

Energie-Info

# Leitfaden Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben in der Strom- und Gasversorgung

Berlin, 09. November 2010



## **Ansprechpartner**

### **Konzessionsabgaben:**

Thomas Kunde  
Telefon: +49 30 300199-1665  
thomas.kunde@bdew.de

### **Netzbewertung:**

Katja Hintz  
Telefon: +49 30 300199-1663  
katja.hintz@bdew.de

### **Steuerrecht:**

Dr. Tanja Utescher-Dabitz  
Telefon: +49 30 300199-1664  
tanja.utescher-dabitz@bdew.de

### **Konzessionsverträge:**

Torsten Höck  
Telefon: +49 30 300199-1065  
torsten.hoeck@bdew.de

### **Anreizregulierung:**

Jan Kiskemper  
Telefon: +49 30 300199-1132  
jan.kiskemper@bdew.de

<b>Vorwort</b>	<b>7</b>
<b>1. Gegenstand des Leitfadens</b>	<b>9</b>
<b>2. Abgrenzung zur Fernwärme- und zur Wasserversorgung</b>	<b>9</b>
2.1 Fernwärmeversorgung	9
2.2 Wasserversorgung	10
<b>3. Wesen von Wegenutzungsverträgen in der Strom- und Gasversorgung</b>	<b>10</b>
3.1 Einfache Wegenutzungsverträge	10
3.1.1 Begriff	10
3.1.2 Kontrahierungszwang	11
3.2 Qualifizierte Wegenutzungsverträge - „Konzessionsverträge“	11
3.3 Vertragspartner	12
3.3.1 Verpflichtete zur Duldung der Wegenutzung	12
3.3.1.1 Gemeinden	12
3.3.1.2 Samt- und Verbandsgemeinden	12
3.3.1.3 Landkreise	13
3.3.1.4 Zweckverbände	13
3.3.2 Berechtigte des Wegenutzungsrechtes	13
3.4 Regelung des § 48 EnWG	13
<b>4. Verfahren zum Abschluss von qualifizierten Wegenutzungsverträgen</b>	<b>14</b>
4.1 Bekanntmachung	14
4.1.1 „Reguläre“ Beendigung	14
4.1.2 Vorzeitige Beendigung	15
4.1.2.1 Vorzeitigkeit	15
4.1.2.2 Form der Bekanntgabe	16
4.2 Folgen von Verstößen	17
4.3 Kriterien für die Auswahlentscheidung	18
4.4 Musterverträge	18
<b>5. Inhalt von Konzessionsverträgen</b>	<b>19</b>
5.1 Laufzeit	19
5.2 Konzessionsabgabe	19

5.3 Regelungen zur Zusammenarbeit mit der Gemeinde .....	19
5.3.1 Folgepflicht und Folgekostenpflicht .....	19
5.3.1.1 Baumaßnahmen ausgelöst durch den Konzessionär .....	19
5.3.1.2 Baumaßnahmen ausgelöst durch die Gemeinde.....	20
5.3.2 Folgepflicht .....	20
5.3.3 Folgekostenpflicht .....	20
5.3.4 Weitere mögliche Kostenbelastung für den Konzessionär.....	21
5.3.5 Rückbau von Infrastruktureinrichtungen.....	21
5.3.6 Altlasten im Erdreich .....	22
5.3.7 Bestellung von Dienstbarkeiten bei Veräußerung von Grundstücken an Dritte.....	22
5.3.8 Dokumentation der Netzinfrastruktur.....	22
5.3.9 Grenzen durch KAV und regulatorischen Rahmen.....	23
5.4 Übertragung des Vertrags.....	23
5.5 Endschaftsklausel .....	23
5.6 Vorgaben zum Energiemix? .....	24
5.7 Mengengrenzen bei Erdgas .....	24
5.7.1 Abgrenzung Grundversorgungs- und Sonderkundenverträge .....	24
5.7.2 Sonderfall Grundversorgungslieferungen Kochen und Warmwasser.....	24
<b>6. Verfahren beim Wechsel des Konzessionärs .....</b>	<b>24</b>
6.1 Vertragliche Endschaftsregelungen .....	24
6.1.1 Rechtsprechung zu vertraglichen Kaufpreisregelungen .....	26
6.1.2 Übertragbarkeit auf den neuen regulatorischen Rahmen? .....	28
6.1.3 Wettbewerbsrechtliche Begründung des BGH noch anwendbar? .....	31
6.2 Gesetzliche Endschaftsregelung.....	33
6.2.1 Pflicht zur „Überlassung“ .....	33
6.2.2 Wirtschaftlich angemessene Vergütung .....	33
6.3 Verhältnis vertragliche und gesetzliche Endschaft .....	34
6.4 Reichweite des Überlassungsanspruchs.....	35
6.4.1 Keine Pflicht zur Überlassung von Vertriebskunden.....	36
6.4.2 Pflicht zur Überlassung von Grundstücken?.....	36
6.4.3 Überlassung nur der Anlagen der allgemeinen Versorgung <i>im Gemeindegebiet</i> .....	36

6.4.4 Überlassung nur der Anlagen der <i>allgemeinen Versorgung</i> im Gemeindegebiet.....	38
6.4.5 Pflicht zur Überlassung auch der Messstellen im Gemeindegebiet? .....	39
6.5 Regulatorische Folgen einer Netzüberlassung.....	40
6.5.1 Behandlung des Netzkaufpreises.....	40
6.5.2 Übergang der Erlösobergrenze .....	40
6.5.2.1 Einheitlicher Antrag der beteiligten Netzbetreiber?.....	41
6.5.2.2 Behandlung der Kosten für die vorgelagerten Netzebenen .....	42
6.5.2.3 Methoden der Erlösobergrenzenaufteilung.....	43
6.5.3 Gehen auch Anpassungen der Erlösobergrenzen anteilig über?.....	44
6.6 Auskünfte.....	45
6.6.1 Angaben zum Stromnetz in der Interessensbekundungsphase.....	47
6.6.2 Angaben zum Stromnetz in der Verhandlungsphase .....	48
6.6.3 Angaben zum Gasnetz in der Interessensbekundungsphase.....	49
6.6.4 Angaben zum Gasnetz in der Verhandlungsphase .....	50
6.7 Entflechtung und Einbindung des Netzes.....	51
6.7.1 Zuordnung der zu überlassenden Verteilungsanlagen .....	51
6.7.2. Netztrennungs- und Netzeinbindungskonzepte .....	51
6.7.3 Kostentragung .....	52
6.8 Altlasten und Netztransfer.....	52
6.9 Personalübergang gemäß § 613 a BGB .....	52
<b>7. Konzessionsabgaben Strom und Gas.....</b>	<b>53</b>
7.1 Grundlagen.....	53
7.2 Regelung des § 48 EnWG, Abgrenzungen der Konzessionsabgaben.....	53
7.3 Fortzahlung der Konzessionsabgabe nach Vertragsende .....	54
7.4 Tarif- und Sondervertragskunde.....	55
7.4.1 Tarikundenfiktion in der Stromversorgung.....	56
7.4.2 Keine Tarikundenfiktion in der Gasversorgung.....	57
7.4.3 Übergangsvorschriften zum EnWG 2005 .....	57
7.5 Zulässigkeit der Konzessionsabgabe bei Belieferung von Weiterverteilern sowie Betriebs- und Eigenverbrauch von Versorgungsunternehmen .....	57
7.6 Höhe der Konzessionsabgaben .....	59
7.6.1 Tarifkunden.....	59

7.6.2 Konzessionsabgabe Strom .....	60
7.6.3 Konzessionsabgabe Gas .....	60
7.6.4 Sondervertragskunden.....	60
7.7 Abgrenzung Tarifikundenbelieferungen bei Gas für Kochen und Warmwasser.....	60
7.8 Abgrenzung Konzessionsabgabe für Schwachlaststrom.....	61
7.9 Grenzpreise und -mengen .....	62
7.9.1 Grenzpreis bei Strom .....	62
7.9.2 Grenzmenge bei Gas.....	64
7.9.3 Grenzpreis bei Gas .....	65
7.10 Konzessionsabgabe in Durchleitungsfällen.....	66
7.10.1 Anwendung des § 2 Abs. 6 KAV .....	66
7.10.2 Mengengrenzen in Gas-Konzessionsverträgen.....	68
7.11 Zulässige und unzulässige Nebenleistungen .....	69
7.11.1 Zulässige Nebenleistungen.....	70
7.11.1.1 Kommunalrabatte.....	70
7.11.1.2 Kostenerstattung für Bau- und Unterhaltungsmaßnahmen.....	71
7.11.1.3 Verwaltungskostenbeiträge .....	71
7.11.2 Unzulässige Nebenleistungen.....	71
7.11.2.1 Finanz- oder Sachleistungen.....	72
7.11.2.2 Übertragung von Versorgungseinrichtungen .....	72
7.12 Konzessionsabgabe bei Arealnetzen .....	72
7.13 Konzessionsabgaben für Energietankstellen.....	73
<b>8. Steuerrechtliche Behandlung von Konzessionsabgaben.....</b>	<b>73</b>
8.1 Konzessionsabgaben und verdeckte Gewinnausschüttung.....	73
8.2 Gewerbesteuerliche Behandlung von Konzessionsabgaben.....	76
<b>9. Zusammenfassung und Ausblick .....</b>	<b>77</b>
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>78</b>

## **Vorwort**

Konzessionsverträge werden in der Energiewirtschaft seit Jahrzehnten abgeschlossen, um den Versorgungsunternehmen die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Energieversorgungsleitungen zu ermöglichen.

Die Thematik der Konzessionsverträge hat wieder erheblich an Bedeutung gewonnen. Hauptgrund ist das Auslaufen einer Vielzahl von Konzessionsverträgen jetzt und in den nächsten Jahren.

Der Wandel in der Energiewirtschaft hat auch in dem Bereich der Konzessionsverträge zu einem vermehrten Wettbewerb geführt. Aus diesem Grund stellen sich für viele Unternehmen, entweder als Inhaber einer Konzession oder als Bewerber um eine Konzession, eine Reihe von Fragen um diesen Wettbewerb. Darüber hinaus haben auch die Aufsichtsbehörden, wie das Bundeskartellamt, die Anwendung der Konzessionsabgabenverordnung und deren Auswirkungen auf den Wettbewerb um die Endkunden vermehrt im Fokus.

Viele Fragen zum Auslaufen und Neuabschluss von Konzessionsverträgen und auch im Bereich der Erhebung von Konzessionsabgaben sind bislang nicht abschließend gesetzlich oder gerichtlich geklärt. Als zum letzten Mal eine große Anzahl von Konzessionsverträgen auslief, gab es noch geschlossene Versorgungsgebiete.

Der BDEW als Vertreter des gesamten Spektrums der Energiewirtschaft, von großen Regionalversorgern bis zu kleineren örtlichen Energieversorgern, möchte in dieser Diskussion den Mitgliedsunternehmen eine Handreichung geben, welche in vielen Einzelfragen Empfehlungen ausspricht, wie mit Unklarheiten des rechtlichen Rahmens umzugehen ist und welche Fallstricke bei den unterschiedlichen Gestaltungsmöglichkeiten durch die Unternehmen zu beachten sind. Sollte im Zweifel keine rechtssichere Empfehlung möglich sein, weist der Leitfaden auf die unterschiedlichen Meinungsspektren und Diskussionsstände hin. Gerade beim Wechsel von Konzessionen können die vom BDEW vertretenen Unternehmen - „alter“ und „neuer Konzessionsinhaber“ - zu verschiedenen Fragestellungen unterschiedliche Interessen und Rechtsansichten haben, die darzustellen waren.

Soweit es hier neuere Entwicklungen gibt, wird der Leitfaden zukünftig angepasst werden.

Die Autoren des Leitfadens sind Mitglieder der Projektgruppe „Leitfaden Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben“ beim BDEW:

Dr. Klaus Anthofer, E.ON Bayern AG

Dr. Silke Katharina Berger, RWE AG

Christoph Brüggem, Gasversorgungsgesellschaft mbH Rhein-Erft

Carsten Döring, NBB Netzgesellschaft Berlin-Brandenburg mbH & Co. KG

Dr. Martin Engel, E.ON Ruhrgas AG

Sven Fischer, Zwickauer Energieversorgung GmbH

Holger Fröhlich, RheinEnergie AG

Jochen Gerhard, rhenag Rheinische Energie AG

Robert Haimerl, Stadtwerke Dachau

Katja Hintz, BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V.

Torsten Höck, BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V.

Martin Jacob, Pfalzwerke AG

Björn Jacob, PricewaterhouseCoopers AG

Jan Kiskemper, BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V.

Thomas Kunde, BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V.

Tilo Lindemann, Mainova AG

Ulrich Linnenbrink, Gelsenwasser Energienetze GmbH

Götz-Ulrich Luttenberger, SÜC Energie und H2O GmbH

Michael Preiß, EnBW Regional AG

Michael Rademacher, SWM Infrastruktur GmbH

Anja Reinhardt, E.ON Energie AG

Kurt Rissel, Thüga Aktiengesellschaft

Dr. Thomas Schöne, RWE Rheinland Westfalen Netz AG

Olaf Stöcker, EWE ENERGIE AG

Dr. Tanja Utescher-Dabitz, BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V.

Lutz Wegner, Vattenfall Europe Business Services GmbH

Der BDEW bedankt sich bei allen Autoren sowie der gesamten Projektgruppe für Ihr Engagement.

## 1. Gegenstand des Leitfadens

Ziel dieses Leitfadens ist es, rechtliche und praktische Hinweise zur Behandlung von Praxisfällen zu geben, die im Zusammenhang mit dem Abschluss, der Durchführung und der Beendigung von Konzessionsverträgen im Bereich der Strom- und Gasversorgung auftreten können. Dabei ist der „Konzessionsvertrag“ der sog. „qualifizierte Wegenutzungsvertrag“ nach § 46 Abs. 2 EnWG. Darüber hinaus befasst sich der Leitfaden mit der Praxis der Konzessionsabgaben und der Nebenleistungen zum Konzessionsvertrag sowie deren steuerliche Behandlung. Er behandelt die vielfältigen technischen, rechtlichen und kaufmännischen Fragestellungen des Netztransfers und des Wechsels des Konzessionärs.<sup>1</sup>

Wegenutzungen in der Fernwärme- und in der Wasserversorgung sind nicht Gegenstand der folgenden Ausführungen.

Dieser Leitfaden befasst sich nicht mit möglichen Organisationsformen im Rahmen des Netzbetriebes. Hierzu gibt es u. a. die BDEW Energie-Info „Gestaltungsvarianten für Verteilnetzbetreiber in Deutschland“, welche auf der Homepage des BDEW heruntergeladen werden kann.<sup>2</sup>

Der Leitfaden führt die Energie-Info „Anwendungshilfe zur Auswirkung des neuen EnWG auf Konzessionsverträge – mit aktueller Rechtsprechung zur Netzüberlassung“ des VDEW vom 27. Mai 2007 fort.

## 2. Abgrenzung zur Fernwärme- und zur Wasserversorgung

### 2.1 Fernwärmeversorgung

Fernwärmeversorgungsunternehmen schließen mit den Gemeinden für die Benutzung von öffentlichen Grundstücken sog. Gestattungsverträge ab. Im Rahmen dieser Verträge räumt die Gemeinde dem Versorgungsunternehmen das Recht ein, die jeweils ihrer Verfügung unterliegenden öffentlichen Verkehrsräume (Straßen, Wege, Plätze, Brücken u. ä.) sowie sonstige der Stadt gehörende öffentliche und nicht öffentliche Grundstücke und Gebäude zur Verlegung und zum Betrieb von Anlagen zur Fernwärmeversorgung zu benutzen.

Das Versorgungsunternehmen, das in den Bereichen Wasser- und Fernwärmeversorgung den Entflechtungsvorschriften des EnWG nicht unterworfen ist, wird regelmäßig verpflichtet, jedermann mit Fernwärme zu beliefern, sofern die hierfür erforderlichen Erzeugungs-, Bezugs- und Verteilungsanlagen vorhanden und der Anschluss sowie die Belieferung wirtschaftlich zumutbar sind.

Anders als in der Strom- und Gasversorgung gibt es jedoch für den Fernwärmegestattungsvertrag keine ergänzenden energierechtlichen Grundlagen im Sinne einer Verordnung für die Erhebung eines Gestattungsentgeltes analog zur Konzessionsabgabenverordnung. Für die

---

<sup>1</sup> Je nach Organisation des Energieversorgungsunternehmens können Netzeigentümer und Netzbetreiber auseinanderfallen. Soweit in diesem Leitfaden der Begriff Konzessionär verwendet wird, ist damit der Partner des Konzessionsvertrags mit der Kommune gemeint.

<sup>2</sup>

[http://bdew.de/bdew.nsf/id/DE\\_20091030\\_Gestaltungsvarianten\\_fuer\\_Verteilnetzbetreiber\\_in\\_Deutschland/\\$file/151\\_091030\\_Leitfaden\\_Final.pdf](http://bdew.de/bdew.nsf/id/DE_20091030_Gestaltungsvarianten_fuer_Verteilnetzbetreiber_in_Deutschland/$file/151_091030_Leitfaden_Final.pdf)

Überlassung des Wegenutzungsrechtes wird gelegentlich dennoch ein Wegenutzungsentgelt gezahlt. Teilweise (z. B. in Berlin, § 12 BerlStrG) gibt es rechtliche Grundlagen für die Nutzung von Straßen durch Fernwärmeleitungen und für dafür zu zahlende Sondernutzungsentgelte in Landesstraßengesetzen und dazu verabschiedeten Verordnungen oder Verwaltungsvorschriften.

Wegen der marktbeherrschenden Stellung der Gemeinde auf dem Markt zur Vergabe von Wegenutzungsrechten darf die Gemeinde den Fernwärmeunternehmen keine unangemessenen Vertragsbedingungen, insbesondere keine unangemessenen Gestattungsentgelte, abverlangen, weil sie dadurch ihre marktbeherrschende Stellung missbrauchen würde.

Einzelfragen im Zusammenhang mit der Fernwärmeversorgung sind nicht Gegenstand des Leitfadens.<sup>3</sup>

## **2.2 Wasserversorgung**

Die „Verordnung über Konzessionsabgaben für Strom und Gas (Konzessionsabgabenverordnung - KAV)“ gilt nicht für die Konzessionsabgabe in der Wasserversorgung. Hier blieb weiterhin die Konzessionsabgabenanordnung (KAE) vom 4. März 1941 in Kraft. Wesentliche Unterschiede sind z. B. die Berechnungsmethode der Konzessionsabgabe: nach der KAV ct/kWh - nach der KAE vom-Hundert-Sätze der Entgelte sowie die preisrechtliche Mindestgewinnregelung der KAE.

Mit Ausnahme der Fortgeltung ausschließlicher Wegerechte und der Begrenzung der Vertragslaufzeit auf 20 Jahre entsprechen die Konzessionsverträge in der Wasserversorgung im Wesentlichen den Konzessionsverträgen in der Energieversorgung.<sup>4</sup>

Einzelfragen im Zusammenhang mit der Wasserversorgung sind nicht Gegenstand dieses Leitfadens.

## **3. Wesen von Wegenutzungsverträgen in der Strom- und Gasversorgung**

Rechtliche Grundlage des Wegenutzungsrechts in der Strom- und Gasversorgung ist § 46 EnWG. Das Gesetz unterscheidet zwischen dem einfachen Wegenutzungsvertrag und dem qualifizierten Wegenutzungsvertrag, der auch als „Konzessionsvertrag“ bezeichnet wird.

### **3.1 Einfache Wegenutzungsverträge**

#### **3.1.1 Begriff**

§ 46 Abs. 1 EnWG regelt, dass die Gemeinden ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Anlagen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern (vgl. § 3 Nr. 25 EnWG) im Gemeindegebiet diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung stellen müssen.

Der einfache Wegenutzungsvertrag betrifft Leitungen, die nicht ein Netz der allgemeinen Versorgung bilden oder zu einem solchen gehören, z. B. Direktleitungen. Daneben sind aus-

---

<sup>3</sup> Vgl. zu Gestattungsverträgen in der Fernwärmeversorgung Fricke, RdE 2009, 329.

<sup>4</sup> Morell, S. 40.

drücklich Fernwirkleitungen zur Netzsteuerung und Zubehör genannt, soweit sie der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern dienen.

Öffentliche Verkehrswege sind Flächen (Straßen), die für den Gemeingebrauch der Allgemeinheit zur Verfügung gestellt werden. Die Zweckbestimmung erfolgt in der Regel durch Widmung, diese ist aber nicht zwingend.<sup>5</sup> Damit sind nicht sämtliche Grundstücke einer Gemeinde erfasst.

**Praxishinweis:**

Grundstücke, die nicht der Allgemeinheit zur Verfügung gestellt werden, sind nicht Gegenstand des § 46 EnWG, sondern als „fiskalische Grundstücke“ oftmals dem Konzessionsvertrag oder anderweitigen privatrechtlichen Regelungen (z. B. dingliche Sicherung oder § 12 NAV/NDAV) unterworfen.

### 3.1.2 Kontrahierungszwang

Nach § 46 Abs. 1 EnWG besteht für die Gemeinden ein Kontrahierungszwang zum Abschluss von einfachen Wegenutzungsverträgen. Den Vertragsabschluss verweigern kann die Gemeinde nur, solange das Energieversorgungsunternehmen die Zahlung des Höchstsatzes der Konzessionsabgabe verweigert bzw. keine Einigung über die Höhe der Konzessionsabgabe erfolgt ist. Das Recht zur Wegenutzung ergibt sich dabei nicht schon aus dem Gesetz selbst, sondern setzt einen entsprechenden Vertragsabschluss voraus.<sup>6</sup> Innerhalb dieser Grenzen haben die Gemeinden das Wegenutzungsrecht diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen.

**Praxishinweis:**

Das Gesetz schließt nicht aus, auch Leitungen, die nicht der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern dienen, den Regelungen eines solchen Vertrags zu unterwerfen. Eine Zahlung von Konzessionsabgaben für solche Leitungen ist allerdings wegen § 3 Abs. 2 KAV verboten.

### 3.2 Qualifizierte Wegenutzungsverträge - „Konzessionsverträge“

Nach § 46 Abs. 2 EnWG schließt die Gemeinde einen Wegenutzungsvertrag mit dem Energieversorgungsunternehmen „über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören“.

Ein einzelner Konzessionsvertrag muss sich dabei nicht auf das gesamte Gemeindegebiet erstrecken. Innerhalb eines Gemeindegebietes kann für verschiedene Ortsteile jeweils ein gesonderter qualifizierter Wegenutzungsvertrag bestehen; dies kommt in der Praxis bei kommunalen Neuordnungen vor. Wegen des Wegfalls der Ausschließlichkeit der Konzessionserteilung kann die Gemeinde innerhalb von Gemeindegebieten neben einem qualifizierten

---

<sup>5</sup> BGH, RdE 2009, S. 378.

<sup>6</sup> Bartsch/Röhling/Salje/Scholz, Kap. 58 Rn 30; Britz/Hellermann/Hermes, § 46 Rn 42.

Wegenutzungsvertrag auch weitere einfache Wegenutzungsverträge, ggf. auch qualifizierte Wegenutzungsverträge, abschließen, wobei im letzteren Fall der parallele Aufbau zweier Energieversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung in der Regel betriebswirtschaftlich keinen Sinn machen dürfte.

Gegenstand des von der Gemeinde vergebenen Rechtes ist alleine die Nutzung der Verkehrswege zur Verlegung und zum Betrieb eines Netzes der allgemeinen Versorgung. Aus dem Betrieb eines Energieversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung ergibt sich alleine die Pflicht zum Anschluss an das Netz der allgemeinen Versorgung zu allgemeinen Bedingungen nach § 18 EnWG.

Die Pflicht zur Versorgung von Letztverbrauchern ist nicht Gegenstand eines Vertrags nach § 46 Abs. 2 EnWG. Die Pflicht zur Versorgung von Haushalts- und Ersatzversorgungskunden obliegt nach § 36 Abs. 1 EnWG dem Grundversorger<sup>7</sup>, welcher allein schon wegen der gesellschaftsrechtlichen Entflechtung oftmals nicht gleichzeitig Konzessionär bzw. mit dem Konzessionär als vertikal integriertes Unternehmen verbunden ist, auch bei Netzübernahmen ist ein Auseinanderfallen die Regel.<sup>8</sup>

### **3.3 Vertragspartner**

#### **3.3.1 Verpflichtete zur Duldung der Wegenutzung**

##### **3.3.1.1 Gemeinden**

Verpflichtete aus § 46 EnWG sind die Gemeinden. Damit sind sowohl kreisangehörige und kreisfreie Städte als auch Gemeinden bzw. Ortsgemeinden umfasst.<sup>9</sup> Die Bezeichnung richtet sich nach dem Kommunalrecht der Länder.

##### **3.3.1.2 Samt- und Verbandsgemeinden**

Besonderheiten gibt es noch in Bundesländern, in denen einzelne Gemeinden zu Verwaltungseinheiten unterhalb der Landkreise zusammengefasst werden. Beispiele sind die Samtgemeinden in Niedersachsen und die Verbandsgemeinden in Rheinland-Pfalz.

Diese nehmen nach den Gemeindeordnungen bestimmte Gemeindeaufgaben originär wahr und sind insoweit selbst Gemeinden im kommunalverfassungsrechtlichen Sinn. Zudem können ihnen die Ortsgemeinden eigene Selbstverwaltungsaufgaben in einem in der Gemeindeordnung geregelten Verfahren zur eigenen Wahrnehmung übertragen, z. B. auch die Baulast an Gemeindestraßen und den Abschluss von Wegenutzungsverträgen. Ist dies geschehen, sind diese Samt- oder Verbandsgemeinden Gemeinden im Sinne des § 46 EnWG.<sup>10</sup>

#### **Praxishinweis:**

Samt- und Verbandsgemeinden können zulässigerweise Vertragspartner des Konzessionsvertrags sein.

<sup>7</sup> Grundversorger ist nach § 36 Abs. 2 EnWG das Energieversorgungsunternehmen, das die meisten Haushaltskunden in einem Netzgebiet der allgemeinen Versorgung beliefert.

<sup>8</sup> Vgl. Kapitel 6.4.1

<sup>9</sup> Kerme/Brucker/Baumann, S. 31.

<sup>10</sup> Böwing, EnWG 1998, Art. 1, § 13, S. 248.; zur Bemessung der Konzessionsabgabe vgl. Kapitel 7.6.1.

### **3.3.1.3 Landkreise**

Die Landkreise sind nach den Kommunalverfassungen der Länder kommunale Gebietskörperschaften oberhalb der Gemeindeebene. Allerdings sieht § 7 KAV vor, dass auch mit Landkreisen die Zahlung von Konzessionsabgaben vereinbart werden kann, sofern ihnen die Gemeinden die Wegerechte gemäß § 1 Abs. 2 KAV zur Verfügung stellen.<sup>11</sup>

### **3.3.1.4 Zweckverbände**

Zweckverbände sind keine Gemeinden. Je nach Landesrecht ist es aber möglich, dass Gemeinden die Straßenbaulast auf gemeinsame Zweckverbände übertragen können. Als Träger der Straßenbaulast ist der Zweckverband in diesen Fällen derjenige, welcher die Rechte an der Straße einräumen kann. Daher wird teilweise vertreten, dass Konzessionsverträge auch mit Zweckverbänden abgeschlossen werden können.<sup>12</sup>

Im Gegensatz zu den Landkreisen werden die Zweckverbände aber in der KAV als Berechtigte Empfänger von Konzessionsabgaben nicht ausdrücklich erwähnt. Vor Einführung der KAV waren die Zweckverbände unter Geltung der KAE ausdrücklich in § 1 Abs. 1 als Berechtigte aufgeführt. Diese Vorschrift gilt für die Wasserwirtschaft weiterhin.

Da die Zweckverbände mit Einführung der KAV keine Erwähnung mehr fanden, spricht dies gegen die Berechtigung von Zweckverbänden, Konzessionsabgaben zu vereinnahmen.

### **3.3.2 Berechtigte des Wegenutzungsrechtes**

Nach § 46 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG sind Energieversorgungsunternehmen die möglichen Vertragspartner der Gemeinden von einfachen und von qualifizierten Wegenutzungsverträgen. Hierunter fallen nach § 3 Nr. 18 EnWG Netzbetreiber bzw. Netzeigentümer.<sup>13</sup>

Bei der einfachen Wegenutzung nach § 46 Abs. 1 EnWG kommt hinzu, dass auch Energieerzeuger, die Letztverbraucher unmittelbar beliefern, berechtigt sein können.<sup>14</sup>

### **3.4 Regelung des § 48 EnWG**

Die zivilrechtliche Gegenleistung für das Wegenutzungsrecht ist die Konzessionsabgabe. Die Höhe der Konzessionsabgabe ist als Höchstpreisrecht in § 2 KAV festgelegt. Der Begriff der Konzessionsabgabe ist in § 48 Abs. 1 EnWG definiert und entspricht dem Wortlaut nach § 1 Abs. 2 KAV. Die KAV stellt keine Anspruchsgrundlage für die Zahlung der Konzessionsabgabe dar. Der Anspruch auf die Konzessionsabgabe ist im Wegenutzungsvertrag selbst zu regeln.

Die Pflicht zur Zahlung der vertraglich vereinbarten Konzessionsabgabe besteht auch nach Ablauf des – einfachen oder qualifizierten – Wegenutzungsvertrags grundsätzlich bis zu einem Jahr fort, § 48 Abs. 4 EnWG.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> Zur Bemessung der Konzessionsabgabe vgl. Kapitel 7.6.1.

<sup>12</sup> Z. B. Gewerbepark Breisgau, siehe Energate Messenger Nr. 146 vom 03.08.2010, S. 3.

<sup>13</sup> Wohl aber nicht der Energielieferant, vgl. Klemm, Versorgungswirtschaft 2005, S. 197.

<sup>14</sup> Vgl. zuletzt BGH, ZNER 2010, S. 165.

<sup>15</sup> Weiterführende Hinweise zur Konzessionsabgabe vgl. Kapitel 7.

## 4. Verfahren zum Abschluss von qualifizierten Wegenutzungsverträgen

### 4.1 Bekanntmachung

§ 46 Abs. 3 EnWG gibt das Verfahren zum Abschluss von Konzessionsverträgen vor. Hier sind zwei Bekanntmachungstatbestände zu unterscheiden.

Zum einen sind Gemeinden mit bis zu 100.000 (unmittelbar oder mittelbar) angeschlossenen Kunden (Zählpunkte analog § 7 EnWG) verpflichtet, die Beendigung von bestehenden Konzessionsverträgen spätestens zwei Jahre vor dem Vertragsablauf durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger oder elektronischen Bundesanzeiger bekannt zu machen. Handelt es sich um eine Gemeinde mit 100.000 und mehr angeschlossenen Kunden, hat zusätzlich eine Bekanntmachung des bevorstehenden Vertragsendes im Amtsblatt der Europäischen Union zu erfolgen (reguläre Bekanntmachung).

Zum anderen regelt § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG die Verpflichtung zur öffentlichen Bekanntmachung der vorzeitigen Beendigung von Konzessionsverträgen als Voraussetzung für deren vorzeitige Verlängerung (§ 46 Abs. 2 EnWG) im Wege des Vertragsneuabschlusses (vorzeitige Verlängerung).

#### **Praxishinweis:**

Da die Inhalte des Bundesanzeigers und des elektronischen Bundesanzeigers nicht deckungsgleich sind, empfiehlt es sich, im Wettbewerb beide Publikationen auszuwerten.

#### 4.1.1 „Reguläre“ Beendigung

Die in § 46 Abs. 3 EnWG genannte Zweijahresfrist gibt nach ihrem Wortlaut nur einen spätest möglichen Termin für die Bekanntmachung des Vertragsendes vor. Da dem Wortlaut der Regelung kein Verbot für einen ggf. auch früheren Bekanntmachungszeitpunkt zu entnehmen ist, muss die Zweijahresfrist als Mindestfrist verstanden werden. Eine zeitlich davor liegende Bekanntmachung steht damit in Einklang mit der gesetzlichen Vorgabe.<sup>16</sup> Die Qualifikation als Mindestfrist hat zur Folge, dass sich am Abschluss von Konzessionsverträgen interessierte Bewerber darauf einzustellen haben, dass entsprechende Bekanntmachungen jederzeit in den gesetzlich vorgesehenen Bekanntmachungsmedien erfolgen können.<sup>17</sup> Andererseits ergibt sich aus dem Sachzusammenhang, dass der Gemeinde keine „beliebige“ Frist zur Verfügung steht. Eine Veröffentlichung dahingehend, dass der soeben abgeschlossene Konzessionsvertrag in 20 Jahren auslaufen wird, wird den Anforderungen nach § 46 Abs. 3 EnWG nicht gerecht. Eine zu enge Fristvorgabe kann dem Gesetz jedoch nicht entnommen werden, so dass wohl ein Veröffentlichungszeitraum von etwa drei bis vier Jahren, im Einzelfall auch darüber hinaus, vor Auslaufen zur Verfügung stehen dürfte, ohne dass das Verfahren zur vorzeitigen Vertragsverlängerung durchzuführen wäre.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Kermel/Brucker/Baumann, S. 61.

