

Was ist zu tun, wenn ein Konzessionsvertrag ausläuft?

Seminar „Gestaltung der Energieversorgung
durch Städte und Gemeinden“
am 04. März 2010 in Ludwigsburg

Rechtsanwalt Matthias Albrecht

Über uns

- Gegründet 1970
- Büros in München, Berlin, Köln, Stuttgart, Wien
- Über 160 Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Ingenieure
- Mandanten:
 - Kommunale Unternehmen: mehr als 550 Stadtwerke, Wasserversorgungs- und Verkehrsunternehmen
 - Betreiber regenerativer und konventioneller Erzeugungsanlagen
 - Projektentwickler
 - Industrieunternehmen
 - Energiehandelsunternehmen
- Führend in der Beratung der Energie- und Infrastrukturbranche mit interdisziplinärem Ansatz
- Spezialisiert auf:
 - Energie-, Wasser-/Abwasser- und Abfallwirtschaft, ÖPNV und Telekommunikation
 - Energierecht
 - Vergaberecht, Kommunalrecht
 - Gesellschafts-, Steuer- und Arbeitsrecht
 - Wettbewerbs- und Kartellrecht
 - Umweltrecht
 - Finanzierungen
 - Betriebswirtschaftliche Beratung / Wirtschaftsprüfung
- Herbeiführung zahlreicher Grundsatzentscheidungen, insbesondere im Energie- und Kartellrecht

Matthias Albrecht, Rechtsanwalt

matthias.albrecht@bbh-online.de - Tel.: 0 89 / 23 11 64-149



- geboren 1965 in Hamburg
- Studium der Rechtswissenschaft in Hamburg
- 1996 bis 1998 Referent u.a. im Deutschen Bundestag
- Rechtsanwalt seit 1998
- seit 2003 Partner bei BBH München
- Lehrbeauftragter der Universität Koblenz
- Leiter der energierechtlichen Abteilung im Münchener Büro von BBH
- Tätigkeitsschwerpunkte:
 - Energiewirtschaftsrecht / Kommunalrecht / Kartellrecht / Verfassungsrecht
 - Energielieferverträge / Netzübernahmen / (Re-)Kommunalisierungen
 - allgemeines Zivilrecht, insbesondere Vertragsgestaltung

Inhaltsübersicht

- I. Was sind Konzessionsverträge?
- II. Die Regelung des § 46 Abs. 2 bis 4 EnWG
- III. Die Bekanntmachung nach § 46 Abs. 3 EnWG
- IV. Die Beschaffung von Informationen über das Netz
- V. Die Auswahl des örtlichen Netzbetreibers und die Entscheidung für oder gegen eine Kommunalisierung des Netzes

Was sind Konzessionsverträge? (1)

- Konzessionsverträge sind zunächst zivilrechtliche Wegenutzungsverträge, mit denen die Gemeinden Netzbetreibern die Verlegung und den Betrieb von örtlichen Strom- und Erdgasverteilnetzen in ihren Wegegrundstücken gestatten, § 46 Abs. 2 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG).
- Mit der Auswahl des Vertragspartners wählen die Gemeinden also den örtlichen Strom- oder Gasnetzbetreiber aus.
- Der ausgewählte örtliche Netzbetreiber hat ein weitgehendes Transportmonopol. Er ist Adressat der allgemeinen Anschlusspflicht, § 18 EnWG.
- Die Auswahl des örtlichen Netzbetreibers hat wegen des Anspruchs auf Netzzugang (Durchleitung) aber keinen Einfluss auf die Auswahl der Energielieferanten durch die Verbraucher.

Was sind Konzessionsverträge? (2)

- Bei der Konzessionsvergabe geht es aber nicht nur um die Einräumung von Wegenutzungsrechten.
- Die Gemeinden sind nach Art. 28 Abs. 2 Grundgesetz für die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zuständig, dazu gehört auch die örtliche Infrastruktur (sog. Gewährleistungsverantwortung).
- Mit der Auswahl des Vertragspartners für einen Konzessionsvertrag, und damit der Auswahl des örtlichen Netzbetreibers, nehmen die Gemeinden diese Verantwortung wahr. Dasselbe gilt für die Entscheidung, die Netze zu übernehmen und künftig selbst zu betreiben.

