



Baden-Württemberg

MINISTERIUM FÜR UMWELT, KLIMA UND ENERGIEWIRTSCHAFT

Konzessionsvergabe

Musterkriterienkatalog als Orientierungshilfe

für die Entscheidung über die Einräumung von Wegerechten zum Betrieb von Strom- und Gasverteilnetzen der allgemeinen Versorgung des Ministeriums für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft Baden-Württemberg

vom 06.09.2013,

zuletzt geändert am 26.03.2014 und 05.03.2015.

Az.: 4-4452.85/145

Die Energiekartellbehörde des Landes Baden-Württemberg (EKartB BW) hat im Rahmen der derzeit erfolgenden wegerechtlichen Konzessionsvergaben im Sinne des § 46 EnWG eine Reihe von Anfragen erhalten, bei denen sich gezeigt hat, dass Unsicherheiten im Hinblick auf zulässige Auswahlkriterien bestehen. Die EKartB BW nimmt dies zum Anlass, nach Konsultation betroffener Verkehrskreise, einen Musterkriterienkatalog als Orientierungshilfe zu veröffentlichen.

Der Musterkriterienkatalog ist ein Beispiel dafür, wie eine Wertungsmatrix aussehen könnte. Er ist weder zwingend noch abschließend. Auch die Gewichtung der Kriterien und Unterkategorien sind zunächst nicht als „einzig richtig“ zu verstehen, geben jedoch zumindest eine Indikation dafür, in welchem Verhältnis sie grundsätzlich zueinander stehen.

Die EKartB BW erneuert ihren bereits im Positionspapier enthaltenen Appell an die Gemeinden, bereits bei den formalen Anforderungen an die Konzessionsvergabe das Risiko eines formalen Mangels und damit auch zivilgerichtlicher Verfahren (z.B. gem. § 33 GWB) zu minimieren, um mögliche zivilrechtliche Rechtsfolgen als Konsequenz von Fehlern im Konzessionsvergabeprozess zu vermeiden. Ferner wird darauf hingewiesen, dass die Konzessionsvergabe kein klassisches vergaberechtliches Verfahren im Sinne des GWB ist. Weitere Hinweise zur Konzessionsvergabe im Strom- und Gasbereich finden sich auf dem Versorgerportal, der gemeinsamen Webseite von EKartB BW und Landesregulierungsbehörde Baden-Württemberg, im Internet unter www.versorger-bw.de. Zudem wird empfohlen die Urteile des Bundesgerichtshofs vom 17.12.2013 (Aktenzeichen KZR 65/12 und KZR 66/12) zu beachten, da mit ihnen bislang strittige Rechtsfragen geklärt werden. Die Urteile sind auf der Internetseite des Bundesgerichtshofs abrufbar.

Anwendungshinweis: Für die fünf Hauptkriterien des Kriterienkataloges sind insgesamt (max.) 100 Punkte zu vergeben. Sofern einzelne Kriterien mit der angegebenen Höchstpunktzahl gewichtet werden, müssen andere Kriterien entsprechend schwächer gewichtet werden.

Kriterium	Unterkriterium	Punktzahl / interne Gewichtung	Anmerkungen
<p>Netzicherheit</p> <p>(bezogen auf die zu erwartende Netzicherheit, wobei von bisherigen Netzbetreibern bei vergleichbaren Netzgebieten teilweise auf die Zukunft geschlossen werden kann)</p> <p>Zur Gewichtung der Netzicherheit siehe auch BGH Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 84.</p>		25 - 35 Punkte (v.100)	Die Erfüllung der Voraussetzungen nach §§ 4, 49 EnWG wird vorausgesetzt.
	Finanz-, Sach- und Personalausstattung, auch allg. Verlässlichkeit, Auffälligkeiten bei bekannt gewordenen regulatorischen Missbrauchsverfahren, Haftung bei Störungen	max. 30%	Bei der Bewertung ist nicht nur auf die sich bewerbende Gesellschaft abzustellen, sondern z.B. sind auch Konzernverbindungen und schuldvertragliche Abreden zur Gewährleistung des Netzbetriebs, die den Netzbetrieb betreffen, zu berücksichtigen. Nicht zu berücksichtigen sind vertriebliche Kompetenzen und Ausstattung.
	Erfahrung als Netzbetreiber bzw. Betriebskonzept für zu erwerbendes Netz	max. 25%	Die (bisherige) Netzgröße eines Bewerbers ist an sich nicht relevant, weil es keine sichere Evidenz dafür gibt, dass größere Netze generell sicherer (oder effizienter oder günstiger) sind als kleine Netze. Wohl aber kann die Dauer der Betätigung als Netzbetreiber und die Art und Größe der betriebenen Netze Rückschlüsse auf die Erfahrung und Geeignetheit für den Betrieb des Netzes im Konzessionsgebiet ermöglichen.
	Versorgungssicherheit (Störungshäufigkeit, Ausfallzeiten und -dauer, angemessene techn. Standards)	max. 40% mind. 30%	Die durchschnittliche Zeit von Versorgungsunterbrechungen eines Bewerbers – bezogen auf die jeweiligen Netzebenen – können z.B. in Gestalt des SAIDI-Werts berücksichtigt werden. Bewerbern sollte Gelegenheit gegeben werden, ihre Ausfallzeiten zu erläutern, insbesondere Sondersituationen.
	Im Altnetz bzgl. Altkonzessionär bzw. im Netz eines Bewerbers Vorlage Konzept zur Störungsbeseitigung		
Netzpflge(konzept) und Netzstruktur(konzept) wie z.B. Ringschlusskonzept	max. 20%	Konzept für technische Verbesserung des Netzes. Hierbei kann beispielsweise das regulatorische Qualitäts-Element (Q-Element) als Größe verwendet werden, wenn sich ausschließlich Netzbetreiber, die das regulatorische Vollverfahren durchlaufen, beworben haben.	
	Vorlage Jahresplanung Baustellenkoordination Bauzeitverkürzung		

