

Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände + VKU



VERBAND KOMMUNALER
UNTERNEHMEN e.V.

Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände · Hausvogteiplatz 1, 10117 Berlin

18.12.2015/Geh/ku

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
10115 Berlin

Bearbeitet von

Per mail: andreas.holzamer@bmwi.bund.de
buero-IIIC2@bmwi.bund.de

Barbara Meißner, DST
Tel.: +49 221 3771-276
barbara.meissner@staedtetag.de

Miriam Marnich, DStGB
Tel.: +49 30 77307-252
miriam.marnich@dstgb.de

Dr. Klaus Ritgen, DLT
Tel.: +49 30 590097-321
klaus.ritgen@landkreistag.de

Dr. Andreas Zuber, VKU
Tel.: +49 30 58580-130
zuber@vku.de

Aktenzeichen
75.06.03 D

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegennutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung

Sehr geehrte Damen und Herren,

haben Sie vielen Dank für die Zusendung des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegennutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung.

Die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände und der Verband kommunaler Unternehmen (VKU) möchten dazu wie folgt Stellung nehmen:

I. Allgemeines

Die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände und der VKU begrüßen die Novellierung der §§ 46-48 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG), die aus Gründen der Rechtssicherheit dringend erforderlich ist. Der derzeitige Rechtsrahmen für die Vergabe von Wegerechtskonzessionen zur Versorgung mit Gas und Strom führt auch nach höchstrichterlicher Klärung einiger wesentlicher Fragen durch den Bundesgerichtshof (BGH) weiterhin zu gerichtlichen

Auseinandersetzungen über die formellen und materiellen Anforderungen an die Konzessionsvergabe. Die bisherige Rechts- und Entscheidungspraxis der Gerichte - insbesondere die ergangenen Entscheidungen des BGH - und der Kartellbehörden lassen den kommunalen Entscheidungsspielräumen im Rahmen der Vergabe der örtlichen Energieversorgungsnetze insgesamt nur noch wenig Raum. Die Rechtsunsicherheiten bei der Konzessionsvergabe sind nach wie vor virulent und mit dem Risiko der vollständigen Rückabwicklung von Konzessionsverträgen verbunden. Vor dem Hintergrund ist eine Änderung des EnWG sowie der Konzessionsabgabenverordnung (KAV) zwingend notwendig, um entsprechend der Vorgaben des Koalitionsvertrages ein rechtssichereres Verfahren bei der Neuvergabe der gemeindlichen Strom- und Gasnetze zu schaffen.

Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung, der eine Änderung der §§ 46-48 EnWG vorsieht, greift wichtige kommunale Forderungen auf und ist ein wichtiger Schritt zu höherer Rechtssicherheit. Allerdings muss er an verschiedener Stelle noch inhaltlich geschärft werden, insbesondere um dem Stellenwert der kommunalen Selbstverwaltung i.S.v. Art. 28 Abs. 2 GG im Rahmen der Konzessionsvergabe gerecht zu werden.

Zudem halten wir über die Reform der §§ 46 ff. EnWG hinaus auch eine Änderung der KAV im Hinblick auf die Zulässigkeit von Nebenleistungen und den Erhalt des Konzessionsabgabenaufkommens im Gasbereich für zwingend erforderlich.

Insofern bedarf es der nachfolgend dargestellten Veränderung, um den Anforderungen der im Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD festgelegten Forderung nach Vereinfachung und Erhöhung der Rechtssicherheit der Vergabe von Konzessionen im Energiebereich zu genügen.

II. Zu den Änderungsvorschlägen im Einzelnen:

1. Zu § 46 EnWG-E – Wegenutzungsverträge -

1.1 § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG-E - Übereignungsanspruch

Der bisher in § 46 Abs. 2 Satz 2 vorgesehene Übereignungsanspruch läuft leer, wenn der bisherige Nutzungsberechtigte nicht Eigentümer ist und das Netz beispielsweise vom Eigentümer gepachtet hat. Dies Problem wird auch im jetzt vorgelegten § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG-E nicht gelöst. Deshalb plädieren wir für eine weitere Ergänzung des Abs. 2 in Form einer gesetzgeberischen Anordnung mit dem Inhalt, dass der bisherige Eigentümer das Netz - frei von Rechten Dritter - an das neue Energieversorgungsunternehmen übereignen muss.