Die Regelungen des § 46 Abs. 2 - 4 EnWG (1)

- Die zulässige Laufzeit von Konzessionsverträgen ist auf längstens 20 Jahre begrenzt, § 46 Abs. 2 S. 1 EnWG.
- Spätestens 2 Jahre vor dem Auslaufen muss die Gemeinde das Vertragsende im Bundesanzeiger bzw. dem Amtsblatt der EU bekannt machen, § 46 Abs. 3 EnWG.
- Entscheidet sich eine Gemeinde für einen Wechsel des Netzbetreibers, hat der neu ausgewählte Netzbetreiber einen Anspruch auf „Überlassung“ der für die Versorgung des Gemeindegebiets „notwendigen“ Verteilungsanlagen gegen Zahlung einer „angemessenen Vergütung“, § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG.

Die Regelungen des § 46 Abs. 2 - 4 EnWG (2)

- Zweck der Regelung
 - Mindestens alle 20 Jahre soll es zu einem Wettbewerb um die Konzession kommen.
 - Die Gemeinden sollen prüfen, welcher Netzbetreiber das Netz am besten erhält, ausbaut und betreibt.
 - Gemeinden haben im Rahmen ihrer Verantwortung für die örtliche Infrastruktur auch selbst die Möglichkeit, auf das Netz zuzugreifen (so ausdrücklich BGH, Kartellsenat, Urt. vom 16.11.1999, „Kaufering“).

Zusammenhang zwischen Konzessionsvergabe und weitergehendem Engagement in der Energieversorgung

- Regelmäßig stehen Netzübernahmen durch Gemeinden im Zusammenhang mit einem weitergehenden Engagement in der Energieversorgung.
- Erneuerbare Energien (Biomasse, Wasserkraft, Wind, Sonne) können den angestrebten Beitrag zur Bedarfsdeckung nur leisten, wenn sie dezentral genutzt werden. Die besonders effiziente Kraft-Wärme-Kopplung kann nur dezentral genutzt werden. Energieeinsparung ist eine dezentrale Aufgabe.
- Die Energieversorgung wird also zunehmend eine „Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft“ i.S.d. Art. 28 Abs. 2 GG.
- Die Netze können eine wirtschaftliche Grundlage für ein umfassendes Engagement sein.

Die Bekanntmachung nach § 46 Abs. 3 EnWG (1)

- Soll den Wettbewerb um die Konzession ermöglichen
- Bekanntmachung des Vertragsendes ist ausreichend
- Keine formelle Ausschreibung der Konzession nach vergaberechtlichen Grundsätzen (GWB, VOL), da Netzkonzessionen als Dienstleistungskonzessionen eingestuft werden, aber Auswahl des Netzbetreibers in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren
- Bekanntmachungsfrist: spätestens 2 Jahre vor dem Ablauf des bisherigen Konzessionsvertrages (wir empfehlen 3 Jahre vor dem Vertragsende)
- Interessenbekundungsfrist von mindestens 3 Monaten empfehlenswert. Eine Bewerbung um die Konzession sollte in der Bekanntmachung noch nicht gefordert werden!

Die Bekanntmachung nach § 46 Abs. 3 EnWG (2)

- Bekanntmachungsmedium: Veröffentlichung erfolgt nach Wahl der Gemeinde
 - im Bundesanzeiger und/oder
 - im elektronischen Bundesanzeiger

- Bei mehr als 100.000 unmittelbar oder mittelbar angeschlossenen Kunden im Gemeindegebiet zusätzlich im Amtsblatt der EU

Bekanntmachungstext, wenn keine (Re-)Kommunalisierung in Betracht kommt

„Die Gemeinde, Landkreis ..., Bayern, macht gemäß § 46 Abs. 3 EnWG bekannt, dass der bestehende Wegenutzungsvertrag mit der ... für das Elektrizitätsverteilnetz der allgemeinen Versorgung (Stromkonzessionsvertrag) in ... am ... endet. Interessierte Unternehmen werden gebeten, ihr Interesse an der Konzession bis zum ... schriftlich bei der Gemeinde ... [Anschrift] zu bekunden. Die Gemeinde behält sich vor, nach diesem Termin eingehende Interessenbekundungen zu berücksichtigen. Eine Berücksichtigung nach diesem Termin eingehender Interessenbekundungen wird nicht zugesagt.“

