



# HINWEISE DER NIEDERSÄCHSISCHEN LANDESKARTELLBEHÖRDE ZUR DURCHFÜHRUNG EINES WETTBEWERBLICHEN KONZESSIONSVERGABEVERFAHRENS NACH § 46 ENWG

<b>EINFÜHRUNG</b> .....	<b>3</b>
<b>1. WETTBEWERBLICHE KONZESSIONSVERGABE NACH § 46 ENWG - GRUNDSÄTZLICHES</b> .....	<b>3</b>
<b>2. ABLAUFPLAN FÜR EIN VERFAHREN VOM AUSLAUFEN BIS ZUM ABSCHLUSS EINES KONZESSIONSVERTRAGES</b> .....	<b>5</b>
2.1. Vorüberlegungen der Gemeinde.....	5
2.2. Anforderung der Netzdaten und -informationen beim Altkonzessionär .....	5
2.3. Bekanntmachung .....	5
2.4. Offenlegung von Netzdaten und –informationen .....	7
2.5. Interessenbekundungsfrist .....	7
2.6. Gewährleistung eines Geheimwettbewerbs .....	7
2.7. Prüfung der Interessenbekundungen .....	8
2.8. Erstellen von Auswahlkriterien .....	8
2.9. Führen von Gesprächen und Vorbereitung von Angeboten.....	8
2.10. Angebotsphase.....	9
2.11. Auswertung und Auswahlentscheidung.....	9
2.12. Gemeindlicher Beschluss/Bekanntmachung .....	9
2.13. Abschluss des neuen Konzessionsvertrages .....	10
2.14. Folgen bei Verzögerungen .....	10
2.15. Netzübernahmeverhandlung/Netzübergang.....	10
2.16. Zusammenfassender Überblick .....	11
<b>3. VERTIEFENDE HINWEISE ZU AUSGEWÄHLTEN PUNKTEN</b> .....	<b>11</b>
3.1. Datenherausgabe .....	11
3.2. Beteiligungsmodelle .....	15
3.3. Auswahlkriterien.....	18
3.4. Nebenleistungen.....	22
3.5. Fehlerfolgen und Rechtsschutz .....	24

<b>4. ANHANG</b> .....	<b>28</b>
4.1. Anschreiben Datenherausgabe (Muster) .....	28
4.2. Bekanntmachung (Muster) .....	30
4.3. Kriterienkatalog (Muster).....	31
4.4. Bausteine für den Inhalt eines Konzessionsvertrages (Muster) .....	33
4.5. Gesetzestexte .....	42

## Einführung

Die Landeskartellbehörde Niedersachsen ist seit mehr als zehn Jahren mit zahlreichen Anfragen und Beschwerden zu bevorstehenden, laufenden und abgeschlossenen Konzessionsvergabeverfahren nach § 46 EnWG<sup>1</sup> befasst. Das nach dieser Vorschrift von den Gemeinden durchzuführende Verfahren ist nur lückenhaft gesetzlich geregelt und beinhaltet mehrere unbestimmte Rechtsbegriffe, deren Auslegung mittlerweile Gegenstand zahlreicher Behörden- und Gerichtsentscheidungen geworden ist.

Die LKartB verbindet mit diesem Hinweispapier<sup>2</sup> 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. GWB<sup>3</sup>) ist nicht anwendbar.<sup>4</sup>

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 ergeben<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung i.d.F. v. 21.07.2014; § 46 EnWG ist im Anhang vollständig abgedruckt.

<sup>2</sup> Damit wird das im März 2010 veröffentlichte Hinweispapier der LKartB Niedersachsen gegenstandslos.

<sup>3</sup> Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen i.d.F. v. 21.07.2014.

<sup>4</sup> EuGH, Urteil v. 10.09.2009, Az. C-206/08 „Eurawasser“, Rdnr. 44 bzgl. einer Wasserkonzession.

<sup>5</sup> Vgl. Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. EU v. 29.04.2000, C 121/02; Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, ABl. EG v. 01.08.2006, C 179/02; sowie Art. 8, 18, 49, 56, 119 AEUV (siehe folgende Fußnote); aus der Rechtsprechung siehe nur EuGH, Urteil v. 13.10.2005, Az. C-458/03 „Parking Brixen“, Rdnr. 46; die Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe, ABl. EU v. 28.03.2014, L 94/1 findet in derartigen Konstellationen keine Anwendung, siehe Erwägungsgrund 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 AEUV<sup>6</sup>.

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<sup>7</sup> verbrieften Recht der Gemeinden auf kommunale Selbstverwaltung im Einklang<sup>8</sup>.

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 wären<sup>9</sup>.

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 zulässig<sup>10</sup>.

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 Ordnungswidrigkeitstatbestand des § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB erfüllt ist. Darüber hinaus kann eine zivilrechtliche Nichtigkeit des Konzessionsvertrages gemäß § 134 BGB<sup>11</sup> vorliegen.

---

<sup>6</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. EG v. 26.10.2012, C 326/47.

<sup>7</sup> Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland i.d.F. vom 23.12.2014.

<sup>8</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. KZR 66/12 „Stromnetz Berkenthin“, Rdnr. 30.

<sup>9</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 18.11.2014, Az. EnZR 33/13 „Stromnetz Schierke“, Rdnr. 17; BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. KZR 65/12 „Heiligenhafen“, Rdnrn. 35 ff.

<sup>10</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. KZR 65/12 „Heiligenhafen“, Rdnr. 38.

<sup>11</sup> Bürgerliches Gesetzbuch i.d.F. v. 22.07.2014.

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

### 2.1. Vorüberlegungen der Gemeinde

(spätestens 3 Jahre<sup>12</sup> 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 Grundgerüsts eines Konzessionsvertrags, 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 Satz 4 EnWG, siehe 3.1 und 4.1)<sup>13</sup>
- 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 Bieterverfahren teilnehmen soll. (Achtung: es bestehen besondere Anforderungen an das Konzessionsvergabeverfahren und die Kooperationspartnersuche - siehe 3.2; Beachtung kommunalrechtlicher Vorgaben<sup>14</sup>)

### 2.2. Anforderung der Netzdaten und -informationen beim Altkonzessionär

Es wird empfohlen, dass sich die Gemeinde rechtzeitig, d.h. spätestens 3,5 Jahre vor Auslaufen des Konzessionsvertrages mit dem bisherigen Nutzungsberechtigten, d.h. dem Altkonzessionär, in Verbindung setzt. Denn spätestens ein Jahr bevor die Gemeinde die Bekanntmachung des Auslaufens des Konzessionsvertrages nach § 46 Abs. 3 EnWG veröffentlicht, ist der bisherige Nutzungsberechtigte verpflichtet, der Gemeinde 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.

### 2.3. 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.

---

<sup>12</sup> Es handelt sich um keine gesetzl. Frist, sondern um eine Empfehlung der LKartB Niedersachsen aufgrund des zeitintensiven Verfahrens. Sollte die Gemeinde ein Beteiligungsmodell anstreben und hierfür ein zweistufiges Verfahren wählen, so sollte sie noch früher beginnen.

<sup>13</sup> Zum Auskunftsanspruch aus § 46 Abs. 2 S. 4 EnWG siehe OLG Celle, Urteil v. 09.01.2014, Az. 13 U 52/13, Rdnrn. 22, 25, bestätigt durch BGH v. 14.05.2015 EnZR 11/14

<sup>14</sup> Erlass des Niedersächsischen Ministeriums für Inneres und Sport v. 04.04.2013, Az. 32.1-10212/2 (Netzbetreiber); verfügbar bei den Kommunalaufsichtsbehörden.

- **Wo bzw. Wie?**  
Durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger oder im elektronischen Bundesanzeiger<sup>15</sup>. 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)
- Ausdrücklicher Hinweis auf die von der Gemeinde in geeigneter Form zu veröffentlichenden Daten und Informationen über die technische und wirtschaftliche Situation des Netzes, die für eine Bewertung des Netzes im Rahmen einer Bewerbung um den Abschluss eines Konzessionsvertrages erforderlich sind sowie den Ort der Veröffentlichung durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger
- 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 ausdrücklich 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,
- die öffentliche Bekanntmachung der vorzeitigen Beendigung und des Vertragsendes hat durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger (und im elektronischen Bundesanzeiger) bzw. im Amtsblatt der Europäischen Union<sup>16</sup> zu erfolgen

<sup>15</sup> Eine fehlerhafte bzw. unterbliebene Bekanntmachung führt nach Ansicht des OLG Celle zur Nichtigkeit des abgeschlossenen Konzessionsvertrages, Urteil v. 23.05.2013, Az. 13 U 185/12, Rdnrn. 15, 24 ff., bestätigt durch BGH, Urteil v. 18.11.2014, Az. EnZR 33/13 „Stromnetz Schierke“, Rdnr. 19 f.

<sup>16</sup> BGH, Urteil v. 18.11.2014, Az. EnZR 33/13 „Stromnetz Schierke“, Rdnr. 17f. „...Insoweit hat sich der Gesetzgeber in § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG dafür entschieden, dass die Bekanntmachung (ausschließlich)

- erst damit beginnt auch das neue Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren.
- Ein neuer Vertragsabschluss darf frühestens drei Monate nach der Bekanntmachung der vorzeitigen Beendigung erfolgen.

