



**Gemeinsamer Leitfaden von  
Bundeskartellamt  
und  
Bundesnetzagentur**

**zur Vergabe von Strom- und Gaskon-  
zessionen und zum Wechsel  
des Konzessionsnehmers**

**15. Dezember 2010**

## A. Einleitung

- 1 Ein Großteil der bestehenden, bundesweit auf ca. 20.000 geschätzten Konzessionsverträge für Strom und Gas läuft als Folge ihrer auf 20 Jahre begrenzten Laufzeit bereits gegenwärtig und in den kommenden Jahren aus (§ 46 Abs. 2 S. 1 EnWG, zuvor § 13 Abs. 2 S. 1 EnWG 1998, davor § 103a Abs. 1 S. 1 GWB i.d.F. der 4. GWB-Novelle 1980).
- 2 Der Inhalt des konzessionierten Rechts hat sich über diese Zeit gewandelt. 1980 beinhalteten Konzessionsverträge das *ausschließliche* Recht zur Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet. Seit 2005 ist die Konzession 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 eine Konzession zulässigen Gegenleistungen sind in der KAV streng limitiert. Die regelmäßige Neuvergabe der Konzessionen hat damit ihre ursprüngliche Bedeutung für die örtlichen Versorgungsverhältnisse eingebüßt. Entsprechend begrenzt sind die einem Wettbewerb zugänglichen Parameter.
- 3 Gegenwärtig ist ein Trend zur Rekommunalisierung zu beobachten, d.h. Strom- und Gaskonzessionen werden vermehrt an kommunale Unternehmen vergeben. Zugleich bewerben sich nach den Erkenntnissen des Bundeskartellamtes und der Bundesnetzagentur regelmäßig überregional tätige Unternehmen aus dem gesamten Bundesgebiet um die Strom- bzw. Gaskonzession einer Gemeinde. Der vorliegende Leitfaden dient als Auslegungs- und Anwendungshilfe für die beteiligten Marktakteure.
- 4 Die Neuvergabe von Konzessionsverträgen mit dem sich anschließenden Anspruch auf Verteilernetzüberlassung ist teilweise in § 46 EnWG geregelt. Weiter unterliegen Neukonzessionierungen dem Kartellrecht und den aus den europäischen Grundfreiheiten folgenden allgemeinen Vergabeprinzipien. Zudem ergeben sich energiewirtschaftsrechtliche Folgefragen.
- 5 Bei der wirtschaftlichen Kalkulation möglicher Konzessionsübernahmen 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 Neukonzessionär bei Abschluss des Konzessionsvertrages 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 im Zusammenhang mit dem Neuabschluss von Konzessionsverträgen, die

in der (höchstrichterlichen) Rechtsprechung noch nicht entschieden und in der Literatur umstritten sind, rufen zunehmend Beschwerden oder Anfragen bei Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt sowie Kartell- und Regulierungsbehörden der Länder hervor.

- 7 Der vorliegende Leitfaden wurde unter Beteiligung von Landeskartell- und Landesregulierungsbehörden erarbeitet.

## **B. Zuständigkeit**

- 8 Entstehen im Rahmen des Konzessionsvergabeverfahrens 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 von Unterlassungsansprüchen aus §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes hinzuweisen.<sup>1</sup> 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 konzessionsrechtlichem Hintergrund berufen ist, ist maßgeblich darauf abzustellen, ob sich der Anspruch aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis nach § 46 Abs. 2 EnWG ergibt, mithin ob er einen engen regulatorischen Bezug aufweist. Soweit sich die Gemeinde oder Interessenten auf vertragliche (Neben-) Ansprüche aus dem Altkonzessionsvertrag berufen, ist die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur nicht berührt; dies betrifft insbesondere das Stadium vor Abschluss des neuen Konzessionsvertrages, in dem weder die Bieter noch die Gemeinde über § 46 Abs. 2 EnWG in einem gesetzlichen Schuldverhältnis zum Altkonzessionär stehen. Das Rechtsverhältnis nach § 46 Abs. 2 EnWG wird erst und nur mit dem Unternehmen begründet, mit welchem die Gemeinde den neuen Konzessionsvertrag schließt. Durch die Bundesnetzagentur zu entscheidende regulierungsrechtliche Streitigkeiten entstehen damit regelmäßig erst mit Abschluss des neuen Konzessionsvertrages 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 Neu-

---

<sup>1</sup> OLG Düsseldorf, U.v. 13.01.2010, 27 U 1/09, VergabeR 2010, 531 = NZBau 2010, 328.

vergabe von Konzessionsverträgen sind dies insbesondere die §§ 1, 19, 20 Abs. 1, 21 Abs. 2 GWB sowie Art. 101 und 102 AEUV. In diesem Rahmen können auch vertragliche (Neben-)Ansprüche eine Rolle spielen. Die Zuständigkeit der Kartellbehörden betrifft insbesondere die diskriminierungsfreie und wettbewerbliche Vergabe der Konzession 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 Konzessionsverfahren 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.

## **C. Kartell- und Vergaberecht**

### **(Sicherstellung der wettbewerblichen Konzessionsvergabe)**

#### **I. Vergaberecht**

- 14** Das Vergaberecht der §§ 97 ff. GWB ist auf den Neuabschluss von Konzessionsverträgen 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. Damit besteht auch kein Zugang zu den Vergabekammern.
- 15** Ungeachtet der fehlenden Festlegung von Auswahlkriterien im EnWG müssen Gemeinden die allgemeinen, aus vorrangigem europäischem Primärrecht folgenden Vergabeprinzipien beachten. Dabei ist die umstrittene Frage unerheblich, ob es sich bei Konzessionsverträgen um Dienstleistungskonzessionen im Sinne des durch europäische Richtlinien harmonisierten Vergaberechts handelt.<sup>2</sup> Die aus den europäischen Grundfreiheiten abgeleiteten Vergabeprinzipien sind auch im Rahmen der Neuverga-

---

<sup>2</sup> Im Fall einer Trink- und Abwasserkonzession nahm der EuGH eine Dienstleistungskonzession an, s. EuGH, U.v. 10. September 2009, Rs. C-206/08 – *WAZV Gotha*.

