

SenJustV
Abteilung II
II A 2 – 7017/23
Bearbeiter:

20. Juni 2014

u.a.

Herrn Senator über
Herrn Staatssekretär

Prüfung der Mitzeichnungs- und Zustimmungsfähigkeit

der Senatsvorlage der Senatsverwaltung für Finanzen - zur Beschlussfassung
- für die Sitzung des Senats am Dienstag, den 24. Juni 2014 zur Entscheidung
über die Konzessionsvergabe für das Berliner Gasverteilnetz

A. Wesentliche Verfahrensschritte sowie derzeitiger Verfahrensstand im Konzessionierungsverfahren für das Gasnetz der allgemeinen Versor- gung im Land Berlin

I. Kriterien des Auswahlverfahrens nach dem Zweiten Verfahrensbrief

Im Zweiten Verfahrensbrief der Senatsverwaltung für Finanzen vom 18. April 2013 wurde das Verfahren zur Auswahl des besten Angebotes näher beschrieben. Bei der Wertung sollten danach „insbesondere“ Verpflichtungen der Bieter im angebotenen Vertragswerk, darüber hinaus aber auch „alle weiteren von den Bietern vorgelegten Informationen“ berücksichtigt werden.

In Bezug auf die so genannte reine Konzessionierung wurden insgesamt elf Auswahlkriterien genannt, die jeweils mit einer bestimmten Punktzahl gewichtet werden sollten. Dabei liegt die maximal erreichbare Punktzahl zwischen

zehn und 50 Punkten. Gleichzeitig wurden innerhalb der elf Auswahlkriterien einzelne Unterkriterien genannt. Diese genannten Unterkriterien dürften allerdings nur als Beispiele zu verstehen und nicht als abschließend zu betrachten sein. Dies lässt die Formulierung in den jeweiligen Auswahlkriterien vermuten, wonach das Land Berlin „jedenfalls folgende Punkte“ bei der Bewertung berücksichtigen werde. Eine Gewichtung der genannten Unterkriterien wurde nicht vorgenommen.

Bei der Auswertung sollte jeweils das Angebot die volle Punktzahl erhalten, das im Vergleich zu den anderen Angeboten das jeweilige Auswahlkriterium am besten erfüllt. Die anderen Angebote sollten eine dem Erfüllungsgrad, bezogen auf das Angebot des besten Bieters, entsprechende niedrigere Be-punktung erhalten. Wie und anhand welcher Maßstäbe die niedrigere Be-punktung erfolgen soll, wurde an keiner Stelle genannt. Damit blieb auch of-fen, in welcher Höhe Punktabzüge erfolgen können.

II. Bewertung der eingereichten Angebote

Nach der der Senatsvorlage der Senatsverwaltung für Finanzen als Anlage 2 beigefügten Auswertung der Angebote des Landesbetriebes Berlin Energie und der GASAG Berliner Gaswerke AG bzw. der NBB Netzgesellschaft Berlin-Brandenburg mbH in Bezug auf das Konzessionsvertragsmodell wurde das Angebot des Landesbetriebes Berlin Energie mit 311 von 315 möglichen Punkten, das Angebot des bisherigen Netzbetreibers GASAG bzw. der NBB mit lediglich 299 Punkten bewertet.

Das Angebot des Landesbetriebes Berlin Energie wurde bei fünf der insge-samt elf Auswahlkriterien gegenüber dem Angebot der GASAG bzw. NBB besser bewertet und erhielt insoweit jeweils die volle Punktzahl. Das Angebot der GASAG bzw. der NBB erhielt bei einem dieser fünf Auswahlkriterien („**Verbraucherfreundlicher Netzbetrieb**“, bewertet mit maximal 40 Punkten) einen Abzug von vier Punkten und bei den vier weiteren Kriterien („**End-schaftsregelungen**“, „**Preisgünstigkeit der Leistungserbringung**“, „**Effizi-enter Netzbetrieb**“, „**Laufzeit/Kündigungsrechte/Sicherung des Netzeigen-**

tums“, bewertet jeweils mit maximal 25 Punkten) einen Abzug von jeweils drei Punkten.

Bei den beiden Auswahlkriterien („**Sicherheit des Netzbetriebs und Qualität des Netzes**“, bewertet mit maximal 50 Punkten, sowie „**Umweltverträglicher Netzbetrieb/netzbezogener Beitrag zum Ausbau der erneuerbaren Energien**“, bewertet mit maximal 40 Punkten), bei denen das Angebot der GASAG bzw. der NBB besser bewertet worden ist, erhielt das Angebot des Landesbetriebes Berlin Energie einen Abzug von jeweils zwei Punkten.

Eine Begründung zu der konkret vorgenommenen Höhe des Punktabzugs findet sich in der Auswertung nicht.

III. Unterbliebene Bewertung im Hinblick auf die Kooperationskriterien

Im Zweiten Verfahrensbrief wurden den Bewerbern zusätzliche Kriterien für die Auswahlentscheidung zwischen den Angeboten für die Gründung eines Kooperationsunternehmens mitgeteilt.

Allerdings hat ausweislich der Beschlussvorlage der Senatsverwaltung für Finanzen nur ein Unternehmen, nämlich die GASAG Berliner Gaswerke AG zusammen mit der NBB Netzgesellschaft Berlin-Brandenburg mbH ein Kooperationsmodell angeboten. Da nach den Verfahrensbriefen die zusätzlichen Auswahlkriterien für eine Kooperation u.a. nur maßgeblich sein sollten, wenn mehrere Bewerber ein solches anbieten würden, wurden diese Kriterien nicht in die Bewertung der Angebote einbezogen.

B. Rechtliche Bedenken gegen die ordnungsgemäße Durchführung des Konzessionierungsverfahrens für das Gasnetz der allgemeinen Versorgung im Land Berlin sowie gegen die getroffene Auswahlentscheidung

Auf der Grundlage der aktuellen bundesgerichtlichen und instanzgerichtlichen Rechtsprechung bestehen erhebliche rechtliche Bedenken an der Rechtmäßigkeit des von der Senatsverwaltung für Finanzen durchgeführten Verfahrens über die Vergabe der Wegenutzungsrechte für den Betrieb des Gasnetzes der allgemeinen Versorgung sowie gegen die getroffene Auswahlentscheidung.

Die Bedenken beziehen sich insbesondere darauf, dass

1. es sich nicht bei allen der zugrunde gelegten elf Auswahlkriterien um zulässige Kriterien handelt,
2. es nicht zulässig ist, den Bewerbern nicht alle Unterkriterien rechtzeitig vor Abgabe des verbindlichen Angebots zu benennen,
3. es nicht zulässig ist, die Unterkriterien nicht zu gewichten und die Gewichtung den Bewerbern nicht rechtzeitig vor Abgabe des verbindlichen Angebots mitzuteilen,
4. die in der Bewertungsmatrix aufgeführte Gewichtung der Auswahlkriterien nicht zulässig ist,
5. die bei der Bewertung berücksichtigten Angebotsbestandteile keine geeignete Bewertungsgrundlage bilden,
6. die Bewertung der Angebote des Landesbetriebes Berlin Energie und der GASAG bzw. der NBB anhand der von der Senatsverwaltung für Finanzen vorgelegten Unterlagen nicht nachvollziehbar ist,
7. die Bewertung der Angebote, soweit sich diese anhand der vorgelegten Unterlagen überhaupt nachvollziehen lässt, nicht ordnungsgemäß ist.

Zudem hat der Landesbetrieb Berlin Energie bereits die formalen Voraussetzungen des Konzessionierungsverfahrens des Landes Berlin nicht erfüllt.

I. Rechtliche Anforderungen an ein Konzessionierungsverfahren

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs haben Gemeinden bei der Vergabe von Wegenutzungsrechten im Sinne von § 46 Abs. 2 EnWG das Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB und des § 46 Abs. 1 Satz 1

EnWG zu beachten (BGH, Urteile vom 17. Dezember 2013 - KZR 65/12 - Rn. 16 und - KZR 66/12 - Rn. 17).

Gemeinden handeln beim Abschluss von Konzessionsverträgen als Unternehmen im Sinne des deutschen Kartellrechts und haben dabei eine marktbeherrschende Stellung. Als Normadressaten des kartellrechtlichen Missbrauchs-, Diskriminierungs- und Behinderungsverbots sind Gemeinden nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB verpflichtet, im Auswahlverfahren zur Vergabe energierechtlicher Wegenutzungsrechte keinen Bewerber unter Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ungerechtfertigt zu beeinträchtigen und ihn weder unbillig zu behindern noch zu diskriminieren (BGH, Urteile vom 17. Dezember 2013 - KZR 65/12 - Rn. 24 und - KZR 66/12 - Rn. 25).

Die Regelungen des § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG, insbesondere das Diskriminierungsverbot nach § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG, finden auf die von § 46 Abs. 2 EnWG erfassten Konzessionsverträge Anwendung. Die kartellrechtlichen und energiewirtschaftsrechtlichen Verbotsvorschriften stimmen insoweit überein (BGH, Urteile vom 17. Dezember 2013 - KZR 65/12 - Rn. 27 ff. und - KZR 66/12 - Rn. 26 ff.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. April 2014 - VI-2 Kart 2/13 [V] - Rn. 40).

Die Pflicht der Gemeinden zur diskriminierungsfreien Auswahl des Konzessionärs steht auch mit dem Recht auf kommunale Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 GG in Einklang. Auch wenn die Versorgung der Einwohner und ortsansässigen Unternehmen mit Energie eine Aufgabe der verfassungsrechtlich geschützten kommunalen Selbstverwaltung ist, bedeutet dies nicht, dass die im Zusammenhang mit dieser Versorgung stehende wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden keinen rechtlichen Schranken unterliegt. Das Recht auf kommunale Selbstverwaltung besteht vielmehr nur im Rahmen der allgemeinen Gesetze, zu denen auch das Energiewirtschaftsgesetz zählt (BGH, Urteile vom 17. Dezember 2013 - KZR 65/12 - Rn. 39 f. und - KZR 66/12 - Rn. 43 ff.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. April 2014 - VI-2 Kart 2/13 [V] - Rn. 44 f.).

