

Konzessionsabgabenrechtliche Behandlung von Stromlieferungen an Sondervertragskunden in lastschwachen Zeiten nach Wegfall der BTOElt

Von Dr. Markus Köhler und Dr. Christofer Lenz, Rechtsanwälte in Stuttgart*

I. Einleitung

Der Leistungsbedarf des Marktes für elektrische Energie ist über den Tag gesehen nicht gleichmäßig. Ebenso wie es – vorhersehbare und unvorhersehbare – Spitzenlasten gibt, gibt es Zeiträume, in denen selbst die Grundlastkraftwerke kaum ausgelastet sind (Schwachlastzeit). Um die Kraftwerke nicht herunterfahren oder -regeln zu müssen, werden Schwachlastzeiten häufig genutzt, um beispielsweise Speicherseen aufzufüllen oder Wärmepumpen- und Nachtspeicherheizungen zu betreiben, die die Stromüberproduktion abnehmen, indem sie einen Wärmespeicher aufheizen. Hinzu kommt, dass in leistungsschwachen Zeiten die Nutzung der Netze besonders kostengünstig möglich ist, da die Leistung des Netzes besonders wenig in Anspruch genommen wird. Für diese Zeit bieten viele Energieversorgungsunternehmen (EVU) Schwachlasttarife an. Diese werden nicht im Wege einer Vollkostenrechnung, sondern nach Deckungsbeitragsgesichtspunkten gebildet¹.

Dies führte zu der Regelung in § 9 Bundestarifordnung Elektrizität (BTOElt). Danach hatten Energieversorgungsunternehmen mit allgemeiner Anschluss- und Versorgungspflicht, die heute allgemein mit Grundversorgern im Sinne von § 36 EnWG gleichgesetzt werden, zu Tageszeiten schwacher Leistungsanspruchnahme einen Schwachlastarbeitspreis anzubieten, der der Kostensituation in diesen Zeiten Rechnung tragen musste. Nach § 9 Abs. 1 Satz 3 BTOElt wurden die Schwachlastzeiten vom Energieversorgungsunternehmen selbst nach Maßgabe seiner Lastverhältnisse im Tarif festgelegt. Erfüllte der Grundversorger seine Verpflichtung aus § 9 BTOElt, Schwachlastarbeitspreise anzubieten, griff für seine Tarifkunden eine konzessionsabgabenrechtliche Privilegierung. Betragen bei Strom, der nicht als Schwachlaststrom geliefert wird, die konzessionsabgabenrechtlichen Höchstbeträge für Kunden, die Tarifkunden sind oder wie Tarifkunden zu behandeln sind, je nach Gemeindegröße zwischen 1,32 Cent und 2,39 Cent je Kilowattstunde² (§ 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1b Konzessionsabgabenverordnung [KAV]), gibt § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a KAV einen Höchstbetrag von lediglich 0,61 Cent je Kilowattstunde vor bei Strom, der im Rahmen eines Schwachlasttarifs nach § 9 BTOElt geliefert wird.

Mit Ablauf des 30. 6. 2007 trat gemäß Art. 5 Abs. 3 des Zweiten Gesetzes zur Neuordnung des Energiewirtschaftsrecht die BTOElt außer Kraft. Dadurch entfiel mit § 9 BTOElt zugleich die Bestimmung, die im Wesentlichen zwingend einen Schwachlasttarif vorsah und an die sich die KAV bei der konzessionsabgabenrechtlichen Privilegierung des Schwachlaststroms im Tarifkundenbereich (§ 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a KAV) anlehnte. Deshalb stellt sich die Frage, ob Stromlieferungen, die nicht der Grundversorger, sondern andere Stromlieferanten zu last-

schwachen Zeiten erbringen, seit dem 1. 7. 2007 konzessionsabgabenrechtlich noch privilegiert sind. Insbesondere ist die Frage aufgeworfen, ob die Privilegierung davon abhängt, dass der jeweilige Grundversorger auch nach Aufhebung des § 9 BTOElt weiter einen eigenen Schwachlasttarif anbietet.

II. Privilegierung nach § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a KAV ?

Schwachlaststrom könnte seit dem 1. 7. 2007 direkt über § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a KAV konzessionsabgabenrechtlich privilegiert sein, wenn man sich auf den Standpunkt stellte, dass nach Aufhebung von § 9 BTOElt jedes Energieversorgungsunternehmen Schwachlaststrom im Sinne der Legaldefinition in Nr. 1a liefern kann. Dafür ließe sich anführen, dass Schwachlaststrom konzessionsabgabenrechtlich deshalb privilegiert ist, um einen energie- und umweltpolitisch erwünschten Anreiz zur Verlagerung von Stromwendungen in lastschwache Zeiten zu erreichen³. Soweit Kunden nicht auf der Grundlage von in § 1 Abs. 3 KAV genannten Verträgen beliefert werden, sind sie aber keine Tarifkunden im Sinne der KAV, sondern nach § 1 Abs. 4 KAV Sondervertragskunden. Auf Sondervertragskunden ist § 2 Abs. 2 KAV schon nach seinem Wortlaut nicht anwendbar.

