



**Stellungnahme zu den Anträgen der Fraktionen von SPD
(BT-Drucks. 17/3649), DIE LINKE (BT-Drucks. 17/3671) und
BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN (BT-Drucks. 17/3182) anlässlich der
Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie
des Deutschen Bundestages am 24.01.2011 in Berlin**

A. Zusammenfassung der Stellungnahme

Die Anträge der Bundestagsfraktionen von SPD, Bündnis 90/Die Grünen und Die Linke zum Energiewirtschaftsrecht (Bundestagsdrucksachen 17/3649, 17/3182 und 17/3671) weisen als wesentliche Gemeinsamkeit den Wunsch auf, die gesetzlichen Übernahmeregelungen im Sinne der Rekommunalisierung der leitungsgebundenen Energiewirtschaft zugunsten am Kauf der örtlichen Verteilernetze interessierter Gemeinden zu erleichtern und zu präzisieren. Zugleich soll damit ein Beitrag zur Verbesserung der Rechtssicherheit und zur Beschleunigung der Verfahren bei Netzübernahmen geleistet werden. Das geltende Recht erweist sich nach insoweit übereinstimmender Auffassung der genannten Fraktionen als die Übernahme erschwerend und verzögernd. Seitens der SPD-Fraktion wird der Wunsch auf Gesetzesänderung zusätzlich mit einer notwendigen Energiewende weg von einer Stromerzeugung auf fossiler oder nuklearer Basis hin zu erneuerbaren Energien sowie zum verstärkten Einsatz der Kraft-Wärme-Kopplung begründet. Ebenso wird der Wechsel von der Elektrizitätserzeugung in Großkraftwerken hin zu deutlich stärker dezentralen und damit kommunalen Strukturen befürwortet, was als zusätzliches Argument für eine Rekommunalisierung der örtlichen Verteilernetze dient.

Gegen die Begründung und das verfolgte Ziel einer pauschalen Rekommunalisierung bestehen aus rechtswissenschaftlicher Sicht grundsätzliche Bedenken. Sie basieren nicht auf einem politischen Vorverständnis zugunsten oder zulasten dieser oder jener in der leitungsgebundenen Energieversorgung tätigen Gruppierung, sondern auf Wertungswidersprüchen, die bei einer Umsetzung der genannten Ziele in das geltende Recht mit hier bereits verankerten Rechtsgrundsätzen bestehen würden.

Hierzu zählt einmal das Prinzip der Netzentflechtung (§§ 6 ff. EnWG), das neben den Ansprüchen auf Netzanschluss und Netzzugang sowie der umfassenden Netzentgeltregulierung einen wesentlichen Beitrag zur staatlichen Kontrolle des Netzbetriebs einerseits sowie zur Ermöglichung des Wettbewerbs vor und hinter dem Netz andererseits leistet. Wegen des Charakters der Elektrizitäts- und Gas-netze als natürliche Monopole werden diese nach §§ 6 ff. EnWG in weitem Umfang aus im Übrigen vertikal integrierten EVU entflochten. Eine Vielzahl von Vorgaben in §§ 6-10 EnWG sorgen dafür, dass sich der Geschäftsbereich Netz-betrieb allein auf netzbezogene Aspekte zu beschränken hat. Daher ist ihm jedwede Einflussnahme auf die Bereiche Energiegewinnung/Energieerzeugung und Energiehandel/Energievertrieb verwehrt. Vielmehr hat der Netzbetreiber diesen Bereichen neutral und diskriminierungsfrei gegenüberzustehen, soweit ihm nicht gesetzliche Vorgaben nach dem EEG und dem KWKG eine bevorzugte Aufnahme elektrischer Energie in sein Netz gebieten. Dieses Prinzip der Netzentflechtung wird durch die bevorstehende nationale Energierechtsreform 2011 vor dem Hintergrund des Dritten Binnenmarktpaketes der EU noch intensiviert. Daher ist es system-widrig, Rechtsänderungen im Bereich der Netze, insbesondere auch der Verteilernetze, mit Überlegungen zur Stromerzeugung und hierbei politisch bevorzugten Kraftwerkstypen zu begründen. Soweit hier Änderungen gewünscht werden, sind diese unabhängig davon, wie man sie sachlich bewertet, in dem Rechtsbereich für die Stromerzeugung anzusiedeln, nicht aber für die Netze. Eine Intensivierung der Nutzung regenerativer Energien und der Kraft-Wärme-Kopplung hat der Netzbetreiber bereits nach den gültigen Regelungen des EEG und des KWKG i.S. einer bevorzugten Aufnahme der Elektrizität aus solchen Anlagen zu beachten, unabhängig davon, wer den Netzbetrieb vornimmt.

