

**enreg. Institut für Energie- und
Regulierungsrecht Berlin**

Workshop zum Konzessions- und Vergaberecht

am 20. September 2011

„Übertragung zum Sachzeitwert oder Verpachtung –

Zur Neufassung von § 46 Abs. 2 EnWG“

Ass. Martin Jacob, Heidelberg

Inhalt

Maßnahmenpaket zur Energiewende	S. 3
Wettbewerbspolitische Gesamtwürdigung	S. 5
Problem Beihilferecht/Quersubventionsverbot	S. 8
Problem Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG)	S. 10
Problem Eigentumsschutz (Art. 14 GG)	S. 13
Problem Pachtoption (§ 46 Abs. 2 Satz 3 n. F.)	S. 17
Problem Umfang der Übereignungspflicht	S. 19
Wettbewerbspolitische Würdigung des § 46 EnWG	S. 22
Was ist zu tun?	S. 29

Der Vortrag gibt ausschließlich persönliche Überzeugungen des Referenten wieder!

Maßnahmenpaket zur Energiewende

- **8. Juli 2011 – Schwarzer Freitag für den Energiewettbewerb**
 - Am **06.06.** beschließt BReg ihr Maßnahmenpaket (7 Gesetze + 1 VO) zur Energiewende
 - Am **17.06.** (nach 11 Tagen) nimmt der BRat Stellung (BR-Drs. 343/11)
 - Am **30.06.** (nach 13 Tagen) verabschiedet der BTag nach Übernahme einiger BRats-Forderungen in letzter Lesung dieses umfangreiche Gesetzespaket
 - Zuvor gab es keinerlei Sachverständigenanhörungen in den Ausschüssen
 - Am **08.07.2011** (nach 8 Tagen) stimmt auch der Bundesrat weitgehend zu
 - Dem Bundespräsidenten reichen wenige Wochen zur verfassungsrechtlichen Prüfung des Gesetzespakets, dann wird es ausfertigt und am **03.08.2011** im BGesBl veröffentlicht
 - tritt somit überwiegend am 04.08.2011 in Kraft, wesentliche Teile mit sofortiger Wirkung

Maßnahmenpaket zur Energiewende

● Würdigung des Verfahrens

- Die parlamentarische Debatte lebt vom Wettbewerb der Ideen und Positionen;
=> bei der Energiewende gab es ein fraktionsübergreifendes Meinungskartell
- Unbedeutendere Gesetzesvorlagen werden in 3 Lesungen im Bundestag, in ausführlichen Ausschussberatungen mit Sachverständigenanhörungen und im Bundesrat geprüft;
=> die Energiewende wurde binnen eines Monats „durchgepaukt“
- Wussten die Abgeordneten am 30.6. und die Ländervertreter am 8.7., was sie gerade verabschiedeten? Detaildiskussionen wurden konsequent vermieden, um den fraktionsübergreifenden „Atomkonsens“ nicht zu gefährden
- Überwiegend ist die EnWG-Novelle mit sofortiger Wirkung in Kraft getreten, sollte von den Unternehmen offenbar in der Nacht vom 3. auf 4. August umgesetzt werden;
=> Angemessene Gesetzgebungstechnik?
- Eine detaillierte verfassungs- und europarechtliche Prüfung war nicht möglich;
=> BVerfG und EuGH als „Reparaturbetriebe“ für unsorgfältige Gesetzgebungstechnik?

Wettbewerbspolitische Gesamtwürdigung

- **Auswirkungen auf den Erzeugerwettbewerb**
 - Der Atomausstieg verzerrt zwar den Erzeugerwettbewerb,
 - **hätte** aber Wettbewerb beim Aufbau entsprechender Ersatzkapazitäten ermöglicht,
 - **wenn** die Politik ihn zugelassen hätte (z. B. zwischen neuen Kraftwerken und Importstrom).
 - Statt dessen soll die sukzessive wegfallende Kernenergieleistung ersetzt werden durch subventionierte EEG- und KWK-Anlagen, beide mit Einspeisevorrang privilegiert
- **Was bedeutet der politisch gewollte Regenerativ-Anteil von 35 % bis 2020?**
 - Für einen **Erzeugungsanteil** von 35 % (der **kWh/a**) benötigen EEG-Anlagen die ca. **vierfache** installierte **Leistung (kW)** im Vergleich zur Kernenergieleistung
 - Folge: Die mit 1. Priorität privilegierte EEG-Einspeisung wird immer öfter die gesamte deutsche Nachfrage decken, für „negative Strompreise“ an der Börse sorgen
 - Mit 2. Priorität genießen auch KWK-Anlagen Einspeisevorrang

