

Konzessionswettbewerb - Rechtliche Rahmenbedingungen und aktuelle Entwicklungen

Konferenz „Kommunales Infrastruktur-Management“ am
24.06.2011 in Berlin

Rechtsanwalt Dennis Tischmacher

Über uns

- Gegründet 1970
- Büros in Berlin, Brüssel, Köln, München, Stuttgart, Wien
- Über 150 Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Ingenieure
- Führend in der Beratung der Energie- und Infrastrukturbranche mit interdisziplinärem Ansatz
- Spezialisiert besonders auf:
 - Energie-, Wasser-/Abwasser- und Abfallwirtschaft, ÖPNV und Telekommunikation
 - Regulierungsrecht
 - Gesellschafts-, Steuer- und Arbeitsrecht
 - Wettbewerbs- und Kartellrecht
 - Umwelt-, Kommunal- und Vergaberecht
 - Finanzierungen
 - Betriebswirtschaftliche Beratung/ Wirtschaftsprüfung
 - Recht des Energie- und Zertifikatehandels
 - Forderungsmanagement und insolvenzrechtliche Beratung aus Gläubigersicht
- Erfolgreiche Vertretung unserer Mandanten in einer Vielzahl von Grundsatzfragen
- Mandanten: Kommunen und Gebietskörperschaften, ca. 400 Stadtwerke und kommunale Verkehrsunternehmen, international agierende Versorgungs- und Handelsunternehmen, Betreiber regenerativer und konventioneller Erzeugungsanlagen, Projektentwickler, Banken, Industrieunternehmen...

Dennis Tischmacher, Rechtsanwalt, mag. rer. publ.

dennis.tischmacher@bbh-online.de - Tel.: 030 / 611 28 40-37



- geboren 1978 in Landau/Pfalz
- 1998 - 2004 Studium der Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br.
- 2004 - 2006 Referendariat in Frankenthal, Mannheim und Kapstadt
- 2007 - 2009 Justitiar und Dezernatsbeauftragter des Landkreises Südliche Weinstraße
- 2008 - 2009 Studium der Verwaltungswissenschaften an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften
- seit 2009 Rechtsanwalt bei BBH Berlin

- **Tätigkeitsschwerpunkte:**
Konzessionsvertragsrecht, Konzessionsabgabenrecht,
Netzübernahmen sowie Kommunales Wirtschaftsrecht

