

**Öffentliche Anhörung
des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie zu den Vorlagen**

Antrag der Fraktion der SPD

Die Energieversorgung in kommunaler Hand
- BT-Drs. 17/3671

Antrag der Fraktion DIE LINKE

Energienetze in die öffentliche Hand – Kommunalisierung der Energieversorgung erleichtern
– Transparenz und demokratische Kontrolle stärken
- BT-Drs. 17/3171

Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes
BT-Drs. 17/3182

Berlin 24.01.2011

Stellungnahme der Bundesnetzagentur

21.01.2011

I. Zusammenfassung

Die mit einer Rekommunalisierung verbundenen - durchaus heterogenen - energie- und kommunalpolitischen Ziele werden von der Bundesnetzagentur nicht bewertet. Die Bundesnetzagentur konzentriert sich auf die mit der Rekommunalisierung verbundenen Fragen für die Energieverteilernetze und die sich aus dem Energiewirtschaftsrecht, insbesondere § 46 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) und § 26 Anreizregulierungsverordnung (ARegV) ergebenden Fragen. Insofern kommt es bei der Vergabe von Konzessionen im Dreiecksverhältnis zwischen der Gemeinde, dem Alt- und dem Neukonzessionär in der Praxis häufig zu Streitfragen. Die Bundesnetzagentur bemüht sich primär sicherzustellen ist, dass diese Streitigkeiten sich nicht zu Lasten der Netznutzer auswirken.

Nicht alle Erwartungen, die in der öffentlichen Debatte mit einer Rekommunalisierung verbunden werden, entsprechen den tatsächlichen rechtlichen Möglichkeiten. Gegenstand der Konzession sind nur noch Wegerechte zum Betrieb von Netzen, so dass die Konzession ausschließlich für den Netzbetreiber relevant ist. Da die Erzeugung und der Vertrieb von Strom und Gas von dem natürlichen Monopol des Netzbetrieb entflochten sein müssen, gehen Erwartungen, dass die Gemeinde durch die Vergabe der Konzession an ein eigenes Stadtwerk Einfluss auf die Ausrichtung der Erzeugung, die Gestaltung von Vertriebsprodukten oder die Durchführung von Energieeffizienzmaßnahmen hätte, fehl. Eigene – auch ökologisch motivierte – Erzeugungs- und Vertriebskonzepte der Kommunen sind und bleiben wichtig. Einer Rekommunalisierung durch die Neukonzessionierung und Gründung eines eigenen Netzbetreibers bedarf es dafür aber nicht.

Alle Bewerber um neue Konzessionen - gleichgültig, ob es sich um lokale Stadtwerke oder Dritte handelt - sollten sich der mit dem Netzbetrieb verbundenen gemeinwirtschaftlichen Aufgaben und Pflichten sowie der Komplexität der Kalkulation vorher bewusst sein. Generell besteht bei der Zahlung eines überhöhten Kaufpreises oder Pachtentgeltes die Gefahr, dass dadurch Mittelabflüsse aus dem Netzbetrieb erzeugt werden, die zu einer Investitionsunfähigkeit des Netzbetriebes führen. Eine zu starke Zersplitterung bestehender Verteilernetze

und die Schaffung zusätzlicher nachgelagerter Netze führen sowohl zu Risiken für den Neukonzessionär als auch zu Nachteilen für Vertriebe und lokale Letztverbraucher.

Die Bundesnetzagentur leistet mit ihrem gemeinsam mit dem Bundeskartellamt am 15.12.2010 veröffentlichten **Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers** einen wesentlichen Beitrag zur Schaffung von mehr Rechtssicherheit für die am Konzessionsverfahren beteiligten Parteien. Zuvor wurden mit dem Leitfaden der Regulierungsbehörden zu Inhalt und Struktur von Anträgen auf Neufestlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach § 26 Abs. 2 ARegV vom 12.05.2010, der von der Bundesnetzagentur gemeinsam mit den Landesregulierungsbehörden erarbeitet wurde, bereits wichtige Hilfestellungen für die praktische Durchführung einer erfolgreichen Rekommunalisierung gegeben. Trotz der dadurch gestiegenen Rechtssicherheit sieht die Bundesnetzagentur gesetzgeberischen Handlungsbedarf.

Im Sinne einer „**kleinen Lösung**“ sollte in § 46 EnWG zumindest der gesetzliche Anspruch auf Netzüberlassung gemäß § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG dahingehend konkretisiert werden, dass zwingend das **Eigentum zu übertragen** ist. Zudem sollte in § 46 Absätze 1 bis 3 EnWG festgelegt werden, dass der Konzessionsvertrag **ausschließlich mit dem jeweiligen Netzbetreiber** und nicht mit anderen Teilen eines vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens abgeschlossen wird.

Im Sinne einer „**großen Lösung**“ wäre auch eine Konkretisierung und klarere Fassung des gesetzlichen Rahmens für Konzessionsvergaben einschließlich anschließender Netzüberlassung zu begrüßen. Dabei sollten die im Konzessionsvergabe-Leitfaden des Bundeskartellamtes und der Bundesnetzagentur aufgezeigten Probleme und Lösungen, die auf der Auslegung der geltenden Rechtslage beruhen, berücksichtigt werden. Bei der Konkretisierung von Vorgaben für eine **angemessene Vergütung** ist insbesondere darauf zu achten, dass die Investitionsfähigkeit des Netzbetreibers unter Einhaltung der entgeltrechtlichen Vorgaben der Strom- und GasNEV gewahrt bleibt. Des Weiteren bedarf es einer gesetzgeberischen Lösung für das Problem unterjähriger Netzübergänge und damit verbundener **unterjähriger Übertragungen von Erlösobergrenzen**.

Das heutige System der Vergabe von Konzessionsverträgen stellt einen Anachronismus im System der Entflechtung von Netzbetrieb und Versorgung, des regulierten Netzzugangs und der wettbewerblichen Erbringung der Energieversorgung dar. Daher stellt sich die Frage, ob die **Ersetzung des bisherigen Systems der Konzessionsvergabe** gegenüber Einzelverbesserungen innerhalb des bisherigen Grundansatzes und unter voller Wahrung der kommunalen Haushaltsbelange nicht vorzugswürdig ist.

II. Stellungnahme

Die beiden Anträge und der Gesetzentwurf der drei Fraktionen widmen sich im Schwerpunkt Problemen, die sich bei der Vergabe von Konzessionen für Strom- und Gasnetze ergeben können. Im Fokus steht dabei die Konstellation, dass die Gemeinde die Konzession an ein eigenes bestehendes oder noch zu gründendes Stadtwerk vergeben möchte (sogenannte Rekommunalisierung).

1. Bestehende Probleme bei der Konzessionsvergabe

Die Bundesnetzagentur kann nach ihren Erfahrungen bestätigen, dass bei der Vergabe von Konzessionen nach § 46 Abs. 2 EnWG in dem Dreiecksverhältnis zwischen der Gemeinde, dem Alt- und dem Neukonzessionär in der Praxis häufig Streitfragen entstehen. Diese betreffen sowohl das Verfahren der Konzessionsvergabe selbst als auch die anschließende Netzüberlassung im Fall einer Vergabe an einen neuen Konzessionsnehmer. Bei der praktischen Anwendung des bestehenden Rechtsrahmens stehen Fragen zur Qualität (Eigentumsübertragung oder Besitzverschaffung) und zum Umfang (inwieweit müssen gemischt genutzte

Leitungen mit überlassen werden) des Überlassungsanspruchs, zur Bestimmung einer angemessenen Vergütung für die Überlassung und zum Umfang der Datenherausgabe an die Gemeinde und den Neukonzessionär im Vordergrund.

Weitere Probleme, die bisher geringere öffentliche Beachtung gefunden haben, betreffen die konsistente Anpassung der Konzessionsvergabe an die entflechtungsrechtlichen Vorgaben sowie regulatorische Folgeprobleme, die bei einer unterjährigen Übertragung von Netzen und Erlösobergrenzen auftreten können (wird im Folgenden näher ausgeführt).

2. Rekommunalisierung

Viele der genannten Streitfragen werden regelmäßig erst dann relevant, wenn die Gemeinde ihre auslaufende Konzession nicht an den bisherigen Konzessionsnehmer, sondern an einen neuen Konzessionsnehmer vergeben möchte. In der Praxis betrifft dies derzeit häufig die Fälle, in denen Gemeinden die Konzession erstmals wieder an ein eigenes Stadtwerk vergeben möchten. Die Probleme sind allerdings unabhängig davon, ob die Gemeinde die Konzession an ein eigenes Stadtwerk oder an einen anderen Neukonzessionär vergibt, in einheitlicher Weise zu lösen. Ein Fall der Rekommunalisierung stellt aus regulatorischer Sicht lediglich einen Unterfall einer Konzessionsvergabe und anschließenden Netzüberlassung an einen neuen Konzessionsnehmer dar.

In diesem Zusammenhang ist es wichtig, darauf hinzuweisen, dass jedenfalls nicht alle Erwartungen, die in der öffentlichen Debatte mit einer Rekommunalisierung verbunden werden, den tatsächlichen rechtlichen Möglichkeiten entsprechen.

Gegenstand der Konzessionsvergabe sind nach heutiger Rechtslage allein kommunale Wegerechte zur Nutzung öffentlicher Verkehrswege, die der Verteilnetzbetreiber für die Verlegung und den Betrieb seiner Leitungen benötigt. Ein Versorgungsauftrag zur Belieferung der im Konzessionsgebiet angeschlossenen Letztverbraucher oder gar ein ausschließliches Recht zur Versorgung in dem Gebiet existiert heute nicht mehr. Die Pflicht und das Recht zur Grundversorgung mit Strom und Gas sind demjenigen Lieferanten zugewiesen, der in dem Gebiet die meisten Haushaltskunden beliefert; ein Wechsel des Konzessionsnehmers hat keinen Einfluss auf die Lieferverträge.

Die Konzession ist folglich rein netzbezogen und ausschließlich für den Netzbetreiber relevant. Da die Erzeugung und der Vertrieb von Strom und Gas von dem natürlichen Monopol des Netzbetriebs entflochten sein müssen, gehen Erwartungen, dass die Gemeinde durch die Vergabe der Konzession an ein eigenes Stadtwerk Einfluss auf die Ausrichtung der Erzeugung, die Gestaltung von Vertriebsprodukten oder die Durchführung von Energieeffizienzmaßnahmen hätte, über den Rahmen des rechtlich Möglichen hinaus. Auch das gelegentlich angeführte Argument, die Gemeinde solle den lokalen Netzbetrieb durchführen, da die natürliche Kundenbindung des Netzbetreibers die Etablierung eigener Vertriebs- und Erzeugungsaktivitäten mit entsprechenden ökologischen Gestaltungsmöglichkeiten fördere, ist mit dem Entflechtungsgebot nicht vereinbar. Der Netzbetreiber ist zu strikter Neutralität verpflichtet.

Eigene – auch ökologisch motivierte – Erzeugungs- und Vertriebskonzepte der Kommunen sind und bleiben wichtig. Einer Rekommunalisierung durch die Neukonzessionierung und Gründung eines eigenen Netzbetreibers bedarf es dafür aber nicht.

Darüber hinaus ist es wichtig, dass sich alle neuen Bewerber um eine Konzession der mit dem Netzbetrieb verbundenen gemeinwirtschaftlichen Aufgaben und Pflichten bewusst sind. Bei der wirtschaftlichen Kalkulation möglicher Netzübernahmen ist daher insbesondere zu berücksichtigen, dass Netzausbauten bzw. Netzneustrukturierungen während der meist zwanzigjährigen Laufzeit zu einem erheblichen finanziellen Aufwand führen können. Der Komplexität der Kalkulation sollte sich der Neukonzessionär bei Abschluss des Konzessionsvertrages bewusst sein. Generell besteht bei der Zahlung eines überhöhten Kaufpreises oder Pachtentgeltes die Gefahr, dass dadurch Mittelabflüsse aus dem Netzbetrieb erzeugt werden, die zu einer Investitionsunfähigkeit des Netzbetriebes führen.

Die gleiche Gefahr kann grundsätzlich auch bei dem Aufbau von ineffizienten Netzbetriebsstrukturen entstehen. Eine zu starke Zersplitterung von Verteilernetzen kann unter bestimmten Bedingungen Effizienz Nachteile beim Netzbetrieb und einen erhöhten Regulierungsaufwand nach sich ziehen. Mögliche Folgen sind höhere Kosten für die Netznutzer und eine Erschwernis des Wettbewerbs auf den Vertriebsmärkten. Darüber hinaus kann die Gründung zusätzlicher Verteilernetzbetreiber, die anderen Verteilernetzbetreibern nachgelagert sind, zu lokal höheren Netzentgelten führen (sogenanntes „Pancaking“).

3. Stärkung der Rechtssicherheit durch die Bundesnetzagentur

Die Bundesnetzagentur leistet mit ihrem gemeinsam mit dem Bundeskartellamt am 15.12.2010 veröffentlichten Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers einen wesentlichen Beitrag zur Schaffung von mehr Rechtssicherheit für die am Konzessionsverfahren beteiligten Parteien. Zu allen unter Punkt 1 aufgeführten drängenden Praxisfragen gibt der Leitfaden Antworten auf Basis des bestehenden Rechtsrahmens und zeigt auf, in welchen Fällen kartell- oder regulierungsrechtliche Maßnahmen der beiden Aufsichtsbehörden in Betracht kommen und in welchen eine zivilgerichtliche Klärung geboten erscheint.

4. Gesetzesänderung – kleine Lösung

Trotz der gestiegenen Rechtssicherheit aufgrund des Konzessionsvergabe-Leitfadens sieht die Bundesnetzagentur gesetzgeberischen Handlungsbedarf. Im Sinne einer „kleinen Lösung“ sollten in § 46 EnWG zumindest die folgenden beiden Änderungen vorgenommen werden.

a. Netzüberlassung in Form einer Eigentumsübertragung

Die Bundesnetzagentur ist – wie auch das Bundeskartellamt - der Auffassung, dass der gesetzliche Anspruch auf Netzüberlassung gemäß § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG dahingehend konkretisiert werden sollte, dass zwingend das Eigentum zu übertragen ist.

Wie im Konzessionsvergabe-Leitfaden näher ausgeführt, legt die Bundesnetzagentur aufgrund des weiten Wortlautes und angesichts der Entstehungsgeschichte die aktuell bestehende Regelung so aus, dass auch die Verschaffung des Besitzes zur Erfüllung des Überlassungsanspruchs ausreicht.

Da die Eigentumsübertragung gleichwohl die deutlich vorzugswürdige Lösung darstellt, ist eine gesetzliche Schärfung des Überlassungsanspruchs wichtig. Durch den Anspruch auf Übereignung des Eigentums wird sichergestellt, dass die benötigten Wegerechte für die Anlagen und das Eigentum an den Anlagen in einer Hand zusammengeführt werden können. Dadurch werden klare Strukturen geschaffen, die eine Vielzahl von rechtlichen, strukturellen und regulatorischen Problemen von vornherein vermeiden. Unter anderem ist durch den Eigentumsübergang auf den Neukonzessionär gewährleistet, dass dieser bei einem darauffolgenden Konzessionswechsel seinerseits das Eigentum auf den Nachfolger übertragen kann.

b. Netzbetreiber als Konzessionsnehmer

Des Weiteren sollte § 46 Absätze 1 bis 3 EnWG dahingehend konkretisiert werden, dass der Konzessionsvertrag ausschließlich mit dem jeweiligen Netzbetreiber abgeschlossen wird.

Da nach der geltenden Regelung noch wie zu Zeiten der Konzessionierung der integrierten Gesamtversorgung des Konzessionsgebietes schlicht „Energieversorgungsunternehmen“ als Vertragspartner genannt werden, werden die Wegerechte in der Praxis häufig nicht an den Netzbetreiber, sondern an das vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen vergeben.

Wie bereits oben näher ausgeführt, geht es nach heutiger Rechtslage bei der Konzessions-

vergabe allein um die Einräumung von Wegerechten, die für den Netzbetrieb benötigt werden. Die Konzession ist rein netzbezogen und ausschließlich für den Netzbetreiber, nicht jedoch für die sonstigen Geschäftsfelder eines vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens von Bedeutung. Der Netzbetrieb ist die Aufgabe des Netzbetreibers, so dass er die erforderlichen Wegerechte selbst kontrahieren und nicht auf die Überlassung der Rechte durch die Muttergesellschaft oder das integrierte Vertriebsunternehmen angewiesen sein sollte. Während in der Konzessionsabgabenverordnung beispielsweise bereits klargelegt wurde, dass der Konzessionsnehmer nur noch einen Abschlag auf die Netzentgelte und nicht mehr auf die Lieferentgelte gegenüber der konzessionierenden Gemeinde gewähren kann, fehlt in § 46 EnWG bisher eine entflechtungsrechtlich eindeutige Zuordnung des Konzessionsvertrags zum Netzbetrieb. Eine saubere Zuordnung der Vertragsverhältnisse bewirkt darüber hinaus eine einfachere Abwicklung zwischen den Parteien.

5. Gesetzesänderung – große Lösung

Die Bundesnetzagentur würde auch eine Konkretisierung und klarere Fassung des gesetzlichen Rahmens für Konzessionsvergaben einschließlich anschließender Netzüberlassung im Sinne einer „großen Lösung“ begrüßen. Dabei sollten die im Konzessionsvergabe-Leitfaden des Bundeskartellamtes und der Bundesnetzagentur aufgezeigten Probleme und Lösungen, die allerdings auf der Auslegung der geltenden Rechtslage beruhen, berücksichtigt werden. Dafür verweise ich auf den als **Anlage** beigefügten Konzessionsvergabe-Leitfaden als Teil dieser Stellungnahme.

Darüber hinaus sollten die folgenden beiden Punkte beachtet werden.

a. Frage der angemessenen Vergütung

Von besonderer Bedeutung ist die Frage, welche Vergütung als „angemessen“ anzusehen ist. Aus Sicht der Bundesnetzagentur ist zu beachten, dass in der Strom- bzw. GasNEV eine Abschreibung und Verzinsung des eingesetzten Kapitals ausschließlich auf Basis der erstmaligen historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten und nicht auf Basis des Kaufpreises erfolgt (vgl. § 6 Abs. 6 und 7 Strom- bzw. GasNEV). Das Wiederverdienen eines Sachzeitwertes (i.S.e. Rekonstruktionswertes) dürfte damit in aller Regel wirtschaftlich unmöglich sein. Ein Mittelabfluss aus dem Netzbetrieb in dieser Größenordnung würde i.d.R. zu einem erhöhten Finanzierungsbedarf und damit perspektivisch zu einer Investitionsunfähigkeit des Netzbetreibers führen. Der Netzbetreiber ist aber gerade darauf angewiesen, seine Investitionen aus den verdienten Abschreibungen und einem Teil der Kapitalverzinsung (sog. Kapitalrücklage) zu finanzieren. Fehlen diese Mittel, indem sie überwiegend oder ausschließlich zur Finanzierung der Vergütung i.S.d. des Abs. 2 verwendet werden, ist die Bildung entsprechender Rücklagen nicht mehr möglich.

b. Ausschluss unterjähriger Übertragungen von Erlösobergrenzen

Für folgendes Praxisproblem, das in erster Linie infolge von Netzübergängen nach Neukonzessionierungen auftritt bedarf es dringend einer gesetzlichen Lösung. Ein unterjähriges Auslaufen von bestehenden und neuen Konzessionsverträgen sollte vermieden werden. Das unterjährige Auslaufen von Konzessionsverträgen beziehungsweise die unterjährige Übertragung von Erlösobergrenzen aufgrund von Netzübergängen führt für die beteiligten Netzbetreiber zu einem unvermeidbar hohen regulatorischen Aufwand bei der Abwicklung von Netzübergängen nach § 26 Abs. 2 ARegV.

Insbesondere bei streitigen Konzessionsübergängen gelingt es den beteiligten Netzbetreibern häufig nicht, die Kautelen des Netzübergangs bis zum Auslaufen des Konzessionsvertrages zu vereinbaren. Aus diesem Grunde ergibt sich häufig eine wirtschaftliche Rückwirkung. Dies führt aber zu einem erheblichen Rückabwicklungsbedarf im Rahmen der Durchführung der Anreizregulierungsverordnung, da die Parteien die Erlöswirksamkeit ihrer zivilrechtlichen Vereinbarung in der Regel am selben Tage herstellen möchten.

Dieses in hohem Maße praxisrelevante Problem stellt sich nicht ausschließlich bei Netzübergängen infolge von Konzessionsvergaben an einen Neukonzessionär nach § 46 EnWG, sondern bei jeglichen Netzübergängen. Daher könnte eine gesetzgeberische Lösung beispielsweise auch durch die Schaffung einer Regelung in § 26 ARegV erfolgen, wonach die Übertragung von kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nur mit Wirkung zum 01. Januar eines Kalenderjahres erfolgen kann und eine rückwirkende Übertragung von Erlösobergrenzen ausgeschlossen ist.

6. „Wettbewerb um Netze“ – in heutiger Form ein Anachronismus

Das heutige System der Vergabe von Konzessionsverträgen ist angesichts der Entflechtung von Netzbetrieb und Versorgung, des regulierten Netzzugangs und der wettbewerblichen Erbringung der Energieversorgung nicht mehr zeitgemäß.

Im Zeitalter der Gebietsmonopole war mit der Konzessionierung der Auftrag der Versorgung der Kunden ebenso verbunden wie der Netzbetrieb. Die Versorgungsaufgabe der Energiebelieferung ist jedoch durch die Liberalisierung dem Wettbewerb unter Absicherung durch die Grundversorgung übergeben worden. Der Netzbetrieb ist ein so genanntes natürliches Monopol, das nicht notwendigerweise mit einer kommunalen Trägerschaft verknüpft ist. Ein natürliches Monopol bedarf der Regulierung. Diese stellt sicher, dass der Inhaber des Monopols diskriminierungsfrei agiert und keine Drittinteressen befördert oder gar einzelne Nutzer bevorzugt werden; die Regulierung stellt ebenso sicher, dass keine missbräuchlichen Monopolrenditen erwirtschaftet werden und sie stellt sicher, dass die monopolistische Infrastruktur gepflegt und entsprechend den Bedürfnissen der Nutzer ausgebaut wird.

Für den verbleibenden Spielraum eines Wettbewerbs um die Wegerechte und damit mittelbar um die Netze und die Ausübung der Monopolrechte gibt es keine tauglichen legalen Differenzierungskriterien der „Wettbewerber“. Die zulässigen Konzessionsabgaben sind nach oben begrenzt und regelmäßig sind alle Bewerber bereit, die maximale Höhe zu zahlen. Nebenleistungen sind verboten. Hinzu kommt, dass die Konzessionsregelungen nur Leitungen betreffen, die der Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet dienen. Insbesondere für Regional- und Transportnetze werden keine Konzessionsabgaben erhoben.

Die Bundesnetzagentur schlägt daher vor zu prüfen, ob die Ersetzung des bisherigen Systems der Konzessionsvergabe gegenüber Einzelverbesserungen innerhalb des bisherigen Grundansatzes nicht die vorzugswürdige Lösung ist. Dabei sind selbstverständlich die kommunalen Interessen an einer Erhaltung des Beitrags der Konzessionsabgaben an den kommunalen Haushalten zu wahren. Dies bietet gleichzeitig aber auch die Chance, diese Abgaben von der reinen Bezugnahme auf die der Versorgung der Letztverbraucher dienenden Netze zu lösen und einer allgemeinen Regelung des Ausgleichs kommunaler Belange mit dem Bau von Energieversorgungsleitungen zuzuführen.

Anlagen:

- **Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15.12.2010**
- **Leitfaden der Regulierungsbehörden zu Inhalt und Struktur von Anträgen auf Neufestlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach § 26 Abs. 2 ARegV**



Bundesnetzagentur



Bundeskartellamt

**Gemeinsamer Leitfaden von
Bundeskartellamt
und
Bundesnetzagentur**

**zur Vergabe von Strom- und Gaskon-
zessionen und zum Wechsel
des Konzessionsnehmers**

15. Dezember 2010

A. Einleitung

- 1 Ein Großteil der bestehenden, bundesweit auf ca. 20.000 geschätzten Konzessionsverträge für Strom und Gas läuft als Folge ihrer auf 20 Jahre begrenzten Laufzeit bereits gegenwärtig und in den kommenden Jahren aus (§ 46 Abs. 2 S. 1 EnWG, zuvor § 13 Abs. 2 S. 1 EnWG 1998, davor § 103a Abs. 1 S. 1 GWB i.d.F. der 4. GWB-Novelle 1980).
- 2 Der Inhalt des konzessionierten Rechts hat sich über diese Zeit gewandelt. 1980 beinhalteten Konzessionsverträge das *ausschließliche* Recht zur Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet. Seit 2005 ist die Konzession im Einklang mit den Entflechtungsregelungen rein netzbezogen und die Grundversorgungspflicht nach § 36 EnWG demjenigen Energieversorgungsunternehmen zugewiesen, das die meisten Haushaltskunden in einem Netzgebiet der allgemeinen Versorgung beliefert. Auf Handelsebene bestehen inzwischen effektivierte Durchleitungsansprüche. Zudem sind die Netzentgelte reguliert. Die für eine Konzession zulässigen Gegenleistungen sind in der KAV streng limitiert. Die regelmäßige Neuvergabe der Konzessionen hat damit ihre ursprüngliche Bedeutung für die örtlichen Versorgungsverhältnisse eingebüßt. Entsprechend begrenzt sind die einem Wettbewerb zugänglichen Parameter.
- 3 Gegenwärtig ist ein Trend zur Rekommunalisierung zu beobachten, d.h. Strom- und Gaskonzessionen werden vermehrt an kommunale Unternehmen vergeben. Zugleich bewerben sich nach den Erkenntnissen des Bundeskartellamtes und der Bundesnetzagentur regelmäßig überregional tätige Unternehmen aus dem gesamten Bundesgebiet um die Strom- bzw. Gaskonzession einer Gemeinde. Der vorliegende Leitfaden dient als Auslegungs- und Anwendungshilfe für die beteiligten Marktakteure.
- 4 Die Neuvergabe von Konzessionsverträgen mit dem sich anschließenden Anspruch auf Verteilernetzüberlassung ist teilweise in § 46 EnWG geregelt. Weiter unterliegen Neukonzessionierungen dem Kartellrecht und den aus den europäischen Grundfreiheiten folgenden allgemeinen Vergabeprinzipien. Zudem ergeben sich energiewirtschaftsrechtliche Folgefragen.
- 5 Bei der wirtschaftlichen Kalkulation möglicher Konzessionsübernahmen ist zu berücksichtigen, dass Netzausbauten bzw. Netzneustrukturierungen während der meist zwanzigjährigen Laufzeit zu einem erheblichen finanziellen Aufwand führen können. Der Komplexität der Kalkulation sollte sich der Neukonzessionär bei Abschluss des Konzessionsvertrages bewusst sein. Generell besteht bei Zahlung eines überhöhten Kaufpreises oder Pachtentgeltes die Gefahr von Mittelabflüssen zu Lasten des Netzbetriebs, die zu einer Unfähigkeit zu Netzinvestitionen führen.
- 6 Viele Fragen im Zusammenhang mit dem Neuabschluss von Konzessionsverträgen, die

in der (höchstrichterlichen) Rechtsprechung noch nicht entschieden und in der Literatur umstritten sind, rufen zunehmend Beschwerden oder Anfragen bei Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt sowie Kartell- und Regulierungsbehörden der Länder hervor.

- 7 Der vorliegende Leitfaden wurde unter Beteiligung von Landeskartell- und Landesregulierungsbehörden erarbeitet.

B. Zuständigkeit

- 8 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.
- 9 Für die Entscheidung über zivilrechtliche Ansprüche – insbesondere also vertragliche Ansprüche, aber auch solche aus EnWG und GWB – sind zunächst generell die Zivilgerichte zuständig. Hierbei ist insbesondere auf die Möglichkeit der Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen aus §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes hinzuweisen.¹ Daneben bestehen aufsichtsbehördliche Zuständigkeiten für die Überwachung des in § 46 EnWG geregelten Wegenutzungsrechtes. Diese obliegen zum einen grundsätzlich der Bundesnetzagentur, zum anderen bestehen teilweise überschneidende Befugnisse der Kartellbehörden; dies stellt § 46 Abs. 5 EnWG noch einmal klar.
- 10 Für die Beantwortung der Frage, ob die Bundesnetzagentur zur Durchsetzung von Ansprüchen mit konzessionsrechtlichem Hintergrund berufen ist, ist maßgeblich darauf abzustellen, ob sich der Anspruch aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis nach § 46 Abs. 2 EnWG ergibt, mithin ob er einen engen regulatorischen Bezug aufweist. Soweit sich die Gemeinde oder Interessenten auf vertragliche (Neben-) Ansprüche aus dem Altkonzessionsvertrag berufen, ist die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur nicht berührt; dies betrifft insbesondere das Stadium vor Abschluss des neuen Konzessionsvertrages, in dem weder die Bieter noch die Gemeinde über § 46 Abs. 2 EnWG in einem gesetzlichen Schuldverhältnis zum Altkonzessionär stehen. Das Rechtsverhältnis nach § 46 Abs. 2 EnWG wird erst und nur mit dem Unternehmen begründet, mit welchem die Gemeinde den neuen Konzessionsvertrag schließt. Durch die Bundesnetzagentur zu entscheidende regulierungsrechtliche Streitigkeiten entstehen damit regelmäßig erst mit Abschluss des neuen Konzessionsvertrages bzw. mit Abschluss des Überlassungsvertrages.
- 11 Die Zuständigkeit der Kartellbehörden im Hinblick auf die oben genannten Themenkreise richtet sich nach der Reichweite der kartellrechtlichen Tatbestände. Im Kontext der Neu-

¹ OLG Düsseldorf, U.v. 13.01.2010, 27 U 1/09, VergabeR 2010, 531 = NZBau 2010, 328.

vergabe von Konzessionsverträgen sind dies insbesondere die §§ 1, 19, 20 Abs. 1, 21 Abs. 2 GWB sowie Art. 101 und 102 AEUV. In diesem Rahmen können auch vertragliche (Neben-)Ansprüche eine Rolle spielen. Die Zuständigkeit der Kartellbehörden betrifft insbesondere die diskriminierungsfreie und wettbewerbliche Vergabe der Konzession durch die insoweit marktbeherrschende Gemeinde.

- 12** Nach § 48 GWB ist für die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bundeskartellamt und Landeskartellbehörden maßgeblich, ob die Wirkung des wettbewerbsbeschränkenden oder diskriminierenden Verhaltens über das Gebiet eines Landes hinausreicht. Die Frage, welche Kartellbehörde für die Überprüfung der Konzessionsverfahren zuständig ist, muss im Einzelfall in Ansehung der konkreten Auswirkungen des wettbewerbswidrigen Verhaltens und der Nachfragesituation beantwortet werden. Eine wechselseitige Zuständigkeitsübertragung ist nach § 49 Abs. 3 und 4 GWB möglich.
- 13** Soweit eine Zuständigkeit der Bundesnetzagentur bzw. der Kartellbehörden gegeben ist, stehen im Einzelfall die Verfahrenseinleitung und die Auswahl der ggf. zu erlassenden Maßnahmen im Ermessen der jeweiligen Behörde. Vor allem im Rahmen ihrer Erwägungen, ob ein Verfahren eingeleitet wird (sog. Aufgreifermessen), kann berücksichtigt werden, inwieweit effektiver Rechtsschutz im Einzelfall vor den Zivilgerichten erlangt werden kann.

