

**LEITFADEN ZU DEN NÄCHSTEN VERFAHRENSSCHRITTEN BEI DER
KONZESSIONSNEUVERGABE IM BEREICH STROM UND GAS IN DER
STADT BORNHEIM UND DARSTELLUNG DER KOMMUNALEN
HANDLUNGSOPTIONEN**

im Auftrag der

Stadt Bornheim, Rathausstraße 2, 53332 Bornheim

erstellt durch

Rechtsanwalt Axel Kafka

Rechtsanwalt Nicolaus Münch

Rechtsanwalt Dennis Tischmacher, Mag. rer. publ.

von

BBH
Becker Büttner Held

Rechtsanwälte · Wirtschaftsprüfer · Steuerberater

KAP am Südkai

Agrippinawerft 30, 50678 Köln

Tel. 0221 / 650 25-254

Fax 0221 / 650 25-299

E-mail: nicolaus.muench@bbh-online.de

www.bbh-online.de

Dieses Gutachten wurde auf der Grundlage des zwischen dem Auftraggeber und BBH bestehenden Mandatsvertrages erstellt. Es ist ausschließlich für den internen Gebrauch des Auftraggebers bestimmt. Eine Weitergabe des Gutachtens an Dritte oder eine - auch auszugsweise - Veröffentlichung bedarf der vorherigen, schriftlichen Zustimmung von BBH. Für den Fall der Weitergabe wird darauf hingewiesen, dass die Haftungsbeschränkung des Mandatsvertrages auch gegenüber jedem Dritten gilt, dem das Gutachten zugänglich gemacht wird; § 334 BGB ist anwendbar. Ferner weisen wir darauf hin, dass bei der Weitergabe dieses Gutachtens an Dritte ein vertragsähnliches Verhältnis mit dem Dritten zu Stande kommen könnte. Auch in diesem Falle gelten unsere Haftungsbeschränkungen gemäß Mandatsvertrag und zwar für alle Dritten insgesamt. Der Auftraggeber ist verpflichtet, den Dritten vor der Weitergabe darauf hinzuweisen.

Inhaltsverzeichnis

TEIL 1	AUSGANGSLAGE UND FRAGESTELLUNG	4
TEIL 2	HANDLUNGSOPTIONEN DER STADT BORNHEIM	5
	A. Variante 1: Reiner Neuabschluss der Konzessionsverträge mit drittem EVU	5
	B. Variante 2: Rekommunalisierung durch Konzessionierung stadteigener Gesellschaft	6
	C. Variante 3: Rekommunalisierung durch Konzessionierung einer gemeinsamen Netzgesellschaft mit einem EVU-Partner	7
TEIL 3	DARSTELLUNG CHANCEN UND RISIKEN DER KOMMUNALEN HANDLUNGSOPTIONEN	9
	A. Verfahrensrechtliche Risiken	9
	B. Risiken vor und nach Übernahme des Netzbetriebs	9
	I. Netzübernahmerisiken	9
	II. Chancen und Risiken aus dem Netzbetrieb	10
	III. Möglichkeit der Herstellung eines steuerlichen Querverbundes	11
	IV. Einflussmöglichkeiten der Stadt Bornheim auf den Netzbetrieb	11
	V. Sonstige unternehmerische Tätigkeit der Stadt Bornheim	11
	VI. Einbindung Wasser/Abwasser	12
TEIL 4	KONZESSIONSVERFAHREN – NÄCHSTE SCHRITTE	13
	A. Konzessionsverfahren	13
	I. Kartellvergaberecht in der Regel nicht anwendbar	13
	II. Exkurs: Vergabepflicht von Dienstleistungen durch neuen Konzessionär	14
	III. Weiteres Vorgehen	15
	1. Abfrage aller Angebotsvarianten im weiteren Verfahren	15
	2. Abfrage Konzept der Leistungserbringung bei den Bietern	16
	3. Zeitnahe Einleitung weiterer Verfahrensschritte	16
	B. Ablaufplan	17
	C. Zusammenfassung	18

Teil 1 Ausgangslage und Fragestellung

Die Stadt Bornheim hat das Auslaufen des derzeit bestehenden Strom- und des Gaskonzessionsvertrages sowie des Wasserkonzessionsvertrages für das Gebiet der Stadt Bornheim zum 31.12.2012 am 10.08.2010 im Bundesanzeiger bekanntgemacht. Interessenten hatten die Möglichkeit, bis zum 30.11.2010 ihr Interesse zum Neuabschluss des oder der Konzessionsverträge zu bekunden. Die Stadt Bornheim hat in ihrer Bekanntmachung darauf hingewiesen, dass sie im Rahmen der Konzessionsneuevergabe auch eine Rekommunalisierung der Energieversorgungsnetze prüfen werde.

Gasnetzbetreiber in Bornheim und Grundversorger Gas ist die Regionalgas Euskirchen GmbH & Co. KG, Stromnetzbetreiber ist die RWE Rhein-Ruhr Verteilnetz GmbH, Grundversorger die RWE Vertrieb AG. Eigentümer der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung in Bornheim ist die Stadt Bornheim, Betriebsführer ist die Regionalgas Euskirchen GmbH & Co. KG. Die Stadt Bornheim ist mit 2,8% an der Regionalgas Euskirchen GmbH & Co. KG beteiligt.

Innerhalb der seitens der Stadt Bornheim gesetzten Interessenbekundungsfrist sind Interessenbekundungen der folgenden Unternehmen bei der Stadt eingegangen:

- GELSENWASSER AG
- KommunalPartner Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG
- Regionalgas Euskirchen GmbH & Co. KG
- Stadtwerke Brühl GmbH
- NBB Netzgesellschaft Berlin Brandenburg mbH & Co. KG
- RWE Deutschland AG
- StadtBetrieb Bornheim AöR
- Wasserwerk der Stadt Bornheim
- BRS Beteiligungsgesellschaft Bonn/Rhein-Sieg mbH
- RheinEnergie AG

Die Stadtwerke Brühl GmbH hat zwischenzeitlich mit Schreiben vom 14.06.2011 ihre Interessenbekundung zurückgezogen.

Die Sozietät Becker Büttner Held (BBH) hat für die Stadt Bornheim eine energie- und gesellschaftsrechtliche Machbarkeitsstudie zur Rekommunalisierung der örtlichen Energieversorgungsnetze erstellt sowie eine indikative Ertragswertermittlung für das örtliche Stromverteilnetz und das Gasverteilnetz in Bornheim durchgeführt. Von der Becker Büttner Held Consul-

ting AG (BBHC) wurde ferner eine Machbarkeitsstudie zum Aufbau eines Gas- und Stromvertriebes in Bornheim erstellt.