Inhaltsübersicht

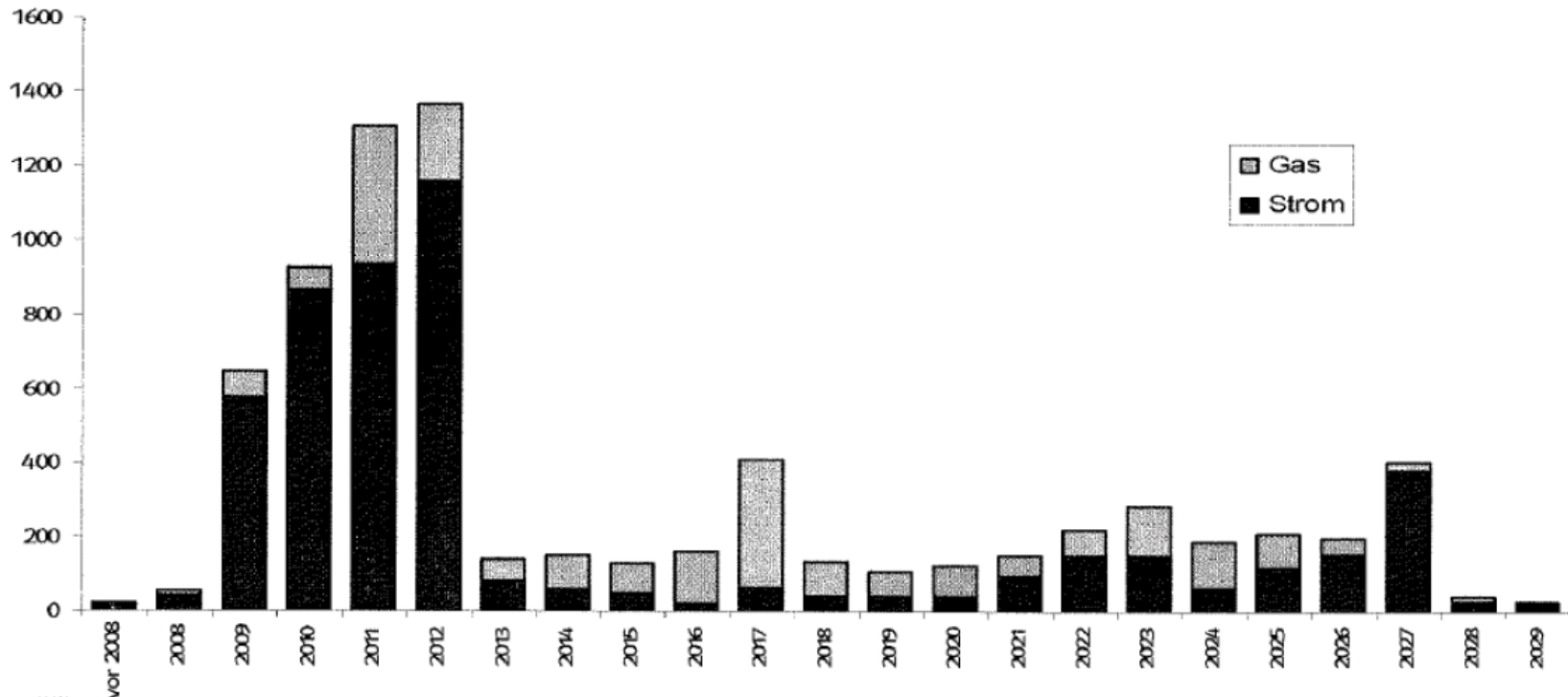
1. Ausgangslage
2. Neuabschluss von Konzessionsverträgen
3. Übernahme von Strom- und Gasnetzen
4. Ausblick: Novellierung § 46 EnWG

Ausgangslage

- Auslaufen einer Vielzahl von Strom- und Gaskonzessionsverträgen bundesweit in 2010-2017
- Wettbewerb um Netze
 - Altkonzessionäre wollen häufig vorzeitige Verlängerung
 - „Trend“ zur Rekommunalisierung erkennbar
 - § 46 EnWG de lege lata umkämpft (Konzerne, Verbände, Wissenschaft)
 - § 46 EnWG de lege ferenda umkämpft (Gesetzgebungsverfahren)
 - ⇒ Strom und Gasverteilnetze weiterhin attraktiv!
- Systementscheidung der Kommune idR für die nächsten 20 Jahre

Ausgangslage

Großteil der Konzessionsverträge läuft deutschlandweit in den kommenden Jahren aus



Quelle: Bundesnetzagentur

Inhaltsübersicht

1. Ausgangslage
2. Neuabschluss von Konzessionsverträgen
3. Übernahme von Strom- und Gasnetzen
4. Ausblick: Novellierung § 46 EnWG

Konzessionsverträge - Gegenstand und Rechtsrahmen

- Konzessionsvertrag gewährt **Wegenutzungsrecht**
- Versorgung nach Unbundling nicht mehr Gegenstand von Strom- und Gaskonzessionsverträgen
- **§ 46 Abs. 1 EnWG**
 - einfache Wegenutzungsverträge (z. B. für Direktleitungen)
- **§ 46 Abs. 2 bis 4 EnWG**
 - **qualifizierte** Wegenutzungsverträge für Verlegung und Betrieb von Leitungen, die **Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung** bilden
 - maximale Laufzeit **20 Jahre**
- **§ 48 EnWG und KAV**
 - **Konzessionsabgaben** (Höchstsätze, Nebenleistungsverbot)

Konzessionierungsverfahren

- Rechtsrahmen: § 46 Abs. 3 EnWG sowie Vorgaben
Gemeinschaftsrecht und Nebenleistungsverbot § 3 KAV
- Konzessionsverträge idR sog. **Dienstleistungskonzessionen**
(Ausnahme ggf. Verbindung mit Betriebsführungsmodellen)
 - ⇒ GWB-Kartellvergaberecht nicht anwendbar, ABER:
 - ⇒ **transparentes und diskriminierungsfreies**
Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren von Kommunen
durchzuführen
- Bekanntmachungspflichten der Kommune aus § 46 Abs. 3 EnWG
- **Entscheidungshoheit der Kommunen** über Vertragspartner,
Auswahlkriterien gesetzlich nicht ausdrücklich festgelegt
 - ⇒ Kommunen in ihrer Entscheidung grds. frei, Ausfluss der
kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, Art. 28 Abs. 2 GG

