

Strom- und Gasverteilnetze im Wettbewerb

Zugleich eine kritische Untersuchung zur gesetzlichen Regelung des Konzessionsrechts in § 46 EnWG

von
Dr. Christian Theobald, Dr. Wolf Templin, Kristian Mau

1. Auflage

Strom- und Gasverteilnetze im Wettbewerb – Theobald / Templin / Mau

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Energierrecht](#)



Verlag C.H. Beck München 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de

ISBN 978 3 406 62583 1

Energie- und Infrastrukturrecht

Band 19

Schriftenreihe
Energie- und Infrastrukturrecht

Herausgegeben von
Dr. Christian Theobald
Prof. Dr. Gabriele Britz
Christian Held

Band 19



Verlag C.H. Beck München 2011

**Strom- und Gasverteilnetze
im Wettbewerb**

Zugleich eine kritische Untersuchung
zur gesetzlichen Regelung
des Konzessionsrechts in § 46 EnWG

von

Dr. Christian Theobald
Dr. Wolf Templin

Rechtsanwälte, BBH, Berlin

unter Mitarbeit von

Kristian Mau, Dipl.-Soz.

Referendar, BBH, Berlin



Verlag C.H. Beck München 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:
beck.de

ISBN 978 3 406 62583 1

© 2011 Verlag C.H. Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München

Druck: Nomos Verlagsgesellschaft
In den Lissen 12, 76547 Sinzheim

Satz: ES-Editionssupport, München/Berlin

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigen Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

Geleitwort

Eine funktionsfähige Infrastruktur ist seit jeher eine Voraussetzung wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Entwicklung. So bezeichnete schon ADAM SMITH – als eine von drei Ausnahmen der Güterallokation über den Markt – die Verantwortlichkeit für die wirtschaftliche Infrastruktur als Staatsaufgabe. Nicht zuletzt die Erkenntnisse in den Wirtschaftswissenschaften, dort in der Netzökonomie sowie der Institutionenökonomik und der ökonomischen Analyse des Rechts in den vergangenen 30 Jahren haben, der seit Jahrhunderten geführten Diskussion der „richtigen“ Aufgabenverteilung zwischen Staat und Wirtschaft eine neue Dimension verliehen. In vielen Bereichen scheint sich der bisherige Leistungsstaat zum Gewährleistungsstaat zu wandeln, der sich auf die Überwachung der Erfüllung der Aufgaben durch Private beschränkt. Eine zentrale Frage ist und wird auch künftig immer bleiben, wer für die Bereitstellung der wesentlichen Infrastruktureinrichtungen verantwortlich ist. Hierzu zählen wir neben den klassischen Infrastrukturen des Straßen-, Schiffs- und Schienenverkehrs, der Strom-, Gas-, Fernwärme- und Wasserversorgung auch die Bereiche des Luftverkehrs, der Telekommunikation, der Postdienste sowie des Rundfunkwesens. Die meisten der genannten Bereiche sind auf das Vorhandensein von festen Leitungen bzw. Trassen oder aber Netzsystemen angewiesen, welche entweder aus tatsächlichen, wirtschaftlichen oder rechtlichen Gründen, nicht beliebig duplizierbar sind.

Die derzeitige Fragmentierung dessen, was auch als Daseinsvorsorge oder Erfüllung öffentlicher Aufgaben verstanden wird, führt nicht zuletzt zu einer zunehmenden Zahl von Spezialgesetzen: Eine entsprechende parallele Rezeption in immer neuen Spezialzeitschriften und Kommentierungen der Fachgesetze verleitet mehr und mehr dazu, das Ganze, d.h. die wesentlichen Gemeinsamkeiten und zugleich die wesentlichen Unterschiede, aus den Augen zu verlieren, ein Phänomen der, um mit den Erkenntnissen der Luhmann'schen Systemtheorie zu sprechen, Ausdifferenzierung der Gesellschaft im Allgemeinen und des Rechts im Besonderen.

Dem gegenwirkenden, erforderlichen ganzheitlichen Ansatz soll die Schriftenreihe Rechnung tragen. Da das Energiewirtschaftsrecht als ein Bestandteil des übergeordneten Infrastrukturrechts gegenwärtig das wohl wirtschaftlich bedeutsamste und auch publizistisch am intensivsten

bearbeitete Rechtsgebiet ist, hat sich aus unserer Sicht die Bezeichnung „Energie- und Infrastrukturrecht“ angeboten. Die Schriftenreihe behandelt Rechtsfragen aus der Energie- und der übrigen Infrastrukturwirtschaft im oben erläuterten Sinne. Kommunalrecht, Vergabe- und Wettbewerbsrecht, Europa- und Verfassungsrecht sowie interdisziplinäre Betrachtungen werden dabei ständig eine wichtige Rolle spielen.

