

Hinweise der Niedersächsischen Landeskartellbehörde zur Durchführung eines wettbewerblichen Konzessionsvergabeverfahrens nach § 46 EnWG¹

EINFÜHRUNG.....	2
1. WETTBEWERBLICHE KONZESSIONSVERGABE NACH § 46 ENWG - GRUNDSÄTZLICHES	2
2. ABLAUFPLAN FÜR EIN VERFAHREN VOM AUSLAUFEN BIS ZUM ABSCHLUSS EINES KONZESSIONSVERTRAGES	4
2.1. Vorüberlegungen der Gemeinde.....	4
2.2. Bekanntmachung	4
2.3. Interessenbekundungsfrist	6
2.4. Prüfung der Interessenbekundungen	6
2.5. Offenlegung von Informationen und Netzdaten	6
2.6. Erstellen von Auswahlkriterien.....	7
2.7. Führen von Gesprächen und Vorbereitung von Angeboten.....	7
2.8. Angebotsphase.....	8
2.9. Auswertung und Auswahlentscheidung.....	8
2.10. Gemeindlicher Beschluss/Bekanntmachung	8
2.11. Abschluss des neuen Konzessionsvertrages	9
2.12. Folgen bei Verzögerungen	9
2.13. Netzübernahmeverhandlung	10
2.14. Zusammenfassender Überblick	10
3. VERTIEFENDE HINWEISE ZU AUSGEWÄHLTEN PUNKTEN	11
3.1. Datenherausgabe	11
3.2. Beteiligungsmodelle	14
3.3. Auswahlkriterien.....	18
3.4. Nebenleistungen.....	22
3.5. Fehlerfolgen und Rechtsschutz	24
4. ANHANG.....	28
4.1. Anschreiben Datenherausgabe (Muster)	28
4.2. Bekanntmachung (Muster)	30
4.3. Kriterienkatalog (Muster).....	31
4.4. Gesetzestexte	33

¹ Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz - EnWG); § 46 EnWG ist im Anhang vollständig abgedruckt.

Einführung

Die Landeskartellbehörde Niedersachsen ist seit fast zehn Jahren mit zahlreichen Anfragen und Beschwerden zu bevorstehenden, laufenden und abgeschlossenen Konzessionsvergabeverfahren nach § 46 EnWG befasst. Das nach dieser Vorschrift von den Gemeinden durchzuführende Verfahren ist nur lückenhaft geregelt und beinhaltet mehrere unbestimmte Rechtsbegriffe, deren Auslegung mittlerweile Gegenstand zahlreicher Behörden- und Gerichtsentscheidungen geworden ist.²

Die LKartB verbindet mit diesem Hinweispapier die Erwartung, dass es trotz fehlender Rechtsverbindlichkeit durch die Veröffentlichung eine präventive Wirkung entfaltet, Rechtsstreitigkeiten verhindert und den nur selten mit der Durchführung von Konzessionsverfahren befassten Gemeinden eine Orientierungshilfe und eine Arbeitserleichterung bietet. Diese Hinweise dienen zur Vermeidung kartell- und wettbewerbsrechtswidriger Verhaltensweisen von am Konzessionsvergabeverfahren beteiligten Unternehmen. Die LKartB behält sich selbstverständlich weiterhin vor, Kartellverstöße bei Konzessionsvergaben mit den Instrumentarien des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen aufzugreifen und abzustellen.

1. Wettbewerbliche Konzessionsvergabe nach § 46 EnWG - Grundsätzliches

Die Vergabe von Wegenutzungsverträgen (Konzessionen) für die Verlegung und den Betrieb von Gas- und Stromverteilernetzen ist in § 46 EnWG geregelt. Es handelt sich hierbei um die Vergabe einer Dienstleistungskonzession, das Vergaberecht (§§ 97 ff. GWB³) ist nicht anwendbar.⁴

Anders verhält es sich allerdings, wenn die Kommune im Rahmen einer Konzessionsvergabe - sogenanntes „1-stufiges Verfahren“ - oder vor Durchführung eines Konzessionsvergabeverfahrens - sogenanntes „2-stufiges Verfahren“ - einen Beteiligungspartner für ein kommunales Unternehmen, der für diese Dienstleistungen erbringen soll, sucht und ausschreibt (siehe 3.2). Dann unterliegt diese Vergabe, die von der eigentlichen Konzessionsvergabe zu unterscheiden ist, grundsätzlich gem. § 99 Abs. 4 GWB als öffentlicher Dienstleistungsauftrag dem Vergaberecht nach §§ 97 ff. GWB.

Gleichwohl sind zumindest die Grundsätze der Transparenz, der Nichtdiskriminierung, der Gleichbehandlung, der Verhältnismäßigkeit und der gegenseitigen Anerkennung zu beachten, die sich unmittelbar aus dem europäischen Primärrecht ergeben⁵.

² Damit wird das im März 2010 veröffentlichte Hinweispapier der LKartB Niedersachsen gegenstandslos.

³ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) v. 26.06.2013.

⁴ EuGH vom 10.09.2009 (Az.: C-206/08, WAZV Gotha) bzgl. einer Wasserkonzession.

⁵ Vgl. ABl. EG 2000/C 121/02; ABl. EG 2006/C 179/02; Art. 8, 18, 49, 56, 119 AEUV; EuGH Urteil v. 13.10.2005, Az. C-458/03 Parking Brixen; die RL 2014/23/EU ABl. Nr. L 94 v. 28.03.2014. über die Konzessionsvergabe findet keine Anwendung, siehe Nr. 16.

Gemeinden sind bei der Vergabe von Konzessionen für die Verlegung und den Betrieb von Gas- und Stromverteilernetzen unternehmerisch i. S. v. § 130 Abs. 1 Satz 1 GWB tätig. Daher ist das deutsche und europäische Wettbewerbsrecht anwendbar.

Die Entscheidung über die Neuvergabe der Konzessionen steht nach § 46 EnWG allein der jeweiligen Gemeinde zu. Sie ist folglich in Bezug auf die örtlichen Konzessionen als Alleinanbieterin auf dem sachlichen Markt für Wegenutzungsrechte absolut marktbeherrschend i.S.d. § 18 Abs. 1 Nr. 1 GWB und damit Normadressatin des § 19 GWB sowie im Einzelfall auch des Art 102 AEUV⁶.

Im Konzessionsvergabeverfahren ist es gem. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB Gemeinden verboten, ihre marktbeherrschende Stellung zu missbrauchen, indem sie andere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindern oder ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar anders behandeln als gleichartige Unternehmen.

Ob eine unbillige Behinderung i.S.d. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB vorliegt, ist im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB vorzunehmen, wobei insbesondere verfahrensbezogene und materielle Anforderungen an die Auswahlentscheidung zu beachten sind (siehe 3.3).

Diese Pflicht der Gemeinden zu einer diskriminierungsfreien und an §§ 18 f. GWB sowie § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG orientierten Auswahl des Konzessionsnehmers steht mit dem in Art. 28 Abs. 2 GG verbrieften Recht der Gemeinden auf kommunale Selbstverwaltung im Einklang⁷.

Sie ist auch auf die Konzessionsvergabe an Eigenbetriebe, die mangels eigener Rechtspersönlichkeit keine Verträge mit der Gemeinde schließen können, anwendbar, da anderenfalls die mit der Norm bezweckte Verhinderung von „Ewigkeitsrechten“ nicht erreichbar wäre und die ausdrücklich in § 46 Abs. 4 EnWG angeordneten Bekanntmachungspflichten des § 46 Abs. 3 EnWG sinnlos wären⁸.

Eine an den Grundsätzen des Kartellvergaberechts abgeleitete „In-house-Vergabe“ an Eigenbetriebe bei der Konzessionsvergabe aufgrund des Wortlauts von § 46 Abs. 4 EnWG ist nicht zulässig⁹.

Ein Verstoß der Gemeinden gegen die Missbrauchsvorschrift des § 19 GWB kann zur Rechtswidrigkeit der Konzessionsvergabe führen und die Sanktionen der §§ 32 ff. GWB auslösen. Zudem besteht die Möglichkeit, dass der bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeitentatbestand des § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB erfüllt ist. Darüber hinaus kann eine zivilrechtliche Nichtigkeit des Konzessionsvertrages gemäß § 134 BGB¹⁰ vorliegen.

⁶ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Konsolidierte Fassung bekanntgemacht im ABl. EG Nr. C 115 vom 09.05.2008, S. 47.

⁷ Vgl. BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. KZR 66/12 Rz.30.

⁸ Vgl. BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. KZR 65/12 Rz.35 ff.

⁹ Vgl. BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. KZR 65/12 Rz. Rz.38.

¹⁰ Bürgerliches Gesetzbuch.

2. Ablaufplan für ein Verfahren vom Auslaufen bis zum Abschluss eines Konzessionsvertrages

2.1. Vorüberlegungen der Gemeinde

(spätestens 3 Jahre¹¹ vor Auslaufen des Konzessionsvertrages)

- Wann läuft der Konzessionsvertrag aus?
- Zeitabschätzung für das Verfahren nach § 46 EnWG vornehmen
- Welche Fristen müssen eingehalten werden?
- Inhaltliche Prüfung des „alten“ Konzessionsvertrages
- Erarbeitung eines Konzessionsvertragsentwurfes, der den Spezifikationen und Interessen der Gemeinde Rechnung trägt
- Welche Daten sind notwendig für das Bekanntmachungsverfahren und später für das Verhandlungsverfahren mit den Interessenten?
- Anforderung der erforderlichen Netzdaten beim Altkonzessionär (§ 46 Abs. 2 S. 4 EnWG, siehe 3.1 und 4.1)¹²
- Erste Überlegungen zu oder ggf. schon Festlegung von Auswahlkriterien und ihrer jeweiligen Gewichtung im Verhandlungsverfahren. Eine endgültige Festlegung der Kriterien sollte spätestens vor den Auswahlgesprächen erfolgen (siehe 2.6).
- Überlegungen der Gemeinde, ob eine kommunale Netzgesellschaft am Bietverfahren teilnehmen soll. (Achtung: es bestehen besondere Anforderungen an das Konzessionsvergabeverfahren und die Kooperationspartnersuche - siehe 3.2; Beachtung kommunalrechtlicher Vorgaben¹³)

2.2. Bekanntmachung

Die Bekanntgabe der Neuausschreibung des Konzessionsvertrages und das Ablaufdatum des alten Vertrages sind öffentlich bekannt zu geben, um die Entwicklung eines Wettbewerbs zu ermöglichen.