Vor diesem Hintergrund sollen nachfolgend die insoweit grundsätzlich bestehenden Handlungsoptionen der Stadt Bornheim bei der anstehenden Konzessionsneuevergabe Strom und Gas aufgezeigt werden (Teil 2) sowie die bei Umsetzung der dargestellten Handlungsoptionen jeweils zu betrachtenden Chancen und Risiken dargestellt werden (Teil 3). Abschließend werden die empfohlenen nächsten Verfahrensschritte hin zur Auswahl der zukünftigen Konzessionsnehmer im Stadtgebiet erläutert und auf Basis dieser Empfehlung ein zeitlicher Ablaufplan für das weitere Konzessionsverfahren vorgestellt (Teil 4).

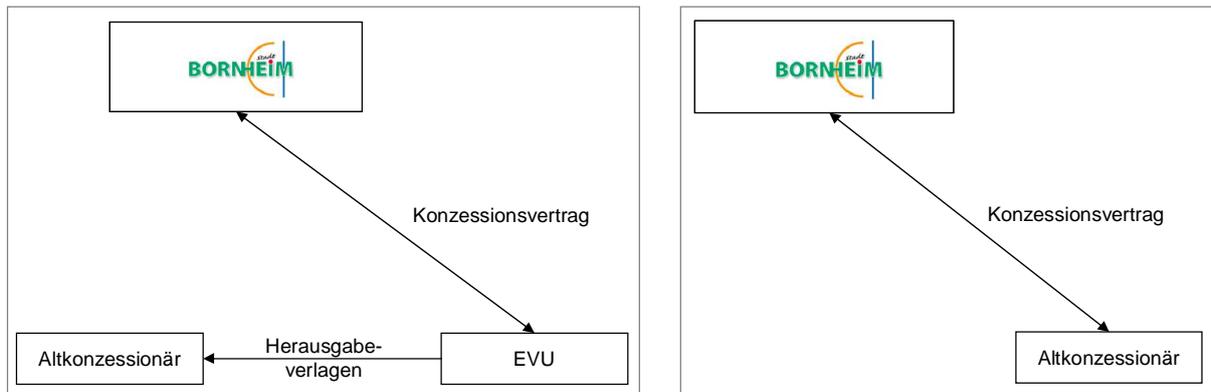
Teil 2 Handlungsoptionen der Stadt Bornheim

Im Rahmen der Konzessionsneuevergabe im Bereich Strom und Gas eröffnen sich für die Stadt Bornheim grundsätzlich folgende Handlungsalternativen:

A. Variante 1: Reiner Neuabschluss der Konzessionsverträge mit drittem EVU

Die Stadt entscheidet sich jeweils für einen reinen Neuabschluss eines Strom- bzw. Gaskonzessionsvertrages mit einem dritten Energieversorgungsunternehmen, welches zukünftig Nutzungsberechtigter an den öffentlichen Verkehrswegen im Stadtgebiet zur Verlegung und zum Betrieb von Strom- bzw. Gasversorgungsanlagen zur allgemeinen Versorgung des Stadtgebiets ist. Im Falle der erneuten Konzessionierung des jeweiligen bisherigen Konzessionsnehmers ändert sich - mit Ausnahme ggf. verbesserter konzessionsvertraglicher Konditionen – an dem derzeitigen Status quo nichts. Der bisherige Konzessionär bzw. Netzbetreiber bleibt weiterhin örtlicher Strom- bzw. Gasnetzbetreiber und entrichtet die Konzessionsabgabe an die Stadt Bornheim.

Im Falle der Konzessionierung eines neuen Energieversorgungsunternehmens kommt es zu einem Wechsel des Strom- bzw. Gaskonzessionsnehmers. Der neue Wegenutzungsberechtigte wird sodann die jeweiligen Netzanlagen vom bisherigen Konzessionär herausverlangen und übernehmen. Die Handlungsvariante der reinen Neukonzessionierung des Altkonzessionärs oder eines dritten Energieversorgungsunternehmens lässt sich wie folgt darstellen:

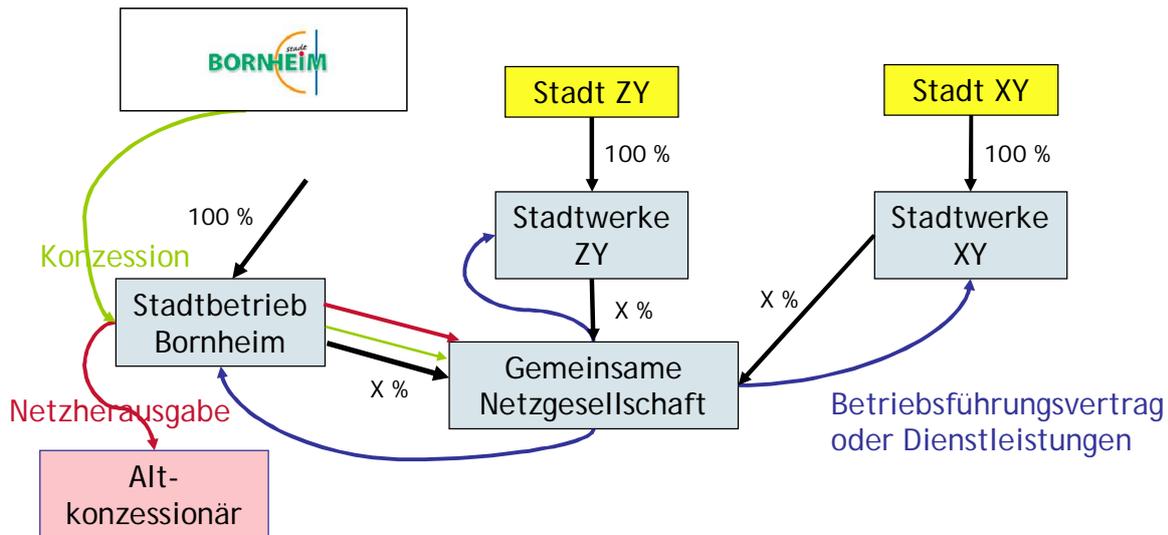


B. Variante 2: Rekommunalisierung durch Konzessionierung stadteigener Gesellschaft

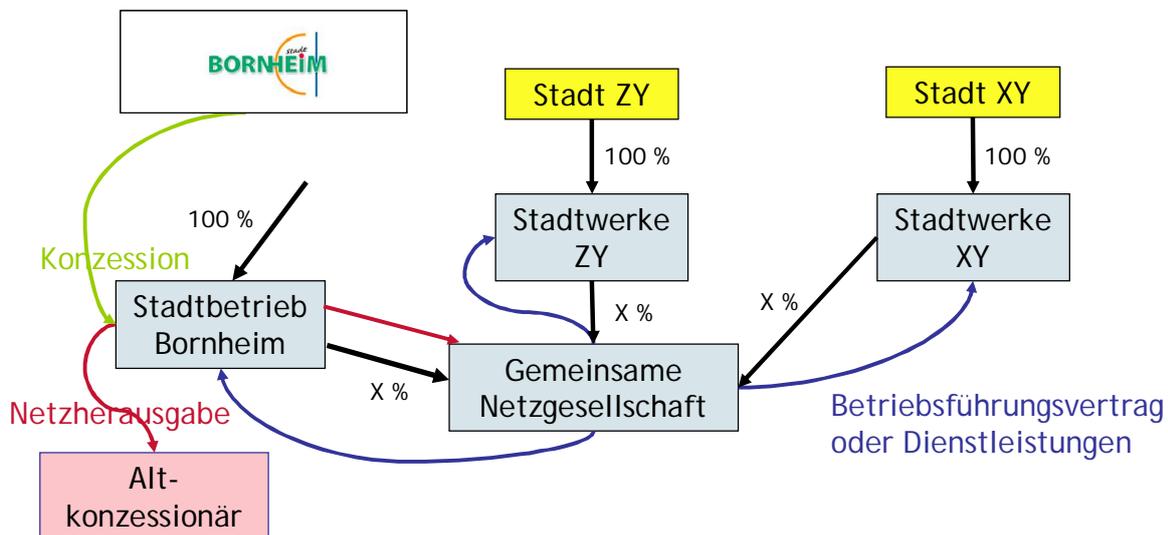
Denkbar ist des weiteren die Umsetzung einer Rekommunalisierung des örtlichen Strom- bzw. Gasnetzbetriebes durch den Abschluss eines neuen Konzessionsvertrages mit einer städtischen Gesellschaft, etwa der am Konzessionsverfahren teilnehmenden StadtBetrieb Bornheim AöR oder dem Eigenbetrieb Wasserwerk der Stadt Bornheim. Auch in diesem Fall würde das neu konzessionierte städtische Unternehmen die jeweiligen Versorgungsanlagen vom jeweiligen Altkonzessionär im Wege der Netzübernahme herausverlangen und übernehmen. Ab dem Zeitpunkt der Netzübernahme würde das städtische Unternehmen ferner an die Stadt die Konzessionsabgabe zahlen. Ob das neu konzessionierte städtische Unternehmen auch Netzbetreiber im Sinne des EnWG wird, hängt wesentlich von dem beabsichtigten Netzbewirtschaftungsmodell ab.

Innerhalb dieser Handlungsoption ist insofern – aufgrund der Tatsache, dass Unternehmen der Stadt Bornheim bislang noch nicht im Bereich des Strom- und Gasnetzbetriebes tätig sind – folgendes Vorgehen denkbar: Die Stadt Bornheim konzessioniert im laufenden Konzessionsverfahren nach Durchführung eines diskriminierungsfreien und transparenten Konzessionsverfahrens zunächst die StadtBetrieb Bornheim AöR. Denkbar ist, dass die StadtBetrieb Bornheim AöR ferner gemeinsam mit benachbarten Kommunen bzw. deren kommunalen Versorgungsunternehmen eine gemeinsame Netzgesellschaft gründet. Der Konzessionsvertrag könnte entweder im Zuge der Einbringung des Netzes als Sacheinlage in die gemeinsame Netzgesellschaft auf diese übertragen werden oder das Netz könnte an die gemeinsame Netzgesellschaft verpachtet werden. Auch die Stadtwerke benachbarter Kommunen könnten ihre Netze in eine solche gemeinsame Netzgesellschaft einlegen. Die gemeinsame Netzgesellschaft könnte dann den Netzbetrieb in den beteiligten Kommunen durchführen, eigenes Personal aufbauen, aber auch verschiedene Leistungen bei ihren Gesellschaftern oder Dritten einkaufen. Denkbar ist grundsätzlich auch, dass die StadtBetrieb Bornheim AöR Netzbetreiber wird, und Netzbetriebsdienstleistungen an die gemeinsame Netzgesellschaft vergibt. Weiterhin könnte - umgekehrt - die gemeinsame Netzgesellschaft ihrerseits

Dienstleistungen für ihre Gesellschafter erbringen. Denkbar sind insofern beispielsweise folgende Strukturen:



Gemeinsame Netzgesellschaft als Pächterin oder Eigentümerin der Netze (=Netzbetreiber)



