



Bundesnetzagentur



Bundeskartellamt

Gemeinsamer Leitfaden von

Bundeskartellamt

und

Bundesnetzagentur

**zur Vergabe von Strom- und
Gaskonzessionen und zum Wechsel
des Konzessionsnehmers**

Zweite, überarbeitete Auflage

21.05.2015

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung	2
B.	Zuständigkeit.....	3
C.	Kartell- und Vergaberecht (Sicherstellung der wettbewerblichen Konzessionsvergabe) .	5
I.	Vergaberecht	5
II.	Kartellrecht	6
1.	Marktabgrenzung und Marktmacht	6
2.	Wettbewerbliche Konzessionsvergabe durch die Gemeinde	6
a)	Keine Inhouse-Vergabe	7
b)	Auswahlverfahren	8
c)	Auswahlkriterien	10
d)	Auswahlentscheidung	13
D.	Informationsansprüche und Datenherausgabe.....	15
I.	Zu Beginn des Verfahrens zur Auswahl eines neuen Wegenutzungsberechtigten	15
1.	Gesetzliche Ansprüche	15
2.	Vertragliche Ansprüche	19
II.	Nach Abschluss des neuen Wegenutzungsvertrages	19
III.	Nach Abschluss des Kauf- bzw. Überlassungsvertrages	20
E.	Energiewirtschaftsrecht (Netzüberlassung und regulatorische Folgefragen).....	20
I.	Materielle Auslegungsfragen bzgl. § 46 Abs. 2 EnWG	20
1.	Übereignung und Besitzeinräumung i.S.d. § 46 Abs. 2 S. 2, 3 EnWG	20
2.	Anspruchsumfang – notwendige Verteilungsanlagen	21
3.	Angemessene Vergütung	23
II.	Anderweitige regulatorische Fragen.....	25
1.	Pancaking	25
2.	Netzübergänge.....	26
3.	Verbändeleitfaden Netzbetreiberwechsel	26

A. Einleitung

- 1 Ein Großteil der bestehenden, bundesweit auf ca. 20.000 geschätzten Wegenutzungsverträge für Strom und Gas sind in den vergangenen Jahren ausgelaufen bzw. laufen in den kommenden Jahren aus. Dazu zählen die Wegenutzungsverträge in den großen Städten Berlin, Hamburg, Stuttgart und Bremen.
- 2 Der Inhalt des eingeräumten Wegerechts hat sich über die Zeit gewandelt. 1980 beinhalteten Wegenutzungsverträge das *ausschließliche* Recht zur Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet. Seit 2005 ist das Wegenutzungsrecht im Einklang mit den Entflechtungsregelungen rein netzbezogen und die Grundversorgungspflicht nach § 36 EnWG demjenigen Energieversorgungsunternehmen zugewiesen, das die meisten Haushaltskunden in einem Netzgebiet der allgemeinen Versorgung beliefert. Auf Handelsebene bestehen inzwischen effektivierte Durchleitungsansprüche. Zudem sind die Netzentgelte reguliert. Die für die Wegenutzung zulässigen Gegenleistungen sind in der Konzessionsabgabenverordnung (KAV) streng limitiert. Die regelmäßige Neuvergabe der Wegenutzungsrechte hat damit ihre ursprüngliche Bedeutung für die örtlichen Versorgungsverhältnisse eingebüßt. Entsprechend begrenzt sind die einem Wettbewerb zugänglichen Parameter.
- 3 In den letzten Jahren ist ein Trend zur Rekommunalisierung zu beobachten, d.h. Wegenutzungsrechte für Strom- bzw. Gasleitungen werden vermehrt an kommunale Unternehmen vergeben. Auch bei Wahrnehmung eigener wirtschaftlicher Interessen durch die Gemeinde ist zu berücksichtigen, dass Verteilernetze unterhalb einer gewissen Größenordnung unter bestimmten Bedingungen Effizienz Nachteile beim Netzbetrieb und einen erhöhten Regulierungsaufwand nach sich ziehen können. Dies kann zu höheren Kosten für die Netznutzer führen und den Wettbewerb auf den Vertriebsmärkten hemmen. Nach den Erkenntnissen des Bundeskartellamtes und der Bundesnetzagentur bewerben sich in größeren Gemeinden darüber hinaus regelmäßig überregional tätige Unternehmen aus dem gesamten Bundesgebiet um die Wegenutzungsrechte für Strom- bzw. Gasleitungen einer Gemeinde.
- 4 Die Neuvergabe von Wegenutzungsrechten mit dem sich anschließenden Anspruch auf Übereignung der bzw. Besitzeinräumung an den notwendigen Verteilungsanlagen ist teilweise in § 46 EnWG geregelt. Weiter unterliegt die Auswahl eines neuen Wegenutzungsberechtigten dem Kartellrecht und den aus den europäischen Grundfreiheiten folgenden allgemeinen Vergabeprinzipien. Zudem ergeben sich energiewirtschaftsrechtliche Folgefragen.
- 5 Bei der wirtschaftlichen Kalkulation möglicher Übernahmen von Wegenutzungsrechten und Netzen ist zu berücksichtigen, dass Netzausbauten bzw. Netzneustrukturierungen während der meist zwanzigjährigen Laufzeit zu einem erheblichen finanziellen Aufwand

führen können. Der Komplexität der Kalkulation sollte sich der neue Nutzungsberechtigte bei Abschluss des Wegenutzungsvertrages bewusst sein. Generell besteht bei Zahlung eines überhöhten Kaufpreises oder Pachtentgeltes die Gefahr von Mittelabflüssen zu Lasten des Netzbetriebs, die zu einer Unfähigkeit zu Netzinvestitionen führen.

- 6 Viele Fragen (vor allem die entscheidenden Grundsatzfragen) im Zusammenhang mit dem Neuabschluss von Wegenutzungsverträgen sind seit der ersten Auflage des Leitfadens vom 15. Dezember 2010 durch die Änderungen der Absätze 2 und 3 des § 46 EnWG mit Wirkung zum 4. August 2011¹ sowie durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in den Jahren 2013/2014² sowie der Oberlandesgerichte³ und auch der Oberverwaltungsgerichte⁴ entschieden worden. Es gibt daher immer weniger Beschwerden oder Anfragen dazu bei Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt. Der vorliegende Leitfaden dient auch in seiner zweiten, überarbeiteten Auflage als Auslegungs- und Anwendungshilfe für die beteiligten Marktakteure. Während der Leitfaden in seiner ersten Auflage vom 15. Dezember 2010 vor allem der Klärung von weitgehend umstrittenen Grundsatzfragen diente, arbeitet die zweite Auflage die vielfältige Rechtsprechung und die Gesetzesänderungen ein und bringt den Leitfaden damit auf den aktuellen Stand von 2015.
- 7 Der vorliegende Leitfaden wurde auch in seiner zweiten, überarbeiteten Auflage 2015 unter Beteiligung von Landeskartell- und Landesregulierungsbehörden und des Länderausschusses bei der Bundesnetzagentur erarbeitet.

B. Zuständigkeit

- 8 Entstehen im Rahmen des Verfahrens zur Auswahl eines neuen Wegenutzungsberechtigten Streitigkeiten über die Erfüllung oder den Umfang von Rechten und Pflichten, stellt sich für die Verfahrensbeteiligten die zentrale Frage, welche Stelle zu deren Entscheidung berufen ist.
- 9 Für die Entscheidung über zivilrechtliche Ansprüche – insbesondere also vertragliche Ansprüche, aber auch solche aus EnWG und GWB – sind zunächst generell die Zivilgerichte zuständig. Hierbei ist insbesondere auf die Möglichkeit der Durchsetzung

¹ Art. 1 Nr. 39 des Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften vom 26.07.2011, BGBl. I S. 1554 (1584).

² BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 65/12 – *Stromnetz Heiligenhafen*; BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12 – *Stromnetz Berkenthin*; BGH, Urt. v. 03.06.2014, EnVR 10/13 – *Stromnetz Homberg*; BGH, Urt. v. 07.10.2014, EnZR 86/13 – *Stromnetz Olching*.

³ OLG Schleswig, Urt. v. 22.11.2012, 16 U (Kart) 22/12 sowie 16 U (Kart) 21/12; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.01.2013, VII-Verg 26/12 - *Münsterlandgesellschaft*; OLG Stuttgart, Beschl. v. 07.11.2013, 201 Kart 1/13 - *Süßen*; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.04.2014, VI-2 Kart 2/13 – *Hochsauerland*; OLG München, Beschl. v. 26.09.2013, U 3587/12 Kart; OLG Karlsruhe, Urt. v. 26.03.2014, 6 U 68/13 (Kart).

⁴ VGH Mannheim, Beschl. v. 22.08.2013, 1 S 1047/13; OVG Lüneburg, Beschl. v. 11.09.2013, 10 ME 87/12.

von Unterlassungsansprüchen im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes hinzuweisen.⁵ Daneben bestehen aufsichtsbehördliche Zuständigkeiten für die Überwachung des in § 46 EnWG geregelten Wegenutzungsrechtes. Diese obliegen zum einen grundsätzlich der Bundesnetzagentur, zum anderen bestehen teilweise überschneidende Befugnisse der Kartellbehörden; dies stellt § 46 Abs. 5 EnWG noch einmal klar.

- 10** Für die Beantwortung der Frage, ob die Bundesnetzagentur zur Durchsetzung von Ansprüchen mit wegenutzungsrechtlichem Hintergrund berufen ist, ist maßgeblich darauf abzustellen, ob der Anspruch einen engen regulatorischen Bezug hat. Soweit sich die Gemeinde oder Interessenten auf vertragliche (Neben-) Ansprüche aus dem auslaufenden Wegenutzungsvertrag berufen, ist die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur nicht berührt; dies betrifft insbesondere das Stadium vor Abschluss des neuen Wegenutzungsvertrages. Durch die Bundesnetzagentur zu entscheidende regulierungsrechtliche Streitigkeiten entstehen damit regelmäßig erst mit Abschluss des neuen Wegenutzungsvertrages bzw. mit Abschluss des Überlassungsvertrages.
- 11** Die Zuständigkeit der Kartellbehörden im Hinblick auf die oben genannten Themenkreise richtet sich nach der Reichweite der kartellrechtlichen Tatbestände. Im Kontext der Auswahl eines neuen Wegenutzungsberechtigten sind dies insbesondere die §§ 1, 18, 19, 20, 21 Abs. 2 GWB sowie Art. 101 und 102 AEUV. Die Zuständigkeit der Kartellbehörden betrifft insbesondere die diskriminierungsfreie, transparente und wettbewerbliche Vergabe der Wegenutzungsrechte durch die insoweit marktbeherrschende Gemeinde.
- 12** Nach § 48 GWB ist für die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bundeskartellamt und Landeskartellbehörden maßgeblich, ob die Wirkung des wettbewerbsbeschränkenden oder diskriminierenden Verhaltens über das Gebiet eines Landes hinausreicht. Die Frage, welche Kartellbehörde für die Überprüfung der Auswahlverfahren zuständig ist, muss im Einzelfall in Ansehung der konkreten Auswirkungen des wettbewerbswidrigen Verhaltens und der Nachfragesituation beantwortet werden. Eine wechselseitige Zuständigkeitsübertragung ist nach § 49 Abs. 3 und 4 GWB möglich.
- 13** Soweit eine Zuständigkeit der Bundesnetzagentur bzw. der Kartellbehörden gegeben ist, stehen im Einzelfall die Verfahrenseinleitung und die Auswahl der ggf. zu erlassenden Maßnahmen im Ermessen der jeweiligen Behörde. Vor allem im Rahmen ihrer Erwägungen, ob ein Verfahren eingeleitet wird (sog. Aufgreifermessen), kann berücksichtigt werden, inwieweit effektiver Rechtsschutz im Einzelfall vor den Zivilgerichten erlangt werden kann.

