

**Stellungnahme zu den Anträgen  
der Fraktion SPD (BT-Drs. 17/3649),  
der Fraktion DIE LINKE (BT-Dr. 17/3671),  
der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drs. 17/3182).**

von Dr. Christian Theobald, Mag. rer. publ.\*

## Vorbemerkung

Der Wettbewerb um Strom- und Gasverteilnetze ist ein bedeutender Bestandteil der Wettbewerbskonzeption der bundesdeutschen Energiewirtschaft. Der Verfasser hat in den vergangenen 13 Jahren bereits unzählige Energieversorgungsunternehmen als auch Kommunen im Rahmen von Konzessions- bzw. Netzübernahmeverfahren begleitet; dies sowohl beratend als auch erforderlichenfalls forensisch vor den ordentlichen bzw. Schiedsgerichten, ferner auch als Schiedsrichter nach dem 10. Buch der ZPO sowie als Schiedsgutachter. Seine Erfahrungen belegen eine zunehmende Nachfrage nach einem funktionierenden Wettbewerb einerseits und die immer noch bestehenden Regelungslücken und Wettbewerbshürden andererseits. Hier sieht der Verfasser vor dem Hintergrund des gegenwärtigen Auslaufens einer Vielzahl von Konzessionsverträgen akuten Handlungsbedarf auf Seiten des Gesetzgebers.

## Inhaltsverzeichnis

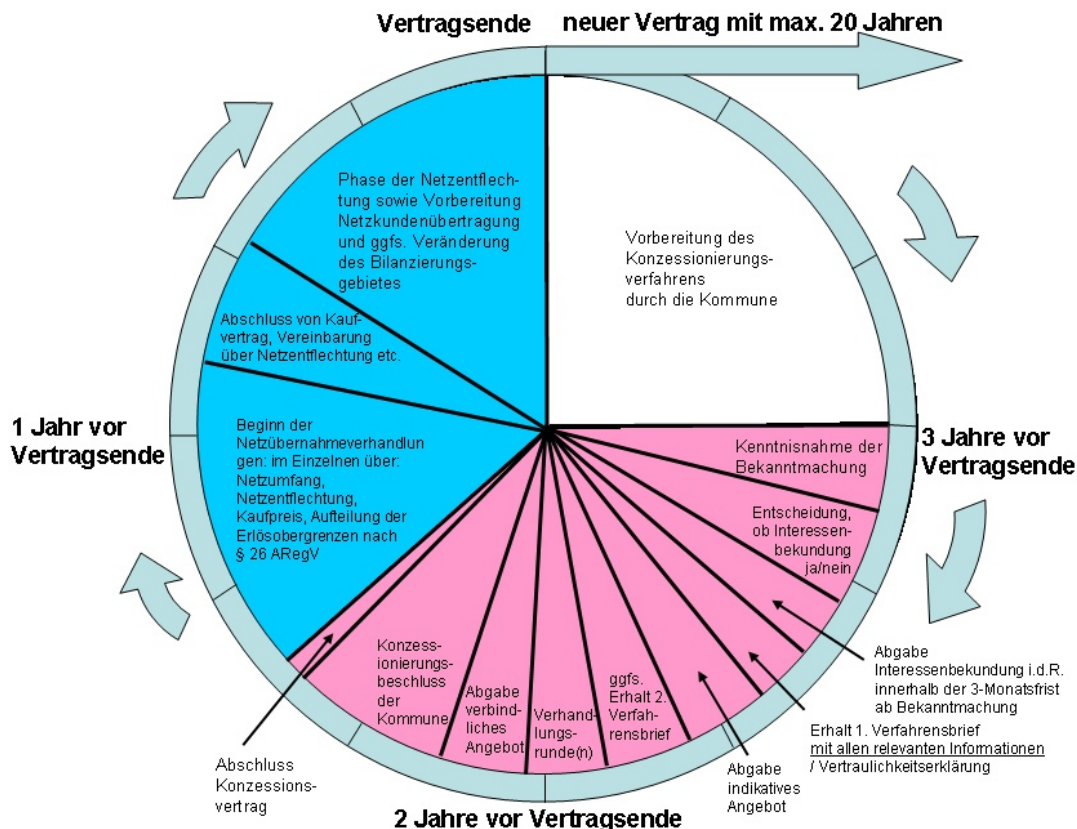
|    |  |    |
|----|--|----|
| A. | Zusammenfassung.....   | 3  |
| B. | Stellungnahme zum Anhörungsgegenstand im Einzelnen .....   | 7  |
| I. | Notwendige Anpassung des Rechts des Wettbewerbs um Strom- und Gasverteilnetze  | 7  |
| 1. | Hintergrund des aktuellen Regelungsbedarfs .....   | 7  |
| a) | Regulierungsrechtliche und ordnungspolitische Bedeutung des Wettbewerbs<br>um Strom- und Gasverteilnetze .....   | 8  |
| b) | Wettbewerbliche Ausgestaltung der Konzessionsvergabe durch die Kommunen<br>.....   | 10 |
| c) | Zwingende Abbildung der Wettbewerbssituation in § 46 EnWG.....   | 13 |
| 2. | Informationsansprüche bei Auslaufen des Konzessionsvertrages als Voraussetzung<br>eines funktionierenden Wettbewerbs um die örtliche Infrastruktur ..... | 15 |
| a) | Notwendigkeit von Information und Daten zum örtlichen Energieverteilnetz...  | 16 |
| b) | Umfang herauszugebender Daten.....   | 17 |
| c) | Nur unzureichend bestehende Informationsansprüche.....   | 19 |
| d) | Anpassung durch Gesetzgeber .....  | 22 |
| 3. | Eigentumsübertragungsanspruch als <i>conditio sine qua non</i> des Wettbewerbs um die<br>örtlichen Verteilnetze .....                                    | 23 |
| a) | Vertraglicher Eigentumsübertragungsanspruch .....  | 24 |
| b) | Gesetzlicher Eigentumsübertragungsanspruch .....   | 24 |
| c) | Anpassung durch Gesetzgeber .....  | 31 |
| 4. | Umfang des Anspruchs auf Überlassen aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG .....  | 31 |
| a) | Unzureichende Rechtslage.....  | 31 |

\* Der Verfasser ist Rechtsanwalt und Partner in der überörtlichen Sozietät Becker Büttner Held sowie Lehrbeauftragter an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer.

|      |    |   |    |
|------|----|---|----|
|      | b) | Anpassung durch Gesetzgeber .....   | 34 |
| 5.   |    | „Wirtschaftlich angemessene Vergütung“ nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG .....   | 34 |
|      | a) | Einführung in die Problematik .....   | 34 |
|      | b) | Ausgangspunkt Kaufering Rechtsprechung des BGH .....  | 36 |
|      | c) | Festlegung der „angemessenen wirtschaftlichen Vergütung“ als Ertragswert. ....  | 37 |
|      | d) | Grundsätze der Ermittlung eines Ertragswerts auf der Grundlage des<br>Standards S 1 des Instituts der Wirtschaftsprüfer e.V. ....             | 42 |
|      | e) | Anpassung durch Gesetzgeber .....   | 43 |
| 6.   |    | Verbesserung der Interessenwahrnehmung beteiligter Marktakteure .....   | 44 |
|      | a) | Behinderung der Netzübernahmen durch Altkonzessionäre .....   | 44 |
|      | b) | Zuständigkeit der Bundesnetzagentur vereinheitlichen .....  | 45 |
| II.  |    | Notwendige Anpassung des Konzessionsabgabenrechts .....   | 46 |
| 1.   |    | Bemessung und Höhe der Konzessionsabgaben .....   | 46 |
|      | a) | Unzureichende Regelung im Gasbereich .....  | 47 |
|      | b) | Anpassung durch Verordnungsgeber .....  | 47 |
| 2.   |    | Bemessung der Konzessionsabgaben im Bereich der Schwachlasttarife .....   | 49 |
|      | a) | Unzureichende Regelung .....  | 49 |
|      | b) | Anpassung durch Verordnungsgeber .....  | 50 |
| III. |    | Einfluss der wettbewerblichen Auswahlentscheidung der Kommunen auf die örtliche<br>Energieversorgung .....                                    | 50 |
| 1.   |    | Stellung der Kommunen in der öffentlichen Energieversorgung .....   | 50 |
|      | a) | Grundsätzlich: Rolle der Konzessionsverträge im Energierecht .....  | 51 |
|      | b) | Grundlagen des Einflusses der Kommune auf die örtliche Energieversorgung<br>.....   | 52 |
|      | c) | Sicherstellung des notwendiger Einflusses der Kommunen auf die örtliche<br>Energieversorgung .....  | 54 |
| 2.   |    | Umsetzung der wettbewerblichen Auswahlentscheidung der Kommunen durch<br>eigenständige Energieversorgung mittels kommunaler Unternehmen ..... | 56 |
|      | a) | Kommunale Unternehmen als zentraler Baustein einer demokratischen<br>dezentralisierten Energieversorgung .....                                | 56 |
|      | b) | Vorteile und Möglichkeiten einer kommunalen Betätigung im Rahmen der<br>Energieversorgung .....   | 60 |
|      | c) | Einfluss der Erneuerbaren Energien auf die (Re)Kommunalisierung und<br>Vorteile gegenüber zentraler Energieversorgung .....                   | 62 |
|      | d) | Voraussetzungen und Grundlagen der Energieversorgung durch ein<br>kommunales Unternehmen - Gesetzeslage und Kritik .....                      | 65 |
| IV.  |    | Notwendige Anpassung des Regulierungsrechts an den erforderlichen Umbau der<br>Verteilnetze .....   | 71 |
| 1.   |    | Aktuelle Rechtslage .....   | 72 |
|      | a) | Kostenprüfung .....   | 72 |
|      | b) | Anpassungsmöglichkeiten während einer Regulierungsperiode .....   | 72 |
| 2.   |    | Anpassung durch Verordnungsgeber .....  | 75 |
| V.   |    | Notwendige Anpassung des Rechts der Erneuerbaren Energien und der Kraft-Wärme-<br>Kopplung zur Förderung dezentraler Marktstrukturen .....    | 75 |
| 1.   |    | Anpassung des Rechts der Erneuerbare Energien .....   | 75 |
|      | a) | Aktuelle Rechtslage .....   | 75 |
|      | b) | Anpassung durch Gesetzgeber .....   | 77 |
| 2.   |    | Anpassung der Regelungen zur Kraft-Wärme-Kopplung .....   | 77 |
|      | a) | Förderung von KWK-Anlagen bis 2020 .....  | 77 |
|      | b) | Erleichterung der Ausweitung von Nahwärmenetzen .....   | 78 |
|      | c) | Optionen zur Vernetzung von KWK- und EEG-Anlagen .....  | 79 |
|      | d) | Weitere Möglichkeiten zur Stärkung der Kraft-Wärme-Kopplung:<br>Modernisierungs- und Zubaupotenziale ausschöpfen .....                        | 79 |
| VI.  |    | Einbindung der Verbraucher und Endkunden .....  | 80 |

## A. Zusammenfassung

1. Gegenwärtig und in den nächsten Jahren sind bundesweit mehrere tausend Wettbewerbsverfahren um Strom- und Gasverteilnetze durchzuführen. Eine Vielzahl von Verfahren der jüngeren Vergangenheit hat empirisch im Wesentlichen fünf zentrale Verfahrenshindernisse erkennen lassen, die regelmäßig für sich alleine bereits, insbesondere aber bei kumuliertem Zusammenwirken für Wettbewerber als Marktzutrittsschranke wirken. Der Rechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten dauert regelmäßig viele Jahre und läuft angesichts des zeitkritischen periodischen Wettbewerbs um Netze faktisch leer. Zugleich beklagen die betroffenen Richter gerade in den mündlichen Verhandlungen fehlende gesetzliche Regelungen und mangelnde Klarheit der weniger vorhandenen Regelungen. Ein Dilemma, das den Berufsstand, dem auch der Verfasser angehört, freuen mag, das allerdings ordnungspolitisch verfehlt und rechtsstaatlich bedenklich ist. Es besteht daher dringender gesetzgeberischer Anpassungsbedarf beim Konzessionsrecht (§ 46 EnWG).
2. Der Verdeutlichung des aus Sicht des Wettbewerbs und der Wettbewerber zweiphasigen Verfahrensablaufs dient eigens erstelltes Schaubild:



**Abb.: Ablauf eines zweiphasigen Konzessionierungsverfahrens mit anschließender Netzübernahme aus Sicht der Wettbewerber (eigene Darstellung)**

Deutlich wird, dass bereits im Verlauf der ersten Phase des Konzessionsverfahrens jeder Wettbewerber ein rechtsverbindliches Angebot auf Abschluss eines sog. Konzessionsvertrages abgeben muss (in der Abbildung erkennbar unter „4:30 Uhr“). Zu diesem Zeitpunkt muss er also spätestens wissen, auf was er sich einlässt, nämlich die im Falle der Angebotsannahme der Kommune anschließende notwendige Netzübernahme von dem bisherigen Konzessionär/Netzbetreiber. Die Netzübernahmephase dient der Umsetzung der zuvor getroffenen wettbewerblichen Entscheidung und darf diese nicht etwa wieder durch nachträgliche Behinderungen in Frage stellen. Die wesentlichen Eckpunkte der späteren Netzübernahme müssen daher – allen – Wettbewerbern bereits im Konzessionsverfahren rechtzeitig und hinreichend bekannt, wenn auch naturgemäß noch nicht mit dem bisherigen Netzbetreiber einvernehmlich geregelt sein.

Üblicherweise verringert sich der Kreis der Wettbewerber drastisch, wenn das Verfahren an dieser Stelle intransparent bleibt, d.h. die zunächst naturgemäß bestehende Informationsasymmetrie zwischen dem sich wieder bewerbenden, bisherigen Netzbetreiber und allen anderen Wettbewerbern nicht deutlich reduziert wird. Von häufig ursprünglich sechs oder acht Bewerbern bleiben noch ein oder zwei Unternehmen übrig, die anderen ziehen sich an dieser Stelle aus dem Verfahren zurück. Hieraus erklärt sich auch die nach Einschätzung des Verfassers mit etwa 10 % eher geringe Wechselquote. Wo keine weiteren Bewerber im Verfahren bleiben, muss alles beim Alten bleiben.

**3.** Dieser eben beschriebene Informationsanspruch als zwingende Marktzutrittsvoraussetzung umfasst insbesondere:

- vollständiges Mengengerüst, sowie Aufstellung über Umfang, Art, Alter und Standort der installierten Betriebsmittel;
- Verteilung der Grabenoberflächen, typische Mehrfachverlegung von Kabeln;
- topographische Netzpläne des Verteilnetzes;
- zeitgleiche Jahreshöchstlast aller Entnahmen im Konzessionsgebiet, Bezugsarbeit- und Bezugsleistungsaufnahme aus dezentralen Einspeiseanlagen;
- vereinnahmte und nicht aufgelöste Ertragszuschüsse;
- Angaben zum vorgelagerten Netzbetreiber;

- Absatzmengen und Erlöse aufgegliedert nach Kundengruppen;
  - Daten zu den historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten, zur Ermittlung der kalkulatorischen Abschreibungen, zu den zuletzt nach § 6 ARegV herangezogenen Nutzungsdauern im Sinne von § 6 Abs. 5 StromNEV/GasNEV, zu kalkulatorischen Restwerten gemäß § 32 Abs. 3 StromNEV/GasNEV, zu vereinnahmten und nicht aufgelösten Ertragszuschüssen im Sinne von § 9 StromNEV/GasNEV, zum Unterhaltungskonzept, zu den von der zuständigen Regulierungsbehörde erteilten Netzentgeltgenehmigungen nach § 23a EnWG und zu den von der zuständigen Regulierungsbehörde bestimmten Erlösobergrenzen nach §§ 4, 32 ARegV vorzulegen;
  - Übersicht über die zum Netz gehörenden Grundstücke mit der Angabe Grundstücksgröße und Lage zu jedem Grundstück.
4. Ein bloßer Besitzüberlassungsanspruch würde den Wettbewerb um die örtlichen Verteilnetze zum Erliegen bringen und die Rechtspositionen der Wettbewerber sowie der Kommunen in der Energiewirtschaft nachhaltig beschränken. Der Gesetzgeber ist daher zur Klarstellung des Wortlauts hinsichtlich der bisherigen Regelung in § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG aufgefordert. Dies würde die Rechtsunsicherheit beseitigen und zu einer weiteren Förderung des Wettbewerbs um die Infrastruktur beitragen. Hierzu sollte, wie es jetzt auch Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt einvernehmlich formuliert haben, der Gesetzeswortlaut von „überlassen“ auf „übereignen“ abgeändert werden.
5. Es sollte weiterhin darauf abgestellt werden, dass der Altkonzessionär verpflichtet ist, „sämtliche für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen“ auf den Neukonzessionär zu übertragen. Hierzu gehören alle Anlagen, unabhängig von der Spannungs- oder Druckebene, die der Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet dienen. Hierauf sollte der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung verweisen.
6. Zur Sicherstellung eines Wettbewerbs um die Infrastruktur ist vor dem Hintergrund der bestehenden Regulierung eine gesetzliche Festlegung auf das Ertragswertverfahren in § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG zwingend. Hierzu könnte der Gesetzestext dahingehend präzisiert werden, dass notwendige Verteilungsanlagen gegen Zahlung eines "objektivierten Ertragswertes" zu übereignen sind. Er ist unter der Berücksichtigung der Gegebenheiten des Regulierungsrahmens zu ermitteln.

7. Die Zuständigkeit der Regulierungsbehörden muss auch im Rahmen des Auswahlverfahrens der Kommunen zur Konzessionierung bundesgesetzlich gewährleistet werden.
8. Zur Beseitigung von Auslegungsschwierigkeiten und zur Schaffung von Rechtssicherheit für alle Marktteilnehmer sollten die Regelungen der Konzessionsabgabenverordnung (KAV) im Hinblick auf eine verbindliche verbrauchsabhängige Zuordnung von Tarif- und Sonderkundenkonzessionsabgabe im Gasbereich und zur Bestimmung bzw. Einordnung der Schwachlastkonzessionsabgabe dem bereits veränderten Entwurf entsprechend angepasst werden.
9. Die Kommunen können über Stadtwerke eine ökologische und rationelle Energieversorgung selbst durchführen. Es ist zu gewährleisten, dass die Kommunen auf die Unternehmenspolitik Einfluss nehmen können. Dabei sind insbesondere die Vorteile einer dezentralen Energieversorgung durch den Bundesgesetzgeber zu berücksichtigen. Hürden bei der Gründung und dem Betrieb der kommunalen Unternehmen sind abzubauen. So ist die Gewährleistung einer überörtlichen Betätigung kommunaler Unternehmen in einem mittlerweile wettbewerblichen Umfeld unausweichlich.
10. Zur Schaffung ausreichender Anreize für Verteilnetzbetreiber, die notwendigen Investitionen in den Um- und Ausbau ihrer Netze vorzunehmen, ist der Ordnungsgeber aufgerufen, die bestehenden erheblichen Einschränkungen bei den in der ARegV geregelten Investitionsbudgets abzuschaffen oder zumindest zu verringern.
11. Zur Förderung Erneuerbarer Energien ist die bestehende Marktstruktur im Regelenergiemarkt durch eine Verkleinerung der Losgrößen anzupassen und Speicheranlagen ab 1 MW zuzulassen. Im Bereich der Kraft-Wärme-Kopplung (KWK) ist zu empfehlen, den letztmöglichen Inbetriebnahmezeitpunkt insbesondere für große und modernisierte KWK-Anlagen und Wärmenetze zu harmonisieren und einheitlich auf den 31.12.2020 festzusetzen. Ferner sollten u.a. die Regelungen für Nahwärmenetze erweitert und Möglichkeiten geschaffen werden, verschiedene Erzeugungsanlagen auf Basis erneuerbarer Energien oder als konventionelle KWK-Anlagen per Datenfernübertragung zu vernetzen und als „virtuelles Kraftwerk“ zu betreiben.

## **B. Stellungnahme zum Anhörungsgegenstand im Einzelnen**

### **I. Notwendige Anpassung des Rechts des Wettbewerbs um Strom- und Gasverteilnetze**

Im Zuge der Umsetzung der beiden Elektrizitäts- und Gasbinnenmarkttrichtlinien<sup>1</sup> müssen im Rahmen der Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) auch die Regelungen zur Konzessionsvergabe (§ 46 EnWG) dringend überarbeitet werden.

#### **1. Hintergrund des aktuellen Regelungsbedarfs**

Aktuell und bundesweit läuft die Mehrzahl der regelmäßig für 20 Jahre geschlossenen Konzessionsverträge aus. Das „zeitliche Fenster“ des Wettbewerbs um die örtlichen Strom- und Gasverteilnetze ist daher jetzt geöffnet und schließt sich in wenigen Jahren wieder<sup>2</sup>. Gleichzeitig ist der bisherige Gesetzes- und Ordnungsrahmen in wettbewerbsrelevanten Punkten lückenhaft; die erhebliche Rechtsunsicherheit droht den aufkommenden Wettbewerb im Keim zu ersticken. Deshalb besteht jetzt dringender gesetzgeberischer Präzisionsbedarf.

In fast allen Konzessions- und ggf. anschließenden Netzübernahmeverfahren kommt es zu Behinderungen durch den bisherigen Netzbetreiber, welche die diskriminierungsfreie Durchführung des Konzessionsverfahrens erschweren, regelmäßig zu erheblichen Verzögerungen der späteren Netzübernahme führen und eine meist über Jahre hinweg andauernde gerichtliche Klärung nach sich ziehen. Die Hauptinstrumente für die Verzögerung sind dabei Verschleppung der erforderlichen Auskünfte und die Verteidigung des Besitzes am Netz<sup>3</sup>. Hierbei zeigt sich, dass die wettbewerbliche Problematik nicht auf Einzelfälle beschränkt ist, sondern ein bundesweites, geradezu systematisches Phänomen darstellt.

Dabei stellen die Konzessionsverträge seit jeher zentrale Elemente des Wettbewerbs in der bundesdeutschen Energiewirtschaft dar.<sup>4</sup> Gerade im Bereich des Konzessionswettbewerbes hat es der Gesetzgeber indes in den letzten Jahren versäumt, systematisch angelegte Streitpunkte zu klären und eine Rechtssicherheit für die Marktteilnehmer zu begründen.

Auch die in der Vergangenheit veröffentlichten verschiedenen Stellungnahmen der mit der Thematik befassten Landeskartellbehörden und Landesregulierungsbehörden<sup>5</sup> konnten kei-

---

1 RL 2009/72/EG, ABl. Nr. L 211 S. 55 ff. (EitRL); RL 2009/73/EG, ABl. Nr. L 211 S. 94 ff. (GasRL).

2 Theobald, DÖV 2009, 356 ff.

3 Becker, RdE 2010, 244.

4 Umfassend: Theobald/Theobald, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 2008; vgl. auch Templin, Recht der Konzessionsverträge, 2009.

5 Hinweise der Landesregulierungsbehörde Hessen zum Wechsel des Strom- und Gasnetzbetreibers vom 19.05.2010 – Link abrufbar unter: [http://www.hessen.de/irj/HMWVL\\_Internet?uid=55f50a53-950c-a821-f012-f31e2389e481](http://www.hessen.de/irj/HMWVL_Internet?uid=55f50a53-950c-a821-f012-f31e2389e481); Hinweise der Niedersächsischen Landeskartellbehörde zur Durchführung eines wettbewerblchen Konzessionsvergabeverfahrens nach § 46 EnWG vom März 2010 – Link unter [http://www.mw.niedersachsen.de/live/live.php?&navigation\\_id=5511&article\\_id=16017&psmand=18](http://www.mw.niedersachsen.de/live/live.php?&navigation_id=5511&article_id=16017&psmand=18).

ne abschließende Rechtssicherheit herstellen. Diese wird auch nicht durch den am 15.12.2010 veröffentlichten Leitfaden der Bundesnetzagentur (BNetzA) und des Bundeskartellamtes (BKartA) „zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers“ ausgelöst<sup>6</sup>. Zwar setzt dieser als Auslegungs- und Anwendungshilfe für die bei einem Konzessionswechsel beteiligten Marktakteure einige wichtige Impulse und unterbreitet Vorschläge an den Gesetzgeber<sup>7</sup>. Gleichwohl besteht auch hier noch in einigen wesentlichen Punkten Rechtsunsicherheit, die es nunmehr zu beseitigen gilt<sup>8</sup>.

#### **a) Regulierungsrechtliche und ordnungspolitische Bedeutung des Wettbewerbs um Strom- und Gasverteilnetze**

Das System der zeitlich befristeten eigentumsrechtlichen Verfügungsgewalt über die Strom- und Gasverteilnetze ist wesentlicher Teil der wettbewerblichen Ausgestaltung der bundesdeutschen Energielandschaft.

##### **aa) Vorrang der wettbewerblichen Ausgestaltung des Konzessionsverfahrens**

Spätestens seit der Reform des Energiewirtschaftsrechts im Jahr 1998 folgt das EnWG auch de lege lata den drei grundlegenden Wettbewerbsmodellen: „Wettbewerb in der Infrastruktur“ durch Durchleitung, „Wettbewerb zwischen den Infrastrukturen“ durch Direktleitungsbau und „Wettbewerb um die Infrastruktur“, durch Einräumung von Wegerechten in Konzessionsverträgen<sup>9</sup>. An dem schon seit den Anfängen der Energieversorgung bestehenden Wettbewerb um die Versorgungsgebiete, nunmehr Wettbewerb um die örtlichen Verteilnetze, hat der Gesetzgeber auch nach 1998 ausdrücklich festgehalten<sup>10</sup>.

Dass ein solcher Wettbewerb dem ordnungspolitischen Rahmen entspricht, folgt auch aus der EitRL und der GasRL aus dem Jahr 2009, die den Mitgliedsstaaten ebenfalls die Einführung eines Wettbewerbs um die Netze vorschreiben. So regelt Art. 24 EitRL (Art. 24 GasRL insoweit nahezu identisch) beispielsweise: „Die Mitgliedstaaten oder von diesen dazu aufgeforderte Unternehmen, die Eigentümer von Verteilernetzen sind oder die für sie verantwortlich sind, benennen für einen Zeitraum, den die Mitgliedstaaten unter Effizienzerwägungen und unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse festlegen, einen oder mehrere Verteilernetzbetreiber.“

---

6 Der Leitfaden ist auf den Internetseiten des Bundeskartellamts und der Bundesnetzagentur veröffentlicht (<http://www.bundeskartellamt.de> / <http://www.bundesnetzagentur.de>).

7 Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15.12.2010 Tz. 3.

8 Vgl. Held, TAM 01/2011, 2.

9 vgl: Theobald, NJW 2003, 325.

10 Theobald, NJW 2003, 325; Maatz/Michaels, RdE 2003, 66; Templin, Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 122.



**bb) Wettbewerb um Strom- und Gasverteilnetze ordnungspolitisch sinnvoll**

Der Wettbewerb um die örtlichen Verteilnetze stellt ein sinnvolles Wettbewerbsinstrument dar. Denn er hat gerade zu einer nachhaltigen Förderung des Wettbewerbs in der Energiewirtschaft insgesamt geführt. Daran hat sich auch durch die Einführung des § 36 EnWG nichts geändert. Auch wenn die Konzessionierung nur noch netz- und nicht mehr vertriebsbezogen ist, zeigt die heutige Situation, dass ein Wettbewerb um die Netze durch bereits bestehende Energieversorgungsunternehmen und neue Marktteilnehmer stattfindet. Dabei kann konstatiert werden, dass durch einen – funktionierenden – Wettbewerb um die örtliche Infrastruktur mittelständische Unternehmen, private wie kommunale, daneben aber auch völlig neue Marktteilnehmer (New Entrants), die Möglichkeit erhalten, sich als Energieversorgungsunternehmen zu etablieren. Gerade der Netzbetrieb bietet insofern einen außerordentlich guten Einstieg in die Branche. Die leitungsgebundene Energieversorgung kann bereits in ihrer knapp 200-jährigen Historie dabei als *bottom up* verstanden werden, wonach die Strukturen von unten nach oben entstehen und angepasst werden. Gleichzeitig dient der Wettbewerb um die Verteilnetze der Optimierung der örtlichen Daseinsvorsorge.

Die Netzbetreiber verfügen auch nach der Einführung des Wettbewerbs in den Netzen über eine Monopolstellung als Transporteure von Strom und Gas. Ein flächendeckender Wettbewerb zwischen Netzbetreibern mit parallelen Verteilnetzen (Infrastrukturwettbewerb) ist wegen der damit verbundenen hohen Investitionen, die für die Errichtung von Netzen erforderlich sind, und wegen der begrenzten Aufnahmefähigkeit der Wegegrundstücke weder möglich noch sinnvoll<sup>11</sup>. Ein Leistungswettbewerb zwischen den Betreibern der Netze der allgemeinen Versorgung kann daher nur als periodischer Wettbewerb um die Netze ausgestaltet werden. Zwar ändert die Neuvergabe nichts am natürlichen Monopol des Netzbetreibers, es entsteht durch den periodischen Wettbewerb aber eine Markteintrittschance für diejenigen, für die andernfalls der Markt Netzbetrieb verschlossen wäre<sup>12</sup>.

Schließlich werden durch den Wettbewerb um die Netze zugleich die Voraussetzungen für einen funktionierenden Durchleitungswettbewerb geschaffen, indem durch die in bestimmten Zeitabständen stattfindende Konzessionsvergabe der Gemeinde ein neuer Netzbetreiber als Konzessionär im Gemeindegebiet in einem diskriminierungsfreien Verfahren bestimmt wird. Damit ergänzen sich im Ergebnis die verschiedenen Wettbewerbsmodelle.

---

11 Hierauf verweisen auch Säcker/Jaecks, BB 2001, 1000 und stellen die Sinnhaftigkeit eines Wettbewerbs um Netze dar.

12 Schau, RdE 2011, 2.

**b) Wettbewerbliche Ausgestaltung der Konzessionsvergabe durch die Kommunen**

Der Wettbewerb um Strom- und Gasverteilnetze wird durch das kommunale Auswahlverfahren und die sich anschließende Auswahlentscheidung zur Neukonzessionierung gewährleistet.

**aa) Wettbewerb um Strom- und Gasverteilnetze durch kommunales Auswahlverfahren**

Obgleich im Rahmen des durch die Kommunen durchzuführenden Auswahlverfahrens die strikten Vorgaben des Vergaberechts zu Recht keine Anwendung finden<sup>13</sup>, bedeutet dies nicht, dass die Gemeinden bei dem Konzessionierungsverfahren willkürlich vorgehen dürfen. Da es sich bei der Konzessionsvergabe am ehesten um eine sog. Dienstleistungskonzession handelt, sind hierbei die Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EG (heute Art. 56 AEUV) und die Niederlassungsfreiheit des Art. 43 EG (heute Art. 49 AEUV) und insofern, wie der EuGH feststellte<sup>14</sup>, die Grundregeln des EG-Vertrages im Allgemeinen und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Besonderen zu beachten<sup>15</sup>. Hieraus erwächst die Verpflichtung, die Dienstleistungskonzession in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu vergeben<sup>16</sup> und das Auswahlverfahren dementsprechend durchzuführen.

Darüber hinaus sind die Kommunen auch aus § 46 Abs. 2 und 3 EnWG auf ein wettbewerbliches Verfahren verpflichtet. Dies kommt schon aus der Gesetzesbegründung zu § 13 EnWG 1998, nunmehr § 46 EnWG 2005 zum Ausdruck, wonach die Neuregelung explizit der Wettbewerbsförderung dient, indem Ewigkeitsrechte vermieden und die Versorgungsstrukturen vor einer Erstarrung bewahrt werden sollen<sup>17</sup>. Rechtliche Grundlage für eine sich ggf. anschließende Netzübernahme bei Konzessionierung eines Dritten sind die Regelungen des § 46 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 EnWG, nach denen alle 20 Jahre ein Wettbewerb um die Energieverteilnetze der allgemeinen Versorgung mit Strom bzw. Gas stattfinden soll („Wettbewerb um das Netz“)<sup>18</sup>. Ein solcher Wettbewerb um die Verteilnetze ist aber nur möglich, wenn sich neben dem bisherigen Konzessionsnehmer auch andere Unternehmen um die Konzession ernsthaft bewerben (können). Eine verbindliche Bewerbung anderer Interessenten ist jedoch nur dann zu erwarten, wenn diese die zur Einschätzung der wirtschaftlichen

---

13 Templin, IR 2009, 101 ff.; Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15.12.2010 Tz. 14; Niehof, RdE 2011, 16.

14 EuGH, Slg. 2000, I-10745, Rdnr. 60 - Teleaustria.

15 Templin, IR 2009, 103; kritisch Niehof, RdE 2011, 16.

16 EuGH, Slg. 2000, I-10745, Tz. 60 – Teleaustria; Urt. v. 21.7.2005, Rs. C-231/03, Slg. 2005, I-7287 Tz. 16. = NVwZ 2005, 1052 – Coname.

17 BT-Drs. 13/7274, S.21.

18 BGH, Urteil vom 16.11.1999 i.S. „Kaufering“, BGHZ 143, 128, 145 ff. (= NJW 2000, 577 ff.); bestätigt durch BGH, Urteil vom 7. 2. 2006 - Az. KZR 24/04, RdE 2006, 239 = ZNER 2006, 140.

Folgen einer Netzübernahme erforderlichen Informationen erhalten. Anderenfalls müssten sich die Wettbewerber sozusagen „ins Blaue hinein“ um die Konzession bewerben. Über die erforderlichen Informationen verfügen allein die derzeitigen Altkonzessionäre. Sie allein können damit auf gesicherter Grundlage über die Bewerbung um die Konzession entscheiden und haben damit gegenüber anderen potenziellen Bewerbern grundsätzlich immer einen erheblichen Vorteil.

Zudem sind die Kommunen bei der Vergabe von Konzessionen für Gas- und Stromverteilnetze unternehmerisch tätig, da es sich um die entgeltliche Vergabe von Wegerechten handelt<sup>19</sup>. Das deutsche und europäische Wettbewerbsrecht ist daher anwendbar<sup>20</sup>. Auf diesem Markt der Zurverfügungstellung von Wegenutzungsrechten treten die Kommunen als Anbieter und Energieversorgungsunternehmen als Nachfrager auf. Typischerweise wird dieser Markt allerdings nicht durch einen Netzbetreiber, sondern durch die jeweilige Gebietskörperschaft (Kommune), die das Wegenutzungsrecht zur Verfügung stellt, beherrscht<sup>21</sup>. Die Kommunen sind demnach marktbeherrschende Alleinanbieter von Wegerechten auf dem jeweiligen Gemeindegebiet und unterliegen insbesondere dem Missbrauchverbot nach § 13 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 1 und dem Diskriminierungsverbot nach § 20 Abs. 1 GWB. Daher sind die Kommunen auch verpflichtet, ein wettbewerblich ausgestaltetes Auswahlverfahren durchzuführen<sup>22</sup>. Die bisherigen Verteilnetzbetreiber sind hingegen beherrschend beim örtlichen Netzbetrieb und unterliegen daher ihrerseits den eben genannten kartellrechtlichen Vorschriften. Sie sind demnach auch verpflichtet, die für ein transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren notwendigen netzbezogenen Daten zur Verfügung zu stellen.