Das Diskriminierungsverbot nach § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG gilt auch dann, wenn Gemeinden die Nutzung ihrer öffentlichen Verkehrswege zum Netzbetrieb einem Eigenbetrieb übertragen wollen. Gemeinden können sich in diesem Zusammenhang weder auf ein „Konzernprivileg“ noch auf die Grundsätze des im Vergaberecht anerkannten „Inhouse-Geschäfts“ berufen (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 65/12 - Rn. 31; Kermel/Schwensfeier, Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, Kap. 5, Rn. 184 ff.; Albrecht, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl. 2013, § 9 Rn. 89).

Aus der Bindung der Gemeinden an das kartellrechtliche Missbrauchs-, Behinderungs- und Diskriminierungsverbot sowie an das EnWG ergeben sich sowohl verfahrensbezogene als auch materielle Anforderungen an die Auswahlentscheidung.

1. Beachtung des Transparenzgebots

Das Auswahlverfahren muss so gestaltet werden, dass die am Netzbetrieb interessierten Unternehmen erkennen können, worauf es der Gemeinde bei der Auswahlentscheidung ankommt. Dies ergibt sich aus dem so genannten Transparenzgebot, das aus dem Diskriminierungsverbot folgt. Dieses Transparenzgebot verlangt, dass den am Netzbetrieb interessierten Unternehmen sowohl die Auswahlkriterien, die die Gemeinde ihrer Auswahlentscheidung zugrunde zu legen beabsichtigt, als auch deren Gewichtung rechtzeitig vor Angebotsabgabe mitgeteilt werden (BGH, Urteile vom 17. Dezember 2013 - KZR 65/12 - Rn. 44 und - KZR 66/12 - Rn. 35; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. April 2014 - VI-2 Kart 2/13 [V] - Rn. 50).

Dabei gilt das Transparenzgebot nicht nur für die Hauptkriterien, sondern auch in Bezug auf etwaige Unter- und Unterunterkriterien. Auch diese Unter- und Unterunterkriterien sind zu gewichten. Sowohl die Unter- und Unterunterkriterien als auch deren Gewichtung sind den Bewerbern vollständig mitzuteilen. Legt die Gemeinde der Angebotswertung teilweise Unterkriterien zugrunde, die sie den Bietern zuvor nicht mitgeteilt hat, liegt hierin ein Verstoß ge-

gen das Transparenzgebot. Denn dies eröffnet der Gemeinde bei der späteren Angebotswertung unzulässige Manipulationsmöglichkeiten. Das gleiche gilt, wenn den Bewerbern nicht die Gewichtungen von Unter- und Unterunterkriterien mitgeteilt worden sind (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. April 2014 - VI-2 Kart 2/13 [V] - Rn. 67 ff.).

2. Inhaltliche Ausgestaltung der Auswahlkriterien

Das Diskriminierungsverbot schließt zudem das allgemeine Gebot ein, eine Auswahlentscheidung allein nach sachlichen Kriterien zu treffen. Für den Bereich der Konzessionsvergabe wird dieses Gebot durch das Energiewirtschaftsrecht näher bestimmt. Danach ist die Auswahl des Netzbetreibers vorrangig an Kriterien auszurichten, die die Zielsetzung des § 1 Abs. 1 EnWG konkretisieren. Der Betrieb eines Energieversorgungsnetzes soll in dem betroffenen örtlichen Bereich zur Erreichung der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG beitragen, eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas zu erreichen, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12 - Rn. 36 f., 41, 47; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. April 2014 - VI-2 Kart 2/13 [V] - Rn. 51; OLG Karlsruhe, Urteil vom 26. März 2014 - 6 U 68/13 [Kart] Rn. 46; OLG Stuttgart, Beschluss vom 7. November 2013 - 201 Kart 1/13 - Rn. 65 f.).

Nur im Übrigen kann die Gemeinde sachgerechte Auswahlkriterien aufstellen. Diese müssen allerdings einen Bezug zum Gegenstand des Konzessionsvertrages, mithin zur Einräumung von Wegerechten für die Verlegung und den Betrieb von Energieanlagen, die zu einem Netz der allgemeinen Versorgung gehören, haben (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12 - Rn. 46 ff.; OLG Stuttgart, Beschluss vom 7. November 2013 - 201 Kart 1/13 - Rn. 65 ff.).

Der Zweck des Energiewirtschaftsgesetzes, einen Wettbewerb um das Netz zu erreichen, lässt weitere Auswahlkriterien, die weder konzessionsabgabenrechtlich zulässige Nebenleistungen im Zusammenhang mit der Wegenutzung

noch die Ausrichtung des Netzbetriebs auf die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG betreffen, nicht zu (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12 - Rn. 47).

Dabei müssen alle Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG in den Auswahlkriterien Berücksichtigung finden. Hinsichtlich der Gewichtung dieser Ziele ist der sichere Netzbetrieb mit den Teilaspekten Zuverlässigkeit der Versorgung und Ungefährlichkeit des Betriebs der Verteilungsanlagen von fundamentaler Bedeutung für die Versorgungssicherheit. Dies muss bei der Bewertung angemessen berücksichtigt werden. Eine Orientierungshilfe dafür kann der Musterkriterienkatalog der Energiekartellbehörde Baden-Württemberg bieten. Danach ist die Netzsicherheit mit mindestens 25 % der möglichen Gesamtpunktzahl zu gewichten (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12 - Rn. 84).

Das bedeutet, dass bei der Auswahlentscheidung in erster Linie maßgeblich sein müssen das Niveau der erreichbaren Netzentgelte und die Effizienz eines Netzbetreibers. Ebenso sind Qualitätskriterien wie etwa die Umweltverträglichkeit oder die Sicherung des störungsfreien Netzbetriebs beachtlich. Erst in zweiter Linie und nur deutlich untergeordnet können fiskalische Interessen einer Gemeinde in die Entscheidung einfließen, wie etwa die Höhe der Konzessionsabgabe oder die Höhe des so genannten Kommunalrabatts (OLG Stuttgart, Beschluss vom 7. November 2013 - 201 Kart 1/13 - Rn. 66).

Der Wortlaut des § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG spricht sogar für einen strengen Verpflichtungstatbestand, der einer Gemeinde die Berücksichtigung anderer Auswahlkriterien verwehrt (OLG Stuttgart, Beschluss vom 7. November 2013 - 201 Kart 1/13 - Rn. 69).

Die Bindung der Gemeinde vorrangig an die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG stellt dabei - wie bereits oben ausgeführt - keinen Verstoß gegen das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden aus Art. 28 Abs. 2 GG dar (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12 - Rn. 43 ff; OLG Karlsruhe, Urteil vom 26. März 2014 - 6 U 68/13 [Kart] - Rn. 45). Denn den Gemeinden verbleibt bei der Formulierung und Gewichtung der Auswahlkriterien in dem oben skizzierten Rahmen ein ausreichender Entscheidungsspielraum, da die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG als Bündel von Einzelzielen einer unterschiedlichen Konkretisie-

rung, Gewichtung und Abwägung untereinander durch die Gemeinde zugänglich sind (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12 - Rn. 48 f.).

3. Rechtsfolge bei Verstößen

Genügt die Konzessionsvergabe den aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB und § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG abzuleitenden Anforderungen nicht, liegt eine unbillige Behinderung derjenigen Bewerber vor, deren Chancen auf die Konzession beeinträchtigt worden sind. Entsprechende Rechtsverstöße führen auch grundsätzlich zur Nichtigkeit eines auf dieser Grundlage neu geschlossenen Konzessionsvertrages nach § 134 BGB (BGH, Urteile vom 17. Dezember 2013 - KZR 65/12 - Rn. 50 ff., 77 ff. und - KZR 66/12 - Rn. 54 ff., 101 ff.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 26. März 2014 - 6 U 68/13 [Kart] - Rn. 61 ff.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. April 2014 - VI-2 Kart 2/13 [V] - Rn. 194).

II. Mängel des Konzessionierungsverfahrens hinsichtlich der Auswahlkriterien sowie hinsichtlich der getroffenen Auswahlentscheidung

Bei Anwendung der einschlägigen rechtlichen Vorschriften anhand der von der Rechtsprechung vorgegebenen Maßstäbe ergeben sich auf der Grundlage der von der Senatsverwaltung für Finanzen vorgelegten Unterlagen zum Verfahren erhebliche Bedenken dagegen, dass das Konzessionierungsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt worden ist. Nach dem derzeit bekannten Sachverhalt halten insbesondere die nachfolgenden Punkte einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

Zudem könnten bei einer Zustimmung zu der Senatsvorlage der Senatsverwaltung für Finanzen den an dieser Entscheidung beteiligten Amtswaltern Haftungsansprüche drohen, da die GASAG aufgrund der bereits Ende des Jahres 2013 ausgelaufenen Konzession gemäß § 48 Abs. 4 EnWG jedenfalls ab dem Jahr 2015 nicht mehr zur Leistung der Konzessionsabgaben verpflichtet ist und eine freiwillige Weiterzahlung vor dem Hintergrund des von ihr angekündigten Rechtsstreits nicht gesichert ist, so dass dem Land Berlin ein

Schaden in Höhe der entgangenen Abgaben entstehen kann, der durch Ansprüche über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung möglicherweise nicht vollständig ausgeglichen werden kann. Zwar richtet sich der gemäß § 818 Abs. 2 BGB zu leistende Wertersatz für die rechtsgrundlose Nutzung der öffentlichen Verkehrswege nach dem objektiven Verkehrswert des Erlangten, jedoch ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs von einer Schmälerung der Rechtsposition des Versorgungsunternehmens auszugehen, wenn dieses nicht mehr über ein langfristig gesichertes bzw. nicht mehr über ein ausschließliches Wegenutzungsrecht verfügt.

1. Unzulässige Auswahlkriterien

Rechtlichen Zweifeln unterliegen sowohl einzelne Bewertungskriterien als auch einzelne Regelungen in dem beigefügten Konzessionsvertragsentwurf.

a) Bedenken bestehen, ob das Auswahlkriterium „**Umfang/Qualität der Wegenutzung**“ ein zulässiges Auswahlkriterium darstellt. Nachvollziehbare Bewertungsunterschiede hinsichtlich der von den einzelnen Bietern angebotenen Konzessionsverträge lassen sich hieraus nicht ableiten. Soweit in der Bewertungsmatrix als Unterkriterium „**Regelung zu den eingeräumten Wegenutzungsrechten**“ genannt ist, handelt es sich um eine Leerformel ohne einen weiterführenden Erkenntniswert. Da das Land Berlin zu einer diskriminierungsfreien Vergabe der Wegerechte verpflichtet ist, kann hieraus schon kein Kriterium für die Bewerber abgeleitet werden. Darüber hinaus folgen Umfang und Qualität der Wegenutzung aus den Anforderungen, die Endverbraucher sowie Vertriebsinteressenten in der Gaswirtschaft an den Ausbau des Gasnetzes stellen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass in Berlin eine seit Jahrzehnten etablierte Gasversorgung besteht. Diese fixiert Umfang und Qualität der Wegenutzung. Hinzu kommen die gesetzlichen Anforderungen an den Betrieb von Energieversorgungsnetzen gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 EnWG mit den Betriebs- und Ausbaupflichten im Rahmen der wirtschaftlichen Zumutbarkeit.