Wettbewerbspolitische Gesamtwürdigung

=> Folge: Bei zeitweilig hohem Regenerativaufkommen ist der **gesamte** deutsche Strommarkt durch privilegierte Vorranginspeisungen verstopft, auch für Importstrom

● Längerfristige Konsequenzen für die Rest-Erzeugung

- Bei Regenerativ-Flaute sind wärmegeführte KWK-Anlagen als Rest-Erzeugung ungeeignet, wegen der geringen Nutzungsdauer am ehesten Gas-Kondensationskraftwerke
- Wer baut so etwas im Wettbewerb, wenn die Benutzungsdauer wegen des Nachrangs gegenüber EEG- und KWK-Anlagen völlig unkalkulierbar ist?
- Am extremsten: „Kaltreserve“ mit Einsatzchance evtl. nur alle paar Jahre für wenige Tage
=> Umlage des Bereitstellungsentgelts über Netzentgelte (§ 118a EnWG) ist angekündigt
- Folgerichtig: Forderung nach „Kapazitätsmärkten“, um trotz kurzen Einsatzdauern einen Kraftwerkszubau zu fördern (§ 53 EnWG);
=> Weitere Umlagen von Bereitstellungsentgelten z. B. über Netzentgelte zu erwarten

Wettbewerbspolitische Gesamtwürdigung

- Bleibt mittelfristig überhaupt noch Raum für freie, im Wettbewerb stehende Erzeugung?
- Oder führt die Energiewende zu 100%iger Marktverstopfung mit privilegierter Grünstromerzeugung und zwangsfinanzierter Reststromerzeugung?
- **Die Monopolkommission warnt** im jüngsten Sondergutachten: Erzeugerwettbewerb nicht beeinträchtigen, EEG-Förderung umbauen
- **Bedenken aus der EU-Kommission:** Stromimporte nicht behindern
- Dagegen meint der **Bundesumweltminister:** „80 % der Verbraucher finden die EEG-Umlage okay“.
- Auch dann noch, wenn sie die Konsequenzen für den Wettbewerb und die Strompreise erkennen?

Problem Beihilferecht/Quersubventionsverbot

- **Netzentgeltbefreiung für stromintensive Industrie**
 - § 19 Abs. 2 StromNEV verlässt vollends den Deckungsbeitragsgedanken
 - schon bisher zweifelhaft wegen Ausbaubedarf im Übertragungsnetz
 - bundesweites Ausgleichssystem macht Subventionscharakter besonders deutlich
 - Offene Subventionierung aus Steuermitteln würde eindeutig gegen das primärrechtliche Beihilfeverbot (Art. 107 ff. AEUV) verstoßen
 - Andere Bewertung, wenn staatlich regulierte monopolistische Netzentgelte zur verdeckten Subventionierung bestimmter Industrien genutzt werden?
 - Evtl. auch Verstoß gegen das Verbot der Quersubventionierung im sekundären Gemeinschaftsrecht (Art. 3, 31, 37 EitRL)?
 - Diskriminierung der übrigen Netznutzer, die die künftig EEG-bedingt stark steigenden Netzkosten (Regelenergie, Netzausbau) allein tragen müssen?

Problem Beihilferecht/Quersubventionsverbot

- **EU-Kommission hat Untersuchung angekündigt** (FAZ vom 9.9.)
- **Analoge Problematik bei Ausgleichssystem für EEG-Netzausbaukosten**
 - § 24 Satz 2 Nr. 4 EnWG erlaubt, durch Rechtsverordnung ein bundesweites Ausgleichssystem für EEG-bedingte Netzausbaukosten in den Verteilernetzen zu schaffen
 - Auch diese Subventionierung erscheint im Lichte des primärrechtlichen Beihilfeverbots und des sekundärrechtlichen Quersubventionsverbots angreifbar
 - Wieso will die Politik die Kostenfolgen ihrer „Energiewende“ maximal verschleiern?
 - Wenn deswegen die Strompreise bundesweit steigen, wird dann wieder in populistischer Manier die Preis- oder Kartellaufsicht verschärft?
 - => Die Beibehaltung des § 29 GWB (gegen den Rat der Monopolkommission!) ist im Rahmen der geplanten GWB-Novelle schon angedacht...
- **Wettbewerb** scheint in der Politik keinen Stellenwert mehr zu haben, umso mehr **marktwidrige Regulierungen**

Problem Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG)