#### **bb) Wettbewerbliche Ausgestaltung der Auswahlentscheidung**

Bei der Auswahl des Konzessionärs haben die Kommunen im Sinne des Allgemeinwohls und der Ziele des § 1 EnWG – einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltfreundlichen Energieversorgung – eine besondere Verantwortung für den Wettbewerb um die Konzession, aber auch für den Wettbewerb auf den Endkundenmärkten<sup>23</sup>.

---

19 BGH, Urteil vom 11.11.2008, KZR 43/07, WuW/E DE-R 2581 – Neue Trift.

20 Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15.12.2010 Tz. 16.

21 OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.03.2008, Az. 2 U (Kart) 8/07; BGH, Urt. v. 11.11.2008, Az. KZR 43/07 „Neue Trift“, Umdruck, S. 8 ff.; BKartA, Beschl. v. 17.09.2009, Az. B 10 – 74/08 „Stadtwerke Thorgau“, Beschlussausfertigung Tz. 26; BKartA, Beschl. v. 16.09.2009, Az. B 10 – 11/09 „GAG Ahrensburg“, Beschlussausfertigung Tz. 34; BKartA, Beschl. v. 03.06.2009, Az. B 10 – 71/08 „GGEW“, Beschlussausfertigung Tz. 16.

22 Niedersächsische Landeskartellbehörde, Hinweise der Niedersächsischen Landeskartellbehörde zur Durchführung eines wettbewerblichen Konzessionsabgabeverfahrens nach § 46 EnWG vom März 2010, S. 7.

23 Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15.12.2010 Tz. 21.

Die Gemeinden bewerten die abgegebenen Konzessionsangebote anhand vorab aufgestellter und den Bewerbern mitgeteilter Kriterien. Beispielhaft können genannt werden: Konzessionsabgaben, Kommunalrabatt und sonstige Leistungen, Folgepflichten und Folgekosten, Durchführung von Baumaßnahmen, Auskunfts- und Informationsrechte sowie Endschaftsbestimmungen. Dabei unterliegen die Gemeinden der schon erwähnten Gemengelage aus privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Regelungen. Die Vertragsgestaltung erfolgt auf privatrechtlicher Basis, da der abzuschließende Konzessionsvertrag als zivilrechtlicher Vertrag ausgestaltet ist. Das Aufstellen der Kriterien und die dem Vertragsabschluss vorgelagerte Auswahlentscheidung hingegen richten sich nach öffentlichem Recht. Demnach entscheiden die Gemeinden nicht gänzlich frei, sondern vielmehr nach pflichtgemäßem Ermessen<sup>24</sup>.

Im Rahmen der Auswahl des Energieversorgungsunternehmens stehen die Kommunen auch vor einer Systementscheidung: Soll der Netzbetrieb durch sie selbst, sei es in der Rechtsform eines Eigen-/ Regiebetriebs oder in der Rechtsform einer Eigengesellschaft, durch ein drittes öffentliches (gemeindliches) Unternehmen bzw. durch ein gemischtwirtschaftliches oder durch ein privates Unternehmen in Form der Konzessionierung erfolgen<sup>25</sup>. Dabei steht diese Systementscheidung am Ende des Auswahlverfahrens unter Berücksichtigung und Bewertung aller Angebote. Da sich die Kommunen im Rahmen ihres Ermessens für das beste Angebot entscheiden werden und müssen, besteht für sie ein fundamentales Interesse an der Gewährleistung eines diskriminierungsfreien und transparenten Auswahlverfahrens.

### **cc) Rekommunalisierung als Teilaspekt des „Wettbewerbs um Netze“**

Hierbei kann der Aspekt der Rekommunalisierung nicht gegen einen Wettbewerb um Verteilnetze angeführt werden. Denn die Rekommunalisierung stellt im Rahmen dieses Wettbewerbs nur einen Teilaspekt dar, der mitnichten dazu führt, dass jede noch so kleine Kommune ein eigenes Stadtwerk gründet und ihr Netz selbst betreibt. Vielmehr finden in den meisten Fällen, in denen es zu Konzessionswechseln kommt sog. Fremdvergaben bzw. Kooperationen mit schon bestehenden Energieversorgungsunternehmen, die bereits als Netzbetreiber tätig sind, statt.

Der Verfasser schätzt hierbei die „Wechselrate“ aus eigener Erfahrung auf etwa 10%, wobei es sich dort wiederum nur bei einem sehr geringen Prozentsatz um eine Konzessionsvergabe an ein neu gegründetes Stadtwerk handelt. D. h., in 90% der Fälle bleibt im Ergebnis alles beim Alten und es kommt dann auch nicht zu einer sog. Netzübernahme.

Das Auslaufen der Konzessionsverträge eröffnet daher in einem Rhythmus von längstens 20 Jahren die Möglichkeit des Wettbewerbs um die Netze, der ansonsten nicht stattfinden wür-

---

24 Templin, Recht der Konzessionsverträge, 2009, 357 f.

25 Theobald, DÖV 2009, 358 f.

de. Gerade neue Marktteilnehmer, mittelbar aber auch die Verbraucher, profitieren von diesem Wettbewerb. Insbesondere reine Netzbetreiber, die selbst keine Belieferungsaufgaben wahrnehmen, garantieren hierbei den diskriminierungsfreien Zugang zu ihren Netzen und können zum Vorteil der Endverbraucher Synergien heben, die sich positiv auf die Netzentgelte und damit den Energiepreis auswirken. Das von der Bundesnetzagentur durchgeführte Benchmarking hat zudem gezeigt, dass auch kleine und mittelgroße Netzbetreiber sehr gute Effizienzergebnisse erreichen können. Größe ist dementsprechend im Rahmen des Netzbetriebs nicht alleine entscheidend.

### c) Zwingende Abbildung der Wettbewerbssituation in § 46 EnWG

Der Wettbewerb um Strom- und Gasverteilnetze ist insofern durch die Kommunen zu gewährleisten. Sie sind es, die das Auswahlverfahren diskriminierungsfrei und transparent gestalten müssen. Der Ablauf eines zweiphasigen Konzessionsverfahrens mit anschließender Netzübernahme aus Sicht der Wettbewerber ist nachfolgend optisch dargestellt.

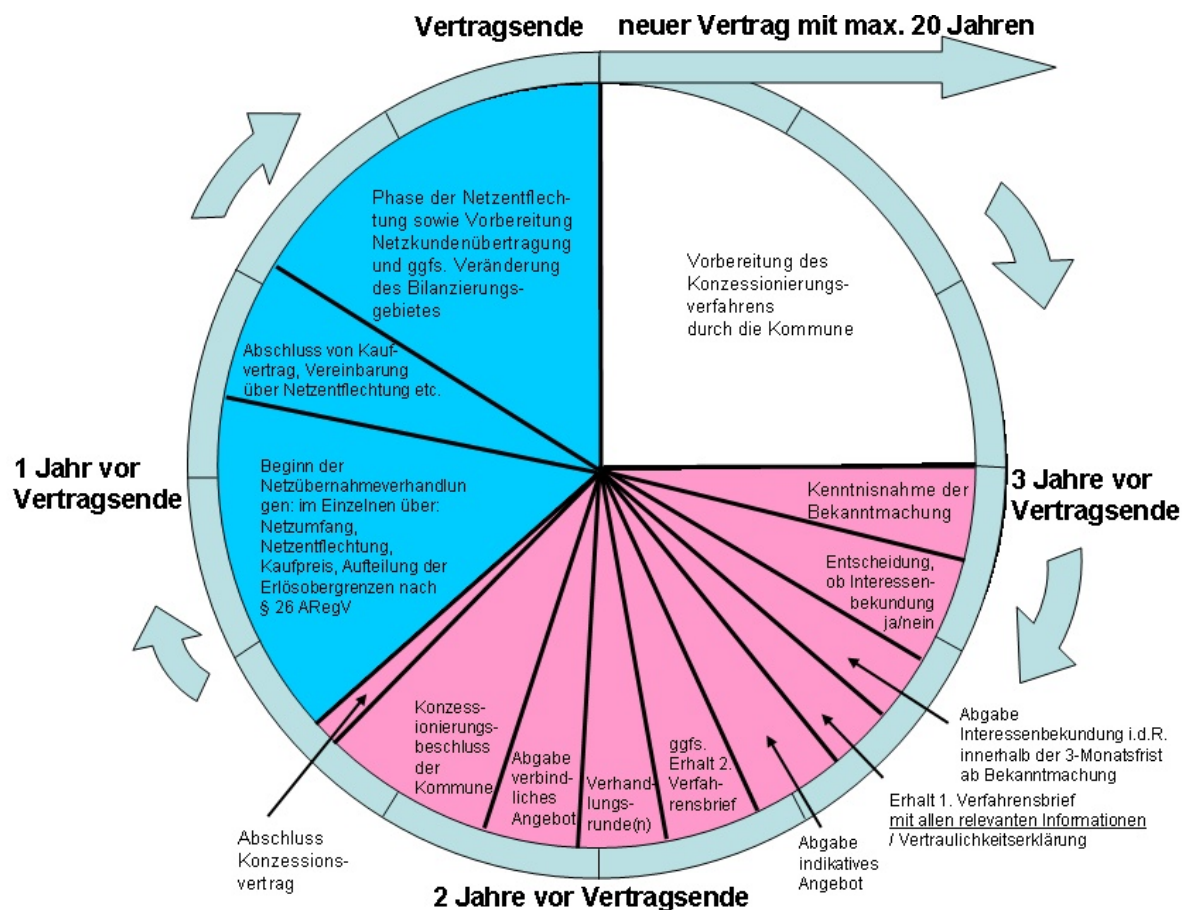


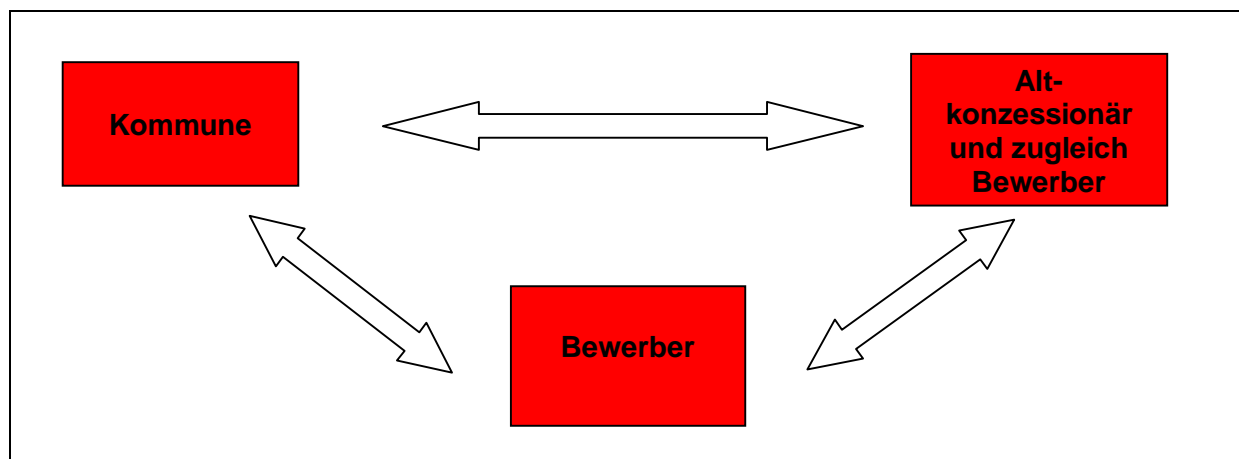
Abb.: Ablauf eines zweiphasigen Konzessionsverfahrens mit anschließender Netzübernahme aus Sicht der Wettbewerber (eigene Darstellung)

Zunächst findet in etwa beginnend drei Jahre vor Auslaufen des bisherigen Konzessionsvertrages das Konzessionierungsverfahren statt, welches nach den bereits aufgeführten Grundlagen durch die Kommune durchzuführen ist.

Nur dann, wenn diese erste wettbewerbliche Phase mit einem Wechsel des Konzessionärs endet, folgt als zweite Phase die sog. Netzübernahme. Das im Wettbewerb gefundene Ergebnis wird umgesetzt und zwar im Verhältnis zwischen dem alten und dem neu konzessionierten Netzbetreiber. Die Kommune bleibt hier außen vor.

Die grundsätzlichen Rechte und Pflichten in Bezug auf den Netzbetrieb in einer Kommune sind generell in dem zwischen der Kommune und dem Konzessionär abgeschlossenen Konzessionsvertrag geregelt. Dieser bestimmt das Recht des Konzessionärs zur Nutzung der gemeindlichen Wege für die Verlegung und den von Leitungen im Gemeindegebiet.

Bei Auslaufen eines Konzessionsvertrages stellt sich in der **ersten Phase** zwischen den Wettbewerbern um die örtliche Infrastruktur eine klassische Wettbewerbssituation dar. Der Konzessionsvertrag kann allerdings dieses Wettbewerbsverhältnis nicht abbilden. Denn dieser regelt eben nur das Verhältnis zwischen dem jetzigen Konzessionär als Netzbetreiber und der Kommune. Insofern entsteht vor/bei dem Auslaufen des bisherigen Konzessionsvertrages ein Dreiecksverhältnis zwischen Kommune, dem alten Netzbetreiber als Altkonzessionär (und in der Regel gleichzeitigen Bewerber um die neue Konzession) und den Mitbewerbern.



Die Kommunen sind nach der Wettbewerbskonzeption die „Herren des Konzessionsverfahrens“. Zur Gewährleistung des Konzessionsverfahrens müssen sie das Auslaufen des Konzessionsvertrages nach § 46 Abs. 3 Satz 1 und 2 EnWG bekanntmachen, ein diskriminierungsfreies und transparentes Auswahlverfahren durchführen, den neuen Konzessionär schließlich auswählen und daraufhin diese Entscheidung nach § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG wiederum bekanntmachen. Der Gesetzgeber hatte erkannt, dass die konzessionsvertraglichen Bestimmungen dem Dreiecksverhältnis bei Auslaufen des Konzessionsvertrages nicht

gerecht werden können und diesen Befund aufgegriffen, um im Jahre 1998 diesbezüglich Rechte und Pflichten im Rahmen der Novellierung des Energiewirtschaftsrechts im Energiewirtschaftsgesetz in § 13 EnWG 1998 zu implementieren. Der Gesetzgeber wollte hierdurch Ewigkeitsrechte, die zur Erstarrung der Versorgungsstrukturen zugunsten der Monopolunternehmen beitragen, entgegenwirken<sup>26</sup>. Dabei hat es der Gesetzgeber allerdings unterlassen, eindeutige Formulierungen für das Auswahlverfahren zu wählen. Durch die Energierechtsnovelle 2005 ist es seitens des Gesetzgebers unterblieben, den Wortlaut der Regelung in § 46 EnWG 2005 zu präzisieren. So hat der Gesetzgeber zwar den Beginn und das Ende des Konzessionierungsverfahrens geregelt und den Kommunen Pflichten auferlegt. Rechte der Kommunen zur rechtssicheren Ausgestaltung des Verfahrens hat der Gesetzgeber bisher hingegen nicht formuliert. So fehlt beispielsweise eine gesetzliche Verpflichtung zur Informationsübermittlung des Altkonzessionärs gegenüber der Kommune. Gerade dies ist in den letzten Jahren Ursache für mannigfaltige Gerichtsverfahren und hat den Wettbewerb um Strom- und Gasverteilnetze erheblich behindert. Hier besteht Anpassungsbedarf.

Auch in der **zweiten Phase** der Netzübernahme besteht dringender Anpassungsbedarf in Bezug auf die gesetzliche Regelung. Der Gesetzgeber hat die Grundlagen der Netzübertragung in § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG geregelt: *„Werden solche Verträge nach ihrem Ablauf nicht verlängert, so ist der bisher Nutzungsberechtigte verpflichtet, seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu überlassen“*. Auch diese Formulierung hat indes nicht zu der vom Gesetzgeber bezweckten Ausweitung des Wettbewerbs um Strom- und Gasverteilnetze geführt. Denn die Regelung hat über die bestehenden Endschaftsklauseln hinaus nicht zu einer Klärung von Streitfragen beigetragen. Ursächlich hierfür ist wiederum der unpräzise Wortlaut des Gesetzestextes. So ist die bestehende Regelung zur Überlassenspflicht, zum Umfang der zu übertragenden Verteilungsanlagen ähnlich unpräzise wie der Gesetzeswortlaut hinsichtlich der „wirtschaftlich angemessenen Vergütung“. Informationspflichten des Neukonzessionärs gegen den Altkonzessionär hat der Gesetzgeber bisher überhaupt nicht formuliert.

## **2. Informationsansprüche bei Auslaufen des Konzessionsvertrages als Voraussetzung eines funktionierenden Wettbewerbs um die örtliche Infrastruktur**

Damit ein transparenter und diskriminierungsfreier Wettbewerb um die Strom- und Gasverteilnetze durch die Kommunen auch tatsächlich gewährleistet werden kann, sind Informationsansprüche der Kommunen und der Bewerber notwendig. Die Praxis zeigt, dass die be-

---

26 BT-Drs. 13/7274, S. 20.

stehenden gesetzlichen Regelungen nicht ausreichend sind, um einen effektiven Wettbewerb zu initiieren.

#### **a) Notwendigkeit von Information und Daten zum örtlichen Energieverteilnetz**

Damit ein diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren auch tatsächlich von den Kommunen durchgeführt werden kann und sich ein wirksamer Wettbewerb um die örtliche Infrastruktur entwickelt, ist es erforderlich, dass der Altkonzessionär der Kommune die für den Netzbetrieb relevanten Daten mitteilt, lange bevor die Konzessionsentscheidung fällt<sup>27</sup>, damit die Kommune diese Informationen ihrerseits an alle Bewerber weiterleiten kann. Denn die Konzessionsentscheidung ist erst Folge des insoweit diskriminierungsfrei und transparent durchzuführenden Auswahlverfahrens. Es ist zur Gewährleistung einer diskriminierungsfreien Konzessionsentscheidung aber erforderlich, dass alle Interessenten in der Lage sind, anhand der bekannten Daten ein Angebot bezüglich der von den Kommunen zuvor bekanntzugebenden Auswahlkriterien abgeben können. Dabei muss die bestehende Informationsasymmetrie zwischen Altkonzessionär und möglichen Mitbewerbern aufgehoben werden. Denn die Altkonzessionäre sind aufgrund der ihnen zugänglichen Daten ohne Umstände in der Lage zu entscheiden, ob und in welcher Form sie nach Ablauf dem Konzessionsvertrages ein neues Angebot unterbreiten werden.

Hierbei genügt die Bekanntmachung des Auslaufens des Konzessionsvertrages auf keinen Fall; diese ist lediglich der Startpunkt des Konzessionsverfahrens. Vielmehr ist es zur Eröffnung des bezweckten Wettbewerbs um die jeweiligen Leitungsnetze erforderlich, dass potentiellen Interessenten die Möglichkeit eröffnet wird, durch Vorlage der für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit einer möglichen Netzübernahme notwendigen Daten über ihre weitere Verfahrensteilnahme zu entscheiden. Sie benötigen alle Informationen, um ein betriebswirtschaftlich sinnvolles und objektives nachprüfbares Angebot abzugeben<sup>28</sup> und eine zumindest indikative Preiskalkulation zu ermöglichen. Hierauf verweist auch ausdrücklich der aktuelle „*Gemeinsame Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers*“ vom 15.12.2010<sup>29</sup>.

---

27 So auch Säcker/Mohr/Wolf, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, 2010, S. 95 f.

28 Säcker/Mohr/Wolf, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, 2010, S. 95.

29 Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15.12.2010 Tz. 25; ferner Niedersächsische Landeskartellbehörde zur Durchführung eines wettbewerblichen Konzessionsabgabeverfahrens nach § 46 EnWG vom März 2008, S. 8 f.



**b) Umfang herauszugebender Daten****aa) Daten zur Durchführung eines diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens**

Für eine solche wirtschaftliche Abschätzung der späteren Netzübernahme genügen bloße Angaben zum technischen Mengengerüst, zur Länge des Netzes, Alterstruktur, Strukturdaten und Konzessionsabgabeaufkommen gerade nicht. Es sind vielmehr diejenigen Daten an die Bewerber zu übermitteln, die für eine Wirtschaftlichkeitsbetrachtung des örtlichen Energieverteilnetzes von Bedeutung sind<sup>30</sup>. Insofern sind insbesondere alle Daten von Bedeutung, aus denen sich die zukünftig mit dem Betrieb der zu übernehmenden Sachanlagegüter verbundenen Kosten ableiten lassen. Denn ein Käufer kann, wie der Bundesgerichtshof im Jahr 2008 bestätigt hat<sup>31</sup>, nur die auf der Grundlage von Strom- bzw. Gasnetzentgeltverordnung/Anreizregulierungsverordnung zuvor behördlich anerkannten Restwerte der Anlagen des Altkonzessionärs übernehmen und fortführen, um hieraus künftige Netzentgelte generieren zu können, die wiederum der Refinanzierung des Kaufpreises dienen<sup>32</sup>.

Daher sind über den Anlagenbestand hinaus, auch gerade diejenigen Informationen zu übermitteln, auf deren Grundlage eine ökonomische Bewertung der zu übernehmenden Anlagen vorgenommen werden kann. Maßgeblich sind hierbei die aktuellen Daten des örtlichen Verteilnetzes und der für das Netz eingesetzten Betriebsmittel. Demzufolge sind neben den allgemeinen Daten über den Bestand der Anlagegüter vom Altkonzessionär bereits im Konzessionierungsverfahren an die Kommune auch zwingend Daten zu den historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten, zur Ermittlung der kalkulatorischen Abschreibungen, zu den zuletzt nach § 6 ARegV herangezogenen Nutzungsdauern im Sinne von § 6 Abs. 5 StromNEV/GasNEV, zu kalkulatorischen Restwerten gemäß § 32 Abs. 3 StromNEV/GasNEV, zu vereinnahmten und nicht aufgelösten Ertragszuschüssen im Sinne von § 9 StromNEV/GasNEV, zum Unterhaltungskonzept, zu den von der zuständigen Regulierungsbehörde erteilten Netzentgeltgenehmigungen nach § 23a EnWG und zu den von der zuständigen Regulierungsbehörde bestimmten Erlösobergrenzen nach §§ 4, 32 ARegV vorzulegen.

**bb) Daten für die endgültige Netzübernahme**

Mit dem Konzessionierungsbeschluss ist das wettbewerbliche Konzessionierungsverfahren abgeschlossen. Sofern der neue Konzessionär nicht der bisherige Netzbetreiber ist, treten der neue Netzbetreiber und der Altkonzessionär in Netzübernahmeverhandlungen. Zum Umfang der Informationen in dieser Phase hat der Leitfaden der BNetzA und des BKartA folgendes ausgeführt:

---

30 Vgl. hierzu Schau, RdE 2011, 4.

31 BGH, Beschluss vom 14.08.2008, KVR 35/07, S. 16 ff., RdE 2008, 341 = ZNER 2008, 213.

32 Säcker/Mohr/Wolf, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, 2010, S. 94.

*„Die Verpflichtung zur Herausgabe umfasst alle Daten, die erforderlich sind, um den neuen Netzbetreiber in die Lage zu versetzen, das in Frage stehende Netz zu betreiben. Dabei sind für den übernehmenden Netzbetreiber auch Informationen über die Kostenstruktur des übergehenden Netzes von großer Bedeutung.“<sup>33</sup>*

Hierzu zählen im Ergebnis all diejenigen Informationen, die für eine Erlösbergrenzenzuordnung entsprechend den Vorgaben der Regulierungsbehörden nach § 26 Abs. 2 ARegV notwendig sind<sup>34</sup>. Die Daten überschneiden sich zwar zum Teil mit denjenigen, die schon im Auswahlverfahren übermittelt werden müssen. Entgegen der im Auswahlverfahren vorzunehmenden isolierten Betrachtung der zu übernehmenden Anlagegüter und der damit verbundenen Kosten wird es in dieser Phase zentral um die von der Systematik der Anreizregulierungsverordnung vorgesehene Aufteilung der dem bisherigen Netzbetreiber zugestandenen kalenderjährlichen Erlösbergrenzen gehen. Denn auf dieser Grundlage wird der neue Konzessionär die Netzentgelte in dem zu übernehmenden Teilnetz bis zum Beginn der nächsten, möglicherweise erst in den nächsten drei oder vier Jahren beginnenden Regulierungsperiode (in der die Erlösbergrenzen auf den originären Kosten nach der Netzübernahme beruhen) kalkulieren.

Für diese von § 26 Abs. 2 ARegV vorgesehene Neufestlegung der Erlösbergrenzen ist insbesondere von Bedeutung, anhand welcher Zuordnung die verschiedenen Erlösbergrenzenanteile des bisherigen Netzbetreibers auf den neuen Konzessionär übergehen. Aufzuteilen sind demnach konkret die in der gesamten Erlösbergrenze des abgebenden Netzbetreibers enthaltenen dauerhaft nicht beeinflussbaren, vorübergehend nicht beeinflussbaren sowie beeinflussbaren Kostenanteile im Sinne des § 11 ARegV. Da es sich hierbei um diejenigen Kosten handelt, die in einem früheren Kostenprüfungsverfahren für den bisherigen Netzbetreiber anerkannt und die dann gemäß § 6 Abs. 1 ARegV als Ausgangsniveau für die Bestimmung der in einer Regulierungsperiode anzuwendenden kalenderjährlichen Erlösbergrenzen herangezogen worden sind, werden sich die jetzt vom bisherigen Netzbetreiber herauszugebenden Daten auch in ihrer Aktualität von den vor der Auswahlentscheidung zu offenbarenden Informationen unterscheiden. Ausgehend von den in seiner gesamten Erlösbergrenze enthaltenen Ansätzen hat der abgebende Netzbetreiber gemäß den hierzu von den Regulierungsbehörden veröffentlichten Maßgaben eine sachgerechte Zuordnung der Erlösbergrenzenanteile gegenüber dem aufnehmenden Netzbetreiber darzulegen und die

---

33 Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15.12.2010 Tz. 57.

34 Leitfaden der Regulierungsbehörden zu Inhalt und Struktur von Anträge auf Neufestlegung der kalenderjährlichen Erlösbergrenzen nach § 26 Abs. 2 ARegV, Stand Mai 2010 – abrufbar unter: [http://www.bundesnetzagentur.de/cae/servlet/contentblob/154882/publicationFile/6888/20100512LeitfadenPara26IIARegV\\_pdf.pdf;jsessionid=A15EB654A69203707D80EFCA81DC4D5D](http://www.bundesnetzagentur.de/cae/servlet/contentblob/154882/publicationFile/6888/20100512LeitfadenPara26IIARegV_pdf.pdf;jsessionid=A15EB654A69203707D80EFCA81DC4D5D).

dabei angewendete Vorgehensweise – insbesondere die herangezogenen Schlüssel – transparent zu erläutern.

### **c) Nur unzureichend bestehende Informationsansprüche**

Problem ist, dass die vorbenannten Daten ausschließlich dem Altkonzessionär und gegenwärtigen Netzbetreiber vorliegen. Die Kommune hingegen verfügt nur über Informationen betreffend ihre öffentlichen Verkehrswege. Was sie aber nicht hat, kann sie auch nicht den Wettbewerbern zur Verfügung stellen, ein entscheidendes Dilemma.

#### **aa) Fehlende Ansprüche im Auswahlverfahren**

Zumeist existieren in den Konzessionsverträgen keine speziell geregelten **vertraglichen Auskunftsansprüche**. Falls indes Auskunftsansprüche der Kommunen bei oder vor Auslaufen des Konzessionsvertrages in den Konzessionsvertrag aufgenommen wurden, sind diese häufig nur sehr rudimentär ausgestaltet. Vielfach wird der Altkonzessionär nur verpflichtet, Aufschluss darüber zu geben, welche Anlagen vorhanden sind. Dass diese Angaben nicht genügen, um einen wirklichen Wettbewerb um die örtliche Infrastruktur zu initiieren, ist offensichtlich. Zudem bedarf es zur Sicherstellung eines diskriminierungsfreien Wettbewerbs durch die Kommunen selbst bei vertraglich geregelten Auskunftsansprüchen einer Konkretisierung im Gesetz.

Daneben stehen den Kommunen im Auswahlverfahren **vertragliche Nebenanspruch aus § 242 BGB** zum auslaufenden Konzessionsvertrag gegen den Altkonzessionär auf Herausgabe einer Mindestanzahl bestimmter Informationen während des Interessenbekundungs- und Auswahlverfahrens zu. Darauf stellen sowohl die Landeskartellbehörden<sup>35</sup>, als auch der Leitfaden der BNetzA und des BKartA<sup>36</sup> ab. Dies ist im Ergebnis richtig. Allerdings existieren diesbezüglich Gegenstimmen in der Literatur<sup>37</sup>, so dass auch aufgrund einer fehlenden höchstrichterlichen Rechtsprechung dementsprechend eine erhebliche Rechtsunsicherheit besteht. Zudem nimmt die gerichtliche Durchsetzung dieses Anspruchs mehrere Jahre in Anspruch und steht damit der rechtzeitigen Verfügbarkeit der Daten entgegen<sup>38</sup>.

Zwar bestehen gute Argumente dafür, dass sich auch aus **§ 46 Abs. 2 und 3 EnWG** bzw. aus einer **selbständigen Nebenpflicht zum gesetzlichen Rechtsverhältnis aus § 46 Abs. 2 EnWG** (ggf. auch i.V.m. § 242 BGB) ein Anspruch der Kommune bzw. des Neukon-

---

35 Niedersächsische Landeskartellbehörde, Hinweise der Niedersächsischen Landeskartellbehörde zur Durchführung eines wettbewerblichen Konzessionsabgabeverfahrens nach § 46 EnWG vom März 2010, S. 10.

36 Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15.12.2010 Tz. 27 und 54.

37 So beispielsweise Höch/Kalwa, RdE 2010, 365; Brucker, in Kermel/Brucker/Baumann, Wegenutzungsverträge und Konzessionsabgaben in der Energieversorgung, 2008, S. 72 ff.

38 Schau, RdE 2011, 5.

zessionärs gegen den Altkonzessionär auf Übermittlung der für den Netzbetrieb erforderlichen Daten und Informationen ergibt. Indes besteht auch hier eine erhebliche Rechtsunsicherheit, vor allem dadurch, dass der Leitfaden der BNetzA und des BKartA zu § 46 EnWG einen solchen Anspruch sowohl der Kommune als auch des Wettbewerbers im Auswahlverfahren abgelehnt hat. Denn nach Auffassung der Behörden stehen im Stadium vor Abschluss der Neukonzessionierung weder die Bieter noch die Kommune über § 46 Abs. 2 EnWG in einem gesetzlichen Schuldverhältnis zum Altkonzessionär. Immerhin würde das Rechtsverhältnis nach § 46 Abs. 2 EnWG erst und nur mit dem Unternehmen begründet, mit welchem die Kommune den neuen Konzessionsvertrag schließt. Auch ein Nebenanspruch zu den gesetzlichen Ansprüchen aus § 46 Abs. 1 und 3 EnWG sei nicht ersichtlich. Dieser ließe sich allenfalls daraus herleiten, dass die Gemeinde nach § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG dazu verpflichtet sei, die öffentlichen Verkehrswege „diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen“. Dagegen spreche aber, dass über die Veröffentlichung von Informationen nach § 46 Abs. 3 EnWG hinaus eine Weitergabe von Daten durch die Gemeinde im EnWG nicht vorgesehen sei<sup>39</sup>. Daher besteht nach Auffassung des Leitfadens nach derzeitiger Rechtslage mangels gesetzlicher Anspruchsgrundlage eines Informationsrechts keine Handlungsmöglichkeit für die Bundesnetzagentur.

#### **bb) Das Dilemma des fehlenden Rechtsschutzes im Auswahlverfahren**

Auch soweit Informationsansprüche der Kommunen im Auswahlverfahren auf der Grundlage der bestehenden Gesetzeslage bejaht werden, führt dies mitnichten dazu, dass diese rechtst tatsächlich den Wettbewerb um die Strom- und Gasverteilnetze beleben. Regelmäßig stehen den Bewerbern die für einen wirksamen Wettbewerb notwendigen Informationen trotz gerichtlicher Geltendmachung nicht rechtzeitig zu Verfügung.

Dies liegt zum einen daran, dass die gerichtliche Durchsetzung der Auskunftsansprüche im Hauptsacheverfahren mindestens zwei bis drei Jahre in Anspruch nimmt, was einer rechtzeitigen Verfügbarkeit der Daten im Auswahlverfahren entgegensteht<sup>40</sup>. Zum anderen verweigern die Gerichte bisher den Kommunen bzw. den Neukonzessionären die Möglichkeit, zügig einstweiligen Rechtsschutz geltend zu machen<sup>41</sup>. Dies ist zwar insoweit widersprüchlich, als mittlerweile in der Rechtsprechung Einigkeit dahingehend besteht, dass den Kommunen umfassende Informationsansprüche als Nebenpflichten aus dem auslaufenden Konzessionsvertrag zustehen<sup>42</sup> - in der Hauptsache demnach das Informationsdefizit der Kommunen

---

39 Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15.12.2010 Tz. 53.

40 So auch Schau, RdE 2011, 5.

41 OLG Brandenburg, Beschluss vom 29.12.2009 Az. Kart W 13/09 = VersorgW 2010, 149; LG Potsdam, Beschluss vom 02.12.2009, Az. 2 O 326/09.

42 OLG Schleswig, Urteil vom 10. 1. 2006 - 6 U Kart 58/05, S. 8, RdE 2006, 199 = ZNER 2006, 154; OLG Frankfurt am Main in seinem Urteil vom 29.01.2008, S. 22; OLG Koblenz, Urteil vom 23.04.2009

durch die Gerichte zutreffend bewertet wird. Im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes bemängeln die Gerichte allerdings (rein zivilprozessual), dass der Gesetzgeber keine ausdrücklichen Auskunftsansprüche in § 46 EnWG geregelt habe und zudem eine sog. Vorwegnahme der Hauptsache vorliege<sup>43</sup>, die einem Verfügungsanspruch entgegenstehe.

Insofern wird den Kommunen und damit allen weiteren Wettbewerbern effektiver Rechtsschutz und auf diese Weise die Möglichkeit verwehrt, aktiv den Wettbewerb um Strom- und Gasverteilnetze nicht nur zu initiieren, sondern auch zu fördern. Es besteht daher während des Auswahlverfahrens ein Rechtsvakuum zu Gunsten des Wettbewerbers, der zugleich bisheriger Netzbetreiber (Altkonzessionär) ist, zu Ungunsten der Kommunen und aller anderen Wettbewerber.

