

DStGB DOKUMENTATION N^o 163

AUSLAUFENDE KONZESSIONSVERTRÄGE



Ein Leitfaden
für die
kommunale
Praxis

NEU – 4. Auflage



DStGB
Deutscher Städte-
und Gemeindebund
www.dstgb.de

bbh

BECKER BÜTTNER HELD

B E T

Energie. Weiter denken

INHALT

Vorwort	1		
I. Einleitung	2		
II. Das Konzessionierungsverfahren	4	III. (Re-)Kommunalisierung / Kooperationen	24
1. Vergabeverfahren	4	Kooperationen	25
Vorbereitungsphase	5	Ausgestaltung der Kooperationsgesellschaft	25
Bekanntmachungs- und Interessenbekundungsphase	6	Optimale Integration in den kommunalen Konzern	26
Einleitung des Auswahlverfahrens	8	Steuerlicher Querverbund	26
Abgabe von Angeboten	10	Kooperationsmodelle	26
Auswahlentscheidung und Vertragsabschluss	10	Verfahrensausgestaltung:	
Rechtsschutz im Konzessionierungsverfahren / Rügeregime	11	Einstufiges oder zweistufiges Verfahren	27
Empfehlung für einen Konzessionierungszeitplan (reine Konzessionierung)	14	Netzübernahme	29
2. Kriterien	14	A. Netzentflechtung und übergehende Anlagen	29
		B. Wirtschaftlichkeit	31

IMPRESSUM

Herausgeber

Deutscher Städte- und Gemeindebund (DStGB)

Autoren



Finn-Christopher
Brüning (DStGB)



Rudolf Böck
(BBH)



Marc Elxnat
(DStGB)



Oliver Eifer-
tinger (BBH)



Timm Fuchs
(DStGB)



Astrid Meyer-
Hetling (BBH)



Dr. Andreas
Nolde (BET)



Matthias Pöhl
(BBH)



Prof. Dr.
Christian Theo-
bald (BBH)



Dennis Tisch-
macher (BBH)



Ralf Wester-
mann (BET)



Dr. Wolfgang
Zander (BET)

Diese Dokumentation des DStGB wurde in Zusammenarbeit mit der auf die kommunale Wirtschaft spezialisierten, interdisziplinären Kanzlei Becker Büttner Held (Berlin) sowie dem in der kompletten Wertschöpfungskette der Energie- und Wasserwirtschaft tätigen Beratungsunternehmen BET Büro für Energiewirtschaft und technische Planung GmbH (Aachen) erstellt.

VORWORT

Bundesweit gibt es Schätzungen zufolge etwa 20 000 Wegenutzungsverträge im Strom- und Gasbereich. Spätestens alle 20 Jahre muss sich jede Gemeinde und Stadt mit dem Thema der Neuvergabe der Konzession auseinandersetzen. Auch wenn die große Welle der Neukonzessionierungen seit einiger Zeit abgeebbt ist, bleibt das Thema der auslaufenden Konzessionsverträge ein Dauerbrenner. Es ist rechtlich komplex und es stellen sich für die betroffenen Gemeinden grundlegende Fragen. Allen voran jene, wie das Verfahren rechtssicher ausgestaltet werden kann. Hierzu will diese Dokumentation mit der mittlerweile vierten Auflage in der bewährten Weise Hinweise geben.

Daneben wirft eine Konzessionsvergabe häufig die weitere Frage auf, ob gegebenenfalls eine (Re-)Kommunalisierung des Netzes in Betracht kommt. Wenngleich dieses Thema politisch längst nicht mehr so intensiv diskutiert wird, wie dies noch vor einigen Jahren der Fall war, ist die Auseinandersetzung damit Bestandteil der Entscheidungsfindung bereits vor oder spätestens im Rahmen der Neukonzessionierung. Auf der anderen Seite wird immer deutlicher, dass einer spartenübergreifenden Gestaltung der örtlichen Energienetze für eine erfolgreiche Umsetzung der Energiewende eine zunehmende Bedeutung zukommt. Dies mitzugestalten, gehört in den Kernbereich der kommunalen Verantwortung für die Daseinsvorsorge. Auch hierzu will die vorliegende Dokumentation Hilfestellungen geben, damit diese grundlegenden Fragen Teil des Entscheidungs- und Abwägungsprozesses vor Ort sein können.

Zuletzt hat der Gesetzgeber im Jahr 2017 größere Änderungen des Rechtsrahmens für Konzessionsvergabeverfahren vorgenommen. Auch wenn sich die damals geäußerten Befürchtungen nicht alle bewahrheitet haben, so ist das Vergabeverfahren über die Jahre stetig komplizierter geworden und nach wie vor mit vielen Rechtsunsicherheiten behaftet. Der Aufwand hat sich erhöht, die Einnahmen hingegen nicht. Auf diese kurze Formel kann man das sowohl aus vielfacher eigener Erfahrung als auch Berichten Dritter bringen.


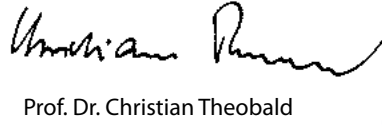
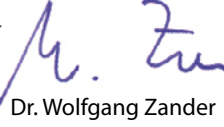
Tatsächlich werden die gut 3,2 Milliarden Euro, welche die Gemeinden im Jahr 2019 an Konzessionsabgaben eingenommen haben, dringend benötigt. Gerade in herausfordernden Zeiten wie der Corona-Pandemie, in der wichtige Steuereinnahmen der Gemeinden wegbrechen beziehungsweise sich erheblich vermindern, sind verlässliche Einnahmen wie die Konzessionsabgabe für kommunale Investitionen in Klimaschutz und kommunale Infrastrukturen unabdingbar.

Es wird also in Zukunft auch darum gehen, die Konzessionsabgabenverordnung zu reformieren, um die Einnahmen der Gemeinden zu verbessern und so Aufwand und Ertrag bei den Konzessionsvergaben wieder mehr ins Gleichgewicht zu bringen. Bestandteil dessen sollte sein, für Erleichterungen bei der Neukonzessionierung gerade im Bereich kleinerer Netzgebiete zu sorgen.

In der nächsten Legislaturperiode könnte zudem das bisherige Konzessionssystem zu Gunsten der kommunalen Wärmeplanung und der Förderung der Sektorenkopplung weiterentwickelt werden.

Hierfür wird sich der Deutschen Städte- und Gemeindebund in der kommenden Legislaturperiode im Dialog mit den politischen Akteuren auf Bundesebene einsetzen.

Berlin, im August 2021

  
Dr. Gerd Landsberg Prof. Dr. Christian Theobald Dr. Wolfgang Zander



*Dr. Gerd Landsberg,
Hauptgeschäftsführer
des Deutschen Städte-
und Gemeindebundes*



*Prof. Dr. Christian Theobald,
Becker Büttner Held*



*Dr. Wolfgang Zander
BET Büro für Energiewirt-
schaft und technische
Planung GmbH*

„ ...die Energiewende hat die Erzeugungs- und Versorgungslandschaft in Deutschland bereits nachhaltig verändert und wird dies mit dem Fortschreiten des Ausbaus der erneuerbaren Energien weiter tun“



I. Einleitung

Die Energiewende hat die Erzeugungs- und Versorgungslandschaft in Deutschland bereits nachhaltig verändert und wird dies mit dem Fortschreiten des Ausbaus der erneuerbaren Energien weiter tun. Die Energieerzeugung wird immer grüner, dezentraler, aber auch kleinteiliger. Die örtlichen Verteilnetze nehmen hierbei als Drehscheibe der Energiewende eine zentrale Rolle ein. Neben einer dezentralen Energieversorgung steht dabei oft im Vordergrund, Energiepolitik lokal, also auf der Grundlage kommunaler und regionaler Energiekonzepte, spartenübergreifend zu gestalten. Städte und Gemeinden kommen damit nicht nur ihrer Verantwortung für die Gewährleistung der Daseinsvorsorge nach, sondern begreifen dies als Chance, die Energiewende vor Ort mit ihren Bürgern und der Wirtschaft aktiv zu gestalten.

Mit den Konzessionsverträgen räumt die Gemeinde einem Energieversorger das Recht ein, die öffentlichen Wege und Plätze für Gas- und Stromleitungen zu nutzen. Diese haben aufgrund der in der einschlägigen Vorschrift des § 46 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) normierten zeitlichen Begrenzung eine Laufzeit von höchstens 20 Jahren. Für die Gemeinden öffnet sich auf diese Weise ein Zeitfenster, um sich zu entscheiden, wer das örtliche Energieverteilnetz künftig betreiben soll.

Bei der Wahl des Vertragspartners aus dem Bewerberkreis haben Städte und Gemeinden grundsätzlich drei Optionen:

- die Vergabe der Konzession an den bisherigen Vertragspartner,
- die Vergabe der Konzession an einen anderen Netzbetreiber sowie
- die Übernahme des Energieversorgungsnetzes in eigener Regie – auch im Wege der interkommunalen Zusammenarbeit oder in Kooperation mit einem privaten Partner.

Doch vom Auslaufen eines Konzessionsvertrages bis zu dessen Neuabschluss ist es oftmals ein weiter Weg für die Städte und Gemeinden. In dem Entscheidungsprozess über die Vergabe der Konzessionen haben sie eine Vielzahl an rechtlichen und energiepolitischen Fragestellungen zu beachten. Diese betreffen konkret das im § 46 EnWG geregelte Konzessionierungsverfahren im Bereich der Energieverteilnetze. Neben der Pflicht zur Bekanntmachung des Vertragsendes der Konzessionsverträge enthält § 46 EnWG weitere Vorgaben, die zur Durchführung eines ordnungsgemäßen Konzessionierungsverfahrens von Gemeinden einzuhalten sind. Hinzukommen die unterschiedlichen technischen, wirtschaftlichen und finanziellen Ausgangsbedingungen in den Gemeinden, die zu berücksichtigen sind.

Eine zentrale Vorgabe für das Vergabeverfahren bilden die kommunalen Ziele, die mit der Vergabe der Konzession verfolgt werden sollen. Der Entscheidung darüber, ob die Vergabe der Konzession an den bisherigen oder einen anderen Netzbetreiber oder in Kooperation mit anderen Gemein-



den und/oder anderen bereits etablierten Netzbetreibern erfolgt, sollte stets Gegenstand einer sorgfältigen Prüfung sein, in der die damit verbundenen Chancen und Risiken im Hinblick auf die kommunalen Ziele miteinander abzuwägen sind. Die Einbeziehung von Partnern kann dabei sinnvoll sein, um dort vorhandenes Know-how für die Gemeinde zu nutzen und schließlich auch die wirtschaftlichen und finanziellen Risiken zu minimieren. Die Rückmeldungen aus der Kommunalpolitik zeigen, dass es ratsam sein kann, in dieser Phase neben dem Rat auch frühzeitig Bürger, Wirtschaft und Medien in die Überlegungen zur künftigen Konzessionsvergabe und die damit verfolgten Ziele einzubeziehen.

Die Rahmenbedingungen für die Konzessionsvergabe haben sich in den letzten Jahren grundlegend geändert. Die Rechtslage wurde etwas komplizierter, allerdings konnten auch einige wesentliche Verbesserungen erreicht werden. Zu erwähnen ist insbesondere der erstmals ausdrücklich im Gesetz verankerte Anspruch des neuen Energieversorgungsunternehmens, das Eigentum am Netz vom bisherigen Konzessionsnehmer zu erwerben.¹

Zudem hat auch die Rechtsprechung zu einer Reihe strittiger Fragen Stellung genommen. Bereits in seinen Entscheidungen vom 17.12.2013 hat der Bundesgerichtshof (BGH) zu den Anforderungen an das Auswahlverfahren und den der Auswahlentscheidung zugrundeliegenden Kriterien Stellung genommen und damit die kommunale Gestaltungs- und Organisationsfreiheit im Rahmen der Konzessionsvergabe stark eingeschränkt.

Gemeinden und Städte haben im Rahmen ihrer Auswahlentscheidung vorrangig die auf den reinen Netzbetrieb bezogenen Kriterien des § 1 EnWG zu berücksichtigen. Zwar können auch fiskalische Interessen der Gemeinden bei der Konzessionsvergabe berücksichtigt werden, allerdings müssen diese einen ausreichenden Bezug zum Gegenstand des Konzessionsvertrages aufweisen. Nach der BGH-Entscheidung war zunächst unklar, was im Einzelnen sachgerechte Auswahlkriterien, die einen Bezug zum Konzessionsvertrag aufweisen, sind und wie diese gewichtet werden dürfen. In der Folge hat es hierzu einige Konkretisierungen und Klärungen durch die Rechtsprechung geben.

Im Übrigen hat die Rechtsprechung klargestellt, dass Gemeinden auch bei der Bewerbung eines kommunalen Unternehmens ein diskriminierungsfreies Konzessionsverfahren durchführen müssen und eine In-House-Vergabe unzulässig ist. Schließlich kann die vom BGH erklärte Rechtsfolge bei Verfahrensfehlern bei der Konzessionsvergabe mit erheblichen Konsequenzen für die Gemeinde verbunden sein, da sie zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages bis hin zur Neuabwicklung des gesamten Konzessionsvergabeverfahrens führen kann.

Hieraus wird deutlich: Die Anforderungen an die Konzessionsvergabe sind deutlich gestiegen und trotz einiger rechtlicher Klarstellungen mit zahlreichen Rechtsunsicherheiten behaftet. Dies erschwert und verzögert das Konzessionsvergabeverfahren und führt in vielen Fällen zu einem erheblichen Einsatz von personellen und finanziellen Ressourcen in den Städten und Gemeinden. Deshalb ist eine ehrliche Betrachtung des Aufwandes für die Konzessionsvergabe gegenüber dem kommunalen Nutzen ist dringend notwendig. Eine noch einzuführende De-minimis-Regelung mit Verfahrenserleichterungen für kleinere Netzgebiete könnte hier Abhilfe schaffen.

Die Entwicklungen in der Rechtsprechung der vergangenen Jahre wurden zum Anlass genommen, um die dritte Auflage der Dokumentation „Auslaufende Konzessionsverträge“ zu aktualisieren. Die Dokumentation zeigt die einzelnen Schritte des Entscheidungsprozesses auf und soll eine Unterstützung der kommunalen Entscheidungsträger bieten. Zu Beginn stehen daher im Kapitel II die einzelnen gesetzlichen Regelungen zum Konzessionsverfahren, das Verfahren selbst und der zeitliche Ablauf sowie die zulässigen Kriterien bei der Auswahl des Vertragspartners im Mittelpunkt.

Kapitel III beschäftigt sich mit der kommunalen Willensbildung zu den Zielen einer Konzessionsvergabe, insbesondere, ob eine (Re-)Kommunalisierung des Netzbetriebs geprüft werden soll und welche Verfahrensschritte dabei anstehen.

¹ Urteile des BGH vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12 und KZR 66/12, Abdruck mit Anmerkung von Weiß in EnWZ 2014, 268 ff.

III. Das Konzessionierungsverfahren

1. VERGABEVERFAHREN

Die gesetzlichen Vorschriften für das Konzessionierungsverfahren in §§ 46 ff. EnWG sehen keinen detaillierten Zeitplan für den Verfahrensablauf vor. In § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG ist lediglich geregelt, dass das Konzessionierungsverfahren spätestens zwei Jahre vor Ablauf des bestehenden Konzessionsvertrages durch eine Bekanntmachung im Bundesanzeiger eingeleitet werden muss.

Es ist jedoch zu empfehlen, bereits deutlich früher mit der Vorbereitung des Konzessionierungsverfahrens zu beginnen. Die Durchführung eines Konzessionierungsverfahrens ist aufgrund der gestiegenen Anforderungen, die sich sowohl aus dem Gesetz als auch der Rechtsprechung des BGH und der Instanzengerichte ergeben, deutlich anspruchsvoller und komplexer geworden.

Häufig treten in Konzessionierungsverfahren unvorhergesehene Verzögerungen auf. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf das in 2017 neu geschaffene Rüge- und Rechtsschutzregime in Konzessionierungsverfahren (vgl. § 47 EnWG). Danach haben Bieter in verschiedenen Verfahrensstadien die Möglichkeit, Verfahrensrügen im Hinblick auf Verletzungen der Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens zu erheben. Hilft die Gemeinde diesen Rügen nicht ab, können Bieter deren Begründetheit im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes

gerichtlich klären lassen. Dies kann einen erheblichen Zeitverzug mit sich bringen.

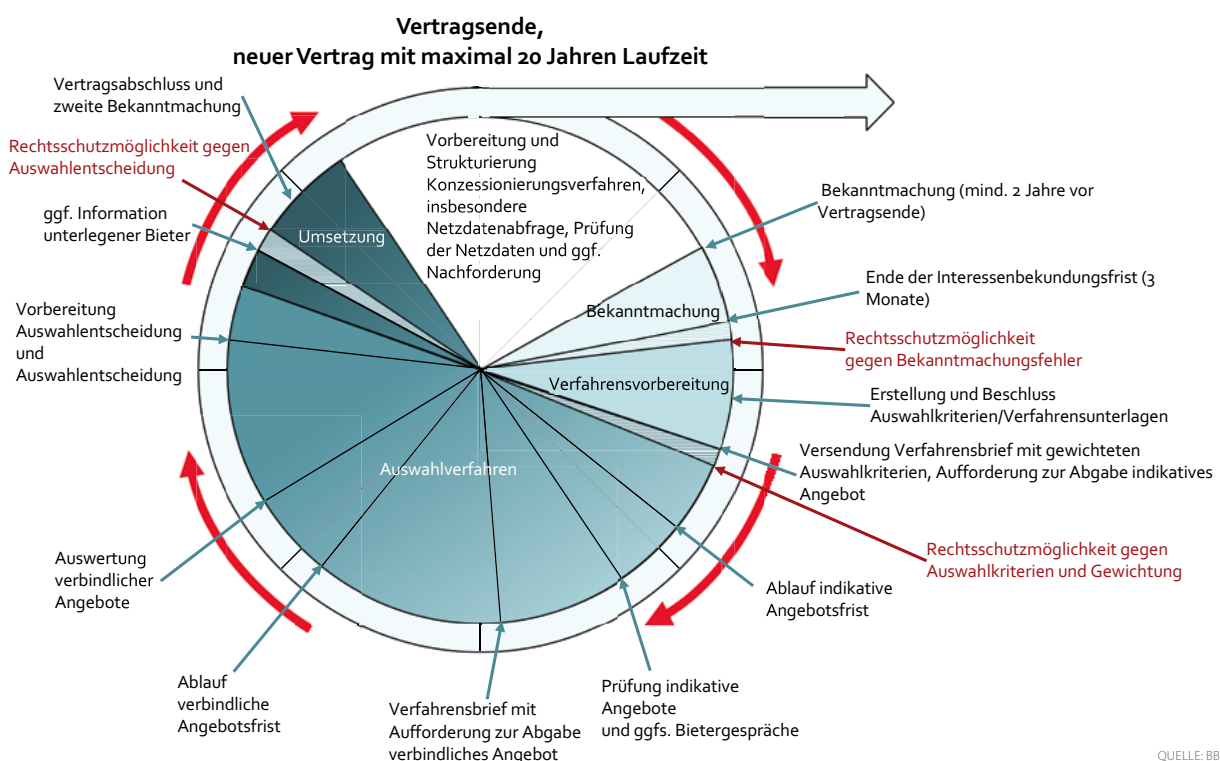
Zudem sollte die Gemeinde beachten, dass sich an den Neuabschluss eines Konzessionsvertrags möglicherweise eine Netzübernahme anschließt. Es liegt im Interesse der Gemeinde, dass diese noch innerhalb der Restlaufzeit des bisherigen Konzessionsvertrags abgeschlossen und damit ein vertragsloser Zustand vermieden wird.

Zwar hat der Gesetzgeber in § 48 Abs. 4 EnWG nunmehr geregelt, dass die Pflicht zur Zahlung der vertraglich vereinbarten Konzessionsabgabe auch nach Ablauf des Konzessionsvertrags bis zur Übertragung der Verteilungsanlagen auf den neuen Vertragspartner fortbesteht. Allerdings gilt dies nicht, wenn die Gemeinde kein Konzessionierungsverfahren durchführt. Zudem kann sich ein vertragsloser Zustand auch anderweitig negativ auswirken, weil Konzessionsverträge regelmäßig zahlreiche Ansprüche der Gemeinden regeln, die mit dem Auslaufen des Konzessionsvertrags ebenfalls wegfallen.

Die Vorbereitungen auf das Konzessionierungsverfahren und die öffentliche Bekanntmachung zur Verfahrenseröffnung sollten daher deutlich vor der in § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG genannten zweijährigen Mindestfrist vor Auslaufen des alten Konzessionsvertrages erfolgen.

Einen ersten Überblick über den Ablauf eines Konzessionierungsverfahrens gibt folgende Darstellung:

Typisiertes Konzessionierungsverfahren im Überblick



VORBEREITUNGSPHASE

Vor dem eigentlichen Konzessionierungsverfahren sollte die Gemeinde die konzessionsvertragliche Ausgangslage in den Blick nehmen. Hierzu gehört in erster Linie eine Prüfung des genauen Vertragsendes des laufenden Konzessionsvertrages sowie möglicher Sonderkündigungsrechte. Sofern in einer Gemeinde mehrere Strom- beziehungsweise Gaskonzessionsverträge mit ähnlichen Laufzeiten bestehen, kann die Gemeinde eine gemeinsame Verfahrensdurchführung oder eine Harmonisierung der Laufzeiten in Erwägung ziehen. Eine solche Konstellation tritt in der Praxis unter anderem aufgrund von Eingemeindungen oder dem Zusammenschluss ehemals selbstständiger Gemeinden auf. Aber auch, wenn innerhalb derselben Gemeinde mehrere Konzessionsverträge zum Beispiel für die Medien Strom und Gas zu ähnlichen Zeiten auslaufen, lässt sich – obgleich es sich bei Neuabschluss eines Strom- und Gaskonzessionsvertrags um formal voneinander getrennte Verfahren handelt – der Aufwand durch eine zeitlich parallele Verfahrensdurchführung häufig reduzieren.

Meist sehen Konzessionsverträge zudem ein konkretes Bündel an Regelungen für die Zeit des Konzessionsvertragsablaufs vor – die sogenannten „Endschaftsbestimmungen“. Hierzu gehören typischerweise vertragliche Auskunfts- und Erwerbsansprüche der Gemeinden bezüglich der Versorgungsanlagen sowie etwa auch Regelungen zu Modalitäten der Netzübertragung.

Da die Gemeinde nach § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG dazu verpflichtet ist, bereits im Zeitpunkt der Bekanntmachung zum Auslaufen des Konzessionsvertrags Netzdaten für potenzielle Interessenten zu veröffentlichen (vgl. §§ 46 Abs. 3 Satz 1, 46a EnWG), sollte sie diese rechtzeitig vor dem beabsichtigten Bekanntmachungszeitpunkt bei dem bisherigen Konzessionsnehmer anfordern, prüfen und erforderlichenfalls nachfordern.²

Die Gemeinde sollte wie oben erläutert vorab prüfen, ob sie ein reines Konzessionierungsverfahren durchführen oder ob sie auch Angebote zur möglichen Umsetzung einer Kooperation beim künftigen Netzbetrieb abfragen möchte.³

2 Zu den Netzdatenbereitstellungspflichten des bisherigen Konzessionsnehmers noch ausführlich nachfolgend unter „Bekanntmachung und Interessenbekundungsphase“ / „Inhalt der Bekanntmachung“ in diesem Kapitel.

