



**Positionspapier Konzessionsvergabe**  
**des Ministeriums für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft**  
**Baden-Württemberg als Landeskartellbehörde Energie**  
**zur Beteiligung von Gemeinden an**  
**Gemeinschaftsunternehmen mit Energieversorgungs-**  
**unternehmen sowie zu Pachtmodellen im Zusammenhang**  
**von wegerechtsbezogenen Konzessionsvergaben**  
**im Strom- und Gassektor**

vom 5. Dezember 2011

**A. Einleitung**

Mit dem vorliegenden Positionspapier sollen nach Auswertung der eingegangenen Stellungnahmen berührter Kreise die gesetzlichen Rahmenbedingungen für einen fairen Wettbewerb zwischen den Marktteilnehmern in Baden-Württemberg gestärkt und insbesondere ein ausgewogener und wirksamer Wettbewerb um Konzessionen gewährleistet werden.

In Folge der Novellierungen des Kartell- und Konzessionsabgabenrechts Anfang der 1990er Jahre wurden eine Reihe von überwiegend Strom-Konzessionsverträgen neu und mit einer Laufzeit von 20 Jahren abgeschlossen, so dass zwischen 2010 und 2015 in Baden-Württemberg eine Vielzahl von Konzessionen auslaufen. Eine Übersicht bietet die Landtags-Drucksache Nr. 14/4844 vom 16.7.2009, im Internet abrufbar unter [http://www.landtag-bw.de/wp14/drucksachen/4000/14\\_4844\\_d.pdf](http://www.landtag-bw.de/wp14/drucksachen/4000/14_4844_d.pdf)).

Aktuell werden im Zusammenhang mit dem Wettbewerb um Wegerechtskonzessionen in Baden-Württemberg unterschiedliche Modelle diskutiert und angeboten, bei denen eine kommunale Beteiligung an Netzbetriebsgesellschaften bzw. an vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen erfolgen soll. Mit Rücksicht darauf, dass diese Gestaltungen nicht nur den kommunalaufsichtsrechtlichen Vorgaben, sondern auch den kartell- und energiewirtschaftsrechtlichen sowie den Anforderungen der Konzessionsabgabenverordnung entsprechen müssen, besteht derzeit eine gewisse Rechtsunsicherheit. Das Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft in seiner Funktion als Landeskartellbehörde Energie hat sich daher entschlossen, die insoweit bestehenden rechtlichen Anforderungen zu konkretisieren und die materiellen Anforderungen für eine rechtssichere Vereinbarung darzustellen.

Die Zulässigkeit von Gestaltungen nach sonstigem zu beachtenden Recht, z.B. nach Kommunal- oder Steuerrecht, kann mit den hierfür zuständigen Stellen abgesprochen werden oder, z.B. beim Vergaberecht, selbst geklärt werden.

## **B. Prämissen**

### I.

Mit dem Auslaufen von Konzessionsverträgen haben Gemeinden im Hinblick auf eine neue Konzessionsentscheidung verschiedene Optionen:

1. Die Gemeinde kann den Netzbetrieb ganz in eigene Hände nehmen (Eigenbetrieb) bzw. eigenen Unternehmen (Stadtwerk) die Wegerechte einräumen;
2. Die Gemeinde kann ein beliebiges drittes, qualifiziertes Unternehmen (den Altkonzessionär oder einen neuen Netzbetreiber) die Wegerechte einräumen;
3. Die Gemeinde kann, in verschiedenen Gestalten, gemeinsam mit anderen Gemeinden oder etablierten Energieversorgungsunternehmen bzw. Netzbetreibern den Netzbetrieb abwickeln, entweder durch Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens oder durch Netzverpachtung, dabei sind Kombinationen mit Betriebsführungsverträgen vorzufinden.