Nur so kann sichergestellt werden, dass die benötigten Wegerechte für die Anlagen und das Eigentum an den Anlagen in einer Hand zusammengeführt werden. Aufgrund des Unbundlings ist es nicht ungewöhnlich, dass Eigentümer und Nutzungsberechtigter auseinander fallen.

1.2 § 46 Abs. 2 Sätze 4, 5 EnWG-E - Ertragswertverfahren

Altkonzessionäre setzen bisher häufig den Sachzeitwert des Netzes als angemessenen Kaufpreis fest. Sie sind zur Übereignung des Netzes nur gegen Zahlung dieses Preises bereit, die Angemessenheit des Preises ist dann meist Gegenstand eines nachfolgenden Gerichtsverfah-

rens. Im Regelfall muss deswegen zunächst bis zu dem Doppelten des eigentlich objektiven Ertragswertes gezahlt werden, mit hohen Aufwendungen für die anschließenden Gerichtsverfahren. Dies ist in der Finanzierung nur schwer darzustellen.

Die in § 46 Abs. 2 Satz 4 EnWG-E vorgesehene Regelung, dass die wirtschaftlich angemessene Vergütung nach dem objektiven Ertragswertverfahren erfolgen soll, wird daher von den kommunalen Spitzenverbänden und dem VKU begrüßt. Die Änderung konkretisiert auch die neuere Rechtsprechung des BGH zum Netzkaufris. Wir gehen davon aus, dass im Falle einer abweichenden Vereinbarung des alten und neuen Wegenutzungsberechtigten gem. § 46 Abs. 2 Satz 5 EnWG-E, die vertragliche Kaufpreisregelung aus dem alten Konzessionsvertrag mit der Gemeinde, die gerade für den Netzübergang auf den neuen Konzessionsnehmer getroffen wurde, obsolet wird. Im Übrigen könnte die Gemeinde Schadensersatzansprüchen ausgesetzt sein, die aus dem Vertragsverhältnis zum Altkonzessionär herrühren.

1.3 § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG-E – Veröffentlichung der Daten nach § 46a EnWG-E

Im jetzt vorliegenden Entwurf fehlt es an einem ausdrücklichen Hinweis darauf, wie die Gemeinde und die Interessenten den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zugunsten des bisherigen Nutzungsberechtigten sicherstellen. Der BGH hat im Fall „Gasnetz Springe“ (Az.: EnZR 11/14) hierzu entschieden, dass die Gemeinde zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vertrauliche Kalkulationsdaten nicht allgemein zugänglich, sondern lediglich den Bietern zur Verfügung stellen darf (vgl. in der Urteilsbegründung Rz. 18, 28). In der Praxis werden vor diesem Hintergrund Vertraulichkeitserklärungen von Gemeinde und Wettbewerbern vor der Datenherausgabe eingefordert. Die in § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG-E hierzu getroffene Formulierung der „Veröffentlichung“ bzw. „Ort der Veröffentlichung“ ist insoweit missverständlich. Es sollte zumindest in der Gesetzesbegründung ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass zur Herausgabe der Daten entsprechende Vertraulichkeitserklärungen der Interessenten erforderlich sind.

Um die Rechtssicherheit zu erhöhen, plädieren wir darüber hinaus dafür, den Datenherausgabeanspruch gem. § 46a EnWG-E zu ergänzen und dem ehemaligen Netzbetreiber die Möglichkeit einzuräumen, die Abgabe von Vertraulichkeitserklärungen zu verlangen (siehe sogleich der Formulierungsvorschlag unter Ziff. 2).

