



## **Neuabschluss und Übernahme von Konzessionsverträgen**

VKU-Konferenz für Gemeinderäte „Kommunale Geschäftsmodelle bei  
Netzübernahmen“, Stuttgart, 19.11.2011

Dr. Andreas Zuber, VKU, Geschäftsführer Recht, Finanzen und Steuern

# Grundlagen

## Renaissance der Kommunalwirtschaft

- Bundesweit bestehen ca. **20.000 Konzessionsverträge** (Schätzung BKartA)
- Ein Großteil der Konzessionsverträge wird **bis 2015/16** ablaufen
- Die letzten Jahre haben gezeigt, dass viele Kommunen das Auslaufen des Konzessionsvertrags zum Anlass nehmen, über **verstärktes eigenes Engagement** in der Energieversorgung nachzudenken
- Bundesweit gibt es zahlreiche Stadtwerke-Neugründungen und Partner-Modelle
- Kommunales Engagement bedarf genauer rechtlicher und wirtschaftlicher Planung

# Grundlagen

## Gegenstand des Konzessionsvertrags

- Vertrag über die **Nutzung öffentlicher Verkehrswege** für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, **die zu einem Netz der allgemeinen Versorgung** gehören
  - Vertragspartner sind **Gemeinde** und **Versorgungsunternehmen**
  - Konzessionsvertrag ist **privat-rechtlicher Vertrag**
- Konzessionsvertrag verleiht **kein ausschließliches Wegerecht** (Liberalisierung, EnWG 1998)
- Konzessionsvertrag regelt **nicht das Recht und die Pflicht zur allgemeinen Versorgung**, sondern nur den Netzbetrieb (Entflechtung, EnWG 2005)

# Kommunale Selbstverwaltung

## Rechtliche Grundlagen

- **Art. 28 Abs. 2 GG:** Den Gemeinden muss das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln.
- **BVerfG, BVerWG:** Die kommunale Energieversorgung unterfällt als in der örtlichen Gemeinschaft wurzelnde Angelegenheit der Daseinsvorsorge den verfassungsrechtlich geschützten Selbstverwaltungsangelegenheiten der Gemeinden.
- **BGH „Kaufering“:** „Spätestens alle 20 Jahre sollten die Partner eines Konzessionsvertrages völlig frei darüber entscheiden können, ob die Energieversorgung durch den bisherigen Vertragspartner, durch ein konkurrierendes Versorgungsunternehmen oder aber **durch die Kommune** selbst fortgesetzt werden sollte.“

# Wichtige Fragen für die Entscheidung der Kommune

## Typische rechtliche Problempunkte

- Bestimmung des Kaufpreises:
  - Inzwischen breite obergerichtliche Rechtsprechung, dass auf den Ertragswert abzustellen ist
- Gesetzlicher Anspruch auf Übereignung oder nur auf Besitzeinräumung am Netz
  - Inzwischen ist der Übereignungsanspruch des Erwerbers gesetzlich verankert
- Umfang des Überlassungsanspruchs
  - Rechtsprechung tendiert inzwischen zur Einbeziehung gemischt genutzter Anlagen
- Informationsansprüche im Verfahren
  - Informationsansprüche inzwischen gesetzlich verankert

# Rechtlicher Rahmen für die Konzessionsvergabe

## Pflichten aus § 46 EnWG

- Nach § 46 EnWG dürfen Konzessionsverträge **höchstens für eine Laufzeit von 20 Jahren** abgeschlossen werden
- Gemeinden müssen **spätestens zwei Jahre vor Ablauf des Konzessionsvertrags** das Vertragsende durch **Veröffentlichung im (elektronischen) Bundesanzeiger** bekannt machen. Bei mehr als 100.000 Kunden zusätzlich Veröffentlichung im Amtsblatt der EU
- Veröffentlichung muss Hinweis darauf enthalten, wo diejenigen **Informationen über die technische und wirtschaftliche Situation des Netzes** veröffentlicht sind, die für eine Bewertung des Netzes im Rahmen einer Bewerbung um den Abschluss des Vertrages notwendig sind.

# Rechtlicher Rahmen für die Konzessionsvergabe

## Pflichten aus § 46 EnWG

- Bei der Auswahl des Unternehmens soll Gemeinde den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet sein: möglichst **sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche Versorgung der Allgemeinheit, die zunehmend auf erneuerbaren Energien** beruht
- Gesetzesbegründung: Kriterien der Gemeinde müssen sich **am Netzbetrieb** orientieren
- Gemeinde muss **Entscheidung unter Angabe der maßgeblichen Gründe** öffentlich bekannt machen.

# Rechtlicher Rahmen für die Konzessionsvergabe

## Das Nebenleistungsverbot des § 3 KAV

- Wegen der Zielrichtung als Höchstpreisrecht, sieht die Konzessionsabgabenverordnung ein strenges **Nebenleistungsverbot (§ 3 KAV)** vor, um Umgehungen zu verhindern
- Im Zusammenhang mit dem Konzessionsvertrag sind nur **bestimmte** Nebenleistungen neben oder anstelle von KA möglich:
  - Gemeinderabatt (nur noch auf Netzentgelte)
  - Folgekostenregelungen
  - Verwaltungskostenbeiträge in bestimmten Fällen



# Rechtlicher Rahmen für die Konzessionsvergabe

## Kartellrechtliche Vorgaben

- Nach Auffassung des BGH ist Gemeinde in Bezug auf die **Vergabe von Wegerechten marktbeherrschend**
- Kartellbehörden leiten daraus verschiedene **Verhaltenspflichten** für die Gemeinden im Konzessionsvergabeverfahren ab. **Missbräuchliches Verhalten** soll z.B. gegeben sein bei
  - **fehlender Bekanntmachung**
  - fehlender **Festlegung und Bekanntmachung der Auswahlkriterien**
  - Entscheidung **nicht anhand der bekanntgegebenen** Auswahlkriterien
  - **sachfremden** Auswahlkriterien
  - **Verlangen unzulässiger Nebenleistungen**
- Kartellbehörden haben inzwischen **zahlreiche Fälle** aufgegriffen

# Rechtlicher Rahmen für die Konzessionsvergabe

## Kartellrechtliche Vorgaben

- Drei Fragestellungen sind im Moment von besonderer praktischen Relevanz:
  - Wann liegt eine **unzulässige Bevorzugung** kommunaler Unternehmen vor?
  - Wie kann eine **unzulässige Vorfestlegung** im Verfahren vermieden werden?
  - Wann kann eine **gesellschaftsrechtliche Lösung** einen Verstoß gegen das Nebenleistungsverbot darstellen?
- Kartellrechtsanwendung muss immer auch den Schutzbereich der kommunalen Selbstverwaltung berücksichtigen!



## **Dr. Andreas Zuber**

Geschäftsführer

Abteilung Recht, Finanzen und Steuern

Abteilung Abfallwirtschaft und Stadtreinigung VKS

Verband kommunaler Unternehmen e.V.

Invalidenstraße 91

10115 Berlin

Fon +49(0)30.58580-130

[www.vku.de](http://www.vku.de)

[zuber@vku.de](mailto:zuber@vku.de)

**Fotonachweis:**

Siemens, ©iStockphoto.com/jashlock, ©Daniel Ernst/Fotolia.de