

Neuvergabe der Strom- und Gas- Konzessionen der Gemeinde Kleinmachnow

Gutachten zum Konzessionsvergabeverfahren

Gutachten



Ansprechpartner:

LBD-Beratungsgesellschaft

Dr. Christof Schorsch
Prokurist
christof.schorsch@lbd.de
Tel.: +49(0)30.617 85 341

LBD-Beratungsgesellschaft mbH
Stralauer Platz 34
EnergieForum
(D) 10243 Berlin
Tel.: +49(0)30.617 85 310
Fax: +49(0)30.617 85 330
www.lbd.de

RAUE LLP

Christian von Hammerstein
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Vergaberecht
christian.hammerstein@raue.com
Tel.: +49(0)30.818 550 330

RAUE LLP
Potsdamer Platz 1
(D) 10785 Berlin
Tel.: +49(0)30.818 550 0
Fax: +49(0)30.818 550 107
www.raue.de

Inhaltsverzeichnis

	Seite
1 Ausgangslage in Kleinmachnow	4
2 Gutachtauftrag und vorliegende Unterlagen.....	5
2.1 Arbeitsauftrag der Gutachter	5
2.2 Ausgewertete Unterlagen	6
3 Disclaimer	7
4 Zusammenfassung: Bisheriges Verfahren und Lösungsvorschlag	8
4.1 Untersuchung des bisherigen Verfahrens	8
4.2 Lösungsvorschlag	8
5 Analyse des bisherigen Verfahrens	9
5.1 Grundsätze	9
5.2 Bewertung der bisherigen Verfahren.....	11
5.2.1 Fehlende Zielformulierung	11
5.2.2 Unklare Festlegungen der Gemeinde zum Verfahren.....	11
5.2.3 Gefahr des Auslaufens der Konzessionsverträge.....	12
5.2.4 Fehlende Bewertungskriterien	13
5.2.5 Sachliche Fehler in der Präsentation für die Gemeinde.....	14
5.2.6 Nicht nachvollziehbare Angaben.....	15
5.2.7 Rechtlich problematische Empfehlungen.....	16
5.2.8 Zusammenfassende Bewertung	17
6 Unser Lösungsvorschlag	18
6.1 Chancen und Risiken für verschiedene Handlungsmöglichkeiten im weiteren Verfahrensverlauf	18
6.2 Handlungsempfehlungen für die Gemeinde Kleinmachnow zum weiteren Vorgehen.....	19
6.3 Gegenstand von Verhandlungen über den Abschluss kurzfristiger Konzessionsverträge ab Juli 2012	21

1 Ausgangslage in Kleinmachnow

Die Konzessionsverträge der Gemeinde Kleinmachnow endeten für das Stromversorgungsnetz am 01.07.2011 und für das Gasversorgungsnetz am 03.07.2011. Kleinmachnow hat das Auslaufen der Verträge fristgemäß im Bundesanzeiger am 10. Februar 2009 bekannt gemacht. Hierauf haben jeweils nur die beiden bisherigen Konzessionäre ihr Interesse bekundet, die bisherigen Konzessionsverträge fortzusetzen: E.ON edis AG (kurz: E.ON edis, Strom) und Energie Mark Brandenburg GmbH (kurz: EMB, Gas).

Von Kleinmachnow wurde die R.S.V.P. Kommunalberatung GmbH (kurz: R.S.V.P.) mit der Erstellung einer Machbarkeitsstudie »Konzessionsvergabe oder Beteiligungsmodell« beauftragt, die den Gemeindevertretern und sachkundigen Bürgern am 09.11.2010 vorgestellt wurde.

Am 26.11.2010 hat die Gemeindevertretung beschlossen, »ein Interessensbekundungsverfahren zu einer Strom- und Gasnetzbetreibergesellschaft auszuschreiben, wobei die Gemeinde Kleinmachnow einen bestimmenden Einfluss anstrebt« (DS-Nr. 186/10/2).

Ziel dieses zweiten Verfahrens war insbesondere, »wesentlich genauer als bisher die Vor- und Nachteile« aus Sicht von Kleinmachnow zu berechnen (ebd.).

Daraufhin wurde ein Interessensbekundungsverfahren von R.S.V.P. vorbereitet, mit der Gemeinde abgestimmt und am 28.06.2011 im elektronischen Bundesanzeiger veröffentlicht.

Drei Unternehmen (E.ON edis, EMB [mit Unterstützung der NBB Netzgesellschaft Berlin-Brandenburg mbH & Co. KG, kurz: NBB] und Alliander AG (kurz: Alliander) haben daraufhin ihr Interesse an der Umsetzung eines Beteiligungsmodells bekundet. Den Interessenten wurden im Juli 2011 ein 1. Verfahrensbrief zur Einreichung der Vertraulichkeitsvereinbarung und am 12.10.2011 ein 2. Verfahrensbrief u.a. mit der Aufforderung zur Abgabe eines indikativen Angebots übersandt.

Zwei Interessenten (Alliander und EMB/NBB) haben daraufhin jeweils ein Angebot abgegeben. Diese Angebote lassen vielfältige Ausgestaltungsmöglichkeiten zu. E.ON edis hat in einem Schreiben vom 14.11.2011 einerseits mitgeteilt, dass nach Ansicht von E.ON edis »aus Rechtsgründen das mit Bekanntgabe vom 27.01.2009 begonnene Auswahlverfahren zum Abschluss eines Wegenutzungsvertrages ‚Strom‘ fortzusetzen und zwingend mit einem der dortigen ‚Bewerber‘ zu kontrahieren« sei. E.ON edis bat um Verständnis, dass aus diesem Grund zum jetzigen Zeitpunkt noch kein Angebot für ein Beteiligungsmodell abgegeben werden würde. Andererseits teilte E.ON edis mit, man respektiere, dass es in Kleinmachnow derzeit neue Überlegungen gebe und verstehe den 2. Verfahrensbrief so, dass – sollte sich die

Gemeinde Kleinmachnow für die Ausschreibung eines Beteiligungsmodells entscheiden – dieses erneut bekanntgegeben werde und allen Interessenten einschließlich E.ON edis offenstehe.

Die Auswertung der beiden Angebote zum Beteiligungsmodell wurde im Entwurf am 16.01.2012 von R.S.V.P. an die Gemeinde Kleinmachnow übermittelt.