⁵ LG Mainz, Urt. v. 19.02.2015, 12 HK O 2/15; LG Köln, Urt. v. 06.06.2014, 90 O 35/14; LG Köln, Urt. v. 07.11.2012, 90 O 59/12; LG Düsseldorf, Urt. v. 11.12.2014, 37 O 96/14; LG Leipzig, Urt. v. 16.11.2012, 05 O 2822/12.

C. Kartell- und Vergaberecht

(Sicherstellung der wettbewerblichen Konzessionsvergabe)

I. Vergaberecht

- 14** Das Vergaberecht der §§ 97 ff. GWB ist auf den Neuabschluss von Wegenutzungsverträgen nach § 46 Abs. 2 und 3 EnWG nicht anwendbar, da sie keine öffentlichen Aufträge über Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen im Sinne von § 99 GWB zum Gegenstand haben.⁶ Damit besteht auch kein Zugang zu den Vergabekammern. Es wird darauf hingewiesen, dass am 17. April 2014 die EU-Konzessionsvergaberichtlinie⁷ in Kraft getreten ist. Die Richtlinie muss innerhalb von zwei Jahren in nationales Recht umgesetzt werden. Sie sieht erstmals Regelungen für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen vor. Allerdings fallen nach Erwägungsgrund Nr. 16 der Konzessionsvergaberichtlinie Vereinbarungen über Wegenutzungsrechte nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie, sofern sie weder eine Lieferverpflichtung auferlegen, noch den Erwerb von Dienstleistungen durch den (öffentlichen) Auftraggeber für sich selbst oder für Endnutzer vorsehen.
- 15** Ungeachtet der fehlenden Festlegung von Auswahlkriterien im EnWG müssen Gemeinden die allgemeinen, aus vorrangigem europäischen Primärrecht folgenden Vergabeprinzipien beachten. Die aus den europäischen Grundfreiheiten abgeleiteten Vergabeprinzipien sind auch im Rahmen der Neuvergabe von Wegenutzungsrechten nach § 46 Abs. 2, 3 EnWG anwendbar.⁸ Demnach muss insbesondere eine Bekanntmachung in geeigneter Form erfolgen und die Vergabe transparent und nichtdiskriminierend durchgeführt werden; die Entscheidung ist ferner zu begründen. Die Schwelle für die Betroffenheit des innergemeinschaftlichen Handels ist bei Wegenutzungsrechten dabei tendenziell niedrig anzusetzen.⁹
- 16** Zu beachten ist darüber hinaus, dass die im Zusammenhang mit der Vergabe der Wegenutzungsrechte oftmals beabsichtigte Eingehung einer strategischen Partnerschaft dem Vergaberecht unterfallen kann.¹⁰ Dies betrifft sowohl Fälle, in denen die Gemeinde die Auswahl eines strategischen Partners mit der Auswahl eines neuen Wegenutzungsberechtigten verbindet („einstufiges Verfahren“) als auch Fälle, in denen

⁶ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.01.2013, VII-Verg 26/12 - *Münsterlandgesellschaft*, Rn. 64 (juris).

⁷ RL 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. Nr. L 94, S. 1.

⁸ Ausdrücklich für eine durch Verwaltungsakt zu erteilende Genehmigung zum Spielbankbetrieb, welche keinen Dienstleistungskonzessionsvertrag darstellt, EuGH, Urt. v. 09.09.2010, Rs. C-64/08 – *Engelmann*, Rn. 49ff.

⁹ Siehe z.B. bzgl. einer Ausschreibung für eine Parkplatzbetriebslizenz für einen Parkplatz mit 200 Stellplätzen EuGH, Urt. v. 13.10.2003, Rs. C-458/03 – *Parking Brixen*; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.01.2013, VII-Verg 26/12 – *Münsterlandgesellschaft*, Rn. 81 (juris).

¹⁰ Siehe z.B. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.01.2013, VII-Verg 26/12 – *Münsterlandgesellschaft*, Rn. 46ff.

die Auswahl eines strategischen Partners vor der Auswahl des neuen Wegenutzungsberechtigten erfolgt („zweistufiges Verfahren“).¹¹

II. Kartellrecht

1. Marktabgrenzung und Marktmacht

17 Gemeinden sind bei der Vergabe von Wegenutzungsrechten für Gas- und Stromverteilernetze unternehmerisch tätig, da die Einräumung gegen Entgelt erfolgt¹² und die Kommunen dabei als Anbieter der Wegerechte auftreten.¹³

18 Sachlich relevanter Markt ist das Angebot von Wegenutzungsrechten zur Verlegung und zum Betrieb von Leitungen, die zum Netz der allgemeinen Versorgung mit Energie gehören.¹⁴ Der räumlich relevante Markt ist örtlich auf das Gemeindegebiet der jeweiligen Gemeinde beschränkt. Er umfasst sämtliche Wege, die sich für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet eignen.¹⁵

Die Wegerechte der Gemeinde sind aus Sicht der am Netzbetrieb interessierten Unternehmen nicht funktional gegen diejenigen einer anderen Gemeinde austauschbar. Diese erlauben keinen Zugang zu den örtlichen Anschlussnehmern und werden im Übrigen regelmäßig in einem nicht deckungsgleichen zwanzigjährigen Turnus durch andere örtliche Wegerechtsmonopolisten vergeben.¹⁶

Die Disposition über die Neuvergabe der Wegenutzungsrechte steht nach § 46 EnWG allein der jeweiligen Gemeinde zu. Sie hat folglich in Bezug auf die örtlichen Wegenutzungsrechte eine marktbeherrschende Stellung und ist damit Normadressatin der §§ 19 und 20 GWB und im Einzelfall unter Umständen auch des Art. 102 AEUV.¹⁷

2. Wettbewerbliche Konzessionsvergabe durch die Gemeinde

19 Mit der Auswahl eines neuen Wegenutzungsberechtigten bestimmt die Kommune in der Regel zugleich den Betreiber des örtlichen Verteilernetzes. Der Betrieb des

¹¹ Vgl. hierzu unten Rn. 26ff.

¹² BGH, Urt. v. 11.11.2008, KZR 43/07– *Neue Trift*.

¹³ BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 65/12 – *Stromnetz Heiligenhafen*, Rn. 20; BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12 – *Stromnetz Berkenthin*, Rn. 21; BGH, Urt. v. 03.06.2014, EnVR 10/13 – *Stromnetz Homberg*, Rn. 51.

¹⁴ So BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 65/12 – *Stromnetz Heiligenhafen*, Rn. 20; BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12 – *Stromnetz Berkenthin*, Rn. 21.

¹⁵ BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 65/12 – *Stromnetz Heiligenhafen*, Rn. 21 und BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12 – *Stromnetz Berkenthin*, Rn. 22.

¹⁶ BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 65/12 – *Stromnetz Heiligenhafen*, Rn. 22; BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12 – *Stromnetz Berkenthin*, Rn. 23.

¹⁷ So BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 65/12 – *Stromnetz Heiligenhafen*, Rn. 19 und BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12 – *Stromnetz Berkenthin*, Rn. 20; BGH, Urt. v. 03.06.2014, EnVR 10/13 – *Stromnetz Homberg*, Rn. 51.

Energieversorgungsnetzes ist Teil der Energieversorgung i.w.S. (vgl. auch § 3 Nr. 36 EnWG), bei der es sich um eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft und eine Aufgabe der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) handelt.¹⁸ Daher steht der Gemeinde bei der Erfüllung dieser Aufgabe ein Beurteilungs- und Ermessensspielraum zu. Das Grundgesetz gewährt die Selbstverwaltungsgarantie jedoch lediglich beschränkt im „Rahmen der Gesetze“ (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG), zu denen auch die einschlägigen Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts und des Kartellrechts gehören.¹⁹

- 20** Die Einschränkung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie besteht zunächst darin, dass die Kommune nicht frei bestimmen kann, wem die Wegenutzungsrechte eingeräumt werden, sondern hierzu ein transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren durchzuführen hat. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 46 Abs. 1 EnWG („diskriminierungsfrei“), der auch für qualifizierte Wegenutzungsrechte im Sinne des § 46 Abs. 2 EnWG Geltung hat²⁰, dem Diskriminierungsverbot für marktbeherrschende Unternehmen nach §§ 19, 20 GWB und den aus den europäischen Grundfreiheiten abgeleiteten Vergabeprinzipien.²¹
- 21** Bei der Durchführung des transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens zur Auswahl eines neuen Wegenutzungsberechtigten trägt die Gemeinde im Sinne des Allgemeinwohls und der Ziele des § 1 EnWG – einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltfreundlichen Energieversorgung – eine besondere Verantwortung für den Wettbewerb um die Wegenutzungsrechte, aber auch für den Wettbewerb auf den Endkundenmärkten. Der Wettbewerb um die Wegenutzungsrechte ist im Interesse der Allgemeinheit zwecks Verbesserung der Versorgungsbedingungen durchzuführen.²² Die Pflicht der Gemeinde zur diskriminierungsfreien Entscheidung über den zukünftigen Wegenutzungsberechtigten und Netzbetreiber steht mit dem Recht zur kommunalen Selbstverwaltung im Einklang.²³

a) Keine Inhouse-Vergabe

- 22** Gemeinden haben auch dann, wenn sie die Nutzung ihrer öffentlichen Verkehrswege zum Netzbetrieb einem Eigenbetrieb übertragen wollen, ein transparentes

¹⁸ BGH, Urt. v. 28.06.2005 – KVR 27/04 – *Arealnetze*, Rn. 26 (juris).