III. Privilegierung nach § 2 Abs. 7 Satz 3, 2. HS KAV

Stromlieferungen an Sondervertragskunden in lastschwachen Zeiten können nach § 2 Abs. 7 Satz 3, 2. HS KAV konzessionsabgabenrechtlich privilegiert sein, soweit es sich um Stromlieferungen nach § 2 Abs. 7 Satz 3 KAV handelt. Das sind nach der Festlegung des ersten Halbsatzes sowohl Stromlieferungen nach den §§ 7 und 9 der BTOElt (Variante 1) sowie Stromlieferungen im Rahmen von Sonderabkommen für Lieferungen in lastschwachen Zeiten (Variante 2).

* Die Autoren sind Partner von OPPENLÄNDER Rechtsanwälte, Stuttgart, und Lehrbeauftragte an den Universitäten Mannheim (Dr. Köhler) und Stuttgart (Dr. Lenz). Dem Beitrag liegt ein Rechtsgutachten zugrunde, das die Autoren erstattet haben.

1 Vgl. schon den Bericht der Arbeitsgruppe Netznutzung Strom der Kartellbehörden des Bundes und der Länder vom 19. 4. 2001, S. 63.

2 Soweit Strom an Sondervertragskunden geliefert wird, die nicht gemäß § 2 Abs. 7 KAV wie Tarifkunden zu behandeln sind, beträgt der konzessionsabgabenrechtliche Höchstbetrag hingegen 0,11 Cent je Kilowattstunde.

3 Vgl. die Begründung für § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a KAV, BR-Drs. 686/91 vom 19. 12. 1991, Anlage, S. 2.

Was bei Variante 1 mit Stromlieferungen nach §§ 7 und 9 BTOElt gemeint ist, ist jedenfalls für den Zeitraum, in dem die BTOElt noch galt, nicht weiter auslegungsbedürftig. Wird die spezielle Regelung des § 7 BTOElt für den Strombezug für elektrische Wärme und zur Raumheizung ausgeklammert, dann erfasst der Lieferungsbezug des § 2 Abs. 7 Satz 3 KAV über den Verweis auf § 9 BTOElt Stromlieferungen für Tageszeiten schwacher Leistungsinanspruchnahme (Schwachlastzeit) durch das Energieversorgungsunternehmen mit allgemeiner Anschluss- und Versorgungspflicht (Grundversorger). Sondervertragskunden sind hier nicht erfasst.

Die klaren Inhalte von Stromlieferungen nach den §§ 7 und 9 der BTOElt helfen bei der Auslegung der anderen Lieferungsvariante (Variante 2), den Stromlieferungen im Rahmen von Sonderabkommen von Lieferungen in lastschwachen Zeiten. Diese Stromlieferungen haben mit Stromlieferungen nach § 9 BTOElt gemein, dass sie zu lastschwachen Zeiten erfolgen. Der Unterschied kann nur beim Merkmal »im Rahmen von Sonderabkommen« liegen. Charakteristisch für Stromlieferungen nach § 9 BTOElt ist, dass Lieferant hier nur ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen mit allgemeiner Anschluss- und Versorgungspflicht (i.S. d. früheren Fassungen des Energiewirtschaftsgesetzes) sein kann. Solche Anschluss- und Versorgungspflichten treffen heute den Grundversorger nach § 36 EnWG. Wenn der Grundversorger Strom nach § 9 BTOElt geliefert hat, wozu er grundsätzlich verpflichtet war, dann waren das Stromlieferungen zu einem Allgemeinen Preis.

§ 2 Abs. 7 Satz 3 KAV verwendet als Gegensatz zu diesem Allgemeinen Preis das Merkmal »im Rahmen von Sonderabkommen«. Der Begriff des Sonderabkommens ist in der KAV nicht definiert. Es handelt sich um einen branchenüblichen Begriff, der bislang Sonderverträge kennzeichnete, die Energieversorgungsunternehmen mit Kunden abschließen, um die Belieferung mit elektrischer Energie für spezifische Anlagen (meist Wärmespeicher, z.B. für Nachtspeicherheizungen) während lastschwacher Zeiten zu vereinbaren. Dies sind wie gesagt Sonderverträge, zu deren Abschluss das EVU nicht verpflichtet ist. Gleichwohl wurde der Begriff »Sonderabkommen« branchenweit stets nur für Sondertarife des Grundversorgers verwandt, die obiger Definition entsprechen. Es handelt sich damit um einen Wahltarif im Sinne des ehemaligen § 2 Abs. 1 BTOElt. Es ist naheliegend, dass der Ordnungsgeber der KAV dieses Branchenverständnis des Begriffs »Sonderabkommen« bei der Normformulierung übernommen hat.

Mit Wegfall der BTOElt fällt auch die Möglichkeit weg, Sonderabkommen im Sinne eines Wahltarifs der BTOElt anzubieten. Damit bleiben zwei Möglichkeiten zur Auslegung von § 2 Abs. 7 Satz 3 KAV. Entweder ist der Anwendungsbereich von § 2 Abs. 7 Satz 3 KAV nach Abschaffung der BTOElt um die früheren Fälle der Sonderabkommen reduziert oder der Begriff Sonderabkommen muss in § 2 Abs. 7 KAV autonom ausgelegt werden.

