



**Musterkriterienkatalog
für die Entscheidung über die Einräumung von
Wegerechten zum Betrieb von Strom- und Gasverteilnetzen
der allgemeinen Versorgung („Konzessionsvergabe“)
des Ministeriums für Umwelt, Klima und Energiewirt-
schaft Baden-Württemberg als Energiekartellbehörde
vom xx.xx.2012**

Az.: 6.4452.85/145

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

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

Die EKartB BW erneuert ihren bereits im Positionspapier enthaltenen Appell an die Gemeinden, bei den formalen Anforderungen an die Konzessionsvergabe im Zweifel eher eine Übererfüllung vorzunehmen, um das Risiko eines formalen Mangels zu minimieren. Das Oberverwaltungsgericht Münster (Beschluss v. 10.2.2012 - 11 B 1187/11) hat jüngst entschieden, dass Gemeinden, die fehlerhafte Auswahlkriterien bei der Konzessionsvergabe zu Grunde legen, verfahrensrechtlich nur den Ausweg des Verfahrensabbruchs und in der Folge ein neues Auswahlverfahren bleibt. Zivilgerichte haben bei Verletzung formaler Anforderungen an den Konzessionsvergabe-prozess regelmäßig eine Nichtigkeit des daran anknüpfenden Konzessionsvertrages angenommen.

Weitere Hinweise zur Konzessionsvergabe im Strom- und Gasbereich finden sich auf dem Versorgerportal, der gemeinsamen Webseite von EKartB BW und Landesregulierungsbehörde Baden-Württemberg, im Internet unter www.versorger-bw.de.

Kriterium	Unterkriterium	Höchstpunktzahl / interne Gewichtung	Anmerkungen
Netzicherheit (bezogen auf die zu erwartende Netzicherheit, wobei von bisherigen Netzbetreibern bei vergleichbaren Netzgebieten teilweise auf die Zukunft geschlossen werden kann)		30 /	Die Erfüllung der Voraussetzungen nach §§ 4, 49 EnWG wird vorausgesetzt.
	Finanz-, Sach- und Personalausstattung, auch allg. Verlässlichkeit, Auffälligkeiten bei ev. regulatorischen Missbrauchsverfahren, Haftung bei Störungen	25% (max. 7,5 Pkt.)	Bei der Bewertung ist nicht nur auf die sich bewerbende Gesellschaft abzustellen, sondern z.B. sind auch Konzernverbindungen und schuldvertragliche Abreden, die den Netzbetrieb betreffen, zu berücksichtigen. Nicht zu berücksichtigen sind vertriebliche Kompetenzen und Ausstattung.
	Erfahrung als Netzbetreiber bzw. Betriebskonzept für zu erwerbendes Netz	20% (max. 6 Pkt.)	Die (bisherige) Netzgröße eines Bewerbers ist an sich nicht relevant, weil es keine sichere Evidenz dafür gibt, dass größere Netze generell sicherer (oder effizienter oder günstiger) sind als kleine Netze. Wohl aber kann die Dauer der Betätigung als Netzbetreiber und die Art und Größe der betriebenen Netze Rückschlüsse auf die Erfahrung und Geeignetheit für den Betrieb des Netzes im Konzessionsgebiet ermöglichen.
	Versorgungssicherheit (Störungshäufigkeit, Ausfallzeiten und -dauer) Im Altnetz bzgl. Altkonzessionär bzw. im Netz eines Bewerbers Vorlage Konzept zur Störungsbeseitigung	40% (max. 12 Pkt.)	Die durchschnittliche Zeit von Versorgungsunterbrechungen eines Bewerbers – bezogen auf die jeweiligen Netzebenen – können z.B. in Gestalt des SAIDI-Werts berücksichtigt werden. Bewerbern sollte Gelegenheit gegeben werden, ihre Ausfallzeiten zu erläutern, insbesondere Sondersituationen.
	Netzpflge(konzept) und Netzstruktur(konzept) wie z.B. Ringschlusskonzept Vorlage Jahresplanung Baustellenkoordination Bauzeitverkürzung	15% (max. 4,5 Pkt.)	Konzept für technische Verbesserung des Netzes. Das regulatorische Qualitäts-Element (Q-Element) kann als Größe verwendet werden, wenn sich ausschließlich Netzbetreiber, die das regulatorische Vollverfahren durchlaufen, beworben haben.