- **Wann?**
Spätestens zwei Jahre vor Ablauf des bestehenden Konzessionsvertrages (§ 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG). Eine frühere Bekanntgabe ist möglich und sichert der Gemeinde ausreichend Zeit für die notwendigen Vertragsverhandlungen.
- **Wo bzw. Wie?**
Durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger oder im elektronischen Bundesanzeiger¹⁴.

¹¹ Keine gesetzl. Frist, Empfehlung der LKartB aufgrund des zeitintensiven Verfahrens. Sollte die Gemeinde ein Beteiligungsmodell anstreben und hierfür ein zweistufiges Verfahren wählen, so sollte sie noch früher beginnen.

¹² LG Hannover, Urteil v. 28.02.2013, Az. 21 O 10/11 und OLG Celle, Urteil v. 09.01.2014, Az. 13 U 52/13.

¹³ Erlass des Nds. Ministeriums für Inneres und Sport v. 04.04.2013, Az. 32.1-10212/2 (Netzbetreiber), verfügbar bei den Kommunalaufsichtsbehörden.

¹⁴ Eine fehlerhafte bzw. unterbliebene Bekanntmachung führt nach Ansicht des OLG Celle zur Nichtigkeit des abgeschlossenen Konzessionsvertrages, Urt. v. 23.05.2013, Az. 13 U 185/12.

Zusätzlich im Amtsblatt der Europäischen Union, wenn mehr als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar an das Netz angeschlossen sind (§ 46 Abs. 3 Satz 1 u. 2 EnWG).

- **Was?**

Vertragsende und Hinweis auf bewerbungsrelevante Netzdaten (§ 46 Abs. 3 EnWG).

Inhalt der Bekanntmachung:

- Gemeindegebiet und Einwohnerzahl
- Art des Netzes
- Rahmendaten über das Netz (Art und Länge des Netzes, Zahl der Abnahmestellen)
- Name des derzeitigen Konzessionärs
- Datum des Ablaufs der derzeitigen Konzession
- Fristsetzung zur Interessenbekundung
- Anschrift der Stelle, bei der die Interessenbekundung einzureichen ist
- Ggf. mit der Interessenbekundung vorzulegende Unterlagen zur Einschätzung der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Interessenten (ggf. Unterlagen zur fachlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit, z.B. Bilanzen, Unternehmensprofil, Konzept für den Betrieb des Energieversorgungsnetzes, Referenzen, Ansprechpartner im Unternehmen)

Ein Muster für eine Bekanntmachung mit den erforderlichen Mindestangaben befindet sich im Anhang.

Sonderfall „Vorzeitige Beendigung“ (§ 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG)

Die Parteien des Konzessionsvertrages können jederzeit das Ende des laufenden Vertrages vereinbaren („vorzeitige Beendigung“). Die Beendigung des (laufenden) Vertrags setzt eine Zustimmung des Vertragspartners voraus; ein einseitiges Sonderkündigungsrecht für die Gemeinde besteht grundsätzlich nicht, es sei denn, dieses ist im Konzessionsvertrag vereinbart.

Für die Fälle der vorzeitigen Beendigung des Konzessionsvertrages, d.h. vor Ablauf der Vertragslaufzeit, stellt § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG besondere Anforderungen auf. Wollen sich die Vertragsparteien vorzeitig auf einen neuen Konzessionsvertrag einigen, muss die Gemeinde dies bekannt machen und anderen Interessenten Gelegenheit geben, sich ebenfalls um den Konzessionsvertrag zu bewerben. Der alte Konzessionsvertrag ist zu beenden und der neue Vertrag kann frühestens drei Monate nach Bekanntgabe geschlossen werden.

- Im Gegensatz zum regulären Verfahren muss der vorhandene Konzessionsvertrag zunächst vorzeitig (d.h. vor dem regulären Vertragsablauf) beendet werden,
- danach erfolgt die Bekanntmachung der vorzeitigen Beendigung und des Vertragsendes,
- erst damit beginnt auch das neue Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren.
- Ein neuer Vertragsabschluss darf frühestens drei Monate nach der Bekanntmachung der vorzeitigen Beendigung erfolgen.

2.3. Interessenbekundungsfrist

§ 46 EnWG enthält keine Regelungen zu einer Interessenbekundungsfrist. Grundsätzlich ist eine Frist von 3 Monaten als angemessen anzusehen. Die Frist ist allgemein bekannt zu geben.

2.4. Prüfung der Interessenbekundungen

Nach Ablauf der Interessenbekundungsfrist sind die eingegangenen Interessenbekundungen zu prüfen.

Prüfungsumfang: Sind die Unterlagen vollständig und fristgemäß eingegangen?

Was passiert, wenn nur eine Interessenbekundung vorliegt oder nach Fristablauf weitere Interessenten auftauchen?

- Eine Verlängerung der Interessenbekundungsfrist ist grundsätzlich möglich, sie liegt aber im Ermessen der Gemeinde. Die gesetzte Bewerbungsfrist ist keine Ausschlussfrist (§ 31 Abs. 7 VwVfG¹⁵ i. V. m. § 1 NVwVfG¹⁶).
- Wenn die Interessenbekundungsfrist verlängert wird, dann unter Berücksichtigung der o. g. Grundsätze (u. a. des Transparenzgebots), d. h., es muss eine erneute öffentliche Bekanntmachung der verlängerten Interessenbekundungsfrist erfolgen.

Sollte es keinen Interessenten für die Übernahme des Netzbetriebes geben, so ist die Gemeinde verpflichtet, eine kontinuierliche Versorgung sicherzustellen, indem sie das Netz ggf. in Eigenregie betreibt¹⁷.

2.5. Offenlegung von Informationen und Netzdaten

Die Offenlegung von Informationen und allen relevanten (Netz-)Daten ist erforderlich, damit ein fairer Wettbewerb entstehen kann (Verpflichtung der Gemeinde und des bisherigen Netzbetreibers). Die entscheidenden Daten für eine Wirtschaftlichkeitsbetrachtung müssen offen gelegt werden, so dass Umfang, Alter und Wert des Netzes sowie die durch den Netzbetrieb erzielbaren Erlöse für alle Interessenten bestimmbar sind. Interessenten an einer Netzübernahme müssen in die Lage versetzt werden, ein wirtschaftliches Angebot abzugeben (siehe 3.1).

In der Praxis wird die Herausgabe der Netzdaten unterschiedlich gehandhabt. Sie können bereits im Rahmen des Interessenbekundungsverfahrens auf Anforderung an die möglichen Interessenten herausgegeben werden oder erst nach Abschluss der Interessenbekundungsfrist an die tatsächlichen Interessenten.

¹⁵ Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG).

¹⁶ Nds. Verwaltungsverfahrensgesetz (NVwVfG).

¹⁷ Vgl. Kermel/Fleckenstein, Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben, Kap. 6 Rn. 202 ff

In jedem Fall muss vor Erhalt der Netzdaten eine Verschwiegenheitserklärung abgegeben werden, um eventuelle Geheimhaltungsinteressen von Altkonzessionären zu wahren.

Es empfiehlt sich zur Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten detaillierte Regelungen über die Verpflichtung des Netzbetreibers, vor Auslaufen des Konzessionsvertrages die für den zukünftigen Wettbewerb um das Netz notwendigen Daten herauszugeben, in dem neu abzuschließenden Konzessionsvertrag aufzunehmen.

2.6. Erstellen von Auswahlkriterien

Spätestens nach Vorliegen der Interessenbekundungen und vor den weiteren Verhandlungen sind die Auswahlkriterien für die Konzessionsvergabe und deren Gewichtung verbindlich festzulegen. Die Auswahlkriterien sollen sich vorrangig an den Zielen von § 1 Abs. 1 EnWG orientieren (siehe 3.3).

Dabei ist das Verbot anderer als der in § 3 Abs. 1 KAV¹⁸ genannten Sach- und Finanzleistungen vom Konzessionsbewerber an die Gemeinde zu beachten, dies gilt insbesondere im zeitlichen Zusammenhang mit der Konzessionsvergabe (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV) sowie hinsichtlich der Pflicht zur Übertragung von Versorgungseinrichtungen (nur) gegen ein wirtschaftlich angemessenes Entgelt (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 KAV)¹⁹ (siehe 3.4).

Die Kriterien werden vom Rat beschlossen.

2.7. Führen von Gesprächen und Vorbereitung von Angeboten

- Einladung an interessierte Bewerber
- Angebotsgespräche unter Beachtung der o. g. Grundsätze führen
- Grundsatz: mit allen Bewerbern sollte wenigstens einmal gesprochen werden
- Ggf. Übersendung weiterer Unterlagen
- Gleichzeitig sind den Interessenten die Auswahlkriterien und deren Gewichtung für eine Angebotsabgabe bekannt zu geben. Eine spätere Änderung dieser Kriterien und deren Gewichtung nach Bekanntgabe ggü. den Interessenten ist nicht mehr möglich²⁰.

¹⁸ Verordnung über Konzessionsabgaben für Strom und Gas (Konzessionsabgabenverordnung).

¹⁹ Vgl. OLG München, Urteile v. 26.09.2013, Az. 3587/12 Kart und Az. 3589/12 Kart.

²⁰ Vgl. OVG Münster, Beschluss v. 10.02.2012, Az. 11 B 1187/11, RdNr. 38 u. 48 das hierin einen Verstoß gegen das Transparenzgebot gesehen hat und bei Änderung der Kriterien oder deren Gewichtung Abbruch und neue Durchführung des Konzessionsverfahrens für nötig hält.

