

Wegenutzungsverträge und Konzessionsabgaben in der Energieversorgung

Verfasser: Dr. Werner **Weber**

Inhaltsübersicht	Seite
1 Einführung	190
2 Neuabschluss und Verlängerung von Konzessionsverträgen	190
2.1 Allgemein	190
2.2 Bekanntmachungsverfahren bei regulärem Vertragsablauf	190
2.3 Bekanntmachungsverfahren bei vorzeitiger Verlängerung	191
2.4 Bekanntmachungsverfahren bei vertragslosem Zustand	192
2.5 Rechtsfolgen bei Verstoß gegen die Bekanntmachungspflicht	192
2.6 Auswahlverfahren und Auswahlkriterien	193
3 Höhe der Konzessionsabgabe	194
3.1 Gemeinderabatt	194
3.2 Durchleitungsfälle	195
3.3 Berücksichtigung von Stromsteuererstattungen beim Grenzpreisvergleich nach § 2 Abs. 4 KAV	197
3.4 Mengengrenzvereinbarungen in Gaskonzessionsverträgen	197
4 Endschaftsbestimmungen	198
4.1 Aktuelle Rechtsprechung	198
4.2 Endschaftsbestimmungen in Musterkonzessionsverträgen	199
5 Netzübernahmen	202
5.1 Gegenstand der Netzübernahme	202
5.2 Wirtschaftlich angemessene Vergütung	203
5.3 Aufteilung der Erlösbergrenze	204

1 Einführung

Seit 1998 sind Konzessionsverträge oder – wie es der Gesetzgeber im Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG) formuliert¹ – Wegenutzungsverträge zwischen Gemeinden und den Betreibern von Leitungen zur Versorgung mit Elektrizität oder Gas Gegenstand spezieller Regelungen des Energiewirtschaftsrechts, zunächst in § 13 EnWG 1998 und nunmehr seit Inkrafttreten des EnWG 2005 in § 46. Diese Konzessionsverträge geraten ebenso wie Konzessionsabgaben immer öfter in den Focus rechtlicher Auseinandersetzungen. Dies und die Tatsache, dass aufgrund der 20-jährigen Laufzeitbegrenzung von unter das EnWG fallenden Konzessionsverträgen in den letzten Jahren zahlreiche Verträge ausgelaufen sind bzw. in den nächsten Jahren auslaufen werden, bietet Anlass, damit zusammenhängende einzelne Fragestellungen zu beleuchten.

2 Neuabschluss und Verlängerung von Konzessionsverträgen

2.1 Allgemein

Wegenutzungsverträge betreffend Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet dürfen nach § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG nur mit einer Laufzeit von maximal 20 Jahren abgeschlossen werden. Damit soll einer Erstarrung von Versorgungsstrukturen entgegengewirkt und zumindest alle 20 Jahre ein Wettbewerb um Versorgungsgebiete ermöglicht werden. Strittig ist bislang, welche Auswirkungen eine Überschreitung dieser 20-Jahresfrist hat. Während nach einer Auffassung ein Verstoß gegen die 20-Jahresfrist lediglich zu einer Unwirksamkeit des über die 20 Jahre hinaus gehenden Teils des Vertrages führt, soll nach anderer Ansicht ein Verstoß gegen die maximale Laufzeit zur Unwirksamkeit des gesamten Konzessionsvertrages führen (Büdenbender EnWG 2003, § 13 Rn. 46). Die Regulierungsbehörden könnten dann die Praktizierung des Vertrages nach § 65 Abs. 1 EnWG untersagen. Bußgeldbewehrt ist ein solcher Verstoß mangels Erwähnung in § 95 EnWG zwar nicht;² etwas Anderes dürfte aber dann gelten, wenn gegen die Verpflichtung der Regulierungsbehörde, den Vertrag anzupassen, verstoßen wird.

Die Bekanntmachungspflichten bei Neuabschluss bzw. Verlängerung von Konzessionsverträgen sowie der bei der Wahl des Vertragspartners einzuhaltende Auswahlprozess sind nur unzureichend geregelt und sorgen für Rechtsunsicherheit. Daher sollen nachfolgend einige Grundsätze und Leitlinien für den rechtssicheren Abschluss von Konzessionsverträgen zusammengefasst werden.

2.2 Bekanntmachungsverfahren bei regulärem Vertragsablauf

Im Fall des regulären Auslaufens von Konzessionsverträgen sind die Gemeinden nach § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG verpflichtet, spätestens zwei Jahre vor Ablauf des Konzessionsvertrages das Vertragsende durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger oder elektronischen Bundesanzeiger bekannt zu machen. Wenn im Gemeindegebiet mehr als 100.000 Kunden unmittelbar

¹ Das EnWG spricht in den §§ 46, 48 und 113 nur von Wegenutzungsverträgen.

² vgl. VDEW, Energie-Info, Auswirkungen des neuen EnWG auf Konzessionsverträge, 3. Aufl., 2007, B.II.3.

oder mittelbar an das Versorgungsnetz angeschlossen sind, muss die Bekanntmachung zusätzlich im Amtsblatt der Europäischen Union erfolgen.

Die Vorlaufzeit von mindestens zwei Jahren soll nach der Intention des Gesetzgebers den Wettbewerb um das Netz fördern und der Gemeinde genügend Zeit geben, um Angebote möglicher Interessenten einzuholen und Vertragsverhandlungen zu führen. Das Gesetz spricht davon, dass „spätestens“ zwei Jahre vor dem regulären Vertragsende eine Bekanntmachung erforderlich ist, so dass natürlich auch eine frühere Bekanntmachung möglich ist.

Die Bekanntmachung nach § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG könnte wie folgt lauten:

„Die Gemeinde G gibt bekannt, dass der mit dem Energieversorgungsunternehmen E bestehende Strom-/Gaskonzessionsvertrag vom xx.xx.19xx für das Gebiet G am xx.xx.20xx endet. Die Gemeinde G bittet an einem Neuabschluss interessierte Energieversorgungsunternehmen bis zum xx.xx.20xx [z. B. sechs Wochen nach Bekanntmachung] Angebote bei der Gemeinde G, Postfach, PLZ Ort schriftlich einzureichen.³ Die Gemeinde behält sich vor, nach diesem Termin eingehende Interessenbekundungen zu berücksichtigen. Eine Berücksichtigung nach diesem Termin eingehender Interessenbekundungen wird nicht zugesagt.“

Wenn eine Rekommunalisierung angedacht ist, sollte dies auch bereits in der Bekanntmachung zum Ausdruck gebracht werden, etwa durch folgenden Zusatz⁴:

„Die Gemeinde wird auch prüfen, ob eine Übernahme des Strom-/Gasverteilnetzes durch die Gemeinde oder ein Unternehmen, an dem sich die Gemeinde beteiligt, sinnvoll ist. Unternehmen, die Interesse an der Gründung eines gemeinsamen Unternehmens haben, werden ebenfalls gebeten, ihr Interesse an einem solchen Vorhaben bis zum xx.xx.20xx schriftlich zu bekunden.“

2.3 Bekanntmachungsverfahren bei vorzeitiger Verlängerung

§ 46 Abs. 3 Sätze 3 und 4 EnWG regeln den Fall der vorzeitigen Verlängerung von Konzessionsverträgen. Danach sind bestehende Verträge zu beenden. Neue Vertragsabschlüsse dürfen frühestens drei Monate nach der Bekanntgabe der vorzeitigen Beendigung erfolgen. Anders als beim Auslaufen eines Konzessionsvertrages spricht das Gesetz bei der vorzeitigen Vertragsverlängerung und der Begründung der Auswahlentscheidung lediglich von einer öffentlichen Bekanntmachung ohne Hinweis auf eine Veröffentlichung im Bundesanzeiger oder im Amtsblatt der Europäischen Union. Unklar ist deshalb, ob die Bestimmung des § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG mit der Pflicht zur Veröffentlichung im Bundesanzeiger oder im Amtsblatt der Europäischen Union gewissermaßen eine vor die Klammer gezogene allgemein gültige Aussage trifft und daher auch für den Fall der Verlängerung anzuwenden ist. Dieser Schluss ist allerdings nicht zwingend. Unseres Erachtens lässt die anderslautende Formulierung darauf schließen, dass eine Bekanntmachung im öffentlichen Amtsblatt ausreichend ist.⁵

³ vgl. Kermel/Brucker/Baumann, Wegenutzungsverträge und Konzessionsabgaben in der Energieversorgung, 1. Aufl., 2008, S. 60

⁴ vgl. Albrecht, Was ist zu tun, wenn ein Konzessionsvertrag ausläuft?, Vortrag vom 11.11.2009, Folie 15

⁵ vgl. VDEW, Energie-Info, a. a. O., B.II.3.