Im 3. Fall kann

- a) eine gemeinsame Netzgesellschaft oder (soweit entflechtungsrechtlich zulässig) ein integriertes gemeinsames Energieversorgungsunternehmen (Netz, Vertrieb, Erzeugung) gegründet werden, wobei die Betriebsführung auch durch einen Dritten, meist den Altkonzessionär erfolgt oder
- b) das Netz selbst übernommen, dann jedoch – auch ohne gesellschaftsrechtliche Verbindung – an ein integriertes Energieversorgungsunternehmen bzw. einen Netzbetreiber verpachtet werden (nicht zulässig ist es allerdings, wenn die Gemeinde trotz sachkundiger Bewerber ohne ein schlüssiges Gesamtkonzept für ein Pachtmodell die Wegerechte an sich selbst vergibt und hiernach einen Pächter sucht).

### II.

1. Aufgrund der energiewirtschaftlichen Vorgaben (zeitliche Phase: ab Bekanntmachung) ist die Gemeinde verpflichtet, die Ziele des EnWG nach § 1 EnWG im Rahmen eines Verfahrens nach § 46 EnWG zu verwirklichen, also beizutragen zur sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen Energieversorgung und muss hierzu im Rahmen dieser Maß-

stäbe einen Wettbewerb um die Netze zu eröffnen. Vorfestlegungen und auch die Orientierung an finanziellen Vorteilen für die Gemeinde stehen dem entgegen.

Die in § 1 EnWG aufgeführten Ziele sind mit Rücksicht auf die Konzessionsvergabe, also die Einräumung von Wegerechten für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur Energieversorgung (§ 46 EnWG), netzbezogen zu sehen. Innerhalb der in § 1 EnWG genannten Ziele kann die Gemeinde Unterkategorien bilden und nach pflichtgemäßem Ermessen auch unterschiedliche Gewichtungen zwischen den Zielen vornehmen. Bei der Bewertung der einzelnen Angebote kann sie ferner Kostensynergien und Effizienzvorteile sowie die dem angebotenen Wegenutzungsvertrag regelmäßig immanenten wirtschaftlichen Aspekte, wie Regelungen über Haftung, Entflechtung, Folgepflichten und –lasten (vgl. auch § 3 Abs. 1 Nr. 2 Konzessionsabgabenverordnung), Auskunftsansprüche und Endschaftsregelungen berücksichtigen. Hingegen sind Versprechungen Dritter nicht der Maßstab, beispielsweise des Altkonzessionärs bezüglich „Netz-Ablösezusagen“.

Bei Konzessionsvergabe an die Gemeinde selbst und anschließender Verpachtung muss die Gemeinde ein schlüssiges Gesamtkonzept und Gründe im Sinne von § 1 EnWG hierfür darlegen können; insbesondere ist es nicht ohne weiteres nachvollziehbar, trotz sachkundiger Bewerber die Wegerechte an sich selbst zu vergeben und nach Netzerwerb das Netz an einen der sachkundigen Bewerber nur zu verpachten.

2. Die kartellrechtlichen Vorgaben wirken sich zunächst dahin aus, dass im Vorfeld der Konzessionsvergabe keine Abrede getroffen werden darf, die eine spätere, wettbewerbliche Konzessionsentscheidung von vornherein ausschließt oder verfälscht und damit den Wettbewerb um Netze verschließt (§ 1 GWB, Art. 101 AEUV, ggf. § 21 Abs. 2 GWB). Ebenso verlangen die primärvertraglichen Vorgaben des Europarechts eine diskriminierungsfreie, transparente und nachvollziehbare Entscheidung.

3. In der Phase der Entscheidungsfindung muss aufgrund der zuvor aufgestellten, zulässigen Kriterien, also denen nach § 1 EnWG, entschieden werden (§ 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG). Dies gilt auch im Hinblick auf Eigenbetriebe der Gemeinden (§ 46 Abs. 4 EnWG). Auch sind die kartellrechtlichen Anforderungen nach §§ 19, 20 GWB, Art. 102 AEUV zu erfüllen, d.h. die Gemeinde muss, weil sie im Hinblick auf die örtlichen Wegerechte marktbeherrschend ist, insbesondere die kartellrechtlichen Diskriminierungs- und Behinderungsverbote beachten.

