

EWeRK-WORKSHOP
„Das Positionspapier Konzessionsvergabe
Baden-Württemberg - Rechtliche Schranken bei der
Konzessionsvergabe“
am 20.01.2012 in Berlin

Vorstellung des Positionspapiers Konzessionsvergabe des
Ministeriums für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft
Baden-Württemberg



Baden-Württemberg

MINISTERIUM FÜR UMWELT, KLIMA UND ENERGIEWIRTSCHAFT

Überblick

1. Ausgangsposition
2. Tatsächlicher und rechtlicher Rahmen
3. Generelle Anforderungen an die Konzessionsvergabe
 - Verfahrensablauf und
 - Auswahlkriterien
4. Besondere materielle Anforderung an Konzessionsvergabe bei
 - Gemeinschaftsunternehmen und
 - Pachtmodellen
5. Versorgerportal



1.1 Warum ein (weiteres) Positionspapier ?

- Deutschlandweit laufen zwischen 2010 und 2015 geschätzt rd. 8.000 der 14.000 Konzessionen im Strombereich aus
- In Baden-Württemberg ist eine große Anzahl von Strom- und Gas-Konzessionen bereits zum 1.1.2013 zu vergeben (Auflistung abrufbar unter: <http://www.versorger-bw.de/fileadmin/BENUTZERDATEN/Bildmaterial/Kartell/Konzessionswettbewerb.pdf>)
- Generelle Anforderung dazu geschildert im gemeinsamen Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur (http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/101215_Leitfaden_Konzessionsrecht_BNetzA-BKartA.PDF), an dem Landeskartellbehörden beteiligt wurden



1.1 Warum ein (weiteres) Positionspapier ?

- In praxi zeigt sich, dass Gemeinden einen Mittelweg bei der Konzessionsvergabe gehen (wollen), d.h. eine gemeinsame Betätigung mit einem Netzbetreiber
- Dabei steht häufig eine asynchrone gemeinschaftliche Betätigung im Raum, weil Know-How beim Netzbetreiber liegt
- Das Positionspapier zeigt kartellrechtlich zulässige Modelle für gemeinschaftliche Betätigung auf, bei denen wirtschaftliches Risiko der Gemeinde beschränkt ist
- Ziel: Faire Wettbewerb zwischen Netzbetreibern und kommunale Beteiligung nur „at arms length“ also gerade nicht unter dem Aspekt, dass die Kommune die Wegerechte einräumt
- Ansatz: Präventives kartellbehördliches Handeln mit konkreten Zahlen



1.2 Entstehung des Positionspapier

- Marktbeobachtung der Vorbereitung von Konzessionsvergaben, insbesondere Sichtung der verschiedenen Modelle von Gemeinschaftsunternehmen und von Pachtmodellen
- Bewertung, dabei Problemschwerpunktbildung:
 - formale Anforderungen
 - asynchrone Gesellschafterstellungen
 - finanzielle Leistungen (insbesondere Garantierenditen)
- Konsultationsentwurf im August 2011 veröffentlicht
- Finale Fassung am 5.12.2011 mit zahlreichen Überarbeitungen, insbesondere Beschränkung auf Darstellung einer materiell rechtssicheren Vereinbarung („safe harbour“)



2.1 Befund der Marktbeobachtung

- Altkonzessionäre, häufig große Netzbetreiber, fürchten Konzessionsverluste, u.a. wegen Nachteile für assoziierten Vertrieb
Gemeinde haben finanzielle Interessen
Gemeinschaftsunternehmen können beide Interessen bedienen und z.B. Entflechtungskosten und Bewertungsstreitigkeiten vermeiden
- Allerdings zuweilen seitens der Gemeinden sehr hohe finanzielle Erwartungen, obwohl weder Know-How eingebracht werden kann noch relevantes operatives und regulatorisches Risiko übernommen werden soll
- der Netzbetreiber entspricht den Erwartungen und garantiert teilweise die vollständige Herausgabe der regulatorischen Eigenkapitalverzinsung und mehr (lebt von der regulatorischen Luft)