¹⁹ BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 65/12 – *Stromnetz Heiligenhafen*, Rn. 40; BGH, Urt. v. 28.06.2005, KVR 27/04 – *Arealnetze*, Rn. 26 (juris); bestätigt durch BVerfG, Beschl. v. 18.05.2009, 1 BVR 1731/05; BGH, Beschl. v. 11.07.2006, KVR 28/05 – *Deutsche Bahn/KVS Saarlouis*, Rn. 20; speziell für § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG vgl. ausdrücklich OVG Lüneburg, Beschl. v. 11.09.2013, 10 ME 88/12, Rn. 44.

²⁰ BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 65/12 – *Stromnetz Heiligenhafen*, Rn. 27ff.

²¹ S.o. Rn. 15.

²² BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 65/12 – *Stromnetz Heiligenhafen*, Rn. 42; BGH, Urt. v. 07.10.2014, EnZR 86/13 – *Stromnetz Olching*, Rn. 60.

²³ BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 65/12 – *Stromnetz Heiligenhafen*, Rn. 39ff.

Auswahlverfahren durchzuführen und das Diskriminierungsverbot zu beachten. Sie können sich in diesem Zusammenhang weder auf ein „Konzernprivileg“ noch auf die Grundsätze der im Vergaberecht anerkannten „Inhouse-Vergabe“ berufen.²⁴ § 46 Abs. 4 EnWG unterwirft die Gemeinden ausdrücklich auch bei der Übertragung der Wegenutzung auf Eigenbetriebe unter die in § 46 Abs. 2 und 3 EnWG formulierten Pflichten.²⁵ Entsprechendes gilt für Eigengesellschaften und kommunale Beteiligungsgesellschaften.²⁶ Das Verbot der Inhouse-Vergabe folgt aus der spezialgesetzlichen Regelung des § 46 Abs. 4 EnWG und seinem Zweck der Verhinderung von „Ewigkeitsrechten“.²⁷ Zudem ist die Freistellung konzerninterner Sachverhalte vom Diskriminierungs- und Behinderungsverbot der §§ 19, 20 GWB nach der Schilderpräger-Rechtsprechung dann verwehrt, wenn sich die überragende Stellung, über die die Normadressatin verfügt, unmittelbar aus ihrer öffentlichen Aufgabe ableitet.²⁸ Das Angebot von Wegerechten im örtlichen Wegenetz ist der Gemeinde nur wegen der mit ihren straßenrechtlichen hoheitlichen Aufgaben einhergehenden Eigentümerstellung über die öffentlichen Straßen und Wege möglich. Da die Wegenutzungsrechte unabdingbare Voraussetzung für die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit sind, vermitteln sie der öffentlichen Hand als Rechtsinhaberin die Monopolstellung beim Angebot, die sie nicht zur diskriminierenden Verdrängung privater Wettbewerber, mit denen sie auf Nachfrageseite als Bewerber um die Wegenutzungsrechte und damit um den Netzbetrieb konkurriert, missbrauchen darf.

b) Auswahlverfahren

23 Das Auswahlverfahren beginnt mit der nach § 46 Abs. 3 EnWG vorgeschriebenen Bekanntmachung. Während der gesamten Dauer ist auf Gleichbehandlung und Transparenz zu achten. Das Transparenzgebot verlangt, dass allen Bewerbern die von der Gemeinde angewandten Auswahlkriterien rechtzeitig vor Angebotsabgabe mitgeteilt werden.²⁹ Außerdem ist die Gewichtung der Kriterien offenzulegen, damit die Bewerber

²⁴ BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 65/12 – *Stromnetz Heiligenhafen*, Leitsatz sowie Rn. 31ff. Dies ist mit der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 Abs. 2 GG vereinbar, vgl. BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 65/12 – *Stromnetz Heiligenhafen*, Rn. 39ff.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.01.2013, VII-Verg 26/12 - *Münsterlandgesellschaft*, Rn. 80 (juris); OLG Schleswig, Urt. v. 22.11.2012, 16 U (Kart) 21/12, Rn. 100 (juris); VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 22.08.2013, 1 S 1047/13, Rn. 29 (juris) unter Bezug auf VG Stuttgart, Beschl. v. 29.04.2013, 7 K 929/13, Rn. 32 (juris). Vgl. auch BKartA, Beschl. v. 30.11.2012, B8-101/11 – *Kreisstadt Mettmann*, Rn. 112ff.

²⁵ BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 65/12 – *Stromnetz Heiligenhafen*, Rn. 33.

²⁶ BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 65/12 – *Stromnetz Heiligenhafen*, Rn. 42; BKartA, Beschl. v. 30.11.2012, B8-101/11 – *Kreisstadt Mettmann*, Rn. 69.

²⁷ BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 65/12 – *Stromnetz Heiligenhafen*, Rn. 35 ff.

²⁸ BGH Urt. v. 24.09.2002, KZR 4/01– *Kommunaler Schilderprägebetrieb*, Rn. 26 (juris) m. w. N.; vgl. ausführlich, BKartA, Beschl. v. 30.11.2012, B8-101/11 – *Kreisstadt Mettmann*, Rn. 79.

²⁹ BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 65/12 – *Stromnetz Heiligenhafen*, Rn. 44 bis 48, 72f.; BGH, Urt. v. 07.10.2014, EnZR 86/13 – *Stromnetz Olching*, Rn. 54.

erkennen können, wie die einzelnen Kriterien die Entscheidung beeinflussen.³⁰ Zudem ist die Offenlegung des beabsichtigten Vorgehens bei der Wertung der Angebote anhand der festgelegten, gewichteten und bekannt gemachten Auswahlkriterien erforderlich.³¹

- 24** Kennzeichen eines wettbewerblichen Auswahlverfahrens – und damit auch eines Auswahlverfahrens zur Vergabe von Wegenutzungsrechten – ist grundsätzlich die Gewährleistung eines Geheimwettbewerbs.³² Dies verlangt die Wahrung der Vertraulichkeit der Angebote. Bei Kenntnis der Angebotsinhalte der Mitbewerber muss der Bieter nicht mehr potentiell günstigere Angebote übertreffen, sondern braucht sein Angebot nur an den ihm bekannten Bedingungen auszurichten.³³
- 25** Sofern die Gemeinde sich selbst an dem Wettbewerb um die Wegenutzungsrechte beteiligt, darf sie den kommunalen Bewerber nicht durch Informationsfluss bevorzugen. In dieser Konstellation, in der die Gemeinde sowohl als Anbieter als auch als Nachfrager nach Wegenutzungsrechten auftritt, verlangt das Kartellrecht zur Wahrung des Geheimwettbewerbs und des Neutralitätsgebots in Anlehnung an den Rechtsgedanken des § 16 Vergabeverordnung (VgV) eine organisatorische und personelle Trennung zwischen der Kommune als verfahrensleitender Stelle und der Kommune als Bieter. Die in den Gemeindeordnungen vorgesehenen Regelungen zur Befangenheit von Gemeinderatsmitgliedern erfassen diese Konstellation nur unzureichend. Sie decken in der Regel nur den Interessenkonflikt im Zuge der Beschlussfassung im Gemeinderat ab. Ebenso wenig kann die in den Verwaltungsverfahrensgesetzen der Länder³⁴ enthaltene Regelung genügen, da diese nur die persönliche Voreingenommenheit einzelner Behördenmitarbeiter betrifft.
- 26** Sofern die Gemeinde beabsichtigt, sich an dem Wettbewerb um die Wegenutzungsrechte auch als Nachfrager zu beteiligen, und zu diesem Engagement einen strategischen Partner sucht, ist das Verfahren zur Suche eines Partners von dem Verfahren zur Auswahl eines neuen Wegenutzungsberechtigten zu unterscheiden. Für beide Verfahren gelten unterschiedliche rechtliche Rahmenbedingungen: Die Suche nach einem strategischen Partner kann – je nach Ausgestaltung der gemeinsamen Netzgesellschaft – dem Vergaberecht unterfallen, etwa wenn der Partner

³⁰ BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 65/12 – *Stromnetz Heiligenhafen*, Rn. 48.

³¹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.04.2014, VI-2 Kart 3/13 (V), 2 Kart 3/13 (V) - *Hochsauerland*, Rn. 140 (juris).

³² Vgl. zum Geheimwettbewerb auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 04.02.2013, VII-Verg 31/12, Rn. 46ff. (juris); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.04.2011, VII-Verg 4/11, Rn. 27, 29.; BKartA, Beschl. v. 28.01.2015, B8-175/11 – *Titisee-Neustadt*, Rn. 122ff.; BKartA, Beschl. v. 02.12.2013, B8-180/11-1 – *Cölbe*, Rn. 40.

³³ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.04.2011, VII-Verg 4/11, Rn. 29; vgl. auch BKartA, Beschl. v. 02.12.2013, B8-180/11-1 – *Cölbe*, Rn. 40; BKartA, Beschl. v. 28.01.2015, B8-175/11 – *Titisee-Neustadt*, Rn. 123.

³⁴ Z.B. § 21 VwVfG NRW.

Dienstleistungen (operative Tätigkeiten bei den Netzdiensten) erbringen soll. Dabei würde der Zuschlag nach § 97 Abs. 5 GWB anhand des wirtschaftlichsten Angebots erfolgen, während die Auswahl des neuen Wegenutzungsberechtigten den engeren und abschließenden Regelungen des § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG und des § 3 Abs. 2 KAV unterliegt.³⁵

- 27** Es unterliegt der Bestimmungsfreiheit der Gemeinde, ob sie die beiden Verfahren zeitlich nacheinander (zweistufiges Verfahren) oder zeitgleich (einstufiges Verfahren) durchführt.³⁶ Bei einem zweistufigen Verfahren hat die Suche nach dem strategischen Partner vor der Auswahl des Wegenutzungsberechtigten zu erfolgen, weil andernfalls die Leistungsfähigkeit der Kooperation im Hinblick auf die Erfüllung der Kriterien zur Auswahl des neuen Wegenutzungsberechtigten nicht hinreichend beurteilt werden kann.³⁷ Sodann ist sicherzustellen, dass das kommunale Beteiligungsunternehmen auf der zweiten Stufe bei der Auswahl des neuen Wegenutzungsberechtigten nicht bevorzugt wird und eine Vorfestlegung unterbleibt.
- 28** Bei einem einstufigen Verfahren ist sicherzustellen, dass die Kriterien und Konditionen zur Auswahl des strategischen Partners keinen Einfluss auf die Auswahl des neuen Wegenutzungsberechtigten haben können. Wegen des abschließenden Charakters des § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG und des § 3 Abs. 2 KAV sind Kriterien über die wirtschaftlichen Bedingungen der Beteiligung der Gemeinde am Netzbetrieb unzulässig. Darüber hinaus müssen Angebote, die keine Beteiligung der Gemeinde beinhalten, die gleichen Chancen haben wie Kooperationsangebote. Kriterien, die an die gesellschaftsrechtliche Beteiligung der Gemeinde am Netzbetrieb anknüpfen, sind wegen Diskriminierung von reinen Konzessionsangeboten unzulässig.

c) Auswahlkriterien

- 29** Aus dem Diskriminierungsverbot nach §§ 19, 20 GWB ist ein allgemeines Gebot herzuleiten, eine Auswahlentscheidung allein nach *sachgerechten Kriterien* zu treffen.³⁸ Daher müssen zulässige Auswahlkriterien einen sachlichen Bezug zum Wegenutzungsrecht oder zum Netz aufweisen.

