

Stolpersteine bei der Konzessionsvergabe

VKU – Konferenz für Gemeinde

Kommunale Geschäftsmodelle bei Netzübernahmen

Stuttgart/Leinfelden-Echterdingen
19. November 2011

Dieter Gersemann
Rechtsanwalt

Gliederung:

- **Einleitung**
- **Nebenleistungsverbote**
- **Vergabe einer Beteiligung, Gestaltung**
- **Beteiligungslösung mit Vertrieb**
- **Beteiligungsmodelle und die Frage von Nebenleistungsverboten**
- **Positionspapier (Entwurf) der LKartB B-W vom 01.08.2011**

Nebenleistungsverbote (1)

- Gemeinden und EVU dürfen nach § 3 Abs. 1 KAV neben oder anstelle von Konzessionsabgaben für Wegerechte **nur** bestimmte Leistungen vereinbaren oder zahlen.
 - ❑ Gemeinderabatt
 - ❑ Vereinbarung über die Tragung von Folgekosten
 - ❑ Verwaltungskostenbeiträge

- **Unzulässige Nebenleistungen nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV**

Unzulässig ist die Vereinbarung oder Gewährung von sonstigen Finanz- und Sachleistungen an die Gemeinde, die ohne bzw. ohne angemessene Gegenleistung erfolgt.

 - ❑ **Ausnahme:** Leistungen bei Aufstellung von kommunalen Energiekonzepten.
 - ➡ Marktüblichkeit der Gegenleistung der Gemeinde
 - ➡ Gegenleistung nicht für Einräumung des Wegerechts

Nebenleistungsverbote (2)

➤ **Unzulässig** sind z. B.:

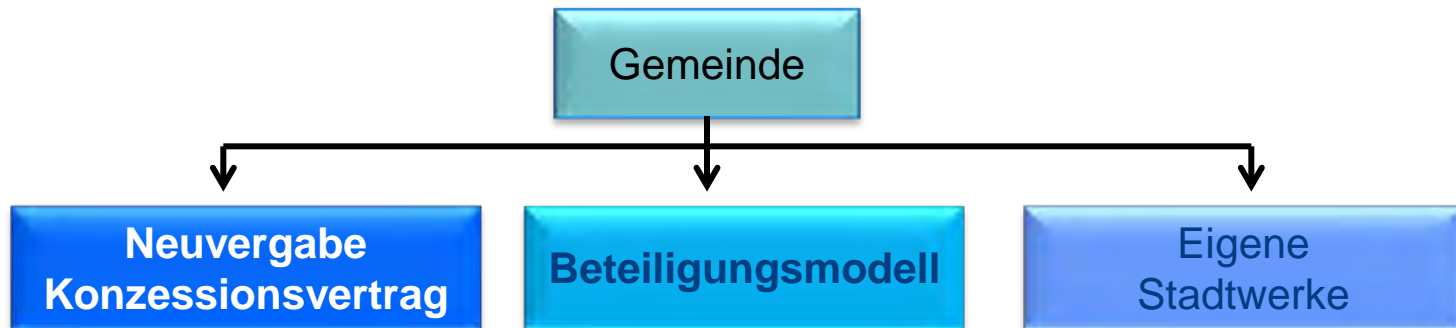
- ❑ Spenden
- ❑ Geldwerte Vorteile an Gemeinde

➤ **Streitig, ob zulässig, z. B.:**

- ❑ Unentgeltliche Verlegung von Leerrohren und Glasfaserkabel für Breitbandversorgung.
- ❑ Erstattung von Folgekosten/Baukostenzuschüssen, die von Gemeinde an Altkonzessionär gezahlt worden sind.
- ❑ Unentgeltliche Leistungen bei zeitgleich abgeschlossenen Straßenbeleuchtungsvertrag.
- ❑ Im Rahmen **von Beteiligungsmodellen**, z. B.:
 - Vollständige Risikoverlagerung auf den privaten Beteiligungspartner
 - ❑ z. B. Übernahme Kaufpreisrisiko
 - Garantierte Pacht gegenüber der Gemeinde als Verpächterin des Netzes (Höhe, Laufzeit)

