

## Das Konzessionsvertrags- und Konzessionsabgabenrecht nach der Energierrechtsreform 2005

Vortrag von Rechtsanwalt Dr. Boris Scholtka

anlässlich des 8. Energiewirtschaftsforums der Sozietät  
SCHOLTKA & PARTNER Rechtsanwälte am 26. April 2010 in Berlin

### A. Einleitung

[...]

#### I. Rechtsgrundlagen - Energierrechtsreform 2005

Lassen Sie mich zunächst die Rechtsgrundlagen für Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben sowie die Veränderungen im Laufe der Jahre noch einmal Revue passieren.

Mit der Verabschiedung des Zweiten Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 7. Juli 2005 hat der Gesetzgeber die so genannten Beschleunigungsrichtlinien Strom bzw. Gas, in nationales Recht umgesetzt. Ziel der Neuregelung war es, über die Regulierung der Energieversorgungsnetze, Wettbewerb auf den Märkten zu ermöglichen, die dem Netzbereich vor- und nachgelagert sind. Anstelle einer allgemeinen Anschluss- und Versorgungspflicht, wie sie unter § 10 EnWG 1998 gegolten hatte, trat eine allgemeine Anschlusspflicht in Niederspannung und Niederdruck (§ 18 EnWG) und die Grundversorgungspflicht nach § 36 EnWG.

Neben weiteren reformbedingten Änderungen wurde auch das Preisrecht liberalisiert. Gemäß Art. 5 Abs. 3 des Neuregelungsgesetzes von 2005 trat nun auch die BTOElt zum 1. Juli 2007 außer kraft. Mit der Aufhebung der BTOElt wurde nun zugleich die staatliche *ex ante* Preisaufsicht durch die Energieaufsichtsbehörden der Länder über die Ta-

rifpreise überflüssig und abgeschafft. Die staatliche Preisaufsicht im Gasmarkt war schon mit der Energierechtsreform 1998 im Hinblick auf bestehenden Substitutionswettbewerb zum Heizöl abgeschafft worden.

Eine Preiskontrolle findet seitdem „nur“ noch *ex post* mittels einer zivilrechtlichen *Billichkeitskontrolle* oder einer *kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht* statt. Verfahren zu § 315 BGB beschäftigen flächendeckend und über alle Instanzen die Zivilgerichte. Das *Bundeskartellamt* sowie einzelne *Landeskartellbehörden* sind gegen vermeintlichen Preismissbrauch, insbesondere auf dem Gasmarkt, vorgegangen. In diese Linie passt auch das jüngste Vorgehen des *Bundeskartellamts* zu vermeintlich überhöhten Gaskonzessionsabgaben zu Lasten von Drittlieferanten in „Durchleitungsfällen“.

## II. Leitungsgebundenheit der Energieversorgung, Konzessionsverträge und Vertragsfreiheit

Wenden wir uns den Grundlinien des Konzessionsvertrags- und Konzessionsabgabenrechts zu:

Der Transport von Strom und Gas ist nur mithilfe fester Leitungswege möglich. Dieser Umstand wird allgemein mit dem Begriff der *Leitungsgebundenheit der Energieversorgung* umschrieben. Für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur Versorgung von Letztverbrauchern in einem Gemeindegebiet sind Energieversorgungsunternehmen auf die Nutzung öffentlicher Verkehrswege angewiesen. Diese werden ihnen von den Gemeinden auf der Grundlage von Wegenutzungs- oder Konzessionsverträgen zur Verfügung gestellt.

Als vertragliche Gegenleistung für die Zur-Verfügung-Stellung der Wegerechte zahlen die EVU *Konzessionsabgaben* an die jeweilige Gemeinde. Dabei sind die Parteien des Konzessionsvertrags in der Vereinbarung dieser Konzessionsabgaben allerdings nicht völlig frei. Die Vertragsfreiheit der Parteien wird *de lege lata* durch das Konzessionsabgabenrecht beschränkt. Insoweit sind Einzelheiten der Zahlung von Konzessionsabgaben, insbesondere ihre Berechnung und Höhe, in der *Konzessionsabgabenverordnung* vom 9. Januar 1992 - der KAV - geregelt.

Die KAV ist eine preisrechtliche Verordnung und gibt den Parteien Fallgruppen vor, für die Konzessionsabgaben überhaupt vereinbart werden dürfen und begrenzt den zulässigen Rahmen für Vereinbarungen der Höhe nach. Vereinbarungen, die gegen die KAV

verstoßen, verstoßen zugleich gegen ein gesetzliches Verbot und sind nichtig. Die preisrechtlichen Regelungen der KAV, wie auch das Nebenleistungsverbot des § 3 KAV werden gemeinhin als gesetzliche Verbote i.S. des § 134 BGB mit der entsprechenden zivilrechtlichen Nichtigkeitssanktion angesehen.

In der Dissertation von *Wolf Templin* aus dem Jahr 2009 wird bezweifelt, dass es ohne die KAV zu einer übermäßigen Belastung der Verbraucher käme. Die Deckelung sei überflüssig, da die Gemeinden aufgrund ihrer Gewährleistungsverantwortung an einem sicheren und zuverlässigen Netzbetrieb und konzessionsabgabenrechtlich an einer begrenzten Belastung der Strompreise für Letztverbraucher interessiert seien.

Die Argumente sind zwar für sich betrachtet durchaus bedenkenswert, es wird nach meiner Meinung dabei aber das Preisbewusstsein der beteiligten Vertragspartner - Gemeinde und EVU - gerade auch im Hinblick auf betroffenen Energiekunden überschätzt. Denn mit der Vereinbarung von Konzessionsabgaben schließen Gemeinde und EVU - in der wirtschaftlichen Konsequenz - gewissermaßen einen Vertrag zu Lasten Dritter, nämlich zu Lasten der Letztverbraucher von Energie, also der Strom- oder Gaskunden.

Angesichts der Finanznöte der Gemeinden ist die Gefahr eines Bieterwettkampfes der Bewerber um den neuen Konzessionsvertrag nicht von der Hand zu weisen. Hätten die Bewerber dann doch erstmals die Möglichkeit, unterschiedliche wirtschaftliche Gegenleistungen für das Recht der Wegnutzung anzubieten. Zudem - und das wiegt fast noch schwerer - würde eine Freigabe zu einer weiteren Unübersichtlichkeit bei den Konzessionsabgaben führen. Bundesweite Anbieter von Strom und Gas hätten es noch schwerer, All-inclusive-Preise für ihre Lieferungen zu kalkulieren.

