

# Vorlage

öffentlich

nichtöffentlich

Vorlage-Nr.: **282/12**

Der Bürgermeister  
Fachbereich: Finanzverwaltung

zur Vorberatung an:

- Hauptausschuss  
 Finanzausschuss  
 Stadtentwicklungs-, Bau- und Wirtschaftsausschuss  
 Kultur-, Bildungs- und Sozialausschuss  
 Bühnenausschuss  
 Ortsbeiräte/Ortsbeirat: Criewen, Vierraden, Zützen, Stendell

Datum: 5. Januar 2012

zur Unterrichtung an:  Personalrat

zum Beschluss an:

- Hauptausschuss  
 Stadtverordnetenversammlung 23. Februar 2012

**Betreff:** Neuabschluss des Gaskonzessionsvertrages für die Ortsteile Criewen, Vierraden, Zützen und Stendell

## Beschlussentwurf:

Die Stadtverordnetenversammlung beschließt:

Zwischen der Stadt Schwedt/Oder und der Stadtwerke Schwedt GmbH wird auf der Grundlage des verbindlichen Angebotes der Stadtwerke Schwedt GmbH vom 29. November 2011 der Gaskonzessionsvertrag mit einer Dauer von 20 Jahren bezogen auf den Vertragsbeginn für den Ortsteil Criewen ab dem 01.09.2012 und einem gestaffelten Laufzeitbeginn für den Ortsteil Vierraden ab dem 26.10.2012, für den Ortsteil Zützen ab dem 07.12.2012 und für den Ortsteil Stendell ab dem 15.04.2013 abgeschlossen.

Dazu wird das verbindliche Angebot der Stadtwerke Schwedt GmbH angenommen.

## Finanzielle Auswirkungen:

- keine  im Ergebnishaushalt  im Finanzhaushalt  
 Die Mittel sind im Haushaltsplan eingestellt.  Die Mittel werden in den Haushaltsplan eingestellt.  
Produktkonto: Haushaltsjahr:

Erträge: Aufwendungen:

Einzahlungen: Auszahlungen:

- Die Mittel stehen nicht zur Verfügung.  
 Die Mittel stehen nur in folgender Höhe zur Verfügung:  
 Mindererträge/Mindereinzahlungen werden in folgender Höhe wirksam:

Deckungsvorschlag:

Datum/Unterschrift Kämmerin

Bürgermeister/in

Beigeordnete/r

Fachbereichsleiter/in

Die Stadtverordnetenversammlung  hat in ihrer Sitzung am  
Der Hauptausschuss  hat in seiner Sitzung am

den empfohlenen Beschluss mit  Änderung(en) und  Ergänzung(en)  gefasst  nicht gefasst.

F.d.R.d.A.

## **Begründung:**

### **Sachverhalt**

Zwischen der Stadt Schwedt/Oder (im Folgenden Stadt) und der EWE NETZ GmbH (im Folgenden EWE NETZ) bestehen für vier eingemeindete Ortsteile Gaskonzessionsverträge wie folgt:

<b>Ortsteil</b>	<b>Vertragsdatum</b>	<b>Laufzeit</b>
Criewen	22.06./01.09.1992	01.09.1992 - 31.08.2012
Vierraden	03.09./26.10.1992	26.10.1991 - 25.10.2012
Zützen	01.12./07.12.1992	07.12.1992 - 06.12.2012
Stendell	13.04./15.04.1991	15.04.1993 - 14.04.2013

Ferner hat die Stadt mit der Stadtwerke Schwedt GmbH (im Folgenden SWS) einen Konzessionsvertrag für die Medien Strom und Gas am 01.01.1996 abgeschlossen, der zum 31.12.2015 ausläuft. Dieser ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens.

### **Verfahren**

Konzessionsverträge sind Verträge von Energieversorgungsunternehmen mit Kommunen über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Stadtgebiet gehören (§ 46 Abs. 2 Satz 1 Energiewirtschaftsgesetz EnWG). Für den Abschluss von Strom- und Gaskonzessionsverträgen, einschließlich deren (vorzeitiger) Verlängerung, sieht § 46 Abs. 3 EnWG die Durchführung eines Bekanntmachungs- und Auswahlverfahrens durch die Stadt vor. Die Stadt entscheidet danach mit der Auswahl des neuen Konzessionsnehmers über den Betreiber des örtlichen Verteilnetzes für Gas.

