

PRICEWATERHOUSECOOPERS LEGAL

PRICEWATERHOUSECOOPERS LEGAL AKTIENGESELLSCHAFT
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT

Gutachterliche Stellungnahme nach § 101 Abs. 1 Satz 2 SächsGemO

zum Musterwegenutzungsvertrag Strom/Gas (Stand:
9. Dezember 2008); erarbeitet und verhandelt durch
den Sächsischen Städte- und Gemeindetag e.V. und
dem Verband kommunaler Unternehmen e.V. Lan-
desgruppe Sachsen

im Auftrag des Verband kommunaler Unternehmen e.V. Landesgruppe
Sachsen

PRICEWATERHOUSECOOPERS LEGAL AG
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT

Käthe-Kollwitz-Straße 21
04109 Leipzig

im September 2009

...

Inhaltsverzeichnis:

A.	Ausgangslage und Anlass der Untersuchung	2
B.	Rechtliche Würdigung	4
C.	Ergebnis	22

A. Ausgangslage und Anlass der Untersuchung

Der Sächsische Städte- und Gemeindetag (SSG) hat zusammen mit der VKU-Landesgruppe Sachsen (VKU) einen Wegenutzungsvertrag Strom/Gas im Rahmen einer Arbeitsgruppe verhandelt. Das Ergebnis dieser Verhandlungen liegt in Form eines Musterwegenutzungsvertrages vor, der dieser gutachterlichen Stellungnahme als Anlage beigelegt ist. Der vorgelegte Musterwegenutzungsvertrag soll den Mitgliedern beider Organisationen als Grundlage für den Abschluss bzw. die Verlängerung von Wegenutzungsverträgen dienen.

Grundlage für den Abschluss von Wegenutzungs- bzw. Konzessionsverträgen für die Bereiche Strom und Gas ist die Verordnung über Konzessionsabgaben für Strom und Gas vom 09.01.1992 (BGBl. I S. 12), zuletzt geändert am 01.11.2006 (BGBl. I S. 2477), (KAV) sowie das Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung - Energiewirtschaftsgesetz - (EnWG) vom 07.07.2005 (BGBl. I S. 1970), zuletzt geändert durch Art. 2 G zur Förderung der Kraft-Wärme-Kopplung vom 25.10.2008 (BGBl. I S. 2101).

Durch Abschluss eines Wegenutzungs- oder Konzessionsvertrages räumt die Gemeinde einem Energieversorgungsunternehmen das Recht ein, die öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die der allgemeinen Energieversorgung von Letztverbrauchern dienen, zu nutzen. Hierzu ist die Gemeinde nach Maßgabe des § 46 EnWG verpflichtet. Solche Verträge dürfen maximal für eine Dauer von 20 Jahren abgeschlossen werden. Derzeit laufen in Sachsen nahezu sämtliche im Anschluss an die Wiedervereinigung und Etablierung von Stadtwerken abgeschlossenen Konzessionsverträge aus. Nach Durchführung des nach § 46 Abs. 3 EnWG erforderlichen Bekanntmachungsverfahrens sind daher in Sachsen eine Vielzahl von Konzessionsverträgen neu abzuschließen.

Nach § 101 Abs. 1 SächsGemO darf eine Gemeinde Verträge über die Lieferung von Energie in das Gemeindegebiet sowie Wegenutzungsverträge, durch die sie einem Energieversorgungsunternehmen die Benutzung von Gemeindeeigentum einschließlich der öffentlichen Straßen, Wege und Plätze für Leitungen zur Versorgung der Einwohner gestattet, nur abschließen, wenn die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde und ihrer Einwohner nicht ge-

fährdet wird und die wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner gewahrt sind. Vor einer entsprechenden Beschlussfassung soll dem Gemeinderat das Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen vorgelegt werden.

Eine Gemeinde kann die Erfüllung ihrer Aufgaben gefährden, wenn sie Belastungen und Bindungen eingeht, die ihre Finanzkraft übersteigen und/oder die ihre städtebauliche, planerische sowie wirtschaftliche Entwicklung hemmen würde.

Die gesetzliche Normierung der Voraussetzungen des § 101 SächsGemO im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Wegenutzungsvertrages macht deutlich, welche Bedeutung der Abschluss eines solchen Vertrages für eine Kommune von gesetzgeberischer Seite beigemessen wird. Nicht nur die in der Praxis üblicherweise vereinbarte lange Laufzeit eines solchen Vertrages (20 Jahre), sondern auch die Tatsache, dass ein Wegenutzungsvertrag nachhaltig zur Finanzierung des kommunalen Haushaltes beiträgt, erfordert, dass sich die Gemeinderäte mit den Vertragsinhalten und den diesbezüglichen gesetzlichen Regelungen intensiv auseinandersetzen.

Wesentliche Ziele eines Konzessionsvertrages sollten aus der Perspektive einer Gemeinde deshalb sein:

- Der Konzessionsvertrag muss auf die gemeindliche Aufgabenerfüllung Rücksicht nehmen. Es muss gesichert sein, dass die gemeindlichen Belange bei der Bauleitplanung im Hinblick auf die spezifischen Interessen des Energieversorgungsunternehmens hinreichend gewichtet sind. Auch andere Planungen dürfen nicht über Maß negativ tangiert werden.
- Die Benutzung der Straßen und die Verkehrssicherheit darf durch die Verlegung von Leitungen und deren Wartung nicht mehr als erforderlich beeinträchtigt werden.
- Das Energieversorgungsunternehmen muss die Anlagen in einem funktionellen Zustand erhalten und ggf. zu einer Erweiterung des Leitungsnetzes verpflichtet sein.
- Die Gemeinde darf keine Verpflichtungen eingehen, die ihre dauerhafte Leistungsfähigkeit übersteigen. Insbesondere muss die Gemeinde eine ausgewogene Folgekostenregelung treffen.
- Das Energieversorgungsunternehmen muss die Höchstsätze der Konzessionsabgabe zahlen.

- Wenn eine Übernahme durch die Gemeinde in Frage kommt, muss eine ausgeglichene Übernahmeregelung getroffen werden.

