

# Energierecht: Eine Branche unter Strom!

Hendrik Burbach, Bonn\*

*Der Energiesektor befindet sich derzeit in einem elementaren Wandel. Die Umsetzung der Energiewende und der gleichzeitige Ausbau der Erneuerbaren Energien stellt nicht nur die Technik, sondern auch die Rechtswissenschaft vor große Herausforderungen. Vor diesem Hintergrund ist das Energierecht weiterzuentwickeln, um zukunftsfähig zu bleiben. Dieser Aufsatz bietet eine Einführung in das Energierecht unter Berücksichtigung grundlegender Strukturen und aktueller Problemstellungen.*

## A. Der Rechtsrahmen

Den Rechtsrahmen des Energierechts bildet das Energiewirtschaftsgesetz (EnWG). Dieses beruht in seiner heutigen Systematik auf der Umsetzung des dritten Energiebinnenmarktpaketes der Europäischen Union von 2011.<sup>1</sup> Der Gesetzgeber sieht dabei bewusst eine scharfe ex-ante-Regulierung des Netzes unter gleichzeitiger Aufhebung der Bereichsausnahme der §§ 103, 103a GWB a.F. vor.<sup>2</sup>

Das Energierecht ruht auf vier, in § 1 Abs. 1 EnWG normierten Eckpfeilern.<sup>3</sup> Neben der Sicherheit und Zuverlässigkeit der Energieversorgung soll dem Umweltschutz Rechnung getragen werden. Wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen sollen unterbunden sowie eine angemessene Vertragsgestaltung im Bereich der Elektrizitätsversorgungsverträge im Interesse der Verbraucher gewährleistet werden. Die Besonderheit der Regulierung des Netzbereichs ist in § 1 Abs. 2 EnWG verankert.<sup>4</sup> Zur Förderung des Ausbaus der Erneuerbaren Energien im Zuge der nachhaltigen Implementierung der Energiewende wird das EnWG durch das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG 2017) und das Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz (KWKG 2017) flankiert.

Zudem stellt das kürzlich eingeführte Messstellenbetriebsgesetz (MsbG) einen weiteren Schritt in die zunehmende Digitalisierung der Energiewirtschaft dar. Ferner hat der Gesetzgeber sich stetig verändernde Teilbereiche sekundärrechtlich normiert. So sind beispielsweise die Anreizregulierungsverordnung (ARegV), die Stromnetzentgeltverordnung (StromNEV), die Verordnung über den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (StromNZV), die Niederspannungsanschlussverordnung (NAV) sowie die Stromgrundversorgungsverordnung (StromGVV) essentielle Bestandteile des Energierechts.

Die Bundesnetzagentur (BNetzA) als unabhängige Bundesoberbehörde ist als regulatorisches Organ unter anderem mit der Überwachung des Energiesektors betraut. Zudem ist sie nach § 29 EnWG ermächtigt, weitere konkretisierende Maßnahmen durch Festlegungen zu treffen.<sup>5</sup>

## B. Entflechtung

Das Regulierungsbedürfnis des Energierechts folgt aus dem natürlichen Monopol des Netzes. Das Netz als sog. wettbewerbliches *bottleneck* ist aus ökonomischen wie tatsächlichen Gründen nicht duplizierbar.<sup>6</sup> Der Aufbau eigener Netze scheidet für Konkurrenten als volkswirtschaftliche Verschwendung praktisch aus.<sup>7</sup> Ein Produzent kann das Gut kostengünstiger bereitstellen als es mehreren Anbietern möglich wäre (Subadditivität der Kosten). Der freie Zugang von Mitbewerbern zu den geöffneten Märkten sowie das Entstehen von Wahlmöglichkeiten für den Verbraucher sind wesentliche Aspekte der Öffnung des Netzmonopols. Gleiches gilt auch für die Entgeltregulierung, die eine Monopolpreisbildung nach dem Modell des Cournot'schen Punktes verhindern soll.<sup>8</sup>

Das Hauptanliegen der Regulierung besteht darin, das natürliche Monopol des Netzes zu überwinden und der Maß-

\* Der Autor ist Referendar am Landgericht Bonn, derzeit in der Praxisgruppe Energierecht bei PwC Legal, Düsseldorf, und Doktorand bei Herrn Prof. Dr. Schmidt-Preuß an der Rheinischen-Friedrich-Wilhelms Universität Bonn.

<sup>1</sup> Ausführlich: Schmidt-Preuß, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar EnWG, Band I Halbb. 1, 3. Aufl. 2014, Einl. B Rn. 128.

<sup>2</sup> Säcker, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar EnWG, Band I Halbb. 1, 3. Aufl. 2014, Einl. A Rn. 21; demgegenüber stünde auch die Möglichkeit einer selbstregulativen Normgebung der Marktakteure, dazu Schmidt-Preuß, VVDStL 56 (1997), 160 (202 f.); für den Sportsektor Kliesch, Der Status des Profifußballers im Europäischen Recht, 2017, S. 29.

<sup>3</sup> Säcker (Fn. 2), Einl. A Rn. 39 ff.

<sup>4</sup> Pritzsche/Vacha, Energierecht, 2017, § 3 Rn. 37.

<sup>5</sup> Näher zum Institut der Festlegungen als Allgemeinverfügung, Schmidt-Preuß (Fn. 1), § 29 Rn. 48.