4. In beiden Phasen hat die Gemeinde auch die Konzessionsabgabenverordnung (KAV) zu beachten. Hier ist einerseits das Nebenleistungsverbot (§ 3 KAV), andererseits möglicherweise auch der grundlegende Charakter der KAV als Höchstpreisrecht zu berücksichtigen, das eine übermäßige Belastung der Energiepreise mit versorgungsfremden Kosten verhindern soll.

### III.

Der Verknüpfung von Konzessionsvergabe durch die Gemeinde und wirtschaftlichen Chancen der Gemeinde im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen sind Gefahren immanent, die sowohl den ordnungsgemäßen Verfahrensablauf (prozessual) als auch den Inhalt der Konzessionsvergabe (materiell) betreffen. Es bestehen Gefahren, dass:

- Prozessual die Gemeinde frühzeitig vor oder außerhalb des Konzessionsvergabeverfahrens eine Vor(ab)festlegung trifft, wodurch der eigentliche Prozess der Konzessionsvergabe, wie in § 46 EnWG vorgesehen, zur bloßen Formalität wird. Rechtlich lassen sich diese Bedenken insbesondere an § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV (Gesellschaftsvertrag bzw. vorvertragliche Abreden und Handlungen als wettbewerbsbeeinträchtigende Marktabschottung) festmachen und dürften in aller Regel auch im Hinblick auf die europarechtlichen, primärvertraglichen Vorgaben eines transparenten, plausiblen und vor allem diskriminierungsfreien Entscheidungsprozesses unzulässig sein.
- Materiell die Gemeinde eine Entscheidung trifft, die nicht an der energiewirtschaftlichen Zielsetzung, anknüpfend insbesondere an § 1 EnWG, orientiert ist, sondern entscheidungserheblich an ihren finanziellen Chancen oder nicht ausgewogenen Zielvorstellungen. Vorstehendes gilt im besonderen Maße, wenn im Rahmen der vertraglichen Vereinbarungen Gemeinden wirtschaftliche Chancen ohne Übernahme von adäquaten Risiken angeboten oder verschafft werden. In diesem Fall kann auch der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Monopol) im Hinblick auf gemeindliche Wegerechte vorliegen (§§ 19, 20 GWB, Art. 102 AEUV). Dieselbe Zielrichtung haben im übrigen die Nebenleistungsverbote in § 3 KAV, welche die Monopolstellung der Gemeinde zum Wohle der Verbraucher und der Konzessionsnehmer begrenzen sollen und nicht umgangen werden dürfen.

#### IV.

Zur Vermeidung kartellrechtsrelevanter Verstöße muss daher zunächst prozessual gewährleistet sein, dass die wettbewerbliche Konzessionsvergabe, wie sie das EnWG vorsieht, eingehalten wird. Das bedeutet, dass die Gemeinde

