

1. Kapitel Charakteristika des Energierechts

I. Systemimmanente Zielkonflikte

Ohne Strom, Gas und Wärme geht es nicht. Ohne Großkraftwerke, Hochspannungstrassen, die Förderung aus unkonventionellen Gasvorkommen (z. B. Schiefergas) ist die Zukunft aber auch nicht vorstellbar: Alles soll für alle bezahl- und finanziertbar bleiben. Die „Eier legende Wollmilchsau“ gibt es aber nicht. Daraus folgt eine Vielzahl konkurrierender Interessen mit der Folge von **mehrdimensionalen Zielkonflikten**. Welche?

Weltweit geht es nach der 17. UN-Klimakonferenz in Durban 2011 um die Einhaltung der Post-Kyoto-Minimalziele. Auf europäischer Ebene geht es kurzfristig um die Umsetzung der „20-20-20 Strategie“ vom 13.11.2008; bis 2020 bedeutet das: Reduktion der Treibhausgasemissionen um 20 Prozent, Steigerung des Gesamtanteils an Erneuerbaren Energien auf 20 Prozent und Erhöhung der Energieeffizienz um 20 Prozent (dazu: Frenz/Lülsdorf in: ZNER 2012, 371 [371]). Langfristig soll der „EU-Energiefahrplan 2050“ vom 15.12.2011 eingehalten werden, der u. a. vorsieht: Senkung der Treibhausgasemissionen bis 2050 um mehr als 80 Prozent. Auf nationaler Ebene geht es in Deutschland jetzt (Stand: September 2012) nach rot/grünem Atomkonsens vom 14.6.2000 und nach schwarz/gelber Laufzeitverlängerung vom 5.9.2010 um die schnelle Umsetzung der nach Fukushima im März 2011 beschlossenen Energiewende. Das aber war so nicht mit der EU abgestimmt. Günther Öttinger geht die **Energiewende** inzwischen sogar zu schnell. Der EU-Energie-Kommissar fordert nun öffentlich ein Tempolimit für den Ausbau von Wind- und Solaranlagen (so www.spiegel.de am 30.8.2012) und die Senkung der Stromsteuer (so www.finanznachrichten.de am 1.9.2012). Der Kommissar warnt beim Ausbau der Netzinfrastruktur vor einem deutschen Alleingang (so www.handelsblatt.com am 27.8.2012). Zurück nach Deutschland:

Der Präsident des Deutschen Bundestages führt seit 1972 die „**Amtliche Lobbyliste**“. Darin sind alle Verbände eingetragen, die Interessen gegenüber dem Bundestag oder der Bundesregierung vertreten. Die Liste wird fortlaufend aktualisiert und kann von Jedermann heruntergeladen werden (www.bundestag.de). Am 31.8.2012 waren in der 753-seitigen Aufstellung 2066 Verbände

1

2

3

gelistet, davon über 50 mit primär energiepolitischer Zielsetzung, weit mehr Verbände listen in ihrem Interessenbereich energiepolitische Ziele auf. Wie verteilen sich die Interessen? Dazu einige ausgewählte Beispiele:

- 4 Neben dem schon angesprochenen weltweiten und europäischen Klima- und Umweltschutz sowie den wettbewerbsstärkenden Zielen geht es den Verbrauchern in Deutschland ganz konkret um preisgünstige, sichere, zunehmend auch um eine umweltfreundliche Energieversorgung und Energiedienstleistungen bis hin zu Sozialtarifen. Der energieintensiven Industrie geht es neben sicherer und preisgünstiger Versorgung auch um Standort- und Wettbewerbs-sicherheit. Den Atomkraftwerksbetreibern geht es ob der vorzeitigen Abschaltung ihrer Kraftwerke um Ausgleich ihres entgangenen Gewinns, den Gas- und Kohlekraftwerksbetreibern um die Wiederherstellung von Investitionssicherheit, Herstellern und Betreibern von EEG-Anlagen jeglicher Art um vorhersehbare und langfristige Vergütungen, dem Offshore-Übertragungsnetzbetreiber um Absicherung seiner Haftungszenarien bei verspätetem Anschluss, den Verteilernetzbetreibern u. a. um Stabilität, besonnenen und nachhaltigen Ausbau ihrer Netze. Den Kommunen, insbesondere jenen, die Haushaltkskonsolidierungs- und Sicherungskonzepte unterworfen sind, geht es um Sicherungen ihrer Einnahmen aus Konzessionsabgaben, Gewerbesteuern und Gewinnen aus kommunalen Beteiligungen. Die großen Energieversorger strukturieren sich derzeit vollständig um. Die mittleren und kleineren Versorger suchen sich weitere Standbeine und Beteiligungsmöglichkeiten, setzen längst nicht mehr allein auf den Verkauf von Energie, der – da sind sich alle einig – im Zuge weiterer Energieeinsparbemühungen zurückgehen wird, und ja auch soll. Nicht zu vergessen sind die hinter all den hier genannten Punkten stehenden **politischen Interessen** und Wählerschichten. Energiepolitik ist zugleich immer auch Umwelt-, Wettbewerbs-, Fiskal-, Industrie-, Struktur- und Sozialpolitik. Deshalb spiegelt das Energierecht immer nur den aktuellen energiepolitischen Konsens. Dieser sieht derzeit beispielsweise bei den in der Öffentlichkeit umstrittenen Umlagen wie folgt aus:
- 5 Die zu erwartende Haftung der Offshore-Übertragungsnetzbetreiber für Verzögerungen bei verspäteten Netzanschlüssen i. H. v. etwa 1 Mrd. € soll durch eine in den § 17e und § 17f EnWG n. F. geregelte **Haftungsumlage** abgedeckt werden. Diese Umlage wird auf jede kWh erhoben und gedeckelt bei 0,25 Cent/ kWh (so der Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein drittes Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften vom 29.8.2012, S. 2, www.bmwi.de). Einen durchschnittlichen 4-Personen-Haushalt wird sie etwa 8,75 € pro Jahr kosten, einen kleinen Gewerbetrieb 25 €, einen kleinen Indust-

riekunden 125 €. Für große Industriekunden ab 1 Mio. kWh gibt es eine Deckung auf höchstens 0,05 Cent/kWh (a. a. O. S. 5).

Energieintensive Industrien mit einer Benutzungsstundenzahl von mindestens 7000 Stunden und einem jährlichen Stromverbrauch von über 10 GWh können sich auf Antrag vollständig von den Netzentgelten befreien lassen. Im März 2012 haben bereits 1600 Unternehmen einen Antrag auf Befreiung oder Ermäßigung der Netzentgelte gestellt, was zu Mindereinahmen von über 400 Mio. € jährlich führen könnte (so www.focus.de am 19.3.2012). Diese Netzentgeltbefreiung wird über die **§ 19 Abs. 2 StromNEV Umlage** finanziert.

Die **EEG-Umlage**, derzeit bei 3,592 Cent/kWh (Stand: September 2012) könnte um 50 Prozent auf bis zu 5,4 Cent/kWh steigen (so www.handelsblatt.com am 25.9.2012); ursprünglich sollte sie 3,5 Cent/kWh nicht überschreiten (so die Bundesregierung im Eckpunktepapier zur Energiewende am 6.6.2011, Ziffer 12). 22.700 Windräder gibt es in Deutschland, ihr Anteil an der Stromerzeugung betrug im ersten Halbjahr 2012 9,2 Prozent, die Erneuerbaren Energien erreichten insgesamt 25 Prozent (so das Handelsblatt am 2.8.2012).