Die nachfolgende Begutachtung verfolgt den Zweck, den Gemeinderäten von die Wegenutzung gestattenden Gemeinden eine Einschätzung zu ermöglichen, ob beim Abschluss des vorliegenden Wegenutzungsvertrages die Voraussetzungen des § 101 Abs. 1 Satz 1 SächsGemO gewahrt sind. Hierbei beziehen sich die nachfolgenden Ausführungen lediglich auf die rechtliche Bewertung der Regelungen des aktuell vorliegenden Musterwegenutzungsvertrages. Je nach der besonderen Interessenlage der am Vertragsabschluss konkret Beteiligten, ist nicht auszuschließen, dass unter gemeinderechtlichen Gesichtspunkten eine ergänzende Begutachtung im konkreten Fall empfehlenswert ist. Gegenstand einer solchen ergänzenden Begutachtung könnten z. B. wirtschaftliche Auswirkungen des Vertragsabschlusses unter Berücksichtigung der Wahl des konkreten Netzbetreibers sein. Änderungen an den Regelungen dieses Musterwegenutzungsvertrages, die sich naturgemäß im Zuge von Verhandlungen der künftigen Vertragspartner ergeben können, bedürfen einer separaten und auf den Einzelfall abstellenden Würdigung.

B. Rechtliche Würdigung

In der nachfolgenden Darstellung gehen wir auf einzelne Vertragsregelungen ein und werden deren Regelungsgehalt im Hinblick auf deren Auswirkungen auf die Gemeinde und deren Einwohner bewerten.

Vor diesem Hintergrund nehmen wir zu dem Musterwegenutzungsvertrag Strom/Gas (Teil A) wie folgt Stellung:

Zu § 1 Vertragsgegenstand und Umfang der Versorgung

Abs. 1:

Die Bestimmung regelt die Reichweite der Gestattung der Wegebenutzung durch die Gemeinde. Als Gegenleistung wird durch das Energieversorgungsunternehmen (nachfolgend: "EVU") eine Konzessionsabgabe gemäß § 10 (d. h. die preisrechtlich jeweils geltende höchstzulässige Konzessionsabgabe) gezahlt. Die Verpflichtung zur Zahlung der preisrechtlich zulässigen Höchstsätze ist allgemein üblich und trägt den Interessen der Kommune insoweit bestmöglich Rechnung.

Abs. 3:

Der Wegenutzungsvertrag umfasst nur solche Wegerechte, die aus der Gestattung der Benutzung öffentlicher Straßen, Wege und Plätze für Strom- und Gasverteilungsanlagen resultieren, für die eine allgemeine Anschlusspflicht besteht. Für Strom- und Gasverteilungsanlagen, für die keine allgemeine Anschlusspflicht besteht, kann dennoch eine Anschlusspflicht nach § 17 EnWG bestehen. Beispielhaft seien hier Energieerzeugungsanlagen zur Deckung des Eigenbedarfs (Ausnahme: Energie aus KWK-Anlagen < 150 kW_{el} und aus erneuerbaren Energien) sowie Fälle genannt, in denen sich der Letztverbraucher von einem Dritten, also nicht von dem Netzbetreiber, an das Energieversorgungsnetz anschließen lässt. Für diese Art der Benutzung öffentlicher Straßen, Wege und Plätze durch das EVU sind deshalb gesonderte Vereinbarungen abzuschließen.

Zu § 2 Stadtgebiet**Abs. 2:**

Diese Vertragsregelung bestimmt, dass im Falle von Eingemeindungen der Gemeinde, die auf diese Weise eingemeindeten Gebiete als Vertragsgebiet gelten, soweit die Vertragspartner hierüber eine entsprechende Vereinbarung treffen. Die Regelung ist insofern sinnvoll, als es sein kann, dass in dem eingemeindeten Gebiet zwar möglicherweise eine Elektrizitätsversorgung aber noch keine Gasversorgung besteht und eine solche etabliert werden soll. Ist eine solche Konstellation nicht gegeben, bedarf es des Abschlusses einer solchen Vereinbarung nicht. Das hinzu tretende Konzessionsgebiet bliebe insofern autark, weil in diesem Fall davon ausgegangen werden kann, dass entsprechende Anlagen zur Energieversorgung bestehen und auch ein Energieversorgungsunternehmen konzessioniert ist.

Im Zusammenhang mit dem Abschluss einer Vereinbarung wäre dann der konzessionsvertragliche Status des hinzukommenden Gemeindegebiets zu berücksichtigen. Bei voneinander abweichenden Laufzeiten der jeweiligen Konzessions- bzw. Wegenutzungsverträge wäre in jedem Fall die gesetzliche Höchstlaufzeit von 20 Jahren zu beachten. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die vertragliche Einbeziehung als "Vertragsverlängerung" zu werten ist, der das Bekanntmachungsverfahren nach § 46 Abs. 3 EnWG vorauszugehen hätte.

Zu § 3 Nutzung des öffentlichen Verkehrsraumes und anderer Grundstücke der Stadt

Abs. 2:

Es ist geregelt, dass die Gemeinde alle zumutbaren Anstrengungen unternommen wird, die erforderlich sind, um dem EVU die vertraglich eingeräumte Nutzungsmöglichkeit auch dann zu gewähren, wenn Rechte Dritter entgegenstehen. Hierzu soll nach dem vorliegenden Vertragsentwurf im Einzelfall auch die Kündigung des entgegenstehenden Rechts des Dritten gehören. Diese Art der Mitwirkung der Gemeinde ist nach unserer Kenntnis in der Praxis nicht so verbreitet. Da sie jedoch auf den Einzelfall beschränkt sein soll und darüber hinaus mit der Formulierung "kann" deutlich gemacht wird, dass es sich gerade nicht um eine vertragliche Verpflichtung handelt, kann die Regelung akzeptiert werden.

Abs. 5:

Diese Regelung erfüllt eine Sicherungsfunktion für das EVU für den Fall, dass an öffentlichen Verkehrsräumen Nutzungsänderungen oder gar Entwidmungen vorgenommen werden. Für diese Fälle bleiben die Mitbenutzungsrechte auf der Grundlage dieses Konzessionsvertrages bestehen.

Für den Fall der Veräußerung eines vom EVU genutzten Grundstücks durch die Gemeinde ist eine Verpflichtung zur Einräumung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit zu Gunsten des EVU gegen Entschädigung der Eintragungskosten und Wertminderung des Grundstücks geregelt.

Das Interesse des EVU an einer solchen Regelung ist legitim und durch die Kostentragungs- und Wertminderungsregelung zu Lasten des EVU für die Gemeinde auch nicht wirtschaftlich nachteilig und allgemein üblich.