3 Dazu ausführlich im Kapitel III „(Re-)Kommunalisierung / Kooperationen“.

BEWERBUNG EINES EIGENEN KOMMUNALEN (BETEILIGUNGS-)UNTERNEHMENS

Gemeinden sind berechtigt, bei der Vergabe von Konzessionen auch eigene Interessen als Bewerber um eine Konzession wahrzunehmen. Insbesondere sind sie nicht gehindert, ein eigenes Interesse an der Übernahme oder Fortführung des Netzbetriebs zu verfolgen. Dafür kann sich eine Gemeinde einer Eigengesellschaft aber auch einer nicht rechtsfähigen Betriebsform (wie z.B. einem Eigenbetrieb) bedienen.⁴

Existiert ein solches kommunales Unternehmen bereits, so muss es sich wie jeder andere Bewerber um die Konzession bewerben. Soll es jedoch erst noch gegründet werden, ist das Konzessionsverfahren um den (Re-)Kommunalisierungsprozess (siehe Kapitel III.) zu erweitern.

Auch bei der Bewerbung eines kommunalen Unternehmens muss die Gemeinde aber alle Bewerber gleich behandeln und das Gebot der Neutralität beachten. Dies gilt auch dann, wenn sich ein kommunaler Eigen- oder Regiebetrieb um die Konzession bewirbt (vgl. § 46 Abs. 6 EnWG).

Exkurs „Wasser- und Wärmekonzessionen“: Die Vorgaben der §§ 46 ff. EnWG gelten weder für den Abschluss von Wasser- noch von Wärmekonzessionsverträgen.

Zu beachten ist jedoch, dass nach Auffassung der Kartellbehörden und der Rechtsprechung bei der Vergabe von **Wasserkonzessionen** grundsätzlich das Gebot der Transparenz und das Diskriminierungsverbot zu beachten ist⁵. Soweit Gemeinden ihre Wasserversorgung privatrechtlich organisiert haben (z.B. in Form einer GmbH), hat daher auch der Neuabschluss eines Wasserkonzessionsvertrages in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu erfolgen. Ein solches Verfahren ist nur dann nicht erforderlich, wenn die Voraussetzungen einer Inhouse-Vergabe vorliegen.⁶ Dies sollte vor Neuabschluss von Wasserkonzessionsverträgen sorgsam geprüft werden. Zu beachten ist insoweit, dass Wasserkonzessionsverträge zu ihrer Wirksamkeit der Anmeldung bei der zuständigen Kartellbehörde bedürfen (vgl. § 31a GWB) und die Behörden bei der Anmeldung regelmäßig auch die Einhaltung der betreffenden Verfahrensvorgaben prüfen.

4 Vgl. BGH, Beschl. v. 18.10.2016, Az. KZB 46/15.

5 Zur Anwendbarkeit des europäischen Primärrechts und des allgemeinen Missbrauchsverbot gemäß § 19 GWB vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.3.2018, Az. VI-2 U (Kart) 6/16 sowie Urteil v. 13.06.2018, Az. VI-2 U (Kart) 7/16; Landeskartellbehörde NRW: <https://www.wirtschaft.nrw/konzessionsvergabe-wasser>; Landeskartellbehörde Niedersachsen: <https://www.mw.niedersachsen.de/Wasserkartellrecht/wasserkartellrecht-15997.html>

6 Eine entsprechende Anwendbarkeit der Inhouse-Kriterien gem. § 108 GWB wird regelmäßig bejaht.

Für die Vergabe von „Wärmekonzessionen“ hält das Bundeskartellamt eine formelle Ausschreibung der Wegerechtsvergabe für regelmäßig nicht erforderlich.⁷ Eine transparente und diskriminierungsfreie Ausschreibung soll danach nur dann erforderlich sein, wenn durch die Wegerechtseinräumung eine weitgehend ausschließliche Versorgerstellung verschafft wird (z. B. durch Regelung eines Anschluss- und Benutzungszwangs).

Bewirbt sich ein eigenes kommunales Unternehmen um die Konzession, ist eine personelle und organisatorische Trennung der Gemeinde in ihrer Rolle als verfahrensleitende Stelle einerseits und als „Bewerber“ andererseits besonders wichtig.⁸ Ob die von der Gemeinde zu beachtende Neutralität es tatsächlich gebietet, Personen wegen der Besorgnis der Befangenheit von der Mitwirkung an der Konzessionsentscheidung oder sogar dem gesamten Verfahren auszuschließen, ist einer Prüfung des Einzelfalls vorbehalten und wurde in der Rechtsprechung bisher uneinheitlich beurteilt.⁹ Der BGH hat nunmehr entschieden, dass nach den in Konzessionsverfahren geltenden Grundsätzen ein grundsätzliches Mitwirkungsverbot für solche Personen gilt, die bei einem Bewerber gegen Entgelt beschäftigt sind oder bei ihm als Mitglied eines Organs beschäftigt sind (sogenannte „Doppelmandatsträger“)¹⁰.

Die Gemeinden haben dieses Mitwirkungsverbot zusätzlich zu den kommunalrechtlichen Vorgaben zu beachten. Betroffen sind insbesondere Gemeinderäte, die zugleich Mitglied des Aufsichtsrats eines Bewerbers sind. Allerdings hat der BGH auch klargestellt, dass eine Mitwirkung betreffender Personen in Konzessionsverfahren nicht automatisch zu einer Nichtigkeit des neu abzuschließenden Konzessionsvertrages führt.¹¹ Ein Verstoß gegen ein Mitwirkungsverbot stellt nur dann eine rechtswidrige Behinderung von Bewerbern dar, die zur Nichtigkeit eines Konzessionsvertrages führt, wenn im Einzelfall die konkrete Möglichkeit besteht, dass die Mitwirkung gerade dieses Doppelmandatsträgers die Entscheidung beeinflusst hat. Diese Möglichkeit ist von demjenigen zu beweisen, der sich auf die Nichtigkeit der Auswahlentscheidung beruft. Allein ein vermeintlich „böser Schein“ einer „Befangenheit“

reicht demnach nicht aus, um einen Verfahrensverstoß anzunehmen.¹²

Aus den vorgenannten Gründen sollte auf Seiten der verfahrensleitenden Gemeinde eine Beteiligung von Personen, die in einem entsprechenden Näheverhältnis zu einem (kommunalen) Bieter stehen, möglichst vermieden werden. Wie die Gemeinde eine solche „personelle und organisatorische Trennung“ gewährleisten kann, ist im Einzelfall und möglichst frühzeitig zu prüfen.

Nicht immer ist die Beachtung der vom BGH aufgestellten Grundsätze mit den kommunalrechtlichen Vorgaben einfach in Einklang zu bringen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Vermeidung einer Mitwirkung von betreffenden „Doppelmandatsträgern“ im kommunalen Vertretungsorgan. Dem Grunde nach bieten sich insoweit verschiedene Möglichkeiten an (z. B. Verzicht der Mitwirkung an betreffenden Tagesordnungspunkten; Mandatsniederlegung in Gremien des kommunalen Bewerbers; Einrichtung eines beschließenden „Konzessionsausschusses“ unter Beachtung der Vorgaben des Kommunalrechts).

Auch im Hinblick auf die mit dem Konzessionsverfahren betrauten Mitarbeiter der Gemeindeverwaltung sollte für eine ordnungsgemäße organisatorische und personelle Trennung Sorge getragen werden. Zudem sollten die getroffenen Vorkehrungen – auch im Hinblick auf die mittlerweile weitreichenden Akteneinsichtsrechte der Bewerber in Konzessionsverfahren (vgl. insbesondere § 47 Abs. 3 EnWG) – sorgfältig dokumentiert werden.

BEKANNTMACHUNGS- UND INTERESSENBEKUNDUNGSPHASE

Das Konzessionsverfahren beginnt mit einer öffentlichen Bekanntmachung nach den Vorgaben in § 46 Abs. 3 Satz 1 bis 3 EnWG. Die Bekanntmachung dient der Eröffnung des Wettbewerbes um die Konzession. Potenzielle Interessenten sollen durch die Bekanntmachung von der Möglichkeit eines Konzessionsvertragsabschlusses erfahren können.

BEKANNTMACHUNG

Bekanntmachungsfrist

Nach § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG müssen die Gemeinden das Vertragsende spätestens zwei Jahre vor dem Auslaufen des Konzessionsvertrages bekannt geben. Damit ausreichend Zeit für die Durchführung des Konzessionsverfahrens sowie ggf. – im Falle eines Konzessionsnehmerwechsels – für die Vorbereitung einer Netzübernahme verbleibt, sollte die Bekanntmachung möglichst bereits ca. zweieinhalb bis drei Jahre vor

7 Vgl. Bundeskartellamt, Sektorenuntersuchung Fernwärme – Abschlussbericht August 2012: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung%20Fernwaerme%20-%20Abschlussbericht.pdf>

8 Vgl. hierzu bereits BGH, Beschl. v. 18.10.2016, Az. KZB 46/16.

9 Vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 5.1.2017, Az. 2 U 66/16; OLG Brandenburg, Urt. v. 22.8.2017, Az. 6 U 1/17 Kart.

10 BGH, Urt. v. 28.1.2020, Az. EnZR 99/18.

11 Ebenda.

12 So bereits OLG Karlsruhe, Urt. v. 3.4.2017, Az. U 151/16 Kart.

dem Vertragsende erfolgen. Dies gilt insbesondere, wenn die Gemeinde eine (Re-)Kommunalisierung des Netzbetriebes in Erwägung zieht und im Rahmen des Konzessionierungsverfahrens auch Kooperationsangebote anfordern möchte.

Ist eine vorzeitige Verlängerung von Konzessionsverträgen, also vor dem regulären Vertragsablauf (z. B. nach der Ausübung von Kündigungsrechten), geplant, gelten nun gemäß § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG ebenfalls die Bekanntmachungspflichten des § 46 Abs. 3 Satz 1 und 2 EnWG. Das heißt, das Vertragsende muss auch in diesen Fällen spätestens zwei Jahre vor dem geplanten Vertragsende bekannt gemacht werden.

PRAXISTIPP: *Zwar spricht das EnWG weiterhin von einer „Verlängerung“ bestehender Konzessionsverträge. Aus der Regelung des § 46 Abs. 3 Satz 3 ergibt sich jedoch, dass eine bloße Verlängerung im eigentlichen Sinne nicht zulässig ist: Zuvor ist der betreffende Konzessionsvertrag zu beenden (wozu regelmäßig ein Einverständnis zwischen Gemeinde und Konzessionsvertragspartner herbeizuführen ist). Sodann gelten die gleichen Bekanntmachungs- und Verfahrensvorschriften wie bei Neuabschluss eines „regulär“ auslaufenden Konzessionsvertrags. Der Gesetzgeber wollte hiermit verhindern, dass eine Verlängerung von Konzessionsverträgen den mindestens alle 20 Jahre vorgeschriebenen Konzessionswettbewerb vereitelt.*

Form der Bekanntmachung

Die Bekanntmachung erfolgt durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger (www.bundesanzeiger.de). Bei mehr als 100 000 unmittelbar oder mittelbar angeschlossenen Kunden im Gemeindegebiet muss die Bekanntmachung zusätzlich im Amtsblatt der Europäischen Union erfolgen (§ 46 Abs. 3 Satz 2 EnWG).¹³ Eine Bekanntmachung in anderen Medien, etwa in Tageszeitungen oder der Fachpresse, ist nicht ausreichend und führt zur Nichtigkeit eines daraufhin abgeschlossenen Konzessionsvertrages¹⁴.

Inhalt der Bekanntmachung

Die Bekanntmachung zur Verfahrenseröffnung muss nach § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG das Datum des Vertragsendes sowie einen ausdrücklichen Hinweis auf die nach § 46a EnWG in geeigneter Form zu veröffentlichenden Netzdaten und den Ort der Veröffentlichung enthalten. Üblicherweise enthält die Bekanntgabe zudem Angaben zum Vertragsgebiet des

auslaufenden Konzessionsvertrages und dem bisherigen Vertragspartner.

Die Informationen über die wirtschaftliche und technische Situation des Netzes werden schon aufgrund ihres Umfangs nicht in der Bekanntmachung veröffentlicht. Es empfiehlt sich eine Bereitstellung der Informationen auf der Internetseite der Gemeinde, wengleich dies nicht zwingend ist.¹⁵ Dem bei der Veröffentlichung zu beachtenden Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ist durch geeignete Maßnahmen Rechnung zu tragen¹⁶ (z. B. durch einen Passwortschutz und die Anforderung einer Vertraulichkeitserklärung bevor die Netzdaten bereitgestellt werden). In jedem Fall muss ein Hinweis in der Bekanntmachung enthalten sein, wo die Daten angefordert beziehungsweise abgerufen werden können.

Die Gemeinde hat bereits ein Jahr vor der Bekanntmachung, also mindestens drei Jahre vor dem Konzessionsvertragsablauf, einen gesetzlichen Auskunftsanspruch¹⁷ gegenüber dem bisherigen Konzessionsvertragspartner über die zu veröffentlichenden Netzinformationen. Der Inhalt des Auskunftsanspruchs ist in § 46a Satz 2 Nr. 1 bis 4 EnWG geregelt. Dort zählt das Gesetz nun „insbesondere“ (also nicht abschließend) einzelne wirtschaftliche Informationen auf¹⁸. In ihrem rechtlich unverbindlichen Gemeinsamen Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen haben das Bundeskartellamt und die Bundesnetzagentur praxisrelevante Beispiele für Netzdaten vorgeschlagen, die als Orientierungshilfe bei der Konkretisierung der abzufordernden Daten dienen können.¹⁹ Von ihrer gesetzlichen Festlegungskompetenz zur Bestimmung des Umfangs und Formates der Netzinformationen (vgl. § 46a Satz 3 EnWG) haben die Behörden hingegen bislang keinen Gebrauch gemacht.

Schließlich muss die Bekanntmachung eine mindestens dreimonatige Frist für die Einreichung von Interessenbekundungen enthalten (vgl. § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG).

Rechtsfolgen bei Fehlern

Die Folgen von Bekanntmachungsfehlern sind gesetzlich nicht geregelt.

Wenn eine Gemeinde die Bekanntmachung gänzlich unterlässt oder sie in einem falschen Bekanntmachungsme-

13 Diese Information ist beim Altkonzessionär anzufragen. An das Netz des Altkonzessionärs können nicht nur Endkunden, sondern auch weitere, sog. nachgelagerte Netzbetreiber angeschlossen sein. Diese Kunden nachgelagerter Netzbetreiber sind als mittelbar angeschlossene Kunden beim Schwellwert mit zu berücksichtigen.

14 Vgl. BGH Urt. v. 18.11.2014, Az. EnZR 33/13 „Stromnetz Schierke“.

15 Vgl. BGH, Urt. v. 14.4.2015, Az. EnZR 11/14 „Gasnetz Springe“.

16 Eine Veröffentlichung der kalkulatorischen Netzdaten auf der Homepage ist demnach nicht vom Gesetz gedeckt, vgl. BGH, Urt. v. 14.04.2015, Az. EnZR 11/14 „Gasnetz Springe“.

17 § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG, daneben bestehen oft vertragliche Auskunftsansprüche aus den Altkonzessionsverträgen.

18 Vgl. hierzu auch Urteil des BGH v. 14.4.2015, Az. EnZR 11/14 „Gasnetz Springe“.

19 Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, 2. Auflage vom 21.05.2015, Rz. 39 ff.

dium vornimmt, sind die daraufhin neu abgeschlossenen Konzessionsverträge nichtig. Denn in diesen Fällen wird der vom Gesetzgeber vorgesehene Wettbewerb um Strom- und Gaskonzessionen nach §§ 46 ff. EnWG nicht wirksam eröffnet.²⁰ Ob und in welchen Fällen eine „nur“ inhaltlich fehlerhafte oder unvollständige Bekanntmachung zur Nichtigkeit des neu abgeschlossenen Konzessionsvertrages führt, ist bisher nicht geklärt. Allerdings sieht das Gesetz in § 47 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 EnWG nunmehr vor, dass Fehler in der Bekanntmachung innerhalb der Frist aus § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG zu rügen sind. Versäumen beteiligte Unternehmen die rechtzeitige Rüge, können sie sich später nicht mehr auf mögliche Fehler berufen.²¹

INTERESSENBEKUNDUNG

In der Bekanntmachung sollten die Gemeinden Energieversorgungsunternehmen auffordern, ihr Interesse an der Konzession innerhalb einer Mindestfrist von drei Monaten zu bekunden (vgl. § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG). Häufig (und dies ist im Interesse eines diskriminierungsfreien Wettbewerbs auch sachgerecht) kündigen die Gemeinden an, verspätete Interessenbekundungen nicht zu berücksichtigen (Ausschlussfrist). In einer Interessenbekundung muss das Energieversorgungsunternehmen zum Ausdruck bringen, dass es sich um die Konzession bewerben möchte. Der genaue Inhalt einer Interessenbekundung hängt vom Einzelfall, insbesondere vom Bekanntmachungstext ab.

Sollte sich nur ein Unternehmen für den Neuabschluss des Konzessionsvertrages interessieren (dies wird regelmäßig der bisherige Konzessionsvertragspartner sein), kann der neue Konzessionsvertrag unmittelbar mit diesem Unternehmen verhandelt und abgeschlossen werden.

EINLEITUNG DES AUSWAHLVERFAHRENS

Bei mehreren Bewerbern um die Konzession muss die Gemeinde hingegen ein transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren durchführen. Eine Inhouse-Vergabe an ein kommunales Unternehmen und selbst die Konzessionierung eines Eigen- oder Regiebetriebes der Kommune ist nach der derzeitigen Rechtslage ohne Durchführung eines den Vorgaben der §§ 46 ff. EnWG entsprechenden Konzessionsverfahrens nicht zulässig (vgl. § 46 Abs. 6 EnWG).²²

20 BGH, Urt. v. 28.1.2020, EnZR 99/18; BGH, Urt. v. 28.1.2020, EnZR 116/18; BGH, Urt. v. 18.9.2014, Az. EnZR 33/13 für den Fall einer Bekanntmachung im falschen Medium; OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.3.2008 Az. VI-2 U 8/07 (Kart) für den Fall der gänzlich unterbliebenen Bekanntmachung.

21 Dazu ausführlich im Abschnitt „Rechtsschutz im Konzessionsverfahren/Rügeregime“ in diesem Kapitel.

22 Vgl. BT Drs. 18/8184 S. 9; ebenfalls bereits BGH, Urt. vom 17.12.2013, Az. KZR 65/12 und KZR 66/12, Abdruck mit Anmerkung von *Probst* in ZNER, 2014, 168 ff.

Dazu gehört insbesondere die Aufstellung und Mitteilung gewichteter Auswahlkriterien, § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG.

Bei der Aufstellung der Auswahlkriterien verfügen Gemeinden über einen weiten Beurteilungsspielraum.²³ Dieser besteht allerdings nicht vollkommen schrankenlos. Sie sind gem. § 46 Abs. 4 Satz 1 EnWG bei der Auswahl des Neukonzessionärs insbesondere den Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG (Sicherheit, Preisgünstigkeit, Verbraucherfreundlichkeit, Effizienz und Umweltverträglichkeit, zunehmender Ausbau der erneuerbaren Energien) verpflichtet. Zur bisherigen Gesetzeslage hat der BGH in seinen Urteilen vom 17.12.2013²⁴ festgestellt, dass die Gemeinden die Ziele des § 1 EnWG bei ihrer Auswahlentscheidung „vorrangig“ berücksichtigen müssen, also jedenfalls mit einer Gewichtung von über 50 Prozent im Vergleich zu anderen Auswahlkriterien²⁵. Das Bundeskartellamt geht davon aus, dass der „vorrangigen“ Gewichtung jedenfalls dann Genüge getan ist, wenn die Kriterien zu den Zielen des § 1 EnWG 70 Prozent der insgesamt zu vergewendenden Punkte ausmachen und spricht insoweit von einem „safe harbour“ für Kommunen.²⁶ Dementsprechend hat sich in der Praxis eine Gewichtung der Ziele des § 1 EnWG in Höhe von meist mindestens 70 Prozent durchgesetzt. Darüber hinaus dürfen auch fiskalische Interessen im Rahmen des rechtlich Zulässigen (vgl. die Vorgaben der Konzessionsabgabenverordnung) sowie weitere Regelungen des Konzessionsvertrages bei der Auswahlentscheidung berücksichtigt werden. Alle Auswahlkriterien müssen jedoch einen sachlichen Bezug zu der Konzession und dem örtlichen Netzbetrieb aufweisen. Im Rahmen der EnWG-Novelle 2017 hat der Gesetzgeber die bereits bestehenden Vorgaben zudem in § 46 Abs. 4 Satz 2 EnWG um das Recht der Gemeinden ergänzt, „unter Wahrung netzwirtschaftlicher Anforderungen, insbesondere der Versorgungssicherheit und Kosteneffizienz, auch Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ bei der Auswahl berücksichtigen zu dürfen. Hierdurch will der Gesetzgeber sicherstellen, dass kommunale Belange im Konzessionswettbewerb nicht ins Hintertreffen geraten²⁷.

23 BGH, Urt. v. 17.12.2013, Az. KZR 65/12 und KZR 66/12; OLG Karlsruhe, Urt. v. 3.4.2017, Az. 6 U 151/16 Kart; OLG Celle, Urt. v. 17.3.2016, Az. 13 U 141/15 (Kart) und vom 26.1.2017, Az. 13 U 9/16 (Kart); LG München I, Beschl. v. 29.2.2016, Az. 37 O 3123/16, bestätigt durch OLG München, Beschl. v. 16.3.2016, Az. W 481/16 Kart; Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, 2. Auflage vom 21.5.2015, Rz. 19.

24 BGH, Urt. v. 17.12.2013, Az. KZR 65/12 und KZR 66/12.

25 Vgl. hierzu auch OLG Celle, Urt. v. 17.4.2016, Az. 13 U 141/15 (Kart) und Urt. v. 26.1.2017, Az. 13 U 9/16 (Kart); OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.12.2015, Az. VI-2 U Kart 4/15; KG, Urt. v. 4.4.2019, Az. 2 U 5/15 Kart.

26 Vgl. Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, 2. Auflage vom 21.5.2015, Rz. 32 und Fn. 52. Die Bundesnetzagentur sieht in der Rechtsprechung des BGH hingegen keine Anforderungen hinsichtlich einer Gewichtung von über 50% +x hinaus.

27 BT-Drs. 18/8184 S. 15.

Obwohl die Gemeinden bei der Festlegung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung über einen Beurteilungsspielraum verfügen und der Gesetzgeber ausdrücklich auch kommunale Belange für zulässig erachtet²⁸, sollten sie sich gleichwohl möglichst eng an den Vorgaben des BGH²⁹ sowie der hierauf aufbauenden Rechtsprechung der Oberlandesgerichte³⁰ orientieren. Im Falle unzulässiger oder einer „willkürlichen“ Fehlgewichtung der Auswahlkriterien ist nach den strengen Maßstäben der Rechtsprechung in der Regel von einem Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung der Gemeinde bei der Vergabe von Wegenutzungsrechten nach § 46 EnWG auszugehen.

