

VORTRAGSVERANSTALTUNG - NEUES AUS DEM ENERGIERECHT 2011/2012

Herzlich Willkommen!

Boos Hummel & Wegerich

Rechtsanwälte • Zimmerstraße 56 • 101117 Berlin • Tel.: 030-2009547-0 • Fax: 030-2009547-19 • post@boos-hummel.de

Programm

- 14:15 *Neue Entwicklungen bei Konzessionswettbewerben und Netzübernahmen***
(Dr. Philipp Boos und David Steinbeck)
- 15:15 *Kaffepause***
- 15:45 *EEG 2012 - wesentliche Änderungen***
(Dr. Heidrun Schalle)
- 16:30 *Das Gaswirtschaftsjahr 2011/12: Aktuelles für Netz, Beschaffung & Vertrieb***
(Dr. Christine Wegerich)
- 17:15 *Aktuelle Netzregulierung***
(Dr. Konrad Hummel)
- 18:00 *Pause***
- 19:00 *Weihnachtsfeier***

Neue Entwicklungen bei Konzessionswettbewerben und Netzübernahmen

Dr. Philipp Boos und David Steinbeck

Boos Hummel & Wegerich

Rechtsanwälte • Zimmerstraße 56 • 101117 Berlin • Tel.: 030-2009547-0 • Fax: 030-2009547-19 • post@boos-hummel.de

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage für Städte und Gemeinden
- II. Rechtliche Rahmenbedingungen und Neuerungen im EnWG 2011
- III. Kartellbehördliche Anforderungen an die Konzessionsvergabe
- IV. Verfahrenswege bei Kooperationslösungen

I. Ausgangslage für Städte und Gemeinden

- Auslaufen von Strom- und Gaskonzessionsverträgen
- Ausgangspunkt für die Frage: (Re-) Kommunalisierung ja oder nein?
- Wenn ja: Welche Optionen eröffnen sich?
 - Vorhandensein eines eigenen Stadtwerks?
 - Neugründung „auf der grünen Wiese“?
 - (Nur) Netzeigentumsgesellschaft?
 - Zusammenschluss von Kommunen

II. Rechtliche Rahmenbedingungen und Neuerungen im EnWG 2011

- Transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren (*„ergebnisoffen“*)
- Bekanntmachung spätestens 2 Jahre vor Auslaufen des Konzessionsvertrags im Bundesanzeiger oder elektr. Bundesanzeiger
 - Kartellbehörden: frühestens 3 Jahre vor Auslaufen
 - § 46 EnWG neu: Veröffentlichung Netzdaten
 - § 46 EnWG neu: Hinweis auf Veröffentlichungsort in Bekanntmachung
- § 46 EnWG neu: Datenherausgabeanspruch kodifiziert
 - Die *„für eine Bewertung des Netzes“* im Rahmen einer Konzessionsbewerbung *„erforderlichen Daten“*
 - *„Ein Jahr vor der Bekanntmachung der Gemeinde“*
 - Festlegungsbefugnis der BNetzA (im Einvernehmen mit dem BKartA)

II. Rechtliche Rahmenbedingungen und Neuerungen im EnWG 2011

- § 46 EnWG neu: Verpflichtung Kommune auf die Ziele des § 1 EnWG:
 - Sicherheit
 - Preisgünstigkeit
 - Verbraucherfreundlichkeit
 - Effizienz
 - Umweltverträglichkeitder Energieversorgung
- Diese Ziele sind nur bedingt als Zuschlagskriterien brauchbar – andererseits dürfen sie offenbar keine untergeordnete Rolle spielen
 1. Pflichtvorgaben für alle Bewerber
 2. Unterschiede können anhand ihrer realistischen Bedeutung für die Gemeinde berücksichtigt werden

III. Kartellbehördliche Anforderungen an die Konzessionsvergabe

- Ausreichende Detailtiefe der mitgeteilten Netzdaten
- Ergebnisoffenheit des Verfahrens
 - BKartA: Nicht zulässig, wenn Konzessionsentscheidung bereits feststeht und nur die Frage offen ist, welcher Bewerber sich im Rahmen einer Kooperation beteiligen darf
- Zuschlagskriterien
 - Noch keine Äußerung zu Art und Umfang der Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG
 - Netzbezogenheit der Zuschlagskriterien - Vertrieb, Erzeugung etc. unzulässig
 - Wirtschaftliche Vorteile für die Gemeinde? (LKartB Baden-Württemberg)
- Verknüpfung Kooperationsmodell und Konzessionsvergabe?

IV. Verfahrenswege bei Kooperationslösungen

Einteilige Verfahren

Variante 1

Konzessionsverfahren
nach § 46 EnWG
mit Beteiligung

Variante 2

Vergabeverfahren –
einheitliche Vergabe
Kooperation und
Konzession

Zweiteilige Verfahren

Variante 3

Konzessionsverfahren
nach § 46 EnWG +
anschließendes
Vergabeverfahren
Kooperation

Variante 4

Vergabeverfahren
Kooperation +
anschließendes
Konzessionsverfahren
nach § 46 EnWG

Inhaltsübersicht

- I. Gesetzlicher Übernahmeanspruch / Eigentumsübertragung / „*Put-Option*“
- II. Datenlieferung durch den aktuellen Netzbetreiber
- III. Umfang übergehender Anlagen („*notwendige*“ & „*multifunktionale*“ Anlagen)
- IV. Kaufpreis / Rückforderungsvorbehalt
- V. Durchsetzung mit Gerichten oder Regulierungsbehörden?

