

**„Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten und  
Handlungsempfehlungen für Kommunen und Landkreise“**

**1. Kongress 100 % Erneuerbare Energie Regionen  
Kassel, 16.06.2009**

Rechtsanwalt Dr. Christian Theobald

## Über uns

- Gegründet 1970
- Büros in Berlin, Köln, München, Stuttgart, Wien
- Über 120 Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater
- 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. 350 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 26



- Geboren 1966 in Heidelberg
- 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
- zahlreiche 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 "Regulierung der Netzwirtschaften: Energie-Post-Telekommunikation-Verkehr" an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn
- Lehrbeauftragter an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften, Speyer

# Inhaltsübersicht

1. Ausgangslage
2. Eckpunkte einer rechtsicheren Konzessionierung
3. Kommunale Handlungsoptionen

## Anlagen

# Inhaltsübersicht

1. Ausgangslage
2. Eckpunkte einer rechtsicheren Konzessionierung
3. Kommunale Handlungsoptionen

## Anlagen

## Ausgangslage

- Auslaufen einer Vielzahl von Konzessionsverträgen bundesweit in 2008-2012
- 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“)

## Gesetzgeberische Vorgaben

### ■ 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 Grundgesetz)

## 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 (vgl. Artikel FAZ und SZ im Anhang)

## Aktuelle (Re-) Kommunalisierungen (Auswahl)



Eigene Darstellung BBH 05/2009

# Inhaltsübersicht

1. Ausgangslage
2. Eckpunkte einer rechtsicheren Konzessionierung
3. Kommunale Handlungsoptionen

## Anlagen

# 1. 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)!

## 2. Bekanntmachung des Vertragsendes

- § 46 Abs. 3 EnWG
- Reine Bekanntmachung des Vertragsendes ausreichend
- kein formelles Ausschreibungsverfahren nach vergaberechtlichen Grundsätzen (VOL), da Konzessionsverträge als Dienstleistungskonzessionen eingestuft werden
- **Bekanntmachungsfrist:** „spätestens 2 Jahre vor Ablauf“, besser ca. 3 Jahre vor Ablauf!
- **Interessenbekundungsfrist** von ca. 3 Monaten empfehlenswert

## 2. 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

## 3. Auswahlverfahren

- Grundsatz der Nichtdiskriminierung: **Gleichbehandlung aller Bewerber**
- Grundsatz der Transparenz:
  - Konzessionsverfahren muss für alle Bewerber nachvollziehbar sein
  - **Gewährleistung von Transparenz** durch Einhaltung eines bestimmten, für alle Bewerber geltenden Verfahrens
- Mögliche **Auswahlkriterien**:
  - Konzessionsvertragsangebot
  - Wirtschaftlichkeit
  - Eigengesellschaft/ fremder Dritter
  - Grundsatz „alt und bewährt“

## 4. Bekanntmachung des Neuabschlusses

- § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG
- nur bei Bewerbung mehrerer Unternehmen
- **Bekanntmachungsform:** „öffentliche Bekanntmachung der Entscheidung unter Angabe der maßgeblichen Gründe“
  - Was heißt „Entscheidung“? Gemeinderatsbeschluss oder Abschluss des Konzessionsvertrages?
- **Bekanntmachungsmedium:**
  - Mitteilungsblatt der Kommune und ggf. Lokalzeitung
  - Bekanntmachung im Bundesanzeiger nicht sinnvoll

## 5. Verstoß gegen § 46 Abs. 3 EnWG

- Zivil- und kartellrechtliche Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 46 Abs. 3 EnWG
  - Lediglich skizzenhafte gesetzliche Regelung
  - Nur wenige gerichtliche Entscheidungen
  
- Aber stets bedenken:  
Klare Intention des Gesetzgebers = § 46 Abs. 2 und 3 EnWG 2005 - Wettbewerb um das Netz mindestens alle 20 Jahre

## 6. Verstoß gegen § 46 Abs. 3 EnWG

### → Rechtsfolgen:

#### öffentlich rechtlich

- 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

#### zivilrechtlich

- Bereits **LG Rostock, Urt. v. 17.05.1999:**  
Nichtbestehen des gesetzlichen Überlassungsanspruchs
- **Gefahr:** Nichtigkeit (!) des Vertrages (§ 134 BGB), **OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.03.2008**

