

BBH
Becker Büttner Held

Rechtsanwälte · Wirtschaftsprüfer · Steuerberater

Konzessionsvergabe als Chance für die Kommunen

Seminar für Kommunen
Braunschweig, 14.04.2010

Rechtsanwältin Svenja Büttner

www.bbh-online.de

Vorstellung der Sozietät

- Gegründet 1970
- Büros in Berlin, Köln, München, Stuttgart, Wien
- Über 130 Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Ingenieure/Energiewirtschaftliche Berater
- Führend in der Beratung der Energie- und Infrastrukturbranche mit interdisziplinärem Ansatz
- Interdisziplinär spezialisiert besonders auf:
 - Energie-, Wasser-/Abwasser- und Abfallwirtschaft, ÖPNV und Telekommunikation
 - Betriebs- und Energiewirtschaftliche Beratung
 - Gesellschafts-, Steuer- und Arbeitsrecht
 - Wettbewerbs-, Regulierungs- und Kartellrecht
 - Umwelt-, Kommunal- und Vergaberecht
 - Finanzierungen, Banken- und Börsenrecht
 - Recht des Energie- und Zertifikatehandels
 - Forderungsmanagement und insolvenzrechtliche Beratung aus Gläubigersicht
 - Wirtschaftsprüfungen
- Erfolgreiche Vertretung unserer Mandanten in einer Vielzahl von Grundsatzfragen
- Mandanten: Mehrere hundert Kommunen und Gebietskörperschaften, ca. 400 Stadtwerke und kommunale Verkehrsunternehmen, international agierende Versorgungs- und Handelsunternehmen, Betreiber regenerativer und konventioneller Erzeugungsanlagen, Projektentwickler, Banken, Industrieunternehmen...

Spezielle Erfahrungen bei Konzessionsverfahren und Netzübernahmen

- Unterstützung von Kommunen als auch sich bewerbenden EVU im Zusammenhang mit dem **Auslaufen von Konzessionsverträgen Strom / Gas** und der damit einhergehenden Durchführung des Bekanntmachungs- und Auswahlverfahrens
- Wirtschaftliche Begutachtungen für Kommunen und Stadtwerke, Erstellung von sog. **Machbarkeitsstudien**
- Strategische Beratung bei Rekommunalisierungen und Restrukturierungen
- Beratung bei Netzübernahmen im Strom-, Gas- und Wasserbereich, inkl. gerichtliche Vertretung z.B. Urteile des BGH vom 29.09.2009
- **Im Wasser- und Fernwärmebereich:** Durchführung transparenter und diskriminierungsfreier Verfahren entsprechend EG-Vertrag

Svenja Büttner, Rechtsanwältin

svenja.buettner@bbh-online.de - Tel.: 030 / 611 28 40-37



- geboren 1970 in Lübeck
- verheiratet, zwei Kinder
- 1991 - 1996 Studium der Politikwissenschaften und Philosophie sowie der Rechtswissenschaften in Würzburg, Lausanne und München
- 1996 - 1998 Referendariat in München, Berlin und New York
- seit 2000 Rechtsanwältin, seit 2010 Partner Counsel bei BBH Berlin
- umfangreiche Vortragstätigkeit sowie Publikationen im Energierecht
- **Tätigkeitsschwerpunkte:** Frau Büttner ist gegenwärtig besonders mit Mandaten im Hinblick auf den Abschluss von Konzessionsverträgen (auch im Rahmen von angestrebten Rekommunalisierungen) und der Begleitung von anschließenden Netzübernahmeverfahren beschäftigt. In diesem Zusammenhang betreut sie Klagen im Hinblick auf das Netzeigentum sowie Folgeprobleme.

