

Praxisfragen zur Umsetzung des neuen EnWG



Konzessionsverträge

Dr. Cornelia Kermel
Leipzig, 23. November 2011

Gliederung

1. Hintergründe der EnWG-Novelle/Wesentliche Neuregelungen
2. Datenherausgabepflichten
3. Übereignung statt Überlassung
4. Bestimmung über die Art der Übertragung
5. Auswirkungen der EnWG-Novelle auf die Höhe der wirtschaftlich angemessenen Vergütung?

Hintergründe der EnWG-Novelle

- Im Jahr 2009 wurde der EU-Rechtsrahmen geändert (Drittes Binnenmarktpaket Energie vom 13.07.2009)
 - Richtlinie 2009/72/EG („Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie“)
 - Richtlinie 2009/73/EG („Erdgasbinnenmarktrichtlinie“)
 - Verordnung (EG) Nr. 714/2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel
 - Verordnung (EG) Nr. 715/2009 über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen
 - Verordnung (EG) Nr. 713/2009 zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Regulierungsbehörden (ACER)
- In Deutschland umgesetzt durch das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften vom 26. Juli 2011

Wesentliche Neuregelungen im EnWG

- Grundlegende Neufassung der Entflechtungsbestimmungen
- Vorgaben zu einem koordinierten Netzbetrieb und Netzausbau zwischen den Netzbetreibern im Strombereich
- Grundlegende Neufassung der Bestimmungen zum Messstellenbetrieb, Einführung eines so genannten Smart Metering
- Neuregelung der Zusammenarbeit der Regulierungsbehörden
- Neuregelung des § 110 EnWG (Geschlossene Verteilernetze)
- Einrichtung einer Schlichtungsstelle
- **Neuregelungen im Konzessionsrecht**
 - Datenherausgabepflichten
 - Übereignungspflichten

Zu betrachtende Phasen für Datenherausgabepflichten

- Vorbereitung Bekanntmachungsverfahren ca. drei Jahre vor regulärem Auslaufen des Konzessionsvertrages (Phase 1)
- Entscheidung der Kommune über den Konzessionsvertragspartner und Abschluss eines neuen Konzessionsvertrages (Phase 2)
- Auslaufen des alten Konzessionsvertrages und Abschluss Netzübernahmevertrag (Phase 3)

Beteiligte des Informationsverlangens

- Aktueller Vertragspartner (Altkonzessionär)
- Kommune
- Interessenten um den Abschluss eines neuen Konzessionsvertrages

Datenherausgabepflichten in Phase 1 (1)

- Bis 4. August 2011:
 - Vertragliche Ansprüche
 - Konzessionsverträge regeln zum Teil die Verpflichtung zur Herausgabe des technischen Mengengerüsts ca. zwei Jahre vor Vertragsablauf
 - Nebenvertragliche Ansprüche
 - Als ungeschriebene Nebenpflicht aus dem auslaufenden Konzessionsvertrag i.V.m. § 242 BGB (so LKartB Niedersachsen, Gemeinsamer Leitfaden von BKartA u. BNetzA v. 15.12.2010, Tz. 27)
 - Ansprüche aus Gesetz
 - Aus § 46 Abs. 2 EnWG: (-)

Datenherausgabepflichten in Phase 1 (2)

- Seit 4. August 2011:
 - Anspruch der Kommune aus § 46 Abs. 2 Satz 3 und Satz 4 EnWG
„Der bisherige Nutzungsberechtigte ist verpflichtet, der Gemeinde spätestens ein Jahr vor Bekanntmachung der Gemeinde nach § 46 Abs. 3 EnWG diejenigen Informationen über die technische und wirtschaftliche Situation des Netzes zur Verfügung zu stellen, die für eine Bewertung des Netzes im Rahmen einer Bewerbung um den Abschluss eines Vertrages nach Satz 1 erforderlich sind. Die Bundesnetzagentur kann im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt Entscheidungen über den Umfang und das Format der zur Verfügung stellenden Daten durch Festlegung gegenüber den Energieversorgungsunternehmen treffen.“
 - Kein gesetzlicher Anspruch der Interessenten!