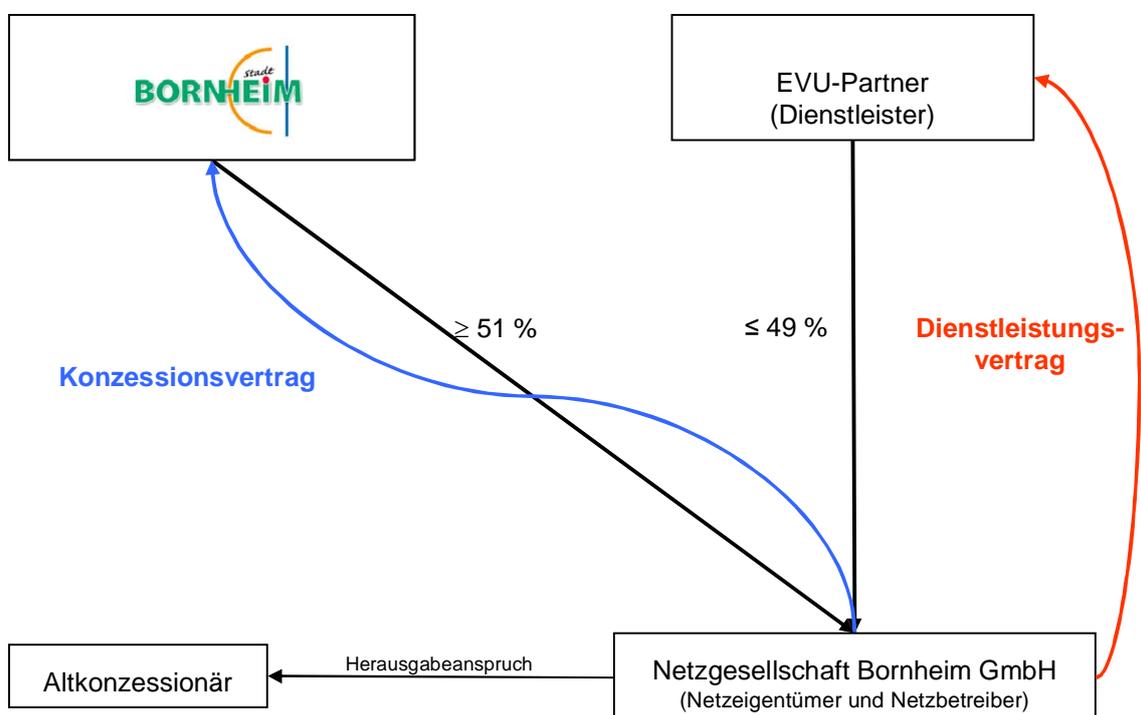
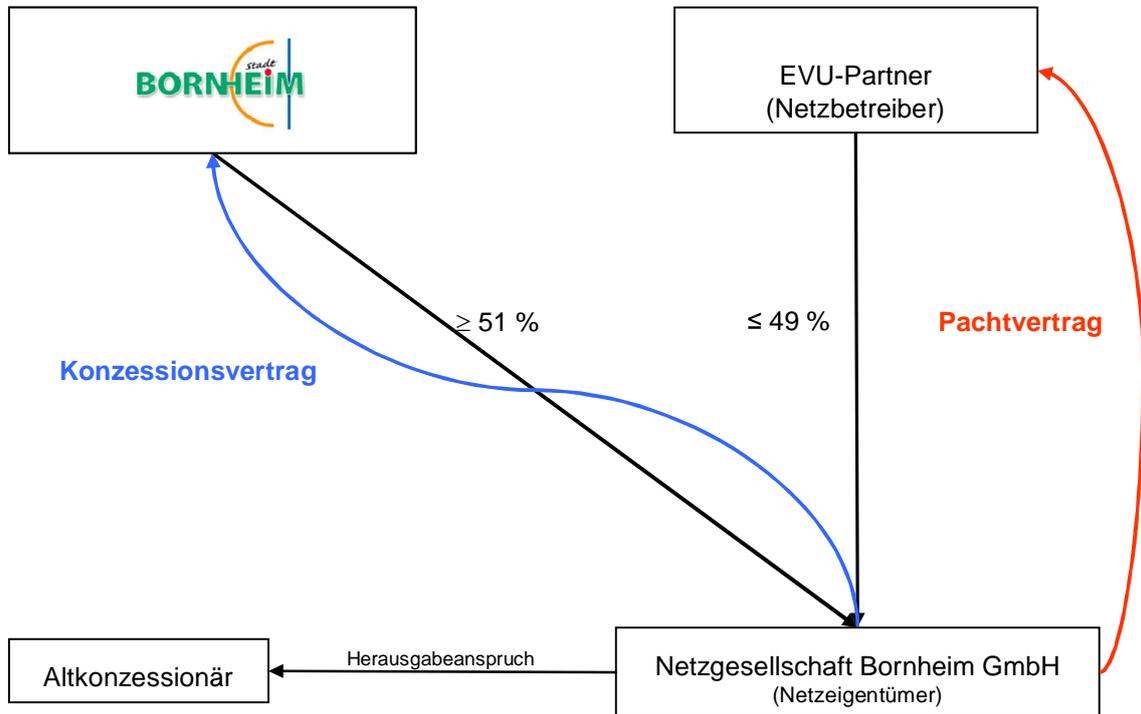
Gemeinsame Netzgesellschaft als Dienstleister (Stadtbetrieb = Netzbetreiber)

C. Variante 3: Rekommunalisierung durch Konzessionierung einer gemeinsamen Netzgesellschaft mit einem EVU-Partner

Neben der Option des reinen Abschlusses neuer Konzessionsverträge für das Stadtgebiet besteht auch die Alternative einer (teilweisen) Rekommunalisierung des örtlichen Strom- bzw. Gasverteilnetzes durch Eingehung einer – ggf. auch gesellschaftsrechtlichen – Kooperationslösung mit einem oder mehreren erfahrenen Energieversorgungsunternehmen. Denkbar wäre hierbei die Gründung einer gemeinsamen Netzgesellschaft mit dem oder den Ko-

operationspartnern, mit der ein neuer Strom- bzw. Gaskonzessionsvertrag abgeschlossen wird. Auch in diesem Falle käme es zu einer eigentumsrechtlichen Netzübernahme vom bisherigen Konzessionär auf die neue gemeinsame Gesellschaft sowie ggf. zu einem Wechsel des örtlichen Strom- bzw. Gasnetzbetreibers (dies ist abhängig von der jeweiligen Ausgestaltung des Netzbewirtschaftungsmodells).

Denkbar sind dabei insbesondere folgende gesellschaftsrechtliche Konstellationen:



Teil 3 Darstellung Chancen und Risiken der kommunalen Handlungsoptionen

A. Verfahrensrechtliche Risiken

Das rechtssichere Erreichen der jeweiligen Zielstruktur ist vorliegend für die Stadt Bornheim von besonderer Bedeutung. Zum einen werden die ggf. abgebenden Netzbetreiber versuchen, über Fehler im Konzessionsverfahren den Verlust der Netzbetreiberstellung so weit wie möglich hinauszuziehen, bzw. die Wirksamkeit einer für sie ggf. negativen Konzessionsentscheidung und insofern die Berechtigung eines neu konzessionierten Unternehmens zum Netzerwerb anzufechten. Diesbezüglich ist in der Praxis – nicht zuletzt seit der Veröffentlichung des gemeinsamen Leitfadens von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen vom 15.12.2010 – derzeit eine deutlich verstärkte Fokussierung auf die ordnungsgemäße Durchführung des Konzessionsverfahrens seitens der Altkonzessionäre sowie der Bundes- und Landeskartellbehörden zu beobachten. Bei einer fehlerhaften Vergabe der Konzessionen besteht die Möglichkeit der Einleitung eines Missbrauchsverfahrens durch das zuständige Kartellamt das Risiko, ggf. Schadenersatz bzw. ein Bußgeld leisten zu müssen sowie das fehlerhafte Konzessionsverfahren wiederholen zu müssen.

Insofern ist die Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Diskriminierungsfreiheit in den anstehenden Konzessionsverfahren – gleich in welcher Handlungsvariante - essentiell (vgl. hierzu auch nachfolgend Teil 4).

B. Risiken vor und nach Übernahme des Netzbetriebs

I. Netzübernahmerisiken

Im Falle der reinen Konzessionierung eines neuen Energieversorgungsunternehmens (Variante 1 und 2) läge das sog. Netzübernahmerisiko allein bei der neu konzessionierten Gesellschaft; für die Stadt ist das Konzessionsverfahren grundsätzlich nach Abschluss des neuen Konzessionsvertrages beendet.

