

Fragen von ZfK an Prof. Dr. Theobald, BBH

1. Kommunale Unternehmen klagen immer wieder, die vier großen Konzerne würden Stadtwerke bei der Netzübertragung nach Konzessionswechseln systematisch behindern oder sich sogar einzelne Konzessionen gegenseitig zuschanzen. Stimmt das, oder ist alles vielleicht doch nur ein Aufprall berechtigter unterschiedlicher Interessen, der einfach Zeit zur Lösung braucht? Wie stellt sich die Situation aus Ihrer Sicht und Erfahrung dar?

Netzübertragungen nach Konzessionswechseln sind insofern zunächst atypisch, als es sich nicht um eine „freiwillige Entscheidung“ des Netzeigentümers handelt, sein Netz am Markt veräußern zu wollen; vielmehr entscheidet die Kommune nach Durchführung eines Konzessionsverfahrens, ob überhaupt und wenn ja, an wen verkauft werden muss. Aus dieser „Zwangstransaktion“ resultieren unterschiedliche Interessen von Verkäufer und Käufer, insofern sind in der Tat zunächst gewisse Streitfragen vorprogrammiert. Auf der anderen Seite muss man bedenken, dass jeder Konzessionär von Anfang an weiß, dass sein Eigentum am Verteilnetz auf maximal 20 Jahre befristet ist. Bei diesem „Eigentum auf Zeit“ ist der anschließende Verlust des Eigentums inbegriffen.

Systematische Behinderungen bei Netzübertragungen sind in der Tat empirisch vielerorts auszumachen, wobei die Verhaltensmuster teilweise recht unterschiedlich sind. Selbst wenn keine expliziten Behinderungen festzustellen sind, sind Netzübernahmen in der Regel ein Geduldsspiel; wenn man so will, eher ein Marathon- als ein Hundertmeterlauf. Die Verhandlungen finden insofern nicht auf Augenhöhe statt.

Die Kontrahenten sind dabei regelmäßig die Konzerne, ausländische Energieversorgungsunternehmen, Stadtwerke, neue Marktteilnehmer sowie im Einzelfall „rekommunalisierungswillige“ Kommunen. Mitunter stehen sich auch zwei Konzerne oder zwei Stadtwerke diametral gegenüber.

2. Wo liegen die berechtigten Streitfragen und wo fängt die Behinderung an?

Aus der eben skizzierten Interessenasymmetrie resultieren regelmäßig unterschiedliche Vorstellungen hinsichtlich: Wann ist das Netz zu übertragen? Was gehört alles zum übergehenden Netz? Wo verlaufen die Eigentumsgrenzen? Auf welche Weise wird das zu übergebende Netz von dem vorgelagerten Netz getrennt? Was ist das zu übertragende Netz wert? In welcher Höhe ist die Erlösobergrenze zu übertragen? Gehen mit dem Netz auch Mitarbeiter über? Welche Informationen sind herauszugeben und wann?

Der Übergang zwischen der Wahrung berechtigter Eigeninteressen hin zu (missbräuchlichen) Behinderungen ist fließend. Grundvoraussetzung für eine faire und damit rechtmäßige Netzübertragung ist die größtmögliche Transparenz aller technischen und wirtschaftlichen Informationen. Spätestens wenn feststeht, dass ein Altkonzessionär seine Konzession verloren hat, muss der neue Konzessionsnehmer alle Informationen erhalten, die zur Beantwortung der oben zitierten Fragen notwendig sind. Dazu gehörten u.a. sämtliche Daten, die für die Vorbereitung des Antrags auf Aufteilung der Erlösobergrenzen nach § 26 Abs. 2 ARegV erforderlich sind, d. h. u. a. die historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten, die kalkulatorischen Nutzungsdauern sowie auch der Wartungszustand des Sachanlagevermögens und die allgemeinen und operativen Kosten. Beliebtes „Spielchen“ in der Praxis ist daher eine „Salamitaktik“ bei der Informationspolitik; i.d.R. ein klarer Fall einer missbräuchlichen Behinderung.