1.4 § 46 Abs. 4 Satz 2 EnWG-E – Berücksichtigung örtliche Angelegenheiten

Im Rahmen des § 46 EnWG wäre es systematisch richtig, den Kommunen eine rechtssichere Inhouse-Vergabe entsprechend der Rechtsprechung des EuGH und der Regelung der neuen EU-Konzessionsvergaberichtlinie (Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014) zu ermöglichen. Soweit man dies aus Gründen der historischen Entwicklung der Energiewirtschaft in Deutschland nicht machen will, ist es besonders wichtig, dass die Kommune, der eine vergabefreie Selbsterledigung der Aufgabe rechtlich nicht möglich ist, im Rahmen der Vergabe, die örtlichen Anliegen und Angelegenheiten gebührend berücksichtigen kann. Jede andere Lösung würde dem Gehalt und dem Stellenwert der kommunalen Selbstverwaltung i.S.v. Art. 28 Abs. 2 GG im Rahmen der Konzessionsvergabe nicht gerecht werden. Hier besteht in dem Entwurf allerdings noch Änderungsbedarf.

Leider wird darin die Wahrung der kommunalen Selbstverwaltung durch eine zulässige Berücksichtigung örtlicher Angelegenheiten i.S.v. Art. 28 Abs. 2 GG neben den Zielen des § 1 EnWG im Auswahlverfahren in § 46 Abs. 4 EnWG-E nur unzureichend aufgegriffen. Die Gewährung des kommunalen Entscheidungsspielraums im Rahmen des Konzessionsvergabeverfahrens wird ausdrücklich begrüßt. Allerdings lässt der Referentenentwurf weiterhin offen,

in welchem Verhältnis netzbezogene und gemeindliche Kriterien zueinander stehen. Aus der Gesetzesbegründung lässt sich entnehmen, dass entsprechend der Rechtsprechung des BGH vom Dezember 2013 die Kriterien des §1 EnWG weiterhin Vorrang haben sollen. Diese nachrangige Einbeziehung der Berücksichtigung der örtlichen Angelegenheiten wird von den kommunalen Spitzenverbänden und dem VKU abgelehnt. Dies führt zu einem Wertungswiderspruch zu dem den Gemeinden in der Gesetzesbegründung zuerkannten „weiten Ermessensspielraum“ bei der Auswahl und Gewichtung der Kriterien. Dieser läuft ins Leere, wenn nicht ausdrücklich festgestellt wird, dass die Kriterien gleichwertig nebeneinander berücksichtigt werden können. Es ist ansonsten davon auszugehen, dass sich die zahlreichen Rechtsstreitigkeiten zu diesem Punkt fortsetzen und keine Verbesserung der Rechtslage eintreten wird. Um zu gewährleisten, dass die kommunalen Belange der örtlichen Situation angemessen bei der Auswahlentscheidung berücksichtigt werden können, muss eine im Gesetz festgelegte gleichrangige Berücksichtigung der örtlichen Angelegenheiten verankert werden.

Deshalb sollte § 46 Abs. 4 Satz 2 EnWG-E wie folgt formuliert werden:

„Bei der Auswahl des Unternehmens hat die Gemeinde neben den Zielen und Interessen der örtlichen Gemeinde auch die Ziele des § 1 zu berücksichtigen.“

Die in der Begründung getroffenen Aussagen zu den netzwirtschaftlichen Anforderungen der einzelnen Kriterien (S. 18-20) schaffen neue Verständnisprobleme und Rechtsunsicherheiten. Um den Ermessensspielraum der Gemeinden zu wahren und eine rechtssichere Auswahlentscheidung gewährleisten zu können, plädieren wir dafür, die Ausführungen zur Spezifizierung der einzelnen Kriterien des § 1 EnWG in der Gesetzesbegründung zu streichen.