### III. Rechtsgrundlage für Konzessionsverträge und für die KAV

#### 1. Der Rechtsrahmen für Konzessionsverträge

Mit der Energierechtsnovelle von 2005 erhielt das Konzessionsvertragsrecht- und Konzessionsabgabenrecht den heutigen gesetzlichen Rahmen.

§ 46 Abs. 1 EnWG regelt für sogenannte *einfache Wegerechte*, dass Gemeinden ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur unmittel-

telbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen haben. Sie können den Abschluss von Verträgen ablehnen, solange das EVU die Zahlung von Konzessionsabgaben in Höhe der Höchstsätze nach der KAV ablehnt.

§ 46 Abs. 2 EnWG bestimmt für sogenannte *qualifizierte Wegerechte*, also die Rechte, die Gegenstand der Konzessionsverträge sind, dass Verträge von EVU mit Gemeinden über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören, also die Konzessionsverträge, höchstens für eine Laufzeit von zwanzig Jahren abgeschlossen werden dürfen. Wird ein solcher Konzessionsvertrag nicht verlängert, ist der bisherige Nutzungsberechtigte verpflichtet, seine Netzanlagen, soweit sie zum Netz der allgemeinen Versorgung gehören, dem neuen Konzessionär zu überlassen. Dieser hat hierfür ein angemessenes Entgelt zu zahlen. Grundsätze und Einzelheiten der Wertermittlung des Netzes sind dabei seit Jahren umstritten. Stichworte seien hier nur: Endschaft, Sachzeitwert, Ertragswert und die Frage der Berücksichtigung von Abschreibungen.

In § 46 Absatz 3 ist bestimmt, dass die Gemeinden spätestens zwei Jahre vor Ablauf eines Konzessionsvertrages das Vertragsende durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger oder im elektronischen Bundesanzeiger bekannt machen. Haben sie mehr als 100.000 Kunden, muss die Bekanntmachung zusätzlich im Amtsblatt der EU erfolgen. Außerdem ist in Absatz 3 der Fall einer vorzeitigen Verlängerung von Konzessionsverträgen geregelt.

§ 48 EnWG enthält neben der Verordnungsermächtigung für die KAV, die Legaldefinition für Konzessionsabgaben, weiter wird klargestellt, dass der Konzessionär Schuldner der Konzessionsabgabe ist und zwar auch in Durchleitungsfällen (Abs. 3).

Im Übrigen enthält § 48 Abs. 4 eine Regelung für den *vertragslosen Zustand*. Darunter versteht man eine tatsächliche Wegenutzung durch den Netzbetreiber ohne konzessionsvertragliche Grundlage. Dabei geht es um die Frage, welche Konzessionsabgaben der Netzbetreiber schuldet, wenn der Konzessionsvertrag abgelaufen ist und noch kein neuer Vertrag abgeschlossen wurde. Ausdrücklich wird in der Norm bestimmt, dass die vereinbarten Konzessionsabgaben auch noch ein Jahr - oder besser „nur“ ein Jahr - nach

Ablauf des Wegenutzungsvertrages zu zahlen sind, wenn nicht zwischenzeitlich eine andere Regelung getroffen wurde.

## 2. Der Rechtsrahmen für die KAV

Die *KAV* besteht in ihrer heutigen Form seit 1992.

Im Jahr 1999 wurden, zur Anpassung der KAV an die erste Energierechtsreform von 1998, verschiedene Regelungen eingefügt, u.a. die Regelung der § 2 Abs. 6 bis Abs. 8 KAV. Der Verordnungsgeber wollte so insbesondere bei Bündelkundenversorgungen, Fremdbelieferungen - Stichwort: Tarif- oder Sonderkunden-KA - und bei Arealversorgungen zum Erhalt des Konzessionsabgabenaufkommens beitragen.

Trotz der umfangreichen Änderungen des Energiewirtschaftsrechts sah der Gesetzgeber der Energierechtsnovelle 2005 von einer ganzheitlichen Neufassung der KAV ab und beschränkte sich auf wenige Änderungen, die erklärtermaßen einer bloß formalen Anpassung der KAV an das neue EnWG 2005 und dem Erhalt des bestehenden Konzessionsabgabenaufkommens dienen sollten.

Es ist daher dabei geblieben, dass die KAV die Höhe der Konzessionsabgaben anhand unterschiedlicher Kriterien bestimmt. Sie unterscheidet nach

- der *Energieart* - also Strom oder Gas,
- der *Gemeindegrößenklasse* im Tarifikundenbereich,
- nach dem *Abnehmerstatus*, d.h. der Einstufung als Tarif- oder Sonderkunde
- und der *Nutzungsart*. Gemeint sind hier z. B. im Strombereich die sog. Schwachlasttarife oder bei Gas die Differenzierung zwischen einerseits Gaslieferungen fürs Kochen oder Warmwasser und andererseits sonstigen Tariflieferungen.

## 3. Das Wegenutzungsrecht als alleinige Gegenleistung für die Zahlung der Konzessionsabgaben

*Konzessionsabgaben* sind nach der Energierechtsreform nicht mehr (auch) die Gegenleistung für die Einräumung des Rechts zur Versorgung von Letztverbrauchern im Ge-

meindegebiet, sondern (nur noch) die Gegenleistung für die Einräumung eines zudem seit 1998 nicht mehr ausschließlichen Wegenutzungsrechts. Ob der Konzessionär dabei zugleich Grundversorger ist, spielt keine Rolle. Ein Recht zur Versorgung kann also nicht mehr mit dem Mittel des Konzessionsvertrages eingeräumt werden. Nur noch die Durchführung des Netzbetriebs der allgemeinen Versorgung, und die Allgemeine Anschlusspflicht gemäß § 18 EnWG werden durch den Konzessionsvertrag vermittelt. Die Entflechtung vertikal integrierter Energieversorgungsunternehmen führt nach dem gesetzlichen Leitbild also dazu, dass der Konzessionsnehmer in Zukunft (reiner) Netzbetreiber ist und die Versorgung selbst in der Regel nicht mehr durchführt.

#### IV. Anwendungsfragen des Konzessionsvertragsrechts

Nachfolgend möchte ich einige Aspekte aus den vielfältigen Rechtsfragen zum Konzessionsvertragsrecht herausgreifen, um sie etwas vertiefter zu betrachten.

##### 1. Abschaffung der Laufzeitbegrenzung

Die Veränderungen des energie- und kartellrechtlichen Rechtsrahmens in den vergangenen Jahren und die sichtbare Intensivierung des Wettbewerbs bei der Energielieferung wirft die Frage auf, ob die Laufzeitbegrenzung noch zeitgemäß ist.

