Konzessionsverfahren Strom und Gas der Stadt Burgdorf

Burgdorf, 01.09.2020

© BECKER BÜTTNER HELD
Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater · PartGmbB

Vorstellung der Sozietät BBH

BBH / BBHC

Becker Büttner Held gibt es seit 1991. Als Partnerschaft von Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern sind wir die führende Kanzlei für die Energie- und Infrastrukturwirtschaft. Die Beratungsleistung der Sozietät wird durch die Beratung der Becker Büttner Held Consulting AG (BBHC) ergänzt.

Unsere Mandanten

Zu unseren über 3.000 Mandanten zählen insbesondere mehrere hundert Städte und Gemeinden sowie mehr als 400 kommunale Energieversorger, Verkehrs- und Infrastrukturunternehmen, die Europäische Kommission, die Bundesregierung, öffentliche Körperschaften bis hin zu den Bundesländern, Industrieunternehmen, Projektierer und Betreiber von Kraftwerken, Flughäfen, mittelständischen Unternehmen, Investoren und viele mehr.

Unser Beratungsansatz

Wir setzen auf mandantenorientierte, interdisziplinäre Zusammenarbeit von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Ingenieuren, bei der es nicht um isolierte Rechtsfragen geht, sondern um die dahinter liegenden wirtschaftlichen Sachverhalte und die Schaffung langfristiger, qualitativ hochwertiger Lösungen.

Aus der Praxis für die Praxis

BBH ist mit rund 250 Berufsträgern (Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Ingenieure, Techniker) und insgesamt rund 550 Mitarbeitern mit Büros in Berlin, Brüssel, Erfurt, Hamburg, Köln, München und Stuttgart aktiv.

© BECKER BÜTTNER HELD
Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater · PartGmbB

Sebastian Blumenthal-Barby, LL.M.

Herr Blumenthal-Barby befasst sich projektleitend mit der Begleitung von Konzessionierungsverfahren und der vertraglichen Umsetzung von Transaktionen (Netzübernahmen, Umstrukturierungen, Entflechtung, Kooperationen).

- Geboren 1972 in Rostock
- 1991 bis 1997 Studium der Rechtswissenschaften in Berlin und Göttingen
- 1998 LL.M. an der University of Stellenbosch, Südafrika
- 1999 bis 2001 Referendariat in Berlin und Brisbane, Australien
- Seit 2001 Rechtsanwalt bei BBH Berlin
- 2006 bis 2007 Rechtsanwalt bei BBH Köln

Rechtsanwalt · LL.M. (Stellenbosch) · Partner Counsel

10179 Berlin ▪ Magazinstr. 15-16 ▪ Tel +49 (0)30 611 28 40-981 ▪ sebastian.blumenthal-barby@bbh-online.de

© BECKER BÜTTNER HELD
Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater · PartGmbB

Agenda

1. **Konzessionsvertragliche Ausgangslage in der Stadt Burgdorf**
2. Aktueller Rechtsrahmen Konzessionsverfahren Strom/Gas
3. Ablauf der Konzessionsverfahren Strom und Gas der Stadt Burgdorf
4. Aktueller Rechtsrahmen Konzessionsverfahren Wasser
5. Ablauf des Konzessionsverfahrens Wasser der Stadt Burgdorf

© BECKER BÜTTNER HELD
Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater · PartGmbB

Ausgangslage Stadt Burgdorf

- **Strom/Gas**
  - **Auslaufen:** 31.12.2020
  - **Konzessionsgebiet:** Stadt Burgdorf
  - **Altkonzessionärin**: Stadtwerke Burgdorf Netz GmbH
  - **Netzbetreiberin:** Stadtwerke Burgdorf Netz GmbH
- **Wasser**
  - **Auslaufen:** 31.12.2020
  - **Konzessionsgebiet:** Kernstadt Burgdorf sowie die Ortsteile Heeßel und Hülptingsen
  - **Altkonzessionärin**: Stadtwerke Burgdorf GmbH
  - **Versorgerin:** Stadtwerke Burgdorf GmbH

© BECKER BÜTTNER HELD
Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater · PartGmbB

Interessenkollision / Neutralität (1)

Häufiges Thema bei Bewerbung von kommunalen Stadtwerken, Eigen- und Regiebetrieben sowie Beteiligungsgesellschaften im Gebiet der beteiligten Kommune