Inhaltsfolie

- I. **Ausgangslage**
- II. Zentrale Regelungen eines Konzessionsvertrages
- III. Eckpunkte einer rechtssicheren Konzessionierung
- IV. Handlungsoptionen für die Kommunen
- V. Mögliche Einbindung von Kommunen und Netzbewirtschaftungsmodelle
- VI. Zusammenfassung

Ausgangslage

- Auslaufen einer Vielzahl von Konzessionsverträgen bundesweit in 2008-2013
- Vielerorts vorzeitige Verlängerungen zu beobachten
- „Veränderungen“ sog. Musterkonzessionsverträge auf Länderebene
 - ➔ Strom und Gasverteilnetze weiterhin attraktiv!
- Kommunen aber häufig zunächst überfordert („alle 20 Jahre wieder“)

Ausgangslage

- Verknappung fossiler Energieträger und Klimawandel zwingen zu effizientem Energieeinsatz sowie Nutzung regenerativer Energieträger
- Regenerative Energieträger können zum größten Teil nur dezentral genutzt werden
- effiziente Stromerzeugung in Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen ist dezentrale Aufgabe
- ➔ Energieversorgung damit zunehmend wieder eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft
- ➔ Renaissance der kommunalen Energieversorgung

Inhaltsfolie

- I. Ausgangslage
- II. Zentrale Regelungen eines Konzessionsvertrages
- III. Eckpunkte einer rechtssicheren Konzessionierung
- IV. Handlungsoptionen für die Kommunen
- V. Mögliche Einbindung von Kommunen und Netzbewirtschaftungsmodelle
- VI. Zusammenfassung

Inhalt und Funktion von Konzessionsverträgen

- Der Konzessionsvertrag gewährt das Recht auf „die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören“ (§ 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG)
- Energievertrieb (Belieferung) nicht mehr Gegenstand von Konzessionsverträgen („Entflechtung“)
 - Vertrag vermittelt nur noch ein **Wegenutzungsrecht**

Rechtsrahmen für Konzessionsverträge

■ § 46 Abs. 1 EnWG

einfache Wegenutzungsverträge für Leitungen, die kein Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung bilden (z.B. Direktleitungen zur höheren Spannungsebene oder zum vorgelagerten Netzbetreiber)

■ § 46 Abs. 2 bis 4 EnWG

- qualifizierte Wegenutzungsverträge für Leitungen, die ein Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Sinne des § 3 Nr. 17 EnWG bilden (**sog. Konzessionsverträge**)
- 20jährige Höchstlaufzeit

■ § 48 EnWG, KAV und KAE

Konzessionsabgaben (Zulässigkeit, Höchstbeträge, andere Leistungen als Konzessionsabgaben)

Zentrale Regelungen des Konzessionsvertrages

- Wegenutzungsrecht
- Zahlung von Konzessionsabgaben (§ 48 EnWG iVm KAV)
- Kommunalrabatt auf Netzentgelte (§ 3 Abs. 1 KAV)
- Sonstige zulässige Nebenleistungen (§ 3 Abs. 1 KAV)
- Folgepflichten und Folgekosten
- Befristung auf höchstens 20 Jahre (§ 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG)
- Endschaftsbestimmungen!
- Ausführliche / rechtzeitige Auskunftsansprüche
- Rechtsnachfolgeklausel
- Change of Control-Klausel (Sonderkündigungsrecht)!

Inhaltsfolie

- I. Ausgangslage
- II. Zentrale Regelungen eines Konzessionsvertrages
- III. **Eckpunkte einer rechtssicheren Konzessionierung**
- IV. Handlungsoptionen für die Kommunen
- V. Mögliche Einbindung von Kommunen und Netzbewirtschaftungsmodelle
- VI. Zusammenfassung

Abschluss von Konzessionsverträgen

- **Bekanntmachung- und ggf. Auswahlverfahren erforderlich (§ 46 Abs. 3 u. 4 EnWG)**

- **Ziel des Gesetzgebers**

„Spätestens alle 20 Jahre sollten die Partner eines Konzessionsvertrages frei darüber entscheiden können, ob die Energieversorgung

- durch den bisherigen Vertragspartner,
- durch ein konkurrierendes Versorgungsunternehmen oder
- durch die Kommune selbst

fortgesetzt werden sollte.“

(BGH, Kartellsenat, Urt. vom 16.11.1999 „Kaufering“)

1. Schritt: Bekanntmachung des Vertragsendes

- Bekanntmachung des Vertragsendes zwingend erforderlich (§ 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG)
- kein formelles Ausschreibungsverfahren für Abschluss des Konzessionsvertrages nach vergaberechtlichen Grundsätzen (VOL), da Konzessionsverträge als Dienstleistungskonzessionen eingestuft werden (anders z.B. Kooperationsmodelle mit Betriebsführung)
- **Bekanntmachungsfrist** (grds. mindestens 2 Jahre) und ggf. sinnvoll **Interessenbekundungsfrist** (empfehlenswert 3 Mon.)