## **2.4. Offenlegung von Netzdaten und –informationen**

Die Offenlegung von Informationen und allen relevanten (Netz-)Daten gemäß § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG 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 müssen bereits im Rahmen des Bieterverfahrens an die möglichen Interessenten herausgegeben werden. Eine Information der gesamten Öffentlichkeit ist nicht erforderlich und somit eine Veröffentlichung der kalkulatorischen Netzdaten auf der Homepage der Gemeinde nicht von § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG gedeckt.<sup>17</sup> Vor Herausgabe der Netzdaten sollte eine Verschwiegenheitserklärung abgegeben werden, um eventuelle Geheimhaltungsinteressen (Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse) der Altkonzessionäre zu wahren.<sup>18</sup>

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.

## **2.5. 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.

## **2.6. Gewährleistung eines Geheimwettbewerbs**

Die Gemeinde hat zu gewährleisten, dass während des gesamten Verfahrens ein Geheimwettbewerb stattfindet. Das bedeutet, dass die Gemeinde die eingehenden Angebote vertraulich zu behandeln hat und diese nicht an Mitbewerber weiter geben darf. Hat der Mitbewerber Kenntnis anderer Angebote, muss er nicht mehr potentiell günstigere Angebote überbieten, sondern kann sein eigenes Angebot an den ihm bekannten Bedingungen ausrichten.<sup>19</sup> Beteiligt sich die Gemeinde selbst an dem Konzessionierungsvergabefahren als Mitbewerber muss sie daher zur Wahrung des Geheimwettbewerbs organisatorisch und personell eine Trennung

---

im Bundesanzeiger und gegebenenfalls zusätzlich im Amtsblatt der Europäischen Union zu erfolgen hat. Damit können sich die interessierten Unternehmen bei der Suche nach neuen Konzessionsvergaben auf ein bis zwei Veröffentlichungsorgane beschränken. Dieser Gesetzeszweck gilt für die Bekanntgabe der vorzeitigen Beendigung eines Konzessionsvertrages nach § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG gleichermaßen. Für eine unterschiedliche Behandlung besteht kein sachlicher Grund.“

<sup>17</sup> BGH, Urteil v. 14.04.2015, Az. EnZR 11/14, Rdnr. 28

<sup>18</sup> OLG Celle, Urteil v. 09.01.2014, Az. 13 U 52/13, Rdnr. 67f., durch BGH bestätigt EnZR 11/14 v. 14.04.15 .

<sup>19</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss v. 13.04.2011, Az. VII-Verg 4/11, II. 1.

zwischen ihrer Funktion als verfahrensleitender Stelle und ihrer Stellung als Bieter in dem Verfahren herbeiführen. Hierdurch wahrt sie zugleich das Neutralitätsgebot, das sie verpflichtet, keinen Bewerber um die Wegenutzungsrechte zu bevorzugen.

## **2.7. 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 VwVfG<sup>20</sup> i. V. m. § 1 NVwVfG<sup>21</sup>).
- Wenn die Interessenbekundungsfrist verlängert wird, dann unter Berücksichtigung der o. g. Grundsätze (u. a. des Transparenzgebots), d. h., es muss eine erneute öffentliche Bekanntmachung<sup>22</sup> 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 betreibt<sup>23</sup>.

## **2.8. 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 KAV<sup>24</sup> 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)<sup>25</sup> (siehe 3.4).

Die Kriterien werden vom Rat beschlossen.

## **2.9. Führen von Gesprächen und Vorbereitung von Angeboten**

- Einladung an interessierte Bewerber
- Angebotsgespräche unter Beachtung der o. g. Grundsätze führen

---

<sup>20</sup> Verwaltungsverfahrensgesetz i.d.F. v. 25.07.2013.

<sup>21</sup> Niedersächsisches Verwaltungsverfahrensgesetz i.d.F. v. 24.09.2009.

<sup>22</sup> Vgl. Fußnote 15.

<sup>23</sup> Vgl. *Fleckenstein*, in: Kermel (Hrsg.), Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, 2012, Kap. 6 Rdnrn. 202 ff.

<sup>24</sup> Verordnung über Konzessionsabgaben für Strom und Gas i.d.F. v. 01.11.2006.

<sup>25</sup> Vgl. OLG München, Urteile v. 26.09.2013, Az. 3587/12 Kart und 3589/12 Kart, jeweils unter B. I. 2., BGH, Urteil v. 07.10.2014, Az. EnZR 86/13 „Stromnetz Olching“, Rdnr. 29 ff.

- 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 grundsätzlich<sup>26</sup> nicht mehr möglich<sup>27</sup>. Die Bekanntgabe der Auswahlkriterien sollte schriftlich erfolgen.<sup>28</sup>

## **2.10. Angebotsphase**

- Angebote der/des Interessenten und entsprechende Konzepte unter Setzung einer Angebotsfrist einholen; eine Frist von 3 Monaten wird als angemessen betrachtet.

## **2.11. Auswertung und Auswahlentscheidung**

- Nach Angebotseingang: Aufnahme der Verhandlungen (sofern mehr als ein Anbieter vorhanden)
- Gleiche Möglichkeit der Angebotspräsentation für alle Bewerber ermöglichen<sup>29</sup>
- 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 bevorzugen<sup>30</sup>.
- Kommunale Entscheidung für ein Angebot dokumentieren und nachvollziehbar begründen

## **2.12. 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

<sup>26</sup> Vgl. hierzu 2.13.

<sup>27</sup> Vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss v. 10.02.2012, Az. 11 B 1187/11, Rdnrn. 38, 48. Das OVG Nordrhein-Westfalen sah hierin einen Verstoß gegen das Transparenzgebot und hielt bei Änderung der Kriterien oder deren Gewichtung einen Abbruch und eine neue Durchführung des Konzessionsverfahrens für nötig.

<sup>28</sup> BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. KZR 65/12 „Heiligenhafen“, Rdnr. 73.

<sup>29</sup> BKartA, Beschluss v. 21.11.2011, Az. B 10-17/11 „Stadt Markkleeberg“, Rdnrn. 21, 22.

<sup>30</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss v. 09.01.2013, Az. VII-Verg 26/12, Rdnr. 76.

Gemeinde zu wenden.<sup>31</sup> Nach einer Frist von 15 Tagen muss nach Rechtsprechung des BGH eine ggf. vorliegende Behinderung im Rahmen der Auswahlentscheidung zugunsten der Rechtssicherheit hingenommen werden, so dass die Unbilligkeit i.S.d. § 19 Abs. 2 Nr.1 GWB entfällt<sup>32</sup>.

### **2.13. 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 NKomVG<sup>33</sup>.

### **2.14. 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 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 zurückbleibt<sup>34</sup>. 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 2.7 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 Konzessionsabgabe aus § 48 Abs. 3 EnWG; sie kann nur noch einen Wertersatz nach Bereicherungsrecht verlangen (§§ 812 ff. BGB).

### **2.15. Netzübernahmeverhandlung/Netzübergang**

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

- Netzentflechtung,
- Netzzumfang,

---

<sup>31</sup> Vgl. hierzu vertiefend die Ausführungen unter 3.5.1.

<sup>32</sup> BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. KZR 66/12 „Stromnetz Berkenthin“, Rdnrn. 103 ff.

<sup>33</sup> Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz i.d.F. vom 16.12.2014.

<sup>34</sup> BGH, Urteil v. 03.07.2001, Az. KZR 10/00 „Nachvertragliche Konzessionsabgabe II“, Rdnrn. 13 ff.

- Kaufpreis,  
sowie eine Aufteilung der Erlösobergrenze nach § 26 ARegVO<sup>35</sup>.

Hierbei handelt es sich um bilaterale Verhandlungen zwischen Alt- und Neukonzessionär ohne Beteiligung der Gemeinde. Nach Abschluss der Verhandlungen erfolgt der Netzübergang. Hierbei handelt es sich nach Rechtsprechung des BGH<sup>36</sup> um einen Eigentums- und nicht nur einen Besitzübergang.

## **2.16. Zusammenfassender Überblick**

- Einhaltung der Grundsätze (Transparenz, Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung, Verhältnismäßigkeit und gegenseitige 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

## **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 Satz 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.“ Sofern der bisherige Konzessionär die Datenherausgabe an die Gemeinde verweigert, muss die Gemeinde wegen § 46 Abs. 3 S. 1 EnWG ihren Informationsanspruch ggf. gerichtlich durchsetzen. Hierbei kann sich der bisherige Konzessionär gegen den Informationsanspruch nicht mit dem Einwand einer rechtlichen Unmöglichkeit verteidigen, da die Datenherausgabe insbesondere nicht gegen § 6a EnWG verstößt. Dem Geheimhaltungsinteresse des bisherigen Konzessionärs kann durch Vereinbarung einer vertragsstrafenbewehrten Geheimhaltungsverpflichtung seitens der Gemeinde und der weiteren Bieter Rechnung getragen werden. Der in § 46 Abs. 2 S. 5 EnWG enthaltene Ermächtigung für die Bundesnetzagentur im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt „Entscheidungen über den Umfang und das Format der zur Verfügung zu stellenden

---

<sup>35</sup> Verordnung über die Anreizregulierung der Energieversorgungsnetze i.d.F. v. 09.03.2015; siehe auch Bundesnetzagentur, Hinweise für Verteilernetzbetreiber zur Anpassung der Erlösobergrenze für das Kalenderjahr 2015; die jeweils aktuellen Hinweise sind unter <http://www.bundesnetzagentur.de/> abrufbar.

<sup>36</sup> BGH, Beschluss v. 03.06.2014, Az. EnVR 10/13, „Stromnetz Homberg“ Rdnrn. 21 ff..

Daten durch Festlegung gegenüber dem Energieversorgungsunternehmen“ zu treffen, sind die Behörden bisher nicht nachgekommen.