Zu § 4 Planung, Errichtung, Instandhaltung und Betrieb von Strom- und Gasverteilungsanlagen samt Zubehör einschließlich Umspann- und Gasdruckregelstationen

Abs. 1:

Abs. 1 regelt, dass die Planungen des EVU zur Errichtung, Instandhaltung von Strom- und Gasverteilungsanlagen "im Benehmen" mit der Gemeinde zu erfolgen hat. Die gewählte Formulierung bedeutet, dass der Gemeinde eine Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt wird. Diese ist vom EVU bei der Planung zu berücksichtigen. Sie bedeutet jedoch

nicht, dass sie eine Verpflichtung zur Umsetzung der Vorstellungen der Gemeinde beinhaltet. Wäre eine solche Bindung gewollt gewesen, hätte die in sonstigen Verträgen nicht unübliche Formulierung "im Einvernehmen" oder "mit Zustimmung" gewählt werden müssen, welche nach der sonstigen Vertragspraxis regelmäßig nur dann verweigert werden kann, wenn überwiegende öffentliche Interessen oder sonstige Belange der Gemeinde der Maßnahme entgegenstehen. Teilweise wird auch zwischen dem Zustimmungserfordernis und einer bloßen Anzeigepflicht in Abhängigkeit von der Bedeutung der Vorhaben differenziert.

Wir erachten diese Regelung jedoch für sachgerecht, weil damit das Planungsrisiko des EVU entsprechend gewichtet wird. Zudem besteht die Möglichkeit für die Gemeinde, eine Änderung der Planungen zu verlangen, wenn das öffentliche Interesse dies erfordert. Die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs "öffentliches Interesse" erfolgt, da eine Bestimmung in der Vertragsregelung nicht vorgenommen wird, nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen, die auf einer Abwägung von Allgemeininteressen gegen Individualinteressen (hier des EVU) beruhen.

Abs. 4:

Diese Bestimmung regelt die Verpflichtung der Gemeinde, das EVU durch Informationsverschaffung im Zusammenhang mit der Einholung von Genehmigungen, Erlaubnissen und privatrechtlichen Zustimmungen Dritter beim Bau von Strom- oder Gasverteilungsanlagen zu unterstützen. Die hierbei entstehenden Sachkosten sind nach Satz 3 durch die Stadt zu tragen.

Diese Regelung dient der Sicherstellung einer reibungslosen Planung von Baumaßnahmen, die wegen einer zeitlichen Beschränkung der Einwirkungen auf den öffentlichen Verkehrsraum durch die Baumaßnahmen auch im Interesse der Gemeinde liegt. Aus diesem Grund ist es auch gerechtfertigt, dass die Sachkosten durch die Gemeinde getragen werden. Zu den Sachkosten gehören in diesem Regelungskontext z. B. Kopierkosten, Porto, anteilige Personalkosten usw. Die hierbei tatsächlich anfallenden Kosten dürften sich im Rahmen halten, weil die Informationsbeschaffungspflicht der Gemeinde lediglich für Informationen gilt, die sie ohnehin schon im Besitz hat bzw. mit zumutbarem Aufwand beschafft werden können. Insofern kann die Regelung akzeptiert werden.

Die Möglichkeit der Gemeinde für Leistungen, die zum Vorteil des EVU erbracht werden, Verwaltungskostenbeiträge zu verlangen, bleibt hiervon unberührt. Hier gilt die Regelung in **Absatz 6**. Es wird jedoch darauf hingewiesen, dass Verwaltungskostenbeiträge und Verwaltungsgebühren üblich und angemessen sein müssen. Zu beachten ist in diesem Zu-

sammenhang das Nebenleistungsverbot des § 3 Abs. 2 KAV. Verwaltungskostenbeiträge werden dann als unzulässig angesehen, wenn diese für Tätigkeiten entrichtet werden sollen, die der konzessionsvertraglich gestatteten Straßenbenutzung immanent und damit bereits mit Zahlung der Konzessionsabgabe abgegolten sind. Bzgl. der Bearbeitung von Aufbruchgenehmigung und der Forderung eines bestimmten Betrages je Aufgrabung wird z. B. vertreten, diese Leistungen seien vertragsimmanent (vgl. hierzu Morell, Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben, 3. Aufl. Anm. 8 zu § 3). Die zu übernehmenden Verwaltungskostenbeiträge sind jedenfalls möglichst exakt zu spezifizieren und nicht zu pauschalieren (vgl. Feuerborn/Riechmann, Konzessionsabgabenverordnung Rn. 10 zu § 3). Das Sächsische Staatsministerium des Innern hält nach Auskunft des SSG entgegen einiger Kommentatorenstimmen Verwaltungsgebühren für Aufgrabungsgenehmigungen für zulässig. Die vertragliche Formulierung "soweit gesetzlich zulässig" ermöglicht die notwendige Prüfung in Zweifelsfällen.

Zu § 5 Wiederherstellung der öffentlichen Verkehrsräume

In dem Regelungskontext werden unterschiedliche Begrifflichkeiten im Zusammenhang mit der Wiederherstellung öffentlicher Verkehrsräume verwandt. Während in Abs. 1 die Formulierung "Baumaßnahme" benutzt wird, spricht Abs. 3 von "Wiederherstellungsarbeiten". Wir gehen - nach Rücksprache mit den Vertragspartnern (VKU, SSG) - bezogen auf die Regelung der Dauer der Verjährungsfrist in Abs. 3 davon aus, dass beide Termini in diesem Sinne gleich zu verstehen sind. Positiv ist für die Stadt die Regelung in Abs. 2 hervorzuheben, die es ihr entgegen der gesetzlichen Vorgaben ermöglicht, auf Verlangen an der Abnahme von Bauleistungen im Zusammenhang mit der Wiederherstellung teilzunehmen. Denn grundsätzlich wären die Vertragspartner des Werkvertrages (Wiederherstellungsarbeiten) schuldrechtlich nicht verpflichtet, eine Abnahme unter Beteiligung der Stadt durchzuführen.

Abs. 3:

Die in Abs. 3 geregelte fünfjährige Verjährungsfrist für Mängelansprüche der Gemeinde aus den Wiederherstellungsarbeiten des EVU entspricht der geübten Praxis.

Zu § 6 Zusammenarbeit bei durch Stadt veranlasste Maßnahmen in öffentlichen Verkehrsräumen**Abs. 2:**

Die Regelung verpflichtet die Gemeinde in Satz 2, bei Verträgen mit Dritten das "Verursacherprinzip" festzuschreiben, wenn sich Strom- und Gasverteilungsanlagen des EVU und des Dritten einander nähern bzw. kreuzen. Damit soll sichergestellt werden, dass derjenige die Kosten trägt, der die Änderungen an den Anlagen des jeweils anderen zu vertreten hat.

