

Bürger Energie Berlin

»Verfahren zur Einräumung des Wegenutzungsrechts für das Stromversorgungsnetz in Berlin und zur möglichen Kooperation durch Gründung einer Netzgesellschaft«

Kritik der Vergabekonzeption des Landes Berlin

Stellungnahme der BürgerEnergie Berlin eG

Ansprechpartner:

Luise Neumann-Cosel
BürgerEnergie Berlin | Vorstand
l.neumann-cosel@buerger-energie-berlin.de

Hartmut Gaßner
BürgerEnergie Berlin | Aufsichtsratsvorsitzender
h.gassner@buerger-energie-berlin.de

BürgerEnergie Berlin eG

Wrangelstr. 100, 10997 Berlin
Tel. 030-577 036 390
Fax. 030-577 036 399
www.buerger-energie-berlin.de

Inhaltsverzeichnis

	Seite
1 Zusammenfassung (Summary for Policy Makers)	4
2 Ausgangslage für das Verfahren und Zielsetzung der Stellungnahme.	6
3 Methodische Vorbemerkung für die Kritik an der Vergabekonzeption des Landes	7
3.1 Überprüfung des Kriterienkatalogs auf Diskriminierungsfreiheit	8
3.2 Überprüfung der Vergabekonzeption auf tatsächliche Durchführbarkeit des Netzübergangs	9
4 Ziele des Landes Berlin für eine Neukonzessionierung und/oder Rekommunalisierung des Stromnetzes.	10
5 Besonderheiten des Berliner Stromnetzes	11
5.1 Merkmale »kleinstädtischer« Konzessionsverfahren	11
5.2 Die Einzigartigkeit des Berliner Stromnetzes	13
5.3 Netzübergang ohne Betriebsübergang in Berlin unmöglich.	14
5.4 Hamburg zeigt den Netzübergang in der Großstadt in der Praxis	14
6 Kritik an der Vergabekonzeption des Landes Berlin	16
6.1 Vergabekonzeption lässt Betriebsübergang unberücksichtigt	16
6.2 Ungeeignete Kriterien für die Entscheidung über den künftigen Partner des Landes	18
6.2.1 Kriterienkatalog für das Konzessionsverfahren	18
6.2.2 Kriterienkatalog für die Kooperationsentscheidung.	28
6.3 Weitere Diskriminierung der Wettbewerber von Vattenfall.	33
6.3.1 Diskriminierung hinsichtlich zentraler Daten für die Angebotserstellung	33
6.3.2 Diskriminierung durch finanzielle Verpflichtungen der Bewerber im Vorfeld ihrer Angebote.	36
6.3.3 Diskriminierung von Bewerbern, die nicht sowohl im Strom als auch im Gas bieten	37
7 Die Position von Vattenfall im Berliner Verfahren	38
7.1 Legitime und illegitime Interessen eines Altkonzessionärs	38
7.2 Position Vattenfalls zum Betriebsübergang in Berlin	38
7.3 Schlussfolgerungen für einen Betriebsübergang in Berlin	40
8 Schlussfolgerungen: Das Verfahren vom Kopf auf die Füße stellen	41
8.1 Wettbewerb um die beste Erfüllung der Ziele des Landes Berlin	41
8.2 Wettbewerb um das beste Betriebskonzept für das Land Berlin	42
8.3 Wettbewerb um die besten Köpfe für den Betrieb des Stromnetzes in Berlin	43
8.4 Geeignete Auswahl- und Wertungskriterien	44
8.5 Forderungen an das Land Berlin	45

1 Zusammenfassung (Summary for Policy Makers)

Ziel dieser Stellungnahme der BürgerEnergie Berlin ist es, rechtzeitig eine Diskussion mit dem Land Berlin über die Vergabekonzeption und die geeigneten Auswahlkriterien für die Vergabe der Stromnetzkonzession anzustoßen, damit das Land seine mit dem Verfahren verbundenen Ziele erreichen kann.

Als Bieter haben wir die Verpflichtung, das Land Berlin auf Rechtsverstöße im Verfahren hinzuweisen. Daher sehen wir uns genötigt, die Verfahrenskonzeption des Landes zu kritisieren. Wir haben keinen Zweifel, dass – unsere zentrale Grundannahme vorausgesetzt, dass das Verfahren im Strom analog dem im Gas durchgeführt werden soll – das Verfahren einer rechtlichen Überprüfung nicht standhalten kann. Denn wir befürchten, dass mit der derzeitigen Verfahrenskonzeption der Grundsatz der Transparenz und Diskriminierungsfreiheit missachtet wird.

In seiner jetzigen Struktur gleicht das Vergabekonzept dem typischen Konzessionsverfahren in einer Kleinstadt. Es geht davon aus, dass der Bieter große Teile der für den Netzbetrieb nötigen Ressourcen vor Ort neu aufbauen muss. Diese Konzeption verkennt die besondere Situation Berlins: Für den Übergang eines Netzes dieser Größe ist ein Betriebsübergang technisch zwingend erforderlich, wenn die Versorgungssicherheit nicht gefährdet werden soll. Denn kein Unternehmen kann die insgesamt knapp 1.400 Mitarbeiter ersetzen, die heute im Vattenfall-Konzern für das Berliner Stromnetz tätig sind.

Dass ein Netzübergang in einer Großstadt faktisch nur mittels Betriebsübergang möglich ist, zeigt der Verkauf des Hamburger Stromnetzes von Vattenfall an die Stadt Hamburg. Dort geht nicht nur die Netzinfrastruktur auf den neuen Eigentümer über, sondern auch das für den Netzbetrieb nötige Personal und die entsprechende Betriebsausstattung.

Wenn das Land Berlin die Notwendigkeit des Betriebsüberganges jedoch in seiner Vergabekonzeption nicht berücksichtigt, diskriminiert sie damit die Wettbewerber Vattenfalls. Es darf jedoch kein Bieter ohne sachlichen Grund gegenüber einem anderen ungleich behandelt werden. Deshalb muss das Land den Betriebsübergang im Konzessionsverfahren faktisch unterstellen. Ein dazu definierter Bestand an Personal und Betriebsmitteln, der auf den neuen Konzessionär übergeht, muss im Verfahren vorausgesetzt werden und Grundlage für die Angebote aller Bewerber sein (s. Kap. 6.1).

Auf dieser Grundlage sollte das Land Berlin die Wertungskriterien für die Vergabe der Konzession überarbeiten, da diese zu einem signifikanten Anteil diskriminierend oder durch den zu unterstellenden Betriebsübergang irrelevant und somit ungeeignet sind (siehe Kap. 6.2).

Darüber hinaus ist es nicht zulässig, dass wie in der jetzigen Konzeption vorgesehen

- den Wettbewerbern Vattenfalls wesentliche betriebswirtschaftliche Daten vorenthalten werden, die zur Abgabe eines substantiellen Angebots erforderlich sind (siehe Kap. 6.3.1)
- Eignungskriterien so gefasst werden, dass sie von den Wettbewerbern Vattenfalls finanzielle Vorleistungen in erheblicher Größenordnung verlangen (siehe Kap. 6.3.2)

und somit im Ergebnis dessen durch die Vergabekonzeption der Altkonzessionär Vattenfall gegenüber allen anderen Bietern bevorteilt wird.

Da mit der derzeitigen Verfahrenskonzeption insgesamt ein faires, diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren nicht gewährleistet werden kann, muss diese neu ausgerichtet werden.

Andernfalls müsste das Land Berlin mit dem juristischen Vorgehen einzelner Bieter aufgrund der begangenen Rechtsverstöße rechnen.

Als Vorschlag für eine geeignete Konzeption des Konzessionierungsverfahrens geben wir Beispiele für alternative Wertungskriterien an, die einen Wettbewerb um

- die beste Erfüllung der Ziele Berlins
- das beste Konzept für Berlin
- die besten Köpfe für das Berliner Stromnetz ermöglichen (s. Kap. 8).

Sollten andererseits die Kriterien wie von uns befürchtet formuliert werden, dann kann das Land sie anschließend nicht im laufenden Verfahren abändern. Eine nachträgliche Änderung wäre unzulässig und führte dazu, dass das Verfahren abgebrochen und neu begonnen werden müsste. Dies kann nicht im Interesse des Landes liegen und sollte durch eine überarbeitete Vergabekonzeption vermieden werden.

2 Ausgangslage für das Verfahren und Zielsetzung der Stellungnahme

Die Konzession für den Betrieb des Stromverteilnetzes im Land Berlin läuft zum 31.12.2014 aus. Das Land Berlin – vertreten durch die Senatsverwaltung für Finanzen (SenFin) – hat deswegen ein Bieterverfahren für die Konzession in Gang gesetzt. Das Land muss die Konzession in einem diskriminierungsfreien und transparenten Verfahren vergeben. Die Vergabestelle bei SenFin hat diese Anforderungen im Verfahren sicherzustellen.

Bisheriger Konzessionsnehmer («Altkonzessionär») ist die Stromnetz Berlin GmbH, eine 100%-Tochtergesellschaft der Vattenfall GmbH. Die Stromnetz Berlin GmbH beschäftigt rund 150 Mitarbeiter und ist Eigentümerin und Betreiberin aller Anlagen des Berliner Stromverteilnetzes. Zusätzlich sind ca. 1.250 Mitarbeiter in sieben Tochtergesellschaften des Vattenfall-Konzerns für den Netzbetrieb tätig (vgl. Kap. 7.2).

Bewerber um das Stromnetz sind neben dem Altkonzessionär Stromnetz Berlin GmbH derzeit vier Wettbewerber:

- Alliander AG (deutsche Tochtergesellschaft des größten Niederländischen Netzbetreibers Alliander NV)
- Berlin Energie (LHO-Betrieb des Landes Berlin)
- BürgerEnergie Berlin eG (Bürgerenergiegenossenschaft)
- Thüga AG (Holding eines deutschen Stadtwerke-Verbunds).

Im Verfahren um die Stromkonzession steht nunmehr der 2. Verfahrensbrief bevor. Mit diesem werden den Bietern Informationen über die Bewertungskriterien und die jeweils maximal möglichen Bewertungspunkte zugehen, anhand derer über die Stromkonzession entschieden wird.

3 Methodische Vorbemerkung für die Kritik an der Vergabekonzeption des Landes

Im Verfahren haben die vom Land Berlin gewählten Auswahl- und Bewertungskriterien höchste Bedeutung: Das Land entscheidet anhand dieser Kriterien nach Zustimmung des Abgeordnetenhauses über den künftigen Partner Berlins.

Zur Gaskonzession wird ein paralleles Verfahren vom Land geführt. Dieses ist schon weiter fortgeschritten als das im Strom. Im Gas sind durch den 2. Verfahrensbrief das Bewertungssystem und der Kriterienkatalog für die Auswahl- und Bewertungskriterien bereits bekannt.

Zentrale Grundannahme dieser Stellungnahme der BürgerEnergie Berlin eG ist, dass die Vergabekonzeption und der Kriterienkatalog für das Stromnetz mit denen für das Gasnetz weitestgehend identisch sind.

Hierfür spricht eine hohe Wahrscheinlichkeit: In beiden Verfahren wird das Land Berlin von der Anwaltssozietät Becker Büttner Held betreut. Aus anderen Konzessionierungsverfahren – so z.B. im Verfahren für die Landeshauptstadt Stuttgart – ist bekannt, dass bei parallelen Verfahren im Strom und Gas die Anforderungen an die Bewerber praktisch identisch sind (wobei Unterschiede in den Verfahrensunterlagen lediglich in unterschiedlichen physikalischen Einheiten und entsprechenden im Netz verbauten Technologien liegen).

Wenn im Folgenden also von »den Vergabekriterien« die Rede ist, dann werden damit diejenigen Kriterien aus dem Vergabeverfahren Gas bezeichnet, von denen wir annehmen, dass sie analog auch im Strom gelten sollen.

Methodisch wird die Vergabekonzeption des Landes Berlin daran gemessen, ob sie

- die Bewerber um das Netz gleich behandelt oder diskriminiert (dies betrifft insbesondere die Bewertungskriterien)
- eine Vergabekonzeption gewählt hat, die einen Netzübergang vom Altkonzessionär zu einem der Wettbewerber tatsächlich zulässt (dies betrifft die Frage der Behandlung des Betriebsübergangs).

Rahmenbedingung für diese Stellungnahme und die Überprüfung der Vergabekonzeption ist die geltende Rechtsnorm. Relevant sind dabei insbesondere die Vorgaben für die Neuvergabe von Konzessionsverträgen nach § 46 des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) sowie das sog. Nebenleistungsverbot nach § 3 der Konzessionsabgabenverordnung (KAV). Hervorzuheben ist hier vor allem die Bindung der Bewertungskriterien an den Netzbezug im Rahmen der sog. §-1-Ziele des EnWG. Die Kommune hat jedoch darüber hinaus die Möglichkeit, weitergehende Ziele mit der Konzessionierung zu verfolgen, z.B. hinsichtlich der Umsetzung der Energiewende vor Ort (vgl. VG Oldenburg 1 B 3594/12 vom 17.07.2012, OVG Lüneburg 10 ME 88/12 vom 11.09.2013). In welchem Umfang sich diese Ziele in den Vergabekriterien niederschlagen dürfen, ist gegenwärtig noch nicht

abschließend geklärt, allerdings aktuell Gegenstand der juristischen Auseinandersetzung. Von hoher Relevanz – vor allem für die Ziele des Landes Berlin – ist in diesem Zusammenhang die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH KZR 65/12 und KZR 66/12 vom 17.12.2013) und dort insbesondere die noch ausstehende Urteilsbegründung. Bereits mit Verkündung des Urteils hatte der BGH darauf hingewiesen, dass es der Kommune freistehe, neben den §-1-EnWG-Zielen auch „sachgerechte Auswahlkriterien zu finden und zu gewichten, die einen Bezug zum Gegenstand des Konzessionsvertrags aufweisen“¹.