1. Schritt: Bekanntmachung des Vertragsendes

- **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
- **Sinn und Zweck der Bekanntmachung:** Möglichst viele potentielle Bewerber für die auslaufende Konzession sollen erreicht werden

2. Schritt: Auswahlverfahren

- **Entscheidungshoheit der Gemeinde** über Vertragspartner des Konzessionsvertrages: 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

2. Schritt: Auswahlverfahren

- Grundsatz der Nichtdiskriminierung: **Gleichbehandlung aller Bewerber**
- Grundsatz der Transparenz: Konzessionsverfahren muss für alle Bewerber nachvollziehbar sein
- Mögliche Auswahlkriterien:
 - Konzessionsvertragsangebot
 - Wirtschaftlichkeit
 - Eigengesellschaft/fremder Dritter
 - Grundsatz „alt und bewährt“

3. Schritt: 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:**
 - empfehlenswert: Lokalzeitung bzw. Mitteilungsblatt der Kommune
 - Bekanntmachung im Bundesanzeiger nicht sinnvoll und nicht erforderlich

Zeitlich-inhaltlicher Fahrplan eines typischen Konzessionierungsverfahrens (1)

	Was ist zu tun?	(Bis) wann?
1	Prüfung und Auswertung der bisherigen KV (siehe Auswertungsmatrix)	4 Jahre vor Vertragsende
2	Geltendmachung Auskunftsverlangen ggü. bisherigen Konzessionsvertragspartnern	4 - 3,5 Jahre vor Vertragsende
3	Klärung der Interessen der Kommunen (Tendenz Eigen- oder Fremdkonzessionierung), Machbarkeitsstudie	4 - 3 Jahre vor Vertragsende
4	Erste Bekanntmachung im Bundesanzeiger mit Interessenbekundungsfrist	3 Jahre vor Vertragsende
5	Erstellen des Verfahrensbriefs	3 Jahre vor Vertragsende

Zeitlich-inhaltlicher Fahrplan eines typischen Konzessionierungsverfahrens (2)

	Was ist zu tun?	(Bis) wann?
6	Erstellen des Entwurfs des neuen KV	3 Jahre vor Vertragsende
7	Eingang der Interessenbekundung	2 Jahre + 9 Monate vor Vertragsende
8	Versand des neuen KV an Interessenten mit Bitte um Stellungnahme unter Fristsetzung von ca. 1 Monat	2 Jahre + 9 Monate vor Vertragsende
9	Erhalt der Stellungnahmen und Auswertung	2 Jahre + ca. 7 - 8 Monate vor Vertragsende
10	Antwortschreiben und Einladung zu Vertragsverhandlungen	2 Jahre + ca. 6 - 7 Monate vor Vertragsende
11	Parallele Vertragsverhandlungen mit allen Interessenten über ggf. zwei „Runden“	2 Jahre + ca. 3 - 4 Monate vor Vertragsende

Zeitlich-inhaltlicher Fahrplan eines typischen Konzessionierungsverfahrens (3)

	Was ist zu tun?	(Bis) wann?
12	Gegenüberstellung der Angebote und Vorbereitung der Konzessionsentscheidung	2 Jahre + ca. 2 - 3 Monate vor Vertragsende
13	Präsentation im Stadtrat	2 Jahre + ca. 1 - 2 Monate vor Vertragsende
14	Stadtratsbeschluss	2 Jahre vor Vertragsbeginn
15	Endverhandlung und Abschluss des Konzessionsvertrages und zweite Bekanntmachung	22 - 24 Monate vor Vertragsbeginn
16	Nur bei Wechsel des Konzessionärs: Beginn Netzübernahme	Anschließend bis Vertragsende

Inhaltsfolie

- I. Ausgangslage
- II. Zentrale Regelungen eines Konzessionsvertrages
- III. Eckpunkte einer rechtssicheren Konzessionierung
- IV. Handlungsoptionen für die Kommunen**
- V. Mögliche Einbindung von Kommunen und Netzbewirtschaftungsmodelle
- VI. Zusammenfassung