<sup>6</sup> Für den Gassektor: Merk, Recht der gaswirtschaftlichen Netzregulierung, 2012, S. 151 ff.

<sup>7</sup> Schmidt-Preuß in: Säcker/Schmidt-Preuß (Hrsg.), Grundsatzfragen des Regulierungsrechts, 2015, S. 68.

<sup>8</sup> Schmidt-Preuß, in: Brinktrine/Ludwigs/Seidel (Hrsg.), Energieumweltrecht in Zeiten von Europäisierung und Energiewende, 2014, S. 9; ders. (Fn. 1), Einl. B Rn. 105.

gabe *Freiheit durch Zwang*<sup>9</sup> folgend einen *Als-ob-Wettbewerb* zu implementieren.<sup>10</sup> Im Rahmen der Entflechtung ist zwischen den Verteilernetz- und den Übertragungsnetzbetreibern zu unterscheiden. Letztere, nämlich in Deutschland 50hertz, Amprion, TransnetBW sowie Tennet, verantworten den Transport des Stroms in Höchstspannungsnetzen sowie die Bilanzkreise, beliefern aber keine Endkunden. Die Verteilernetzbetreiber stellen die netzbezogene Infrastruktur für den Transport des Stroms zum Endkunden zur Verfügung, derer sich die Lieferanten bedienen.

Adressaten der Entflechtungsvorschriften sind nach § 6 Abs. 1 EnWG vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen sowie an sich selbständige Betreiber von Elektrizitätsnetzen, die nach § 3 Nr. 38 EnWG mit einem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen verbunden sind.<sup>11</sup> Entflechtung lässt sich dabei als die Herauslösung des Netzbetriebs aus den übrigen energiewirtschaftlichen Geschäftstätigkeiten definieren.<sup>12</sup>

### I. Verteilernetzebene

Die Entflechtungsvorschriften der §§ 6a, 6b EnWG gelten vor die Klammer gezogen für alle Energieversorgungsunternehmen. Die informationelle Entflechtung legt nach § 6a Abs. 1 EnWG die Vertraulichkeit spezifischer Kundendaten, wie das konkrete Verbrauchsverhalten des Einzelnen, fest, die zur Vermeidung unzulässiger Verwendung im Rahmen des Vertriebs vertraulich erfasst werden müssen.<sup>13</sup> Potentiell wirtschaftlich vorteilhafte Netzinformationen sind nach § 6a Abs. 2 EnWG nicht zwangsläufig vertraulich zu behandeln, müssen bei einer Offenlegung allerdings allen Konkurrenten diskriminierungsfrei zur Verfügung stehen.<sup>14</sup>

Das in § 6b EnWG verankerte buchhalterische Unbundling bezweckt Kostentransparenz zur Vermeidung von Quersubventionen sowie wettbewerbsverzerrender Ungleichbehandlungen.<sup>15</sup> Nach § 6b Abs. 1 S. 3 EnWG haben die Energieversorgungsunternehmen getrennte Konten zu führen.

Die operationelle Entflechtung nach § 7a EnWG stellt die Selbständigkeit der Verteilernetzbetreiber des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens in den Bereichen Organisation, Entscheidungsgewalt und Ausübung des Netzgeschäfts sicher.<sup>16</sup> Die rechtliche Entflechtung nach § 7 EnWG sieht vor, die Verteilernetze aus dem vertikal in-

tegrierten Energieversorgungsunternehmen herauszulösen. Diese sollen in der Rechtsform unabhängig und als eigenständige Gesellschaft auftreten.<sup>17</sup> Dabei darf das Eigentum an den Netzen allerdings bei den vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen verbleiben. § 7 Abs. 2 sowie § 7a Abs. 7 EnWG enthalten eine de-minimis-Klausel, nach der die Entflechtungsvorschriften der vorstehenden Absätze nicht auf wettbewerblich unbedeutende Verteilernetzbetreiber anwendbar sind.<sup>18</sup> Dies ist dann der Fall, wenn an diese weniger als 100.000 Kunden angeschlossen sind.

## II. Übertragungsnetzbetreiber

Das größte Missbrauchspotential wohnt den Übertragungsnetzen inne. Dementsprechend scharf sind auch die Entflechtungsvorgaben. Hierbei soll das Netz zur Verhinderung von Diskriminierungen aus den Konzernen zumindest faktisch separiert werden, wozu die §§ 8 bis 10e EnWG drei Möglichkeiten vorsehen.

### 1. Ownership-Unbundling

Das in § 8 EnWG normierte Ownership-Unbundling intendiert im Kern eine eigentumsrechtliche Entflechtung des Übertragungsnetzes. Zentrale Vorschrift hierfür ist § 8 Abs. 2 S. 1 EnWG, wonach der Transportnetzbetreiber zumindest mittelbar durch eine Tochtergesellschaft Eigentümer des von ihm betriebenen Transportnetzes sein muss und somit die unmittelbare Verfügungsbefugnis über dieses innehat.<sup>19</sup> Hierdurch wird das bis dahin praktizierte Pachtmodell ausgeschlossen.<sup>20</sup> Weiterhin wird die Unabhängigkeit des Transportnetzbetreibers durch den Ausschluss personeller Verflechtungen gewährleistet.<sup>21</sup> Das Gesetz trennt dabei in § 8 Abs. 2 S. 2 EnWG scharf zwischen dem Übertragungsnetzbetreiber sowie Unternehmen, die „eine der Funktionen Gewinnung, Erzeugung oder Vertrieb von Energie an Kunden“ wahrnehmen. § 8 Abs. 2 S. 2 und 3 EnWG impliziert eine gegenseitige, persönliche Kontrollfreiheit von Übertragungsnetzbetreiber und sonstigen Unternehmen des Energiesektors.<sup>22</sup> Personen, die mittelbar oder unmittelbar Kontrolle über den Übertragungsnetzbetreiber oder ein Übertragungsnetz ausüben, ist untersagt, Kontrolle über ein Unternehmen aus den Bereichen Erzeugung oder Vertrieb auszuüben oder Rechte an einem solchen zu halten, § 8 Abs. 2 S. 3 EnWG. § 8 Abs. 2 S. 2 EnWG verbietet dies auch für den umgekehrten Fall. Für den Begriff der Kontrolle rekurriert der Gesetzgeber auf die Begrifflichkeit des Art. 3 Abs. 2 der Fusionskontrollverordnung (FKVO). Hiernach liegt Kontrolle vor, wenn ein bestimmender Einfluss auf

<sup>9</sup> Schmidt-Preuß, in: Bien/Ludwigs (Hrsg.), Das europäische Kartell- und Regulierungsrecht, 2015, S. 12.

<sup>10</sup> Schmidt-Preuß (Fn. 1), Einl. C Rn. 192.

<sup>11</sup> Säcker/Schönborn, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar EnWG, Band 1 Halbb. 1, 3. Aufl. 2014, § 6 Rn. 21.

<sup>12</sup> Pritzsche/Vacha (Fn. 4), § 5 Rn. 4.

<sup>13</sup> Pritzsche/Vacha (Fn. 4), § 5 Rn. 14.

<sup>14</sup> Säcker/Schönborn (Fn. 11), § 6a Rn. 53 f.

<sup>15</sup> Busse von Colbe, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar EnWG, Band 1 Halbb. 1, 3. Aufl. 2014, § 6b Rn. 30.

<sup>16</sup> Pritzsche/Vacha (Fn. 4), § 5 Rn. 20 f.

<sup>17</sup> Pritzsche/Vacha (Fn. 4), § 5 Rn. 28.

<sup>18</sup> Knauff, in: Kment (Hrsg.), EnWG, 2015 § 7a Rn. 37.

<sup>19</sup> Knauff (Fn. 18), § 8 Rn. 2.

<sup>20</sup> Säcker/Mohr, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar EnWG, Band 1 Halbb. 1, 3. Aufl. 2014, § 8 Rn. 90.

<sup>21</sup> Knauff (Fn. 18), § 8 Rn. 5.

<sup>22</sup> Otto/Küper/Goldberg, in: PwC (Hrsg.), Entflechtung in der deutschen Energiewirtschaft, 4. Aufl. 2015, S. 158.

die Tätigkeit eines Unternehmens ausgeübt werden kann.<sup>23</sup> Den Begriff der Rechte konkretisiert § 8 Abs. 2 S. 6 Nr. 1 bis 3 EnWG. Das Doppelmandatsverbot des § 8 Abs. 2 S. 4 und 5 EnWG gewährleistet, dass Aufsichtsrat und Vertretungsorgane des Übertragungsnetzbetreibers nicht mit Personen besetzt werden, die mit sonstigen Unternehmen des Energiesektors verbunden sind.<sup>24</sup> Die Vorschriften des Ownership-Unbundlings stellen einen erheblichen Eingriff in das Eigentumsgrundrecht der Übertragungsnetzbetreiber dar, der allerdings mit Blick auf das Optionsmodell sowie die angemessenen Entschädigungen gerechtfertigt ist.<sup>25</sup>

## 2. Independent System Operator

Als zweite Option normiert § 9 EnWG den Independent System Operator (ISO). Nach diesem Modell bedient sich der Mutterkonzern eines unabhängigen Dienstleisters, der im Rahmen eines Unternehmenspachtvertrages<sup>26</sup> nach Zertifizierung durch die BNetzA die Leitung der Netztochter übernimmt. Dabei behält der Übertragungsnetzbetreiber zwar das Eigentum am Netz, jedoch kommen alle Rechte dem ISO zu.<sup>27</sup> Den Mutterkonzern treffen die aus dem Netz resultierenden Pflichten, ohne jedoch konkreten Einfluss auf die strategische wie tagespolitische Entscheidungsfindung zu haben. Die zentralen Anforderungen an den ISO sind in § 9 Abs. 2 und Abs. 3 EnWG verankert.<sup>28</sup> Zur Gewährleistung der Unabhängigkeit des ISO verweist § 9 Abs. 2 S. 1 EnWG auf die Vorschriften des § 8 Abs. 2 bis 5 EnWG. Neben einer umfassenden personellen Entflechtung bedarf es zudem der materiellen, finanziellen, technischen und personellen Vollausstattung des ISO, § 9 Abs. 2 S. 2 EnWG.<sup>29</sup> Der Unabhängige Systembetreiber hat diskriminierungsfreien Netzzugang zu gewähren, Netzentgelte zu erheben sowie das Übertragungsnetz zu betreiben, zu warten, auszubauen und den Netzentwicklungsplan nach §§ 12 ff. EnWG umzusetzen.<sup>30</sup> Das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen trifft dagegen die Verpflichtung, die durch den Systembetreiber beschlossenen und von der BNetzA genehmigten Investitionen zu tätigen, notwendige Sicherheiten zu leisten oder der Finanzierung durch Dritte zuzustimmen.<sup>31</sup> Diese Vorschriften greifen erheblich in das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG ein und stehen in deutlichem Widerspruch zu dem allgemein geltenden Grundsatz, *wer zahlt schafft an*.<sup>32</sup> Deshalb findet dieses Modell in Deutschland keinerlei praktische Anwendung.