3.1 Überprüfung des Kriterienkatalogs auf Diskriminierungsfreiheit

Im Rahmen dieser Stellungnahme wird überprüft, ob die Auswahl- und Bewertungskriterien so abgefasst sind, dass sie einzelne Bewerber diskriminieren.

Ziel eines Konzessionsverfahrens ist der faire Wettbewerb ums Netz. Wesentliche Rechtsnormen für die Gestaltung des Verfahrens sind daher Diskriminierungsfreiheit und Transparenz des Verfahrens. Grundlage für diese Rechtsnorm sind die vom EuGH entwickelten sog. primärrechtlichen Grundsätze beim Umgang mit Dienstleistungskonzessionen.

- Diskriminierungsfreiheit bedeutet v.a., dass alle Bieter gleich behandelt werden; einzelne Bieter dürfen nicht gegenüber anderen bevorzugt oder benachteiligt werden
- Transparenz bedeutet v.a., dass die Anforderungen an die Angebote der Bieter und ihre Bewertung transparent sein müssen; werden z.B. Anforderungen an die Angebote der Bewerber formuliert, die sich nicht in den Wertungskriterien wiederfinden, dann ist die Bewertung nicht transparent.

Auch SenFin bekennt im 1. Verfahrensbrief Strom: »Das Land Berlin wird die Konzession für das Stromversorgungsnetz in einem diskriminierungsfreien und transparenten Verfahren vergeben« (S. 5). An diesem Anspruch ist der Kriterienkatalog des Landes zu messen.

¹ <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2013&Sort=3&nr=66266&pos=0&anz=206>

3.2 Überprüfung der Vergabekonzeption auf tatsächliche Durchführbarkeit des Netzübergangs

Ein Netzübergang zu einem neuen Konzessionär findet dann statt, wenn sich das Land Berlin nach Auswertung der Angebote der Bewerber ums Stromnetz dafür entscheidet, die Stromkonzession an einen der Wettbewerber von Vattenfall zu geben.

Bei einem Netz von der Größe Berlins ist dieser Netzübergang zwangsläufig mit einem Betriebsübergang verbunden.

Ein Betriebsübergang nach § 613 a BGB ist nach ständiger Rechtsprechung »der Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit« (EuGH, vom 12.02.2009 -C 466/07; BAG, Urteil vom 22.01.2009 – 8 AZR 158/07; Urteil vom 14.08.2007 – 8 AZR 803/06; Urteil vom 13.07.2006 – 8 AZR 331/05). Dementsprechend beinhaltet ein solcher Betriebsübergang das zum Unternehmen gehörenden Personal und sämtliche Betriebsmittel (Systeme, Infrastrukturen, Daten und sonstige Betriebsausstattung). Deshalb wird aufgezeigt, dass ein Betriebsübergang nicht nur das Netz und die direkt bei der Stromnetz Berlin GmbH ca. 150 angestellten Mitarbeiter umfassen kann. Ist im Folgenden von „Betriebsübergang“ im Hinblick auf Berlin die Rede, dann schließt dieser entsprechend sämtliche für den Betrieb des Berliner Stromnetzes erforderlichen Mitarbeiter und Betriebsmittel ein. Nach Angaben des Altkonzessionärs betrifft dies insgesamt ca. 1.400 Mitarbeiter in acht Tochtergesellschaften.

Da Mitarbeiter das grundsätzliche Recht haben, einem Betriebsübergang zu widersprechen, ist in der Praxis davon auszugehen, dass lediglich ein geringer Prozentsatz der Beschäftigten (<10%) nicht auf den neuen Konzessionär übergeht (s. Kap. 5.3).

4 Ziele des Landes Berlin für eine Neukonzessionierung und/oder Rekommunalisierung des Stromnetzes

Im 1. Verfahrensbrief Strom vom 26.03.2013 findet sich ein Katalog sowohl netzbezogener als auch deutlich weitergehender Ziele, welche das Land Berlin mit dem Verfahren erreichen will (S. 2 f.):

- Einflussnahme und Gestaltung der netzbezogenen örtlichen Energieversorgung
- Bestreben, eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Energieversorgung mit Strom zu gewährleisten
- Aktive Mitgestaltung der Energiewende
- Unterstützung der Klimaschutzstrategie durch die Netzinfrastruktur
- Verbindung mit den Zielen Klimaschutz, Energieeffizienz und Nachhaltigkeit der Energieversorgung, auch im Hinblick auf kommunalwirtschaftliche Aspekte
- Beitrag Berlins als »Speicherstadt« zur ökologischen Energieversorgung der Bundesrepublik
- Partnerschaftliche Zusammenarbeit zwischen dem Land und dem Konzessionär im Hinblick auf Versorgungssicherheit, Netzausbau, Infrastrukturmaßnahmen, Erhaltungs- und Investitionsmaßnahmen unter Berücksichtigung der kommunalen Planungshoheit
- Diskussion und ggf. Berücksichtigung bürgerschaftlicher Partizipationsmodelle seitens des Landes Berlin.

Bereits hier sei darauf hingewiesen, dass sich von diesen acht Gruppen von Zielen lediglich vier in den Wertungskriterien wiederfinden. Gleichwohl wird als ausdrückliche Erwartung des Landes an die Angebote der Bewerber formuliert: »ambitionierte Angebote, insb. konkrete Zusagen zum Erreichen der Ziele zur Umsetzung der Energiewende, Versorgungssicherheit sowie wirtschaftlich optimalen Leistungserbringung« (S. 4).

5 Besonderheiten des Berliner Stromnetzes

Das Land Berlin mit ca. 3,4 Mio. Einwohnern und einem Stromnetz von gut 35.000 Kilometern Länge ist das größte Konzessionsgebiet Deutschlands.

Die Diskussion um Konzessionsvergaben, Netzübernahmen, Rekommunalisierungen usw. hat es in Deutschland bislang ausschließlich mit Netzen zu tun, die um ein Vielfaches kleiner sind als das Berliner Netz. Eine Ausnahme bildet dabei das Hamburger Netz, das in seiner Größe etwa zwei Dritteln des Berliner Netzes entspricht.

Konzeption und Kriterien für die Konzessionsvergabe, die für den Übergang deutlich kleinerer Netze und im Rahmen von (im Vergleich zu Berlin) »kleinstädtischen« Verfahren entwickelt wurden, versagen in Berlin.

5.1 Merkmale »kleinstädtischer« Konzessionsverfahren

Wird in solchen »kleinstädtischen« Verfahren ein Netz übernommen, dann folgt diese Übernahme zumeist dem folgenden Muster: Beim Wechsel des Konzessionärs wird ein örtliches Netz aus einem größeren Regionalnetz herausgelöst (z.B. das Netz einer 20.000-Einwohner-Stadt aus einem Regionalnetz, das 1,5 Mio. Einwohner versorgt). Für die Mitarbeiter des regionalen Stromnetzbetreibers, die das kleine, örtliche Netz bislang mitbetrieben haben, ist damit ein Betriebsübergang meistens nicht verbunden. Dies liegt daran, dass eine eindeutige Zuordnung überregional tätiger Mitarbeiter zum örtlichen Netzbetrieb nicht gegeben ist oder die Mitarbeiter im Regionalnetz anderweitig eingesetzt oder im Rahmen natürlicher Fluktuation abgebaut werden können.

Im Konzessionsverfahren wählt die Kommune anhand von Wertungskriterien denjenigen Bewerber aus, den sie am geeignetsten hält, um ihr örtliches Netz zu betreiben. Entscheidet sie sich dabei nicht für den Altkonzessionär, führt dies im Ergebnis entweder zu einer Neukonzessionierung oder einer Rekommunalisierung.

- Bei einer Neukonzessionierung geht es um den Abschluss eines neuen Konzessionsvertrages mit einem neuen Netzbetreiber für das örtliche Netz. Die Bewerber für eine Neukonzessionierung sind i.d.R. Netzbetreiber aus der Region oder überörtlich tätige Unternehmen. Meistens ist das ursprüngliche Netzgebiet des Bieters größer als das neu hinzugewonnene. Im Rahmen des Verfahrens muss der Bewerber darstellen, wie er mit seinem bereits vorhanden Personal das neue Netz mitbetreibt oder mit einer zu errichtenden neuen Betriebsstätte vor Ort den künftigen Netzbetrieb quasi »auf der Grünen Wiese« neu aufbaut. Dafür werden wesentliche Kennzahlen seines eigenen Netzbetriebs herangezogen, um seine Eignung für den ausgeschriebenen Netzbetrieb zu plausibilisieren.

- Auch der Träger eines Rekommunalisierungsvorhabens muss nachweisen, wie der Betrieb des örtlichen Netzes sichergestellt werden soll. Da oft vom Altkonzessionär nur wenig Strukturen übergehen, muss die kommunale Netzgesellschaft i.d.R. vor Ort »auf der Grünen Wiese« neu gegründet werden. In den meisten Fällen wählt die Kommune daher einen strategischen Partner aus, um die Anforderungen mit dessen Hilfe zu erfüllen.
Folglich richten sich wesentliche Anforderungen im Verfahren auf den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Partners bzw. der Kooperationsgesellschaft als künftiger örtlicher Netzbetreiber. Der Partner muss nachweisen, dass er in der Lage ist, den Netzbetrieb durchzuführen, d.h. er muss von seinen Erfahrungen und Kompetenzen im Netzbetrieb ausgehend darstellen, mit welcher Personal- und Sachausstattung er den Netzbetrieb gewährleisten will. Dazu gehört auch, wie viel möglicherweise bereits vor Ort vorhandenes Personal er einsetzt bzw. wie viele neue Stellen für den Netzbetrieb er vor Ort schafft usw., kurzum: wie er sicherstellen will, dass die neue Netzgesellschaft voll funktionsfähig ist.

In diesen typischen »kleinstädtischen« Verfahren kommt der Bewerber um das Netz bzw. um die Partnerschaft mit der Kommune von außerhalb. Die Kommune, welche die Konzession vergibt, muss sich folglich ein Bild von seiner Leistungsfähigkeit als Neukonzessionär oder künftigen Partner für eine Rekommunalisierung machen. Deshalb hat die Kommune ein vitales Interesse daran, dass jeder der Bieter im Verfahren seine personelle, technische und wirtschaftliche Eignung nachweist, auf welche Weise er das Netz übernehmen und betreiben will bzw. wie er die neue Netzgesellschaft »auf der Grünen Wiese« aufstellen wird.

Aufgrund dessen werden in den »kleinstädtischen« Verfahren von einem Wettbewerber des Altkonzessionärs Nachweise gefordert, wie bspw.

- technische Leistungsfähigkeit (Erfahrungen im Netzbetrieb, Netzbewirtschaftungskonzept u.a.)
- Personal- und Sachausstattung des Netzbetreibers (bspw. Anzahl und Qualifikation des Personals, Betriebsstätten, Sonderfahrzeuge)
- Gewährleistung der Störungsbeseitigung an 365 Tagen des Jahres über 24 Stunden (Leitwarte, Rufbereitschaft u.a.)
- Betrieb eines Kundencenters für die Netzkunden (Anzahl, Standort, Verteilung im Konzessionsgebiet, Öffnungszeiten)
- Sicherstellung definierter Kundenservicestandards
- Nutzung vorhandener Potenziale zur Steigerung der Effizienz, z.B. durch die Nutzung von Synergieeffekten
- SAIDI-Wert als Messgröße für die Versorgungssicherheit (der System Average Interruption Duration Index misst die durchschnittliche Ausfallzeit pro Netzkunde und Jahr).

Hinsichtlich der Anforderungen an die Bewerber gibt es bundesweit eine hohe Übereinstimmung in den Verfahren. Dies um so mehr, als i.d.R. die darauf spezialisierten juristischen Berater der Kommunen in vielen gleichartigen Verfahren tätig sind und hier – im guten Sinne – gültige Verfahrensstandards etablieren.

Das Land Berlin betreibt das Verfahren um das Berliner Stromnetz auch von der Fiktion ausgehend, dass der neue Konzessionsnehmer ebenso wie in einer Kleinstadt den Netzbetrieb »auf der Grünen Wiese« aufbauen muss. Dazu soll er seine Kompetenz nachweisen – genauso, wie dies in einem »kleinstädtischen Verfahren« gehandhabt werden würde. In Berlin ist die Situation allerdings eine gänzlich andere, die eine andere Vergabekonzeption erfordert.

5.2 Die Einzigartigkeit des Berliner Stromnetzes

Den Berliner Kennzahlen des Stromnetzes sind in der folgenden Tabelle die Angaben aus der 100.000-Einwohner-Stadt Iserlohn zum Vergleich gegenüber gestellt.

Kennzahlen	Einheit	Land Berlin ²	Zum Vergleich: Stadt Iserlohn ³
Versorgte Einwohner	Anzahl in 1.000	3.400	100
Netzkunden	Anzahl in 1.000	2.300	65
Netzlänge	km	35.381	1.305
Versorgte Fläche	qkm	892	32
Entnommene Jahresarbeit	GWh	14.108	578
Mitarbeiter im Stromnetz	Anzahl ca. (Vollzeitstellen)	1.400	50

Dass die Situation des Netzbetreibers in Berlin nicht mit der eines kleinstädtischen Netzbetreibers vergleichbar ist, veranschaulicht u.a. die Größenordnung des Personalbedarfs. Ausweislich eigener Angaben von Vattenfall erfolgt der Stromnetzbetrieb in Berlin mit ca. 1.400 Mitarbeitern. Zum Vergleich zwei Beispiele aus kleineren Städten: In Iserlohn erfolgt der Stromnetzbetrieb mit 46 Mitarbeitern, in der 200.000-Einwohner-Stadt Rostock mit 79 Mitarbeitern. Diese Personalzahlen sind von den Berliner Größenordnungen des Personalbedarfs weit entfernt.

