

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel Einführung und allgemeine Problemdarstellung	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) Netzzugangsentgeltregulierung	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) Duplikierung der Netzinfrastruktur	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 Speicheranlagen	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 Speicheranlagen	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) Auskunfts- 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	155
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 Energieinnenmarktpaket 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. 1lit. 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) Zugangskontrollsystme	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