- **Festlegungskompetenz der BNetzA gem. § 29 EnWG**
 - Ermächtigt die BNetzA zu Festlegungen ggü. „**mehreren oder allen**“ Netzbetreibern, künftig auch ggü. Netznutzern/Vertrieben
 - Materiell handelt es sich meist um abstrakt-generelle Regelungen
 - gewollt auch Bindung von Newcomern, die z. Z. des Erlasses noch gar nicht gegründet sind
- **BGH** hat Festlegung in Einzelfall als **Allgemeinverfügung** qualifiziert:
 - NVwZ 2009, 195 f. (zur GPKE-Festlegung); Analogie zu Verkehrszeichen
 - Wesentlich für den BGH war aber die **individuelle** Bekanntgabe (§ 73 EnWG a. F.); auch Verkehrszeichen werden öffentlich, aber individuell bekannt gemacht
 - Nur insoweit lässt sich eine abstrakt-generelle Regelung – wegen ihrer äußeren Form – als Allgemeinverfügung (vgl. auch Versuch einer Legaldefinition in § 60a EnWG) behandeln
 - Warnfunktion: **Rechtsmittel** gegen Allgemeinverfügung **fristgebunden** (Bestandskraft)

Problem Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG)

- **§ 73 Abs. 1a EnWG erlaubt neuerdings öffentliche Bekanntmachung**
 - Auch bei von Amts wegen eingeleiteten Verfahren Bekanntmachung **nur** im BNetzA-Amtsblatt und Internet, **keine** individuelle Information der Adressaten
 - Auch vor Erlass solcher „Festlegungen“ macht die BNetzA die Verfahrenseinleitung nur im Internet und Amtsblatt bekannt und gibt Gelegenheit zur Stellungnahme
 - Ohne individuelle Bekanntmachung ist Festlegung gegenüber „allen“ EVU nicht unterscheidbar von abstrakt-genereller Regelung durch Rechtsverordnung,
 - soll aber - anders als eine Rechtsverordnung - **bestandskräftig** werden gegenüber allen Adressaten, die nicht rechtzeitig Beschwerde eingelegt haben
- **Festlegung als „administrative Handlungsmöglichkeit eigener Art“?**
 - Vgl. z. B. Pielow in Baur/Salje/Schmidt/Preuß, § 42 Rd. 34 ff.;
 - Britz in VEnergR Bd. 125, 69 ff. sowie in Britz/Hellermann/Hermes, § 29 Rn. 15

Problem Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG)

- M. E. wird so das Kernproblem verdeckt: Eine Behörde kann zum Erlass abstrakt-genereller, nicht individuell bekannt gemachter Regelungen **nur** über eine **Subdelegation gem. Art. 80 Abs. 1 Satz 4 GG** ermächtigt werden
- Dann handelt es sich aber materiell und formell um **Rechtsverordnungen**, die der fristungebundenen gerichtlichen Kontrolle unterliegen; nicht „bestandskrafftähig“
- EU-Richtlinien können den durch Art. 80 Abs. 1 Satz 4 GG gesteckten legislatorischen Handlungsrahmen nicht erweitern; geben nur Ziele vor, nicht den Weg (Art. 288 AEUV)
- Gesetzliche Ermächtigung an Verwaltungsbehörde zum Erlass abstrakt-genereller Regelungen, die gegenüber dem Adressaten **ohne individuelle Bekanntmachung in Bestandskraft** erwachsen, verletzt die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG
- **Lösungsvorschlag:** Verfassungskonforme Interpretation des § 73 Abs. 1a EnWG
 - BNetzA informiert alle ihr bekannten Adressaten per E-Mail **mit Link** auf ihre öffentliche Bekanntmachung (Analogie zu Verkehrszeichen), ohne förmliche Zustellung
 - Wer **nicht** informiert wurde (auch Newcomer), kann auch später noch Beschwerde einlegen

Problem Eigentumsschutz (Art. 14 GG)

- Neuerdings zwingende **Netzübergabepflicht** in § 46 Abs. 2 Satz 2
- **Eigentumsrechtliche Bedenken in RdE 2011, 212 ff. dargelegt:**
 - Art. 14 GG schützt Verfügungs- und Nutzungsbefugnis
 - **Nutzungsbefugnis** unterliegt traditionell stärkere Bindungen: Z. B. Mietrecht, Durchleitungspflicht gem. §§ 20 ff. EnWG, Netzüberlassungspflicht gem. § 46 Abs. 2 Satz 2 a. F.
 - Legislatorische Eingriffe in **Verfügungsbefugnis** unterliegen höheren Anforderungen
- **Kein Argument für eigentumsrechtliche Unbedenklichkeit:**
 - „Viele Netzeigentümer verpflichten sich doch in Konzessionsverträgen ohnehin seit jeher zur Übergabe nach Ablauf des Wegerechts“
 - Verschwiegen wird dabei: Normalerweise **nur** gegen substanzorientierte Entschädigung (Sachzeitwert, auch als Bruttorekonstruktionswert bezeichnet)
 - Ist dies gem. BGH-„Kaufering“ unwirksam, weil der Ertragswert nicht unerheblich niedriger liegt, ist auch die synallagmatisch verbundene vertragliche Übergabepflicht unwirksam