Die Bekanntmachung nach § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG könnte wie folgt lauten:

„Die Gemeinde G gibt bekannt, dass der mit dem Energieversorgungsunternehmen E abgeschlossene Strom-/Gaskonzessionsvertrag vom xx.xx.19xx für das Gebiet G am xx.xx.20xx beendet worden ist. Die Gemeinde G bittet an einem Neuabschluss interessierte Energieversorgungsunternehmen bis zum xx.xx.20xx [z. B. sechs Wochen nach Bekanntmachung] Angebote bei der Gemeinde G, Postfach, PLZ Ort schriftlich einzureichen.“⁶

Bei einer vorzeitigen Vertragsverlängerung ist jeweils zu beachten, dass die maximale Laufzeit für Konzessionsverträge insgesamt 20 Jahre beträgt und in diesem Turnus ein „Wettbewerb um Netze“ ermöglicht werden soll (§ 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG).⁷

2.4 Bekanntmachungsverfahren bei vertragslosem Zustand

Erfahrungsgemäß ist insbesondere bei Eigenbetrieben die Situation anzutreffen, dass mit der Trägergemeinde keine Regelungen über die Zahlung von Konzessionsabgaben getroffen wurden. Nach § 46 Abs. 4 EnWG finden die Regelungen des § 46 Abs. 2 und 3 EnWG aber auch für Eigenbetriebe der Gemeinden Anwendung, auch wenn der Eigenbetrieb und seine Trägergemeinde Teile ein und derselben juristischen Person darstellen, so dass zwischen ihnen kein Vertrag im Rechtssinne bestehen kann. Daher genügt bei einem Eigenbetrieb⁸ ein Konzessionierungsbeschluss⁹, ist aber auch erforderlich. Die Notwendigkeit einer solchen Konzessionierung erwächst insbesondere auch aus der Kodifizierung der Laufzeitbeschränkung für Konzessionsverträge in § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG. Für das Bekanntmachungsverfahren selbst gelten die oben unter 2.2 und 2.3 dargestellten Regeln entsprechend.

2.5 Rechtsfolgen bei Verstoß gegen die Bekanntmachungspflicht

Die Folgen eines Verstoßes gegen die Bekanntmachungsfrist oder -form sind in der Rechtsprechung noch nicht einheitlich geklärt. Während das LG Kiel mit Urteil vom 08.07.2005¹⁰ und das OLG Schleswig-Holstein¹¹ zum Ergebnis kommen, dass ein Verstoß gegen die Bekanntmachungserfordernisse des § 13 Abs. 3 Satz 1 EnWG 1998 nicht zur Nichtigkeit eines in Folge geschlossenen Konzessionsvertrages führt, weil es sich bei dieser Vorschrift nicht um ein Ver-

⁶ vgl. Kermel/Brucker/Baumann, a. a. O., S. 68

⁷ vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.03.2008 – VI-2 U (Kart) 8/07, 2 U (Kart) 8/07, RdE 2008, 287 ff.: „Einen Verstoß gegen die höchstmögliche gesetzliche Laufzeit von Konzessionsverträgen von 20 Jahren stellt es danach nicht mehr nur dar, wenn durch von vornherein getroffene Absprachen die Laufzeit wirtschaftlich über 20 Jahre hinaus verlängert wird, sondern auch, wenn eine Verlängerung des Konzessionsvertrages (gegebenenfalls mit mehr oder weniger schwerwiegenden Abänderungen) ohne die Einhaltung der gerade der Förderung des Wettbewerbs dienenden Pflichten des § 13 Abs. 3 EnWG 1998 erfolgt.“ und Byok, Neuabschluss und Verlängerung von Konzessionsverträgen, RdE 2008, 268 bis 270.

⁸ Unseres Erachtens werden auch Regiebetriebe erfasst, obwohl der Gesetzeswortlaut sich nur auf Eigenbetriebe bezieht; es gibt keinen sachlichen Grund, Regiebetriebe anders zu behandeln.

⁹ vgl. LG München I, Urteil vom 28.04.2005 – 4HK O 22223/04: Orientierungssatz: „Verwendet das konzessionierte Gasversorgungsunternehmen ausschließlich Tarifkundenverträge, so fällt bei Durchleitungen an diese Kundengruppe die Tarifkunden-Konzessionsabgabe an. Die Verpflichtung des als Eigenbetrieb geführten Stadtwerks zur Abführung von Konzessionsabgaben an seine Stadt kann wirksam durch Ratsbeschluss bestimmt werden. Eine Entscheidung in Form einer städtischen Satzung ist nicht erforderlich.“

¹⁰ 14 O Kart 48/04

¹¹ Urteil vom 10.01.2006 – 6 U Kart 58/05, RdE 2006, 199 bis 204

botsgesetz im Sinne von § 134 BGB handele, kommt das OLG Düsseldorf in seiner Entscheidung vom 12.03.2008 zum gegenteiligen Ergebnis: Vorzeitig verlängerte Stromkonzessionsverträge ohne Bekanntmachung sind nach § 13 Abs. 3 Satz 1 EnWG 1998 nichtig, wenn dadurch die gesetzliche Höchstfrist von 20 Jahren überschritten wird.¹²

2.6 Auswahlverfahren und Auswahlkriterien

Das EnWG trifft keine näheren Bestimmungen zur Ausgestaltung des Auswahlverfahrens bei mehreren Bewerbern. § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG sieht nur vor, dass die Gemeinde ihre Auswahlentscheidung unter Angabe der maßgeblichen Gründe öffentlich bekannt zu machen hat. Die Gemeinde ist nicht zu einer reglementierten Ausschreibung mit konkreten und nachvollziehbaren Wertungskriterien – etwa nach dem Vorbild des Kartellvergaberechts – gezwungen.^{13, 14} Unabhängig von der Frage, ob das Kartellvergaberecht Anwendung findet, muss die Auswahlentscheidung jedenfalls unter Berücksichtigung von Gleichbehandlungsgrundsatz und Transparenzgebot getroffen werden. Die Gemeinde ist verpflichtet, die Auswahlentscheidung in einem diskriminierungsfreien Verfahren anhand objektiver Kriterien zu treffen. Dies ergibt sich auch aus kartellrechtlichen Vorgaben, da die Gemeinde hinsichtlich der Wegerechte marktbeherrschend ist (§ 19 Abs. 1 und § 20 Abs. 1 GWB).¹⁵

Nach § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG muss die Gemeinde den zukünftigen Inhaber der Konzession diskriminierungsfrei auswählen. Die Auswahlentscheidung der Gemeinde muss sich dann auf sachliche Gründe stützen und darf nicht willkürlich erfolgen. Auf den ersten Blick bietet sich die Höhe der Konzessionsabgabe als Auswahl- und Entscheidungskriterium an. Da aber regelmäßig sämtliche Bewerber die nach der Konzessionsabgabenverordnung (KAV) höchstzulässige Konzessionsabgabe zur Zahlung anbieten, steht die Gemeinde vor der Herausforderung, eine Auswahl auf der Grundlage von anderen objektiven Kriterien zu treffen. Dabei ist zu beachten, dass neben oder anstelle der Konzessionsabgaben anderweitige direkte Leistungen des Netz-

¹² vgl. OLG Düsseldorf, a. a. O.