Auch eine pauschale Bevorzugung kommunaler Netzbetreiber allein wegen des kommunalen Anteilseigentums begegnet Bedenken, insoweit ebenfalls gänzlich losgelöst von der grundsätzlichen Einstellung zu dieser oder jener Gruppierung in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft. § 46 Abs. 2, 3 EnWG dient dem Wettbewerb um Verteilernetze vor dem Hintergrund des Ausschlusses flächendeckender paralleler Netze. Sachgerechte Kriterien für die kommunale Entscheidung verschiedener Interessenten um den örtlichen Netzbetrieb unter Einbeziehung kommunaler Netzbetreiber haben sich - auch insoweit als Ausfluss des Entflechtungsregimes für die Netze - auf Aspekte des Netzbetriebes zu beschränken. Nur diese sind

Gegenstand von Konzessionsverträgen, nicht aber Fragen des Energievertriebs oder der Energieerzeugung. Fließen solche Gesichtspunkte gleichwohl in die Auswahlentscheidung der Gemeinde ein, decken sich der Regelungsgegenstand der Entscheidung und die Motive für die Entscheidung nicht, was als Mangel in der Entscheidungsfindung anzusehen ist. In der Sache sollte sich die Gemeinde als öffentliche Körperschaft von den Leistungen für den Netzbetrieb, wie sie in der Vergangenheit bereits deutlich wurden und für die Zukunft aufgrund der Leistungen in der Vergangenheit zu erwarten sind, leiten lassen. Insoweit ist festzustellen, dass von den verschiedenen Gruppierungen in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft nicht eine Gruppe pauschal stets als effizient und eine andere stets als weniger effizient angesehen werden kann. Vielmehr gibt es, wie die Ergebnisse der Anreizregulierung zeigen, in allen Gruppierungen besonders effiziente, effiziente und weniger effiziente Netzbetreiber. Eine pauschale Begünstigung einer Netzbetreibergruppe, hier der kommunalen Netzbetreiber im Sinne einer generellen Rekommunalisierung des örtlichen Netzbetriebes, steht dazu im Widerspruch. Sie könnte, konsequent zu Ende gedacht, dazu führen, dass der Konzessionsvertrag mit einem besonders effizienten nicht-kommunalen Netzbetreiber beendet und der Netzbetrieb einschließlich des Zugriffs auf das örtliche Verteilernetz auf einen Netzbetreiber übertragen wird, der in der Vergangenheit keine hinreichende Effizienz gezeigt hat. Ein solches Ergebnis einer Rechtsreform ist sachwidrig.

Die Kritik an fehlender Rechtssicherheit wegen unklarer Rahmenbedingungen für die Netzüberlassung von dem bisherigen an einen neuen Netzbetreiber mit daraus resultierenden Hemmnissen und zeitlichen Verzögerungen ist grundsätzlich begründet. Hier sind Verbesserungen möglich, die jedoch im Detail einer sorgfältigen Berücksichtigung der schutzwürdigen Belange des bisherigen und des neuen Netzbetreibers wie auch der Kommune bedürfen.

B. Stellungnahme zu den netzbezogenen Forderungen der Fraktionen im Einzelnen in 9 Punkten

1. Zur Bewertung von Reformforderungen hinsichtlich der rechtlichen Rahmenbedingungen für den Abschluss, die Verlängerung oder die Neuorientierung von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG ist es wichtig, sich den Regelungsgegenstand dieser Verträge nach den normativen Vorgaben vor Augen zu führen. Tätigkeitsfelder und energiepolitische Motive, die mit dem Vertragsgegenstand aufgrund

