Energiesozietät GmbH
Rechtsanwälte Steuerberater
Roßstraße 92 | Kennedyhaus
40476 Düsseldorf

Prof. Dr. Sven-Joachim Otto
Rechtsanwalt, Partner

Dr. Bernhardine Kleinhenz-Jeannot
Rechtsanwältin, Partner

Düsseldorf, den 25. Mai 2025

Gutachterliche Stellungnahme

gemäß § 107 GemO Baden-Württemberg

Projektnummer: 00417-24

Energie sozietät

Inhaltsverzeichnis

A. Ausgangslage und Sachverhalt 3

B. Rechtliche Würdigung 4

I. Rechtliche Einordung der Ausgliederung nach § 123 Abs. 3 Nr. 1 UmWG 4

II. Rechtsnachfolgefähigkeit von Strom- und Gaskonzessionen als qualifizierte Wegenutzungsverträge 5

1. Gesetzliche Grundlage 5

2. Vertragliche Regelungen in den Konzessionsverträgen 6

III. Fortbestehen der Eignung und Leistungsfähigkeit 7

C. Zusammenfassung 7

Energie sozietät

A. Ausgangslage und Sachverhalt

Nachfolgend nehmen wir gemäß § 107 Abs. 1 S. 2 Gemeindeordnung für Baden-Württemberg (GemO BW) gutachterlich Stellung zu der Frage, ob die dem Gemeinderat der Stadt Reutlingen (im Folgenden: Gemeinde) zur Beschlussfassung vorgelegte Übertragung der Konzessionsverträge Gas und Strom von der FairEnergie GmbH auf die FairNetz GmbH die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde nicht gefährdet und die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner wahrt.

Die Gemeinde hat mit der FairEnergie GmbH am 13. November 2017 einen Konzessionsvertrag Gas und einen Konzessionsvertrag Strom abgeschlossen. Beide Konzessionsverträge haben eine Laufzeit vom 01.01.2019 bis zum 31. Dezember 2038.

Die Stadtwerke Reutlingen GmbH (SWR GmbH), plant als Muttergesellschaft des SWR-Konzerns eine umfassende Restrukturierung der FairNetz GmbH im Rahmen des Projekts „Kaepsele“, um regulatorische und wirtschaftliche Optimierungspotenziale zu erschließen. Die FairEnergie GmbH hält aktuell die Netzassets und tritt als Konzessionsnehmerin auf. Die FairNetz GmbH, eine 100-prozentige Tochter der FairEnergie GmbH, agiert derzeit im Rahmen eines Pachtmodells als Netzbetreiberin.

Ziel der Restrukturierung ist die Übertragung des Teilbetriebes Strom- und Gasnetze von der FairEnergie GmbH auf die FairNetz GmbH im Wege der Ausgliederung nach § 123 Abs. 3 Nr. 1 UmwG (partielle Gesamtrechtsnachfolge), um den Wechsel vom Pacht- zum Eigentümermodell zu vollziehen.

Voraussetzung für eine steuerneutrale Übertragung des Teilbetriebes Strom- und Gasnetze auf die FairNetz GmbH ist - neben einer Übertragung des Eigentums des den Teilbetrieben Strom und Gas zugeordneten Anlage- und Umlaufvermögens - die Übertragung sämtlicher Rechte und Pflichten aus den Konzessionsverträgen und damit der Übergang der Konzessionen auf die FairNetz GmbH.

Energie sozietät

B. Rechtliche Würdigung

I. Rechtliche Einordung der Ausgliederung nach § 123 Abs. 3 Nr. 1 UmWG

Die Ausgliederung ist eine Form der Sonderrechtsnachfolge, bei der ein übertragender Rechtsträger einen oder mehrere Teile seines Vermögens in einem einzigen Vorgang auf einen oder mehrere übernehmende Rechtsträger überträgt. Hier avisiert ist die Variante nach § 123 Abs. 3 Nr. 1 UmWG, bei der der übertragende Vermögensteil von der FairEnergie GmbH auf einen bereits bestehenden Rechtsträger (FairNetz GmbH) übertragen wird.

- *vgl. Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl, Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, 10. Auflage 2024, § 123 UmWG, Rn. 11 u. 12.*

Gemäß § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG tritt der übernehmende Rechtsträger in die Rechtsstellung des übertragenden Unternehmens ein. Dies umfasst u.a. die Eigentümerstellung sowohl als auch vertragliche Rechte und Pflichten.