2 Quelle: Vattenfall Technische Daten Stromverteilnetz Berlin vom 09.12.2011, nach: <http://www.berlin.de/sen/finanzen/vermoe-gen/downloads/artikel.7376.php>

3 Quelle: Netzstrukturdaten Iserlohn mit Nachbargemeinden, vgl. <http://www.stadtwerke-iserlohn.de>, Werte gerundet

5.3 Netzübergang ohne Betriebsübergang in Berlin unmöglich

In »kleinstädtischen« Verfahren geht es beim Übergang eines Netzes um zu ersetzendes Personal in der Größenordnung von wenigen Dutzend Mitarbeitern, die z.T. vom erfolgreichen Bewerber um das Netz gestellt, z.T. am Personalmarkt akquiriert werden. Dies ist in Berlin nicht möglich. Kein Unternehmen, das im deutschen Energiemarkt tätig ist, ist in der Lage

- mit eigenem Personal 1.400 Mitarbeiter Vattenfalls zu substituieren
- 1.400 Mitarbeiter für den Netzbetrieb am Arbeitsmarkt zu rekrutieren
- einen Dienstleister zu finden, der in der Lage ist, einen funktionierenden Netzbetrieb mit von ihm gestellten 1.400 Mitarbeitern sicherzustellen.

Der Betrieb des Berliner Stromnetzes kann also technisch nicht wie in einer kleineren Stadt „auf der Grünen Wiese“ aufgebaut werden. Stattdessen ist der Übergang des Stromnetzes auf einen neuen Betreiber in Berlin faktisch nur mit Hilfe eines Betriebsübergangs, also eines Überganges aller für den Netzbetrieb benötigten Vattenfall-Mitarbeiter und Betriebsmittel, möglich. Jedes andere Vorgehen wäre im Hinblick auf die Versorgungssicherheit der Stadt, die stets oberste Priorität haben muss, schlicht fahrlässig.

5.4 Hamburg zeigt den Netzübergang in der Großstadt in der Praxis

In Hamburg – mit ca. 1,8 Mio. Einwohnern von der Bevölkerung her etwa halb so groß wie Berlin – lässt sich derzeit beobachten, wie der Eigentümerwechsel des Stromnetzes in einer Großstadt in der Praxis ablaufen muss.

Als Reaktion auf einen erfolgreichen Volksentscheid zur Rekommunalisierung der Hamburger Energienetze im September 2013 hat Freie und Hansestadt Hamburg eine 100%-Tochtergesellschaft – die Hamburger HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement GmbH – mit dem vollständigen Erwerb der Anteile an den Hamburger Netzgesellschaften beauftragt. Formal übernimmt die HGV, die bereits mit 25,1% an den Hamburger Netzgesellschaften beteiligt ist, die restlichen Anteile, die bis dahin zum Vattenfall-Konzern gehörten. Die Stromnetzgesellschaft, die dann mittelbar zu 100% Hamburg gehört, muss sich anschließend um die Stromkonzession bewerben. Es bleibt aber nicht beim Erwerb der Netzgesellschaft, sondern es werden auch das Personal und die Betriebsmittel in den bislang zum Netzbetrieb eingesetzten Vattenfall-Servicegesellschaften einbezogen.

In gleichgerichteten Pressemitteilungen⁴ haben sowohl die Stadt Hamburg als auch Vattenfall über die Grundzüge der Einigung berichtet, die den Verkauf der Hamburger Netzgesellschaft an die HGV sowie einen Übergang aller für den Hamburger Stromnetzbetrieb tätigen Mitarbeiter und nötigen Betriebsmittel vorsieht:

- Konzerneinheiten Vattenfalls, die übergreifend für die Netze in Hamburg und Berlin tätig sind, werden aufgeteilt, damit die für Hamburg tätigen Teile der Vattenfall Europe Netzservice GmbH und Vattenfall Europe Metering GmbH von Hamburg übernommen werden können
- Weitere Mitarbeiter aus den Vattenfall-Servicegesellschaften für Abrechnung, Kundendienst, IT sowie andere Serviceleistungen werden ebenfalls von Hamburg übernommen
- Des Weiteren ist davon auszugehen, dass die erforderlichen IT-Systeme, Infrastrukturen und die Betriebsausstattung ebenfalls übergehen, da sie die erforderlichen Betriebsmittel für den Stromnetzbetrieb darstellen
- Hamburg erhält damit ein funktionierendes Unternehmen, das alle erforderlichen Funktionen und Kernprozesse einer Netzgesellschaft wahrnehmen kann.

Die Hamburger Vereinbarung zwischen HGV und Vattenfall demonstriert den Ablauf eines großstädtischen Netzübergangs: Nach entsprechender organisatorischer Zuordnung der Mitarbeiter durch Vattenfall findet ein Betriebsübergang statt, der das gesamte für den Stromnetzbetrieb tätige Personal sowie alle Systeme etc. einschließt. Anders wäre der verlässliche Stromnetzbetrieb für 1,8 Mio. Einwohner nicht zu gewährleisten.

⁴ <http://www.hamburg.de/pressearchiv-fhh/4251684/2014-01-16-rueckkauf-netze.html>;
<http://corporate.vattenfall.de/newsroom/pressemeldungen/2014/hgv-und-vattenfall-einigen-sich-uber-netzkauf/>

6 Kritik an der Vergabekonzeption des Landes Berlin

Die grundsätzliche Kritik an der Vergabekonzeption des Landes Berlin lässt sich an folgenden wesentlichen Verfahrensmängeln festmachen:

- Die faktische Notwendigkeit des Betriebsübergangs wird vom Land in seiner Vergabekonzeption nicht berücksichtigt
- Es werden Wertungskriterien aufgestellt, die diskriminierend oder irrelevant sind
- Den Wettbewerbern Vattenfalls werden zentrale betriebswirtschaftliche Daten vorenthalten, die zur Abgabe eines substantziellen Angebots erforderlich sind
- Eignungskriterien sind so abgefasst, dass sie von den Wettbewerbern Vattenfalls finanzielle Vorleistungen in erheblicher Größenordnung verlangen
- Einzelne Bieter, die sowohl am Verfahren um die Stromkonzession als auch am Verfahren um die Gaskonzession teilnehmen, werden bevorteilt, weil sie einen Informationsvorsprung haben gegenüber den Bewerbern, die nur für Strom bieten.

6.1 Vergabekonzeption lässt Betriebsübergang unberücksichtigt

Der Übergang des Berliner Netzes lässt sich nur mit Hilfe eines Betriebsübergangs der für den Netzbetrieb erforderlichen Mitarbeiter und Betriebsmittel gewährleisten. Diese Tatsache wird in der Verfahrenskonzeption des Landes nicht berücksichtigt. Vielmehr verlangt das Verfahren von den Wettbewerbern Vattenfalls, den Nachweis über das Vorhandensein eigener Ressourcen für den Stromnetzbetrieb – insbesondere Personal, Betriebsstätten, Fuhrpark, Kundencenter usw. – zu führen. Dies erzwingt den Aufbau von Redundanzen, die auf Grund des Betriebsübergangs schlichtweg überflüssig sind und mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit niemals in Anspruch genommen werden. Dennoch misst das Land Berlin diesen redundanten Ressourcen in seiner Verfahrenskonzeption erhebliche Bedeutung bei und erhebt diese zum Bewertungsmaßstab.

Der Nachweis eigener Ressourcen für den Netzbetrieb bedeutet für alle Wettbewerber Vattenfalls darüber hinaus auch hohe Kosten für den Aufbau redundanter Strukturen. So sollen beispielsweise Nachweise über Miet(vor)verträge für Betriebsstätten, Fahrzeug-Leasingverträge, den Aufbau einer Kundenservice-Struktur oder ein zertifiziertes Umweltmanagementsystem geführt werden, obwohl realistischere vom Übergang dieser beim Altkonzessionär bereits bestehenden Strukturen auf den neuen Netzbetreiber auszugehen ist. Daraus ergeben sich diskriminierende Wirkungen in den Anforderungen an die Wettbewerber Vattenfalls. Diese Kosten fallen beim Altkonzessionär Vattenfall nicht an, diesem erwächst hieraus gegenüber allen anderen Bietern entsprechend ein Wettbewerbsvorteil.

Ein diskriminierungsfreies Verfahren ist nur dann gegeben, wenn alle Wettbewerber von Vattenfall im Verfahren davon ausgehen können, dass im Falle des Konzessionsgewinns ein Betriebsübergang stattfindet.

Rechtlich gesehen beurteilt sich der Personalübergang nach § 613a BGB. Bislang wird in der öffentlichen Diskussion in Berlin regelmäßig davon ausgegangen, dass hiervon nur diese Mitarbeiter umfasst sind, die bei der Netz-Tochter Stromnetz Berlin GmbH angestellt sind. Die Auftrennung in das „Stammpersonal“ bei der „Stromnetz Berlin GmbH“ einerseits und den vielen Mitarbeitern in sieben Servicegesellschaften im Vattenfall-Konzern andererseits soll dazu führen, dass § 613a BGB nur für eine Minderheit von ca. 150 der insgesamt ca. 1400 Mitarbeitern eingreift. Diese Frage ist derzeit allerdings noch nicht abschließend geklärt. Was die Betriebsmittel angeht, wird hervorgehoben, dass lediglich das asset „Netz“ von § 46 EnWG erfasst sei und – anders als bei einem sog. share-deal – die Sachgegenstände und Vertragsbeziehungen der beteiligten Tochterunternehmen außen vor bleiben.

Da jedoch ein Betriebsübergang aller Mitarbeiter und Betriebsmittel technisch notwendig ist, um die Versorgungssicherheit beim Übergang des Netzes auf einen neuen Betreiber gewährleisten zu können (vgl. Kap. 5.3), ist dieser vom Land Berlin im Konzessionsverfahren jedenfalls faktisch zu unterstellen. Andernfalls würde vom Verfahren eine prohibitive Wirkung auf den Konzessionärswechsel ausgehen.

Dieser faktisch zu unterstellende Betriebsübergang sollte im Vergabeverfahren durch einen durch das Land Berlin definierten und auf den neuen Konzessionär übergehenden Mindestbestand an Personal und Betriebsmitteln dargestellt werden. Da Mitarbeiter das grundsätzliche Recht haben, einem Betriebsübergang zu widersprechen, sollte dieser Bestand realistischerweise mindestens 90% der erforderlichen Mitarbeiter und entsprechend der Systeme, Infrastrukturen und sonstigen Betriebsmittel einschließen.

Eine neugestaltete Vergabekonzeption verlangt also, ein summarisches Verzeichnis zu erstellen, welcher Bestand an Personal, Sachmitteln, Büroflächen etc. im Konzessionsvergabeverfahren zu unterstellen ist, sei es weil

- er tatsächlich erforderlich ist
- er rechtlich notwendig übergeht oder
- er von Vattenfall organisatorisch zusammengeführt wird.

Dieser Bestand muss dann jedem Bieter im Verfahren zur Verfügung stehen. Davon ausgehend erstellen die Bieter ihre Angebote im Wettbewerb um die Konzessionierung bzw. die Gründung einer Kooperationsgesellschaft mit dem Land.

Um den zu unterstellenden Betriebsübergang im Verfahren abbilden zu können, sollte das Land Berlin vom Altkonzessionär Vattenfall die Zusage verlangen, dass dieser den Betriebsübergang ermöglichen wird und dies zu einem Preis geschieht, der im Regulierungssystem amortisierbar ist.

6.2 Ungeeignete Kriterien für die Entscheidung über den künftigen Partner des Landes

Ein Teil der Wertungskriterien ist so formuliert, dass sie irrelevant sind oder die Wettbewerber Vattenfalls diskriminieren. Dies gilt für wesentliche Anforderungen im Konzessionierungsverfahren und eingeschränkt auch für die Kooperationsentscheidung.

6.2.1 Kriterienkatalog für das Konzessionierungsverfahren

Das Land Berlin hat im 2. Verfahrensbrief Gas einen Katalog von Auswahl- und Bewertungskriterien aufgestellt, um die Angebote der Bieter in ihrem Nutzen für das Land einschätzen zu können. Dies wird bereits mit Abgabe der Indikativen Angebote erfolgen, um ggf. das Bieterfeld zu verengen. Deshalb kommt dem Kriterienkatalog bereits beim Indikativen Angebot vorentscheidende Bedeutung für die Auswahl des Partners zu: »Das Land Berlin wird die Entscheidung über die Konzessionsvergabe auf der Grundlage dieser Kriterien treffen« (2. VFB Gas, S. 5).

Nachfolgend wird der Kriterienkatalog für den Konzessionsteil und den Kooperationsteil auf seine Eignung für das Verfahren untersucht. Bei kritischer Würdigung der Kriterien und Unterkriterien geht es vorrangig um die Frage: Sind diese geeignet, um ein diskriminierungsfreies, transparentes Verfahren zu führen?