Umfang der Informationspflichten in Phase 1 (1)

- Vor 4. August 2011:
 - Herauszugebende Daten (laut Gemeinsamen Leitfaden von BKartA/BNetzA, Tz. 25):
 - Anzahl der von § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG erfassten Anlagengüter
 - Altersstruktur der Anlagegüter des jeweiligen Netzes im jeweiligen Konzessionsgebiet (originäre historische Anschaffungs-/Herstellungsjahre)
 - Art und Besonderheiten des jeweiligen Netzes und der sonstigen Anlagegüter
 - Angaben zum Konzessionsgebiet einschließlich Netzplan
 - Strukturdaten gemäß § 27 Abs. 2 Strom- bzw. GasNEV bezogen auf das Konzessionsvertragsgebiet
 - KA-Aufkommen (getrennt nach Tarif- und Sondervertragskunden)

Umfang der Informationspflichten in Phase 1 (2)

- Seit 4. August 2011:
 - Gesetzliche Regelung:

„Der bisherige Nutzungsberechtigte ist verpflichtet, der Gemeinde [...] diejenigen Informationen über die technische und wirtschaftliche Situation des Netzes zur Verfügung zu stellen, die für eine Bewertung des Netzes [...] erforderlich sind. Die Bundesnetzagentur kann im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt Entscheidungen über den Umfang und das Format der [...] Daten [...] treffen.“
 - Sind damit die Daten und Informationen nach dem Gemeinsamen Leitfaden gemeint?

Aktuelle Verfahren zum Thema Informationspflichten in Phase 1

- LG Hannover, Az. 21 O 10/11:

Hat der Altkonzessionär bereits vor Beginn des Bekanntmachungsverfahrens die historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten sowie das Jahr der Aktivierung, die der Netzentgeltgenehmigung zugrunde gelegten kalkulatorischen Restwerte, kalkulatorischen Nutzungsdauern sowie die aktuelle kalkulatorischen Restwerte mitzuteilen?

- BKartA, Az. B 10 - 10/11

„Die Beschlussabteilung geht nicht davon aus, dass eine Erweiterung des im „Gemeinsamen Leitfaden“ [...] definierten Datenumfangs notwendig und sachgerecht wäre. [...] Daten, die über den Leitfaden hinausgehen, hält die Beschlussabteilung für überzogen und weder kartell- noch energiewirtschaftsrechtlich erforderlich. [...] Weiterführende netzrelevante Informationen [sind] allenfalls dem Neukonzessionär in den Phasen nach der Auswahlentscheidung der Kommune und nach Abschluss des Wegenutzungsvertrages zu überlassen.“

Informationspflichten in Phase 2 (1)

- Vertragliche Ansprüche des Neukonzessionärs?
 - Nur aus abgetretenem Recht aus dem Konzessionsvertrag
- Gesetzliche Ansprüche des Neukonzessionärs?
 - Auffassung 1: Selbständige Nebenpflicht zum gesetzlichen Schuldverhältnis nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG

Gesetzliches Schuldverhältnis entsteht, wenn neuer Konzessionsvertrag geschlossen wird (Bkart/BNetzA, aaO., Tz. 56; LG Hannover, Urteil v. 24.06.2010, Az. 18 O 260/08)
 - Auffassung 2: Auskunftsanspruch aus Nebenpflicht aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG besteht nicht vor Ablauf des Altkonzessionsvertrages (LG Potsdam, Beschluss v. 2.12.2009, Az. 2 O 326/09; OLG Brandenburg, Beschluss v. 29.12.2009, Kart W 13/09; LG Frankfurt a.M., Urteil v. 28.05.2010, Az. 3/12 O 114/09)

Informationspflichten in Phase 2 (2)

- Umfang:
 - Die Verpflichtung zur Herausgabe umfasst alle Daten, die erforderlich sind, um den neuen Netzbetreiber in die Lage zu versetzen, das in Frage stehende Netz zu betreiben. Dabei sind für den Übernehmer auch Informationen über die Kostenstruktur des übergehenden Netzes von Bedeutung (Gemeinsamer Leitfaden, aaO., Tz. 57)
 - Der Übernehmer muss insbesondere Kenntnis erlangen über
 - die erstmaligen historischen AHKs
 - das historische Anschaffungsjahr
 - die verwendeten kalkulatorischen Nutzungsdauern
 - den Wartungszustand des Sachanlagevermögens bzw. die allgemeinen und besonderen operativen Kosten des Netzes, wie z.B. Instandhaltungskosten oder Betriebskosten, die auf das zu übernehmende Netz entfallen