Das Gebot sachgerechter Kriterien wird für den Bereich der Vergabe von Wegenutzungsrechten durch das Energiewirtschaftsrecht näher bestimmt. Danach ist die Auswahl des Netzbetreibers an Kriterien auszurichten, die die Zielsetzung des § 1 Abs. 1 EnWG konkretisieren.³⁹ Dies folgt aus der klarstellenden Regelung des § 46 Abs. 3 S. 5

³⁵ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.01.2013, VII-Verg 26/12 – *Münsterlandgesellschaft*, Rn. 73 (juris).

³⁶ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.01.2013, VII-Verg 26/12 – *Münsterlandgesellschaft*, Rn. 68 (juris).

³⁷ OVG Lüneburg, Beschl. v. 11.09.2013, 10 ME 87/12 und 88/12, Rn. 48.

³⁸ BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12 – *Stromnetz Berkenthin*, Rn. 36.

³⁹ BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12 – *Stromnetz Berkenthin*, Rn. 36.

EnWG⁴⁰, nach der die Gemeinde bei der Auswahlentscheidung den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet ist. Dies umfasst eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltfreundliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Strom und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht. Da die zu vergebenden Wegenutzungsrechte den nach dem EnWG entflochtenen und regulierten Netzbetrieb betreffen, können im Auswahlverfahren nur Aspekte zulässig sein, die die Errichtung und den Betrieb des jeweiligen örtlichen Verteilernetzes betreffen.⁴¹ Kriterien, die andere Bereiche der energiewirtschaftlichen Wertschöpfungskette wie Erzeugung und Vertrieb betreffen, sind als Auswahlkriterien unzulässig.

Bei dem Auswahlkriterium der Preisgünstigkeit des Netzbetriebs spielt vor allem die Höhe der zukünftigen Netzentgelte eine Rolle.⁴² Nach Auffassung der Bundesnetzagentur sind allerdings Rabatte auf die Netzentgelte für ein einzelnes Konzessionsgebiet, insbesondere wenn das Netzgebiet über das einzelne Konzessionsgebiet hinaus geht, nicht möglich und daher kein zulässiger Angebotsbestandteil.⁴³

- 30** Neben Auswahlkriterien mit Bezug zu den Zielen des § 1 EnWG sind Kriterien zulässig, die nach der KAV zulässige Leistungen im Zusammenhang mit der Wegenutzung zum Gegenstand haben⁴⁴. Das Nebenleistungsverbot des § 3 Abs. 2 KAV lässt ausdrücklich außer den in der KAV genannten Nebenleistungen keine weiteren Finanz- oder Sachleistungen zu. Dieses Verbot würde umgangen, wenn darüber hinausgehende, insbesondere fiskalische Interessen der Gemeinde als Auswahlkriterien zulässig wären.
- 31** Es darf auch nicht mittelbar zu einer Bevorzugung kommunaler Bewerber durch die Verwendung von Auswahlkriterien kommen, die eine systematische Besserstellung der kommunalen Bewerber (Eigenbetriebe, Eigengesellschaften oder Beteiligungsgesellschaften) aufgrund der kommunalen Zugehörigkeit bewirken. Aus diesem Grund ist das Kriterium „Kommunaler Einfluss“ oder „Einflussmöglichkeiten der Kommune“ grundsätzlich kein zulässiges Auswahlkriterium.⁴⁵ Durch den gesellschaftsrechtlich vermittelten Einfluss könnten kommunale Bewerber dieses Kriterium stets besser erfüllen als nicht-kommunale Bewerber. Nur ausnahmsweise, wenn dem Interesse, die Konkretisierung der energiewirtschaftsrechtlichen Ziele des

⁴⁰ BT-Drucksache 17/6072, S. 88.

⁴¹ BT-Drucksache 17/6072, S. 88.

⁴² BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12 – *Stromnetz Berkenthin*, Rn. 87.

⁴³ Der Vorschlag der Monopolkommission (65. Sondergutachten Energie 2013, Rn. 470ff.) ist regulierungsrechtlich bedenklich.

⁴⁴ BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12 – *Stromnetz Berkenthin*, Rn. 36.

⁴⁵ BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12 – *Stromnetz Berkenthin*, Rn. 53.

Netzbetriebs über die Laufzeit des Wegenutzungsvertrags nachzuhalten, nicht in anderer Weise – etwa durch Regelungen des Vertragsrechts – angemessen Rechnung getragen werden kann, kann dieses Kriterium zulässig sein, soweit die mit der Beteiligung am Netzbetrieb verbundenen Risiken der Gemeinde bei der Bewertung ebenfalls angemessen berücksichtigt werden.⁴⁶

- 32** Die von der Gemeinde aufgestellten Auswahlkriterien müssen sachgerecht gewichtet werden. Im Verhältnis zwischen den Auswahlkriterien, die den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet sind, und den Kriterien, die einen Bezug zum Konzessionsgegenstand haben und nach der KAV zulässig sind, müssen die ersteren vorrangig berücksichtigt werden.⁴⁷ Das OLG Stuttgart verlangt eine ausschließliche oder jedenfalls gegenüber anderen gemeindlichen Zielen deutlich vorrangige Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG.⁴⁸ Der Bundesgerichtshof hat eine genaue Quantifizierung der Gewichtung der Kriterien mit Bezug zu den Zielen des § 1 EnWG offen gelassen. Er verweist allerdings auf den Musterkriterienkatalog der Energiekartellbehörde Baden-Württemberg, nach dem die Netzsicherheit mit mindestens 25% der möglichen Gesamtpunktzahl zu gewichten ist.⁴⁹ Vor dem Hintergrund, dass andererseits keine willkürliche Mindergewichtung einzelner Ziele des § 1 EnWG erfolgen darf,⁵⁰ ist zu schließen, dass der Bundesgerichtshof eine vorrangige Gewichtung der Auswahlkriterien mit Bezug zu den Zielen des § 1 EnWG von jedenfalls über 50 % verlangt.⁵¹ Einer solchen vorrangigen Gewichtung der Auswahlkriterien ist nach Auffassung des Bundeskartellamtes jedenfalls dann Genüge getan, wenn die Kriterien mit Bezug zu den Zielen des § 1 EnWG ein Gewicht von 70 % der maximal möglichen Gesamtpunktzahl ausmachen (im Sinne eines „safe harbour“ für die Gemeinden).⁵²

⁴⁶ BGH, Urt. v. 17.12.2014, KZR 66/12 – *Stromnetz Berkenthin*, Rn. 53 a.E.

⁴⁷ BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 65/12 – *Stromnetz Heiligenhafen*, Rn. 15 und BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12 – *Stromnetz Berkenthin*, Rn. 16 und 36; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.04.2014, VI-2 Kart 3/13 (V), 2 Kart 3/13 (V) – *Hochsauerland*, Rn. 48 (juris); OVG Lüneburg, Beschl. v. 11.09.2013, 10 ME 88/12, Rn. 45 (juris); OLG Schleswig, Urt. v. 22.11.2012, 16 U (Kart) 21/12, Rn. 106 (juris); OLG Stuttgart, Beschl. v. 26.09.2013, 201 Kart 1/13 - *Süßen*, Rn. 65 (juris).

⁴⁸ Vgl. OLG Stuttgart, Beschl. v. 26.09.2013, 201 Kart 1/13 – *Süßen*, Rn. 65 (juris).

⁴⁹ BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12 – *Stromnetz Berkenthin*, Rn. 84. Auch das Landgericht Berlin hat in seinem Urteil vom 09.12.2014 eine Gewichtung der Netzsicherheit mit 15 % für zu gering erachtet, vgl. LG Berlin, Urt. v. 09.12.2014, 16 O 224/14, Urteilsausfertigung S. 37.

⁵⁰ Vgl. hierzu unten Rn. 33.

⁵¹ Bei einer nur 50 %-igen Gewichtung der Auswahlkriterien mit Bezug zu den Zielen des § 1 EnWG und einer 25 %-igen Gewichtung des Einzelziels der Sicherheit des Netzbetriebs bliebe nur ein 25 %-iges Gewicht für die übrigen vier Ziele des § 1 EnWG.

⁵² Nach Auffassung der Bundesnetzagentur lässt sich aus der Rechtsprechung des BGH über die geforderte vorrangige Gewichtung der Auswahlkriterien mit Bezug zu den Zielen des § 1 EnWG von über 50 % hinaus keine konkrete Prozentzahl ableiten, ab welcher der geforderten vorrangigen Berücksichtigung auf jeden Fall Genüge getan sein dürfte. Die Bundesnetzagentur stimmt jedoch mit dem Bundeskartellamt in dem Grundsatz überein, dass eine geforderte vorrangige Gewichtung der Auswahlkriterien mit Bezug zu den Zielen des § 1 EnWG umso eher gegeben sein dürfte, je höher die Gewichtung dieser Auswahlkriterien ausfällt.