<sup>17</sup> Kermel/Brucker/Baumann, S. 61.

<sup>18</sup> Nach Ansicht der Landeskartellbehörde Baden-Württemberg ist bereits eine Frist, die 2,5 Jahre übersteigt, als kritisch anzusehen.

Versäumt die Gemeinde die Frist zur Bekanntmachung gibt es keine ausdrückliche Regelung, wie in solchen Fällen die Vertragsverlängerung erfolgt. Es wird vertreten, dass zwischen der Gemeinde und dem Alt-Konzessionär ein Interimsvertrag geschlossen werden kann und die Gemeinde umgehend das zweijährige Bekanntmachungsverfahren einleiten muss.<sup>19</sup> Die Laufzeit des Interimsvertrags muss auf einen Zeitraum begrenzt werden, der der Kommune die Wahrung der Zweijahresfrist ermöglicht und die nicht zur Umgehung des § 46 Abs. 2 EnWG genutzt wird.

In der Praxis ist, u.a. von der Rheinland-Pfälzischen Landeskartellbehörde, vertreten worden, dass zur Vermeidung vertragsloser Zustände auch das Verfahren zur vorzeitigen Verlängerung eingeleitet werden kann. Hierdurch würde der vertragslose Zeitraum verkürzt. Gegen dieses Vorgehen gibt es Bedenken, da hierdurch die Zweijahresfrist umgangen werden könnte.

Über die Vorgabe der Bekanntmachung des bevorstehenden Auslaufens des Konzessionsvertrags hinaus enthält § 46 Abs. 3 EnWG keine weiteren zeitlichen Bestimmungen für das weitere Verfahren zur Neuvergabe des Konzessionsvertrags. Ebenso wenig gibt es Rechtsprechung zu dieser Frage.

Aus praktischen Erwägungen sowie in Anlehnung an die Fristvorgaben bei einer vorzeitigen Verlängerung des Konzessionsvertrags gemäß § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG sollte eine mindestens dreimonatige Frist zwischen Bekanntmachung und Vertragsabschluss eingehalten werden.

**Praxishinweis:**

Oftmals werden im Bekanntmachungsverfahren Interessenbekundungsfristen gesetzt. Es empfiehlt sich, diese einzuhalten. Sind keine Fristen gesetzt, sollte das Interesse baldmöglichst bekundet und bei der Kommune die beabsichtigte Frist erfragt werden.

**4.1.2 Vorzeitige Beendigung**

Für die Fälle der Verlängerung vor Ablauf der Vertragslaufzeit stellt § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG besondere Anforderungen auf. Wollen sich die Vertragsparteien vorzeitig auf eine Verlängerung einigen, muss die Gemeinde dies bekannt machen und anderen Interessenten Gelegenheit geben, sich ebenfalls um den Konzessionsvertrag zu bewerben. Der alte Konzessionsvertrag ist zu beenden und der neue Vertrag kann frühestens drei Monate nach Bekanntgabe geschlossen werden.

Keinesfalls ist die Beendigungspflicht in § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG so zu verstehen, dass damit ein einseitiges Sonderkündigungsrecht für die Gemeinde entsteht. Die Beendigung des (laufenden) Vertrags setzt eine Zustimmung des Vertragspartners voraus.

**4.1.2.1 Vorzeitigkeit**

Die Entstehungsgeschichte und Gesetzessystematik sprechen dafür, dass eine vorzeitige Beendigung im Sinne des § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG vorliegt, wenn die Parteien den Vertrag

<sup>19</sup> Danner/Theobald, § 46 EnWG Rn. 107; vgl. auch Kapitel 7.3.

erheblich vor der Zweijahresfrist des § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG verlängern wollen bzw. die Restlaufzeit des Altvertrags wesentlich länger als diese Zweijahresfrist ist. Die Zweijahresfrist gemäß Satz 1 ist dabei ausdrücklich eine Mindestfrist (vgl. Wortlaut „spätestens“), daher kann auch bei einer Restlaufzeit zwischen etwa zwei und vier Jahren, im Einzelfall auch darüber hinaus, eine Verlängerung erfolgen, ohne dass der Altvertrag nach § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG vorzeitig beendet werden muss. Unter dieser Annahme empfiehlt es sich, das Verfahren einer vorzeitigen Vertragsbeendigung spätestens vier Jahre vor dem Ablauf der regulären Vertragslaufzeit durch Bekanntgabe einzuleiten.

Die Vorschrift geht auf Forderungen der Kartellbehörden zur alten Rechtslage zurück. Die Kartellbehörden sahen eine Vertragsverlängerung, die erheblich früher als vor dem planmäßigen Ablauf des bestehenden Konzessionsvertrags erfolgte, als problematisch an, wenn sie ohne vorherige Bekanntmachung des Vertragsendes zu einer über 20 Jahre hinausgehenden Gesamtlaufzeit führte.<sup>20</sup> Die Kartellbehörden forderten damals, dass auch dann, wenn die Vertragsparteien unter einvernehmlicher vorzeitiger Beendigung des bisherigen Konzessionsvertrags einen neuen Konzessionsvertrag für die allgemeine Versorgung in der Gemeinde abschließen, die Bekanntmachungspflichten des damaligen § 13 EnWG eingehalten werden sollten. Dieser Gedanke hat Eingang in den neuen § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG gefunden.

Aus dem Gesetzeswortlaut des § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG ist aber nicht zu entnehmen, ob der Vertrag mit sofortiger Wirkung beendet werden muss oder die Vereinbarung der vorzeitigen Beendigung und das tatsächliche Vertragsende auseinanderfallen können. Praktische Gesichtspunkte sprechen dafür, dass die vorzeitige Beendigung vereinbart und dann auch veröffentlicht werden muss, das tatsächliche Vertragsende aber erst später eintreten kann. Ansonsten kann nicht sichergestellt werden, dass das Ende des Altvertrags und der Vertragsbeginn des Neuvertrags nahtlos ineinander übergehen. Ein vertragloser Zustand wäre den Beteiligten nicht zumutbar.<sup>21</sup>

#### **4.1.2.2 Form der Bekanntgabe**

Über die erforderliche Form der Bekanntgabe bei vorzeitiger Beendigung besteht noch Unklarheit.

Anders als beim Auslaufen eines Konzessionsvertrags spricht das Gesetz bei der vorzeitigen Vertragsverlängerung und der Begründung der Auswahlentscheidung lediglich von einer öffentlichen Bekanntgabe („...öffentlich bekannt zu geben.“) ohne Hinweis auf eine Veröffentlichung im Bundesanzeiger oder Amtsblatt der Europäischen Union. Wie diese Form der Bekanntgabe zu verstehen ist, wird unterschiedlich beurteilt.

Unklar ist, ob trotz der Formulierung in § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG davon auszugehen ist, dass auch die öffentliche Bekanntgabe einer vorzeitigen Vertragsbeendigung entsprechend § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger oder im elektronischen Bundesanzeiger zu erfolgen hat.<sup>22</sup> Dafür könnte sprechen, dass § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG, ge-

---

<sup>20</sup> Vgl. Pressemeldung des BKartA vom 06.11.2003.

<sup>21</sup> Die Ausnahmesituation eines vertragslosen Zustandes, in dem eine Gemeinde trotz auslaufen des bisherigen Konzessionsvertrages keinen neuen Vertrag abgeschlossen hat ist in § 48 Abs. 4 EnWG geregelt. Vgl. Kapitel 7.3.

<sup>22</sup> Pippke/Gaßner RdE 2006, S. 33.

wissermaßen vor die Klammer gezogen, eine allgemeingültige Aussage über die Art der öffentlichen Bekanntmachung auch für den Fall des § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG trifft.<sup>23</sup>

Dieser Schluss ist allerdings nicht zwingend. Die anderslautende Formulierung lässt darauf schließen, dass eine Bekanntmachung im örtlichen Amtsblatt ausreichend ist.<sup>24</sup> Der Wortlaut „öffentliche Bekanntmachung“ ist gleichlautend mit § 13 Abs. 3 Satz 2 EnWG 1998 und hier wurde nach herrschender Meinung verlangt, dass die öffentliche Bekanntmachung in derselben Form zu erfolgen habe, in der auch Satzungen oder Allgemeinverfügungen der Gemeinde öffentlich bekannt gemacht werden, also z. B. durch Veröffentlichung im Amtlichen Mitteilungsblatt der Gemeinde.<sup>25</sup> Ebenso ergibt sich aus der Gesetzesbegründung zu § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG, dass neben dem Bundesanzeiger auch eine Bekanntmachung über andere Medien zulässig ist, nämlich Bundesausschreibungsblatt, Internet und überörtliche Presse. Allerdings bezog sich die Gesetzesbegründung auf den Formulierungsvorschlag des Bundesrates zu § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG, der sich nur auf den regulären Vertragsablauf bezog.<sup>26</sup>

#### **4.2 Folgen von Verstößen**

Wie sich ein Verstoß gegen die Bekanntmachungspflicht auf die Wirksamkeit des Konzessionsvertrags auswirkt, ist noch nicht geklärt. Eine höchstrichterliche Entscheidung hierzu steht noch aus.

Da sich die Bekanntmachungspflichten in § 46 Abs. 3 EnWG an die Gemeinde und nicht an beide Vertragspartner richten, kann ein Verstoß nach überwiegender Ansicht nicht zur Gesamtnichtigkeit des Vertrags führen.<sup>27</sup> Selbst wenn man § 46 Abs. 3 Satz 1 und Satz 3 EnWG als indirektes Verbot und nicht nur als verbindliche Gebotsnormen ansähe, würde es sich dennoch nur um ein einseitiges Verbot gegenüber der Gemeinde handeln. Das Energieversorgungsunternehmen hat auch keinen Einfluss darauf, ob die Gemeinde ihrer Bekanntmachungspflicht ordnungsgemäß nachkommt. Bei Verstößen gegen einseitige Verbote tritt aber im Regelfall keine Nichtigkeit gemäß § 134 BGB ein.<sup>28</sup> Entsprechend hat das OLG Schleswig in der Vorgängerregelung des § 13 Abs. 3 Satz 1 EnWG 1998 kein gesetzliches Verbot gesehen.<sup>29</sup>

Von anderen Stimmen wird aber auch die Ansicht vertreten, dass Verträge, die unter Verletzung der Bekanntmachungspflicht zustande kommen, unwirksam sind.<sup>30</sup> Diese Auffassung wird inzwischen vom OLG Düsseldorf, wenn auch bezogen auf den dortigen Einzelfall, geteilt.<sup>31</sup>

---

<sup>23</sup> Kermel/Brucker/Baumann, S. 69.

<sup>24</sup> Klemm, Versorgungswirtschaft 2005, S. 197.

<sup>25</sup> Ortsüblich, vgl. § 41 Abs. 4 Satz 1 VwVfG.

<sup>26</sup> BT-Drs.15/3917.

<sup>27</sup> Kermel/Brucker/Baumann, S. 81.

<sup>28</sup> Palandt, § 134 Rn. 9 m. w. N.

<sup>29</sup> OLG Schleswig, RdE 2006, S. 199.

<sup>30</sup> Büdenbender, § 13 Rn. 85.

<sup>31</sup> OLG Düsseldorf, ZNER 2008, S. 165.

**Praxishinweis:**

Bis zu einer abschließenden gerichtlichen Klärung durch den Bundesgerichtshof sollten die Unternehmen zur Vermeidung des Risikos der Ungültigkeit des Vertrags darauf achten, dass der Abschluss von neuen Konzessionsverträgen nur nach form- und fristgemäßer Bekanntmachung erfolgt.

### 4.3 Kriterien für die Auswahlentscheidung

Neben den Bekanntmachungspflichten vor Neuabschluss bzw. vor der Verlängerung eines Konzessionsvertrags regelt das EnWG, abgesehen von dem Gebot nichtdiskriminierender Entscheidung gemäß § 46 Abs. 1 EnWG, nur das einzuhaltende Verfahren in § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG. Danach ist die Entscheidung der Gemeinde über den Neuabschluss oder die Verlängerung unter Angabe der maßgeblichen Gründe öffentlich bekannt zu machen. Darüber hinaus fehlen nähere Bestimmungen hinsichtlich der Ausgestaltung des Auswahlverfahrens. In der Gesetzesbegründung zu § 13 Abs. 3 Satz 2 EnWG 1998, welche mit § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG identisch ist, heißt es ausdrücklich:

*„Nach welchen Kriterien die Gemeinde ihre Auswahlentscheidung zu treffen hat, wird nicht bestimmt.“<sup>32</sup>*

Das Vergaberecht ist nicht anwendbar.<sup>33</sup> Allerdings muss es sich aus systematischen Gründen um sachgerechte und nach der KAV zulässige Kriterien handeln.<sup>34</sup> Da ein Konzessionär keinen Einfluss darauf hat, ob durch seine Leitungen erneuerbare oder konventionelle Energie von Lieferanten durchgeleitet wird, kann darin kein anerkennungswürdiges Auswahlkriterium liegen.

Einigkeit besteht darüber, dass die Kommune ein diskriminierungsfreies, transparentes und nachvollziehbares Auswahlverfahren durchzuführen hat. Begründet wird dies damit, dass die Kommune auf dem Markt zur Erteilung von Nutzungsrechten an Straßen marktbeherrschend ist.<sup>35</sup> Der Gemeinde hat bei der Auswahl einen Ermessensspielraum, der sich daraus ergibt, dass § 46 EnWG keine Kriterien für die Auswahlentscheidung festlegt. Es wird auch vertreten, dass sich der Ermessensspielraum aus Art. 28 Abs. 2 GG ergibt.

Vor dem Auswahlverfahren geeigneter Bewerber steht dabei die grundsätzliche Systementscheidung, ob die Gemeinde den Netzbetrieb selbst, in Kooperation mit oder allein durch ein privates Unternehmen durchführen (lassen) will, wobei auch für die Vergabe an ein eigenes Unternehmen die oben aufgeführten Kriterien gelten.

### 4.4 Musterverträge

In einigen Bundesländern gibt es zwischen den Verbänden der Energiewirtschaft oder Regionalversorgern und den Kommunalen Verbänden ausgehandelte Musterverträge, welche als Standards in diesen Bundesländern verwendet werden.

---

<sup>32</sup> BT-Drs. 13/7274.

<sup>33</sup> Templin, IR 2009, S. 101, 103.

<sup>34</sup> Unklar das Urteil des OLG Düsseldorf, ZNER 2008, S. 165.

<sup>35</sup> Säcker, § 46 Rn. 116.

Solche Musterverträge gibt es aber nicht in allen Bundesländern. Zum Teil gibt es in der Praxis Einwände von Landeskartellbehörden gegen das Aushandeln von Musterverträgen. Hintergrund ist zum einen die Annahme einer Bündelung von Marktmacht bei den jeweiligen Vertragspartnern und das Abstimmen von Positionen von mehreren Marktteilnehmern in der Form einer nach § 1 GWB kartellrechtlich verbotenen Absprache.

Standardverträge eines einzelnen Unternehmens, welches sich um eine Vielzahl von Konzessionen bewirbt sind unbedenklich, da hierdurch kein Wettbewerb beschränkt wird.

## **5. Inhalt von Konzessionsverträgen**

In einem Konzessionsvertrag werden neben der Einräumung des Rechts zur Nutzung der öffentlichen Wege regelmäßig auch Details zur Zusammenarbeit zwischen dem Konzessionär und der Gemeinde vereinbart.

### **5.1 Laufzeit**

Die Laufzeit eines Konzessionsvertrags ist nach § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG auf höchstens 20 Jahre begrenzt. Kürzere Laufzeiten dürfen von den Vertragspartnern aber vereinbart werden, auch wenn sie die Investitionssicherheit gefährden können.

### **5.2 Konzessionsabgabe**

Die vereinbarten Sätze der Konzessionsabgaben innerhalb der KAV-Höchstbeträge sind im Vertrag festzuhalten.<sup>36</sup>

## **5.3 Regelungen zur Zusammenarbeit mit der Gemeinde**

### **5.3.1 Folgepflicht und Folgekostenpflicht**

Um die Folge- und Folgekostenpflicht in ein für beide Seiten schlüssiges Verfahren zu überführen, empfiehlt es sich, auch den operativen Ablauf zwischen der Gemeinde und dem Konzessionär zu präzisieren.

#### **5.3.1.1 Baumaßnahmen ausgelöst durch den Konzessionär**

Der Konzessionär hat seinen gesetzlichen Pflichten nach dem EnWG im Rahmen seines örtlichen Anschlussauftrages nachzukommen. Er ist aufgrund des Konzessionsvertrags berechtigt, alle öffentlichen Straßen, Wege und Plätze zu benutzen. Bei den notwendigen Baumaßnahmen hat er die Interessen der öffentlichen Sicherheit und des Städtebaus zu berücksichtigen. Daher ist der Gemeinde Gelegenheit zur Stellungnahme zu den geplanten Baumaßnahmen zu geben. Baumaßnahmen sind nach Möglichkeit zu koordinieren.

In Ergänzung können Präzisierungen speziell zum Ablauf bei Aufgrabungen in den Verkehrsräumen der Gemeinde gemacht werden:

- die Erlaubnis zu umgehenden Aufbrüchen bei Entstörungsmaßnahmen;
- verkehrslenkende Maßnahmen;

---

<sup>36</sup> Vgl. Kapitel 7.

- die erlaubte Inanspruchnahme von kommunalen Bauwerken, z. B. Brücken oder Stützmauern;
- Aussagen dazu, ob und wie der Konzessionär nach Abschluss seiner Maßnahmen Oberflächen von Verkehrsflächen wiederherstellen darf/muss und welche technischen Regeln zur Anwendung kommen, einschließlich der Definition der Dauer der Gewährleistungspflicht.

#### **5.3.1.2 Baumaßnahmen ausgelöst durch die Gemeinde**

Umgekehrt empfiehlt sich eine Erläuterung des Verfahrensablaufes der Maßnahmen der Gemeinde und deren beauftragter Dritter, die wiederum die Netzinfrastruktur betreffen. Demnach sollte die Gemeinde den Konzessionär frühzeitig über Planungen und Baumaßnahmen unterrichten und auch Gelegenheit zur Stellungnahme geben, um eine erforderliche Änderung oder Sicherung im Netz ggf. ohne wesentliche Beeinträchtigung der Versorgung gewährleisten zu können.

Hierauf aufbauend sind dann hinsichtlich der Folgepflichten und Folgekostenpflichten klare Regelungen empfehlenswert.

#### **5.3.2 Folgepflicht**

Unter der Folgepflicht ist die vertragliche Verpflichtung des Konzessionärs zu verstehen, im öffentlichen Bereich eine Sicherung, Veränderung oder Umlegung der Einrichtungen aus Gründen des Straßenbaus, der Verkehrssicherheit oder aus sonstigen Gründen des öffentlichen Interesses vorzunehmen. Der Konzessionär prüft, ob er, ausgelöst durch eine Aufforderung der Gemeinde, die Änderungen, Anpassungen oder Sicherung von Teilen der Netzinfrastruktur in den Verkehrsflächen vornehmen muss oder nicht.

Bei der Planung im öffentlichen Bereich sollten die Interessen des Konzessionärs angemessen berücksichtigt werden. Es ist zu regeln, ob und wie die Vorhaben Dritter - privater Investoren oder sonstiger nicht der Gemeinde zugeordneter Träger öffentlicher Belange (bspw. Deutsche Bahn) - diese Folgepflicht des Konzessionärs begründen können, wenn deren Vorhaben im Übrigen im Einklang mit den kommunalen Interessen stehen.

#### **5.3.3 Folgekostenpflicht**

Unter Folgekostenpflicht ist die vertragliche Verpflichtung zur Übernahme der aus den Folgepflichten erwachsenden Kosten zu verstehen. Der Träger der Folgepflichten, also der Konzessionär, ist nicht automatisch auch Träger der Folgekostenpflicht.

Zur Bestimmung der Folgekostenpflicht haben sich vielfach gestaffelte Kostentragungsregelungen etabliert, die sich primär am Alter der Infrastruktureinrichtung orientieren. Hier bietet sich an, dass bis zu einem Alter von „wenigen“ Jahren die Kosten zur Anpassung, Änderung oder Sicherung der Infrastruktureinrichtungen von der Gemeinde getragen werden. Gestaffelt nach dem Baujahr kann in größeren Jahresschritten der Kostentragungsanteil der Gemeinde in angemessenen Schritten von 100 bis 0 % sinken. In der Praxis finden sich vielfach Werte, wonach die Gemeinde ab einem Alter von 10 bis 40 Jahren keine Folgekosten gegenüber dem Konzessionär mehr zu tragen hat.

Nach einer anderen Variante könnte auch eine generelle Aufteilung dahingehend erfolgen, dass die Gemeinde die Kosten für den Tiefbau und die Oberflächenarbeiten (einschließlich der Nebenkosten wie bspw. verkehrslenkende Maßnahmen, Gesamtkoordination) übernimmt, während der Konzessionär die unmittelbaren netzspezifischen Kosten trägt. Die Kostentragungspflicht kommt jedoch nur im Rahmen der Folgepflichten zum Tragen. Soweit der Konzessionär zur Durchführung von Umlegungs- oder Änderungsmaßnahmen Oberflächen- und Tiefbauarbeiten auf eigene Veranlassung durchführt, kommt eine entsprechende Beteiligung der Gemeinde im Rahmen der Kostentragung nicht in Betracht. Der Vertrag sollte eine entsprechende Klarstellung enthalten.

Eine weitere Gestaltungsmöglichkeit ist eine Aufteilung der mit der Maßnahme zusammenhängenden Arbeiten (z. B. Musterkonzessionsvertrag Bayern). In solchen Fällen führt die Kommune den Tiefbau einschließlich der Oberflächenwiederherstellung durch, während der Konzessionär Material und Montage der Versorgungsleitung erledigt. Eine gegenseitige Rechnungsstellung findet nicht statt.

**Praxishinweis:**

Empfehlenswert ist eine verpflichtende Regelung zur Geltendmachung von Kostenerstattungsansprüchen zugunsten des Konzessionärs bei Netzbaumaßnahmen, sofern die Gemeinde Ansprüche gegenüber Dritten (Investoren, Träger öffentlicher Belange) hat. Für den Fall von Zuschüssen oder sonstigen Zuwendungen (bspw. vom Bund/Land) zugunsten der Gemeinde für die Anpassung der Versorgungsanlagen bietet sich eine analoge Regelung an.

#### **5.3.4 Weitere mögliche Kostenbelastung für den Konzessionär**

Außer einer Kostenbeteiligung über die Folgekostenpflicht werden zwischen Konzessionären und den Gemeinden weitere Tatbestände diskutiert, die eine Kostenpflicht beim Konzessionär auslösen. Beispielsweise existieren „Kataloge“, wonach der Konzessionär bei eigeninitiierten Netzbaumaßnahmen im bestehenden Verkehrsraum beim Aufbruch der Oberfläche den einhergehenden „Wertverlust der Straße“ zusätzlich vergüten soll. Ähnlich verhält es sich mit Überlegungen von Gemeinden, bei kommunal veranlassten Straßenerneuerungen den Konzessionär proportional zu einer fiktiv anteiligen Grabenoberfläche an den Gesamtkosten (zzgl. z. B. Aufwendungen für Verkehrslenkung, Straßenmarkierung) zu beteiligen – sofern dieser mindestens parallel koordinierte Netzbaumaßnahmen ausführt.

**Praxishinweis:**

Solche Anliegen sind grundsätzlich abzulehnen, da eine Einschränkung der „Werthaltigkeit“ von gemeindlichem Grund und Boden bereits mit der Zahlung der Konzessionsabgabe abgegolten ist (§ 3 Abs. 2 KAV - Höchstpreisrecht). Mehr als eine Verpflichtung zur Wiederherstellung nach den Regeln der Technik ist nicht geschuldet.

#### **5.3.5 Rückbau von Infrastruktureinrichtungen**

Bedingt durch stetige Verdichtung der Leitungstrassen mit Medien aller Art und auch aus weiteren unterschiedlichsten Beweggründen der Gemeinden wird vielfach der Rückbau nicht

mehr benötigter, d. h. stillgelegter, Infrastruktureinrichtungen gefordert. Dieser Aspekt wird vor allem im Zuge der Erneuerung von Versorgungsleitungen diskutiert.

Soweit eine entsprechende Regelung Eingang in den Vertrag finden soll, ist mit größter Sorgfalt darauf zu achten, ab wann eine unabwendbare Regelung zum Rückbau greift. In jedem Falle muss der Rückbau in einem angemessenen Kosten-Nutzen-Verhältnis stehen. Bei einem besonders groben Missverhältnis kann der Rückbau wegen Unverhältnismäßigkeit im Sinne von § 275 Abs. 2 BGB verweigert werden. Der Rückbau sollte also nur dann erfolgen, wenn im konkreten Falle ein überwiegendes öffentliches Interesse im Verhältnis zu den hiermit verbundenen Kosten besteht. Im Übrigen sollte ein Rückbau nur dann gefordert werden können, wenn er sich in den Arbeitsablauf des Netzbetriebs integrieren lässt, bspw. wenn zum Zwecke einer Neuverlegung entsprechende Aufgrabungen stillgelegter Leitungen ohnehin erfolgen.

### **5.3.6 Altlasten im Erdreich**

Vielfach werden beim Tiefbau speziell für den Leitungsbau in den Verkehrsflächen belastete oder verunreinigte Böden vorgefunden. Der Verursacher ist oft nicht mehr zu ermitteln. Der Konzessionär hat im Zuge seiner Baumaßnahmen das Problem, dass er für den entsprechenden Aushub zunächst deutlich höhere Deponiekosten aufwenden muss. Um eine sachgerechte Risikoverteilung zu erreichen, kann man bei der Gemeinde darauf hinwirken, dass diese die nachgewiesenen Mehrkosten für solch einen Aushub trägt. Insbesondere bei kommunal verursachten Baumaßnahmen bietet sich diese Lösung an. Sofern detaillierte Kataster über Altlasten (belastete oder verunreinigte Böden) im Konzessionsgebiet ausgewiesen sind, kann sich der Konzessionär vorher ein hinreichendes Bild über die ggf. zu erwartenden Kosten machen.

### **5.3.7 Bestellung von Dienstbarkeiten bei Veräußerung von Grundstücken an Dritte**

Beabsichtigt die Gemeinde, sonstige Grundstücke und entwidmete öffentliche Verkehrsflächen, in denen sich Infrastruktureinrichtungen befinden, an Dritte zu veräußern, sollte die Gemeinde verpflichtet werden, den Konzessionär darüber zu informieren. Sofern die Netzteile nicht dinglich gesichert sind, ist eine Verpflichtung der Gemeinde, an diesen Grundstücken vor Veräußerung auf Verlangen des Konzessionärs zu dessen Gunsten eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit eintragen zu lassen, anzustreben. Hierzu sollte eine Informationspflicht der Gemeinde vertraglich verankert werden. Die Kosten für die Eintragung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit trägt dabei in der Regel der Konzessionär.

### **5.3.8 Dokumentation der Netzinfrastruktur**

Für die operative Umsetzung der umfassenden Belange der Dokumentation (Netzdatenmanagement) bietet sich eine angemessen ausführliche Regelung an. Dazu gehören - hier exemplarisch genannt - Hinweise über den Umfang, die Inhalte, die technische Ausprägung der Datensätze, die Termine für den Datenaustausch oder die Qualität für das fortzuführende Bestandsplanwerk im entsprechenden Gebiet. Dies ist wichtig für eine effiziente Arbeitsweise des Konzessionärs mit den unterschiedlichsten Institutionen einer Gemeinde (Straßenbau-, Liegenschafts-, Kataster-, Bau-, Erschließungsamt u. ä.).

### **5.3.9 Grenzen durch KAV und regulatorischen Rahmen**

Die Regelungen zu Folgekosten bieten grundsätzlich Gestaltungsmöglichkeiten für alle Konzessionsbewerber.

Bei allen Regelungen im Konzessionsvertrag zu den Folgekosten muss der Konzessionär jedoch beachten, dass die Verpflichtungen, welche er eingeht, eventuell nicht vollumfänglich im Rahmen der regulierten Netzentgelte geltend gemacht werden können.

Gleichzeitig ist auch bei den Folgekosten das Nebenleistungsverbot der KAV zu beachten.<sup>37</sup>

An dieser Stelle bietet sich im Dialog mit der Gemeinde neben dem Verweis auf die Grenzen nach der KAV der Hinweis an, dass die von den Behörden genehmigten Netzentgelte solche Belastungen in der Regel nicht berücksichtigen, jedenfalls nicht außerhalb der Basisjahre. Entsprechende Kostenposten würden seitens der Regulierungsbehörden mit Hinweis auf die regulativen Vorgaben zur Kostensenkung nicht akzeptiert.

### **5.4 Übertragung des Vertrags**

In der Versorgungswirtschaft ist es nicht zuletzt durch zahlreiche gesetzgeberische Aktivitäten nicht unüblich, dass sich die Konzessionäre gesellschaftsrechtlich umstrukturieren müssen. Es macht daher Sinn, eine Regelung zur Übertragung des Vertrags, mithin zur Rechtsnachfolge, in den Vertrag aufzunehmen.

Da Wegenutzungsverträge individuell ausgehandelt sind, bestehen an folgenden Regelungen keinerlei rechtliche Bedenken:

Zunächst sollte festgehalten werden, dass eine individualvertragliche Übertragung des Vertrags ohne weiteres mit Zustimmung des Konzessionsgebers möglich ist. Der Konzessionsgeber sollte seine Zustimmung nicht verweigern dürfen, wenn gegen die wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit des übernehmenden Unternehmens keinerlei Bedenken bestehen.

Von dem Grundsatz der Zustimmungspflichtigkeit sollte eine Ausnahme für Übertragungen an verbundene Unternehmen im Sinne des § 15 AktG gemacht werden. Jede Übertragung sollte einer schriftlichen Anzeigepflicht nach § 126 BGB unterliegen, wobei die bloße Textform im Sinne des § 126 b BGB nicht ausreichend sein sollte; der „papierene Brief“ schafft angesichts der grundlegenden Bedeutung des Konzessionsvertrags mehr Rechtssicherheit als ein der Textform genügendes Computer-Fax oder eine E-Mail.

Abweichend von dieser Regelung sollte noch hervorgehoben werden, dass Gesamtrechtsnachfolgen, insbesondere solche nach Umwandlungsrecht, ausschließlich nach den dort geltenden Regelungen zu erfolgen haben.

### **5.5 Endschafftsklausel**

Vgl. Kapitel 6.1

---

<sup>37</sup> Vgl. Kapitel 7.11.

## 5.6 Vorgaben zum Energiemix?

Aufgrund der strikten Trennung von Netz und Vertrieb nach den Vorschriften der Entflechtung gemäß §§ 3 ff. EnWG darf ein Konzessionsvertrag, der definitionsgemäß die Energielieferung nicht (mehr) zum Gegenstand hat, keinerlei Vorgaben zum Energiemix machen. Konzessionäre haben in ihrer Rolle als Netzeigentümer bzw. Netzbetreiber keinerlei Möglichkeiten, auf die Zusammensetzung der durch die örtlichen Versorgungsleitungen geleiteten Energie Einfluss zu nehmen.

## 5.7 Mengengrenzen bei Erdgas

### 5.7.1 Abgrenzung Grundversorgungs- und Sonderkundenverträge

Vgl. Kapitel 7.10.2.

### 5.7.2 Sonderfall Grundversorgungslieferungen Kochen und Warmwasser

Vgl. Kapitel 7.7.

## 6. Verfahren beim Wechsel des Konzessionärs

Als Anspruchsgrundlage für die Überlassung beim Wechsel des Konzessionärs kommt die gesetzliche Anspruchsgrundlage nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG oder die Endschaftsklausel des auslaufenden Konzessionsvertrags - soweit einschlägig - in Betracht.