Der ganzheitliche Ansatz soll auch durch die Herausgeber gewährleistet werden, die rechtswissenschaftliche Tätigkeit und anwaltliche Praxis repräsentieren. In einer Zeit, die durch grundsätzliche Veränderungen und Umbrüche in den betroffenen Rechtsgebieten gekennzeichnet ist, wollen die Herausgeber Zeichen setzen. Dogmatische Konturen und praktische Relevanz sind dabei die Anliegen.

Der 19. Band der Schriftenreihe nimmt eine kritische rechtliche und in Teilen sozial- und volkswirtschaftliche Untersuchung des bestehenden gesetzlichen Rahmens für den Betrieb örtlicher Strom- und Gasverteilnetze vor. Grundlage der nachfolgenden Ausführungen ist eine schriftliche Stellungnahme des Verfassers Dr. Christian Theobald, der diese als Sachverständiger einer Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie des Deutschen Bundestages am 24. 1. 2011 verfasst hat. Gegenstand dieser und weiterer Stellungnahmen aus Wissenschaft und Praxis waren Anträge der Fraktion SPD (BT-Drs. 17/3649), der Fraktion DIE LINKE (BT-Dr. 17/3671) und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drs. 17/3182), die sich mit einer Fortentwicklung des maßgeblichen § 46 des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) und allgemein mit Fragen der Energieversorgung durch die Kommunen beschäftigt haben. Auf der Grundlage einer zunehmenden Nachfrage nach einem funktionierenden Wettbewerb einerseits und den immer noch bestehenden Regelungslücken und Wettbewerbshürden andererseits sollen in dem nachfolgenden Beitrag der aktuelle Handlungsbedarf dargestellt, Probleme herausgearbeitet und Lösungsansätze aufgezeigt werden.

Berlin und Gießen, im April 2011

Die Herausgeber

Inhaltsverzeichnis

Geleitwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XIII
Literaturverzeichnis	XV
Einleitung	1
Teil 1: Novellierungsbedarf im Wettbewerbs- und Konzessionsabgabenrecht	5
A. Hintergrund des aktuellen Regelungsbedarfs	5
I. Regulierungsrechtliche und ordnungspolitische Bedeutung des Wettbewerbs um Strom- und Gasverteilnetze	7
1. Vorrang der wettbewerblichen Ausgestaltung des Konzessionsverfahrens	7
2. Wettbewerb um Strom- und Gasverteilnetze ordnungspolitisch sinnvoll	8
II. Wettbewerbliche Ausgestaltung der Konzessionsvergabe durch die Kommunen	9
1. Wettbewerb um Strom- und Gasverteilnetze durch kommunales Auswahlverfahren	9
2. Wettbewerbliche Ausgestaltung der Auswahlentscheidung	11
3. Rekommunalisierung als Teilaspekt des „Wettbewerbs um Netze“	15
III. Zwingende Abbildung der Wettbewerbssituation in § 46 EnWG	16
B. Informationsansprüche bei Auslaufen des Konzessionsvertrages als Voraussetzung eines funktionierenden Wettbewerbs um die örtliche Infrastruktur	19
I. Notwendigkeit von Information und Daten zum örtlichen Energieverteilnetz	20
II. Umfang herauszugebender Daten	21
1. Daten zur Durchführung eines diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens	21
2. Daten für die endgültige Netzübernahme	22
3. Zusammenfassung	23
III. Nur unzureichend bestehende Informationsansprüche	23
1. Fehlende Ansprüche im Auswahlverfahren	23

2. Das Dilemma des fehlenden Rechtsschutzes im Auswahlverfahren	25
3. Unsichere Rechtslage auch nach Auswahlentscheidung der Kommune	26
IV. Anpassung durch Gesetzgeber	27
C. Eigentumsübertragungsanspruch als <i>conditio sine qua non</i> des Wettbewerbs um die örtlichen Verteilnetze	29
I. Vertraglicher Eigentumsübertragungsanspruch	29
II. Gesetzlicher Eigentumsübertragungsanspruch	30
1. Bestehende Rechtsunsicherheit	30
2. Wettbewerbliche Anreizwirkungen unter den Bedingungen einer sektorspezifischen Netzentgeltregulierung	32
3. Tatsächliche und rechtliche Umsetzungsprobleme im konzernexternen Pachtmodell	34
4. Verfassungsrechtliche Implikationen	35
III. Anpassung durch Gesetzgeber	38
D. Umfang des Anspruchs auf Überlassen aus § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG	38
I. Unzureichende Rechtslage	38
II. Anpassung durch Gesetzgeber	41
E. „Wirtschaftlich angemessene Vergütung“ nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG	41
I. Einführung in die Problematik	42
II. Ausgangspunkt Kaufering Rechtsprechung des BGH	44
III. Festlegung der „angemessenen wirtschaftlichen Vergütung“ als Ertragswert	45
1. Kaufering-Rechtsprechung des BGH nicht unmittelbar anwendbar	45
2. Ertragswertverfahren als Bewertungsverfahren bei Netzübernahmen zwingend	46
3. Einhaltung der Vorgaben der Netzentgeltregulierung nur durch Ertragswert	47
IV. Grundsätze der Ermittlung eines Ertragswerts auf der Grundlage des Standards S 1 des Instituts der Wirtschaftsprüfer e.V.	51
V. Anpassung durch Gesetzgeber	53
F. Verbesserung der Interessenwahrnehmung beteiligter Marktakteure	54
I. Behinderung der Netzübernahmen durch Altkonzessionäre	54
II. Zuständigkeit der Regulierungsbehörden vereinheitlichen	55
III. Einbindung der Verbraucher und Endkunden	56

