

Hinweise der Niedersächsischen Landeskartellbehörde

**zur Durchführung eines wettbewerblichen Konzessionsvergabe-
verfahrens nach § 46 EnWG¹ -**

- „Fahrplan“ zur Abwicklung des Verfahrens
- Erläuterung des Verfahrens und Offenlegung von Netzdaten

I. Fahrplan für ein Verfahren vom Auslaufen bis zum Abschluss eines Konzessionsvertrages nach § 46 EnWG

Vorüberlegungen der Gemeinde (spätestens 3 Jahre vor Auslaufen des Konzessionsvertrages):

- Wann läuft der Konzessionsvertrag aus?
- Inhaltliche Prüfung des „alten Konzessionsvertrages“
- Zeitabschätzung für das Verfahren nach § 46 EnWG
- Welche Handlungsalternativen ergeben sich für die Gemeinde?
- Welche Daten sind notwendig für das Bekanntmachungsverfahren und später für das Verhandlungsverfahren mit den Interessenten?
- Beschaffung der Daten beim bisherigen Netzbetreiber
- Erarbeitung eines Konzessionsvertragsentwurfes, der den Spezifikationen und Interessen der Gemeinde Rechnung trägt
- Festlegung von Auswahlkriterien und ihrer jeweiligen Gewichtung im Verhandlungsverfahren

1. Rechtsgrundlage: Energiewirtschaftsgesetz - § 46 Wegenutzungsverträge

Vergabe von Konzessionsverträgen geregelt in § 46 Abs. 1 EnWG

„Diskriminierungsfrei“, warum?

→ Eröffnung von diskriminierungsfreiem Wettbewerb um das Netz!

- Vergabe einer Dienstleistungskonzession
- Daher keine Anwendung des Vergaberechts

¹ Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz - EnWG); § 46 EnWG ist auf der letzten Seite vollständig abgedruckt.

2. Grundsätzliches

Zu beachten sind in jedem Stadium des Verfahrens der

- Grundsatz der Transparenz
- Grundsatz der Nichtdiskriminierung
- Grundsatz der Gleichbehandlung
- Grundsatz der Verhältnismäßigkeit
- Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung

3. Bekanntmachung

Wann?

- Spätestens zwei Jahre vor Ablauf des bestehenden Konzessionsvertrages (§ 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG)

Wo bzw. Wie?

- Durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger oder im elektronischen Bundesanzeiger (ggf. 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 EnWG)).

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

- Im Gegensatz zum regulären Verfahren muss der vorhandene Konzessionsvertrag erst beendet sein.
- Dann Bekanntmachung der vorzeitigen Beendigung und des Vertragsendes,
- Erst dann Beginn des neuen Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren.

4. Bekanntmachungsinhalt

Inhalt der Bekanntmachung

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

5. Interessenbekundungsfrist

Festlegung einer Interessenbekundungsfrist?

- Grundsätzlich zulässig

Dauer?

- Mindestens 3 Monate

6. Prüfung der Interessenbekundungen

Prüfungsumfang: Sind die Unterlagen vollständig und fristgemäß eingegangen?

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

- Fristverlängerung möglich
aber im Ermessen der Gemeinde
- Die gesetzte Bewerbungsfrist ist keine Ausschlussfrist (§ 31 Abs. 7 VwVfG i. V. m. § 1 NVwVfG)
- Wenn die Interessenbekundungsfrist verlängert wird, dann unter Berücksichtigung der o. g. Grundsätze –
d. h., es muss eine erneute Bekanntmachung der verlängerten Interessenbekundungsfrist erfolgen.

7. Führen von Gesprächen zur Vorbereitung von Angeboten

- Einladung an interessierte Bewerber
- Angebotsgespräche unter Beachtung der o. g. Grundsätze führen
- **Offenlegung von Informationen und allen relevanten (Netz-)Daten, damit ein fairer Wettbewerb entstehen kann** (Verpflichtung der Gemeinde und des bisherigen Netzbetreibers)
- Interessenten an einer Netzübernahme müssen in die Lage versetzt werden, ein wirtschaftliches Angebot abzugeben
- Entscheidende **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



Siehe hierzu: II. Vertiefende Hinweise zur „Offenlegung von Netzdaten“ (ab S. 6)