➔ Ausbeutungsgefahr



2.1 Befund der Marktbeobachtung

Wettbewerb mit Netzbetreibern, die „Rundum-Sorglos“-Pakete und hohe Garantierenditen anbieten fällt schwer, denn

- die finanzielle Aussicht auf risikolose Garantierenditen verführt die vergebende Gemeinde
- kleinere Netzbetreiber, z.B. Stadtwerke und kommunale Gemeinschaftswerke, sind weniger komplex organisiert und haben deswegen ggf. weniger regulatorische Luft
- oder können und wollen derartige Garantien unternehmenspolitisch (kommunalpolitische Einbindung) nicht vertreten
- oder sind als Neukonzessionäre naturgemäß risikoaverser

➔ Gefahr der Wettbewerbsbeeinträchtigung



2.2 Prämissen

§ 46 EnWG bezweckt den „Wettbewerb um Netze“, den die Gemeinde gewährleisten muss

- Dabei ist die Gemeinde energiewirtschaftsrechtlich auf spezifische Allgemeingemeinwohlbelange, die in § 1 EnWG genannt sind, festgelegt
- Weiter unterfällt die Gemeinde als alleinige Inhaberin der örtlichen Wegerechte bei der Konzessionsvergabe den allgemein-kartellrechtlichen Prinzipien, insbesondere dem Behinderungs- und Diskriminierungsverbot und
- weiteren Anforderungen, z.B. des Europarechts und Konzessionsabgabenrechts

➔ Entscheidung der Gemeinde ist rechtlich überlagert



2.3 Anforderungen

- Die Konzessionsvergabe muss **prozessual** in einem wettbewerblichen, d.h. vor allem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren erfolgen, das in einer zu begründenden, plausiblen Entscheidung mündet, wobei § 46 EnWG selbst (rudimentär) Verfahrensabläufe skizziert
- Die Konzessionsvergabe muss **materiell** in einer Vereinbarung münden, die auch so mit Dritten, der nicht die Konzession vergibt, geschlossen würde (Fremdvergleich), darf also nicht Situation widerspiegeln, dass die Gemeinde zugleich die Grundlage für das Geschäft (Einräumung der Wegerechte) liefert, denn dafür gibt es bereits die höchstzulässige Konzessionsabgabe (vgl. auch § 3 Abs. 2 Nr. 1 HS. 1 KAV)



3.1 Kurzüberblick Verfahren

- **Rechtzeitige Bekanntmachung** des Vertragsendes spätestens 2 Jahre vor Auslaufen des bestehenden Konzessionsvertrages im Bundesanzeiger und, soweit mehr als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar an das der allgemeinen Versorgung dienende Verteilnetz angeschlossen sind, zusätzlich im Amtsblatt der EU, § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG

Bei beabsichtigter vorzeitiger Vertragsverlängerung sind bestehende Verträge zu beenden und dieses sowie das Vertragsende öffentlich bekannt zu geben, § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG (lesenswert: OLG Düsseldorf, Urteil v. 12.3.2008, VI-2 U (Kart) 8/07; BKartA v. 18.20.2011 – B 10 - 6/11)

- **Mindestinhalt:**
 - die Angabe des Vertragsendes des bisherigen Konzessionsvertrages,
 - die Beschreibung des Konzessionsgebiets sowie
 - der Art des Netzbetriebs (Strom oder Gas)



3.1 Kurzüberblick Verfahren

- **Bekanntmachung muss ab 4.9.2011 zudem Hinweis (Link) zu netzrelevanten Informationen**, die für eine Bewertung des Netzes erforderlich sind, **enthalten**,
§ 46 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. Abs. 2 Satz 4 EnWG
- Die **Festlegung zulässiger** (eignungs- und angebotsbezogene) **Kriterien für die Auswahlentscheidung** muss vorab erfolgen und den Bewerbern einschließlich der Bewertungsmethoden mitgeteilt werden,
ebenso die etwa tatsächlich bereits vorhandenen Erwägungen und Aktivitäten zu den verschiedenen Optionen, also z.B. auch Gemeinschaftsunternehmen,
Grundsatz von Diskriminierungsfreiheit und Transparenz