2.8. Angebotsphase

- Angebote der/des Interessenten und entsprechende Konzepte unter Setzung einer Angebotsfrist einholen

2.9. Auswertung und Auswahlentscheidung

- Nach Angebotseingang: Aufnahme der Verhandlungen (sofern mehr als ein Anbieter vorhanden).
- Gleiche Möglichkeit der Angebotspräsentation für alle Bewerber ermöglichen²¹
- Sicherstellung der Vertraulichkeit der eingereichten Angebote; Angebote bis zur einheitlichen Öffnung unter Verschluss halten, Schutz vor Zugriff unbefugter Personen.
- Zur Auswahl des Konzessionsnehmers bzw. des Kooperationspartners sollte wegen der möglicherweise im Einzelfall zu berücksichtigenden Sachverhalte ein großzügig bemessener Zeitraum eingeplant werden.
- Auswertung der abgegebenen Angebote unter Beachtung der o. g. Grundsätze, der zuvor festgelegten Kriterien und deren Gewichtung, nachvollziehbare Bewertung der Angebote.
- Gemeinden dürfen mit ihnen verbundene Unternehmen nicht einseitig bevorzugen²².
- Kommunale Entscheidung für ein Angebot dokumentieren und nachvollziehbar begründen

2.10. Gemeindlicher Beschluss/Bekanntmachung

- Beschlussfassung der Gemeinde (ggf. Aufteilung in öffentliche und nicht öffentliche Sitzung, falls Geschäftsgeheimnisse oder andere sensible Daten preisgegeben werden)
- Bekanntmachung nach § 46 Abs. 3 Satz 6 EnWG über die Entscheidung über den Neuabschluss oder die Verlängerung eines Konzessionsvertrages unter Angabe der maßgeblichen Gründe
- Bekanntmachung durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger oder im elektronischen Bundesanzeiger (ggf. zusätzlich im Amtsblatt der Europäischen Union)
- Die Bekanntgabe der Entscheidung gegenüber den unterliegenden Interessenten sollte unbedingt vor dem Abschluss des Konzessionsvertrages erfolgen, damit Dritte, d. h. abgelehnte Interessierte, die Möglichkeit haben, sich gegen die Entscheidung der Gemeinde zu wenden. Nach einer Frist von 15 Tagen muss nach Rechtsprechung des BGH eine ggf. vorliegende Behinderung im Rahmen der Auswahlentscheidung zugunsten der Rechtssicherheit

²¹ BKartA, Beschluss v. 21.11.2011 Stadt Markkleeberg, Az. B 10-17/11, RdNr. 21, 22.

²² OLG Düsseldorf, Beschluss v. 09.01.2013, Az. VII Verg 26/12, RdNr. 76.

hingenommen werden, so dass die Unbilligkeit i.S.d. § 19 Abs. 2 Nr.1 GWB entfällt²³.

2.11. Abschluss des neuen Konzessionsvertrages

- Abschluss des neuen Konzessionsvertrages frühestens 15 Tage nach Bekanntmachung der Entscheidung der Gemeinde ggü. den unterlegenen Bietern.
- Anzeigepflicht ggü. der zuständigen Kommunalaufsichtsbehörde § 152 NKomVG²⁴

2.12. Folgen bei Verzögerungen

Trotz ordnungsgemäßem Ablauf des Verfahrens besteht die Möglichkeit, dass sich die Netzübergabe verzögert, weil sich z. B. der Altkonzessionär nicht mit dem Neukonzessionär auf einen Kaufpreis einigen kann oder wegen irrtümlich angenommener Verfahrensfehler die Herausgabe verweigert. In diesem Fall ist der Altkonzessionär zwar nicht mehr nach § 48 Abs. 3 EnWG zur Zahlung der Konzessionsabgabe verpflichtet, weil er nicht mehr Inhaber des Wegerechts ist und auch eine Zahlungspflicht aus § 48 Abs. 4 EnWG wegen der anderweitigen Regelung im neuen Konzessionsvertrag entfällt. Er ist der Gemeinde gegenüber jedoch nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen (§§ 812, 818 BGB) zur Leistung von Wertersatz verpflichtet, wenngleich dieser in der Regel hinter der ursprünglichen Konzessionsabgabe zurückbleibt²⁵. Auch der Neukonzessionär kann einen Bereicherungsausgleich wegen des erzielten Gewinns verlangen.

Weiterhin ist denkbar, dass eine Gemeinde erst im Laufe des Verfahrens einen Fehler erkennt, der eine Vergabe der Konzession rechtswidrig machen würde. In diesem Fall muss das Verfahren in den Stand zurückversetzt werden, den es zu dem Zeitpunkt hatte, an dem der Fehler das erste Mal aufgetreten ist. Wurde also z.B. ein rechtswidriges Auswahlkriterium verwendet, muss erneut bei Schritt 2.6 begonnen werden. Bei den anschließenden Gesprächen sind nicht nur jene Bieter zu beteiligen, die verbindliche Angebote abgegeben haben, sondern alle ursprünglich interessierten Unternehmen, da sich angesichts der veränderten Kriterien noch weitere von ihnen zu einem Angebot entschließen könnten. War schon die öffentliche Bekanntmachung der Ausschreibung fehlerhaft, ist das gesamte Verfahren zu wiederholen. Häufig werden sich die in § 46 EnWG vorgesehenen Fristen dann nicht mehr einhalten lassen und die Neuvergabe der Konzession erst nach Ablauf des bisherigen Vertrages erfolgen können. Der Altkonzessionär bleibt solange Betreiber des Netzes. § 48 Abs. 4 EnWG sieht für diesen Fall vor, dass der Altkonzessionär noch für maximal ein weiteres Jahr die Konzessionsabgabe an die Gemeinde zu entrichten hat. Darüber hinaus hat die Gemeinde keinen Anspruch mehr auf die Zahlung einer Konzessions-

²³ BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. KZR 66/12, RdNr. 103ff.

²⁴ Nds. Kommunalverfassungsgesetz.

²⁵ BGH, Urteil vom 03.07.2001, Az. KZR 10/00, RdNr. 13 ff.

sionsabgabe aus § 48 Abs. 3 EnWG; sie kann nur noch einen Wertersatz nach Bereicherungsrecht verlangen (§§ 812 ff. BGB).

2.13. Netzübernahmeverhandlung

Im Falle einer Neukonzessionierung folgen nun Netzübernahmeverhandlungen zwischen dem Alt- und Neukonzessionär über

- Netzentflechtung,
- Netzzumfang,
- Kaufpreis,

sowie eine Aufteilung der Erlösobergrenze nach § 26 ARegVO²⁶.

Hierbei handelt es sich um bilaterale Verhandlungen zwischen Alt- und Neukonzessionär ohne Beteiligung der Gemeinde.

2.14. Zusammenfassender Überblick

- Einhaltung der Grundsätze (Transparenz, Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung, Verhältnismäßigkeit und gegenseitigen Anerkennung)
- Rechtzeitige Bekanntmachung der geplanten Neuvergabe
- Für alle Bewerber müssen die gleichen Regeln gelten und die gleichen Ausgangsgrundlagen vorhanden sein
- Den Interessenten müssen die Auswahlkriterien mitgeteilt werden
- Der Grundsatz der Gleichbehandlung verbietet es, die einmal festgelegten Auswahlkriterien zu verändern bzw. anders zu gewichten
- Dokumentation und Veröffentlichung der Entscheidung und ihrer maßgeblichen Gründe
- Vertragsabschluss frühestens 15 Tage nach Bekanntmachung ggü. unterlegenen Bietern

²⁶ Verordnung über die Anreizregulierung der Energieversorgungsnetze (ARegVO).
Siehe auch Bundesnetzagentur „Hinweise für Verteilernetzbetreiber zur Anpassung der Erlösobergrenze für das Kalenderjahr 2014“.

3. Vertiefende Hinweise zu ausgewählten Punkten

3.1. Datenherausgabe

3.1.1. Gesetzliche Vorgabe (seit EnWG-Novelle vom 04.08.2011)

Gemäß dem am 04.08.2011 in Kraft getretenen § 46 Abs. 2 S. 4 EnWG ist der bisherige Konzessionär nunmehr ausdrücklich gesetzlich verpflichtet, der Gemeinde spätestens ein Jahr vor der Bekanntmachung der Ausschreibung (also spätestens drei Jahre vor Vertragsablauf) „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 Konzessionsvertrages erforderlich sind.“

3.1.2. Leitfaden BKartA & BNetzA (Stand Dezember 2010)

Das Bundeskartellamt und die Bundesnetzagentur hatten bereits im Dezember 2010 einen gemeinsamen Leitfaden erlassen²⁷, nach dem zur Ermöglichung einer indikativen Preiskalkulation potentiellen Konzessionsbewerbern wenigstens die folgenden Daten zur Verfügung zu stellen sind²⁸:

- Anzahl der von § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG erfassten Anlagegüter, aufgeteilt nach Kategorien (z.B. Umspannstationen/Gasdruckregelanlagen, Messanlagen, Gasübernahmestationen, Ordorierungsanlagen, Kabelverteilerschränke, Hausanschlüsse, Zähler, Netzkopplungspunkte...),
- Altersstruktur der Anlagegüter des Elektrizitäts- bzw. Gasversorgungsnetzes des jeweiligen Konzessionsgebiets (originäre historische Anschaffungs-/Herstellungsjahre),
- Art und Besonderheiten des Elektrizitäts- bzw. Rohrleitungsnetzes (z.B. verbaute Materialien) und der sonstigen Anlagegüter,
- 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,

²⁷ Verfügbar unter:

http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitfaden/Leitfaden%20-%20Vergabe%20von%20Strom-%20und%20Gaskonzessionen.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

²⁸ Zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des Leitfadens gab es noch keine gesetzliche Verpflichtung in § 46 EnWG zur Offenlegung von Netzdaten für das Konzessionsvergabeverfahren.

- Strukturdaten gemäß § 27 Abs. 2 Strom- bzw. GasNEV²⁹ (Veröffentlichungspflichten des Netzbetreibers) bezogen auf das Konzessionsgebiet, also insbesondere

➤ im Falle von Gasnetzen:

- die Länge des Gasleitungsnetzes jeweils getrennt für die Niederdruck-, Mitteldruck- 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;

und

➤ 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).