Die Stadt entscheidet im Rahmen des Bekanntmachungs- und Auswahlverfahrens, welchem Energieversorgungsunternehmen sie das Nutzungsrecht an den öffentlichen Verkehrswegen in ihrem Stadtgebiet für den Betrieb des örtlichen Gasverteilnetzes durch Abschluss eines Konzessionsvertrages einräumen möchte.

Rechtsgrundlage für den Vertragsschluss sind u. a. § 46 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) sowie die Konzessionsabgabenverordnung (KAV).

Die Stadt hatte im Bundesanzeiger vom 10.08.2010 das Auslaufen der Gaskonzessionsverträge für die vier Ortsteile bekannt gemacht und Bewerber aufgefordert, innerhalb einer Frist von drei Monaten ab Veröffentlichung im Bundesanzeiger ihr Interesse am Abschluss eines Konzessionsvertrages mit der Stadt zu bekunden.

Innerhalb der Frist haben EWE NETZ und SWS ihr Interesse am Abschluss des Konzessionsvertrages bekundet.

Haben mehrere Energieversorgungsunternehmen ihr Interesse bekundet, so muss die Stadt ein diskriminierungsfreies und transparentes Auswahlverfahren durchführen.

Es handelt sich nicht um ein Vergabeverfahren nach dem 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

Um das Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren für alle Beteiligten transparent zu gestalten, hatte die Stadt das Bekanntmachungs- und Auswahlverfahren einem bestimmten Ablauf unterworfen. Dieser wurde in folgende Verfahrensschritte gegliedert:

1. Bekanntmachung des Auslaufens des Konzessionsvertrages gemäß § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG und Aufforderung zur Interessenbekundung
2. Bestätigung des Erhalts der Interessenbekundung

3. Aufforderung an die Interessenten zur Abgabe eines indikativen Angebots, insbesondere Vorlage eines schriftlichen Angebotes zum Musterkonzessionsvertrag der Stadt
4. Sofern seitens der Stadt Informationen zum Netz (wie z. B. Ortspläne, Kundenanzahl, Mengengerüst, Daten nach GasNEV ) vorliegen, müssen diese im Rahmen eines nicht diskriminierenden Verfahrens allen Bewerbern zur Verfügung gestellt werden.
5. Die Stadt räumt dann den Bewerbern die Möglichkeit ein, ihr Angebot mündlich zu präsentieren.
6. Die indikativen Angebote werden gegebenenfalls seitens der Stadt „nachverhandelt“.
7. Bei erfolgten Nachverhandlungen werden die endgültigen verbindlichen Angebote von den Bewerbern nochmals in schriftlicher Form angefordert.

### **Zu den vorgenannten Verfahrensschritten:**

#### **zu 3. Aufforderung an die Interessenten zur Abgabe eines indikativen Angebotes, insbesondere Vorlage eines schriftlichen Angebotes zum Musterkonzessionsvertrag der Stadt**

Mit Schreiben vom 15. August 2011 wurden die Bewerber aufgefordert,

a) den Nachweis einer Eignung für die Durchführung des Gaskonzessionsvertrages zu erbringen

und

b) ein schriftliches Angebot zum Musterkonzessionsvertrag der Stadt vorzulegen.

Das Konzessionsvertragsangebot sollte möglichst kommunalfreundliche Regelungen zu folgenden Punkten enthalten:

- Konzessionsabgaben
- Kommunalrabatt und sonstige Leistungen
- Folgepflichten und Folgekosten
- Durchführung von Baumaßnahmen
- Endschaftsbestimmungen
- Umwelt - und Energiekonzepte
- Möglichkeiten kommunaler Einflussnahme auf den örtlichen Netzbetrieb, u. a. Change-of-Control-Klausel, Sonderkündigungsrecht

Mit dem 1. Verfahrensbrief vom 15. August 2011 wurde den Bewerbern auch der weitere Werdegang des Verfahrens mitgeteilt.

Mit Schreiben vom 7. September 2011 hat die SWS und mit Schreiben vom 8. September 2011 hat die EWE NETZ die geforderten Unterlagen eingereicht.