C. Kartell- und Vergaberecht

(Sicherstellung der wettbewerblichen Konzessionsvergabe)

I. Vergaberecht

- 14** Das Vergaberecht der §§ 97 ff. GWB ist auf den Neuabschluss von Konzessionsverträgen nach § 46 Abs. 2 und 3 EnWG nicht anwendbar, da sie keine öffentlichen Aufträge über Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen im Sinne von § 99 GWB zum Gegenstand haben. Damit besteht auch kein Zugang zu den Vergabekammern.
- 15** Ungeachtet der fehlenden Festlegung von Auswahlkriterien im EnWG müssen Gemeinden die allgemeinen, aus vorrangigem europäischem Primärrecht folgenden Vergabeprinzipien beachten. Dabei ist die umstrittene Frage unerheblich, ob es sich bei Konzessionsverträgen um Dienstleistungskonzessionen im Sinne des durch europäische Richtlinien harmonisierten Vergaberechts handelt.² Die aus den europäischen Grundfreiheiten abgeleiteten Vergabeprinzipien sind auch im Rahmen der Neuverga-

² Im Fall einer Trink- und Abwasserkonzession nahm der EuGH eine Dienstleistungskonzession an, s. EuGH, U.v. 10. September 2009, Rs. C-206/08 – *WAZV Gotha*.

be von Konzessionen nach § 46 Abs. 2, 3 EnWG anwendbar.³ Demnach muss insbesondere eine Bekanntmachung in geeigneter Form erfolgen und die Vergabe transparent und nichtdiskriminierend durchgeführt werden; die Entscheidung ist ferner zu begründen und es müssen Rechtsschutzmöglichkeiten vom nationalen Recht gewährleistet werden.⁴ Die Schwelle für die Betroffenheit des innergemeinschaftlichen Handels ist bei Konzessionen dabei äußerst niedrig anzusetzen.⁵

II. Kartellrecht

1. Marktabgrenzung und Marktmacht

- 16** Gemeinden sind bei der Vergabe von Konzessionen für Gas- und Stromverteilernetze unternehmerisch tätig, da es sich um die entgeltliche Vergabe von Wegerechten handelt.⁶ Das deutsche und europäische Wettbewerbsrecht ist daher anwendbar.
- 17** Die Disposition über die Neuvergabe der Konzessionen steht nach § 46 EnWG allein der jeweiligen Gemeinde zu. Sie ist folglich in Bezug auf die örtlichen Konzessionen absolut marktbeherrschend und damit Normadressatin der §§ 19 und 20 GWB und im Einzelfall unter Umständen auch des Art. 102 AEUV.
- 18** Für diesen Befund gibt es zwei Begründungsansätze, die beide zum gleichen Ergebnis der örtlichen Marktbeherrschung der Gemeinde führen:
- Die jeweilige in Frage stehende Konzession ist aufgrund ihrer „produktspezifischen“ Besonderheit, dass nur sie den Netzbetrieb für die örtliche Bevölkerung für die Dauer der Konzession erlaubt, nicht durch gleichartige Konzessionen andernorts substituierbar.⁷ Vielmehr stehen die verschiedenen gleichartigen Konzessionen funktional nebeneinander. Jede Konzession ist mithin Gegenstand eines eigenen sachlichen Marktes. Nach den Erkenntnissen von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur besteht regelmäßig eine länderübergreifende Nachfrage.
 - Bei der Konzessionsvergabe ist aufgrund der „produktspezifischen“ Besonderheit jeder einzelnen Konzession, dass nur sie den Netzbetrieb für die örtliche Bevölke-

³ So ausdrücklich für eine durch Verwaltungsakt zu erteilende Genehmigung zum Spielbankbetrieb, welche keinen Dienstleistungskonzessionsvertrag darstellt, EuGH, U.v. 9. September 2010, Rs. C-64/08, Rn. 49 ff. – *Engelmann*.

⁴ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen (ABl. 2006, C 179, S. 2), bestätigt durch EuG, U.v. 20.05.2010, Rs. T-258/06 – *Vergabemitteilung*.

⁵ Siehe z.B. bzgl. einer Ausschreibung für eine Parkplatzbetriebslizenz für einen Parkplatz mit 200 Stellplätzen EuGH, U.v. 13.10.2003, Rs. C-458/03 – *Parking Brixen*.

⁶ BGH, U.v. 11.11.2008, KZR 43/07, WuW/E DE-R 2581 – *Neue Trift*.

⁷ Vgl. BGH, U.v. 14.7.1998 – KZR 1/97, WuW/E DE-R 201 – *Schilderpräger im Landratsamt*, Rn. 18 (Juris); U.v. 24.9.2002 – KZR 4/01, WuW/E DE-R 1003 – *Kommunaler Schilderprägebetrieb*, Rn. 19 (Juris).

nung für die Dauer der Konzession erlaubt, entgegen der üblichen nachfrageorientierten Marktabgrenzung strikt auf den lokalen Angebotsmarkt abzustellen. Der räumliche Markt ist mithin auf das Konzessionsgebiet bezogen abzugrenzen. Die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes könnte sich hier mit der *Mainova*-Rechtsprechung des OLG Düsseldorf⁸ aus der überörtlichen, regelmäßig länderübergreifenden Nachfrage nach Verteilernetzkonzessionen ergeben.

- 19** Das Anspruchsverhältnis zwischen Altkonzessionär und Neukonzessionär nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG ist kein Wettbewerbsverhältnis im Sinne des Kartellrechts. Dieses Anspruchsverhältnis ist vielmehr bloßer Annex zur Konzessionsvergabe an den Neukonzessionär durch die Gemeinde; die Konzessionsvergabe führt zur Entstehung eines gesetzlichen Schuldverhältnisses zwischen Altkonzessionär und Neukonzessionär. Dieses beinhaltet den Anspruch des Neukonzessionärs auf Überlassung der für den Betrieb der Netze notwendigen Verteilungsanlagen und den Anspruch des Altkonzessionärs auf Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung.
- 20** Wettbewerb im Sinne des Kartellrechts setzt aber voraus, dass zumindest für eine Marktseite Auswahlmöglichkeiten hinsichtlich des Vertragspartners oder doch zumindest der Vertragsparameter bestehen. Vor Entstehen des Anspruchsverhältnisses des § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG hat sich die mögliche Vielzahl von Bewerbern um die Konzession aber von Gesetz wegen durch den Zuschlag der Gemeinde auf einen verbliebenen Bewerber reduziert. Dementsprechend hat der Altkonzessionär keine von der Konzessionsvergabe durch die Gemeinde unabhängige Wahlmöglichkeit hinsichtlich des Gläubigers des Überlassungsanspruchs oder der Anspruchsinhalte. Vielmehr ist die Gemeinde Angebotsdisponent des Anspruchsverhältnisses nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG. Entscheidet ein Dritter über das Entstehen eines Schuldverhältnisses, so ist dieser Disponent für die Marktabgrenzung maßgeblich.⁹ Indem die Gemeinde vermittelt durch die Konzessionsvergabe zugleich den Gläubiger des Anspruchs auf Überlassung des Verteilernetzes bestimmt, ist sie der kartellrechtlich maßgebliche Anbieter des Verteilernetzes.

2. Wettbewerbliche Konzessionsvergabe durch die Gemeinde

- 21** Bei der Auswahl des Konzessionärs trägt die Gemeinde 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. Auch bei Wahrnehmung eigener wirtschaftlicher Interessen

⁸ OLG Düsseldorf, B.v. 23.6.2004, Kart 35/03 (V), VI-Kart 35/03 (V), WuW/E DE-R 1307 – *Mainova/GETEC*; tendenziell anders OLG Stuttgart, B.v. 20.6.2002, 2 Kart 1/02, ZNER 2003, 46.

⁹ Vgl. *Bechtold* in *Bechtold*, *GWB*, 6. Auflage 2010, § 19 Rn. 5 m.w.N. zur Rechtsprechung.

durch die Gemeinde ist zu berücksichtigen, dass Verteilernetze unterhalb einer gewissen Größenordnung unter bestimmten Bedingungen Effizienz Nachteile beim Netzbetrieb und einen erhöhten Regulierungsaufwand nach sich ziehen können. Dies kann zu höheren Kosten für die Netznutzer führen und den Wettbewerb auf den Vertriebsmärkten hemmen.

22 Der Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung der Gemeinde bei der Vergabe örtlicher Wegerechte i.S.d. §§ 19, 20 GWB und ggf. Art. 102 AEUV ist nach Auffassung des Bundeskartellamtes und der Bundesnetzagentur insbesondere gegeben, wenn die Gemeinde

- die Konzession ohne die nach § 46 Abs. 3 EnWG in Übereinstimmung mit europäischen primärrechtlichen Vorgaben erforderliche Bekanntmachung vergibt,
- im Rahmen der Konzessionsvergabe Gegenleistungen fordert oder sich zusagen lässt, die im Widerspruch zur KAV stehen,¹⁰ insbesondere unzulässige Nebenleistungen im Sinne des § 3 KAV oder – im Widerspruch zu §§ 1 Abs. 3 und 4, 2 Abs. 6 KAV¹¹ – die hohe Tarif-Konzessionsabgabe für alle Durchleitungsfälle bei Gaslieferungen,
- auf die Vertriebstätigkeiten der Bieter oder des Altkonzessionärs einwirkt,¹²
- ihre Auswahlkriterien und deren Gewichtung gegenüber den Bietern nicht klar benennt,
- den Interessenten nicht diskriminierungsfrei die netzrelevanten Daten für eine sachgerechte Bewerbung zur Verfügung stellt (Schaffung eines *level playing field*),
- ihre Auswahlentscheidung nicht anhand ihrer vorher festgelegten und bekanntgegebenen Auswahlkriterien trifft oder
- einzelne Bieter, insbesondere mit der Gemeinde verbundene Unternehmen, ohne sachlichen Grund bevorzugt.

¹⁰ Davon unberührt ist die Zuständigkeit der für die Überwachung und Einhaltung der KAV zuständigen Behörde nach § 6 KAV.

¹¹ Vgl. BKartA, B.v. 03.06.2009, Az. B10-71/08, WuW/E DE-V 1729 – *GGEW Bergstraße*; BKartA, B.v. 16.09.2009, Az. B10-11/09, WuW/E DE-V 1803 – *Gasversorgung Ahrensburg*; BKartA, B.v. 17.09.2009, Az. B10-74/08 – *Stadtwerke Torgau*; BKartA, B.v. 27.04.2010, Az. B10-42/09 – *Stadtwerke Völklingen*. Andere Auffassung: LKB Baden-Württemberg. Eine Beschwerde gegen den GAG Ahrensburg Beschluss ist vor dem OLG Düsseldorf anhängig (Az.: VI-2 Kart 10/09 [V]).

¹² So auch BDEW, Leitfaden Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben in der Strom- und Gasversorgung vom 9.11.2010, unter 5.6 auf S. 24.

- 23** Zulässige Auswahlkriterien müssen einen sachlichen Bezug zur Konzession oder zum Netz aufweisen und sind allen Bietern transparent mitzuteilen. Neben den Regelungen der KAV zu den für die Konzessionsgewährung zulässigen Gegenleistungen können regelmäßig auch Vereinbarungen zum konzessionierten Netz (z.B. Investitionen, Ausbau, Effizienzsteigerung) getroffen werden.
- 24** Abhängig von der jeweiligen Verhaltensweise kann auch ein Verstoß gegen § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV in Betracht kommen.¹³ Im Einzelfall kann Anlass zur Prüfung einer Druckausübung nach § 21 Abs. 2 GWB bestehen.
- 25** Die folgenden Daten sind nach Auffassung des Bundeskartellamtes und der Bundesnetzagentur im Rahmen eines wettbewerbsrechtlich ordnungsgemäßen Konzessionsvergabeverfahrens allen Bietern transparent mitzuteilen, um eine indikative Preiskalkulation für die zu übernehmenden Anlagen zu ermöglichen:¹⁴
- Anzahl der von § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG erfassten Anlagegüter, aufgeteilt nach Kategorien,
 - Altersstruktur der Anlagegüter des Elektrizitäts- bzw. Gasversorgungsnetzes des jeweiligen Konzessionsgebiets (originäre historische Anschaffungs-/Herstellungsjahre),
 - Art und Besonderheiten des Elektrizitäts- bzw. Rohrleitungsnetzes (z.B. verbaute Materialien) und der sonstigen Anlagegüter,
 - Angaben zum Konzessionsgebiet einschließlich eines Netzplans mit Kennzeichnung z.B. der Netzverknüpfungspunkte und derjenigen Leitungen, welche nicht vom Überlassungsanspruch nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG erfasst werden,
 - Strukturdaten gemäß § 27 Abs. 2 Strom- bzw. GasNEV (Veröffentlichungspflichten des Netzbetreibers) bezogen auf das Konzessionsgebiet, also insbesondere¹⁵
 - im Falle von Gasnetzen:
 1. die Länge des Gasleitungsnetzes jeweils getrennt für die Niederdruck-, Mitteldruck- und Hochdruckebene zum 31. Dezember des Vorjahres,

¹³ Durch den Abschluss eines solchen Konzessionsvertrages kann im Einzelfall der regulatorisch vorgegebene Wettbewerb um die Konzession durch Abschluss eines rechtswidrigen Vertrages beschränkt werden. Nach der Rechtsprechung des 2. Kartellsenats des OLG Düsseldorf sind die wettbewerbsfördernden Zielsetzungen anderer Gesetze auch im Rahmen von § 1 GWB heranzuziehen (OLG Düsseldorf, U.v. 12.3.2008 – VI-2 U (Kart) 8/07 – *Verlängerung ohne Bekanntmachung*, Rn. 43 Juris.). Zustimmend *Rosin/Semmler/Hermeier*, ET 2010, 88, 91.

¹⁴ So grundsätzlich auch LKB Niedersachsen, Hinweise zur Durchführung eines wettbewerblichen Konzessionsvergabeverfahrens nach § 46 EnWG vom März 2010, S. 3.

¹⁵ Gemäß der zum Veröffentlichungszeitpunkt des Leitfadens aktuellen Fassung von § 27 Abs. 2 Strom- bzw. GasNEV.

2. die Länge des Gasleitungsnetzes in der Hochdruckebene nach Leitungsdurchmesserklassen,
3. die im Vorjahr durch Weiterverteiler und Letztverbraucher entnommene Jahresarbeit in Kilowattstunden oder in Kubikmetern,
4. die Anzahl der Ausspeisepunkte jeweils für alle Druckstufen und
5. die zeitgleiche Jahreshöchstlast aller Entnahmen in Megawatt oder Kubikmetern pro Stunde und den Zeitpunkt des jeweiligen Auftretens;

und

○ im Falle von Stromnetzen:

1. die Stromkreislänge jeweils der Kabel- und Freileitungen in der Niederspannungs-, Mittelspannungs-, Hoch- und Höchstspannungsebene zum 31. Dezember des Vorjahres,
2. die installierte Leistung der Umspannebenen zum 31. Dezember des Vorjahres,
3. die im Vorjahr entnommene Jahresarbeit in Kilowattstunden pro Netz- und Umspannebene,
4. die Anzahl der Entnahmestellen jeweils für alle Netz- und Umspannebenen,
5. die Einwohnerzahl im Netzgebiet von Betreibern von Elektrizitätsversorgungsnetzen der Niederspannungsebene zum 31. Dezember des Vorjahres,
6. die versorgte Fläche nach § 24 Abs. 2 Satz 2 und 3 StromNEV zum 31. Dezember des Vorjahres und
7. die geographische Fläche des Netzgebietes zum 31. Dezember des Vorjahres;

sowie

- das Konzessionsabgabenaufkommen (getrennt nach den jeweiligen Tarif- und Sondervertragskunden).

26 Die Gemeinde darf die mit ihr verbundenen Unternehmen nicht einseitig bevorzugen, auch wenn sie mit dem Netzbetrieb Gewinne erzielen kann.¹⁶ Das Angebot von Wegerechten im örtlichen Wegenetz ist der Gemeinde nur wegen ihrer straßenrechtlichen hoheitlichen Aufgaben möglich. Die so vermittelte Monopolstellung beim Angebot darf sie nicht zur diskriminierenden Verdrängung privater Nachfrager missbrauchen.¹⁷ Die Fallgestaltung bei Konzessionsvergaben ist mit den vom Bundesgerichtshof entschiedenen Schilderprägerfällen vergleichbar. Dort wuchs den Kommunen nur aufgrund des hoheitlichen Betriebs der Zulassungsstelle eine marktbeherrschende Stellung für das Angebot von Flächen für Schilderprägerbetriebe zu. Der Bundesgerichtshof entschied, dass es der Gemeinde nach § 20 Abs. 2 GWB verwehrt war, unter Verdrängung leistungsbereiter Privater die Nachfrage nach Schildern selbst zu befriedigen.¹⁸ Auch werden Kommunen hierdurch nicht in ihrem Recht auf kommunale Selbstverwaltung verletzt.¹⁹

3. Informationsanspruch der Gemeinde gegen den Altkonzessionär

27 Regelmäßig besteht ein *vertraglicher* Nebenanspruch aus dem auslaufenden Konzessionsvertrag der Gemeinde gegen den Altkonzessionär auf Herausgabe bestimmter Informationen. Die Nichterfüllung dieses Anspruchs verstößt regelmäßig gegen Kartellrecht. Er ergibt sich – sofern er nicht bereits im auslaufenden Konzessionsvertrag vorgesehen ist – in der Regel als ungeschriebene Nebenpflicht aus dem auslaufenden Konzessionsvertrag, ggf. i.V.m. § 242 BGB.²⁰ Bereits seit der 4. GWB-Novelle 1980 ist die Laufzeit der Konzessionsverträge auf 20 Jahre beschränkt. Alle derzeit ablaufenden Konzessionsverträge sind daher bereits mit Blick auf eine begrenzte Laufzeit geschlossen worden, an die sich eine Neuvergabe der Konzession anschließt. Diese Regelung ist mittlerweile in § 13 Abs. 2 S. 2 EnWG 1998 bzw. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG 2005 überführt worden. Ebenso wie ein überhöhter Rückkaufpreis für das Netz kann auch mangelnde Information eine anderweitige Vergabe faktisch verhindern und damit wettbewerbsbeschränkend im Sinne von § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV wirken.

28 Der Altkonzessionär ist daher verpflichtet, der Gemeinde diejenigen Informationen zur Verfügung zu stellen, die potentielle Bieter benötigen, um effektiv an der Vergabe der

¹⁶ Entgegen dem BDEW-Leitfaden gibt es auch keine dem wettbewerblichen Auswahlverfahren entzogene „Systementscheidung“ der Gemeinde (BDEW, Leitfaden Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben in der Strom- und Gasversorgung vom 9.11.2010, unter 4.3 a.E. auf S. 18).

¹⁷ So auch *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge, 2010, 76 ff.

¹⁸ BGH U.v. 24.9.2002 – KZR 4/01, WuW/E DE-R 1003 – *Kommunaler Schilderprägebetrieb*, Rn. 26 (Juris).

¹⁹ Vgl. BGH, U.v. 28.6.2005, KVR 27/04, WuW/E DE-R 1520 – *Arealnetze*, Rn. 26 (Juris), bestätigt durch BVerfG, B.v. 18.5.2009, 1 BVR 1731/05, WuW/E DE-R 2667.

²⁰ So auch LKB Niedersachsen, Hinweise zur Durchführung eines wettbewerblichen Konzessionsvergabeverfahrens nach § 46 EnWG vom März 2010, S. 10. Ebenso *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge, 2010, 96.

Konzession teilzunehmen. Der Anspruch umfasst jedenfalls die oben dargestellten Daten, welche die Gemeinde den Bietern diskriminierungsfrei zur Verfügung stellen muss. Zur Gewährleistung einer diskriminierungsfreien Konzessionsvergabe ist es erforderlich, dass alle Interessenten in der Lage sind, anhand der Ihnen vorgelegten Daten und der von der Gemeinde bekanntzugebenden Auswahlkriterien ein Angebot abzugeben.

- 29** Zugleich kann der Altkonzessionär gegenüber dem Informationsanspruch der Gemeinde nicht einwenden, die Herausgabe der Daten verstoße gegen die informatorische Entflechtung und sei daher rechtlich unmöglich. Die Daten sind so hoch aggregiert, dass sie keine wirtschaftlich sensiblen Daten, insbesondere Kundendaten, i.S.d. § 9 Abs. 1 EnWG enthalten. Die Herausgabe der Daten an die Gemeinde verstößt auch nicht gegen § 9 Abs. 2 EnWG, da eine sachliche Rechtfertigung für die Offenlegung besteht. Zugleich ist zu berücksichtigen, dass die Informationen keinen Energielieferanten, sondern Bewerbern um den entflochtenen Netzbetrieb erteilt werden. Es bestehen keine Bedenken, der Gemeinde und den übrigen Bietern eine vertragsstrafenbewehrte Geheimhaltungsverpflichtung abzuverlangen.
- 30** Ein neuerlicher Konzessionsvertrag mit dem Altkonzessionär unter Missachtung dieses Informationsanspruches verstieße gegen § 1 GWB, weil die Vergabe der Konzession an den Altkonzessionär den Wettbewerb um die Konzession im regulatorisch vorgeschriebenen Umfang verhindert hätte. Bei Nichterfüllung des Auskunftsanspruchs durch den Altkonzessionär kann im Einzelfall Anlass zur Prüfung einer Druckausübung auf die Gemeinde nach § 21 Abs. 2 GWB bestehen. Es ist zu empfehlen, dass neu abgeschlossene Konzessionsverträge einen entsprechenden Auskunftsanspruch ausdrücklich vorsehen.

D. Energiewirtschaftsrecht

(Netzüberlassung und regulatorische Folgefragen)

III. Materielle Auslegungsfragen bzgl. § 46 Abs. 2 EnWG

1. Überlassen i.S.d. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG

- 31** Der Anspruch aus § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG beinhaltet, dass der bisherige Nutzungsberechtigte dem neuen Konzessionsnehmer die zum Netzbetrieb notwendigen Verteilungsanlagen überlassen muss, indem er ihm die tatsächliche Sachherrschaft an den Anlagen für die Dauer des Konzessionsvertrages einräumt. Entscheidend ist, dass mit dem Wechsel des Konzessionsnehmers ein Wechsel des Netzbetreibers realisiert wird, denn die Ausübung der Wegenutzungsrechte wird wesentlich durch die Übernahme des Netzbetriebes gewährleistet. Diese kann jedoch nicht nur durch den formalen Übergang des

Netzeigentums, sondern gerade auch durch die Einräumung einer umfassenden Nutzungsbefugnis beispielsweise im Wege eines Pachtverhältnisses ermöglicht werden.

- 32** Die Frage, ob der Überlassungsanspruch auf eine Eigentumsübertragung gerichtet ist, oder eine Besitzrechtsverschaffung ausreicht, ist höchstrichterlich bislang nicht geklärt. In Rechtsprechung und Literatur besteht insgesamt keine Einigkeit. Für eine bloße Pflicht zur Besitzrechtsverschaffung spricht, dass nach der allgemeinen sachenrechtlichen Terminologie eine Eigentumsverschaffung mit dem Begriff „Übertragung“ (vgl. z.B. §§ 929, 925 BGB) bezeichnet wird, während der Begriff „Überlassen“ weiter gefasst ist. In systematischer Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass das „Pachtmodell“ ein anerkanntes Modell zur Umsetzung der Entflechtungsvorgaben des EnWG ist. Schließlich war der Begriff des Überlassens bereits in der Vorgängerregelung des § 13 Abs. 2 EnWG 1998 enthalten und seine Bedeutung in Rechtsprechung und Schrifttum schon damals umstritten. 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.
- 33** Nach der geltenden Rechtslage geht die Bundesnetzagentur²¹ davon aus, dass die bloße Besitzrechtsverschaffung – etwa durch Verpachtung – zur Erfüllung des gesetzlichen Anspruchs ausreicht.²² Selbstverständlich ist eine darüber hinausgehende Eigentumsübertragung auf freiwilliger Basis ebenfalls möglich. Unberührt hiervon bleiben etwaige weitergehende vertragliche Ansprüche z.B. aus Endschäftsbestimmungen des alten Kon-

²¹ Das Bundeskartellamt vertritt zu dieser allerdings primär regulatorischen Frage eine abweichende Auffassung und hält eine Übereignung zur Erfüllung des Anspruches aus § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG für erforderlich. Siehe auch die Stellungnahme des Bundeskartellamtes im Gesetzgebungsverfahren zur EnWG Novellierung 2005 (Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit, Ausschussdrucksache 15/1520 v. 25.11.2004, S. 133: „Für Wegenutzungsverträge (§ 46) sollte im Interesse der Qualitätssicherung der Netze und des Wettbewerbs ein expliziter gesetzlicher Anspruch zur Übertragung des Netzeigentums formuliert werden. [...] Die Pflege und Erneuerung des Netzes wird während der regelmäßig 20-jährigen Laufzeit eines Wegenutzungsvertrages am effizientesten derjenige wahrnehmen, der auch Eigentümer des Netzes ist. Nur als Eigentümer kann der Inhaber des Wegenutzungsrechtes nach Ablauf des Wegenutzungsvertrages auch seiner nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG bestehenden Verpflichtung nachkommen, seinerseits das Netz dem neuen Inhaber des Wegenutzungsrechtes zu übertragen.“ Vgl. zu dieser Rechtsfrage außerdem die – soweit ersichtlich – einzige obergerichtliche Entscheidung zum Rückübereignungsanspruch gegen wirtschaftlich angemessene Vergütung zur Rechtslage vor Inkrafttreten von § 13 Abs. 2 EnWG 1998 bzw. § 46 Abs. 2 EnWG 2005 OLG Frankfurt am Main, U.v. 11.2.1997, 11 U (Kart) 38/96, RdE 1997, 146, 148 ff = ZNER 1998, 49; zur Rechtslage nach EnWG OLG Schleswig, U.v. 10.1.2006 - 6 U Kart 58/05.

²² So auch OLG Frankfurt/Main, U.v. 29.1.2008, 11 U 20/07 (Kart), RdE 2008, 146 und OLG Koblenz, U.v. 23.4.2009, U 646/08.Kart, ZNER 2009, 146.

zessionsvertrages.²³ Vor diesem Hintergrund raten Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt dringend dazu, in neu abzuschließenden Konzessionsverträgen einen Anspruch auf Eigentumsübertragung zu vereinbaren.

2. Anspruchsumfang – notwendige Verteilungsanlagen

- 34** Bei der mit dem Konzessionsnehmerwechsel verbundenen Überlassung streiten der alte und neue Konzessionsnehmer regelmäßig darüber, welche Verteilungsanlagen konkret zu überlassen sind. Insbesondere ist streitig, wie sogenannte gemischt genutzte Energieleitungen (multifunktionale Leitungen) zu behandeln sind, die sowohl der Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet als auch einem darüber hinausgehenden Zweck dienen, wie beispielsweise dem überörtlichen Energietransport oder als Reserveleitung einer benachbarten Gemeinde.
- 35** Zwar ist der Begriff der Verteilungsanlagen gesetzlich nicht definiert. Allerdings verdeutlicht die Legaldefinition der Verteilung (§ 3 Nr. 37 EnWG), dass jedenfalls Anlagen zu überlassen sind, die dem Transport von Elektrizität mit hoher, mittlerer oder niedriger Spannung über Elektrizitätsverteilernetze oder dem Transport von Gas über örtliche oder regionale Leitungsnetze dienen, um die Versorgung von Kunden zu ermöglichen.
- 36** Weiterhin ergibt sich aus dem Wortlaut des § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG für den Überlassungsgegenstand das Kriterium der „Notwendigkeit“. Entscheidend ist, ob die Anlage für den Netzbetrieb notwendig im Sinne von „erforderlich“ ist. Maßgeblich dürfte hier die Gewährleistung der sicheren Versorgung im Gemeindegebiet sein. Dies schließt grundsätzlich auch gewisse Redundanzen ein, z.B. zur Einhaltung des im Strombereich geltenden N-1 Kriteriums. Eine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendige Verteilungsanlage ist danach anzunehmen, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass die Versorgung im Gemeindegebiet und damit die Versorgung bestimmter Letztverbraucher ausgeschlossen würde. Im Ergebnis dürfte dies grundsätzlich für sämtliche Anlagen eines Verteilernetzes zutreffen, unabhängig von Spannungs- bzw. Druckstufe. Neben den Energieleitungen selbst zählen hierzu im Strombereich etwa Umspannanlagen (d.h. Transformatoren, Schaltanlagen, Sekundärtechnik etc.), Schaltstationen, Ortsnetzstationen, im Eigentum des Netzbetreibers befindliche Kundenstationen sowie im Gasbereich etwa Gasdruckregelstationen, die dazugehörigen Messanlagen und ggf. Odorierungsanlagen. Vom Überlassungsanspruch umfasst sind beispielsweise auch alle technischen Einrichtungen (Messeinrichtung, Wandler, Telekommunikationseinrichtung, bei Gas Druck- und Temperaturmessenrichtungen) derjenigen Messstellen, die vom Netzbetreiber betrieben werden, für die also nicht ein dritter

²³ BGH, U.v. 29.9.2009, EnZR 14/08, WuW/E DE-R 2921 – *Endschaftsbestimmung II*.

Messstellenbetreiber infolge einer gesonderten Beauftragung durch den Letztverbraucher zuständig ist (§ 21b EnWG i.V.m. MessZV).

- 37** Hingegen werden die zum Übertragungs- und Fernleitungsnetz zählenden Anlagen nicht von der Regelung erfasst. Des Weiteren wird der Überlassungsanspruch durch das Kriterium der Versorgung des Gemeindegebietes beschränkt. Der örtliche Bezug (siehe hierzu auch die Definition des „örtlichen Verteilernetzes“ in § 3 Nr. 29b EnWG) lässt den Schluss zu, dass grundsätzlich nur die im Konzessionsgebiet der Gemeinde belegenen Verteilungsanlagen zu überlassen sind. Ob ausnahmsweise auch außerhalb des Gemeindegebiets belegene Anlagen zu überlassen sind, bedarf ggf. einer wertenden Betrachtung des Einzelfalles.
- 38** Legt man diese Maßstäbe zugrunde, unterfallen auch multifunktionale Leitungen der Pflicht zur Überlassung. Denn diese hängt nicht von der Funktion der Leitung im Sinne einer gemischten oder ausschließlichen Nutzung ab, sondern vielmehr davon, dass es sich um eine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendige Verteilungsanlage handelt.
- 39** Im Hinblick auf den Umfang des gesetzlichen Überlassungsanspruches gehen Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt daher davon aus, dass der gesetzliche Anspruch nach § 46 Abs. 2 EnWG in der Regel auf die Überlassung sämtlicher im Konzessionsgebiet belegener Anlagen des Verteilernetzes gerichtet ist mit Ausnahme solcher, die eindeutig überörtlichen Versorgungscharakter haben²⁴.
- 40** Die im Einzelfall zum Überlassen der Netzanlagen erforderlichen „Entflechtungsmaßnahmen“ bedeuten dabei technisch nicht automatisch eine sog. „galvanische“ Trennung. Regelmäßig dürfte zum Überlassen der relevanten Netzanlagen eine Differenzmengenbetrachtung (Messlösung) ausreichend und kostengünstiger sein.

3. Angemessene Vergütung

- 41** Der bisherige Konzessionsnehmer muss das Netz nur gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung überlassen, § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG.
- 42** Die Maßstäbe zur Bestimmung der „angemessenen Vergütung“ können zunächst der „Kaufering“-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 1 GWB a.F. entnommen wer-

²⁴ Gemeint sind lediglich solche Anlagen, deren überörtlicher Versorgungscharakter den der lokalen Verteilung eindeutig überwiegt. Das wäre beispielsweise anzunehmen, wenn eine Leitung dazu dient, Strom von einem Umspannwerk in fünf verschiedene Gemeinden zu transportieren, während von ihr nur vereinzelt Leitungen zu Letztverbrauchern abzweigen. Praktisch könnte die Anwendung der Überlassungspflicht in diesem Fall dazu führen, dass die zuvor von einem Unternehmen betriebene Leitung entsprechend der Gemeindegrenzen auf fünf verschiedene Netzbetreiber aufgeteilt würde.

den.²⁵ Demnach können sowohl der Ertragswert als auch der Sachzeitwert der Berechnung zu Grunde gelegt werden. Anderes gilt indes, wenn der Sachzeitwert den Ertragswert nicht unerheblich übersteigt und dadurch eine Übernahme des Versorgungsnetzes verhindert wird. Der Ertragswert entfaltet insoweit eine begrenzende Wirkung. Dabei ist der Ertragswert des Versorgungsnetzes nach objektivierte für alle denkbaren Erwerber geltenden Kriterien zu ermitteln.