Vergabe einer Beteiligung, Gestaltung (1)

➤ Handlungsoptionen für Gemeinden



➤ Prüfung Nebenleistungsverbot nach § 3 Abs. 2 KAV

Nicht vereinbart werden dürfen insbesondere sonstige Finanz- und Sachleistungen, die unentgeltlich oder zu einem Vorzugspreis gewährt werden:

❑ Folgen:

- Vergabe der Konzession **als Gegenleistung** für die Einräumung z. B. eines Geschäftsanteils wäre unzulässig.
- Erwerb eines Geschäftsanteils im Zusammenhang mit der Konzessionsvergabe ist nicht zwingend unwirksam, es kommt auf die Gestaltung an.

Vergabe einer Beteiligung, Gestaltung (2)

➤ Beteiligungslösungen, Modelle:

Modell 1

- Gründung Stadtwerk
- Vergabe der Konzession an das Stadtwerk
- Direktansprache oder Ausschreibung einer Beteiligung

Modell 2

- Direktansprache oder Ausschreibung einer Beteiligung
- Vergabe der Konzession an gemeinsame Gesellschaft

Modell 3

**Hauptangebot
Konzession**



Abschluss
konzessions-
vertrag

(+)

Zusatzangebot
Beteiligungslösung
mit Konzession



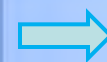
Gemeinsame
Gesellschaft
mit Konzession



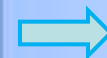
Bewerber sind gezwungen, Beteiligung anzubieten, um auch die Konzession zu erhalten



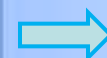
Gegen § 46 Abs. 3 EnWG sowie §§ 19, 20 GWB könnte verstoßen werden



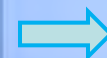
Hauptverfahren ist die Vergabe der Konzession unter Berücksichtigung von Kriterien einschließl. Gewichtung