Überträgt man diese Grundsätze auf die in Rede stehenden Konzessionsverträge so ergibt sich Folgendes: Neben dem Eigentum des den Teilbetrieben Strom und Gas zugeordneten Anlage- und Umlaufvermögens gehen auch sämtliche Rechte und Pflichten aus den Konzessionsverträgen im Weg einer partiellen Gesamtrechtsnachfolge auf die FairNetz GmbH über, mithin sowohl die Versorgerpflichten als die Rechte und Pflichten aus den Wegenutzungsrechten.

Am Inhalt der Konzessionsverträge und den einzelnen Regelungen in den Konzessionsverträgen ändert sich dabei jedoch nichts. Sämtliche Rechte und Pflichten aus den Verträgen gehen in unveränderter Form auf den übernehmenden Rechtsträger über.

Energie sozietät

II. Rechtsnachfolgefähigkeit von Strom- und Gaskonzessionen als qualifizierte Wegenutzungsverträge

Die Auswahl des Versorgungsunternehmens, mit welchem eine Gemeinde einen Konzessionsvertrag, mithin einen qualifizierten Wegenutzungsvertrag, abschließt, unterliegt einem in § 46 EnWG im Einzelnen ausgeführten differenzierten Auswahlprozess.

1. Gesetzliche Grundlage

Das EnWG enthält für den Auswahlprozess für qualifizierte Wegenutzungsverträge in § 46 Abs. 2 bis 6 EnWG zwar detaillierte Vorgaben, schweigt selbst aber zur Frage der Übertragbarkeit der Netzkonzession auf einen Dritten.

Der Bundesgerichtshof hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 2013 höchstrichterlich festgestellt, dass das Auswahlkriterium der Rechtsnachfolge einen ausreichenden sachlichen Bezug zum Konzessionsvertrag aufweist und daher zulässig ist. Damit geht der Bundesgerichtshof folglich von einer Rechtsnachfolgefähigkeit qualifizierter Wegenutzungsverträge aus.

- *siehe BGH, Urt. v. 17.12.2013 – KZR 66/12, NVwZ 2014, 807 (815), Rn. 92.*

Auch die rechtswissenschaftliche Literatur bejaht ausdrücklich die Möglichkeit der Übertragung des Konzessionsvertrages auf einen Dritten ohne erneuten Auswahlprozess.

- *vgl. de Wyl/Finke, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 5. Aufl. 2021, § 4 Rn. 117; Hellermann, in: Bourwieg/ Hellermann/Hermes, Energiewirtschaftsgesetz, 4. Aufl. 2023, § 46 EnWG Rn. 42; Hölscher, in: Bourwieg/Hellermann/Her mes, Energiewirtschaftsgesetz, 4. Aufl. 2023, § 7 EnWG Rn. 2; Theobald/Schneider, in: Theobald/Kühling, Energierecht, Werkstand: 123. Erg.Lfg. November 2023, § 46 EnWG Rn. 23; vgl. auch Hinweise der Niedersächsischen Kartellbehörde zur Durchführung eines wettbewerblichen Konzessionsvergabeverfahrens nach § 46 EnWG, S. 41*.

Ergänzend kann im Sinne einer Kontrollüberlegung auch das "förmliche" Vergaberecht herangezogen werden. Zwar handelt es sich bei qualifizierten Wegenutzungsverträgen nicht um öffentliche Aufträge über Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen i.S.v. § 99 GWB, so dass

Energie sozietät

die vergaberechtlichen Vorschriften nach §§ 97 ff. GWB grundsätzlich nicht anwendbar. Ist das Vergaberecht aber nur deshalb nicht anwendbar, weil es bereits ein bereichsspezifisches Auswahlverfahren gibt, das sich konkret zu dem rechtlichen Punkt äußert, sind Übertragungen aus dem Vergaberecht in das Fachverwaltungsrecht nicht unzulässig. Da die bestehenden Regelungslücken häufig planwidrig sind, kommt bei vergleichbarer Interessenlage eine analoge Anwendung in Betracht.