Im Juli 2012 endet – sofern nicht bereits vorher neue Konzessionsverträge abgeschlossen werden –, für die bisherigen Konzessionsnehmer die Pflicht, nach § 48 Abs.4 EnWG die vertraglich vereinbarte Konzessionsabgabe zu zahlen. Es käme dann nur noch ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung in Höhe des Wertes der von den beiden Konzessionären fortgesetzten Nutzung öffentlicher Wege und Plätze in Betracht.

Die Gemeinde Kleinmachnow hat die LBD-Beratungsgesellschaft mbH (kurz: LBD) und die Anwaltssozietät RAUE LLP (kurz: RAUE) damit beauftragt, ein Gutachten zu erstellen, um das bereits durchgeführte Verfahren, die bisherigen Ergebnisse und die geplanten weiteren Schritte zu untersuchen sowie Handlungsmöglichkeiten aufzuzeigen.

Im nachfolgenden Gutachten werden die rechtlichen Bewertungen durch RAUE vorgenommen und die energiewirtschaftlichen Bewertungen durch die LBD.

2 Gutachtauftrag und vorliegende Unterlagen

2.1 Arbeitsauftrag der Gutachter

Das Gutachten von LBD und RAUE soll auftragsgemäß folgende Gegenstände umfassen:

- eine Bewertung des bereits durchgeführten Verfahrens sowie zum Verfahrensstand (Status quo),
- die Diskussion von Chancen und Risiken für verschiedene Handlungsmöglichkeiten im weiteren Verfahrensverlauf,
- die Darstellung von Handlungsempfehlungen für die Gemeinde Kleinmachnow zum weiteren Vorgehen.

2.2 Ausgewertete Unterlagen

Folgende Unterlagen wurden von der Gemeinde Kleinmachnow zur Verfügung gestellt und für dieses Gutachten ausgewertet:

- Gaskonzessionsvertrag vom 24.05.1991
- Stromkonzessionsvertrag vom 13.09.1991
- Bekanntmachung der Gemeinde Kleinmachnow nach § 46 EnWG für das Gasversorgungsnetz vom 21.01.2009 (Konzession)
- Bekanntmachung der Gemeinde Kleinmachnow nach § 46 EnWG für das Stromversorgungsnetz vom 27.01.2009 (Konzession)
- Präsentation »Konzessionsvergabe oder Beteiligungsmodell?« im Entwurfsstatus vom 16.09.2010 der R.S.V.P.
- Beschlussvorlage für die Gemeindevertretung zum Interessenbekundungsverfahren vom 26.11.2010 (Beteiligung)
- Bekanntmachung im Entwurfsstatus vom 10.06.2011 (Beteiligung)
- Bekanntmachung der Gemeinde Kleinmachnow nach § 46 EnWG vom 20.06.2011 (Beteiligung)
- Angebotsverfahren – 2. Verfahrensbrief im Entwurfsstatus ohne Datumsangabe (Beteiligung)
- Abschluss einer Vertraulichkeitsvereinbarung – 1. Verfahrensbrief an E.ON edis AG vom 01.08.2011
- 2. Verfahrensbrief an EMB Energie Mark Brandenburg vom 12.10.2011
- Bekanntmachungsverfahren gem. § 46 Abs. 3 EnWG, Schreiben der E.ON edis AG vom 14.11.2011
- Beteiligungsmodell Kleinmachnow – Ergänzung zum 2. Verfahrensbrief, hier: weitere Informationen (an Alliander AG), vom 17.11.2011
- Indikatives Angebot – Umsetzung eines Beteiligungsmodells zur Übernahme des der örtlichen Versorgung dienenden Strom- und Gasversorgungsnetzes im Gebiet der Gemeinde Kleinmachnow der Alliander AG vom 13.12.2011
- Indikatives Angebot an die Gemeinde Kleinmachnow – Vergabe der Strom- und Gaskonzession sowie Kooperation mit der Gemeinde Kleinmachnow, vorgelegt durch die Bietergemeinschaft EMB Energie Mark Brandenburg

GmbH und NBB Netzgesellschaft Berlin-Brandenburg mbH & Co. KG vom
14.12.2011

- Präsentation »Auswertung der Angebote zum Beteiligungsmodell« im Entwurfsstatus vom 16.01.2012 der R.S.V.P.

Solche Unterlagen, die erkennbar jeweils an alle Bieter gingen (z.B. Verfahrensbriefe) wurden nicht auf Textidentität geprüft, sondern jeweils nur das in der in der o.g. Zusammenstellung angegebene Schreiben ausgewertet.

Nicht ausgewertet wurden von uns solche Unterlagen, die für die Erstellung dieses Gutachtens irrelevant sind, wie z.B. Netzpläne, Netzdaten oder die Businessplanungen der R.S.V.P., sofern diese den zur Verfügung gestellten Präsentationen zugrunde liegen.

In Abhängigkeit von der Entscheidung der Gemeindevertretung über den weiteren Gang des Verfahrens kann eine solche Auswertung zu einem späteren Zeitpunkt erforderlich werden.

3 Disclaimer

Basis der Begutachtung sind die von Kleinmachnow an uns übergebenen Informationen. Eine Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit dieser Informationen wird unsererseits nicht übernommen, ebenso wenig für unmittelbare noch mittelbare Schäden, gleich welcher Art.

Wirtschaftliche Risiken, die sich aus uns nicht vorliegenden Informationen, insbesondere Verträgen, ergeben, können von uns nicht beurteilt werden.

Es wurden keine eigenen Recherchen oder Datenanforderungen hinsichtlich der Ist-Netze in Kleinmachnow und auch keine wirtschaftlichen Analysen oder Überprüfungen der in den vorliegenden Unterlagen dargestellten Sachverhalte durchgeführt.

Die in diesem Gutachten dargestellten Analysen und Bewertungen richten sich nach unserem Arbeitsauftrag und den von uns im Gutachten benannten Voraussetzungen und Einschränkungen. Unsere Haftung für die von uns durchgeführten Arbeiten richtet sich nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der LBD und der Vergütungsvereinbarung von RAUE, wie sie Bestandteil unseres Angebotes vom 13.02.2012 sind.