Gestaltung eines attraktiven Angebots an die Kommune

- **Problem:** 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, § 333 StGB (Vorteilsgewährung)
- Es bleiben als Möglichkeiten:
 - Verbessertes Konzessionsvertragsangebot
 - Angebot zur Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens

Mögliche Matrix für Konzessionsvertrag (1)

Zentrale Kriterien	Interessent 1	Interessent 2	Interessent 3
Folgepflicht / Folgekosten			
Konzessionsabgaben / Kommunalrabatt			
<u>Endschafftsklausel 1. Teil:</u> Eindeutiger Eigentumsübertragungsanspruch?			
<u>Endschafftsklausel 2. Teil:</u> Vollständiger Übertragungsumfang?			
<u>Endschafftsklausel 3. Teil:</u> Höhe des Kaufpreises?			
<u>Endschafftsklausel 4. Teil:</u> Entflechtungskonzept und -kosten			
<u>Endschafftsklausel 5. Teil:</u> Ausführliche und rechtzeitige Auskunftsansprüche?			
Change-of-Control-Klausel			

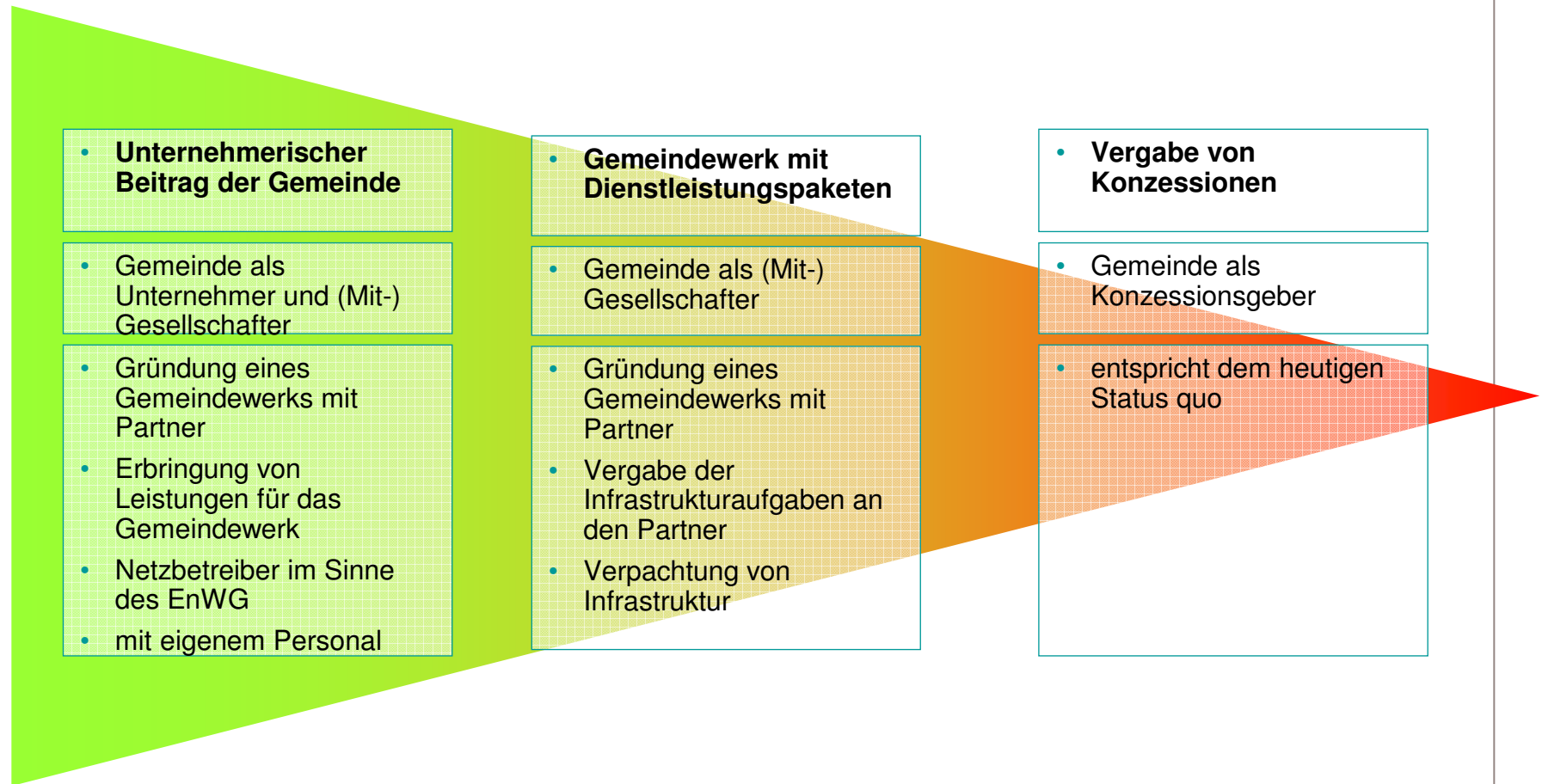
Mögliche Matrix für Konzessionsvertrag (2)