¹³ so OLG Düsseldorf, a. a. O.

¹⁴ Byok, a. a. O.: Allerdings gehen einzelne Stimmen in der Literatur davon aus, dass die Nichtanwendung des Kartellvergaberechts (§§ 97 ff. GWB) auf den Abschluss von Konzessionsverträgen für die Zukunft nicht unumstößlich ist, weil im Einzelfall bei konkreten, detaillierten Vorgaben für das Verlegen und den Betrieb der Versorgungsanlagen ein Beschaffungszweck der Gemeinde nicht von der Hand zu weisen ist.

¹⁵ vgl. VDEW, Energie-Info, a. a. O., B.II.4.

betreibers an die Gemeinde nur vereinbart werden dürfen, soweit dies in § 3 KAV¹⁶ zugelassen ist. Unzulässige Nebenleistungen könnten sogar nach §§ 331, 333 StGB (Vorteilsannahme bzw. -gewährung) strafbar sein.

Neben der technischen oder wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Bewerber darf die Gemeinde ihre Auswahlentscheidung auch auf „leistungsfremde“ Aspekte, wie z. B. die bisherige zufrieden stellende Zusammenarbeit oder die Nähe am Kunden durch regional ansässige Unternehmen mit einbeziehen. Auch Kriterien zur Verbesserung der Energieversorgung im Einklang mit den Zielen des § 1 EnWG können in die Auswahlentscheidung mit einfließen.¹⁷ Bei gleichen Angebotsbedingungen der Interessenten sollen auch die wirtschaftlichen Interessen des bisherigen Konzessionsvertragspartners ein zulässiges Auswahlkriterium sein.¹⁸ Wenn sich die Angebote ähneln und auch keine sachlichen Gründe, wie beispielsweise eine ungenügende Leistungsfähigkeit für einen Wechsel des Konzessionsinhabers, vorliegen, wird man wohl den neuen Konzessionsvertrag mit dem bisherigen Konzessionsinhaber abzuschließen haben.

3 Höhe der Konzessionsabgabe

3.1 Gemeinderabatt

Auch künftig kann der Gemeinde für ihren in Niederspannung oder in Niederdruck abgerechneten Eigenverbrauch bis zu 10 % Rabatt gewährt werden (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 1 KAV n. F.)¹⁹. Allerdings kann sich der Rabatt nicht mehr auf den gesamten Strom-/Gaspreis, sondern nur noch auf den Rechnungsbetrag für den Netzzugang beziehen. Dieser Preisnachlass ist für alle in Niederspannung/Niederdruck belieferten Abnahmestellen der Gemeinde möglich, während bisher ein Rabatt nur für den nach Tarifpreisen abgerechneten Verbrauch der Gemeinde zulässig war.

¹⁶ „§ 3 Andere Leistungen als Konzessionsabgaben

(1) Neben oder anstelle von Konzessionsabgaben dürfen Versorgungsunternehmen und Gemeinde für einfache oder ausschließliche Wegerechte nur die folgenden Leistungen vereinbaren oder gewähren:

1. Preisnachlässe für den in Niederspannung oder in Niederdruck abgerechneten Eigenverbrauch der Gemeinde bis zu 10 vom Hundert des Rechnungsbetrages für den Netzzugang, sofern diese Preisnachlässe in der Rechnung offen ausgewiesen werden,
2. Vergütung notwendiger Kosten, die bei Bau- und Unterhaltungsmaßnahmen an öffentlichen Verkehrswegen der Gemeinden durch Versorgungsleitungen entstehen, die in oder über diesen Verkehrswegen verlegt sind,
3. Verwaltungskostenbeiträge der Versorgungsunternehmen für Leistungen, die die Gemeinde auf Verlangen oder im Einvernehmen mit dem Versorgungsunternehmen zu seinem Vorteil erbringt.

Für die Benutzung anderer als gemeindlicher öffentlicher Verkehrswege sowie für die Belieferung von Verteilerunternehmen und deren Eigenverbrauch dürfen ausschließlich die in Satz 1 Nrn. 2 und 3 genannten Leistungen vereinbart oder gewährt werden.

(2) Nicht vereinbart oder gewährt werden dürfen insbesondere

1. sonstige Finanz- und Sachleistungen, die unentgeltlich oder zu einem Vorzugspreis gewährt werden; Leistungen der Versorgungsunternehmen bei der Aufstellung kommunaler oder regionaler Energiekonzepte oder für Maßnahmen, die dem rationellen und sparsamen sowie ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart dienen, bleiben unberührt, soweit sie nicht im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Konzessionsverträgen stehen,
2. Verpflichtungen zur Übertragung von Versorgungseinrichtungen ohne wirtschaftlich angemessenes Entgelt.“

¹⁷ vgl. VDEW, Energie-Info, a. a. O., B.II.4.

¹⁸ vgl. VDEW, Energie-Info, a. a. O., B.II.4.

¹⁹ zuletzt geändert durch Verordnung vom 01.11.2006

Umstritten sind die Auswirkungen des geänderten § 3 Abs. 1 Nr. 1 KAV auf die Klauseln in bestehenden Konzessionsverträgen, die einen Rabatt auf den gesamten Strom-/Gaspreis gewähren. Während eine Ansicht aus § 113 EnWG, wonach laufende Wegenutzungsverträge einschließlich der vereinbarten Konzessionsabgaben unbeschadet ihrer Änderungen durch die §§ 36, 46 und 48 EnWG unberührt bleiben, folgert, dass die bisherigen Rabattregelungen trotz der Gesetzesänderung gültig bleiben, nimmt die andere Auffassung an, dass sie gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen und damit gemäß § 134 BGB insgesamt nichtig sind, so dass der Anspruch der Gemeinde auf den vereinbarten Rabatt entfällt.²⁰

Unabhängig von der Frage der wirksamen Fortgeltung der in bestehenden Konzessionsverträgen vereinbarten Rabattklauseln, die noch an die Tarifpreise der ursprünglich integrierten Energieversorgungsunternehmen (EVU) anknüpfen, sollten solche Rabattklauseln auf die Netznutzungsentgelte für in Niederspannung/Niederdruck belieferte Abnahmestellen der Gemeinde bezogen und insoweit umgestellt werden.²¹

Die Rabattregelung des § 3 Abs. 1 Nr. 1 KAV beschränkt sich ausdrücklich nur auf die Netznutzung durch die Gemeinde, unabhängig davon, ob sie selbst Netznutzer im Sinne der Netzzugangsverordnung Strom bzw. Gas ist. Das schließt jedoch nicht aus, dass der die Gemeinde mit Strom in Niederspannung bzw. Gas in Niederdruck beliefernde Vertrieb dieser freiwillig einen zusätzlichen Rabatt gewährt. Denn auf den Energielieferanten erstreckt sich das Nebenleistungsverbot des § 3 Abs. 1 Nr. 1 KAV nicht, da dieser gerade kein Konzessionsvertragspartner ist. Im Rahmen von All-inclusive-Verträgen mit der Gemeinde steht es dem Lieferanten daher grundsätzlich frei, der Gemeinde einen Rabatt auf den gesamten Strompreis zu gewähren.²²

