

z.B. Energieaudits, (»Sicherstellung«) würde nur in dem Maße praktisch, wie die Marktentwicklung nicht ohnehin eine flächendeckende Verfügbarkeit mit sich bringt. Für die rasche Erreichung einer breiten Disponibilität dürfte am Markt eine gute Ausgangsposition bestehen, deren Fortentwicklung u.a. durch Beratungsprogramme auch weiterhin staatlich flankiert werden kann.

Alles in allem sollte bei der Ausgestaltung der nationalen Rahmenbedingungen der in Art. 1 Buchst. b EDL-RL verankerte, marktorientierte Ansatz beherzigt und Raum für kreative Lösungen und individuelle Ansätze belassen werden. Denn Energieeffizienz kann durch die Marktakteure oft besser gefördert werden als durch ein Mehr an Vorschriften.

Gestattungsentgelte in der Fernwärmewirtschaft

Von Ass. iur. Norman Fricke, Jena*

Mit Gestattungsverträgen gewähren Gemeinden Fernwärmeversorgern das Recht, ihre Grundstücke entgeltlich oder unentgeltlich zum Bau von Fernwärmeleitungen zu nutzen. Im Gegensatz zur Strom- und Gasbranche wird dieser Vertragstyp nicht durch spezialgesetzliche, insbesondere nicht durch preisrechtliche Vorschriften geregelt. Vielfach besteht daher Unsicherheit, ob und in welcher Höhe Gemeinden eine Gegenleistung für das Nutzungsrecht fordern dürfen. Dies gilt insbesondere dann, wenn Gemeinden die Verlängerung auslaufender Gestattungsverträge, die in der Regel auf bestimmte Zeit geschlossen werden, von der Vereinbarung höherer Gestattungsentgelte abhängig machen. Der folgende Beitrag soll einen Überblick zu etwaigen spezialgesetzlichen¹ Grenzen der Höhe von Gestattungsentgelten geben. Zugleich wird der für das Verständnis dieses Problems nötige Bezug zu Konzessionsabgaben im Strom- und Gassektor hergestellt und der rechtshistorische und rechtspolitische Hintergrund von Konzessionsabgaben bzw. Gestattungsentgelten beleuchtet.

I. Hintergründe

1. Zum Begriff der Gestattungsentgelte

Gestattungsentgelte sind Gegenleistungen, die Versorger an Gemeinden zahlen, um deren öffentliche Wege und Grundstücke zur Verlegung von Fernwärmeleitungen nutzen zu dürfen. Demgegenüber wird der Terminus Konzessionsabgabe in der Strom- und Gasbranche verwendet². Auch wenn etymologisch Konzession nichts anderes als Gestattung bedeutet³, so erklärt sich die Unterscheidung durch die historisch bedingte getrennte Rechtsentwicklung der Energiesektoren. Die präliberalisierte Strom- und Gaswirtschaft erfreute sich kartellrechtlicher Ausnahmenvorschriften⁴. Dabei wurde die Verabredung ausschließlicher Versorgungsgebiete geduldet⁵. Ein solches Ausschließlichkeitsrecht galt als wesentlicher Inhalt eines Konzessionsvertrags⁶. Demgegenüber spielte das Grundstücksbenutzungsrecht nur eine untergeordnete Rolle. Hingegen kam die Fernwärmewirtschaft zu keinem Zeitpunkt in den Genuss solcher Privilegierungen. Zur Abgrenzung bürgerten sich deshalb die Begriffe Gestattungsvertrag und Gestattungsentgelte ein⁷. Letzterer Be-

griff unterstreicht in einem willkommenen Nebeneffekt dessen Rechtsnatur als privatrechtliches Entgelt und vermeidet auf diese Weise eine unzutreffende Assoziation mit Abgaben im öffentlichen-rechtlichen Sinne⁸. Ohnehin sind nach weit verbreiteter Ansicht Gestattungs- bzw. Konzessionsverträge dem Privatrecht und nicht dem Öffentlichen Recht zuzuordnen⁹. Grundlage dieser Einschätzung ist die Sonderzuweisung durch den straßenrechtlichen Gesetzgeber¹⁰.

* Der Verfasser ist wiss. Mitarbeiter an der Friedrich-Schiller-Universität Jena.

1 Allgemeine zivilrechtliche Begrenzungen wie § 138 Abs. 1 und Abs. 2 BGB werden nicht näher beleuchtet.

2 Der Gesetzgeber spricht in der Legaldefinition des § 48 Abs. 1 S. 1 EnWG von Konzessionsabgaben. Folglich wird die auf Grund von § 48 Abs. 2 EnWG ergangene Rechtsverordnung als Konzessionsabgabenverordnung benannt.

3 lat. concedere = gestatten.

4 §§ 103, 103a GWB a.F.

5 Strom- und Gasversorger steckten Versorgungsgebiete untereinander durch Demarkationsverträge ab. Zusätzlich sicherten sich die Versorger durch Konzessionsverträge ab, mit denen ihnen Gemeinden das ausschließliche Versorgungsrecht im Gemeindegebiet einräumten.

6 So Morell, Handbuch der Leitungs- und Wegerechte, 0110, S. 26; siehe ferner Tettinger, DVBl. 1991, 786 (787) sowie den Tätigkeitsbericht der BNetzA 2005–2007, BT-Drucks. 16/9000, S. 10.

7 In der Strom- und Gaswirtschaft spricht man demgegenüber von Gestattungsverträgen, wenn für ein einzelnes, konkretes Grundstück ein Wegerecht eingeräumt wird, so Morell (Fn. 6), 0110, S. 26.

8 Vgl. § 1 Abs. 3 AO; siehe zu den terminologischen Bedenken in Bezug auf Konzessionsabgaben Scholtka, Das Konzessionsabgabenrecht in der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft, S. 80.

9 Tettinger, DVBl. 1991, 786 (787 f.); Kermel in Berliner Kommentar zum Energierecht, § 14 EnWG Rn. 14 m. umf. Nachw. Gelegentlich wird an dieser Auffassung – mitunter aus verfassungsrechtlichem Blickwinkel – Kritik geübt. Siehe dazu die Nachw. bei Scholtka (Fn. 8), S. 36, Fn. 76.

10 Die Benutzung öffentlicher Wege zum Leitungsbau soll sich nicht etwa nach öffentlichem Straßenrecht, sondern nach Bürgerlichem Recht richten, so § 8 Abs. 10 FStrG sowie entsprechende landesrechtliche Bestimmungen. Siehe ferner den Verordnungsentwurf der Bundesregierung zur KAV, BR-Drucks. 686/91, S. 8.

2. Wirtschaftliche Bedeutung der Konzessionsabgaben und Gestattungsentgelte

Konzessionsabgaben haben eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung für Gemeinden. So beträgt das jährliche Gesamtaufkommen im Energie- und Wassersektor etwa 3–4 Mrd. €¹¹. Demgegenüber ist zwar das Aufkommen an Gestattungsentgelten zu vernachlässigen¹². Doch in Zeiten defizitärer kommunaler Haushalte sind Gestattungsentgelte willkommene Einnahmequellen. Auch wenn Gemeinden keinen Rechtsanspruch auf Konzessionsabgaben schlechthin haben¹³, so halten sie diese gleichwohl für unverzichtbar. Ganz im Gegenteil suchen die Gemeinden das Aufkommen zu erhöhen¹⁴. Zur Legitimation ihrer Ansprüche bringen die Kommunen vor, sie würden erst mit dem Aufbau von Infrastruktureinrichtungen die Voraussetzungen für einen Markt schaffen, der den Versorgern lukrative Ertragschancen eröffne¹⁵.

