § 46 Abs. 2 EnWG, deren Abschluss mit einem bestimmten Bewerber andere Bewerber entgegen § 19 GWB unbillig behindert, sind grundsätzlich nichtig, wenn den Bietern nicht hinreichend Gelegenheit zur Wahrung ihrer Rechte gewährt wurde. Die Rechtsfolge der Nichtigkeit kann nach dem BGH entfallen, wenn alle diskriminierten Bewerber um die Konzession ausreichend Gelegenheit hatten, ihre Rechte zu wahren, diese Möglichkeit aber nicht genutzt haben. In diesem Fall könne und müsse die fortdauernde Behinderung durch den fehlerhaft abgeschlossenen Konzessionsvertrag im Interesse der Rechtssicherheit hingenommen werden. Dies sei insbesondere dann in Betracht zu ziehen, wenn die Gemeinde - in Anlehnung an den auch § 101a GWB zugrundeliegenden Rechtsgedanken - alle Bewerber um die Konzession in Textform über ihre beabsichtigte Auswahlentscheidung unterrichtet und den Konzessionsvertrag erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information abschließt.<sup>50</sup>

Nach Auffassung der Landeskartellbehörde für Energie SH gilt dies auch gegenüber einem betroffenen Altkonzessionär.<sup>51</sup> Aus dem Zusammenspiel der Ausführungen des BGH in Rn. 108 und 117 unter Beachtung der vom BGH vorgenommenen Gliederung (auch aus einem Umkehrschluss aus Rn. 110) ergibt sich, dass der BGH grundsätzlich bereit ist eine fehlerhafte Auswahlentscheidung hinzunehmen und den auf ihr beruhenden Konzessionsvertrag nicht als nichtig zu erachten<sup>52</sup>, wenn entsprechend § 101 a GWB vorgegangen wurde. Lediglich in dem Falle, in dem die Erlangung vorläufigen Rechtsschutzes mangels hinreichender Information nicht möglich war, soll der Altkonzessionär nicht gehindert sein,

<sup>49</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss v. 09.01.2013, Az. VII-Verg 26/12.

<sup>50</sup> BGH KZR 66/12 Rn. 108 – 109; BGH EnVR 10/13 Rn. 58 - 59.

<sup>51</sup> So auch LKartB Baden-Württemberg S. 14; a.A. OLG Karlsruhe 6 U 68/13 Rn. 75 ff, welches seine zum dogmatischen Ausgangspunkt der Rechtsauffassung des BGH in einem „Spannungsverhältnis“ stehende Position mit dem Problem der „relativen Nichtigkeit“ zu begründen versucht. Der BGH hat die vom OLG Karlsruhe getroffene Unterscheidung in seinen Urteilsgründen nicht getroffen. Praktisch wäre nach der vom OLG Karlsruhe vertretenen Ansicht die vom BGH postulierte Ausnahme zur Schaffung von Rechtsfrieden nur in Fällen anwendbar, in denen der Altkonzessionär erneut konzessioniert wird. Hieraus ergäben sich ungerechtfertigt ungleiche Rechtsschutzmöglichkeiten, welche das Interesse am Konzessionswettbewerb für Neubewerber erheblich mindern würden.

<sup>52</sup> So auch Kermel/Wagner RdE 2014, 221, 225 „Einschränkung der Nichtigkeitsfolge“, indes mit entgegengesetzter Schlussfolgerung.



sich gegenüber einem Herausgabebegehren wegen des nichtigen Vertrages auf die fehlende Aktivlegitimation zu berufen. Der BGH differenziert somit dezidiert zwischen der fehlenden Nichtigkeit und der fehlenden Verwirkung diesen Einwand geltend machen zu können. Das Interesse an Rechtssicherheit besteht in beiden Konstellationen gleichermaßen.

Ein entsprechendes Schreiben an alle betroffenen unterlegenen Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, muss in Anlehnung an § 101a GWB über

- den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll,
- über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots
- und über den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses

unverzüglich in Textform informieren.

Ein Vertrag darf erst 15 Kalendertage nach Absendung dieser Information geschlossen werden. Wird die Information per Fax oder auf elektronischem Weg versendet, verkürzt sich die Frist auf zehn Kalendertage. Die Frist beginnt am Tag nach der Absendung der Information durch den Auftraggeber; auf den Tag des Zugangs beim betroffenen Bieter und Bewerber kommt es nicht an. Wenn keine rechtswahrenden Maßnahmen getroffen werden, kann der Vertrag geschlossen werden und Rügen gegen die Auswahlentscheidung sind in der Folge ausgeschlossen.

Als notwendig zur Wahrung der Rechte im Sinne der BGH-Rechtsprechung sieht die Landeskartellbehörde für Energie SH die Beantragung einer einstweiligen Verfügung an. Auch wenn dies vom BGH offen gelassen wurde, wird dies u.a. aufgrund der Einschränkung der Umsetzung der im wettbewerblichen Verfahren getroffenen Entscheidung für geboten gehalten. Zu empfehlen ist die Erwirkung einer einstweiligen Verfügung Bewerbern, die sich diskriminiert fühlen ohnehin<sup>53</sup>, jedenfalls bis die Rechtslage infolge der BGH-Rechtsprechung diesbezüglich geklärt ist.<sup>54</sup>

Wenn eine entsprechende einstweilige Verfügung erwirkt wurde oder die Information der Bewerber fehlerhaft erfolgte, stehen dem Bewerber weiterhin alle Rechtsschutzmöglichkeiten offen.

Die Verhandlungen zur Netzübernahme (Entflechtungskonzept, Kaufpreis, etc.) nach Abschluss des Konzessionsvertrages erfolgen bilateral zwischen Alt- und Neukonzessionär. Da die Gemeinde vom Ausgang dieser Verhandlungen ebenfalls betroffen ist, sollte diese über den Fortgang und einzelne Zwischenergebnisse informiert werden.

Hierbei ist zu beachten, dass nach dem BGH **auch Mittelspannungsleitungen** jedenfalls dann vom Übereignungsanspruch<sup>55</sup> des Neukonzessionärs umfasst sind, wenn daran Letztverbraucher unmittelbar angeschlossen sind, ohne dass es eine Rolle spielt, ob die Leitungen von einem vorgelagerten Netzbetreiber auch für andere Zwecke genutzt werden. Eine Beschränkung des Anspruchs aus § 46 II Satz 2 EnWG auf die Niederspannungsebene oder auf nur ausschließlich für die allgemeine Versorgung von Letztverbrauchern genutzten Leitungen einer höheren Spannungsebene kann daraus nicht hergeleitet

---

<sup>53</sup> Siehe auch Kermel/Wagner RdE 2014, 221, 227.

<sup>54</sup> Die gesetzliche Verankerung der bestehenden Rügeobliegenheiten sowie der sich aus der Be- bzw. Missachtung ergebenden Rechtsfolgen erscheint u.a. aufgrund des unterschiedlichen Umgangs der Gerichte mit den Ausführungen des BGH als einer der dringendsten durch den Gesetzgeber zu regelnden Aspekte.

<sup>55</sup> Ein Übereignungsanspruch besteht nach dem BGH auch bei Sachverhalten, die noch unter die alte Fassung des § 46 II S. 2 EnWG fallen, BGH EnVR 10/13 Rn. 22 ff; so auch schon OLG Schleswig 6 U Kart 58/05, Rn. 30 - 31.

werden.<sup>56</sup> Die Landeskartellbehörde für Energie davon aus, dass der gesetzliche Anspruch nach § 46 Abs. 2 EnWG in der Regel - mit Ausnahme der Anlagen, die eindeutig überörtlichen Versorgungscharakter haben - auf die Überlassung sämtlicher im Konzessionsgebiet belegener Anlagen des Verteilernetzes gerichtet ist. Lediglich die zum Übertragungs- und Fernleitungsnetz zählenden Anlagen werden nicht von der Regelung erfasst. Des Weiteren wird der Überlassungsanspruch durch das Kriterium der Versorgung des Gemeindegebietes beschränkt. Der örtliche Bezug (vgl. u.a. die Definition des „örtlichen Verteilernetzes“ in § 3 Nr. 29b EnWG) lässt den Schluss zu, dass grundsätzlich nur die im Konzessionsgebiet der Gemeinde belegenen Verteilungsanlagen zu überlassen sind. Die Abgrenzung zwischen dem örtlichen Verteilernetz und Durchgangsleitungen muss funktional erfolgen, also nach der Funktion der konkreten Anlage und nicht etwa pauschal nach Spannungsebenen oder Druckstufen. Nur ausnahmsweise werden auch außerhalb des Gemeindegebiets belegene Anlagen zu überlassen sein. Die erforderlichen „Entflechtungsmaßnahmen“ müssen technisch nicht zwangsläufig durch eine sog. „galvanische“ Trennung herbeigeführt werden. Regelmäßig dürfte zum Überlassen der relevanten Netzanlagen eine Differenzmengenbetrachtung (Messtechnische Lösung) ausreichend und kostengünstiger sein.