### 6.1 Vertragliche Endschaftsregelungen

Die in den kommenden Jahren auslaufenden Konzessionsverträge, in der Regel vor 1998 geschlossen, enthalten regelmäßig sog. „Endschaftsklauseln“. Sie regeln, in welchem Umfang, auf welche Art und zu welchen Bedingungen der Altkonzessionär die Versorgungsanlagen nach Beendigung des Vertrags auf den Konzessionsgeber (Gemeinde) oder auf einen Dritten (den Neukonzessionär) zu übertragen hat. Folgende Formulierungen finden sich in der Praxis:

- *„Der bisherige Konzessionsnehmer nach Beendigung des Vertrags ist verpflichtet, die für die Versorgung des Gemeindegebiets notwendigen Anlagen gegen Zahlung des Sachzeitwertes an die Gemeinde oder einen von der Gemeinde benannten Dritten zu verkaufen.“*
- *„Endet der Vertrag, so ist die Gemeinde berechtigt, die gesamten am Tage der Übergabe vorhandenen Verteilungsanlagen der Gesellschaft, die der Versorgung der Gemeinde dienen, käuflich zum Sachzeitwert zu erwerben. Die Gemeinde ist hierzu auf Verlangen der Gesellschaft verpflichtet, wenn sie den Vertrag gekündigt hat oder der Abschluss eines neuen Vertrags aus Gründen, die die Gemeinde zu vertreten hat, zwischen den Parteien nicht zustande kommt.“*
- *„Falls die Stadt nach Ablauf dieses Vertrags die ausschließlich für die allgemeine Versorgung im Konzessionsgebiet notwendigen Verteilungsanlagen selbst übernehmen will, ist sie berechtigt und auf Verlangen der Stadtwerke verpflichtet, diese Verteilungsanlagen gegen Zahlung des Sachzeitwertes zu übernehmen.“*

- *„Der Übernahmepreis ist der Sachzeitwert der zu übernehmenden Stromverteilungsanlagen und der Stromverteilungsanlagen, die außerhalb des Gemeindegebiets für die Durchführung der Stromversorgung für die Gemeinde notwendig waren und nicht mehr zur Stromversorgung erforderlich sind, zum Zeitpunkt der Übernahme zzgl. Umsatzsteuer. Als Sachzeitwert gilt der Wiederbeschaffungswert abzgl. eines angemessenen Abschlages, der die bisherige Nutzungsdauer und den technischen Erhaltungsaufwand berücksichtigt. Von der Gemeinde, Kunde oder Dritten geleistete Zuschüsse (Anschlusspreise, Baukostenzuschüsse, Hausanschlusskosten - ausgenommen Netzkostenbeiträge und Kostenerstattungen für Leitungsänderungen) werden abgeschrieben am Kaufpreis abgesetzt. Die Abschreibung erfolgt linear mit 5 % pro Jahr.“*

Hintergrund solcher Regelungen war § 13 A/KAE, der Übertragungsansprüche der Gemeinden ohne angemessene Gegenleistung (sog. „Heimfallrechte“) ausschloss. Diese Regelung wurde konkretisiert durch Nr. 60 D/KAE, wonach mindestens der Sachzeitwert<sup>38</sup> der übergehenden Anlagen zu vergüten war. Diese rechtlichen Vorgaben für vertragliche Endschaftsregelungen wurden durch die KAV-Novelle zum 01.01.1992 gelockert. § 3 Abs. 2 Nr. 2 KAV verbietet seither nur noch eine Verpflichtung zur Übertragung von Versorgungseinrichtungen „ohne wirtschaftlich angemessenes Entgelt“. Nähere Vorgaben zur Entgeltbestimmung hat der Verordnungsgeber nicht mehr gemacht.

Die amtliche Begründung zu § 3 Abs. 2 Nr. 2 KAV führt aus, dass Entgeltvereinbarungen, die an den Sachzeitwert der Anlagen anknüpfen, „der gegenwärtigen Praxis entsprechen und auch in Zukunft – vorbehaltlich anderweitiger kartellrechtlicher oder preisrechtlicher Entwicklungen – nicht zu beanstanden“ seien.<sup>39</sup>

Der Sachzeitwert wird im betriebswirtschaftlichen Schrifttum auch als (Brutto-)Rekonstruktions- oder Substanzwert bezeichnet.<sup>40</sup> Zur seiner Bestimmung gibt es zwei betriebswirtschaftlich anerkannte Methoden:

Bei einem „top-down-Ansatz“ erfolgt zunächst eine Bestandsaufnahme - physisch und/oder anhand der Informationen in der Anlagenbuchhaltung oder einer Betriebsmittel-Datenbank -, um den Umfang der zu überlassenden Anlagen und deren Erhaltungszustand festzustellen. Dieses vorhandene technische Mengengerüst wird mit aktuellen spezifischen Meter- oder Anlagen- und Gerätepreisen bewertet und ergibt den stichtagsbezogenen aktuellen Wiederbeschaffungs(neu)wert auf Basis heutiger Technik und Verlegungsarten. Hiervon ausgehend wird entsprechend der technischen Restnutzungsdauer der vorhandenen Anlagen der stichtagsbezogene Sachzeitwert der Anlagen für ihre jeweilige technische Restnutzungsdauer ermittelt.

---

<sup>38</sup> In Nr. 60 D/KAE wie folgt definiert: „Der Sachzeitwert ist der auf der Grundlage des Tagesneuwertes unter Berücksichtigung seines Alters und Zustandes, d. h. unter Berücksichtigung der technisch-wirtschaftlichen Nutzungsdauer ermittelte Restwert eines Vermögensgegenstandes. Der Tagesneuwert wiederum ist der unter Berücksichtigung der technischen Entwicklung maßgebliche Anschaffungswert für einen neuen Vermögensgegenstand im jeweiligen Bewertungszeitpunkt.“, so auch VDEW/BGW, Begriffe der Versorgungswirtschaft, Heft 4, 1. Ausgabe 2000

<sup>39</sup> BR-Drs. 686/91.

<sup>40</sup> Vgl. hierzu grundlegend Busse von Colbe, Stromversorgungsanlagen, S. 23 ff.; vgl. auch von Gamm, WuW 1997, 404.

Bei einem „bottom-up-Ansatz“ geht man von den ursprünglichen Anschaffungs- und Herstellungskosten in der Anlagenbuchhaltung aus, die mittels sachgerechter Indexreihen auf Tagesneuwerte hochgerechnet werden. Hiervon ausgehend wird entsprechend der technischen Restnutzungsdauer der stichtagbezogene Sachzeitwert für die jeweilige technische Restnutzungsdauer je Errichtungsjahr ermittelt. Auch bei diesem Ansatz ist eine physische Bestandsaufnahme notwendig, da durch zwischenzeitliche, aber nicht aktivierte Instandhaltung, die tatsächliche Nutzungsdauer wesentlich verlängert worden sein kann.

Der bottom-up-Ansatz setzt allerdings voraus, dass die seinerzeit aktivierten Werte ortsnetzscharf zugeordnet werden können. Zudem führt er zu Abweichungen, wenn aufgrund technisch-wirtschaftlichen Fortschritts inzwischen günstigere Techniken zur Verfügung stehen (z. B. bei Gas Kunststoffrohre statt Graugussrohre, bei Strom VPE-Kabel statt Ölkabel).

**Praxishinweis:**

Die Sachzeitwertermittlung mittels „top-down-Ansatz“ bzw. „bottom-up-Ansatz“ kann zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Die Gründe hierfür sind zum einen fortgeschrittene Technik und Verlegearten, zum anderen Unschärfen bei der gebietsbezogenen Abgrenzung in der Anlagenbuchhaltung. Beide Methoden sind grundsätzlich betriebswirtschaftlich anerkannt.

### 6.1.1 Rechtsprechung zu vertraglichen Kaufpreisregelungen

Die BGH-Rechtsprechung zu Netzübernahmen vor der Liberalisierung des Energiemarktes 1998 hat vertragliche Sachzeitwert-Regelungen grundsätzlich für zulässig erachtet.<sup>41</sup> Sie seien jedoch dann prohibitiv und mit der Freistellungsvoraussetzung des § 103 a GWB a. F. unvereinbar, wenn der Sachzeitwert wesentlich über dem Ertragswert liegt und so eine Übernahme durch einen kaufmännisch handelnden Erwerber verhindert. Der BGH hat eine solche prohibitive Klausel aus kartellrechtlichen Gründen für unwirksam erachtet.<sup>42</sup> Offengelassen hat der BGH, welcher Wert dann als Kaufpreis kartellrechtlich unbedenklich wäre. Die seither ergangene OLG-Rechtsprechung sah unter Berücksichtigung der Wesentlichkeitsgrenze eine Überschreitung des Ertragswertes von ca. 10 % als kartellrechtlich unbedenklich.<sup>43</sup> Hinsichtlich der „Wesentlichkeitsgrenze“ ist die bisherige Rechtsprechung – insbesondere nach Einführung der Entgeltregulierung – zwar als nicht gefestigt anzusehen. Letztlich wird jedoch ein – wie auch immer im Einzelnen zu bestimmender – kartellrechtlich unbedenklicher Wert maßgeblich sein.

Der Ertragswert wird ermittelt durch Diskontierung (Abzinsung) der den Unternehmenseignern zukünftig zufließenden Überschüsse, wobei diese üblicherweise aus den für die Zukunft geplanten Jahresergebnissen abgeleitet werden.<sup>44</sup> Er verkörpert den Gesamtwert einer Unternehmung (Zukunftserfolgswert), verstanden als Gegenwartswert des künftigen Nutzens,

<sup>41</sup> BGH, NJW 2000, S. 577, OLG München, IR 2006, S. 63.

<sup>42</sup> Das Erfordernis einer prohibitiven Wirkung betont auch LG Mannheim vom 08.10.2010, Az. 7 O 20/10: Zu verneinen, wenn der Erwerber das Netz ggf. auch zum Sachzeitwert übernehme.

<sup>43</sup> Das OLG München, IR 2006, S. 63, verneinte in dem betreffenden Fall eine wesentliche Überschreitung, da der Ertragswert weniger als 10 % unter dem Sachzeitwert lag.

<sup>44</sup> IDW-Standard „Grundsätze zur Durchführung von Unternehmensbewertungen“, IDW-Fachnachrichten 7/2008, Rn. 102.

den ein Bewertungsobjekt einer bestehenden oder geplanten Unternehmung oder einem technisch-organisatorisch abgeschlossenen Gliedbetrieb, dem sich quantifizierte Nutzen zurechnen lassen, als Bewertungsobjekt beimisst, u. a. dem künftig erzielbaren Geldeinkommen.<sup>45</sup>

Diese Definitionen zeigen, dass das Ertragswertverfahren primär gedacht ist für die Bewertung eines Unternehmens oder Unternehmensteils; diese sind in aller Regel mehr wert als der aktuelle Zeitwert der Sachanlagen. Beim Übergang größerer Ortsnetze, bei denen ein Betriebsübergang im Sinne von § 613 a BGB zu bejahen ist und bei denen mit dem Personal auch Know-how übergeht, lässt sich ein solcher „Teilunternehmenswert“ ermitteln. Der Ertragswert bildet hier ab, was ein denkbarer Erwerber mit diesem (Teil-)Unternehmen künftig erwirtschaften kann.

Deshalb wird teilweise in der Praxis bestritten, dass das Ertragswertverfahren bei sehr kleinen Ortsnetzen, die u. U. nur aus einigen wenigen Anlagegütern bestehen und keinen Teilbetrieb im Sinne von § 613 a BGB darstellen und nur im Verbund mit anderen benachbarten Verteilnetzen wirtschaftlich zu betreiben sind, aussagekräftig sei. Dies hängt mit der weiteren Frage zusammen, ob bei der Bestimmung des Ertragswerts eines örtlichen Verteilnetzes Synergien durch einen Verbund mit anderen Verteilnetzen zu berücksichtigen sind.<sup>46</sup>

Der BGH hat seine Entscheidungen vor allem wettbewerbsrechtlich begründet. Eine zu hohe Vergütung sei mit § 103 a GWB a. F. unvereinbar, da sie den mit dieser Vorschrift intendierten Wettbewerb um Versorgungsgebiete verhindert. Dies bedeutet nicht, dass sich die Netzübernahme in jedem Einzelfall und zugunsten des konkreten Erwerbers stets rechnen muss. Sie soll jedoch nicht scheitern an prohibitiven Preisvorstellungen des bisherigen Netzeigentümers, die kein denkbarer Erwerber zu zahlen bereit ist.

Der Marktpreis, den ein Käufer in einem normalen marktwirtschaftlichen Verkaufsvorgang für ein Wirtschaftsgut zu zahlen bereit ist, orientiert sich

- zum einen an seinen Kosten, um sich ein vergleichbares Wirtschaftsgut neu aufzubauen (Substanz- oder Rekonstruktionswert),
- zum anderen an den Erträgen, die er mittelbar und unmittelbar mit dem Wirtschaftsgut erzielen kann.

Idealtypisch erwirbt bei wirksamem Nachfragewettbewerb derjenige das Wirtschaftsgut, der damit den höchsten Ertrag erwirtschaften kann oder strategische Ziele verfolgt. Damit erzielt der Veräußerer den bestmöglichen marktgerechten Erlös. Allerdings weicht ein Netzverkauf nach Ablauf eines Konzessionsvertrags von einem normalen marktwirtschaftlichen Verkaufsvorgang ab, bei dem der Veräußerer entscheiden kann, ob und an wen er verkauft. Durch die Entscheidung der Gemeinde, wem sie das Wegerecht künftig zuteilt, kommt nur noch ein einziger potenzieller Netzerwerber in Betracht. Der Altkonzessionär sieht sich deshalb einem Nachfragemonopol ausgesetzt; ein normales marktwirtschaftliches Verhandeln mit Verkauf an den Meistbietenden ist nicht möglich. Zugleich wird in der Praxis vertreten, dass auch der

---

<sup>45</sup> Busse von Colbe/Coenenberg, Unternehmensbewertung, sub 2.2.1.1.

<sup>46</sup> Vgl. Kapitel 6.1.2.

Altkonzessionär Monopolist ist, da er als alleiniger Verkäufer in Betracht kommt. Inwiefern sich hieraus eine Marktmacht ergibt wird aber bezweifelt, da der Altkonzessionär keine Wahl hat als das Netz zu überlassen.

Diese atypische Marktsituation hat die BGH-Rechtsprechung zu Ortsnetzkaufpreisen insofern berücksichtigt, als sie auf einen Ertragswert nach objektiven Kriterien abstellt, unabhängig davon, ob der konkrete Erwerber entsprechende Erträge tatsächlich erzielen kann, da dies als Nachweis für die Prohibitivität des Kaufpreises bzw. für die Verhinderung des Nachfragewettbewerbs nicht ausreicht.

Aus Sicht des abgebenden Konzessionärs wird jedoch grundsätzlich die Ermittlung eines Ertragswertes – unabhängig von der Methodik – der Sondersituation bei Verkauf von Ortsnetzen nach Ablauf von Konzessionsverträgen nicht gerecht. Normalerweise kann ein potenzieller Verkäufer in einem marktwirtschaftlichen Verkaufsvorgang dann, wenn aufgrund äußerer Rahmenbedingungen der Marktpreis für ein Wirtschaftsgut zeitweilig schlecht ist (z. B. konjunkturbedingt oder im Netzbereich wegen restriktiver regulatorischer Bedingungen), den Verkauf zurückstellen und das Wirtschaftsgut zunächst weiterhin selbst nutzen. Dies ist in Fällen auslaufender Konzessionsverträge mit einem Kaufrecht der Gemeinde nicht möglich.

Aus Sicht des Netzveräußerers verliert er sein Eigentum in solchen Fällen quasi unfreiwillig,<sup>47</sup> vergleichbar dem seinerzeitigen Abmeierungsverfahren gemäß §§ 8, 9 EnWG 1935: Das bisherige Energieversorgungsunternehmen bekam den Weiterbetrieb von der Energieaufsicht untersagt, die Behörde wies ein neues Energieversorgungsunternehmen in den Besitz der Anlagen des „abgemeierten“ Energieversorgungsunternehmens ein, und dieses war vom neuen Energieversorgungsunternehmen nach Enteignungsgrundsätzen zu entschädigen. Die Entschädigungspflicht in Enteignungsfällen gilt unabhängig davon, ob der entzogene Gegenstand einen wirtschaftlichen (Ertrags-)Wert hat.<sup>48</sup> Nr. 60 D/KAE zeigt, dass seinerzeit auch eine Netzveräußerung im Rahmen einer konzessionsvertraglichen Endschaftsregelung als ein abmeierungsähnlicher, nach Enteignungsgrundsätzen zu entschädigender Vorgang angesehen wurde.

In der monopolistischen Marktstruktur vor der Liberalisierung hatte der BGH aus Wettbewerbsgründen dennoch Abstriche an dieser Sichtweise für geboten gehalten. Denn der Wettbewerb um Ortsnetze war damals das einzige wettbewerbliche Element zur Auflockerung einer ansonsten monopolistischen Marktstruktur. Es sollte nach Auffassung des BGH unbeschadet des grundsätzlichen Eigentumsschutzes des Altkonzessionärs nicht an Netzkaufpreisen scheitern, die bei objektiven Kriterien für keinen potentiellen Übernehmer attraktiv waren. Fraglich ist, ob dieser Gedanke heute noch in vergleichbarer Weise gilt.

### **6.1.2 Übertragbarkeit auf den neuen regulatorischen Rahmen?**

Der BGH hat seine o. g. Rechtsprechung 2006 nochmals bestätigt, allerdings ebenfalls für eine Netzübernahme vor der Liberalisierung 1998.<sup>49</sup> Mit dem EnWG 2005, den auf seiner

---

<sup>47</sup> Bündenbender/Rosin/Bachert, S. 62 m. w. N.: „dominierte Konfliktsituation“.

<sup>48</sup> Bündenbender/Rosin/Bachert, S. 94: Auch „Liebhaberstücke“ ohne messbaren Marktwert unterliegen der Eigentumsgarantie.

<sup>49</sup> BGH, NJW-RR 2006, S. 1139.

Grundlage erlassenen Verordnungen und der aktuellen Regulierungspraxis haben sich einschneidende Änderungen ergeben. Einerseits hat der neue Ordnungsrahmen inzwischen zu wirksamem Wettbewerb in allen Kundensegmenten geführt. Andererseits führte er teilweise zu sinkenden Ertragswerten bei örtlichen Verteilnetzen.

Infolge der Trennung des Netzbetriebs von den weiteren Tätigkeiten und der Durchleitungspflicht sind für den Konzessionär vor allem die Erträge aus der Netznutzung maßgeblich. Die Tarif- bzw. Grundversorgungskunden gehen nicht mehr über, sondern müssen – soweit der neue Konzessionär nicht sowieso der rechtlichen Entflechtung unterliegt und die Energielieferung selbst gar nicht durchführen darf – im Wettbewerb gewonnen werden.<sup>50</sup> Mit dem Netz gehen nur noch die Netzanschluss- und Anschlussnutzungsverhältnisse gemäß § 25 NAV/NDAV über.

Gemäß § 6 Abs. 4 Gas-/StromNEV sind bei der Netzentgeltkalkulation die erstmalig aktivierten, historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten maßgeblich. Nach § 6 Abs. 6 und Abs. 7 Gas-/StromNEV sind Abschreibungen unter Null und somit ein Ansatz kalkulatorischer Anhaltewerte ausgeschlossen, ungeachtet einer Änderung von Eigentumsverhältnissen an Netzen.<sup>51</sup>

Eine Ansicht hält die Kaufering-Entscheidung auch unter den neuen regulatorischen Bedingungen für weiterhin anwendbar.<sup>52</sup> Sie geht sogar noch darüber hinaus und hält wegen der o. g. Vorgaben der Gas-/StromNEV nur noch den sog. tarifkalkulatorischen Restwert für angemessen.<sup>53</sup> Damit müssten gebrauchstaugliche, aber kalkulatorisch abgeschriebene Netze unentgeltlich übertragen werden.

Einerseits hat kein Marktteilnehmer – gleichgültig ob im Wettbewerb oder Monopol – einen Anspruch auf Werterhalt seiner Anlagegüter. Jeder Marktteilnehmer muss vielmehr damit rechnen, dass infolge technischer Fortschritte oder Marktentwicklung der ursprüngliche Wert seines Anlagevermögens verfällt. Deshalb bieten auch die vom BGH herangezogenen Bewertungsmethoden (Sachzeit- oder Ertragswertverfahren) keine Gewähr, dass der abgebende Konzessionär seinen ursprünglichen Herstellungsaufwand (abzüglich Abschreibungen) erlöst. Andererseits hat der BGH betont, dass der Veräußerer nicht darauf verwiesen sei, im Kaufpreis lediglich seine ursprünglichen Anschaffungs- und Herstellungskosten (abzüglich Abschreibungen) zu Erlösen, also nur den Anschaffungskosten-Restwert.<sup>54</sup> Gleiches gelte auch in Bezug auf den (noch niedrigeren) tarifkalkulatorischen Restwert.<sup>55</sup>

Zudem trifft in der Anreizregulierung die These nicht mehr zu, wegen der o. g. Vorgaben in der Gas-/StromNEV hätten kalkulatorisch abgeschriebene Anlagen keinen positiven Ertrags-

---

<sup>50</sup> Vgl. Kapitel 6.4.1.

<sup>51</sup> Hier muss zwischen Kalkulation und Kaufpreisfindung getrennt werden; im Kaufpreis ist Anhaltung grundsätzlich zulässig.

<sup>52</sup> Z. B. Danner/Theobald, § 46 EnWG Rn. 35 ff., 55 ff. m. w. N.; LG Hannover ZNER 2010, S. 414; LG Dortmund Urteil vom 10.07.2008, Az. 13 O 126/06.

<sup>53</sup> Z. B. Danner/Theobald, § 46 EnWG Rn. 35 ff., 55 ff. m. w. N.

<sup>54</sup> Büdenbender/Rosin/Bachert, S. 42; BGH NJW 2000, S. 577, 584, verstanden als Anschaffungs-/Herstellungskosten, nicht auf Tagesneuwerte indiziert, mit tatsächlichen Nutzungsdauern abgeschrieben.

<sup>55</sup> Büdenbender/Rosin/Bachert, S. 43; BGH NJW 2000, S. 577, 584, unbeschadet der missverständlichen Bezeichnung („tarifkalkulatorischer Restbuchwert“) offensichtlich verstanden als die nach den jeweiligen regulatorischen Vorgaben (seinerzeit BTO/Elt, heute Gas-/StromNEV/ARegV) ermittelten, auf TNW indizierten und abgeschriebenen AHK.

wert. Weil für diese auf der Inputseite keine kalkulatorischen Kosten mehr anfallen und gleichzeitig eine Erhöhung der Outputparameter erfolgt, können sie einen Beitrag zur Verbesserung des Effizienzwertes im Effizienzvergleich der BNetzA gemäß § 12 ARegV leisten. Dadurch kann ein Netzbetreiber ggf. einen (sonst) ineffizienten operativen Aufwand, den er eigentlich im Laufe der Regulierungsperiode abzubauen hätte, durch eine geringere Absenkung der Erlösobergrenze kompensieren, die aufgrund des höheren Anteils kalkulatorisch abgeschriebener Sachanlagen entsteht. Deshalb haben in der Anreizregulierung auch tarifkalkulatorisch abgeschriebene Anlagen bei der Sichtweise des BGH, die die Perspektive „aller denkbaren Erwerber“ einnimmt, einen positiven Ertragswert, auch dann, wenn o. g. Effekt dem konkreten Neukonzessionär z. B. wegen Wahl des vereinfachten Verfahrens gemäß § 24 ARegV oder wegen eines Effizienzwertes von 100 % nicht zugute kommt. Jeder Erwerber im Regelverfahren mit einer Effizienz < 100 % kann von einer Übernahme entgeltkalkulatorisch abgeschriebener Anlagen (je niedriger sein Effizienzwert, desto mehr) profitieren. Inwieweit dies tatsächlich eintritt, hängt vom individuellen Zusammenhang zwischen Parameteränderung und Änderung des Effizienzwertes ab und ist bei jedem Unternehmen unterschiedlich.

Darüber hinaus ist umstritten, ob die Kaufering-Entscheidung in Bezug auf den Ertragswert im neuen wettbewerblichen und in Bezug auf den Netzbetrieb umfassend regulierten Ordnungsrahmen noch anwendbar ist. Teilweise wird eine verfassungskonforme Auslegung des § 6 Abs. 6 und Abs. 7 Gas-/StromNEV nur für konzerninterne Veräußerungsvorgänge gefordert.<sup>56</sup>

Teilweise werden auch verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine Rückwirkung der Gas-/StromNEV auf den Preis für die Überlassung erhoben.<sup>57</sup> Die Netzentgeltkalkulationsvorgabe des § 6 Abs. 6 und Abs. 7 Gas-/StromNEV sei von der Frage der Kaufpreisbildung im Veräußerungsfall strikt zu trennen,<sup>58</sup> schon wegen der unterschiedlichen Verordnungsermächtigungen einerseits in § 24 EnWG, andererseits in § 48 Abs. 3 EnWG.

Der BGH hat sich in einer Entscheidung mit der Frage der Verfassungsmäßigkeit des Verbotes von Abschreibungen unter Null befasst, wobei die Frage der Auswirkungen auf den Kaufpreis ausdrücklich nicht entschieden wurde.<sup>59</sup> Die Entscheidung bezieht sich lediglich auf die Höhe der Netzentgelte des Netzerwerbers. Mithin wird der Schutz des Art. 14 GG hier auch lediglich in Bezug auf die Person des Netzerwerbers geprüft. Die Entscheidung trifft keine Aussage über Höhe des zulässigen Kaufpreises bei einer Netzübernahme und die Frage, inwieweit hier § 6 Abs. 6 und Abs. 7 Gas-/StromNEV zu berücksichtigen sind. Wie der BGH selbst schreibt, ist dies eine „gänzlich andere Sachverhaltskonstellation als der vorliegende Fall“.

---

<sup>56</sup> Bündenbender/Rosin/Bachert, S.117.

<sup>57</sup> Kermel/Bruckner/Baumann, S. 151.

<sup>58</sup> Ballwieser/Lecheler, ET 2007, Heft 4, S. 48.

<sup>59</sup> BGH, RdE 2008, S. 341.

Nach einer weiteren Ansicht sei die Kaufering-Entscheidung infolge der umfassenden Netz-entgeltregulierung nicht mehr übertragbar.<sup>60</sup> Der Ertragswert sei als alleiniges Korrektiv zur Kaufpreisbestimmung nicht mehr tauglich, wenn in den möglichen Ertrag eines zu veräußernden Wirtschaftsgutes regulatorisch eingegriffen werde. Der Wert eines Netzes für einen Erwerber bestimme sich nicht allein nach den möglichen Netzentgelt-Erlösen. Daneben seien z. B. strategische oder technische Gründe denkbar, etwa die Arrondierung der bisherigen Netzstruktur und Erzielung von Synergien. Würde der Neukonzessionär das Netz nicht erwerben können, sondern unmittelbar selbst errichten, hätte er erhebliche Aufwendungen zu tragen; deshalb habe auch ein kalkulatorisch abgeschriebenes, aber noch gebrauchstaugliches Netz einen Wert.

Teilweise werden solche Arrondierungs- oder Synergievorteile allerdings als subjektiv (vom konkreten Erwerber abhängig) angesehen; sie seien deshalb nach der Sichtweise der BGH-Rechtsprechung beim Ertragswert nicht berücksichtigungsfähig<sup>61</sup>. Nach anderer Auffassung handelt es sich bei solchen Vorteilen um objektive Vorteile bzw. sogenannte unechte Synergien, die (abgesehen von neuen Marktteilnehmern) jeder potentielle Erwerber erzielen kann; sie seien deshalb, unabhängig vom Bewertungsansatz, werterhöhend zu berücksichtigen. Dies werde besonders deutlich bei der Bewertung kleiner örtlicher Verteilnetze, deren eigenständiger Betrieb unwirtschaftlich wäre.<sup>62</sup> Würde jeder kaufmännisch vernünftig handelnde Erwerber solche Netze nur im Verbund mit weiteren Verteilnetzen betreiben, seien solche Synergien im Ertragswertverfahren zu berücksichtigen, da andernfalls der Ertragswert gegenüber dem Sachzeitwert marginalisiert würde.

Unabhängig von diesen unterschiedlichen Auffassungen bleibt ein generelles Problem der Ertragswertermittlung in einem regulierten System: Die Wahl der Bewertungsprämissen zur Ermittlung der „nachhaltigen Rente“. Immer wieder wurde der Regulierungsrahmen verändert. Schon kurz nachdem die Kostenregulierung gemäß StromNEV (29.10.2005) und GasNEV (29.01.2006) materiell anwendbar war, trat die ARegV in Kraft (29.10.2007) und war ab 2009 umzusetzen. Vor dem Hintergrund aktueller Diskussionen sind weitere Änderungen des Regulierungsrahmens auch in den nächsten Jahren nicht ausgeschlossen. Auch die Rechtsauslegung der BNetzA wechselt immer wieder in z. T. wirtschaftlich bedeutenden Fragen. Bei der Ertragswertbestimmung können solche Risiken nach teilweise vertretener Auffassung bei der Festlegung des Diskontierungszinssatzes berücksichtigt werden; nach anderer Auffassung ist dies wegen der erheblichen planerischen Risiken nicht möglich.

Jedenfalls sind Ertragsbewertungen von Netzen aufgrund der schwierigen Zukunftsprognose mit erheblichen Unschärfen verbunden, die zu einer großen Spannbreite der daraus resultierenden Werte führen können.

### **6.1.3 Wettbewerbsrechtliche Begründung des BGH noch anwendbar?**

Teilweise wird auch bezweifelt, dass die wettbewerbsrechtliche Begründung in der Kaufering-Entscheidung heute noch trägt: Zur Zeit dieser Entscheidung bestand noch ein System ge-

---

<sup>60</sup> Kermel/Bruckner/Baumann, S. 155.

<sup>61</sup> Sauthoff/Leiber/Stöcker, ET 2009, Heft 10, S. 56.

<sup>62</sup> Vgl. Kapitel 6.1.1.

schlossener Versorgungsgebiete, abgesichert durch ausschließliche Konzessions- und Demarkationsverträge. Um dieses monopolistische System wettbewerblich etwas aufzulockern, war 1980 durch die 4. GWB-Novelle ein Wettbewerb "um Versorgungsgebiete" eingeführt worden als Ersatz für den von der Politik seinerzeit noch für schädlich gehaltenen "Wettbewerb in Versorgungsgebieten", d. h. um den einzelnen Energiekunden. Somit war der Wechsel der Versorgungszuständigkeit nach Ablauf eines Konzessionsvertrags zur Zeit der Kauferring-Entscheidung das einzige Wettbewerbselement in einem im Übrigen monopolistischen Markt.

In der Liberalisierungsdebatte ab Ende der 80er Jahre<sup>63</sup> wurde ein solches Wettbewerbssurrogat zeitweilig mit ganz anderer Zielrichtung diskutiert: Seinerzeit hielt man Wettbewerb mittels eigener Leitungen oder Durchleitung um Kleinkunden für faktisch unmöglich. Damals dachte noch niemand an Lastprofile, Bilanzkreise und standardisierte Wechselprozesse. Hier war die wettbewerbstheoretische Idee, Kleinkunden gemeindeweise gebündelt durch eine neutrale, am Kundeninteresse orientierte Instanz (z. B. die Preisaufsichtsbehörde) für eine begrenzte Zeit an den Anbieter mit den günstigsten Konditionen für die Kunden zu vergeben; dafür hätte die BTOElT entfallen können.

Die Entwicklung ist auch über dieses theoretisch diskutierte Wettbewerbssurrogat hinweggegangen. Inzwischen ist (Energie-)Wettbewerb um Kleinkunden ohne weiteres möglich. Damit ist die Befristung und Netzüberlassungspflicht alleine um Wettbewerb bei den Kunden zu schaffen nicht mehr begründbar.<sup>64</sup> Im Telekommunikationssektor, wettbewerbsspolitisch und regulatorisch dem Strom- und Gassektor weitgehend vergleichbar, gibt es keine vergleichbare Befristung und Pflicht zur Überlassung örtlicher Teilnetze an einen neuen Netzbetreiber; hier hat jeder Netzbetreiber ein unbefristetes gesetzliches Wegenutzungsrecht gemäß §§ 50 ff. TKG.