Die Festlegung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung ist die entscheidende Weichenstellung für das weitere Verfahren und sollte dementsprechend nach Vorbereitung seitens der Verwaltung durch Beschluss des kommunalen Vertretungsorgans der Gemeinde erfolgen. Sie bilden die Grundlage für die spätere Auswahlentscheidung.

Die Mitteilung der gewichteten Auswahlkriterien und deren Bewertungsmethodik erfolgt in der Praxis im Rahmen sogenannte Verfahrensbriefe, in denen zusätzlich auch Hinweise zum Verfahrensablauf sowie die von der Gemeinde gewünschten Anforderungen an die abzugebenden Angebote und weitere Modalitäten des Verfahrens (z.B. Ankündigung von Bietergesprächen) dargestellt werden. Aus Gründen der Transparenz empfiehlt es sich zudem, die Auswahlkriterien näher zu erläutern und diese Erläuterungen zusammen mit den Auswahlkriterien zu übersenden. Zudem kann die Gemeinde den Bewerbern einen Konzessionsvertragsentwurf übermitteln, auf dessen Grundlage die Angebote abgegeben werden sollen. Dadurch kann die Gemeinde eine bessere Vergleichbarkeit der Angebote gewährleisten und zudem ihre eigenen konzessionsvertraglichen Vorstellungen konkretisieren. Schließlich sollte die Gemeinde die Bewerber zur Darstellung ihres Konzeptes für den künftigen örtlichen Netzbetrieb auffordern, um die Angebote anhand der Ziele des § 1 EnWG beziehungsweise anhand der hieran ausgerichteten Auswahlkriterien bewerten zu können.

Unabhängig davon ist durch die Gemeinde die Eignung der Bewerber zu prüfen.³¹ Die Eignungsprüfung hat sich auf die für den künftigen Netzbetrieb erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit zu beziehen. Dabei obliegt es der konzessionsvergebenden Kommune festzulegen, welche Unterlagen von den Bewerbern zum Nachweis ihrer Eignung verlangt werden. Hierzu empfiehlt es sich, in dem Verfahrensbrief konkrete Unterlagen anzufordern, die von den Bewerbern zum Nachweis ihrer personellen, technischen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit vorzulegen sind und anhand derer die Kommune in die Lage versetzt wird, deren Eignung für den künftigen Netzbetrieb zu beurteilen. Zur Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit empfiehlt sich zum Beispiel die Abfrage der letzten Jahresabschlüsse. Zum Nachweis der personellen und technischen Leistungsfähigkeit bietet sich die Abfrage einer auf den Netzbetrieb bezogenen Unternehmensdarstellung sowie eine Darstellung der bisherigen Erfahrungen der Bewerber beim Netzbetrieb an. Die Zuverlässigkeit wird regelmäßig in Form von Eigenerklärungen abgefragt, aus denen insbesondere hervorgehen sollte, dass bisher keine einschlägigen Gesetzesverstöße festgestellt wurden.³² Grundsätzlich kann als Nachweis der Eignung auch die Vorlage einer Genehmigung für den Netzbetrieb nach § 4 EnWG abgefragt werden.³³ Die Vorlage einer Genehmigung nach § 4 EnWG ist jedoch nicht zwingende Voraussetzung für den Nachweis der Eignung.³⁴ Für Unternehmen, die bisher noch nicht im Netzbetrieb tätig sind und sich erstmalig um eine Konzession bewerben (sogenannte „Newcomer“), sollte zudem der Eignungsnachweis in Form von Eigenerklärungen zugelassen werden. Die Bewerber haben darin dann dazulegen, wie im Falle des Konzessionsgewinns künftig ihre Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit gewährleistet sein wird. Zu beachten ist, dass die Eignungsprüfung nicht mit der Bewertung der Bieterangebote anhand der Auswahlkriterien vermischt werden darf. Im Rahmen der Eignungsprüfung erfolgt eine auf den jeweiligen Bieter bezogene Prüfung dessen Angebots, während sich die Auswertung anhand der Auswahlkriterien auf die Bewertung der konkreten Angebotsinhalte zu beziehen hat. Dementsprechend ist die Eignungsprüfung der eigentlichen Angebotsauswertung vorgelagert.

28 BT-Drs. 18/8184, 13, 15.

29 BGH, Urt. v. 17.12.2013, Az. KZR 65/12 und KZR 66/12; Beschl. v. 3.6.2014, Az. EnVR 10/13; Urt. v. 7.10.2014, Az. EnZR 86/13.

30 Vgl. OLG Frankfurt a. M., Urteil v. 10.12.2019, Az. 11 U 118/19; KG, Urt. v. 4.4.2019, Az. 2 U 5/15 Kart; OLG Celle, Urt. v. 17.4.2016, Az. 13 U 141/15 (Kart) und vom 26.1.2017, Az. 13 U 9/16; OLG Stuttgart, Urt. v. 5.1.2017, Az. 2 U 66/16; OLG Dresden, Urt. v. 29.11.2016, Az. U 1/16 Kart; OLG München, Beschl. v. 16.3.2016, Az. W 481/16 Kart; OLG Brandenburg, Urt. v. 19.7.2016, Az. U 1/15; OLG Düsseldorf Beschl. vom 17.4.2014, Az. VI-2 Kart 2/13 (V); OLG Karlsruhe, Urt. v. 26.3.2014, Az. 6 U 68/13 (Kart).

31 Kommunen müssen eine Eignungsprüfung vornehmen, vgl. KG Berlin Urt. v. 24.9.2020, Az. 2 U 93/19; OLG Celle, Urt. v. 17.4.2016, Az. 13 U 141/15 (Kart); OLG Düsseldorf Beschl. vom 17.04.2014, Az. VI-2 Kart 2/13 (V).

32 Insoweit kann auf den Katalog aus § 123 Abs. 1 GWB zurückgegriffen werden.

33 Die Aufnahme des Betriebs eines Energieversorgungsnetzes bedarf der Genehmigung. Dabei prüft die zuständige Behörde die personelle, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie Zuverlässigkeit, vgl. § 4 EnWG.

34 Vgl. u.a. KG Berlin, Urt. v. 24.9.2020, Az. 2 U 93/19.

Auch hinsichtlich der Auswahlkriterien besteht gem. § 47 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 EnWG eine Rügeobliegenheit der Bewerber. Rechtsverletzungen, die hinsichtlich der Auswahlkriterien beziehungsweise deren Gewichtung erkennbar sind, können nur innerhalb einer Frist von 15 Tagen ab deren Zugang gerügt werden. Anderenfalls sind beteiligte Unternehmen mit der Rüge einer in den Auswahlkriterien enthaltenen Rechtsverletzung wegen Verspätung ausgeschlossen.³⁵

ABGABE VON ANGEBOTEN

Nach Mitteilung der Auswahlkriterien können die Bewerber auf der Grundlage der von der Gemeinde übermittelten Unterlagen ein Konzessionsangebot erarbeiten. Die Fristen für die Angebotsabgabe sind gesetzlich nicht vorgegeben. Den Bewerbern sollte aufgrund der gestiegenen Anforderungen an Konzessionsangebote jedenfalls ausreichend Zeit zur Verfügung gestellt werden.

Es ist empfehlenswert und in der Praxis auch üblich, zunächst noch unverbindliche („indikative“) Angebote von den Bewerbern abzufragen und darauf basierend ein oder auch mehrere Bietergespräche mit den Bewerbern zu führen. Dies gilt insbesondere bei Konzessionierungsverfahren, in denen neben der reinen Konzessionsvergabe auch Angebote für die mögliche Umsetzung einer Kooperation beim künftigen Netzbetrieb angefordert werden.³⁶ Im Rahmen der Bietergespräche besteht für alle Beteiligten die Möglichkeit, die Angebote auf fundierter Grundlage und auf Basis konkreter Fragestellungen zu diskutieren sowie ggf. vorhandene Unklarheiten auszuräumen beziehungsweise seitens der Gemeinde auf Klarstellungen, Ergänzungen und Änderungen in den Angeboten hinzuwirken. Bietergespräche erhöhen damit die Wahrscheinlichkeit qualitativ besserer Angebote. Auf die Transparenz und Diskriminierungsfreiheit des Verfahrens, also insbesondere die Gleichbehandlung aller Bewerber, sollten die Gemeinden jedoch stets achten. Dementsprechend sollten Bietergespräche auch stets gut dokumentiert werden.

Die Angebotsphase schließt mit der Abgabe der verbindlichen Angebote der Bewerber. Die Bewerber sollten aufgefordert werden, sich für eine bestimmte Zeit an ihre verbindlichen Angebote gebunden zu halten (Bindefrist), um der Gemeinde ausreichend Zeit zur Angebotsauswertung, Beschlussfassung und Vertragsunterzeichnung zu lassen. Den Ablauf der Bindefrist sollte die Gemeinde im

35 Dazu ausführlich im Abschnitt „Rechtsschutz im Konzessionierungsverfahren/Rügeregime“ in diesem Kapitel.

36 Dazu ausführlich im Abschnitt „(Re-)Kommunalisierung/Kooperationen“ in diesem Kapitel.

Blick behalten, insbesondere, wenn sich der Abschluss des neuen Konzessionsvertrages durch gerichtlich geltend gemachte Rechtsschutzmöglichkeiten eines unterlegenen Bewerbers verzögert (vgl. § 47 Abs. 3 S. 3 EnWG).³⁷ Ggf. ist dann eine Verlängerung der Bindefrist bei den Bewerbern nachzufragen.

AUSWAHLENTSCHEIDUNG UND VERTRAGSABSCHLUSS

Die verbindlichen Angebote der Bewerber müssen auf der Grundlage der zuvor bekanntgegebenen gewichteten Auswahlkriterien ausgewertet und bepunktet werden. Dabei steht der Gemeinde ebenfalls ein Beurteilungsspielraum zu.³⁸

AUSWERTUNG DER ANGEBOTE

Wie der Beurteilungsspielraum ausgeübt und die Angebote bewertet werden, hängt auch von der zuvor kommunizierten Bewertungsmethodik ab. In der Praxis üblich ist die sogenannte relative Bewertungsmethodik,³⁹ bei der die Güte der Angebote in Relation zueinander beurteilt wird. Das heißt, das relativ beste Angebot erhält die volle Punktzahl und die anderen Angebote eine nach dem Grad ihres Zurückbleibens hinter dem besten Angebot entsprechend niedrigere Bepunktung. Bei der Punktevergabe darf sich die Gemeinde allerdings nicht von sachfremden Erwägungen leiten lassen (z.B. politische Präferenzen oder nicht netzbetriebsbezogene Erwägungen).

PRAXISTIPP: *Die Auswertung der Angebote und die dabei angestellten Erwägungen müssen sorgfältig dokumentiert werden. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten nebst weitreichender Akteneinsichtsrechte unterlegener Bieter (vgl. § 47 EnWG, dazu noch ausführlich im Abschnitt „Rechtsschutz im Konzessionierungsverfahren/Rügeregime“ in diesem Kapitel).*

Die Auswahlentscheidung wird schließlich nach entsprechender Vorbereitung durch die Verwaltung vom Gemeindeparlament getroffen. Mit ihrer Auswahl legt sich die Gemeinde für einen Zeitraum von maximal 20 Jahren

37 Zur Möglichkeit unterlegener Bieter, die Auswahlentscheidung gerichtlich überprüfen zu lassen, siehe im Abschnitt „Rechtsschutz im Konzessionierungsverfahren/Rügeregime“ in diesem Kapitel.

38 OLG Brandenburg, Urt. v. 22.8.2017, Az. 6 U 1/17 (Kart); OLG Frankfurt, Urt. v. 3.11.2017 – 11 U 51/17; OLG Celle, Urt. v. 17.4.2016, Az. 13 U 141/15 (Kart) und Urt. v. 26.1.2017, Az. 13 U 9/16 (Kart).

39 OLG Celle, Urt. v. 17.3.2016, Az. 13 U 141/15 (Kart) und Urt. v. 5.12.2017, Az. 13 U 55/17 (Kart); OLG Stuttgart, Urt. v. 5.1.2017 (Az. 2 U 66/16); LG München I, Beschl. v. 29.2.2016, Az. 37 O 3123/16, bestätigt durch OLG München, Beschl. v. 16.3.2016, Az. W 481/16 Kart; LG Leipzig, Urt. v. 17.6.2015, Az. 05 O 1339/15.

auf einen Konzessionsvertragspartner für den Netzbetrieb der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet fest. Die Entscheidung geht insofern über ein Geschäft der laufenden Verwaltung im Sinne des Kommunalrechts hinaus.

INFORMATION DER UNTERLEGENEN BEWERBER, VERTRAGSABSCHLUSS

Nach der Auswertung der Angebote darf der Konzessionsvertrag mit dem obsiegenden Bewerber jedoch nicht sogleich abgeschlossen werden. Stattdessen sind zunächst jene Unternehmen, deren Angebote nicht angenommen werden sollen, über die Gründe der vorgesehenen Ablehnung ihres Angebotes und über den frühesten Zeitpunkt des beabsichtigten Vertragsschlusses in Textform zu informieren (vgl. § 46 Abs. 5 Satz 1 EnWG). Eine Mitteilung der beabsichtigten Auswahlentscheidung an den obsiegenden Bewerber ist nicht gesetzlich vorgeschrieben, jedoch üblich. Der frühestmögliche Termin des Vertragsschlusses richtet sich nach der Frist des § 47 Abs. 2 Satz 3 und 4 EnWG und liegt somit nach Ablauf von 30 Tagen nach Zugang der vorgenannten Information bei den unterlegenen Bewerbern.

Eine Unterzeichnung des Konzessionsvertrags darf erst dann erfolgen, wenn innerhalb der in § 47 Abs. 2 Satz 3 und Abs. 5 Satz 1 EnWG genannten Fristen kein Bieter Rügen gegen die angekündigte Auswahlentscheidung erhebt oder gerichtliche Rechtsschutzmöglichkeiten ergreift (vgl. § 47 Abs. 6 EnWG). Eine Verletzung der Wartefristen zieht die Nichtigkeit des Konzessionsvertrags nach sich.⁴⁰

BEKANNTMACHUNGSPFLICHTEN BEI VERTRAGSABSCHLUSS

Nach Beendigung des Auswahlverfahrens ist die Gemeinde verpflichtet, bei Neuabschluss oder Verlängerung des Konzessionsvertrags ihre Entscheidung unter Angabe der maßgeblichen Gründe öffentlich bekannt zu geben (vgl. § 46 Abs. 5 Satz 2 EnWG). Diese Bekanntmachung dient der Transparenz und besseren Nachvollziehbarkeit der gemeindlichen Entscheidung und gilt auch für den Fall, dass sich nur ein Bieter beworben hat⁴¹.

Die Bekanntmachung der Auswahlentscheidung erfolgt häufig im Bundesanzeiger, wengleich dies nicht zwingend vorgeschrieben ist. Folgen eines Verstoßes gegen diese „zweite“ Bekanntmachung im Konzessionierungsverfahren sind gesetzlich nicht geregelt und auch von der Rechtsprechung noch nicht entschieden worden.

40 Dazu ausführlich im Abschnitt „Rechtsschutz im Konzessionierungsverfahren/Rügeregime“ in diesem Kapitel.

41 BT-Drs. 18/8184 S. 15.

BESONDERHEITEN NACH LANDESRECHT

In einigen Gemeindeordnungen sind aufgrund der Bedeutung der Konzessionsverträge besondere Pflichten der Gemeinden statuiert. So werden zum Teil bestimmte Mindestanforderungen an Konzessionsverträge dahingehend aufgestellt, dass diese nur abgeschlossen werden dürfen, *„wenn die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde nicht gefährdet wird und die berechtigten Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner gewahrt sind“*⁴². In einigen Bundesländern soll darüber hinaus zur Wahrung der Interessen der Gemeinde und der Einwohner *„dem Gemeinderat vor der Beschlussfassung das Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen vorgelegt werden“*⁴³. Zudem sind entsprechende Beschlüsse in einigen Bundesländern der Kommunalaufsichts- beziehungsweise Rechtsaufsichtsbehörde vorzulegen und dürfen frühestens nach Ablauf einer bestimmten Frist vollzogen werden.⁴⁴

RECHTSSCHUTZ IM KONZESSIONIERUNGSVERFAHREN / RÜGEREGIME

Mit der Neufassung der §§ 46 ff. EnWG hat der Gesetzgeber auch das Rechtsschutzregime konkretisiert. Normiert wurden in § 47 EnWG insbesondere verschiedene Rügeobligationen der Bieter in den einzelnen Verfahrensschritten sowie ein Recht auf Akteneinsicht am Ende des Verfahrens. Der Gesetzgeber will damit erreichen, dass unterlegene Bieter vermeintliche Verfahrensfehler nicht erst Jahre später geltend machen können, weil damit erhebliche Rechtsunsicherheiten und Verzögerungen bei Netzübertragungen verbunden sind.⁴⁵

RÜGEFRISTEN / PRÄKLUSION

Die Bieter werden nun bereits während des Verfahrens in die Pflicht genommen und sind dazu angehalten, Verletzungen der Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens nach § 46 Abs. 1 bis 4 EnWG im Wege von Verfahrensrügen in Textform und unter Beachtung der in § 47 Abs. 2 EnWG genannten Fristen gegenüber der Gemeinde zu erklären und zu begründen. Anderenfalls sind sie bei einem späteren Vorbringen präkludiert.

42 Vgl. § 76 KV M-V, § 124 GO LSA, § 107 GemO Ba-Wü.

43 Vgl. § 101 Abs. 1 SächsGemO; § 107 Abs. 1 Satz 2 GemO BaWü; § 138 Abs. 2 Satz 1 und 2 NKomVG – in Niedersachsen kann die Kommunalaufsichtsbehörde zudem nach § 148 Abs. 2 NKomVG mit Zustimmung der Gemeinde auf deren Kosten das Gutachten eines Sachverständigen einholen.

44 § 102 Abs. 2, 119 Abs. 1 SächsGemO: ein Monat; § 152 Abs. 1 Nr. 11 NKomVG: sechs Wochen; §§ 107, 108, 121 Abs. 2 GemO BaWü: ein Monat.

45 BT-Drs. 18/8184 S. 16.

Die Obliegenheit zur Rüge besteht in unterschiedlichen Verfahrensabschnitten und unterliegt unterschiedlichen Fristen.

1. Für die Rüge von Fehlern in der Bekanntmachung gilt die Frist des § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG, das heißt, die Rüge muss innerhalb der Interessenbekundungsfrist erhoben werden (mindestens drei Kalendermonate).
2. Für die Rüge der Rechtmäßigkeit der Auswahlkriterien und ihrer Gewichtung gilt eine Frist von 15 Kalendertagen ab deren Zugang beim Bieter.
3. Für Rügen von Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung, die aus der Information an die unterlegenen Bieter erkennbar sind, gilt eine Frist von 30 Kalendertagen, ebenfalls ab Zugang beim Bieter.

PRAXISTIPP: Gemeinden sollten darauf achten, jeweils das Datum des Zugangs nachweisen zu können (z. B. durch Zustellung per Postzustellungsurkunde), da mit dem Zugang die vorgenannten Rügefristen ausgelöst werden.

AKTENEINSICHT

Die letzte Stufe etwaiger Verfahrensrügen gegen die Auswahlentscheidung verknüpft der Gesetzgeber zudem mit einem Recht auf Akteneinsicht. Unterlegene Bieter können gem. § 47 Abs. 3 EnWG innerhalb einer Woche ab Zugang der Mitteilung über die Gründe der Auswahlentscheidung einen Antrag auf Einsichtnahme in die Verfahrensakte stellen. Wird der Antrag gestellt, beginnt die Rügefrist erst ab jenem Tag, an dem die Gemeinde die Akten zur Einsichtnahme bereitgestellt hat (§ 47 Abs. 2 Satz 4 EnWG).

Das Recht zur Akteneinsicht soll dazu dienen, dass unterlegene Bieter zügig Informationen über sämtliche Tatsachen erhalten, die eine Verletzung in ihren Rechten begründen können⁴⁶. Voraussetzungen und Reichweite des Akteneinsichtsrechts sind derzeit noch nicht abschließend geklärt und nicht selten Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen.⁴⁷ Das Akteneinsichtsrecht kann auch in elektronischer Form gewährt werden.⁴⁸ Allerdings gilt es

46 BT-Drs. 18/8184 S. 17.

47 Vgl. OLG Schleswig, Urt. v. 18.5.2020, Az. 16 U 66/19 Kart, wonach eine Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Rahmen der Akteneinsicht nur dann in Betracht kommt, wenn dies für die konkrete Auswahlentscheidung tatsächlich von Bedeutung ist; deutlich weitergehender hingegen OLG Dresden, Urt. v. 7.10.2019, Az. U 1/20 Kart; ähnlich auch KG, Urt. v. 24.9.2020, Az. 2 U 93/19 EnWG.

48 Ebenda.

nicht schrankenlos. So haben die Gemeinden die Einsicht in die Verfahrensakte zu untersagen, soweit dies zur Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen der Bieter geboten ist (vgl. § 47 Abs. 3 Satz 3 EnWG).

PRAXISTIPP: Es bietet sich an, dass die Gemeinde die Bewerber bereits bei der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten zur Kennzeichnung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen auffordert.⁴⁹ Allerdings wird in der Rechtsprechung nunmehr auch vertreten, dass die Gemeinde eine von Bietern mitgeteilte Einordnung als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis nicht ungeprüft übernehmen und insoweit eine Akteneinsicht ablehnen dürfe. Stattdessen soll sie unter Würdigung der betroffenen Interessen auf effektiven Rechtsschutz einerseits und dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen andererseits eine Abwägungsentscheidung zu treffen haben.⁵⁰

Zu beachten ist, dass die Gemeinde keinesfalls entgegen dem ausdrücklich erklärten Willen von Bietern eines Konzessionsverfahrens als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis gekennzeichnete Unterlagen offenlegen sollte. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf den gesetzlich normierten Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen (vgl. Gesetz zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen v. 18.4.2019). Im Falle der Geltendmachung von Akteneinsichtsrechten sollte die Gemeinde daher die als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis gekennzeichneten Unterlagen sorgfältig prüfen erforderlichenfalls beim betreffenden Bieter eine konkrete Begründung anfordern, warum die Unterlagen entsprechend qualifiziert wurden und gegebenenfalls auf dessen Zustimmung zur Offenlegung hinwirken. Verweigert der Bieter dann weiterhin seine Zustimmung zur Offenlegung, wird das weitere Vorgehen anhand des konkreten Einzelfalls zu beurteilen sein.

UMGANG MIT VERFAHRENSRÜGEN

Erhebt ein Bieter während oder nach Abschluss des Verfahrens Rügen, so hat die Gemeinde zu prüfen, ob der Rüge abgeholfen werden soll oder nicht.