- Grundsatz: mit allen Bietern sollte wenigstens einmal gesprochen werden
- Ggf. Übersendung weiterer Unterlagen
- Gleichzeitig sind den Interessenten die Auswahlkriterien (z. B. Errichtung einer Betriebsstätte in der Region, Konzept für den Betrieb des Netzes, Beteiligung und Mitspracherechte) und deren Gewichtung für eine Angebotsabgabe bekannt zu geben
- Angebote der/des Interessenten und entsprechende Konzepte unter Setzung einer Angebotsfrist einholen
- Ggf. Maßnahmen zur Vorbereitung einer möglichen Netzübernahme

8. Auswertung und Auswahlentscheidung

- Nach Angebotseingang Aufnahme der Verhandlungen (sofern mehr als ein Anbieter vorhanden)
- Auswertung der abgegebenen Angebote unter Beachtung der o. g. Grundsätze und der festgelegten Kriterien

ACHTUNG:

- Die festgelegten Kriterien und deren Gewichtung müssen eingehalten werden
- Vertragsverhandlungen mit und Auswahl des Konzessionsnehmers bzw. des Kooperationspartners –
wegen der möglicherweise im Einzelfall zu berücksichtigenden Sachverhalte sollte für die Vertragsverhandlungen mit potentiellen Konzessionsnehmern bzw. Kooperationspartnern ein weiter Zeitraum eingeplant werden

9. Gemeindlicher Beschluss über die Konzessionsvergabe bzw. die Übernahme des Energieversorgungsnetzes

- Kommunale Entscheidung für ein Angebot bzw. für Netzbetrieb in Eigenregie – dokumentieren und nachvollziehbar begründen
- Bekanntmachung nach § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG über die Entscheidung über den Neuabschluss oder die Verlängerung des Vertrages bzw. die Übernahme des Energieversorgungsnetzes unter Angabe der maßgeblichen Gründe
- Bekanntmachung in jedem Fall - auch wenn es nur eine Bewerbung gibt - durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger oder im elektronischen Bundesanzeiger (ggf. zusätzlich im Amtsblatt der Europäischen Union)
- Die Bekanntgabe der Entscheidung muss vor dem Abschluss des Konzessionsvertrages erfolgen, damit Dritte, d. h. abgelehnte Interessierte, die Möglichkeit haben, sich gegen die Entscheidung der Gemeinde zu wenden

10. Abschluss des neuen Konzessionsvertrages

- Abschluss des neuen Konzessionsvertrages frühestens 15 Tage nach Bekanntmachung der Entscheidung der Gemeinde
- Regelungen zu Konzessionsverträgen gelten auch für Eigenbetriebe (§ 46 Abs. 4 EnWG)
d. h., wenn derzeit ein Eigenbetrieb das Netz betreibt, ist nach spätestens 20 Jahren wieder Wettbewerb zu ermöglichen
- Wichtig: Verbot anderer als der in § 3 Abs. 1 KAV genannten Sach- und Finanzleistungen vom Konzessionsbewerber an die Gemeinde, insbesondere im zeitlichen Zusammenhang mit der Konzessionsvergabe (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV) sowie Pflicht zur Übertragung (nur) gegen ein wirtschaftlich angemessenes Entgelt (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 KAV)

ACHTUNG:

Folgende Punkte sollten im neuen Konzessionsvertrag zur Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten enthalten sein:

- Regelung über die Verpflichtung des Netzbetreibers vor Auslaufen des Konzessionsvertrages die Daten herauszugeben, die für den zukünftigen Wettbewerb um das Netz notwendig sind
- Es empfiehlt sich für die Gemeinde, einen Eigentumsübertragungsanspruch nach Ablauf der Konzession im Konzessionsvertrag ausdrücklich zu regeln, da das Gesetz hier nicht eindeutig ist
- Regions- und gemeindespezifische Regelungen sollten vereinbart werden

11. Zusammenfassender Überblick

- Einhaltung der Grundsätze
- Rechtzeitige Bekanntmachung
- 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

II. Vertiefende Hinweise zur „Offenlegung von Netzdaten“

Nach § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG haben Gemeinden ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen (...) zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen.

Die Höchstlaufzeit beträgt 20 Jahre, auslaufende Konzessionsverträge zwischen Gemeinden und Energieversorgungsunternehmen über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Elektrizitäts- und Gasverteilnetzen sind gemäß § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG nach ihrem Ablauf von den Gemeinden neu abzuschließen. Dabei sieht die Vorschrift eine Bekanntmachung des Auslaufens der Konzessionsverträge spätestens zwei Jahre vor Vertragsablauf vor.