Kriterium	Unterkriterium	Punktzahl / interne Gewichtung	Anmerkungen
<u>Effiziente, preisgünstige, verbraucher- freundliche Versorgung</u>		<u>20 - 30 Punkte (v. 100)</u>	<p>Die EKartB BW sieht regulatorische Werte als nur beschränkt aussagekräftig an. Der Effizienzwert (§§ 12 ff. und § 24 Abs. 2 ARegV) wird entweder rechnerisch ermittelt (Effizienzvergleich im Vollverfahren) oder auf Basis der ARegV allgemeingültig festgelegt (vereinfachtes Verfahren). Während die ermittelten Werte immer noch gerichtlich streitbefangen sind, sind die aus dem vereinfachten Verfahren resultierenden Effizienzwerte schon kein unternehmensindividuelles Kriterium. Auch bezieht sich der Effizienzwert auf den gesamten Netzbereich eines Bewerbers, selten auf das konkrete Konzessionsgebiet. Ferner sind gerade Netzübernahmen und -weggaben geeignet, die Effizienz zu ändern. Denkbar wäre ein solches Kriterium daher für Verfahren, in denen sich nur Netzbetreiber, deren Effizienz im Vollverfahren ermittelt wurde, beworben haben.</p>
	Effiziente Ressourcennutzung, Minimierung der Verlustenergie (Strom), Minimierung Gasschwund, Vorlage Konzept Netzeffizienz	max. 20%	z.B. optimierter Ressourceneinsatz durch Verknüpfung verschiedener Netzgewerke (Strom, Gas, Wasser, Wärmeversorgung), Koordinierung (Straßen-)Bauarbeiten oder z.B. durch Größe und Spezialisierung, Bereitschaft zur Kooperation mit anderen Leitungsträgern.
	Bisherige Netznutzungsentgelte (NNE) und insbes. zu erwartende NNE der Höhe und Struktur nach	max. 35% mind. 25%	Den Bewerbern ist eine verlässliche Prognose der Netznutzungsentgelte für das ausgeschriebene Konzessionsgebiet abzuverlangen, wobei verschiedene Szenarien, wie unterschiedliche Kosten für technische oder galvanische Entflechtung, berücksichtigt werden sollten. Dabei kann es empfehlenswert sein, bei nach § 26 ARegV übertragen Erlösobergrenzen (EO) einen Zeitraum zu betrachten, der deutlich über das Auslaufen der so gebildeten EO (max. 7 Jahre) hinausgeht. Hinsichtlich der Prognosegüte kann getrennt werden in NNE mit und ohne vorgelagerten Netzkosten, womit sich die zu erwartenden Situation hinsichtlich unternehmerisch beeinflussbarer und wenig beeinflussbarer NNE-Kalkulationsbestandteile widerspiegelt. Für die Konzessionsvergabe selbst sind aber die NNE mit den vorgelagerten Netzkosten entscheidend, hierbei sind auch ggf. unterschiedliche vorgelagerte Netzkosten infolge einer vorzunehmenden Entflechtung zu berücksichtigen. Jedenfalls ist i.d.R. es nicht angezeigt,