Den Zeitpunkt der Abhilfe beziehungsweise Nichtabhilfe kann die Gemeinde grundsätzlich frei wählen, das heißt, sie ist auch bei Rügen innerhalb des Verfahrens nicht zu einer sofortigen Entscheidung über die Abhilfe beziehungsweise Nichtabhilfe verpflichtet.⁵¹ Die Gemeinde hat

49 Ebenda.

50 Vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 12.9.2019, Az. U 678/19 Kart; OLG Dresden, Urt. v. 7.10.2019, Az. U 1/20 Kart.

51 Ebenda.



FOTO: CARDEPHOTOGRAPHY/FOTOLIA.COM

es also selbst in der Hand, die Ingangsetzung der Frist für die Möglichkeit zur Geltendmachung gerichtlichen Rechtsschutzes durch die Bieter (§ 47 Abs. 5 EnWG) zu steuern. Ein gebündeltes Vorgehen nach Abschluss des Verfahrens wird aber regelmäßig nur im Falle einer kompletten Nichtabhilfe erfolgen. Hingegen empfiehlt sich bei begründeten Verfahrensrügen schon aus Gründen des Verfahrensschutzes eine schnelle Abhilfe innerhalb des Verfahrens.

Abhilfe der Rüge

Entscheidet sich die Gemeinde für eine Abhilfe, so ist der gerügte Verfahrensmangel zu beseitigen. Wie die Gemeinde dabei vorzugehen hat, hängt von der Art, Anzahl und Schwere der jeweiligen Mängel ab und ist damit im Einzelfall zu entscheiden. Regelmäßig wird das Vorgehen bei der Fehlerbeseitigung bereits durch den jeweiligen Verfahrenszeitpunkt indiziert sein. So ist etwa bei einem Fehler in der Bekanntmachung eine neue Bekanntmachung zu prüfen; Fehler im Kriterienkatalog können eine Aufhebung und Rückversetzung des Verfahrens und damit eine erneute Übersendung des Kriterienkatalogs erforderlich machen. Wichtig ist, dass die Gemeinde auch bei der Beseitigung von Fehlern stets die Gebote der Transparenz und Nichtdiskriminierung beachtet.

Nichtabhilfe der Rüge

Erachtet die Gemeinde die Rüge als unbegründet und hilft ihr demzufolge nicht ab, so hat sie den rügenden Bieter hierüber in Textform zu informieren und die Entscheidung zu begründen (§ 47 Abs. 4 EnWG).

Hilft die Gemeinde einer Rüge nicht ab, so hat der rügende Bieter 15 Kalendertage nach Zugang der begründeten Nichtabhilfeentscheidung Zeit, die Rechtsverletzung vor einem Zivilgericht (zuständiges Landgericht) geltend zu machen (§ 47 Abs. 5 Satz 1 EnWG). Da es auch insoweit auf den Zugang bei dem jeweiligen Bieter ankommt, sollte die Gemeinde Sorge dafür tragen, dass sie diesen nachweisen kann. Hinsichtlich des gerichtlichen Verfahrens stellt § 47 Abs. 5 Satz 2 EnWG klar, dass die Vorschriften der Zivilprozessordnung über den Erlass einer einstweiligen Verfügung gelten, wobei ein Verfügungsgrund, das heißt die Eilbedürftigkeit, nicht glaubhaft gemacht werden muss, weil sich dieser bereits aus der drohenden Präklusion ergibt (§ 47 Abs. 5 Satz 3 EnWG)⁵². Der Streitwert für Rechtsstreitigkeiten über gerügte Rechtsverletzungen beträgt höchstens 100 000 Euro (vgl. § 53 Abs. 1 Nr. 3 GKG).

52 Ebenda.

EMPFEHLUNG FÜR EINEN KONZESSIONIERUNGSZEITPLAN (REINE KONZESSIONIERUNG)

Entsprechend den vorstehenden Ausführungen empfiehlt es sich, je nach Ausgangslage, bereits drei bis vier Jahre vor Auslaufen des Altkonzessionsvertrages mit den Vorbereitungen für das Konzessionierungsverfahren zu beginnen.

Hieraus ergibt sich der nachfolgend dargestellte typisierte Konzessionierungszeitplan. Die in der rechten Spalte genannten Zeiträume sind keine starren Vorgaben, sondern vielmehr praxiserprobte Erfahrungswerte:

Was ist zu tun?	(Bis) wann?
1 Prüfung des bisherigen Konzessionsvertrages / mögliche Harmonisierung Konzessionsvertragslaufzeiten /-gebiete / parallele Verfahrensdurchführung unterschiedlicher Medien?	3 bis 4 Jahre vor Vertragsende
2 Netzdatenanforderung beim bisherigen Konzessionsnehmer	3 bis 4 Jahre vor Vertragsende
3 Klärung der kommunalen Interessen / Prüfung „Mitwirkungsverbote“ / ggf. Vorbereitung „personelle und organisatorische Trennung“ bei erwarteter Bewerbung eines eigenen kommunalen (Beteiligungs-)Unternehmens	3 bis 4 Jahre vor Vertragsende
4 Erste Bekanntmachung im Bundesanzeiger mit Hinweis auf Interessenbekundungsfrist und Netzdatenveröffentlichung	2 bis 3 Jahre vor Vertragsende
5 Eingang der Interessenbekundungen	2 bis 3 Jahre vor Vertragsende
6 Entwurf und Beschlussfassung über Auswahlkriterien; Vorbereitung der weiteren Verfahrensunterlagen, insbesondere Verfahrensbrief mit Kriterieneläuterungen, Konzessionsvertragsentwurf	2 bis 3 Jahre vor Vertragsende
7 Versand 1. Verfahrensbrief mit Aufforderung zur Abgabe indikativer Angebote	2 bis 3 Jahre vor Vertragsende
8 Eingang und Durchsicht der indikativen Angebote	1,5 bis 2,5 Jahre vor Vertragsende
10 Durchführung von Bietergesprächen	1,5 bis 2,5 Jahre vor Vertragsende
11 Versand weiterer Verfahrensbrief mit Aufforderung zur Abgabe verbindlicher Angebote	1,5 bis 2,5 Jahre vor Vertragsende
12 Eingang und Auswertung der verbindlichen Angebote anhand der Auswahlkriterien, ggf. Einholung eines Gutachtens nach Landesrecht	1 bis 2 Jahre vor Vertragsende
13 Auswahlentscheidung im Gemeindeparlament, Vorbereitung in Verwaltung und Ausschüssen	1 bis 1,5 Jahre vor Vertragsende
14 Vorabinformation an Bewerber über Auswahlentscheidung, ggf. Anzeige an Kommunalaufsicht nach Landesrecht	1 bis 1,5 Jahre vor Vertragsende
15 Abschluss des Konzessionsvertrages, zweite Bekanntmachung	1 Jahr vor Vertragsende

2. KRITERIEN

ZULÄSSIGE KRITERIEN FÜR DIE AUSWAHL DES VERTRAGSPARTNERS

Trotz der vorstehend bereits dargestellten Verpflichtung der Gemeinden, bei der Auswahl des Neukonzessionärs vorrangig die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG (Sicherheit, Preisgünstigkeit, Verbraucherfreundlichkeit, Effizienz und Umweltverträglichkeit, zunehmender Ausbau der erneuerbaren Energien) zu berücksichtigen, steht den Gemeinden bei der Aufstellung der Auswahlkriterien ein weiter Beurteilungsspielraum zu.⁵³ Mittlerweile ist in § 46 Abs. 4 EnWG zudem

ausdrücklich klargestellt, dass Gemeinden bei der Auswahl des künftigen Konzessionsnehmers auch Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft berücksichtigen dürfen. Neben den Zielen des § 1 EnWG kommt insoweit auch den sonstigen Regelungen des neu abzuschließenden Konzessionsvertrags eine erhebliche Bedeutung bei der Konzessionsvergabeentscheidung zu.

Aus den rechtlichen Rahmenbedingungen zu den Auswahlkriterien ergeben sich für die Konzessionsvergabe somit zwei zentrale Anforderungsbereiche, die häufig als separate Bestandteile von den Bewerbern im Angebot gefordert werden:

⁵³ Vgl. hierzu Kapitel II „Einleitung des Auswahlverfahrens“.

- Netzbewirtschaftungskonzept zu den netzbezogenen und damit stark technisch fokussierten Wertungskriterien hinsichtlich der Zielstellung in § 1 EnWG: von den Bewerbern wird insoweit eine konzeptionelle Darstellung der Durchführung des künftigen Netzbetriebs abgefragt.
- Konzessionsvertrag (evtl. als Vorlage durch die Vergabestelle bereitgestellt) (Kriterien zur Ausgestaltung des Konzessionsvertrags): von den Bewerbern wird insoweit das Angebot konkreter Regelungen im Konzessionsvertrag abgefragt.

Für die dargestellten Bereiche ist ein geeigneter Kriterienkatalog zu erstellen, der rechtlich zulässig aber insbesondere auch fachlich korrekt ist. Die von der Gemeinde aufgestellten Kriterien müssen transparent und für einen fachkundigen Bewerber verständlich sein.⁵⁴ Die Auswahl „netzbezogener Kriterien“ wie auch die spätere Auswertung der Bewerbungen zu diesen Kriterien stellt einen kritischen Erfolgsfaktor für das Verfahren dar. Anders formuliert stellt die Auswahl fachlich unsauber festgelegter netzbezogener und damit technischer Kriterien beziehungsweise deren unfachmännische Bewertung ein Risiko bei der erfolgreichen Verfahrensdurchführung dar.

Im Folgenden sollen anhand der Rechtsprechung des BGH und der (Ober-)Landesgerichte die Auswahlkriterien dargestellt werden, die als zulässig erachtet werden und daher bei dem Konzessionsvergabeverfahren zugrunde gelegt werden dürfen:

„NETZBEZOGENE KRITERIEN“ DES § 1 ENWG

Von einer strikten Vorgabe, wie die Ziele des § 1 EnWG in konkrete Auswahlkriterien umzuwandeln sind, hat der Gesetzgeber bewusst abgesehen und den Gemeinden insoweit einen weiten Entscheidungsspielraum zugestanden.⁵⁵

Entsprechendes gilt hinsichtlich der **Gewichtung** einzelner Kriterien: Auch insoweit hat der Gesetzgeber von konkreten Vorgaben abgesehen.⁵⁶ Wie bereits dargestellt, sind die Kriterien zu den Zielen des § 1 EnWG nach der Rechtsprechung des BGH „vorrangig“ zu gewichten; in der Praxis hat sich eine Gewichtung der Kriterien zu den Zielen des § 1 EnWG von regelmäßig 70 Prozent der insgesamt zu vergebenen Punkte durchgesetzt.⁵⁷ Im Übrigen steht den

Gemeinden auch hinsichtlich der Gewichtung der Auswahlkriterien ein weiterer Beurteilungsspielraum zu, wobei die Gewichtung allerdings sachgerecht zu erfolgen hat. Eine willkürliche Mindergewichtung ist unzulässig.⁵⁸

Die Frage, **welche Kriterien** zur angemessenen Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG sachgerecht sind, ist Gegenstand zahlreicher Gerichtsentscheidungen. Aus dieser Rechtsprechung lassen sich mittlerweile eine Reihe möglicher Auswahlkriterien ableiten, deren grundsätzliche Zulässigkeit mittlerweile anerkannt ist.

Sicherheit des Netzbetriebes

Das Kriterium des sicheren Netzbetriebes mit den Teilaspekten der Zuverlässigkeit der Versorgung und Ungefährlichkeit des Betriebs der Verteilungsanlagen muss nach Ansicht des BGH bei der Bewertung angemessen berücksichtigt werden.⁵⁹ Insoweit hat der BGH entschieden, dass eine Gewichtung der Kriterien zu dem Ziel eines sicheren Netzbetriebes mit lediglich sechs Prozent der insgesamt zu vergebenen Punkte, der fundamentalen Bedeutung der Sicherheit des Netzbetriebes für die Versorgungssicherheit nicht hinreichend Rechnung trägt. In der Praxis hat sich ausgehend von dieser Rechtsprechung eine Gewichtung der Kriterien zum Ziel der Sicherheit des Netzbetriebes mit ungefähr 25 Prozent etabliert.⁶⁰

Als Auswahlkriterien kommen beispielsweise die Anzahl und Qualifikation der für den Netzbetrieb vor Ort eingesetzten Mitarbeiter in Betracht.⁶¹ Zulässig ist zudem die Bewertung der von den Bewerbern abgefragten Investitions- und Instandhaltungskonzepte, in denen durch die Bewerber u.a. darzustellen ist, in welchen Abständen die Prüfung und Wartung der Netze erfolgt, um einen möglichst störungsfreien Netzbetrieb zu gewährleisten.⁶² Zudem können konkrete Maßnahmen zur Erhöhung der Netz Zuverlässigkeit und Netzleistungsfähigkeit, zum Beispiel Reduzierung von Ausfallzeiten, sowie Investitionen zur bedarfsgerechten Optimierung und zum Ausbau des Netzes bewertet werden.

54 Vgl. u.a. OLG Brandenburg, Urt. v. 22.8.2017, Az. 6 U 1/17; OLG Schleswig, Urt. v. 16.4.2018, Az. 16 U 110/17.

55 Vgl. BT-Drs. 18/8184, S. 13.

56 Ebd.

57 Vgl. bereits oben in diesem Kapitel unter „Einleitung des Auswahlverfahrens“.

58 BGH, Urt. v. 17.12.2013, Az. KZR 66/12, Rn. 83 f.

59 Der BGH (Az.: KZR 66/12, Rn. 85) verweist als Orientierungshilfe auf den Musterkriterienkatalog der Energiekartellbehörde Baden-Württemberg vom 9.7.2013, wonach die Netzsicherheit mit mindestens 25 Prozent der möglichen Gesamtpunktzahl zu gewichten ist.

60 Hintergrund dieser Praxis ist der Hinweis in der vorgenannten Rechtsprechung des BGH auf den Musterkriterienkatalog Baden-Württemberg, in dem die Kriterien zu dem Ziel der Netzsicherheit mit 25 Prozent gewichtet wurden. Zwar hat der BGH ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es sich dabei nicht um eine verbindliche Vorgabe handelt. Gleichwohl hat sich die Praxis daraufhin an dieser Gewichtung orientiert.

61 OLG Celle, Urt. v. 26.1.2017, Az. 13 U 9/16 (Kart).

62 OLG Celle, Urt. v. 26.1.2017, Az. 13 U 9/16 (Kart); OLG Dresden, Urt. v. 29.11.2016, Az. U 1/16 Kart; LG Köln, Urt. v. 22.11.2015, Az. 88 O (Kart) 64/15.

Preisgünstigkeit

Trotz der Regulierung der Netznutzungsentgelte können bei deren Höhe erhebliche Unterschiede zwischen den Bewerbern bestehen. Dies liegt daran, dass – etwas vereinfacht gesagt – die Netznutzungsentgelte für jeden Netzbetreiber individuell unter Berücksichtigung zahlreicher Faktoren, wozu auch die jeweilige Netzstruktur des Unternehmens gehört, festgelegt werden. Mittlerweile ist anerkannt, dass die Höhe der künftig zu erwartenden Netznutzungsentgelte bei der Entscheidung über die Konzessionsvergabe zu berücksichtigen ist.⁶³ Hierzu ist regelmäßig von den Bewerbern eine Prognose der Netznutzungsentgelte, Hausanschlusskosten und Baukostenzuschüsse abzufragen.⁶⁴ Eine besondere Herausforderung ergibt sich insoweit regelmäßig bei der Auswertung der Angebote, da die Prognose der Netznutzungsentgelte mit erheblichen Unsicherheiten behaftet ist.

Verbraucherfreundlichkeit

Bei den Kriterien zum Ziel der Verbraucherfreundlichkeit ist zunächst zu beachten, dass sich diese auf den Netzbetrieb beziehen müssen. Kriterien, die sich auf andere und kraft der Entflechtungsvorgaben vom Netzbetrieb getrennte energiewirtschaftliche Bereiche – wie Erzeugung und Vertrieb – beziehen, sind als Auswahlkriterien unzulässig.⁶⁵ Im Sinne eines verbraucherfreundlichen Netzbetriebes können die Erreichbarkeit und die Besetzung von Kundencentern in örtlicher Nähe und mit fachlich qualifizierten Personal sowie der Umgang mit Beschwerden (Beschwerdemanagement, Kundenservicestandards) zulässige Kriterien sein.⁶⁶ Zudem kann bewertet werden, wie der Telefon- und Internetservice ausgestaltet ist. Des Weiteren können auch das Netzanschlussmanagement und deren Bereitstellung bewertet werden (z. B. Verpflichtung, Anschlüsse innerhalb bestimmter Fristen herzustellen).

Effizienz

Für die Effizienz des Netzbetriebes können eine Reihe von Kriterien zugrunde gelegt werden. Davon erfasst sind sowohl Aspekte der Kosteneffizienz als auch der Energieeffizienz. Bei der Kosteneffizienz können die derzeitige Kosteneffizienz sowie Potenziale zur Steigerung der Kosteneffizienz

Berücksichtigung finden (effiziente Ressourcennutzung, Nutzung von Synergien, z. B. in den Bereichen der Wasser- oder Wärmeversorgung, aber auch die Gewährleistung effizienter Organisations- und Personalstrukturen)⁶⁷. Bei der Energieeffizienz können beispielsweise Maßnahmen zur Verringerung von Netzverlusten (im Strombereich) und Maßnahmen zur Steigerung der Energieeffizienz eigener Einrichtungen (Anlagen, Gebäude, Fahrzeuge) bewertet werden. Grundsätzlich können auch sogenannte regulatorische Effizienzwerte⁶⁸, die sich regelmäßig nicht auf das konkrete Konzessionsgebiet, sondern auf den gesamten Netzbereich des Netzbetreibers beziehen, als Kriterium herangezogen werden.⁶⁹ Dies ist aber nur dann möglich, wenn am Konzessionsverfahren ausschließlich Bewerber teilnehmen, die bereits im Netzbetrieb tätig sind. Zudem ist zu beachten, dass der Effizienzwert kleinerer Netzbetreiber in einem vereinfachten Verfahren erfolgt und sich infolgedessen nicht mit dem Effizienzwert von Netzbetreibern im regulären Verfahren vergleichen lässt. Weitere zulässige Kriterien zu dem Ziel eines effizienten Netzbetriebs können dementsprechend die Praxis oder Bereitschaft der Bewerber zur Mitverlegung von Leerrohren oder eine effiziente Ressourcennutzung sein.⁷⁰

Umweltverträglichkeit und netzbezogener Beitrag zum Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien

Unter dem Gesichtspunkt kommen Wertungskriterien in Betracht, die darauf abzielen, das Netz an die zunehmende dezentrale Einspeisung von beispielsweise Erneuerbare-Energien-Anlagen oder Kraft-Wärme-Kopplung-Anlagen anzupassen. Dabei können neue Technologien, Speicher (z. B. Power to Gas, Batteriespeicher) und die verstärkte Steuerung von Energieerzeugung und Verbrauch (dezentrales Lastmanagement, smart grid, smart meter) eine besondere Rolle spielen. Auch die Schaffung der netztechnischen Voraussetzungen für den Ausbau der Elektromobilität kann bewertet werden. Der BGH nennt in seinen Urteilen vom 17.12.2013 auch die Bereitschaft zur Erdverkabelung als zulässiges Auswahlkriterium.⁷¹ Grundsätzlich zulässig ist auch die Bewertung der Schonung des Ortsbildes beim

63 So bereits der BGH in seiner Grundsatzentscheidung mit Ur. v. 17.12.2013, Az. KZR 66/12.

64 Zur Zulässigkeit: OLG Brandenburg, Ur. v. 22.8.2017, Az. 6 U 1/17 Kart; OLG Celle, Ur. v. 26.1.2017, Az. 13 U 9/16 (Kart).

65 Vgl. Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, 2. Auflage vom 21.5.2015, Rn. 29.

66 OLG Celle, Ur. v. 26.1.2017, Az. 13 U 9/16 (Kart); LG Leipzig, Ur. v. 17.6.2015, Az. 5 O 1339/15.

67 Die Kosteneffizienz zielt auf die Effizienz der Bewirtschaftung des zu konzessionierenden Netzes unmittelbar ab, während bei der Preisgünstigkeit zusätzlich weitere Aspekte wie die Struktur des Netzgebietes, Kosten vorgelagerter Netzebenen und die Umlage dieser Kosten in die Netzentgelte maßgeblich sind. Daher sind Kosteneffizienz und Preisgünstigkeit zu differenzieren.

68 Die von der Bundesnetzagentur im Rahmen Entgelt- oder Erlöskontrolle ermittelten Effizienzwerte nach §§ 12 ff. und § 24 Abs. 2 der Anreizregulierungsverordnung (ARegV).

69 OLG Düsseldorf, Az. VI-2 U (Kart) 4/15.

70 BGH, Ur. v. 17.12.2013, Az. KZR 66/12; LG Köln, Ur. v. 21.12.2017, Az. 88 O (Kart) 45/17.

71 BGH, Az.: KZR 66/12, Rn. 49.

Netzbetrieb, zum Beispiel im Hinblick auf eine ästhetisch ansprechende Ausgestaltung oberirdischer Netzanlagen. Ob beziehungsweise inwieweit Zusagen zur Aufstellung kommunaler oder regionaler Energiekonzepte und sonstiger Beratungsleistungen in diesem Zusammenhang zulässig sind, ist im Hinblick auf das Nebenleistungsverbot nach § 3 der Konzessionsabgabenverordnung (KAV) weiterhin umstritten.⁷² Nach § 3 KAV sind Finanz- und Sachleistungen, die unentgeltlich oder zu einem Vorzugspreis gewährt werden, unzulässig, so dass für entsprechende Leistungen ein angemessenes Entgelt vorgesehen werden sollte.

Gesichtspunkte der Umweltverträglichkeit können sich auch auf das Netzmanagement und Wartungsmaßnahmen des allgemeinen Netzbetriebes beziehen. Dabei können zukunfts Anfahrtswege oder Nutzung von umweltschonenden Fahrzeugen (CO₂-Ausstoß), die Verwendung umweltschonender Materialien beziehungsweise die Entfernung umweltschädlicher Materialien aus vorhandenen Anlagen, die Reststoff- und Abfallverwertung, die Minimierung von Flächenverbrauch, die Schonung von Bäumen bei der Verlegung von Leitungen sowie der Vogelschutz bei Freileitungen eine Rolle spielen.

Gemeindliche Einflussmöglichkeiten auf den Netzbetrieb

Gemeinden dürfen grundsätzlich Angebote besser bewerten, die es ihnen erlauben, auch nach der Konzessionsvergabe ein legitimes Interesse an der Ausgestaltung des Netzbetriebes zu verfolgen. Entsprechende Auswahlkriterien sind demnach zulässig. Dazu zählten etwa Einflussmöglichkeiten der Gemeinde auf Effizienz, Sicherheit und Preisgünstigkeit des Netzbetriebs oder zur Absicherung ihrer Planungshoheit bei Netz- oder Kapazitätserweiterungen oder Maßnahmen zur Modernisierung des Netzes. Die Einflussnahmemöglichkeiten der Kommune können insofern durch die Abfrage von Informations- und Nachverhandlungspflichten sowie von Mitwirkungs- und Konsultationsrechten im Konzessionsvertrag bewertet werden.