## 3. Independent Transmission Operator

Als drittes Modell ist durch das Dritte Energiebinnenmarktpaket der Independent Transmission Operator (ITO) eingeführt worden. Dieses Entflechtungsmodell war dahingehend umstritten, da es durch den Verbleib des Netzes im vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen die größten Risiken für den Wettbewerb birgt.<sup>33</sup> Anhand dieses Konstrukts soll den Unternehmen der grundrechtlich gebotene Spagat zwischen dem Verbleib der Netztochter im Unternehmen und der Gewährleistung der Unabhängigkeit der Netztochter zur Verhinderung von Missbrauch gewährleistet werden.<sup>34</sup> Grundvoraussetzung ist, dass das Übertragungsnetz am Stichtag, 03.09.2009, im Eigentum des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens stand, § 10 Abs. 1 S. 1 EnWG. Die Wahl der zulässigen Rechtsform schränkt § 10 Abs. 2 S. 2 EnWG dahingehend ein, dass eine Überlagerung des Gesellschaftsinteresses durch einseitige Gesellschafterabsichten verhindert werden soll.<sup>35</sup> Zulässige Rechtsform ist mithin eine GmbH, AG oder KGaA sowie die SE.<sup>36</sup>

§ 10a EnWG sichert die grundsätzliche Unabhängigkeit des ITO durch die Verpflichtung zur finanziellen, technischen, materiellen sowie personellen Vollausstattung zur Erfüllung der Pflichten aus dem EnWG und zum Betrieb des Übertragungsnetzes und verbietet gleichzeitig Arbeitnehmerüberlassungen.<sup>37</sup> Die wesentlichen Vorgaben der gesellschaftlichen wie wirtschaftlichen Unabhängigkeit normiert § 10b Abs. 1 bis 5 EnWG; § 10b Abs. 6 EnWG zieht eine haftungsrechtliche Konsequenz aus der weitgehenden Autonomie des ITO.<sup>38</sup> Die Netztochter muss dabei die für den Betrieb, die Wartung und den Netzausbau erforderlichen Entscheidungsbefugnisse über die finanziellen Mittel des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens haben und durch Kreditierung oder Kapitalerhöhung zusätzliches Kapital beschaffen können.<sup>39</sup> Die personelle Unabhängigkeit des ITO-Personals wird durch § 10c EnWG gewährleistet. Die Ernennung und Abberufung von Mitgliedern der obersten Unternehmensleitung sind nach § 10c Abs. 1 S. 1 EnWG der BNetzA mitzuteilen. Diese kann innerhalb von drei Wochen Einwände hiergegen erheben, § 10c Abs. 1 S. 3 und 4 EnWG. Grundlegendes Instrument zur Gewährleistung der personellen Unabhängigkeit des ITO ist die Cooling-on- bzw. Cooling-off-Regelung. Demnach trifft die Mehrheit der Mitglieder der Unternehmensleitung des Netzbetreibers vor Ernennung eine dreijährige Karenzzeit, während der sie nicht in einem mit Erzeugung, Verteilung, Lieferung oder Kauf von Elektrizität betrau-

<sup>23</sup> Knauff (Fn. 18), § 8 Rn. 7.

<sup>24</sup> Säcker/Mohr (Fn. 20), § 8 Rn. 29.

<sup>25</sup> Säcker/Mohr (Fn. 20), § 8 Rn. 66.

<sup>26</sup> Marquering in: Stuhlmacher/Stappert/Schoon/Jansen (Hrsg.), Grundriss zum Energierecht, 2. Aufl. 2015, Kap. 1 Rn. 119.

<sup>27</sup> Schmidt-Preuß, ET 09/2009, 82 (83).

<sup>28</sup> Knauff (Fn. 18), § 9 Rn. 7.

<sup>29</sup> Otto/Küper/Goldberg (Fn. 22), S. 160; Knauff (Fn. 18), § 9 Rn. 9.

<sup>30</sup> Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht, 3. Aufl. 2013, 5. Kap. Rn. 111.

<sup>31</sup> Koenig/Kühling/Rasbach (Fn. 30), 5. Kap. Rn. 112.

<sup>32</sup> Schmidt-Preuß, ET 09/2009, 82 (83).

<sup>33</sup> Knauff (Fn. 18), § 10, Rn. 1.

<sup>34</sup> Schmidt-Preuß, in: Storr, Neue Impulse für die Energiewirtschaft, S. 18.

<sup>35</sup> Säcker/Mohr, N&R Beilage 2/2012, 1 (5).