Sonstige Kriterien	Interessent 1	Interessent 2	Interessent 3
Klarheit über notarielle Beurkundung?			
Abrechnung Konzessionsabgabe / Testat WP für Schlussabrechnung			
Sonstige Leistungen im Rahmen von § 3 Abs. 1 KAV			
Angemessene Fristen (z.B. Ankündigung und Fertigstellung Baumaßnahmen)			
Beseitigung stillgelegter Anlagen			
Allgemeine Klarheit der Regelungen			

Alternative: „Unternehmerische Lösung“

- Generierung eines Mehrwerts für die Gemeinden neben der KA als Anreiz zur Rekommunalisierung**
- Entwicklung eines Geschäftsmodells für Gemeinden zur Partizipation der Gemeinden an der Wertschöpfungskette, z.B. gesellschaftsrechtliche Beteiligungslösungen
- Einfluss auf kommunale Infrastruktur
- Sicherung von Arbeitsplätzen in der Region
- Langfristige Absicherung der Geschäftstätigkeit, ggf. durch Synergien mit weiteren (Netz-)Medien
- Auf- und Ausbau dezentraler Versorgungsstrukturen
- Optimierung des Geschäftsmodells aus steuerlicher Sicht

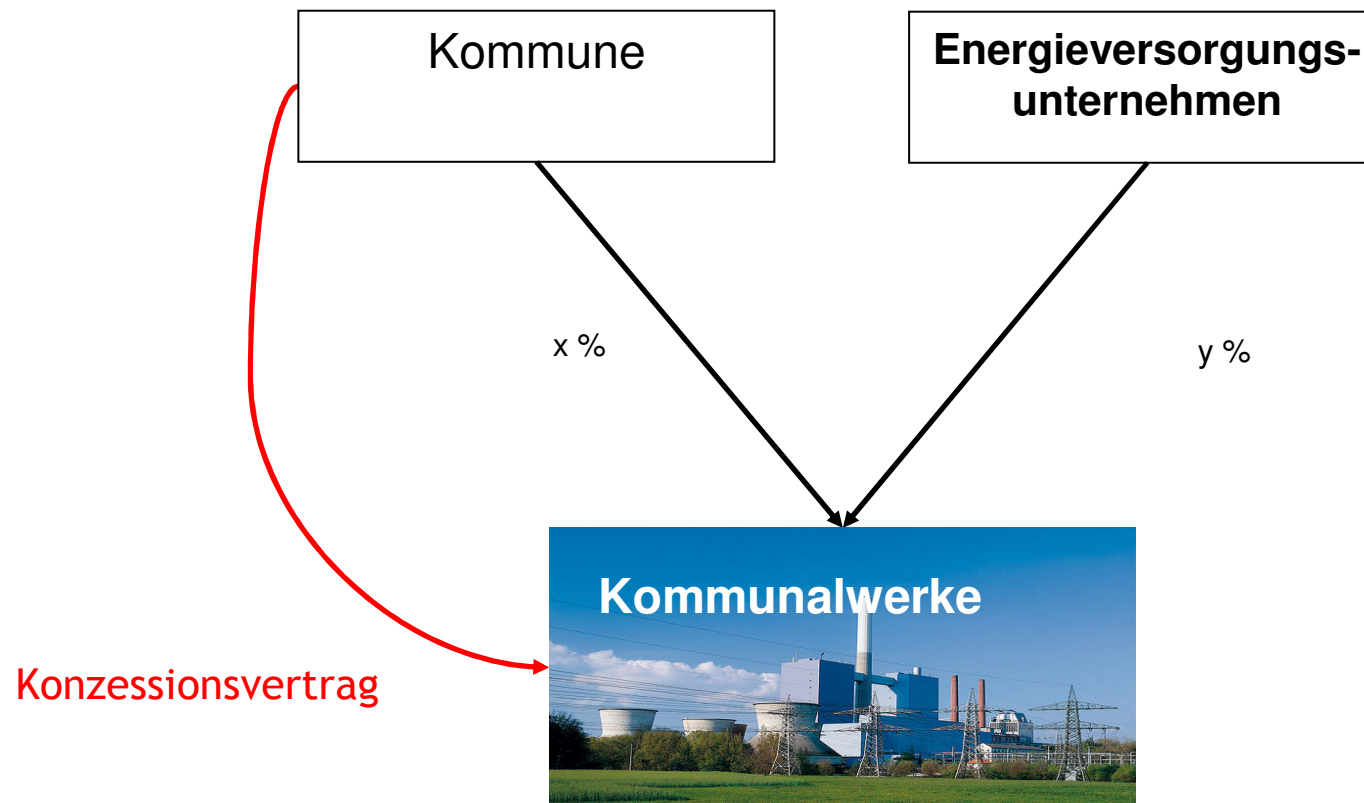
Handlungsoptionen für die Stadt bzw. Gemeinde