Kriterium	Unterkriterium	Höchstpunktzahl / interne Gewichtung	Anmerkungen
Effiziente, preisgünstige, verbraucher- freundliche Versorgung		25 /	Die EKartB BW sieht regulatorische Werte als nur beschränkt aussagekräftig an. Der Effizienzwert (§§ 12 ff. und § 24 Abs. 2 ARegV) wird entweder rechnerisch ermittelt (Effizienzvergleich im Vollverfahren) oder auf Basis der ARegV allgemeingültig festgelegt (vereinfachtes Verfahren). Während die ermittelten Werte immer noch gerichtlich streitbefangen sind, sind die aus dem vereinfachten Verfahren resultierenden Effizienzwerte schon kein unternehmensindividuelles Kriterium. Auch bezieht sich der Effizienzwert auf den gesamten Netzbereich eines Bewerbers, selten auf das konkrete Konzessionsgebiet. Ferner sind gerade Netzübernahmen und -weggaben geeignet, die Effizienz zu ändern. Denkbar wäre ein solches Kriterium daher für Verfahren, in denen sich nur Netzbetreiber, deren Effizienz im Vollverfahren ermittelt wurde, beworben haben.
	Effiziente Ressourcennutzung, Minimierung der Verlustenergie (Strom), Minimierung Gasschwund, Vorlage Konzept Netzeffizienz	20% (max. 5 Pkt.)	z.B. optimierter Ressourceneinsatz durch Verknüpfung verschiedener Netzgewerke (Strom, Gas, Wasser, Wärmeversorgung), Koordinierung (Straßen-)Bauarbeiten.
	Bisherige Netznutzungsentgelte und insbes. zu erwartende NNE der Höhe und Struktur nach	25% (max. 6,25 Pkt.)	Den Bewerbern ist eine verlässliche Prognose der Netznutzungsentgelte für das ausgeschriebene Konzessionsgebiet abzuverlangen, wobei verschiedene Szenarien, wie unterschiedliche Kosten für technische oder galvanische Entflechtung, berücksichtigt werden sollten.
	Netzservice vor Ort	20% (max. 5 Pkt.)	Besetzung, Erreichbarkeit der Leitstelle und Entfernung des Stützpunktes des Netzwartungspersonals, Umgang mit Netzkundenvorstellungen. Im Ergebnis kommt es darauf an, dass eine kurze Reaktionszeit bei Störungen besteht. <u>Nicht</u> zulässig ist es, eine kommunale Wertschöpfung i.S. eines (steuerpflichtigen) Stützpunktes im Gemeindegebiet oder gar kommunalen Unternehmen zu verlangen oder einen Vorzug zu geben. Vertriebsstrukturen dürfen ebenfalls <u>nicht</u> berücksichtigt werden.

Kriterium	Unterkriterium	Höchstpunktzahl / interne Gewichtung	Anmerkungen
Effiziente, preisgünstige & verbraucher- freundliche Versorgung	Konzept und Monitoring zur Entwicklung des örtlichen Netzes zu einem „intelligenten Netz“	20 % (max. 5 Pkt.)	
	Qualität der Umsetzung von rechtlichen Pflichten, die verbraucherschützend sind	15 % (max. 3,75 Pkt.)	z.B. problemfreie Umsetzung im Wechselprozess, bei der Netz-Abrechnungen, Angebote von intelligenten Zählern, Beratungskonzept Netzkunden. Wahrnehmung bzw. Umsetzung von rechtlichen Pflichten, insbes. bei Umgang mit Lieferanten.

Kriterium	Unterkriterium	Höchstpunktzahl / interne Gewichtung	Anmerkungen
Umwelt- verträgliche Versorgung		20 /	
	Beratungsleistungen zur Entwicklung der lokalen oder regionalen umweltverträglichen Energieversorgung, Bürgerinformation zur Akzeptanzstärkung	40% (max. 8 Pkt.)	z.B. Aufstellung eines Umweltentwicklungsplans, Konzepte für optimale Einbindung erneuerbarer Energie, Öffentlichkeitsarbeit über Umstellung des Energiesystems und Netzausbau, im Rahmen von § 3 Abs. 2 Nr. 1 Halbsatz 2 KAV.
	Zeitnahe Einbindung von Erneuerbare-Energien-Anlagen	30% (max. 6 Pkt.)	d.h. wie schnell/gut gelingt die Umsetzung der gesetzlichen Anschlusspflichten
	Umweltverträglicher Netzbetrieb	15% (max. 3 Pkt.)	z.B. kurze Anfahrtswege oder Nutzung von umweltschonenden Fahrzeugen (CO ₂ -Ausstoß), bei der Netzbetreuung, Minimierung Flächenverbrauch, Vogelschutz bei Freileitungen
	Erdverkabelung (nur bei Stromnetzen)	15% (max. 3 Pkt.)	Verpflichtung zur Erdverkabelung statt Freileitungen bei Neuverlegung (soweit Kostenmehraufwand regulierungsrechtlich berücksichtigungsfähig und nicht Ackerbau oder sensibles Ökosystem betroffen).