<sup>36</sup> Knauff (Fn. 18), § 10 Rn. 10; BNetzA-ZH, S. 26.

<sup>37</sup> Pritzsche/Vacha (Fn. 4), § 5, Rn. 44; Rademacher, Geschäftsführung und Unternehmensleitung im entflochtenen Energieversorgungsunternehmen, 2015, S. 227.

<sup>38</sup> Knauff (Fn. 18), § 10b, Rn. 1.

<sup>39</sup> Pritzsche/Vacha (Fn. 4), § 5 Rn. 44.

ten Unternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens oder bei Mehrheitseigentümern dieser Unternehmen angestellt sein dürfen. Gleiches gilt nach § 10c Abs. 5 EnWG auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses. Dann beträgt die Cooling-off-Periode aufgrund des gesteigerten, netzspezifischen Wissens vier Jahre für alle ausscheidenden Mitglieder.<sup>40</sup> Der Bundesgerichtshof (BGH) hat, entgegen der strikten Auffassung der BNetzA,<sup>41</sup> eine einzelfallbezogene Anwendung dieser Vorschriften nach § 10c Abs. 6 EnWG auf zweite Führungsebene des ITO bejaht, sofern diese umfangreiche Kenntnisse über das Transportnetz haben müssen und die unternehmerischen Entscheidungen maßgeblich beeinflussen können.<sup>42</sup> Gleichzeitig sah das Gericht auch einen gerechtfertigten Verstoß gegen höherrangiges Recht, insbesondere gegen Art. 12 und 14 GG, was allerdings von dem öffentlichen Interesse an einem diskriminierungsfreien und wirksamen Wettbewerb auf Netzebene überlagert werde.<sup>43</sup> Die berufliche Handlungsunabhängigkeit der Beschäftigten gewährleistet § 10c Abs. 4 EnWG, der finanzielle Anreize, die Leitung des Netzbetreibers an den Interessen des Gesamtkonzerns auszurichten, gänzlich verhindert.<sup>44</sup>

§ 10d EnWG regelt das Verhältnis der Zusammensetzung des Aufsichtsrates des ITO. Im Rahmen einer sektorspezifischen Regelung im Gesellschaftsrecht<sup>45</sup> schreibt § 10d Abs. 1 EnWG die Existenz eines Aufsichtsrates unabhängig von der gewählten Rechtsform vor.<sup>46</sup> Der Aufsichtsrat entscheidet über die Finanzplanung und die Gewinnverwendung, nicht aber über die laufenden Geschäfte des Netzbetriebs.<sup>47</sup> § 10d Abs. 3 S. 1 EnWG verlangt, dass die Hälfte weniger eine Stimme des Aufsichtsrates den Vorschriften des § 10c Abs. 1 bis 5 EnWG unterliegen. Die übrigen Mitarbeiter, vornehmlich Arbeitnehmervertreter, unterliegen nach § 10d Abs. 3 S. 2 EnWG lediglich der Transparenzverpflichtung. Hiermit intendiert nach Säckler der Gesetzgeber lediglich, dass den Vertretern des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens eine Minorität von einer Stimme zukomme.<sup>48</sup> Schmidt-Preuß tritt dem auf den Wortlaut der Vorschrift rekurrierend entgegen und erläutert, dass zunächst die Hälfte der Mitglieder ermittelt und sodann hiervon noch ein Mitglied abgezogen werden müsse.<sup>49</sup> Beide Ansichten bergen vor allem im Hinblick auf die deutsche Gesetzgebung zum Mitbestimmungsrecht aber auch hinsichtlich der Besetzung der

Aufsichtsräte großes Konfliktpotential, da sich die energierechtliche Regelung nur schwerlich mit allgemeinen Vorschriften vereinen lässt.

§ 10e EnWG verpflichtet den ITO dazu, ein Programm mit verbindlichen Maßnahmen zur diskriminierungsfreien Ausübung des Übertragungsnetzbetriebs festzulegen und Sanktionen für Zuwiderhandlungen zu definieren.<sup>50</sup>

### III. Entwicklung der Regulierung

Im Zuge der rechtlichen, technischen wie politischen Entwicklungen seit der Modernisierung des EnWG im Jahre 2011 ist es nicht zuletzt seit dem verfassungsrechtlich umstrittenen Atomausstieg<sup>51</sup> zu einer Verschiebung der Regulierung von dem Netzbereich hin in den Erzeugungsbereich gekommen. So ermächtigt der Gesetzgeber die Übertragungsnetzbetreiber gemäß § 13a EnWG im Bedarfsfall zu Redispatchmaßnahmen. Dies sind Eingriffe in die Einspeiseleistung von Kraftwerken zur Vermeidung von Engpässen in bestimmten Netzbereichen zur Gewährleistung der Netzstabilität. Praktisch werden Kraftwerksbetreiber diesseits des Engpasses angewiesen, ihre Einspeisung zu drosseln, wohingegen solche jenseits des Engpasses ihre Produktion hochfahren.<sup>52</sup> Den betroffenen Kraftwerksbetreibern steht in solchen Fällen nach § 13j Abs. 1 Nr. 2 EnWG eine (nicht notwendigerweise kostendeckende) Entschädigung zu.<sup>53</sup> Weiterhin dient das in § 13b EnWG verankerte Stilllegungsverbot, insbesondere systemrelevanter Kraftwerke nach § 13b Abs. 1 und 2 EnWG, dem Erhalt der Versorgungssicherheit.<sup>54</sup> So ist eine endgültige Stilllegung systemrelevanter Anlagen nach den Vorgaben des § 13b Abs. 2 EnWG verboten; diese sind entsprechend des § 13b Abs. 1a und 1b EnWG so betriebsbereit zu halten, um diese im Bedarfsfall hochfahren zu können. Eine Stilllegung kommt nur für nicht systemrelevante Anlagen nach § 13b Abs. 1 EnWG in Betracht.