Gleichwohl sind Konzessionsabgaben nicht selbstverständlich. Ein Phänomen sind sie im europäischen Vergleich allemal¹⁶. Aber auch der deutsche Gesetzgeber strebte ursprünglich an, Konzessionsabgaben abzuschaffen¹⁷. Tragende Erwägung war, die Versorgungsunternehmen von betriebsfremden Ausgaben zu entlasten¹⁸. Von diesem Ziel hat sich der Gesetzgeber längst verabschiedet. Jüngste Änderungen des Konzessionsabgabenrechts in der zwischenzeitlich liberalisierten Energiewirtschaft zielten gerade darauf, das Aufkommen zugunsten der Gemeinden zu stabilisieren¹⁹. Orientiert sich der Gesetzgeber am Finanzbedarf der Gemeinden, so erlangen Konzessionsabgaben letztlich die Funktion einer »Quasi-steuer«²⁰, obschon die Gewerbesteuer das eigentliche finanzpolitische Instrument der Gemeinden ist, Unternehmen an den Unterhaltslasten der Infrastruktur zu beteiligen²¹. Wie sehr der Gesetzgeber auf der Erhaltung des *status quo* bedacht ist, zeigt § 46 Abs. 1 S. 2 EnWG, wonach Gemeinden den Abschluss von Wegenutzungsverträgen im Hinblick auf den Bau von Strom- und Gasleitungen verweigern dürfen, solange nicht die KAV-Höchsätze vereinbart werden²². Bemerkenswert ist auch eine Regelung im Kontext der zur Steigerung der effizienten Nutzung von Strom- und Gasnetzen eingeführten Anreizregulierung. So gelten gemäß § 11 Abs. 2 Nr. 2 ARegV Konzessionsabgaben als von den Netzbetreibern dauerhaft nicht zu beeinflussende Kostenanteile. Anreize zur Senkung der Konzessionsabgaben, die letztlich der Energiekunde zahlt, werden also gerade nicht gesetzt, wenngleich zugunsten der Versorger zu bemerken ist, dass deren Verhandlungsspielraum wegen § 46 Abs. 1 S. 2 EnWG begrenzt ist. Bezeichnend ist schließlich der hoheitlich anmutende Sprachgebrauch im politischen Geschäftsbetrieb: Auf eine parlamentarische Anfrage hin, in welcher Höhe energiewirtschaftliche Konzessionsabgaben erhoben werden, verneinte die Bundesregierung die Existenz einer entsprechenden Statistik, weil die Konzessionsabgaben von den Gemeinden in eigener Zuständigkeit festgesetzt werden würden²³.

Obschon der Gesetzgeber ernsthaft in Erwägung zog, die Konzessionsabgaben bei Ausgleich der Einnahmeverluste der Gemeinden abzuschaffen²⁴, so konnte er sich

dazu mangels finanzpolitischer Alternativen nicht durchringen²⁵. Dies ist in einer zwischenzeitlich an Wettbewerb und Effizienz ausgerichteten Energiewirtschaft²⁶ widersprüchlich. Das rechtspolitisch erwünschte Festhalten an Konzessionsabgaben sollte angesichts des Bekenntnisses zur preisgünstigen Energieversorgung²⁷ überdacht werden. So ist der Anteil der Konzessionsabgaben am vom Energiekunden zu zahlenden Energiepreis nicht unerheblich²⁸ und betrifft vergleichsweise besonders stark die

11 Vgl. die Zahlen des *Deutschen Städte- und Gemeindebundes* für die Jahre 1997 bis 1999, *DStGB*, Dokumentation Nr. 13, Fragen und Antworten zu Konzessionsabgabe und Konzessionsverträgen in der Elektrizitätsversorgung, 2000, S. 15.

12 Siehe die Statistik bei *Immesberger/Klemm*, Das neue Recht der Konzessionsabgaben, I-3, S. 14.

13 Diesen Anspruch können sie auch nicht aus der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie ableiten, so *Stern*, Die verfassungsrechtliche Position der kommunalen Gebietskörperschaften in der Elektrizitätsversorgung, 1966, S. 84. Im Anschluss daran *Kühne*, BB 1987, 2032 (2034).

14 Die Gemeinden wiesen vor einigen Jahren darauf hin, dass die für Strom und Gas geregelten Höchsätze über einen längeren Zeitraum hinweg nicht angepasst worden und daher von der allgemeinen Preisentwicklung abgekoppelt seien, *DStGB*, Dokumentation Nr. 13, (Fn. 11) S. 5 sowie S. 8.

15 *DStGB* (Fn. 11), S. 5; näher zu dieser Argumentation *Immesberger* (Fn. 12), Stand 1997, I-2, S. 6f.

16 Der Verordnungsentwurf der Bundesregierung, BR-Drucks. 686/91, S. 10 greift einen Beschluss der Wirtschaftsministerkonferenz vom 21. 3. 1991 auf, wo von einer »in der Europäischen Gemeinschaft einmaligen Abgabe« gesprochen wird.

17 § 2 Abs. 2 S. 2 KAE.

18 Näher dazu *Kühne*, BB 1987, 2032 (2032).

19 So der Beschluss zur Ersten Verordnung zur Änderung der Konzessionsabgabenverordnung, BR-Drucks. 358/99, S. 3. Dieses Ziel stand bei den jahrzehntelangen Reformbemühungen schon immer im Vordergrund, so *Kühne*, BB 1987, 2032 (2033) und *Salje*, § 48 EnWG Rn. 6.

20 Mitunter wird deshalb polemisierend von »Wegezoll« oder »Energiesteuer« gesprochen; vgl. dazu *Tettinger*, DVBl. 1991, 786 (788). In der Tat haben Konzessionsabgaben ihren historischen Ursprung in hoheitlich auferlegten Belastungen. Näher dazu *Scholtka* (Fn. 8), S. 30 ff.

21 Dazu *Birk*, Steuerrecht, 11. Aufl., Rn. 1356f, wenngleich die daraus folgende Schlechterstellung gegenüber Nichtgewerbebetrieben verfassungsrechtlich umstritten ist.

22 Kritisch bereits zur Vorgängerregelung *Büdenbender*, § 13 EnWG 1998 Rn. 34 ff.

23 BT-Drucks. 16/4134, S. 17.

24 So das Vorblatt zum Verordnungsentwurf der Bundesregierung, BR-Drucks. 686/91.

25 Verordnungsentwurf der Bundesregierung, BR-Drucks. 686/91, S. 11.

26 Vgl. dazu bereits *Tettinger*, DVBl. 1991, 786 (791) vor dem Hintergrund des europäischen Binnenmarkts. Auch die *Monopolkommission*, Hauptgutachten 1973/1975, 1. Aufl. 1976, Tz. 113 und vertiefend dazu Tz. 739ff hatte die Abschaffung von Konzessionsabgaben empfohlen.