I. Durchsetzung gesetzlicher Anspruch / Eigentumsübertragung (1)

- Seit Inkrafttreten von § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG am 04. August 2011 Durchsetzung des gesetzlichen Anspruchs regelmäßig vorteilhaft:
 - Keine Beschränkung auf „*ausschließlich*“ der örtlichen Versorgung dienende Anlagen
 - Kaufpreis ist die „*wirtschaftlich angemessene Vergütung*“ – nicht der Sachzeitwert
- Gesetzlicher Anspruch steht neben dem vertraglichen Anspruch – Anspruchsinhaber kann zwischen der Geltendmachung grundsätzlich wählen
 - BGH / OLG Frankfurt (Urteil vom 14.06.2011 – 11 U 36/10 Kart)

I. Durchsetzung gesetzlicher Anspruch / Eigentumsübertragung (2)

- Ab wann gilt der „*neue*“ gesetzliche Anspruch?
 - Für alle noch nicht abgewickelten Netzübernahmen oder erst bei nach 04. August 2011 entstandenen? – Wille des Gesetzgebers spricht für extensive Geltung – Gesetzgeber wollte Klarstellung vornehmen
 - Unabhängig davon gilt, dass auch nach früherer Fassung von § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG „überlassen“ als Eigentumsübertragung zu interpretieren ist
- „*Put-Option*“ des alten Netzbetreibers gegenüber der Kommune – kommunale Kaufverpflichtung?
 - Unzulässig soweit gesetzlicher Anspruch des neuen Konzessionärs dadurch vereitelt wird
 - Erledigt, nachdem die Netzübernahme durch den Neu-Konzessionär abgewickelt ist

II. Datenlieferung

- üblicherweise nicht mehr streitig – Klärung durch Leitfaden BKartA & BNetzA (Rn. 49)
- gerichtlich geklärt durch LG Dortmund (Urteil vom 10.07.2008 – RWE hat Berufung zurückgezogen, nachdem OLG Düsseldorf Bestätigung in mündlicher Verhandlung avisiert hat) und OLG Frankfurt (Urteil vom 14.06.2011 – 11 U 36/10 Kart).
- Diskussionen nur noch über Vertraulichkeitsvereinbarung (insbesondere Vertragsstrafe und)

III. Umfang übergehender Anlagen („notwendig“ & „multifunktional“)

- Gemischt genutzte Anlagen sind grundsätzlich zu übergeben
 - Leitfaden Rn. 38 f.; OLG Frankfurt (Urteil vom 14.06.2011 – 11 U 36/10 Kart) – laufendes Missbrauchsverfahren bei BNetzA gegen E.ON Mitte AG
 - Ebenso Teilurteil LG Hannover vom 12.02.2011 – aus formalen Gründen vom OLG Celle aufgehoben
- Anspruch, aber keine Pflicht zur Übernahme von allen „notwendigen“ Anlagen
 - OLG Frankfurt (Urteil vom 14.06.2011 – 11 U 36/10 Kart)

IV. Kaufpreis / Rückforderungsvorbehalt (1)

- Begrenzung auf Ertragswert grundsätzlich einheitliche Rechtsprechung und Behördenauffassung
 - OLG Frankfurt, OLG Koblenz, OLG Düsseldorf (mündl. Verhandlung 09/2010)
 - LG Dortmund, LG Hannover, LG Osnabrück (Hinweis- und Beweisbeschlüsse)
 - Leitfaden BKartA & BNetzA, Hinweise niedersächsische Landeskartellbehörde, Hinweise hessische Landesregulierungsbehörde
- Rechtliche Debatte verschiebt sich zur Frage, wie der Ertragswert zu ermitteln ist
 - Objektivierter Ertragswert - keine subjektive Betrachtung
 - Berücksichtigung von Synergieeffekten?

IV. Kaufpreis / Rückforderungsvorbehalt (2)

- Praktisches Problem: Wer ermittelt den Ertragswert – gerichtliche Bestellung von Sachverständigen und deren Neutralität
- Anspruch auf Vorbehalt auf Rückforderung des überhöhten Kaufpreisanteils
 - Leitfaden BNetzA & BKartA: Ja
 - OLG Frankfurt (Urteil vom 14.06.2011 – 11 U 36/10 Kart): Nein (aber unter anderen Bedingungen)

V. Durchsetzung mit Gerichten oder Regulierungsbehörden

- Vorteil Regulierungsbehörde:
 - Integrierter Sachverstand (technisch/wirtschaftlich/rechtlich)
 - Keine Gerichtskosten
 - Schnelleres Verfahren als vor Gerichten möglich
 - Gerichtliche Beschwerde des Alt-Konzessionärs hat keine aufschiebende Wirkung / OLG Düsseldorf unmittelbar als 1. Instanz
- Nachteil Regulierungsbehörde
 - Aufgreifermessen: Behörde muss nicht tätig werden, wenn sie wichtigere Aufgaben sieht

Wir danken für Ihre Aufmerksamkeit.

Boos Hummel & Wegerich

Rechtsanwälte • Zimmerstraße 56 • 10117 Berlin • Tel.: 030-2009547-0 • Fax: 030-2009547-19 • post@boos-hummel.de