3.1 Kurzüberblick Verfahren

- Die Entscheidung muss nach den vorher festgelegten, zulässigen Auswahlkriterien erfolgen
(lesenswert: VG Aachen Beschluss v. 13.9.2011, 1 L 286/11, n.rk., jetzt Verfahren beim OVG Münster (11 B 1187/11))
- Die **Entscheidung** der Gemeinde über Neuabschluss (oder die Verlängerung des Konzessionsvertrages) **muss, wenn mehrere Bewerbungen vorlagen, mit den maßgeblichen Gründe öffentlich bekannt gemacht werden,**
§ 46 Abs. 3 Satz 2 EnWG



3.2 Beispiel Auswahlkriterien

- Zulässige Auswahlkriterien und deren etwaigen Unterkategorien sind aus § 46 i.V.m. § 1 EnWG zu entwickeln, d.h. insbesondere sind sie netzbezogen (lesenswert: BKartA v. 21.11.2011 - B10 - 17/11)

Beispiel: **Kriterium Netzsicherheit**

Unterkategorie Finanz-, Sach- und Personalausstattung

Unterkategorie Störungshäufigkeit

Unterkategorie Netzpflege

Kriterium effiziente, preisgünstige und verbraucherfreundliche Versorgung

Unterkategorie Netzservice vor Ort

Unterkategorie Netzentgelte (Höhe, Entgeltstruktur)

Unterkategorie flächendeckende Netzstruktur/

Bereitschaft zu Neuerschließungen



3.2 Beispiel Auswahlkriterien

Kriterium umweltverträgliche Versorgung

Unterkategorie technische Netzentwicklung

Unterkategorie Konzept Einbindung

erneuerbare Energien

Unterkategorie ortsnahe Netzbetreuung

Kriterium Konzessionsvertrag

Unterkategorie Laufzeit

Unterkategorie Kommunalrabatt Netzzugang

Unterkategorie notwendige Kostenvergütung

Unterkategorie Folgekostenregelungen

Unterkategorie Qualität Oberflächenwiederherstellung

Unterkategorie Haftungsverteilung

Unterkategorie Endschaftsregelungen



4.1 Übersicht materiell rechtssichere Vereinbarung („Safe Harbour“) für Gemeinschaftsunternehmen

- Grundsatz synchroner Gesellschafterstellungen

Im Einzelfall können asynchrone Gesellschafterstellungen möglich sein, soweit es um die Ermöglichung des geordneten Geschäftsablaufs geht, auch dann aber gilt, dass **Gleichlauf von Chancen und Risiken** herrschen muss, d.h. übliche Leitungs- und Mitbestimmungsrechte, Finanzierungsverantwortung und Haftung entsprechend der Art und Höhe Beteiligung

- **Keine Zuwendungen sonstiger wirtschaftliche Vorteile** ohne gleichwertige Gegenleistung außerhalb der in § 3 KAV ausdrücklich genannten Tatbestände, auch nicht über Drittgesellschaften



4.1 Übersicht materiell rechtssichere Vereinbarung („Safe Harbour“) für Gemeinschaftsunternehmen

- Insbesondere: **Garantierenditen** sind als Ausdruck einer atypischen Risikoverteilung nur zulässig, wenn sie entsprechend des dadurch vermittelten geringen Risikos der Höhe nach im Bereich der Rendite für sichere Anlagen liegen oder nicht stark hiervon nach oben abweichen
- **Bezugsgröße** für die Beurteilung des Renditeversprechens ist die finanzielle Anlagechance der Gemeinde in Gestalt der **Eigenkapitalbeteiligung** und die diesbezüglich garantierte Rendite vor Steuern
- Relevanter **Vergleichsmaßstab** bei solchen Modellen ist nicht die mögliche eigene unternehmerische Betätigung (die neben dem finanziellen auch ein operatives und Regulierungsrisiko birgt), sondern eine sichere **Finanzanlage**



4.1 Übersicht materiell rechtssichere Vereinbarung („Safe Harbour“) für Gemeinschaftsunternehmen