Problem Eigentumsschutz (Art. 14 GG)

- In diesen Fällen erlaubte § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG a. F. bisher eine lediglich pachtweise Überlassung, d. h. ein Eigentumsverlust **ohne** Erlös des Substanzwerts war **vermeidbar**
- **Kernproblem der neuen gesetzlichen Übereignungspflicht:**
 - Der Netzeigentümer kann zum „**Verkauf zur Unzeit**“ gezwungen werden
 - **Langfristig** können Substanzwert und Ertragswert nicht wesentlich voneinander abweichen: Liegt der Ertragswert unter dem Bruttorekonstruktionswert, investiert niemand mehr in Netze
 - **Kurzfristig** sind erhebliche Abweichungen vorstellbar: Die Netzregulierung neigt (auch im Ausland) in der Anfangsphase zu Übertreibungen, um vermutete monopolistische Praktiken der Vergangenheit zu kompensieren
 - Z. B.: Kürzungen der kalk. Restwerte gem. § 32 Abs. 3 StromNEV bei Beginn der Kostenregulierung; X gen. bei Beginn der Anreizregulierung auch auf effiziente Kosten
 - Folge: Ertragswerte von Netzen sind bei **heutigen** regulatorischen Bedingungen u. U. niedrig

Problem Eigentumsschutz (Art. 14 GG)

=> Wenn die Rspr. zur „wirtschaftlich angemessenen Vergütung“ für Ortsnetze weiter am Ertragswert als Kaufpreisbegrenzung festhält, ist die gesetzliche Übereignungspflicht im heutigen regulatorischen Umfeld eine **unverhältnismäßige Eigentumsbeschränkung**

- **Lösungsvorschlag:** Verfassungskonforme Auslegung des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG
 - M. E. keine unverhältnismäßige Eigentumsbeschränkung bei einem **substanzwertbasierten** Kaufpreis unabhängig davon, ob der Ertragswert zeitweilig aufgrund der Regulierungspraxis niedriger liegt (RdE 2011, 217, sub 6.)
 - Das Kernproblem des „Verkaufs zur Unzeit“ würde hier vermieden
 - Auch dann werden potentielle Netzerwerber darauf spekulieren, dass sich die Regulierungspraxis längerfristig wieder „normalisiert“, d. h. stärker die Reinvestitionsfähigkeit beachtet
 - Dass Ertragswert **aktuell** u. U. nicht unerheblich unter dem Sachzeitwert liegt, muss nicht prohibitiv i. S. v. BGH-„Kaufering“ sein (s. LG Mannheim v. 08.10.10, Az. 1 0 7020/10 Kart)

Problem Eigentumsschutz (Art. 14 GG)

- Hält ein Zivilgericht einen substanzorientierten Kaufpreis (Sachzeitwert) für **unzulässig**, weil der Ertragswert derzeit regulierungsbedingt nicht unerheblich niedriger liegt:
=> Richtervorlage gem. Art. 100 GG ans BVerfG wegen Vereinbarkeit des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG mit Art. 14 GG
- Tut es dies nicht, weil es § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG auch bei **nicht** substanzorientiertem Kaufpreis für eine verhältnismäßige Inhaltsbestimmung des Eigentums hält:
=> Verfassungsbeschwerde des Netzeigentümers **gem. Art. 93 GG** an das BVerfG nach Ausschöpfung des Rechtswegs
- **Letztlich entscheiden wird somit auf jeden Fall das BVerfG**
- außer die Zivilgerichte sehen in **verfassungskonformer Auslegung** des § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG künftig generell einen substanzwertorientierten Kaufpreis als „wirtschaftlich angemessene Vergütung“ an, unabhängig vom aktuellen Ertragswert

Problem Pachtoption (§ 46 Abs. 2 Satz 3 n. F.)