Bedenklich erscheint auch das im Auswahlkriterium „Sicherheit des Netzbetriebs und Qualität des Netzes“ genannte Unterkriterium „Personalausstattung“. Dieses Unterkriterium kann nur in dem Umfang sachgerecht sein, als dies für die Sicherheit des Netzbetriebs relevant ist. Dies wird jedoch aus der Bewertungsmatrix nicht hinreichend deutlich, so dass zumindest in Bezug auf die Wahrung des Transparenzgebots Zweifel bestehen.

Rechtlichen Bedenken begegnet auch das Auswahlkriterium „Sonstige Ausgestaltung des Konzessionsvertrages“. Ausweislich der Bewertungsmatrix sollen als Unterkriterien u.a. „Zugang zu Informationen über das Netz“ sowie „Regelungen zur Haftung“ bewertet werden. Beides ist sowohl im Energierecht als auch im Bürgerlichen Gesetzbuch detailliert geregelt bzw. ergibt sich aus vertraglichen Nebenpflichten. Auch werden die Informationsbedürfnisse des Landes Berlin in zahlreichen anderen Auswahlkriterien (z.B. „Endschaftsregelungen“) bereits erfasst.

b) Bedenken bestehen auch hinsichtlich der Zulässigkeit einzelner Regelungen in dem Konzessionsvertragsentwurf, die entweder bereits in der Bewertungsmatrix als Zielvorstellung des Landes Berlin bei einzelnen Unterkriterien genannt sind oder ausweislich der Auswertung bei der Wertung einzelner Unterkriterien tatsächlich berücksichtigt wurden.

(1) Dies gilt zunächst in Bezug auf verschiedene Vertragsstrafenregelungen, die bereits unter dem Gesichtspunkt der rechtlichen Zulässigkeit der Gestaltung von Schuldverhältnissen durch Allgemeine Geschäftsbedingungen unzulässig sein könnten. Eine genaue Einschätzung hinsichtlich dieser Regelungen ist derzeit allerdings nicht möglich, da der Senatsvorlage der Senatsverwaltung für Finanzen nur der von dem Landesbetrieb Berlin Energie angebotene Konzessionsvertragsentwurf, nicht aber der den Verfahrensbriefen beigelegte ursprüngliche Entwurf beigelegt worden ist und die Senatsverwaltung für Finanzen weitere Unterlagen auch auf Anfrage nicht vorgelegt hat.

Auch die Höhe einzelner Vertragsstrafen erscheint vor dem Hintergrund, dass das Land Berlin bei der Vergabe von Wegerechten eine marktbeherrschende Stellung einnimmt, problematisch. Dies gilt insbesondere in Bezug auf die

Vertragsstrafe im Falle einer Veräußerung des Eigentums an den örtlichen Gasverteilnetzanlagen (§ 32 Abs. 2 Nr. 11, Abs. 3 Satz 3 des Konzessionsvertragsentwurfs) in Höhe von 200.000.000 Euro. Da dem Land Berlin in diesem Fall auch ein Kündigungsrecht zusteht (§ 29 Abs. 4 Satz 1 und 2 des Konzessionsvertragsentwurfs), könnte eine solche Vertragsstrafe überhöht und daher im kartellrechtlichen Sinne missbräuchlich sein. Das Bundeskartellamt hat im vergangenen Jahr im Rahmen einer Beschwerde gegen einen ähnlich strukturierten Konzessionsvertrag im Gas-Konzessionsverfahren der Stadt Landsberg am Lech Bedenken gegen die Höhe der Vertragsstrafe geäußert.

(2) Bedenken bestehen ferner in Bezug auf die Change-of-Control-Regelung in § 27 Abs. 1 des Konzessionsvertragsentwurfs, die im Rahmen des Auswahlkriteriums „**Laufzeit/Kündigungsrechte/Sicherung des Netzeigentums**“ bewertet wurde. Die Regelung ist sehr weitgehend und beschränkt sich nicht auf den Eintritt eines Kontrollwechsels und damit auf eine Veränderung der Beherrschungssituation. Vielmehr wird der Begriff der „anzeigepflichtigen Änderung“ über die Regelungen in § 27 Abs. 3 und 4 des Konzessionsvertragsentwurfs erheblich ausgeweitet. Dabei werden auch Tatbestände erfasst, die zum Teil noch nicht einmal einen Zusammenschluss im gesellschaftsrechtlichen Sinne verwirklichen. Dies führt zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Gesellschafter des Konzessionsnehmers. Vor dem Hintergrund der marktbeherrschenden Stellung des Landes Berlin könnten hierdurch die Bewerber im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB unbillig behindert worden sein.

Da nach der Auswertung der Senatsverwaltung für Finanzen die GASAG bzw. die NBB in ihrem Angebot die anzeigepflichtige Änderung auf bestimmte Sachverhalte beschränkt hat und das Angebot aus diesem Grund in dem Auswahlkriterium „**Laufzeit/Kündigungsrechte/Sicherung des Netzeigentums**“ schlechter bewertet worden ist, erscheint eine rechtliche Prüfung dieser Regelung anhand des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB angezeigt. Hierzu bedarf es sowohl der Einsicht in den dem Zweiten Verfahrensbrief beigefügten Konzessionsvertragsentwurf als auch in das verbindliche Angebot der GASAG bzw. der NBB, die die Senatsverwaltung für Finanzen bislang nicht vorgelegt hat.

2. Unvollständige Nennung der Unterkriterien

Bedenken an der Einhaltung des Diskriminierungsverbots bestehen auch deswegen, weil den Bewerbern auf der Grundlage der vorliegenden Unterlagen zu keinem Zeitpunkt die Unterkriterien zu den genannten elf Auswahlkriterien vollständig mitgeteilt worden sind. Dass die im Zweiten Verfahrensbrief aufgeführten Unterkriterien nicht abschließend sein sollten, ergibt sich schon aus der zu allen Auswahlkriterien gewählten Formulierung, wonach das Land Berlin „jedenfalls folgende Punkte“ bei der Bewertung berücksichtigen werde. Bei einigen der Auswahlkriterien werden mit der Formulierung „Das Land Berlin wird auch bewerten“ weitere Unterkriterien genannt, wobei auch diese offenbar nicht abschließend sein sollten. Es ist daher insgesamt offen, anhand welcher Unterkriterien die Angebote bewertet werden sollten und wurden.

Nach der oben dargestellten Rechtsprechung **verstößt es gegen das aus dem Diskriminierungsverbot folgende Transparenzgebot, wenn den Bewerbern nicht rechtzeitig vor der Abgabe des Angebots alle Auswahlkriterien mitgeteilt worden sind.** Dies gilt nicht nur für die Hauptkriterien, sondern in gleichem Maße auch für die Unterkriterien. Denn auch im Falle der nicht vollständigen Nennung der Unterkriterien besteht die Gefahr von Manipulationen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. April 2014 - VI-2 Kart 2/13 [V] - Rn. 67 ff.).

3. Fehlende Gewichtung der Unterkriterien

Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB bzw. § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG besteht auch darin, dass die in dem Zweiten Verfahrensbrief genannten **Unterkriterien nicht gewichtet** worden sind. Anders als bei den Hauptkriterien, bei denen jeweils die maximal erreichbare Punktzahl angegeben ist, fehlt eine solche Angabe bei den einzelnen Unterkriterien. Nur vereinzelt findet sich die Angabe, dass „jedenfalls folgende Punkte in gleichem Maße“ berücksichtigt werden sollten, wobei offenbleibt, ob damit überhaupt eine Aussage zur Gewichtung getroffen werden sollte und - falls dies der Fall sein sollte - ob sich dies auf das Verhältnis untereinander oder zu anderen Unterkriterien (und ggf. zu welchen) bezieht.

Eine solche fehlende Gewichtung eröffnet bei der späteren Angebotsbewertung unzulässige Manipulationsmöglichkeiten (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. April 2014 - VI-2 Kart 2/13 [V] - Rn. 67 ff.).

Ohne eine Gewichtung auch der Unterkriterien ist eine nachvollziehbare Überprüfung der Bewertung nicht möglich. Eine solche Gewichtung ist vorliegend schon deswegen notwendig, weil aus den oben dargelegten Gründen gegen die Zulässigkeit verschiedener Unterkriterien Bedenken bestehen. Wenn diese Bedenken durchgreifen, muss die Bewertung der Angebote dahingehend überprüfbar sein, ob die Angebote aufgrund des Wegfalls einzelner Unterkriterien anders zu bewerten sind. Der Gewichtung auch der Unterkriterien bedarf es dabei, um beurteilen zu können, ob auch ohne Berücksichtigung solcher unzulässiger Unterkriterium der Bewerber das bezogen auf das Auswahlkriterium (relativ) beste Angebot abgegeben hat oder ob dadurch das Angebot des bisher schlechter bewerteten Bewerbers bezogen auf dieses Auswahlkriterium als (relativ) bestes Angebot bewertet werden kann.

4. Fehlerhafte Gewichtung der Auswahlkriterien

Erhebliche Bedenken bestehen daran, ob die Gewichtung der Auswahlkriterien, wie sie in der Bewertungsmatrix des Zweiten Verfahrensbriefs erfolgt ist, den rechtlichen Anforderungen, insbesondere dem Diskriminierungsverbot nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB bzw. § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG, entspricht.

a) Rechtlich höchst zweifelhaft ist, ob im Rahmen des Auswahlverfahrens der Senatsverwaltung für Finanzen die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG tatsächlich vorrangig beachtet worden sind, wie es die oben dargelegte bundesgerichtliche und instanzgerichtliche Rechtsprechung verlangt.