Konzessionierungsverfahren

- Grundsatz der **Nichtdiskriminierung**:
 - Gleichbehandlung aller Bewerber
 - Behördenleitfaden spricht von „level playing field“
 - Entscheidung anhand objektiver, nicht diskriminierender Kriterien!
- Grundsatz der **Transparenz**:
 - Bekanntmachung der Einleitung des Verfahrens
 - Konzessionsverfahren muss für alle Bewerber nachvollziehbar sein
 - Benennung aller entscheidungserheblichen Auswahlkriterien und Entscheidung anhand dieser Kriterien
 - Bekanntmachung und Begründung der Auswahlentscheidung

Konzessionierungsverfahren

- **Gemeinsamer Leitfaden BNetzA und BKartA v. 15.12.2010:**
 - wettbewerbliches Konzessionierungsverfahren
 - Gemeinden als „marktbeherrschendes Unternehmen“
 - Gemeinden müssen Netzdaten für indikative Preiskalkulation beim Altkonzessionär beschaffen und Interessenten zur Verfügung stellen
 - Benennung und Gewichtung von Auswahlkriterien sowie Mitteilung der Auswahlkriterien an Bewerber
 - keine Bevorzugung kommunaler Unternehmen ohne sachlichen Grund
 - Auswahlkriterien müssen Netzbezug aufweisen
 - **Bei Nichtbeachtung: Rechtsfolge fraglich**

Kommunale Handlungsoptionen

1. „Pflicht“: Abschluss Konzessionsvertrag

- Abschluss eines neuen Konzessionsvertrages mit bisherigem Konzessionär (status quo)
- Abschluss eines neuen Konzessionsvertrages mit Wettbewerber (Netzübernahme)

2. „Kür“: (Re)kommunalisierung

- Gesellschaftsgründung mit oder ohne Partner
- Netzbewirtschaftung:
 - Selbständige(s) SW / NetzG
 - SW / NetzG mit Dienstleistungsmodell
 - SW / NetzG mit Pachtmodell (Dritter als Netzbetreiber)
- Interkommunale Zusammenarbeit

Kommunale Handlungsoptionen

• „Vollständiges“ Kommunalwerk

- Kommunen als Unternehmer und (Mit-) Gesellschafter

- Gründung eines Kommunalwerks (ggfs. mit Partner)
- Partner erbringt Leistungen für das Kommunalwerk
- Netzbetreiber im Sinne des EnWG
- mit eigenem Personal

• Kommunalwerk mit Pachtlösung

- Kommunen als (Mit-) Gesellschafter

- Gründung eines Kommunalwerks mit Partner
- Vergabe der Infrastrukturaufgaben an den Partner
- Verpachtung von Infrastruktur
- EVU-Partner ist Netzbetreiber

• Vergabe der Konzessionen

- Kommunen als Konzessionsgeber

- Auswahl zwischen mehreren Bewerbern

Zwischenlösungen denkbar!

Inhaltsübersicht

1. Ausgangslage
2. Neuabschluss von Konzessionsverträgen
3. Übernahme von Strom- und Gasnetzen
4. Ausblick: Novellierung § 46 EnWG

Zwei Anspruchsgrundlagen bei Netzübernahmen

Anspruchsgrundlagen des neu konzessionierten EVU ergeben sich aus Bestimmungen des ausgelaufenen Konzessionsvertrages bzw. dem Gesetz
BGH 29.09.2009: beide Ansprüche bestehen unabhängig nebeneinander

Bestimmungen des ausgelaufenen Vertrages:

- In der Regel: Gemeinde ist zur Übernahme (Kauf, Erwerb) berechtigt und verpflichtet
- Regelung zum Umfang des örtlichen Verteilnetzes
- Übernahmeentgelt?
- Netzentflechtung?
- Auskunftsrechte?

