

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|------------|---|----|
| 1. Kapitel | Einführung und allgemeine Problemendarstellung | 17 |
| A. | Einführung | 17 |
| B. | Ausgangslage | 23 |
| I. | Entwicklung des Energierechts in Deutschland | 23 |
| II. | Entwicklung des Entflechtungsregimes | 25 |
| III. | Das Entflechtungsregime nach den Richtlinien 2003/54/EG und 2003/55/EG | 26 |
| 1. | Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben | 26 |
| 2. | Ziele der Entflechtung | 27 |
| a) | Bekämpfung hoher Marktkonzentration | 28 |
| b) | Beseitigung vertikaler Marktabschottung | 28 |
| c) | Ausweitung der Marktintegration | 29 |
| d) | Herstellung tatsächlicher und wirksamer Transparenz | 29 |
| 3. | Sonstige Regulierungsinstrumente | 30 |
| a) | Netzzugangsregulierung | 30 |
| b) | Netzzugangsentsgeltregulierung | 30 |
| c) | Kundenentgeltkontrolle | 31 |
| d) | Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, Kartellverbot | 31 |
| IV. | Herstellung von Wettbewerb durch das allgemeine Kartellrecht | 32 |
| 1. | Allgemeine Wettbewerbstheorie | 32 |
| 2. | Wettbewerb in Netzwirtschaften | 35 |
| 3. | Kartellrechtliche Grundlagen eines sektorübergreifenden Zugangsanspruchs zu wesentlichen Leistungen/Einrichtungen – „essential-facilities-doctrine“ | 35 |
| 4. | Zugang zu wesentlichen Einrichtungen nach nationalem und EU-Wettbewerbsrecht | 37 |
| a) | EU-Wettbewerbsrecht | 37 |
| b) | Nationales Wettbewerbsrecht | 38 |
| V. | Herstellung von Wettbewerb durch das sektorspezifische Kartellrecht | 43 |
| 1. | Zugang zu Netzen im sektorspezifischen Kartellrecht | 43 |
| a) | Sektorspezifische Anspruchsgrundlagen in den Netzwirtschaften | 43 |
| aa) | Duplizierung der Netzinfrastuktur | 43 |

| | |
|--|----|
| bb) Bau von Direktleitungen | 45 |
| cc) Alternative Transportwege | 46 |
| dd) Mitbenutzung der vorhandenen Infrastruktur | 47 |
| b) Netzzugang in der Energiewirtschaft | 47 |
| aa) Zugang zu den Elektrizitätsversorgungsnetzen | 49 |
| (1) Netznutzungsvertrag | 50 |
| (2) Lieferantenrahmenvertrag | 50 |
| (3) Bilanzkreisvertrag | 51 |
| (4) Netzzugangsmodell | 52 |
| bb) Zugang zu den Gasversorgungsnetzen | 52 |
| (1) Einspeisevertrag | 54 |
| (2) Ausspeisevertrag | 55 |
| (3) Bilanzkreisvertrag | 56 |
| VI. Zusammenfassung | 56 |
| 2. Kapitel Sicherstellung diskriminierungsfreien Netzzugangs zu angemessenen Bedingungen durch das Entflechtungsregime nach den Binnenmarktrichtlinien 2003/54/EG und 2003/55/EG | 58 |
| A. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben | 59 |
| I. Elektrizitätswirtschaft | 60 |
| 1. Adressaten der Entflechtungsvorgaben | 60 |
| a) Vertikal integrierte Unternehmen | 60 |
| aa) Sektorübergreifende vertikale Integration | 63 |
| bb) Energieträgerübergreifende vertikale Integration | 63 |
| cc) Grenzüberschreitende vertikale Integration | 65 |
| dd) Stellungnahme | 65 |
| b) Ausnahme: kleine Elektrizitätsunternehmen | 66 |
| 2. Die einzelnen Entflechtungsvorgaben | 67 |
| a) Entflechtung von Übertragungsnetzbetreibern | 67 |
| aa) Rechtliche Entflechtung | 67 |
| bb) Operationelle Entflechtung | 69 |
| (1) Personelle Entflechtung | 70 |
| (a) Leitungsebene | 70 |
| (b) Beteiligungsverhältnisse | 72 |
| (c) Combined (shared) Services | 75 |
| (2) Anreiz-Entflechtung | 76 |
| (3) Ressourcen-Entflechtung | 76 |
| (4) Gleichbehandlungsprogramm | 77 |
| b) Entflechtung von Verteilnetzbetreibern | 78 |

