

# Inhaltsübersicht

Literaturverzeichnis — **XXXV**

Abkürzungsverzeichnis — **XLI**

Bearbeiterverzeichnis — **XLIX**

Kapitel 1	Überblick — <b>1</b>
Kapitel 2	Inhalt von Wegenutzungsverträgen — <b>17</b>
Kapitel 3	Höchstpreisrecht und Nebenleistungsverbot der KAV — <b>85</b>
Kapitel 4	Kooperations- und Beteiligungsmodelle im Zusammenhang mit Konzessionen — <b>139</b>
Kapitel 5	Die „Vergabe“ von Wegenutzungsverträgen — <b>185</b>
Kapitel 6	Praxis der Netzüberlassung — <b>271</b>
Kapitel 7	Das Entgelt für die Netzüberlassung (Kaufpreis und Pacht) — <b>391</b>
Kapitel 8	Aufteilung der Erlössobergrenzen im Zuge von Netzübernahmen — <b>499</b>
Kapitel 9	Die Leitfadenkultur im Konzessionsrecht — <b>513</b>
Kapitel 10	Sonderfälle im Recht der Konzessionsabgaben — <b>525</b>
Kapitel 11	Steuerliche Aspekte des Konzessionsabgabenrechts sowie im Zusammenhang mit dem Abschluss von Konzessionsverträgen — <b>601</b>
Kapitel 12	Zuständigkeiten der Kartell- und Regulierungsbehörden bzw. der Gerichte — <b>651</b>
Kapitel 13	Ausblick — <b>667</b>
	Sachregister — <b>669</b>

# **Inhaltsverzeichnis**

Literaturverzeichnis — **XXXV**

Abkürzungsverzeichnis — **XLI**

Bearbeiterverzeichnis — **XLIX**

## **Kapitel 1 Überblick — 1**

- A. Wettbewerb um Versorgungsnetze — **1**
  - I. Historischer Überblick über die Entwicklung des Rechts der Wegenutzungsverträge in der Energiewirtschaft — **1**
    - 1. Neuerungen der gesetzlichen Rahmenbedingungen für Wegenutzungsverträge im Rahmen der EnWG-Novellen — **1**
      - a) EnWG 1935 — **1**
      - b) Einführung der Laufzeitbegrenzung im GWB 1980 — **2**
      - c) EnWG 1998 — **5**
      - d) EnWG 2005 — **7**
      - e) EnWG 2011 — **8**
    - 2. Änderung des Inhalts von Wegenutzungsverträgen im Strom- und Gasbereich — **9**
    - 3. Auswirkungen der EnWG-Novelle 2011 auf die Wegenutzungsverträge im Energiebereich — **10**
  - II. Historischer Überblick über die Entwicklung des Rechts der Wegenutzungsverträge im Wasserbereich — **11**
  - B. Energiewirtschaftliche Bedeutung von Wegenutzungsverträgen — **13**
    - I. Gewährleistung eines Netzbetriebs zur Durchführung der Versorgung — **13**
    - II. Sicherung der kommunalen Haushalte durch Einnahmen über Konzessionsabgaben — **15**

## **Kapitel 2 Inhalt von Wegenutzungsverträgen — 17**

- A. Begriff der Wegenutzungsverträge — **17**
  - I. Abgrenzung einfache und qualifizierte Wegenutzungsverträge — **17**
    - 1. Einfache Wegenutzungsverträge — **17**
    - 2. Qualifizierte Wegenutzungsverträge = Konzessionsverträge — **18**
    - 3. Wegenutzungsverträge im Wasserbereich — **18**
  - II. Rechtliche Einordnung der Wegenutzungsverträge als privatrechtliche Verträge — **19**
  - III. Gegenstand und Inhalt der Wegenutzungsverträge im Energiebereich — **20**
    - 1. Parteien der Wegenutzungsverträge — **20**
      - a) Kommunaler Vertragspartner — **20**
        - aa) Gemeinden — **20**

bb) Samt- und Verbandsgemeinden — 21
cc) Landkreise — 21
dd) Kommunale Zweckverbände — 22
ee) Interimsregelungen bei Gebietsreformen (Gebietsarrondierung) — 22
ff) Staatliche Gebietskörperschaften — 24
b) Vertragspartner der Gemeinden in der „entflochtenen“ Welt — 25
2. Einräumung von Wegenutzungsrechten — 27
a) Öffentliche Verkehrswege der Kommunen — 27
aa) Gewidmete Grundstücke — 27
bb) Wege der Kommunen, auf denen tatsächlich der öffentliche Verkehr eröffnet ist – zur Rechtsprechung des BGH („Neue Trift“) — 28
b) Fiskalische Grundstücke — 29
c) Folgen der Entwidmung öffentlicher Verkehrswege — 30
3. Einräumung der Wegenutzungsrechte für Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet — 31
a) Leitungen und Zubehör — 31
b) Gebietsbezogenheit der Wegenutzungsverträge — 33
c) Abgrenzung zu nicht der unmittelbaren Versorgung dienenden Leitungen (z.B. Durchgangsleitungen) — 33
d) Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung – Abgrenzung zu anderen Netzen — 34
aa) Arealnetze — 34
bb) Geschlossene Verteilnetze als Nachfolger der Objektnetze — 35
4. Grundversorgung — 37
a) Trennung der allgemeinen Anschluss- und der allgemeinen Versorgungspflicht im Energiebereich — 37
b) Inhalt und Grenzen der Grundversorgungspflicht — 39
aa) Haushaltskunden — 39
bb) Versorgung zu Allgemeinen Bedingungen und Preisen — 41
cc) Niederspannung/Niederdruck — 41
dd) Wirtschaftliche Zumutbarkeit — 42
ee) Weitere Einschränkungen von der Grundversorgungspflicht — 42
c) Feststellung des Grundversorgers im Gemeindegebiet — 43
d) Folgen des Wechsels des Grundversorgers — 43

e)	Zulässigkeit von § 36 Abs. 2 EnWG abweichenden vertraglichen Vereinbarungen? — 44
f)	Folgen der §§ 36 und 46 EnWG für Altkonzessionsverträge — 46
g)	Ersatzversorgung — 47
5.	Zulässige Laufzeiten bei Wegenutzungsverträgen — 49
a)	Keine ausdrücklichen Vorgaben bei einfachen Wegenutzungsverträgen — 50
b)	Laufzeitbegrenzung und deren Bedeutung bei qualifizierten Wegenutzungsverträgen im Energiebereich — 50
c)	Ist die Laufzeitbegrenzung noch zeitgemäß? — 50
aa)	Hintergrund der Laufzeitbegrenzung — 50
bb)	Notwendigkeit einer Laufzeitbegrenzung im EnWG 1998 — 51
cc)	Laufzeitbegrenzung unter Geltung des EnWG 2005 unnötig — 53
d)	Unzulässige Verlängerung der Laufzeiten infolge Verzögerungen in der Netzübernahme? — 55
6.	Folgepflicht und Folgekostenpflicht — 56
a)	Verursacher der Baumaßnahmen — 56
b)	Folgepflicht — 56
c)	Folgekostenpflicht — 57
d)	Weitere Kostenbelastungen aus den Wegenutzungsverträgen — 58
aa)	Beseitigung stillgelegter Verteilungsanlagen — 58
bb)	Altlasten — 59
cc)	Bestellung von Dienstbarkeiten — 59
7.	Informations- und Datenherausgabepflichten — 60
8.	Endschaftsregelungen — 61
a)	Vertragliche Endschaftsbestimmungen aus Monopolzeiten — 61
b)	Endschaftsbestimmungen nach Inkrafttreten des EnWG 1998 — 63
9.	Konzessionsabgaben — 64
IV.	Gegenstand und Inhalt der Wegenutzungsverträge im Wasserbereich — 65
1.	Die Strukturen — 65
2.	Bedeutung von Ausschließlichkeitsrechten im Wasserbereich — 67
3.	Allgemeine Anschluss- und Versorgungspflicht — 68
a)	Inhalt der allgemeinen Anschluss- und Versorgungspflicht — 69