Sofern es allerdings um den Einfluss der Gemeinde durch eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung am Netzbetreiber geht, sieht der BGH die Gefahr eines Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung der Gemeinden bei

der Vergabe von Wegenutzungsrechten. Danach stellt die Bereitschaft eines Bewerbers, die Gemeinde wirtschaftlich oder gesellschaftsrechtlich am Netzbetrieb zu beteiligen, jedenfalls für sich genommen kein sachliches Auswahlkriterium dar.⁷³ Auch hier müssen die Grenzen der KAV eingehalten werden, zu denen insbesondere auch das Verbot gehört, Verpflichtungen zur Übertragung von Versorgungseinrichtungen ohne wirtschaftlich angemessenes Entgelt zu vereinbaren (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 KAV).⁷⁴

Bedeutung des Netzbewirtschaftungskonzeptes bei der Auswertung der Kriterien zu den Zielen des § 1 EnWG

Mit den genannten „netzbezogenen Kriterien“ soll der Netzbetreiber seine Leistungsfähigkeit für den Betrieb des Netzes im Konzessionsgebiet nach den Zielen des § 1 EnWG nachweisen. Der Aufbau des Konzepts folgt in der Struktur daher üblicherweise den Zielen des § 1 EnWG. Da die Ziele nicht widerspruchsfrei sind oder anders formuliert, umfangreiche Wirkungszusammenhänge zwischen den netzbezogenen Kriterien zu den einzelnen Zielen existieren, ist eine ganzheitliche Betrachtung in einem Konzept durchaus zielführend. Um die Ausführungen zu den Kriterien nachvollziehen und damit plausibilisieren zu können, sind bei den Kriterien zum Netzbetrieb folgende ergänzende Anforderungen zu stellen:

- Ausführungen sollten auf das neu zu vergebende Konzessionsgebiet abstellen.
- Aussagen zum Bestandsnetzgebiet des Bewerbers sollten Erläuterungen zur Übertragbarkeit auf das zu vergebende Konzessionsgebiet enthalten.
- Es ist auf eine nachvollziehbare Herleitung zu achten.
- Ausführungen sollten möglichst quantitativ belegt werden (Kennzahlen / Belege / Zertifikate) und sich an bewährten Standards (beispielsweise regulatorischen Instrumenten) orientieren.
- Die Vorgehensweise des Bewerbers sollte durch die Darstellung von Konzepten beziehungsweise Prozessen nachvollziehbar sein.
- Vorgaben von Prämissen erleichtern die Vergleichbarkeit.

72 Vgl. hierzu insbesondere die Urteile des OLG München vom 26.9.2013, Az.: U 3589/12 Kart und U 3587/12 Kart: Das OLG befasste sich mit der Vereinbarkeit von Klauseln in Konzessionsverträgen, die die Unterstützung des neuen Konzessionsnehmers bei kommunalen und regionalen Energiekonzepten oder für Maßnahmen, die dem sparsamen und ressourcenschonenden Umgang vorsehen (vgl. hierzu im Detail in diesem Kapitel unter „zulässige/unzulässige Nebenleistungen“). Der BGH hat es im Rahmen der gegen eines der vorgenannten Urteile eingelegten Revision offen gelassen, ob insoweit tatsächlich ein Verstoß gegen das Nebenleistungsverbot vorliegt: vgl. BGH, Urt. v. 7.10.2014, Az. EnZR 86/13.

73 BGH, Az.: KZR 66/12, Rz. 53.

74 Zur möglichen Ausgestaltung eines Konzessionsverfahrens, in dem auch die Möglichkeit zur Umsetzung einer (gesellschaftsrechtlichen) Kooperation berücksichtigt werden soll, vgl. nachfolgend in Kapitel III. unter „Verfahrensausgestaltung: Einstufiges oder zweistufiges Verfahren“.

Die genannten Anforderungen passen nicht zu jedem Kriterium und sind daher nicht als zwingend zu betrachten. Durch die zusätzliche Bewertung der Verbindlichkeit von Zusagen (z.B. durch Übernahme von Zusagen in den Konzessionsvertrag) wird die Umsetzbarkeit der Angebote angereizt.

Im Netzbewirtschaftungskonzept führen die oben genannten Anforderungen für einen nennenswerten Teil der Kriterien zu einem mehrdimensionalen Aufbau der Ausführungen in der Bewerbung. Die Prüfung der Plausibilität der Netzbewirtschaftungskonzepte umfasst dabei insbesondere die folgenden Aspekte:

- Die personelle Dimension: Ist für die Umsetzung des angebotenen Netzbewirtschaftungskonzepts im neuen Konzessionsgebiet zusätzliches Personal erforderlich beziehungsweise (wie) kann das Netzbewirtschaftungskonzept mit dem Bestandspersonal des Bewerbers erfüllt werden? Ist eine ausreichende Qualifikation sichergestellt?
- Die materielle Dimension: Steht ausreichend Material für die Umsetzung des angebotenen Netzbewirtschaftungskonzepts zur Verfügung?
- Die finanzielle Dimension: Ist der Bewerber wirtschaftlich/finanziell in der Lage, die Umsetzung des angebotenen Netzbewirtschaftungskonzepts zu gewährleisten?
- Die konzeptionelle Dimension: Hat der Bewerber den besten Lösungsansatz / die beste Vorgehensweise im Hinblick auf die Erfüllung der festgelegten Auswahlkriterien?

Mit diesem Ansatz wird der Bewerber in die Lage versetzt, die Plausibilität der Angebote der Bewerber zu prüfen und die Angebote nachvollziehbar zu bewerten und zu vergleichen.

Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft nach § 46 IV 2 EnWG

Mit der am 3.2.2017 in Kraft getretenen Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes wird nun ausdrücklich die Möglichkeit, Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft als Kriterien im Konzessionsverfahren zu berücksichtigen, im Gesetz klargestellt. Diese Klarstellung in § 46 EnWG ist zwar zu begrüßen. Allerdings war dies bereits zuvor durch die Rechtsprechung des BGH anerkannt.⁷⁵ Eine Definition insoweit zulässiger Kriterien findet sich in der Begründung

zum Gesetz hingegen nicht. Die Novelle des Gesetzes führte nicht zu der im Vorfeld gewünschten Rechtssicherheit für die Gemeinden, sondern kodifiziert lediglich die bisherige BGH-Rechtsprechung.

Dies hat aus jetziger Sicht nicht die geforderte Klarheit und Rechtssicherheit gebracht. Aus gemeindlicher Sicht ist deshalb mehr denn je die Frage zu stellen, ob der Aufwand für die Vorbereitung und Durchführung des Verfahrens noch in einem angemessenen Verhältnis zum Ertrag durch die Konzessionsvergabe steht. Insbesondere für Gemeinden mit einer kleinen Verwaltungsstruktur sind umfangreiche Konzessionsverfahren ohne rechtliche und technisch-wirtschaftliche Beratung nicht durchführbar. Der DStGB hat sich stets für eine Vereinfachung beziehungsweise unter besonderen Voraussetzungen für eine Befreiung von einschlägigen Vorschriften im EnWG eingesetzt und wird dies auch in Zukunft tun, damit Gemeinden – ungeachtet von Größe und Verwaltungskraft – die Verfahren mit einem zufriedenstellenden Ergebnis durchführen können.

KRITERIEN ZUR AUSGESTALTUNG DES KONZESSIONSVERTRAGES

Konzessionsverträge enthalten regelmäßig folgende Schwerpunktbereiche:

1. das Recht zur Wegenutzung einschließlich Bau und Betrieb von Leitungen,
2. die Verpflichtung zur Zahlung der Konzessionsabgabe,
3. die Regelung sonstiger zulässiger Leistungen nach § 3 KAV, dabei insbesondere den Gemeinderabatt,
4. netzbezogene Rechte und Pflichten einschließlich Endschaftsbestimmungen.

Der Gesetzgeber hat durch die in der KAV enthaltenen gesetzlichen Vorgaben den Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Höhe der zu zahlenden Konzessionsabgabe erheblich beschränkt. Faktisch spielt jedoch die Höhe der angebotenen Konzessionsabgabenzahlung für die Auswahlentscheidung der Kommune ohnehin keine bedeutende Rolle, da die Gemeinde den Abschluss eines Konzessionsvertrages verweigern kann, wenn der Vertragspartner nicht die zulässigen Höchstsätze nach der KAV anbietet (§ 46 Abs. 1 Satz 2 EnWG), und die Bewerber auch regelmäßig die zulässigen Höchstsätze anbieten. Die Kommunen können die Zahlung von Konzessionsabgaben nach der KAV insofern auch als Mindestanforderung an alle Angebote festlegen. Angebote, die diese Mindestanforderung nicht erfüllen, sind dann bereits aus diesem Grunde abzulehnen.

⁷⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 17.12.2013, Az. KZR 66/12, Rn. 49.

Zusätzliche Einschränkungen hinsichtlich der Leistungen, die neben der Zahlung der KA überhaupt gewährt werden dürfen, ergeben sich aus dem Nebenleistungsverbot des § 3 KAV.⁷⁶ Der BGH hat in seinen Urteilen vom 17.12.2013 ausdrücklich zu den oben aufgeführten Kriterien 1. bis 4. Stellung genommen. Das Gericht sieht die auf den wirtschaftlichen Vorteil der Gemeinde gerichteten Auswahlkriterien wie „Konzessionsabgabe“, „Gemeinderabatt“, „Abschlagszahlungen“ und „Folgekostenübernahme“ als zulässig an, soweit sie sich im Rahmen des nach der Konzessionsabgabenverordnung rechtlich Zulässigen halten und einen sachlichen Bezug zum Gegenstand des Konzessionsvertrages aufweisen.⁷⁷

Nach der Auffassung des BGH sind die Kriterien „Endschaftsbestimmung“ und „Kaufpreisregelung“ ebenfalls nicht zu beanstanden. Diese Kriterien haben einen eindeutigen sachlichen Bezug zum Konzessionsvertrag und dienen darüber hinaus gerade dazu, den Wettbewerb um das Netz zu fördern.⁷⁸ Auch die „Vertragslaufzeit“ ist kein sachfremdes Entscheidungskriterium. Die Gemeinden können – so der BGH – auch eine kürzere Laufzeit des Konzessionsvertrages als 20 Jahre abfragen und entsprechende Angebote besser bewerten. Der Wunsch nach einer baldigen, erneuten diskriminierungsfreien Entscheidung über die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Allenfalls besonders kurze Laufzeiten, die potenzielle Bewerber im Hinblick auf den mit einer Netzübernahme verbundenen Aufwand von vornherein von einer Bewerbung abhalten, können unzulässig sein.

Zu den Punkten im Einzelnen:

WEGENUTZUNG UND KONZESSIONSABGABEN

Grundlagen

§ 48 Abs. 1 Satz 1 EnWG definiert Konzessionsabgaben als Entgelte für die Einräumung des Rechts zur Benutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet mit Energie dienen. Die Konzessionsabgabe stellt demnach die Gegenleistung für die Wegenutzung dar („Wegenutzungsentgelt“). Das jährliche Gesamtaufkommen an Konzessionsabgaben belief sich im Jahr 2019 auf rund 3,2 Milliarden Euro.⁷⁹ Die Einnahmen sind für die Städte und Gemeinden damit von erheblicher Bedeutung.

Schuldner der Konzessionsabgabe ist der Konzessionsvertragspartner der Gemeinde, der regelmäßig zumindest Eigentümer der örtlichen Versorgungsanlagen ist. Sofern der Konzessionsvertragspartner den Netzbetrieb nicht selbst ausführt (nicht selten erfolgt der Netzbetrieb durch ein mit dem Konzessionsinhaber zwar verbundenes jedoch eigenständiges Unternehmen), bleibt er grundsätzlich gleichwohl zur Zahlung der Konzessionsabgabe verpflichtet, sofern nicht abweichende Vereinbarungen zwischen der Gemeinde und ihrem Konzessionsvertragspartner getroffen werden.

Die KAV regelt unter anderem die Bemessung der Konzessionsabgaben in Centbeträgen je gelieferter Kilowattstunde (kWh).⁸⁰ Aufgrund der Berechnung anhand der durchgeleiteten Elektrizität beziehungsweise Gas stellt die Konzessionsabgabe für die Kommunen eine relativ konstante Einnahmequelle dar, welche von Energiepreis und Netznutzungsentgelten unabhängig ist. Darüber hinaus legt die KAV die zulässige Höhe der Konzessionsabgabe fest. In der Praxis werden regelmäßig die Höchstsätze vereinbart. Diese orientieren sich bei der Belieferung von Tarifkunden mit Strom oder Gas an den Gemeindegrößenklassen. Je mehr Einwohner eine Gemeinde hat, desto höher darf die zu entrichtende Konzessionsabgabe sein.⁸¹ Auf diese Weise soll eine Preisgleichheit zwischen Land und Stadt hergestellt werden, da die Energieversorgung im ländlichen Raum in der Regel höhere Kosten verursacht als im städtischen Gebiet.

Systematik: Tarif- und Sondervertragskunden

Von wesentlicher Bedeutung ist allerdings die Einordnung der Letztverbraucher als Tarif- oder als Sondervertragskunden. Bei der Belieferung von Tarifkunden mit Gas darf, abhängig von der Größe der Gemeinde, maximal eine Konzessionsabgabe von 0,93 Cent je kWh, bei Sondervertragskunden nur maximal 0,03 Cent je kWh erhoben werden. Dies macht einen Unterschied von bis zu 0,90 Cent je kWh aus. Im Strombereich ergibt sich eine Spannbreite von 0,11 bis 2,39 Cent je kWh, und somit eine Abweichung von 2,28 Cent je kWh.⁸² Folglich richtet sich die konkret zu zahlende Konzessionsabgabe hauptsächlich danach, ob Tarif- oder Sonderkunden beliefert werden. Die Einstufung als Tarifkunde ist daher entscheidend für das jeweilige kommunale Aufkommen an Konzessionsabgaben.

76 Vgl. hierzu bereits unter Rn. 27 und im Detail unter „zulässige/unzulässige Nebenleistungen“.

77 BGH, Az.: KZR 66/12, Rn. 74.

78 BGH, Az.: KZR 66/12, Rn. 78.

79 Statistisches Bundesamt, Integrierte vierteljährliche Kassenergebnisse der Gemeinden und Gemeindeverbände für 2019.

80 vgl. § 2 Abs. 1 KAV.

81 siehe § 2 Abs. 2 KAV.

82 Für die Belieferung von Tarifkunden gilt § 2 Abs. 2 KAV, für die Belieferung von Sondervertragskunden § 3 KAV.

Als Tarifikunden gelten⁸³

- alle Kunden in der Grundversorgung, das heißt, Haushaltskunden im engeren Sinne und Gewerbekunden bis zu einem Jahresverbrauch von 10 000 kWh, die Elektrizität vom Grundversorger beziehen. Grundversorger ist jeweils das Energieversorgungsunternehmen, das die meisten Haushaltskunden in einem Netzgebiet der allgemeinen Versorgung beliefert.⁸⁴
- Die Kunden der Ersatzversorgung, also Letztverbraucher, die Elektrizität aus dem Netz der allgemeinen Versorgung entnehmen, ohne zuvor einen Liefervertrag abgeschlossen zu haben. Diese werden aufgrund eines gesetzlichen Schuldverhältnisses vom Grundversorger versorgt.⁸⁵
- Hinzu kommen Altverträge, das heißt, bestehende Tarifikundenverträge mit anderen als Haushaltskunden und bestehende Verträge über die Belieferung von Letztverbraucher im Rahmen der allgemeinen Versorgungspflicht.⁸⁶

Abgesehen von den Altfällen sind Kunden von Alternativanbietern demnach als Sondervertragskunden einzuordnen, da nur der Grundversorger mit den Kunden Grund- und Ersatzversorgungsverträge abschließen kann.

Für den Strombereich gibt es eine wichtige Sonderregelung in § 2 Abs. 7 KAV: Danach gelten alle Stromlieferungen aus dem Niederspannungsnetz (bis ein Kilovolt) konzessionsabgabenrechtlich als Lieferung an Tarifikunden, es sei denn, die gemessene Leistung des Kunden überschreitet in mindestens zwei Monaten das Abrechnungsjahres 30 Kilowatt und der Jahresverbrauch beträgt mehr als 30 000 Kilowattstunden.

Für den Gasbereich fehlt bisher noch immer eine vergleichbare Regelung.⁸⁷

Was sollte unbedingt vertraglich vereinbart werden?

In der Praxis werden – wie erwähnt – in dem Konzessionsvertrag regelmäßig die Höchstsätze der jeweils gültigen Konzessionsabgabenverordnung vereinbart. Darüber hinaus sollte im Vertrag die Zahlung der Konzessionsabgaben für die Fälle, dass Dritte im Wege der Durchleitung und/oder Weiterverteilung Strom und Gas an Letztverbraucher liefern, aufgenommen werden (vgl. § 2 Abs. 6 und 8 KAV). Drittlieferanten sind alle Unternehmen, die nicht zum Netzbetreiber gehören beziehungsweise mit diesem nicht verbunden oder assoziiert sind. Eine ausdrückliche Regelung im Konzessionsvertrag ist wichtig, um die Problematik der verdeckten Gewinnausschüttung zu vermeiden. Eine solche wird teilweise angenommen, wenn die Stadt oder Gemeinde Mehrheitsgesellschafterin des Netzbetreibers ist und der Vertrag keine Regelung zur Konzessionsabgabe in den Fällen der Durchleitung enthält.

Die Frage, in welcher Höhe die Konzessionsabgabe Gas im Fall der Lieferung Dritter in das örtliche Netz zu bemessen ist, ist für die Gemeinden als Gläubiger der Konzessionsabgabe Gas von entscheidender Bedeutung. Dies war lange Zeit umstritten, da es – wie erwähnt – hier anders als im Strombereich an einer dem § 2 Abs. 7 KAV entsprechenden Regelung und damit an einer gesetzlich festgelegten Grenze, bis zu der die höhere Konzessionsabgabe für Tarifikunden an die Gemeinden zu zahlen ist, fehlt. Die Frage wurde nunmehr jedoch durch den BGH⁸⁸ entschieden. Danach ist für Durchleitungen Dritter, die mit ihren Kunden Sonderverträge abgeschlossen haben, stets nur die niedrigere Konzessionsabgabe für Sondervertragskunden zu zahlen.

Neben den Vereinbarungen zu der Höhe der Konzessionsabgaben und den Tatbeständen der Zahlungspflicht (eigene Lieferung, Durchleitung, Lieferung oder Durchleitung an Weiterverteilung) werden regelmäßig auch Vereinbarungen zu den Abrechnungsmodalitäten getroffen. So können für abgelaufene Zeiträume (regelmäßig Quartale oder Monate) Abschlagszahlungen vereinbart werden (§ 5 KAV), die sich an der Konzessionsabgabenzahlung im Vorjahr orientieren. Für die Fälligkeit der jährlichen Schlussabrechnung und eine mögliche Testierung durch einen Wirtschaftsprüfer können ebenfalls Regelungen aufgenommen werden.

Schließlich kann die Kommune eine Klausel aufnehmen, nach der sich der Konzessionsnehmer grundsätzlich zur Fortzahlung eines Entgelts als Gegenleistung für die fortbestehende Wegenutzung nach Vertragsablauf verpflichtet.⁸⁹ Ein entsprechender Anspruch der Gemeinde

83 Seit dem EnWG 2005.

84 § 1 Abs. 3 KAV i.V.m. §§ 36, 3 Nr. 22 EnWG.

85 § 1 Abs. 3 KAV i.V.m. § 38 EnWG.

86 § 1 Abs. 3 KAV i.V.m. §§ 115 Abs. 2, 116 EnWG.

87 Der DStGB hatte sich im Gesetzgebungsverfahren seinerzeit und auch danach massiv dafür eingesetzt, diese Vorschrift zur Sicherung des KAV-Aufkommens einzufügen und eine entsprechende Regelung auch für den Gasbereich vorzusehen, um das Konzessionsabgabenaufkommen im Gasbereich zu sichern. Der zu diesem Zweck unterbreitete Regelungsvorschlag fand bis heute bei Bund und Ländern keine politische Mehrheit.

88 BGH, Beschluss vom 6.11.2012, Az.: KVR 54/111.

89 Das LG Köln hat eine entsprechende Klausel im Urteil vom 22.3.2013, Az. 90 O 51/13, ausdrücklich als zulässig erachtet.

ergibt sich mittlerweile bereits auch aus der gesetzlichen Regelung des § 48 Abs. 4 EnWG.⁹⁰

Im Konzessionsvertrag sollte schließlich eine Regelung getroffen werden, dass die vereinbarten Zahlungen Netto-Entgelte zu verstehen sind. Durch eine Klausel, dass die Konzessionsabgabe „zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer zu zahlen ist“ wird verhindert, dass die Zahlung des Konzessionsnehmers um die Umsatzsteuer geschmälert wird. Hintergrund für die Notwendigkeit dieser vertraglichen Klarstellung ist das BMF-Schreiben vom 30. August 2019.⁹¹

ZULÄSSIGE UND UNZULÄSSIGE NEBENLEISTUNGEN

§ 3 KAV regelt, welche Leistungen neben der Konzessionsabgabe zulässig sind⁹². Das Angebot zulässiger Nebenleistungen kann ebenfalls als Auswahlkriterium in Konzessionsverfahren festgelegt werden.