In der Literatur wird seit geraumer Zeit, u.a. auch von meinem Sozietätskollegen *Laurenz Keller-Herder*, argumentiert, die Laufzeitbegrenzung sei überholt. Dies wird u.a. damit begründet, dass das Netz allen Netznutzern grundsätzlich diskriminierungsfrei zur Verfügung stehe. Geschlossene Versorgungsgebiete gebe es nicht mehr. Die Funktion des Netzes erschöpfe sich im Wesentlichen im neuen Rechtsrahmen darin, Mitbenutzungsrechte zur Verfügung zu stellen. Aufgrund der Entflechtungsregelungen sei der Netzbetrieb von den übrigen wettbewerblichen Aktivitäten des EVU getrennt, alle Letztverbraucher könnten frei ihren Versorger wählen, dabei komme es auf das vorhandene Versorgungsnetz bei der Ausgestaltung der Versorgungsverhältnisse nicht an. Damit gebe es aber ohnehin keinen Wettbewerb um Versorgungsgebiete mehr, wie ihn die 4. GWB-Novelle zum Ausgleich der Versorgungsmonopole zumindest alle 20 Jahre ermöglichen wollte. Insgesamt gebe es ordnungspolitisch keinen sinnvollen Wettbewerb um den regulierten Netzbetrieb.

Ob eine Abschaffung der Laufzeitbegrenzung der richtige Weg ist, möchte ich aber in einem ersten Zugriff bezweifeln. Bezogen auf die Laufzeitbegrenzung ist es sicherlich richtig, dass das Konzessionsvertragsrecht nichts mehr mit dem Energievertrieb zu tun hat. Konzessionsabgaben werden nur noch für das Wegenutzungsrecht und nicht mehr für das Recht zur Versorgung gezahlt.

Gleichwohl: der Gesetzgeber hat nicht allein die Laufzeitbegrenzung unter dem Gesichtspunkt der Versorgung betrachtet, sondern auch unter dem Begriff „Wettbewerb um Netze“ erfasst. Gerade bei dem Stichwort der Effizienz stellt sich die Frage, ob diese allein unter dem Blickwinkel einer *Netzeffizienz* ausreichend erfasst ist. Weshalb soll es nicht auch ein gemeindliches Recht geben, die *Effizienz und Leistungsfähigkeit des Vertragspartners*, also des aktuellen Konzessionärs, zu prüfen. Denn bei allen Wirkungen der Anreizregulierung, den Netzbetrieb effizienter zu gestalten, bleibt es doch dabei, dass derzeit schon große Unterschiede hinsichtlich der Effizienz der Netzbetreiber bestehen.

Daneben dürften auch weitere Aspekte zu berücksichtigen sein. Sowohl das *Bundesverfassungsgericht*, das *Bundesverwaltungsgericht* und der *Bundesgerichtshof* stufen die Energieversorgung als Aufgabe der *Daseinsvorsorge* ein. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass Art. 28 GG nur einen Kernbereich der gemeindlichen Selbstverwaltung schützt. Ob die Energieverteilung über Netze zu diesem Kernbereich zählt, ist seit Jahren umstritten. Schon *Friauf* und *Ossenbühl* haben hierzu vor Jahren veröffentlicht. Aus Zeitgründen kann ich auf die Argumente pro und contra nicht eingehen. Auch wenn ich meine, dass vieles dafür spricht, die Energieverteilung als dem gemeindlichen Kernbereich nicht zugehörig anzusehen, bliebe hier bei der Abschaffung eine Unsicherheit.

Abgesehen von diesen verfassungsrechtlichen Erwägungen sollten auch von vornherein zivilrechtliche Erwägungen nicht außer Betracht bleiben. So ist zu fragen, inwieweit nach einer Abschaffung einer Laufzeitbindung die dann vermutlich entstehenden Ewigkeitsrechte des Wegenutzers noch im Einklang mit etwa § 138 BGB stehen. Angesprochen ist hier die Frage der *Sittenwidrigkeit* überlanger Laufzeitbindungen.

Aus dem Bereich der *Bierlieferungsverträge* ist diese Diskussion seit langem bekannt. So hat der *BGH* über Bindungen von Gastwirten an eine bestimmte Brauerei von über 20 Jahren als sittenwidrig eingestuft, weil sie die wirtschaftliche Entschließungsfreiheit des Gebundenen in unzumutbarer Weise einenge.

Unabhängig von Unterschieden zwischen Energie und Bier zeigt das Beispiel, dass eine Freigabe der Laufzeit nicht verhindern kann, dass sich später eine Gemeinde möglicherweise auf die Sittenwidrigkeit einer vermeintlich überlangen Laufzeitbindung stützen könnte. Unter Aspekten der Rechtssicherheit wird so nichts gewonnen. Zusammengefasst meine ich, dass es durchaus rechtliche wie auch wirtschaftliche Argumente gibt, die gegen eine Abschaffung der Laufzeitbegrenzung sprechen. Ob diese letztlich zum Tragen kommen oder verworfen werden müssen, bedarf sicherlich noch der weiteren Diskussion.

## 2. BGH zur Frage der Fortgeltung von vertraglichen Endschaftsregelungen - Seeheim Jugenheim

Wenden wir uns einigen Streitthemen des Konzessionsvertragsrechts zu. Zur Frage der Fortgeltung von *vertraglichen Endschaftsklauseln* hat der *BGH* nun ein klärendes Wort gesprochen. In der *Seeheim-Jugenheim-Entscheidung* vom 29. September 2009 (Endschaftsbestimmung II) hat er ausdrücklich hervorgehoben, dass vertraglicher Regelungen in *Altkonzessionsverträgen*, also Konzessionsverträgen, die noch vor der Energierechtsreform 1998 abgeschlossen wurden, unbeschadet des neuen Rechtsrahmens unverändert fortgelten.

Der in einer Endschaftsbestimmung vorgesehene Anspruch der Gemeinde, das örtliche Versorgungsnetz bei Beendigung des Vertragsverhältnisses vom weichenden Energieversorgungsunternehmen zu erwerben, werde nicht dadurch berührt, dass das Gesetz inzwischen einen Anspruch des neuen Energieversorgungsunternehmens auf Überlassung der für den Betrieb der netznotwendigen Verteilungsanlagen vorsieht. Dies gelte nach dem *BGH* auch dann, wenn der gesetzliche Anspruch nicht notwendig auf Übereignung gerichtet sei, sondern auch durch Verpachtung erfüllt werden könnte.