- 43** Obwohl die „Kaufering“-Rechtsprechung noch vor Inkrafttreten des geltenden EnWG entwickelt wurde, sind keine Gründe ersichtlich, die einer Übertragung auf die heutige Rechtslage entgegenstehen.²⁶ Es ist davon auszugehen, dass der Ertragswert maßgeblich durch die Vorgaben der StromNEV bzw. GasNEV bestimmt wird. Mit der Einführung der Netzentgeltregulierung werden Kosten für das Sachanlagevermögen von Energie-netzbetreibern auf Grundlage der kalkulatorischen Restwerte ermittelt (vgl. §§ 6 und 32 Abs. 3 StromNEV; §§ 6 und 32 GasNEV). Eine Abschreibung unter Null wird ausdrücklich ausgeschlossen. Der im Sachzeitwertverfahren übliche Ansatz von „Anhaltewerten“ für noch vorhandene, aber kalkulatorisch bereits vollständig abgeschriebene Anlagegüter ist mit diesen Grundsätzen nicht vereinbar.
- 44** Der neue Netzbetreiber kann zukünftige Erträge aus den übernommenen Energieversorgungsanlagen somit zunächst nur auf der Grundlage des kalkulatorischen Restwerts erzielen (Ertragswert unter Berücksichtigung der Vorgaben der StromNEV und der GasNEV). Damit ist der kalkulatorische Restwert eine maßgebliche Eingangsgröße zur Ermittlung des Netzkaufpreises bzw. Pachtzinses. Eine Vergütung, die den auf Basis des um Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge bereinigten kalkulatorischen Restwerts bestimmten Ertragswert erheblich übersteigt, ist nicht angemessen. Auch vertragliche Vereinbarungen in Endschaftsklauseln, die darauf abzielten, mit Auslaufen des Konzessionsvertrags unabhängig von der Ertragswerthöhe stets den Sachzeitwert als Bewertungsmaßstab festzuschreiben, sind folglich unwirksam. Denn auch in diesen Fällen führt das Abstellen auf eine angemessene Vergütung dazu, dass der Ertragswert den Sachzeitwert wirtschaftlich limitiert. Im Ertragswert ist auch zu berücksichtigen, dass in der Anreizregulierung durch einen Netzkauf auch besondere Erlöschancen (z.B. durch Unterschreitung der Erlösobergrenze), entstehen können, die gesondert zu bewerten sind.
- 45** Es ist nach dem gemeinsamen Verständnis von Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt davon auszugehen, dass der Ertragswert und damit die angemessene Vergütung maßgeblich durch die im Rahmen der Entgeltregulierung determinierten Kosten bestimmt

²⁵ BGH, U.v. 16.11.1999, KZR 12/97 – *Kaufering*.

²⁶ BGH, U.v. 7.02.2006, KZR 24/04, NJW-RR 2006, 1139, 1142.

werden. Dabei ist insbesondere zu unterscheiden zwischen der zulässigen Vereinbarung des Preises einerseits und der beschränkten Möglichkeit der Refinanzierung des Preises durch die Netzentgelte. Das System der Entgeltregulierung bzw. der Anreizregulierung bestimmt die maximalen Netzerlöse und damit die durch Netzentgelte refinanzierbaren Kosten. Die Finanzierung eines überhöhten Netzkaufpreises oder Pachtzinses fällt regelmäßig in das unternehmerische Risiko des Netzbetreibers und kann keinesfalls zu einer Erhöhung der im Rahmen der Entgeltregulierung berücksichtigungsfähigen Kosten führen. Dies folgt unmittelbar aus § 6 Abs. 4 StromNEV bzw. GasNEV (Verwendung historischer Anschaffungs- und Herstellungskosten), § 6 Abs. 6 und 7 StromNEV bzw. GasNEV (Verbot der Abschreibung unter Null) bzw. aus § 4 Abs. 5 StromNEV bzw. GasNEV (Begrenzung der Höhe des Pachtentgeltes).

46 Unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten kann jedoch nicht nur die nominelle Überschreitung des Ertragswertes durch den Netzüberlassungspreis den Netzübergang faktisch verhindern. Vielmehr kann eine wirtschaftliche Unmöglichkeit auch aus anderen wirtschaftlichen Nachteilen resultieren, welche der Neukonzessionär bei der Netzübernahme erdulden muss. Solche wirtschaftlichen Nachteile ergeben sich insbesondere aus folgenden Faktoren:

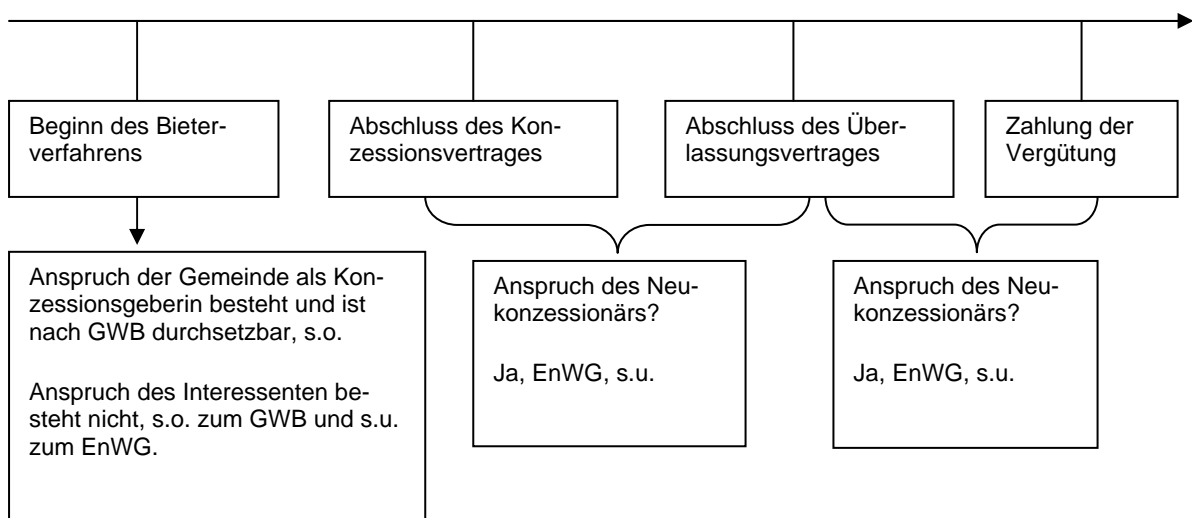
- Bei verzögerter Netzübergabe fließen die Netznutzungsentgelte an den tatsächlichen Inhaber der Netze, d.h. der Neukonzessionär muss eine Finanzierung vorhalten und Finanzierungskosten für ein Gut tragen, dessen Erträge ihm nicht zufließen.
- Bei Vereinbarung eines Vorbehaltspreises muss der Neukonzessionär diese Überzahlung vorfinanzieren. Vereinbarungen eines niedrigeren Verzugszinses für Rückforderungen verstärken den wirtschaftlichen Schaden des Neukonzessionärs.
- Sind die für die Aufteilung der Erlösobergrenzen maßgeblichen Daten dem Neukonzessionär bei Vereinbarung des Netzüberlassungspreises nicht bekannt, so muss er mit einer ggf. nicht unerheblichen Unsicherheit kalkulieren und diese auch finanzieren, und zwar ungeachtet der tatsächlichen Verhältnisse.

47 Vor diesem Hintergrund ist § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG dahingehend ergänzend auszulegen, dass der Altkonzessionär die Übergabe des Netzes mit Ende des alten Konzessionsvertrages jedenfalls dann nicht verweigern darf, wenn ihm der Neukonzessionär eine Zah-

lung unter Vorbehalt anbietet.²⁷ Ein Schadensausgleich mit einer angemessenen Verzinsung muss möglich sein.

4. Datenherausgabe

48 In allen Phasen der Neuvergabe einer Konzession ist zwischen den Beteiligten oft die Überlassung von Daten streitig. Anhand eines Zeitstrahles können die folgenden Zeitpunkte im Verfahren und mögliche korrespondierende Ansprüche gegen den Altkonzessionär unterschieden werden:



49 Dabei geht es vor allem um Daten, die die Netzstruktur, die möglichen Kosten einer Netzübernahme und die dann ggf. zu erzielende Rendite betreffen. Unter anderem umfassen die begehrten Daten:

- Art, Umfang, Alter und Oberflächenstruktur der Anlagegüter des Elektrizitäts- bzw. Gasversorgungsnetzes des jeweiligen Konzessionsgebiets, insbesondere auch Art und Zugehörigkeit der jeweiligen Messeinrichtungen,
- originäre Anschaffungs- und Herstellungskosten zum Zeitpunkt der erstmaligen Aktivierung, Auflistung der Tagesneuwerte laut Genehmigungsbescheid, Besonderheiten des Elektrizitäts- bzw. Rohrleitungsnetzes (z.B. verbaute Materialien und Netzpläne inkl. z.B. der Netzverknüpfungspunkte),
- kalkulatorische Restwerte, kalkulatorische Nutzungsdauern laut Genehmigungsbescheid, aufwandsgleiche Kostenpositionen i.S.d. § 5 Strom- bzw. GasNEV, kalkulatorische Abschreibungen i.S.d. § 6 Strom- bzw. GasNEV, kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung i.S.d. § 7 Strom- bzw. GasNEV, kalkulatorische Gewer-

²⁷ Zu deren Zulässigkeit BGH, U.v. 07.02.2006, KZR 24/04, NJW-RR 2006, 1139 – *Rückforderungsvorbehalt*.

besteuer i.S.d. § 8 Strom- bzw. GasNEV, kostenmindernde Erlöse und Erträge i.S.d. § 9 Strom- bzw. GasNEV,

- Höhe der nicht aufgelösten Netzanschlussbeiträge und Baukostenzuschüsse,
- Netzabsatzmengen im Konzessionsgebiet,
- zugehörige Bilanz- und GuV-Werte des jeweiligen Konzessionsgebietes, soweit diese vorliegen, Auskünfte über die auf das Konzessionsgebiet bezogene mehrjährige Vermögens-, Ertrags-, Finanz- und Investitionsplanung sowie
- neutrale Schadensberichte (soweit vorhanden).

50 Da sich im Gesetz keine ausdrückliche Grundlage für einen Informationsanspruch findet, ist für jedes Verfahrensstadium getrennt zu ermitteln, woraus ein solcher ggf. hergeleitet werden könnte.

a) Anspruch gegen den bisherigen Konzessionär zu Beginn des Bieterverfahrens

51 Ein Informationsanspruch gegen den Altkonzessionär kommt zunächst unmittelbar vor oder zu Beginn des Verfahrens um die Neuvergabe der Konzession in Betracht. In der Regel besteht ein erhebliches Informationsgefälle zwischen den Beteiligten, das die Gemeinde bzw. die Interessenten gegenüber dem bisherigen Konzessionsnehmer auszugleichen suchen. Denn nur dieser verfügt über sämtliche Netzdaten.

aa) Gesetzliche Ansprüche

52 Die Regelung des § 46 EnWG statuiert keine ausdrücklichen Informationsansprüche gegen den Altkonzessionär.

53 Des Weiteren besteht keine selbstständige Nebenpflicht zum gesetzlichen Rechtsverhältnis aus § 46 Abs. 2 EnWG (ggf. auch i.V.m. § 242 BGB). Denn im Stadium vor Abschluss der Neukonzessionierung stehen weder die Bieter noch die Gemeinde über § 46 Abs. 2 EnWG in einem gesetzlichen Schuldverhältnis zum Altkonzessionär. Das Rechtsverhältnis nach § 46 Abs. 2 EnWG wird erst und nur mit dem Unternehmen begründet, mit welchem die Gemeinde den neuen Konzessionsvertrag schließt. Auch ein Nebenanspruch zu den gesetzlichen Ansprüchen aus § 46 Abs. 1 und 3 EnWG ist nicht ersichtlich. Dieser ließe sich allenfalls daraus herleiten, dass die Gemeinde nach § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG dazu verpflichtet ist, die öffentlichen Verkehrswege „diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen“. Dagegen spricht aber, dass über die Veröffentlichung von Informationen nach § 46 Abs. 3 EnWG hinaus eine Weitergabe von Daten durch die Gemeinde im EnWG nicht vorgesehen ist. Die Pflicht im Sinne von § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG, die Verkehrswege diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen, be-

deutet, dass die Gemeinde keinen Bieter ohne sachlichen Grund ungleich behandeln darf. Sie ist verpflichtet, die ihr zur Verfügung stehenden Informationen allen Interessenten gleichermaßen zur Verfügung zu stellen. Auch wird sie die Auswahlkriterien so wählen müssen, dass alle Bewerber die gleichen Chancen haben und ein Informationsvorsprung des bisherigen Konzessionärs bei ihrer Entscheidung unberücksichtigt bleibt. Aus einer Verpflichtung der Gemeinde gegenüber den Bietern lässt sich jedoch nicht ohne Weiteres auf einen Anspruch der Gemeinde gegenüber dem Altkonzessionär schließen. Nach derzeitiger Rechtslage besteht folglich mangels gesetzlicher Anspruchsgrundlage eines Informationsrechtes keine Handlungsmöglichkeit für die Bundesnetzagentur.

bb) Vertragliche Ansprüche

- 54** Unberührt bleiben Informationsansprüche der Gemeinde, die sich unmittelbar aus einer vertraglichen Bestimmung oder als vertragliche Nebenpflicht aus dem auslaufenden Konzessionsvertrag ergeben. Solche vertraglichen Nebenpflichten bestehen, und ihre Verletzung wird vom GWB sanktioniert (s.o.).

b) Anspruch gegen den Altkonzessionär nach Abschluss des neuen Konzessionsvertrages

- 55** Unmittelbar nachdem die Gemeinde mit einem der Interessenten einen neuen Konzessionsvertrag geschlossen hat, kommt nur noch ein Anspruch des neuen gegen den bisherigen Konzessionsnehmer in Betracht. Dieser benötigt Informationen, um Verhandlungen insbesondere über die Bemessung des Preises der Netzüberlassung und des Umfangs der zu überlassenden Netzanlagen sachgerecht führen zu können.
- 56** Neben abgetretenen vertraglichen Ansprüchen aus dem Altkonzessionsvertrag kommt ein Anspruch auf Datenherausgabe aus einer selbstständigen Nebenpflicht zum gesetzlichen Schuldverhältnis nach § 46 Abs. 2 EnWG in Betracht. Die in § 46 Abs. 2 EnWG niedergelegte Überlassungspflicht begründet zwischen dem alten und dem neuen Konzessionär ein gesetzliches Schuldverhältnis, das in dem Moment entsteht, in dem der neue Konzessionsvertrag geschlossen wird. Ziel der Regelung des § 46 Abs. 2 EnWG ist es, den Wechsel des Konzessionsnehmers herbeizuführen. Neben der Überlassung der physischen Netzanlagen setzt dies auch die Übergabe des zum Betrieb notwendigen „know how“ voraus, also der zum Betrieb erforderlichen technischen Daten, Netzpläne, Kundendaten etc. Insoweit trifft den alten Konzessionsnehmer die Verpflichtung zur Datenherausgabe auch aus einer Nebenpflicht zum gesetzlichen Überlassungsanspruch nach § 46 Abs. 2 EnWG.
- 57** 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. Da-

bei sind für den übernehmenden Netzbetreiber auch Informationen über die Kostenstruktur des übergehenden Netzes von großer Bedeutung. Denn diese beeinflussen seine zukünftige Kostenstruktur und damit seine zukünftig erzielbaren Erlöse in Form der durch die Regulierungsbehörde festgelegten Erlösobergrenzen. Näheres zu den für einen Antrag zur Neufestlegung der Erlösobergrenze erforderlichen Daten kann dem Leitfaden der Regulierungsbehörden zu Inhalt und Struktur von Anträgen auf Neufestlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach § 26 Abs. 2 ARegV entnommen werden.

58 Insbesondere muss sichergestellt werden, dass der neue Konzessionsnehmer zusätzlich zu den bereits oben benannten Informationen detaillierte Kenntnis erlangt über

- die erstmaligen historischen Anschaffungs-/Herstellungskosten,
- das historische Anschaffungsjahr,
- die verwendeten kalkulatorischen Nutzungsdauern,
- den Wartungszustand des Sachanlagevermögens bzw. die allgemeinen und besonderen operativen Kosten des Netzes, wie beispielsweise Instandhaltungskosten oder Betriebskosten, die auf das zu übernehmende Netz entfallen.

59 Auf Basis der Daten des Sachanlagevermögens ergeben sich die kalkulatorisch relevanten Kapitalkosten in Form von Abschreibungen, Eigen- und Fremdkapitalverzinsung und Gewerbesteuer. Aus diesen Angaben und aus der Kenntnis seiner eigenen Kosten- und Kapitalstruktur kann der neue Konzessionsnehmer die zukünftig entstehenden Kosten und damit auch die sich voraussichtlich ergebende Erlösobergrenze zumindest näherungsweise ermitteln. Diese Erkenntnisse dienen auch der Ermittlung eines angemessenen Netzüberlassungspreises im Sinne eines kalkulatorischen Ertragswertes.

c) Anspruch gegen den Altkonzessionär nach Abschluss des Überlassungsvertrages

60 Schließlich kommen Informationsansprüche des neuen Konzessionsnehmers nach Abschluss des Überlassungsvertrags in Betracht. Sein Hauptinteresse dürfte dabei die Nachprüfung der Angemessenheit der Vergütung sein. Daneben benötigt er sämtliche für den Netzbetrieb und zur Fortführung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach § 26 Abs. 1 ARegV oder zur Beantragung der Neufestlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach § 26 Abs. 2 ARegV erforderlichen Daten und Belege.

61 Neben vertraglichen Ansprüchen aus dem Überlassungsvertrag besteht weiterhin ein Informationsanspruch als Nebenanspruch zu dem gesetzlichen Schuldverhältnis nach § 46 Abs. 2 EnWG. Dieser wurde bereits für den Zeitraum vor Abschluss des Überlas-

sungsvertrages anerkannt. Zur Begründung kann daher auf die oben stehenden Ausführungen verwiesen werden.

IV. Anderweitige regulatorische Fragen – Pancaking

62 Ein im Zusammenhang mit dem Wechsel des Konzessionsnehmers unter Umständen verstärkt auftretendes Problem ist das sogenannte „Pancaking“. Dadurch kann es zu einer verstärkten Allokation von Netzkosten auf der nachgelagerten Netzebene kommen. Für eine genauere Darstellung des Effekts und seiner Rechtsfolgen wird auf den Leitfaden der Bundesnetzagentur zur Findung sachgerechter Sonderregelungen in den Fällen der Kostenwälzung nach § 14 Abs. 3 Satz 3 StromNEV verwiesen.



Leitfaden
der Regulierungsbehörden
zu Inhalt und Struktur von Anträgen auf
Neufestlegung der kalenderjährlichen
Erlösobergrenzen nach § 26 Abs. 2 ARegV

INHALTSVERZECHNIS

Einleitung	4
1. Abgrenzung: Netzübergang und Vollnetzübergang	6
2. Zuständigkeit	7
3. Antrag	8
3.1. Antragsberechtigung	9
3.2. Anzeigepflicht und Antragszeitpunkt	9
3.3. Form des Antrags	9
3.4. Inhalt des Antrags	10
3.5. Antragsgegenstand	11
4. Zeitpunkt des Netzübergangs	12
5. Anpassung der Netzentgelte	13
6. Aufteilung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen	14
6.1. Aufteilungsmaßstab	14
6.2. Dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile (KA _{dnb})	15
6.2.1. Anpassung der Kosten für die erforderliche Inanspruchnahme vorgelagerter Netzebenen (vgNK)	15
6.2.2. Anpassung der sonstigen dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten nach § 11 Abs.2 S.1 Nr.1 bis 3, 6, 7, 9, 10 und 13, S.2 und 3 ARegV	18
6.2.2.1. Vereinbarung von KA _{dnb} - Festbeträgen	18
6.2.2.2. Anpassung des übertragenen Erlösanteils	19
6.2.3. Aufteilungsmaßstab für Investitionsbudgets	20
6.3. Vorübergehend nicht beeinflussbare Kostenanteile (KA _{vnb})	20
6.4. Beeinflussbare Kostenanteile (KA _b)	20
6.5. Anpassung aufgrund des Verbraucherpreisindex (VPI)	20
6.6. Periodenübergreifende Saldierung (PüS), Mehrerlösabschöpfung (MEA) und Regulierungskonto	21
6.7. Erweiterungsfaktor (EF)	21
6.8. Pauschalierter Investitionszuschlag (PIZ)	22

7.

Ausfüllhilfe zu den Erhebungsbögen **23**

7.1.	A. Allgemeine Informationen	23
7.2.	B. Erlösbergrenzen	23
7.3.	C. Kosten	24
7.4.	D.1 Sachanlagevermögen	25
7.5.	D.2 Anlagengruppen	25
7.6.	E. Strukturdaten	26
7.7.	F. Erläuterungen	27

Einleitung

Die Regulierungsbehörden haben gemäß § 4 Abs. 2 ARegV erstmals mit Wirkung zum 01. Januar 2009 Erlösobergrenzen für alle deutschen Energieversorgungsnetzbetreiber (ca. 900 Stromnetzbetreiber und 750 Gasnetzbetreiber) bestimmt. Es wurden Erlösobergrenzen für jedes Kalenderjahr der ersten Regulierungsperiode gemäß § 32 Abs. 1 Nr.1 ARegV festgelegt. Die erste Regulierungsperiode dauert gemäß § 3 Abs. 2 ARegV für Stromnetzbetreiber fünf Jahre und davon abweichend für Gasnetzbetreiber gemäß § 34 Abs. 1b ARegV vier Jahre.

Während der Regulierungsperioden kann es zu Veränderungen der Unternehmens- und Netzstruktur der Energieversorgungsnetzbetreiber kommen. Um die wirtschaftlichen Folgen von teilweise Netzübergängen und Netzaufspaltungen angemessen in den kalenderjährlichen Erlösobergrenzen abzubilden, hat der Verordnungsgeber in § 26 Abs. 2 ARegV entsprechende Anordnungen getroffen.

Nach § 26 Abs. 2 ARegV sind bei einem teilweisen Übergang eines Energieversorgungsnetzes auf einen anderen Netzbetreiber und bei Netzaufspaltungen (zusammenfassend: „Netzübergang“) die Erlösobergrenzen auf Antrag der beteiligten Netzbetreiber nach § 32 Abs. 1 Nr.1 ARegV neu festzulegen. Im Antrag ist anzugeben und zu begründen, welcher Erlösanteil dem übergehenden und dem verbleibenden Netzanteil zuzurechnen ist. Die Summe beider Erlösanteile darf die für dieses Netz insgesamt festgelegte Erlösobergrenze nicht überschreiten.

Bei einem Netzübergang auf einen anderen Netzbetreiber setzt die Neufestlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach § 26 Abs. 2 Satz 1 ARegV ab dem 01.01.2009 eine Vereinbarung der beteiligten Netzbetreiber hinsichtlich der übergehenden Erlösanteile voraus. **Hierfür sollten den beteiligten Netzbetreibern in gleicher Art und Weise alle für die Aufteilung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen relevanten Daten und Informationen vor den Verhandlungen über die Erlösobergrenzenaufteilung vorliegen.**

Durch die Abänderung der festgelegten kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach § 26 Abs. 2 S.1 ARegV soll gemäß § 26 Abs. 2 S.3 ARegV sichergestellt werden, dass Netzübergänge nicht zu einer Erhöhung der Summe der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen führen. Die nach § 4 Abs. 3 ARegV zulässigen und erforderlichen Anpassungen der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen bleiben davon unberührt.

Die Bundesnetzagentur und die Landesregulierungsbehörden haben sich in einem intensiven Abstimmungsverfahren auf die Konsultationsfassung eines Leitfadens zu § 26 Abs. 2 ARegV und entsprechender Erhebungsbögen verständigt. Die Bundesnetzagentur hat daraufhin mit Schreiben vom 08.12.2009 und durch Veröffentlichung eines Leitfadenentwurfs und der entsprechenden Erhebungsbögen auf der Internetseite der Bundesnetzagentur, den betroffenen Wirtschaftskreisen Gelegenheit gegeben hierzu bis zum 28.12.2009 Stellung zu nehmen. In Einzelfällen wurde diese Frist bis Mitte Januar 2010 verlängert. Es wurden insgesamt sieben Stellungnahmen abgegeben.

1. Abgrenzung: Netzübergang und Vollnetzübergang

Von einem Netzübergang nach § 26 Abs. 2 S.1 ARegV ist der vollständige Übergang eines Energieversorgungsnetzes und der Zusammenschluss mehrerer Energieversorgungsnetze (vereinfachend: „Vollnetzübergang“) nach § 26 Abs. 1 ARegV zu unterscheiden.

Im Gegensatz zum Netzübergang überträgt der abgebende Netzbetreiber bei einem Vollnetzübergang im Sinne des § 26 Abs. 1 ARegV sein gesamtes Netz an einen anderen Netzbetreiber. Bei dem übertragenden Netzbetreiber darf somit kein Rest des Netzes mehr verbleiben. Der abgebende Netzbetreiber gibt das Energieversorgungsnetz vollständig auf.

Im Fall des Vollnetzübergangs nach § 26 Abs.1 ARegV hat der Netzbetreiber den vollständigen Übergang des Energieversorgungsnetzes der zuständigen Regulierungsbehörde (siehe Ziffer 2.) unverzüglich anzuzeigen. Einer Neufestlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen bedarf es in den Fällen des Vollnetzübergangs nicht.

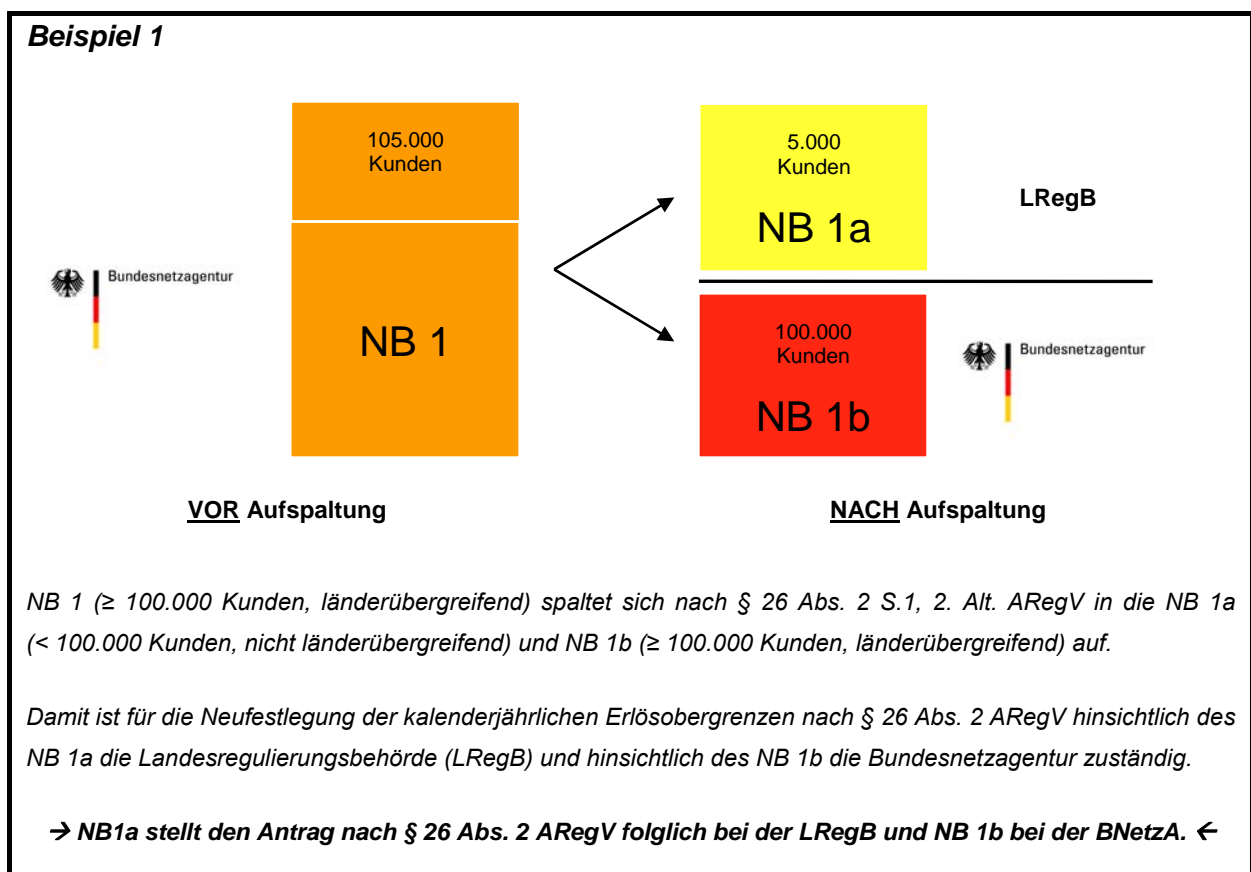
Die Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen erfolgt gemäß § 4 Abs.3 ARegV für das bestehende und das übergegangene Netz jeweils gesondert, nach den Vorgaben des ursprünglichen Verfahrens.

Die der Bildung des Netzentgeltes nach § 17 Abs.1 ARegV zu Grunde zu legende kalenderjährliche Erlösobergrenze des aufnehmenden Netzbetreibers kann sodann durch Addition der angepassten kalenderjährlichen Erlösobergrenzen ermittelt werden.

2. Zuständigkeit

Nach § 54 Abs. 1 und Abs. 2 S.1 Nr.2 EnWG sind grundsätzlich die Landesregulierungsbehörden für einen Antrag nach § 26 Abs. 2 ARegV zuständig, soweit Netzbetreiber beteiligt sind, an deren Elektrizitäts- oder Gasverteilernetzen weniger als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar angeschlossen sind und das Energieversorgungsnetz nicht über das Gebiet eines Landes hinausreicht (vgl. § 54 Abs.2 S.2 EnWG). Wird die Zuständigkeit nicht ausdrücklich der Landesregulierungsbehörde zugewiesen, so ist gemäß § 54 Abs. 1 und 3 EnWG die Bundesnetzagentur zuständig.