be von Konzessionen nach § 46 Abs. 2, 3 EnWG anwendbar.<sup>3</sup> Demnach muss insbesondere eine Bekanntmachung in geeigneter Form erfolgen und die Vergabe transparent und nichtdiskriminierend durchgeführt werden; die Entscheidung ist ferner zu begründen und es müssen Rechtsschutzmöglichkeiten vom nationalen Recht gewährleistet werden.<sup>4</sup> Die Schwelle für die Betroffenheit des innergemeinschaftlichen Handels ist bei Konzessionen dabei äußerst niedrig anzusetzen.<sup>5</sup>

## II. Kartellrecht

### 1. Marktabgrenzung und Marktmacht

- 16** Gemeinden sind bei der Vergabe von Konzessionen für Gas- und Stromverteilernetze unternehmerisch tätig, da es sich um die entgeltliche Vergabe von Wegerechten handelt.<sup>6</sup> Das deutsche und europäische Wettbewerbsrecht ist daher anwendbar.
- 17** Die Disposition über die Neuvergabe der Konzessionen steht nach § 46 EnWG allein der jeweiligen Gemeinde zu. Sie ist folglich in Bezug auf die örtlichen Konzessionen absolut marktbeherrschend und damit Normadressatin der §§ 19 und 20 GWB und im Einzelfall unter Umständen auch des Art. 102 AEUV.
- 18** Für diesen Befund gibt es zwei Begründungsansätze, die beide zum gleichen Ergebnis der örtlichen Marktbeherrschung der Gemeinde führen:
- a. Die jeweilige in Frage stehende Konzession ist aufgrund ihrer „produktspezifischen“ Besonderheit, dass nur sie den Netzbetrieb für die örtliche Bevölkerung für die Dauer der Konzession erlaubt, nicht durch gleichartige Konzessionen andernorts substituierbar.<sup>7</sup> Vielmehr stehen die verschiedenen gleichartigen Konzessionen funktional nebeneinander. Jede Konzession ist mithin Gegenstand eines eigenen sachlichen Marktes. Nach den Erkenntnissen von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur besteht regelmäßig eine länderübergreifende Nachfrage.
  - b. Bei der Konzessionsvergabe ist aufgrund der „produktspezifischen“ Besonderheit jeder einzelnen Konzession, dass nur sie den Netzbetrieb für die örtliche Bevölke-

---

<sup>3</sup> So ausdrücklich für eine durch Verwaltungsakt zu erteilende Genehmigung zum Spielbankbetrieb, welche keinen Dienstleistungskonzessionsvertrag darstellt, EuGH, U.v. 9. September 2010, Rs. C-64/08, Rn. 49 ff. – *Engelmann*.

<sup>4</sup> Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen (ABl. 2006, C 179, S. 2), bestätigt durch EuG, U.v. 20.05.2010, Rs. T-258/06 – *Vergabemitteilung*.

<sup>5</sup> Siehe z.B. bzgl. einer Ausschreibung für eine Parkplatzbetriebslizenz für einen Parkplatz mit 200 Stellplätzen EuGH, U.v. 13.10.2003, Rs. C-458/03 – *Parking Brixen*.

<sup>6</sup> BGH, U.v. 11.11.2008, KZR 43/07, WuW/E DE-R 2581 – *Neue Trift*.

<sup>7</sup> Vgl. BGH, U.v. 14.7.1998 – KZR 1/97, WuW/E DE-R 201 – *Schilderpräger im Landratsamt*, Rn. 18 (Juris); U.v. 24.9.2002 – KZR 4/01, WuW/E DE-R 1003 – *Kommunaler Schilderprägebetrieb*, Rn. 19 (Juris).

nung für die Dauer der Konzession erlaubt, entgegen der üblichen nachfrageorientierten Marktabgrenzung strikt auf den lokalen Angebotsmarkt abzustellen. Der räumliche Markt ist mithin auf das Konzessionsgebiet bezogen abzugrenzen. Die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes könnte sich hier mit der *Mainova*-Rechtsprechung des OLG Düsseldorf<sup>8</sup> aus der überörtlichen, regelmäßig länderübergreifenden Nachfrage nach Verteilernetzkonzessionen ergeben.

- 19** Das Anspruchsverhältnis zwischen Altkonzessionär und Neukonzessionär nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG ist kein Wettbewerbsverhältnis im Sinne des Kartellrechts. Dieses Anspruchsverhältnis ist vielmehr bloßer Annex zur Konzessionsvergabe an den Neukonzessionär durch die Gemeinde; die Konzessionsvergabe führt zur Entstehung eines gesetzlichen Schuldverhältnisses zwischen Altkonzessionär und Neukonzessionär. Dieses beinhaltet den Anspruch des Neukonzessionärs auf Überlassung der für den Betrieb der Netze notwendigen Verteilungsanlagen und den Anspruch des Altkonzessionärs auf Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung.
- 20** Wettbewerb im Sinne des Kartellrechts setzt aber voraus, dass zumindest für eine Marktseite Auswahlmöglichkeiten hinsichtlich des Vertragspartners oder doch zumindest der Vertragsparameter bestehen. Vor Entstehen des Anspruchsverhältnisses des § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG hat sich die mögliche Vielzahl von Bewerbern um die Konzession aber von Gesetz wegen durch den Zuschlag der Gemeinde auf einen verbliebenen Bewerber reduziert. Dementsprechend hat der Altkonzessionär keine von der Konzessionsvergabe durch die Gemeinde unabhängige Wahlmöglichkeit hinsichtlich des Gläubigers des Überlassungsanspruchs oder der Anspruchsinhalte. Vielmehr ist die Gemeinde Angebotsdisponent des Anspruchsverhältnisses nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG. Entscheidet ein Dritter über das Entstehen eines Schuldverhältnisses, so ist dieser Disponent für die Marktabgrenzung maßgeblich.<sup>9</sup> Indem die Gemeinde vermittelt durch die Konzessionsvergabe zugleich den Gläubiger des Anspruchs auf Überlassung des Verteilernetzes bestimmt, ist sie der kartellrechtlich maßgebliche Anbieter des Verteilernetzes.