Bei der Handlungsalternative der vollumfänglichen Rekommunalisierung durch Konzessionierung eines städtischen Unternehmens (Variante 2), etwa der Stadtbetrieb Bornheim AöR, läge das sog. Netzübernahmerisiko insofern bei der neu konzessionierten städtischen Gesellschaft. Die im Zuge einer Netzübernahme bestehenden Risiken liegen dabei im Wesentlichen in der häufig zwischen Alt- und Neukonzessionär streitigen Frage der Höhe des wirtschaftlich angemessenen Netzkaufpreises, der ggf. erfolgenden Vorfinanzierung eines (möglicherweise) überhöhten Kaufpreises bei Durchführung eines Vorbehaltskaufes und dem grundsätzlich bis zu einer höchstrichterlichen Klärung der Ermittlungsmethodik für die ange-

messene wirtschaftliche Vergütung im Sinne des § 46 Abs. 2 EnWG sowie des Umfangs der bestehenden Übereignungsansprüche bestehenden Prozessrisiko (bzw. in den für ein eventuell erforderliches Klageverfahren gegen den Altkonzessionär entstehenden Prozesskosten). Wenn auch in der Vergangenheit bereits eine Vielzahl durch uns begleiteter Netzübernahmeverfahren einer einvernehmlichen Lösung zugeführt werden konnten, ist grundsätzlich beim dem beabsichtigten Erwerb des Netzeigentums von dem abgebenden Netzbetreiber mit einem Klagerisiko zu rechnen.

Sollte aus Sicht der Stadt der gesamte Netzkaufpreis (etwa bei einer reinen Konzessionierung eines städtischen Unternehmens) finanziert werden müssen, wird es für den Zeitraum der Rückführung der Darlehen keine signifikante Ausschüttung aus dem Netzbetrieb für die Stadt Bornheim geben. Die Stadt Bornheim würde aber – über das neu konzessionierte städtische Unternehmen – kommunales Sachanlagevermögen aufbauen.

Im Rahmen der Konzessionierung einer mit einem Kooperationspartner zu gründenden gemeinsamen Netzgesellschaft (Variante 3) bestehen grundsätzlich dieselben Netzübernahmrisiken, diese sind allerdings grundsätzlich entsprechend dem jeweiligen Geschäftsanteil auf die Gesellschafter verteilt. Hierbei sind ggf. auch zu Gunsten der Stadt risikooptimierte Regelungen im Rahmen einer Pachtlösung denkbar.

II. Chancen und Risiken aus dem Netzbetrieb

Eine Partizipation an Chancen und Risiken aus dem Betrieb der örtlichen Versorgungsnetzes über das reine Konzessionsabgabenaufkommen hinaus ist grundsätzlich nur bei Wahl einer Rekommunalisierungslösung (Varianten 2 und 3) denkbar.

In Bezug auf die Verteilung eventueller Risiken nach Übernahme des Netzbetriebs, namentlich das sich aus dem Regime der Anreizregulierung ergebende Netzbetriebsrisiko kommt es insbesondere auf die Ausgestaltung des gewählten Netzbewirtschaftungsmodells an. Das Regulierungs- bzw. Betriebsrisiko liegt grundsätzlich bei dem Netzbetreiber – ebenso allerdings auch die bestehenden Ertragschancen aus einem effizienten Netzbetrieb. Bei einer Übernahme der Netzbetreiberstellung durch das konzessionierte städtische Unternehmen, z.B. bei Erfüllung der Netzbetriebleistungen durch eigenes Personal oder bei Abschluss von Betriebsführungsverträgen mit einem Dritten, würde der Neukonzessionär die sich aus dem regulierten Netzbetrieb ergebenden Chancen und Risiken tragen.

Bei einer Verpachtung der örtlichen Verteilnetze an ein drittes Energieversorgungsunternehmen würde grundsätzlich der Netzpächter die Netzbetreiberstellung einnehmen. Inwiefern im Rahmen einer Netzverpachtung dabei eine Verlagerung des Regulierungs- und Betriebsrisikos auf den Netzpächter erfolgt, hängt wesentlich von der Gestaltung des jeweiligen Pachtverhältnisses, namentlich der Berechnung des Pachtentgeltes sowie dem Umgang mit

Investitionen und Instandhaltungsmaßnahmen ab. In der Regel ist eine reine Netzpacht ohne eine gleichzeitige gesellschaftsrechtliche Beteiligung an dem verpachtenden Netzeigentümer für ein Unternehmen unattraktiv und am Markt kaum zu platzieren, da die mit dem Netz nach den Bestimmungen der ARegV und der Strom- und Gasnetzentgeltverordnungen (Strom-NEV/GasNEV) erzielbare Eigenkapitalverzinsung über das Pachtentgelt an den Verpächter weitergereicht wird.

III. Möglichkeit der Herstellung eines steuerlichen Querverbundes

Die grundsätzlich bestehende Möglichkeit zur Herstellung eines steuerlichen Querverbundes könnte für die Stadt Bornheim sinnvoll sein. Eine solche Option ist dabei grundsätzlich nur in den Handlungsvarianten 2 und 3 denkbar. Diesbezüglich wird auch auf die Ausführungen der Machbarkeitsstudie von BBH zur Rekommunalisierung der Versorgungsnetze in der Stadt Bornheim (S. 47 ff.) verwiesen. Die genauen Randbedingungen innerhalb der jeweiligen sind einer gesonderten steuerlichen Prüfung der im späteren Verfahren vorgelegten Angebote vorbehalten.

IV. Einflussmöglichkeiten der Stadt Bornheim auf den Netzbetrieb

Ob und wie die Verteilnetze in Bornheim ausgestaltet werden, wie die Verlegung mit anderen Medien gesteuert und damit optimiert werden kann, ist für die Stadt Bornheim von hohem Interesse.

Im Hinblick auf den Aspekt der kommunalen Einflussnahme auf den zukünftigen örtlichen Strom- und/oder Gasnetzbetrieb bietet dabei eine vollständige Rekommunalisierung der örtlichen Verteilnetze durch Konzessionierung eines rein städtischen Unternehmens (Variante 2) die Gewähr der größtmöglichen kommunalen Einflussnahme. Sofern im Rahmen der Neukonzessionierung der Netzbetrieb auf einen Netzpächter übergehen sollte (Variante 2 und 3 mit Pachtlösung), wäre der Einfluss des neu konzessionierten Unternehmens als Netzverpächter auf den örtlichen Netzbetrieb geringer als in einem Modell, in dem ein neu konzessioniertes (teilweise) kommunales Unternehmen auch Netzbetreiber wird (Variante 2 und 3 mit Dienstleistungslösung). Bei einer reinen Konzessionierung eines Dritten, an dem die Stadt Bornheim weder unmittelbar noch mittelbar beteiligt ist (Variante 1), sind die kommunalen Einflussnahmemöglichkeiten auf den örtlichen Netzbetrieb deutlich geringer als bei Variante 2 und 3.

