

### 1. Allgemeine Einführung

Die Verteilung der Energie kann nur über feste Leitungen erfolgen. Deshalb kommt in der Energieversorgung dem Recht der Grundstücksbenutzung zur Leitungsverlegung große Bedeutung zu. Hierbei nimmt das Recht zur Benutzung öffentlicher Wege eine besondere Stellung ein, weil Energieleitungen zweckmäßigerweise und häufig am einfachsten in öffentliche Verkehrsflächen verlegt werden. Hierfür werden Konzessions- (Wegbenutzungs-)verträge abgeschlossen.

Konzessionsverträge zwischen Gemeinde einerseits und Energieversorgungsunternehmen (EVU) d.h. – Unternehmen der Gas-, Wasser- und Elektrizitätsversorgung – andererseits wurden und werden seit Ende des vergangenen Jahrhunderts abgeschlossen. Obwohl es sich hierbei um eine gängige Erscheinungsform des Rechtslebens handelt, bestehen hinsichtlich ihrer rechtlichen Einordnung nach wie vor unterschiedliche Auffassungen. Die Schwierigkeiten der rechtlichen Einordnung des Konzessionsvertrages ergeben sich insbesondere aus seiner Multifunktionalität im Hinblick auf die mit ihm verfolgten straßenrechtlichen, energie-wirtschaftlichen, kommunalpolitischen, preisrechtlichen und kartellrechtlichen Zwecke. Einigkeit besteht immerhin insofern, als man den Konzessionsvertrag als gemischten Vertrag sui generis mit einer Mehrzahl unterschiedlicher Leistungen und Gegenleistungen, als ein auf Dauer angelegtes und einheitlich zu würdigendes Rechtsverhältnis bezeichnet (so Tettinger „Grundlinien des Konzessionsrechts“, DVBl. 1991 S. 786 [787]).

Mit den wenigen Sätzen soll zum Ausdruck gebracht werden, dass es sich einerseits um ein gebräuchliches, andererseits aber um ein sehr kompliziertes Rechtsinstitut handelt, das sich mit den wenigen hier zur Verfügung stehenden Zeilen nur schwerlich detailliert und abschließend darstellen und erläutern lässt. Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass durch das Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24. April 1998 (GVBl. I S. 730) die bis dahin zulässigen ausschließlichen Leitungs-, Wege-, und Letztversorgungsrechte entfallen sind, so dass Demarkationsverträge unzulässig sind.

In Demarkationsverträgen grenzten die vorhandenen Versorgungsunternehmen ihr Versorgungsgebiet gegeneinander ab und verpflichteten sich, in einem bestimmten Gebiet die Versorgung mit Strom, Gas und Wasser zu unterlassen.

Aus der durch das Gesetz erzwungenen Durchleitungsmöglichkeit für Dritte und dem Kontrahierungszwang für Direktleitungen ergibt sich für die Städte und Gemeinden vor allem eine Konsequenz: Es wird zukünftig nicht mehr möglich sein, ausschließlich einem Versorgungsunternehmen die Nutzung der gemeindlichen Straßen und Wege zum Zwecke der Elektrizitätsversorgung oder Gasversorgung von Letztverbrauchern zu gestatten, auch nicht dem eigenen Stadtwerk. Vielmehr ist das bislang geschlossene Versorgungsgebiet mit dem Inkrafttreten des Gesetzes umfassend geöffnet. Zwar gelten laufende Konzessionsverträge zunächst weiter, insbesondere bleibt die Höhe der Konzessionsabgabe gleich. Allerdings wird das im Vertrag vereinbarte ausschließliche Leitungs-, Wege- sowie Versorgungsrecht in ein einfaches Wege- und Versorgungsrecht umgewandelt. Auch für das einfache Wege- und Versorgungsrecht kann künftig eine Konzessionsabgabe erhoben werden (§ 14 Abs. 3).

Mit der Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts will der Gesetzgeber den als im internationalen Vergleich für zu hoch erachteten Strompreisen in Deutschland durch eine Liberalisierung und Deregulierung der nationalen Strommärkte begegnen; zugleich soll die Binnenmarkt-Richtlinie Strom der Europäischen Union (Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Dezember 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. EG 1997 Nr. L 27, S. 20) umgesetzt werden.