| | |
|---|-----|
| c) Gemeinsame Vorschriften für die Entflechtung von Übertragungs- und Verteilnetzbetreibern | 78 |
| aa) Informatorische Entflechtung | 78 |
| bb) Buchhalterische Entflechtung | 81 |
| II. Gaswirtschaft | 82 |
| 1. Allgemeines | 82 |
| 2. LNG und Speichieranlagen | 82 |
| 3. Informatorische Entflechtung | 84 |
| B. Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Entflechtungsvorgaben durch den deutschen Gesetzgeber | 85 |
| I. Adressaten der Entflechtungsvorgaben | 85 |
| 1. Vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen und rechtlich selbstständige Netzbetreiber | 85 |
| a) Sektorübergreifende vertikale Integration | 87 |
| b) Energieträgerübergreifende vertikale Integration | 87 |
| aa) Informatorische Entflechtung | 89 |
| bb) Buchhalterische Entflechtung | 89 |
| c) Grenzüberschreitende vertikale Integration | 90 |
| 2. Sonderregelung in der Gaswirtschaft: Betreiber von LNG- und Speichieranlagen | 90 |
| 3. Ausnahmen vom Entflechtungsregime | 94 |
| a) Kleine Energieversorgungsunternehmen | 94 |
| b) Objektnetzbetreiber | 95 |
| II. Die einzelnen Entflechtungsvorgaben | 97 |
| 1. Rechtliche Entflechtung | 97 |
| 2. Operationelle Entflechtung | 98 |
| 3. Informatorische Entflechtung | 98 |
| 4. Buchhalterische Entflechtung | 99 |
| III. Zwischenergebnis | 103 |
| C. Umsetzung der Vorgaben zur rechtlichen und operationellen Entflechtung nach §§ 7 und 8 EnWG 2005 durch die Energieversorgungsunternehmen | 105 |
| I. Rechtliche Entflechtung | 105 |
| 1. Organisationsstruktur | 107 |
| a) Bereichsübergreifende Holdinggesellschaft | 108 |
| b) Schwester-Modell | 110 |
| c) Tochter-Modell | 110 |
| d) Netzmutter-Modell | 111 |
| 2. Rechtsform der Netzgesellschaft | 115 |