Keine Kompromisse gibt es bislang in der Diskussion um die „**Standby-Umlage**“ zur Finanzierung der Vorhaltung von Erzeugungskapazitäten. Diese Debatte wird auch unter den Überschriften „Kaltreserve“, „Kapazitätsmarkt“ oder „Veränderung des Strommarktdesigns“ geführt. Zwar haben die Kraftwerksbetreiber im August 2012 eine Selbstverpflichtungserklärung vorgelegt, in der sie sich bereit erklären, Kaltreserven vorzuhalten bzw. noch in Betrieb befindliche Anlagen nicht stillzulegen, sofern sie von den Netzbetreibern als systemrelevant anerkannt und ihnen resultierende direkte und indirekte Mehrkosten erstattet werden (so das www.handelsblatt.com am 19.8.2012). Das reicht der Bundesregierung jedoch nicht. Sie will eine gesetzliche Absicherung. Ein Gesetzesentwurf, der u. a. vorsieht, dass Kraftwerksbetreiber die Stilllegung 12 Monate vorher ankündigen müssen, ist bereits auf dem Weg (dazu www.tagesspiegel.de am 22.9.2012). Notfalls sollen die Kraftwerksbetreiber auch gegen Zahlung einer Entschädigung gezwungen werden können, die Kraftwerke betriebsbereit zu halten. Diese Zwangsregelung wird wiederum von der Opposition kritisiert, die u. a. eine marktwirtschaftliche Ausschreibung von Kraftwerkskapazitäten vorschlägt (so www.welt.de am 21.9.2012), hier also steuerungspolitisch auf Anreizsysteme setzt. Zu den rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten, insbesondere zu sog. Ausschreibungsmodellen, umfassend Däuper/Voß in: RdE 2012, 119 (222) m. w. N.

6

7

8



Abbildung 1

II. Institutionelle Spezifika

- 9 Neben den benannten Zielkonflikten ist die energierechtliche Rechtsetzung von einer institutionellen **Zuständigkeitsvielfalt** geprägt, und zwar sowohl auf ministerieller, behördlicher als auch gerichtlicher Ebene. Was ist damit gemeint?
- 10 Es gibt (noch) kein **Energieministerium**. Für energierechtliche Gesetzesvorhaben sind bis zu sieben verschiedene Ministerien zuständig. Federführend für das EEG und AtomG ist das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, für das EnWG und NABEG das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie. Für das EKFG und die Brennelementesteuer war das Bundesministerium der Finanzen zuständig, für die Elektromobilität das Bundesministerium für Bildung und Forschung, für Bioenergie wiederum das Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz. Das macht ein- und ganzheitliche Lösungen schwierig und kann Gesetzesvorhaben erschweren. So blockierte beispielsweise Verbraucherministerin Aigner

zunächst überraschend und öffentlichkeitswirksam die geplante „Haftungsumlage“ für Offshore-Übertragungsnetzbetreiber (dazu: www.spiegel.de am 21.8.2012).

Auch auf **behördlicher Ebene** gibt es verschiedene Zuständigkeiten. So ist die BNetzA für die Entflechtung und Regulierung der Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze grundsätzlich zuständig. Sind bei einem Netzbetreiber weniger als 100.000 Kunden angeschlossen, sind die Landesregulierungsbehörden zuständig, es sei denn, ein Bundesland hat der Bundesnetzagentur die Zuständigkeit im Wege der Organleihe grundsätzlich übertragen, so zum Beispiel Schleswig-Holstein und Thüringen, hier bleibt die BNetzA also auch bei kleineren Netzen zuständig. Im Rahmen der kartellrechtlichen Zuständigkeit kommt es darauf an, ob der zu beurteilende Sachverhalt Bedeutung über das Gebiet eines Bundeslandes hinaus hat. Ist dies nicht der Fall, sind die Landeskartellbehörden zuständig, ansonsten das BKartA. Bei Fusionskontrollen ab festgelegten Umsatzschwellen ist die EU-Kommission gefragt. Hin und wieder kommt es auch vor, dass BNetzA und BKartA sich nicht einig sind (dazu: BNetzA/BKartA-Leitfaden: Konzessionsvergabe, S. 11, Rn. 32, 33 sowie Fußnote 21). Zur Beschleunigung der Netzausbauvorhaben hat man die Zuständigkeit der Bundesländer nun aufgebrochen und eine Bundesfachplanung eingeführt.

Bei § 315 **BGB-Verfahren** mit Streitwerten unter 5000 € war vor dem Hintergrund der ausschließlichen sachlichen Zuständigkeit nach § 102 Abs. 1 EnWG lange streitig, ob hier das Landgericht (meist die Kartellkammern) zuständige Eingangsinstanz ist, oder ob die Sache vor die Amtsgerichte gehört. Mittlerweile ist man sich weitgehend einig, dass es sich um schlichte Kaufpreisforderungen handelt, die vor den Amtsgerichten zu verfolgen sind (so das OLG Celle am 23.12.2010, Az: 13 AR 9/10). Beim Rechtsschutz gegen Konzessionsvergaben war umstritten, ob die Verwaltungs- oder Zivilgerichte zuständig sind, für Letztere das OVG Münster am 10.2.2012, Az: 11 B 11187/11 (zur Behördenzuständigkeit auch: Scholtka/Baumbach in: NJW 2012, 2704 [2707]).