1.5 § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG-E – Bekanntmachung der Auswahlkriterien in der Interessenbekundungsphase

Es ist unklar, ob die vorgesehene Pflicht, jedem Unternehmen, das innerhalb der nach § 46 Abs. 3 Satz 1 oder Satz 3 EnWG-E gesetzten Bekanntmachungsfrist von mindestens drei Monaten ein Interesse an der Nutzung der öffentlichen Verkehrswege bekundet, die Auswahlkriterien und deren Gewichtung in Textform mitzuteilen, auch in dem Fall gilt, in dem es nur einen einzigen Bewerber gibt. Damit wäre ein unverhältnismäßiger Aufwand für die Gemeinde verbunden, der auch nicht aus Gründen der Wettbewerbsförderung um das Netz zu rechtfertigen ist. Daher sollte in der Gesetzesbegründung zu § 46 Abs. 4 Satz 4 EnWG-E klargestellt werden, dass die Gemeinde nur im Fall mehrerer Bewerber im Interessenbekundungsverfahren zur Bekanntgabe der Auswahlkriterien und deren Gewichtung verpflichtet ist.

1.6 § 46 Abs. 5 Satz 2 EnWG-E – Bekanntgabe der Auswahlentscheidung

Der Inhalt der Informationsrechte und Pflichten in § 46 Abs. 5 Satz 2 EnWG-E ist als Pendant zur Rügeobliegenheit an den von uns unterbreiteten neuen Regelungsvorschlag in § 47 EnWG-E (s. sogleich unter Ziff. 2) anzupassen.

Deshalb sollte § 46 Abs. 5 Satz 2 EnWG-E wie folgt formuliert werden:

Die Gemeinde hat die Unternehmen, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll, über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebotes und über den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses in Textform zu informieren.

2. Zu § 46a EnWG-E – Auskunftsanspruch

Vor dem Hintergrund der Wahrung der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Gemeinde ist der Auskunftsanspruch in § 46 a EnWG-E um den folgenden Satz 3 zu ergänzen:

„Zur Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen kann der bisherige Nutzungsberechtigte Vertraulichkeitserklärungen verlangen“

3. Zu § 47 EnWG-E i.V.m. §§ 46 Abs. 4, Abs. 5, 46a EnWG-E Auskunftsanspruch, Rügeobliegenheit, Präklusion -

Wie bereits erwähnt, bedürfen die vorgeschlagenen Regelungen zu den Rügepflichten und der Präklusion noch einer erheblichen Veränderung, um das gewünschte Ziel der Rechtssicherheit und Beschleunigung der Verfahren zu erreichen.

Die Regelungen für das Nachprüfungsverfahren sollten den §§ 104 ff. GWB entsprechen. Nach dem vorgeschlagenen Verfahren in § 47 EnWG-E haben sich die beteiligten Parteien des Konzessionsvergabeverfahrens wegen möglicher Verfahrensfehler auseinanderzusetzen. Dieses wird nicht zu einem zufriedenstellenden Ergebnis und zu einer Verfahrensbeschleunigung führen, sondern verlagert die rechtliche Auseinandersetzung nur auf einen späteren Zeitpunkt. Vielmehr sollte ein "unbeteiligter Dritter" als Entscheidungsinstanz fungieren. Zuständige Instanzen könnten – entsprechend des Rechtsschutzes bei den öffentlichen Aufträgen – die Vergabekammer in 1. Instanz sowie das Oberlandesgericht in 2. Instanz sein. Diese verfügen über eine hohe Kompetenz für das Vergabeverfahren. Auch in diesem Fall hat die Gemeinde die Möglichkeit, der Rüge abzuweichen und das Verfahren ab dem Zeitpunkt des Verstoßes zu wiederholen oder bei Nichtabhilfe ihre Entscheidung zu begründen. Das Akteneinsichtsrechts nach § 47 Abs. 3 EnWG-E wird entsprechend durch § 111 GWB ersetzt.

Um ein rechtssicheres Vergabeverfahren künftig zu ermöglichen, sollte § 47 EnWG-E in der nachfolgenden Form verändert werden:

(1) Jedes beteiligte Unternehmen kann eine Rechtsverletzung durch Nichtbeachtung der Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens nach § 46 nur geltend machen, soweit es diese nach Maßgabe von Absatz 2 gerügt hat.

(2) Die Rüge ist in Textform gegenüber der Gemeinde zu erklären und zu begründen. Rechtsverletzungen, die aufgrund einer Bekanntmachung nach § 46 Absatz 3 oder der Mitteilung nach § 46 Absatz 4 Satz 4 erkennbar sind, sind bis Ablauf der dort benannten Fristen zu rügen. Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung, die aus der Information nach § 46 Absatz 5 Satz 2 erkennbar sind, sind innerhalb von 30 Kalendertagen ab deren Absendung zu rügen.