			pauschale „Abschläge“ bezogen auf das Konzessionsgebiet vom regulären, aus der behördlich festgesetzten EO abgeleiteten NNE-Systematik abzuverlangen. Werden EO infolge dessen nicht ausgeschöpft, kann keine Aufholung, z. B. über das Regulierungskonto, regulatorisch geltend gemacht werden. Auch müssten solche Abschläge netzbetreiberweit vorgenommen werden und nicht nur konzessionsgebietsscharf.
	Netzservice vor Ort	max. 15%	Besetzung, Erreichbarkeit der Leitstelle und Entfernung des Stützpunktes des Netzwartungspersonals, Umgang mit Netzkundenvorstellungen. Im Ergebnis kommt es darauf an, dass eine kurze Reaktionszeit bei Störungen besteht. <u>Nicht</u> zulässig ist es, kommunale Wertschöpfungsaspekte bei diesem Unterkriterium zu berücksichtigen. Ggf. sind diese im Rahmen des Unterkriteriums „Sonstige allgemeine kommunale Belange im Rahmen des Rechts der kommunalen Selbstverwaltung“ zu bewerten.
	Konzept und Monitoring zur Entwicklung des örtlichen Netzes zu einem „intelligenten Netz“	max. 20%	
	Qualität der Umsetzung von rechtlichen Pflichten, die verbraucherschützend sind	max. 20%	z.B. Berücksichtigung von bekanntgewordenen Schwierigkeiten bei der Umsetzung von Wechselprozessen, bei der Netzabrechnung, Angebote von intelligenten Zählern, Beratungskonzept Netzkunden. Wahrnehmung bzw. Umsetzung von rechtlichen Pflichten, insbes. beim Umgang mit Lieferanten.

Kriterium	Unterkriterium	Punktzahl / interne Gewichtung	Anmerkungen
<u>Umwelt- verträgliche Versorgung der Allgemein- heit mit Strom und Gas, die zunehmend auf erneuerba- ren Energien beruht; hier auch ortsbe- zogene Um- weltbelange</u>		20 - 30 Punkte (v. 100)	
	Beratungsleistungen zur Entwicklung der lokalen oder regionalen umweltverträglichen Energieversorgung, Bürgerinformation zur Akzeptanzstärkung	max. 40%	z.B. Aufstellung eines Umweltentwicklungsplans, Konzepte für optimale Einbindung erneuerbarer Energie, Öffentlichkeitsarbeit über Umstellung des Energiesystems und Netzausbau, jedoch nur im Rahmen von § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV.
	Zeitnahe Einbindung von Erneuerbare-Energien-Anlagen	max. 30%	z.B. wie schnell/gut gelingt die Umsetzung der gesetzlichen Anschlusspflichten bei PV-Anlagen.
	Umweltverträglicher Netzbetrieb	max. 25%	z.B. kurze Anfahrtswege oder Nutzung von umweltschonenden Fahrzeugen (CO ₂ -Ausstoß), bei der Netzbetreuung, Minimierung Flächenverbrauch, Vogelschutz bei Freileitungen.
	Erdverkabelung (nur bei Stromnetzen)	max. 20%	Verpflichtung zur Erdverkabelung statt Freileitungen bei Neuverlegung (soweit Kostenmehraufwand regulierungsrechtlich berücksichtigungsfähig und nicht Ackerbau oder sensibles Ökosystem betroffen).

Kriterium	Unterkriterium	Höchstpunktzahl / interne Gewichtung	Anmerkungen
<p><u>Sonstige Belange des Vergabenden</u> Hinweis: Wenn z.B. keine wirtschaftliche Teilhabe gewollt ist und das Unterkriterium damit entfällt, dürfen für die restlichen Unterkriterien gleichwohl nur in Höhe der angegebenen Prozentzahlen Punkte vergeben werden. Die anderen Unterkriterien dürfen somit nicht stärker gewichtet werden, selbst wenn in der Summe 100% nicht erreicht werden. Entsprechendes gilt bei den anderen Kriterien des Kataloges, sofern ein Unterkriterium – soweit rechtlich überhaupt zulässig – nicht berücksichtigt werden kann.</p>		<p><u>5 - 15 Punkte (v. 100)</u></p>	<p>Hierbei muss das Nebenleistungsverbot, § 3 KAV, strikt beachtet werden. Versorgungsunternehmen und Gemeinde dürfen für die Einräumung der Wegerechte neben oder anstelle von Konzessionsabgaben nur die in § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 enumerativ genannten Leistungen vereinbaren oder gewähren. Der sonstige Leistungsaustausch zwischen Gemeinde und Versorgungsunternehmen muss dem Fremdvergleich mit Geschäften unabhängiger Parteien genügen („at arm's length“), d.h. erforderlich sind marktübliche Konditionen.</p> <p>Nach der Rechtsprechung des BGH regelt § 3 KAV abschließend, welche fiskalischen Interessen die Gemeinde bei der Konzessionsvergabe berücksichtigen darf. Darüber hinausgehende fiskalische Interessen (z.B. wirtschaftliche Teilhabe am Netzbetrieb, Gewerbesteuererzielung) dürfen danach nicht berücksichtigt werden, vgl. BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12.</p> <p>Die Gewährung einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung zur Sicherung von Einflussmöglichkeiten kann nach der Rechtsprechung des BGH allenfalls dann hingenommen werden, wenn dem legitimen Interesse, die Konkretisierung der energiewirtschaftlichen Ziele des Netzbetriebes über die Laufzeit des Konzessionsvertrages nachzuhalten, nicht in anderer Weise – etwa durch Regelungen des Vertragsrechts – angemessen Rechnung getragen werden kann, vgl. BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12.</p>
	<p>Wirtschaftliche Teilhabe am Netzbetrieb</p>	<p>max. 60%</p>	<p>z.B. Beteiligung an Gemeinschaftsunternehmen, zu zulässigen Gestaltungen siehe Positionspapier der EKartB BW vom 5.12.2011 sowie die Antwort zu Frage fünf. Nach der o.g. Rechtsprechung des BGH sollte, zur Vermeidung möglicher privatrechtlicher Rügen, eine Berücksichtigung dieser Aspekte nunmehr allerdings sehr</p>