27 § 1 Abs. 1 EnWG.

28 Für Haushaltskunden beträgt der Anteil der Konzessionsabgaben etwa 10 % am Strompreis, so die Antwort der Bundesregierung auf eine Große Anfrage in BT-Drucks. 15/5754, S. 2. Je nach Abnehmergruppe beträgt der Anteil für Gaskunden bis zu 4 %, so das Sondergutachten der *Monopolkommission* zu Strom und Gas 2007, BT-Drucks. 16/7087, S. 115.

Haushaltskunden²⁹. Ein Vorbild liefert der Telekommunikationssektor, in dem unentgeltliche Wegenutzungsrechte gesetzlich verankert sind³⁰. Gesetzgeberisches Motiv war die Überlegung, nur bei einem Verzicht auf Entgelte könne die verfassungsrechtliche Pflicht zur flächendeckenden Versorgung gewährleistet werden³¹.

3. Der rechtliche Rahmen von Konzessionsabgaben und Gestattungsentgelten

Erstmals setzte der Gesetzgeber der freien Vereinbarung von Konzessionsabgaben im Jahre 1941 Grenzen³². Er beschränkte den Anwendungsbereich auf die Sektoren Strom, Gas und Wasser³³. Obwohl sich die Fernwärme zu diesem Zeitpunkt bereits in deutschen Großstädten etabliert hatte³⁴ und vertragliche Verpflichtungen zur Zahlung von Gestattungsentgelten nicht auszuschließen waren, fand sie keine Berücksichtigung. Leitmotiv war, die Versorgungsunternehmen von betriebsfremden Ausgaben zu entlasten und eine fortschreitende Verbilligung der Versorgung anzubahnen³⁵. So durften mit Inkrafttreten der Verordnung keine neuen Konzessionsabgaben eingeführt werden³⁶. Bereits vertraglich vereinbarte Konzessionsabgaben waren nunmehr Höchstsätzen unterworfen, welche sich an den Roheinnahmen der Versorgungsunternehmen orientierten³⁷. Daneben war gewährleistet, dass den Versorgern ein angemessener Mindestgewinn verblieb. Wurde der Mindestgewinn nicht erreicht, waren die Konzessionsabgaben entsprechend zu kürzen³⁸.

Die KAE war den Bedürfnissen der Kriegswirtschaft geschuldet und wurde demzufolge als Übergangsregelung angesehen³⁹. Der aus dem Verbot der Neueinführung folgende gesplante Rechtszustand wurde von vielen Beobachtern als unbefriedigend erachtet⁴⁰. Es sollten jedoch Jahrzehnte vergehen, bis das BVerwG diesen Status als nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung beanstandete⁴¹. Nach jahrzehntelangen Reformüberlegungen sah sich der Gesetzgeber nunmehr zum Handeln gezwungen und legte einen Verordnungsentwurf vor⁴². Die Neueinführung der Konzessionsabgabenverordnung (KAV) vom 9. 1. 1992⁴³ brachte für die Sektoren Strom und Gas⁴⁴ wesentliche Änderungen: Zum einen wurde von den Mindestgewinnregelungen Abstand genommen. Zum anderen wurde die Berechnungsgrundlage auf ein System umgestellt, das die Energiemenge zur Grundlage hat⁴⁵. Für die Wassersparte gilt hingegen die KAE aus dem Jahre 1941 unverändert fort.

Fernwärmegestattungsentgelte sind nach wie vor keiner besonderen Regelung unterworfen. Die KAV gilt dem Wortlaut nach nur für Strom und Gas. Die KAE betrifft nach der Ausgliederung von Strom und Gas nur noch den Wassersektor. Unzutreffend ist deshalb die gelegentlich geäußerte Ansicht, die KAE gelte auch für Fernwärme⁴⁶. In der Konsequenz obliegt die Vereinbarung von Gestattungsentgelten gänzlich der Vertragsfreiheit. Was mitunter als Kuriosum der Energiewirtschaft bezeichnet wird⁴⁷, ist freilich der dem Zivilrecht innewohnende Normalfall. Die Maßstäbe, nach denen die Gestattungsentgelte berechnet werden, sind vielfältig. Üblich ist die Vereinbarung einer Bemessungsgrundlage, so z.B. anhand des

Wärmeabsatzes (in kWh), des Umsatzes, des Gewinns oder der Länge der Fernwärmetrasse. Gelegentlich wird auch ein Pauschalsatz verabredet. Angesichts dieser Gestaltungsvarianten tritt der Anachronismus der KAV besonders zutage: Noch immer sind dort die Bemessungssätze umso höher, desto größer die Einwohnerzahl der versorgten Gemeinde ist. Dies beruht auf den ehemaligen Ausschließlichkeitsvereinbarungen. Je höher die Einwohnerzahl, desto höherwertiger war der Konzessionsvertrag, der dem Strom- und Gasversorger eine gewisse Kundenzahl garantierte⁴⁸. An diesem wirtschaftlichen Vorteil sollte die Gemeinde beteiligt werden.

Die Vertragsfreiheit bietet den Fernwärmeversorgern Chancen und birgt zugleich Risiken in sich. Chancen,

29 So ist der Anteil der Konzessionsabgaben am Energiepreis umso größer, je geringer die Abnahmemenge ist, so *Monopolkommission*, Sondergutachten zu Strom und Gas 2007, BT-Drucks. 16/7087, S. 116.

30 Gemäß § 68 Abs. 1 TKG ist der Bund befugt, Verkehrswege für Telekommunikationslinien unentgeltlich zu nutzen. Dieses unentgeltliche Nutzungsrecht wird gemäß § 69 Abs. 1 TKG auf Antrag von der BNetzA an Betreiber von Telekommunikationsnetzen übertragen.

31 BR-Drucks. 755/03, S. 113.

32 Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände vom 4. 3. 1941 (KAE), RAnz 1941, Nr. 57, S. 120. Ermächtigungsgrundlage dieser Verordnung war das Gesetz zur Durchführung des Vierjahresplans vom 29. 10. 1936, RGBI. I S. 927.

33 Eingangsformel sowie § 1 Abs. 1 KAE.

34 Näher dazu *Rapp*, *EuroHeat&Power* 2001, Heft 4, S. 27.

35 Eingangsformel der KAE.

36 § 1 Abs. 1 KAE.

37 § 2 KAE.

38 § 5 Abs. 1 KAE. Als angemessener Mindestgewinn galt kraft Legaldefinition eine Verzinsung des Eigenkapitals bzw. eine Gewinnausschüttung in Höhe von vier Prozent, so § 5 Abs. 4 KAE.

39 BVerwGE 22, 203 (205). Näher dazu *Kühne*, BB 1987, 2032 (2033) sowie (2035).

40 Die Forderungen bewegten sich zwischen vollständiger Abschaffung der Konzessionsabgaben und dem Recht auf Neueinführung gegenüber allen Unternehmern. Dazu nähere Nachweise bei *Kühne*, BB 1987, 2032 (2033).

41 BVerwG, DVBl. 1991, 385. Das Gericht war der Auffassung, das Verbot ließe sich 50 Jahre nach Inkrafttreten der Verordnung nicht mehr als Übergangsregelung werten, zumal eine gänzliche Abschaffung der Konzessionsabgaben in Zukunft nicht zu erwarten sei. Das Gericht folgte dabei im Wesentlichen den Erwägungen *Kühnes*, BB 1987, 2032 ff. Kritisch zur Methodik des BVerwG, *Tettinger*, DVBl. 1991, 786 (790).