§ 46 Abs. 2, Satz 2 EnWG:

„Werden solche Verträge nach ihrem Ablauf nicht verlängert, so ist der bisher Nutzungsberechtigte verpflichtet, seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen EVU gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu überlassen.“

Netzübernahmen - derzeitige „Baustellen“

- Übertragung Eigentum/Besitz (Auslegung § 46 Abs. 2 EnWG)
- Netzzumfang (insb. Übergang gemischt genutzter Anlagen)
- Netzdaten (insb. kaufmännische Daten: kalk. Restwerte, etc.)
- Ermittlung Netzkaufpreis/Vorbehaltskaufpreis (Ertragswert contra Sachzeitwert)
- Übertragung/Aufteilung der Erlösobergrenzen, § 26 ARegV
- Netzentflechtung (insb. wo?, wie? (galvanisch, messtechnisch), wer zahlt?)
- Übergang Netzmitarbeiter, § 613a BGB

Ausgangspunkt Netzübernahmeverhandlungen

- gemeinsamer Leitfaden BNetzA/BKartA vom 15.12.2010:
 - Auslegungshinweise zu § 46 Abs. 2,3 EnWG
 - Eigentumsübertragungsanspruch: BKartA: + / BNetzA: -
 - Einbezug gemischt genutzter Anlagen in Anspruchsumfang
 - BGH-„Kaufering“-Rechtsprechung bei Kaufpreisermittlung nach wie vor anwendbar, Ertragswert maßgebliche Größe
 - kalkulatorischer Restwert bei Kaufpreisermittlung zu berücksichtigen
 - Umfangreicher Datenherausgabeanspruch

Inhaltsübersicht

1. Ausgangslage
2. Neuabschluss von Konzessionsverträgen
3. Übernahme von Strom- und Gasnetzen
4. Ausblick: Novellierung § 46 EnWG

Ausblick: Novellierung § 46 EnWG

- Entwurf „*Gesetz zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes*“
 - ⇒ Verabschiedung noch vor parlamentarischer Sommerpause
- Entwurf Änderung § 46 EnWG der **Bundesregierung**:
 - Klarstellung: „überlassen“ wird zu „übereignen“; Wahlrecht des Neukonzessionärs zur Besitzüberlassung
 - ausdrücklicher Informationsanspruch der Gde ggü. Konzessionär, Festlegungskompetenz BNetzA
 - Gde bei Konzessionsvergabe Zielen des § 1 EnWG verpflichtet
- Änderungswünsche **Bundesrat**:
 - Kaufpreisermittlung nach Ertragswertverfahren, Festsetzungskompetenz der BNetzA im Einzelfall
 - Informationsanspruch der Gde bereits 1 Jahr Bekanntmachung Vertragsende, Ermächtigung zur Konkretisierung durch RVO

Ausblick: Novellierung § 46 EnWG

- **Bewertung:**
 - Eigentumsübertragung mit dem neuen EnWG geklärt
 - Verfahrensbeginn: weiterhin zwei Jahre vor Ablauf des Konzessionsvertrags – länger wäre wünschenswert
 - Keine Berücksichtigung Systementscheidung der Kommunen (so noch Empfehlung der Fachausschüsse Bundesrat)
 - **Unklarheiten im Entwurf der BReg bleiben bestehen**
 - Berechnung Gegenleistung für Übertragung (Ertragswert)
 - Umfang der zu übertragenden Anlagen
 - ausdrücklicher Informationsanspruch des Neukonzessionärs gegen den Altkonzessionär fehlt
 - Unklare Regelung bzgl. Orientierung an Zielen § 1 EnWG

BBH
Becker Büttner Held

Rechtsanwälte · Wirtschaftsprüfer · Steuerberater

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Ansprechpartner: Rechtsanwalt Dennis Tischmacher

BBH Berlin
Magazinstraße 15-16
10179 Berlin
Tel.: 030 611 28 40 37
Fax: 030 611 28 40 99
berlin@bbh-online.de

BBH Brüssel
Avenue Marnix 28
1000 Brüssel/Belgien
Tel.: +322 204 44 00
Fax.: +322 204 44 99
bruessel@bbh-online.be

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