

Kompendien

für Studium, Praxis und Fortbildung

Kühling | Rasbach | Busch

Energierrecht

5. Auflage



Nomos

Kompandien

für Studium, Praxis und Fortbildung

Jürgen Kühling | Winfried Rasbach | Claudia Busch

Energierrecht

5., überarbeitete und erweiterte Auflage



Nomos

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

ISBN 978-3-8487-6192-0 (Print)

ISBN 978-3-7489-0311-6 (ePDF)

5. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die Energiegesetzgebung bleibt eine „ewige Reformbaustelle“. Auch wenn das EnWG nach der Generalreform 2011 in der Folgedekade eher in Teilbereichen novelliert wurde, wie zum Ende der 19. Legislaturperiode im Sommer 2021 mit der Umsetzung des Winterpakets der EU und den Vorgaben zur Wasserstoffregulierung, sind die immer wichtiger werdenden energierechtlichen „Nebengesetze“ teils erheblichen Überarbeitungen unterzogen worden. Das gilt zuletzt insbesondere für die grundlegende Novelle des Erneuerbaren-Energien-Gesetzes im Jahr 2021. Zudem treten immer neue „Nebengesetze“ hinzu, wie im Sommer 2016 das Messstellenbetriebsgesetz im Rahmen der Digitalisierung der Energiewende, das seitdem schon mehrfach geändert worden ist. Angesichts der Dringlichkeit der ambitionierten Klimaziele wird dies auch in der neuen Legislaturperiode so bleiben. Dementsprechend ist die Rechtsunsicherheit im Umgang mit den zahlreichen, teils komplexen Normen groß. Die Bundesnetzagentur als Regulierungsbehörde trägt durch zahlreiche Leitlinien, Positionspapiere und Festlegungen zur Komplexitätssteigerung dieses Rechtsgebiets bei. Überdies verleitet die politisch „über Nacht“ beschlossene „Energiewende“ immer mehr zur Verwendung wettbewerbsfremder Steuerungsinstrumente, die sich nur schwer mit den ursprünglichen Liberalisierungszielen vertragen. Die durchaus erfolgreiche Schaffung von Wettbewerb wird dadurch gefährdet. Die Einführung von Ausschreibungen im Rahmen der Förderung erneuerbarer Energien ist insoweit nur eine zaghafte „Gegenbewegung“. Vor dem Hintergrund dieser zahlreichen Änderungen musste das vorliegende Buch auch für diese Auflage wieder umfassend überarbeitet werden.

Ziel der vorliegenden Einführung ist es, die Leserschaft durch den komplexen „Normenwust“ zu leiten. Eindrucksvoll lässt sich am Beispiel des Energiewirtschaftsrechts zeigen, dass Liberalisierung und Deregulierung nicht zu einer quantitativen Reduzierung normativer Regelungen führen, sondern im Gegenteil einen Ausbau gesetzlicher Vorgaben erforderlich machen können. Das gilt insbesondere, wenn sie durch eine starke politische Umsteuerung überformt werden wie es im Rahmen der „Energiewende“ der Fall ist. In diesem Buch wird daher ganz bewusst stark an die Normen als textlichem Ausgangsbefund des Regulierungsumfelds angeknüpft. Dementsprechend wird die Lektüre der einschlägigen Normen beim Durchgang durch das vorliegende Werk nachdrücklich empfohlen. Schwerpunkte setzt die Darstellung bei der Zugangs-, Entgelt- und Entflechtungsregulierung als den Zentralelementen zur Förderung von Wettbewerb. Neben knapperen Hinweisen zu den übrigen Regelungsgehalten des EnWG (Genehmigungspflicht und Aufgaben der Energieversorgungsunternehmen; Energielieferung an Letztverbraucher; Versorgungssicherheit; Planfeststellung, Wegenutzung und Konzessionsabgaben) wird auch das materielle Recht außerhalb des EnWG beleuchtet, das in letzter Zeit an Bedeutung erheblich hinzugewonnen hat (EEG, KWKG). Zudem werden das Zusammenspiel und die Kompetenzen der Regulierungsbehörden sowie die prozessuale Ausgestaltung der Energieordnung dargestellt. Eine kurze Einführung, die neben den ökonomischen und technischen Hintergründen auch die Entwicklung des EnWG zusammenfasst, wurde angesichts des beschränkten Umfangs dieses Buches auf das Notwendigste komprimiert. Sie soll jenen Lesern den Zugriff erleichtern, die nicht über die entsprechenden technischen und ökonomischen Hintergründe verfügen. Schließlich ist das deutsche Energierecht entscheidend durch die unionsrechtlichen Vorgaben geprägt. Gleichwohl beschränkt sich das vorliegende Werk – schon aus Raumgründen – auf die Darstellung des in deutsches Recht umgesetzten Energierechts der Europäischen Union. Im Übrigen ist auf die inzwischen umfangreiche

Literatur zu den unionsrechtlichen Vorgaben zu verweisen. Rechtsprechung und Literatur sind dabei grundsätzlich bis zum 30. Juni 2021 berücksichtigt. Im Einzelfall konnten noch spätere Publikationen eingearbeitet werden. Die Gesetzeslage befindet sich auf dem Stand von Ende Juli 2021. So konnte insbesondere das „Gesetz zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und zur Regelung reiner Wasserstoffnetze im Energiewirtschaftsrecht vom 16. Juli 2021“ umfassend berücksichtigt werden. Es ist am 26. Juli 2021 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht und in wesentlichen Teilen am Tag danach in Kraft getreten. Es enthält teils umfangreiche Änderungen im EnWG.

Das vorliegende Buch richtet sich nicht nur an Juristen, die in Wissenschaft und Praxis mit energierechtlichen Fragen zu tun haben, seien es Wissenschaftler, Unternehmensjuristen, Angehörige von Regulierungsbehörden, Richter oder Anwälte. Auch Vertreter anderer Disziplinen wie Betriebswirte oder Techniker, die sich einen Überblick über das regulatorische Umfeld verschaffen wollen, sollen sich angesprochen fühlen. Dabei soll gerade Berufseinsteigern, die zum ersten Mal mit energierechtlichen Fragen konfrontiert sind, eine Hilfe an die Hand gegeben werden.

Die Autoren danken ganz besonders *Marlene Elsa Wagner*, Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl Kühling. Sie war insbesondere eine wichtige Unterstützung bei der notwendigen, teils umfangreichen, Aktualisierungs- und Ergänzungsarbeit an dem Manuskript und bei der Zusammenführung der verschiedenen Teile des Buches. Gerade auf der „Zielgeraden“ der Korrekturlektüre hat sodann der Wissenschaftliche Mitarbeiter *Moritz Litterst* am Lehrstuhl den unermüdlichen Einsatz der studentische Hilfskräfte hervorragend koordiniert. Ihm und den studentischen Hilfskräften *Adrian Fieweger*, *Anna-Lena Hausleitner*, *Karima-Felicitas Henß*, *Melissa Mahmoud*, *Elina Mayer*, *Anastasia Paul*, *Carlotta-Giulia Schäfer*, *Antonia Schöne* und *Gregor Schwerda* sei für die hilfreiche Korrekturarbeit herzlich gedankt. Ein herzlicher Dank für die Hilfe bei der Korrektur gilt ebenfalls Frau *Marie-Christine Vollmer*, Wissenschaftliche Mitarbeiterin bei GSK Stockmann.

Regensburg und München, im Oktober 2021

Jürgen Kühling, Winfried Rasbach und Claudia Busch

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel: Grundlagen des Energierechts	17
A. Grundlagen der Regulierung von Netzindustrien und Aufbau des Buches	17
B. Energiebegriff, Märkte und Ebenen	20
C. Entwicklung der Energieordnung	22
D. Technischer Hintergrund	42
2. Kapitel: Genehmigungs- und Anzeigepflicht – Aufgaben der Energieversorgungsunternehmen	50
A. Vorbemerkung	50
B. Genehmigungspflicht der Aufnahme des Betriebs eines Energieversorgungsnetzes	51
I. Allgemeines	51
II. Rechtscharakter der Genehmigung	52
III. Grundtatbestand der Genehmigungspflicht	52
IV. Genehmigungsversagungsgründe	53
V. Höchstpersönlichkeit der Genehmigung	54
VI. Zuständigkeit – Aufhebung – Sanktionen – Untersagung – Rechtsschutz	55
C. Anzeigepflicht der Tätigkeit der Energiebelieferung	55
D. Aufgaben	57
I. Aufgaben der Energieversorgungsunternehmen (§ 2 EnWG)	57
II. Aufgaben der Netzbetreiber	57
1. Betrieb von Energieversorgungsnetzen (§ 11 EnWG)	58
2. Netzausbaupflichten	59
a) Netzausbaupflicht Übertragungsnetz Onshore und Offshore	62
b) Netzausbaupflicht Fernleitungsnetz, Berichtspflicht Wasserstoffnetz	65
c) Netzausbaupflicht Verteilernetze	66
3. Aufgaben der Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen	68
4. Systemverantwortung der Betreiber von Übertragungsnetzen	71
5. Aufgaben der Betreiber von Elektrizitätsverteilernetzen	79
6. Aufgaben der Betreiber von Fernleitungsnetzen (§ 15 EnWG)	81
7. Systemverantwortung der Betreiber von Fernleitungsnetzen (§ 16 EnWG)	81
8. Aufgaben und Systemverantwortung der Gasverteilernetzbetreiber (§§ 16a, 14b EnWG)	81
III. Nichteinhaltung der gesetzlichen Verpflichtungen	82
3. Kapitel: Netzanschluss und Netzzugang	84
A. Zugangsregulierung als Herzstück einer wettbewerblichen Energiewirtschaft	84

B. Anschlussbereitstellung, Anschlussnutzung und Netzzugang bei Strom- und Gasnetzen	85
C. Netzanschluss	86
I. Netzanschluss (§ 17 EnWG)	86
1. Berechtigte und Verpflichtete des Anschlussanspruchs	86
2. Anspruchsinhalt	86
a) Umfassender Anschlussanspruch	86
b) Angemessenheit	87
c) Diskriminierungsfreiheit	87
d) Transparenz	88
e) Durchsetzbarkeit	88
f) Sonderfall: Anschluss von Offshore-Windparks	88
g) Sonderfall: Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie	91
3. Anschlussverweigerung	91
4. Ausnahme von der Netzanschlussverpflichtung für geschlossene Verteilernetze gemäß § 110 EnWG	94
5. Anschluss von Elektrizitätserzeugungsanlagen nach der Kraftwerks-Netzanschlussverordnung	96
a) Anwendungsbereich der KraftNAV und ihr Verhältnis zu § 17 EnWG	97
b) Einheitliches Netzanschlussverfahren	97
c) Anschlusskonkurrenz	98
d) Konkretisierung der Anschlussverweigerungsgründe	99
e) Kostentragung	99
f) Privilegierung neuer Erzeugungsanlagen bei Netzengpässen	100
II. Anschluss von Wasserstoffnetzen	100
III. Anschluss von Biogas- und LNG-Anlagen nach der GasNZV	100
IV. Allgemeine Anschlusspflicht (§ 18 EnWG)	102
V. Technische Vorschriften	105
D. Netzzugang	106
I. Zugang zu den Elektrizitätsversorgungsnetzen	106
1. Vertragliche Ausgestaltung: Netznutzungsvertrag – Lieferantenrahmenvertrag – Bilanzkreisvertrag	106
2. Netzzugangsanspruch und seine Durchsetzung	109
3. Inhalt des Zugangsanspruchs und sonstige Verpflichtungen	110
a) Entbündelung	110
b) Diskriminierungsfreiheit und Standardisierung der Lastprofile	111
c) Angemessenheit und Lieferantenwechsel	111
d) Transparenzpflicht	112
e) Zusammenarbeitspflichten	113
f) Haftung	113
g) Messeinrichtungen	114
4. Zugangsbeschränkungen – insbesondere das Problem des Kapazitätsengpasses	116
5. Zugang zu grenzüberschreitenden Verbindungsleitungen	117
6. Bilanzkreismanagement	119
7. Regelenergie	120
8. Verordnungsermächtigung	122

II. Zugang zu Gasversorgungsnetzen	122
1. Zugang im Strom- und Gasbereich – Gemeinsamkeiten und Unterschiede	122
2. Entry-Exit-System	122
3. Inhalt der Kooperationsvereinbarung	125
4. Vertragsanbahnung und Verträge im Außenverhältnis	126
a) Vertragsanbahnung	126
b) Einspeisevertrag	127
c) Ausspeisevertrag	127
d) Bilanzkreisvertrag	127
5. Vereinbarungen der Netzbetreiber im Innenverhältnis	128
a) Interne Bestellung	128
b) Abrechnung zwischen den Netzbetreibern/Kosten- und Entgeltwälzung	128
c) Netzkopplungsvertrag	129
6. Veröffentlichungs- und Informationspflichten	129
7. Netzzugangsanspruch und seine Durchsetzung	130
8. Inhalt des Zugangsanspruchs	130
9. Netzzugangsverweigerung	132
a) Netzzugangsverweigerung wegen unbedingter Zahlungsverpflichtungen	132
b) Netzzugangsverweigerung wegen Kapazitätsengpasses und Engpassmanagement	134
10. Befreiung vom Zugangsregime	136
a) Befreiung neuer Infrastrukturen vom Zugangsregime	136
b) Befreiung von Bestandsleitungen zwischen Mitgliedstaaten und Drittstaaten	137
11. Bilanzkreismanagement	138
12. Flexibilitätsdienstleistungen	139
13. Verordnungsermächtigung	140
III. Zugang zu Wasserstoffnetzen	140
4. Kapitel: Netzzugangsentgeltregulierung	143
A. Einführung	143
I. Funktion der Entgeltregulierung	143
II. Abgrenzung von der Regulierung der Endkundenentgelte	143
III. Unionsrechtliche Vorgaben für die Netzzugangsentgeltregulierung	144
B. Vorgaben des EnWG zur Bildung der Netzentgelte	146
I. Vorgaben des § 21 Abs. 1 EnWG	146
1. Angemessenheit	147
2. Diskriminierungsfreiheit	147
3. Transparenz	147
II. Entgeltmaßstäbe des § 21 Abs. 2 EnWG	148
1. Effizienzkostenorientierung	148
2. Angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals	149
3. Kalkulationsmodell	150
III. Vorgaben des § 21a EnWG	150
IV. Sonderregelung des § 28o EnWG für Wasserstoffnetze	150

C. Anreizregulierung	151
I. Allgemeines	152
II. Bestimmung der Erlösobergrenzen	152
1. Ausgangsniveau	153
a) Kostenprüfung nach StromNEV/GasNEV	153
b) „Einmaleffekte“	157
c) Kapitalkostenabzug	157
2. Allgemeine Geldwertentwicklung	158
3. Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor	158
4. Beeinflussbare und nicht beeinflussbare Kostenanteile	159
5. Unternehmensindividueller Effizienzwert	161
6. Sondervorschriften für den Effizienzvergleich von Übertragungs- und Fernleitungsnetzbetreibern	163
7. Vereinfachtes Verfahren	163
8. Qualitätsvorgaben	164
9. Forschungs- und Entwicklungskosten	164
10. Regulierungskonto	165
11. Anpassung der Erlösobergrenze	165
12. Investitionsmaßnahmen	166
13. Netzübergang	167
III. Bildung der Netzentgelte	168
1. Kostenstellenrechnung	168
2. Kostenträgerrechnung	168
a) GasNEV	168
b) StromNEV	169
5. Kapitel: Entflechtung	173
A. Zielrichtung der Entflechtungsvorschriften	174
B. Verschiedene Erscheinungsformen der Entflechtung	175
I. Buchhalterische Entflechtung	176
II. Informationelle Entflechtung	176
III. Organisatorische Entflechtung	176
IV. Gesellschaftsrechtliche Entflechtung	177
V. Eigentumsrechtliche Entflechtung	177
C. Anwendungsbereich der Entflechtungsvorschriften	177
D. Buchhalterische Entflechtung	179
I. Getrennte Kontenführung für die Netzbereiche	180
II. Kontenführung außerhalb der Netzbereiche	181
III. Möglichkeit der Schlüsselung	182
IV. Veröffentlichung und Überprüfung	182
E. Informationelle Entflechtung	183
I. Verbot der Weitergabe von wirtschaftlich sensiblen Informationen (§ 6a Abs. 1 EnWG)	183
1. „Erlangte Informationen“	184
2. Wahrung der Vertraulichkeit	184
3. Gesetzliche Offenbarungspflichten	185