Teil 2: Anpassung des Konzessionsabgabenrechts	59
A. Bemessung und Höhe der Konzessionsabgaben	59
I. Unzureichende Regelung im Gasbereich	60
II. Anpassung durch Ordnungsgeber	60
B. Bemessung der Konzessionsabgaben im Bereich der Schwachlasttarife	62
I. Unzureichende Regelung	62
II. Anpassung durch Ordnungsgeber	63
Teil 3: Einfluss der wettbewerblichen Auswahlentscheidung der Kommunen auf die örtliche Energieversorgung	65
A. Stellung der Kommunen in der öffentlichen Energieversorgung	65
I. Grundsätzlich: Rolle der Konzessionsverträge im Energierecht	65
II. Grundlagen des Einflusses der Kommune auf die örtliche Energieversorgung	67
III. Sicherstellung des notwendigen Einflusses der Kommunen auf die örtliche Energieversorgung	69
B. Umsetzung der wettbewerblichen Auswahlentscheidung der Kommunen durch eigenständige Energieversorgung mittels kommunaler Unternehmen	71
I. Kommunale Unternehmen als zentraler Baustein einer demokratischen dezentralisierten Energieversorgung	72
1. Die gesellschaftliche Bedeutung großtechnischer Energieversorgungssysteme	72
2. Historischer Überblick zu den jüngsten energiepolitischen Entwicklungen in Deutschland	75
3. Auswirkungen der Privatisierung und Liberalisierung auf die kommunalen Steuerungskapazitäten	79
a.) Kommunale Steuerungsmöglichkeiten und -defizite	79
b.) Das Beispiel Berlin	81
4. Die Gemeindebürger als Träger politischer Entscheidungsgewalt	84
a.) Bestehende Einflussnahmestrukturen	84
b.) Motive bürgerschaftlichen Engagements	86
5. Bürgerschaftliche Interessenwahrnehmung im Bereich kommunaler Energieversorgung	88
a.) Umfang bürgerschaftlicher Interessenwahrnehmung	88
b.) Motive bürgerschaftlicher Interessenwahrnehmung im Rahmen der örtlichen Energieversorgung	90

II. Zur Diskussion relativer Ineffizienz kommunaler Energieinfrastrukturbetriebe	93
III. Vorteile und Möglichkeiten einer kommunalen Betätigung im Rahmen der Energieversorgung	96
IV. Einfluss der Erneuerbaren Energien auf die (Re)Kommunalisierung und Vorteile gegenüber zentraler Energieversorgung	99
V. Voraussetzungen und Grundlagen der Energieversorgung durch ein kommunales Unternehmen – Gesetzeslage und Kritik	103
1. Gründung eines kommunalen Unternehmens	103
2. Rechtsformen für den Betrieb eines kommunalen Unternehmens	105
3. Durchsetzung kommunaler Interessen in einem kommunalen Unternehmen	106
Teil 4: Novellierungsbedarf des Rechts der Regulierung und Erneuerbare Energien	111
A. Notwendige Anpassung des Regulierungsrechts an den erforderlichen Umbau der Verteilnetze	111
I. Aktuelle Rechtslage	112
1. Kostenprüfung	112
2. Anpassungsmöglichkeiten während einer Regulierungsperiode	112
a.) Erweiterungsfaktor	113
b.) Investitionsbudgets	114
II. Anpassung durch Verordnungsgeber	115
B. Notwendige Anpassung des Rechts der Erneuerbaren Energien zur Förderung dezentraler Marktstrukturen	115
I. Aktuelle Rechtslage	116
II. Anpassung durch Gesetzgeber	117
C. Anpassung der Regelungen zur Kraft-Wärme-Kopplung	117
I. Förderung von KWK-Anlagen bis 2020	117
II. Erleichterung der Ausweitung von Nahwärmenetzen	118
III. Optionen zur Vernetzung von KWK- und EEG-Anlagen ..	119
IV. Weitere Möglichkeiten zur Stärkung der Kraft-Wärme-Kopplung: Modernisierungs- und Zubaupotenziale ausschöpfen	120
Teil 5: Zusammenfassende Ergebnisse	123
Stichwortverzeichnis	127