33 Die Gewichtung der Einzelziele des § 1 EnWG im Verhältnis zueinander muss ebenfalls sachgerecht erfolgen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass dem Einzelziel der Versorgungssicherheit eine überragende Stellung zukommt. Die Grenzen des gemeindlichen Spielraums sind im Falle einer willkürlichen Mindergewichtung einzelner Ziele des § 1 EnWG überschritten.⁵³

Unter Unterkriterien werden Kriterien verstanden, die der Ausfüllung und näheren Bestimmung eines Hauptkriteriums dienen und präziser darstellen, worauf es der vergebenden Stelle ankommt. Es besteht in aller Regel keine Pflicht zur Bildung von Unterkriterien. Vielmehr eröffnet der Grad der Konkretisierung der Auswahlkriterien durch Unterkriterien der Gemeinde Spielraum bei der Gestaltung des Auswahlverfahrens. Durch eine starke Konkretisierung der Auswahlkriterien durch Unter- oder Unter-Unterkriterien wird die Möglichkeit für die Berücksichtigung innovativer Angebotsinhalte (Ideenwettbewerb) eingeschränkt. Es besteht zudem die Gefahr eines Zuschnitts der Auswahlkriterien auf einzelne Bewerber. Andererseits ist der Wettbewerb durch ein hohes Maß an Transparenz geprägt, das geringere Anforderungen an die Begründung der Bewertung und der Auswahlentscheidung bedingt. Sofern die Gemeinde Unterkriterien zu den Auswahlkriterien gebildet hat, müssen diese ebenfalls gewichtet und vor der Abgabe der Angebote transparent gemacht werden.⁵⁴

Die Verwendung unzulässiger Auswahlkriterien oder eine unsachgerechte Gewichtung der Auswahlkriterien bzw. eventueller Unterkriterien stellt einen Verstoß gegen das Diskriminierungs- und das Behinderungsverbot dar. Eine unbillige Behinderung durch ein fehlerhaftes Auswahlverfahren ist zu verneinen, wenn zweifelsfrei feststeht, dass sich die Fehlerhaftigkeit des Auswahlverfahrens nicht auf dessen Ergebnis ausgewirkt haben kann, weil derselbe Bewerber die Wegenutzungsrechte auf jeden Fall auch ohne den Verfahrensfehler erhalten hätte.⁵⁵ Das kommt etwa bei einer geringfügigen Fehlgewichtung im Kriterienkatalog in Betracht, die ersichtlich keinen Einfluss auf die Platzierung der Bewerber haben konnte.⁵⁶

d) Auswahlentscheidung

34 Die Entscheidung über die Auswahl des neuen Wegenutzungsberechtigten trifft die nach Landesrecht zuständige Stelle: Das kann bei Stadtstaaten entweder die Regierung/Verwaltung sein oder das Parlament. Bei Gemeinden entscheidet zumeist der Gemeinderat auf einen Vorschlag der Verwaltung hin. Das Ergebnis der beabsichtigten

⁵³ BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12 – *Stromnetz Berkenthin*, Rn. 83.

⁵⁴ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.04.2014, VI-2 Kart 3/13 (V), 2 Kart 3/13 (V) - *Hochsauerland*, Rn. 128 (juris).

⁵⁵ BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12 – *Stromnetz Berkenthin*, Rn. 99.

⁵⁶ BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12 – *Stromnetz Berkenthin*, Rn. 99.

Auswahlentscheidung ist den Bietern mitzuteilen. Es besteht zwar keine Pflicht zur Mitteilung der beabsichtigten Auswahlentscheidung an die Bieter vor Abschluss des Wegenutzungsvertrages. Der Bundesgerichtshof hat allerdings entschieden, dass eine Präklusion der Bieter bei fehlender Rüge in Anlehnung an den auch § 101a GWB⁵⁷ zugrundeliegenden Rechtsgedanken besteht, wenn die Gemeinde alle Bewerber um die Wegenutzungsrechte in Textform über ihre beabsichtigte Auswahlentscheidung unterrichtet und den Wegenutzungsvertrag erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information abschließt.⁵⁸ Eine solche Präklusion aufgrund vorheriger ausreichender und fristgerechter Information durch die Gemeinde kommt allerdings erst mit Bekanntwerden des Urteils des BGH vom 17. Dezember 2013 in Sachen „Berkenthin“ in Betracht, da vorher die Rechtslage unklar war und die Bieter damit erst Kenntnis darüber erhielten, welche Folgen eine Unterrichtung durch die Gemeinde hat.⁵⁹

- 35** Fehler der kommunalen Auswahlstelle bei der Auswertung der Angebote (Wertungsfehler) sind nur dann für die Auswahlentscheidung kausal und ergebnisrelevant, wenn sie sich auf die Reihenfolge der Angebote dergestalt auswirken, dass das erstplatzierte Angebot nicht den Zuschlag erhalten hätte. Führen Wertungsfehler dazu, dass das auf Platz 1 liegende Angebot nicht von seiner Position verdrängt wird, ist die Auswahlentscheidung im Ergebnis in Ordnung und es liegt kein Verstoß gegen §§ 19, 20 GWB i.V.m. § 46 EnWG vor.⁶⁰

Der BGH hat bei einer Wegerechtsvergabe im Hinblick auf die Wichtigkeitsfolge der §§ 134, 139 BGB entschieden, dass ein Verstoß gegen eine Preisvorschrift nicht zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrages führt und im Rahmen von § 139 BGB geprüft werden muss, ob die Parteien den Wegenutzungsvertrag auch ohne die umstrittene Regelung geschlossen hätten.⁶¹

⁵⁷ § 101a Abs. 1 GWB lautet: „Der Auftraggeber hat die betroffenen Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll, über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots und über den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses unverzüglich in Textform zu informieren. Dies gilt auch für Bewerber, denen keine Information über die Ablehnung ihrer Bewerbung zur Verfügung gestellt wurde, bevor die Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter ergangen ist. Ein Vertrag darf erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information nach den Sätzen 1 und 2 geschlossen werden. Wird die Information per Fax oder auf elektronischem Weg versendet, verkürzt sich die Frist auf zehn Kalendertage. Die Frist beginnt am Tag nach der Absendung der Information durch den Auftraggeber; auf den Tag des Zugangs beim betroffenen Bieter und Bewerber kommt es nicht an.“

⁵⁸ BGH, Urt. v. 17.12.2013, KZR 66/12 – *Stromnetz Berkenthin*, Rn. 109; BGH, Urt. v. 03.06.2014, EnVR 10/13 – *Stromnetz Homberg*, Rn. 58.

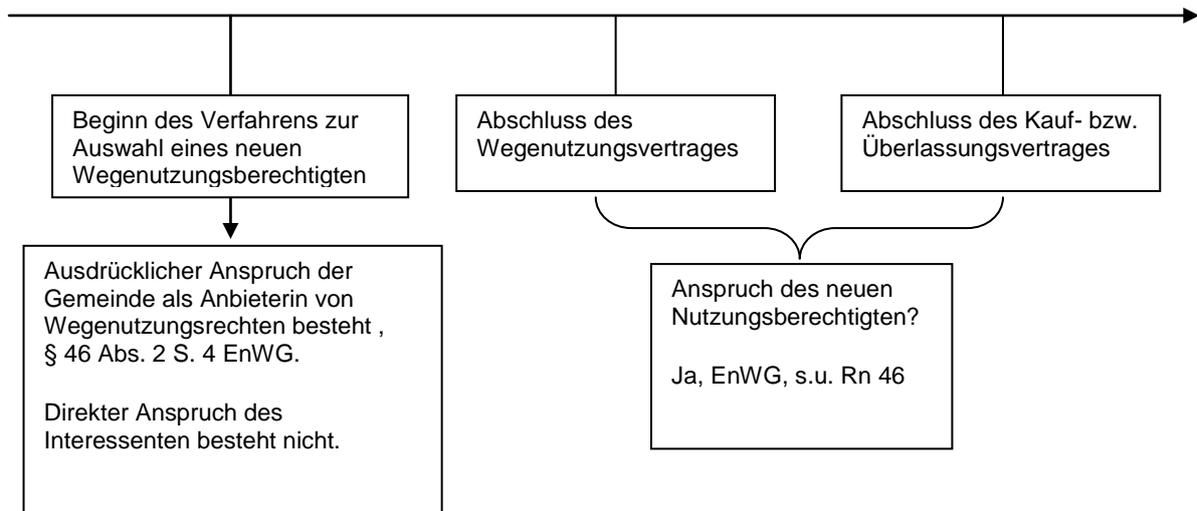
⁵⁹ BGH, Urt. v. 03.06.2014, EnVR 10/13 – *Stromnetz Homberg*, Rn. 59.

⁶⁰ Zu Folgen von Fehlern im Auswahlverfahren durch unzulässige Auswahlkriterien oder unsachgerechte Gewichtung vgl. aber Rn. 33 letzter Absatz.

⁶¹ BGH, Urt. v. 07.10.2014, EnZR 86/13 – *Stromnetz Olching*, Rn. 40ff., 48.

D. Informationsansprüche und Datenherausgabe

36 In allen Phasen der Neuvergabe von Wegenutzungsrechten ist zwischen den jeweiligen Beteiligten oft die Überlassung von Daten streitig. Anhand eines Zeitstrahles können die folgenden Zeitpunkte im Verfahren und mögliche korrespondierende Ansprüche unterschieden werden:



37 Da sich im Gesetz in § 46 Abs. 2 S. 4 EnWG eine ausdrückliche Grundlage für einen Informationsanspruch nur zugunsten der Gemeinde findet, aber auch Interessenten insoweit ein Informationsbedürfnis haben, ist für jedes Verfahrensstadium getrennt zu ermitteln, woraus und für wen ein solcher ggf. hergeleitet werden könnte.

I. Zu Beginn des Verfahrens zur Auswahl eines neuen Wegenutzungsberechtigten

38 Ein Informationsanspruch gegen den bisherigen Nutzungsberechtigten kommt zunächst unmittelbar vor oder zu Beginn des Auswahlverfahrens in Betracht. In der Regel besteht ein erhebliches Informationsgefälle zwischen den Beteiligten, das die Gemeinde bzw. die Interessenten gegenüber dem bisherigen Nutzungsberechtigten auszugleichen suchen. Denn nur dieser verfügt über sämtliche Netzdaten.

1. Gesetzliche Ansprüche

39 Die Regelung des § 46 EnWG statuiert in Absatz 2 Satz 4 (nur) ausdrückliche Informationsansprüche der Gemeinde gegen den bisherigen Nutzungsberechtigten. Danach hat dieser der Gemeinde spätestens ein Jahr vor Bekanntmachung der Gemeinde diejenigen Informationen über die technische und wirtschaftliche Situation des

Netzes zur Verfügung zu stellen, die für eine Bewertung des Netzes im Rahmen der Bewerbung um den Abschluss eines Wegenutzungsvertrages erforderlich sind.⁶²

40 Dabei geht es vor allem um Daten, die die Netzstruktur, die möglichen Kosten einer Netzübernahme und die dann ggf. zu erzielende Rendite betreffen. Diese Daten sind im Anschluss von der Gemeinde bereits im Rahmen des Auswahlverfahrens in geeigneter Form zu veröffentlichen und den Interessenten transparent und diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen, da diese nur so den zu erwartenden Ertrag aus der Netzübertragung sowie die dadurch entstehenden Kosten schon vor Abschluss des Wegenutzungsvertrages abschätzen können.⁶³ Nach der neuen, im Vergleich zu 2010 geänderten Auffassung von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur, die der BGH in seinem Urteil vom 14. April 2015 (Springe) bestätigt hat, sind folgende Daten über den zu übergebenden Netzteil zur Verfügung zu stellen:

- a) Allgemeine Angaben zu Art, Umfang, Alter und Oberflächenstruktur der zu überlassenden Anlagegüter des Elektrizitäts- bzw. Gasversorgungsnetzes, insbesondere auch Art und Zugehörigkeit der jeweiligen Messeinrichtungen,
- b) Originäre historische Anschaffungs- und Herstellungskosten der Anlagegüter des zu überlassenden Elektrizitäts- bzw. Gasversorgungsnetzes und der Grundstücke, aufgeteilt nach Anlagengruppen gemäß Anlage 1 zu § 6 Abs. 5 S. 1 Gas- bzw. StromNEV und Anschaffungsjahren,
- c) In der Netzkostenkalkulation gem. § 6 Abs. 5 S. 1 Gas- bzw. StromNEV verwendete Nutzungsdauern je Anlagengruppe und etwaige Nutzungsdauerwechsel, unter Angabe des Jahres des Nutzungsdauerwechsels und der bis zum und ab dem Nutzungsdauerwechsel verwendeten Nutzungsdauern,
- d) Art und Besonderheiten des Elektrizitäts- bzw. Rohrleitungsnetzes (z.B. verbaute Materialien, herausragende Schadensereignisse) und der sonstigen Anlagegüter,
- e) Höhe der nicht aufgelösten Netzanschlussbeiträge und Baukostenzuschüsse,
- f) kalkulatorische Restwerte, kalkulatorische Nutzungsdauern laut Genehmigungsbescheid, aufwandsgleiche Kostenpositionen i.S.d. § 5 Strom- bzw. GasNEV, kalkulatorische Abschreibungen i.S.d. § 6 Strom- bzw. GasNEV, kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung i.S.d. § 7 Strom- bzw. GasNEV, kalkulatorische Gewerbesteuer i.S.d. § 8 Strom- bzw. GasNEV, kostenmindernde Erlöse und Erträge i.S.d. § 9 Strom- bzw. GasNEV,

⁶² Zu insoweit erforderlichen Angaben siehe unten Rn. 42.

