

zur Umsetzung des buchhalterischen Unbundling für die Betreiber Geschlossener Verteilernetze

25. August 2011

Ab wann müssen die Betreiber von geschlossenen Verteilernetzen im Sinne des § 110 EnWG 2011 die buchhalterischen Entflechtungsvorgaben des § 6b EnWG 2011 umsetzen?

In Betracht kommen die beim Inkrafttreten dieser Regelungen laufenden Geschäftsjahre oder das jeweils erste vollständige Geschäftsjahr, das nach Inkrafttreten der Regelung beginnt.

1. Zum Hintergrund

Bisher waren Objektnetze über § 110 EnWG alte Fassung weitgehend von den Vorschriften zur Regulierung von Strom- oder Gasnetzen im Rahmen des Energiewirtschaftsgesetzes und insbesondere von den Vorgaben zum buchhalterischen Unbundling (bisher § 10 EnWG) befreit. Nun wurde das EnWG im Zuge der Umsetzung des 3. Binnenmarktpaketes novelliert und ist am 04. August 2011 in Kraft getreten. Die neue Fassung des § 110 EnWG bezieht die Geschlossenen Verteilernetze grundsätzlich in die Regulierung ein. Insbesondere ist eine Ausnahme von den Vorgaben zur buchhalterischen Entflechtung nicht mehr enthalten. Die Betreiber von Geschlossenen Verteilernetzen müssen zukünftig also die Vorgaben des § 6b EnWG befolgen und das buchhalterische ein- und durchführen.

Die Einführung und Umsetzung der Regelungen zum buchhalterischen Unbundling wird für unsere Mitgliedsunternehmen, die ein Geschlossenes Verteilernetz betreiben, einen erhöhten Verwaltungs- und Personalaufwand mit sich bringen. Dieser wird erheblich sein, da die in § 6b EnWG beschriebenen Vorgaben bislang auf Energieversorgungsunternehmen ausgerichtet waren, deren alleiniger oder zumindest wesentlicher Geschäftszweck die Energieversorgung von vielen Tausend Kunden ist. In Geschlossenen Verteilernetzen ist nicht nur der Geschäftszweck regelmäßig ein völlig anderer, auch sind die Kundenzahlen vergleichsweise gering. Die Strom- und Gasnetze unserer Mitgliedsunternehmen dienen insbesondere im industriellen Segment der Versorgung von weniger als 100, zum großen Teil sogar von weniger als 10 Kunden. Hinzu kommt, dass die Unternehmen im Vergleich zu Energieversorgungsunternehmen der allgemeinen Versorgung für die Gewährleistung der Energieversorgung vergleichsweise wenige Mitarbeiter im Einsatz haben. In manchen Fällen steht für den Netzbetrieb nicht einmal eine volle Arbeitsstelle zur Verfügung. Diese Strukturmerkmale unterscheiden die Geschlossenen Verteilernetze nach wie vor deutlich von

anderen, kleinen Netzen der Allgemeinen Versorgung und verleihen den neu hinzugekommenen Verpflichtungen in der Gesamtschau ein erhebliches Gewicht.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ab wann die Betreiber von geschlossenen Verteilernetzen gemäß § 110 EnWG 2011 die buchhalterischen Entflechtungsvorgaben des § 6b EnWG 2011 umsetzen müssen.

Das EnWG ist unterjährig am 4. August 2011 in Kraft getreten. Geht man alleine nach dem Wortlaut des Gesetzes, wäre ab diesem Zeitpunkt zu entflechten. Da sich Entflechtungsmaßnahmen aber immer auf ein Geschäftsjahr beziehen, kämen grundsätzlich drei Möglichkeiten in Betracht:

1. Eine Entflechtung ab dem 4. August für das verbleibende Rumpfsjahr 2011
2. Eine Entflechtung, die auch die bereits vergangenen Monate des Jahres 2011 mit einbezieht und also zurück wirkt
3. Eine Entflechtung zum Beginn des jeweils ersten vollständigen Geschäftsjahres nach Inkrafttreten des EnWG 2011

Eine unterjährige Einführung alleine für das verbleibende Rumpfsjahr 2011 ist nach Aussage der Fachleute und insbesondere der Wirtschaftsprüfer zwar theoretisch möglich, aber nicht zielführend und wird aus praktischen Erwägungen nicht ernsthaft diskutiert. Im Folgenden soll deshalb lediglich hinterfragt werden, ob das buchhalterische Unbundling bereits für das gesamte Jahr 2011 umgesetzt werden muss oder für das jeweils erste vollständige Geschäftsjahr, nach dem 4. August 2011 (welches regelmäßig einer Einführung zum 1. Januar 2012 entsprechen wird).