1. Keine Anwendbarkeit des Begriffs »Sonderabkommen« mehr?

Für die erstere Lösung könnte sprechen, dass der Begriff des Sonderabkommens an keiner anderen Stelle der KAV auftaucht und offensichtlich kein von der KAV gewollt geschaffener unbestimmter Rechtsbegriff ist.

Hiergegen spricht jedoch, dass auch der Ordnungsgeber das »Sonderabkommen« mit dem »Sondervertrag« gleichsetzt. Nach Immesberger⁴ hat das Bundesministerium für Wirtschaft auf die VDEW Frage Nr. 10, ob in der amtlichen Statistik auch die Durchschnittserlöse für »Stromlieferungen an Speicherheizungen nach Sonderabkommen einbezogen« seien und diese Lieferungen »unter die Grenzbereichsregelung« fielen, geantwortet, »diese Lieferungen sind in den Durchschnittserlösen für Sonderabnehmer der amtlichen Statistik nicht enthalten. Soweit Lieferungen für Nachtspeicherheizungen nach Sonderverträgen erfolgen, ist die Grenzbereichsregelung auf sie ebenfalls anzuwenden.«

Für die konzessionsabgabenrechtliche Gleichsetzung des Sonderabkommens mit dem Sondervertrag spricht auch die ratio von § 2 Abs. 7 KAV⁵. Mit der Einführung einer Grenze, bis zu der unabhängig von der Ausgestaltung des Liefervertrags als Tarifabnehmer- oder Sonderabnehmervertrag die Tarifabnehmerkonzessionsabgabe anzuwenden ist, sollte das Konzessionsabgabenaufkommen im Wettbewerb sichergestellt werden. Es sollte insbesondere verhindert werden, dass der bisherige (Grund-)Versorger seine Verträge trotz der wettbewerbsneutralen Ausgestaltung der Konzessionsabgaben zwischen den Lieferunternehmen im Interesse seiner Kunden an niedrigen Strompreisen in Sonderabnehmerverträge (welcher Art auch immer) umwandelt. Die Gesetzesbegründung beschreibt weiter, dass Lieferungen an Tarifkunden im Rahmen von Sonderabkommen für lastschwache Zeiten unberücksichtigt blieben.

Dies alles deutet darauf hin, dass der Gesetzgeber bei der Formulierung von § 2 Abs. 7 Satz 3 KAV von einer Gleichsetzung des Sondervertrags mit dem Begriff des Sonderabkommens ausgegangen ist. Nachdem der Gesetzgeber im Rahmen der 2. Energierechtsnovelle auch die KAV, nicht jedoch § 2 Abs. 7 Satz 3 KAV geändert hat, fällt es ebenfalls schwer zu begründen, dass es gesetzgeberischer Wille sei, einen inhaltsleeren Begriff in der Verordnung zu belassen. So erscheint eine nähere Befassung mit der autonomen Auslegung des Begriffs »Sonderabkommen« lohnenswert.

2. Autonome Auslegung von § 2 Abs. 7 Satz 3 KAV
Mit Abschaffung der BTOElt fielen auch die Wahltarife weg, zu denen die Sonderabkommen zählten. Der Begriff des »Sonderabkommens« in seiner hergebrachten branchenweit verwendeten Bedeutung hörte damit auf zu existieren. Es stellt sich folglich die Frage, ob der Begriff autonom dahin ausgelegt werden kann,

⁴ Das neue Recht der Konzessionsabgaben, Loseblattsammlung, Stand März 2007, II § 2 Rdnr. 35.

⁵ Vgl. hierzu Immesberger, a.a.O., II § 2 Rdnr. 47.

dass er zukünftig sämtliche Sonderverträge erfasst, die spezifische Konditionen für lastschwache Zeiten beschreiben.

Der Wortlaut der Bestimmung lässt eine derartige Auslegung ohne weiteres zu. Ein Sonderabkommen ist letztendlich ein zivilrechtlicher Vertrag zwischen dem Stromlieferanten und dem Abnehmer. Er steht im Gegensatz zu den – allgemeinen – Konditionen der Stromlieferung, da er Sonderformen der Belieferung abdeckt. Der Wortlaut zwingt auch nicht dazu, den Begriff auf Vereinbarungen über die Nutzung besonderer Gerätschaften (z.B. Nachtspeicherheizungen) zu begrenzen.

Für die (weite) Auslegung spricht weiter, dass § 2 Abs. 7 Satz 3 KAV nach Abschaffung der BTOElt ansonsten inhaltsleer wäre. Weder gäbe es noch die Möglichkeit, Strom, der in lastschwachen Zeiten geliefert wird, aus der Bestimmung des fiktiven Tariffkunden nach § 2 Abs. 7 Satz 1 KAV herauszunehmen. Noch gäbe es die Möglichkeit, derartige Lieferungen zukünftig überhaupt zu privilegieren. Dies wiederum würde gegen § 1 Abs. 1 EnWG verstoßen, da eine Möglichkeit zur preisgünstigen, verbraucherfreundlichen und umweltverträglichen Versorgung, die obendrein bisher bestand, abgeschafft werden würde. Ein derartiger Wille des Gesetzgebers im Rahmen der Abschaffung der BTOElt ist auch nicht erkennbar, selbst wenn man betrachtet, dass die Energiekostenvorteile eines Schwachlasttarifs durch die hohe Stromsteuer heute weitgehend aufgehoben sind und die Zahl der angebotenen Nachtstromtarife sinkt.

