

Ablauf des Konzessionierungsverfahrens nach § 46 EnWG: Fahrplan und „Stellschrauben“

Speyerer Kommunaltage, 07./08.10.2010

Rechtsanwalt Dr. Christian Theobald

www.bbh-online.de

Über uns

- Gegründet 1970
- Büros in Berlin, Köln, München, Stuttgart, Wien
- Über 140 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...

Dr. Christian Theobald, Rechtsanwalt

christian.theobald@bbh-online.de – Tel.: 030 611 28 40 171



- Geboren 1966 in Heidelberg, aufgewachsen in Bad Dürkheim
- Ausbildung zum Bankkaufmann bei der Deutschen Bank Mannheim
- Studium der Rechts- und Verwaltungswissenschaften in Freiburg i. Br., Speyer und London; zeitgleich (1989 bis 1994) wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für internationales u. ausländisches Strafrecht in Freiburg i. Br.
- 1995 bis 1998 wissenschaftlicher Assistent an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften, Speyer
- Promotion im Bereich Rechts- und Institutionenökonomik an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften, Speyer
- seit 1998 Rechtsanwalt, seit 2001 Partner bei BBH Berlin
- **Tätigkeitsschwerpunkte:** Recht der Energiewirtschaft, Verkehrswirtschaft (insbesondere ÖPNV), Kartell- und Regulierungsrecht
- Tätigkeit als Sachverständiger im Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestages zur Novellierung des EnWG in 2001 und 2002
- mehr als 200 Publikationen insbesondere zum Energie- und Infrastrukturrecht; Herausgeber bzw. Schriftleiter der jeweils im C. H. Beck Verlag erscheinenden Schriftenreihe „Energie- und Infrastrukturrecht“ und Monatsschrift „InfrastrukturRecht“. Energie, Verkehr, Abfall, Wasser“, Mitherausgeber von „Die öffentliche Verwaltung“
- Sprecher des Studienkreises Infrastruktur - Regulierung; Energie - Telekommunikation - Verkehr - Wasser
- Lehrbeauftragter an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften, Speyer

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage und Rechtsrahmen
 - II. Zeitlich-inhaltlicher Fahrplan eines typischen Konzessionierungsverfahrens („Pflicht“)
 - III. Konzessionsvertragliche „Stellschrauben“
 - IV. Vereinfachte Varianten der Rekommunalisierung
 - V. Typisiertes, zweispuriges Vorgehen („Pflicht und Kür“)
 - VI. Kommunalrechtliche Rahmenbedingungen
- Anhang**

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage und Rechtsrahmen
 - II. Zeitlich-inhaltlicher Fahrplan eines typischen Konzessionierungsverfahrens („Pflicht“)
 - III. Konzessionsvertragliche „Stellschrauben“
 - IV. Vereinfachte Varianten der Rekommunalisierung
 - V. Typisiertes, zweispuriges Vorgehen („Pflicht und Kür“)
 - VI. Kommunalrechtliche Rahmenbedingungen
- Anhang**

Ausgangslage

- Auslaufen einer Vielzahl von Konzessionsverträgen bundesweit bis 2014
- Vielerorts vorzeitige Verlängerungen zu beobachten
- „Veränderungen“ sog. Musterkonzessionsverträge auf Länderebene § 46 EnWG de lege lata umkämpft (Konzerne, Verbände, Wissenschaft)
- § 46 EnWG de lege ferenda umkämpft (Gesetzgebungsverfahren)
 - ➔ Strom und Gasverteilnetze weiterhin attraktiv!
- Gemeinden aber häufig zunächst überfordert („alle 20 Jahre wieder“)

Rechtsrahmen

- **§ 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).
 - Vorschriften gelten auch für Eigenbetriebe.
- **§ 48 EnWG und KAV**

Konzessionsabgaben (Zulässigkeit, Höchstbeträge, andere Leistungen als Konzessionsabgaben).
- **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“)
- Ausfluss des kommunalen Selbstverwaltungsrechts der Gemeinde (Art. 28 Abs. 2 GG)

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage und Rechtsrahmen
 - II. Zeitlich-inhaltlicher Fahrplan eines typischen Konzessionierungsverfahrens („Pflicht“)
 - III. Konzessionsvertragliche „Stellschrauben“
 - IV. Vereinfachte Varianten der Rekommunalisierung
 - V. Typisiertes, zweispuriges Vorgehen („Pflicht und Kür“)
 - VI. Kommunalrechtliche Rahmenbedingungen
- Anhang**