b)	Rechtliche Durchsetzung und Grenzen der allgemeinen Anschluss- und Versorgungspflicht	— 70
4.	Keine im Gesetz vorgegebene Laufzeitbegrenzung	— 70
a)	Zur Fortgeltung der Regelungen in § 103a Abs. 1 GWB a.F. (§ 131 Abs. 6 GWB)	— 70
b)	Beschränkung der Laufzeit	— 71
B.	Gesetzliche Vorgaben	— 71
I.	Gesetzliche Anforderungen an die Einräumung von Wegenutzungsrechten im Energiebereich	— 71
1.	Diskriminierungsfreie Zurverfügungstellung der öffentlichen Wege durch Vertrag gem. § 46 Abs. 1 EnWG	— 71
2.	Sachliche Gründe zur Verweigerung eines Vertragsschlusses	— 73
a)	Verweigerung einer Vereinbarung über die höchstzulässigen Konzessionsabgaben	— 73
b)	Kapazitätsengpässe	— 74
c)	Fehlen einer Genehmigung nach § 4 EnWG als sachlicher Grund?	— 75
d)	Zulässigkeit der Verweigerung eines Wegenutzungsvertrages unter Hinweis auf schon bestehende Wegenutzungsverträge?	— 76
aa)	Der Fall Mainova	— 76
bb)	Stellungnahme	— 78
3.	Laufzeitbegrenzung bei qualifizierten Wegenutzungsverträgen	— 79
II.	Gesetzliche und verordnungsrechtliche Vorgaben für Konzessionsverträge im Wasserbereich	— 79
1.	Bedeutung des § 117 EnWG – gilt § 46 EnWG auch für den Wasserbereich?	— 80
a)	Gilt § 46 EnWG auch für den Wasserbereich?	— 80
b)	Bedeutung des § 117 EnWG	— 80
2.	Vorgaben aus der Konzessionsabgabeanordnung	— 81
3.	Gibt es weitere Vorgaben aus den Anordnungs- und Durchführungsbestimmungen zur KAE?	— 82
a)	Konkretisierung des Nebenleistungsverbots	— 82
b)	Unzulässige Heimfallverpflichtungen	— 83
c)	Keine Tarifordnung mit allgemeinen Bedingungen und Tarifpreisen	— 84
d)	Sachzeitwert als Mindestwert des Netzes bei Netzübernahme	— 84

<b>Kapitel 3 Höchstpreisrecht und Nebenleistungsverbot der KAV — 85</b>	
A. Überblick — 85	
B. § 3 KAV als Verbotsgegesetz — 86	
C. Zulässige Nebenleistungen nach § 3 Abs. 1 S. 1 KAV — 89	
I. Grundlagen — 89	
II. Kommunalrabatt — 89	
1. Einräumung von Rabattierungen — 89	
2. Konkreter Gegenstand der Rabattierung — 90	
3. Verpflichteter — 93	
4. Berechtigter — 94	
a) Kommunaler Vertragspartner — 94	
aa) Stadt/Gemeinde — 94	
bb) Landkreise — 96	
b) Kommunale Zweckverbände — 97	
c) Regiebetriebe, Eigenbetriebe und eigenbetriebsähnliche Einrichtungen — 97	
d) Kommunale Eigengesellschaften — 100	
e) Kommunale Beteiligungen — 103	
5. KA-Verzicht für gemeindeeigene Lieferstellen? — 107	
III. Folgekosten — 107	
IV. Verwaltungskostenbeiträge — 109	
D. Die Nebenleistungsbegrenzungen des § 3 Abs. 1 S. 2 KAV — 113	
I. Der Konzessionär — 113	
II. Der Nicht-Konzessionär — 113	
E. Unzulässige Nebenleistungen — 115	
I. Vorbemerkung — 115	
II. Finanz- oder Sachleistungen ohne angemessenes Entgelt — 115	
1. Grundsätze — 115	
a) Keine Drittvergleichsfähigkeit — 116	
b) Überhöhte KA — 118	
2. Gegenausnahmen — 120	
a) „Leistungen“ — 120	
b) „Maßnahmen“ — 124	
3. Angemessenheit der zulässigen Leistungen und Maßnahmen — 126	
III. Wirtschaftlich unangemessene Überlassungsentgelte — 128	
F. Rechtsfolgen des Verstoßes gegen § 3 KAV — 130	
I. Zivilrecht — 130	
1. Nichtigkeit der Klausel — 130	
2. Nichtigkeit des Gesamtvertrages? — 132	
II. Wettbewerbsrecht — 135	

- III. Strafrecht — 136
- IV. Steuerrecht — 138

**Kapitel 4 Kooperations- und Beteiligungsmodelle im Zusammenhang mit Konzessionen — 139**

- A. Übersicht — 139
  - I. Übersicht über mögliche Kooperations- und Beteiligungsmodelle — 140
    - 1. Zusammenarbeit auf schuldrechtlicher Ebene („Kooperationsmodell“) — 141
    - 2. Gesellschaftsrechtliche Beteiligung an der Marktrolle des Netzeigentümers („Netzeigentumsmodell“) — 143
    - 3. Gesellschaftsrechtliche Beteiligung an den Marktrollen des Netzeigentümers und des Netzbetreibers („Netzbetreiber-Modell“) — 144
    - 4. Einbeziehung anderer energiewirtschaftlicher Geschäftsfelder (Vertrieb, Erzeugung, Handelsaktivitäten etc., „Stadtwerk-Modell“) — 145
  - II. Wirtschaftliche und rechtliche Einzelfragen im Rahmen von Beteiligungsmodellen — 145
    - 1. Kapitalaufbringung — 145
    - 2. Verteilung der wirtschaftlichen Chancen und Risiken — 147
    - 3. Verteilung des gesellschaftsrechtlichen Einflusses — 149
  - III. Endschartsregelungen bei unterschiedlichen Kooperations- und Beteiligungsmodellen im Rahmen der Gesellschafts- oder Konsortialverträge — 151
- B. Rechtliche Rahmenbedingungen — 152
  - I. Einleitung — 152
  - II. Energerecht — 153
    - 1. Anwendbarkeit der energierechtlichen Vorschriften im Zusammenhang mit Beteiligungsmodellen — 153
    - 2. § 3 KAV im Zusammenhang mit Beteiligungsmodellen — 155
      - a) Kriterien für eine Drittvergleichsfähigkeit — 155
      - b) Exemplarische Einzelfälle — 157
        - aa) Garantiezusagen — 157
        - bb) Kapitalaufbringung — 162
        - cc) Verteilung der wirtschaftlichen Chancen und Risiken — 163
        - dd) Verteilung des Einflusses — 163
      - c) Bewertung/Gesamtschau — 164
      - d) Rechtsfolgen — 165

III.	Kommunalrecht — 165
1.	Gesetzliche Grundlagen — 166
a)	Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG — 166
b)	Kommunalrecht — 168
aa)	Allgemeine Grundsätze für eine wirtschaftliche Betätigung (\u20ac 107 GO NRW) — 169
bb)	Besondere Grundsätze für eine energiewirtschaftliche Betätigung (\u20ac 107 a GO NRW) — 171
c)	Zusammenfassung — 173
2.	Bewertung der Modelle — 173
a)	Kooperationsmodell — 173
b)	Beteiligungsmodelle — 174
aa)	Netzeigentumsmodell — 175
bb)	Netzbetreiber-Modell — 175
c)	Stadtwerk-Modell — 177
3.	Rechtsfolgen bei Verstößen — 178
IV.	Kartellrecht — 181
C.	Zusammenfassung — 183