## **2. Wettbewerbliche Konzessionsvergabe durch die Gemeinde**

- 21** Bei der Auswahl des Konzessionärs 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 Konzession, aber auch für den Wettbewerb auf den Endkundenmärkten. Auch bei Wahrnehmung eigener wirtschaftlicher Interessen

---

<sup>8</sup> OLG Düsseldorf, B.v. 23.6.2004, Kart 35/03 (V), VI-Kart 35/03 (V), WuW/E DE-R 1307 – *Mainova/GETEC*; tendenziell anders OLG Stuttgart, B.v. 20.6.2002, 2 Kart 1/02, ZNER 2003, 46.

<sup>9</sup> Vgl. *Bechtold* in *Bechtold*, *GWB*, 6. Auflage 2010, § 19 Rn. 5 m.w.N. zur Rechtsprechung.

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.

**22** Der Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung der Gemeinde bei der Vergabe örtlicher Wegerechte i.S.d. §§ 19, 20 GWB und ggf. Art. 102 AEUV ist nach Auffassung des Bundeskartellamtes und der Bundesnetzagentur insbesondere gegeben, wenn die Gemeinde

- die Konzession ohne die nach § 46 Abs. 3 EnWG in Übereinstimmung mit europäischen primärrechtlichen Vorgaben erforderliche Bekanntmachung vergibt,
- im Rahmen der Konzessionsvergabe Gegenleistungen fordert oder sich zusagen lässt, die im Widerspruch zur KAV stehen,<sup>10</sup> insbesondere unzulässige Nebenleistungen im Sinne des § 3 KAV oder – im Widerspruch zu §§ 1 Abs. 3 und 4, 2 Abs. 6 KAV<sup>11</sup> – die hohe Tarif-Konzessionsabgabe für alle Durchleitungsfälle bei Gaslieferungen,
- auf die Vertriebstätigkeiten der Bieter oder des Altkonzessionärs einwirkt,<sup>12</sup>
- ihre Auswahlkriterien und deren Gewichtung gegenüber den Bietern nicht klar benennt,
- den Interessenten nicht diskriminierungsfrei die netzrelevanten Daten für eine sachgerechte Bewerbung zur Verfügung stellt (Schaffung eines *level playing field*),
- ihre Auswahlentscheidung nicht anhand ihrer vorher festgelegten und bekanntgegebenen Auswahlkriterien trifft oder
- einzelne Bieter, insbesondere mit der Gemeinde verbundene Unternehmen, ohne sachlichen Grund bevorzugt.

---

<sup>10</sup> Davon unberührt ist die Zuständigkeit der für die Überwachung und Einhaltung der KAV zuständigen Behörde nach § 6 KAV.

<sup>11</sup> Vgl. BKartA, B.v. 03.06.2009, Az. B10-71/08, WuW/E DE-V 1729 – *GGEW Bergstraße*; BKartA, B.v. 16.09.2009, Az. B10-11/09, WuW/E DE-V 1803 – *Gasversorgung Ahrensburg*; BKartA, B.v. 17.09.2009, Az. B10-74/08 – *Stadtwerke Torgau*; BKartA, B.v. 27.04.2010, Az. B10-42/09 – *Stadtwerke Völklingen*. Andere Auffassung: LKB Baden-Württemberg. Eine Beschwerde gegen den GAG Ahrensburg Beschluss ist vor dem OLG Düsseldorf anhängig (Az.: VI-2 Kart 10/09 [V]).

<sup>12</sup> So auch BDEW, Leitfaden Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben in der Strom- und Gasversorgung vom 9.11.2010, unter 5.6 auf S. 24.

- 23** Zulässige Auswahlkriterien müssen einen sachlichen Bezug zur Konzession oder zum Netz aufweisen und sind allen Bietern transparent mitzuteilen. Neben den Regelungen der KAV zu den für die Konzessionsgewährung zulässigen Gegenleistungen können regelmäßig auch Vereinbarungen zum konzessionierten Netz (z.B. Investitionen, Ausbau, Effizienzsteigerung) getroffen werden.
- 24** Abhängig von der jeweiligen Verhaltensweise kann auch ein Verstoß gegen § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV in Betracht kommen.<sup>13</sup> Im Einzelfall kann Anlass zur Prüfung einer Druckausübung nach § 21 Abs. 2 GWB bestehen.
- 25** Die folgenden Daten sind nach Auffassung des Bundeskartellamtes und der Bundesnetzagentur im Rahmen eines wettbewerbsrechtlich ordnungsgemäßen Konzessionsvergabeverfahrens allen Bietern transparent mitzuteilen, um eine indikative Preiskalkulation für die zu übernehmenden Anlagen zu ermöglichen:<sup>14</sup>
- Anzahl der von § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG erfassten Anlagegüter, aufgeteilt nach Kategorien,
  - Altersstruktur der Anlagegüter des Elektrizitäts- bzw. Gasversorgungsnetzes des jeweiligen Konzessionsgebiets (originäre historische Anschaffungs-/Herstellungsjahre),
  - Art und Besonderheiten des Elektrizitäts- bzw. Rohrleitungsnetzes (z.B. verbaute Materialien) und der sonstigen Anlagegüter,
  - 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,
  - Strukturdaten gemäß § 27 Abs. 2 Strom- bzw. GasNEV (Veröffentlichungspflichten des Netzbetreibers) bezogen auf das Konzessionsgebiet, also insbesondere<sup>15</sup>
    - im Falle von Gasnetzen:
      1. die Länge des Gasleitungsnetzes jeweils getrennt für die Niederdruck-, Mitteldruck- und Hochdruckebene zum 31. Dezember des Vorjahres,

---

<sup>13</sup> Durch den Abschluss eines solchen Konzessionsvertrages kann im Einzelfall der regulatorisch vorgegebene Wettbewerb um die Konzession durch Abschluss eines rechtswidrigen Vertrages beschränkt werden. Nach der Rechtsprechung des 2. Kartellsenats des OLG Düsseldorf sind die wettbewerbsfördernden Zielsetzungen anderer Gesetze auch im Rahmen von § 1 GWB heranzuziehen (OLG Düsseldorf, U.v. 12.3.2008 – VI-2 U (Kart) 8/07 – *Verlängerung ohne Bekanntmachung*, Rn. 43 Juris.). Zustimmend *Rosin/Semmler/Hermeier*, ET 2010, 88, 91.