42 Verordnungsentwurf der Bundesregierung, BR-Drucks. 686/91, S. 9.

43 BGBl. I 1992, S. 12. Ermächtigungsgrundlage dafür waren §§ 7, 12 EnWG 1935. Die heute in § 48 Abs. 2 EnWG geregelte Ermächtigungsgrundlage gilt für alle künftigen Änderungen der KAV. Näher dazu *Salje*, § 48 EnWG Rn. 46.

44 § 1 Abs. 2 KAV.

45 § 2 Abs. 1 KAV 1992.

46 So aber *Mohl/Dicken*, KStZ 1994, 185, 185 sowie der Erlass des BMF vom 9. 2. 1998, IV B 7-S 2744-2/98, BStBl. I 1998, 209.

47 *Immesberger* (Fn. 12), Stand 1997, II-2.7, S. 1.

48 Vgl. *Monopolkommission* (Fn. 26), Tz. 739.

weil gemeinsam mit der Gemeinde ein Energiekonzept erstellt werden kann, mit dem die Gemeinde bewusst den Ausbau der Fernwärme fördert und auf Einnahmen bei Gestattungsentgelten verzichtet. So nutzt die in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugte Wärme die eingesetzte Energie effizient aus, spart Ressourcen ein und vermindert CO₂-Emissionen. Diesen Vorteil hat der Gesetzgeber in seine klimapolitischen Überlegungen aufgenommen⁴⁹. Der Gemeinde selbst stehen zum Fernwärmenetzausbau vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung⁵⁰. Risiken bestehen, weil die Gemeinde unter Verweis auf ihre Eigentumsrechte an öffentlichen Wegen in der Lage ist, hohe Gestattungsentgelte durchzusetzen. Dies wirkt sich auf die Wettbewerbsfähigkeit der Fernwärme gegenüber konkurrierenden Energieträgern aus⁵¹. Mit diesen Energieträgern, insbesondere mit dem derzeitigen Marktführer Erdgas, steht die Fernwärme in einem Wettbewerb⁵². Die Fernwärme ist zwar einerseits durch geringere variable Kosten, insbesondere was die Erzeugung der Wärme durch Einsatz von Brennstoffen anbelangt, begünstigt⁵³. Andererseits sind beträchtliche Investitionen in das Leitungsnetz erforderlich, die je Kilometer das Achtfache der Kosten für Erdgasleitungen betragen⁵⁴.

II. Rechtliche Überprüfung von Gestattungsentgelten

1. Analoge Anwendung der Konzessionsabgabenverordnungen

Man betritt Neuland, geht man der Frage nach, ob und welche Grenzen der freien Vereinbarung von Gestattungsentgelten gesetzt sind. Nahe liegend erscheint die analoge Anwendung der Höchstsatz- bzw. Mindestgewinnregelungen der KAE bzw. KAV. Diese Begrenzungen können gleichwohl allenfalls als äußerste Grenzen gelten, da Gemeinden gegenüber Fernwärmeversorgern kein Recht zur Verweigerung des Vertragsabschlusses nach § 46 Abs. 1 S. 2 EnWG haben. Rechtsmethodisch setzt die Analogie voraus, dass die Interessenlage der Fernwärmewirtschaft mit der Lage der anderen Versorgungssparten vergleichbar ist und eine planwidrige, das heißt gegen die Regelungsabsicht des Gesetzgebers verstoßende, Regelungslücke vorliegt.

Im Hinblick auf die Mindestgewinnregelung des § 5 KAE ist zumindest eine vergleichbare Interessenlage festzustellen. Mit dieser Vorschrift sollte der wirtschaftliche Bestand des Versorgungsunternehmens vor den Gefahren überhöhter Zahlungen von Konzessionsabgaben geschützt werden⁵⁵. Die Fernwärmebranche ist ebenso wie die ursprünglichen Adressaten der KAE der Gefahr wirtschaftlich bedrohlicher Gestattungsentgelte ausgesetzt. Wenn dies bereits zu Zeiten ausschließlicher Versorgungsgebiete galt, in denen die Versorger mangels Wettbewerb die Konzessionsabgaben ohne weiteres auf die Kunden überwälzen konnten, so gilt dies auch für den Fernwärmesektor, der sich schon immer im Wettbewerb zu bewähren hatte. Hingegen kann nicht endgültig aufgeklärt werden, ob die Regelungslücke dem Regelungsplan des Gesetz-

gebers widerspricht. Es ist nicht ersichtlich, warum der Gesetzgeber zu keiner Zeit Regelungen für Fernwärmeleitungen getroffen hatte. Hatte er sie bloß vergessen oder aber bewusst außen vor gelassen, weil er etwa deren wirtschaftliche Bedeutung als gering einschätzte? Auch bei späteren Reformvorhaben stellte der Gesetzgeber nur eine (Neu-)Regelung für die Wassersparte in Aussicht⁵⁶. Die Fernwärme indes erwähnte er mit keinem Wort. Gegen eine Planwidrigkeit spricht im Hinblick auf die Mindestgewinnregelungen, dass der Gesetzgeber diese tendenziell abschaffen will. Dieses Vorhaben hat der Gesetzgeber mit der für Strom und Gas geltenden KAV bereits

49 So das zuletzt am 25. 10. 2008 novellierte Kraft-Wärme-Kopplungs-Gesetz. Zielsetzung der Novelle ist es gemäß § 1 KWKModG den Anteil der Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung auf 25 % zu erhöhen. Weiterhin hat der Gesetzgeber Fernwärme unter den Voraussetzungen des § 7 Nr. 3 EEWärmeG als taugliche Maßnahme anerkannt, die gesetzlichen Zielsetzungen umzusetzen. Der Gesetzgeber beabsichtigte im Interesse des Klimaschutzes, der Schonung fossiler Ressourcen und der Minderung der Abhängigkeit von Energieimporten eine nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung zu fördern, so § 1 Abs. 1 EEWärmeG.

50 Die Gemeinde kann z.B. mit Mitteln des Privatrechts den Verkauf von Grundstücken mit der durch Dienstbarkeit gesicherten Verpflichtung verknüpfen, den Wärmeenergiebedarf aus einem Heizkraftwerk zu koppeln. Diese Kopplung verstößt nicht gegen das Wettbewerbsrecht, so BGHZ 151, 274 – *Fernwärme für Börsen* mit umfangreicher Besprechung bei Raabe, ZNER 2002, 283 ff. Mit den Mitteln des öffentlichen Rechts kann die Gemeinde im Rahmen von Bebauungsplänen gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 23 BauGB Verbrennungsverbote festsetzen oder aufgrund kommunalrechtlicher Bestimmungen einen Anschluss- und Benutzungszwang anordnen. Die Ungewissheit, ob ein Anschluss- und Benutzungszwang allein aus klimapolitischen Erwägungen zulässig ist, beseitigte der Gesetzgeber nunmehr mit § 16 EEWärmeG. Das BVerwG hatte bereits in BVerwGE 125, 68 (71) den Weg gewiesen.