Gesetzliche Vorgaben

Das novellierte EnWG enthält weder in § 110 EnWG noch in den §§ 6 ff. EnWG ausdrückliche Übergangsvorschriften. Allerdings ist § 114 EnWG unverändert in das neue EnWG übernommen worden. Die Regelung des § 114 EnWG wurde vom Gesetzgeber 2005 in das EnWG eingeführt und bezog sich auf die Einführung des buchhalterischen Unbundlings seitens der Energieversorgungsunternehmen der Allgemeinen Versorgung. Diese hatten die Entflechtungsvorschriften erstmals zu Beginn des jeweils ersten vollständigen Geschäftsjahres nach Inkrafttreten des EnWG 2005 anzuwenden.

Der VIK ist der Ansicht, dass § 114 EnWG auch auf die hier in Frage stehende Neuregelung der §§ 110, 6b EnWG anzuwenden ist, so dass die Betreiber von Geschlossenen Verteilernetzen die buchhalterische Entflechtung erstmals zu Beginn des jeweils ersten vollständigen Geschäftsjahres nach Inkrafttreten des EnWG 2011 durchführen müssen.

Anwendung des § 114 EnWG

Die Anwendung des § 114 EnWG auf den hier zur Rede stehenden Fall begründet sich wie folgt:

§ 114 EnWG bezieht sich in seinem Wortlaut auf die buchhalterische Entflechtung nach § 10 EnWG. Richtigerweise müsste die heutige Regelung auf § 6b EnWG verweisen, da es den § 10 EnWG in der alten Fassung nicht mehr gibt, bzw. in § 6b neu geregelt wurde. Da ein Verweis auf § 10 EnWG insoweit keinen Sinn mehr ergibt, kommt hier zum einen in Betracht, dass es sich um ein redaktionelles Versehen handelt oder aber, dass sich der Gesetzgeber zu der Frage, ab wann die Entflechtungsvorschriften für Geschlossene Verteilernetze greifen sollen, keine ausreichenden Gedanken gemacht hat.

Eine am Sinn und Zweck des § 114 EnWG ausgerichtete Auslegung kommt aber eindeutig zu dem Ergebnis, dass diese Vorschrift auch auf die Einführung der buchhalterischen Entflechtung im Geschlossenen Verteilernetz anzuwenden ist. Die Begründung zum EnWG 2005 enthielt in der BT-Drucksache 15/3917 S. 76 den ausdrücklichen Hinweis, dass die betroffenen Unternehmen seinerzeit nicht gezwungen werden sollten, im Laufe eines Geschäftsjahres ihre Rechnungslegung zu ändern. Denn eine Umstellung der gesamten Rechnungslegung während eines laufenden Geschäftsjahres hätte die Unternehmen vor große Schwierigkeiten gestellt.¹ Der Verweis auf jeweils erste, vollständige Geschäftsjahr knüpft an das Geschäftsjahr der jeweiligen Unternehmen an und begründete sich damit, dass viele Energieversorgungsunternehmen ein vom Kalenderjahr abweichendes Geschäftsjahr haben.² Die Übergangsvorschrift bezog sich im Jahre 2005 auf Energieversorgungsunternehmen, deren hauptsächlicher Geschäftszweck die Versorgung mit Energie war. Entsprechend diesem Geschäftszweck wurde in den allermeisten Fällen eine Vielzahl von Kunden versorgt, so dass die Unternehmen mit einer entsprechenden organisatorischen und personellen Infrastruktur ausgestattet waren. Im Gegensatz dazu ist der Netzbetrieb für die Betreiber von geschlossenen Verteilernetzen in den meisten Fällen, wie bereits oben dargestellt, lediglich ein Nebenzweck, der oft nur mit einem minimalen Personalaufwand durchgeführt wird, um eine vergleichsweise geringe Anzahl von Energieabnehmern (mit) zu versorgen. Der Aufwand für die Einführung der buchhalterischen Entflechtung wird für Betreiber von Geschlossenen Verteilernetze also in einem anderen Verhältnis zu der Gesamtstruktur der jeweiligen Unternehmen stehen und als noch erheblicher einzuordnen sein, als dies im Vergleich im Jahre 2005 für die Energieversorgungsunternehmen der allgemeinen Versorgung galt.

