

V. Konsequenzen

Die doppelte Berücksichtigung des Inflationsmomentes in der Tarifikalkulation der Berliner Wasserbetriebe und die damit verbundene versteckte Gewinnerzielung empören vor dem Hintergrund der vorgenommenen Tarifierhöhungen nicht nur, sondern sie verstoßen auch gegen die verfassungsrechtliche Vorgabe des Äquivalenzprinzips. Dies hat zum einen zur Folge, dass die Vorschriften des § 16 III 2 und IV BerlBG, die diese Tarifikalkulation vorschreiben, nichtig sind. Zum anderen hat der Verfassungsverstoß auch Konsequenzen für die

privatrechtlichen Entgelte. Denn die Vorgaben des Äquivalenzprinzips sind auch im Rahmen des § 315 III BGB bei der Erhebung privatrechtlicher Entgelte relevant²⁶. In der Höhe, in der bei den Tarifen der Berliner Wasserbetriebe das Inflationsmoment doppelt berücksichtigt wird, sind die Tarife daher unbillig i.S.v. § 315 III BGB, und es kommt den Kunden in dieser Höhe ein Rückforderungsanspruch aus § 812 I BGB zu.

²⁶ *BerlVerfGH*, UrT. v. 21. 10. 1999 – *VerfGH* 42/99, *NVwZ* 2000, 794, 797.

Der Konzessionsvertrag als Königsweg? – Maximierung der kommunalen Einnahmen ggf. auch über die Rekommunalisierung

Dipl.-Kfm. Jens Held, Chemnitz, und Rechtsanwalt Stefan Fenzel, Halle (Saale)*

I. Einführung

In den bestehenden Konzessionsverträgen werden die Rechte und Pflichten der Wegenutzung für sog. Energieversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung geregelt. Dies betrifft insbesondere die Versorgung mit Elektrizität und Erdgas. Der Konzessionsvertrag wird von der Stadt bzw. Gemeinde mit einem Netzbetreiber abgeschlossen und hat eine Laufzeit von höchstens 20 Jahren. Eine Vielzahl von Verträgen in den neuen Bundesländern läuft also in der näheren Zukunft aus. Viele Gemeinden stehen daher vor schwierigen Entscheidungen.

Bei der Gestaltung von Konzessionsverträgen haben die Städte und Gemeinden erhebliche vertragliche Gestaltungsspielräume. Es stellt sich daher die Frage, wie diese Spielräume im Interesse der Städte und Gemeinden genutzt werden können. Damit verbunden sind wichtige Fragen der wirtschaftlichen Gestaltung der örtlichen Versorgung mit Elektrizität und Erdgas. Im Zusammenhang mit der Gebietsreform und den dabei entstehenden größeren Verwaltungseinheiten können auch andere Gestaltungsformen für die Gemeinden attraktiv werden. Derzeit besteht durchaus eine Tendenz zur Rekommunalisierung der Energieversorgung. Letzteres Vorgehen hat sich bei großen Kommunen als wirtschaftlichere Alternative zur Verlängerung der Konzessionsverträge herausgestellt.

Referenzprojekte sind zu dem Ergebnis gelangt, dass bei Gemeinden mit rund 30.000 Einwohnern Mehreinnahmen von rund 300.000 € für das jeweilige Haushaltsjahr realistisch sind – selbstverständlich abhängig von der jeweiligen Netz- und Versorgungsstruktur. Die sich im Zusammenhang mit der Frage der Verlängerung entsprechender Konzessionsverträge stellenden Fragen sind komplex – die Entscheidungen sind sowohl in wirtschaftlicher als auch in zeitlicher Hinsicht

weitreichend. Nachfolgend sollen einige der Kernfragen näher beleuchtet werden.

