

**INNENMINISTERIUM
BADEN - WÜRTTEMBERG**

Postfach 10 24 43 • 70020 Stuttgart
E-Mail: poststelle@im.bwl.de
FAX: 0711/231-5000

ANLAGE **B**
(GUTACHTEN
WIBERA UND
BESTÄTIGUNG IM)

Städtetag
Baden-Württemberg

Gemeindetag
Baden-Württemberg

Datum 23.07.2012
Name Astrid Fahrenkrog
Durchwahl 0711 231-3231
Aktenzeichen 2-4556/-17
(Bitte bei Antwort angeben)

nachrichtlich:

Landkreistag

Aktualisierte Musterkonzessionsverträge Strom und Gas mit der EnBW;
Anforderungen des § 107 GemO an Energieverträge;
Ihr Schreiben vom 05.07.2012 - Az: 811.22 Sp/Be

Sehr geehrte Damen und Herren,

im Auftrag von Herrn Minister Gall danke ich für Ihr oben genanntes Schreiben, mit dem Sie die aktualisierten Musterkonzessionsverträge für die Strom- und Gasversorgung mit der EnBW nebst Anlagen übersandt haben.

Wir bestätigen Ihnen hiermit, dass für die aktualisierten Fassungen die Einholung eines neuen Sachverständigen-Gutachtens nach § 107 Abs. 1 Satz 2 GemO entbehrlich ist, da die verhandelten Änderungen der Musterkonzessionsverträge in allen Einzelpunkten vorteilhaft für die Gemeinden sind.

Die Regierungspräsidien werden informiert.

gez. Hermann Müller

**Gutachtliche Stellungnahme gem. § 107 GemO
zum Musterkonzessionsvertrag "Strom" (Stand: 10.11.2005) der EnBW Regional AG**

Gem. § 107 Abs. 1 GemO darf die Gemeinde Konzessionsverträge, durch die sie einem Energieversorgungsunternehmen die Benutzung von Gemeindeeigentum einschließlich der öffentlichen Straßen, Wege und Plätze für Leitungen zur Versorgung der Einwohner überlässt, nur abschließen, wenn die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde nicht gefährdet wird und die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner gewahrt sind.

Vor diesem Hintergrund nehmen wir zum Musterkonzessionsvertrag "Strom" wie folgt Stellung:

Zu § 1

Nach Satz 2 stehen die Verteilungsanlagen im Eigentum oder in der Verfügungsgewalt der REG. Wenn die REG Inhaber der Verfügungsgewalt ist, muss sie nicht unbedingt auch zivilrechtlicher Eigentümer sein. Allerdings kommt damit zum Ausdruck, dass sie - möglicherweise, ohne zivilrechtlicher Eigentümer zu sein - über die Anlagen auch verfügen kann, z.B. mit Blick auf die Endschafftsbestimmungen in § 9 des Vertrages und das dort festgeschriebene Erwerbsrecht der Gemeinde.

Die "Hinweise" in Satz 3 f. auf die Bestimmungen des EnWG sollen klarstellen, dass die REG den diesbezüglichen Regelungen unterliegt, was ohnehin der Fall ist, auch wenn dies im Vertrag nicht festgeschrieben wäre.

Vor diesem Hintergrund kann die Bestimmung u. E. akzeptiert werden.

Zu § 2

Abs. 1

Satz 1 räumt der REG das für Konzessionsverträge typische sog. Wegenutzungsrecht ein.

Nach Satz 2 gilt dieses Nutzungsrecht auch für Leitungen, die nicht oder nur teilweise der Versorgung im Gemeindegebiet dienen. Die Einräumung eines solchen Nutzungsrechts auch für diese Leitungen entspricht nach unserem Kenntnisstand der in Deutschland geübten Praxis. Gegen die Aufnahme einer solchen Bestimmung in den Vertrag bestehen aus unserer Sicht keine Bedenken.