II. Verbot der diskriminierenden Weitergabe von Informationen die eigene Tätigkeit betreffend (§ 6a Abs. 2 EnWG)	186
1. „Eigene Informationen“	186
2. Diskriminierungsfreie Offenlegung	186
F. Gesellschaftsrechtlich-organisatorische Entflechtung	187
I. Befreiung der De-minimis-Unternehmen	188
II. Rechtliche Entflechtung von Verteilernetzbetreibern	189
III. Organisatorische Entflechtung von Verteilernetzbetreibern	190
1. Personelle Entflechtungsanforderungen des § 7a Abs. 2 EnWG	190
a) Verbot der Doppelzuständigkeit auf Leitungsebene	190
b) Verbot der Doppelzuständigkeit für Personen mit Letztentscheidungsbefugnissen in besonders diskriminierungsrelevanten Bereichen	191
c) Fachliche Weisungsbefugnis des Netzbetreibers bei sonstigen Tätigkeiten des Netzbetriebs	191
d) Zulässigkeit sog. „Shared Services“	192
2. Berufliche Handlungsunabhängigkeit der Leitungsebene (§ 7a Abs. 3 EnWG)	192
3. Gewährleistung tatsächlicher Entscheidungsbefugnisse (§ 7a Abs. 4 EnWG)	193
4. Gleichbehandlungsprogramm (§ 7a Abs. 5 EnWG)	194
5. Getrennte Markenpolitik (§ 7a Abs. 6 EnWG)	195
IV. Entsprechende Anwendung auf bestimmte Gasspeicheranlagenbetreiber und Transportnetzeigentümer	197
G. Eigentumsrechtliche Entflechtung von Transportnetzbetreibern	197
I. Eigentumsrechtliche Entflechtung	198
1. Begriff des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens	199
2. Ausstattung des Transportnetzbetreibers	199
a) Netzeigentum	199
b) Ausreichende sonstige Mittel	200
3. Verbot gleichzeitiger Kontrolle bzw. Rechteaussübung	200
II. Unabhängiger Systembetreiber	201
III. Unabhängiger Transportnetzbetreiber	202
1. Ausstattung des unabhängigen Transportnetzbetreibers	203
2. Rechte und Pflichten des unabhängigen Transportnetzbetreibers	205
3. Unabhängigkeit des Personals des unabhängigen Transportnetzbetreibers	206
4. Aufsichtsrat des unabhängigen Transportnetzbetreibers	208
5. Gleichbehandlungsprogramm	209
IV. Zertifizierung	209
H. Entflechtung von Wasserstoffnetzen	210
I. Buchhalterische Entflechtung	210
II. Informationelle Entflechtung	211
III. Organisatorische Entflechtung	211

6. Kapitel: Energielieferung an Letztverbraucher	213
A. Grund- und Ersatzversorgung	213
I. Grundversorgungspflicht nach den §§ 36, 37 EnWG	214
1. Feststellung des Grundversorgers	214
2. Pflichten des Grundversorgers	216
a) Versorgung zu den allgemeinen Bedingungen der StromGVV bzw. GasGVV	217
b) Versorgung zu allgemeinen Preisen	219
II. Ersatzversorgung nach § 38 EnWG	220
B. Grundzüge des Energieliefervertrags	221
I. Rechtsnatur und Form des Energieliefervertrags	222
II. Parteien eines Energieliefervertrags	223
III. Inhalt des Energieliefervertrags	224
1. Vorgaben der §§ 40 ff. EnWG	225
a) Vorgaben für Energielieferverträge mit Letztverbrauchern	225
b) Lastvariable, tageszeitabhängige und dynamische Tarife	227
c) Sonderregelungen für Energielieferverträge mit Haushaltskunden außerhalb der Grundversorgung	227
d) Zertifizierte Vergleichsportale	228
e) Verträge über die Lieferung von „Mieterstrom“	228
2. Einbeziehung von AGB / StromGVV / GasGVV	229
IV. Verschiedene Arten von Energielieferverträgen	229
1. „All-inclusive-Verträge“	229
2. Ökostrom-Produkte	230
3. „Offene Lieferverträge“ und „Programm- und Bandlieferungen“	230
4. Reservelieferung	230
V. Energielieferantenwechsel nach § 20a EnWG	231
C. Rechnungsstellung für Energielieferungen gemäß den §§ 40 ff. EnWG	231
D. Zivilrechtliche Preiskontrolle	233
E. Stromkennzeichnung nach § 42 EnWG	234
7. Kapitel: Versorgungssicherheit	236
A. Einleitung	236
B. Vorgaben zur Erhaltung der Sicherheit und Zuverlässigkeit der Energieversorgung	238
I. Anforderungen an die Errichtung und Erhaltung von Energieanlagen	238
II. Vorratshaltung zur Sicherung der Energieversorgung	240
III. Monitoring der Versorgungssicherheit und des Lastmanagements	240
IV. Meldepflicht der Versorgungsnetzbetreiber	242
V. Möglichkeit der Ausschreibung neuer Erzeugungskapazitäten und von Energieeffizienz- und Nachfragesteuerungsmaßnahmen im Elektrizitätsbereich	242
VI. Versorgung der Haushaltskunden mit Erdgas	243
VII. Grundversorgungspflicht als Teil der Versorgungssicherheit	244

8. Kapitel: Planfeststellung, Wegenutzung und Konzessionen	246
A. Energierechtliche Planfeststellung	246
I. Erfordernis der Planfeststellung	247
II. Planfeststellungsverfahren	250
III. Materielle Genehmigungsvoraussetzungen	251
IV. Geltungsdauer, Rechtsschutz und Überwachung	253
B. Benutzung privater Grundstücke	253
I. Maßnahmen zur Vorbereitung von Planung und Baudurchführung sowie vorzeitiger Baubeginn	253
II. Veränderungssperre	255
III. Zulässigkeit der Enteignung	255
IV. Verfassungsrechtliche Vorgaben	257
C. Nutzung öffentlicher Verkehrswege – Wegenutzungsvertrag und Konzessionsvertrag	258
I. Kontrahierungszwang	259
II. Konzessionsabgaben	260
III. Vertragslaufzeit und Wechsel des Konzessionärs	261
IV. Diskriminierungsverbot	268
V. Rechtsweg	269
9. Kapitel: Materielles Energierecht außerhalb des EnWG	274
A. Erneuerbare Energien	274
I. Anschluss-, Abnahme- und Übertragungspflicht	277
II. Vergütungspflicht	281
III. Einspeisevergütung	282
IV. Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien und Marktprämie; Ausschreibungen	282
V. Ausgleichsregelungen	284
VI. Verfassungs- und unionsrechtliche Fragen	285
B. Kraft-Wärme-Kopplung und Kraft-Wärme-Kälte-Kopplung	288
I. Anschluss- und Abnahmepflicht	289
1. Hocheffiziente KWK-Anlagen	289
2. Netzbetreiber	290
II. Vergütungsregelung	291
III. Nachweispflichten	292
IV. Förderung von Wärme- und Kältenetzen sowie von Wärme- und Kältespeichern	293
V. Belastungsausgleich	293
C. Gebäudeenergiegesetz	294
D. NABEG	295
E. Messstellenbetriebsgesetz	296
I. Messstellenbetrieb	297
II. Messeinrichtungsbezogene Ausstattungspflichten	298
III. Geräteausstattung und Kommunikation	299
IV. Bezüge zum EnWG	300

F. Kartellrechtliche Missbrauchskontrolle	301
I. Anwendungsbereich der Norm	302
II. Preis- oder Konditionenmissbrauch auf der Grundlage des Vergleichsmarktkonzepts	302
III. Preismissbrauchsverbot nach dem Gewinnbegrenzungskonzept	303
IV. Berücksichtigungsfähigkeit von Kosten	303
V. Sofortige Vollziehbarkeit kartellbehördlicher Entscheidungen	304
G. Emissionshandelssysteme	304
I. Das EU-Emissionshandelssystem	305
II. Das nationale Emissionshandelssystem	306
1. Grundlegende Funktionsweise der CO ₂ -Bepreisung im nationalen Emissionshandel nach BEHG, BEHV und EBeV 2022	307
2. Anwendungsbereich des BEHG und der darauf basierenden Verordnungen	307
3. Die Pflichten des Verantwortlichen und deren Erfüllung in der Praxis	308
10. Kapitel: Institutionelles Gefüge der Energieaufsicht	314
A. Überblick	314
B. Zuständigkeiten von Bundesnetzagentur und Landesregulierungsbehörden	315
I. Zuständigkeit als Regulierungsbehörde	315
1. Zuständigkeiten der Landesregulierungsbehörden	315
a) „Kleines“, im Netzbetrieb nur auf ein Bundesland beschränktes Unternehmen	316
b) Sachliche Zuständigkeit gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 1–12 EnWG	316
c) Vereinbarung einer „Organleihe“	317
2. Zuständigkeit der Bundesnetzagentur als Regulierungsbehörde	318
II. Sonstige, der Bundesnetzagentur explizit zugewiesene Aufgaben	319
1. Vollzug des Unionsrechts und Zusammenarbeit mit anderen europäischen Regulierern	320
2. Berichterstattung gemäß § 63 EnWG	321
3. Auffangzuständigkeit der Bundesnetzagentur	321
III. Zusammenarbeit von Bundesnetzagentur und Landesregulierungsbehörden	322
IV. Kritik an der fehlenden Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur	323
C. Europäische Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (ACER)	323
D. Verbleibende Zuständigkeit der Kartellbehörden im Energiesektor	325
E. Sonstige Behördenaufgaben und -zuständigkeiten	327
I. Nach Landesrecht zuständige Behörde	327
II. Bundesministerium für Wirtschaft und Energie	328
III. Monopolkommission	328
F. Exkurs: Schlichtungsstelle für Energie e.V.	329

11. Kapitel: Struktur und Aufbau der Bundesnetzagentur	331
A. Stellung der Bundesnetzagentur	331
B. Organe der Bundesnetzagentur	332
I. Präsident	332
II. Beschlusskammern	333
C. Sonstige Gremien	334
I. Beirat	334
II. Länderausschuss	335
III. Wissenschaftliche Beratung	335
D. Organisatorischer Aufbau der Bundesnetzagentur	335
12. Kapitel: Behördliches und gerichtliches Verfahren	337
A. Verfahren vor den Regulierungsbehörden	337
I. Allgemeines Aufsichtsverfahren gemäß § 65 EnWG	337
1. Einleitung und Gang des Verfahrens	338
a) Beteiligte am Verfahren	339
b) Anhörung und mündliche Verhandlung	341
2. Ermittlungsbefugnisse der Regulierungsbehörde	342
a) Auskunftsverlangen	342
b) Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse	343
c) Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft	344
3. Verfahrensabschluss	344
a) Vorläufige Anordnungen	344
b) Begründung und Zustellung der endgültigen Entscheidung	345
c) Kosten	345
II. Besondere Befugnisse und Verfahrensregelungen im Rahmen der Zugangs- und Entgeltregulierung	345
1. Verfahren zur Festlegung und Genehmigung (§ 29 EnWG)	346
2. Missbräuchliches Verhalten eines Netzbetreibers (§ 30 EnWG)	346
3. Besonderes Missbrauchsverfahren der Regulierungsbehörde (§ 31 EnWG)	347
4. Unterlassungsanspruch, Schadensersatzpflicht (§ 32 EnWG)	348
5. Vorteilsabschöpfung (§ 33 EnWG)	348
III. Sanktionen und Bußgeldverfahren	349
1. Vollstreckung	349
2. Bußgeld	349
B. Gerichtsverfahren	350
I. Beschwerde	350
II. Rechtsbeschwerde (§§ 86 ff. EnWG)	352
III. Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten	352
Stichwortverzeichnis	357

1. Kapitel: Grundlagen des Energierechts

A. Grundlagen der Regulierung von Netzindustrien und Aufbau des Buches

Die Liberalisierung der Netzwirtschaften und der damit einhergehende Wandel der sektorspezifischen Regulierung haben in den letzten beiden Dekaden zu einer schrittweisen und erfolgreichen Annäherung an Wettbewerbsverhältnisse geführt.¹ Dazu haben maßgeblich europarechtliche **Liberalisierungsimpulse** beigetragen. Sie drängen zu einer umfassenden Öffnung der Netzwirtschaften gegenüber einem freien Wettbewerb. Dabei wurde aber schon früh erkannt, dass sich ein Systemwechsel nicht darauf beschränken kann, (Gebiets-)Monopole in der (Energie-)Wirtschaft abzuschaffen, die ehemaligen Monopolisten also einfach in den Wettbewerb zu entlassen und im Übrigen auf den Markt zu vertrauen. Vielmehr muss das Regelungskorsett eine weit anspruchsvollere Struktur aufweisen. Es hat im Kern drei gehaltvolle Ziele zu verfolgen:² die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs (§ 1 Abs. 2 EnWG; mit der Folge der Preisgünstigkeit, Effizienz und der Verbraucherfreundlichkeit i.S.d. § 1 Abs. 1 EnWG), die Bereitstellung bestimmter Güter im Markt (also die Versorgungssicherheit in der Energiewirtschaft; § 1 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG) und die Gefahrenabwehr. Hinzu kommt in der Energiewirtschaft nach der Zweckformulierung des § 1 Abs. 1 EnWG noch die Umweltverträglichkeit, die seit dem erneuten Atomausstieg im Rahmen der **Energiewende**, der im Sommer 2011 vom Bundestag beschlossen wurde, durch den beschleunigten Ausbau der erneuerbaren Energien und der dazu notwendigen Netzinfrastruktur erreicht werden soll (§ 1 Abs. 1 EnWG). Durch die zunehmend verschärften Klimaschutzziele, zuletzt infolge der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, werden die diesbezüglichen Teilziele zur Gewährleistung der Umweltverträglichkeit immer ambitionierter und prägen das Energierecht mit immer größerem Nachdruck.³ Um den Zweck des § 1 Abs. 1 EnWG im weiterentwickelten „Strommarkt 2.0“ zu erreichen, wurden durch das Strommarktgesetz die Ziele der wettbewerblichen Preisbildung (§ 1 Abs. 4 Nr. 1 EnWG), des marktlichen Ausgleichs des Angebot-Nachfrage-Verhältnisses (§ 1 Abs. 4 Nr. 2 EnWG), der Einsatz von Flexibilitätsoptionen (§ 1 Abs. 4 Nr. 3 EnWG) sowie der Stärkung des Elektrizitätsbinnenmarktes (§ 1 Abs. 4 Nr. 4 EnWG) erstmals ausdrücklich formuliert. Damit zeigt sich schon am Zielkatalog die Komplexität der regulatorischen Steuerung in der Energiewirtschaft, die durch die sogenannte „Energiewende“ noch einmal deutlich zugenommen hat. Aufgrund der zahlreichen hoheitlichen Interventionen hat sich die Energieordnung in den vergangenen Jahren immer mehr von einer rein marktlichen Organisation entfernt. Ein Entfernen vom Marktmodell bewirkt insbesondere die massive Förderung erneuerbarer Energien, auch wenn die jüngeren Novellen versuchen, gegenläufige Impulse zu setzen.