II. Finanzielle Leistungen an die Gebietskörperschaft

Ein wichtiges Interesse jeder Gebietskörperschaft besteht in den Einnahmen aus der Konzessionsabgabe als Gegenleistung für die eingeräumten Rechte. Die zulässigen Leistungen des Netzbetreibers sind in der gültigen Konzessionsabgabenverordnung (KAV) geregelt. In dieser sind die jeweiligen Höchstsätze festgelegt. Dabei steigen diese Höchstsätze nach den in der KAV genannten Einwohnergrößenklassen. Hinsichtlich der Höhe der Konzessionsabgaben ist die Einordnung von Kunden in den Bereich der Tarif- oder Sonderkunden von Bedeutung. Die Einordnung als Tarifkunden führt zu einer vielfach höheren Konzessionsabgabe. Dabei ist der Lieferant (nicht der Netzbetreiber) in seiner Entscheidung, auf welcher vertraglichen Basis die Lieferung abgewickelt wird, nach derzeitiger Auffassung grds. frei. Für die Stromversorgung sind in der KAV Regelungen für die Gemeinde vorhanden, die eine willkürliche Einordnung von Kunden in den Bereich der Sonderkunden verhindern. Leider gibt es für die Gasversorgung keine gleichlautenden Regelungen. Unter dem erhöhten Wettbewerbsdruck ist dieser Entwicklung nur schwer entgegenzuwirken. Es empfiehlt sich daher neben der Vereinbarung der höchstzulässigen Konzessionsabgabe vorsorglich Klauseln vorzusehen, die vorausschauend eine Absicherung der Interessen der Gemeinden gewährleisten.

* Der Autor *Held* ist Wirtschaftsprüfer und Steuerberater der *Göken, Pollak und Partner* Treuhandgesellschaft mbH in Chemnitz. Der Autor *Fenzel* ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht in der Sozietät *Flöther & Wissing* in Halle (Saale).

Die Regelungen der KAV sehen weiterhin vor, dass der Netzbetreiber der konzessionsgewährenden Gebietskörperschaft Preisnachlässe für den in der Niederspannung oder Niederdruck abgerechneten Eigenverbrauch i.H.v. bis zu 10 % des Rechnungsbetrags für den Netzzugang gewähren kann. In Anbetracht des nicht eindeutig definierten Begriffs des Rechnungsbetrags für den Netzzugang empfiehlt es sich, in einem Konzessionsvertrag klare Regelungen hinsichtlich der Preisbestandteile, welche einem Rabatt unterliegen, aufzunehmen. Außerdem ist darauf zu achten, dass nicht nur die Gebietskörperschaft selbst, sondern auch Eigenbetriebe und eigenbetriebsähnliche Einrichtungen in die Rabattgewährung mit einbezogen werden.

Weiterhin sind sog. Durchgangsleitungen zu berücksichtigen. Durchgangsleitungen liegen vor, wenn durch vorhandene Leitungen eine Belieferung von Kunden im Gemeindegebiet nicht oder nur zu geringen Teilen erfolgt. Häufig sind in Konzessionsverträgen Regelungen enthalten, wonach Durchgangsleitungen auch nach Auslaufen des Konzessionsvertrags weiter unter Nutzung des öffentlichen Weges betrieben werden dürfen. Bei Abschluss eines Konzessionsvertrags ist darauf zu achten, dass für die durch Durchgangsleitungen entstandenen Lasten Vergütungsregelungen getroffen werden.

Ergänzend ist zu beachten, dass die zulässigen Leistungen des Netzbetreibers an die Gebietskörperschaft in der KAV abschließend geregelt sind. Über Konzessionsabgaben, Kommunalrabatte und zulässige Kostenerstattungen des Netzbetreibers an die Gemeinde hinaus sind weitere Leistungen unzulässig. Im Interesse der Rechtssicherheit des Konzessionsvertrags sollten sich die vertraglichen Regelungen demnach auf diese Bereiche beschränken.