Von den im Zweiten Verfahrensbrief der Senatsverwaltung für Finanzen genannten elf Auswahlkriterien, die in ihrer Gesamtheit mit 315 Punkten gewich-

tet worden sind, können folgende Kriterien den Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG mit folgender Gewichtung zugeordnet werden:

- **„Sicherheit des Netzbetriebs und Qualität des Netzes“**: 50 Punkte von 315 Punkten, das entspricht einem Anteil von rund 15,7 %,
- **„Verbraucherfreundlicher Netzbetrieb“**: 40 Punkte von 315 Punkten, das entspricht einem Anteil von rund 12,7 %,
- **„Umweltverträglicher Netzbetrieb/netzbezogener Beitrag zum Ausbau der erneuerbaren Energien“**: 40 Punkte von 315 Punkten, das entspricht einem Anteil von rund 12,7 %,
- **„Preisgünstigkeit der Leistungserbringung“**: 25 Punkte von 315 Punkten, das entspricht einem Anteil von rund 7,85 %,
- **„Effizienter Netzbetrieb“**: 25 Punkte von 315 Punkten, das entspricht einem Anteil von rund 7,85 %.

Danach sind die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG lediglich mit insgesamt 180 Punkten von 315 Punkten, d.h. mit einem Anteil von aufgerundet 57 % gewichtet worden. Dem stehen andere Auswahlkriterien mit einer Gewichtung von 135 Punkten, d.h. mit einem Anteil von aufgerundet 43 % gegenüber.

Die Frage, wann das Merkmal der Vorrangigkeit der Berücksichtigung der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG erfüllt ist, ist bundesgerichtlich noch nicht ausdrücklich entschieden worden. In der instanzgerichtlichen Rechtsprechung wird teilweise sogar eine ausschließliche oder jedenfalls gegenüber anderen gemeindlichen Zielen deutlich vorrangige Berücksichtigung der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG verlangt; danach kann eine Gemeinde daneben allenfalls in ausgesprochen eingeschränktem Maße weitere Kriterien berücksichtigen (OLG Stuttgart, Beschluss vom 7. November 2013 - 201 Kart 1/13 - Rn. 65). Teilweise wird die Vorschrift des § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG so ausgelegt, dass die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG mindestens gleichwertig, also zu mindestens 50 %, in die Auswahlbewertung einfließen müssen, dass eventuell aber auch eine absolute Untergrenze von 75 % einzuhalten ist (OVG Lüneburg, Beschluss vom 11. September 2013 - 10 ME 88/12 - Rn. 44 m.w.N.).

Der - von der oben genannten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12 - Rn. 84) bereits hinsichtlich der Gewichtung des Kriteriums der Netzsicherheit in Bezug genommene - Musterkriterienkatalog der Energiekartellbehörde Baden-Württemberg (Musterkriterienkatalog als Orientierungshilfe für die Entscheidung über die Einräumung von Wegerechten zum Betrieb von Strom- und Gasverteilnetzen der allgemeinen Versorgung des Ministeriums für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft Baden-Württemberg vom 6. September 2013) geht ebenfalls von einer Gewichtung der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG zwischen 65 % und 95 % aus. Andere Auswahlkriterien dürfen hiernach mit höchstens 30 % gewichtet werden.

Angesichts der von der gesamten Rechtsprechung einhellig betonten Bedeutung der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG erscheint eine Gewichtung dieser Kriterien mit einem Anteil von nur 57 % im Zweiten Verfahrensbrief der Senatsverwaltung für Finanzen zu niedrig und erscheint demgegenüber eine Gewichtung derjenigen Auswahlkriterien, die sich nicht an den Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG orientieren, mit einem Anteil von 43 % zu hoch.

b) Selbst wenn die Gewichtung der Auswahlkriterien, die die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG betreffen, mit insgesamt 57 % gerade noch den rechtlichen Anforderungen entsprechen sollte, dürften aber jedenfalls einzelne Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG eindeutig nicht ausreichend hoch gewichtet worden sein. Dies gilt sowohl für die Gewichtung der an den Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG orientierten Kriterien als solcher als auch für die Gewichtung dieser Kriterien im Verhältnis zu der Gewichtung der übrigen Kriterien.

(1) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der sichere Netzbetrieb mit den Teilaspekten Zuverlässigkeit der Versorgung und Ungefährlichkeit des Betriebs der Verteilungsanlagen von fundamentaler Bedeutung für die Versorgungssicherheit. Dies muss bei der Bewertung angemessen berücksichtigt werden. Eine Orientierungshilfe dafür kann der bereits erwähnte Musterkriterienkatalog der Energiekartellbehörde Baden-Württemberg bieten. Danach ist die Netzsicherheit mit mindestens 25 % der möglichen Gesamtpunktzahl zu gewichten (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12 - Rn. 84).

Es ist unter keinem sachlichen Gesichtspunkt zu rechtfertigen, dem überragenden Ziel der Netzsicherheit lediglich dasselbe Gewicht beizumessen wie zum Beispiel einer sekundären Regelung des Konzessionsvertrags zu Auskunftsansprüchen über Bestand und Umfang der Verteilanlagen (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - KZR 66/12 - Rn. 84).

Der überragenden Bedeutung der Netzsicherheit wird in der Gewichtung der Auswahlkriterien in dem Zweiten Verfahrensbrief der Senatsverwaltung für Finanzen nicht ausreichend Rechnung getragen. So werden die „**Sicherheit des Netzbetriebs und Qualität des Netzes**“ mit lediglich 50 von 315 Punkten, d.h. mit einem Anteil von nur 15,7 %, gewichtet. Selbst wenn man einzelne Unterkriterien aus dem Kriterium „**Verbraucherfreundlicher Netzbetrieb**“ wie die „**Gewährleistung der Störungsbeseitigung an 365 Tagen des Jahres über 24 Stunden, Reaktionszeiten bei der Störungsbeseitigung**“ hinzurechnen würde, käme man lediglich auf eine Gewichtung von höchstens 60 Punkten, was einem ebenfalls zu geringen Anteil von nur 18,9 % entspräche.

Eine solchermaßen niedrige Gewichtung liegt ganz eindeutig unterhalb der in dem Musterkriterienkatalog der Landeskartellbehörde Baden-Württemberg genannten und von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als Orientierungshilfe herangezogenen Mindestgewichtung von 25 %. Es ist zu erwarten, dass dieser Punkt in einem möglichen Rechtsstreit der unterlegenen Bewerber GASAG und NBB von zentraler Bedeutung für die rechtliche Beurteilung durch das Gericht sein wird und möglicherweise bereits allein ausreichen wird, um das Konzessionierungsverfahren für rechtswidrig zu erklären.

Eine solch niedrige Gewichtung des Kriteriums der Netzsicherheit ist weder vor dem Hintergrund des konkreten Netzes der Berliner Gasversorgung noch vor dem Hintergrund einer sehr hohen Gewichtung des Kriteriums „**Umweltverträglicher Netzbetrieb/netzbezogener Beitrag zum Ausbau der erneuerbaren Energien**“ mit 40 Punkten sachgerecht. Denn für die Fortführung eines bereits bestehenden Netzes wie des Berliner Gasnetzes, das auf eine sehr lange Tradition zurückblicken kann und das in jeder Hinsicht ausgebaut und funktionstüchtig ist, wirkt sich § 1 Abs. 1 EnWG anders aus, als wenn die erstmalige Errichtung eines neuen Netzes vergeben werden soll. Für die Fortsetzung eines bereits etablierten und in Zukunft weiter zu betreibenden Net-

zes, den am Bedarf und der wirtschaftlichen Zumutbarkeit orientierten Aufbau sowie die Ertüchtigung und Modernisierung dieses Netzes dürfte die Zielsetzung der Umweltverträglichkeit gegenüber derjenigen der Netzzuverlässigkeit und Preiswürdigkeit der Netznutzung nach alledem noch weiter zurücktreten.

(2) Noch deutlicher wird die unzureichende Untergewichtung des Kriteriums der Netzsicherheit, wenn man sie in das Verhältnis zu der Gewichtung der Kriterien außerhalb der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG setzt. So wird das Auswahlkriterium **„Wegenutzungsentgelte und sonstige zulässige Leistungen nach § 3 KAV“** mit 40 Punkten, mithin mit einem Anteil von rund 12,7 % gewichtet. Es kann aber jeder Bewerber die Zahlung der nach der Konzessionsabgabenverordnung höchstzulässigen Konzessionsabgabe einschließlich deren Abrechnung schon deswegen ohne eigenes Risiko anbieten, weil die Konzessionsabgaben über die Netznutzer finanziert werden. Es ist kaum vorstellbar, dass es Bewerber geben wird, die hier nicht die höchstzulässige Konzessionsabgabe anbieten, zumal das EnWG einer Gemeinde das Recht einräumt, den Abschluss von Wegenutzungsverträgen verweigern zu können, wenn der Bewerber diese nicht anbietet. Auch zulässige Nebenleistungen nach § 3 Abs. 1 und Abs. 2 KAV sind nur in sehr eng begrenztem Maß möglich, so dass sich auch hier kaum Wertungsunterschiede aus den Angeboten ergeben werden. Vor diesem Hintergrund ist die Gewichtung des Kriteriums „Wegenutzungsentgelte und sonstige zulässige Leistungen nach § 3 KAV“ mit 40 Punkten schon für sich genommen rechtlich bedenklich. Jedenfalls aber folgt aus einer so hohen Gewichtung dieses Kriteriums zwingend eine höhere Bewertung des Kriteriums **„Sicherheit des Netzbetriebs und Qualität des Netzes“** als lediglich mit 50 Punkten.

(3) Auch die Gewichtung der Kriterien **„Preisgünstigkeit der Leistungserbringung“** und **„Effizienter Netzbetrieb“** mit jeweils 25 Punkten erscheint vor dem Hintergrund ihrer Bedeutung gemäß § 1 Abs. 1 EnWG zu niedrig. Zieht man auch bezüglich dieser Kriterien den Musterkriterienkatalog der Energiekartellbehörde Baden-Württemberg als Orientierungshilfe heran, hätten diese Kriterien zusammen mit einem Anteil von 20 % bis 30 % gewichtet werden müssen und nicht wie in dem Zweiten Verfahrensbrief der Senatsverwaltung für Finanzen zusammen nur mit 15,7 %. Die zu niedrige Gewichtung dieser beiden Kriterien folgt zudem daraus, dass die Kriterien **„Baumaßnahmen“** und

„Laufzeit/Kündigungsrechte/Sicherung des Netzeigentums“ ebenfalls mit jeweils 25 Punkten gewichtet worden sind. Vor dem Hintergrund der Vorgaben des § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG erscheint eine solche gleiche Gewichtung jedoch nicht zu rechtfertigen zu sein.