Zudem hat die Anreizregulierung inzwischen ein wirksames Wettbewerbssurrogat geschaffen. Jedenfalls alle größeren Netzbetreiber (außerhalb des vereinfachten Verfahrens gemäß § 24 ARegV) werden seither am „Klassenbesten“ gemessen und müssen diesen binnen definierter Fristen einholen, verschärft noch durch eine generelle Effizienzsteigerungsvorgabe für alle Netzbetreiber. Insoweit herrscht auch im Netzbereich inzwischen wirksamer Als-Ob-Wettbewerb.

Nach einer Auffassung führen diese wettbewerblichen Auflockerungen dazu, dass die bisherige, mit fehlendem Wettbewerb, insbesondere auch bei den Endkunden, begründete Rechtsprechung zur Beschränkung vertraglicher Sachzeitwertregelungen heute nicht mehr anwendbar ist.

Nach anderer Auffassung hat der Gesetzgeber 2005 trotz Wettbewerbs um den Kunden den Wettbewerb um örtliche Teilnetze auch nach der Liberalisierung zunächst in § 13 EnWG 1998 und heute durch § 46 Abs. 2 EnWG weiter aufrecht erhalten. Dies drücke den Willen

---

<sup>63</sup> Z. B. 1. Bericht der Deregulierungskommission, Marktöffnung und Wettbewerb, 1990; 10. Hauptgutachten der Monopolkommission 1992/93, Mehr Wettbewerb auf allen Märkten.

<sup>64</sup> Keller-Herder, S. 291f.

des Gesetzgebers zum Fortbestehen des Wettbewerbs um die Netze aus. Insofern sei die bisherige Rechtsprechung zur Kaufpreisfindung weiter anwendbar.

Höchstrichterliche Rechtsprechung zu Netzübergängen nach der Liberalisierung 2005 und nach Wirksamwerden der ARegV gibt es bisher nicht.

## **6.2 Gesetzliche Endschaftsregelung**

Mit § 13 Abs. 2 Satz 2 EnWG 1998 wurde erstmals gesetzlich die Überlassungspflicht der örtlichen Verteilungsanlagen nach Beendigung eines qualifizierten Wegenutzungsvertrags an den neuen Konzessionär eingeführt. Die Regelung wurde 2005 fast unverändert in § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG übernommen.

### **6.2.1 Pflicht zur „Überlassung“**

Nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG hat der bisher Wegenutzungsberechtigte die örtlichen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen „zu überlassen“. Schon zu § 13 EnWG 1998 folgte die Literatur aus dieser Formulierung überwiegend, die Überlassung könne gleichermaßen in dinglicher Form (durch Übereignung) oder in schuldrechtlicher Form (durch Verpachtung) bewirkt werden; bei einer solchen Wahlschuld liege das Wahlrecht gemäß §§ 262, 263 BGB beim Schuldner, d. h. dem Altkonzessionär.<sup>65</sup> Dem folgt zum heutigen Rechtszustand die jüngere Rechtsprechung<sup>66</sup> und die überwiegende Literaturansicht.<sup>67</sup> Teilweise wurde diese Vorschrift aber auch als Pflicht zur Eigentumsübertragung verstanden, bzw. bei Annahme einer Wahlschuld liege das Wahlrecht nach Sinn und Zweck des § 13 EnWG bei der Gemeinde bzw. dem Neukonzessionär.<sup>68</sup>

Der Gesetzgeber hat die Formulierung „überlassen“ unverändert in § 46 EnWG übernommen, also bewusst von einer eindeutigeren Formulierung wie „übereignen“ oder, in Anlehnung an § 3 Abs. 2 Nr. 2 KAV, „übertragen“ abgesehen.<sup>69</sup> Dies spricht eher für ein Ausreichen der Besitzverschaffung, vor allem im Wege der Pacht.<sup>70</sup>

Der BGH hat die Frage, ob § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG dem Altkonzessionär wahlweise eine Verpachtungsoption belässt, bisher ausdrücklich offen gelassen.<sup>71</sup>

### **6.2.2 Wirtschaftlich angemessene Vergütung**

Die örtlichen Verteilungsanlagen sind gemäß § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG „gegen wirtschaftlich angemessene Vergütung“ zu überlassen. Dieser Begriff lehnt sich wörtlich an § 3 Abs. 2 Nr. 2 KAV an, der allerdings nur den Fall der „Übertragung“, also der dinglichen (Eigentums-) Überlassung regelt. Der Gesetzgeber wollte in die Methodendiskussion um die angemessene

---

<sup>65</sup> Bührenbender, § 13 Rn. 58 ff; Bartsch/Salje/Röhling/Scholz, Kap. 50 Rn. 15; Kermel, RdE 2005, S. 153.

<sup>66</sup> OLG Frankfurt/Main, RdE 2008, S. 146; OLG Koblenz, ZNER 2009, S. 146; a. A. OLG Schleswig, RdE 2006, S. 199..

<sup>67</sup> Keller-Herder, S. 279 ff., auch mit Nachweisen zur Gegenmeinung.

<sup>68</sup> Danner/Theobald, § 13 EnWG Rn. 33 ff.; OLG Schleswig, RdE 2006, S.199.

<sup>69</sup> Entgegen dem Antrag der BT-Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vom 22. November 2004, in § 46 EnWG statt von „Überlassung“ von „Eigentumsübertragung“ zu sprechen,

<sup>70</sup> So auch unter dem neuen Rechtsrahmen zuletzt LG Frankfurt/Main, ZNER 2010, 411.

<sup>71</sup> BGH, ZNER 2010, S. 165.

Kaufpreisbemessung<sup>72</sup> nicht einseitig eingreifen, sondern dies der weiteren Rechtsprechung der Zivilgerichte überlassen.

Mangels gesetzlicher Definition ist die „wirtschaftlich angemessene Vergütung“ erst noch von der Rechtsprechung näher zu konkretisieren. Inwieweit die Gerichte dabei auf die konzessionsvertraglich geregelte Kaufpreisbestimmung zurückgreifen werden, lässt sich nicht absehen. Falls ja, wäre entsprechend der bisherigen überwiegenden Konzessionsvertragspraxis auch im Rahmen des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG grundsätzlich der Sachzeitwert maßgeblich. Falls die Gerichte dagegen für die Bestimmung der „wirtschaftlich angemessenen Vergütung“ in Verkaufsfällen unabhängig von der jeweiligen vertraglichen Endschaftsregelung die allgemeinen Grundsätze zur Unternehmensbewertung anwenden, wäre grundsätzlich der Ertragswert maßgeblich.<sup>73</sup>

Welchem dieser Bewertungsverfahren – Sachzeitwert, Ertragswert oder auch Mischformen – die weitere Rechtsprechung zur wirtschaftlich angemessenen Vergütung in Verkaufsfällen folgen wird, ist noch offen. Können sich die Parteien vor diesem Hintergrund nicht auf einen Kaufpreis einigen, kann der Neukonzessionär den geforderten Kaufpreis unter dem Vorbehalt einer gerichtlichen Angemessenheitsprüfung zahlen. Sind dem Altkonzessionär die Kaufpreiskrisen infolge der bisher noch fehlenden Rechtsprechung zur „wirtschaftlich angemessenen Vergütung“ zu hoch, kann er sich stattdessen ggf. für die Pachtalternative entscheiden.

### **6.3 Verhältnis vertragliche und gesetzliche Endschaft**

Weicht eine vertragliche Endschaftsklausel von der gesetzlichen ab, fragt sich, welche Regelung vorrangig ist. Der BGH geht von einer Anspruchskonkurrenz aus,<sup>74</sup> d. h. der Neukonzessionär kann nach seiner Wahl (nach Abtretung der Gemeinde) einen evtl. vertraglichen Übertragungsanspruch oder den gesetzlichen Überlassungsanspruch geltend machen. § 113 EnWG steht dem lt. BGH nicht entgegen. Zwar bleiben nach dieser Übergangsregelung laufende Wegenutzungsverträge im Übrigen unberührt. Der BGH hat jedoch unter ausführlicher Würdigung der Entstehungsgeschichte und amtlichen Begründung verneint, dass § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG ändernd in die Hauptleistungspflichten bestehender vertraglicher Endschaftsregelungen eingreifen sollte.<sup>75</sup> Insofern kam der BGH zu einem Vorrang der vertraglichen Regelungen, die abweichend von § 46 Abs. 2 EnWG ausdrücklich einen Verkauf vorsahen.<sup>76</sup>

Demzufolge kann der Neukonzessionär aus abgetretenem Recht eine Eigentumsübertragung verlangen, wenn der ausgelaufene Konzessionsvertrag ein Kaufrecht der Gemeinde vorsah. Entscheidet er sich für diese Alternative, gelten auch die übrigen Regelungen des vertraglichen Kaufrechts, z. B. über die Methodik, wie der Kaufpreis zu bestimmen ist.<sup>77</sup> Alternativ

---

<sup>72</sup> Vgl. Kapitel 6.1.1.

<sup>73</sup> Außer evtl. bei relativ kleinen, nur aus wenigen Sachanlagen bestehenden Ortsnetzen, vgl. Kapitel 6.1.1; für Übertragbarkeit der bisherigen BGH-Rechtsprechung LG Hannover ZNER 2010, S. 414; LG Dortmund Urteil vom 10.07.2008, Az. 13 O 126/06.; a.A. LG Mannheim Urteil vom 08.10.2010, Az. 7 O 20/10; hierzu oben Kapitel 6.1.2, 6.1.3.

<sup>74</sup> BGH, IR 2010 S. 84.

<sup>75</sup> BGH, IR 2010 S. 84

<sup>76</sup> In der Praxis wird von netzübernehmenden Unternehmen auch vertreten, dass der vertragliche und der gesetzliche Anspruch nebeneinander bzw. ergänzend geltend gemacht werden können.

<sup>77</sup> LG Frankfurt/Main, ZNER 2010, 411.

kann der Neukonzessionär auch den gesetzlichen Überlassungsanspruch geltend machen. In der Literatur wird vertreten, dass zur Lückenfüllung bzw. Konkretisierung des gesetzlichen Anspruchs auf die konzessionsvertragliche Endschaft abzustellen ist.<sup>78</sup>

Eine weitere Konkurrenzfrage stellt sich, wenn die Gemeinde einen evtl. Netzüberlassungsanspruch aus Konzessionsvertrag nicht an den Neukonzessionär abtritt. In diesem Fall sieht sich der Altkonzessionär den Ansprüchen zweier Gläubiger mit ggf. verschiedenen Anspruchsinhalten ausgesetzt, von denen er nur einen erfüllen kann, sich damit aber gleichzeitig dem anderen gegenüber schadensersatzpflichtig macht. Der BGH hat bislang offen gelassen, ob hier der gesetzliche oder der vertragliche Anspruch vorrangig zu erfüllen ist, und welche Folgen dies für den nicht mehr erfüllbaren Anspruch hat.

**Praxishinweis:**

Erfüllt in einem solchen Fall der Altkonzessionär einen evtl. vertraglichen Eigentumsübertragungsanspruch der Gemeinde, sollte er sich im Gegenzug vor doppelter Inanspruchnahme schützen. Hierzu sollte er die Gemeinde verpflichten, die übertragenen Anlagen dem Neukonzessionär gegen eine wirtschaftlich angemessene Vergütung zu überlassen bzw. ihn von allen Ansprüchen des Neukonzessionärs aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG freizustellen. Oder aber es wird eine Verzichtserklärung beigebracht bzw. ein Verzichtsvertrag mit dem Neukonzessionär geschlossen.

In den Fällen, in denen ein vertraglicher Anspruch des Altkonzessionärs gegen die Kommune auf Übernahme des örtlichen Verteilnetzes mit dem gesetzlichen Anspruch des Neukonzessionärs – sowie ggf. mit einem abgetretenen Anspruch der Kommune aus dem Konzessionsvertrag – konkurriert, stellt sich die Frage des Vorrangs. Unmittelbare Rechtsprechung oder Literaturmeinungen sind zu diesem Thema nicht vorhanden. In der Praxis wird vertreten, dass aus den Entscheidungen des BGH vom 29.09.2009 ein Vorrang des vertraglichen Anspruchs des Altkonzessionärs gegenüber dem gesetzlichen Anspruch des Neukonzessionärs abgeleitet werden könne. Hinsichtlich eines etwaig abgetretenen Anspruchs gilt, dass die Abtretung den Anspruch des Altkonzessionärs nicht aushebeln kann, weil sonst der Abtretungsempfänger mehr Rechte hätte als der Abtretende.

**Praxishinweis:**

Aus Sicht des netzabgebenden Unternehmens kann es vorteilhafter sein, eine Kommune als Schuldner zu haben. Der Austausch eines Schuldners ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht ohne Zustimmung des Gläubigers zulässig (§§ 414 ff. BGB).

## 6.4 Reichweite des Überlassungsanspruchs

Der Altkonzessionär hat gemäß § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG die für die allgemeine Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem Neukonzessionär zu überlassen.

---

<sup>78</sup> Tinkl/Saitzek, BB 2008, S. 1524; Klemm, CuR 2007, S. 44.

#### **6.4.1 Keine Pflicht zur Überlassung von Vertriebskunden**

Die gesetzliche Regelung des § 46 Abs. 2 EnWG sieht keine Übertragung von Lieferverhältnissen vor. Sieht eine vertragliche Endschaftsklausel die Übertragung von Lieferverträgen mit Tarifkunden (Haushaltskunden) explizit vor oder ist ein entsprechender Parteiwille zur Zeit des Vertragsschlusses per Auslegung feststellbar,<sup>79</sup> ist er insoweit unwirksam geworden.<sup>80</sup> Die Grundversorgungskunden bleiben beim bisherigen Grundversorger. Gerade zur Umsetzung der gesetzlichen Entflechtung hat § 46 EnWG nach Auffassung des BGH ändernd in laufende Konzessionsverträge eingegriffen, indem er sie auf die Regelung der Wegenutzung für den örtlichen Verteilnetzbetrieb reduzierte bzw. etwaiger Regelungen in Bezug auf die örtliche Energieversorgung entkleidete.<sup>81</sup>

#### **6.4.2 Pflicht zur Überlassung von Grundstücken?**

Verpflichtet eine vertragliche Endschaftsklausel den Altkonzessionär auch zur Übertragung von Grundstücken, ist der Vertrag nur wirksam, wenn er insgesamt notariell beurkundet wurde.<sup>82</sup> Wegen dieser Unwirksamkeitsfolge ist aber im Zweifel anzunehmen, dass die Parteien eine Pflicht zur Übereignung von Grundstücken nicht gewollt haben<sup>83</sup> und der Vertrag also in Zweifelsfällen so auszulegen ist.

Ob aus der gesetzlichen Endschaftsregelung des § 46 Abs. 2 EnWG die Pflicht zur Überlassung von Betriebsgrundstücken, die der örtlichen Verteilung dienen, abgeleitet werden kann, ist derzeit nicht geklärt. Der Gesetzeswortlaut spricht nur von Überlassung von „Verteilungsanlagen“; daher wird in der Praxis vertreten, dass dazu weder Grundstücke gehören noch dingliche Rechte. Andererseits wird in der Praxis aber auch vertreten, dass es eine Pflicht zur Überlassung von Grundstücken bzw. dinglicher Rechte gibt, da dies zur Aufrechterhaltung des Netzbetriebs notwendig ist.

#### **6.4.3 Überlassung nur der Anlagen der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet**

Von der Überlassungspflicht werden nach bisher überwiegender Auffassung nur die Verteilungsanlagen erfasst, die ausschließlich der allgemeinen Versorgung im jeweiligen Gemeindegebiet dienen. Diese sind funktional von den Verteilungsanlagen abzugrenzen, die nicht ausschließlich der örtlichen Verteilung dienen.<sup>84</sup>

Teilweise wird aus dem Merkmal „notwendig“ in § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG gefolgert, es seien alle Verteilungsanlagen zu überlassen, die irgendwie der allgemeinen Versorgung in der Gemeinde dienen, auch gemischt genutzte Anlagen.<sup>85</sup> Orientiert man sich allein am Gesetzeswortlaut, käme es nicht einmal darauf an, ob die Anlage innerhalb oder außerhalb des Gemeindegebiets liegt; denn die Einschränkung „im Gemeindegebiet“ bezieht sich auf die „all-

---

<sup>79</sup> OLG Schleswig, RdE 2006, S. 199; hierzu auch Büttner, IR 2006, S. 107 f; Schnutenhausen/von La Chevallerie, RdE 2006, S. 204.

<sup>80</sup> OLG Frankfurt/Main, RdE 2008, S. 146, 150.

<sup>81</sup> BGH, ZNER 2010, S. 165.

<sup>82</sup> Kermel, RdE 2008, S. 151.

<sup>83</sup> OLG Frankfurt/Main, RdE 2008, 146, 149 f; OLG Koblenz, ZNER 2009, S. 146.

<sup>84</sup> Kermel/Brucker/Baumann, S. 131 f. m. w. N; LG Frankfurt/Main, ZNER 2010, 411.

<sup>85</sup> Flach, Gemeinde und Stadt, Beilage zu Heft 4/2010, S. 7; LG Hannover, ZNER 2010, S. 414, nicht rechtskr..

gemeine Versorgung“, nicht auf „Verteilungsanlagen“. Ebenso wenig käme es darauf an, zu welchem Anteil die Anlagen örtlichen Versorgungszwecken dienen. Mit einer solchen Auslegung würde das Merkmal „im Gemeindegebiet“ sinnentleert. Denn dann wären alle vorgelagerten, anteilig für die Ortsversorgung mitgenutzten Netzebenen mit zu überlassen, bis hin zur Höchstspannungsebene, soweit der bisher Wegenutzungsberechtigte auch hier tätig ist. So weitgehend kann die Überlassungspflicht offensichtlich nicht gewollt sein.

Deshalb wird anderorts darauf abgestellt, ob die Anlagen „überwiegend“ örtlichen oder überwiegend überörtlichen Zwecken dienen.<sup>86</sup> Auch solche quantitativen Abgrenzungsversuche gehen jedoch wegen der Besonderheiten der leitungsgebundenen Versorgung fehl: So können sich z. B. in Stromnetzen je nach Schaltzustand die Lastflüsse ändern. Deshalb kann das Merkmal „im Gemeindegebiet“ nur der Abgrenzung von solchen Verteilungsanlagen dienen, die neben der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet (wo das Wegerecht ausgelaufen ist) auch noch der allgemeinen Versorgung anderer Konzessionsgemeinden dienen.

Hätte sich der Altkonzessionär im Vorhinein verpflichtet, solche Leitungen mit ganz oder teilweise überörtlicher Funktion mit zu übertragen, ohne dass ausreichende Alternativen zur Verfügung stehen, würde er seine Netzbetriebspflicht gemäß § 11 EnWG wie auch seine konzessionsvertraglichen Verpflichtungen gegenüber den anderen, über diese Leitungen mitversorgten Konzessionsgemeinden verletzen. Deshalb sind nach herrschender Meinung nur diejenigen Anlagen zu überlassen, die ausschließlich der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet dienen.<sup>87</sup> Anlagen, die daneben zumindest auch der Durchleitung von Energie zur Versorgung anderer Gebiete dienen, wie z. B. im Strombereich u. U. Mittelspannungsleitungen, müssen nicht überlassen werden.<sup>88</sup>

Hierzu ist auch abweichende Rechtsprechung vorhanden, die die Überlassung gemischt genutzter Anlagen bejaht.<sup>89</sup>

Zulässig ist dagegen, eine Regelung im Konzessionsvertrag, in Bezug auf solche gemischt genutzten Leitungen, erst künftig im Zusammenhang mit der konkreten Netzentflechtung Regelungen zur evtl. Überlassung zu treffen. In diesem Zusammenhang können dann Alternativen vereinbart werden, wie der Altkonzessionär trotz Übertragung von teilweise überörtlichen Leitungen seine fortdauernden Pflichten gegenüber seinen anderen Konzessionsgemeinden nach wie vor erfüllen kann. Endet das Wegerecht für solche zur Versorgung anderer Konzessionsgemeinden erforderlichen Leitungen und bietet die Gemeinde keinen zumutbaren (einfachen) Wegenutzungsvertrag an, so kann der Altkonzessionär gemäß § 45 Abs. 1 Nr. 2 EnWG im Enteignungswege eine entsprechende Dienstbarkeit durchsetzen.<sup>90</sup>

---

<sup>86</sup> Danner/Theobald, § 46 EnWG Rn. 30.

<sup>87</sup> OLG Frankfurt/Main, ZNER 1998, S. 49; LG Frankfurt/Main, ZNER 2010, 411; so auch Kermel/Brucker/Baumann, S. 131.

<sup>88</sup> OLG Frankfurt/Main, ZNER 1998, S. 49.

<sup>89</sup> LG Hannover ZNER 2010, S. 414.

<sup>90</sup> Möller/Studentkowski, S. 32.

**Praxishinweis:**

Ob eine Leitung oder Anlage überörtlichen Versorgungszwecken dient, ist anhand der anerkannten Planungsgrundsätze von Energienetzen zu ermitteln. Als gute fachliche Praxis der Netzplanung gilt für Elektrizitätsnetze grundsätzlich das sog. (n-1)-Prinzip, d. h. nach Ausfall eines Betriebsmittels muss eine Weiterversorgung über die übrigen Betriebsmittel gewährleistet sein.

**6.4.4 Überlassung nur der Anlagen der *allgemeinen Versorgung* im Gemeindegebiet**

Dem Netz der allgemeinen Versorgung dienen gemäß § 3 Nr. 17 EnWG Energieverteilungsanlagen, die 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 offenstehen.

Deshalb sind Verteilungsanlagen außerhalb des Netzes der allgemeinen Versorgung nicht zu überlassen, bei Strom z. B. eine Mittelspannungsanschlussleitung für einen größeren Industrie- oder Gewerbekunden, der hierüber unmittelbar aus einem Umspannwerk versorgt wird, ohne weitere unmittelbare Verbindung zum örtlichen Verteilnetz (sog. singuläre Großkunden gemäß § 19 Abs. 3 StromNEV). Andere Anwendungsfälle sind z. B. kleinere, außerorts gelegene Verbrauchsstellen (Forsthäuser, Aussiedlerhöfe), die aus Gründen der Spannungshaltung nicht ins allgemeine Niederspannungsnetz eingebunden werden können, sondern z. B. über einen separaten Masttrafo und eine Niederspannungsdirektleitung unmittelbar aus einer Mittelspannungsregionalleitung versorgt werden. Dem Inhalt nach sind Direktleitungen zunächst einmal dadurch gekennzeichnet, dass im Regelbetrieb kein unmittelbarer Stromaustausch mit und keine direkte Verbindung zu dem öffentlichen Netz gegeben sind. Beides kann vorliegen, auch wenn kein Energieerzeuger angeschlossen sein mag. Eine so verstandene Direktleitung kann ohne Beeinträchtigung des Verbundnetzes hinweggedacht werden.<sup>91</sup> Ein weiteres inhaltliches Wesensmerkmal einer Direktleitung, die nicht zum öffentlichen Netz gehört, ist, dass diese Leitung gesperrt bzw. abgeschaltet werden kann, ohne dass dies Auswirkungen auf das Verbundnetz als System von Verteiler- und Übertragungs-/Fernleitungsnetzen hat.<sup>92</sup> So ist es nur folgerichtig, dass Direktleitungen auch dort zu bejahen sind, wo sie nicht mit einer Erzeugungsanlage verbunden sind.<sup>93</sup>

**Praxishinweis:**

Neben diesen technischen Abgrenzungen kann sich ein Indiz dafür, dass eine derartige Direktleitung vorliegt, auch aus einer eigenen Wegerechtsvereinbarung ergeben, die entweder im bisherigen Konzessionsvertrag vermerkt ist oder gesondert nach § 46 Abs. 1 EnWG abgeschlossen ist.

<sup>91</sup> Salje, § 3 Rn. 56.

<sup>92</sup> Salje, § 3 Rn. 55.

<sup>93</sup> Salje, § 3 Rn. 55.

Vereinzelt wird in der Praxis vertreten, solche Direktleitungen seien von der Überlassungspflicht mit erfasst. Sie beziehe sich auf alle Leitungen, über die Letztverbraucher im Gemeindegebiet versorgt werden. Wettbewerb um den örtlichen Verteilnetzbetrieb sei nur attraktiv, wenn auch abnahmestärke Netzkunden mit übernommen werden können. Selbst wenn solche Direktleitungen nicht von der gesetzlichen Überlassungspflicht erfasst seien, so doch jedenfalls durch die konzessionsvertragliche Überlassungspflicht. Dabei wird übersehen, dass Energieversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung im Sinne des § 3 Nr. 17 EnWG gerade zu „Spezialversorgungen“ von z. B. Industriekunden abgegrenzt werden.<sup>94</sup>

#### **6.4.5 Pflicht zur Überlassung auch der Messstellen im Gemeindegebiet?**

Nach jüngerer Rechtsprechung, die allerdings noch Netzübertragungen vor der Liberalisierung des Messwesens betrafen, erstrecken sich etwaige vertragliche Übertragungsansprüche im Zweifel auch auf das Netzzubehör im Sinne von § 97 BGB. Zu übertragen sind danach beispielsweise auch Zähler, Messeinrichtungen, Schaltuhren, Wandler, Mengenumwerter, Gasdruckregel- und -messanlagen, bei Strom auch Umspannstationen und Steuerungskabel.<sup>95</sup>

Allerdings können infolge der jüngsten Liberalisierung des Zähl- und Messwesens im Oktober 2008 (§ 21 b EnWG i. V. m. MessZV) der örtliche Verteilnetzbetrieb und der Messstellenbetrieb auseinanderfallen. Der Messstellenbetrieb im Sinne von § 3 Nr. 26 a EnWG wird inzwischen energierechtlich eindeutig unterschieden vom Verteilnetzbetrieb (§ 3 Nrn. 17, 27, 37 EnWG). Deshalb ist die Behandlung der Messstellen als Leitungszubehör inzwischen rechtlich zweifelhaft. Für eine Zugehörigkeit der Messeinrichtungen zu dem zu übergebenden Netz könnte sprechen, dass der neue Netzbetreiber anderenfalls nicht in der Lage ist, seine Netznutzungsdienstleistungen abzurechnen und der alte Netzbetreiber mangels Beauftragung durch die Anschlussnutzer gemäß § 21 b Abs. 2 EnWG den Messstellenbetrieb nicht durchführen kann. Da der Messstellenbetrieb und die Messdienstleistung ohne gesonderte Beauftragung eines Dritten dem Netzbetreiber zugewiesen sind, wird in der Praxis überwiegend vertreten, dass bei einem Wechsel des Netzbetreibersn Messstellenbetrieb und Messdienstleistung in diesen Fällen ebenfalls übergehen.

Zwar ist für den Messstellenbetrieb die Nutzung öffentlicher Verkehrswege nicht erforderlich; die Zähler sind üblicherweise im Hausanschlussraum unmittelbar vor der Kundenanlage (und damit auf den Grundstücken der Anschlussnehmer) angebracht. Dagegen könnte man einwenden, dass die Messeinrichtungen eines Konzessionärs heute noch von der gesetzlichen Überlassungspflicht in § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG erfasst sind; der Gesetzgeber hätte dies unschwer klarstellen können.

Keinesfalls von der Überlassungspflicht erfasst sind die Zähleinrichtungen dritter Messstellenbetreiber, die vom Anschlussnutzer gemäß MessZV mit dem Messstellenbetrieb beauftragt wurden. Lässt sich allerdings der bisherige Netzbetreiber und Messstellenbetreiber vor Ablauf eines Konzessionsvertrags von den einzelnen Anschlussnutzern in dieser Gemeinde förmlich gemäß § 5 MessZV (Textformerfordernis) mit dem Messstellenbetrieb beauftragen,

---

<sup>94</sup> Salje, § 3 Rn. 100 m. w. N.

<sup>95</sup> OLG Frankfurt/Main, RdE 2008, S. 146; OLG Koblenz, ZNER 2009, S. 146.

könnte er etwaigen vertraglichen Übertragungsansprüchen in Bezug auf die Messeinrichtungen den allgemeinen Arglisteinwand (§ 242 BGB: dolo agit, qui petit, quod statim rediturus est) entgegenhalten. Denn gemäß § 21 b Abs. 3 Satz 1 EnWG hat er Anspruch auf eine in seinem Eigentum stehende Messeinrichtung.

**Praxishinweis:**

Bei vertraglichen Endschaftsregelungen ist im Wege der Auslegung zu klären, ob die Vertragsparteien eine evtl. Übertragungspflicht auch auf die Messeinrichtungen bezogen haben.

## **6.5 Regulatorische Folgen einer Netzüberlassung**

### **6.5.1 Behandlung des Netzkaufpreises**

Die tatsächlichen Aufwendungen des Netzerwerbers für den Netzkauf sind nach dem Wortlaut des § 6 Abs. 4, 7 Gas-/StromNEV und der derzeitigen BNetzA-Praxis irrelevant. Der Kaufpreis fällt nicht unter die aufwandsgleichen Kosten im Sinne von § 5 Gas-/StromNEV, und die handelsrechtliche Aktivierung hat keinen Einfluss auf die kalkulatorischen Kosten im Sinne der Gas-/StromNEV des Erwerbers, die bei ihm mit den beim Voreigentümer erreichten kalkulatorischen Restwerten weiterlaufen (Verbot der Abschreibung unter Null).

Entsprechendes gilt auch für die Behandlung der Erlöse des Netzveräußerers. Vereinzelt wurde vertreten, diese seien als sonstige Erlöse im Sinne von § 9 Gas-/StromNEV kostenmindernd anzusetzen<sup>96</sup>. Dies widerspricht jedoch zum einen der Systematik der §§ 26 Abs. 2 ARegV, 6 Abs. 2 Nrn. 2, 7 Gas-/StromNEV, wonach der Erwerber sich die Vorabschreibungen anrechnen lassen muss und die entsprechenden Kapitalkosten-Anteile gemäß § 26 Abs. 2 ARegV mit übergehen, zum anderen dem Wortlaut des § 9 Gas-/StromNEV. Dieser erfasst nur Erlöse im Zusammenhang mit dem Netzbetrieb. Eine Netzveräußerung ist aber dessen Gegenteil, die partielle oder vollständige Einstellung des Netzbetriebs. Nach § 9 Gas-/StromNEV kostenmindernd anrechenbar sind nur solche Verkaufserlöse, die im Rahmen eines nachhaltigen (Weiter-)Betriebs eines Netzes anfallen, wie z. B. etwaige Schrotterlöse aus abgebauten, nicht mehr benötigten Anlagen.

Verkauft ein Konzessionär sein Netz gänzlich, könnte man seinen Verkaufserlös nicht kosten- bzw. entgeltmindernd anrechnen, weil er gar keine Netzentgelte mehr kalkuliert. Dann gilt Entsprechendes folgerichtig auch bei Teilverkäufen. Der Netzverkauf führt beim Veräußerer praktisch zu einer Ausgliederung dieses Teilnetzes aus dem regulierten Sachanlagevermögen; er kann dort keine regulatorisch relevanten Abschreibungen mehr generieren (diese laufen beim Erwerber weiter) und umgekehrt bleibt auch der Verkaufserlös regulatorisch irrelevant.

### **6.5.2 Übergang der Erlösobergrenze**

Geht nach Auslaufen eines Konzessionsvertrags ein Ortsnetz auf einen neuen Konzessionär über, so sind nach § 26 ARegV unterschiedliche Konstellationen zu unterscheiden: Wird ein Netz, für das eine eigene Erlösobergrenze festgelegt ist, vollständig auf einen anderen Netz-

---

<sup>96</sup> Ballwieser/Lecheler, ET 2007, Heft 4, S. 48.

betreiber übertragen, liegt ein Fall des § 26 Abs. 1 ARegV vor („Vollnetzübergang“). In diesem Fall sind die beiden Erlösobergrenzen des bisherigen Betreibers und des künftigen Betreibers zu addieren, und zwar alle „Jahresscheiben“ für die restliche Regulierungsperiode. Für die übernommene Erlösobergrenze bestimmt sich der Erlössenkungspfad also für die laufende Regulierungsperiode weiterhin nach dem Effizienzwert des abgebenden Netzbetreibers, nicht nach dem des übernehmenden.

Gleiches gilt auch, wenn der neue Konzessionär bisher nicht als Netzbetreiber tätig war. Hier ist zwar keine Addition der Erlösobergrenzen möglich (bzw. die des neuen Netzbetreibers ist vor der Netzübernahme mit null anzusetzen). Der neue Netzbetreiber tritt hier quasi in die Erlösobergrenze des bisherigen Betreibers ein. Erst für die folgende Regulierungsperiode erfolgt bei diesem Betreiber erstmalig eine Kosten- und ggf. Effizienzprüfung (außer er optiert für das vereinfachte Verfahren gemäß § 24 ARegV).