| | |
|--|-----|
| a) Die AG | 116 |
| b) Die GmbH | 118 |
| aa) Weisungsabhängigkeit der Geschäftsführung | 119 |
| (1) Beschränkung des Weisungsrechts durch § 8 Abs. 4 S. 4 EnWG 2005 | 120 |
| (2) Beschränkung des Weisungsrechts durch Satzungsgestaltung | 121 |
| bb) Widerruf der Geschäftsführerbestellung | 123 |
| cc) Auskunft- und Einsichtsrechte | 125 |
| c) Personengesellschaften | 128 |
| aa) OHG | 128 |
| bb) KG | 130 |
| 3. Zulässigkeit von Unternehmensverträgen | 130 |
| aa) Beherrschungsverträge | 132 |
| bb) Gewinnabführungsverträge | 134 |
| 4. Allokation der Netzinfrastruktur | 135 |
| II. Operationelle Entflechtung | 135 |
| 1. Personelle Entflechtung | 136 |
| a) Doppelfunktion auf der Leitungsebene | 136 |
| b) Wahrnehmung sonstiger Tätigkeiten | 137 |
| 2. Berufliche Handlungsunabhängigkeit des Leitungspersonals | 138 |
| 3. Tatsächliche unabhängige Entscheidungsgewalt | 141 |
| a) Einordnung des Netzpachtvertrages als Betriebsübergang | 143 |
| b) Dauer des Pachtvertrages | 144 |
| c) Festlegung des Pachtzinses | 145 |
| 4. Das Gleichbehandlungsprogramm | 146 |
| a) Adressaten der Verpflichtung | 147 |
| b) Inhalt des Gleichbehandlungsprogramms | 148 |
| c) Gleichbehandlungsbeauftragter | 150 |
| d) Durchsetzung des Gleichbehandlungsprogramms | 150 |
| D. Zusammenfassung und Zwischenergebnis der Analyse des Entflechtungsregimes der Richtlinien 2003/54/EG, 2003/55/EG und des EnWG | 150 |
| 3. Kapitel Separierungsoptionen jenseits der gesellschaftsrechtlich-operationellen Entflechtung nach den Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG | 155 |
| A. Adressaten der Entflechtungsvorschriften nach den Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG | 156 |
| I. Allgemeines | 156 |

| | |
|--|-----|
| II. Energieträgerübergreifende vertikale Integration | 157 |
| 1. Wortlaut | 157 |
| 2. Systematisch-teleologische Auslegung | 158 |
| B. Die verschiedenen im Dritten Energiebinnenmarktpaket enthaltenen Vorgaben zur weitergehenden Entflechtung der Übertragungsnetzbetreiber | 159 |
| I. Eigentumsrechtliche Entflechtung – Full Ownership-Unbundling | 160 |
| 1. Vorgaben | 160 |
| a) Art. 9 Abs. 1 lit. b Richtlinie 2009/72/EG | 160 |
| aa) Verbot der Möglichkeit der doppelten Beteiligung | 160 |
| bb) Verbot der Doppelzuständigkeit auf Leitungsebene | 163 |
| b) Definition des Begriffes der Kontrolle i.S.d. Art. 9 Abs. 1 lit. b und c Richtlinie 2009/72/EG | 163 |
| c) Art. 9 Abs. 2 Richtlinie 2009/72/EG – Definition des Begriffes „Rechte“ i.S.d. Art. 9 Abs. 1 lit. b und c | 164 |
| d) Die öffentliche Hand als „Person“ i.S.d. Art. 9 Abs. 1 lit. b- d Richtlinie 2009/72/EG | 165 |
| e) Informationsvorsprung infolge ehemaliger vertikaler Integration | 166 |
| f) Verhältnis von eigentumsrechtlicher Entflechtung zu ISO- und ITO-Modell | 168 |
| aa) Allgemeines | 168 |
| bb) Grenzüberschreitende Sachverhalte | 169 |
| cc) Weitergehende Beschränkung der Beteiligungsmöglichkeiten durch den nationalen Gesetzgeber | 172 |
| 2. Möglichkeiten der Umsetzung des Ownership-Unbundling durch vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen | 172 |
| a) „Aktiensplit“ | 173 |
| b) Abspaltung | 174 |
| aa) Unzulässiger Erwerb eigener Aktien | 175 |
| (1) Zulässigkeit des Erwerbs eigener Aktien nach § 71 Abs. 1 Nr. 3 AktG | 176 |
| (2) Zulässigkeit des Erwerbs eigener Aktien nach § 71 Abs. 1 Nr. 5 AktG | 176 |
| (3) Unmittelbarer Anteilserwerb vom übertragenden Rechtsträger | 177 |
| bb) Steuerliche Auswirkungen der Abspaltung | 178 |
| (1) Aufdeckung stiller Reserven; Erzielung von Veräußerungsgewinnen | 178 |