- **BGH, Urt. v. 17.12.2013** (KZR 65/12), **Beschl. v. 18.10.2016** (KZB 46/15):
  - Aus Regelung des § 46 Abs. 6 EnWG folgt, dass in diesen Konstellationen an Transparenz und Diskriminierungsfreiheit des Konzessionsverfahrens keine erhöhten Anforderungen gestellt werden dürfen
  - Beteiligt sich die Kommune am Konzessionsverfahren, hat sie sicherzustellen, dass sie ihren Eigenbetrieb bzw. ihre Eigengesellschaft weder bevorzugt noch diskriminiert
- Insbesondere sind <u>im Wettbewerb</u> das **Neutralitätsgebot** und der **Geheimwettbewerb** zu wahren.

© BECKER BÜTTNER HELD
Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater · PartGmbB

Interessenkollision / Neutralität (2)

1. Neutralität der verfahrensleitenden Stelle gegenüber dem Bieter im Konzessionsverfahren: **Personelle und organisatorische Trennung** von verfahrensleitender Stelle und Bieter

2. Teilnahme von Gemeinde- bzw. Stadträten an der Beschlussfassung über die Konzessionierung, die auch im Gremium einer kommunalen Eigengesellschaft sitzen, die Bieter im Konzessionsverfahren ist (sog. „**Doppelmandate**")

   - **Kein gesetzliches Mitwirkungsverbot**; § 16 VgV aF. bzw. § 6 VgV nF. nicht (analog) auf die Entscheidung über Wegenutzungsverträge anwendbar
   - Aber Mitwirkungsbeschränkungen nach den vom **BGH, Urt. v. 28.01.2020** (EnZR 99/18), entwickelten Grundsätzen; folgt aus **Diskriminierungsverbot** und **Neutralitätsgebot**

   ➢ Empfehlung: **Verzicht auf Mitwirkung** bei Gremiensitzungen zum Konzessionsverfahren (u.a. Rat, Ausschüsse)

© BECKER BÜTTNER HELD
Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater · PartGmbB

Agenda

1. Konzessionsvertragliche Ausgangslage in der Stadt Burgdorf
2. **Aktueller Rechtsrahmen Konzessionsverfahren Strom/Gas**
3. Ablauf der Konzessionsverfahren Strom und Gas der Stadt Burgdorf
4. Aktueller Rechtsrahmen Konzessionsverfahren Wasser
5. Ablauf des Konzessionsverfahrens Wasser der Stadt Burgdorf

© BECKER BÜTTNER HELD
Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater · PartGmbB

§§ 46 ff. EnWG - Aktuelle Entwicklungen

2010/ 2011

Gemeinsamer Leitfaden von BKartA und BNetzA und EnWG-Novelle

- 2010: Gemeinsamer Leitfaden von BKartA und BNetzA zu Konzessionsverfahren und Netzübernahmen
- 2011: Neuer § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG statuiert mit dem Verweis auf die Ziele des § 1 EnWG erstmals materiell-rechtliche Vorgaben für die Auswahlentscheidung

2012

Erstinstanzliche Rechtsprechung

- Verschiedene Landgerichte beanstanden erstmalig Fehler in Konzessionsverfahren

2013 - 2015

Rechtsprechung des BGH zu Grundsatzfragen

- BGH, Urt. v. 17.12.2013 i.S. Berkenthin u.a.: keine In-House-Vergabe, „Vorrang" der Ziele des § 1 EnWG
- BGH, Beschl. v. 03.06.2014 i.S. Homberg: BGH bestätigt „Kaufering" und klärt Anlagenumfang
- BGH, Urt. v. 07.10.2014 i.S. Olching: keine Gesamtnichtigkeit bei Verstoß geg. das Nebenleistungsverbot
- BGH, Urt. v. 18.11.2014, i.S. Schierke: Bekanntmachungspflicht bei vorzeitiger Vertragsbeendigung
- BGH, Urt. v. 14.04.2015 i.S. Springe: BGH konkretisiert Datenherausgabeanspruch der Gemeinden

2014- 2017

Fortentwicklung der Rspr. – neuer Gemeinsamer Leitfaden BKartA und BNetzA

- Aufstellung neuer Anforderungen an Konzessionsverfahren durch Landes- und Oberlandesgerichte
- Teilweise widersprüchliche Rechtsprechung der Gerichte zur Zulässigkeit von Kriterien (z.B. Bewertung kommunaler Einfluss), zur Erforderlichkeit von Unterkriterien, zur Bewertungsmethode, etc.
- Mai 2015: 2. Auflage Gemeinsamer Leitfaden von BKartA und BNetzA
- Zunehmend „Bestätigungen" kommunaler Konzessionsvergaben durch (Land- und Oberlandes-)Gerichte – insb. OLG Celle, Urt. v. 17.03.2016, OLG Celle, Urt. v. 26.01.2017, OLG Celle, Urt. v. 19.10.2017