Nach den vielfältigen Erfahrungen des Verfassers scheiden daher im Auswahlverfahren aufgrund der fehlenden Informationsübermittlung des Altkonzessionärs an die Kommune sehr häufig Interessenten aus, da ihnen keine belastbaren Daten für eine Wirtschaftlichkeitsbetrachtung des Netzgebietes zur Verfügung stehen. Obwohl zuvor noch fünf oder sechs Mitbewerber ernsthaft ihr Interesse an einer Neukonzessionierung bekundet haben, bleibt am Ende des Verfahrens sehr häufig nur noch – wenig überraschend - der Altkonzessionär übrig.

#### **cc) Unsichere Rechtslage auch nach Auswahlentscheidung der Kommune**

Nach Auswahlentscheidung und Konzessionierung eines neuen Energieversorgungsunternehmens müssen sich der Neukonzessionär und der Altkonzessionär über die Bedingungen der Netzübernahmen einigen. Hierzu setzen sich die Parteien in Verbindung und treten in die Netzübernahmeverhandlungen ein, die mit der Umsetzungsvereinbarung bzw. dem Netzübernahmevertrag beendet werden. Hier setzt sich die vorherbeschriebene Informationsasymmetrie zu Lasten des zuvor im Konzessionswettbewerb erfolgreichen Wettbewerbers fort.

Nach erster Rechtssprechung, die grundsätzlich Zustimmung finden muss, besteht vor Abschluss des Überlassungsvertrages während der Netzübernahmeverhandlungen ein Anspruch des Neukonzessionärs aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) als Nebenpflicht zu § 46 Abs. 2 EnWG in Verbindung mit dem Konzessionsvertrag<sup>44</sup>. Dies wird auch durch den Leitfaden der BNetzA und des BKartA bestätigt<sup>45</sup> und entspricht im Ergebnis der Rechtsprechung,

---

- U 646/08 Kart, S. 13; LG Dortmund, Urteil vom 10.07.2008 - 13 O 126/06; LG Frankfurt, RdE 2010, 347 ff.

43 OLG Brandenburg, Beschluss vom 29.12.2009 Az. Kart W 13/09, S. 6 = VersorgW 2010, 149.

44 LG Hannover, Urteil vom 24. 6. 2010, 18 O 260/08, S. 7, RdE 2010, 352 = ZNER 2010, 414.

45 Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15.12.2010 Tz. 55ff.; vgl. auch Säcker/Mohr/Wolf, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, 2010, S. 93 f.

die zumindest als Nebenanspruch zum auslaufenden Konzessionsvertrag Auskunftsansprüche umfassend bejaht<sup>46</sup>. Allerdings ist dieser Anspruch nicht spezialgesetzlich geregelt, so dass hier eine gesetzliche Fixierung eine bedeutende Rechtssicherheit begründen würde. Es sind insofern alle netzbezogenen Daten sowie diejenigen Informationen, die für einen Netzbetrieb erforderlich sind, sofort nach dem Konzessionierungsbeschluss der Kommune herauszugeben<sup>47</sup>.

#### d) Anpassung durch Gesetzgeber

Im Ergebnis besteht eine eklatante Rechtsunsicherheit bezüglich der Informationsansprüche bei Auslaufen eines Konzessionsvertrages. Da die Bewerber bereits im Konzessionsverfahren in die Lage versetzt werden müssen, die zukünftigen Netzentgelte und mögliche Effizienzen zu kalkulieren, ist ein gesetzlicher Auskunftsanspruch in § 46 EnWG für die Phase des wettbewerblichen Auswahlverfahrens unausweichlich. Zwar sprechen wiederum gute Gründe dafür, dass sich schon aus der jetzigen Regelung eine (Neben)Pflicht des Altkonzessionärs zur Datenübermittlung im Auswahlverfahren ergibt, allerdings diene eine gesetzliche Regelung der **Klarstellung**.

Den Kommunen als auch den Bewerbern um die örtlichen Verteilnetze sind zum einen Daten über den Anlagenbestand, darüber hinaus aber insbesondere **Informationen zur Wirtschaftlichkeit** des zu übernehmenden Netzes zu übermitteln<sup>48</sup>. Der Anspruch der Kommunen auf Informationsübermittlung sollte **mindestens drei Jahre vor Ablauf des Konzessionsvertrages** d.h. zeitlich in der Phase ihrer Vorbereitung auf das eigentliche Konzessionsverfahren, fällig sein, damit die Kommune schon in der Bekanntmachung nach § 46 Abs. 3 EnWG, oder zumindest in zeitlicher Nähe, die relevanten Daten zur Verfügung stehen. Der Gesetzgeber sollte in der Gesetzesbegründung die oben aufgeführten notwendigen Informationen<sup>49</sup> als Mindestumfang herauszugebender Daten aufführen.

Insbesondere der Antrag von Bündnis 90/Die Grünen entspricht dieser Anforderung.

Zur Absicherung der Informationsübermittlung ist klarzustellen, dass die Kommunen den Auskunftsanspruch im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes aus Gründen der existentiell-

---

46 OLG Schleswig, Urteil vom 10. 1. 2006 - 6 U Kart 58/05, S. 8, RdE 2006, 199 = ZNER 2006, 154; OLG Frankfurt am Main in seinem Urteil vom 29.01.2008, S. 22; OLG Koblenz, Urteil vom 23.04.2009 - U 646/08 Kart, S. 13; LG Dortmund, Urteil vom 10.07.2008 - 13 O 126/06; LG Frankfurt, RdE 2010, 347 ff.

47 Vgl. Becker, RdE 2010, 244.

48 Dies entspricht beispielsweise auch den Forderungen der Verbandes kommunaler Unternehmen (VKU) - Presseinformation Nr. 67/2010, abrufbar unter: <http://www.vku.de/service-navigation/presse/pressemitteilungen/liste-pressemitteilung/pressemitteilung-672010.html> und der GEODE (europäischer Verband der unabhängigen privaten und öffentlichen Strom- und Gasverteilern) - Pressemitteilung vom 16.12.2010, abrufbar unter: [http://www.geode.de/geode-new/images/stories/Presse/pressemitteilung\\_konzessionen.pdf](http://www.geode.de/geode-new/images/stories/Presse/pressemitteilung_konzessionen.pdf).

49 Vgl. Kapitel C.I.2.b)aa).

len Bedeutung für die Kommunen<sup>50</sup> und für die Förderung des Wettbewerbs aus öffentlichen Interessen durchsetzen können.

Etwaigen Geheimhaltungsinteressen der Altkonzessionäre ist im Übrigen durch den Abschluss von Vertraulichkeitsvereinbarungen umfassend Genüge getan<sup>51</sup>.

Nach Abschluss des Konzessionsvertrages (d.h. zu Beginn der 2. Phase) sind über die umfangreich im Konzessionsverfahren zur Verfügung gestellten Daten, all diejenigen Informationen, die für eine Erlösobergrenzenzuordnung entsprechend den Vorgaben der Regulierungsbehörden nach § 26 Abs. 2 ARegV notwendig sind, zu übermitteln. Der Gesetzgeber sollte wiederum in der Gesetzesbegründung auf die oben angesprochenen Informationen<sup>52</sup> als Mindestanspruch des neuen Konzessionärs hinweisen.

Dies entspricht dem Antrag von Bündnis 90/Die Grünen.

Vom Gesetzgeber ist klarzustellen, dass dieser Anspruch ebenfalls im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes durchgesetzt werden kann, wobei eine Vorwegnahme der Hauptsache diesem nicht entgegensteht, da die Hauptsache in dem Übereignungsanspruch zu erblicken ist<sup>53</sup>.

### **3. Eigentumsübertragungsanspruch als *conditio sine qua non* des Wettbewerbs um die örtlichen Verteilnetze**

Seit langem umstritten ist die Frage, ob der gesetzliche Überlassungsanspruch in § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG einen Anspruch des neuen Netzbetreibers auf Eigentumserwerb oder lediglich auf Besitzübertragung (z. B. im Wege der Pacht) beinhaltet. Gegenstand dieser Diskussion war bereits die Vorgängerregelung des § 13 Abs. 2 Satz 2 EnWG 1998. Die Forderung der Kartellbehörden und auch der Politik nach einer Konkretisierung des gesetzlichen Überlassungsanspruches in Richtung Eigentumsübertragung hatte beim Gesetzgeber in der letzten EnWG-Novelle kein Gehör gefunden. Die Gesetzesbegründung zum EnWG 1998 spricht zwar im Zusammenhang mit der Überlassungspflicht vom Kaufpreis und geht somit augenscheinlich davon aus, dass die insoweit wortgleiche Vorgängerregelung § 13 Abs. 2 Satz 2 EnWG a. F. eine Pflicht zur Eigentumsübertragung deklariert, eine Klarstellung im Gesetzeswortlaut ist jedoch leider bislang nicht erfolgt.

---

50 Vgl. Zöller, ZPO, 2010, § 940 Rndr. 8 m.w.N.

51 So auch Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15.12.2010 Tz. 29; vgl. hierzu auch LG Dortmund, Urt. v. 10. 7. 2008 – 13 O 126/06 Kart, ZNER 2008, 252.

52 Vgl. Kapitel C.I.2.b)bb).

53 Hierzu richtigerweise: Becker, RdE 2010, 245.

**a) Vertraglicher Eigentumsübertragungsanspruch**

Wie schon der Bundesgerichtshof festgestellt hat, sind die vertraglichen Endschaftsbestimmungen in den Konzessionsverträgen ausnahmslos neben der gesetzlichen Regelung anwendbar<sup>54</sup>. Da diese häufig einen Eigentumsübertragungsanspruch der Gemeinde vorsehen, ist gerade die vertragliche Endschaftsbestimmung „Motor“ des Wettbewerbs und Bedingung für ein von vielen verschiedenen Bewerbern angestrebtes Auswahlverfahren bei Auslaufen eines Konzessionsvertrages. Allerdings enthalten die Endschaftsbestimmungen vielfach unklare Formulierungen bzw. stellen explizit auf den Gesetzeswortlaut „Überlassen“ ab, so dass langjährige Rechtsstreitigkeiten unumgänglich sind.

**b) Gesetzlicher Eigentumsübertragungsanspruch**

Zur Gewährleistung eines Wettbewerbs um Strom- und Gasverteilnetze hatte der Gesetzgeber im Jahre 1998 den Altkonzessionär in § 13 Abs. 2 Satz 2 EnWG 1998, nunmehr § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG 2005 verpflichtet, seine Verteilungsanlagen dem Neukonzessionär zu „überlassen“.

**aa) Bestehende Rechtsunsicherheit**

Dieser untechnische Begriff<sup>55</sup> führt allerdings zu einer der umstrittensten Fragen des Konzessionsrechts. Unklar ist dabei, ob die Regelung zwingend eine Eigentumsübertragung<sup>56</sup> vorschreibt oder insoweit auch eine Gebrauchsüberlassung z.B. im Wege der Pacht ermöglicht<sup>57</sup>. Der Wortlaut der Norm wurde seit der ersten Energierechtsreform 1998 nicht geändert, die Rechtsunsicherheit daher perpetuiert<sup>58</sup>.

Zwar sprechen die besseren Argumente dafür, dass auch der Begriff „Überlassen“ im Sinne einer Eigentumsübertragungspflicht ausgelegt werden muss<sup>59</sup>. So lassen schon der Wortlaut

---

54 BGH, Urteile vom 29.09.2009, EnZR 14/08 und 15/08, ZNER 2010, 165 = NJW-RR 2010, 1070.

55 Einführend zur Auslegung insbesondere energierechtlicher Fragen: Säcker, ET 2004, 349 (zu § 5 Abs. 2 KAV).

56 Für Eigentumsübertragung: Böwing, Energiewirtschaftsgesetz 1998 – Erläuterungen, 1999, Art. 1 § 13, Ziff. 5.2; Böwing, in: Bartsch/Röhling/Salje/Scholz, Stromwirtschaft – Ein Praxishandbuch, Kap. 13 Rdnr. 2 und 12; Albrecht, in: Schneider/Theobald, Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft, 2. Auflage, 2008, § 10 Rdnr. 94; Theobald/Theobald, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 2008, S. 306; Reimann/Decker, RdE 2000, 18; Ballwieser, in: Ballwieser/Lecheler, Die angemessene Vergütung für Netze nach § 46 Absatz 2 EnWG, 2007, S. 59.; Theobald, in: Danner/Theobald, EnWG I, § 46 Rdnr. 35 ff.; Kühling/Hermeier, GewArch 2008, 102 ff.; Theobald/Schwarz, ZfK 3/2008, 12; Britz/Hellermann/Hermes, EnWG 2008, § 46 Rdnr. 76 f.; Templin, Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 370 ff.; Templin, VerwArch 100 (2009), 531ff.; Büttner, IR 2009, 136 f.

57 Für Gebrauchsüberlassung: Büdenbender, EnWG, 2003, § 13 Rdnr. 58 ff.; Scholtka, NJW 2005, 2425; Kermel, RdE 2005, 153; Säcker/Jaecks, BB 2001, 997; Gersemann/Trurnit, DVBl. 2000, 1105 f.; Salje, EnWG, § 46 Rdnr. 161; Kermel/Brucker/Baumann, Wegenutzungsverträge und Konzessionsabgaben in der Energieversorgung, 2008, S. 103 ff.

58 Templin, VerwArch 100 (2009), 531.

59 Templin, VerwArch 100 (2009), 532 ff.



des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG, die Gesetzeshistorie<sup>60</sup> und der Sinn und Zweck der bisherigen Regelung letztlich nur einen Eigentumsübertragungsanspruch zu<sup>61</sup>. Die Rechtsprechung hatte sich bisher allerdings teilweise auf den Standpunkt gestellt, dass ein Überlassen i.S.v. § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG als Eigentumsübertragung<sup>62</sup> und teilweise als Besitzüberlassung auszulegen sei<sup>63</sup>. Dementsprechend sind derzeit mehrere Verfahren vor den Gerichten anhängig und die Netzübernahmen verzögern sich demzufolge.

Der Gesetzestext ist insofern zwingend als Eigentumsübertragungsanspruch des Neukonzessionärs anzupassen. Davon geht auch der Gemeinsame Leitfaden des BKartA und der BNetzA zur Vergabe von Strom und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers aus:

*„Spätestens mit der Neufassung der Regelung bei der EnWG-Novellierung 2005 hätte der Gesetzgeber hier eine Klarstellung vornehmen können, zumal dies im Gesetzgebungsverfahren von verschiedenen Seiten gefordert worden war und eine Eigentumsübertragung unter vielen Aspekten vorzugswürdig wäre. Eine gesetzgeberische Klarstellung erscheint Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt vor diesem Hintergrund wünschenswert.“<sup>64</sup>*

#### **bb) Wettbewerbliche Anreizwirkungen unter den Bedingungen einer sektorspezifischen Netzentgeltregulierung**

Soll es dementsprechend zu einem solchen tatsächlichen, in § 46 Abs. 3 EnWG gesetzlich vorgegebenen Wettbewerb um Konzessionen und örtliche Verteilnetze kommen, müssen auch entsprechende wettbewerbliche Anreizwirkungen für potenzielle Bewerber um die freiwerdenden Konzessionen zum Eintritt in den Wettbewerb bestehen. Diese bestehen nur bei einem Eigentumsübertragungsanspruch.

---

60 Das Argument der BNetzA und des BKartA in dem Leitfaden zu § 46 EnWG, dass der Gesetzgeber die Formulierung „Überlassen“ in Kenntnis des Meinungsstreites unverändert übernommen habe, trägt nicht. Vielmehr fußt der Leitfaden insoweit sogar auf einer fehlerhaften empirischen Darstellung. Denn zum Zeitpunkt der Kodifizierung des § 46 EnWG 2005 und bis zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens zur Energierechtsnovelle 2005 gab es keine einzige Gerichtsentscheidung, die sich für einen bloßen Besitzüberlassungsanspruch ausgesprochen hatte, so dass der Gesetzgeber am 13.07.2005 bei der Neufassung des EnWG gar keinen Anlass hatte, etwaige Änderungen aufzunehmen. Vielmehr existierten nur Urteile, in denen eine Eigentumsübertragung aus der gesetzlichen Regelung bejaht wurde; vgl. OLG Schleswig, RdE 2006, 203; LG Kiel, ZNER 2005, 331; LG Köln, ZNER 2002, 335 f.; wohl auch LG Rostock, RdE 2000, 30.

61 Vgl. umfassend: Templin, VerwArch 100 (2009), 529 ff.

62 OLG Schleswig, RdE 2006, 203; LG Kiel, ZNER 2005, 331; LG Köln, ZNER 2002, 335 f.

63 LG Darmstadt, Urteil vom 24. 4. 2007 - 18 O 517/06, RdE 2007, 239; LG Darmstadt, Urteil vom 24. 4. 2007 - 14 O 494/06, RdE 2007, 240; LG Mainz, IR 2008, 140. OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 29. 1. 2008 - 11 U 20/07 (Kart), RdE 2008, 146 = ZNER 2008, 57 = VersorgW 2009, 110; OLG Koblenz, Urteil vom 23. 4. 2009 - 6 U 646/08, ZNER 2009, 146; LG Frankfurt am Main, RdE 2010, 347 ff.

64 Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15.12.2010 Tz. 32.

Unter dem geltenden, durch die Stromnetzentgeltverordnung (StromNEV)<sup>65</sup> bzw. Gasnetzentgeltverordnung (GasNEV)<sup>66</sup> und die Anreizregulierungsverordnung (ARegV)<sup>67</sup> ausgeformten Regime bestehen wettbewerbliche Anreize für den Eintritt in und das Entstehen eines Konzessionswettbewerbs jedoch allein dann, wenn der Konzessionsbewerber die Möglichkeit einer eigentumsrechtlichen Übernahme des Verteilnetzes erhält. Insoweit stellt, worauf nachfolgend kurz eingegangen werden soll, in wettbewerblicher Hinsicht eine externe Pachtlösung zwischen Alt- und Neukonzessionär keine mit der Eigentumsübertragung gleichwertige Lösung dar und würde das Entstehen von Wettbewerb bereits im Ansatz verhindern.

Der in wettbewerblicher Hinsicht maßgebliche Anreiz zum Eintritt in den Konzessionswettbewerb und in der Folge zur Übernahme der Verteilnetze ist unter den Bedingungen einer intensiven sektorspezifischen Marktregulierung, wie sie im Bereich des Energienetzbetriebs vorzufinden ist, allein die gesetzlich garantierte Eigenkapitalverzinsung gemäß § 7 Abs. 1, 6 StromNEV/GasNEV. Die Eigenkapitalverzinsung stellt insoweit den einzigen für einen potenziellen Netzbetreiber prognostizierbaren Ertrag dar. Dies gilt auch unter dem Regime der Anreizregulierung, da vor jeder Regulierungsperiode gem. § 6 ARegV eine Prüfung der Kostenbasis nach Maßgabe der StromNEV bzw. GasNEV erfolgt, wozu auch die Eigenkapitalverzinsung gem. § 7 StromNEV/GasNEV als Teil der kalkulatorischen Kosten gehört.

Die kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung indes kommt im Rahmen eines Pachtmodells stets und ausschließlich dem Verpächter als dem Eigentümer des die maßgebliche Verzinsungsbasis bildenden Sachanlagevermögens zu. Angesichts der Regelung des § 4 Abs. 5 StromNEV/GasNEV ist hier auch keine abweichende Regelung zwischen Pächter und Verpächter möglich. § 4 Abs. 5 StromNEV/GasNEV ist insoweit auch der Grund dafür, dass es nicht auf das Verhandlungsgeschick des Pächters bei Aushandlung des Pachtzinses ankommt, ob er insoweit in den Genuss der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung kommt. Der eigentliche Anreizmechanismus für das Entstehen eines Konzessionswettbewerbs und des damit verbundenen Wettbewerbs um das Netz entfällt somit im Falle eines externen Pachtmodells.

Dagegen erweisen sich die Ertragsmöglichkeiten aus dem reinen Netzbetrieb durch den Pächter insbesondere unter den Bedingungen des seit dem 01.01.2009 geltenden Systems der Anreizregulierung als äußerst beschränkt. Überdies führte eine Auslegung der gesetzlichen Überlassungspflicht nach § 46 Abs. 2 EnWG als reiner Besitzüberlassungspflicht zu einer unter regulatorischen Gesichtspunkten systemfremden und vom Gesetzgeber so sicher

---

65 Stromnetzentgeltverordnung vom 25. 7. 2005 (BGBl. I S. 2225), zuletzt geändert durch Verordnung vom 3. 9. 2010 (BGBl. I S. 1261).

66 Gasnetzentgeltverordnung vom 25. 7. 2005 (BGBl. I S. 2197), zuletzt geändert durch Verordnung vom 3. 9. 2010 (BGBl. I S. 1261).

67 Anreizregulierungsverordnung vom 29. 10. 2007 (BGBl. I S. 2529), zuletzt geändert durch Verordnung vom 3. 9. 2010 (BGBl. I S. 1261).

nicht gewollten ungleichen Verteilung von Chancen und Risiken zwischen Verpächter und Pächter als Netzbetreiber.

So fallen im Pachtmodell die kalkulatorischen Kosten, wie die Eigenkapitalverzinsung gem. § 7 StromNEV/GasNEV, allein beim Verpächter in Form des Pachtentgeltes an, während die aufwandsgleichen Kosten beim Pächter anfallen. Nach dem System der Anreizregulierung wird dem Netzbetreiber, im Falle eines Pachtmodells dem Pächter, ein Kostensenkungspfad (Effizienzwert) vorgegeben, den er unabhängig von seiner tatsächlichen Kostenentwicklung einhalten muss und der grundsätzlich sowohl auf die Kapitalkosten als auch die operativen Kosten wirkt. Im Rahmen eines Pachtmodells treffen die verschärften Anforderungen der Anreizregulierung de facto aber nur den Pächter als Netzbetreiber, da die über den Pachtzins an den Verpächter fließenden Kapitalkosten tatsächlich nicht beeinflussbar sind. Die Effizienzvorgaben können daher de facto nur durch Kürzung der aufwandsgleichen Kosten eingehalten werden, einer Kürzung mithin, die allein durch den Pächter im Hinblick auf die von ihm beeinflussbaren aufwandsgleichen, operativen Kosten zu erbringen wäre.

Aus diesem ordnungsrechtlich zwingenden Zusammenhang ergäbe sich im Falle externer Pachtmodelle eine eklatant unfaire Verteilung von Chancen und Risiken: Insoweit vereinbarte der Verpächter als Netzeigentümer die gesetzlich garantierte Eigenkapitalverzinsung nach § 7 StromNEV/GasNEV über den Pachtzins, ohne dass diese durch etwaige Effizienzabsenkungsvorgaben geschmälert würde und stellt für diesen eine sichere Anlageform dar. Unternehmerische Wagnisse, die nach den maßgeblichen ordnungsrechtlichen Ermittlungsvorgaben für die Festlegung der Eigenkapitalzinssätze nach § 7 Abs. 5 StromNEV/GasNEV in die Bestimmung der Eigenkapitalzinssätze einfließen, hätte der Altkonzessionär als Verpächter des Verteilnetzes nicht zu erwarten, gleichwohl vereinnahmt er in dieser weitgehend risikolosen Position die volle Eigenkapitalverzinsung. Den aus Kostenkürzungen und Effizienzvorgaben folgenden regulatorischen Risiken, die sich aus der Kostenprüfung nach § 6 ARegV aber auch aus den Kostensenkungsvorgaben der Effizienzvorgabe ergeben, sieht sich im Falle eines externen Pachtmodells hingegen allein der Netzbetreiber gegenüber, der keinerlei Anteil an der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung hat.

Im Ergebnis würde ein reiner Besitzüberlassungsanspruch aus § 46 Abs. 2 EnWG daher dazu führen, dass der darin vorgesehene Wettbewerb um Netze in nahezu allen Fällen, in denen es keine klaren zur Eigentumsübertragung verpflichtenden vertraglichen Endschafftsklauseln gibt, zum Erliegen käme, da die Anreizwirkung zur Übernahme eines Netzbetriebes komplett entfiel. Der Wettbewerb um die Verteilnetze wäre tot. Vor diesem Hintergrund stellt die Verpachtung weder eine wettbewerblich noch betriebswirtschaftlich gleichwertige Alternative zur Eigentumsübertragung im Rahmen von § 46 Abs. 2 EnWG dar.

**cc) Tatsächliche und rechtliche Umsetzungsproblem im konzernexternen Pachtmodell**

Gegen eine Besitzüberlassung spricht überdies auch das im Zusammenhang mit einer bloßen Besitzüberlassung angesprochene System des Pachtvertrages. Die konzerninternen Pachtmodelle im Rahmen des „Unbundling“ und etwaige konzernexterne Pachtlösungsmodelle zur Abwicklung einer Netzübernahme sind grundlegend unterschiedlich. Die pachtvertragliche Lösung bei Wechsel des Konzessionärs enthält zudem kaum vertraglich regelbares Konfliktpotential. So müsste sich der Pächter bei Neubauten mit dem Verpächter absprechen. Der Pächter wäre demnach stetig auf die Zusammenarbeit und das Einverständnis des Eigentümers angewiesen, der selbst keine Verpflichtungen aus dem EnWG zu erfüllen hätte<sup>68</sup>. Der Neu-Konzessionär würde sich durch die Pachtlösung in dauerhafte Abhängigkeit zum Alt-Konzessionär, immerhin einem konkurrierenden Energieversorgungsunternehmen, begeben. Dieses Problem wird durch die Erfahrungen bei Netzübernahmeverhandlungen bestätigt.

Der Gesetzgeber hat zudem zu beachten, dass nach der ständigen Rechtsprechung des BGH Vertragsgestaltungen, die in ihren tatsächlichen Auswirkungen zu einer über zwanzig Jahre hinausgehenden Bindung der Vertragsparteien des Konzessionsvertrages führen, nach § 103 a Abs. 4 GWB a.F. nunmehr § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG unwirksam sind<sup>69</sup>. Da ein Pachtvertrag voraussetzen würde, dass das abgebende Unternehmen im Verhältnis zur Kommune ein Wegenutzungsrecht behielte, verstoßen derartige Verträge gegen § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG.

**dd) Verfassungsrechtliche Implikationen**

Da die örtliche Energieversorgung eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft i.S.v. **Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG** darstellt<sup>70</sup>, besteht auch von Verfassungswegen eine Pflicht des Gesetzgebers, einen Eigentumsübertragungsanspruch des Neukonzessionärs zu konstituieren.

Andernfalls verlören die Kommunen die ihnen zustehende unabhängige Entscheidungshoheit über ihren Konzessionsvertragspartner. Bereits der erste Konzessionär, dem nur der Besitz an dem örtlichen Verteilnetz eingeräumt worden ist, ist nicht mehr in der Lage, dem neuen Konzessionär aus eigenem Recht Eigentum oder Besitz an dem örtlichen Verteilnetz zu verschaffen. Hierzu ist nur der Eigentümer des örtlichen Verteilnetzes in der Lage. Die Kommunen wären daher in einem solchen Fall bei ihrer Entscheidung für einen neuen Konzessionär auf die Mitwirkung des Eigentümers des örtlichen Verteilnetzes angewiesen, ob-

---

68 Vgl. Templin, VerwArch 100 (2009), 534 f.

69 BGH, Beschluss vom 15.04.1986 Az. KVR 6/85 = NJW-RR 1986, 880 „Wegenutzungsrecht“; BGH, Urteil vom 07.07.1992 Az. KZR 2/91 = NJW 1992, 2888 „Freistellungsende“; BGH, Urteil vom 03.07.2001 Az. KZR 10/00 = BGH WuW/E 2914.

70 Siehe unten Kapitel C.III.1.

wohl zu diesem keine unmittelbare Rechtsbeziehung mehr besteht. Damit wäre eine unabhängige Entscheidung der Kommunen über ihren neuen Konzessionsvertragspartner nicht mehr möglich.

Diese Auswahlentscheidung der Kommunen erübrigt sich zudem nicht nur in der Phase der Konzessionsentscheidung selbst, sondern hat auch einen großen Einfluss auf den Wechsel des Konzessionsvertragspartners. Die Kommune müsste sich bei einer bloßen Pflicht zur Gebrauchsüberlassung stetig vor Augen halten, wer Eigentümer der Netze ist, da beispielsweise bei der Konzessionierung an ein in intensiver Konkurrenz zum bisherigen Netzbetreiber stehendes Unternehmen langwierige Vertragsverhandlungen bezüglich des Pachtvertrages die Folge sein können und eine wirksame Übertragung des Netzbetriebs verhindert werden könnte. Diesbezüglich soll die Regelung in § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG gerade aber sicherstellen, dass die Auswahlentscheidung der Kommunen auch tatsächlich zum Ende des Altkonzessionsvertrages umgesetzt werden kann. Die Gebrauchsüberlassung würde den Wettbewerb und damit die tatsächliche Bandbreite der Auswahlmöglichkeiten der Kommune nachhaltig stören.

Zudem ist die periodische Auswahlkompetenz der Kommunen und damit die Systementscheidung hinsichtlich der Durchführung des Netzbetriebs im Wege der Eigen-/Selbstvornahme oder der Konzessionierung von entscheidender Bedeutung<sup>71</sup>. Gerade auch in der primär der Kommune zustehenden Entscheidung über die Kommunalisierung einer Aufgabe des örtlichen Wirkungskreises zeigt sich die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung<sup>72</sup>. Dieses entscheidende Argument wird in den juristischen Stellungnahmen zumeist nicht weiter verfolgt. Die Regelung in § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG wird dabei der verfassungsrechtlichen Bewertung entzogen<sup>73</sup>. Die Kommunen haben eine aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG begründbare Gewährleistungsverantwortung für die Sicherstellung der örtlichen Energieversorgung. Wie ein Gebrauchsüberlassungsanspruch mit der grundsätzlichen Aufrechterhaltung der Möglichkeit einer Re-Kommunalisierung zum Zweck der Wahrnehmung der kommunalen Gewährleistungsverantwortung vereinbar sein soll, ist äußerst fraglich. Sogar wenn ein Eigenbetrieb der Kommune Konzessionär sein sollte, könnte die Kommune niemals Eigentümer der leitungsgebundenen Infrastruktur werden. Die Kommunen wären in ihren Handlungsoptionen eingeschränkt und die Eigentumsrechte des bisherigen Netzbetreibers durch den bloßen Gebrauchsüberlassungsanspruch entgegen der bisherigen Rechtspraxis verewigt. Eine vollständige Re-Kommunalisierung wäre damit ausgeschlossen.

---

71 Templin, IR 2009, 125.

72 Wieland, NWVBl. 2000, 248; Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, 2000, S. 142.

73 Kermel/Brucker/Baumann, Wegenutzungsverträge und Konzessionsabgaben in der Energieversorgung, 2008, 115.

Gerade aber die Möglichkeit einer Re-Kommunalisierung der Netze hat in der politischen Auseinandersetzung im Rahmen der leitungsgebundenen Energieversorgung und dem allgemeinen Verständnis eines daseinsvorsorgeverpflichteten Staates an Bedeutung gewonnen. Die örtliche Energieversorgung ist aufgrund ihrer Geschichte, ihrer engen Verknüpfung mit dem gemeindlichen Wegeeigentum und dem Verhältnis zu anderen Bereichen gemeindlicher Planung eine „Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft“ i.S.v. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG. Das Verschmelzen von gemeindlicher Basisinfrastruktur (öffentliche Wege) und leitungsgebundener Infrastruktur (Stromnetze) dient im besonderen Maße der Sicherstellung eines dauerhaften und effizienten Netzbetriebs. Die Möglichkeit der Überprüfung der gemeindlichen Systementscheidung hinsichtlich Selbstvornahme oder Konzessionierung ist geradezu konstituierend für eine gemeindliche Lenkungscompetenz im Rahmen der örtlichen Energieversorgung. Daher ist die Regelung in § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG als Eigentumsübertragungsanspruch auszuformen.

Eine andere Auslegung lässt sich auch nicht im Hinblick auf die Eigentumsfreiheit begründen. Denn der Eingriff in die Eigentumsfreiheit durch die Auslegung des Begriffs „Überlassen“ als Eigentumsübertragungsanspruch stellt keine Enteignung dar<sup>74</sup> und ist eine zumindest verhältnismäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung des **Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG**<sup>75</sup>. Aufgrund der faktischen Umsetzungsprobleme der Gebrauchsüberlassung und den daraus folgenden Problemen hinsichtlich eines „Wettbewerbs um die Infrastruktur“ ist die Beschränkung der Eigentumsfreiheit der Netzbetreiber erforderlich und angemessen. Eine bloße Gebrauchsüberlassung ist wie oben bereits dargestellt gerade nicht geeignet, das Ziel des Wettbewerbs um die Netze zu gewährleisten. Zudem besitzt der bisherige Netzbetreiber nur ein „Eigentum auf Zeit“<sup>76</sup>, welches er von Anfang belastet mit einer Übertragungspflicht erworben hat.

Denjenigen Literaturstimmen, die wegen Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG zwingend für eine Auslegung des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG als Gebrauchsüberlassung plädieren<sup>77</sup>, stehen wiederum verfassungsrechtliche Erwägungen gegenüber. Denn am Maßstab der praktischen Konkordanz als Prinzip des schonenden Ausgleichs unterschiedlicher Verfassungsnormen, muss eine Güterabwägung im konkreten Fall zwischen den Interessen der bisherigen Netzbetreiber an ihrem Eigentum und den Interessen der Kommunen an einer wirksamen Einflussnahmemöglichkeit hinsichtlich des örtlichen Netzbetriebs erfolgen<sup>78</sup>. Hierbei ist auch von besonderer Bedeutung, dass die bisherigen Netzbetreiber nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG eine

---

74 Säcker/Jaecks, BB 2001, 1001 f.

75 Vgl. umfassend: Kühling/Hermeier, GewArch 2008, 108 f.

76 Salje, EnWG, 1. Auflage 2006, § 46 Rdnr. 157.

77 Kermel/Brucker/Baumann, Wegenutzungsverträge und Konzessionsabgaben in der Energieversorgung, 2008, S. 115 ff.; Büdenbender, EnWG, 2003, § 13 Rdnr. 60.

78 Vgl. umfassend von Münch, in: von Münch (Hrsg.), GG, Band 1, 5. Auflage, 2001, Vor Art. 1-19 Rdnr. 47 m.w.N.

„wirtschaftlich angemessene Vergütung“ erhalten. Damit wird die Intensität des Eingriffs abgemildert. Auf der anderen Seite hat sich der kommunale Einfluss auf die örtliche Infrastruktur als wirkungsvolles Instrument örtlicher Energiepolitik erwiesen. Gerade die kommunale Auswahlentscheidung dient dem öffentlichen Interesse. Hierzu gehört insbesondere die Möglichkeit einer vollständigen Re-Kommunalisierung der örtlichen Energieversorgung in der Hand der Kommunen. Somit ist auch hiernach der Eigentumsübertragung Vorrang gegenüber der Gebrauchsüberlassung einzuräumen.