Das Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts verfolgt das Ziel der Stärkung des brancheninternen Wettbewerbs. Dies strebt es vor allem mittels Beseitigung der bislang bestehenden geschlossenen Versorgungsgebiete u.a. durch eine Erleichterung des Zugangs der Elektrizitätsversorgungsunternehmen zum Netz (Art. 1 §§ 5 ff.), durch die Möglichkeit der Errichtung von Direktleitungen zur Belieferung von Energieabnehmern (Art. 1 § 13) sowie durch die Abschaffung der bisherigen kartellrechtlichen Freistellung von Demarkations- und Konzessionsverträgen (Art. 2) an.

Die Rechtsnatur des Konzessionsvertrages ist nach herrschender Auffassung als privatrechtlich zu qualifizieren. Es handelt sich um einen bürgerlichen Vertrag eigener Art, den die gleichberechtigten Partner Gemeinde und Energieversorgungsunternehmen als gegenseitigen Vertrag abschließen (siehe Nr. 3). Der Begriff „Konzession“ ist insoweit falsch, da vorliegend wie üblicherweise bei der Erteilung einer Konzession gerade kein öffentlich-rechtliches Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen Behörde und Bürger in Frage steht. Zu trennen von einem Konzessionsvertrag sind sog. Gestaltungsverträge, die sich als bloße

Wegebenutzungsverträge darstellen. In einem Gestaltungsvertrag wird demzufolge nicht die Ausübung des Versorgungsrechts auf ein Energieversorgungsunternehmen übertragen, sondern der Regelungsgegenstand beschränkt sich auf die Inanspruchnahme bestimmter Straßen, Straßenteile oder Straßenkreuzungen für die Verlegung von Versorgungsleitungen.

## 2. Gemeinderechtliche Vorschriften

Die Gemeindeordnungen einiger Bundesländer (§§ 107 BW, 109 Bran, 76 MeVo, 101 Sachs, 124 SachsAn) schreiben vor, dass die Gemeinde Verträge über die Lieferung von Energie in das Gebiet der Gemeinde sowie Konzessionsverträge, durch die einem Energieversorgungsunternehmen die Benutzung von Eigentum der Gemeinde einschließlich der öffentlichen Straßen, Wege und Plätze für Leistungen zur Versorgung der Einwohner überlässt, nur abschließen darf, wenn die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde nicht gefährdet wird und die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner gewahrt sind. Hierüber soll der Gemeinderat (Rat, Gemeindevertretung) vor der Beschlussfassung das Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen einholen.

## 3. Was sind Konzessionsverträge rechtlich?

Der Begriff „Konzessionsvertrag“ geht auf einen Aufsatz von Crome, in Archiv für die civilistische Praxis 1917 S. 1 ff., zurück. Nach weitgehend übereinstimmender Auffassung sind Konzessionsverträge zivilrechtlicher Natur, die allerdings keine Miet- oder Pachtverhältnisse begründen (vgl. BGH, WM 1991, 140). Die Gemeinden räumen den Energieversorgungsunternehmen Benutzungsrechte ein, die sich nach § 8 Abs. 10 Bundesfernstraßengesetz (FStG) und den entsprechenden Regelungen der Landesstraßen- und Wegegesetze nach „bürgerlichem Recht“ richten. Konzessionsverträge sind schuldrechtliche Verträge, bei denen sich beide Vertragspartner einander gleichgeordnet gegenüberstehen (vgl. BGHZ 15, 114, [115]). Dass sie sich nicht deckungsgleich in die bestehenden Vertragsformen des BGB einordnen lassen, verändert nicht die Rechtslage.

Siehe hierzu Obornolte/Danner „Energiewirtschaftsrecht“ Loseblattkommentar, V 30 ff., und Trzeciak „Rechtsformen und Grenzen kommunalen Handelns bei der Energieversorgung“, 1990 S. 80 ff. mwN; Wolf „Zur kartellrechtlichen Beurteilung des Konzessionsvertrages“, Betriebs-Berater 1986 S. 143 ff.

## 4. Form, Vertragspartner und Inhalt des Konzessionsvertrages

### 4.1 Konzessionsverträge sind schriftlich abzuschließen

Konzessionsverträge sind schriftlich abzuschließen. Die von den großen Unternehmen in der Regel **formulärmäßig** festgelegten Konzessionsverträge sollten nicht ungeprüft unterschrieben werden, da sie parteibestimmt sind. Hinzu kommt, dass sie die besonderen örtlichen Verhältnisse berücksichtigen müssen.