Die für einen Antrag nach § 26 Abs. 2 ARegV zuständige Behörde ist anhand der sich bei den beteiligten Netzbetreibern **in der Folge eines Netzübergangs** ergebenden Kundenanzahl und Gebietsverhältnissen zu bestimmen.¹



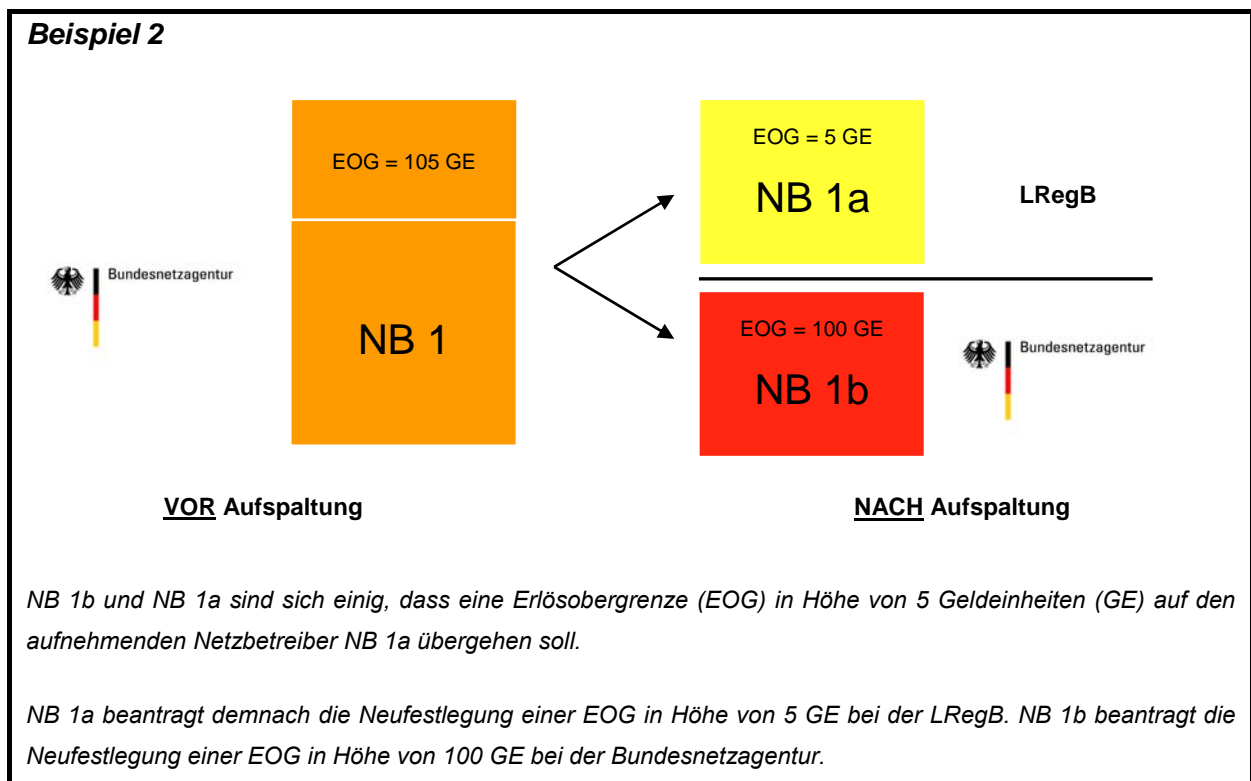
¹ Der maßgebliche Zeitpunkt für die Erfassung der an die beteiligten Energieversorgungsnetze bzw. die zu bildenden Netzanteile unmittelbar oder mittelbar angeschlossenen Kunden ist nach § 54 Abs. 2 S.3 EnWG der 31. Dezember des Kalenderjahres vor Antragstellung.

3. Antrag

Bei Netzübergängen wird die nach § 54 EnWG zuständige Regulierungsbehörde gemäß § 26 Abs. 2 S.1 ARegV ausschließlich auf Antrag der am Netzübergang beteiligten Netzbetreiber tätig.

§ 26 Abs. 2 ARegV setzt hinsichtlich der zu übertragenden kalenderjährlichen Erlösobergrenzen grundsätzlich **einen „Antrag“** der beteiligten Netzbetreiber gegenüber der jeweils zuständigen Regulierungsbehörde voraus.

Zwischen dem abgebenden und dem aufnehmenden Netzbetreiber muss demnach bereits vor der Antragstellung nach § 26 Abs. 2 ARegV Einigkeit über die Höhe des zu übertragenden Erlösobergrenzenanteils bestehen. Können die beteiligten Netzbetreiber keine Einigung über den Netzübergang erzielen, so ist zivilgerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen.



Die an einem Netzübergang beteiligten Netzbetreiber können jeweils gesonderte Anträge nach § 26 Abs. 2 ARegV bei den jeweils zuständigen Regulierungsbehörden stellen. Die gesonderten Anträge müssen hinsichtlich des zu übertragenden Erlösanteils deckungsgleich sein.

3.1. Antragsberechtigung

Antragsberechtigt sind nach § 26 Abs. 2 S.1 ARegV die an einem Netzübergang beteiligten Netzbetreiber. Danach ist jeder Netzbetreiber antragsberechtigt, der aufgrund eines Netzübergangs einen Anteil der nach § 32 Abs. 1 Nr.1 ARegV festgelegten kalenderjährlichen Erlösobergrenzen auf einen anderen Netzbetreiber überträgt („abgebender Netzbetreiber“) und jeder Netzbetreiber, der diese Anteile aufnimmt („aufnehmender Netzbetreiber“).

3.2. Anzeigepflicht und Antragszeitpunkt

In den Festlegungen zur Bestimmung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen haben die Regulierungsbehörden in der Regel bestimmt, dass der Übergang von Netzen, Netzzusammenschlüsse und -aufspaltungen nach § 26 ARegV unverzüglich schriftlich anzuzeigen sind.

Die Anzeige eines bevorstehenden Netzübergangs muss somit unverzüglich erfolgen. Der Antrag nach § 26 Abs.2 ARegV ist sodann unverzüglich nach einer Einigung der Parteien oder einer entsprechenden gerichtlichen Entscheidung zu stellen.

3.3. Form des Antrags

Im Antrag nach § 26 Abs. 2 ARegV ist anzugeben und zu begründen, welche Anteile der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen (in Euro) dem übergehenden und dem verbleibenden Netzanteil zuzurechnen sind. Dem Antrag sind alle für die Prüfung des Antrages erforderlichen Unterlagen beizufügen.

Der Antrag ist schriftlich und elektronisch bei der jeweils zuständigen Regulierungsbehörde einzureichen. Der zum Antrag gehörende Erhebungsbogen ist unter Nutzung der aktuellen Version der auf der Internetseite der jeweiligen Regulierungsbehörde oder <http://www.bundesnetzagentur.de>, dort unter den Menüpunkten „Sachgebiete“ > „Erhebung von Unternehmensdaten“ > „Netzübergang“, zum Download bereitgestellten XLS-Dateien („Erhebungsbogen § 26 II ARegV - abgebender NB“ bzw. „Erhebungsbogen § 26 II ARegV - aufnehmender NB“) vollständig und richtig ausgefüllt zu übermitteln. Es werden für Strom- und Gasnetzbetreiber unterschiedliche Erhebungsbögen bereitgestellt. Hinsichtlich des Übertragungsweges der XLS-Dateien sind die individuellen Vorgaben der jeweils zuständigen Regulierungsbehörde zu beachten.

Beim Ausfüllen der XLS-Dateien darf keine Veränderung der Struktur vorgenommen werden. Die Vorgaben und Definitionen dieses Leitfadens sind zu beachten. Sollte der Netzbetreiber

von diesen Vorgaben und Definitionen abweichen, so hat er dies zu benennen und die Gründe hierfür zu erläutern.

3.4. Inhalt des Antrags

Die beteiligten Netzbetreiber haben in dem Antrag nach § 26 Abs. 2 ARegV anzugeben und zu begründen, welcher Erlösanteil dem übergehenden und dem verbleibenden Netzanteil zuzurechnen ist.

- Den Anträgen ist jeweils eine gemeinsame Erklärung der beteiligten Netzbetreiber hinsichtlich der vom "abgebenden" Netzbetreiber auf den "aufnehmenden" Netzbetreiber zu übertragenden Erlösanteile in Euro, eine Aufteilung der Höhe der Kosten des Ausgangsniveaus und der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile, eine Aufteilung des Sachanlagevermögens (AK/HK, Anschaffungszeitpunkt und Nutzungsdauer) sowie eine Aufteilung der Strukturparameter des Netzes beizufügen.
- Die verwendeten Aufteilungsschlüssel sind zu erläutern. Die beteiligten Netzbetreiber haben darzulegen und nachzuweisen, dass die der Beantragung zu Grunde liegende Aufteilung der einzelnen Kostenanteile der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen (KA_{dnb} , KA_{vnb} und KA_b), der Sondersachverhalte (PIZ, EF, PüS, MEA und Regulierungskonto), des Sachanlagevermögens (AK/HK, Anschaffungszeitpunkt, Nutzungsdauer) und der Strukturparameter des Netzes sachgerecht erfolgt ist.
- Die beteiligten Netzbetreiber haben darzulegen und nachzuweisen, dass die Summe der gebildeten Erlösanteile die für das aufzuteilende Netz insgesamt festgelegte Erlösobergrenze nicht überschreitet (vgl. § 26 Abs. 2 S.3 ARegV).
- Die beteiligten Netzbetreiber haben zu beachten, dass die sich aus der Aufteilung der Erlösobergrenze ergebenden Effizienzvorgaben von den beteiligten Netzbetreibern erreicht und übertroffen werden können (§ 21a Abs. 5 S.4 EnWG). **In diesem Zusammenhang weisen die Regulierungsbehörden ausdrücklich darauf hin, dass ein Netzübergang keine Grundlage für einen späteren Antrag nach § 4 Abs.4 S.1 Nr.2 ARegV oder § 16 Abs.2 S.1 ARegV darstellt.**
- Die beteiligten Netzbetreiber haben darzulegen und nachzuweisen (z.B. durch gemeinsame Erklärung), dass die für die Verhandlungen über die Übertragung der Erlösobergrenzen erforderlichen Informationen (siehe Ziffer 6.) den beteiligten Netzbetreibern **vor den Verhandlungen über den Netzübergang im Sinne des § 26 Abs.2 ARegV in gleicher Art und Weise** vorlagen.

Die von den Regulierungsbehörden bereitgestellten Erhebungsbögen sind vollinhaltlich zum Bestandteil der Anträge nach § 26 Abs. 2 ARegV zu machen.

3.5. Antragsgegenstand

Die an einem Netzübergang beteiligten Netzbetreiber beantragen für jedes Kalenderjahr der Regulierungsperiode eine neu festzulegende Erlösobergrenze. Der abgebende Netzbetreiber behält für den Zeitraum bis zum Netzübergang seine ursprünglich festgelegten kalenderjährlichen Erlösobergrenzen bei.

Beispiel 3²

Netzbetreiber 1 (vor Netzübergang)

	EOG	KA, dnb	KA, vnb	KA, b
2009	99,09	10,00	72,73	16,36
2010	98,18	10,00	73,48	14,70
2011	97,26	10,00	74,26	13,00
2012	96,34	10,00	75,08	11,26

Netzbetreiber 1a (nach Netzübergang)

	EOG	KA, dnb	KA, vnb	KA, b
2009	99,09	10,00	72,73	16,36
2010	39,29	5,00	28,57	5,72
2011	38,94	5,00	28,87	5,06
2012	38,58	5,00	29,20	4,38

Netzbetreiber 1b (nach Netzübergang)

	EOG	KA, dnb	KA, vnb	KA, b
2009	0,00	0,00	0,00	0,00
2010	58,89	5,00	44,91	8,98
2011	58,33	5,00	45,39	7,94
2012	57,76	5,00	45,88	6,88

Die beteiligten Netzbetreiber begehren die Aufspaltung der kalenderjährlichen Erlösobergrenze zum 01.01.2010. NB 1a beantragt folglich die Neufestlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen 2009 (99,09 GE), 2010 (39,29 GE), 2011 (38,94 GE) und 2012 (38,58 GE). NB 1b beantragt die Neufestlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen 2010 (58,89 GE), 2011 (58,33 GE) und 2012 (57,76 GE).

Würde NB 1a dem entgegen die Übertragung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen bereits mit Wirkung zum 01.01.2009 vornehmen, so wäre der NB 1a nicht berechtigt im Kalenderjahr 2009 Erlöse in Höhe von 99,09 GE vollständig zu behalten. Gemäß § 5 Abs. 1 ARegV wären die vereinnahmten Mehrerlöse als Saldo in Höhe von 59,45 GE auf dem Regulierungskonto des NB 1a zu verbuchen. Eine Berechtigung des NB 1a Erlöse über 39,64 GE hinaus zu erzielen bestand nicht.

² Dieses Beispiel kann analog auch für einen bestehenden Netzbetreiber gebildet werden. Die neu festzulegende EOG des NB 1b ergäbe sich dann aus der Addition der bestehenden EOG des NB1b und der nach § 26 Abs.2 S.1 ARegV übergehenden Teil-EOG.

4. Zeitpunkt des Netzübergangs

Eine unterjährige Anpassung der Netzentgelte gemäß § 17 ARegV und der kalenderjährlichen Erlösobergrenze nach § 4 Abs.3 ARegV ist nicht vorgesehen. **Netzübergänge sollten daher stets mit Wirkung zum 01. Januar eines Kalenderjahres erfolgen.**

Dem liegen folgende Überlegungen zugrunde:

- § 26 Abs. 2 S.1 ARegV verweist auf die Festlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach § 32 Abs. 1 Nr.1 ARegV. § 32 Abs. 1 Nr.1 ARegV verweist seinerseits wiederum auf die Bestimmung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach § 4 ARegV. In § 4 Abs. 2 ARegV ist ausschließlich die Bestimmung einer Erlösobergrenze für jedes Kalenderjahr der Regulierungsperiode vorgesehen. Eine zeitanteilige, unterjährige Bestimmung der kalenderjährlichen Erlösobergrenze ist hingegen nicht vorgesehen.
- Die Verprobung der zulässigen Erlöse erfolgt nach § 17 Abs. 1 S.2 ARegV in Verbindung mit Teil 2, Abschnitte 2 und 3 der StromNEV bzw. GasNEV auf Jahresbasis.
- Eine hohe Anzahl von unterjährigen Netzübergängen könnte zu einer Vielzahl von Entgeltanpassungen pro Kalenderjahr führen. Dies entspricht nicht dem Grundgedanken des § 17 Abs. 3 ARegV und § 21 Abs.1 EnWG. Daher sind Entgeltanpassungen am Anfang eines Kalenderjahres zu bündeln.
- Eine unterjährige Aufteilung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen würde in der Folge erhebliche Abgrenzungsprobleme hinsichtlich des Regulierungskontos nach § 5 ARegV bereiten.

Sollten die beteiligten Netzbetreiber dem entgegen gleichwohl eine unterjährige Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenze vereinbaren, so sind die zulässigen kalenderjährlichen Erlöse zeitanteilig, bezogen auf 365 Tage (in Schaltjahren 366 Tage), zu ermitteln. Die sachgerechte Ermittlung der zeitanteiligen Erlösobergrenze ist darzulegen und nachzuweisen.

5. Anpassung der Netzentgelte

Im Falle eines unterjährigen Netzübergangs ist eine unterjährige Anpassung der Netzentgelte, dem allgemeinen Rechtsgedanken des § 17 Abs. 3 S.1 ARegV folgend, nicht zulässig.

Der Ordnungsgeber hat die Entscheidung zu § 17 Abs. 3 S.1 ARegV damit begründet, dass häufige Schwankungen der Netzentgelte vermieden werden sollen, um die hieraus resultierenden Nachteile für Netzkunden zu vermeiden.³ § 17 Abs. 3 S.1 ARegV bezieht sich seinem Wortlaut nach zwar grundsätzlich auf Anpassungen nach § 4 Abs. 3 bis 5 ARegV. § 17 Abs. 3 ARegV trägt jedoch dem allgemeinen Rechtsgedanken Rechnung, dass eine Vielzahl unterjähriger Änderungsvorgänge zu Intransparenz der Netzentgelte und damit zu einer Benachteiligung der Netzkunden führen kann.

Sollten die beteiligten Netzbetreiber gleichwohl einen unterjährigen Netzübergang vereinbaren, so hat der aufnehmende Netzbetreiber, zur Vermeidung einer Vielzahl unterjähriger Anpassungen der Netzentgelte, die Entgelte des abgebenden Netzbetreibers im übergangenden Netzanteil bis zum Ende des Kalenderjahres beizubehalten. Ebenso hat der abgebende Netzbetreiber seine Netzentgelte im verbleibenden Netz bis zum Jahresende beizubehalten. Eine Saldierung der sich daraus ergebenden Mehr- oder Mindererlöse erfolgt gemäß § 5 Abs. 1 ARegV nach dem Ablauf des Kalenderjahres über das Regulierungskonto.

Aus den nach § 26 Abs. 2 S. 1 ARegV neu festgelegten kalenderjährlichen Erlösobergrenzen des beteiligten Netzbetreibers ist grundsätzlich ein einheitliches Netzentgelt zu bilden („Ein Netzbetreiber, ein Entgelt!“). Die beteiligten Netzbetreiber können jedoch in begründeten Ausnahmefällen übergangsweise und nach vorheriger Absprache mit der jeweils zuständigen Regulierungsbehörde bis zum Ende der auf den Netzübergang folgenden Regulierungsperiode differenzierte Netzentgelte ausweisen.

³ BR-Drs. 417/07, S.62.

6. Aufteilung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen

Die an einem Netzübergang beteiligten Netzbetreiber haben die kalenderjährlichen Erlösobergrenzen und die einzelnen Kostenanteile der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen sachgerecht aufzuteilen und dies nachzuweisen. Hierzu haben die beteiligten Netzbetreiber insbesondere den verwendeten Aufteilungsmaßstab und die im Einzelnen verwendeten Aufteilungsschlüssel darzulegen und zu begründen.

6.1. Aufteilungsmaßstab

Die Regulierungsbehörden gehen grundsätzlich davon aus, dass die beteiligten Netzbetreiber einen geeigneten Maßstab zur Aufteilung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen verwenden werden.⁴

Es sollte ein Aufteilungsmaßstab gewählt werden, der sich ausgehend von einer detaillierten Darstellung des Sachanlagevermögens und dessen Wartungszustand, an einer **Aufteilung der Kosten des Ausgangsniveaus nach § 6 ARegV** orientiert. Unter Anwendung des für den abgebenden Netzbetreiber ermittelten Effizienzwertes können dann für den übergehenden und den verbleibenden Netzanteil die neuen kalenderjährlichen Erlösobergrenzen der Regulierungsperiode ermittelt werden.

Der abgebende Netzbetreiber sollte gegenüber dem aufnehmenden Netzbetreiber vor den Verhandlungen über die Aufteilung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach § 26 Abs. 2 ARegV zumindest das zu übertragende Sachanlagevermögen nach Anschaffungszeitpunkten, die jeweiligen Anschaffungs- und Herstellungskosten (AK/HK), die kalkulatorischen Nutzungsdauern und eine Beschreibung des Wartungszustandes des Netzanteils bzw. die auf den zu übertragenden Netzanteil entfallenden Wartungs- und Instandhaltungsaufwendungen offenlegen. Eine Schlüsselung des Sachanlagevermögens ist nur zulässig, wenn eine anlagenscharfe Zuordnung der Vermögenswerte nicht möglich ist. Die verwendeten Schlüssel sind darzulegen und zu begründen.

Unter anderem wird durch die Verminderung bestehender Informationsasymmetrien gewährleistet, dass die beteiligten Netzbetreiber überhaupt in die Lage versetzt werden, zu beurteilen, ob die sich nach einem Netzübergang ergebenden Effizienzvorgaben erreicht und übertroffen werden können (vgl. § 21a Abs. 5 S.4 EnWG).

⁴ Die Aufteilung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen eines Netzbetreibers anhand der in den jeweiligen Netzanteilen anfallenden Verbrauchsmengen könnte unter Umständen dazu führen, dass verbrauchsstarken Netzanteilen mit günstiger Kostenstruktur (d.h. überproportional niedrigen Netzkosten) zu hohe kalenderjährliche Erlösobergrenzen und umgekehrt Netzanteile mit ungünstiger Kostenstruktur zu geringe Erlösobergrenzen zugeordnet werden.

6.2. Dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile (KA_{dnb})

Die KA_{dnb} der festgelegten kalenderjährlichen Erlösobergrenzen werden in § 11 Abs. 2 S.1 Nr.1 bis 13 ARegV abschließend aufgezählt. Bei einer Änderung der KA_{dnb} erfolgt gemäß § 4 Abs. 3 S.1 Nr.2 ARegV eine Anpassung jeweils zum 01. Januar eines Kalenderjahres.

Die an einem Netzübergang beteiligten Netzbetreiber können die KA_{dnb} des abgebenden Netzbetreibers grundsätzlich unter sich aufteilen. Die sachgerechte Aufteilung der KA_{dnb} ist darzulegen und nachzuweisen.

6.2.1. Anpassung der Kosten für die erforderliche Inanspruchnahme vorgelagerter Netzebenen (vgNK) und Vergütung für dezentrale Einspeisung

Bei der Anpassung der Kosten für die erforderliche Inanspruchnahme vorgelagerter Netzebenen (vgNK) im Sinne des § 11 Abs. 2 S.1 Nr.4 ARegV und Vergütung für dezentrale Einspeisung im Sinne des § 11 Abs. 2 S.1 Nr.8 ARegV ist auf das Kalenderjahr abzustellen, auf das die Erlösobergrenze Anwendung finden soll.⁵ Da ein Plan-Ist-Abgleich nach § 5 Abs.1 S.2 ARegV vorzunehmen ist, handelt es sich somit bei den vgNK für den Netzbetreiber um einen durchlaufenden Posten. Durch die Berücksichtigung der aktuellen Kostendaten wird der wirtschaftlichen Bedeutung und Volatilität der vgNK Rechnung getragen.

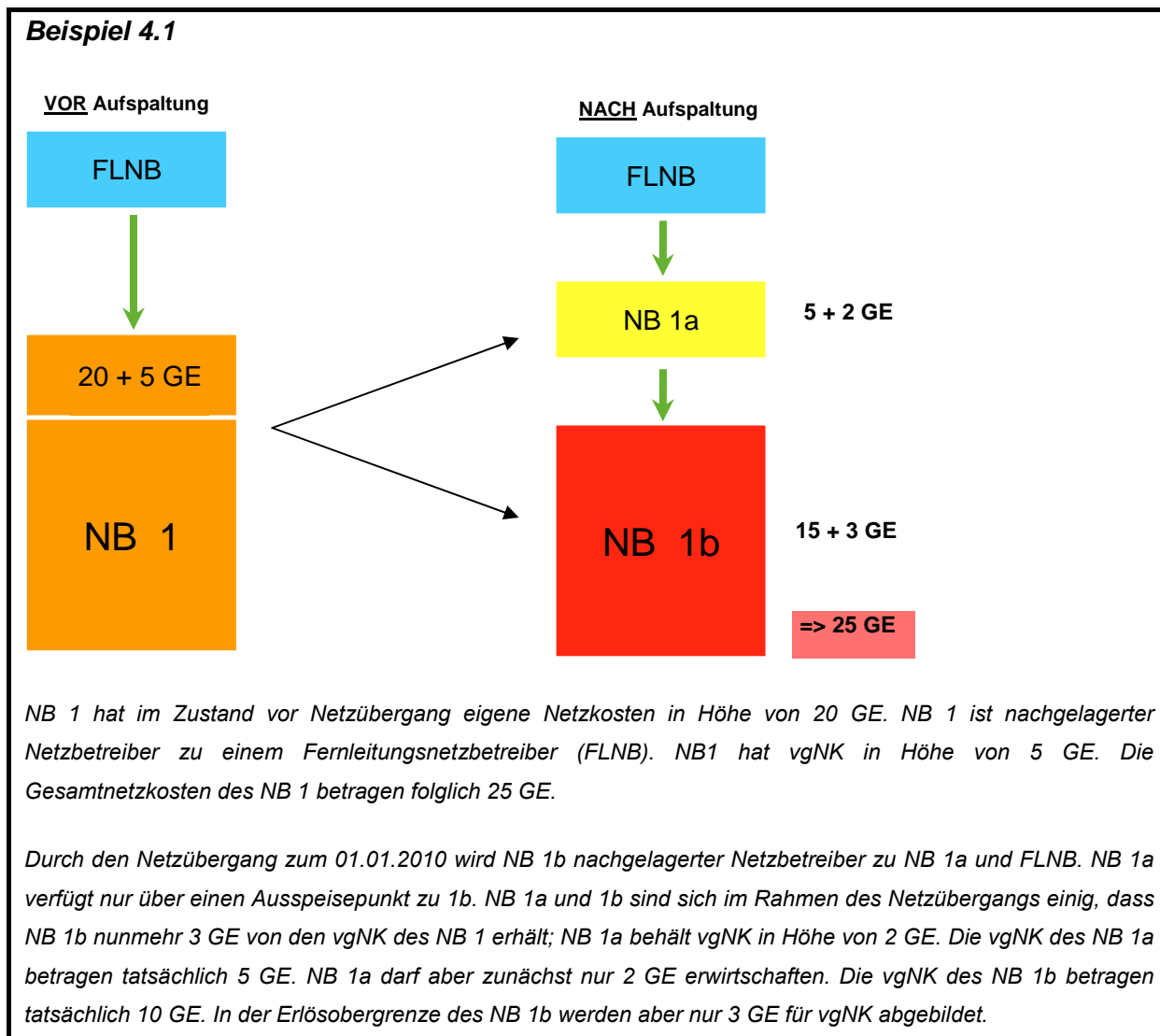
Die Vereinbarung eines Netzübergangs sollte auch aus diesem Grunde stets mit Wirkung zum 01. Januar eines Kalenderjahres vollzogen werden.

§ 26 Abs. 2 S.3 ARegV führt, bei sachgemäßer Gestaltung von Netzübergängen, nicht zu wirtschaftlichen Nachteilen der beteiligten Netzbetreiber im Umgang mit den vgNK und der Vergütung für dezentrale Einspeisung. Danach ist sicherzustellen, dass die Summe der gebildeten Erlösanteile die für das aufzuteilende Netz insgesamt festgelegte Erlösobergrenze nicht überschreitet. § 4 Abs. 3 S.1 Nr.2 ARegV gewährleistet eine Anpassung der vgNK und der Vergütung für dezentrale Einspeisung zum 01. Januar eines Kalenderjahres auf das aktuelle Niveau.

Die Neufestlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach § 26 Abs. 2 S.1 ARegV führt deshalb auch nicht zu einer Benachteiligung der beteiligten Netzbetreiber, wenn der aufnehmende Netzbetreiber durch den Netzübergang zu einem nachgelagerten Netzbetreiber des abgebenden Netzbetreibers wird. Eine Aufteilung der vgNK und der

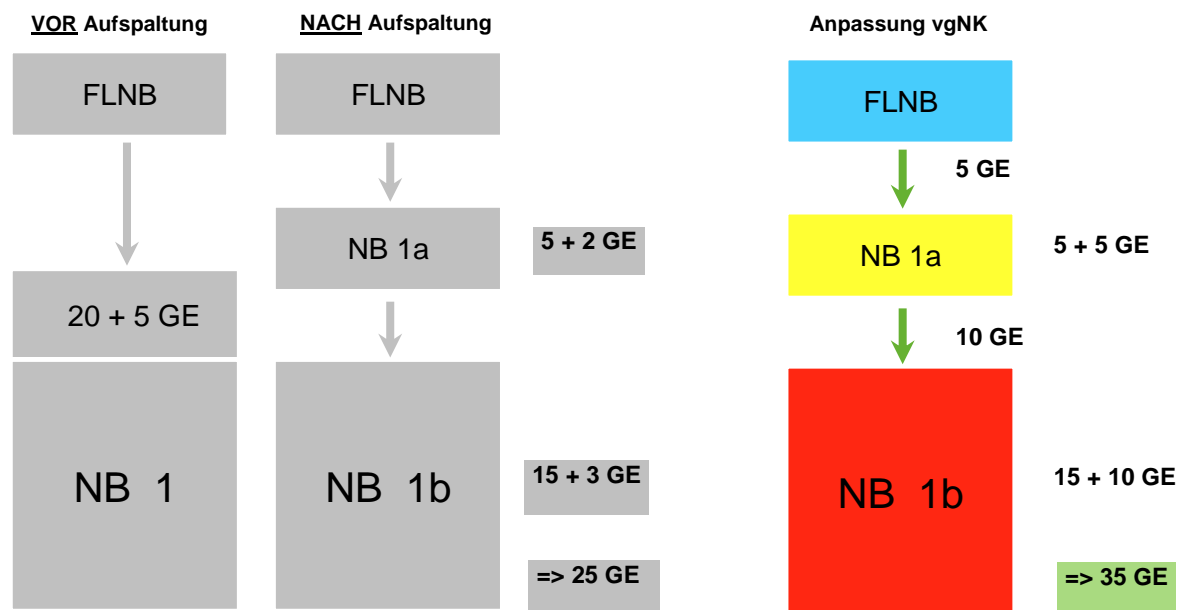
⁵ Die vorgelagerten Netzkosten enthalten keine Kosten für singulär genutzte Betriebsmittel. Kosten singulär genutzter Betriebsmittel zählen nicht zu den dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten und dürfen nicht unter dieser Position ausgewiesen werden.

Vergütung für dezentrale Einspeisung des abgebenden Netzbetreibers, unter Berücksichtigung des § 26 Abs. 2 S.3 ARegV, sollte stets nach sachgerechten Kriterien erfolgen. Die beteiligten Netzbetreiber werden durch die Anpassung nach § 4 Abs.3 S.1 Nr.2 ARegV in die Lage versetzt, die tatsächlichen vgNK wiederzuverdienen.



Beispiel 4.1 basiert auf einer isolierten Betrachtung des Netzübergangs, welche die Anpassungs- und Ausgleichsregelungen der ARegV außer Acht lässt. Durch die Anpassungsregelung des § 4 Abs. 3 S.1 Nr.2 ARegV bzw. die Ausgleichsregelung des § 5 ARegV werden wie oben beschrieben nachteilige wirtschaftliche Folgen der Aufteilung der kalenderjährlichen Erlösobergrenze vermieden (vgl. dazu Beispiel 4.2).

Beispiel 4.2



Die grau hinterlegte Aufspaltung vollzieht sich wie in Beispiel 4.1. Mit Wirkung zum 01.01. des auf den Netzübergang folgenden Kalenderjahres können NB 1a und 1b die vgNK gemäß § 4 Abs. 3 S.1 Nr.2 ARegV auf das aktuelle Niveau anpassen. Die Anpassung kann auch in der logischen Sekunde des Netzübergangs erfolgen.

Die tatsächlichen vgNK des NB 1a betragen 5 GE. In der Erlösobergrenze des NB 1a werden nach der Anpassung 5 GE für vgNK abgebildet. Die tatsächlichen vgNK des NB 1b betragen 10 GE. In der Erlösobergrenze des NB 1b werden nach der Anpassung 10 GE für vgNK abgebildet.

Zusammenfassend ist festzuhalten:

Vereinbaren die beteiligten Netzbetreiber einen Netzübergang mit Wirkung zum 01. Januar eines Kalenderjahres, so kann der aufnehmende Netzbetreiber grundsätzlich unmittelbar eine Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenze gemäß § 4 Abs. 3 S.1 Nr.2 ARegV vornehmen.

Bei unterjährigen Netzübergängen hat der aufnehmende Netzbetreiber bis zum Ende des Kalenderjahres im übergehenden Netzanteil die Netzentgelte des abgebenden Netzbetreibers beizubehalten (siehe Ziffer 5.). In der Erlösobergrenze des abgebenden Netzbetreibers sind – und damit auch in dessen Netzentgelten – vgNK und Vergütung für dezentrale Einspeisung enthalten, so dass durch die Beibehaltung der Entgelte bereits eine Aufteilung der Erlöse aus vgNK und Vergütung für dezentrale Einspeisung erfolgt. Die Differenz zwischen den tatsächlich entstandenen vgNK und der Vergütung für dezentrale Einspeisung und den in der Erlösobergrenze diesbezüglich enthaltenen Kosten wird gemäß § 5 Abs. 1 S.2 ARegV sodann als Saldo auf dem Regulierungskonto verbucht. Gleichwohl sollte stets eine sachgerechte Aufteilung der vgNK und der Vergütung für dezentrale Einspeisung erfolgen.

6.2.2. Anpassung der sonstigen dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten nach § 11 Abs.2 S.1 Nr.1 bis 3, 6, 7, 9, 10 und 13, S.2 und 3 ARegV

Bei der Anpassung der **KA_{dnb}** nach § 11 Abs. 2 S.1 Nr.1 bis 3, 6, 7, 9, 10 und 13, S.2 und 3 ARegV ist im Regelverfahren auf die im vorletzten Kalenderjahr entstandenen Kosten abzustellen.

Netzübergängen sind die letztmalig zum 01. Januar des Kalenderjahres vor Netzübergang angepassten bzw. aktuell anpassbaren **KA_{dnb}** (ohne vgNK und Vergütung für dezentrale Einspeisung) zu Grunde zu legen. Hinsichtlich der auf den Netzübergang folgenden Kalenderjahre innerhalb der Regulierungsperiode sind grundsätzlich die Werte der Erlösbergrenzenfestlegung beizubehalten.