Darüber hinaus gibt der Gesetzgeber den Gemeinden kein konkretes Verfahren zur Neuvergabe der Konzession vor, lediglich aus § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG lässt sich ersehen, dass – sofern sich mehrere Energieversorgungsunternehmen beworben haben – die Neuvergabe der Konzession durch öffentliche Bekanntgabe unter Angabe der maßgeblichen Gründe zu erfolgen hat.

Insbesondere trifft der Gesetzeswortlaut keine Aussage dazu, welche Anforderungen an die Ausgestaltung des Konzessionsvergabeverfahrens der Gemeinden und dabei an den Inhalt der Bekanntmachung zu stellen sind.

Da aufgrund zahlreicher auslaufender Konzessionsverträge für Strom- bzw. Gasleitungen in Niedersachsen häufig das Verfahren betreffende Probleme und Rechtsfragen an die Niedersächsische Landeskartellbehörde (LKartB) herangetragen werden, ergehen zur Erläuterung ihrer Rechtsposition folgende Ausführungen zur Offenlegung von Netzdaten im Konzessionsvergabeverfahren²:

1.

Obwohl der Gesetzgeber keine Aussage zu einem bestimmten Verfahren, das die Gemeinden bei der Auswahl unter mehreren Interessenten zur Vergabe der neuen Konzession durchlaufen müssen, getroffen hat, ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der Regelung des § 46 EnWG, **den Neuabschluss von Wegenutzungsverträgen wettbewerblich auszugestalten und somit einen Wettbewerb „um das Netz“ zu initiieren³. Das OLG Düsseldorf führte hierzu aus: „Der Zweck des Gesetzes besteht nicht in dem Schutz der Gemeinde, etwa um die Entscheidungsfreiheit der Gemeinde zu erweitern, oder in der Gewährleistung von Rechtssicherheit, sondern in der Ermöglichung des Wettbewerbs durch Dritte“.**

Dies ergibt sich ebenfalls aus der Begründung der Vor-Vorgängerregelung in § 8 Abs. 3 EnWG 1998, wonach die Bekanntgabe des Neuabschlusses eines Wegenutzungsvertrages als notwendige Voraussetzung für das Entstehen von Wettbewerb angesehen wurde⁴. Diese Verpflichtung blieb auch im EnWG 2003 unverändert und ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zum EnWG

² Zum Standort der in den Hinweisen behandelten Rechtsfragen im Konzessionsvergabeverfahren siehe den vorangestellten Fahrplan.

³ So bereits das OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.03.2008 – VI-2U (Kart) 8/07.

⁴ Vgl. BT Drs. 13/7274 S.21.

2005 sollte die Regelung des § 46 EnWG der Vorgängerregelung entsprechen und lediglich an die neuen rechtlichen Rahmenbedingungen angepasst werden⁵.

2.

Gleichwohl ist bei der Konzessionsvergabe durch die Gemeinden nicht von einer Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts auszugehen. Wie der EuGH in seinem Urteil vom 10.09.2009 (Az.: C-206/08, WAZV Gotha) für eine Wasserkonzession entschieden hat, handelt es sich dabei um keinen Dienstleistungsauftrag im Sinne des europäischen Vergaberechts, sondern um eine Dienstleistungskonzession. Bei deren Vergabe hat der Konzessionsgeber jedoch insbesondere den Gleichbehandlungsgrundsatz, das Diskriminierungsverbot und die Transparenzpflicht zu beachten, die sich aus dem EGV ergeben.

3.

Die Übertragung der Grundsätze „Transparenz, Gleichbehandlung und Diskriminierungsverbot“ auf die Vergabe von Konzessionen für den Betrieb und die Verlegung von Strom- und Gasverteilernetzen folgt, dass die Gemeinden als Konzessionsgeber bei der Neuvergabe von Konzessionen einen Wettbewerb um diese Wegenutzungsrechte zu eröffnen haben, dabei jedoch nicht an das Kartellvergaberecht gebunden sind. Obwohl der Gesetzgeber eine nähere Konkretisierung dieses Verfahrens nicht vorgenommen hat, ergibt sich aus dem eben Gesagten zunächst, dass ein solches Verfahren

- a) zu einem Wettbewerb der Interessenten bzw. Bewerber führen muss und
- b) europarechtliche Mindestanforderungen einzuhalten sind.