Das *OLG Frankfurt* hatte zuvor festgestellt, dass die Beklagte als Netzeigentümer verpflichtet sei,

- Zug um Zug gegen Zahlung der noch zu ermittelnden angemessenen Vergütung dem neuen Konzessionär das Versorgungsnetz zu übereignen,
- diesem die für den Betrieb des Stromnetzes erforderlichen Grundstücksbenutzungsrechte zu übertragen

- sowie die für den Betrieb notwendigen Unterlagen herauszugeben.
- Ferner gab es den ebenfalls geltend gemachten Anspruch auf Auskunft über technische und betriebswirtschaftliche Einzelheiten des Netzbetriebes statt.

Die *Revision* hatte hiergegen geltend gemacht, die vertragliche Pflicht zur Eigentumsübertragung aus dem Konzessionsvertrag sei nach § 113 EnWG i. V. mit § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG in eine Pflicht zur Überlassung abgeändert worden. Diese könne nicht nur durch Übereignung, sondern auch durch bloße Gebrauchsüberlassung erfüllt werden. Dem weichenden Energieversorgungsunternehmen stünde insoweit ein die vertragliche Endschaftsbestimmung verdrängendes Wahlrecht zu. Dieses habe bei Abschluss des alten Konzessionsvertrages aufgrund der damaligen geltenden und tatsächlichen Rahmenbedingungen nicht bestanden. Diese hätten sich jedoch mit der Einführung des gesetzlichen Überlassungsanspruchs des neuen Energieversorgungsunternehmens und des Durchleitungssystems – hier ist die Netznutzung bzw. der Netzzugang gemeint – geändert.

Dagegen betonte der *BGH*, dass mit der Einführung des gesetzlichen Überlassungsanspruchs in § 13 Abs. 2 Satz 2 EnWG 1998 eine Änderung bestehender vertraglicher Endschaftsbestimmungen durch den Gesetzgeber nicht erwogen worden sei. Es seien keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Gesetzgeber eine vertragliche Einigung zwischen dem weichenden Versorgungsunternehmen und der Gemeinde über den Verkauf der Energieverteilungsanlagen im Nachhinein durch eine – etwa in einem weiteren Sinne zu verstehende – Überlassungspflicht ersetzen wollte. Diese Regelung des § 13 EnWG von 1998 sei auch durch den § 46 EnWG 2005 im Wesentlichen unverändert geblieben.

Betrachtet man diese Entscheidung, so lässt sich zunächst feststellen, dass das Vorbringen der *Revision* nicht abwegig erscheint, eine Modifizierung des vertraglichen Anspruchs durch die systembedingten Änderungen des Energiewirtschaftsrechts und der Einführung der Überlassungspflicht zu vertreten. Denn stellt man sich die Frage, was die Parteien des Altkonzessionsvertrages seinerzeit vereinbart hätten, wenn sie den neuen Rechtsrahmen gekannt hätten, so lässt sich nur schwerlich annehmen, dass die Parteien sich dann allein auf die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung geeinigt hätten. Das zeigt auch die aktuelle Vertragspraxis, in der die Unschärfe des Begriffs der „Überlassung“ zumindest fortgeschrieben wird. In Literatur und Rechtsprechung ist nach wie

vor umstritten, ob der Begriff des Überlassens allein die Verpflichtung zum Verkauf und zur Eigentumsübertragung enthält, oder ob auch die Möglichkeit einer Gebrauchsüberlassung, also einer Verpachtung des Netzes, besteht.

So sieht beispielsweise der aktuelle *Bayerische Musterkonzessionsvertrag* alternativ vor, dass bei einer Ablösung der Versorgungsanlagen entweder die gesetzlichen Regelungen des EnWG, also einschließlich der Überlassungsregelung, zu beachten sind. Alternativ wird eine Endschaftsklausel vorgeschlagen, nach der die Gemeinde berechtigt ist, die Versorgungsanlagen mit Ausnahme der Durchgangsleitungen zu erwerben. Als Kaufpreis schlägt der Mustervertrag vor, den Sachzeitwert zum Übernahmzeitpunkt zu vereinbaren. Andererseits ist – wie auch die alternative Regelung des bayerischen Musterkonzessionsvertrages zeigt – nicht ausgeschlossen, dass sich heutzutage die Vertragspartner auf ein Erwerbsrecht der Gemeinde nach Ablauf der 20 Jahre verständigen.

Auch angesichts der fehlenden Eindeutigkeit der neueren Vertragspraxis kann dem BGH nicht abgesprochen werden, „richtig“ entschieden zu haben. Hinzu kommt, dass nach § 113 EnWG laufende Wegenutzungsverträge, einschließlich der vereinbarten Konzessionsabgaben, unbeschadet ihrer Änderung durch die §§ 36, 46 und 48 EnWG, im Übrigen unberührt bleiben. Eine ähnliche Regelung enthielt seinerzeit der Art. 4 § 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24. April 1998, wonach laufende Konzessionsverträge einschließlich der vereinbarten Konzessionsabgaben von der EnWG-Novelle 1998 trotz Wegfalls der Ausschließlichkeit unberührt geblieben waren. Zudem kannte spätestens der Gesetzgeber des EnWG 2005 die Problematik von Netzübernahmen zur Genüge. Allein der Umstand, dass die Regelung des § 113 so ausfiel, wie sie ist, ist ein starkes Indiz dafür, dass der Gesetzgeber keinerlei Veränderungen der bestehenden Konzessionsverträge gewollt hat.

Allerdings dürfte dies auch in anderen Fällen wirken. Wenn die Verträge fortgelten, so gilt das nach meiner Auffassung auch für die vereinbarten Kaufpreisregelungen.

Offen blieb in der Entscheidung, ob mit der gesetzlichen *Überlassungspflicht* eine Verpflichtung zur Übereignung begründet werde, oder ob die Überlassung auch auf andere Weise, insbesondere durch Verpachtung bewirkt werden könne und dem weichenden Energieversorger in diesem Fall ein Wahlrecht zustehe.

Im Übrigen geht aus der Entscheidung hervor, dass der BGH nichts gegen eine *Abtretung des vertraglichen Anspruchs* durch die Gemeinde zugunsten des neuen Konzessionärs einzuwenden hat. Auch dies war eine Frage, die verschiedentlich zum Streit geführt hatte.

### 3. **Rekommunalisierung**

An dem Schlagwort von der *Rekommunalisierung der Konzessionsverträge* bzw. des örtlichen Netzbetriebs kommt man derzeit nicht vorbei. Dabei gibt es sicherlich nicht „die“ Rekommunalisierung. In der Praxis werden verschiedene Modelle diskutiert, um dem Anspruch der Gemeinden auf stärkere Mitwirkung bei der örtlichen Verteilung von Energie gerecht zu werden. In vielen Fällen geht es den Gemeinden allerdings weniger darum, durch die Gründung eines eigenen Gemeindewerkes, z.B. als *kommunale Eigengesellschaft*, selbst erneut zum EVU zu werden. Schließlich sind die damit verbundenen Aufgaben, Pflichten und auch Risiken nicht gerade klein. Vielmehr geht es häufig darum, kommunalen Einfluss auf die örtliche Energieversorgung zu sichern und so auch einen gewissen Einfluss auf die Geschäftspolitik des Unternehmens nehmen zu können und an den Erträgen zu partizipieren.