²⁹ Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Gasversorgungsnetzen (Gasnetzentgeltverordnung - GasNEV).

3.1.3. Aktuelle Rechtsprechung

Das OLG Celle hat mit Urteil vom 09.01.2014 (Az. 13 U 52/13; *noch nicht rechtskräftig*) entschieden, dass neben den größtenteils technischen und zwischen den Parteien weitgehend unstreitigen Netzdaten auch kalkulatorische Daten bereits vor der Ausschreibung an die Gemeinde (und nicht erst nach Abschluss des Konzessionsvertrages an den Neukonzessionär, wie im gemeinsamen Leitfaden des Bundeskartellamts und der Bundesnetzagentur angegeben) herauszugeben sind. Das Gericht hat dies insbesondere mit dem am 05.08.2011 eingefügten § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG und mit der „Erforderlichkeit“ der kalkulatorischen bzw. regulatorischen Netzdaten für die Netzbewertung begründet. Die Daten müssen demnach nicht nur für das indikative Angebot in der ersten Phase des Ausschreibungsverfahrens ausreichend sein, sondern dem Interessenten eine so präzise Vorstellung von den Kosten und dem zukünftigen Ertrag des Netzes vermitteln, dass er auf der Grundlage einer robusten Wirtschaftlichkeitsprüfung ein verbindliches Angebot abgeben kann. Es sind somit zudem für sämtliche Anlagen, die zum Mengengerüst des Netzes gehören, wenigstens die folgenden Daten zu übermitteln:

- die im jeweiligen Zeitpunkt ihrer Errichtung erstmals aktivierten Anschaffungs- und Herstellungskosten (historische Anschaffungs- und Herstellungskosten) sowie das Jahr der Aktivierung,
- die der letzten Bestimmung des Ausgangsniveaus des Altkonzessionärs nach § 21a EnWG i.V.m. § 6 Abs. 1 Anreizregulierungsverordnung zugrunde liegenden kalkulatorischen Restwerte nach §§ 6, 32 GasNEV,
- die der letzten Bestimmung des Ausgangsniveaus des Altkonzessionärs nach § 21a EnWG i.V.m. § 6 Abs. 1 Anreizregulierungsverordnung zugrunde liegenden kalkulatorischen Nutzungsdauern für die laufende Abschreibungen nach § 6 GasNEV,
- sowie die kalkulatorischen Restwerte³⁰.

3.1.4. Auffassung der LKartB Niedersachsen

Die LKartB Niedersachsen hält eine weitreichende Kenntnis der Netzdaten seitens der Interessenten an der Konzession für zwingend geboten, um ihnen die Teilnahme am vom Gesetzgeber intendierten Wettbewerb um das Netz zu ermöglichen. Andernfalls würde die zwischen Altkonzessionär und Interessenten vorhandene Informationsasymmetrie dazu führen, dass die fehlende Kenntnis über das zu konzessionierende Netz den Interessenten erhebliche wettbewerbliche Nachteile bereitet. Die Interessenten müssen sich im Falle ihres Obsiegens im Konzessionswettbewerb auf Grundlage ihrer erhaltenen Informationen mit dem Altkonzessionär gem. § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG auf eine „wirtschaftlich angemessene Vergütung“ einigen.

Die Höhe der Vergütung bestimmt sich in der Praxis grundsätzlich nach Netzbewertungsmethoden, die sowohl den Sachzeitwert als auch den Ertragswert des Netzes

³⁰ So bereits die Vorinstanz: LG Hannover, Urteil v. 28.02.2013, Az. 21 O 10/11.

berücksichtigen³¹. Daher ist die Kalkulation dieser wirtschaftlichen Folgen einer sich an den erfolgreichen Konzessionswettbewerb anschließenden Netzübernahme ein wesentlicher Faktor bei der Entscheidung von Interessenten, ob die Teilnahme am Wettbewerb wirtschaftlich darstellbar ist. Darüber hinaus ist der Ertragswert des Netzes die entscheidende Kalkulationsgröße, um auch die Einnahmen aus einem zukünftigen Netzbetrieb und damit die Amortisation einer Netzübernahme abschätzen zu können.

Die LKartB Niedersachsen ist der Ansicht, dass die i.S.d. § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG erforderlichen Netzdaten grundsätzlich weit auszulegen sind und schließt sich daher den Ausführungen des OLG Celle an (s.o.)³². Damit sind die Vorgaben des Leitfadens von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur vom Dezember 2010 als Mindestmaß zu verstehen, das aufgrund der nunmehr veränderten Rechtslage durch weitere kalkulatorische und regulatorische Netzdaten zu vervollständigen ist.

Da es in der Praxis häufig vorkommt, dass nur Teile eines in mehreren Gemeinden gelegenen Versorgungsnetzes neu vergeben werden und eine Entgeltgenehmigung nur für das bisherige Gesamtnetz erteilt wurde, genügt für den auszuschreibenden Netzteil die Offenlegung der bisherigen Netzentgelte bzw. Erlösobergrenzen und Netzdaten des Gesamtnetzes nicht. Vielmehr ist für potentielle Interessenten die Kenntnis von den speziellen, nur auf das von der Neuvergabe der Konzession betroffene Netzgebiet bezogenen, Netzdaten entscheidend.

Aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB ergibt sich, dass die Gemeinden als Konzessionsgeber darauf achten müssen, allen Bewerbern eine weitgehend gleiche Informationsgrundlage zur Verfügung zu stellen (Grundsatz der Nichtdiskriminierung). Die dabei zu gewährleistende Chancengleichheit für alle Bewerber macht die Weitergabe der wesentlichen Netzdaten durch die Gemeinde an alle Mitbewerber erforderlich.

3.2. Beteiligungsmodelle

3.2.1. Grundlagen

Oftmals streben Gemeinden eine Rekommunalisierung ihrer Netze an, indem sie die Konzession auf ein im kommunalen Eigentum stehendes EVU (zumeist Stadt- oder Gemeindewerk) übertragen, umso 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 Eigenbetrieben kartellrechtlich grundsätzlich gestatten würden, bei Konzessionsvergaben nach § 46 EnWG keine Anwendung findet³³, muss auch in diesem Fall eine diskriminierungsfreie reguläre Ausschreibung der Konzession durchge-

³¹ Vgl. BGH, Urteil v. 16.11.1999, Az. KZR 12/97 (*Kaufering*) zur Rechtslage vor der Energiemarktliberalisierung; zur aktuellen Rechtslage OLG Koblenz, Beschluss v. 11.11.2010, Az. U 646/08 Kart; OLG Frankfurt a.M., Urteil v. 14.06.2011, Az. 11 U 36/10.

³² Etwas anderes würde gelten, wenn das genannte Urteil höchstrichterlich aufgehoben würde.

³³ BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az.: KZR 65/12, Rz. 31 ff. – gilt in analoger Anwendung auch für Eigenbetriebe ohne eigene Rechtspersönlichkeit.

führt 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 Rekommunalisierung. 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 (Public-Private-Partnership).

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 (s.u. 2. und 3.) – 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 um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag gem. § 99 Abs. 4 GWB und Anhang 1, Teil A, Kategorie 11 SektVO³⁴, der dem Vergaberecht unterfällt und somit öffentlich ausgeschrieben werden muss (nur, wenn auch Dienstleistung, wie zumeist die Betriebsführung des Netzes, Gegenstand der Ausschreibung ist!). 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 somit der kartellrechtlichen Überprüfung nach §§ 18 f. GWB unterliegt. Da es sich nicht um die Vergabe einer Dienstleistung, sondern einer Dienstleistungskonzession handelt, spielt das Vergaberecht nach §§ 97 ff. GWB bei der Konzessionsvergabe keine Rolle.

Es handelt sich also um zwei wesensverschiedene Vergabeverfahren. Auch der Rechtsschutz fällt folglich auseinander: Während Fehler bei der Partnersuche vor der Vergabekammer geltend zu machen sind, kann die Konzessionsvergabe vor den Zivilgerichten angegriffen und ggf. auch von der Kartellbehörde überprüft werden (📖 siehe vertiefende Hinweise).

Organisatorisch unterliegt es der Bestimmungsfreiheit der Gemeinde, ob sie diese beiden Verfahren zeitlich nacheinander (zweistufiges Verfahren) oder zusammen mit einer gemeinsamen Ausschreibung (einstufiges Verfahren) durchführt³⁵.

³⁴ Verordnung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung - SektVO).

³⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 09.01.2013, Az. VII-Verg 26/12.

3.2.2. 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 ist ein Vergabeverfahren nach §§ 97 ff. GWB durchzuführen. 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.

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 (siehe 3.3 Auswahlkriterien). Eine Vorprogrammierung der Entscheidung auf der zweiten Stufe durch die Gründung einer Netzgesellschaft auf der ersten Stufe ist unzulässig³⁶.

Unzulässig ist es auch, 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 werden³⁷.

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 es 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.

3.2.3. 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. Diese Vorgehensweise bringt jedoch erhebliche praktische Schwierigkeiten mit sich, da das Auswahlverfahren und die dabei verwendeten Kriterien gleichzeitig den

³⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 09.01.2013, Az. VII-Verg 26/12.

³⁷ OVG Lüneburg, Beschluss v. 11.09.2013, Az. 10 ME 87/12 und 88/12.

völlig unterschiedlichen Anforderungen des § 46 EnWG und des Vergaberechts gem. §§ 97 ff. GWB genügen müssen.