4 Zusammenfassung: Bisheriges Verfahren und Lösungsvorschlag

4.1 Untersuchung des bisherigen Verfahrens

Zentrale Defizite im bisherigen Verfahrensgang sind nach unserer Auffassung ausweislich der uns vorliegenden Unterlagen:

- Es wurde keine Zielbestimmung vorgenommen: Die im Beschluss der Gemeindevertretung vom 26.10.2011 genannten Ziele sind notwendig, aber nicht hinreichend; insbesondere wurde versäumt, konkrete Anforderungen seitens der Gemeinde aufzustellen, insbesondere konkrete Festlegungen bspw. zu arbeitsmarkt-, wirtschafts- oder umweltpolitischen Zielsetzungen zu treffen.
- Aufgrund der fehlenden Zielbestimmung wurde von der Gemeinde auch nicht verbindlich festgelegt, welches Modell der Konzessionsvergabe (nur Abschluss eines Konzessionsvertrages oder Umsetzung eines Beteiligungsmodells) gewünscht ist.
- Infolge dessen wurden auch keine Bewertungskriterien festgelegt, die eine Unterscheidung in den Angeboten der Bieter und damit einen echten konzeptionellen und materiellen Bieterwettbewerb zur Auswahl des künftigen Partners erlauben. Es fehlt die rechtlich zwingende Festlegung der Bewertungskriterien vor Beginn des Verfahrens und ihre Mitteilung an die Bewerber; soweit intern bestimmte Kriterien von der Gemeinde bzw. ihren bisherigen Beratern dargelegt wurden, sind diese nicht hinreichend, um die vorliegenden Angebote miteinander zu vergleichen und zu bewerten.
- Das Vorgehen, erst das Verfahren zur Konzessionierung (Verfahren A) zu beginnen, dieses dann ruhen zu lassen und das Verfahren zur Prüfung von Beteiligungsmodellen (Verfahren B) zu starten, hat zu einer entsprechend langen Verfahrensdauer und zur Gefährdung der Einnahme von Konzessionsabgaben in der bisher vereinbarten Höhe geführt.

4.2 Lösungsvorschlag

Unser Lösungsvorschlag für Kleinmachnow ist folgender:

- Das Verfahren B (Prüfung von Beteiligungsmodellen) wird aufgehoben.
- Das Verfahren A (Konzessionierung) wird schnellstmöglich fortgesetzt mit dem Ziel, mit den beiden einzigen Bietern E.ON edis und EMB – die

gleichzeitig die Altkonzessionäre sind – jeweils einen neuen Wegenutzungsvertrag abzuschließen, optimales Verhandlungsergebnis wäre eine Laufzeit bis zum 01.01.2015.

- In der Gemeindevertretung werden die mit der gewünschten Beteiligung Kleinmachnows verbundenen Ziele diskutiert und entschieden; ebenso werden das vorrangig umzusetzende Modell (Abschluss neuer Konzessionsverträge für die Zeit ab 01.01.2015 oder Ausschreibung eines konkret festgelegten Beteiligungsmodells) und die Bewertungskriterien festgelegt.
- In Einklang mit den Vorschriften des § 46 Abs. 3 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) wird bis spätestens 01.01.2013 das Auslaufen der bis 01.01.2015 neu abgeschlossenen Wegenutzungsverträge bekannt gemacht.
- Sollte die Gemeinde entscheiden, ab 01.01.2015 ein konkretes Beteiligungsmodell auszuschreiben, sollte dieses Verfahren mit der Bekanntmachung zum Auslaufen der Wegenutzungsverträge zum 01.01.2015 gestartet werden. Dazu sollte mit der Bearbeitung der entsprechenden Verfahrensdokumente einschließlich der Verträge für die Umsetzung des Beteiligungsmodells nach dem entsprechenden Beschluss der Gemeindevertretung unverzüglich begonnen werden, spätestens im 2. Quartal 2012.

5 Analyse des bisherigen Verfahrens

Unsere gutachterliche Bewertung bezieht sich auftragsgemäß auf den bisherigen Verfahrensgang, den aktuellen Verfahrensstand und die daraus resultierenden Probleme sowie Lösungsmöglichkeiten für Kleinmachnow.

5.1 Grundsätze

Die Gemeinde Kleinmachnow muss in einem transparenten und diskriminierungsfreien Bieterverfahren den oder die zukünftigen Konzessionsnehmer im Strom und Gas bestimmen und neue Konzessionsverträge abschließen. Die Kartellbehörden sehen die Gemeinden als marktbeherrschende Unternehmen bei der Vergabe von Wegenutzungsrechten zum Betrieb von Energieversorgungsnetzen an. Deshalb unterliegen die Gemeinden bei der Vergabe von Konzessionen neben den Regelungen des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) auch den Regelungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), insbesondere dem Verbot des Missbrauchs von Marktmacht (§§ 19 ff. GWB).

Unter Berücksichtigung dieser gesetzlichen Rahmenbedingungen hat die Gemeinde Kleinmachnow mit der Konzessionsvergabe für die nächsten Jahre die Chance, ihre Zusammenarbeit mit dem Netzbetreiber oder den Netzbetreibern zu gestalten. Dies schließt auch ein, kommunalfreundlichere Bedingungen als bisher zu vereinbaren sowie ausgehend vom Netz eine Beteiligung der Gemeinde an weiteren Wertschöpfungsstufen der Energieversorgung einzugehen.

Die Gemeinde hat deshalb die grundsätzliche Wahl zwischen verschiedenen Organisationsmodellen für den künftigen Betrieb des Strom- und Gasnetzes: Grundsätzlich möglich sind eine reine Konzessionsvergabe, die Gründung einer eigenen Netzgesellschaft sowie von Gemeindewerken sowie das sog. Optionsmodell, welches die Option einer späteren gesellschaftsrechtlichen Beteiligung der Gemeinde am Netz und/oder weiteren Wertschöpfungsstufen der Energieversorgung vorsieht.

Die Gemeinde ist auch frei in ihrer Entscheidung, ob sie die Konzessionsverträge Strom und Gas mit einem einzigen Partner abschließt oder mit mehreren.

Das jeweilige Organisationsmodell ist Mittel zum Zweck. Es dient dazu, die Ziele, welche die Gemeinde erreichen will, bestmöglich zu erreichen.

Die Ziele im Zusammenhang mit Netzbetrieb und Energieversorgung sind von der Kommune, d.h. der Gemeindevertretung als demokratisch legitimierten Entscheidungsgremium, festzulegen. Aus den Zielen werden die Bewertungskriterien abgeleitet.

In der Regel geht es Kommunen bei der Formulierung ihrer Ziele um Einfluss auf die Energieversorgung in ihrer jeweiligen Kommune, um die Erhaltung oder Schaffung von Arbeitsplätzen und Wertschöpfung vor Ort, um Einnahmen für den kommunalen Haushalt (je nach Modell aus Konzessionsabgaben, Gewerbesteuern oder dem Geschäftsergebnis der gemeinsamen Netzgesellschaft etc.).

Bei der konkreten Festlegung der Ziele für die künftige Energieversorgung in Kleinmachnow sind Prioritäten, mögliche Zielkonflikte, Chancen und Risiken der Modelle abzuwägen und die Entscheidungskriterien festzulegen.

Ziele, Organisationsmodell, Bewertungs- und Zuschlagskriterien sind im Verfahren den Bietern mitzuteilen, die auf dieser Grundlage ihre Angebote abgeben.

5.2 Bewertung der bisherigen Verfahren

5.2.1 Fehlende Zielformulierung

Bevor die Bewertungskriterien festgelegt werden können, muss die Gemeinde zunächst die von ihr mit der Konzessionsvergabe und einem eventuellen Beteiligungsmodell verfolgten Ziele festlegen. Aus diesen Zielen sind dann die Kriterien zu entwickeln. Eine solche Zielformulierung hat nach den uns vorliegenden Unterlagen nicht bzw. nur in sehr rudimentärer Form stattgefunden. Es steht damit noch nicht fest, welche Ziele Kleinmachnow in Zusammenhang mit der Konzessionsvergabe umsetzen will (z.B. energie-, arbeitsplatz-, wirtschafts-, umweltpolitische Ziele etc.) und welches Organisationsmodell dafür am besten geeignet ist.

Diese Ziele sind jedoch vor Beginn eines Konzessionsverfahrens von der Gemeindevertretung als demokratisch legitimiertem Entscheidungsgremium festzulegen. In der Entscheidungsfindung sind Prioritäten, mögliche Zielkonflikte, Chancen und Risiken der Modelle etc. abzuwägen.

Je umfassender die Vision der Gemeinde für ihre Energieversorgung ist, je mehr ihre Ziele und Strategien gesellschaftsrechtliche Einflussnahme erfordern und Teilhabe an der Wertschöpfung mit sich bringen, desto komplexer, anspruchsvoller und aufwändiger ist das Verfahren zur Umsetzung des Geschäftsmodells.

Im bisherigen Verfahren wurden diese Fragen nach den uns vorliegenden Unterlagen nicht ausreichend berücksichtigt.

5.2.2 Unklare Festlegungen der Gemeinde zum Verfahren

Im Beschluss der Gemeindevertretung Kleinmachnow vom 26.11.2010 wird ein bestimmender Einfluss der Gemeinde auf die Gestaltung der Strom- und Gasnetzgesellschaft angestrebt. Ebenso werden (einige wenige) Ziele genannt, wie »zusätzliche Erträge (entsprechend der Beteiligung) für den Erwerb der Netze (Refinanzierung) und weitere Aufgaben im kommunalen Interesse, wie den Aufbau einer eigenen Energieerzeugung auf der Grundlage alternativer oder regenerativer Energien als Beitrag zum Klimaschutz«.

Diese Zielbestimmung erfordert in jedem Fall eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung von Kleinmachnow an der oder den Netzgesellschaften.

Im bisherigen Verfahren wurden zwei unterschiedliche und nicht miteinander verbundene Bekanntmachungen und Interessenbekundungen durchgeführt:

- a) Bekanntmachung und Interessenbekundung zum Abschluss der Konzessionsverträge (Verfahren A)
- b) Bekanntmachung und Abgabe von indikativen Angeboten zur Beteiligung an einer Netzgesellschaft Strom resp. Gas (Verfahren B).

Unklar ist, was genau Ziel des Verfahrens B sein soll. Dem 2. Verfahrensbrief ist zu entnehmen, dass wohl in einer möglichst ergebnisoffenen Abfrage bei dem Interessenten geprüft werden sollte, welche Beteiligungsmodelle grundsätzlich in Betracht kämen. Erst dann will die Gemeinde entscheiden, ob sie ein Beteiligungsmodell oder den schlichten Abschluss neuer Konzessionsverträge anstrebt. Nach Ziffer 2.4 des 2. Verfahrensbriefs ist aber unklar, ob bei einer Entscheidung für ein bestimmtes Beteiligungsmodell das Verfahren B einfach fortgesetzt wird oder ob ein neues 3. Verfahren durchgeführt werden soll. Für letzteres spricht, dass in Ziffer 2.4 des 2. Verfahrensbriefs davon die Rede ist, dass nach der Entscheidung für die Umsetzung eines konkreten Beteiligungsmodells »dies erneut ordnungsgemäß veröffentlicht« werden sollte und »neue Interessenten« aufgefordert werden sollten, konkrete Angebote für das konkrete Beteiligungsmodell abzugeben.

Wenn dies so zu verstehen wäre, würde dies bedeuten, dass die im Verfahren B abgegebenen indikativen Angebote nur den Charakter einer Art Beratungsleistung für die Gemeinde hätten. Dies könnte möglicherweise der Grund dafür sein, dass E.ON edis im Schreiben vom 14.11.2011 die Abgabe eines indikativen Angebots im Verfahren B abgelehnt hat. In jedem Fall zeigt das Schreiben von E.ON edis, dass diese entweder aufgrund der missverständlichen Formulierung im 2. Verfahrensbrief oder aufgrund der unnötig komplexen Staffelung der Verfahren kein indikatives Angebot abgegeben hat und damit das Bewerberfeld in dieser Phase beschränkt wurde, obwohl E.ON edis im selben Schreiben grundsätzlich durchaus Interesse an einem Beteiligungsmodell signalisiert hat.

Der Hintergrund für die Staffelung diverser Verfahren, die zu erheblichen zeitlichen Verzögerungen führen, ergibt sich aus den uns vorliegenden Unterlagen nicht.

5.2.3 Gefahr des Auslaufens der Konzessionsverträge

Aufgrund der komplizierten, nicht aufeinander abgestimmten und im Ergebnis zu erheblichen Verzögerungen führenden Strukturierung der Verfahren sind die beiden bisherigen Konzessionsverträge bereits ausgelaufen.

Nach § 48 Abs. 4 EnWG endet ein Jahr nach dem Auslaufen der Konzessionsverträge der Anspruch der Gemeinde auf Zahlung der vertraglich vereinbarten Konzessionsabgabe. Die Gemeinde hätte daher ab Juli 2012 nur noch einen

Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff. BGB) auf Zahlung einer dem Wert der Nutzung entsprechenden Entschädigung für die Fortsetzung der Nutzung durch EMB und E.ON edis.

Die Kriterien zur Bestimmung der Höhe dieses Ausgleichsanspruchs sind in der juristischen Literatur umstritten. Es fehlt dazu eine klare Rechtsprechung. Folglich droht potenziell eine Auseinandersetzung mit den bisherigen Konzessionsnehmern über die Höhe der Konzessionsabgabe. Die Konzessionsnehmer könnten versuchen, zunächst die Fortsetzung der Zahlung aussetzen, bis dieser Streit geklärt ist. Damit würden dem Gemeindehaushalt Mittel in nicht unerheblicher Höhe entzogen werden.

5.2.4 Fehlende Bewertungskriterien

Besonders problematisch an der bisherigen Verfahrensweise ist jedoch, dass es an keiner Stelle klar formulierte Kriterien gibt, anhand derer die Gemeinde ihre Entscheidung ausrichten kann. Dies gilt sowohl für die grundsätzliche Entscheidung, ob nur Konzessionsverträge abgeschlossen werden sollen oder ein Beteiligungsmodell mit gleichzeitiger Vergabe neuer Konzessionsverträge umgesetzt werden soll.

Somit wurde das Verfahren B begonnen, ohne dass vorher klar war, nach welchen Kriterien die Gemeinde ihre Entscheidung für das eine oder das andere Umsetzungsmodell ausrichten sollte.

Aber auch innerhalb des Verfahrens B gibt es keine Kriterien für die Bewertung der eingegangenen Angebote. Die Bewerber konnten nahezu ohne Beschränkung jedes beliebige Beteiligungsmodell anbieten. Eigentlich hätte im 2. Verfahrensbrief den Bewerbern mitgeteilt werden müssen, welches die Kriterien für die Auswahl des einen oder anderen Beteiligungsmodells sind. Dazu findet sich im 2. Verfahrensbrief jedoch nichts.

Nach dem Beschluss des OVG Münster vom 10.02.2012 folgt aus dem in § 46 EnWG ausdrücklich normierten Diskriminierungsverbot, dass zu Beginn des Vergabeverfahrens die Kriterien für die Bewertung der Angebote festzuhalten und unverändert im gesamten Konzessionsvergabeverfahren einzuhalten sind. Dies gilt auch für die Gewichtung der Kriterien (OVG Münster, Beschl. v. 10.02.2012, 11 B 1187/11, BeckRS 2012, 47622; Hinweise der Niedersächsischen Landeskartellbehörde zur Durchführung eines wettbewerblichen Konzessionsvergabeverfahrens nach § 46 EnWG, März 2010, S. 4). Wenn gegen dieses Prinzip verstoßen wird, ist das Konzessionsvergabeverfahren insgesamt angreifbar. Ein entsprechender Verstoß kann sowohl von unterlegenen Bewerbern als auch von den zuständigen Kartellbehörden von Amts wegen geltend gemacht werden.

Im Gegensatz zu diesen zwingenden rechtlichen Vorgaben sieht der 2. Verfahrensbrief in Ziffer 1.4 sogar vor, dass die Gemeinde das Verfahren jederzeit ändern könne, ohne dass es dazu das Vorliegen eines wichtigen Grundes bedürfe. Wenn damit auch eine Änderung der (ohnehin nur intern und zudem in unzureichender Weise festgelegten »Zuschlagskriterien«) gemeint sein soll, wäre dies rechtswidrig.

Soweit im 2. Verfahrensbrief hervorgehoben wird, dass die Gemeinde Kleinmachnow »im weiteren Verfahren nur leistungsfähige, fachkundige und zuverlässige Bewerber berücksichtigen« werde (2. Verfahrensbrief, S. 4), ist das zwar grundsätzlich richtig, hilft aber nicht ernsthaft für die Auswahl von Bietern. Denn erfahrungsgemäß sind alle Bieter in einem Konzessionsverfahren ausreichend geeignet. Entscheidend sind deshalb nicht die Eignungskriterien, sondern die Bewertungskriterien (Zuschlagskriterien).

5.2.5 Sachliche Fehler in der Präsentation für die Gemeinde

In der Präsentation von R.S.V.P. für die Gemeinde zum Verfahren »Konzessionsvergabe oder Beteiligungsmodell?« (Entwurf vom 16.09.2010) finden sich eine Reihe sachlicher Fehler und Unklarheiten:

- Angabe eines Vertragsendes der Stromkonzession »am 31. Juni 2011« (S. 3): ein solches Datum gibt es kalendarisch nicht.
- Zuschlagskriterien sind z.B. »wirtschaftliche, finanzielle, technische und personelle Leistungsfähigkeit« etc. (S. 7): dies sind notwendige, aber nicht hinreichende Kriterien zur Feststellung der Eignung von Bietern, jedoch keine Zuschlagskriterien für die Bewertung der eingegangenen Angebote. Eine Auswahl auf der Grundlage dieser Eignungskriterien ist nicht möglich.
- »Sonderkündigungsrecht der Stadt Schmalkalden« (S. 10): es handelt sich um Kleinmachnow, nicht um Schmalkalden.
- »Vereinbarung der höchst zulässigen Konzessionsabgaben« als Chance des Konzessionsmodells (S. 10): auch dies ist kein Kriterium, da es bundesweit nach unserer Kenntnis kein Konzessionsvergabeverfahren gibt, in dem ein Bieter nicht die gesetzlich maximal zulässige Konzessionsabgabe zusichert. Es handelt sich für den Netzbetreiber um einen durchlaufenden und damit kostenneutralen Posten, da die Konzessionsabgabe von den Netzkunden gezahlt wird.

- »Gesonderte Bezugspreise für die Stadt (Grenze: § 3 Konzessionsabgabenverordnung – KAV)« (S. 10): in § 3 der Konzessionsabgabenverordnung (KAV) ist nicht von Bezugspreisen die Rede, sondern vom sog. Kommunalrabatt auf Netznutzungsentgelte. Bei einer Konzessionsvergabe nach § 46 EnWG geht es ausschließlich um die Vergabe von Wegerechten für den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes. Ein Rabatt kann daher auch nur auf Entgelte für die Nutzung des Netzes, nicht aber für die Lieferung von Energie gewährt werden. Nach §§ 6 ff. EnWG sind Netzbetrieb und Energielieferung strikt voneinander zu entflechten. Auch die in der Unterlage genannten »Abgabepreise« (S. 12) dürfen daher in einem Konzessionsvergabeverfahren keine Rolle spielen.

5.2.6 Nicht nachvollziehbare Angaben

Nicht nachvollziehbar sind für uns auch die folgenden Angaben. Allerdings räumen wir ein, dass Zahlenangaben von uns ohne Kenntnis der Planungsprämissen und Rechenwege der R.S.V.P. grundsätzlich nicht nachvollzogen werden können. Deshalb qualifizieren wir die nachfolgenden Punkte als »nicht nachvollziehbare Angaben«:

- In der Unterlage »Konzessionsvergabe oder Beteiligungsmodell?« (Entwurf vom 16.09.2010) verstehen wir nicht, warum in den »Einnahmen-Ausgaben-Rechnung – Beispiel Stromnetz« auf Seiten 15 und 17 die Fremdleistungen mit jeweils identischen 1.000 TEURO angesetzt werden. Im einen Fall hat die Netzgesellschaft 14 eigene Mitarbeiter (gegenüber 2 Mitarbeitern bei einer externen Betriebsführung) und damit offenbar eigene Wertschöpfung und somit geringere Fremdleistungen; zu erwarten gewesen wäre daher ein deutlicher Unterschied in der Höhe der Fremdleistungen.
- Im Betriebsführungsmodell (ebd., S. 16) wird angegeben »Gemeinde trägt wirtschaftliches Risiko allein«. Es ist jedoch geradezu das Wesen eines Betriebsführungsmodells, dass die Risiken des Netzbetriebs vom Betriebsführer getragen werden.
- Nicht nachvollziehbar ist für uns die Favorisierung des Pachtmodells (ebd., S. 23 sowie »Auswertung der Angebote zum Beteiligungsmodell – Entwurf, Stand: 16. Januar 2012). Eine Modellentscheidung setzt nach unserer Auffassung – wie oben dargestellt – eine vorherige Festlegung der Ziele und Entscheidungskriterien voraus. Daran fehlt es im bisherigen Verfahren.

5.2.7 Rechtlich problematische Empfehlungen

Als rechtlich problematisch sehen wir auch die beiden Empfehlungen an, dass die Interessenten die folgenden Kriterien erfüllen sollen:

- »Übernahme der Transaktions-, Beratungs- und Gründungskosten durch den potentiellen Beteiligungspartner« sowie
- »Sponsoring« (ebd., S. 26)

Die Forderung solcher Leistungen könnte gegen das Nebenleistungsverbot nach § 3 Abs. 2 Konzessionsabgabenverordnung (KAV) verstoßen. Danach darf sich die Gemeinde bei der Vergabe von Konzessionsverträgen nur die in § 3 Abs. 1 KAV genannten Leistungen vereinbaren. Alle anderen Leistungen fallen unter das Nebenleistungsverbot nach § 3 Abs. 2 KAV. Die nach § 3 Abs. 2 KAV erlaubten Leistungen des Konzessionsnehmers sind die Folgenden:

1. der sog. Kommunalrabatt von bis zu 10% auf die Netznutzungsentgelte für den kommunalen Eigenverbrauch,
2. die Vergütung notwendiger Kosten im Zusammenhang mit Bauarbeiten an öffentlichen Verkehrswegen und
3. die Erhebung von Verwaltungskostenbeiträgen für Leistungen der Kommune für den Netzbetreiber.
4. Unschädlich ist auch eine Unterstützung bei der Aufstellung kommunaler Energiekonzepte oder für Maßnahmen, die dem rationellen und sparsamen sowie ressourcenschonenden Umgang dienen (soweit sie nicht im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Konzessionsverträgen stehen).

Diese Aufzählung ist abschließend. Alle darüber hinausgehenden Leistungen sind verboten (daher »Nebenleistungsverbot«). Die Kartellbehörden gehen davon aus, dass bei einer asymmetrischen Verteilung der Risiken und Kosten der Partner bei gesellschaftsrechtlicher Beteiligung der Kommune gegen dieses Nebenleistungsverbot verstoßen wird.

Es ist deshalb denkbar, dass die Kartellbehörden bei einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung Kleinmachnow von der Gemeinde fordern werden, dass diese sich am unternehmerischen Risiko in der Höhe des Geschäftsanteils beteiligt und insofern Transaktions-, Beratungs- und Gründungskosten auch anteilig mittragen muss und nicht vollständig auf den erfolgreichen Bieter überwälzen kann.

Unklar ist allerdings, wieso dann im 2. Verfahrensbrief von den Bietern verlangt wird, dass sie ein Konzept vorlegen, »wie sich sämtliche Transaktions-, Beratungs- und Gründungskosten der Gemeinde Kleinmachnow über die Ausschüttungen aus dem/den gemeinsamen Unternehmen refinanzieren könnten« (S. 10). Dies könnte so verstanden werden, dass die Kosten doch wieder von beiden Partnern als Gesellschaftern des gemeinsamen Unternehmens getragen und nur über die Ausschüttungen refinanziert werden sollen.

In der Ergänzung zum 2. Verfahrensbrief vom 17.11.2011 werden die zu refinanzierenden Transaktions-, Beratungs- und Gründungskosten auf ca. 5% des gesamten Transaktionsvolumens belaufen werden. Die Kosten des Netzerwerbs inkl. Kosten der Netztrennung und Netzeinbindung wurden von R.S.V.P. für das Stromnetz mit ca. 13,9 Mio. Euro angegeben, mithin würden sich die o.g. Kosten auf ca. 700 TEuro belaufen – allein für das Stromversorgungsnetz.

5.2.8 Zusammenfassende Bewertung

Zusammenfassend ist unserer Auffassung nach im bisherigen Verfahrensgang insbesondere problematisch:

- das lang dauernde und zeitintensive bisherige Vorgehen mit zwei parallel laufenden Verfahren A und Verfahren B, deren Verhältnis zueinander unklar ist und dem möglicherweise sogar noch ein drittes Verfahren nachfolgen soll;
- das Ausscheiden von E.ON edis als Wettbewerber aus dem Verfahren B;
- das Auslaufen der Konzessionsverträge bereits im Juli 2011, weshalb Kleinmachnow nach Auslaufen der einjährigen Verpflichtung zur Zahlung einer nachvertraglichen Konzessionsabgabe ein Jahr nach beendetem Konzessionsvertrag (BGH Az. KZR 10/00 vom 03.07.2001) ab Juli 2012 keinen Rechtsanspruch mehr auf Zahlung der Konzessionsabgabe in der vereinbarten Höhe hat;
- das Fehlen eines Zielkatalogs, den die Gemeinde mit Hilfe der Beteiligung umsetzen will;
- die fehlende Festlegung von Bewertungskriterien und deren Gewichtung zu Beginn des Verfahrens;
- teilweise unzutreffende und für uns nicht nachvollziehbare Annahmen in den bisherigen Verfahrensunterlagen.

6 Unser Lösungsvorschlag

6.1 Chancen und Risiken für verschiedene Handlungsmöglichkeiten im weiteren Verfahrensverlauf

Kleinmachnow braucht eine Lösung für folgende Sachverhalte:

- Behebung der durch die unnötige und zeitraubende Staffelung der Verfahren hervorgerufenen Defizite
- Sicherung der Konzessionsabgabe in der vereinbarten Höhe über den Juli 2012 hinaus (ca. 562 TEURO p.a., Stand 2009, gem. Ergänzung zum 2. Verfahrensbrief vom 17.11.2011)
- Festlegung der Ziele, die Kleinmachnow mit den neuen Wegenutzungsverträgen sowie der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung erreichen will und Ableitung von Bewertungs- und Zuschlagskriterien daraus
- Gestaltung der künftigen Beteiligung Kleinmachnows an der Netzgesellschaft sowie ggf. weiterer Wertschöpfung
- Gewährleistung eines diskriminierungsfreien, transparenten und rechtssicheren Verfahrens.

Die unterschiedlichen Handlungsoptionen, ihre Konsequenzen und ihre Bewertung zeigt die nachfolgende tabellarische Übersicht:

Unterschiedliche Handlungsoptionen für Kleinmachnow	Daraus ergibt sich jeweils...			Bewertung der Optionen zur Problemlösung
	für Verfahren A	für Verfahren B	als Konsequenz	
Weiterführung Verfahren A und B	Weiterführung	Weiterführung	Keine Lösung der zentralen Probleme	Option ist ungeeignet
Stopp Verfahren A und Stopp Verfahren B	Beendigung	Beendigung	Kein Verfahren, vertragsloser Zustand, kein Anspruch auf Konzessionsabgabe in der vereinbarten Höhe	Option ist ungeeignet
Stopp Verfahren A, Weiterführung B	Beendigung	Weiterführung	Das Verfahren A (Konzessionierung) ist Grundlage aller Organisationsmodelle und daher <u>nicht</u> zu beenden	Option ist ungeeignet
Stopp Verfahren B, Weiterführung A	Weiterführung	Beendigung	Das Verfahren B in der jetzigen Form ist mit dem Verfahren A nicht verbunden, befolgt keine Ziele und verkompliziert die Lösung des Problems der Konzessionsabgabe. Es sollte daher gestoppt und zu einem späteren Zeitpunkt neu gestartet werden.	Option ist geeignet

6.2 Handlungsempfehlungen für die Gemeinde Kleinmachnow zum weiteren Vorgehen

Zusammenfassend empfehlen wir nach Vergleich der unterschiedlichen Handlungsoptionen und ihrer jeweiligen Eignung zur Lösung der mit dem bisherigen Verfahren aufgeworfenen Fragen der Gemeinde Kleinmachnow das Folgende:

- Das Verfahren B (Prüfung von Beteiligungsmodellen) wird aufgehoben;
- Das Verfahren A (Konzessionierung) wird schnellstmöglich fortgesetzt mit dem Ziel, mit den beiden einzigen Bietern E.ON edis und EMB – die gleichzeitig die Altkonzessionäre sind – jeweils einen neuen Wegenutzungsvertrag abzuschließen, optimales Verhandlungsergebnis wäre eine Laufzeit bis zum 01.01.2015.
- In der Gemeindevertretung werden die mit der gewünschten Beteiligung Kleinmachnows verbundenen Ziele diskutiert und entschieden; ebenso werden das vorrangig umzusetzende Modell (Abschluss neuer

Konzessionsverträge für die Zeit ab 01.01.2015 oder Ausschreibung eines konkret festgelegten Beteiligungsmodells) und die Bewertungskriterien festgelegt.

- In Einklang mit den Vorschriften des § 46 Abs. 3 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) wird bis spätestens 01.01.2013 das Auslaufen der bis 01.01.2015 neu abgeschlossenen Wegenutzungsverträge bekannt gemacht.
- Sollte die Gemeinde entscheiden, ab 01.01.2015 ein konkretes Beteiligungsmodell auszuschreiben, sollte dieses Verfahren mit der Bekanntmachung zum Auslaufen der Wegenutzungsverträge zum 01.01.2015 gestartet werden. Dazu sollte mit der Bearbeitung der entsprechenden Verfahrensdokumente einschließlich der Verträge für die Umsetzung des Beteiligungsmodells nach dem entsprechenden Beschluss der Gemeindevertretung unverzüglich begonnen werden, spätestens im 2. Quartal 2012.