### **c) Anpassung durch Gesetzgeber**

Das Vorliegen eines Besitzüberlassungsanspruches würde den Wettbewerb um die örtlichen Verteilnetze zum Erliegen bringen und die Rechtsposition der Kommunen in der Energiewirtschaft nachhaltig beschränken.

Zwar sprechen auch nach der jetzigen Regelung die besseren Argumente dafür, dass § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG bereits mit der Formulierung „überlassen“ einen Eigentumsübertragungsanspruch konstituiert<sup>79</sup>, indes zeigt die Praxis der zum Teil erheblich verzögerten Netzübernahmen und die Vielzahl der Gerichtsverfahren, dass ein erheblicher Handlungsbedarf auf Seiten des Gesetzgebers besteht. Daher ist der Gesetzgeber zur **Klarstellung** hinsichtlich der Regelung in § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG aufgefordert. Dies würde die Rechtsunsicherheit beseitigen und zu einer weiteren Förderung des Wettbewerbs um die Infrastruktur beitragen. Hierzu könnte der Gesetzestext von „überlassen“ auf „**übereignen**“ abgeändert werden. Dies entspricht insoweit den Forderungen der Fraktionen.

## **4. Umfang des Anspruchs auf Überlassen aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG**

Auch der Umfang der dem neuen Konzessionär zu übertragenden Anlagen ist für die Wettbewerbskonzeption des Wettbewerbs um Verteilnetze von erheblicher Bedeutung. Nur wenn sichergestellt ist, dass alle für die Versorgung des Konzessionsgebietes notwendigen Leitungen auf den Neukonzessionär übertragen werden müssen, werden die Wettbewerber in großen Umfang bereit sein, ein anstehendes Auswahlverfahren zu begleiten.

### **a) Unzureichende Rechtslage**

Hinsichtlich des Umfangs der zu übertragenden Anlagen ist die derzeitige Regelung in § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG, wonach die „notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen“ zu überlassen sind, allerdings höchst ineffektiv und führt zu erhebli-

---

<sup>79</sup> Vgl. nur Albrecht, in: Schneider/Theobald, Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft, 2. Auflage, 2008, § 10 Rdnr. 94; Theobald/Theobald, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 2008, S. 306; Kühling/Hermeier, GewArch 2008, 102 ff.; Theobald/Schwarz, ZfK 3/2008, 12; Britz/Hellermann/Hermes, EnWG 2008, § 46 Rdnr. 76 f.; Templin, Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 370 ff.; Templin, VerwArch 100 (2009), 531 ff.; Büttner, IR 2009, 136 f.

cher Rechtsunsicherheit. Auch die Gerichte sind vermehrt mit der Frage konfrontiert, welche Anlagen bei Auslaufen des Konzessionsvertrages auf den neuen Konzessionär zu übertragen sind. Die Altkonzessionäre stellen sich hierbei häufig auf den Standpunkt, dass nur die ausschließlich der Energieversorgung im Gemeindegebiet dienenden Anlagen aus der Niederspannung oder dem Niederdruck zu übertragen sind, nicht dagegen sog. gemischt-genutzte Leitungen, die neben der Versorgung des betroffenen Gemeindegebietes auch für die Versorgung anderer Gemeindegebiete genutzt werden.

Diese Rechtsauffassung begegnet indes erheblichen rechtlichen Bedenken. Richtigerweise müssen im Rahmen einer Netzübernahme alle Anlagen, unabhängig von der Spannungs- oder Druckebene, die der Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet dienen auf den neuen Konzessionär und Netzbetreiber übertragen werden. Hierzu gehören insbesondere auch die sog. gemischt-genutzten Anlagen.

Denn sowohl Mittel/Hochspannungs- bzw. –druckleitungen, aus denen Letztverbraucher versorgt werden, als auch die angesprochenen gemischt-genutzten Leitungen, sind für den Netzbetrieb in der Gemeinde notwendig. Dabei ist eine zutreffende Vorstellung von der Funktionsweise der Strom- und Gasleitungssysteme für eine richtige Bestimmung des Umfangs der zu übertragenden Anlagen maßgeblich. Die örtlichen Verteilnetze, die vorgelagerten regionalen Netze und die überregionalen Netze bilden über alle Eigentumsgrenzen der Netzbetreiber hinweg ein zusammenhängendes Transportsystem, über das die angeschlossenen Verbraucher nur zuverlässig versorgt werden können, wenn die Netzbetreiber intensiv zusammenarbeiten. Wechselt in einem Gemeindegebiet der örtliche Verteilnetzbetreiber, ändert sich an den Energieflüssen in dem einheitlichen Netzsystem in der Regel nichts. Wie bisher wird die Energie über dieselben Leitungen aus dem vorgelagerten Netz in das Gemeindegebiet fließen. Existieren gemischt genutzte Durchgangsleitungen, wäre es unsinnig, das zusammenhängende Netzsystem so umzugestalten, dass in der betreffenden Gemeinde ein nur niederspannungs- bzw. niederdruckseitiges „Inselnetz“ entsteht. Dazu müssten kostspielige Umgehungs- oder Parallelleitungen verlegt werden, die für die sichere Versorgung der Verbraucher an sich nicht erforderlich sind. Das wäre mit dem Ziel einer kosten- und preisgünstigen Energieversorgung, wie sie in § 1 Abs. 1 EnWG angesprochen ist, nicht vereinbar. Umgekehrt können die anderen Gemeindegebiete unproblematisch im Wege der Durchleitung versorgt werden.

Dass auch die Mittelspannungs- bzw. –druckanlagen bzw. in Spezialfällen auch höhere Netzebenen zu übertragen sind, ergibt sich auch aus folgenden Überlegungen: Ohne diese Anlagen würde weder eine Versorgung der in Mittelspannung oder Mitteldruck angeschlossenen, noch der Mehrzahl der in der nachgelagerten Netzebene Niederspannung oder Niederdruck angeschlossenen Letztverbraucher mit Strom oder Gas möglich sein. Letztverbrau-



cher im Sinne des EnWG sind nicht nur Niederspannungskunden oder Niederdruckkunden, sondern vielfach ebenso Umspannungskunden MS/NS, Mittelspannungskunden bzw. Mitteldruckkunden. Es soll nicht zu verschiedenen Netzbetreibern abhängig von der Anschlusssituation kommen. Vielmehr soll ein Netzbetreiber für die Endkunden in einem Konzessionsgebiet zuständig sein. Da zudem die Mittelspannungsstruktur ferner regelmäßig als eng vermaschte Verteilungsstruktur für die Niederspannungsstiche netztechnisch eng miteinander verwoben ist, ist eine Verfügungsgewalt über das Mittelspannungsnetz und eine Steuerung des Netzausbaus auf Mittelspannungsebene für den Betrieb eines Netzes der allgemeinen Versorgung unerlässlich.

Überdies wäre auch der Ausbau und die Bereitstellung von Netzanschlüssen für die dezentrale Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien, soweit hierfür Leitungsverlegungen oder Kapazitätssteigerungen in der Mittelspannungsebene erforderlich sind, durch die Neukonzessionärin nicht erfüllbar. Mit einer Übertragung nur des Niederspannungsnetzes allein kann der Neukonzessionär daher weder seinen gesetzlichen Netzanschlussverpflichtungen noch seinen konzessionsvertraglichen Verpflichtungen zum Betrieb des örtlichen Verteilnetzes nachkommen.

Auch das Wettbewerbsziel des Gesetzgebers wird nachhaltig durch ein Abstellen auf Anlagen der „ausschließlichen Versorgung“ gefährdet. Immerhin besteht hierdurch ein großer Anreiz für Altkonzessionäre, ihre Leitungen auch für eine Durchleitung zu nutzen und so eine in diesem Sinne verstandene Ausschließlichkeit zu umgehen. Insbesondere große überregionale Netzbetreiber und Regionalversorger könnten versucht sein, auf diesem Wege Teile der örtlichen Verteilnetze dauerhaft in ihr Netz zu integrieren. Dies führt dazu, dass ein Teil der Leitungen und Anlagen aus der Überlassungspflicht herausfallen, die aber später vom Neu-Konzessionär für einen Netzbetrieb erforderlich sind. Der neue Netzbetreiber muss nach § 18 Abs. 1 EnWG aber einer allgemeinen Anschlusspflicht nachkommen. Neben den Anschaffungskosten für das Netz müsste der Neukonzessionär daher sofort neue Leitungen verlegen. Dies schwächt dessen Ausgangsposition und kann letztlich zum Ausbleiben eines Wettbewerbs führen<sup>80</sup>. Zudem ist erneuter Leitungsbau aus ökologischen Gesichtspunkten zu vermeiden. Gemischt genutzte Anlagen sind daher bei Wechsel des Konzessionärs zu überlassen<sup>81</sup>.

---

80 Vgl. zum Wettbewerbsargument auch: LG Hannover, Urteil vom 24.06.2010 - Az. 18 O 260/08, RdE 2010, 352 = ZNER 2010, 414.

81 Templin, Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 138 ff.

**b) Anpassung durch Gesetzgeber**

Dadurch, dass die Altkonzessionäre nicht bereit sind, gemischt-genutzte Leitungen und Mittelspannungs- bzw. -druckleitungen herauszugeben, sehen sich viele Kommunen und Wettbewerber mit langwierigen und kostenspieligen Gerichtsprozessen konfrontiert.

Im Einklang mit der aktuellen Rechtsprechung<sup>82</sup> und der herrschenden Literatur<sup>83</sup> sollte daher durch eine klare Regelung in § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG darauf abgestellt werden, dass der bisher Nutzungsberechtigte verpflichtet wird, „**sämtliche für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen**“ auf den Neukonzessionär zu übertragen<sup>84</sup>. Hierzu gehören alle Anlagen, unabhängig von der Spannungs- oder Druckebene, die der Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet dienen. Hierauf sollte der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung verweisen.

Insbesondere der Antrag von Bündnis 90/Die Grünen entspricht diesem Vorschlag.

Es wäre zudem sinnvoll darauf hinzuweisen, dass neben einer **galvanischen Netztrennung auch eine messtechnische Trennung im Rahmen der Netzentflechtung** in Betracht kommt. Die Frage der Entflechtungsmaßnahmen ist im Einzelfall zu bestimmen. Dabei sind die Effizienzvorgaben der §§ 1 und 2 EnWG maßgeblich, so dass auch im Interesse der Verbraucher darauf geachtet werden sollte, diejenige Entflechtung durchzuführen, die die geringsten Kosten verursacht.

**5. „Wirtschaftlich angemessene Vergütung“ nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG**

Natürlich stellt die Gegenleistung für ein zu übertragendes Wirtschaftsgut häufig einen zentralen Streitpunkt zwischen Käufer und Verkäufer dar. Da vorliegend allerdings keine „normale“ Kaufsituation vorliegt, in dem der Verkäufer seinen Käufer aussucht, sondern ein Dritter – die Kommune - den Käufer bestimmt, ist eine für alle Seiten verbindliche Regelung notwendig. Der Gesetzgeber hatte dies richtigerweise erkannt, den Gesetzeswortlaut in § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG mit der „wirtschaftlich angemessenen Vergütung“ aber derart unpräzise gewählt, dass hierin mittlerweile ein großes Wettbewerbshindernis zu sehen ist.

**a) Einführung in die Problematik**

Die Altkonzessionäre stellen sich bei der Wertbestimmung zumeist auf den Standpunkt, dass hierunter nur der Sachzeitwert verstanden werden kann. Die Kommunen und Neukonzessio-

---

82 LG Hannover, Urteil vom 24.06.2010 - Az. 18 O 260/08, RdE 2010, 352 = ZNER 2010, 414.

83 Theobald, in: Danner/Theobald, EnWG I, § 46 Rdnr. 30; Klemm, *VersorgW* 2005, 199; Becker, *ZNER* 1998, 57; Templin, *Recht der Konzessionsverträge*, 2009, S. 138 ff.

84 So auch Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15.12.2010 Tz. 34 ff.

näre als Netzübernehmer sind indes nur bereit, den regelmäßig niedrigeren Ertragswert des Energieverteilnetzes zu zahlen. Die Problematik wird dann offensichtlich, wenn man sich vor Augen führt, dass der Sachzeitwert häufig mehr doppelt so hoch beziffert wird als der Ertragswert. So kann auf bereits veröffentlichte Beispiele aus der Praxis verwiesen werden, nach denen etwa der in der Stadt Großalmerode von der Konzessionsinhaberin E.ON Mitte berechnete Sachzeitwert 8,3 Mio. Euro beträgt, während der Kaufpreis auf Ertragswertbasis mit lediglich 3,1 Mio. Euro beziffert wird<sup>85</sup>. Schon dieses Beispiel verdeutlicht, die Notwendigkeit einer gesetzlichen Klarstellung.

Der Sachzeitwert ist dabei der auf der Grundlage des Tagesneuwertes unter Berücksichtigung seines Alters und Zustandes ermittelte Restwert eines Wirtschaftsgutes.<sup>86</sup> Der Begriff des Sachzeitwertes hat im Laufe der Zeit einige Veränderungen erfahren. Er hat seinen Ursprung in § 6 KAE i.V.m. § 13 A/KAE und Nr. 60 D/KAE, in deren Rahmen die Überlassung anhand des „Sachzeitwerts“ oder im Wege des „Heimfalls“ möglich war. Der Sachzeitwert wurde im Konzessionsabgabenrecht anhand des Wertes der Anlagen bestimmt.

Der Ertragswert ist ein sog. Zukunftserfolgswert. Nach dem für Wirtschaftsprüfer verbindlichen Vorgaben für die Bewertung von Unternehmen im Standard des Instituts der Wirtschaftsprüfer für Unternehmensbewertungen (dem sog. IDW S 1)<sup>87</sup> wird der Ertragswert eines Unternehmens unabhängig von dem Substanzwert der einzelnen Gegenstände, die zu dem Unternehmen gehören (z.B. Maschinen, Fahrzeuge, Büroausstattungen usw.), als Unternehmens-Gesamtwert ermittelt. Grundlage ist eine Prognose der in Zukunft zu erwartenden Erträge aus dem Unternehmen. Da später anfallende Erträge einen niedrigeren Gegenwartswert haben, werden diese abgezinst, d.h. auf den Bewertungsstichtag „diskontiert“. Der Ertragswert lässt sich – sehr stark vereinfacht – als eine Aufsummierung der abgezinsten künftigen Erträge aus dem Unternehmen beschreiben.

Zur Frage, welches Entgelt als „wirtschaftlich angemessen“ beim Übergang von Versorgungsanlagen gilt, enthält die Gesetzesbegründung keine Hinweise. Er ist daher durch Auslegung zu ermitteln.

Anknüpfungspunkt könnte § 3 Abs. 2 Nr. 2 der Konzessionsabgabenverordnung (KAV) sein. Laut amtlicher Begründung sollen sich die Entgeltvereinbarungen, entsprechend der geltenden Praxis und auch in Zukunft, am Sachzeitwert der Anlagen orientieren, „*vorbehaltlich anderweitiger kartellrechtlicher oder preisrechtlicher Entwicklungen*“<sup>88</sup>. Eine starre Festlegung

---

85 Vgl. Focht, *Energie&Management*, Jahresmagazin 2010, 22.

86 BGH, Urteil vom 16.11.1999 i.S. „Kaufering“, BGHZ 143, 128, 145 ff. (= NJW 2000, S. 577 ff.); bestätigt durch BGH, Urteil vom 7. 2. 2006 - Az. KZR 24/04, RdE 2006, 239 = ZNER 2006, 140.

87 IDW Standard: Grundsätze zur Durchführung von Unternehmensbewertungen vom 02.04.2008.

88 BR-Drs. 686/91, 19.

auf den Sachzeitwert ist damit allerdings eindeutig unterblieben<sup>89</sup>. Eindeutig ist nur, dass diese Formulierung eine Begrenzung „nach oben“ und „nach unten“ aufzeigt<sup>90</sup>. So sind sowohl überhöhte Übernahmeentgelte, als auch unangemessen niedrige untersagt. Der Verordnungsgeber hat sich insofern nicht für die Bestimmung des Entgeltes am Maßstab eines bestimmten Verfahrens entschieden. Ob er sich bewusst gegen eine Regulierung des Preises gewandt hat<sup>91</sup>, ist unklar. Eindeutig ist aber, dass der Gesetz- und Verordnungsgeber dem angemessenen Wert der Anlagen den kartell- und preisrechtlichen Veränderungen unterworfen hat. Anzumerken ist, dass Ausführungen des Verordnungsgebers zu § 3 Abs. 2 Nr. 2 KAV zur Bestimmung der später erlassenen und außerdem höherrangigen in Gesetzesform ergangenen Regelung in § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG grundsätzlich nicht zur Auslegung geeignet sind.

### **b) Ausgangspunkt Kaufering Rechtsprechung des BGH**

Im Sinne einer systematischen Auslegung ist zunächst das Kaufering-Urteil des Bundesgerichtshofs vom 16.11.1999<sup>92</sup> - bestätigt durch den BGH mit Urteil vom 07.02.2006<sup>93</sup> - zu beachten, in dem das Gericht zu der Frage der kartellrechtlich zulässigen Höhe der angemessenen Gegenleistung für die Übertragung von Versorgungsnetzen grundlegende Ausführungen gemacht hat. Nach dieser kartellrechtlich geprägten höchstrichterlichen Rechtsprechung, die vor Inkrafttreten der ausdrücklichen Regelung zur Netzübernahme in § 13 Abs. 2 Satz 2 EnWG 1998 und § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG 2005 ergangen ist, kann ein vertraglich zwischen den Konzessionsvertragsparteien vereinbarter Sachzeitwert zwar grundsätzlich einen angemessenen Kaufpreis darstellen; dies gilt aber nicht, wenn der Sachzeitwert den Ertragswert des Netzes nicht unerheblich übersteigt<sup>94</sup>. Zur Beantwortung der Frage, ob ein Netzkaufpreis in Höhe des Sachzeitwertes im Einzelfall prohibitiv wirkt, kommt es dabei nicht auf die besonderen Verhältnisse einzelner möglicher Erwerber oder der übernahmewilligen Kommune an. Der Ertragswert ist nicht unter Zugrundelegung der Verhältnisse des Netzkäufers, sondern nach objektiven, für alle denkbaren Erwerber geltenden Kriterien zu ermitteln<sup>95</sup>.

Diese Rechtsprechung wurde wie bereits erwähnt vom BGH mit Urteil vom 07.02.2006 nochmals bestätigt<sup>96</sup>. Obwohl diese Rechtsprechung vor dem Inkrafttreten des geltenden EnWG entwickelt wurde, ist inzwischen eindeutig, dass keine Gründe ersichtlich sind, die

---

89 Cronenberg, ET 1992, 175 ff.

90 Feuerborn/Riechmann, KAV, 1994, § 3 Rndr. 16.

91 So Kermel in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Anh. § 48 EnWG, Rndr. 38.

92 BGH, Urteil vom 16.11.199, Az. KZR 12/97, NJW 2000, 577.

93 BGH, Urteil vom 7. 2. 2006 - Az. KZR 24/04, RdE 2006, 239 = ZNER 2006, 140.

94 BGH, Urteil vom 16.11.199, Az. KZR 12/97NJW 2000, 577 (erster Leitsatz); bestätigt durch BGH, Urteil vom 7. 2. 2006 - Az. KZR 24/04, RdE 2006, 239 = ZNER 2006, 140.

95 BGH, Urteil vom 16.11.199, Az. KZR 12/97NJW 2000, 577 (583); bestätigt durch BGH, Urteil vom 7. 2. 2006 - Az. KZR 24/04, RdE 2006, 239 = ZNER 2006, 140.

96 BGH, Urteil vom 7. 2. 2006 - Az. KZR 24/04, RdE 2006, 239 = ZNER 2006, 140.

einer Übertragung auf die heutige Rechtslage entgegenstehen. Dies wird durch behördliche Stellungnahmen<sup>97</sup> und aktuelle Gerichtsentscheidungen<sup>98</sup> bestätigt. Der den genannten Entscheidungen zugrunde liegende Wettbewerb um die (Neu-)Konzessionierung von Netzgebieten besteht nicht nur nach wie vor; vielmehr ist dieser sog. „Wettbewerb um die Netze“ ausdrücklich durch den Gesetzgeber in das EnWG aufgenommen und damit gesetzlich vorgeschrieben. Letztlich hat der Gesetzgeber an dem Wettbewerbsinstrument ausdrücklich festgehalten, ja diesen Wettbewerb durch die Schaffung des § 13 EnWG sogar gefestigt und insbesondere die 20jährige Laufzeitbeschränkung in § 13 Abs. 2 Satz 1 EnWG 1998, nunmehr § 46 Abs. 2 EnWG 2005 aufgenommen<sup>99</sup>. Dass insofern die Zielsetzung eines Wettbewerbs um die Netze auch nach dem EnWG 1998 weiter gilt, hat der BGH im Kaufering-Urteil schon selbst festgestellt, wenn er ausführt, dass sich an der Zielsetzung des Wettbewerbs um die Versorgungsgebiete durch die Neufassung des EnWG nichts geändert habe<sup>100</sup>.

### **c) Festlegung der „angemessenen wirtschaftlichen Vergütung“ als Ertragswert**

#### **aa) Kaufering-Rechtsprechung des BGH nicht unmittelbar anwendbar**

Zu beachten ist dabei allerdings, dass die Kaufering-Rechtsprechung des BGH zunächst auf vertraglich vereinbarte Regelungen Anwendung findet. Für die Auslegung der gesetzlich normierten „wirtschaftlich angemessenen Vergütung“ kann sie nur einen ersten Anknüpfungspunkt bilden.

Denn was unter der „wirtschaftlich angemessenen Vergütung“ im Sinne des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG zu verstehen ist, ergibt sich durch Auslegung der gesetzlichen Bestimmung. Hierbei besteht aber eine erhebliche Rechtsunsicherheit, denn eine höchstrichterliche Rechtsprechung besteht noch nicht<sup>101</sup>.

#### **bb) Ertragswertverfahren als Bewertungsverfahren bei Netzübernahmen zwingend**

Dass die „wirtschaftlich angemessene Vergütung“ i.S.v. § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG nur durch das Ertragswertverfahren und nicht durch einen Sachzeit- oder Substanzwert näher konkre-

---

97 Vgl. Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15.12.2010 Tz. 43; Hinweise der Landesregulierungsbehörde zum Wechsel des Strom- und Gasnetzbetreibers vom 19.05.2010; Hinweise der Niedersächsischen Landeskartellbehörde zur Durchführung eines wettbewerblichen Konzessionsvergabeverfahrens nach § 46 EnWG vom März 2010.

98 LG Hannover, Urteil vom 24. 6. 2010 - Az. 18 O 260/08, S. 7, RdE 2010, 352 = ZNER 2010, 414; LG Dortmund, Urteil vom 10. 7. 2008 - Az. 13 O 126/06 Kart, Tz. 17, ZNER 2008, 252; Hinweis- und Beweisbeschluss OLG Koblenz vom 11.11.2010 - Az. U 646/08. Kart, 4 f.

99 Theobald, NJW 2003, 325; Maatz/Michaels, RdE 2003, 66; Templin, Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 122.

100 BGH, NJW 2000, 577 (581); bestätigt durch BGH, Urteil vom 7. 2. 2006 - Az. KZR 24/04, RdE 2006, 239 = ZNER 2006, 140.

101 Vgl. aber LG Hannover, Urteil vom 24. 6. 2010, 18 O 260/08, RdE 2010, 352 = ZNER 2010, 414.

tisiert werden kann, ergibt sich aus einem Vergleich der Übernahme eines Versorgungsnetzes mit einem Unternehmenskauf<sup>102</sup>.

Bei der Übernahme von Unternehmen, die fortgeführt werden sollen, spielt die Bewertung der zu einem Unternehmen gehörenden Gegenstände, z.B. der Maschinen, der Fahrzeuge, der Büroausstattung, der Grundstücke und der Gebäude in der Praxis keine Rolle. Die Wirtschaftswissenschaft ist sich ebenfalls einig, dass die Summe der Substanzwerte der zu einem Unternehmen gehörenden Gegenstände nicht der relevante Unternehmenswert bei einer Unternehmensübernahme sein kann. Für den Unternehmenskäufer ist nicht die Summe der Substanzwerte der zu einem Unternehmen gehörenden Gegenstände von Bedeutung, sondern der mit dem Unternehmen in der Zukunft erzielbare Ertrag. Der Käufer wird seine Kaufentscheidung davon abhängig machen, ob er eine hinreichende Verzinsung des für den Unternehmenskauf eingesetzten Kapitals erwarten kann. Da das abgebende Unternehmen das Netz als Einheit abgeben muss, spielt die Summe der Substanzwerte für den Verkäufer ebenfalls keine Rolle. Da die Sachzeitwerte der zu einem Unternehmen gehörenden Gegenstände bei einem Unternehmensverkauf keine wirtschaftliche Relevanz haben, werden sie im Zusammenhang mit einem Unternehmensverkauf in der Regel auch nicht ermittelt. Ermittelt wird bei Unternehmenskäufen regelmäßig nur der „Zukunftserfolgswert“ des Gesamtunternehmens. Ein alternativer Verkauf der einzelnen Netzanlagen ist nach § 46 Abs. 2 EnWG ausgeschlossen. Ein Verkauf der einzelnen Anlagen, die das Gesamtnetz bilden, ist bei Netzen auch praktisch ausgeschlossen, weil die Gas- oder Stromleitungen bei der Herausnahme aus den Wegegrundstücken zerstört würden.

Dass bei Unternehmensverkäufen die Ermittlung von Substanzwerten keine Rolle spielt, lässt sich mit der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur zur Unternehmensbewertung<sup>103</sup> belegen und entspricht auch der höchstrichterlichen Rechtsprechung<sup>104</sup>. Nach einer Übersicht der von WP-Gesellschaften, M & A-Beratungen, Unternehmensberatungen, Investmentbanken, Industrieunternehmen, Beteiligungsunternehmen und Geschäftsbanken angewendeten unterschiedlichen Verfahren zur Unternehmensbewertung werden mit folgender Häufigkeit angewendet<sup>105</sup>:

|                              |      |
|------------------------------|------|
| Ertragswertverfahren         | 39 % |
| Discounted-Cashflow-Methoden | 33 % |
| Vergleichspreise             | 8 %  |

---

102 So auch BGH, NJW 2000, 577 (583); bestätigt durch BGH, Urteil vom 7. 2. 2006 - Az. KZR 24/04, RdE 2006, 239 = ZNER 2006, 140.

103 Peemöller (Hrsg.), Praxishandbuch der Unternehmensbewertung, 4. Auflage, 2009, S. 31; WP Handbuch 2008, Bd. II, Unternehmensbewertung, 13. Auflage S. 4; Schacht/Fackler, Praxishandbuch Unternehmensbewertung, 2. Auflage, 2009; S. 21 ff.; Drukarczyk/Schüler, Unternehmensbewertung, 5. Auflage, 2007, S. 100; Großfeld, Unternehmens- und Anteilsbewertung im Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, 2002, S. 220.

104 BGH, Urteil vom 24. 9. 1984, NJW 1985, 192, 193.

105 Peemöller (Hrsg.), Praxishandbuch der Unternehmensbewertung, 4. Auflage, 2009, S. 268 f.

|                       |     |
|-----------------------|-----|
| Börsenwert            | 6 % |
| Vergleichszahlen      | 5 % |
| Substanzwertverfahren | 4 % |
| Sonstige              | 5 % |

Auch eine im Jahr 2009 veröffentlichte empirische Untersuchung kam ebenfalls zu dem Ergebnis, dass bei Unternehmensbewertungen ganz überwiegend Zukunftserfolgswertverfahren Anwendung finden, d.h. insbesondere Discounted-Cashflow-Verfahren und die Ertragswertermittlung nach dem Standard IDW S 1<sup>106</sup>. Ebenso hat sich der Bundesgerichtshof im Rahmen von Unternehmensbewertungen für die Ertragswertmethode ausgesprochen: „Bei der Wertermittlung ist nach § 738 II BGB eine Schätzung möglich. Diese hat jedoch aufgrund konkreter Unterlagen zu erfolgen, so dass im Allgemeinen ein Sachverständigengutachten erforderlich sein wird. **Dabei wird regelmäßig mit der heute herrschenden Auffassung von dem Ertragswert auszugehen sein.**“<sup>107</sup>

### cc) Einhaltung der Vorgaben der Netzentgeltregulierung nur durch Ertragswert

Entscheidend ist zudem, dass im Rahmen der Feststellung der „angemessenen wirtschaftlichen Vergütung“ die Vorgaben der StromNEV bzw. GasNEV i.V.m. ARegV maßgeblich sind. Diese führen bei einer konsequenten Anwendung zu einer notwendigen Festlegung auf den Ertragswert. Soweit eine Verpflichtung für Neukonzessionäre zur Zahlung eines Sachzeitwertes bestünde, würde ein Kaufpreis gezahlt, der durch das Netz nicht wieder erwirtschaftet werden könnte. Dass dies den Wettbewerb um Strom- und Gasverteilnetz zum Erliegen bringen würde, ist offensichtlich.

Letztlich bestimmt die Regulierung - ausgehend von dem kalkulatorischen Restwert - die Netzerlöse<sup>108</sup>, die wiederum Einfluss auf den Kaufpreis haben. Dabei können überhöhte Kaufpreise gerade nicht bei den Netzentgelten berücksichtigt werden. Es findet auch entsprechend des § 6 Abs. 6 und 7 StromNEV/GasNEV keine Abschreibung unter Null statt<sup>109</sup>. Dies entspricht der aktuellen Rechtsprechung<sup>110</sup> und dem Leitfaden der BNetzA und des BKartA zu § 46 EnWG<sup>111</sup> und ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

Der Gesetzes- und Verordnungsgeber sieht vor, dass Netzbetreiber – vereinfacht ausgedrückt – nur ihre effizienten Kosten für die Bereitstellung ihres Netzes gegenüber Netznutzern in Rechnung stellen dürfen. Neben der zulässigen Weitergabe von – regelmäßig bereits von den Regulierungsbehörden in den Genehmigungs- und Festlegungsverfahren gekürzten

---

106 Henselmann/Barth, BewertungsPraktiker Nr. 2/2009, 9 ff.

107 BGH, Urteil vom 24.09.1984, NJW 1985, 192, 193.

108 Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15.12.2010 Tz. 43 f.

109 BGH, Beschluss vom 14.08.2008, KVR 35/07, S. 16 ff., RdE 2008, 341 = ZNER 2008, 213.

110 OLG Koblenz, Hinweis- und Beweisbeschluss vom 11.11.2010, Az. U 646/08. Kart, 6

111 Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15.12.2010 Tz. 43 ff.

– Kosten einer effizienten Leistungserbringung gewährt der Gesetzgeber gemäß § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG eine „angemessene Eigenkapitalverzinsung“. D.h. die regulatorischen Vorgaben bestimmen auf Gesetzes- und Verordnungsebene, welchen Ertrag ein Netzbetreiber in der regulierten Welt überhaupt erzielen darf.

Der Wert eines regulierten Netzes wird aus den Ertragserwartungen ermittelt. Die Ertragserwartungen orientieren sich ausschließlich an den genehmigten Netzkosten auf der Grundlage einer Genehmigung der Regulierungsbehörde gemäß § 23a EnWG bzw. aus den behördlich festgelegten Erlösobergrenzen gemäß §§ 4 Abs. 1, 32 Abs. 1 Ziff. 1 ARegV, die wiederum gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 ARegV aus der Kostenprüfung nach den Vorgaben aus der StromNEV bzw. GasNEV abgeleitet werden. Damit wird eine Obergrenze für den erlaubten Gesamterlös des Unternehmens festgelegt. Aus der Systematik der StromNEV bzw. GasNEV ergibt sich, dass der Netzbetreiber ausschließlich aus der ihm zugestandenen kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung gemäß § 7 StromNEV/GasNEV einen Gewinn vor Körperschaftssteuern erwirtschaften kann. Soweit Schwankungen bei den durchgeleiteten Mengen zu Erlöserhöhungen oder Erlösminderungen führen, werden diese durch die periodenübergreifende Saldierung nach § 11 StromNEV/GasNEV und seit 2009 nach § 5 ARegV über das Regulierungskonto in künftigen Entgeltkalkulationen berücksichtigt, so dass sich das mit dem Netz erreichbare wirtschaftliche Ergebnis durch Mengenschwankungen nicht verändert.

Diese Vorgaben wirken sich vor allem auch auf den von einem Netzerwerber zu zahlenden Netzkaufpreis aus. Denn der BGH hat am 14.08.2008 entschieden, dass ein gezahlter Kaufpreis auf Sachzeitwertbasis im Rahmen der Entgeltgenehmigung nach § 23a EnWG bei der Ermittlung der kalkulatorischen Restwerte nicht anzuerkennen ist<sup>112</sup>. Während in der „alten Welt“ ohne konkrete regulatorische Vorgaben ein evtl. überhöhter Kaufpreis für ein Versorgungsnetz auf die Strom- oder Gaspreise umgelegt werden konnte, die von den „gefangenen Kunden“ zu zahlen waren (was dazu führte, dass den Strom- oder Gasverbrauchern die Anschaffungskosten der Netze im Falle einer Netzübernahme zum Sachzeitwert letztlich mehrfach in Rechnung gestellt wurden), hat dies für den Erwerber des Netzes nunmehr zur Folge, dass er einen gezahlten Kaufpreis, der über einem auf Grundlage der regulatorischen Vorgaben ermittelten Ertragswert liegt, per se nicht mehr durch die Netzentgelte refinanzieren kann. Vor diesem Hintergrund ist die Vergütung an dem objektivierten, maßgeblich unter Berücksichtigung der Vorschriften aus der StromNEV bzw. GasNEV zu ermittelnden Ertragswert zu bemessen.