### 3.1.2. Leitfaden BKartA & BNetzA (Stand 21.05.15)

Das Bundeskartellamt und die Bundesnetzagentur haben aktuell eine an die Rechtsprechung<sup>37</sup> angepasste Fassung ihres Leitfadens vorgelegt, die hinsichtlich des Umfangs der Datenherausgabe weitgehender ist, als die erste Fassung aus dem Jahr 2010:

- a) Allgemeine Angaben zu Art, Umfang, Alter und Oberflächenstruktur der zu überlassenden Anlagegüter des Elektrizitäts- bzw. Gasversorgungsnetzes, insbesondere auch Art und Zugehörigkeit der jeweiligen Messeinrichtungen,
- 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,
- k) Strukturdaten gemäß § 27 Abs.2 Strom- bzw. GasNEV (Veröffentlichungspflichten des Netzbetreibers) bezogen auf das Konzessionsgebiet, also insbesondere<sup>38</sup>
  - im Falle von Gasnetzen:
    - i) die Länge des Gasleitungsnetzes jeweils getrennt für die Niederdruck-, Mittel- und Hochdruckebene zum 31. Dezember des Vorjahres,
    - ii) die Länge des Gasleitungsnetzes in der Hochdruckebene nach Leitungsdurchmesserklassen,

<sup>37</sup> BGH, Urteil v. 14.04.15, Az.: EnZR 11/14.

<sup>38</sup> Gemäß der zum Veröffentlichungszeitpunkt des Leitfadens aktuellen Fassung von § 27 Abs. 2 Strom- bzw. GasNEV

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

sowie

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

### 3.1.3. Aktuelle Rechtsprechung

Das OLG Celle hat mit Urteil vom 09.01.2014 (Az. 13 U 52/13), das der BGH mit Urteil vom 14.04.2015 (Az. EnZR 11/14) bestätigt hat, entschieden, dass neben den größtenteils technischen und zwischen den Parteien weitgehend unstrittigen Netzdaten auch kalkulatorische Daten bereits vor der Ausschreibung an die Gemeinde 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 ARegVO 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 ARegVO zugrunde liegenden kalkulatorischen Nutzungsdauern für die laufende Abschreibungen nach § 6 GasNEV,
- sowie die kalkulatorischen Restwerte<sup>39</sup>.

### 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. Anderenfalls 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 berücksichtigen<sup>40</sup>. 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, das vom BGH<sup>41</sup> bestätigt wurde, ausdrücklich an.

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 Gemeinde als Konzessionsgeberin darauf achten muss, 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.

<sup>39</sup> So bereits die Vorinstanz LG Hannover, Urteil v. 28.02.2013, Az. 21 O 10/11, I. 2.

<sup>40</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 16.11.1999, Az. KZR 12/97 „Kaufering“, unter II. zur Rechtslage vor der Energiemarktliberalisierung; zur aktuellen Rechtslage OLG Koblenz, Hinweis- und Beweisbeschluss v. 11.11.2010, Az. U 646/08 Kart; OLG Frankfurt a.M., Urteil v. 14.06.2011, Az. 11 U 36/10 Kart, II. B. 1. d).

<sup>41</sup> Siehe Fn. 36

## 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, um 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 findet<sup>42</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. Es ist eine organisatorische und personelle Trennung zwischen ausschreibender Stelle und der Kommune als Mitbewerber sicher zu stellen (Neutralitätsgebot).

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 SektVO<sup>43</sup>, 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 3.5.2).

---

<sup>42</sup> BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. KZR 65/12 „Heiligenhafen“, Rdnrn. 31 ff. – gilt in analoger Anwendung auch für Eigenbetriebe ohne eigene Rechtspersönlichkeit.

<sup>43</sup> Verordnung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung i.d.F. v. 25.07.2013.

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>44</sup>.

### **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 unzulässig<sup>45</sup>.

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 werden<sup>46</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 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 völlig unterschiedlichen Anforderungen des § 46 EnWG und des Vergaberechts gem. §§ 97 ff. GWB genügen müssen.

---

<sup>44</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss v. 09.01.2013, Az. VII-Verg 26/12, Rdnrn. 68 f.

<sup>45</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss v. 09.01.2013, Az. VII-Verg 26/12, Rdnrn. 85 ff. insbesondere Rdnr. 90.

<sup>46</sup> Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht, Beschluss v. 11.09.2013, Az. 10 ME 87/12 und 88/12, jeweils unter II.

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 § 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 kann<sup>47</sup>. 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 Konzessionsangeboten bevorzugen, indem sie etwa Kriterien vorsieht, in denen nur Kooperationsangebote zusätzliche Punkte sammeln können. Nach der Rechtsprechung des BGH<sup>48</sup> wirken sich auch Kriterien, die an die wirtschaftliche oder gesellschaftsrechtliche Beteiligung der Gemeinde am Netzbetrieb anknüpfen, diskriminierend für reine Konzessionsangebote aus. Unzulässige Kriterien sind damit u.a.:

- Höhe des kommunalen Anteils an Netzen
- Kommunalen 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 Netzbetreiber-Gesellschaft 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 Verfahren 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.

---

<sup>47</sup> BKartA, Beschluss v. 30.11.2012, Az. B8 101/11 „Stadt Mettmann“, Rdnrn. 94, 108 ff.

<sup>48</sup> BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. KZR 66/12 „Stromnetz Berkenthin“, Rdnr. 53.

### **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 EnWG<sup>49</sup> 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 Auswahlkriterien 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 wurden<sup>50</sup>. 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“ hatte<sup>51</sup>.

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 GG<sup>52</sup>. 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 auszurichten<sup>53</sup>.

---

<sup>49</sup> § 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.“

<sup>50</sup> BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. KZR 66/12 „Stromnetz Berkenthin“, Rdnrn. 39 ff.

<sup>51</sup> Vgl. BT-Drucks. 17/6072, S.88.

<sup>52</sup> BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. KZR 66/12 „Stromnetz Berkenthin“, Rdnr. 43.

<sup>53</sup> BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. KZR 66/12 „Stromnetz Berkenthin“, Rdnr. 41; Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht, Beschluss v. 11.09.2013, Az. 10 ME 87/12, II.

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 zugänglich<sup>54</sup>.

Dieser Auslegungsspielraum der Gemeinde wird jedoch vom BGH wieder eingeschränkt, in dem er das Ziel der Netzsicherheit als „überragend“<sup>55</sup> 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:

- 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, vornimmt<sup>56</sup>.

### 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 Niedersächsische Obergericht<sup>57</sup>, 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 beziehen<sup>58</sup>.

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 verfehlen<sup>59</sup>.

---

<sup>54</sup> BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. KZR 66/12 „Stromnetz Berkenthin“, Rdnr. 49.

<sup>55</sup> BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. KZR 66/12 „Stromnetz Berkenthin“, Rdnr. 84.

<sup>56</sup> BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. KZR 66/12 „Stromnetz Berkenthin“, Rdnrn. 82 ff.; in dem beanstandeten Auswahlverfahren wurde das Ziel der Versorgungssicherheit nur mit 10 von insgesamt 170 möglichen Punkten gewichtet.

<sup>57</sup> Niedersächsisches Obergericht, Beschluss v. 11.09.2013, Az. 10 ME 88/12, II.

<sup>58</sup> BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. KZR 66/12 „Stromnetz Berkenthin“, Rdnrn. 45 f., 75, 78.

<sup>59</sup> BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. KZR 66/12 „Stromnetz Berkenthin“, Rdnr. 47.

### 3.3.4. Durch die Rechtsprechung konkretisierte Auswahlkriterien<sup>60</sup>

Vom BGH wurden folgende Auswahlkriterien als zulässig erachtet<sup>61</sup>:

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

Die Gemeinde darf jedoch grundsätzlich nicht gesellschaftsrechtliche Einflussmöglichkeiten zum Auswahlkriterium erheben, da hierdurch Kooperationsangebote gegenüber reinen Konzessionsangeboten bevorzugt würden. Der Vorteil, den das Kriterium gesellschaftsrechtlicher Einfluss den gemeindeeigenen Betrieben verschafft, darf nach Auffassung des BGH allenfalls dann hingenommen werden, „wenn dem legitimen Interesse, die Konkretisierung der energiewirtschaftlichen Ziele des Netzbetriebs über die Laufzeit des Konzessionsvertrages nachzuhalten nicht in anderer Weise – etwa durch Regelungen des Vertragsrechts – 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“.<sup>62</sup>

Die LKartB sieht es als fraglich an, ob eine reine Option einer Einflussmöglichkeit durch Beteiligung der Gemeinde an dem Unternehmen gleichzusetzen sei mit von anderen Unternehmen geforderten vertraglichen Regelungen bzw. Einflussmöglichkeiten seitens der Gemeinde.<sup>63</sup>

- 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.*

---

<sup>60</sup> Keine abschließende Aufzählung zulässiger Auswahlkriterien, da die BGH-Ausführungen nur für die im entsprechenden Urteil entscheidungsrelevanten Kriterien gelten.

<sup>61</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. KZR 66/12 „Stromnetz Berkenthin“, Rdnrn. 73 ff.

<sup>62</sup> BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. KZR 66/12 „Stromnetz Berkenthin“, Rdnr. 53.

<sup>63</sup> So auch Sauer, „Die Vergabe von Strom und Gas Konzessionsverträgen“ in EWERK 3/2014, S. 159

- 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) – jedoch unzulässig, wenn in diesem Zusammenhang das Kriterium „Zahlung von Gewerbesteuer“ gefordert wird, weil damit ausschließlich fiskalische Interessen verfolgt werden.