In einem „Erst-recht-Schluss“ muss § 114 EnWG damit auch für die Einführung des buchhalterischen Unbundlings in den Geschlossenen Verteilernetzen gelten.

Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Die Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit führt ebenfalls zu dem Ergebnis, dass die Betreiber von Geschlossenen Verteilernetzen die buchhalterische Entflechtung erstmals zu Beginn des jeweils ersten vollständigen Geschäftsjahres nach Inkrafttreten des EnWG 2011 durchführen müssen.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird dem in Artikel 20 Absatz 3 des Grundgesetzes verankerten Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten entnommen und hat daher Verfassungsrang.

Daneben ist dieser Grundsatz im Europarecht in Artikel 5 Abs. 4 EUV als übergreifendes Prinzip und als objektiver Grundsatz des Gemeinschaftsrechts angelegt. Danach dürfen die Maßnahmen der Union und ihrer Mitgliedsstaaten weder inhaltlich noch formal über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinaus gehen.³ Enthalten ist auch ein grundrechtliches Übermaßverbot.⁴ Konkret geht es um die Art, den Umfang und die Intensität einer Maßnahme. Die mit der einzelnen Maßnahme verbundenen Belastungen sollen begrenzt werden und die „finanzielle Belastung und der Verwaltungsaufwand der Union, der Mitgliedsstaaten, und auch der Wirtschaftsteilnehmer und der Bürger so gering wie möglich

¹ BerlKommEnR/Säcker; § 114 Rn. 1

² Britz/Hellermann/Hermes Energiewirtschaftsgesetz, 2. Auflage, § 114 Rn. 1 ff.

³ Walter Frenz, Handbuch Europarecht Bd. 5, Rn. 733 ff.

⁴ BVerfGE 89, 155, 212 – Maastricht

gehalten werden und in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Ziel stehen“.⁵ Das Verhältnismäßigkeitsprinzip gilt damit für sämtliches Handeln der Unionsorgane, wobei sein Schutzzweck sowohl die Mitgliedsstaaten erfasst, wie auch Private.⁶

In Fällen, in denen ein Grundrechtsbezug gegeben ist, kommt das Verhältnismäßigkeitsprinzip darüber hinaus in Artikel 52 in Verbindung mit Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EGRC) zum Tragen. In Artikel 16 EGRC ist normiert, dass die unternehmerische Freiheit nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften anerkannt wird. In Artikel 52 EGRC ist geregelt, dass jede Einschränkung der in dieser Charta anerkannten Rechte und Freiheiten gesetzlich vorgesehen sein muss und jedwede Einschränkung nur unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit vorgenommen werden darf.

Ein Grundrechtsbezug ist vorliegend gegeben. Das Grundgesetz garantiert in Artikel 14 Abs. 1 das Privateigentum einschließlich des unternehmensbestimmten Eigentums und seiner ökonomischen Nutzbarkeit. Es gewährt in Art. 12 Abs. 1 Satz 1 Berufs- und damit auch Gewerbe- und Unternehmerfreiheit. Die Eigentumsgarantie und die anderen Grundrechte des privatautonomen Handelns und der privatautonomen Teilhabe an der Gestaltung der Wirtschaftsordnung setzen eine grundsätzlich privatautonome Unternehmens- und Einzelwirtschaftsplanung voraus.

Bezogen auf die obigen Ausführungen ist ein regulierendes Eingreifen im Sinne einer Pflicht zum buchhalterischen Unbundling nicht nur als belastende Maßnahme zu werten, sondern auch als grundrechtsrelevant. Damit muss sich diese belastende Maßnahme am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz messen lassen. Die Prüfung nach der Verhältnismäßigkeit erfolgt in mehreren Schritten und ermittelt, ob die Maßnahme einen legitimen Zweck verfolgt; als solche geeignet ist, dieses Ziel auch zu erreichen und zudem erforderlich und angemessen ist.

Das buchhalterische Unbundling soll einen diskriminierungsfreien Netzzugang für alle Energieabnehmer zu angemessenen Konditionen gewährleisten. Zugleich soll eine Kostentransparenz hergestellt werden, um die Kostenbildung bei eventuellen Beschwerden seitens Kunden in einem Geschlossenen Verteilernetz überprüfen zu können. Nur wenn dieses Ziel lediglich mit einer unterjährigen Einführung der buchhalterischen Entflechtungsvorschriften zu erreichen wäre, wäre dies nach dem oben Gesagten erforderlich und angemessen. Dies wäre nur mit einer besonderen Dringlichkeit zu begründen, da eine unterjährige Einführung, wie bereits oben dargelegt, mit besonderen Belastungen einherginge. Demgegenüber wäre eine Entflechtung zu Beginn des jeweils ersten vollständigen Geschäftsjahres nach Inkrafttreten des EnWG 2011 die mildere Maßnahme.