Kriterium	Unterkriterium	Höchstpunktzahl / interne Gewichtung	Anmerkungen
Belange des Vergebenden		10 /	Hierbei muss das Nebenleistungsverbot, § 3 KAV, beachtet werden. Versorgungsunternehmen und Gemeinde dürfen für die Einräumung der Wegrechte neben oder anstelle von Konzessionsabgaben nur die in § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 enumerativ genannten Leistungen vereinbaren oder gewähren. Der sonstige Leistungsaustausch zwischen Gemeinde und Versorgungsunternehmen muss dem Fremdvergleich mit Geschäften unabhängiger Parteien genügen („at arm's length“), d.h. erforderlich sind marktübliche Konditionen.
	Wirtschaftliche Teilhabe am Netzbetrieb	75% (max. 7,5 Pkt.)	Beteiligung an Gemeinschaftsunternehmen, zu zulässigen Gestaltungen siehe Positionspapier der EKartB BW vom 5.12.2011.
	Nicht-wirtschaftliche Teilhabe Einrichtung eines gemeinsamen Gremiums (Beteiligung Öffentlichkeit)	25% (max. 2,5 Pkt.)	Energiebeirat oder sonstiges Gremium, das Gemeinde und Bürger informiert und Anregungen entgegen nehmen kann.

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

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

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

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

Antwort 1: Nein, denn die Konzessionsvergabe nach § 46 EnWG ist keine klassische Vergabe im Sinne eines Beschaffungsvorgang oder einer Auftragsvergabe, sondern dient dazu, zumindest alle 20 Jahre einen **Wettbewerb um die Netze** zu initiieren, bei dem die Gemeinde primär Veranstalter ist. Netzbetreiber („Konzessionsnehmer“) soll dabei derjenige werden, der die Ziele des § 1 EnWG - eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht – auf den netzbetrieb bezogen am besten verwirklichen kann.

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

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

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

Antwort 3: Die Auswahlkriterien und deren Gewichtung sind frühzeitig festzulegen (Wertungsmatrix) und den Bewerbern rechtzeitig vor Angebotsabgabe mitzuteilen. Die bisherige Rechtsprechung lässt für **nachträgliche Änderungen der Kriterien oder deren Gewichtung kaum Spielraum**.

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

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

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

Antwort 5: Nein, denn dann ist meist aufgrund der vertraglichen Bindungen eine Vorfestlegung zu besorgen, die „rechtlich“ nachteilig durchschlagen könnte, was insbesondere bei Inaussichtstellung oder Vereinbarung von Funktionen bzw. Positionen an der die Konzession vergebende Gebietskörperschaft nahestehende Personen. Insoweit besteht auch ein Unterschied z.B. zu Eigenbetrieben, denn hier besteht keine vertragliche Bindung mit Dritten.

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

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

Mit Blick auf die im Vorfeld schon geäußerten Ansichten zur Frage, ob eine Gründung von Gemeinschaftsunternehmen eines sehr wahrscheinlichen Mitbewerbers mit der vergebenden Kommune vor Einleitung oder während des Verlaufs des wegerechtlichen Vergabeprozesses eine rechtlich relevante Vorfestlegung bedeuten kann, gibt die EKartB zu bedenken:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Frage 7: Bei der Konzessionsvergabe Strom soll dann auch das Thema Straßenbeleuchtung mit abgehandelt werden – geht das?

Antwort 7: Es ist üblich, dass die **Straßenbeleuchtung** vom Netzbetreiber quasi „mit erledigt“ wird. Aber auch insoweit gilt, dass dies zu marktüblichen Konditionen erfolgen muss und keine Vorzugspreise gewährt werden dürfen. Insoweit kann die Gemeinde nur die bloße Bereitschaft zur Übernahme berücksichtigen.

Frage 8: Was kann passieren, wenn der Gemeinde beim Konzessionsvergabe-prozess ein Fehler unterläuft?

Antwort 8: Grundsätzlich stellt sich dann die Frage, ob der Fehler sich auf die Entscheidung ausgewirkt hat. In der bisherigen Rechtsprechung sowohl der Verwaltungs- als auch der Zivilgerichte wurde schon das Vorliegen eines formalen Mangels regelmäßig als **Nichtigkeits**grund gewertet. Das hat die Folge, dass von Anfang an neu vergeben werden muss.