Auswahl des attraktivsten Angebots durch die Gemeinde

- **Achtung: 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 drei (kombinierbare) Möglichkeiten:**
 - Bestes Konzessionsvertragsangebot } „Pflicht“
 - Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens } „Kür“
 - Weitergehende interkommunale Zusammenarbeit }

Zeitlich-inhaltlicher Fahrplan eines typischen Konzessionierungsverfahrens („Pflicht“)

	Was ist zu tun?	(Bis) wann?
1	Prüfung und Auswertung des bisherigen KV	3,5 Jahre vor Vertragsende
2	Geltendmachung Auskunftsverlangen ggü. bisherigen Konzessionsvertragspartner	3,5 - 3 Jahre vor Vertragsende
3	Klärung der Interessen der Kommunen (Tendenz Eigen- oder Fremdkonzessionierung)	3,5 - 3 Jahre vor Vertragsende
4	Erste Bekanntmachung im Bundesanzeiger mit Interessenbekundungsfrist	3 Jahre vor Vertragsende
5	Erstellen des Verfahrensbriefs	3 Jahre vor Vertragsende
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
12	Gegenüberstellung der Angebote und Vorbereitung der Konzessionsentscheidung	2 Jahre + ca. 2 - 3 Monate vor Vertragsende
13	Präsentation im Stadt-/Gemeinderat	2 Jahre + ca. 1 - 2 Monate vor Vertragsende
14	Ratsbeschluss	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

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage und Rechtsrahmen
 - II. Zeitlich-inhaltlicher Fahrplan eines typischen Konzessionierungsverfahrens („Pflicht“)
 - III. Konzessionsvertragliche „Stellschrauben“
 - IV. Vereinfachte Varianten der Rekommunalisierung
 - V. Typisiertes, zweispuriges Vorgehen („Pflicht und Kür“)
 - VI. Kommunalrechtliche Rahmenbedingungen
- Anhang**

Stellschraube: Wegenutzungsrecht und Netzbetrieb

- **Umfang des Wegenutzungsrechts:**
 - Nutzung der öffentlichen Verkehrswege für das örtliche Verteilnetz und ggf. Durchgangsleitungen
 - Nutzung auch sonstiger gemeindlicher Grundstücke für das örtliche Verteilnetz und ggf. Durchgangsleitungen (Duldungspflicht nach NAV/NDAV bzw. Gestattungsvertrag)
 - Regelung zum Schicksal der Nutzungsrechte bei Entwidmung oder Verkauf → Eintragung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit auf Verlangen des EVU
- **Pflicht zum Betrieb des örtlichen Verteilnetzes: Welche Anlagen gehören zum örtlichen Verteilnetz?**
 - Variante 1: Nur Anlagen, die ausschließlich der Strom/Gasverteilung im Vertragsgebiet dienen
 - Variante 2: Anlagen, die ganz oder überwiegend der Strom/Gasverteilung im Vertragsgebiet dienen

Stellschraube: Konzessionsabgaben

- IdR Vereinbarung einer KA in Höhe der Höchstsätze der KAV für alle in der KAV geregelten Fälle
- Abschlagszahlungen
- Frist zur Vorlage der KA-Schlussabrechnung für das abgelaufene Jahr
- Anspruch der Kommune auf Vorlage von Unterlagen, die die Überprüfung der Schlussabrechnung ermöglichen
- Anspruch auf Vorlage eines Wirtschaftsprüferstats

Stellschraube: Nebenleistungen

- **Gemeinderabatt** gemäß § 3 Abs. 1 KAV (neu):
maximal 10 % Rabatt auf die Netznutzungsentgelte für den in Niederspannung oder Niederdruck abgerechneten Eigenverbrauch der Gemeinde
- **Folgepflicht:** Pflicht des EVU zur Anpassung Verteilungsanlagen an Änderungen der öffentlichen Verkehrswege- Anpassung nur wenn Notwendigkeit, öffentliches Interesse, etc. besteht.
- **Tragung der Folgekosten:** Zur Verteilung der Folgekosten gibt es keine zwingenden gesetzlichen Vorgaben
 - Ausschließliche Kostentragung durch Gemeinde oder EVU
 - Kostenteilung über Quotenregelungen, gestaffelt nach dem Anlagenalter und Veranlasser
 - Ausnahme Kostentragungspflichten Dritter
- **Sonstige Nebenleistungen:**
Unterstützung bei der Aufstellung kommunaler oder regionaler Energiekonzepte, vgl. § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV

Stellschraube: Endschafftsbestimmungen

- Vereinbarung eines **vertraglichen Übertragungsanspruchs** bezüglich Eigentum und Besitz an den das örtliche Verteilnetz bildenden Anlagen bei Konzessionärswechsel
- Vereinbarung eines **Übernahmeentgelts in Höhe des Ertragswertes**
- Hintergrund: § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG spricht nur von einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung - was heißt das?
- **Netzentflechtung**: Beschränkung auf geringstmögliches Maß unter Beachtung der Interessenlage der Parteien
 - Kostenverteilung: keine zwingenden gesetzlichen Vorgaben:
 - Variante 1: Ausschließliche Tragung der Entflechtungskosten durch Gemeinde/Übernehmer oder weichendes EVU
 - Variante 2: Teilung der Entflechtungskosten, z.B.: Netzentflechtungskosten trägt EVU, Netzeinbindungskosten die Gemeinde (so BGH vom 07.07.1992 bei fehlender Regelung)
- **Auskunftsrecht** der Gemeinde bzw. des Übernehmers

Stellschraube: Vertragslaufzeit

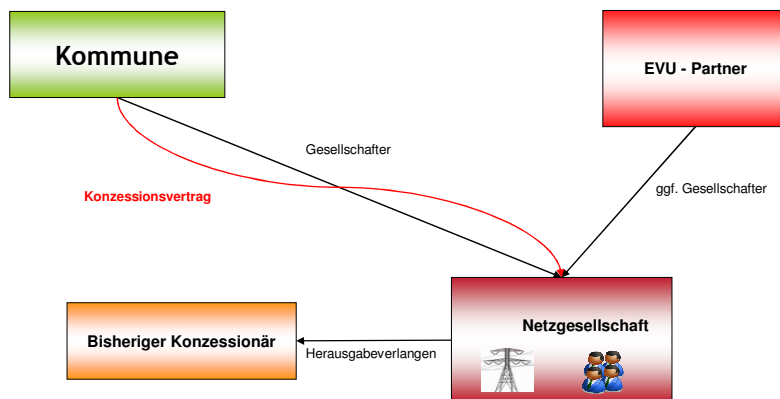
- Maximal 20 Jahre (§ 46 Abs. 2 EnWG)
- **Kommunalfreundlich**: Sonderkündigungsrechte zur Erhöhung kommunaler Einflussmöglichkeiten
 - z.B. nach 10, 15 Jahren Vertragslaufzeit
 - **Change-Of-Control-Klausel**: Sonderkündigungsrecht zu Gunsten der Gemeinden im Falle einer Änderung in der Eigentumsstruktur des Vertragspartners
 - Nicht zu verwechseln mit Rechtsnachfolgeklausel
- Ausgestaltung Kündigungsfristen (2 Jahre Vorlauf)

Inhaltsübersicht

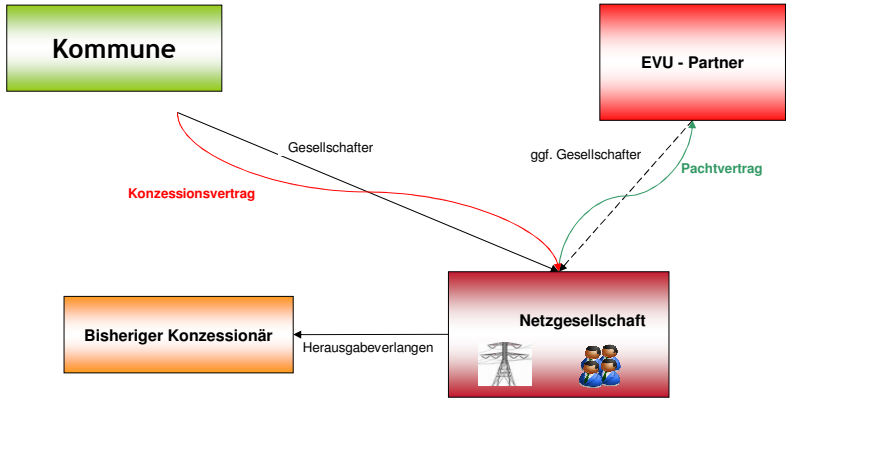
- I. Ausgangslage und Rechtsrahmen
 - II. Zeitlich-inhaltlicher Fahrplan eines typischen Konzessionierungsverfahrens („Pflicht“)
 - III. Konzessionsvertragliche „Stellschrauben“
 - IV. Vereinfachte Varianten der Rekommunalisierung
 - V. Typisiertes, zweispuriges Vorgehen („Pflicht und Kür“)
 - VI. Kommunalrechtliche Rahmenbedingungen
- Anhang

... Rekommunalisierung als Kür?

