

# Rechtliche Stellungnahme

## zu Regelungen, die nicht in einem Konzessionsvertrag geregelt werden können

Im Rahmen der politischen Überlegungen, welche Regelungen in einem kommunenfreundlichen Muster-Konzessionsvertrag aufgenommen werden könnten, werden zum Teil auch Regelungen diskutiert, die angesichts der Entflechtung der Energiewirtschaft nicht den Netzbetreiber, sondern den jeweiligen Grundversorger betreffen.

Darüber hinaus wurden und werden Regelungen diskutiert, die im Widerspruch zur Funktionsweise der Energiewirtschaft oder zu zwingenden Vorgaben des in 2005 novellierten Energiewirtschaftsrechts stehen.

Diese Regelungen sollen im Folgenden kurz dargestellt werden:

### **A. Verpflichtung des Netzbetreibers zur Förderung Erneuerbarer Energien oder der Kraft-Wärme-Kopplung über das EEG und KWKG hinaus**

Netzbetreibern werden durch das EEG und das KWKG verschiedene Verpflichtungen auferlegt: Sie müssen Betreiber von EE- oder KWK-Anlagen an ihr Netz anschließen sowie den erzeugten Strom abnehmen und vergüten.

Als Ausgleich sehen sowohl das EEG als auch das KWKG einen Umlagemechanismus vor, mittels dessen im Ergebnis die von den Netzbetreibern ausgezahlten Vergütungen auf die Stromendverbraucher gewälzt werden.

Netzanschlusskosten muss der Netzbetreiber zum Teil über einen Anschlusskostenbeitrag des Anlagenbetreibers und zum anderen Teil über seine Netzentgelte finanzieren.

Seit der im Jahre 2005 eingeführten Netzentgeltregulierung können Netzbetreiber ihre Netzentgelte nicht mehr selbst festlegen, sondern bedürfen hierfür einer Genehmigung durch die Regulierungsbehörde. Ab 2009 gilt zudem die sog. Anreizregulierung. Danach werden Netzentgelte nicht mehr auf der Grundlage der tatsächlichen Kosten des Netzbetreibers, sondern anhand eines Effizienzvergleichs zwischen allen Netzbetreibern festgelegt. Für jeden Netzbetreiber wird eine jährlich sinkende sog. Erlösobergrenze ermittelt, die er während einer Regulierungsperiode einzuhalten hat. Zur Ermittlung dieser Erlösobergrenze unterteilt die Regulierungsperiode die Kosten des Netzbetreibers in dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten und beeinflussbare Kosten. Dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten muss der Netzbetreiber nicht absenken, da er diese gerade nicht absenken kann (z. B. Vergütungen nach EEG oder KWKG; Netzanschluss- und Netzeinbindungskosten nach EEG oder KWKG). Der Netzbetreiber muss deshalb durch Senkung seiner beeinflussbaren Kosten versuchen, seine Erlösobergrenze einzuhalten.

Durch die Anreizregulierung wird der Handlungsspielraum der Netzbetreiber, insbesondere auch deren Marge, erheblich eingeschränkt.

Verpflichtet sich ein Netzbetreiber gegenüber einer Gemeinde zur Erbringungen von zusätzlichen Förderungen für EE- oder KWK-Anlagen, die über das gesetzlich bestimmte Maß hinausgehen, sind die so bei ihm entstehenden Mehrkosten beeinflussbare Kosten im Sinne der Anreizregulierung. Sie führen demnach zu einer direkten Minderung der Marge des Netzbetreibers, ohne dass dieser die Möglichkeit hat, diese Kosten an die Netznutzer weiterzugeben. Bereits aufgrund dieser wirtschaftlichen Zwangslage des Netzbetreibers wird sich voraussichtlich kein Netzbetreiber bereit erklären, derartige Zusatzkosten im Rahmen eines Konzessionsvertrages zu übernehmen.

# Rechtliche Stellungnahme

## B. Vorgaben zum Strommix oder Tarifen, die der Netzbetreiber kontrolliert

Der Netzbetreiber ist gemäß § 20 EnWG verpflichtet, jedermann diskriminierungsfrei Netzzugang zu gewähren. Er kann deshalb Stromlieferanten nicht den Netzzugang verweigern, um einen bestimmten Strommix, Energiepartarife, transparente Abrechnungen oder ähnliche lieferungsbezogene Vorgaben durchzusetzen. Würde er dies versuchen, könnte die zuständige Regulierungsbehörde ein Missbrauchsverfahren gegen ihn einleiten und ihm ein solches Verhalten untersagen.