Weitere (natürlich unverbindliche) Beispiele für zulässige Kriterien finden sich im Musterkriterienkatalog der Energiekartellbehörde Baden-Württemberg<sup>64</sup>. Der BGH hat diesen Katalog ausdrücklich als Orientierungshilfe anerkannt<sup>65</sup>.

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).

Vom BGH wurden u. a. folgende Auswahlkriterien als unzulässig erachtet<sup>66</sup>:

- Regionale Präsenz im Zusammenhang mit dem Kriterium „Zahlung von Gewerbesteuer“, da ausschließlich fiskalische Interessen zugrunde liegen.
- Rein fiskalische Interessen, die über das nach der KAV erlaubte Maß hinausgehen (Höhe des Kommunalen Anteils an Netzen, Kommunalen Vermögenszuwachs, Höhe des kommunalen Kapitaleinsatzes für den Netzerwerb).
- Möglichkeiten der Geschäftsfelderweiterung; zusätzliche Möglichkeiten der Zusammenarbeit, die nicht in sachlichem Zusammenhang mit dem Konzessionsvertrag stehen.

<sup>64</sup> Energiekartellbehörde des Landes Baden-Württemberg, 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 i.d.F. v. 26.03.2014 und 05.03.2015, abrufbar unter <http://www.versorger-bw.de>.

<sup>65</sup> BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. KZR 66/12 „Stromnetz Berkenthin“, Rdnr. 84.

<sup>66</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. KZR 66/12 „Stromnetz Berkenthin“, Rdnrn. 90 ff.

- Mitgestaltungsrechte/Einflussmöglichkeiten, soweit alleine der durch eine kommunale Beteiligung an der Netzbetreibergesellschaft vermittelte Einfluss in Gremien bewertet werden soll.

### 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“)<sup>67</sup>.

Durch das Nebenleistungsverbot soll vor allem die Aushöhlung der Höchstsätze für Konzessionsabgaben nach § 2 KAV durch eine schrankenlose Gewährung zusätzlicher (Neben-)Leistungen verhindert werden<sup>68</sup>. 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 beherrschten Unternehmen<sup>69</sup>)) 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!)

<sup>67</sup> Davon sind sowohl die mündliche als auch die schriftliche, die konzessionsvertragliche als auch die außerkonzessionsvertragliche Vereinbarung erfasst.

<sup>68</sup> Vgl. Danner/Theobald, Energierecht, 82. Ergänzungslieferung 2014, Theobald/Templin zu § 3 KAV Rdnr. 23.

<sup>69</sup> OLG Frankfurt a.M., Urteil v. 29.01.2008, Az. 11 U 20/07 Kart, Rdnr. 71.

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

Der BGH<sup>70</sup> hat sich in der der Rechtssache „Stromnetz Olching“ mit dem Nebenleistungsverbot und dabei insbesondere mit der Frage der Zulässigkeit der Vereinbarkeit von Leistungen des Netzbetreibers im Zusammenhang mit Energiekonzepten und mit § 3 Abs. 2 Ziffer 1 KAV befasst. Der BGH folgt hierbei teilweise der Entscheidung des Berufungsgerichtes OLG München<sup>71</sup>:

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.

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. Dieser Ansicht hat sich der BGH in dem Revisionsverfahren nicht angeschlossen. Die Rechtsfolge trete nur ein, wenn die unzulässige Leistung kausal für die Auswahlentscheidung war, anderenfalls sei es zum Schutz des Konzessionärs geboten, den Konzessionsvertrag ohne die Verpflichtung

---

<sup>70</sup> BGH, Urteil v. 07.10.2014, Az. EnZR 86/13, „Stromnetz Olching“, Rdnr. 17 ff.

<sup>71</sup> OLG München, Urteile v. 26.09.2013, U 3587/12 Kart und U 3589/12 Kart, jeweils unter B. I. 3.

zu unzulässigen Nebenleistungen aufrechtzuerhalten.<sup>72</sup> Der BGH konnte es daher teilweise offenlassen, inwieweit die im Konzessionsvertrag getroffenen Regelungen gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV verstießen.<sup>73</sup>

Als Konsequenz 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 verneinen<sup>74</sup>.

Die unbillige Behinderung führt grundsätzlich zur Nichtigkeit des Konzessionsvertrags gem. § 134 BGB<sup>75</sup>.

Hieraus folgt in der Praxis, dass der Neukonzessionär keinen Netzherausgabeanspruch gem. § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG gegenüber dem Altkonzessionär besitzt<sup>76</sup>.

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 wird<sup>77</sup>.
- Das OLG Celle<sup>78</sup> 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 Düsseldorf<sup>79</sup> nicht zulässig.
- Das OVG Nordrhein-Westfalen<sup>80</sup> 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 vor<sup>81</sup>.

<sup>72</sup> BGH, Urteil v. 07.10.2014, Az. EnZR 86/13, Rdnrn. 42, 46ff.

<sup>73</sup> BGH, Urteil v. 07.10.2014, Az. EnZR 86/13, Rdnrn. 17, 28ff.

<sup>74</sup> BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. 66/12 „Stromnetz Berkenthin“, Rdnr. 99.

<sup>75</sup> BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. 66/12 „Stromnetz Berkenthin“, Rdnr. 101 ff.; ; OLG Karlsruhe, Urteil v. 26.03.2014, Az. 6 U 68/13 Kart.

<sup>76</sup> BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. 66/12 „Stromnetz Berkenthin“, Rdnr. 9, 15; BGH Urteil v. 07.10.2014, Az. EnZR 86/13, „Stromnetz Olching“, Rdnr. 11, 14.

<sup>77</sup> OLG Düsseldorf, Urteil v. 12.03.2008, Az. VI-2 U Kart 8/07, II. 6. c).

<sup>78</sup> OLG Celle, Urteil v. 23.05.2013, Az. 13 U 185/12 Kart., Rdnr. 24, bestätigt durch BGH Entscheidung v. 18.11.14, Az. EnZR 33/13, Rdnr. 19.

<sup>79</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss v. 09.01.2013, Az. VII-Verg 26/12, Rdnr. 76.

<sup>80</sup> OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss v. 10.02.2012, Az. 11 B 1187/11, Rdnrn. 38, 48; vgl. auch die Ausführungen des VG Aachen, Beschluss v. 13.09.2011, 1 L 286/11, zum Hauptantrag 1. b).

<sup>81</sup> BGH, Urteil v. 17.12.2013, Az. 66/12 „Stromnetz Berkenthin“, Rdnr. 16; vgl. auch Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht, Beschlüsse v. 11.09.2013, 10 ME 87/12 und 10 ME 88/12, das in seiner Entscheidungsbegründung unter II. von einem „gravierenden Verstoß“ spricht.

- Ein Verstoß gegen § 3 KAV (Nebenleistungsverbot) führt gem. § 134 BGB nur zur Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrages, wenn die unzulässige Leistung kausal für die Auswahlentscheidung war<sup>82</sup>

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 in Anlehnung an § 101a GWB alle Bewerber in Textform über ihre beabsichtigte Auswahlentscheidung und die zugrunde liegenden Gründe unterrichtet und den Konzessionsvertrag frühestens 15 Tage nach Absendung des Informationsschreibens 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.<sup>83</sup>

Zur Wahrung der Rechte reicht es nach dem Urteil des LG Mainz aus, dass der unterlegene Bewerber den Erlass einer einstweiligen Verfügung zur Untersagung des angekündigten Vertragsabschlusses innerhalb dieser 15-Tage-Frist beim Gericht beantragt. Einer gerichtlichen Entscheidung innerhalb dieser Frist bedarf es aber nicht. Auch die zwischenzeitlich erfolgte Zuschlagserteilung zu Gunsten des anderen Energiewirtschaftsunternehmens bedeutet nicht, dass die Überprüfung der Wirksamkeit des Wegenutzungsvertrages in einem zivilprozessualen Verfahren nicht mehr erfolgen kann.<sup>84</sup>

Das OLG Karlsruhe<sup>85</sup> hat diese vom BGH angeregte Möglichkeit einer Rügeobliegenheit der unterlegenen Bewerber weiter entwickelt. Seiner Ansicht nach ist bei den unterlegenen Bewerbern zwischen dem Altkonzessionär und anderen Bietern (einfache Bieter) zu unterscheiden. Einfache Bieter treffe danach die Obliegenheit, innerhalb der 15-Tage-Frist bei Gericht einen Antrag auf Erlass einer Unterlassungsverfügung zu stellen und sie könnten sich widrigenfalls nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht mehr auf die Nichtigkeit des Konzessionsvertrages berufen. Der Altkonzessionär sei dagegen von der Auswahlentscheidung in besonderem Maße betroffen, da er gem. § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG zur Übereignung der notwendigen Verteilungsanlagen an den Neukonzessionär verpflichtet ist, was einem Zwangsverkauf gleich komme. Er könne deshalb die aus § 134 BGB folgende Nichtigkeit des Konzessionsvertrages wegen Verstoßes gegen die Anforderungen aus §§ 1, 46 Abs. 1, 2 EnWG und § 20 GWB a.F. selbst dann geltend machen, wenn er von der Möglichkeit, vor Abschluss des Konzessionsvertrages eine Unterlassungsverfügung gegen die Gemeinde zu beantragen, keinen Gebrauch gemacht hat (Fortführung von BGH Urte. v. 17.12.2013, KZR 66/12).