## 6. Verstoß gegen § 46 Abs. 3 EnWG

- OLG Düsseldorf → Konsequenzen für die Praxis:
  - Konzessionsverträge, die ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 13 Abs. 3 EnWG 1998 / § 46 Abs. 3 EnWG 2005 abgeschlossen wurden oder werden, sind **nichtig!**
  - gilt für das **reguläre** Verfahren sowie für **vorzeitige** Verlängerungen
  - Kein Wettbewerb um das Netz ohne vorherige Bekanntmachung → Nichtigkeit des derart abgeschlossenen Konzessionsvertrages erforderlich

## 6. Verstoß gegen § 46 Abs. 3 EnWG

- **OLG Düsseldorf → Konsequenzen für die Praxis:**
  - Alter Konzessionsvertrag (vorzeitig) beendet, neuer Konzessionsvertrag unwirksam
  - Kommunen evtl. im vertragslosen Zustand
  - Bisherige KA ggfs. ohne vertragliche Grundlage gezahlt; Rückzahlung bzw. verdeckte Gewinnausschüttung drohen
  - Konzessionierungsverfahren muss (ggfs. Jahre später!) wiederholt werden
  - Wirtschaftlicher und politischer Schaden
- **Fazit für Kommunen und Stadtwerke:** Bewerber um Konzessionen sollten im eigenen Interesse auf Einhaltung des § 46 Abs. 3 EnWG achten („Fahrplan zur rechtssicheren Konzession“)

## 7. „Regelfahrplan“ (1)

	<b>Was ist zu tun?</b>	<b>(Bis) wann?</b>
1	Prüfung und Auswertung des bisherigen KV (siehe Auswertungsmatrix)	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

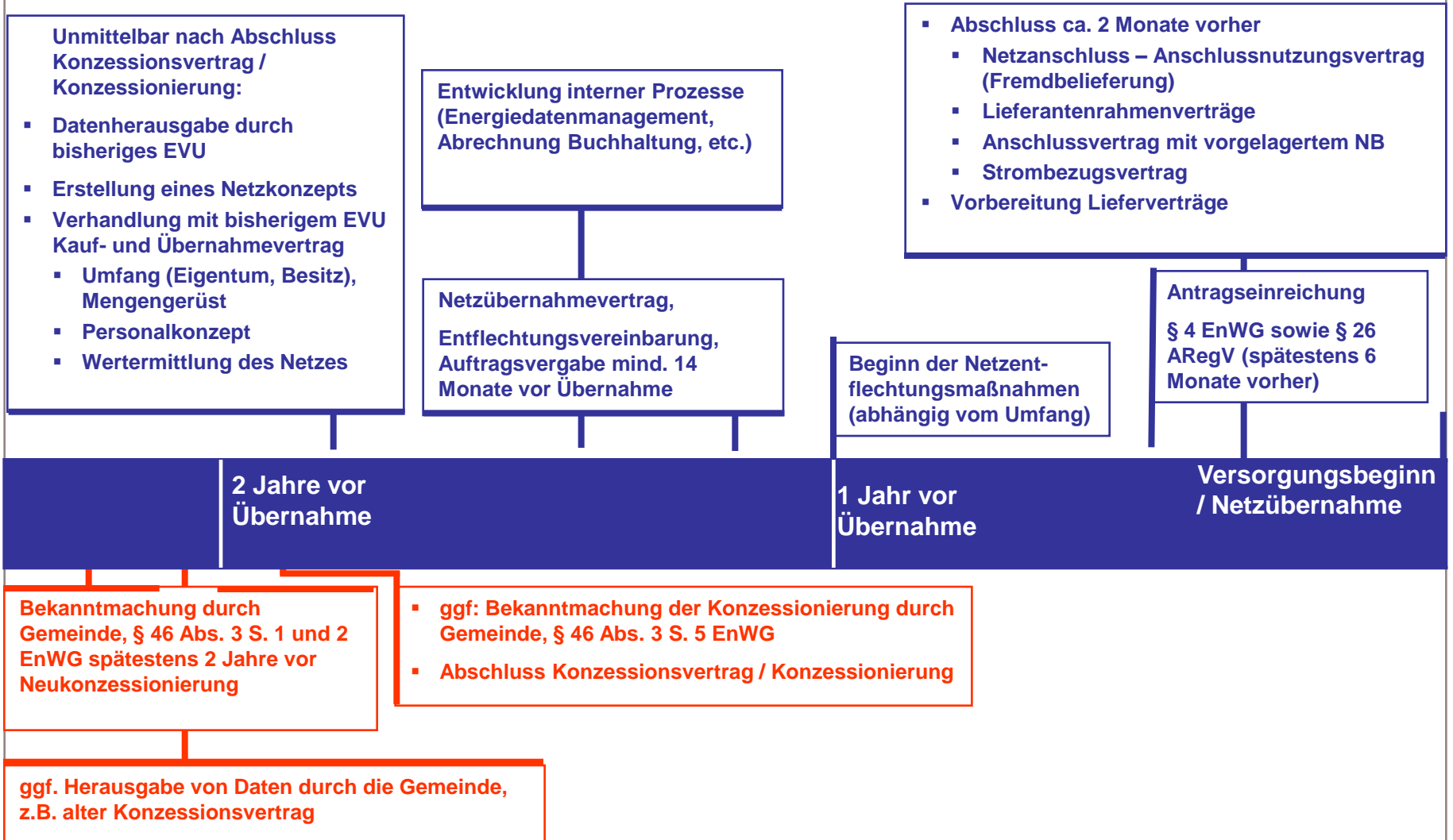
## 7. „Regelfahrplan“ (2)