- nicht nur das (gesetzlich ausdrücklich angeordnete) Auslaufen des alten Wegenutzungsvertrages bekannt zu machen hat, sondern den Interessenten alle für die Konzessionsvergabe relevanten Daten offenlegen muss,
- objektive (eignungs- und angebotsbezogene) Kriterien, die der späteren Auswahl zu Grunde gelegt werden, sowie deren Gewichtung transparent machen muss,
- (Vor-)Verhandlungen über Gemeinschaftsunternehmen und Pachtmodelle sowie diesbezügliche Vorbereitungen nicht bis zu einem Grad führen darf, bei dem sich die Gemeinde bereits vor der Entscheidung über die Konzessionsvergabe festgelegt hat oder diesen Anschein erweckt. Nach kartellrechtlichen Maßstäben ist damit nicht ausgeschlossen, dass eine konzeptionelle Vorbereitung erfolgt, so bei Gemeinschaftsunternehmen insbesondere die Gesellschaftsverträge und bei Pachtmodellen mit potentiellen Pächtern die Pachtverträge ausgehandelt werden, denn anderenfalls wäre eine Bewertung von Eignung und Angebot im Vergleich nicht möglich. Die Schwelle zur Vorfestlegung ist überschritten, wenn Verträge bereits geschlossen wurden, aber auch schon dann, wenn aufgrund vorvertraglichen Verhaltens im Falle der Nichtvergabe der Wegerechte zivilrechtliche (Schadenersatz-)Ansprüche begründet sind oder solche wahrscheinlich sein können. Ebenso können einseitige Rechtsgeschäfte eine Bindung herbeiführen. Ferner kann auch der erhebliche Einsatz finanzieller und/oder sachlicher Mittel eine faktische Vorfestlegung erzeugen. Personelle Verflechtungen können im Hinblick auf das allgemeine Prinzip der Unbefangenheit (vgl. § 20 Verwaltungsverfahrensgesetz) und die bei der Wegerechtsvergabe herrschende Bindung der Gemeinde an energiewirtschaftliche Zielsetzungen problematisch sein.
- alle Angebote gegenüberstellen und nach den vorher festgelegten und veröffentlichten, zulässigen Kriterien, an die sich die Gemeinde halten muss, bewerten muss (d.h. eine insoweit gebundene Entscheidung für denjenigen Bewerber, der die festgelegten und zulässigen Kriterien am besten erfüllt).

Grundsätzlich ist beim Prozess der Konzessionsvergabe im Zweifel eher eine Übererfüllung der Anforderungen anzuraten, um formalen Mängeln vorzubeugen.

### **C. Anforderungen an eine rechtssichere Vereinbarung**

Materiell muss prinzipiell gewährleistet sein, dass bei Beteiligungen von Gemeinden an Gemeinschaftsunternehmen und bei Pachtmodellen Chancen und Risiken „normal“ verteilt sind und gerade nicht die besondere Situation widerspiegeln, dass diejenige (Gemeinde), die sich beteiligt, zugleich die Grundlage für das Geschäft (Wegerechte) liefert. Denn die Entscheidung über die Konzessionsvergabe darf gerade nicht mit Rücksicht auf wirtschaftliche Vorteile für die Gemeinde über die höchstzulässige Konzessionsabgabe hinaus erfolgen. Grundsatz ist, dass Leistungen des zukünftigen oder avisierten Konzessionsnehmers, auch mittelbare Leistungen, nicht unentgeltlich oder zu einem Vorzugspreis gewährt werden dürfen (vgl. auch § 3 Abs. 2 Nr. 1 HS. 1 KAV). Die Beteiligung an Gemeinschaftsunternehmen durch Gemeinden und Pachtmodelle unter Beteiligung von Gemeinden müssen also prinzipiell dem Fremdvergleich mit Geschäften unabhängiger Parteien („at arm's length“) genügen, d.h. auf einem Angebot, wie es das Energieversorgungsunternehmen bzw. der Netzbetreiber grundsätzlich auch sonst einem Dritten machen würde, beruhen. Erforderlich sind marktübliche Konditionen insbesondere bezüglich Preis, Rendite und Haftung.

Modelle, die Elemente von Gemeinschaftsunternehmen mit Pachtmodelle verbinden, werden nach ihrem Schwerpunkt gewürdigt.

Umgehungsmodelle, mit denen die folgenden, zulässigen Ausgestaltungen nur vordergründig erfüllt werden, profitieren nicht vom Privileg einer rechtssicheren Vereinbarung.

#### I.

### **Gemeinschaftsunternehmen/Beteiligungen an Energieversorgungsunternehmen**

1. Gemeinschaftsunternehmen von Gemeinden und Energieversorgungsunternehmen sind grundsätzlich zulässig, nach Auffassung der Landeskartellbehörde Energie Baden-Württemberg jedenfalls auch als integrierte Energieversorgungsunternehmen, d.h. unter Einschluss u.a. vertrieblicher Bereiche, wobei jedoch vertriebliche Aspekte bei der Auswahlentscheidung grundsätzlich nicht berücksichtigt werden dürfen.