- **1. Fallkonstellation: Übliches Pachtmodell**

- Der Neukonzessionär ist eine „entflochtene“ Netzgesellschaft
 - soll das übernommene Ortsnetz, evtl. ebenso wie sein Restnetz, als Pächter betreiben
 - seine Muttergesellschaft (ggf. auch Gemeinde) strebt aber die Verpächterrolle an und will das Netz gegen „wirtschaftlich angemessene Vergütung“ erwerben
- ⇒ Keine (zusätzliche) eigentumsrechtliche Problematik

- **2. Fallkonstellation: Der „aufgezwungene“ Pächter**

- U. U. zielt Satz 3 aber auch darauf, Netzübernahmen selbst durch finanzschwache Unternehmen zu ermöglichen, die einen Netzkauf nicht finanzieren können
- Dem bisherigen Netzeigentümer würde dann ein finanzschwacher Pächter mit zweifelhafter Bonität aufgezwungen

Problem Pachtoption (§ 46 Abs. 2 Satz 3)

- Sollte Satz 3 auch auf den „aufgezwungenen“ Pächter zielen, wäre dies ein noch weitreichenderer Eingriff in die Verfügungsbefugnis des Netzeigentümers als der Veräußerungszwang als solcher
- **Lösungsvorschlag:** Verfassungskonforme Auslegung des § 46 Abs. 2 Satz 3:
 - nur Pachtfälle i. S. der 1. Alternative gemeint, wo hinter dem Pächter ein solventer Netzerwerbsinteressent steht, der das Netz über kurz oder lang erwerben will
 - falls Zivilgerichte den neuen § 46 Abs. 2 Satz 3 i. S. der 2. Alternative auslegen wollen:
 - => Richtervorlage gem. Art. 100 GG
 - falls dies nicht erfolgt:
 - => Verfassungsbeschwerde des Netzeigentümers gem. Art. 93 GG nach Ausschöpfung des Rechtswegs

Problem Umfang der Übereignungspflicht

- **Streit: Anlagen mit übergemeindlicher Funktion**
- **Zum bisherigen Recht: Netzwirtschaften und Recht 5/2011, 176 ff.**
 - LG Han und OLG Ffm betonen einseitig nur das „**notwendig**“ (in Abgrenzung zu den „nicht notwendigen Anlagen“): conditio-sine-qua-non-Formel; bei dieser „Wortlaut-Auslegung“ wäre das gesamte MSp- und HSp-Netz mit zu überlassen
 - irrelevant auch, ob Anlage in oder außerhalb der Gemeinde liegt, oder ihr „überwiegender“ Nutzungszweck (vgl. BKartA-BNetzA-Leitfaden); methodisch unzulässige teleol. Reduktion
 - => andere Betonung: Anlagen, die für die allg. Versorgung **in** der Gemeinde notwendig sind, abzugrenzen von Anlagen, die für allg. Versorgung **außerhalb** der Gemeinde notwendig
 - => Letztere sind schon nach grammatikalischer Auslegung **nicht** mit zu überlassen
- **Auswirkungen der neuen gesetzlichen Übereignungspflicht**
 - Bei weiterer Auslegung des Umfangs der übergehenden Anlagen wäre die Übereignungspflicht erst recht ein unverhältnismäßiger Eigentumseingriff
 - bei „gemischt genutzten Anlagen“ reicht Durchleitungsrecht gem. §§ 20 ff. EnWG

Problem Umfang der Übereignungspflicht

- **Lösungsvorschlag:** Verfassungskonforme Interpretation
 - nur die **ausschließlich** der örtlichen Versorgung dienenden Anlagen sind zu übereignen
 - so bisher h. M.; will ein Zivilgericht davon abweichen
 - => Richtervorlage gem. Art. 100 GG
 - Falls dies nicht erfolgt
 - => Verfassungsbeschwerde gem. Art 93 GG durch den bisherigen Netzeigentümer
- **Netzwirtschaftlicher Hintergrund:**
 - Forderung der Neukonzessionäre nach Übereignung sog. gemischt genutzter Anlagen hat in der Praxis meist 2 Zielrichtungen:
 - Zum einen soll Neueinbindungsaufwand auf das abgebende EVU verlagert werden,
 - zum anderen Direktleitungswettbewerb durch den bisherigen Betreiber behindert werden; vor allem dort, wo Neukonzessionär höhere Netzentgelte hat als der bisherige Betreiber

Problem Umfang der Übereignungspflicht

- **Lösungsvorschlag:**

- Nur die **ausschließlich** der Ortsversorgung dienenden Anlagen werden übereignet
- aber **keine** aufwendige vollständige („galvanische“) Netztrennung
- kostengünstige („messtechnische“) Entflechtung auch möglich bei klaren Verantwortlichkeitsgrenzen (für Kostenwälzung gem. StromNEV, Qualitätsregulierung gem. ARegV zwingend)
- damit wird Entflechtungs- und Neueinbindungsaufwand für **beide** Beteiligten **minimiert**