Befindet sich der abgebende Netzbetreiber im Regelverfahren, so ist für den übergehenden Netzanteil – unabhängig davon in welchem Verfahren sich der aufnehmende Netzbetreiber befindet – eine Anpassung der **KA_{dnb}** grundsätzlich möglich. Wenn der übergehende Netzteil von einem Netzbetreiber im vereinfachten Verfahren an einen anderen Netzbetreiber übertragen wird, ist eine Anpassung der sonstigen **KA_{dnb}** (ohne vgNK und Vergütung für dezentrale Einspeisung) ohnehin ausgeschlossen.

Die an einem Netzübergang beteiligten Netzbetreiber haben die Möglichkeit zwischen zwei unterschiedlichen Verfahren zur Übertragung von **KA_{dnb}** (ohne vgNK und Vergütung für dezentrale Einspeisung) zu wählen:

6.2.2.1. Vereinbarung von **KA_{dnb} - Festbeträgen**

In diesem Verfahren vereinbaren die beteiligten Netzbetreiber für die beiden auf einen Netzübergang folgenden Kalenderjahre die Übertragung eines festen Betrages für jede einzelne Kostenposition der **KA_{dnb}**.

Eine Anpassung der übertragenen **KA_{dnb}** ist für den aufnehmenden Netzbetreiber damit in den ersten beiden auf den Netzübergang folgenden Kalenderjahren ausgeschlossen. Beim abgebenden Netzbetreiber erfolgen in den ersten beiden auf den Netzübergang folgenden Kalenderjahren die Anpassungen nach § 4 Abs.3 S.1 Nr.2 ARegV sodann unter Berücksichtigung der übertragenen **KA_{dnb}** - Festbeträge.

Liegt der Anpassung nach § 4 Abs.3 S.1 Nr.2 ARegV ein auf den Netzübergang folgendes Kalenderjahr zu Grunde, so erfolgt die Anpassung für den übertragenen Netzanteil auf Basis der tatsächlichen Kosten des aufnehmenden Netzbetreibers.

6.2.2.2. Anpassung des übertragenen Erlösanteils

In diesem Verfahren haben die beteiligten Netzbetreiber darzulegen, in welchem Verhältnis die künftigen Anpassungen der **KA_{dnb}** (ohne vgNK und Vergütung für dezentrale Einspeisung) im Sinne des § 4 Abs. 3 ARegV in den beiden, auf den Netzübergang folgenden Kalenderjahren anzuwenden sind. Dabei ist auf die **KA_{dnb}** (ohne vgNK und Vergütung für dezentrale Einspeisung) des abgebenden Netzbetreibers abzustellen. Dem aufnehmenden Netzbetreiber sind in den beiden Jahren vor Netzübergang denklogisch keine originären **KA_{dnb}** für den übergehenden Netzanteil entstanden.

Beispiel 5

*Die Aufteilung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen des NB 1 erfolgt nach § 26 Abs. 2 ARegV am 30.09.2009, mit Wirkung zum 01.01.2010. NB 1a und NB 1b sind sich darin einig, dass der NB 1a **KA_{dnb}** (ohne vgNK und Vergütung für dezentrale Einspeisung) in Höhe von 5 GE behält und **KA_{dnb}** (ohne vgNK und Vergütung für dezentrale Einspeisung) in Höhe von 5 GE auf den zum 01.01.2010 neu gegründeten NB 1b überträgt.*

*NB 1b hat nunmehr erstmalig zum 01.01.2010 seine **KA_{dnb}** anzupassen. Dabei muss NB 1b auf die **KA_{dnb}** (ohne vgNK und Vergütung für dezentrale Einspeisung) des vorletzten Kalenderjahres abstellen. NB 1b hatte 2008 aber keine originären **KA_{dnb}** und müsste folglich seine **KA_{dnb}** (ohne vgNK und Vergütung für dezentrale Einspeisung) auf Null anpassen.*

Um die wirtschaftlichen Folgen des **Beispiel 5** zu vermeiden, muss es dem aufnehmenden Netzbetreiber hinsichtlich des übergehenden Netzanteils, zumindest für die ersten beiden Kalenderjahre nach Netzübergang, möglich sein auf die anteiligen **KA_{dnb}** (ohne vgNK und Vergütung für dezentrale Einspeisung) des abgebenden Netzbetreibers im vorletzten Kalenderjahr abzustellen. Erst im dritten Jahr nach Netzübergang kann auf die originären **KA_{dnb}** (ohne vgNK und Vergütung für dezentrale Einspeisung) des aufnehmenden Netzbetreibers abgestellt werden.

Die abgebenden Netzbetreiber, deren Erlösobergrenzen nicht im vereinfachten Verfahren nach § 24 ARegV festgelegt wurden, können dementsprechend ein prozentuales Aufteilungsverhältnis hinsichtlich der Anpassung der **KA_{dnb}** (ohne vgNK und Vergütung für dezentrale Einspeisung) für die beiden auf den Netzübergang folgenden Kalenderjahre vereinbaren und dem Antrag nach § 26 Abs. 2 ARegV zu Grunde legen. Die beteiligten Netzbetreiber können das Anpassungsverhältnis grundsätzlich bestimmen.

Die Netzbetreiber sollten eine entsprechende Vereinbarung hinsichtlich der Modalitäten zur Übermittlung des Anpassungswertes der **KA_{dnb}** (ohne vgNK und Vergütung für dezentrale Einspeisung) in den beiden auf den Netzübergang folgenden Kalenderjahren treffen.

Liegt der Anpassung nach § 4 Abs.3 S.1 Nr.2 ARegV ein auf den Netzübergang folgendes Kalenderjahr zu Grunde, so erfolgt die Anpassung für den übertragenen Netzanteil auf Basis der tatsächlichen Kosten des aufnehmenden Netzbetreibers.

6.2.3. Aufteilungsmaßstab für Investitionsbudgets

Gemäß § 23 ARegV können unter bestimmten Voraussetzungen Kapitalkosten zur Durchführung von Erweiterungs- und Umstrukturierungsmaßnahmen genehmigt werden.

Genehmigte Investitionsbudgets gelten gemäß § 11 Abs.2 S.1 Nr.6 ARegV als **KA_{dnb}**. Die Anpassung der sich aus einem Investitionsbudget ergebenden Kapitalkosten erfolgt somit gemäß § 4 Abs.3 S.1 Nr.2 ARegV jeweils zum 01. Januar eines Kalenderjahres. Dabei ist auf die im vorletzten Kalenderjahr entstandenen Kosten abzustellen.

Bei der Aufteilung der sich aus einem Investitionsbudget gemäß § 23 ARegV ergebenden Kapitalkosten haben die beteiligten Netzbetreiber eine anlagenscharfe Aufteilung der zu Grunde liegenden AK/HK vorzunehmen.

6.3. Vorübergehend nicht beeinflussbare Kostenanteile (KA_{vnb})

Als **KA_{vnb}** gelten die mit dem nach § 15 ARegV ermittelten bereinigten Effizienzwert multiplizierten Gesamtkosten im Sinne des § 6 ARegV nach Abzug der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten im Sinne des § 11 Abs. 2 ARegV.

Die an einem Netzübergang beteiligten Netzbetreiber können die **KA_{vnb}** des abgebenden Netzbetreibers grundsätzlich unter sich aufteilen. Die sachgerechte Aufteilung der **KA_{vnb}** ist darzulegen und nachzuweisen.

6.4. Beeinflussbare Kostenanteile (KA_b)

Als beeinflussbare Kostenanteile **KA_b** gelten alle Kostenanteile, die keine dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile im Sinne des § 11 Abs.2 ARegV oder vorübergehend nicht beeinflussbare Kostenanteile im Sinne des § 11 Abs. 3 ARegV sind.

Die an einem Netzübergang beteiligten Netzbetreiber sind bei der Aufteilung der **KA_b** des abgebenden Netzbetreibers grundsätzlich an dessen Senkungsvorgabe gebunden.

6.5. Anpassung aufgrund des Verbraucherpreisindex (VPI)

Bei der Aufteilung der kalenderjährlichen Erlösbergrenzen sind die jeweils zum 01. Januar eines Kalenderjahres vor Netzübergang erfolgten Anpassungen aufgrund einer Änderung des VPI gemäß § 4 Abs. 3 S.1 Nr.1 ARegV zu berücksichtigen.

Hinsichtlich der auf den Netzübergang folgenden Kalenderjahre innerhalb der Regulierungsperiode sind bis zu ihrer regulären Anpassung nach § 4 Abs.3 S.1 ARegV die aufgeteilten Werte der ursprünglichen Erlösobergrenzenfestlegung beizubehalten.

6.6. Periodenübergreifende Saldierung (PüS), Mehrerlösabschöpfung (MEA) und Regulierungskonto

Die beteiligten Netzbetreiber haben die Salden der PüS, MEA und des Regulierungskontos nach einem sachgerechten Schlüssel aufzuteilen. Die Aufteilung kann nach dem Schlüssel „Menge * Preis“ erfolgen.

Hierfür ist die Verprobung der vor dem Netzübergang zulässigen Erlösobergrenze getrennt jeweils für die abgehenden Netzanteile und den verbleibenden Netzanteil vorzunehmen. Die Relation zwischen der Verprobungssumme eines abgehenden Netzanteils und der gesamten vor dem Netzübergang zulässigen Erlösobergrenze ist maßgebend für den auf den abgehenden Netzanteil entfallenden Anteil des Saldos.

Eine Aufteilung der Salden aus PüS, MEA und Regulierungskonto ist geboten. Die Mehr- oder Mindererlöse ergeben sich aus dem unterschiedlichen Abnahmeverhalten der Netzkunden in der Summe aller Netzanteile vor dem Netzübergang. Würde man die Salden aus PüS, MEA und Regulierungskonto ausschließlich beim abgehenden Netzbetreiber belassen, so würden die Netzkunden dieses Netzanteils über Gebühr be- oder entlastet werden. Auf die Netzkunden des übergehenden Netzanteils würden hingegen keine Be- oder Entlastungen verteilt. Es käme so zu einer nicht verursachungsgerechten Allokation der Be- oder Entlastungen. Dies widerspricht dem Grundgedanken der periodenübergreifenden Saldierung – wenn auch grundsätzlich in zeitlicher Hinsicht eine vollständige Personenidentität zwischen belasteten und begünstigten Netznutzern nicht erforderlich ist. Es ist davon auszugehen, dass die beteiligten Netzbetreiber hierfür in der Regel einen wirtschaftlichen Ausgleich vorsehen werden.

6.7. Erweiterungsfaktor (EF)

Aufgrund des Erweiterungsfaktor-Antrages wird gemäß § 4 Abs.4 S.1 Nr.1 ARegV eine Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen genehmigt. Die Anpassung ist von den an einem Netzübergang beteiligten Netzbetreibern aufzuteilen, wenn Erweiterungsinvestitionen in dem übergehenden Netzanteil stattgefunden haben. Dabei haben die beteiligten Netzbetreiber einen sachgerechten Schlüssel zu verwenden. Eine sachgerechte Aufteilung des Anpassungsbetrages aus dem Erweiterungsfaktor muss der sachgerechten Aufteilung der Strukturparameter eines Netzes im Sinne des § 10 Abs. 2 ARegV folgen.

6.8. Pauschalierter Investitionszuschlag (PIZ)

Hat die Regulierungsbehörde einen PIZ bei der Festlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen gemäß § 25 Abs. 2 bis 5 ARegV mit einbezogen, so kann der PIZ unter den Netzbetreibern aufgeteilt werden. Die Netzbetreiber haben dabei einen sachgerechten Schlüssel zu verwenden. Als Schlüssel zur Aufteilung des PIZ sollten die standardisierten Kapitalkosten nach § 14 Abs. 2 ARegV herangezogen werden, wie sie sich aus der Aufteilung der Anschaffungskosten des Sachanlagevermögens ergeben.

7. Ausfüllhilfe zu den Erhebungsbögen

Hinsichtlich der abgefragten Parameterwerte sowie Kostenangaben sind durch den Netzbetreiber die entsprechend vorgegebenen Einheiten sowie die sich aus der Anlage zu diesem Leitfaden ergebenden Definitionen zu den Strukturdaten zu beachten.

Im gesamten Erhebungsbogen sind durch den Netzbetreiber nur die gelb hinterlegten Felder zu befüllen. Sofern der Netzbetreiber bei seinen Eintragungen entweder von der vorgegebenen Einheit oder Definition im Tabellenblatt „Definitionen“ des Leitfadens abweicht oder in gelb unterlegten Zellen keine Eintragungen vornimmt oder Erläuterungen zu einzelnen Eintragungen vornehmen möchte, so sind diese im Tabellenblatt „F. Erläuterungen“ unter Verweis auf die entsprechende Zelle im jeweiligen Tabellenblatt des Erhebungsbogens einzutragen.

7.1. A. Allgemeine Informationen

Dieser Bogen ist durch den Netzbetreiber vollständig auszufüllen und eine Auswahl in den Zellen mit Auswahlliste zu treffen.

7.2. B. Erlösobergrenzen

Die Eintragungen dienen der Bestimmung des vom "abgebenden" Netzbetreiber auf den "aufnehmenden" Netzbetreiber zu übertragenden Erlösobergrenzenanteils sowie der Erlösobergrenze des "abgebenden" Netzbetreibers nach Netzübergang (EHB abgebender Netzbetreiber) bzw. der Erlösobergrenze des "aufnehmenden" Netzbetreibers nach Netzübergang (EHB aufnehmender Netzbetreiber).

Die Eintragungen sind durch die beteiligten Netzbetreiber für alle Jahre der Regulierungsperiode vorzunehmen. Hinsichtlich der einzelnen Kostanteile der Erlösobergrenze sind die nicht-inflationierten Werte der Erlösobergrenzenfestlegung zu Grunde zu legen. Hinsichtlich des Erweiterungsfaktors sind die inflationierten Werte der Genehmigung zu verwenden. Der PIZ ist in den dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteilen aufzuführen, da diese Kostenbestandteile im Tabellenblatt C. Kosten nochmals detailliert aufgliedert werden. Die PüS-Annuitäten sind von Gasnetzbetreibern der Anlage des ursprünglichen Erlösobergrenzenbescheides zu entnehmen und mit umgekehrten Vorzeichen einzutragen.

Die jeweilige Erlösobergrenze des "abgebenden" bzw. "aufnehmenden" Netzbetreibers nach Netzübergang wird rechnerisch neu ermittelt.

7.3. C. Kosten

Unter dem Punkt „1. Aufteilung des Ausgangsniveaus nach § 6 ARegV“ ist das angepasste Ausgangsniveau gemäß der Anlage 1 zum Beschluss wegen Festlegung zur Bestimmung der Erlösobergrenzen anzugeben.

Dies betrifft das Ausgangsniveau des "abgebenden" Netzbetreibers vor Netzübergang und den auf den "aufnehmenden" Netzbetreiber zu übertragenden Anteil (EHB abgebender Netzbetreiber) bzw. das Ausgangsniveau des "aufnehmenden" Netzbetreibers vor Netzübergang, sowie den auf den "aufnehmenden" Netzbetreiber zu übertragenden Anteil (EHB aufnehmender Netzbetreiber). Das jeweilige Ausgangsniveau des "abgebenden" bzw. "aufnehmenden" Netzbetreibers nach Netzübergang wird berechnet.

Für Netzbetreiber des sog. Regelverfahrens sind unter „2. Aufteilung der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten“ in der ersten Tabelle die einzelnen Positionen gemäß § 11 Abs.2 ARegV vor Netzübergang und für den übergehenden Netzteil jeweils im Ausgangsniveau nach § 6 ARegV anzugeben.

In der zweiten Tabelle sind die dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten der Erlösobergrenze des Netzbetreibers vor Netzübergang und für den übergehenden Netzteil einzutragen, die letztmalig vor dem Netzübergang angepasst und der zuständigen Regulierungsbehörde mitgeteilt worden sind.

Die dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten nach Netzübergang werden jeweils rechnerisch neu ermittelt.

Für Netzbetreiber, die am vereinfachten Verfahren teilnehmen, reduzieren sich die Angaben an dieser Stelle auf die Kosten für die erforderliche Inanspruchnahme vorgelagerter Netzebenen (Nr. 4) und im Strombereich zusätzlich auf die Kosten für die Vergütung dezentraler Einspeisungen nach § 18 StromNEV (Nr. 8).

Unter „3. Zukünftige Anpassung der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten (ohne Kosten für die erforderliche Inanspruchnahme des vorgelagerten Netzes)“ ist für die am Regelverfahren teilnehmenden Netzbetreiber in der ersten Tabelle entweder das Aufteilungsverhältnis zur Anpassung der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile für die erste Anpassung nach dem Netzübergang oder hinsichtlich der einzelnen Positionen nach § 11 Abs.2 ARegV absolute Werte anzugeben.

Unter dem Punkt „4. Aufteilung der anerkannten Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie“ (nur Strom) sind die in der Tabelle aufgeführten Positionen vor Netzübergang, nach Netzübergang und der auf den "aufnehmenden" Netzbetreiber zu

übertragende Anteil an den Positionen anzugeben. Die Angaben beziehen sich auf die anerkannten Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie der letzten Entgeltgenehmigung.

In der zweiten Tabelle ist wie bei den Angaben zur ersten Anpassung entweder der Verhältniswert zur Anpassung der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile für die zweite Anpassung nach dem Netzübergang oder der absolute Wert hinsichtlich der einzelnen Positionen nach § 11 Abs.2 ARegV zu benennen.

In der Zelle C51 (Strom) bzw. C47 (Gas) ist anzugeben, ob die zukünftige Anpassung der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten anhand im Vorfeld vereinbarter absoluter Werte oder anhand relativer Anteile erfolgen soll.

Von Netzbetreibern des vereinfachten Verfahrens sind in dieser Tabelle keine Angaben erforderlich, da im vereinfachten Verfahren eine Anpassung der sonstigen **KA_{dnb}** (ohne vgNK und Vergütung für dezentrale Einspeisung) nicht vorgesehen ist.

7.4. D.1 Sachanlagevermögen

Es ist zu beachten, dass auch die Teile des Anlagevermögens einzutragen sind, die nicht vom Netzübergang betroffen sind.

Es ist darauf zu achten, dass neben dem Aktivierungsjahr auch der Aktivierungsmonat einzutragen ist. Nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) ist monats-scharf abzuschreiben.⁶ Ist der Aktivierungsmonat nicht bekannt, so ist der Monat Januar als Aktivierungsmonat einzutragen (es wird dadurch eine jahresscharfe Abschreibung unterstellt). Insbesondere der aufnehmende Netzbetreiber ist zukünftig an die Angaben im Erhebungsbogen zu § 26 Abs.2 ARegV gebunden.

In diesem Tabellenblatt wird der Wert des verbleibenden Sachanlagevermögens durch Subtraktion bzw. Addition des Wertes des übergehenden Sachanlagevermögens von dem Wert des Sachanlagevermögens vor Netzübergang ermittelt.

7.5. D.2 Anlagengruppen

Das Tabellenblatt dient als Übersicht für die Befüllung des Tabellenblattes „D.1 Sachanlagevermögen“.

In Spalte F des Tabellenblattes sind die bisher verwendeten kalkulatorischen Nutzungsdauern des abgebenden Netzbetreibers für die jeweiligen Anlagengruppen anzugeben.

⁶ BGH, Beschluss v. 23.09.2009, Aktenzeichen: EnVR 76/07

7.6. E. Strukturdaten

Die Strukturdatenabfrage ist nur von Verteilernetzbetreibern zu befüllen. Gemäß § 10 Abs. 4 ARegV sind Übertragungs- und Fernleitungsnetzbetreiber nicht berechtigt einen Antrag auf Erweiterungsfaktor zu stellen.

Unabhängig von der Art des Verfahrens sowie des der letzten Entgeltgenehmigung zugrunde liegenden Geschäftsjahres ist das Basisjahr für die zu tätigen Eintragungen das Kalenderjahr 2006 (Daten zum 31.12.2006).

Sofern in der Vergangenheit ein Antrag auf Genehmigung eines Erweiterungsfaktors gestellt wurde, ist zwingend auf die der damaligen Genehmigung zugrunde gelegten Werte abzustellen (Daten zum 31.12.2006).

In diesem Zusammenhang sind die dem Leitfaden als Anlage beigefügten Definitionen zu den Strukturdaten zu beachten. Diese Definitionen fanden bereits im Rahmen des Effizienzvergleichs sowie des Erweiterungsfaktors Verwendung.

Durch den Verteilernetzbetreiber sind die Ist-Werte zum 31.12.2006 vollständig einzutragen. Es sind folgende Parameterangaben durch den Netzbetreiber vorzunehmen:

Für Stromverteilernetze:

Fläche des versorgten Gebietes

Anzahl der Anschlusspunkte

Jahreshöchstlast

Stromkreislänge (Freileitungen und Kabel)

Anzahl der Einspeisepunkte von dezentralen Erzeugungsanlagen

Installierte Leistung der Unspannebene in kVA

Anzahl der Umspannstationen

Anzahl der Transformatoren

Einwohnerzahl und

Amtliche Gemeindeschlüssel.

Für Gasverteilernetze:

Fläche des versorgten Gebietes
Anzahl der Anschlusspunkte
Jahreshöchstlast
Beschreibung des Konzessionsgebietes
Netzlänge
Anschlussgrad
Erschließungsgrad

7.7. F. Erläuterungen

Die Befüllung dieses Tabellenblatts ist optional.

In diesem Tabellenblatt sind Angaben zu machen, sofern der Netzbetreiber gelb unterlegte Felder entweder nicht befüllt oder die getätigten Angaben nicht mit den vorgegebenen Definitionen im Tabellenblatt „Definitionen“ im Einklang stehen. Darüber hinaus kann der Netzbetreiber Anmerkungen im Zusammenhang mit der Befüllung des Erhebungsbogens vornehmen.

Definitionen

Stichtag der Erhebung ist der 31.12.2006. Die Definitionen nehmen Bezug auf das Tabellenblatt E. Aufteilung der Strukturdaten.

1. Definitionen (Strom)

Ifd.Nr.	Name der Variablen	Einheit	Definition
Parameter			
4	Versorgte Fläche, nur NS	km ²	Versorgte Fläche bezeichnet diejenige Fläche innerhalb des erschlossenen Gebiets, die über das Stromversorgungsnetz versorgt wird und auf der amtlichen Statistik zur Bodenfläche nach Art der tatsächlichen Nutzung der Statistischen Landesämter beruht. Als versorgte Fläche wird insoweit die bebaute Fläche („Gebäude und Freiflächen (nur bebaute Fläche)“; Flächenschlüssel 100/200) sowie Straßen, Wege und Plätze (Flächenschlüssel 510/520/530) verstanden. Wird eine Gemeinde von mehreren Netzbetreibern versorgt, sind lediglich die entsprechenden Flächenanteile zu berücksichtigen und anzugeben.
5	Geographische Fläche, HoS, HS und MS	km ²	Geographische Fläche bezeichnet diejenige Gesamtfläche, über die sich die jeweilige Netzebene erstreckt. Bei der Ermittlung der geographischen Fläche ist auf die Statistik der Statistischen Landesämter zurückzugreifen. Wird eine Gemeinde von mehreren Netzbetreibern versorgt, sind lediglich die entsprechenden Flächenanteile zu berücksichtigen und anzugeben.
6	Anzahl Anschlusspunkte von Letztverbrauchern getrennt nach Netzebenen, HoS, HS, MS, NS	Anzahl	Netzanschlusspunkte sind Anschlusspunkte, an denen eine Übergabe an Letztverbraucher und Objekt- und Arealnetze stattfindet. Dies umfasst auch kundeneigene Stationen und Umspannstationen. Anschlusspunkte in der Niederspannung sind die Hausanschlüsse. (siehe auch Grafik unten)
7	Anzahl Anschlusspunkte von nachgelagerten fremden Weiterverteilern getrennt nach Netzebenen, HoS, HS, MS	Anzahl	Netzanschlusspunkte sind Anschlusspunkte, an denen eine Übergabe an fremde nachgelagerte Netzebenen stattfindet. Dies umfasst auch Stationen und Umspannstationen der Weiterverteilung.
8	Anzahl Anschlusspunkte von nachgelagerten eigenen Netzen getrennt nach Netzebenen, HoS, HS, MS	Anzahl	Netzanschlusspunkte sind Anschlusspunkte, an denen eine Übergabe an eigene nachgelagerte Netzebenen stattfindet.
9	Anzahl Anschlusspunkte von gleichen fremden Netzebenen getrennt nach Netzebenen, HoS, HS, MS, NS	Anzahl	Netzanschlusspunkte sind Anschlusspunkte, an denen eine Übergabe an benachbarte Netzebenen stattfindet.

10	Zeitgleiche Jahreshöchstlast über alle Entnahmen nach Umspannebenen, H0S/HS, HS/MS, MS/NS	kW	Zeitgleiche Jahreshöchstlast ist die höchste zeitgleiche Summe der viertelstündlichen Leistungswerte aller Entnahmen aus einer Umspannebene. Entnahmen sind Abgaben an Letztverbraucher, Objekt- und Arealnetze, Weiterverteiler und - die Niederspannungsebene ausgenommen - an die nachgelagerte Netz- und Umspannebene. Die Zeitgleichheit ist bezogen auf die jeweilige Umspannebene, d. h. die Höchstwerte können in den einzelnen Umspannebenen zu unterschiedlichen Zeitpunkten auftreten.
11	Stromkreislänge der Freileitungen getrennt nach Netzebenen, H0S, HS, MS, NS	km	Systemlänge (Gesamtheit der drei Phasen L1+L2+L3) der Freileitungen in den Netzebenen NS, MS und HS (Beispiel: wenn L1 = 1km, L2 = 1km und L3 = 1km, dann Stromkreislänge = 1km). Bei unterschiedlichen Phasenlängen ist die durchschnittliche Länge in km zu ermitteln. Die Anzahl der pro Phase verwendeten Seile ist für die Stromkreislänge unmaßgeblich. Die Stromkreislänge erstreckt sich auch auf gepachtete, gemietete oder anderweitig dem Netzbetreiber überlassene Freileitungen, soweit diese vom Netzbetreiber betrieben werden. Geplante, in Bau befindliche sowie stillgelegte Freileitungen sind nicht zu berücksichtigen. Leitungen in Bruchteilsnutzung sind bei der Berechnung der Netzlänge mit voller Kilometerzahl anzusetzen. Die Stromkreislänge in der Netzebene Niederspannung ist einschließlich der Hausanschlussleitungen und ohne Leitungen von Straßenbeleuchtungsanlagen anzugeben. Leitungen über 36 kV mit Transportfunktion und Hochspannungsentgelt können bei der Hochspannung angegeben werden.
12	[bezogen auf Iff. Nr. 8] davon prozentualer Fremdnutzungsanteil der H0S, HS Freileitungen im Bruchteileigentum	%	Den prozentualen Fremdnutzungsanteil der Leitung der Bruchteilsnutzung (BN) müssen Sie auf jeweils alle Anlagen bezogen angeben. Zwei Beispiele: 1. Wird eine Freileitung durch einen Netzbetreiber zu 60 % alleine genutzt und befinden sich die anderen 40 % in Bruchteileigentum, dann ist eine Bruchteilsnutzung von 40 % anzugeben. 2. Es seien zwei Freileitungen, von denen die eine durch einen Netzbetreiber vollständig alleine und die andere zu 60 % alleine genutzt wird und befinden sich die anderen 40 % im Bruchteileigentum, dann ergibt sich eine Bruchteilsnutzung von 20 %. <u>Bruchteileigentum:</u> Zur eigenen Verfügung stehende Leitungen oder Umspannebenen im Rahmen des Bruchteileigentums: die Summe der Streckenabschnitte einer Netzebene bzw. der installierten Transformatorleistung einer Umspannebene, deren Kapazitäten (per Eigentum, o.ä.) zwischen zwei oder mehreren Netzbetreibern aufgeteilt sind und über die der Netzbetreiber nur anteilig neben Dritten verfügt.
13	Stromkreislänge Kabel getrennt nach Netzebenen, H0S, HS, MS, NS	km	Die Stromkreislänge der Kabel getrennt nach Netzebenen ist die Systemlänge (Gesamtheit der drei Phasen L1+L2+L3) der Kabel in den Netzebenen NS, MS und HS (Beispiel: Wenn L1 = 1km, L2 = 1km und L3 = 1km, dann Stromkreislänge = 1km). Bei unterschiedlichen Phasenlängen ist die durchschnittliche Länge in km zu ermitteln. Die Anzahl der pro Phase verwendeten Kabel ist für die Stromkreislänge unmaßgeblich. Die Stromkreislänge erstreckt sich auch auf gepachtete, gemietete oder anderweitig dem Netzbetreiber überlassene Kabel, soweit diese vom Netzbetreiber betrieben werden. Geplante, in Bau befindliche, verpachtete sowie stillgelegte Kabel sind nicht zu berücksichtigen. Leitungen in Bruchteilsnutzung sind bei der Berechnung der Netzlänge mit voller Kilometerzahl anzusetzen. Die Stromkreislänge in der Netzebene Niederspannung ist einschließlich Hausanschlussleitungen und ohne Leitungen von Straßenbeleuchtungsanlagen anzugeben. Leitungen über 36 kV mit Transportfunktion und Hochspannungsentgelt können bei der Hochspannung angegeben werden.
14	[bezogen auf Iff. Nr. 10] davon prozentualer Fremdnutzungsanteil der H0S, HS Kabelleitungen im Bruchteileigentum	%	Den prozentualen Fremdnutzungsanteil der Leitung der Bruchteilsnutzung (BN) müssen Sie auf jeweils alle Anlagen bezogen angeben. Zwei Beispiele: 1. Wird eine Kabelleitung durch einen Netzbetreiber zu 60 % alleine genutzt und befinden sich die anderen 40 % in Bruchteileigentum, dann ist eine Bruchteilsnutzung von 40 % anzugeben. 2. Es seien zwei Kabelleitungen, von denen die eine durch einen Netzbetreiber vollständig alleine und die andere zu 60 % alleine genutzt wird und befinden sich die anderen 40 % im Bruchteileigentum, dann ergibt sich eine Bruchteilsnutzung von 20 %. <u>Bruchteileigentum:</u> Zur eigenen Verfügung stehende Leitungen oder Umspannebenen im Rahmen des Bruchteileigentums: die Summe der Streckenabschnitte einer Netzebene bzw. der installierten Transformatorleistung einer Umspannebene, deren Kapazitäten (per Eigentum, o.ä.) zwischen zwei oder mehreren Netzbetreibern aufgeteilt sind und über die der Netzbetreiber nur anteilig neben Dritten verfügt.
15	Anzahl Einspeisepunkte von dezentralen Erzeugungsanlagen getrennt nach Netzebenen, H0S, HS, MS, NS	Anzahl	Einspeisepunkte von dezentralen Erzeugungsanlagen getrennt nach Netzebenen sind Einspeisepunkte, in denen dezentrale Einspeisungen in das eigene Netz erfolgen (Netze, für die der Netzbetreiber die wirtschaftliche Verantwortung besitzt).