### 4.2 Die Vertragspartner

Konzessionsverträge werden regelmäßig auch zwischen Gemeinden und ihren **eigenen** Eigengesellschaften abgeschlossen und nicht nur mit regionalen Energieversorgungsunternehmen.

### 4.3 Über den Inhalt eines Konzessionsvertrages

Der Konzessionsvertrag ist das zentrale gemeindliche Instrument zur Wahrnehmung der der Gemeinde obliegenden Daseinsvorsorgeaufgabe Energieversorgung. Die inhaltliche Ausgestaltung dieses mit einem Energieversorgungsunternehmen der Regional- oder Verbundstufe abzuschließenden Konzessionsvertrages ist daher von herausragender Bedeutung.

Der jeweilige Inhalt des Vertrages hat für jede Gemeinde und ihre Bürger unmittelbare energiewirtschaftliche, finanzielle, stadtplanerische und ökologische Auswirkungen. Insbesondere sollte die Ausgestaltung des Konzessionsvertrages die zukünftige Gesamtentwicklung jeder Gemeinde fördern.

Darüber hinaus hat der Konzessionsvertrag eine umweltschonende, sparsame und rationelle Energienutzung zu gewährleisten. Konzessionsverträge sind angesichts notwendiger verstärkter Bemühungen um Energieeinsparung und rationelle Energienutzung nicht mehr lediglich Grundlagen für Leitungsverlegungsrechte, sondern auch Instrumente einer sparsamen und rationellen Energieverwendung.

Die Ausgestaltung jeder einzelnen vertraglichen Bestimmung eines Konzessionsvertrages erfordert daher besondere Aufmerksamkeit und besondere Sorgfalt jeder Gemeinde. Zu beachten sind insbesondere auch die zentralen Verpflichtungen der gemeindlichen Haushaltswirtschaft, nämlich der Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit sowie die Verpflichtung, das Vermögen pfleglich und wirtschaftlich zu verwalten.

Der wesentliche Inhalt eines Konzessionsvertrages lässt sich im Überblick wie folgt darstellen:

- Gewährung des Wegebenutzungsrechts an den öffentlichen Straßen, Wegen und Plätzen zugunsten des Energieversorgungsunternehmens zum Zwecke der Verlegung von Versorgungsleitungen;
- Verpflichtung des Energieversorgungsunternehmens, die Gemeinde und ihre Einwohner mit der jeweiligen Energiesparte (Strom, Gas oder Fernwärme) zu versorgen;
- Verpflichtung des Energieversorgungsunternehmens, an der Aufstellung und Umsetzung eines gemeindlichen Energieversorgungskonzeptes mitzuwirken, insbesondere auch die erforderlichen Informationen der Gemeinde zur Verfügung zu stellen;
- vertragliche Absicherung des gemeindlichen Rechts auf Errichtung von Eigenenergieerzeugungsanlagen (z.B. Kraft-Wärme-Kopplung, Klär- und Deponiegasnutzung, Ausschöpfung regenerativer Potentiale) verbunden mit der Verpflichtung des Energieversorgungsunternehmens, erzeugte Überschussenergie in das öffentliche Netz zu übernehmen

und der Gemeinde angemessen zu vergüten; für den regenerativen Energiebereich ergeben sich Übernahme- und Vergütungsverpflichtung aus dem Gesetz über die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien in das öffentliche Netz (Stromeinspeisungsgesetz) vom 7.12.1990, das zum 1.1.1991 in Kraft getreten ist;