III. Leitungsbau

Einen weiteren wichtigen Gesichtspunkt für jede Gebietskörperschaft stellen die Regelungen des Konzessionsvertrags zum Leitungsbau dar. Derzeit ist in Deutschland nahezu flächendeckend ein hoch qualitatives Versorgungsnetz vorhanden. Jedoch ist in der Energiewirtschaft eine starke Tendenz zur Kostensenkung erkennbar. Mag diese aufgrund der durch staatliche Regulierungsaktivitäten hervorgerufenen Kostensenkung in bestimmten Bereichen durchaus berechtigt sein, so sollte sie doch nicht zu einer Aufgabe von Qualitätskriterien im Leitungsbau führen. Dem entgegenzuwirken, ist nicht nur Aufgabe der Regulierungsbehörden, sondern auch Bestandteil der kommunalen Selbstverwaltung. So sollte z.B. im Konzessionsvertrag darauf geachtet werden, dass eine oberirdische Nutzung des öffentlichen Verkehrsraumes nur zulässig ist, soweit eine unterirdische Verlegung von Leitungsbestandteilen unzumutbar ist. Diese und ähnliche Fragen werden in Zukunft erheblich an Bedeutung gewinnen und maßgeblich für unser aller Versorgungsqualität werden. Die damit angesprochene Fragestellung kann sich auch auf die Gestaltung des Ortsbildes erstrecken. Die jeweilige Kommune kann insoweit auch entsprechende Vorstellungen in die Vertragsgestaltung mit einbringen.

Erfordern beispielsweise städtische Maßnahmen im öffentlichen Interesse aus Anlass von Änderungen von Straßen, Wegen, Plätzen oder auch Kanalisationsleitungen Änderungen oder Sicherungen der bestehenden Versorgungsanlagen vom Netzbetreiber (Folgepflicht), entstehen zusätzliche Kosten. Diese Kosten können schnell zu erheblichen finanziellen Belastungen führen. Die Kostentragungsregelung für diese Kosten (Folgekostenregelung) sollte im Konzessionsvertrag daher möglichst konkret und kommunalfreundlich gestaltet sein.

Nicht mehr benötigte Anlagen der Energieversorgung können die weitere Entwicklung eines Areals erheblich behindern. Grundsätzlich verpflichten sich Netzbetreiber diese Anlagen zu entfernen, soweit ihr Verbleib nicht mehr zumutbar ist. Solche Regelungen eröffnen Interpretationsspielraum hinsichtlich der Frage der Zumutbarkeit. Deshalb ist anzuraten, eine eindeutige Regelung, wann eine Verpflichtung besteht, derartige Anlagen zu entfernen, in den jeweiligen Vertrag aufzunehmen.

IV. Endschaftsbestimmungen

Innerhalb eines Konzessionsvertrags haben die sog. Endschaftsbestimmungen elementare Bedeutung, weil diese Regelungen zukünftig eine alternative Gestaltung der Netzbetriebe wesentlich bestimmen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Gemeinde beabsichtigt, den Konzessionsvertrag mit dem bisherigen Konzessionsnehmer nicht zu verlängern, sondern den Netzbetrieb an einen Dritten zu übergeben bzw. diesen selbst zu übernehmen. Im Rahmen der Endschaftsbestimmungen wird im Wesentlichen geregelt, welche Rechte die Gemeinde bzw. ein Dritter zur Erlangung der notwendigen Versorgungs- und Verteilungsanlagen bei Auslaufen des Vertrags hat. Als wesentliche Regelungsbereiche sind hierbei anzusehen:

- der Umfang der vom bisherigen Netzbetreiber zu überlassenden Anlagen,
- die Art der Überlassung der Versorgungsanlagen (Eigentumsübertragung, Pacht etc.),
- der Wert für die Übertragung/Überlassung der Versorgungsanlagen,
- die Höhe der Entflechtungskosten, die durch die Gemeinde oder einen Dritten zu tragen sind,
- die Informationsrechte der Gemeinde bzw. des Dritten vor Auslaufen des Vertrags bzw. nach einer möglichen Übertragung des Netzbetreiberstatus.

Sollte die Gemeinde sich zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht dafür entscheiden, die Energieversorgung selbst oder mit einem Partner im Rahmen eines Kooperationsunternehmens durchzuführen, kann diese Weichenstellung erhebliche Auswirkungen auf zukünftige Entscheidungen haben. So kann nach Ablauf des jetzt abgeschlossenen Konzessionsvertrags, spätestens also nach 20 Jahren, plötzlich eine Situation ent-

stehen, in welcher die Gemeinde selbst oder über einen Dritten Anlagen übernehmen möchte bzw. diese übernehmen muss, weil sich kein geeigneter Netzbetreiber für die Aufgabe findet.

