

Berliner Kommentar zum Energierecht

4., völlig neu bearbeitete und wesentlich erweiterte Auflage 2019

Band 1 (Halbband 1)

Energiewirtschaftsrecht – Energieplanungsrecht –
Energiesicherungsgesetz

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dr. Dres. h. c. Franz Jürgen Säcker

Bearbeitet von:

Dr. Markus Appel; Matthias Arens; Prof. Dr. Klaus-Dieter Barbknecht; Torsten Benzin;
Dr. Antje Berg; Dr. Katharina Vera Boesche; Heiner Bruhn; Prof. Dr. Jan Busche; Prof. Dr.
Dr. h.c. mult. Walther Busse von Colbe; Dr. Thomas Dörmer, LL.M.; Dr. Stefan el-Barudi;
Peter Franke; Dr. Oliver Franz; Dr. Annegret Groebel; Prof. Dr. Jörg Gundel; Prof. Dr.
Elke Gurlit; Dr. Christian Hampel; RA Dr. Björn C. Heinlein; Peter Hohaus;
Dr. Klaus Holthoff-Frank; Dr. Anke Johannis; Dr. Cornelia Kermel; Prof. Dr. Jürgen Keßler;
Dr. Johann Klinge; Dr. Carsten König, LL.M. (Harvard); Ulrich v. Koppenfels;
Dr. Jürgen Kroneberg; Dr. Birgit Kunze, MBA; Dr. André Lippert; Katrin Luck, LL.M.;
Prof. Dr. Kurt Markert; Dr. Jörg Meinzenbach, LL.M.; Christoph Meitz, LL.M.;
Prof. Dr. Jochen Mohr; Marco Naujoks; Dr. Martin J. Ohms; Prof. Dr. Johann-Christian Pielow;
Dr. Michael Poullie; Dr. Kai Uwe Pritzsche, LL.M. (Berkeley); Dr. Stefan Prömper;
Jens Holger Quellmalz, LL.M.; Dr. Thomas Reif; Dr. Anke Reimers; Dr. Katrin Roesen;
Dr. Reinhard Ruge, LL.M.; RA Dr. Marc Ruttloff; Prof. Dr. Dr. Dres. h.c. Franz Jürgen Säcker;
Prof. Dr. Matthias Schmidt-Preuß; Dr. Ansgar Schönborn, LL.M.; Dr. Erik Staebe;
Dr. Juliane Steffens, LL.M. (Harvard); Christian Thole; Prof. Dr. Ulrich Tödtmann;
Dr. Maximilian Uibelesen, LL.M.; Dr. Gerrit Volk; Lutz Wegner; Dr. Andreas Weiss;
Dr. Susanne Wende, LL.M.; Prof. Dr. Hartmut Weyer; Dr. Maik Wolf; Anne Christine Zeidler

Zitierweise: BerlKommEnR I 1/*Bearbeiter*

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8005-1650-6 Band 1 (Halbbände 1 und 2)

dfv Mediengruppe

© 2019 Deutscher Fachverlag GmbH, Fachmedien Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satzkonvertierung: Lichtsatz Michael Glaese GmbH, 69502 Hemsbach

Druck und Verarbeitung: Kösel GmbH & Co. KG, 87452 Altusried-Krugzell

Printed in Germany

Kapitel 1: Grundlagen: internationale, europäische und verfassungsrechtliche Vorgaben des Energierechts

A. Das Energierecht im Spannungsfeld von staatlicher Planung und privatem Wettbewerb

Schrifttum: *Ackermann/Petzold*, Energieregulierung und Kartellaufsicht, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Regulierung in der Energiewirtschaft, 2. Aufl. 2016, S. 118; *Appel*, Bundesfachplanung versus landesplanerische Ziele der Raumordnung, NVwZ 2013, 457; *Baur/Henk-Merten*, Preisaufsicht über Netznutzungsentgelte, RdE 2002, 193; *Betzüge/Kesting*, Ökonomische Grundlagen der Regulierung von Energienetzen, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Regulierung in der Energiewirtschaft, 2. Aufl. 2016, S. 68; *Bews*, Die Kontrolle der Wassergebühren zwischen Kommunal- und Wettbewerbsrecht, N&R 2013, 146; *Billhardt*, Projektierung von Windenergieanlagen, in: Gerhard/Rüsch/Sandhövel, Finanzierung Erneuerbarer Energien, 2. Aufl. 2015, S. 368; *Bohn/Marschall*, Die technische Entwicklung der Stromversorgung, in: Fischer, Die Geschichte der Stromversorgung, 1993, S. 39; *Büdenbender*, Das deutsche Energierecht nach der Energierechtsreform 2005, et 9/2005, 642; *ders.*, Die leistungsgebundene Energiewirtschaft im Spannungsfeld zwischen Wettbewerb und Regulierung, ZfIR 1998, 641; *ders./Rosin*, Energierechtsreform 2005; *Burgi*, Das subjektive Recht im Energieregulierungsverwaltungsrecht, DVBl. 2006, 269; *ders.*, Die Energiewende und das Recht, JZ 2013, 745; *Eckhoff/Jänsch*, Marktversagen und Regulierung in Strom- und Gasmärkten, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Regulierung in der Energiewirtschaft, 2. Aufl. 2016, S. 14; *Ehricke*, Der europäische Regelungsansatz zur Versorgungssicherheit in Bezug auf Stromnetze, ZNER 2004, 211; *Epping*, Irrnisse und Wirrnisse des „unumkehrbaren“ Atomausstiegs 2011, in: Festschrift für Peter Salje, 2013, S. 77; *Evers*, Das Recht der Energieversorgung, 1983; *Fehling*, Instrumente und Verfahren, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, 2010, S. 1087; *Frenz*, Fracking und UVP, UPR 2012, 125; *ders.*, Bergrechtsreform und Europarecht, UPR 2013, 95; *Gaßner/Buchholz*, Rechtsfragen des Erdgas-Fracking – Grundwasserschutz und UVP, ZUR 2013, 143; *Gerberding*, Das Energierecht der DDR, RdE 1990, 70; *Germer/Loibl*, Energierecht Handbuch, 2. Aufl. 2006; *Gawel*, EEG-Umlage: Preisregelung oder Sonderabgabe?, DVBl. 2013, 409; *Glaser*, Das Netzausbauziel als Herausforderung für das Regulierungsrecht, DVBl 2012, 1283; *Häder*, Klimaschutzpolitik in Deutschland: eine ökonomische Konsistenzanalyse der Rahmenbedingungen für den Strommarkt, ZfE 2010, 11; *Haucap*, Energie 2020: Der Weg in die Energieplanwirtschaft, ZfW 2011, 74; *Haucap/Coenen*, Mehr Plan- als Marktwirtschaft in der energiepolitischen Strategie 2020 der Europäischen Kommission, in: Festschrift für Franz Jürgen Säcker, 2012, S. 721; *Haucap/Kühling*, Zeit für eine grundlegende Reform der EEG-Förderung, et 3/2013, 41; *Herzig*, Wirtschaftsgeschichtliche Aspekte der deutschen Elektrizitätsversorgung 1880 bis 1990, in: Fischer, Die Geschichte der Stromversorgung, 1992, S. 123; *Kehrberg*, Die Entwicklung des Elektrizitätsrechts in Deutschland: Der Weg zum Energiewirtschaftsgesetz von 1935, 1996; *Kment*, Netzausbau und Eigentum, EnWZ 2015, 57; *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik, 3. Aufl. 2008; *Kube*, Öffentliche Aufgaben in privater Hand – Sachverantwortung und Finanzierungslast, Die Verwaltung 41 (2008), 1; *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004; *Kühne*, Vom Privatrecht zum Wirtschaftsrecht, RdE 2005, 241; *Lepsius*, Verfassungsrechtlicher Rahmen der Regulierung, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, 2010, S. 143; *ders.*, Ziele der Regulierung, a. a. O., S. 1055; *Leschke*, Regulierungstheorie aus ökonomischer Sicht, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, 2010, S. 281; *Lippert*, Energiewirtschaftsrecht, 2002; *Löwer*, Rechtshistorische Aspekte der deutschen Elektrizitätsversorgung von 1880 bis 1990, in: Fischer, Die Geschichte der Stromversorgung, 1992, S. 169; *Ludwigs*, Regulierung und allgemeine Wirtschaftsaufsicht, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Regulierung in der Energiewirtschaft, 2. Aufl. 2016, S. 109; *ders.*, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht – Unternehmenseffizienz als neue Rechtskategorie, 2013; *Manssen*, Die Verfassungsmäßigkeit von