- **Grundproblem:**

- Streit offenbart, dass beim Wettbewerb **um** die Verteilung gem. § 46 Abs. 2 EnWG die umworbenen Netzeinheiten häufig falsch definiert werden
- Regionalnetze orientieren sich nicht an zufälligen politischen Gemeindegrenzen: Gemeindeübergreifende Netzinfrastruktur; Wechsel führt zu ineffizientem Entflechtungsaufwand
- Darauf wird bei der wettbewerbspolitischen Würdigung zurückzukommen sein

Wettbewerbspolitische Würdigung des § 46 EnWG

- **Fördern die jüngsten Änderungen des § 46 den Wettbewerb?**

- **Nein** => RdE 2011, 214 ff.
- Der Übereignungszwang fördert lediglich die Kommunalisierung: Explizit dazu wurde er auf der Anhörung zur „Rekommunalisierung der Energienetze“ am 24.01.2011 gefordert
- Die übrigen Änderungen des § 46 kurieren wieder nur an Symptomen herum, fördern weder Wettbewerb in der Verteilung noch diskriminierungsfreien Wettbewerb um die Verteilung
- Eine Chance zur Stärkung des Wettbewerbs bei der Energieverteilung anlässlich der Energiewende wurde **vertan**, ebenso wie in der Erzeugung (s. o.)

- **Mehr Wettbewerb in der Verteilung – was wäre nötig?**

- Art. 21 EitRL 96/92 verpflichtete die Mitgliedstaaten zur Zulassung von Direktleitungen
- Wettbewerbspolitisch schlüssig: Auch „natürliche Monopole“ sollten, soweit technisch-wirtschaftlich möglich (s. TK-Bereich), dem Wettbewerb geöffnet werden; Regulierung nur, soweit Wettbewerb nicht ausreicht, um monopolistische Verhaltensspielräume zu begrenzen

Wettbewerbspolitische Würdigung des § 46 EnWG

- In § 13 Abs. 1 EnWG´98 (= § 46 Abs. 1 n. F.) nur halbherzig und eher formal umgesetzt:
 - Verpflichtet wird nur **die** Gemeinde, in der der zu erreichende Netzkunde seinen Sitz hat; hier zwar aktiver Widerstand am wahrscheinlichsten, vor allem bei kommunalem EVU
 - Wenn zusätzlich Nachbargemeinde gequert werden muss, ist auch diese wenig geneigt, eine Durchgangsleitung unentgeltlich zu gestatten (Verbot mittelbarer KA: § 48)
 - hier ist § 46 Abs. 1 nach Wortlaut nicht anwendbar; z. T. zwar teleologische Extension befürwortet (Salje), aber Rechtsunsicherheit; **EitRL** insoweit **nicht vollständig umgesetzt!**
 - Auch in der Gemeinde des **Netzkunden** ist § 46 Abs. 1 in der Praxis kaum wirksam: Was heißt „diskriminierungsfrei“? Im Kartellrecht ist Begünstigung verbundener Unternehmen grds. **nicht** verboten; § 46 Abs. 1 EnWG restriktiver? Gleichbehandlungspflicht „intern wie extern“ im EnWG sonst explizit angeordnet
- **Lösungsvorschlag: Gesetzliches Wegerecht ähnlich §§ 68 ff. TKG**
 - braucht nicht unentgeltlich sein, KA kann erhalten bleiben z. B. als spezialgesetzlich geregelte Sondernutzungsgebühr, s. Vorschläge in RdE 2011, 216 f., sub 4.

Wettbewerbspolitische Würdigung des § 46 EnWG

- Wegerecht wäre damit aber „neutralisiert“, könnte nicht mehr zur Behinderung des Direktleitungsbaus und des Wettbewerbs in der Energieverteilung eingesetzt werden
- Wieso für TK-Leitungen zulässig (sogar unentgeltlich, s. BVerfG NJW 1999, 1952), für Strom- und Gasleitungen dagegen nicht?
- Garantiert Art 28 Abs. 2 GG wirklich ein Recht der Kommunen zur Wettbewerbsverzerrung?
- **Bedarf es ergänzend noch eines Wettbewerbs um die Verteilung?**
 - Bei TK-Netzen wird dies nicht gefordert, obwohl auch dort die „letzte Meile“ bis zum Endkunden ein mit Direktleitungen nicht wirtschaftlich umgebares natürliches Monopol ist
 - Dort gilt die engmaschige Regulierung durch die BNetzA als ausreichend, um monopolistische Handlungsspielräume wirksam zu begrenzen
 - Wieso bei Strom- und Gasnetzen nicht? Mit der Anreizregulierung ist dort sogar ein wirksames Wettbewerbssurrogat installiert, um wettbewerbsanaloge Ergebnisse zu simulieren
- ⇒ M. E. ist die Implementierung eines (entgeltlichen) **gesetzlichen Wegenutzungsrechts** analog §§ 68 ff. TKG statt des bisherigen § 46 EnWG zu Stärkung des Wettbewerbs in der Strom- und Gasverteilung **notwendig, aber auch ausreichend**