Das Herzstück der Energiewende ist der Regulierungsrahmen für Erneuerbare Energien.<sup>55</sup> Der Gesetzgeber hat einen Förderungsmechanismus für Produzenten des in der Erzeugung deutlich teureren regenerativen Stroms installiert. Diese werden durch die von den Übertragungsnetzbetreibern nach § 60 Abs. 1 EEG 2017 festgelegte EEG-Umlage finanziell entlastet. Stromintensive Unternehmen werden durch die besondere Ausgleichsregelung nach §§ 63 ff. EEG 2017 gegenüber den Haushaltskunden zur Wahrung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit durch Befreiung

<sup>40</sup> Säckler/Mohr, N&R Beilage 2/2012, 1 (13).

<sup>41</sup> Diese verlangte eine grundsätzliche Anwendung des § 10c Abs. 6 EnWG für alle Mitglieder der zweiten Führungsebene, unabhängig ob diese überhaupt mit sensiblen, netzspezifischen Informationen betraut waren, BNetzA, BK7-12-027, S. 41.

<sup>42</sup> BGH, RdE 2017, 544 (545).

<sup>43</sup> BGH, RdE 2017, 544 (545); EnWZ 2016, 262 (264).

<sup>44</sup> Rademacher (Fn. 37), S. 229.

<sup>45</sup> BT-Drucks. 17/6072, S. 64.

<sup>46</sup> Entgegen den Vorschriften des GmbHG bedarf es eines Aufsichtsrates bei Organisation des Netzbetreibers als GmbH.

<sup>47</sup> Marquering (Fn. 26), Kap. 1 Rn. 134.

<sup>48</sup> Säckler, ET 11/2009, 80 (80 f.).

<sup>49</sup> Schmidt-Preuß, ET 12/2009, 74 (74 f.).

<sup>50</sup> Otto/Küper/Goldberg (Fn. 22), S. 169; Pritzsche/Vacha (Fn. 4), § 5 Rn. 44.

<sup>51</sup> Büdenbender, DVBl 2017, 1449 (1452); ausführlich: Robinet, BRJ 2015, 19 (21).

<sup>52</sup> Schmidt-Preuß, RdE Sonderheft 2017, 3 (6).

<sup>53</sup> Zu der Frage angemessener Ausgleichszahlungen OLG Düsseldorf, IR 2015, 278.

<sup>54</sup> Tüngler, in: Kment (Hrsg.), EnWG, 2015, § 13a Rn. 1.

<sup>55</sup> Franzius, JuS 2018, 28 (29).

von der EEG-Umlage privilegiert.<sup>56</sup> Diese Instrumente haben in der Vergangenheit allerdings zu erheblichen beihilferechtlichen Bedenken geführt.<sup>57</sup> Einen vergleichbaren Fördermechanismus gewährt auch das KWKG 2017.

### C. Netzzugangsregulierung

Das Energierecht differenziert grundlegend zwischen Netzanschluss und Netzzugang. Der Netzanschluss ist dabei im technischen Sinne zu verstehen und betrifft die physische Verbindung mit dem Netz.<sup>58</sup> Demgegenüber umfasst der Netzzugang die Nutzung des (vorgelagerten) Netzes zur Entnahme bzw. Einspeisung von Strom und beinhaltet auch die Qualität, die Regelmäßigkeit sowie die Kosten der Dienstleistung.<sup>59</sup> Der Netzanschluss ist elementare Voraussetzung für den Netzzugang.<sup>60</sup> Maßgeblicher Rechtsrahmen für den Netzanschluss sind §§ 17 bis 19a EnWG sowie die NAV, für den Netzzugang sind §§ 20 bis 28a EnWG und die konkretisierende StromNZV prägend.<sup>61</sup> Die NAV enthält dabei konkrete Vorgaben zu den Pflichten des Anschlussnehmers und des Netzbetreibers.<sup>62</sup> Zentrale Elemente des Netzzugangssystems lassen sich § 20 Abs. 1 i.V.m. Abs. 1a und § 21 EnWG entnehmen.<sup>63</sup> Grundsätzlich hat jedermann einen gesetzlichen Anspruch<sup>64</sup> gegen die Netzbetreiber auf Zugang zum Netz. Die tatsächliche Ausgestaltung erfolgt im Rahmen eines Netznutzungsvertrages nach § 24 StromNZV, der dem Netznutzer den Zugang zum gesamten Netz vermittelt und die damit verbundenen Rechte und Pflichten der Vertragspartner regelt.<sup>65</sup> Der Lieferantenrahmenvertrag (§ 25 StromNZV) ermöglicht dem Lieferanten den Netzzugang zur Belieferung ihrer Kunden mit Strom.<sup>66</sup>