Soll das erste Ziel eines **unverfälschten Wettbewerbs** verwirklicht werden, müssen **2** die Marktneulinge eine echte Marktzutrittschance erhalten, die über die Möglichkeit einer Marktzutritts Erlaubnis und den gegebenenfalls erforderlichen Zugang zum Netz hinausreicht (dazu Kap. 2 und 8). Daher muss der Wettbewerb nicht bloß geschützt,

1 Hierzu und zum Folgenden *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 1 ff.

2 So am Beispiel des Telekommunikationsrechts *Ruffert*, AöR 1999, 237 (246 ff.).

3 Vgl. BVerfG Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18 u.a.; s. auch *Frenz*, DVBl 2021, 808 ff.; *Verheyen*, ZRP 2021, 133 ff.

sondern auch aktiv gefördert werden. Dem widmen sich vor allem die Netzzugangsrechte (Kap. 3). Sie eröffnen die Chance, Leistungen des (natürlichen) Monopolisten zu erlangen (in der Energiewirtschaft vor allem Zugang zu den Transport- und Verteilernetzen), um eigene Leistungen (Energieerzeugung; Vertrieb) anzubieten. Dabei stellen die betroffenen Zugangsobjekte oftmals natürliche Monopole dar, wie die Gas- und Elektrizitätsverteilernetze, aber überwiegend auch die Transportnetze.⁴ So greift in der Energiewirtschaft beispielsweise der Wettbewerber im Versorgungsgebiet des vormaligen Monopolisten auf das dort vorhandene Netz einschließlich der für die Energieversorgung erforderlichen „Transport“- und Systemdienstleistungen zurück, um diese kombiniert mit seinem Produkt „Energie“ an den Endkunden zu vermarkten. Entscheidender Gesichtspunkt bei der Zugangsregulierung sind die Entgelte (Kap. 4). Sind diese zu hoch angesetzt, wird der Wettbewerb auf dem Markt für diejenigen Produkte ausgeschlossen, für deren Angebot der Rückgriff auf die entgeltregulierten Vorleistungen erforderlich ist. Daher bedarf es einer Regulierung der Zugangsentgelte. Als Instrument zur Gewährleistung der Diskriminierungsfreiheit bei der Zugangsgewährung kristallisieren sich schließlich unterschiedliche Entflechtungsvorschriften heraus, die von der buchhalterischen Trennung – etwa der Transportdienstleistungen von der Energieerzeugung – bis hin zu der mit der Umsetzung des Dritten Energiebinnenmarktpakets eingeführten Option einer eigentumsrechtlichen Desintegration einzelner Leistungssparten reichen können (Kap. 5). Als zentrale Instrumente zur Wettbewerbsförderung entpuppen sich damit Zugangs-, Entgelt- und Entflechtungsregulierung. Dabei ist die Komplexität jener Steuerungsvorgaben in den vergangenen Jahren erheblich gestiegen, zumal stets neu auftretende Phänomene durch eigene Bestimmungen normativ umhegt wurden wie etwa der Netzanschluss von Offshore-Windenergieanlagen oder zuletzt die Besonderheiten des Regulierungsregimes von Wasserstoffnetzen.

- 3 Trotz des Vertrauens in die prinzipielle Aufrechterhaltung der Versorgung mit den fundamentalen Leistungen der Energie (und den vergleichbaren Gütern in den übrigen Netzwirtschaften) durch wettbewerbsoffene Regime bleibt die Befürchtung von Versorgungsdefiziten bestehen. Um das zweite Ziel der Sicherung der Bereitstellung bestimmter Netzwirtschaftsleistungen zu erreichen, sind daher einerseits Zugangsrechte der Endkunden zu bestimmten Leistungen und andererseits Regime zur Aufrechterhaltung der **Versorgungssicherheit** erforderlich. Allerdings zeigt sich, dass auch insoweit das Ziel des Schutzes und der Förderung des Wettbewerbs sehr weitgehend gewahrt werden kann (dazu Kap. 6 und 7). Allerdings sind auch hier die normativen Vorgaben in den vergangenen Jahren zunehmend ausdifferenzierter geworden und zudem um Verbraucherschutzanliegen überformt worden, was insbesondere eine umfassendere Darstellung der Vorgaben zur Energielieferung an Letztverbraucher erforderlich macht (siehe Kap. 7). In anderen Fällen, in denen es nicht um die Versorgung geht, sondern um die Förderung bestimmter Wirtschaftsgüter – wie insbesondere der erneuerbaren Energien –, werden Wettbewerbsverzerrungen dagegen aus übergeordneten, verfassungs- und unionsrechtlich tendenziell legitimierten Gründen des Umweltschutzes bewusst in Kauf genommen. Die korrelierenden Regelwerke etwa zur Förderung erneuerbarer Energien sind an Komplexität kaum noch zu überbieten und unterliegen im Übrigen ständigen Novellen, während bestehende Normen noch auf Bestandsanlagen Anwendung finden. Wettbewerbsneutrale Regulierungsinstrumente, die beispielsweise eine Internalisierung

4 Ein natürliches Monopol im volkswirtschaftlichen Sinne liegt dann vor, wenn die Nachfrage am wirtschaftlichsten durch einen Anbieter erfüllt werden kann (Vorliegen von Subadditivitäten).

der externen Umweltkosten gewährleisten,⁵ stehen insoweit, jedenfalls gegenwärtig, nicht zur Verfügung. Diese energierechtlichen Nebengesetze jenseits des EnWG haben teilweise einen dominanten Einfluss auf die Energiemärkte. Das gilt insbesondere für das EEG. Hier zeigt sich insgesamt die Notwendigkeit der umfassenden Rezeption von Regelungsvorgaben auch außerhalb des EnWG etwa im EEG oder im KWKG im vorliegenden Werk (dazu Kap. 9).

Schließlich bedarf es genauso wie in der Zeit der Monopole der **Gefahrenabwehr** 4 als drittes Ziel. Darunter fällt etwa die Sicherheit der Betriebsanlagen. Die Gefahrenabwehr unterscheidet sich von den ersten beiden Zielen durch den Charakter einer nicht ökonomischen Regulierung.⁶ Sie wird im Energierecht im Wesentlichen durch Anzeige- und Genehmigungspflichten gewährleistet (dazu Kap. 2). Inzwischen wurden jedoch umfangreiche ergänzende Vorgaben für den Netzausbau erforderlich, die über das ursprüngliche Instrumentarium der Wegenutzung und Konzessionen deutlich hinaus geht und zur Aufnahme umfassender planungsrechtlicher Vorgaben im EnWG selbst als auch in Nebengesetzen wie dem Energieleitungsausbaugesetz (EnLAG), dem Bundesbedarfsplangesetz (BBPlG) oder dem Netzausbaubeschleunigungsgesetz (NABEG) geführt haben (dazu Kap. 8).

Bleiben die Bestimmungen zur Gefahrenabwehr weiterhin erforderlich und treten 5 zusätzlich komplexe Normen der Planung, der Wettbewerbsförderung und der Sicherstellung der Grundversorgung hinzu, verwundert es nicht, dass der dramatische Wandel des Wirtschaftsverwaltungsrechts in den Netzwirtschaften durch einen enormen **Anstieg der Regulierungskomplexität** geprägt ist, wie er auch mit dem Energiewirtschaftsgesetz und seiner Nebengesetze allein schon durch die massive Zunahme des normativen Umfangs signalisiert wird. Ziel dieser Einführung in das Energierecht ist es, die gestiegene Komplexität zu reduzieren und einen Orientierungsfaden für die Auseinandersetzung mit dem neuen Normengerüst an die Hand zu geben.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Untersuchung der Netzwirtschaftsregulierung zeigt, dass die **institutionelle Flankierung** der Liberalisierungsprozesse von erheblicher Bedeutung für die effektive Anwendung der Regulierungsinstrumente ist. Die Bedeutung der institutionellen Voraussetzungen für die Entfaltung des materiellen Rechts wird häufig unterschätzt. Dies ist in den Netzwirtschaften besonders misslich, da hier die Effektivität der Regulierungsinstrumente und insbesondere die Sicherung des Netzzugangs ganz wesentlich von der institutionellen Ausgestaltung abhängen. Eine der zentralen Neuerungen des EnWG 2005 war daher die Betrauung der im gleichen Zuge zur Bundesnetzagentur mutierten Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation (RegTP) mit den Regulierungsaufgaben. Zusätzlich wurde das institutionelle Design in der Energiewirtschaft dadurch verkompliziert, dass neben die Bundesnetzagentur die Landesregulierungsbehörden traten. Ebenso wichtig ist schließlich die Frage, wie die Gerichte als „nachgelagerte Regulierer“ aktiviert werden können. Diese Aspekte werden daher umfassend in Kap. 10, 11 und 12 analysiert. Das dritte Energiebinnenmarktpaket hat auch hier mit den verschärften Anforderungen an die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden und der Schaffung der europäischen Behörde ACER neben der Kommission zu signifikanten Änderungen und im letzten Fall auch zu einer Komplexitätssteigerung geführt. Die

5 Man könnte die Förderregulierung allerdings auch als ein äußerst grobes Instrument zur Internalisierung externer Kosten qualifizieren.

6 Zur näheren Differenzierung zwischen ökonomischer und nicht ökonomischer Regulierung *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 11 f.

Neufassung der ACER-Verordnung⁷ als ein Bestandteil des Winterpakets der EU⁸ führte zu einer weiteren Stärkung der Agentur, wobei die Befugnisse der Koordinationsagentur nur leicht ohne grundlegende Änderungen ausgeweitet wurden.⁹ Neu geschaffen wurden eigenständige, von den Übertragungsnetzbetreibern unabhängige **regionale Koordinierungszentren** (RKZ), vgl. § 57b EnWG 2021.¹⁰

B. Energiebegriff, Märkte und Ebenen

- 7 Die weitgehend leitungsgebundenen Energiearten Elektrizität, Gas und Fernwärme sind im Hinblick auf den Transport und die Verteilung durch ihren Netzcharakter geprägt. An diesem Aspekt orientiert, definiert § 3 Nr. 14 EnWG Energie als „Elektrizität und Gas, soweit sie zur leitungsgebundenen Energieversorgung verwendet werden“.
- 8 Mit dem Hinweis auf die die Netzeigenschaft begründenden Aspekte des Transports und der Verteilung über Leitungen sind im Übrigen bereits zwei zentrale Stufen der Wertschöpfungskette im Energiesektor erwähnt. Hinzu kommen schließlich als vorgelagerte Stufe die **Erzeugung** (bzw. bei Erdgas die Gewinnung) und als nachgelagerte Stufe der **Vertrieb**, der sich auf den Verkauf der Energie bezieht. An der Schnittstelle zwischen Verteilung und Vertrieb weist der Gesetzgeber darüber hinaus der Messung von Strom und Gas mit konventionellen Zählern oder neuen „intelligenten“ Messsystemen eine zunehmend eigenständige Rolle zu. Die Stufe der Erzeugung stellt einen mit der Produktion anderer Güter vergleichbaren Markt dar, der grundsätzlich wettbewerblich organisierbar ist und keiner spezifischen Regulierung bedarf.¹¹ Dasselbe gilt für den Vertrieb und für die **Messung**.
- 9 Seit einiger Zeit konnte durch die Einführung liquider Handelsplätze auch eine zunehmende Teilnahme rein finanziell motivierter Marktteilnehmer am **Elektrizitäts- und Erdgashandel** beobachtet werden. Diese Marktteilnehmer verfügen weder über eigene Erzeugungskapazitäten noch über Kunden, die sie zum Zwecke des Eigenverbrauchs mit Energie beliefern. Ihre Tätigkeit beschränkt sich auf den physischen und nicht physischen Handel mit Elektrizität und Erdgas. Insoweit wird auch die Tätigkeit der Börsen und damit in einem weiteren Schritt sogar der Wettbewerb zwischen den Börsen¹² zunehmend wichtiger.
- 10 Im Hinblick auf die der Erzeugung nachgelagerte Transportstufe kann zwischen den einzelnen Energiearten unterschieden werden. So bezieht sie sich bei der **Elektrizität** auf die Überwindung regelmäßig größerer Entfernungen über das **Höchst- und Hochspannungsnetz** und wird als Übertragung bezeichnet (§ 3 Nr. 32 EnWG). Die wiederum nachgelagerte Verteilung der Energie (§ 3 Nr. 37 EnWG) bezieht sich auf

7 Verordnung (EU) 2019/942 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5.6.2019 zur Gründung einer Agentur der Europäischen Union für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden, ABl. EU Nr. L 158, S. 22 v. 14.6.2019.

8 Vgl. zum EU-Winterpaket *Frenz*, RdE 2017, 281 ff.; *Gundel*, in: Dausen/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 52. EL Februar 2021, Energierecht, Rn. 166 ff.; *Mai*, RdE 2017, 335 ff.; *Pause/Kahles*, ER 2019, 9 ff.; *Scholtka/Martin*, ER 2017, 183 ff. und 240 ff.; *Wehle*, RdE 2018, 407 ff.

9 *Gundel*, in: Dausen/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 52. EL Februar 2021, Energierecht, Rn. 168; *Pielow*, RdE 2019, 421 (429).

10 Vgl. dazu *Meyer/Sene*, RdE 2019, 278 (282).

11 *Brunekreeft/Keller*, in: Knieps/Brunekreeft (Hrsg.), Zwischen Regulierung und Wettbewerb. Netzsektoren in Deutschland, 2. Aufl. 2003, S. 125 (129).

12 Siehe dazu zuletzt *Monopolkommission*, 8. Sektorgutachten Energie: Wettbewerbschancen bei Strombörsen, E-Ladesäulen und Wasserstoff nutzen, 2021, abrufbar unter https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/8sg_energie_volltext.pdf (Abruf 15.10.2021).

den Transport über **Mittel- und Niederspannungsnetze**, um die Versorgung der Endkunden zu ermöglichen. Die **Verteilerstufe** hat sich damit als geografische Untererebene der Netzebenen herausgebildet. Bei dieser Wertschöpfungsstufe handelt es sich nach allgemeiner Auffassung weitgehend um natürliche Monopole, die sich in Bezug auf einzelne Teilnetze in den Händen unterschiedlicher Eigentümer befinden können.¹³ Schließlich hat die Liberalisierung das eigenständige Hervortreten einer weiteren Wertschöpfungsstufe herbeigeführt: der Vertriebsstufe. Der Vertrieb organisiert die unmittelbare Endkundenbeziehung. Er kauft den Strom bzw. das Gas und die Netz(transport)dienste ein und verkauft diese Leistungen an den Endkunden weiter. Die Vertriebsstufe ist wiederum ein Markt, auf dem keine marktstrukturellen monopolistischen Engpasselemente ersichtlich sind.¹⁴

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass mit Blick auf die Unternehmensstruktur **11** keinesfalls die Abgrenzung der fünf genannten Stufen mit einem Tätigwerden jeweils nur auf einer dieser Stufen agierender Unternehmen korrespondiert. Vielmehr ist gegenwärtig eine Vielzahl von Unternehmen unterschiedlicher vertikaler Integrationsstiefe am Markt aktiv, auch wenn die Separierungsvorschriften zu einer erheblichen **Entflechtung** und vor allem Abtrennung der Übertragungsnetze von den vertikal integrierten Unternehmen geführt haben. Grob umschrieben treten dabei in der Elektrizitätswirtschaft erstens die Verbundunternehmen auf, die von der Erzeugung über den Transport bis hin zum Vertrieb vollauf vertikal integriert sind, zweitens die regionalen und kommunalen Versorger, die vor allem die Verteilungs- und Vertriebsstufe bedienen, aber zum Teil auch selbst Strom erzeugen, und drittens Spezialunternehmen, die sich ausschließlich auf einer Stufe wirtschaftlich betätigen, wobei dies vor allem die Vertriebsstufe sowie – seit Inkrafttreten der verschärften Entflechtungsvorgaben – die Transportnetzstufe betrifft.¹⁵ Die Entflechtungsvorgaben haben zudem dazu geführt, dass die verschiedenen Integrationsstufen teilweise gesellschaftsrechtlich, operationell und „eigentumsrechtsähnlich“ separiert worden sind (dazu Kap. 5).

Die vorstehenden Ausführungen zur Struktur der Elektrizitätsmärkte gelten vergleichbar für die **(Erd-) Gaswirtschaft**. Beim Erdgas ist die Produktionsstufe aus deutscher Sicht vor allem durch einen Import gekennzeichnet. Die Transportstufe korrespondiert mit den **Fernleitungen** der Ferngasunternehmen (§ 3 Nr. 19 EnWG). Daneben tritt ebenso die **Weiterverteilungsstufe**, die noch in eine regionale und lokale Unterstruktur zerfällt.¹⁶ Auch im Erdgasmarkt besteht eine eigenständige Vertriebsstufe, wohingegen der Messung als eigenständigem Markt eine nach wie vor untergeordnete Rolle zukommt.