## **II.5. Vorbehaltskauf bei fehlender Einigung über „wirtschaftlich angemessene Vergütung“**

Eine Vereinbarung betreffend die Übertragung eines Energieversorgungsnetzes kommt nicht zustande, solange die Vertragsparteien keine Einigung über die Höhe der Gegenleistung erzielt haben<sup>57</sup>; in einem solchen Fall kann der abgebende Netzbetreiber einem Anspruch auf Überlassung des Netzes nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG ein Leistungsverweigerungsrecht entgegenhalten. Anders liegt es aber, wenn sich der neue Konzessionsnehmer den Preisvorstellungen des alten Netzbetreibers beugt, obwohl er den geforderten Kaufpreis für überhöht hält, sich aber eine gerichtliche Überprüfung der Angemessenheit des Kaufpreises vertraglich vorbehält, um gegebenenfalls das zu viel Gezahlte zurückzufordern; in diesem Fall kommt der Kauf - wenn auch unter Vorbehalt - zu dem vom Verkäufer geforderten Kaufpreis zu Stande.<sup>58</sup>

Es wird empfohlen in Fällen, in denen bspw. nur noch die Höhe der wirtschaftlichen Vergütung und/ oder die Übertragung der Erlösobergrenze zwischen den Parteien strittig ist, in geeigneten Fällen von dieser vom BGH beschriebenen Vorgehensweise Gebrauch zu machen, um Verzögerungen zu vermeiden bzw. entgegenzuwirken. Bei Vereinbarung eines Vorbehaltspreises muss der neue Nutzungsberechtigte eine Überzahlung vorfinanzieren. Vereinbarungen eines niedrigeren Verzugszinses für Rückforderungen verstärken den möglichen wirtschaftlichen Schaden des neuen Nutzungsberechtigten. Sind die für die Aufteilung der Erlösobergrenzen maßgeblichen Daten dem neuen Nutzungsberechtigten bei Vereinbarung des Netzüberlassungspreises nicht bekannt, so muss er mit einer ggf. nicht unerheblichen Unsicherheit kalkulieren und diese auch finanzieren, und zwar unge-

---

<sup>56</sup> BGH EnVR 10/13 Rn. 30 ff, insb. 32, 36f, 39: „Die Vorschrift bezweckt die Sicherung des effektiven Wettbewerbs um das örtliche Verteilernetz. Um dieses Ziel zu erreichen, ist der Begriff der notwendigen Verteilungsanlagen eher weit auszulegen. Eine generelle Ausnahme für gemischt genutzte Anlagen würde zu einer Zersplitterung der Netze der allgemeinen Versorgung und zu einer - unter Umständen kostenaufwändigen - Entwicklung von Parallelstrukturen führen, von denen die Netze der allgemeinen Versorgung nach längstens 20 Jahren einem Konzessionswettbewerb unterlägen, während das Parallelnetz einer Ewigkeitsgarantie unterliefe, wobei letzteres unter Umständen die besonders attraktiven Netzanschlusskunden, nämlich die industriellen (Groß-)Kunden anziehen würde. Dies lässt sich mit dem von § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG aF/ nF verfolgten Zweck nicht vereinbaren.“

<sup>57</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 7. Februar 2006 - KZR 24/04, RdE 2006, 239 Rn. 21 – Rückforderungsvorbehalt.

<sup>58</sup> BGH EnVR 10/13 Rn. 43.

achtet der tatsächlichen Verhältnisse. Der alte Nutzungsberechtigte darf die Übergabe des Netzes mit Ende des alten Wegenutzungsvertrages daher jedenfalls dann nicht verweigern, wenn ihm der neue Nutzungsberechtigte eine Zahlung unter Vorbehalt anbietet.

## II.6. Abgelaufener Konzessionsvertrag

Falls der bestehende Konzessionsvertrag abzulaufen droht oder bereits abgelaufen ist, ohne dass bereits ein neuer Konzessionsvertrag geschlossen und der Netzbetrieb auf den Neukonzessionär übertragen wurde, bietet sich vor dem Hintergrund des § 48 Abs. 4 EnWG<sup>59</sup> der Abschluss einer Interimsvereinbarung an. Interimsvereinbarungen müssen sich von einer Verlängerung des Konzessionsvertrages klar unterscheiden.

Eine Aufnahme einer entsprechenden Regelung in den Konzessionsvertrag bereits bei Vertragsschluss ist nach Auffassung der Landeskartellbehörde Energie SH mit dem Wortlaut des § 48 Abs. 4 EnWG nicht vereinbar („zwischenzeitlich eine anderweitige Regelung“). Zudem besteht die Gefahr der Umgehung der Höchstlaufzeit des Konzessionsvertrages von 20 Jahren.

Die Pflicht zur Zahlung der vertraglich vereinbarten Konzessionsabgaben besteht auch nach Ablauf des Wegenutzungsvertrages zunächst für ein Jahr fort. Eine „anderweitige Regelung“ liegt, wenn ein neuer Konzessionsvertrag – wirksam – geschlossen wurde, mit Beginn der Vertragslaufzeit vor. Eine doppelte Zahlung der KA im ersten Jahr nach Ablauf des Vertrags ist nicht das Ziel der Regelung. Nach Ablauf eines Jahres nach Ende des Konzessionsvertrages kann allenfalls noch ein bereicherungsrechtlicher Ausgleich erlangt werden, der hinter der Zahlung der Konzessionsabgabe betragsmäßig regelmäßig zurückbleiben wird.

Etwaige bereicherungsrechtliche Ansprüche sind vor den Zivilgerichten geltend zu machen; diesbezügliche Streitigkeiten berühren die kartellrechtliche Zuständigkeit grundsätzlich nicht, es sei denn es liegt der Verdacht einer Umgehung der Höchstlaufzeit vor.

Auch die öffentliche Bekanntgabe einer vorzeitigen Beendigung eines Konzessionsvertrages und des Vertragsendes hat nach § 46 Abs. 3 Satz 3 i.V.m. Satz 1 EnWG durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger zu erfolgen. Konzessionsverträge, die unter Verstoß gegen § 46 Abs. 3 Satz 3 i.V.m. Satz 1 EnWG geschlossen worden sind, sind gemäß § 134 BGB grundsätzlich nichtig.<sup>60</sup>

Wenn ein neuer Konzessionsvertrag noch nicht wirksam geschlossen wurde während der alte Vertrag abgelaufen oder ein neuer Vertrag bspw. nichtig ist, sollte entsprechend § 46 Abs. 3 S. 3 und 4 EnWG<sup>61</sup> vorgegangen werden:

Inhalt der Bekanntmachung sollte statt der Bekanntgabe der „Beendigung“ und des „Vertragsendes“ die Bekanntgabe des vertragslosen Zustands sein. Sodann muss eine angemessene Frist für eine Interessenbekundung potentiell interessierter Bewerber angegeben werden. Da das Gesetz davon ausgeht, dass bereits drei Monate nach einer vorzeitigen Beendigung ein Vertragsschluss möglich ist, sind drei Monate für die Interessenbekundungsfrist nicht zwingend erforderlich. Bei Gewährung einer dreimonatigen Interessenbe-

<sup>59</sup> „Die Pflicht zur Zahlung der vertraglich vereinbarten Konzessionsabgaben besteht auch nach Ablauf des Wegenutzungsvertrages für ein Jahr fort, es sei denn, dass zwischenzeitlich eine anderweitige Regelung getroffen wird.“

<sup>60</sup> BGH EnZR 33/13 Rn. 15, 21.