Wichtig ist in diesem Zusammenhang allerdings die Zuordnung der Kosten, die durch den gewährten Rabatt entstehen, auf den Netzbereich einerseits und den Vertrieb andererseits. Dem Netzbetreiber ist aufgrund der neuen Rechtslage mit Blick auf die Entflechtungsvorgaben und die Vorschriften zur Bestimmung der Netzentgelte nur der Teil des Rabattes auf den gesamten Preis zuzuordnen, der dem 10%igen Rabatt auf die Netzentgelte entspricht. Darüber hinausgehende Belastungen hat der Vertrieb zu tragen.²³

3.2 Durchleitungsfälle

Nach § 2 Abs. 6 Satz 1 KAV können für die Durchleitung Dritter im Verhältnis zwischen Netzbetreiber und Gemeinde Konzessionsabgaben bis zu der Höhe vereinbart werden, wie sie der Netzbetreiber in vergleichbaren Fällen für Lieferungen seines Unternehmens oder durch verbundene oder assoziierte Unternehmen in dem jeweiligen Konzessionsgebiet zu zahlen hat.²⁴

²⁰ vgl. Bachert, RdE 2006, 76, 78

²¹ Scholz/Stappert/Haus, Auswirkungen der Entflechtung auf den Gemeinderabatt, RdE 2007, 106, 109

²² vgl. VDEW, Energie-Info, a. a. O., B.I.6.

²³ vgl. VDEW, Energie-Info, a. a. O., B.I.6.

²⁴ § 2 Abs. 6 Satz 1 KAV: „Liefere Dritte im Wege der Durchleitung Strom oder Gas an Letztverbraucher, so können im Verhältnis zwischen Netzbetreiber und Gemeinde für diese Lieferungen Konzessionsabgaben bis zu der Höhe vereinbart oder gezahlt werden, wie sie der Netzbetreiber in vergleichbaren Fällen für Lieferungen seines Unternehmens oder durch verbundene oder assoziierte Unternehmen in diesem Konzessionsgebiet zu zahlen hat. Diese Konzessionsabgaben können dem Durchleitungsentgelt hinzugerechnet werden.“

Uneinigkeit besteht darüber, ob der Verweis auf „vergleichbare Fälle“ gemäß § 2 Abs. 6 Satz 1 KAV die Berechnung der höheren Konzessionsabgaben zulässt, wenn Drittlieferanten Sondervertragskunden haben, die durch den Grundversorger als Tarfkunden versorgt würden. Im Bereich der Stromversorgung bestimmt § 2 Abs. 7 Satz 1 KAV, dass Stromlieferungen aus dem Niederspannungsnetz bis 1 kV als Stromlieferungen an Tarfkunden gelten, es sei denn, die gemessene Leistung des Kunden überschreitet in mindestens zwei Monaten 30 kW und der Jahresverbrauch beträgt mehr als 30.000 kWh. Für Stromlieferungen an „kleine“ Stromverbraucher können daher die für Tarfkunden geltenden höheren Konzessionsabgaben vereinbart werden.²⁵ Im Bereich der Gasversorgung hat der Gesetzgeber keine dem § 2 Abs. 7 Satz 1 KAV entsprechende Vorschrift in das Gesetz mit aufgenommen, so dass der Grundversorger allein durch die Wahl eines Sonderkundenvertrages die Konzessionsabgabenlast gemäß § 2 Abs. 3 Ziffer 2 KAV senken kann.²⁶

In jüngster Zeit hat nun das Bundeskartellamt (BKartA) Verfahren gegen Gasversorgungsunternehmen (GVU) mit dem Vorwurf eingeleitet, sie hätten Drittlieferanten von durchgeleitetem Gas nicht die maßgeblich niedrigere Konzessionsabgabe für Sondervertragskunden (maximal 0,03 ct/kWh), sondern die wesentlich höhere für Tarfkunden (maximal 0,40 ct/kWh für „sonstige Tarflieferungen“) in Rechnung gestellt. In seinem Beschluss vom 03.06.2009 kommt die 10. Beschlussabteilung des BKartA nämlich zu dem Ergebnis, dass für Drittlieferanten, die keine Grundversorger sind, lediglich die Konzessionsabgabe für Sondervertragskunden berechnet werden dürfe. Für die Gemeinde als Gesellschafterin des Netzbetreibers und Grundversorgers spiele es keine Rolle, ob sie vom Netzbetreiber eine höhere Konzessionsabgabe und vom Grundversorger einen entsprechend reduzierten Gewinn oder eine niedrigere Konzessionsabgabe und einen entsprechend erhöhten Gewinn erhalte. Die Erhöhung des Konzessionsabgabevolumens käme einer indirekten Gewinnausschüttung des Grundversorgers gleich.

Entgegen dem BKartA gehen das LG München I²⁷ und das OLG Frankfurt²⁸ davon aus, dass Drittlieferanten die höhere Konzessionsabgabe für Tarfkunden insoweit berechnet werden kann, als auch der Grundversorger Konzessionsabgaben für Tarfkunden „in vergleichbaren Fällen“ zu zahlen hätte. Es sei unerheblich, dass der Drittlieferant Sondervertragskunden und keine Tarfkunden beliefert. Bezüglich der Erhebung von Konzessionsabgaben wären somit der Drittlieferant und das Energieversorgungsunternehmen im Sinne des § 2 Abs. 6 Satz 1 KAV schon aus wettbewerbsrechtlichen Gründen gleich zu behandeln. Die Konzessionsabgabebeträge seien der Höhe nach nicht durch ein Ausnutzen einer marktbeherrschenden Stellung des Netzbetreibers im Sinne des § 19 Abs. 4 Nrn. 1 und 2 GWB bestimmt, sondern durch die zulässige und wirksame Regelung zwischen der Gemeinde und dem Netzbetreiber. Hierfür spricht auch der in der amtlichen Gesetzesbegründung zu § 2 Abs. 6 KAV zum Ausdruck kommende Wille des Gesetzgebers, dass die Vorschrift die Gleichbehandlung der Netznutzer auch im Konzessionsabgabenrecht und damit die Wettbewerbsneutralität der Konzessionsabgaben im Verhältnis zwischen Netzbetreiber und dritten Wettbewerbern sichern soll.²⁹ Diese vom LG München I und OLG Frankfurt vertretenen Auffassungen vermögen unseres Erachtens gegenüber der vom BKartA vertretenen Ansicht zu überzeugen; die weitere Entwicklung bleibt jedoch abzuwarten.

²⁵ Tittel/Otto, Konzessionsabgaben für die Durchleitung von Gas durch Drittlieferanten, RdE 2009, 368, 369

²⁶ Tittel/Otto, a. a. O., S. 370

²⁷ Urteil vom 28.04.2005 – 4 HK O 22223/04

²⁸ Beschluss vom 28.11.2008 – 11 W 29/08 (Kart), RdE 2009, 256

²⁹ Tittel/Otto, a. a. O., S. 371

3.3 Berücksichtigung von Stromsteuererstattungen beim Grenzpreisvergleich nach § 2 Abs. 4 KAV

Nach § 2 Abs. 4 KAV dürfen Konzessionsabgaben für Lieferungen von Strom an Sondervertragskunden nicht vereinbart oder gezahlt werden, wenn der Durchschnittspreis im Kalenderjahr je Kilowattstunde unter dem Durchschnittserlös je Kilowattstunde aus der Lieferung von Strom an alle Sondervertragskunden liegt. Laut Pressemitteilung Nr. 442 vom 24.11.2008 des Statistischen Bundesamtes wird der Durchschnittserlös oder Grenzpreis für Stromlieferungen an Sondervertragskunden ohne Mehrwertsteuer und ohne rückwirkende Stromsteuerrückerstattungen ausgewiesen. Er enthält die Netznutzungsentgelte, die Stromsteuer, die Konzessionsabgaben sowie Ausgleichsabgaben nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz und dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz. Gemäß der Konzessionsabgabenverordnung dient der Grenzpreis den Energieversorgungsunternehmen als Grundlage zur Berechnung der Konzessionsabgaben.