Die Netzentgeltregulierung wirkt sich in diesem Falle auch nicht „unfair“ zu Lasten des Verkäufers bei einer Netzübernahme aus. Die Vorgaben aus der StromNEV bzw. GasNEV führen dazu, dass nur noch bestimmte kalkulatorische Werte für die Abschreibung und Verzin-

---

112 BGH, Beschluss vom 14.08.2008, KVR 35/07, S. 16 ff., RdE 2008, 341 = ZNER 2008, 213.



sung des Sachanlagevermögens angesetzt werden dürfen. Da der Ertragswert gerade darauf abstellt, was mit dem Netz zum Übergabezeitpunkt noch erwirtschaftet werden kann, bekommt der Verkäufer des Netzes den Gegenwert, den er ansonsten selbst erwirtschaften könnte. Dieser Ertragswert wird vom Käufer an den Verkäufer entrichtet. Das Interesse des Käufers liegt nun darin, neu zu investieren und dafür eine (eigene) Eigenkapitalverzinsung zu erzielen. Diese kann sich selbstverständlich der alte Netzbetreiber nicht mehr zuschreiben, da diese neuen Investitionen nach Ablauf des Konzessionsvertrages nicht mehr in seinen Zuständigkeitsbereich fallen und er dafür auch kein eigenes Eigenkapital mehr einsetzt. Der Verkäufer eines Netzes wird folglich nicht schlechter gestellt, als er auf der Grundlage der Vorgaben aus der Netzentgeltregulierung bereits jetzt steht. Vielmehr würde die Veräußerung zu einem höheren Sachzeitwert dazu führen, dass ein Zusatzgewinn gegenüber dem eigentlichen noch aus dem Netz zu erzielenden Ertrag erzielt würde. Dies vermag zu erklären, aus welchen Gründen die Altkonzessionäre, die wissen, dass sie ihr Netz abgeben müssen, beharrlich an den Sachzeitwerten festhalten.

Durch die Bestimmung des Wertes der Versorgungsanlagen auch durch Beachtung des Verbotes der Abschreibung unter Null nach § 6 Abs. 6 StromNEV/GasNEV kommt es nicht zu einer Entwertung von Energieanlagen. Wenn überhaupt von einem Eingriff in das von Art. 14 GG geschützte Eigentumsrecht der Altkonzessionäre gesprochen werden könnte, würde dieser allein aus dem grundlegenden Ansatz der Netzentgeltregulierung folgen, der es den Altkonzessionären – und jedem anderen Netzbetreiber auch – verbietet, die getätigten Investitionen mehrfach über die Netzentgelte an die zwingend auf den Netzzugang angewiesenen Netznutzer weiter zu geben. Dass dieser Eingriff keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet, kann nicht bestritten werden. Die Veräußerung der betriebsnotwendigen Anlagen-güter zu einem höheren Sachzeitwert würde vielmehr zu einer ungerechtfertigten Besserstellung des Verkäufers führen, denn er bekäme für sein Netz quasi einen „Zusatzgewinn“ gegenüber dem zulässigerweise noch aus dem Netz zu erzielenden Ertrag.

Die gesetzliche Überlassungspflicht stellt sich zudem in keinem Fall als eine Legalenteignung, sondern höchstens als eine Inhalts- und Schrankenbestimmung dar. Denn eine Enteignung setzt seit der Nassauskiesung- Entscheidung des BVerfG<sup>113</sup> eine „final konkret individuelle Entziehung“ eigentumsrechtlicher Positionen voraus<sup>114</sup>. Eine solche liegt indes dann nicht vor, wenn allgemeine Übertragungspflichten konstituiert werden, die zudem auf jahrzehntelanger Praxis beruhen. Im Übrigen hat das BVerfG mehrfach sehr deutlich ausgeführt, dass im Rahmen von Enteignungen als Ausgleich eine Zahlung auf der Basis der Ertragswertmethode in Betracht kommt<sup>115</sup>. Diese Methode hat sich nach Auffassung des Gerichts in

---

113 BVerfGE 58, 300, 331.

114 St. Rspr., vgl. BVerfG, NJW 1999, 2877; NJW 2003, 197.

115 BVerfGE 100, 289, 307.

der Praxis durchgesetzt und findet in der Judikatur praktisch allein Anwendung<sup>116</sup>, so dass ein vorrangiges oder sogar alleiniges Abstellen auch den Sachzeitwert hiermit nicht vereinbar wäre. Zudem gewährt Art. 14 GG dem Eigentümer kein Recht darauf, dass die von ihm getätigten Investitionen ihren Wert behalten. Schließlich werden zukünftige Gewinnerwartungen vom Schutzbereich des Art. 14 GG grundsätzlich nicht umfasst<sup>117</sup>.

Dementsprechend ist davon auszugehen, dass nur der Ertragswert die angemessene Vergütung i.S.v. § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG darstellen kann.

**d) Grundsätze der Ermittlung eines Ertragswerts auf der Grundlage des Standards S 1 des Instituts der Wirtschaftsprüfer e.V.**

In den einschlägigen Gerichtsverfahren ist insbesondere die Ermittlung des Ertragswertes zwischen der netzabgebenden Seite und dem Netzkäufer umstritten. Hier bedürfte es einer klaren Festlegung auf ein Verfahren, wonach unter Beachtung einer anerkannten betriebswirtschaftlichen Methode vorgegangen werden soll. Hierzu kommen im Rahmen der Ertragswertermittlung die im IDW S 1 vom 02. 04.2008 allgemeinverbindlich aufgeführten Vorgaben zur Anwendung. Der IDW S 1 bindet alle deutschen Wirtschaftsprüfer insofern, als er die berufsständische Meinung der Wirtschaftsprüfer darstellt und ein abweichendes Verhalten von dem handelnden Wirtschaftsprüfer begründet werden muss.

Zu bewerten ist hiernach das nach wirtschaftlichen Kriterien abgegrenzte Bewertungsobjekt und damit die wirtschaftliche Unternehmenseinheit. Zwar stellen Netze keine Unternehmen dar, letztlich entspricht aber das für Unternehmen geltende Bewertungskalkül demjenigen für Netze<sup>118</sup>.

Im Rahmen der Bewertung ist darauf abzustellen, dass die Ermittlung des Wertes durch einen neutralen Gutachter erfolgen muss, der mit nachvollziehbarer Methodik einen "objektivierten", von den individuellen Wertvorstellungen betroffener Parteien unabhängigen Wert des Unternehmens ermittelt. Der objektivierte Unternehmenswert ist ein typisierter Zukunftserfolgswert, der sich bei Fortführung des Unternehmens in unverändertem Konzept und mit allen realistischen Zukunftserwartungen im Rahmen seiner Marktchancen und -risiken, finanziellen Möglichkeiten sowie sonstigen Einflussfaktoren ergibt. Dies entspricht der Anforderung des Kaufering-Urteils, in dem der Bundesgerichtshof im Hinblick auf das Wettbewerbsziel eine nachprüfbar und in diesem Sinne als objektiv zu verstehende Ermittlung des Netzwertes nach den für alle denkbaren Erwerber geltenden Kriterien fordert<sup>119</sup>.

---

116 BVerfGE 100, 289, 307; vgl. hierzu auch Wendt, in: Sachs, GG, 3. Aufl., Art. 14 Rdnr. 169.

117 BGH, ZNER 2008, 213, 214.

118 Ballwieser/Lechler, Die angemessene Vergütung für Netze, 2007 S. 61, BGHZ 143, 128, 154.

119 BGH, NJW 2000, 577 (583); bestätigt durch BGH, Urteil vom 7. 2. 2006 - Az. KZR 24/04, RdE 2006, 239 = ZNER 2006, 140.

Es ist insoweit entsprechend IDW S 1 ein objektivierter Unternehmenswert im Sinne eines Wertes, der die typisierten Merkmale für alle denkbaren Erwerber widerspiegeln soll, zu ermitteln<sup>120</sup>. Über die objektivierten Wertgrundlagen hinausgehende, subjektive Wertvorstellungen einzelner möglicher Erwerber bleiben unberücksichtigt. Denn der Sachverständige soll gerade nicht als Berater tätig werden<sup>121</sup>, der einen subjektiven Entscheidungswert ermittelt, der z.B. angeben kann, was – unter Berücksichtigung der vorhandenen individuellen Möglichkeiten und Planungen – ein bestimmter Investor für ein Unternehmen höchstens anlegen darf (Preisobergrenze) oder ein Verkäufer mindestens verlangen muss (Preisuntergrenze), um seine ökonomische Situation durch die Transaktion nicht zu verschlechtern.

#### **e) Anpassung durch Gesetzgeber**

Durch die bestehende Regelung werden die Kommunen und Neukonzessionäre in langwierige Verfahren und Gerichtsprozesse gezwängt. Gerade zur Sicherstellung eines Wettbewerbs um die Infrastruktur ist eine gesetzliche Festlegung auf ein Ertragswertverfahren zwingend. Hierzu sollte der Gesetzestext dahingehend angepasst werden, dass notwendige Verteilungsanlagen gegen Zahlung eines **objektivierte Ertragswert**, der sich unter der Voraussetzung ausschließlich finanzieller Ziele durch den Barwert der mit dem Eigentum an dem Netz verbundenen Nettozuflüsse an den Netzeigentümer bestimmt, zu übereignen sind. Als objektivierter Wert muss dieser intersubjektiv nachprüfbar sein (IDW-Standard: Grundsätze zur Durchführung von Unternehmensbewertungen, IDW S 1 i.d.F. 2008). Er ist unter der Berücksichtigung der Besonderheiten der Regulierung zu ermitteln.

Insbesondere der Antrag von Bündnis 90/Die Grünen entspricht diesem Vorschlag.

Da viele Netzübernahmen durch die Verzögerungstaktik der abgebenden Netzbetreiber erheblich hinausgeschoben werden, wäre in der Gesetzesbegründung zur Änderung des § 46 EnWG ein Hinweis auf bestehende Schadensersatzansprüche aus Verzug ebenso wie der Hinweis des Abschlusses eines Vorbehaltskaufes, der nach diesem Verständnis auch nicht die Geltendmachung eines prohibitiven Kaufpreises auf Sachzeitwertbasis im Nachgang unmöglich macht<sup>122</sup>, sinnvoll<sup>123</sup>. Selbst wenn man im Konzessionswettbewerb erfolgreich ist, muss man heutzutage häufig anschließend nicht nur prozessieren, sondern zudem auch immer Jahre warten, bis man den Netzbetrieb übernehmen kann. Dies birgt die Gefahr, dass

---

120 IDW Standard: Grundsätze zur Durchführung von Unternehmensbewertungen vom 02.04.2008, Tz. 12.

121 IDW Standard: Grundsätze zur Durchführung von Unternehmensbewertungen vom 02.04.2008, Tz. 12.

122 In diesem Sinne auch OLG Koblenz, Hinweis- und Beweisbeschluss vom 11.11.2010, Az. U 646/08. Kart, 6; anders insoweit unzutreffend LG Mannheim, Urteil vom 08.10.2010, Az. 7 O 20/10 Kart., 9 ff.

123 Vgl. auch Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15.12.2010 Tz. 46 f.

im Ergebnis das durch den Gesetzgeber bezweckte<sup>124</sup> und in der Rechtsprechung anerkannte<sup>125</sup> – nicht den Konzessionären zur Disposition stehende – Institut des „Wettbewerbs um die Netze“ zum Erliegen kommt. Die prohibitive Wirkung im Sinne der Kaufering-Rechtsprechung wird hierdurch geradezu perfektioniert.

## **6. Verbesserung der Interessenwahrnehmung beteiligter Marktakteure**

Die Fülle der ungeklärten bzw. offenen Rechtsfragen im Konzessionsvertragsrecht führt dazu, dass eine Vielzahl der zurzeit anstehenden oder angestrebten Netzübernahmen vor Gericht geklärt werden müssen.

### **a) Behinderung der Netzübernahmen durch Altkonzessionäre**

Folge davon ist jahrelange Rechtsunsicherheit auf Seiten der derjenigen Unternehmen, die bereit sind, Netze zu übernehmen. Die netzübernehmenden Unternehmen müssen zudem befürchten, dass aufgrund der Länge der Gerichtsverfahren ihre Kalkulation im Hinblick auf den Netzübernahmeaufpreis nicht bestehen bleiben kann und insofern keine Refinanzierung des Kaufpreises ermöglicht wird. Zudem besteht aus volkswirtschaftlicher Sicht die Befürchtung, dass notwendige Investitionen in die betroffenen Netzabschnitte ausbleiben.

Den nunmehr stattfindenden langwierigen Gerichtsprozessen kann vor allem dadurch entgegengewirkt werden, dass die gesetzlichen Regelungen in Bezug auf den Eigentumsübertragungsanspruch, die Ermittlung des Kaufpreises und der Festlegung von Auskunftsansprüchen gesetzlich fixiert werden.

Ob hierzu auch anderweitige Streitlösungsmodelle eingeführt werden können, um die Verfahrensdauer zu beschleunigen, ist fraglich. Denn die Vertragsparteien wenden sich zumeist nicht auf einen Vergleich einlassen. Insofern dürfte auch eine Schlichtungsstelle nicht in Frage kommen. So kann beispielsweise bei der Ermittlung der angemessenen Vergütung aus Sicht des Netzkäufers jedenfalls in einem gesetzgeberischen Ordnungsrahmen, der eine Regulierung der Netzerträge vorsieht, nur der Ertragswert in Frage kommen. Ein Wert, der beispielsweise als Kompromiss zwischen dem Sachzeitwert und dem Ertragswert liegt und damit Folge einer Schlichtung sein kann, muss zwangsläufig ausscheiden.

Dies haben auch die Erfahrungen mit den bestehenden Schiedsklauseln in den Konzessionsverträgen gezeigt. Diese Schiedsvereinbarungen, die zumeist dazu dienen den Kaufpreis (meistens auf Basis des Sachzeitwertes) durch einen Schiedsgutachter festzulegen, stellen i.d.R. ein großes Hemmnis bei einer Netzübernahme dar. Sie bewirken zudem in einer Viel-

---

124 BT-Drs. 13/7274, S. 20.

125 vgl. nur OLG Düsseldorf Urteil vom 12.03.2008, Az. VI-2 U (Kart) 8/07 Tz. 24, RdE 2008, 287, 288 = ZNER 2008, 165.

zahl von Fällen eine weitere erhebliche Verzögerung der Netzübernahme. Dies obwohl die Schiedsvereinbarungen in den meisten Fällen als AGB regelmäßig gem. § 307 Abs. 1 BGB unwirksam sein dürften, da durch diese in vielen Fällen die gerichtliche Nachprüfung der Kaufpreisermittlung aus Sachzeitwertbasis komplett ausgeschlossen und nicht lediglich auf Fälle der offenbaren Unrichtigkeit beschränkt wird. Es handelt sich bei dem Ausschluss der Nachprüfbarkeit der Sachzeitwertermittlung um eine Klausel, die die Netzkäufer gem. § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB unangemessen benachteiligen, denn nach der Grundregelung des § 319 Abs. 1 BGB sind Leistungsbestimmungen dann nicht verbindlich und unterliegen der gerichtlichen Nachprüfung, wenn sie offenbar unbillig sind. Diese Vorschrift ist auf Schiedsgutachtenverträge im engeren Sinne zumindest entsprechend anwendbar. Ein Schiedsgutachten ist daher unverbindlich, wenn es offenbar unrichtig ist. § 319 BGB ist auch lediglich durch Individualvereinbarung, nicht jedoch in AGB abdingbar. Der komplette Ausschluss der gerichtlichen Nachprüfbarkeit der Sachzeitwertbestimmung verstößt damit gegen die gesetzliche Vorschrift und benachteiligt die Netzkäufer unangemessen<sup>126</sup>. Hierauf wäre im Rahmen einer Gesetzesnovelle hinzuweisen.

#### **b) Zuständigkeit der Bundesnetzagentur vereinheitlichen**

Entstehen im Rahmen des Konzessionsvergabeverfahrens Streitigkeiten über die Erfüllung oder den Umfang von Rechten und Pflichten, stellt sich für die Verfahrensbeteiligten die zentrale Frage, welche Stelle zu deren Entscheidung berufen ist.

Dabei haben die BNetzA und das BKartA in der Vergangenheit häufig ihre jeweilige Zuständigkeit abgelehnt. Zumindest teilweise Klarheit bringt hier der schon mehrfach erwähnte gemeinsame Leitfaden der Behörden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers. Der Leitfaden führt hierzu aus, dass neben der Möglichkeit einer zivilgerichtlichen Durchsetzung von Ansprüchen die aufsichtsbehördliche Zuständigkeiten für die Überwachung des in § 46 EnWG geregelten Wegenutzungsrechtes bestehen. Diese obliegen einerseits grundsätzlich der Bundesnetzagentur. Andererseits bestehen teilweise überschneidende Befugnisse der Kartellbehörden; dies stelle § 46 Abs. 5 EnWG klar<sup>127</sup>.

Problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass die Zuständigkeit der BNetzA entsprechend den Ausführungen des Leitfadens erst dann gegeben ist, wenn Ansprüche aus § 46 EnWG geltend gemacht werden, also solche, die einen regulatorischen Bezug haben. Diese entstehen nach der Rechtsauffassung der Behörden erst nach der Auswahlentscheidung.

---

126 BGH, Urt. v. 14.07.1987, X ZR 38/86, BGHZ 101, 307, 317/320; Grüneberg, in: Palandt, BGB, 68. Auflage, § 307 Rdnr. 144.

127 Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15.12.2010 Tz. 9.

Vor der Auswahlentscheidung ist alleine das BKartA zuständig, um beispielsweise die für die Kommunen und Wettbewerber notwendigen Auskunftsansprüche als nebenvertragliche Pflichten des Altkonzessionärs zu gewährleisten.

Zwar wäre durch eine gesetzliche Verpflichtung der Altkonzessionäre beispielsweise zur Auskunftserteilung in § 46 EnWG grundsätzlich nach dem Verständnis des Leitfadens auch die BNetzA zum Handeln verpflichtet. Um indes einer Zersplitterung der Zuständigkeiten - vor und nach der Auswahlentscheidung – entgegenzuwirken, wäre zur Durchsetzung eines effektiven Wettbewerbs die Zuständigkeit der BNetzA auch während des Auswahlverfahrens nach Auslaufen eines Konzessionsvertrages im EnWG zu implementieren.

## **II. Notwendige Anpassung des Konzessionsabgabenrechts**

Das Konzessionsabgabenrecht wird bundesgesetzlich nicht unmittelbar durch das EnWG, sondern über die in § 48 EnWG angelegte Verordnungsermächtigung durch die Konzessionsabgabenverordnung<sup>128</sup> (KAV) reglementiert. Diese regelt nicht nur, wie § 1 Abs. 1 KAV es vermuten lässt, die Zahlung und Bemessung von Konzessionsabgaben für Strom und Gas. Sie enthält darüber hinaus zum Teil sehr spezifische Vorgaben, insbesondere Einschränkungen für die zwischen Gemeinde und Energieversorgungsunternehmen bestehenden Konzessionsverträge. Den Vertragspartnern des Konzessionsvertrages werden dabei vor allem preisrechtliche Vorgaben gemacht.

Trotz mehrfacher, teils fundamentaler Änderungen des EnWG seit dem Jahr 1998, ist die KAV seitdem nur geringfügig angepasst worden. Hieraus resultieren nunmehr Regelungslücken und Regulierungswidersprüche in der KAV im Verhältnis zum neugefassten EnWG.

### **1. Bemessung und Höhe der Konzessionsabgaben**

Die KAV regelt die zulässigen Höchstsätze der Konzessionsabgaben getrennt nach den Medien Strom und Gas. Die Konzessionsabgabenhöhe ist ferner von der Gemeindegröße, sowie davon abhängig, ob es sich um die Belieferung von Tarifikunden oder Sondervertragskunden handelt. Die Höchstsätze für die Tarifikunden sind um ein Vielfaches höher als diejenigen für die Sondervertragskunden, daher ist die Abgrenzung von großer wirtschaftlicher Bedeutung.

Für Tarifikunden fällt eine Konzessionsabgabenzahlung differenzierend nach der Größe der Gemeinde gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 KAV zwischen 0,22 bis 0,93 ct/kWh an. Demgegenüber beträgt der höchstzulässige Satz für Sonderkunden 0,03 ct/kWh. Die Sätze für die

---

128 VO v. 9.9.1992 (BGBl. I S. 12, ber. S. 407).

Tarifkunden-Konzessionsabgabe sind damit um ein siebenfaches (Gas) höher, als die Abgabe für Sonderkunden (vgl. § 2 Abs. 2, Abs. 3 KAV).

#### **a) Unzureichende Regelung im Gasbereich**

Im Strombereich besteht mit § 2 Abs. 7 KAV eine verbindliche verbrauchsabhängige Zuordnung von Tarif- und Sonderkundenkonzessionsabgabe. Danach gelten Stromlieferungen aus dem Niederspannungsnetz unbeschadet des § 1 Abs. 3 und 4 KAV und damit auch unbeschadet der Definition des Haushaltskunden in § 3 Nr. 22 EnWG konzessionsabgabenrechtlich als Lieferung an Tarifkunden, es sei denn, die gemessene Leistung des Kunden überschreitet in mindestens zwei Monaten des Abrechnungsjahres 30 kW und der Jahresverbrauch beträgt mehr als 30.000 kWh. Der Normgeber wollte hiermit verhindern, dass das Konzessionsabgabeaufkommen dadurch gemindert wird, dass der bisherige Versorger seine Verträge in Sonderkundenverträge mit der niedrigeren Sonderkundenkonzessionsabgabe umwandelt<sup>129</sup>.

Im Gasbereich fehlt eine entsprechende verbrauchsabhängige Sonderregelung, so dass insoweit für die Bemessung der zulässige Konzessionsabgabenhöhe allein die Kundeneinstufung als Tarif- oder Sonderkunde nach § 1 Abs. 3 und 4 KAV maßgeblich ist. Dies führt im Ergebnis dazu, dass über all dort, wo Lieferanten ihre Tarifkundenverhältnisse in Sonderkundenverhältnisse umwandeln das Konzessionsabgabeaufkommen erheblich sinkt<sup>130</sup> und mit einer zusätzlichen Belastung der kommunalen Haushalte einhergeht<sup>131</sup>. Dies wollte der Verordnungsgeber aber gerade verhindern und führt zu einer Ungleichbehandlung von Strom und Gas, die nicht zu rechtfertigen ist.

Des Weiteren bestehen aufgrund des gasseitigen Fehlens einer eindeutigen verbrauchsabhängigen Einstufung von Tarif- und Sonderkundenkonzessionsabgabe Auslegung- und Abgrenzungsschwierigkeiten, insbesondere im Hinblick auf die Behandlung von Lieferungen Dritter im Wege der Durchleitung, vgl. § 2 Abs. 6 KAV.

#### **b) Anpassung durch Verordnungsgeber**

Die Regelung in § 2 Abs. 7 KAV ist entsprechend für Gas zu erweitern. So kann das kommunale Konzessionsabgabeaufkommen entsprechend der bereits mit Einführung der KAV verfolgten Zielsetzung des Verordnungsgebers gesichert und Rechtssicherheit für Netzbetreiber, Lieferanten und Kommunen hergestellt werden. Der Gesetzgeber ist daher aufge-

---

129 BR-Drs. 358/99, S. 5.

130 So schon Hummel, ZfK, 9/2009, 28.

131 Zur Bedeutung der Konzessionsabgaben für die Kommunen: Templin, Recht der Konzessionsverträge, 2009, 302ff.; Die Stadt Hamburg hatte im Jahr 2005 beispielsweise ein Konzessionsabgabenaufkommen im Gas-, Fernwärme- und Strombereich von ca. 94 Mio. EUR – vgl. BürgerschaftHH-Drs. 18/4419, 1.

rufen, sich erneut mit einer Anpassung der KAV auseinanderzusetzen und auch in Anbetracht der Schwierigkeiten einer Normierung gesetzlicher Mengengrenzen den Begriff des Tarifikunden im Gasbereich konzessionsabgaberechtlich ähnlich der Regelung im Strombereich eigenständig zu definieren<sup>132</sup>. Dabei sind die Besonderheiten der Gasversorgung, insbesondere die Höhe des durchschnittlichen Gasverbrauchs, entsprechend zu berücksichtigen<sup>133</sup>. Insofern wäre analog zum Strombereich in § 2 Abs. 7 KAV für den Gasbereich eine verbrauchsabhängige "Mindestschwelle" für eine einheitliche Anwendung der Tarifikundenkonzessionsabgabe anzusetzen.

Im Strombereich hat der Ordnungsgeber mit § 2 Abs. 7 Satz 1 KAV letztlich eine Fiktion des größtmöglichen Verbrauchs eines „Haushalts- bzw. Kleinkunden“ aufgestellt. Da der durchschnittliche Verbrauch eines Haushaltskunden als „typischer Drei-Personen-Haushalt“ ca. 3.500 kWh/a beträgt, hat der Normgeber in § 2 Abs. 7 KAV mit 30.000 kWh einen 8,5fach höheren Verbrauch, als bei einem durchschnittlichen Haushaltskunden konzessionsabgaberechtlich noch als Tarifikunden definiert. Soweit im Gasbereich auf eine Analogie diesbezüglich im Gasbereich abgestellt wird, muss indes berücksichtigt werden, dass der durchschnittliche Haushaltskunde im Gasbereich zwischen 16.000 und 30.000 kWh/a verbraucht<sup>134</sup>. Würde hier nun auch auf den größtmöglichen Verbrauch eines „Haushalts- bzw. Kleinkunden“ abgestellt, müssten diese Werte ebenfalls – entsprechend der vorgetragenen Analogie zum Strombereich – um das 8,5-fache, auf 136.000 kWh/a bis 255.000 kWh/a – im Mittel auf ca. 200.000 kWh/a - erhöht werden<sup>135</sup>. Insofern käme eine Regelung in einem neuen § 2 Abs. 9 KAV in Betracht:

*„(9) <sup>1</sup> Unbeschadet des § 1 Abs. 3 und 4 gelten Gaslieferungen aus dem Niederdrucknetz konzessionsabgaberechtlich als Lieferungen an Tarifikunden, es sei denn, der Jahresverbrauch beträgt mehr als 200.000 Kilowattstunden. <sup>2</sup> Dabei ist auf die Belieferung der einzelnen Betriebsstätte oder Abnahmestelle abzustellen. <sup>3</sup> Netzbetreiber und Gemeinde können niedrigere Jahresverbrauchsmengen vereinbaren.“*

Eine solche Kodifizierung würde dem Regelungsgehalt nach auch den sog. Mengengrenzvereinbarungen in den Konzessionsverträgen entsprechen, nach denen unabhängig von der Ausgestaltung des Liefervertrages mit dem Endkunden als Sonder- oder Tarifikundenvertrag Gaslieferungen bis zu einem Grenzwert als Lieferungen an Tarifikunden eingestuft werden und damit eine Berechnung am Maßstab der gegenüber den Sondervertragskunden höheren

---

132 Meyer-Hetling/Templin, ZNER 2010, 145; auch Schmid/Maqua, VersorgungsW 2007, 119.

133 Ausführlich: Meyer-Hetling/Templin, ZNER 2010, 139 ff.

134 Techem AG, Studie 2006/2007; <http://www.weltfokus.de/durchschnittlicher-gasverbrauch-eines-einfamilien-haushalt-536.html>; Verivox: <http://www.verivox.de/gas/article.aspx?i=27765>.

135 So auch: Meyer-Hetling/Templin, ZNER 2010, 144.



Konzessionsabgabe für Tarifkunden nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 KAV erfolgt<sup>136</sup>. Mit derartigen Regelungen sind die Kommunen im Einzelfall einem Absinken der Konzessionsabgaben im Gas begegnet. Das BKartA<sup>137</sup> hat allerdings nunmehr entgegen der bisherigen Rechtsprechung<sup>138</sup> in zwei, insoweit nicht rechtskräftigen Beschlüssen, die Auffassung vertreten, dass Vereinbarungen in Gaskonzessionsverträgen, in Bezug auf bestimmte Mengengrenzen, rechtsunwirksam seien. Da damit eine erhebliche Rechtsunsicherheit besteht, ist auch insoweit eine gesetzliche Anpassung der KAV notwendig.

## **2. Bemessung der Konzessionsabgaben im Bereich der Schwachlasttarife**

Mit der Einführung der KAV im Jahre 1992 hat sich der Ordnungsgeber im Strombereich auch für eine konzessionsabgabenrechtliche Privilegierung von Lieferungen in Schwachlasttarifen nach § 9 BTOElt bzw. von Schwachlaststromlieferungen in zeitvariablen Tarifen entschieden. Dem Ordnungsgeber war dabei daran gelegen, einen Anreiz zur Verbrauchsverlagerung in lastschwache Zeiten zum Abbau von Lastspitzen zu bieten. Dementsprechend legt § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a KAV fest, dass für solche Lieferungen an Tarifkunden in Abweichung zu sonstigen Tarifstromlieferungen nur eine verminderte Schwachlastkonzessionsabgabe in Höhe von maximal 0,61 ct/kWh anfällt.

### **a) Unzureichende Regelung**

Die bestehenden Regelungen der KAV verweisen in § 2 Abs. 7 Satz 3 KAV sowie § 2 Abs. 1 Nr. 1a KAV auf die BTOElt, die allerdings zum 01.07.2007 ersatzlos weggefallen ist. Ferner verwendet § 2 Abs. 7 Satz 3 KAV den in seinem Inhalt ungeklärten Begriff der „Sonderabkommen“. Dies führt zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit für Netzbetreiber und Kommunen bei der Abrechnung bzw. Vereinnahmung der Stromkonzessionsabgabe im Schwachlastbereich.

Setzt der Netzbetreiber die Konzessionsabgabe zu niedrig an und reicht eine zu geringe Konzessionsabgabe an die Kommune weiter, hat dies in der Regel vertragsbrüchiges Verhalten des Netzbetreibers sowie ggf. Zahlungsnachforderungen an die Netznutzer respektive die Letztverbraucher zur Folge. Rechnet der Netzbetreiber eine überhöhte Konzessionsabgabe ab, kann deren Einstufung als verdeckte Gewinnausschüttung sowie eine ggf. langwierige und über mehrere Ebenen von Kommune bis zum Letztverbraucher erforderliche Zahlungsrückabwicklung drohen.

---

136 Ausführlich: Meyer-Hetling/Templin, ZNER 2010, 139 ff.

137 BKartA, Beschluss vom 3.6.2009, Az.: B 10-71/08; siehe hierzu Meyer-Hetling, IR 2009, 189; BKartA, Beschluss vom 16.09.2009, Az.: B 10-11/09, ZNER 2009, 429ff.; siehe hierzu Meyer-Hetling/Tischmacher, IR 2010, 17.

138 LG München I, Urteil vom 28.4.2005 Az.: 4 HK O 22223/04, IR 2006, 89; OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 18.11.2008, Az.: 11 W 29/08 (Kart), RdE 2009, 256.

Es steht zudem zu erwarten, dass die mangelnde Rechtssicherheit zukünftig gravierende Auswirkungen haben wird, wenn im Zuge des – energiepolitisch grundsätzlich zu begrüßenden – Trends hin zu einer Steigerung der Energieeffizienz und zum Auf- und Ausbau sog. „smart grids“ durch den Einsatz von intelligenten Zählern (smart meter) das Tarifangebot an zeitvariablen und/oder lastvariablen Tarifen zunimmt. Nach § 40 Abs. 3 EnWG sind die Energieversorgungsunternehmen seit dem 30.12.2010 zudem verpflichtet, für Letztverbraucher einen Tarif anzubieten, der einen Anreiz zur Energieeinsparung oder Steuerung des Energieverbrauchs setzt.

#### **b) Anpassung durch Ordnungsgeber**

Durch die zukünftig deutliche Ausweitung von Schwachlaststromlieferungen bzw. das erhöhte Angebot an Schwachlaststromtarifen und den Einsatz von „smart Metern“ besteht die Gefahr, dass das kommunale Konzessionsabgabenaufkommen einbrechen wird, da der eigentlich zur Sicherung des Konzessionsabgabenaufkommens gedachten Leistungs- und Mengengrenze zunehmend der Anwendungsbereich fehlt. Die Zielsetzung des Erhalts der Konzessionsabgabe ist daher mit dem derzeitigen unklaren und teilweise veralteten Regelwerk der KAV nicht mehr zu erreichen.

Im Hinblick auf das Ziel des Ordnungsgebers, das kommunale Konzessionsabgabenaufkommen zu sichern und zu erhalten<sup>139</sup> sowie zur Beseitigung der entstandenen Rechtsunsicherheiten besteht dringender gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Es bedarf in § 2 Abs. 7 Satz 3 KAV daher eines klaren Ordnungstextes, wann Schwachlastzeiten vorliegen und in welchem Maße Schwachlaststromlieferungen tatsächlich bei der Ansetzung der Konzessionsabgabe privilegiert sein sollen.

### **III. Einfluss der wettbewerblichen Auswahlentscheidung der Kommunen auf die örtliche Energieversorgung**

Die kommunale Entscheidung darüber, wie die örtliche Energieversorgung ausgestaltet wird, ist grundlegender Bestandteil der wettbewerblichen Ausgestaltung der bundesdeutschen Energiewirtschaft.

#### **1. Stellung der Kommunen in der öffentlichen Energieversorgung**

Die bisherigen Erfahrungen und der dabei deutlich gewordene gesetzgeberische Regelungsbedarf bei den Konzessions- und Netzübernahmeverfahren sind oben geschildert worden. Deutlich wurde dabei auch die verfahrensmäßige Verantwortlichkeit der Kommunen.

---

139 BT-Drs. 15/4068, S. 10; BR-Drs. 15/3917, S. 68.

Hiervon unabhängig trifft die Kommune traditionell auch eine materielle Verantwortung für die Belange der Strom- und Gaswirtschaft vor Ort.

#### **a) Grundsätzlich: Rolle der Konzessionsverträge im Energierecht**

Der energierechtliche Konzessionsvertrag regelt die Beziehungen zwischen einer Kommune und einem privaten oder öffentlichen Unternehmen bezüglich der Benutzung von öffentlichen Wegen. Nach § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG 2005 sind Konzessionsverträge „*Verträge von Energieversorgungsunternehmen mit Gemeinden über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb der Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören*“. Die grundlegenden „Spielregeln“ sind allesamt in § 46 Abs. 2 EnWG normiert. Die Spielzeit beträgt 20 Jahre, der alte Spieler muss nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG seine Verteilungsanlagen dem neuen Spieler überlassen<sup>140</sup>.

Die leitungsgebundene Strom- und Gasversorgung in Deutschland verläuft parallel zur Entwicklung des Konzessionsvertragsrechts<sup>141</sup>. Die Energieversorgung steht dabei seit ihren Anfängen in engem Zusammenhang mit der gesellschaftlichen, technischen und ökonomischen Entwicklung der letzten 120 Jahre<sup>142</sup>. Im Zuge der Entpolizeilichung hoheitlicher Verwaltungskompetenz am Ende des 19. Jahrhunderts wurden die Aufgaben der Gemeinden vermehrt auch in privatrechtlicher Form erfüllt<sup>143</sup>. Den Ausgangspunkt des Konzessionsvertrags bildete daher das Zivilrecht als Vertragsrecht. Mit Beginn der Weimarer Republik und dem etwas später im Jahre 1935 entstandenen EnWG hat das Konzessionsvertragsrecht zunehmend Beschränkungen erfahren. So sind wesentliche wettbewerbsorientierte Änderungen des auf Privatautonomie begründeten Konzessionsvertrages durch öffentlich-rechtliche Vorgaben, wie etwa die Einführung einer maximalen Vertragslaufzeit von 20 Jahren durch § 103a Abs. 1 Satz 1 GWB a. F.<sup>144</sup> und der Einbettung des Konzessionsvertragsrechts in das System des EnWG 1998 in dem damaligen § 13 Abs. 2 Satz 1 EnWG (heute § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG 2005) zur Eröffnung eines „Wettbewerbs um die Strom- und Gasverteilnetze“ erfolgt<sup>145</sup>.