4.

Die Niedersächsische LKartB sieht die Gemeinden als marktbeherrschende Alleinanbieter von Wegerechten auf dem jeweiligen Gemeindegebiet als dem räumlich relevanten Markt an. Daraus ergibt sich die Verpflichtung der Gemeinden, bei der Vergabe von Wegerechten neben den oben dargelegten allgemeinen Grundsätzen die Missbrauchsvorschriften der §§ 19 und 20 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) zu beachten. Dabei sind insbesondere das Missbrauchsverbot nach § 19 Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 Nr. 1 (Behinderungsmisbrauch) und das Diskriminierungsverbot nach § 20 Abs. 1 GWB von Bedeutung. Aus diesen Vorschriften ergibt sich die unmittelbare kartellrechtliche Pflicht der Gemeinden, Wegerechte i. S. d. § 46 EnWG ohne Behinderung eines Wettbewerbers bzw. Interessenten in einem fairen und diskriminierungsfreien Verfahren zu vergeben.

Nach Auffassung der Niedersächsischen LKartB sind diese verschärften kartellrechtlichen Anforderungen an Gemeinden als marktbeherrschende Unternehmen bei einer Konzessionsvergabe nur durch ein wettbewerblich ausgestaltetes Auswahlverfahren mit objektiven und transparenten Kriterien, die zu einer Gleichbehandlung aller Interessenten führen, zu erfüllen.

Ein Verstoß der Gemeinden gegen die Missbrauchsvorschriften der §§ 19 und 20 GWB kann zur Rechtswidrigkeit der Konzessionsvergabe führen und die Sanktionen der §§ 32 ff. GWB auslösen. Zudem besteht die Möglichkeit, dass der bußgeldbe-

⁵ Vgl. BT Drs. 15/3917 S.67.

wehrte Ordnungswidrigkeitentatbestand des § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB erfüllt ist. Darüber hinaus kann eine zivilrechtliche Nichtigkeit des Konzessionsvertrages gemäß § 134 BGB vorliegen.

5.

Den genannten Anforderungen genügt die bloße öffentliche Bekanntgabe der Gemeinden, dass ein Konzessionsvertrag ausläuft, offensichtlich nicht.

Zur Eröffnung des in § 46 Abs. 3 EnWG bezweckten Wettbewerbs um die Leitungsnetze ist es zunächst erforderlich, dass potentiellen Interessenten die Möglichkeit eröffnet wird, über ihre Teilnahme am Wettbewerb zu entscheiden. Dafür wiederum ist zwingende Voraussetzung, dass auch anderen Bewerbern als dem bisherigen Konzessionsnehmer (und voraussichtlich erneutem Bewerber) vorab die Einschätzung der wirtschaftlichen Folgen einer eventuellen Übernahme des Netzes ermöglicht wird. Denn ansonsten wäre ein Interessent nicht in der Lage, eine wirtschaftliche Kalkulation der mit einer Bewerbung bezweckten Netzübernahme vorzunehmen. Diese ist jedoch notwendigerweise die Voraussetzung für die Erstellung eines verbindlichen Angebots gegenüber den Gemeinden als Konzessionsgebern. Folglich müssen potentielle Interessenten an der Konzessionsübernahme im Rahmen eines wettbewerblichen Konzessionsvergabeverfahrens in die Lage versetzt werden, mit Hilfe einer Wirtschaftlichkeitsbetrachtung eine seriöse Entscheidung über die Teilnahme am Konzessionswettbewerb zu treffen.

6.

Um eine solche Wirtschaftlichkeitsbetrachtung durchführen zu können, müssen Interessenten in die Lage versetzt werden, den Wert des eventuell zu übernehmenden Netzes und den durch die Netzentgelte erzielbaren Ertrag zu berechnen. Daher ist für potentielle Mitbewerber um den Konzessionsvertrag die Kenntnis von Netzdaten, über die nur der bisherige Konzessionär verfügt, erforderlich. Zu diesen sind sowohl energiewirtschaftliche als auch technische Netzdaten zu zählen, die über allgemeine Angaben erheblich hinausgehen und die die Bestimmung von Umfang, Alter und Wert des Netzes sowie die mit dem Netzbetrieb erzielbaren Erlöse ermöglichen.