Abgabe eines Zusatzangebotes ist nicht zwingend für Erteilung der Konzession



Bei „schlechten“ Zusatzangeboten greift das Hauptverfahren



Gegen § 46 Abs. 3 EnWG sowie §§ 19, 20 GWB wird nicht verstoßen

Beteiligungslösung mit Vertrieb

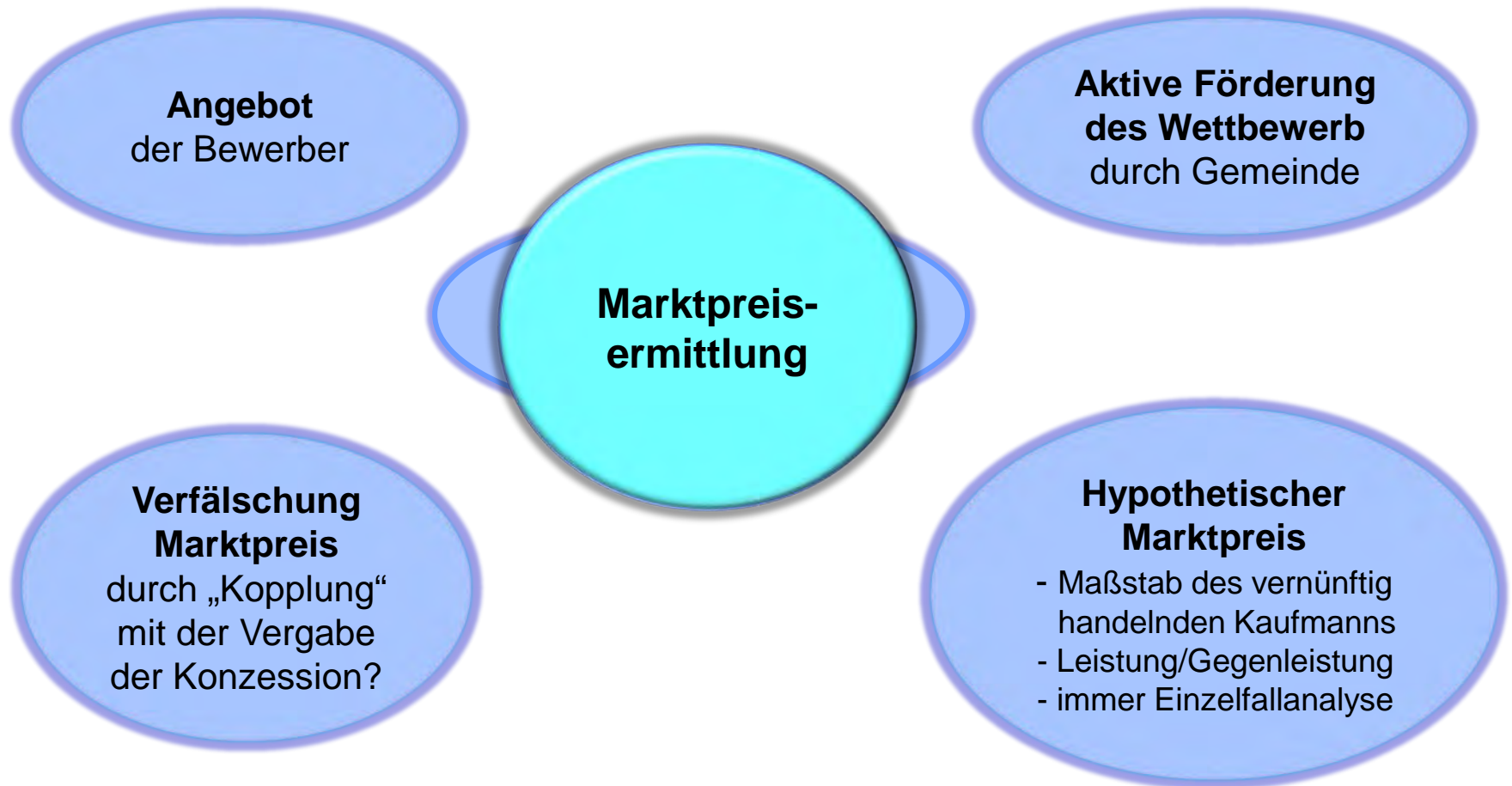
- Ist ein **Angebot auf Aufbau eines Vertriebs** bei einer Beteiligungslösung zulässig?
 - ❑ **Thesen für Unzulässigkeit:**
 - Auswahlkriterien müssen einen sachlichen Bezug zur Konzession bzw. zum Netz haben (vgl. Leitfaden BNetzA/BKartA).
 - Missbräuchliches Einwirken auf Vertrieb des Altkonzessionärs.
 - ❑ **Thesen für Zulässigkeit:**
 - Thesen (oben) gelten nur für die Konzessionserteilung.
 - Im Rahmen von Beteiligungslösungen steht es den Gesellschaften völlig frei, ob auch Vertrieb aufgebaut wird.
 - ❑ Wichtig für **Gestaltung des Verfahrens:**
 - Netzbetreiber als Bewerber um die Konzession müssen das Recht haben, z. B. für das Zusatzangebot einen weiteren Partner anzugeben (Arbeitsgemeinschaft bzw. Bietergemeinschaft).

Beteiligungsmodelle und die Frage von Nebenleistungsverboten (1)

- **Ausgangsprämisse § 3 Abs. 2 KAV:**
Sonstige Finanz- und Sachleistungen, die unentgeltlich oder zu einem Vorzugspreis gewährt werden, sind verboten.

- **Maßstäbe:**
Angebotene Leistungen müssen einem
 - ➔ **Marktpreis** entsprechen und einem
 - ➔ **Drittvergleich** standhalten.