Die kommunale Beteiligung an einem integrierten Energieversorgungsunternehmen bzw. Netzbetreiber oder Gemeinschaftsunternehmen muss zu marktüblichen Konditionen, wie sie Dritten, die nicht Konzessionsgeber sind, gleichermaßen realistischerweise offeriert würden, also insbesondere unter Einschluss des unternehmerischen Risikos (insbesondere auch ergebnisabhängige Rendite) erfolgen.

2. Marküblich ist der Grundsatz vom Gleichlauf von Herrschaft und Haftung (Risiko-  
verteilung).

Unzulässig sind regelmäßig asynchrone Gesellschafterstellungen, bei denen der Gleichlauf von Chancen und Risiken aufgelöst wird und asynchrone Verteilungen der Finanzierung einerseits sowie Einwirkungsrechte (Beteiligung/ Stimmrechte) andererseits. Ferner Zuwendungen sonstiger wirtschaftliche Vorteile ohne gleichwertige Gegenleistung (z.B. die kommunale Teilhabe an vertrieblichen Gewinnen des Konzessionärs, ohne dass die Gemeinde zugleich am unternehmerischen Risiko des Vertriebs teilnimmt). Im Einzelfall können asynchrone Gesellschafterstellungen wie z.B. erweiterte Mitbestimmungsrechte (über Gesellschaftsvertrag oder Organe), beschränkte Finanzierungsverantwortung oder Haftungsfreistellung gegen Einlagenverlust bei Gemeinschaftsunternehmen, soweit es um die Ermöglichung des geordneten Geschäftsablaufs geht, gerechtfertigt sein.

3. Im Vorfeld der Konzessionsvergabe ist die vorherige, bloß unverbindliche (eher informative) Angabe von Renditeerwartungen (nicht: Renditeversprechen!) durch Konzessionsbewerber nicht zu beanstanden.

Gleiches gilt für die vorherige, bloß unverbindliche Mitteilung des geringen Verlustrisikos der Einlage bei Unternehmensbeteiligungen (nicht: Einlagengarantie!)

Renditeversprechen in Gestalt von Mindestrenditen sind als Ausdruck einer partiell atypischen Risikoverteilung im Rahmen von Unternehmensbeteiligungen nur möglich und zulässig, wenn sie entsprechend des tendenziell recht geringen Risikos der Höhe nach im Bereich der Verzinsung für sichere Anlage liegen oder jedenfalls nicht stark hiervon nach oben abweichen. Relevanter Vergleichsmaßstab bei solchen Modellen ist nicht die eigene unternehmerische Betätigung (mit operativen und Regulierungsrisiko), sondern eine sichere Finanzanlage.

Bezugsgröße für die Beurteilung des Renditeversprechens (auch im Folgenden) ist die finanzielle Anlagechance der Gemeinde in Gestalt der Eigenkapitalbeteiligung zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe im Konzessionswettbewerb. Entsprechendes gilt für realistisch zu bewertende Sachanlagen der Gemeinde. Die Rendite selbst wird vor allen Steuern genommen und mit dem historischen Zehn-Jahres-Durchschnitt der Umlaufrendite für festverzinsliche Wertpapiere inländischer Emittenten nach Tabelle 7b) der Kapitalmarktstatistik der Deutschen Bundesbank verglichen. Da die Investition in der Regel langfristig in die Zukunft, häufig für die maximale Dauer der Vergabe der Wegerechtsrechte von bis zu 20 Jahren erfolgt, der Umlaufrendite aber auch kurzfristige Wertpapiere zu Grunde liegen, ist für eine langfristige Bindung ein

kartellrechtlicher Sicherheitszuschlag zwischen 50 und 100 Basispunkten (10 bzw. 20 Jahre) insoweit angezeigt (Zukunftsprognose- und Zeithorizontzuschlag). Ferner weitere 75 Basispunkten mit Blick auf die kartellrechtlichen Erheblichkeits- und Unsicherheitsfaktoren allgemeiner Art.