Um diesem Anliegen gerecht zu werden, erweist sich wohl die gemeinsame *Netzgesellschaft* als der Königsweg. Gemeinde und Netzbetreiber gründen dabei - ggf. unter Einbeziehung benachbarter Netzgesellschaften - eine gemeinsame Netzgesellschaft. Damit wird aus Sicht der Gemeinden und vieler Stadtwerke eine „Win-win-Situation“ geschaffen: Die Gemeinde kann ihre politischen Ziele und Vorstellungen im Bereich der Daseinsvorsorge verfolgen, der Netzbetreiber kann sich sicher sein, dass sich im Rahmen eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens auf Neuabschluss die Gemeinde mit hoher Wahrscheinlichkeit dafür entscheiden wird, den neuen Konzessionsvertrag mit der gemeinsamen Netzgesellschaft abzuschließen.

Rekommunalisierungsmodelle sind jedoch kein Selbstläufer.

Nicht alle Fallgestaltungen sind umsetzbar oder rechtlich zulässig. Zivil-, arbeits- und steuerrechtliche Hürden sind zu beachten. Problematisch - und dies wird gelegentlich übersehen - sind vor allem Fallgestaltungen, in denen sich die Gemeinde eine *Garantierendite* versprechen lässt. Dabei sind Fälle bekannt geworden, dass die Gemeinde eine Garantierendite aus dem gemeinsamen Netzbetrieb von über 10 % fordert. Bei integrier-

ten EVU wird zudem gelegentlich auch eine Garantierendite aus dem Energievertrieb gefordert.

Es liegt auf der Hand, dass die Frage von Garantierenditen- oder Garantieversprechen unter dem Gesichtspunkt des *Nebenleistungsverbots* sehr problematisch sind. Dabei enthält § 3 KAV selbst nur einen kurzen Katalog von verbotenen Nebenleistungen, wie etwa das Verbot sonstiger Finanzdienstleistungen, die zu einem Vorzugspreis gewährt werden, Energiesparkonzepte dürfen nicht im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Konzessionsvertrages gewährt werden und auch die Übertragung von Versorgungseinrichtungen ohne eine wirtschaftlich angemessene Gegenleistung ist verboten. Garantierenditen fallen zwar nicht unmittelbar in diesen Katalog der verbotenen Nebenleistungen. Dieser Katalog ist jedoch nicht abschließend. Tatsächlich dürften nahezu alle Leistungen, die der Gemeinde im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Konzessionsvertrages gewährt werden, verboten sein. Das ergibt sich aus der Generalklausel des § 3 Abs. 1 KAV. Dort heißt es nämlich, dass die Vertragspartner neben oder anstelle von Konzessionsabgaben nur die in Absatz 1 genannten Leistungen vereinbaren dürfen, also die bekannten Preisnachlässe für den Eigenverbrauch der Gemeinde, Erstattung notwendiger Kosten für die Verlegung von Leitungen und Verwaltungskosten.

Unter Betrachtung dieser Generalklausel spricht vieles dafür, dass Garantierenditen aus dem Netzbetrieb einer gemeinsamen Netzgesellschaft mit hoher Wahrscheinlichkeit gegen das Nebenleistungsverbot des § 3 KAV verstoßen dürften.

#### **4. Regulärer Neuabschluss, vorzeitiger Neuabschluss und frühzeitige Verlängerung**

Unabhängig davon, ob ein Fall der Rekommunalisierung vorliegt oder der Konzessionsvertrag verlängert oder mit einem anderen Vertragspartner neu geschlossen werden soll, sind gesetzlich vorgegebene Verfahrensschritte zu beachten.

##### **a) Fallgestaltungen**

Gemeinden haben gemäß § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG spätestens zwei Jahre vor Ablauf von Konzessionsverträgen das (reguläre) Vertragsende durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger oder im elektronischen Bundesanzeiger bekannt zu machen. Soweit im Gemeindegebiet mehr als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar an das Versor-

gungsnetz angeschlossen sind, hat die Bekanntmachung zusätzlich im Amtsblatt der Europäischen Union zu erfolgen.

Die gesetzliche Zwei-Jahres-Frist für die Bekanntmachung gemäß § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG im Falle des regulären Neuabschlusses des Konzessionsvertrages ist eine zeitliche Vorgabe hinsichtlich des spätestmöglichen Termins der Bekanntmachung. Eine Beschränkung der Gemeinde dahingehend, schon zu einem früheren Zeitpunkt über das Laufzeitende des bestehenden Konzessionsvertrages zu informieren, besteht nicht.

Insoweit wird es grundsätzlich für zulässig gehalten, den Konzessionsvertrag bereits früher als zwei Jahre vor dem Auslaufen eines bestehenden Konzessionsvertrages bekannt zu machen und für die Zeit nach dem Auslaufen des bestehenden Vertrages neu zu schließen. Das wird als *frühzeitiger Neuabschluss* bezeichnet. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung hierfür fehlt. Es ist umstritten, ob man diese überhaupt braucht, gelten doch auch hier im Grundsatz die gesetzlichen Regelungen wie für den „regulären“ Neuabschluss.

Allein aus Vorsichtsgründen empfehlen sich gewisse Modifizierungen des regulären Verfahrens: Soll der neue Konzessionsvertrag mehr als drei Jahre vor dem regulären Ende des bestehenden Konzessionsvertrages geschlossen werden, müssen nach Auffassung einiger Kartellbehörden (insbesondere der *Baden-Württembergischen Landeskartellbehörde*) hierfür aber sachliche Gründe bestehen. Auch sollte zudem die Restlaufzeit des bisherigen Vertrages von der 20jährigen Höchstlaufzeit des neuen Vertrages abgezogen werden.

Als weitere Alternative zum regulären Neuabschluss des Konzessionsvertrages besteht die Möglichkeit der vorzeitigen Verlängerung. Die *vorzeitige Verlängerung* eines Konzessionsvertrages ist ausdrücklich in § 46 Abs. 3 Sätze 3 und 4 EnWG geregelt. Zunächst ist der bestehende Konzessionsvertrag zu einem bestimmten Termin zu beenden. Für die Zeit nach dem Laufzeitende des noch bestehenden und dann vorzeitig beendeten Konzessionsvertrages kann dann ein neuer Konzessionsvertrag mit der vollen Laufzeit von 20 Jahren geschlossen und damit die Vertragsbeziehung gewissermaßen „verlängert“ werden.