Inhaltsfolie

- I. Ausgangslage
- II. Zentrale Regelungen eines Konzessionsvertrages
- III. Eckpunkte einer rechtssicheren Konzessionierung
- IV. Handlungsoptionen für die Kommunen
- V. **Mögliche Einbindung von Kommunen und
Netzbewirtschaftungsmodelle**
- VI. Zusammenfassung

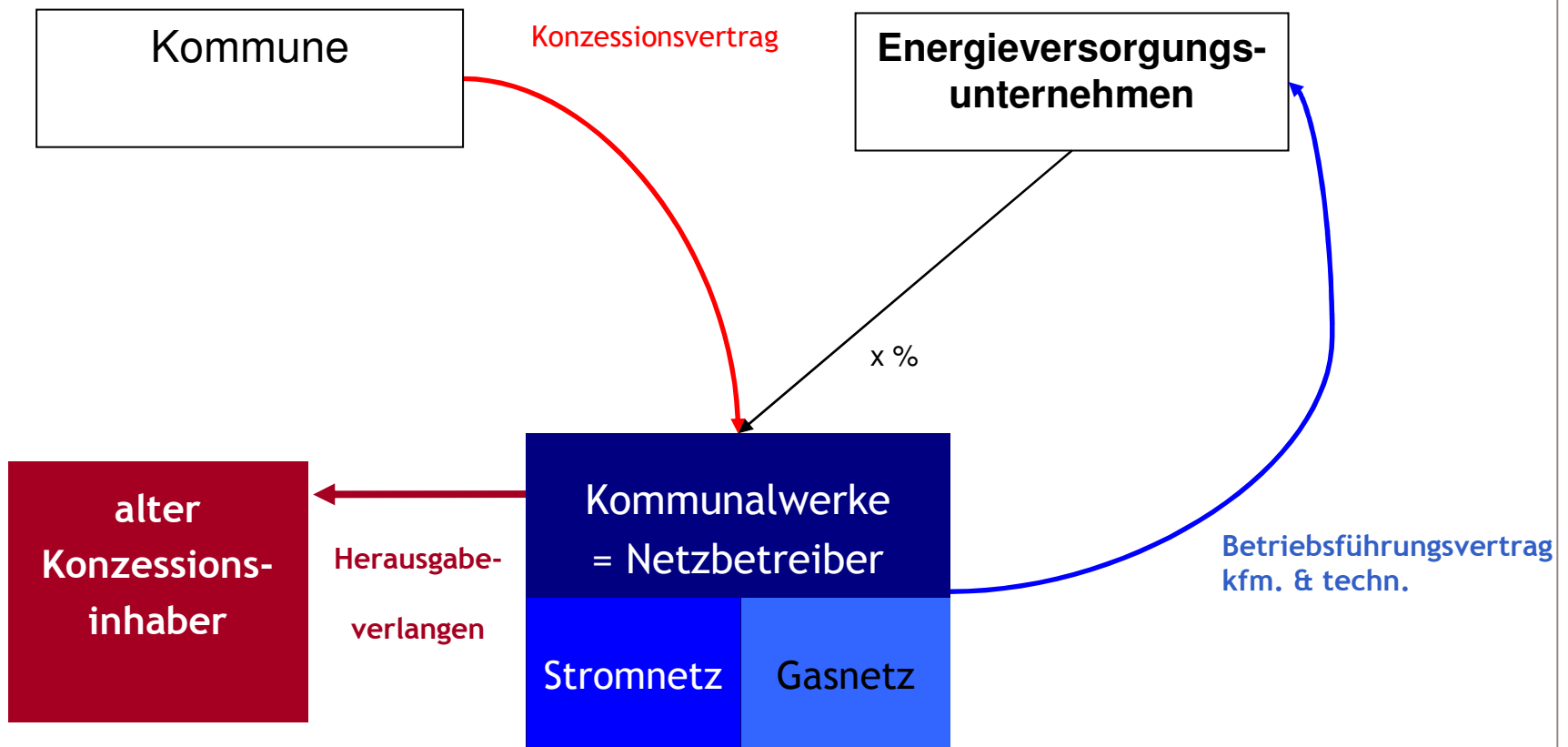
Einbindung der konzessionierenden Kommune(n)