EnWG Einl. A. Das Energierecht im Spannungsfeld von staatlicher Planung

EEG-Umlage und besonderer Ausgleichsregelung im Erneuerbare-Energien-Gesetz, WiVerw 2012, 170; *ders.*, Die EEG-Umlage als verfassungswidrige Sonderabgabe, DÖV 2012, 499; *Mohr*, Privatrechtliche Nichtigkeit von Kartellen und öffentlich-rechtlicher Vertrauensschutz, ZWeR 2011, 383; *Ockenfels*, Wettbewerb in den nicht-regulierten Stufen der Strom- und Gasmärkte, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Regulierung in der Energiewirtschaft, 2. Aufl. 2016, S. 28; *Papier/Krönke*, Investitionen in Erneuerbare Energien und Vertrauensschutz, REE 2012, 1; *Reinhardt*, Wasserrechtliche Vorgaben für die Gasgewinnung durch Fracking-Bohrungen, NVwZ 2012, 1369; *Säcker*, Marktabgrenzung, Marktbeherrschung, Markttransparenz und Machtmissbrauch auf den Großhandelsmärkten für Elektrizität, 2011; *ders.*, Der beschleunigte Ausbau der Höchstspannungsnetze als Rechtsproblem, 2009; *ders.*, Das Regulierungsrecht im Spannungsfeld von öffentlichem und privatem Recht. Zur Reform des deutschen Energie- und Telekommunikationsrechts, AöR 130 (2005), 180; *ders.*, Neues Energierecht, 2. Aufl. 2003; *ders.*, Zur Methode der Ermittlung missbräuchlich überhöhter Preise und zur Befugnis der Kartellbehörden zur vergleichsweisen Beendigung von Preismissbrauchsverfahren, in: Festschrift für Joachim Bornkamm, 2013, S. 235; *Schäfer-Stradowsky/Boldt*, Energierechtliche Anmerkungen zum Smart Meter-Rollout, EnWZ 2015, 349; *Schlacke/Kröger*, Zur Unionsrechtskonformität des EEG bei zunehmender Rekommunalisierung und Verstaatlichung der Elektrizitätswirtschaft, DVBl. 2013, 403; *Schmalensee*, The Control of Natural Monopolies, 1979; *Schneider*, Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation: eine vergleichende Untersuchung zur Reform des britischen, US-amerikanischen, europäischen und deutschen Energierechts, 1999; *Schuppert*, Der moderne Staat als Gewährleistungsstaat, in: Schröter, Empirische Policy- und Verwaltungsforschung: lokale, nationale und internationale Perspektiven, 2001; *Stern*, Postreform zwischen Privatisierung und Infrastrukturgewährleistung, DVBl. 1997, 309; *Trute*, Gemeinwohlsicherung im Gewährleistungsstaat, in: Schuppert/Neidhardt, Gemeinwohl, Auf der Suche nach Substanz, 2002, S. 330; *Weiß*, EU-Wettbewerbsrecht und Energie, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Regulierung in der Energiewirtschaft, 2. Aufl. 2016, S. 148; *M. Wolf*, Das „Smart Grid“ als regulierte technologische Innovation und Marktkonzept für die Energiewirtschaft, InTeR 2013, 14; *ders.*, Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen für eine kartellrechtliche Kontrolle von Gebühren, WuW 2013, 246; *Zimmermann*, Monopol und Wettbewerb, in: Chmielewicz/Eichhorn, Handwörterbuch der öffentlichen Wirtschaft, 1989.

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Energiepolitik und Energiewende	1	6. „Winterpaket“: Clean Energy for all Europeans	39
II. Die geschichtliche Entwicklung des Energiewirtschaftsgesetzes	15	III. Leitideen des Energiewirtschaftsrechts	48
1. Entwicklung zur monopolistischen Selbststeuerung der Energieversorgungsunternehmen im EnWG 1935	15	IV. Privatrechtliche Grundlagen der Netzinfrastrukturregulierung	56
2. Einfluss des Wettbewerbsrechts	19	V. Wirtschaftsverfassungsrechtliche Grundlagen der Netzinfrastrukturregulierung	61
3. Der Schritt zur wettbewerblichen Öffnung der Märkte	21	VI. Regulierungsmaßstäbe im Energierecht	70
a) Erstes Gesetz zur Änderung des Neuregelungsgesetzes 1998	27	1. Die Kosten eines effizienten, marktstrukturell vergleichbaren Unternehmens als Regulierungsmaßstab	70
b) Zweites Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts (EnWG 2005)	30	2. Konvergenz mit den allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Maßstäben (Art. 102 AEUV, §§ 19 f. GWB)	81
4. Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften (EnWG 2011)	33		
5. Energiewende-Gesetzgebung	37		

I. Energiepolitik und Energiewende

Die im EnWG 1935 gesetzlich ausgeformte traditionelle Energiepolitik der Versorgung von Industrie und Bevölkerung in monopolistisch geschlossenen Versorgungsgebieten ist **1998** unter dem Einfluss der Europäischen Union radikal umgestaltet worden mit dem Ziel einer liberalen **wettbewerblichen Öffnung** der Märkte für Elektrizität und Gas.¹ Diese **erste** fundamentale Wende, die sich noch heute im Kern unverändert in den §§ 1, 1a EnWG widerspiegelt, ist dann im Jahre **2009** durch die Entscheidung für den **Atomausstieg² und die massiven Förderungen der Stromproduktion aus erneuerbaren Energien³ erneut durch planwirtschaftliche Elemente geändert worden (Zweite Energiewende)** soweit bis dahin keine Großbatteriekraftwerke zur Verfügung stehen, in denen sich Strom effektiv speichern lässt.⁴ Ziel ist es, spätestens bis zum Jahre 2050 80% des Strombedarfs aus in Deutschland produziertem EE-Strom zu decken und den Restbedarf aus im In- und Ausland lastgünstig gelegenen Gas- und Wasserkraftwerken zu beschaffen, wie sich in den Zielsetzungen des § 1 EnWG widerspiegelt. Der Einspeisevorrang für erneuerbare Energien verfälschte aus Gründen des Klimaschutzes das soeben errichtete Wettbewerbssystem; das neu geschaffene Regulierungsrecht für die Kontrolle der Netzzugangsentgelte schuf einen Ersatz bei Marktversagen.⁵

Nach der Bundestagswahl 2013 war eine **erneute Wende** zur Harmonisierung der deutschen, ohne Abstimmung mit der EU konzipierten Energiepolitik mit dem am 1.1.2014 in volle Kraft tretenden **EU-Binnenmarkt für Energie ohne Grenzen** notwendig, um eine nationale Stromautarkiepolitik EU-konform einzugrenzen und mit einem einheitlichen europäischen Strommarkt unvereinbare dezentrale Einspeisungen, die das Netz destabilisieren, zu begrenzen.⁶ Die auf der Stromhandelsverordnung⁷ basierenden Netz-Kodizes zur technischen Ermöglichung eines einheitlichen europäischen Netzbetriebs⁸ setzen der na-

1 Sog. Erstes Binnenmarktpaket Strom, RL 96/92/EG v. 19.12.1996, ABl. L 027/20 v. 31.1.1997, aufgehoben durch das Zweite Binnenmarktpaket Strom, RL 2003/54/EG v. 26.6.2003, ABl. L 176/37 v. 15.7.2003, aufgehoben durch das Dritte Binnenmarktpaket Strom, RL 2009/72/EG v. 13.7.2009, ABl. L 211/55 v. 14.8.2009; Erstes Binnenmarktpaket Gas, RL 98/30/EG v. 22.6.1998 ABl. L 204/1 vom 21.7.1998, aufgehoben durch das Zweite Binnenmarktpaket Gas, RL 2003/55/EG vom 26.6.2003, ABl. L 176/57 v. 15.7.2003, aufgehoben durch das Dritte Binnenmarktpaket Gas, RL 2009/73/EG v. 13.7.2009, ABl. L 211/94 v. 14.8.2009.