Nach Maßgabe des EnWG steht es den Lieferanten im Grundsatz frei, die Modalitäten ihrer Lieferung selbst festzulegen. Allerdings sieht das EnWG eine Reihe von Vorgaben für die Stromlieferung vor:

- Abrechnungsmodalitäten (Transparenz und Turnus), § 40 Absatz 1 EnWG,
- Angebot von Energiespartarifen ab 2011, § 40 Absatz 2 EnWG,
- Hinweispflichten in Stromlieferverträgen, § 41 EnWG,
- Stromkennzeichnung, § 42 EnWG.

Vorgaben für den Strommix gibt es nur nach Maßgabe des EEG. Danach muss jeder Stromlieferant in seinem Portfolio einen Anteil an Strom aus Erneuerbaren Energien gemäß der sog. EEG-Quote (Prognose für 2009 bei 18,19%) haben.

Denkbar ist jedoch, dass eine Gemeinde dem Grundversorger, soweit sie ihn (gesellschaftsrechtlich) beherrscht (z. B. Eigenbetrieb, Eigengesellschaft oder Mehrheitsbeteiligung), aufgibt, selbst spezielle Energiespartarife anzubieten oder die Stromabrechnung besonders transparent und informativ zu gestalten. Dies kann jedoch nicht im Strom-Konzessionsvertrag geregelt werden, weil der Grundversorger unabhängig vom Netzbetreiber (alle drei Jahre neu) bestimmt wird.

## C. Sicherung des Konzessionsabgabenaufkommens

In der Vergangenheit haben Versorger oftmals Tarifkundenlieferverhältnisse (heute: Grundversorgungsverhältnisse) in Sondervertragslieferverhältnisse umgewandelt, was zu einer erheblichen Minderung des Konzessionsabgabenaufkommens bei den Gemeinden und zu zusätzlichen Gewinnen bei dem Energielieferanten führte.

Im Strombereich ist dieses Problem durch Einführung der sog. Tarifkundenfiktion in § 2 Absatz 7 KAV gelöst worden. Danach sind typische Tarifkunden (bis 30 kW und 30.000 kWh/a) konzessionsabgabenrechtlich als Tarifkunden zu behandeln, auch wenn sie auf der Grundlage eines Sondervertrags beliefert werden.

Für den Gasbereich fehlt eine vergleichbare Regelung. Verschiedene Anläufe, eine solche Regelung auch für Gas einzuführen, sind gescheitert. Deshalb wurde bis zur Novelle des EnWG im Jahre 2005 oftmals in Konzessionsverträgen vereinbart, dass typische Gas-Tarifkunden unabhängig von der Vertragsgestaltung des Gaslieferanten auch konzessionsabgabenrechtlich als Tarifkunden zu behandeln sind. Eine solche Vereinbarung ist mit der seit 2005 geltenden Fassung der KAV jedoch nicht mehr vereinbar und deshalb unwirksam. Grund dafür ist, dass § 1 Absatz 3 und 4 KAV für den Gasbereich abschließend regelt, wer Tarifkunde und wer Sondervertragskunde ist. Eine abweichende vertragliche Abrede kann daran nichts ändern.

## Rechtliche Stellungnahme

Die deutlich höhere Gas-Tarifkunden-Konzessionsabgabe (mind. 0,51 ct/kWh anstatt der Gas-Sondervertragskunden-Konzessionsabgabe von nur 0,03 ct/kWh) wird gemäß § 1 Absatz 3 KAV nur fällig, wenn an Tarifkunden Gas *im Wege der Grundversorgung* geliefert wird. Ob der jeweilige Grundversorger Koch- und Heizgaskunden nur im Wege der Grundversorgung beliefert, kann dieser jedoch im Grundsatz frei und unabhängig von der Gemeinde entscheiden.

Etwas anderes gilt nur, wenn die Gemeinde den Grundversorger (gesellschaftsrechtlich) beherrscht (z. B. Eigenbetrieb; Eigengesellschaft oder Mehrheitsbeteiligung). Dann kann die Gemeinde z. B. durch Anweisung gegenüber dem Eigenbetrieb oder durch Gesellschafterbeschluss gegenüber einer Eigengesellschaft festlegen, dass der Grundversorger Koch- und Heizgaskunden ausschließlich im Wege der Grundversorgung versorgen muss. In diesem Fall müsste der Netzbetreiber automatisch für die Belieferung dieser Kunden die höhere Gas-Konzessionsabgabe an die Gemeinde abführen. Auch alle externen Gaslieferanten, die Kunden im Gemeindegebiet beliefern, wären dann zur Zahlung der höheren Konzessionsabgabe verpflichtet.