Sofern ein einfacher Bieter innerhalb der 15-Tage-Frist keinen Antrag auf Erlass einer Unterlassungsverfügung stellt, liegt darin ein Verzicht auf eine zu seinen Gunsten bestehende Rechtsschutzmöglichkeit, die auch im Falle bereits vorprozessual erhobener Rügen stets als sicherster Weg gewählt werden sollte.<sup>86</sup> Es erscheint daher gerechtfertigt, einem einfachen Bieter in späteren Verfahren, eine Berufung auf eine nicht ordnungsgemäße Durchführung im Hinblick auf Treu und Glauben zu verwehren, weil er die ihm durch den Vertragsabschluss drohenden Rechtsnachteile nicht zu verhindern versucht hat.

---

<sup>82</sup> BGH, Urteil v. 07.10.2014, Az. EnZR 86/13, Rdnr. 48.

<sup>83</sup> Dem BGH folgend LG Mainz, Urteil v. 19.02.2015, Az. 12 HK O 2/15, III.

<sup>84</sup> LG Mainz, Urteil v. 19.02.2015, Az. 12 HK O 2/15, I2.

<sup>85</sup> OLG Karlsruhe, Urteil v. 26.03.2014, Az. 6 U 68/13 Kart, II. 2. f)

<sup>86</sup> Vgl. auch die Ausführungen des LG Mainz, Urteil v. 19.02.2015, Az. 12 HK O 2/15, III., zum Verfügungsgrund.

### 3.5.2. Rechtsschutz

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

- Zivilgerichte (§ 13 GVG<sup>87</sup>)  
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>88</sup>.

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).

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

---

<sup>87</sup> Gerichtsverfassungsgesetz i.d.F. v. 21.01.2015.

<sup>88</sup> OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss v. 10.02.2012, Az. 11 B 1187/11, Rdnr. 12.

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 NKomVG)**  
Die Kommunalaufsicht kann im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht Maßnahmen der Gemeinden beanstanden, soweit sie rechtswidrig sind<sup>89</sup>. Nach der Rechtsprechung des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts ist die Kommunalaufsicht im Falle „erkennbar gesetzeswidrigen Verhaltens“ der Gemeinde zum Einschreiten „sogar verpflichtet“. Dies gilt selbst in Fällen, in denen die Auslegung der Norm stark umstritten ist.<sup>90</sup> 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.

---

<sup>89</sup> Vgl. z. B. Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht, Beschluss v. 11.09.2013, Az. 10 ME 88/12, Rdnr. 39 f.

<sup>90</sup> Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht, Beschluss v. 11.09.2013, Az. 10 ME 88/12, Rdnr. 42.

## 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 Satz 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, vom BGH am 14.04.15 bestätigt EnZR 11/14) nicht nur die technischen Netzdaten, sondern auch kalkulatorische Daten. Im Einzelnen umfasst dies:

- a) Allgemeine Angaben zu Art, Umfang, Alter und Oberflächenstruktur der zu überlassenden Anlagegüter des Elektrizitäts- bzw. Gasversorgungsnetzes, insbesondere auch Art und Zugehörigkeit der jeweiligen Messeinrichtungen,
- 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,
- k) Strukturdaten gemäß § 27 Abs.2 Strom- bzw. GasNEV (Veröffentlichungspflichten des Netzbetreibers) bezogen auf das Konzessionsgebiet, also insbesondere<sup>91</sup>

---

<sup>91</sup> Gemäß der zum Veröffentlichungszeitpunkt des Leitfadens aktuellen Fassung von § 27 Abs. 2 Strom- bzw. GasNEV

- im Falle von Gasnetzen:
  - i) die Länge des Gasleitungsnetzes jeweils getrennt für die Niederdruck-, Mittel- druck- und Hochdruckebene zum 31. Dezember des Vorjahres,
  - ii) die Länge des Gasleitungsnetzes in der Hochdruckebene nach Leitungsdurch- messerklassen,
  - iii) die im Vorjahr durch Weiterverteiler und Letztverbraucher entnommene Jah- resarbeit in Kilowattstunden oder in Kubikmetern,
  - iv) die Anzahl der Ausspeisepunkte jeweils für alle Druckstufen und
  - v) die zeitgleiche Jahreshöchstlast aller Entnahmen in Megawatt oder Kubikme- tern pro Stunde und den Zeitpunkt des jeweiligen Auftretens;
- im Falle von Stromnetzen:
  - i) die Stromkreislänge jeweils der Kabel- und Freileitungen in der Niederspan- nungs-, Mittelspannungs-, Hoch- und Höchstspannungsebene zum 31. De- zember des Vorjahres,
  - ii) die installierte Leistung der Umspannebenen zum 31. Dezember des Vorjah- res,
  - iii) die im Vorjahr entnommene Jahresarbeit in Kilowattstunden pro Netz- und Umspannebene,
  - iv) die Anzahl der Entnahmestellen jeweils für alle Netz- und Umspannebenen,
  - v) die Einwohnerzahl im Netzgebiet von Betreibern von Elektrizitätsversorgungs- netzen der Niederspannungsebene zum 31. Dezember des Vorjahres,
  - vi) die versorgte Fläche nach § 24 Abs. 2 Satz 2 und 3 StromNEV zum 31. De- zember des Vorjahres und
  - vii) die geographische Fläche des Netzgebietes zum 31. Dezember des Vorjah- res;

sowie

- I) das Konzessionsabgabenaufkommen (getrennt nach den jeweiligen Tarif- und Sonder- vertragskunden).

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] 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 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)<sup>92</sup>

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 Endschafftsbestimmung. 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: <sup>93</sup>

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

<sup>92</sup> Rundschreiben Niedersächsischer Städte und Gemeindebund an die Hauptverwaltungsbeamtinnen und Hauptverwaltungsbeamten der Städte, Gemeinden und Samtgemeinden vom 20.06.2014; RD 108/2014, zu beziehen über den Niedersächsischen Städte und Gemeindebund.

<sup>93</sup> Ohne Gewähr, dass die Umsetzung dieses Beispiels in der Rechtsprechung Anklang findet. Die angegebenen Unterkriterien sind nicht abschließend.

<b>Sonstige kommunal- freundliche Kriterien mit sachlichem Bezug zum Konzessionsver- trag</b>	<b>1. Alternative Gewichtung (49 von 100)</b>	<b>2. Alternative Gewichtung (40 von 100)</b>	<b>3. Alternative Gewichtung (30 von 100)</b>
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
Endschaftsbestimmung	8	9	4
Kaufpreisregelung	7	5	4
Auskunftsansprüche	9	4	7
<b>Gesamt</b>	<b>100</b>	<b>100</b>	<b>100</b>

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

#### **4.4. Bausteine für den Inhalt eines Konzessionsvertrages (Muster)<sup>94</sup>**

Die „Bausteine für den Inhalt eines Konzessionsvertrages“ sollen eine Orientierungshilfe für die Gestaltung von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG darstellen. Gegenstand eines Konzessionsvertrages im Sinne des § 46 EnWG ist die Einräumung von Nutzungsrechten an Verkehrswegen der Gemeinde für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen für Strom oder Gas an ein Unternehmen. Die eigentliche Versorgung der Verbraucher ist nicht Inhalt eines Konzessionsvertrages gemäß § 46 EnWG, sondern Gegenstand separater Energielieferungsverträge bzw. Netznutzungsverträge.

Da die Vorlage eines Musterkonzessionsvertrages kartellrechtlichen Bedenken begegnet, haben wir das Modell eines Bausteinsystems gewählt, welches die für die Abfassung eines Konzessionsvertrags üblichen Elemente enthält. Dies ermöglicht zudem eine individuelle Gestaltung und Anpassung des Konzessionsvertrages an die konkreten Bedürfnisse der Gemeinde. Ziel ist es, Gemeinden Gestaltungsmöglichkeiten aufzuzeigen sowie auf eventuelle Schwierigkeiten hinzuweisen. Die Bausteine sollen dabei ausschließlich einen Überblick über notwendige bzw. empfehlenswerte Inhalte eines Konzessionsvertrages bieten. Das Verfahren der Bekanntmachung des Auslaufens des alten Konzessionsvertrages und der Auswahl eines neuen Konzessionsnehmers wird nicht thematisiert. Für diesen Aspekt des Abschlusses eines Konzessionsvertrages verweisen wir auf das Hinweispapier zur Durchführung eines Konzessionsvergabeverfahrens der Niedersächsischen Landeskartellbehörde.

Die vorgeschlagenen Elemente können und sollen an die zu regelnden Sachverhalte angepasst und je nach den Vorstellungen der Vertragspartner abgewandelt werden. Insofern werden teilweise konkrete Textvorschläge und teilweise Erläuterungen zu bestimmten Vertragsinhalten angeboten.

Die Bausteine können dabei grundsätzlich sowohl für die Gestaltung von Verträgen über die Wegenutzung für Strom- als auch für Gasleitungen verwendet werden. Auf je nach Vertragsgegenstand zu beachtende Unterschiede wird an entsprechender Stelle eingegangen.

Der NSGB beabsichtigt, die Bausteine zukünftig fortlaufend zu aktualisieren und neue Entwicklungen aufzunehmen. Insofern sind wir für Hinweise und Anregungen aus der Praxis dankbar.

##### **I. Vertragstitel:**

Vor dem Hintergrund des Vertragsgegenstandes, nämlich der Nutzung der Straßen und Wege der Gemeinde für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, bietet sich die Bezeichnung des Vertrages als „Wegenutzungsvertrag“ an. In der Praxis verbreitet ist aber auch die Bezeichnung als „Konzessionsvertrag“. Letztlich können sich die Vertragsparteien für die von Ihnen gewünschte Bezeichnung entscheiden, ohne dass dies zu einer anderen rechtlichen Einordnung des Vertrages führen würde.