Bekanntmachung, wenn eine (Re-) Kommunalisierung geprüft werden soll (1)

- Insbesondere kleinere Gemeinden werden die Netze nicht allein übernehmen, sondern ein Gemeinschaftsunternehmen mit einem Partner gründen, z.B. einem etablierten Netzbetreiber aus der Umgebung.
- Die Auswahl des Partners hat ebenfalls in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu erfolgen. Kein Unternehmen darf von vornherein ausgeschlossen werden.

Bekanntmachung, wenn eine (Re-) Kommunalisierung geprüft werden soll (2)

- Wir empfehlen deshalb bereits in der Bekanntmachung nach § 46 Abs. 3 EnWG mitzuteilen, dass die Absicht besteht, eine (Re-)Kommunalisierung zu prüfen und ggf. einen Partner zu beteiligen.

Bekanntmachung, wenn eine (Re-) Kommunalisierung geprüft werden soll (3)

„Die Gemeinde ..., Landkreis ..., Baden-Württemberg, macht gemäß § 46 Abs. 3 EnWG bekannt, dass der bestehende Wegenutzungsvertrag mit der ... für das Elektrizitätsversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung in ... (Stromkonzessionsvertrag) am ... endet. Interessierte Unternehmen werden gebeten, ihr Interesse an der Konzession bis zum ... schriftlich bei der Gemeinde ... [Anschrift] zu bekunden. Die Gemeinde wird auch prüfen, ob eine Übernahme des Stromversorgungsnetzes durch die Gemeinde oder ein Unternehmen, an dem sich die Gemeinde beteiligt, sinnvoll ist. Nach einer möglichen Netzübernahme kann sich die Gemeinde unterschiedliche Formen der Netzbewirtschaftung vorstellen, auch die Verpachtung des Netzes oder ein Netzbetrieb mit Unterstützung von Dienstleistern. Unternehmen, die Interesse an der Gründung eines gemeinsamen Unternehmens mit der Gemeinde haben, oder sich eine Zusammenarbeit im Rahmen der Netzbewirtschaftung vorstellen können, werden ebenfalls gebeten, ihr Interesse an einer solchen Kooperation bis zum ... schriftlich bei der Gemeinde zu bekunden. Die Gemeinde behält sich vor, nach diesem Termin eingehende Interessenbekundungen zu berücksichtigen. Eine Berücksichtigung nach diesem Termin eingehender Interessenbekundungen wird nicht zugesagt.“

Informationsbereitstellung (1)

- Nach Auffassung des Bundeskartellamtes müssen die Gemeinden den interessierten Unternehmen Informationen über das Netz zur Verfügung stellen. Diese Informationen muss der bisherige Netzbetreiber den Gemeinden übermitteln.
- Bereitzustellen sind alle Informationen, die für die Entflechtung und Einbindung des Netzes und die Ermittlung des Sachzeitwertes und Ertragswertes erforderlich sind.

Informationsbereitstellung (2)

- Der Anspruch der Gemeinden auf diese Informationen besteht jedenfalls nach der Bekanntmachung.
- Erst wenn die interessierten Unternehmen diese Informationen haben, kann von ihnen eine verbindliche Bewerbung um die Konzession erwartet werden.
- Die Bundesnetzagentur wird (hoffentlich demnächst) einen Leitfaden herausgeben, in dem die zu übermittelnden Informationen aufgelistet sind.

Informationsbereitstellung (3)

- Nach Übermittlung der Informationen ist es möglich, den Unternehmen, die ihr Interesse an der Konzession bekundet hatten, eine Bewerbungsfrist zu setzen, d.h. eine Frist für die Vorlage eines Angebots für einen Konzessionsvertrag und/oder eine Beteiligung an einem Gemeinschaftsunternehmen. Wir empfehlen nochmals eine Frist von mindestens 3 Monaten.
- Es sollten auch dabei keine Ausschlussfristen gesetzt werden. Möglicherweise haben auch die Gemeinden ein Interesse daran, verspätete Bewerbungen zu berücksichtigen.

