

**Gestaltung der Verfahren zur Vergabe der  
Konzessionen für das Strom- und Gasnetz sowie  
die Fernwärmeversorgung  
und  
zur Auswahl von Unternehmen für Kooperationen  
im Bereich der Energieversorgung**

Gemeinderat der Landeshauptstadt Stuttgart am  
10.05.2012

Matthias Albrecht, Rechtsanwalt

## Über uns

- Gegründet 1970
- Büros in Berlin, Brüssel, Köln, München, Stuttgart, Wien
- Über 200 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, über 400 Stadtwerke und kommunale Verkehrsunternehmen, international agierende Versorgungs- und Handelsunternehmen, Betreiber regenerativer und konventioneller Erzeugungsanlagen, Projektentwickler, Banken, Industrieunternehmen...

## Matthias Albrecht, Rechtsanwalt

matthias.albrecht@bbh-online.de - Tel.: 0 89 / 23 11 64-149



- geboren 1965 in Hamburg
- Studium der Rechtswissenschaft in Hamburg
- 1996 bis 1998 Referent u.a. im Deutschen Bundestag
- Rechtsanwalt seit 1998
- seit 2003 Partner bei BBH München
- Lehrbeauftragter der Universität Koblenz
- Leiter der energierechtlichen Abteilung im Münchener Büro von BBH
- Tätigkeitsschwerpunkte:
  - Energiewirtschaftsrecht / Kommunalrecht / Kartellrecht / Verfassungsrecht
  - Energielieferverträge / Netzübernahmen / (Re-)Kommunalisierungen
  - allgemeines Zivilrecht, insbesondere Vertragsgestaltung

## Inhaltsübersicht

1. Die Gestaltungsalternativen der LHS
2. Rechtliche Vorgaben für die Verfahrensgestaltung
3. Vorschlag für die Gestaltung des Verfahrens
4. Was ist von wesentlicher Bedeutung für den Ausgang des Verfahrens?

## 1. Gestaltungsalternativen (1)

- Mit der Vergabe der Konzessionen für das **Strom- und Gasnetz** entscheidet die LHS
  - wer in Zukunft Eigentümer des Stromnetzes in Stuttgart sein wird,
  - wer in Zukunft Eigentümer des Gasnetzes in Stuttgart sein wird.
- Es geht bei der Vergabe von Konzessionen für Strom- und Gasnetze ausschließlich um die Netze, nicht um die Lieferbeziehungen.
- Die Strom- und Gaskunden gehen nicht auf neu konzessionierte Unternehmen über.
- Netzbetreiber müssen jedem Anbieter von Strom oder Gas den Netzzugang - die sog. „Durchleitung“ - ermöglichen.

## 1. Gestaltungsalternativen (2)

- Die Strom- und Gasnetzbetreiber haben aber eine herausragende Position:
  - Strom- und Gasnetze sind wichtige Infrastruktureinrichtungen
  - Strom- und Gasnetzbetreiber verfügen über **Transportmonopole** und damit **sichere Einnahmen**. Mit der Vergabe der Konzessionen werden also befristete Monopolstellungen vergeben.
  - Allerdings sind die Netzentgelte reguliert: Es lässt sich maximal eine von der Bundesnetzagentur festgelegte Eigenkapitalverzinsung in Höhe von derzeit 7,14 % (Altanlagen) und 9,05 % (Neuanlagen) verdienen.

## 1. Gestaltungsalternativen (3)

- Bei der **Fernwärmeversorgung** ist die Rechtslage noch weitgehend ungeklärt. Unseres Erachtens entscheidet die LHS - wie beim Wasser - mit der Vergabe der Konzession nicht nur über die Netze, sondern über die gesamte Versorgung.
- Problem: Kein vertraglicher Übertragungsanspruch im auslaufenden Konzessionsvertrag und kein spezieller gesetzlicher Übertragungsanspruch.
- Wir sind in Anlehnung an die Rechtsprechung des OLG Frankfurt der Auffassung, dass ein Übertragungsanspruch der LHS besteht. Streitig könnte aber insbesondere der Umfang sein
  - nur Netzanlagen?
  - auch Lieferverhältnisse?
  - auch Erzeugungsanlagen (Kraftwerke)?