Der Netzanschlusanspruch ist gerade für Offshore-Anlagen von herausragender Bedeutung. Lange galt der Grundsatz, dass der Übertragungsnetzbetreiber für den Anschluss der Offshore-Windkraftanlage vollständig verantwortlich sei, der dahingehend modifiziert wurde, dass der Anspruch erst ab dem Zeitpunkt der verbindlichen Fertigstellung der Anlage besteht, § 17d Abs. 2 S. 5 EnWG.<sup>67</sup> Zum finanziellen Schutz der Windanlagenbetreiber auf See enthält § 17e

EnWG eine verschuldensunabhängige Haftungsregelung gegenüber den Übertragungsnetzbetreibern für den Fall der Unmöglichkeit der Einspeisung wegen einer Verzögerung oder Unterbrechung des Anschlusses.

### D. Netzentgeltregulierung

Die Netzentgeltregulierung ist in § 21 EnWG verankert und bildet mit § 21a und § 23 EnWG die Trias der kostenbezogenen Normen des Energiewirtschaftsrechts.<sup>68</sup> Derartige Regelungen sind notwendig, da das natürliche Monopol eine freie Preisbildung am Markt verhindert und der Preis vielmehr einseitig festgesetzt wird. Das Entgelt im Sinne des § 21 EnWG ist als Gegenleistung für die Inanspruchnahme des Netzzugangs zu verstehen.<sup>69</sup> Hierunter fallen sowohl die Kosten des Transports als auch diese für weitere Systemdienstleistungen wie Redispatch, Messung und Abrechnung. Die Entgelte müssen dabei nach § 21 Abs. 1 EnWG angemessen, transparent und diskriminierungsfrei sein. Die genaue Bestimmung der Netzkosten ist dabei in der StromNEV konkretisiert. Zentrale Maßgabe zur Bestimmung der Entgelte ist die kostenorientierte Entgeltbildung nach § 21a Abs. 1 EnWG, die sich anhand der in § 21a Abs. 2 S. 1 EnWG implementierten Anreizregulierung bestimmt. Diese gibt für eine fünfjährige Regulierungsperiode die Gesamterlöse aus den Netzzugangsentgelten (Erlösobergrenze) vor.<sup>70</sup> Die Kostenprüfung der StromNEV bildet die Grundlage für die Festlegung der Erlösobergrenze. Die Anreizregulierung bezweckt, Effizianzanreize bei gleichzeitigem Erhalt des Qualitätsniveaus zu schaffen.<sup>71</sup> Maßgeblich hierfür ist die effiziente Leistungserbringung. Das tatsächliche, durch den Netzbetreiber festgesetzte und vom Kunden zu entrichtende Entgelt unterliegt jedoch nicht der Regulierung, sondern lediglich der Kostenkontrolle der BNetzA.<sup>72</sup> Von der kostenorientierten Entgeltbildung ausdrücklich ausgenommen sind die geschlossenen Verteilernetze, § 110 EnWG.

### E. Energiezivilrecht

Ein wesentlicher Bestandteil des Energiewirtschaftsrechts ist das Energievertragsrecht. Die komplexe Struktur zwischen Erzeuger, Übertragungs- und Verteilnetzbetreiber, Lieferanten sowie Kunden bedarf einer Vielzahl von vertraglichen Ausgestaltungen, die stringent zu differenzieren ist.<sup>73</sup> Im Zuge der fortschreitenden Digitalisierung des Energiesektors sind zudem auch die Verhältnisse zum Messstellenbetreiber bedeutsam geworden.<sup>74</sup>

<sup>56</sup> Salje, EEG 2017, 8. Aufl. 2018, § 63 Rn. 20.

<sup>57</sup> Bejahend: *EuG*, Urt. v. 10.5.2016 – Rs. T-47/15 – EEG 2012; kritisch: *Schmidt-Preuß*, *EurUP* 2016, 251 (256); zur Notifizierung des EEG 2017 BT-Drucks. 18/8832, S. 155.

<sup>58</sup> Exemplarisch: *EuGH*, Urt. v. 29.09.2016, C-492/14, Rn. 72 – *Essent*.

<sup>59</sup> *Mai*, *RdE* 2017, 515 (516).

<sup>60</sup> *Böwing*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß (Hrsg.), *Regulierung in der Energiewirtschaft*, 2. Aufl. 2016, Kap. 71 Rn. 4.

<sup>61</sup> *Böwing* (Fn. 60), Kap. 71 Rn. 4.

<sup>62</sup> Zu der Frage der Kostentragungspflicht bei Mietverhältnissen: *Schwindt*, *BRJ* 2016, 42 (44).

<sup>63</sup> *Böwing* (Fn. 60), Kap. 71 Rn. 20.

<sup>64</sup> *Säcker/Boesche*, in: Säcker (Hrsg.), *Berliner Kommentar EnWG*, Band 1 Halbb. 1, 3. Aufl. 2015, § 20 Rn. 11.

<sup>65</sup> *Reuter/Goldberg*, in: PwC (Hrsg.), *Regulierung in der Energiewirtschaft*, 4. Aufl. 2015, S. 241.

<sup>66</sup> *Reuter/Goldberg* (Fn. 65), S. 241 f.