V. Wechsel des Konzessionsnehmers

Sollte aktuell ein Wechsel des Konzessionsnehmers in Erwägung gezogen werden, erlangen die Regelungen zur Endschaft im auslaufenden Konzessionsvertrag besondere Bedeutung. Die zu beachtenden Schwerpunkte entsprechen grds. dem bereits oben Dargestellten. Ergänzend sind noch folgende aktuelle Überlegungen zu beachten.

Hinsichtlich des Umfangs der zu überlassenden Anlagen sind typische Diskussionspunkte, inwieweit beispielsweise in der Stromversorgung Umspannanlagen, Transformatoren und/oder Mittelspannungsleitungen vom bisherigen Netzbetreiber auf den neuen Netzbetreiber übergehen. Auch können die Bestimmung und Behandlung von Durchgangsleitungen bedeutsam sein.

Bei der Art der Überlassung haben sich mit dem neuen Energiewirtschaftsrecht kontroverse Auffassungen entwickelt. Während bis 1998 nahezu ausschließlich eine Eigentumsübertragung der Netze an den neuen Netzbetreiber möglich und auch üblich war, wird entsprechend dem Wortlaut des neuen Energiewirtschaftsrechts lediglich von einer Überlassung gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung gesprochen. Zu dieser Thematik liegt noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung vor. Das *OLG Frankfurt/Main* hat mit Urteil vom 29. 1. 2008¹ allerdings entschieden, dass ein vereinbarter Eigentumsübertragungsanspruch vorrangig und weiterhin Gültigkeit haben soll.

Für eine Eigentumsübertragung ist die Höhe des Kaufpreises von entscheidender Bedeutung. Damit stellt sich die Frage der Wertermittlungsmethode für den Netzerwerb.

Bis zum Jahre 1998 wurde nahezu ausschließlich der sog. Sachzeitwert herangezogen. Der Sachzeitwert ist ein auf der Grundlage des Tagesneuwerts unter Berücksichtigung seines Alters und Zustands ermittelte Restwert eines Wirtschaftsgutes. Hierbei gab es insbesondere hinsichtlich der technisch-wirtschaftlichen Nutzungsdauer in der Branche häufig Meinungsverschiedenheiten, die zu erheblichen Ergebnisunterschieden führten.

Der Sachzeitwert wird als Kaufpreis für die übergehenden Versorgungsanlagen insbesondere durch die Rechtsprechung des *BGH* in Sachen „Kaufering“ auf den Ertragswert begrenzt. Nach dem Urteil des *BGH* vom 16. 11. 1999² sieht dieser eine sog. prohibitive Wirkung des Kaufpreises i.S. einer Verhinderung eines Netzübergangs ggf. durch einen überhöhten Sachzeitwert als gegeben an. Kerngedanke der Rechtsprechung ist, dass ein denkbarer Erwerber bei Leistung des Kaufpreises noch in der Lage sein muss, das Netz wirtschaftlich zu betreiben, da ansonsten der bisherige Netzbetreiber eine faktische Monopolstellung innehaben würde. Dieses Urteil enthält keine detaillierten Aussagen zur Art und Weise der

Ertragswertermittlung. Als wesentliches Kriterium gilt jedoch, dass der Ertragswert nicht auf der Basis individueller Verhältnisse, sondern nach objektiven, für alle denkbaren Erwerber geltenden Kriterien ermittelt wird. Letztlich sollte auch der Zusammenhang zwischen Ertragswerten und kalkulatorischen Werten Beachtung finden.

Ein Wechsel des Konzessionsnehmers muss nicht zwingend lediglich einen neuen Vertragspartner für die Gebietskörperschaft zur Folge haben. Vielmehr können zusätzlich Vorteile durch eine Erweiterung der kommunalen Einflussmöglichkeiten erwogen werden. Auf Basis der kommunalen Selbstverwaltung kann eine eigene kommunale Energiepolitik verwirklicht werden. Man denke beispielsweise an individuelle effiziente Energieerzeugung vor Ort und Nutzung von Kraft-Wärme-Kopplung mit der Absicherung eines Vor-Ort-Services und unabhängiger Energieberatung. Diese eigene aktive kommunale Energiepolitik erfordert oftmals andere Gestaltungen zur Durchsetzung kommunaler Interessen.