### D. Zähler beim Netzübergang

Bisher wurde üblicherweise in Konzessionsverträgen ausdrücklich oder stillschweigend auch der Übergang der Zähler im Falle einer Netzübernahme mit vereinbart.

Seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Öffnung des Messwesens bei Strom und Gas für Wettbewerb im September 2008 gilt:

- Im Grundsatz ist der örtliche Netzbetreiber zur Messung und zum Messstellenbetrieb verpflichtet (vgl. § 21b Absatz 1 EnWG). Er ist als Messstellenbetreiber auch Eigentümer der Zähler bei den Endkunden.
- Dies gilt jedoch nur, wenn der Anschlussnutzer (also z. B. der Mieter einer Wohnung) keinen Dritten mit der Messung oder dem Messstellenbetrieb beauftragt hat.
- Wurde ein Dritter vom Anschlussnutzer mit dem Messstellenbetrieb beauftragt, kann der neue Messstellenbetreiber
  - einen neuen Zähler einbauen, der in seinem Eigentum steht,
  - mit dem Netzbetreiber einen Kauf des bestehenden Zählers vereinbaren oder
  - mit dem Netzbetreiber eine Miete/Pacht des bestehenden Zählers vereinbaren.

Je nach dem, wie sich der Netzbetreiber und der neue Messstellenbetreiber entscheiden, bleibt der bisherige Netzbetreiber Eigentümer der Zähler oder nicht. Im Regelfall wird der neue Messstellenbetreiber jedoch eigene Zähler einbauen oder die bestehenden Zähler vom Netzbetreiber abkaufen, so dass dieser regelmäßig nicht mehr Eigentümer der Zähler ist, wenn ein Dritter vom Anschlussnutzer mit dem Messstellenbetrieb beauftragt wird.

Die konzessionsvertragliche Pflicht, im Falle der Netzübertragung auch das Eigentum an den vorhandenen Zählern mit zu übertragen, muss demnach auf diejenigen Fälle beschränkt werden, in denen der Netzbetreiber zum Zeitpunkt der Netzübertragung entweder selbst Messstellenbetreiber ist oder Eigentümer der Zähler ist, obwohl ein Dritter den Messstellenbetrieb führt.

## Rechtliche Stellungnahme

Nicht vereinbart werden kann, dass sämtliche Zähler von Endkunden im Gemeindegebiet bei einer Netzübernahme mit übereignet werden, da dies auch das Eigentum Dritter, die Messstellenbetreiber sind, berühren würde. Eine solche vertragliche Regelung wäre als Vertrag zugunsten Dritter nicht wirksam.

### **E. Keine Übertragung von Grundversorgungskunden bei Netzübernahme**

In Konzessionsverträgen kann keine Pflicht des Netzbetreibers, in Falle einer Netzübertragung nach Ablauf des Konzessionsvertrages auch die Lieferverhältnisse mit Grundversorgungskunden auf den Netzerwerber zu übertragen, aufgenommen werden.

Der Netzbetreiber darf aufgrund der Entflechtungsvorschriften in den §§ 6 ff. EnWG selbst nicht Energielieferant sein. Deshalb ist er auch nicht Grundversorger und somit Vertragspartner der Grundversorgungskunden. Es läge ein unwirksamer Vertrag zugunsten Dritter, hier zugunsten des Grundversorgers, vor.

Selbst wenn ein kleines Stadtwerk nicht verpflichtet sein sollte, seine Netz- und seine Vertriebsparte rechtlich und organisatorisch zu entflechten (vgl. § 7 Absatz 2 und § 8 Absatz 6 EnWG), so muss es jedenfalls eine informatorische und buchhalterische Entflechtung (vgl. §§ 9 und 10 EnWG) vornehmen. Aus diesem Grund kann die Netzsparte sich als Netzbetreiber nicht im Konzessionsvertrag verpflichten, bestimmte Kundenverhältnisse der Vertriebsparte auf die Gemeinde bzw. den Netzerwerber bei Ablauf eines Konzessionsvertrages zu übertragen.

04.05.2009