#### **zu 5. Die Stadt räumt den Bewerbern die Möglichkeit ein, ihr Angebot mündlich zu präsentieren**

Am 18. Oktober 2011 hat die EWE NETZ ihr Vertragsangebot präsentiert und am 19. Oktober 2011 hat die SWS ihr Vertragsangebot präsentiert.

#### **zu 6. Die konkreten Angebote werden gegebenenfalls seitens der Stadt „nachverhandelt“.**

Die Stadt hat beide Vertragsangebote nachverhandelt.

#### **zu 7. Bei erfolgten Nachverhandlungen werden die endgültigen Angebote von den Erwerbern nochmals in schriftlicher Form angefordert werden.**

Beiden Bewerbern wurde die Möglichkeit eingeräumt, der Stadt bis zum 30. November 2011 ihr verbindliches Angebot zu unterbreiten.

Die EWE NETZ und die SWS haben ihre verbindlichen Angebote fristgerecht erklärt.

## **Auswertung der Vertragsangebote**

### **I Vertragsangebot der EWE NETZ**

#### **1 Wegenutzungsrecht**

EWE NETZ sieht keine Regelungen vor, wonach Gasversorgungsanlagen nicht Bestandteile von Grundstücken werden. Eine solche Regelung ist wichtig. Sie dient zur Klarstellung der Eigentumsverhältnisse an den Gasversorgungsanlagen, da Grundstücke in der Regel nicht mit übertragen werden sollen, so dass die Sonderrechtsfähigkeit der Gasversorgungsanlagen für eine Übertragung unabhängig vom Grundstück geklärt werden muss.

Das Angebot der EWE NETZ enthält auch keine Verpflichtung, die Stadt zur Aufrechterhaltung ihrer Einrichtungen im Falle von Engpässen bevorzugt zu behandeln und bleibt damit hinter dem Musterkonzessionsvertrag zurück.

#### **2 Baumaßnahmen**

Hinsichtlich der Baumaßnahmen bietet EWE NETZ lediglich eine frühzeitige Unterrichtung im Falle von Baumaßnahmen an, während im Musterkonzessionsvertrag der Stadt eine dreimonatige Anzeigungspflicht gewünscht war. Die Gewährleistungsfrist für wiederhergestellte Oberflächen beginnt im Angebot von EWE NETZ bereits mit der erstmaligen Herrichtung der Oberfläche, während die Frist im Musterkonzessionsvertrag der Stadt erst ab Abnahme seitens der Stadt zu laufen beginnt. Insofern tritt der Zeitpunkt, in dem sich der Konzessionär auf Verjährung berufen kann, im Angebot der EWE NETZ generell früher ein. Weiterhin enthält das Angebot der EWE NETZ keine Sperrfrist für Bauarbeiten bei Auslaufen des Konzessionsvertrages.

#### **3 Folgekosten**

Nach dem Angebot der EWE NETZ hat die Stadt die Folgekosten in den ersten zehn Jahren nach Errichtung oder bei wesentlicher Änderung der Anlagen zu einem Drittel zu tragen. Erst danach trifft die Kostentragungspflicht die EWE NETZ allein. Die Regelung der Folgekosten entspricht erneut nicht dem vorgegebenen Musterkonzessionsvertrag der Stadt, der von einer 100-prozentigen Folgekostentragung des Gasversorgers ausgeht.

#### **4 Stillgelegte Anlagen**

Die EWE NETZ bietet auch keine Verpflichtung zur Beseitigung stillgelegter Anlagen. Damit bleibt das Angebot wieder hinter dem Musterkonzessionsvertrag der Stadt. Eine entsprechende Regelung ist für die Stadt von erheblicher Bedeutung, um die Gestaltung des Straßen- und Landschaftsbildes auch langfristig planen zu können.

#### **5 Konzessionsabgabe**

Hinsichtlich der Regelung zur Konzessionsabgabe nennt EWE NETZ die Tatbestände, für die die Zahlung von Konzessionsabgaben zulässig ist, nicht ausdrücklich, sondern verweist nur auf die Konzessionsabgabenverordnung. Da diese jedoch nur Höchstpreisrecht enthält, also nicht Anspruchsgrundlage für die Zahlung ist, ist der Rechtssicherheit Genüge getan, wenn die Konzessionsabgabentatbestände ausdrücklich in den Vertrag aufgenommen werden.

