

Rechtliche Unsicherheiten

Allein in diesem Jahr laufen im Strom- und Gasbereich bundesweit rund 2000 Konzessionen für das Betreiben eines Versorgungsnetzes aus – eine gute Möglichkeit zur Rekommunalisierung. Doch auf dem Weg dorthin liegen etliche Stolpersteine.



Foto: BilderBox

Trafostation: Das Energiewirtschaftsgesetz regelt die Neuvergabe von Konzessionen. Der betreffende Paragraph bietet jedoch Raum für konfliktträchtige Interpretationen.

Die Renaissance der Stadtwerke“, „Kommunen bereuen Privatisierung“, „Vorwärts in die Vergangenheit“ – diese und ähnliche Schlagzeilen prägen aktuell die Energiebranche. Tatsächlich prüfen derzeit viele Gemeinden die Möglichkeit zur Übernahme der Strom- und Gasnetze. Grund hierfür ist, dass allein 2011 im Strom- und Gasbereich rund 2000 Konzessionen für das Betreiben eines Versorgungsnetzes im Bundesgebiet als Folge ihrer auf 20 Jahre begrenzten Laufzeit nach Paragraph 46 Abs. 1 des Gesetzes über die Elektrizitäts- und Gasversorgung („Energiewirtschaftsgesetz“, EnWG) auslaufen. Zudem sind viele Kommunen mit dem privaten Netzbetreiber beziehungsweise Versorger unzufrieden oder möchten zukünftig Einfluss auf die Energieversorgung nehmen, um wirtschafts- und umweltpolitische Ziele zu verwirklichen. Doch bestehen in kaum einem anderen

Bereich der Energiewirtschaft gegenwärtig mehr rechtliche Unsicherheiten als in der Übernahme von Konzessionsnetzen.

Rekommunalisierung bezeichnet die Rückführung von Aufgaben und Vermögen, die vormals durch Privatisierung ausgegliedert wurden, in die öffentliche Hand. In der Energieversorgung kann dies nur einen Teil oder die gesamte Wertschöpfungskette betreffen. Die Neuvergabe von Konzessionsverträgen und die Verteilnetzüberlassung sind zum Teil in Paragraph 46 EnWG geregelt, der jedoch an einigen Stellen sehr unklar gefasst ist und daher erheblichen Raum für konfliktträchtige Interpretationen bietet.

Bei der Planung einer Rekommunalisierung sind mehrere Faktoren einzubeziehen. Kaufpreis und Zustand des Netzes, Finanzierungsmöglichkeiten, Ressourcen für den Netzbetrieb, Effizienz des bisherigen Konzessionsinhabers und vorgegebene Erlösobergrenzen dürften die

wichtigsten Entscheidungskriterien für den Interessenten darstellen. Doch bereits hier wird er auf Schwierigkeiten stoßen. Paragraph 46 Abs. 2 S. 2 EnWG bestimmt, dass der bisherige Konzessionsnehmer für die Überlassung der notwendigen Verteilungsanlagen wirtschaftlich angemessen zu vergüten ist. Aber welcher Umfang ist unter dem Begriff „notwendige Verteilungsanlagen“ zu verstehen, wie ist die „Überlassung“ auszugestalten und wie wird die „Angemessenheit“ der Vergütung bemessen? Korrespondierende Lösungsansätze sollen nachfolgend skizziert werden.

Notwendige Verteilungsanlagen

Das Bundeskartellamt und die Bundesnetzagentur haben in ihrem Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers festgelegt, dass zu einer notwendigen Verteilungsanlage all das gehört, was nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass die Versorgung im Gemeindegebiet und damit die Versorgung bestimmter Letztverbraucher entfielen. Damit bezieht sich der Anspruch nach Paragraph 46 Abs. 2 EnWG in der Regel auf die Überlassung sämtlicher im Konzessionsgebiet gelegenen Anlagen, mit Ausnahme solcher, die eindeutig überörtlichen Versorgungscharakter haben.