2 13. Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes v. 31.7.2011, BGBl. I 2011, S. 1704 v. 5.8.2011, BT-Drs. 17/6246 und 17/6070 v. 6.6.2011, hierzu *Epping*, in: FS Salje, S. 77 ff.

3 BReg, Eckpunktepapier zur Energiewende v. 1.7.2015 und auch schon im Eckpunktepapier v. 6.6.2011, zuvor bereits Energiekonzept der BReg „Energiekonzept für eine umweltschonende, zuverlässige und bezahlbare Energieversorgung“ v. 28.9.2010. Neben der dreizehnten Atomgesetznovelle enthielt das Gesetzespaket zur Energiewende u. a. das Gesetz zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien (BGBl. I 2011, S. 1634), das Netzausbaubeschleunigungsgesetz Übertragungsnetz (NABEG) (BGBl. I 2011, S. 1690) und das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften (BGBl. I 2011, S. 1554).

4 S. zu dieser Entwicklung auch Monopolkommission, Sondergutachten 59, S. 34 ff.

5 Vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 4 EEG, hierzu *Schmidt-Preuß*, in: FS Salje, S. 297, 398.

6 Vgl. hierzu die Mitteilung der KOM „Ein funktionierender Energiebinnenmarkt“ v. 15.11.2012, COM(2012) 663 final, S. 2 ff., auch in ihrem Fortschrittsbericht „Erneuerbare Energien“ v. 27.3.2013, COM(2013) 175 final, S. 14 f. fordert die KOM eine bessere Integration von Strom aus erneuerbaren Energien in den Binnenmarkt.

7 VO (EG) Nr. 714/2009 v. 13.7.2009, ABl. L 211/15 v. 14.8.2009.

8 Dazu *Thole*, IR 2011, 218 ff.

EnWG Einl. A. Das Energierecht im Spannungsfeld von staatlicher Planung

tionalen Energiepolitik zunehmend Grenzen. Nach der Bundestagswahl von 2017 sieht der vorläufige Koalitionsvertrag von SPD und CDU von Februar 2018 einen marktorientierten Ausbau erneuerbarer Energien weiter vor. Um den Ausbau der erneuerbaren Energien zu beschleunigen, soll schon bis 2030 ein Anteil von 65% an erneuerbaren Energien im Strommix angestrebt werden.⁹ Unter Berücksichtigung von Versorgungssicherheit, Bezahlbarkeit und Umweltverträglichkeit soll damit die Energiewende voran gebracht werden.

- 3 Das aktuelle Energierecht in Deutschland ist durch die von allen Parteien im Grundsatz mitgetragene sog. **Zweite Energiewende** des Jahres 2009 bestimmt.¹⁰ Es geht dabei um die Transformation einer durch Fossilenergie und durch Kernkraft geprägten Energieversorgung auf eine durch **erneuerbare Energien** und **nachhaltige Energieeinsparung** charakterisierte Elektrizitätswirtschaft. Damit werden zwei Ziele verfolgt:
 - a) Die von weiten Teilen der Bevölkerung nach dem Kernkraftwerksunglück in Japan empfundene Bedrohung durch nicht vollständig beherrschbare Kernkraftwerke und durch eine nicht sichere Endlagerung radioaktiver Abfälle soll so schnell wie möglich beendet werden.
 - b) Deutschland will beim Klimaschutz durch CO₂-Vermeidung eine internationale Vorbildfunktion übernehmen – wohl wissend, dass der eigene mit hohen Aufwendungen geleistete Beitrag dazu im weltweiten Maßstab verschwindend gering ist und die für die CO₂-Emissionsberechtigung erforderlichen Zertifikate, die in Deutschland dank des erhöhten Einsatzes erneuerbarer Energien und der Umstellung auf CO₂-reduzierte Produktionsmethoden nicht mehr benötigt werden,¹¹ in anderen Ländern zur unverminderten Fortführung CO₂-lastiger Produktion verbraucht werden.
- 4 Die Umsetzung des ökologischen Zwecks darf die anderen Zwecke des EnWG nicht aus dem Auge verlieren, nämlich die **Bezahlbarkeit des Strompreises** für die Verbraucher und die **Energieversorgungssicherheit** trotz der Volatilität von Wind- und Sonnenenergie. Diese Ziele stehen in einem Spannungsverhältnis zueinander (s. die Kommentierung zu § 1). Die **Kosten der Umstellung auf erneuerbare Energien** sind deutlich höher, als die Politik dies bei der Umsteuerung der Energiepolitik vorhergesehen hat. Die Kosten basieren auf folgenden Kostenfaktoren:
 - 5 a) Der unkontrollierte **Ausbau der erneuerbaren Energien** (120 GW installierte Leistung aus Wind- und Sonnenanlagen) bei 70 GW an gesicherter Bedarfsleistung führt zur Unrentabilität von vielen nur noch in Zeiten von Wind- und Sonnenmangel benötigten konventionellen Kraftwerken und verteuert daher durch die Notwendigkeit der **Aufrechterhaltung systemischer Kraftwerke** mit hohen Leistungspreisen die Stromkosten (vgl. §§ 13a ff.

9 Vorläufiger Koalitionsvertrag der SPD und CDU, Februar 2018, abrufbar auf https://www.cdu.de/system/tdf/media/dokumente/koalitionsvertrag_2018.pdf?file=1 (zuletzt abgerufen am 14.2.2018).

10 Hierzu *Burgi*, JZ 2013, 745 ff.; *Papier/Krönke*, REE 2012, 1 ff.; *Glaser*, DVBl. 2012, 1283.

11 Zum Konflikt zwischen der Förderung erneuerbarer Energien und dem EU-Emissionszertifikatehandel, vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 54, Rn. 63; Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Gutachten zur Förderung erneuerbarer Energien, Dokumentation Nr. 534, 2004, S. 6 ff.; *Häder*, ZfE 2010, 11, 17.

EnWG i. V. mit der Reservekraftwerksverordnung (ResKV¹²). Dies wird von § 1a Abs. 1 EnWG im Interesse einer Investitionsbereitschaft in neue Gaskraftwerke hingenommen.

b) Die **Windkraftwerke**, vor allem die Offshore-Windkraftwerke in Nord- und Ostsee, die wegen eines gleichmäßigeren Windflusses eine geringere Volatilität bei der Stromerzeugung aufweisen als preiswertere Onshore-Windkraftwerke, sind auch in Zukunft mindestens doppelt so teuer wie konventionelle Kraftwerke. Die Langfristigkeit des Einsatzes und ihre Reparaturanfälligkeit lassen sich zurzeit nicht gesichert vorhersehen. Ebenso sind die **Anschlusskosten** pro Windpark höher als 1 Mrd. Euro.¹³ Die vom Verbraucher insgesamt zu tragenden Umlagen zur Förderung erneuerbarer Energien belasten die Kilowattstunde Strom derzeit mit mehr als 7 Cent.¹⁴ Insgesamt sind 51 % des Strompreises durch öffentliche Lasten und Umlagen geprägt.¹⁵

c) Der **Ausbau der Übertragungsnetze** zum Transport der mit Hilfe von Windenergie im Norden erzeugten Elektrizität (ca. 3.400 km) über Erdkabel in die Lastzentren des Südens verschlingt viele Milliarden Euro und greift in den Siedlungs-, Landschafts- und Naturschutz ein.¹⁶ Die Angriffe dagegen gehen aber wegen der Vorrangwirkung der Bundesfachplanung gegenüber den Landesplanungen (§ 15 Abs. 1 S. 2 NABEG) ins Leere.¹⁷ Die § 16 Abs. 3 S. 3 FStrG nachgebildete Vorschrift des § 15 Abs. 1 S. 2 NABEG verankert auch einen grundsätzlichen Vorrang der Bundesfachplanung gegenüber der Raumordnung; landesplanerische Ziele der Raumordnung haben gegenüber der BNetzA daher keine uneingeschränkte Sperrwirkung; § 15 Abs. 1 S. 2 NABEG schließt die Ermächtigung der für die Bundesfachplanung zuständigen BNetzA ein, raumordnerische Gründe „zugunsten höher gewichteter gegenläufiger Belange zurückzustellen“.¹⁸ Die klimaschutzrechtlichen Zielsetzungen von EnWG, EnLaG und NABEG, zur Senkung des CO₂-Ausstoßes erneuerbare Energien durch beschleunigten Netzausbau zu fördern, haben daher bei einer Abwägung über den Trassenverlauf in aller Regel Vorrang vor raumordnungsrechtlichen Regelungen.¹⁹

12 BGBl. I 2013, S. 1947. Die Kosten der von den Übertragungsnetzbetreibern kontrahierten Netzreserve fließen nach § 11 Abs. 5 ResKV, § 11 Abs. 2 S. 4, § 32 Abs. 1 Nr. 4 ARegV in die Netzentgelte ein.

13 *Billhardt*, Projektierung von Windenergieanlagen, in: Gerhard/Rüsch/Sandhövel, Finanzierung Erneuerbarer Energien, S. 368; ausführlich zur Integration von Offshore-Windparks: dena-Netzstudie II, 2010, S. 32 ff.

14 Eingerechnet sind 6,792 Cent/kWh EEG-Umlage, 0,345 Cent/kWh KWK-Umlage, 0,25 Cent Offshorehaftungsumlage und 0,037 Cent/kWh – die Zahlen entstammen der Informationsplattform der deutschen Übertragungsnetzbetreiber, abrufbar unter <https://www.netztransparenz.de/> (zuletzt abgerufen am 14.2.2018).

15 BMF, Wie setzt sich der Strompreis zusammen?, Stand 24.1.2018, abrufbar auf <http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Bilderstreifen/Mediathek/Infografiken/2018-01-24-strompreis.html> (zuletzt abgerufen am 14.2.2018).

16 Vgl. *Säcker*, Der beschleunigte Ausbau der Höchstspannungsnetze als Rechtsproblem, 2009.

17 Dazu BVerwG, Urt. v. 18.7.2013, 7 A 4.12, NuR 2013, 794–800. Vor der Energiewende ergangene Landesraumordnungspläne messen dem Leitungsbau noch nicht die ihm nunmehr zukommende Notwendigkeit und Dringlichkeit zu, s. § 5 NABEG Rn. 75.

18 So BVerwG, Urt. v. 16.3.2006, 4 A 1075.04, BVerwGE 125, 116, 140 zum vergleichbaren luftverkehrsrechtlichen Abwägungsgebot in § 8 Abs. 1 S. 2 LuftVG.

19 Vgl. dazu überzeugend *Appel*, NVwZ 2013, 456 ff. mit umfangreichen Nachweisen auch zu Gegenauffassungen.

EnWG Einl. A. Das Energierecht im Spannungsfeld von staatlicher Planung

- 8 d) Der Umbau der als „Kupferplatte“ konstruierten Verteilnetze zu intelligenten „**smart grids**“ in „**smart markets**“,²⁰ verbunden mit den Kosten von „**smart metering**“, verschlingt gleichfalls Milliardenbeträge,²¹ da die Integration der erneuerbaren Energien in die Stromnetze ebenso wie die Installation von Ladesäulen für E-Kraftfahrzeuge nicht nur einen erheblichen Ausbau der Verteilnetze, sondern auch ein neues Marktdesign erfordern.²²
- 9 e) Der **Ausbau der Wind- und Solarenergie** ist mit einer neuen Definition von Versorgungssicherheit verbunden. In früheren Versorgungssystemen war die Erzeugung von Strom so geregelt, dass jede Spitzennachfrage nach Strom durch die vorhandenen Kraftwerke und das die Kraftwerke mit den Energienachfragern verbindende Netz vollständig befriedigt werden konnte. Die **Kraftwerkskapazität** lag, um auch bei vorübergehender Stilllegung von einzelnen Kraftwerken lieferfähig zu sein, immer deutlich über der Spitzennachfrage. Hohe Sonnen- und Windenergiekapazitäten können dagegen, solange **keine** entsprechenden **Speichermöglichkeiten** bestehen, die Nachfrage nicht decken, weil Wind und Sonne nicht ganzjährig gesichert in ausreichendem Maße zur Verfügung stehen. Dies bedingt den weiteren Einsatz konventioneller Kraftwerke als Leistungsreserve und die Schaffung von rechtlichen Instrumenten zur systematischen Begrenzung der Stromnachfrage durch **Abschaltvereinbarungen**, wenn Elektrizität nicht ausreichend produziert wird.²³ Energieversorgungssicherheit ist damit nicht mehr durch die bedarfsgerechte Produktion von Strom im Sinne einer Vollversorgung von Haushalten und Industrie absolut, sondern durch eine hochkomplexe Steuerung von Angebot und Nachfrage relativ gekennzeichnet (näher in § 1 Rn. 5 ff.). Aus dem Käufermarkt ist ein von den Netzbetreibern verwalteter und von der **BNetzA kontrollierter Verkäufermarkt** geworden. Nicht die Nachfrage nach Strom, sondern das nach meteorologischen Daten hochtechnisiert gesteuerte, die Ein- und Ausspeisung von Strom im Gleichgewicht haltende und sich daraus ergebende Angebot entscheidet über die Erfüllbarkeit der Stromnachfrage.
- 10 f) Aus dem seinen Verbrauch selbst steuernden Verbraucher wird ein nicht selten gesteuerter Verbraucher werden. Absolute **Energieversorgungssicherheit** wird damit durch eine

20 S. Eckpunktepapier der BNetzA „Smart Grid“ und „Smart Market“, Dezember 2011, S. 16 ff.; M. Wolf, InTeR 2013, 14 ff.; Schäfer-Stradowsky/Boldt, EnWZ 2015, 349 ff.

21 Ein flächendeckender Einbau von intelligenten Messsystemen in Gebäuden ist derzeit nicht wirtschaftlich vertretbar i. S. d. § 21c Abs. 1 lit. d, s. Ernst&Young, Kosten-Nutzen-Analyse für einen flächendeckenden Einsatz intelligenter Zähler. Endbericht zur Studie im Auftrag des BMWi, 2013, S. 203 ff. u. 217; bezugnehmend darauf auch Dena, Einführung von Smart Meter in Deutschland, 2014, abrufbar unter https://shop.dena.de/fileadmin/denashop/media/Downloads_Dateien/esd/9092_dena-Smart-Meter-Studie.pdf (zuletzt abgerufen am 14.2.2018).

22 S. dazu BDEW, Positionspapier: Die Energieversorgung von morgen gestalten, 16.6.2017, abrufbar auf <https://www.bdew.de/service/stellungnahmen/die-energieversorgung-von-morgen-gestalten/> (zuletzt abgerufen am 14.2.2018); Dena Netzstudie II, Endbericht, 2010, S. 29 ff., 44 ff., 204 ff.; ewi, Untersuchungen zu einem zukunftsfähigen Strommarktdesign, Studie im Auftrag des BMWi, 2012; BET, Kapazitätsmarkt. Rahmenbedingungen, Notwendigkeit und Eckpunkte einer Ausgestaltung, Studie im Auftrag des bne, 2011; Öko-Institut/LBD/Raue LLP, Fokussierte Kapazitätsmärkte. Ein neues Marktdesign für den Übergang zu einem neuen Energiesystem, Studie im Auftrag des WWF, 2012; Consentec, Versorgungssicherheit effizient gestalten – Erforderlichkeit, mögliche Ausgestaltung und Bewertung von Kapazitätsmechanismen in Deutschland, Studie im Auftrag von EnBW, 2012.

23 S. die Verordnung über Vereinbarungen zu abschaltbaren Lasten (Verordnung zu abschaltbaren Lasten) v. 16.8.2016, BGBl. I 2016, S. 1984, dazu König, EnWZ 2013, 201 ff. und die §§ 14a, b.

von den Produktionsmöglichkeiten bestimmte „**Energieverteilungsgerechtigkeit**“ abgelöst. Aus der mit der Energiewende 1998 eingeführten wettbewerblichen Öffnung der Energiemärkte ist mit der Energiewende 2009 ein staatlich verwalteter Wettbewerb geworden.²⁴

g) Durch Energiespar- und Effizienzfördermaßnahmen wird die **Verbrauchersouveränität** im Sinne einer Wahlfreiheit des Verbrauchers über die Gestaltung von Neubauten, die Sanierung von Altbauten und über die Eigenschaften von neuen technischen Geräten zunehmend eingeschränkt.²⁵ **11**

h) Der **Preisanstieg** beim **Strom** erzwingt, um die Deindustrialisierung weiterer Industriebranchen zu vermeiden, die **Förderung stromintensiver Industrieunternehmen** (§§ 63 ff. EEG 2017). Zwar ist die Subventionierung stromintensiver Industrien zur Kompensation EE-bedingter Kostensteigerungen durch die Europäische Union rechtlich im Grundsatz gerechtfertigt, die gegenwärtige Form umlagefinanzierter Förderung wirft aber schwierige verfassungs- und europarechtliche Fragen auf, die zudem Verbraucher mit niedrigem Einkommen relativ stärker belastet als Verbraucher mit höherem Einkommen (s. ausführlich BerlKommEnR/*Steffens*, Bd. 6, EEG 2017, Einl. Rn. 43 ff.).²⁶ **12**

i) **Deindustrialisierung** durch Verlust der Wettbewerbsfähigkeit droht aber nicht nur bei international zu hohen Stromkosten, sondern auch bei **zu hohen Gaspreisen**. Das aktuelle Gaspreisgefälle zwischen Europa und den USA bringt, wenn es noch lange andauern sollte, erhebliche Wettbewerbsverluste vor allem für die chemische Industrie mit sich und muss durch eine Öffnung des europäischen Binnenmarktes durch Air-Sea-Gas-Exchange²⁷ und umweltschonende Fracking-Methoden²⁸ eingeebnet werden. Ebenso ist durch Leitungspluralität die einseitige Abhängigkeit Deutschlands vom Import russischen Gases zu verringern. **13**

j) Die **Kontrolle der Energie- und Wasserpreise** sollte rechtsformunabhängig in Übereinstimmung mit dem europäischen Recht bei den Kartellbehörden liegen, um das seit Schaffung des EnWG gültige Ziel eines möglichst preiswerten, bezahlbaren Energiepreises nicht aus dem Auge zu verlieren. § 130 Abs. 1 S. 2 GWB bedarf der systemgerechten Korrektur.²⁹ Die Vorschrift steht mit dem Ziel einer nach gleichen Prinzipien erfolgenden Kon- **14**

24 Vgl. dazu *Burgi*, JZ 2013, 745, 748 ff.; *Haucap/Coenen*, in: FS Säcker, S. 721, 736; *Haucap*, ZfW 2011, 74, 84: „Der Weg in die Energieplanwirtschaft wird mit großen Schritten gegangen“; *Haucap/Kühling*, et 3/2013, 41, 42; die Monopolkommission, Sondergutachten 59, Rn. 527 kritisiert in erster Linie die Ineffizienz des EEG, erneut Sondergutachten 65, Rn. 178 ff., 408 ff.; Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Stromerzeugung/Stromgroßhandel, S. 32; Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Energiepolitik: erfolgreiche Energiewende nur im europäischen Kontext, Arbeitspapier 3/2012, S. 19.

25 Anforderungen an die Energieeffizienz von Gebäuden enthalten das Energieeinsparungsgesetz (EnEG), die Energieeinsparverordnung (EnEV) und das EEWärmeG. Letzteres schreibt eine Mindestnutzungsquote für erneuerbare Energien bei der Deckung des Wärme- und Kältebedarfs von Neubauten vor (§§ 3 ff. EEWärmeG).

26 *Schmidt-Preuß*, in: FS Salje, S. 297, 418: „In letzter Zeit hat sich der Wind gedreht“; *Manssen*, Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit der EEG-Umlage und der besonderen Ausgleichsregelung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes, dazugehörige Veröffentlichungen in WiVerw 2012, 170; DÖV 2012, 499; et 11/2012, 49; *Kube*, Die Verwaltung (41) 2008, 1, 28; *Burgi*, JZ 2013, 745; optimistisch hingegen *Schlacke/Kröger*, DVBl. 2013, 403 ff.; *Gawel*, DVBl. 2013, 409.

27 *Wanninkhof/Asher/Ho/Sweeney/McGillis*, Annual Review of Marine Science, 1/2009, 213.

28 Dazu *Gaßner/Buchholz*, ZUR 2013, 143; *Reinhardt*, NVwZ 2012, 1369; *Frenz*, UPR 2012, 125.

29 Vgl. *M. Wolf*, WuW 2013, 246; *Bews*, N&R 2013, 146.

trolle der Preisgünstigkeit der Energieversorgung im Widerspruch. Der Grundsatz der inneren Einheit des Systems, nach dem sich eine Norm nicht in Widerspruch zu den tragenden Grundsätzen des Gesamtsystems setzen darf, sollte vom Gesetzgeber beachtet werden. Das gilt auch für die systemgerechte Integration des EU-Rechts in das deutsche Energierecht.

II. Die geschichtliche Entwicklung des Energiewirtschaftsgesetzes

1. Entwicklung zur monopolistischen Selbststeuerung der Energieversorgungsunternehmen im EnWG 1935

- 15 Die Energiewirtschaft hat ihren **Ausgangspunkt im 19. Jahrhundert**. Gasversorgungsunternehmen entstanden zunächst zur Straßenbeleuchtung, später, in der zweiten Hälfte kamen auch Elektrizitätswerke zur Versorgung von Haushalten und Gewerbe hinzu.³⁰ Der Markt vergrößerte sich mit zunehmender Nachfrage nach Strom und Gas und einem dementsprechenden Ausbau der Versorgungsnetze. Die fortschreitende technische Entwicklung³¹ machte es **1900** dann möglich, mittels leistungsfähiger **Großerzeugungsanlagen** (sog. Überlandzentralen) eine flächendeckende Energieversorgung dicht besiedelter Gebiete aufzubauen und damit die Voraussetzungen für eine **öffentliche Stromversorgung** zu schaffen.³² Neben privaten Unternehmen nahmen nach einigem Zögern auch Kommunen die Tätigkeit als Energieversorger auf oder gewannen über kapitalmäßige Beteiligungen an Einfluss auf die Versorgungsgesellschaften.³³
- 16 Besondere gesetzliche Vorschriften existierten wegen der noch relativ geringen Bedeutung der Energieversorgung nicht. Die EVU ließen sich in **privaten Konzessionsverträgen** von den Gemeinden das Recht einräumen, den kommunalen Straßenraum für ihren Leitungsbau zu nutzen.³⁴ Den EVU gaben die Konzessionsverträge indessen die Möglichkeit, sich gegen die Konkurrenz anderer Anbieter abzusichern und die Stellung eines Alleinversorgers im Gemeindegebiet einzunehmen, indem sie sich die ausschließlichen Nutzungsrechte übertragen ließen. Auch zwischen den EVU wurden Verträge geschlossen, um sich ge-

30 *Tegethoff/Büdenbender/Klinger*, Das Recht der öffentlichen Energieversorgung, Bd. I, Einl. EnWG, S. 2; *Evers*, Das Recht der Energieversorgung, S. 21; *Kehrberg*, Die Entwicklung des Elektrizitätsrechts in Deutschland: Der Weg zum Energiewirtschaftsgesetz von 1935, S. 13 f. m. w. N.

31 Vgl. dazu *Bohn/Marschall*, in: Fischer, Die Geschichte der Stromversorgung, S. 39 ff.; *Büdenbender*, EnWG, Einl. Rn. 1.

32 Vgl. *Evers*, Das Recht der Energieversorgung, S. 23 ff.; vgl. *Tegethoff/Büdenbender/Klinger*, Das Recht der öffentlichen Energieversorgung, Bd. I, Einl. EnWG, S. 2; *Kehrberg*, Die Entwicklung des Elektrizitätsrechts in Deutschland: Der Weg zum Energiewirtschaftsgesetz von 1935, S. 13 f. m. w. N.

33 *Evers*, Das Recht der Energieversorgung, S. 21 f., 24 ff., 31 f.; *Herzig*, in: Fischer, Die Geschichte der Stromversorgung, S. 126 f.; *Wesener*, Energieversorgung und Energieversorgungskonzepte, 1986, S. 10 ff.

34 *Büdenbender*, EnWG, Einl. Rn. 8; näher *Evers*, Das Recht der Energieversorgung, S. 175 ff. und *Löwer*, in: Fischer, Die Geschichte der Stromversorgung, S. 171 ff.; vgl. *Tegethoff/Büdenbender/Klinger*, Das Recht der öffentlichen Energieversorgung, Bd. I, Einl. EnWG, S. 2, 9; vgl. *Kehrberg*, Die Entwicklung des Elektrizitätsrechts in Deutschland: Der Weg zum Energiewirtschaftsgesetz von 1935, S. 18; *Mengers*, in: Germer/Loibl, Energierecht, Teil 1, Kap. 1 Rn. 8.

gen potenzielle Konkurrenz zu schützen. In sog. **Demarkationsverträgen** verpflichteten sie sich wechselseitig, jegliche Versorgungstätigkeiten im Gebiet des Vertragspartners zu unterlassen.³⁵ Das finanzielle Risiko der mitunter erheblichen Investitionen sollte so begrenzt werden. Vom Reichsgericht blieben diese Kartellabsprachen unbeanstandet. Folgen dieser „**Abschottungsstrategie**“ waren eine unwirtschaftliche **Zersplitterung der Energiewirtschaft** in viele geschlossene Versorgungsgebiete, eine dementsprechend uneinheitliche Preispolitik und von Gebiet zu Gebiet wechselnde allgemeine Versorgungsbedingungen. Bis zum Jahr 1935 existierten in Deutschland rund 1.200 Gas- und 16.000 Stromversorgungsunternehmen.³⁶

Erst **1935** erfolgte in Deutschland eine umfassende energierechtliche Kodifizierung durch das **Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft** vom 13.12.1935³⁷ (im folgenden EnWG 1935). Ziel des Gesetzes war es, „die Energieversorgung so sicher und billig wie möglich zu gestalten“. Nach der damals vorherrschenden Meinung bedingte dies den Ausschluss von sparteninternem Wettbewerb und die Sicherung geschlossener Versorgungsgebiete, denn **Wettbewerb** wurde in diesem Wirtschaftsbereich als „**volkswirtschaftlich schädlich**“³⁸ angesehen. Der Grund lag in den vielfältigen technisch-wirtschaftlichen Besonderheiten der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft, insbesondere in der Leitungsgebundenheit und dem hohen Kapitaleinsatz.³⁹ Die ohnehin bereits vorhandene monopolartige Stellung der EVU wurde damit gesetzlich konsolidiert. Als Ausgleich für den fehlenden Wettbewerb wurden sie allerdings der Aufsicht des Reichs unterstellt (§ 1 EnWG 1935). **17**

Das EnWG 1935 galt nach Ende des Zweiten Weltkriegs gem. Art. 123, 125 i. V. mit Art. 74 Nr. 11 GG als Bundesrecht mit nur wenigen Ausnahmen fort und wurde erst durch die **Energierrechtsnovelle von 1998 aufgehoben**.⁴⁰ In der Deutschen Demokratischen Republik (DDR) wurde die bestehende kommunale Versorgungsstruktur zugunsten einer zentralistischen staatlichen Versorgungsstruktur aufgehoben⁴¹ und die Überführung der Energieversorgungsunternehmen in Volkseigentum angeordnet. **18**

2. Einfluss des Wettbewerbsrechts

Erheblichen Einfluss auf die Entwicklung des Energiewirtschaftsrechts hatte die **Schaffung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen** vom 27.6.1957⁴² (im Folgenden: **19**

35 Näher *Evers*, Das Recht der Energieversorgung, S. 190 ff.; *Büdenbender*, EnWG, Einl. Rn. 9; vgl. *Kehrberg*, Die Entwicklung des Elektrizitätsrechts in Deutschland: Der Weg zum Energiewirtschaftsgesetz von 1935, S. 18; *Mengers*, in: Germer/Loibl, Energierecht, Teil 1, Kap. 1 Rn. 8.

36 *Tegethoff/Büdenbender/Klinger*, Das Recht der öffentlichen Energieversorgung, Bd. I, I Einl. EnWG, S. 4.

37 RGBl. I 1935, S. 1451.

38 So die Formulierung in der Präambel des EnWG 1935; vgl. *Kehrberg*, Die Entwicklung des Elektrizitätsrechts in Deutschland: Der Weg zum Energiewirtschaftsgesetz von 1935, S. 165 f.; *Büdenbender*, EnWG, Einl. Rn. 12; *Mengers*, in: Germer/Loibl, Energierecht, Teil 1, Kap. 1, Rn. 7.

39 Vgl. *Büdenbender*, et 9/2005, 642; die Gründe werden im Einzelnen von der Deregulierungskommission behandelt in: Marktöffnung und Wettbewerb, Berichte 1990, 1991, S. 68 ff.

40 Zur Fortgeltung des EnWG 1935 vgl. *Evers*, Das Recht der Energieversorgung, S. 36 ff.; *Mengers*, in: Germer/Loibl, Energierecht, Teil 1, Kap. 1, Rn. 7.

41 Überblick über Rechtsvorschriften der Energiewirtschaft der DDR bei *Gerberding*, RdE 1990, 70, 72.

42 BGBl. I 1957, S. 1081; in Kraft seit 1.1.1958.

GWB 1958). Die mit potenziellen Konkurrenten und Gebietskörperschaften abgeschlossenen „**Ausschließlichkeitsvereinbarungen**“ in Demarkations- und Konzessionsverträgen **kollidierten mit** den Regelungen des **GWB 1958** und dessen Zielsetzung, die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs zu sichern. Es stellte sich damit die Frage, ob das **GWB** auch für diesen Wirtschaftssektor uneingeschränkt zu gelten hatte oder ob die Besonderheiten der leitungsgebundenen Energieversorgung Ausnahmen hiervon rechtfertigen konnten. Wettbewerb schien sich nicht mit dem in der Präambel des **EnWG** festgeschriebenen Gesetzeszweck einer sicheren und preisgünstigen Energieversorgung vereinbaren zu lassen. Der Gesetzgeber sah sich daher zu der Einführung einer **Bereichsausnahme in § 103 Abs. 1 GWB 1958** veranlasst; in dessen Nr. 1 bis 4 wurden Demarkations-, Konzessions-, Preisbindungs- und Verbundverträge von der Anwendung der §§ 1, 15, 18 **GWB 1958** freigestellt.⁴³ Um den fehlenden Wettbewerb mit seiner revidierenden Wirkung zu kompensieren und den Schutz der Verbraucher sicherzustellen, wurde stattdessen eine in § 104 **GWB 1958**⁴⁴ geregelte kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht instituiert, die neben der energierechtlichen Aufsicht stand.⁴⁵ Die Aufsicht war insoweit ein Wettbewerbs-surrogat.⁴⁶

- 20 In den folgenden Jahren wurde die **wissenschaftliche Diskussion über Schaden und Nutzen von Wettbewerb** im Bereich der leitungsgebundenen Energieversorgung indessen fortgeführt, wobei das im internationalen Vergleich überdurchschnittliche deutsche Energiepreisniveau ein wichtiger Kritikpunkt wurde. Auch die Öffnung der Energiemärkte in den USA, Großbritannien und Skandinavien und die Idee eines europäischen Binnenmarktes unter Einbeziehung der leitungsgebundenen Energieversorgung wirkten maßgeblich auf die traditionelle Anschauung ein.⁴⁷ **Anfang der 90er Jahre** befürwortete dann auch die Bundesregierung eine grundlegende Änderung des ordnungspolitischen Rahmens zugunsten des **Wettbewerbsprinzips**.⁴⁸

3. Der Schritt zur wettbewerblichen Öffnung der Märkte

- 21 Neue **Schubkraft** in Richtung einer liberalen Energieversorgung entfaltete vor allem die **Schaffung des Europäischen Binnenmarktes**, zunächst durch die Verabschiedung der Einheitlichen Europäischen Akte 1986 und später durch den Vertrag über die Europäische Union im Jahre 1992. Die Einbeziehung der Energiewirtschaft in den gemeinsamen **Binnenmarkt** wurde als wichtige Zielvorgabe definiert, um damit langfristig die Versorgungs-

43 Vgl. im Einzelnen *Evers*, Das Recht der Energieversorgung, S. 175 ff.; *Tegethoff/Büdenbender/Klinger*, Das Recht der öffentlichen Energieversorgung, Bd. I, Einl. EnWG, S. 16; *Büdenbender*, EnWG, Einl. Rn. 15.

44 Später § 103 Abs. 5. Ab 1980 kam eine sog. Transparenzkontrolle nach § 103a Abs. 2 und 3 **GWB** hinzu, vgl. dazu *Büdenbender*, Energiekartellrecht, 1994, S. 408 ff.

45 Vgl. im Einzelnen *Evers*, Das Recht der Energieversorgung, S. 203 ff.; *Büdenbender*, EnWG, Einl. Rn. 15; *Tegethoff/Büdenbender/Klinger*, Das Recht der öffentlichen Energieversorgung, Bd. I, Einl. EnWG, S. 15, 16; *Danner/Theobald/Danner*, 94. EL 2017, Einf. Rn. 36; *Büdenbender*, ZfIR 1998, 641, 643.

46 *Büdenbender*, ZfIR 1998, 641, 643.

47 *Büdenbender*, ZfIR 1998, 641, 642; vgl. auch die RegBegr. zum **EnWG 1998** BT-Drs. 13/7274, S. 9.

48 *Büdenbender*, EnWG, Einl. Rn. 21; Begr. zum **RegE EnWG**, BT-Drs. 13/7274, S. 9 unter Verweis auf entsprechende Stellungnahmen im energiepolitischen Gesamtkonzept von 1991, BT-Drs. 12/1799 und den Bericht zur Zukunftssicherung des Standortes Deutschlands v. 3.9.1993, BT-Drs. 12/5620.

sicherheit zu erhöhen, die Energiekosten zu senken und die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen zu stärken.⁴⁹ Strom und Gas sollten innerhalb der Mitgliedstaaten und zwischen diesen frei gehandelt werden können.⁵⁰ Der zunächst rein nationale Rechtsrahmen erhielt damit eine europäische Dimension.⁵¹ Die erste Umsetzung dieser Pläne erfolgte 1996 und 1998 mittels der **Binnenmarktrichtlinien für Elektrizität**⁵² und **Gas**,⁵³ die den Strukturwandel vom Monopol zu einem gemeinsamen wettbewerbsorientierten Energiemarkt einläuteten. Die nationalen Gesetzgeber waren jetzt zur schrittweisen Öffnung ihrer Strom- und Gasmärkte⁵⁴ und zur Beseitigung der geschlossenen Versorgungsgebiete gezwungen. Zentraler Gedanke der Richtlinien war die **Gleichbehandlung aller Marktteilnehmer**. Der Netzbetreiber hatte sich „jeglicher Diskriminierung gegenüber den Netzbenutzern [...], insbesondere zu Gunsten seiner Tochterunternehmen oder Aktionäre“ zu enthalten.⁵⁵

Diese Neuausrichtung der ordnungspolitischen Grundhaltung führte zur **vollständigen Aufhebung des EnWG 1935** und der **Bereichsausnahme** für die Elektrizitäts- und Gaswirtschaft in den **§§ 103, 103a GWB a.F.** An deren Stelle trat am 29.4.1998 das „Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung“ (EnWG 1998) durch Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung der Energiewirtschaft vom 24.4.1998,⁵⁶ das die Energieversorgungsunternehmen (EVU) dem Wettbewerb unterwarf und insoweit über die Brüsseler Vorgaben einer stufenweisen Marktöffnung hinausging. Da die Binnenmarktrichtlinie für Gas zu dieser Zeit noch nicht in Kraft war, wurde zunächst nur die Stromrichtlinie in nationales Recht umgesetzt. Den altbekannten Zielen einer sicheren und preiswürdigen Energieversorgung wurde als gleichberechtigter Aspekt die Umweltverträglichkeit hinzugefügt (§ 1 EnWG 1998). Ausschließlichkeitsvereinbarungen in Konzessionsverträgen und Gebietsabsprachen der EVU waren jetzt nicht mehr zulässig. Primäres Instrument zur Schaffung von Wettbewerb wurde die Durchleitung nach dem **System des sog. „verhandelten Netzzugangs“**. Danach waren die Netzbetreiber verpflichtet, ihre Leitungen anderen Energieversorgern auf vertraglicher Basis diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen (§ 6 Abs. 1 EnWG 1998). 22

Alternativ dazu stand in § 7 EnWG 1998 das sog. „**Alleinabnehmersystem**“ zur Verfügung, bei dem der Endkunde zwar zu einem Wettbewerber wechseln konnte, seinen Strom jedoch weiterhin ausschließlich von seinem angestammten Gebietsversorger erhielt, der allerdings verpflichtet war, von seinem Wettbewerber entsprechende Mengen an Elektrizität anzukaufen. Mit dieser Art der Richtlinienumsetzung blieb Deutschland in der EU indes allein. **Alle anderen Mitgliedstaaten** führten den sog. „**geregelten Netzzugang**“⁵⁷ ein, bei dem die Bedingungen von Netzzugang und Netzentgeltberechnung von Behördenseite bestimmt und überwacht wurden. 23

49 ABl. C 241 v. 25.9.1986.

50 Danner/Theobald/Danner, 94. EL 2017, Einf. Rn. 11.

51 Zur Europäisierung des deutschen Energierechts und den EG-rechtlichen Grundlagen vgl. *Kooppmann*, in: Germer/Loibl, Energierecht, Teil 1, Kap. 2, Rn. 2 ff.

52 RL 96/92/EG, ABl. 1997 L 27/20.

53 RL 98/30/EG, ABl. 1998 L 204/1.

54 Art. 18 Abs. 3, 4 RL 98/30/EG; Art. 19 RL 96/92/EG.

55 Art. 7 Abs. 5 RL 96/92/EG und Art. 10 Abs. 2 RL 98/30/EG.

56 BGBl. I 1998, S. 739.

57 Art. 17 Abs. 4 RL 96/92/EG.

- 24 Später sollte dieses System durch die **Beschleunigungsrichtlinien für Elektrizität und Gas**⁵⁸ auch in Deutschland verbindlich werden. Bis dahin war es die Aufgabe der zuständigen Wirtschaftsverbände, die Bedingungen des Netzzugangs und der Netzentgeltabrechnung auszuhandeln und in sog. Verbändevereinbarungen niederzulegen.⁵⁹ Diese waren zwar rechtlich unverbindlich, sollten jedoch Vorbildwirkung für die Parteien des Netznutzungsvertrages erzeugen und die bei der Durchleitung entstehenden Fragen sachnah und ohne staatliche Regulierung klären. Die Vereinbarungen mussten sich jedoch bald den Vorwurf gefallen lassen, in beträchtlichem Umfang von den Interessen der Netzbetreiber bzw. der großen Stromkonzerne geprägt zu sein, und galten als Hauptursache der zu hohen Netznutzungsentgelte.⁶⁰ Überdies wurde die Legitimation der Verbände in Frage gestellt, da nur ein Teil der durch die Vereinbarungen angesprochenen Netznutzer in ihnen vertreten war.⁶¹
- 25 Durch die **Schaffung wettbewerblicher Rahmenbedingungen** verlor die **energierechtliche Fachaufsicht** (Investitionskontrolle und Betriebsuntersagung) an Bedarf und Legitimation.⁶² Erhalten blieben insoweit nur die Genehmigungspflicht bei Betriebsaufnahme (§ 3 EnWG 1998) und eine Generalklausel zur Durchsetzung der energierechtlichen Pflichten (§ 18 EnWG 1998) wie z. B. der allgemeinen Anschluss- und Versorgungspflicht (§ 10 EnWG 1998).
- 26 Mit der Pflicht zur organisatorischen Trennung des Übertragungsnetzes von der Erzeugung, Verteilung sowie den übrigen Tätigkeiten des EVU in § 4 EnWG 1998 und der Pflicht zur getrennten Rechnungslegung dieser Bereiche in § 9 EnWG 1998 wurde lediglich ein **eingeschränktes „Unbundling“-Modell** eingeführt, das die rechtliche Eigenständigkeit des Netzbetreibers fingierte.⁶³ Eine Quersubventionierung durch Kostenverlagerung der anderen Bereiche in den Netzbetrieb und damit in das Netznutzungsentgelt sollte so verhindert werden. Einige EVU führten, über die gesetzlichen Vorgaben hinausgehend, sogar ein gesellschaftsrechtliches Unbundling durch, indem sie die genannten Bereiche in rechtlich selbstständige Tochtergesellschaften überführten. Das angestrebte Ziel niedrigerer Strom- und Gaspreise wurde allerdings nicht erreicht. Grund waren vor allem die zu hohen Netznutzungsentgelte, die neuen Stromanbietern die Konkurrenzfähigkeit nahmen, sich jedoch auf die Gewinnsituation eines Energiekonzerns mit ausgelagertem Netzbetrieb nicht negativ auswirkten. Die Zielsetzung, transparentere Marktverhältnisse und verbesserte Serviceleistungen zu schaffen, wurde durch das EnWG 1998 ebenfalls nur sehr eingeschränkt erreicht.⁶⁴

a) Erstes Gesetz zur Änderung des Neuregelungsgesetzes 1998

- 27 Auch der **brancheninterne Wettbewerb** in der Gaswirtschaft war nicht hinreichend entwickelt; dies zeigte sich besonders im Preisniveau. Um die Vorgaben der Gasrichtlinie⁶⁵ zu

58 RL 2003/54/EG, ABl. 2003 L 176/37 bzw. RL 2003/55/EG, ABl. 2003 L 176/57.

59 Vgl. dazu BerlKommEnR/Säcker/Jaecks, 1. Aufl. 2004, § 1 GWB Rn. 165 ff.

60 Vgl. den Tätigkeitsbericht des BKartA 1999/2000 S. 38 und 2000/2001 in BT-Drs. 15/1226, S. 36, 38, 161 ff., 166 ff.; aus der Literatur vgl. Säcker, Neues Energierecht, S. 135 ff.

61 Büdenbender/Rosin, S. 42, 47.

62 Vgl. BT-Drs. 13/7274, S. 10; Lippert, Energiewirtschaftsrecht, S. 482, 490; Büdenbender, ZfIR 1998, 641, 643.

63 Büdenbender/Rosin, S. 43.

64 Danner/Theobald/Danner, 94. EL 2017, Einf. Rn. 64.

65 RL 98/30/EG.

erfüllen und den Gasmarkt dem Wettbewerb zu öffnen, bedurfte das EnWG einer Anpassung. Dies geschah durch das „**Erste Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts**“ vom 20.5.2003.⁶⁶ Parallel zu den Regelungen im Strombereich wurden die Gasunternehmen verpflichtet, Dritten diskriminierungsfreien Zugang zu ihren Gasnetzen zu gewähren (§ 6a EnWG 1998), ihre wesentlichen Geschäftsbedingungen für den Netzzugang zu veröffentlichen (§ 6a Abs. 6 EnWG 1998) und im Falle vertikal integrierter Gasversorgungsunternehmen ein buchhalterisches Unbundling durchzuführen (§ 9a Abs. 2 EnWG 1998).

Neben der Umsetzung der Gasrichtlinie erhielten die **Verbändevereinbarungen Strom (VV II plus)**⁶⁷ und **Gas (VV II)**⁶⁸ durch das Neuregelungsgesetz stärkere rechtliche Bedeutung, um die Rechts- und Planungssicherheit zu erhöhen.⁶⁹ Obwohl sich in der Vergangenheit gezeigt hatte, dass das System des verhandelten Netzzugangs mit seinen Verbändevereinbarungen nicht geeignet war, dem Markt in der erwünschten Weise Wettbewerb zu verschaffen, hielt der Gesetzgeber an ihm fest und billigte den Verbändevereinbarungen größere rechtliche Verbindlichkeit zu. Die Bedingungen für den Netzzugang mussten nun „guter fachlicher Praxis“ entsprechen, was gesetzlich vermutet wurde, wenn die einschlägigen Regeln der Verbändevereinbarungen für Strom und Gas eingehalten wurden (§§ 6, 6a Abs. 2 EnWG 1998). Sie erhielten dadurch normkonkretisierenden Charakter und sollten in der Regel einen möglichen Missbrauchsvorwurf nach §19 Abs. 4 und § 20 Abs. 1 und 2 GWB entkräften.⁷⁰

Kontrovers diskutiert wurde dabei vor allem die Frage, ob eine derart umfassende **Delegation staatlicher Einflussnahme auf die Verbände** verfassungskonform und ordnungspolitisch sachgerecht war.⁷¹ Auch der Bundesrat stand dieser Verrechtlichung kritisch gegenüber. Die Verbändevereinbarung VV Gas II stelle nur eine Zwischenlösung dar, die in grundlegenden Punkten verbesserungsbedürftig sei und bislang nicht zu wirksamem Wettbewerb führen konnte.⁷² Im Falle der VV II Strom plus wurden die Preisfindungsprinzipien bemängelt, die ohne Beteiligung von Stromhändlern und Verbrauchervertretern umgearbeitet worden seien und in wesentlichen Punkten von der Rechtsansicht der Kartellbehörden abweichen würden.⁷³ Aufgrund des Einspruchs des Bundesrates wurde die Regelung im Gesetzentwurf dahingehend abgeändert, dass die Vermutung dann nicht galt, wenn die Anwendung der Vereinbarung insgesamt oder auch nur teilweise nicht geeignet war, wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten. Hinter den §§ 6, 6a Abs. 2 EnWG 1998 stand der Zweck, unangemessenen Netzzugangsbedingungen entgegenzuwirken, die, soweit sie von konzernverbundenen und außenstehenden Netznutzern gleichermaßen erhoben wurden, nicht gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen durften.

66 BGBl. I 2003, S. 686.

67 BAnz Nr. 85b v. 8.5.2002.

68 BAnz Nr. 87b v. 14.5.2002.

69 BT-Drs. 14/9081, S. 13. *BerlKommEnR/Schütte/Höch/Schwers*, 1. Aufl. 2004, Teil 3 B I, und *BerlKommEnR/Barbknecht/Ronnacke*, 1. Aufl. 2004, Teil 3 B II.

70 Danner/Theobald/Danner, 94. EL 2017, Einf. Rn. 67.

71 Vgl. dazu *Büdenbender*, *Verbändevereinbarungen im Energierecht*, 2004, S. 9; *Säcker/Boesche*, in: *Säcker*, *Neues Energierecht*, S. 149 ff., 159 ff.

72 BR-Drs. 113/1/03, S. 3 f.

73 BR-Drs. 113/1/03, S. 2 f.