Nach § 2 Abs. 9 kann EWE NETZ die Eintreibung der Konzessionsabgabe in bestimmten Fällen auf die Stadt übertragen.

Angesichts der ohnehin geringen Konzessionsabgabenzahlung für das Konzessionsgebiet brächten diese Regelungen einen völlig unrentablen Verwaltungsaufwand für die Stadt mit sich.

Auch die übrigen im Rahmen des Präsentationstermins erörterten Anpassungen hat EWE NETZ nicht vorgenommen. So weicht EWE NETZ vom Musterkonzessionsvertrag dahingehend ab, dass die Konzessionsabgabe erst zum 30.04. eines Jahres abgerechnet werden muss, während der Musterkonzessionsvertrag den 31.03. bestimmt. Weiterhin bietet EWE NETZ Abschlagszahlungen auf die jährliche Konzessionsabgabe an, obwohl der Musterkonzessionsvertrag dahingehend keine entsprechende Regelung enthält, da sich auf Grund des geringen Umfangs der jährlichen Konzessionsabgabe der zusätzliche Verwaltungsaufwand für die Stadt nicht rechnet.

EWE NETZ möchte jeweils eine gesonderte Vereinbarung mit den rabattberechtigten Betrieben schließen und bietet den Kommunalrabatt nur Unternehmen an, die nicht am freien Wettbewerb teilnehmen.

Die Zusammenarbeit im Bereich Umwelt- und Energiekonzepte wurde von der Stadt als Auswahlkriterium benannt. Aber trotz Erörterung im Präsentationstermin bietet EWE NETZ weiterhin keine Zusammenarbeit in diesem Bereich an.

## **6 Endschaftsbestimmungen**

Die Formulierung der Endschaftsklausel für den Übereignungsanspruch der EWE NETZ wurde nachgebessert und "überlassen" wurde durch "übereigenen" ersetzt. Die EWE NETZ passt allerdings den weiteren Wortlaut dieser neuen Formulierung nicht an. Dies ist sprachlich unsauber aber nicht unschädlich.

Die EWE NETZ bietet nach weiterer Nachbesserung in ihrem verbindlichen Konzessionsvertragsangebot nunmehr einen Auskunftsanspruch an. Allerdings bleibt das Angebot der EWE NETZ weiterhin hinter dem von der Stadt im Musterkonzessionsvertrag angeforderten Auskunftsanspruch zurück, da eine ausführliche Auflistung der mitzuteilenden Daten unterbleibt. Gerade die Auflistung ist aber bei Auslaufen des Vertrages von Bedeutung, damit sich potentielle Bewerber an Hand detaillierter Informationen ein Bild von dem zu übernehmenden Netz machen können.

EWE NETZ verweist hinsichtlich des für die Netzüberlassung zu zahlenden Entgeltes allein auf den unbestimmten Rechtsbegriff der wirtschaftlich angemessenen Vergütung. Dies entspricht zwar der Regelung des Energiewirtschaftsgesetzes, es besteht jedoch keine Rechtssicherheit bzgl. der Auslegung. Daher ist ein konkreter Verweis auf den Ertragswert erforderlich.

Das Angebot der EWE NETZ enthält ebenso keine Regelungen zur Entflechtung. Auch diese waren ausdrücklich in den Auswahlkriterien erwünscht, da dies regelmäßig zu konflikträchtigen Fällen führt.

## **7 Kommunale Einflussmöglichkeiten**

EWE NETZ übernimmt die Laufzeitregelung aus dem Musterkonzessionsvertrag, bietet der Stadt aber weder eine Change-of-Control-Klausel noch ein Sonderkündigungsrecht nach 10 und 15 Jahren an. Diese ist für die Einflussnahme der Stadt auf den örtlichen Netzbetrieb von besonderer Bedeutung und sieht die Stadt vor. Die Rechtsnachfolgeklausel im Angebot der EWE NETZ ist weiter als die des Musterkonzessionsvertrages der Stadt. EWE NETZ dreht das Regel-Ausnahme-Verhältnis um, wodurch der Einfluss der Stadt durch Ausübung ihres Zustimmungsrechtes erheblich verringert wird. Dadurch werden die kommunalen Einflussmöglichkeiten deutlich geschwächt. Ferner sieht EWE NETZ eine einseitige Meistbegünstigungsklausel vor, wonach sich die Stadt verpflichten soll, im Falle des Abschlusses anderweitiger Wegebenutzungsverträge EWE NETZ die dort vereinbarten Bedingungen anzubieten. Diese Klausel bewirkt, dass EWE NETZ jeweils einen Anspruch auf die günstigste Behandlung hat, die die Stadt mit einem wegebenutzungsberechtigten Energieversorgungsunternehmen aushandelt. Einzig bei den Vertragsabschlusskosten liegt EWE NETZ vorn, da diese voll übernommen werden

