



STÄDTETAG  
BADEN-WÜRTTEMBERG

---

Städtetag Baden-Württemberg · Postfach 10 43 61 · 70038 Stuttgart

## Mitgliedstädte

Geschäftsführendes  
Vorstandsmitglied

### Themenbereiche:

- **Mitteilungen an Oberbürgermeister/-innen und Bürgermeister/-innen der Mitgliedstädte**
- **Finanzen und Steuern**
- **Ver- und Entsorgung, Stadtwerke, Verkehr**

### nachrichtlich:

Per E-Mail:

**Ausschuss für Umwelt, Verkehr, Ver- und Entsorgung**

18.01.2012 - Az: 811.25, 800.27 - R 19554/2012 - Sp/Be - Bearbeiter: Rainer Specht  
Telefon: 0711 22921-24 - E-Mail: rainer.specht@staedtetag-bw.de

## **Einbeziehung der Städte und Gemeinden bei der Energiewende hier: 'Finales' Positionspapier der Landeskartellbehörde zur Konzessionsvergabe**

Sehr geehrte Damen und Herren,

die dem Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft zugeordnete Landeskartellbehörde Energie (EKartB) hatte dem Städtetag sowie dem Gemeindetag Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf eines „Positionspapiers Konzessionsvergabe“ gegeben (Entwurfssfassung vgl. unser Rundschreiben R 18745/2011 vom 8. August 2011).

Dieses Positionspapier der EKartB klammerte wichtige kommunale Themen aus, deshalb haben der Städtetag und der Gemeindetag in einem gemeinsamen Schreiben an Minister Untersteller MdL sehr ausführlich Stellung bezogen und weitere kommunalrelevante Themen zur Thematik Umsetzung und Einbeziehung der Städte und Gemeinden bei der Energiewende mit aufgenommen (Stellungnahme und Schreiben an den Minister haben wir mit unserem Rundschreiben R 19093/2011 vom 20. Oktober 2011 zur Verfügung gestellt).

### **„Finale“ Fassung des Positionspapiers zur Konzessionsvergabe durch die Landeskartellbehörde**

Ohne das von den beiden Kommunalen Landesverbänden gewünschte Gespräch mit dem Minister abzuwarten hat die EKartB am 5. Dezember 2011 eine „finale Fassung“ des Positionspapiers Konzessionsvergabe veröffentlicht (Anlagen 1 und 2).

Telefon 0711 22921-0  
Telefax 0711 22921-42 oder -27  
E-Mail post@staedtetag-bw.de  
Internet www.staedtetag-bw.de  
Hausadresse: Königstraße 2,  
70173 Stuttgart

Vor einer Weitergabe an unsere Mitgliedstädte wollten wir zunächst das Gespräch mit Ministerialdirektor Meinel vom UM am 17. Januar 2012 zu verschiedenen Themen im Rahmen der Energiewende abwarten. Dabei wurde von den KLV die Vorgehensweise zum Positionspapier Konzessionsvergabe moniert.

Der Ministerialdirektor hat zugesagt, dass in einem weiteren Gespräch mit den KLV ausgelotet werden soll, ob sich zur Fassung des Positionspapiers Konzessionsvergabe mit Stand 12/2011 mit Blick auf die Energiewende Spielräume finden lassen.

**Folgende Wertung haben Gemeindetag und Städtetag zur von der EKartB veröffentlichten Fassung vorgenommen:**

*„Mit Schreiben vom 1. August 2011 hat die Landeskartellbehörde Energie Baden-Württemberg beim Ministerium für Umwelt, Klima – und Energiewirtschaft einen Konsultationsprozess für ein "Positionspapier Konzessionsvergabe" eingeleitet. Ziel dieses Papiers sollte nach dem Willen der Landeskartellbehörde Energie einerseits sein, die bestehenden kartell- und energiewirtschaftsrechtlichen Anforderungen für die derzeit in Baden-Württemberg beim Wettbewerb um auslaufenden Wegerechtskonzessionen oftmals angebotenen Beteiligungsmodelle für Kommunen an Netzbetriebsgesellschaften bzw. an vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen zu konkretisieren. Andererseits sollten darin die damit verbundenen materiellen Anforderungen für eine rechtssichere Vereinbarung zur Begründung einer solchen Beteiligung dargestellt werden. Aufgrund der mit der Vergabe von Wegerechtskonzessionen auch nach der erneuten Novellierung des § 46 EnWG weiterhin verbundenen offenen Rechtsfragen wäre auch von kommunaler Seite ein solches Vorhaben zu begrüßen gewesen.*

*In der dazu erfolgten gemeinsamen Stellungnahme des Gemeindetags und des Städtetags Baden-Württemberg musste jedoch zusammenfassend festgestellt werden, dass entgegen dem seitens der Landeskartellbehörde Energie selbst formulierten Anspruch durch die Herausgabe eines Positionspapiers mehr Rechtssicherheit bei der Konzessionsvergabe schaffen zu wollen, das Gegenteil für jegliche Form der Konzessionsvergabe eintritt und die dabei den Gemeinden durch den Gesetzgeber zugestandene Entscheidungskompetenz zusätzlich gravierend beschnitten werden würde.*

*Folgerichtig forderten beide Kommunalverbände in ihrer gemeinsamen Stellungnahme gegenüber der Landeskartellbehörde Energie eine grundlegende Überarbeitung des vorgelegten Entwurfs. Zugleich wurde wegen der ressortübergreifenden Bedeutung des Entwurfs die Stellungnahme neben dem zuständigen Umweltminister auch dem Innenminister und dem Finanzminister übersandt und um entsprechende Unterstützung für die kommunalen Positionen gebeten.*

*Mit Schreiben vom 5. Dezember 2011 hat nunmehr die Landeskartellbehörde Energie Baden-Württemberg das „Positionspapier zur Beteiligung von Gemeinden an Gemeinschaftsunternehmen mit Energieversorgungsunternehmen sowie zu Pachtmodellen im Zusammenhang von wegerechtsbezogenen Konzessionsvergabe im Strom- und Gassektor“ in einer überarbeiteten finalen Fassung mit Stand 12/2011 an alle Strom- und Gasnetzbetreiber in Baden-Württemberg, die Kommunalen Landesverbände, die Verbände der Versorgungswirtschaft im Land sowie nachrichtlich an das Innenministerium und das Staatsministerium Baden-Württemberg sowie an die Kartellbehörden des Bundes und der Länder herausgegeben, ohne vorher auf die Stellungnahme der Kommunalen Landesverbände einzugehen.*

*Entgegen der Bezeichnung, wonach sich das Positionspapier auf die Beteiligung von Gemeinden an Gemeinschaftsunternehmen mit Energieversorgungsunternehmen sowie auf Pachtmodelle im Zusammenhang mit wegerechtsbezogenen Konzessionsvergaben im Strom- und Gassektor bezieht, beinhaltet das Papier darüber hinaus auch generelle Festlegungen der Landeskartellbehörde zum Verfahren, die nach ihrer Auffassung grundsätz-*

lich bei jeder Form der Konzessionsvergabe im Energiesektor und nicht nur bei sogenannten Beteiligungsmodellen zu beachten seien (Teil B, II, Ziff. 1. – 4.).

Zusammenfassend ist auf folgende wesentliche Punkte hinzuweisen:

- Die Übertragung des Anwendungsbereichs des Positionspapiers auf den Wassersektor wurde entsprechend den Forderungen der Kommunalen Landesverbände ersatzlos gestrichen.
- Kommunalverfassungsrechtliche sowie kommunal- und steuerrechtliche Aspekte und damit zusammenhängende Bedingungen für die Konzessionsvergabe finden im Positionspapier keine Beachtung.
- Aufgrund der energiewirtschaftlichen Vorgaben (zeitliche Phase: Bekanntmachung) ist die Gemeinde verpflichtet, die Ziele des EnWG nach § 1 EnWG im Rahmen eines Verfahrens nach § 46 EnWG zu verwirklichen, also für eine sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Energieversorgung zu sorgen und (hierzu) einen Wettbewerb um die Netze zu eröffnen - Vorfestlegungen und auch die Orientierung an finanziellen Vorteilen der Kommune stehen dem entgegen.
- Die kartellrechtlichen Vorgaben wirken sich zunächst dahingehend aus, dass im Vorfeld der Konzessionsvergabe keine Abrede getroffen werden darf, die eine spätere, wettbewerbliche Konzessionsentscheidung von vornherein ausschließt oder verfälscht und damit den Wettbewerb um Netze verschließt.
- In der Phase der Entscheidungsfindung muss nach Auffassung der Landeskartellbehörde Energie auf Basis der zuvor aufgestellten, zulässigen Kriterien entschieden werden.
- Hat eine Kommune vorab ein Verhandlungsergebnis über eine Gestaltung mit einem Konzessionsbewerber erzielt, so ist dieses transparent zu machen (aber im Folgenden nicht fortlaufend und detailliert zu aktualisieren), so dass aktuelle oder potenzielle Mitbewerber gleiche Chancen haben.
- Als unzulässig werden Pachtmodelle erklärt, wenn die Gemeinde trotz sachkundiger Bewerber ohne ein schlüssiges Gesamtkonzept für ein Pachtmodell die Wegerechte an sich selbst vergibt und hiernach einen Pächter sucht.
- (Vor-)Verhandlungen über Gemeinschaftsunternehmen und Pachtmodelle sowie Vorbereitungen dazu dürfen nicht bis zu einem Grad geführt werden, bei dem sich die Gemeinde bereits vor der Entscheidung über die Konzessionsvergabe festgelegt hat oder diesen Anschein erweckt .U.a. soll z.B. ein erheblicher finanzieller Einsatz und/oder sachlicher Mittel eine faktische Vorfestlegung erzeugen können.
- Nicht mehr im Papier enthalten ist, wie von den Kommunalverbänden kritisiert und gefordert, die Forderung, wonach wegen möglicher Vorfestlegungen aufgrund persönlicher Verflechtungen Doppelmandate bei Energieversorgungsunternehmen bzw. Netzbetreiber und im gemeindlichen Entscheidungskörper entweder auszuschließen sind oder die betroffenen Mandate ruhen müssen. Stattdessen wird nunmehr auf die allgemeinen Prinzipien der Unbefangenheit mit dem Hinweis auf § 20 Verwaltungsverfahrensgesetz abgestellt. Dessen generelle Anwendbarkeit wird jedoch nicht begründet und ist in Zweifel zu ziehen.  
Des Weiteren wird auf einen sich möglicherweise in Bezug auf die bei der Wegerechtsvergabe herrschende Bindung der Gemeinde an energiewirtschaftliche Zielsetzungen ergebenden Interessenskonflikt hingewiesen.
- Bei den Renditeversprechen im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen wurde auf eine reine Vor-Steuer-Renditen-Betrachtung umgestellt. Im Ergebnis soll eine garantierte Mindestrendite zu Gunsten nicht-unternehmerisch tätiger, kommunaler Gesellschafter von Gemeinschaftsunternehmen möglich sein, soweit sie unterhalb oder im

*Bereich der langfristigen Renditen für festverzinsliche Wertpapiere inländischer Emittenten liegt, also derzeit bei 3,8% bzw. - inkl. aller kartellrechtlichen Sicherheitszuschläge - bei 5,55% Rendite auf das eingesetzte Eigenkapital vor Steuern. Eine darüber hinaus gehende, vom unternehmerischen Erfolg des Gemeinschaftsunternehmens abhängige, höhere Verzinsung ist möglich, allerdings muss als Kompensation der Mindestverzinsung auch nach oben hin eine Begrenzung erfolgen und die tatsächliche Ausschüttung Unterschiede zu den unternehmerisch tätigen Gesellschaftern zeigen.*

- *Pachtmodelle werden prozessual (Begründungsnotwendigkeit) und materiell strenger geregelt, hier sind Renditen für den Verpächter - bezogen auf den Netzkaufpreis - von 5,55% (eiserne Pacht) bzw. 6% (Verpächter trägt Risiko der Verschlechterung des Netzes) absolute Obergrenzen für eine rechtssichere Vereinbarung.*

*Die Landeskartellbehörde Energie will nunmehr die von ihr in ihrem Positionspapier formulierten Maßstäbe als Grundlage für die Ausübung ihres Aufgreifermessens in Bezug auf die Prüfung und u. U. mögliche Beanstandung von danach nicht rechtskonformen Konzessionsvergaben im Strom- und Gasbereich nehmen.*

*Auch wenn aufgrund der eingegangenen Stellungnahmen der ursprüngliche Entwurf des nunmehr herausgegebenen Positionspapiers zur Konzessionsvergabe in großen Teilen nochmals überarbeitet wurde, wird dieses dem von der Landeskartellbehörde Energie vorstehend dargestellten selbst formulierten Anspruch dadurch mehr Rechtssicherheit für die Kommunen bei der Konzessionsvergabe und bei damit verbundenen Beteiligungsmodellen zu schaffen aus kommunaler Sicht nicht gerecht.*

*Nicht nur weil ein Szenario von nach Auffassung der Landeskartellbehörde Energie mit der Konzessionsvergabe und der Bildung von Gemeinschaftsunternehmen im Energiebereich einhergehenden immanenten Gefahren in Bezug auf den Verfahrensablauf (prozessual) als auch den Inhalt der Konzessionsvergabe (materiell) vorgezeichnet wird, sondern weil die darauf aufbauenden Handlungsempfehlungen der Landeskartellbehörde Energie für die Praxis mehr Fragen für die Durchführung eines rechtssicheren Verfahrens aufwerfen als Antworten geben.*