Überlassung der Verteilungsanlagen

Das EnWG verpflichtet den bisher Nutzungsberechtigten dazu, die notwendigen Verteilungsanlagen zu „überlassen“. Ob darunter die Überlassung des Eigentums oder nur die Einräumung der tatsächlichen Sachherrschaft im Sinne des Besitzes zu fassen ist, bleibt offen. Für die bloße Pflicht zur Besitzeinräumung spricht der Wortlaut. In den Fällen, in denen ein Gesetz eine Eigentumsübertragung regelt, verwendet es den Begriff der „Übertragung“ (vgl. §§ 929, 925 BGB).

Bemessung des Übernahmepreises

Zur Bemessung kann auf die „Kaufpreisentscheidung“ des Bundesgerichtshofs (BGHZ 143, S.128; S.142ff.) verwiesen

werden. Hiernach können der Berechnung sowohl der Ertrags- als auch der Sachzeitwert zugrunde gelegt werden. Jedoch entfaltet der Ertragswert begrenzende Wirkung. Dieser darf nicht erheblich überstiegen werden.

Anspruch auf Auskunft

Der Interessent kann nur dann die Wirtschaftlichkeit der Netzübernahme berechnen, wenn ihm alle hierfür erforderlichen Informationen vorliegen. Es ist daher die Frage, ob bereits vor Abschluss eines Konzessionsvertrages ein Auskunftsanspruch gegenüber dem bisherigen Konzessionsinhaber besteht. Hierbei ist zwischen der Kommune als Konzessionsgeberin und sonstigen Interessenten zu unterscheiden. Die Kommune kann einen solchen Anspruch als ungeschriebene Neben- beziehungsweise Treuepflicht aus dem Konzessionsvertrag herleiten. Der Interessent hat keinen Anspruch aus einer vertraglichen Nebenpflicht, da insoweit kein Vertragsverhältnis besteht.

Das Landgericht Hannover leitet dennoch einen Auskunftsanspruch direkt aus Paragraph 46 Absatz 2 EnWG her, mit der Begründung, dass es ständige Rechtspre-

chung des Bundesgerichtshofs sei, dass ein Auskunftsanspruch aus Treu und Glauben immer dann zu bejahen sei, wenn eine Partei über seine Rechte im Unklaren ist und es der anderen Partei unschwer möglich ist, diese Unklarheit zu beseitigen. Das Bundeskartellamt und die Bundesnetzagentur gehen in ihrem Leitfaden davon aus, dass der Interessent keinen Auskunftsanspruch gegenüber dem bisherigen Netzbetreiber besitzt.

Festsetzung der Erlösobergrenzen

Eine der wirtschaftlich wichtigsten Fragen beim Erwerb eines Netzes wird regelmäßig die Neufestsetzung der Erlösobergrenzen sein. Die Systematik der Verordnung über die Anreizregulierung der Energieversorgungsnetze (ARegV) ermöglicht es nicht, für den neuen Netzbetreiber Erlösobergrenzen auf Grundlage eigener Kostenprüfungen für den übernommenen Netzteil festzulegen. Paragraph 26 Absatz 2 ARegV ordnet bei einem Übergang des Netzes auf Antrag die Neufestsetzung der Erlösobergrenzen an. Eine nähere Regelung im Hinblick auf die Art und Weise der Neufestsetzung findet sich jedoch nicht.