## **II Vertragsangebot der Stadtwerke Schwedt GmbH**

### **1 Wegebenutzungsrecht**

Hinsichtlich der Regelung zu Betriebspflicht und zur Wegenutzung übernimmt die SWS die Regelungen aus dem Musterkonzessionsverfahren. So werden Gasversorgungsanlagen zu Bestandteilen von Grundstücken und im Falle von unvermeidbaren Betriebseinschränkungen genießt die Stadt zur Aufrechterhaltung ihrer der Allgemeinheit dienenden Einrichtungen, soweit tatsächlich möglich und rechtlich zulässig, innerhalb des Konzessionsgebietes den Vorzug vor anderen Kunden.

### **2 Baumaßnahmen**

Das Angebot der SWS entspricht voll den Vorgaben des Musterkonzessionsvertrages der Stadt. Die SWS weicht lediglich von ihrem indikativen Angebot ab und fügt im verbindlichen Konzessionsvertragsangebot einen neuen Absatz ein, der die regionale Wirtschaft bei Aufträgen von Baumaßnahmen mit einbezieht. Diese Änderung ist seitens der Stadt im Rahmen des Präsentationstermins geäußert worden und entsprechend ins Vertragsangebot aufgenommen worden.

### **3 Folgekosten**

Die SWS trägt sämtliche Folgekosten und übernimmt somit die Regelung des Musterkonzessionsvertrages.

### **4 Stillgelegte Anlagen**

Die Verpflichtung zur Beseitigung endgültig stillgelegter Anlagen sieht die SWS vor.

### **5 Konzessionsabgabe**

Das verbindliche Angebot der SWS sieht keine vierteljährliche Leistung von Abschlagszahlungen auf die Konzessionsabgabe mehr vor. Der entsprechende Absatz wurde gestrichen. Durch diese Streichung übernimmt die SWS die Regelung des Musterkonzessionsvertrages. Dies ist im Sinne der Stadt, da sich der zusätzliche Verwaltungsaufwand im Lichte des geringen Umfangs der jährlichen Konzessionsabgabe nicht rechnet.

Weiterhin gewährt die SWS nur Eigenbetrieben und Eigengesellschaften den Kommunalrabatt, die in einer Anlage im Konzessionsvertrag aufgeführt sind. Im verbindlichen Angebot ergänzen die SWS die Regelungen. Da durch eine Liste der rabattberechtigten Betriebe Rechtsklarheit geschaffen werden kann, ist die Regelung vorteilhaft. Die Anpassungsmöglichkeit bei Erforderlichkeit schafft die nötige Flexibilität zur Erfassung neu gegründeter Eigenbetriebe und Eigengesellschaften. Ferner bietet SWS eine Zusammenarbeit im Bereich Umwelt- und Energiekonzepte an und erfüllt damit dieses Auswahlkriterium der Stadt.

### **6 Endschaftsbestimmungen**

Im Rahmen der Endschaftsbestimmungen hat die SWS den Eigentumsübertragungsanspruch in das Angebot aufgenommen und sieht ein Übernahmeentgelt in Höhe des objektiven Ertragswertes, berechnet nach dem transparenten IDW-Standard, vor. Auch hinsichtlich der im Falle einer Netzübernahme nach Ende des Vertrages erforderlichen Netzentflechtung ist das Angebot der SWS kommunalfreundlicher. Die SWS bietet somit eine klare Entflechtungskostenregelung.

SWS bietet eine umfangreiche Regelung des Auskunftsanspruches bei Ablauf des Konzessionsvertrages mit kommunalfreundlicher Fälligkeit vier Jahre vor Ende der Vertragslaufzeit.