- Vergleichsrendite ist daher der **historischen Zehn-Jahres-Durchschnitt der Umlaufrendite für festverzinsliche Wertpapiere inländischer Emittenten** nach Tabelle 7b) der Kapitalmarktstatistik der Deutschen Bundesbank **2011** betrug dieser **3,8%**, **2012** dürfte er nur bei **3,6%** liegen
 - hinzu kommt ein kartellrechtlicher Sicherheitszuschlag, weil Prognose auf historischen Daten und im Vergleichsmaßstab kurzfristige Papier enthalten sind sowie wegen des Zeithorizonts,
 - + 50 Basispunkte (zehnjährige Konzessionsvergabe) oder
 - + 100 Basispunkte (zwanzigjährige Konzessionsvergabe) undund ein allgemeiner kartellrechtlicher Sicherheitszuschlag
 - + 75 Basispunkte
- ➔ **5,55 % Rendite vor Steuern** (Angebot 2011, 20 Jahre)



4.1 Übersicht materiell rechtssichere Vereinbarung („Safe Harbour“) für Gemeinschaftsunternehmen

- Entsprechend dem Charakter als Mindestrendite ist eine vom unternehmerischen Erfolg des Gemeinschaftsunternehmens abhängige, höhere Verzinsung möglich
- Allerdings muss als Kompensation der Mindestverzinsung auch nach oben hin eine Begrenzung erfolgen (Deckelung) und die tatsächliche Ausschüttung muss Unterschiede zu den unternehmerisch tätigen Gesellschaftern zeigen
- Beispiel für zulässige Ergebnisverteilung
 1. Mindestrendite an bevorzugte Gesellschafter (5,55% auf EK)
 2. Aufholen unternehmerischer Gesellschafter (5,55% auf EK)
 3. Gleichmäßige Verteilung auf alle Gesellschafter bis 7% auf EK
 4. Restverteilung ausschließlich an unternehmerische Gesellschafter



4.2 Übersicht materiell rechtssichere Vereinbarung („Safe Harbour“) für Pachtmodelle

- Pachtmodelle sind energiewirtschaftsrechtlich zwar vorgesehen (§ 4 Abs. 5 Strom-/GasNEV, § 26 ARegV), nach Verständnis der EKartB allerdings eher als Ausnahme, für – regelmäßig vorhandene – räumliche und zeitliche „Flickennetze“
- Im Rahmen des Konzessionswettbewerbs nach § 46 EnWG und des Kartellrechts Begründung für Pachtmodell schwierig, insbesondere kann Gemeinde nicht trotz sachkundiger Bewerber ohne ein schlüssiges Gesamtkonzept für ein Pachtmodell die Wegerechte an sich selbst vergeben und hiernach einen Pächter suchen
- Soweit Pacht zulässig, ist Gemeinde privatrechtlich als Verpächter tätig und verlangt Pachtzins, wobei auch Ausgestaltung als Ertragspacht möglich



4.2 Übersicht materiell rechtssichere Vereinbarung („Safe Harbour“) für Pachtmodelle

- Bei der Pacht liegen operatives wie regulatorisches Risiko ausschließlich und vollständig beim Pächter
- Bei dieser Risikoverteilung **Vorsteuerrendite von maximal 5,55% auf das vom Verpächter eingesetzte Kapital** (Netzkaufpreis) daher **absolute Obergrenze**, jedenfalls bei „eiserner Pacht“ (der Pächter hat bei Rückgabe des Pachtgegenstandes (Netz) einen eventuellen Minderwert dem Verpächter zu ersetzen)
- Eine Erhöhung des Zinssatzes von 5,55% auf **bis zu 6%** (weiterer Sicherheitszuschlag) vor Steuern aber möglich, wenn Verpächter ohne Einfluss auf den Erhalt der Pachtsache das ernsthafte Risiko der Verschlechterung trifft



5. 1.,Serviceecke“ der EKartB BW zum Thema

Versorgerportal Baden-Württemberg: Startseite - Windows Internet Explorer

http://www.versorger-bw.de/

File Edit View Favorites Extras ?