			sorgfältig abgewogen und im Zweifel hierauf verzichtet werden. Die EKartB BW wird allerdings die Berücksichtigung dieses Kriteriums – sofern die vorgegebene Gewichtung und die Grundsätze der EKartB BW eingehalten werden – weiterhin nicht aufgreifen.
	Nicht-wirtschaftliche Teilhabe Einrichtung eines gemeinsamen Gremiums (Beteiligung Öffentlichkeit)	max. 25%	Energiebeirat oder sonstiges Gremium, das Gemeinde und Bürger informiert und Anregungen entgegen nehmen kann. Siehe aber auch BGH, Ur. v. 17.12.2013. KZR 66/12, Rn. 51 ff. sowie die Ausführungen hierzu oben.
	Sonstige allgemeine komm. Belange im Rahmen des Rechts der kommunalen Selbstverwaltung	max. 30%	z.B. belegbare gewichtige Wertschöpfung vor Ort, Gewerbesteuer (aber § 3 KAV ist strikt zu beachten). Nach der o.g. Rechtsprechung des BGH sollte, zur Vermeidung möglicher privatrechtlicher Rügen, auf die Berücksichtigung dieser Aspekte im Zweifel verzichtet werden, auch wenn die EKartB BW die Berücksichtigung dieses Kriteriums – sofern die vorgegebene Gewichtung eingehalten wird – weiterhin nicht aufgreifen wird. z.B. nachteilige Auswirkungen auf das Ortsbild, etwa durch den Bau von erforderlichen Umspannstationen in Folge von notw. Entflechtungsmaßnahmen

Kriterium	Unterkriterium	Höchstpunktzahl / interne Gewichtung	Anmerkungen
<u>Konzessionsvertrag</u>		<u>10 - 15 Punkte (v. 100)</u>	Der Konzessionsvertrag wird regelmäßig geringe Unterschiede zwischen den Bewerbern zu Tage bringen. Bilaterale vertragliche Regelungen sind besonders sensibel für die Annahme eines Missbrauchs und Verstoßes gegen die KAV. Die interne Gewichtung ist wegen der Vielzahl von – hier nur beispielhaft aufgezählten – denkbaren Unterkriterien nachfolgend offen gelassen.
	Höchstzulässige Konzessionsabgabe	max. 10%	Die Gemeinde darf die Zahlung der höchstzulässigen Konzessionsabgabe zur Bedingung für den Vertragsschluss machen (vgl. § 46 Abs. 1 Satz 2 EnWG).

