



Positionspapier Konzessionsvergabe

des Ministeriums für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft Baden-Württemberg als Landeskartellbehörde Energie zur Beteiligung von Konzessionsvergaberechtssubjekten (i.d.R. Kommunen) an Gemeinschaftsunternehmen mit Energieversorgungs- unternehmen sowie zu Pachtmodellen im Zusammenhang von wegerechtsbezogenen Konzessionsvergaben im Strom- und Gassektor

vom 1. August 2011

A. Einleitung

In Folge der Novellierungen des Kartell- und Konzessionsabgabenrechts Anfang der 1990iger Jahre wurden eine Reihe von insbesondere Strom-Konzessionsverträgen neu und mit einer Laufzeit von 20 Jahren abgeschlossen, so dass zwischen 2010 und 2015 in Baden-Württemberg eine Vielzahl von Konzessionen auslaufen. Eine Übersicht bietet die Landtags-Drucksache Nr. 14/4844 vom 16.7.2009, im Internet abrufbar unter http://www.landtag-bw.de/wp14/drucksachen/4000/14_4844_d.pdf).

Aktuell werden im Zusammenhang mit dem Wettbewerb um Wegerechtskonzessionen in Baden-Württemberg eine Vielzahl von Modellen diskutiert und angeboten, bei denen eine kommunale Beteiligung an Netzbetriebesgesellschaften bzw. an vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen erfolgen soll. Mit Rücksicht darauf, dass diese Gestaltungen nicht nur den kommunalaufsichtsrechtlichen Vorgaben, sondern auch den kartell- und energiewirtschaftsrechtlichen sowie den Anforderungen der Konzessionsabgabenverordnung entsprechen müssen, besteht derzeit eine gewisse Rechtsunsicherheit. Das Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft in seiner Funktion als Landeskartellbehörde Energie hat sich daher entschlossen, die insoweit bestehenden rechtlichen Anforderungen zu konkretisieren. Die Zulässigkeit von Gestaltungen nach sonstigem zu beachtendem Recht, z.B. nach Kommunal- oder Steuerrecht, muss mit den hierfür zuständigen Stellen abgesprochen werden oder, z.B. beim Vergaberecht, selbst geklärt werden.

Das Positionspapier betrifft die Vergabe von Konzessionen für die Strom- und Gasversorgung, die hier geschilderten Grundsätze und Prinzipien dürften grundsätzlich in entsprechender Weise auch für den Sektor Wasserversorgung übertragbar sein.

B. Prämissen

I.

Mit dem Auslaufen der Konzessionsverträge hat eine Kommune im Hinblick auf eine neue Konzessionsentscheidung verschiedene Optionen:

1. Die Kommune kann den Netzbetrieb in eigene Hände nehmen (Eigenbetrieb) bzw. ein eigenes Unternehmen (Stadtwerk) konzessionieren;
2. Die Kommune kann ein beliebiges drittes, qualifiziertes Unternehmen (den Altkonzessionär oder einen neuen Netzbetreiber) konzessionieren;
3. Die Kommune kann, in verschiedenen Gestalten, gemeinsam mit anderen Kommunen oder etablierten Energieversorgungsunternehmen bzw. Netzbetreibern den Netzbetrieb abwickeln, entweder durch Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens oder durch Netzverpachtung, dabei sind Kombinationen mit Betriebsführungsverträgen vorzufinden.

Im 3. Fall kann a) eine gemeinsame Netzgesellschaft oder (soweit entflechtungsrechtlich zulässig) ein integriertes gemeinsames Energieversorgungsunternehmen (Netze und Vertriebe) gegründet werden, wobei die Betriebsführung auch durch einen Dritten, meist den Altkonzessionär erfolgt oder
b) das Netz selbst übernommen, dann jedoch – auch ohne gesellschaftsrechtliche Verbindung – an ein integriertes Energieversorgungsunternehmen bzw. einen Netzbetreiber verpachtet werden.

Die verschiedenen Angebote sollen in einem **einheitlichen Verfahren** gegenübergestellt und nach vorher festgelegten und veröffentlichten, zulässigen Kriterien bewertet werden.

II.

1. Aufgrund der **energiewirtschaftlichen Vorgaben** (zeitliche Phase: Bekanntmachung) ist die Gemeinde verpflichtet, die Ziele des EnWG nach **§ 1 EnWG** im Rahmen eines Verfahrens nach **§ 46 EnWG** zu verwirklichen, also für eine sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Energieversorgung zu sorgen und (hierzu) einen Wettbewerb um die Netze zu eröffnen – Vorfestlegungen und auch die Orientierung an finanziellen Vorteilen der Kommune stehen dem entgegen.

2. Die **kartellrechtlichen Vorgaben** wirken sich zunächst dahin aus, dass im Vorfeld der Konzessionsvergabe keine Abrede getroffen werden darf, die eine spätere, wettbewerbliche Konzessionsentscheidung von vornherein ausschließt oder verfälscht und damit den Wettbewerb um Netze verschließt (**§ 1 GWB, Art. 101 AEUV**,

ggf. § 21 Abs. 2 GWB). Ebenso verlangen die **primärvertraglichen Vorgaben des Europarechts** eine diskriminierungsfreie, transparente und nachvollziehbare Entscheidung.

3. In der Phase der Entscheidungsfindung muss aufgrund der zuvor aufgestellten, zulässigen Kriterien entschieden werden. Die Bindung der Gemeinde ist hier weniger eng, doch sind die **kartellrechtlichen Anforderungen** nach **§§ 19, 20 GWB, Art. 102 AEUV** zu erfüllen, d.h. die Gemeinde muss, weil sie im Hinblick auf die örtliche Konzession marktbeherrschend ist, insbesondere die kartellrechtlichen Diskriminierungs- und Behinderungsverbote beachten.

4. In beiden Phasen hat die Gemeinde auch die **Konzessionsabgabenverordnung (KAV)** zu beachten. Hier ist einerseits das Nebenleistungsverbot (§ 3 KAV), andererseits möglicherweise auch der grundlegende Charakter der KAV als Höchstpreisrecht zu berücksichtigen, das eine übermäßige Belastung der Energiepreise mit versorgungsfremden Kosten verhindern soll.

III.

Der Verknüpfung von Konzessionsvergabe durch die Gemeinde und wirtschaftlichen Chancen der Gemeinde im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen sind Gefahren immanent, die sowohl den ordnungsgemäßen Verfahrensablauf (prozessual) als auch den Inhalt der Konzessionsvergabe (materiell) betreffen. Nämlich bestehen die Gefahren, dass:

- **Prozessual** die Kommune frühzeitig eine Vorfestlegung trifft, wodurch der eigentliche Prozess der Konzessionsvergabe, wie in **§ 46 EnWG** vorgesehen, zur bloßen Formalität wird. Rechtlich lassen sich diese Bedenken insbesondere an **§ 1 GWB** bzw. **Art. 101 AEUV** (Gesellschaftsvertrag bzw. vorvertragliche Abreden und Handlungen als wettbewerbsbeeinträchtigende Marktabstimmung) festmachen und dürften in aller Regel auch im Hinblick auf die europarechtlichen, primärvertraglichen Vorgaben eines transparenten, plausiblen und vor allem diskriminierungsfreien Entscheidungsprozesses unzulässig sein.
- **Materiell** die Kommune eine Entscheidung trifft, die nicht an der energiewirtschaftlichen Zielsetzung, anknüpfend insbesondere an **§ 1 EnWG**, orientiert ist, sondern vielmehr an ihren finanziellen Chancen oder nicht ausgewogenen Zielvorstellungen. Vorstehendes gilt im besonderen Maße, wenn im Rahmen der vertraglichen Vereinbarungen Kommunen wirtschaftliche Chancen ohne Übernahme von adäquaten Risiken angeboten oder verschafft werden. In diesem Fall kann auch der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Monopol) im Hinblick auf gemeindliche Wegerechte, vorliegen (**§§ 19, 20 GWB**,

Art. 102 AEUV). Dieselbe Zielrichtung haben im übrigen die Nebenleistungsverbote in **§ 3 KAV**, welche die Monopolstellung der Gemeinde zum Wohle der Verbraucher und der Konzessionsnehmer begrenzen sollen und nicht umgangen werden dürfen.

IV.

Zur Vermeidung kartellrechtsrelevanter Verstöße muss:

- **Prozessual** gewährleistet sein, dass die wettbewerbliche Konzessionsvergabe, wie sie das EnWG vorsieht, eingehalten wird. **Das bedeutet, dass (Vor-)Verhandlungen** über Gemeinschaftsunternehmen und Pachtmodelle **sowie diesbezügliche Vorbereitungen nicht einen Grad erreichen dürfen, bei dem sich die Kommune bereits vor der Entscheidung über die Konzessionsvergabe festgelegt hat**. Dies ist stets der Fall, wenn Verträge bereits geschlossen wurden, aber auch schon dann, wenn aufgrund vorvertraglichen Verhaltens im Falle der Nichtvergabe der Konzession zivilrechtliche (Schadenersatz-)Ansprüche begründet sind oder solche wahrscheinlich werden. Ebenso können einseitige Rechtsgeschäfte eine Bindung herbeiführen. Ferner können auch personelle Verflechtungen eine Vorfestlegung begründen, so dass Doppelmandate beim Energieversorgungsunternehmen bzw. Netzbetreiber und im gemeindlichen Entscheidungskörper entweder auszuschließen sind oder die betroffenen Mandate ruhen müssen. Generell kann es sinnvoll sein, dass die Verhandlungsführer von Vorgesprächen nicht an der späteren Entscheidung mitwirken. Hat eine Kommune vorab ein Verhandlungsergebnis über eine Gestaltung mit einem Konzessionsbewerber erzielt, so ist dieses transparent zu machen (aber im Folgenden nicht fortlaufend und detailliert zu aktualisieren), so dass aktuelle oder potentielle Mitbewerber gleiche Chancen haben.
- **Materiell** gewährleistet sein, dass bei Beteiligungen von Kommunen an Gemeinschaftsunternehmen Chancen und Risiken „normal“ verteilt sind und gerade nicht die besondere Situation widerspiegeln, dass diejenige (Kommune), die sich beteiligt, zugleich die Grundlage für das Geschäft (Konzession) liefert. Denn die **Entscheidung über die Konzessionsvergabe darf gerade nicht mit Rücksicht auf Vorteile für die Gemeinde erfolgen**. Grundsatz ist, dass Leistungen des zukünftigen oder avisierten Konzessionsnehmers, auch mittelbare Leistungen, nicht unentgeltlich oder zu einem Vorzugspreis gewährt werden dürfen (vgl. auch § 3 Abs. 2 Nr. 1 HS. 1 KAV). Die Beteiligung an Gemeinschaftsunternehmen durch Kommunen muss also prinzipiell dem Fremdvergleich mit Geschäften unabhängiger Parteien („at arm's length“) genügen,

d.h. auf einem Angebot, wie es das Energieversorgungsunternehmen bzw. der Netzbetreiber grundsätzlich auch sonst einem Dritten machen würde, beruhen. Erforderlich sind marktübliche Konditionen insbesondere bezüglich Preis, Rendite und Haftung.

C. Klassifizierung

Auf dieser Grundlage ist das Nachfolgende, typische Elemente von Gemeinschaftsunternehmen und Pachtmodellen betreffend, festzustellen.

Für alle Gestaltungen gilt, dass das Fordern und Versprechen der Zahlung der höchstzulässigen Konzessionsabgabe ohne weitere Nebenleistungen oder nur von explizit erlaubten Nebenleistungen nach § 3 Abs. 1 sowie Abs. 2 Nr. 1 HS. 2 KAV, im letzteren Fall bei gebotener enger Auslegung, stets zulässig ist.

I.

Gemeinschaftsunternehmen (und Beteiligungen an Energieversorgungsunternehmen)

1. Gemeinschaftsunternehmen von Kommunen und Energieversorgungsunternehmen sind grundsätzlich zulässig.

Nach Auffassung der Landeskartellbehörde Energie Baden-Württemberg jedenfalls auch als integrierte Energieversorgungsunternehmen, d.h. unter Einschluss vertrieblicher Bereiche. Diese Auffassung dürfte aber von anderen Kartellbehörden nicht geteilt werden.

2. Kommunale Beteiligungen an integrierten Energieversorgungsunternehmen bzw. Netzbetreibern oder Gemeinschaftsunternehmen zu marktüblichen Konditionen, wie sie grundsätzlich Dritten, die nicht Konzessionsgeber sind, gleichermaßen realistischerweise offeriert würden, also insbesondere unter Einschluss des unternehmerischen Risikos (insbesondere auch ergebnisabhängige Rendite) sind stets erlaubt.

3. Im Vorfeld der Konzessionsvergabe ist die vorherige, bloß unverbindliche (eher informative) Angabe von Renditeerwartungen (nicht: Renditeversprechen!) durch Konzessionsbewerber nicht zu beanstanden.

4. Gleiches gilt für die vorherige, bloß unverbindliche Mitteilung des geringen Verlustrisikos der Einlage bei Unternehmensbeteiligungen (nicht: Einlagengarantie!)

5. Renditeversprechen (Garantierendite, Mindestrendite) sind im Rahmen von Unternehmensbeteiligungen grundsätzlich möglich und zulässig, wenn sie entsprechend des tendenziell recht geringen Risikos der Höhe nach im Bereich der Verzinsung für sichere Anlage liegen oder jedenfalls nicht stark hiervon nach oben abweichen.



Bezugsgröße für die Beurteilung des Renditeversprechens (auch im Folgenden) ist die finanzielle Anlage der Kommune in Gestalt des Kaufpreises für den Unternehmensanteil oder die Einlage. Entsprechendes gilt für realistisch zu bewertende Sachanlagen der Kommune. Die Rendite selbst wird vor Körperschaftssteuer, aber nach – kalkulatorischer – Gewerbesteuer genommen und mit dem historischen Zehn-Jahres-Durchschnitt der Umlaufrendite für festverzinsliche Wertpapiere inländischer Emittenten nach Tabelle 7b) der Kapitalmarktstatistik der Deutschen Bundesbank verglichen. Ein Abweichen von z.B. 75 Basispunkten nach oben von der durchschnittlichen Umlaufrendite dieser Wertpapiere ist vertretbar.

Eine Garantierendite ist demnach unbedenklich, soweit sie unterhalb oder im Bereich der langfristigen Renditen für festverzinsliche Wertpapiere inländischer Emittenten liegt, also derzeit bei 3,8% bzw. 4,5% (incl. Zuschlag) Rendite auf das eingesetzte Kapital vor Steuern. Je nach tatsächlich nachvollziehbaren und begründbaren Wagnissen des Konzessionsgebers (Gemeinden), die aktuell kaum realistisch sein dürften, sind weitere Zuschläge auf die oben erwähnte Rendite von 4,5 % im Einzelfall gerechtfertigt, beispielsweise bei einem nicht auszuschließenden Verlust einer vom Umfang her bedeutenden gesellschaftsrechtlichen Einlage oder des Anteils-Kaufpreises oder bei einem nicht unwahrscheinlichen Rückfall des Netzes an die Gemeinde als Verpächterin oder ähnliche Wagniswahrscheinlichkeiten, die bei Betrachtung der bislang bekannten Modelle jedoch allenfalls einen weiteren Zuschlag von 0,5 % rechtfertigen. Eine Rendite in diesem Sinne von mehr als 5 % ist aber selbst bei zusätzlich dargelegten Wagniswahrscheinlichkeiten kaum mehr unbedenklich.



6. Eine Garantierendite ist im Einzelfall zu prüfen, soweit sie oberhalb der langfristigen Renditen für festverzinsliche, Wertpapiere inländischer Emittenten liegt, aber noch unterhalb des zu bildenden Mischzinses aus den regulierungsbehördlichen Festlegungen zur Eigenkapitalverzinsung für Alt- und Neuanlagen; derzeit geht die Landeskartellbehörde Energie Baden-Württemberg hier von einem Mischzinssatz bei 7% als Obergrenze aus. Bei der Prüfung ist das Risiko des Empfängers der Garantiedividende entscheidend.

7. Asynchrone Gesellschafterstellungen z.B. erweiterte Mitbestimmungsrechte (über Gesellschaftsvertrag oder Organe), beschränkte Finanzierungsverantwortung oder Haftungsfreistellung gegen Einlagenverlust bei Gemeinschaftsunternehmen können im Einzelfall, soweit es um die Ermöglichung des geordneten Geschäftsablaufs geht, gerechtfertigt sein.

Im Grundsatz muss es allerdings beim Gleichlauf von Herrschaft und Haftung bleiben!



8. Renditeversprechen (Mindest- und Garantieverzinsung) im Rahmen von Unternehmensbeteiligungen, die im Verhältnis zum geringen Verlustrisiko überhöht sind, d.h. oberhalb des zu bildenden Mischzinses aus den regulierungsbehördlichen Festlegungen zur Eigenkapitalverzinsung für Alt- und Neuanlagen, derzeit angenommen bei 7%, liegen, sind regelmäßig unzulässig.

9. Ebenso unzulässig sind regelmäßig asynchrone Gesellschafterstellungen, bei denen der Gleichlauf von Chancen und Risiken grundsätzlich aufgelöst wird und asynchrone Verteilungen der Finanzierung einerseits sowie Einwirkungsrechte (Beteiligung/ Stimmrechte) andererseits. Ferner Zuwendungen sonstiger wirtschaftliche Vorteile ohne gleichwertige Gegenleistung (z.B. die kommunale Teilhabe an vertrieblischen Gewinnen des Konzessionärs, ohne dass die Kommune zugleich am unternehmerischen Risiko des Vertriebs teilnimmt) sowie

10. Umgehungsmodelle, mit denen die vorgenannten, unzulässigen Elemente nur verschleiert werden. Dazu können auch Beteiligungen an sog. Klimagesellschaften gehören, wenn sie unzulässigen Nebenleistungscharakter im Sinne von § 3 KAV haben.

II.

Pachtmodelle



1. Pachtvereinbarungen zwischen Kommunen und Energieversorgungsunternehmen sind grundsätzlich zulässig. Allerdings ist schon eingangs darauf hinzuweisen, dass die Regulierungsbehörden bei der Erlösbergrenzenfestlegung von Netznutzungsentgelten nicht reale Pachtentgelte anerkennen, sondern die, die nach den Verordnungen über die Entgelte für den Zugang zu Strom- und Gasversorgungsnetzen (StromNEV und GasNEV) zulässig sind, d.h. die Kosten der Höhe nach nur soweit, wie wenn der Netzbetreiber selbst Eigentümer der Anlagen wäre, (vgl. § 4 Abs. 5 StromNEV/GasNEV).

2. Pachtmodelle, sind zulässig, wenn

a) das Pachtmodell per se nicht zwingend vorgegeben ist
(das Verfahren also offen für andere Optionen, z.B. Konzessionierung eines Dritten)

und

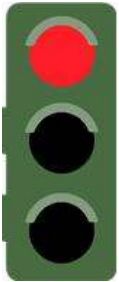
b) auch der mögliche Pächter nicht vorher festgelegt ist

und

3. die Pachtzinsen entsprechend des geringen Risikos der Höhe nach im Bereich der Verzinsung für sichere Anlage liegen oder jedenfalls nicht stark hiervon nach oben abweichen (hier gilt das unter C.I.5 für Renditen dargestellte entsprechend).



4. Pachtzinsen, die der Höhe nach und zeitlich gesehen deutlich oberhalb der Verzinsung für sichere Anlage liegen können im Einzelfall bei Vorliegen besonderer Umstände gerechtfertigt sein, jedenfalls solange sie noch unterhalb des zu bildenden Mischzinses aus den regulierungsbehördlichen Festlegungen zur Eigenkapitalverzinsung für Alt- und Neuanlagen, derzeit angenommen bei 7%, liegen (hier gilt das unter C.I.6 für Renditen dargestellte entsprechend).



5. Pachtmodelle sind regelmäßig unzulässig, wenn das Pachtsystem, d.h. die Konzessionsvergabe an die Gemeinde vorausgesetzt ist oder bereits Vorverhandlungen mit einem etwaigen Pächter stattfanden, durch die eine Vorfestlegung begründet wurde, Ferner wenn der Pachtzins oberhalb des zu bildenden Mischzinses aus den regulierungsbehördlichen Festlegungen zur Eigenkapitalverzinsung für Alt- und Neuanlagen, derzeit angenommen bei 7%, liegt (hier gilt das unter C.I.7 für Renditen dargestellte entsprechend)..

III.

Drittgesellschaften (auch gemeinnützige Unternehmungen)

Abschließend wird darauf hingewiesen, dass auch bezüglich Drittgesellschaften (z.B. für Straßenbeleuchtungsbetrieb oder mit gemeinnützig bezeichneten Zielen, wie Förderung des Klimaschutzes) eine qualitative Bewertung stattfindet und der zeitliche Zusammenhang maßgebend ist, so dass auch insoweit ein Verstoß gegen Vorschriften des AEUV, GWB, EnWG und der KAV in Betracht kommt.

Leistungen solcher Drittgesellschaften, die speziell oder potentiell außer Verhältnis zur Einlage stehen, sind grundsätzlich unzulässig, wenn die Beteiligung und/oder die Leistung zeitlich oder sachlich im Zusammenhang mit der Konzessionsvergabe stehen.

D. Weiteres Vorgehen der Landeskartellbehörde Energie Baden-Württemberg

Die Landeskartellbehörde (Energie) wird bei der Durchsetzung der in diesem Positionspapier dargestellten Maßstäbe ihr Aufgreifermessen vorrangig dergestalt nutzen, dass noch nicht abgeschlossene Sachverhalte, bei denen eine mögliche Rechtsverletzung zu besorgen ist, aufgegriffen werden.

Die betroffenen Verkehrskreise sollten daher, wenngleich im Hinblick vor allem auf kartellrechtliche Fragestellungen grundsätzlich das Prinzip der „Selbstveranlagung“ gilt, in Zweifelsfällen überlegen, ob frühzeitig konkrete Fragestellungen mit der Landeskartellbehörde Energie vorab besprochen werden.

Bei abgeschlossenen Konzessionsverträgen jüngeren Datums, die eklatant die o.g. rechtlich zulässigen Maßstäbe missachtet haben, wird im Einzelfall zu prüfen sein, ob Anlass besteht, behördliche Maßnahmen einzuleiten.

Konsultationsentwurf