- *vgl. Burgi/Zimmermann, NZBau 2023, 635 (638); Rennert, NZBau 2019, 411 (413).*

Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit eines Auftragnehmerwechsels ohne Durchführung eines neuen wettbewerblichen Verfahrens für das formstrengere Vergabeverfahren in § 132 Abs. 2 Nr. 4 GWB vorgesehen hat.

Nach dieser Norm ist der Wechsel des Auftragnehmers während der Vertragslaufzeit ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahren u.a. zulässig, (1) aufgrund einer Überprüfungsklausel oder (2) aufgrund der Tatsache, dass ein anderes Unternehmen, das die ursprünglich festgelegten Anforderungen an die Eignung erfüllt, im Zuge einer Unternehmensumstrukturierung, wie zum Beispiel durch Übernahme, Zusammenschluss, Erwerb oder Insolvenz, ganz oder teilweise an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers tritt, sofern dies keine weiteren wesentlichen vertraglichen Änderungen nach sich zieht.

Bei der Ausgliederung nach § 123 Abs. 3 Nr. 1 UmWG handelt es sich um ein Unternehmensumstrukturierungsmaßnahme, wie sie § 132 Abs. 2 Nr. 4 GWB im Auge hat. Eine Änderung der Vertragsinhalte selbst ist mit der Übertragung der Konzession nicht verbunden. An den Vertragsinhalten gibt es keinerlei Änderungen.

2. Vertragliche Regelungen in den Konzessionsverträgen

In beiden Konzessionsverträgen mit der FairEnergie GmbH befinden sich Rechtsnachfolgeklauseln, die eine Übertragung sämtlicher Rechte und Pflichten aus den Verträgen, mithin der Konzession, von der FairEnergie GmbH auf die FairNetz GmbH ohne Durchführung eines weiteren Konzessionsverfahrens ermöglichen. Aus §20 der Konzessionsverträge ergibt sich Folgendes:

Energie sozietät

> *„(1) Die FairEnergie GmbH ist berechtigt, die Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag mit vorheriger Zustimmung der Stadt* ***auf ein mit ihr verbundenes Unternehmen*** *zu übertragen.*
>
> *(2) Die FairEnergie GmbH ist nicht berechtigt, ohne vorherige Zustimmung der Stadt die örtlichen Gasversorgungsanlagen oder Teil davon an Dritte zu veräußern, zu verpachten, zu vermieten oder diese zu belasten.“* [Hervorhebung nicht im Original]

Bei der FairNetz GmbH handelt sich um eine 100-prozentige Tochter der FairEnergie GmbH, mithin also um ein verbundenes Unternehmen in Reinform. Beide Konzessionsverträge sahen somit bereits von Anfang des Konzessionsverfahrens an vor, dass eine Übertragung sämtlicher Rechte und Pflichten aus dem Vertrag, also auch der Konzession in Gänze an, auf ein mit dem ursprünglichen Konzessionsnehmer verbundenes Unternehmen möglich ist, ohne dass es eines erneuten Auswahlverfahrens bedarf.

III. Fortbestehen der Eignung und Leistungsfähigkeit

Als letzte Kontrollüberlegungen ist zudem anzuführen, dass ohne Zweifel von dem Fortbestehen der Eignung und der Leistungsfähigkeit auch bei dem Rechtsnachfolger auszugehen ist. Bereits im Rahmen des bisherigen Pachtmodells hat die FairEnergie GmbH den vollständigen Netzbetrieb auf die mit ihr verbundene FairNetz GmbH übertragen. Auch im bisherigen Modell war allein die FairNetz GmbH der zuständige Netzbetreiber. Im Rahmen des Wechsels von einem Pachtmodell auf das Eigentümermodell ändert sich somit an der Eignung und Leistungsfähigkeit nichts.

C. Zusammenfassung

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass eine Übertragung der Konzessionen ebenso wie des Eigentums von der FairEnergie GmbH auf die FairNetz GmbH rechtlich zulässig und beides in den ursprünglichen Konzessionsverträgen bereits angelegt ist. Die Erfüllung der

Energie sozietät

Aufgaben der Gemeinde ist durch die geplante Umstrukturierungsmaßnahme nicht gefährdet und die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner bleiben gewahrt.

gez.

Prof. Dr. Sven-Joachim Otto	Dr. Bernhardine Kleinhenz-Jeannot
Rechtsanwalt, Partner	Rechtsanwältin, Partner