<sup>14</sup> So grundsätzlich auch LKB Niedersachsen, Hinweise zur Durchführung eines wettbewerblichen Konzessionsvergabeverfahrens nach § 46 EnWG vom März 2010, S. 3.

<sup>15</sup> Gemäß der zum Veröffentlichungszeitpunkt des Leitfadens aktuellen Fassung von § 27 Abs. 2 Strom- bzw. GasNEV.



2. die Länge des Gasleitungsnetzes in der Hochdruckebene nach Leitungsdurchmesserklassen,
3. die im Vorjahr durch Weiterverteiler und Letztverbraucher entnommene Jahresarbeit in Kilowattstunden oder in Kubikmetern,
4. die Anzahl der Ausspeisepunkte jeweils für alle Druckstufen und
5. die zeitgleiche Jahreshöchstlast aller Entnahmen in Megawatt oder Kubikmetern pro Stunde und den Zeitpunkt des jeweiligen Auftretens;

und

o im Falle von Stromnetzen:

1. die Stromkreislänge jeweils der Kabel- und Freileitungen in der Niederspannungs-, Mittelspannungs-, Hoch- und Höchstspannungsebene zum 31. Dezember des Vorjahres,
2. die installierte Leistung der Umspannebenen zum 31. Dezember des Vorjahres,
3. die im Vorjahr entnommene Jahresarbeit in Kilowattstunden pro Netz- und Umspannebene,
4. die Anzahl der Entnahmestellen jeweils für alle Netz- und Umspannebenen,
5. die Einwohnerzahl im Netzgebiet von Betreibern von Elektrizitätsversorgungsnetzen der Niederspannungsebene zum 31. Dezember des Vorjahres,
6. die versorgte Fläche nach § 24 Abs. 2 Satz 2 und 3 StromNEV zum 31. Dezember des Vorjahres und
7. die geographische Fläche des Netzgebietes zum 31. Dezember des Vorjahres;

sowie

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

**26** Die Gemeinde darf die mit ihr verbundenen Unternehmen nicht einseitig bevorzugen, auch wenn sie mit dem Netzbetrieb Gewinne erzielen kann.<sup>16</sup> Das Angebot von Wegerechten im örtlichen Wegenetz ist der Gemeinde nur wegen ihrer straßenrechtlichen hoheitlichen Aufgaben möglich. Die so vermittelte Monopolstellung beim Angebot darf sie nicht zur diskriminierenden Verdrängung privater Nachfrager missbrauchen.<sup>17</sup> Die Fallgestaltung bei Konzessionsvergaben ist mit den vom Bundesgerichtshof entschiedenen Schilderprägerfällen vergleichbar. Dort wuchs den Kommunen nur aufgrund des hoheitlichen Betriebs der Zulassungsstelle eine marktbeherrschende Stellung für das Angebot von Flächen für Schilderprägerbetriebe zu. Der Bundesgerichtshof entschied, dass es der Gemeinde nach § 20 Abs. 2 GWB verwehrt war, unter Verdrängung leistungsbereiter Privater die Nachfrage nach Schildern selbst zu befriedigen.<sup>18</sup> Auch werden Kommunen hierdurch nicht in ihrem Recht auf kommunale Selbstverwaltung verletzt.<sup>19</sup>

### **3. Informationsanspruch der Gemeinde gegen den Altkonzessionär**

**27** Regelmäßig besteht ein *vertraglicher* Nebenanspruch aus dem auslaufenden Konzessionsvertrag der Gemeinde gegen den Altkonzessionär auf Herausgabe bestimmter Informationen. Die Nichterfüllung dieses Anspruchs verstößt regelmäßig gegen Kartellrecht. Er ergibt sich – sofern er nicht bereits im auslaufenden Konzessionsvertrag vorgesehen ist – in der Regel als ungeschriebene Nebenpflicht aus dem auslaufenden Konzessionsvertrag, ggf. i.V.m. § 242 BGB.<sup>20</sup> Bereits seit der 4. GWB-Novelle 1980 ist die Laufzeit der Konzessionsverträge auf 20 Jahre beschränkt. Alle derzeit ablaufenden Konzessionsverträge sind daher bereits mit Blick auf eine begrenzte Laufzeit geschlossen worden, an die sich eine Neuvergabe der Konzession anschließt. Diese Regelung ist mittlerweile in § 13 Abs. 2 S. 2 EnWG 1998 bzw. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG 2005 überführt worden. Ebenso wie ein überhöhter Rückkaufpreis für das Netz kann auch mangelnde Information eine anderweitige Vergabe faktisch verhindern und damit wettbewerbsbeschränkend im Sinne von § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV wirken.

**28** Der Altkonzessionär ist daher verpflichtet, der Gemeinde diejenigen Informationen zur Verfügung zu stellen, die potentielle Bieter benötigen, um effektiv an der Vergabe der

---

<sup>16</sup> Entgegen dem BDEW-Leitfaden gibt es auch keine dem wettbewerblichen Auswahlverfahren entzogene „Systementscheidung“ der Gemeinde (BDEW, Leitfaden Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben in der Strom- und Gasversorgung vom 9.11.2010, unter 4.3 a.E. auf S. 18).

<sup>17</sup> So auch *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge, 2010, 76 ff.

<sup>18</sup> BGH U.v. 24.9.2002 – KZR 4/01, WuW/E DE-R 1003 – *Kommunaler Schilderprägebetrieb*, Rn. 26 (Juris).

<sup>19</sup> Vgl. BGH, U.v. 28.6.2005, KVR 27/04, WuW/E DE-R 1520 – *Arealnetze*, Rn. 26 (Juris), bestätigt durch BVerfG, B.v. 18.5.2009, 1 BVR 1731/05, WuW/E DE-R 2667.