Eine Mindestrendite ist demnach unbedenklich, soweit sie unterhalb oder im Bereich der langfristigen Renditen für festverzinsliche Wertpapiere inländischer Emittenten liegt, also derzeit bei 3,8% bzw. 5,55% (inkl. aller kartellrechtlichen Sicherheitszuschläge) Rendite auf das eingesetzte Eigenkapital vor Steuern. Entsprechend dem Charakter als Mindestrendite ist eine vom unternehmerischen Erfolg des Gemeinschaftsunternehmens abhängige, höhere Verzinsung möglich, allerdings muss als Kompensation der Mindestverzinsung auch nach oben hin eine Begrenzung erfolgen und die tatsächliche Ausschüttung muss Unterschiede zu den unternehmerisch tätigen Gesellschaftern zeigen. Absprachen oder Abstimmungen zum Umfang der erfolgsabhängigen Beteiligung sind, mit Ausnahme der Deckelung, unzulässig.

II.

## **Pachtmodelle**

Pachtvereinbarungen zwischen netzübernehmenden Gemeinden mit Energieversorgungsunternehmen werden grundsätzlich nicht beanstandet. Pachtfälle, wie sie auch § 46 Abs. 2 Satz 3 EnWG vorsieht, müssen jedoch solche sein, bei denen der Verpächter ein solventer Netzeigentümer ist; d.h. auf die individuelle Finanzierungssituation, also die Kosten des Netzerwerbs für die Gemeinde, kommt es nicht an. Vielmehr findet auch hier eine vergleichende Renditebetrachtung statt, bei der entscheidend ist, ob die Gemeinde neben dem Finanzierungsrisiko ein weiteres Risiko in Gestalt eines operativen oder regulatorischen Risikos übernimmt. Ist das, wie regelmäßig, nicht der Fall, und lässt die Gemeinde sich einen bestimmten Ertrag aus der Pacht versprechen, werden die oben dargestellten Grundsätze zu Grunde gelegt und es gilt das Folgende.

Bei Pachtmodellen, bei denen die Gemeinde (oder ein mit ihr verbundenes gemeindliches Unternehmen) das Netz als Eigentümerin übernimmt und sodann an einen Netzbetreiber verpachtet, darf sich der gemeindliche Verpächter keine Rendite versprechen lassen, die oberhalb der langfristigen Renditen für festverzinsliche Wertpapiere inländischer Emittenten (von derzeit 3,8%) liegt bzw. mit kartellrechtlichen Zuschlägen derzeit bis zu 5,55% Rendite auf das eingesetzte Kapital, hier in Gestalt des Netzkaufpreises, vor Steuern beträgt.

Wesen der Pacht ist es, dass dem Pächter die Früchte aus dem Pachtgegenstand, soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als Ertrag anzusehen sind, zustehen. Die Vereinbarung einer angemessenen finanziellen Beteiligung an diesem Ertrag (Ertragspacht), nicht aber der vollständige Ertrag an sich, als Pachtzins ist möglich. Denn der Pächter eines Energieversorgungsnetzes betreibt dieses auf seine Rechnung und sein operatives wie regulatorisches Risiko. Daher ist bei einem reinen Pachtmodell unter gemeindlicher Beteiligung auch nicht eine Mindestrendite, mit der Möglichkeit einer höheren, ertragsabhängigen Rendite angezeigt, vielmehr ist der o.g. errechnete Zinssatz von derzeit 5,55% eine Obergrenze. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es sich um eine „eiserne Pacht“ handelt, d.h. der Pächter für die Rückgabe des Pachtgegenstandes (Netz) einen eventuellen Minderwert dem Verpächter zu ersetzen hat.