<sup>61</sup> „Beabsichtigen Gemeinden eine Verlängerung von Verträgen nach Absatz 2 vor Ablauf der Vertragslaufzeit, so sind die bestehenden Verträge zu beenden und die vorzeitige Beendigung sowie das Vertragsende öffentlich bekannt zu geben. Vertragsabschlüsse mit Unternehmen dürfen frühestens drei Monate nach der Bekanntgabe der vorzeitigen Beendigung erfolgen.“

kundungsfrist dürfte indes der Einwand, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass sich bei einer längeren Frist weitere Unternehmen um die Konzession beworben hätten, welche Chancen auf den Zuschlag gehabt hätten, ausgeschlossen sein. Nach Ablauf der Interessenbekundungsfrist ist dann mit den interessierten Bewerbern das Auswahlverfahren durchzuführen. Bei Unterschreitung einer Interessenbekundungsfrist von drei Monaten muss zwingend darauf geachtet werden, dass ein Vertragsschluss frühestens drei Monate nach der Bekanntgabe erfolgt. Die Bekanntgabe des vertragslosen Zustands muss im Bundesanzeiger erfolgen; sonst droht die Nichtigkeit des Vertragsschlusses.<sup>62</sup>

### III. Verfahrensablauf

Soweit es sich nicht um Vorgaben für den Verfahrensablauf handelt, die auf Normen oder allgemeinen Rechtsgrundsätzen beruhen, sind die nachfolgenden Angaben zum Zeitablauf als Empfehlung zu verstehen, um ausreichend Zeit für die einzelnen Schritte des Konzessionsverfahrens zur Verfügung zu haben.

Zeitpunkt	Verfahrensschritt
3 - 4 Jahre vor Ablauf des bestehenden Konzessionsvertrages (Dieser gesetzlich nicht vorgeschriebene Zeitraum wird empfohlen, um angemessene Vorbereitung für das Verfahren treffen zu können.)	<p>Erste Schritte:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Vorbereitung der Anforderung derjenigen Informationen über die technische und wirtschaftliche Situation des Netzes, die für eine Bewertung des Netzes <u>im Rahmen einer Bewerbung</u> um den Abschluss des Konzessionsvertrages erforderlich sind, § 46 II S. 4 EnWG (hierzu II.2. Datenherausgabe)</li> <li>• Vorüberlegungen zu Auswahlkriterien und ggf. Unterauswahlkriterien und deren Gewichtung und ggf. Untergewichtung</li> <li>• Entscheidung über Bewerbung einer eigenen kommunalen Netzgesellschaft; ggf. Entscheidung über sog. ein- oder zweistufiges Verfahren bei Ausschreibung einer Beteiligung</li> <li>• Im Falle mehrerer Konzessionsverträge für verschiedene Ortsteile ist unter Umständen die Überprüfung der Möglichkeit eines gemeinsamen Verfahrens sinnvoll</li> <li>• Anforderung der Daten nach § 46 Abs. 2 S. 4 EnWG beim bisherigen Nutzungsberechtigten</li> </ul>
3 Jahre vor Ablauf	<p>Prüfung, ob der bisherige Nutzungsberechtigte seiner Verpflichtung aus § 46 II S. 4 der Gemeinde <u>spätestens ein Jahr vor Bekanntmachung der Gemeinde nach Absatz 3</u> diejenigen Informationen über die technische und wirtschaftliche Situation des Netzes zur Verfügung zu stellen, die für eine Bewertung des Netzes im Rahmen einer Bewerbung um den Abschluss eines Vertrages nach Satz 1 erforderlich sind, nachgekommen ist.<sup>63</sup> (Wenn nicht, ggf. Aufforderung mit Fristsetzung, ggf. Klage auf Herausgabe.)</p>

<sup>62</sup> Vgl. BGH EnZR 33/13 Rn. 21 bei vorzeitiger Beendigung.

<sup>63</sup> Zur Fälligkeit des Anspruchs siehe auch OLG Celle 13 U 52/13 Rn. 17.

<p>Spätestens 2 Jahre vor Ablauf</p>	<p><b>Bekanntmachung des Vertragsendes</b>, s. Bsp. im <b>Anhang</b>. <u>Bekanntmachung des Vertragsendes und eines ausdrücklichen Hinweises auf die nach § 46 Abs. 2 Satz 4 von der Gemeinde in geeigneter Form zu veröffentlichenden Daten sowie den Ort der Veröffentlichung durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger.</u> Wenn im Gemeindegebiet mehr als 100 000 Kunden unmittelbar oder mittelbar an das Versorgungsnetz angeschlossen sind, hat die Bekanntmachung zusätzlich im Amtsblatt der Europäischen Union zu erfolgen.</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- Einwohnerzahl und Name des vom Vertragsablauf betroffenen Gemeindegebiets</li><li>- Angabe ob Strom- oder Gasnetz</li><li>- Hinweis auf die Daten nach § 46 Abs. 2 S. 4 EnWG sowie den Ort der Veröffentlichung</li><li>- Datum des Vertragsablaufs („das Vertragsende“)</li></ul> <p>ggf. zusätzlich:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- Aufforderung zur schriftlichen Interessenbekundung einschließlich der Anschrift des Adressaten der Interessenbekundung</li><li>- Fristsetzung für Interessenbekundung (Eine Frist von 3 Monaten nach Bekanntgabe wird hierbei als angemessen betrachtet; im Einzelfall kann diese Frist auch kürzer ausfallen. Ein Monat sollte hierbei keineswegs unterschritten werden.)</li><li>- Anforderung von Eignungsnachweisen zur personellen, technischen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit; eine § 4 EnWG-Genehmigung muss noch nicht vorliegen, weil sonst eine Diskriminierung von Newcomern drohen würde; ein tragfähiges Konzept für die Erlangung einer § 4-Genehmigung muss demgegenüber vorliegen; vgl. OLG Düsseldorf VI-2 Kart 2/13 (V), S. 21 - 22 bzw. Rn. 65 - 66 zu „Eignungleihe“ entsprechend 7 EG VOL/A sowie LG Berlin 16 O 224/14 u.a. zur fehlenden Eignung einer nicht hinreichend von den Verwaltungsstrukturen einer Gemeinde getrennten Verwaltungseinheit. Zur Wahrung des Geheimwettbewerbs und des Neutralitätsgebots ist eine organisatorische und personelle Trennung zwischen der Kommune als Herrin des Verfahrens und der Kommune in ihrer Rolle als Bieter sicherzustellen. Ein an den Rechtsgedanken des § 16 VgV angelehntes Verfahren bietet die höchste Gewähr zur Einhaltung der erforderlichen Trennung.</li></ul> <p>Ob die Gemeinde die <u>Unterlagen über die Eignung</u> des Interessenten bereits mit der Interessenbekundung abfordert oder erst später im Rahmen eines ersten Angebotes, unterliegt der Organisationshoheit der Gemeinde. Für ein späteres Abfordern spricht unter Umständen, dass der Umfang der betreffenden Unterlagen die Interessenbekundung der Bewerber auch überfrachten könnte. Werden die Unterlagen über die Eignung früh im Verfahren von den Interessenten gefordert, muss die Eignung bereits am Anfang des Verfahrens geprüft werden. Ausdrückliche gesetzliche Vorgaben hierzu bestehen nicht.</p>
--------------------------------------	--