Zweck von § 2 Abs. 7 Satz 3 KAV ist, Energie, die zu lastschwachen Zeiten geliefert wird, preislich zu privilegieren – und zwar unabhängig davon, ob Lieferant der Grundversorger oder ein dritter Energieanbieter ist⁶. Dieses Ziel kann nach Abschaffung der BTOElt nur noch erreicht werden, wenn § 2 Abs. 7 Satz 3 KAV auch auf Schwachlastlieferungen dritter Anbieter anwendbar bleibt. Würde man dritte Anbieter auf den Gleichbehandlungsanspruch gemäß § 2 Abs. 6 KAV verweisen, könnten diese nicht mehr eigenständig und unabhängig vom Angebot des Grundversorgers über den Bestand eines Schwachlasttarifs entscheiden. Dies wiederum wäre ein Verstoß gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität der Konzessionsabgabenverordnung.

Es gibt letztlich auch keinen sachlich gerechtfertigten Grund, Schwachlastlieferungen von dritten Stromanbietern gegenüber Schwachlastlieferungen des Grundversorgers ungleich zu behandeln. Beide Lieferformen müssen ausdrücklich mit dem Abnehmer kontrahiert werden. Anlass, die Vereinbarung eines Schwachlasttarif durch das »Stecker-in-die-Steckdose«-Prinzip der Grundversorgung möglich zu machen, gibt es nicht. Dies gilt schon deshalb, weil die entsprechenden organisatorischen und technischen Voraussetzungen für den Bezug von Schwachlaststrom erst geschaffen werden müssen und es hierzu einer Kontaktaufnahme mit dem Lieferanten bedarf. Dieses Ergebnis wird noch dadurch bestätigt, dass es sich bei den Anwen-

dungsfällen des gesamten § 2 Abs. 7 KAV immer um Fälle handeln muss, in denen gerade keine Tariffkunden im Sinne von § 1 Abs. 3 KAV vorliegen, sondern Sondervertragskunden. Denn nur bei Sondervertragskunden kann überhaupt im Wege der Fiktion eine Stromlieferung als Lieferung an einen Tariffkunden eingestuft werden. Im Bereich der Sondervertragskunden herrscht aber ein völlig ungehinderter Wettbewerb zwischen dem Grundversorger und konkurrierenden Energieversorgungsunternehmen. Deshalb ist die Vorstellung, ausgerechnet im Sondervertragsbereich gebe es Angebote, die exklusiv dem Grundversorger vorbehalten sind, dem Liberalisierungszweck des EnWG fremd.

Der einzige Einwand gegen das gefundene Ergebnis könnte sein, dass sich das Konzessionsabgabenaufkommen durch die hier bevorzugte Auslegung verringern würde. Dieses Argument ist aber nur prima vista zutreffend. Auf den zweiten Blick wird deutlich, dass sich am Konzessionsabgabenvolumen tatsächlich nichts ändert. Schon bisher hatte der Grundversorger die Pflicht, gemäß § 9 BTOElt einen – konzessionsabgabenrechtlich privilegierten – Schwachlasttarif anzubieten. Er hat darüber hinaus Sonderabkommen für Nachtspeicherheizungen angeboten. Der dritte Stromlieferant hatte einen Gleichbehandlungsanspruch gemäß § 2 Abs. 6 KAV. Die hier bevorzugte Auslegung führt deshalb nicht dazu, dass das bisherige Volumen der von den Kommunen erzielten Konzessionsabgaben absinkt. Es erhöht sich allerdings auch nicht. Eine Vergrößerung des Konzessionsabgabenaufkommens der Kommunen durch Abschaffung kostenbewusster Tarife lässt sich nicht mit dem Willen des Verordnungsgebers begründen.

Ist danach § 2 Abs. 7 Satz 3 KAV auf Schwachlaststromlieferungen an Sondervertragskunden anwendbar, stellt sich die Frage nach der konkreten konzessionsabgabenrechtlichen Rechtsfolge.

3. Rechtsfolge: Jedenfalls Geltung der Höchstbeträge aus § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a KAV
Diese Rechtsfolge ergibt sich aus § 2 Abs. 7 Satz 3, 2. HS KAV. Da Stromlieferungen an Sondervertragskunden in lastschwachen Zeiten bei Abschluss eines Sonderabkommens mit dem Kunden »Lieferungen« im Sinne des zweiten Halbsatzes sind, gelten für sie nach dem Wortlaut der Verordnung »§ 2 Abs. 2 Nr. 1a und Abs. 3«. Ob Abs. 2 Nr. 1a gilt oder Abs. 3, macht einen erheblichen Unterschied. Rechtsfolge bei Geltung von § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a KAV ist ein Höchstbetrag von 0,61 Cent je Kilowattstunde. Rechtsfolge der Geltung von Abs. 3 ist ein Höchstbetrag von 0,11 Cent je Kilowattstunde. Der Wortlaut der Regelung, das »und«, ist misslungen. Höchstbeträge je Kilowattstunde können nicht nebeneinander (additiv) gelten, sondern nur alternativ (entweder oder). Entweder gilt Abs. 2 Nr. 1a oder Abs. 3. Wann Abs. 2

⁶ Immesberger, a.a.O., § 2 Rdnr. 47.