2017 - 2020

Novellierung des § 46 EnWG / Neue Rechtsprechung zu Konzessionsvergaben

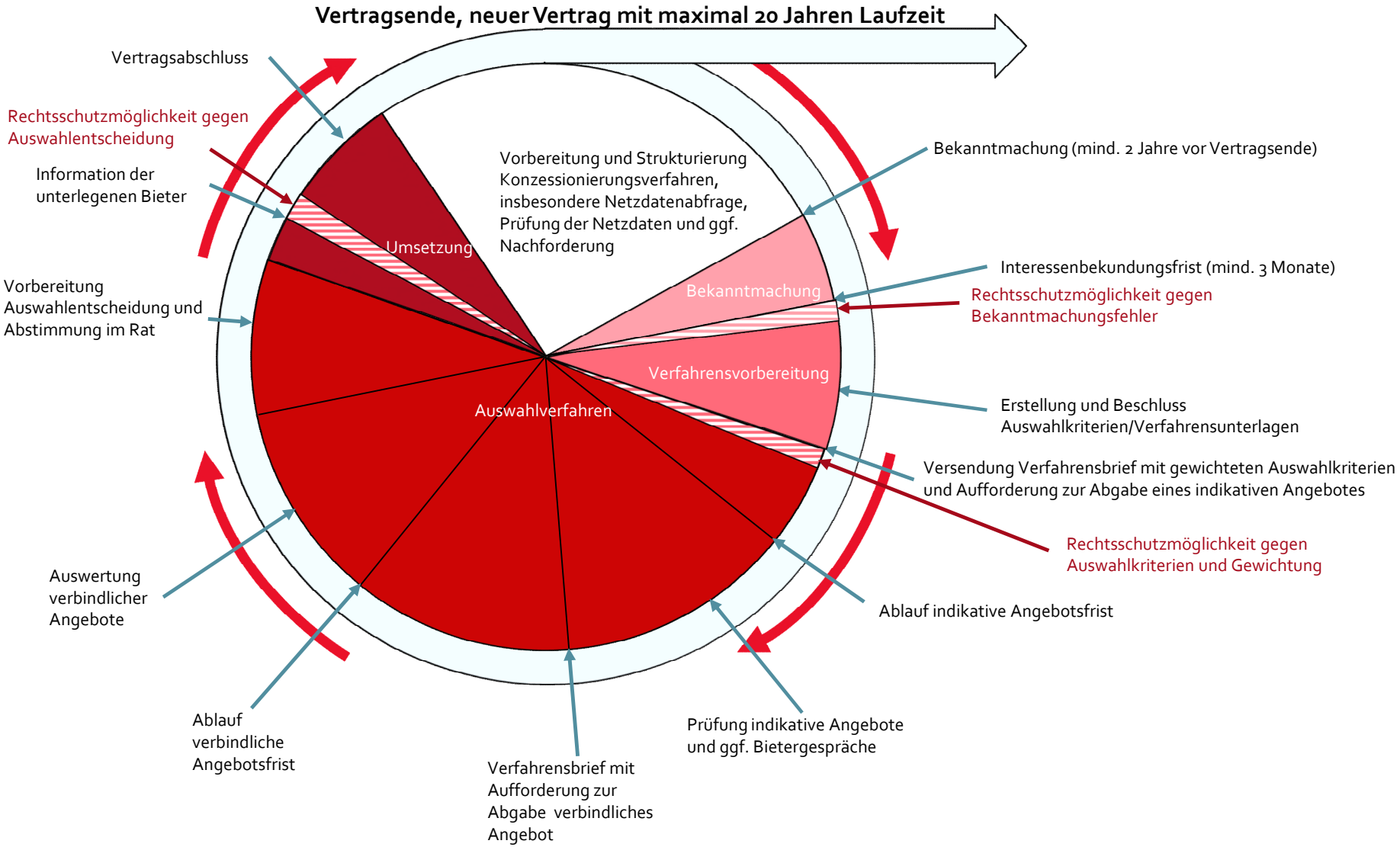
03.02.2017: Inkrafttreten der §§ 46 ff. EnWG n. F. – div. Rechtsprechung zum neuen Rügeregime