| | |
|--|-----|
| (a) Allgemeine Voraussetzungen | 178 |
| (b) Übertragender Rechtsträger | 182 |
| (c) Übernehmende Körperschaft | 183 |
| (d) Anteilseigner der übertragenden Körperschaft | 183 |
| (2) Verdeckte Gewinnausschüttung | 184 |
| cc) Zwischenergebnis | 185 |
| c) Kapitalherabsetzung | 185 |
| d) Verkauf des Übertragungsnetzbetreibers | 186 |
| e) Zulässige Anteilseignerstrukturen unter Beachtung der eigentumsrechtlichen Entflechtung nach Art. 9 Abs. 1 Richtlinie 2009/72/EG | 186 |
| II. ISO – Independent System Operator | 190 |
| 1. Gleichstellung von vertikaler Integration und den sonstigen Konstellationen im Sinne des Art. 9 Abs. 1 für die Anwendung von Art. 9 Abs. 8 S. 1 Richtlinie 2009/72/EG | 191 |
| a) Wortlaut | 191 |
| b) Genesis | 192 |
| c) Systematisch-teleologische Auslegung | 192 |
| d) Telos | 192 |
| e) Zwischenergebnis | 194 |
| 2. Energieträgerübergreifende vertikale Integration als vertikale Integration im Sinne des Art. 9 Abs. 8 S. 1 Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG | 194 |
| a) Wortlaut | 195 |
| b) Genesis | 195 |
| c) Systematik | 196 |
| d) Systematisch-teleologische Auslegung | 197 |
| e) Telos | 197 |
| f) Ergebnis | 199 |
| 3. Übertragungsnetzbetreiber – Unabhängiger Netzbetreiber | 200 |
| a) Wortlaut | 200 |
| b) Systematik | 201 |
| c) Genesis | 202 |
| d) Telos | 202 |
| e) Ergebnis der Auslegung | 203 |
| 4. Aufgaben des Übertragungsnetzeigentümers | 204 |
| a) Kooperationspflicht | 204 |
| b) Finanzierungspflicht | 205 |
| c) Absicherung der Haftungsrisiken | 207 |
| 5. Struktur des Übertragungsnetzeigentümers | 208 |

| | |
|--|-----|
| a) Rechtliche und operationelle Entflechtung | 209 |
| b) Informatorische Entflechtung | 210 |
| c) Konzernstruktur | 214 |
| 6. Aufgaben der Regulierungsbehörde in Bezug auf den unabhängigen Netzbetreiber und den Übertragungsnetzeigentümer | 215 |
| 7. Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Übertragungsnetzeigentümer und unabhängigem Netzbetreiber | 215 |
| a) Betriebspacht | 215 |
| b) Betriebsführungsvertrag | 217 |
| c) Treuhand | 218 |
| d) Einordnung unter Berücksichtigung des Art. 37 Abs. 3 lit. d Richtlinie 2009/72/EG | 219 |
| 8. Zwischenergebnis | 221 |
| III. ITO – Independent Transmission System Operator | 223 |
| 1. Gleichstellung von vertikaler Integration und den sonstigen Konstellationen im Sinne des Art. 9 Abs. 1 für die Anwendung von Art. 9 Abs. 8 S. 1 Richtlinie 2009/72/EG | 224 |
| 2. Aufgaben des ITO | 225 |
| 3. Rechtsform des ITO | 225 |
| 4. Konzernstruktur | 226 |
| a) Richtlinienvorgaben | 226 |
| b) Ist die Holdinggesellschaft Teil des vertikal integrierten Unternehmens? | 229 |
| aa) Wortlaut | 230 |
| bb) Systematik | 231 |
| cc) Telos | 233 |
| c) Auslegungsvermerk der Kommission | 234 |
| 5. Sicherstellung der Unabhängigkeit des ITO | 234 |
| a) Physische, technische, personelle und finanzielle Ausstattung des ITO | 235 |
| aa) Physische und technische Ausstattung | 235 |
| bb) Personalausstattung | 239 |
| cc) Finanzielle Ausstattung | 244 |
| (1) Schenkung | 244 |
| (2) Kapitalerhöhung | 245 |
| (3) Kreditfinanzierung | 245 |
| (4) Kreditbürgschaften | 247 |
| (5) Ergebnis | 247 |