Nicht anwendbar auf Netzübergänge im Rahmen des Konzessionswechsels ist der 2010 eingeführte § 1 Abs. 2 ARegV. Diese Vorschrift regelt, dass für einen neuen Netzbetreiber, für den noch keine Erlösobergrenze bestimmt worden ist, nicht die Anreizregulierung, sondern die kostenbasierte Regulierung gilt.<sup>97</sup>

Häufiger ist vermutlich der Teilnetzübergang gemäß § 26 Abs. 2 ARegV. Hier wird ein Ortsnetz aus einem größeren Regionalnetz herausgelöst und entweder selbständig von der übernehmenden Gemeinde (als neuem Netzbetreiber) betrieben oder in ein benachbartes Netz eines örtlichen oder regionalen Betreibers eingebunden. Bei solchen Teilnetzübergängen sind die Erlösobergrenzen gemäß § 26 Abs. 2 Satz 1 ARegV auf Antrag der beteiligten Netzbetreiber neu festzulegen.

Im Mai 2010 hat die Bundesnetzagentur Erhebungsbögen und einen Leitfaden zu Netzübergängen nach § 26 Abs. 2 ARegV (im Folgenden: BNetzA-Leitfaden) veröffentlicht.<sup>98</sup> Der BNetzA-Leitfaden beinhaltet allgemeine Hinweise zur Antragstellung.

#### **6.5.2.1 Einheitlicher Antrag der beteiligten Netzbetreiber?**

§ 26 Abs. 2 Satz 1 ARegV wird von der BNetzA so gelesen, dass beide Netzbetreiber formal einen gemeinsamen Antrag oder zwei zumindest deckungsgleiche Anträge bei der oder den zuständigen Regulierungsbehörden zu stellen haben, ihre Erlösobergrenzen gemäß § 26 Abs. 2 ARegV neu festzulegen. Diese Anträge sind je nach Zuständigkeit ggf. an unterschiedliche Regulierungsbehörden zu stellen.<sup>99</sup>

Diese Auslegung ist jedoch aufgrund der unbestimmten Formulierung keineswegs eindeutig. „Auf Antrag“ kann durchaus als Gegensatz zu „von Amts wegen“ angesehen und nicht auf

---

<sup>97</sup> BR-Drs. 312/10.

<sup>98</sup> BNetzA, Leitfaden der Regulierungsbehörden zu Inhalt und Struktur von Anträgen auf Neufestlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach § 26 Abs. 2 ARegV, Stand Mai 2010, [www.bundesnetzagentur.de](http://www.bundesnetzagentur.de) > Sachgebiete > Elektrizität/Gas > Erhebung von Unternehmensdaten > Netzübergänge [http://www.bundesnetzagentur.de/cln\\_1911/DE/Sachgebiete/Elektrizitaet/Gas/ErhebungVonUnternehmensdaten/Netz%C3%BCbergaenge/Netzeuebergaenge\\_node.html](http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1911/DE/Sachgebiete/Elektrizitaet/Gas/ErhebungVonUnternehmensdaten/Netz%C3%BCbergaenge/Netzeuebergaenge_node.html).

<sup>99</sup> BNetzA-Leitfaden, S. 7.

eine Einzahl von „Anträgen“ beschränkt werden. Dies bedeutete, dass bei einer oder verschiedenen Regulierungsbehörden auch unterschiedliche Anträge gestellt werden können.

In dem Antrag ist gemäß § 26 Abs. 2 Satz 2 ARegV anzugeben und zu begründen, welcher Erlösanteil dem übergehenden Netzteil und welcher Erlösanteil dem verbleibenden Netzteil zuzurechnen ist. Von den Regulierungsbehörden wird teilweise gefordert, die beteiligten Netzbetreiber müssten sich auf einen bestimmten Erlösanteil einigen, der dem übergehenden Teilnetz zuzurechnen ist. Dies lässt sich aus Satz 2 aber nicht zwingend ableiten. Der Antrag selbst ist nur auf Neufestlegung der beiderseitigen Erlösobergrenzen gerichtet (Satz 1) - und gleichzeitig auch Voraussetzung der Neufestlegung; die Behörde/n kann/können also nicht von Amts wegen tätig werden, wenn sie z. B. nur von einem der Beteiligten von dem Netzübergang erfahren.

Die in § 26 Abs. 2 Satz 2 ARegV genannten Angaben dienen jedoch lediglich der Unterstützung der Behörde/n bei der Neufestlegung, binden diese aber nicht und sind auch nicht konstitutiv für einen wirksamen Antrag gemäß Satz 1. Deshalb ist die Forderung im BNetzA-Leitfaden, die Beteiligten müssten vor der Antragstellung Einigkeit über die Höhe des zu übertragenden Erlösobergrenzenanteils erzielen,<sup>100</sup> aus der ARegV nicht zwingend ableitbar.

Für diese Neufestlegung gilt ferner die Vorgabe, dass die Summe beider Erlösanteile die für das Netz des abgebenden Betreibers insgesamt festgelegte Erlösobergrenze nicht überschreiten darf (§ 26 Abs. 2 Satz 3 ARegV). Daher werden Anträge, die auf eine Erhöhung der Summe der Erlösobergrenzen der beteiligten Netzbetreiber gerichtet sind, keinen Erfolg haben.

#### **6.5.2.2 Behandlung der Kosten für die vorgelagerten Netzebenen**

Bei Teilnetzübergängen ist hin und wieder strittig, wie die dem übergehenden Teilnetz vorgelagerten Netzebenen bei der Aufteilung der Erlösobergrenze zu behandeln sind. Wird aus einem größeren Regionalnetz nur ein kleineres Ortsnetz auf einen örtlichen Verteilnetzbetreiber übertragen, der seinerseits ans Netz des abgebenden Regionalnetzbetreibers angeschlossen ist, müssen ja auch die für das übernommene Teilnetz benötigten Mengen durch das vorgelagerte Regionalnetz durchgeleitet werden.

Die auf diese vorgelagerten Netzebenen entfallenden Kostenanteile kann der Altkonzessionär nicht dem übergehenden Teilnetz zurechnen; andernfalls hätte er in seiner Erlösobergrenze „keinen Platz mehr“ für die Erlöse, die er weiterhin für die Nutzung seines (vorgelagerten) Netzes durch das abgegebene Ortsnetz erzielt. Gleichzeitig hat der Netzübernehmer künftig einen um die Absatzmengen im übernommenen Ortsnetz erhöhten Aufwand für die Nutzung des vorgelagerten Netzes. Deshalb müssen die Kostenanteile für die vorgelagerten Netzebenen eigentlich in den Erlösobergrenzen beider beteiligter Netzbetreiber abgebildet werden,

---

<sup>100</sup> BNetzA-Leitfaden, S. 8.

beim abgebenden erlösseitig, beim übernehmenden aufwandsseitig.<sup>101</sup> § 26 Abs. 2 Satz 3 ARegV steht dem bei zweckorientierter Auslegung nicht entgegen.

Die BNetzA empfiehlt, einen Wechsel des Netzbetriebs nur zu einem Jahreswechsel vorzunehmen.

**Praxishinweis:**

Auch aus abrechnungstechnischen Gründen bietet sich ein Netzübergang zu einem Jahreswechsel an. Hier wird das o.g. Problem mit den Kosten des vorgelagerten Netzes vermieden, da die Erlösobergrenze zum 31.12. ohne diese Kostenanteile auf den Neukonzessionär übertragen wird und dieser seine neue Erlösobergrenze zum 01.01. gemäß §§ 4 Abs. 3 Nr. 2, 11 Abs. 2 Nr. 4 ARegV anpasst.

### 6.5.2.3 Methoden der Erlösobergrenzenaufteilung

Bei einem Teilnetzübergang werden die Erlösobergrenzen neu festgelegt. Die sachgerechte Aufteilung der bestehenden Erlösobergrenze erfolgt durch die beteiligten Netzbetreiber und ist im Antrag nachzuweisen. Laut BNetzA-Leitfaden „sollte ein Aufteilungsmaßstab gewählt werden, der sich ausgehend von einer detaillierten Darstellung des Sachanlagevermögens und dessen Wartungszustand, an einer Aufteilung der Kosten des Ausgangsniveaus nach § 6 ARegV orientiert.“<sup>102</sup>

Aus Sicht der Regulierungsbehörden sollte der abgebende gegenüber dem aufnehmenden Netzbetreiber vor den Verhandlungen über die Aufteilung der Erlösobergrenze wesentliche Informationen über das zu übertragende Sachanlagevermögen offenlegen (Anschaffungszeitpunkt, Anschaffungs-/Herstellungskosten, kalkulatorische Nutzungsdauern, Wartungszustand bzw. Wartungsaufwendungen).<sup>103</sup> Zu Unrecht wird im Leitfaden nicht differenziert zwischen dem,

- was im gemeinsamen Antrag gemäß § 26 Abs. 2 ARegV und dessen Begründung anzugeben ist (und damit auch im Verhältnis zum Netzübernehmer automatisch offengelegt wird);
- was im weiteren Neufestlegungsverfahren gemäß § 26 Abs. 2 ARegV oder späteren Kostenprüfungsverfahren gegenüber der/den beteiligten Behörde/n gemäß § 69 EnWG offenzulegen ist (aber auch nur ihr gegenüber, unter Wahrung etwaiger Geschäftsgeheimnisse<sup>104</sup> auch gegenüber dem Neukonzessionär) und
- was im Rahmen vertraglich ausdrücklich vereinbarter oder aus Nebenpflichten der gesetzlichen Überlassungspflicht gemäß § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG an Auskünften gegenüber der Gemeinde bzw. dem Neukonzessionär zu geben ist.<sup>105</sup>

<sup>101</sup> Sauthoff/Leiber/Stöcker, ET 2009, Heft 10, S. 56; andernfalls wäre der Netzübernehmer auf den nachträglichen Ausgleich über das Regulierungskonto angewiesen.

<sup>102</sup> Vgl. BNetzA-Leitfaden S. 14

<sup>103</sup> So aber BNetzA-Leitfaden S. 14.

<sup>104</sup> Hefermehl/Köhler/Bornkamp, UWG § 17 Rn 4 ff.

<sup>105</sup> Vgl. Kapitel 6.6.

Bei der Aufteilung der Kapitalkosten sind die Kosten u. U. nur je Netzebene eindeutig zuordenbar, während die Zuordnung innerhalb der Netzebene auf einzelne Ortsnetze nur mit sachgerechten Schlüsseln möglich ist. Die operativen Kosten in der Erlösobergrenze dürften selbst bei einer weit entwickelten internen Auftragsabrechnung einzelnen Ortsnetzen nur über sachgerechte Schlüssel zuzuordnen sein.

Die kostenbasierte Methode erlaubt zusätzlich eine Differenzierung je nach dem, ob das dem übergehenden Netzteil zuzuordnende Servicepersonal gemäß § 613 a BGB mit übergeht (bzw. eine entsprechende Betriebsführung vereinbart wird).

Da eine kostenstellen- und ortsnetzscharfe Zuordnung der operativen Kosten, differenziert nach Kostenart (Eigenleistungen, Fremdleistungen nicht verbundener Unternehmen, Material) unverhältnismäßig aufwendig wäre, wäre dann, wenn kein Netzservicepersonal übernommen wird, ein pauschaler Abschlag von den operativen Kosten in Höhe der anteiligen Eigenleistungen am gesamten operativen Aufwand vorzunehmen. Hier empfehlen sich im Einzelfall Verhandlungslösungen.

### **6.5.3 Gehen auch Anpassungen der Erlösobergrenzen anteilig über?**

Die von der Regulierungsbehörde festgelegte Erlösobergrenze unterliegt Anpassungen, die sich u. a. aus der Mehrerlösabschöpfung,<sup>106</sup> der Periodenübergreifenden Saldierung (PÜS, § 10 GasNEV, § 11 StromNEV), dem Regulierungskonto (§ 5 ARegV), dem Erweiterungsfaktor (§ 10 ARegV) oder dem Pauschalisierten Investitionszuschlag (PIZ, § 25 ARegV) ergeben.

Nach dem BNetzA-Leitfaden zu Netzübergängen haben die beteiligten Netzbetreiber die Salden aus der Mehrerlösabschöpfung nach einem sachgerechten Schlüssel aufzuteilen. Die Zuordnung zu den Erlösobergrenzen kann zwischen den Parteien individuell geregelt werden. Die zwischen den Parteien vereinbarte Zuordnung sollte vorbehaltlich abweichender Festlegungen der Regulierungsbehörden gelten. Sollten derartige Festlegungen bei der Genehmigung der aufgeteilten Erlösobergrenzen durch die Regulierungsbehörden erfolgen, gehen diese Umstände auch nachträglich in die wirtschaftliche Gesamtbetrachtung des Netzübergangs ein und müssen von den Parteien individuell geregelt werden.

Die anderen oben erwähnten Anpassungen der Erlösobergrenze können zwischen den Parteien grundsätzlich ebenso nach freier Vereinbarung den aufzuteilenden Erlösobergrenzen zugeordnet werden. Diese Zuordnung hat auf die Ermittlung des Kaufpreises nach der Ertragswertmethode direkte Auswirkungen, da sich Zu- und Abschläge auf die Ertragskraft und damit auf den Kaufwert der betreffenden Ortsnetze auswirken.

Sofern die Parteien keine individuell ausgehandelte Lösung zum Umgang mit den Anpassungen anstreben, könnte folgendes Vorgehen praktiziert werden: Sind die oben aufgeführten Effekte und die daraus resultierenden Zu- oder Abschläge noch nicht in die Erlösobergrenze des abgebenden Betreibers eingegangen, können sie bei der Aufteilung der Erlösobergrenze

---

<sup>106</sup> Der BGH hat rechtskräftig entschieden, dass die Betreiber die nach dem ersten Entgeltantrag bis zur ersten Genehmigung vorläufig beibehaltenen Entgelte nicht endgültig behalten dürften, soweit über die materiellen Vorgaben der Strom- und GasNEV hinausgehend. Vgl. BGH, RdE 2008, 323. Inzwischen haben die Regulierungsbehörden von Bund und Ländern dies umgesetzt und eine entsprechende Absenkung der Erlösobergrenzen verfügt, durch die der o. g. Mehrerlös einschl. Verzinsung in den nächsten Jahren sukzessive an die Netznutzer zurückgegeben wird.

unberücksichtigt bleiben. Sind sie dagegen schon durch die Behörde betragsmäßig konkretisiert worden und in die Erlösobergrenze des abgebenden Betreibers eingegangen, können sie im Rahmen des § 26 Abs. 2 Satz 2 ARegV mit berücksichtigt werden. Die Beteiligten können sich aber auch verständigen zu beantragen, eine um diese Elemente bereinigte Erlösobergrenze aufzuteilen.

## 6.6 Auskünfte

Das in § 46 EnWG gesetzlich festgelegte Verfahren der Wegerechtserteilung ist zweistufig aufgebaut. In einem ersten Schritt entscheidet die Gemeinde darüber, ob der Konzessionsvertrag mit dem bisherigen Konzessionsnehmer verlängert oder mit einem anderen Unternehmen abgeschlossen wird. Wenn diese Entscheidung zu Ungunsten des bisherigen Konzessionsnehmers getroffen wurde, ist er verpflichtet, seine Anlagen im Gemeindegebiet der Gemeinde bzw. dem neuen Konzessionsnehmer gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu überlassen. Der Umfang der zu übernehmenden Anlagen und auch der dafür zu zahlende Kaufpreis bzw. das zu entrichtende Pachtentgelt ist damit allein Gegenstand der zweiten Stufe des Verfahrens der Neuerteilung eines Konzessionsvertrags.

Es ist nach den beteiligten Akteuren und unterschiedlichen zeitlichen Phasen zu unterscheiden. In Frage stehen

- Auskunftspflichten der Gemeinde im Bekanntmachungsverfahren gemäß § 46 Abs. 3 EnWG gegenüber Bewerbern um das Wegerecht;
- in diesem Zusammenhang Auskunftspflichten des bisherigen Konzessionärs gegenüber der Gemeinde schon im Vorfeld des Bekanntmachungsverfahrens als evtl. Nebenpflicht aus dem Konzessionsvertrag;
- Auskunftspflichten des bisherigen Konzessionärs gegenüber dem neuen Konzessionär nach der Entscheidung der Gemeinde über die künftige Zuteilung des Wegerechts, sei es im Rahmen des gesetzlichen Schuldverhältnisses aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG, sei es aus abgetretenem Recht aus dem abgelaufenen Konzessionsvertrag;<sup>107</sup>
- nach Abschluss des Überlassungsvertrags (sei es durch Pacht, sei es durch Kauf) weitergehende Detailauskünfte und Datenübermittlung vom bisherigen Konzessionär an den neuen Konzessionär, um einen geordneten Übergang des Netzbetriebs, der vertraglichen Verpflichtungen gegenüber Anschlussnehmern, Anschlussnutzern und Netznutzern sowie Einhaltung der künftigen regulatorischen Anforderungen sicherzustellen, einschließlich der Kommunikation mit den bisherigen Netznutzern, um eine störungsfreie Umstellung des Energiedatenmanagements und der automatisierten Kundenwechselprozesse gemäß GELI- bzw. GPKE-Festlegung zu gewährleisten, einschließlich Auskünften im Hinblick auf Netzanschluss-, Anschlussnutzungs- und Netzkopplungs-, Lieferantenrahmenverträge und dgl.;<sup>108</sup>

---

<sup>107</sup> LG Hannover ZNER 2010, S. 414, wobei in diesem Fall das Netz bereits pachtweise überlassen wurde.

<sup>108</sup> So wohl OLG Koblenz, ZNER 2009, S. 146; LG Dortmund Urteil vom 10.07.2008, Az. 18 O 260/08; LG Dortmund, teilweise abgedruckt in ZNER 2010, 417; Kermel, RdE 2008, S. 151.

- Zusammenarbeits- und gegenseitige Informationspflichten (bei Wahrung schutzwürdiger Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse) im Zusammenhang mit der Aufteilung der Erlösobergrenze gemäß § 26 Abs. 2 ARegV.

Aus § 46 EnWG lassen sich direkt keine Auskunftspflichten ableiten.<sup>109</sup> Im Übrigen ist es strittig, inwieweit in welcher Phase Auskunftspflichten bestehen, wenn der auslaufende Konzessionsvertrag keine ausdrücklichen Bestimmungen dazu enthält.

Vertrauliche Geschäftsgeheimnisse müssen aber auch bei Bestehen von Auskunftspflichten nicht preisgegeben werden.<sup>110</sup> Benötigt eine Regulierungsbehörde solche Daten für die Neufestlegung der Erlösobergrenze gemäß § 26 Abs. 2 ARegV oder eine spätere Kostenprüfung gemäß § 6 ARegV beim Netzübernehmer (z. B. Detailangaben über historische AHK im Sinne von § 6 Abs. 2 Nr. 2 Gas-/StromNEV oder bei einer pachtweisen Netzüberlassung, z. B. ein vollständig ausgefüllter Verpächter-Erhebungsbogen), so kann sie den abgebenden Netzbetreiber zwar zu derartigen Auskünften gemäß § 69 EnWG verpflichten, jedoch unter Wahrung der Vertraulichkeit gemäß § 71 EnWG.<sup>111</sup> Allein die Tatsache, dass ein Teilnetz übergeht, durchbricht den Schutz des § 71 EnWG nicht. Dieses berücksichtigt der Leitfaden der Regulierungsbehörde nicht.<sup>112</sup>

Mit den im Folgenden unter 6.6.1 - 6.6.4 aufgeführten Angaben lassen sich näherungsweise sowohl der Sachzeitwert der Anlagen als auch ein indikativer Ertragswert abschätzen. Es lässt sich somit eine für alle potentiellen Erwerber ausreichende Informations- und Entscheidungsgrundlage erstellen.<sup>113</sup>

Haben sich der bisherige Konzessionär und der neue Konzessionär über die zu überlassenden Netzanlagen einschließlich Entflechtungskonzept, die Art der Überlassung (Kauf oder Pacht) und die Vergütung (Kaufpreis oder Pachtzins) geeinigt, so sollten im Vollzug des Überlassungsvertrags schließlich detaillierte Angaben über die Anlagen, Netzkundenverhältnisse etc. übergeben werden.

Generell lässt sich sagen, dass eventuelle Auskunftsansprüche in jeder Phase nicht weiter gehen können, als der Umfang der Herausgabeansprüche.<sup>114</sup> Sachgerecht können in den einzelnen Phasen folgende Angaben sein:

---

<sup>109</sup> So kürzlich auch BNetzA, BK7, Schreiben vom 13.10.2010, jedenfalls vor Abschluss des neuen Konzessionsvertrages.

<sup>110</sup> Z. B. Daten aus der Anlagen- oder Finanzbuchhaltung. Die daraus ableitbare Aktivierungspolitik und Abschreibungspraxis des Gesamtunternehmens ist hoch wettbewerbsrelevant, da man hieraus detaillierte Rückschlüsse auf den nicht regulierten Wettbewerbsbereich und dessen Kostensituation ziehen kann.

<sup>111</sup> Der Neukonzessionär erfährt so nur das Ergebnis der regulatorischen Kostenprüfung (die genehmigungsfähigen kalkulatorischen Kosten des übernommenen Ortsnetzes), nicht aber die dem zugrunde liegenden Einzeldaten.

<sup>112</sup> BNetzA-Leitfaden, S. 14.

<sup>113</sup> Weitergehend LG Hannover ZNER 2010, S. 414, wobei bereits eine pachtweise Überlassung stattgefunden hatte und LG Dortmund vom 10.07.2008, Az. 18 O 260/08, das Auskunftsansprüche allerdings erst ab dem Zeitpunkt der Netzübergabe bejaht und LG Dortmund, teilweise abgedruckt in ZNER 2010, 417; noch weitergehend Hinweise der LKartB Nds. von März 2010 zu § 46 EnWG, die dies schon in der Interessenbekundungsphase für erforderlich hält, allerdings nicht berücksichtigt, dass die Zusage bestimmter Netzentgelte oder eines bestimmten Netzkaufpreises durch den Neukonzessionär gar nicht Gegenstand eines Konzessionsvertragsangebots an die Gemeinde ist. Zudem sind die Hinweise an die niedersächsischen Kommunen - nicht an die Konzessionäre bzw. Netzbetreiber - gerichtet und haben noch nicht zu entsprechenden Verfügungen oder gar gerichtlichen Klärung geführt.

<sup>114</sup> Vgl. Kapitel 6.2.1 und 6.3.

## 6.6.1 Angaben zum Stromnetz in der Interessensbekundungsphase

### A. Ortsteile

Ortsteile	Laufzeit Stromkonzession

### B. Mengenangaben<sup>115</sup>

#### Arbeit

TLP-Kunden**		kWh/a
RLM-Kunden***	Mittelspannung	kWh/a
RLM-Kunden	Niederspannung	kWh/a
SLP-Kunden****	Schwachlast	kWh/a
SLP-Kunden	Hochtarif	kWh/a
Wärmestrom-Kunden		kWh/a

#### Leistung lt. Netznutzung

RLM-Kunden	Mittelspannung	kW
RLM-Kunden	Niederspannung	kW

#### Zählpunkte

TLP-Kunden	Mittelspannung	Stück
TLP-Kunden	Niederspannung	Stück
RLM-Kunden	Mittelspannung	Stück
RLM-Kunden	Niederspannung	Stück
SLP-Kunden	Schwachlast	Stück
SLP-Kunden	Hochtarif	Stück

\*\* TLP-Kunden: Kunden mit temperaturabhängigen Lastprofilen

\*\*\* RLM-Kunden: Kunden mit registrierter Lastgangzählung

\*\*\*\* SLP-Kunden: Standardlastprofilkunden

<sup>115</sup> Die tatsächlichen Mengenangaben sind vorbehaltlich eines Entflechtungskonzeptes zu verstehen.

## **C. Leitungsnetz**

### Leitungen (einschließlich Anschlussleitungen)

Mittelspannung Freileitung	km
Mittelspannung Kabel	km
Niederspannung Freileitung	km
Niederspannung Kabel	km

### Ortsnetzstationen

Eigene Stationen	Stück
Teileigene Stationen	Stück

## **6.6.2 Angaben zum Stromnetz in der Verhandlungsphase**

Wenn der neue Konzessionär das Wegerecht für die Leitungen zur allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet zugeteilt bekommen hat, finden bilaterale Gespräche zwischen dem alten Konzessionär und dem Übernehmenden statt, üblicherweise nachdem zuvor Vertraulichkeit vereinbart wurde.

In dieser Phase sollten zunächst Netzpläne des Konzessionsgebiets zur Verfügung gestellt werden, um gemeinsam das Entflechtungskonzept abzustimmen. Hieraus sind in der Regel auch die verbauten Materialien, Dimensionierungen/Stärken etc. ersichtlich. Für die Netzbewertung sollten dann, wenn die Beteiligten eine Eigentumsübertragung ins Auge gefasst haben, zusätzlich zu den in der Bewerbungsphase zur Verfügung gestellten Daten weitere, folgend dargestellte, Angaben zur Verfügung gestellt werden:

### **A. Altersstruktur des Netzes**

	Hochspannung Freileitung	Hochspannung Kabel	Mittelspannung Freileitung	Mittelspannung Kabel	Niederspannung Freileitung	Niederspannung Kabel	Ortsnetzstationen
0 – 5 Jahre	%	%	%	%	%	%	%
5 – 10 Jahre	%	%	%	%	%	%	%
10 – 15 Jahre	%	%	%	%	%	%	%
15 – 20 Jahre	%	%	%	%	%	%	%
20 – 25 Jahre	%	%	%	%	%	%	%
25 – 30 Jahre	%	%	%	%	%	%	%
Älter 30 Jahre	%	%	%	%	%	%	%

Es empfiehlt sich anzugeben, auf welcher Basis die Altersstruktur des Verteilnetzes ermittelt wurde (technische ND, handelsrechtliche ND...).

**B. Zuschüsse**

Art und Umfang empfangener öffentlicher Finanzierungshilfen €

Baukostenzuschüsse

Nicht aufgelöste Baukostenzuschüsse €

**C. Sachzeitwert**

Vom Konzessionär ermittelter Wert

**6.6.3 Angaben zum Gasnetz in der Interessensbekundungsphase**

**A. Ortsteile**

Ortsteile	Laufzeit Gaskonzession

**B. Mengenangaben**<sup>116</sup>

Arbeit/Netznutzungsmengen

SLP-Kunden kWh

RLM-Kunden kWh

Leistung lt. Netznutzung

Vorhalteleistung SLP-Kunden kW

Leistung RLM-Kunden kW

Zählpunkte

SLP-Kunden Stück

RLM-Kunden Stück

<sup>116</sup> Die tatsächlichen Mengenangaben sind vorbehaltlich eines Entflechtungskonzeptes zu verstehen.

### C. Leitungsnetz

Nr.	Bezeichnung	Menge	Einheit
9	Versorgungs-/Anschlussleitungen Niederdruck (< 0,1 bar)		km
10	Versorgungs-/Anschlussleitungen Mitteldruck (0,1-1 bar)		km
11	Hauptversorgungs-/Anschlussleitungen Hochdruck (> 1 bar)		km
12	Ortsnetzregelstationen		Anzahl

### **6.6.4 Angaben zum Gasnetz in der Verhandlungsphase**

In dieser Phase sollten zunächst Netzpläne des Konzessionsgebiets zur Verfügung gestellt werden, um gemeinsam das Entflechtungskonzept abzustimmen. Hieraus sind in der Regel auch die verbauten Materialien, Dimensionierungen/Stärken etc. ersichtlich. Für die Netzbeurteilung sollten dann, wenn die Beteiligten eine Eigentumsübertragung ins Auge gefasst haben, zusätzlich zu den in der Bewerbungsphase zur Verfügung gestellten Daten weitere, folgend dargestellte, Angaben zur Verfügung gestellt werden, um den Erwerber grundsätzlich in die Lage zu versetzen, unter dem aktuell geltenden Regulierungsrahmen einen Kaufpreis bestimmen zu können:

### A. Altersstruktur des Netzes

	Niederdruck	Mitteldruck	Hochdruck	Kundenanlagen	Gasdruckregelnetzanlagen
0 – 5 Jahre	%	%	%	%	%
5 – 10 Jahre	%	%	%	%	%
10 – 15 Jahre	%	%	%	%	%
15 – 20 Jahre	%	%	%	%	%
20 – 25 Jahre	%	%	%	%	%
25 – 30 Jahre	%	%	%	%	%
Älter 30 Jahre	%	%	%	%	%

Es empfiehlt sich anzugeben, auf welcher Basis die Altersstruktur des Verteilnetzes ermittelt wurde (technische ND, handelsrechtliche ND).

## **B. Zuschüsse**

Art und Umfang empfangener öffentlicher Finanzierungshilfen €

### Baukostenzuschüsse

Nicht aufgelöste Baukostenzuschüsse €

## **C. Sachzeitwert**

Vom abgebenden Konzessionär ermittelter Wert.

### **Praxishinweis:**

Die endgültige Festlegung sämtlicher Daten und Werte kann naturgemäß erst nach Finalisierung des Entflechtungskonzepts erfolgen.

## **6.7 Entflechtung und Einbindung des Netzes**

### **6.7.1 Zuordnung der zu überlassenden Verteilungsanlagen**

Vgl. Kapitel 6.4.

### **6.7.2. Netztrennungs- und Netzeinbindungskonzepte**

Im Zuge von Netzübertragungen entstehen neue Besitzgrenzen. Diese Schnittstellen lassen sich in zwei Umsetzungsvarianten einteilen. Dies ist zum einen die vollständige Integration des hinzukommenden Netzteils über eine direkte Neuansbindung und technischen Trennung der alten Anbindungen (damit ist nicht die Schaffung von „Inselnetzen“ gemeint), zum anderen eine Abgrenzung mittels Messeinrichtungen, also ohne Netzveränderungen. Darüber hinaus sind Mischformen denkbar.

Die messtechnische Trennung kann, muss aber nicht in allen Fällen preiswerter und/oder zügiger zu realisieren sein als die technische Trennung. Eine messtechnische Entflechtung kann, falls sie schnell zu bewerkstelligen ist, insbesondere bei sehr zügig gewünschten Netzübernahmen als „Übergangslösung“ in Betracht kommen, wenn der Netzübernehmer sich zur vollständigen Kostentragung der „Übergangslösung“ verpflichtet.

In der Regel schafft aber nur die technische Trennung eher klare Verantwortlichkeiten, vor allem bei Haftungsfällen und bei Netzerweiterungen (EEG-Einspeisungen).

Netztrennungs- und Netzeinbindungskonzepte sind Gegenstand der Verhandlungen zwischen Altkonzessionär und Netzkäufer, nachdem die Gemeinde sich für einen neuen Konzessionär entschieden hat.

### 6.7.3 Kostentragung

Die Kostentragung für Entflechtung und Einbindung wird in der Regel in der Endschaftsklausel im Wegenutzungsvertrag geregelt. Sofern vertraglich nichts Abweichendes geregelt ist, trägt der Altkonzessionär im Zweifel die Entflechtungskosten, der Neukonzessionär die Einbindungskosten.<sup>117</sup>

### 6.8 Altlasten und Netztransfer

Nach der Überlassung des Netzes ist der Altkonzessionär von allen relevanten Einwirkungsmöglichkeiten ausgeschlossen. Dies gilt nicht nur bei der Eigentumsübertragung (auch wenn es dort am augenfälligsten ist), sondern angesichts der gesetzlichen Zielsetzung der Überlassungspflicht an den neuen Konzessionär auch weitgehend für den Verpachtungsfall. Hier ist an eine Regelung vor allem zum Bundesboden- und Umweltschadensrecht zu denken.<sup>118</sup>

### 6.9 Personalübergang gemäß § 613 a BGB

Eine etwaige Anwendbarkeit des § 613 a BGB im Falle von Netzabgaben/Netzübernahmen bedarf stets der Einzelfallprüfung. Die in Betracht kommenden Konstellationen sind vielfältig. Unabhängig von dieser vielschichtigen Problematik des § 613 a BGB sollte im Einzelfall der organisatorische und vertragliche Gestaltungsspielraum ausgelotet werden. Dabei sollte insbesondere berücksichtigt werden, dass der Konzessionsvertrag eine Personalübernahme- oder Betriebsführungsregelung enthalten kann.<sup>119</sup> Ist dies nicht der Fall, so ist umstritten, ob eine Übereignung von der Übernahme des zugehörigen Netzservicepersonals oder dem Abschluss eines entsprechenden Betriebsführungsvertrags abhängig gemacht werden kann. Nach einer Auffassung in der Praxis bietet § 46 Abs. 2 EnWG dazu keine Rechtsgrundlage.