Die Vorteile unseres Lösungsvorschlags liegen insbesondere in Folgendem:

- Es wird eine Situation vermieden, in der Kleinmachnow nach dem 01.07. bzw. 03.07.2012 keinen Anspruch mehr auf Zahlung der bisherigen Konzessionsabgabe hat
- Der Gemeinde wird unabhängig von dem durch das Auslaufen des Konzessionsabgabeanspruchs bestehenden Zeitdrucks ermöglicht, die von ihr energiepolitisch verfolgten Ziele neu zu diskutieren und auf der Grundlage einer gründlichen Analyse festzulegen.
- Auf der Grundlage der Zielfestlegung kann dann entschieden werden, welches konkrete Modell (Fortsetzung der Konzessionsverträge oder Beteiligungsmodell, und bei Entscheidung für ein Beteiligungsmodell: Festlegung des konkreten Beteiligungsmodells) umgesetzt werden soll.
- Das sich anschließende Verfahren kann rechtssicher und zügig bei sorgfältiger Vorbereitung durchgeführt werden.
- Die bisherigen Konzessionsverträge können – soweit die Zeit bis Anfang Juli 2012 es noch zulässt und unter Berücksichtigung der eingeschränkten Wettbewerbssituation – versucht werden nachzuverhandeln und damit Verbesserungen für die Gemeinde zu erzielen.

Die **Nachteile** unseres Lösungsvorschlags liegen in Folgendem:

- Eine Beteiligung Kleinmachnows am Strom- und Gasnetz ist bei entsprechendem Verhandlungsergebnis gem. obigem Vorschlag erst nach dem 01.01.2015 möglich; dies ist jedoch der zeitlichen Verzögerung im bisherigen Verfahren geschuldet und im jetzigen Verfahrensstand unvermeidbar.
- Es müssen Ziele und Organisationsmodelle diskutiert und festgelegt werden und auf dieser Basis das Verfahren B neu gestartet werden, dies ist mit weiterem Aufwand an Zeit und Kosten verbunden. Grundsätzlich gilt: Je komplexer die Organisationsmodelle sind, desto höher sind Kosten und Risiken für die Gemeinde – aber auch die Chancen und die Möglichkeiten der kommunalen Einflussnahme und der Teilhabe an der Wertschöpfung; dies erfordert einen Diskussions- und Abwägungsprozess in der Gemeindevertretung.
- Für den Neuabschluss von relativ kurzfristigen Konzessionsverträgen für die Zeit ab Anfang Juli 2012 steht nur wenig Zeit zur Verfügung und E.ON edis und EMB sind die einzigen Bieter, was den Verhandlungsspielraum ihnen gegenüber erheblich einschränkt.

6.3 Gegenstand von Verhandlungen über den Abschluss kurzfristiger Konzessionsverträge ab Juli 2012

Sofern die Gemeinde unseren Handlungsempfehlungen folgt und zunächst den Abschluss neuer Konzessionsverträge für die Zeit bis 01.01.2015 anstrebt, sollten folgende Grundsätze berücksichtigt werden:

Die Konzessionsverträge (Wegenutzungsverträge) bilden die Grundlage des Netzbetriebs und legen die Rechte und Pflichten der Vertragspartner fest. Konzessionsverträge werden i.d.R. über eine Laufzeit von 20 Jahren abgeschlossen, zunehmend mit Sonderkündigungsrechten für die Kommune während der Laufzeit. Selbstverständlich können auch kürzere Laufzeiten vereinbart werden, die Vertragspartner sind hierin grundsätzlich frei. Eine Laufzeit nur bis 01.01.2015 muss folglich mit E.ON edis und EMB verhandelt werden.

In Konzessionsverträgen zu regelnde Sachverhalte sind im Wesentlichen:

Wesentliche Inhalte eines Konzessionsvertrages	Beispiele (illustrativ, nicht erschöpfend)
Präambel	Ziele der Energieversorgung
Konzessionsgebiet	Beschreibung, ggf. mit Kartenmaterial
Pflichten der Netzgesellschaft	Erforderliche behördliche Genehmigungen, Netzbetrieb gem. Stand der Technik, Verpflichtung auf innovative Technologien
Informationspflichten der Netzgesellschaft	Pflicht zur unentgeltlichen Datenlieferung an die Kommune, insbesondere in Verbindung mit Endchaftsregelungen, Zugang zum Bestandskartenwerk etc.
Abstimmung von Bauarbeiten	Gegenseitige Unterrichtung bezügl. Baumaßnahmen in öffentlichen Verkehrsräumen, Antragspflichten und Fristen des Konzessionärs, Verkehrssicherungs- und Abnahmepflicht
Veränderung von Versorgungsanlagen	Regelung der Kostentragungspflicht bei Veranlassung durch den Konzessionsnehmer, die Kommune oder Dritte
Konzessionsabgabe	Festlegung der Höhe und der Zahlungstermine (Abschläge)
Kommunalrabatt	Gewährung von bis zu 10% Rabatt auf die NSp-Netznutzungsentgelte für kommunale Einrichtungen und Eigenbetriebe
Laufzeit	In der Regel 20 Jahre, zunehmend kürzer, ggf. mit Sonderkündigungsrecht bei Rekommunalisierung des Netzes
Endchaftsbestimmungen	Verpflichtung zur Übertragung, Entflechtungskonzept, Datenlieferung und Zeitpunkt der Datenlieferung, Kaufpreisbestimmung, Schiedsklausel
Sonstiges	Übertragung auf Dritte, salvatorische Klausel, Gremienvorbehalt

Grundsätzlich ist eine wesentliche Beschränkung gegeben durch das oben geschilderte Nebenleistungsverbot nach der Konzessionsabgabenverordnung (KAV).

Insbesondere hinsichtlich kommunaler Energiekonzepte lassen sich aber eine Reihe zulässiger Nebenleistungen vereinbaren, z.B. Unterstützung bei der Konzeptentwicklung für eine dezentrale Erzeugung im Gemeindegebiet, Bereitschaft zum Einsatz neuer, energiesparender Techniken, Steigerung der Netz- und Energieeffizienz etc. Auch bei den Folgekostenregelungen könnte sich Verbesserungspotential ergeben.

Die Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit und die fehlende Wettbewerbssituation um die Konzessionsverträge könnte möglicherweise auch dazu führen, dass sich deutliche Verbesserungen in den Vertragskonditionen erst mit dem Abschluss neuer Konzessionsverträge nach dem 01.01.2015 erzielen lassen.