51 Scholtka (Fn. 8), S. 50 befürchtet verminderte Marktchancen der Fernwärme infolge der Belastung mit Gestattungsentgelten. Zum Zusammenhang zwischen Gestattungsentgelten und den konkurrierenden Energieträgern, Büdenbender, § 13 EnWG 1998 Rn. 35.

52 Umstritten ist dagegen bei der kartellrechtlichen Marktabgrenzung, ob es aus Sicht des Energiekunden einen einheitlichen Wärmemarkt gebe. Dies wird überwiegend verneint, da der Energiekunde kurzfristig nicht von einem Energieträger auf den anderen wechseln könne, weil er in ein bestimmtes Heizungssystem investiert habe, so zuletzt BGH, NJW 2009, 1212 – *Stadtwerke Uelzen*, differenzierend *Körber/Fricke*, N&R 2009, Heft 4 im Erscheinen. Dieses Problem bleibt hier unberücksichtigt, da es auf die Sicht der Marktgegenseite beim Angebot von Nutzungsrechten an Wegen ankommt. Dies sind die Unternehmen, die mit leistungsgebundenen Energieträgern versorgen. Siehe dazu II. 3.

53 Das beruht insbesondere auf den Größen- und Skaleneffekten der Heizkraftwerke, so *Erdmann/Zweifel*, Energieökonomik, S. 319. Im Übrigen sind Fernwärmeversorgungsunternehmen schneller in der Lage, die Erzeugung der Wärme von einem Brennstoff auf einen anderen Brennstoff umzustellen.

54 *Erdmann/Zweifel*, Energieökonomik, S. 319.

55 So *Mohl/Dicken*, KStZ 1994, 185 (185); vgl. dazu auch Verordnungsentwurf der Bundesregierung zur Neueinführung der KAV, BR-Drucks. 686/91, S. 19.

56 BR-Drucks. 686/91, S. 12.

umgesetzt. Ursprünglich sah der Gesetzesentwurf der Bundesregierung dort noch eine Mindestgewinnregelung vor⁵⁷. Die Vorschrift wurde aber auf Betreiben des Bundesrats gestrichen⁵⁸.

Was die Höchstsätze betrifft, so ist zunächst zu klären, ob das roheinnahmenbezogene Berechnungssystem des § 2 KAE oder die energieabsatzbezogene Berechnungsmethode des § 2 KAV einer Analogie zugrunde gelegt werden soll. Der analogen Anwendung der KAE steht entgegen, dass der Gesetzgeber allgemein die Umstellung auf die absatzbezogene Berechnung beabsichtigt. So erachtete er gerade diese Umstellung als das Kernstück der Reform für Strom und Gas⁵⁹. Somit ist im Weiteren nur auf die analoge Anwendung des § 2 KAV einzugehen. Die absatzbezogenen Höchstsätze werden in § 2 KAV auf zweierlei Weise differenziert: Einmal nach Art der Energieträger (Strom oder Gas), dann nach dem rechtlichen Status des Kunden, der entweder als Tarif- oder als Sondervertragskunde klassifiziert wird. Eine solche Unterscheidung ist dem Fernwärmerecht unbekannt⁶⁰. So lässt sich die Situation der Fernwärme auf den ersten Blick nur schwierig auf die KAV-Regelungen übertragen. Doch eine Vergleichbarkeit lässt sich herstellen, wenn man das Ziel der Energielieferungen zum Maßstab erhebt. Gaslieferungen erfolgen zu Koch- und Heizzwecken; Fernwärme wird lediglich zu Heizzwecken geliefert. Gaslieferungen zu Heizzwecken werden mengenbedingt in der Regel in Sonderkundenverträgen angeboten⁶¹. Insofern ist die Interessenlage der Fernwärme mit den Vorschriften der für Gassonderkundenverträge geltenden Höchstsätze⁶² vergleichbar. Die Planwidrigkeit der Regelungslücke ergibt sich daraus, dass der Gesetzgeber die sektorenübergreifende, den Wettbewerb beeinflussende Wirkung der Konzessionsabgaben verkannt hat. Auch wenn infolge der Vertragsfreiheit Fernwärmeversorger über einen größeren Gestaltungsspielraum verfügen, so bedeutet dies bei besonders hohen Gestattungsentgelten einen Nachteil gegenüber der Gasversorgung im Wettbewerb um Wärmekunden. So werden wegen § 2 KAV die Betriebsausgaben der Gasbranche für Konzessionsabgaben durch objektive Kriterien gedeckelt und sind damit weniger von der besonderen Verhandlungssituation, die von der starken Position der Gemeinden aufgrund ihres Wegemonopols geprägt ist⁶³, abhängig.

2. Steuerrechtliche Begrenzungen

Die Finanzverwaltung beurteilt unter bestimmten Voraussetzungen die Zahlung von Gestattungsentgelten an Gemeinden als verdeckte Gewinnausschüttung⁶⁴ – nämlich dann, wenn die Gemeinde als Gesellschafter des Fernwärmeversorgungsunternehmens einen beherrschenden Einfluss ausübt. Dies ist für das Finanzsystem von Bedeutung, da die Körperschaftssteuer nach Art. 106 Abs. 3 GG dem Bund und den Ländern zusteht. Die Steuer wird zu deren Lasten verkürzt, wenn die Gemeinde den Gewinn der Versorgungsunternehmen durch übermäßige Konzessionszahlungen abschöpft⁶⁵.

Erlasse des BMF⁶⁶ beziehen die Fernwärme ausdrücklich in die steuerrechtliche Beurteilung von Konzessions-

abgaben ein⁶⁷. Es wird zwar zu Recht festgestellt, dass für Fernwärme keine preisrechtlichen Vorschriften bestehen. Dennoch seien die Vorgaben der KAE zu berücksichtigen⁶⁸. Damit stellt die Behörde die Fernwärme mit der Wasserversorgung steuerrechtlich gleich. Das BMF erkennt Gestattungsentgelte nur unter bestimmten Voraussetzungen als abzugsfähige Betriebsausgaben an: (1) Es dürfen die preisrechtlichen Höchstsätze der KAE nicht überschritten werden; (2) es müsse dem Wärmeversorger ein angemessener handelsrechtlicher Jahresüberschuss (Mindestgewinn) verbleiben; (3) schließlich sei nach den Grundsätzen des Fremdvergleichs zu prüfen, ob ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft dafür Sorge getragen hat, dass dem Unternehmen ein angemessener Gewinn verbleibt. Gleichwohl lässt die Finanzverwaltung eine Begründung für die Anwendung der KAE auf die Fernwärme vermissen. Die direkte Anwendung der KAE auf Fernwärme ist nicht möglich, die analoge Anwendung aus den oben genannten Gründen abzulehnen. Ohnehin können solche Erlasse, die als norminterpretierende Verwaltungsvorschrift-

57 § 4 KAV-Entwurf, BR-Drucks. 686/91, S. 4.

58 Hierbei wurden wiederum die kommunalpolitischen Interessen gehört: Nicht zu rechtfertigen sei die einseitige Verlagerung des Mindestgewinnrisikos auf die Gemeinden. Denn es sei kein Grund ersichtlich, dass sich die Gemeinden hinsichtlich der ihnen zustehenden Gegenleistung anderes behandeln lassen müssen als andere Gläubiger der Versorgungsunternehmen, so BR-Drucks. 686/91 (Beschluss), S. 4.

59 Verordnungsentwurf der Bundesregierung zur Neueinführung der KAV, BR-Drucks. 686/91, S. 11 f. Danach sei Hauptvorteil der Neuregelung, dass die Höhe der Konzessionsabgaben nicht mehr vom Energiepreis, sondern vom Verbrauch abhängig ist.

60 Das Fernwärmerecht kennt nur Kunden, auf welche die AVBFernwärmeV wegen § 1 Abs. 1 AVBFernwärmeV anzuwenden ist und auf welche nicht. Letztere werden gemäß § 1 Abs. 2 AVBFernwärmeV als Industriekunden bezeichnet.

61 So bereits im präliberalisierten Recht, *Büdenbender*, § 10 EnWG 1998, Rn. 24. Ohnehin sind wegen § 1 Abs. 3 und 4 KAV sämtliche Gaslieferverträge, die nicht im Rahmen der Grund- bzw. Ersatzversorgung nach §§ 36, 38 EnWG angeboten werden, Sonderkundenverträge im Sinne der KAV.

62 § 2 Abs. 3 KAV und § 2 Abs. 5 KAV.

63 Siehe dazu die Ausführungen zu den kartellrechtlichen Begrenzungen.

64 Es geht darum, eine Verkürzung der Steuereinnahmen durch einen dem äußeren Anschein nach betrieblichen Aufwand zu vermeiden, der in Wahrheit eine Zahlung an einen Anteilseigner darstellt, wenn die Gesellschaft eine solche Zahlung an einen vergleichbaren Dritten nicht erbracht hätte. Dazu näher in Bezug auf Konzessionsabgaben *Mohl/Dicken*, KStZ 1994, 185 (186). Allgemein zu den Grundlagen der verdeckten Gewinnausschüttung, *Birk* (Fn. 21), Rn. 1247 ff.

65 *Immesberger* (Fn. 12), Stand 1997, I-3, S. 1 beschreibt dies als ein Instrument zur Manipulierung zu Lasten des staatlichen Haushalts in Bund und Ländern.

66 Erlasse des BMF vom 9. 2. 1998, IV B 7-S 2744-2/98, BStBl. I 1998, 209 und vom 27. 9. 2002, IV A 2-S 2744-5/02, BStBl. I 2002, 940. Der Erlass vom 27. 9. 2002 legte den zulässigen Mindestgewinn auf 1,5 Prozent des Sachanlagevermögens fest.

67 Siehe Präambel und Abschnitt A. I. des Erlasses vom 9. 2. 1998.

68 Abschnitt A. II. Nr. 3 des Erlasses vom 9. 2. 1998.

ten⁶⁹ einzuordnen sind, die Rechtsprechung nicht binden⁷⁰. Der BFH schließt sich im Übrigen der ministeriellen Einschätzung nicht an, sondern untersucht vielmehr anhand der allgemeinen Grundsätze über die verdeckte Gewinnausschüttung, ob die Zahlung der Gestattungsentgelte⁷¹ durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst war oder nicht⁷².

Unabhängig davon, wie die steuerrechtliche Zulässigkeit von Gestattungsentgelten beurteilt wird, ist dieser Aspekt für die Zulässigkeit der vertragsrechtlichen Vereinbarung unbeachtlich. Ganz gleich, ob das gezahlte Gestattungsentgelt in voller Höhe als abzugsfähige Betriebsausgabe anerkannt wird oder nicht, so bleibt es gegenüber der Gemeinde weiterhin als vertraglich vereinbart geschuldet. Das Risiko steuerrechtlich überhöhter Gestattungsentgelte trägt damit allein der Fernwärmeversorger.

3. Kartellrechtliche Begrenzungen

Die Gemeinde ist Eigentümer des örtlichen Wegenetzes. Zudem übt sie aufgrund straßenrechtlicher Vorschriften Zuständigkeiten für die Straßen anderer Hoheitsträger aus⁷³. Damit werden praktisch alle öffentlichen Wege im Gemeindegebiet von der Gemeinde verwaltet und sind dadurch von potenziellen Gestattungsentgeltforderungen betroffen⁷⁴. Es ist praktisch keine Situation denkbar, in der Leitungsnetze nicht an irgendeiner Stelle öffentliche Wege kreuzen⁷⁵. Abgesehen von der Erschließung kleinerer, in der Nähe der Erzeugungsanlagen liegender Absatzgebiete, werden öffentliche Wege stets gekreuzt, weil diese netzförmig ausgebaut sind und sich nicht umgehen lassen⁷⁶. Der Fernwärmeversorger ist deshalb zwingend auf die Kooperation der Gemeinde angewiesen. Verweigert diese den Abschluss eines Gestattungsvertrags ganz oder verlangt sie Preise, die das Unternehmen von seinem Vorhaben abhalten könnten, so kommen kartellrechtliche Ansprüche des Unternehmens unter folgenden Voraussetzungen in Betracht: (1) Die Gemeinde ist ein Unternehmen im Sinne des § 19 GWB, (2) sie hat ein marktbeherrschende Stellung inne und (3) sie nutzt diese missbräuchlich aus.

Auf den ersten Blick mag nicht einleuchten, dass Gemeinden als dem Gemeinwohl verpflichtete Körperschaften des öffentlichen Rechts als Unternehmen zu bewerten sind. Im Kartellrecht gilt gleichwohl der so genannte funktionale Unternehmensbegriff⁷⁷. Danach ist von ausschlaggebender Bedeutung, ob die fragliche Personen aktiv am Wirtschaftsleben teilnimmt⁷⁸. Unerheblich ist also, ob eine Institution als solche ein Unternehmen ist. Gemeinden ist es im Rahmen der Fiskalverwaltung nicht verwehrt, unternehmerisch tätig zu werden. Damit ist die Gemeinde, solange sie nicht hoheitlich tätig wird, Adressat des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs⁷⁹. Bei der hier zu beleuchtenden Tätigkeit, nämlich der Gewährung von Nutzungsrechten an ihrem Eigentum, wird die Gemeinde im Rahmen der Vermögensverwaltung tätig. Diese Wegerechte sind marktfähig⁸⁰.

Die Gemeinde verfügt auf diesem Markt der Wegerechte über eine marktbeherrschende Stellung⁸¹. Denn der sachlich und räumlich relevante Markt ist das örtliche

Wegenetz. Die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts erfolgt in erster Linie in Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts⁸². Dabei ist auf die Marktgegenseite, mithin auf die Versorger als Nachfrager nach Wegerechten abzustellen⁸³. Die Fernwärmeversorger müssen, damit sie ihre erzeugte Wärme anbieten können, ein Leitungsnetz aufbauen und öffentliche Wege nutzen. Da sich diese nicht – auch nicht durch Ausweichen auf private Grundstückseigentümer – umgehen lassen, ist der Markt der öffentlichen Wegerechte der sachlich relevante Markt⁸⁴. Dieser Markt ist räumlich auf das Gemeindegebiet begrenzt⁸⁵ – genau genommen auf das unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten mögliche Absatzgebiet des Fernwärmeversorgers⁸⁶. Denn durch die physikalisch bedingten Transportverluste kann die Wärme nur in einem Radius von wenigen Kilometern angeboten werden.