## 1. Gestaltungsalternativen (4)

- Die LHS kann die Konzessionen an Unternehmen vergeben, an denen sie nicht beteiligt ist (sog. „reine Konzessionsvergabe“).
- Bei einer reinen Konzessionsvergabe wäre es wichtig, möglichst kommunalfreundliche Konzessionsverträge zu vereinbaren.
- Konzessionsverträge können auch einem erheblichen Einfluss der LHS auf die Netzqualität und den Netzbetrieb begründen.



## 1. Gestaltungsalternativen (5)

- Die LHS hat grundsätzlich auch die Möglichkeit,
  - die Konzessionen an sich selbst zu vergeben (Konzessionierung eines Eigenbetriebs),
  - die Konzessionen an ein Unternehmen zu vergeben, dessen Anteile sie vollständig hält (z.B. die Stadtwerke Stuttgart GmbH oder die SVV GmbH) oder
  - die Konzessionen an ein Unternehmen zu vergeben, an dem sie beteiligt ist, z.B. ein Kooperationsunternehmen mit einem etablierten Unternehmen aus der Versorgungswirtschaft.
- Diese Optionen werden als „**Rekommunalisierung**“ bezeichnet.

## Inhaltsübersicht

1. Die Gestaltungsalternativen der LHS
- 2. Rechtliche Vorgaben für die Verfahrensgestaltung**
3. Vorschlag für die Gestaltung des Verfahrens
4. Was ist von wesentlicher Bedeutung für den Ausgang des Verfahrens?

## 2. Rechtliche Vorgaben für die Verfahrensgestaltung (1)

### ■ Rechtsnormen / Hinweise von Behörden / Rechtsprechung

- Das Vergaberecht findet keine Anwendung, weil es sich nicht um die Vergabe öffentlicher Aufträge handelt.
- Spezielle gesetzliche Vorgaben bestehen nur für die Einräumung von Konzessionen für Strom- und Gasnetze, § 46 Abs. 2 bis 4 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG).
- Es gelten die allgemeinen europarechtlichen und kartellrechtlichen Vorgaben.
- Das Bundeskartellamt und die Bundesnetzagentur haben am 15.12.2010 einen gemeinsamen Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen veröffentlicht.

## 2. Rechtliche Vorgaben für die Verfahrensgestaltung (2)

- Die EU-Kommission hat am 05.02.2008 eine Mitteilung zur Gründung von Kooperationsunternehmen zwischen der öffentlichen Hand und privatwirtschaftlich organisierten Unternehmen im Zusammenhang mit Konzessionsvergaben (sog. „**Institutionalisierte öffentlich-private Partnerschaften**“ - IÖPP's - ) veröffentlicht.
- Von der Landeskartellbehörde Ba-Wü wurde am 05.12.2011 ein „**Positionspapier Konzessionsvergabe**“ veröffentlicht. Darin stellt die Landeskartellbehörde auch ihre Auffassung zu den möglichen Vereinbarungen mit Kooperationspartnern dar.
- Es gab bereits einige Verfahren des Bundeskartellamtes. Uns ist deshalb die Auffassung des Amtes bekannt.
- Bisher gibt es zur Verfahrensgestaltung nur wenig Rechtsprechung. Verfahrensfehler führen nach Auffassung des OLG Düsseldorf (fehlende Bekanntmachung) und des Landgerichts Kiel (falsche Kriterien) zur Nichtigkeit der geschlossenen Konzessionsverträge.

## 2. Rechtliche Vorgaben für die Verfahrensgestaltung (3)

### ■ Inhaltliche Vorgaben

- Die Konzessionen für das Strom- und das Gasnetz sowie die Fernwärmeversorgung müssen in getrennten Verfahren vergeben werden (**Kopplungsverbot**).
- Die Konzessionen müssen in **transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren** vergeben werden.
- Die Auswahlentscheidungen müssen auf der Grundlage von **gewichteten Auswahlkriterien** getroffen werden.
- Die Interessenten müssen über die Auswahlkriterien und deren Gewichtung informiert werden, bevor ein Angebot abzugeben ist.
- Die Auswahlkriterien sollten nicht mehr verändert werden, wenn bereits Angebote vorliegen, damit nicht der Verdacht entstehen kann, die Kriterien würden auf ein bestimmtes Angebot ausgerichtet.