	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

## 7. „Regelfahrplan“ (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

# Zeitschiene einer Netzübernahme



# Inhaltsübersicht

1. Ausgangslage
2. Eckpunkte einer rechtsicheren Konzessionierung
3. Kommunale Handlungsoptionen

## Anlagen

## Zulässige und unzulässige Entscheidungsgründe

- Auswahlkriterien werden nicht festgelegt
- Gemeinde ist in ihrer Entscheidung grundsätzlich frei (Ausfluss des Rechts auf kommunale Selbstverwaltung, Art. 28 Abs. 2 Grundgesetz)
- Neben der Wirtschaftlichkeit auch andere Kriterien möglich (lokale Arbeitsplätze, Einfluss, etc.)
- Allerdings: Notwendigkeit der Beachtung der Grundsätze der **Nichtdiskriminierung und Transparenz**
- Üblicherweise entscheidet das attraktivste **(Vertrags-)Angebot**

## Auswahl des attraktivsten Angebots durch die Gemeinde

- 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 drei (kombinierbare) Möglichkeiten:
  - Bestes Konzessionsvertragsangebot
  - Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens
  - Weitergehende interkommunale Zusammenarbeit

## „Auswertungsmatrix“

„KO-Kriterien“	Interessent 1	Interessent 2	Interessent 3
Folgekosten/Folgepflicht			
Konzessionsabgaben/Kommunalrabatt			
Endschafftsklausel 1. Teil: Eindeutiger Eigentumsübertragungsanspruch?			
Endschafftsklausel 2. Teil: Anspruchsumfang?			
Endschafftsklausel 3. Teil: Höhe des Kaufpreises?			
Endschafftsklausel 4. Teil: Entflechtungskonzept und -kosten			
Ausführliche und rechtzeitige Auskunftsansprüche?			
Change-of-Control-Klausel			

# Handlungsoptionen für die Stadt bzw. Gemeinde

## • Unternehmerischer Beitrag der Gemeinde

- Gemeinde als Unternehmer und (Mit-)Gesellschafter

- Gründung eines Gemeindewerks mit Partner
- Erbringung von Leistungen für das Gemeindewerk
- Netzbetreiber im Sinne des EnWG
- mit eigenem Personal

## • Gemeindewerk mit Dienstleistungspaketen

- Gemeinde als (Mit-)Gesellschafter

- Gründung eines Gemeindewerks mit Partner
- Vergabe der Infrastrukturaufgaben an den Partner
- Verpachtung von Infrastruktur