5. Unklare Bewertungsgrundlage der Auswahlentscheidung

Nach dem mit dem Zweiten Verfahrensbrief der Senatsverwaltung für Finanzen beschriebenen Auswahlverfahren sollten im Rahmen der Angebotswertung „insbesondere“ Verpflichtungen der Bieter im angebotenen Vertragswerk Berücksichtigung finden. Zum Vertragswerk zählten dabei nicht nur der Vertragsentwurf als solcher, sondern auch die von den Bietern als Teil ihres Angebotes vorgelegten Anlagen, soweit diese Vertragsbestandteil werden sollten. Hierzu gehörten insbesondere die von allen Bietern vorzulegenden Netzübernahme- und Netzbewirtschaftungskonzepte.

Darüber hinaus sollten aber auch „alle weiteren von den Bietern vorgelegten Informationen“ berücksichtigt werden. Dies kann nur so verstanden werden, dass damit solche Informationen gemeint sind, die gerade nicht Vertragsbestandteil werden sollten. Dabei bleibt zum einen unklar, um welche Informationen und Unterlagen es sich dabei handeln soll, was unter dem Aspekt des Transparenz- und des Gleichbehandlungsgebotes problematisch ist. Zum anderen begegnet darüber hinaus generell die Wertung von Aussagen in den Angeboten, die nicht Vertragsbestandteil werden, Bedenken, da diese rechtlich nicht verbindlich und damit nicht durchsetzbar sind. Es besteht die Gefahr, dass Bieter eine gute Angebotswertung für bloße Ankündigungen und Absichtserklärungen erzielen, deren Nichterfüllung im Rahmen der Vertragsdurchführung sanktionslos bleibt. Besonders augenfällig wird dies bei der positiven Berücksichtigung der zahlreichen von dem Landesbetrieb Berlin Energie vorgelegten Letters of Intent mit landeseigenen und privaten Drittunternehmen im Rahmen der Angebotswertung. Diese Letters of Intent sollen zwar Vertragsbestandteil werden: Aus den vorliegenden Unterlagen ist aber nicht erkennbar, ob und ggf. welche konkreten Verpflichtungen diese Letters of Intent enthalten. Die Bezeichnung als Letter of Intent legt nahe, dass es sich um bloße Absichtserklärungen zum Vertragsabschluss ohne rechtliche Verbind-

lichkeit handelt. Die Letters of Intent sind dem Vertrag größtenteils auch nur nachrichtlich beigefügt, ohne eine eigenständige Vertragsverpflichtung des Landesbetriebes Berlin Energie gegenüber dem Land Berlin zu begründen. Selbst wo dies der Fall ist (z.B. § 5 Abs. 5 Satz 2, § 6 Abs. 1 Unterabs. 3 Satz 1 des Konzessionsvertragsentwurfs), sind Verstöße gegen die entsprechenden Verpflichtungen nicht durch Vertragsstrafen o.ä. sanktioniert.

Hieraus folgt, dass die Berücksichtigung nicht näher definierter Informationen, insbesondere rechtlich unverbindlicher, nicht durchsetzbarer und nicht sanktionierter Ankündigungen und Absichtserklärungen, keine geeignete Grundlage für die Angebotswertung bilden kann.

6. Fehlende Überprüfbarkeit des Bewertungsergebnisses

Die als Anlage 2 beigefügte Auswertung der Angebote durch die Senatsverwaltung für Finanzen beinhaltet eine zusammenfassende Darstellung der wesentlichen Unterschiede der Angebote des Landesbetriebes Berlin Energie und der GASAG bzw. der NBB. Sie ist allerdings als Vorlage für die Einholung einer Zustimmung des Abgeordnetenhauses gemäß § 19 Abs. 3 des Berliner Energiespargesetzes (BEnSpG) nicht geeignet, weil sich aus ihr nicht in nachvollziehbarer Weise ergibt, weshalb die einzelnen Angebote bei den einzelnen Bewertungskriterien welche Punktzahlen erhalten haben.

Die Aussagen in der beigefügten Auswertung sind sehr pauschal gehalten. Auch werden nicht zu allen in der Bewertungsmatrix genannten Unterkriterien Ausführungen gemacht. Zum Teil werden einzelne Angebotsinhalte wiedergegeben, ohne dass erkennbar wird, ob dies bei der Wertung positiv, negativ oder gar nicht berücksichtigt wurde. Der Auswertung kann daher nicht einmal ansatzweise entnommen werden, welche Unterkriterien für die Bewertung der Angebote von der Bewertungsstelle herangezogen worden sind.

Auch der Prozess und das Ergebnis der Auswertung, insbesondere der jeweilige Punkteabzug bei dem relativ schlechteren Bewerber, können anhand der vorlegten Darstellung zumindest nicht vollständig nachvollzogen werden, da

es nicht nur - wie dargelegt - an einer abschließenden Aufzählung und Gewichtung der Unterkriterien, sondern auch an einem konkreten Maßstab für die Punktevergabe fehlt, obwohl beides nach den Anforderungen der hierzu ergangenen aktuellen Rechtsprechung erforderlich gewesen wäre.

Zudem fällt auf, dass das Angebot des Landesbetriebes Berlin Energie bei zwei Auswahlkriterien zwar schlechter als dasjenige der GASAG bzw. der NBB bewertet worden ist. Allerdings erfolgte dabei nur ein Punkteabzug von jeweils zwei Punkten. Umgekehrt beträgt der Punkteabzug bei der GASAG bzw. der NBB zwischen drei und vier Punkten, ohne dass ein solches unterschiedliches Vorgehen begründet wird.

Da die konkreten Angebote der Bieter von der Senatsverwaltung für Finanzen nicht vorgelegt wurden, lässt sich auch aus diesem Grund die vorgenommene Bewertung nicht abschließend beurteilen. Es finden sich an verschiedenen Stellen Bezugnahmen auf beabsichtigte Kooperationen zwischen dem Landesbetrieb Berlin Energie mit den Berliner Wasserbetrieben (BWB), der Berliner Verkehrsgesellschaft (BVG), den Berliner Stadtreinigungsbetrieben (BSR) und weiteren Unternehmen, die in Letters of Intent abgebildet sein sollen. Diese Letters of Intent liegen der Auswertung allerdings nicht bei. Es kann daher nicht ermittelt werden, ob solche Letters of Intent tatsächlich unterzeichnet worden sind. Ebenso wenig lässt sich deren Inhalt verifizieren.

Die fehlende rechtliche Verbindlichkeit und damit fehlende Eignung derartiger Letters of Intent als Wertungsgrundlage ist bereits oben dargestellt worden.

7. Fehler und Widersprüche in der Auswertung

Soweit die vorgelegte Auswertung der Senatsverwaltung für Finanzen überhaupt Rückschlüsse auf die Ermittlung der vergebenen Punktzahlen erlaubt, lassen sich daraus bereits zahlreiche rechtliche Fehler erkennen.

a) Dies betrifft zunächst die Ermittlung der vorgenommenen Punktabzüge als solche. Die Bewertungsunterschiede bei den einzelnen Auswahlkriterien bewegen sich nur im niedrigen einstelligen Bereich (nämlich jeweils einmal 48 Punkte gegenüber 50 Punkten, 40 Punkte gegenüber 36 Punkten und 38 Punkte gegenüber 40 Punkten sowie viermal 25 Punkte gegenüber 22 Punkten). Diese Bewertungsunterschiede sind zu gering, um sich durch eine Gesamtwertung der einzelnen Hauptkriterien erklären zu lassen. Sie deuten vielmehr daraufhin, dass Punktabzüge bei konkreten Unterkriterien anhand nicht zuvor bekannt gegebener Berechnungsmethoden vorgenommen wurden. Die Anwendung zuvor nicht bekannt gegebener Wertungskriterien ist jedoch nach den oben dargelegten rechtlichen Maßstäben mit dem Transparenzgebot unvereinbar, da sie die Möglichkeit der Willkür bei der Angebotsbewertung in sich birgt, die durch die rechtlichen Vorgaben gerade verhindert werden soll.

b) Rechtsfehler lassen aber auch die konkreten Begründungen in der vorgelegten Auswertung zu den einzelnen Auswahlkriterien erkennen.

(1) Nicht nachvollziehbar erscheint, warum das Angebot des Landesbetriebes Berlin Energie bei dem Auswahlkriterium „**Sicherheit des Netzbetriebs und Qualität des Netzes**“ nur mit zwei Punkten schlechter bewertet worden ist als das Angebot der GASAG bzw. der NBB.

Der sichere Netzbetrieb mit den Teilaspekten Zuverlässigkeit der Versorgung und Ungefährlichkeit des Betriebs der Verteilungsanlagen ist - wie bereits ausgeführt - nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs von fundamentaler Bedeutung für die Versorgungssicherheit und muss bei der Bewertung angemessen berücksichtigt werden. Zu bewerten sind hierbei nach dem Musterkriterienkatalog der Energiekartellbehörde Baden-Württemberg insbesondere die Finanz-, Sach- und Personalausstattung, die Erfahrung als Netzbetreiber bzw. das Betriebskonzept für das zu erwerbende Netz, die Versorgungssicherheit im Altnetz bezüglich des Altkonzessionärs bzw. im Netz eines Bewerbers, das Netzpflegekonzept und das Netzstrukturkonzept.