<sup>20</sup> So auch LKB Niedersachsen, Hinweise zur Durchführung eines wettbewerblichen Konzessionsvergabeverfahrens nach § 46 EnWG vom März 2010, S. 10. Ebenso *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge, 2010, 96.

Konzession teilzunehmen. Der Anspruch umfasst jedenfalls die oben dargestellten Daten, welche die Gemeinde den Bietern diskriminierungsfrei zur Verfügung stellen muss. Zur Gewährleistung einer diskriminierungsfreien Konzessionsvergabe ist es erforderlich, dass alle Interessenten in der Lage sind, anhand der Ihnen vorgelegten Daten und der von der Gemeinde bekanntzugebenden Auswahlkriterien ein Angebot abzugeben.

- 29** Zugleich kann der Altkonzessionär 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. § 9 Abs. 1 EnWG enthalten. Die Herausgabe der Daten an die Gemeinde verstößt auch nicht gegen § 9 Abs. 2 EnWG, da eine sachliche Rechtfertigung für die Offenlegung besteht. Zugleich ist zu berücksichtigen, dass die Informationen keinen Energielieferanten, sondern Bewerbern um den entflochtenen Netzbetrieb erteilt werden. Es bestehen keine Bedenken, der Gemeinde und den übrigen Bietern eine vertragsstrafenbewehrte Geheimhaltungsverpflichtung abzuverlangen.
- 30** Ein neuerlicher Konzessionsvertrag mit dem Altkonzessionär unter Missachtung dieses Informationsanspruches verstieße gegen § 1 GWB, weil die Vergabe der Konzession an den Altkonzessionär den Wettbewerb um die Konzession im regulatorisch vorgeschriebenen Umfang verhindert hätte. Bei Nichterfüllung des Auskunftsanspruchs durch den Altkonzessionär kann im Einzelfall Anlass zur Prüfung einer Druckausübung auf die Gemeinde nach § 21 Abs. 2 GWB bestehen. Es ist zu empfehlen, dass neu abgeschlossene Konzessionsverträge einen entsprechenden Auskunftsanspruch ausdrücklich vorsehen.

## **D. Energiewirtschaftsrecht**

### **(Netzüberlassung und regulatorische Folgefragen)**

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

##### **1. Überlassen i.S.d. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG**

- 31** Der Anspruch aus § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG beinhaltet, dass der bisherige Nutzungsberechtigte dem neuen Konzessionsnehmer die zum Netzbetrieb notwendigen Verteilungsanlagen überlassen muss, indem er ihm die tatsächliche Sachherrschaft an den Anlagen für die Dauer des Konzessionsvertrages einräumt. Entscheidend ist, dass mit dem Wechsel des Konzessionsnehmers ein Wechsel des Netzbetreibers realisiert wird, denn die Ausübung der Wegenutzungsrechte wird wesentlich durch die Übernahme des Netzbetriebes gewährleistet. Diese kann jedoch nicht nur durch den formalen Übergang des

Netzeigentums, sondern gerade auch durch die Einräumung einer umfassenden Nutzungsbefugnis beispielsweise im Wege eines Pachtverhältnisses ermöglicht werden.

- 32** Die Frage, ob der Überlassungsanspruch auf eine Eigentumsübertragung gerichtet ist, oder eine Besitzrechtsverschaffung ausreicht, ist höchstrichterlich bislang nicht geklärt. In Rechtsprechung und Literatur besteht insgesamt keine Einigkeit. Für eine bloße Pflicht zur Besitzrechtsverschaffung spricht, dass nach der allgemeinen sachenrechtlichen Terminologie eine Eigentumsverschaffung mit dem Begriff „Übertragung“ (vgl. z.B. §§ 929, 925 BGB) bezeichnet wird, während der Begriff „Überlassen“ weiter gefasst ist. In systematischer Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass das „Pachtmodell“ ein anerkanntes Modell zur Umsetzung der Entflechtungsvorgaben des EnWG ist. Schließlich war der Begriff des Überlassens bereits in der Vorgängerregelung des § 13 Abs. 2 EnWG 1998 enthalten und seine Bedeutung in Rechtsprechung und Schrifttum schon damals umstritten. Spätestens mit der Neufassung der Regelung bei der EnWG-Novellierung 2005 hätte der Gesetzgeber hier eine Klarstellung vornehmen können, zumal dies im Gesetzgebungsverfahren von verschiedenen Seiten gefordert worden war und eine Eigentumsübertragung unter vielen Aspekten vorzugswürdig wäre. Eine gesetzgeberische Klarstellung erscheint Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt vor diesem Hintergrund wünschenswert.
- 33** Nach der geltenden Rechtslage geht die Bundesnetzagentur<sup>21</sup> davon aus, dass die bloße Besitzrechtsverschaffung – etwa durch Verpachtung – zur Erfüllung des gesetzlichen Anspruchs ausreicht.<sup>22</sup> Selbstverständlich ist eine darüber hinausgehende Eigentumsübertragung auf freiwilliger Basis ebenfalls möglich. Unberührt hiervon bleiben etwaige weitergehende vertragliche Ansprüche z.B. aus Endschaftsbestimmungen des alten Kon-

---

<sup>21</sup> Das Bundeskartellamt vertritt zu dieser allerdings primär regulatorischen Frage eine abweichende Auffassung und hält eine Übereignung zur Erfüllung des Anspruches aus § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG für erforderlich. Siehe auch die Stellungnahme des Bundeskartellamtes im Gesetzgebungsverfahren zur EnWG Novellierung 2005 (Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit, Ausschussdrucksache 15/1520 v. 25.11.2004, S. 133: „Für Wegenutzungsverträge (§ 46) sollte im Interesse der Qualitätssicherung der Netze und des Wettbewerbs ein expliziter gesetzlicher Anspruch zur Übertragung des Netzeigentums formuliert werden. [...] Die Pflege und Erneuerung des Netzes wird während der regelmäßig 20-jährigen Laufzeit eines Wegenutzungsvertrages am effizientesten derjenige wahrnehmen, der auch Eigentümer des Netzes ist. Nur als Eigentümer kann der Inhaber des Wegenutzungsrechtes nach Ablauf des Wegenutzungsvertrages auch seiner nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG bestehenden Verpflichtung nachkommen, seinerseits das Netz dem neuen Inhaber des Wegenutzungsrechtes zu übertragen.“ Vgl. zu dieser Rechtsfrage außerdem die – soweit ersichtlich – einzige obergerichtliche Entscheidung zum Rückübereignungsanspruch gegen wirtschaftlich angemessene Vergütung zur Rechtslage vor Inkrafttreten von § 13 Abs. 2 EnWG 1998 bzw. § 46 Abs. 2 EnWG 2005 OLG Frankfurt am Main, U.v. 11.2.1997, 11 U (Kart) 38/96, RdE 1997, 146, 148 ff = ZNER 1998, 49; zur Rechtslage nach EnWG OLG Schleswig, U.v. 10.1.2006 - 6 U Kart 58/05.