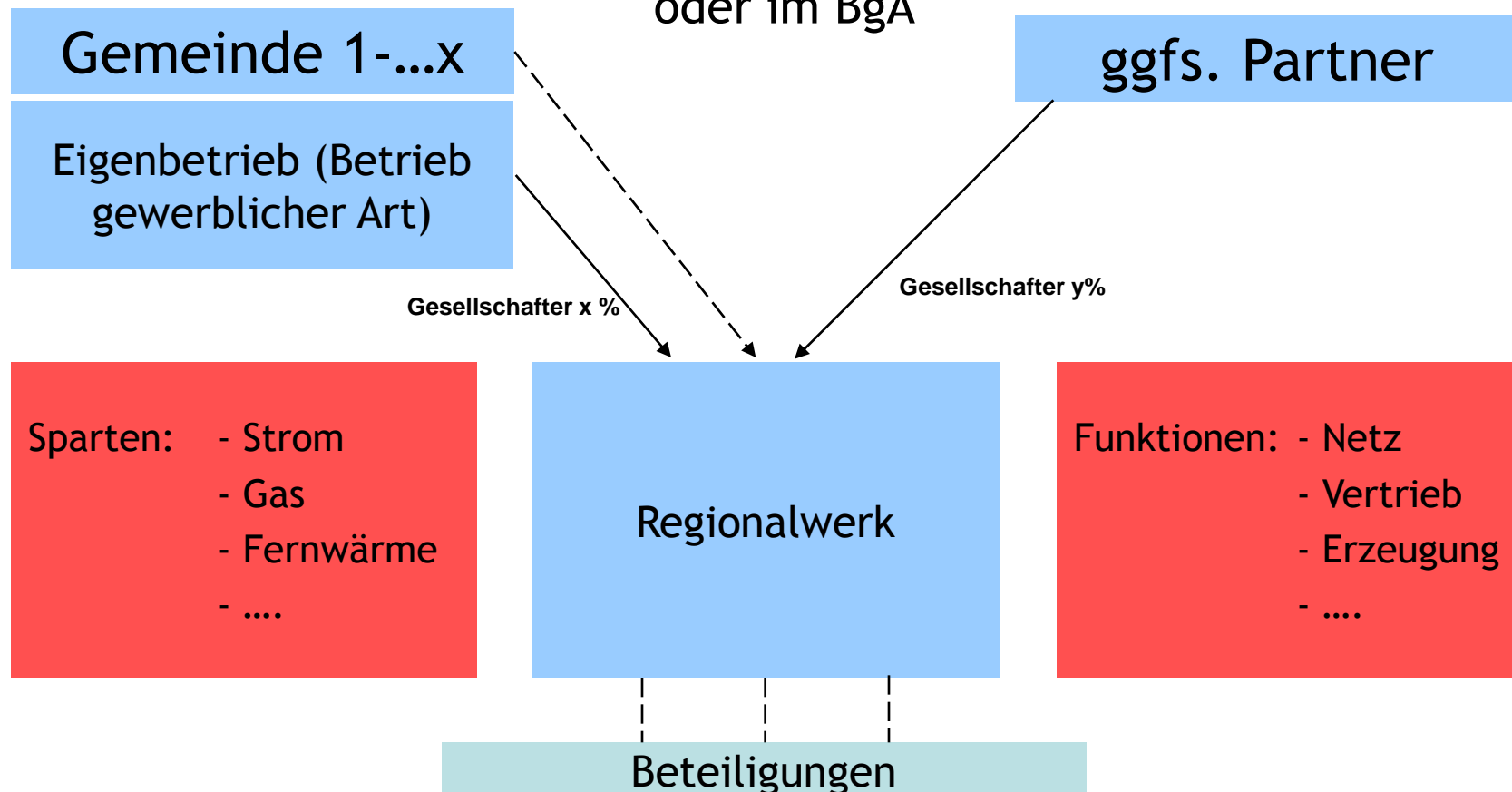
## • Vergabe von Konzessionen

- Gemeinde als Konzessionsgeber

- entspricht dem heutigen Status quo

## Grundstruktur

Gemeindewerk als GmbH oder GmbH & Co. KG im Hoheitsbereich  