Nach Auffassung der LKartB sind mindestens zu den für das betroffene Konzessionsgebiet offenzulegenden energiewirtschaftlichen und technischen Strukturdaten eines Elektrizitäts- bzw. Gasversorgungsnetzes zu zählen:

- Mengengerüste der im Konzessionsgebiet belegenen Strom- bzw. Gasversorgungsleitungen, die alle zum Netz gehörenden Anlagengüter sowie deren Alter umfassen (auf aktuellem Stand).

Das sind mindestens:

- die Länge der zum Netz gehörenden Freileitungen und Kabel (nach Spannungsebene) bzw. die Niederdruck-, Mitteldruck- und Hochdruckleitungen (falls vorhanden), die Länge der Hausanschlussfreileitungen oder -kabel bzw. des Hausanschlussnetzes
- die Anzahl der Umspannstationen/-werke bzw. Gasdruckregelanlagen/ Gasverteilstationen
- Messanlagen
- die Strom- bzw. Gasabgabemenge
- die Anzahl der Gasübernahmestationen und Odorierungsanlagen

- die Anzahl der Stationen und Kabelverteilerschränke
- die Anzahl der Hausanschlüsse
- die Anzahl der Zähler
- die Anzahl der Netzkopplungspunkte
- die erforderlichen kaufmännischen Angaben zum Mengengerüst, um eine Kalkulation des auf den zukünftigen Netzerlösen basierenden Ertragswerts des Netzes vornehmen zu können
- Netzpläne (inkl. vorgelagerte Netze)
- Netzentflechtungsvorschlag des derzeitigen Netzbetreibers
- das Konzessionsabgabeaufkommen

Die technischen Netzdaten müssen somit insbesondere eine genaue Aufstellung aller zum Netz gehörenden technischen Anlagen und Bestandteile beinhalten und zusammen mit den energiewirtschaftlichen Netzdaten eine Bewertung des Netzwertes ermöglichen.

Diese Netzdaten müssen daher so umfangreich sein, dass es unter Berücksichtigung **des Ziels der Eröffnung von Wettbewerb um das Netz** gemäß § 46 Abs. 3 EnWG einem Interessenten möglich ist, im Wege einer Wirtschaftlichkeitsbetrachtung die Kalkulation eines Angebots vornehmen zu können.

Die Niedersächsische LKartB behält sich die Prüfung, ob weitere Angaben neben den genannten Mindestangaben zur Durchführung der oben beschriebenen Wirtschaftlichkeitsbetrachtung erforderlich sind, ausdrücklich vor.

Da es in der Praxis häufig vorkommt, dass nur Teile eines in mehreren Gemeinden belegenen 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.

7.

Die zur Durchführung des nach § 46 Abs. 1 bis 3 EnWG zu eröffnenden Wettbewerbs um die Leitungsnetze verpflichteten Gemeinden sind als „Herren des Konzessionsvergabeverfahrens“ in der Verantwortung, ein den oben beschriebenen Kriterien entsprechendes Konzessionsvergabeverfahren durchzuführen. Insbesondere müssen die Gemeinden dafür Sorge tragen, dass nach der Bekanntmachung des Auslaufens der alten Konzession potentielle Mitbewerber diejenigen Netzinformationen erhalten, die eine Wirtschaftlichkeitsbetrachtung ermöglichen, um über ihre Teilnahme am Wettbewerb um das Netz zu entscheiden. Aus § 20 Abs. 1 GWB ergibt sich ferner, dass die Gemeinden als Konzessionsgeber darauf achten müssen, dass alle Bewerber über eine weitgehend gleiche Informationsgrundlage verfügen (Grundsatz der Nichtdiskriminierung).

Die dabei zu gewährleistende Chancengleichheit für alle Bewerber macht die Kenntnis aller Mitbewerber von den wesentlichen Netzdaten erforderlich.

8.

Mit der kartellrechtlichen Verpflichtung der Gemeinden, die für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit eines Konzessionsvertrages erforderlichen Netzdaten zugänglich zu machen, wird den Gemeinden keine unmögliche Pflicht auferlegt.

Denn der Altkonzessionär, der als Netzbetreiber über die relevanten Daten verfügt, ist der Gemeinde entweder ausdrücklich aus dem auslaufenden Konzessionsvertrag zur Überlassung dieser Daten verpflichtet (eine solche Regelung wird in neu abzuschließenden Konzessionsverträgen zur Vermeidung von zukünftigen Unklarheiten dringend empfohlen) oder – im Falle des Fehlens einer solchen vertraglichen Regelung – es besteht nach Auffassung der Niedersächsischen LKartB eine nebenvertragliche Treuepflicht des bisherigen Konzessionärs zur Offenlegung gegenüber den Gemeinden als Vertragspartner aus Treu und Glauben (§§ 241 Abs. 2, 242 BGB).