(3) Hilft die Gemeinde der Rüge ab, so hat sie das Verfahren ab dem Zeitpunkt des gerügten Verstoßes zu wiederholen. Hilft sie der Rüge nicht ab, so hat sie das rügende Unternehmen hierüber in Textform zu informieren und ihre Entscheidung zu begründen.

(4) Hilft die Gemeinde der Rüge nicht ab, ist auf Verlangen eines beteiligten Unternehmens, das Interesse an der Nutzung öffentlicher Verkehrswege im Sinne des § 46 Abs. 2 Satz 1 bekundet hat und eine Verletzung in seinen Rechten durch Nichtbeachtung der Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens bei der Vergabe der Wegenutzungsrechte geltend macht, das Verfahren zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen

vor der Vergabekammer nachzuprüfen. Für die Durchführung des Nachprüfungsverfahrens gelten die § 104 ff. GWB entsprechend.

(5) *Beteiligte Unternehmen können gerügte Rechtsverletzungen vor der Vergabekammer nur innerhalb von 15 Kalendertagen ab Absendung der Information nach Absatz 3 Satz 2 und nach Einhaltung der Fristen nach Absatz 2 geltend machen. Bei Feststellung eines Verstoßes durch die Vergabekammer gegen die Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens, insbesondere bei fehlenden Auswahlkriterien und deren Gewichtung, der nachträglichen Änderung der Kriterien oder deren Gewichtung, der fehlenden Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG ist das Verfahren nach dem Zeitpunkt vor dem Verstoß zu wiederholen.*

(6) *Ein Vertrag nach § 46 Abs. 2 darf erst nach Ablauf der Fristen aus Absatz 2 Satz 2 und 3 und bei einem Verfahren vor der Vergabekammer nach Abs. 5 nach Ablauf der Fristen des § 115 GWB geschlossen werden.*

4. Zu § 48 EnWG-E - Weiterzahlung der Konzessionsabgabe

Die Übergabe von Netzen wird von Altkonzessionären teilweise systematisch erschwert und verzögert. Dabei wird oftmals ein Jahr nach Ablauf des ursprünglichen Konzessionsvertrags die Zahlung von Konzessionsabgaben an die Gemeinde ganz eingestellt, obwohl die Verzögerung vom Altkonzessionär verursacht wurde. Diese Fälle sind von den Kartellbehörden bislang nicht aufgegriffen worden. In diesen Fällen ist es nicht sachgerecht, dass sich die Altkonzessionäre unter Berufung auf § 48 Abs. 4 EnWG weigern, weiter Konzessionsabgaben zu zahlen. Entsprechend sollte die Pflicht zur Zahlung der Konzessionsabgabe bis zur Übertragung des Netzes auf ein anderes Unternehmen fortbestehen.

Diese Rechtslage hat § 48 Abs. 4 EnWG-E aufgegriffen. Allerdings soll diese Pflicht nicht gelten, wenn es die Kommune unterlassen hat, ein Verfahren nach § 46 Abs. 3 - 5 EnWG-E durchzuführen. Diese Regelung nimmt Bezug auf die formelle Art und nicht auf die korrekte Art der Durchführung der Verfahren. Letztere Art der Auslegung des Wortlauts wäre zu begrüßen und die einzige rechtssichere. Der Wortlaut ist insofern unklar und bedarf der Klarstellung. Im Interesse der Rechtssicherheit der Beteiligten sollte deshalb Satz 2 gestrichen werden. Dieses entspricht auch der Auffassung des Bundesrates. Zudem sollten auch weitere in dem Konzessionsvertrag enthaltene Regelungen mit Ausnahme der Regelungen zur Kaufpreisbestimmung, die der Gemeinde zugutekommen und die dem störungsfreien Betrieb der Netze dienen, fortgelten. Auch diese sollten durch Verzögerungen bei der Netzübernahme nicht unterlaufen werden können. Der maßgebliche Zeitpunkt sollte der Übergang des Netzbetriebes sein, um einen störungsfreien Übergang zu gewährleisten. Vor dem Hintergrund sollte § 48 Abs. 4 EnWG-E wie folgt geändert werden:

*„Die Pflicht zur Zahlung der vertraglich vereinbarten Konzessionsabgaben sowie **aller weiteren vertraglichen Vereinbarungen mit Ausnahme der Regelungen zur Kaufpreisbestimmung** bestehen auch nach Ablauf des Wegenutzungsvertrages bis zur Übertragung des **Netzbetriebes** auf einen neuen Vertragspartner nach § 46 Absatz 2 fort.“*

III. Änderungsvorschläge zur Konzessionsabgabenverordnung (KAV)

Das Ziel der Erleichterung von Wegenutzungsverträgen im Bereich der leitungsgebundenen Energieversorgung kann allerdings nur erreicht werden, wenn auch die KAV geändert wird.

Aufgrund von obergerichtlichen Urteilen besteht die Gefahr, dass Konzessionsverträge, die Klauseln zu kommunalen Energiekonzepten enthalten, zur Gänze als nichtig angesehen werden müssen. Entsprechende Klauseln sind in zahlreichen Musterkonzessionsverträgen enthalten. Trotz Klarstellung durch den BGH (Az.: EnZR 86/13), dass Verstöße gegen das Nebenleistungsverbot nicht zwingend und unmittelbar zur Nichtigkeit des gesamten Konzessionsvertrages führen, führt die Frage nach der Zulässigkeit von Nebenbestimmung i.S.v. § 3 KAV im täglichen Umgang mit gemeindlichen Konzessionsvergabeentscheidungen zu erheblichen Rechtsunsicherheiten. Das damit verbundene Risiko der Rückabwicklung der Verträge sowie gegebenenfalls der Wiederholung des Konzessionsvergabeverfahrens ist mit einem erheblichen finanziellen und personellen Aufwand verbunden. Zudem kann die Verunsicherung bei den Gemeinden auch die im Rahmen der Energiewende erforderlichen Projekte und die dringend notwendige Modernisierung der Netze behindern, die für die Aufnahme der erneuerbaren Energien notwendig ist. Die KAV sollte deswegen so geändert werden, dass entsprechende Klauseln in Zukunft zulässig sind.

Da die aktuelle Fassung des § 3 Abs. 2 KAV unübersichtlich und der Regelungsinhalt unklar ist und damit ständig zu Streitigkeiten in der kommunalen Praxis führt, sollte dieser geändert und ergänzt werden. Die Streitigkeiten bestehen im Hinblick auf die Unterstützung und Mitwirkung an der Erstellung kommunaler Energie- und Klimaschutzkonzepte und der Diskussion, ob diese im Zusammenhang mit dem Konzessionsvertrag stehen. Eine Änderung des § 3 Abs. 1 ist anzustreben. Die nachfolgend vorgeschlagene Änderung im § 3 Abs. 1 Nr. 4 und 5 bezieht sich, wie auch bisher in der herrschenden Meinung, nur auf nichtinvestive Maßnahmen und Leistungen.

Textvorschlag zu § 3 Abs. 1 und 2:

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

- 1. Preisnachlässe für den in Niederspannung oder in Niederdruck abgerechneten Eigenverbrauch der Gemeinde bis zu 10 v. 100 des Rechnungsbetrages für den Netzzugang, sofern diese Preisnachlässe in der Rechnung offen ausgewiesen werden,*
- 2. Vergütung notwendiger Kosten, die Bau- und Unterhaltungsmaßnahmen an öffentlichen Verkehrswegen der Gemeinden durch Versorgungsleitung entstehen, die in oder über die Verkehrswege verlegt sind,*
- 3. Verwaltungskostenbeiträge der Versorgungsunternehmen für Leistungen, die die Gemeinden auch verlangen oder im Einvernehmen mit dem Versorgungsunternehmen zu seinem Vorteil erbringt,*
- 4. Mitwirkung, Unterstützung und nichtinvestive Leistung der Versorgungsunternehmen bei der Aufstellung kommunaler oder regionaler Energie- und Klimaschutzkonzepte,*
- 5. nichtinvestive Maßnahmen, die den rationellen und sparsamen sowie ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart dienen.*