Zu § 7 Beseitigung von Anlagen**Abs. 1:**

Laut Abs. 1 kann die Gemeinde von dem EVU die Beseitigung von Strom- und Gasverteilungsanlagen verlangen, wenn diese von dem EVU nicht mehr genutzt bzw. eine Wiederinbetriebnahme in absehbarer Zeit nicht erfolgt. Nach Abs. 2 und 3 hat sie für die Beseitigung dieser Anlagen die Kosten zu übernehmen, es sei denn, der Verbleib der Anlagen kann der Gemeinde nicht zugemutet werden. In diesem Fall trägt das EVU die Kosten der Beseitigung.

Hier wird es im Einzelfall auf eine Abwägung der Interessen der Gemeinde ankommen. Wir verstehen die Regelung so, dass z. B. bei städtebaulichen Maßnahmen, die planerisch unterlegt sind und keinen Aufschub dulden, durchaus ein weiterer Verbleib der Strom- und Gasverteilungsanlagen unzumutbar wäre, mit der Folge, dass die Kosten der Beseitigung durch das EVU zu tragen wären. Hier empfiehlt sich aus Sicht der Gemeinde in jedem Fall eine frühzeitige und enge Abstimmung mit dem EVU. Die Regelung ist grundsätzlich geeignet, die beiderseitigen Interessen zu wahren.

Eine tatsächliche Kostenbelastung (bzgl. Beseitigungs- oder Rückbaukosten) der Gemeinde ist nur dann relevant, wenn sie die Beseitigung der Anlagen verlangt, obwohl ihr ein Verbleib der Anlagen durchaus zugemutet werden könnte. Diese Entscheidung liegt in der Sphäre der Stadt. Die vertragliche Verankerung einer Beseitigungspflicht (oder Rückbaupflicht) ist in der Praxis von Bedeutung und berücksichtigt die kommunalen Belange. Hervorzuheben ist, dass der vorliegende Vertragsentwurf neben dieser Pflicht, nicht mehr genutzte Anlagen zu beseitigen, auch die Kostentragung im Grundsatz regelt. Die verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe, wie "absehbare Zeit" und "zumutbar" lassen den Parteien u. E. den notwendigen Spielraum, den Besonderheiten des Einzelfalles Rechnung zu

tragen. Wir empfehlen zur Vermeidung von Fehlinterpretationen eine enge Abstimmung der Vertragspartner untereinander.

Zu § 8 Folgepflicht und Folgekosten

Abs. 2:

In der Praxis werden die Folgekostenregelungen von den Vertragspartnern auf unterschiedlich Art und Weise getroffen. Insbesondere die Bestimmung des Zeitpunktes für den Beginn sowie die Dauer der Kostentragung durch die Vertragspartner wird sehr unterschiedlich vorgenommen. Die vorgeschlagene Regelung stellt, wie viele andere Musterwegennutzungsregelungen, auf das Alter der Strom- und Gasverteilungsanlagen ab.

Vorliegend ist für das **Stromnetz** vorgesehen, dass in den ersten 5 Jahren nach dem Zeitpunkt der erstmaligen Inbetriebnahme der betroffenen Anlage (Abs. 4) die Gemeinde die Folgekosten allein tragen muss. Nach diesem Zeitraum, also ab dem 6. Jahr nach Inbetriebnahme der betroffenen Anlage, werden die Kosten allein durch das EVU getragen.

Aus der Perspektive der Gemeinde ist die Folgekostenregelung für das **Stromnetz** zu begrüßen. Im Vergleich zu anderen in der jüngeren Vergangenheit abgestimmten Musterwegennutzungsverträgen, die z. B. eine Kostentragung in den ersten 5 Jahren von 25 % EVU und 75 % Gemeinde vorsehen¹, ist zwar in dem vorliegenden Vertrag in den ersten 5 Jahren eine alleinige Kostentragungspflicht der Gemeinde vereinbart. Nach Ablauf dieses Zeitraums können auf die Gemeinde keine Folgekosten mehr zukommen. Die Gemeinden sind deshalb gehalten, bereits im Zuge von Vertragsverhandlungen zum Abschluss eines Wegennutzungsvertrages zu berücksichtigen, dass insbesondere Arbeiten an den öffentlichen Verkehrsräumen planungsseitig so vorbereitet und durchgeführt werden, dass in den ersten 5 Jahren keine Änderungen am Straßenraum vorgenommen werden müssen.

Diese Möglichkeit der direkten Beeinflussung der Kostentragungspflicht durch die Gemeinde besteht im Vergleich zum Stromnetz beim **Gasnetz** nur eingeschränkt, weil entgegen der Regelungen für das Stromnetz eine Kostentragungspflicht der Gemeinde ab dem 6. bis zum 30. Jahr in Höhe von 1/3 begründet wird. Erst ab dem 31. Jahr trägt das Stadtwerk die Kosten allein.

¹

Muster Gemeindetag und Städtetag Ba-Wü, Neckar-Elektrizitätsverband, Landeselektrizitätsverband Württemberg, Gemeindeelektrizitätsverband Schwarzwald-Donau und EnBW Regional AG.

Diese Folgekostenregelung für das Gasnetz spiegelt jedoch die Kostenintensität wider, die mit der Herstellung als auch mit der Umlegung, Verlegung und Sicherung von Gasversorgungsanlagen einhergeht. Diese im Vergleich zum Stromnetz höheren Kosten sowie die Tatsache, dass die Kosten deshalb entstehen, weil die Gemeinde Urheber der Veränderungen an den öffentlichen Verkehrsflächen und damit auch Auslöser der Kostenentstehung ist, bedürfen einer besonderen Berücksichtigung bei der Gewichtung der Kostentragungslast. Unter diesem Aspekt erachten wird die Regelung zur Folgepflicht sowie zur Folgekostenerstattung als sachgerecht. Wie uns vom SSG mitgeteilt wurde, ist die vorliegende Folgekostenregelung im Vergleich zu den Gas-Wegenutzungsverträgen, die mit sächsischen Regionalversorgern verhandelt wurden, für die Gemeinden günstiger. Betrachtet man deshalb die Folgekostenregelung bezogen auf die Verlegung von Strom- und Gasversorgungsanlagen als "Gesamtpaket", so sind diese aus kommunaler Sicht zu begrüßen. Letztlich obliegt es der Entscheidung der Vertragspartner, ob für das Gasnetz die vorgeschlagene Folgekostenregelung Anwendung findet.