Gegenstand eines Rechtsstreits ist gegenwärtig die Frage, ob beim Grenzpreisvergleich nach § 2 Abs. 4 KAV Stromsteuererstattungen zu berücksichtigen sind; sie wurde – anders als noch in der Vorinstanz³⁰ – aktuell vom OLG Stuttgart im Urteil vom 19.11.2009 – auf Klage eines Unternehmens der Glasindustrie – bejaht³¹: „Bei Ermittlung des Durchschnittspreises i. S. des § 2 Abs. 4 KAV ist eine nachträglich gem. § 10 StromStG gewährte Stromsteuerrückvergütung preismindernd zu berücksichtigen.“

Das OLG Stuttgart stellt sich mit seiner Entscheidung damit gegen die bisherige Berechnungspraxis des Statistischen Bundesamtes. Eine Nachfrage beim zuständigen Abteilungsleiter ergab, dass der Rechtsstreit zwar bekannt sei, dass aber ohne entsprechende Initiative des Bundeswirtschaftsministeriums derzeit kein Handlungsbedarf gesehen werde. Eine eventuelle Revisionsentscheidung des BGH bleibt mit Spannung abzuwarten.

3.4 Mengengrenzvereinbarungen in Gaskonzessionsverträgen

Für die Grenzziehung zwischen Tarifkunden und Sondervertragskunden spielen in der Gasversorgung traditionell sogenannte Mengengrenzvereinbarungen dahingehend eine Rolle, ob für eine Gaslieferung die Konzessionsabgabe für „sonstige Tariflieferungen“ oder für die Belieferung von „Sondervertragskunden“ zu zahlen ist. Solche Mengengrenzvereinbarungen in Gaskonzessionsverträgen werden bis zu einer Mengengrenze von 30.000 kWh/a auch nach der Energierechtsreform 2005 weiterhin für zulässig gehalten.³² Dass der Bereich der lieferverhältnsunabhängigen Mengengrenzen überhaupt vertraglichen Abreden zugänglich ist, zeigt § 2 Abs. 7 Satz 4 KAV, wonach für Stromlieferungen Netzbetreiber und Gemeinden niedrigere Leistungswerte und Jahresverbrauchsmengen vereinbaren können. Hinsichtlich der zulässigen Höhe von Mengengrenzvereinbarungen kann der in § 2 Abs. 7 Satz 1 KAV für den Strombe-

³⁰ Vgl. LG Stuttgart, Urteil vom 28.02.2008 – 41 O 191/07: „Der von einem Sondervertragskunden entrichtete Durchschnittspreis im Sinne des § 2 Abs. 4 KAV umfasst auch die Stromsteuer. Daher ist beim Grenzpreisvergleich zur Feststellung, ob der Kunde zur Zahlung von Konzessionsabgaben verpflichtet ist, eine Steuerrückerstattung nach § 10 StromStG **nicht** zu berücksichtigen.“

³¹ 2 U 40/08 - Bis zur Fertigstellung des Manuskripts Ende Februar 2010 war die Entscheidung nicht rechtskräftig; die Revision gegen das Urteil wurde zugelassen.

³² Kühne, Mengengrenzvereinbarungen in Gaskonzessionsverträgen – Bestand und Zulässigkeit, RdE 2010, 6, 8

reich verwendete Grenzwert von 30.000 kWh/a auch im Gasbereich verwendet werden;³³ diese vom Gesetzgeber vorgegebene Begrenzung kann eine großemäßige Orientierung geben.

Im Strombereich hat § 2 Abs. 7 KAV die ex-lege-Wirkung, dass die Tariffkundenkonzessionsabgabe durch Drittlieferanten in Rechnung gestellt werden kann. Im Gasbereich ist § 2 Abs. 7 KAV nicht anwendbar. Funktional treten an dessen Stelle die Mengengrenzvereinbarungen innerhalb der dargestellten Wirksamkeits- und Zulässigkeitsgrenzen. Über § 2 Abs. 6 KAV erstreckt sich ihre Wirkung auch auf Drittlieferanten.

4 Endschafftsbestimmungen

In vielen Konzessionsverträgen, die in den achtziger und neunziger Jahren abgeschlossen wurden und jetzt auslaufen, wurde in den jeweiligen Endschafftsklauseln vielfach für den Fall, dass die Konzession nach dem Auslaufen des Konzessionsvertrages an einen anderen Energieanbieter vergeben wird, vereinbart, dass die Gemeinde einen Anspruch auf Erwerb des Netzes hat. Seit der Novellierung des EnWG 1998 enthält aber das Gesetz selber in § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG eine Regelung zu dieser Frage. Das Gesetz schreibt vor, dass dem neuen Konzessionsnehmer vom bisherigen Netzbetreiber das Netz zu einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung überlassen werden muss.

Die Bedeutung des Begriffs „Überlassen“ ist seitdem rechtlich umstritten. Nach aktueller Rechtsprechung ist unsicher, ob dem Netzübernehmer aufgrund der gesetzlichen Regelung des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG nach Auslaufen eines Konzessionsvertrages ein Eigentumsübertragungsanspruch oder nur ein Anspruch auf Pacht des Netzes³⁴ zusteht. Es wird nämlich vertreten, dass Überlassen entweder nur durch Kauf oder auch durch Pacht erfolgen kann.

4.1 Aktuelle Rechtsprechung

Der BGH hat aktuell am 29.09.2009³⁵ in zwei Verfahren entschieden, dass ein konzessionsvertraglicher Anspruch auf Erwerb eines Strom- bzw. Gasnetzes unverändert fortbesteht, auch wenn mit § 46 Abs. 2 EnWG 2005 eine Vorschrift eingeführt wurde, welche den bisherigen Netzbetreiber nur zum Überlassen des Netzes verpflichtet. In den vom BGH entschiedenen Fällen sah der Konzessionsvertrag vor, dass die Gemeinde das Netz nach Ablauf des Konzessionsvertrages erwerben könne. Der BGH kommt zum Ergebnis, dass die Parteien des alten Konzessionsvertrages grundsätzlich an den Vertrag gebunden seien und ein dort vertraglich vereinbarter Kaufanspruch daher aufgrund der Novellierung des EnWG als ein „Überlassen“ im Sinne von § 46 Abs. 2 EnWG verstanden werden könne. Dementsprechend bestand in dem anhängigen Verfahren auch ein Kaufanspruch der Gemeinde; diesen Kaufanspruch kann die

³³ Kühne, a. a. O., RdE 2010, 11

³⁴ so das OLG Koblenz, Urteil vom 23.04.2008 – U 646/08 Kart: „§ 46 Abs. 2 EnWG beinhaltet keine Pflicht zur Übertragung des Netzes. Der Pflicht zur Überlassung des Netzes kann auch durch die Überlassung des Besitzes Genüge getan werden.“

³⁵ Urteile vom 29.09.2009 – EnZR 14/08 und EnZR 15/08

Gemeinde auch ihrem neuen Konzessionsvertragspartner abtreten. Die schriftlichen Urteilsgründe hat der Bundesgerichtshof bislang³⁶ noch nicht veröffentlicht.