##### **II. Vertragsparteien:**

Eingangs sollten die Vertragsparteien sowie der jeweilige Vertreter für den Abschluss des Vertrages benannt werden. Im folgenden Vertragstext können die Parteien dann kurz als „Gemeinde“ bzw. „Energieversorgungsunternehmen/EVU“, „Konzessionsnehmer“ oder mit dem Namen des konkreten Unternehmens bezeichnet werden.

##### **III. Präambel:**

Die mit dem Vertragsabschluss verfolgten Ziele und Wünsche der Parteien können optional in einer Präambel umschrieben werden. Dabei ist z. B. die Bezugnahme auf die in § 1 EnWG umschriebenen Ziele denkbar. Auf Wunsch einer Gemeinde ist auch die Formulierung von politischen Zielen möglich, etwa ein Verweis auf die Ziele der Energiewende o.Ä. Im Interesse einer vertrauensvollen Zusammenarbeit erscheint es sinnvoll, in der Präambel ferner auf die

---

<sup>94</sup> Rundschreiben Niedersächsischer Städte und Gemeindebund an die Hauptverwaltungsbeamtinnen und Hauptverwaltungsbeamten der Städte, Gemeinden und Samtgemeinden vom 20.05.2015; RD 085/2015, zu beziehen über den Niedersächsischen Städte und Gemeindebund.

Verpflichtung beider Parteien zur gegenseitigen Rücksichtnahme auf die Interessen des jeweils anderen sowie zu bestmöglicher Zusammenarbeit hinzuweisen.

#### Beispiele:

*„Ziel der Vertragsparteien ist es, eine sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltfreundliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit im Gemeindegebiet mit Elektrizität/Gas zu gewährleisten, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht.“*

*„Die Parteien unterstützen die Ziele der Energiewende.“*

*„Die Parteien werden bei der Erfüllung des Vertrages bestmöglich zusammenarbeiten und dabei auf die Interessen der jeweils anderen Vertragspartei Rücksicht nehmen.“*

### **IV. Vertragsklauseln im Einzelnen:**

#### **1. Regelungsgegenstand und Pflichten des Konzessionsnehmers**

Zentrale Pflicht des Konzessionsnehmers ist der Betrieb des vertragsgegenständlichen Netzes gemäß den Grundsätzen des § 11 EnWG. Dies umfasst insbesondere die Pflicht, ein sicheres, zuverlässiges und leistungsstarkes Netz diskriminierungsfrei zu betreiben, zu warten und im Rahmen der wirtschaftlichen Zumutbarkeit zu optimieren.

Zudem besteht gemäß § 17 EnWG die Pflicht, Interessenten zu angemessenen und diskriminierungsfreien Konditionen an das Netz anzuschließen.

Hierbei handelt es sich um gesetzliche Verpflichtungen, die insofern nicht detailliert in den Vertragstext aufgenommen werden müssen. Sinnvoll ist dennoch die Aufnahme einer entsprechenden deklaratorischen Klausel. Das Vertragsgebiet kann in einer Karte markiert und dem Vertrag als Anlage beigefügt werden.

#### Formuliert werden kann diese Pflicht etwa wie folgt:

*„Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich, im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen alle Interessenten im Vertragsgebiet an das von ihm betriebene Versorgungsnetz anzuschließen, soweit ihm dies nach den Bestimmungen des Energiewirtschaftsgesetzes zugemutet werden kann.“*

*„Das Vertragsgebiet ist das in der anliegenden Karte gekennzeichnete Gemeindegebiet.“*

#### **2. Leistungen der Gemeinde**

Die zentrale Pflicht der Gemeinde besteht darin, dem Konzessionsnehmer das Recht einzuräumen, öffentliche Straßen und Wege des Gemeindegebiets für Bau, Betrieb und Unterhaltung von Leitungen und sonstigen Anlagen zur Energieversorgung zu nutzen. Dies kann sich auf bereits bestehende als auch auf zukünftig noch zu schaffende Verkehrswege beziehen. Möglich ist auch, explizit zu benennen, dass es sich dabei um ober- und unterirdische Anlagen handeln kann. Bei den Leitungen kann es sich sowohl um Leitungen zur direkten Versorgung der Verbraucher als auch um Durchgangs- und Fernleitungen handeln, was im Vertrag auch entsprechend formuliert werden kann.

#### Formulierungsbeispiel:

*„Die Gemeinde räumt für die Dauer dieses Vertrages dem Konzessionsnehmer das Recht ein, die bestehenden sowie die noch entstehenden öffentlichen Wege (Straßen, Brücken, Wege, Plätze und dergleichen) und sonstige Grundstücke, die beschränkt oder unbeschränkt öffentlichem Verkehr gewidmet sind und über welche die Gemeinde jeweils verfügt, oberirdisch und unterirdisch für die Verlegung, den Betrieb und die Unterhaltung von Leitungen und sonstigen Verteilungsanlagen zur Versorgung von Kunden im Vertragsgebiet zu nutzen. Dies gilt auch für Fern- und Durchgangsleitungen.“*

Darüber hinaus kann sich die Gemeinde verpflichten, auch die Nutzung solcher Flächen, die in ihrem Eigentum stehen, oder über die sie sonst verfügen kann, die jedoch nicht dem öffentlichen Verkehr gewidmet sind, zu gestatten (sog. „fiskalische Grundstücke“). In der Praxis häufig anzutreffen ist in diesem Fall ein Verweis auf § 12 NAV (bei Versorgung mit Strom) bzw. § 12 NDAV (bei Versorgung mit Gas) um den Umfang der Einräumung des Rechts zur Nutzung von Flächen, die nicht dem öffentlichen Verkehr dienen, näher zu bestimmen.

Möglich ist auch, für die Nutzung fiskalischer Flächen bereits im Konzessionsvertrag den späteren Abschluss eines separaten Gestattungsvertrages zu vereinbaren, soweit die Nutzung des fraglichen Grundstücks den Umfang der eingeräumten Duldungspflicht überschreitet. In diesem Fall sollte zudem die Zahlung einer angemessenen Entschädigung vereinbart werden, da bei dieser Fallgestaltung keine Konzessionsabgabe nach der KAV zu zahlen ist, da Konzessionsabgaben im Sinne der KAV nur solche Entgelte sind, die für die Nutzung öffentlicher Verkehrswege gezahlt werden.

#### Etwa:

*„Darüber hinaus räumt die Gemeinde dem Konzessionsnehmer das Recht ein, die der Verfügung der Gemeinde unterliegenden nicht dem öffentlichen Verkehr gewidmeten Grundstücke zu nutzen. Für den Umfang der Duldungspflicht gilt § 12 NAV bzw. § 12 NDAV entsprechend. Sofern diese Duldungspflicht überschritten wird, werden die Parteien einen gesonderten Gestattungsvertrag zu angemessenen Bedingungen, insbesondere Zahlung einer angemessenen Entschädigung, abschließen.“*

Zu achten ist in jedem Fall darauf, dass Formulierungen gewählt werden, aus denen sich hinreichend klar ergibt, worauf sich die Verpflichtung der Gemeinde beziehen soll.

### **3. Folgepflicht und Folgekostenpflicht**

Hierunter ist die Pflicht des Konzessionsnehmers zu verstehen, bauliche Veränderungen an den Verteilungsanlagen vorzunehmen, wenn dies wegen Maßnahmen der Gemeinde (z.B. straßenbaulicher Änderungen) erforderlich wird (Folgepflicht). Die dafür notwendigen Kosten (Folgekosten) werden in der Regel vertraglich dem Konzessionsnehmer auferlegt. Grundsätzlich kann die Kostentragung jedoch auch noch differenzierter geregelt werden, insbesondere dann, wenn die rechtliche Möglichkeit besteht, die entstehenden Kosten einem Dritten aufzuerlegen.

#### Beispiele:

*„Werden wegen Maßnahmen der Gemeinde Änderungen oder Sicherungsmaßnahmen an den Verteilungsanlagen erforderlich, ist der Konzessionsnehmer verpflichtet, diese binnen angemessener Frist durchzuführen. Die entstehenden Kosten trägt der Konzessionsnehmer.“*

*„Dies gilt nicht, soweit die Gemeinde die entstehenden Folgekosten einem Dritten auferlegen kann oder soweit sich ein Dritter an der gemeindlichen Maßnahme beteiligt.“*

### **4. Bauliche Maßnahmen durch den Konzessionsnehmer**

Bauliche Maßnahmen an den gemeindlichen Verkehrswegen, die Vertragsgegenstand sind, können auch auf Veranlassung des Konzessionsnehmers wegen der geplanten Verlegung bzw. Änderung der Verteilungsanlagen erforderlich werden. Sinnvoll erscheint es in diesen Fällen, dass sich die Gemeinde zu diesen Maßnahmen generell ein Zustimmungsrecht vorbehält und Verweigerungsgründe wie Belange des Umwelt- und Naturschutzes, stadtgestalterische Erwägungen oder entgegenstehende öffentlichen Interessen benannt werden. Der Konzessionsnehmer, der die notwendigen Arbeiten durchführt, trägt die notwendigen Kosten. Der Konzessionsnehmer sollte sich verpflichten, für die (Wieder-)Herstellung des ordnungsgemäßen Zustandes der fraglichen Flächen zu sorgen und dafür die Gewährleistung übernehmen. Hinsichtlich der Dauer der Gewährleistungsfrist ist eine Frist von fünf Jahren anzuraten; längere Gewährleistungsfristen dürften im Hinblick auf das Nebenleistungsverbot (s. dort) problematisch sein. Vereinbart werden kann auch die Durchführung einer anderen (höherwertigen)

Wiederherstellung gegen Kostenübernahme durch die Gemeinde. Regelungen zur Abnahme (gemeinsam, Protokollierung...) der durchgeführten Bauarbeiten sind ferner ebenfalls möglich. Sinnvoll erscheint es ferner, dass die Parteien sich über Maßnahmen, die die andere Partei berühren können, frühzeitig informieren sowie eine Möglichkeit zur Stellungnahme einräumen.