Verbraucher können bei Streitigkeiten rund um Strom- und Gaslieferverträge neben den ordentlichen **Gerichten** nun die **Schlichtungsstelle** Energie anrufen, EEG-Anlagenbetreiber die **Clearingstelle**, Letztere fungiert neuerdings auch als Schiedsgericht i. S. d. §§ 1025 ff. ZPO.

11

12

13

III. Sektorspezifische Regelungsmechanik

- 14** Wie in anderen Rechtsgebieten auch gibt es die europäische Rechtsetzung aus Primärricht (z. B. Art. 194 AEUV), aus Sekundärrecht (z. B. Verordnungen, Richtlinien, Beschlüsse oder Empfehlungen i. S. d. Art. 288 AEUV) oder aus Rechtsprechung (z. B. EuGH).
- 15** Auf nationaler Ebene gilt das Grundgesetz (z. B. Art. 20a GG), die formellen und materiellen Gesetze wie z. B. das BGB, EnWG, EEG, AtomG, KWKG oder StromStG und eine Vielzahl wiederum auf Ermächtigungen dieser Gesetze beruhender Verordnungen, wie z. B. für die Netznutzung (z. B. StromNZV, StromNEV, MessZV), den Netzanschluss (NAV, KraftNAV) oder die Grundversorgung (StromGVV). Darüber hinaus gibt es Rechtsetzung aus ordentlicher und außerordentlicher Rechtsprechung, mit Letzterer sind hier u. a. Entscheidungen von Schlichtungs-, Clearing- oder Schiedsstellen gemeint. Welche **Rechtsetzungsinstrumentarien** sind nun – von Ausnahmen abgesehen – energiewirtschaftsspezifisch? Zunächst sind es die **Selbstverpflichtungserklärungen** (z. B. VV II +) oder Kooperationsvereinbarungen (KoV I bis V).
- 16** Vor dem regulierten Netzzugang haben die Netzbetreiber und Lieferanten den Stromnetzzugang, die -entgelte und -nutzung über die VV II + (**Verbändevereinbarung Strom**) abgewickelt, bei Gas gelten derartige Kooperationsvereinbarungen bis heute, z. B. die KoV V, zuletzt geändert am 29.6.2012. Aus steuerungspolitischer Sicht war die Verbändevereinbarung Strom das Instrument mit der geringsten Verbindlichkeit. Es handelte sich um private freiwillige Selbstregulierung (dazu grundlegend Knill: Europäische Umweltpolitik S. 61 bis 72). Ein wie im Regulierungsrecht sonst übliches – und jetzt auch geltendes – hierarchisches Verhältnis zwischen öffentlichen und staatlichen Akteuren („command and control“) gab es damals nicht. Das Besondere an den **privaten Selbstverpflichtungserklärungen** liegt darin, dass sie meist erst im Schatten drohender hierarchischer Maßnahmen auftreten, und zwar dann, wenn ein für die sich freiwillig Verpflichtenden sehr viel ungünstigeres hierarchisches Steuerungskonzept, beispielsweise eine interventionistische Regelung (z. B. Einführung des regulierten Netzzugangs) auf der politischen Tagesordnung steht (dazu auch Knill: Europäische Umweltpolitik S. 67).
- 17** Weitere **Rechtsinstitute** eigener Art sind die Festlegungen der Geschäftsprozesse durch die BNetzA (z. B. GPKE, GeliGas, WiM und MaBis). So hat die BNetzA am 11.7.2006, Az: BK6-06-009, die Geschäftsprozesse zur Kundenbelie-