Eine solche Dringlichkeit ist vorliegend aber gerade nicht gegeben. Bereits heute kann jeder Kunde auch in einem geschlossenen Verteilernetz seinen Energielieferanten frei wählen. Der Netzzugang muss ebenfalls schon heute diskriminierungsfrei und zu angemessenen Konditionen gewährt werden. Jeder Netznutzer hat bereits heute die Möglichkeit, diese Rechte durchzusetzen und gegen eventuelle Verstöße gegen diese Verpflichtungen vorzugehen. Tatsächlich ist dem VIK aber kaum ein Fall bekannt, in dem es seitens der Netznutzer in geschlossenen Verteilernetzen Beschwerden gegenüber den Netzbetreibern

⁵ Art. 5 S. 5 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit vom 13.12.2007

⁶ EuGH, Rs. C-36 u. 37/97, Slg.1998, I-6337 (6361 f., Rn. 30 ff.) - Kellinghusen

wegen derartiger Verstöße gegeben hätte. Vielmehr besteht gerade an diesen Standorten ein großes Interesse der Parteien, einvernehmlich und unter Wahrung der gegenseitigen Interessen miteinander umzugehen. Insofern ist nicht von einer besonderen Dringlichkeit auszugehen, die eine Einführung des buchhalterischen Unbundlings ohne Übergangsfrist rechtfertigen würde.

Auch der Umstand, dass die Umsetzungsfrist für § 6b EnWG gemäß der Richtlinien 2009/72/WG und 2009/73/EG bereits verstrichen ist, vermag eine besondere Dringlichkeit nicht zu begründen. Denn eine solche muss sich aus der Sache und insbesondere aus konkreten Gründen für das Gemeinwohl herleiten und nicht aus formalen gesetzgeberischen Verfahrensvorschriften.

Damit gebietet auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, den Betreibern der geschlossenen Verteilernetze eine Übergangsfrist zu gewähren. Die buchhalterische Entflechtung ist damit erstmals zu Beginn des jeweils ersten vollständigen Geschäftsjahres nach Inkrafttreten des EnWG 2011 durchzuführen.

Rückwirkungsverbot

Auch die Beachtung des Rückwirkungsverbotes führt zu dem Ergebnis, dass die Betreiber von Geschlossenen Verteilernetzen die buchhalterische Entflechtung erst nach einer Übergangsfrist und erstmals zu Beginn des jeweils ersten vollständigen Geschäftsjahres nach Inkrafttreten des EnWG 2011 durchführen müssen.

Das Rückwirkungsverbot wird ebenfalls dem in Artikel 20 Absatz 3 des Grundgesetzes verankerten Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten entnommen und hat daher Verfassungsrang.

Unterschieden wird zwischen echter und unechter Rückwirkung. Eine echte Rückwirkung liegt vor, wenn der Beginn des zeitlichen Anwendungsbereichs eines Gesetzes auf einen Zeitpunkt festgelegt ist, der vor dem Zeitpunkt liegt, zu dem das Gesetz gültig wird. Hierbei findet ein nachträglich ändernder Eingriff in einen abgeschlossenen, der Vergangenheit angehörigen Sachverhalt statt. Eine echte Rückwirkung widerspricht dem Prinzip der Rechtssicherheit und ist daher grundsätzlich unzulässig. Bei der unechten Rückwirkung treten die Rechtsfolgen eines Gesetzes erst nach Verkündung der Norm ein, ihr Tatbestand erfasst aber Sachverhalte, die bereits vor der Verkündung umgesetzt wurden. Die Regelungen knüpfen in dieser Variante an gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte mit Rechtsfolgen für die Zukunft an, wodurch in der Vergangenheit erworbenen Rechtspositionen gegebenenfalls nachträglich entwertet werden. Soweit die unechte Rückwirkung zwar grundsätzlich möglich ist, so ist bei einer Interessen- und Güterabwägung unter Berücksichtigung des Vertrauensschutzes, der Grundrechte und vom Sinn und Zweck des Gesetzes durch Übergangsregelungen den Betroffenen Vertrauensschutz dann zu gewähren, wenn sein schutzwürdiges Vertrauen auf den bisherigen Rechtszustand überwiegt.⁷ Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entfällt das schutzwürdige Vertrauen in den Bestand der bisherigen Rechtsfolgenlage in der Regel erst im Zeitpunkt des endgültigen Gesetzesbeschlusses über die Neuregelung. Mit dem Tag des Gesetzesbeschlusses müssen die Betroffenen mit der Verkündung und dem Inkrafttreten der Neuregelung rechnen; es ist ihnen von diesem Zeitpunkt an zuzumuten, ihr Verhalten auf die beschlossene Gesetzeslage einzurichten. Der Gesetzgeber ist deshalb berechtigt, den