	Unterkriterium	Höchstpunktzahl / interne Gewichtung	Anmerkungen
	Laufzeit, Change-of-Control-Klausel	max. 10%	Laufzeiten unterhalb von 10 - 15 Jahren, je nach Größe des Konzessionsgebiets, können auf Neubewerber abschreckend wirken und sind deshalb regelmäßig nur in Sondersituationen und mit guter Begründung angezeigt, Kündigungsrechte für die Kommune im Falle gravierender Eigentumsveränderung des Konzessionärs, die die Schutzziele des § 1 EnWG in Frage stellen könnten. Die Kontrollwechselklausel ist nur bei Sondersituationen erforderlich.
	Kommunalrabatt Netzzugang	max. 10%	Preisnachlass für in Niederspannung/ Niederdruck abgerechneten Eigenverbrauch der Gemeinde und Eigenbetriebe von bis zu 10% des Rechnungsbetrages für den Netzzugang, § 3 Abs. 1 Nr. 1 KAV bis Neuabschluss Nachfolgekonzessionsvertrag.
	Notwendige Kostenvergütung, Konkretisierungsgrad solcher Vereinbarungen	max. 10%	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 Abs. 1 Nr. 2 KAV.
	Verwaltungskostenbeiträge	max. 10%	Beiträge der Versorgungsunternehmen für Leistungen, die die Gemeinde auf Verlangen oder im Einvernehmen mit dem Versorgungsunternehmen für dieses erbringt, § 3 Abs. 1 Nr. 3 KAV.
	Regelmäßige Berichtspflichten	max. 5%	z.B. zu intelligentem Netzausbau, Entwicklung Anschluss von Erzeugungsanlagen im Netzgebiet, zur Jahresplanung, zum Statusbericht, Netzengpässe, Störfälle, Entwicklung, Netzverluste.
	Folgekostenregelungen	max. 10%	Diese Unterkategorien sind mit Blick auf das Nebenleistungsverbot in § 3 KAV für einen Verstoß anfällig. Im Rahmen der diesbezüglichen Regelungen darf die Gemeinde sich keine Vorteile versprechen lassen, die nicht marktüblich honoriert werden.
	Qualität Oberflächenwiederherstellung	max. 10%	
	Haftungsverteilung	max. 5%	
	Endschaftsregelungen, Entflechtungsregelungen	max. 10%	
	Verpflichtung zum Abbau endgültig stillgelegter Anlagen	max. 10%	
Führung digitaler Leitungspläne plus Sonstiges	max. 5% plus max. 10% für Sonstiges		

Häufig wiederkehrende Fragen („**FAQs**“) zum Prozess der Konzessionsvergabe:

Frage 1: Kann die Gemeinde nicht schlicht das für sie finanziell bzw. wirtschaftlich günstigste Angebot auswählen?

Antwort 1: Nein, denn die Konzessionsvergabe nach § 46 EnWG ist keine klassische Vergabe im Sinne eines Beschaffungsvorgangs oder einer Auftragsvergabe, sondern dient dazu, zumindest alle 20 Jahre einen **Wettbewerb um die Netze** zu initiieren, bei dem die Gemeinde primär Veranstalter ist. Netzbetreiber („Konzessionsnehmer“) soll dabei derjenige werden, der die Ziele des § 1 EnWG - eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht – auf den Netzbetrieb bezogen am besten verwirklichen kann. Diese Aspekte sind „vorrangig“ zu berücksichtigen, so auch BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12. Dies schließt nicht aus, dass im Rahmen der in der Wertungsmatrix aufgezeigten Grenzen auch rein kommunale Belange berücksichtigt werden dürfen, vgl. aber zur Frage, inwieweit kommunale Belange berücksichtigt werden dürften, auch BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12.

Frage 2: Kann die Gemeinde dabei nicht auch Umstände, die die Erzeugung und den Vertrieb von Energie betreffen, berücksichtigen?

Antwort 2: Nein, zwar dürfen sich auch integrierte Unternehmen am Konzessionswettbewerb beteiligen, doch sollen die **Ziele des § 1 EnWG** nach dem Willen des Gesetzgebers bei der Konzessionsvergabe **nur auf das Netz bezogen** sein. Entsprechend sind auch die Kriterien für das Konzessionsvergabeverfahren nach § 46 EnWG zu gestalten.

Frage 3: Kann die Gemeinde die Kriterien während des Verfahrens ändern oder anders gewichten?

Antwort 3: Die Auswahlkriterien und deren Gewichtung sind frühzeitig festzulegen (Wertungsmatrix) und den Bewerbern rechtzeitig vor Angebotsabgabe mitzuteilen. Die bisherige Rechtsprechung lässt für **nachträgliche Änderungen der Kriterien oder deren Gewichtung kaum Spielraum**. Im Falle von begründeten nachträglichen Änderungen sind die Änderungen allen Bewerbern gleichermaßen und zeitgleich mitzuteilen.

Frage 4: Ist die Gemeinde bei der Konzessionsvergabe im Strom- und/oder Gasbereich auf der sicheren Seite, wenn man ein kommunales oder landeseigenes Unternehmen nimmt?

Antwort 4: Nein, die Konzessionsvergabe muss in einem fairen und transparenten Verfahren erfolgen. Dazu gehört die Chancengleichheit aller Bewerber und dass das Verfahren ergebnisoffen ist. Es gibt insoweit auch **kein Inhouse-Privileg** für gemeindliche Eigenbetriebe oder kommunale Unternehmen in Privatrechtsform (arg. ex § 46 Abs. 4 EnWG). So auch BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 65/12.

Frage 5: Ist es erlaubt, mit einem Bewerber schon ein Gemeinschaftsunternehmen zu gründen, das sich dann am Konzessionswettbewerb beteiligt?