Ein Missbrauch durch Zugangsverweigerung nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB liegt dann vor, wenn sich ein marktbeherrschendes Unternehmen weigert, Zugang zu den ei-

69 Zu diesem Begriff und allgemein zur Typisierung von Verwaltungsvorschriften zuletzt *Remmert*, Jura 2004, 728 (728). Die genannten BMF-Erlasse sind norminterpretierende Verwaltungsvorschriften, weil sie lediglich Auslegungshilfen zu dem in § 8 Abs. 3 S. 2 KStG geregelten Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung geben.

70 Allgemein zur fehlenden Bindungswirkung von norminterpretierenden Verwaltungsvorschriften *Remmert*, Jura 2004, 728 (731) m. weit. Nachw. Speziell zur Einordnung von BMF-Schreiben *Büchter-Hole*, EFG 2002, 952 (952) m. weit. Nachw.

71 Im vorliegenden Streitfall ging es um Konzessionsabgaben für Gasleitungen.

72 BFH, BB 2005, 2049 (2050) mit Anm. *Schulte/Behnes*, BB Beilage 2007, Nr. 9, 1 (6).

73 *Scholtka* (Fn. 8), S. 34.

74 Ähnlich *Scholtka* (Fn. 8), S. 34.

75 In der Regel folgt die Verlegung der Versorgungsleitung dem Verlauf öffentlicher Wege, weil dadurch der Ausbau des Leitungsnetzes vereinfacht wird, so *Scholtka* (Fn. 8), S. 32.

76 Im Übrigen ist die Umgehung einzelner Grundstücke gerade beim Bau von Fernwärmeleitungen wegen der hohen Investitionen unzumutbar.

77 Siehe nur allgemein *Zimmer* in *Immenga/Mestmäcker*, 4. Auflage, § 1 GWB Rn. 27 m. weit. Nachw. sowie im Besonderen zu Konzessionsverträgen *Immenga/Zimmer*, BB 1988, 281 (284).

78 *Bechtold*, 5. Auflage, § 1 GWB Rn. 4 und § 19 GWB Rn. 2.

79 *Bechtold*, 5. Auflage, § 1 GWB Rn. 4; *Zimmer* in *Immenga/Mestmäcker*, 4. Auflage, § 1 GWB Rn. 37 mit jew. weit. Nachw.

80 *Immenga/Zimmer*, BB 1988, 281 (284).

81 BGH, IR 2009, 155 m. Anm. *Topp*; *Immenga/Zimmer*, BB 1988, 281 (285). Meist wird vom sog. Wegemonopol der Gemeinden gesprochen, so die *Monopolkommission* (Fn. 26), Tz. 739 sowie *Evers*, Das Recht der Energieversorgung, 2. Aufl., S. 187; *Immesberger* (Fn. 12), Stand 1997, I-2, S. 3; *Schröter*, Die wettbewerbspolitische Behandlung der leitungsgebundenen Energiewirtschaft am Beispiel der Fernwärmewirtschaft, 1986, S. 185.

82 Siehe dazu *Bechtold*, 5. Auflage, § 19 GWB Rn. 5 ff.; *Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, 4. Auflage, § 19 GWB Rn. 24 ff.

83 *Bechtold*, 5. Auflage, § 19 GWB Rn. 5; *Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, 4. Auflage, § 19 GWB Rn. 28.

84 Vgl. *Immenga/Zimmer*, BB 1988, 281 (284).

85 *Immenga/Zimmer*, BB 1988, 281 (285).

86 Siehe dazu *Dehmer*, Energieversorgungskonzepte – Vorranggebiete – Kartellrecht, S. 299.

genen Netzen⁸⁷ oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren. Voraussetzung ist, dass es dem betroffenen Unternehmen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem abgeleiteten Markt des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden. Der abgeleitete Markt ist derjenige Markt, auf dem das den Zugang begehrende Unternehmen seine eigentliche Ware verkaufen möchte. In diesem Falle ist dies der Wärmemarkt, also der Markt der miteinander konkurrierenden Energieträger. Erfasst werden also Fallgestaltungen, in denen Gemeinden durch Eigenbetriebe oder Beteiligungen an Gesellschaften die Wärmeversorgung betreiben, etwa als Fernwärmeversorger oder als Gasversorger. Ungeklärt ist, auf welchem Markt – entweder auf dem Markt der Infrastruktureinrichtung selbst oder auf dem abgeleiteten Markt – der Normadressat über eine marktbeherrschende Stellung verfügen muss⁸⁸. Es wird zum Teil vertreten, dass die Marktbeherrschung auf dem abgeleiteten Markt – hier also auf dem Wärmemarkt – entscheidend sei, da die Norm bezwecke, den Wettbewerb auf diesem Markt zu gewährleisten⁸⁹. Hat der Versorger einen Anspruch auf Abschluss des Gestattungsvertrags⁹⁰, so schuldet er eine angemessene Gegenleistung⁹¹.

Der Tatbestand des Ausbeutungsmissbrauchs nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB erklärt Entgelte für unzulässig, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht ergeben würden. Maßstab ist damit der hypothetische Wettbewerb, der so genannte Als-ob-Wettbewerb⁹². In der Regel bedient man sich dazu des Vergleichsmarktkonzepts, das der Gesetzgeber in § 19 Abs. 4 Nr. 2 Halbsatz 2 GWB anerkannt hat. Dabei ist als Vergleichsmaterial ein Markt heranzuziehen, der dem betroffenen möglichst nahe steht, mit ihm also vergleichbar ist⁹³. In Ermangelung vergleichbarer Märkte ist anerkannt, dass der Vergleich mit einem einzigen anderen Unternehmen ausreichen kann, auch wenn dieses selbst ein Monopolunternehmen ist⁹⁴. Als Vergleichsmaterial sind dann Gestattungsverträge anderer Gemeinden, die jeweils in ihrem Hoheitsgebiet über ein Wegemonopol verfügen, heranzuziehen. Dabei kann als Vergleichsmaterial die jeweils maßgebliche Berechnungsmethode⁹⁵ der Gestattungsentgelte dienen: Werden die Gestattungsentgelte nach Trassenlänge berechnet, ist Vergleichsmaßstab der Quotient aus Gestattungsentgelt und Trassenlänge; werden sie nach dem Unternehmensgewinn berechnet, sind die prozentualen Anteile daran, nach denen sich die Gestattungsentgelte bemessen, Vergleichsmaterial usw. Durch Sicherheitszuschläge soll das knappe und damit womöglich nicht repräsentative Vergleichsmaterial ausgeglichen werden⁹⁶.

Neben dem Vergleichsmarktkonzept wird als Messverfahren auch die Gewinnhöhe, mithin die Differenz zwischen Kosten und Erlös, in Erwägung gezogen, jedoch dessen Zuverlässigkeit bezweifelt⁹⁷. Allerdings soll aus einer extrem hohen Differenz zwischen Herstellkosten und Erlös ein Indiz für missbräuchliches Verhalten abgeleitet werden dürfen⁹⁸. Bemerkenswert ist hierbei, dass der Gemeinde bei der Vergabe von Wegerechten keine unmittelbaren Kosten entstehen. Damit wären bei Anwendung dieser Methode aus kartellrechtlichem Blickwinkel überhaupt keine Gestattungsentgelte gerechtfertigt. Zu erwägen

ist, dass die Zahlung von Gestattungsentgelten ein Mittel zur Allokation, das heißt zur effizienten Verteilung knapper Güter ist. Allerdings ist der Straßenkörper in der Regel so groß, dass er mehrere Leitungen verschiedener Ver- und Entsorgungssektoren aufnehmen kann, gegebenenfalls sogar mehrere Leitungen ein und desselben Sektors, so dass von der Verteilung eines knappen Guts nicht ohne weiteres gesprochen werden kann. Damit verbleibt es allenfalls bei mittelbaren, unbezifferbaren Beeinträchtigungen, die der Gemeinde durch den Leitungsbau entstehen⁹⁹.

Verlangt die Gemeinde von verschiedenen Nachfragern nach Wegerechten unterschiedliche Gestattungsentgelte bzw. Konzessionsabgaben, folgt daraus ein Verstoß gegen § 20 Abs. 1 GWB. Marktbeherrschenden Unternehmen ist es nach dieser Vorschrift untersagt, andere Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, ohne sachlich gerechtfertigten Grund gegenüber gleichartigen Unternehmen unterschiedlich zu behandeln. Dem geschützten Personenkreis gehören insbesondere tatsächliche oder potenzielle Geschäftspartner, z.B. Abnehmer oder Lieferanten des Normadressaten, an¹⁰⁰, somit auch sämtliche Nachfrager, die von der Gemeinde die Gestattung zum Bau von Leitungen in ihrem

87 Darunter fallen auch Straßennetze *Bechtold*, 5. Auflage, § 19 GWB Rn. 88; *Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, 4. Auflage, § 19 GWB Rn. 198.

88 Im Überblick zu den vertretenen Auffassungen *Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, 4. Auflage, § 19 GWB Rn. 193.

89 *Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, 4. Auflage, § 19 GWB Rn. 193.

90 Rechtsfolge der Zugangsgewährung ist die Pflicht auf Abschluss eines Vertrags, *Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, 4. Auflage, § 19 GWB Rn. 212.

91 Zur Bestimmung der angemessenen Gegenleistung wird vorgeschlagen, die Maßstäbe des § 19 Abs. 4 Nr. 2, 3 GWB, insbesondere das Vergleichsmarktprinzip heranzuziehen, so *Bechtold*, 5. Auflage, § 19 GWB Rn. 92.

92 *Bechtold*, 5. Auflage, § 19 GWB Rn. 74.

93 *Bechtold*, 5. Auflage, § 19 GWB Rn. 76.

94 So BGH WuW/E DE-R 1513 ff., 1517 – *Stadtwerke Mainz*; *Bechtold*, 5. Auflage, § 19 GWB Rn. 76 und *Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, 4. Auflage, § 19 GWB Rn. 165 m. jew. weit. Nachw.

95 Siehe zu den Gestaltungsvarianten oben I. 3.

96 BGH WuW/E BGH 1445, 1452 – *Valium*; *Bechtold*, 5. Auflage, § 19 GWB Rn. 76; kritisch dazu *Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, 4. Auflage, § 19 GWB Rn. 165.

97 *Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, 4. Auflage, § 19 GWB Rn. 158.

98 *Bechtold*, 5. Auflage, § 19 GWB Rn. 81; *Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, 4. Auflage, § 19 GWB Rn. 169.

99 *Immesberger* (Fn. 12), Stand 1997, I-2, S. 7 verweist auf die fortwährenden Eingriffe in die Substanz der öffentlichen Verkehrsräume, die zu höheren Wegeunterhaltungskosten der Gemeinden führen. Allerdings werden die Versorger mit Abschluss von Wegenutzungs- und Gestattungsverträgen zur Wiederherstellung des vorherigen Zustands verpflichtet. Im Übrigen hat die Verlegung von Fernwärmeleitungen sogar einen positiven Effekt auf den Straßenkörper, da die transportbedingten Wärmeverluste die schädlichen Wirkungen des Frosts dämpfen.

100 *Markert* in *Immenga/Mestmäcker*, 4. Auflage, § 20 GWB Rn. 91.

Wegenetz begehren. Gleichartige Unternehmen sind dadurch gekennzeichnet, dass sie im Wesentlichen die gleiche unternehmerische Tätigkeit und wirtschaftliche Funktion ausüben¹⁰¹. Gleichartigkeit ist in Anbetracht der wirtschaftlichen Funktion, dem Energiekunden die Deckung des Wärmebedarfs zu ermöglichen, für sämtliche Unternehmen des Wärmemarkts zu bejahen, wenngleich als Nachfrager des öffentlichen Wegenetzes nur die Anbieter leistungsgebundener Energien, mithin Erdgas- und Fernwärmeversorger, in Betracht kommen. Wird Nachfragern für eine bestimmte Mengeneinheit der gleichen Ware oder Leistung eine unterschiedliche Gegenleistung abverlangt, so liegt eine Ungleichbehandlung vor¹⁰² – z.B. dann, wenn Fernwärmeversorger höhere Gestattungsentgelte als Gasversorger entrichten müssen. Fraglich ist dann, ob sich Gemeinden zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung auf die Höchstpreisregelungen des Konzessionsabgabenrechts berufen dürfen. Sind aber die Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB abzuwägen – so die ständige Rechtsprechung des BGH¹⁰³ –, muss auch die gefährdete Wettbewerbsfähigkeit der ungleich behandelten Unternehmen berücksichtigt werden. Denn die Wettbewerbsfähigkeit beeinträchtigt es, wenn eine Gruppe von Marktteilnehmern durch ein Höchstpreisrecht geschützt wird, die andere Gruppe hingegen mangels gesetzlicher Vorgaben nicht in den Genuss eines solchen Schutzes kommt.

III. Zusammenfassung

Die Vereinbarung von Gestattungsentgelten bestimmt sich in Ermangelung preisrechtlicher Vorschriften nach der Vertragsfreiheit. Steuerrechtliche Aspekte, insbesondere die Anerkennung von verdeckten Gewinnausschüttungen als Betriebsausgaben, wirken sich nicht auf die zivilrechtliche Zulässigkeit aus. Das Recht der Konzessionsabgaben (KAE bzw. KAV) ist auf Gestattungsentgelte nicht unmittelbar anwendbar, da die Fernwärme nicht von deren sachlichem Anwendungsbereich erfasst wird. Hingegen ist eine analoge Anwendung der für Gassonderkundenverträge geltenden Höchstpreisvorschriften der KAV wegen des Wettbewerbs zwischen den Energieträgern Erdgas und Fernwärme geboten. Schließlich kann sich der Versorger auf Rechtsbehelfe der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle berufen, weil die Gemeinde über eine marktbeherrschende Stellung an öffentlichen Wegen verfügt.

101 Markert in Immenga/Mestmäcker, 4. Auflage, § 20 GWB Rn. 99.

102 Markert in Immenga/Mestmäcker, 4. Auflage, § 20 GWB Rn. 177.

103 Grundlegend BGHZ 38, 90 (102) – Treuhandbüro; Markert in Immenga/Mestmäcker, 4. Auflage, § 20 GWB Rn. 129 m. weit. Nachw.