- sorgfältige Ausgestaltung der gegenseitigen Abstimmungs-, Fürsorge- und Obhutspflichten, einschließlich der Gewährleistungspflichten bei Baumaßnahmen des Versorgungsunternehmens oder der Gemeinde im öffentlichen Verkehrsraum;
- Vereinbarung über Folgepflicht, d.h. die Verpflichtung des Energieversorgungsunternehmens, bei nachträglicher Umlegung oder Änderung der öffentlichen Verkehrsräume mit den Energieanlagen zu folgen, und besonders wichtig gemeindegerechte Kostenverteilung; der Vertragspartner der Energieversorgungswirtschaft hat sich auch dann in einem angemessenen Umfang an etwaigen Folgekosten zu beteiligen, wenn die Gemeinde im Einzelfall durch eine Änderung der öffentlichen Verkehrsräume auch die Verlegung der Energieversorgungsanlagen verursacht, insoweit sind sehr unterschiedliche vertragliche Ausgestaltungen denkbar;
- Zahlung einer Konzessionsabgabe (KA) durch das Energieversorgungsunternehmen als wesentliche Gegenleistung für die Einräumung des Versorgungsrechts, die Benutzung der öffentlichen Verkehrsräume, den Verzicht der Gemeinde auf eine eigene bzw. anderweitige Versorgung sowie die Zurverfügungstellung eines Absatzmarktes zugunsten des Energieversorgungsunternehmens durch infrastrukturelle Vorleistungen, möglichst unter Ausschöpfung der höchstzulässigen Festbeträge des § 2 Abs. 2 Konzessionsabgabenverordnung (KAV);
- gemeindefreundliche Abfassung der sog. Endschaftsbestimmungen, also der Bestimmungen, die die mögliche spätere Übernahme der Anlagen durch die Gemeinde und damit eine denkbare zukünftige Eigenversorgung nach Ablauf des Konzessionsvertrages regeln; hierzu zählen z.B. eine Auskunftspflicht des Energieversorgungsunternehmens in einem angemessenen Zeitraum vor Vertragsabschluss, eine den beiderseitigen Interessen Rechnung tragende Bemessungsgrundlage für die Bewertung der Versorgungsanlagen, eine möglichst alleinige Kostentragungspflicht des Energieversorgungsunternehmens für Entflechtungskosten sowie eine Personalübernahme nur im Rahmen der gesetzlichen Vergabe des § 613 a BGB;
- Beachtung der kartellrechtlich vorgesehenen Höchstlaufzeitregelung von 20 Jahren (Cronauge, Das neue Konzessionsabgabenrecht, Düsseldorf, 1992, Seite 16 ff.).

Einzelheiten hierzu siehe in dem „Muster für Konzessionsverträge zwischen Gemeinden und Elektrizitätsversorgungsunternehmen“, Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 18. Juli 1988, in Allgemeines Ministerialblatt (AllMBl.) 1988 S. 655 ff.

Auf den Abdruck eines Muster-Konzessionsvertrages wird hier verzichtet. Bei Bedarf sollte ein Vertragsentwurf von den kommunalen Spitzenverbänden angefordert werden.

## **5. Zur Laufzeit des Konzessionsvertrages**

Die Laufzeit des Konzessionsvertrages darf 20 Jahre nicht überschreiten. Zwei Jahre vor Ablauf der Laufzeit müssen die Gemeinden das Vertragsende in geeigneter Form bekannt machen. Sofern sich mehrere Unternehmen bewerben, macht die Gemeinde bei Neuabschluss oder Verlängerung von Verträgen ihre Entscheidung unter Darlegung der Gründe öffentlich bekannt. Verlängert sie einen bestehenden Vertrag nicht, dann ist das bisher versorgende Unternehmen verpflichtet, seine für die allgemeine Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu überlassen. Mit Hilfe der Befristung soll verhindert werden, „dass das System der Gebietsmonopole zum Nachteil der Abnehmer erstarrt und nicht mehr flexibel genug ist, auf die versorgungswirtschaftlichen Erfordernisse zu reagieren“ (vgl. BT-Drucksache 8/3690 S. 31 f.). Siehe hierzu Jüngst „Konzessionsverträge und Kartellrecht“, DÖV 1991 S. 221 ff. mwN.

Zu der Frage, ob nach Beendigung eines Konzessionsvertrages das Energieversorgungsunternehmen, das wegen der ihm obliegenden Versorgungspflicht weiterhin Grund und Boden der Gemeinde für die darin verlegten Versorgungsleitungen in Anspruch nimmt, dieser dafür die im Konzessionsvertrag vereinbarte Abgabe oder jedenfalls überhaupt eine Vergütung schuldet, ist auf die Rechtsprechung des BGH, zu verweisen. Nach der Auffassung des BGH kann der Gemeinde ein Anspruch auf Zahlung eines Anteils der von dem Gasunternehmen erzielten Roheinnahmen zustehen.