zwingender rechtlicher Vorgaben nichts zu tun haben, können bei einer sachgerechten Anwendung des geltenden Rechts und dessen entsprechender Fortentwicklung keine Argumente für Rechtsänderungen bilden, wenn es nicht zu Wertungswidersprüchen im Gesetz kommen soll. Regelungsgegenstand von Konzessionsverträgen ist allein die Einräumung der Leitungsverlegungsrechte mit dem Ziel, Elektrizitäts- und Gasleitungen zum Zweck der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet errichten, betreiben und warten zu können. Als Gegenleistung erhalten die Kommunen hierfür Konzessionsabgaben nach Maßgabe der Konzessionsabgabenverordnung (KAV). Alle anderen Tätigkeitsfelder der leitungsgebundenen Versorgung, insbesondere die Bereiche Energieerzeugung / Energiegewinnung auf der einen Seite und Energiehandel / Energievertrieb auf der anderen Seite, sind nach der eindeutigen Vorgabe des § 46 EnWG nicht Regelungsgegenstand von Konzessionsverträgen. Insoweit haben diese Verträge eine grundlegende Änderung gegenüber der Rechtslage zu Monopolzeiten erfahren, als Konzessionsverträge auch die Lieferung von Elektrizität oder Gas näher ausgestalteten, insbesondere die energierechtlichen Versorgungspflichten vertraglich bekräftigten und erweiterten. Derartige Belange sind seit der Energierechtsreform von 2005 kein zulässiger Vertragsgegenstand mehr. Dies belegen neben § 46 EnWG auch die Entflechtungsvorgaben nach §§ 6 ff. EnWG, die mit verschiedenen Maßnahmen die Trennung des Netzbetriebes von den übrigen Aktivitäten vertikal integrierter EVU sicherstellen. Das hier verankerte Entflechtungsregime wird in Umsetzung des Dritten Binnenmarktpaketes der EU noch intensiviert werden. Dies zeigt, dass Aspekte der Energiegewinnung / Energieerzeugung und des Energiehandels / Energievertriebs mit dem gesetzlich eindeutig beschränkten Regelungsbereich von Konzessionsverträgen nichts zu tun haben. Erfolgt aus derartigen Motiven eine Rechtsänderung, führt dies zu Wertungswidersprüchen im geltenden Recht.

2. Die beschriebene Rechtslage führt nicht zur Behinderung politisch besonders gewünschter Formen der Stromerzeugung, insbesondere unter Einsatz regenerativer Energien oder in Form der Kraft-Wärme-Kopplung. Vielmehr sind die Netzbetreiber nach den eindeutigen Vorgaben des EEG und des KWKG gehalten, elektrische Energie unter Nutzung regenerativer Energien oder der Kraft-Wärme-Kopplung bevorzugt in ihre Netze aufzunehmen. Hierfür sind die Netze erforderlichenfalls auszu-

bauen. Im Übrigen sind die Netzbetreiber auf allen Spannungs- und Druckstufen verpflichtet, jedermann an ihre Netze anzuschließen und den Netzzugang diskriminierungsfrei zu gestatten. Daher bedarf es auf der Verteilnetzebene keiner stromerzeugungssseitig motivierten Gründe für die unternehmerische Zuordnung des örtlichen Netzbetriebs, um politische Wünsche hinsichtlich der Struktur der Stromerzeugung umzusetzen. Die Erfüllung dieser Wünsche ist netzseitig durch das geltende Recht bereits gewährleistet, unabhängig davon, welcher Gruppe der energiewirtschaftlichen Akteure der örtliche Verteilnetzbetreiber zuzuordnen ist. Der auf den Netzbetrieb beschränkte Regelungsgegenstand von Konzessionsverträgen mit den daraus resultierenden, sich auf den Vertragsgegenstand beschränkten Entscheidungskriterien führt somit nicht dazu, energiepolitisch begründete Wünsche nach einer Veränderung der Erzeugungsstruktur abzublocken.