Mögliche Gestaltungen können die Gründung einer Netzgesellschaft oder die Nutzung vorhandener kommunaler Gesellschaften sein. Dabei kommen sowohl ein Netzkauf als auch eine Netzpacht in Betracht. In dem Zusammenhang sind Kooperationen mit anderen Netzbetreibern in unterschiedlichster Ausprägung denkbar. Das Netz ist auch unter den aktuellen Rahmenbedingungen das Fundament einer kommunalen Energiewirtschaft. Auf dieser Grundlage lässt sich ein Bündel von Synergien erzeugen. Man denke neben der individuellen Energieerzeugung beispielsweise an steuerliche Querverbundmodelle mit Badeinrichtungen oder auch die Stromsteuerersparnisse bei der Betreibung von Straßenbeleuchtungseinrichtungen. Eingangs wurde bereits beschrieben, dass derzeit durchaus eine Tendenz zur Rekommunalisierung festzustellen ist. Im Rahmen der globalen Wirtschaftskrise ist das Vertrauen in die großen Energiekonzerne nicht mehr uneingeschränkt vorhanden. Umfragen zeigen auch, dass viele Bürger sich durchaus eine „ortsnahe Energieversorgung“ wünschen und entsprechend örtlich verwurzelte Stadtwerke i.d.R. eine hohe Akzeptanz besitzen.

VI. Zusammenfassung

Anlässlich des Auslaufens der bestehenden Konzessionsverträge und der Veränderungen der Gebietsstruktur besteht Veranlassung, die Art und Weise der Gewährleistung der Energieversorgung grundlegend zu überdenken. Es geht dabei im Wesentlichen darum, die wirtschaftlich sinnvollste Lösung für die jeweilige Gemeinde zu finden. Eine ortsnahe Versorgung mit Energie ist ebenfalls ein erstrebenswertes Ziel. Des Weiteren geht es darum, den Einfluss auf die Energiepolitik zurückzugewinnen. Andere Elemente, wie Gestaltung des Ortsbildes sowie Optimierung sonstiger bestehender kommunaler Gesellschaften, spielen ebenfalls mit eine Rolle. Die

1 *OLG Frankfurt/Main*, Ur. v. 29. 1. 2008 – 11 U 19/07 (Kart), zitiert nach *Juris*.

2 *BGH*, Ur. v. 16. 11. 1999 – KZR 12/07, nicht veröffentlicht

Kommunen müssen sich bewusst machen, dass die Entscheidung über die Gestaltung erhebliche Zeit in Anspruch nimmt und somit die relevanten Entscheidungsprozesse frühzeitig einzuleiten sind. Es gibt interessante Referenzprojekte,

anhand derer nachgewiesen ist, dass z.B. die Rekommunalisierung der Aufgabe der Energieversorgung durchaus lohnenswert ist.

Länderreport Berlin*

Dr. Ulrich Marenbach, Berlin

Der Berichtszeitraum umfasst im Wesentlichen das 2. Halbjahr 2009¹, in dem der *BerlVerfGH* den Einsprüchen gegen zwei abgelehnte Volksbegehren stattgegeben (dazu unten I.) und das *BVerfG* die Ladenöffnungszeiten in Berlin an vier Adventssonntagen für verfassungswidrig erklärt hat (dazu unten II.). Gegenüber diesen – teils auch bundesweit kontrovers diskutierten – Entscheidungen kann das Abgeordnetenhaus für den Berichtszeitraum nur eine überraschend ereignisarme Bilanz vorweisen: vier verkündete Gesetze (davon ein Artikelgesetz) bzw. Gesetzesänderungen in fünf Monaten (dazu unten III.). Allerdings hat das Parlament Anfang Dezember 2009 vier weitere Gesetze verabschiedet – darunter das neue Berliner Untersuchungshaftvollzugsgesetz –, über deren Inhalt nach Verkündung/Inkrafttreten im nächsten Länderreport berichtet wird. Schließlich ist Mitte Dezember 2009 noch der Landeshaushalt 2010/2011 – der voraussichtlich letzte Doppelhaushalt dieser Wahlperiode – beschlossen worden. Er ist geprägt von den Folgen der globalen Finanz- und Wirtschaftskrise: Die Steuereinnahmen brechen ein und die Verschuldung wächst (dazu unten IV.).