⁷ BVerfGE 72, 200; BVerfGE 97, 67 mit weiteren Nachweisen

zeitlichen Anwendungsbereich einer Regelung allenfalls auch auf den Zeitpunkt von dem Gesetzesbeschluß bis zur Verkündung zu erstrecken.⁸

Sofern die Betreiber der Geschlossenen Verteilernetzen ohne jede Übergangsfrist verpflichtet würden, das laufende Geschäftsjahr buchhalterisch zu entflechten und sich diese Verpflichtung damit auch auf bereits in der Vergangenheit liegende Monate bezöge, käme nach dem Vorgesagten sogar der Fall einer echten Rückwirkung in Betracht, der per se unzulässig wäre.

Selbst wenn im Folgenden davon ausgegangen werden soll, dass damit lediglich ein Fall der unechten Rückwirkung vorläge, stünde dieser Fall unter dem Vorbehalt des Vertrauensschutzes. Damit wäre, wie oben beschrieben, eine Interessen- und Güterabwägung vorzunehmen:

Die Betreiber der Geschlossenen Verteilernetze mussten sich nicht schon im Vorfeld der Gesetzesnovellierung auf ein unterjähriges Unbundling einrichten. Zum Einen war nicht abzusehen, ob das buchhalterische Unbundling für die Betreiber von Geschlossenen Verteilernetzen überhaupt eingeführt wird. Denn noch zu Beginn des Gesetzgebungsverfahrens war eine Ausnahme für Geschlossene Verteilernetze von der buchhalterischen Entflechtung vorgesehen⁹ und bis zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens diskutiert. Desweiteren war nicht abzusehen, dass das novellierte EnWG schon unterjährig und bereits am 4. August 2011 in Kraft treten würde. Vielmehr wurde von politischer Seite mehrmals signalisiert, dass das Gesetzgebungsverfahren sich bis zum Ende 2011 hinziehen würde. Keinesfalls mussten die Mitgliedsunternehmen des VIK damit bereits vor Beginn des laufenden Geschäftsjahres damit rechnen, dass bereits in diesem Geschäftsjahr der Netzbetrieb von den übrigen Tätigkeitsbereichen zu entflechten ist. Nur wenn dies aber der Fall gewesen wäre, hätten die Unternehmen sich im Voraus auf die damit einhergehenden Aufwendungen in personeller und finanzieller Hinsicht einstellen können und diese in die Kalkulation für ihre Unternehmen einbeziehen können. Falls sie dies hätten tun können, wäre es für einige unserer Unternehmen naheliegend gewesen, ihre Unternehmensstruktur umzustellen und in manchen Fällen sogar, den Netzbetrieb aufzugeben oder auszulagern. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Netzbetrieb in den meisten Fällen lediglich Nebenzweck ist und nur in den wenigsten Fällen ein Geschäftsmodell darstellt.

Auf der anderen Seite ist, wie bereits oben dargestellt, kein besonderes Interesse des Allgemeinwohls im Sinne einer Dringlichkeit an der Einführung einer buchhalterischen Entflechtung ohne jede Übergangsfrist erkennbar.

Damit gebietet auch das Rückwirkungsverbot, den Betreibern der geschlossenen Verteilernetze eine Übergangsfrist zu gewähren.

Fazit

Den Betreibern von geschlossenen Verteilernetzen gemäß § 110 EnWG 2011 ist in Anwendung des § 114 EnWG eine Übergangsfrist für die Einführung des buchhalterischen Unbundlings gemäß § 6b EnWG 2011 dergestalt zu gewähren, dass die Vorgaben des § 6b EnWG 2011 erst für das jeweils erste vollständige Geschäftsjahr, das nach Inkrafttreten der Regelung beginnt, einzuhalten sind.

⁸ BVerfGE 13, 26; BVerfGE 31, 222; BVerfGE 95, 64

⁹ Entwurf des Bundeswirtschaftsministeriums zum EnWG vom 10. Februar 2011, § 110 Absatz 5