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

(2) Nicht vereinbart oder gewährt werden dürfen insbesondere

- 1. sonstige Finanz- und Sachleistungen, die unentgeltlich oder zu einem Vorzugspreis gewährt werden,*
- 2. Verpflichtungen zur Übertragung von Versorgungseinrichtungen ohne wirtschaftlich angemessenes Entgelt."*

In diesem Zusammenhang möchten wir uns den Hinweis erlauben, dass im Falle der Änderung der KAV auch weitere Vorschriften, z. B. § 2 Abs. 6 und 7 KAV, entsprechend der langjährigen Forderungen der kommunalen Spitzenverbände der Anpassung bedürfen.

§ 2 Abs. 6 KAV regelt die Konzessionsabgabenhöhe bei Durchleitungen. Danach können die Konzessionsabgaben verlangt werden, die der Netzbetreiber in vergleichbaren Fällen für Lieferungen seines Unternehmens zu zahlen hätte. Der Bundesgerichtshof gelangt allerdings zu der Auffassung, dass in diesen Fällen die Tarifikundenkonzessionsabgabe nur vom Grundversorger erhoben werden darf. Damit schulden Dritte nach seiner Auffassung immer nur die Sondervertragskundenkonzessionsabgabe, die geringer ist; es sei denn, sie sind ausnahmsweise der örtliche Grundversorger. Mit dieser Auffassung verkennt der BGH allerdings, dass das EnWG keine Verpflichtung zum Abschluss des Konzessionsvertrags mit dem Netzbetreiber vorsieht, sondern der Vertrag auch mit dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen abgeschlossen werden kann. Der Wortlaut des § 2 Abs. 6 KAV steht dieser Auffassung ebenfalls entgegen. Insofern ist klarzustellen, dass sich die Höhe nicht nur an der Grundversorgung zu orientieren hat.

§ 2 Abs. 7 KAV enthält eine Regelungslücke, die es zu schließen gilt. Aufgrund der jetzigen Fassung der KAV wird für Leistungen im Gasbereich, für die die Regionalversorger aufgrund des Preiskampfes vertraglich andere Preise verlangen als der Grundversorger, eine geringere Konzessionsabgabe fällig. Für diese Lieferungen wird nicht mehr die höhere Konzessionsabgabe für Tarifikunden zu zahlen sein. Für die Höhe der jeweils zu entrichtenden Konzessionsabgabe ist die Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses zwischen Kunden und Gasversorgungsunternehmen entscheidend. Durch die Regelungen in § 1 Abs. 3 KAV in Verbindung mit §§ 38, 115 Abs. 2, 116 EnWG wurde ein gesetzlicher Rahmen geschaffen, der die Anzahl der Tarifikunden zwangsläufig reduziert. Danach sind Tarifikunden die Kunden, die im Niederdruck im Wege der Grundversorgung zu allgemeinen Preisen oder im Wege der Ersatzversorgung zu besonderen allgemeinen Preisen versorgt werden. Die Grundversorgung ist aber nur für Haushaltskunden möglich, nicht für Gewerbekunden. Folge ist, dass die grundversorgungsfälle nach § 36 EnWG den zukünftigen Hauptanwendungsfall der Tarifikunden-eigenschaften nach § 1 Abs. 3 KAV ausmachen.

Mit einer Veröffentlichung der Stellungnahme sind wir einverstanden.

Mit freundlichen Grüßen
In Vertretung



Detlef Raphael
Beigeordneter
des Deutschen Städtetages



Dr. Kay Ruge
Beigeordneter
des Deutschen Landkreistages



Timm Fuchs
Beigeordneter
des Deutschen Städte- und Gemeindebundes



Dr. Andreas Zuber
Geschäftsführer
des Verbandes kommunaler Unternehmen e. V.