16	[bezogen auf lfd. Nr. 12] davon Einspeisepunkte NS von EEG-Anlagen, die auch Anschlusspunkte NS sind	Anzahl	Einspeisepunkte, in denen dezentrale Einspeisungen in das eigene Netz erfolgen und die darüber hinaus auch Netzanschlusspunkte sind, an denen eine Übergabe an Letztverbraucher und Objekt- und Arealnetze stattfindet
17	Installierte Leistung der Umspannebenen je Umspannebene	kVA	<p>Summe der Bemessungsscheinleistungen aller installierten Transformatoren in der jeweiligen Umspannebene.</p> <p>Eine Anlage gilt als installiert, wenn sie in den laufenden Betrieb des Stromnetzes eingebunden ist und insoweit verwendet wird. Als nicht installiert gelten Reservetransformatoren, geplante, in Bau befindliche sowie stillgelegte Anlagen. Kundeneigene Transformatoren sind nicht zu berücksichtigen. Die Bemessungsscheinleistung von Transformatoren in Bruchteilsnutzung ist bei der Berechnung vollständig mit einzubeziehen.</p> <p>Ist die installierte Bemessungsscheinleistung nicht bekannt, ist diese geeignet zu schätzen bzw. die vertraglich vereinbarte maximale Leistung anzugeben.</p>
18	[bezogen auf lfd. Nr. 14] davon prozentualer Fremdnutzungsanteil der installierten Leistung im Bruchteileigentum	%	<p>Den prozentualen Fremdnutzungsanteil der Leitung der Bruchteilsnutzung (BN) müssen Sie auf jeweils alle Anlagen bezogen angeben.</p> <p>Beispiel: Wird die installierte Leistung der Umspannebene durch einen Netzbetreiber zu 60 % alleine genutzt und befinden sich die anderen 40 % in Bruchteileigentum, dann ist eine Bruchteilsnutzung von 40 % anzugeben.</p> <p>Der Fremdnutzungsanteil ist an der installierten Bemessungsscheinleistung zu messen.</p> <p><u>Bruchteileigentum:</u> Zur eigenen Verfügung stehende Leitungen oder Umspannebenen im Rahmen des Bruchteileigentums: die Summe der Streckenabschnitte einer Netzebene bzw. der installierten Transformatorleistung einer Umspannebene, deren Kapazitäten (per Eigentum, o.ä.) zwischen zwei oder mehreren Netzbetreibern aufgeteilt sind und über die der Netzbetreiber nur anteilig neben Dritten verfügt.</p>
19	Anzahl Umspannstationen getrennt nach Umspannebenen	Anzahl	Anlagen mit eigenen Transformatoren, in denen die Spannung elektrischer Energie zwischen zwei Spannungsebenen (§ 2 Nr. 7 StromNEV) oder innerhalb einer Netzebene geändert wird, einschließlich der Ortsnetzstationen.
20	[bezogen auf lfd. Nr. 16] davon prozentualer Fremdnutzungsanteil der Umspannstationen im Bruchteileigentum	%	<p>Den prozentualen Fremdnutzungsanteil der Leitung der Bruchteilsnutzung (BN) müssen Sie auf jeweils alle Anlagen bezogen angeben.</p> <p>Zwei Beispiele: 1. Wird eine Umspannstation durch einen Netzbetreiber zu 60 % alleine genutzt und befinden sich die anderen 40 % in Bruchteileigentum, dann ist eine Bruchteilsnutzung von 40 % anzugeben. 2. Es seien zwei Umspannstationen, von denen die eine durch einen Netzbetreiber vollständig alleine und die andere zu 60 % alleine genutzt wird und befinden sich die anderen 40 % im Bruchteileigentum, dann ergibt sich eine Bruchteilsnutzung von 20 %.</p> <p>Der Fremdnutzungsanteil ist an der installierten Bemessungsscheinleistung der eigenen Transformatoren in den Umspannstationen zu messen.</p> <p><u>Bruchteileigentum:</u> Zur eigenen Verfügung stehende Leitungen oder Umspannebenen im Rahmen des Bruchteileigentums: die Summe der Streckenabschnitte einer Netzebene bzw. der installierten Transformatorleistung einer Umspannebene, deren Kapazitäten (per Eigentum, o.ä.) zwischen zwei oder mehreren Netzbetreibern aufgeteilt sind und über die der Netzbetreiber nur anteilig neben Dritten verfügt.</p>
21	Anzahl Transformatoren getrennt nach Umspannebenen	Anzahl	<p>Anzahl der installierten Transformatoren, die sich in einer Umspannstation oder einer Regelstation innerhalb des Netzes im laufenden Betrieb befinden.</p> <p>Eine Anlage gilt als installiert, wenn sie in den laufenden Betrieb des Stromnetzes eingebunden ist und insoweit verwendet wird. Als nicht installiert gelten Ersatztransformatoren in Lagerbeständen des Netzbetreibers und Transformatoren, die in Umspann- oder Netzstationen mit den übrigen Anlagenteilen galvanisch verbunden sind und bei Ausfall eines Betriebstransformators durch Umschaltung die Versorgung übernehmen (Reservetransformatoren). Darüber hinaus gelten als nicht installiert geplante, in Bau befindliche sowie stillgelegte Anlagen. Transformatoren in Bruchteilsnutzung sind bei der Berechnung der Anzahl mit anzusetzen. Kundeneigene Transformatoren sind nicht zu berücksichtigen.</p>

22	[bezogen auf lfd. Nr. 18] davon prozentualer Fremdnutzungsanteil der Transformatoren im Bruchteileigentum	%	<p>Den prozentualen Fremdnutzungsanteil der Leitung der Bruchteilnutzung (BN) müssen Sie auf jeweils alle Anlagen bezogen angeben.</p> <p>Zwei Beispiele: 1. Wird ein Transformator durch einen Netzbetreiber zu 60 % alleine genutzt und befinden sich die anderen 40 % in Bruchteileigentum, dann ist eine Bruchteilnutzung von 40 % anzugeben. 2. Es seien zwei Transformatoren, von denen der eine durch einen Netzbetreiber vollständig alleine und der andere zu 60 % alleine genutzt wird und befinden sich die anderen 40 % im Bruchteileigentum, dann ergibt sich eine Bruchteilnutzung von 20 %.</p> <p>Der Fremdnutzungsanteil ist an der Anzahl der Transformatoren zu messen.</p> <p>Bruchteileigentum: Zur eigenen Verfügung stehende Leitungen oder Umspannebenen im Rahmen des Bruchteileigentums: die Summe der Streckenabschnitte einer Netzebene bzw. der installierten Transformatorleistung einer Umspannebene, deren Kapazitäten (per Eigentum, o.ä.) zwischen zwei oder mehreren Netzbetreibern aufgeteilt sind und über die der Netzbetreiber nur anteilig neben Dritten verfügt.</p>
23	Einwohnerzahl	Anzahl	Die Einwohnerzahl ist die absolute Zahl aller Einwohner im Versorgungsgebiet.
24	AGS Schlüssel der versorgten Gemeinden und Städte	Gemeindegemeinschaft	<p>Amtlicher Gemeindegemeinschaft (AGS): achtstellige Ziffernfolge zur Identifizierung politisch selbständiger Gemeinden oder gemeindefreier Gebiete, die von den Statistischen Landesämtern einheitlich vergeben wird.</p> <p>Angaben zur Datenbasis bei http://www.destatis.de/statistik-lokal/.</p> <p>Die Angabe ist durchzuführen über: 1. die AGS der Gemeinden und Gemeindeteile des Konzessionsgebiets und den Gemeindegemeinschaften 2. bei Teilversorgung innerhalb einer Gemeinde - den Flächenanteil des Konzessionsgebiets der Gemeinde in km² - zusätzliche Angabe der Gemarkungen des Konzessionsgebiets über das Gemarkungskennzeichen (wie vom Vermessungsamt vergeben, d. h. 6 Stellen, z. B. 141840) und den Gemarkungsnamen (z.B. „Zugabe-Rötha“)</p>

Zu Punkt 3: Anzahl der Anschlusspunkte

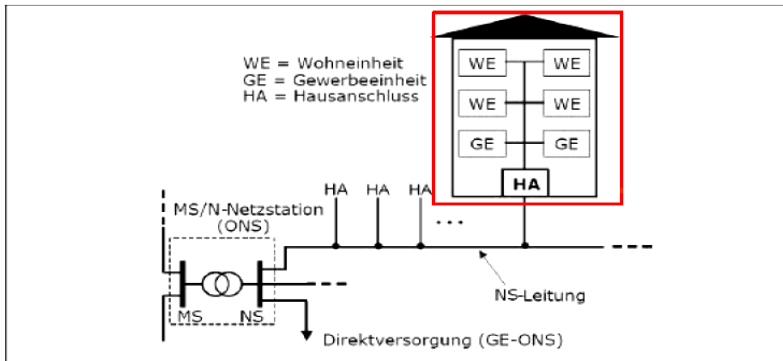


Abbildung: Prinzipieller Aufbau einer NS-Versorgung, Quelle: VDN

Anmerkung:
 Den o.g. Definitionen zufolge sind – für den rotmarkierten Bereich – folgende Angabe zur Anzahl von Anschlusspunkten zu machen:
 Anzahl Anschlusspunkte von Letztverbrauchern: 1
 Anzahl Entnahmestellen: 6

2. Definitionen (Gas)

lfd.Nr.	Name der Variablen	Einheit	Definition
1	Druckbereich		<p>Auslegungsdruck (Nennndruck) von Anlagen in der Gasversorgung. Hierzu zählen alle Anlagenkomponenten, die zum Transport und zur Verteilung von Gas notwendig sind.</p> <p>Die Druckbereiche sind unterteilt in: Niederdruck ≤ 100 mbar Mitteldruck</p>
2	Angabe der versorgten Fläche (entspricht dem Konzessionsgebiet abzüglich nicht versorgter Flächen wie bspw. Wälder, Seen, Flüsse und nicht erschlossene Gebiete)	km ²	Versorgte Fläche bezeichnet diejenige Fläche innerhalb des erschlossenen Gebiets, die über das Gasversorgungsnetz versorgt wird und auf der amtlichen Statistik zur Bodenfläche nach Art der tatsächlichen Nutzung der Statistischen Landesämter beruht.
3	Anzahl Ausspeisepunkte an Letztverbraucher getrennt nach Druckbereichen	Anzahl	Ausspeisepunkte, an denen Gas an Letztverbraucher ausgespeist wird. Dies umfasst auch kundeneigene Anlagen.

4	Anzahl Ausspeisepunkte an nachgelagerte fremde Netze (z.B. Weiterverteiler, Speicher und Sonstige) getrennt nach Druckbereichen	Anzahl	Ausspeisepunkte, an denen Gas an nachgelagerte Netznutzer, z.B. Weiterverteiler, ausgespeist wird.
5	Anzahl Ausspeisepunkte an nachgelagerte eigene Netze (Netzteile, Speicher und Sonstige) getrennt nach Druckbereichen	Anzahl	Ausspeisepunkte, an denen Gas in nachgelagerte Netze ausgespeist wird, zuzüglich der Ausspeisepunkte zur Ausspeisung von Gas in eigene Speicher, Hubs oder Misch- und Konversionsanlagen (vgl. dazu auch § 3 Nr. 1b EnWG).
6	Zeitgleiche Jahreshöchstlast aller Ausspeisungen	mn ³ / h sowie kWh / h	Die zeitgleiche Jahreshöchstlast ist die höchste zeitgleiche Summe der Leistungswerte aller Ausspeisungen aus einem Gasversorgungsnetz. Die zeitgleiche Jahreshöchstlast ist als Stundenwert volumetrisch in Normkubikmetern (mn ³ / h) sowie energetisch in Kilowattstunden (kWh).
7	Konzessionsgebiet	km ²	Summe aller Flächen, für die ein Vertrag zwischen einer Gemeinde und dem Netzbetreiber zur Einräumung des Rechts zur Benutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Rohrleitungen und Anlagen, die der unmittelbaren Versorgung von
8	AGS der versorgten Gemeinden und Städte	Gemeindeschlüssel	Amtlicher Gemeindeschlüssel (AGS): achtstellige Ziffernfolge zur Identifizierung politisch selbständiger Gemeinden oder gemeindefreier Gebiete, die von den Statistischen Landesämtern einheitlich vergeben wird.
9	Netzlänge getrennt nach Druckbereichen	km	Netzlänge der Rohrleitungen eines Gasversorgungsnetzes ohne Hausanschlussleitungen in Kilometern, die bereits zum Zwecke des Transports von Gas bzw. der Versorgung von Kunden mit Gas in Betrieb genommen worden sind.
10	Fremdnutzungsanteil der Netzlängen getrennt nach Druckbereichen	km	Anteil an den Rohrleitungen eines Gasversorgungsnetzes ohne Hausanschlussleitungen, der durch Dritte genutzt wird. Für die Bemessung des Fremdnutzungsanteils ist der durchschnittliche Anteil der relativen Kapazitätsrechte entsprechend der vertraglichen Kapazität.
11	Länge der Hausanschlussleitungen getrennt nach Druckbereichen	km	Hausanschlussleitung (HAL): Verbindung zwischen der kundeneigenen Anlage und dem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung gem. § 3 Nr. 17 EnWG. Für die Hausanschlussleitung sind die Netzlängen in Ansatz zu bringen, die i.S.v. § 6 Niederdruckanschlussverordnung
12	Anschlussgrad	%	Verhältnis aller aktiven Ausspeisepunkte im Bestandsnetz (a) zu allen aktuellen Versorgungsobjekten (durch den Netzbetreiber erschlossen und nicht erschlossen) im Konzessionsgebiet (b) zu (b): Gesamtzahl aller aktuellen Versorgungsobjekte im Konzessionsgebiet.
13	Aktueller Erschließungsgrad	%	Verhältnis aller maximal anschließbaren Ausspeisepunkte im Bestandsnetz (c) zu allen aktuellen Versorgungsobjekten (durch den Netzbetreiber erschlossen und nicht erschlossen) im Konzessionsgebiet (b) zu (c): Gesamtzahl aller aktuellen Versorgungsobjekte im Konzessionsgebiet.

Legende:

HS Hochspannung
MS Mittelspannung
NS Niederspannung

HD Hochdruck (über alle Druckbereiche insgesamt)
MD Mitteldruck
ND Niederdruck

**Öffentliche Anhörung
des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie zu den Vorlagen**

Antrag der Fraktion der SPD

Die Energieversorgung in kommunaler Hand
- BT-Drs. 17/3671

Antrag der Fraktion DIE LINKE

Energienetze in die öffentliche Hand – Kommunalisierung der Energieversorgung erleichtern
– Transparenz und demokratische Kontrolle stärken
- BT-Drs. 17/3171

Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes
BT-Drs. 17/3182

Berlin 24.01.2011

Stellungnahme der Bundesnetzagentur

21.01.2011

I. Zusammenfassung

Die mit einer Rekommunalisierung verbundenen - durchaus heterogenen - energie- und kommunalpolitischen Ziele werden von der Bundesnetzagentur nicht bewertet. Die Bundesnetzagentur konzentriert sich auf die mit der Rekommunalisierung verbundenen Fragen für die Energieverteilernetze und die sich aus dem Energiewirtschaftsrecht, insbesondere § 46 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) und § 26 Anreizregulierungsverordnung (ARegV) ergebenden Fragen. Insofern kommt es bei der Vergabe von Konzessionen im Dreiecksverhältnis zwischen der Gemeinde, dem Alt- und dem Neukonzessionär in der Praxis häufig zu Streitfragen. Die Bundesnetzagentur bemüht sich primär sicherzustellen ist, dass diese Streitigkeiten sich nicht zu Lasten der Netznutzer auswirken.

Nicht alle Erwartungen, die in der öffentlichen Debatte mit einer Rekommunalisierung verbunden werden, entsprechen den tatsächlichen rechtlichen Möglichkeiten. Gegenstand der Konzession sind nur noch Wegerechte zum Betrieb von Netzen, so dass die Konzession ausschließlich für den Netzbetreiber relevant ist. Da die Erzeugung und der Vertrieb von Strom und Gas von dem natürlichen Monopol des Netzbetrieb entflochten sein müssen, gehen Erwartungen, dass die Gemeinde durch die Vergabe der Konzession an ein eigenes Stadtwerk Einfluss auf die Ausrichtung der Erzeugung, die Gestaltung von Vertriebsprodukten oder die Durchführung von Energieeffizienzmaßnahmen hätte, fehl. Eigene – auch ökologisch motivierte – Erzeugungs- und Vertriebskonzepte der Kommunen sind und bleiben wichtig. Einer Rekommunalisierung durch die Neukonzessionierung und Gründung eines eigenen Netzbetreibers bedarf es dafür aber nicht.

Alle Bewerber um neue Konzessionen - gleichgültig, ob es sich um lokale Stadtwerke oder Dritte handelt - sollten sich der mit dem Netzbetrieb verbundenen gemeinwirtschaftlichen Aufgaben und Pflichten sowie der Komplexität der Kalkulation vorher bewusst sein. Generell besteht bei der Zahlung eines überhöhten Kaufpreises oder Pachtentgeltes die Gefahr, dass dadurch Mittelabflüsse aus dem Netzbetrieb erzeugt werden, die zu einer Investitionsunfähigkeit des Netzbetriebes führen. Eine zu starke Zersplitterung bestehender Verteilernetze

und die Schaffung zusätzlicher nachgelagerter Netze führen sowohl zu Risiken für den Neukonzessionär als auch zu Nachteilen für Vertriebe und lokale Letztverbraucher.

Die Bundesnetzagentur leistet mit ihrem gemeinsam mit dem Bundeskartellamt am 15.12.2010 veröffentlichten **Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers** einen wesentlichen Beitrag zur Schaffung von mehr Rechtssicherheit für die am Konzessionsverfahren beteiligten Parteien. Zuvor wurden mit dem Leitfaden der Regulierungsbehörden zu Inhalt und Struktur von Anträgen auf Neufestlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach § 26 Abs. 2 ARegV vom 12.05.2010, der von der Bundesnetzagentur gemeinsam mit den Landesregulierungsbehörden erarbeitet wurde, bereits wichtige Hilfestellungen für die praktische Durchführung einer erfolgreichen Rekommunalisierung gegeben. Trotz der dadurch gestiegenen Rechtssicherheit sieht die Bundesnetzagentur gesetzgeberischen Handlungsbedarf.

Im Sinne einer „**kleinen Lösung**“ sollte in § 46 EnWG zumindest der gesetzliche Anspruch auf Netzüberlassung gemäß § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG dahingehend konkretisiert werden, dass zwingend das **Eigentum zu übertragen** ist. Zudem sollte in § 46 Absätze 1 bis 3 EnWG festgelegt werden, dass der Konzessionsvertrag **ausschließlich mit dem jeweiligen Netzbetreiber** und nicht mit anderen Teilen eines vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens abgeschlossen wird.

Im Sinne einer „**großen Lösung**“ wäre auch eine Konkretisierung und klarere Fassung des gesetzlichen Rahmens für Konzessionsvergaben einschließlich anschließender Netzüberlassung zu begrüßen. Dabei sollten die im Konzessionsvergabe-Leitfaden des Bundeskartellamtes und der Bundesnetzagentur aufgezeigten Probleme und Lösungen, die auf der Auslegung der geltenden Rechtslage beruhen, berücksichtigt werden. Bei der Konkretisierung von Vorgaben für eine **angemessene Vergütung** ist insbesondere darauf zu achten, dass die Investitionsfähigkeit des Netzbetreibers unter Einhaltung der entgeltrechtlichen Vorgaben der Strom- und GasNEV gewahrt bleibt. Des Weiteren bedarf es einer gesetzgeberischen Lösung für das Problem unterjähriger Netzübergänge und damit verbundener **unterjähriger Übertragungen von Erlösobergrenzen**.

Das heutige System der Vergabe von Konzessionsverträgen stellt einen Anachronismus im System der Entflechtung von Netzbetrieb und Versorgung, des regulierten Netzzugangs und der wettbewerblichen Erbringung der Energieversorgung dar. Daher stellt sich die Frage, ob die **Ersetzung des bisherigen Systems der Konzessionsvergabe** gegenüber Einzelverbesserungen innerhalb des bisherigen Grundansatzes und unter voller Wahrung der kommunalen Haushaltsbelange nicht vorzugswürdig ist.

II. Stellungnahme

Die beiden Anträge und der Gesetzentwurf der drei Fraktionen widmen sich im Schwerpunkt Problemen, die sich bei der Vergabe von Konzessionen für Strom- und Gasnetze ergeben können. Im Fokus steht dabei die Konstellation, dass die Gemeinde die Konzession an ein eigenes bestehendes oder noch zu gründendes Stadtwerk vergeben möchte (sogenannte Rekommunalisierung).

1. Bestehende Probleme bei der Konzessionsvergabe

Die Bundesnetzagentur kann nach ihren Erfahrungen bestätigen, dass bei der Vergabe von Konzessionen nach § 46 Abs. 2 EnWG in dem Dreiecksverhältnis zwischen der Gemeinde, dem Alt- und dem Neukonzessionär in der Praxis häufig Streitfragen entstehen. Diese betreffen sowohl das Verfahren der Konzessionsvergabe selbst als auch die anschließende Netzüberlassung im Fall einer Vergabe an einen neuen Konzessionsnehmer. Bei der praktischen Anwendung des bestehenden Rechtsrahmens stehen Fragen zur Qualität (Eigentumsübertragung oder Besitzverschaffung) und zum Umfang (inwieweit müssen gemischt genutzte

Leitungen mit überlassen werden) des Überlassungsanspruchs, zur Bestimmung einer angemessenen Vergütung für die Überlassung und zum Umfang der Datenherausgabe an die Gemeinde und den Neukonzessionär im Vordergrund.

Weitere Probleme, die bisher geringere öffentliche Beachtung gefunden haben, betreffen die konsistente Anpassung der Konzessionsvergabe an die entflechtungsrechtlichen Vorgaben sowie regulatorische Folgeprobleme, die bei einer unterjährigen Übertragung von Netzen und Erlösobergrenzen auftreten können (wird im Folgenden näher ausgeführt).

2. Rekommunalisierung

Viele der genannten Streitfragen werden regelmäßig erst dann relevant, wenn die Gemeinde ihre auslaufende Konzession nicht an den bisherigen Konzessionsnehmer, sondern an einen neuen Konzessionsnehmer vergeben möchte. In der Praxis betrifft dies derzeit häufig die Fälle, in denen Gemeinden die Konzession erstmals wieder an ein eigenes Stadtwerk vergeben möchten. Die Probleme sind allerdings unabhängig davon, ob die Gemeinde die Konzession an ein eigenes Stadtwerk oder an einen anderen Neukonzessionär vergibt, in einheitlicher Weise zu lösen. Ein Fall der Rekommunalisierung stellt aus regulatorischer Sicht lediglich einen Unterfall einer Konzessionsvergabe und anschließenden Netzüberlassung an einen neuen Konzessionsnehmer dar.

In diesem Zusammenhang ist es wichtig, darauf hinzuweisen, dass jedenfalls nicht alle Erwartungen, die in der öffentlichen Debatte mit einer Rekommunalisierung verbunden werden, den tatsächlichen rechtlichen Möglichkeiten entsprechen.

Gegenstand der Konzessionsvergabe sind nach heutiger Rechtslage allein kommunale Wegerechte zur Nutzung öffentlicher Verkehrswege, die der Verteilnetzbetreiber für die Verlegung und den Betrieb seiner Leitungen benötigt. Ein Versorgungsauftrag zur Belieferung der im Konzessionsgebiet angeschlossenen Letztverbraucher oder gar ein ausschließliches Recht zur Versorgung in dem Gebiet existiert heute nicht mehr. Die Pflicht und das Recht zur Grundversorgung mit Strom und Gas sind demjenigen Lieferanten zugewiesen, der in dem Gebiet die meisten Haushaltskunden beliefert; ein Wechsel des Konzessionsnehmers hat keinen Einfluss auf die Lieferverträge.

Die Konzession ist folglich rein netzbezogen und ausschließlich für den Netzbetreiber relevant. Da die Erzeugung und der Vertrieb von Strom und Gas von dem natürlichen Monopol des Netzbetrieb entflochten sein müssen, gehen Erwartungen, dass die Gemeinde durch die Vergabe der Konzession an ein eigenes Stadtwerk Einfluss auf die Ausrichtung der Erzeugung, die Gestaltung von Vertriebsprodukten oder die Durchführung von Energieeffizienzmaßnahmen hätte, über den Rahmen des rechtlich Möglichen hinaus. Auch das gelegentlich angeführte Argument, die Gemeinde solle den lokalen Netzbetrieb durchführen, da die natürliche Kundenbindung des Netzbetreibers die Etablierung eigener Vertriebs- und Erzeugungsaktivitäten mit entsprechenden ökologischen Gestaltungsmöglichkeiten fördere, ist mit dem Entflechtungsgebot nicht vereinbar. Der Netzbetreiber ist zu strikter Neutralität verpflichtet.

Eigene – auch ökologisch motivierte – Erzeugungs- und Vertriebskonzepte der Kommunen sind und bleiben wichtig. Einer Rekommunalisierung durch die Neukonzessionierung und Gründung eines eigenen Netzbetreibers bedarf es dafür aber nicht.

Darüber hinaus ist es wichtig, dass sich alle neuen Bewerber um eine Konzession der mit dem Netzbetrieb verbundenen gemeinwirtschaftlichen Aufgaben und Pflichten bewusst sind. Bei der wirtschaftlichen Kalkulation möglicher Netzübernahmen ist daher insbesondere zu berücksichtigen, dass Netzausbauten bzw. Netzneustrukturierungen während der meist zwanzigjährigen Laufzeit zu einem erheblichen finanziellen Aufwand führen können. Der Komplexität der Kalkulation sollte sich der Neukonzessionär bei Abschluss des Konzessionsvertrages bewusst sein. Generell besteht bei der Zahlung eines überhöhten Kaufpreises oder Pachtentgeltes die Gefahr, dass dadurch Mittelabflüsse aus dem Netzbetrieb erzeugt werden, die zu einer Investitionsunfähigkeit des Netzbetriebes führen.

Die gleiche Gefahr kann grundsätzlich auch bei dem Aufbau von ineffizienten Netzbetriebsstrukturen entstehen. Eine zu starke Zersplitterung von Verteilernetzen kann unter bestimmten Bedingungen Effizienz Nachteile beim Netzbetrieb und einen erhöhten Regulierungsaufwand nach sich ziehen. Mögliche Folgen sind höhere Kosten für die Netznutzer und eine Erschwernis des Wettbewerbs auf den Vertriebsmärkten. Darüber hinaus kann die Gründung zusätzlicher Verteilernetzbetreiber, die anderen Verteilernetzbetreibern nachgelagert sind, zu lokal höheren Netzentgelten führen (sogenanntes „Pancaking“).

3. Stärkung der Rechtssicherheit durch die Bundesnetzagentur

Die Bundesnetzagentur leistet mit ihrem gemeinsam mit dem Bundeskartellamt am 15.12.2010 veröffentlichten Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers einen wesentlichen Beitrag zur Schaffung von mehr Rechtssicherheit für die am Konzessionsverfahren beteiligten Parteien. Zu allen unter Punkt 1 aufgeführten drängenden Praxisfragen gibt der Leitfaden Antworten auf Basis des bestehenden Rechtsrahmens und zeigt auf, in welchen Fällen kartell- oder regulierungsrechtliche Maßnahmen der beiden Aufsichtsbehörden in Betracht kommen und in welchen eine zivilgerichtliche Klärung geboten erscheint.

4. Gesetzesänderung – kleine Lösung

Trotz der gestiegenen Rechtssicherheit aufgrund des Konzessionsvergabe-Leitfadens sieht die Bundesnetzagentur gesetzgeberischen Handlungsbedarf. Im Sinne einer „kleinen Lösung“ sollten in § 46 EnWG zumindest die folgenden beiden Änderungen vorgenommen werden.

a. Netzüberlassung in Form einer Eigentumsübertragung

Die Bundesnetzagentur ist – wie auch das Bundeskartellamt - der Auffassung, dass der gesetzliche Anspruch auf Netzüberlassung gemäß § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG dahingehend konkretisiert werden sollte, dass zwingend das Eigentum zu übertragen ist.

Wie im Konzessionsvergabe-Leitfaden näher ausgeführt, legt die Bundesnetzagentur aufgrund des weiten Wortlautes und angesichts der Entstehungsgeschichte die aktuell bestehende Regelung so aus, dass auch die Verschaffung des Besitzes zur Erfüllung des Überlassungsanspruchs ausreicht.

Da die Eigentumsübertragung gleichwohl die deutlich vorzugswürdige Lösung darstellt, ist eine gesetzliche Schärfung des Überlassungsanspruchs wichtig. Durch den Anspruch auf Übereignung des Eigentums wird sichergestellt, dass die benötigten Wegerechte für die Anlagen und das Eigentum an den Anlagen in einer Hand zusammengeführt werden können. Dadurch werden klare Strukturen geschaffen, die eine Vielzahl von rechtlichen, strukturellen und regulatorischen Problemen von vornherein vermeiden. Unter anderem ist durch den Eigentumsübergang auf den Neukonzessionär gewährleistet, dass dieser bei einem darauffolgenden Konzessionswechsel seinerseits das Eigentum auf den Nachfolger übertragen kann.

b. Netzbetreiber als Konzessionsnehmer

Des Weiteren sollte § 46 Absätze 1 bis 3 EnWG dahingehend konkretisiert werden, dass der Konzessionsvertrag ausschließlich mit dem jeweiligen Netzbetreiber abgeschlossen wird.

Da nach der geltenden Regelung noch wie zu Zeiten der Konzessionierung der integrierten Gesamtversorgung des Konzessionsgebietes schlicht „Energieversorgungsunternehmen“ als Vertragspartner genannt werden, werden die Wegerechte in der Praxis häufig nicht an den Netzbetreiber, sondern an das vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen vergeben.

Wie bereits oben näher ausgeführt, geht es nach heutiger Rechtslage bei der Konzessions-

vergabe allein um die Einräumung von Wegerechten, die für den Netzbetrieb benötigt werden. Die Konzession ist rein netzbezogen und ausschließlich für den Netzbetreiber, nicht jedoch für die sonstigen Geschäftsfelder eines vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens von Bedeutung. Der Netzbetrieb ist die Aufgabe des Netzbetreibers, so dass er die erforderlichen Wegerechte selbst kontrahieren und nicht auf die Überlassung der Rechte durch die Muttergesellschaft oder das integrierte Vertriebsunternehmen angewiesen sein sollte. Während in der Konzessionsabgabenverordnung beispielsweise bereits klargestellt wurde, dass der Konzessionsnehmer nur noch einen Abschlag auf die Netzentgelte und nicht mehr auf die Lieferentgelte gegenüber der konzessionierenden Gemeinde gewähren kann, fehlt in § 46 EnWG bisher eine entflechtungsrechtlich eindeutige Zuordnung des Konzessionsvertrags zum Netzbetrieb. Eine saubere Zuordnung der Vertragsverhältnisse bewirkt darüber hinaus eine einfachere Abwicklung zwischen den Parteien.

5. Gesetzesänderung – große Lösung

Die Bundesnetzagentur würde auch eine Konkretisierung und klarere Fassung des gesetzlichen Rahmens für Konzessionsvergaben einschließlich anschließender Netzüberlassung im Sinne einer „großen Lösung“ begrüßen. Dabei sollten die im Konzessionsvergabe-Leitfaden des Bundeskartellamtes und der Bundesnetzagentur aufgezeigten Probleme und Lösungen, die allerdings auf der Auslegung der geltenden Rechtslage beruhen, berücksichtigt werden. Dafür verweise ich auf den als **Anlage** beigefügten Konzessionsvergabe-Leitfaden als Teil dieser Stellungnahme.

Darüber hinaus sollten die folgenden beiden Punkte beachtet werden.

a. Frage der angemessenen Vergütung

Von besonderer Bedeutung ist die Frage, welche Vergütung als „angemessen“ anzusehen ist. Aus Sicht der Bundesnetzagentur ist zu beachten, dass in der Strom- bzw. GasNEV eine Abschreibung und Verzinsung des eingesetzten Kapitals ausschließlich auf Basis der erstmaligen historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten und nicht auf Basis des Kaufpreises erfolgt (vgl. § 6 Abs. 6 und 7 Strom- bzw. GasNEV). Das Wiederverdienen eines Sachzeitwertes (i.S.e. Rekonstruktionswertes) dürfte damit in aller Regel wirtschaftlich unmöglich sein. Ein Mittelabfluss aus dem Netzbetrieb in dieser Größenordnung würde i.d.R. zu einem erhöhten Finanzierungsbedarf und damit perspektivisch zu einer Investitionsunfähigkeit des Netzbetreibers führen. Der Netzbetreiber ist aber gerade darauf angewiesen, seine Investitionen aus den verdienten Abschreibungen und einem Teil der Kapitalverzinsung (sog. Kapitalrücklage) zu finanzieren. Fehlen diese Mittel, indem sie überwiegend oder ausschließlich zur Finanzierung der Vergütung i.S.d. des Abs. 2 verwendet werden, ist die Bildung entsprechender Rücklagen nicht mehr möglich.

b. Ausschluss unterjähriger Übertragungen von Erlösobergrenzen

Für folgendes Praxisproblem, das in erster Linie infolge von Netzübergängen nach Neukonzessionierungen auftritt bedarf es dringend einer gesetzlichen Lösung. Ein unterjähriges Auslaufen von bestehenden und neuen Konzessionsverträgen sollte vermieden werden. Das unterjährige Auslaufen von Konzessionsverträgen beziehungsweise die unterjährige Übertragung von Erlösobergrenzen aufgrund von Netzübergängen führt für die beteiligten Netzbetreiber zu einem unvermeidbar hohen regulatorischen Aufwand bei der Abwicklung von Netzübergängen nach § 26 Abs. 2 ARegV.