Nr. 1a gilt und wann Abs. 3, lässt der Wortlaut der Regelung nicht erkennen.

a) Abgrenzung nach Lieferungsarten

Naheliegend ist es, die beiden unterschiedlichen Regelungen (Geltung von Abs. 2 Nr. 1a; Geltung von Abs. 3) den beiden Hauptvarianten von »Lieferungen« zuzuordnen, wie sie im vorausgegangen ersten Halbsatz definiert sind.

aa) Systematische Auslegung

Für Stromlieferungen nach den §§ 7 und 9 der BTOElt lag die Geltung von Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a nahe, weil diese Regelung in ihrer ersten Variante ausdrücklich an die Lieferung von Strom im Rahmen eines Schwachlasttarifs nach § 9 der BTOElt anknüpft. Die Anwendung des Absatzes 2, also einer Norm, die nur für die Belieferung von Tarifkunden galt, ist auch deshalb naheliegend und sachgemäß, weil der Schwachlasttarif nach § 9 BTOElt ebenso wie der Tarif nach § 7 BTOElt ein allgemeiner Tarif war.

Für die zweite Variante des § 2 Abs. 7 Satz 3, 1. HS KAV, die Stromlieferungen im Rahmen von Sonderabkommen für Lieferungen in lastschwachen Zeiten, ist dagegen die Anwendung von Absatz 3 sachgerecht. Denn in diesen Fällen handelt es sich um reine Sondervertragskunden. Löst man die nach ihrem Wortlaut unklare und deshalb auslegungsbedürftige Rechtsfolgenzuordnung im zweiten Halbsatz auf diese Weise auf, bleibt auch die Gleichbehandlung gewahrt. In beiden Fällen wird sichergestellt, dass nach den allgemeinen Regeln Konzessionsabgabe zu zahlen ist: Für Tarifkunden über Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a, für Sondervertragskunden über Abs. 3.

bb) Historische und teleologische Auslegung

Das deckt sich voll mit der ursprünglichen Zwecksetzung, die Bundesregierung und Bundesrat bei der Einführung von § 2 Abs. 7 KAV durch die Erste Verordnung zur Änderung der KAV im Jahr 1999 verfolgt haben. Die Grundregelung des Absatzes 7 in dessen Satz 1 sollte durch die Fiktion von Stromlieferungen an Tarifkunden sicherstellen, dass das Konzessionsaufkommen im Wettbewerb nicht dadurch vermindert wird, dass der bisherige Versorger seine Verträge trotz der wettbewerbsneutralen Ausgestaltung der Konzessionsabgaben zwischen den Lieferunternehmen im Interesse seiner Kunden an niedrigeren Strompreisen in Sonderabnehmerverträge umwandelt⁷.

Von dieser grundsätzlichen Zielsetzung sind die schon in vorwettbewerblicher Zeit wegen ihrer energie- und umweltpolitischen Vorteile privilegierten Stromlieferungen in lastschwachen Zeiten⁸ auch in der Wettbewerbszeit ausgenommen worden. Der Strom in lastschwachen Zeiten, etwa für Nachtstromspeicherheizungen, sollte nach dem ausdrücklichen Willen des Verordnungsgebers auch künftig nicht mit der hö-

heren Konzessionsabgabe für Tarifabnehmer belastet werden können=<FNBR-Drs. 358/99 vom 9. 6. 1999, Seite 6.. Für diese aus energie- und umweltpolitischen Gründen konzessionsabgabenrechtlich privilegierten Stromlieferungen zu lastschwachen Zeiten sollte deshalb nicht die Fiktionswirkung von Abs. 7 Satz 1 greifen, sondern für diese Lieferungen sollte es über Abs. 7 Satz 3, 2. HS dabei bleiben, dass nach den jeweils einschlägigen allgemeinen Regeln Konzessionsabgabe zu bezahlen ist⁹.

cc) Kontrollüberlegung: Sonst kein Anwendungsfall für Abs. 3

Wollte man dies – mit welchen Gründen auch immer – anders sehen und die Geltung von Absatz 3 für Stromlieferungen im Rahmen von Sonderabkommen für Lieferungen in lastschwachen Zeiten ausschließen, ließe sich nicht beantworten, für welche Fälle Absatz 3 dann noch gelten soll. Denn für Stromlieferungen nach §§ 7 und 9 der BTOElt könnte Absatz 3 noch viel weniger gelten. Eine Auslegung, die dazu führt, dass entgegen dem Wortlaut für »diese Lieferungen« Absatz 3 nie gilt, ist sinnlos und kann nicht richtig sein.

b) Hilfsweise: Jedenfalls Höchstbetrag 0,61 Cent je Kilowattstunde

Wer ungeachtet dessen auf Stromlieferungen im Rahmen von Sonderabkommen für Lieferungen in lastschwachen Zeiten nicht Absatz 3, sondern Absatz 2 Satz 1 Nr. 1a anwenden wollte, steht vor der Folgefrage, ob § 2 Abs. 7 Satz 3, 2. HS KAV eine Rechtsgrund- oder eine Rechtsfolgenverweisung ist. Davon hängt ab, ob die Rechtsfolge der jeweiligen Norm nur dann eingreift, wenn auch ihr Tatbestand erfüllt ist.