### **7 Kommunale Einflussmöglichkeiten**

Die SWS übernimmt die Regelung zur Change-of-Control-Klausel, das Sonderkündigungsrecht sowie den gestaffelten Laufzeitbeginn des Konzessionsvertrages, wie von dem Musterkonzessionsvertrag

gefordert. SWS wünschte erst aus regulierungsrechtlichen Gründen eine abweichende Laufzeitregelung, dies wurde im verbindlichen Angebot aber zugunsten der Stadt geändert. Dadurch kann der Eintritt eines konzessionsvertragslosen Zustandes beziehungsweise das Erfordernis der einvernehmlichen Aufhebung des Altkonzessionsvertrages mit der EWE NETZ vermieden werden.

Hinsichtlich der Rechtsnachfolge hat die SWS ebenso die Regelung aus dem Musterkonzessionsvertrag übernommen, wie die Meistbegünstigungsklausel. Die kommunale Einflussmöglichkeit auf den örtlichen Netzbetrieb wird dadurch gewahrt. Lediglich bei der Übernahme der Vertragskosten, die laut Musterkonzessionsvertrag je zur Hälfte von den Vertragspartnern getragen werden, liegt die SWS hinter dem Angebot der EWE NETZ.

### **III Bewertung der Vertragsangebote**

Das Konzessionierungsverfahren im Gasbereich ist sehr erfolgreich verlaufen. Der Bewerber SWS akzeptiert den Konzessionsvertragsentwurf der Stadt nahezu vollumfänglich. Die Änderungen innerhalb der Nachverhandlungen wurden zugunsten der Stadt eingearbeitet. Der Bewerber EWE NETZ hat ebenfalls ein für die Stadt günstiges Vertragsangebot vorgelegt, dabei aber nicht auf den Vertragsentwurf der Stadt zurückgegriffen, sondern ein eigenes Muster verwendet, welches hinsichtlich einiger Auswahlkriterien der Stadt hinter dem Musterkonzessionsvertrag zurückbleibt.

In den entscheidenden Punkten der Baumaßnahmen, der Abrechnung der Konzessionsabgaben, der Endschafftsbestimmungen, der Folgekostenregelung, dem Sonderkündigungsrecht sowie der Meistbegünstigungsklausel enthält der Vertragsentwurf der SWS deutlich kommunalfreundlichere Regelungen als der Vertragsentwurf der EWE NETZ. Lediglich bei der Übernahme der Vertragskosten ist das Angebot der EWE NETZ günstiger.

Hinsichtlich der sicheren und zuverlässigen Leistungserbringung sind die Angebote der Bewerber gleichwertig. Im Folgenden sollen die jeweiligen Vorteile der Vertragsentwürfe kurz gegenübergestellt werden.

#### **1 EWE NETZ**

Die Stadt hat im Verfahrensbrief vom 15. August 2011 ausdrücklich um die Vorlage kommunalfreundlicher Bestimmungen im Bereich der Baumaßnahmen gebeten. EWE NETZ bleibt an dieser bedeutenden Stelle hinter den Forderungen der Stadt. Das Angebot der EWE Netz bietet zwar eine Abstimmungsregel an, sieht aber keine Frist zur Information bei Baumaßnahmen vor. Auch die Vorlage von Plänen soll nur nach Erforderlichkeit erfolgen. Die Regelung der EWE NETZ ist damit konfliktanfällig. Auch hinsichtlich des früheren Eintritts der Verjährung und der mangelnden Abstimmungspflicht für Baumaßnahmen in den Jahren vor Auslaufen des Vertrages bleibt EWE NETZ zurück. Das Angebot der EWE NETZ bietet bei der Regelung des Auskunftsanspruches nur einen inhaltlich sehr unbestimmten Auskunftsanspruch, mit entsprechend erhöhtem Prozessrisiko, welcher zudem erst drei Jahre vor Ende der Vertragslaufzeit fällig ist. Hinsichtlich der Netzentflechtung sieht die EWE NETZ ebenfalls keine Regelung vor und bietet keine Entflechtungskostenregelung.

EWE NETZ bietet keine Zusammenarbeit im Bereich Umwelt- und Energiekonzepte an und erfüllt damit ein weiteres Auswahlkriterium der Stadt nicht.

Auch mit Blick auf die von EWE NETZ geforderte und in der Praxis wohl äußerst problematische Meistbegünstigungsklausel zeigt sich das Angebot der SWS als das für die Stadt günstigere.