⁶³ OLG Celle, Urt. v. 09.01.2014, 13 U 52/13; bestätigt durch BGH, Urt. v. 14.04.2015, EnZR 11/14 – Stadt Springe; die Urteilsgründe lagen z.Z. der Veröffentlichung des Leitfadens noch nicht vor.

- g) Netzabsatzmengen im Konzessionsgebiet,
- h) zugehörige Bilanz- und GuV-Werte des jeweiligen Konzessionsgebietes, soweit diese vorliegen, Auskünfte über die auf das Konzessionsgebiet bezogene mehrjährige Vermögens-, Ertrags-, Finanz- und Investitionsplanung,
- i) neutrale Schadensberichte (soweit vorhanden),
- j) Angaben zum Konzessionsgebiet einschließlich eines Netzplans mit Kennzeichnung z.B. der Netzverknüpfungspunkte und derjenigen Leitungen, welche nicht vom Überlassungsanspruch nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG erfasst werden,
- k) Strukturdaten gemäß § 27 Abs. 2 Strom- bzw. GasNEV (Veröffentlichungspflichten des Netzbetreibers) bezogen auf das Konzessionsgebiet, also insbesondere⁶⁴
 - o im Falle von Gasnetzen:
 - i) die Länge des Gasleitungsnetzes jeweils getrennt für die Niederdruck-, Mitteldruck- und Hochdruckebene zum 31. Dezember des Vorjahres,
 - ii) die Länge des Gasleitungsnetzes in der Hochdruckebene nach Leitungsdurchmesserklassen,
 - iii) die im Vorjahr durch Weiterverteiler und Letztverbraucher entnommene Jahresarbeit in Kilowattstunden oder in Kubikmetern,
 - iv) die Anzahl der Ausspeisepunkte jeweils für alle Druckstufen und
 - v) die zeitgleiche Jahreshöchstlast aller Entnahmen in Megawatt oder Kubikmetern pro Stunde und den Zeitpunkt des jeweiligen Auftretens;
 - o im Falle von Stromnetzen:
 - i) die Stromkreislänge jeweils der Kabel- und Freileitungen in der Niederspannungs-, Mittelspannungs-, Hoch- und Höchstspannungsebene zum 31. Dezember des Vorjahres,
 - ii) die installierte Leistung der Umspannebenen zum 31. Dezember des Vorjahres,
 - iii) die im Vorjahr entnommene Jahresarbeit in Kilowattstunden pro Netz- und Umspannebene,

⁶⁴ Gemäß der zum Veröffentlichungszeitpunkt des Leitfadens aktuellen Fassung von § 27 Abs. 2 Strom- bzw. GasNEV.

- iv) die Anzahl der Entnahmestellen jeweils für alle Netz- und Umspannebenen,
- v) die Einwohnerzahl im Netzgebiet von Betreibern von Elektrizitätsversorgungsnetzen der Niederspannungsebene zum 31. Dezember des Vorjahres,
- vi) die versorgte Fläche nach § 24 Abs. 2 Satz 2 und 3 StromNEV zum 31. Dezember des Vorjahres und
- vii) die geographische Fläche des Netzgebietes zum 31. Dezember des Vorjahres;

sowie

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

41 Zur Gewährleistung einer diskriminierungsfreien Auswahl eines neuen Wegenutzungsberechtigten ist es erforderlich, dass alle Interessenten in der Lage sind, anhand der bekannten Daten ein Angebot bezüglich der von der Gemeinde bekanntzugebenden Auswahlkriterien abzugeben. Die Verletzung der Pflichten zur Gleichbehandlung aller Bieter bei den Informationen durch die Gemeinde kann gegen §§ 19, 20 GWB bzw. Art. 102 AEUV verstoßen.

42 Der bisherige Nutzungsberechtigte kann gegenüber dem Informationsanspruch der Gemeinde nicht einwenden, die Herausgabe der Daten verstoße gegen die informatorische Entflechtung und sei daher rechtlich unmöglich. Die Daten sind so hoch aggregiert, dass sie keine wirtschaftlich sensiblen Daten, insbesondere Kundendaten, i.S.d. § 6a Abs. 1 EnWG enthalten. Die Herausgabe der Daten an die Gemeinde verstößt auch nicht gegen § 6a Abs. 2 EnWG, da eine sachliche Rechtfertigung für die Offenbarung besteht. Zugleich ist zu berücksichtigen, dass die Informationen keinen Energielieferanten, sondern Bewerbern um den entflochtenen Netzbetrieb erteilt werden. Es bestehen grundsätzlich keine kartellrechtlichen Bedenken, der Gemeinde und den übrigen Bietern eine mit Vertragsstrafen bewehrte Geheimhaltungsverpflichtung abzuverlangen.

43 Gegenüber den Interessenten besteht weder eine ausdrückliche Pflicht noch eine selbständige Nebenpflicht zum gesetzlichen Rechtsverhältnis aus § 46 Abs. 2 EnWG (ggf. auch i.V.m. § 242 BGB) zur Herausgabe von Daten. Denn im Stadium vor Abschluss des neuen Wegenutzungsvertrages stehen die Bieter über § 46 Abs. 2 EnWG nicht in einem gesetzlichen Schuldverhältnis zum bisherigen Nutzungsberechtigten. Das Rechtsverhältnis nach § 46 Abs. 2 EnWG wird erst und nur mit dem Unternehmen

begründet, mit welchem die Gemeinde den neuen Wegenutzungsvertrag schließt. Nach § 46 Abs. 3 S. 1 EnWG hat aber die Gemeinde die nach § 46 Abs. 2 S. 4 EnWG vom bisherigen Nutzungsberechtigten erhaltenen Daten in geeigneter Form gegenüber den potentiellen Bewerbern⁶⁵ zu veröffentlichen und den Ort der Veröffentlichung bekanntzugeben. Auf diese Weise erhalten dann auch die Interessenten Zugang zu den für sie hinsichtlich der Teilnahme am Auswahlverfahren bedeutsamen Informationen. So wird gleichzeitig sichergestellt, dass alle Interessenten eine weitestgehend identische Informationsgrundlage haben. Diese Pflicht aktualisiert sich fortlaufend.

2. Vertragliche Ansprüche

44 Der auslaufende Wegenutzungsvertrag kann ausdrücklich Informationspflichten gegenüber der Gemeinde vorsehen. Diese können auch über die gesetzlichen Informationspflichten hinausgehen.

II. Nach Abschluss des neuen Wegenutzungsvertrages

45 Unmittelbar nachdem die Gemeinde mit einem der Interessenten einen neuen Wegenutzungsvertrag geschlossen hat, kommt nur noch ein Anspruch des neuen gegen den bisherigen Nutzungsberechtigten in Betracht. Der neue Nutzungsberechtigte benötigt Informationen, um Verhandlungen insbesondere über die Bemessung der wirtschaftlich angemessenen Vergütung und des Umfangs der zu übertragenden Netzanlagen sachgerecht führen zu können.

46 Neben abgetretenen vertraglichen Ansprüchen aus dem auslaufenden Wegenutzungsvertrag kommt ein Anspruch auf Datenherausgabe aus einer selbständigen Nebenpflicht zum gesetzlichen Schuldverhältnis nach § 46 Abs. 2 EnWG in Betracht. Die in § 46 Abs. 2 EnWG niedergelegte Übereignungs- oder Besitzverschaffungspflicht begründet zwischen dem alten und dem neuen Nutzungsberechtigten ein gesetzliches Schuldverhältnis, das in dem Moment entsteht, in dem der neue Wegenutzungsvertrag geschlossen wird. Ziel der Regelung des § 46 Abs. 2 EnWG ist es, den Wechsel des Nutzungsberechtigten herbeizuführen. Neben der Überlassung der physischen Netzanlagen setzt dies auch die Übergabe des zum Betrieb notwendigen „know how“ voraus, also der zum Betrieb erforderlichen technischen Daten, Netzpläne etc. Insoweit trifft den bisherigen Nutzungsberechtigten die Datenherausgabe auch aus einer Nebenpflicht zum gesetzlichen Überlassungsanspruch nach § 46 Abs. 2 EnWG.

⁶⁵ Siehe *OLG Celle*, Urt. v. 09.01.2014, 13 U 52/13.

Im Hinblick auf den Umfang der bekanntzugebenden Daten muss der bisherige Nutzungsberechtigte alle Daten überlassen, die erforderlich sind, um den neuen Netzbetreiber in die Lage zu versetzen, das zu übernehmende Netz zu betreiben. Dies umfasst jedenfalls alle Informationen, die im Vergabeverfahren bereits an die Gemeinde herausgegeben waren.⁶⁶ Im Regelfall sollte der neue Nutzungsberechtigte diese Daten bereits über die Gemeinde erhalten haben. Ein automatischer Übergang des Personals oder interner Organisations- und Arbeitspläne findet nur im Fall des § 613a BGB statt.

III. Nach Abschluss des Kauf- bzw. Überlassungsvertrages

47 Schließlich kommen Informationsansprüche des neuen Nutzungsberechtigten nach Abschluss des Kauf- bzw. Überlassungsvertrages in Betracht. Sein Hauptinteresse dürfte dabei die Nachprüfung der Angemessenheit der Vergütung sein. Daneben benötigt er sämtliche für den Netzbetrieb und zur Fortführung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach § 26 Abs. 1 ARegV oder zur Beantragung der Neufestlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach § 26 Abs. 2 ARegV erforderlichen Daten und Belege.