Antwort 5: Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens vor der Konzessionsvergabe ist grundsätzlich zulässig, es bestehen dann aber erhöhte Anforderungen um die Konzessionsvergabe gleichwohl diskriminierungsfrei und unvoreingenommen zu gestalten. Denn dann ist meist aufgrund der vertraglichen Bindungen eine Vorfestlegung zu besorgen, die „rechtlich“ nachteilig durchschlagen kann. Dies gilt insbesondere auch bei der Inaussichtstellung oder Vereinbarung von Funktionen bzw. Positionen in der neu gegründeten Gesellschaft an der, die Konzession vergebende, Gebietskörperschaft nahestehende Personen. Insoweit besteht auch ein Unterschied z.B. zu Eigenbetrieben, denn hier besteht keine vertragliche Bindung mit Dritten. Gerichtliche Auseinandersetzungen werden dadurch provoziert und damit ist in der Praxis bei der Befassung der Gremien mit der späteren Konzessionsvergabe der Blick auf eine unvoreingenommene Bewertung schnell verstellt. Unvoreingenommene und diskriminierungsfreie Konzessionsvergaben sind zwar bei vorangehender Ausschreibung z.B. ÖPP grundsätzlich nicht von vornherein ausgeschlossen, erschweren aber schnell eine wirklich diskriminierungsfreie, anschließende Konzessionsvergabe.

Möglich ist es aber, mit (späteren) Bewerbern Konzepte für **Gemeinschaftsunternehmen** zu verhandeln und diese Bewerber können zudem mit entsprechend vorstrukturierten Vorratsgesellschaften im Konzessionswettbewerb antreten. Es besteht eine Bindung des Bewerbers an „sein Angebot“ hinsichtlich der in Aussicht gestellten Beteiligung, die auch dann nach Abschluss des Konzessions-Vergabeprozesses zur Grundlage des konkreten Konzessionsvertrags gemacht werden kann.

Einer Beteiligung von existierenden „eigenen“ Stadt- oder Gemeindewerken, in welcher Rechtsform auch immer, am Konzessionswettbewerb, stehen die gleichen Chancen offen wie echten Dritten.

Mit Blick auf die im Vorfeld schon geäußerten Ansichten zur Frage, ob eine Gründung von Gemeinschaftsunternehmen eines sehr wahrscheinlichen Mitbewerbers mit der vergebenden Kommune vor Einlei-

tung oder während des Verlaufs des wegerechtlichen Vergabeprozesses eine rechtlich relevante Vorfestlegung bedeuten kann, gibt die EKartB BW zu bedenken:

Erstens ist eine solche Initiative nicht erforderlich, denn in ihrem Kriterienkatalog kann die vergabeberechtigte Kommune aufzeigen, dass sie solchen Angeboten gegenüber offen ist und diese in die Bewertung - im gebotenen Umfang - einbeziehen wird. Damit steht diese Chance allen Mitbewerbern offen, Gemeinschaftskonzepte anzubieten.

Die das Wegerecht vergebende Kommune, die dabei im wesentlichen ebenfalls als Sachwalterin der Schutzziele des § 1 EnWG agieren soll, darf insoweit nicht schon den Vergabeprozess vorab vollziehen und die Entscheidung vorprogrammieren. Der am Gemeinschaftsunternehmen teilnehmende Mitgesellschafter ist in der Regel ein solcher, der fähig ist, eigenständig mit einigen Erfolgsaussichten am Konzessionswettbewerb teilzunehmen. Sein Eingehen gesellschaftsvertraglicher Bindungen mit der Kommune als Konzessionssachwalterin erfolgt meist nur, weil er dadurch bessere Chancen sieht, den Wettbewerb zu gewinnen, als seine Mitwettbewerber.

Andernfalls wäre die Kommune gehalten, sich nicht zu verschließen, mit weiteren Mitbewerbern solche „Gemeinschaftsunternehmen“ zu erwägen oder gar ins Leben zu rufen.

Soweit Vorgespräche mit Bezug zum Eingehen von zukünftigen Gemeinschaftsunternehmen im Rahmen der Neuvergabe geführt werden, sind sie zu protokollieren und mit Ausnahme von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen dem Grundsatz nach auf Wunsch von Mitwettbewerbern diesen zu offenbaren.

Zweitens wird aus der Sicht der potentiellen Mitbewerberkreise bei Gründung eines solchen Gemeinschaftsunternehmens zu besorgen sein, dass ihre Chancen auf ein faires Verfahren unterminiert sind und etliche Mitbewerber gar nicht erst antreten werden. Damit wird der Wettbewerb beschränkt.

Drittens verhält es sich anders, wenn ein existierendes oder neu ins Leben gerufenes Stadt- oder Gemeindewerk sich um die Konzession bewirbt und nach den aufgestellten Kriterien zu beurteilen ist. Will die Kommune so als Netzbetreiberin am Wirtschaftsleben teilnehmen, braucht sie eine zur Bewerbung fähige eigenständige Organisationseinheit, die an den für alle gleichermaßen geltenden Kriterien zu messen wäre.