Bei der Untersuchung des Kriterienkatalogs werden folgende Fälle unterschieden:

- »Wettbewerbsrelevant« = Dieses Kriterium ist so formuliert, dass hierzu im Rahmen des rechtlich Zulässigen ein echter Bieterwettbewerb stattfinden kann, weil die Art des Kriteriums eine Differenzierung der Bieter hinsichtlich ihrer Angebotsinhalte erlaubt
- »Betriebsübergang« = Die Anforderung des Kriteriums wird durch den faktisch zu unterstellenden Betriebsübergang auf den Neukonzessionär sichergestellt, insbesondere die erforderliche personelle und sachliche Ausstattung für den Netzbetrieb
- »Diskriminierend« = Das Kriterium bevorteilt den Altkonzessionär bzw. benachteiligt die Wettbewerber Vattenfalls.
- »Irrelevant« = Das Kriterium ist ungeeignet, z.B. weil es für die Anforderungen des Landes nicht passt oder weil es ohnehin gängiger Praxis in Konzessionsverfahren entspricht (d.h. jeder Bieter wird es zwangsläufig erfüllen) etc..

Vier Beispiele für die Kategorisierung von Wertungskriterien sollen als Verständnishilfe für die nachfolgende Tabelle dienen:

- Wettbewerbsrelevant: Das Kriterium »Absicherung von Bürgerbeteiligungen, z.B. Netzbeirat, Bürger- oder Beteiligungsforen« ist wettbewerbsrelevant, weil sich hier die Bieter in der Tat dahingehend voneinander differenzieren können, in welcher Form und in welchem Umfang sie die vom Land gewollte Bürgerbeteiligung umsetzen werden.

- Betriebsübergang: Das Kriterium »Personalausstattung und Standortkonzept« ist zur Differenzierung zwischen den Bietern ungeeignet, denn durch den faktisch zu unterstellenden Betriebsübergang sind das Personal, welches heute das Netz betreibt, sowie die erforderlichen Betriebsmittel bereits vorhanden. Insofern sind auch Kriterien wie Sachausstattung, Räumlichkeiten, Fuhrpark, IT etc. zur Differenzierung zwischen den Bewerbern ungeeignet. Hier von den Bewerbern zu verlangen, für die Bewertbarkeit der Eignung im Verfahren eigene Redundanzen aufzubauen, ist angesichts des faktisch zu unterstellenden Betriebsübergangs überflüssig und – auf Grund der den Wettbewerbern Vattenfalls hierfür entstehenden hohen Kosten – auch diskriminierend.

- Diskriminierend: Das Kriterium »Entfernung umweltschädlicher Stoffe aus den bestehenden Anlagen« setzt voraus, diese Anlagen zu kennen. Vor der Netzübernahme ist dies aber allein dem Altkonzessionär möglich. Nur er kann genaue Angaben zu den bestehenden Anlagen machen und erklären, welche umweltschädlichen Stoffe in den vorhandenen Anlagen er wie entfernen will. Die Wettbewerber können hierzu lediglich allgemein gehaltene Absichtserklärungen abgeben. Da im Vergleich der Angebote bei der Bewertung üblicherweise auch der Konkretisierungsgrad und die Verbindlichkeit der Zusicherungen eines Bieters bewertet werden, hat der Altkonzessionär hier einen klaren Vorteil.

- Irrelevant: Die Zahlung der nach der KAV höchstzulässigen Konzessionsabgabe bspw. ist als Kriterium ungeeignet. Steuern und Abgaben (wie Stromsteuer, EEG-Umlage, Konzessionsabgabe usw.) sind Rechnungsbestandteil beim Endkunden und werden von diesem gezahlt. Der Netzbetreiber erhält die Konzessionsabgabe (KA) vom Energielieferanten »durchgereicht« und führt sie an die Kommune ab. Da ihn die KA nicht belastet und Angaben über eine geringere als die höchstzulässige Konzessionsabgabe Wertungspunkte kosten würde, wird folglich keiner der Wettbewerber dem Land eine geringere Konzessionsabgabe anbieten (eine höhere als die höchstzulässige KA darf er ohnehin nicht anbieten). Das Kriterium ist folglich für eine Differenzierung der Bieter irrelevant. Ebenso irrelevant ist es, den in »kleinstädtischen« Verfahren üblichen Vergleich der durchschnittlichen Ausfallzeiten pro Jahr und Kunde (den sog. SAIDI-Wert) im Heimatnetz des Bewerbers zum Beleg für die technische Leistungsfähigkeit im neuen Netz heranzuziehen, da sich das Heimatnetz und das Berliner Netz zu sehr unterscheiden, als dass dieser Wert fürs Berliner Netz aussagefähig wäre.

Dies vorausgeschickt, werden nachfolgend die Wertungskriterien und Unterkriterien einer kritischen Würdigung unterzogen.

Die zu allen Kriterien für die Konzessionsvergabe geforderten Möglichkeiten für das Land, auf die Erreichung der Zusagen des Bieters hinzuwirken, die Einhaltung zu überwachen und ggf. Sanktionsmöglichkeiten zu nutzen, wird hierbei nur einmal angeführt, da sich diese Forderungen bei allen Kriterien wiederholen.

Dort, wo es auf Grund der technischen und physikalischen Unterschiede zwischen Strom und Gas Anpassungen der Formulierungen geben wird, wurden die Inhalte aus ähnlichen Verfahren übernommen und sind hier mit einem »*« gekennzeichnet.

Dort, wo sich keine Angaben aus den Unterlagen zum Gasverfahren herleiten ließen, ist dies mit »...« bezeichnet.

Wertungskriterium	Punkte	Kommentar	Erläuterung
Umfang/Qualität der Wegenutzung	10		
Regelung zu den eingeräumten Wegenutzungsrechten		Irrelevant	Hierzu gibt es quasi einen Marktstandard in den Verträgen; die bislang strittige Frage gemischt genutzter Leitungen ist rechtlich entschieden

Wertungskriterium	Punkte	Kommentar	Erläuterung
Sicherheit des Netzbetriebs und Qualität des Netzes	50		
Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Konzessionärs – Finanzkraft des Unternehmens (Zugang zu Eigen- und Fremdkapital) – Bilanzstruktur, Rücklagen		Diskriminierend	Siehe dazu ausführlich Kap. 6.3.2
Erfahrungen im Stromnetzbetrieb		Betriebsübergang	Personal und Infrastruktur für den Stromnetzbetrieb sind durch den zu unterstellenden Betriebsübergang vorhanden
Technische Leistungsfähigkeit des Netzbetreibers		Betriebsübergang	Dito
Regelungen zur allgemeinen Betriebs- und Anschlusspflicht		Betriebsübergang	Diese wird unverändert ggü. heutiger Praxis sein
Ausstattung/Ausstattungskonzept des Netzbetreibers – Personalausstattung (Personal- und Standortkonzept) – Reduzierung von Ausfallzeiten, Prüfungs- und Wartungsintervalle, Standards – Erhaltungs- und Ausbauinvestitionen, die sich auf die Versorgungssicherheit auswirken – Absicherung, dass und wie der Bieter das Stromversorgungsnetz sicher betreiben wird – Zusagen zur Verbesserung der Qualität der Netze – Langfristige Investitionsstrategie		Betriebsübergang Diskriminierend Diskriminierend Diskriminierend Diskriminierend	Personal und Standorte für den Netzbetrieb sind aufgrund des zu unerstellenden Betriebsübergangs vorhanden Kann auf Basis Ist-Netz nur vom Altkonzessionär beantwortet werden Dito Dito Dito
Möglichkeit des Landes Berlin, auf die Erreichung der Zusagen zur Sicherheit und Zuverlässigkeit des Netzbetriebs und zur Qualität des Netzes hinzuwirken		Wettbewerbsrelevant	Wettbewerbliche Differenzierung der Bieter durch unterschiedliche Konzepte zugunsten des Landes möglich
Möglichkeit des Landes Berlin, die Einhaltung der Zusagen zu überwachen		Wettbewerbsrelevant	Dito
Sanktionsmöglichkeiten des Landes Berlin für den Fall, dass die Zusagen nicht eingehalten werden		Wettbewerbsrelevant	Dito

Wertungskriterium	Punkte	Kommentar	Erläuterung
Verbraucherfreundlicher Netzbetrieb	40		
Gewährleistung der Störungsbeseitigung an 365 Tagen des Jahres über 24 Stunden, Reaktionszeiten bei der Störungsbeseitigung		Betriebsübergang	Die Kontinuität der bestehenden Betriebsorganisation wird durch den zu unterstellenden Betriebsübergang sichergestellt
Telefon- und Internetservice an 365 Tagen des Jahres über 24 Stunden		Betriebsübergang	Dito
Kundenservicestandards, Kundencenter (Anzahl, Verteilung im Netzgebiet, Öffnungszeiten), Beratungsumfang gegenüber Netznutzern, Beschwerdemanagement		Betriebsübergang, tlw. diskriminierend	Dito; Angaben zu Verbesserungen des Beratungsumfangs und des Beschwerdemanagements sind ohne Kenntnis des heutigen Leistungsumfangs nicht substantiell leistbar
Absicherung von Bürgerbeteiligungen, z.B. Netzbeirat, Bürger- oder Beteiligungsforen		Wettbewerbsrelevant	Wettbewerbliche Differenzierung der Bieter durch unterschiedliche Konzepte

Wertungskriterium	Punkte	Kommentar	Erläuterung
Umweltverträglicher Netzbetrieb/ netzbezogener Beitrag zum Ausbau der erneuerbaren Energien	40		
Schaffung/Gewährleistung der netztechnischen Voraussetzungen zum Netzausbau und Netzanschluss für – die dezentrale Einspeisung von Elektrizität aus erneuerbaren Energien und Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen* – die Koordinierung und Steuerung von Stromerzeugung und Verbrauch (smart grid, smart meter)*		Wettbewerbsrelevant	Hierbei können sich die Bieter wettbewerblich differenzieren, indem sie zukunftsweisende Betriebskonzepte darstellen, welche die neuen Anforderungen auf Grund der zunehmenden dezentrale Einspeisung ins Stromnetz berücksichtigen, unter Einsatz von Smart Grid, virtuellen Kraftwerken, Smart Meter u.a.
Schaffung/Gewährleistung von Energieeffizienz und Einsatz neuer Technologien, z.B. – Netztechnische Koordinierung und Steuerung von Elektrizitätserzeugung und Verbrauch – ...		Wettbewerbsrelevant	Auch hier sind Betriebskonzepte zur Synchronisation von Angebot und Nachfrage, insbesondere auf Grund des volatilen Dargebots erneuerbarer Energien gefordert.
Eingehung von Klima- und Umweltschutzverpflichtungen, z.B. – Verwendung umweltschonender Materialien und Energieträger – Ökologische Verwertung und Entsorgung von Abfallstoffen – Entfernung umweltschädlicher Stoffe aus den bestehenden Anlagen – Umweltfreundlichkeit des Fuhrparks sowie eingesetzter Baumaschinen		Diskriminierend bzw. irrelevant	Einige Punkte kann nur der Altkonzessionär qualifiziert beantworten, so dass Wettbewerber nur Absichtserklärungen äußern könnten (dies aber alles in Unkenntnis bestehender betrieblicher Standards des derzeitigen Netzbetreibers)
Schonung von Bäumen bei der Verlegung von Leitungen		Wettbewerbsrelevant	Die Verpflichtung auf Baumschutz- und evtl. Ausgleichsmaßnahmen erlaubt eine wettbewerbliche Differenzierung
Investitionen zur Anpassung des Netzes an die v.g. Anforderungen		Diskriminierend	Qualifizierte Aussage ist nur dem Altkonzessionär möglich
Langfristige Investitionsstrategie		Wettbewerbsrelevant	Differenzierung der Bieter durch unterschiedliche Konzepte ist möglich, allerdings ohne konkreten Bezug auf das Ist-Netz, da die übermittelten Daten dies nicht zulassen
Zertifiziertes Umweltmanagementsystem (z.B. gem. DIN EN ISO 14001)		Betriebsübergang	Die Stromnetz Berlin GmbH verweist im Geschäftsbericht 2012 darauf, dass ein unternehmensweites Umweltmanagementsystem eingeführt wurde. Durch den zu unterstellenden Betriebsübergang geht dieses auf den Neukonzessionär über

Wertungskriterium	Punkte	Kommentar	Erläuterung
Baumaßnahmen	25		
Erbringung von Baumaßnahmen (Abstimmung, z.B. Zusagen zum Verfahren, zur Verminderung von Beeinträchtigungen des Verkehrs), Qualitätsstandard für wiederhergestellte Oberflächen, Bauwerke usw., Gewährleistungsfrist für wiederhergestellte Flächen und Bauwerke/Besichtigung wiederhergestellter Oberflächen und Bauwerke vor dem Ablauf der Gewährleistungsfrist und Berichtspflicht		Wettbewerbsrelevant	Hierbei können sich die Bieter wettbewerblich differenzieren, indem sie z.B. Fristen zugunsten des Landes verändern, Abstimmungs- oder Genehmigungspflichten vorschlagen etc.
Folgepflichten und Folgekosten		Wettbewerbsrelevant	In »kleinstädtischen« Verfahren sind »Folgekosten o« zunehmend Marktstandard; auf Grund der Größe des Berliner Netzes müssen die Bieter hierzu eigene Abschätzungen zu den übernommenen Kosten treffen.
Verfahren für stillgelegte Anlagen		Wettbewerbsrelevant	Differenzierung z.B. auf Grund von Fristen möglich; es geht immer nur um dauerhaft stillgelegte Anlagen
Umgang mit oberirdischen Anlagen		Wettbewerbsrelevant	Differenzierung durch Einbezug und Anforderungen an die Beseitigung möglich
Bereitschaft zur Verlegung von Leerrohren		Irrelevant	Hierzu gibt es seit 2012 den Leitfaden der BNetzA zu »Mitverlegung von Glasfaserkabeln oder Leerrohren für den Telekommunikationsbreitbandbetrieb im Rahmen notwendiger Verlegung von Stromleitungen«. Hierin sind regulierungsrechtliche Kostenschlüsselungsgrundsätze gem. StromNEV aufgeführt. Darüber hinausgehende unentgeltliche Leistungen für das Land unterliegen dem Nebenleistungsverbot nach § 3 KAV.