Schon im Hinblick auf das Unterkriterium „**Personalausstattung**“ geht der Landesbetrieb Berlin Energie ausweislich der Auswertung nur davon aus, das

bisher für das Berliner Gasnetz tätige Personal und die entsprechenden Betriebsmittel vollständig übernehmen zu können. Gesichert ist diese Annahme jedoch nicht. Dem will der Landesbetrieb Berlin Energie offenbar dadurch Rechnung tragen, dass er Dienstleistungen durch bestimmte Landesunternehmen über Letters of Intent sichergestellt habe. Ein Letter of Intent stellt aber - wie bereits ausgeführt - allenfalls eine Absichtserklärung dar. Ob hierdurch tatsächlich kurzfristig ein sicherer Netzbetrieb durch den Landesbetrieb Berlin Energie sichergestellt werden kann, muss bezweifelt werden, zumal die Qualifikation des Personals der genannten landeseigenen Unternehmen und Betriebe zur Sicherstellung eines sicheren Betriebs des Gasnetzes in Frage stehen dürfte. In der Auswertung der Senatsverwaltung für Finanzen wird daher auch ingeräumt, dass bei Störungen des geplanten Personalübergangs vorübergehende Umsetzungsprobleme nicht vollständig ausgeschlossen werden können. Da die Einzelheiten der Absichtserklärungen der Berliner Landesunternehmen nicht bekannt sind, kann die Wertung der Senatsverwaltung für Finanzen, es liege auch in der hilfsweise angenommenen Variante, dass Dienstleistungen durch Berliner Landesunternehmen in Anspruch genommen werden könnten, wenn der Landesbetrieb Berlin Energie sein primäres Ziel einer vollständigen Übernahme des bisher für das Berliner Gasnetz tätigen Personals und der Betriebsmittel der GASAG verfehlen sollte, ein konsistentes Betriebskonzept vor, nicht nachvollzogen werden. Rechtlich überzeugend aus Gründen der Netzsicherheit wäre vielmehr allein das Ergebnis, dass der Gasbetrieb weiterhin durch den bisherigen Netzbetreiber betrieben werden soll.

Unstimmig ist ferner die Bewertung, dass im Ergebnis „die Bereiche Leckstellen und Ausfallzeiten u.a.“ als gleichwertig anzusehen seien. Was hier „u.a.“ in die Bewertung eingeflossen ist, wird nicht dargelegt.

Ebenso wenig plausibel erscheint die nur mit zwei Punkten höhere Bewertung des Angebots der GASAG bzw. der NBB auch vor dem Hintergrund des erheblich höheren Instandhaltungsvolumens, das die GASAG bzw. die NBB angeboten hat. Dieses liegt mit 679.000.000 Euro rund 10 % - und damit nicht nur - wie von der Senatsverwaltung für Finanzen überraschenderweise angenommen wird - „etwas“ höher als die von dem Landesbetrieb Berlin Energie angebotenen 608.000.000 Euro. In der Auswertung wird jedoch unter Verweis

auf „unterschiedliche Informationsstände und Wertannahmen in Relation von ähnlich großen Investitions- und Instandhaltungsvolumina“ ausgegangen. Damit werden die signifikanten Angebotsunterschiede eindeutig nivelliert.

Angesichts der von der Rechtsprechung einhellig betonten überragenden Bedeutung des Zieles eines sicheren Netzbetriebs und vor dem Hintergrund der vorstehenden Überlegungen erscheint eine lediglich um zwei Punkte schlechtere Bewertung des Angebots des Landesbetriebes Berlin-Energie im Vergleich zu dem Angebot der GASAG bzw. der NBB in hohem Maße angreifbar.

(2) Eine Besserbewertung des Angebots des Landesbetriebes Berlin Energie bei dem Kriterium „Verbraucherfreundlicher Netzbetrieb“ um vier Punkte erscheint ebenfalls nicht nachvollziehbar.

Die Auswertung besteht insoweit überwiegend aus einer wiedergebenden Darstellung der Angebotsinhalte. In der Auswertung bewertete oder zumindest messbare Vorteile fallen teils zugunsten der GASAG bzw. der NBB (Zahl der Kundencenter, Überwachungs- und Sanktionsmöglichkeiten), teils zugunsten des Landesbetriebes Berlin Energie aus (Reaktionszeiten, Bearbeitungszeiten für Kundenbeschwerden, Realisierungszeiträume für Hausanschlüsse). In der Gesamtbetrachtung wird dann jedoch ein deutlicher Bewertungsabschlag von vier Punkten für die GASAG bzw. die NBB vorgenommen, ohne dass aus der vorstehenden Begründung erkennbar wäre, wieso es überhaupt zu einer Schlechterbewertung und warum in dieser konkreten Höhe gekommen ist.

Die Auswertung der Senatsverwaltung für Finanzen geht von einer Reaktionszeit auf Störungen bei der GASAG bzw. der NBB von 30 Minuten, bei dem Landesbetrieb Berlin Energie von 25 Minuten aus. Aufgrund welcher personellen oder organisatorisch-technischen Vorsprünge der bisher nicht als Gasversorger tätige Landesbetrieb diese deutlich schnellere Reaktionszeit gewährleisten kann, wird in der Auswertung nicht einmal angesprochen, geschweige denn plausibel dargelegt.

Zugunsten des Landesbetriebes Berlin Energie wertet die Senatsverwaltung für Finanzen ferner, dass der Betrieb eine so genannte Energie-App für Zählerstandsmitteilungen zwei Jahre nach Netzübernahme bieten will. Diese Wertung erscheint zumindest deshalb kaum schlüssig, weil nicht einmal klar ist, ob diese Energie-App kostenlos zur Verfügung gestellt werden soll.

Verbraucherbeschwerden sollen nach dem Angebot der GASAG bzw. der NBB, das angeblich widersprüchliche Angaben hierzu enthalten soll, innerhalb von zwei Wochen bzw. fünf Arbeitstagen beantwortet werden. Von dem Landesbetrieb Berlin Energie sollen sie dagegen innerhalb von zwei Werktagen beantwortet werden. Hier sind dieselben Bedenken wie zu den von dem Landesbetrieb Berlin Energie vorgesehenen Reaktionszeiten zu erheben.

Der deutliche und zugleich hinsichtlich aller Konzessionskriterien mit vier Punkten höchste Bewertungsabschlag findet in der Auswertung der Senatsverwaltung für Finanzen nach alledem keine überzeugende Grundlage.

(3) Ebenso mangelhaft erscheint die Begründung der Bewertung hinsichtlich des Kriteriums **„Umweltverträglicher Netzbetrieb/netzbezogener Beitrag zum Ausbau der erneuerbaren Energien“**. Am Ende der Ausführungen zu diesen Kriterien wird von der Senatsverwaltung für Finanzen festgestellt, dass die Bieter jeweils weitere umfangreiche Hinwirkungs- und Sanktionsmöglichkeiten angeboten hätten, die - ohne nähere Begründung - bei der GASAG bzw. der NBB geringfügig besser bewertet worden seien. Insgesamt ergebe sich „daraus“ ein Bewertungsvorteil für die GASAG bzw. die NBB. Dieser ist mit insgesamt zwei Punkten veranschlagt worden. Hiermit lässt sich aber nicht vereinbaren, dass es in den vorstehenden Ausführungen heißt, (nur) die GASAG bzw. die NBB habe zur Unterstützung bei der Entwicklung von Energiekonzepten optional die Gestellung sowohl von Mitarbeiterkapazitäten bis zu 400 Beratertage im Jahr und weitere Leistungen angeboten, die ausdrücklich als „Vorteil“ für das Land Berlin gewertet werden, allerdings ohne offenbar den Punktabschlag zu Lasten des Landesbetriebes Berlin Energie zu beeinflussen. Angesichts der nur von der GASAG bzw. der NBB angebotenen Un-

terstützungsleistungen von erheblichen Umfang, aus dem ein höherer Erfüllungsgrad bei der GASAG bzw. der NBB abzuleiten wäre, erscheint der Abzug von lediglich zwei Punkten zu Lasten des Landesbetriebes Berlin Energie nicht schlüssig.

(4) Auch bezüglich der Kriterien **„Endschaftsregelungen“**, **„Preisgünstigkeit der Leistungserbringung“**, **„Effizienter Netzbetrieb“** und **„Laufzeit/Kündigungsrechte/Sicherung des Netzeigentums“** finden sich in der Auswertung der Senatsverwaltung für Finanzen weitgehend wiedergebende Darstellungen der jeweiligen Angebotsinhalte, zu denen nur vereinzelt Zwischenwertungen abgegeben werden. In der Gesamtbetrachtung wird aber jeweils ein deutlicher Bewertungsabschlag von jeweils drei Punkten zu Lasten der GASAG bzw. der NBB ermittelt, ohne dass erkennbar würde, wieso sich ein solcher Abschlag überhaupt und warum in dieser Höhe ergibt.

Hinsichtlich des Kriteriums **„Endschaftsregelungen“** gehen die Ausführungen der Senatsverwaltung für Finanzen, dass auch die Meldestelle und die Leitwarte von diesen Regelungen erfasst seien, zudem von ungesicherten Hypothesen hinsichtlich der Meldestelle zu Lasten der GASAG bzw. der NBB aus. Denn sie unterstellt mögliche Vetorechte von Minderheitsgesellschaftern der KKI GmbH, die Eigentümerin der Meldestelle ist, in Bezug auf die Übertragung wesentlicher Wirtschaftsgüter. Ob diese Unterstellungen zutreffen, bleibt aber gerade offen, so dass infolgedessen auch dem Punktabzug bei der GASAG bzw. der NBB ein Unsicherheitsmoment innewohnt. Unklar ist auch, wie sich diese Überlegungen auf den Landesbetrieb Berlin Energie auswirken. Hierzu macht die Senatsverwaltung für Finanzen keine Angaben.

Hinsichtlich des Kriteriums **„Preisgünstigkeit der Leistungserbringung“** wird ausgeführt, dass die von allen Bietern zukünftig erwartete Absenkung des Gasabsatzes pro Anschluss sowie inflationsbedingte Preissteigerungen u.a. jeweils durch Verdichtung kompensiert werden sollten, wobei die GASAG bzw. die NBB 15.000 Neuanschlüsse in fünf Jahren und der Landesbetrieb Berlin Energie 12.500 Neuanschlüsse anstrebe, ohne dass hierfür eine Zeitspanne genannt wird. Eine Bewertung, welcher Anbieter die bessere Preis-

steigerungskompensation bietet, fehlt aber. Vielmehr werden diese Umstände lediglich referiert. Das hinsichtlich der Neuanschlüsse eindeutig bessere Angebot der GASAG bzw. der NBB findet offenbar auch keinen Eingang in die Angebotswertung, bei der die Senatsverwaltung für Finanzen insgesamt zu einem spürbaren Vorteil für den Landesbetrieb Berlin Energie gelangt.