Auswahlverfahren

- Entscheidungshoheit der Gemeinde über den Vertragspartner des Konzessionsvertrages und/oder den Partner des (Re-)Kommunalisierungsprojekts: Auswahlkriterien sind gesetzlich nicht ausdrücklich festgelegt.
- Gemeinde ist in ihrer Entscheidung grundsätzlich frei (Ausfluss des Rechts auf kommunale Selbstverwaltung, Art. 28 Abs. 2 Grundgesetz).
- Allerdings: diskriminierungsfreies und transparentes Auswahlverfahren notwendig!
- Auswahlentscheidung anhand objektiver, nicht diskriminierender Kriterien

Unterscheidungsmöglichkeiten der Bewerber bei Konzessionsvergabe

- Gesetzlicher Rahmen ermöglicht den Bewerbern nur wenig Unterscheidungsmöglichkeiten
 - Zahlung höchst zulässiger KA und 10 % Rabatt auf NNE ist üblich
 - Ansonsten § 3 KAV: weitgehendes Nebenleistungsverbot / unzulässige Nebenleistungen sind strafbar, §§ 331, 333 StGB (Vorteilsnahme/-gewährung)

- Regelungen in Konzessionsverträgen können sich aber unterscheiden.

Entscheidung für (Re-)Kommunalisierung

- Ist uneingeschränkt möglich, weil Ausfluss des Rechts auf kommunale Selbstverwaltung, Art. 28 Abs. 2 Grundgesetz. Kommunalwirtschaftsrecht muss allerdings beachtet werden.
- Wichtig:
Die Gemeinden sollten rechtzeitig vor dem Auslaufen eines Konzessionsvertrages eigene Vorstellungen entwickeln, d.h. ein örtliches Energieversorgungskonzept
 - Potentiale für KWK, erneuerbare Energien usw.
 - Gesellschaftsrechtliche Konstruktion
 - Wirtschaftlichkeitsanalyse / Finanzierung
- Empfehlung: Spätestens mit der Bekanntmachung beginnen
- Mit dem Konzept können die Bewerber um eine Partnerschaft konfrontiert werden. Man bekommt nur, was man will!

Bekanntmachung des Neuabschlusses

- § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG
- nur bei Bewerbung mehrerer Unternehmen
- Bekanntmachungsform: „öffentliche Bekanntmachung der Entscheidung unter Angabe der maßgeblichen Gründe“
- Bekanntmachungsmedium:
 - Mitteilungsblatt der Kommune, ggf. Lokalzeitung und Bundesanzeiger

Verstoß gegen § 46 Abs. 3 EnWG

- Sachverhalt kann von der zuständigen Kartellbehörde aufgegriffen und ggf. als Zuwiderhandlung gemäß § 32 GWB untersagt werden
- Ggf. für die Gemeinde gemäß § 81 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 GWB bußgeldbedroht i.H.v. bis zu 500.000 Euro
- Nichtigkeit des Vertrages (§ 134 BGB), OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.03.2008
- LG Rostock, Urt. v. 17.05.1999: Nichtbestehen des gesetzlichen Überlassungsanspruchs

BBH
Becker Büttner Held

Rechtsanwälte · Wirtschaftsprüfer · Steuerberater

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Ansprechpartner: Rechtsanwalt Matthias Albrecht

BBH Berlin
Magazinstraße 15-16
10179 Berlin
Tel.: 030 611 28 40 0
Fax: 030 611 28 40 99
berlin@bbh-online.de

BBH Köln
KAP am Südkai
Agrippinawerft 30
50678 Köln
Tel.: 0221 6 50 25 0
Fax: 0221 6 50 25 299
koeln@bbh-online.de

BBH München
Untere Weidenstraße 5
81543 München
Tel.: 089 23 11 64 149
Fax: 089 23 11 64 570
muenchen@bbh-online.de

BBH Stuttgart
Industriestraße 3
70565 Stuttgart
Tel.: 0711 722 47 0
Fax: 0711 722 47 499
stuttgart@bbh-online.de

www.bbh-online.de