Wertungskriterium	Punkte	Kommentar	Erläuterung
Wegenutzungsentgelte und sonstige zulässige Leistungen nach § 3 KAV	40		
Zahlung der nach der KAV höchstzulässigen Konzessionsabgabe, Abrechnung der Konzessionsabgabe		Irrelevant, tlw. wettbewerbsrelevant	Jeder Bieter wird die höchstzulässige KA zusagen, da diese vom Endkunden getragen wird; Differenzierungen sind möglich hinsichtlich der Zahlungs- und Abrechnungsfristen
Regelungen zu zulässigen Nebenleistungen nach § 3 Abs. 1 und 2 KAV		Irrelevant	Die zulässigen Nebenleistungen sind in § 3 KAV erschöpfend aufgeführt; die Regelungen werden nach dem Urteil des OLG München auch restriktiv angewendet werden.
Endschaftsregelungen	25		
Netzübergabe (Eigentums- und Besitzübertragung sowie Übertragung weiterer zum Netz gehöriger Rechte) sowie damit verbundene Rechte und Pflichten, Anlagenumfang (z.B. Einbeziehung gemischt genutzte Anlagen, Verpflichtung zur Übereignung von Anlagen auf Grundstücken des EVU*, Übertragung Erlösobergrenze)		Wettbewerbsrelevant, tlw. irrelevant	Wettbewerbsrelevant sind Differenzierungsmöglichkeiten wie z.B. der Umfang der übergehenden Anlagen; die bislang strittige Frage gemischt genutzter Leitungen ist mittlerweile rechtlich entschieden
Wirtschaftlich angemessenes Übernahmeentgelt unter Beachtung des § 3 Abs. 2 KAV		Irrelevant	Jeder Bieter wird hier dem Marktstandard entsprechend einen objektivierten Ertragswert nach IDW S 1 anbieten; niemand wird einen Sachzeitwert zum Vertragsende in 20 Jahren anbieten
Entflechtungskosten		Wettbewerbsrelevant	Das Stromnetz in Berlin ist ein abgegrenztes Netz, ggf. gibt es aber die Notwendigkeit eines Entflechtungskonzepts auf Grund künftig weiter bestehender Vattenfall-Assets
Umfassende Auskunftsansprüche vor Vertragsende		Wettbewerbsrelevant	Interesse jeder Kommune ist ein »Je mehr, desto besser«, d.h. ein mögl. weitgehender Datenumfang gem. Gem. Leitfaden
Preisgünstigkeit der Leistungserbringung	25		
Prognose der zu erwartenden Höhe der Netznutzungsentgelte, Baukostenzuschüsse und Anschlusskosten		Diskriminierend	Nur der Altkonzessionär verfügt über diejenigen Kalkulationen, die seinen Netznutzungsentgelten, Baukostenzuschüssen und Anschlusskosten zugrunde liegen. Wettbewerbern sind somit keine Prognosen möglich
Berechnungssystematik hinsichtlich der zu erwartenden Anschlusskosten und der zu erwartenden Baukostenzuschüsse		Wettbewerbsrelevant	Die Art und Weise, wie kalkuliert wird (z.B. mit Pauschalen oder Einzelkosten) erlaubt eine Differenzierung des Bieter

Wertungskriterium	Punkte	Kommentar	Erläuterung
Effizienter Netzbetrieb	25		
Konzept zur Gewährleistung einer effizienten Organisations- und Personalstruktur des Netzbetreibers zur Sicherstellung eines effizienten Netzbetriebs (ggf. unter Berücksichtigung mit ihm verbundener Unternehmen)		Betriebsübergang	Der Stromnetzbetrieb hat einen Effizienzwert 100%; zur Gewährleistung künftiger Effizienz dient der zu unterstellende Betriebsübergang der vorhandenen Organisations- und Personalstruktur
Zu erwartende Kosteneffizienz		Diskriminierend	Wie sich dies entwickelt, kann qualifiziert nur der Altkonzessionär beurteilen
Potentiale zur Effizienzsteigerung, z.B. Nutzung von Synergien/ spartenübergreifender Zusammenarbeit		Diskriminierend	Dies bevorteilt im Zuschlagsfall Vattenfall (Strom + Wärme) sowie Alliander und Berlin Energie (Strom + Gas)
Laufzeit/Kündigungsrechte/Sicherung des Netzeigentums	25		
Laufzeit/Kündigungsrechte – Gesamtlaufzeit – Kündigungsrechte des Landes Berlin, z.B. nach bestimmter Laufzeit, bei einem Wechsel der Kontrolle über den Konzessionär bzw. der Beteiligungsstruktur, Insolvenz, Verletzung wesentlicher Vertragspflichten		Wettbewerbsrelevant	Alle genannten Stichworte bieten ein breites Betätigungsfeld für die Bieter, sich konzeptionell von ihren Konkurrenten zu unterscheiden
Sonstige Möglichkeiten des Landes Berlin, das (mittelbare) Netzeigentum zu sichern, z.B. Netzverkauf ohne Zustimmung des Landes Berlin, Vorkaufsrecht		Wettbewerbsrelevant	Auch hier sind vielfältige Differenzierungsmöglichkeiten in den Angeboten der Bieter möglich
Sonstige Ausgestaltung des Konzessionsvertrages	50		
Zugang zu Informationen über das Netz		Wettbewerbsrelevant	Detailregelungen hierzu finden sich im Entwurf des Konzessionsvertrags des Landes; vermutlich gilt auch hier: Je mehr, desto besser (sicherlich unter Beachtung der Interpretation des § 3 KAV durch das OLG München)
Regelungen zur Haftung		Wettbewerbsrelevant	Dito
Weitere Angebote für Vereinbarungen, die im Interesse des Landes Berlin liegen		Wettbewerbsrelevant	Dito
Maximale Punktzahl	315		

Wie die Tabellenübersicht zeigt: Eine große Zahl an Bewertungskriterien ist entweder diskriminierend, irrelevant oder wird durch den Betriebsübergang sichergestellt.

Damit ist der Kriterienkatalog für eine Differenzierung zwischen den Bietern hinsichtlich ihres Konzessionsvertragsangebots weitgehend ungeeignet.

Ein weiterer Mangel des Bewertungsverfahrens liegt darin, dass zwar die »Punkte in der Gesamtbewertung« angegeben werden, die Wertungspunkte in den einzelnen Unterkriterien jedoch nicht. Dies verletzt jedoch das Transparenzgebot, denn die Bieter wissen nicht,

- ob die Gesamtpunkte gleichmäßig auf die Unterkriterien verteilt werden
- oder ob zwischen den Unterkriterien differenziert wird, so dass Punkte ungleichmäßig verteilt werden, in Folge dessen einige Unterkriterien mehr Punkte erhalten als andere.

Der 2. VFB Gas konstatiert jedoch: »Auf der Grundlage dieser Kriterien sowie der angegebenen Gewichtung wird für die Vergabe der Konzession eine Bieterreihenfolge ermittelt« (S. 11).

Mit dem vom Land gewählten Kriterienkatalog für das Konzessionierungsverfahren ist folglich eine diskriminierungsfreie Entscheidung zwischen den Bewerbern um das Berliner Stromnetz schlichtweg nicht möglich.

6.2.2 Kriterienkatalog für die Kooperationsentscheidung

Insgesamt weniger problematisch, teilweise gleichwohl diskriminierend, ist der zweite Kriterienkatalog »(Zusätzliche) Kriterien für die Auswahlentscheidung zwischen den Angeboten für die Begründung einer Kooperation (IÖPP)« (2. VFB Gas, S. 11 ff.).

Wertungskriterium	Punkte	Kommentar	Erläuterung
Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Kooperationspartners	20		
Für die Beteiligung ausreichende Kapitalausstattung		Diskriminierend	Das Kriterium bevorteilt Vattenfall; im Falle des Zuschlags würde die Stromnetz Berlin GmbH nicht das Netz von sich selbst erwerben, sondern es ja »bereits haben« und ist damit der einzige Bieter, der diesen Nachweis sinnvollerweise gar nicht erst zu erbringen braucht
Schlüssigkeit vorgelegter Finanzierungskonzepte für das angestrebte Engagement im Land Berlin		Diskriminierend	Dito Hinzu kommt, dass für ein Finanzierungskonzept eine Finanzierungszusage gefordert wird. Diese von den Wettbewerbern von Vattenfall zu verlangen, würde diesen (und nur diesen) a) erhebliche Kosten verursachen: für die Bereitstellungsprovision eines Finanzinstituts i.H.v. 50 bis 75 Basispunkten bei einem angenommenen Kaufpreis von 1 Mrd. Euro und 60% Fremdkapitalanteil immerhin ca. 3,0 bis 4,5 Mio. Euro zzgl. der Optionsgebühr und des eigenen Aufwands für die Akquise der Finanzierung und b) eine Kreditzusage aus Bankensicht eine Due Dilligence erfordert, die auf Basis der von Vattenfall mitgeteilten Daten unmöglich zu leisten ist (siehe auch Kap. 6.3.1 und 6.3.2).

Wertungskriterium	Punkte	Kommentar	Erläuterung
Konzeption Kooperation	60	Ausgestaltung der Kooperation, insbesondere der Kooperationsverträge (Gesellschaftsverträge; Konsortialvertrag, etc.)	
Untergruppe I: Öffentlicher Einfluss innerhalb der Kooperationsgesellschaft	30		
Beteiligungsquote für das Land Berlin in Höhe von 51%		Wettbewerbsrelevant	Das Land strebt eine Beteiligung von 51% an (2. VFB Gas, S. 21); abweichende Quoten in den Angeboten der Bieter sind hier vorstellbar
Möglichkeit des Landes Berlin, seine Anteile an der Kooperationsgesellschaft während der Laufzeit der Kooperation zu erhöhen		Wettbewerbsrelevant	Dieses und die nachfolgenden Kriterien erlauben in der Tat eine Differenzierung der Bieter; der Angebotsspielraum ist jedoch durch die angestrebte Beteiligungsquote von 51% für das Land begrenzt; interessanter sind hier Regelungen bspw. insbesondere Minderheitenschutzrechte für den Kooperationspartner. Diese Regelungen umfassen typischerweise v.a. den Einfluss auf die Auswahl der Geschäftsführung, den Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte, die Aufstellung des Wirtschaftsplanes und die Ergebnisverwendung.
Einfluss auf die Auswahl der Geschäftsführung (z.B. Vorschlagsrechte, Vetorechte, Bestellung, Entlastung und Abberufung)		Wettbewerbsrelevant	
Einfluss auf die Unternehmenspläne (Investitions-, Business-, Finanz-, Liquiditätsplan; Personalbedarf)		Wettbewerbsrelevant	
Einfluss auf Investitionsentscheidungen		Wettbewerbsrelevant	
Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Gesellschafterversammlung bzw. sonstiger Überwachungs- und Kontrollgremien und der Geschäftsführung (Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte, Stimmverteilung für Weisungen an die Geschäftsführung)		Wettbewerbsrelevant	
(Möglichkeit der) Errichtung von Überwachungs- und Kontrollgremien (z.B. Aufsichtsrat, Energieverwaltungsrat, Energiebeirat)		Wettbewerbsrelevant	
Möglichkeiten bürgerschaftlicher Partizipation (z.B. von Beteiligung an Kontroll-/ Beratungsgremien bis zu gesellschaftsrechtlicher u./o. kapitalmäßiger Beteiligung)		Wettbewerbsrelevant	
Einfluss auf die Ergebnisverwendung (Ausschüttung, Verwendung für Investitionen oder Rücklagen)		Wettbewerbsrelevant	
Einfluss auf das Netzbewirtschaftungsmodell und Möglichkeiten des Modellwechsels, soweit rechtlich oder wirtschaftlich erforderlich und zulässig		Wettbewerbsrelevant	

Wertungskriterium	Punkte	Kommentar	Erläuterung
Untergruppe II: Berücksichtigung der Ausgestaltungsinteressen des Landes Berlin, um die Kooperationsgesellschaft optimal in die bestehenden Strukturen zu integrieren	15		
Für das Land Berlin optimale Rechtsform, z.B. steuerliche Abzugsfähigkeit von Darlehenszinsen sowie steuerliche Verlustverrechnung mit Verlustbetrieben des Landes Berlin; Möglichkeit zum Rechtsformwechsel		Wettbewerbsrelevant	Die Kriterien zur Ausgestaltung der Kooperation mit dem Land Berlin unter Berücksichtigung seiner Interessen (z.B. hinsichtlich des steuerlichen Querverbands etc.) erlauben vielfältige Differenzierungsmöglichkeiten der Bieter. Gleichwohl gibt es gewisse »Rules of Good Practice«, die bei Juristen in der Energiewirtschaft hinreichend bekannt sind.
Möglichkeit des Landes Berlin, seine Anteile an der Kooperationsgesellschaft während der Laufzeit der Kooperation auf Eigen- oder Beteiligungsgesellschaften des Landes Berlin zu übertragen		Wettbewerbsrelevant	
Ermöglichung des steuerlichen Querverbands auf Aufforderung des Landes Berlin		Wettbewerbsrelevant	
Optimierung der Finanzierungsstruktur		Wettbewerbsrelevant	
Möglichst hohe Vereinbarkeit der Kooperation mit den Hinweisen für Beteiligungen des Landes Berlin, dem Berliner Corporate Governance Kodex, den Vergütungs- und Transparenzgesetzen und untergesetzlichen Vorgaben		Wettbewerbsrelevant	