---

140 Theobald/Theobald, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 2008 S. 111; Hellermann, in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2008, § 46 Rndr. 52 ff. m.w.N.

141 Theobald, DÖV 2009, 356.

142 Ausführlich: Templin, Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 29 ff.

143 Pöhlmann, Die Gebietsreglung der öffentlichen Energieversorgung mit Elektrizität und Gas als Staatsaufgabe, 1984, S. 10.

144 Viertes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26. 4. 1980, BGBl. I S. 458 (4. GWB-Novelle). Hierdurch sollte verhindert werden, dass das System der Gebietsmonopole erstarrt und nicht mehr flexibel genug sein würde, um auf die versorgungswirtschaftlichen Erfordernisse zu reagieren – vgl. BT-Drs. 8/3690, S. 31 ff.; Becker/Zander, AfK 1996, 262.

145 OLG Düsseldorf, Urteil vom 12. 3. 2008, IR 2008, 115.

Durch die gesetzlich normierten konzessionsvertraglichen Regelungen wird dem örtlichen Verteilnetzbetreiber als Konzessionär die Möglichkeit eingeräumt, die Wege der Gemeinde zum örtlichen Netzbetrieb zu nutzen. Der Konzessionsvertragspartner der Gemeinde als Betreiber eines Energieversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung ist in den Grenzen des § 18 Abs. 1 Satz 1 EnWG verpflichtet, allgemeine Bedingungen für den Netzanschluss von Letztverbrauchern in Niederspannung bzw. Niederdruck und für die Anschlussnutzung zu veröffentlichen und jedermann zu diesen Bedingungen an sein Netz anzuschließen sowie die Entnahme von Energie zu gestatten. Der Anschlussnehmer erhält hierdurch einen unmittelbaren gesetzlichen Anspruch auf Anschluss an das öffentliche Energieversorgungsnetz. Hierdurch wird die „Grundversorgung“ der Einwohner einer Gemeinde mit Netzanschlüssen sichergestellt. Die einzelnen Bedingungen und Voraussetzungen des Netzanschlusses sind in der auf § 18 Abs. 3 Satz 1 EnWG beruhenden Niederspannungsanschlussverordnung (NAV)<sup>146</sup> bzw. Niederdruckanschlussverordnung (NDAV)<sup>147</sup> geregelt. Eine Verletzung der Anschlusspflicht kann zum Entzug der Genehmigung des Netzbetriebs nach § 4 Abs. 1 EnWG führen. Für durchgeleiteten Strom und Gas kann der Netzbetreiber nach den Regelungen zum Netzzugang gem. §§ 20 ff. EnWG Netznutzungsentgelte verlangen<sup>148</sup>.

Der Konzessionsvertrag knüpft dabei zwingend an die Nutzung der öffentlichen Verkehrswege zur Verlegung und den Betrieb von Energieversorgungsleitungen an. Er geht aber über die reine Regelung der Nutzung der öffentlichen Wege weit hinaus. So haben die Einnahmen aus den konzessionsvertraglich vereinbarten Konzessionsabgaben mit einem Anteil von ca. 3 % am kommunalen Einnahmenvolumen aus kommunalpolitischer Sicht eine große Bedeutung. Dabei ist insbesondere zu beachten, dass diese Einnahmen wegen des gleichbleibenden Energieverbrauchs auch in Krisenzeiten recht stabil sind, was bei der Gewerbesteuer naturgemäß anders ist<sup>149</sup>.

## **b) Grundlagen des Einflusses der Kommune auf die örtliche Energieversorgung**

Die heutige Grundlage der gemeindlichen Einflussnahme auf die örtliche Energieversorgung findet sich in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG<sup>150</sup>. Nach der Rechtsprechung<sup>151</sup> und der zutreffenden

---

146 Verordnung über Allgemeine Bedingungen für Netzanschluss und dessen Nutzung für die Elektrizitätsversorgung in Niederspannung (Niederspannungsanschlussverordnung – NAV) vom 1. 11. 2006, BGBl. I S. 2477.

147 Verordnung über Allgemeine Bedingungen für Netzanschluss und dessen Nutzung für die Gasversorgung in Niederdruck (Niederspannungsanschlussverordnung – NAV) vom 1. 11. 2006, BGBl. I S. 2477.

148 Zum Ganzen: Templin, *Recht der Konzessionsverträge*, 2009, S. 133.

149 Templin, *Recht der Konzessionsverträge*, 2009, S. 302 ff.

150 Ausführlich zur Darstellung der Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie unter Bezugnahme auf die örtliche Energieversorgung: Longo, *Neue örtliche Energieversorgung als kommunale Aufgabe*, 2010, S. 89ff.; Templin, *Recht der Konzessionsverträge*, 2009 S. 188 ff.

151 BVerfG, Beschluss vom 16. 5. 1989, NJW 1990, 1783; BVerwG, Urteil vom 18. 5. 1995, BVerwGE 98, 273 (275 f.); BGH, Urteil vom 21. 3. 1996, RdE 1996, 193.

herrschenden Literatur<sup>152</sup> gehört die Regelung der Energieversorgung zu der durch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG vermittelten kommunalen Selbstverwaltungsgarantie. Dies ist auch konsequent, denn aufgrund der engen Verknüpfung des gemeindlichen Wegeeigentums mit der örtlichen Energieversorgung erweist sich die Lenkungsbefugnis der Gemeinden als „*Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft*“ i. S. d. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG<sup>153</sup>. Daher wird die Gewährleistung<sup>154</sup> der örtlichen Energieversorgung zu einer Aufgabe der Kommunen<sup>155</sup>.

Die Kommunen stehen im Rahmen der Konzessionierung primär vor einer Systementscheidung: Soll der Netzbetrieb durch die Gemeinde selbst, sei es in der Rechtsform eines Eigen-/Regiebetriebs oder in der Rechtsform einer Eigengesellschaft, durch ein drittes öffentliches (gemeindliches) Unternehmen bzw. durch ein gemischtwirtschaftliches oder durch ein privates Unternehmen in Form der Konzessionierung erfolgen<sup>156</sup>. Auch der BGH hat in seinem Kaufering-Urteil vom 16.11.1999 diesbezüglich ausgeführt, dass es Ziel der Laufzeitbegrenzung von Konzessionsverträgen ist, dass spätestens alle 20 Jahre „die Partner eines Konzessionsvertrages völlig frei darüber entscheiden können, ob die Energieversorgung durch den bisherigen Vertragspartner, durch ein konkurrierendes Versorgungsunternehmen oder aber durch die Kommune selbst fortgesetzt werden sollte“<sup>157</sup>.

---

152 Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 8. Aufl. 2006, Art. 28 Rdnr. 13; Damm, JZ 1988, 841; Püttner, DÖV 1990, 463; Hermes, Der Staat 31 (1992), 296 ff.; Albrecht, in: Schneider/Theobald Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft, 2. Auflage, 2008, § 10 Rdnr. 44; de Wyl, in: Schneider/Theobald, Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft, 2. Auflage, 2008, § 14 Rdnr. 8.; Albrecht, ZUR 1995, 238; Schmidt-Jortzig, LKV 1992, 66 - der allerdings auf den Einfluss der Kommunen in der Energieversorgungspolitik abstellt; Arndt/Zinow, LKV 1992, 4 f.; Friauf, in: Baur/Friauf, Energierechtsreform zwischen Europarecht und kommunaler Selbstverwaltung, VenergR 84 (1997), 1997, S. 72; Karst, DÖV 2002, 811; Püttner, RdE 1992, 94; Kimminich, Verfassungsrechtliche Probleme einer Neuregelung der vertraglichen Grundlagen für die örtliche Energieversorgung, 1974, S. 26; Wesener, Energieversorgung und Energieversorgungskonzepte, 1986, S. 168 ff.; Dehmer, ET 1987, 278; Löwer, Energieversorgung zwischen Staat, Kommune und Wirtschaft, 1989, S. 232; Lecheler, NVwZ 1995, 10; Notthoff, Novellierungsversuche des Energiewirtschaftsrechts vor dem Hintergrund grundrechtlicher Normen, 1994, S. 123; Tettinger, NWVBl. 1989, 3; Stern/Püttner, Die Kommunewirtschaft – Recht und Realität, 1965, S. 170; Stern, Die verfassungsrechtliche Position der kommunalen Gebietskörperschaften, 1966, S. 33; Templin, IR 2009, 103; ausführlich: Templin, Recht der Konzessionsverträge 2009, S. 188 ff.

153 Templin, VerwArch 100 (2009), 536 ff.

154 Nach der Konzeption der Gewährleistungsverantwortung ist der Staat Garant für einen ausreichenden Standard an technischer und sozialer infrastruktureller Grundversorgung. Aus ihr folgt die Pflicht des Staates zur Sicherstellung des Gemeinwohls tätig zu werden. – vgl.: Osterloh, VVDStRL 54 (1995), 208; Britz, Die Verwaltung (37) 2004, 149.

155 Hünnekens, Rechtsfragen der wirtschaftlichen Infrastruktur, 1995, S. 247; Faber, Der kommunale Anschluss- und Benutzungszwang, 2005, S. 117; Braun, ET 1985, 64; Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge und kommunale Selbstverwaltung, 2000, S. 280 ff.; Albrecht, in: Schneider/Theobald Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft, 2. Auflage, 2008, § 9 Rdnr. 71; Tomerius/Breitkreuz, DVBl. 2003, 431 m.w.N.; vgl. auch Monopolkommission, Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft, 2003, S. 81. Andere wiederum verweisen auf das Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG: vgl. Brosius-Gersdorf, VerwArch 98 (2007), 333; Haack, VerwArch 99 (2008), 203 m.w.N.; Templin, VerwArch (100) 2009, 546.

156 Theobald, DÖV 2009, 358 f.

157 BGH, NJW 2000, 577, 580 f.

Schon in den Anfängen der öffentlichen Energieversorgung in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts stand es den Gemeinden aufgrund ihres Wegeeigentums frei, entweder selbst die Energieversorgung mittels eines Eigenbetriebes durchzuführen oder eine Konzessionierung vorzunehmen<sup>158</sup>. Die Gemeinden hatten schon Erfahrungen mit den kommunalen Gas-, Wasserwerken und zum Teil mit den örtlichen Pferdebahnen gewonnen. Obgleich die Elektrizität neu war, wurde dennoch oftmals auf die Entwicklung in der Gaswirtschaft verwiesen<sup>159</sup>. So wurde die Selbstvornahme oder Konzessionierung schon früh zu einer zentralen Frage der Kommunalwirtschaft<sup>160</sup>. Bei jedem Abschluss und jeder Nachverhandlung eines Konzessionsvertrages wurde die Diskussion über eine Fremdvergabe der örtlichen Energieversorgung an ein privates Unternehmen oder eine Aufgabenwahrnehmung durch ein kommunales Unternehmen von neuem geführt<sup>161</sup>.

Die Entscheidungskompetenz der Gemeinden umfasst auch noch heute gerade diese Systementscheidung. Die Kommunen haben eine – wenn auch nicht auf den ersten Blick erkennbare – periodische Auswahlkompetenz. Diese grundlegende Kompetenz hat die gesamte Entwicklung des Konzessionsvertragsrechts begleitet und beschreibt ein wesentliches Moment gemeindlicher Aufgabenwahrnehmung im Rahmen der örtlichen Energieversorgung. Die periodische Auswahlkompetenz beinhaltet insbesondere die Möglichkeit einer Rückholbarkeit des Netzbetriebs in eigene Wahrnehmungsformen und damit die zeitliche Überprüfung einer Re-Kommunalisierung<sup>162</sup>. Diese politische Entscheidung unterliegt zunächst keinen rechtlichen Vorgaben. Maßgebliches Kriterium wird dennoch häufig die Finanzierbarkeit des Netzkaufs bei Ende des Konzessionsvertrages sein.

### **c) Sicherstellung des notwendiger Einflusses der Kommunen auf die örtliche Energieversorgung**

Der Bundesgesetzgeber hat den Handlungsspielraum der Kommunen im Rahmen von Konzessionsverfahren dadurch empfindlich geschwächt, dass sich dieser nunmehr nicht mehr auch auf die Wahl des Grundversorgers bezieht; als solcher ist nunmehr nach § 36 EnWG für jeweils drei Jahre immer automatisch dasjenige Energieversorgungsunternehmen zu ermitteln, welches in einem bestimmten Netzgebiet der allgemeinen Versorgung die meisten Haushaltskunden versorgt.

---

158 Umfassend: Templin, Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 66 ff., vgl. auch: Braun, Energieversorgung, 1986, S. 456; Bruche, Elektrizitätsversorgung und Staatsfunktion, 1977, S. 35.

159 Stern/Püttner, Die Gemeindegewirtschaft – Recht und Realität, 1965, S. 22; allgemein: Gitermann, Konzessionierter oder kommunaler Betrieb von monopolistischen Unternehmungen öffentlichen Charakters, 1927, S. 27 ff.

160 Tegethoff, Elektrizitätswirtschaft 1983, S. 415; Gröner, Die Ordnung der deutschen Elektrizitätswirtschaft, 1975, S. 88 m.w.N.

161 Vgl. schon Amtlicher Stenographischer Bericht über die Sitzung der Stadtverordneten-Versammlung am 26.5.1887, S. 199 ff.

162 Templin, Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 359.

Die Funktion dieser Regelung ist schon aus der Perspektive der **Wettbewerbspolitik** zweifelhaft, führt sie doch zu einer Verfestigung der Marktstrukturen<sup>163</sup>. Sie führt überdies zu einer erheblichen **Schwächung der kommunalen Handlungsmöglichkeiten** und sollte in diesem Zusammenhang überdacht werden<sup>164</sup>.

Auch aus der **Gewährleistungsverantwortung** der Kommunen zur Sicherstellung einer örtlichen Energieversorgung ergibt sich eine Pflicht des Staates, diesen einen Einfluss vor Ort zu gewähren. Gewährleistungsverantwortung bezeichnet die verbleibende Verantwortung, die der Staat für die Gewährleistung der ordnungsgemäßen Aufgabenerledigung in Konstellationen übernimmt, in denen Private eine öffentliche Aufgabe ganz oder teilweise erledigen. Nach der Konzeption der Gewährleistungsverantwortung ist der Staat Garant für einen ausreichenden Standard an technischer und sozialer infrastruktureller Grundversorgung. Aus ihr folgt die Pflicht des Staates zur Sicherstellung des Gemeinwohls tätig zu werden<sup>165</sup>. Im Rahmen leitungsgebundener Energieversorgung folgt die Staatsaufgabe insbesondere aus dem Sozialstaatsprinzip, wonach Art. 20 Abs. 1 GG dem Einzelnen einen Anspruch auf ein menschenwürdiges Dasein verbürgt<sup>166</sup>. Auch das BVerfG bewertet die Sicherstellung der Elektrizitätsversorgung als „*ein Gemeinschaftsinteresse höchsten Ranges*“<sup>167</sup>. Folglich trifft den Staat und damit den Gesetzgeber des EnWG und anderer energiewirtschaftlicher Regelungen die grundsätzliche Verantwortung für die Sicherstellung der Energieversorgung.

Die Energieversorgung wird im Rahmen der dezentralen Versorgung von Strom bzw. Gas und im Rahmen des örtlichen Netzbetriebs zu einer Aufgabe der Kommunen. Aus der Garantie der Kommunen auf kommunale Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ist eine Sicherstellungspflicht der Gemeinden zu folgern. Wird beispielsweise eine Aufgabe privatisiert, so enthebt dies die Kommune nicht von ihrer Verantwortung für diese Aufgabe. Die Gemeinde muss auch für einen Ausfall des Privaten Sorge tragen<sup>168</sup>. Findet eine Kommune kein Unternehmen, ist sie selbst verpflichtet, die örtliche Energieversorgung durchzuführen. Gewährleistungsverwaltung bedeutet schließlich nicht Verantwortungsteilung, sondern *Verantwortungsverteilung*<sup>169</sup>. Die Staatsaufgabe der leitungsgebundenen Energieversorgung als gemeindliche Daseinsvorsorge wird in diesem Fall zu einer Rechtspflicht, wenn sich andern-

---

163 So auch: Rodi/Sina, Konzept für die Schaffung eines konsistenten und anspruchsvollen Klimaschutzrechts des Bundes, Stand 26.07.2010, Ziffer 4.5.2.3.

164 Templin, Das Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 247 ff.

165 Osterloh, VVDStRL 54 (1995), 208; Britz, Die Verwaltung (37) 2004, 149.

166 Vgl. BVerfGE 40, 121 (133); 84, 133 (158); 91, 93 (111); BVerwGE 1, 159 (161 f.); 82, 364 (368); vgl. Schoch, NVwZ 2008, 244.

167 BVerfGE 30, 292 (323 f.).

168 Tomerius/Breitkreuz, DVBl. 2003, 431; Hünnekens, Rechtsfragen der wirtschaftlichen Infrastruktur, 1995, S. 247; Braun, ET 1985, 64; Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge und kommunale Selbstverwaltung, 2004, S. 280 ff.

168 Brosius-Gersdorf, VerwArch 98 (2007), 333; Haack, VerwArch 99 (2008), 203 m.w.N.

169 Anschaulich: Schoch, NVwZ 2008, 244.

falls unzumutbare Zustände einstellen würden<sup>170</sup>. Dies wird von der aktuellen Literatur zu diesem Thema bestätigt<sup>171</sup>.

Die Kommunen haben grundsätzlich alle ihnen im Rahmen der Gesetze möglichen Befugnisse einer örtlich-dezentralen Lenkung der Energieversorgung im Interesse ihrer Einwohner auszuschöpfen. Auf der gesamtstaatlichen Ebene ist der Gesetzgeber verpflichtet, die Rechte der Kommunen zu wahren. Dort wo die Kommunen grundsätzlich zum Handeln verpflichtet sind, müssen ihnen auch die notwendigen Mittel zur Verfügung stehen. Im Rahmen einer gesetzlichen Privatisierung von Aufgaben ist der Gesetzgeber verpflichtet, gemeindliche Einflussmöglichkeiten abzusichern. Bundesgesetzlich unterstützt werden könnte diese Funktion durch eine kommunalfreundliche Änderung der Vorschriften über die Grundversorgung in §§ 36 ff. EnWG, dahingehend, dass ein „Wettbewerb um die Grundversorgung“ analog zum Wettbewerb um die örtliche Infrastruktur im Wege der Konzessionierung der örtlichen Grundversorgung eingeführt wird<sup>172</sup>.

## **2. Umsetzung der wettbewerblichen Auswahlentscheidung der Kommunen durch eigenständige Energieversorgung mittels kommunaler Unternehmen**

Die kommunalen Entscheidungsträger stehen im Rahmen ihrer Systementscheidung vor der schwierigen Frage, wie sie die örtliche Energieversorgung in der Zukunft ausgestalten wollen. Dabei sind die politischen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen zu berücksichtigen.

### **a) Kommunale Unternehmen als zentraler Baustein einer demokratischen dezentralisierten Energieversorgung**

Nachdem in den 1980er und 1990er Jahren eine Privatisierungswelle durch die Bundesrepublik gezogen ist, in dessen Fluten nicht nur kommunale Energieversorger (vgl. HEW, BEWAG und GASAG), sondern auch große Teile des öffentlichen Personennahverkehrs, der Wasserversorgung und Abfallbeseitigung etc. dem Einfluss der Bürger durch Privatisierung entzogen wurde, entdecken Bevölkerung und Politik in den letzten Jahren die Notwendigkeit einer öffentlichen Einflussnahme auf die örtlichen Belange neu. Dies hat gute Gründe:

#### **aa) Die Gemeindebürger als Träger politischer Entscheidungsgewalt**

Gesetzlich ist die Entscheidungshoheit über die Gestaltung lokaler Energieversorgung gem. Art. 28. Abs. 2 S.1 GG als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft dem jeweiligen Ge-

---

170 Ringwald, Daseinsvorsorge und Rundfunkrecht, 2007, S. 143.

171 Vgl. nur Kühne, N&R Beilage 3/2010, 6 ff.

172 Templin, Das Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 299.



meinderat als verwaltungsleitendem Hauptorgan der Kommunen zugewiesen<sup>173</sup>. Dessen Mitglieder sind aufgrund ihrer Eigenschaft als repräsentative Gemeindevertreter dazu berufen, im Wege von Mehrheitsentscheidungen über den Abschluss von Konzessionsverträgen bzw. die Rückübernahme von Stromnetzen zu befinden.

Neben den demokratisch legitimierten Funktionsträgern der lokalen Politik sind allerdings auch zunehmend bürgerschaftliche Initiativen für die Gestaltung kommunaler Infrastrukturmaßnahmen von Bedeutung. Sozialwissenschaftlich werden jene Formen der Politikbeteiligung unter Stichworten wie „Local Governance“<sup>174</sup>, „Zivilgesellschaft“<sup>175</sup> oder „Bürgerkommune“<sup>176</sup> diskutiert.

Hinsichtlich einer Debatte um die Planung und Vergabe von Konzessionsverträgen im Rahmen der kommunalen Energieversorgung können die Gemeindebürger insbesondere dann von Relevanz sein, wenn sie über ihre Rolle als Wähler hinaus ihre Interessen initiativ verfolgen sowie aktiv auf die Gestaltung politischer Planungs- und Vergabeentscheidungen Einfluss nehmen und damit das politische Primat des Gemeinderates in Frage stellen.

Bürgerschaftliches Engagement ist unter diesen Bedingungen nicht nur Teil politischer Gestaltungs- und Entscheidungsprozesse, sondern ebenfalls Ausdruck verstärkter Interessenwahrnehmung im Zusammenhang mit Fragen der konkreten Ausgestaltung kommunaler Energieversorgung.

Maßgebliche gesetzliche Institutionen bürgerschaftlicher Einflussnahme stellen das Bürgerbegehren bzw. der Bürgerentscheid dar, welche mittlerweile in sämtlichen Kommunalverfassungen und Gemeindeordnungen entsprechend geregelt sind<sup>177</sup>. Die Tatsache, dass Formen unmittelbarer demokratischer Beteiligung zunehmend Eingang in die Steuerung politischer Entscheidungstätigkeit gefunden haben, bringt zum Ausdruck, dass die Gesellschaft immer weniger durch einen dominanten Staat reguliert wird, als vielmehr in komplexen Arrangements des Zusammenspiels mehrerer Akteure<sup>178</sup>. Insofern zeichnet sich die lokale Ebene aufgrund der Nähe zum Bürger sowie der (angeblichen) Überschaubarkeit der Probleme durch ein erhöhtes Selbstorganisationspotential aus<sup>179</sup>.

---

173 Siehe ausführlich hierzu: Templin, Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 188 ff.; zum Gemeinderat als Hauptverwaltungsorgan, Gern, Deutsches Kommunalrecht, 2003, S.201 ff.

174 Schwalb/Walk (Hrsg), Local Governance – mehr Transparenz und Bürgernähe, 2007, S. 7.

175 Schwalb/Walk (Hrsg), Local Governance – mehr Transparenz und Bürgernähe, 2007, S. 7.

176 vgl. Bogumil/Holtkamp, Bürgerkommune konkret. Vom Leitbild zur Umsetzung, 2002.

177 Vgl. Nassmacher/Nassmacher, Kommunalpolitik in Deutschland, 2. Auflage 2007, S. 217; Ossenhühl, in: Deutscher Städtetag (Hrsg), Gelebte Demokratie, Festschrift für Manfred Rommel, 1997, S 47.

178 vgl. Schwalb/Walk (Hrsg), Local Governance – mehr Transparenz und Bürgernähe, 2007, S. 9.

179 Arzberger, Bürger und Eliten in der Kommunalpolitik, 1980, S.117.

Hinsichtlich der Interessenslagen ist zu konstatieren, dass zivilgesellschaftliches Engagement, welches über *organisationsbezogene*<sup>180</sup> Formen lokaler Beteiligung im Rahmen von z.B. Parteien, Vereinen und Verbänden hinausgeht und vornehmlich durch *themenbezogene* Beteiligungsformen wie Bürgerinitiativen artikuliert wird, zunächst Ausdruck der Tatsache ist, dass relevante Erwartungen seitens der (Lokal)Politik nicht oder nur unzureichend aufgenommen werden<sup>181</sup>. Weiterhin ist das generelle Anwachsen themenbezogener Beteiligungsformen aufgrund einer empirisch nachgewiesenen Ausbreitung postmaterialistischer<sup>182</sup> Wertorientierungen bzw. eines allgemeinen Wertewandels<sup>183</sup> erklärbar. Insofern scheinen die Zeiten, in denen allorts über Entpolitisierung, den Rückzug ins Private und die negativen Folgen eines übertriebenen Individualismus geklagt wurde, vorbei zu sein<sup>184</sup>.

### **bb) Bürgerschaftliche Interessenwahrnehmung im Bereich kommunaler Energieversorgung**

Politische Bürgerinitiativen haben im Bereich der lokalen Energieversorgung in den letzten Jahren zusehends an gestaltendem Einfluss gewonnen.

Empirisch ist festzustellen, dass die Bürger zahlreicher Kommunen ihre Interessen hinsichtlich der Gestaltung der Energieversorgung im Wege direktdemokratischer Maßnahmen geltend gemacht haben und weiter geltend machen. Betroffen sind hiervon nicht nur kleine Kommunen, sondern insbesondere auch Großstädte und Stadtstaaten. In Städten wie z.B. Düsseldorf (2001), Hamm (2001), Münster (2002), Ratingen (2003), Leipzig (2008) und Quedlinburg (2009) haben sich die Gemeindeglieder im Wege von Bürgerbegehren mehrheitlich gegen eine Privatisierung gemeindeeigener Energieversorgungsunternehmen ausgesprochen und damit einen Verkauf an private Investoren verhindert. In Hamburg ist derzeit eine Initiative im Gange, die sich für eine Rekommunalisierung der Energieversorgung bzw. Rückübernahme der Strom-, Fernwärme- und Gasnetze einsetzt<sup>185</sup>. Darüber hinaus sind in

---

180 Vgl. Gabriel, in: Gabriel/Knemeyer/Strohmeyer, Neue Formen politischer Partizipation – Bürgerbegehren und Bürgerentscheid, 1997 - Gabriel unterscheidet zwischen themenbezogener Partizipation (Bürgerbegehren/ Bürgerentscheid/ Bürgerinitiative) und organisationsbezogenen Beteiligungsformen.

181 Arzberger Bürger und Eliten in der Kommunalpolitik, 1980, S. 18.

182 Als postmaterialistische Werte gelten z.B. Gesundheit, Freiheit, Glück oder Umweltschutz. Weiterführend hierzu insbesondere Inglehardt, Modernisierung und Postmodernisierung. Kultureller, wirtschaftlicher und politischer Wandel in 43 Gesellschaften, 1998.

183 Aufschlussreich zum Thema Wertewandel sind vor allem die empirischen Studien von Klages; vgl. Klages/Gensicke, Wertewandel und Bürgerschaftliches Engagement an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, 1999 - Die Autoren kommen zu dem Ergebnis, dass es in der Bevölkerung in den letzten 30 Jahren einen Wandel von abnehmenden Pflicht- und Akzeptanzwerten hin zu Selbstentfaltungswerten gegeben hat. Waren früher Gehorsams- und Unterordnungswerte ausgeprägt, sind es heute Selbständigkeit und freier Wille.

184 Bogumil, Neue Formen der Bürgerbeteiligung an kommunalen Entscheidungsprozessen – Kooperative Demokratie auf dem Vormarsch!? Vortrag auf der Fachkonferenz „Stadt und Bürger“ des Deutschen Städtetages am 01.03.2001 in Kassel, 2001, S. 5

185 Verwiesen sei auf die Initiative „Unser Hamburg – unser Netz“; link unter: [www.unser-netz-hamburg.de](http://www.unser-netz-hamburg.de).

verschiedenen Kommunen Initiativen zu verzeichnen, die sich für eine bestimmte Art und Weise der Unternehmenspolitik kommunaler Energieversorger einsetzen. So haben sich die Bürger Dachaus im Jahr 2010 nach einem Bürgerentscheid gegen eine Beteiligung an Unternehmen der Kohlestromproduktion ausgesprochen<sup>186</sup>. Ähnliche Ziele werden ebenfalls von der Initiative „Saubere Energie Aachen“<sup>187</sup> sowie „Bielefeld steigt aus“ verfolgt<sup>188</sup>. Zudem hat sich 2009 mit der Freiburger Initiative „Energie in Bürgerhand“ erstmals eine bürgerschaftliche Investitionsgenossenschaft gegründet, die das Ziel verfolgt, Anteile an Energieunternehmen zu erwerben, um auf diese Weise Stromnetze zu übernehmen und damit unmittelbaren Einfluss auf die Politiken von Energieversorgungsunternehmen auszuüben<sup>189</sup>.

Generell ist daher zu konstatieren, dass seitens der Gemeindebürger ein zunehmendes Interesse an der konkreten Ausgestaltung kommunaler Energieversorgung besteht, welche sich insbesondere im Wege bürgerschaftlicher Initiativen herauskristallisiert und somit zu einer wirksamen politischen Größe herangewachsen ist. Neben der eigenen Wohlfahrtsmaximierung durch die Minimierung von Energiekosten sowie Sicherstellung eines funktionierenden Angebots stehen für die Bürger dabei insbesondere postmaterialistische Ziele wie Umweltschutz, Image und soziale Verantwortung im Vordergrund<sup>190</sup>. Zudem ist davon auszugehen, dass für die Gemeindebürger jedenfalls dann wirtschaftliche und stadtplanerische Aspekte<sup>191</sup> der Eigenorganisation der Energieversorgung von Interesse sind, wenn eine Privatisierung kommunaler Energieversorger verhindert bzw. eine Rekommunalisierung der örtlichen Strom- und Gasverteilnetze erreicht werden soll. Die Interessenlagen der Gemeindebürger sind somit im Bereich der lokalen Energieversorgung zunehmend beachtlich. Sie wollen die Politik ihrer Kommune aktiv mitbestimmen und tragen damit auch einem gewachsenen Bedürfnis nach Selbstbestimmung Rechnung<sup>192</sup>. Dies gilt umso mehr, als in den letzten Jahren eine Sensibilisierung der Menschen für ökologische sowie energie- und umweltpolitische Themen stattgefunden hat, was sich auch in einem gewachsenen umweltpolitischen Druck auf die Gemeinderäte und Stadtwerke niederschlug<sup>193</sup>.

In dem Maße, in dem eine lokal organisierte Energieversorgung mit Zielen in Zusammenhang steht, welche von der Mehrzahl der Bürger einer Kommune als wichtig erachtet werden, kann die zivilgesellschaftliche Artikulation jener Interessenslagen im Wege von Bürger-

---

186 siehe die Seite der Initiative: [www.kohlestopp.info](http://www.kohlestopp.info).

187 siehe hierzu [www.saubere-energie-aachen.de](http://www.saubere-energie-aachen.de).

188 In Bielefeld setzt sich das Aktionsbündnis für einen Ausstieg der Stadtwerke Bielefeld aus dem Atomkraftwerk Grohnde ein, vgl. [www.bielefeld-steigt-aus.de](http://www.bielefeld-steigt-aus.de).

189 Vgl. [www.energie-in-buergerhand.de](http://www.energie-in-buergerhand.de).

190 vgl. Hübner, / Probst, Erarbeitung und Umsetzung von Energie- und Klimaschutzkonzepten durch ein Consulting Unternehmen, in: Fischer/Kallen, Erfolgsbedingungen für kommunale Energie und Klimaschutzkonzepte, 1995, S. 78 ff.

191 Vgl. Cronauge, Kommunale Unternehmen, 2003, S. 202 f.

192 Sinning/Wiedenköf, Verwaltung und Management 6/2003, 299.

193 vgl. Sattler, Das Parlament vom 09.11.2001, 9.

initiativen hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung der Energiepolitik maßgeblich sein. Deren wirksamer politischer Einfluss wird dabei nicht nur anhand von zahlreichen Beispielen aus dem Bereich der Energieversorgung deutlich, sondern ist nicht zuletzt selbst Resonanz allgemein gestiegener basisdemokratischer Ambitionen vieler Bürger. Die Initiative „Kopfbahnhof-21“, welche sich gegen den Bau eines neuen Tiefbahnhofs im Stuttgarter Stadtzentrum einsetzt<sup>194</sup>, ist in diesem Zusammenhang ein extremes Beispiel gegenwärtiger direktdemokratischer Bestrebungen<sup>195</sup>. Auch wenn derartige Massenbewegungen im Bereich kommunaler Energieversorgung derzeit (noch) nicht zu verzeichnen sind, zeigt dies dennoch, dass die Auswirkungen der Identifikation der Gemeindebürger mit Themen kommunaler Infrastrukturpolitik von nicht zu unterschätzender Bedeutung sind.

#### **b) Vorteile und Möglichkeiten einer kommunalen Betätigung im Rahmen der Energieversorgung**

Dass die fortschreitende Sensibilisierung der Gemeindebürger für das Thema Energie und die damit verbundene Frage, ob ein kommunales Unternehmen die örtliche Energieversorgung durchführen soll, nicht nur Selbstzweck ist, zeigen auch die Vorteile kommunaler Unternehmen. Denn Einflussnahmemöglichkeiten im Rahmen der Selbstvornahme der Energieversorgung bestehen in vielfältiger Hinsicht.

So können die Kommunen **ökologische und rationelle Energieversorgung** selbst durchführen<sup>196</sup>, **Planungen** einfacher gestalten, eine **Fernwärmeversorgung** aufbauen sowie **regionale Wirtschaftsförderung** betreiben und beispielsweise für die Gemeinde günstige Folgekosten bei Baumaßnahmen in Netzen und eine günstige Ausgestaltung des Straßenbeleuchtungsvertrages vereinbaren. Die Kommunen können auf diesem Weg direkt **auf die Unternehmenspolitik Einfluss nehmen** und eigene wirtschaftliche als auch gemeinwohlorientierte Vorhaben angehen.

Die Kommunen erhalten zudem die Möglichkeit, aktiv und im kommunalen Interesse auf den Betrieb und den Ausbau der örtlichen Versorgungsinfrastrukturen Einfluss zu nehmen; insbesondere im Hinblick auf eine Weiterentwicklung bei der **dezentralen Energieerzeugung**. Demographisch absehbare Entwicklungen in der Kommune können gemeinwohlorientiert im Interesse der Kommune kommunalwirtschaftlich begleitet und gesteuert werden.