Ferner sind die individuellen Gegebenheiten im jeweiligen Konzessionsgebiet, wie konkretes Alter der derzeitigen Anlagen und Investitionserwartungen/-planungen bei der Gestaltung der einzelnen Folgekostenregelung zu berücksichtigen.

Zu § 9 Preisnachlass für Netzzugang

Die Einräumung des Kommunalrabatts in Höhe von 10 % des Rechnungsbetrages auf den Netzzugang entspricht der gesetzlichen Regelung in § 3 Abs. 1 Nr. 1 Konzessionsabgabenverordnung (KAV). Die Beschränkung der Rabattierung auf den Eigenverbrauch der Gemeinde und ihre rechtlich unselbständigen Eigenbetriebe entspricht der üblichen Praxis.

Zu § 9a Öffentliche Straßenbeleuchtung

Nach dieser Regelung besteht für die Gemeinde die Möglichkeit, das EVU über eine gesondert abzuschließende vertragliche Vereinbarung zur Unterstützung für die öffentliche Straßenbeleuchtung im Gebiet der Gemeinde zu binden. Eine Verpflichtung zum Abschluss einer solchen Vereinbarung besteht durch diese Regelung nicht.

Zu § 10 Konzessionsabgaben**Abs.1:**

Für die Gestattung der Benutzung des öffentlichen Verkehrsraums für die Verlegung und den Betrieb von Strom- und Gasverteilungsanlagen erhält die Gemeinde die nach der jeweils geltenden konzessionsabgabenrechtlichen Regelung höchst zulässige Konzessionsabgabe. Dies entspricht der üblichen Praxis.

Abs. 2:

Bei **Stromlieferungen** gelten Lieferungen aufgrund von Sonderverträgen als Lieferungen an Tariffkunden, es sei denn, die beim Kunden gemessene Leistung übersteigt in mindestens zwei Monaten des Abrechnungsjahres 30 kW und der Jahresverbrauch beträgt mehr als 30.000 kWh. Das bedeutet, dass größenunabhängig für Stromlieferungen an Tariffkunden (Schwachlaststrom) 0,61 ct/kWh und größenabhängig (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 lit. a KAV), gestaffelt nach Einwohnerzahlen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 lit. b KAV) für nicht als Schwachlast gelieferten Strom zwischen 1,32 ct/kWh und 2,39 ct/kWh berechnet werden können. Stromlieferungen an Letztverbraucher, die über diesem Verbrauchswert liegen, können als Sonderkundenverträge eingeordnet werden, mit der Folge, dass für diese Stromlieferungen lediglich 0,11 ct/kWh Konzessionsabgabe berechnet werden kann (§ 2 Abs. 3 Nr. 1 KAV).

Aus Satz 2 ergibt sich nach unserer Auffassung zutreffend, dass es sich bei den Schwellenwerten, dem Leistungswert und dem Verbrauchswert um zwei kumulative Merkmale handelt. Mithin müssen beide Schwellenwerte überschritten sein, um lediglich die Sonderkunden-KA abführen zu müssen, bzw. bei fehlender Leistungsmessung ist immer die Tariffkunden-KA anzusetzen.

Die Auslegung des § 2 Abs. 7 KAV war diesbezüglich in der Vergangenheit umstritten, so dass verschiedene Auffassungen vertretbar waren. Aufgrund der Entstehungsgeschichte der Norm und des Wortlautes ist u. E. von einer kumulativen Aufzählung der Merkmale auszugehen (vgl. Morell, Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben, 3. Aufl., S. 107f., Stellungnahme des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie und Verkehr vom 13.04.2000, abgedruckt bei Morell, Anhang 8): In diesem Zusammenhang ist u. E. nachvollziehbar und sachgerecht, die im Vertrag genannten Kleinstabnahmestellen herauszunehmen, jedoch sollte die wohl beispielhafte Aufzählung i. S. d. Rechtsklarheit - wenn möglich - abschließend sein. Ob diese Ausnahmeregelung preisrechtlich zulässig ist, lässt sich derzeit nicht rechtssicher beantworten. Dadurch, dass die Regelung auf solche Verträge

beschränkt wird, die vor Inkrafttreten des EnWG am 29.04.1998 abgeschlossen wurden, steht diese u. E. jedenfalls nicht der gesetzgeberischen Zweckbestimmung des § 2 Abs. 7 KAV entgegen, das KA-Aufkommen für solche Verträge zu sichern, die im Zuge des Beginns der Liberalisierung des Energierechts von Tarif- in Sonderkundenverträge umgewandelt worden sind. Die Ausnahmeregelung ist daher insgesamt gut begründbar und für die Gemeinde in jedem Fall vorteilhaft.

Abs. 3:

Gaslieferungen gelten nach der vorgeschlagenen Regelung als Lieferungen an Tarifkunden, wenn sie auf der Grundlage von Verträgen nach §§ 36, 38 EnWG erfolgen. Durch den Verweis auf die KAV wird die dortige Einordnung der Tarifierungen in Lieferungen ausschließlich für Kochen und Warmwasser (§ 2 Abs. 2 Ziff. 2 lit. a KAV) sowie sonstige Tarifierungen (§ 2 Abs. 2 Ziff. 2 lit. b KAV) Vertragsbestandteil und deshalb auch maßgeblich für die Ermittlung der Konzessionsabgabe.

Erfolgt die Belieferung nicht auf der Grundlage von Verträgen nach §§ 36, 38 EnWG handelt es sich um sog. Sonderkundenverträge, die rein zivilrechtlicher Natur sind und vom Energiewirtschaftsgesetz nicht erfasst werden, jedoch preisrechtlich eine Sonderstellung einnehmen, da sie zu einer geringeren Konzessionsabgabe führen. Nach § 2 Abs. 3 Ziff. 2 KAV darf die Konzessionsabgabe einen Betrag von 0,03 Cent je Kilowattstunde nicht übersteigen. Im Vergleich hierzu beträgt die Konzessionsabgabe für Gaslieferungen zum Kochen und Warmwasserbereitung in Abhängigkeit von der Einwohnerzahl der konzessionierenden Gemeinde zwischen 0,51 Cent und 0,93 Cent je Kilowattstunde und für sonstige Tarifierungen zwischen 0,22 Cent und 0,40 Cent je Kilowattstunde.

Hieraus folgt, dass der Abschluss von Sonderkundenverträgen zu einer Verminderung des Konzessionsabgabeaufkommens führen kann. Entsprechende Entwicklungen haben sich in der Vergangenheit dadurch abgezeichnet, dass insbesondere mit Heizkunden Sonderkundenverträge geschlossen wurden, mit der Folge, dass das Konzessionsabgabeaufkommen tatsächlich gesunken war.