<p>Spätestens 2 Jahre vor Ablauf</p>	<p>Veröffentlichung der Daten gemäß § 46 Abs. 2 S. 4 in geeigneter Form am angegebenen Ort der Veröffentlichung. Falls der bisherige Nutzungsberechtigte Daten an die Gemeinde herausgegeben hat, die über das in § 46 Abs. 2 S. 4 geforderte Mindestmaß hinausgehen und die Gemeinde auch diese Daten an die Interessenten für eine Bewerbung herausgeben will, sollte eine Verschwiegenheitsverpflichtungserklärung von den Bewerbern verlangt werden, um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu schützen, siehe auch OLG Celle 13 U 52/13, Rn. 49 – 59 sowie BGH EnZR 11/14. Die Herausgabe der Daten verstößt nicht gegen die Vorgaben der informatischen Entflechtung. Die Daten sind derart aggregiert, dass sie keine wirtschaftlich sensiblen Daten, insbesondere Kundendaten, i.S.d. § 6a Abs. 1 EnWG enthalten. Die Herausgabe der Daten an die Gemeinde verstößt auch nicht gegen § 6a Abs. 2 EnWG, weil eine sachliche Rechtfertigung für die Offenlegung besteht. Von der Gemeinde und den übrigen Bietern kann eine mit Vertragsstrafe bewehrte Geheimhaltungsverpflichtung gefordert werden.</p>
<p>Nach Ablauf der Interessenbekundungsfrist (= ca. 21 Monate vor Vertragsablauf)</p>	<p>Prüfung der Interessenbekundungen: form- und fristgerecht?</p>
<p>Nach Prüfung der Interessenbekundungen</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Erstellung der Auswahlkriterien sowie eines Entwurfs eines neuen Konzessionsvertrages; die Auswahlkriterien dürfen nicht mit dem Ziel der Bevorzugung eines Bewerbers ausgestaltet werden. Eine frühzeitige Festlegung von Auswahlkriterien und deren Gewichtung kann verhindern, dass eine Gemeinde den Anschein setzt, die Kriterien auf einen bestimmten Bewerber „zugeschnitten“ zu haben oder Informationsvorteile unzulässig verwertet zu haben.</li> <li>- Beschluss der Gemeindevertretung über die dem Auswahlverfahren zugrunde zu legenden Auswahlkriterien einschließlich des Konzessionsvertragsentwurfs.</li> <li>- Sollte es keinen Interessenten für die Übernahme des Netzbetriebes geben, so ist die Gemeinde verpflichtet, eine kontinuierliche Versorgung sicherzustellen, indem sie das Netz ggf. selbst betreibt. Hiermit kommt zum Ausdruck, dass die Gemeinden für diese Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft gemäß Art. 28 Abs. 2 GG die Gewährleistungsverantwortung tragen und den Netzbetrieb der allgemeinen Versorgung sicherstellen müssen.</li> </ul>
<p>Nach Beschluss über die Auswahlkriterien (möglichst ca. 18 Monate vor Vertragsablauf)</p>	<p><b>Konkretisierender Verfahrensbrief</b> (spätestens hier Eignungsnachweise verlangen)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>Mitteilung der Auswahlkriterien</b>, deren Gewichtung und ggf. Untergewichtung der Unterkriterien sowie Übersendung des Konzessionsvertragsentwurfs sowie Fristsetzung für Rügen der Kriterien.</li> <li>- <b>Nach Fristablauf:</b> Aufforderung zu <b>ersten indikativen Angeboten</b>, <u>wenn nicht</u> infolge von Rügen der Inhalt der Auswahlkriterien geändert wird.</li> </ul>

	<p>Für die Erstellung des ersten indikativen Angebots sollte eine Frist von drei Monaten eingeräumt werden.</p> <p><b>!! Im Falle von Änderungen sind die geänderten Bewertungsmaßstäbe allen potentiellen Bietern erneut mitzuteilen, ggf. Zurückversetzung des gesamten Verfahrens!!!</b></p> <p>- Einladung der Bewerber, die fristgemäß ihre Interessenbekundungen und indikativen Angebote eingereicht haben.</p>
Nach Aufforderung (ca. 15 Monate vor Vertragsablauf)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Einladung zu Angebotsgesprächen auf Grundlage der indikativen Angebote.</li> <li>- Erste Auswertung der indikativen Angebote zur Vorbereitung für die Angebotsgespräche.</li> <li>- Führen der Angebotsgespräche (Aufklärung von Zweifelsfragen, Nachfragen zu Angebotsinhalt, Gelegenheit zur Präzisierung der indikativen Angebote;</li> </ul> <p>Ggf. bereits hier: Mündliche Angebotspräsentation vor der Gemeindevertretung oder ggf. dem zuständigen Ausschuss als auswahlentscheidendem Gremium der Gemeinde für alle geeigneten Bewerber ermöglichen.</p> <p><i>Empfehlung:</i> schriftlich protokollieren wegen Dokumentationsicherheit</p>
Nach Abschluss aller Angebotsgespräche	<p><b>- Nach Verhandlungsgesprächen Aufforderung zur Einreichung endgültiger Angebote</b> unter Fristsetzung. Im Regelfall wird eine Frist von drei Monaten ausreichend sein.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Mündliche Angebotspräsentation vor der Gemeindevertretung oder ggf. dem zuständigen Ausschuss als auswahlentscheidendem Gremium der Gemeinde für alle geeigneten Bewerber ermöglichen (auch, wenn diese Möglichkeit bereits zuvor gewährt wurde).</li> </ul>
Nach Ablauf der Angebotsfrist	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Sicherstellung der Vertraulichkeit der eingereichten Angebote; Angebote bis zur einheitlichen Öffnung unter Verschluss halten, Schutz vor Zugriff unbefugter Personen.</li> <li>- Bewertung der endgültigen Angebote entsprechend mitgeteilter Bewertungskriterien</li> <li>- Dokumentation der Bewertung</li> <li>- Entscheidung der Gemeindevertretung unter strikter Beachtung der Bewertung herbeiführen</li> </ul>
Anschließend	<p>Öffentliche Bekanntmachung der Entscheidung der Gemeinde unter Angabe der maßgeblichen Gründe (§ 46 Abs. 3 S. 6 EnWG).</p> <p>Eine Bekanntmachung über das amtliche Veröffentlichungsblatt und in öffentlichen Tageszeitungen dürfte nach dem Gesetzestext ausreichend sein, die Bekanntgabe im Bundesanzeiger ist dennoch empfehlenswert.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Ordnungsgemäße Mitteilung entsprechend § 101 a GWB an nicht berücksichtigte Bewerber (hierzu oben <b>II.4</b>)</li> </ul>
15 Tage nach Absendung der Information der unterlegenen Bietern	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Vertragsschluss, wenn keine Anträge auf einstweilige Verfügung eingegangen sind</li> <li>- bei Rügen: Abhilfe oder Nicht-Abhilfe? Mitteilung an Rügenden und Information an weitere unterlegene Bewerber.</li> </ul> <p>Bei Nicht-Abhilfe Vertragsschluss, wenn nicht gerichtlich im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes untersagt</p>

Notwendige Schritte bei erkannten Fehlern	<p>Wenn eine Gemeinde bspw. aufgrund eingetretener Rechtsprechungsänderungen oder infolge von berechtigten Rügen im Laufe eines Verfahrens einen Fehler erkennt, der zur Rechtswidrigkeit der Konzessionsvergabe führen würde, muss das Verfahren in den Stand zurückversetzt werden, den es zu dem Zeitpunkt hatte, an dem der Fehler das erste Mal aufgetreten ist.</p> <p>Wenn bspw. ein rechtswidriges oder grob fehlgegichtetes Auswahlkriterium verwendet wurde, bedarf es eines erneuten Beschlusses der Gemeindevertretung und der Mitteilung der geänderten Auswahlkriterien, deren Gewichtung und ggf. Untergewichtung sowie der Übersendung des Konzessionsvertragsentwurfs sowie einer Fristsetzung für Rügen der vorgenannten Inhalte gegenüber allen, die potentiell Interesse haben könnten. Ggf. ist das gesamte Verfahren zu wiederholen.</p>
---	--

## ANHANG

### 1. Kriterienkatalog (Beispiel)

#### Vorbemerkung zur Bewertungsmatrix

Die Kriterien sind für alle potentiellen Bewerber transparent und diskriminierungsfrei zu gewichten und bekannt zu geben. Die Gemeinde kann durch die konkreten Kriterien, die sie der Auswahlentscheidung zugrunde legt, und deren Gewichtung ihren Auftrag zur Daseinsvorsorge erfüllen und in der ihr sachgerecht erscheinenden Weise konkretisieren. Sie kann ihn damit zum Maßstab machen, an dem sich die Angebote der am Netzbetrieb interessierten Unternehmen messen lassen müssen. Die Gemeinde muss vor dem Hintergrund ihrer jeweiligen individuellen Situation sachgerechte Kriterien und vor dem Hintergrund ihres individuellen Anforderungsprofils eine angemessene Gewichtung unter hinreichender Beachtung der Ziele des § 1 EnWG finden. Die Grenze des gemeindlichen Spielraums wird im Falle einer willkürlichen Mindergewichtung einzelner Ziele des EnWG überschritten.<sup>64</sup> Die vom Bundesgerichtshof geforderte vorrangige Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG kommt nach Ansicht der Landeskartellbehörde für Energie bei einer Berücksichtigung in Höhe von 70 % der Gesamtpunktzahl hinreichend zum Tragen. Die Gemeinden können von dieser unverbindlichen Empfehlung im Rahmen ihres Konkretisierungsspielraums abweichen; dabei scheint jeweils eine Abweichung im Rahmen des angegebenen Spektrums unproblematisch vertretbar; darüber hinausgehende Abweichungen bergen indes ein hohes Rechtsrisiko.