Nach Satz 3 wird der REG an den übrigen Bauwerken und Grundstücken der Gemeinde ein entsprechendes Nutzungsrecht eingeräumt; über die Einzelheiten ist jeweils eine gesonderte Vereinbarung zu treffen. Hinsichtlich der Grundstücke kann sich ein solches Nutzungsrecht der REG schon aus § 8 AVBEltV ergeben. Im Übrigen kann die Gemeinde in der jeweils abzuschließenden gesonderten Vereinbarung auf die Zahlung eines Entgelts durch die REG hinwirken. Das Nutzungsrecht ist abhängig von dem Zustandekommen einer solchen Vereinbarung.

Abs. 2

Für die Errichtung der dort genannten sonstigen Anlagen **soll** die Gemeinde gemeindeeigene Grundstücke entweder an die REG zu ortsüblichen Preisen veräußern oder der REG aufgrund eines dinglichen Rechts gegen eine angemessene Entschädigung zur Nutzung überlassen. "Soll" heißt nicht "muss", kommt einer entsprechenden Verpflichtung aber nahe. Im Übrigen hat die Gemeinde danach die Wahl, das Grundstück zu veräußern oder es mit einem dinglichen Recht zugunsten der REG zu belasten, wobei die anfallenden Kosten nach Satz 2 von der REG zu tragen sind. Wenn in Abs. 2 auch auf Gebäude abgestellt wird, so versteht es sich aus unserer Sicht von selbst, dass es sich dabei nur um Gebäude handeln kann, die im Zusammenhang mit dem Betrieb des Versorgungsnetzes stehen und hierfür benötigt werden, nicht aber um Gebäude, die damit nichts zu tun haben. Von daher ist nicht zu befürchten, dass hinsichtlich der Gebäude ein "Missbrauch" stattfinden könnte, etwa dergestalt, dass REG Gebäude errichtet, die in keinem Zusammenhang mit dem Netzbetrieb stehen.

Abs. 3

Für Leitungen, die nicht ausschließlich der Versorgung in der Gemeinde dienen, räumt die Gemeinde der REG auf deren Wunsch beschränkte persönliche Dienstbarkeiten ein. Hierfür hat die REG an die Gemeinde eine einmalige Entschädigung in angemessener Höhe zu zahlen.

Zwar erscheint die Bestimmung zunächst sehr weit reichend, andererseits kommt die Gemeinde in den "Genuss" der Zahlung einer einmaligen Entschädigung, die nicht anfielen, würden die Leitungen nicht dinglich gesichert. Insofern muss die Gemeinde abwägen, ob sie sich dieser Bestimmung unterwirft. Akzeptiert sie die Bestimmung nicht, bleibt es bei dem - allein schuldrechtlichen - Recht auf Nutzung nach § 2 Abs. 1 Satz 2.

Abs. 5

Sätze 4 und 5 stellen darauf ab, dass bei Leitungsbaumaßnahmen von Unternehmen, die zu 100 % im Eigentum der Gemeinde stehen und bei Leitungsbaumaßnahmen von Zweckverbänden die Regelungen des § 5 gelten. § 5 regelt in seinem Abs. 2 die sog. Folgekostenpflicht. Die in den Sätzen 4 und 5 genannten Unternehmen sind allerdings nicht Vertragspartner des Konzessionsvertrages. Insofern müssten sie sich, wenn eine Baumaßnahme ansteht, gegenüber der REG damit "einverstanden" erklären, dass die Folgekostenregelung in § 5 zum Tragen kommt.