Vgl. aber zur Berücksichtigung gesellschaftsrechtlicher Beteiligung im Rahmen der Konzessionsvergabe auch das Urteil des BGH vom 17.12.2013, KZR 66/12 sowie die Ausführungen hierzu oben auf S. 6 und 7.

Frage 6: Ist es erlaubt, im Rahmen der Konzessionsvergabe im Strom- und/oder Gasbereich die örtliche Breitbandverkabelung zu integrieren?

Antwort 6: Es ist nur möglich, die Bereitschaft und Fähigkeit eines Energieversorgungsunternehmens zur Mitverlegung von **Breitbandkabeln** sowie ggf. zur Übernahme der diesbezüglichen Netzbetreiberfunktion im Rahmen des Kriteriums *Effiziente, preisgünstige & verbraucherfreundliche Versorgung* (Unterkriterium *Effiziente Ressourcennutzung*) zu berücksichtigen und positiv zu bewerten.

Nicht zulässig ist es, insoweit vorteilhafte Konditionen zu verlangen oder sich gewähren zu lassen, d.h. die Gemeinde muss diese Leistungen zu marktüblichen Konditionen erhalten. Deswegen scheiden Versprechen und Begehren wie Parkbänke errichten, Spenden an örtliche Vereine, Ausrichten von Veranstaltungen, u.ä. aus.

Frage 7: Was ist bei der Bewerbung von im Eigen- oder Miteigentum der Gemeinde stehenden Gesellschaften oder ihren Eigen- bzw. Regiebetrieben in organisatorischer Hinsicht im Zusammenhang mit der Konzessionsvergabe zu beachten?

Antwort 7: Gemeinderatsmitglieder, die zu der im Eigen- oder Miteigentum der Gemeinde stehenden (eventuell zukünftigen Netz-) Gesellschaft in besonderer Beziehung stehen oder bei denen eine solche Beziehung absehbar ist, etwa weil sie in der Gesellschaft herausgehobene Positionen übernehmen werden, sollten aus kartellrechtlicher Sicht höchstvorsorglich mit der Beteiligung am Konzessionsvergabeverfahren nicht betraut werden und bei Beschlüssen betreffend die Konzessionsvergabe (Aufstellung des Kriterienkataloges, Beschluss über die Konzessionsvergabe etc.) nicht mitwirken. Daneben sind allerdings auch die kommunalrechtlichen Vorgaben zur Vermeidung von Interessenkonflikten (insbesondere § 18 Gemeindeordnung Baden-Württemberg) zu beachten. Soweit danach ein Ausschluss (Mitwirkungsverbot) nicht zulässig ist, wird die EKartB BW auch im Hinblick auf die kartellrechtlichen Vorgaben eine Mitwirkung grundsätzlich nicht beanstanden. Um das Risiko von Verfahrensangriffen Dritter zu minimieren, ist im Zweifelsfall jedoch eine freiwillige Enthaltung zu erwägen.

Entsprechende Vorsorge ist grundsätzlich ebenso angebracht und zu treffen, wenn sich Eigen- oder Regiebetriebe neben Dritten am Konzessionsvergabeverfahren beteiligen oder die Absicht besteht, dass sie sich noch beteiligen werden.

Darüber hinaus ist generell, zur Vermeidung von Interessenskonflikten und Informationsvorsprüngen der im Eigen- oder Miteigentum der Gemeinde stehenden Gesellschaft oder des Eigen- bzw. Regiebetriebs,

auf eine organisatorische Trennung der mit den unterschiedlichen Sachverhalten (Bewerbung der Gesellschaft bzw. des Betriebs / Konzessionsvergabeverfahren) betrauten Mitarbeiter und Gemeinderatsmitglieder zu achten. Dies gilt insbesondere für die Kenntnisnahme von Inhalten der Bewerbung außenstehender Dritter. Gegebenenfalls sind neutrale Treuhänder zwischenzuschalten.

Im Einzelfall kann es in personeller Hinsicht hiervon aber z.B. bezüglich der Grundsatzfrage, „ob“ sich die im Eigen- oder Miteigentum der Gemeinde stehende Gesellschaft bzw. der Eigen- oder Regiebetrieb um die Konzession bewerben soll, Ausnahmen geben, etwa bei der Bewerbung eines Eigenbetriebs, wenn Fragen im Zusammenhang mit dessen Bewerbung vom Gemeinderat selbst oder von einem mit einer Vielzahl von Gemeinderatsmitgliedern besetzten Betriebsausschuss, zu beraten und beschließen sind. Gerade in diesen Fällen empfiehlt sich die frühzeitige Festlegung von Auswahlkriterien und deren Gewichtung sowie eine Orientierung am Musterkriterienkatalog der EKartB BW. Dadurch kann u.a. verhindert werden, dass eine Gemeinde den Anschein setzt, die Kriterien auf einen bestimmten Bewerber „zugeschnitten“ zu haben oder Informationsvorteile erhalten zu haben.