3. Ist die Behinderung eher Regel oder Ausnahme?

Die Erfahrung zeigt, dass Netzübertragungen gänzlich ohne Behinderungen eher selten sind. Reibungslos geht es zu, wenn sich zwei Unternehmen gegenüberstehen, die wechselseitig an den Anderen Konzessionen verloren haben; dann kommt es zu einer Art „Netztausch“.

4. Welche Bedeutung hat die Kostenermittlung der Netze? Welche Verfahren werden angewandt (Überblick)?

Die Bestimmung des Netzkaufpreises ist Voraussetzung dafür, dass eine Netzübernahme wirtschaftlich oder unwirtschaftlich ist. Nur wenn der neue Netzbetreiber den bezahlten Netzkaufpreis innerhalb der neuen Konzessionsvertragslaufzeit von max. 20 Jahren erwirtschaften kann, kommt es zu der Netzübernahme. Andernfalls würden sich etwaige Bewerber rasch zurückziehen. Die wirtschaftlich angemessene Vergütung, von der der Gesetzgeber spricht, muss daher von dem Ertrag ausgehen, den ein objektiver Dritter aus dem künftigen Betrieb des Netzes erwirtschaften kann. Neben dieser sog. Ertragswertmethode wird speziell in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft mitunter immer noch der sog. Sachzeitwert hochgehalten.

5. Wo liegen hier die strittigen Punkte? Welches Verfahren hat sich aus Ihrer Sicht in der Praxis bewährt?

Das Sachzeitwertverfahren ist häufig in alten Endschafftsbestimmungen zu finden. Es eignet sich für Objekte, die im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach ihrem in der Bausubstanz

verkörpert Wert gehandelt werden; ohne dass hierbei eine Rentierlichkeit der Nutzung angestrebt wird. Substanzorientierte Bewertungsverfahren, wie sie bspw. bei Non-Profit-Unternehmen Anwendung finden, stehen im Widerspruch zu einem sicheren und wirtschaftlichen Betrieb von Strom- und Gasverteilnetzen, bei dem auch eine marktübliche Vergütung im Vordergrund steht.

Wenngleich immer noch vor Gerichten über die genaue Methodik zur Ertragswertermittlung gestritten wird, führt bei nüchterner Betrachtung kein Weg vorbei am objektiven Ertragswert als sog. Zukunftserfolgswert, wie ihn das Institut der Deutschen Wirtschaftsprüfer verbindlich als Standard für die Bewertung von Unternehmen (IDW-S 1) vorgibt.

6. Wie hoch ist die Zahl der Konzessionswechsel, die vor Gericht landen?

Bundesweit reden wir zunächst über etwa 20.000 existierende Strom- und Gaskonzessionsverträge, wobei der Anteil der Stromkonzessionsverträge deutlich größer ist. Gehen wir von der Regellaufzeit von 20 Jahren aus, laufen durchschnittlich jedes Jahr 1.000 solcher Verträge aus. Aufgrund von historischen und auch regionalen Besonderheiten ist die „Bugwelle“ auslaufender Konzessionsverträge gegenwärtig besonders hoch. Die Wechselquote beläuft sich nach meiner Einschätzung auf etwa 10 % mit der Folge, dass wir bei der derzeit großen Anzahl auslaufender Konzessionsverträge jährlich etwa 200 Netzübernahmen zu verzeichnen haben. Nach meiner Einschätzung müssen hiervon in etwa 40 % der Fälle Gerichte bemüht werden. Das klingt viel, wobei man unterscheiden muss, worüber genau gestritten wird: In Fällen von „Totalblockaden“ muss auf Herausgabe des Netzes Zug um Zug gegen Zahlung eines angemessenen Kaufpreises geklagt werden, in anderen Fällen sind Einzelfragen zu klären. Häufig kommt es auch zu sog. „Vorbehaltskäufen“, d.h. die Netzübertragung wird einvernehmlich zeitnah gegen Zahlung eines höheren (überhöhten) Kaufpreises vollzogen, nachträglich wird lediglich die Angemessenheit des Kaufpreises und damit eine etwaige Rückzahlung gerichtlich geprüft.