3. Die Höchstlaufzeit für Konzessionsverträge von 20 Jahren sowie die gesetzlichen Rahmenbedingungen zur Ermöglichung eines Wechsels des für den örtlichen Netzbetrieb zuständigen Netzbetreibers bezwecken einen Wettbewerb um den örtlichen Netzbetrieb. Wegen der Monopolstellung der Kommunen hinsichtlich der Vergabe von Leitungsverlegungsrechten in Straßen, Wegen und Plätzen erfolgt dieser Wettbewerb nicht auf einem freien Markt, sondern administriert durch die kommunale Entscheidung, wem sie die Leitungsverlegungsrechte für eine Errichtung vermaschter Netze überträgt. Das gesetzliche Ziel, einen Wettbewerb um örtliche Verteilernetze zu ermöglichen, hat nur dann Sinn, wenn die kommunale Entscheidung für den einen und gegen den anderen Netzbetriebsinteressenten nach sachgerechten Kriterien gefällt wird. Anderenfalls wird der Wettbewerb verzerrt und seines Sinnes beraubt. Schon die Verpflichtung der Gemeinde, Leitungsverlegungsrechte diskriminierungsfrei einzuräumen (§ 46 Abs. 1 EnWG), darüber hinaus aber auch die Unterstellung der Gemeinde unter das kartellrechtliche Missbrauchsverbot des § 19 GWB wegen der kartellrechtlich als unternehmerisch zu wertenden Entscheidung über die Vergabe der Leitungsverlegungsrechte gebieten es, dass die Gemeinde insoweit sachgerecht entscheidet. § 46 Abs. 5 EnWG stellt ausdrücklich klar, dass das Kartellrecht auf diese Vorgänge anwendbar bleibt.

4. Welche sind nun rechtlich sachgerechte Entscheidungskriterien der Gemeinde? Hierzu zählt einmal - wie bereits dargestellt -, dass sie sich auf solche Aspekte beschränken, die zu dem Vertragsgegenstand passen. Dies ist allein der örtliche

Netzbetrieb, nicht aber der gesamte übrige Sektor einer vertikal integrierten Versorgung. Darüber hinaus ist eine kommunale Entscheidung dann sachgerecht, wenn sie sich an den Leistungen der sich im Wettbewerb um den örtlichen Verteilnetzbetrieb bemühenden Netzbetreiber orientiert, wie sie sich in der Vergangenheit gezeigt haben und wie sie zukünftig zu erwarten sind. Die Anreizregulierung der Netzentgelte zeigt diese Leistungen durch einen Effizienzvergleich deutlich auf (§§ 12 ff. ARegV). Hinzu kommen Gesichtspunkte der Netzbetriebsqualität nach Maßgabe der §§ 18 ff. ARegV, die zwar gegenwärtig noch nicht, jedoch alsbald zum Regelungsgegenstand der Anreizregulierung gehören. Richtet sich die Kommune nach den Erkenntnissen aus der Anreizregulierung, praktiziert durch die Regulierungsbehörden des Bundes und der Länder, und zieht sie dabei in ihrer Vergabeentscheidung einen in der Effizienz besseren einem in der Effizienz schlechteren Netzbetreiber vor, entscheidet sie sachgerecht. Dann macht der Wettbewerb um Netzgebiete Sinn. Dasselbe gilt für die Beachtung der Ergebnisse der Netzqualität. Ignoriert die Kommune hingegen die Resultate der Anreizregulierung, ist ihre Entscheidung nicht sachgerecht. Sie kollidiert mit der Vorgabe des Diskriminierungsverbotes nach §§ 46 Abs. 1 EnWG, 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB. Unabhängig davon ist es mit dem aus allgemeinen Rechtsprinzipien abzuleitenden Gebot für die öffentliche Hand, sachgerecht zu entscheiden, nicht vereinbar, wenn ein weniger effizienter oder im Netzbetrieb hinsichtlich der Netzqualität schlechterer Netzbetreiber den Vorzug gegenüber einem qualitativ besseren Netzbetreiber erhält.