## **Kapitel 5 Die „Vergabe“ von Wegenutzungsverträgen — 185**

A.	Gesetzliche Anforderungen an das Verfahren um die „Vergabe“ von Wegenutzungsverträgen — 185
I.	Die gesetzlichen Rahmenbedingungen — 185
II.	Anforderungen an die Vergabe einfacher Wegenutzungsverträge nach \u20ac 46 Abs. 1 EnWG — 185
III.	Anforderungen an den Neuabschluss bzw. die Verlängerung von Konzessionsverträgen nach \u20ac 46 Abs. 3 EnWG — 186
1.	Gesetzliche Anforderungen an die Durchführung des Bekannt- machungsverfahrens im Fall des regulären Auslaufens von Konzessionsverträgen — 186
a)	Das Bekanntmachungsverfahren – ein historischer Überblick — 186
b)	Form und Inhalt des gesetzlichen Bekanntmachungsverfahrens — 190
c)	Zeitpunkt der Bekanntmachung — 191
d)	Interessensbekundungsfrist — 193
2.	Gesetzliche Anforderungen an die Durchführung des Bekannt- machungsverfahrens im Fall der vorzeitigen Verlängerung von Konzessionsverträgen — 193
a)	Die vorzeitige Verlängerung von Konzessionsverträgen als Ausnahmetatbestand? — 193

- b) Gesetzliche Vorgaben bei der vorzeitigen Verlängerung von Konzessionsverträgen — **194**
  - aa) Was heißt „vorzeitig“? — **195**
  - bb) Beendigungspflicht — **195**
  - cc) Ort der Bekanntmachung der Beendigung — **196**
  - dd) Drei-Monats-Frist — **197**
- c) Anwendung der Zweijahresfrist auch auf die vorzeitige Verlängerung von Konzessionsverträgen? — **197**
- 3. Zusätzliche Anforderungen an die Durchführung des Bekanntmachungsverfahrens im Fall des Neuabschlusses bzw. der vorzeitigen Verlängerung von Konzessionsverträgen — **198**
  - a) Diskriminierungsfreiheit und Transparenz des Bekanntmachungsverfahrens — **198**
    - aa) Aus Kartellrecht — **198**
    - bb) Aus dem europäischen Primärrecht — **201**
  - b) Anwendung der vergaberechtlichen Vorgaben in §§ 97 ff. GWB? — **203**
    - aa) Kein Anwendungsvorrang des § 46 EnWG — **203**
    - bb) Kein öffentlicher Auftrag i. S. d. § 99 GWB — **203**
    - cc) Chancen und Risiken einer freiwilligen (analogen) Anwendung — **205**
  - c) Anwendung der europarechtlichen Vorgaben für Dienstleistungskonzessionen? — **205**
    - aa) Dienstleistungskonzession — **205**
    - bb) Argumente für die Annahme einer Dienstleistungskonzession — **206**
    - cc) Argumente gegen eine Einordnung als Dienstleistungskonzession — **206**
    - dd) Position des Gemeinsamen Leitfadens — **206**
    - ee) Stellungnahme — **207**
  - d) Aus europäischen Grundfreiheiten abgeleitete Prinzipien — **208**
  - e) Praktische Relevanz der vergabe- und kartellrechtlichen Einordnung — **209**
    - aa) Relevanz für die die Kommune treffenden Pflichten — **210**
    - bb) Relevanz nach Umsetzung der Europäischen Vergaberechtsreform — **210**
    - cc) Relevanz für die Rechtsfolgenseite — **211**
- IV. Datenherausgabe- und Informationspflichten im Bekanntmachungsverfahren — **211**
  - 1. Unterschiedliche Interessen bezüglich der Herausgabe von Daten und Informationen — **211**

2. Welche Daten muss die Gemeinde in welchem Umfang an den Interessenten im Rahmen des Verfahrens um die Vergabe von Konzessionsverträgen herausgeben? — 213
    - a) Rechtsgrundlagen für einen Herausgabeanspruch — 213
    - b) Inhalt und Umfang des Datenherausgabeanspruchs — 214
    - c) Kalkulatorische Daten sind vom Herausgabeanspruch nicht umfasst — 216
    - d) Keine rechtskräftigen Gerichtsentscheidungen vorhanden — 217
  3. Gilt § 46 Abs. 2 S. 4 EnWG auch für den Fall der vorzeitigen Verlängerung? — 217
  4. Ist der Abschluss einer Vertraulichkeitsvereinbarung zulässig? — 218
  5. Folgen einer verweigerten Datenherausgabe durch den Altkonzessionär — 218
  6. Rechtsschutz gegen eine verweigerte Datenherausgabe — 219
- V. Kriterien für eine transparente und diskriminierungsfreie Auswahlentscheidung; Begründungserfordernis — 220
1. Einführung — 220
  2. Rechtsunterworfenheit der Gemeinde bei der Aufstellung von Auswahlkriterien — 221
  3. Keine freie Konzessionierung als Inhouse-Vergabe — 223
  4. Ausgangspunkt: Nur sachbezogene Auswahlkriterien — 225
  5. Beschränkungen für Auswahlkriterien aus den Grenzen der zulässigen Gegenstände von Energiekonzessionsverträgen — 226
    - a) Netzbezug, nicht mehr Versorgungsbezug — 226
    - b) Energiearten — 227
    - c) Bezugliches Gebiet — 229
    - d) Laufzeiten und Kündigungsmöglichkeiten — 230
  6. Beschränkungen für Auswahlkriterien aus den Grenzen der zulässigen Gegenleistungen für die Einräumung einer Energiekonzession — 231
    - a) Konzessionsabgaben und Nebenleistungsverbot — 231
    - b) Einstandsregelungen und Endschafft — 232
  7. Weitergehende Interessen der Gemeinden — 232
    - a) Bevorzugung eines bestehenden kommunalen Energieversorgungsunternehmens und (Re-)Kommunalisierung — 233
    - b) Beteiligungsmodelle — 235
    - c) Arbeitsplatzaspekte — 236
    - d) Gewerbesteuerzerlegung — 236
  8. Orientierung an den Zielen des § 1 EnWG — 237

a)	Versorgung der Allgemeinheit — <b>238</b>
b)	Versorgungssicherheit — <b>239</b>
aa)	Netzqualität — <b>240</b>
bb)	Netzausbau — <b>240</b>
cc)	Leerrohre für Breitbandkabel — <b>241</b>
c)	Preisgünstigkeit — <b>241</b>
aa)	Konzessionsabgaben — <b>242</b>
bb)	Investitionen — <b>242</b>
cc)	Bestehende Infrastruktur — <b>242</b>
dd)	Effizienzwert — <b>243</b>
ee)	Abschlag auf regulierte Netzentgelte — <b>244</b>
d)	Verbraucherfreundlichkeit — <b>245</b>
e)	Effizienz — <b>246</b>
f)	Umweltverträglichkeit — <b>246</b>
g)	Zunehmende Basierung auf erneuerbaren Energien — <b>247</b>
9.	Entscheidungsfindung in der Pattsituation — <b>248</b>
10.	Rechtsfolgen bei Verstößen — <b>249</b>
11.	Anforderungen an die Bekanntmachung der maßgeblichen Gründe für die Auswahlentscheidung — <b>251</b>
VI.	Rechtsfolgen bei Verstößen gegen die gesetzlichen Bekanntmachungsvorgaben — <b>252</b>
1.	Verstöße im Bekanntmachungsverfahren — <b>252</b>
a)	Formale Fehler — <b>252</b>
aa)	Fehlende Bekanntmachung — <b>252</b>
bb)	Fehler in der Bekanntmachung — <b>253</b>
cc)	Fehlerhaftes Bekanntmachungsverfahren — <b>253</b>
dd)	Fehlerhafter Abschluss des Bekanntmachungsverfahrens — <b>254</b>
b)	Materielle Fehler im Zusammenhang mit der Konzessionsvergabeentscheidung — <b>255</b>
aa)	Verstöße im Zusammenhang mit Beteiligungslösungen im Konzessionsvergabeverfahren — <b>255</b>
bb)	Sonstige Verstöße im Zusammenhang mit der Entscheidung über die Vergabe des Konzessionsvertrags — <b>257</b>
2.	Rechtsfolgen bei Verstößen gegen die Bekanntmachungsvorgaben — <b>258</b>
a)	Zivilrechtliche Rechtsfolgen – § 46 Abs. 3 EnWG als Verbotsgesetz — <b>258</b>
b)	Kartellrechtliche Rechtsfolgen — <b>259</b>
c)	Strafrechtliche Rechtsfolgen — <b>260</b>