<sup>22</sup> So auch OLG Frankfurt/Main, U.v. 29.1.2008, 11 U 20/07 (Kart), RdE 2008, 146 und OLG Koblenz, U.v. 23.4.2009, U 646/08.Kart, ZNER 2009, 146.

zessionsvertrages.<sup>23</sup> Vor diesem Hintergrund raten Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt dringend dazu, in neu abzuschließenden Konzessionsverträgen einen Anspruch auf Eigentumsübertragung zu vereinbaren.

## **2. Anspruchsumfang – notwendige Verteilungsanlagen**

- 34** Bei der mit dem Konzessionsnehmerwechsel verbundenen Überlassung streiten der alte und neue Konzessionsnehmer 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.
- 35** 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.
- 36** 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. Eine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendige Verteilungsanlage ist danach anzunehmen, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, 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

---

<sup>23</sup> BGH, U.v. 29.9.2009, EnZR 14/08, WuW/E DE-R 2921 – *Endschaftsbestimmung II*.

Messstellenbetreiber infolge einer gesonderten Beauftragung durch den Letztverbraucher zuständig ist (§ 21b EnWG i.V.m. MessZV).

- 37** 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. 29b 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.
- 38** Legt man diese Maßstäbe zugrunde, unterfallen auch multifunktionale Leitungen der Pflicht zur Überlassung. Denn diese hängt nicht von der Funktion der Leitung im Sinne einer gemischten oder ausschließlichen Nutzung ab, sondern vielmehr davon, dass es sich um eine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendige Verteilungsanlage handelt.
- 39** 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 haben<sup>24</sup>.
- 40** Die im Einzelfall zum Überlassen der Netzanlagen erforderlichen „Entflechtungsmaßnahmen“ bedeuten dabei technisch nicht automatisch eine sog. „galvanische“ Trennung. Regelmäßig dürfte zum Überlassen der relevanten Netzanlagen eine Differenzmengenbetrachtung (Messlösung) ausreichend und kostengünstiger sein.

### **3. Angemessene Vergütung**

- 41** Der bisherige Konzessionsnehmer muss das Netz nur gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung überlassen, § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG.
- 42** Die Maßstäbe zur Bestimmung der „angemessenen Vergütung“ können zunächst der „Kaufering“-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 1 GWB a.F. entnommen wer-

---

<sup>24</sup> 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.

den.<sup>25</sup> Demnach können sowohl der Ertragswert als auch der Sachzeitwert der Berechnung zu Grunde gelegt werden. Anderes gilt indes, wenn der Sachzeitwert den Ertragswert nicht unerheblich übersteigt und dadurch eine Übernahme des Versorgungsnetzes verhindert wird. Der Ertragswert entfaltet insoweit eine begrenzende Wirkung. Dabei ist der Ertragswert des Versorgungsnetzes nach objektivierte für alle denkbaren Erwerber geltenden Kriterien zu ermitteln.

- 43** Obwohl die „Kaufering“-Rechtsprechung noch vor Inkrafttreten des geltenden EnWG entwickelt wurde, sind keine Gründe ersichtlich, die einer Übertragung auf die heutige Rechtslage entgegenstehen.<sup>26</sup> Es ist davon auszugehen, dass der Ertragswert maßgeblich durch die Vorgaben der StromNEV bzw. GasNEV bestimmt wird. Mit der Einführung der Netzentgeltregulierung werden Kosten für das Sachanlagevermögen von Energie-netzbetreibern 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.
- 44** 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 und der 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 abzielten, mit Auslaufen des Konzessionsvertrags 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 gesondert zu bewerten sind.
- 45** 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

---

<sup>25</sup> BGH, U.v. 16.11.1999, KZR 12/97 – *Kaufering*.

<sup>26</sup> BGH, U.v. 7.02.2006, KZR 24/04, NJW-RR 2006, 1139, 1142.

werden. Dabei ist insbesondere zu unterscheiden zwischen der zulässigen Vereinbarung des Preises einerseits und der beschränkten Möglichkeit der Refinanzierung des Preises durch die Netzentgelte. 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).

**46** 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 Neukonzessionär bei der Netzübernahme erdulden muss. Solche wirtschaftlichen Nachteile ergeben sich insbesondere aus folgenden Faktoren:

- Bei verzögerter Netzübergabe fließen die Netznutzungsentgelte an den tatsächlichen Inhaber der Netze, d.h. der Neukonzessionär muss eine Finanzierung vorhalten und Finanzierungskosten für ein Gut tragen, dessen Erträge ihm nicht zufließen.
- Bei Vereinbarung eines Vorbehaltspreises muss der Neukonzessionär diese Überzahlung vorfinanzieren. Vereinbarungen eines niedrigeren Verzugszinses für Rückforderungen verstärken den wirtschaftlichen Schaden des Neukonzessionärs.
- Sind die für die Aufteilung der Erlösobergrenzen maßgeblichen Daten dem Neukonzessionär 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.