Aus kartellrechtlicher Sicht ist dabei wesentlich, dass die Vergabe der Konzession nicht durch die Kriterien für die Beteiligungspartnersuche beeinflusst werden kann und das gesamte Verfahren den Anforderungen der §§ 46, 1 EnWG und des § 3 Abs. 2 KAV genügt. 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 kann³⁸. 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, auch wenn der private Teilhaber an der Gesellschaft noch nicht feststeht. Die Bewertungsmatrix darf Kooperationsangebote auch nicht gegenüber reinen Konzessionierungsangeboten bevorzugen, indem sie etwa Kriterien vorsieht, in denen nur Kooperationsangebote zusätzliche Punkte sammeln können. Nach einem Urteil des BGH³⁹ wirken sich auch Kriterien, die an die wirtschaftliche oder gesellschaftsrechtliche Beteiligung der Gemeinde am Netzbetrieb anknüpfen, diskriminierend für reine Konzessionierungsangebote aus. Unzulässige Kriterien sind damit u.a.:

- Höhe des kommunalen Anteils an Netzen
- Kommunaler Vermögenszuwachs
- Höhe des kommunalen Kapitaleinsatzes für den Netzerwerb

(dienen alle allein fiskalischen Interessen, die über die KAV hinausgehen und sichern auch nicht legitime Einflussmöglichkeiten der Gemeinden auf den Netzbetrieb)

- Möglichkeiten der Geschäftsfelderweiterung (da Ziel dieses Kriteriums zusätzliche Möglichkeiten der Zusammenarbeit mit dem zukünftigen Konzessionär sind, die nicht in sachlichem Zusammenhang mit dem Konzessionsvertrag stehen)
- Mitgestaltungsrechte / Einflussmöglichkeiten (da dadurch allein der Einfluss an der Netzbetreibergesellschaft über deren Gremien bewertet werden soll und damit Beteiligungsangebote bevorzugt werden)
- Höhe der wirtschaftlichen Risiken, soweit diese Risiken nicht mit zulässigen Bewertungskriterien verbunden sind.

Es ist sehr schwierig, diese Anforderungen einzuhalten und gleichzeitig auch den Vorgaben des Vergaberechts zu genügen. Dementsprechend haben einstufige Ver-

³⁸ BKartA, Beschluss v. 30.11.2012, Az. B8 101/11 (*Stadt Mettmann*).

³⁹ BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. KZR 66/12.

fahren in der bisherigen Praxis der LKartB NI schon häufig zu kartellbehördlichen Beanstandungen geführt.

Die geringsten rechtlichen Risiken dürfte ein einstufiges Verfahren bergen, wenn die Bewertung der Angebote möglichst weitgehend der Vorgehensweise beim zweistufigen Verfahren angenähert 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. Setzt sich das Kooperationsangebot des ausgewählten Partners auch im zweiten Auswahlschritt durch, kann die Netzgesellschaft gegründet werden und erhält sodann die Konzession. 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.

3.3. Auswahlkriterien

3.3.1. Grundlagen

Die Gemeinde hat zur Vergabe der Wegenutzungsrechte nach § 46 EnWG (Konzessionsvergabe) ein Auswahlverfahren durchzuführen, das den unions- und kartellrechtlichen Vorgaben entsprechend diskriminierungsfrei und transparent ausgestaltet werden muss (siehe 1.).

Darüber hinaus hat die Gemeinde bei der Durchführung des Auswahlverfahrens gemäß § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG die Ziele des § 1 EnWG zu berücksichtigen. Das bedeutet nach § 1 Abs. 1 EnWG⁴⁰ eine möglichst

- sichere,
- preisgünstige,
- umweltverträgliche,
- effiziente und
- verbraucherfreundliche

leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas.

Die Gemeinde trägt dieser gesetzlichen Vorgabe dadurch Rechnung, dass sie die soeben genannten Ziele des § 1 EnWG durch entsprechend formulierte Auswahlkri-

⁴⁰ § 1 Abs. 1 EnWG: „Zweck des Gesetzes ist eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht.“

terien weiter konkretisiert und diese in dem von ihr durchzuführenden Auswahlverfahren berücksichtigt.

Die gesetzliche Vorgabe in § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG, nach der Gemeinden bei der Auswahl des zu konzessionierenden Unternehmens den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet sind, ist am 04.08.2011 in Kraft getreten. Diese Verpflichtung bestand nach der Rechtsprechung des BGH jedoch auch schon vor dieser Gesetzesänderung ohne ausdrückliche gesetzliche Verankerung und galt somit bereits für Konzessionsverfahren, die vor dem Datum des Inkrafttretens durchgeführt wurden⁴¹. Dies ergebe sich aus dem Gesetzeszweck und der Bedeutung des § 1 EnWG a.F. für die Normauslegung, so dass § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG 2011 ausweislich des Willens des Gesetzgebers „lediglich klarstellende Bedeutung“ hatte⁴².

Diese Bindung der Auswahlentscheidung der Gemeinde an die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG steht nach Auffassung des BGH im Einklang mit dem kommunalen Selbstverwaltungsrecht des Art. 28 Abs. 2 GG⁴³. Damit ist für die Rechtsauffassung, dass die Auswahl des Konzessionsnehmers bis zum Inkrafttreten von § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG frei von gesetzlichen Vorgaben gewesen sei, kein Raum.

3.3.2. Umfang der Bindung der Gemeinde an § 1 EnWG-Kriterien

Nach der Rechtsprechung hat die Gemeinde ihre Auswahlkriterien vorrangig und damit zumindest mit mehr als 50 % an den Zielen des § 1 EnWG auszurichten⁴⁴.

Nur durch eine solche quantitative Verpflichtung kann die vom Gesetzgeber bezweckte Ausrichtung der Konzessionsvergabeentscheidung an der Zielbestimmung des Energiewirtschaftsrechts sichergestellt werden. Die Gemeinde hat somit den gemessen an § 1 EnWG optimalen Netzbetreiber für das Konzessionsgebiet auszuwählen.

Die Einzelziele des § 1 EnWG sind jedoch einer unterschiedlichen Konkretisierung, Gewichtung und Abwägung gegeneinander durch die Gemeinde zugänglich⁴⁵. Dieser Auslegungsspielraum der Gemeinde wird jedoch vom BGH wieder eingeschränkt, in dem er das Ziel der Netzsicherheit als „überragend“⁴⁶ bezeichnet. Der sichere Netzbetrieb mit den Teilaspekten Zuverlässigkeit der Versorgung und Ungefährlichkeit des Betriebs der Verteileranlagen sei von fundamentaler Bedeutung für die Versorgungssicherheit.

Die Grenze der bei der Bestimmung der Kriterien bestehenden Entscheidungsfreiheit der Gemeinde ist nach der Rechtsprechung des BGH hingegen dann überschritten, wenn die Gemeinde bei der Erstellung der Auswahlkriterien:

⁴¹ BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az.: KZR 66/12 Rz. 39 ff.

⁴² Vgl. BT-Drs 17/6072, S.88.

⁴³ BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az.: KZR 66/12 Rz. 43.

⁴⁴ BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az.: KZR 66/12 Rz.41; OVG Lüneburg, Beschluss v. 11.09.2013, Az. 10 ME 87/12.

⁴⁵ BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az.: KZR 66/12 Rz.49.

⁴⁶ BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az.: KZR 66/12 Rz.84

- einzelne § 1 EnWG-Ziele rechtsfehlerhaft nicht berücksichtigt (grundsätzlich sind alle fünf Ziele zu berücksichtigen, können jedoch unterschiedlich gewertet werden) oder
- eine willkürliche Mindergewichtung einzelner Ziele des § 1 EnWG bei der Aufstellung und Gewichtung der Auswahlkriterien, die zur Unvereinbarkeit des Bewertungsverfahrens mit den Zielen des § 1 EnWG führt, vornimmt⁴⁷.

3.3.3. Auswahlkriterien ohne § 1 EnWG-Bezug

Neben den vorrangigen (→ mindestens 50 % der Gesamtgewichtung, s.o.), § 1 Abs. 1 EnWG konkretisierenden Auswahlkriterien sind nach der Rechtsprechung des BGH nachrangig (→ demzufolge weniger als 50 % der Gesamtgewichtung) auch weitere Kriterien als Folge der den Gemeinden nach Art. 28 GG obliegenden Selbstverwaltungsgarantie zulässig (so auch das OVG Lüneburg⁴⁸, das die Berücksichtigung weiterer kommunaler Interessen neben den in § 1 EnWG genannten Zielen als Ausdruck der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie sieht), wenn sie

- einen ausreichenden Bezug zum Gegenstand des Konzessionsvertrags aufweisen (insbesondere zum Netzbetrieb) und
- sich auf einen konzessionsabgabenrechtlich zulässigen Inhalt des Konzessionsvertrags beziehen⁴⁹.

Auswahlkriterien, die diesen Anforderungen nicht genügen und keinen § 1 EnWG-Bezug haben sind nach der Rechtsprechung des BGH in aller Regel unzulässig. Denn sie begründen die Gefahr, entweder in Widerspruch zu den Schranken zu treten, die das Gesetz der Berücksichtigung finanzieller Interessen der Gemeinde zieht, oder Fehlanreize im Wettbewerb um das Netz zu setzen und damit den Zweck dieses Wettbewerbs zu verfehlen⁵⁰.

3.3.4. Durch die Rechtsprechung konkretisierte Auswahlkriterien⁵¹

Vom BGH wurden folgende Auswahlkriterien als zulässig erachtet⁵²:

- Einflussmöglichkeiten der Gemeinde
 - zur Ausgestaltung von Effizienz, Sicherheit und Preisgünstigkeit des Netzbetriebs,

⁴⁷ BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az.: KZR 66/12 Rz.82 ff. (In dem beanstandeten Auswahlverfahren wurde das Ziel der Versorgungssicherheit nur mit 10 von insgesamt 170 möglichen Punkten gewichtet).

⁴⁸ OVG Lüneburg, Beschluss v.11.09.2013, Az.: 10 ME 88/12 S. 22

⁴⁹ BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az.: KZR 66/12 Rz.45 f., 75, 78.

⁵⁰ BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az.: KZR 66/12 Rz.47.

⁵¹ Keine abschließende Aufzählung zulässiger Auswahlkriterien, da die BGH-Ausführungen nur für die im entsprechenden Urteil entscheidungsrelevanten Kriterien gelten.

⁵² Vgl. BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az.: KZR 66/12 Rz.73 ff.

- zur Absicherung ihrer Planungshoheit bei Netz- und Kapazitätserweiterungen,
- auf Maßnahmen zur Modernisierung des Netzes.