*Hierzu trägt u. a. auch die große Zahl der im Positionspapier enthaltenen auslegungsbedürftiger Begrifflichkeiten und Bedingungen bei. Wann liegt beispielsweise eine „faktische“ Vorfestlegung durch einen „erheblichen“ finanziellen oder personellen Einsatz vor? Was ist ein „schlüssiges“ Konzept usw.?*

*Nicht schlüssig dargelegt wird auch weiterhin, welche rechtlichen Grundlagen die Landeskartellbehörde Energie zum Eingriff in die zweifelsfrei bestehenden Entscheidungskompetenzen der Gemeinden bei der Konzessionsvergabe berechtigen. Allein kartell- und wettbewerbsrechtliche Aspekte können in letzter Konsequenz dazu führen, dass die vom Gesetzgeber in § 46 Abs. 3 EnWG formulierten und 2011 erneut novellierten Vorgaben für die Konzessionsvergabe nahezu obsolet werden. Auch ist nicht ersichtlich, dass im Rahmen des Positionspapiers eine Güterabwägung hinsichtlich des kommunalen Eigentumsrechts in Bezug auf die Nutzung öffentlicher Verkehrsflächen durch Energieversorgungsunternehmen und des verfassungsrechtlich garantierten Rechts auf gemeindliche Selbstverwaltung bei der Entscheidung über die Konzessionsvergabe als Ausfluss von Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 28 Abs. 2 GG stattgefunden hat.*

*Unabhängig davon ist nicht erkennbar, wie in der Praxis auf der Grundlage des Positionspapiers überhaupt noch rechtssichere Verfahren und Entscheidungen bei der Konzessionsvergabe durch Städte und Gemeinden durchgeführt und erfolgen können. Es ist eher zu befürchten, dass infolge des Positionspapiers Kartellrechts- und Gerichtsverfahren in Bezug auf Konzessionsvergabeentscheidungen seitens unterlegener Mitbewerber deutlich zunehmen werden. Die ansonsten von der Politik gerade in Zeiten der Energiewende ein-*

geforderte aktive Rolle der Kommunen bei der Sicherstellung der Energieversorgung wird dadurch nahezu auf eine Zuschauerrolle reduziert.

*Bereits zu Beginn des Jahres 2011 hat das Bundeskartellamt in einer Anhörung vor dem Ausschuss für Wirtschaft und Technologie des Bundestags den Wettbewerb um Netze in der heutigen Form als Anachronismus bezeichnet.<sup>1</sup> Mit Hinweis auf die Regulierung der Netze kommt das Bundeskartellamt dabei zur Feststellung, dass es bei dem dabei noch für die Wettbewerber um Netze verbleibenden Spielraum keine tauglichen legalen Differenzierungskriterien der „Wettbewerber“ mehr gäbe.*

*Diesbezüglich sorgt das vorliegende Positionspapier der Landeskartellbehörde Energie leider für keinen weiteren Erkenntnisgewinn. Inwieweit sich dessen Bestimmungen in der Praxis bewähren, bleibt demnach abzuwarten.*

*Die Landeskartellbehörde Energie untermauert diese Einschätzung selbst, wenn sie in kartellrechtlicher Hinsicht bei der Konzessionsvergabe zugunsten der Kommunen zwar das Prinzip der „Selbstveranlagung“ anerkennt, aber dennoch am Schluss des Positionspapiers empfiehlt, in Zweifelsfällen zu überlegen, ob nicht frühzeitig konkrete Fragestellungen mit der Landeskartellbehörde Energie vorab besprochen werden.“*

Mit freundlichen Grüßen

gez.  
Prof. Stefan Gläser  
Oberbürgermeister a. D.

Anlagen:

- Anlage 1: Schreiben EKartB vom 05.12.2011
- Anlage 2: Finale Fassung des Positionspapiers Konzessionsvergabe vom 05.12.2011
- Anlage 3: Weiteres Schreiben der EKartB vom 16.12.2011 „Konzessionswettbewerb – Zulässige Auswahlkriterien u.a.“

---

<sup>1</sup> Vgl. Stellungnahme der Bundesnetzagentur im Ausschuss für Wirtschaft und Technologie des Deutschen Bundestages, Ausschussdrucksache 17(9)382, 21.01.2011, S. 6f.