7. Inwieweit hat sich die Situation in letzter Zeit verschärft?

Netzübertragungen nach Konzessionswechseln waren schon immer streitbefangen, geändert haben sich im Zeitverlauf lediglich die jeweils in den Weg gerollten Stolpersteine. Ein derzeit von E.ON-Töchtern praktizierter Einwand bei Netzübernahmen zielt darauf, dass erst in der Phase der Netzübernahme etwaige Fehler in dem vorangegangenen Konzessionsverfahren behauptet werden. Die neuen Konzessionsnehmer sollen dann (vermeintliche) Fehler anderer ausbaden. Ich gehe davon aus, dass auch dieser neue Stolperstein rasch gerichtlich geklärt wird. Die Bundesnetzagentur hat in ihrem Beschluss vom 19.06.2012 bereits klargestellt, dass der alte Netzbetreiber sich nicht in der Phase der

Netzherausgabe im Nachhinein zum Schiedsrichter über das vorangegangene Konzessionsverfahren machen darf. Vielmehr nimmt die Bundesnetzagentur die Altnetzbetreiber in die Pflicht, vermeintliche Konzessionsverfahrensfehler ihrerseits sofort bei den zuständigen Gerichten überprüfen zu lassen. Interessanterweise ist letzteres bislang kaum festzustellen.

8. Inwieweit unterscheiden sich hier die Situationen bei Strom- und Gasnetzen?

Die Situation bei Strom- und Gasnetzen unterscheidet sich im Grunde nur quantitativ, da gasseitig deutlich weniger Konzessionswechsel und damit auch Netzübertragungen stattfinden. Die wirtschaftlichen und rechtlichen Fragestellungen sind hingegen mehr oder weniger identisch.

9. Welche Mittel nutzen die Konzerne, um die Netzübergabe hinauszuzögern?

Neben den bereits angesprochenen Behinderungen bei der Herausgabe notwendiger Informationen sind unterschiedliche Verzögerungstaktiken festzustellen. Bspw. ein „Rosinenpicken“ durch die Forderung von technisch fragwürdigen oder für den Neukonzessionär wirtschaftlich nicht tragbaren Netztrennungslösungen, durch welche ein großer Teil der Leitungen und Netzkunden beim Altkonzessionär verbleiben würde. Ferner wird immer noch gerne der gesetzliche Eigentumsübertragungsanspruch unter Verweis auf angeblich gegenläufige vertragliche Endschaftsklauseln aus dem Altkonzessionsvertrag angezweifelt. Mitunter fordern Altkonzessionäre die Kommune auf, in einem Zwischenschritt das Netz selbst zu erwerben und dabei einen hohen Kaufpreis auf Sachzeitwertbasis zu bezahlen. Einzelne E.ON-Töchter verweigern aktuell bereits den Beginn jeglicher Netzübernahmeverhandlungen unter Hinweis darauf, dass der neue Konzessionsnehmer gar kein Eigentumsübertragungsanspruch habe, da – wie gerade geschildert – das zugrunde liegende Konzessionsverfahren fehlerhaft gewesen sei. Der neuste Trend bei RWE geht dahin, in Fällen verzögerter Netzübernahme trotz fortdauerndem und gewinnbringendem Netzbetrieb ein Jahr nach Auslaufen des Altkonzessionsvertrages die Konzessionsabgabenzahlungen an die Kommune einzustellen. Ein Vorgehen, das mittlerweile die Kartellbehörden auf den Plan gerufen hat; und sicherlich auch nicht geeignet ist, die eigene Reputation bei den Kommunen zu verbessern.

10. Was können Stadtwerke gegen solche Behinderungen tun?

Stadtwerke wie sonstige bei Netzübernahmen benachteiligte Unternehmen können neben

den Zivilgerichten insb. auch die Regulierungs- bzw. Kartellbehörden anrufen. Letztere werden allerdings nicht in jedem Einzelfall tätig, sondern nur entweder von Amts wegen oder aber wenn sie das Vorliegen eines öffentlichen Interesses hieran bejahen.