Diese können durch vertraglich festgelegte Informations- und Nachverhandlungspflichten sowie Mitwirkungs- und Konsultationsrechte der Gemeinde von ihr – ggf. in der Leistungsbeschreibung für den Konzessionsvertrag – vorgegeben und bewertet werden, da die Entwicklung der Gemeinde über die Laufzeit der Konzession und die sich hieraus veränderten Anforderungen an den Netzbetrieb nicht zuverlässig vorhersehbar sind. In keinem Falle darf die Gemeinde jedoch gesellschaftsrechtliche Einflussmöglichkeiten zum Auswahlkriterium erheben, da hierdurch Kooperationsangebote gegenüber reinen Konzessionierungsangeboten bevorzugt würden.

- Höhe der Konzessionsabgabe [in der Praxis ist dieses Kriterium zumeist wenig aussagekräftig, da in aller Regel die Zahlung des Höchstbetrages gefordert und angeboten wird]
- Gemeinderabatt nach § 3 Abs. 1 Ziffer 1 KAV
- Abschlagszahlungen für die Konzessionsabgabe
- Folgekostenübernahme – Vertragliche Ausgestaltung der Kostenverteilung zwischen Konzessionsnehmer und Gemeinde für Kosten, die sich bei nachträglicher Umlegung oder Änderung der öffentlichen Verkehrsräume durch die Gemeinde und den daraus notwendigen Änderungen der Energieanlagen ergeben

Die vorgenannten Kriterien sind zwar alle fiskalischer Natur, aber mit ausreichendem Bezug zum Gegenstand des Konzessionsvertrags kann die Gemeinde diese in zulässiger Weise berücksichtigen.

- Endschaftsbestimmungen – Vertragliche Ausgestaltung einer Bestimmung, die eine mögliche Übernahme der Versorgungsanlagen und damit die Eigenversorgung durch die Gemeinde nach Ablauf des Konzessionsvertrages regelt
- Kaufpreisregelung für die für den Betrieb des Netzes erforderlichen Netzanlagen nach Ablauf des Konzessionsvertrags

Diese vorgenannten Kriterien haben einen eindeutigen sachlichen Bezug zum Konzessionsvertrag und dienen dazu, den – zukünftigen – Wettbewerb um das Netz zu fördern, auch wenn sie erkennbar auf einfachen und günstigen Netzerwerb im Rahmen der nachfolgenden Konzessionsvergabe angelegt sind.

- Eine kürzere Laufzeit des Konzessionsvertrags als 20 Jahre – kann aber ggf. unzulässig sein, wenn sich bestimmte potentielle Bewerber - anders als etwa ein Eigenbetrieb - nicht auf kürzere Laufzeiten einlassen können
- Auskunftsansprüche der Gemeinde gegen den Konzessionär

- Zusatzleistungen, soweit sie nach § 3 KAV zulässig sind (insbesondere zu den im Konzessionsverfahren unzulässigen Kriterien zum Geschäftsmodell bzw. zur Beteiligung der Gemeinde an einer Netzgesellschaft siehe Nr. 3.4)
- Regionale Präsenz, wenn ein Bezug zur Sicherheit oder Verbraucherfreundlichkeit des Netzbetriebs besteht (z.B. durch Kundenbüros oder Netzstörungenstellen) – unzulässig ist hingegen in diesem Zusammenhang das Kriterium „Zahlung von Gewerbesteuer“, dem ausschließlich fiskalische Interessen zugrunde liegen.

Weitere (natürlich unverbindliche) Beispiele für zulässige Kriterien finden sich im Musterkriterienkatalog der Energiekartellbehörde Baden-Württemberg⁵³. Der BGH hat diesen Katalog ausdrücklich als Orientierungshilfe anerkannt⁵⁴.

Weiterhin hat der Niedersächsische Städte- und Gemeindebund (NSGB) ein Muster für einen einfachen Kriterienkatalog erarbeitet, den die LKartB NI als wettbewerbsrechtlich unbedenklich erachtet (siehe Anhang).

3.4. Nebenleistungen

Sowohl im Konzessionsvergabeverfahren nach §§ 46 ff. EnWG als auch beim anschließenden Abschluss des Konzessionsvertrags haben Gemeinden und Energieversorger die in § 3 KAV niedergelegten Vorgaben zu beachten. Danach ist es den Gemeinden untersagt, neben oder anstelle der Konzessionsabgaben (deren Höchstwerte bestimmen sich nach § 2 KAV) andere als die in § 3 Abs. 1 Ziff. 1 bis 3 KAV beschriebenen Leistungen mit dem Energieversorger zu vereinbaren (sog. „Nebenleistungsverbot“)⁵⁵.

Durch das Nebenleistungsverbot soll vor allem die Aushöhlung der Höchstsätze für Konzessionsabgaben nach § 2 KAV durch eine schrankenlose Gewährung zusätzlicher (Neben-)Leistungen verhindert werden⁵⁶. Hinzu kommt, dass nach Auffassung der Rechtsprechung – der sich die LKartB Niedersachsen anschließt – das Verbot zum Schutz der sich im Konzessionswettbewerb rechtskonform verhaltenden Wettbewerber erforderlich ist.

Die zulässigen, in § 3 Abs. 1 KAV abschließend aufgeführten Nebenleistungen sind folgende:

- Ziffer 1: Kommunalrabatte (Preisnachlass für den in Niederspannung oder in Niederdruck abgerechneten Eigenverbrauch der Gemeinde (bzw. der von ihr

⁵³ Musterkriterienkatalog als Orientierungshilfe für die Entscheidung über die Einräumung von Wegerechten zum Betrieb von Strom- und Gasverteilnetzen der allgemeinen Versorgung des Ministeriums für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft Baden-Württemberg vom 06.09.2013, zuletzt geändert am 26.03.2014.

⁵⁴ BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az.: KZR 66/12 Rz. 94.

⁵⁵ Davon ist sowohl die mündliche als auch die schriftliche, die konzessionsvertragliche als auch die außerkonzessionsvertragliche Vereinbarung erfasst.

⁵⁶ Vgl. Danner/Theobald, Energierecht, II. Rd.Nr. 23.

beherrschten Unternehmen⁵⁷) von bis zu 10 % des Rechnungsbetrages für den Netzzugang

- Ziffer 2: Folgekostenvereinbarungen (Verteilung der Kosten von Bau- und Unterhaltungsmaßnahmen)
- Ziffer 3: Verwaltungskostenbeiträge für Leistungen der Gemeinde – soweit sie nicht durch die Konzessionsabgabe abgegolten sind (z. B. Baugenehmigung)

Unzulässig sind nach § 3 Abs. 2 KAV insbesondere folgende Nebenleistungen:

- Ziffer 1 Halbsatz 1: sonstige Finanz- und Sachleistungen (jegliche Leistungen geldwerter oder vermögensrechtlicher Art), die unentgeltlich oder zu einem Vorzugspreis gewährt werden.

Gemäß Ziffer 1 Halbsatz 2 sind vom Verbot in Ziffer 1 Halbsatz 1 ausgenommen und damit grundsätzlich zulässig: 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.

Diese Ausnahme gilt jedoch nicht (nach herrschender Meinung betrifft das auch Leistungen in Verbindung mit Energiekonzepten, s.u. OLG München), wenn die Vereinbarung dieser grundsätzlich zulässigen Nebenleistungen im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Konzessionsverträgen steht (dann sind sie ebenfalls als unzulässige Nebenleistung i.S.v. Ziffer 1 Halbsatz 1 verboten!)

- Ziffer 2: Verpflichtungen zur Übertragung von Versorgungseinrichtungen ohne wirtschaftlich angemessenes Entgelt

Das OLG München hat sich in zwei Urteilen⁵⁸ mit dem Nebenleistungsverbot und dabei insbesondere mit der Vereinbarkeit von Leistungen des Netzbetreibers im Zusammenhang mit Energiekonzepten mit § 3 Abs. 2 Ziffer 1 KAV befasst:

Nach Auffassung des OLG München handelt es sich bei einer im Konzessionsvertrag niedergeschriebenen Verpflichtung des Energieversorgungsunternehmens, die Gemeinde bei der Erstellung von kommunalen Energiekonzepten zu unterstützen, grundsätzlich um eine Leistung vermögensrechtlicher Art und zwar unabhängig davon, ob im Konzessionsvertrag die Leistungspflichten des Energieversorgungsunternehmens schon im Einzelnen spezifiziert sind oder nur eine generelle Unterstützungspflicht aufgenommen ist. Eine Gegenleistung seitens der Gemeinde war in dem beanstandeten Konzessionsvertrag nicht vorgesehen.

⁵⁷ OLG Frankfurt a.M., Urteil v. 29. 1. 2008, 11 U 20/07 Kart, Rd.Nr. 71.

⁵⁸ OLG München, Urteile v. 26.09.2013, U 3587/12 Kart und U 3589/12 Kart.

Ebenso verhält es sich nach Auffassung des OLG München mit einer Verpflichtung, die für ein Energiekonzept erforderlichen Daten zur Verfügung zu stellen. Da es sich um Daten für ein neu zu erstellendes Energiekonzept handelt, sei davon auszugehen, dass die Daten unter personellem Einsatz entsprechend zusammengestellt und aufbereitet werden müssen.

Die Unterstützung bei der Erstellung eines Energiekonzeptes ist unzulässig, sofern sie im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung des Konzessionsvertrages steht (also z.B. im Vertrag vereinbart wird oder gar zum Auswahlkriterium bei der Konzessionsvergabe gemacht wird). Das OLG München hat klargestellt, dass sich die Einschränkung der Ausnahme vom Verbot am Satzende des § 3 Abs. 2 Ziffer 1 Halbsatz 2 KAV („soweit sie nicht im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Konzessionsverträgen stehen“) nicht nur auf Maßnahmen zum rationellen, sparsamen und ressourcenschonenden Umgang mit Energie, sondern auf den gesamten Halbsatz, also auch auf Energiekonzepte bezieht. Nur diese enge Auslegung könne den Sinn und Zweck des in § 3 KAV verankerten Nebenleistungsverbots, Wettbewerbsverzerrungen auf dem Markt für Nebenleistungen zu verhindern, gewährleisten.