48 Neben vertraglichen Ansprüchen besteht weiterhin ein Informationsanspruch als Nebenanspruch zu dem gesetzlichen Schuldverhältnis nach § 46 Abs. 2 EnWG. Dieser wurde bereits für den Zeitraum vor Abschluss des Vertrages anerkannt. Zur Begründung kann daher auf die oben stehenden Ausführungen verwiesen werden.

Der Anspruchsumfang entspricht jenem im Auswahlverfahren und nach Abschluss des Wegenutzungsvertrages.

E. Energiewirtschaftsrecht

(Netzüberlassung und regulatorische Folgefragen)

I. Materielle Auslegungsfragen bzgl. § 46 Abs. 2 EnWG

1. Übereignung und Besitzeinräumung i.S.d. § 46 Abs. 2 S. 2, 3 EnWG

49 Der Anspruch aus § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG beinhaltet nunmehr seit der EnWG-Novelle 2011 ausdrücklich, dass der bisherige Nutzungsberechtigte dem neuen Nutzungsberechtigten die zum Netzbetrieb notwendigen Verteilungsanlagen übereignen muss. Der Streit um die Auslegung des noch in § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG a. F. enthaltenen

⁶⁶ S.o. Rn. 39.

Begriffs „überlassen“ ist damit obsolet.⁶⁷ Nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG kann das neue Energieversorgungsunternehmen also Übertragung des Eigentums verlangen.

- 50** Der im EnWG 2011 eingeführte § 46 Abs. 2 S. 3 EnWG ermöglicht es dem neuen Energieversorgungsunternehmen auch, anstelle der Übereignung eine Besitzeinräumung zu verlangen. Wählt das Unternehmen diesen Weg, muss der bisherige Nutzungsberechtigte die tatsächliche Sachherrschaft an den Anlagen für die Dauer des Wegenutzungsvertrages einräumen. Dies kann durch die Einräumung einer umfassenden Nutzungsbefugnis auf Grundlage eines Pachtverhältnisses geschehen. In diesem Fall muss sichergestellt werden, dass bei einem zukünftigen weiteren Wechsel des Nutzungsberechtigten die gesetzlichen Bestimmungen eingehalten werden können.
- 51** Unabhängig von der Frage, ob das neue Energieversorgungsunternehmen die Übertragung von Eigentum oder Besitz verlangt, bleiben etwaige anderweitige vertragliche Ansprüche, z.B. aus Endchaftsbestimmungen eines alten Wegenutzungsvertrages, unberührt.⁶⁸ Umgekehrt ist davon auszugehen, dass der gesetzliche Übereignungsanspruch nicht zulasten des neuen Nutzungsberechtigten durch etwaige vertragliche Regelungen ausgeschlossen werden kann.

2. Anspruchsumfang – notwendige Verteilungsanlagen

- 52** Bei der mit dem Wechsel des Nutzungsberechtigten verbundenen Überlassung streiten der alte und neue Nutzungsberechtigte regelmäßig darüber, welche Verteilungsanlagen konkret zu überlassen sind. Insbesondere ist streitig, wie sogenannte gemischt genutzte Energieleitungen (multifunktionale Leitungen) zu behandeln sind, die sowohl der Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet als auch einem darüber hinausgehenden Zweck dienen, wie beispielsweise dem überörtlichen Energietransport oder als Reserveleitung einer benachbarten Gemeinde.
- 53** Zwar ist der Begriff der Verteilungsanlagen gesetzlich nicht definiert. Allerdings verdeutlicht die Legaldefinition der Verteilung (§ 3 Nr. 37 EnWG), dass jedenfalls Anlagen zu überlassen sind, die dem Transport von Elektrizität mit hoher, mittlerer oder niedriger Spannung über Elektrizitätsverteilernetze oder dem Transport von Gas über örtliche oder regionale Leitungsnetze dienen, um die Versorgung von Kunden zu ermöglichen.

⁶⁷ Der Bundesgerichtshof hat im Übrigen den Streit um die Auslegung des Begriffs „Überlassen“ i.S.d. § 46 Abs. 2 EnWG a.F. entschieden. Demzufolge kann der neue Konzessionsnehmer auch nach alter Rechtslage einen Anspruch auf Übereignung der Verteilungsanlagen behaupten, BGH, Beschl. v. 03.06.2014, EnVR 10/13 – *Stromnetz Homberg*, Rn. 21 ff. Dies entspricht der Auffassung des Bundeskartellamtes zur Auslegung des Begriffes „Überlassen“ in § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG a.F. als Übereignungsanspruch. Siehe 1. Auflage des Gemeinsamen Leitfadens, Rn. 31 Fn. 22.

⁶⁸ BGH, Urt. v. 29.09.2009, EnZR 14/08, – *Endchaftsbestimmung II*.

- 54** Weiterhin ergibt sich aus dem Wortlaut des § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG für den Überlassungsgegenstand das Kriterium der „Notwendigkeit“. Entscheidend ist, ob die Anlage für den Netzbetrieb notwendig im Sinne von „erforderlich“ ist. Maßgeblich dürfte hier die Gewährleistung der sicheren Versorgung im Gemeindegebiet sein. Dies schließt grundsätzlich auch gewisse Redundanzen ein, z.B. zur Einhaltung des im Strombereich geltenden (n-1)-Kriteriums. Für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendige Verteilungsanlagen sind alle Anlagen, die nicht hinweggedacht werden können, ohne dass der neue Nutzungsberechtigte seine Versorgungsaufgabe nicht mehr wie der frühere Netzbetreiber erfüllen könnte⁶⁹, also ohne dass die Versorgung im Gemeindegebiet und damit die Versorgung bestimmter Letztverbraucher ausgeschlossen würde. Im Ergebnis dürfte dies grundsätzlich für sämtliche Anlagen eines Verteilernetzes zutreffen, unabhängig von Spannungs- bzw. Druckstufe. Neben den Energieleitungen selbst zählen hierzu im Strombereich etwa Umspannanlagen (d.h. Transformatoren, Schaltanlagen, Sekundärtechnik etc.), Schaltstationen, Ortsnetzstationen, im Eigentum des Netzbetreibers befindliche Kundenstationen sowie im Gasbereich etwa Gasdruckregelstationen, die dazugehörigen Messanlagen und ggf. Odorierungsanlagen. Vom Überlassungsanspruch umfasst sind beispielsweise auch alle technischen Einrichtungen (Messeinrichtung, Wandler, Telekommunikationseinrichtung, bei Gas Druck- und Temperaturmesseinrichtungen) derjenigen Messstellen, die vom Netzbetreiber betrieben werden, für die also nicht ein dritter Messstellenbetreiber infolge einer gesonderten Beauftragung durch den Letztverbraucher zuständig ist (§ 21b EnWG i.V.m. MessZV).
- 55** Hingegen werden die zum Übertragungs- und Fernleitungsnetz zählenden Anlagen nicht von der Regelung erfasst. Des Weiteren wird der Überlassungsanspruch durch das Kriterium der Versorgung des Gemeindegebietes beschränkt. Der örtliche Bezug (siehe hierzu auch die Definition des „örtlichen Verteilernetzes“ in § 3 Nr. 29c EnWG) lässt den Schluss zu, dass grundsätzlich nur die im Konzessionsgebiet der Gemeinde belegenen Verteilungsanlagen zu überlassen sind. Ob ausnahmsweise auch außerhalb des Gemeindegebiets belegene Anlagen zu überlassen sind, bedarf ggf. einer wertenden Betrachtung des Einzelfalles.
- 56** Legt man diese Maßstäbe zugrunde, unterfallen auch multifunktionale Leitungen jedenfalls dann der Pflicht zur Überlassung, wenn daran Letztverbraucher unmittelbar angeschlossen sind.⁷⁰ Entscheidend ist auch hier, dass es sich um eine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendige Verteilungsanlage handelt. Die Abgrenzung zwischen dem örtlichen Verteilernetz und

⁶⁹ BGH, Beschl. v. 03.06.2014 – EnVR 10/13 – *Stromnetz Homberg*, Rn. 31.

⁷⁰ BGH, Beschl. v. 03.06.2014, EnVR 10/13 – *Stromnetz Homberg*, Rn. 36 ff.

Durchgangsleitungen erfolgt demnach funktional, also nach der Funktion der konkreten Anlage und nicht etwa pauschal nach Spannungsebenen oder Druckstufen.⁷¹

57 Im Hinblick auf den Umfang des gesetzlichen Überlassungsanspruches gehen Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt daher davon aus, dass der gesetzliche Anspruch nach § 46 Abs. 2 EnWG in der Regel auf die Überlassung sämtlicher im Konzessionsgebiet belegener Anlagen des Verteilernetzes gerichtet ist mit Ausnahme solcher, die eindeutig überörtlichen Versorgungscharakter haben⁷².

58 Die im Einzelfall zum Überlassen der Netzanlagen erforderlichen „Entflechtungsmaßnahmen“ bedeuten dabei technisch nicht automatisch eine sog. „galvanische“ Trennung. Auch eine Differenzmengenbetrachtung (Messlösung) könnte ausreichend und kostengünstiger sein.

3. Angemessene Vergütung

59 Der bisherige Nutzungsberechtigte muss das Netz nur gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung überlassen, § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG.

Die Maßstäbe zur Bestimmung einer „angemessenen Vergütung“ können zunächst der „Kaufering“-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 1 GWB a.F. entnommen werden.⁷³ Demnach können sowohl der Ertragswert als auch der Sachzeitwert der Berechnung zu Grunde gelegt werden.⁷⁴ Anderes gilt indes, wenn der Sachzeitwert den Ertragswert nicht unerheblich übersteigt und dadurch eine Übernahme des Versorgungsnetzes verhindert wird.⁷⁵ Der Ertragswert entfaltet insoweit eine begrenzende Wirkung. Dabei ist der Ertragswert des Versorgungsnetzes nach objektivierten, für alle denkbaren Erwerber geltenden Kriterien zu ermitteln.

60 Obwohl die „Kaufering“-Rechtsprechung noch vor Inkrafttreten des geltenden EnWG entwickelt wurde, sind keine Gründe ersichtlich, die einer Übertragung auf die heutige Rechtslage entgegenstehen.⁷⁶ Es ist davon auszugehen, dass der Ertragswert maßgeblich durch die Vorgaben der StromNEV bzw. GasNEV bestimmt wird. Mit der

⁷¹ BGH, Beschl. v. 03.06.2014, EnVR 10/13 – *Stromnetz Homberg*, Rn. 31.