Zur Auslegung der sogenannten Endschaftsbestimmungen innerhalb eines Konzessionsvertrages, insbesondere zum Bewertungsmaßstab für die Übernahme (hier) von Stromversorgungsanlagen, ist auf OLG Frankfurt/Main, Mitteilungen NWStGB 1992, 186 zu verweisen.

**Schrifttum:** Cronauge „Zur Laufzeit von Konzessionsverträgen“, Städte- und Gemeindebund 1986 S. 517-522 und Immega „Kartell- und zivilrechtliche Fragen der Beendigung von Konzessionsabreden und Durchsetzung kernenergiefreier Stromlieferungen“, Betriebs-Berater 1988 S. 281 ff.

## **6. Können Konzessionsverträge gekündigt werden?**

Konzessionsverträge hatten im Regelfall eine Laufzeit bis zu 50 Jahre und werden nach heutigem Recht auf **zwanzig** Jahre abgeschlossen. Sie sind deshalb unter dem Begriff „Dauerschuldverhältnisse“ einzuordnen. Die Rechtsprechung hat nun seit längerer Zeit anerkannt, dass Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund gekündigt werden können, auch wenn eine ausdrückliche Bestimmung dieses Inhalts nicht vereinhart ist (RGZ 128, 1 [16]; 148, 92; 160, 270; 168, 368 [387]). Dieses aus § 242 BGB abgeleitete Kündigungsrecht ist wie die in dieser Bestimmung für die Beurteilung von Schuldverhältnissen allgemein vorgeschriebene Berücksichtigung von Treu und Glauben zwingendes Recht und kann durch Parteivereinbarung nicht vollständig ausgeschlossen werden (vgl. BGH, MDR 1951, 610).

## **7. Konzessionsverträge bei Wechsel der Straßenbaulast**

Wechselt der Träger der Straßenbaulast, so gehen mit der Straßenbaulast das Eigentum des bisherigen Trägers der Straßenbaulast an der Straße und an den zu ihr gehörenden Anlagen und alle Rechte und Pflichten, die mit der Straße im Zusammenhang stehen, ohne Entschädigung auf den neuen Träger der Straßenbaulast über, bestimmt § 6 Abs. 1 Satz 1 FStrG und die entsprechend lautenden Vorschriften der Landesstraßengesetze. Siehe hierzu BGH, MDR 1976, 289. Geht die Straßenbaulast auf eine Gebietskörperschaft höherer Ordnung über, verbleibt die Konzessionsabgabe bei der Gemeinde (vgl. Kokal/Krämer „Straßenrecht“ [4. Aufl.] S. 681). Bei Gebietsänderungen (vgl. § 12 KAV) gehen die Rechte und Pflichten aus dem Vertrag auf die neue Gemeinde über.

## **8. Anpassung bestehender Konzessionsverträge nach § 8 KAV**

Die am 1.1.1992 in Kraft getretene Konzessionsabgabenverordnung (KAV) findet nicht nur auf die Konzessionsverträge Anwendung, die nach diesem Zeitpunkt abgeschlossen werden. Das neue Konzessionsabgabenrecht greift unmittelbar auch in **Altverträge** ein, das heißt in konzessionsvertragsrechtliche Vereinbarungen, die bereits vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens abgeschlossen worden sind. Einzelheiten sind der **Wegbeschreibung KB 4** zu entnehmen.

## **9. Konzessionsverträge mit Eigengesellschaften und Eigenbetrieben**

### **9.1 Konzessionsverträge werden nicht nur zwischen einer Gemeinde und einem**

Energieversorgungsunternehmen der Regional- und Verbundstufe im Rahmen einer Fremdversorgung abgeschlossen, sondern auch zwischen der Gemeinde und ihrer Eigengesellschaft als Stadtwerk (GmbH, AG). Der Abschluss eines derartigen Konzessionsvertrages auch im Verhältnis der Gemeinde zur Eigengesellschaft ist bereits mit Rücksicht darauf geboten, dass Voraussetzung für die Zahlung der KA eine diesbezügliche vertragliche Vereinbarung ist.

**9.2** Mit Eigenbetrieben ist der Abschluss eines Konzessionsvertrages nicht möglich, da der Eigenbetrieb eine unselbstständige Anstalt ist und ihm keine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt. Es ist jedoch zweckmäßig, die Frage der Wegebenutzung auch im Verhältnis zwischen dem Eigenbetrieb und der Gemeinde ausdrücklich schriftlich zu regeln.