Favorites Suggested Sites Web Slice-Katalog WuW - Wirtschaft und Wett... Links anpassen

Versorgerportal Baden-Württemberg: Startseite

Versorgerportal Baden-Württemberg

[Zum Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft Baden-Württemberg](#)

PROLOG

- Energiekartellbehörde
- Landesregulierungsbehörde
- Kontakt

VERSORGER IN BADEN-WÜRTTEMBERG

- Gas**
Zusammenfassung, Preisübersicht, Netzentgelte, weitere Bekanntmachungen
- Strom**
Netzentgelte, weitere Bekanntmachungen
- Wasser**
Preisübersicht
- Hinweise & Erhebungsbögen**

Sie sind hier: Startseite

Herzlich Willkommen

...auf dem Versorgerportal des Landes Baden-Württemberg.

Dieses Portal bietet Ihnen die Möglichkeit sich über die Aufgaben der Energiekartellbehörde Baden-Württemberg (EKartB) und der Landesregulierungsbehörde Baden-Württemberg (LRegB) zu informieren.

Gleichzeitig dient dieses Portal dazu, interessierten Verbrauchern einen besseren Überblick über den aktuellen Stand der regulierungsrechtlichen Praxis, beispielsweise hinsichtlich der jeweiligen **Netzentgelte**, zu geben. Darüber hinaus informiert das Portal über die **Gas- und Trinkwasserpreise** im Lande.

Aber auch die rund 230 baden-württembergischen **Netzbetreiber**, für die die LRegB zuständig ist, können sich durch das Versorgerportal Baden-Württemberg über allgemeingültige Festlegungen, Leitfäden und Hinweise der LRegB umfassend informieren und notwendige Anträge herunterladen sowie

SUCHE

Inhaltsübersicht

SEITENFUNKTIONEN

Seite drucken

AKTUELLE ENTSCHEIDUNGEN

- Festlegung Pooling (Strom) vom 02.12.2012
- Festlegung Qualitätselement (Strom) vom 06.12.2012