Die Gründung und der Betrieb eines kommunalen Stadtwerkes, welches die örtliche Energieversorgung durchführen soll, birgt zwar grundsätzlich ein unternehmerisches Risiko; dieses ist aber in Ansehung der im Rahmen der Netzentgeltkalkulation vom Ordnungsgeber für den Strom- und Gasnetzbetrieb gewährten Eigenkapitalverzinsung begrenzt und im Er-

---

194 Vgl. [www.kopfbahnhof-21.de](http://www.kopfbahnhof-21.de).

195 Zur aktuellen Debatte auch Leisner, NJW 2011, 33 ff.

196 Templin, Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 25.

gebnis gering. Es besteht vielmehr für die Kommune die **Chance, an den Erträgen aus dem örtlichen Netzbetrieb wirtschaftlich zu partizipieren** und neben der Amortisation der zur Finanzierung des Netzerwerbes aufzunehmenden Finanzmittel weitere Erträge für den kommunalen Haushalt zu generieren. Insbesondere besteht die Möglichkeit, betriebliche und investitionsbezogene Synergien zwischen Strom-, Gas-, Wasser-, Stadtentwässerungs- und Fernwärmenetz zu erschließen. Durch einen **Querverbund** besteht die Möglichkeit Synergien zu heben und defizitäre Bereiche, wie den öffentlichen Personennahverkehr oder Schwimmbäder zu erhalten.

Die Gründung eines Stadtwerkes ermöglicht langfristig den **Aufbau eines integrierten Energieversorgungsunternehmens** als Basis für weitere Betätigungsfelder. Neben der Energieversorgung (Erzeugung, Vertrieb, Straßenbeleuchtung, Energiedienstleistungen u.a.) können weitere Aufgaben wahrgenommen werden. In der Zusammenschau ist es damit nicht nur möglich, den kommunalen Haushalt zu entlasten, sondern auch den zukünftigen Herausforderungen im Bereich der Daseinsvorsorge überzeugender zu begegnen. Trotz der fortschreitenden Verrechtlichung der Energiewirtschaft bleiben dem Netzbetreiber **erhebliche unternehmerische Freiheiten** innerhalb des Regulierungsrahmens sein Geschäft zu entwickeln. Es werden tagtäglich unternehmerische Abwägungsentscheidungen zwischen Allgemeinwohl und Gewinnmaximierung getroffen.

Ein kommunaler Netzbetreiber hat zudem größeren strategischen Investitionsspielraum als ein rein privates Energieversorgungsunternehmen, weil er **weniger Kostendruck als bei Energiekonzernen mit hohen Renditeerwartungen** ausgesetzt ist. Insbesondere unterscheiden sich die Refinanzierungszyklen sowie die Renditeerwartungen am Aktienmarkt zu den großen börsennotierten Energieversorgungsunternehmen erheblich.

Mit einem städtischen Netz lassen sich auch **Arbeitsplätze in der Region besser sichern**, denn diese würden nur vor Ort entstehen. Es besteht nicht die Gefahr, dass Arbeitsplätze wie bei großen Energieversorgungsunternehmen zentral verlagert werden. Das Gros der Arbeitsplätze befindet sich gerade und vor allem im Netzbereich.

Auch für die Verbraucher können sich Vorteile durch einen Netzbetrieb in städtischer Hand ergeben. Denn soweit eine erhöhte Effizienz erreicht wird, können die Netzentgelte und damit die **Energiepreise sinken**. Zudem erfolgen die Energiedienstleistungen aus „einer Hand“.

Ferner zeigt die Einführung der sog. **smart grids** auf der Ebene der Verteilnetze, dass dezentrale und aktiv gemanagte Verteilnetze wesentliche Potenziale für eine zukunftsfähige Energieversorgung bergen. Hier geht es um die verbesserte Netzeinbindung dezentraler Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energie sowie um Lastmanagement vor Ort, etwa auch

durch informationstechnische Verbindung kleinerer dezentraler Einzelanlagen („virtuelle Kraftwerke“<sup>197</sup>). Besondere Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang einer flexiblen und anreizorientierten Verbindung zu den Kunden zu („smart metering“). Interessante Potenziale liegen zudem in den Möglichkeiten von Abnehmern Strom zu bestimmten Zeiten auf- und wieder abzugeben und so ein abgestimmtes Lastmanagement zu ermöglichen; diese Vision zeichnet sich gerade auch mit der Einführung von Elektromobilität ab. Um diese Möglichkeiten künftig ausschöpfen zu können ist darüber nachzudenken, wie Steuerungsimpulse von der politischen Ebene auf die Verteilnetzbetreiber übergeben werden können, insbesondere, wenn die Kommunen und deren Stadtwerke nicht (mehr) im Besitz der Verteilnetze sind. Eine Politik der Re-Kommunalisierung zeichnet sich zunehmend als Notwendigkeit ab<sup>198</sup>.

Die RL 2009/72/EG sieht in Art. 35 Abs. 2 und 3 die *Möglichkeit regionaler Regulierungsbehörden* für kleine Netze in geographisch eigenständigen Regionen vor. Für Deutschland stellt sich dabei die Frage, ob insoweit Länderbehörden unterhalb der Ebene der Bundesländer geschaffen werden könnten und ob dabei auch Funktionen auf die Kommunen übertragen werden könnten.

### **c) Einfluss der Erneuerbaren Energien auf die (Re)Kommunalisierung und Vorteile gegenüber zentraler Energieversorgung**

Die Klimaschutzziele erfordern lokales Handeln. Eine Reduktion der CO<sub>2</sub>-Emissionen um 80 % bis 95 % führt zu einem nahezu vollständigen Verzicht auf fossile Energiesysteme bis 2050. Vor dem Hintergrund, dass Investitionsmaßnahmen in Netze betriebliche Nutzungsdauern von 20 – 40 Jahren haben, ist dieser sehr langfristig erscheinende Zeitraum bei den unternehmerischen Entscheidungen des Netzbetreibers bereits heute relevant.

Auch im Rahmen einer (Re-)Kommunalisierung zur Gründung und zum Betrieb eines kommunalen Energieversorgungsunternehmens kann die Förderung Erneuerbarer Energien eine entscheidende Rolle spielen. Zwar sind die Kommunen abstrakt, insbesondere über Art. 20a GG auch dem Klimaschutz verpflichtet. Im Einzelnen ist Klimaschutzpolitik jedoch weitgehend eine freiwillige Aufgabe der Kommunen. Ein zentraler Hinderungsgrund für eine Verstärkung der kommunalen Aktivitäten im Bereich des Klimaschutzes liegt daher in der extrem angespannten Haushaltslage der Kommunen.

Gerade auch bei den Erneuerbaren Energien zeigt sich, von welcher immensen Bedeutung die kommunale Verfügungsgewalt über die Netze und über die örtliche Versorgung ist, um eine konsistente, nachhaltige und örtlich-ökologisch motivierte Energiepolitik zu betreiben. Einflussnahmemöglichkeiten im Rahmen der Selbstvornahme der Energieversorgung sind

---

197 Vgl. dazu auch ausdrücklich RL 2009/72/EG, ABl. Nr. L 211 S. 55 ff., Vorspruch 37.

198 So Rodi/Sina, Konzept für die Schaffung eines konsistenten und anspruchsvollen Klimaschutzrechts des Bundes, Stand 26.07.2010, Ziffer 4.1.1.

vielfältig. Die Kommunen haben ein spezifisches Interesse an der Förderung der lokalen bzw. regionalen Wertschöpfung durch Erneuerbare Energien<sup>199</sup>, denn sie sind es die vor Ort mit den Folgen einer unökologischen Erzeugung von Energie konfrontiert werden.

Festzustellen ist zunächst, dass das Stromnetz für die Versorgung aus Großkraftwerken entwickelt wurde. Strom wird auf Höchstspannung eingespeist und aus den unteren Spannungsebenen entnommen. Zukünftig muss die Netzstruktur in hohem Maß Strom aus dezentralen Erzeugungsanlagen aus den unteren Spannungsebenen aufnehmen und den Anteil, der vor Ort nicht verbraucht wird, lokal verteilen können. Hierfür können kommunale Stadtwerke direkt vor Ort zügig Möglichkeiten schaffen, um den strukturellen Netzausbau und Netzbau voranzutreiben. Auch die Fernwärmeinfrastruktur ist regelmäßig für die zentrale Wärmeerzeugung an wenigen Standorten entwickelt worden. Sie ist heute häufig technisch nicht in der Lage, dezentrale Wärmeerzeugung (erneuerbar oder erdgasgefeuerte KWK-Anlagen) im großen Maßstab aufzunehmen. Das Fernwärmenetz muss vielmehr zu einer Verbund-Plattform auf Basis regenerativer Energieerzeugung um- und ausgebaut werden, die eine Vielzahl dezentraler Einspeisungen und Entnahmen vernetzt. Fossile Brennstoffe müssen ersetzt und die Netzhydraulik optimiert werden. Hierzu kann ein kommunales Stadtwerk in optimaler Weise seinen Beitrag leisten.

Zunächst stellt dabei gerade der **Netzbetrieb** die Voraussetzungen und Grundlage dar, um kommunale ökologisch motivierte Unternehmenspolitik zu betreiben. Dies ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

- Falls die Kommune eine nachhaltige kommunale Energiepolitik betreiben will und beispielsweise vor allem Strom aus dezentralen Erneuerbare-Energien-Anlagen nutzen möchte, besteht gegenüber den großen Verbundunternehmen ein Interessenkonflikt. Denn diese Unternehmen haben ein großes Interesse daran, ihren selbst erzeugten Strom aus zentralen Großkraftwerken über ihre regionalen Verbundunternehmen zu vertreiben. Ihr Interesse kann also nicht darin bestehen, eine Vielzahl kleiner dezentraler Stromerzeugungseinheiten miteinander zu vernetzen, dies ist bei kleinen Stadtwerken naturgemäß anders, denn sie verfügen über keine derartigen Großkraftwerke.
- Auf der Grundlage einer rein kommunalen Gesellschafterstruktur können die Gemeinden dem kommunalen Stadtwerk, welches selbst Netzeigentümer ist, unmittelbar Vorgaben zum beschleunigten Netzausbau machen. Sie sind dabei nicht auf „fremde“ Unternehmen angewiesen. In diesem Zusammenhang dient ein kommunales Stadtwerk dazu, eine von der jeweiligen Kommune angestrebte umfassende

---

199 Klinski/Longo, Rechtliche Rahmenbedingungen kommunaler Strategien für den Ausbau der Nutzung Erneuerbarer Energien, 2006, S. 18.

Neuausrichtung der Energiepolitik, beispielsweise durch das Umstellen auf regenerative Energieerzeugung, abzusichern und letztlich am Markt durchzusetzen.

- Nur mit kommunalen Netzbetreibern wird der Ausbau der Netze für die Verteilung von Strom aus Erneuerbaren Energien aktiv vorangetrieben. Das Erneuerbare Energien Gesetzes (EEG) bestimmt in den §§ 5 ff. EEG auf welche Art und Weise der Anschluss von Erneuerbare-Energien-Anlagenbetreibern und der Ausbau der Netze zur Förderung Erneuerbarer Energien zu erfolgen hat. Dabei kann von einem durchaus strengen Regelungsregime gesprochen werden. Allerdings ist dieses darauf ausgelegt, dass der jeweilige Netzbetreiber nur verpflichtet ist, auf etwaige Anfragen der Anlagenbetreiber zu reagieren. Von den Netzbetreibern wird insofern nicht verlangt, dass diese aktiv in den Netzausbau eingreifen müssen, um den Anschluss von Anlagen, die Strom aus Erneuerbaren Energien erzeugen, zu fördern. Insofern könnte ein kommunales Stadtwerke, das selbst das Netz betreibt, im Sinne einer Förderung der Erneuerbaren Energien, aktiv den Ausbau der Netze vorantreiben.
- Kommune und kommunaler Netzbetreiber können gemeindliche Planungshoheit und Netzbetrieb vollkommen abstimmen. Im Rahmen der Netzplanung und des Netzausbaus ist insofern die besondere Stellung der Gemeinden zu berücksichtigen. Diese ist in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG verankert und garantiert den Kommunen die Planungshoheit im Gemeindegebiet, die wiederum insbesondere durch die Bauleitplanung konkretisiert wird. In diesem Rahmen können Kommunen und kommunale Stadtwerke Hand in Hand arbeiten. Die Kommunen können beispielsweise durch ihre Planung Flächen für Windkraft- aber auch für Photovoltaikanlagen bereitstellen und somit die Möglichkeit zur Ansiedlung von etwaigen Anlagenbetreibern schaffen. Die kommunalen Stadtwerke könnten dabei den entsprechenden Netzausbau forcieren. Der Ausbau der Erneuerbaren Energien wird hierdurch entscheidend beschleunigt und etwaige Hürden, wie z.B. der fehlende Netzausbau, werden abgebaut.
- Ein weiteres wesentliches Thema wird der Anschluss von Speichieranlagen sein, denn für eine konsistente Nutzung Erneuerbarer Energien ist eine effiziente „Zwischen“-Speicherung notwendig. Hierbei kann wiederum ein sich den Erneuerbaren Energien verpflichtetes kommunales Stadtwerk den Netzausbau vorantreiben, so dass derartige Speichieranlagen zügig an das örtliche und überörtliche Netz angeschlossen werden können.
- Kommunale Netzbetreiber können neue Technologien abgestimmt auf das Gemeindegebiet fördern. Für ein wachsendes Volumen dezentraler regenerativer Erzeugung muss die Netzstruktur geschaffen werden, um neue Märkte zu erschließen (z.B. e-mobil, Wärme, Home-Automation). In diesem Rahmen kann wiederum ein kommunales



les Stadtwerk beispielsweise die für die Elektromobilität notwendigen Anlagen selbst bereitstellen oder hierfür kurzfristig und zügig die Voraussetzungen schaffen. Dass gerade die Stadtwerke vielerorts beim Aufbau einer Tankinfrastruktur für Elektroautos den Weg weisen, ist erst kürzlich ausführlich dargestellt worden<sup>200</sup>.

Eine weitere Möglichkeit ist bereits de lege lata in Bezug auf die *Planung des Verteilnetzausbaus* angelegt. Gemäß § 14 Abs. 2 S. 1 EnWG haben Betreiber von Elektrizitätsverteilnetzen die Möglichkeit von Energieeffizienz- und Nachfragesteuerungsmaßnahmen und dezentralen Erzeugungsanlagen zu berücksichtigen. Nach Satz 2 kann die Bundesregierung dazu (ohne Zustimmung des Bundesrates) allgemeine Grundsätze für die Berücksichtigung der in Satz 1 genannten Belange bei Planungen festlegen<sup>201</sup>. Zunächst ist zu prüfen, inwieweit dadurch bereits jetzt Vorgaben kommunaler Energiekonzepte Berücksichtigung finden könnten. Anschließend ist zu erwägen, diesen Ansatz durch eine Reform des § 14 EnWG fortzuentwickeln<sup>202</sup>.

Über den Netzbetrieb – als Nukleus gemeindlicher Betätigung im Rahmen der örtlichen Energieversorgung - hinaus, können kommunale Energieversorgungsunternehmen auch die **Versorgung** der Gemeindeeinwohner übernehmen. Im Rahmen der möglichen Geschäftsfelder spielen insbesondere Energiedienstleistungen eine Rolle. Auf diesen Aspekt ist im Rahmen der weitergehenden Energieeffizienzgesetzgebung Rücksicht zu nehmen<sup>203</sup>. Im Rahmen der Versorgung bieten die kommunalen Stadtwerke Strom aus Erneuerbaren Energien an und stellen sich somit auch ihren örtlichen ökologischen Verpflichtungen.

#### **d) Voraussetzungen und Grundlagen der Energieversorgung durch ein kommunales Unternehmen - Gesetzeslage und Kritik**

Eine Selbstvornahme der örtlichen Energieversorgung liegt dann vor, wenn die Kommune über ein eigenes Versorgungsunternehmen verfügt, welches als Netzbetreiber tätig wird oder als Versorger Kunden unmittelbar mit Strom und Gas beliefert<sup>204</sup>. In diesen Fällen werden die Kommunen selbst wirtschaftlich tätig.

##### **aa) Gründung eines kommunalen Unternehmens**

Entscheidend für die Gründung eines örtlichen Unternehmens sind die in den Gemeindeordnungen der Länder zum Ausdruck gebrachten drei Voraussetzungen: 1. ein öffentlicher Zweck muss das Unternehmen rechtfertigen, 2. das Unternehmen muss in angemessenem

---

200 Focht, Energie&Management, Jahresmagazin 2010, 90 ff.

201 Eine solche Rechtsverordnung ist bisher noch nicht ergangen.

202 Rodi/Sina, Konzept für die Schaffung eines konsistenten und anspruchsvollen Klimaschutzrechts des Bundes, Stand 26.07.2010, Ziffer 4.5.2.3.

203 Rodi/Sina, Konzept für die Schaffung eines konsistenten und anspruchsvollen Klimaschutzrechts des Bundes, Stand 26.07.2010, Ziffer 4.5.2.3.

204 Anschaulich: Cronauge, Kommunale Unternehmen, 2003, S. 193.

Umfang zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde stehen und 3. der Zweck kann nicht besser oder wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt werden (Subsidiaritätsklausel)<sup>205</sup>. Eine alleinige Gewinnerzielungsabsicht genügt hierfür nicht<sup>206</sup>. Zu den Tätigkeitsfeldern der kommunalen Stadtwerke gehören der Netzbetrieb und die Versorgung mit Strom und Gas, aber auch die sog. Annextätigkeiten im Rahmen der allgemeinen Verwaltung<sup>207</sup>.

Der Begriff des öffentlichen Zwecks wird in den Gemeindeordnungen selbst nicht näher definiert. Er ist naturgemäß nicht eng, sondern weit und dynamisch zu interpretieren<sup>208</sup>. Als öffentlicher Zweck ist jeder im Aufgabenbereich der Kommune liegende Gemeinwohlbelang anzusehen. Bei der Präzisierung des öffentlichen Zwecks steht den Kommunen daher ein sehr weitgehender Einschätzungsspielraum zu, der von der Kommunalaufsicht sowie ggf. gerichtlich zu respektieren ist<sup>209</sup>. Erfasst werden insofern insbesondere die traditionellen Leistungen der Daseinsfürsorge. Die Versorgung mit leitungsgebundenen Energien auf örtlicher Ebene wird dabei als gemeindliche Aufgabe der Daseinsvorsorge angesehen, die zu den wesentlichen Bestandteilen der verfassungsrechtlich geschützten Garantie der kommunalen Selbstverwaltung zählt<sup>210</sup>. Dies ist im Rahmen der weiteren Gesetzgebung im besonderen Maße zu berücksichtigen.

Die Übernahme der örtlichen Strom- und Gasnetze durch die Kommune muss auch in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit und dem voraussichtlichen Bedarf der jeweiligen Kommune stehen. Die Bestimmung soll die Kommunen vor der Eingehung unvertretbarer Risiken schützen, die mit der wirtschaftlichen Betätigung verbunden sein können. Die wirtschaftliche Betätigung darf daher nur erfolgen, wenn der Finanz- und Verwaltungsaufwand der Kommune nicht überschritten wird. Im Rahmen der Beurteilung, ob auch ein angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der jeweiligen Kommune besteht, sind insbesondere der Kapitalbedarf sowie die Gewinn- und Verlusterwartungen zu berücksichtigen, die mit der wirtschaftlichen Betätigung voraussichtlich verbunden sind.

Wichtigstes Kriterium der Zulässigkeit einer kommunalen wirtschaftlichen Betätigung ist vorliegend die Erfüllung der sog. Subsidiaritätsklausel. Die Schaffung von Subsidiaritätsklauseln soll die Kommunen vor überflüssigen wirtschaftlichen Risiken bewahren und die Privatwirtschaft vor einer Beeinträchtigung ihrer berechtigten Interessen schützen<sup>211</sup>. Dieses Ziel soll

---

205 Vgl. § 68 KV-MV; § 101 GO-SH; § 97 SächsGO; mit Abweichungen: § 101 GO-Bbg; § 121 HessGO; § 108 NdsGO; § 116 GO-LSA; § 108 KSVG-Saarl; § 102 GO-BaWü; Art. 87 BayGO; § 85 GO-RhPf; § 71 ThürKO.

206 Vgl. BVerfG, NJW 1982, 2173. - Die Bestimmungen knüpfen an § 67 DGO von 1935 (RGBl. I, S. 49) an.

207 Schink, NVwZ 2002, 134 f.; siehe auch Moraing, WiVerw 1998, 254 ff.

208 Dietlein/Burgi/Hellermann, Öffentliches Recht, § 2 Rdnr. 402.

209 Ehlers, DVBl. 1998, 497 (498).

210 Vgl. BVerwGE, 98, 273 (275).

211 So beispielsweise In Hessen: LT-Drs. 16/2463, S. 59.

erreicht werden, indem der Privatwirtschaft ein Vorrang gegenüber der Kommune eingeräumt wird, wenn sie den Zweck mindestens ebenso gut und wirtschaftlich erfüllen kann. Es gilt insofern Argumente vorzubringen, dass ein Tätigwerden in den Kernbereichen der Energieversorgung (Netzbetrieb, ggf. Vertrieb und/oder Erzeugung) durch ein kommunales Stadtwerk besser oder wirtschaftlicher bzw. genauso gut und wirtschaftlich zu erbringen ist, wie durch ein privates Energieversorgungsunternehmen. Hier ist der Gesetzgeber aufgerufen, die kommunalen Unternehmen nicht zu benachteiligen, da sich diese im liberalisierten Markt behaupten können müssen.

In der letzten Zeit wurde in der rechtswissenschaftlichen Diskussion in Anknüpfung an die „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ i.S.v. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG häufig untersucht, inwiefern sich Gemeinden auch überörtlich wirtschaftlich betätigen dürfen<sup>212</sup>. Im Ergebnis ist hier eine klare Position zu Gunsten einer auch überörtlichen Energieversorgung kommunaler Unternehmen vom Gesetzgeber zu fordern. Denn seit der Liberalisierung des Energiemarktes und dem Aufbrechen der monopolistischen Strukturen sind spezifische Steuerungsimpulse im Rahmen der Energiewirtschaft nunmehr nur noch innerhalb des neu geschaffenen Wettbewerbsrahmens möglich. Den gemeindlichen Energieversorgungsunternehmen und damit den Gemeinden muss aber im liberalisierten Markt die Möglichkeit gegeben werden, gleichberechtigt mit den privaten Unternehmen am Markt teilzunehmen. Eine zu enge Auslegung des Örtlichkeitsprinzips behindert die Chancen der kommunalen Unternehmen ungerechtfertigt stark. Vielfach hat auch die Realität das Gemeinde- und Verfassungsrecht überholt. So beteiligen sich die Stadtwerke Leipzig an polnischen Fernwärmeunternehmen und bieten gleichzeitig bundesweit Strom an<sup>213</sup>. Hier ist der Gesetzgeber aufgerufen, einheitliche Standards zu schaffen, um kommunalen Unternehmen die Möglichkeit zu erhalten, im liberalisierten Energiemarkt als wichtiger Marktakteur aufzutreten.

Insofern dürfte in diesem Zusammenhang darüber nachgedacht werden, ob unterschiedliche Vorgaben der Länder für die kommunalwirtschaftliche Betätigung noch zeitgemäß sind. Nach dem Vorbild des § 16 EEWärmeG sollten die Möglichkeiten der Kommunen Energiepolitik durch kommunale Stadtwerke zu betreiben in der Grundstruktur harmonisiert werden<sup>214</sup>.

---

212 Aus der umfangreichen Literatur: Pünder/Dittmar, Jura 2005, 760 ff.; Wessel, NVwZ 2002, 1083 ff.; Moraing, VKU-ND 589 (1998), 2 ff.; Lamb/Kahlenberg, ET 2000, 70 ff.; Stengel, Die kommunalen Stromversorger Bayerns im liberalisierten Strommarkt, S. 113 ff.; Karst, DöV 2002, 809 ff.; Nagel, ZNER 1999, 73 ff.; Scharpf, NVwZ 2005, 148 ff.; Schink, NVwZ 2002, 129 ff.; Gern, NJW 2002, 2593 ff.; Tödtmann, RdE 2002, 6 ff.; Ernst/Piotrowski, NVwZ 2004, 924 ff. (allgemein zum „Selbstverwaltungsprinzip“); Löwer, NWVBl. 2000, 241 ff.; Hermes, Der Staat 31 (1992), 289; zum EG-Recht Weiß, DVBl. 2003, 564 ff.; umfassend: Leder, DöV 2008, 173 ff.

213 Vgl. Wille, ET 2006, 32 f.

214 Rodi/Sina, Konzept für die Schaffung eines konsistenten und anspruchsvollen Klimaschutzrechts des Bundes, Stand 26.07.2010, Ziffer 4.5.2.3.

**bb) Rechtsformen für den Betrieb eines kommunalen Unternehmens**

Den Kommunen stehen zum Betrieb von Energieversorgungsunternehmen sowohl bestimmte öffentlich-rechtliche als auch die allgemeinen privatrechtlichen Organisationsformen zur Verfügung. In die Kategorie der öffentlich-rechtlichen Organisationsformen fallen die klassischen Eigenbetriebe und – bisher auf einige Bundesländer beschränkt – die sogenannten Kommunalunternehmen in der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts. Für privatrechtliche Gesellschaften kommen die Rechtsformen der GmbH, der GmbH & Co. KG sowie – mit einigen Einschränkungen – der AG in Betracht.

Nachdem in den 50er und 60er Jahren rund 90% der VKU Mitglieder in der Rechtsform des Eigenbetriebs organisiert waren, ist der entsprechende Anteil heute auf 30 % zurückgegangen. Im gleichen Zeitraum ist die Zahl der privatrechtlichen Organisationsformen stark angewachsen (GmbH von rund 3 % auf über 60 %; KG von rund 2 % auf rund 6 %) <sup>215</sup>. Der Stellenwert und die wirtschaftliche Bedeutung vor allem der GmbH und der GmbH & Co. KG ist stark angestiegen.

Wählt die Kommunen die Option einer reinen Rekommunalisierung „stand alone“ kann sie sowohl auf die genannten öffentlich-rechtlichen als auch auf die privatrechtlichen Organisationsformen zurückgreifen. In letzterem Fall spricht man von sogenannten Eigengesellschaften. Diese befinden sich vollständig in kommunaler Hand. Sofern eine Kooperation mit weiteren kommunalen Partnern angestrebt wird, stehen neben den privatrechtlichen ebenfalls öffentlich-rechtliche Organisationsformen in Gestalt der Zweckverbände und – wiederum nur in einigen Bundesländern – der gemeinsamen Kommunalunternehmen zur Verfügung.

Darüber hinaus kommt es als weitere Variante in Betracht, ein Gemeinde- bzw. Stadtwerk zusammen mit einem bereits etablierten Energieversorgungsunternehmen zu gründen <sup>216</sup>. Eine Beteiligung von privaten Dritten an öffentlich-rechtlichen Organisationsformen ist nach der derzeit wohl herrschenden Meinung jedoch ausgeschlossen <sup>217</sup>. Wird eine Kooperation mit einem privaten strategischen Partner gewählt, ist die Kommune daher gehalten, auf die privatrechtlichen Rechtsformen zurück zugreifen. In diesem Fall spricht man von einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen bzw. von Beteiligungsgesellschaften. Hierbei ergeben sich allerdings Modifikationen im Hinblick auf die Möglichkeiten der Gemeinde, Einfluss auf die energiepolitischen und rechtlichen Entscheidungen des Unternehmens auszuüben <sup>218</sup>.

---

215 Katz, Kommunale Wirtschaft, 2004, S. 40.

216 Theobald, DÖV 2009, 358 f.

217 Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 2. Auflage 2010, S. 138; Ehlers, Die Anstalt des öffentlichen Rechts als neue Unternehmensform der kommunalen Wirtschaft, ZHR 167, 546 (557); Klein/Uckel/Ibler, Kommunen als Unternehmer, 31.40, 1.

218 Templin, Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 25 f.

**cc) Durchsetzung kommunaler Interessen in einem kommunalen Unternehmen**

Hinsichtlich der Durchsetzung kommunaler Interessen ist je nach Organisationsform zu differenzieren.

Bei den Eigenbetrieben, die über keine rechtliche Selbstständigkeit verfügen und lediglich ein Sondervermögen der Kommune darstellen, werden die grundlegenden Fragen der „Unternehmenspolitik“ vom Gemeinderat und dem Werksausschuss/Betriebsausschuss als beratender oder beschließender Ausschuss des Gemeinderats gefällt<sup>219</sup>. Dadurch, dass die Eigenbetriebe eng an die kommunale Verwaltung angeknüpft sind, wird sichergestellt, dass die Gemeinde stets ihren Einfluss auf direktem Wege geltend machen kann.

Im Gegensatz zum Eigenbetrieb bringt die Rechtsform der sog. Kommunalunternehmen eine weitreichende Unabhängigkeit der Unternehmensführung mit sich<sup>220</sup>. Dies liegt vor allem in dem Umstand begründet, dass es sich bei Kommunalunternehmen bzw. Anstalten des öffentlichen Rechts um selbstständige juristische Personen des öffentlichen Rechts handelt. Darüber hinaus erhält der Vorstand kraft der landesgesetzlichen Regelungen weitgehende Handlungsbefugnisse. Die Kommunalunternehmen werden deswegen teilweise mit den privatrechtlichen Kapitalgesellschaften, insbesondere mit der GmbH verglichen. Allerdings ist auch bei Kommunalunternehmen der Vorstand bzw. die Geschäftsführung nicht frei von kommunaler Kontrolle. Der Verwaltungsrat, der von der Trägergemeinde bestellt wird, entscheidet über strategische Angelegenheiten und kontrolliert den Vorstand. Zudem hat der Verwaltungsrat, je nach konkreter Ausgestaltung der Satzung, über grundlegende Geschäfte des Unternehmens zu entscheiden.

Bedient sich die Gemeinde einer privatrechtlichen Gesellschaftsform in Gestalt der GmbH ist sie auf Grund der sich auf dem Demokratieprinzip ergebenden Ingerenzpflicht gehalten, einen angemessenen Einfluss in Form von Beteiligungs-, Mitsprache und Kontrollrechten auszuüben. Dies wird zumeist in den landesgesetzlichen Regelungen ausdrücklich vorgeschrieben<sup>221</sup>. Um dieser Verpflichtung nachzukommen, bietet die Errichtung eines fakultativen Aufsichts- oder Verwaltungsrates die Möglichkeit, Kontroll- und Prüfungsmechanismen zu implementieren. Zu nennen sind hier etwa Berichtspflichten der Geschäftsführung an den Aufsichtsrat sowie ein Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte. Der Aufsichts- und Verwaltungsrat wird dabei mit Mitgliedern der Gemeindevertretung besetzt, was zu einer Verknüpfung mit dem demokratisch legitimierten Entscheidungsgremium führt. Darüber hinaus ist die

---

219 Cronauge, Kommunale Unternehmen, 2003, S. 101ff.; Gern, Deutsches Kommunalrecht, 2003, S. 477. Zu den Grundlagen in den Gemeindeordnungen, Eigenbetriebsgesetzen, den Eigenbetriebsverordnungen und den Betriebssatzungen der Gemeinden: Bolsenkötter/Dau/Zuschlag, Gemeindliche Eigenbetriebe und Anstalten, 2004, 8 ff.

220 Klein/Uckel/Ibler, Kommunen als Unternehmer, 33.10, 1.

221 § 122 Abs. 1 Nr. 3 Hessische Gemeindeordnung.

Gemeinde, zumeist durch den ersten Bürgermeister, in der Gesellschafterversammlung als dem obersten Willensbildungsorgan der Gesellschaft vertreten. Die Gesellschafterversammlung besitzt eine umfassende Zuständigkeit, so etwa hinsichtlich der Feststellung des Jahresabschlusses, der Gewinnverwendung, der Berufung oder Abberufung des Geschäftsführers sowie der Änderungen der Satzung einschließlich der Liquidation der Gesellschaft<sup>222</sup>. Zudem ist die Gesellschafterversammlung berechtigt, der Geschäftsführung der Gesellschaft jederzeit konkrete Weisungen zu erteilen. In der Zusammenfassung bleibt festzuhalten, dass die kommunale Einflussnahme auch bei Eigengesellschaften in der privaten Rechtsform einer GmbH sichergestellt ist.

Im Wesentlichen simultan zur GmbH gestaltet sich die kommunale Einflussnahme und Steuerung bei Eigengesellschaften in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG.

Anders stellt sich die Situation einer Eigengesellschaft in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft dar. In einigen Bundesländern darf die Gemeinde ein Unternehmen in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft nur errichten, übernehmen oder sich daran beteiligen, wenn der öffentliche Zweck des Unternehmens nicht ebenso gut in einer anderen Rechtsform erfüllt wird oder erfüllt werden kann. Dies liegt in einem sehr weitgehenden Verselbständigungsgrad der Aktiengesellschaft gegenüber der Gemeinde als Gesellschafterin begründet. Die herausgehobene Stellung des Vorstandes und des Aufsichtsrates, die aufgrund der Unabdingbarkeit des Aktienrechts nicht zugunsten der Hauptversammlung geändert werden kann, begrenzen die Möglichkeit der Gemeinde, eine Aktiengesellschaft im Sinne der Erfüllung des öffentlichen Zwecks zu steuern. Allerdings kann die Gemeinde als Gesellschafterin der Aktiengesellschaft den Inhalt der Satzung bestimmen, somit den öffentlichen Zweck des Unternehmens festlegen und die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes eingrenzen. Daneben besteht die Möglichkeit des Rückgriffs auf das Konzernrecht nach §§ 15, 17, 291 AktG. Da die Gemeinde insofern als „herrschendes Unternehmen“ anzusehen ist, kann sie bei entsprechender Mehrheit in der Hauptversammlung einen Beherrschungsvertrag mit der AG abschließen, welcher der Gemeinde weitgehende Einflussnahmemöglichkeiten sichert. Zwar wird die Frage der Weisungsbefugnis von gemeindlichen Aufsichtsratsmitgliedern diskutiert, das insoweit eindeutige Gesellschaftsrecht genießt jedoch Vorrang vor dem Gemeinderecht<sup>223</sup>. Anzumerken bleibt, dass die Verpflichtung der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber dem Unternehmensinteresse einer Berücksichtigung gemeinwohlorientierter öffentlicher Interessen dann nicht entgegen steht, wenn das Unternehmen durch die Anteilseigner und damit

---

222 § 46 GmbHG, §§ 53, 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG.

223 Strobel, DVBl. 2005, 80; Cronauge, Kommunale Unternehmen, 2003 S. 120.

die Gemeinde wesentlich geprägt ist, also Unternehmenswohl und Gemeindeinteressen übereinstimmen<sup>224</sup>.