Die in dem beanstandeten Konzessionsvertrag enthaltene Vereinbarung, die Eigenerzeugung von Strom durch die Gemeinde oder Dritte zu unterstützen, wo sie ökologisch und wirtschaftlich sinnvoll ist, stellt nach Ansicht des OLG München ebenfalls eine unzulässige generelle Leistungsverpflichtung dar. Ob sich diese Unterstützungspflicht auf rein ideelle Leistungen beschränkt und nicht ggf. auch Sach- oder Finanzdienstleistungen umfassen soll, sei nach Ansicht des OLG München nicht ersichtlich.

Der Verstoß gegen § 3 KAV führt nach Ansicht des OLG München gem. § 134 BGB zur Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrages.

Als Konsequenz aus dem Urteil des OLG München empfiehlt die LKartB, für neu abzuschließende Konzessionsverträge keine Regelungen zu Energiekonzepten aufzunehmen.

3.5. Fehlerfolgen und Rechtsschutz

3.5.1. Fehlerfolgen

Genügt eine Konzessionsvergabe den aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB und § 46 Abs. 1 EnWG abzuleitenden Anforderungen nicht, so liegt eine unbillige Behinderung derjenigen Bewerber vor, deren Chance auf die Konzession hierdurch beeinträchtigt wurde.

Lediglich bei nur geringfügigen Mängeln im Konzessionsvergabeverfahren, die keinen Einfluss auf das Ergebnis der Auswahlentscheidung haben, ist eine unbillige Behinderung zu verneinen⁵⁹.

⁵⁹ BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. 66/12.

Die unbillige Behinderung führt grundsätzlich zur Nichtigkeit des Konzessionsvertrags gem. § 134 BGB⁶⁰.

Hieraus folgt in der Praxis, dass der Neukonzessionär keinen Netzherausgabeanspruch gem. § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG gegenüber dem Altkonzessionär besitzt⁶¹.

Auszug aktuelle Rechtsprechung:

- Durch einen Vertragsabschluss ohne vorhergehende Bekanntmachung liegt nach Ansicht des OLG Düsseldorf ein Verstoß gegen § 1 GWB vor, der zur Nichtigkeit des Vertrages führt, da durch langfristige Verträge der Markt für Konzessionsverträge in der betreffenden Gemeinde beschränkt bzw. ausgeschlossen wird⁶².
- Das OLG Celle⁶³ hält die Auffassung für vorzugswürdig, wonach auch im Falle einer (bloßen) fehlerhaften Bekanntmachung ein Verstoß gegen § 46 Abs. 3 EnWG die Nichtigkeit des daraufhin zustande gekommenen Rechtsgeschäfts gemäß § 134 BGB zur Folge hat.
- Eine In-house-Vergabe ist nach Beschluss des OLG Düsseldorf⁶⁴ nicht zulässig.
- Das OVG Münster⁶⁵ sieht in der Änderung der Kriterien oder deren Gewichtung einen Verstoß gegen das Transparenzgebot und hält eine neue Durchführung des Konzessionsverfahrens für nötig.
- Soweit die Auswahlkriterien nicht vorrangig an § 1 EnWG ausgerichtet sind liegt nach einem Urteil des BGH eine unbillige Behinderung vor⁶⁶.
- Ein Verstoß gegen § 3 KAV (Nebenleistungsverbot) führt nach Ansicht des OLG München⁶⁷ gem. § 134 BGB zur Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrages.

Eine Ausnahme von der Nichtigkeit des Konzessionsvertrages nimmt der BGH an, wenn alle diskriminierten Bewerber ausreichend Gelegenheit hatten, ihre Rechte zu wahren, diese Möglichkeit jedoch nicht nutzen. Hierfür reicht es nach Ansicht des BGH aus, wenn die Gemeinde alle Bewerber in Textform über ihre beabsichtigte Auswahlentscheidung und die zugrunde liegenden Gründe unterrichtet und den Konzessionsvertrag frühestens 15 Tage nach Absendung der Information abschließt. Geht in diesem Zeitrahmen keine Rüge eines Bewerbers ein, so wird die fortdauernde Behinderung durch den fehlerhaft abgeschlossenen Konzessionsvertrag im Interesse der Rechtssicherheit für die Gemeinden, sowie den Alt- und Neukonzessionär hingenommen.

⁶⁰ BGH s. o.; OLG München, Urteil v. 26.09.2013, Az. U 3589/12 Kart; OLG Karlsruhe, Urteil v. 26.03.2014, Az. 6 U 68/13 Kart.

⁶¹ OLG München, Urteil v. 26.09.13, Az. U 3589/12 Kart.

⁶² OLG Düsseldorf, Urteil v. 12.03.2008, Az. VI-2 U (Kart) 8/07

⁶³ OLG Celle, Urteil v. 23.05.2013, Az. 13 U 185/12 (Kart)

⁶⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 09.01.2013, Az. VII Verg 26/12

⁶⁵ OVG Münster, Beschluss v. 10.02.2012, Az. 11 B 1187/11, RdNr. 38 u. 48, vgl. auch VG Aachen, Beschluss v. 13.09.2011 1L 286/11

⁶⁶ BGH, Urteil v. 17.12.2013 KZR 66/12, vgl. auch OVG Lüneburg, Beschluss v. 11.09.2013 10 ME 87/12 und 10 ME 88/12

⁶⁷ OLG München, Urteile v. 26.09.2013, U 3587/12 Kart und U 3589/12 Kart.

Das OLG Karlsruhe (*noch nicht rechtskräftig*) verfolgt eine etwas abweichende Sichtweise bezüglich der Rügemöglichkeiten. Seiner Ansicht nach ist bei den unterlegenen Bewerbern zwischen dem Altkonzessionär und anderen Bietern (einfache Bieter) zu unterscheiden. Der Altkonzessionär sei von der Auswahlentscheidung in besonderem Maße betroffen, da er gem. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG zur Herausgabe der Netze verpflichtet ist, was einem Zwangsverkauf gleich komme⁶⁸.

3.5.2. Rechtsschutz

Aufgrund der Komplexität der Konzessionsvergabeverfahren ergeben sich folgende Zuständigkeiten und Rechtsschutzmöglichkeiten:

- Zivilgerichte (§ 13 GVG⁶⁹)
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 qualifizieren⁷⁰.

Für Klagen im Zusammenhang mit Konzessionsverträgen sind deshalb die Zivilgerichte zuständig. In Betracht kommen z.B. Klagen des Neukonzessionärs gegen den Altkonzessionär auf Netzherausgabe oder Klagen der Gemeinde gegen den Konzessionär auf Zahlung der Konzessionsabgabe. Verstöße gegen das Kartellrecht im Konzessionsvergabeverfahren können hierbei mittelbar überprüft werden, da sie regelmäßig die Nichtigkeit des Konzessionsvertrages zur Folge haben (s.o.)

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

- Kartellbehörden (Bundeskartellamt, Landeskartellbehörden, § 46 Abs. 5, §§ 18 ff. GWB)
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).

⁶⁸ OLG Karlsruhe, Urteil v. 26.03.2014, Az. 6 U 68/13 Kart.

Nach Ansicht des OLG Karlsruhe sollten alle unter Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot zustande gekommenen Konzessionsverträge einheitlich für nichtig erachtet werden. Den unterlegenen einfachen Bietern sollte - soweit sie die Möglichkeit eines Vorgehens gegen den Vertragsschluss nach § 101a GWB analog nicht genutzt haben – nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) versagt werden, die Nichtigkeit geltend zu machen. Dem unterlegenen Altkonzessionär wird jedoch aufgrund der besonderen Betroffenheit der Anspruch zugestanden, die Ordnungsmäßigkeit der Konzessionsentscheidung in einem Hauptsacheverfahren klären zu lassen.

⁶⁹ Gerichtsverfassungsgesetz (GVG).

⁷⁰ OVG Münster, Beschluss v. 10.02.2012, Az. 11 B 1187/11.

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. „Negativattest“).

Die Landeskartellbehörde Niedersachsen 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 Niedersachsen hinausreicht, anderenfalls ist das Bundeskartellamt zuständig (§ 48 Abs. 2 GWB).

Da Fehler im Konzessionsvergabeverfahren sich gewöhnlich nur im Gebiet der jeweiligen Gemeinde, das aufgrund der räumlichen Marktabgrenzung Gegenstand des Konzessionsvergabeverfahrens ist, auswirken, liegt die Zuständigkeit regelmäßig bei der Landeskartellbehörde.

Eine Zuständigkeitsübertragung auf das Bundeskartellamt ist jedoch nach § 49 Abs. 3 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 Abs. 5 EnWG). Die Bundesnetzagentur wird jedoch regelmäßig erst nach Abschluss des Konzessionsvertrages tätig.
- Kommunalaufsicht (§ 170 NKomVG⁷¹)
Die Kommunalaufsicht kann im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht Maßnahmen der Gemeinden beanstanden, soweit sie rechtswidrig sind⁷². Ein Verstoß gegen § 46 EnWG bzw. gegen §§ 18 ff. GWB kann somit neben den Kartellbehörden auch von der Kommunalaufsicht verfolgt werden.
- Vergabekammern (§ 102 GWB)
Die Vergabekammern sind für die Nachprüfung der Vergabeentscheidung gem. §§ 97 ff. GWB zuständig, sofern im Rahmen eines Beteiligungsmodells eine Beteiligungspartnersuche stattgefunden hat. Sie werden auf Antrag (§ 107 GWB) des unterlegenen Bewerbers tätig.

⁷¹ Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz (NKomVG).

⁷² Vgl. z. B. OVG Lüneburg, Beschluss v. 11.09.2013, Az. 10 ME 88/12.