Nicht entschieden wurde vom BGH die Frage, wie andere Formulierungen in Konzessionsverträgen zu bewerten sind und wie mit Verträgen ohne eine Regelung zum Übergang des Netzes umzugehen ist. Ebenso wenig wurde die Frage, ob „Überlassen“ nun Kauf oder Pacht oder nur Kauf bedeutet, abschließend gerichtlich geklärt. Die Tendenz der instanzgerichtlichen Rechtsprechung geht allerdings dahin, einen Eigentumsübertragungsanspruch abzulehnen. Das OLG Schleswig-Holstein hat in einer Entscheidung vom 10.01.2006³⁷ noch eine Pflicht zur Übertragung des Eigentums angenommen; es beruft sich dabei auf den Willen des Gesetzgebers und den Hinweis in der Gesetzesbegründung, dass ein Versorgerwechsel nicht an prohibitiv hohen Kaufpreisen scheitern dürfe. Das OLG Koblenz³⁸ und das OLG Frankfurt³⁹ kamen dagegen zum Ergebnis, dass der gesetzliche Anspruch in § 46 Abs. 2 EnWG keinen Eigentumsübertragungsanspruch auf Herausgabe der zur Energieverteilung erforderlichen Anlagen und Einrichtungen gibt, sondern dem bisher Nutzungsberechtigten freigestellt ist, in welcher Form er die notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Konzessionsnehmer zur Verfügung stellt.

4.2 Endschafftsbestimmungen in Musterkonzessionsverträgen

In Bayern existieren sowohl ein Musterkonzessionsvertrag-Strom vom 27.04.2007⁴⁰ als auch seit 16.12.2009 ein Musterkonzessionsvertrag-Gas⁴¹.

4.2.1 Endschafftsbestimmung im Musterkonzessionsvertrag-Strom

Der Musterkonzessionsvertrag-Strom wurde jüngst durch einen Sideletter um folgende aktualisierte Endschafftsklausel ergänzt, die für Gemeinden, die sich eine Rekommunalisierung offen

³⁶ Bis zur Fertigstellung des Manuskripts Ende Februar 2010 waren die Urteilsgründe nicht verfügbar.

³⁷ 6 U Kart 58/05: „§ 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG begründet einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums an notwendigen Verteilungsanlagen.“

³⁸ OLG Koblenz, a. a. O.: „Es besteht keine Verpflichtung eines Gasversorgungsunternehmens nach Kündigung eines Gasversorgungsvertrages zur Übereignung des Eigentums an den Netzanlagen an ein neues Gasversorgungsunternehmen von Gesetzes wegen. Die gesetzliche Verpflichtung, die Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen zu überlassen, kann nicht dahingehend verstanden werden, dass der alte Gasversorger auch die Übertragung des Eigentums schuldet. Der bisherige Nutzungsberechtigte ist lediglich verpflichtet, dem neuen Gasversorger den Besitz an den Anlagen zu überlassen.“

³⁹ Urteile vom 29.01.2008 – 11 U 19/07 (Kart) und 11 U 20/07 (Kart)

⁴⁰ Vereinbarung über ein Muster für einen Wegenutzungsvertrag zwischen Gemeinden und Elektrizitätsversorgungsunternehmen (sog. Musterkonzessionsvertrag-Strom), vereinbart zwischen Bayerischem Gemeindetag, Bayerischem Städtetag und Verband der Bayerischen Energie- und Wasserwirtschaft e. V. (VBEW) am 25.04.2007

⁴¹ Vereinbarung über ein Muster für einen Wegenutzungsvertrag zwischen Gemeinden und Gasversorgungsunternehmen (sog. Musterkonzessionsvertrag-Gas), vereinbart zwischen Bayerischem Gemeindetag, Bayerischem Städtetag und Verband der Bayerischen Energie- und Wasserwirtschaft e. V. (VBEW) am 16.12.2009

halten wollen, eine Alternative zur Regelung in § 9 des Musterkonzessionsvertrages-Strom⁴² sein kann:

„§ 9 Ablösung der Versorgungsanlagen

1. Wird der Vertrag nach seinem Ablauf nicht verlängert oder neu abgeschlossen, so ist die Gemeinde oder ein EVU mit Mehrheitsbeteiligung von Gemeinden, in deren Gebieten die Netze betrieben werden, berechtigt, die für den Betrieb des Netzes der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen zu erwerben. Dies gilt nicht für Durchgangsleitungen, die auch für die überörtliche Versorgung Bedeutung haben. Als Entgelt hat der Erwerber dem abgebenden EVU eine unter Berücksichtigung der Rechtsprechung wirtschaftlich angemessene Vergütung in Höhe des Sachzeitwerts der zu übernehmenden Anlagen zum Zeitpunkt der Übergabe unter zeitanteiliger Berücksichtigung geleisteter Baukostenzuschüsse und voller Berücksichtigung öffentlicher Finanzierungshilfen zu vergüten, soweit nichts anderes vereinbart ist. Als Sachzeitwert gilt der Herstellungswert für Anlagen zum Übernahmzeitpunkt unter Berücksichtigung der bisherigen Nutzungsdauer und des technischen Erhaltungszustandes der Anlagen.

2. Die durch den Wechsel in der Versorgungszuständigkeit anfallenden Kosten einvernehmlicher Netzentflechtung sind vom abgebenden EVU, die Kosten der Netzeinbindung sind vom Erwerber zu tragen.

3. Das EVU ist verpflichtet, dem Erwerber auf Verlangen Aufschluss darüber zu geben, welche Anlagen vorhanden sind sowie alle Auskünfte zu erteilen und Unterlagen zur Verfügung zu stellen, die er zur Ausübung des Übernahmrechts benötigt.“

4.2.2 Endschaftsbestimmung im Musterkonzessionsvertrag-Gas

Der neue Musterkonzessionsvertrag-Gas sieht alternativ zu einem Verweis auf die gesetzliche Regelung eine von den Vertragspartnern zu vereinbarende Endschaftsklausel mit einem Eigentumsübertragungsanspruch vor:

„§ 9 Ablösung der Versorgungsanlagen

Alternative 1:

1. Wird der Vertrag mit dem bisherigen Vertragspartner nach seinem Ablauf nicht verlängert oder neu abgeschlossen, so sind die Regelungen des EnWG zu beachten.

2. Die Gemeinde ist verpflichtet, die auf Vertragsgrundstücken gelegenen, nach den vorstehenden Bestimmungen nicht überlassenen Anlagen des GUV nach Beendigung des Vertrags noch weiter zu dulden. Für Änderungen und Sicherungen an diesen Anlagen gilt auch nach Vertragsablauf § 5 entsprechend.

⁴² „1. Wird der Vertrag nach seinem Ablauf nicht verlängert oder neu abgeschlossen, so ist das EVU verpflichtet, die ausschließlich für die allgemeine Versorgung im Vertragsgebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen im Sinne von § 46 Abs. 2 EnWG gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu überlassen.
2. Die Gemeinde ist verpflichtet, die auf Vertragsgrundstücken gelegenen, nach den vorstehenden Bestimmungen nicht überlassenen Anlagen des EVU nach Beendigung des Vertrages noch weiter zu dulden. Für Änderungen und Sicherungen an diesen Anlagen gilt auch nach Vertragsablauf § 5 entsprechend. Die für die Grundstücksbenutzung aufgrund einer Dienstbarkeit zu zahlende einmalige Entschädigung richtet sich nach den üblichen Grundsätzen.“

Die für die Grundstücksbenutzung aufgrund einer Dienstbarkeit zu zahlende einmalige Entschädigung richtet sich nach den üblichen Grundsätzen.