11. Was müssten Behörden oder Gesetzgeber gegen solche Behinderungen tun?

Zuforderst ist sicherlich der Gesetzgeber aufgerufen, die ein oder andere Klarstellung im Energiewirtschaftsgesetz vorzunehmen. Dies gilt insbesondere für die wirtschaftlich angemessene Vergütung sowie für die erst 2011 in das EnWG aufgenommene Formulierung, wonach die Kommunen bei der Auswahl des neuen Konzessionsnehmers den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet seien. In der Praxis ist durch diesen Zusatz ohne Not ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit entstanden. Behördenseitig ist es höchste Zeit, von ihrer Festlegungskompetenz Gebrauch zu machen und zu präzisieren, welche technischen und wirtschaftlichen Daten ganz konkret bereits zu Beginn des Konzessionsverfahrens von dem Altkonzessionsnehmer der Kommune zur Verfügung zu stellen sind.

12. Die Bundesnetzagentur hat jüngst entschieden, dass beim Konzessionswechsel auch Anlagen der Mittelspannung zu übertragen sind. Hat diese Entscheidung Bestand vor Gericht?

Die begrüßenswerte Entscheidung der Bundesnetzagentur vom 26.01.2012 ist aktuell beim Oberlandesgericht Düsseldorf anhängig. Möglicherweise wird da noch der Bundesgerichtshof das letzte Wort haben. Ich selbst gehe davon aus, dass die Entscheidung Bestand haben wird, da sich ihr wesentlicher Inhalt bereits sehr deutlich aus der klaren Regelung in § 46 EnWG ergibt.

13. Hat der Konzessionsleitfaden von Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt die Lage entspannt oder eher Verwirrung geschaffen? Welche Relevanz hat dieser in der Praxis?

Besagter Leitfaden vom 15.12.2010 bietet in jedem Fall eine gute Orientierung für alle Beteiligten. Allerdings beantwortet er nicht jede Frage, bei manchen Fragen bleiben die diesbezüglichen Antworten deutlich hinter dem notwendigen Präzisierungsbedarf zurück. Und schließlich ist der Leitfaden auch nicht rechtsverbindlich. Insofern ist es logisch, dass die Bundesnetzagentur zur weiteren Präzisierung zwei erste konkrete „Musterverfahren“ mit Verfügungen gegen E.ON Hanse und E.ON Mitte abgeschlossen hat. Verwirrung resultiert mitunter aus Äußerungen, dass Netzübernahmen bzw. Rekommunalisierungen zu „Netzersplitterungen“ führen würden. Diese Äußerungen werden dann gerne konzernseitig

vor den Zivilgerichten als offizielle Behördenmeinung gegen den Willen des Gesetzgebers zitiert. Bei Lichte betrachtet führen Netzübernahmen aber nicht zu Netzzersplitterungen oder einer „Balkanisierung der Netze“. Vielmehr werden die übernommenen Netze in aller Regel anschließend von einem bereits etablierten Netzbetreiber bewirtschaftet, der das übernommene Teilnetz in sein eigenes Bestandsnetz integriert. Nach meiner Kenntnis ist in den vergangenen Jahren in Deutschland kein einziger Netzbetreiber tatsächlich neu entstanden. Häufiger entstanden sind vielmehr rechtlich neue Netzeigentumsgesellschaften, die die Bewirtschaftung der das Eigentum übernommenen Netze im Wege von Betriebsführungs-, Dienstleistungs- bzw. Pachtlösungen etablierten Netzbetreibern übertragen.

14. Stadtwerke klagen, dass kommunal geprägte Entscheidungsgründe für eine Konzessionsvergabe durch die zuständigen Behörden häufig keine Beachtung finden. Inwieweit können Sie dies bestätigen? Wie sehen Sie diese Thematik?