Zweite Runde von Grundsatzentscheidungen des BGH:

- BGH, Urt. v. 28.01.2020 i.S. Gasnetz Leipzig: Neutralität, Mitwirkungsverbot, Doppelmandate
- BGH, Urt. v. 28.01.2020 i.S. Stromnetz Steinbach: Darlegungs- und Beweislast, Präklusion, Kausalität
- BGH, Urt. v. 07.04.2020 i.S. Strom- und Gasnetz Stuttgart: Umfang der zu übertragenden Anlagen ist weit auszulegen

© BECKER BÜTTNER HELD
Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater · PartGmbB

Typisiertes wettbewerbliches Konzessionsverfahren im Überblick



© BECKER BÜTTNER HELD
Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater · PartGmbB

Agenda

1. Konzessionsvertragliche Ausgangslage in der Stadt Burgdorf
2. Aktueller Rechtsrahmen Konzessionsverfahren Strom/Gas
3. **Ablauf der Konzessionsverfahren Strom und Gas der Stadt Burgdorf**
4. Aktueller Rechtsrahmen Konzessionsverfahren Wasser
5. Ablauf des Konzessionsverfahrens Wasser der Stadt Burgdorf

© BECKER BÜTTNER HELD
Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater · PartGmbB

Ablauf der Verfahren der Stadt Burgdorf (1)

- **04.12.2018**: Öffentliche Bekanntmachungen des jeweiligen Vertragsendes im elektronischen Bundesanzeiger
- **07.03.2019**: Ablauf der Interessenbekundungsfrist
  - SWBN als einziger Interessent für Strom und für Gas
  - Kein wettbewerbliches Auswahlverfahren notwendig
- **29.08.2019**: 1. Verfahrensbriefe mit Eignungsprüfung und Konzessionsvertrag
- **10.10.2019**: Indikative Angebote der SWBN
- **18.11.2019**: Bietergespräche Strom und Gas
- **Danach**: Vertragsverhandlungen durch Austausch von Entwürfen

© BECKER BÜTTNER HELD
Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater · PartGmbB

Ablauf der Verfahren der Stadt Burgdorf (2)

- **09.07.2020**: Verbindliche Angebote der SWBN
  - Höchstzulässige Konzessionsabgabe
  - Höchstzulässiger Kommunalrabatt
  - 100%-Folgekostentragung
  - 20-jährige Laufzeit ohne grundloses Sonderkündigungsrecht der Stadt
  - Sonderkündigungsrechte der Stadt im Fall Change-of-Control sowie bei unberechtigter Übertragung von Rechten und Pflichten oder des Netzeigentums
  - Kommunalfreundliche Endschaftsbestimmungen
  - Angemessene Regelungen zur Abwicklung Baumaßnahmen
  - Umfangreiche Informationsrechte der Stadt sowie Möglichkeit eines Netzbeirates
  - Diverse vertragliche Zusagen zur Erfüllung der Ziele des § 1 EnWG (Sichere, preisgünstige, effiziente, verbraucherfreundliche und umweltverträgliche Energieversorgung)

© BECKER BÜTTNER HELD
Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater · PartGmbB

Ablauf der Verfahren der Stadt Burgdorf (3)

- **01.09.2020**: Befassung des Fachausschusses für Haushalt, Finanzen und Verwaltungsangelegenheiten mit den Entscheidungen
- **17.09.2020**: Befassung des Rates der Stadt Burgdorf mit den Entscheidungen
- **Danach**: Anzeige der Konzessionsverträge bei der Kommunalaufsicht (§ 152 Abs. 1 Nr. 11 NKomVG)
- **Danach**: Unterzeichnung der Konzessionsverträge
- **Danach**: Öffentliche Bekanntmachungen der Entscheidungen der Stadt Burgdorf im elektronischen Bundesanzeiger (§ 46 Abs. 5 Satz 2 EnWG)

© BECKER BÜTTNER HELD
Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater · PartGmbB

Vielen Dank
für Ihre Aufmerksamkeit.

Sebastian Blumenthal-Barby, BBH Berlin
Tel +49 (0)30 611 28 40 - 981
sebastian.blumenthal-barby@bbh-online.de
www.bbh-online.de

© BECKER BÜTTNER HELD
Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater · PartGmbB