Große Netzgesellschaft



... Rekommunalisierung als Kür? Pachtmodell

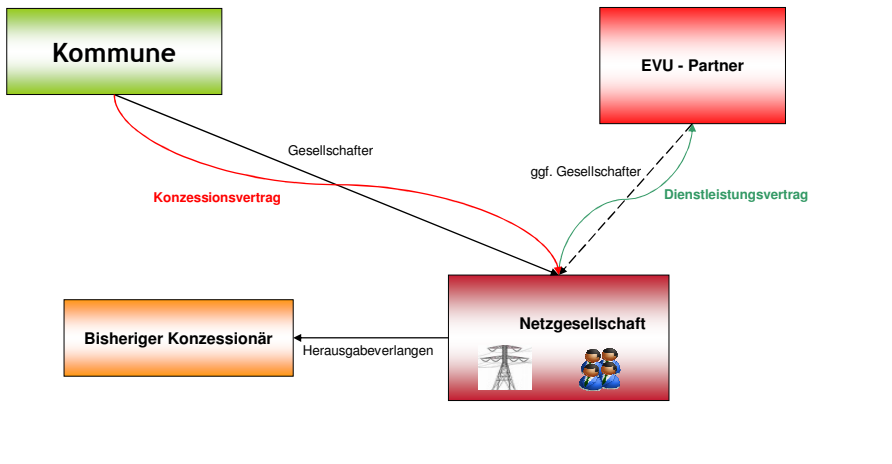


07./08.10.2010

Ablauf des Konzessionsierungsverfahrens nach § 46 EnWG: Fahrplan und „Stellschrauben“

19

... Rekommunalisierung als Kür? Dienstleistungsmodell

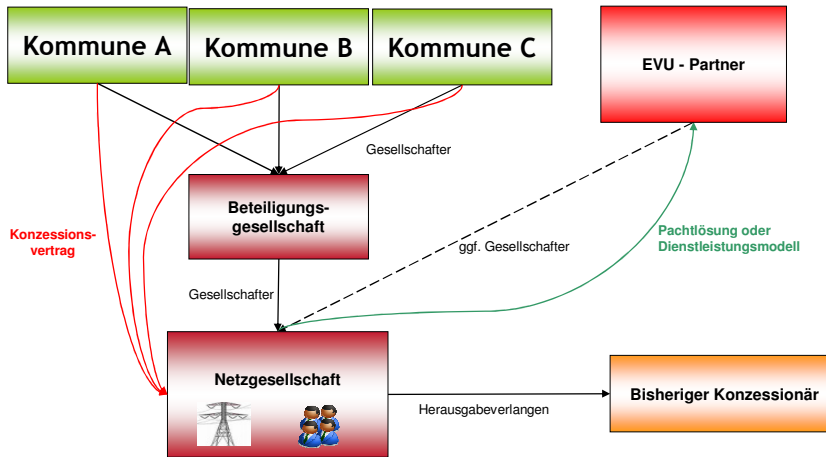


07./08.10.2010

Ablauf des Konzessionsierungsverfahrens nach § 46 EnWG: Fahrplan und „Stellschrauben“

20

... Rekommunalisierung als Kür? Interkommunale Kooperation



07./08.10.2010

Ablauf des Konzessionsierungsverfahrens nach § 46 EnWG: Fahrplan und „Stellschrauben“

21

Inhaltsübersicht

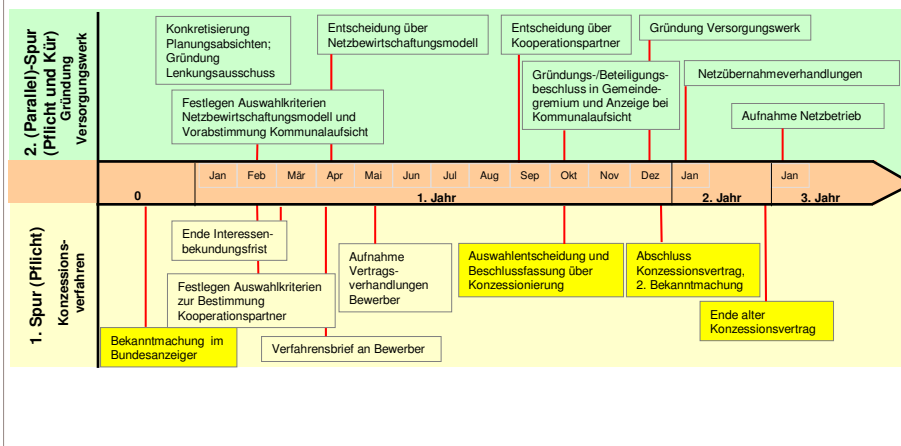
- I. Ausgangslage und Rechtsrahmen
 - II. Zeitlich-inhaltlicher Fahrplan eines typischen Konzessionsierungsverfahrens („Pflicht“)
 - III. Konzessionsvertragliche „Stellschrauben“
 - IV. Vereinfachte Varianten der Rekommunalisierung
 - V. Typisiertes, zweispuriges Vorgehen („Pflicht und Kür“)
 - VI. Kommunalrechtliche Rahmenbedingungen
- Anhang