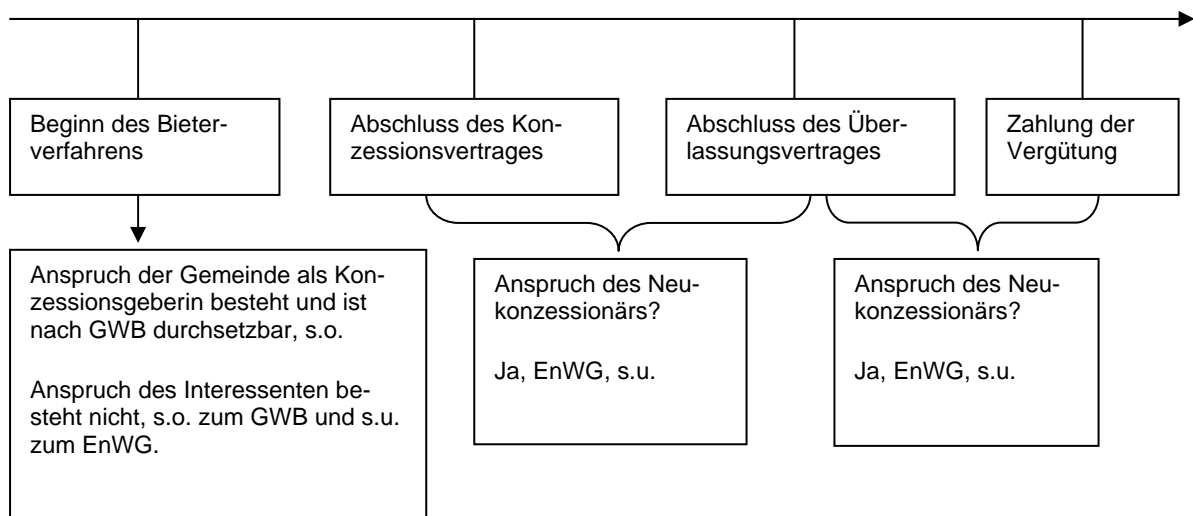
**47** Vor diesem Hintergrund ist § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG dahingehend ergänzend auszulegen, dass der Altkonzessionär die Übergabe des Netzes mit Ende des alten Konzessionsvertrages jedenfalls dann nicht verweigern darf, wenn ihm der Neukonzessionär eine Zah-



lung unter Vorbehalt anbietet.<sup>27</sup> Ein Schadensausgleich mit einer angemessenen Verzinsung muss möglich sein.

#### 4. Datenherausgabe

48 In allen Phasen der Neuvergabe einer Konzession ist zwischen den Beteiligten oft die Überlassung von Daten streitig. Anhand eines Zeitstrahles können die folgenden Zeitpunkte im Verfahren und mögliche korrespondierende Ansprüche gegen den Altkonzessionär unterschieden werden:



49 Dabei geht es vor allem um Daten, die die Netzstruktur, die möglichen Kosten einer Netzübernahme und die dann ggf. zu erzielende Rendite betreffen. Unter anderem umfassen die begehrten Daten:

- Art, Umfang, Alter und Oberflächenstruktur der Anlagegüter des Elektrizitäts- bzw. Gasversorgungsnetzes des jeweiligen Konzessionsgebiets, insbesondere auch Art und Zugehörigkeit der jeweiligen Messeinrichtungen,
- originäre Anschaffungs- und Herstellungskosten zum Zeitpunkt der erstmaligen Aktivierung, Auflistung der Tagesneuwerte laut Genehmigungsbescheid, Besonderheiten des Elektrizitäts- bzw. Rohrleitungsnetzes (z.B. verbaute Materialien und Netzpläne inkl. z.B. der Netzverknüpfungspunkte),
- 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 Gewer-

<sup>27</sup> Zu deren Zulässigkeit BGH, U.v. 07.02.2006, KZR 24/04, NJW-RR 2006, 1139 – *Rückforderungsvorbehalt*.

besteuer i.S.d. § 8 Strom- bzw. GasNEV, kostenmindernde Erlöse und Erträge i.S.d. § 9 Strom- bzw. GasNEV,

- Höhe der nicht aufgelösten Netzanschlussbeiträge und Baukostenzuschüsse,
- Netzabsatzmengen im Konzessionsgebiet,
- zugehörige Bilanz- und GuV-Werte des jeweiligen Konzessionsgebietes, soweit diese vorliegen, Auskünfte über die auf das Konzessionsgebiet bezogene mehrjährige Vermögens-, Ertrags-, Finanz- und Investitionsplanung sowie
- neutrale Schadensberichte (soweit vorhanden).

**50** Da sich im Gesetz keine ausdrückliche Grundlage für einen Informationsanspruch findet, ist für jedes Verfahrensstadium getrennt zu ermitteln, woraus ein solcher ggf. hergeleitet werden könnte.

#### **a) Anspruch gegen den bisherigen Konzessionär zu Beginn des Bieterverfahrens**

**51** Ein Informationsanspruch gegen den Altkonzessionär kommt zunächst unmittelbar vor oder zu Beginn des Verfahrens um die Neuvergabe der Konzession in Betracht. In der Regel besteht ein erhebliches Informationsgefälle zwischen den Beteiligten, das die Gemeinde bzw. die Interessenten gegenüber dem bisherigen Konzessionsnehmer auszugleichen suchen. Denn nur dieser verfügt über sämtliche Netzdaten.

#### **aa) Gesetzliche Ansprüche**

**52** Die Regelung des § 46 EnWG statuiert keine ausdrücklichen Informationsansprüche gegen den Altkonzessionär.

**53** Des Weiteren besteht keine selbstständige Nebenpflicht zum gesetzlichen Rechtsverhältnis aus § 46 Abs. 2 EnWG (ggf. auch i.V.m. § 242 BGB). Denn im Stadium vor Abschluss der Neukonzessionierung stehen weder die Bieter noch die Gemeinde über § 46 Abs. 2 EnWG in einem gesetzlichen Schuldverhältnis zum Altkonzessionär. Das Rechtsverhältnis nach § 46 Abs. 2 EnWG wird erst und nur mit dem Unternehmen begründet, mit welchem die Gemeinde den neuen Konzessionsvertrag schließt. Auch ein Nebenanspruch zu den gesetzlichen Ansprüchen aus § 46 Abs. 1 und 3 EnWG ist nicht ersichtlich. Dieser ließe sich allenfalls daraus herleiten, dass die Gemeinde nach § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG dazu verpflichtet ist, die öffentlichen Verkehrswege „diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen“. Dagegen spricht aber, dass über die Veröffentlichung von Informationen nach § 46 Abs. 3 EnWG hinaus eine Weitergabe von Daten durch die Gemeinde im EnWG nicht vorgesehen ist. Die Pflicht im Sinne von § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG, die Verkehrswege diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen, be-