Beispiele:

*„Der Konzessionsnehmer ist berechtigt, Baumaßnahmen, die zur Verlegung, Änderung oder Entfernung von Verteilungsanlagen erforderlich werden, an den Wegen und Grundstücken, zu deren Nutzung der Konzessionsnehmer berechtigt ist, mit Zustimmung der Gemeinde vorzunehmen. Die Gemeinde darf ihre Zustimmung nur aus wichtigem Grund verweigern. Bei Beseitigungen von Störungen sowie Arbeiten von geringerer Bedeutung ist die Zustimmung der Gemeinde nicht erforderlich. Der Konzessionsnehmer verpflichtet sich, die in Anspruch genommenen Wege und Grundstücke nach Abschluss der Baumaßnahmen umgehend auf seine Kosten wieder in einen Zustand zu versetzen, der dem vor Beginn der Baumaßnahme entspricht. Für die ordnungsgemäße Herstellung leistet er fünf Jahre Gewähr.“*

*„Über bauliche Maßnahmen, die die andere Vertragspartei berühren, werden sich die Parteien gegenseitig frühzeitig informieren und Gelegenheit zur Stellungnahme geben.“*

## **5. Konzessionsabgabe (Abschlagszahlungen)**

Die Gegenleistung des Konzessionsnehmers für die Einräumung der Wegenutzungsrechte besteht in der Zahlung von Konzessionsabgaben an die Gemeinde. Die maximal zulässige Höhe regelt die Konzessionsabgabenverordnung (KAV).

Vereinbart werden kann hier z.B. die Leistung der Höchstsätze gemäß der jeweils gültigen KAV. Für die Zahlung der Abgabe wird in der Regel ein jährlicher Zahlungstermin vereinbart. Darüber hinaus wird als Zahlungsmodalität häufig die Leistung von Abschlagszahlungen vereinbart. Die Anzahl der Abschlagszahlungen, die Höhe der Raten sowie die Zahlungstermine für die Raten können dabei individuell festgesetzt werden. Die Höhe der Raten kann dabei auf Grundlage der Höhe der für das Vorjahr oder Vorvorjahr gezahlten Konzessionsabgabe berechnet werden (z.B. 25 % der Höhe der Konzessionsabgabe des Vorjahres pro Quartal). Zu beachten ist allerdings, dass gem. § 5 KAV Abschlagszahlungen nur für bereits abgelaufene Zeiträume gezahlt werden dürfen. Vorauszahlungen sind unzulässig.

Beispiele:

*„Der Konzessionsnehmer zahlt an die Gemeinde für die eingeräumten Nutzungsrechte eine Konzessionsabgabe in Höhe der Höchstsätze gemäß der jeweils gültigen Konzessionsabgabenverordnung.“*

*„Die Konzessionsabgabe ist spätestens bis zum ... des Jahres für das vorausgegangene Kalenderjahr zu entrichten.“*

*„Auf die jährlich zu zahlende Konzessionsabgabe leistet der Konzessionsnehmer jeweils nach Ablauf eines Quartals Abschlagszahlungen in Höhe von ... Prozent der für das vergangene Jahr gezahlten Konzessionsabgabe.“*

## **6. Kommunalrabatt**

Üblich und nach der KAV zulässig ist zudem die Einräumung eines Preisnachlasses für den Eigenverbrauch an Energie der Gemeinde (Kommunalrabatt). Hier bietet sich ein Verweis auf die Vorschriften der KAV an.

Beispiel:

*„Der Konzessionsnehmer gewährt der Gemeinde für deren Eigenverbrauch den gemäß der jeweils gültigen Konzessionsabgabenverordnung höchstzulässigen Preisnachlass auf den Rechnungsbetrag für den Netzzugang aller Abnahmestellen der Gemeinde. Dies gilt nicht für*

*Wirtschaftsunternehmen der Gemeinde, welche im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Wettbewerb stehen.“*

## **7. Vertragsdauer**

Zu bestimmen ist hier das Datum des Inkrafttretens des Vertrags sowie die Laufzeit in Jahren. Die Laufzeit ist nach § 46 Abs. 2 EnWG auf maximal 20 Jahre beschränkt.

Die Vereinbarung einer kürzeren Laufzeit als gesetzlich vorgeschrieben ist grundsätzlich möglich. Sie erscheint allerdings dann problematisch, wenn eine Mindestlaufzeit von etwa 10 Jahren unterschritten wird, weil darin ein Verbot gegen das Diskriminierungsverbot gesehen werden kann. Auf eine kürzere Laufzeit als ca. 10 Jahre wird sich typischerweise nur der Altkonzessionär einlassen können, da er in der vorangegangenen Laufzeit seine Investitionen bereits amortisieren konnte. Sofern ein Eigenbetrieb der Gemeinde sich an dem Verfahren beteiligt, wird dieser zwar ebenfalls wegen des finanziellen Rückhalts der Gemeinde eine kürzere Laufzeit anbieten können, insofern sind die damit für die Gemeinde einhergehenden Belastungen jedoch kritisch zu beurteilen. Neue, nicht mit der Gemeinde verbundene Bieter werden ferner durch zu kurze Laufzeiten stets ausgeschlossen.

Denkbar ist grundsätzlich auch die Vereinbarung eines Sonderkündigungsrechts vor Ablauf der vereinbarten Laufzeit. Auch dieses sollte in der Regel allerdings eine Mindestlaufzeit von 10 Jahren nicht unterschreiten.

## **8. Endschaftsbestimmungen**

In einem Konzessionsvertrag sollte ferner auch eine Endschaftsbestimmung vereinbart werden. In dieser wird bestimmt, zu welchen Konditionen die Gemeinde die vorhandenen Anlagen vom Konzessionsnehmer zum Vertragsende übernehmen kann.

Gesetzlich ist keine bestimmte Wertermittlungsmethode für den Kaufpreis vorgeschrieben. § 46 Abs. 2 S. 3 EnWG bestimmt lediglich, dass eine „wirtschaftlich angemessene Vergütung“ zu zahlen ist.

Vertraglich kann somit auf die Formulierung des § 46 Abs. 2 S. 3 EnWG („wirtschaftlich angemessene Vergütung“) zurückgegriffen werden.

Denkbar ist es ferner, als Kaufpreis den Ertragswert der zu übernehmenden Anlagen festzulegen. Dies ist der Wert, der bei Berücksichtigung sämtlicher betriebswirtschaftlicher Aspekte bei Nutzung der Anlagen künftig zu erzielen ist.

In der Praxis wird zur Wertermittlung ein Gutachter heranzuziehen sein, so dass auch die Kostentragung für die anfallenden Gutachterkosten zu regeln ist. Sinnvollerweise trägt dabei jede Partei die Kosten für von ihr in Auftrag gegebene Gutachten.

Für den Fall, dass die bestellten Gutachter sich hinsichtlich der Höhe der Vergütung nicht einigen können, kann bereits im Voraus die Benennung eines Obmanns geregelt werden, welcher dann einen Vorschlag unterbreiten kann. Gegebenenfalls können auch Detailfragen hinsichtlich der Bestellung und der Qualifikation des Obmanns geregelt werden.

Falls keine Einigung zwischen den Sachverständigen erzielt werden kann, ist alternativ ist auch die Vereinbarung eines vorbehaltlichen Kaufpreises durch eine gesonderte Vereinbarung bei Auslaufen des Vertrages möglich, damit zunächst eine Netzübernahme stattfinden kann. Eine Entscheidung über den endgültigen Kaufpreis kann dann in einem gerichtlichen Verfahren stattfinden.

### Beispiele:

*„Sofern es nach Ablauf dieses Vertrages und Durchführung des Verfahrens zur Neuvergabe der Konzession nicht zum Abschluss eines neuen Wegenutzungsvertrags zwischen den Parteien kommt, ist die Gemeinde berechtigt und verpflichtet, die für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu erwerben.“*

*„Sofern es nach Ablauf dieses Vertrages und Durchführung des Verfahrens zur Neuvergabe der Konzession nicht zum Abschluss eines neuen Wegenutzungsvertrags zwischen den Parteien kommt, ist die Gemeinde berechtigt und verpflichtet, die für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen gegen Erstattung des Ertragswerts der Anlagen zu erwerben.“*

*„Der Konzessionsnehmer trägt die Kosten für die Ermittlung des Wertes. Die Gemeinde kann auf eigene Kosten eine eigene Wertermittlung in Auftrag geben.“*

*„Sollten die mit der Wertermittlung beauftragten Sachverständigen sich nicht auf einen Betrag einigen können, wird von den Sachverständigen einvernehmlich ein Obmann bestellt, der einen Vorschlag unterbreitet. Kann keine Einigung über die Person des Obmannes erzielt werden, soll der Präsident des für die Gemeinde zuständigen Oberlandesgerichts um die Ernennung des Obmanns ersucht werden. Der Obmann soll die Befähigung zum Richteramt besitzen.“*

## **9. Zurverfügungstellung von Netzdaten**

Darüber hinaus ist der Konzessionsnehmer gem. § 46 Abs. 2 EnWG verpflichtet, der Gemeinde rechtzeitig vor Auslaufen des Vertrages die Informationen über die technische und wirtschaftliche Situation des Netzes zur Verfügung zu stellen, die für eine Bewertung des Netzes im Rahmen einer Neuausschreibung des Konzessionsvertrages erforderlich sind.