Wertungskriterium	Punkte	Kommentar	Erläuterung
Untergruppe III: Ausgestaltung der Kooperation und Gestaltungsmöglichkeiten des Landes Berlin bzgl. Aufrechterhaltung und Beendigung	15		
Möglichkeit des Landes Berlin, seine Anteile an der Kooperationsgesellschaft während der Laufzeit der Kooperation an den Kooperationspartner zu veräußern		Wettbewerbsrelevant	Die Kriterien zur Ausgestaltung der Kooperation mit dem Land Berlin unter Berücksichtigung seiner Interessen (z.B. hinsichtlich einer Change-of-Control-Klausel etc.) erlauben vielfältige Differenzierungsmöglichkeiten der Bieter.
Möglichkeit zur vorzeitigen Beendigung der Kooperation aus wichtigem Grund/ Sonderkündigungsrechte zu Gunsten des Landes Berlin/dynamische Laufzeit, insbesondere Im Falle einer Änderung der Gesellschafterstruktur des Kooperationspartners bzw. eines Wechsels der Kontrolle Im Falle der Beendigung des Konzessionsvertrages für das Stromversorgungsnetz		Wettbewerbsrelevant	
Bedingungen bei einer Beendigung der Kooperation Möglichkeit zur Übernahme der Gesellschaftsanteile des Kooperationspartners durch das Land Berlin („Übernahmeoption“), etwa zur Eröffnung eines neuen Wettbewerbs um die Stellung als Kooperationspartner des Landes Berlin Berechnungsmethode für Ausgleichs-, Abfindungs- und Kaufpreiszahlungen		Wettbewerbsrelevant	

Wertungskriterium	Punkte	Kommentar	Erläuterung
Angemessene Verteilung von Chancen und Risiken bezogen auf das Netzbewirtschaftungsmodell	20		
Verpflichtungen, inwieweit der Bieter bereit ist, in seiner Eigenschaft als Kooperationspartner darauf hinzuwirken, dass sämtliche gesetzlichen und vertraglichen Ansprüche der Kooperationsgesellschaft im Zusammenhang mit der Netzübernahme gegenüber dem bisherigen Netzeigentümer bzw. Netzbetreiber vollumfänglich geltend gemacht und durchgesetzt werden		Wettbewerbsrelevant	Die Kriterien zur Ausgestaltung der Kooperation mit dem Land Berlin hinsichtlich der Chancen und Risiken zu Beginn, während und am Ende der Vertragslaufzeit erlauben vielfältige Differenzierungsmöglichkeiten der Bieter. Man fragt sich allerdings, ob das Land implizit eine asymmetrische Risikoübernahme vom Bieter erwartet. D.h. in diesem Fall würden Chancen und Risiken nicht im Verhältnis der Geschäftsanteile (z.B. 51%/49%) geteilt, sondern nach einem vom Bieter vorzuschlagenden Aufteilungsschlüssel zu Gunsten des Landes.
Möglichkeit für das Land Berlin, einen angemessenen Beteiligungsertrag zu erwirtschaften		Wettbewerbsrelevant	Hierdurch besteht u.U. die Gefahr einer »Kontaminierung« des Konzessionierungsverfahrens und dem dort geltenden strengen Nebenleistungsverbot, demzufolge »sonstige Finanz- und Sachleistungen, die unentgeltlich oder zu einem Vorzugspreis gewährt werden« ausdrücklich verboten sind (§ 3 KAV Abs. 2 Nr. 1).
Sicherstellung einer in netzentgeltkalkulatorischer Hinsicht stets optimalen Eigenkapitalausstattung		Wettbewerbsrelevant	
Angemessene Risikoverteilung vor Aufnahme des Netzbetriebes Kaufpreis- und Erlösobergrenzenübertragungsrisiko Entflechtungsrisiko Prozesskostenrisiko		Wettbewerbsrelevant	
Angemessene Risikoverteilung nach Aufnahme des Netzbetriebes Regulierungs- und Betriebsrisiko Gesetzgeberisches Risiko (auch rechtliches Risiko bei Änderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen bzw. des Regulierungsregimes) Allgemeines unternehmerisches Risiko		Wettbewerbsrelevant	
Risikoverteilung bei Beendigung des Netzbetriebes z.B. Verteilung der Abwicklungskosten (z.B. Arbeitnehmerabfindungen, Transaktionskosten)		Wettbewerbsrelevant	
Gesamtpunktzahl Auswahlkriterien Kooperationsmodell	100		

6.3 Weitere Diskriminierung der Wettbewerber von Vattenfall

6.3.1 Diskriminierung hinsichtlich zentraler Daten für die Angebotserstellung

Das Land Berlin hat sich – vertreten durch seine Rechtsanwälte – vom Bundeskartellamt und der Bundesnetzagentur mit Schreiben vom 23.04.2013 bestätigen lassen, dass die von Stromnetz Berlin GmbH zur Verfügung gestellten Stromnetzdaten »den Datenherausgabeanspruch nach § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG entsprechend der Randnummer 25 des gemeinsamen Leitfadens zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers erfüllt hat«.

Die beiden Behörden sind hier Richter in eigener Sache: Der Gemeinsame Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur suggeriert ein "level playing field" (Rn. 22) zwischen dem Altkonzessionär und seinen Wettbewerbern. Dieses ist jedoch eine Fiktion: Der Altkonzessionär kennt das Netz und hat daher einen natürlichen Informationsvorsprung. Der neue Bewerber kennt das Netz nicht, er kann die Anlagen auch nicht physisch in Augenschein nehmen und ist folglich zu ihrer Bewertung auf die vom Altkonzessionär übergebenen Daten angewiesen.

Welche Daten zu übergeben sind, haben beide Bundesoberbehörden in ihrem Gem. Leitfaden festgelegt. Allerdings ist der Leitfaden rechtlich nicht verbindlich und weist zudem einige zentrale Mängel auf, die auch im Berliner Verfahren durchschlagen. Denn die im o.g. Schreiben von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur genannte Randnummer 25 betrifft ausdrücklich nur den Datenherausgabeanspruch allgemeiner Strukturdaten zum Netz sowie die Angabe des Konzessionsabgabenaufkommens.

Vattenfall hat mit seinem »Technischen Fact Book« (Stand 09.12.2012) die Strukturdaten des Berliner Stromnetzes und die Höhe der Konzessionsabgabe angegeben. Zu den Strukturdaten gehören Netzlänge, Zählpunkte, Jahresleistung und Jahresarbeit, Übersichten über wesentliche Anlagegüter in 10-Jahres-Scheiben u.a.m.. All dies steht im Einklang mit dem Gem. Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur, wie im o.g. Schreiben bestätigt wurde.

Allerdings hat Vattenfall die zentralen betriebswirtschaftlichen Daten, die für eine Netzbewertung erforderlich sind, nicht übergeben. Dem Gem. Leitfaden zufolge, muss Vattenfall diese auch nicht übergeben, denn ein Anspruch hierauf steht aus Sicht beider Behörden erst dem neuen Konzessionär nach Abschluss eines neuen Konzessionsvertrages zu (Rn. 58). Dann allerdings umfasst der Anspruch auf Datenherausgabe bspw. die Anschaffungs- und Herstellungskosten, Tagesneuwerte, kalkulatorische Restwerte, Baukostenzuschüsse u.a.m. (Rn. 49) – d.h. all das, was Voraussetzung ist, um den Wert des übergehenden Netzes als objektivierten Ertragswert zu berechnen.

Dadurch, dass Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur den Bewerber, der die Konzession noch nicht erhalten hat, schlechter behandeln als den neuen Konzessionär, läuft die Vorschrift des § 46 Abs. 2 EnWG ins Leere, wonach der Konzessionär der Gemeinde »diejenigen Informationen über

die technische und wirtschaftliche Situation des Netzes zur Verfügung zu stellen, die für eine Bewertung des Netzes im Rahmen einer Bewerbung um den Abschluss eines Vertrages nach Satz 1 (= eines Wegenutzungsvertrages, Anm. d. Verf.) erforderlich sind«. Der Gesetzgeber hat zwar beide Bundesoberbehörden dazu ermächtigt, Festlegungen über den Umfang und das Format der Daten zu treffen. Das haben beide bisher jedoch verabsäumt. Der Gem. Leitfaden erfüllt die Forderung nach rechtsverbindlicher Festlegung nicht, worauf auch das OLG Celle hingewiesen hat (Urteil vom 09.01.2014, Az.: 13 U 52/13).

Dadurch, dass der Gem. Leitfaden gerade kein »level playing field« schafft, sondern die bestehende Informationsasymmetrie hinsichtlich des Netzwertes zementiert, wird der Wettbewerb ums Netz erschwert, wenn nicht sogar ausgehebelt. Denn der neue Konzessionsnehmer, der das Netz erwerben will, muss sich im Verfahren ein zutreffendes Bild davon machen können, ob die Eigentumsübertragung wirtschaftlich ist, ja ob seine Teilnahme am Verfahren überhaupt sinnvoll ist. Dazu benötigt er zentrale betriebswirtschaftliche Daten, über die nur der Altkonzessionär verfügt.

Das OLG Celle hat folgerichtig mit Urteil vom 09.01.2014 (13 U 52/13) für Recht befunden, »dass kalkulatorische Netzdaten zu den Informationen gehören, über die der Altkonzessionär der Gemeinde Auskunft zu erteilen hat. Diese sind für eine Bewertung des Netzes im Rahmen einer Bewerbung um den Abschluss eines Wegenutzungsvertrages erforderlich (...). Es ist den Bewerbern um den Abschluss eines solchen Wegenutzungsvertrages nicht zuzumuten, ohne Kenntnis dieser möglichen Folgekosten einen Konzessionsvertrag zu schließen und sich damit zur Finanzierung eines Kaufpreises zu verpflichten, der unter Umständen ihre wirtschaftlichen Möglichkeiten übersteigt oder nicht mehr ihren Interessen entspricht«.

Das OLG Celle kommt außerdem zu dem Schluss: »Schließlich ist die Information potentieller Bewerber über die kalkulatorischen Netzdaten in den Fällen, in denen der Altkonzessionär an dem Wettbewerb um die Neuvergabe der Konzession teilnimmt, auch deshalb auszugleichen und damit einen diskriminierungsfreien Wettbewerb zu fördern« (a.a.O.).

Im Gegensatz zum Gem. Leitfaden – der rechtlich nicht verbindlich ist –, hat das OLG Celle klar die Rechtsposition von Wettbewerbern ums Netz gestärkt. Durch die Besonderheiten des Verfahrens in Springe bedingt, zu dem sich das OLG Celle in seinem Urteil geäußert hat, ging es darin vorrangig um die kalkulatorischen Restwerte. Unstrittig dürfte jedoch sein, dass zur Ermittlung des objektivierten Ertragswerts nach IDW S 1 die zentralen betriebswirtschaftlichen Daten erforderlich sind, die auch in Rn. 49 des Gem. Leitfadens genannt werden. Neben den kalkulatorischen Restwerten sind dies v.a. Anschaffungs- und Herstellungskosten, Tagesneuwerte und Baukostenzuschüsse.

Zuvor hatte schon die Niedersächsische Landeskartellbehörde in ihrem Leitfaden zur Durchführung eines wettbewerblichen Konzessionsvergabeverfahrens nach § 46 EnWG vom März 2010 klargestellt: »Entscheidende Daten für eine Wirtschaftlichkeitsbetrachtung müssen offen gelegt werden, so dass Umfang, Alter und Wert des Netzes sowie die durch den Netzbetrieb erzielbaren Erlöse für alle Interessenten bestimmbar sind« (S. 3/11).

Ohne diese zentralen betriebswirtschaftlichen Daten des Altkonzessionärs lässt sich der Ertragswert nicht oder nur mit hohem Aufwand sowie erheblicher Unsicherheit zu Lasten der Wettbewerber des Altkonzessionärs bestimmen.

Andererseits fordert das Land Berlin – das den Bewerbern im Verfahren die zentralen betriebswirtschaftlichen Daten gerade nicht zur Verfügung gestellt hat – von den Bewerbern, dass jeder Bewerber einen »angemessenen Übernahmewert« für das Netz ermittelt, dass er eine Planungsrechnung mit (Plan-)Gewinn- und Verlustrechnung, (Plan-) Liquiditätsrechnung und (Plan-) Bilanz der Kooperationsgesellschaft erstellt.

Ohne Kenntnis der zentralen betriebswirtschaftlichen Daten des Stromnetzes können sich dabei lediglich überschlägig kalkulierte Bandbreiten für den Netzwert ergeben, die um ein Mehrfaches differieren. Das belegt auch die öffentliche Diskussion um den Wert des Berliner Stromnetzes:

Ein Kurzgutachten im Auftrag der Berliner Senatsverwaltung für Wirtschaft veranschlagte für den Wert des Netzes etwa 400 Mio. Euro.

Vattenfall spricht offiziell von einem Wert des Netzes von 3 Mrd. Euro. Hier ist davon auszugehen, dass Vattenfall eine strategische Zahl für den Sachzeitwert veröffentlicht hat, die nach derzeitiger Rechtslage nicht als Grundlage für den Kauf des Netzes dienen kann.

Andere Schätzungen haben wieder andere Zahlen ergeben.

Wir fordern daher das Land auf, auf Grundlage des § 46 Abs. 2 EnWG – bestätigt durch das Urteil des OLG Celle –, den Altkonzessionär zu verpflichten, die zentralen betriebswirtschaftlichen Daten zur Verfügung zu stellen, damit die Wettbewerber den objektivierten Ertragswert des Netzes berechnen können.