Wasserstoff als neuerer „Energie- und Hoffnungsträger“ der Energiewende ist in den letzten Jahren immer stärker in den Fokus gerückt. Dabei soll **grüner Wasserstoff** einen relevanten Beitrag zur Verwirklichung der ambitionierten Ziele der Reduktion der Treibhausgase leisten.¹⁷ Bei der Wasserstoffwirtschaft handelt es sich

13 *Brunekreeft/Keller*, in: Knieps/Brunekreeft (Hrsg.), Zwischen Regulierung und Wettbewerb. Netzsektoren in Deutschland, 2. Aufl. 2003, S. 125 (130).

14 *Brunekreeft/Keller*, in: Knieps/Brunekreeft (Hrsg.), Zwischen Regulierung und Wettbewerb. Netzsektoren in Deutschland, 2. Aufl. 2003, S. 125 (130 f.).

15 *Brunekreeft/Keller*, in: Knieps/Brunekreeft (Hrsg.), Zwischen Regulierung und Wettbewerb. Netzsektoren in Deutschland, 2. Aufl. 2003, S. 125 (140 f.).

16 *Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 3. Aufl. 2013, S. 18 ff. m.w.N.

17 Vgl. dazu *Monopolkommission*, 8. Sektorgutachten Energie, 2021, S. 87, Tz. 228 (s. Fn. 12); s. auch: *Kühling/Rothbauer*, et 2021, 63 ff.; *Baumgart/Schulte/Berger/Lencz/Manius, Schlund*, RdE 2021, 1 ff.; *Grösch/Horstmann/Müller*, RdE 2020, 174 ff.; *Hampel/Flemming/Ertel*, RdE 2021, 125 ff.; kritischer *Sachverständigenrat für Umweltfragen*, Stellungnahme, Wasserstoff im Klimaschutz: Klasse statt Masse, v.

derzeit noch um einen sehr kleinen Sektor mit wenig Bedarf für den Transport von Wasserstoff.¹⁸ Im Jahr 2021 verfügte Deutschland nur über drei Cluster mit jeweils einer Transportinfrastruktur, namentlich im Ruhrgebiet, in Mitteldeutschland und in Norddeutschland. Sie stehen im Eigentum von Unternehmen, die in langfristigen Verträgen gebunden sind an Unternehmen, die neben der Lieferung nach den verfügbaren Erkenntnissen auch den Transport des Wasserstoffs umschließen.¹⁹ Nach ihrer Bewertung des Ist-Zustands ordnet die Bundesnetzagentur die Wasserstoffnetze in den bestehenden Wasserstoff-Clustern als natürliche Monopole ein.²⁰ Die Wasserstoffwirtschaft soll in den nächsten Jahren, auch unterstützt von staatlichen Fördermitteln, stark anwachsen, wobei voraussichtlich damit einhergehend auch die Wasserstoffnetze größer werden.²¹ Es ist davon auszugehen, dass der Aufbau in Form einer schrittweisen **Sekundärnutzung** der bisherigen **Erdgasnetze** erfolgen wird.²² Denn es ist wesentlich kostengünstiger, bestehende Erdgasleitungen umzurüsten, als Wasserstoffleitungen eigens neu aufzubauen.²³ Vor diesem Hintergrund wird gegenwärtig davon ausgegangen, dass die Wasserstoffinfrastruktur in späteren Ausbaustufen ähnlich zur jetzigen Gasnetzinfrastruktur sein wird.²⁴ Die Bundesregierung wird dabei aufgefordert, die derzeit separate Regulierung von Wasserstoff- und Erdgasnetzen bis 2022 mit dem Ziel einer gemeinsamen Regulierung und Finanzierung zu evaluieren und sich für eine gemeinsame Regulierung von Gas- und Wasserstoffnetzen auch auf unionaler Ebene einzusetzen, wobei gerade die Zweckmäßigkeit der gemeinsamen Finanzierung umstritten ist.²⁵

C. Entwicklung der Energieordnung

- 14 Initiiert durch das **Erste Energiebinnenmarktpaket** mit der Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie 96/92/EG²⁶ ist es mit dem Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsgesetzes zum **29. April 1998**²⁷ zu einer weitreichenden **Marktöffnung** des Energiewesens in Deutschland gekommen.²⁸ Das von 1935 datierende EnWG wurde dazu behutsam novelliert. Daran anschließend haben weitere kleinere Reformen sowie Verbändevereinbarungen zu einer Fortschreibung und Konkretisierung der **Liberalisierungsmaßnahmen** geführt. Im Hinblick auf die Erdgasbinnenmarkttrichtli-

23.6.2021, abrufbar unter https://www.umweltrat.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020_2024/2021_06_wasserstoff_klassestatt_masse.html?nn=9726460 (Abruf 15.10.2021).

18 *Monopolkommission*, 8. Sektorgutachten Energie, 2021, S. 95, Tz. 253 (s. Fn. 12); vgl. auch: *Hampell/Flemming/Ertel*, RdE 2021, 125 (126).

19 *Grösch/Horstmann/Müller*, RdE 2020, 174 (176); *Monopolkommission*, 8. Sektorgutachten Energie, 2021, S. 95, Tz. 253 (s. Fn. 12).

20 Bundesnetzagentur, Regulierung von Wasserstoffnetzen - Bestandsaufnahme, a. a. O., S. 62 ff.; zur Regulierungsbedürftigkeit vgl. auch *Sieberg/Cesarano*, RdE 2020, 532 ff.

21 *Monopolkommission*, 8. Sektorgutachten Energie, 2021, S. 95, Tz. 254 (s. Fn. 12); vgl. auch *Hampell/Flemming/Ertel*, RdE 2021, 125 ff.

22 Ausführlich dazu *Monopolkommission*, 8. Sektorgutachten Energie, 2021, S. 95, Tz. 254 (s. Fn. 12); Vgl. auch *Grösch/Horstmann/Müller*, RdE 2020, 174 ff.

23 *Monopolkommission*, 8. Sektorgutachten Energie, 2021, S. 95, Tz. 254 (s. Fn. 12); ähnlich *Sieberg/Cesarano*, RdE 2020, 532 (534 ff.).

24 *Monopolkommission*, 8. Sektorgutachten Energie, 2021, S. 95, Tz. 256 (s. Fn. 12).

25 Skeptisch dazu *Monopolkommission*, 8. Sektorgutachten Energie, 2021, S. 102, Tz. 177 (s. Fn. 12).

26 Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.12.1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. EG Nr. L 27, S. 20 v. 30.1.1997.

27 BGBl. I 1998, S. 730; Kern des Gesetzes ist Art. 1, der das Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG) beinhaltet.

28 *Büdenbender*, RdE 1999, 1 ff., spricht insoweit von einer „neue[n] Zeitrechnung für das Energierecht“.

nie 98/30/EG²⁹ war zunächst keine gesetzliche Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen erfolgt, obwohl das Bundeswirtschaftsministerium schon frühzeitig damit drohte, regulativ tätig zu werden. Vielmehr sind anfangs allein Verbändevereinbarungen abgeschlossen worden. Erst mit dem Inkrafttreten des Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts änderte sich die Situation insoweit.³⁰ Eine beschränkte Änderung und Erweiterung des deutschen Energiewirtschaftsgesetzes war bereits Anfang 2001 in Angriff genommen worden, erfolgte angesichts erheblicher Meinungsverschiedenheiten auch zwischen dem Bundestag und dem Bundesrat allerdings erst am 20. Mai 2003.³¹ Dabei bestand weitgehende Einigkeit darüber, dass der Zugangsregelung des § 6 EnWG a.F. für die Elektrizitätswirtschaft eine vergleichbare Bestimmung für die Gaswirtschaft in einem § 6a EnWG (a.F.) zur Seite gestellt werden sollte.³² Umstritten war jedoch eine erst später aufgenommene Ergänzung der Änderungsvorschläge, die eine begrenzte „Verrechtlichung“ der Verbändevereinbarungen vorsah, indem die Zugangsbedingungen nach § 6 Abs. 1 EnWG a.F. (und dem dann folgenden § 6a Abs. 2 EnWG a.F.) „guter fachlicher Praxis entsprechen“ mussten und das Vorliegen einer guten fachlichen Praxis im Fall der vollständigen Berücksichtigung der Verbändevereinbarungen vermutet wurde.³³ Der Bundesrat wollte die Entgeltbestimmungen der Verbändevereinbarungen von dieser Vermutungswirkung ausnehmen und lehnte eine Verrechtlichung der Verbändevereinbarung in der Gaswirtschaft vollständig ab.³⁴ Zudem war umstritten, inwieweit die kartellrechtliche Kontrolle durch diese Vermutungswirkung beschränkt werden sollte.³⁵ Gesetzeskraft erlangte schließlich ein Kompromiss, der eine widerlegliche Vermutungswirkung normierte. Danach griff keine entsprechende Vermutung, wenn die Anwendung der Verbändevereinbarung wirksamen Wettbewerb nicht gewährleisten könne. Durch die entsprechende Formulierung der Netzzugangsbestimmungen blieben die Kontrollbefugnisse des Bundeskartellamts unberührt.³⁶

Während demnach die Erdgasbinnenmarktrichtlinie 98/30/EG gerade mit erheblicher Verspätung in deutsches Recht umgesetzt worden war und in der Elektrizitätswirtschaft eine heftige Auseinandersetzung um eine vergleichsweise geringfügige Novellierung geführt wurde, unterlagen die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über den Elektrizitätsbinnenmarkt und den Erdgasbinnenmarkt bereits einem umfassenden Revisionsprozess durch die sogenannten Beschleunigungsrichtlinien im **Zweiten Energiebinnenmarktpaket**. Die Vorschläge der Kommission zur Änderung der Elektrizitätsbinnenmarkt- und Erdgasbinnenmarktrichtlinie datieren bereits vom

15

29 Richtlinie 98/30/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22.6.1998 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt, ABl. EG Nr. L 204, S. 1 v. 21.7.1998.

30 BGBl. I 2003, S. 686; dazu *Büdenbender*, RdE 2001, 165 ff.

31 BGBl. I 2003, S. 686.

32 S. dazu bereits Art. 1 Ziff. 4 des Entwurfs eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts, BT-Drs. 14/5969; zur Vorgabe einer buchhalterischen Entflechtung gem. einem neuen § 9a EnWG für die Gaswirtschaft, der sich an dem für die Elektrizitätswirtschaft geltenden § 9 EnWG orientiert, s. Art. 1 Ziff. 5.

33 Die Änderung geht auf die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie zurück (BT-Drs. 14/9081) und wurde vom Bundestag am 17.5.2002 angenommen, s. dazu BR-Drs. 460/02.

34 BR-Drs. 460/02.

35 S. auch den Beschl. des Bundesrates v. 12.7.2002, BT-Drs. 14/9797; zur rechtlichen Bewertung der Vorschläge, auch mit Hinweisen zum Gesetzgebungsverfahren umfassend *Säcker/Boesche*, ZNER 2002, 183 ff.

36 So wurde in § 6a EnWG der Zusatz gestrichen, dass die einschlägigen Normen (§§ 19 Abs. 4 und 20 Abs. 1 und 2 GWB) „im Übrigen“ unberührt bleiben.

13. März 2001.³⁷ Sie wurden durch einen geänderten Vorschlag vom 7. Juni 2002 ersetzt,³⁸ der durch zwei gemeinsame Standpunkte des Rates vom 3. Februar 2003 nicht unerheblich modifiziert wurde.³⁹ Die Vorschläge enthielten von vornherein sowohl einen quantitativen Vorschlag zur allmählichen Ausdehnung des Grundsatzes der freien Wahl des Versorgungsunternehmens auf alle Elektrizitäts- und Erdgaskunden als auch qualitative Vorschläge zur Verbesserung der Strukturen der Elektrizitäts- und Erdgasmärkte.⁴⁰ Der quantitative Vorschlag war äußerst umstritten, aber für den deutschen Energierechtsrahmen ohne Belang, da mit dem Energiewirtschaftsgesetz von 1998 ohnehin bereits eine vollständige Marktöffnung durchgesetzt worden war.

- 16** Die in den Details ebenfalls hoch umstrittenen qualitativen Vorschläge stellten hingegen von vornherein den deutschen Regulierungsansatz infrage. Einen **Systemwechsel** kündigte vor allem die Einführung einer Regulierungsbehörde durch den neuen Art. 22 der Richtlinienentwürfe gemäß dem ursprünglichen Kommissionsvorschlag an, da diese über maßgebliche Kompetenzen verfügen sollte. Auswirkungen hatte diese Diskussion nur für Deutschland, da zu jenem Zeitpunkt in allen anderen Mitgliedstaaten ohnehin schon Regulierungsbehörden bestanden oder zumindest geplant waren.⁴¹ Zwischenzeitlich zeichnete sich insoweit eine Kompromisslinie ab, die den verhandelten Netzzugang in Deutschland weiterhin zugelassen hätte und insbesondere eine Genehmigung der Grundbedingungen des Netzzugangs genügen ließ sowie im Übrigen lediglich eine effiziente Ex-post-Kontrolle der Zugangsbedingungen einschließlich der Zugangsentgelte verlangte. Damit wäre die bis dato in Deutschland vorgesehene legislative Absegnung der entsprechenden Verbändevereinbarungen in Verbindung mit der Ex-post-Kontrolle der Gerichte und des Bundeskartellamts möglicherweise als genügende Umsetzung der Richtlinienvorgaben anzusehen gewesen.
- 17** In der finalen Fassung konnten die ursprünglichen Kommissionsvorschläge schließlich weitgehend durchgesetzt werden.⁴² Somit erfolgte durch die quantitativen Vorschläge die angestrebte weitere Liberalisierung der nationalen Energiemärkte und in der Folge wurde das Tor aufgestoßen für eine verstärkte Integration dieser nationalen Märkte in einen **europäischen Energiebinnenmarkt**.⁴³ Auch gelang die beabsichtigte nachhaltige Verschärfung der Regulierungsinstrumente sehr weitgehend:

37 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 96/92/EG und 98/30/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und den Erdgasbinnenmarkt, ABl. EG Nr. C 240 E, S. 60 v. 28.8.2001.

38 COM (2002) 304 final; dazu *Kühne*, RdE 2002, 257 (261 ff.).

39 Gemeinsamer Standpunkt (EG) 5/2003, ABl. EU Nr. C 50 E, S. 15 und 36 v. 4.3.2003; vgl. zu den Modifizierungen nur am Beispiel der Gewährleistung der Versorgungssicherheit *Koenig/Kühling/Rasbach*, ZNER 2003, 3 (7 f.).

40 S. zur Erläuterung *Kommission*, Mitteilung an den Rat und das Europäische Parlament. Vollendung des Energiebinnenmarkts; Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.12.1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und der Richtlinie 98/30/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22.6.1998 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt, COM (2001) 125 final, S. 37 ff.

41 S. dazu die Hinweise im Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen, Vollendung des Energiebinnenmarkts, SEC (2001) 438, v. 12.3.2001, S. 18, abrufbar unter www.europarl.europa.eu/meetdocs/com/mittees/econ/20011203/438_de.pdf (Abruf 15.10.2021).

42 ABl. EU Nr. L 176, S. 37 (EiTRL) v. 15.7.2003; ABl. EU Nr. L 176, S. 57 (GasRL) v. 15.7.2003; s. ergänzend zur Versorgungssicherheit in der Gaswirtschaft noch die Richtlinie 2004/67/EG des Rates v. 26.4.2004 über Maßnahmen zur Gewährleistung der sicheren Erdgasversorgung, ABl. EU Nr. L 127, S. 92 v. 29.4.2004.