⁷² Gemeint sind lediglich solche Anlagen, deren überörtlicher Versorgungscharakter den der lokalen Verteilung eindeutig überwiegt. Das wäre beispielsweise anzunehmen, wenn eine Leitung dazu dient, Strom von einem Umspannwerk in fünf verschiedene Gemeinden zu transportieren, während von ihr nur vereinzelt Leitungen zu Letztverbrauchern abzweigen. Praktisch könnte die Anwendung der Überlassungspflicht in diesem Fall dazu führen, dass die zuvor von einem Unternehmen betriebene Leitung entsprechend der Gemeindegrenzen auf fünf verschiedene Netzbetreiber aufgeteilt würde.

⁷³ BGH, Urt. v. 16.11.1999, KZR 12/97 – *Kaufering*.

⁷⁴ BGH, Urt. v. 16.11.1999, KZR 12/97 – *Kaufering*; bestätigt durch BGH, Beschl. v. 03.06.2014, EnVR 10/13 – *Stromnetz Homberg*, Rn. 45 (juris).

⁷⁵ BGH, Urt. v. 16.11.1999, KZR 12/97 – *Kaufering*; bestätigt durch BGH, Beschl. v. 03.06.2014, EnVR 10/13 – *Stromnetz Homberg*, Rn. 45 (juris).

⁷⁶ BGH, Urt. v. 07.02.2006, KZR 24/04 - *Rückforderungsvorbehalt*.

Einführung der Netzentgeltregulierung werden Kosten für das Sachanlagevermögen von Energienetzbetreibern auf Grundlage der kalkulatorischen Restwerte ermittelt (vgl. §§ 6 und 32 Abs. 3 StromNEV; §§ 6 und 32 GasNEV). Eine Abschreibung unter Null wird ausdrücklich ausgeschlossen. Der im Sachzeitwertverfahren übliche Ansatz von „Anhaltewerten“ für noch vorhandene, aber kalkulatorisch bereits vollständig abgeschriebene Anlagegüter ist mit diesen Grundsätzen nicht vereinbar.

61 Der neue Netzbetreiber kann zukünftige Erträge aus den übernommenen Energieversorgungsanlagen somit zunächst nur auf der Grundlage des kalkulatorischen Restwerts erzielen (Ertragswert unter Berücksichtigung der Vorgaben der StromNEV bzw. GasNEV). Damit ist der kalkulatorische Restwert eine maßgebliche Eingangsgröße zur Ermittlung des Netzkaufpreises bzw. Pachtzinses. Eine Vergütung, die den auf Basis des um Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge bereinigten kalkulatorischen Restwerts bestimmten Ertragswert erheblich übersteigt, ist nicht angemessen. Auch vertragliche Vereinbarungen in Endschaftsklauseln, die darauf abzielen, mit Auslaufen des Wegenutzungsvertrags unabhängig von der Ertragswerthöhe stets den Sachzeitwert als Bewertungsmaßstab festzuschreiben, sind folglich unwirksam. Denn auch in diesen Fällen führt das Abstellen auf eine angemessene Vergütung dazu, dass der Ertragswert den Sachzeitwert wirtschaftlich limitiert. Im Ertragswert ist auch zu berücksichtigen, dass in der Anreizregulierung durch einen Netzkauf auch besondere Erlöschancen (z.B. durch Unterschreitung der Erlösobergrenze), entstehen können, die einer gesonderten Bewertung zuzuführen sind.

62 Es ist nach dem gemeinsamen Verständnis von Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt davon auszugehen, dass der Ertragswert und damit die angemessene Vergütung maßgeblich durch die im Rahmen der Entgeltregulierung determinierten Kosten bestimmt werden. Dabei ist insbesondere zu unterscheiden zwischen der zulässigen Vereinbarung des Preises einerseits und der beschränkten Möglichkeit der Refinanzierung des Preises durch die Netzentgelte andererseits. Das System der Entgeltregulierung bzw. der Anreizregulierung bestimmt die maximalen Netzerlöse und damit die durch Netzentgelte refinanzierbaren Kosten. Die Finanzierung eines überhöhten Netzkaufpreises oder Pachtzinses fällt regelmäßig in das unternehmerische Risiko des Netzbetreibers und kann keinesfalls zu einer Erhöhung der im Rahmen der Entgeltregulierung berücksichtigungsfähigen Kosten führen. Dies folgt unmittelbar aus § 6 Abs. 4 StromNEV bzw. GasNEV (Verwendung historischer Anschaffungs- und Herstellungskosten), § 6 Abs. 6 und 7 StromNEV bzw. GasNEV (Verbot der Abschreibung unter Null) bzw. aus § 4 Abs. 5 StromNEV bzw. GasNEV (Begrenzung der Höhe des Pachtentgeltes).

63 Unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten kann jedoch nicht nur die nominelle Überschreitung des Ertragswertes durch den Netzüberlassungspreis den Netzübergang faktisch verhindern. Vielmehr kann eine wirtschaftliche Unmöglichkeit auch aus anderen wirtschaftlichen Nachteilen resultieren, welche der neue Nutzungsberechtigte bei der Netzübernahme erdulden muss. Solche wirtschaftlichen Nachteile ergeben sich insbesondere aus folgenden Faktoren:

- Bei verzögerter Netzüberlassung fließen die Netzentgelte an den tatsächlichen Inhaber der Netze, d.h. der neue Nutzungsberechtigte muss eine Finanzierung vorhalten und Finanzierungskosten für ein Gut tragen, dessen Erträge ihm nicht zufließen.
- Bei Vereinbarung eines Vorbehaltspreises muss der neue Nutzungsberechtigte diese Überzahlung vorfinanzieren. Vereinbarungen eines niedrigeren Verzugszinses für Rückforderungen verstärken den wirtschaftlichen Schaden des neuen Nutzungsberechtigten.
- Sind die für die Aufteilung der Erlösobergrenzen maßgeblichen Daten dem neuen Nutzungsberechtigten bei Vereinbarung des Netzüberlassungspreises nicht bekannt, so muss er mit einer ggf. nicht unerheblichen Unsicherheit kalkulieren und diese auch finanzieren, und zwar ungeachtet der tatsächlichen Verhältnisse.

64 Vor diesem Hintergrund ist § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG dahingehend ergänzend auszulegen, dass der alte Nutzungsberechtigte die Übergabe des Netzes mit Ende des alten Wegenutzungsvertrages jedenfalls dann nicht verweigern darf, wenn ihm der neue Nutzungsberechtigte eine Zahlung unter Vorbehalt anbietet.⁷⁷ Ein Schadensausgleich mit einer angemessenen Verzinsung muss möglich sein.

II. Anderweitige regulatorische Fragen

1. Pancaking

65 Ein im Zusammenhang mit dem Wechsel des Nutzungsberechtigten unter Umständen verstärkt auftretendes Problem ist das sogenannte „Pancaking“. Dadurch kann es zu einer verstärkten Allokation von Netzkosten auf der nachgelagerten Netzebene kommen. Für eine genauere Darstellung des Effekts und seiner Rechtsfolgen wird auf den Leitfaden der Bundesnetzagentur zur Findung sachgerechter Sonderregelungen in den Fällen der Kostenwälzung nach § 14 Abs. 3 Satz 3 StromNEV verwiesen.⁷⁸

⁷⁷ Zu deren Zulässigkeit BGH, Urt. v. 07.02.2006, KZR 24/04 – *Rückforderungsvorbehalt*; BGH, Beschl. v. 03.06.2014, EnVR 10/13 – *Stromnetz Homberg*, Rn. 42 ff.

⁷⁸ Abrufbar unter www.bundesnetzagentur.de/konzessionsvertraege.

2. Netzübergänge

66 Der Wechsel des Nutzungsberechtigten steht oftmals im Zusammenhang mit Netzübergängen nach § 26 ARegV. Insbesondere stellt sich hier bei Teilnetzübergängen nach § 26 Abs. 2 ARegV das Problem der Aufteilung von Erlösobergrenzen. Die an einem Teilnetzübergang beteiligten Netzbetreiber müssen die kalenderjährlichen Erlösobergrenzen und die einzelnen Kostenanteile der Erlösobergrenzen sachgerecht aufteilen und die Aufteilung gegenüber den Regulierungsbehörden begründen. Schwierigkeiten bereiten insoweit oftmals der verwendete Aufteilungsmaßstab und die im Einzelnen verwendeten Aufteilungsschlüssel. Ausführlich wird das Problem im Leitfaden der Regulierungsbehörden zu Inhalt und Struktur von Anträgen auf Neufestlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach § 26 Abs. 2 ARegV erläutert. Auf diesen Leitfaden wird verwiesen.⁷⁹

3. Verbändeleitfaden Netzbetreiberwechsel

67 Zur praktischen Abwicklung des Netzbetreiberwechsels ist schließlich auf den durch Verbände der Energiewirtschaft erstellten Leitfaden Prozessbeschreibung Netzbetreiberwechsel vom 30. Juni 2014 hinzuweisen. Dieser empfiehlt insbesondere die zur Übergabe erforderlichen Prozesse im Fall eines Wechsels in der Zuständigkeit des Netzbetreibers für die zugeordneten Zählpunkte. Die Prozessbeschreibung umfasst alle erforderlichen Kernprozesse, die eine Übergabe der erforderlichen Informationen wie Kontaktdaten, Stamm- und Bewegungsdaten zwischen den Netzbetreibern und an alle weiteren berechtigten Marktrolle enthalten. Für den Gasbereich wurden die Empfehlungen in die Kooperationsvereinbarung VII aufgenommen. Für den Strombereich ist der Leitfaden über die Internetseite der Bundesnetzagentur verfügbar.⁸⁰

⁷⁹ Abrufbar unter www.bundesnetzagentur.de/konzessionsvertraege.

⁸⁰ Abrufbar unter www.bundesnetzagentur.de/konzessionsvertraege.

Anlage zum Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers

		Jahr t-3		Jahr t-2		Jahr t-1	
jährliche Investition, Anschaffungs- und Herstellungskosten (AKHK)		kalk. Abschreibung	kalk. Restwert	kalk. Abschreibung	kalk. Restwert	kalk. Abschreibung	kalk. Restwert
Anlagengruppe 1 Nutzungsdauer		20 Jahre		20 Jahre		*** 10 Jahre	
Jahr t-3	200	10	190	10	180	22,5	157,5
Jahr t-2	200	0	0	10	190	21,1	168,9
Jahr t-1	100	0	0	0	0	10	90
Bestand in t-1 Anlagengruppe 1	500						416,4
Anlagengruppe 2 Nutzungsdauer		20 Jahre		*** 10 Jahre		10 Jahre	
Jahr t-3	1.000	50	950	105,5	844,5	105,5	739
Jahr t-2	0	0	0	0	0	0	0
Jahr t-1	0	0	0	0	0	0	0
Bestand in t-1 Anlagengruppe 2	1.000						739
Gesamtbestand im Jahr t-1	1.500						1.155

*** : Nutzungsdauerwechsel von 20 auf 10 Jahre