Abs. 6

Die Bestimmung enthält im Ergebnis ein Besserstellungsverbot in Fällen des § 46 Abs. 1 EnWG bei der Verlegung von Direktleitungen durch ein drittes Versorgungsunternehmen. In der Praxis dürfte dieser Regelung kaum Bedeutung zukommen, da die Gemeinde immer darauf hinwirken wird, mindestens die Konditionen mit dem dritten Versorgungsunternehmen zu vereinbaren, die sie auch im Konzessionsvertrag mit der REG bezüglich der Höhe der Konzessionsabgaben und der Folgekosten getroffen hat. Es wird immer Ziel der Gemeinde sein, die KA-Höchstsätze und auch eine für sie möglicherweise noch günstigere Folgekostenregelung zu vereinbaren. Insofern sollen an dieser Stelle möglicherweise bestehende kartellrechtliche Bedenken gegen die Bestimmung nicht weiter untersucht werden.

Zu § 3**Abs. 2**

Sehr positiv ist die Klarstellung in Satz 1 zu bewerten, nämlich dass die beiden Abgrenzungskriterien nach § 7 Abs. 7 der KAV in der Fassung vom 13.07.2005 kumulativ anzuwenden sind. Hier sind auch Fälle bekannt, in denen sich das Versorgungsunternehmen auf den Standpunkt gestellt hat, die beiden Abgrenzungskriterien seien alternativ anzuwenden. Satz 1 hat zur Folge, dass auch dann, wenn in einem Abrechnungszeitraum eine Strombezugsmenge von 30 000 Kilowatt überschritten wird, jedoch keine Leistungsmessung erfolgt, die für Tarifkunden geltende hohe Konzessionsabgabe gezahlt wird. Wenn in Satz 1 auf die KAV in der Fassung vom 13.07.2005 abgestellt wird und nicht auf die KAV in ihrer jeweils gültigen Fassung, muss gesehen werden, dass dann, wenn § 2 Abs. 7 KAV in der jetzigen Fassung gestrichen würde, Satz 1 von Abs. 2 gegenstandslos würde.

Sätze 2 f. schreiben den Inhalt von § 2 Abs. 6 und 8 KAV klarstellend im Konzessionsvertrag fest.

Abs. 3

Danach leistet die REG auf die Konzessionsabgabenzahlungen vierteljährliche Abschlagszahlungen in Höhe von jeweils 25 % des Vorjahresbetrages am Ende des abgelaufenen Quartals.

Nach § 5 Abs. 2 KAV dürfen Vorauszahlungen nicht geleistet werden. Damit darf also die Abschlagszahlung in Höhe von 25 % des Vorjahresbetrages im Ergebnis nicht höher sein, als der Betrag, der sich aufgrund der in einem Quartal durch die REG getätigten Versorgungsleistungen ergäbe.

Abs. 5 geht zurück auf die seit Inkrafttreten des neuen Energiewirtschaftsgesetzes geltende Neufassung von § 3 Abs. 1 Nr. 1 KAV. Danach dürfen neben oder anstelle von Konzessionsabgaben Preisnachlässe für den in Niederspannung abgerechneten Eigenverbrauch der Gemeinde bis zu 10 v.H. des Rechnungsbetrages für den Netzzugang gewährt werden, sofern diese Preisnachlässe in der Rechnung offen ausgewiesen werden. Nicht zulässig wäre es gewesen, die Bestimmung z.B. dahingehend zu erweitern, dass der Preisnachlass z.B. auch einer Eigengesellschaft einer Gemeinde gewährt wird. Hierbei handelt es sich nicht um Eigenverbrauch einer Gemeinde im Sinne von § 3 Abs. 1 Nr. 1 KAV (vgl. Morell, Steinhauer, Münch, Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben, § 3 Anm. 5, 6, S. 101).

Zu § 4**Abs. 5**

Die hier vorgesehene Gewährleistungsfrist von fünf Jahren entspricht dem, was heute üblich und auch aus anderen Verträgen bekannt ist.