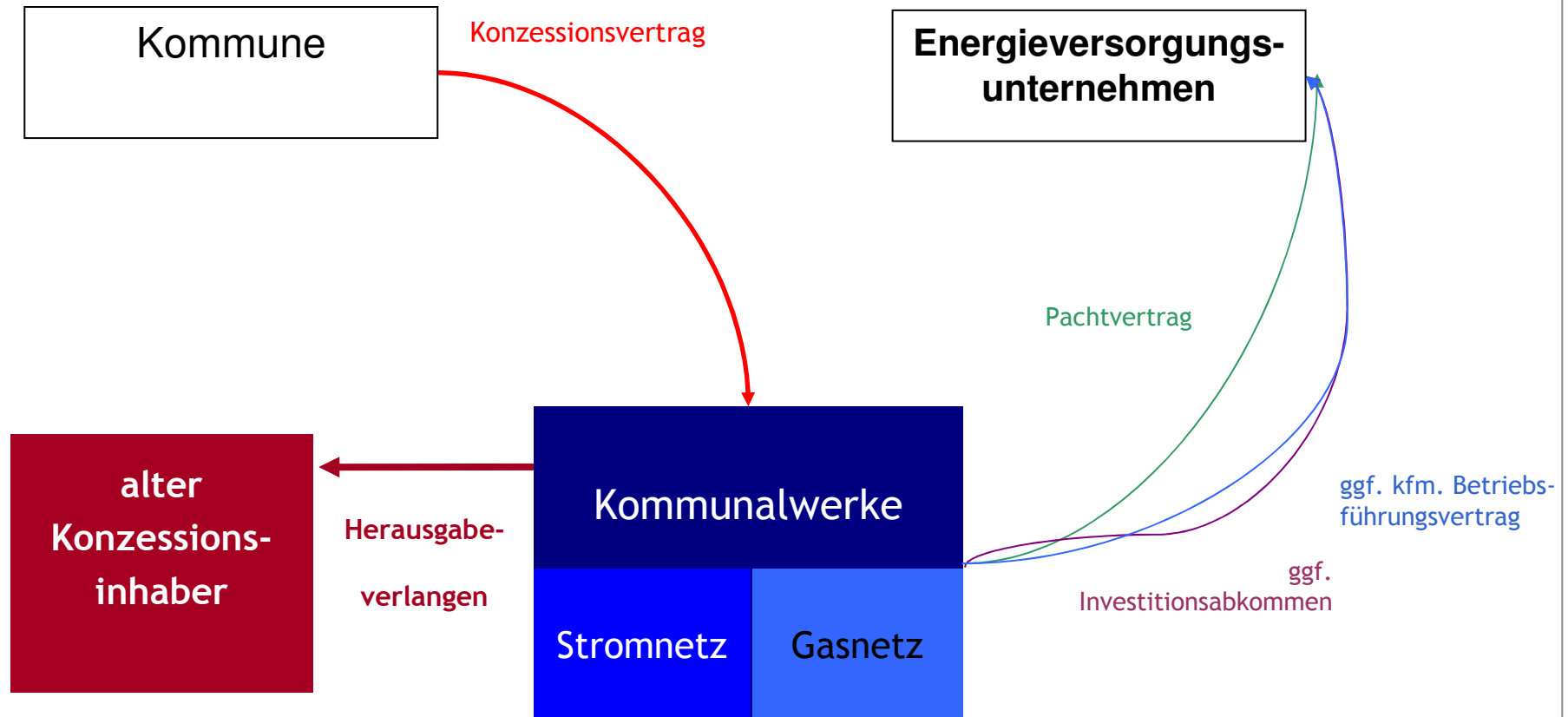
Einbindung der konzessionierenden Kommune(n)