V. Sonstige unternehmerische Tätigkeit der Stadt Bornheim

Im Rahmen der Umsetzung der Handlungsvarianten 2 und 3 wäre die Stadt Bornheim entgegen der Umsetzung der Handlungsvariante 1 über die Konzessionierung eines (teilweise) kommunalen Unternehmens auf dem Sektor der Energieversorgung wirtschaftlich tätig.

Die Stadt Bornheim prüft ferner auch den Aufbau eines eigenen Vertriebes für Strom und Gas in Bornheim. Daneben ist die Stadt Bornheim bzw. der StadtBetrieb Bornheim AöR bereits in der Erzeugung erneuerbarer Energien aktiv. Aufgrund der im Strom- und Gasbereich bestehenden Entflechtung zwischen den Sparten Vertrieb und Netzbetrieb ist die Aufnahme eines Strom- und/oder Gasvertriebes durch ein Unternehmen der Stadt Bornheim grundsätzlich unabhängig von der Konzessionsneuvergabe möglich (innerhalb der Schranken des Gemeindefachrechts, insbesondere der §§ 107 ff. GO NRW).

VI. Einbindung Wasser/Abwasser

Aus Sicht der Stadt Bornheim ist es sinnvoll, den Betrieb der Netze für Wasser und Abwasser mit dem Netzbetrieb Strom und Gas zusammenzuführen. Insofern empfiehlt es sich mit Blick auf den zum 31.12.2012 endenden Betriebsführungsvertrag für das örtliche Wasserversorgungsnetz, auch das Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren für den Neuabschluss des Wasserkonzessionsvertrages parallel zur Konzessionsvergabe Strom und Gas durchzuführen. Dabei gelten mangels Anwendbarkeit der Regelungen des EnWG auf den Bereich Wasserversorgung zwar nicht die Vorgaben des § 46 EnWG; zu beachten sind jedoch die unionsrechtlichen Vorgaben zur Vergabe von sog. Dienstleistungskonzessionen (siehe hierzu nachfolgend Teil 4. A.).

Anzumerken ist, dass bei dem reinen Neuabschluss des neuen Strom- bzw. Gaskonzessionsvertrages mit einem dritten Energieversorgungsunternehmen (Variante 1) die Zusammenführung der Wasserversorgungsnetzes mit den örtlichen Strom- und Gasversorgungsnetzen zwar grundsätzlich nicht unmöglich, jedoch unwahrscheinlich ist.

Die Vor- und Nachteile der drei dargestellten Handlungsvarianten lassen sich im Hinblick auf die vorstehenden Aspekte einer Chancen- und Risikoverteilung wie folgt übersichtsweise zusammenfassen (Vorteil: +, Nachteil: -, Neutral: o):

	Variante 1	Variante 2	Variante 3
Rechtssicheres Erreichen Zielstruktur	o	o	o
Finanzierung Netzkauf	+	--	-
Klagerisiko gegen Altnetzbetreiber	+	--	-
Steuerlicher Querverbund	-	+	+
Einfluss auf Netzbetrieb	o	++	+

Betriebsrisiko	+	○ (Pacht)	○ (Pacht)
		- (Dienstleistung)	- (Dienstleistung)
Chancen aus Netzbetrieb	-	+	+
		++ (Dienstleistung)	++ (Dienstleistung)
Unternehmerische Tätigkeit Stadt	-	++	+
Einbindung Wasser/Abwasser	-	++	+

Eine konkrete Einschätzung der Vor- und Nachteile möglicher Kooperationslösungen – insbesondere im Vergleich zur Variante der reinen Konzessionierung – muss jedoch letztlich in Ansehung der seitens der Bieter im späteren Verfahren vorgelegten konkreten Angebote erfolgen.

Teil 4 Konzessionsverfahren – nächste Schritte

A. Konzessionsverfahren

I. Kartellvergaberecht in der Regel nicht anwendbar

Verfahren des Neuabschlusses eines Strom- oder Gaskonzessionsvertrages i.S.d. § 46 Abs. 2, 3 EnWG sind nach übereinstimmender Auffassung keine Vergabeverfahren im Sinne des Vierten Teils des GWB, da es sich bei einem Konzessionsvertrag nicht um einen öffentlichen Auftrag i. S. d. § 99 Abs. 1 EnWG handelt. Nach überwiegender Auffassung, die auch diesseits für richtig befunden wird, handelt es sich vielmehr um eine Dienstleistungskonzession. Unabhängig davon, ob nun, je nachdem, wie der Begriff eingegrenzt wird, von einer Dienstleistungskonzession die Rede sein muss oder nicht, finden zwar nicht die sekundärrechtlichen und im Vierten Teil des GWB sowie den untergesetzlichen Rechtsnormen (VgV, SektVO, VOL/A, VOB/A, VOF) umgesetzten Vorschriften des Vergaberechts Anwendung, sondern lediglich die Grundregeln des AEU-Vertrages im Allgemeinen und das Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV) sowie die Grundfreiheiten, namentlich die Niederlassungsfreiheit

(§ 49 AEUV) und die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV), im Besonderen Anwendung.¹ Ferner sind im Bereich Strom und Gas auch die Vorgaben des EnWG (insb. § 46) und der Konzessionsabgabenverordnung (KAV), insbesondere des sog. Nebenleistungsverbot des § 3 KAV, einzuhalten. Daraus erwächst der konzessionsgebenden Stadt Bornheim jeweils die Verpflichtung, die Dienstleistungskonzessionen in einem transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahren zu vergeben.

Auf den Bereich Wasser finden die Vorschriften des EnWG keine Anwendung; einzuhalten sind aber diesbezüglich ebenfalls die unionsrechtlichen Vorgaben sowie die Bestimmungen der KAE.

Dabei muss die Stadt Bornheim für die einzelnen Medien Strom, Gas und Wasser jeweils ein getrenntes transparentes und diskriminierungsfreies Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren durchführen. Im Sinne einer Nichtdiskriminierung ist es insofern auch nicht zulässig, die Konzessionsentscheidung hinsichtlich des einen Mediums mit der Konzessionsentscheidung hinsichtlich des anderen Mediums zu begründen. Ansonsten könnten Unternehmen, die z.B. nur eine Sparte bedienen können und angeboten haben, von vornherein von einer Konzessionierung ausgeschlossen werden.