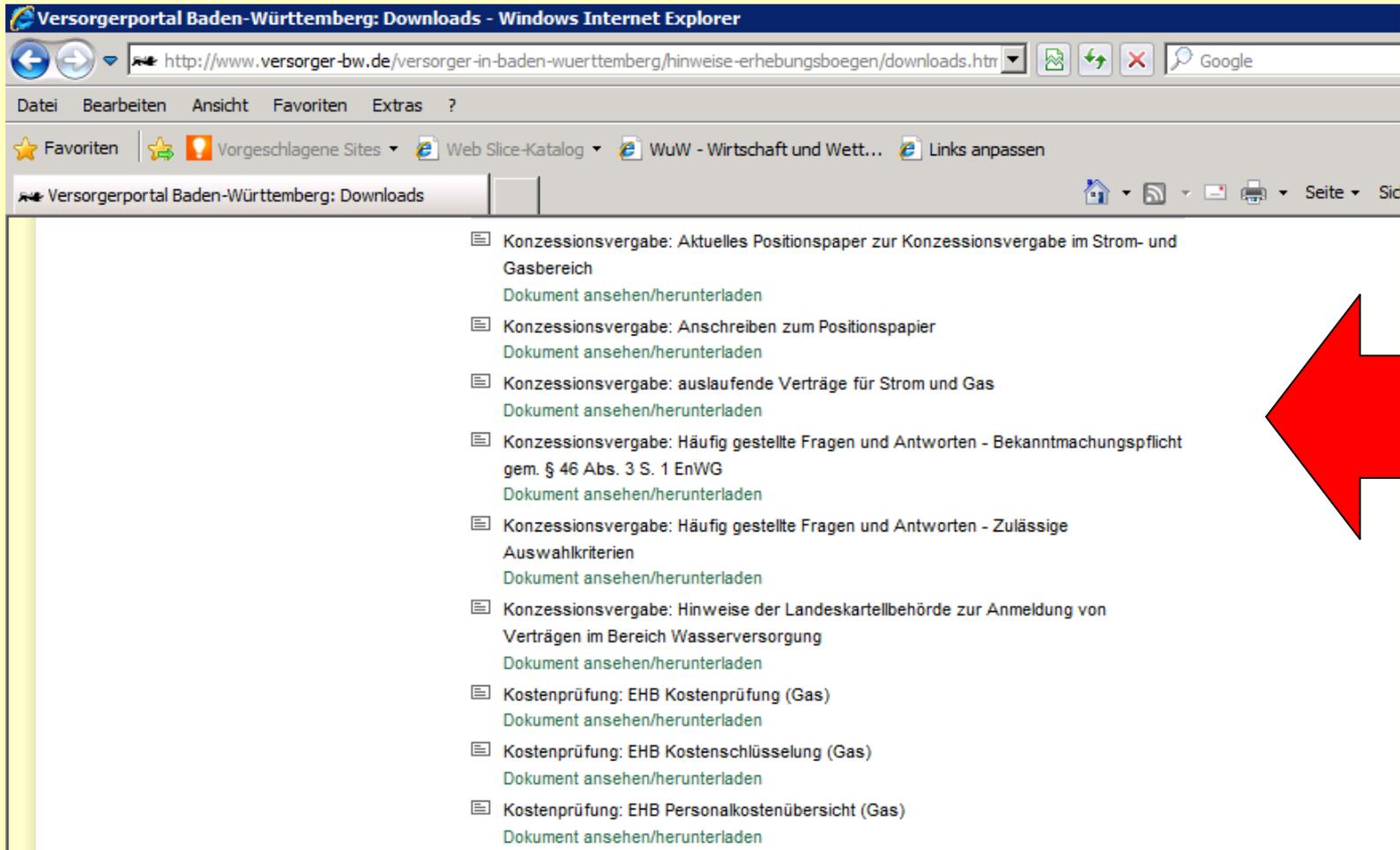
KONZESSIONSVERGABE

- Positionspapier und weitere Hinweise

Internet | Geschützter Modus: Aktiv

100%

5.1 „Serviceecke“ der EKartB BW zum Thema



Versorgerportal Baden-Württemberg: Downloads - Windows Internet Explorer

http://www.versorger-bw.de/versorger-in-baden-wuerttemberg/hinweise-erhebungsboegen/downloads.htm

Datei Bearbeiten Ansicht Favoriten Extras ?

Favoriten Vorgeschlagene Sites Web Slice-Katalog WuW - Wirtschaft und Wett... Links anpassen

Versorgerportal Baden-Württemberg: Downloads

- Konzessionsvergabe: Aktuelles Positionspaper zur Konzessionsvergabe im Strom- und Gasbereich
Dokument ansehen/herunterladen
- Konzessionsvergabe: Anschreiben zum Positionspaper
Dokument ansehen/herunterladen
- Konzessionsvergabe: auslaufende Verträge für Strom und Gas
Dokument ansehen/herunterladen
- Konzessionsvergabe: Häufig gestellte Fragen und Antworten - Bekanntmachungspflicht gem. § 46 Abs. 3 S. 1 EnWG
Dokument ansehen/herunterladen
- Konzessionsvergabe: Häufig gestellte Fragen und Antworten - Zulässige Auswahlkriterien
Dokument ansehen/herunterladen
- Konzessionsvergabe: Hinweise der Landeskartellbehörde zur Anmeldung von Verträgen im Bereich Wasserversorgung
Dokument ansehen/herunterladen
- Kostenprüfung: EHB Kostenprüfung (Gas)
Dokument ansehen/herunterladen
- Kostenprüfung: EHB Kostenschlüsselung (Gas)
Dokument ansehen/herunterladen
- Kostenprüfung: EHB Personalkostenübersicht (Gas)
Dokument ansehen/herunterladen



5.2 Kontakt

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Kontakt:

Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft
– Landesregulierungs- und Energiekartellbehörde –

Theodor-Heuss-Straße 4

70174 Stuttgart

E-Mail: EKartB@um.bwl.de

Internet: www.versorger-bw.de



Baden-Württemberg

MINISTERIUM FÜR UMWELT, KLIMA UND ENERGIEWIRTSCHAFT