Bei dem Kriterium „**Effizienter Netzbetrieb**“ wird zur Begründung erneut auf die beabsichtigten Kooperationen mit Landesunternehmen und die deswegen angenommenen Potentiale für Effizienzsteigerungen verwiesen. Hier soll sich ein „deutlicher Vorteil“ für den Landesbetrieb Berlin Energie daraus ergeben, dass Kooperationsmöglichkeiten unter anderem mit den BWB, der BVG und der BSR konkret benannt worden sind. Derartige lediglich auf Absichtserklärungen gestützte Potentiale, die mit keinerlei rechtlicher Verbindlichkeit und Sanktionsmechanismen verbunden sind, können nach dem oben Gesagten jedoch keine rechtlich tragfähige Grundlage für eine dem Transparenzgebot genügende Angebotswertung sein. Demgegenüber hat die GASAG bzw. die NBB auf „bestehende Kooperationen“ etwa mit Unternehmen der GASAG-Gruppe verwiesen. Wieso sich das Angebot des Landesbetriebes Berlin Energie unter Effizienzgesichtspunkten als besseres Angebot darstellen soll, ohne die bereits bestehenden Kooperationen der GASAG bzw. der NBB wertungsmäßig einzubeziehen, bleibt nach alledem unklar.

Es erscheint somit in erheblichem Maße fraglich, dass sich bei der von der Senatsverwaltung für Finanzen geschilderten Sachlage ein deutlicher Vorteil für den Landesbetrieb Berlin Energie allein angesichts der von ihm benannten Kooperationsmöglichkeiten ergeben soll, der einen Punktabzug zu Lasten der GASAG bzw. der NBB in Höhe von drei Punkten rechtfertigen könnte.

III. Nichtbeachtung der formalen Voraussetzungen

Über die dargelegten Mängel des Konzessionierungsverfahrens hinsichtlich der Auswahlkriterien sowie hinsichtlich der getroffenen Auswahlentscheidung

hinaus bestehen weitere Bedenken hinsichtlich der Einhaltung der formalen Voraussetzungen des Angebotes des Landesbetriebes Berlin Energie.

1. Fehlender Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Landesbetriebes Berlin Energie

Das Angebot des Landesbetriebes Berlin Energie hätte bereits mit Ablauf der in dem Zweiten Verfahrensbrief der Senatsverwaltung für Finanzen genannten Frist ausgeschlossen werden müssen, da der Landesbetrieb Berlin Energie seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und damit seine grundsätzliche Eignung für die Durchführung des Betriebs des Gasnetzes der allgemeinen Versorgung auf dem Gebiet des Landes Berlin im Rahmen einer reinen Konzessionierung nicht nachgewiesen hat.

Mit dem Ersten Verfahrensbrief der Senatsverwaltung für Finanzen vom 10. Dezember 2012 wurden alle Bewerber aufgefordert, Eignungsnachweise für eine Konzessionierung bis zum 21. Januar 2013 vorzulegen. Dabei wurde u.a. die Vorlage eines Nachweises über das notwendige Eigenkapital und bzw. oder eines autorisierten Finanzkonzeptes einer Bank für den Nachweis des notwendigen Fremdkapitals gefordert. Im Zweiten Verfahrensbrief wurde klarstellend darauf hingewiesen, dass dieser geforderte Nachweis hinsichtlich einer möglichen Finanzierung über Eigenkapital nicht den Nachweis der Verfügung über das notwendige Eigenkapital beinhaltet, sondern der Nachweis über die Aufbringung des notwendigen Eigenkapitals ausreicht.

Für den Fall, dass nach den Unterlagen ein Bieter offensichtlich nicht zur Durchführung des Betriebs des Gasnetzes der allgemeinen Versorgung auf dem Gebiet des Landes Berlin im Rahmen einer reinen Konzessionierung geeignet ist, sieht der Zweite Verfahrensbrief der Senatsverwaltung für Finanzen den zwingenden Ausschluss dieses Bieters aus dem Auswahlverfahren vor („so wird das Land Berlin diesen Bieter aus dem Auswahlverfahren ausschließen“).

Den von dem Land Berlin geforderten Nachweis zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit hat der Landesbetrieb Berlin Energie innerhalb der genannten Frist nicht erbracht. Die Gründung eines entsprechenden Sondervermögens (Berlin Energie) müsste durch Abflüsse aus dem Landeshaushalt erkennbar sein. Auch der zukünftige Kapitalbedarf muss im Haushaltsplan berücksichtigt werden. Im Doppelhaushalt 2012/2013 fehlt jeder Hinweis auf die Errichtung des Landesbetriebes Berlin Energie und die Gründung eines entsprechenden Sondervermögens. Auch in dem verabschiedeten Nachtragshaushalt finden sich keine entsprechenden Ausgaben. Im Rahmen der Zulassung des Landesbetriebes Berlin Energie im Jahr 2012 wurde allerdings eine außerplanmäßige Verpflichtungsermächtigung in Höhe von 95.000 Euro für das Jahr 2013 zugunsten des Landesbetriebes Berlin Energie im Haushalt zugelassen. Für den Doppelhaushalt 2014/2015 sieht der Haushaltsplan einen Zuschuss an die - noch zu gründende - Berlin Energie GmbH in Höhe von 500.000 Euro im Jahr 2014 und in Höhe von 2.000.000 Euro im Jahr 2015 vor.

Ein schlüssiges Finanzierungskonzept und ein Nachweis der finanziellen Leistungsfähigkeit in Bezug auf die Übernahme des Gasnetzes und dessen Betrieb kann darin nicht gesehen werden. Insbesondere in dem für den Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit relevanten Jahr 2013 weist der Haushalt des Landes Berlin keine Ausgaben zu Gunsten des Landesbetriebes Berlin Energie aus. Die außerplanmäßige Verpflichtungsermächtigung aus dem Jahr 2012 beträgt weiterhin nur 95.000 Euro. Auch wird der Erwerb des Berliner Gasnetzes Kosten verursachen, die die für 2014/2015 genannten Summen bei weitem übersteigen, so dass völlig unklar ist, wie der Landesbetrieb Berlin Energie den Kauf des Gasnetzes finanzieren will.

2. Kein rechtverbindliches Angebot des Landesbetriebes Berlin Energie

Rechtlich zweifelhaft ist auch, ob der Landesbetrieb Berlin Energie überhaupt ein rechtsverbindliches Angebot im Rahmen des Konzessionierungsverfahrens des Landes Berlin abgegeben hat.

In dem Dritten Verfahrensbrief der Senatsverwaltung für Finanzen vom 31. Januar 2014 wurden die Bewerber aufgefordert, bis zum Ablauf des

21. März 2014 ein „finale Angebot“ für die reine Konzessionierung und bzw. oder die Unterlagen für das „finale Kooperationsangebot“ einzureichen. Das finale Angebot durfte insbesondere **keinen Gremienvorbehalt** o.ä. mehr enthalten, der dessen Rechtsverbindlichkeit hindert (A. III., Seite 12 oben).

Als Eigenbetrieb des Landes Berlin besitzt der Landesbetrieb Berlin Energie keine eigene Rechtspersönlichkeit. Er ist daher nicht rechtsfähig. Allerdings kann der Landesbetrieb Berlin Energie gemäß § 1 Abs. 4 Satz 1 des Gesetzes über die Eigenbetriebe des Landes Berlin (Eigenbetriebesgesetz - EigG) „im Rahmen seiner Aufgaben“ mit unmittelbarer Wirkung für und gegen Berlin handeln. Gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 EigG vertritt die Geschäftsleitung Berlin „in den Angelegenheiten des Eigenbetriebs“. Der Landesbetrieb Berlin Energie kann mithin im Rahmen seiner Aufgaben rechtsgeschäftlich für das Land Berlin tätig werden.

Die Aufgaben des Landesbetriebes Berlin Energie, bei denen er rechtsgeschäftlich tätig werden kann, waren ursprünglich in der Geschäftsanweisung für den Landesbetrieb Berlin Energie vom 30. März 2012, zuletzt geändert am 24. Mai 2013 (mittlerweile ersetzt durch die Geschäftsanweisung für den Landesbetrieb Berlin Energie vom 29. November 2013) festgelegt. Danach hatte der Landesbetrieb Berlin Energie die Aufgabe, an der Vorbereitung und ggf. Umsetzung von Rekommunalisierungen auf dem Gebiet der Energieinfrastruktur im Land Berlin mitzuwirken, sowie die Möglichkeit, an Interessenbekundungen im Land Berlin im Rahmen der Neuvergabe von Strom-, Gas- und Fernwärmekonzessionen teilzunehmen.

Nicht umfasst von den Aufgaben des Landesbetriebes Berlin Energie war mithin die Abgabe eines rechtsverbindlichen Angebotes im Rahmen eines Konzessionsverfahrens. Folglich handelte der Landesbetrieb Berlin Energie bei der Abgabe eines solchen Angebots außerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht und damit als Vertreter ohne Vertretungsmacht. Das Angebot des Landesbetriebes Berlin Energie ist daher gemäß § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam, d.h. es wird erst wirksam, wenn es von dem Vertretenen, dem Land Berlin, genehmigt wird.

Wegen dieser Genehmigungsbedürftigkeit, die im Übrigen zumindest faktisch die Wirkung eines nicht zulässigen Gremienvorbehaltes hat, stellt das Angebot des Landesbetriebes Berlin Energie kein rechtsverbindliches Angebot in dem Sinne dar, wie es nach dem Dritten Verfahrensbrief der Senatsverwaltung für Finanzen verlangt war. Es durfte mithin nicht berücksichtigt werden.