II. Exkurs: Vergabepflicht von Dienstleistungen durch neuen Konzessionär

Von der vorstehenden Frage der Einstufung der Konzessionsneuvergabe als Vergabeverfahren zu trennen ist dabei die Frage der Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts bei einer eventuellen Absicht zum Einkauf bzw. zur Vergabe von Netzbetriebsdienstleistungen wie etwa der kaufmännischen und/oder technischen Betriebsführung durch ein neu konzessioniertes Unternehmen von bzw. an einen dritten Dienstleister. Eine etwa von dem Stadtbetrieb Bornheim AöR und weiteren kommunalen Versorgungsunternehmen gegründete gemeinsame Netzgesellschaft (z.B. im Rahmen der Handlungsvariante 2) hätte Dienstleistungen betreffend den Betrieb des Netzes durch die gemeinsame Netzgesellschaft grundsätzlich nach den Bestimmungen des Vierten Teils des GWB und der Sektorenverordnung auszuschreiben. Sie könnte diese Leistungen jedoch unter Umständen ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens an ihre Gesellschafter vergeben, wenn sie eine Reihe von Voraussetzungen erfüllt:

- a) Die gemeinsame Netzgesellschaft muss nach ihrem Gesellschaftsvertrag auf mindestens drei Jahre gegründet werden, und die Beteiligten müssen mindestens drei Jahre der Gesellschaft angehören.

¹ Vgl. auch die Ausführungen in unserem rechtlichen Leitfaden zum Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren bei Neuabschluss der Strom- und Gaskonzessionsverträge in der Stadt Bornheim vom 25.10.2010, S. 5 ff.

- b) Die gemeinsame Netzgesellschaft muss ausschließlich zur Erfüllung von Sektorentätigkeiten gegründet werden. Sie darf nicht der Erbringung von Nichtsektorentätigkeiten dienen, etwa Leistungen für die Abwasserentsorgung oder den Bäderbetrieb erfüllen.
- c) Der Stadtbetrieb Bornheim AöR und ggf. die weiteren kommunalen Gesellschafter müssten zuvor selbst als Sektorenauftraggeber auf dem Gebiet der Strom- und Gasversorgung ihre Tätigkeit aufnehmen.
- d) Die gemeinsame Netzgesellschaft müsste ausschließlich der Erbringung von Sektorentätigkeiten dienen.

III. Weiteres Vorgehen

1. Abfrage aller Angebotsvarianten im weiteren Verfahren

Wie die Stadt Bornheim bereits in ihrer Bekanntmachung im elektronischen Bundesanzeiger vom 10.08.2010 bekannt gegeben hat, erwägt die Stadt im Rahmen der Neuvergabe der Strom-, Gas- und Wasserkonzession auch die Umsetzung einer Rekommunalisierungsoption. Diese kann, wie vorstehend unter Teil 2 darstellt, im Wege der vollständigen Rekommunalisierung durch Konzessionierung eines städtischen Unternehmens als auch im Wege einer denkbaren Kooperation zur Gründung einer gemeinsamen Netzgesellschaft erfolgen, jedenfalls durch Auswahl eines Partner aus dem Kreis der am Konzessionsverfahren teilnehmenden Unternehmen.

Sofern sich die Stadt Bornheim im Konzessionsverfahren eine finale Entscheidung über die Umsetzung einer der drei vorgenannten grundsätzlichen Handlungsalternativen offenhalten möchte, ist zu empfehlen, im weiteren Konzessionsverfahren von den teilnehmenden Bietern nicht nur Angebote zum reinen Abschluss eines Strom- und/oder Gaskonzessionsvertrags (Variante 1 und 2) abzufragen, sondern daneben mit den Bietern auch über eine mögliche Kooperationslösung zur Gründung einer gemeinsamen Netzgesellschaft zu verhandeln (Variante 3) und entsprechende Angebote abzufragen.

Eine Vorfestlegung der Stadt im Konzessionsverfahren hin zu einer reinen Abfrage von Kooperationslösungen zur Umsetzung einer (teilweisen) Rekommunalisierung ist im Hinblick auf die Gewährleistung der Diskriminierungsfreiheit des Verfahrens jedoch nicht anzuraten².

Vor dem Hintergrund einer höchstwahrscheinlichen Anwendbarkeit des Kartellvergabeverfahrensrechts nach dem GWB bzw. der SektVO auf sog. Dienstleistungsmodelle im Rahmen einer Kooperation, bei denen eine neu zu gründende gemeinsame Gesellschaft technische

² Vgl. Positionspapier Konzessionsvergabe der Landeskartellbehörde Energie Baden-Württemberg vom 01.08.2011 (Konsultationsentwurf), S. 7.

und/oder kaufmännische Netzbetriebsdienstleistungen von Dritten am Markt einkauft, spricht vorliegende einiges dafür, dass auch das Konzessionsverfahren dann den stark formalisierten Anforderungen des Kartellvergaberechts, insbesondere der europaweiten Ausschreibung im EU-Amtsblatt und der Pflicht zur Zuschlagserteilung auf das wirtschaftlichste Angebot, genügen müsste. Anders gestaltet sich der Fall hingegen im Hinblick auf mögliche Pachtlösungen, bei denen die neu zu gründenden gemeinsame Gesellschaft zwar Netzeigentümer, hingegen nicht Netzbetreiber wird und das Netz an den ausgewählten Kooperationspartner bzw. dessen Netzbetriebsgesellschaft verpachtet.³ Insofern empfiehlt sich, die Abfrage gesellschaftsrechtlicher Kooperationslösungen (Variante 3) seitens der Stadt auf die Umsetzung möglicher Pachtmodelle zu konkretisieren.

2. Abfrage Konzept der Leistungserbringung bei den Bietern

Im Rahmen des Auswahlverfahrens ist durch die Stadt Bornheim auch zu berücksichtigen, inwieweit der jeweilige Bewerber die Gewähr für einen sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen und effizienten Netzbetrieb bietet, da nach der jüngst in Kraft getretenen Novellierung des EnWG die Gemeinde bei der Auswahl des neuen Konzessionärs „den Zielen des § 1 [EnWG] verpflichtet ist“, § 46 Abs. 3 EnWG. Insofern sollte im Rahmen der Verfahrensbriefe auch ein Konzept des Bewerbers für seine beabsichtigte zukünftige Leistungserbringung abgefragt werden. Für die Schlüssigkeit des jeweiligen Konzepts ist der jeweilige Bieter verantwortlich. Insoweit obläge es z.B. auch der Stadtbetrieb Bornheim AöR, spätestens im Rahmen ihres verbindlichen Angebotes darzulegen, wie für den Fall der Bezuschlagung ihres Angebotes der örtliche Netzbetrieb gestaltet werden soll (Betriebskonzept), z.B. über eigenes noch aufzubauendes Personal oder in Kooperation mit einem oder mehreren erfahrenen Energieversorgungsunternehmen, etwa durch den Abschluss von technischen und/oder kaufmännischen Betriebsführungsverträgen (dies ggf. auch im Wege der Ausschreibung nach vergaberechtlichen Grundsätzen, falls erforderlich). Auch ein mögliches Konzept zur späteren Einbringung der örtlichen Verteilnetze in eine regionale Netzgesellschaft im Wege der interkommunalen Kooperation wäre insoweit im Angebot darstellbar.