3.	Heilungsmöglichkeiten von Verstößen im Konzessionsvergabeverfahren — 261
VII.	Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Verstöße im Verfahren um die Vergabe von Konzessionsverträgen — 262
B.	Vergabe von Konzessionsverträgen im Wasserbereich — 264
I.	Keine Anwendung von § 46 Abs. 3 EnWG — 264
II.	Europarechtliche Vorgaben — 264
1.	Zum Inhalt der Konzessionsverträge — 264
2.	Vorliegen einer Dienstleistungskonzeßion — 265
3.	Verpflichtungen bei Annahme einer Dienstleistungskonzeßion — 266
III.	Rechtsfolgen bei Verstößen — 267
1.	Schadenersatzansprüche — 267
2.	Unterlassungsansprüche — 268
3.	Kündigungs pflichten — 268
4.	Rechtsweg — 268
a)	Vergabenachprüfungsinstanzen — 268
b)	Zivilgerichts- oder Verwaltungsgerichtsbarkeit? — 269

## Kapitel 6 Praxis der Netzüberlassung — 271

A.	Herausgabe von Verteilungsanlagen, Auskunfts- und Informationserteilung — 271
I.	Eigentumsübertragung und Beisitzüberlassung von Energieverteilungsanlagen — 271
1.	Übereignung und Besitzüberlassung gem. § 46 Abs. 2 EnWG — 272
a)	Überlassen gem. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG a.F. — 272
b)	Neuregelung des § 46 Abs. 2 S. 2 und 3 EnWG n.F. — 274
c)	Stellungnahme zum Übereignungs- und Pachtanspruch des Neukonzessionärs — 275
aa)	Vorbemerkung — 275
bb)	Schutzbereich und Eingriff in das Eigentumsrecht gem. Art. 14 GG — 276
cc)	Rechtfertigung des Eingriffs — 277
dd)	Verfassungskonforme Auslegung des Übereignungsbegriffs — 282
ee)	Fazit — 283
2.	Verhältnis der konzessionsvertraglichen Regelung zu § 46 Abs. 2 S. 2 und 3 EnWG — 283
a)	Entscheidung des BGH vom 29.9.2009 — 284
aa)	Sachverhalt der Entscheidung — 285
bb)	Entscheidungsgründe des BGH — 286

b)	Auswirkung der BGH-Rechtsprechung auf konzessionsvertragliche Regelungen und § 46 Abs. 2 S. 2 und 3 EnWG — <b>287</b>
3.	Exkurs: Auswirkungen der Gesetzesänderung auf Altkonzessionsverträge — <b>290</b>
II.	Inhaltliche Ausgestaltung von Pachtverträgen — <b>293</b>
1.	Pachtgegenstand, Investitions- und Erhaltungsmaßnahmen — <b>294</b>
2.	Haupt- und Nebenleistungspflichten — <b>296</b>
3.	Laufzeit und Kündigungsmöglichkeiten — <b>297</b>
4.	Weitere Regelungsinhalte — <b>298</b>
a)	Zustand des Pachtgegenstandes, Gewährleistung — <b>298</b>
b)	Versicherung — <b>298</b>
c)	Schiedsklauseln und Allgemeine Bestimmungen — <b>298</b>
III.	Herausgabe von Daten und Informationen — <b>298</b>
1.	Grundlagen für Auskunftsansprüche des Neukonzessionärs nach Abschluss des Konzessionsvertrags — <b>300</b>
a)	Informationsansprüche direkt aus vertraglichen oder gesetzlichen Regelungen — <b>300</b>
aa)	Gesetzliche Regelungen — <b>300</b>
bb)	Vertragliche Regelungen — <b>301</b>
b)	Informationsanspruch als Nebenpflicht aus vertraglichen oder gesetzlichen Regelungen i. V. m. § 242 BGB — <b>301</b>
aa)	Rechtsprechung zu Informations- und Auskunftsrechten — <b>301</b>
bb)	Wesentliche Eckpunkte für Informations- und Auskunftsansprüche — <b>303</b>
b)	Informationsanspruch gem. §§ 433, 581 als Nebenpflicht aus Kaufvertrag und Pachtvertrag — <b>307</b>
c)	Exkurs: Urteil OLG Koblenz vom 23.4.2009 — <b>308</b>
d)	Datenherausgabe nach Leitfäden der Bundesnetzagentur und des Bundeskartellamtes — <b>309</b>
aa)	Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers — <b>309</b>
bb)	Leitfaden der Regulierungsbehörden zu Inhalt und Struktur von Anträgen auf Neufestlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenze nach § 26 Abs. 2 ARegV — <b>311</b>
e)	Wesentliche Zeitpunkte für Informationspflichten — <b>312</b>
aa)	Abstimmung des Entflechtungskonzeptes — <b>312</b>

bb) Kaufpreisangebot — 313
cc) Abschluss Kaufvertrag bzw. Pachtvertrag — 313
dd) Antragstellung gem. § 26 Abs. 2 ARegV — 314
2. Durchsetzung von Informationsansprüchen im einstweiligen Rechtsschutzverfahren — 314
IV. Umfang des Übertragungsanspruchs – Schicksal gemischt genutzter Anlagen — 316
1. Was sind multifunktionale Anlagen? — 316
2. Bisherige Rechtspraxis und Rechtsprechung — 318
3. Grammatikalische Auslegung — 319
a) Weite Wortlautauslegung — 320
b) Versuche einer teleologischen Reduktion — 322
aa) Belegenheit der Anlagen — 322
bb) Quantitative Abgrenzungselemente — 323
cc) Teilübertragung — 324
dd) „Unmittelbar“ lokale Verteilungsfunktion — 325
c) Enge Wortlautauslegung — 326
4. Entstehungsgeschichte — 328
5. Systematische Auslegung — 328
a) Netzanschluss- und Netzbetriebspflicht des abgebenden Betreibers — 329
b) Wettbewerbsziele des EnWG — 329
c) Kommunales Selbstverwaltungsrecht — 331
6. Sinn und Zweck — 331
a) Lokaler Netzbetrieb ohne multifunktionale Anlagen möglich — 332
b) Vorgelagerter Netzbetreiber auf multifunktionale Leitungen angewiesen — 333
c) Faire Aufteilung der Entflechtungs- und Neueinbindungskosten — 333
7. Verfassungskonforme Auslegung — 334
8. Fazit — 336
B. Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit Netzübernahmen — 337
I. Praktische Relevanz — 337
II. Mögliche Rechtsgrundlagen für einen Schadensersatzanspruch — 338
1. Schadensersatzanspruch nach §§ 286, 280 BGB? — 338
a) Schuldverhältnis — 338
b) Vorliegen einer Pflichtverletzung? — 339
aa) Regelmäßig auch Streit über die Höhe des Übernahmeentgelts — 339