Informationspflichten in Phase 3

- Verpflichtung zur Herausgabe von Dateninformationen aus Nebenpflicht zu § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG
 - Überwiegende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur bejaht Verpflichtung zur Herausgabe (OLG Frankfurt a.M., Urteil v. 29.01.2008, Az. 11 U 20/07)
- Umfang der Daten ist im Einzelfall streitig

Übereignung statt Überlassung

- § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG alt:

*„Werden solche Verträge nach Ablauf nicht verlängert, so ist der bisher Nutzungsberechtigte verpflichtet, seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu **überlassen**.“*

- § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG neu:

*„Werden solche Verträge nach Ablauf nicht verlängert, so ist der bisher Nutzungsberechtigte verpflichtet, seine [...] Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu **übereignen**. Das neue Energieversorgungsunternehmen kann statt der Übereignung verlangen, dass ihm der Besitz hieran eingeräumt wird.“*

Amtliche Begründung der Neuregelung

*„Mit der Änderung von Absatz 2 Satz 2 wird gesetzlich klargestellt, dass im Falle eines Konzessionswechsels der neue Konzessionär gegenüber dem bisherigen Konzessionär einen Anspruch auf die Übereignung der notwendigen Verteilungsanlagen hat. [...]. Mit der gesetzlichen Klarstellung wird für die Unternehmen Rechtssicherheit geschaffen. Der Anspruch auf Übereignung des Eigentums stellt sicher, dass die benötigten Wegerechte für die Anlagen und das Eigentum an den Anlagen in einer Hand zusammengeführt werden können. Dem neuen Konzessionär soll jedoch auf Grundlage des neuen Satz 3 **weiterhin** die Möglichkeit eröffnet werden, mit dem bisherigen Konzessionsvertragspartner eine Besitzüberlassung an den Netzanlagen bspw. durch Pachtvertrag zu vereinbaren. [...]“*

BT-Drs. 17/6072 vom 6.06.2011, S. 165 (zu Nr. 39)

Für welche Fälle gilt § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG neu?

- Mögliche Sachverhalte
 - Ein neuer Konzessionsvertrag ist bereits geschlossen worden. Der Neukonzessionär hat das Energieversorgungsnetz pachtweise überlassen bekommen
 - Das Bekanntmachungsverfahren ist beendet. Die Gemeinde hat den Konzessionsvertrag mit dem Neukonzessionär geschlossen. Das Energieversorgungsnetz befindet sich noch in den Händen des Altkonzessionärs
 - Der Altkonzessionsvertrag ist abgelaufen/ist noch nicht abgelaufen. Das Bekanntmachungsverfahren nach § 46 Abs. 3 EnWG findet derzeit statt. Ein neuer Konzessionsvertrag ist jedoch noch nicht geschlossen worden
 - Der Altkonzessionsvertrag regelt die Pflicht zur Überlassung

Klarstellung oder Neuregelung?

- Gesetzliche Änderung in § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG stellt inhaltlich eine Neuregelung und keine Klarstellung dar („weiterhin die Möglichkeit“)
- Für Neuregelung spricht auch, dass anders als bislang, nicht mehr der Altkonzessionär, sondern der Neukonzessionär das Wahlrecht hat, ob eine Eigentumsübertragung oder stattdessen eine Besitzüberlassung erfolgen soll
- Handelt es sich um eine Klarstellung, bestehen verfassungsrechtliche Bedenken
 - Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot des Art. 20 Abs. 3 GG?