Das Sinken des Konzessionsabgabeaufkommens ist für die betreffende Gemeinde nachteilig; sie ist aber auch vor dem Hintergrund des steigenden Wettbewerbsdrucks im Gasmarkt zu betrachten. Aus der Perspektive der Versorgungsunternehmen stellt die Weiterberechnung einer geringeren Konzessionsabgabe einen Wettbewerbsvorteil dar, weil dadurch dem Gaskunden grundsätzlich ein günstigerer Gaspreis angeboten werden kann. Diesem Preiswettbewerb sehen sich zunehmend auch die Stadtwerke ausgesetzt, weil mit Fort-

schreiten der Liberalisierung der Gasmärkte, damit zu rechnen ist, dass weiterhin die Zahl derjenigen Kunden steigen wird, die sich im Konzessionsgebiet des eigenen Stadtwerks für eine Belieferung durch Drittunternehmen entscheiden. Die Gemeinde befindet sich insofern in einem Spannungsfeld zwischen der Sicherung des Konzessionsaufkommens zur Finanzierung gemeindlicher Aufgaben einerseits und der Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit des Stadtwerks andererseits, sofern eine Beteiligung an diesem besteht. Denn auch der Verlust von Kunden des Stadtwerks kann Auswirkungen auf den gemeindlichen Haushalt haben; nämlich dann, wenn die Verminderung der Kundenzahl zu Einnahmeausfällen des Stadtwerks und damit auch zu verminderten Gewinnabführungen an die Gemeinde führt.

Es besteht deshalb ein erhebliches Interesse beider Vertragsparteien des Konzessionsvertrages die Einordnung der Gaslieferungen als Lieferungen an Tarif- oder Sondervertragskunden so festzulegen, dass den beiderseitigen Interessen weitestgehend entsprochen werden kann. Aus diesem Grund erachten wir auch die Regelung in Satz 3 als begrüßenswert, die es den Vertragsparteien gestattet, auf der Grundlage des gemeindlichen Energiekonzeptes eine Einordnung der Kundenbereiche durch Festlegung der Verbrauchsgrenzen festzulegen.

Diese Regelungen in Abs. 3 greifen jedoch nur dann, wenn das jeweilige Stadtwerk in dem Konzessionsgebiet gleichzeitig Grundversorger ist und deshalb eine Pflicht zur Belieferung von Haushaltskunden in Niederdruck nach § 36 EnWG bzw. eine Verpflichtung zu einer entsprechenden Ersatzversorgung nach § 38 EnWG besteht. Grundversorger ist dabei das Energieversorgungsunternehmen, das die meisten Haushaltskunden in dem Netzgebiet der allgemeinen Versorgung beliefert (§ 36 Abs. 2 EnWG). Ist das zu konzessionierende Stadtwerk kein Grundversorger, müssten die Regelungen des Musterkonzessionsvertrages entsprechend angepasst werden, da eine Bezugnahme auf die §§ 36, 38 EnWG ins Leere liefe. Dieser Fall dürfte jedoch in Sachsen derzeit nicht bestimmend sein, da die meisten Stadtwerke gleichzeitig Grundversorger sind. Der Konzessionsnehmer ist z. B. in den Fällen regelmäßig nicht gleichzeitig Grundversorger, in denen die Netze eigentumsrechtlich entflochten wurden und der Netzbetreiber Partei des Konzessionsvertrages ist. Solange eine Gemeinde gesellschaftsrechtlich am Grundversorger beteiligt ist, bleibt ihr u. E. in solchen Fällen die Möglichkeit, über ihre kommunalen Vertreter in den Organen der betreffenden Gesellschaft Einfluss auf die Zuordnung der Kunden und Qualifizierung der Lieferverhältnisse zu nehmen.

Zum besseren Verständnis des aktuellen Meinungsstandes im Zusammenhang mit der Einordnung von Lieferverhältnissen im Gasbereich zu Tarif- und Sondervertragskunden und

deren Auswirkungen auf die Höhe der Konzessionsabgabe soll nachfolgend die ausführliche Darstellung, die auch auf die Historie der Rechtsdiskussion eingehen, dienen.

Die Differenzierung zwischen Tarif- und Sondervertragskunden kennt das Energierecht an sich heute nicht mehr. Die Begriffe wurden im Zuge der Novellierung des Energierechts lediglich in der KAV beibehalten. Ob ein Kunde Tarif- oder Sondervertragskunde war, bestimmte sich bis zur Novellierung des EnWG im Jahr 2005 nach der Vertragspraxis des jeweiligen Versorgungsunternehmens, welches festlegte, ob es Strom zu einem nach der BTO/Elt genehmigten Allgemeinen Tarif bzw. Gas zu einem entsprechenden Allgemeinen Tarif oder auf Grund eines individuellen Bezugsvertrags anbot.

Das EnWG verwendet heute nur noch den Begriff der Grundversorgung von Haushaltskunden zu allgemeinen Preisen und Bedingungen auf der Grundlage der Grundversorgungsverordnung gem. § 36 EnWG sowie den Begriff der Belieferung von Haushaltskunden mit Energie außerhalb der Grundversorgung gem. § 41 EnWG. Da die KAV jedoch weiterhin nach Tarif- und Sonderkunden zur Festlegung der Höchstbeträge der Konzessionsabgabe differenziert, mussten die Begriffe neu definiert werden.

In § 1 Abs. 3 KAV heißt es:

"Tarifkunden im Sinne dieser Verordnung sind Kunden, die auf Grundlage von Verträgen nach den §§ 36 und 38 sowie § 115 Abs. 2 und § 116 EnWG beliefert werden..."

In § 1 Abs. 4 KAV ist weiter formuliert:

"Sondervertragskunden im Sinne dieser Verordnung sind Kunden, die nicht Tarifkunden sind".

Die Einordnung des jeweiligen Kunden - z. B. des Heizgaskunden als Tarifkunden - knüpft damit an die formale Vertragsgestaltung der Lieferung und nicht an materielle Kriterien an.

§ 2 Abs. 2 KAV regelt die Belieferung von Tarifkunden. In § 2 Abs. 2 Ziff. 2a KAV werden die zu zahlenden Höchstbeträge "bei Gas ausschließlich für Kochen und Warmwasser" geregelt. In § 2 Abs. 2 Ziff. 2b KAV werden die Höchstbeträge bei sonstigen Tariflieferungen ausgewiesen. Die Formulierung des Gesetzgebers spricht nicht gegen eine Einordnung der Versorgung mit Heizgas als "sonstige Tariflieferung" im Sinne des § 2 Abs. 2 Ziff. 2 lit. b KAV.