deutet, dass die Gemeinde keinen Bieter ohne sachlichen Grund ungleich behandeln darf. Sie ist verpflichtet, die ihr zur Verfügung stehenden Informationen allen Interessenten gleichermaßen zur Verfügung zu stellen. Auch wird sie die Auswahlkriterien so wählen müssen, dass alle Bewerber die gleichen Chancen haben und ein Informationsvorsprung des bisherigen Konzessionärs bei ihrer Entscheidung unberücksichtigt bleibt. Aus einer Verpflichtung der Gemeinde gegenüber den Bietern lässt sich jedoch nicht ohne Weiteres auf einen Anspruch der Gemeinde gegenüber dem Altkonzessionär schließen. Nach derzeitiger Rechtslage besteht folglich mangels gesetzlicher Anspruchsgrundlage eines Informationsrechtes keine Handlungsmöglichkeit für die Bundesnetzagentur.

### **bb) Vertragliche Ansprüche**

- 54** Unberührt bleiben Informationsansprüche der Gemeinde, die sich unmittelbar aus einer vertraglichen Bestimmung oder als vertragliche Nebenpflicht aus dem auslaufenden Konzessionsvertrag ergeben. Solche vertraglichen Nebenpflichten bestehen, und ihre Verletzung wird vom GWB sanktioniert (s.o.).

### **b) Anspruch gegen den Altkonzessionär nach Abschluss des neuen Konzessionsvertrages**

- 55** Unmittelbar nachdem die Gemeinde mit einem der Interessenten einen neuen Konzessionsvertrag geschlossen hat, kommt nur noch ein Anspruch des neuen gegen den bisherigen Konzessionsnehmer in Betracht. Dieser benötigt Informationen, um Verhandlungen insbesondere über die Bemessung des Preises der Netzüberlassung und des Umfangs der zu überlassenden Netzanlagen sachgerecht führen zu können.
- 56** Neben abgetretenen vertraglichen Ansprüchen aus dem Altkonzessionsvertrag kommt ein Anspruch auf Datenherausgabe aus einer selbstständigen Nebenpflicht zum gesetzlichen Schuldverhältnis nach § 46 Abs. 2 EnWG in Betracht. Die in § 46 Abs. 2 EnWG niedergelegte Überlassungspflicht begründet zwischen dem alten und dem neuen Konzessionär ein gesetzliches Schuldverhältnis, das in dem Moment entsteht, in dem der neue Konzessionsvertrag geschlossen wird. Ziel der Regelung des § 46 Abs. 2 EnWG ist es, den Wechsel des Konzessionsnehmers 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, Kundendaten etc. Insoweit trifft den alten Konzessionsnehmer die Verpflichtung zur Datenherausgabe auch aus einer Nebenpflicht zum gesetzlichen Überlassungsanspruch nach § 46 Abs. 2 EnWG.
- 57** Die Verpflichtung zur Herausgabe umfasst alle Daten, die erforderlich sind, um den neuen Netzbetreiber in die Lage zu versetzen, das in Frage stehende Netz zu betreiben. Da-

bei sind für den übernehmenden Netzbetreiber auch Informationen über die Kostenstruktur des übergehenden Netzes von großer Bedeutung. Denn diese beeinflussen seine zukünftige Kostenstruktur und damit seine zukünftig erzielbaren Erlöse in Form der durch die Regulierungsbehörde festgelegten Erlösobergrenzen. Näheres zu den für einen Antrag zur Neufestlegung der Erlösobergrenze erforderlichen Daten kann dem Leitfaden der Regulierungsbehörden zu Inhalt und Struktur von Anträgen auf Neufestlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach § 26 Abs. 2 ARegV entnommen werden.

**58** Insbesondere muss sichergestellt werden, dass der neue Konzessionsnehmer zusätzlich zu den bereits oben benannten Informationen detaillierte Kenntnis erlangt über

- die erstmaligen historischen Anschaffungs-/Herstellungskosten,
- das historische Anschaffungsjahr,
- die verwendeten kalkulatorischen Nutzungsdauern,
- den Wartungszustand des Sachanlagevermögens bzw. die allgemeinen und besonderen operativen Kosten des Netzes, wie beispielsweise Instandhaltungskosten oder Betriebskosten, die auf das zu übernehmende Netz entfallen.

**59** Auf Basis der Daten des Sachanlagevermögens ergeben sich die kalkulatorisch relevanten Kapitalkosten in Form von Abschreibungen, Eigen- und Fremdkapitalverzinsung und Gewerbesteuer. Aus diesen Angaben und aus der Kenntnis seiner eigenen Kosten- und Kapitalstruktur kann der neue Konzessionsnehmer die zukünftig entstehenden Kosten und damit auch die sich voraussichtlich ergebende Erlösobergrenze zumindest näherungsweise ermitteln. Diese Erkenntnisse dienen auch der Ermittlung eines angemessenen Netzüberlassungspreises im Sinne eines kalkulatorischen Ertragswertes.

### **c) Anspruch gegen den Altkonzessionär nach Abschluss des Überlassungsvertrages**

**60** Schließlich kommen Informationsansprüche des neuen Konzessionsnehmers nach Abschluss des Überlassungsvertrags 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.

**61** Neben vertraglichen Ansprüchen aus dem Überlassungsvertrag besteht weiterhin ein Informationsanspruch als Nebenanspruch zu dem gesetzlichen Schuldverhältnis nach § 46 Abs. 2 EnWG. Dieser wurde bereits für den Zeitraum vor Abschluss des Überlas-

sungsvertrages anerkannt. Zur Begründung kann daher auf die oben stehenden Ausführungen verwiesen werden.

## **II. Anderweitige regulatorische Fragen – Pancaking**

**62** Ein im Zusammenhang mit dem Wechsel des Konzessionsnehmers 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.