Die enthaltenen (Unter)Kriterien sowie ihre Gewichtung stellen daher bloße Empfehlungen dar. Der Gemeinde obliegt jeweils die sachgerechte Aufstellung und Gewichtung der ihren individuellen Anforderungen entsprechenden Unterkriterien. Soweit Unterkriterien und/oder Unterunterkriterien angegeben werden, müssen diese im Einzelnen gewichtet werden und einschließlich der vorgesehenen Bewertungsmethodik den Bewerbern transparent bekannt gegeben werden.<sup>65</sup>

<sup>64</sup> Vgl. BGH KZR 66/12 u.a. Rn. 49, Rn. 83.

<sup>65</sup> Siehe OLG Düsseldorf v. 17.04.2014 – VI-2 Kart 2/13 (V), 2 Kart 2/13 (V); LG Berlin v. 09.12.2014 16 O 224/14 Kart; LG Kiel v. 13.02.2015 14 O 111/14 Kart; LG Düsseldorf v. 11.12.2014 37 O 96/14; LG Stuttgart v. 21.11.2014 11 O 180/14.





Auswahlkriterium	Unterkriterium	Gewichtung	Anmerkungen
<p><b>Ziele des § 1 EnWG</b></p> <p>Die nachfolgend aufgeführten Kriterien sind nicht abschließend. Die Gemeinde kann weitere sachgerechte, netzbezogene Auswahlkriterien verwenden. Die Auswahlkriterien und im Falle ihrer Verwendung auch die Unterkriterien sowie die Unterunterkriterien müssen von der jeweiligen Gemeinde vor der Bekanntgabe an die Bewerber abschließend, verbindlich festgelegt und gewichtet werden. Es dürfen keine Zusätze wie „etc.“, „insbesondere“ oder sonstige zu Unklarheiten über die von den Bewerbern verlangten Anforderungen führenden Angaben enthalten sein. Je weniger die Kriterien definitorisch überprüfbar sind, desto höher sind die Begründungsanforderungen an die Bewertung des Bewerbers.</p>	<p>Die Unterkriterien konkretisieren jeweils das im EnWG enthaltene Einzelziel. Die prozentualen Angaben zur Gewichtung der beispielhaft aufgeführten Unterkriterien sind als bloße Empfehlung zu verstehen. Die Gewichtungen können von der Gemeinde abgewandelt werden.</p> <p>Die Gemeinde kann weitere sachgerechte, netzbezogene Unterkriterien und Unterunterkriterien bilden und verwenden. Den Gemeinden obliegt dabei auch eine sachgerechte Gewichtung der Ziele im Verhältnis zueinander.</p>	<p><b>65 - 75 von 100 der Gesamtpunktzahl</b> Zulässig wäre grds. auch eine abschließende Vorgabe eines Konzessionsvertrags mit <u>nach der KAV zulässigem Inhalt</u> durch die Gemeinde einhergehend mit einer Gewichtung der Ziele des § 1 EnWG mit 100 %.</p>	<p>Die Angaben sind als Bandbreite zu verstehen. Die Kommunen haben das Recht und die Pflicht zu einer sachgerechten Gewichtung innerhalb des sich aus der Rechtsprechung ergebenden Spektrums und können von diesen Empfehlungen abweichen. Den Gemeinden steht es frei einzelne Kriterien anders zu gewichten; hierbei darf es nicht zu einer „willkürlichen Mindergewichtung“ einzelner Ziele kommen. Eine Abweichung in Höhe des angegebenen Spektrums bei der Gewichtung der einzelnen Ziele erscheint im Rahmen der Konkretisierung durch die jeweilige Gemeinde vertretbar; eine weitergehende Abweichung bei der Gewichtung der Ziele des § 1 EnWG birgt indes ein hohes Rechtsrisiko, insb. wenn die Ziele des § 1 EnWG nicht mehr <b>vorrangig</b> berücksichtigt würden. Nach Ansicht der LKartBE SH folgt aus der BGH-Rspr.<sup>66</sup>, dass der BGH von einer vorrangigen Gewichtung erst dann ausgeht, wenn die Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG in erkennbarem Maße über 50 % hinausgeht. Mindestens 65 % erscheinen daher auch zur Vermeidung einer willkürlichen Mindergewichtung einzelner Ziele sachgerecht.</p>

<sup>66</sup> [BGH KZR 66/12 Rn. 41: „Auswahl des Netzbetreibers sich mithin vorrangig an diesen Zielen auszurichten [...] zurückhaltender OVG Lüneburg, ZNER 2013, 541, 542 (mindestens 50%)“]

Auswahlkriterium	Unterkriterium	Gewichtung	Anmerkungen
sichere,	<p><u>Mögliche</u> Unterkriterien:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Finanz-, Sach- und Personalausstattung, auch allg. Verlässlichkeit, Auffälligkeiten bei bekannt gewordenen regulatorischen Missbrauchsverfahren, Datenpflege, Haftung bei Störungen (10 %)</li> <li>- Erfahrung als Netzbetreiber bzw. Betriebskonzept für zu erwerbendes Netz (10 %)</li> <li>- Zuverlässigkeit der Versorgung: Störungshäufigkeit, Ausfallzeiten und -dauer, angemessene techn. Standards. Bspw. SAIDI-Wert im Altnetz bzgl. Altkonzessionär bzw. im Netz eines Bewerbers; Vorlage eines Konzepts zur Störungsbehebung (50 %)</li> <li>- Ungefährlichkeit des Betriebs der Verteilungsanlagen: Netzpflege (ggf. Konzept) und Netzstruktur (ggf. Konzept), bspw. Ringschlusskonzept, Vorlage Jahresplanung, Baustellenkoordination, Bauzeitverkürzung (30 %)</li> </ul>	<p>20 - 30 von 100</p> <p><b>Gewichtung der Unterkriterien</b></p> <p><b>Keine „willkürliche Mindergewichtung“!</b> (nach LG Berlin 16 O224/14 sollen bspw. bereits 15 % zu niedrig sein!)</p> <p>Aus Gründen der Rechtssicherheit wird wegen der Ausführungen des BGH [„dem überragenden Ziel der Netzsicherheit“] empfohlen dieses Auswahlkriterium mit 25 % zu gewichten.</p>	<p>„überragend“, mindestens 20 % erscheinen sachgerecht; BGH KZR 66/12 Rn. 84 „Eine <u>Orientierungshilfe</u> dafür kann der Musterkriterienkatalog der Energiekartellbehörde Baden-Württemberg bieten. Danach ist die Netzsicherheit mit <u>mindestens 25%</u> der möglichen Gesamtpunktzahl zu gewichten, was im vorliegenden Fall 43 von 170 Punkten entsprochen hätte. Auch wenn es sich dabei um keine verbindliche Vorgabe handelt, ist eine um mehr als den Faktor vier niedrigere Gewichtung der Netzsicherheit unzulässig.“ (vgl. BGH KZR 66/12 Rn. 84 und BT-Drs. 13/7274, S. 14)</p>
preisgünstige <sup>67</sup> ,	<p>- „nicht rabattierte Netzentgelte“ (80 %): Prognose der Netzentgelte für das betroffene Konzessionsgebiet unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Möglichkeiten zur Entflechtung (u.a. mess-)technisch/ galvanisch). Den Bewerbern ist eine verlässliche Prognose der Netznutzungsentgelte für das ausgeschrie-</p>	<p>10 - 15 von 100</p> <p><b>Gewichtung der Unterkriterien</b></p>	<p>Siehe auch S. 3 – 4 des Hinweispapiers der LKartB Baden-Württemberg. Die Höhe der nicht rabattierten Netzentgelte ist nach der Rechtsprechung des BGH bei der Konkretisierung des Auswahlkriteriums „Preisgünstigkeit“ ein zulässiger und notwendiger Aspekt der Auswahl-</p>

<sup>67</sup> BGH KZR 66/12 Rn. 87: „Mit einer preisgünstigen Versorgung beim Netzbetrieb werden vielmehr die nicht rabattierten Netzentgelte angesprochen, bei denen trotz Regulierung erhebliche Unterschiede zwischen Bewerbern bestehen können, insbesondere, weil in die Regulierung der Effizienzwert des Netzbetreibers einfließt.“ Vgl. auch schon OLG Stuttgart Az. 201 Kart 1/13 Rn. 66.