6.3.2 Diskriminierung durch finanzielle Verpflichtungen der Bewerber im Vorfeld ihrer Angebote

Das Land Berlin fordert die Bewerber auf, »ihre Kompetenz, ihre technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, ihre Zuverlässigkeit und damit ihre grundsätzliche Eignung« nachzuweisen (1. VFB Strom, S. 13). Das Muster hierfür findet sich, wie gesagt, in »kleinstädtischen« Verfahren, wo dies wie dargestellt praktiziert wird (siehe Kap. 5.1.).

Einer dieser geforderten Eignungsnachweise vom Bewerber ist »eine schlüssige Darlegung des Finanzierungskonzepts« sowie »zusätzlich, je nachdem wie die mögliche Finanzierung des Kaufpreises erfolgen wird, durch Vorlage eines Nachweises über die Aufbringung des notwendigen Eigenkapitals und/oder eines autorisierten Finanzkonzepts einer Bank für den Nachweis des notwendigen Fremdkapitals (1. VFB Strom, S. 14).

Diese Forderung stellt jedoch eine Diskriminierung der Wettbewerber von Vattenfall dar: Eine Finanzierungszusage für den Erwerb des Stromnetzes zu fordern, verursacht bei ihnen Kosten in einer Höhe, die grob unbillig ist. Wir haben es hier nicht mit einem »kleinstädtischen« Netz zu tun, das einen einstelligen oder niedrigen zweistelligen Millionenbetrag wert ist. Geht man von einem angenommenen Kaufpreis von ca. 1 Mrd. Euro und einem regulierungsoptimalen Anteil an Fremdkapital von 60% aus, dann würde für die Summe von ca. 600 Mio. Euro eine Bereitstellungsprovision eines Finanzinstituts Kosten i.H.v. 50 bis 75 Basispunkten, d.h. ca. 3,0 bis 4,5 Mio. Euro, verursachen. Hinzu kämen eine Optionsgebühr sowie die eigenen Kosten des Bewerbers für die Akquise der Finanzierung.

Aus Bankensicht würde eine Kreditzusage überdies eine Due Diligence des Netzes erfordern: Der Kapitalmarkt würde finanzielle Mittel in dieser Größenordnung niemals zur Verfügung stellen, wenn er nicht die für solche Transaktionen üblichen Informationen auf Basis eines Businessplans erhielte, der wiederum durch eine Due Diligence (kommerziell und technisch) überprüft werden müsste. Eine Due Diligence des Stromnetzes auf Basis der von Vattenfall im Verfahren gelieferten Daten ist jedoch schlichtweg unmöglich.

Außerdem ist mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass Vattenfall bzw. die Stromnetz Berlin GmbH als Netzeigentümerin diesen im Verfahrensbrief geforderten Nachweis zur Aufbringung des notwendigen Kapitals nicht selbst zu führen braucht. Da Vattenfall bereits Netzeigentümerin ist und im Falle der erfolgreichen Neukonzessionierung nicht das Netz von sich selbst erwerben muss, wäre es grober Unfug, eine solche Finanzierungszusage auch von Vattenfall zu verlangen.

Umgekehrt hat Vattenfall hieraus jedoch einen Wettbewerbsvorteil gegenüber seinen Wettbewerbern. Die mit dem Eignungsnachweis verbundene finanzielle Verpflichtung stellt eine Diskriminierung der Wettbewerber dar.

6.3.3 Diskriminierung von Bewerbern, die nicht sowohl im Strom als auch im Gas bieten

Wenn unsere zentrale Grundannahme richtig ist, dass der 2. VFB im Strom sowie die Wertungskriterien für das Verfahren im Strom analog dem 2. VFB im Gas ausfallen werden, dann hat in der Tat ein Bieter, der sich sowohl im Verfahren zum Gasnetz als auch im Verfahren zum Stromnetz bewirbt, einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil. Da beide Verfahren zeitlich entkoppelt sind, erfährt er früher als die anderen Bieter, was im Stromverfahren von ihm gefordert werden wird.

Aus diesem Grund wird in anderen Verfahren auf Seiten der Vergabestelle peinlich genau auf den zeitlichen Gleichlauf paralleler Verfahren im Strom und Gas geachtet, um keinem Bieter einen Wettbewerbsvorteil einzuräumen. Dies ist in Berlin jedoch nicht der Fall. Da das Verfahren im Gas schon weiter fortgeschritten ist als im Strom und da sowohl die Alliander AG als auch Berlin Energie an beiden Verfahren beteiligt sind, werden hierdurch die anderen Bewerber diskriminiert, die nur im Strom bieten: BürgerEnergie Berlin, Vattenfall und Thüga.

7 Die Position von Vattenfall im Berliner Verfahren

7.1 Legitime und illegitime Interessen eines Altkonzessionärs

In Konzessionierungsverfahren ist es das legitime Interesse des Altkonzessionärs, die Konzession wiederzuerlangen. Wenn er sich fair verhält, dann ist auch sein natürlicher Wettbewerbsvorteil nicht zu bemängeln, der daraus resultiert, dass er das Netz bereits betreibt.

Illegitim ist demgegenüber ein taktisches Verhalten des Altkonzessionärs, mit dem der Wettbewerb behindert wird. Maßstab ist hierbei allein die Einschätzung eines verständigen Dritten angesichts objektiver Umstände. Für das Berliner Verfahren ist die Positionierung Vattenfalls in der Frage des Betriebsübergangs von Bedeutung.

7.2 Position Vattenfalls zum Betriebsübergang in Berlin

Das Deutschland-Geschäft von Vattenfall ist unter der Vattenfall GmbH gebündelt. Diese wiederum gehört mittelbar dem schwedischen Staat. Eine Reihe von Tochtergesellschaften der Vattenfall GmbH sowie diese selbst erbringen Leistungen für den Berliner Stromnetzbetrieb.

- Die Stromnetz Berlin GmbH ist Eigentümerin und Betreiberin des Berliner Stromnetzes und hat nach eigener Angabe 150 Mitarbeiter.
- Bei einem Netzeigentümer und Netzbetreiber sind die Mitarbeiter in Funktionen wie Asset- und Regulierungsmanagement, Finanzierung, Netzführung, Lieferantenwechsel, Dienstleistungssteuerung, Controlling u.a. tätig.
- Alle gewerblichen Mitarbeiter für den Stromnetzbetrieb sind organisatorisch in Servicegesellschaften angesiedelt, die als Schwestergesellschaften im Vattenfall-Konzern im Auftrag der Stromnetz Berlin GmbH tätig sind.
- Zu diesen Servicegesellschaften zählen v.a. die Vattenfall Europe Netzservice GmbH mit mehr als 800 Mitarbeitern und die Vattenfall Europe Metering GmbH mit ca. 150 Mitarbeitern (Quelle: Berliner Morgenpost, 21.06.2013).
- Die insgesamt sieben für den Betrieb des Berliner Stromnetzes tätigen Servicegesellschaften erbringen darüber hinaus netzbezogene Dienstleistungen, wie z.B. Kundenberatung, Abrechnung, Rechnungswesen, Finanzen, IT- und Telekommunikationsleistungen u.a.
- In Summe sind in den Gesellschaften am Standort Berlin über 3.000 Menschen für die Strom- und Wärmenetze in Hamburg und Berlin tätig.
- Für den Berliner Stromnetzbetrieb sind nach Aussage der Stromnetz Berlin GmbH 1.376 Mitarbeiter tätig (Berliner Morgenpost, a.a.O.).

Vattenfall argumentiert, auf Grund der organisatorischen Besonderheiten im Vattenfall-Konzern sollten Synergieeffekte aus dem Betrieb in Berlin und Hamburg realisiert werden, mit standortübergreifenden Tätigkeiten sei jedoch eine personenscharfe Zuordnung in den Servicegesellschaften zum Berliner Stromnetzbetrieb nicht möglich.

Im Falle eines Wechsels des Konzessionärs und einem Betriebs-übergang nach § 613 a BGB würden der Argumentation Vattenfalls zufolge auch nur diese 150 Mitarbeiter der Stromnetz Berlin GmbH an den neuen Konzessionär übergehen (Berliner Morgenpost, a.a.O.).

Somit stellt Vattenfall einen Betriebsübergang zwar nicht in Abrede, behauptet aber, dass davon nur die Mitarbeiter der Netztochter Stromnetz Berlin GmbH betroffen wären. Ein solcher Betriebsübergang von lediglich 150 Mitarbeitern würde aber jegliche Übernahme des Stromnetzes durch einen Wettbewerber Vattenfalls unmöglich machen, da ihm über 1.200 Mitarbeiter fehlen würden, um das Netz betreiben zu können (vgl. Kap. 5.3) .

Vattenfall argumentiert darüber hinaus in der öffentlichen Debatte, dass auch Geschäftsausstattung, IT-Systeme, Daten, Organisationsstrukturen etc. und damit die gesamten Netzbetriebskompetenzen nicht automatisch von einem neuen Konzessionär übernommen würden.

Auch dies führt in Konsequenz zur Diskriminierung der Wettbewerber. Denn das Personal ist ohne Nutzung der für den Netzbetrieb erforderlichen Betriebsmittel, Infrastrukturen, IT usw. schlichtweg nicht arbeitsfähig.

Damit ist klar, worauf die Position von Vattenfall zielt: auf Behinderung eines fairen Wettbewerbs um das Stromnetz. Vattenfall nutzt seine marktbeherrschende Stellung als Stromnetzbetreiber und seine eigene organisatorische »Zerstückelung« im Konzern, um einen Betriebsübergang zu verhindern.

Dass hingegen ein solcher Betriebsübergang notwendig und sinnvoll ist, zeigt Vattenfall selbst in Hamburg (vgl. Kap. 5.4).

7.3 Schlussfolgerungen für einen Betriebsübergang in Berlin

Die Hamburger Vereinbarung zwischen HGV und Vattenfall zeigt, dass

- Vattenfall im Berliner Verfahren eine Position vertritt, die Vattenfall in Hamburg längst geräumt hat
- die organisatorische Zuordnung der für das Hamburger Stromnetz tätigen Mitarbeiter auch in den Servicegesellschaften die Voraussetzungen dafür schafft, dass diese personenscharfe Zuordnung auch in Berlin möglich ist (denn die Hamburger Mitarbeiter sind aus den gleichermaßen für Hamburg und Berlin tätigen Gesellschaften dann schon herausgelöst worden).

Vattenfalls Position hinsichtlich des Betriebsübergang nur der für die Stromnetz Berlin GmbH tätigen 150 Mitarbeiter ist damit durch das Handeln Vattenfalls in Hamburg hinfällig.

Wirtschaftlich rationales Handeln vorausgesetzt, muss Vattenfall selbst ein Interesse daran haben, nicht über 1.200 Mitarbeiter der Servicegesellschaften auf der Payroll zu behalten, wenn für sie die Tätigkeiten fürs Berliner Stromnetz weggefallen sind bzw. um für sie kostenintensive Sozialpläne entwickeln zu müssen. Unterstellt man für Abfindungen Kosten von durchschnittlich 100.000 Euro pro Mitarbeiter, dann würden Vattenfall durch die Kündigung von ca. 1.200 Mitarbeitern – die Vattenfalls Argumentation zufolge, nicht mit übergehen – Kosten von ca. 120 Mio. Euro entstehen.

Damit der Betriebsübergang auf den neuen Konzessionär nicht nur im Verfahren faktisch unterstellt, sondern auch tatsächlich rechtlich vollzogen werden kann, sollte das Land Berlin vom Altkonzessionär Vattenfall die entsprechenden Voraussetzungen dafür einfordern. Dies beinhaltet vor allem die Bündelung aller für den Netzbetrieb notwendigen Abläufe, Mitarbeiter und Sachmittel in einer organisatorischen Einheit.

Die Unterstellung eines faktischen Betriebsübergangs kann auch darauf gestützt werden, dass Vattenfall im Falle des Netzübergangs vom Neukonzessionär auch aufgefordert werden kann, aufgrund marktbeherrschender Stellung zumindest für einen angemessenen Übergangszeitraum die für das Netz erforderlichen Tätigkeiten als Dienstleistungen zu erbringen. Die BürgerEnergie Berlin eG wird Vattenfall vorsorglich dazu auffordern, die entsprechenden Dienstleistungen zur Verfügung zu stellen, falls es zu keinem Betriebsübergang kommt.

8 Schlussfolgerungen: Das Verfahren vom Kopf auf die Füße stellen

Die Vergabekonzeption des Landes Berlin für die Konzessionierung und die Kooperation zum Stromnetz ist problematisch, weil

- der faktischen Notwendigkeit des Betriebsübergangs nicht angemessen Rechnung getragen wird
- eine in »kleinstädtischen« Vergabeverfahren erprobte Konzeption angewendet wird, die angesichts der Dimension des Berliner Netzes versagen muss
- die Auswahl- und Wertungskriterien in Teilen diskriminierend oder irrelevant sind
- Forderungen an die Bieter erhoben werden, die für Wettbewerber Vattenfalls erhebliche finanzielle Verpflichtungen bedeuten
- in den Verfahrensbriefen zentrale betriebswirtschaftliche Daten fehlen, die für eine Angebotslegung der Wettbewerber Vattenfalls erforderlich sind,

sodass erfolgreiche Angebote der Wettbewerber Vattenfalls stark erschwert werden.