5. Ein solcher Vergleich ist problemlos nur im Falle der Fremdvergabe der Leitungskonzession möglich, wenn sich bisher an anderer Stelle bereits im Verteilnetzbetrieb tätige Interessenten gleichermaßen im Strom- oder Gassektor betätigen und daher seitens der Kommune ihre diesbezüglichen Leistungen durch einen Vergleich des jeweiligen Stromnetzbetriebes bzw. des Gasnetzbetriebes beurteilt werden können. Geht es hingegen um die Übernahme eines örtlichen Verteilernetzes durch die Kommune, ist diese regelmäßig schon wegen des Örtlichkeitsprinzips für ihre Wirtschaftstätigkeit bisher in diesem Sektor des Netzbetriebs nicht tätig gewesen. Regelmäßig, wenn auch nicht in jedem Falle, war der kommunale Netzbetriebsinteressent jedoch in der Vergangenheit bereits als Stromnetzbetreiber tätig und möchte nun den Gasnetzbetrieb übernehmen - oder umgekehrt. Zwar lassen sich in solchen Fällen

die bisher gezeigten Leistungen in einer Versorgungssparte nicht ohne Weiteres auf die weitere Versorgungssparte übertragen. Auf der anderen Seite aber wäre es schwer begründbar, wenn ein in der Vergangenheit in einer Versorgungssparte eher leistungsschwächerer Netzbetreiber für sich in Anspruch nehmen wollte, bei Übernahme des Netzbetriebs in der anderen Versorgungssparte deutlich effizienter zu sein. Für eine solche These bedürfte es jedenfalls belastbarer Grundlagen, so dass die Gemeinde auch insoweit einen Leistungsvergleich praktizieren kann.

6. Die bisher vorliegenden Ergebnisse der Anreizregulierung verdeutlichen, dass die Effizienz der Netzbetreiber sehr unterschiedlich ist. Manche erreichen einen Effizienzgrad von 100 %, einige liegen sogar darüber (wenn auch in solchen Fällen gleichwohl nach den Vorgaben der ARegV nur 100 % angesetzt werden), während andere Netzbetreiber einen Wert von 100 % nicht erreichen. Manche sind sogar so ineffizient, dass sie einen Effizienzwert von weniger als 60 % aufweisen und daher den Effizienz-Mindest-Sockel von 60% nach § 12 Abs. 4 ARegV in Anspruch nehmen müssen. Wertet man im Einzelnen aus, welche der bekannten Gruppierungen von Netzbetreibern übereffiziente, vollständig effiziente, weniger effiziente und gänzlich ineffiziente Netzbetreiber sind, so ergibt sich ein differenziertes Bild. Es zeigt die Unmöglichkeit einer Aussage dahingehend, dass eine bestimmte Gruppe von Netzbetreibern typischerweise besonders effizient und eine andere Gruppierung eher ineffizient ist. Im Ergebnis erfreulich hohe Effizienzen und kritikbedürftige Ineffizienzen verlaufen quer über alle Gruppen der Netzbetreiber. Dies schließt es aus, die Gruppe der kommunalen Netzbetreiber pauschal und ohne Berücksichtigung der im Einzelfall bestehenden Effizienzwerte im Wettbewerb um Netzgebiete zu begünstigen, so wie es gleichfalls sachwidrig wäre, eine solche pauschale Begünstigung für die Gruppierung der nicht-kommunalen Netzbetreiber vorzunehmen. Geschieht dies gleichwohl, werden die Grundideen und Ziele des Wettbewerbs um Netzgebiete konterkariert.

7. Votiert die Gemeinde für einen Netzbetreiber, der weniger effizient als ein anderer Interessent oder der bisherige Netzbetreiber ist, benachteiligt dies neben dem übergangenen effizienteren Netzbetreiber auch die Energieverbraucher im Gemeindegebiet, die die Folgen einer solchen Entscheidung durch überhöhte Netzentgelte zu bezahlen haben. Zwar führt die Übertragung eines Energieversorgungsnetzes

nach § 46 Abs. 2 EnWG oder auf der Grundlage einer konzessionsvertraglich vereinbarten Endschaftsklausel dazu, dass nach § 26 Abs. 1 ARegV die für den bisherigen Netzbetreiber festgelegte Erlösobergrenze auf den neuen Netzbetreiber übertragen wird. Für die Dauer der laufenden Regulierungsperiode ist somit eine Verschlechterung des Netzentgelt-niveaus ausgeschlossen. Diese Vorgabe endet jedoch mit dem Ende der Regulierungsperiode, so dass für die neue Regulierungsperiode die Kostenbasis des neuen Netzbetreibers nach § 6 Abs. 1 ARegV die Grundlage für die regulierungsbehördliche Fixierung der Erlösobergrenze bildet. Zeigt der Effizienzvergleich bzgl. des neuen Netzbetreibers Ineffizienzen, sind diese zwar abzubauen, jedoch nach Maßgabe des § 16 Abs. 1 ARegV zeitlich gestreckt in gleichen Raten über die Regulierungsperiode hinweg. Daraus wird deutlich, dass die Übernahme des örtlichen Verteilnetzbetriebes durch einen weniger effizienten Netzbetreiber im Vergleich zu dem bisherigen Netzbetreiber die Energieverbraucher im Gemeindegebiet belastet.