Wettbewerbspolitische Würdigung des § 46 EnWG

- **Wettbewerb um die Verteilung als zusätzliches Wettbewerbssurrogat**
 - Zur Klarstellung: **Kein Ersatz** für Wettbewerb in der Verteilung durch ein gesetzliches Wegenutzungsrecht; **Wettbewerb** muss stets Vorrang **vor Regulierung** haben
 - Der bisherige „Wettbewerbs“-Ansatz in § 46 Abs. 2 EnWG ist kein funktionsfähiges Wettbewerbssurrogat aus zwei Gründen:
 - Umworben sind nur die **Gemeinden**. Dieser „Wettbewerb“ führt nur zu einem Überbietungswettlauf bei der KA und den (mehr oder minder) zulässigen Nebenleistungen. Er verteuert letztlich die Netznutzung zum **Schaden** der **Netznutzer**.
 - Die **Gemeinden** sind, wenn sie ein eigenes Werk betreiben oder gründen wollen, Mitspieler und Schiedsrichter in einer Person. Wo ein gemeindeeigenes Werk besteht, ist der Wettbewerb um das Netz endgültig zu Ende. Denn die Gemeinde findet immer irgendeinen „sachlich gerechtfertigten Grund“, um ihr eigenes Werk zu bevorzugen.
 - Deshalb sind auch Gemeinschaftsunternehmen wettbewerbspolitisch kritisch zu sehen:
 - Nicht nur, weil sie kaum aufdeckbare Spielräume zur KAV-Umgehung bieten - auch außerhalb von Garantiedividenden

Wettbewerbspolitische Würdigung des § 46 EnWG

- Auch deshalb, weil sie dem nicht-kommunalen Partner den strukturellen Wettbewerbsvorteil eines **gemeindeeigenen** Werks verschaffen: Das Gemeinschaftsunternehmen gilt auch in 20 Jahren gegenüber anderen Bewerbern als „gesetzt“
- **Vorschläge der Monopolkommission zur Stärkung des Wettbewerbs um Netze:**
 - MK hat das Problem erkannt; fordert im jüngsten Sondergutachten, die Wegerechtsvergabe der Gemeinden künftig ins allg. **Vergaberecht** einzubeziehen (§§ 97 ff. GWB i.V.m. VgV)
 - kurzfristig hierauf die aus dem primären Gemeinschaftsrecht abgeleiteten Transparenzgrundsätze für **Dienstleistungskonzessionen** anzuwenden
- **Vorschläge sind zu halbherzig und lösen das Problem nicht:**
 - Kernproblem ist die Möglichkeit zur **kommunalen Selbstbegünstigung** (Gemeinde als Mitspieler und Schiedsrichter in einer Person)
 - Bevorzugung verbundener Unternehmen wird **durch Vergaberecht nicht ausgeschlossen:** § 10 VgV; bei Dienstleistungskonzessionen sog. Inhouse-Vergabe, ebenso wenig durch das allg. Kartellrecht (Hoch/Theobald, KSzW 2011, 300 ff.)

Wettbewerbspolitische Würdigung des § 46 EnWG

- **Lösungsvorschlag:**

- Wenn (wettbewerbspolitisch vorrangig!) ein gesetzliches Wegerecht eingeführt wird, bietet der Ablauf des Wegerechts ohnehin keinen Ansatz mehr für eine gemeindliche „Vergabe“
 - Zudem: Wieso sollte sich die wettbewerblich zu vergebende Netzeinheit gerade an Gemeindegrenzen orientieren? S. o.: Problem der Netzentflechtung/-neueinbindung
 - Für einen aus Netznutzersicht effizienten Wettbewerb um Netze sollten die Transaktionskosten minimiert werden: Dazu müssen in Regionalnetzen die zu vergebenden Einheiten netzwirtschaftlich, nicht nach zufälligen politischen Gemeindegrenzen definiert werden
 - Umgekehrt sollten in größeren Städten die Netze z. B. für einzelne Stadtteile **separat** vergeben werden, um auch kleineren Bietern eine Chance zu geben (Markt-Liquidität)
 - Z. T. wird auch kritisiert, dass sich der „Wettbewerb um Netze“ auf die Ortsverteilung beschränkt; wegen Art. 24 EitRL müsse er eigentlich auch auf höheren Netzebenen implementiert werden (Albrecht in Schneider/Theobald, § 9 Rn. 68)
- => BNetzA** sollte netztechnisch sinnvolle Einheiten definieren und wettbewerblich vergeben, **nicht mehr die Gemeinden** (weiterhin Mitspieler, aber kein Schiedsrichter mehr)