Wie bereits ausgeführt ergeben sich bei der Kooperation mit privaten Dritten, d.h. bei der Errichtung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens bzw. einer Beteiligungsgesellschaft, gewisse Einschränkungen und Modifikationen im Hinblick auf die Möglichkeiten der Gemeinde, Einfluss auf die energiepolitischen und rechtlichen Entscheidungen des Unternehmens auszuüben<sup>225</sup>. So führt die Beteiligung eines privaten Dritten in der Praxis meist dazu, dass die Gemeinde zwar über eine Mehrheit der Stimmrechte im Verwaltungs- bzw. Aufsichtsrat und in der Gesellschafterversammlung verfügt, bestimmte grundlegende Geschäfte jedoch Einstimmigkeit erfordern. Die Gemeinde ist daher gehalten, auf die Interessen des strategischen Partners Rücksicht zu nehmen und in ihrem Einfluss nicht unbedeutend eingeschränkt.

#### **IV. Notwendige Anpassung des Regulierungsrechts an den erforderlichen Umbau der Verteilnetze**

Die leitungsgebundene Stromversorgung steht vor einem erheblichen strukturellen Umbruch. Das bislang überwiegend vertikal geprägte System der Stromversorgung wird dem zukünftig noch verstärkt erfolgenden Anstieg der Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien nicht gerecht. So erfolgt ein Großteil des Zubaus etwa in Form von Photovoltaikanlagen dezentral auf der Niederspannungsebene und führt dazu, dass Verteilernetze zukünftig nicht mehr als Ausspeise-, sondern vielmehr als Einspeisenetze bezeichnet werden müssen. Zur Verhinderung der aufgrund des Auseinanderfallens von Erzeugung und Verbrauch drohenden Netzinstabilität sowie zur Realisierung der im Wandel in der Stromerzeugung liegenden Chancen für eine effizientere und nachhaltigere Energieversorgung ist der Um- und Ausbau der Verteilnetze zu sog. smart grids erforderlich. Für diese Aufgabe bieten sich insbesondere kommunale Unternehmen auf der örtlichen Ebene an.

Die erforderlichen Investitionen zur Schaffung zukunftsfähiger Verteilernetze stehen regelmäßig unter dem Vorbehalt der Refinanzierbarkeit der Investitionskosten. Nur durch ausreichende finanzielle Anreize können Verteilernetzbetreiber dazu angehalten werden, durch geeignete Investitionsmaßnahmen ihre Netze schon jetzt mit Blick auf intelligente Lösungen zu planen und zugunsten einer effizienten Energieversorgung den Ausbau von smart grids voranzutreiben<sup>226</sup>.

---

224 Strobel, DVBl. 2005, 80.

225 Templin, Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 25 f.

226 Vgl. hierzu: Energiekonzept für eine umweltschonende, zuverlässige und bezahlbare Energieversorgung vom 28.09.2010, im Internet abrufbar unter: <http://www.bundesregierung.de/Webs/Breg/DE/Energiekonzept/energiekonzept.html>, Seite 23, wo-

Das gegenwärtige Regulierungssystem in Form der Anreizregulierung wird dieser Voraussetzung nicht gerecht, da aufgrund der Systematik der ARegV ausreichende Anreize für die erforderlichen Investitionen in die Verteilnetze fehlen<sup>227</sup>.

## **1. Aktuelle Rechtslage**

Die Regulierung der Netzentgelte erfolgt nach §§ 21, 21a EnWG i.V.m. den Vorgaben der ARegV seit dem 1.1.2009 im Wege der Anreizregulierung. Nach dieser Regulierungsmethode werden den Netzbetreibern durch die zuständige Regulierungsbehörde auf der Grundlage ihrer individuellen Netzkosten und unter Berücksichtigung von Effizienzvorgaben feste Erlösobergrenzen für die Dauer einer fünfjährigen Regulierungsperiode festgelegt. Nimmt der Netzbetreiber während einer Regulierungsperiode Investitionen vor, können diese nur unter engen Voraussetzungen zu einer Anpassung der festgelegten Erlösobergrenzen führen.

### **a) Kostenprüfung**

Ausgangsniveau für die Bestimmung der Erlösobergrenzen in einer Regulierungsperiode sind die auf der Grundlage des sog. Basisjahres geprüften individuellen Kosten eines Netzbetreibers. Diese werden nach den Vorgaben des § 6 Abs. 1 ARegV durch die zuständige Regulierungsbehörde anhand einer Kostenprüfung nach den Vorschriften der StromNEV bzw. GasNEV ermittelt. Die Kostenprüfung erfolgt jeweils im vorletzten Kalenderjahr vor Beginn einer Regulierungsperiode auf der Grundlage der Daten des letzten abgeschlossenen Geschäftsjahres und somit etwa für die zweite Regulierungsperiode Strom (2014 bis 2018) im Jahr 2012 auf Basis der Kosten des Jahres 2011. Tätigt der Netzbetreiber nach dem Jahr 2011 Investitionen – etwa zur Schaffung der erforderlichen Strukturen für den Umbau des Verteilnetzes in ein smart grid –, so können die ihm hierfür entstehenden Kosten nach dem Grundsatz der Entkopplung von Kosten und Erlösen während einer Regulierungsperiode erst in der dritten Regulierungsperiode (2019 bis 2023) erlöswirksam werden.

### **b) Anpassungsmöglichkeiten während einer Regulierungsperiode**

Der Grundsatz der vollständigen Entkopplung von Kosten und Erlösen für die Dauer einer Regulierungsperiode wird nach den Bestimmungen der ARegV unter bestimmten Voraussetzungen durchbrochen. In Bezug auf die Vornahme von Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen sind die Anpassungsmöglichkeiten des sog. Erweiterungsfaktors sowie des sog. Investitionsbudgets von Relevanz.

---

nach Investitionen in die Modernisierung und den Ausbau des deutschen Stromnetzes wirtschaftlich attraktiv sein müssen, damit die Netzbetreiber und andere Investoren das notwendige Kapital bereitstellen.

<sup>227</sup> Vgl. hierzu: Rodi/Sina, Konzept für die Schaffung eines konsistenten und anspruchsvollen Klimaschutzrechts des Bundes, Stand 26.07.2010, Ziffer 4.4.3.5.



**aa) Erweiterungsfaktor**

Die vor Beginn einer Regulierungsperiode festgelegten Erlösobergrenzen können nach erfolgter Genehmigung eines vom Netzbetreiber beantragten Erweiterungsfaktors während der Regulierungsperiode angepasst werden, §§ 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. 10 ARegV.

Die Voraussetzungen für die Genehmigung eines Erweiterungsfaktors sind in § 10 ARegV geregelt. Erforderlich ist zunächst eine nachhaltige Änderung der Versorgungsaufgabe während der Regulierungsperiode. Diese liegt vor, wenn sich die in § 10 Abs. 2 Satz 2 ARegV genannten Parameter – Fläche des versorgten Gebietes, Anzahl der Anschlusspunkte in Stromversorgungsnetzen, Jahreshöchstlast oder sonstige von der Regulierungsbehörde festgelegte Parameter – im Antragszeitpunkt dauerhaft und in erheblichem Umfang geändert haben. Erforderlich ist darüber hinaus die Überschreitung einer sog. Erheblichkeitsschwelle durch die Erweiterungsinvestition.

Von der Ermächtigung zur Festlegung sonstiger Parameter hat die Bundesnetzagentur mit Beschluss vom 08.09.2010<sup>228</sup> Gebrauch gemacht und den zusätzlichen Parameter „Anzahl der Einspeisepunkte dezentraler Erzeugungsanlagen“ festgelegt. Die Festlegung dient ausweislich der Begründung dem Ziel, den zusätzlichen Kosten der Verteilnetzbetreiber aufgrund des starken Zuwachses an dezentralen Erzeugungsanlagen Rechnung zu tragen.

Die Festlegung des zusätzlichen Parameters stellt einen ersten richtigen Schritt dar, Anreize für Verteilnetzbetreiber für den Ausbau der dezentralen Erzeugung als einen der Eckpunkte einer zukünftigen Energieversorgung zu schaffen. Dies gilt u.a. auch deshalb, da das Instrument des Erweiterungsfaktors sämtlichen Verteilnetzbetreiber und somit auch solchen, die aufgrund einer vergleichsweise geringen Anzahl angeschlossener Kunden von der Teilnahme am sog. vereinfachten Verfahren Gebrauch gemacht haben, offen steht. Gerade die sog. kleinen Netzbetreiber sind aufgrund ihrer häufig ländlichen Strukturen von einem starken Zuwachs dezentraler Erzeugungsanlagen betroffen. Ob und inwieweit indes sämtliche Kosten der betroffenen Netzbetreiber durch die in der Festlegung enthaltenen engen Voraussetzungen abgedeckt werden, kann derzeit nicht sicher bewertet werden und erfordert eine regelmäßige Überprüfung unter Berücksichtigung der Erfahrungen aus der Praxis.

**bb) Investitionsbudgets**

Einer jährlichen Anpassung der festgelegten Erlösobergrenzen durch die Netzbetreiber unterliegen ferner nach § 4 Abs. 3 Nr. 2 ARegV die in § 11 Abs. 2 Satz 1 ARegV aufgezählten sog. dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile.

---

228 Az. BK8-10/004 – im Internet abrufbar unter:  
[http://www.bundesnetzagentur.de/cae/servlet/contentblob/155368/publicationFile/8529/BK8-10-004\\_Festlegung\\_Strom\\_2010\\_Bund.pdf](http://www.bundesnetzagentur.de/cae/servlet/contentblob/155368/publicationFile/8529/BK8-10-004_Festlegung_Strom_2010_Bund.pdf).

Als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile gelten u.a. genehmigte Investitionsbudgets nach § 23 ARegV, § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 ARegV. Durch dieses Anpassungsinstrument werden bestimmte, in § 23 Abs. 1 Satz 2 ARegV nicht abschließend aufgezählte Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen privilegiert. Das Instrument des Investitionsbudgets richtet sich ganz überwiegend an Übertragungs- und Fernleitungsnetzbetreiber und kann lediglich unter den einschränkenden Voraussetzungen des § 23 Abs. 6 ARegV auch von Verteilnetzbetreibern beantragt werden.

Diejenigen Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen, für die im Einzelfall auch von Verteilnetzbetreibern Investitionsbudgets beantragt werden können, werden in § 23 Abs. 6 ARegV abschließend aufgezählt und umfassen Investitionen, die durch die Integration von Anlagen nach EEG und KWKG, zur Durchführung von Maßnahmen nach § 23 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6-8 ARegV sowie für Netzausbaumaßnahmen, die dem Anschluss von Stromerzeugungsanlagen nach § 17 EnWG dienen, notwendig werden. Weitere Voraussetzung ist die Überschreitung einer Erheblichkeitsschwelle aufgrund der mit der Maßnahme verbundenen erheblichen Kosten. Hiervon ist nach § 23 Abs. 6 Satz 3 ARegV auszugehen, wenn sich durch die Maßnahmen die bereinigten Gesamtkosten des Netzbetreibers um mindestens 0,5 Prozent erhöhen. Schließlich ist das Instrument des Investitionsbudgets für Verteilnetzbetreiber grundsätzlich subsidiär gegenüber dem Instrument des Erweiterungsfaktors, § 23 Abs. 6 Satz 1 ARegV. Die Beantragung eines Investitionsbudgets ist Netzbetreibern, die am vereinfachten Verfahren teilnehmen, grundsätzlich verwehrt, § 24 Abs. 3 ARegV.

Das Instrument des Investitionsbudgets zeichnet sich durch die Rechtsfolge einer erteilten Genehmigung grundsätzlich als sachgerechten Anreiz aus, die in der Vorschrift benannten Investitionen durchzuführen: Für die Dauer einer Regulierungsperiode erhöhen die Kapital- sowie Betriebskosten der Investition als sog. dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile, die zudem weder Absenkungsvorgaben unterworfen sind noch in den Effizienzvergleich vor Beginn der nächsten Regulierungsperiode mit eingehen, die verbleibenden Erlösbergrenzen.

Die dadurch existierenden Anreize stehen den Verteilnetzbetreibern nach derzeitiger Rechtslage indes nur in sehr eingeschränktem Umfang zu. Erschwerend kommt hinzu, dass nach Auffassung der Bundesnetzagentur der Genehmigung für einen Verteilnetzbetreiber bereits entgegen steht, wenn die dem Antrag zugrunde liegende Investition über den Erweiterungsfaktor lediglich abbildbar ist. Mit Verweis auf die Subsidiaritätsklausel sowie die bereits dargestellte Festlegung des zusätzlichen Parameters „Anzahl der Einspeisepunkte dezentraler Erzeugungsanlagen“ versagt die Bundesnetzagentur derzeit insbesondere Anträge von Verteilnetzbetreibern, denen die zulässige Fallgruppe von Investitionen für die Integration von Anlagen nach EEG und KWKG zugrunde liegen.

Die in der Folge eintretenden erheblichen Einschränkungen für Verteilnetzbetreiber sind vor dem Hintergrund des erforderlichen Umbaus der Verteilnetze zu smart grids und der damit im Zusammenhang stehenden erheblichen finanziellen Anforderungen an die Verteilnetzbetreiber als äußerst kritisch und kontraproduktiv zu bewerten.

## **2. Anpassung durch Verordnungsgeber**

Zur Schaffung ausreichender Anreize für Verteilnetzbetreiber, die notwendigen Investitionen in den Um- und Ausbau ihrer Netze vorzunehmen, ist der Verordnungsgeber aufgerufen, die bestehenden erheblichen Einschränkungen hinsichtlich des Anpassungsinstrumentes des Investitionsbudgets – wie auch im Antrag der SPD-Fraktion gefordert – abzuschaffen oder zumindest zu verringern.

Neben der Erweiterung des Katalogs der in Betracht kommenden Investitionen um konkrete Maßnahmen, die dem Umbau der Netze in smart grids dienen, ist insbesondere auch die vorhandene Subsidiaritätsklausel zu streichen mit der Folge eines Wahlrechts der Verteilnetzbetreiber zwischen den Instrumenten Erweiterungsfaktor und Investitionsbudget. Schließlich sollte Letzteres durch Streichung des § 23 in § 24 Abs. 3 ARegV auch Netzbetreibern im vereinfachten Verfahren offen stehen.

## **V. Notwendige Anpassung des Rechts der Erneuerbaren Energien und der Kraft-Wärme-Kopplung zur Förderung dezentraler Marktstrukturen**

Der Ausbau zukunftsfähiger Energieversorgungssysteme setzt nicht nur in der Übertragungs- sondern insbesondere auch in der Verteilnetzebene an. Auf der örtlichen Ebene werden die hierzu notwendigen Anstrengungen vor allem von den kommunalen Unternehmen wahrgenommen. Die Förderung Erneuerbarer Energien und der Ausbau der Kraft-Wärme-Kopplung stellen dabei wesentliche und unverzichtbare Bausteine dar.

### **1. Anpassung des Rechts der Erneuerbare Energien**

Allerdings besteht im Bereich der Erneuerbaren Energien derzeit großer Anpassungsbedarf, damit eine ökologisch nachhaltige Energieversorgung aufgebaut werden kann.

#### **a) Aktuelle Rechtslage**

So ist beispielsweise die Wettbewerbssituation auf dem Regelenergiemarkt äußerst unbefriedigend. Der Regelenergiemarkt unterteilt sich in die Segmente Primärreserve, Sekundärreserve und Minutenreserve. Allein auf dem Minutenreservenmarkt ist in der Vergangenheit ein leichter Anstieg der Anbieter zu verzeichnen gewesen. Demgegenüber findet im Bereich der Sekundärreserve und der Primärreserve nach wie vor praktisch kein Wettbewerb statt.

Auf diesen Märkten zeigen sich die oligopolen Strukturen des Strommarktes mit besonderer Deutlichkeit. Aus diesem Grund sind alle Maßnahmen zu begrüßen, die neuen Marktakteuren die Möglichkeit geben, am Regelenergiemarkt teilzunehmen. Durch die Belegung des Wettbewerbs auf dem Regelenergiemarkt können auch die Strompreise für Endverbraucher sinken.

Ein Grund für die Schwierigkeiten neuer Marktakteure für die Teilnahme am Regelenergiemarkt sind die hohen Hürden, die aufgrund der Präqualifikationsbedingungen der Übertragungsnetzbetreiber bestehen. Neben der Verfügbarkeit der Anlagen, die selbstverständliche Voraussetzung bei der Bereitstellung von Regelenergie ist, bestehen auch Voraussetzungen für die Mindestangebotsgröße (Losgröße) und den Mindestangebotszeitraum. Dadurch werden insbesondere kleine Anbieter vom Regelenergiemarkt ferngehalten. Die Reduzierung der Losgröße ist von daher zur Förderung des Wettbewerbs notwendig. Allerdings erscheinen wohl noch weitere Maßnahmen zur Verringerung der Zugangshindernisse zum Regelenergiemarkt erforderlich.

Die Bundesnetzagentur führt gegenwärtig ein Festlegungsverfahren zur Änderung der Zugangsbedingungen zum Regelenergiemarkt durch. Die Festlegungen sind bislang noch nicht veröffentlicht. Es ist zu hoffen, dass durch die Festlegungen wichtige Impulse für die Belegung des Regelenergiemarkts gesetzt werden können. Allerdings ist der Handlungsspielraum der Bundesnetzagentur durch die gesetzliche Ermächtigung für die Festlegungen teilweise auch beschränkt. Sollten die in den neuen Festlegungen getroffenen Änderungen nicht ausreichend sein, wären gegebenenfalls gesetzliche Änderungen erforderlich.

Eine besonders wichtige Rolle bei der Bereitstellung von Regelenergie können Stromspeicher spielen. Stromspeicher sind aufgrund ihrer schnellen Verfügbarkeit ideal für die Teilnahme am Regelenergiemarkt geeignet und können über die Einnahmen am Regelenergiemarkt bereits jetzt wirtschaftlich betrieben werden. Der Einsatz von Stromspeichern hat zudem den ökologischen Vorteil, dass zunehmend der Einsatz solcher konventionellen Kraftwerke, die aktuell aufgrund ihrer Bedeutung für die Regelenergiebereitstellung nicht vom Netz genommen werden können (must-run-Kapazität), reduziert werden kann. Indem diese konventionellen Kraftwerke die Netze weniger „verstopfen“, kann die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien erheblich gefördert werden. Darüber hinaus sollten aufgrund der grundlegenden Bedeutung der Stromspeicher für das zukünftige Energiesystem unter Umständen weitere Förderungsmöglichkeiten für Stromspeicher auch im Regelenergiemarkt geprüft werden.

**b) Anpassung durch Gesetzgeber**

Die bestehende Marktstruktur im Regelenergiemarkt führt nicht zu einer kosteneffizienten Beschaffung von Regelenergie. Durch eine **Verkleinerung der Losgrößen** könnten neue Anbieter in diesen Markt eintreten und somit mehr Wettbewerb erzeugen. Dies entspricht dem Vorschlag der SPD-Fraktion.

Auch Speicheranlagen ab einer bestimmten Größe sind grundsätzlich zur Teilnahme am Regelenergiemarkt geeignet. Ihr Einsatz zur Bereitstellung von Regelenergie wird auch den wirtschaftlichen Anreiz erhöhen, in diese Speicheranlagen zu investieren. Eine Erhöhung der Anzahl der zur Teilnahme berechtigten Anlagen wird in der Folge auch zu einer Verbilligung der Strompreise führen, da der Zukauf zur Deckung von Stromspitzen auf ein wettbewerblich breiteres Angebot trifft. Aus den genannten Gründen ist der Vorschlag der SPD-Fraktion einer **Zulassung von Speicheranlagen ab 1 MW** ausdrücklich zu unterstützen.

**2. Anpassung der Regelungen zur Kraft-Wärme-Kopplung**

Auch im Bereich der Kraft-Wärme-Kopplung besteht ein akuter Regelungsbedarf zur Umsetzung einer nachhaltigen Energieversorgung.

**a) Förderung von KWK-Anlagen bis 2020**

Nachdem Ende 2008 mit der Novelle des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes (KWKG) die Unsicherheiten hinsichtlich der weiteren Förderung von KWK-Anlagen durch den Bundesgesetzgeber beseitigt wurden, ist allmählich zu beobachten, dass bestehende KWK-Anlagen modernisiert oder erneuert werden bzw. Standorte für die Kraft-Wärme-Kopplung auch endlich neu erschlossen werden.

Der Zubau großer KWK-Kapazitäten mit einer elektrisch installierten Leistung von über 2 Megawatt (MW) wird seit der Gesetzesnovelle 2009 nach § 5 Abs. 3 KWKG gefördert. Dies ist aus verschiedenen Gründen wichtig. Zunächst kann nur über die Förderung auch großer KWK-Anlagen ein spürbarer Einfluss auf die Verbesserung des Anteils von KWK-Anlagen an der Stromerzeugung in der Bundesrepublik Deutschland erreicht werden. Außerdem ist zu beachten, dass große KWK-Anlagen im Allgemeinen einen hohen Nutzungsgrad elektrisch wie thermisch aufweisen. Eine besondere Bedeutung kommt großen KWK-Anlagen im Bereich der industriellen Wärme- und Dampfversorgung zu, da industrielle Abnehmer über einen ganzjährig hohen Wärmebedarf eine gleichbleibend hohe Stromerzeugung sicherstellen. Dies führt zu planbaren Entlastungen der Netzlast vorgelagerter Netze.

Gerade große KWK-Anlagen sind aber immer individuell geplant und nicht serienmäßig hergestellt. Dies hat einen in der Regel sehr langen Planungsvorlauf zur Folge, bis die entspre-

chenden Komponenten bestellt, installiert und schließlich in Betrieb genommen werden. Die bisherige Erfahrung zeigt, dass das im KWKG angelegte Zeitfenster (Inbetriebnahme der KWK-Anlage bis zum 31.12.2016) für individuell geplante Großanlagen sehr eng ist.

Wegen des in der Regel längeren Planungshorizonts für Wärmenetze gegenüber KWK-Anlagen wurde in § 5a) Abs. 1 Nr. 1 KWKG vorgesehen, dass die Inbetriebnahme des Wärmenetzes spätestens bis zum 31.12.2020 erfolgt. Große, individuell geplante KWK-Anlagen haben einen vergleichbar langen Planungszeitraum zu durchlaufen. Es ist daher sehr zu empfehlen, den letztmöglichen Inbetriebnahmezeitpunkt insbesondere für große und modernisierte KWK-Anlagen und Wärmenetze zu harmonisieren und einheitlich auf den 31.12.2020 festzusetzen.

#### **b) Erleichterung der Ausweitung von Nahwärmenetzen**

Wärmenetze sind der Schlüssel zum Ausbau von KWK-Anlagen. Dies hat der Gesetzgeber erkannt und deshalb die Förderung von Wärmenetzen in das KWKG (§§ 5a), 6a), 7a)) im Rahmen der Gesetzesnovelle 2009 aufgenommen. Die in § 3 Abs. 13 KWKG aufgenommene Definition eines Wärmenetzes als

*„Einrichtungen zur leitungsgebundenen Versorgung mit Wärme, die eine horizontale Ausdehnung über die Grundstücksgrenze des Standorts der einspeisenden KWK-Anlage hinaus haben und die als öffentliches Netz eine unbestimmte Anzahl von Abnehmenden angeschlossen werden kann“*

ist grundsätzlich sachgerecht. Gleichwohl lässt sich in der Praxis zwischen Fernwärme- und Nahwärmenetzen unterscheiden. Fernwärmenetze werden zentral gespeist und versorgen in der Regel eine gesamte (Klein-)Stadt oder einen größeren Stadtteil. Im Gegensatz dazu stehen Nahwärmenetze, die dazu dienen, im engen räumlichen Zusammenhang Kunden, z. B. die Bewohner einer Wohnanlage mit verschiedenen Wohnblocks oder auch ein Krankenhausbaukomplex, mit Wärme zu versorgen.

Wenngleich die skizzierten Nahwärmenetze dem entsprechen, was der Gesetzgeber im Rahmen der KWKG-Novelle 2009 als förderfähig angesehen hat, besteht häufig Rechtsunsicherheit hinsichtlich der KWKG-Förderung dieser Netze. Zum einen ist es nicht immer so, dass – wie etwa auch bei größeren Klinikarealen – die horizontale Ausdehnung des Wärmenetzes über die Grundstücksgrenze des Standorts der einspeisenden KWK-Anlage hinausgeht. Außerdem ist es aufgrund der technischen Konzeption nicht immer möglich, noch eine unbestimmte Anzahl weiterer Abnehmer an das Netz anzuschließen.

Da aber auch solche Nahwärmenetze, die für die Förderfähigkeit wichtige Aufgabe erfüllen, KWK-Wärme zum Verbraucher zu transportieren, ist zu empfehlen, § 3 Abs. 13 KWKG dies-

bezüglich weiter zu fassen. Zudem sollten die Fördersätze für Wärmenetze einer kritischen Würdigung unterzogen werden, da der Ausbau von Wärmenetzen nur sehr zögerlich erfolgt.

### **c) Optionen zur Vernetzung von KWK- und EEG-Anlagen**

Grundsätzlich ist festzustellen, dass es keine rechtlichen Grenzen oder Hemmnisse gibt, verschiedene Erzeugungsanlagen, auf Basis erneuerbarer Energien oder als konventionelle KWK-Anlagen per Datenfernübertragung zu vernetzen und als „virtuelles Kraftwerk“ zu betreiben. Durch die Vernetzung wird eine Bündelung und ggf. bessere Vermarktung der erzeugten Strommengen möglich.

Soweit die Einspeisung zur Reduzierung der Spitzenlast des Netzes beiträgt, ist es zudem möglich, höhere vermiedene Netzentgelte (§ 18 StromNEV) zu generieren. Die zeitlich steuerbare Einspeisung vernetzter Anlagen kann zudem dazu führen, dass ein höherer Strompreis für den eingespeisten Strom erzielt werden kann.

Kein Anreiz wird bislang dafür gesetzt, dass die Einspeisung aus den virtuellen Kraftwerken an der jeweiligen Netzlast ausgerichtet wird. Da der Lastfolgebetrieb aber für Netze, in die die Erzeugungsanlagen einspeisen und auch für die vorgelagerten Netze eine nicht unerhebliche Entlastung bedeuten, sollte ein Anreiz geschaffen werden, die Bildung virtueller Kraftwerke zu verbessern. Vorbild kann dafür der Systemdienstleistungsbonus sein, wie er für Windenergieanlagen in der SDLWindV niedergelegt ist.

Problematisch dabei ist allerdings, dass für einen optimalen Lastfolgebetrieb die Netzdaten in Echtzeit zur Verfügung stehen müssten, um den Betrieb der Erzeugungsanlagen optimal zu konfigurieren. Insoweit ist zu regeln, dass diese Daten den Betreibern dezentraler Erzeugungsanlagen zur Verfügung gestellt werden.

### **d) Weitere Möglichkeiten zur Stärkung der Kraft-Wärme-Kopplung: Modernisierungs- und Zubaupotenziale ausschöpfen**

Das KWK-Gesetz, das in seiner derzeitigen Fassung aus dem Jahr 2009 datiert, wird allgemein als hilfreich für die Stärkung der Stellung der Kraft-Wärme-Kopplung in Deutschland angesehen. Insbesondere der Wegfall der Deckelung für Neuanlagen auf 2 MW<sub>el</sub> und die Privilegierung der Objektversorgung durch § 4 Abs. 3a und 3b KWKG lassen den wirtschaftlichen Betrieb vieler KWK-Anlagen überhaupt erst möglich werden.

Häufig ist allerdings insbesondere bei Bestandsanlagen zu beobachten, dass eine mögliche Modernisierung der Anlage, die auch eine wesentliche Effizienzsteigerung mit sich bringen würde, nicht durchgeführt wird, weil der Modernisierungstatbestand in § 5 Abs. 1 Nr. 4 KWKG zu eng gefasst ist. Für die Förderung nach dem KWK-Gesetz für modernisierte Anla-

gen ist es erforderlich, dass die Kosten der Modernisierungsmaßnahme mindestens 50 % der fiktiven Neuerrichtungskosten der KWK-Anlage betragen. Dieser Schwellenwert ist häufig schwierig zu erreichen. Es sollte daher überlegt werden, eine weitere Kategorie modernisierter Anlagen einzuführen, um bestehende Modernisierungspotenziale auszuschöpfen. Diese könnte z.B. so ausgestaltet sein, dass eine Förderung auch schon dann erfolgt, wenn die Kosten der Modernisierungsmaßnahme 25 % der fiktiven Neuerrichtungskosten der KWK-Anlage übersteigen. Der Förderzuschlag bzw. der Förderzeitraum kann dann entsprechend angepasst werden.

Die derzeitige Ausgestaltung des Fördersystems erweist sich im Anlagensegment mit einer elektrischen Leistung zwischen 50 und ca. 150 kW als kontraproduktiv. KWK-Anlagen bis 50 kW elektrisch werden ab Aufnahme des Dauerbetriebs für 10 Jahre gefördert, während KWK-Anlagen über 50 kW nur 6 Jahre gefördert werden. Dieses gestufte Fördersystem führt dazu, dass oftmals nur eine 50 kW-Anlage installiert wird, obwohl die Wärmesenke für eine größere Anlage vorhanden wäre. Dieser Effekt könnte durch die Einführung einer weiteren Anlagenkategorie, z.B. zwischen 50 und 250 kW elektrisch, abgemildert werden.

Als eines der größten Hemmnisse für den Ausbau der KWK erweist sich die stark gestiegene EEG-Umlage. Es ist einhellige Auffassung, dass der mit dem KWKG angestrebte massive Zubau von KWK-Anlagen nur durch die Einbeziehung von Contractoren erzielt werden kann. Die derzeitige Ausgestaltung des EEG benachteiligt den Betrieb von KWK-Anlagen durch einen Contractor im Vergleich zum Betrieb einer KWK-Anlage durch den Letztverbraucher (Eigenerzeugungsanlage) aber so erheblich, dass Contracting-Anlagen nur noch schwerlich am Markt platziert werden können. Während ein Contractor, der eine KWK-Anlage betreibt und einen Letztverbraucher aus dieser Anlage mit Strom beliefert, die EEG-Umlage an den Übertragungsnetzbetreiber zu entrichten hat, ist ein Letztverbraucher, der eine KWK-Anlage selbst betreibt und sich aus dieser Anlage mit Strom versorgt, hinsichtlich dieser Strommenge nicht mit der EEG-Umlage belastet. Diese Ungleichbehandlung erschwert die Umsetzung von KWK-Projekten für Contractoren ganz erheblich. Denkbar wäre eine Gleichstellung von Contracting- mit Eigenversorgungsanlagen, um die Schlechterstellung des Contracting zu beseitigen.

## **VI. Einbindung der Verbraucher und Endkunden**

Aufgrund der steigenden Energiekosten sind auch die Verbraucher mehr denn je an einer sicheren aber auch preisgünstigen Energieversorgung interessiert. Bislang sind Verbraucher aber regelmäßig darauf beschränkt, ihre Interessen alleine durchzusetzen. Denn unser Privatrechts- und Vertragssystem basiert auf dem Grundsatz, dass jeder Einzelne über seine Lebens- und Vertragsverhältnisse privatautonom entscheiden können soll. Deshalb kann



normalerweise jeder nur mit Wirkung für sich disponieren und im Konfliktfall nur für sich prozessieren, da die Prozessführung eine Weise der Rechtsausübung darstellt<sup>229</sup>.

Eine prozessuale Geltendmachung fremder Rechte zugunsten des öffentlichen Interesses bzw. die Einräumung selbständiger Ansprüche zur Geltendmachung in eigener Person sieht das deutsche Recht nur ausnahmsweise vor. Von Bedeutung ist insbesondere die Verbandsklage, bei der privatrechtlich organisierten Verbänden und Vereinen ein entsprechendes Klagerecht eingeräumt wird. Die Verbandsklage spielt vor allem im Umwelt- und Naturschutzrecht (vgl. § 64 BNatSchG) sowie im Verbraucherschutzrecht (§ 3 Abs. 1 UKlaG) und im Wettbewerbsrecht (§ 8 Abs. 1, 3 UWG) eine Rolle. Diese Klagerechte und Anspruchsberechtigungen können sich querschnittsmäßig auch auf den Energiesektor auswirken, etwa in Form eines Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs von Verbraucherzentralen oder Mitbewerbern im Falle wettbewerbswidriger Praktiken.

Ein originäres Verbandsklagerecht zur Durchsetzung der Interessen von Energieverbrauchern besteht bislang nicht. Insbesondere in dem für Kleinverbraucher relevanten Bereich der gerichtlichen Energiepreiskontrolle sind die Betroffenen bisher darauf angewiesen, ihre Rechte in Eigeninitiative geltend zu machen. Auch gibt es im deutschen Recht kein allgemeines Rechtsinstitut einer Sammel- oder Musterklage, so dass auch in Fällen einer Vielzahl von parallel gelagerten Sachverhalten mit jeweils vergleichbaren Interessen – wie etwa bei Zuvielforderungen eines Energieversorgungsunternehmens – jeder Betroffene individuell klagen muss. Die Schaffung eines entsprechenden (Energie-)Verbraucherschutzverbandes nach dem Vorbild Großbritanniens könnte insofern Abhilfe schaffen. Dort haben eine begrenzte Anzahl staatlich anerkannter Verbraucherschutzverbände, sog. „Consumer Watchdogs“, das Recht, als Beschwerdeführer bei der Regulierungsbehörde aufzutreten. Die Schaffung einer solchen Verbraucherschutzorganisation, die die Interessenvertretung der Betroffenen übernimmt, beseitigt zwar nicht die Problematik fehlender zivilprozessualer Regelungen über den kollektiven Rechtsschutz<sup>230</sup>. Soweit es aber um die Frage von allgemein verbraucherschutzrelevanten Fragestellungen im Energiebereich gilt, scheint die Möglichkeit einer durch den Verband veranlassten gerichtlichen Kontrolle sinnvoll. Auch soweit es wie bei der Rückforderung von zu viel gezahlten Energiepreisen um Individualinteressen geht, ist eine Abtretung der Forderungen an den Verband zur gerichtlichen Durchsetzung der Ansprüche denkbar.

Die Schaffung einer Organisation zur Kontrolle des Netzbetriebs ist demgegenüber weder aus Gründen des Verbraucherschutzes noch unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten notwendig. Das für die Bereitstellung der Netze erhobene Netznutzungsentgelt unterliegt der ex-ante-Regulierung durch die Bundesnetzagentur. Eine weitere Kontrollinstanz erscheint

---

229 Micklitz, in: MüKo, ZPO; 3. Auflage 2008, § 3 UKlaG Rdnr. 2.

230 Vgl. dazu Alexander, JuS 2009, 590.

überflüssig, zumal das Verfahren zur Ermittlung der Erlös-Obergrenzen und der Effizienzvergleich nach der geltenden Anreizregulierungsverordnung einen erheblichen tatsächlichen Aufwand erfordert.

Berlin, 19.01.2011



Dr. Christian Theobald

Rechtsanwalt