Letzteres dürfte bei Stromlieferungen im Rahmen von Sonderabkommen für Lieferungen in lastschwachen Zeiten bezogen auf Absatz 2 Satz 1 Nr. 1a jedenfalls seit dem 1. 7. 2007 kaum mehr möglich sein. Denn die Voraussetzung der Variante 1, dass der Strom im Rahmen eines Schwachlasttarifs nach § 9 BTOElt geliefert wird, kann mangels Geltung dieser Norm nicht mehr erfüllt werden. Ob die Voraussetzung der Variante 2 (Strom der dem Schwachlasttarif entsprechende Zone eines zeitvariablen Tarifs) greift, dürfte jedenfalls zweifelhaft sein. Greift aber die Verweisung auf § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a KAV nicht, muss ersatzweise die andere (»und Abs. 3«) Verweisung auf Absatz 3 zum Zuge kommen, weil der Strom andernfalls mit der höheren (normalen) Konzessionsabgabe für Tarifabnehmer nach § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1b (1,32 bis

⁷ Vgl. BR-Drs. 358/99 vom 9. 6. 1999, Seite 5.

⁸ Vgl. zu dieser energie- und umweltpolitischen Zielsetzung die Begründung des Bundesrats zur ursprünglichen Fassung von § 2 Abs. 2 KAV in BR-Drs. 686/91 vom 19. 12. 1991, Anlage, Seite 2.

⁹ Vgl. BR-Drs. 358/99 vom 9. 6. 1999, Seite 6.

2,39 Cent) belastet würde. Das ist aber nach dem erklärten Willen des Ordnungsgebers ausdrücklich ausgeschlossen¹⁰. Verwies deshalb § 2 Abs. 7 Satz 3, 2. HS KAV auf Absatz 3, dann lägen dessen Voraussetzungen ohne Weiteres vor, da es sich um die Belieferung von Sondervertragskunden handelt. Auch bei dieser Variante ergäbe sich ein Höchstbetrag für die Konzessionsabgabe je Kilowattstunde von 0,11 Cent.

Eine Geltung von Absatz 2 Nr. 1a statt von Absatz 3 für Stromlieferungen im Rahmen von Sonderabkommen für Lieferungen in lastschwachen Zeiten setzt deshalb voraus, dass diese Lieferungen unter die Rechtsfolge nach Variante 1 von § 2 Abs. 7 Satz 3, 2. HS KAV fallen und dass diese Geltungsanordnung direkt auf die Rechtsfolgen von § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a verweist, also auf den Höchstbetrag je Kilowattstunde von 0,61 Cent.

IV. Privilegierung über § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a i. V. mit Abs. 6 KAV

Bestünde die Privilegierung nach § 2 Abs. 7 Satz 3 i. V. m. Abs. 3 KAV nicht, könnte sich eine Privilegierung jedenfalls in eingeschränkter Weise noch aus § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a i. V. m. Abs. 6 KAV ergeben.

Diese Privilegierung wäre akzessorisch, weil sie voraussetzt, dass ein anderes Energieversorgungsunternehmen, welches Tarifikunden beliefert, im Regelfall also der Grundversorger, mit einem zu lastschwachen Zeiten angebotenen Tarif unter § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a KAV fällt (dazu unter 1.) und ein Stromlieferant als »Dritter« konzessionsabgabenrechtliche Gleichbehandlung verlangen kann (dazu unter 2.).

1. Anwendbarkeit von Absatz 2 Satz 1 Nr. 1a KAV auf ein anderes Energieversorgungsunternehmen

Die Anwendung von § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a KAV auf ein anderes Energieversorgungsunternehmen setzt zunächst voraus, dass Tarifikunden beliefert werden. Diese Voraussetzung erfüllt immer der Grundversorger. Weitere Voraussetzung ist, dass Schwachlaststrom im Sinne der Legaldefinition in Absatz 2 Satz 1 Nr. 1a geliefert wird. Die erste Variante (Lieferung im Rahmen eines Schwachlasttarifs nach § 9 BTOElt) kann bei wörtlichem Verständnis wegen des Wegfalls der BTOElt seit dem 1. 7. 2007 nicht mehr erfüllt werden. Eingreifen könnte aber auch dann noch Variante 2 (Strom, der im Rahmen der dem Schwachlasttarif entsprechenden Zone eines zeitvariablen Tarifs geliefert wird). Das entspricht der Fallgruppe eines faktischen Schwachlasttarifs. Die Variante 2 kann nach dem Außerkrafttreten der BTOElt weiter eingreifen, weil sie sich anders als die Variante 1 nicht ausdrücklich auf die BTOElt und einen nach ihr genehmigten Tarif bezieht.