**b) Entscheidung des OLG Düsseldorf zu Fehlern im Bekanntmachungsverfahren**

Nach einer Entscheidung des *OLG Düsseldorf* im Fall der *Stadt Würselen* können Fehler im Bekanntmachungsverfahren zu schwerwiegenden Rechtsfolgen führen. So hat das OLG einen Konzessionsvertrag als nichtig angesehen, der ohne ordnungsgemäße Durchführung des von § 13 Abs. 3 EnWG 1998 vorgeschriebenen Bekanntmachungsverfahrens abgeschlossen wurde. Der Vertrag verstoße gegen ein gesetzliches Verbot und sei daher nach § 134 BGB nichtig. Im übrigen nahm das Gericht einen Verstoß gegen § 1 GWB an. Die Entscheidung ist rechtskräftig geworden. In dem Fall hatte sich die Gemeinde, die selbst ursächlich für die Fehler im Bekanntmachungsverfahren war, auf die Nichtigkeit berufen. Das OLG Düsseldorf sah hierin jedoch kein treuwidriges Verhalten. Das Gericht entschied, dass der *drittschützende Charakter der Bekanntmachungsvorschriften* hier entscheidend sei. Ohne die Nichtigkeit könne der Schutz Dritter nicht verwirklicht werden. Eine Heilung durch eine nachträgliche Bekanntmachung sei nicht möglich, da der Vertrag schon abgeschlossen war.

Die Entscheidung wirft viele Fragen auf: Fraglich ist beispielsweise, welche Konzessionsabgaben überhaupt im Fall eines nichtigen Vertrages geschuldet sind. Wohl keine aus dem nichtigen Rechtsverhältnis. Aus dem beendeten Konzessionsvertrag folgt nach § 48 Abs. 4 KAV allein eine Zahlungspflicht im vertragslosen Zustand für die Dauer von einem Jahr nach Beendigung des Konzessionsvertrages. Offen ist auch, was passiert, wenn sich ein *Dritter* erst nach mehreren Jahren - weil er erst dann Kenntnis erlangt hat - auf die Nichtigkeit beruft. Kann dann das EVU die gezahlten Konzessionsabgaben zurückfordern? Solange sich die Gemeinde nicht auf eine Entreicherung, was bei Geldschulden bekanntlich schwierig ist, berufen kann, erscheint dies nicht ausgeschlossen.

Am schwierigsten ist die Entscheidung aber für die Entscheidungsfindung des Netzbetreibers: Wie verhält sich ein EVU, dem die Mängel im Bekanntmachungsverfahren aufgefallen sind? Auch wenn in der Entscheidung des *OLG Düsseldorf* eine Heilung von Fehlern verworfen wurde, erscheint mir dies rechtlich möglich und praktisch erforderlich zu sein. Das *OLG Düsseldorf* hatte eine Heilung nur deshalb verworfen, weil der Vertrag bereits abgeschlossen war. Ist dies nicht der Fall, kann das fehlerhafte Bekanntmachungsverfahren dann noch nachgeholt werden. Wobei ein Einhalten der Zwei-Jahresfrist allerdings häufig nicht mehr möglich sein dürfte. Erfolgt keine Heilung oder wird diese als gar nicht möglich angesehen, schwebt damit über dem Konzessionsvertrag permanent das Damoklesschwert der Nichtigkeit.

## 5. Der öffentliche Verkehrsweg

Im Bereich des Konzessionsvertragsrechts ist teilweise umstritten, welche Wege als öffentliche Verkehrswege im Sinne des § 46 Abs. 1 EnWG anzusehen sind. Konzessionsverträge unterscheiden häufig zwischen öffentlichen Verkehrswegen und sonstigen Straßen und Wegen der Gemeinde. Angesprochen ist hierbei der Unterschied zwischen Verkehrswegen, die dem öffentlichen Verkehr nach den Straßengesetzen der Länder gewidmet sind und sonstigen, d. h. nicht öffentlich gewidmeten Straßen der Gemeinde. Gemeint sind also insbesondere die Straßen und Wege des Fiskalvermögens, die nicht öffentlich-rechtlich gewidmet sind. Unabhängig von einer Widmung können diese aber durchaus öffentlich zugänglich sein.

Während das *Brandenburgische OLG* im Fall „*Neue Trift*“ entschied, dass *öffentliche Verkehrswege* i.S. des Konzessionsvertragsrechts des § 46 EnWG nur solche Straßen seien, die dem öffentlichen Verkehr gewidmet wurden, entschied der *BGH* in der Revision am 11. November 2008 anders. Nach dem *BGH* sind *öffentliche Verkehrswege* im Sinne des § 46 Abs. 1 EnWG sämtliche Wege einer Gemeinde, auf denen tatsächlich der öffentliche Verkehr eröffnet ist. Auf eine straßenrechtliche Widmung komme es nicht an.

Der *BGH* entscheidet sich hier also für eine Betrachtung, die an die tatsächliche Nutzung und nicht die rechtliche Widmung anknüpft. In der Konsequenz müsste dies zur Folge haben, dass Netzbetreiber damit grundsätzlich auf Basis des Konzessionsvertrages Zugang zu allen gemeindlichen Straßen und Wegen erhalten, wenn diese öffentlich zugänglich sind und entsprechend genutzt werden.

## V. Anwendungsfragen des Konzessionsabgabenrechts

### 1. Die Abgrenzung zwischen Tarif- und Sondervertragskunden

Nach der Einführung der Grundversorgung und dem damit verbundenen Ende der Tarifkundenversorgung stellt sich die Frage nach der künftigen konzessionsabgabenrechtlichen Abgrenzung zwischen Tarif- und Sondervertragskunden neu. Obwohl die Ausgestaltung der Versorgungsverhältnisse mit den Letztverbrauchern heute nicht mehr Gegenstand des Konzessionsvertrages ist, hat das Konzessionsabgabenrecht bei der Konzessionsabgabe an der Unterscheidung zwischen einer Belieferung von Tarif- und

Sondervertragskunden und damit an einer vertriebsseitigen Bestimmung der Höhe der Konzessionsabgabe festgehalten. Schon immer wurden Lieferungen an Tarif- und Sonderabnehmer konzessionsabgabenrechtlich unterschiedlich belastet, die Belastung für Tariflieferungen war dabei spürbar höher als für Sondervertragskunden.