43 Vgl. *Bausch*, ZNER 2004, 332 (332); *Schneider/Prater*, RdE 2004, 57 (58), 62.

Für Deutschland am wichtigsten war der Ausschluss des Konzepts des verhandelten Netzzugangs. Dieser Ansatz hatte in Deutschland nicht die gewünschten Erfolge bei der Belebung des Wettbewerbs erzielt und wurde daher auch auf EU-Ebene schließlich verworfen. Der Schwerpunkt der Richtlinien lag im Übrigen in einer wesentlichen Verschärfung der Regulierungsvorgaben, um einen offenen Zugang zum natürlichen Monopol der Netze wirkungsvoller zu gewährleisten und damit einen funktionsfähigen Wettbewerb auf den vor- und nachgelagerten Märkten zu ermöglichen. Dies betraf neben den Zugangs- vor allem die Entbündelungsvorgaben, die auf die über die bloße buchhalterische und binnenorganisatorische Entflechtung hinausgehende gesellschaftsrechtliche Separierung der Übertragungs- und Verteilernetzbetreiber bzw. der Fernleitungs- und Verteilernetzbetreiber abzielten.⁴⁴ Daneben war die VO (EG) 1228/2003 über den grenzüberschreitenden Stromhandel⁴⁵ von großer Bedeutung, insbesondere mit Blick auf die Beseitigung von Kapazitätsengpässen an den grenzüberschreitenden Netzkupplungsstellen. Was das übrige Energiewirtschaftsrecht anbelangte, verlangte schließlich die RL 2001/77/EG zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt⁴⁶ eine Modifizierung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes.⁴⁷ Im Ergebnis gab die Richtlinie die bislang aus rein mitgliedstaatlicher Initiative entwickelte Förderregulierung nunmehr gemeinschaftsrechtlich vor.

Vor diesem Hintergrund war für die Novellierung des Energiewirtschaftsgesetzes eine Verschärfung der Regulierungsinstrumente vorgezeichnet.⁴⁸ Politisch kündigte sich mit dem Monitoring-Bericht des Bundeswirtschaftsministeriums vom September 2003 eine vorsichtige Annäherung an die umfassender regulierte Telekommunikationswirtschaft an.⁴⁹ Der Bericht sollte evaluieren, inwiefern der bisherige Regulierungsansatz via Verbändevereinbarungen sich in energie- und wettbewerbspolitischer Hinsicht als sinnvoll erwies oder welche Modifizierungen erforderlich waren. Zwar wurde der bisherige Ansatz vor allem für den Strombereich im Monitoring-Bericht als grundsätzlich sinnvoll bewertet, gleichwohl wurden gerade institutionelle Änderungen vorgeschlagen wie insbesondere eine Betrauung der damaligen RegTP mit den durch die Beschleunigungsrichtlinien vorgegebenen Regulierungsaufgaben. Auch aus ökonomischer Sicht wurde eine Anpassung an den telekommunikationsrechtlichen Regulierungsansatz, allerdings nicht nur in institutioneller, sondern auch in materiellrechtlicher Hinsicht befürwortet, so etwa von der Monopolkommission in ihrem 14. Hauptgutachten.⁵⁰

Bereits der Referentenentwurf vom 27. Februar 2004 machte sodann deutlich, dass eine **Totalrevision** des Energiewirtschaftsgesetzes angestrebt wurde. Aufgrund zahlreicher strittiger Punkte, insbesondere zwischen den verschiedenen beteiligten Res-

44 Gegen die noch weitergehenden Bestimmungen im ursprünglichen Kommissionsvorschlag mit erheblichen kompetenzrechtlichen und grundrechtlichen Bedenken *Scholz*, et 2001, 678 ff.; zu diesen Bestimmungen und den Abschwächungen hinsichtlich der Verteilernetzebene in den Gemeinsamen Standpunkten des Rates zu den Richtlinienvorschlägen im Elektrizitäts- bzw. Erdgasbereich ausführlich *Koenig/Kühling/Rasbach*, RdE 2003, 221 ff.

45 Verordnung (EG) 1228/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.6.2003 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel, ABI. EU Nr. L 176, S. 1 v. 15.7.2003.

46 ABI. EU Nr. L 283, S. 33 v. 27.10.2001, geändert durch die Verordnung (EG) 1223/2004 des Rates v. 28.6.2004 hinsichtlich des Zeitpunkts der Anwendung bestimmter Vorschriften auf Slowenien.

47 Vgl. dazu *Oschmann*, RdE 2002, 131 ff., insbesondere 136 f.

48 Zum Reformprozess *Staebe*, DVBl. 2004, 853 (855) und *Scholtka*, NJW 2005, 2421 (2422), jeweils m.w.N.

49 Der Bericht musste aufgrund von Art. 2 § 3 des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts v. 20.5.2003 dem Bundestag erstattet werden.

50 *Monopolkommission*, Hauptgutachten 2000/2001, 2003, Rn. 873 ff.

sorts des Wirtschaftsministeriums, des Umweltministeriums und des Verbraucherschutzministeriums, verzögerte sich die Verabschiedung des Gesetzentwurfs bis zum 14. Oktober 2004.⁵¹ Damit stand schon fest, dass die am 1. Juli 2004 abgelaufene Umsetzungsfrist der Beschleunigungsrichtlinien nicht gewahrt werden würde. Nicht zuletzt der Druck eines drohenden Vertragsverletzungsverfahrens vor dem EuGH hat dazu geführt, dass trotz der politischen Turbulenzen der Reformprozess mit dem **Energiewirtschaftsgesetz vom 7. Juli 2005 (EnWG 2005)** immerhin noch in der 15. Bundestagswahlperiode abgeschlossen werden konnte, obwohl auch zwischen Bundestag und Bundesrat erhebliche Meinungsverschiedenheiten bestanden. So konnte sich der Bundesrat insbesondere mit seinen Forderungen nach einer umfassenden Ex-ante-Entgeltregulierung (die Bundesregierung befürwortete eine gemeinschaftsrechtlich gleichfalls vorgesehene bloße Ex-ante-Methodenregulierung mit anschließender Ex-post-Missbrauchskontrolle) und nach einer umfangreichen Beteiligung der Landesregulierungsbehörden an der Energiewirtschaftsregulierung durchsetzen.⁵² Gleichwohl ist es nicht zu rechtfertigen, dass die Umsetzungsfrist der Richtlinien um mehr als ein Jahr überschritten wurde, obwohl das Gesetz in der letzten Phase ganz offensichtlich „mit heißer Nadel gestrickt“ wurde. Davon zeugten die verschiedenen a- und b-Paragrafen und die aufgehobenen Normen – ein doch ungewöhnlicher Vorgang, wies das „neue Produkt“ damit schon bei der Auslieferung „Gebrauchsspuren“ auf. Hier bestand wohl die Sorge, bei einer entsprechenden Anpassung auf der „Zielgeraden“ des Gesetzgebungsprozesses die notwendige Kohärenz der Querverweise nicht gewährleisten zu können.

- 20** An die Stelle eines schlanken, aber wenig wettbewerbswirksamen Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) trat damit eine Normenmasse, bestehend aus einem 128 Paragrafen umfassenden EnWG und zunächst vier Verordnungen zum Strom- und Gaszugang⁵³ sowie zur jeweiligen Entgeltregulierung,⁵⁴ die es zusammengekommen nochmals auf 142 Paragrafen brachten. Insgesamt enthielt das EnWG 2005 zudem 25 Verordnungsermächtigungen, so dass schon beim Inkrafttreten des Gesetzes mit einem erheblichen weiteren Anschwellen der legislativen Vorgaben gerechnet werden musste.⁵⁵ Damit war der Wandel zu einer normierenden Regulierung⁵⁶ offensichtlich.
- 21** Nach Inkrafttreten des EnWG 2005 hat die Bundesregierung von den verschiedenen Verordnungsermächtigungen Gebrauch gemacht und damit den Normenbestand weiter ausgebaut. So konkretisiert die Kraftwerksnetzanschlussverordnung (**Kraft-NAV**) vom Juni 2007 die Vorgaben des § 17 EnWG. Mit der Niederdruckanschluss-

51 BT-Drs. 15/3917.

52 Formal ist das EnWG 2005 Bestandteil des Zweiten Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts, das in seinem Art. 2 institutionelle Regelungen mit Blick auf die zur BNetzA avancierte RegTP vorsieht und in Art. 3 die Änderungen in den sonstigen Gesetzen niederlegt.

53 Verordnung über den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (Stromnetzzugangsverordnung – StromNZV) v. 25.7.2005 (BGBl. I 2005, S. 2243), zuletzt geändert durch Art. 6 des Gesetzes v. 16.7.2021 (BGBl. I 2021, S. 3026); Verordnung über den Zugang zu Gasversorgungsnetzen (Gasnetzzugangsverordnung – GasNZV) v. 25.7.2005 (BGBl. I 2005, S. 2210), neugefasst durch Art. 1 der Verordnung v. 3.9.2010 (BGBl. I 2010, S. 1261), zuletzt geändert durch Art. 8 des Gesetzes v. 16.7.2021 (BGBl. I 2021, 3026).

54 Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (Stromnetzentgeltverordnung – StromNEV) v. 25.7.2005 (BGBl. I 2005, S. 2225), zuletzt geändert durch Art. 2 der Verordnung v. 27.7.2021 (BGBl. I 2021, S. 3229); Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Gasversorgungsnetzen (Gasnetzentgeltverordnung – GasNEV) v. 25.7.2005 (BGBl. I 2005, S. 2197), zuletzt geändert durch Art. 3 der Verordnung v. 27.7.2021 (BGBl. I 2021, S. 3229).

55 S. zu den Verordnungsermächtigungen des Reg-E im Überblick *Eder/de Wyl/Becker*, ZNER 2004, 3 (6).

56 Dazu und zur administrativen Regulierung *Theobald/Hummel*, ZNER 2003, 176 (178 ff.).

verordnung (**NDAV**) sowie der Niederspannungsanschlussverordnung (**NAV**) jeweils vom November 2006 wird die allgemeine Anschlusspflicht gemäß § 18 EnWG näher ausgestaltet, die insbesondere den Netzanschlusanspruch der Verbraucher betrifft. Korrelierend dazu enthalten die Gasgrundversorgungsverordnung (GasGKV) und die Stromgrundversorgungsverordnung (StromGKV) jeweils vom Oktober 2006 Vorgaben hinsichtlich der Grundversorgungspflicht der örtlichen Grundversorger gemäß den §§ 36 und 37 EnWG. Die Verordnungen wurden in der Zwischenzeit verschiedentlich überarbeitet.

Aus regulatorischer Sicht von besonderer Relevanz ist vor allem die Anreizregulierungsverordnung (ARegV) vom Oktober 2007, die inzwischen ebenfalls erhebliche Änderungen erfahren hat. Dem Verordnungserlass ist die in § 112a EnWG vorgesehene Berichterstattung der Bundesnetzagentur zur Einführung einer **Anreizregulierung** vorausgegangen.⁵⁷ Mit der Einführung der Anreizregulierung erfolgte der Wechsel von der kostenorientierten zu einer anreizorientierten Regulierung der Netzzugangsentgelte.

Durch die wachsende Zahl der Verordnungen verdichtete sich das normative Korsett der Regulierung nochmals erheblich. Dabei zeichnete sich jedoch bereits früh ab, dass auch dieses normative Korsett schon in absehbarer Zeit in wesentlichen Punkten zu überarbeiten sein würde. Ausgangspunkt für diese Überlegung war die Einschätzung der Kommission, dass die bis dato getroffenen Regulierungsmaßnahmen noch nicht zu einer hinreichenden Wettbewerbsstimulierung geführt hatten.⁵⁸ In der Tat bestanden insoweit in zahlreichen Mitgliedstaaten und auch in Deutschland nach wie vor Defizite. Allerdings war zu beachten, dass die neuen Instrumente auch erst seit kurzer Zeit im Einsatz waren. Insofern erschien die Bilanz der Kommission etwas verfrüht. Gleichwohl adressierte die Kommission mit ihren Vorschlägen vom September 2007 zum **Dritten Energiebinnenmarktpaket** eine Reihe wichtiger Probleme, wie insbesondere die nach wie vor notwendige Verbesserung des grenzüberschreitenden Stromhandels. Insgesamt hatte die Kommission die Novellierungsdiskussion mit tiefgreifenden Änderungsvorschlägen initiiert. Kernpunkte der Vorschläge waren zunächst die Gründung eines Europäischen Netzwerks der Übertragungsnetzbetreiber (European Network of Transmission System Operators, ENTSO), die Errichtung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (Agency for the Cooperation of Energy Regulators, ACER) sowie die Stärkung der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden. Innerhalb des ENTSO sollten dabei die Übertragungsnetzbetreiber dazu verpflichtet werden, auf regionaler Ebene zusammenzuarbeiten, um die Einführung impliziter Auktionen sowie das Entstehen von Energiebörsen zu fördern. ACER sollte hingegen der Überwachung des grenzüberschreitenden Stromhandels dienen.

Daneben strebte die Kommission nach verstärkten Kompetenzen zur Überwachung **24** von Einzelfallentscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden im Wege eines umfassenden Vetorechts. Ergänzt werden sollten diese Kontrollkompetenzen durch

57 Bericht der BNetzA nach § 112a EnWG zur Einführung der Anreizregulierung nach § 21a EnWG, abrufbar unter http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_institutionen/Netzentgelte/Anreizregulierung/BerichtEinfuehrgAnreizregulierung.pdf?__blob=publicationFile&v.=3 (Abruf 15.10.2021).

58 So die Mitteilung der Kommission v. 10.1.2007, Untersuchung der europäischen Gas- und Elektrizitätssektoren gem. Art. 17 der Verordnung (EG) 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln (Abschlussbericht), COM (2006) 851 final; zur Situation in Deutschland *Monopolkommission*, 49. Sondergutachten, 2008.

zahlreiche Ermächtigungen zum Erlass von Leitlinien.⁵⁹ Im Zentrum der Diskussion standen jedoch die Vorschläge der Kommission zur stärkeren Entflechtung vertikal integrierter Unternehmen. Nach der Kommission sollte hier eine vollständige eigentumsrechtliche Entflechtung (Full-Ownership-Unbundling – FOU) erfolgen oder der Netzbetrieb vollständig einem unabhängigen Netzbetreiber (Independent System Operator – ISO) übergeben werden. Als sogenannter „Dritter Weg“ wurde auf Initiative von Frankreich und Deutschland schließlich das Modell eines unabhängigen Transportnetzbetreibers (Independent Transmission System Operator – ITO) ins Spiel gebracht, von dessen Einführung die beiden vorgenannten Mitgliedstaaten ihre Zustimmung zum gesamten Richtlinienpaket im Rat der EU abhängig machten.⁶⁰ Gerade in Deutschland und Frankreich war die Integrationstiefe in der Energiewirtschaft besonders hoch, während beispielsweise in den Niederlanden und in Belgien bereits eine vertikale Desintegration stattgefunden hatte.

- 25 Vor allem die Vorschläge zur stärkeren Entflechtung und die von der Kommission vorgeschlagene Errichtung einer Agentur auf (damaliger) Gemeinschaftsebene waren dem Grunde nach und in den Details heftig umstritten. Ungeachtet in der Wissenschaft vielfach geäußelter Bedenken gegen eine erneute frühzeitige Überarbeitung des unionsrechtlichen Rahmens⁶¹ verabschiedeten das Europäische Parlament und der Rat bereits im Juli 2009 das Dritte Energiebinnenmarktpaket. Dieses bestand aus den beiden RL 2009/72/EG⁶² (Elektrizität) und 2009/73/EG⁶³ (Gas) sowie den Verordnungen (EG) Nr. 713/2009⁶⁴ (ACER-Verordnung), 714/2009⁶⁵ (Stromhandelsverordnung) und 715/2009⁶⁶ (Erdgasnetz Zugangsverordnung). Herzstück der beiden Richtlinien ist die weitere Verschärfung der Entflechtungsregulierung.⁶⁷ Der deutsche Gesetzgeber hat diese Vorgaben in einem für die Energieordnung einmalig beschleunigten Gesetzgebungsverfahren im Rahmen der durch die Ereignisse von Fukushima ausgelösten **Energiewende** in nationales Recht umgesetzt. Der Ablauf dieses Gesetzgebungsverfahrens, durch das nicht nur das EnWG maßgeblich überarbeitet, sondern auch der (erneute) **Atomausstieg** vollzogen und die Netzplanung an die stärkere Rolle der erneuerbaren Energien im zukünftigen Energiemix angepasst wurde, ist dabei wenig befriedigend. Im Hinblick auf die Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben befand sich der deutsche Gesetzgeber auch dieses Mal wieder

59 Zu diesen Vorschlägen ausführlich *Kühling/Hermeier*, IR 2008, 98 ff.

60 Vgl. hierzu *Däuper*, N&R 2009, 214 (216).

61 So z.B. *Koenig/Schreiber/Spiekermann*, N&R 2008, 7 ff. und *Kühling/Hermeier*, et 2008, 134 (137).

62 Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.7.2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, ABl. EU Nr. L 211, S. 55 v. 14.8.2009.