4. Anhang

4.1. *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 dem Urteil des OLG Celle vom 09.01.2014 (Az. 13 U 52/13) nicht nur die technischen Netzdaten, sondern auch kalkulatorische Daten. Im Einzelnen umfasst dies:

- Anzahl der von § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG erfassten Anlagegüter, aufgeteilt nach Kategorien (z.B. Umspannstationen/Gasdruckregelanlagen, Messanlagen, Gasübernahmestationen, Ordorierungsanlagen, Kabelverteilerschränke, Hausanschlüsse, Zähler, Netzkopplungspunkte...),
- Altersstruktur der Anlagegüter des Elektrizitäts- bzw. Gasversorgungsnetzes des jeweiligen Konzessionsgebiets (originäre historische Anschaffungs-/Herstellungsjahre),
- Art und Besonderheiten des Elektrizitäts- bzw. Rohrleitungsnetzes (z.B. verbaute Materialien) und der sonstigen Anlagegüter,
- 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. GasNEV⁷³ (Veröffentlichungspflichten des Netzbetreibers) bezogen auf das Konzessionsgebiet, also insbesondere

(im Falle von Gasnetzen)

- die Länge des Gasleitungsnetzes jeweils getrennt für die Niederdruck-, Mitteldruck- 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,

⁷³ Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (Stromnetzentgeltverordnung – StromNEV); Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Gasversorgungsnetzen (Gasnetzentgeltverordnung – GasNEV).

- 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;

(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;
- das Konzessionsabgabenaufkommen (getrennt nach den jeweiligen Tarif- und Sondervertragskunden),
 - die im jeweiligen Zeitpunkt ihrer Errichtung erstmals aktivierten Anschaffungs- und Herstellungskosten (historische Anschaffungs- und Herstellungskosten) sowie das Jahr der Aktivierung,
 - die der letzten Bestimmung des Ausgangsniveaus nach § 21a EnWG i.V.m. § 6 Abs. 1 Anreizregulierungsverordnung zugrunde liegenden kalkulatorischen Restwerte nach §§ 6, 32 StromNEV bzw. GasNEV,
 - die der letzten Bestimmung des Ausgangsniveaus nach § 21a EnWG i.V.m. § 6 Abs. 1 Anreizregulierungsverordnung zugrunde liegenden kalkulatorischen Nutzungsdauern für die laufende Abschreibungen nach § 6 StromNEV bzw. GasNEV,
 - sowie die kalkulatorischen Restwerte.

Des Weiteren bitte ich Sie, mir einen Netzentflechtungsplan vorzulegen.

Mit freundlichen Grüßen

4.2. 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] km²

Gesamtfläche: [Fläche] km²

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 können nicht berücksichtigt werden.

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]

4.3. Kriterienkatalog (Muster)

Vorschlag des Niedersächsischen Städte- und Gemeindebundes für einen Muster-Kriterienkatalog (Stand Juni 2014)⁷⁴

Das nachfolgende Beispiel geht davon aus, dass die Gemeinde einen reinen Konzessionsvertrag vergeben will und kein Beteiligungsmodell verfolgt.

Wichtig sind der Gemeinde der Inhalt des Konzessionsvertrages, insbesondere die höchstzulässige Konzessionsabgabe, der Kommunalrabatt, angemessene Regelungen zu Folgekosten und Gewährleistung sowie eine rechtmäßige Endschaftsbestimmung. Der Versorgungssicherheit der Bürgerinnen und Bürger kommt besondere Beachtung zu. Die Gemeinde möchte ein einfach handhabbares, nachvollziehbares und rechtssicheres Verfahren durchführen. Die Gewichtung des Auswahlkriteriums der „Sicherheit“ trägt der BGH Rechtsprechung vom 17.12.2013 Rechnung (siehe 3.3.2.). Das unten aufgeführte Beispiel für einen Kriterienkatalog stellt einen Orientierungsrahmen für die Gemeinde dar; letztendlich liegt die Gewichtung der Kriterien im Ermessen der Gemeinde. Dieses Anforderungsprofil dürfte auf viele, insbesondere kleinere Gemeinden zutreffen.

Beispiel eines Kriterienkatalogs:⁷⁵

Kriterien nach § 1 Abs. 1 EnWG Die Angaben in den Klammern stellen nicht abschließende Beispiele dar.	1. Alternative Gewichtung (51 von 100)	2. Alternative Gewichtung (60 von 100)	3. Alternative Gewichtung (70 von 100)
Sicherheit (Zuverlässigkeit der Versorgung, Ausfallzeiten, Ungefährlichkeit des Betriebs der Verteilungsanlagen etc.)	27	30	35
Preisgünstigkeit ⁽¹⁾ (nicht rabattierte Netzentgelte)	6	9	10
Verbraucherfreundlichkeit (Kundenbüros, Netzstörungenstellen etc.)	6	7	7
Effizienz (SmartGrid [intelligentes Stromnetz], SmartMetering [intelligente Zähler], Minimierung der Verlustenergie/Gas-schwund etc.)	6	7	8
Umweltverträglichkeit (Bereitschaft zur Erdverkabelung, umweltverträglicher Netzbetrieb, Beseitigung stillgelegter Verteilungsanlagen, Öffentlichkeitsarbeit zur umweltverträglichen Energieversorgung etc.)	6	7	10

⁷⁴ Rundschreiben des NSGB vom 20.06.2014; RD 108/2014

⁷⁵ Ohne Gewähr, dass die Umsetzung dieses Beispiels in der Rechtsprechung Anklang findet.

Sonstige kommunal-freundliche Kriterien mit sachlichem Bezug zum Konzessionsvertrag	1. Alternative Gewichtung (49 von 100)	2. Alternative Gewichtung (40 von 100)	3. Alternative Gewichtung (30 von 100)
Höhe der Konzessionsabgabe	10	5	6
Zahlungsweise & Nachweis der Konzessionsabgabe	5	5	3
Gewährung des nach § 3 Abs. 1 KAV zulässigen Kommunalrabattes	7	5	2
Folgekostenübernahme	3	7	4
Endschafftsbestimmung	8	9	4
Kaufpreisregelung	7	5	4
Auskunftsansprüche	9	4	7
Gesamt	100	100	100

⁽¹⁾ Nach Auffassung des BGH (KZR 66/12) betrifft das Kriterium der Preisgünstigkeit die nicht rabattierten Netzentgelte

4.4. Gesetzestexte

4.4.1 EnWG

§ 1 Zweck des Gesetzes

(1) Zweck des Gesetzes ist eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht.

(2) Die Regulierung der Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze dient den Zielen der Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas und der Sicherung eines langfristig angelegten leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs von Energieversorgungsnetzen.

(3) Zweck dieses Gesetzes ist ferner die Umsetzung und Durchführung des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf dem Gebiet der leitungsgebundenen Energieversorgung.

§ 46 Wegenutzungsverträge

1) ¹Gemeinden haben ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, einschließlich Fernwirkleitungen zur Netzsteuerung und Zubehör, zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen. ²Unbeschadet ihrer Verpflichtungen nach Satz 1 können die Gemeinden den Abschluss von Verträgen ablehnen, solange das Energieversorgungsunternehmen 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.

(2) ¹Verträge von Energieversorgungsunternehmen mit Gemeinden über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören, dürfen höchstens für eine Laufzeit von 20 Jahren abgeschlossen werden. ²Werden solche Verträge nach ihrem Ablauf nicht verlängert, so ist der bisher Nutzungsberechtigte verpflichtet, seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu übereignen. ³Das neue Energieversorgungsunternehmen kann statt der Übereignung verlangen, dass ihm der Besitz hieran eingeräumt wird. ⁴Der bisherige Nutzungsberechtigte ist verpflichtet, der Gemeinde spätestens ein Jahr vor Bekanntmachung der Gemeinde nach Absatz 3 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. ⁵Die Bundesnetzagentur kann im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt Entscheidungen über den Umfang und das Format der zur Verfügung zu stellenden Daten durch Festlegung gegenüber den Energieversorgungsunternehmen treffen.

(3) ¹Die Gemeinden machen spätestens zwei Jahre vor Ablauf von Verträgen nach Absatz 2 das Vertragsende und einen ausdrücklichen Hinweis auf die nach Absatz 2 Satz 4 von der Gemeinde in geeigneter Form zu veröffentlichenden Daten sowie den Ort der Veröffentlichung durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger bekannt. ²Wenn 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. ³Beabsichtigen 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. ⁴Vertragsabschlüsse mit Unternehmen dürfen frühestens drei Monate nach der Bekanntgabe der vorzeitigen Beendigung erfolgen. ⁵Bei der Auswahl des Unternehmens ist die Gemeinde den Zielen des § 1 verpflichtet. ⁶Sofern sich mehrere Unternehmen bewerben, macht die Gemeinde bei Neuabschluss oder Verlängerung von Verträgen nach Absatz 2 ihre Entscheidung unter Angabe der maßgeblichen Gründe öffentlich bekannt.

(4) Die Absätze 2 und 3 finden für Eigenbetriebe der Gemeinden entsprechende Anwendung.

(5) Die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen bleiben unberührt.

4.4.2 KAV

§ 3 Andere Leistungen als Konzessionsabgaben

(1) Neben oder anstelle von Konzessionsabgaben dürfen Versorgungsunternehmen und Gemeinde für einfache oder ausschließliche Wegerechte nur die folgenden Leistungen vereinbaren oder gewähren:

1. Preisnachlässe für den in Niederspannung oder in Niederdruck abgerechneten Eigenverbrauch der Gemeinde bis zu 10 vom Hundert des Rechnungsbetrages für den Netzzugang, sofern diese Preisnachlässe in der Rechnung offen ausgewiesen werden,
2. Vergütung notwendiger Kosten, die bei Bau- und Unterhaltungsmaßnahmen an öffentlichen Verkehrswegen der Gemeinden durch Versorgungsleitungen entstehen, die in oder über diesen Verkehrswegen verlegt sind,
3. Verwaltungskostenbeiträge der Versorgungsunternehmen für Leistungen, die die Gemeinde auf Verlangen oder im Einvernehmen mit dem Versorgungsunternehmen zu seinem Vorteil erbringt.

Für die Benutzung anderer als gemeindlicher öffentlicher Verkehrswege sowie für die Belieferung von Verteilerunternehmen und deren Eigenverbrauch dürfen ausschließlich die in Satz 1 Nr. 2 und 3 genannten Leistungen vereinbart oder gewährt werden.

(2) Nicht vereinbart oder gewährt werden dürfen insbesondere

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.