Beteiligungsmodelle und die Frage von Nebenleistungsverboten (2)



Beteiligungsmodelle und die Frage von Nebenleistungsverboten (3)

➤ Leistungen / Angebote Bieter

- Tragung Risiko Kaufpreisdelta
 - Basis Planrechnungen / Ausschreibungsinhalt
 - Abweichungsrisiko trägt Bieter
- Gewinnverteilung / Garantierendite
- Tragung der operativen Regulierungsrisiken
- Risiken Vertrieb
- etc.

Positionspapier (Entwurf) der LKartB B-W vom 01.08.2011 (0)

- Auf den folgenden Seiten werden „Positionierungen“ der Landeskartellbehörde dargestellt.
 - ❑ Sinn und Zweck des „Positionspapiers“ müssen nicht überzeugen.
 - ❑ In kommunales Wirtschaften wird ohne Not und wenig überzeugend „eingegriffen“.
 - ❑ Kritik im Einzelnen erfolgt im mündlichen Vortrag.

- Es ist zu erwarten, dass dieses „Positionspapier“ wesentlich modifiziert wird/werden muss. Eine Rücknahme des Positionspapiers wäre der richtige Weg.

Positionspapier (Entwurf) der LKartB B-W vom 01.08.2011 (1)

➤ **Gemeinschaftsunternehmen**

Gemeinschaftsunternehmen sind zulässig

- an Netzgesellschaften,
 - an integriertem EVU (einschließlich Vertrieb bzw. sonstiger wettbewerblicher Bereich), streitig.
-
- Kommunale Beteiligungen an VIU bzw. Netz- oder Gemeinschaftsunternehmen sind zu marktüblichen Konditionen zulässig, d. h. bei Einschluss unternehmerischer Risiken (z. B. ergebnisabhängige Renditen).
 - Unverbindliche **Angaben von Renditeerwartungen (nicht Renditeversprechen)** sind zulässig.
 - Informationen / Mitteilungen über **geringes Verlustrisiko der Einlage** bei Unternehmensbeteiligungen zulässig (nicht Einlagengarantie).

Positionspapier (Entwurf) der LKartB B-W vom 01.08.2011 (2)

➤ Gemeinschaftsunternehmen

➤ Renditeversprechen (Garantierendite, Mindestrendite) sind **dann zulässig**, wenn sie (bei geringem Risiko) im Bereich der Verzinsung für sichere Anlagen liegen bzw. nicht wesentlich nach oben abweichen.

- ❑ **Bezugsgröße:** finanzielle Anlage der Kommune in Gestalt des Kaufpreises für Unternehmensanteil oder Einlage.
- ❑ Rendite vor Körperschaftsteuer, aber nach kalkulatorischer Gewerbesteuer und 10-Jahres-Durchschnitt der Umlaufrendite für festverzinsliche Wertpapiere inländischer Emittenten.
- ❑ **Unbedenklich** gem. LKartB ist **Garantiedividende**, soweit sie unterhalb oder im Bereich der langfristigen Renditen für festverzinsliche Wertpapiere inländischer Emittenten liegt, z. B. 3,8 % bzw. 4,5 % (incl. Zuschlag) Rendite auf das eingesetzte Kapital vor Steuern.
 - Weitere Wagniszuschläge müssen begründet werden, z. B. Verlust der Einlage, Rückfall des Netzes, etc.
 - Gegebenenfalls weiterer Zuschlag von 0,5 %.
- ❑ **Bedenklich:** Rendite von **mehr als 5 %**.

Positionspapier (Entwurf) der LKartB B-W vom 01.08.2011 (3)

- **Gemeinschaftsunternehmen**
- **Prüfung Garantiedividende**, wenn sie oberhalb der langfristigen Renditen für festverzinsliche Wertpapiere inländischer Emittenten liegt, aber noch unterhalb des zu bildenden Mischzinses aus regulierungsbehördlichen Festlegungen zur Eigenkapitalverzinsung für Alt- und Neuanlagen, zurzeit gem. LKartB bei 7 %.
- **Renditeversprechen** (Mindest- u. Garantieverzinsung), die im Verhältnis zum Verlustrisiko überhöht sind, d. h. **oberhalb** des Mischzinses aus regulierungsbehördlichen Festlegungen zur Eigenkapitalverzinsung für Alt- und Neuanlagen liegen, zurzeit bei **7 %**, sind in der Regel **unzulässig**.