63 Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.7.2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG, ABl. EU Nr. L 211, S. 94 v. 14.8.2009, zuletzt geändert durch die Richtlinie (EU) 2019/692 v. 17.4.2019, ABl. EU Nr. L 117, S. 1 v. 3.5.2019.

64 Verordnung (EG) Nr. 713/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.7.2009 zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden, ABl. EU Nr. L 211, S. 1 v. 14.8.2009.

65 Verordnung (EG) 714/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.7.2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel und zur Aufhebung der Verordnung (EG) 1228/2003, ABl. EU Nr. L 211, S. 15 v. 14.8.2009.

66 Verordnung (EG) Nr. 715/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.7.2009 über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen und zur Aufhebung der Verordnung (EG) 1775/2003, ABl. EU Nr. L 211, S. 36 v. 14.8.2009, zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) 2018/1999 v. 11.12.2018, ABl. EU Nr. L 328, S. 1 v. 21.12.2018.

67 S. hierzu ausführlich *Pisal*, Entflechtungsoptionen nach dem Dritten Energiebinnenmarktpaket, 2011, S. 155 ff.

in Verzug. Obwohl die Umsetzungsfristen bereits im März 2011 abgelaufen waren, lag ein erster Gesetzentwurf erst am 6. Juni 2011 vor.⁶⁸ Dieser wurde sodann in ungebührlicher Eile am 30. desselben Monats vom Bundestag und nur eine gute Woche später am 8. Juli 2011 auch vom Bundesrat abgesegnet. Eine angemessene Beratung in den Gesetzgebungsorganen war so letztlich nicht möglich, was in eklatantem Widerspruch zur Komplexität des Gesetzgebungsgegenstandes stand.

Eine intensive Diskussion wäre dabei umso nötiger gewesen, da das **EnWG 2011** 26 gravierende Änderungen beinhaltete. Diese verschärften die klassischen Kernelemente der Regulierung (insbes. die Unbundling-Regulierung) in Umsetzung der neuen europarechtlichen Vorgaben nicht nur, sondern erweiterten sie auch um das neue regulatorische Instrument der Investitionsregulierung in Form eines bundesweiten Netzentwicklungsplanes. 200 neu geschaffene Stellen bei der Bundesnetzagentur bezeugten hier, welch weitreichender Kompetenzausbau bei der Behörde im Rahmen der **netzplanungsrechtlichen Begleitung der Energiewende** hier zu erwarten war. Ergänzend kamen durchaus gravierende Änderungen in den flankierenden Regulierungsbereichen wie die Neuordnung des Messwesens und verschärfte Anforderungen an den Vertrieb hinzu. Institutionell wurde der Grundstein für die Einrichtung einer Schlichtungsstelle gelegt und die Zuständigkeiten und Befugnisse der Regulierungsbehörden erweitert. Mit diesem Bündel neuer Vorgaben wurde der Energiesektor einmal mehr erheblichen Anpassungsprozessen unterworfen.⁶⁹ Während die letzte Energierechtsrevolution von 2005 mit den Möglichkeiten der Wettbewerbsförderung und der Erleichterung des Anbieterwechsels eine primär „frohe Botschaft“ an die Verbraucher war, werden durch die Energiewende 2011 die Bürger ungleich massiver belastet; zum einen finanziell als Verbraucher, etwa durch steigende Energiepreise, zum anderen gegebenenfalls als Anrainer neu- bzw. ausgebauter Energieinfrastrukturen.

Gerade in den letzten Jahren hat die Regulierungsdichte weiter zugenommen. In den Blickpunkt gerieten insbesondere Vorschriften, die den durch die Energiewende notwendig werdenden Netzausbau vorantreiben und die Versorgungssicherheit auch unter den geänderten Bedingungen der Energiewende sicherstellen sollen. In diesem Rahmen wurde das **EnWG 2013** durch das dritte Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften⁷⁰ erneut einer weitreichenden Novellierung unterworfen, in deren Mittelpunkt die Regulierung der Stromerzeugung auf hoher See durch sogenannte **Offshore-Anlagen** stand. Zugleich wurden mit § 13 Abs. 1b, §§ 13a-13c EnWG Bestimmungen in das EnWG eingefügt, die die Verpflichtungen der Übertragungsnetzbetreiber zur Gewährleistung der Systemsicherheit weiter ausdifferenzierten.⁷¹ Im Juli 2013 wurde das **Bundesbedarfsplangesetz** (BBPlG)⁷² erlassen, das für den Netzausbau vordringlich relevante Vorhaben sowie den – nicht unumstrittenen – **Vorrang der Erdverkabelung** vor dem Ausbau des Höchstspannungsnetzes als Freileitungsnetz festlegte.⁷³ Zusammen mit dem entsprechend an-

68 Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften v. 6.6.2011, BT-Drs. 17/6072, S. 1 ff.

69 S. zum novellierten EnWG *Kühling/Rasbach*, RdE 2011, 332 ff.; *Salje*, RdE 2011, 325 ff., und *Theobald/Gey-Kern*, EuZW 2011, 896 ff.

70 Drittes Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften v. 20.12.2012 (BGBl. I 2012, S. 2730), zuletzt geändert durch Art. 11 des Gesetzes v. 26.7.2016 (BGBl. I 2016, S. 1786).

71 S. *Sötebier*, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG, 3. Aufl. 2015, § 13a Rn. 4.

72 Gesetz über den Bundesbedarfsplan v. 23.7.2013 (BGBl. I 2013, S. 2543; I 2014 S. 148, 271), zuletzt geändert durch Art. 3 Abs. 4 des Gesetzes v. 2.6.2021 (BGBl. I 2021, S. 1295).

73 Vgl. § 1 Abs. 1 BBPlG und Anlage 1, §§ 3, 4 BBPlG.

gepassten **Energieleitungsausbaugesetz** (EnLAG)⁷⁴ und dem ebenfalls novellierten **Netzausbaubeschleunigungsgesetz** (NABEG)⁷⁵ soll es den dringend erforderlichen Netzausbau auf Höchstspannungsebene vorantreiben.⁷⁶

- 28 Eine erneute weitreichende Novellierung erfuhr das **EnWG 2016** schließlich durch das **Strommarktgesetz**⁷⁷. Mit diesem wurde der Strommarkt zu einem „Strommarkt 2.0“ weiterentwickelt, der durch einen wettbewerblich ausgerichteten Markt gekennzeichnet sein soll, auf dem Angebot und Nachfrage durch unverzerrte Preissignale gesteuert werden.⁷⁸ Zugleich wurde mit der **Netzreserveverordnung** (NetzResV)⁷⁹ eine **Kapazitätsreserve** eingeführt, die die Versorgungssicherheit auch unter diesen geänderten Bedingungen am Strommarkt gewährleisten soll.⁸⁰ Im Vorfeld der Novelle von 2016 war das Design des Strommarktes hoch umstritten. So wurde insbesondere die Schaffung weiter reichender Novellen insbesondere in Form eines Kapazitätsmarktes diskutiert, aber im Ergebnis abgelehnt.⁸¹ Eine spezifischere Reform des EnWG, die erst am 1. Januar 2017 in Kraft getreten ist, betraf die Änderung der Vorschrift des **§ 19a EnWG (Umstellung der Gasqualität von L-Gas auf H-Gas)**. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die niederländische und einheimische L-Gas-Produktion rückläufig ist und dadurch eine dauerhafte Umstellung der Gasqualität von L-Gas auf H-Gas erforderlich wird. Einen Monat später, nämlich zum 3. Februar 2017, in Kraft getreten ist die durchaus umstrittene Novelle der §§ 46 ff. EnWG. Das Gesetz zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe der Wegenutzungsrechte zur leitungsgebundenen Energieversorgung (**§§ 46 ff.-Novelle**) soll die spätestens alle 20 Jahre stattfindende Neuvergabe von Konzessionsverträgen rechtssicherer regeln und auch die Rechtssicherheit beim Netzübergang stärken.
- 29 Weitere wesentliche Änderungen brachte zudem das „**Gesetz zur Digitalisierung der Energiewende**“, das am 2. September 2016 in Kraft getreten ist. Schwerpunkt des Gesetzes ist in Art. 1 der Erlass des **Messstellenbetriebsgesetzes** (MsbG), das den Messstellenbetrieb einer substantiellen Neuordnung unterwirft.⁸² Dies bildet als neues „Stammgesetz“ für das Messwesen künftig (neben EnWG und EEG) eine gewichtige dritte Säule des Energierechts. Intelligente Messsysteme sollen helfen, die vielfältigen Herausforderungen der Energiewende zu stemmen. Nach Vorstellung des Gesetzgebers sollen diese zukünftig als eine Art Kommunikationsplattform im intelligenten Stromnetz an der Schnittstelle des Stromnetzes zu Erzeugung und Verbrauch die technische Grundlage für eine Vielzahl von Maßnahmen bilden, die von der Energieeffizienz bis hin zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit reichen. Konkrete Anwendungsfälle sollen insbesondere Verbrauchstransparenz für

74 Energieleitungsausbaugesetz v. 21.8.2009 (BGBl. I 2009, S. 2870), zuletzt geändert durch Art. 3 Abs. 3 des Gesetzes v. 2.6.2021 (BGBl. I 2021, S. 1295).

75 Netzausbaubeschleunigungsgesetz Übertragungsnetz v. 28.7.2011 (BGBl. I 2011, S. 1690), zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes v. 25.2.2021 (BGBl. I 2021, S. 298).

76 S. zum Netzausbau *Posch/Sitsen*, NVwZ 2014, 1423 ff. und unter Berücksichtigung europarechtlicher Vorgaben *Fest/Operhalsky*, NVwZ 2014, 1190 ff.

77 Gesetz zur Weiterentwicklung des Strommarktes – Strommarktgesetz v. 26.7.2016 (BGBl. I 2016, S. 1786).

78 BT-Drs. 18/7317, S. 2.

79 Verordnung zur Regelung der Beschaffung und Vorhaltung von Anlagen in der Netzreserve (Netzreserveverordnung – NetzResV) v. 27.6.2016 (BGBl. I 2016, S. 1947), zuletzt geändert durch Art. 15 des Gesetzes v. 13.5.2019 (BGBl. I 2019, S. 706).

80 BT-Drs. 18/7317, S. 3.

81 S. kritisch Monopolkommission, 71. Sondergutachten, 2016.

82 Gesetz über den Messstellenbetrieb und die Datenkommunikation in intelligenten Energienetzen (Messstellenbetriebsgesetz – MsbG) v. 29.8.2016 (BGBl. I 2016, S. 2034), zuletzt geändert durch Art. 10 des Gesetzes v. 16.7.2021 (BGBl. I 2021, S. 3026).

die Letztverbraucher, Vermeidung von Ablesekosten, Ermöglichung variabler Tarife, Bereitstellung von Netzzustandsdaten und Messwerten dezentraler Erzeugungsanlagen und flexibler Lasten, Ermöglichung einer sicheren Steuerung dezentraler Erzeugungsanlagen und flexibler Lasten, „Spartenbündelung“ im Sinne einer gleichzeitigen Ablesung und Transparenz auch für die Sparten Gas, Heizwärme und Fernwärme und schließlich die sichere Infrastruktur für Anwendungsfälle im Smart Home sein. Daneben sind Folgeanpassungen im EnWG und auf Ebene aller betroffenen Verordnungen vorgesehen. Trotz dieser bereits sehr umfangreichen Regelungen sind zahlreiche Ermächtigungen vorgesehen, diesen Rahmen durch weitere Verordnungen bzw. Festlegungen der Bundesnetzagentur weiter auszufüllen und zu konkretisieren.

Darüber hinaus ist zum 17. September **2016 die novellierte Anreizregulierungsverordnung** in Kraft getreten.⁸³ Mit der Novelle sollten die Vereinbarungen aus dem Koalitionsvertrag zur Verbesserung der Investitionsbedingungen für Verteilernetzbetreiber umgesetzt und auf das seit Inkrafttreten der ARegV 2007 deutlich veränderte energiewirtschaftliche Umfeld für Netzbetreiber (insbesondere durch den stark gestiegenen Ausbau von fluktuierend einspeisenden EE-Anlagen auf Verteilernetzebene) reagiert werden. Für Verteilernetzbetreiber sollen einerseits neue Investitionen ermöglicht und angereizt werden, während andererseits zugleich das Ziel der Kostenbegrenzung für Verbraucher verfolgt wird. Wesentliche Inhalte sind ein jährlicher Kapitalkostenabgleich (Eliminierung Zeitverzug für Ersatz- wie Erweiterungsinvestitionen) auf Basis tatsächlicher Investitionen und Abschreibungen, die Verschärfung von Effizianzanreizen sowie Änderungen bei Verfahrensregeln und Transparenzvorgaben.

Eine substantielle Neuordnung hat **2016** auch das EEG im Rahmen des Gesetzes zur Einführung von **Ausschreibungen** für Strom aus erneuerbaren Energien und zu weiteren Änderungen des Rechts der erneuerbaren Energien (**EEG-Novelle**)⁸⁴ erfahren, die am 1. Januar 2017 in Kraft getreten sind. Das EEG-Fördersystem wurde durch die Gesetzesnovelle im Grundsatz auf Ausschreibungen umgestellt, d.h., dass die Förderung künftig wettbewerblich in einem Ausschreibungsverfahren ermittelt wird. Dies ermöglicht u.a. eine bessere Steuerung des Ausbaus erneuerbarer Energien und entspricht dem Ansatz der Europäischen Kommission für eine marktnähere Förderung der erneuerbaren Energien. Der Anteil der erneuerbaren Energien am Stromverbrauch soll von derzeit rund 33 % auf 40 bis 45 % im Jahr 2025 steigen. Insgesamt werden künftig mehr als 80 % der erzeugten Strommenge aus neuen Anlagen im Wege von Ausschreibungen wettbewerblich ermittelt. Wegen der geringen Wettbewerbssituation wird von Ausschreibungen bei neuen Wasserkraft-, Geothermie-, Deponiegas-, Klärgas- und Grubengasanlagen abgesehen. Allerdings blieb es weitgehend bei technologiespezifischen Ausschreibungen. Denn auch die in einem Pilotprojekt im Zeitraum 2018-2020 gemeinsamen Ausschreibungen für Wind an Land und Photovoltaik im Umfang von 400 Megawatt werden jeweils im Folgejahr von den technologiespezifischen Ausschreibungsmengen abgezogen. Auch das **KWKG** ist als weiteres „Nebengesetz“ des EnWG durch das Gesetz zur Änderung der Bestimmungen zur Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung und zur Eigenversorgung⁸⁵ zum 1. Januar 2017 modifiziert worden. Es enthält auch

83 Vgl. Art. 3 der zweiten Verordnung zur Änderung der Anreizregulierungsverordnung v. 14.9.2016 (BGBl. I 2016, S. 2174).

84 BGBl. I 2016, S. 2258.

85 BGBl. I 2016, S. 3106.

Folgeänderungen im EEG. Das Gesetz soll sicherstellen, dass beide Gesetze die beihilferechtlichen Vorgaben der EU-Kommission erfüllen. Hierzu wird erstmals eine Ausschreibungspflicht bei der Förderung von KWK-Anlagen eingeführt. Beim EEG werden insbesondere die Regelungen zur EEG-Umlage bei der Eigenversorgung geändert.