8. Handhabt die Gemeinde ihre Entscheidung für den Abschluss des Konzessionsvertrages sachgerecht, ist es wichtig, dass ein daraus resultierender Wechsel für den örtlichen Verteilnetzbetrieb keine sachwidrige Behinderung erfährt. Kann der bisherige Netzbetreiber in solchen Fällen einen Übergang des Netzbetriebes und des örtlichen Verteilernetzes auf seinen Nachfolger behindern oder auch verzögern, steht auch dies im Widerspruch zur Zielsetzung eines Wettbewerbs um den örtlichen Verteilnetzbetrieb. Insoweit weist das geltende Recht Mängel auf, die in den Fraktionsanträgen zu Recht kritisiert werden.

a) § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG verpflichtet den bisherigen Netzbetreiber im Falle der Entscheidung der Gemeinde zugunsten eines neuen Netzbetreibers, ihm die für den Betrieb des örtlichen Verteilernetzes notwendigen Verteilungsanlagen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung "zu überlassen". Dieser Terminus ist unpräzise und hat zu einem rechtsgrundsätzlichen Streit darüber geführt, ob die Überlassung als Eigentumsübertragung oder als bloße Besitzüberlassung insbesondere im Wege der Verpachtung zu verstehen ist und wer im Falle fehlenden Konsenses zwischen altem und neuem Netzbetreiber die Art der Netzüberlassung entscheidet. Diese Rechtslage ist misslich und führt vielfach zu Auseinandersetzungen. Sie wird in Rechtsprechung und Literatur kontrovers beurteilt; der BGH hat die Rechtsfrage bisher offen gelassen und lediglich entschieden, dass im Fal-

le einer auf Übereignung gerichteten konzessionsvertraglichen Endschaftsklausel diese wirksam bleibt und durch die Energierechtsreform 2005 keine Änderung erfährt. Die bestehende Rechtslage ist auch deshalb unerfreulich, weil die geschilderte Kontroverse hinsichtlich der Interpretation des Überlassens-Begriffes bereits bei der Energierechtsreform 2005 bekannt war und den Gesetzgeber gleichwohl bisher nicht zu einer Präzisierung veranlasst hat. Wenn der politische Wille dahingeht, die Überlassung durch Übereignung vorzunehmen, sollte dies im Gesetz klargestellt werden. Allerdings sollte auch eine Verpachtung zugelassen werden, wenn alter und neuer Netzbetreiber damit einverstanden sind.

b) Sowohl die Gemeinde als auch der neue Netzbetreiber haben ein legitimes Interesse daran, die Informationen über das Verteilnetz des bisherigen Netzbetreibers zu erhalten, die eine Entscheidung über eine Bewerbung für den Netzbetrieb einschließlich der Kalkulation bedingen. Einen spezialgesetzlichen Informationsanspruch gibt es bisher nicht. In manchen Fällen ist eine Information im Rahmen der konzessionsvertraglichen Endschaftsklausel vereinbart; dies ist jedoch nicht die Regel. Ob und inwieweit sich ein Informationsanspruch aus allgemeiner gesetzlicher Grundlage nach §§ 241 Abs. 2, 242 BGB ableiten lässt, wird bisher kontrovers diskutiert und insbesondere für die verschiedenen Interessenten-Konstellationen sowie Verfahrensstadien unterschiedlich beantwortet. Auch diese Rechtslage kann einen sinnvollen Wechsel des Verteilnetzbetreibers behindern. Daher könnte § 46 EnWG um die gesetzliche Verankerung eines solchen Informationsanspruches erweitert werden, der jedoch die legitimen Interessen des bisherigen Netzbetreibers hinsichtlich seiner Geschäftsgeheimnisse beachten müsste. Das Bundesverfassungsgericht hat anerkannt, dass selbst ein Monopolist insoweit Schutz verdient. Ferner setzt ein solcher Anspruch voraus, dass Fähigkeit und Ernsthaftigkeit des Netzbetriebsinteresses eines Dritten in geeigneter Weise belegt sind, um Auskunftsansprüche „ins Blaue hinein“ oder nur zur Erlangung von Informationen über fremde Netze zu vermeiden.

c) Nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG hat der bisherige Netzbetreiber das örtliche Verteilnetz nur gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu überlassen. Was dies in der Praxis bedeutet, wird kontrovers beurteilt. Dabei geht es um das Sachzeitwert- und das Ertragswertverfahren, die Begrenzung des Sachzeitwertes durch einen niedrigeren Ertragswert vor dem Hintergrund der bekannten Rechtsprechung des BGH zu § 103a a.F. GWB und um die Frage, inwieweit diese Recht-

sprechung heute noch Gültigkeit hat. Insoweit sind das Verbot der Abschreibung unter Null, des Wiederaufleben bereits abgeschriebener kalkulatorischer Restwerte (§§ 6 Abs. 6, 7 StromNEV, 6 Abs. 6, 7 GasNEV) und die Folgen dieser Regelung für die Kaufpreisfindung zur Übertragung der Netze von Bedeutung. In diesem Zusammenhang sind auch verfassungsrechtliche Aspekte des Eigentumsschutzes zugunsten des bisherigen Netzbetreibers zu beachten (Art. 14 GG). Der BGH hat die Gültigkeit des Verbotes der Abschreibung unter Null und wiederholter Abschreibungen im Falle der Netzveräußerung insoweit anerkannt, als der neue Netzerwerber darauf beschränkt ist, die noch nicht ausgeschöpften kalkulatorischen Abschreibungen des bisherigen Netzbetreibers fortzuführen. Ob dies sich uneingeschränkt auch für die Kaufpreisbemessung auswirkt, ist keineswegs

eindeutig. Die Konsequenzen werden deutlich, wenn man den Extremfall eines vollständig abgeschriebenen Netzes und seiner Überlassung an den neuen Netzbetreiber betrachtet; insoweit würde eine konsequente Anwendung der Regelungen in §§ 6 Abs. 6 StromNEV, 6 Abs. 6 GasNEV auf die Kaufpreisfindung zu einer Zwangsschenkung des Netzes führen, ein im Lichte des Art. 14 GG und des § 46 Abs. 2 EnWG („angemessene Vergütung“) nicht zu akzeptierendes Ergebnis.

Immerhin ermöglicht die Netzüberlassung dem neuen Netzbetreiber, aus dem Netzbetrieb Erträge zu erzielen. Insoweit ist es problematisch, dem Ertragswert in jedem Falle den Vorrang vor dem Sachzeitwert (selbst im Falle einer entsprechenden Vereinbarung des Sachzeitwertes in der Endschaftsklausel) einzuräumen. Auch die gemeinsame Stellungnahme von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zu der Thematik vom 15.12.2010 formuliert - zu Recht - vorsichtig, dass eine Vergütung, die den Ertragswert erheblich übersteige, nicht angemessen sei. Auf der anderen Seite ist selbstverständlich das Interesse des neuen Netzbetreibers zu sehen, Kaufpreiszahlungen zu vermeiden, die in der Netzentgeltregulierung keine Anerkennung als Kosten finden.

9. Der Entwurf der SPD-Fraktion plädiert zur Vermeidung von Verzögerungen bei der Netzübertragung für die Einführung eines Schlichtungsverfahrens. Hierzu ist zu sehen, dass die angesprochenen Veränderungen des § 46 EnWG das Risiko einer Verzögerung bereits reduzieren. Soll gleichwohl ein Schlichtungsverfahren vorgesehen werden, könne dies aus rechtsgrundsätzlichen Erwägungen nur ein Vermittlungsversuch, nicht aber eine Zwangsschlichtung sein. Das Recht der Beteiligten, die einzelnen

Aspekte, insbesondere auch die Kaufpreishöhe, gerichtlich klären zu lassen, lässt sich durch eine Schlichtung nicht beseitigen.