oder im BgA



# Netzbewirtschaftungsmodelle

## Netzbetrieb

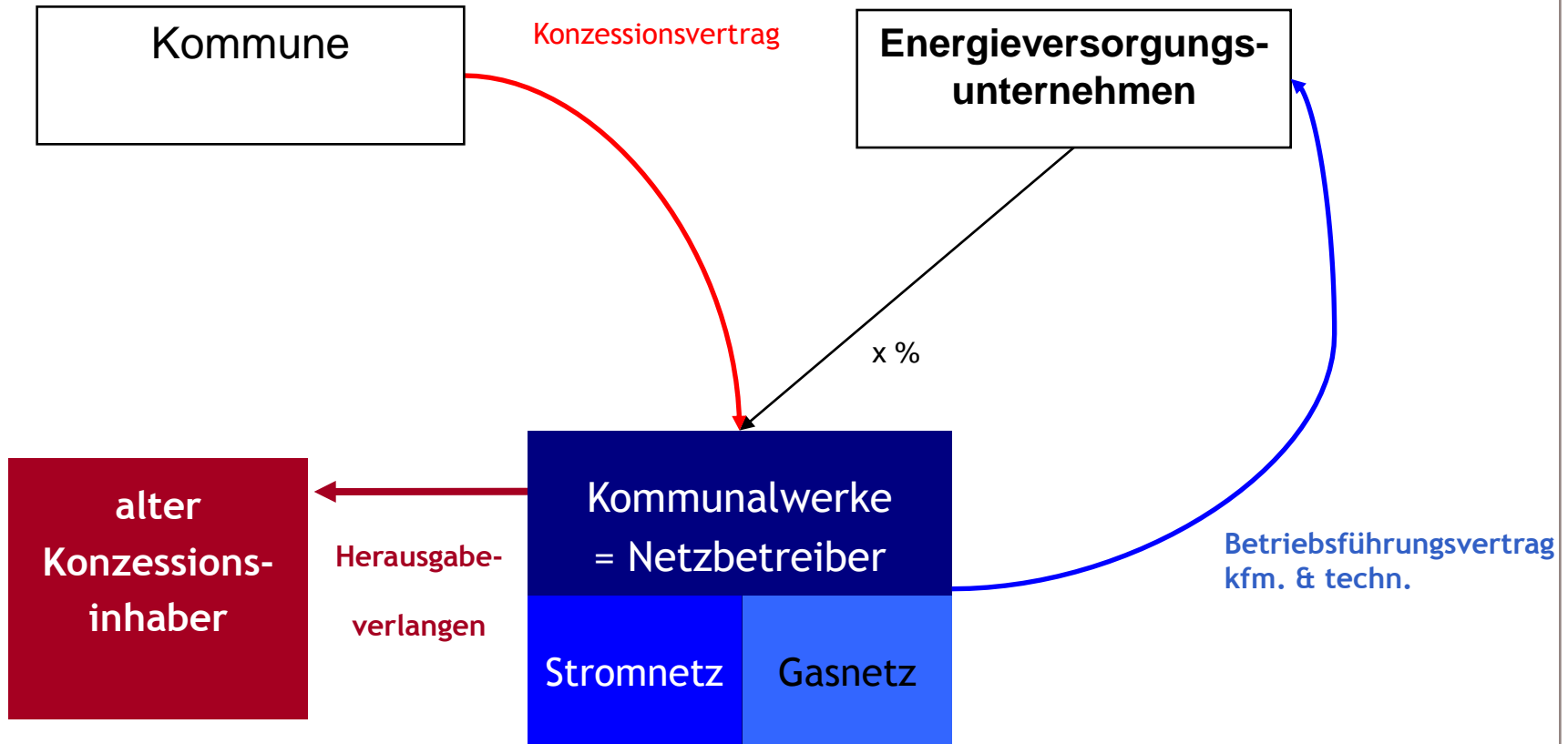
- Mögliche Gestaltungsvarianten für eine Übernahme des Stromnetzes:

ggfs. Integration in Bestandsnetz, ansonsten:

- Das Dienstleistungsmodell
- Das Pachtmodell
- Das umgekehrte Pachtmodell

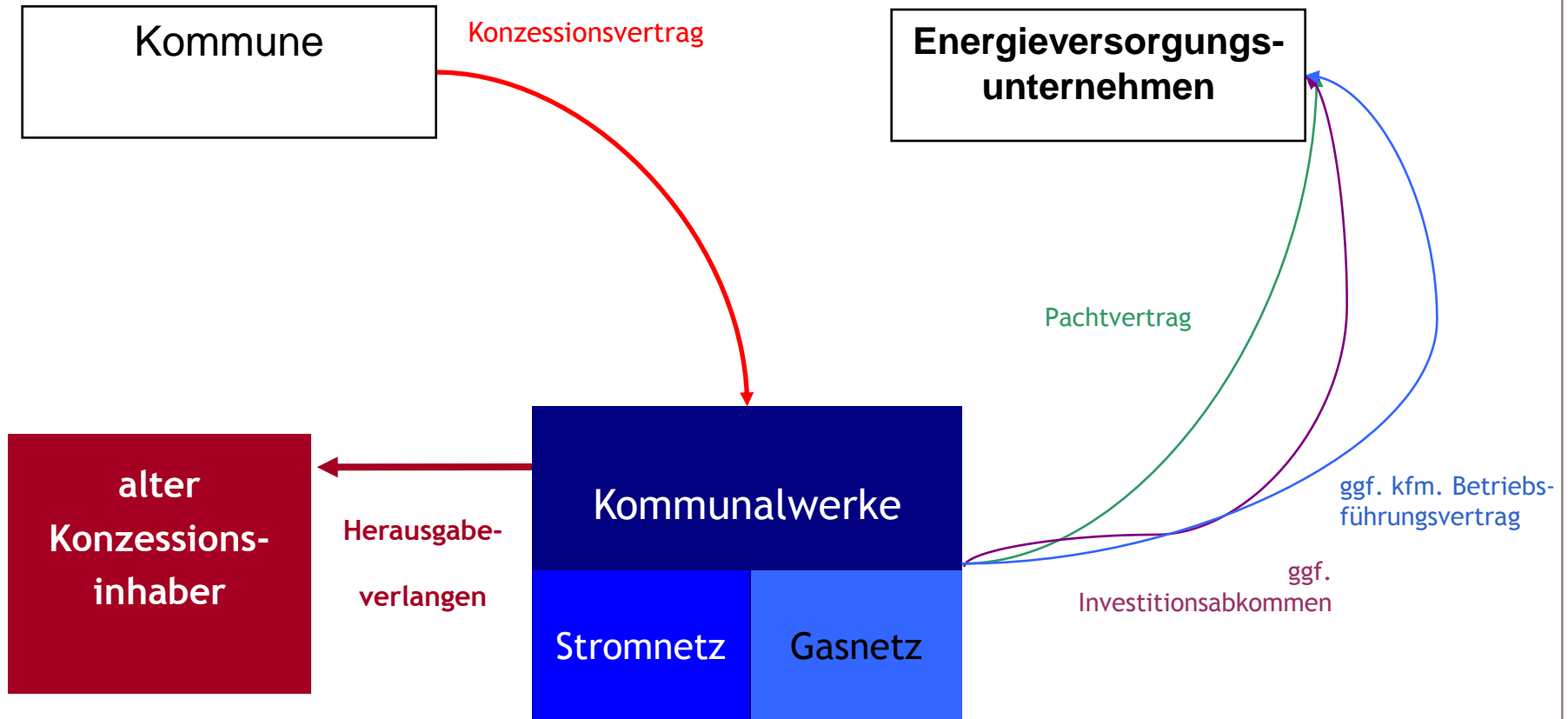
# Netzbewirtschaftungsmodelle

## Netzbetrieb/ Dienstleistungsmodell



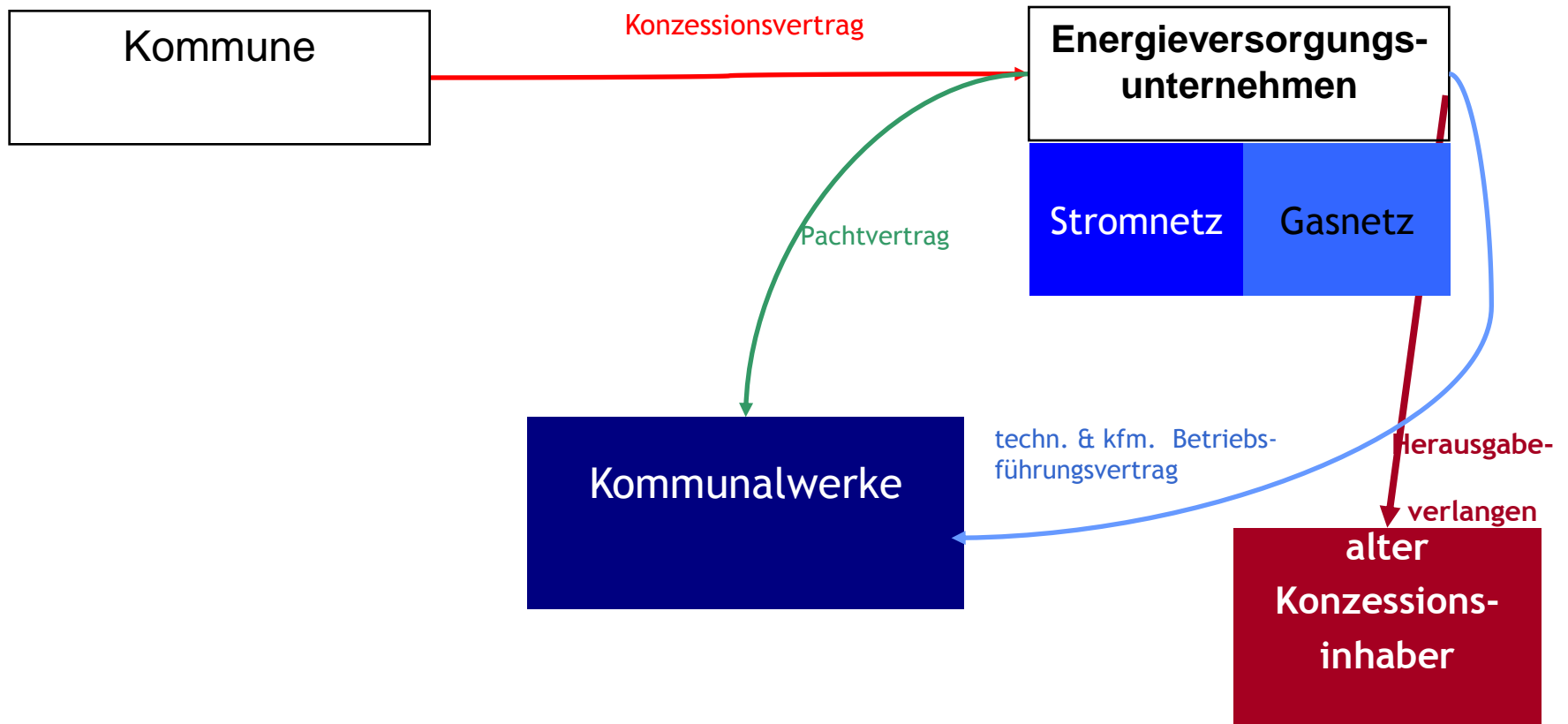
# Netzbewirtschaftungsmodelle

## Netzbetrieb/ Rechtsbeziehungen im Pachtmodell



# Netzbewirtschaftungsmodelle