- 32** Weitere Änderungen hat der energierechtliche Rahmen im Sommer **2017** durch die Verabschiedung insbesondere des **Mieterstromgesetzes**⁸⁶ sowie des **Netzentgeltmodernisierungsgesetzes** (NEMoG)⁸⁷ erfahren. Das Mieterstromgesetz hat zunächst in das **EEG** einen Anspruch auf Gewährung eines Mieterstromzuschlags eingeführt. Dieser besteht für Strom aus Solaranlagen mit einer installierten Leistung von insgesamt bis zu 100 Kilowatt, die auf, an oder in einem Wohngebäude installiert sind, soweit der Strom an einen Letztverbraucher geliefert und von diesem ohne Durchleitung durch ein Netz innerhalb dieses Gebäudes (oder in Wohngebäuden oder Nebenanlagen im unmittelbaren räumlichen Zusammenhang mit diesem Gebäude) verbraucht wird. Der Anspruch des Betreibers der Solaranlage und Anbieters von Mieterstrom gegen den Netzbetreiber auf Mieterstromzuschlag besteht für 20 Jahre zuzüglich dem Jahr der Inbetriebnahme der Solaranlage, wobei der Zubau auf 500 MW pro Jahr begrenzt ist. Eine finanzielle Förderung setzt darüber hinaus voraus, dass die Solaranlage zum Marktstammdatenregister gemeldet, die Anlage nach Inkrafttreten des Gesetzes in Betrieb genommen wurde und dass die beihilferechtliche Genehmigung der EU-Kommission vorliegt. Nimmt ein Mieterstromanbieter die Mieterstromförderung in Anspruch, unterliegt er als Reflex bestimmten vertrieblichen Restriktionen, die in einem neuen **§ 42a EnWG** niedergelegt worden sind. So darf etwa die Erstlaufzeit des Mieterstromvertrags, der zwingend eine Vollversorgung sicherzustellen hat, maximal ein Jahr betragen. Für den Mieterstromvertrag gilt eine Preisobergrenze, die bei 90 % des örtlichen Grundversorgungstarifs liegt. Im Falle der Kündigung des Mietvertrags endet der Mieterstromvertrag schließlich automatisch.
- 33** Das in weiten Teilen am 22. Juli 2017 in Kraft getretene **NEMoG** führt zu einer generellen Kürzung der Vergütung für die dezentrale Einspeisung („**vermiedene Netzentgelte**“), wobei steuerbare Anlagen aufgrund ihrer Netzdienlichkeit deutlich privilegiert bleiben. So verringert sich nach Maßgabe des neu eingefügten **§ 120 EnWG** bei den Bestandsanlagen die Vergütung für volatile Einspeiser ab 2018 über drei Jahre hinweg um jeweils 33,3 %, während für steuerbare Anlagen lediglich die Berechnungsgrundlage auf dem Niveau des Jahres 2016 „eingefroren“ bleibt. Bei den Neuanlagen erhalten volatile Einspeiser bereits ab 2018, steuerbare Einspeiser erst ab 2023 keine Vergütung mehr. Das NEMoG schafft zudem durch die Änderung bzw. Einfügung der **§§ 24, 24a EnWG** die Grundlage für eine Einführung **bundesweit einheitlicher Netzentgelte** der Übertragungsnetzbetreiber. Die Angleichung begann am 1. Januar 2019 und soll zum 1. Januar 2023 abgeschlossen sein, wobei die Annäherung nach Möglichkeit in fünf gleich großen Schritten vollzogen werden soll. Zur konkreten Umsetzung bedurfte es noch einer Verordnung der Bundesregierung (mit Zustimmung des Bundesrates), die am 20. Juni 2018 beschlossen wurde.⁸⁸

⁸⁶ Gesetz zur Förderung von Mieterstrom und zur Änderung weiterer Vorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes v. 17.7.2017 (BGBl. I 2017, S. 2532).

⁸⁷ Gesetz zur Modernisierung der Netzentgeltstruktur (Netzentgeltmodernisierungsgesetz) v. 17.7.2017 (BGBl. I 2017, S. 2503), zuletzt geändert durch Art. 14 des Gesetzes v. 17.12.2018 (BGBl. I 2018, S. 2549).

⁸⁸ Verordnung zur schrittweisen Einführung bundeseinheitlicher Übertragungsnetzentgelte v. 20.6.2018 (BGBl. I 2018, S. 865).

Unabhängig davon werden alleine auf Grundlage des NEMoG die **Offshore-Anbindungskosten** ab dem 1. Januar 2019 vollständig aus den ÜNB-Netzentgelten herausgenommen und stattdessen Teil der Offshore-Haftungsumlage mit der Folge, dass sie über den Belastungsausgleich nach § 17f EnWG als Teil des (bundesweit einheitlichen) Aufschlags auf die Netzentgelte ausgeglichen werden. Das NEMoG enthält darüber hinaus weitere Einzelregelungen: Im Wege der Streichung des **§ 13k EnWG** und Novellierung des **§ 11 EnWG** ist klargestellt, dass Übertragungsnetzbetreiber Anlagen zur Stromerzeugung in kritischen Netzsituationen einsetzen können, diese Anlagen aber ausschließlich von Dritten und nach Durchführung eines transparenten Wettbewerbsverfahrens errichtet und betrieben werden dürfen (Verbot für die Übertragungsnetzbetreiber der Selbstdurchführung). Es besteht für diese netztechnischen Betriebsmittel zudem ein Vermarktungsverbot auf den Strommärkten. Das NEMoG enthält ferner in **§ 111b Abs. 6 EnWG** Neuregelungen zur finanziellen Absicherung der **Schlichtungsstelle**. So darf etwa die Höhe des Schlichtungsentgelts seither auch eine angemessene Rücklagenbildung abdecken und in Missbrauchsfällen darf auch vom Verbraucher ein Entgelt in Höhe von 30 EUR erhoben werden.

Schließlich wurde noch ein neues „Nebengesetz“ zum EnWG geschaffen: Mit dem **Marktstammdatenregister (MaStR)** wird ein Instrument geschaffen, das wesentliche Marktakteure der Bereiche Strom und Gas erfasst. Das MaStR erfasst erstmals sämtliche Erzeugungsanlagen (Neuanlagen und bestehende Anlagen, Anlagen zur Erzeugung von erneuerbarer und konventioneller Energie, von Strom und Gas) und bestimmte Verbrauchsanlagen sowie die Betreiber der Anlagen. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Daten im MaStR trägt jeweils der Marktakteur (z.B. der Anlagenbetreiber) selbst die Verantwortung. Die Daten sind vom Marktakteur einzutragen und aktuell zu halten. Bei Verstößen gegen die Registrierungsspflichten kann dies zum Verlust der EEG-Förderung oder des KWKG-Zuschlags führen. Die Marktstammdatenregisterverordnung (MaStRV) vom 10. April 2017 dient als Grundlage zur Errichtung und zum Betrieb des Marktstammdatenregisters, welches unter anderem im Bereich der erneuerbaren Energien das PV-Meldeportal und das Anlagenregister in ein Gesamtanlagenregister überführt. **34**

Aber nicht nur der deutsche Gesetzgeber ist damit im Energierecht in **2016** und **2017** sehr aktiv gewesen. Auch die EU-Kommission hat eine Überarbeitung der früher einmal als **4. Binnenmarktpaket** angekündigten Überarbeitung des Unionsrechtsrahmens Ende 2016 als sogenanntes „**Winterpaket**“ vorgelegt. Das umfangreiche Paket der EU-Kommission umfasst eine ganze Vielzahl von europäischen Legislativvorschlägen und Berichten. Es dient der Umsetzung der europäischen Energieunion und soll den europäischen Strombinnenmarkt und die erneuerbaren Energieträger fit für die Zukunft machen sowie die Erreichung der europäischen Klima- und Energieziele für 2030 sicherstellen. Die Europäische Kommission hat das Paket am 30. November 2016 unter dem Titel „Saubere Energie für alle Europäer“ vorgelegt. Das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union haben sodann 2017 über die Vorschläge der Europäischen Kommission beraten. Insgesamt sind im Winterpaket acht europäische Legislativvorschläge enthalten. Kernelemente sind die Neufassung der Strommarktverordnung und der Richtlinien aus dem dritten Energiebinnenmarktpaket sowie eine Neufassung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie. Darüber hinaus beinhaltet die Vorlage u.a. Vorschläge zur Revision der Energieeffizienzrichtlinie und der Gebäudeeffizienzrichtlinie sowie einen Verordnungsvorschlag zur Governance der Energieunion. **35**

Das Winterpaket wurde nach langwierigen Verhandlungen schlussendlich am 14. Juni 2019 im Amtsblatt veröffentlicht. Verabschiedet wurden vier finale Rechtsakte: Die **36**

Neufassung der **Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie** (EltRL 2019)⁸⁹, die Neufassung der **Elektrizitätsbinnenmarktverordnung** (EltVO 2019)⁹⁰, eine **Risikoversorgeverordnung**⁹¹ sowie die Neufassung der **ACER-Verordnung**⁹². Ziel der Maßnahmen ist die Stärkung der Rolle des Verbrauchers, eine bessere Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten und die Einhaltung und Erreichung der Klimaschutzziele.⁹³ Weitere Novellen des Europäischen Parlaments betreffen die **Erneuerbare-Energien-Richtlinie** (EE-RL II)⁹⁴, die **Energieeffizienzrichtlinie** (EnEff-RL)⁹⁵, sowie die Verordnung zur **Governance der Energieunion** (Gov-VO)⁹⁶. Diese sind am 21. Dezember 2018 in Kraft getreten.

- 37** Die Verordnung zum Strommarkt verfolgt das Ziel, neue Regeln und Kernprinzipien für den europäischen Strombinnenmarkt und den Stromhandel einzuführen, um der zunehmend dezentralen und fluktuierenden Stromerzeugung gerecht zu werden. So soll das „day-ahead“- und „intraday-trading“ ausgebaut werden, u.a. durch eine **europaweite Harmonisierung der Handels- bzw. Bilanzierungsintervalle** ab 2025 auf 15 Minuten. Darüber hinaus sieht die Verordnung vor, dass Mitgliedstaaten ihre **nationalen Kapazitätsmechanismen** mit den Nachbarländern und der europäischen Regulierungsbehörde ACER abstimmen müssen. Der Entscheidung für oder gegen einen Kapazitätsmechanismus geht also nunmehr eine EU-weite Prüfung der Angemessenheit der Erzeugungskapazität („generation adequacy“) voraus. Im Paket enthalten ist ferner die Gründung einer sogenannten „**DSO-Entity**“⁹⁷. Diese Entity setzt sich aus allen europäischen Verteilernetzbetreibern mit mindestens 100.000 angeschlossenen Kunden zusammen und wird künftig Netzkodizes für Verteilernetzbetreiber erarbeiten, die im Anschluss als europäische Rechtsakte verabschiedet werden. Die „DSO-Entity“ kann so etwa mit der koordinierten Integration erneuerbarer Energien, mit Fragen der Cybersicherheit, Digitalisierung und Nachfragesteuerung befasst werden. Gegründet wurde die Entity im Sommer 2019.⁹⁸
- 38** Die **Neufassung** der aus dem Jahr 2009 stammenden **Strombinnenmarkttrichtlinie** soll einen marktbasierten, **verbraucherzentrierten und flexiblen Strombinnenmarkt** sicherstellen. Die Energieverbraucher erhalten neue Rechte und sollen u.a.

89 Richtlinie (EU) 2019/944 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5.6.2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 2012/27/EU, ABl. EU Nr. L 158, S. 125 v. 14.6.2019.

90 Verordnung (EU) 2019/943 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5.6.2019 über den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. EU Nr. L 158, S. 54 v. 14.6.2019.

91 Verordnung (EU) 2019/941 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5.6.2019 über die Risikoversorge im Elektrizitätssektor und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/89/EG, ABl. EU Nr. L 158, S. 1 v. 14.6.2019.

92 Verordnung (EU) 2019/942 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5.6.2019 zur Gründung einer Agentur der Europäischen Union für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden, ABl. EU Nr. L 158, S. 22 v. 14.6.2019.

93 Vgl. zum EU-Winterpaket *Gundel*, in: Dausen/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 52. EL Februar 2021, Energierecht, Rn. 166 ff.; *Pause/Kahles*, ER 2019, 9 ff.; *Frenz*, RdE 2017, 281 ff.; *Mai*, RdE 2017, 335 ff.; *Scholtka/Martin*, ER 2017, 183 ff. und 240 ff.; *Mai*, RdE 2017, 515 ff.; *Wehle*, RdE 2018, 407 ff.; *Pause/Kahles*, ER 2019, 9 ff.

94 Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.12.2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen, ABl. EU Nr. L 328, S. 82 v. 21.12.2018.

95 Richtlinie (EU) 2018/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.12.2018 zur Änderung der Richtlinie 2012/27/EU zur Energieeffizienz, ABl. EU Nr. L 328, S. 210 v. 21.12.2018.

96 Verordnung (EU) 2018/1999 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.12.2018 über das Governance-System für die Energieunion und für den Klimaschutz, ABl. EU Nr. L 328, S. 1 v. 21.12.2018, zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) 2021/1119 v. 30.6.2021, ABl. Nr. L 243, S. 1 v. 9.7.2021.

97 Distribution system operator/Verteilernetzbetreiber-Entity.

98 Mehr dazu unter: <https://www.bdew.de/energie/eu-dso-entity/> (Abruf 15.10.2021).

durch verbesserte Informationen, die Beseitigung von Wettbewerbshindernissen, Möglichkeiten zur Eigenerzeugung und zur Vermarktung ihres Flexibilitätspotentials, aber auch durch eine nochmalige Aufwertung des Verbraucherschutzes in die Lage versetzt werden, am Wandel der Energiemärkte teilzuhaben. Verbraucher sollen etwa zukünftig von ihrem Energielieferanten einen an die Zeitintervalle des Großhandelsmarkts angepassten variablen Energietarif verlangen können. Verbraucher sollen das Recht erhalten, eigenerzeugten Strom zu verbrauchen, zu speichern und in allen Marktsegmenten zu verkaufen.

Der Schwerpunkt der neu geschaffenen **Risikovorsorgeverordnung**, die bis spätestens zum 5. Januar 2022 in nationalen Risikovorsorgeplänen münden soll, liegt auf der Handhabung von Stromversorgungskrisen. Dazu enthält die Verordnung allgemeine Bestimmungen und Maßnahmen zur Vorsorge von Stromversorgungskrisen sowie deren Prävention und Bewältigung. **39**

Die **Neufassung der ACER-Verordnung** dient der weiteren **Stärkung der Agentur**, wobei die Befugnisse der Koordinationsagentur nur leicht ausgeweitet wurden.⁹⁹ Die ursprünglich im Winterpaket vorgesehene Einräumung von zusätzlichen Entscheidungsbefugnissen für die ACER über Regulierungsfragen hinsichtlich des grenzüberschreitenden Handels und der Betriebssicherheit wurde in der Form nicht beschlossen.¹⁰⁰ So sieht nunmehr die ACER-Verordnung neue Befugnisse zur Überwachung des Strommarktdesigns vor. Die Durchsetzung von Beschlüssen gegenüber europäischen Organisationen sowie entsprechende Letztentscheidungen bleiben aber weiterhin im Zuständigkeitsbereich nationaler Regulierungsbehörden bzw. stehen unter dem Vorbehalt der Zustimmung.¹⁰¹ Neu ist die Regulierungsaufsicht über europäische Organisationen wie über den Europäischen Verbund der Übertragungsnetzbetreiber (ENTSO-E) bzw. über die Europäische Organisation für Verteilnetzbetreiber.¹⁰² Ein weiterer Aspekt betrifft die Stärkung der Agentur im Rahmen der Schlichtung von Streitigkeiten anlässlich der Frage, ob eine Pflichtverletzung vorliegt.¹⁰³ Weitere institutionelle Vorgaben ergeben sich aus der Elektrizitätsbinnenmarktverordnung, so z.B. die Schaffung regionaler Koordinierungszentren gemäß Art. 35 oder die Gründung einer Europäischen Organisation der Verteilnetzbetreiber gemäß Art. 52 ff.¹⁰⁴

Die **Neufassung der Erneuerbare-Energien-Richtlinie** dient der Festschreibung neuer Vorgaben zur finanziellen Förderung von erneuerbaren Energien, zur Öffnung von Fördersystemen für andere Mitgliedstaaten, zu Eigenerzeugung und -verbrauch von Strom aus erneuerbaren Energien, zu Genehmigungsverfahren, zur Verwendung von erneuerbaren Energien im Kälte-, Wärme- sowie im Verkehrsbereich, zu Kooperationen zwischen Mitgliedstaaten und mit Drittstaaten, zu Herkunftsnachweisen und zu Nachhaltigkeitskriterien für Bioenergie. Darüber hinaus sollen die Mitgliedstaaten anstreben, auch den Anteil erneuerbarer Energien im Wärmemarkt ab 2021 jährlich zu steigern. Nach Art. 3 Abs. 2 EE-RL II stellen die Mitgliedstaaten gemeinsam sicher, dass der Anteil von Energie aus erneuerbaren Quellen im Jahr 2030 mindestens 32 % beträgt. Die Kommission beurteilt gemäß Art. 3 Abs. 2 S. 2 EE-RL II dieses Ziel und soll gegebenenfalls bis zum Jahr 2023 einen Gesetzesvorschlag unterbrei- **41**

⁹⁹ Gündel, in: Dausen/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 52. EL Februar 2021, Energierecht, Rn. 168; Pielow, RdE 2019, 421 (429).