Wettbewerbspolitische Würdigung des § 46 EnWG

- Details dieser BNetzA-Regulierung müssten **gesetzlich näher ausgestaltet** werden, im Prinzip in Anlehnung an die Abmeierung in §§ 8, 9 EnWG 1935
- Entscheidend für den Zuschlag müssten die **besten Konditionen für die Netznutzer** sein (so auch Forderung der Monopolkommission): Niedrige Entgelte, hohe Qualität
- Die bisherige **Gleichpreisigkeit** in der StromNEV (Einheitspreis je Netzebene) müsste **entfallen**: Kein Zwang zur Mischkalkulation, damit auch Interessenten mit strukturschwachem Netzgebiet gleiche Chancen haben
- Für solche im Wettbewerb vergebenen Netzbereiche wäre Netzentgeltregulierung aufzuheben; Wettbewerbspreise statt regulierter Preise; bei Entgelterhöhung Neuvergabe
- Auch Stadt- und Gemeindewerke (bestehende wie neu zu gründende) hätten hier gleiche Chancen; deshalb kein Verstoß gegen Art. 28 Abs. 2 GG: Garantiert den Kommunen kein Recht zur Wettbewerbsverzerrung
- Dasselbe wettbewerbliche Konzessionierungs- und Vergabeverfahren durch die BNetzA sollte **auch für TK-Netze** gelten: Bisherige regulatorische Ungleichbehandlung beim Wegerecht verstößt gegen Art. 3 Abs. 1 GG (RdE 2011, 218, sub 8.)

Was ist zu tun?

- **Bei der nächsten EnWG-Änderung sollte § 46 ersatzlos entfallen**
- **Statt dessen sollte ein gesetzliches Wegenutzungsrecht in Anlehnung an §§ 68 ff. TKG implementiert werden**
 - Längst überfällig, damit der im sekundären Gemeinschaftsrecht verlangte freie Direktleitungsbau endlich effektiv umgesetzt wird
 - Damit ist Wettbewerb in der Verteilung soweit wie möglich geöffnet
 - Flankierend wäre die **ARegV zu ändern**: Bisherige Deckelung des Erlösvolumens macht Direktleitungsbau unattraktiv
 - => Lösungsvorschlag: Kosten für und Erlöse aus Direktleitungsbau bleiben in der Regulierung unberücksichtigt (im Wettbewerb verdient)
- **§ 48 anpassen: KA-Pflicht als straßenrechtliche Sondernutzungsgebühr**
 - KAV könnte vorläufig unverändert bleiben;
 - Mittelfristig für die Kommunen aufkommensneutral umgestalten als Sondernutzungsgebühr für alle Straßen unter Einbeziehung der „Ausgleichszahlung“ gem. NABEG

Was ist zu tun?

- entfallen würde lediglich der privatrechtliche Entgeltcharakter und die vertraglich ausbedungenen Nebenleistungen; Konzessionsverträge wären gegenstandslos (Wegfall der Geschäftsgrundlage); ggf. Ausgleich für bisherige Nebenleistungen durch etwas höhere KA
- **Prüfauftrag an BMWi**, ggf. mit MK, BKartA, BNetzA, WIK, **ob für Strom, Gas und TK** als zusätzliches Wettbewerbssurrogat ein „**Wettbewerb um Netze**“ sinnvoll
 - gesetzlich näher zu regelnde wettbewerbliche Vergabe netzwirtschaftlich sinnvoll abzugrenzender Netzeinheiten durch die BNetzA oder eine andere **neutrale** Instanz
 - setzt jedoch umfassende Änderungen des Regulierungsrahmens voraus
 - kurzfristig gesetzlich nicht umsetzbar; auch verfassungsrechtlich komplexe Fragen
 - m. E. wettbewerbspolitisch nicht notwendig, auch EU-rechtlich nicht geboten
- **Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**
- **Fragen oder Anmerkungen an: jacob.hd@gmx.de**