Anhand der hier erfolgten kritischen Würdigung der Vergabekonzeption Berlins lässt sich nur der Schluss ziehen: Das ganze Verfahren ist »schief«, es ist nicht geeignet, die Ziele des Landes Berlin zu unterstützen und einen entsprechenden Differenzierungswettbewerb zwischen den Bietern zu erlauben. Das Verfahren muss daher, bildlich gesprochen, vom Kopf auf die Füße gestellt werden: Das Land Berlin muss den Betriebsübergang im Verfahren unterstellen. Es sollte zugleich vom Altkonzessionär die Zusage verlangen, dass dieser den Betriebsübergang zu einem Preis ermöglichen wird, der im Regulierungssystem amortisierbar ist. Auf dieser Grundlage sollte das Land seine Ziele nachschärfen und ihre konsistente Abbildung im Kriterienkatalog sicherstellen. Der anschließende Wettbewerb um das Stromnetz sollte vorrangig um die beste Erfüllung der Ziele Berlins, um das beste Konzept für einen zukunftsweisenden Stromnetzbetrieb in Berlin und die besten Köpfe dafür geführt werden.

8.1 Wettbewerb um die beste Erfüllung der Ziele des Landes Berlin

Auffällig ist, dass sich einige der anspruchsvollen Ziele aus dem Zielkatalog des Landes (1. VFB Strom, S. 2 f.) nicht im Kriterienkatalog wiederfinden. Dies betrifft

- die im Verfahrensbrief genannten Ziele der aktiven Mitgestaltung der Energiewende
- die Unterstützung der Klimaschutzstrategie durch die Netzinfrastruktur
- der Verbindung des Netzbetriebs mit Klimaschutz, Energieeffizienz und Nachhaltigkeit der Energieversorgung
- Beitrag Berlins zur ökologischen Energieversorgung der Bundesrepublik (»Speicherstadt«)
- sowie bürgerschaftliche Partizipationsmodelle, die u.E. im Kriterienkatalog zwar erwähnt, aber nicht angemessen berücksichtigt werden.

Es sind aber gerade diese anspruchsvollen Ziele, die in Zusammenhang stehen mit den gravierenden Umwälzungen im Netzbetrieb, die unter dem Stichwort »Energiewende« bspw. die Synchronisation von Stromnachfrage der Kunden und das volatile Angebot aus erneuerbaren Energien

umfassen. Stromnetzbetreiber haben hierbei eine herausragende Funktion, ohne dass dem in den Verfahrensunterlagen auch nur ansatzweise Rechnung getragen worden wäre.

Das heißt, auch die Ziele Klimaschutz, Energieeffizienz und Nachhaltigkeit in der Energieversorgung müssen noch genauer vor dem Hintergrund der dafür erforderlichen Netzinfrastruktur einbezogen werden.

Da der Konzessionsvertrag voraussichtlich über einen Zeitraum von 10 bis 20 Jahren abgeschlossen wird, werden alle diese Entwicklungen während der Vertragslaufzeit zum Tragen kommen. Diese Ziele Berlins in einem Konzept aus der Perspektive des Netzbetreibers darzustellen, muss konsequenterweise in der Wertung stärker berücksichtigt werden – ist aber nicht-trivial, um nicht in die »Falle« des § 3 KAV zu laufen.

8.2 Wettbewerb um das beste Betriebskonzept für das Land Berlin

Letztlich sollte es in dem Verfahren, in dem eine langjährige Partnerschaft in einer zentralen Frage städtischer Infrastruktur eingegangen wird, um einen Wettbewerb um das beste Konzept für den Stromnetzbetrieb in Berlin gehen:

- Wie gewährleistet der Stromverteilnetzbetreiber an der Schnittstelle zwischen Verbrauchern, Erzeugern, Lieferanten und Transportnetzbetreibern die technischen Voraussetzungen dafür, dass die erforderliche Netzkapazität jederzeit zur Verfügung steht?
- Wie stellt er auf der Grundlage einer vorausschauenden Netzplanung und aktiven Netzsteuerung die effiziente Nutzung und Weiterentwicklung der Infrastruktur sicher?
- Wie stellt er den Einbezug aller Akteure (dezentrale Erzeuger, Netznutzer und das Land Berlin) bei der Netzausbauplanung sicher?
- Welche Informationen stellt der Netzbetreiber den Akteuren dabei zur Verfügung?
- Welchen Handlungsbedarf zur Umsetzung der Energiewende sieht er in technischer, prozessualer und organisatorischer Hinsicht als Stromverteilnetzbetreiber?
- Wie gestaltet er das Verhältnis von »Intelligenz im Netz« und notwendigen Investitionen in netztechnische »Hardware«?
- Wie wird in der künftigen Welt der Smart Grids und Smart Meter die Verbrauchsseite in ein übergeordnetes Last- und Erzeugungsmanagement eingebunden?
- In welcher Form werden die Bürgerinnen und Bürger sowie das Land Berlin in den Prozess der Weiterentwicklung der Netzinfrastruktur einbezogen?

Für all dies sind zukunftsweisende Ideen erforderlich. Ein innovatives Betriebskonzept für das Berliner Stromnetz sollte das Ziel des Landes sein.

Bürgerschaftliches Engagement kann die Umsetzung der Energiewende vor Ort unterstützen und zur Finanzierung einer zukunftsweisenden Netzinfrastruktur beitragen.

Deutschlandweit gibt es eine Fülle von Pilotprojekten, neuen Modellen für den Stromnetzbetrieb unter Bedingungen der Energiewende und eine zunehmende Vernetzung der Akteure. Dem sollte durch Einbeziehung entsprechender Kooperationskonzepte Rechnung getragen werden.

Das Land Berlin sollte mit dem Verfahren einen Innovationswettbewerb zur Entwicklung dieser Konzepte für die Weiterentwicklung des Berliner Stromnetzes führen.

8.3 Wettbewerb um die besten Köpfe für den Betrieb des Stromnetzes in Berlin

Der Netzbetrieb in Berlin wird – egal, wie das Verfahren ausgeht –, auch künftig durch Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sichergestellt werden, von denen die meisten bereits heute für den Betrieb des Berliner Stromnetzes tätig sind.

Sofern die neue Konzession nicht erneut an den Altkonzessionär geht, wird ein Betriebsübergang erfolgen. Insoweit bleibt die über viele Jahre aufgebaute Kompetenz für den Netzbetrieb in großem Umfang erhalten. Dessen ungeachtet wird es erforderlich sein, zusätzliche Kapazitäten zur Verfügung zu stellen. Da es den Mitarbeitern bei einem Betriebsübergang grundsätzlich frei steht, auf den Übergang auf einen neuen Arbeitgeber zu verzichten und Führungskräfte beim Betriebsübergang oft nicht mit übergehen, sollte der Konzeptwettbewerb auch die Benennung entsprechender im Netzbetrieb erfahrener Führungspersönlichkeiten einschließen, d.h. die erforderliche Management(lücken)kompetenz sicherstellen.

- Wie sichern die Bewerber die Management(lücken)kompetenz, wenn Führungskräfte der Stromnetz Berlin GmbH bzw. der Servicegesellschaften nicht mit übergehen?
- Welche Persönlichkeiten benennen die Bewerber als Management für den Berliner Stromnetzbetrieb?
- Welche einschlägigen Erfahrungen und Kompetenzen zum Stromnetzbetrieb bringen diese Persönlichkeiten ein?
- Wie sichern sie darüber hinaus erforderliche personelle Kapazitäten, wenn im Netzbetrieb tätige Mitarbeiter im Rahmen des Betriebsübergangs nicht mit übergehen?
- Wie fördert das Management bürgerschaftliches Engagement für die Weiterentwicklung des Stromnetzbetriebs?

Es bedarf der besten Köpfe für die beschriebene Umgestaltung des Stromverteilnetzbetriebes in den nächsten Jahren, die diese Umgestaltung glaubhaft verkörpern und bürgerschaftliches Engagement für eine der wesentlichen Infrastrukturen einer modernen Gesellschaft unterstützen. Die Energiewende schafft neue Bedingungen für Stromverteilnetzbetreiber.

Bislang deuten die Verfahrensunterlagen eher auf ein bloßes »Weiter-so-wie-bisher« hin, anstatt die künftig erforderliche Weiterentwicklung des Berliner Stromnetzes in der Kriterien angemessen zu berücksichtigen.

Eine enge Verbindung einer zukunftsweisenden Ausgestaltung des Netzbetriebs mit den §1-Zielen – also die »möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität« – vor dem Hintergrund der Veränderungen durch die Energiewende ist auch in anderen Verfahren möglich gewesen, ohne dass dies zu kartellrechtlichen Beanstandungen geführt hat.

8.4 Geeignete Auswahl- und Wertungskriterien

Das Verfahren muss diskriminierungsfrei und transparent gestaltet sein. Die Kriterien müssen dem entsprechen. Außerdem sollten die Kriterien das Erreichen der Energiewende-, Klimaschutz- und Bürgerbeteiligungsziele des Landes unterstützen.

Auf dieser Grundlage sollten die Auswahl- und Wertungskriterien im Verfahren einer Neubewertung unterzogen werden:

- Kriterien, die diskriminierend oder irrelevant sind, müssen gestrichen werden
- Kriterien, die durch den faktisch zu unterstellenden Betriebsübergang erfüllt werden, müssen als von allen Bietern erfüllt gelten. Sie sind daher irrelevant und sollten ebenfalls gestrichen werden.
- Kriterien, die wettbewerbsrelevant sind, müssen weitergeführt und ausgebaut werden, um den Wettbewerb um die bestmögliche Erfüllung der Ziele des Landes, die besten Köpfe und das beste Konzept für das Berliner Stromnetz zu führen.

Hinzu kommen wettbewerbsrelevante Kriterien, die in den Kriterienkatalog neu aufgenommen werden sollten, um den Innovationswettbewerb zwischen den Bietern zu fördern, bspw.:

- innovative Konzepte für die Weiterentwicklung der Netzinfrastruktur
- Gewährleistung der technischen Voraussetzungen dafür, dass die erforderliche Netzkapazität jederzeit zur Verfügung steht
- Effiziente Nutzung und Weiterentwicklung der Infrastruktur
- Einbezug aller Akteure (dezentrale Erzeuger, Netznutzer und Land Berlin) in die Netzausbauplanung
- Darstellung des Handlungsbedarf als Stromverteilnetzbetreiber zur Umsetzung der Energiewende in technischer, prozessualer und organisatorischer Hinsicht
- Ausgestaltung des Verhältnisses von »Intelligenz im Netz« und notwendigen Investitionen in netztechnische »Hardware«
- Einbindung der Verbrauchsseite in ein übergeordnetes Last- und Erzeugungsmanagement.

Bevor das Land Berlin jedoch die Vergabekriterien für die Stromnetz-Konzession endgültig aufstellen kann, muss in jedem Fall die noch ausstehende Urteilsbegründung des BGH zur Gewichtung der §-1-EnWG-Ziele gegenüber weitergehenden Zielen der Kommune (BGH KZR 65/12 und KZR 66/12 vom 17.12.2013) abgewartet werden. Diese hat nicht nur hohe Bedeutung für die Frage, ob und in welchem Umfang das Land Berlin seine mit der Konzessionsvergabe verbundenen Ziele erreichen kann, sondern vor allem weitreichende Konsequenzen für die Rechtssicherheit von Konzessionsverfahren. Vor diesem Hintergrund wäre eine frühzeitige Aufstellung von Wertungskriterien ohne Kenntnis der Urteilsbegründung höchst fahrlässig.

8.5 Forderungen an das Land Berlin

Das Land kann die Auswahl- und Wertungskriterien jetzt noch ändern, da sie den Bewerbern um das Stromnetz noch nicht bekannt gegeben wurden. Wenn diese Kriterien den Bewerbern jedoch erst einmal mitgeteilt worden sind, dann muss das Land – einem Grundsatzurteil des VG Aachen zufolge (1 L 286/11) – das laufende Verfahren abbrechen und neu durchführen. Dies kann nicht im Interesse des Landes sein.

- Das Land sollte die Zeit vor dem Versand des Kriterienkatalogs im 2. Verfahrensbrief Strom nutzen, um
- das laufende Verfahren für die Konzession bzw. Kooperation im Stromnetz zu stoppen, um eine öffentliche Diskussion über die Vergabekonzeption zu führen und eine Neubewertung des Verfahrens vorzunehmen. Vor der Weiterführung des Verfahrens ist insbesondere die ausstehende Urteilsbegründung des BGH zur Gewichtung der Vergabekriterien abzuwarten.
 - den Betriebsübergang der für das Berliner Stromnetz tätigen Mitarbeiter und der erforderlichen Betriebsmittel im Verfahren zu unterstellen und sodann entsprechende Zusagen von Vattenfall abzufordern
 - das Urteil des OLG Celle zu berücksichtigen und Vattenfall bzw. die Stromnetz Berlin GmbH darauf zu verpflichten, die zentralen betriebswirtschaftlichen Daten zur Verfügung zu stellen, welche Voraussetzung für eine Berechnung des objektivierte Ertragswertes sind
 - das Verfahren so zu gestalten, dass ein innovativer Wettbewerb zwischen den Bietern um Konzept und Köpfe stattfindet, nicht zuletzt, damit die Energiewende- und Nachhaltigkeitsziele Berlins bestmöglich erfüllt werden können
 - diesen Wettbewerb diskriminierungsfrei und transparent zu gestalten, damit das beste Angebot für das Land Berlin gewinnt.

Das Verfahren in Berlin wird – wie die Verfahren in Hamburg und Stuttgart auch – vom Bundeskartellamt eigenen Aussagen⁵ zufolge begleitet, um wettbewerbs- und kartellrechtlich einwandfreie Vergaben sicherzustellen. Auch das Bundeskartellamt ist damit aufgefordert, in dem von ihm begleiteten Verfahren in Berlin eine diskriminierungsfreie Vergabekonzeption sicherzustellen.

Berlin, im Februar 2014

BürgerEnergie Berlin eG

5 Siehe: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2013/18_12_2013_BGH_Netzkonzessionen.html