Rückwirkungsverbot

- Art. 20 Abs. 3 GG verbietet Rückwirkung nicht in Gänze
- Schafft der Gesetzgeber rückwirkend belastende Regelungen, verlangt das GG die Einhaltung rechtsstaatlicher Anforderungen in Form von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz
- Anforderungen sind für den Fall der echten und der unechten Rückwirkung verschieden
 - Echte Rückwirkung:
 - Das Gesetz unterwirft bereits vor dessen Verkündung abgeschlossene Rechtsbeziehungen nachträglich veränderten Bedingungen
 - Unechte Rückwirkung:
 - Das Gesetz sieht für noch andauernde Tatbestände, insbesondere Rechtsverhältnisse, mit Wirkung nur für die Zukunft erstmalige oder veränderte Rechtsfolgen vor

Echte Rückwirkung (1)

- Die echte Rückwirkung ist grundsätzlich verboten
- Ausnahme:
 - Kein schutzwürdiges Vertrauen, weil etwa mit einer Neuregelung gerechnet werden musste
 - Geltendes Recht war unklar oder verworren
 - Vertrauen galt einer ungültigen Rechtsnorm
 - Zwingende Gründe des gemeinen Wohls rechtfertigen eine echte Rückwirkung
- Hier: Geltendes Recht war nicht unklar. Rechtsprechung ging stets von „Besitzüberlassung“ aus

Echte Rückwirkung (2)

- Eigentumsübertragung:
 - OLG Schleswig, Urteil v. 10. Januar 2006 (RdE 2006, S. 199 ff.): Pflicht zur Eigentumsübertragung auch nach § 46 Abs. 2 EnWG.
- § 46 Abs. 2 EnWG regelt nur schuldrechtliche Überlassung:
 - LG Darmstadt, Urteil v. 24. April 2007 (RdE 2007, S. 238)
 - LG Mainz, Urteil v. 24. April 2008 (Az. 12 HK.O 133/06)
 - OLG Frankfurt a. M., Urteil v. 29. Januar 2008 (RdE 2008, S. 166 ff.)
 - OLG Koblenz, Urteil v. 23. April 2009 (Az. U 646/08)
 - LG Frankfurt a. M., Urteil v. 28. Mai 2010 (3-12 O 114/09)
 - LG Hannover, Teilurteil v. 22. Februar 2011 (18 O 383/06)
 - OLG Frankfurt a. M., Urteil v. 14. Juni 2011 (11 U 36/10 (Kart)).
- BGH, Urteil vom 29. September 2009 (Az. EnZR 14/08 und EnZR 15/08):
 - Keine Aussage getroffen.

Unechte Rückwirkung (1)

- Die unechte Rückwirkung ist grundsätzlich zulässig
- Ausnahme:
 - Grundsatz des Vertrauensschutzes oder
 - Grundsatz der Verhältnismäßigkeit werden missachtet

„Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit liegt vor, wenn die vom Gesetzgeber angeordnete unechte Rückwirkung zur Erreichung des Gesetzeszwecks nicht geeignet oder erforderlich ist oder wenn die Bestandsinteressen der Betroffenen die Veränderungsründe überwiegen“

BVerfG, NJW 1997, S. 722 (723)
- Entscheidung hängt davon ab, ob § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG eine Enteignung oder lediglich eine Inhalts- und Schrankenbestimmung auslöst

Jacob, RdE 7/2011, S. 212 ff.

Unechte Rückwirkung (2)

- Unabhängig davon hat der Gesetzgeber mit der Regelung in § 46 Abs. 2 Satz 3 EnWG selbst gezeigt, dass er eine Übereignung für nicht erforderlich hält

„Das neue Energieversorgungsunternehmen kann statt der Übereignung verlangen, dass ihm der Besitz hieran eingeräumt wird.“

Auswirkung der EnWG-Novelle auf die Höhe der wirtschaftl. angemess. Vergütung?

- Vorschlag des Bundesrates, eine Konkretisierung der „wirtschaftlich angemessenen Vergütung“ i. S. des Ertragswertverfahrens vorzunehmen. Darüber hinaus sollte die BNetzA ermächtigt werden, Details der Kaufpreisermittlung festzulegen.

- Ablehnung durch Bundesregierung:

„Die Überprüfung der Angemessenheit der Vergütung ist Sache der Gerichte.“

BT-Drs. 17/6248, S. 25 zu Nr. 15

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



Dr. Cornelia Kermel

Knesebeckstr. 3 · 10623 Berlin

Tel.: +49 (0)30.3199829-0 · Fax: +49 (0)30.3199829-77

E-Mail: kermel@kanzlei-kermel.de

www.kanzlei-kermel.de