<sup>67</sup> *Schink*, in: *Kment* (Hrsg.), *EnWG*, 2015, vor §§ 17a bis 17j Rn. 13.

<sup>68</sup> *Schütte*, in: *Kment* (Hrsg.), *EnWG*, 2015, § 21 Rn. 1; *BVerfG*, *NVwZ* 2010, 373 Rn. 36 – *Vattenfall*.

<sup>69</sup> *Schütte* (Fn. 68), § 21 Rn. 29.

<sup>70</sup> *Koenig/Kühling/Rasbach* (Fn. 30), 4. Kap. Rn. 24 ff.

<sup>71</sup> *Koenig/Kühling/Rasbach* (Fn. 30), 4. Kap. Rn. 23.

<sup>72</sup> *Schütte*, in: *Kment* (Hrsg.), *EnWG*, 2015, § 21 Rn. 63.

<sup>73</sup> *Hempel*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß (Hrsg.), *Regulierung in der Energiewirtschaft*, 2. Aufl. 2016, Kap. 111 Rn. 2.

<sup>74</sup> *Funke*, *RdE* 2017, 506 (507).

Energielieferverträge sind Dauerschuldverhältnisse, die für eine bestimmte Zeit über die Lieferung von Energie für eine bestimmte Abnahmestelle geschlossen werden.<sup>75</sup> Den Haushaltskunden kommt dabei ein Wahlrecht zwischen der Grundversorgung nach § 36 Abs. 1 S. 1 EnWG oder des Abschlusses eines Sonderkundenvertrages zu.

Zum Abschluss eines Grundversorgungsvertrages ist kein ausdrücklicher Vertragsschluss notwendig, vielmehr folgt aus der bloßen Nutzung eines Anschlusses ein gesetzliches Schuldverhältnis.<sup>76</sup> Dieser Eingriff in die Rechte des zur Stromlieferung verpflichteten Grundversorgers ist als Ausfluss des Sozialstaatsprinzips zu rechtfertigen.<sup>77</sup> Grundversorger ist der Lieferant eines Netzgebiets, der die meisten Kunden versorgt, § 36 Abs. 2 S. 1 EnWG. Die detaillierten und verbraucherfreundlichen Ausprägungen des Grundversorgungsverhältnisses sind in der StromGVV normiert.

Auf die Sonderkundenverträge zwischen Lieferanten und Verbraucher finden nicht nur die allgemeinen Regeln des Zivilrechts Anwendung, sondern auch spezielle Vorschriften des Energierechts. § 41 Abs. 1 S. 1 EnWG legt das Prinzip der Einfachheit und Verständlichkeit des Vertrages fest. § 41 Abs. 1 S. 2 EnWG normiert die inhaltlichen Mindestvoraussetzungen eines Stromliefervertrages. Ändert der Lieferant die Vertragsbedingungen einseitig, steht dem Verbraucher nach § 41 Abs. 3 S. 2 EnWG ein spezielles, fristloses Kündigungsrecht zu. Neben den spezialgesetzlichen Regelungen ist das AGB-Recht der §§ 305 ff. BGB von großer Bedeutung. Das Vertragsverhältnis ist zumeist als all-inclusive-Vertrag zu klassifizieren, der sowohl die Kosten der Stromlieferung beinhaltet als auch festlegt, dass der Lieferant für den Transport des Stroms zum Kunden verantwortlich ist und die Kosten für den Netzzugang sowie die Messung Sorge zu erheben und an den Verteilernetzbetreiber weiterzuleiten hat.<sup>78</sup>

## F. Fazit

Das Energierecht ist eine dynamische Branche, die sich derzeit in einem großen Wandel befindet. Die Umsetzung der Energiewende in Verbindung mit der zunehmenden Digitalisierung des Sektors, unter anderem in Form des Smart-Meter-Rollouts<sup>79</sup>, fordert das Recht heraus. Schließlich wird auch die zunehmende Elektromobilität das Energierecht vor konzeptionell-strukturelle Fragen stellen. Der zentrale bedeutsame Ausbau der Ladestationen wirft zivil- und baurechtliche sowie schließlich auch energierechtliche Pro-

blemstellungen<sup>80</sup> auf und bedarf einer feinjustierten Ausgestaltung.<sup>81</sup> Hierzu müssen Wissenschaft und Praxis Lösungsansätze entwickeln.

<sup>75</sup> BGH, NJW 2013, 897 (897); Hempel (Fn. 73), Kap. 111 Rn. 3; de Wyl/Soetebeer, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl. 2013, § 11 Rn. 87.

<sup>76</sup> Rasbach, in: Kment (Hrsg.), EnWG, 2015, § 36 Rn. 6; Büdenbender, NJW 2017, 299 (299).

<sup>77</sup> Hempel (Fn. 73), Kap. 111 Rn. 6.

<sup>78</sup> Germer, EnWZ 2017, 67 (67 f.).

<sup>79</sup> Funke, RdE 2017, 506 (512).

<sup>80</sup> Z.B. die Frage, ob der Ladesäulenbetreiber zum Elektrizitätsversorgungsunternehmen i.S.d. § 3 Nr. 20 EEG 2017 wird, Heß/Lietz, ER 2017, 227 (229).

<sup>81</sup> Ludwigs/Huller, RdE 2017, 497 (498).