Alternative 2:

1. Wird der Vertrag nach seinem Ablauf nicht verlängert oder neu abgeschlossen, so ist die Gemeinde oder ein GvU mit Mehrheitsbeteiligung von Gemeinden, in deren Gebieten die Netze betrieben werden, berechtigt, die für den Betrieb des Netzes der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen zu erwerben. Dies gilt nicht für Durchgangsleitungen, die auch für die überörtliche Versorgung Bedeutung haben. Unberührt bleibt der Anspruch der Gemeinde auf Überlassung gemäß § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG.

Als Kaufpreis gemäß Satz 1 hat der Erwerber dem abgebenden GvU eine unter Berücksichtigung der Rechtsprechung wirtschaftlich angemessene Vergütung in Höhe des Sachzeitwerts der zu übernehmenden Anlagen zum Zeitpunkt der Übergabe unter zeitanteiliger Berücksichtigung geleisteter Baukostenzuschüsse und voller Berücksichtigung öffentlicher Finanzierungshilfen zu vergüten, soweit nichts anderes vereinbart ist. Als Sachzeitwert gilt der Herstellungswert für Anlagen zum Übernahmzeitpunkt unter Berücksichtigung der bisherigen Nutzungsdauer und des technischen Erhaltungszustandes der Anlagen.

2. Die durch den Wechsel in der Versorgungszuständigkeit anfallenden Kosten einvernehmlicher Netzentflechtung sind vom abgebenden GvU, die Kosten der Netzeinbindung sind vom Erwerber zu tragen.

3. Das GvU ist verpflichtet, der Gemeinde ab 3 Jahre vor Ablauf des Vertrages auf Verlangen Aufschluss darüber zu geben, welche Anlagen vorhanden sind sowie alle Auskünfte zu erteilen und Unterlagen zur Verfügung zu stellen, die sie zur Entscheidung über die Ausübung des Übernahmrechts sowie für die technische und betriebswirtschaftliche Analyse benötigt.

4. Wird der Anspruch nach Nummer 1 gewählt, stellt der Erwerber das abgebende GvU von Ansprüchen nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG frei. § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG bleibt im Übrigen unberührt.

5. Die Gemeinde ist verpflichtet, die auf Vertragsgrundstücken gelegenen, nach den vorstehenden Bestimmungen nicht überlassenen Anlagen des abgebenden GvU, nach Beendigung des Vertrages noch weiter zu dulden. Für Änderungen und Sicherungen an diesen Anlagen gilt auch nach Vertragsablauf § 5 ‚Folgepflicht und Kostentragung bei Änderungen der Versorgungsanlagen‘ entsprechend.“

Für den Fall, dass der Bundesgerichtshof rechtskräftig den Berechnungsmodus für die Gegenleistung zur Netzübertragung definiert und/oder den Anspruch nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG als Übereignungsanspruch auslegt, haben die Vertragsparteien des Musterkonzessionsvertrages-Gas vereinbart, dass auf dieser Basis über die Neufassung der Endschaftsklausel in „§ 9 Ablösung der Versorgungsanlagen“ verhandelt wird.

5 Netzübernahmen

5.1 Gegenstand der Netzübernahme

Vorab muss klargestellt werden, dass seit Inkrafttreten des EnWG 2005⁴³ die Übernahme eines Netzes – entgegen teilweise noch fälschlicher Annahme in der kommunalen Praxis – nicht zum Übergang der versorgten Tarifkunden auf den neuen Konzessionsinhaber führt. Vielmehr bleiben die ursprünglichen Tarifkunden solche des bisherigen Versorgers und sind für den Netzbetreiber nur Netzkunden (vgl. §§ 6 ff. EnWG zur rechtlichen und organisatorischen Entflechtung). Ein Übergang von Tarifkunden mit dem Netz ist daher wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig (§ 134 BGB).⁴⁴ Ein Übergang von Tarifkunden mit dem Netz ist auch wegen der neuen Regelungen zur Grundversorgung ausgeschlossen. Bei einem Wechsel des Konzessionsinhabers bleiben die Grundversorgungskunden weiterhin beim bisherigen Grundversorger, an dessen Status sich durch die Netzübernahme nichts ändert. Vertragliche Regelungen zum Übergang von Tarifkunden auf den Konzessionsnehmer sind daher auch unter diesem Gesichtspunkt unwirksam (vgl. § 113 EnWG).⁴⁵

Nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG besteht eine Verpflichtung des bisherigen Konzessionsinhabers dem neuen Konzessionsinhaber die „für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen“ zu überlassen. Eine gesetzliche Definition von Energieversorgungsnetzen der allgemeinen Versorgung findet sich in § 3 Nr. 17 EnWG. Es handelt sich um Energieversorgungsnetze, die der Verteilung von Energie an Dritte dienen und von ihrer Dimensionierung nicht von vornherein nur auf die Versorgung bestimmter, schon bei der Netzerrichtung feststehender oder bestimmbarer Letztverbraucher ausgelegt sind, sondern grundsätzlich für die Versorgung jedes Letztverbrauchers offen stehen. Welche Anlagen im Einzelnen für die Verteilung „notwendig“ sind, kann dabei nur durch eine objektive Betrachtung nach einer sinnvollen Netztrennung bestimmt werden.⁴⁶ Immer wieder entsteht bei Netzübernahmen Streit darüber, ob auch Mittelspannungsleitungen, die nicht ausschließlich der Versorgung des betroffenen Gemeindegebiets dienen, vom bisher Nutzungsberechtigten dem neuen Energieversorgungsunternehmen überlassen werden müssen. Nach der Entscheidung des OLG Frankfurt vom 11.02.1997⁴⁷ zu §§ 103, 103 a GWB a. F. sind dabei nur die Anlagen zu überlassen, die ausschließlich der Versorgung der Letztverbraucher im Gemeindegebiet gewidmet sind. Soweit Leitungen auch der Versorgung außerhalb der Gemeinde dienen, sind sie von dem gesetzlichen Überlassungsanspruch nicht erfasst. Das OLG Frankfurt verneinte infolgedessen einen Herausgabeanspruch hinsichtlich der Mittelspannungsleitungen; diese Entscheidung sollte auch für die Nachfolgeregelung des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG gelten. Auf den Umfang der Versorgung der jeweiligen Gemeinde (überwiegende Nutzung) kommt es dagegen nicht an;⁴⁸ die Benutzung solcher Durchgangsleitungen ist durch den Durchleitungsanspruch sichergestellt.

Der bisherige und der zukünftige Konzessionsvertragspartner der Gemeinde sind jedenfalls wegen des sich aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG ergebenden Rechtsverhältnisses bei der Erar-

⁴³ zur Rechtslage nach dem EnWG 1998 ausführlich Kermel/Brucker/Baumann, a. a. O., S. 136

⁴⁴ vgl. VDEW, Energie-Info, a. a. O., B.IV.4.

⁴⁵ vgl. VDEW, Energie-Info, a. a. O., B.IV.4.

⁴⁶ vgl. VDEW, Energie-Info, a. a. O., B.IV.4.

⁴⁷ 11 U (Kart) 38/96

⁴⁸ vgl. Kermel/Brucker/Baumann, a. a. O., S. 132

beitung eines Entflechtungskonzepts einander zur Zusammenarbeit verpflichtet, um im Ergebnis eine sinnvolle Netzkonfiguration für beide Parteien zu ermöglichen.