## 2. Rechtliche Vorgaben für die Verfahrensgestaltung (4)

### ■ Bundeskartellamt:

Die LHS darf weder sich selbst noch Unternehmen, deren Anteile vollständig oder teilweise von der LHS gehalten werden, bei der Konzessionsvergabe bevorzugen. **Auch kommunale Unternehmen müssen sich also im Wettbewerb um die Konzessionen durchsetzen.**

**Eine Rekommunalisierung der Strom- und Gasnetze sowie der Fernwärmeversorgung ist danach nur möglich, wenn den zu gründenden kommunalen Unternehmen, auf der Grundlage der vom Gemeinderat festgelegten Auswahlkriterien, die Konzessionen erteilt werden können.**

## 2. Rechtliche Vorgaben für die Verfahrensgestaltung (5)

- Bei der Festlegung und Gewichtung der Auswahlkriterien für die Konzessionsvergabe ist der Gemeinderat nicht völlig frei:
  - Die Auswahlkriterien müssen sachlich und nicht diskriminierend sein.
  - Bei der Vergabe der Konzessionen für das Strom- und das Gasnetz sind **nur netzbezogene Kriterien** zulässig.
  - Das Bundeskartellamt ist der Auffassung, dass das Ziel von Gemeinden, von einem eigenen Netzbetreiber Gewinnausschüttungen zu erhalten (Gewinnerzielungsabsicht), kein zulässiges Auswahlkriterium ist.

## 2. Rechtliche Vorgaben für die Verfahrensgestaltung (6)

- Die Ziele des § 1 EnWG sind bei der Vergabe der Konzessionen für das Strom- und Gasnetz zwingende Auswahlkriterien (§ 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG). Bei der Fernwärmeversorgung sind diese Kriterien sachlich geboten.
  - Sicherheit der Versorgung
  - Preisgünstigkeit der Versorgung
  - Verbraucherefreundlichkeit
  - Effizienz
  - Umweltfreundlichkeit
  - zunehmender Einsatz erneuerbarer Energien



## 2. Rechtliche Vorgaben für die Verfahrensgestaltung (7)

- Die **Kommunalfreundlichkeit des angebotenen Konzessionsvertrages** ist ein zulässiges Auswahlkriterium, z.B.:
  - Höhe der Konzessionsabgaben innerhalb der Höchstbeträge der Konzessionsabgabenverordnung (KAV)
  - Verpflichtungen zur Qualität des Netzes und des Netzbetriebs
  - Regelung zu Baumaßnahmen, z.B. Gewährleistung für wiederhergestellte Oberflächen
  - Endschaftsregelung
  - und einiges mehr

## 2. Rechtliche Vorgaben für die Verfahrensgestaltung (8)

- Der „kommunale Einfluss“ auf die Erreichung der Ziele des § 1 EnWG ist ebenfalls ein zulässiges Auswahlkriterium.
- Das ergibt sich aus der Verantwortung der Gemeinden für die örtliche Infrastruktur.
- Der Einfluss auf die örtliche Infrastruktur gehört zum verfassungsrechtlich geschützten Wirkungskreis der Gemeinden nach Art. 28 Abs. 2 GG.
- Der Einfluss kann sich aus dem Konzessionsvertrag aber auch aus der Beteiligung der Gemeinde an dem Netzeigentümer/Netzbetreiber ergeben.

## 2. Rechtliche Vorgaben für die Verfahrensgestaltung (9)

- Soll auch geprüft werden, ob die Gründung eines Kooperationsunternehmens der LHS mit einem etablierten Unternehmen aus der Versorgungswirtschaft und die Vergabe der Konzession an dieses Unternehmen die beste Lösung darstellt (Gründung einer sog. IÖPP), **muss auch der Kooperationspartner in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren ausgewählt werden.**
- Die Auswahl des Kooperationspartners hat ebenfalls diskriminierungsfrei auf der Grundlage von gewichteten Auswahlkriterien zu erfolgen, die allen Interessenten vor der Bewerbung mitgeteilt werden müssen.
- Die EU-Kommission empfiehlt darüber hinaus, beide Verfahren (Partnerwahl und Konzessionsvergabe) zu verbinden.