Voraussetzung für die Anwendung von Variante 2 ist damit, dass der Grundversorger oder ein anderes Energieversorgungsunternehmen, das Tarifikunden im Sinne von § 1 Abs. 3 KAV beliefert nach dem 1. 7. 2007 im konkreten Netz freiwillig einen zeitvariablen Tarif an-

bietet, der eine Zone enthält, die der Sache nach einem Schwachlasttarif entspricht.

2. Gleichbehandlungsanspruch aus Absatz 6

In diesem Fall könnte ein dritter Stromlieferant über § 2 Abs. 6 KAV einen Anspruch auf konzessionsabgabenrechtliche Gleichbehandlung haben. Nach dieser Vorschrift können Netzbetreiber und Gemeinde für Lieferungen, die Dritte im Wege der Durchleitung an Letztverbraucher vornehmen, Konzessionsabgaben nur bis zu der Höhe vereinbaren oder bezahlen, wie sie der Netzbetreiber in vergleichbaren Fällen für Lieferungen seines Unternehmens oder durch verbundene oder assoziierte Unternehmen in diesem Konzessionsgebiet zu zahlen hat. Seit dem Zweiten Gesetz zur Änderung des Energiewirtschaftsrechts und der darin vorgesehenen Trennung von Netzbetrieb und Stromvertrieb, passt die Regelung nicht mehr ganz. Nimmt man sie trotzdem wörtlich, müsste der unter § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a KAV fallende Grundversorger oder ein sonstiger Lieferant von Tarifikunden im Verhältnis zum Netzbetreiber ein verbundenes oder assoziiertes Unternehmen sein. Liegt auch diese Voraussetzung vor, dann und nur dann greifen auch für die von einem dritten Stromlieferanten zu lastschwachen Zeiten gelieferten Strommengen unter dem Aspekt der Gleichbehandlung die Konzessionsabgabenbeträge, die im Verhältnis zu zwischen Verbundunternehmen und Gemeinde gelten. Das können für Schwachlaststrom maximal 0,61 Cent je Kilowattstunde sein.

§ 2 Abs. 6 Satz 1 KAV betrifft zwar nur das Verhältnis zwischen Netzbetreiber und Gemeinde. Ein Stromlieferant als durchleitender Dritter kann aber auch im Verhältnis zum Netzbetreiber die konzessionsabgabenrechtliche Gleichbehandlung durchsetzen. Das folgt aus § 2 Abs. 6 Satz 3 KAV, wonach der Dritte geltend machen kann, auf seine Lieferungen entfielen niedrigere Konzessionsabgaben als im von der KAV Durchleitungsentgelt genannten Netznutzungsentgelt zugrunde gelegt.

V. Zusammenfassung

Stromlieferungen in lastschwachen Zeiten sind nach § 2 Abs. 7 Satz 3, 2. HS i. V. mit Abs. 3 konzessionsabgabenrechtlich privilegiert. Sie fallen unter § 2 Abs. 7 Satz 3 KAV. Es handelt sich um Stromlieferungen im Rahmen von Sonderabkommen für Lieferungen in lastschwachen Zeiten. Folglich darf Strom, der in lastschwachen Zeiten geliefert wird, mit einer Konzessionsabgabe von höchstens 0,11 Cent je Kilowattstunde belegt werden. Dies bedeutet weiter, dass die konzessionsabgabenrechtliche Privilegierung dieses Stroms davon unabhängig ist, ob der Grundversorger oder ein anderes Energieversorgungsunternehmen Tarifikunden in einer unter § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a KAV fallenden Weise mit Schwachlaststrom versorgt oder nicht.

¹⁰ BR-Drs. 358/99 vom 9. 6. 1999, Seite 6.

Versteht man die Geltensanordnung in § 2 Abs. 7 Satz 3, 2. HS KAV in einer Absatz 3 ausschließenden Weise anders, bliebe die konzessionsabgabenrechtliche Privilegierung dem Grunde nach erhalten. Der Höchstbetrag für die Konzessionsabgabe betrüge über den Verweis auf § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KAV dann 0,61 Cent je Kilowattstunde (§ 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KAV). Es bliebe aber dabei, dass die konzessionsabgabenrechtliche Privilegierung selbständig ist, also nicht davon abhängt, dass der Grundversorger oder ein anderes Energieversorgungsunternehmen in einer unter § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a KAV fallenden Weise Schwachlaststrom liefert.

Denkt man sich § 2 Abs. 7 Satz 3, 2. HS KAV hinweg oder würde die Vorschrift aufgehoben – also bei insoweit hilfswieser Betrachtung –, bliebe in lastschwachen Zeiten gelieferter Strom nur teilweise privilegiert. Die Privilegierung wäre teilweise, weil sie davon abhinge, ob der Grundversorger oder ein anderes Energieversorgungsunternehmen Tarifkunden in einer unter § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a KAV fallenden Weise mit Schwachlaststrom beliefert. Die Konzessionsabgabe kann dann nach § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a KAV den Betrag von 0,61 Cent je Kilowattstunde nicht übersteigen.