5.2 Wirtschaftlich angemessene Vergütung

Wie die wirtschaftlich angemessene Vergütung nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG zu bestimmen ist, lässt das Gesetz offen. Die konkrete Ausgestaltung der angemessenen Vergütung hat der Gesetzgeber dabei Rechtsprechung und Literatur überlassen. Die langjährige konzessionsvertragliche Gepflogenheit, örtliche Verteilungsanlagen zum Sachzeitwert zu übertragen, spricht daher dafür, den Sachzeitwert zur Bestimmung der angemessenen Vergütung heranzuziehen.

Der BGH hatte bereits im Jahr 1999 in der unter dem Namen „Kaufering“ bekannt gewordenen Entscheidung⁴⁹ die Vereinbarung des Sachzeitwertes für Netzübernahmen grundsätzlich für zulässig erachtet. Nach diesem Urteil ist der Kaufpreis jedoch auf den Ertragswert des Netzes zu begrenzen, wenn der Sachzeitwert den Ertragswert wesentlich übersteigt. Ab wann der Sachzeitwert den Ertragswert nicht unwesentlich übersteigt, hat der BGH offengelassen. Das OLG München⁵⁰, an das die Sache zurückverwiesen wurde, hat festgestellt, dass in dem konkreten Fall der Ertragswert nicht niedriger als der Sachzeitwert lag und die Klage daher abgewiesen. Selbst bei gewissen Annahmen zugunsten der Klägerin wäre allenfalls eine Überschreitung von 7 % zu verzeichnen gewesen, was nach Auffassung des Gerichts für eine Erheblichkeit nicht ausreichte.

Mit dem EnWG 2005 haben sich aber entscheidende Komponenten verändert, durch die der Ertragswert erheblich sinken kann. Der Ertragswert des Netzes bestimmt sich aufgrund der Entflechtungsvorgaben künftig allein nach den Einnahmen aus dem Netzbetrieb. Vor dem Hintergrund des EnWG 2005 stellt sich daher die Frage, ob die Anforderungen aus dem Grundsatzurteil des BGH in der Sache „Kaufering“ noch Bestand haben können bzw. neu interpretiert werden müssen.

Zu berücksichtigen ist, dass wie oben dargestellt – anders als noch zu Zeiten der Kaufering-Entscheidung – kein Übergang von Tarif- bzw. Grundversorgungskunden, sondern nur noch von Netzkunden stattfindet. Die Netzentgelte selbst werden nach der Netzentgeltverordnung ermittelt und durch die Regulierung begrenzt. Nach neuer Rechtslage kann daher der Ertragswert bei einem abgeschriebenen Netz gegen Null gehen. § 6 Abs. 6 und 7 Stromnetzentgeltverordnung – StromNEV/Gasnetzentgeltverordnung – GasNEV stellen auf die historischen Anschaffungskosten ab und verbieten eine Abschreibung unter Null; diese Regelung soll ungeachtet einer Änderung von Eigentumsverhältnissen an Netzen zur Anwendung kommen. Angesichts der neuen Vorschriften zur Netzentgeltkalkulation ist daher fraglich, ob der Ertragswert bei der Kaufpreisbildung weiterhin ein sinnvolles Korrektiv zum Sachzeitwert bildet.⁵¹

Eine Ansicht hält die Kaufering-Entscheidung weiterhin für gültig, fordert aber eine verfassungskonforme Auslegung der Regelung in § 6 Abs. 6 und 7 StromNEV/GasNEV. Das Verbot der Abschreibung unter Null solle auf konzerninterne Veräußerungen beschränkt und auf Ver-

⁴⁹ BGH, Urteil vom 16.11.1999, KZR 12/97

⁵⁰ Urteil vom 17.11.2005 – U (K) 3325/96: Das OLG München erachtete einen Abstand von unter 10 % zwischen den beiden Werten als kartellrechtlich irrelevant.

⁵¹ vgl. VDEW, Energie-Info, a. a. O., B.IV.6.

äußerungen außerhalb des Konzerns nicht angewendet werden.⁵² Ein konzernexterner Übernehmer dürfe dann seiner Netzentgeltkalkulation den gezahlten Kaufpreis zu Grunde legen.

Nach anderer Ansicht können die Vorgaben des BGH aus der Kaufering-Entscheidung, nämlich Begrenzung des Netzkaufpreises durch den Ertragswert, unter der Prämisse der Netzentgeltregulierung keinen Bestand mehr haben. Der Ertragswert könne nicht mehr allein als Korrektiv zur Kaufpreisbestimmung herangezogen werden, wenn in den möglichen Ertrag eines zu veräußernden Wirtschaftsguts durch regulatorische Maßnahmen eingegriffen werde. Die Netzentgeltkalkulationsvorgabe des § 6 Abs. 6 und 7 StromNEV sei daher strikt von der Frage der Kaufpreisbildung zu trennen. Die Frage, welchen Wert ein Netz für den Erwerber hat, bestimme sich nicht allein nach den möglichen Netzentgelteinnahmen. Es sind auch andere Motive – etwa strategische oder auch technische Gründe, wie etwa eine optimalere Netzstruktur – denkbar, um ein Netz zu erwerben. Würde das EVU das Netz nicht erwerben können, sondern unmittelbar selbst errichten, hätte es erhebliche Aufwendungen zu tragen, was verdeutlicht, warum auch ein abgeschriebenes Netz noch einen Wert aufweist. Ein Netzbetreiber, der bereits ein Netz betreibt und ein weiteres Netz hinzu erwirbt, könne aufgrund der zu tätigen Netznutzungsentgelt-Mischkalkulation ein vollständig abgeschriebenes, neu erworbenes Netz – auch unter Beachtung der Vorgaben des § 6 Abs. 6 und 7 StromNEV – wirtschaftlich sinnvoll nutzen.⁵³

Die Regulierungsbehörden favorisieren allerdings derzeit eine wortgetreue Auslegung der Vorschriften der § 6 Abs. 6 und 7 StromNEV/GasNEV, sodass erst durch zukünftige Rechtsprechung endgültig wird, ob und gegebenenfalls in welcher Weise eine verfassungskonforme Auslegung zu erfolgen hat bzw. wie die wirtschaftlich angemessene Vergütung im Sinne von § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG zu bestimmen ist und ob die Grundsätze aus dem „Kaufering“-Urteil des BGH auch zukünftig Bestand haben.

5.3 Aufteilung der Erlösobergrenze

Bei der vollständigen Übertragung von Energieversorgungsnetzen gehen nach § 26 Abs. 1 Anreizregulierungsverordnung – ARegV die Erlösobergrenzen mit über. Bei einem Übergang eines Teilnetzes, also in der Regel kommunale Netzübernahmen, ist die Erlösobergrenze des Gesamtnetzes auf das verbleibende und das übergehende Netz aufkommensneutral aufzuteilen (vgl. § 26 Abs. 2 ARegV). Die Anreizregulierungsverordnung bestimmt aber lediglich, dass die Summe der Erlösanteile die ursprünglich festgelegte Erlösobergrenze nicht überschreiten darf, enthält aber keine konkreten Maßstäbe, wie diese Aufteilung vorzunehmen ist. Diesbezüglich verweisen wir auf den „Leitfaden der Regulierungsbehörden zu Inhalt und Struktur von Anträgen auf Neufestlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach § 26 Abs. 2 ARegV“.⁵⁴

⁵² vgl. Kermel/Brucker/Baumann, a. a. O., S. 153

⁵³ vgl. VDEW, Energie-Info, a. a. O., B.IV.6.

⁵⁴ Download zusammen mit den als Excel-Tabelle bereitgestellten Erhebungsbögen für abgebenden und aufnehmenden Netzbetreiber Strom bzw. Gas unter www.bundesnetzagentur.de, Stand Dezember 2009