## Netzbetrieb/ Rechtsbeziehungen im umgekehrten Pachtmodell

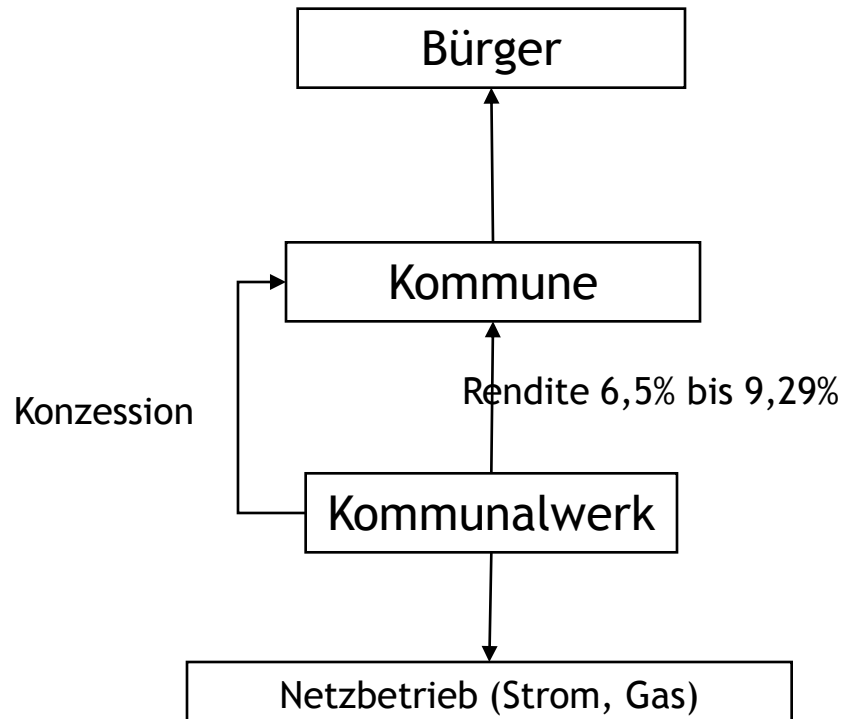


# Geschäftsfeldentwicklung

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 Geschäftsbesorgungen Telekommunikation	Facility Management Stadtentwässerung Klärwerk Bauhöfe Friedhöfe Stadtreinigung Entsorgung	Hallen- und Freibäder Parkeinrichtungen