## Inhaltsübersicht

1. Die Gestaltungsalternativen der LHS
2. Rechtliche Vorgaben für die Verfahrensgestaltung
3. **Vorschlag für die Gestaltung des Verfahrens**
4. Was ist von wesentlicher Bedeutung für den Ausgang des Verfahrens?

### 3. Vorschlag für die Gestaltung der Verfahren (1)

- Veröffentlichung einer **ergänzenden Bekanntmachung** im Bundesanzeiger und Amtsblatt der EU
  - Aufforderung zur Abgabe von Interessenbekundungen für die Fernwärmeversorgung
  - Mitteilung, dass von der LHS die Gründung einer IÖPP erwogen wird. Aufforderung an Unternehmen, die an einer Kooperation mit der LHS interessiert sind, ihr Interesse zu bekunden.
- Erstellung von **Ersten Verfahrensbriefen**, die allen Unternehmen übersandt werden, die ihr Interesse an der jeweiligen Konzession und/oder der Beteiligung an einem Kooperationsunternehmen bekunden.

### 3. Vorschlag für die Gestaltung der Verfahren (2)

- Inhalt der Ersten Verfahrensbriefe
  - gewichtete Kriterien für die Vergabe der Konzessionen
  - gewichtete Kriterien für die Auswahl des möglichen Kooperationspartners einer IÖPP
  - Information wie die Entscheidungen getroffen werden
  - Information über den weiteren Verfahrensablauf
  - Einleitung der ersten Phase der Verfahren
- Über die Kriterien für die Konzessionsvergaben und die Auswahl der möglichen Kooperationspartner und deren Gewichtung muss der Gemeinderat entscheiden. **Die Festlegung der Kriterien und deren Gewichtung präjudizieren die späteren Entscheidungen.**

## 3. Vorschlag für die Gestaltung der Verfahren (3)

### Wir empfehlen dreistufige Verfahren

#### ■ Stufe 1: Dialogphase

- Diese Phase wird mit dem Ersten Verfahrensbrief eingeleitet. Die Bewerber werden aufgefordert, indikative (noch unverbindliche) Angebote für Konzessionsverträge (Bewerbung um die jeweilige Konzession) und/oder Unternehmenskonzepte für die Gründung von IÖPP's (Bewerbung um die Stellung als Mitgesellschafter eines Kooperationsunternehmens) vorzulegen.
- Den Bewerbern werden bereits Konzessionsvertragsentwürfe der LHS zur Verfügung gestellt. Außerdem erläutert die LHS in den Ersten Verfahrensbriefen bereits ihre derzeitigen Vorstellungen von einem Kooperationsunternehmen.

### 3. Vorschlag für die Gestaltung der Verfahren (4)

- Die Bewerber erhalten Gelegenheit, der LHS ihre „Angebote“ vorzustellen.
- Am Ende der Dialogphase können die Bewerber aktualisierte indikative Angebote vorlegen.
- Auf der Grundlage der in der Dialogphase gewonnenen Erkenntnisse über die Gestaltungsmöglichkeiten überarbeitet die LHS ihre Entwürfe für die Konzessionsverträge und erstellt eigene Konzepte für Kooperationsunternehmen. Dazu gehören Entwürfe der LHS für Konsortialverträge und alle Gesellschaftsverträge.
- Die Entwürfe der LHS werden den Bewerben zur Verfügung gestellt.



## 3. Vorschlag für die Gestaltung der Verfahren (5)

### ■ Stufe 2: Verhandlungsphase

- In dieser Phase wird mit den Bewerbern auf der Grundlage der Vorstellungen und Vertragsentwürfe der LHS verhandelt.
- Am Ende der Verhandlungsphase erhalten die Bewerber die Möglichkeit, verbindliche Angebote
  - für den Abschluss eines Konzessionsvertrages und/oder
  - die Gründung eines Kooperationsunternehmens abzugeben

### 3. Vorschlag für die Gestaltung der Verfahren (6)

#### ■ Stufe 3: Entscheidungsphase

Der LHS werden nach der Verhandlungsphase voraussichtlich unterschiedliche Angebote vorliegen:

- Angebote für den Abschluss von Konzessionsverträgen (reine Konzessionsvergabe)
  - von Unternehmen, an denen die LHS nicht beteiligt ist
  - eines Unternehmens, dessen Anteile vollständig von der LHS gehalten werden (= 100%-Rekommunalisierung).
- Angebote für die Gründung von IÖPP`s (Unternehmenskonzepte, Konsortialverträge, Gesellschaftsverträge, auch der Konzessionsvertrag, den das Kooperationsunternehmen mit der LHS schließen würde)