Nach anderer Auffassung in der Praxis ist es möglich, dass der Altkonzessionär bei einer nur schuldrechtlichen Überlassung gemäß § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG sein Pachtangebot mit einer Betriebsführung verbindet. Entsprechend kann das abgebende Energieversorgungsunternehmen nach dieser Meinung auch bei dinglicher Überlassung die Netzübergabe von einer Personalübernahme oder einem Betriebsführungsvertrag abhängig machen.

Denkbar ist aber auch eine wirtschaftliche Kompensation im Rahmen der Bestimmung der wirtschaftlich angemessenen Vergütung für das zu überlassende Netz, das einerseits die Effizienz Nachteile beim abgebenden Betreiber, andererseits die Synergievorteile beim neuen Energieversorgungsunternehmen berücksichtigt, wenn dieses weder Personal übernimmt noch eine Betriebsführung vereinbart, um sein eigenes Servicepersonal besser auszulasten. Dieser Weg erweist sich allerdings nur dann als empfehlenswert, wenn eine Anwendung des § 613 a BGB offensichtlich nicht in Betracht kommt. Auf Grund der Komplexität der Norm und der ständigen Weiterentwicklung durch die Rechtsprechung dürfte diese Variante nur in Ausnahmefällen zum Zuge kommen.

---

<sup>117</sup> BGH, NJW 1992, S. 2888.

<sup>118</sup> Vgl. die Vorschläge bei Diederichsen, NJW 2007, S. 3377.

<sup>119</sup> Dies u. U. auch unabhängig von den Voraussetzungen des § 613a BGB; hierzu Müller-Glöße, Münchener Kommentar zum BGB, § 613a, Rn. 18.

## 7. Konzessionsabgaben Strom und Gas

### 7.1 Grundlagen

Konzessionsabgaben sind gemäß § 48 Abs. 1 Satz 1 EnWG „... Entgelte, die Energieversorgungsunternehmen für die Einräumung des Rechts zur Benutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet mit Energie dienen, entrichten.“ § 1 Abs. 2 KAV hat diese gesetzliche Definition der Konzessionsabgaben wortgleich übernommen.

Bei der Konzessionsabgabe handelt es sich um ein privatrechtliches Entgelt, dessen Zahlung auf dem zwischen dem Konzessionär und der Kommune ausgehandelten Wegenutzungsvertrag basiert.

Per definitionem setzt die Konzessionsabgabe grundsätzlich eine unmittelbare Versorgung von Letztverbrauchern voraus; sowohl § 3 Nr. 25 EnWG als auch § 48 Abs. 1 Satz 2 EnWG regeln den Begriff des Letztverbrauchers. Ausnahmsweise müssen Konzessionäre jedoch für Lieferungen an Weiterverteiler zahlen, wenn ein Fall im Sinne des § 2 Abs. 8 KAV vorliegt. Dieser regelt eine Konzessionsabgabepflicht dann, wenn der Weiterverteiler über öffentliche Verkehrswege mit Energie beliefert wird, die Weiterverteilung jedoch ohne Benutzung solcher Verkehrswege als Weiterverteiler erfolgt.

Soweit andere als öffentliche Verkehrswege der Gemeinde benutzt werden, ist hierfür keine Konzessionsabgabe zu zahlen. Dies ergibt sich auch aus § 3 Abs. 1 Satz 2 KAV. Nach dieser Vorschrift sind für diese Nutzungen nur Folgekosten und Verwaltungsbeiträge im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 und 3 KAV zulässig.<sup>120</sup>

Schuldner der Konzessionsabgabe ist der Konzessionär. Gläubiger ist grundsätzlich die Gemeinde. Darüber hinaus kann der Konzessionsvertrag auch mit Samt- oder Verbandsgemeinden abgeschlossen werden.

### 7.2 Regelung des § 48 EnWG, Abgrenzungen der Konzessionsabgaben

Wegen der traditionellen Bezeichnung als „Konzessionsabgabe“ ist vereinzelt versucht worden, hierauf die BVerfG-Sonderabgaben-Rechtsprechung anzuwenden.<sup>121</sup> Schon die gesetzliche Definition als „Entgelt“ zeigt, dass es sich um keine öffentliche Abgabe handelt. Denn diese werden dem Abgabepflichtigen gegenleistungslos auferlegt; im Konzessionsvertrag erhält der Zahlungspflichtige aber eine Gegenleistung - die Wegenutzung.

Auch lässt sich die Konzessionsabgabe nicht als straßenrechtliche Sondernutzungsgebühr oder eine sonstige nach öffentlichem Sachenrecht zu beurteilende Gebühr für die Nutzung einer öffentlichen Infrastruktur einordnen.<sup>122</sup> Denn fast alle Straßengesetze der Länder bestimmen, dass sich die Nutzung öffentlicher Wege allein nach bürgerlichem Recht richtet, wenn der Gemeingebrauch nicht nachhaltig beeinträchtigt wird (sog. zivilrechtliche Sonder-

---

<sup>120</sup> Morell, S. 114.

<sup>121</sup> OLG Stuttgart, RdE 2010, S. 264.

<sup>122</sup> In diese Richtung OLG Stuttgart, RdE 2010, S. 264.

nutzung). Die Konzessions-„Abgabe“ ist deshalb trotz ihrer etwas missverständlichen Bezeichnung ein schlichtes zivilrechtliches (pachtzinsähnliches) Entgelt.

Die Verordnungsermächtigung in § 48 Abs. 2 EnWG wie auch die in diesem Rahmen erlassene KAV sind deshalb weder dem Steuer- und Abgabenrecht (z. B. dem Kommunalabgabenrecht) noch dem öffentlichen Sachenrecht zuzuordnen, sondern preisrechtlicher Natur.

Hintergrund für das Erlassen der KAV ist die Monopolstellung der Gemeinde als alleinigem Anbieter des Wegenutzungsrechts für Strom- und Gasnetze. Ohne Nutzung der öffentlichen Verkehrswege wären die meisten Kunden in der Gemeinde nicht für Strom- und Gasangebote erreichbar, da fast alle Verbrauchsorte in der Gemeinde von öffentlichen Wegen umschlossen sind, die im Eigentum der Gemeinde stehen. Damit die Gemeinde diese Monopolstellung nicht durch das Fordern unangemessen hoher Wegenutzungsentgelte missbrauchen kann, wurden mit der KAV Grenzen für die zulässigen Entgelte eingeführt.

Eine einheitliche Regelung der Höchstbeträge für alle Konzessionsverträge regelt die Konzessionsabgabenverordnung (KAV) nicht, vielmehr differenziert sie nach

- Strom und Gas,
- unterschiedlichen Kundengruppen (insbesondere Tarif- und Sondervertragskunden) sowie Verwendungszweck/Bedarfsart,
- Anzahl der Einwohner je Gemeinde,
- Grenzmenge (Gas) und Grenzpreise (Strom und Gas) sowie
- Übergangsvorschriften nach § 8 KAV (sog. Abschmelzung).

Eine Konzessionsabgabe ist nach § 48 Abs. 1 Satz 2 EnWG auch dann bei entsprechender Vereinbarung zu entrichten, wenn über einen sog. Weiterverteiler an Letztverbraucher geliefert wird. Voraussetzung ist, dass der Weiterverteiler über öffentliche Verkehrswege mit Elektrizität oder Gas beliefert wird und diese Energie an den Letztverbraucher ohne die Benutzung derartiger Verkehrswege weiterleitet. Damit ist z. B. auch die Lieferung an den Eigentümer eines Mietshauses, der dann die Energie an die Mieter als Letztverbraucher weiterleitet, oder die Belieferung von Arealnetzen konzessionsabgabenpflichtig.<sup>123</sup>

Von der Konzessionsabgabenpflicht nicht erfasst sind Transportleitungen, die der Versorgung des Nachbargesbietes dienen.<sup>124</sup>

### **7.3 Fortzahlung der Konzessionsabgabe nach Vertragsende**

§ 48 Abs. 4 EnWG knüpft an die gesetzlich gebotene Befristung der Wegenutzung gemäß § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG an und verpflichtet den bisherigen Wegenutzungsberechtigten, die vertraglich vereinbarte Konzessionsabgabe nach Vertragsablauf noch ein weiteres Jahr zu zahlen, es sei denn, das zwischenzeitlich eine andere Regelung – auch eine Neukonzessionierung – getroffen wurde. Im Gegensatz zur Vorgängerregelung, § 14 Abs. 4 EnWG 1998, bezieht sich § 48 Abs. 4 EnWG ausdrücklich auf den Ablauf des Wegenutzungsvertrags und

---

<sup>123</sup> Bartsch/Röhling/Salje/Scholz, Kap. 58 Rn. 8.

<sup>124</sup> So schon Böwing, EnWG 1998, Art. 1, § 14, S. 278.

nicht mehr auf den Konzessionsvertrag. Damit gilt die Fortzahlungspflicht der Konzessionsabgabe sowohl für einfache als auch für qualifizierte Wegenutzungsverträge.<sup>125</sup>

Dabei erfasst § 48 Abs. 4 EnWG als gesetzlicher Anspruch nur die einjährige Weiterzahlung der Konzessionsabgabe, nicht aber die sonstigen Nebenleistungen des Konzessionsvertrags. Damit kann § 48 Abs. 4 EnWG als (eng auszulegende) Ausnahmegesetz nicht herangezogen werden, um z.B. die Zahlung von Folgekosten oder den Gemeinderabatt zu verlangen.

Gänzlich ungeklärt ist die Frage, ob nach Ablauf der Jahresfrist weiterhin Konzessionsabgabe oder eine der Konzessionsabgabe entsprechende Zahlung geleistet werden darf. Die Weiterzahlung von Konzessionsabgabe kommt wohl nur bei Abschluss einer „Interimsvereinbarung“ in Betracht, zu der der Altkonzessionär jedoch nicht gezwungen werden kann. Eine der Konzessionsabgabe der Höhe nach ganz oder teilweise entsprechende Verpflichtung zur Zahlung könnte sich ggf. aus Bereicherungsrecht (§§ 812 ff. BGB) ergeben, doch dürfte diese Anspruchsgrundlage durch die Spezialregelung des § 48 Abs. 4 EnWG verdrängt sein.<sup>126</sup> Zumindest könnte im Einzelfall eine Zahlung nach den Grundsätzen der sog. „aufgedrängten Bereicherung“ ausgeschlossen sein.

#### **7.4 Tarif- und Sondervertragskunde**

§ 1 Abs. 3 KAV definiert den Tarifkunden im Sinne der KAV als „Kunden, die auf Grundlage von Verträgen nach den §§ 36 und 38 sowie § 115 Abs. 2 und § 116 des Energiewirtschaftsgesetzes beliefert werden“. Sondervertragskunden im Sinne der KAV sind nach § 1 Abs. 4 KAV „Kunden, die nicht Tarifkunden sind“.

Die im Rahmen der Tarifkundendefinition in Bezug genommenen §§ 36 und 38 EnWG betreffen die Grund- und Ersatzversorgung. Um hier eine saubere Abgrenzung der Tarifkunden von Sondervertragskunden zu erzielen, ist erneut zu differenzieren.

Die Grundversorgung nach § 36 EnWG betrifft die Verpflichtung zur Belieferung von Haushaltskunden in Niederspannung und Niederdruck zu Allgemeinen Bedingungen und Preisen. Hierbei sind Haushaltskunden nach der Begriffsdefinition in § 3 Nr. 22 EnWG alle Letztverbraucher, die Energie überwiegend für den Eigenverbrauch im Haushalt oder für den einen Jahresverbrauch von 10.000 kWh nicht übersteigenden Eigenverbrauch für berufliche, landwirtschaftliche oder gewerbliche Zwecke kaufen. Als Kurzformel gilt hier: Haushaltskunden sind alle Privatkunden unabhängig vom Verbrauch und das Kleingewerbe bis zu einem Verbrauch von 10.000 kWh. Diese sind Tarifkunden im Sinne der KAV, wenn sie im Rahmen der Grundversorgung zu Allgemeinen Bedingungen und Preisen beliefert werden. Haushaltskunden, die außerhalb der Grundversorgung beliefert werden, sind keine Tarifkunden, da diese Kundengruppe in § 41 EnWG geregelt ist, auf den die Tarifkundendefinition in § 1 Abs. 3 KAV jedoch nicht Bezug nimmt.

Weiterhin wird in der Praxis der Gasversorgung<sup>127</sup> vertreten, dass unter die Tarifkundendefinition des § 1 Abs. 3 KAV auch Nichthaushaltskunden fallen, die auf der Grundlage von Verträ-

---

<sup>125</sup> Britz/Hellermann/Hermes, § 48 Rn. 27; Salje, § 48 Rn. 73.

<sup>126</sup> Dieses Problem diskutieren auch Kermel/Brucker/Baumann, S. 170 (mit Überlegungen zur Gegenansicht).

<sup>127</sup> Diese Diskussion ist wegen § 2 Abs. 7 KAV im Strombereich irrelevant.

gen nach § 36 Abs. 1 EnWG, also zu den dort genannten Allgemeinen Bedingungen und Preisen, beliefert werden. Zwar hätten diese keinen gesetzlichen Anspruch auf Grundversorgung, gleichwohl verböte § 36 Abs. 1 EnWG aber auch nicht ausdrücklich die Versorgung dieser Kundengruppe zu Allgemeinen Bedingungen und Preisen.<sup>128</sup> Dagegen spricht jedoch die Systematik der Vorschriften über die Grundversorgung und die Tarifikunden. § 36 Abs. 2 EnWG stellt klar, dass der Grundversorgerstatus, aus dem heraus allein Grundversorgungsverträge angeboten werden können, zwingend an die Belieferung von Haushaltskunden nach § 3 Nr. 22 EnWG - und damit an die 10.000 kWh-Grenze - gekoppelt ist. Darüber hinausgehende Konzessionsabgaben-Zahlungen sind unzulässige Nebenleistungen gemäß § 3 Abs. 2 KAV, die im Übrigen auch unter dem Gesichtspunkt der verdeckten Gewinnausschüttung steuerlich zu prüfen sind.

**Praxishinweis:**

Konzessionären wird empfohlen, Kunden mit einem gewerblichen, landwirtschaftlichen und beruflichen Gasverbrauch von mehr als 10.000 kWh/Jahr konzessionsabgabenrechtlich als Sondervertragskunden zu behandeln und ausschließlich die entsprechende Konzessionsabgabe an die Gemeinde abzuführen.

Demgegenüber ist der Anwendungsbereich der Ersatzversorgung nach § 38 EnWG unstrittig weiter. Denn die Ersatzversorgung ist bereits dem Wortlaut des EnWG nach nicht auf die Haushaltskunden in Niederspannung und Niederdruck beschränkt, sondern ist für alle diejenigen Kunden durchzuführen, die über das Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung in Niederspannung und Niederdruck Energie beziehen, ohne dass dieser Bezug einem Lieferanten zugeordnet werden kann. Hier gilt also jeder Letztverbraucher als Tarifikunde, unabhängig davon, ob er Haushaltskunde ist, solange er nur in Niederspannung und Niederdruck dem Energieversorgungsnetz Energie ohne Lieferantenzuordnung entnimmt. Eine Ersatzbelieferung erfolgt maximal für die Zeit von drei Monaten (§ 38 Abs. 2 Satz 1 EnWG).

**7.4.1 Tarikundenfiktion in der Stromversorgung**

Grundsätzlich sind daher alle Grundversorgungskunden und alle Ersatzversorgungskunden als Tarifikunden im Sinne der KAV anzusehen und alle anderen Kunden als Sondervertragskunden. Dies hat jedoch zur Folge, dass alle Kunden, die sich nicht im Rahmen der Grundversorgung beliefern lassen, sondern zu einem anderen Lieferanten als dem Grundversorger gewechselt sind oder vom Grundversorger zu anderen Preisen und Bedingungen als der Grundversorgung beliefert werden, zwangsläufig Sondervertragskunden sind, für die dann nur noch die deutlich geringere Konzessionsabgabe für Sondervertragskunden an die Gemeinde abzuführen wäre. Der Wettbewerb hätte so zu einem drastischen Konzessionsabgabenverlust bei den Kommunen geführt.

Um dieses ungewollte Ergebnis des Wettbewerbs zu vermeiden, wurde jedenfalls für den Strombereich mit § 2 Abs. 7 KAV eine Tarikundenfiktion eingeführt. Danach gelten Stromlieferungen aus dem Niederspannungsnetz konzessionsabgabenrechtlich als Lieferungen an

---

<sup>128</sup> Morell, S. 90, Lübbe, Versorgungswirtschaft 2006, S. 68.

Tarifikunden, es sei denn, die gemessene Leistung des Kunden überschreitet in mindestens zwei Monaten des Abrechnungsjahres 30 kW und der Jahresverbrauch beträgt mehr als 30.000 kWh. Beide Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Damit fällt für alle Kunden, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen, stets die Konzessionsabgabe für Tarifikunden an (Ausnahme: § 2 Abs. 7 Satz 3 KAV), unabhängig davon, ob diese Kunden im Rahmen der Grundversorgung oder außerhalb der Grundversorgung beliefert werden.

#### **7.4.2 Keine Tarifikundenfiktion in der Gasversorgung**

Im Gasbereich hat sich der Ordnungsgeber nicht zu einer vergleichbaren Regelung entschlossen. Begründet wurde dies damit, dass im Gasbereich gleichartige Verbrauchsfälle der Heizgasversorgung auch schon vor der Liberalisierung sowohl nach Tarif- als auch nach Sonderabnehmerverträgen abgewickelt worden seien. Bestimmend hierfür sei vor allem die jeweilige Wettbewerbssituation zu den Konkurrenzenergien im Versorgungsgebiet gewesen. Eine konzessionsabgabenrechtliche bundesweite Gleichbehandlung gleichartiger Verbrauchsfälle, würde deshalb die unterschiedlichen Positionen im Wettbewerb nicht berücksichtigen und gleichzeitig entweder zu einer Ausweitung oder Absenkung des Konzessionsabgabevolumens in der Gasversorgung führen. Beides sei jedoch nicht beabsichtigt.<sup>129</sup> Somit fehlt im Gasbereich eine dem § 2 Abs. 7 KAV entsprechende Tarifikundenfiktion.<sup>130</sup>

#### **7.4.3 Übergangsvorschriften zum EnWG 2005**

Der weiter im Rahmen der Tarifikundendefinition in § 1 Abs. 3 KAV in Bezug genommene § 115 Abs. 2 EnWG hat keine praktische Relevanz mehr, da dieser die bisherigen Verträge im Rahmen der Allgemeinen Anschluss- und Versorgungspflicht nach altem Recht betrifft. Diese Verträge mussten jedoch nach § 115 Abs. 2 Satz 3 EnWG inzwischen an die neue Rechtslage angepasst werden, so dass es heute solche Verträge nicht mehr gibt.

Als letzte Kundengruppe, die konzessionsrechtlich als Tarifikunden anzusehen ist, sind die in § 116 EnWG geregelten ehemaligen Tarifikunden zu nennen, die nach der Definition des neuen Rechts keine Haushaltskunden sind, und deren Verträge seit Inkrafttreten des EnWG nicht an die neue Rechtslage angepasst worden sind. Die praktische Relevanz dieser Einbeziehung dürfte heute nur noch sehr gering sein, weil es fast keinen Nichthaushaltskunden mit einem Jahresverbrauch von mehr als 10.000 kWh mehr geben dürfte, der noch unverändert auf der Basis eines vor dem Inkrafttreten der EnWG-Novelle abgeschlossenen Tarifikundenvertrags zu den allgemeinen Preisen und Bedingungen beliefert wird.

### **7.5 Zulässigkeit der Konzessionsabgabe bei Belieferung von Weiterverteilern sowie Betriebs- und Eigenverbrauch von Versorgungsunternehmen**

Konzessionsabgaben können auch vereinbart werden, soweit die Gemeinde die Energieversorgung selbst durch Eigenbetriebe oder Eigengesellschaften vornimmt.

Gegenleistung der Konzessionsabgabenzahlung sind die Wegerechte für Leitungen, die der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet mit Strom und Gas

---

<sup>129</sup> Vgl. amtliche Begründung zum Entwurf der Bundesregierung der Ersten Verordnung zur Änderung der Konzessionsabgabenverordnung vom 09.06.1999, BR-Drs. 358/99.

<sup>130</sup> Zur Behandlung dieser Fälle vgl. Kapitel 7.10.

dienen. Damit können grundsätzlich Lieferungen an weiterverteilende Energieversorgungsunternehmen nicht mit Konzessionsabgaben belastet werden.

Zulässig ist aber gemäß § 2 Abs. 8 KAV die Vereinbarung von Konzessionsabgaben für die Belieferung von Weiterverteilern, die die gelieferte Energie ohne Benutzung öffentlicher Verkehrswege an Letztverbraucher weiterleiten, allerdings nur innerhalb des Gemeindegebietes, in dem der Letztverbraucher seine Abnahmestelle hat (vgl. § 1 Abs. 2 KAV).

Sofern ein Letztverbraucher im Gemeindegebiet durch Dritte unter Verwendung des Netzes des Versorgungsunternehmens, welches den Konzessionsvertrag abgeschlossen hat, versorgt wird, können auch für diese Lieferungen Konzessionsabgaben vereinbart und gezahlt werden.

In der KAV selbst fehlen weitere nähere Bestimmungen zur Abgrenzung von Zweifelsfragen zur Bestimmung konzessionsabgabenpflichtiger Sachverhalte. Die - für Strom und Gaslieferungen außer Kraft getretenen - Durchführungsbestimmungen zur Konzessionsabgabenanordnung (D/KAE) enthielt dagegen noch nähere Beispiele zu Abgrenzungsfragen einer Konzessionsabgabenpflicht. Auf diese Beispiele sollte unter Beachtung der aktuellen energierechtlichen Entwicklungen auch weiterhin zurückgegriffen werden.

Als Lieferungen an Letztverbraucher, für die Konzessionsabgaben gezahlt werden dürfen, sind daher u. a. anzusehen:<sup>131</sup>

- Lieferungen an die Konzessionsgemeinde selbst mit ihren Abnahmestellen; dies gilt auch bezüglich solcher Lieferungen, bei denen ein Preisnachlass nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 KAV gewährt wird,
- Lieferungen an andere Betriebe der Gemeinde, auch wenn sie organisatorisch im Querverbund mit dem liefernden Betrieb zusammengefasst sind, Beispiel: Stromlieferungen des Elektrizitätswerks an das Wasserwerk,
- Lieferungen zu verbilligten Preisen an Mitarbeiter des Versorgungsunternehmens.

Nicht mit Konzessionsabgabe belastet werden dürfen u. a.:

- der Eigenverbrauch des Netzbetreibers,
- Lieferungen an Verteilerunternehmen.<sup>132</sup> Dies verdeutlicht auch § 3 Abs. 1 Satz 2 KAV, welcher außer in Fällen des § 2 Abs. 8 KAV nur Folgekosten und Verwaltungskostenbeiträge im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 und 3 KAV für Lieferungen an Verteilerunternehmen zulässt,
- Strom- und Gasmengen, die durch das Gemeindegebiet nur durchgeleitet werden, um in Gebieten anderer Gemeinden eine Versorgung durchzuführen.

Soweit Konzessionsverträge vorsehen, dass eine sonst gegebene Konzessionsabgabenpflicht für die Deputat-Belieferung der Mitarbeiter des Versorgungsunternehmens nicht gilt, ist dies zulässig. Dem stehen auch nicht die oft zitierten „Auslegungshinweise des Bundeswirt-

---

<sup>131</sup> Nach Morell, S. 87 f.

<sup>132</sup> BR-Drs. 686/91; Feuerborn/Riechmann § 3 Rn 11.

schaftsministerium zur KAV“ vom 27.08./24.09.1992<sup>133</sup> entgegen. Denn zum einen geht heute der Verweis auf die BTOEl ins Leere. Zum anderen – und dies ist gewichtiger – steht hinter der Einschätzung des BMWi die Befürchtung von Wettbewerbsverzerrungen, die durchaus bei im Wettbewerb befindlichen Kundengruppen bedenkenswert sein kann, bei Mitarbeitern des Versorgungsunternehmens jedoch, die durch ihr Energiedeputat dem Wettbewerb entzogen sind, kann die Befürchtung einer Wettbewerbsverzerrung nicht greifen.

## **7.6 Höhe der Konzessionsabgaben**

Nach § 2 Abs. 1 KAV dürfen Konzessionsabgaben nur in Cent-Beträge je gelieferter Kilowattstunde vereinbart werden. Die KAV unterscheidet bei der Bemessung der Höhe der Konzessionsabgaben grundsätzlich nach Tarif- (§ 2 Abs. 2 KAV) und Sondervertragskunden (§ 2 Abs. 3 KAV).

### **7.6.1 Tarifkunden**

Im § 2 Abs. 2 KAV werden die zulässigen Höchstbeträge je Kilowattstunde für Tarifkunden - gestaffelt nach Gemeindegrößen - bundeseinheitlich jeweils für Strom und Gas festgelegt. Die Differenzierung nach Gemeindegrößen soll die Unterschiede im Wert des Wegerechts und der Ertragskraft widerspiegeln.

Maßgeblich für die Gemeindegrößenklasse ist die jeweils vom statistischen Landesamt amtlich fortgeschriebene Einwohnerzahl. Für die Größenklassenbemessung muss daher die jeweils aktuelle Einwohnerzahl während der Vertragslaufzeit maßgeblich sein. Wenn eine Gemeinde infolge wachsender oder sinkender Einwohnerzahl in die nächsthöhere oder nächstniedrigere Gemeindegrößenklasse auf- bzw. absteigt, wird der für diese Größenklasse geltende Konzessionsabgaben-Höchstbetrag maßgebend.

#### **Praxishinweis:**

Ob letztlich die höhere Konzessionsabgabe im Einzelfall auch von der Gemeinde verlangt werden kann, hängt von den vertraglichen Vereinbarungen ab.

Zu beachten ist: Die KAV regelt preisrechtlich zulässige Höchstbeträge. Bei einem Absinken der Einwohnerzahl in eine niedrigere Gemeindegrößenklasse ist in jedem Fall - auch ohne oder entgegen vertraglicher Vereinbarung - nur noch der niedrigere Höchstbetrag zulässig.<sup>134</sup>

In allen Fällen gebietlicher Neugliederung ist die neu entstehende Gemeinde nach ihrer Einwohnerzahl in die maßgebende Gemeindegrößenklasse einzuordnen.

Nach den Gemeindeordnungen der meisten Bundesländer ist die auf einen Stichtag fortgeschriebene Einwohnerzahl der amtlichen Statistik vom Beginn des folgenden Jahres an zu Grunde zu legen.

Es empfiehlt sich, zur Klarstellung eine diesbezügliche Bestimmung in die Konzessionsverträge aufzunehmen.

<sup>133</sup> Abgedruckt bei Morell, Anhang 5, S. 197.

<sup>134</sup> Abgedruckt bei Morell, Anhang 5, S. 197.

Bei Samt- oder Verbandsgemeinden ist maßgeblich die Einwohnerzahl der kommunalen Einheit, mit der der Konzessionsvertrag geschlossen worden ist. D. h., dass die Einwohnerzahlen der Einzel- bzw. Ortsgemeinden zu addieren sind. Werden von einem Versorgungsunternehmen nur Teile einer Gemeinde versorgt, so richtet sich die Höhe der zulässigen Konzessionsabgaben nach der Einwohnerzahl der Gesamtgemeinde.

Gemäß § 7 KAV kann die Konzessionsabgabe auch an Landkreise gezahlt werden, sofern diese nach Absprache mit den Gemeinden den Konzessionären öffentliche Verkehrswege zur Verfügung stellen. Hier entspricht die Höhe der Tarif-Konzessionsabgabe der jeweiligen Gemeindegröße.

### **7.6.2 Konzessionsabgabe Strom**

Im Strombereich werden Lieferungen des so genannten „Schwachlaststroms“ an Tarifikunden und Lieferungen von Strom, der nicht als Schwachlaststrom an Tarifikunden geliefert wird, unterschieden.

Für Schwachlaststrom darf der Höchstbetrag nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 a KAV nicht überschritten werden.

Bei Strom, der nicht als Schwachlaststrom geliefert wird, gelten die gemeindegrößenklassenabhängigen Höchstsätze nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 b KAV.

### **7.6.3 Konzessionsabgabe Gas**

Im Gasbereich werden bei der Ermittlung der Höhe der Konzessionsabgabe Gaslieferungen ausschließlich für Kochen und Warmwasser und sonstige Tariflieferungen unterschieden.

Die Höchstbeträge ausschließlich für Kochen und Warmwasser in Gemeinden richten sich gemeindegrößenklassenabhängig nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 a KAV.

Höchstbeträge bei sonstigen Tariflieferungen in Gemeinden richten sich gemeindegrößenklassenabhängig nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 b KAV.

### **7.6.4 Sondervertragskunden**

In § 2 Abs. 3 KAV sind die Höchstsätze für Sondervertragskunden festgelegt. Für die Belieferung von Sondervertragskunden gelten damit ermäßigte Konzessionsabgaben-Höchstbeträge.

## **7.7 Abgrenzung Tarifikundenbelieferungen bei Gas für Kochen und Warmwasser**

Mit der Einstufung des Letztverbrauchers zum Tarifikunden ist jedoch noch nicht geklärt, ob es sich um eine Belieferung in der Tarifart „ausschließlich für Kochen und Warmwasser“ oder um eine „sonstige Tariflieferung“ im Sinne der KAV handelt.<sup>135</sup>

Insbesondere kann das Merkmal der „Ausschließlichkeit“ in der Praxis bezüglich des Nachweises zu Problemen führen.

---

<sup>135</sup> Kunden mit Sonderverträgen, welche Gas ausschließlich für Kochen und Warmwasser beziehen, sind unter Beachtung von § 2 Abs. 6 KAV, konzessionsabgabenrechtlich immer Sondervertragskunden mit dem entsprechenden Konzessionsabgabensatz.

Als eine Möglichkeit zur Tarifarteneinstufung eines als Tarifkunden im Sinne der KAV identifizierten Letztverbrauchers kann die Mengengrenzenregelung angesehen werden, derer sich viele Versorgungsunternehmen bedienen. In der Praxis des Massengeschäfts erscheint die Ermittlung des Verbrauchszwecks beim Kunden unverhältnismäßig aufwendig zu sein, so dass eine pauschalierte Abgrenzung im Massenkundengeschäft durch eine Mengengrenze zulässig sein muss. Sollten Mengengrenzen als Vereinfachungsgrößen von den Versorgungsunternehmen angedacht werden, muss eine solche Abgrenzung jedoch realistisch und empirisch valide sein. Es ist eine realistische Größe zu bestimmen, bis zu der die Annahme getroffen werden kann, dass der Kunde das Erdgas ausschließlich für die Zwecke Kochen und Warmwasser nutzt.<sup>136</sup> Im Zweifel muss aber die Möglichkeit einer kunden- und mengenscharfen Abgrenzung einschließlich entsprechender Nachweise bestehen.

Allerdings ist der praktische Einsatz von Mengengrenzen durch die Aktivitäten der baden-württembergischen Kartellbehörde in die Diskussion geraten. Die Kartellbehörde ist der Auffassung, dass bei einer Mengengrenze die Tatbestandsvoraussetzung der höheren Konzessionsabgabe („ausschließlich für Kochen und Warmwasser“) nicht zwingend erfüllt sein muss, da auch ein bestimmtes Verbrauchsverhalten oder eine nur zeitweise Nutzung einer Verbrauchsstelle zu einem geringeren Verbrauch führen kann. Es sei zur Zahlung der hohen Konzessionsabgabe eine positive Kenntnis über den Verbrauchszweck erforderlich.

Dabei wird aus der Auffassung der Kartellbehörde nicht deutlich, ob der Netzbetreiber oder der Grundversorger diese positive Kenntnis ermitteln muss, um bestehende Fälle aufzuklären.

Wenn sich diese Auffassung durchsetzt, ist jedenfalls klar, dass der Netzbetreiber diese Kenntnis bei Beginn des Netznutzungsverhältnisses, ggf. durch Abfrage beim Lieferanten, erhalten muss. In der Praxis wird allerdings auch der Lieferant diese Kenntnis nicht haben, es wäre also mit erheblichen Abwicklungsschwierigkeiten zu rechnen.