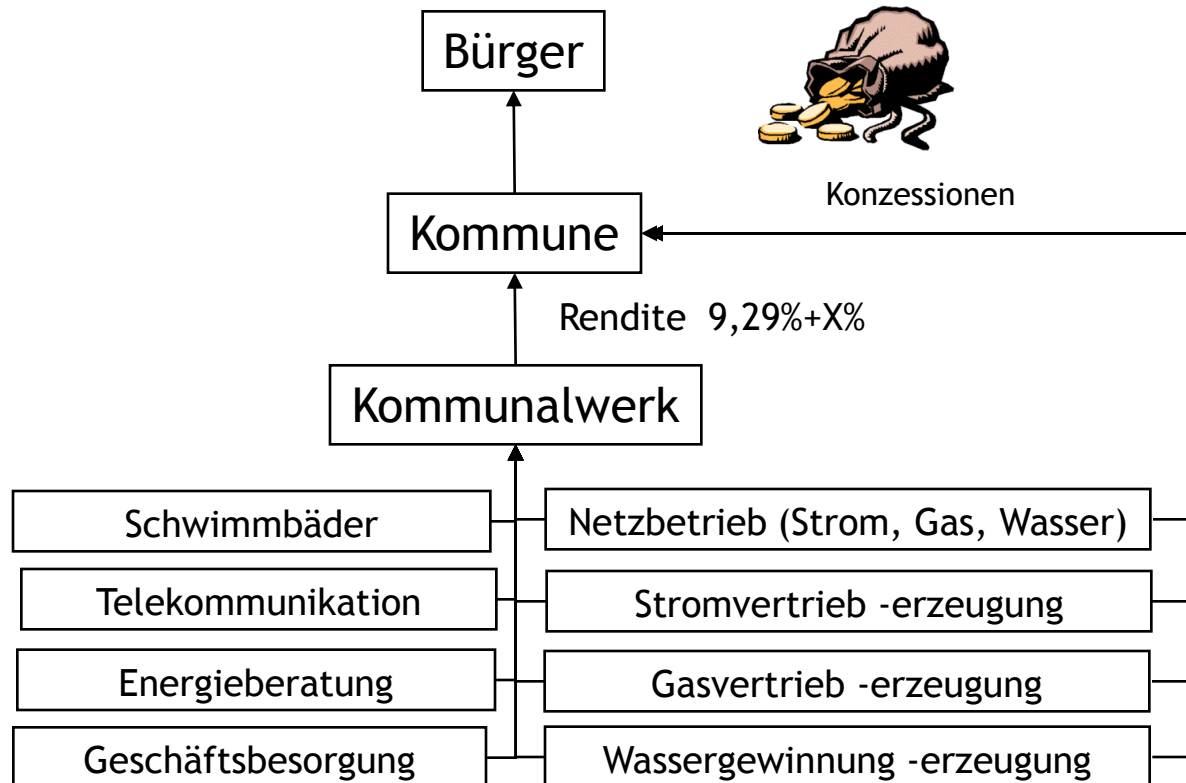
## Geschäftsfeldentwicklung

- Beispielhafte Darstellung einer „Nur-Netz-Gesellschaft“:



## Geschäftsfeldentwicklung

- Beispielhafte Darstellung des Mehrwert der Ausweitung des Geschäftsbetriebs :



## Anhang

- 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“
- FOCUS-Online, 01.10.2008, „Weg vom großen Versorger“
- SZ, Nr. 24, Seite 4, vom 29.01.2008, „Ein demokratischer Strom“
- WDR-Beitrag, 30.01.2007 „Konzerngas teurer“
- 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“

**BBH**  
*Becker Büttner Held*

Rechtsanwälte · Wirtschaftsprüfer · Steuerberater

## 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](http://www.bbh-online.de)