Insbesondere bei streitigen Konzessionsübergängen gelingt es den beteiligten Netzbetreibern häufig nicht, die Kautelen des Netzübergangs bis zum Auslaufen des Konzessionsvertrages zu vereinbaren. Aus diesem Grunde ergibt sich häufig eine wirtschaftliche Rückwirkung. Dies führt aber zu einem erheblichen Rückabwicklungsbedarf im Rahmen der Durchführung der Anreizregulierungsverordnung, da die Parteien die Erlöswirksamkeit ihrer zivilrechtlichen Vereinbarung in der Regel am selben Tage herstellen möchten.

Dieses in hohem Maße praxisrelevante Problem stellt sich nicht ausschließlich bei Netzübergängen infolge von Konzessionsvergaben an einen Neukonzessionär nach § 46 EnWG, sondern bei jeglichen Netzübergängen. Daher könnte eine gesetzgeberische Lösung beispielsweise auch durch die Schaffung einer Regelung in § 26 ARegV erfolgen, wonach die Übertragung von kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nur mit Wirkung zum 01. Januar eines Kalenderjahres erfolgen kann und eine rückwirkende Übertragung von Erlösobergrenzen ausgeschlossen ist.

6. „Wettbewerb um Netze“ – in heutiger Form ein Anachronismus

Das heutige System der Vergabe von Konzessionsverträgen ist angesichts der Entflechtung von Netzbetrieb und Versorgung, des regulierten Netzzugangs und der wettbewerblichen Erbringung der Energieversorgung nicht mehr zeitgemäß.

Im Zeitalter der Gebietsmonopole war mit der Konzessionierung der Auftrag der Versorgung der Kunden ebenso verbunden wie der Netzbetrieb. Die Versorgungsaufgabe der Energiebelieferung ist jedoch durch die Liberalisierung dem Wettbewerb unter Absicherung durch die Grundversorgung übergeben worden. Der Netzbetrieb ist ein so genanntes natürliches Monopol, das nicht notwendigerweise mit einer kommunalen Trägerschaft verknüpft ist. Ein natürliches Monopol bedarf der Regulierung. Diese stellt sicher, dass der Inhaber des Monopols diskriminierungsfrei agiert und keine Drittinteressen befördert oder gar einzelne Nutzer bevorzugt werden; die Regulierung stellt ebenso sicher, dass keine missbräuchlichen Monopolrenditen erwirtschaftet werden und sie stellt sicher, dass die monopolistische Infrastruktur gepflegt und entsprechend den Bedürfnissen der Nutzer ausgebaut wird.

Für den verbleibenden Spielraum eines Wettbewerbs um die Wegerechte und damit mittelbar um die Netze und die Ausübung der Monopolrechte gibt es keine tauglichen legalen Differenzierungskriterien der „Wettbewerber“. Die zulässigen Konzessionsabgaben sind nach oben begrenzt und regelmäßig sind alle Bewerber bereit, die maximale Höhe zu zahlen. Nebenleistungen sind verboten. Hinzu kommt, dass die Konzessionsregelungen nur Leitungen betreffen, die der Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet dienen. Insbesondere für Regional- und Transportnetze werden keine Konzessionsabgaben erhoben.

Die Bundesnetzagentur schlägt daher vor zu prüfen, ob die Ersetzung des bisherigen Systems der Konzessionsvergabe gegenüber Einzelverbesserungen innerhalb des bisherigen Grundansatzes nicht die vorzugswürdige Lösung ist. Dabei sind selbstverständlich die kommunalen Interessen an einer Erhaltung des Beitrags der Konzessionsabgaben an den kommunalen Haushalten zu wahren. Dies bietet gleichzeitig aber auch die Chance, diese Abgaben von der reinen Bezugnahme auf die der Versorgung der Letztverbraucher dienenden Netze zu lösen und einer allgemeinen Regelung des Ausgleichs kommunaler Belange mit dem Bau von Energieversorgungsleitungen zuzuführen.

Anlagen:

- **Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15.12.2010**
- **Leitfaden der Regulierungsbehörden zu Inhalt und Struktur von Anträgen auf Neufestlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach § 26 Abs. 2 ARegV**



Bundesnetzagentur



Bundeskartellamt

**Gemeinsamer Leitfaden von
Bundeskartellamt
und
Bundesnetzagentur**

**zur Vergabe von Strom- und Gaskon-
zessionen und zum Wechsel
des Konzessionsnehmers**

15. Dezember 2010

A. Einleitung

- 1 Ein Großteil der bestehenden, bundesweit auf ca. 20.000 geschätzten Konzessionsverträge für Strom und Gas läuft als Folge ihrer auf 20 Jahre begrenzten Laufzeit bereits gegenwärtig und in den kommenden Jahren aus (§ 46 Abs. 2 S. 1 EnWG, zuvor § 13 Abs. 2 S. 1 EnWG 1998, davor § 103a Abs. 1 S. 1 GWB i.d.F. der 4. GWB-Novelle 1980).
- 2 Der Inhalt des konzessionierten Rechts hat sich über diese Zeit gewandelt. 1980 beinhalteten Konzessionsverträge das *ausschließliche* Recht zur Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet. Seit 2005 ist die Konzession im Einklang mit den Entflechtungsregelungen rein netzbezogen und die Grundversorgungspflicht nach § 36 EnWG demjenigen Energieversorgungsunternehmen zugewiesen, das die meisten Haushaltskunden in einem Netzgebiet der allgemeinen Versorgung beliefert. Auf Handelsebene bestehen inzwischen effektivierte Durchleitungsansprüche. Zudem sind die Netzentgelte reguliert. Die für eine Konzession zulässigen Gegenleistungen sind in der KAV streng limitiert. Die regelmäßige Neuvergabe der Konzessionen hat damit ihre ursprüngliche Bedeutung für die örtlichen Versorgungsverhältnisse eingebüßt. Entsprechend begrenzt sind die einem Wettbewerb zugänglichen Parameter.
- 3 Gegenwärtig ist ein Trend zur Rekommunalisierung zu beobachten, d.h. Strom- und Gaskonzessionen werden vermehrt an kommunale Unternehmen vergeben. Zugleich bewerben sich nach den Erkenntnissen des Bundeskartellamtes und der Bundesnetzagentur regelmäßig überregional tätige Unternehmen aus dem gesamten Bundesgebiet um die Strom- bzw. Gaskonzession einer Gemeinde. Der vorliegende Leitfaden dient als Auslegungs- und Anwendungshilfe für die beteiligten Marktakteure.
- 4 Die Neuvergabe von Konzessionsverträgen mit dem sich anschließenden Anspruch auf Verteilernetzüberlassung ist teilweise in § 46 EnWG geregelt. Weiter unterliegen Neukonzessionierungen dem Kartellrecht und den aus den europäischen Grundfreiheiten folgenden allgemeinen Vergabeprinzipien. Zudem ergeben sich energiewirtschaftsrechtliche Folgefragen.
- 5 Bei der wirtschaftlichen Kalkulation möglicher Konzessionsübernahmen ist zu berücksichtigen, dass Netzausbauten bzw. Netzneustrukturierungen während der meist zwanzigjährigen Laufzeit zu einem erheblichen finanziellen Aufwand führen können. Der Komplexität der Kalkulation sollte sich der Neukonzessionär bei Abschluss des Konzessionsvertrages bewusst sein. Generell besteht bei Zahlung eines überhöhten Kaufpreises oder Pachtentgeltes die Gefahr von Mittelabflüssen zu Lasten des Netzbetriebs, die zu einer Unfähigkeit zu Netzinvestitionen führen.
- 6 Viele Fragen im Zusammenhang mit dem Neuabschluss von Konzessionsverträgen, die

in der (höchstrichterlichen) Rechtsprechung noch nicht entschieden und in der Literatur umstritten sind, rufen zunehmend Beschwerden oder Anfragen bei Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt sowie Kartell- und Regulierungsbehörden der Länder hervor.

- 7 Der vorliegende Leitfaden wurde unter Beteiligung von Landeskartell- und Landesregulierungsbehörden erarbeitet.

B. Zuständigkeit

- 8 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.
- 9 Für die Entscheidung über zivilrechtliche Ansprüche – insbesondere also vertragliche Ansprüche, aber auch solche aus EnWG und GWB – sind zunächst generell die Zivilgerichte zuständig. Hierbei ist insbesondere auf die Möglichkeit der Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen aus §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes hinzuweisen.¹ Daneben bestehen aufsichtsbehördliche Zuständigkeiten für die Überwachung des in § 46 EnWG geregelten Wegenutzungsrechtes. Diese obliegen zum einen grundsätzlich der Bundesnetzagentur, zum anderen bestehen teilweise überschneidende Befugnisse der Kartellbehörden; dies stellt § 46 Abs. 5 EnWG noch einmal klar.
- 10 Für die Beantwortung der Frage, ob die Bundesnetzagentur zur Durchsetzung von Ansprüchen mit konzessionsrechtlichem Hintergrund berufen ist, ist maßgeblich darauf abzustellen, ob sich der Anspruch aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis nach § 46 Abs. 2 EnWG ergibt, mithin ob er einen engen regulatorischen Bezug aufweist. Soweit sich die Gemeinde oder Interessenten auf vertragliche (Neben-) Ansprüche aus dem Altkonzessionsvertrag berufen, ist die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur nicht berührt; dies betrifft insbesondere das Stadium vor Abschluss des neuen Konzessionsvertrages, in dem weder die Bieter noch die Gemeinde über § 46 Abs. 2 EnWG in einem gesetzlichen Schuldverhältnis zum Altkonzessionär stehen. Das Rechtsverhältnis nach § 46 Abs. 2 EnWG wird erst und nur mit dem Unternehmen begründet, mit welchem die Gemeinde den neuen Konzessionsvertrag schließt. Durch die Bundesnetzagentur zu entscheidende regulierungsrechtliche Streitigkeiten entstehen damit regelmäßig erst mit Abschluss des neuen Konzessionsvertrages bzw. mit Abschluss des Überlassungsvertrages.
- 11 Die Zuständigkeit der Kartellbehörden im Hinblick auf die oben genannten Themenkreise richtet sich nach der Reichweite der kartellrechtlichen Tatbestände. Im Kontext der Neu-

¹ OLG Düsseldorf, U.v. 13.01.2010, 27 U 1/09, VergabeR 2010, 531 = NZBau 2010, 328.

vergabe von Konzessionsverträgen sind dies insbesondere die §§ 1, 19, 20 Abs. 1, 21 Abs. 2 GWB sowie Art. 101 und 102 AEUV. In diesem Rahmen können auch vertragliche (Neben-)Ansprüche eine Rolle spielen. Die Zuständigkeit der Kartellbehörden betrifft insbesondere die diskriminierungsfreie und wettbewerbliche Vergabe der Konzession durch die insoweit marktbeherrschende Gemeinde.

- 12** Nach § 48 GWB ist für die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bundeskartellamt und Landeskartellbehörden maßgeblich, ob die Wirkung des wettbewerbsbeschränkenden oder diskriminierenden Verhaltens über das Gebiet eines Landes hinausreicht. Die Frage, welche Kartellbehörde für die Überprüfung der Konzessionsverfahren zuständig ist, muss im Einzelfall in Ansehung der konkreten Auswirkungen des wettbewerbswidrigen Verhaltens und der Nachfragesituation beantwortet werden. Eine wechselseitige Zuständigkeitsübertragung ist nach § 49 Abs. 3 und 4 GWB möglich.
- 13** Soweit eine Zuständigkeit der Bundesnetzagentur bzw. der Kartellbehörden gegeben ist, stehen im Einzelfall die Verfahrenseinleitung und die Auswahl der ggf. zu erlassenden Maßnahmen im Ermessen der jeweiligen Behörde. Vor allem im Rahmen ihrer Erwägungen, ob ein Verfahren eingeleitet wird (sog. Aufgreifermessen), kann berücksichtigt werden, inwieweit effektiver Rechtsschutz im Einzelfall vor den Zivilgerichten erlangt werden kann.

C. Kartell- und Vergaberecht

(Sicherstellung der wettbewerblichen Konzessionsvergabe)

I. Vergaberecht

- 14** Das Vergaberecht der §§ 97 ff. GWB ist auf den Neuabschluss von Konzessionsverträgen nach § 46 Abs. 2 und 3 EnWG nicht anwendbar, da sie keine öffentlichen Aufträge über Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen im Sinne von § 99 GWB zum Gegenstand haben. Damit besteht auch kein Zugang zu den Vergabekammern.
- 15** Ungeachtet der fehlenden Festlegung von Auswahlkriterien im EnWG müssen Gemeinden die allgemeinen, aus vorrangigem europäischem Primärrecht folgenden Vergabeprinzipien beachten. Dabei ist die umstrittene Frage unerheblich, ob es sich bei Konzessionsverträgen um Dienstleistungskonzessionen im Sinne des durch europäische Richtlinien harmonisierten Vergaberechts handelt.² Die aus den europäischen Grundfreiheiten abgeleiteten Vergabeprinzipien sind auch im Rahmen der Neuverga-

² Im Fall einer Trink- und Abwasserkonzession nahm der EuGH eine Dienstleistungskonzession an, s. EuGH, U.v. 10. September 2009, Rs. C-206/08 – *WAZV Gotha*.

be von Konzessionen nach § 46 Abs. 2, 3 EnWG anwendbar.³ Demnach muss insbesondere eine Bekanntmachung in geeigneter Form erfolgen und die Vergabe transparent und nichtdiskriminierend durchgeführt werden; die Entscheidung ist ferner zu begründen und es müssen Rechtsschutzmöglichkeiten vom nationalen Recht gewährleistet werden.⁴ Die Schwelle für die Betroffenheit des innergemeinschaftlichen Handels ist bei Konzessionen dabei äußerst niedrig anzusetzen.⁵

II. Kartellrecht

1. Marktabgrenzung und Marktmacht

- 16** Gemeinden sind bei der Vergabe von Konzessionen für Gas- und Stromverteilernetze unternehmerisch tätig, da es sich um die entgeltliche Vergabe von Wegerechten handelt.⁶ Das deutsche und europäische Wettbewerbsrecht ist daher anwendbar.
- 17** Die Disposition über die Neuvergabe der Konzessionen steht nach § 46 EnWG allein der jeweiligen Gemeinde zu. Sie ist folglich in Bezug auf die örtlichen Konzessionen absolut marktbeherrschend und damit Normadressatin der §§ 19 und 20 GWB und im Einzelfall unter Umständen auch des Art. 102 AEUV.
- 18** Für diesen Befund gibt es zwei Begründungsansätze, die beide zum gleichen Ergebnis der örtlichen Marktbeherrschung der Gemeinde führen:
- a. Die jeweilige in Frage stehende Konzession ist aufgrund ihrer „produktspezifischen“ Besonderheit, dass nur sie den Netzbetrieb für die örtliche Bevölkerung für die Dauer der Konzession erlaubt, nicht durch gleichartige Konzessionen andernorts substituierbar.⁷ Vielmehr stehen die verschiedenen gleichartigen Konzessionen funktional nebeneinander. Jede Konzession ist mithin Gegenstand eines eigenen sachlichen Marktes. Nach den Erkenntnissen von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur besteht regelmäßig eine länderübergreifende Nachfrage.
 - b. Bei der Konzessionsvergabe ist aufgrund der „produktspezifischen“ Besonderheit jeder einzelnen Konzession, dass nur sie den Netzbetrieb für die örtliche Bevölke-

³ So ausdrücklich für eine durch Verwaltungsakt zu erteilende Genehmigung zum Spielbankbetrieb, welche keinen Dienstleistungskonzessionsvertrag darstellt, EuGH, U.v. 9. September 2010, Rs. C-64/08, Rn. 49 ff. – *Engelmann*.

⁴ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen (ABl. 2006, C 179, S. 2), bestätigt durch EuG, U.v. 20.05.2010, Rs. T-258/06 – *Vergabemitteilung*.

⁵ Siehe z.B. bzgl. einer Ausschreibung für eine Parkplatzbetriebslizenz für einen Parkplatz mit 200 Stellplätzen EuGH, U.v. 13.10.2003, Rs. C-458/03 – *Parking Brixen*.

⁶ BGH, U.v. 11.11.2008, KZR 43/07, WuW/E DE-R 2581 – *Neue Trift*.

⁷ Vgl. BGH, U.v. 14.7.1998 – KZR 1/97, WuW/E DE-R 201 – *Schilderpräger im Landratsamt*, Rn. 18 (Juris); U.v. 24.9.2002 – KZR 4/01, WuW/E DE-R 1003 – *Kommunaler Schilderprägebetrieb*, Rn. 19 (Juris).

nung für die Dauer der Konzession erlaubt, entgegen der üblichen nachfrageorientierten Marktabgrenzung strikt auf den lokalen Angebotsmarkt abzustellen. Der räumliche Markt ist mithin auf das Konzessionsgebiet bezogen abzugrenzen. Die Zuständigkeit des Bundeskartellamtes könnte sich hier mit der *Mainova*-Rechtsprechung des OLG Düsseldorf⁸ aus der überörtlichen, regelmäßig länderübergreifenden Nachfrage nach Verteilernetzkonzessionen ergeben.

- 19** Das Anspruchsverhältnis zwischen Altkonzessionär und Neukonzessionär nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG ist kein Wettbewerbsverhältnis im Sinne des Kartellrechts. Dieses Anspruchsverhältnis ist vielmehr bloßer Annex zur Konzessionsvergabe an den Neukonzessionär durch die Gemeinde; die Konzessionsvergabe führt zur Entstehung eines gesetzlichen Schuldverhältnisses zwischen Altkonzessionär und Neukonzessionär. Dieses beinhaltet den Anspruch des Neukonzessionärs auf Überlassung der für den Betrieb der Netze notwendigen Verteilungsanlagen und den Anspruch des Altkonzessionärs auf Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung.
- 20** Wettbewerb im Sinne des Kartellrechts setzt aber voraus, dass zumindest für eine Marktseite Auswahlmöglichkeiten hinsichtlich des Vertragspartners oder doch zumindest der Vertragsparameter bestehen. Vor Entstehen des Anspruchsverhältnisses des § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG hat sich die mögliche Vielzahl von Bewerbern um die Konzession aber von Gesetz wegen durch den Zuschlag der Gemeinde auf einen verbliebenen Bewerber reduziert. Dementsprechend hat der Altkonzessionär keine von der Konzessionsvergabe durch die Gemeinde unabhängige Wahlmöglichkeit hinsichtlich des Gläubigers des Überlassungsanspruchs oder der Anspruchsinhalte. Vielmehr ist die Gemeinde Angebotsdisponent des Anspruchsverhältnisses nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG. Entscheidet ein Dritter über das Entstehen eines Schuldverhältnisses, so ist dieser Disponent für die Marktabgrenzung maßgeblich.⁹ Indem die Gemeinde vermittelt durch die Konzessionsvergabe zugleich den Gläubiger des Anspruchs auf Überlassung des Verteilernetzes bestimmt, ist sie der kartellrechtlich maßgebliche Anbieter des Verteilernetzes.

2. Wettbewerbliche Konzessionsvergabe durch die Gemeinde

- 21** Bei der Auswahl des Konzessionärs trägt die Gemeinde 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. Auch bei Wahrnehmung eigener wirtschaftlicher Interessen

⁸ OLG Düsseldorf, B.v. 23.6.2004, Kart 35/03 (V), VI-Kart 35/03 (V), WuW/E DE-R 1307 – *Mainova/GETEC*; tendenziell anders OLG Stuttgart, B.v. 20.6.2002, 2 Kart 1/02, ZNER 2003, 46.

⁹ Vgl. *Bechtold* in *Bechtold*, *GWB*, 6. Auflage 2010, § 19 Rn. 5 m.w.N. zur Rechtsprechung.

durch die Gemeinde ist zu berücksichtigen, dass Verteilernetze unterhalb einer gewissen Größenordnung unter bestimmten Bedingungen Effizienz Nachteile beim Netzbetrieb und einen erhöhten Regulierungsaufwand nach sich ziehen können. Dies kann zu höheren Kosten für die Netznutzer führen und den Wettbewerb auf den Vertriebsmärkten hemmen.

22 Der Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung der Gemeinde bei der Vergabe örtlicher Wegerechte i.S.d. §§ 19, 20 GWB und ggf. Art. 102 AEUV ist nach Auffassung des Bundeskartellamtes und der Bundesnetzagentur insbesondere gegeben, wenn die Gemeinde

- die Konzession ohne die nach § 46 Abs. 3 EnWG in Übereinstimmung mit europäischen primärrechtlichen Vorgaben erforderliche Bekanntmachung vergibt,
- im Rahmen der Konzessionsvergabe Gegenleistungen fordert oder sich zusagen lässt, die im Widerspruch zur KAV stehen,¹⁰ insbesondere unzulässige Nebenleistungen im Sinne des § 3 KAV oder – im Widerspruch zu §§ 1 Abs. 3 und 4, 2 Abs. 6 KAV¹¹ – die hohe Tarif-Konzessionsabgabe für alle Durchleitungsfälle bei Gaslieferungen,
- auf die Vertriebstätigkeiten der Bieter oder des Altkonzessionärs einwirkt,¹²
- ihre Auswahlkriterien und deren Gewichtung gegenüber den Bietern nicht klar benennt,
- den Interessenten nicht diskriminierungsfrei die netzrelevanten Daten für eine sachgerechte Bewerbung zur Verfügung stellt (Schaffung eines *level playing field*),
- ihre Auswahlentscheidung nicht anhand ihrer vorher festgelegten und bekanntgegebenen Auswahlkriterien trifft oder
- einzelne Bieter, insbesondere mit der Gemeinde verbundene Unternehmen, ohne sachlichen Grund bevorzugt.

¹⁰ Davon unberührt ist die Zuständigkeit der für die Überwachung und Einhaltung der KAV zuständigen Behörde nach § 6 KAV.

¹¹ Vgl. BKartA, B.v. 03.06.2009, Az. B10-71/08, WuW/E DE-V 1729 – *GGEW Bergstraße*; BKartA, B.v. 16.09.2009, Az. B10-11/09, WuW/E DE-V 1803 – *Gasversorgung Ahrensburg*; BKartA, B.v. 17.09.2009, Az. B10-74/08 – *Stadtwerke Torgau*; BKartA, B.v. 27.04.2010, Az. B10-42/09 – *Stadtwerke Völklingen*. Andere Auffassung: LKB Baden-Württemberg. Eine Beschwerde gegen den GAG Ahrensburg Beschluss ist vor dem OLG Düsseldorf anhängig (Az.: VI-2 Kart 10/09 [V]).

¹² So auch BDEW, Leitfaden Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben in der Strom- und Gasversorgung vom 9.11.2010, unter 5.6 auf S. 24.

- 23** Zulässige Auswahlkriterien müssen einen sachlichen Bezug zur Konzession oder zum Netz aufweisen und sind allen Bietern transparent mitzuteilen. Neben den Regelungen der KAV zu den für die Konzessionsgewährung zulässigen Gegenleistungen können regelmäßig auch Vereinbarungen zum konzessionierten Netz (z.B. Investitionen, Ausbau, Effizienzsteigerung) getroffen werden.
- 24** Abhängig von der jeweiligen Verhaltensweise kann auch ein Verstoß gegen § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV in Betracht kommen.¹³ Im Einzelfall kann Anlass zur Prüfung einer Druckausübung nach § 21 Abs. 2 GWB bestehen.
- 25** Die folgenden Daten sind nach Auffassung des Bundeskartellamtes und der Bundesnetzagentur im Rahmen eines wettbewerbsrechtlich ordnungsgemäßen Konzessionsvergabeverfahrens allen Bietern transparent mitzuteilen, um eine indikative Preiskalkulation für die zu übernehmenden Anlagen zu ermöglichen:¹⁴
- Anzahl der von § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG erfassten Anlagegüter, aufgeteilt nach Kategorien,
 - Altersstruktur der Anlagegüter des Elektrizitäts- bzw. Gasversorgungsnetzes des jeweiligen Konzessionsgebiets (originäre historische Anschaffungs-/Herstellungsjahre),
 - Art und Besonderheiten des Elektrizitäts- bzw. Rohrleitungsnetzes (z.B. verbaute Materialien) und der sonstigen Anlagegüter,
 - Angaben zum Konzessionsgebiet einschließlich eines Netzplans mit Kennzeichnung z.B. der Netzverknüpfungspunkte und derjenigen Leitungen, welche nicht vom Überlassungsanspruch nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG erfasst werden,
 - Strukturdaten gemäß § 27 Abs. 2 Strom- bzw. GasNEV (Veröffentlichungspflichten des Netzbetreibers) bezogen auf das Konzessionsgebiet, also insbesondere¹⁵
 - im Falle von Gasnetzen:
 1. die Länge des Gasleitungsnetzes jeweils getrennt für die Niederdruck-, Mitteldruck- und Hochdruckebene zum 31. Dezember des Vorjahres,

¹³ Durch den Abschluss eines solchen Konzessionsvertrages kann im Einzelfall der regulatorisch vorgegebene Wettbewerb um die Konzession durch Abschluss eines rechtswidrigen Vertrages beschränkt werden. Nach der Rechtsprechung des 2. Kartellsenats des OLG Düsseldorf sind die wettbewerbsfördernden Zielsetzungen anderer Gesetze auch im Rahmen von § 1 GWB heranzuziehen (OLG Düsseldorf, U.v. 12.3.2008 – VI-2 U (Kart) 8/07 – *Verlängerung ohne Bekanntmachung*, Rn. 43 Juris.). Zustimmend *Rosin/Semmler/Hermeier*, ET 2010, 88, 91.

¹⁴ So grundsätzlich auch LKB Niedersachsen, Hinweise zur Durchführung eines wettbewerblichen Konzessionsvergabeverfahrens nach § 46 EnWG vom März 2010, S. 3.

¹⁵ Gemäß der zum Veröffentlichungszeitpunkt des Leitfadens aktuellen Fassung von § 27 Abs. 2 Strom- bzw. GasNEV.

2. die Länge des Gasleitungsnetzes in der Hochdruckebene nach Leitungsdurchmesserklassen,
3. die im Vorjahr durch Weiterverteiler und Letztverbraucher entnommene Jahresarbeit in Kilowattstunden oder in Kubikmetern,
4. die Anzahl der Ausspeisepunkte jeweils für alle Druckstufen und
5. die zeitgleiche Jahreshöchstlast aller Entnahmen in Megawatt oder Kubikmetern pro Stunde und den Zeitpunkt des jeweiligen Auftretens;

und

o im Falle von Stromnetzen:

1. die Stromkreislänge jeweils der Kabel- und Freileitungen in der Niederspannungs-, Mittelspannungs-, Hoch- und Höchstspannungsebene zum 31. Dezember des Vorjahres,
2. die installierte Leistung der Umspannebenen zum 31. Dezember des Vorjahres,
3. die im Vorjahr entnommene Jahresarbeit in Kilowattstunden pro Netz- und Umspannebene,
4. die Anzahl der Entnahmestellen jeweils für alle Netz- und Umspannebenen,
5. die Einwohnerzahl im Netzgebiet von Betreibern von Elektrizitätsversorgungsnetzen der Niederspannungsebene zum 31. Dezember des Vorjahres,
6. die versorgte Fläche nach § 24 Abs. 2 Satz 2 und 3 StromNEV zum 31. Dezember des Vorjahres und
7. die geographische Fläche des Netzgebietes zum 31. Dezember des Vorjahres;

sowie

- das Konzessionsabgabenaufkommen (getrennt nach den jeweiligen Tarif- und Sondervertragskunden).

26 Die Gemeinde darf die mit ihr verbundenen Unternehmen nicht einseitig bevorzugen, auch wenn sie mit dem Netzbetrieb Gewinne erzielen kann.¹⁶ Das Angebot von Wegerechten im örtlichen Wegenetz ist der Gemeinde nur wegen ihrer straßenrechtlichen hoheitlichen Aufgaben möglich. Die so vermittelte Monopolstellung beim Angebot darf sie nicht zur diskriminierenden Verdrängung privater Nachfrager missbrauchen.¹⁷ Die Fallgestaltung bei Konzessionsvergaben ist mit den vom Bundesgerichtshof entschiedenen Schilderprägerfällen vergleichbar. Dort wuchs den Kommunen nur aufgrund des hoheitlichen Betriebs der Zulassungsstelle eine marktbeherrschende Stellung für das Angebot von Flächen für Schilderprägerbetriebe zu. Der Bundesgerichtshof entschied, dass es der Gemeinde nach § 20 Abs. 2 GWB verwehrt war, unter Verdrängung leistungsbereiter Privater die Nachfrage nach Schildern selbst zu befriedigen.¹⁸ Auch werden Kommunen hierdurch nicht in ihrem Recht auf kommunale Selbstverwaltung verletzt.¹⁹

3. Informationsanspruch der Gemeinde gegen den Altkonzessionär

27 Regelmäßig besteht ein *vertraglicher* Nebenanspruch aus dem auslaufenden Konzessionsvertrag der Gemeinde gegen den Altkonzessionär auf Herausgabe bestimmter Informationen. Die Nichterfüllung dieses Anspruchs verstößt regelmäßig gegen Kartellrecht. Er ergibt sich – sofern er nicht bereits im auslaufenden Konzessionsvertrag vorgesehen ist – in der Regel als ungeschriebene Nebenpflicht aus dem auslaufenden Konzessionsvertrag, ggf. i.V.m. § 242 BGB.²⁰ Bereits seit der 4. GWB-Novelle 1980 ist die Laufzeit der Konzessionsverträge auf 20 Jahre beschränkt. Alle derzeit ablaufenden Konzessionsverträge sind daher bereits mit Blick auf eine begrenzte Laufzeit geschlossen worden, an die sich eine Neuvergabe der Konzession anschließt. Diese Regelung ist mittlerweile in § 13 Abs. 2 S. 2 EnWG 1998 bzw. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG 2005 überführt worden. Ebenso wie ein überhöhter Rückkaufpreis für das Netz kann auch mangelnde Information eine anderweitige Vergabe faktisch verhindern und damit wettbewerbsbeschränkend im Sinne von § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV wirken.

28 Der Altkonzessionär ist daher verpflichtet, der Gemeinde diejenigen Informationen zur Verfügung zu stellen, die potentielle Bieter benötigen, um effektiv an der Vergabe der

¹⁶ Entgegen dem BDEW-Leitfaden gibt es auch keine dem wettbewerblichen Auswahlverfahren entzogene „Systementscheidung“ der Gemeinde (BDEW, Leitfaden Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben in der Strom- und Gasversorgung vom 9.11.2010, unter 4.3 a.E. auf S. 18).

¹⁷ So auch *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge, 2010, 76 ff.

¹⁸ BGH U.v. 24.9.2002 – KZR 4/01, WuW/E DE-R 1003 – *Kommunaler Schilderprägebetrieb*, Rn. 26 (Juris).

¹⁹ Vgl. BGH, U.v. 28.6.2005, KVR 27/04, WuW/E DE-R 1520 – *Arealnetze*, Rn. 26 (Juris), bestätigt durch BVerfG, B.v. 18.5.2009, 1 BVR 1731/05, WuW/E DE-R 2667.