Dies hat gem. § 46 Abs. 2 EnWG spätestens ein Jahr vor Beginn des Bekanntmachungsverfahrens im Rahmen der Neuvergabe der Konzession zu erfolgen, welches wiederum zwei Jahre vor Auslaufen des Altvertrages einzuleiten ist. Insofern sollten die Daten drei Jahre vor Auslaufen des Vertrages übermittelt werden. Welche Daten konkret herauszugeben sind, hat die höchstrichterliche Rechtsprechung konkretisiert und ist in den „Hinweise der Niedersächsischen Landeskartellbehörde zur Durchführung eines wettbewerblichen Konzessionsvergabeverfahrens nach § 46 EnWG“ (dort 3.1.2 und 3.1.3) näher dargelegt. Für die dort aufgeführten Daten sollte in den Vertrag eine Übermittlungspflicht aufgenommen werden.

### Beispiel:

*„Die Gemeinde kann verlangen, dass ihr spätestens drei Jahre vor Beendigung des Vertrages die für die Bewertung des Netzes im Rahmen des Bekanntmachungsverfahrens gemäß § 46 Abs. 3 EnWG notwendigen Informationen über die technische und wirtschaftliche Situation des Netzes zur Verfügung gestellt werden.“*

*Danach sind insbesondere folgende kalkulatorische und regulatorische Daten zu übermitteln:*

- *Allgemeine Angaben zu Art, Umfang, Alter und Oberflächenstruktur der zu überlassenden Anlagegüter des Elektrizitäts- bzw. Gasversorgungsnetzes, insbesondere auch Art und Zugehörigkeit der jeweiligen Messeinrichtungen,*
- *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:*

**Hier ist zu unterscheiden zwischen der Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen, so dass es für Gaskonzessionen lauten muss:**

- *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;*

**und für Stromkonzessionen:**

- *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).*

## **10. Haftung**

Sinnvoll ist zudem eine allgemeine Haftungsregelung für Schäden, die (z.B. bei Durchführung von Arbeiten) einer der Parteien oder Dritten durch die andere zugefügt werden. Zweckmäßig ist es, dabei auf die gesetzlichen Haftungsregeln zu verweisen.

Etwa:

*„Der Konzessionsnehmer haftet nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen für alle Schäden, die durch den Bau oder Betrieb der Verteilungsanlagen der Gemeinde oder Dritten entstehen.“*

*„Die Haftung der Gemeinde gegenüber dem Konzessionsnehmer für von der Gemeinde verursachte Schäden an den Verteilungsanlagen richtet sich ebenfalls nach den gesetzlichen Bestimmungen.“*

## **V. Allgemeine vertragsrechtliche Klauseln:**

Zusätzlich zu den hier näher erläuterten speziellen konzessionsvertraglichen Inhalten ist es zweckmäßig, allgemeine vertragliche Fragen zu regeln. Dies betrifft etwa die Aufnahme einer Bestimmung zur Erforderlichkeit der Schriftform bei Änderungen des Vertrages, zur Anzahl der Ausfertigungen, die Aufnahme einer Salvatorischen Klausel, oder einer Gerichtsstandvereinbarung.

Formulierungsvorschläge:

*„Sollte eine Bestimmung dieses Vertrages unwirksam oder undurchführbar sein oder werden, so wird die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen dieses Vertrages dadurch nicht berührt. In diesem Fall werden die Parteien die unwirksame oder undurchführbare Bestimmung durch eine Regelung ersetzen, die dem wirtschaftlichen Zweck und dem Sinn der unwirksamen oder undurchführbaren Bestimmung am nächsten kommt.“*

*„Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform. Dies gilt auch für die Änderung des Schriftformerfordernisses.“*

*„Dieser Vertrag wird in zwei Ausfertigungen erstellt. Die Parteien erhalten jeweils ein Exemplar.“*

## **VI. Sonstige zu beachtende Besonderheiten/Gestaltungsmöglichkeiten**

### **1. Nebenleistungsverbot gem. § 3 KAV**

Gem. § 3 KAV dürfen als Gegenleistung des Konzessionsnehmers neben oder an Stelle der Konzessionsabgabe ausschließlich die in § 3 Abs. 1 KAV genannten Leistungen vereinbart werden, insbesondere der sog. Kommunalrabatt. Sonstige Finanz- und Sachleistungen des Konzessionsnehmers, die unentgeltlich oder zu einem Vorzugspreis gewährt werden, werden durch § 3 Abs. 2 KAV ausdrücklich ausgeschlossen.

Umstritten ist insbesondere die Zulässigkeit der Vereinbarung sogenannter Energiekonzepte. Zulässig sind gemäß § 3 Abs. 2 KAV lediglich 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, jedoch nur soweit sie nicht im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Konzessionsverträgen stehen. Der BGH hat die Frage der Zulässigkeit der Mitarbeit an kommunalen Energiekonzepten durch Energieversorger sowie der konkreten Auslegung des § 3 Abs. 2 KAV bisher offen gelassen.

Hinsichtlich der Rechtsfolgen der Vereinbarung einer unzulässigen Nebenleistung führt nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ein Verstoß gegen § 3 Abs. 2 KAV nicht zwingend zur Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrages, sondern in der Regel ausschließlich zur Nichtigkeit der unzulässigen Vertragsklausel.

Nach Auffassung des BGH ist der Vertrag nur dann insgesamt nichtig, wenn die Vereinbarung von nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV unzulässigen Nebenleistungen ein Kriterium für die Auswahl des Bewerbers war oder sich in anderer Weise auf die Auswahlentscheidung ausgewirkt hat. Unzulässig könnte unter dem Gesichtspunkt des Nebenleistungsverbots auch die Vereinbarung einer überdurchschnittlich langen Gewährleistungsdauer des Konzessionsnehmers für von ihm durchgeführte bauliche Maßnahmen sein. Üblich und unproblematisch ist eine Gewährleistungsdauer von 5 Jahren. Von längeren Fristen ist insofern eher abzuraten.

## **2. Verbraucherberatung zu rationellem Energieverbrauch**

Wie erläutert, ist die Mitarbeit des Energieversorgungsunternehmens an der Erarbeitung kommunaler Energiekonzepte vor dem Hintergrund des Nebenleistungsverbots als problematisch zu werten. Zulässig dürften hingegen direkte Beratungsangebote des Energieversorgungsunternehmens sein, die sich unmittelbar an Verbraucher im Gemeindegebiet richten.

## **3. Sonstige Gestaltungsmöglichkeiten**

Darüber hinaus bieten sich je nach den Besonderheiten des Falls und eventuell abzusehenden zukünftigen Veränderungen weitere Gestaltungsmöglichkeiten an. So kann etwa auf mögliche Änderungen der Vertragsparteien vorab eingegangen werden.

Auch die Regelung, dass Rechtsnachfolger der Parteien in den Vertrag eintreten müssen, ist möglich.

Eine teilweise anzutreffende Regelung ist zudem die Vereinbarung einer sogenannten Change-of-Control-Klausel. Eine Change-of-Control-Klausel begründet für die Gemeinde ein Sonderkündigungsrecht für den Fall, dass die Beherrschungsverhältnisse des Energieversorgungsunternehmens sich während der Vertragslaufzeit durch Eigentümerwechsel ändern (Änderung des Mehrheitsgesellschafters bzw. Mehrheitsaktionärs), insbesondere wenn dadurch die kommunale Einflussmöglichkeit geringer wird. Vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung des BGH bestehen jedoch nicht geringe Bedenken gegen die Zulässigkeit einer solchen Klausel, da sich dadurch eine unzulässige Diskriminierung des Energieversorgungsunternehmens kann.

Wenn man die oben beschriebenen Bausteine zusammen führt und um weitere Regelungen ergänzt, kann sich daraus ein Grundgerüst für einen Konzessionsvertrag ergeben, das wir nachfolgend beispielhaft erstellt haben.

Wir weisen ausdrücklich darauf hin, dass das nachfolgend abgedruckte Beispiel ein Grundgerüst eines Konzessionsvertrages darstellt und keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt. Eine Anpassung an die örtlichen Rahmenbedingungen und Verhältnisse wird in jedem Fall erforderlich sein.

Darüber hinaus können und müssen gemeindespezifische Anliegen und Probleme individuell formuliert werden. Die Kriterien, die für die Auswahl des jeweiligen Vertragspartners im Rahmen des Bewerbungs- und Auswahlverfahrens maßgeblich waren, sollten sich vollständig in konkreten zwischen Gemeinde und Vertragspartner vereinbarten Vertragsklauseln wiederfinden.

## **4.5. Gesetzestexte**

### **4.5.1 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) <sup>1</sup>Gemeinden 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. <sup>2</sup>Unbeschadet 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) <sup>1</sup>Verträge 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. <sup>2</sup>Werden 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. <sup>3</sup>Das neue Energieversorgungsunternehmen kann statt der Übereignung verlangen, dass ihm der Besitz hieran eingeräumt wird. <sup>4</sup>Der 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. <sup>5</sup>Die 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) <sup>1</sup>Die 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. <sup>2</sup>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. <sup>3</sup>Beabsichtigten 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. <sup>4</sup>Vertragsabschlüsse mit Unternehmen dürfen frühestens drei Monate nach der Bekanntgabe der vorzeitigen Beendigung erfolgen. <sup>5</sup>Bei der Auswahl des Unternehmens ist die Gemeinde den Zielen des § 1 verpflichtet. <sup>6</sup>Sofern 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.

## **4.5.2 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.