Auswahlkriterium	Unterkriterium	Gewichtung	Anmerkungen
	<p>bene Konzessionsgebiet abzuverlangen, wobei verschiedene Szenarien, wie unterschiedliche Kostenauswirkungen im Falle einer technischen oder galvanischen Entflechtung, berücksichtigt werden sollten. Eine konkret bezifferte Gegenüberstellung der Netzentgelte der einzelnen Bewerber für das jeweilige Konzessionsgebiet im Sinne eines fiktiven „als-ob-Antrags“ entsprechend § 26 ARegV ist in den meisten Fällen allerdings nicht mit der erforderlichen Sicherheit möglich. Es kann empfehlenswert sein, bei nach § 26 ARegV übertragenen Erlösobergrenzen (EO) einen Zeitraum zu betrachten, der deutlich über das Auslaufen der so gebildeten EO (max. 7 Jahre) hinausgeht.</p> <p>Pauschale „Abschläge“ vom regulären, aus der behördlich festgesetzten EO abgeleiteten NNE-Systematik sind als Kriterium ungeeignet, u.a. weil sie zum Verzicht auf Investitionen anreizen. Wenn solche Abschläge nicht netzbetreiberweit vorgenommen werden, sondern konzessionsgebietsscharf, würden unzulässige räumlich differenzierte Netzentgelte gebildet.</p> <p>- Netzanschlusskosten, Baukostenzuschüsse, Anschlusskostenbeiträge (20 %)</p>		<p>entscheidung (BGH KZR 66/12 Rn. 87, Säcker RdE 2015 1, 5). Die Netzentgelte werden zwar regulatorisch bestimmt und sind nicht etwa Ergebnis einer „freien Preispolitik“ eines Netzunternehmens, so dass die Höhe der Netzentgelte eigentlich kein geeignetes Unterscheidungskriterium im Sinne eines Wettbewerbs um die Netze bildet. Die Höhe der Netzentgelte unterliegt nur teilweise dem Einfluss des Netzbetreibers. Die Höhe der Netzentgelte muss bei der Konkretisierung dieses Kriteriums nicht der einzige Auswahlaspekt sein; die Gemeinde kann dieses Kriterium <u>zusätzlich</u> u.a. durch Aspekte wie Netzanschlusskosten etc. ausfüllen. Dabei ist eine <u>willkürliche Minderung</u> durch eine <u>fehlende oder hinsichtlich der Gewichtung unzureichende Berücksichtigung der nicht rabattierten Netzentgelte zu vermeiden</u>, vgl. jüngst LG Berlin 16 O 224/14 unter III 2 c) cc).</p>

Auswahlkriterium	Unterkriterium	Gewichtung	Anmerkungen
verbraucherfreundliche,	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Netzservice vor Ort (50 %)</li> <li>- Qualität der Umsetzung der Verbraucherschützenden rechtlichen Pflichten (50 %)</li> <li>- ...</li> <li>- ...</li> </ul>	7,5 – 12,5 von 100 <b>Gewichtung der Unterkriterien</b>	Die Ziele einer sicheren, effizienten und preisgünstigen Versorgung sind ebenfalls bereits Verbraucherschützenden Charakters. <sup>68</sup> Weitere Kriterien mit entsprechender Anpassung der jeweiligen Gewichtung sind insbesondere bei der Konkretisierung des Ziels der Verbraucherverfreundlichkeit möglich.

<sup>68</sup> Die Gesetzgebungsmaterialien enthalten keinerlei hilfreiche Hinweise zur Auslegung dieses Ziels im Zshg. mit der Konzessionsvergabe, vgl. BR-Drs. 613/1/04, S.3 „4. Zu Artikel 1 (§ 1 Abs. 1 EnWG) Bundesrat: In Artikel 1 ist in § 1 Abs. 1 das Wort "verbraucherfreundliche" zu streichen. Begründung: Für die bewährte Zieltrias "sicher, preisgünstig, umweltfreundlich" ist verbraucherfreundlich im Wesentlichen ein zusammenfassender Oberbegriff. Spezielle, zusätzliche Aspekte im liberalisierten Markt werden bereits durch § 1 Abs. 2 EnWG-E abgedeckt, der die Ziele der Regulierung behandelt. Aus Gründen der Rechtsklarheit sollte eine unnötige Wiederholung von Norminhalten vermieden werden speziell in der Zielnorm des § 1 EnWG-E. Drucksache 15/4068, S. 2 Gegenäußerung BReg: „Nach Ansicht der Bundesregierung hat das neu in die Zweckbestimmung des § 1 EnWG-E aufgenommene Ziel der Verbraucherverfreundlichkeit neben den Zielen der Sicherheit, Preisgünstigkeit und Umweltverträglichkeit der Energieversorgung auch einen eigenständigen Stellenwert, der in weiteren Einzelvorschriften des EnWG-E eine inhaltliche Konkretisierung erfährt. Es handelt sich insbesondere um die Regelung zur Stromkennzeichnung sowie zu stärkeren Beteiligungsrechten der Verbraucherverbände (wie Regelungen zu eigenständigen Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen oder die Vorteilsabschöpfung auf Antrag der Verbraucherverbände).“

Auswahlkriterium	Unterkriterium	Gewichtung	Anmerkungen
effiziente	<p>- ggf. Effizienzwert (<i>siehe Anmerkung! dann 60 - 80 % und je 5 - 10 % für die nachstehenden Unterkriterien</i>)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- effiziente Ressourcennutzung, (25 %)</li> <li>- Minimierung der Verlustenergie bei Strom/ des Gasschwundes bei Gas (25 %)</li> <li>- Pläne zur Verwirklichung eines Konzepts zur Netzeffizienz, (25 %)</li> <li>- Pläne zur Verwirklichung eines Konzepts und Monitorings zur Entwicklung eines „intelligenten Netzes vor Ort“ (25 %)</li> </ul> <p>(Vgl. S. 3 des Hinweispapiers BaWü und Verweis des BGH hierauf in KZR 66/12 Rn. 88.)</p>	<p>10 - 15 von 100</p> <p><b>Gewichtung der Unterkriterien</b></p>	<p>Die LKartBE SH sieht regulatorische Werte als nur beschränkt aussagekräftig an (Siehe auch S. 3 des Hinweispapiers der LKartB Baden-Württemberg). Der Effizienzwert (§§ 12 ff. und § 24 Abs. 2 ARegV) wird entweder rechnerisch ermittelt (Effizienzvergleich im Vollverfahren) oder auf Basis der ARegV allgemeingültig festgelegt (vereinfachtes Verfahren). Während die ermittelten Werte immer noch gerichtlich streitbefangen sind, sind die aus dem vereinfachten Verfahren resultierenden Effizienzwerte schon kein unternehmensindividuelles Kriterium. Auch bezieht sich der Effizienzwert auf den gesamten Netzbereich eines Bewerbers, selten auf das konkrete Konzessionsgebiet. Ferner sind gerade Netzübernahmen und -weggaben geeignet, die Effizienz zu ändern. Denkbar wäre ein solches Kriterium daher für Verfahren, in denen sich nur Netzbetreiber, deren Effizienz im Vollverfahren ermittelt wurde, bewerben haben. Für den Fall von Bewerbungen ausländischer Bewerber oder solchen, die am vereinfachten Verfahren teilnehmen, muss auch die Möglichkeit für eine sachgerechte Bewertung des Kriteriums ohne Rückgriff auf den Effizienzwert vorgesehen werden.</p>

<b>Auswahlkriterium</b>	<b>Unterkriterium</b>	<b>Gewichtung</b>	<b>Anmerkungen</b>
und umweltverträgliche	<ul style="list-style-type: none"><li>- umweltverträglicher Netzbetrieb (25 %)</li><li>- Erdverkabelung (Stromnetze) / Verlegung von Leerrohren / Beseitigung stillgelegter Verteilanlagen (25 %)</li><li>- Konzept für zügige Anbindung von EE-Anlagen, soweit diese der Spannungsebene zuzuordnen sind (20 %)</li><li>- Beratungsleistungen sowie Öffentlichkeitsarbeit zur umweltverträglichen Energieversorgung (30 %)</li></ul>	7,5 – 12, 5 von 100 <b>Gewichtung der Unterkriterien</b>	Siehe S. 3 des Hinweis-papiers BaWü und BGH KZR 66/12 Rn. 89: „Erdverkabelung, umweltverträglichen Netzbetrieb und Beratungsleistungen sowie Öffentlichkeitsarbeit zur umweltverträglichen Energieversorgung.“ Zu beachten ist insb. § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV!