²⁰ So auch LKB Niedersachsen, Hinweise zur Durchführung eines wettbewerblichen Konzessionsvergabeverfahrens nach § 46 EnWG vom März 2010, S. 10. Ebenso *Säcker/Mohr/Wolf*, Konzessionsverträge, 2010, 96.

Konzession teilzunehmen. Der Anspruch umfasst jedenfalls die oben dargestellten Daten, welche die Gemeinde den Bietern diskriminierungsfrei zur Verfügung stellen muss. Zur Gewährleistung einer diskriminierungsfreien Konzessionsvergabe ist es erforderlich, dass alle Interessenten in der Lage sind, anhand der Ihnen vorgelegten Daten und der von der Gemeinde bekanntzugebenden Auswahlkriterien ein Angebot abzugeben.

- 29** Zugleich kann der Altkonzessionär gegenüber dem Informationsanspruch der Gemeinde nicht einwenden, die Herausgabe der Daten verstoße gegen die informatorische Entflechtung und sei daher rechtlich unmöglich. Die Daten sind so hoch aggregiert, dass sie keine wirtschaftlich sensiblen Daten, insbesondere Kundendaten, i.S.d. § 9 Abs. 1 EnWG enthalten. Die Herausgabe der Daten an die Gemeinde verstößt auch nicht gegen § 9 Abs. 2 EnWG, da eine sachliche Rechtfertigung für die Offenlegung besteht. Zugleich ist zu berücksichtigen, dass die Informationen keinen Energielieferanten, sondern Bewerbern um den entflochtenen Netzbetrieb erteilt werden. Es bestehen keine Bedenken, der Gemeinde und den übrigen Bietern eine vertragsstrafenbewehrte Geheimhaltungsverpflichtung abzuverlangen.
- 30** Ein neuerlicher Konzessionsvertrag mit dem Altkonzessionär unter Missachtung dieses Informationsanspruches verstieße gegen § 1 GWB, weil die Vergabe der Konzession an den Altkonzessionär den Wettbewerb um die Konzession im regulatorisch vorgeschriebenen Umfang verhindert hätte. Bei Nichterfüllung des Auskunftsanspruchs durch den Altkonzessionär kann im Einzelfall Anlass zur Prüfung einer Druckausübung auf die Gemeinde nach § 21 Abs. 2 GWB bestehen. Es ist zu empfehlen, dass neu abgeschlossene Konzessionsverträge einen entsprechenden Auskunftsanspruch ausdrücklich vorsehen.

D. Energiewirtschaftsrecht

(Netzüberlassung und regulatorische Folgefragen)

III. Materielle Auslegungsfragen bzgl. § 46 Abs. 2 EnWG

1. Überlassen i.S.d. § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG

- 31** Der Anspruch aus § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG beinhaltet, dass der bisherige Nutzungsberechtigte dem neuen Konzessionsnehmer die zum Netzbetrieb notwendigen Verteilungsanlagen überlassen muss, indem er ihm die tatsächliche Sachherrschaft an den Anlagen für die Dauer des Konzessionsvertrages einräumt. Entscheidend ist, dass mit dem Wechsel des Konzessionsnehmers ein Wechsel des Netzbetreibers realisiert wird, denn die Ausübung der Wegenutzungsrechte wird wesentlich durch die Übernahme des Netzbetriebes gewährleistet. Diese kann jedoch nicht nur durch den formalen Übergang des

Netzeigentums, sondern gerade auch durch die Einräumung einer umfassenden Nutzungsbefugnis beispielsweise im Wege eines Pachtverhältnisses ermöglicht werden.

- 32** Die Frage, ob der Überlassungsanspruch auf eine Eigentumsübertragung gerichtet ist, oder eine Besitzrechtsverschaffung ausreicht, ist höchststrichterlich bislang nicht geklärt. In Rechtsprechung und Literatur besteht insgesamt keine Einigkeit. Für eine bloße Pflicht zur Besitzrechtsverschaffung spricht, dass nach der allgemeinen sachenrechtlichen Terminologie eine Eigentumsverschaffung mit dem Begriff „Übertragung“ (vgl. z.B. §§ 929, 925 BGB) bezeichnet wird, während der Begriff „Überlassen“ weiter gefasst ist. In systematischer Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass das „Pachtmodell“ ein anerkanntes Modell zur Umsetzung der Entflechtungsvorgaben des EnWG ist. Schließlich war der Begriff des Überlassens bereits in der Vorgängerregelung des § 13 Abs. 2 EnWG 1998 enthalten und seine Bedeutung in Rechtsprechung und Schrifttum schon damals umstritten. 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.
- 33** Nach der geltenden Rechtslage geht die Bundesnetzagentur²¹ davon aus, dass die bloße Besitzrechtsverschaffung – etwa durch Verpachtung – zur Erfüllung des gesetzlichen Anspruchs ausreicht.²² Selbstverständlich ist eine darüber hinausgehende Eigentumsübertragung auf freiwilliger Basis ebenfalls möglich. Unberührt hiervon bleiben etwaige weitergehende vertragliche Ansprüche z.B. aus Endschäftsbestimmungen des alten Kon-

²¹ Das Bundeskartellamt vertritt zu dieser allerdings primär regulatorischen Frage eine abweichende Auffassung und hält eine Übereignung zur Erfüllung des Anspruches aus § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG für erforderlich. Siehe auch die Stellungnahme des Bundeskartellamtes im Gesetzgebungsverfahren zur EnWG Novellierung 2005 (Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit, Ausschussdrucksache 15/1520 v. 25.11.2004, S. 133: „Für Wegenutzungsverträge (§ 46) sollte im Interesse der Qualitätssicherung der Netze und des Wettbewerbs ein expliziter gesetzlicher Anspruch zur Übertragung des Netzeigentums formuliert werden. [...] Die Pflege und Erneuerung des Netzes wird während der regelmäßig 20-jährigen Laufzeit eines Wegenutzungsvertrages am effizientesten derjenige wahrnehmen, der auch Eigentümer des Netzes ist. Nur als Eigentümer kann der Inhaber des Wegenutzungsrechtes nach Ablauf des Wegenutzungsvertrages auch seiner nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG bestehenden Verpflichtung nachkommen, seinerseits das Netz dem neuen Inhaber des Wegenutzungsrechtes zu übertragen.“ Vgl. zu dieser Rechtsfrage außerdem die – soweit ersichtlich – einzige obergerichtliche Entscheidung zum Rückübereignungsanspruch gegen wirtschaftlich angemessene Vergütung zur Rechtslage vor Inkrafttreten von § 13 Abs. 2 EnWG 1998 bzw. § 46 Abs. 2 EnWG 2005 OLG Frankfurt am Main, U.v. 11.2.1997, 11 U (Kart) 38/96, RdE 1997, 146, 148 ff = ZNER 1998, 49; zur Rechtslage nach EnWG OLG Schleswig, U.v. 10.1.2006 - 6 U Kart 58/05.

²² So auch OLG Frankfurt/Main, U.v. 29.1.2008, 11 U 20/07 (Kart), RdE 2008, 146 und OLG Koblenz, U.v. 23.4.2009, U 646/08.Kart, ZNER 2009, 146.

zessionsvertrages.²³ Vor diesem Hintergrund raten Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt dringend dazu, in neu abzuschließenden Konzessionsverträgen einen Anspruch auf Eigentumsübertragung zu vereinbaren.

2. Anspruchsumfang – notwendige Verteilungsanlagen

- 34** Bei der mit dem Konzessionsnehmerwechsel verbundenen Überlassung streiten der alte und neue Konzessionsnehmer regelmäßig darüber, welche Verteilungsanlagen konkret zu überlassen sind. Insbesondere ist streitig, wie sogenannte gemischt genutzte Energieleitungen (multifunktionale Leitungen) zu behandeln sind, die sowohl der Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet als auch einem darüber hinausgehenden Zweck dienen, wie beispielsweise dem überörtlichen Energietransport oder als Reserveleitung einer benachbarten Gemeinde.
- 35** Zwar ist der Begriff der Verteilungsanlagen gesetzlich nicht definiert. Allerdings verdeutlicht die Legaldefinition der Verteilung (§ 3 Nr. 37 EnWG), dass jedenfalls Anlagen zu überlassen sind, die dem Transport von Elektrizität mit hoher, mittlerer oder niedriger Spannung über Elektrizitätsverteilernetze oder dem Transport von Gas über örtliche oder regionale Leitungsnetze dienen, um die Versorgung von Kunden zu ermöglichen.
- 36** Weiterhin ergibt sich aus dem Wortlaut des § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG für den Überlassungsgegenstand das Kriterium der „Notwendigkeit“. Entscheidend ist, ob die Anlage für den Netzbetrieb notwendig im Sinne von „erforderlich“ ist. Maßgeblich dürfte hier die Gewährleistung der sicheren Versorgung im Gemeindegebiet sein. Dies schließt grundsätzlich auch gewisse Redundanzen ein, z.B. zur Einhaltung des im Strombereich geltenden N-1 Kriteriums. Eine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendige Verteilungsanlage ist danach anzunehmen, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass die Versorgung im Gemeindegebiet und damit die Versorgung bestimmter Letztverbraucher ausgeschlossen würde. Im Ergebnis dürfte dies grundsätzlich für sämtliche Anlagen eines Verteilernetzes zutreffen, unabhängig von Spannungs- bzw. Druckstufe. Neben den Energieleitungen selbst zählen hierzu im Strombereich etwa Umspannanlagen (d.h. Transformatoren, Schaltanlagen, Sekundärtechnik etc.), Schaltstationen, Ortsnetzstationen, im Eigentum des Netzbetreibers befindliche Kundenstationen sowie im Gasbereich etwa Gasdruckregelstationen, die dazugehörigen Messanlagen und ggf. Odorierungsanlagen. Vom Überlassungsanspruch umfasst sind beispielsweise auch alle technischen Einrichtungen (Messeinrichtung, Wandler, Telekommunikationseinrichtung, bei Gas Druck- und Temperaturmessenrichtungen) derjenigen Messstellen, die vom Netzbetreiber betrieben werden, für die also nicht ein dritter

²³ BGH, U.v. 29.9.2009, EnZR 14/08, WuW/E DE-R 2921 – *Endschaftsbestimmung II.*

Messstellenbetreiber infolge einer gesonderten Beauftragung durch den Letztverbraucher zuständig ist (§ 21b EnWG i.V.m. MessZV).

- 37** Hingegen werden die zum Übertragungs- und Fernleitungsnetz zählenden Anlagen nicht von der Regelung erfasst. Des Weiteren wird der Überlassungsanspruch durch das Kriterium der Versorgung des Gemeindegebietes beschränkt. Der örtliche Bezug (siehe hierzu auch die Definition des „örtlichen Verteilernetzes“ in § 3 Nr. 29b EnWG) lässt den Schluss zu, dass grundsätzlich nur die im Konzessionsgebiet der Gemeinde belegenen Verteilungsanlagen zu überlassen sind. Ob ausnahmsweise auch außerhalb des Gemeindegebiets belegene Anlagen zu überlassen sind, bedarf ggf. einer wertenden Betrachtung des Einzelfalles.
- 38** Legt man diese Maßstäbe zugrunde, unterfallen auch multifunktionale Leitungen der Pflicht zur Überlassung. Denn diese hängt nicht von der Funktion der Leitung im Sinne einer gemischten oder ausschließlichen Nutzung ab, sondern vielmehr davon, dass es sich um eine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendige Verteilungsanlage handelt.
- 39** Im Hinblick auf den Umfang des gesetzlichen Überlassungsanspruches gehen Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt daher davon aus, dass der gesetzliche Anspruch nach § 46 Abs. 2 EnWG in der Regel auf die Überlassung sämtlicher im Konzessionsgebiet belegener Anlagen des Verteilernetzes gerichtet ist mit Ausnahme solcher, die eindeutig überörtlichen Versorgungscharakter haben²⁴.
- 40** Die im Einzelfall zum Überlassen der Netzanlagen erforderlichen „Entflechtungsmaßnahmen“ bedeuten dabei technisch nicht automatisch eine sog. „galvanische“ Trennung. Regelmäßig dürfte zum Überlassen der relevanten Netzanlagen eine Differenzmengenbetrachtung (Messlösung) ausreichend und kostengünstiger sein.

3. Angemessene Vergütung

- 41** Der bisherige Konzessionsnehmer muss das Netz nur gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung überlassen, § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG.
- 42** Die Maßstäbe zur Bestimmung der „angemessenen Vergütung“ können zunächst der „Kaufering“-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 1 GWB a.F. entnommen wer-

²⁴ Gemeint sind lediglich solche Anlagen, deren überörtlicher Versorgungscharakter den der lokalen Verteilung eindeutig überwiegt. Das wäre beispielsweise anzunehmen, wenn eine Leitung dazu dient, Strom von einem Umspannwerk in fünf verschiedene Gemeinden zu transportieren, während von ihr nur vereinzelt Leitungen zu Letztverbrauchern abzweigen. Praktisch könnte die Anwendung der Überlassungspflicht in diesem Fall dazu führen, dass die zuvor von einem Unternehmen betriebene Leitung entsprechend der Gemeindegrenzen auf fünf verschiedene Netzbetreiber aufgeteilt würde.

den.²⁵ Demnach können sowohl der Ertragswert als auch der Sachzeitwert der Berechnung zu Grunde gelegt werden. Anderes gilt indes, wenn der Sachzeitwert den Ertragswert nicht unerheblich übersteigt und dadurch eine Übernahme des Versorgungsnetzes verhindert wird. Der Ertragswert entfaltet insoweit eine begrenzende Wirkung. Dabei ist der Ertragswert des Versorgungsnetzes nach objektivierte für alle denkbaren Erwerber geltenden Kriterien zu ermitteln.

- 43** Obwohl die „Kaufering“-Rechtsprechung noch vor Inkrafttreten des geltenden EnWG entwickelt wurde, sind keine Gründe ersichtlich, die einer Übertragung auf die heutige Rechtslage entgegenstehen.²⁶ Es ist davon auszugehen, dass der Ertragswert maßgeblich durch die Vorgaben der StromNEV bzw. GasNEV bestimmt wird. Mit der Einführung der Netzentgeltregulierung werden Kosten für das Sachanlagevermögen von Energie-netzbetreibern auf Grundlage der kalkulatorischen Restwerte ermittelt (vgl. §§ 6 und 32 Abs. 3 StromNEV; §§ 6 und 32 GasNEV). Eine Abschreibung unter Null wird ausdrücklich ausgeschlossen. Der im Sachzeitwertverfahren übliche Ansatz von „Anhaltewerten“ für noch vorhandene, aber kalkulatorisch bereits vollständig abgeschriebene Anlagegüter ist mit diesen Grundsätzen nicht vereinbar.
- 44** Der neue Netzbetreiber kann zukünftige Erträge aus den übernommenen Energieversorgungsanlagen somit zunächst nur auf der Grundlage des kalkulatorischen Restwerts erzielen (Ertragswert unter Berücksichtigung der Vorgaben der StromNEV und der GasNEV). Damit ist der kalkulatorische Restwert eine maßgebliche Eingangsgröße zur Ermittlung des Netzkaufpreises bzw. Pachtzinses. Eine Vergütung, die den auf Basis des um Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge bereinigten kalkulatorischen Restwerts bestimmten Ertragswert erheblich übersteigt, ist nicht angemessen. Auch vertragliche Vereinbarungen in Endschaftsklauseln, die darauf abzielten, mit Auslaufen des Konzessionsvertrags unabhängig von der Ertragswerthöhe stets den Sachzeitwert als Bewertungsmaßstab festzuschreiben, sind folglich unwirksam. Denn auch in diesen Fällen führt das Abstellen auf eine angemessene Vergütung dazu, dass der Ertragswert den Sachzeitwert wirtschaftlich limitiert. Im Ertragswert ist auch zu berücksichtigen, dass in der Anreizregulierung durch einen Netzkauf auch besondere Erlöschancen (z.B. durch Unterschreitung der Erlösobergrenze), entstehen können, die gesondert zu bewerten sind.
- 45** Es ist nach dem gemeinsamen Verständnis von Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt davon auszugehen, dass der Ertragswert und damit die angemessene Vergütung maßgeblich durch die im Rahmen der Entgeltregulierung determinierten Kosten bestimmt

²⁵ BGH, U.v. 16.11.1999, KZR 12/97 – *Kaufering*.

²⁶ BGH, U.v. 7.02.2006, KZR 24/04, NJW-RR 2006, 1139, 1142.

werden. Dabei ist insbesondere zu unterscheiden zwischen der zulässigen Vereinbarung des Preises einerseits und der beschränkten Möglichkeit der Refinanzierung des Preises durch die Netzentgelte. Das System der Entgeltregulierung bzw. der Anreizregulierung bestimmt die maximalen Netzerlöse und damit die durch Netzentgelte refinanzierbaren Kosten. Die Finanzierung eines überhöhten Netzkaufpreises oder Pachtzinses fällt regelmäßig in das unternehmerische Risiko des Netzbetreibers und kann keinesfalls zu einer Erhöhung der im Rahmen der Entgeltregulierung berücksichtigungsfähigen Kosten führen. Dies folgt unmittelbar aus § 6 Abs. 4 StromNEV bzw. GasNEV (Verwendung historischer Anschaffungs- und Herstellungskosten), § 6 Abs. 6 und 7 StromNEV bzw. GasNEV (Verbot der Abschreibung unter Null) bzw. aus § 4 Abs. 5 StromNEV bzw. GasNEV (Begrenzung der Höhe des Pachtentgeltes).

46 Unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten kann jedoch nicht nur die nominelle Überschreitung des Ertragswertes durch den Netzüberlassungspreis den Netzübergang faktisch verhindern. Vielmehr kann eine wirtschaftliche Unmöglichkeit auch aus anderen wirtschaftlichen Nachteilen resultieren, welche der Neukonzessionär bei der Netzübernahme erdulden muss. Solche wirtschaftlichen Nachteile ergeben sich insbesondere aus folgenden Faktoren:

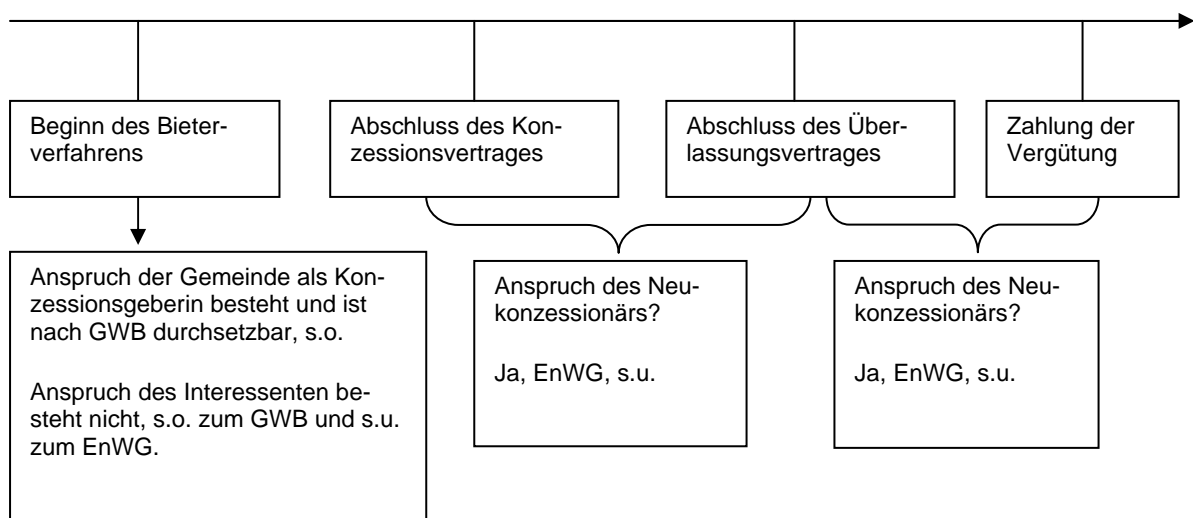
- Bei verzögerter Netzübergabe fließen die Netznutzungsentgelte an den tatsächlichen Inhaber der Netze, d.h. der Neukonzessionär muss eine Finanzierung vorhalten und Finanzierungskosten für ein Gut tragen, dessen Erträge ihm nicht zufließen.
- Bei Vereinbarung eines Vorbehaltspreises muss der Neukonzessionär diese Überzahlung vorfinanzieren. Vereinbarungen eines niedrigeren Verzugszinses für Rückforderungen verstärken den wirtschaftlichen Schaden des Neukonzessionärs.
- Sind die für die Aufteilung der Erlösobergrenzen maßgeblichen Daten dem Neukonzessionär bei Vereinbarung des Netzüberlassungspreises nicht bekannt, so muss er mit einer ggf. nicht unerheblichen Unsicherheit kalkulieren und diese auch finanzieren, und zwar ungeachtet der tatsächlichen Verhältnisse.

47 Vor diesem Hintergrund ist § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG dahingehend ergänzend auszulegen, dass der Altkonzessionär die Übergabe des Netzes mit Ende des alten Konzessionsvertrages jedenfalls dann nicht verweigern darf, wenn ihm der Neukonzessionär eine Zah-

lung unter Vorbehalt anbietet.²⁷ Ein Schadensausgleich mit einer angemessenen Verzinsung muss möglich sein.

4. Datenherausgabe

48 In allen Phasen der Neuvergabe einer Konzession ist zwischen den Beteiligten oft die Überlassung von Daten streitig. Anhand eines Zeitstrahles können die folgenden Zeitpunkte im Verfahren und mögliche korrespondierende Ansprüche gegen den Altkonzessionär unterschieden werden:



49 Dabei geht es vor allem um Daten, die die Netzstruktur, die möglichen Kosten einer Netzübernahme und die dann ggf. zu erzielende Rendite betreffen. Unter anderem umfassen die begehrten Daten:

- Art, Umfang, Alter und Oberflächenstruktur der Anlagegüter des Elektrizitäts- bzw. Gasversorgungsnetzes des jeweiligen Konzessionsgebiets, insbesondere auch Art und Zugehörigkeit der jeweiligen Messeinrichtungen,
- originäre Anschaffungs- und Herstellungskosten zum Zeitpunkt der erstmaligen Aktivierung, Auflistung der Tagesneuwerte laut Genehmigungsbescheid, Besonderheiten des Elektrizitäts- bzw. Rohrleitungsnetzes (z.B. verbaute Materialien und Netzpläne inkl. z.B. der Netzverknüpfungspunkte),
- kalkulatorische Restwerte, kalkulatorische Nutzungsdauern laut Genehmigungsbescheid, aufwandsgleiche Kostenpositionen i.S.d. § 5 Strom- bzw. GasNEV, kalkulatorische Abschreibungen i.S.d. § 6 Strom- bzw. GasNEV, kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung i.S.d. § 7 Strom- bzw. GasNEV, kalkulatorische Gewer-

²⁷ Zu deren Zulässigkeit BGH, U.v. 07.02.2006, KZR 24/04, NJW-RR 2006, 1139 – *Rückforderungsvorbehalt*.

besteuer i.S.d. § 8 Strom- bzw. GasNEV, kostenmindernde Erlöse und Erträge i.S.d. § 9 Strom- bzw. GasNEV,

- Höhe der nicht aufgelösten Netzanschlussbeiträge und Baukostenzuschüsse,
- Netzabsatzmengen im Konzessionsgebiet,
- zugehörige Bilanz- und GuV-Werte des jeweiligen Konzessionsgebietes, soweit diese vorliegen, Auskünfte über die auf das Konzessionsgebiet bezogene mehrjährige Vermögens-, Ertrags-, Finanz- und Investitionsplanung sowie
- neutrale Schadensberichte (soweit vorhanden).

50 Da sich im Gesetz keine ausdrückliche Grundlage für einen Informationsanspruch findet, ist für jedes Verfahrensstadium getrennt zu ermitteln, woraus ein solcher ggf. hergeleitet werden könnte.

a) Anspruch gegen den bisherigen Konzessionär zu Beginn des Bieterverfahrens

51 Ein Informationsanspruch gegen den Altkonzessionär kommt zunächst unmittelbar vor oder zu Beginn des Verfahrens um die Neuvergabe der Konzession in Betracht. In der Regel besteht ein erhebliches Informationsgefälle zwischen den Beteiligten, das die Gemeinde bzw. die Interessenten gegenüber dem bisherigen Konzessionsnehmer auszugleichen suchen. Denn nur dieser verfügt über sämtliche Netzdaten.

aa) Gesetzliche Ansprüche

52 Die Regelung des § 46 EnWG statuiert keine ausdrücklichen Informationsansprüche gegen den Altkonzessionär.

53 Des Weiteren besteht keine selbstständige Nebenpflicht zum gesetzlichen Rechtsverhältnis aus § 46 Abs. 2 EnWG (ggf. auch i.V.m. § 242 BGB). Denn im Stadium vor Abschluss der Neukonzessionierung stehen weder die Bieter noch die Gemeinde über § 46 Abs. 2 EnWG in einem gesetzlichen Schuldverhältnis zum Altkonzessionär. Das Rechtsverhältnis nach § 46 Abs. 2 EnWG wird erst und nur mit dem Unternehmen begründet, mit welchem die Gemeinde den neuen Konzessionsvertrag schließt. Auch ein Nebenanspruch zu den gesetzlichen Ansprüchen aus § 46 Abs. 1 und 3 EnWG ist nicht ersichtlich. Dieser ließe sich allenfalls daraus herleiten, dass die Gemeinde nach § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG dazu verpflichtet ist, die öffentlichen Verkehrswege „diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen“. Dagegen spricht aber, dass über die Veröffentlichung von Informationen nach § 46 Abs. 3 EnWG hinaus eine Weitergabe von Daten durch die Gemeinde im EnWG nicht vorgesehen ist. Die Pflicht im Sinne von § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG, die Verkehrswege diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen, be-

deutet, dass die Gemeinde keinen Bieter ohne sachlichen Grund ungleich behandeln darf. Sie ist verpflichtet, die ihr zur Verfügung stehenden Informationen allen Interessenten gleichermaßen zur Verfügung zu stellen. Auch wird sie die Auswahlkriterien so wählen müssen, dass alle Bewerber die gleichen Chancen haben und ein Informationsvorsprung des bisherigen Konzessionärs bei ihrer Entscheidung unberücksichtigt bleibt. Aus einer Verpflichtung der Gemeinde gegenüber den Bietern lässt sich jedoch nicht ohne Weiteres auf einen Anspruch der Gemeinde gegenüber dem Altkonzessionär schließen. Nach derzeitiger Rechtslage besteht folglich mangels gesetzlicher Anspruchsgrundlage eines Informationsrechtes keine Handlungsmöglichkeit für die Bundesnetzagentur.

bb) Vertragliche Ansprüche

- 54** Unberührt bleiben Informationsansprüche der Gemeinde, die sich unmittelbar aus einer vertraglichen Bestimmung oder als vertragliche Nebenpflicht aus dem auslaufenden Konzessionsvertrag ergeben. Solche vertraglichen Nebenpflichten bestehen, und ihre Verletzung wird vom GWB sanktioniert (s.o.).

b) Anspruch gegen den Altkonzessionär nach Abschluss des neuen Konzessionsvertrages

- 55** Unmittelbar nachdem die Gemeinde mit einem der Interessenten einen neuen Konzessionsvertrag geschlossen hat, kommt nur noch ein Anspruch des neuen gegen den bisherigen Konzessionsnehmer in Betracht. Dieser benötigt Informationen, um Verhandlungen insbesondere über die Bemessung des Preises der Netzüberlassung und des Umfangs der zu überlassenden Netzanlagen sachgerecht führen zu können.
- 56** Neben abgetretenen vertraglichen Ansprüchen aus dem Altkonzessionsvertrag kommt ein Anspruch auf Datenherausgabe aus einer selbstständigen Nebenpflicht zum gesetzlichen Schuldverhältnis nach § 46 Abs. 2 EnWG in Betracht. Die in § 46 Abs. 2 EnWG niedergelegte Überlassungspflicht begründet zwischen dem alten und dem neuen Konzessionär ein gesetzliches Schuldverhältnis, das in dem Moment entsteht, in dem der neue Konzessionsvertrag geschlossen wird. Ziel der Regelung des § 46 Abs. 2 EnWG ist es, den Wechsel des Konzessionsnehmers herbeizuführen. Neben der Überlassung der physischen Netzanlagen setzt dies auch die Übergabe des zum Betrieb notwendigen „know how“ voraus, also der zum Betrieb erforderlichen technischen Daten, Netzpläne, Kundendaten etc. Insoweit trifft den alten Konzessionsnehmer die Verpflichtung zur Datenherausgabe auch aus einer Nebenpflicht zum gesetzlichen Überlassungsanspruch nach § 46 Abs. 2 EnWG.
- 57** 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. Da-

bei sind für den übernehmenden Netzbetreiber auch Informationen über die Kostenstruktur des übergehenden Netzes von großer Bedeutung. Denn diese beeinflussen seine zukünftige Kostenstruktur und damit seine zukünftig erzielbaren Erlöse in Form der durch die Regulierungsbehörde festgelegten Erlösobergrenzen. Näheres zu den für einen Antrag zur Neufestlegung der Erlösobergrenze erforderlichen Daten kann dem Leitfaden der Regulierungsbehörden zu Inhalt und Struktur von Anträgen auf Neufestlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach § 26 Abs. 2 ARegV entnommen werden.

58 Insbesondere muss sichergestellt werden, dass der neue Konzessionsnehmer zusätzlich zu den bereits oben benannten Informationen detaillierte Kenntnis erlangt über

- die erstmaligen historischen Anschaffungs-/Herstellungskosten,
- das historische Anschaffungsjahr,
- die verwendeten kalkulatorischen Nutzungsdauern,
- den Wartungszustand des Sachanlagevermögens bzw. die allgemeinen und besonderen operativen Kosten des Netzes, wie beispielsweise Instandhaltungskosten oder Betriebskosten, die auf das zu übernehmende Netz entfallen.

59 Auf Basis der Daten des Sachanlagevermögens ergeben sich die kalkulatorisch relevanten Kapitalkosten in Form von Abschreibungen, Eigen- und Fremdkapitalverzinsung und Gewerbesteuer. Aus diesen Angaben und aus der Kenntnis seiner eigenen Kosten- und Kapitalstruktur kann der neue Konzessionsnehmer die zukünftig entstehenden Kosten und damit auch die sich voraussichtlich ergebende Erlösobergrenze zumindest näherungsweise ermitteln. Diese Erkenntnisse dienen auch der Ermittlung eines angemessenen Netzüberlassungspreises im Sinne eines kalkulatorischen Ertragswertes.

c) Anspruch gegen den Altkonzessionär nach Abschluss des Überlassungsvertrages

60 Schließlich kommen Informationsansprüche des neuen Konzessionsnehmers nach Abschluss des Überlassungsvertrags in Betracht. Sein Hauptinteresse dürfte dabei die Nachprüfung der Angemessenheit der Vergütung sein. Daneben benötigt er sämtliche für den Netzbetrieb und zur Fortführung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach § 26 Abs. 1 ARegV oder zur Beantragung der Neufestlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach § 26 Abs. 2 ARegV erforderlichen Daten und Belege.

61 Neben vertraglichen Ansprüchen aus dem Überlassungsvertrag besteht weiterhin ein Informationsanspruch als Nebenanspruch zu dem gesetzlichen Schuldverhältnis nach § 46 Abs. 2 EnWG. Dieser wurde bereits für den Zeitraum vor Abschluss des Überlas-

sungsvertrages anerkannt. Zur Begründung kann daher auf die oben stehenden Ausführungen verwiesen werden.

IV. Anderweitige regulatorische Fragen – Pancaking

62 Ein im Zusammenhang mit dem Wechsel des Konzessionsnehmers unter Umständen verstärkt auftretendes Problem ist das sogenannte „Pancaking“. Dadurch kann es zu einer verstärkten Allokation von Netzkosten auf der nachgelagerten Netzebene kommen. Für eine genauere Darstellung des Effekts und seiner Rechtsfolgen wird auf den Leitfaden der Bundesnetzagentur zur Findung sachgerechter Sonderregelungen in den Fällen der Kostenwälzung nach § 14 Abs. 3 Satz 3 StromNEV verwiesen.