Unabhängig davon besteht für den Grundversorger bzw. den Netzbetreiber ein praktisches Problem darin, dass bereits bei Einstufung des Kunden dessen Jahres-Lieferperiodenverbrauch prognostiziert werden muss.

### **7.8 Abgrenzung Konzessionsabgabe für Schwachlaststrom**

Die KAV sieht für Schwachlaststrom eine Sonderregelung vor. Schwachlaststrom ist der nach § 9 BTOElt (außer Kraft getreten zum 01.07.2007) bzw. nach der dem Schwachlasttarif entsprechenden Zone eines zeitvariablen Tarifs (vgl. § 4 Abs. 1 Satz 2 BTOElt) gelieferte Strom.

Durch § 40 Abs. 3 EnWG, nach dem Energieversorgungsunternehmen, soweit technisch machbar und wirtschaftlich zumutbar, für Letztverbraucher von Elektrizität einen Tarif anzubieten haben, der einen Anreiz zur Energieeinsparung oder Steuerung des Energieverbrauchs setzt (lastvariable oder tageszeitabhängige Tarife), kommt der „Schwachlast-Konzessionsabgabe“ auch weiter Bedeutung zu.

---

<sup>136</sup> Vgl. auch Immesberger, § 2 KAV Rn. 59: dort ca. 5.000 kWh, Morell, S. 98, Feuerborn/Riechmann, § 2 Rn. 15.

Durch den Konzessionär muss ermittelt werden, ob eine faktische Lieferung zu Schwachlastzeiten (Niedertarif) und/oder außerhalb des Schwachlaststromes (Hochtarif) möglich ist. Der Grundversorger bzw. der dritte Lieferant im Falle der Belieferung nach § 2 Abs. 6 KAV muss demnach auch über entsprechende Schwachlasttarife verfügen und diese anbieten. Auf Aufforderung des Konzessionärs ist vom Lieferanten das Vorliegen eines Schwachlasttarifes gemäß § 2 Abs. 6 Satz 3 KAV nachzuweisen.

**Praxishinweis:**

Der Zeitraum für die lastschwachen Zeiten wird vom Netzbetreiber festgelegt, da dies eine originäre Netzfrage ist, die für alle Lieferanten transparent und diskriminierungsfrei beantwortet werden muss. Die einseitige Festlegung kann auch Gegenstand des Lieferantenrahmenvertrags, des Messdienstleistungsrahmenvertrags und des Messstellenbetriebrahmenvertrags sein.

Hinsichtlich der Höhe der Konzessionsabgabe gelten Stromlieferungen innerhalb der Grenzen des § 2 Abs. 7 KAV als Tariflieferungen, soweit diese nicht insgesamt als „Sonderabkommen für Lieferungen in lastschwachen Zeiten“ anzusehen sind. Mit Sonderabkommen waren historisch gesehen Heizstromlieferungen für Nachtspeicherheizungen gemeint. Allenfalls könnte man daher heute ein Sondervertragsprodukt darunter abbilden, das ausschließlich Schwachlastlieferungen erfasst, nicht dagegen Produkte mit HT- und NT-Komponente.

Für Kunden, die in Niederspannung ein Produkt mit HT- und NT-Komponente beziehen und deren Lieferungen nach § 2 Abs. 7 KAV nicht die dort genannten Werte übersteigen, kann sich daher für die NT-Lieferung eine Konzessionsabgabe von 0,61 Cent/kWh ergeben, wenn es sich um Schwachlaststrom im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 1 a KAV handelt und auch die übrigen Kriterien für Schwachlastlieferungen erfüllt sind.

In der Praxis wird auch die Auffassung vertreten, dass Stromlieferungen mit HT- und NT-Komponente als Sonderverträge - insgesamt verbunden nur mit der niedrigen Konzessionsabgabe - ohne Beachtung der Grenzen des § 2 Abs. 7 KAV ebenso möglich sind.

Unabhängig davon ist eine weitere, gleichsam systemimmanente Voraussetzung, dass der Schwachlasttarif tatsächlich ein besonderer Tarif ist. Das Delta zwischen dem Entgelt für Strom außerhalb der Schwachlastzeit und für Strom innerhalb der Schwachlastzeit muss daher größer sein als der Unterschied der Konzessionsabgabe.

## **7.9 Grenzpreise und -mengen**

### **7.9.1 Grenzpreis bei Strom**

Für Stromlieferungen an Sondervertragskunden kennt die KAV gemäß § 2 Abs. 4 KAV eine Grenzpreisregelung. Danach dürfen Konzessionsabgaben für Lieferungen an Sondervertragskunden nicht vereinbart oder gezahlt werden, deren Durchschnittspreis im Kalenderjahr je Kilowattstunde unter dem Durchschnittserlös je Kilowattstunde aus der Lieferung von Strom an alle Sondervertragskunden liegt. Gemeinden können mit den Versorgungsunternehmen auch höhere Grenzpreise vereinbaren. Niedrigere Grenzpreise hingegen dürfen nicht vereinbart werden.

Maßgeblich ist jeweils der Durchschnittserlös an Sondervertragskunden ohne Stromsteuer-rückerstattung und Umsatzsteuer, so wie er in der amtlichen Statistik jeweils für das vorletzte Jahr ausgewiesen ist. Für jeden Sondervertragskunden ist der im Kalenderjahr erzielte Durchschnittserlös je Kilowattstunde mit dem veröffentlichten Wert<sup>137</sup> des vorletzten Jahres zu vergleichen und danach zu bestimmen, ob die Lieferung konzessionsabgabefrei bleibt oder ob die Zahlung zu erfolgen hat.

Für die Grenzpreisbetrachtung sind folgende Fälle zu unterscheiden:

- Sofern mehrere Entnahmepunkte einer Betriebsstätte hinsichtlich der Netznutzung jeweils als eigenständige Entnahmestellen betrachtet und abgerechnet werden, sind diese auch hinsichtlich der Grenzpreisprüfung als getrennt belieferte Entnahmestellen zu behandeln.
- Sofern die Entnahmepunkte hinsichtlich der Netznutzung als eine Entnahmestelle betrachtet und abgerechnet werden, sind diese auch hinsichtlich der Grenzpreisprüfung als eine Entnahmestelle zu behandeln.

Die Lieferungen unterschiedlicher Lieferanten sind bei der Grenzpreisprüfung getrennt zu betrachten.

Für die Bestimmung des Durchschnittspreises kommt es grundsätzlich auf den vom Lieferanten in Rechnung gestellten Betrag an. Dies erlangt eine Bedeutung im Zusammenhang mit der Einführung der Stromsteuer bzw. der Möglichkeit, sich diese unter bestimmten Umständen vom Hauptzollamt zurückerstatten zu lassen (§§ 9 a, 10 StromStG). Die Rückerstattung könnte bei Anrechnung auf den Durchschnittspreis im Einzelfall dazu führen, dass dieser unter den Grenzpreis sinken würde.

Das LG Stuttgart wie auch das LG Mainz haben die Auffassung vertreten, dass der Durchschnittspreis eines Sondervertragskunden, der mit dem vom Bundesamt für Statistik ermittelten Durchschnittserlös aller Sondervertragskunden verglichen wird, nur anhand der Zahlungsflüsse zwischen Versorger und Sondervertragskunde zu bestimmen sei. Hierzu gehöre auch die dem Kunden vom Versorger in Rechnung gestellte Stromsteuer. Zahlungen Dritter, wie im Falle der Stromsteuerrückerstattungen seitens des Hauptzollamts, an die Sondervertragskunden seien hingegen nicht geeignet, den Durchschnittspreis der Stromlieferung zwischen Versorger und Kunde zu beeinflussen. Die Anrechnung von Stromsteuerrückerstattungen auf den Durchschnittspreis sei nicht zulässig, da die Rückerstattung allerdings nicht im Verhältnis zwischen Lieferant und Kunde erfolgt, sondern durch einen Dritten, und auch das Statistische Bundesamt den Grenzpreis ohne Stromsteuerrückerstattungen ermittelt.<sup>138</sup>

---

<sup>137</sup> Die jährliche Veröffentlichung des Statistischen Bundesamtes ist zu finden unter: [www.destatis.de](http://www.destatis.de) unter Pressemitteilungen (Energie).

<sup>138</sup> LG Mainz, Versorgungswirtschaft 2007, S. 44; LG Stuttgart StE 2008, S. 98.

Aus der Pressemitteilung Nr. 464 des Statistischen Bundesamtes vom 19.11.2007:

*Der Durchschnittserlös oder Grenzpreis wird ohne Mehrwertsteuer und ohne rückwirkende Stromsteuerrückerstattungen ausgewiesen, enthält jedoch die Netznutzungsentgelte, die Stromsteuer, die Konzessionsabgaben sowie Ausgleichsabgaben nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz und dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz. Der Grenzpreis dient den Energieversorgungsunternehmen als Grundlage zur Berechnung der Konzessionsabgaben. Das sind Entgelte, die die Energieversorgungsunternehmen den Gemeinden zahlen müssen für das Recht, die Letztverbraucher mit Strom zu versorgen und öffentliche Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zu nutzen.*

Das OLG Stuttgart hat die Entscheidung des LG Stuttgart aufgehoben und der Argumentation widersprochen. Es stellt auf einen eher kostenbezogenen Preisbegriff ab und verweist im Übrigen auf Art. 3 GG.<sup>139</sup> Die Entscheidung des OLG Stuttgart ist kritisch zu sehen, da sie einen fraglichen Preisbegriff verwendet. Unter einem „Preis“ kann nur verstanden werden, was ein Schuldner tatsächlich an Entgelt zu zahlen hat, und nicht welche wirtschaftliche Belastung ihm im Ergebnis verbleibt. Ein Preis „enthält“ damit sämtliche Bestandteile - wie auch die Stromsteuer -, die nach den vereinbarten Vertragsregelungen in Rechnung gestellt werden dürfen. Das Urteil des OLG Stuttgart ist noch nicht rechtskräftig, die Revision wurde wegen der Rechtsgrundsätzlichkeit zugelassen und wird beim BGH zu Az. EnZR 57/09 geführt.

**Praxishinweis:**

Das Urteil sollte in der Praxis nicht angewandt werden. Die Konzessionäre sollten auf eine rechtskräftige Entscheidung warten.

**7.9.2 Grenzmenge bei Gas**

Für den Bereich der Gasversorgung gibt es zwei Ausnahmeregelungen. Zum einen sind Lieferungen ab einer bestimmten Abnahmemenge von der Konzessionsabgabe befreit.

Dies ist in § 2 Abs. 5 Nr. 1 KAV geregelt. Demnach dürfen Konzessionsabgaben für Lieferungen an Sondervertragskunden nicht vereinbart oder gezahlt werden, die pro Jahr und Abnahmefall fünf Millionen kWh übersteigen.

Dabei ist zu beachten, dass nicht nur die fünf Millionen kWh übersteigende Abnahmemenge konzessionsabgabenfrei ist, sondern die Gesamtmenge, sobald diese Grenze überschritten wurde.

Anders als in § 2 Abs. 4 KAV spricht die Verordnung hier vom „Abnahmefall“ und nicht von der einzelnen Betriebsstätte oder Abnahmestelle. Es ist von daher fraglich, ob hier die Gesamtabnahme eines Kunden auch über mehrere Abnahmestellen zusammen gemeint sein soll. Nach gängiger Ansicht sind allerdings nur diejenigen Lieferungen an, ggf. mehrere, Ab-

---

<sup>139</sup> OLG Stuttgart, RdE 2010, S. 264.

nahmestellen eines Kunden innerhalb eines Konzessionsgebiets auf der Grundlage eines einheitlichen Lieferverhältnisses zusammenzurechnen.<sup>140</sup>

In der Praxis wird vertreten, die Lieferungen unterschiedlicher Lieferanten bei der Grenzmengeprüfung getrennt zu betrachten. Auf Grundlage eines gemeinsamen Netznutzungsvertrages können Lieferungen an mehrere Abnahmestellen eines Letztverbrauchers innerhalb eines Konzessionsgebietes zusammengefasst und gegen die Grenzmenge geprüft werden. Eine Entscheidung hierzu gibt es bislang nicht.

### 7.9.3 Grenzpreis bei Gas

Die wohl im Hinblick auf die rechtlichen Gegebenheiten nach der Energierechtsreform 2005 in der Praxis am schwierigsten umzusetzende Ausnahmeregelung findet sich zum Grenzpreis für Gas in § 2 Abs. 5 Nr. 2 KAV: Danach dürfen Konzessionsabgaben für Lieferungen an Sondervertragskunden nicht vereinbart oder gezahlt werden, deren Durchschnittspreis im Kalenderjahr unter 1,50 Cent je Kilowattstunde liegt, wobei dieser Preis im Verhältnis der Durchschnittserlöse des Versorgungsunternehmens aus der Belieferung von Sondervertragskunden im Jahr 1989 und im jeweiligen Kalenderjahr zu verändern ist. Für nach dem 01.01.1992 abgeschlossene Verträge ist der Durchschnittserlös je Kilowattstunde aus den Lieferungen von Gas an alle Letztverbraucher zugrunde zu legen und entsprechend zu verändern; maßgeblich ist der in der amtlichen Statistik des Bundes für das Jahr des Vertragsabschlusses veröffentlichte Wert ohne Umsatzsteuer.

Scheinbar stehen die beiden Sätze der Regelung miteinander nicht in Einklang. Nach Mitteilung des Bundeswirtschaftsministeriums soll der jeweilige Grenzwert daher wie folgt ausgerechnet werden:

Bei Gasversorgungsunternehmen (GVU), die vor 1992 bereits Sondervertragskunden versorgt haben, wird die Berechnung entsprechend Satz 1 der Regelung vorgenommen.

$$\text{Grenzpreis} = 1,5 \text{ Cent} \times \frac{\text{Durchschnittserlös des GVU bei Sonderkunden im Kalenderjahr}}{\text{Durchschnittserlös des GVU bei Sonderkunden 1989}}$$

Bei Gasversorgungsunternehmen, die vor 1992 keine Sondervertragskunden versorgt haben, ist hingegen der Durchschnittserlös aus den Lieferungen an alle Letztverbraucher gemäß amtlicher Statistik im Jahr der Aufnahme der Versorgung von Sonderkunden ( $DE_{Stat}$ ) im Verhältnis der Durchschnittserlöse des Versorgungsunternehmens aus der Belieferung von Sondervertragskunden im Jahr der Aufnahme der Versorgung von Sondervertragskunden ( $DE_{Auf}$ ) und im jeweiligen Kalenderjahr zu verändern und bildet sodann den Grenzpreis.<sup>141</sup>

$$\text{Grenzpreis} = DE_{Stat} \times \frac{\text{Durchschnittserlös des GVU bei Sonderkunden im Kalenderjahr}}{DE_{Auf}}$$

Auch diese Auslegungshilfe lässt allerdings seit der Liberalisierung des Gasmarktes und der Entflechtung von Netzbetrieb und Versorgung keine vernünftige Umsetzung mehr zu. So ist

<sup>140</sup> Morell, S. 102.

<sup>141</sup> Immesberger, § 2 KAV. Rn. 41; Morell, S. 101 ff.

nicht ersichtlich, auf wessen Durchschnittserlös abzustellen ist, ob auf den des mit dem Netzbetreiber verbundenen Versorgungsunternehmens – sofern es ein solches gibt – oder auf den jeweiligen örtlichen Grundversorger oder auf jeden Lieferanten individuell. Ist darüber hinaus nur auf die Erlöse im jeweiligen Konzessionsgebiet oder auf alle Erlöse eines Versorgungsunternehmens abzustellen? Auf welche Erlöse und Ausgangswerte ist beim Zusammenschluss von Versorgungsunternehmen abzustellen?

Gängig ist derzeit noch das Abstellen auf das mit dem Netzbetreiber verbundene Versorgungsunternehmen, das derzeit in der Regel auch Grundversorger sein wird. Denkbar wäre auch die vertragliche Verpflichtung der Lieferanten, die Durchschnittserlöse mit einem Wirtschaftsprüfer-Gutachten nachzuweisen. Sämtliche Ansätze werfen allerdings Schwierigkeiten hinsichtlich Handhabung, Kostentragung, Diskriminierung, Datenschutz etc. auf.

Als praktische Lösung wird teilweise der Weg gewählt, den vom Statistischen Bundesamt ermittelten Durchschnittserlös unverändert als Grenzpreis zu übernehmen, obwohl dies mit dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung nicht übereinstimmt, andernfalls die Regelung jedoch für den (Standard-)Fall eines ordnungsgemäß nach den Regelungen des EnWG entflochtenen Energieversorgungsunternehmens nicht mehr anwendbar wäre.

Zulässig ist im Übrigen die Vereinbarung höherer Grenzpreise und niedrigerer Grenz mengen zwischen Gemeinde und Konzessionsnehmer.

## **7.10 Konzessionsabgabe in Durchleitungsfällen**

### **7.10.1 Anwendung des § 2 Abs. 6 KAV**

Liefern Dritte im Wege der Durchleitung Strom oder Gas an Letztverbraucher, so können nach § 2 Abs. 6 KAV 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.

Ziel des Ordnungsgebers war die wettbewerbsneutrale Ausgestaltung der Konzessionsabgabe. Ausweislich der Gesetzesbegründung sichert die Vorschrift die Gleichbehandlung der Netznutzer im Konzessionsabgabenrecht.<sup>142</sup>

Im Strombereich bestehen bei der Bestimmung der vergleichbaren Fälle kaum Schwierigkeiten, da unabhängig von der obigen Differenzierung in § 1 KAV durch die weitere Sondervorschrift des § 2 Abs. 7 KAV über eine Verbrauchs- und Leistungsgrenze fingiert wird, wer Tarif- bzw. Sonderkunde ist.<sup>143</sup>

Bei Gas gibt es eine solche Fiktion hingegen nicht, weshalb der Anwendung des § 2 Abs. 6 KAV erhebliche Bedeutung zukommt. Nachfolgende Ausführungen sind daher insbesondere im Zusammenhang mit der Gasversorgung zu betrachten.

Der grundlegenden Systematik der KAV zufolge kann nur der Grundversorger (in der Praxis häufig „verbundener Lieferant“ im Sinne des § 2 Abs. 6 KAV) Tarifkunden im Sinne des § 36

---

<sup>142</sup> Morell, S. 104 ff.

<sup>143</sup> Vgl. Kapitel 7.4.1.

EnWG haben. Jeder andere Lieferant (i. d. R. der „durchleitende Dritte“) kann demzufolge ausschließlich Sondervertragskunden haben. Unabhängig davon kann aber selbstverständlich auch der Grundversorger Sonderverträge mit jedem beliebigen Haushaltskunden abschließen (§ 41 EnWG).

Grundsätzlich wäre hieraus die Konsequenz zu ziehen, dass dem durchleitenden Lieferanten durch den Netzbetreiber immer nur die Konzessionsabgabe für Sondervertragskunden in Rechnung gestellt werden kann. Dies entspricht auch der Auffassung des Bundeskartellamtes.<sup>144</sup>

Diese Position des Bundeskartellamtes könnte aber im Widerspruch zum Zweck und zur Systematik des § 2 Abs. 6 KAV stehen. Denn Sinn und Zweck des § 2 Abs. 6 KAV sind eben nicht nur, dass durchleitende Energieversorger nicht schlechter gestellt werden dürfen, sondern auch die Verhinderung der wettbewerblichen Benachteiligung des integrierten Unternehmens oder der mit dem Konzessionär verbundenen oder assoziierten Lieferanten. Daher stellt § 2 Abs. 6 KAV systematisch auf den vertrieblichen Vergleich ab und beschränkt sich nicht nur auf die reine Betrachtung der Vertragsart.<sup>145</sup>

Dies zugrunde gelegt hat der Drittversorger nicht in jedem Fall ausschließlich die niedrigere Sondervertrags-Konzessionsabgabe zu zahlen. Eine „Durchtarifizierung“ anhand der Haushaltskundendefinition nach EnWG ist nicht grundsätzlich unzulässig.<sup>146</sup> Unter Anwendung des § 2 Abs. 6 KAV würde dann die Tarif-Konzessionsabgabe auch für den Drittversorger gelten. Allerdings nur, wenn der Netzbetreiber als Lieferant oder das mit ihm verbundene oder assoziierte Lieferunternehmen die Durchtarifizierung konsequent durchführt, das heißt, z. B. der Kundengruppe Haushaltskunden ausschließlich Tarifverträge anbietet. Sollte das Merkmal der Ausschließlichkeit nicht gegeben sein, wäre für den Drittversorger die niedrigere Sondervertrags-Konzessionsabgabe maßgeblich.

Gegen die Zulässigkeit der Durchtarifizierung spricht nach Auffassung des Bundeskartellamtes, dass die Erhebung der hohen oder mittleren Konzessionsabgabe von einem Drittversorger grundsätzlich gegen § 19 GWB verstoße. Dies gelte jedenfalls für kommunal beherrschte Versorgungsunternehmen. Das ist umstritten und liegt zur Zeit dem OLG Düsseldorf zur Entscheidung vor.<sup>147</sup> Das Bundeskartellamt argumentiert in seinen bisherigen Beschlüssen<sup>148</sup>, dass kommunal beherrschte Unternehmen das Konzessionsabgabenvolumen durch eine „Margenverschiebung“ erhöhen können. Dem kommunalen Gesellschafter könne es letztlich gleich sein, ob er die Gewinne im Wege der hohen oder mittleren Konzessionsabgabe bekommt oder aber durch eine „normale“ Gewinnausschüttung. Der durchleitende Versorger müsste jedoch die höhere Konzessionsabgabe vollständig aus seiner Marge finanzieren. Die Argumentation des Bundeskartellamtes sollte daher bei der Prüfung jedes Einzelfalles – sei es nur aus Vorsichtsgründen – mit bedacht werden.

---

<sup>144</sup> BKartA WuW DE-V, S. 1803; BKartA-Beschluss vom 17.09.2009 zu B 10 – 74/08; unterstützend Lecheler, WuW 2009, S. 1249, Rosin/Semmler/Hermeier, ET 2010, Heft 9, S. 88.

<sup>145</sup> So auch i. E. LG München I, IR 2006, S. 89.

<sup>146</sup> Davon geht auch LG München I, IR 2006, S. 89 aus; ebenso Tittel/Otto, RdE 2009, S. 368.

<sup>147</sup> Az. VI-2 Kart 10/09 (V).

<sup>148</sup> BKartA, WuW DE-V, S. 1729; BKartA, WuW DE-V, S. 1803; BKartA-Beschluss vom 17.09.2009 zu B 10 – 74/08.

Bemerkenswert ist die Anwendung des § 2 Abs. 6 KAV in den Fällen, in denen der liefernde Netzbetreiber oder das mit dem Netzbetreiber verbundene oder assoziierte Lieferunternehmen nicht Grundversorger ist.



Unter konsequenter Anwendung des § 2 Abs. 6 KAV ist im Versorgungsverhältnis zwischen Drittlieferant (Grundversorger) und seinem Kunden für alle Vertragsarten auch lediglich die niedrige Sondervertrags-Konzessionsabgabe zu zahlen. Denn für den Vertrieb des Stadtwerks ist allein die Sondervertrags-Konzessionsabgabe maßgeblich, weil er keine Grundversorgungsverträge (= hohe oder mittlere Konzessionsabgabe) anbieten darf.

### 7.10.2 Mengengrenzen in Gas-Konzessionsverträgen

In der Vergangenheit war es Praxis bei den Versorgungsunternehmen, gelegentlich in den Gas-Konzessionsverträgen mit der Kommune mengenmäßige Begrenzungen zu vereinbaren, bis zu denen der Grundversorger seinen Kunden ausschließlich Tarifverträge anbieten darf. Erst bei Überschreitung dieser Mengen dürfte der Grundversorger seinen Kunden auch Sonderverträge anbieten bzw. es sollte unabhängig von der Vertragsart entweder die hohe oder mittlere bzw. die niedrige Konzessionsabgabe gezahlt werden.

Das Bundeskartellamt hat diese Praxis aufgegriffen<sup>149</sup> und ist im Ergebnis zu der Auffassung gelangt, dass in Konzessionsverträgen zwischen Konzessionär und Kommune keine Fiktion der Tarifkundeneigenschaft durch eine Mengengrenze vereinbart werden darf. Durch eine solche Fiktion könnten gesetzlich als Sonderkunden definierte Kunden gemäß § 1 Abs. 4 KAV vertraglich als Tarifkunden mit der entsprechenden höheren Konzessionsabgabe fingiert werden, was zu einer verordnungsrechtlich unzulässigen Überschreitung der Höchstsatzbegrenzung führen würde. Dieser Auffassung ist, obwohl das Bundeskartellamt nur Fälle mit

<sup>149</sup> BKartA, WuW DE-V, S. 1729; BKartA, WuW DE-V, S. 1803; BKartA-Beschluss vom 17.09.2009 zu B 10 – 74/08.

sehr hohen Mengen- bzw. Leistungsgrenzen aufgegriffen hat, im Ergebnis aus rechtssystematischen Gründen zuzustimmen.

Wegenutzungsverträge können aufgrund der strikten Trennung von Netz und Vertrieb gemäß §§ 3 ff. EnWG keine derartigen Vorgaben machen. Die konzessionsabgabenrechtliche Einstufung eines belieferten Kunden richtet sich nicht danach, wie ein Konzessionär und/oder eine Konzessionsgemeinde dies betrachten, sondern allein danach, welches tatsächliche Lieferverhältnis er mit seinem Versorger unterhält.<sup>150</sup>

Entgegenstehende Regelungen zur Einstufung von Kunden als Tarifkunden, die das Konzessionsabgaben-Aufkommen beeinflussen sollen, sind, da es sich bei der Höchstpreisbestimmung der KAV um ein Verbotsgesetz handelt, nach § 134 BGB nichtig. Bislang gibt es keine gerichtlichen Entscheidungen, welche Auswirkungen eine Teilnichtigkeit auf den Gesamtvertrag hat. In der Literatur wird vertreten, dass jedenfalls bei neueren Verträgen der Konzessionsvertrag in Gänze nichtig ist.<sup>151</sup>

**Praxishinweis:**

Vereinbarungen über Mengengrenzen oder sonstige vertriebliche Regelungen in Gas-Konzessionsverträgen sind unzulässig. Bei Altverträgen ist eine rechtskonforme Auslegung anzustreben.

**7.11 Zulässige und unzulässige Nebenleistungen**

In § 3 KAV sind die Nebenleistungen, die ein Konzessionär mit einer konzessionsgebenden Gemeinde neben oder anstelle der Konzessionsabgaben vereinbaren oder ihr gewähren darf, abschließend aufgeführt. Der Leistungsbegriff ist in der KAV nicht definiert.

Die Nebenleistungen sind für den Wettbewerb um Konzessionen von besonderer Bedeutung, weil sich hier im Gegensatz zu den fest vorgegebenen Grenzen für die Höhe der zu zahlenden Konzessionsabgaben viel eher die Möglichkeit zur Unterscheidung von Mitbewerbern bietet.

Das Höchstpreisrecht bzw. das Nebenleistungsverbot des § 3 KAV sind auch bei Beteiligungsmodellen zu beachten. Insbesondere muss der kommunale Partner das übliche unternehmerische Risiko übernehmen. Eine weitgehende Freistellung von diesen Risiken stellt einen Verstoß gegen § 3 KAV dar.

---

<sup>150</sup> Höch/Kalwa, ZNER 2009, 361; a.A. Kühne, RdE 2010, 6.

<sup>151</sup> Rosin/Semmler/Hermeier, ET 2010, Heft 9, S. 88.

**Praxishinweis:**

Verstöße gegen das Nebenleistungsverbot und das Höchstpreisrecht führen in der Regel zur Unwirksamkeit nicht nur der „überschießenden“ Abrede, sondern des ganzen Konzessionsvertrags.<sup>152</sup> Denn mit den überschießenden Anteilen dürfte es erst gelungen sein, den Konzessionsvertrag zu erlangen, was bei Teilnichtigkeit sanktionslos bliebe. Im Übrigen sollten die Beteiligten die etwaigen strafrechtlichen Konsequenzen (vgl. §§ 332 bis 336 StGB) nicht übersehen.<sup>153</sup>

### **7.11.1 Zulässige Nebenleistungen**

Zulässig sind nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 3 Abs. 1 Satz 1 KAV lediglich folgende Nebenleistungen:

#### **7.11.1.1 Kommunalrabatte**

Der Konzessionär darf der Gemeinde „Preisnachlässe für den in Niederspannung oder in Niederdruck abgerechneten Eigenverbrauch der Gemeinde bis zu zehn vom Hundert des Rechnungsbetrages für den Netzzugang gewähren, sofern diese Preisnachlässe in der Rechnung offen ausgewiesen werden“.

Anders als noch vor der Änderung der KAV im Rahmen der Liberalisierung des Energiemarktes darf der Gemeinderabatt nicht mehr auf die verbrauchte Energie, sondern nur noch auf die darauf entfallenden Netzentgelte gewährt werden. Diese Änderung der KAV ist folgerichtig, da der Netzbetreiber (auch in vertikal integrierten Unternehmen, die nicht gesellschaftsrechtlich entflochten sind) getrennt vom Energievertrieb zu betrachten ist. Insofern besteht keine inhaltliche Verknüpfung zu der Lieferung von Energie über das konzessionsvertragsgegenständliche Energieversorgungsnetz.

Die Rabattierung bezieht sich auf sämtliche Bestandteile der vom Konzessionär erhobenen Entgelte für den Netzzugang in Niederspannung und -druck im Sinne der §§ 21, 23 a EnWG in Verbindung mit § 17 ARegV und § 17 StromNEV sowie § 15 GasNEV. Mögliche Komponenten der Rabattierung sind z. B: Leistungspreis, Arbeitspreis sowie die Entgelte für den Messstellenbetrieb, die Messung und die Abrechnung.

Begünstigter der Rabattregelung ist nach dem Wortlaut nur die Gemeinde. Hieraus wird jedoch einvernehmlich abgeleitet, dass noch Eigenbetriebe und eigenbetriebsähnliche Einrichtungen erfasst sind.<sup>154</sup> Hinzu kommen aufgrund einer gewissen Beliebigkeit der Rechtsform auch Eigengesellschaften, vor allem die GmbH, wenn sie sich zu 100 % in kommunalem Eigentum befinden und einen nicht-wirtschaftlichen Betrieb, wie etwa nach § 107 der Nordrhein-Westfälischen Gemeindeordnung oder § 101 Abs. 4 der Schleswig-Holsteinischen Gemeindeordnung, führen.<sup>155</sup> Denn wenn der Kommune nicht die „Flucht ins Privatrecht“ hilft,

---

<sup>152</sup> Vgl. Rosin/Semmler/Hermeier, ET 2010, Heft 9, S. 88.

<sup>153</sup> Kermel/Brucker/Baumann, S. 216.

<sup>154</sup> Kermel/Brucker/Baumann, S. 203.

<sup>155</sup> Weitergehend OLG Frankfurt/Main, RdE 2008, S. 146; a. A. Kermel/Brucker/Baumann, S. 203 f., die keinerlei Rabatt an Eigengesellschaften zulassen.

um öffentlich-rechtlichen Restriktionen zu entkommen, dann darf die Wahl einer privaten Rechtsform unter den geschilderten Bedingungen auch nicht schädlich sein.

### **7.11.1.2 Kostenerstattung für Bau- und Unterhaltungsmaßnahmen**

Es ist möglich, eine Kostenerstattung für Bau- und Unterhaltungsmaßnahmen zu vereinbaren, die in Folge der Inanspruchnahme der öffentlichen Verkehrswege in der Gemeinde durch den Konzessionär entstehen und somit indirekt zu einer Belastung der Gemeinde führen. Hierbei handelt es sich um die klassischen Folgekosten.<sup>156</sup>

So können z.B. besondere Sicherungen der Versorgungsanlagen bei Baumaßnahmen der Gemeinde erforderlich werden. Diese Kosten werden zurechenbar durch die Inanspruchnahme der öffentlichen Verkehrswege durch den Konzessionär verursacht und sollen daher nach dem Willen des Gesetzgebers auch von diesem getragen werden können, um die Gemeinde und damit die Allgemeinheit von diesen Kosten zu entlasten.