Bis zum Erlass des EnWG 2005 waren die energiewirtschaftsrechtlichen und konzessionsabgabenrechtlichen Begriffe deckungsgleich:

*Tarifikunden* waren diejenigen, die auf der Grundlage der allgemeinen Anschluss- und Versorgungspflicht zu den öffentlich bekanntgegebenen allgemeinen Tarifpreisen und den allgemeinen Bedingungen mit Strom und Gas beliefert wurden, wohingegen Sondervertragskunden diejenigen waren, die eines dieser Merkmale nicht erfüllten.

Mit der Änderung der KAV durch das Neuregelungsgesetz 2005 wurde erstmals eine gesetzliche Definition der beiden Kundengruppen in der KAV eingeführt. Gemäß § 1 Abs. 3 KAV sind *Tarifikunden* im Sinne der Verordnung Kunden, die auf Grundlage von Verträgen nach den §§ 36 und 38 sowie § 115 Abs. 2 und § 116 EnWG beliefert werden; Preise und Tarife nach diesen Bestimmungen sind Tarife im Sinne der KAV. *Sondervertragskunden* sind gemäß § 1 Abs. 4 KAV Kunden, die nicht Tarifikunden sind.

Aufgrund der Übergangsregelungen des EnWG (§ 115 Abs. 2 Satz 3, § 116 EnWG), ergibt sich, dass gemäß § 1 Abs. 3 und 4 KAV Lieferungen an diejenigen Kunden, welche schon bisher als Tarifabnehmer galten, auch zunächst mit der Konzessionsabgabe für Tarifabnehmer belastet wurden. Dies galt unabhängig davon, ob die Kunden nach neuem Recht Haushaltskunden waren.

Abgesehen von der Sonderregelung für bestehende Tarifikundenverhältnisse kommt es nach dem Wortlaut von § 1 Abs. 3 KAV indes künftig darauf an, welche Lieferungen auf der Grundlage von Verträgen nach §§ 36 und 38 EnWG durchgeführt werden. Damit setzt sich zunächst der Ansatz fort, dass diejenigen Kunden, die auf der Grundlage von Verträgen, auf deren Abschluss ein gesetzlicher Anspruch besteht, beliefert werden, konzessionsabgabenrechtlich als Tarifikunden behandelt werden können.

Weiter wirft diese Regelung jedoch die Frage auf, ob Haushaltskunden, die nicht auf der Basis eines Grundversorgungsvertrages beliefert werden, gleichwohl als Tarifikunden i.S. der KAV angesehen werden können.

Im *Strombereich* ist dies überwiegend unproblematisch: Gemäß § 2 Abs. 7 Satz 1 KAV gelten alle Stromlieferungen aus dem Niederspannungsnetz als Lieferungen an Tarifkunden, es sei denn, die gemessene Leistung des Kunden übersteigt in mindestens zwei Monaten des Abrechnungsjahres 30 kW und der Jahresverbrauch beträgt mehr als 30.000 kWh. Allenfalls der Verweis in § 2 Abs. 7 Satz 3 KAV auf die *Schwachlasttarife* nach §§ 7, 9 BTOElt kann heute noch Anlass zu der Frage geben, ob für Vertragsprodukte anderer Anbieter als des Grundversorgers für lastschwache Zeiten die „Schwachlasttarifkonzessionsabgabe“ gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 lit. a) KAV oder die Konzessionsabgabe für Sondervertragskunden gemäß § 2 Abs. 3 KAV gelten soll.

Eine § 2 Abs. 7 KAV entsprechende Regelung fehlt im *Gasbereich*. Der Verordnungsgeber sah hiervon - aufgrund der regional unterschiedlichen Ausgestaltung der Vertragsverhältnisse durch die Versorgungsunternehmen unter Berücksichtigung der jeweiligen Wettbewerbssituation - von einer Bestimmung der Tarifkundenlieferungen mittels Leistungs- und Mengengrenzen ab. Dementsprechend blieb es bei dem Grundsatz, dass diejenige Konzessionsabgabe zu zahlen war, welche der Netzbetreiber für Lieferungen in vergleichbaren Fällen zu zahlen hatte. Hier kam es auf die vertragliche im Konzessionsvertrag vereinbarte oder die tatsächliche Ausgestaltung der Lieferverhältnisse an. Wurden vom Konzessionär - als EVU der allgemeinen Versorgung - Kunden mit einem bestimmten Abnahmeverhalten auf der Grundlage von Tarifkundenverträgen beliefert, so galt dies auch für den Drittlieferanten als „Durchleitenden“ (Netznutzer), und zwar unabhängig von der vertraglichen Ausgestaltung seiner Lieferverhältnisse. Die Gleichbehandlung der Netznutzer auch im Konzessionsabgabenrecht und die Wettbewerbsneutralität der Konzessionsabgaben im Verhältnis zwischen Netzbetreiber und dritten Wettbewerbern sollten demnach durch § 2 Abs. 6 KAV sichergestellt werden.

Nach den Neuregelungen des EnWG 2005 besteht im Gasbereich nunmehr das Problem, dass im Konzessionsvertrag nicht mehr vereinbart werden kann, welche Lieferungsverträge durch den Konzessionsnehmer abzuschließen sind. Da die Höhe der Konzessionsabgaben aber nach dem Gesetzeswortlaut weiterhin vertriebsseitig bestimmt wird, ist unklar, wie die Unterteilung zwischen Sonder- und Tarifkundenkonzessionsabgabe im Konzessionsvertrag geregelt werden kann. Denn gemäß § 1 Abs. 3 und Abs. 4 KAV geschieht, erfolgt die Unterscheidung durch den Bezug auf die Lieferverhältnisse des Grundversorgers.

Mit diesem Problemaufriss möchte ich es an dieser Stelle bewenden lassen. Die nachfolgenden Referenten werden sich der Thematik annehmen.

## 2. Konzessionsabgaben und Bereicherungsrecht

Wenden wir uns abschließend einem Rechtsgebiet zu, das im Bereich des Konzessionsabgabenrechts nicht sehr im Fokus steht: Dem Bereicherungsrecht. Dieses Gebiet könnte demnächst wieder mehr Aufmerksamkeit erhalten, wenn es nämlich zu Rückforderungsprozessen hinsichtlich vermeintlich überhöhter Konzessionsabgaben kommt.

Bekannt ist in diesem Bereich vor allem die *Salzwedel-Entscheidung* des *BGH* aus dem Jahr 1996. Streitig war die Frage, ob das EVU die bisher gezahlte Konzessionsabgabe im vertragslosen Zustand weiterhin, insbesondere unter bereicherungsrechtlichen Aspekten, schuldet. Der Netzbetreiber hatte insoweit, wegen des geringeren Wertes des Wegerechts im vertragslosen Zustand, die Konzessionsabgabe abgesenkt und seinen Tarifkunden nur den abgesenkten Teil in Rechnung gestellt. Der *BGH* bejahte hier eine Entreicherung des Netzbetreibers nach § 818 Abs. 3 BGB.