3. Unbestimmtheit der künftigen Organisation bzw. der künftigen Rechtsform des Landesbetriebes Berlin Energie

Erheblichen rechtlichen Bedenken begegnet es ferner, dass die Organisation des nach der Auswertung durch die Senatsverwaltung für Finanzen ausgewählten Landesbetriebes Berlin Energie noch zu offen und unbestimmt ist, als dass er bei der gebotenen, an den Kriterien des § 1 Abs. 1 EnWG ausgerichteten Auswahlentscheidung hätte einbezogen und als bestgeeignet ausgewählt werden dürfen. Denn grundsätzlich muss vor der endgültigen Vergabe der Konzession jedenfalls im Wesentlichen feststehen, wer in welchem Umfang als so genannter strategischer Partner und ggf. auch als tatsächlicher Betreiber des in Aussicht genommenen (kommunalen) Konzessionsnehmers in Betracht kommt. Seine wesentliche Struktur gewinnt der kommunale Konzessionsnehmer in der hier maßgebenden Konstellation erst mit der Auswahl eines strategischen Partners bzw. Betreibers, der insbesondere das Tagesgeschäft übernehmen soll, und den Beteiligungsmodalitäten. In diesem Zusammenhang ist zwischen der Ausschreibung strategischer Partnerschaften und ggf. auch noch des Betreibers bei kommunalen Netzgesellschaften und der Ausschreibung der Vergabe von Wegekonzessionen zu unterscheiden. Beide Ausschreibungen können parallel oder getrennt erfolgen. Bei Trennung beider Verfahren muss aber die Ausschreibung des strategischen Partners vorausgehen und darf nicht nachfolgen. Denn anderenfalls wird die Konzession an eine Gesellschaft vergeben, deren Leistungsfähigkeit noch nicht sachgerecht beurteilt werden kann. Nur auf diese Weise wird der gesetzlichen Forderung nach einer an den Kriterien des § 1 Abs. 1 EnWG und nicht primär nach kommunalen Wünschen ausgerichteten Auswahl entsprochen; zudem ist nur so die erforderliche Beurteilung der Wirtschaftlichkeit möglich (OVG Lüneburg, Beschluss vom 11. September 2013 - 10 ME 88/12 - Rn. 47 m.w.N.)

Der Landesbetrieb Berlin Energie ist derzeit ein Landesbetrieb im Sinne des § 26 LHO. Er soll ausweislich der Auswertung der Senatsverwaltung für Finanzen nach Zuschlagserteilung in eine GmbH oder in eine andere zivilrechtliche Rechtsform (GmbH & Co. KG) umgewandelt werden. Diese GmbH oder GmbH & Co. KG wäre dann aber nicht identisch mit dem Betrieb, der sich um die Konzession beworben hat, nämlich einem Landesbetrieb.

Auch die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umwelt geht in ihrer Vorlage an den Vorsitzenden des Hauptausschusses vom 17. September 2013 (0603 E) davon aus, dass eine Änderung der Rechtsform des Landesbetriebes für die Zeit des Verfahrens nicht vorgenommen werden kann. Dabei scheint die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umwelt die oben dargelegten Bedenken zu teilen, da es in der Vorlage weiter heißt, dass allerdings spätestens zur Betriebsaufnahme des Verteilungsnetzbetreiber-Betriebes Gas bzw. Strom die rechtlich selbstständige Einheit real agieren müsse, um keinen Entzug der Betriebsgenehmigung zu riskieren (Seite 4).

4. Keine hinreichende organisatorische Trennung zwischen dem Landesbetrieb Berlin Energie als Bewerber im Konzessionierungsverfahren und der Senatsverwaltung für Finanzen als Vergabestelle

Weiteren Bedenken unterliegt schließlich, dass mindestens bis zum November 2012 die Senatsverwaltung für Finanzen (Abteilung I C) die zuständige Aufsichtsbehörde des nach der Auswertung der Senatsverwaltung für Finanzen im Konzessionierungsverfahren für das Gasnetz der allgemeinen Versorgung im Land Berlin siegreichen Landesbetriebes Berlin Energie gewesen ist und dass das Konzessionierungsverfahren in der Verantwortung der Senatsverwaltung für Finanzen (Abteilung I A) durchgeführt worden ist.

Diese Organisationsstruktur hatte zur Folge, dass der Senat als Organ in dem gesamten Verfahren gleichzeitig über die Konzession zu entscheiden und die Verantwortung für den Landesbetrieb Berlin Energie auszuüben hatte; der zuständige Senator für Finanzen, die Staatssekretäre und der Abteilungsleiter waren jeweils identisch. Es ist jedoch unvereinbar,

bzw. Konzessionierungsentscheidung Personen mitwirken, die zugleich Aufsichtsfunktionen bei einem Bieter ausüben oder ausübten.

Die Senatsverwaltung für Finanzen hätte daher für die Zeit, in der der Landesbetrieb Berlin Energie bei ihr bestand, sicherstellen müssen, dass die genannten Personen sich jeder Aufsichtstätigkeit für den Landesbetrieb Berlin Energie enthielten. Dies ist aus den von der Senatsverwaltung für Finanzen zum Verfahren vorgelegten Unterlagen nicht ersichtlich. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass Vorkehrungen bei der Senatsverwaltung für Finanzen nicht getroffen worden sind, zumal diese die Herausgabe der vollständigen Unterlagen zum Verfahren ausdrücklich verweigert hat.

Dieser für das Verfahren wesentliche Fehler wirkt sich auch ungeachtet der Tatsache weiterhin aus, dass sich der Senator für Finanzen in einem späteren Teil des Verfahrens der Einflussnahme enthalten und insbesondere an der Aussprache und Abstimmung zu einem entsprechenden Beschluss des Senats nicht teilgenommen hat (28. Januar 2014, Senatsbeschluss 1430/2014).

Gemäß § 46 Abs. 4 EnWG findet § 46 Abs. 2 und 3 EnWG für Eigenbetriebe der Gemeinden entsprechende Anwendung. Hieraus folgt, dass sich auch Eigenbetriebe dem Wettbewerb um Konzessionen stellen müssen. In dem Verfahren der Konzessionsvergabe müssen sie von den Gemeinden behandelt werden wie jeder andere Bewerber um die Konzession. „Inhouse-Vergaben“ sind - wie bereits oben ausgeführt - bei Konzessionen für Strom- und Gasnetze nicht möglich. Bewirbt sich ein Eigenbetrieb um eine Konzession für ein Strom- oder Gasversorgungsnetz, befinden sich die Gemeinden dadurch in der Situation, gleichzeitig Bewerber und Vergabestelle zu sein. Die Zuständigkeiten innerhalb der Gemeinde müssen daher in diesen Fällen klar getrennt werden. Die Mitarbeiter der Vergabestelle dürfen nicht zugleich für den Eigenbetrieb tätig sein (Albrecht, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl. 2013, § 9 Rn. 89 m.w.N.)

Aus dem Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB und des § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG folgt neben dem bereits oben dargestellten Transparenzgebot auch das so genannte Gleichbehandlungs- und Neutralitätsgebot.

Darüber hinaus ist der Grundgedanke des § 20 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 5 Halbs. 1 VwVfG, wonach in einem Verwaltungsverfahren für eine Behörde nicht tätig werden darf, wer einen Beteiligten kraft Gesetzes oder Vollmacht allgemein oder in diesem Verwaltungsverfahren vertritt bzw. wer bei einem Beteiligten gegen Entgelt beschäftigt ist oder bei ihm als Mitglied des Vorstands, des Aufsichtsrates oder eines gleichartigen Organs tätig ist, bei Fehlen sonstiger Regelungen zumindest lückenschließend anwendbar, um eine Interessenkollision und den bösen Schein möglicher Parteilichkeit zu vermeiden. Die genannte Regelung ist damit Ausfluss des Unbefangenheitsprinzips (OLG Brandenburg, Beschluss vom 3. August 1999 - 6 Verg 1/99 - Rn. 144 ff. m.w.N.).

Der hieraus folgende Ausschluss betrifft alle Mitwirkungshandlungen, die aufgrund der einschlägigen Verfahrensnormen und Verfahrensgrundsätze dem Verwaltungsverfahren zuzurechnen sind und die in irgendeiner Weise Einfluss auf den Verlauf des Verfahrens und bzw. oder das Ergebnis des Verfahrens, auf das Ergehen oder Nichtergehen oder auf den Inhalt der zu treffenden Entscheidung oder des abzuschließenden Vertrages haben können. Darunter fallen nicht nur die das Verfahren abschließenden Entscheidungen sowie evtl. vorausgehende Beratungen und Abstimmungen, sondern auch alle vorbereitenden Handlungen (OLG Brandenburg, Beschluss vom 3. August 1999 - 6 Verg 1/99 - Rn. 147 m.w.N.).

Hiernach dürfte es für die Annahme eines Verstoßes gegen den Grundgedanken des § 20 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 5 Halbs. 1 VwVfG bereits ausreichen, dass der Senator für Finanzen und einer der Staatssekretäre an dem zur Vergabentscheidung führenden Prozess zumindest im Vorfeld beteiligt waren. Dass deren Mitwirkung für die getroffene Entscheidung möglicherweise nicht kausal gewesen ist, ist bei der sinngemäßen Anwendung der Vorschrift irrelevant. Unerheblich ist danach auch, ob der Landesbetrieb Berlin Energie tatsächlich einen Informationsvorsprung erlangt hat (OLG Brandenburg, Beschluss vom 3. August 1999 - 6 Verg 1/99 - Rn. 148 m.w.N.).

C. Ergebnis und Zusammenfassung

Schon wegen der Nichteinhaltung der formalen Voraussetzungen hätte das Angebot des Landesbetriebes Berlin Energie nicht von der Senatsverwaltung für Finanzen in die Bewertung aufgenommen werden dürfen und hätte daher eine Entscheidung zugunsten der GASAG bzw. der NBB erfolgen müssen.

Darüber hinaus ist die Angebotswertung durch die Senatsverwaltung für Finanzen auf der Grundlage der vorliegenden Unterlagen auch inhaltlich nicht nachvollziehbar und wirft erhebliche Bedenken hinsichtlich der Einhaltung eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens auf. Für das Land Berlin besteht daher bei einer eventuellen gerichtlichen Auseinandersetzung ein hohes Prozessrisiko.

Da die GASAG aufgrund der bereits Ende des Jahres 2013 ausgelaufenen Konzession jedenfalls ab dem Jahr 2015 nicht mehr zur Leistung der Konzessionsabgaben verpflichtet ist und eine freiwillige Weiterzahlung vor dem Hintergrund des von ihr angekündigten Rechtsstreits nicht gesichert ist, drohen dem Land Berlin zudem entgangene Einnahmen in Höhe dieser Abgaben, die durch Ansprüche über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung möglicherweise nicht vollständig ausgeglichen werden können. Eine Zustimmung zur Senatsvorlage der Senatsverwaltung für Finanzen kann daher auch deshalb nicht empfohlen werden, da die Mitwirkung an einer solchen Entscheidung Haftungsansprüche des Landes Berlin gegen die - dann insoweit rechtswidrig handelnden - Amtswalter auslösen kann.