Positionspapier (Entwurf) der LKartB B-W vom 01.08.2011 (4)

➤ Gemeinschaftsunternehmen

➤ „**Gleichlauf von Herrschaft und Haftung**“ sind zu prüfen, ob Kriterien erfüllt sind, z. B. bei

- erweiterte Mitbestimmungsrechte (über Gesellschaftsvertrag oder Organe),
- beschränkte Finanzierungsverantwortung,
- Haftungsfreistellung gegen Einlagenverlust bei Gemeinschaftsunternehmen.

➤ **Zuwendungen** von wirtschaftlichen Vorteilen ohne Gegenleistung (z. B. Teilhabe an vertrieblichem Gewinn, ohne dass Kommune unternehmerische Risiken des Vertriebs übernimmt) sind **unzulässig**.

➤ **Umgehungsmodelle**

- Beteiligung an sogenannten **Klimagesellschaften**, wenn Charakter von unzulässigen Nebenleistungen i. S. v. § 3 KAV vorliegt, sind unzulässig (= Umgehungsmodelle).

Positionspapier (Entwurf) der LKartB B-W vom 01.08.2011 (5)

- **Pachtmodell**
- **Pachtmodelle sind grundsätzlich zulässig.**
- **Bei Erlösobergrenzenfestlegung**
 - ❑ werden „**reale Pachtentgelte**“ nicht einfach anerkannt, sondern nur, wenn sie gemäß Strom-/GasNEV zulässig sind, Höhe des Pachtzinses nur insoweit, wie wenn Netzbetreiber selbst Eigentümer der Anlage wäre (§ 4 Abs. 5 Strom-/GasNEV).
- **Pachtmodelle sind zulässig, wenn**
 - ❑ Pachtmodell gem. LKartB nicht zwingend vorgegeben ist (Verfahren muss noch offen sein für andere Optionen, z. B. Konzessionierung eines Dritten),
 - ❑ der mögliche Pächter nicht von vornherein feststeht,
 - ❑ **Pachtzinsen** wegen des geringen Risikos der Höhe nach im Bereich der Verzinsung für sichere Anlagen liegen oder nicht stark davon nach oben abweichen.

Positionspapier (Entwurf) der LKartB B-W vom 01.08.2011 (6)

➤ Pachtmodell

➤ Pachtmodelle sind unzulässig, wenn

- ❑ Pachtsystem, d. h. Konzessionsvergabe an Kommune vorausgesetzt wird,
- ❑ dadurch eine Vorfestlegung vorliegt,
- ❑ Mischzinssatz aus regulierungsbehördlichen Festlegungen zur Eigenkapitalverzinsung für Alt- und Neuanlagen **oberhalb** von zurzeit 7 % liegt.

Positionspapier (Entwurf) der LKartB B-W vom 01.08.2011 (7)

- **Drittgesellschaften /Drittgeschäfte**
- **Qualitative Bewertung** findet statt bei z. B.
 - ❑ Drittgesellschaften (Förderung Klimaschutz)
 - ❑ Straßenbeleuchtungsvertrieb und
- **Zeitlicher Zusammenhang** mit Konzessionsvergabe.
- **Leistungen, die speziell oder potentiell außer Verhältnis zur Einlage stehen**, sind grundsätzlich unzulässig.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Für weitere Fragen und Informationen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung:

Gersemann & Kollegen

Rechtsanwälte

Landsknechtstraße 5

79102 Freiburg

Tel.: 0761 / 7 03 18-0

Fax: 0761 / 7 03 18-19

freiburg@gersemann.de

Kurfürstendamm 33

10719 Berlin

Tel.: 030 / 2 36 31 09-0

Fax: 030 / 2 36 31 09-29

berlin@gersemann.de

www.gersemann.de