| | |
|--|-----|
| b) Shared-Services | 247 |
| aa) Verbot aus Art. 17 Abs. 1 lit. c S. 1 Richtlinie 2009/72/EG | 248 |
| bb) Verbot aus Art. 16 Abs. 1 S. 3 Richtlinie 2009/72/EG | 249 |
| cc) Voraussetzungen der Zulässigkeit der Dienstleistungserbringung | 251 |
| (1) Durch den ITO für die Wettbewerbsbereiche | 251 |
| (2) Durch die Wettbewerbsbereiche untereinander | 253 |
| (3) Zwischen DSO und ITO | 254 |
| (a) Zulässigkeit der Dienstleistungserbringung durch den DSO | 254 |
| (b) Bedingungen der Dienstleistungserbringung durch den ITO | 255 |
| dd) Ausschluss gemeinsamer Nutzung bestimmter Dienste | 256 |
| (1) Wirtschaftsprüfung | 256 |
| (2) IT-Systeme und -Ausrüstung | 257 |
| (3) Liegenschaften | 261 |
| (a) Wortlaut | 261 |
| (b) Telos | 262 |
| (4) Zugangskontrollsysteme | 264 |
| c) Corporate Identity | 265 |
| aa) Pflichten des ITO | 266 |
| (1) Kommunikation | 266 |
| (2) Markenpolitik | 266 |
| (3) Geschäftsräume | 267 |
| bb) Pflichten der anderen Teile des vertikal integrierten Unternehmens | 268 |
| d) Organe des ITO | 269 |
| aa) Der Aufsichtsrat | 270 |
| (1) Zuständigkeiten | 270 |
| (a) Art. 19 Abs. 1 Richtlinie 2009/72/EG | 270 |
| (aa) AG | 270 |
| (bb) GmbH | 270 |
| (cc) KGaA | 271 |
| (b) Art. 20 Abs. 1 Richtlinie 2009/72/EG | 272 |
| (2) Zusammensetzung des Aufsichtsrates | 274 |
| (a) „Cooling-Down“ Phase vor Antritt des Mandats | 275 |
| (b) „Cooling-Down“ Phase nach Beendigung des Mandats | 276 |

| | | |
|------------|---|-----|
| (c) | Doppelmandate | 277 |
| (d) | Beteiligungsverbot | 277 |
| (e) | Kontrolle durch die Regulierungsbehörde | 278 |
| bb) | Die Unternehmensleitung | 279 |
| (1) | Zuständigkeiten | 279 |
| (a) | Betrieb und Wartung des Übertragungsnetzes | 279 |
| (aa) | GmbH | 279 |
| (bb) | AG | 283 |
| (cc) | KGaA | 283 |
| (b) | Netzentwicklung | 284 |
| (2) | Zusammensetzung, Vergütung und Beteiligungsverhältnisse | 287 |
| (a) | Bestellung, Abberufung und Vertragsbedingungen | 287 |
| (b) | „Cooling-Down“ Phase vor Amtsantritt | 288 |
| (c) | Verbot der Mehrfachbeschäftigung | 289 |
| (d) | Beteiligungsverbot | 290 |
| (e) | Gehaltsbestandteile und erfolgsabhängige Vergütung | 293 |
| 6. | Zwischenergebnis | 293 |
| C. | Ergebnis | 295 |
| 4. Kapitel | Von den Beschleunigungsrichtlinien 2003/54/EG und 2003/55/EG zum Dritten Energiebinnenmarktpaket | 301 |
| | Literaturverzeichnis | 309 |