Der Offenlegung dieser für eine Wirtschaftlichkeitsprüfung im Vorfeld einer Entscheidung über die Teilnahme am Konzessionsvergabewettbewerb erforderlichen Netzdaten steht aus Sicht der Niedersächsischen LKartB nicht der pauschale Einwand des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen entgegen. Zumindest an den grundlegenden technischen und kaufmännischen Daten des betroffenen Netzes, die für die Wirtschaftlichkeitsprüfung eines potentiellen Teilnehmers am Konzessionsvergabewettbewerb unerlässlich sind, überwiegen nach Auffassung der Niedersächsischen LKartB das gesetzgeberische Ziel des Wettbewerbs um Netze in § 46 EnWG und die kartell- sowie europarechtliche Verpflichtung zur Durchführung eines diskriminierungsfreien und transparenten Konzessionsvergabeverfahrens gegenüber einem eventuellen Geheimhaltungsinteresse des Altkonzessionärs. Hinzu kommt die Tatsache, dass es sich bei dem Netzbetrieb um eine natürliche Monopoltätigkeit handelt.

Auch der mögliche Verweis auf die Regelung des § 9 EnWG steht dem nach Auffassung der Niedersächsischen LKartB nicht entgegen. Die Vertraulichkeitsverpflichtung in § 9 EnWG gibt vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen und Netzbetreibern auf, unbeschadet gesetzlicher Verpflichtungen zur Offenbarung von Informationen, die Vertraulichkeit wirtschaftlich sensibler Informationen, von denen sie in Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit als Netzbetreiber Kenntnis erlangen, zu wahren. Die Vorschrift des § 9 Abs. 1 EnWG betrifft insbesondere Netzkundendaten und damit für die Vertriebssparte des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens wirtschaftlich vorteilhafte Daten aus dem Netzbetreibergeschäft. Nicht zuletzt aus der systematischen Stellung von § 9 EnWG bei den Entflechtungsvorschriften ergibt sich, dass diese Informationen vom Netzbetreiber vertraulich zu behandeln sind, da sie der konzernintegrierten Vertriebssparte als Schwesterunternehmen Wettbewerbsvorteile bringen können.

Damit geht es bei § 9 EnWG um eine Abrundung der Entflechtung für den Bereich der Informationsverwendung. Durch die Verpflichtung, reine Netzdaten gegenüber den Gemeinden offenzulegen und die Gemeinden damit in die Lage zu versetzen, ein wettbewerbliches Konzessionsvergabeverfahren unter verschiedenen Netzbetreibern durchzuführen, ist kein Verstoß gegen § 9 Abs. 1 EnWG zu befürchten, da keine Netzkundendaten betroffen sind und der Schutzzweck der Norm nicht betroffen ist.

§ 9 Abs. 2 EnWG, der die diskriminierungsfreie Offenlegung von wirtschaftlich vorteilhaften Netzbetreiberinformationen beinhaltet, wird von der Verpflichtung der Ge-

meinden nach § 46 EnWG nicht berührt. Denn selbst wenn man die zu veröffentlichen Netzdaten als Netzbetreiberinformationen i. S. v. § 9 Abs. 2 EnWG ansieht, ist die Diskriminierungsfreiheit durch die gleichartige Verwendung dieser Daten durch die Gemeinden im Konzessionsvergabeverfahren gegenüber allen Bewerbern sichergestellt.

§ 46 Wegenutzungsverträge

(1) 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. 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) 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. 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 überlassen.

(3) Die Gemeinden machen spätestens zwei Jahre vor Ablauf von Verträgen nach Absatz 2 das Vertragsende durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger oder im elektronischen Bundesanzeiger bekannt. 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. Beabsichtigen Gemeinden eine Verlängerung von Verträgen nach Absatz 2 vor Ablauf der Vertragslaufzeit, so sind die bestehenden Verträge zu beenden und die vorzeitige Beendigung sowie das Vertragsende öffentlich bekannt zu geben. Vertragsabschlüsse mit Unternehmen dürfen frühestens drei Monate nach der Bekanntgabe der vorzeitigen Beendigung erfolgen. 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.