- Die Kommune ist zusammen mit dem Partner unmittelbar an dem Kommunalwerk gemäß der jeweiligen Beteiligungsquote beteiligt
- Einlagen werden entweder durch Bareinlagen oder durch Sacheinlagen erbracht (Einbringung z.B. von Vermögensgegenständen)
- Kommune schließt mit dem Kommunalwerk Konzessionsverträge
- Kommunalwerk setzt das jeweilige Geschäftsmodell um (Pacht-, Dienstleistungsmodell)

Netzbetrieb/ Dienstleistungsmodell



Netzbetrieb/ Rechtsbeziehungen im Pachtmodell



Anschließende Geschäftsfeldentwicklung?

Nucleus „Netzbetrieb“	Kerngeschäft „Versorgung“	Versorgungsaffine Geschäftsfelder	Kommunale Dienste	Steuerlicher Querverbund
Stromnetzbetrieb Gasnetzbetrieb	Strom -erzeugung -vertrieb Straßenbeleuchtung Gas -erzeugung (erneuerb.) -vertrieb (Wasser) -gewinnung -netzbetrieb -vertrieb	Energieanlagen - Contracting Örtliche Energiekonzepte CO2 - Management Energieberatung Wasserdienstleistungen Geschäftsbesor- gungen Telekommunikation	Facility Management Stadtentwässerung Klärwerk Bauhöfe Friedhöfe Stadtreinigung Entsorgung	Hallen- und Freibäder Parkeinrichtungen

Inhaltsfolie

- I. Ausgangslage
- II. Zentrale Regelungen eines Konzessionsvertrages
- III. Eckpunkte einer rechtssicheren Konzessionierung
- IV. Handlungsoptionen für die Kommunen
- V. Mögliche Einbindung von Kommunen und Netzbewirtschaftungsmodelle
- VI. Zusammenfassung

Zusammenfassung (1)

1. Wettbewerb um Konzessionen regelrecht entbrannt
(Zeitfenster ist jetzt offen)
2. Land auf Land ab: Trend zur Rekommunalisierung
3. Konzessionsvertragsangebote von Stadtwerken i.d.R.
deutlich kommunalfreundlicher und flexibler als
Konzernangebote
4. Interessante Netzbetriebswirtschaftsvarianten

Zusammenfassung (2)

5. Einbindung der konzessionierenden Kommunen möglich
6. Optimierung über den reinen Netzbetrieb hinaus üblich und möglich (Geschäftsfelderweiterungen)
7. Stadt- und Gemeindewerke vereinigen Bürger- und Kundennähe vor Ort
8. Stadt- und Gemeindewerke reinvestieren in lokale Infrastruktur und sind Auftraggeber für privaten Mittelstand
9. Mitunter (vergebliche) „Störfeuer“ der abgebenden Konzerne („geht alles technisch nicht“, „wird alles teurer“ etc.)

BBH
Becker Büttner Held

Rechtsanwälte · Wirtschaftsprüfer · Steuerberater

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Ansprechpartner: Svenja Büttner

BBH Berlin
Magazinstraße 15-16
10179 Berlin
Tel.: 030 611 28 40 37
Fax: 030 611 28 40 99
svenja.buettner@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 0
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