bb) Bestehen eines Leistungsverweigerungsrechts bei Streit über die Höhe des Übernahmehentgelts —	<b>340</b>
cc) Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts ist selbst dann nicht treuwidrig, wenn der neue Konzessionär eine Teilzahlung anbietet —	<b>341</b>
dd) Angebot auf Vorbehaltksauf schließt Leistungsverweigerungsrecht nicht aus —	<b>343</b>
ee) Folgen des Leistungsverweigerungsrechts —	<b>343</b>
2. Schadensersatzanspruch nach § 33 GWB? —	<b>344</b>
C. Netze, die keiner will —	<b>345</b>
I. Einführung —	<b>345</b>
II. Verpflichtung des Altkonzessionärs zur Fortführung des Netzbetriebs nach Ablauf des Konzessionsvertrags? —	<b>346</b>
III. Verpflichtung der Kommune zur Übernahme und/oder Fortsetzung des Netzbetriebs bei Fehlen von Interessenten? —	<b>348</b>
1. Welche Bedeutung hat Art. 28 Abs. 2 GG? —	<b>348</b>
2. Unterschiedliche Betrachtung für den Strom- und Gasbereich? —	<b>350</b>
D. Inhalt und Bedeutung von vertraglich vereinbarten Schiedsrichter- und Schiedsgutachterverfahren —	<b>351</b>
I. Überblick —	<b>351</b>
II. Rechtliche Grundlagen der Streitbeilegungsklauseln —	<b>352</b>
1. Schiedsklausel —	<b>352</b>
a) Entscheidungsbefugnisse und Verfahren —	<b>352</b>
b) Wirkungen der Schiedsklausel —	<b>353</b>
c) Überprüfung der Schiedsklausel —	<b>354</b>
d) Entscheidung durch das Schiedsgericht —	<b>354</b>
2. Schiedsgutachtenklausel —	<b>355</b>
a) Entscheidungsbefugnisse und Verfahren —	<b>355</b>
b) Wirkungen der Schiedsgutachtenklausel —	<b>356</b>
c) Begutachtung durch Schiedsgutachter —	<b>357</b>
d) Überprüfung durch das staatliche Gericht —	<b>358</b>
3. Schlichtungsklausel —	<b>359</b>
III. Auslegungsgrundsätze zur Abgrenzung der Streitbeilegungsklauseln —	<b>360</b>
IV. Vorkommen in Konzessionsverträgen und praktische Bedeutung —	<b>361</b>
V. „Schiedsfähigkeit“ bei Endschafftsbestimmungen —	<b>362</b>
VI. Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich in der Netzüberlassungssituation —	<b>364</b>
1. Persönlicher Anwendungsbereich —	<b>364</b>
2. Sachlicher Anwendungsbereich —	<b>365</b>

<ul style="list-style-type: none"> <li>a) Erfasste Ansprüche — 365</li> <li>b) Inhaltlich erfasste Fragen bezogen auf einen Anspruch — 366</li> </ul>	<p><b>VII. Spezielle Praxisfragen — 366</b></p>
<p>E. Konzessionsverluste – arbeitsrechtliche Aspekte — 367</p>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>I. Mitarbeiterübergang bei Konzessionsverlusten — 367</li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>1. Grundlagen — 367</li> <li>2. Einzelvertragliche Überleitung — 368</li> <li>3. Mitarbeiterübergang kraft Betriebsübergang — 369</li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>a) Tatbestandsvoraussetzungen des § 613a BGB — 369</li> <li>aa) Betriebsteil — 369</li> <li>bb) Rechtsgeschäftlicher Betriebs(teil)übergang — 372</li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>b) Rechtsfolgen eines Betriebsteilübergangs — 376</li> <li>aa) Der Mechanismus des § 613a Abs. 1 S. 2–4 BGB — 376</li> <li>bb) Sonderproblem: Pensionsverbindlichkeiten — 377</li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>c) Sonderkonstellationen bei Konzessionsverlusten — 380</li> <li>aa) Verlust von mehreren Konzessionsgebieten an denselben Neukonzessionär — 380</li> <li>bb) Verlust von mehreren unterschiedlichen Konzessionen im selben Konzessionsgebiet an denselben Neukonzessionär — 381</li> <li>cc) Zeitlich „gestaffelter“ Betriebsübergang — 381</li> <li>dd) „Doppelter“ Betriebsübergang (Auseinanderfallen von Netzeigentum und Netzbetrieb) — 383</li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>d) Widersprechende Arbeitnehmer — 384</li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>II. Mitarbeiterübergang und Erlösobergrenzenabspaltung — 386</li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>III. Mitarbeiterübergang und Datenherausgabe — 388</li> </ul>	
<p><b>Kapitel 7 Das Entgelt für die Netzüberlassung (Kaufpreis und Pacht) — 391</b></p>	
<p>A. Entgelte für die Überlassung/Übertragung — 391</p>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>I. Entwicklung der vertraglichen und normativen Entgeltregelungen — 391</li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>1. Konzessionsabgabenrechtliche Vorgaben — 391</li> <li>2. Vorgaben im Energiewirtschaftsgesetz — 393</li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>II. BGH-Entscheidungen zur Angemessenheit von Netzkaufpreisen — 396</li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>1. Eckpunkte der „Kaufering-Entscheidung“ — 396</li> <li>2. Übertragbarkeit auf den heutigen Rechtsrahmen — 396</li> <li>3. Erheblichkeitszuschlag auch im heutigen Rechtsrahmen — 398</li> <li>4. Berücksichtigung vertrieblicher Synergien beim Ertragswert — 401</li> <li>5. Generelle Berücksichtigung von Synergien beim Ertragswert — 404</li> </ul>	

6.	Durchschnittlicher Erwerber oder objektiver, effizienter Erwerber? — <b>405</b>
7.	Markt- und Wettbewerbskonformität des BHG-Ansatzes — <b>406</b>
III.	Ertragswert versus kalkulatorischer Restwert — <b>408</b>
1.	Methodendiskussion bis zur BGH-Entscheidung „Kaufering“ — <b>409</b>
2.	Neue Aspekte durch Netzentgeltregulierung? — <b>410</b>
IV.	Verhältnis vertraglicher Kaufpreisregelungen zu § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG — <b>414</b>
V.	Verfassungskonforme Auslegung — <b>416</b>
1.	Verfassungskonforme Reduktion der Gas-/StromNEV? — <b>416</b>
2.	Zusätzliche verfassungsrechtliche Problematik infolge der Netzübereignungspflicht gem. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG n.F. — <b>418</b>
VI.	Netzpacht — <b>422</b>
1.	Anwendungsfälle — <b>422</b>
2.	Kalkulation der Pacht — <b>423</b>
B.	Sachzeitwert — <b>423</b>
I.	Begriff — <b>423</b>
II.	Ermittlung — <b>424</b>
1.	Das übertragungs- und bewertungsrelevante Mengengerüst — <b>424</b>
a)	Vorbemerkungen — <b>424</b>
b)	Abgrenzung zwischen übertragungspflichtigen Netzanlagen und optional übertragbaren Netzanlagen — <b>425</b>
c)	Berücksichtigung von alters-, technologie- und funktionsbedingten Zustandsmerkmalen — <b>426</b>
d)	Bewertungsstichtag und Übertragungsstichtag — <b>426</b>
2.	Ableitung anzusetzender Tagesneuwerte — <b>426</b>
a)	Neuerrichtungsfiktionen — <b>426</b>
b)	Ansatzfähige Tagesneuwerte — <b>427</b>
3.	Ansatzfähige Nutzungszeiten — <b>428</b>
4.	Anhaltewerte — <b>429</b>
III.	Wirtschaftliche Einordnung des Sachzeitwertkonzeptes — <b>430</b>
1.	Sachzeitwert als Wertindikation für ersparte Zukunftsausgaben eines Netzinvestors — <b>430</b>
2.	Investitionstheoretische Betrachtung ersparter Zukunftsausgaben — <b>432</b>
IV.	Konkurrierende Wertansätze und deren Aussagekraft — <b>433</b>
1.	Vereinfachte Sachzeitwertermittlung — <b>433</b>
2.	Heranziehung des kalkulatorischen Restwertes gemäß Netzentgelt-verordnung („Regulated Asset Base“) — <b>434</b>
3.	Ertragswertorientierte Wertansätze — <b>434</b>