¹⁰⁰ S. Meyer/Sene, RdE 2019, 278 (286); Pielow, RdE 2019, 421 (429) m.w.N.

¹⁰¹ Scholtka/Keller-Herder, NJW 2020, 890 (890 f.); Pielow, RdE 2019, 421 (429).

¹⁰² Scholtka/Keller-Herder, NJW 2020, 890 ff.

¹⁰³ Scholtka/Keller-Herder, NJW 2020, 890 ff.

¹⁰⁴ Ausführlicher dazu Pielow, RdE 2019, 421 (429).

ten, mit dem Korrekturen nach oben bei wesentlichen Änderungen möglich sein sollen.

- 42** Die **Energieeffizienzrichtlinie** schafft gemäß Art. 1 Abs. 1 EnEff-RL einen gemeinsamen Rahmen zur Förderung der Energieeffizienz in der Union und soll sicherstellen, dass die übergeordneten Energieeffizienzziele in der Union von 20 % bis 2020, sowie die übergeordneten von mindestens 32,5 % bis 2030 erreicht werden. Des Weiteren sollen weitere Energieeffizienzverbesserungen über den genannten Zeitpunkt hinaus vorbereitet werden.
- 43** 2018 trat ferner auf nationaler Ebene das Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes, des Kraft-Wärme-Koppelungsgesetzes, des Energiewirtschaftsgesetzes und weiterer energierechtlicher Vorschriften in Kraft.¹⁰⁵
- 44** Ein langwieriger Meinungsstreit über die beihilfenrechtliche Einordnung erneuerbarer Energien, der in der Konsequenz über die Reichweite des Einflusses der Europäischen Kommission auf die Ausgestaltung der deutschen Förderung erneuerbarer Energien entscheidet, fand 2019 sein Ende: Der EuGH hat am 28. März 2019 entschieden, dass das EEG 2012 weder in seiner Gesamtheit noch hinsichtlich der besonderen Ausgleichsregelung für energieintensive Unternehmen (§§ 40 ff. EEG 2012) als **Beihilfe** im Sinne von Art. 107 AEUV einzustufen ist.¹⁰⁶ Angesichts der jüngst eingeführten partiellen staatlichen Steuerfinanzierung der EE-Umlage¹⁰⁷ könnte dieser von Deutschland erstrittene Sieg allerdings ein Pyrrhussieg sein, jedenfalls für die EEG-Umlage. Für die KWK-Förderung und andere Bereiche ohne Steuerfinanzierung gilt das allerdings nicht.
- 45** Am 11. Dezember 2019 wurde von der Europäischen Kommission der **European Green Deal**¹⁰⁸ vorgestellt. Der Green Deal soll die Antwort auf den Klimawandel darstellen. Dabei wird eine Wachstumsstrategie der EU hin zu einer modernen, ressourceneffizienten und wettbewerbsfähigen Wirtschaft ohne der Freisetzung von Treibhausgasemissionen angestrebt. Das Ziel ist die Umgestaltung der EU-Wirtschaft für eine nachhaltige Zukunft.¹⁰⁹
- 46** Im März 2020 wurde des Weiteren ein **Europäisches Klimagesetz**¹¹⁰ vorgeschlagen. Der Vorschlag dient dazu, die im Green Deal festgelegten Ziele rechtlich zu verankern und den Rahmen für die Verwirklichung der Klimaneutralität zu bilden.

105 Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes, des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes, des Energiewirtschaftsgesetzes und weiterer energierechtlicher Vorschriften v. 17.12.2018 (BGBl. I 2018, S. 2549); weiterführend *Scholtka/Keller-Herder*, NJW 2019, 897 ff.

106 EuGH Urt. v. 28.3.2019 – Rs. C-405/16 P, ECLI:EU:C:2019:268.

107 Siehe dazu: *BMWi*, Pressemitteilung v. 15.10.2020, abrufbar unter <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2020/10/20201015-altmaier-die-ee-umlage-2021-sinkt-entlastung-aus-dem-koenjunkturpaket-wird-umgesetzt.html>; vgl. auch *BMWi*, FAQ zur beihilferechtlichen Genehmigung der EU-Kommission, abrufbar unter, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/FAQ/EEG-2021/faq-beihilferechtlichen-genehmigung-eu-kommission.html>; *BMWi*, Pressemitteilung v. 29.4.2021, abrufbar unter <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2021/04/20210429-europaeische-kommission-genehmigt-ee-2021-signal-fuer-rechtssicherheit.html> (Abruf je 15.10.2021).

108 Mit. der Kommission, COM (2019) 640 final.

109 Siehe dazu Einf. Mit. der Kommission, COM (2019) 640 final.

110 Vorschlag für eine Verordnung zur Schaffung des Rahmens für die Verwirklichung der Klimaneutralität und zur Änderung der Verordnung (EU) 2018/1999, COM (2020) 80 final.

Ferner wurde auf der Grundlage des **EU-Aktionsplans zur Finanzierung nachhaltigen Wachstums**¹¹¹ die sog. **Taxonomie-Verordnung**¹¹² am 18. Juni 2020 erlassen. Damit sollen erstmalig die Kapitalflüsse hin zu nachhaltigen Investitionen gelenkt und ein nachhaltiges Finanzwesen zum Standard gemacht werden.¹¹³ Dazu soll es unter anderem auf Unionsebene einheitliche Kriterien geben, nach denen bestimmt wird, ob eine Wirtschaftstätigkeit ökologisch als nachhaltig einzustufen ist, vgl. Erwägungsgrund 12.

Das Gesetz zur Reduzierung und zur Beendigung der Kohlestromversorgung und zur Änderung weiterer Gesetze (sog. **Kohleausstiegsgesetz**) wurde am 13. August 2020 im Bundesgesetzblatt verkündet und ist am 14. August 2020 in Kraft getreten.¹¹⁴ Ziel des Gesetzes ist die planbare, stetige und sozialverträgliche Beendigung der Kohleenergie sowie das Vorantreiben des Umstiegs auf klimaverträgliche Energieversorgung.¹¹⁵

Ab dem 1. Januar 2021 wurde ferner ein **nationales Emissionshandelssystem** für die Bepreisung von CO₂-Emissionen von fossilen Brennstoffen eingeführt, dass die Einstiegspreise in den nächsten Jahren staffelt, geregelt im Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG). Das Gesetz bedurfte kurz nach dem ersten Gesetzgebungsverfahren 2019 bereits einer Abänderung, die die Einstiegspreise für die Zertifikate für die Folgejahre gestaffelt erhöht.¹¹⁶ Teilweise werden verfassungsrechtliche Bedenken geäußert vor dem Hintergrund, dass die CO₂-Bepreisung in der Literatur als Vorteilsabschöpfung angesehen wird und die erforderliche Festpreiszahlung eine unzulässige Abgabe darstellt.¹¹⁷

Am 17. Dezember 2020 wurde das **novellierte EEG 2021**¹¹⁸ im Bundestag verabschiedet und trat am 1. Januar 2021 in Kraft. Darin finden sich neue Strategien, wie die Förderung von erneuerbaren Energien nach 2020 weiter gehandhabt werden und wie der Klima- und Umweltschutz durch eine nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung ermöglicht werden soll, vgl. insbesondere §§ 1, 2 EnWG 2021.¹¹⁹ Die im Vorfeld bestandene Unsicherheit hinsichtlich ausgeförderter Anlagen wurde mit einer neuen Einspeisevergütung als Anschlussförderung entgegengetreten.¹²⁰ In § 3 Nr. 3a EEG 2021 werden die sog. ausgeförderter Anlagen definiert. Deren Einspeisevergütung ist in den §§ 21 Abs. 1, 100 Abs. 5 EEG 2021 reguliert. Eine Neuerung betrifft die Möglichkeit von Betreibern von Windenergieanlagen, Standortgemeinden an den Erträgen aus dem Betrieb zu beteiligen.¹²¹ Geregelt ist dies in § 36k EEG 2021.

111 Mitt. der Kommission, COM (2018) 97 final.

112 Verordnung (EU) 2020/852 v. 18.6.2020 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/2088, ABl. EU Nr. L 198, S. 13 v. 22.6.2020.

113 Vgl. Erwägungsgrund 9 f.

114 Gesetz zur Reduzierung und zur Beendigung der Kohleverstromung und zur Änderung weiterer Gesetze (Kohleausstiegsgesetz) v. 8.8.2020 (BGBl. I 2020, S. 1818), zuletzt geändert durch Art. 13 des Gesetzes v. 16.7.2021 (BGBl. I 2021, S. 3026).

115 Vgl. § 2 KohleAusG.

116 Scholtka/Frizen, NJW 2021, 906 ff.

117 Freshfields, Briefing v. 4.12.2020, abrufbar unter <https://www.freshfields.de/our-thinking/knowledge/briefing/2020/12/verfassungswidrigkeit-des-nationalen-emissionshandels-nach-dem-brennstoffemissionshandelsgesetz-behg-in-der-einfuehrungsphase-2021-bis-2025-4369/> (Abruf 15.10.2021); Scholtka/Frizen, NJW 2021, 906 ff.; Wernsmann/Bering, NVwZ 2020, 497 ff.

118 Vgl. Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und weiterer energierechtlicher Vorschriften v. 21.12.2020 (BGBl. I 2020, S. 3138).

119 Ausführlich dazu v. Oppen, ER 2021, 56 ff.

120 Scholtka/Frizen, NJW 2021, 906 ff.

121 Scholtka/Frizen, NJW 2021, 906 ff.

Dies soll dazu beitragen, die Akzeptanz auf kommunaler Ebene zu steigern.¹²² Ferner werden die Empfehlungen des Mieterstromberichts¹²³ umgesetzt¹²⁴, § 21 Abs. 3 EEG 2021.¹²⁵ Eine Verordnung zur Umsetzung des EEG 2021 und zur Änderung weiterer energierechtlicher Vorschriften mit dem Kern der EEG-Umlagenbefreiung von grünem Wasserstoff wurde vom Kabinett am 19. Mai 2021 beschlossen¹²⁶ und tritt voraussichtlich im Juli 2021 in Kraft.

- 51 Immer interessanter, auch im Hinblick auf die Energiewende, wird **Wasserstoff als Energielieferant**. Im Juni 2020 legte die Bundesregierung die Nationale Wasserstoffstrategie vor, die einen Maßnahmenkatalog für Förderungen und Subventionen beinhaltet.¹²⁷ Nunmehr liegt auch ein Gesetzesentwurf vom 9. März 2021 für den regulatorischer Rahmen für Wasserstoffnetze in Anbetracht der neuesten Reform des Energiewirtschaftsrecht vor¹²⁸, wobei die Vorgaben des EU-Legislativpakets „Saubere Energie für alle Europäer“ umgesetzt wurden.¹²⁹ Dabei wird unter anderem erstmalig auch ein **regulatorischer Rahmen für die Behandlung reiner Wasserstoffnetze** aufgenommen, wobei der schrittweise Aufbau einer nationalen Wasserstoffnetzinfrastruktur ermöglicht werden soll.¹³⁰ Im EnWG 2021 ist ein neuer Abschnitt 3b hinsichtlich einer Regulierung von Wasserstoffnetzen vorgesehen. Dies betrifft gemäß § 28n EnWG den Anschluss und Zugang zu den Wasserstoffnetzen sowie dazugehörige Verordnungsermächtigungen. In § 28m EnWG 2021 findet sich die Vorgabe zur Unabhängigkeit (Entflechtung) der Betreiber von Wasserstoffnetzen. Ferner regeln § 28p und § 28q EnWG die Ad-hoc-Prüfung der Bedarfsgerechtigkeit von Wasserstoffnetzinfrastrukturen bzw. des Berichts zur erstmaligen Erstellung des Netzentwicklungsplans Wasserstoff. Ein wesentlicher Bestandteil beinhaltet Regelungen, die die Umstellung vorhandener Erdgasleitungen auf reinen Wasserstoff erleichtern sollen.¹³¹ Diskutiert wird dabei unter anderem, welchen Umfang eine Wasserstoffnetzinfrastruktur zukünftig neben den bereits existierenden Erdgasversorgungsnetzen einnimmt.¹³² Ein weiterer Kernpunkt betrifft eine Opt-in-Option, nach der Wasserstoffnetzbetreiber selbst entscheiden können sollen, ob ihr Netz der Regulierung unterfallen soll oder nicht, vgl. § 28j Abs. 3 EnWG 2021.¹³³ Eine Entscheidung für die Regulierung gilt dann vollumfänglich sowohl hinsichtlich der

122 Scholtka/Frizen, NJW 2021, 906 ff.; Schütte/Winkler, ZUR 2020, 700 ff.

123 BT-Drs. 19/13430.

124 Schütte/Winkler, ZUR 2020, 700 ff.

125 Ausführlich dazu Burbach, ER 2021, 63 ff.

126 Verordnung zur Umsetzung des Erneuerbaren-Energien-Gesetzes 2021 und zur Änderung weiterer energierechtlicher Vorschriften v. 14.7.2021 (BGBl. I 2021, S. 2860).

127 BMWi, Die Nationale Wasserstoffstrategie, abrufbar unter https://www.bmw.de/Redaktion/DE/Publikationen/Energie/die-nationale-wasserstoffstrategie.pdf?__blob=publicationFile&v=20 (Abruf 15.10.2021).

128 Gesetzesentwurf zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und zur Regelung reiner Wasserstoffnetze im Energiewirtschaftsrecht, BT-Drs. 19/27453.

129 Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/944 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.6.2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 2012/27/EU, Abl. EU Nr. L 124, S. 125 v. 14.6.2019.

130 ER Digital, Meldung v. 4.3.2021, abrufbar unter https://erdigital.de/ce/reform-des-energiewirtschaftsrec-hts-soll-auch-regulatorischen-rahmen-fuer-reine-wasserstoffnetze-schaffen/_sid/UVFT-114418-uZa1/detail.html (Abruf 15.10.2021); Vgl. auch Baumgart/Schulte/Berger/Lencz/Mansius/Schlund, RdE 2021, 1 ff.; Hampel/Flemming/Ertel, RdE 2021, 125 ff.; Hampel/Frizen/Ertel/Bürger, RdE 2021, 236 ff.

131 ER Digital, Meldung v. 4.3.2021, abrufbar unter https://erdigital.de/ce/reform-des-energiewirtschaftsrec-hts-soll-auch-regulatorischen-rahmen-fuer-reine-wasserstoffnetze-schaffen/_sid/UVFT-114418-uZa1/detail.html (Abruf 15.10.2021).

132 ER Digital, Meldung v. 4.3.2021, abrufbar unter https://erdigital.de/ce/reform-des-energiewirtschaftsrec-hts-soll-auch-regulatorischen-rahmen-fuer-reine-wasserstoffnetze-schaffen/_sid/UVFT-114418-uZa1/detail.html (Abruf 15.10.2021).

133 Scholtka/Frizen, NJW 2021, 906 ff.