3. Zeitnahe Einleitung weiterer Verfahrensschritte

In zeitlicher Hinsicht empfiehlt sich, möglichst noch im Jahre 2011 durch die Versendung eines Verfahrensbriefes an die Bieter, mit dem diese um die Abgabe indikativer Angebote gebeten werden, das Auswahlverfahren einzuleiten. Dies insbesondere mit Blick auf die im Falle einer späteren Netzübernahme durch Auswahl eines neuen Konzessionärs dann noch von dem Neukonzessionär durchzuführenden zeitintensiven Netzübernahmeverhandlungen

³ Vgl. hierzu die Ausführungen in unserem rechtlichen Leitfaden zum Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren bei Neuabschluss der Strom- und Gaskonzessionsverträge in der Stadt Bornheim vom 25.10.2010, S. 14 ff..

sowie ggf. bei Wahl einer Kooperationslösung noch durchzuführende Schritte zur Gründung einer Netzgesellschaft.

Vorab sollte ggf. mit einem kurzen Schreiben an die Bieter jeweils abgefragt werden, auf welche Medien sich die jeweiligen Interessenbekundungen beziehen, sofern dies nicht bereits aus den einzelnen Interessenbekundungen zu entnehmen ist.

Im Hinblick auf die besondere Bedeutung der den Bietern mitzuteilenden und der späteren Auswahlentscheidung zugrunde zu legenden Auswahlkriterien für die Neuauswahl des/der zukünftigen Konzessionäre empfiehlt es sich, den Katalog der Auswahlkriterien vor dessen Versendung an die Bieter in die Gremien der Stadt Bornheim einzuspeisen. Dies führt zwar ggf. zu einer zeitlichen Verzögerung der Versendung des ersten Verfahrensbriefes an die Bieter, dient aber der Schaffung größtmöglicher Legitimation und Akzeptanz der Kriterien bei den kommunalen Entscheidungsträgern.

B. Ablaufplan

In Ansehung der vorstehenden Ausführungen empfehlen wir folgendes Vorgehen bei der Durchführung der Konzessionsverfahren Strom und Gas:

Reines Konzessionsverfahren (Strom und Gas jeweils getrennt)	Zusätzlich bei Einbezug Kooperationslösung (Pachtmodell)	Zeitschiene
Abfrage noch offener Netzdaten bei Altkonzessionären		zeitnah
Erstellung Kriterienkatalog		September 2011
Festlegung Auswahlkriterien in kommunalen Gremien (empfohlen) und Auftrag an Stadtverwaltung zum Weiterbetreiben des Konzessionsverfahrens		Oktober/November 2011
Versendung Verfahrensbrief mit Abfrage <ul style="list-style-type: none"> - Vertraulichkeitsvereinbarung - indikatives Konzessionsvertragsangebot (auf Basis MusterKV der Stadt) unter Fristsetzung von 6 Wochen	Abfrage auch indikatives Kooperationsangebot	Mitte/Ende November 2011
Übersendung Netzdaten an Bieter gg. unterzeichnete Vertraulichkeitsvereinbarung		Ende November/ Mitte Dezember 2011
Prüfung eingehender indikativer Angebote		Anfang Januar 2012
Einladung zu Bieterverhandlungen		Anfang/Mitte Januar 2012
Durchführung Bieterverhandlungen	Verhandlungen auch unter Einbezug	Mitte/Ende Januar

	Kooperationslösung	2012
	Abfrage konkretisierter indikativer Angebote (z.B. Businesspläne, etc.) mittels weiterem Verfahrensbrief	Bei Durchführung dieser zusätzlich für die Abfrage von Kooperationsmodellen ggf. erforderlichen Schritte ist mit einer Verzögerung von 4-6 Monaten zu rechnen
	2. Verhandlungsrunde mit Bietern	
	Auswertung konkretisierter indikativer Angebote	
	Ggf. weitere Abfrage konkretisierter Angebote mittels weiterem Verfahrensbrief	
	Ggf. 3. Verhandlungsrunde mit Bietern	
Auswertung Ergebnisse Bieterverhandlungen und Versendung zweiter Verfahrensbrief zur Einholung verbindlicher Angebote		Mitte/Ende Februar 2012
Prüfung eingehender verbindlicher Angebote		Ende Februar/Mitte März 2012
Erarbeitung Handlungsempfehlung und Beschlussvorlage		Ende Februar/Mitte März 2012
Beratung und Beschlussfassung in den kommunalen Gremien bzgl. Neuabschluss Konzessionsvertrag und ggf. Abtretung Ansprüche aus Alt-KV		März/April 2012
Information der unterlegenen Bieter und zweite Bekanntmachung nach § 46 EnWG		April/Mai 2012
Abschluss neuer Konzessionsvertrag mit dem Bestbieter	Ggf. Vorbereitung Gründung gemeinsame Gesellschaft und nach Gründung Abschluss Konzessionsvertrag	Mai 2012

C. Zusammenfassung

Der konzessionsgebenden Stadt Bornheim obliegt die Verpflichtung, die auslaufende Strom-, Gas- und Wasserkonzession jeweils in einem transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahren zu vergeben.

Sofern die Stadt Bornheim im weiteren Konzessionsverfahren Strom und Gas ein „eingleisiges“ Verfahren durchführt, in dem nur Angebote zum Neuabschluss eines reinen Konzessionsvertrages von den Bietern abgefragt werden, stünde der Stadt am Ende des Konzessionsverfahrens die Möglichkeit der Umsetzung der vorstehend dargestellten Handlungsvarianten 1 und 2 offen (bei der Abwägung zwischen diesen Varianten entscheidet dann das anhand der festgelegten Auswahlkriterien bestbewertete Angebot).

Sofern sich die Stadt im weiteren Verfahren auch eine Entscheidung über die Umsetzung einer gesellschaftsrechtlichen Kooperation mit einem der Bieter im Verfahren (Handlungsvarianten 1 und 2) offen lässt, ist dies ebenfalls möglich.

riante 3) im Wege einer Pachtlösung offen halten möchte, wäre die Durchführung eines „zweigleisigen“ Konzessionsverfahrens erforderlich, in dem auch solche Angebote der Bieter abgefragt werden.

Köln, 16.08.2011


Axel Kafka
Rechtsanwalt


Nicolaus Münch
Rechtsanwalt


Dennis Tischmacher
Rechtsanwalt