Teilweise wurde vertreten, dass der Schwellenwert gemäß § 3 Nr. 22 EnWG für die Einordnung der Gaskunden als Tarifkunden im Sinne der KAV maßgeblich sei. Gaskunden seien nur dann Tarifkunden im Sinne der KAV, wenn sie im Rahmen der Grund- und Ersatzver-

sorgung gemäß §§ 36, 38 EnWG beliefert werden. Einen Anspruch auf Grundversorgung hätten aber nur Haushaltskunden, die gemäß § 3 Nr. 22 EnWG wiederum als Letztverbraucher die Energie überwiegend für den Eigenverbrauch im Haushalt kaufen oder für den Jahresverbrauch von 10.000 Kilowattstunden nicht übersteigenden Eigenverbrauch für berufliche, landwirtschaftliche oder gewerbliche Zwecke kaufen.

Würde man dieser Ansicht folgen, führte dies entgegen dem Willen des Gesetzgebers zu einer Absenkung des Konzessionsabgabenaufkommens im Gasbereich, da bei einer Liefermenge über 10.000 kWh an Kunden, die das Gas nicht überwiegend zum Eigenverbrauch beziehen, es sich dann nicht um Haushaltskunden und mithin um Sondervertragskunden handelt, für die gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 2 KAV ein Höchstbetrag von 0,03 ct/kWh einzuhalten ist. Für die Behandlung von Heizgaskunden bedeutete dies, dass ihre Einordnung als Tarifikunden nur bis zu einer Liefermenge von 10.000 kWh zum Verbrauch für berufliche, landwirtschaftliche oder gewerbliche Zwecke preisrechtlich zulässig wäre. Eine Regelung wie in § 2 Abs. 7 KAV für den Strombereich, wonach alle Lieferungen aus dem Niederspannungsnetz als Lieferungen an Tarifikunden gelten, 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, gibt es für den Gasbereich nämlich nicht.

Das neue EnWG sollte nach dem Willen des Gesetzgebers gerade nicht zu einer Verringerung der Konzessionsabgaben führen. Die o. g. Ansicht führt hingegen dazu, dass Letztverbraucher mit einem Jahresverbrauch über 10.000 kWh für berufliche, landwirtschaftliche oder gewerbliche Zwecke nicht als "Tarifikunden" gelten und die Abgaben sich drastisch verringern würden. Daher scheint eine solche Anwendung der Normen nicht vom Gesetzgeber gewollt zu sein. Ausweislich der Begründung des Bundesministers für Wirtschaft zum § 2 Abs. 7 KAV ist eine Absenkung des Konzessionsabgabevolumens in der Gasversorgung nicht beabsichtigt. Vielmehr handelt es sich um eine begriffliche Novellierung.

Unseres Erachtens ist die Einordnung von Heizgaskunden als Tarif- oder Sonderkunden im Sinne der KAV vielmehr auch in Zukunft nicht von der Menge der bezogenen Energie, sondern nur vom zugrunde liegenden Rechtsverhältnis abhängig. Auch Gewerbekunden mit einem Jahresverbrauch von über 10.000 kWh können nach unserem Verständnis aus folgenden Gründen weiterhin Tarifikunden im Sinne der KAV sein.

Entscheidend ist, dass gemäß § 1 Abs. 3 KAV Tarifikunden im Sinne der KAV Kunden sind, die unter anderem **auf Grundlage** von Verträgen nach § 36 EnWG beliefert werden.

§ 36 Abs. 1 EnWG verpflichtet EVU, welche die Grundversorgung durchführen, (nur) Haushaltskunden zu deren Allgemeinen Preisen und Bedingungen zu versorgen. "Nicht-Haushaltskunden" haben gemäß § 36 Abs. 1 EnWG hingegen lediglich keinen Anspruch darauf, zu den Bedingungen der Grundversorgung beliefert zu werden. Die Entscheidung, ob eine Belieferung auf der Grundlage von Grundversorgungsverträgen erfolgt, liegt beim Grundversorger und beim Kunden.

Dem Grundversorger steht es daher frei, auch "Nicht-Haushaltskunden" zu den Allgemeinen Preisen und Bedingungen der Grundversorgung, das heißt auf der Grundlage von Verträgen nach § 36 EnWG, zu beliefern. Von dieser Entscheidung hängt es dann ab, ob der jeweilige Kunde als Tarifikunde oder Sondervertragskunde im Sinne der KAV gilt. § 1 Abs. 3 KAV stellt unseres Erachtens darauf ab, dass eine Belieferung zu Allgemeinen Preisen und Bedingungen wie im Rahmen der Grundversorgung erfolgt. Auch zu diesen Allgemeinen Preisen und Bedingungen belieferte "Nicht-Haushaltskunden" sind dann Tarifikunden im Sinne der KAV. Eine andere Lesart des § 1 Abs. 3 KAV würde zu einer Ungleichbehandlung zwischen "Nicht-Haushaltskunden", die noch nach alten Verträgen der Allgemeinen Versorgung beliefert werden, und solchen "Nicht-Haushaltskunden", die nach Inkrafttreten des EnWG erstmalig zu Allgemeinen Preisen und Bedingungen beliefert werden, führen. Die Verträge der ersteren Gruppe bestehen gemäß § 116 EnWG vorläufig fort, und Kunden, die auf deren Grundlage beliefert werden, gelten gemäß § 1 Abs. 3 KAV als Tarifikunden im Sinne der KAV. Eine solche Ungleichbehandlung zweier ansonsten weitgehend gleicher Gruppen, deren Bezugsbedingungen sich nicht wesentlich voneinander unterscheiden, kann nicht vom Gesetzgeber bezweckt gewesen sein.

Festgehalten werden kann, dass die Begrifflichkeiten der KAV nicht mehr mit den Begrifflichkeiten und der Systematik des Energiewirtschaftsrechts in Einklang stehen und die gesetzeskonforme Anwendung der KAV erschweren.