ferung mit Elektrizität, kurz GPKE beispielsweise durch Beschluss festgelegt. Deren Rechtsnatur ist seitdem umstritten. Handelt es sich um eine Verordnung? Um einen Verwaltungsakt? Die BNetzA selbst stützt sich u. a. auf die §§ 29 Abs. 1 und 54 Abs. 1 EnWG sowie § 27 Abs. 1 Nr. 11 StromNZV, insbesondere also nicht auf Verordnungsermächtigungen. Nach Ansicht des BGH (so z. B. am 29.8.2008, Az: KVR 20/07) handelt es sich um einen Verwaltungsakt in Gestalt einer Allgemeinverfügung (Rn. 7). Eine derartige Qualifizierung entspreche der „*Eigenart des Regulierungsrechts*“ (so das Gericht, Rn. 13). Anders als etwa im Ordnungsrecht bestehe der Gesetzesvollzug nicht in der Regelung konkreter Einzelfälle, sondern der Gesetzesvollzug durch die Regulierungsbehörden bestehe gerade in der Konkretisierung der allgemeinen Regelungen des Gesetzes- und Verordnungsrechts zu typischen und regelmäßig wiederkehrenden Geschäftsprozessen (Rn. 13). So im Ergebnis auch das OLG Stuttgart am 16.2.2009, Az: 202 EnWG 96/07. Die Abgrenzungsfrage ist u. a. entscheidend für den Rechtsschutz, insbesondere die Anfechtbarkeit gemäß der §§ 75 ff. EnWG, die ausscheidet, wenn man die Festlegungen als Rechtsnorm ansieht. Der BGH nimmt in seiner Begründung auf die umfassende Abgrenzungssprechung zwischen Rechtsnorm/Verwaltungsakt zum Verkehrsschild (a.a.O, Rn. 11 m. w. N.) Bezug.

Darüber hinaus veröffentlichen BKartA und BNetzA in regelmäßigen Abständen allein oder gemeinsam **Auslegungsgrundsätze**, Stellungnahmen, Positionspapiere oder Leitfäden. So veröffentlichte die BNetzA beispielsweise am 16.7.2012 ihren dritten Auslegungsgrundsatz zu den Entflechtungsvorschriften des EnWG. Zwar schreibt die BNetzA selbst in diesem Papier (S. 4), dass es sich dabei weder um eine Festlegung i. S. d. § 29 EnWG noch um eine Verwaltungs vorschrift i. S. d. § 35 VwVfG handelt, sondern das Papier den Unternehmen nur als Orientierungshilfe diene. Faktisch schafft sie dennoch für die teils sehr detaillierten Beispiele ein Präjudiz, welches ein Unternehmen bei Investitionsentscheidungen nicht ohne weiteres ignorieren kann.

18

Beispiel:

Nach Ziffer 3.2.3 der benannten Auslegungsgrundsätze darf auf dem Auto eines Netzbetreibers überhaupt nichts mehr stehen, er habe, so heißt es dort, neutrale Fahrzeuge zu verwenden, die keine Hinweise auf ein Unternehmen oder ein Produkt enthalten. Danach müsste ein beauftragter dritter Dienstleister sein eigenes Firmenlogo überkleben, wenn er für den Netzbetreiber fährt.

19

- 20** Was soll das Beispiel zeigen? Die Auslegungsgrundsätze schaffen bei den adressierten Unternehmen nicht nur Rechtssicherheit, sie verunsichern auch, insbesondere wenn Negativbeispiele zur Abgrenzung formuliert werden, die nach dem Wortlaut des EnWG oder der zugrunde liegenden EU-Richtlinie so zwingend nicht sind. Gleiches gilt für etwaige Stellungnahmen und Empfehlungen.
- 21** Insbesondere vor diesem Hintergrund wird die – zugegeben faktisch derzeit alternativlose – „Leitfadenkultur“ der BNetzA zunehmend kritisiert.



Abbildung 2

2. Kapitel Kernbereiche des Energierechts

I. Liberalisierungs- und Regulierungsrecht

Sieht man einmal die Öffnung der Strom- und Gasmärkte als Medaille, wäre die Liberalisierung der Märkte die eine, die Regulierung der Netze die andere Seite. Ohne Regulierung keine Liberalisierung, so das zu Grunde liegende europäische Grundkonzept. Ziel der Liberalisierung ist es, **Wettbewerb in die Lieferketten** der Produkte Strom und Gas zu bringen, und zwar auf der Erzeugungs- als auch auf der Absatzseite.