Nur bei den Vertragsabschlusskosten liegt EWE NETZ vorn. Dieser Punkt rückt aber in der Gesamtschau in den Hintergrund.

#### **2 Stadtwerke Schwedt GmbH**

Der Konzessionsvertrag der SWS entspricht in den meisten Punkten dem Musterkonzessionsvertrag der Stadt und führt die Regelungen detaillierter und ausführlicher aus als der Konzessionsvertrag der EWE

NETZ. Dadurch können die Interessen der Stadt besser gewahrt werden und Rechtsstreitigkeiten um Auslegungsfragen vermieden werden.

Im Bereich der **Baumaßnahmen** kam die SWS den kommunalfreundlichen Bestimmungen nach. Die Interessen der Stadt im Angebot der SWS werden besser berücksichtigt. Positiv zu erwähnen sei die Verpflichtung, die Stadt drei Monate vor Beginn von Bauarbeiten unter Vorlage von Plänen zu unterrichten oder dass Änderungen an den vorhandenen Gasversorgungsanlagen und/oder die Errichtung neuer Gasversorgungsanlagen in den letzten drei Jahren vor Auslaufen des Konzessionsvertrages nur im Einvernehmen mit der Stadt durchgeführt werden dürfen, wenn diese Maßnahmen erheblich sind. Eine entsprechende Regelung enthält der Vertragsentwurf der EWE NETZ nicht. Die SWS hat damit die Forderungen der Stadt im Zusammenhang mit den Baumaßnahmen voll übernommen.

Hinsichtlich der **Folgepflichten** und **Folgekosten** ist das Angebot der SWS ebenfalls günstiger. Zum einen bietet SWS eine sehr detaillierte Definition der Folgepflichten an, zum anderen übernimmt SWS die Folgekosten vollständig. Wo hingegen die EWE NETZ die Kostentragungspflicht erst nach zehn Jahren allein übernimmt.

Auch die **Endschaftsbestimmungen** sind im Vertragsangebot der SWS nach wie vor wesentlich kommunalfreundlicher. Sie enthalten einen eindeutigen Eigentumsübertragungsanspruch und regeln das Übernahmeentgelt entsprechend der geltenden Rechtsprechung. Aufgrund der geltenden Gesetzeslage kommt dem vertraglichen Übertragungsanspruch im Rahmen einer Netzübernahme erhebliche Bedeutung zu. Ob auch der gesetzliche Anspruch einen Eigentumsübertragungsanspruch enthält, ist nach wie vor höchststrichterlich nicht geklärt. Der BGH hat jedoch entschieden, dass vertragliche Ansprüche neben dem gesetzlichen Anspruch fortbestehen.

Auch der **Datenherausgabeanspruch** ist im Vertragsangebot der SWS deutlich umfangreicher als im Angebot der EWE NETZ. Erfasst sind alle für eine Übernahmeentscheidung erforderlichen Auskünfte. Auch dem vertraglichen Datenherausgabeanspruch kommt erhebliche Bedeutung zu, da es im Rahmen von Netzübernahmen immer wieder zu Streitigkeiten um die Auskunftspflichten des Altkonzessionärs kommt, die eine erhebliche Verzögerung der Netzübernahme zur Folge haben. Nur durch eine klare vertragliche Regelung kann sichergestellt werden, dass und in welchem Umfang der Stadt und einem Neukonzessionär Daten und Informationen zum Netz bereitgestellt werden. Nach den vorgenommenen Änderungen ist am Vertragsangebot der SWS insbesondere auch positiv hervorzuheben, dass eine Einbeziehung der regionalen Wirtschaft eingefügt wurde.

### **Entscheidung der Stadt anhand objektiver Kriterien und Abschluss des Konzessionsvertrages**

Die Stadtverordnetenversammlung entscheidet per Beschluss, mit welchem Unternehmen der Konzessionsvertrag neu abgeschlossen werden soll.