07./08.10.2010

Ablauf des Konzessionsierungsverfahrens nach § 46 EnWG: Fahrplan und „Stellschrauben“

22

Typisiertes, zweispuriges Vorgehen („Pflicht und Kür“)



07./08.10.2010

Ablauf des Konzessionsverfahrens nach § 46 EnWG: Fahrplan und „Stellschrauben“

23

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage und Rechtsrahmen
- II. Zeitlich-inhaltlicher Fahrplan eines typischen Konzessionsverfahrens („Pflicht“)
- III. Konzessionsvertragliche „Stellschrauben“
- IV. Vereinfachte Varianten der Rekommunalisierung
- V. Typisiertes, zweispuriges Vorgehen („Pflicht und Kür“)
- VI. Kommunalrechtliche Rahmenbedingungen

Anhang

07./08.10.2010

Ablauf des Konzessionsverfahrens nach § 46 EnWG: Fahrplan und „Stellschrauben“

24

Kommunalrechtliche Rahmenbedingungen

- **Besondere Pflichten** zur Konzessionsentscheidung:
 - Mindestanforderungen an Konzessionsvertrag (vgl. § 76 KV-MV)
 - Einholung eines Gutachtens vor Abschluss Konzessionsvertrag (vgl. § 107 GemO-BaWü)
 - Erstellung Analyse und Vorlage bei Aufsichtsbehörde, (vgl. § 92 I GemO-RhPf.)
- Vorgaben **Gemeindefirtschaftsrecht** bei Gründung Stadtwerk
 - rechtfertigender öffentlicher Zweck
 - Bedarf und Leistungsfähigkeit Kommune
 - Subsidiarität
- aber Beispiel Rheinland-Pfalz: **Reform des Gemeindefirtschaftsrechts** zum 23.04.2009
 - Schaffung einer Bereichsausnahme von strenger Subsidiaritätsklausel für Bereiche Energieversorgung, Wasserversorgung, ÖPNV (§ 85 Abs.1 Nr.3 GemO)
 - Lockerung des Örtlichkeitsprinzips, wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden außerhalb des Gemeindegebiets grds. gestattet. (§ 85 Abs. 2 GemO)
 - Ziel: Aufhebung von Wettbewerbsnachteilen der kommunalen Versorgungswirtschaft und Ermöglichung von Effizienzsteigerungen
- Reformbestrebungen auch in NRW, Niedersachsen

Vertiefungshinweise

- DÖV, Nr. 9/2009, S. 356 ff., vom Mai 2009, „Auslaufende Konzessionsverträge Strom und Gas: Was ist seitens der Kommunen zu tun?“
- FAZ, Nr. 195, Seite 11, vom 23.08.2007, „Eine Kommune kauft ihr Stromnetz“
- Financel Times, 26.08.2009, Sonderbeilage, „Stadtwerke“
- FOCUS-Online, 01.10.2008, „Weg vom großen Versorger“
- neue energie, Nr. 10/2009, Seite 20 ff., „Rückkehr der Regionalmächte“
- SZ, Nr. 24, Seite 4, vom 29.01.2008, „Ein demokratischer Strom“

- WDR-Beitrag, 30.01.2007 „Konzerngas teurer“
- UmweltBriefe, Nr. 1/2010, S. 13, vom 21.01.2010, „Immer mehr gallische Dörfer“
- ZfK, 03/2008, Seite 12, vom 01.03.2008, „Den Wortlaut nicht übernehmen“
- ZfK, 05/2008, Seite 12, vom 03.05.2008, „Prävention ist das beste Gegenmittel“
- ZfK, 04/2009, Seite 1, 2, vom 11.04.2009, „Rekommunalisierung lohnt sich“
- § 46 EnWG, in Danner/Theobald (Hrsg.), Lose-Blatt-Kommentar zum Energierecht, 3 Bände, München 2007

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Ansprechpartner: Rechtsanwalt Dr. Christian Theobald

BBH Berlin
Magazinstraße 15-16
10179 Berlin
Tel.: 030 611 28 40 171
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 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