22

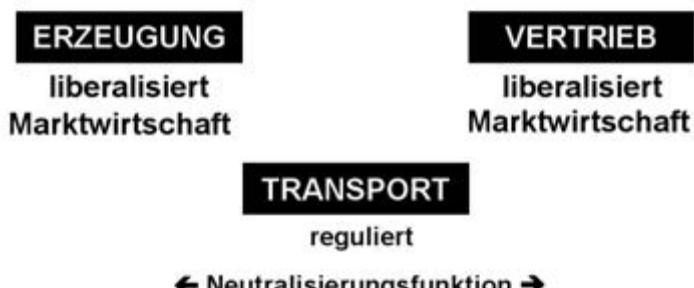


Abbildung 3

Die Mitte der Lieferkette, die Netzebene, der Transport von Energie ist von Monopolstrukturen geprägt, in der Regel von natürlich gewachsenen Monopolen.

23

Monopol: Von einem natürlichen Monopol spricht man grundsätzlich dann, wenn ein einzelner Anbieter einen Markt kostengünstiger bedienen kann als mehrere und dadurch marktbeherrschend wird.

24

Hier wettbewerbliche Strukturen einzuziehen, ist meist schlicht nicht möglich und auch nicht immer sinnvoll. Warum nicht sinnvoll? Wegen der sog. Bündlungsvorteile.





Bündelungsvorteile: Es bleibt zur Versorgung mehrerer Verbrauchsstellen immer kostengünstiger, zunächst eine große Leitung zu einem Verteilnetz zu bauen, um dann von dort aus die Leitungen für die verschiedenen Verbraucher zu ziehen, als jeweils eine Leitung für jeden zu verlegen. Hier gilt die „Zwei-Drittel-Regel“, die besagt, dass das Durchleitungsvolumen bei Vergrößerung des Leitungsumfangs schneller wächst als der Leitungsumfang selbst, der letztlich die Kosten bestimmt. Hinzukommt ein weiterer Bündelungsvorteil durch die Vernetzung in die Fläche (dazu im Einzelnen: Knieps, Wettbewerbsökonomie, S. 22 mit einer Vielzahl von Beispielen). Derartige Bündelungsvorteile gibt es auch in Wasser, Abwasser-, Telekommunikations-, Schienen- und Kanalnetzen.

25 Deshalb hat der Gesetzgeber bei den Strom- und Gasnetzen regulatorisch eingegriffen. Aus zwei Gründen: Zum einen soll die Netzebene auf den davor und dahinter herrschenden Wettbewerb neutralisierend („**Neutralisierungsfunktion**“) wirken. Zum anderen sollen die Netzbetreiber ihre marktbeherrschende Stellung nicht ausnutzen.

26 Hierbei hat sich der Gesetzgeber insbesondere auf Unternehmen konzentriert, die im Elektrizitätsbereich mindestens eine der Funktionen Übertragung/Verteilung und mindestens eine der Funktionen Erzeugung oder Vertrieb von Elektrizität oder im Erdgasbereich mindestens eine der Funktionen Fernleitung, Verteilung, Betrieb einer LNG-Anlage oder Speicherung und gleichzeitig eine der Funktionen Gewinnung oder Vertrieb von Erdgas wahrnehmen. Diese Unternehmen bezeichnet man als vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen (§ 3 Ziffer 38 EnWG). Um nun die Verteilung von Energie, genauer: die Netzbetreiber regulatorisch zu erfassen, müssen in vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen zunächst die Bereiche Erzeugung, Verteilung und Vertrieb entflochten werden. Anstelle der deutschen Übersetzung „**Entflechtung**“ bleiben viele beim anglistischen Original „Unbundling“. § 6 EnWG regelt diesen Spezialfall wie folgt:



„Vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen und rechtlich selbstständige Betreiber von Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetzen, die im Sinne des § 3 Nr. 38 mit einem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen verbunden sind, sind zur Gewährleistung von Transparenz sowie diskriminierungsfreier Ausgestaltung und Abwicklung des Netzbetriebs verpflichtet. Um dieses Ziel zu erreichen, müssen sie die Unabhängigkeit der Netzbetreiber von anderen Tätigkeitsbereichen der Energieversorgung nach den §§ 6a bis 10e sicherstellen.“