- C. Ertragswertkontrolle des Sachzeitwertes — 434
  - I. Grundsätzliche Überlegungen zu begrifflichen Unterscheidungen und zu ungeklärten rechtserheblichen Sachverhalten — 434
  - II. Anlass, Gegenstand und Methodik für ertragsorientierte Bewertungsvorgänge — 436
    - 1. Bewertungsanlässe für ertragsorientierte Bewertungsvorgänge — 436
    - 2. Gegenstand der Bewertung — 437
    - 3. Anzuwendende Methodik und Notwendigkeit einer ertragsorientierten Bewertung — 438
      - a) Die ertragsorientierte Bewertung als notwendiges Element einer sorgfältig vorbereiteten Entscheidung anlässlich der geplanten Netztransaktion — 438
      - b) Ertragsorientierte Bewertung im Zusammenhang mit der EOG-Aufteilung — 440
      - c) Ertragsorientierte Bewertung im Rahmen einer gerichtlich veranlassten gutachterlichen Untersuchung — 440
  - III. Modulare Vorgehensweise einer ertragsorientierten Untersuchung bewertungsrelevanter Aspekte einer Orts-netztransaktion — 442
    - 1. Vorbemerkungen und Unterscheidungen zur Bewertungsrelevanz der Erlösobergrenzaufteilung — 442
    - 2. Erläuterung der bewertungsrelevanten Aspekte möglicher EOG-Aufteilungen — 444
      - a) Fallkonstellation A — 444
      - b) Fallkonstellation B — 444
      - c) Fallkonstellation C — 445
    - 3. Kontrolle einer angemessenen EOG-Aufteilung als wichtiger Baustein einer ertragsorientierten Überprüfung des Netzkaufpreises — 445
    - 4. Systembedingte Wertlücke zwischen Sachzeitwert und Regulated Asset Base — 446
    - 5. Ansatzfähige netzbetriebliche Wertbeiträge — 447
      - a) Wertbeiträge, die sich aus der sicher erzielbaren Mindestverzinsung der NEV-kalkulatorischen Kapitalbasis ableiten lassen — 447
      - b) Wertbeiträge, die sich als Rentabilitätsvorteile im Vergleich zu den NEV-kalkulatorischen Zinssätzen ergeben können — 447
      - c) Wertbeiträge, die sich aus nachhaltig erzielbaren Synergievorteilen ermitteln lassen — 447

- d) Wertbeiträge, die aus einer geänderten Aktivierungspraxis im Hinblick auf übertragene Entgeltanteile für aufwandswirksam verrechnete Erneuerungsaufwendungen erzielt werden können — **448**
- 6. Ergänzend zu berücksichtigende Wertbeiträge, die als Folgeeffekte einer Ortsnetztransaktion nominiert und ermittelt werden können — **449**
  - a) Typisierende Betrachtungen zum Transaktionsmarkt „Ortsnetze“ — **449**
- IV. Kapitalisierung von bewertungsrelevanten Ergebniserwartungen zur Ermittlung einzelner Wertbeiträge einer Ortsnetztransaktion — **452**
  - 1. Ermittlung bewertungsrelevanter Ergebniserwartungen — **452**
  - 2. Kapitalisierung von Ergebniserwartungen — **453**
  - 3. Zur Funktionalität und Aussagekraft einer zielorientierten Bemessung von Kapitalisierungszinssätzen — **454**
  - 4. Anwendbare Grundsätze zur sachgerechten Ermittlung von Kapitalisierungszinssätzen — **454**
    - a) Bezugnahme auf allgemeine Bewertungsgrundsätze der Unternehmensbewertung — **454**
    - b) Zur Grundsatzproblematik der Anwendbarkeit der allgemeinen Grundsätze der Unternehmensbewertung auf das Transaktionsobjekt „Ortsnetzanlagen“ — **455**
    - c) Zur Beachtlichkeit der bei der Festlegung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung für Zwecke der NEV-relevanten Netznutzungs-entgeltkalkulation vorgenommenen Risikoeinschätzung — **456**
    - d) Risiko-Überlegungen für den Fall einer Ortsnetzübernahme im Sinne einer Erweiterung eines bereits bestehenden Netzbetriebs — **456**
    - e) Umsetzung sachgerechter Risikobetrachtungen — **459**
    - f) Segmentspezifische Differenzierung von Risikoprämien — **460**
    - g) Interdependenzen zwischen der Bemessung eines Kapitalisierungszinssatzes und einer Ergebnisprognose für Ortsnetze auf Basis NEV-relevanter Verzinsungsansprüche — **460**
    - h) Ansatz eines Wachstumsabschlages — **461**
  - V. Bedeutung anfallender Entflechtungskosten — **461**
- D. Der Vorbehaltshauf bei der Übertragung von Energieverteilungsnetzen — **462**
  - I. Netzherausgabe und Kaufpreiszahlung unter Vorbehalt — **463**

1.	Recht auf Verweigerung der Netzherausgabe — 463
2.	Netzherausgabepflicht bei Vereinbarung eines Rückforderungsvorbehalts — 466
a)	Ausgestaltung und Auswirkungen des Vorbehalts („kleiner“ und „großer“ Vorbehalt) — 467
b)	Anwendung der Rechtsprechung auf Vorbehalte im Rahmen von Netzübertragungen — 469
c)	Gemeinsamer Leitfaden von BKartA und BNetzA zu Vorbehalten im Rahmen von Netzübertragungen — 472
3.	Praktische Bedeutung für Netzübertragungen — 475
4.	Keine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung aus Treu und Glauben – Ausschlusstatbestände — 476
5.	Besitzteinräumung bei Erklärung eines Rückforderungsvorbehalts — 477
6.	Ergebnis — 479
II.	Zeitpunkt eines Vorbehaltskaufes — 480
III.	Vorbehaltloser Abschluss eines Netzkaufvertrages — 480
IV.	Rechtsschutzmöglichkeiten — 482
V.	Kartellrechtliche Betrachtung von Rückforderungsvorbehalten — 483
1.	Kein Verstoß gegen Höchstlaufzeit von Konzessionsverträgen (§ 46 Abs. 2 EnWG) — 483
2.	Rückforderungsvorbehalt bei Unwirksamkeit des neuen Konzessionsvertrages — 485
VI.	Stolpersteine beim Abschluss einer Übertragungsvereinbarung — 486
1.	Das Zinsrisiko beim Vorbehaltskauf — 486
2.	Einigung auf den Sachzeitwert trotz Vorbehalt — 489
E.	Anwendung der Regelung des § 46 EnWG auf kommunale Einrichtungen — 494
I.	Geltung der § 46 Abs. 2 und Abs. 3 EnWG für Eigenbetriebe — 494
II.	Keine Sonderregelungen für Eigengesellschaften und Eigenbetriebe bei der Vergabe von Wegenutzungsverträgen — 494
1.	Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG schließt Anwendung des § 46 EnWG nicht aus — 495
2.	Keine Anwendung der Grundsätze für In-House-Geschäfte — 495
a)	Diskriminierungsfreie Vergabe gemäß § 46 Abs. 1 EnWG — 496
b)	Geltung des Diskriminierungsverbotes und des Transparenzgebotes über die Anwendung der europäischen Grundfreiheiten — 496
III.	Geltung der § 46 Abs. 2 und Abs. 3 EnWG auch bei Umwandlung vom Eigenbetrieb in eine Eigengesellschaft — 497