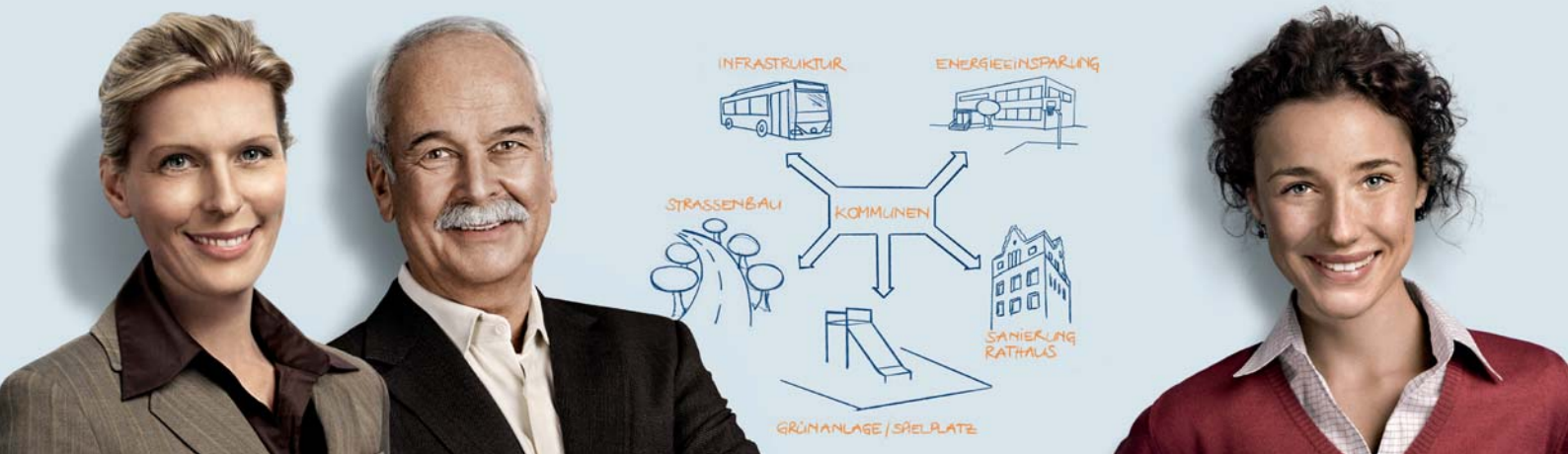
Um Konflikten vorzubeugen, hat die Bundesnetzagentur den Leitfaden der Regulierungsbehörden zu Inhalt und Struktur von Anträgen auf Neufestlegung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach Paragraph 26 Absatz 2 ARegV herausgegeben. Doch findet dieser wegen seiner unverbindlichen Wirkung praktisch keine Anwendung. Vielmehr bietet der bisherige Netzbetreiber meistens einen Erlösanteil auf Verhandlungsbasis an. Dieser Praxis kommt entgegen, dass die Regulierungsbehörden bei Streitigkeiten über die Höhe des Erlöses nicht eingreifen. Im Leitfaden der Bundesnetzagentur heißt es, dass in diesem Fall zivilrechtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen ist. Doch viele Netzbetreiber scheuen den Aufwand eines gerichtlichen Verfahrens. Damit bietet die bestehende Rechtslage dem abgebenden Netzbetreiber eine komfortable Handlungsposition. *Michael Körber*

Der Autor

Michael Körber ist Partner und Rechtsanwalt bei der Kanzlei MPW Legal & Tax in Northeim; seine Tätigkeitsschwerpunkte sind unter anderem Erneuerbare Energien und KWK sowie Vertragsmanagement

UNSER PROGRAMM FÜR DIE ZUKUNFT: DIE KFW-INFRASTRUKTURFÖRDERUNG

Sie möchten die kommunale und soziale Infrastruktur verbessern?



Nutzen Sie unser Förderangebot für Kommunen, kommunale Unternehmen sowie gemeinnützige Organisationen. Ob Straßenbau, Energieversorgung oder Sanierung von Kindergärten und Schulen – die KfW unterstützt Sie bei Infrastrukturinvestitionen mit verschiedenen Förderprogrammen. Für weitere Informationen wenden Sie sich einfach an uns:

Kommunen, kommunale Eigenbetriebe
und kommunale Zweckverbände
kommune@kfw.de

Kommunale Unternehmen, gemeinnützige
Organisationen einschließlich Kirchen
infocenter@kfw.de

Tel. 030 20264 5555

Tel. 0180 1 335577*

Die Zukunftsförderer



*3,9 Cent/Minute aus dem Festnetz der Deutschen Telekom, Mobilfunk max. 42 Cent/Minute.