Für die Kriterien, die der Auswahlentscheidung zugrunde gelegt werden dürfen, fehlt es neben den aus Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz (GG) abgeleiteten allgemeinen Grundsätzen an konkreten gesetzlichen Vorgaben. In § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG ist lediglich die Veröffentlichung der „maßgeblichen Gründe“ geregelt und auch das europäische Recht macht keine konkreten Vorgaben. Jedoch bestehen keine Zweifel daran, dass auch die Auswahlentscheidung selbst den Grundregeln des EG-Vertrages und dem Grundsatz der Diskriminierungsfreiheit zu entsprechen hat. So hat auch die Europäische Kommission festgestellt, dass die Auswahl der Konzessionäre auf der Grundlage objektiver, nicht diskriminierender Kriterien zu erfolgen habe.

Demnach ist die Stadt bei der Auswahl der Bewerber nicht völlig frei in ihrer Entscheidung. Die Gemeinden können sich bei ihrer Auswahl jedoch auf einen aus der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG folgenden weiten Ermessensspielraum berufen.

Die Gemeinden stehen bei der Auswahl insbesondere vor der **Systementscheidung**, ob der Netzbetrieb

- durch die Gemeinde selber, sei es in der Rechtsform eines Eigenbetriebs oder in der Rechtsform einer Eigengesellschaft, oder

- durch ein drittes öffentliches (kommunales) Unternehmen oder
- durch ein gemischtwirtschaftliches oder privates Unternehmen
- 

erfolgen soll. Die Entscheidungskompetenz der Gemeinde umfasst auch und gerade diese Systementscheidung.

Die Gemeinde muss gleichwohl anhand objektiver Kriterien entscheiden. Objektive, nicht diskriminierende Kriterien sind zunächst die für die Gemeinde günstige Ausgestaltung des Konzessionsvertrages und die wirtschaftliche und technische Zuverlässigkeit des Bewerbers. Neben diesen wirtschaftlich geprägten Kriterien sind vor dem Hintergrund von Art. 28 Abs. 2 GG auch andere, beispielsweise kommunale Kriterien, wie der Sitz des Unternehmens und das damit verbundene Gewerbesteueraufkommen, die Schaffung einheitlicher Verhältnisse im gesamten Gemeindegebiet hinsichtlich einzelner Medien oder die Möglichkeit der Einflussnahme der Kommune auf den Konzessionär, von Bedeutung.

**Zulässige Auswahlkriterien** sind daher insbesondere:

- ⇒ kommunalfreundliche Ausgestaltung des Konzessionsvertrages, insbesondere hinsichtlich der nachfolgenden Vertragsinhalte:
  - Regelungen über die Höhe der Konzessionsabgabe sowie über sonstige im Rahmen des § 3 Abs. 1 KAV zulässigen Leistungen
  - Eigentumsübertragungsanspruch nach Vertragsende
  - Übertragungsumfang nach Vertragsende
  - Übernahmeentgelt nach Vertragsende
  - Regelungen zur Entflechtung nach Vertragsende
  - Auskunfts- und Informationsansprüche zur Vorbereitung des künftigen Konzessionsverfahrens und dessen Umsetzung
  - Regelungen zu Baumaßnahmen
  - Folgepflichten und Folgekosten
  - Umwelt- und Energiekonzepte
- ⇒ dauerhafte kommunale Einflussnahme auf den örtlichen Netzbetrieb (z. B. über Sanktionsmöglichkeiten im Rahmen des Konzessionsvertrages, wie Change-of-Control-Klausel, Sonderkündigungsrechte)
- ⇒ Gewähr für eine sichere und zuverlässige Leistungserbringung (Netzbetrieb) z. B. örtliche Verfügbarkeit des Netzservices, Kundenservice in der Stadt Schwedt/Oder

### **Beschlussempfehlung**

Nach Auswertung und Bewertung der verbindlichen Angebote der Bewerber zeigt sich, dass das verbindliche Konzessionsvertragsangebot der SWS die für die Stadt wichtigen Kriterien am besten erfüllt. Es ergibt sich danach folgende Bewertung: Die SWS konnte 100 von 100 zu vergebenden Punkten erzielen. Das Angebot der EWE NETZ war hingegen mit 65 von 100 zu vergebenden Punkten zu bewerten. Die Darstellung der Bepunktung erfolgt im Rahmen einer Auswertungsmatrix. Zu den Details wurde insbesondere unter dem Abschnitt Auswertung der Vertragsangebote ausgeführt.

### **Fachliche Begleitung des Verfahrens**

Das Auswahl- und Bewertungsverfahren wurde vom Unternehmen Becker Büttner Held BBH Berlin, Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater beratend begleitet.