Frage 8: Was kann passieren, wenn der Gemeinde bei der Konzessionsvergabe ein die wesentlichen Schutzziele der Konzessionsvergabe betreffender Fehler oder ein erheblicher formeller Fehler unterläuft?

Antwort 8: Zunächst stellt sich die Frage, ob sich der Fehler auf die Entscheidung ausgewirkt hat. Sofern dies zu bejahen ist, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Konzessionsvertrag nichtig ist. So hat der BGH in den von ihm entschiedenen Fällen angenommen, dass eine Behinderung der Mitbewerber durch das mangelhafte Auswahlverfahren zur Unwirksamkeit des abgeschlossenen Konzessionsvertrags (§ 134 BGB) bzw. in analoger Anwendung des § 134 BGB zur Unwirksamkeit der Übertragung des Netzbetriebs auf den Eigenbetrieb führt, vgl. BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 65/12 sowie KZR 66/12. Jedenfalls sind zivilrechtliche Rechtsfolgen und kartellrechtliche Konsequenzen nicht auszuschließen, was u.a. zur Folge hat, dass das Auswahlverfahren, zumindest teilweise, wiederholt werden muss.

Frage 9: Gibt es Rügeobliegenheiten der Bewerber?

Antwort 9: Die vom BGH aufgestellten Grundsätze (BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 108 f.; BGH, Urt. v. 03.06.2014, EnVR 10/13, Rn. 58) können der vergebenden Gemeinde Instrumente an die Hand geben, die

Rechtssicherheit nach Abschluss des Auswahlverfahrens zu verbessern. Notwendig ist danach in Anlehnung an die Vorschriften des § 101a GWB, dass die Gemeinde alle betroffenen Bewerber, deren Angebote nicht angenommen werden sollen, über

- den Name des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll,
- im Zweifel ausführlich über die (Hinter-)Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots
- und über den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses

unverzüglich in Textform unterrichtet und dass der Konzessionsvertrag erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information abgeschlossen wird.

Wenn die Gemeinde entsprechend verfährt und keiner der unterlegenen Bewerber rechtzeitig Maßnahmen zur Wahrung seiner Rechte unternommen hat, kann die Berufung auf die Nichtigkeit des Konzessionsvertrags im Interesse der Rechtssicherheit ausgeschlossen sein.

In welcher Weise die unterlegenen Bewerber „ihre Rechte wahren“ sollen, wird vom BGH offengelassen. Nach Auffassung des OLG Karlsruhe ist ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gemeint (vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 26.03.2014, 6 U 68/13 (Kart), Rn. 66).

Diese Möglichkeit einer „Heilung“ eines fehlerhaften Auswahlverfahrens gelte jedoch erst mit dem Bekanntwerden des Senatsurteils vom 17.12.2013. Denn erst mit dem Bekanntwerden des Urteils hätten die unterlegenen Bewerber Kenntnis erhalten, welche Funktion die Unterrichtung über die beabsichtigte Auswahlentscheidung hat und welche Rechtsbehelfe ihnen gegen diese zustehen (vgl. BGH, Urt. v. 03.06.2014, EnVR 10/13, Rn. 59).

Die aufgezeigte Möglichkeit der „Heilung“ gilt nach Auffassung des OLG Karlsruhe ferner auch nicht gegenüber dem Altkonzessionär, der seine Rechte nicht rechtzeitig geltend gemacht hat (vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 26.03.2014, 6 U 68/13 (Kart), Rn. 75). Nach Auffassung der EKartB BW erscheint diese Einschränkung im Hinblick auf das auch in dieser Konstellation bestehende Interesse an Rechtssicherheit allerdings nicht geboten.

Nach Ansicht der EKartB BW bezieht sich die dem Rechtsgedanken des § 101a GWB entnommene Rügeobliegenheit der Bewerber ferner

nur auf die Frage, ob ein unterlegener Bewerber sich noch auf die zivilrechtliche Nichtigkeit des Konzessionsvertrags berufen kann. Der Präklusionsgedanke des § 101a GWB kann daher nicht für ein kartellbehördliches Einschreiten von Amts wegen gelten. Das Kartellverwaltungsverfahren von Amts wegen dient der Sicherung des Wettbewerbs und ist einer Disposition der Beteiligten entzogen und kann auch im Hinblick auf den Präklusionsgedanken des § 101a GWB nicht verwirkt werden (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.04.2014, VI-2 Kart 3/13 (V), 2 Kart 3/13 (V), Rn. 205).