## 3. Vorschlag für die Gestaltung der Verfahren (7)

### ■ Auswahlentscheidung:

- Zunächst werden alle Angebote an den Kriterien für die Konzessionsvergabe gemessen. **Auch eine Rekommunalisierung ist nur möglich, wenn sie sich im Wettbewerb um die Konzessionen durchsetzt.**
- Es wird eine Bieterreihenfolge ermittelt.
- Liegt das Angebot eines Bieters, mit dem die LHS nicht verbunden ist, für den Abschluss eines Konzessionsvertrages vorn, so muss die Konzession an diesen Bewerber vergeben werden.
- Liegt ein Angebot für den Abschluss eines Unternehmens für den Abschluss eines Konzessionsvertrages vorn, dessen Anteile vollständig von der LHS gehalten werden (z.B. der Stadtwerke Stuttgart GmbH), kann rekommunalisiert werden.

### 3. Vorschlag für die Gestaltung der Verfahren (8)

- Liegt ein Konzept für die Gründung eines Kooperationsunternehmens vorn und befindet sich auf dem zweiten Platz ein Angebot für eine reine Konzessionsvergabe, kann das Kooperationsunternehmen gegründet und konzessioniert werden.
- Nur wenn auf den ersten beiden oder weiteren Plätzen Kooperationsangebote liegen, kommen die Kriterien für die Auswahl der Kooperationsangebote zur Anwendung. Dabei werden die Punkte summiert, d.h. der auf der Grundlage der Konzessionierungskriterien Zweitplatzierte kann sich mit einem deutlich besseren Kooperationsangebot insgesamt durchsetzen.

## Inhaltsübersicht

1. Die Gestaltungsalternativen der LHS
2. Rechtliche Vorgaben für die Verfahrensgestaltung
3. Vorschlag für die Gestaltung des Verfahrens
4. Was ist von wesentlicher Bedeutung für den Ausgang des Verfahrens?

## 4. Was ist von wesentlicher Bedeutung für den Ausgang der Verfahren? (1)

Entscheidend sind:

- **Die Festsetzung und Gewichtung der Auswahlkriterien**
  - für die Vergabe der Konzessionen
  - für die Auswahl möglicher Kooperationspartner
- Natürlich die Qualität der Angebote
- **Die Rekommunalisierung muss sich im Wettbewerb um die Konzessionen durchsetzen:**
  - Bewirbt sich ein städtisches Unternehmen um die Konzessionen, muss das städtische Unternehmen ein sorgfältig erarbeitetes Konzept für den Betrieb des Strom- und/oder des Gasnetzes und /oder die Fernwärmeversorgung vorlegen.

## 4. Was ist von wesentlicher Bedeutung für den Ausgang des Verfahrens? (2)

Das städtische Unternehmen muss insbesondere darlegen, dass die Ziele des § 1 EnWG vergleichsweise gut erreicht werden. Eine Hürde für neu gegründete Netzbetreiber ist regelmäßig die Effizienz des Netzbetriebs.

- Für mögliche Kooperationsunternehmen (IÖPP's) müssen ebenfalls sorgfältig erarbeitete Konzepte für den Betrieb des Strom- und/oder des Gasnetzes und/oder der Fernwärmeversorgung vorliegen. Aus den Angeboten der Bewerber um die Stellung als Kooperationspartner der LHS muss sich deshalb ergeben, wie die Ziele des § 1 EnWG vergleichsweise gut erreicht werden sollen. Auch hier ist die zu erwartende Effizienz des Netzbetriebs die wesentliche Hürde.



## Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

**Ansprechpartner: Matthias Albrecht, Rechtsanwalt**

BBH Berlin  
Magazinstraße 15-16  
10179 Berlin  
Tel.: 030 611 28 40 0  
Fax: 030 611 28 40 99  
berlin@bbh-online.de

BBH Brüssel  
Avenue Marnix 28  
1000 Brüssel/Belgien  
Tel.: +32 2 204 44 00  
Fax.: +32 2 204 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](http://www.bbh-online.de)