In einem anderen Fall aus dem Jahr 2007 hatte das *OLG Düsseldorf* ebenfalls über die Frage der Entreicherung zu entscheiden. Bei Drittbelieferungen, also in den Durchleitungen- bzw. Netznutzungsfällen, kann der das Netz nutzende Drittlieferant nach § 2 Abs. 6 Satz 3 KAV gegenüber dem Netzbetreiber den Nachweis erbringen, dass niedrigere Konzessionsabgaben anfallen, als die, die im Netznutzungsentgelt zugrunde gelegt werden. Das gilt insbesondere für bestimmte Lieferungen an Sonderkunden, bei denen der Grenzpreis unterschritten wird. Nach der Grenzpreisregelung des § 2 Abs. 4 KAV handelt es sich hierbei um Lieferungen an Kunden mit einem besonders hohen Jahresverbrauch, der dazu führt, dass der Durchschnittspreis im Kalenderjahr je Kilowattstunde unter dem Durchschnittserlös je Kilowattstunde aus der Lieferung von Strom an alle Sondervertragskunden liegt.

Dabei trifft den Lieferanten die Darlegungs- und Beweislast, dass eine Unterschreitung des Grenzpreises eintritt. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Netzbetreiber aufgrund des Konzessionsvertrags gegenüber der Gemeinde zur Zahlung von Konzessionsabgaben verpflichtet ist, von Bedeutung. Denn der Netzbetreiber legt üblicherweise gegenüber der Gemeinde regelmäßig Rechnung. Fordert er in diesem Zusammenhang den Lieferanten auf nachzuweisen, dass der Grenzpreis für bestimmte Lie-

ferverhältnisse unterschritten wird, so trifft diesen eine entsprechende Mitwirkungspflicht.

Zu Konfliktfällen kommt es nun dadurch, dass es in der KAV keinen zeitlichen Rahmen für die Mitwirkungspflichten gibt. Hinzu kommt, dass das Konzessionsabgabenrecht gesetzliche und insbesondere bereicherungsrechtliche Ansprüche nicht ausschließt. Das *LG Dortmund* entschied in einem derartigen Fall, dass bei Verletzung von Mitwirkungspflichten durch verspätete oder gar keine Mitteilung der Lieferant u. U. seinen Anspruch auf Rückzahlung aus ungerechtfertigter Bereicherung aus Gesichtspunkten von Treu und Glauben verlieren könne. Denn der Netzbetreiber darf ansonsten darauf vertrauen, dass er die - seinem Kenntnisstand entsprechenden - Konzessionsabgaben an die Gemeinde weiterleiten dürfe. Das *OLG Düsseldorf* bestätigte diese Entscheidung und ließ den Entreicherungsseinwand des Netzbetreibers nach § 818 Abs. 3 BGB dann zu, wenn dieser die Konzessionsabgabe an die Gemeinde gutgläubig gezahlt hatte. Der Netzbetreiber schulde nach dem OLG allenfalls die Abtretung eines möglichen Anspruchs gegen die Gemeinde auf Rückzahlung.

## B.

### Fazit

Lassen sie mich ein Resümee ziehen: Das Konzessionsvertrags- und das Konzessionsabgabenrecht sind - unübersehbar - im Umbruch.

Gemessen an den inzwischen geltenden Vorgaben der §§ 46 ff. EnWG erscheinen die seinerzeitigen Ermächtigungsgrundlagen der §§ 7 und 12 EnWG 1935 und Rahmenbedingungen für das Konzessionsvertrags- und Konzessionsabgabenrecht geradezu rudimentär. Dementsprechend möchte man meinen, dass die Anwendungs- und Auslegungsfragen des Konzessionsvertrags- und Konzessionsabgabenrechts geringer und der rechtliche Rahmen eindeutiger geworden wäre. Wie der Vortrag gezeigt hat, ist das nicht der Fall. Die größere Regelungsdichte hat nicht etwa eine größere Befriedungswirkung und Klarheit mit sich gebracht, sondern scheint sie zu mehr offenen Fragen als zuvor geführt zu haben. In der Rückschau schlummerte das Konzessionsvertrags- und Konzessionsabgabenrecht bis 1998 geradezu in einem Dornröschenschlaf.

Allerdings: Die Abschaffung des § 46 EnWG oder die Freigabe der Konzessionsabgaben scheinen mir nicht der richtige Weg zu sein. Zu verwurzelt ist dieses Rechtsgebiet im Energiewirtschaftsrecht, zu bedeutsam ist es für die Gemeinden. Um die angesprochenen Unstimmigkeiten - und dies waren, wie Sie wissen nur wenige Beispiele - zu lösen, ist vor allem der Gesetz- und Verordnungsgeber gefragt: Mir scheint, dass es ein großes Bedürfnis danach gibt, offene Verfahrensfragen und Unklarheiten gesetzlich zu regeln. Zu nennen ist hier etwa das Verfahren des Neuabschlusses oder der angemessene Kaufpreis, gerade auch mit Blick auf die Anreizregulierung. Auch die Überlassung könnte klarer geregelt werden.

Auch im Bereich der KAV bedarf es neuer Regelungen. Hier aber weniger, um Unklarheiten auszuräumen, als vielmehr, um die KAV überhaupt erst an das EnWG anzugleichen. So entspricht nicht nur die Tarif- bzw. Sonderkundenabgrenzung nicht der Terminologie des Energiewirtschaftsgesetzes, auch die Frage nach der zulässigen Gas-KA dürfte ein Handeln des Verordnungsgebers erfordern. Auch das Nebenleistungsverbot könnte eine Überarbeitung vertragen.

Allerdings scheint die Neigung des *Bundeswirtschaftsministeriums*, Änderungen anzugehen, nur schwach ausgeprägt zu sein. Verständlicherweise: Es wird eine Herausforderung für den Verordnungsgeber bleiben, die Konzessionsabgaben für die Marktteilnehmer wettbewerbsneutral zu gestalten und gleichzeitig das Konzessionsabgabenaufkommen der Kommunen stabil zu halten. Zudem gerät der Verordnungsgeber noch von anderer Seite unter Druck: Im Interesse der Standortsicherheit für die Industrie und aufgrund des Verbraucherschutzes muss das Bundeswirtschaftsministerium auch die Bezahlbarkeit von Energie im Blick haben.

Es wird spannend bleiben. [...]