Zu § 5**Abs. 1, Abs. 2**

Abs. 1 enthält die sog. Folgepflicht, Abs. 2 die sog. Folgekostenpflicht. Die Gemeinde kann eine Änderung der Verteilungsanlagen verlangen, sofern dies im öffentlichen Interesse der Gemeinde notwendig ist. Diese Voraussetzung ist z.B. dann gegeben, wenn die Gemeinde Straßenbaumaßnahmen durchführt, die eine Änderung (Verlegung) der sich in den betreffenden Flächen befindenden Verteilungsanlagen notwendig macht.

Die in Abs. 2 enthaltene Folgekostenregelung stellt - wie viele uns bekannte andere Folgekostenregelungen auch - auf das Alter der Verteilungsanlagen ab. Bei Anlagen, die noch nicht älter sind als fünf Jahre, trägt die REG 25 % und die Gemeinde 75 % der Kosten. Die Kostentragungspflicht der REG erhöht sich je weiterem begonnenen Jahr um fünf Prozentpunkte. Die Kosten der Verlegung von Anlagen, die älter als 19 Jahre sind, trägt damit die REG in vollem Umfang.

Die Konzessionsverträge in Deutschland enthalten die unterschiedlichsten Folgekostenregelungen. Insofern kann nicht gesagt werden, welche Folgekostenregelung der Üblichkeit entspricht. So gibt es z.B. Folgekostenregelungen, die besagen, dass die Gemeinde dann, wenn die Anlagen nicht älter als 10 Jahre sind, die vollen Folgekosten zu tragen hat. Begründet wird dies mit dem Schutz des Energieversorgungsunternehmens vor Planungsfehlern der Gemeinde. Nach Ablauf von 10 Jahren gilt oftmals eine Teilung der Folgekosten, d.h. Gemeinde und Versorgungsunternehmen tragen jeweils 50 % der Kosten. Von daher halten wir die in Abs. 2 enthaltene Folgekostenregelung für aus der Sicht der Gemeinde eher günstig.

Abs. 3

Danach soll die Folgekostenregelung nach Abs. 2 entsprechend Anwendung finden, wenn nicht dinglich gesicherte Verteilungsanlagen auf Grundstücken Dritter infolge planerischer Festlegung der Gemeinde (z.B. bei der Aufstellung eines Bebauungsplans) verlegt werden müssen. Geht man davon aus, dass es sich hierbei auch um eine im öffentlichen Interesse der Gemeinde notwendige Änderung handelt (Abs. 1), ist es konsequent, auch diesbezüglich - klarstellend - auf die Folgekostenregelung in Abs. 2 abzustellen.

Zu § 6

Positiv an der hier im Ergebnis auf die gesetzlichen Bestimmungen abstellenden Haftungsregelung ist, dass die REG, verursacht sie einen Schaden, ihr fehlendes Verschulden nachzuweisen hat und die REG der Gemeinde, sofern diese der REG einen Schaden zugefügt hat, deren Verschulden nachweisen muss.

Zu § 8

Die Sätze 3 und 4 stellen zugunsten der Gemeinde sicher, dass sie rechtzeitig vor Ablauf des Vertrages die für sie notwendigen Informationen erhält.

Zu § 9**Abs. 1, Abs. 2**

Vorab ist anzumerken, dass die hier aufgenommenen sog. Endschaftsbestimmungen nur zum Tragen kommen, wenn die Gemeinde selbst die Energieversorgung übernehmen will, d.h. nur dann, wenn die Verteilungsanlagen nicht im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Konzessionsvertrages mit einem anderen Energieversorgungsunternehmen auf dieses zu übertragen sind.

Das Übernahmerecht der Gemeinde in Abs. 1 bezieht sich auf die der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet dienenden Verteilungsanlagen. Dabei wird auf die Definition in § 3 Abs. 1 Nr. 17 EnWG abgestellt. Danach sind Energieversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung Energieversorgungsnetze, die der Verteilung von Energie an Dritte dienen und von ihrer Dimensionierung nicht von vornherein nur auf die Versorgung bestimmter, schon bei der Netzerrichtung feststehender oder bestimmter Letztverbraucher ausgelegt sind, sondern grundsätzlich für die Versorgung jedes Letztverbrauchers offen stehen.