Auswahlkriterium	Unterkriterium	Gewichtung	Anmerkungen
<p>... Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht.</p>			<p>Der Zusatz „die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht“ ist sowohl nach allgemeinem Sprachverständnis als auch vom Sinn und Zweck der Vorschrift generell auf die „Versorgung“ gemäß den zuvor genannten Zielen bezogen, sodass dieser Aspekt jeweils bei den einzelnen Zielen berücksichtigt werden kann, <u>wenn und soweit ein Bezug zum Netzbetrieb besteht und die Entflechtungs- und Durchleitungsvorschriften des EnWG beachtet werden</u><sup>69</sup> (und damit nicht als weiteres, sechstes Ziel oder einzig als Unteraspect der Umweltverträglichkeit).                      Bsp.: Umgang mit volatiler Einspeisung durch PV als Unteraspect der sicheren Versorgung; Schnelligkeit der Anschlüsse als Aspekt der Verbraucherfreundlichkeit; Konzepte für zügige Einbindung erneuerbarer Energie als Aspekt der Umweltverträglichkeit; <u>entgeltliche</u> Energiekonzepte zur Vermeidung von Ineffizienzen als Aspekt der Effizienz.</p>

<sup>69</sup> Auszug Gesetzesbegründung, BT-Drucksache 17/6072 S. 50: „Zu Nummer 2 (§ 1) Die Vorschrift berücksichtigt den Gedanken, dass der Anteil der erneuerbaren Energien am Energiemix zukünftig zunehmen wird. Die Energieversorgungsnetze sollen auch die Voraussetzungen für den Ausbau der erneuerbaren Energien schaffen.“

S. 88: „Mit dem neuen Absatz 3 Satz 5 wird klargestellt, dass die Gemeinde im Rahmen ihrer Entscheidung über die Vergabe der Konzession an die Ziele des § 1 gebunden ist, eine preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche Versorgung im Sinne des Verbrauchers sicherzustellen. Die sachgerechten Kriterien für die Entscheidung der Gemeinde müssen sich aufgrund der Vorgabe der Entflechtung des Netzbetriebs von Vertrieb und Erzeugung auf Aspekte des Netzbetriebs beschränken.“ (Das Fehlen des überragenden Ziels einer „sicheren“ Versorgung stellt wohl ein redaktionelles Versehen dar; Unterstreichung durch LKartBE SH)

Auswahlkriterium	Unterkriterium	Gewichtung	Anmerkungen
<b>Nicht auf die Konkretisierung der Ziele des § 1 EnWG bezogene Aspekte</b>		<b>25 - 35 von 100 der Gesamtpunktzahl</b>	
<b>Finanzielle Interessen <u>abschließend</u> nach KAV</b>		5 - 10 von 100 der Gesamtpunktzahl	BGH KZR 66/12 Rn. 45: „Das Gesetz regelt ferner in § 3 KAV abschließend, welche weiteren Leistungen Versorgungsunternehmen und Gemeinden für Wegerechtene neben oder anstelle von Konzessionsabgaben vereinbaren oder gewähren dürfen. Damit setzt das Gesetz der Berücksichtigung der finanziellen Interessen der Gemeinde als marktbeherrschender Anbieterin ebenso klare wie enge Grenzen, die es erst ermöglichen, aber auch gebieten, die Konzessionsvergabe im Übrigen an dem Bedarf auszurichten, den die Gemeinde als Nachfrager im Interesse aller Netznutzer befriedigen muss.“
Höher der Konzessionsabgabe		1 - 2	§ 46 Abs. 1 Satz 2 EnWG
Gemeinderabatt		1 - 3	§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KAV
Abschlagszahlungen		1 - 4	KZR 66/12 Rn. 77
Regelung zur Folgekostenübernahme		1 - 2	§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KAV.
<b>Zulässige Belange der Gemeinde mit Bezug zum Konzessionsvertrag</b>		<b>15 - 25 von 100 der Gesamtpunktzahl</b>	
Endschaftsbestimmung Regelung zu Datenherausgabe zum Vertragsende (hierzu auch LG Köln, 90 O 59/12)		1 – 3	Legitimes Ziel: Absicherung der Umsetzung des Ergebnisses eines künftigen Auswahlverfahrens <sup>70</sup>

<sup>70</sup> BGH KZR 66/12 Rn. 78: „Zu Unrecht beanstandet das Berufungsgericht auch die Kriterien "Endschaftsbestimmung" (1.1) und "Kaufpreisregelung" (1.2), weil sie ganz offensichtlich darauf angelegt seien, einen möglichst einfachen und günstigen Weg des Netzerwerbs durch die jeweilige Gemeinde oder ein von ihr ausgewähltes Unternehmen zu sichern. Diese Würdigung entspricht zwar den Erläuterungen des Verfahrensbriefs und ist nicht zu beanstanden. Mit dieser Zielsetzung sind die beiden Kriterien aber zulässig. Sie



Auswahlkriterium	Unterkriterium	Gewichtung	Anmerkungen
Kaufpreisregelung		1 - 3	Legitimes Ziel: Absicherung der Umsetzung des Ergebnisses eines künftigen Auswahlverfahrens
Legitimes Interesse an der Ausgestaltung des Netzbetriebs (insbesondere Informations- und Nachverhandlungspflichten, Mitwirkungs- und Konsultationsrechte, Auskunftsansprüche)	<p>Mögliche auf <u>vertragsrechtlicher</u> Grundlage zu schaffende Einflussmöglichkeiten der Gemeinde:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- auf Effizienz, Sicherheit, Preisgünstigkeit des Netzbetriebs</li> <li>- zur Absicherung ihrer Planungshoheit bei Netz- oder Kapazitätserweiterungen, Erschließungen von Neubaugebieten, Maßnahmen zur Modernisierung, Wartung und Sicherung des Netzbetriebs/der Netzanlagen.</li> </ul> <p>Die Ausführungen in BGH KZR 66/12 Rn. 52 sind interpretationsfähig (s.o.): die LKartBE geht davon aus, dass der BGH einerseits die Berücksichtigung „kommunaler Einflussmöglichkeiten“ auf <u>vertragsrechtlicher</u> Grundlage für zulässig erachtet, sofern bei der Gewichtung der Vorrang der Ziele des § 1 EnWG gewahrt wird, andererseits aber auch eine Vorgabe der für <u>unverzichtbar</u> gehaltenen Einflussmöglichkeiten in der Leistungsbeschreibung für zulässig hält, sodass Angebote die diesen Vorgaben der Gemeinde nicht entsprechen von vornherein nicht für die Auswahl in Betracht kämen. Dann dürfen entsprechende Kriterien bei der Bewertung nicht nochmals berücksichtigt werden; vgl. Becker/Dicks ZNER 2014 425, 428; siehe auch Schulz-Guardyan N &amp; R 2014 172, 174, der durch die Formulierung des BGH den Vorrang der Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG gefährdet sieht.</p>	7,5 – 12, 5	Ein Wertungskriterium "gesellschaftsrechtlicher Einfluss" würde stets einem eigenen Unternehmen einen Vorteil gegenüber denjenigen Bewerbern liefern, die die Aufgabe des Netzbetriebs eigenverantwortlich übernehmen wollen. Dies wird allenfalls dann hingenommen werden können, wenn dem legitimen Interesse, die Konkretisierung der energie-wirtschaftsrechtlichen Ziele des Netzbetriebs über die Laufzeit des Konzessionsvertrages nachzuhalten, nicht in anderer Weise - <u>etwa durch Regelungen des Vertragsrechts</u> - angemessen Rechnung getragen werden kann. Soweit dies danach in Betracht kommen sollte, müssten jedenfalls die mit einer Beteiligung am Netzbetrieb verbundenen Gegenleistungen (insbesondere der Anteilskaufpreis) und Risiken der Gemeinde bei der Bewertung ebenfalls angemessen berücksichtigt werden.

haben einen eindeutigen sachlichen Bezug zum Konzessionsvertrag und dienen darüber hinaus gerade dazu, den Wettbewerb um das Netz zu fördern. Denn ein neues, diskriminierungsfreies Auswahlverfahren nach Ablauf des jetzt abzuschließenden Vertrags kann ohne weiteres von einem gemeindefremden Unternehmen gewonnen werden.“