Allgemein ist die Erstattungsmöglichkeit allerdings begrenzt auf die „notwendigen“ Kosten.<sup>157</sup>

### **7.11.1.3 Verwaltungskostenbeiträge**

Soweit die Gemeinde über die bloße passive Zurverfügungstellung der Wegenutzungsrechte auch aktive Leistungen erbringt, ist eine Kostenbeteiligung des Konzessionärs möglich. Die KAV sieht hier sog. Verwaltungskostenbeiträge der Versorgungsunternehmen für Leistungen, die die Gemeinde auf Verlangen oder im Einvernehmen mit dem Versorgungsunternehmen zu seinem Vorteil erbringt, vor. Hierbei muss allerdings ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem Netzbetrieb und der von der Gemeinde erbrachten Leistung bestehen.

#### **Praxishinweis:**

Leistungen der Verwaltung im Zusammenhang mit der Straßennutzung sind bereits mit der Konzessionsabgabe abgegolten und dürfen daher nicht zusätzlich vereinbart bzw. gezahlt werden.<sup>158</sup>

Eine Gebührensatzung oder Ähnliches ist nicht erforderlich. Denn bestünde eine solche Rechtsgrundlage, müsste der Konzessionär auch ohne konzessionsvertragliche Regelung die Gebühren zahlen; Beispiel: Öffentliche Beglaubigungen von Unterlagen.

Die von der Gemeinde erbrachten Leistungen sind konkret und unter genauer Aufschlüsselung abzurechnen. Die Vereinbarung und Zahlung einer Pauschalvergütung ist nicht zulässig.<sup>159</sup>

### **7.11.2 Unzulässige Nebenleistungen**

In § 3 Abs. 2 KAV werden ausdrücklich nochmals beispielhaft Leistungen aufgeführt, die nicht erbracht werden dürfen. Es handelt sich um nicht-abschließende Regelbeispiele.

---

<sup>156</sup> Kermel/Brucker/Baumann, S. 207.

<sup>157</sup> Vgl. Kapitel 5.3.

<sup>158</sup> Kermel/Brucker/Baumann, S. 214 m. w. N.

<sup>159</sup> Kermel/Brucker/Baumann, S. 214.

### **7.11.2.1 Finanz- oder Sachleistungen**

Nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV dürfen keine Finanz- oder Sachleistungen unentgeltlich oder zu einem Vorzugspreis gewährt werden. Dies bedeutet umgekehrt, dass derartige Leistungen, soweit sie Drittvergleichskonditionen standhalten, KAV-rechtlich zulässig sind (z. B. entgeltlicher Erwerb und/oder anschließender Betrieb von kommunalen Straßenbeleuchtungsanlagen).

Ausgenommen von den Verboten des § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV sind zum einen Leistungen der Versorgungsunternehmen bei der Aufstellung kommunaler oder regionaler Energiekonzepte; diese dürfen sowohl bei Abschluss des Konzessionsvertrags erbracht bzw. vereinbart werden als auch sämtliche Energiearten (also nicht nur die konzessionierte Energieart)<sup>160</sup> umfassen. Zum anderen sind (investive) Maßnahmen zulässig, die dem rationalen und sparsamen sowie ressourcenschonenden Umgang mit der - allerdings nur vertraglich vereinbarten - Energieart dienen, wobei derartige Investitionen nicht im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung mit Konzessionsverträgen gezahlt oder vereinbart werden dürfen. Das bedeutet, dass im Zusammenhang mit dem Abschluss von Konzessionsverträgen zwar die Erstellung von Energiekonzepten vom Konzessionär zugesagt werden darf, nicht aber konkrete investive Maßnahmen zur Umsetzung dieser Konzepte.

### **7.11.2.2 Übertragung von Versorgungseinrichtungen**

§ 3 Abs. 2 Nr. 2 KAV verbietet die Übertragung von Versorgungseinrichtungen ohne angemessenes wirtschaftliches Entgelt. Dieser Grundsatz findet sich zumeist als allgemeine Regelung in den Endschaftsbestimmungen der Konzessionsverträge wieder. Was genau ein angemessenes wirtschaftliches Entgelt ist, lässt sich wiederum nur im Einzelfall überprüfen. Die Lösung wird hier im Spannungsfeld „Sachzeitwert – Ertragswert“ zu suchen sein.<sup>161</sup> Generell stimmt die Regelung aber mit der Vorschrift in § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV überein, dass der Gemeinde keine Sachleistungen unentgeltlich oder zum Vorzugspreis gewährt werden dürfen.

### **7.12 Konzessionsabgabe bei Arealnetzen**

Auch in Arealnetzen ist die Konzessionsabgabe zählpunktscharf zu vereinnahmen. Dies verhindert bei Abnahmestellen < 30.000 kWh/a Kostenvorteile bei „Netzbündelungen“. Dabei ist zunächst grundsätzlich die hohe Konzessionsabgabe einzufordern. Eine niedrigere Konzessionsabgabe kann vom Netznutzer nur gegen Nachweis eingefordert werden, der in geeigneter Weise zu erbringen ist. Problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass nicht alle Letztverbraucher in einem Arealnetz als solche bekannt sind. Dies geht jedoch zu Lasten des nachweispflichtigen Netznutzers, der ggf. für den Gesamtbezug für das Arealnetz aus dem öffentlichen Netz Tarifikunden-Konzessionsabgabe zahlen muss, bis er den Nachweis für die Inanspruchnahme niedriger Konzessionsabgaben-Sätze erbracht hat.

---

<sup>160</sup> Dies übersieht Kermel/Brucker/Baumann, S. 217, der verkennt, dass z. B. reine Stromkonzepte ohne Berücksichtigung etwa von Erdgas oder auch Fernwärme weitgehend sinnentleert wären. Wie hier Immesberger, § 3 KAV Rn. 18.

<sup>161</sup> Vgl. Kapitel 6.2.2.

Es ist Sache des Netzbetreibers, ggf. durch Standard-Verpflichtungen in seinen Netzanschlussverträgen die Anschlussnehmer zu verpflichten, derartige Weiterleitungen mitzuteilen. Es dürfte dem Netzbetreiber jedoch nicht zuzumuten sein, die Anschlüsse in seinem Netz auf derartige Konstellationen zu überprüfen, soweit kein besonderer Anhaltspunkt vorliegt.

### **7.13 Konzessionsabgaben für Energietankstellen**

Automobile, die statt mit Benzin mit Erdgas oder Strom (Energie) angetrieben werden, müssen nach Verbrauch der Energie an Zapfsäulen/Ladestationen (Energietankstellen) wieder aufgetankt bzw. aufgeladen werden. Die Versorgung der Energietankstellen erfolgt in aller Regel über Leitungen des örtlichen Verteilnetzbetreibers. Es stellt sich die Frage, ob der Betrieb der Tankstelle und die Belieferung der Tankkunden eine Pflicht zur Zahlung von Konzessionsabgaben auslöst. Der Gesetzgeber hat bei der Novellierung des Energiewirtschaftsgesetzes 2005/06 die Problematik der Erhebung von Konzessionsabgaben bei Energietankstellen nicht gesehen. Die Praxis der Erhebung und Zahlung der Konzessionsabgabe ist, soweit ersichtlich, nicht einheitlich. Hintergrund ist die unterschiedliche Auslegung des Letztverbraucher- und des Leitungsbegriffs sowie des Unmittelbarkeitserfordernisses in §§ 48 Abs. 1 EnWG und 2 Abs. 8 KAV. Nach einem Gutachten soll eine Konzessionsabgabe-Pflicht nicht bestehen.<sup>162</sup> Die Rezeption des Gutachtens in Literatur und Rechtsprechung bleibt abzuwarten.

## **8. Steuerrechtliche Behandlung von Konzessionsabgaben**

Die steuerrechtliche Beurteilung der Konzessionsabgaben kann stark von der Rechtsform der beteiligten Steuerrechtssubjekte abhängen.

### **8.1 Konzessionsabgaben und verdeckte Gewinnausschüttung**

Konzessionsabgaben sind grundsätzlich als Betriebsausgaben abziehbar. Ist jedoch die Gemeinde als Empfänger der Konzessionsabgaben zugleich an dem Versorgungsunternehmen gesellschaftsrechtlich beteiligt, dürfen die Konzessionsabgaben nur als Betriebsausgaben abgezogen werden, soweit keine verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) vorliegt.

Maßgeblich für die steuerliche Abzugsfähigkeit von Konzessionsabgaben in Beteiligungsfällen und zugleich abgrenzend zum Institut einer verdeckten Gewinnausschüttung sind die BMF-Schreiben vom 09.02.1998<sup>163</sup> und vom 27.09.2002<sup>164</sup>.

Konzessionsabgaben sind in Beteiligungsfällen nur insoweit als Betriebsausgaben ohne Hinzuziehung einer verdeckten Gewinnausschüttung abziehbar, als die nach KAV bzw. KAE festgelegten preisrechtlichen Höchstsätze nicht überschritten werden und soweit dem Betrieb nach Abzug der Abgabe ein angemessener handelsrechtlicher Gewinn verbleibt (sog. „Mindestgewinn“ oder auch „Mindesthandelsbilanzgewinn“). So wird darauf abgestellt, dass im Veranlagungsjahr des Abzugs der Konzessionsabgabe und den darauf folgenden fünf Jahren im Durchschnitt ein Mindestgewinn von 1,5 % des eigenen oder angemieteten Sachanlage-

---

<sup>162</sup> Kühne, RdE 2010, 273.

<sup>163</sup> BMF-Schreiben, BStBl I 1998, S. 209.

<sup>164</sup> BMF, Schreiben, BStBl I 2002, S. 940.

vermögens erzielt wird; dabei ist auf das Sachanlagevermögen<sup>165</sup> abzustellen, das am Anfang des jeweiligen Wirtschaftsjahres in der Handelsbilanz ausgewiesen ist.

Eine verdeckte Gewinnausschüttung ist dagegen anzunehmen, wenn in dem Veranlagungszeitraum des Abzugs der Konzessionsabgabe und den folgenden fünf Jahren ein angemessener Gesamtgewinn nicht erreicht wird. Ein angemessener Gesamtgewinn wird nicht erreicht, wenn innerhalb dieses Zeitraums im Durchschnitt der Mindestgewinn unterschritten wird. Die Konzessionsabgabe wird in diesen Fällen in dem jeweiligen Veranlagungszeitraum nur insoweit anerkannt, als der Mindestgewinn dieses Veranlagungszeitraums nicht unterschritten wird. Die Finanzverwaltung hat folglich Anweisungen erlassen, dass in diesen Fällen und in diesen Punkten die Veranlagungen zunächst vorläufig durchzuführen sind.

Das in diesem Zusammenhang oftmals erwähnte BFH-Urteil<sup>166</sup> hilft den Versorgungsunternehmen mit kommunaler Beteiligung an dieser Stelle nur bedingt weiter. Gemäß Sachverhalt hatte eine Versorgungs-GmbH der Stadt ihren Betrieb von einem fremden Versorger übernommen, der seinerseits die höchstzulässige Konzessionsabgabe an die Stadt gezahlt hatte. Nach den Feststellungen der - für die Beurteilung der Angemessenheit zuständigen - Vorinstanz hätte die Stadt auch bei einem anderen Versorgungsbetrieb die höchstzulässigen Konzessionsabgabe durchsetzen können.<sup>167</sup> Darüber hinaus waren durch den Erwerb des Versorgungsbetriebs sehr hohe Aufwendungen entstanden, mit der Folge, dass das Ergebnis, insbesondere in der Anlaufphase, durch Abschreibungen und Zinsen belastet wurde. In dieser Situation hätte nach der Würdigung des FG Baden-Württemberg auch der ordentliche und gewissenhafte Geschäftsleiter die Zahlung der höchstzulässigen Konzessionsabgabe akzeptiert, obwohl die Versorgungs-GmbH wegen der hohen Investitionen vorübergehend Verluste erlitt. Der BFH entschied daher, dass - jedenfalls während einer Anlaufphase - die Erzielung eines Mindestgewinns nicht erforderlich ist.

In den Streitjahren 1992 bis 1996, die diesem BFH-Urteil zugrunde liegen, galt noch das BMF-Schreiben vom 30.03.1994<sup>168</sup>, das ab Veranlagungszeitraum 1998 durch das vorgenannte BMF-Schreiben vom 09.02.1998<sup>169</sup> ersetzt wurde. Nach diesem „alten“ BMF-Schreiben war nach den Grundsätzen des Fremdvergleichs - ohne Vorgabe einer mehrjährigen „internen Betriebsschau“ - zu prüfen, ob eine vGA vorliegt. Anhand der Sachlage - siehe Sachverhaltsdarlegung im Urteil - sah der BFH es als erwiesen an, dass auch ohne Einhaltung des Mindestgewinns eine Konzessionsabgabe gezahlt werden konnte; Anhaltspunkte für das Vorliegen einer vGA konnte er nicht erkennen.

Zahlt ein Versorgungsunternehmen an eine Gemeinde, die weder unmittelbar noch mittelbar am Stamm- oder Grundkapital dieses Unternehmens beteiligt ist (= fremder Dritter), Konzessionsabgaben nach den in der KAV bzw. KAE festgelegten preisrechtlichen Höchstsätzen,

---

<sup>165</sup> Zum Sachanlagevermögen im Sinne des BMF-Schreibens vom 09.02.1998, Ziffer III 4., gehören nicht das auf Lager befindliche und zum späteren Einbau in Sachanlagen bestimmte Installationsmaterial sowie Baukostenzuschüsse, die für die Errichtung von Trafo-Stationen, Zuleitungen u. ä. geleistet und in der Bilanz des Versorgungsbetriebs aktiviert worden sind.

<sup>166</sup> BFH, BFH/NV 2005, S. 1941.

<sup>167</sup> FG Baden-Württemberg, StE 4/2004, S. 103.

<sup>168</sup> BMF-Schreiben, BStBl I 1994 S. 264

<sup>169</sup> BMF-Schreiben, BStBl I 1998, S. 209.

werden die gezahlten Beträge unabhängig von der Ertragskraft der Konzessionsnehmerin in voller Höhe als abzugsfähige Betriebsausgaben anerkannt.

Vor dem Hintergrund dieser ungleichen Behandlung haben sich die Versorgungsfachverbände in 2008 bislang ergebnislos an das BMF mit der Bitte gewandt, die steuerliche Mindestgewinnregelung mit der pauschalen Regelung des typisierten Fremdvergleichs aufzuheben und stattdessen für die Frage der steuerlichen Abzugsfähigkeiten der Konzessionsabgabe, entsprechend auf die allgemeinen steuerrechtlichen Grundsätze des Fremdvergleichs, im Einzelfall abzustellen. Dabei wird zu klären sein, ob nicht direkt auf die in der KAV bzw. KAE normierte Erhebung der dort genannten höchstzulässigen Konzessionsabgaben mit grundsätzlicher Akzeptanz auch für steuerliche Zwecke abgestellt werden kann.

Die derzeit in den steuerlichen Betriebsprüfungen geführten Diskussionen über die Behandlung von Konzessionsabgabenzahlungen an Gesellschafterkommunen aufgrund von Durchleitungsfällen ohne vertragliche Regelung ist mit dem BMF-Schreiben vom 16.02.2009<sup>170</sup> an die Versorgungsfachverbände noch nicht beendet.

Das BMF teilte den Versorgungsfachverbänden in diesem Schreiben und in Abstimmung mit den obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder mit, dass anhand des jeweiligen Einzelfalls zu prüfen sei, ob die Durchleitungsfälle vom Vertragsinhalt umfasst sind. Das BMF führt sodann wörtlich weiter aus:

Aus dem BMF Schreiben vom 16.02.2009:

*„Dabei kann die Prüfung im Einzelfall ergeben, dass der Konzessionsvertrag dahingehend auszulegen ist, dass die Durchleitungsfälle auch ohne ausdrückliche schriftliche Anpassung Vertragsinhalt geworden sind und eine verdeckte Gewinnausschüttung durch das Energieversorgungsunternehmen an den beherrschenden Gesellschafter zu verneinen ist.“*

Das BMF räumt selbst ein, dass eine generelle Regelung in dieser Frage nicht möglich sei; vielmehr wolle das BMF durch sein o. g. Schreiben mit dazu beitragen, dass eine pragmatische Lösung zwischen Betriebsprüfung und Steuerpflichtigem gefunden werde. Zumindest in Sachsen ist abweichend vom BMF-Schreiben erkennbar, eine vGA anzunehmen, wenn eine ausdrückliche vertragliche Regelung zu den Durchleitungsmengen nicht besteht. In einem Schreiben des Sächsischen Staatsministeriums der Finanzen an die OFD Chemnitz vom 05.05.2009<sup>171</sup> wird hierzu ausgeführt, dass eine ergänzende Vertragsauslegung mithin zumindest dann zweifelhaft sei, wenn sich aus dem Vertragstext kein Hinweis ergebe, nach der die Durchleitungsfälle erfasst sein sollen, und dies auch vor einem Hintergrund zu würdigen sei, dass in einigen Fällen anderorts Vertragsanpassungen tatsächlich aufgrund der Änderungen in der KAV stattgefunden haben.

<sup>170</sup> BMF-Schreiben vom 16.02.2009 an den BDEW, IV C7 S2744/07/10001, Schreiben liegt in der BDEW-Geschäftsstelle vor.

<sup>171</sup> Sächsisches Staatsministerium der Finanzen vom 05.05.2009, 33-S-2744/S-1/18-19192, Schreiben liegt in der BDEW-Geschäftsstelle vor.

Im Rahmen dieser Prüfung des fiktiven Fremdvergleiches muss auch die wettbewerbsrechtliche Würdigung des Bundeskartellamts (vgl. hierzu oben unter Kap. 7.10) gewürdigt werden, da eine verdeckte Gewinnausschüttung wohl dann anzunehmen ist, wenn die Konzessionsabgaben nach Prüfung durch Kartellbehörden als überhöht beurteilt werden, weil anstelle von steuerpflichtigen Netznutzungsentgelten die kommunalen Anteilseigner für sie fiskalisch günstigere Konzessionsabgaben vereinbart haben.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang ebenfalls auf das Urteil des FG Baden-Württemberg vom 16.02.2009, nach dem für Zwecke der Mindestgewinnermittlung bei Eigenbetrieben ggf. eine Spartenrechnung erstellt werden muss und die Quersubventionierung von Konzessionsabgaben (z. B. durch Gewinne in der Stromsparte für Konzessionen im Wasserbereich) zu steuerlichen verdeckten Gewinnausschüttungen führen kann.<sup>172</sup> Dies gilt auch für Nachzahlungen von Konzessionsabgaben, die in Vorjahren aufgrund der Anwendung der Mindestgewinnregelung nicht gezahlt wurden und aufgrund von Veränderungen der Unternehmensstruktur in späteren Jahren nachgezahlt werden.

## **8.2 Gewerbesteuerliche Behandlung von Konzessionsabgaben**

Mit Inkrafttreten des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008 wurden insbesondere die bisherigen Regelungen in § 8 Nrn. 1 bis 3 und 7 GewStG a. F. zur Hinzurechnung von Entgelten durch die Regelungen in § 8 Nr. 1 GewStG ersetzt.

Im neuen § 8 Nr. 1 Buchstabe f) Satz 1 GewStG werden insgesamt 6,25 % (25 % von 25 %) der Aufwendungen für die zeitlich befristete Überlassung von Rechten (insbesondere Konzessionen und Lizenzen, mit Ausnahme von Lizenzen, die ausschließlich dazu berechtigen, daraus abgeleitete Rechte Dritten zu überlassen) dem Gewerbeertrag hinzugerechnet. Mit der Hinzurechnung dieser Aufwendungen im Umfang von 6,25 % will der Gesetzgeber den - unterstellten - Finanzierungsanteil in diesen Aufwendungen der Gewerbesteuer unterwerfen.

Die Finanzverwaltung verfolgte mit der Neufassung des GewStG primär die Absicht, Konzessionen und Lizenzen im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs, nicht aber solche mit „Konzessionen“ in der Versorgungswirtschaft umschriebene Nutzungsverhältnisse, erstmals mit Gewerbesteuer zu belasten. Als sie jedoch im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens die Ausweitung des Besteuerungsumfangs bemerkte, unterblieb eine diese Nutzungsverhältnisse von der Hinzurechnungsvorschrift ausnehmende Umformulierung, so dass der ursprüngliche, generalisierende Wortlaut im Gesetz verblieb.<sup>173</sup> Der Gesetzgeber hielt die Einwände der Versorgungsfachverbände gegen das Besteuerungsvorhaben, dass es sich bei der Konzessionsabgabe um faktisch unvermeidbare Zwangsabgaben handele und der Gesetzgeber in die autonome Kommunalfinanzierung mit der Besteuerung von Konzessionsabgaben eingreife, nicht für ausreichend genug, um die Konzessionsabgaben aus dieser neuen Belastungsverpflichtung herauszunehmen.

---

<sup>172</sup> Urteil des FG Baden-Württemberg vom 16.02.2009, Az 6 K 179/05, bislang noch nicht rechtskräftig, da anhängig beim BFH, Az I R 28/09.

<sup>173</sup> Vgl. Gleichlautende Erlasse der Obersten Finanzbehörden der Länder vom 04.07.2008, Tz 35, BStBl I S. 730.

Abhängig von der Art der gewählten Unbundlingstruktur (Eigentums- vs. Pachtmodell) und dem zivilrechtlichen Schuldverhältnis bezüglich der Konzessionsabgabe kann es zu einer mehrfachen Hinzurechnung beim Verteilnetzbetreiber und beim Netzeigentümer kommen. Dies ist der Fall, wenn der Verteilnetzbetreiber auf der Basis der vertraglichen Vereinbarungen zwar die Konzessionsabgabe vereinnahmt, diese aber in voller Höhe an den Netzeigentümer als Konzessionsinhaber weiterleiten muss und weder auf Basis der Verträge die Buchung eines echten „durchlaufenden“ Postens beim Verteilnetzbetreiber möglich ist noch eine ertragsteuerliche Organschaft zwischen Netzeigentümer und Verteilnetzbetreiber vorliegt.

## **9. Zusammenfassung und Ausblick**

Im Ergebnis ist festzustellen, dass die Problematik des Auslaufens und Neuabschlusses der Konzessionsverträge die Branche in den nächsten Jahren noch intensiv beschäftigen wird. Wie aufgezeigt, ist das Thema sehr komplex: Es gilt nicht nur, die inhaltlichen Fragen zu den Regelungen im EnWG, in der KAV sowie zu Fragen des Netzübergangs und der Netzbewertung bis hin zum Steuerrecht zu beherrschen; die Unternehmen sehen sich im Wettbewerb um Konzessionen auch mit den Anforderungen der „Kundengruppe Kommunen“ an einen modernen Netzbetrieb konfrontiert. Wichtig für die Energieversorger, gleichgültig ob sie Inhaber einer Konzession oder als Bewerber um eine Konzession agieren, ist es, die Chancen und Risiken dieses Wettbewerbs zu erfassen und abzuwägen.

Bereits bei den fachlichen Problemstellungen zum Auslaufen und der Neuvergabe von Konzessionen sind viele Einzelfragen mangels Rechtsprechung unsicher. Hier lautet die Empfehlung des BDEW durchweg, den Weg zu wählen, der zum jetzigen Zeitpunkt die meiste Rechtssicherheit garantiert, wie z. B. darauf zu achten, dass der Abschluss von neuen Konzessionsverträgen nur nach form- und fristgemäßer Bekanntmachung erfolgt. Prämisse sollte sein, das Risiko einer möglichen Ungültigkeit des neuen Konzessionsvertrages zu minimieren.

Im Rahmen des Netzübergangs und der Netzbewertung sind die Interessen des abgebenden Konzessionärs und des Neukonzessionärs durchaus konträr. Der BDEW gibt Hinweise dazu, welche Auskünfte in welchem Verfahrensstadium sowohl dem Interesse des abgebenden als auch des aufnehmenden Konzessionärs gerecht werden. Altkonzessionäre und Neukonzessionäre bekommen Anhaltspunkte für die Berechnung eines Ertrags- bzw. Sachzeitwerts. Die Frage des „richtigen“ Kaufpreises bzw. der „richtigen“ Pacht kann der Leitfaden nicht beantworten. Dies wird bis zur weiteren Rechtsprechung im Verhandlungswege zu lösen sein.

Bei der Thematik der Konzessionsabgabe wird immer mehr offensichtlich, dass die derzeitige Fassung der KAV schon sprachlich die Neuerungen des EnWG 2005 nicht durchgängig abbildet. Dies führt zwangsläufig zur Prüfung der Notwendigkeit einer Novellierung der KAV.

Weitere aktuelle Entwicklungen im Bereich der Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben wird der BDEW verfolgen und seine Mitgliedsunternehmen zeitnah darüber informieren. Eine Aktualisierung dieses Leitfadens ist ausdrücklich gewollt.

**Literaturverzeichnis**

- Ballwieser, Wolfgang/  
Lecheler, Helmut
- Die angemessene Vergütung für Netze – rechtliche und ökonomische Bewertung, ET 2007, Heft 4, S. 48.
- Bartsch, Michael/  
Röhling, Andreas/  
Salje, Peter/  
Scholz, Ulrich
- Stromwirtschaft – Ein Praxishandbuch, 2. Auflage, Köln 2008.  
(zitiert: Bartsch/Röhling/Salje/Scholz)
- Böwing, Andreas/  
Gronau, Wolfgang/  
Hempel, Dietmar/  
Kunze, Wolf-Ingo/  
Metzenthin, Andreas/  
Recknagel, Henning/  
Rutkowski, Frank/  
Schneider, Wolfgang/  
Schulz-Jander, Rüdiger
- Energiewirtschaftsgesetz 1998, 1. Auflage, Frankfurt am Main 1999.  
(zitiert: Böwing, EnWG 1998)
- Britz, Gabriele/  
Hellermann, Johannes/  
Hermes, Georg
- Energiewirtschaftsgesetz – Kommentar, 1. Auflage, München 2008.  
(zitiert: Britz/Hellermann/Hermes)
- Büdenbender, Ulrich
- EnWG – Kommentar zum Energiewirtschaftsgesetz, 1. Auflage, Köln 2003.  
(zitiert: Büdenbender)
- Büdenbender, Ulrich/  
Rosin, Peter/  
Bachert, Patric
- Kaufpreis und Ertragswert von Stromverteilernetzen nach der Energierechtsreform 2005, 1. Auflage, Essen 2006.  
(zitiert: Büdenbender/Rosin/Bachert)
- Busse von Colbe, Walther
- Bewertung von örtlichen Stromversorgungsanlagen bei einem Wechsel der Versorgungszuständigkeit, 1. Auflage, Stuttgart 1994.  
(zitiert: Busse von Colbe, Stromversorgungsanlagen)
- Busse von Colbe, Walthe/  
Coenenberg, Adolf G.
- Unternehmensaquisition und Unternehmensbewertung. Grundlagen und Fallstudien, 1. Auflage, Stuttgart 1992.  
(zitiert: Busse von Colbe/Coenenberg, Unternehmensbewertung)
- Büttner, Svenja
- Anmerkung zu OLG Schleswig vom 10.01.2006, Az. 6 U Kart 58/05, IR 2006, S. 107.

- Danner, Wolfgang/  
Theobald, Christian  
Energierrecht - Kommentar, 65. Ergänzungslieferung,  
München 2010.  
(zitiert: Danner/Theobald)
- Diederichsen, Lars  
Grundfragen zum neuen Umweltschadensgesetz,  
NJW 2007, S. 3377.
- Feuerborn, Alfred/  
Riechmann, Volkhard  
Verordnung über Konzessionsabgaben für Strom und  
Gas, 1. Auflage, Bielefeld 1994.  
(zitiert: Feuerborn/Riechmann)
- Flach, Gabriele  
34 Fragen rund um Konzessionsverträge, Gemeinde  
und Stadt, Beilage zu Heft 4/2010.
- Fricke, Norman  
Gestattungsentgelte in der Fernwärmewirtschaft,  
RdE 2009, S. 329.
- Herfermehl, Wolfgang/  
Köhler, Helmut/  
Bornkamm, Joachim  
Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 27. Auflage,  
München 2009.  
(zitiert: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG)
- Höch, Thomas/  
Kalwa, Feh  
Konzessionsvertragliche Mengengrenzvereinbarungen  
im Lichte von Energierrecht und Kartellrecht, ZNER  
2009, S. 361.
- Immesberger, Helmut  
Das neue Recht der Konzessionsabgaben – Handbuch  
und Kommentar, 31. Ergänzungslieferung, Köln 2008.  
(zitiert: Immesberger)
- Keller-Herder, Laurenz  
Der Konzessionsvertrag unter dem neuen Energiewirt-  
schaftsrecht, 1. Auflage, Baden-Baden 2009.  
(zitiert: Keller-Herder)
- Kermel, Cornelia  
Aktuelle Entwicklungen im Konzessionsvertragsrecht,  
RdE 2005, S. 153.
- Kermel, Cornelia  
Anmerkung zu OLG Frankfurt am Main vom 29.01.2008,  
Az. 11 U 20/07 (Kart), RdE 2008, S. 151.

Kermel, Cornelia/ Brucker, Guido/ Baumann, Toralf	Wegenutzungsverträge und Konzessionsabgaben in der Energieversorgung, 1. Auflage, Frankfurt am Main 2008. (zitiert: Kermel/Brucker/Baumann)
Klemm, Andreas	Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben nach der Energierechtsreform 2005, Versorgungswirtschaft 2005, S. 197.
Köhler, Helmut/ Bornkamm, Joachim	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 27. Auflage, München 2009. (zitiert: Hefermehl/Köhler/Bornkamm)
Kühne, Gunther	Konzessionsabgabepflichtigkeit der Abgabe von Erdgas aus Erdgastankstellen?, RdE 2010, S. 273.
Kühne, Gunther	Mengengrenzenvereinbarungen in Gaskonzessionsverträgen, RdE 2010, S. 6.
Lecheler, Helmut	Wettbewerbsbehinderung durch Konzessionsabgaben, WuW 2009, S. 1249.
Lübbe, Dirk	Auswirkungen der geänderten Konzessionsabgabenverordnung (KAV) auf die Konzessionsabgaben „Gas“, Versorgungswirtschaft 2006, S. 68.
Möller, Stefanie/ Studentkowski, Wolfgang	Das Mitbenutzungsverhältnis zwischen Straßen und Leitungen der Energieversorgungsunternehmen, 1. Auflage, Frankfurt am Main 1999. (zitiert: Möller/Studentkowski)
Morell, Klaus-Dieter	Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben, 3. Auflage, Wiesbaden 1993. (zitiert: Morell)
Palandt, Otto	Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Auflage, München 2010. (zitiert: Palandt)
Pippke, Nicole/ Gaßner, Hartmut	Neuabschluss, Verlängerung und Änderung von Konzessionsverträgen nach dem neuen EnWG, RdE 2006, S. 33.

- Rosin, Peter/  
Semler, Kerstin/  
Hermeier, Guido
- Mengengewichtung in Gaskonzessionsverträgen -  
zulässige Gestaltungsoption oder Rechtsverstoß?,  
ET 2010, Heft 9, S. 88.
- Säcker, Franz-Jürgen
- Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1,  
2. Auflage, Frankfurt am Main 2010.  
(zitiert: Säcker)
- Salje, Peter
- Energiewirtschaftsgesetz: Gesetz über die Elektrizitäts-  
und Gasversorgung vom 07.07.2005, Köln 2006.  
(zitiert: Salje)
- Sauthoff, Jan-Philipp/  
Leiber, Frank/  
Stöcker, Tobias
- Strom- und Gasnetze: Herausforderungen bei der Er-  
tragsbewertung von Teilnetzen, ET 2009, Heft 10, S. 56.
- Schnutenhaus, Jörn/  
von La Chevallerie Annika
- Anmerkung zu OLG Schleswig vom 10.01.2006,  
Az. 6 U Kart 58/05, RdE 2006, S. 204.
- Templin, Wolf
- Kriterien und Verfahren der kommunalen Auswahlent-  
scheidung bei Abschluss eines Konzessionsvertrages  
(Teil 1), IR 2009, S. 101.
- Tinkl, Cristina/  
Saitzek, Sebastian
- Vertragliche und gesetzliche Endschaftbestimmungen  
bei Konzessionsverträgen – OLG Frankfurt am Main im  
Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung, BB 2008,  
S. 1524.
- Tittel, Frank/  
Otto, Stefan
- Konzessionsabgaben für die Durchleitung von Gas  
durch Drittlieferanten gemäß § 2 Abs. 6 KAV, RdE 2009,  
S. 368.
- von Gamm, Otto-Friedrich
- Sachzeitwertklausel in Endschaftsbestimmungen von  
Konzessionsverträgen – gemäß der in § 103 Abs. 1  
Nr. 2 GWB genannten Art, WuW 1997, S. 404.