**Kapitel 8 Aufteilung der Erlösobergrenzen im Zuge von Netzübernahmen — 499**

- A. Erlösobergrenzen-Übergang gem. § 26 ARegV — 499
  - I. Vollnetzübergang i.S.v. § 26 Abs. 1 ARegV — 499
  - II. Teilnetzübergang i.S.v. § 26 Abs. 2 ARegV — 500
    - 1. Antragsprinzip — 501
    - 2. Auskünfte bzw. Vertraulichkeitsschutz im Neufestlegungsverfahren — 503
    - 3. Behördenzuständigkeit — 505
    - 4. Neufestlegungszeitpunkt — 505
    - 5. Kriterien für die Ermittlung des zuzurechnenden Erlösanteils — 507
- B. Der Einfluss der Erlösobergrenzen-Aufteilung auf den ertragsorientierten Wertbeitrag eines Netzerwerbs — 511

**Kapitel 9 Die Leitfadenkultur im Konzessionsrecht — 513**

- A. Vorstellung der Leitfäden — 513
  - I. Zum Gemeinsamen Leitfaden des Bundeskartellamtes und der Bundesnetzagentur — 513
  - II. Zum Leitfaden des BDEW — 515
  - III. Zum Leitfaden des Deutschen Städte- und Gemeindebundes — 516
  - IV. Zum Leitfaden des VKU — 517
- B. Zum Leitfaden als Rechtssetzungsinstrument — 517
  - I. Zur Frage der Rechtsverbindlichkeit von Leitfäden — 517
    - 1. Behördliche Leitfäden — 517
    - 2. Leitfäden als Verwaltungsvorschriften? — 518
      - a) Definition der Verwaltungsvorschriften — 518
      - b) Ermächtigungsgrundlage für Verwaltungsvorschriften — 519
    - 3. Außenwirkung gegenüber den beteiligten Marktakteuren — 520
      - a) Außenwirkung — 520
      - b) Bindungswirkung — 521
    - 4. Bindungswirkung kraft richterlicher Anerkennung — 522
  - II. Schranken der „Leitfadenkultur“ — 522
  - III. Zusammenfassung — 523

**Kapitel 10 Sonderfälle im Recht der Konzessionsabgaben — 525**

- A. Die KAV und ihre Stolpersteine — 525
  - I. Historie und Regelungsrahmen der KAV — 525
    - 1. Historie der KAV — 525
    - 2. Regelungsrahmen der KAV — 526
      - a) Definition der Konzessionsabgaben — 526

- b) KAV als Höchstpreisrecht — 526
  - c) Höchstsätze der Konzessionsabgaben — 527
- II. Tarifkunden und Sondervertragskunden, wer bestimmt über deren Einordnung? — 528
- 1. Konzessionsabgabenrechtliche Abgrenzung von Tarif- und Sondervertragskunden — 528
    - a) Definition in § 1 Abs. 3 und Abs. 4 KAV 2005 — 528
      - aa) Tarifkunden gemäß § 1 Abs. 3 KAV — 528
      - bb) Sondervertragskunden nach § 1 Abs. 4 KAV — 528
    - b) Sonderregelung nur für Stromlieferungen in § 2 Abs. 7 KAV — 529
    - c) Eine Sonderregelung i. S. v. § 2 Abs. 7 KAV wurde für den Gasbereich ausdrücklich abgelehnt — 529
    - d) Problem: Konzessionsabgabenrechtliche Einordnung von Heizgaslieferungen — 530
      - aa) Heizgaslieferung als Lieferung an Tarif- oder Sonderkunden möglich — 531
      - bb) Ausnahmeharakter von Heizgaslieferungen als Lieferung an Tarifkunden — 531
      - cc) BGH bestätigt Ausnahmeharakter von Heizgaslieferungen als Lieferung an Tarifkunden und den Regelfall als Sonderkundenlieferung — 532
      - dd) Zwischenergebnis — 532
      - ee) Beurteilungsmaßstab für die Einordnung von Heizgaslieferungen — 533
      - ff) Kein Unterschied zwischen Preis und Tarif — 534
    - e) Erste Entscheidung zur konzessionsabgabenrechtlichen Abgrenzung von Tarif- und Sonderkundenlieferungen durch das LG München I — 535
      - aa) Der Fall — 535
      - bb) Die Entscheidung des LG München I vom 1.12.2011 — 536
      - cc) Würdigung der Entscheidung — 537
  - 2. Zulässigkeit der konzessionsabgabenrechtlichen Einordnung der Kunden als Tarif- oder Sondervertragskunden über Mengengrenzenvereinbarungen mit der Gemeinde? — 538
    - a) Zulässigkeit von Mengengrenzenvereinbarungen nach dem bis zum EnWG 2005 geltenden Recht — 539
    - b) Unzulässigkeit von Mengengrenzenvereinbarungen jedenfalls seit Inkrafttreten des EnWG 2005 — 540
      - aa) Erstmals Aufnahme einer Definition von § 1 Abs. 3 und Abs. 4 KAV — 540

bb) Folgen für die konzessionsabgabenrechtliche Einordnung von Kundenlieferungen aus Sicht des BKartA — 541	
cc) Stellungnahme — 542	
3. Wer bestimmt in Fällen der Durchleitung die Einordnung der Kunden? — 543	
a) Einordnung durch den Drittlieferanten — 544	
b) Einordnung durch den Netzbetreiber aufgrund der Regelung in § 2 Abs. 6 KAV? — 544	
c) Die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 19.10.2011 — 545	
aa) Der Fall — 546	
bb) Missbrauchsverfügung des BKartA — 546	
cc) Die Aussagen des OLG Düsseldorf — 547	
dd) Stellungnahme — 549	
III. Konzessionsabgaben auch außerhalb des Betriebs von Energieverteilnetzen der allgemeinen Versorgung? — 549	
1. KA-Pflichtigkeit der Wegenutzung für Leitungen zur unmittelbaren Versorgung im Gemeindegebiet — 549	
a) KA-Pflicht für sonstige Leitungen etc. zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet — 550	
aa) Zur KA-Pflicht nach § 48 Abs. 1 S. 1 EnWG — 550	
bb) Von § 48 Abs. 1 S. 1 EnWG erfasste Leitungen — 550	
b) Konzessionsabgaben auch bei Zwischenschaltung eines Weiterverteilers — 551	
aa) Bedeutung der Abgrenzung von Weiterverteiler und Letztverbraucher — 551	
bb) Abgrenzung Weiterverteiler vom Letztverbraucher — 552	
cc) Höhe der Konzessionsabgaben in Weiterverteilerfällen — 553	
2. Konzessionsabgaben bei besonderen Netzen — 553	
a) Arealnetze — 553	
b) Geschlossene Verteilnetze i. S. v. § 110 EnWG — 555	
3. Konzessionsabgaben für Energietankstellen — 556	
a) Keine KA-Pflicht nach teilweiser im Schrifttum vertretenen Auffassung — 557	
b) Stellungnahme — 558	
c) Ergebnis — 561	
IV. Die Sonderregelung des § 48 Abs. 4 EnWG — 561	
1. Grundlagen — 561	
2. Pflicht zur KA-Zahlung nach Vertragsablauf — 562	
3. „Anderweitige Regelung“ — 563	