Eine Erhöhung des Zinssatzes von 5,55% auf bis zu 6% (weiterer Sicherheitszuschlag) ist aber möglich, wenn dies nicht der Fall ist und den Verpächter ohne Einfluss auf den Erhalt der Pachtsache das ernsthafte Risiko der Verschlechterung trifft.

Der Landeskartellbehörde Energie ist bewusst, dass der Netzbetreiber als Pächter langfristig, nach Ablauf der durch § 26 Anreizregulierungsverordnung erfolgten Erlösobergrenzenübertragung (höchstens bis zu 7 Jahre), hierbei maximal nur noch die tatsächlichen Pachtkosten anerkannt bekommt, doch ist dies systemimmanent.

III.

### **Drittgesellschaften (auch gemeinnützige Unternehmungen)**

Abschließend wird darauf hingewiesen, dass auch bezüglich Drittgesellschaften (z.B. für Straßenbeleuchtungsbetrieb oder mit gemeinnützig bezeichneten Zielen, wie Förderung des Klimaschutzes) eine qualitative Bewertung stattfindet und der zeitliche Zusammenhang maßgebend ist, so dass auch insoweit Verstöße gegen Vorschriften des AEUV, GWB, EnWG und der KAV in Betracht kommen.

Leistungen solcher Drittgesellschaften, die speziell oder potentiell außer Verhältnis zur Einlage stehen, sind grundsätzlich unzulässig, wenn die Beteiligung und/oder die Leistung zeitlich oder sachlich im Zusammenhang mit der Konzessionsvergabe stehen und nicht nach der Konzessionsabgabenordnung ausdrücklich erlaubt sind.

## **D. Zuständigkeit, Vorgehen der Landeskartellbehörde Energie Baden-Württemberg**

I. Die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden bestehen sachlich, auch im Hinblick auf den nach § 46 EnWG durchzuführenden Konzessionswettbewerb, und werden insbesondere durch Kompetenzen der Regulierungsbehörden nicht verdrängt (§ 46 Abs. 5 EnWG). Grundsätzlich sind auch Entscheidungen sonstiger Behörden für die wettbewerbsbehördliche Würdigung nicht präjudizierend.

Die örtliche Zuständigkeit im Verhältnis zwischen Bundeskartellamt und Landeskartellbehörden richtet sich nach §§ 48 ff. GWB, wobei die Zuständigkeit übertragen werden kann, wenn dies auf Grund der Umstände der Sache angezeigt ist (§ 49 Abs. 3 und Abs. 4 GWB).

Die Landeskartellbehörde Energie teilt im übrigen die im gemeinsamen Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15. Dezember 2010 niedergelegten Grundsätze.

II. Die Landeskartellbehörde Energie wird bei der Durchsetzung der in diesem Positionspapier dargestellten Maßstäbe ihr Aufgreifermessen vorrangig dergestalt nutzen, dass noch nicht abgeschlossene Sachverhalte, bei denen eine mögliche Rechtsverletzung zu besorgen ist, aufgegriffen oder vorgeprüft werden. Im Rahmen ihrer Tätigkeit wird sie den Betroffenen zunächst ermöglichen, darzulegen, ob die Voraussetzungen für eine rechtssichere Vereinbarung vorliegen.

Die betroffenen Verkehrskreise sollten daher, wenngleich im Hinblick vor allem auf kartellrechtliche Fragestellungen grundsätzlich das Prinzip der „Selbstveranlagung“ gilt, in Zweifelsfällen überlegen, ob frühzeitig konkrete Fragestellungen mit der Landeskartellbehörde Energie vorab besprochen werden.

III. Bei abgeschlossenen Konzessionsverträgen jüngeren Datums, die eklatant die rechtlich zulässigen Maßstäbe missachtet haben, wird im Einzelfall zu prüfen sein, ob Anlass besteht, behördliche Maßnahmen einzuleiten.

IV. Soweit aufgrund gesetzlicher Änderungen oder höchstrichterlicher Rechtsprechung Anlass besteht, wird die Landeskartellbehörde Energie dieses Positionspapier anpassen.

\*\*\*\*\*