Abs. 2 bestimmt, dass die Gemeinde dann, wenn sie von ihrem Recht zur Übernahme nach Abs. 1 Gebrauch macht, verpflichtet ist, alle im Gemeindegebiet vorhandenen Verteilungsanlagen der REG zu kaufen, die ausschließlich der Versorgung in der Gemeinde dienen. Die Gemeinde ist also nicht berechtigt bzw. verpflichtet, Verteilungsanlagen, die teilweise der Versorgung der Gemeinde dienen, zu erwerben. Hinsichtlich dieser Anlagen - so der zweite Halbsatz von Abs. 2 Satz 2 - werden Gemeinde und REG im Rahmen des Entflechtungskonzepts eine angemessene Lösung herbeiführen. D.h. also, dass im Ergebnis hinsichtlich dieser Anlagen Einvernehmen hergestellt werden muss.

§ 46 Abs. 2 EnWG besagt in Satz 2, dass dann, wenn Konzessionsverträge nach ihrem Ablauf nicht verlängert werden, der bisher Nutzungsberechtigte (REG) verpflichtet ist, seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu überlassen hat. Hier wird also auf die für die allgemeine Versorgung im Gemeindegebiet **notwendigen** Verteilungsanlagen abgestellt. Dies können auch Verteilungsanlagen sein, die nicht ausschließlich der Versorgung im Gemeindegebiet dienen. Auch diese Verteilungsanlagen können also zum Netz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören. Diese Anlagen müssten nach dem Gesetzeswortlaut vom bisherigen Energieversorgungsunternehmen dem neuen Energieversorgungsunternehmen überlassen werden. Um welche Verteilungsanlagen es

sich im Einzelnen handelt, kann naturgemäß bei Abschluss des Vertrages noch nicht im Einzelnen festgeschrieben werden.

Insofern sollte erwogen werden, in Abs. 1 und 2 auf den Wortlaut von § 46 Abs. 2 Satz 2 (Übertragung der für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen) abzustellen. Anderenfalls könnte der Fall eintreten, dass z.B. eine Leitung, die zu 80 % der Versorgung in der Gemeinde dient und zu 20 % zur Versorgung außerhalb der Gemeinde, nicht übertragen wird und dann von der Gemeinde bzw. dem von ihr betriebenen Energieversorgungsunternehmen aufgrund einer gesonderten Vereinbarung schuldrechtlich genutzt werden muss. Dies könnte eine angemessene Lösung gem. dem zweiten Halbsatz von Abs. 2 darstellen. Auf der anderen Seite könnte man allerdings auch die Auffassung vertreten, dass angesichts des Wortlautes von § 46 Abs. 2 Satz 2 EnwG (Überlassung der für die allgemeine Versorgung im Gemeindegebiet **notwendigen** Verteilungsanlagen) auch diese Leitung - wenn sie zur allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendig ist - überlassen werden muss und insofern das Gesetz Vorrang vor dem hat, was vertraglich in Abs. 2 festgelegt wurde.

Abs. 3

Hier erfolgt bezüglich der Kosten der Entflechtung der von der Gemeinde zu übernehmenden und der bei der REG verbleibenden Verteilungsanlagen sowie bezüglich der Kosten der Einbindung des von der Gemeinde übernommenen Netzes in das vorgelagerte Netz der REG sowie der Kosten der Installierung der notwendigen messtechnischen Einrichtungen von der Gemeinde und der REG eine Kostenteilung zwischen Gemeinde und REG.