Ausdrücklich zugelassen ist nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 KAV die Vereinbarung eines sogenannten Gemeinderabatts. Hierbei handelt es sich um Preisnachlässe für den in Niederspannung (Strom) oder in Niederdruck (Gas) abgerechneten Eigenverbrauch der Gemeinde in Höhe von bis zu zehn Prozent des Rechnungsbetrages für den Netzzugang.⁹³ Hierzu gehören insbesondere die Netznutzungsentgelte, die KWK-Umlagen, die Mess- und Verrechnungsentgelte und die Konzessionsabgaben selbst. Rabatte auf die übrigen Preisbestandteile, die etwa die Energieerzeugung betreffen, dürfen im Konzessionsvertrag nicht (mehr) vereinbart werden. Der Gemeinderabatt kann grundsätzlich auch für kommunale Eigenbetriebe und Eigengesellschaften vereinbart werden. Das gilt jedenfalls dann, wenn diese Unternehmen nicht wettbewerblich tätig sind.⁹⁴

Zulässig ist zudem eine Vereinbarung zur Vergütung notwendiger Kosten, die bei Bau- und Unterhaltungsmaßnahmen an öffentlichen Verkehrswegen der Gemeinde durch Versorgungsleitungen entstehen.⁹⁵

Darüber hinaus dürfen Verwaltungskostenbeiträge der Versorgungsunternehmen für Leistungen, die die Gemeinde auf Verlangen oder im Einvernehmen mit dem Versorgungsunternehmen zu seinem Vorteil erbringt, vereinbart werden.⁹⁶ Dabei ist zu beachten, dass Leistungen, die in Zusammenhang mit der Einräumung des Wegerechts stehen, mit der Zahlung der Konzessionsabgabe abgegolten sind. Entscheidend ist, dass die anfallenden Kosten im Konzessionsvertrag so genau wie möglich bestimmt sind. Als Verwaltungskostenbeiträge können beispielsweise die Kosten für die Koordinierung von Baumaßnahmen aufgenommen werden.⁹⁷

Andere Leistungen des Netzbetreibers, insbesondere sonstige unentgeltliche oder zu einem Vorzugspreis gewährte Finanz- und Sachleistungen sowie Verpflichtungen zur Übertragung von Versorgungseinrichtungen ohne ein wirtschaftlich angemessenes Entgelt dürfen im Konzessionsvertrag dagegen nicht vereinbart werden.⁹⁸

Verstöße gegen das Nebenleistungsverbot i.S.d. § 3 KAV führen nicht zwingend zur Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrages.⁹⁹ Eine Gesamtnichtigkeit folgt nur dann, wenn der Verstoß gegen § 3 Abs. 2 KAV kausal für die Auswahlentscheidung der Gemeinde ist.¹⁰⁰

FOLGEPFLICHT UND FOLGEKOSTEN

Gemeindliche Baumaßnahmen, die im öffentlichen Interesse notwendig sind, können Veränderungen an den örtlichen Straßen, Wegen, Plätzen etc. mit sich bringen, die wiederum Änderungen und Sicherungen an bestehenden Energieversorgungsanlagen erfordern. Die Ursachen hierfür sind vielfältig und können sowohl der öffentlichen Hand als auch dem Konzessionsnehmer oder Dritten zuzuordnen sein. Aufgrund der finanziellen Auswirkungen ist es wichtig, im Konzessionsvertrag Regelungen zur Folgepflicht, also zur Pflicht des Konzessionsnehmers, seine Anlagen im Falle von Baumaßnahmen an den öffentlichen Verkehrswegen zu verlegen beziehungsweise zu sichern, sowie Regelungen zur Tragung der Folgekosten, also den Kosten, die durch die erforderlichen Leitungsverlegungen oder -sicherungen entstehen, aufzunehmen. Zur Verteilung der Folgekosten existieren keine zwingenden gesetzlichen Vorgaben. In der Praxis finden sich mittlerweile überwiegend Regelungen, wonach die Folgekosten stets vollumfänglich vom Konzessionär zu tragen sind.

90 Zu beachten ist, dass nach § 48 Abs. 4 EnWG kein Anspruch auf Fortzahlung der Konzessionsabgaben besteht, wenn die Gemeinde es unterlassen hat, ein Konzessionsverfahren einzuleiten. Diese gesetzliche Vorgabe sollte auch bei der Ausgestaltung einer konzessionsvertraglichen Regelung berücksichtigt werden.

91 https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Steuerarten/Umsatzsteuer/Umsatzsteuer-Anwendungserlass/2020-08-05-umsatzbesteuerung-der-oeffentlichen-hand-konzessionsabgabe.pdf?__blob=publicationFile&v=1

92 BGH, Urt. v. 7.10.2014 – EnZR 86/13 Rn. 29.

93 § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KAV.

94 LG München I, Beschl. v. 29.2.2016 – 37 O 3123/16 EnWZ 2016, 378 ff. m.w.N. – bestätigt durch OLG München, Beschl. v. 16.3.2016, Az. W 481/16 Kart; OLG Celle, Urt. v. 17.3.2016, Az. 13 U 141/15.

95 § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KAV. Zur Zulässigkeit entsprechender Auswahlkriterien: BGH, Urt. v. 17.12.2013, Az. KZR 66/12, Rn. 77.

96 § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 KAV

97 Theobald/Templin in Danner/Theobald, Energierecht, 90. EL September 2016, § 3 KAV Rn. 67-76 m.w.N.

98 § 3 Abs. 2 KAV.

99 BGH, Urt. v. 7.10.2014 – EnZR 86/13 Rn. 3.

100 BGH a.a.O Rn. 48.

ENDSCHAFTSBESTIMMUNGEN

Spätestens nach 20 Jahren müssen die Städte und Gemeinden ein neues Konzessionsverfahren nach den Vorgaben der §§ 46 ff. EnWG durchführen. Im Falle des Wechsels des Konzessionärs ist der Erwerb der örtlichen Verteilungsanlagen durch den neuen Konzessionsinhaber für den künftigen Netzbetrieb von wesentlicher Bedeutung. Vor diesem Hintergrund ist in § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG geregelt, dass der bisherige Konzessionsinhaber verpflichtet ist, seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu übereignen. Nach § 46 Abs. 2 Satz 4 ist für die Bemessung der wirtschaftlich angemessenen Vergütung der objektivierte Ertragswert maßgeblich.

Die Endschaftsbestimmungen legen fest, welche konkreten Rechte der Gemeinde bei Auslaufen des Konzessionsvertrages zustehen. Diese Rechte kann die Gemeinde an einen neuen Konzessionsvertragspartner abtreten. Die abgetretenen Rechte aus den Endschaftsbestimmungen stehen dem neuen Konzessionsinhaber dann neben seinem gesetzlichen Übernahmeanspruch zu. Dies kann insbesondere dann von Vorteil sein, wenn die Endschaftsbestimmungen über die gesetzlichen Regelungen hinausgehende Konkretisierungen enthalten. Endschaftsbestimmungen sind für die Gemeinden, die die (Re-)Kommunalisierung eines Netzes planen oder sich diese Option nach Auslaufen des Konzessionsvertrages offenhalten wollen, daher von besonderer Bedeutung. Der BGH hat Endschaftsbestimmungen, die über die gesetzlichen Regelungen hinausgehen, ausdrücklich gebilligt, da sie dazu dienen, den Wettbewerb um das Netz zu fördern, einen reibungslosen Eigentums- und Besitzübergang sicherstellen und teure Rechtsstreitigkeiten vermeiden sollen.¹⁰¹ Die Gemeinden sollten im Rahmen der Vereinbarung eines neuen Konzessionsvertrages Regelungen zu den folgenden Bereichen erwägen:

- einen Anspruch auf Eigentumsübertragung und Regelungen zum Umfang der zu übertragenden Anlagen,
- die Ermittlungsmethode für den Wert der zu übertragenden Anlagen sowie
- die der Gemeinde zustehenden Informationsrechte.¹⁰²

101 BGH, Az. KZR 66/12 Rn. 78; so auch OLG Celle 13 U 9/16, Rn. 76.

102 Die Frage des Netzkaufpreises sowie die Thematik der Entflechtungskosten werden in Kapitel IV ausführlich erörtert.

Eigentumsübertragungsanspruch

Eine ganz wesentliche Frage, die sich bei Beendigung des Vertrages und dem Wechsel des Vertragspartners stellt, ist die Übergabe der für den Netzbetrieb notwendigen Verteilungsanlagen vom bisherigen an den neuen Konzessionär. Vor der EnWG-Novelle im Jahr 2011 war gesetzlich geregelt, dass der bisherige Nutzungsberechtigte diese dem neuen Energieversorgungsunternehmen zu „überlassen“ habe. Dies führte zu erheblichen Rechtsunsicherheiten, da unklar war, ob damit nur ein Anspruch auf „Gebrauchsüberlassung“ oder aber auf Übertragung des Eigentums der Anlagen gemeint war. In § 46 Abs. 2 Satz 2 ist seit dem EnWG 2011 nunmehr ausdrücklich geregelt, dass der ehemalige Nutzungsberechtigte dem neuen Konzessionsnehmer das Eigentum an den für den Netzbetrieb der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet erforderlichen Anlagen zu übertragen hat.

Umfang der zu übertragenden Versorgungsanlagen

Bei einem Wechsel des Konzessionärs muss nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG der bisherige Netzbetreiber dem neuen Netzbetreiber die „für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen“ übereignen. Umstritten war lange Zeit, ob auch sogenannte gemischt-genutzte Anlagen, die neben der Versorgung im Gemeindegebiet auch der (überörtlichen) Versorgung anderer Gebiete dienen, ebenfalls an den neuen Konzessionsinhaber zu übereignen sind. Mittlerweile hat der BGH dies bejaht. Demnach sind sämtliche Anlagen des bisherigen Konzessionsinhabers im Gemeindegebiet zu übertragen, die nicht hinweggedacht werden können, ohne dass der neue Konzessionsnehmer seine Versorgungsaufgaben nicht mehr wie der frühere Netzbetreiber erfüllen kann.¹⁰³ Dementsprechend empfiehlt sich im Konzessionsvertrag eine Regelung, nach der nach Auslaufen des Konzessionsvertrags ein Anspruch der Gemeinde auf Erwerb sämtlicher Versorgungsanlagen mit Ausnahme reiner Durchgangsleitungen zusteht.

Bei einer Netzübernahme fallen regelmäßig Entflechtungskosten an (Netzentflechtungs- und Netzeinbindungskosten). Eine gesetzliche Regelung zur Aufteilung der durch die Entflechtung der zu übertragenden Anlagen entstehenden Kosten gibt es nicht. Um Streitigkeiten bei dieser Frage zu vermeiden, sollte in den Endschaftsbestimmungen eine Kostenverteilungsregelung enthalten sein. In der Praxis wird häufig vereinbart, dass der Altkonzessionär die Kosten der Netzentflechtung, also der Trennung der Netze und der notwendigen Maßnahmen in seinem

103 BGH Urt. v. 7.4.2020 – EnZR 75/



“ ...die Gemeinde hat bereits ein Jahr vor der Bekanntmachung, also mindestens drei Jahre vor dem Konzessionsvertragsablauf, einen gesetzlichen Auskunftsanspruch gegenüber dem bisherigen Konzessionsvertragspartner über die zu veröffentlichenden Netzinformationen“

verbleibenden Netz und der Netzerwerber (in den Endschafftsbestimmungen die Kommune) die Kosten der Netzeinbindung, das heißt, der im übernommenen Netz notwendigen Maßnahmen, zu tragen hat.

Ermittlungsmethode für den Wert der zu übertragenden Anlagen

Die eigentumsrechtliche Übertragung der Verteilungsanlagen nach Ablauf des Konzessionsvertrages erfolgt gegen die Zahlung eines „Netzkaufpreises“. Das EnWG bestimmt in § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG hierzu, dass eine „wirtschaftlich angemessene Vergütung“ zu zahlen ist. Aufgrund der regulierungsrechtlichen Vorgaben ist die Übernahme eines Strom- beziehungsweise Gasversorgungsnetzes zu einem über dem Ertragswert des Netzes liegenden Kaufpreis unwirtschaftlich. Dementsprechend ist die wirtschaftlich angemessene Vergütung nach der Novelle nunmehr gem. § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG nach dem objektivierten Ertragswert des Netzes zu bestimmen.

Der Gemeinde zustehende Informationsrechte

Vor dem Auslaufen des Konzessionsvertrages benötigt die Gemeinde umfassende Informationen, um das Konzessio-

nierungsverfahren durchführen zu können.¹⁰⁴ Zwar regelt § 46a EnWG insoweit mittlerweile einen Auskunftsanspruch der Gemeinde gegenüber ihrem bisherigen Konzessionsvertragspartner. Allerdings ist in § 46a EnWG weiterhin nicht abschließend festgelegt, welche Netzdaten im Rahmen eines Konzessionsverfahrens bereitzustellen sind. Der Katalog der nach Auffassung von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur in Konzessionsverfahren durch die Gemeinden bereitzustellenden Netzdaten geht deutlich über die Vorgaben des § 46a EnWG hinaus.¹⁰⁵ Infolgedessen empfiehlt es sich, im Konzessionsvertrag über § 46a EnWG hinausgehende Informationsrechte der Gemeinde zu regeln. Da entsprechende Informationspflichten das Ziel verfolgen, den Wettbewerb zu fördern, ist die Bewertung entsprechender konzessionsvertraglicher Regelungen als Auswahlkriterium zulässig.¹⁰⁶

104 Vgl. hierzu Kapitel II „Inhalt der Bekanntmachung“.

105 Vgl. Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, 2. Auflage vom 21.05.2015, Rz. 39 ff.

106 BGH, Urt. v. 17.12.2013 – KZR 66/12.

III. (Re-)Kommunalisierung / Kooperationen

Die Neuvergabe einer Konzession bietet einen Anlass und gute Chancen, die kommunalen Ziele bezüglich der Gestaltung der örtlichen Strom- und Gasnetze umzusetzen. Vor Beginn eines Konzessionsvergabeverfahrens ist es daher sinnvoll, die mit der Konzessionsvergabe verfolgten kommunalen Ziele zu diskutieren und festzulegen. Sofern nicht bereits ein eigenes kommunales Stadtwerk existiert, stellt sich hierbei die Grundsatzfrage, ob zukünftig eine Betätigung der Kommune in der Energieversorgung allgemein und im Netzbetrieb speziell angestrebt, das heißt, ob eine (Re-)Kommunalisierung verfolgt werden soll.

Bei einer Konzessionsvergabe und der eventuell anschließenden Rekommunalisierung sind verschiedene Phasen zu differenzieren:

- Die politische Willensbildung unter Einbeziehung einer Machbarkeitsstudie,
- das Konzessionierungsverfahren, gegebenenfalls gekoppelt mit einem Partnersuchverfahren.

Sofern eine (Re-)Kommunalisierung angestrebt wird, schließen sich hieran

- die Verhandlungen zur Netzübernahme sowie
 - der Netzbetriebsaufbau und die operative Betriebsaufnahme
- an.

Der Prozess beginnt mit der **politischen Willensbildung** zu den Zielen, die mit der Konzessionsvergabe verfolgt werden sollen und ob dazu, wenn noch kein eigenes Stadtwerk existiert, zukünftig eine Betätigung der Kommune in der Energieversorgung allgemein und im Netzbetrieb speziell angestrebt werden soll. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Anforderungen an die Energieversorger und die Strom- und Gasnetzbetreiber in den letzten Jahren durch die Liberalisierung, die zunehmende Regulierung sowie die Energiewende und die damit verbundene Digitalisierung stark gestiegen sind und zukünftig voraussichtlich noch weiter ansteigen werden:

Der Handel, der Vertrieb und die Erzeugung wurden aus dem Monopolssystem in den Wettbewerb überführt. Und auch die Gas- und Stromnetze werden durch die Anreizregulierung als Wettbewerbssurrogat unter stetigen Effizienz- und Kostendruck gesetzt. Eine effiziente Leistungserbringung ist daher sowohl für den Netzbetrieb als auch für die wettbewerblich organisierten Bereiche Handel, Vertrieb und Erzeugung unabdingbar. Den sinkenden Margen im Netzbetrieb und Handel/Vertrieb stehen gestiegene Anforderungen

aufgrund des wettbewerblichen Marktumfeldes sowie aufgrund des Drucks seitens des Regulierers bei gleichzeitiger Notwendigkeit der Integration erneuerbarer Energien und der Digitalisierung der Energieversorgung gegenüber. Viele heute bereits bestehende Energieversorgungsunternehmen gehen daher zunehmend Kooperationen ein, um Kosten einzusparen und den gestiegenen Anforderungen gerecht zu werden. Einige Tätigkeitsfelder, die in Monopolzeiten durch die Unternehmen selbst erbracht wurden, werden an Dritte oder Kooperationsgesellschaften ausgelagert. Soweit sich Gemeinden entschließen, im Rahmen einer Netzübernahme als Netzbetreiber und gegebenenfalls auch Energielieferant oder Stromerzeuger tätig zu werden, ist daher von vornherein die Einbeziehung eines leistungsfähigen Partners beim Unternehmensaufbau unbedingt empfehlenswert.

Im Zuge der politischen Willensbildung einer Gemeinde über die Betätigung im Bereich der Energieversorgung allgemein und speziell über eine Teilnahme eines kommunalen Unternehmens am Konzessionierungsverfahren ist vor dem Hintergrund der nicht unerheblichen Chancen und Risiken unbedingt eine **Machbarkeitsstudie** durchzuführen, in der die Wirtschaftlichkeit einer möglichen Netzübernahme geprüft wird und die Chancen und Risiken ermittelt werden.

Bestandteile einer Machbarkeitsstudie sind:

- Aufbereitung der zukünftigen Anforderungen an einen Netzbetrieb,
- Analyse möglicher Kooperationen und die dazugehörigen Geschäftsmodelle,
- Näherungsweise Ermittlung des übergelassenen Anlagenumfangs und voraussichtlichen Netzkaufpreises,
- Abschätzung der Inangsetzungsaufwendungen insbesondere der Kosten für die Netzentflechtung,
- Ermittlung der zu erwartenden Betriebskosten und Erlöse.

Auf Basis dieser Einzelemente wird neben der generellen Aufbereitung der zukünftigen Anforderungen an den Netzbetrieb und möglicher Kooperationen eine Gewinn- und Verlustrechnung erstellt, bei der neben der zu erwartenden Höhe der Netzentgelte auch die Chancen und Risiken einer Netzübernahme dargestellt werden. Die Hauptrisiken einer Netzübernahme sind regelmäßig der Streit um den Umfang der zu übernehmenden Anlagen und der Kaufpreis für das Netz, da Verkäufer und Käufer vielfach erheblich voneinander abweichende Vorstellungen vertreten.

Sofern die Gemeinde sich für eine eigene Betätigung in der Energieversorgung und die Teilnahme am Konzessionswettbewerb entscheidet, steht als nächster Schritt die Gestaltung, die oben beschriebene **Partnersuche** und die Konzessionsvergabe an. In diesem Zuge und für die anstehende Partnerwahl sollte auch eine Entscheidung über das zukünftige **Geschäftsmodell** getroffen werden. Die Gemeinde muss hinsichtlich der Geschäftsfeldtiefe entscheiden, ob sie über das reine Netzeigentum hinaus auch im operativen Netzbetrieb tätig werden will. Zusätzlich ist mit Blick auf die Geschäftsfeldbreite des zu gründenden Versorgers die Aufnahme von weiteren Aktivitäten wie der Vertrieb, erneuerbare Energien, die Straßenbeleuchtung, die Wasserversorgung, die Abwasserbeseitigung, Nah- oder Fernwärmeversorgung und sonstige energienahe Dienstleistungen zu prüfen. Im Zusammenhang mit typischen verlustbehafteten Tätigkeiten wie dem Verkehr und Bädern kann darüber hinaus der steuerliche Querverbund wirtschaftlich vorteilhaft sein. Die höchste Ausbaustufe wäre somit ein integriertes Mehrspartenstadtwerk.

Sofern sich die Gemeinde für eine Teilnahme am Konzessionierungsverfahren (ggf. mit Partnern) entscheidet und die Konzession gewonnen hat, steht die Phase der **Netzübernahme** an. Dazu muss im Rahmen von Verhandlungen mit dem abgebenden Netzbetreiber eine Einigung über den zu übergebenden Anlagenumfang, die gewählte Entflechtung, die Höhe des Kaufpreises und die zu übertragenden Erlöse für die laufende Regulierungsperiode erzielt werden.

Sobald diese Verhandlung erfolgreich abgeschlossen ist, beginnt die finale Phase der Umsetzung. Zum **Betriebsaufbau** zählt die Umsetzung der abgestimmten Netzentflechtung, die Migration der Kundendaten in das neue System und schließlich die **Aufnahme des operativen Netzbetriebs**.

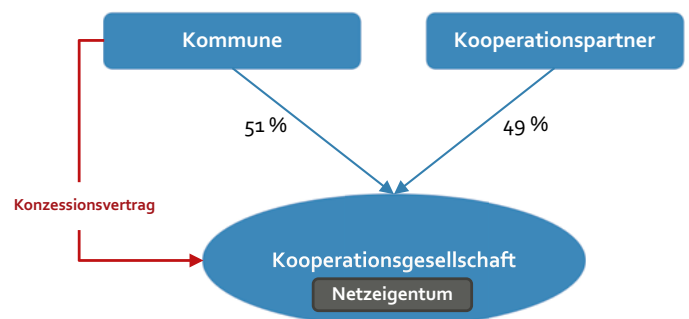
KOOPERATIONEN

Bei der Vergabe von Konzessionen können Gemeinden auch ein eigenes Interesse an der Übernahme des Netzbetriebs verfolgen.¹⁰⁷ Bewirbt sich ein eigenes, bereits bestehendes kommunales Unternehmen um den Abschluss eines Konzessionsvertrages, so unterscheidet sich das durchzuführende Verfahren auf Seiten der Gemeinde grundsätzlich nicht von dem Verfahren, dass sie – gesetzlich vorgeschrieben – ohnehin mindestens alle 20 Jahre durchzuführen hat (vgl. § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG).

¹⁰⁷ Vgl. hierzu bereits oben im Abschnitt „Vorbereitungsphase“ / „Bewerbung eines eigenen kommunalen (Beteiligungs-)Unternehmens“ in diesem Kapitel.

Sofern eine Netzübernahme erwogen wird, aber ein eigenes Stadtwerk oder ähnliches hingegen noch nicht besteht oder noch nicht im Bereich des betreffenden Netzbetriebs tätig ist, sollte hierzu wie oben dargelegt die Kooperation mit einem erfahrenen Energieversorgungsunternehmen geprüft werden. Die Gemeinde kann dazu neben der gesetzlich vorgeschriebenen „reinen“ Konzessionsvergabe auch Interessensbekundungen beziehungsweise Angebote zur möglichen Umsetzung einer Kooperation beim künftigen Netzbetrieb abfragen. Hinsichtlich der Ausgestaltung eines entsprechenden Auswahlverfahrens im Zusammenhang mit Konzessionierungsverfahren ist sowohl ein sogenanntes ein- als auch ein zweistufiges Verfahren zulässig (dazu im Folgenden noch ausführlich unter „Verfahrensausgestaltung“).

Ausgangspunkt der Umsetzung eines solchen Kooperationsmodells ist regelmäßig die Etablierung einer Kooperationsgesellschaft zwischen der Gemeinde und einem Kooperationspartner (sogenannte „institutionalisierte öffentlich-private Partnerschaft“ – IÖPP). Der neu abzuschließende Konzessionsvertrag wird nach Durchführung des Konzessionierungsverfahrens zwischen der Gemeinde und der neu gegründeten Kooperationsgesellschaft abgeschlossen. Die Kooperationsgesellschaft übernimmt sodann das Eigentum am örtlichen Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung:



Grundstruktur in der grafischen Darstellung

QUELLE: BBH

AUSGESTALTUNG DER KOOPERATIONSGESELLSCHAFT

Als Organisationsform für die Kooperationsgesellschaft kommen grundsätzlich sämtliche privatrechtlichen Rechtsformen in Betracht, die kommunalrechtlich möglich sind. Häufig wird die Rechtsform der GmbH & Co. KG zu bevorzugen sein.

Unabhängig davon sollte ein Modell gewählt werden, in welchem der Gemeinde eine Mehrheitsbeteiligung eingeräumt wird. Ebenfalls denkbar sind in diesem Zusammenhang Optionsmodelle, in welchen die Gemeinde sich erst ab einem bestimmten Zeitpunkt an der Kooperationsgesell-

schaft beteiligt oder die Möglichkeit erhält, ihre Anteile an der Kooperationsgesellschaft sukzessive über die Laufzeit der Kooperation zu erhöhen.