Die im Musterwegenutzungsvertrag vorgeschlagene Formulierung stellt auf die aktuelle Gesetzeslage ab. Durch die Bezugnahme auf die §§ 36, 38 EnWG wird u. E. sichergestellt, dass die Lieferungen, die auf dieser Rechtsgrundlage erfolgen, zu einer entsprechenden preisrechtlichen Zuordnung der Lieferverhältnisse zu Tarif- bzw. Sondervertragskunden im Sinne der KAV führen. Ohne diese Bezugnahme bestünde u. E. die Gefahr, dass der Ansatz der Tarifikunden-KA nicht in jedem Fall von der Begriffsdefinition des § 1 Abs. 3 KAV gedeckt ist. Eine über den Wortlaut der KAV hinausgehende Fiktion bzgl. der Geltung von Gaslieferungen als Lieferungen an Tarifikunden ist nach unserer Auffassung dem Gesetzgeber vorbehalten.

U. E. können zwar Kommunen mit dem Netzbetreiber in seiner Funktion als Grundversorger Abreden hinsichtlich der Frage, wer als Tarfkunde und wer als Sondervertragskunde einzustufen ist, treffen. Dabei hängt das Ausmaß der Gestaltungsmöglichkeiten aber zum einen davon ab, ob die Rechtsperson des Konzessionsnehmers gleichzeitig die Aufgaben als Grundversorger wahrnimmt (siehe oben) und zum anderen, ob die generellen Vorgaben des § 1 Abs. 3 und 4 KAV sowie der §§ 7 und 8 EnWG gewahrt werden.

Die Vertragsparteien haben von einer entsprechend konkreten Formulierung dieser Möglichkeit in dem Musterkonzessionsvertrag abgesehen. Hintergrund ist, dass das Bundeskartellamt (BKartA) in einem Beschluss vom 3. Juni 2009 (AZ: B 10-71/08) im Zusammenhang mit der Bestimmung der Konzessionsabgabe in Durchleitungsfällen (§ 2 Abs. 6 KAV) entschieden hat, dass dem Grundversorger zwar die Entscheidung überlassen sei, wie er seine Grundversorgungstarife ausgestaltet und wen er damit als Tarfkunde einordnet (Tz. 24). Das BKartA kommt in diesem Missbrauchsverfahren jedoch in der weiteren Prüfung des § 2 Abs. 6 KAV zu dem Ergebnis, dass entsprechend § 1 Abs. 3 KAV in Verbindung mit § 36 EnWG eine Grundversorgungspflicht nur für "Haushaltskunden" besteht. Da dieser Begriff in § 3 Nr. 22 EnWG legaldefiniert sei, müsse bei einer Bestimmung der Versorgungsverhältnisse (Tarif- oder Sonderkundenverhältnis) auf den dortigen Regelungen werden. Hiernach sind Haushaltskunden "Letztverbraucher, die Energie überwiegend für den Eigenverbrauch im Haushalt oder für einen Jahresverbrauch von 10.000 kWh nicht übersteigenden Eigenverbrauch für berufliche, landwirtschaftliche oder gewerbliche Zwecke kaufen."

Wie bereits in dem vorstehenden Kontext darstellt, vertreten wir die Auffassung, dass diese Auslegung der Regelungen über die Einordnung der Versorgungsverhältnisse in Tarif- und Sondervertragskundenverhältnisse nicht zutreffend ist, weil sie mit der Intention des Verordnungsgebers nicht konform geht. Zur Vermeidung von Wiederholungen verweisen wir auf die vorstehenden Ausführungen zu dieser Thematik.

Da diese Auslegung auch Einfluss auf die Bestimmung der von Drittlieferanten im Konzessionsgebiet zu zahlende Konzessionsabgabe hat - der Beschwerdeführer in dem o. g. Verfahren ist ein solcher Drittlieferant -, würde es auch in diesen Lieferverhältnissen zu einem Rückgang des Konzessionsabgabeaufkommens führen.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass die Rechtsdiskussion in diesen Fragen noch nicht abgeschlossen ist und eine Vereinbarung zwischen Konzessionsnehmer und Kommune betreffend die Zuordnung der Lieferverhältnisse deshalb grundsätzlich Risiken birgt.

Die Vertragsparteien haben sich deshalb unter Berücksichtigung der Tatsache, dass es sich um einen Musterwegenutzungsvertrag handelt, auf eine Regelung verständigt, die die aktuell gesicherte Rechtslage ausreichend abbildet. Die Umsetzbarkeit einer etwaigen Festlegung der Zuordnung der Lieferverhältnisse zwischen dem Konzessionsnehmer in seiner Funktion als Grundversorger und der Kommune hängt aber von den Umständen des Einzelfalls ab, die zu berücksichtigen sind, wie insbesondere, ob die Bereiche Netzbetrieb und Gasvertrieb beim jeweiligen Stadtwerk rechtlich entflochten sind, bzw. ob die Stadt am jeweiligen Grundversorgengesellschaftsrechtlich beteiligt ist und rechtlich in der Lage ist, die Zuordnung der Lieferverhältnisse zu beeinflussen. Hierbei ist bei einer solchen Festlegung je nach der anzunehmenden Marktmacht des Grundversorgers zu beachten, dass diese unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden ist. Das hat das vorstehende Verfahren beim BKartA gezeigt.

Abs. 6:

Mit dieser Regelung wird die "kann"-Bestimmung für Durchleitungen nach § 2 Abs. 6 KAV vertraglich umgesetzt. Das ist aus Sicht der Gemeinde zu begrüßen, da auf diese Weise ein vertraglicher Anspruch auf die hieraus ableitbare Konzessionsabgabenzahlung (höchstzulässig; vgl. Abs. 1) begründet wird. Dadurch, dass in Satz 2 auf die unmittelbare Versorgung durch den Grundversorger abgestellt wird, wird § 2 Abs. 6 KAV nach unserer Auffassung in zulässiger Weise konkretisiert. Die gesetzliche Regelung berücksichtigt u. E. nicht hinreichend die im EnWG zum Ausdruck kommende Trennung zwischen Netzbetrieb und Energievertrieb sowie denkbare Fallkonstellationen, in denen weder der Netzbetreiber noch mit ihm verbundene oder assoziierte Unternehmen als Energielieferant tätig sind.

Abs. 7:

Vorstehendes gilt auch für die Umsetzung der "kann"-Bestimmung für Weiterverteiler, die die öffentlichen Verkehrsräume nicht benutzen. Für diese Fälle hat sich das EVU verpflichtet, in gleicher Weise Konzessionsabgaben zu vereinbaren und zu entrichten, wie dies auch ohne die Einschaltung der Weiterverteiler zulässig wäre.

Abs. 11:

Grundsätzlich zu begrüßen ist auch die vertragliche Vereinbarung der Anpassung der Einstufung von Tarif- und Sondervertragskunden für den Fall, dass sich die diesbezüglichen Vorschriften ändern.