Auswahlkriterium	Unterkriterium	Gewichtung	Anmerkungen
Vertragslaufzeit		1 - 2	Keine wettbewerbshindernde wesentliche Verkürzung unter 20 Jahre. Laufzeiten unter zehn Jahren erscheinen wettbewerbsrechtlich bedenklich.
Change-of-Control-Klausel (Zustimmungspflicht der Gemeinde)		1 – 2	Bei der Ausgestaltung muss besonderes Augenmerk auf die Vermeidung unzulässiger Klauseln verwendet werden, die über die berechtigten Interessen als Vertragspartner hinausgehen.
Beweislastumkehr		1 – 2	
Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes von Straßenoberflächen		1 - 2	
Koordinationskonzept Bauarbeiten		1 - 2	

## 2. Anschreiben Datenherausgabe (Muster)

Sehr geehrte Damen und Herren,

im Hinblick auf das Auslaufen Ihres Konzessionsvertrages für das [Strom-/Gas-]netz in ... am ... bitte ich Sie, mir für das bevorstehende Auswahlverfahren zur Neuvergabe der Konzession bis zum ... gem. § 46 Abs. 2 S. 4 des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) alle Informationen über die technische und wirtschaftliche Situation des Netzes zur Verfügung zu stellen, die für eine Bewertung des Netzes im Rahmen einer Bewerbung um den Abschluss eines Konzessionsvertrages erforderlich sind. Dazu zählen nach den Urteilen des BGH vom 14.04.2015 (EnZR 11/14) und des OLG Celle vom 09.01.2014 (13 U 52/13) nicht nur die technischen Netzdaten, sondern auch kalkulatorische Daten. Im Einzelnen umfasst dies:

- Allgemeine Angaben zu Art, Umfang, Alter und Oberflächenstruktur der nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG zu übereignenden Anlagegüter des Elektrizitäts- bzw. Gasversorgungsnetzes, insbesondere auch Art und Zugehörigkeit der jeweiligen Messeinrichtungen (z.B. Umspannstationen/Gasdruckregelanlagen, Messanlagen, Gasübernahmestationen, Odorierungsanlagen, Kabelverteilerschränke, Hausanschlüsse, Zähler, Netzkopplungspunkte),
- Originäre historische Anschaffungs- und Herstellungskosten der Anlagegüter des zu überlassenden Elektrizitäts- bzw. Gasversorgungsnetzes und der Grundstücke, aufgeteilt nach Anlagengruppen gemäß Anlage 1 zu § 6 Abs. 5 S. 1 Gas- bzw. StromNEV und Anschaffungsjahren,
- In der Netzkostenkalkulation gem. § 6 Abs. 5 S. 1 Gas- bzw. StromNEV verwendete Nutzungsdauern je Anlagengruppe und etwaige Nutzungsdauerwechsel, unter Angabe des Jahres des Nutzungsdauerwechsels und der bis zum und ab dem Nutzungsdauerwechsel verwendeten Nutzungsdauern,
- Art und Besonderheiten des Elektrizitäts- bzw. Rohrleitungsnetzes (z.B. verbaute Materialien, herausragende Schadensereignisse) und der sonstigen Anlagegüter,
- Höhe der nicht aufgelösten Netzanschlussbeiträge und Baukostenzuschüsse,
- kalkulatorische Restwerte, kalkulatorische Nutzungsdauern laut Genehmigungsbescheid, aufwandsgleiche Kostenpositionen i.S.d. § 5 Strom- bzw. GasNEV, kalkulatorische Abschreibungen i.S.d. § 6 Strom- bzw. GasNEV, kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung i.S.d. § 7 Strom- bzw. GasNEV, kalkulatorische Gewerbesteuer i.S.d. § 8 Strom- bzw. GasNEV, kostenmindernde Erlöse und Erträge i.S.d. § 9 Strom- bzw. GasNEV,
- Netzabsatzmengen im Konzessionsgebiet,
- zugehörige Bilanz- und GuV-Werte des jeweiligen Konzessionsgebietes, soweit diese vorliegen, Auskünfte über die auf das Konzessionsgebiet bezogene mehrjährige Vermögens-, Ertrags-, Finanz- und Investitionsplanung,
- neutrale Schadensberichte (soweit vorhanden),
- Angaben zum Konzessionsgebiet einschließlich eines Netzplans mit Kennzeichnung z.B. der Netzverknüpfungspunkte und derjenigen Leitungen, welche nicht vom Überlassungsanspruch nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG erfasst werden,
- Strukturdaten gemäß § 27 Abs. 2 Strom- bzw. GasNEV (Veröffentlichungspflichten des Netzbetreibers) bezogen auf das Konzessionsgebiet, also insbesondere
  - im Falle von Gasnetzen:
    - die Länge des Gasleitungsnetzes jeweils getrennt für die Niederdruck-, Mittel- und Hochdruckebene zum 31. Dezember des Vorjahres,

- die Länge des Gasleitungsnetzes in der Hochdruckebene nach Leitungsdurchmesserklassen,
- die im Vorjahr durch Weiterverteiler und Letztverbraucher entnommene Jahresarbeit in Kilowattstunden oder in Kubikmetern,
- die Anzahl der Ausspeisepunkte jeweils für alle Druckstufen und
- die zeitgleiche Jahreshöchstlast aller Entnahmen in Megawatt oder Kubikmetern pro Stunde und den Zeitpunkt des jeweiligen Auftretens;
  - o im Falle von Stromnetzen:
    - die Stromkreislänge jeweils der Kabel- und Freileitungen in der Niederspannungs-, Mittelspannungs-, Hoch- und Höchstspannungsebene zum 31. Dezember des Vorjahres,
    - die installierte Leistung der Umspannebenen zum 31. Dezember des Vorjahres,
    - die im Vorjahr entnommene Jahresarbeit in Kilowattstunden pro Netz und Umspannebene,
    - die Anzahl der Entnahmestellen jeweils für alle Netz- und Umspannebenen,
    - die Einwohnerzahl im Netzgebiet von Betreibern von Elektrizitätsversorgungsnetzen der Niederspannungsebene zum 31. Dezember des Vorjahres,
    - die versorgte Fläche nach § 24 Abs. 2 Satz 2 und 3 StromNEV zum 31. Dezember des Vorjahres und
    - die geographische Fläche des Netzgebietes zum 31. Dezember des Vorjahres; sowie das Konzessionsabgabenaufkommen (getrennt nach den jeweiligen Tarif- und Sondervertragskunden).

Des Weiteren bitte ich Sie, mir einen Netzentflechtungsplan vorzulegen.

Mit freundlichen Grüßen

### 3. Bekanntmachung (Muster)

Bekanntmachung der [Name Stadt/Gemeinde] über das Auslaufen des [Strom/Gas]-Konzessionsvertrages für das Gebiet [Name Stadt-/Gemeindegebiet] gemäß § 46 Abs. 3 Satz 1 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG)

Die [Name Stadt/Gemeinde] macht gem. § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG bekannt, dass der bestehende Konzessionsvertrag für [Strom/Gas] zwischen der [Name Stadt/Gemeinde] und [Name Altkonzessionär] für [Benennung Gebiet] am [Datum] endet.

Die [Name Stadt/Gemeinde] beabsichtigt einen neuen Konzessionsvertrag mit einer Laufzeit von maximal 20 Jahren abzuschließen.

Dem Versorgungsgebiet liegen folgende Strukturdaten zugrunde: Versorgte Einwohnerzahl: [Anzahl]

Versorgte Fläche: [Fläche] km<sup>2</sup> Gesamtfläche: [Fläche] km<sup>2</sup>

Energieversorgungsunternehmen, die an dem Abschluss eines Konzessionsvertrages interessiert sind, werden hiermit aufgefordert, ihre Interessenbekundung schriftlich bis zum [Datum; Uhrzeit] bei der [Name Stadt/Gemeinde] [Adresse] einzureichen.

Verspätet eingehende Zusendungen werden nicht berücksichtigt.

Die zur Abgabe eines Angebots auf Abschluss eines Konzessionsvertrags erforderlichen technischen und wirtschaftlichen Netzdaten können bei der [Name Stadt/Gemeinde, Adresse, Sprechzeiten] eingesehen werden.

[oder]

Die gemäß § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG zu veröffentlichenden Daten können unter der oben genannten Anschrift angefordert werden.

[oder]

Die [Name Stadt/Gemeinde] wird allen Interessenten nach Ablauf der Interessenbekundungsfrist die erforderlichen Netzdaten zur Verfügung stellen.

[Ort], den [Datum]

[Vertreter Stadt/Gemeinde]