I. Rechtsprechung des BerlVerfGH

Der *BerlVerfGH* hat Anfang Oktober 2009 entschieden, dass das von mehr als 36.000 Bürgern unterstützte Volksbegehren „Schluss mit den Geheimverträgen – Wir Berliner wollen unser Wasser zurück“ und das von mehr als 58.000 Bürgern unterzeichnete Volksbegehren „Kitakinder + Bildung von Anfang an = Gewinn für Berlin“ zulässig sind und durchgeführt werden dürfen². Das Gericht gab damit jeweils einem Einspruch der Vertreter der Volksbegehren gegen Entscheidungen des Senats von Berlin statt, mit der die beiden Volksbegehren als unzulässig abgelehnt worden waren.

Gegenstand des Volksbegehrens zur Offenlegung der Verträge über die Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe war der Entwurf eines „Gesetzes zur Publizitätspflicht im Bereich der Berliner Wasserwirtschaft“, mit dem die öffentliche Einsichtnahme in alle bestehenden und künftigen Abmachungen im Kernbereich der Berliner Wasserwirtschaft erreicht werden soll. Gegenstand des Kita-Volksbegehrens war eine Änderung des Kindertagesförderungsgesetzes aus dem Jahre 2005; es sieht neue gesetzliche Regelungen vor, die den Anspruch auf Betreuung von Kindern im Vorschulalter erweitern und ver-

bessern sollen³. Dem Landeselternausschuss Kita, der das Kita-Volksbegehren initiiert hat, ist der Senat mit Blick auf das Urteil bereits weit entgegengekommen und hat die meisten Forderungen erfüllt. So sollen nun schrittweise mehr Erzieher eingestellt werden, und den Kindern wird ein Rechtsanspruch auf sieben Stunden Kita eingeräumt werden. Ferner ist vorgesehen, den Besuch der Kita für alle Kinder drei Jahre vor Einschulung kostenfrei zu stellen. Die zusätzlichen Mehrausgaben für die verbesserte Betreuung i.H.v. 84 Mio. € werden ohne Neuverschuldung von allen Senatsverwaltungen getragen und sind gegenfinanziert.

II. Rechtsprechung des BVerfG

Das *BVerfG* hat durch Urteil vom 1. 12. 2009 entschieden, dass die in Berlin seit Mitte November 2006 geltende Regelung zur Ladenöffnungsmöglichkeit an allen vier Adventssonntagen mit Art. 4 I und II i.V.m. Art. 140 GG und Art. 139 der Weimarer Reichsverfassung (WRV) unvereinbar ist⁴. Insoweit hatten die Verfassungsbeschwerden der Evangelischen Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz und des Erzbistums Berlin Erfolg. Die Besonderheit der Berliner Adventssonntagsregelung (§ 3 I Alt. 2 BerlLadÖffG) bestand darin, dass schon kraft Gesetzes ohne irgendeine weitere Voraussetzung vier Sonntage in Folge für die Dauer von jeweils sieben Stunden zur Ladenöffnung freigegeben wurden. Diese Bestimmung verstieß nach Ansicht des *BVerfG* bereits deshalb gegen den verfassungsrechtlichen Regelfall der Sonntagsruhe, weil sie einen in sich geschlossenen Zeitblock von etwa einem Zwölftel des Jahres vollständig vom Grundsatz der Arbeitsruhe ausnahm. Da die für verfassungswidrig erklärte Regelung jedoch noch bis zum 31. 12. 2009 anwendbar blieb, hatte das Urteil auf die Öffnungszeiten im Dezember 2009 noch keine Auswirkungen.

III. Gesetzgebung

Von den im Berichtszeitraum beschlossenen Gesetzen sei zunächst auf das *Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die*

* Im Anschluss an LKV 2009, 359.

1 Vom 15. 7. bis 15. 12. 2009.

2 *BerlVerfGH*, Urteile v. 6. 10. 2009 – VerfGH 63/08 und VerfGH 143/08, LKV 2009, 514 (bearbeitet von *Hellriegel/Schmitt*).

3 Vgl. zu den Einzelheiten die Besprechung der Urteile in LKV 2009, 514.

4 *BVerfG*, LKV 2009, 557 (Leits.).