OPTIMALE INTEGRATION IN DEN KOMMUNALEN KONZERN

Die Gemeinde sollte im Fall von Kooperationserwägungen Wert darauf legen, dass die Kooperationsgesellschaft optimal in den kommunalen Konzern integriert werden kann. So sollte es zunächst offen bleiben können, ob sich die Gemeinde direkt oder lediglich mittelbar über eine weitere kommunale Eigengesellschaft an der Kooperationsgesellschaft beteiligen wird. Der Kooperationspartner sollte bereit sein, spätere Änderungen und Anpassungen zum Beispiel durch „Umhängen“ des Gesellschaftsanteils an der Kooperationsgesellschaft innerhalb der Organisationsstruktur stets mitzutragen.

STEUERLICHER QUERVERBUND

Für die Umsetzung einer Kooperation können aus kommunaler Sicht auch Möglichkeiten des steuerlichen Querverbundes sprechen. Im Rahmen des steuerlichen Querverbunds können Gewinnbetriebe und strukturelle kommunale Dauerverlustbetriebe zusammengefasst werden, so dass deren Ergebnisse mit steuerlicher Wirkung verrechnet werden können. Bei den Gewinnbetrieben handelt es sich üblicherweise um die Betriebe zur Versorgung der Bevölkerung mit Strom, Gas, Wasser und Wärme, also um solche Tätigkeiten, die regelmäßig im kommunalen Energieversorgungsunternehmen – dem Stadt- oder Regionalwerk – gebündelt werden. Das kommunale Schwimmbad gehört neben dem öffentlichen Personennahverkehr zu den klassischen Verlustbetrieben. Seit 2009 sind die Grundzüge des steuerlichen Querverbunds im Körperschaftsteuergesetz in den §§ 4 Abs. 6 und § 8 Abs. 7 bis 9 geregelt.

KOOPERATIONSMODELLE

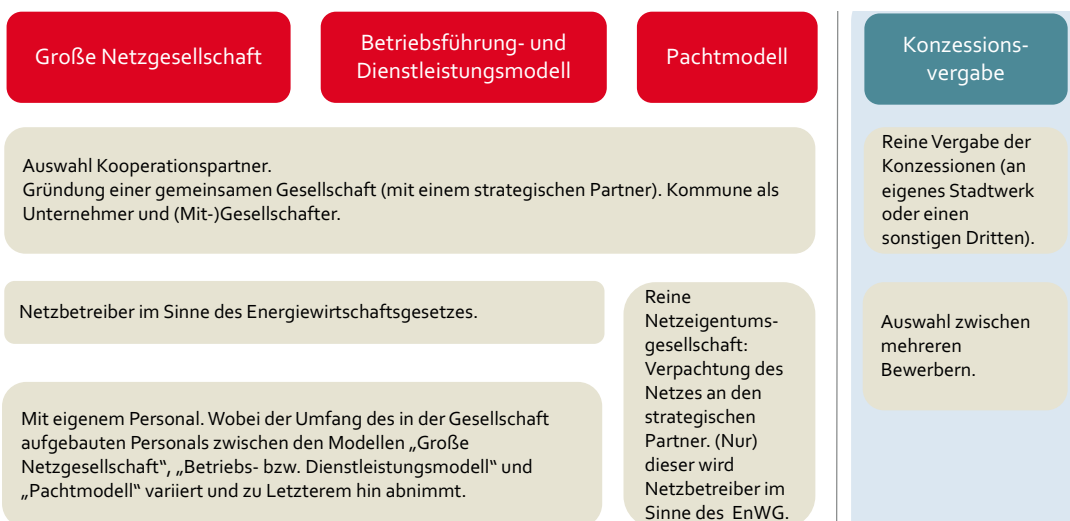
Wie die konkrete Zusammenarbeit beim künftigen Netzbetrieb in der Kooperationsgesellschaft umgesetzt wird, ist vom gewählten Kooperations- beziehungsweise Netzbe- wirtschaftungsmodell abhängig.

Insoweit kommen verschiedene Kooperationsmodelle in Betracht, deren Chancen und Risiken sich erheblich voneinander unterscheiden und dementsprechend vor Beginn des eigentlichen Konzessionierungsverfahrens unter Berücksichtigung der kommunalen Zielvorstellungen sorgsam gegeneinander abgewogen werden sollten.

Im Wesentlichen werden drei Grundformen von Kooperationsmodellen unterschieden (Modell einer „Großen Netzgesellschaft“, Betriebsführung- und Dienstleistungsmodell, Pachtmodell), die sich einerseits hinsichtlich der Einflussnahmemöglichkeiten der Gemeinde auf den künftigen Netzbetrieb, andererseits hinsichtlich der mit der Umsetzung einhergehenden Chancen und Risiken unterscheiden (siehe Grafik).

Ein in der Praxis von Gemeinden häufig favorisiertes Kooperationsmodell ist das Pachtmodell. In diesem Modell ist vorgesehen, dass die Kooperationsgesellschaft Eigentümerin des örtlichen Energieversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung wird. Die Kooperationsgesellschaft selbst wird jedoch nicht Netzbetreiberin im Sinne des EnWG sondern verpachtet das Energieversorgungsnetz an den strategischen Partner. Operativ zuständig sowie verantwortlich für den örtlichen Netzbetrieb und unmittelbarer Adressat der zahlreichen regulatorischen Vorgaben zum Netzbetrieb ist daher ausschließlich der strategische Partner. Gleichwohl ist die Gemeinde über ihre Gesellschafterposition in der Kooperationsgesellschaft unmittelbar am Eigentum betreffend das Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung beteiligt und kann über ihre gesellschaftsrechtlichen

Übersicht Netz- bewirtschaftungs- modelle unter Berücksichtigung des qualitativen Verhält- nisses der kommun- alen wirtschaft- lichen Betätigung



QUELLE: BBH

Einflussnahmerechte sowie über die Regelungen im Pachtvertrag Einfluss auf den örtlichen Netzbetrieb und wesentliche Investitionen ausüben.

PRAXISTIPP: *Auch ein Pachtmodell kann so ausgestaltet werden, dass es während der Laufzeit des Konzessionsvertrages den Wechsel in andere Netzbewirtschaftungsmodelle (Betriebsführungs- oder Dienstleistungsmodell, Große Netzgesellschaft) ermöglicht.*

Hierzu bietet es sich an, bereits in den Kooperationsverträgen zu bestimmten Zeitpunkten die Möglichkeit zum Wechsel des Netzbewirtschaftungsmodells auf Verlangen der Gemeinde vorzusehen. Zudem kann geregelt werden, dass bereits zu Beginn der Kooperation einzelne Leistungen betreffend den Netzbetrieb, für die entsprechendes Knowhow bei der Gemeinde bereits vorhanden ist, von ihr selbst erbracht werden können (sogenannte „rücklaufende Dienstleistungen“ für den Pächter, z. B. Abrechnungsleistungen, Kundencenter oder ähnliche). Das Pachtmodell bietet Gemeinden somit die Möglichkeit, sukzessive und entsprechend dem eigenen Aufbau von Knowhow, Ressourcen etc. zunehmend in die Aufgaben eines Netzbetreibers „hineinzuwachsen“.

VERFAHRENAUSGESTALTUNG: EINSTUFIGES ODER ZWEISTUFIGES VERFAHREN

Obgleich es zulässig ist, dass Gemeinden im Zusammenhang mit dem Auslaufen eines Konzessionsvertrages auch die Umsetzung einer Kooperation anstreben und somit ein eigenes Interesse an der Übernahme des Netzbetriebs verfolgen, sind sie an die Gebote eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens gebunden. Insbesondere sind Gemeinden bei der Konzessionsvergabe vorrangig den Zielen des § 1 EnWG (also den Zielen eines sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen sowie zunehmend auf erneuerbaren Energien beruhenden Netzbetriebs) verpflichtet. Die Umsetzung eines Kooperationsmodells im Zusammenhang mit einem Konzessionsverfahren darf infolgedessen nur dann erfolgen, wenn sich dies auch im Hinblick auf die Kriterien einer reinen Konzessionsvergabe als beste Option darstellt.

Hinsichtlich der Ausgestaltung des Verfahrens zur möglichen Umsetzung einer Kooperation bieten sich grundsätzlich zwei Möglichkeiten an: Ein sogenanntes zweistufiges Verfahren, in dem die Auswahl des Kooperationspartners in einem dem eigentlichen Konzessionsverfahren vorgelagerten Auswahlverfahren erfolgt oder ein einstufiges

Verfahren, in dem die Auswahl des Kooperationspartners und die Entscheidung über die Konzessionierung in einem Verfahren miteinander verbunden werden.¹⁰⁸

ZWEISTUFIGE VERFAHRENAUSGESTALTUNG

Im zweistufigen Verfahren wird zunächst ein Verfahren über die Auswahl des Kooperationspartners durchgeführt (erste Stufe). Nach Abschluss dieses Verfahrens gründet die konzessionierende Gemeinde mit dem Kooperationspartner, der das Auswahlverfahren gewonnen hat, eine Kooperationsgesellschaft.

Die neu gegründete Kooperationsgesellschaft nimmt sodann als Bewerberin am „eigentlichen“ Konzessionsverfahren teil (zweite Stufe). In der zweiten Stufe muss sich die neu gegründete Kooperationsgesellschaft dann genauso dem Wettbewerb um die Konzession stellen, wie jeder andere Bewerber auch. Die zweite Stufe eines entsprechend ausgestalteten Verfahrens entspricht somit einem „reinen“ Konzessionsverfahren. Unter dieser Maßgabe sieht die Rechtsprechung auch in einer entsprechend zweistufigen Verfahrensausgestaltung keine unzulässige Vorfestlegung.¹⁰⁹

EINSTUFIGE VERFAHRENAUSGESTALTUNG

Im einstufigen Verfahren wird die Vergabe der Konzession mit der Auswahl eines Kooperationspartners für die Umsetzung einer Kooperation in einem Verfahren verbunden. Das reine Konzessionsverfahren wird also um die Berücksichtigung möglicher Kooperationsangebote erweitert. Insbesondere muss die Gemeinde bei entsprechender Verfahrensgestaltung Auswahlkriterien sowohl für die Konzessionsvergabe als auch für die Auswahl des Kooperationspartners aufstellen. Dabei ist sicherzustellen, dass ein Kooperationsmodell nur dann den Zuschlag für die Konzession erhalten darf, wenn es sich (auch) hinsichtlich der Kriterien für die Konzessionierung als bestes Angebot herausstellt.

Hinweis: Insbesondere das Betriebsführungs- und das Dienstleistungsmodell können im Einzelfall besonderen vergaberechtlichen Anforderungen unterliegen, die dann zusätzlich zu den Vorgaben der §§ 46 ff. EnWG zu beachten sind. Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf Kooperationsmodelle, deren Umsetzung keine Durchführung eines formellen Vergabeverfahrens im Sinne des 4. Teils des GWB bedürfen.

108 Vgl. Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, 2. Auflage vom 21.5.2015, Rz. 27 f.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.1.2013, Az. VII-Verg 26/12.

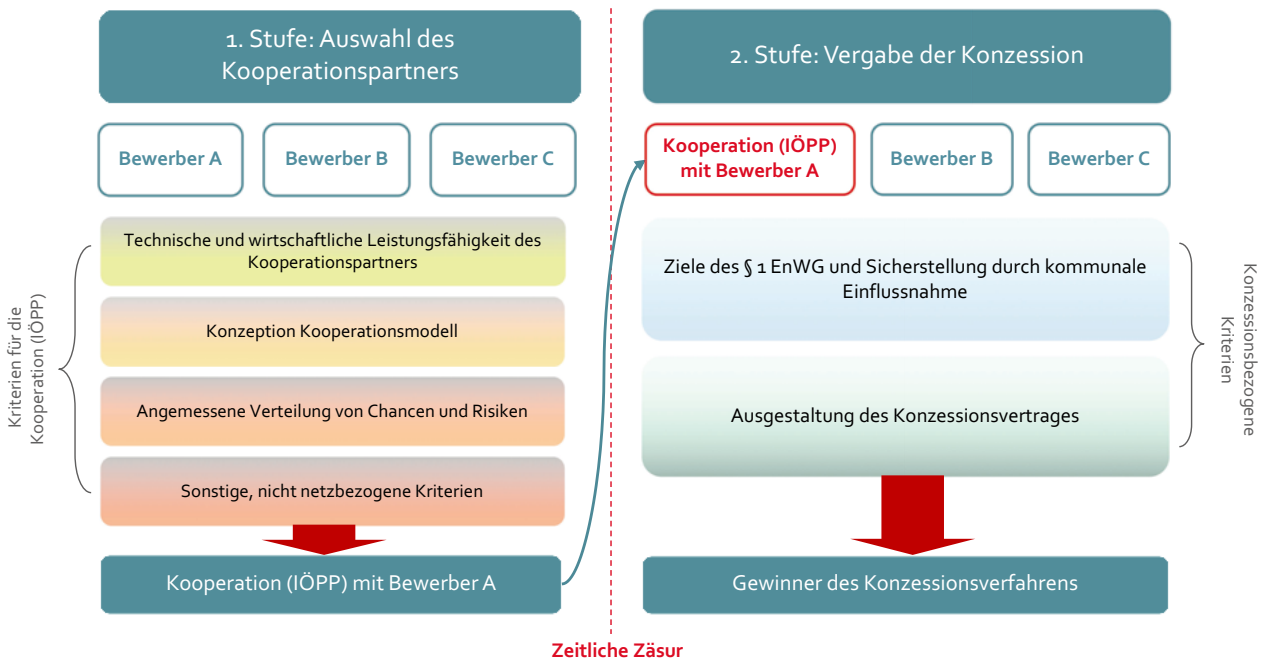
109 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.1.2013, Az. VII-Verg 26/12.

ÜBERSICHT: ZWEISTUFIGE UND EINSTUFIGE VERFAHRENAUSGESTALTUNG

Was die Ausgestaltung der entsprechenden Verfahren insbesondere im Hinblick auf die Kriterien für die Umsetzung der Konzessionierung einerseits und die Kriterien für die Auswahl eines Kooperationspartners andererseits bedeutet, ist in folgenden Schaubildern noch einmal grafisch dargestellt:

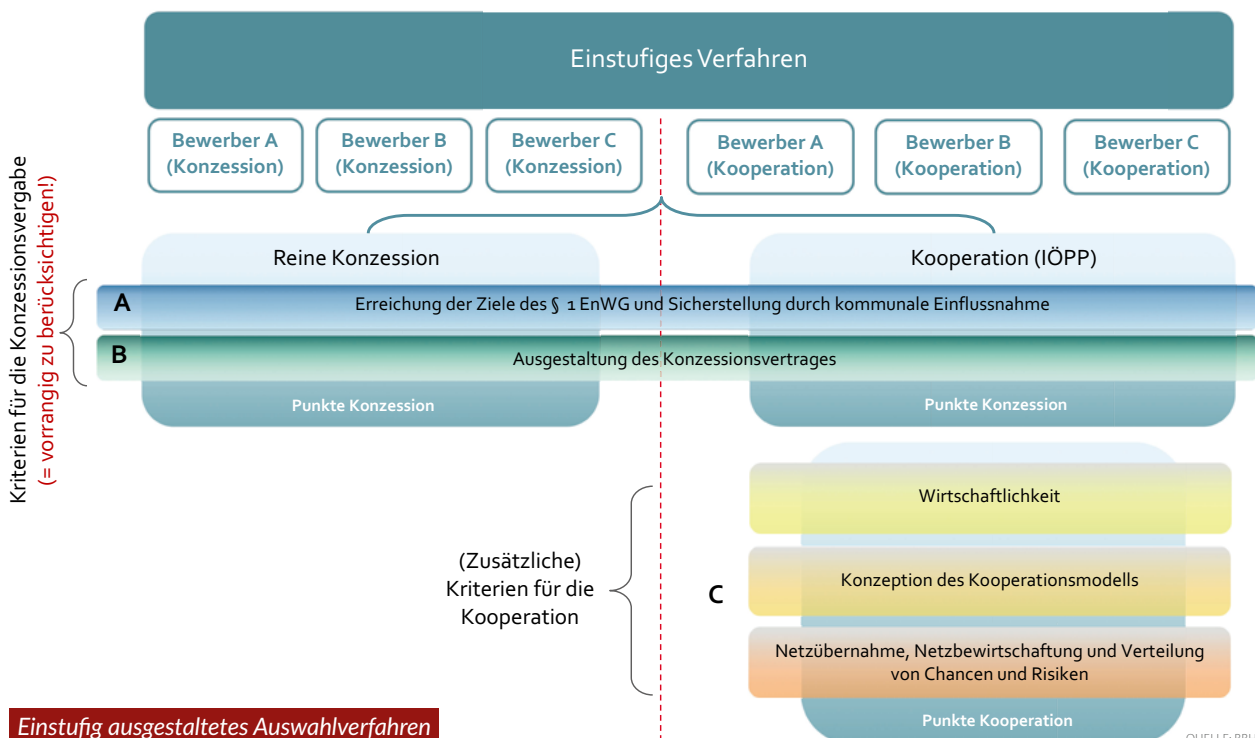
VOR- UND NACHTEILE DER ZWEISTUFIGEN UND EINSTUFIGEN VERFAHRENAUSGESTALTUNG

Welche Verfahrensausgestaltung im konkreten Fall vorzuzugwürdig ist, sollte sorgsam geprüft werden. Bei einer zweistufigen Ausgestaltung können im Rahmen der ersten Stufe im Hinblick auf die Umsetzung einer Kooperation auch Kriterien berücksichtigt werden, die sich nicht unmittelbar auf den Netzbetrieb beziehen (insbesondere Kriterien bezüglich



Zweistufig ausgestaltetes Auswahlverfahren

QUELLE: BBH



Einstufig ausgestaltetes Auswahlverfahren

QUELLE: BBH

lich Energieerzeugung oder Energievertrieb). Nicht zuletzt aufgrund des bereits in der ersten Stufe betriebenen Aufwands zur Auswahl eines Kooperationspartners und zur Gründung einer Kooperationsgesellschaft ist in der zweiten Stufe besonders dafür Sorge zu tragen, dass etwaige Vorwürfe einer unzulässigen Bevorzugung der Kooperationsgesellschaft bei der Konzessionierung widerlegt werden können. Dem Vorwurf einer vermeintlichen Vorfestlegung lässt sich in einstufig ausgestalteten Auswahlverfahren regelmäßig besser begegnen. Auch die Europäische Kommission hat sich deshalb in ihrem Leitfaden zur Umsetzung institutionalisierter öffentlich-privater Partnerschaften (IÖPP) für den Weg eines einstufigen Verfahrens ausgesprochen.¹¹⁰ Zudem ist bei einstufiger Verfahrensausgestaltung gewährleistet, dass der mit der Gründung einer Kooperationsgesellschaft einhergehende Aufwand nur dann anfällt, wenn diese auch tatsächlich konzessioniert werden kann.

NETZÜBERNAHME

Wenn es bei der Konzessionsvergabe zu einem Wechsel des Konzessionsnehmers kommt, steht die Netzübernahme an. Sofern der neue Konzessionsnehmer ein bestehendes oder neugegründetes Unternehmen mit kommunaler Beteiligung ist, muss die Kommune sich mit den Abläufen sowie Chancen und Risiken einer Netzübernahme beschäftigen. Diese Chancen und Risiken müssen auch bereits bei der politischen Willensbildung berücksichtigt werden, die der Entscheidung über die Rekommunalisierung vorausgehen muss.

Bei der Netzübernahme muss im Rahmen von Verhandlungen mit dem abgebenden Netzbetreiber eine Einigung über den zu übergebenden **Anlagenumfang**, die gewählte **Entflechtung**, die Höhe des **Kaufpreises** und die **zu übertragenden Erlöse** für die laufende Regulierungsperiode erzielt werden.

Sobald diese Verhandlung erfolgreich abgeschlossen ist, beginnt die finale Phase der Umsetzung. Zum Betriebsaufbau zählt die Umsetzung der abgestimmten Netzentflechtung, die Migration der Kundendaten in das neue System und schließlich die Aufnahme des operativen Netzbetriebs. Die unterschiedlichen Phasen der Netzübernahme bestimmen zudem wesentlich die **Untersuchungstiefe** innerhalb der nachfolgenden Kapitel zur Netzentflechtung und Ermittlung des Netzkaufpreises. Während im Rahmen der Machbarkeitsstudie für die politische Willensbildung

lediglich eine grobe Abschätzung nötig ist, sollten für die finalen Entflechtungs- und Kaufpreisverhandlungen detaillierte Analysen durchgeführt werden. Auch werden mit jeder weiteren Phase zusätzliche Daten vom abgebenden Netzbetreiber zur Verfügung gestellt, so dass die Qualität der Berechnungen stetig zunimmt. Im Folgenden werden die Verhandlungen zur Netzentflechtung sowie Kaufpreisfindung beschrieben, da die sich hieraus ergebenden Chancen und Risiken für die politische Willensbildung über das Für und Wider einer Rekommunalisierung von erheblicher Bedeutung sind. Die Fragen der operativen Umsetzung und des Betriebsaufbaus werden hier nicht vertieft behandelt.

A. NETZENTFLECHTUNG UND ÜBERGEHENDE ANLAGEN

Zu Beginn der Netzübernahmeverhandlungen muss zunächst der Umfang der zu übernehmenden Anlagen geklärt werden. Daraus ergeben sich die damit verbundenen Baumaßnahmen zur Trennung des übergehenden Netzes vom beim bisherigen Netzbetreiber verbleibenden Netz und der versorgungssicheren Wiedereinbindung des übergehenden Netzes. Dieser Schritt wird allgemein als Netzentflechtung bezeichnet.

Wie **Abbildung 1** zeigt, hat die Netzentflechtung einen wesentlichen Einfluss auf die Wirtschaftlichkeit der Netzübernahme. Die Festlegung des Übernahmegegenstands hat direkten Einfluss auf den Kaufpreis des Netzes. Zudem resultieren aus der Definition zukünftiger Übergabepunkte die neuen betrieblichen Schnittstellen und damit auch die Netzentgelte für das vorgelagerte Netz als Bestandteil der Netzkosten. Auch die durchzuführenden Entflechtungsmaßnahmen und die entsprechenden Investitionen ergeben sich direkt aus dem Entflechtungskonzept. Dabei ergibt sich ein Spannungsfeld zwischen dem Ziel, möglichst alle



Abbildung 1: Auswirkungen der Netzentflechtung auf die Wirtschaftlichkeit der Netzübernahme

QUELLE: BET

¹¹⁰ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf die Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen auf institutionalisierte öffentlich-private Partnerschaften (IÖPP) vom 5.2.2008 [C(2007)6661], S. 5 f.

Anlagen und Netzkunden im Konzessionsgebiet zu übernehmen, und der Reduktion der notwendigen Investitionen für die Netzentflechtung, der sich damit ergebenden vorgelagerten Netzkosten und der Schnittstellen zu den vorgelagerten oder benachbarten Netzbetreibern.

Lange Zeit bestand im Rahmen der Netzentflechtungsverhandlungen ein großes Streitpotenzial zwischen dem abgebenden und dem übernehmenden Netzbetreiber bzgl. des Übernahmegegenstands, weil nicht eindeutig geregelt war, welche Anlagen zu übertragen sind. Zumindest bzgl. der Nieder- und Mittelspannungsanlagen hat sich das Streitpotenzial seit dem Urteil „Homberg (Efze)“ (BGH-Beschluss vom 3. Juni 2014 Az. EnVR 10/13) deutlich reduziert. Der BGH hat entschieden, dass alle Anlagen zu übertragen sind, die für die Versorgung der Kunden in dem Konzessionsgebiet erforderlich sind – auch sogenannte „gemischt genutzte Leitungen“, die sowohl der örtlichen als auch der überörtlichen Versorgung dienen. Im Zuge der Novellierung des EnWG wurde auch der Übereignungsanspruch klarer definiert. Nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG umfasst dieser gemischt genutzte Mittelspannungsleitungen jedenfalls dann, wenn an diese Kunden als Letztverbraucher angeschlossen sind.