In der Praxis sind häufig Kostenregelungen anzutreffen, wonach die Einbindungskosten von der Gemeinde, die Entflechtungskosten vom abgebenden EVU zu tragen sind. Ob eine solche Bestimmung für die Gemeinde günstiger wäre, wird immer von den jeweiligen Umständen des Einzelfalles abhängen. Der BGH hat in seinem Urteil vom 07.07.1992 darauf abgestellt, dass jede Partei die in ihrem Bereich anfallenden Kosten trägt. Jedenfalls kann nicht gesagt werden, dass die Kosten der Entflechtung grundsätzlich immer höher sind als die der Einbindung. Die hälftige Kostentragung hinsichtlich Entflechtungs- und Einbindungskosten kann jedoch in der Praxis zu wirtschaftlicheren Lösungen führen.

Abs. 4

Klarstellend ist hier in Satz 2 vorgesehen, dass geleistete Ertragszuschüsse (z.B. Baukostenzuschüsse, Hausanschlusskosten etc.) bei der Ermittlung des Kaufpreises zu berücksichtigen sind.

Abs. 6

Zunächst wird auf die Ausführungen zu Abs. 1 und 2 verwiesen. Sollten Verteilungsanlagen nicht auf die Gemeinde übergehen, dürfte es sich in erster Linie um sog. Durchgangsleitungen handeln, also solche Leitungen, die der Versorgung außerhalb des Gemeindegebietes dienen. Diesbezüglich soll eine gesonderte Vereinbarung zwischen Gemeinde und REG getroffen werden, wozu - so der zweite Halbsatz von Satz 2 - auch die Festlegung einer angemessenen Vergütung gehört, soweit dies gesetzlich zulässig ist. Eine solche Regelung ist bezogen Durchgangsleitungen nicht unüblich und entspricht auch anderenorts geübter Praxis. Soweit es sich um Leitungen handelt, die der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet dienen, ist im Übrigen § 46 Abs. 1 EnWG einschlägig, und das Versorgungsunternehmen hat nach Maßgabe der dortigen Bestimmungen ein Recht auf Wegenutzung.

Nach § 1 Satz 2 stehen die Verteilungsanlagen im Eigentum oder in der Verfügungsgewalt der REG. Unter Verfügungsgewalt in diesem Sinne verstehen wir das Recht der REG, über die Anlagen auch zu verfügen und diese an die Gemeinde zu übertragen, wenn die REG nicht Eigentümer sein sollte. Insofern wäre es noch erwägenswert gewesen, § 9 dergestalt zu ergänzen, dass die REG dann, wenn sie nicht Eigentümer der zu übertragenden Anlagen ist, darauf hinwirken wird, dass der Eigentümer der Anlagen sich den Bestimmungen von § 9 des Vertrages "unterwirft". Im Übrigen muss gesehen werden, dass sich die REG dann, wenn sie ihrer Verpflichtung zur Überlassung der Anlagen nicht nachkommt, der Gemeinde gegenüber schadensersatzpflichtig macht. Vor diesem Hintergrund kann die Regelung aus unserer Sicht akzeptiert werden.

Zu § 10**Abs. 4**

Danach soll der Gerichtsstand Stuttgart, also der Sitz der REG, sein. Sollte es tatsächlich im Einzelfall zu einer rechtlichen Auseinandersetzung zwischen Gemeinde und REG kommen, so dürfte die Festlegung des Sitzes der REG als Gerichtsstand keinen gravierenden Nachteil der Gemeinde darstellen, insbesondere, wenn man davon ausgeht, dass im Fall eines Rechtsstreits der Rechtsbeistand der Gemeinde nicht unbedingt in der Gemeinde oder auch Baden-Württemberg ansässig sein wird.

Ergebnis

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass der Vertrag den Vorgaben von § 107 Abs. 1 GemO Rechnung trägt. Der Vertrag gefährdet nicht die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde, wahrt u.E.

auch die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner und kann insgesamt als ausgewogen angesehen werden.

Düsseldorf, den 24. November 2005

WIBERA Wirtschaftsberatung AG
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft


ppa. Wolfgang Britsch


ppa. Dirk Lübke