Einwirkungsbefugnisse der Bundesnetzagentur auf die Elektrizitätsversorgung

Von Dr. Michael Moser

A. Einführung¹

Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union befinden sich augenblicklich in der Entwicklung des weltweit größten wettbewerbsorientierten Marktes für Elektrizität und Erdgas. Ziele der Integration ihrer Energiemärkte und Öffnung für den Wettbewerb sind die Erhöhung der Versorgungszuverlässigkeit durch Erreichung einer größeren Energieeffizienz,² Preissenkungen, eine höhere Dienstleistungsqualität und eine größere Wettbewerbsfähigkeit. Mit der Liberalisierung der Strommärkte geht ein sich wandelndes Verständnis von Versorgungssicherheit einher. Um die Wettbewerbs- und Versorgungsbedingungen im gesamten Unionsgebiet zu optimieren, wurde die Richtlinie 96/92/EG ersetzt durch ein Reformpaket, bestehend aus der Binnenmarktrichtlinie Strom 2003/54/EG³ und Gas 2003/55/EG⁴ sowie der Verordnung zum grenzüberschreitenden Stromhandel 1228/2003.⁵ In deutsches Recht umgesetzt wurden die europäischen Vorgaben am 12. 7. 2005 durch die Neuregelung des Energiewirtschaftsgesetzes.⁶ Ausgerichtet ist diese Fortentwicklung an dem Bestreben, einen diskriminierungsfreien Wettbewerb im Einklang mit der Versorgungssicherheit im gesamten Unionsgebiet durchzusetzen.⁷ Beweggrund war die Erkenntnis, dass der Elektrizitätsmarkt im Ganzen und die Versorgungssicherheit im Besonderen nicht allein von den regulativen Wirkungen der Marktkräfte abhängen, sondern durch ein staatlich kontrolliertes Regulierungskonzept bewirkt werden soll. Folge ist ein daraus entstandener »verwalteter Wettbewerb«,⁸ der in Deutschland zu einem Paradigmenwechsel führt. Die bisher praktizierte Wahrung des Wettbewerbs in Form eines verhandelbaren Netzzugangs mittels Verbändevereinbarungen⁹ wird fortan durch das Regulierungskonzept der modifizierten Staatsaufsicht ersetzt.

Die Stromrichtlinie 2003/54/EG weist die konkrete Ausgestaltung der Aufgaben und Eingriffsbefugnisse von Regulierungsbehörden den Mitgliedstaaten zu. Die Richtlinie selbst enthält lediglich einige Mindestvorgaben zu

den Aufgaben, Zuständigkeiten und administrativen Befugnissen.¹⁰

B. Steuerung des Elektrizitätsmarktes nach § 65 EnWG

Im EnWG hat der nationale Gesetzgeber an vielen Stellen Einwirkungsbefugnisse aufgenommen. Zentral geregelt

1 Der Aufsatz stellt einen Auszug aus der vom Sierke Verlag publizierten Dissertation »Versorgungssicherheit im liberalisierten Energiemarkt« von Dr. Michael Moser, MSc., BSc. dar.

2 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie über Maßnahmen zur Gewährleistung der Sicherheit der Elektrizitätsversorgung und von Infrastrukturinvestitionen, KOM (2003) 740 endg., Vorschlag.

3 ABl. EG 2003 L 176, 73 ff.

4 ABl. EG 2003 L 176, 57 ff.

5 ABl. EG 2003 L 176, 1 ff.; vgl. Erwägungsgrund 2 der RL 2003/54/EG; Europäische Kommission, Mitteilung zur Vollendung des Energiebinnenmarktes vom 13. 3. 2001, KOM (2001) 125 endg., 6.

6 BGBl. Teil I, 1953 vom 12. 7. 2005; vgl. zum neuen Energiewirtschaftsgesetz: Pritzsche/Klauer, emw 2005, 22 ff.; Börner, RdE 2005, 181 ff.; Kühne/Brodowski, NVwZ 2005, 849 ff.; Scholtka, NJW 2005, 2421 ff.; kritisch: Bohne, IR 2005, Heft 8, 170 ff.; Püttner, ZögU 2005, 395.

7 Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 14. 10. 2004, BT-Drucks. 15/3917.

8 Ehrlicke, Die Regulierungsbehörde für Strom und Gas – Eine Abhandlung zu den Vorgaben der Vorschläge für die Richtlinien 2003/54/EG und 2003/55/EG, 13; vgl. grundlegend: Säcker, RdE 2003, 300.

9 Vgl. vertiefend zu den Verbändevereinbarungen: Büdenbender, »Verrechtlichung« der Verbändevereinbarungen für den Netzzugang in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft – Sinn oder Unsinn eines Reformkonzeptes? 12 ff.

10 Generaldirektion Energie und Verkehr zu den Richtlinien über den Elektrizitäts- und den Erdgasbinnenmarkt (2003/54/EG und 2003/55/EG), Maßnahmen zur Sicherung der Stromversorgung vom 16. 1. 2004, 10.