Im Falle von größeren Städten kann es auch geboten sein, die der örtlichen Versorgung dienenden Hochspannungsnetze (110 kV) oder Hochdrucknetze zu übernehmen, soweit es sich hierbei nicht um Durchgangsleitungen handelt.¹¹¹ Streitpunkt sind vielfach auch die zentralen Schaltanlagen in den Umspannanlagen, die jedenfalls dann zum Übernahmeumfang gehören, wenn sie überwiegend für die Versorgung des übergehenden Gebietes erforderlich sind.

Grundsätzlich gibt es die Möglichkeit, Stromnetze **messtechnisch** oder **galvanisch** zu entflechten.¹¹² Auch Mischformen sind üblich. Nach der Entflechtung muss das „neue“ Netzgebiet eigenständig funktionsfähig sein. Sämtliche Schnittstellen zu vorgelagerten und benachbarten Netzgebieten müssten mit Messungen ausgestattet sein. Diese Messung ist notwendig, um die Abrechnung der Stromverbräuche zwischen den Netzgebieten zuzuordnen. Durch die galvanische Entflechtung kann die Anzahl der Schnittstellen und damit die Anzahl der Messungen und der jährliche Messaufwand reduziert werden. Dazu sind jedoch gegebenenfalls weitere (kostenintensive) Leitungsbaumaßnahmen notwendig. Mit dem Entflechtungskonzept muss also stets das Spannungsfeld zwischen einmaligen Inve-

stitionen und laufenden Betriebskosten im Blick gehalten werden.

Bei einer messtechnischen Entflechtung werden in gemischt genutzten Anlagen Messungen eingebaut, um die Investitionen für die Netzentflechtung niedrig zu halten. An jeder Messung entsteht jedoch eine dauerhafte Schnittstelle zwischen den beteiligten Netzbetreibern, die Absprachenaufwand und somit betriebliche Folgekosten auslöst. Eine galvanische Entflechtung reduziert die Anzahl von Schnittstellen durch den Neubau von Leitungen, ist also mit höheren Investitionskosten und niedrigeren Betriebskosten verbunden. In der Regel ist eine „gemischte“ Entflechtungslösung, also die Kombination aus messtechnischen und galvanischen Entflechtungsmaßnahmen, sowohl technisch als auch wirtschaftlich sinnvoll. Wichtig ist, dass die Versorgungszuverlässigkeit im Rahmen der Entflechtungslösung erhalten bleibt beziehungsweise sogar verbessert wird.

In **Abbildung 2** sind die möglichen Entflechtungsvarianten schematisch skizziert. Das hier vereinfacht dargestellte Konzessionsgebiet wird aus der Mittelspannungsschaltanlage eines Umspannwerks über zwei Mittelspannungsleitungen versorgt, die auch das Umland versorgen. Wie oben beschrieben, gibt es grundsätzlich drei Möglichkeiten der Netzentflechtung:

1. Messtechnische Netzentflechtung:

An den Abgängen der Mittelspannungsschaltanlage im zentralen Umspannwerk werden Mittelspannungsmessungen installiert. An den Mittelspannungsleitungen in Nähe der Konzessionsgebietsgrenze zum Umland werden ebenfalls Mittelspannungsmessungen sowie gegebenenfalls Schutzeinrichtungen errichtet. Die Mittel- und Niederspannungsanlagen auf dem Konzessionsgebiet gehen über. Die Mittelspannungssammelschiene des zentralen Umspannwerkes verbleibt im hier dargestellten Beispiel Eigentum des bisherigen Konzessionsnehmers. Im Rahmen dieses Entflechtungskonzepts bestehen vier Messungen und damit vier Schnittstellen zum vorgelagerten beziehungsweise benachbarten Netzbetreiber. Die Investitionen sind im Rahmen der messtechnischen Entflechtung relativ gering. Die Schnittstellenkosten sind verhältnismäßig hoch.

2. Galvanische Netzentflechtung:

Die Mittelspannungssammelschiene im zentralen Umspannwerk ist Bestandteil des Übernahmegegenstands. Es wird eine Messung am Abgang des Hoch/Mittelspannungstransformators installiert. Die Mittelspannungsleitungen werden in Nähe der Konzessionsgebietsgrenze zum Umland getrennt. Beim über-

111 LG Stuttgart, 20.12.2016 – 41 O 58/15 KfH. BGH vom 7.4.2020 – EnZR 75/18.

112 Im Falle von Gasnetzen spricht man analog von „hydraulischer“ Entflechtung. Zur Vereinfachung fokussieren wir die Darstellung auf Stromnetze. Die Ausführungen gelten jedoch für Gas weitestgehend analog.

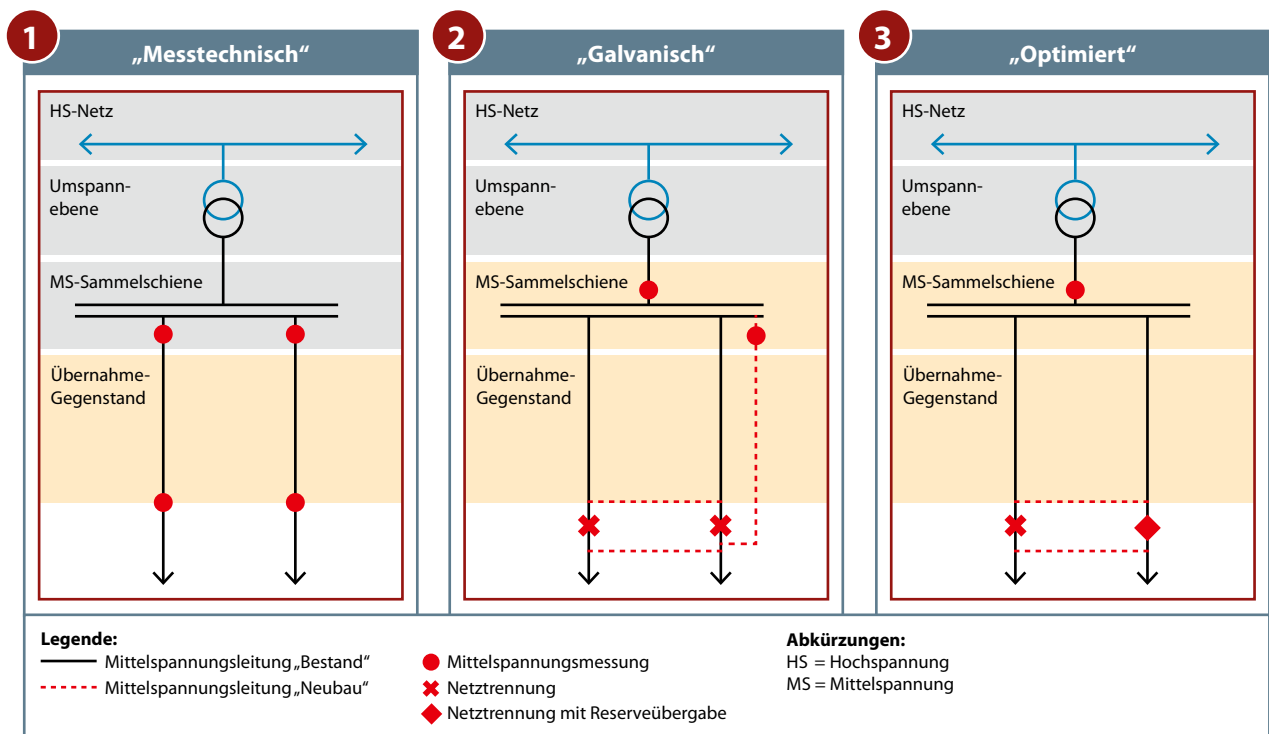


Abbildung 2: Prinzipbild zu den möglichen Netzentflechtungen

nehmenden und beim abgebenden Netzbetreiber werden neue Leitungen verlegt, um zum Erhalt einer redundanten Versorgung Ringschlüsse herzustellen. Zur Versorgung des Umlandes wird eine neue Leitung zum Umspannwerk verlegt und im Abgangsfeld im Umspannwerk gemessen. Die Investitionen sind im Rahmen einer galvanischen Netzentflechtung sehr hoch. Mit nur einer Schnittstelle zum vorgelagerten Netzbetreiber werden die Schnittstellenkosten minimiert.

3. Gemischte Netzentflechtung:

Im Rahmen der gemischten Netzentflechtung werden messtechnische und galvanische Entflechtungsmaßnahmen kombiniert, um die Kosten für Investitionen und Schnittstellen insgesamt zu optimieren. Im vereinfachten Beispiel wird der Abgang des HS/MS-Transformators gemessen. Die Mittelspannungssammelschiene geht an den neuen Konzessionsnehmer über. Die Mittelspannungsleitungen werden in Nähe der Konzessionsgebietsgrenze getrennt. An einer der beiden Verbindungsleitungen wird eine Reserveübergabe installiert. Die Investitionen sind höher als bei einer messtechnischen Entflechtung, aber geringer als bei einer galvanischen Entflechtung. Mit nur zwei Schnittstellen zum vorgelagerten beziehungsweise benachbarten Netzbetreiber sind die Schnittstellenkosten relativ gering. Beide Kostenbereiche in Summe betrachtet sind bei der gemischten Netzentflechtung minimiert.

Auch im Gasbereich ist die Netzentflechtung vielfach in ähnlicher Weise strittig wie bei Stromnetzen. Streitpunkt sind hier meist die gemischt genutzten Hochdrucktransportleitungen ab einer Druckstufe von 4 Bar. Die Lösungsoptionen für die Entflechtung von Gasnetzen sind ähnlich gestaltet wie im Strombereich. Auch hier gilt es eine Abwägung zwischen der Minimierung betrieblicher Schnittstellen und den Investitionen für die Netzentflechtung zu treffen.

Da die Netzentflechtung sich unmittelbar auf den Kaufpreis und die zukünftig erzielbaren Erlöse auswirkt, sollte das Entflechtungskonzept idealerweise im Gesamtpaket mit dem Kaufpreis und der Erlösobergrenzenübertragung verhandelt werden.

B. WIRTSCHAFTLICHKEIT

Eine Rekommunalisierung kann etwa kommunalpolitisch, energie- oder umweltpolitisch oder unter anderen Aspekten strategisch motiviert sein. Sind nicht solche „höherstehende“ Ziele entscheidend, so steht und fällt die Idee, Netze in kommunales Eigentum zu überführen, mit der Wirtschaftlichkeit des Projekts. Neben der Ausgestaltung des Geschäftsmodells (etwa als vollwertiges Stadtwerk, als reine Netzeigentums-gesellschaft oder eine zwischen diesen Varianten liegende Ausprägung) entscheidet über die Wirtschaftlichkeit konkret der Ertragswert des Netzes. Wie bei jeder wirtschaftlichen Entscheidung sollte kein Kaufpreis bezahlt werden, der den Wert des Kaufgegenstandes, hier

über den Ertragswert abgebildet, deutlich übersteigt. Trägt sich das zu übernehmende Netz wirtschaftlich nicht, so sollte in der Regel von der Übernahme abgesehen werden. Welche Differenzen bestehen hier und wie lassen sich „Wert“ und „Preis“ nun zusammenzuführen?

Aufgrund der unterschiedlichen Interessenlagen des abgebenden und des aufnehmenden Netzbetreibers beinhaltet Frage des Netzkaufpreises erhebliches Streitpotenzial. Während der abgebende Netzbetreiber naturgemäß einen möglichst hohen Kaufpreis erzielen und in vielen Fällen die Netzübernahme so lange wie möglich verzögern will, ist der Käufer an einer günstigen und schnellen Übernahme interessiert.

Im Rahmen von Kaufpreisverhandlungen müssen auch heute noch drei verschiedene Wertgrößen unterschieden werden: Der Sachzeitwert, der kalkulatorische Restwert sowie der Ertragswert:

- Der **Sachzeitwert** ist in älteren Konzessionsverträgen als Endschaffungsbestimmung enthalten. Vereinfacht gibt dieser an, zu welchen heutigen Preisen das vorhandene Netz unter Berücksichtigung des Abnutzungsgrads fiktiv neu erstellt werden kann.
- Im Gegensatz dazu stellt der **kalkulatorische Restwert** eine wesentliche Eingangsgröße für die wirtschaftliche Bewertung der Netze dar. Er wird auf Basis der historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten abgeleitet. Dieser stellt – vereinfacht gesagt – die regulatorisch zugestandene Verzinsungsbasis dar, auf der die zukünftigen Erlöse des Netzbetreibers beruhen. Der kalkulatorische Restwert ist somit für die Ertragsmöglichkeiten des übernehmenden Netzbetreibers von entscheidender Bedeutung, da dieser die Grundlage für die vom Regulierer kostenbasiert bestimmten zukünftigen Netzerlöse bildet. Der kalkulatorische Restwert ist durch die zuständige Regulierungsbehörde bestätigt und ist somit eine sehr belastbare Größe. Er ist eine erste Indikation für einen wirtschaftlich angemessenen Kaufpreis.
- Der **Ertragswert** zielt ausschließlich auf die zukünftigen Erlöse ab, die mit dem Netz erwirtschaftet werden können. Diese werden auf den Übernahmezeitpunkt abgezinst („diskontiert“), um so einen stichtagsbezogenen Kaufpreis zu erhalten.

Als Methodik zur Kaufpreisermittlung ist für alle Seiten das **Ertragswertverfahren** fest etabliert. Der Sachzeitwert bildet die zukünftigen Erlöse, die mit dem Netz erwirtschaftet werden können, nicht ab und hat daher für die Kaufpreisfindung im Rahmen von Strom- und Gasnetzübernahmen heute keine nennenswerte Relevanz mehr. Die Grundlagen zur Ermittlung des Ertragswerts richten sich dabei nach den Standards des Instituts der deutschen Wirtschaftsprüfer (IDW S1). Obwohl damit eine genormte Berechnungsbasis existiert, werden die unterschiedlichen Stellschrauben, das heißt die Werteinflussgrößen (wie z.B. die Höhe des Abzinsungsfaktors oder die Prognose zur Entwicklung der zukünftigen regulatorisch zugestandenen Eigenkapitalverzinsung), in der Regel von Verkäufer- und Käuferseite unterschiedlich ausgelegt, so dass auch bei der Ertragswertermittlung stark differierende Werte resultieren können. Der Teufel steckt hier somit im Detail, konkret in den (unterschiedlichen) Annahmen und Prämissen, die zur Wertermittlung herangezogen werden. Auf wenige, regelmäßig diskussionswürdige Streitpunkte soll kurz eingegangen werden:

■ **Zinssätze:**

- Wird eine Diskontierung vorgenommen, wie es bei der Ertragswertmethode der Fall ist, so ist ein *Diskontierungszinssatz* zu bestimmen. Je höher dieser angesetzt wird, desto weniger Gewicht haben Zahlungsströme in der (fernen) Zukunft für den Ertragswert. Selbst kleine Veränderungen wirken hier empfindlich, da meist ein Betrachtungszeitraum von 20 Jahren (die Dauer der Konzessionsvertragslaufzeit) unterstellt wird. Der Diskontierungszinssatz spiegelt auch die erwartete Rendite des Eigenkapitalgebers wider. Viele Einzelaspekte bieten hierbei Streitpotenzial.
- Die *Eigenkapitalzinssätze*, die auf das eingesetzte Eigenkapital zur Finanzierung der Anlagen erwirtschaftet werden können, sind durch die Netzentgeltverordnung bestimmt, beziehungsweise ist dort ihre Ermittlungsmethode vorgegeben. Folgt man dieser Methode, so sinken die Eigenkapitalzinssätze seit Jahren und auch für die Zukunft absehbar stetig. Mit einer Latenz (da ein mittleres Zinsniveau aus den letzten zehn Jahren zugrunde gelegt wird) kommen ausgewählte Zinszeitreihen zur Anwendung, wobei sich die nun derzeitige Niedrigzinsphase zwar etwas verzögert, aber eben auch anhaltend bemerkbar macht. Dies macht die Netzübernahmen unwirtschaftlicher, denn das eingesetzte Kapital wirft zunehmend weniger Rendite ab. Dies drückt den zumutbaren Kaufpreis aus Sicht des Erwerbers. Wie stark dieser Effekt sein soll, ist regelmäßig streitig.

- **Fremdkapitalzinsen:** In der Ertragsbewertung wird der Netzkauf sowohl mit Eigenkapital als auch mit Fremdkapital finanziert. Die dadurch entstehenden Zinsaufwendungen werden in der Erlösableitung berücksichtigt. Insofern führen die derzeit geringen Fremdkapitalzinsen zwar zu günstigen Finanzierungsbedingungen, sie haben aber keinen so erheblichen Einfluss auf die Wirtschaftlichkeit wie die Eigenkapitalzinssätze.

■ **Investitionen:** Durch den regulatorischen Mechanismus des Kapitalkostenaufschlags führen Investitionen zeitnah zu entsprechenden Erlösen. Dies macht sie attraktiv und führt zu einer unter Umständen etwas paradoxen Situation: Ältere Netze (mit erhöhtem Investitionsbedarf) rechtfertigen tendenziell höhere Kaufpreise als die Übernahme jüngerer Netze. Im Fall der Netzübernahmeverhandlung wird demnach auch häufig über den (realisierbaren, „attraktiven“) Investitionsbedarf in die Netze gestritten: Der abgebende Netzbetreiber möchte einen hohen Ertragswert realisieren und unterstellt umfangreiches Ersatz- und Erweiterungspotenzial des Netzes. Der Erwerber sieht diese Chancen regelmäßig pessimistischer. Dies schlägt sich auch auf die Entflechtungsvarianten nieder: Wurde in der Vergangenheit vom Übernehmer stets eine möglichst günstige Entflechtungslösung angestrebt, so ist er heute eher bereit, hier auch komplexere Lösungen zu akzeptieren.

■ **Synergien:** Der IDW S1 gibt an, dass sogenannte „unechte“ Synergieeffekte, die unabhängig von der Transaktion von jedem grundsätzlich geeigneten („objektivierten“) Erwerber gehoben werden können, im objektivierten Ertragswert zu berücksichtigen sind. „Echte“ Synergieeffekte sind hingegen vom jeweiligen Käufer abhängig und daher im objektivierten Ertragswert ausdrücklich nicht zu berücksichtigen. Dennoch steht es dem Käufer natürlich frei, einen höheren Kaufpreis („subjektiver Ertragswert“) unter Berücksichtigung eigener Synergien zu bezahlen und damit eine geringere Wirtschaftlichkeit in Kauf zu nehmen. Der objektivierte Ertragswert soll somit den wirtschaftlich angemessenen Kaufpreis widerspiegeln, während der subjektive Ertragswert die mögliche Kaufpreis-Obergrenze für den individuellen Übernehmer aufzeigt.

Bei einer Kaufpreismittlung auf Basis der Ertragswertmethode ist zusätzlich die dem Netzgebiet zugeordnete sogenannte **Erlösbergrenze** zu beachten: Die vom Regulator genehmigte Erlösbergrenze wird aus seinen Kosten



„ ...spätestens alle 20 Jahre muss sich jede Gemeinde und Stadt mit dem Thema der Neuvergabe der Konzession auseinandersetzen“

abgeleitet und bestimmt für die Dauer einer Regulierungsperiode (fünf Jahre) die erzielbaren Erlöse eines Netzbetreibers. Geht das Eigentum und auch die Verantwortung für den Betrieb eines Netzes auf einen anderen Netzbetreiber über, entstehen diesem ab dem Zeitpunkt des Netzübergangs Kosten. Beim abgebenden Netzbetreiber entfallen diese Kosten in identischer Höhe, so zumindest die Modellsicht. Geht nun ein Netz im Laufe einer Regulierungsperiode über, so muss auch die zuzuordnende Erlösbergrenze auf den neuen Netzbetreiber übergehen. Dies ist die **„Erlösbergrenzenübertragung“**. Es leuchtet unmittelbar ein, dass die Übertragung einer hohen Erlösbergrenze die Erlöse – die Erträge – und damit den Ertragswert des Netzes positiv beeinflusst: Und je mehr Erlösbergrenze übertragen wird, desto höher kann der zu zahlende Kaufpreis sein. Dies wirkt natürlich auch umgekehrt. Somit wird deutlich, dass Ertragswert, Erlösbergrenze und Kaufpreis nicht isoliert voneinander ermittelt und verhandelt werden können. Sie hängen unmittelbar zusammen und bedingen einander. Im Zuge der Novellierung der Anreizregulierungsverordnung im Jahr 2016 wurden die Grundsätze zur Erlösbergrenzenübertragung weiter konkretisiert.

BISHER IN DIESER REIHE ERSCHIENEN

No. 162	Bevölkerungsschutz in Städten und Gemeinden	8/2021
No. 161	Bundeswehr und Kommunen	8/2021
No. 160	Kommunale Außenbeleuchtung – draußen wird es digital	8/2021
No. 159	Freibäder in Kommunen	7/2021
No. 158	Förderung des Radverkehrs in Städten und Gemeinden	4/2021
No. 157	Kommunen innovativ	12/2020
No. 156	Infobaukasten Mobilfunk	10/2020
No. 155	Insektenschutz in der Kommune	10/2020
No. 154	Deutsche und Türkische Integrationskonzepte in Kommunen Integration als gesamtgesellschaftlicher Auftrag	9/2020
No. 153	Ernährung als kommunalpolitisches Thema auf die Agenda bringen	2/2020
No. 152	Einsatz von Gasbussen im ÖPNV	10/2019
No. 151	EU-Beihilferecht in der kommunalen Praxis	8/2019
No. 150	Vielfalt leben	3/2019
No. 149	Wasser in der Stadt	2/2019
No. 148	Mobilfunk – Gestern – Heute – Morgen	6/2018
No. 147	Bezahlbaren Wohnraum schaffen	3/2018
No. 146	Genossenschaften und Kommunen – erfolgreiche Partnerschaften (Neuaufgabe)	2/2018
No. 145	Elektromobilität bei kommunalen Nutzfahrzeugen	11/2017
No. 144	Auslaufende Konzessionsverträge	10/2017
No. 143	Kommunale Beleuchtung	9/2017
No. 142	Perspektiven des Breitbandausbaus – Ziele, Strategie, Technik	6/2017
No. 141	Veranstaltungen sicher machen – Kultur und Freizeit vor Ort schützen	6/2017



DStGB
Deutscher Städte-
und Gemeindebund
www.dstgb.de

Marienstraße 6 · 12207 Berlin
Telefon 030 77307-0
Telefax 030 77307-200
dstgb@dstgb.de
www.dstgb.de

Konzeption und Druck:
W&S Epic GmbH · 30928 Burgwedel
Telefon 05139 8999-0 · Telefax 05139 8999-50
info@ws-epic.de · www.ws-epic.de