a)	Überblick — 563
b)	Arten — 564
aa)	Interimsvereinbarungen — 564
bb)	Neuer Konzessionsvertrag — 565
c)	Ausgestaltung der Interimsvereinbarung — 566
aa)	Form — 566
bb)	Inhalt — 566
cc)	Laufzeit — 568
dd)	Verlängerungsmöglichkeit? — 570
c)	Abschlusszeitpunkt der Interimsvereinbarung — 573
4.	Gesetzliche Zahlungspflicht nach Ablauf der Jahresfrist? — 577
a)	Dem Grunde nach — 577
b)	Hilfsweise: Der Höhe nach — 579
c)	Entreicherung — 582
d)	Aufgedrängte Bereicherung — 583
e)	Zulässigkeit von Abschlagszahlungen — 584
B.	Fragen um die Grenzpreisregelung — 585
I.	Ziel der Grenzpreisregelung — 585
II.	Grenzpreis für Stromlieferungen an Sondervertragskunden — 586
1.	Grundlagen — 586
2.	Berücksichtigung der Stromsteuer beim Durchschnittserlös — 586
3.	Berücksichtigung der Stromsteuer beim Durchschnittspreis — 587
a)	Zu Grunde liegender Sachverhalt — 588
b)	Wortlaut der Norm — 588
c)	Systematischer Zusammenhang der Norm — 588
d)	Systematischer Zusammenhang der KAV mit den Regelungen des StromStG — 588
e)	Sinn und Zweck der Norm — 589
f)	Keine Verfassungswidrigkeit der Norm durch die Berücksichtigung der Stromsteuer — 589
g)	Bewertung der BGH-Rechtsprechung — 590
4.	Erfasste Stromlieferungen an Sondervertragskunden — 590
III.	Grenzmenge und -preis für Gaslieferungen an Sondervertragskunden — 591
1.	Grenzmengenregelung für Gaslieferungen — 592
2.	Grenzpreisregelung für Gaslieferungen — 592
a)	Maßgeblicher Durchschnittspreis im Regelfall — 593
b)	Sonderregelung für die Grenzpreisanpassung — 594

C.	<b>Das Recht der Konzessionsabgaben im Wasserbereich — 595</b>
I.	Regelungsinhalt der KAE und ihrer Anordnungs- und Durchführungsbestimmungen — <b>595</b>
1.	Definition der Konzessionsabgaben — <b>596</b>
2.	Berechnungsmethode für die Konzessionsabgaben — <b>596</b>
3.	Mindestgewinnregelung — <b>597</b>
II.	Besonderheiten im Wasserbereich — <b>598</b>
 <b>Kapitel 11 Steuerliche Aspekte des Konzessionsabgabenrechts sowie im Zusammenhang mit dem Abschluss von Konzessionsverträgen — 601</b>	
A.	Die Konzessionsabgabe im Steuerrecht — <b>601</b>
I.	Vorschriften der KAV und der KAE — <b>601</b>
II.	Vorschriften aus dem Steuerrecht — <b>602</b>
B.	Der Konzessionsvertrag im Steuerrecht — <b>607</b>
I.	Konzessionsnehmer bleibt unverändert — <b>607</b>
II.	Konzessionsnehmer wechselt — <b>607</b>
1.	Ohne Beteiligung der Gemeinde/„Privater“ Konzessionsnehmer — <b>607</b>
2.	Gemeinde wird Konzessionsnehmer oder beteiligt sich an Versorgungsunternehmen — <b>609</b>
a)	Steuerpflicht der Gemeinde — <b>609</b>
b)	Die verschiedenen Formen der wirtschaftlichen Betätigung — <b>610</b>
aa)	Hoheitsbetriebe — <b>610</b>
bb)	Vermögensverwaltung — <b>610</b>
cc)	Betriebe gewerblicher Art — <b>611</b>
dd)	Besteuerung von Betrieben gewerblicher Art — <b>614</b>
ee)	Kapitalgesellschaften — <b>618</b>
ff)	Jahresabschluss und dessen Veröffentlichung von Kapitalgesellschaften — <b>620</b>
gg)	Besteuerung von Kapitalgesellschaften — <b>621</b>
hh)	Personengesellschaft — <b>622</b>
ii)	Besteuerung von Personengesellschaften — <b>624</b>
c)	Auswirkungen der Rechtsformwahl — <b>626</b>
aa)	Gemeinde beteiligt sich an einer (bestehenden) Netzgesellschaft in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft — <b>626</b>
bb)	Gemeinde gründet mit Partner eine Netzgesellschaft in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft — <b>627</b>
cc)	Gemeinde beteiligt sich an einer Netzgesellschaft in der Rechtsform einer Personengesellschaft — <b>627</b>

dd) Gemeinde gründet mit Partner eine Netzgesellschaft in der Rechtsform einer Personengesellschaft — <b>629</b>
d) Sicht des abgebenden Unternehmens, das sich beteiligt — <b>630</b>
aa) Grundsätzliches — <b>630</b>
bb) Einbringung in eine Kapitalgesellschaft — <b>632</b>
cc) Einbringung von Betrieben, Teilbetrieben oder Mit- unternehmeranteilen in eine Personengesellschaft — <b>634</b>
C. Gestaltungsmöglichkeiten — <b>638</b>
I. Steuerlicher Querverbund — <b>638</b>
1. Voraussetzungen — <b>638</b>
2. Steuerliche Wirkung — <b>639</b>
II. Organschaft — <b>642</b>
1. Voraussetzung — <b>642</b>
2. Steuerliche Wirkung — <b>645</b>
III. Vermögensverwaltung — <b>645</b>
1. Voraussetzungen — <b>645</b>
2. Steuerliche Wirkung — <b>647</b>
IV. Kapitalertragsteuersparmodell — <b>648</b>
1. Voraussetzungen — <b>648</b>
2. Steuerliche Wirkung — <b>649</b>

## **Kapitel 12 Zuständigkeiten der Kartell- und Regulierungsbehörden bzw. der Gerichte — 651**

A. Einleitung — <b>651</b>
B. Zuständigkeit der Kartell- und Regulierungs- bzw. Energieaufsichtsbehörden — <b>651</b>
I. Überblick über die Behörden nach EnWG und GWB — <b>651</b>
II. Die Aufgabenverteilung innerhalb der Kartell- und Regulierungs- bzw. Energieaufsichtsbehörden — <b>653</b>
1. Die Verteilung der Zuständigkeiten innerhalb der Regulierungs- und Energieaufsichtsbehörden — <b>653</b>
a) Die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen BNetzA und Landesregulierungsbehörden — <b>653</b>
b) Die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen BNetzA, Landesregulierungsbehörde und Energieaufsichtsbehörde — <b>656</b>
2. Die Abgrenzung der Zuständigkeiten innerhalb der Kartellbehörden — <b>657</b>
III. Die Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche zwischen Regulierungs- und Kartellbehörden — <b>658</b>

1. Die Abgrenzung nach § 111 EnWG — **658**
  2. Die Zuständigkeitsverteilung zwischen Kartell- und Regulierungsbehörden im Bereich der Wegenutzungsverträge — **659**
    - a) Die Zuständigkeit von Kartell- und/oder Regulierungsbehörde im Verfahren um die Vergabe von Konzessionsverträgen und beim Wechsel des Konzessionsnehmers — **659**
    - b) Zuständigkeit der Kartell- oder Regulierungsbehörden im Fall von überhöhten Konzessionsabgaben? — **660**
    - c) Das Vorgehen beim Handeln der unzuständigen Behörde — **661**
  - IV. Das Verfahren vor den Kartell- bzw. den Regulierungsbehörden — **662**
- C. Zuständigkeit der Gerichte — **664**
- I. Rechtsschutz gegen Verfügungen der Kartell- und Regulierungsbehörden — **665**
  - II. Rechtsschutz vor den Zivilgerichten — **665**

**Kapitel 13 Ausblick — 667**

**Sachregister — 669**