In der Tat tut sich das Bundeskartellamt mit „kommunalgeprägten Entscheidungsgründen“ schwer. Es verlangt ein transparentes und diskriminierungsfreies, d.h. ergebnisoffenes Konzessionsverfahren. Alle Bewerber müssen insofern die gleiche Ausgangslage vorfinden, um am Ende die Konzession erhalten zu können. Diese Vorgaben ergeben sich aber bereits aus dem Charakter von Strom- und Gaskonzessionen als sog. Dienstleistungskonzessionen und sind insofern nicht zu beanstanden. Wichtig ist, dass auch nach Auffassung des Bundeskartellamtes und der Bundesnetzagentur am Ende eines solchen fairen Verfahrens ein Unternehmen in kommunalen (Mit-)Eigentum Sieger sein kann. Bei aller Sympathie für kartellrechtliche Betrachtungen darf nicht außer Acht gelassen werden, dass es sich bei dem Betrieb von Strom- und Gasverteilnetzen um den Kernbereich kommunaler Daseinsvorsorge handelt. Kommunen trifft insofern die auch verfassungsrechtlich verankerte Pflicht zur Sicherstellung des erforderlichen Netzbetriebs. Ob sie diese Verantwortung im Sinne einer bloßen Gewährleistungsfunktion oder aber qua unmittelbarer Erfüllungsverantwortung durch Eigenvornahme übernimmt, muss sie am Ende des Konzessionsverfahrens eigenverantwortlich und selbst entscheiden. Hier spätestens stößt auch das Kartellrecht an seine verfassungsrechtlichen Grenzen. Dies ist sicherlich auch ein Knochen, an dem das Bundeskartellamt noch zu beißen hat.

15. Nach einem Bericht des Dienstleisters Enet hat es im ersten Halbjahr 2012 nur 17 Übernahmen von Stromverteilnetzen gegeben. Ist damit der Trend zur Rekommunalisierung gebrochen?

Die Zahl kann und will ich bestreiten noch bestätigen. Da Netzübernahmen üblicherweise zum 31.12. eines Jahres und nur selten unterjährig vollzogen werden, wäre die von Ihnen

zitierte Zahl, auch wenn Sie richtig ist, nicht aussagekräftig. Im Jahr 2011 sind nach meiner Einschätzung etwa hundert Netzübertragungen erfolgt. In der Tat ist es aber auf jeden Fall so, dass eine ähnlich große Zahl von Netzübernahmen bei Gericht anhängig ist. Dies ist aber nicht Ausdruck einer etwaigen Trendwende, sondern vielmehr der eingangs erwähnten Charakteristik als Marathonlauf geschuldet.

16. Mit welcher Entwicklung rechnen Sie für die Zukunft?

Bemerkenswert ist, dass bei den Konzernen eine regelrechte „Flucht aus den Strom- und Gasnetzen“ festzustellen ist. So haben mit Ausnahme von EnBW die Konzerne ihre Übertragungsnetze veräußert. Insbesondere E.ON trennt sich nach und nach auch von seinen Verteilnetzen im Wege der Veräußerung zunächst der Thüga und nunmehr verschiedener Regionalversorgungsunternehmen. Ein Grund hierfür sind sicherlich die durch die 2005 eingeführte Regulierung gedeckelten Renditen. Zweistellige Eigenkapitalrenditen im regulierten Bereich sind schlicht nicht mehr erreichbar; das stellt für börsenorientierte Unternehmen einen Einschnitt dar. Umgekehrt garantiert die Regulierung auch auskömmliche Mindestverzinsungen des eingesetzten Kapitals. Dass dies auch künftig so bleiben wird, verlangt die Bedeutung der Strom- und Gasverteilnetze als infrastrukturelles Herz-Kreislauf-System unserer modernen Industrie- und Dienstleistungsgesellschaft in Deutschland. Die Energiewende erfordert zudem eine nachhaltige Modernisierung nicht nur der Übertragungs- sondern auch der Verteilnetze, so dass die Netzbetriebstätigkeit auch künftig attraktiv bleiben wird. Vor diesem Hintergrund rechne ich damit, dass ein Gesetz- und Verordnungsgeber, der sowohl die geschilderten Probleme als auch das Projekt Energiewende ernst nimmt, kurzfristig die notwendigen gesetzgeberischen Präzisierungen vornimmt; wenn nicht in dieser, dann spätestens in der nächsten Legislaturperiode.

Prof. Dr. Christian Theobald ist Rechtsanwalt und Partner bei Becker Büttner Held sowie Honorarprofessor an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer.