

Maximilian Justus Braatz

Beteiligung an Speichergesellschaften

Grenzen zulässiger gesellschaftsrechtlicher Beteiligung von
Netzbetreibern aus nationaler und europäischer Perspektive



Nomos



E W  R K

Schriftenreihe

Institut für Energie- und Wettbewerbsrecht
in der Kommunalen Wirtschaft e.V.
an der Humboldt-Universität zu Berlin

Professor Dr. Hans-Peter Schwintowski,
Geschäftsführender Direktor

Band 68

Maximilian Justus Braatz

Beteiligung an Speichergesellschaften

Grenzen zulässiger gesellschaftsrechtlicher Beteiligung von
Netzbetreibern aus nationaler und europäischer Perspektive



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Berlin, HU, Diss., 2022

ISBN 978-3-7560-0333-4 (Print)

ISBN 978-3-7489-3636-7 (ePDF)

1. Auflage 2023

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. 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.

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2022 als Dissertation von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin angenommen. Ganz besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski, für seine Inspiration, den fachlichen Diskurs, das Vertrauen und die fortwährende Unterstützung auf dem Weg zur Fertigstellung dieser Arbeit. Herrn Prof. Dr. Gregor Bachmann, LL.M. (Michigan) danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Zudem danke ich Herrn Dr. Mirko Sauer und Herrn Dr. Tillmann Peter Rübben, LL.M. für die wertvollen Hinweise und Ratschläge zu Beginn meiner Doktorandenzeit.

Für die beständige Hilfe bei der Recherche gebührt Dank den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Bibliothek der Bundesnetzagentur in Bonn, die auch in Zeiten der Covid-19-Pandemie die Versorgung mit aktueller Literatur sicherzustellen vermochten.

Bei Herrn Dr. Christian Wiefeling und Herrn Jan Niklas Schulte bedanke ich mich für den regen Austausch zum Inhalt dieser Arbeit und die innige Freundschaft seit Beginn unserer gemeinsamen Studienzeit an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

Bei Frau Susanne Elschenbroich und Herrn Timo Kreutzer möchte ich mich für die Unterstützung und die wertvollen Anregungen zu verschiedenen Phasen der Promotionszeit bedanken. Sie haben in besonderem Maße dazu beigetragen, dass die Arbeit in dieser Form ihren Abschluss gefunden hat.

Zu tiefstem Dank bin ich meinen Eltern Gabriele und Klaus Braatz sowie meinen Großeltern, insbesondere Gerda Berg und Hans-Joachim Friedrich Karl Braatz, verpflichtet. Ihre bedingungslose Liebe, die vermittelte Zuversicht und das Grundvertrauen in das Gelingen der Dinge sind mir Wegbegleiter zu aller Zeit.

Berlin, im August 2023

Maximilian Justus Braatz

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
Kapitel 1: Einleitung	23
A. Einführung in die Problemstellung	23
I. Elektrizitätsmarkt und Regulierung	25
1. Zielvorgaben der Elektrizitätsversorgung	25
2. Netze als natürliche Monopole	26
3. Das Erfordernis von Regulierung	29
II. Instrumente der Regulierung	30
1. Netzanschlussanspruch der Netzkunden	32
2. Netzzugangsgewährung	32
3. Regulierung der Netzentgelte	33
4. Entflechtung als formale Flanke der Zugangsregulierung	35
III. Multifunktionale Stromspeicher als Sonderfall im regulierten Markt	40
1. Die rechtliche Definition der Stromspeicherung	40
2. Netzintegration von Stromspeichern	42
a) Bisherige Ansätze aus Literatur und Verwaltung	42
b) Entwicklungen durch das Winterpaket der Europäischen Kommission	45
3. Wettbewerblicher Speichereinsatz durch Dritte	46
B. Untersuchungsgegenstand und methodischer Ansatz der Arbeit	47
C. Gang der Untersuchung	50
Kapitel 2: Struktur und Aufgaben des Netzbetriebs	53
A. Netzebenen und -struktur aus europäischer und nationaler Perspektive	53
I. Übertragung und Verteilung von Elektrizität	53
II. Europäische Netzstruktur	54
1. Übertragungsnetzebene	54
2. Verteilernetzebene	55

III. Deutsche Netzstruktur	56
1. Übertragungsnetzebene	56
2. Verteilernetzebene	56
B. Aufgaben der Netzbetreiber im Marktverbund mit den Netzkunden	57
I. Übertragungsnetzebene	58
1. Grundlagen des Übertragungsnetzbetriebs aus europäischer Perspektive	58
2. Die Pflichten der Betreiber gemäß § 11 EnWG	60
3. Versorgungssicherheit durch Regel- und Systemverantwortung	61
4. Die Beschaffung von Systemdienstleistungen am Markt	66
a) Nicht frequenzgebundene Systemdienstleistungen	66
b) Regelleistung	67
II. Verteilernetzebene	70
1. Verteilernetzbetrieb und Energiewende	70
2. Der neue europäische Rechtsrahmen – Engpassmanagement und Flexibilitätbeschaffung	74
3. Nationale Vorgaben gemäß §§ 14 ff. EnWG	76
III. Zwischenergebnis	79
Kapitel 3: Speicher in der Elektrizitätswirtschaft	81
A. Stromspeichertechnologien	81
I. Batteriespeicher	81
II. Wasserstoff/Methan-Speicher – Power-to-Gas	84
III. Druckluftspeicher	85
IV. Pumpspeicherkraftwerke	87
B. Geschäftsfelder für Speichergesellschaften	89
I. Teilnahme am Stromgroßhandelsmarkt	90
II. Systemdienstleistungen und Flexibilitätsoptionen	90
III. Speicherdienstleistungen für Dritte – das Modell eines Parkplatzes	92
C. Ökonomisches Potential und Risiken des Speicherbetriebs	92
I. Großspeicheranlagen	93
II. Dezentrale Speicher	94
III. Ausblick	94

Kapitel 4: Rechtsrahmen für gesellschaftsrechtliche Beteiligungen im Netz- und Speicherbereich	97
A. Grundlagen und beteiligte Rechtssubjekte	97
I. Spezifische Rechtsformerfordernisse für Netzbetreiber in vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen	99
1. Übertragungsnetzebene	99
2. Verteilernetzebene	100
II. Nationale Gesellschaftsformen	101
1. Aktiengesellschaft	101
a) Grundzüge	101
b) Organe der AG	102
c) Gründung, Aktienerwerb und Auflösung	105
2. Gesellschaft mit begrenzter Haftung	106
a) Grundzüge	106
b) Organe der GmbH	107
c) Gründung, Anteilserwerb und Auflösung	108
III. Europäisches Recht	109
1. Societas Europaea als kodifizierte europäische Gesellschaftsform	109
2. Implikationen der Niederlassungsfreiheit bei der Wahl von EU-ausländischen Gesellschaftsformen	109
B. Beteiligungserwerb und Konzernrecht	110
I. Grundlagen des Unternehmensverbunds	111
II. Abhängige und herrschende Unternehmen	113
1. Beherrschender Einfluss durch Beteiligungen	113
2. Beherrschender Einfluss durch Unternehmensverträge	114
3. Zusammenfassung	116
III. Formen der Unterordnung	116
1. Nationales Recht	117
a) Bildung eines faktischen Konzerns	117
b) Bildung eines Vertragskonzerns	117
c) GmbH-„Konzernrecht“	118
2. Europäisches Recht	119
C. Zwischenergebnis	120

Kapitel 5: Die Beteiligung an Speichergesellschaften im Widerspruch zur Preisgünstigkeit der Energieversorgung?	123
A. Vorbemerkung: Gegenstand und Umfang der Untersuchung	123
B. Netzentgeltkriterien und Netzentgeltbildung	124
I. Netzentgeltkriterien als formaler Rahmen	124
1. Geschichtlicher und unionsrechtlicher Hintergrund	124
2. Angemessenheit	125
3. Diskriminierungsfreiheit	126
4. Transparenz	127
II. Netzentgeltbildung gemäß §§ 21 ff. EnWG	128
1. Effizienzkostenregulierung gemäß §§ 21 Abs. 2 und 3, 24 EnWG i.V.m. §§ 1 ff. StromNEV	128
2. Anreizregulierung nach § 21a EnWG i.V.m. §§ 1 ff. ARegV	129
a) Beeinflussbare und nicht beeinflussbare Kosten nach § 11 ARegV	132
b) Bestimmung des Ausgangsniveaus für eine Regulierungsperiode nach § 6 ARegV	133
aa) Netzkostenermittlung gemäß §§ 4 ff. StromNEV	134
(1) Aufwandsgleiche Kostenpositionen nach § 5 StromNEV	135
(2) Kalkulatorische Abschreibungen nach § 6 StromNEV	135
(3) Kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung nach § 7 StromNEV	136
(4) Weitere Kostenbestandteile gemäß §§ 8 bis 11 StromNEV	138
bb) Ausschluss von Einmaleffekten gemäß § 6 Abs. 2 ARegV	139
c) Der Effizienzvergleich als Kernstück der Anreizregulierung	139
aa) Verteilernetzebene	140
(1) Effizienzvergleich gemäß §§ 12 ff. ARegV	140
(2) Ausnahme – vereinfachtes Verfahren nach § 24 ARegV	141
bb) Übertragungsnetzebene – internationaler Effizienzvergleich nach § 22 ARegV	142

d) Kapitalkostenabzug und -aufschlag nach § 6 Abs. 3 und § 10a ARegV	143
e) Geldentwertung und generelle sektorale Produktivitätserfordernisse	144
f) Weitere Elemente	145
g) Zu- oder Abschläge zur Erlösobergrenze während der Regulierungsperiode	146
aa) Regulierungskonto nach § 5 ARegV	147
bb) Anpassung der Erlösobergrenze	147
3. Abschließende Ermittlung des Netzentgelts	148
a) Netzentgeltbildung gemäß § 21 StromNEV	148
b) Ausnahmen für die atypische Netznutzung gemäß § 19 StromNEV	149
4. Datenerhebung, Mitteilungspflichten und Zuständigkeit im Verfahren	149
a) Datenerhebung nach § 27 ARegV	150
b) Mitteilungspflichten nach § 28 ARegV	151
c) Behördliche Zuständigkeit gemäß § 54 EnWG	152
5. Zwischenergebnis	153
C. Haftungsrisiken im Konzernverbund	153
I. Begründung von Verbindlichkeiten aus Konzernhaftung	154
II. Einzelheiten der Konzernhaftung	155
1. Verlustübernahme im Vertragskonzern	155
a) Reichweite der Verlustübernahme	155
b) Geltendmachung und etwaiger Schadensersatz	156
2. Nachteilsausgleich und Schadensersatz im faktischen Konzern	156
a) Nachteilsausgleich	156
b) Schadensersatz bei ausbleibendem Nachteilsausgleich	159
aa) Schadensersatz	159
bb) Geltendmachung	159
3. Die GmbH als abhängiges Unternehmen	159
III. Zwischenergebnis	161
D. Netzentgelte im Lichte von Kosten- und Insolvenzrisiken im Konzernverbund	162
I. Konzernhaftung und Wettbewerb	162

II. Formale Bewertung anhand der Netzentgeltregulierung	163
III. Beispielsbetrachtung – Beeinflussung der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung durch die Verlustübernahme im Vertragskonzern?	164
1. Verlustübernahme im Vertragskonzern als Abzugskapital i.S.v. § 7 Abs. 2 S. 2 Nr. 5 StromNEV?	164
a) Vergleich mit der Rechtsprechung zur Gewinnabführung im Vertragskonzern, BGH EnVR 63/17 et al.	166
b) Kritik aus dem Schrifttum	171
2. Bewertung anhand der Kriterien der Rechtsprechung	172
a) Netzbezug	172
b) Mangelnde Dauerhaftigkeit als Korrektiv des notwendigen Eigenkapitals	174
c) Verminderte Prognostizierbarkeit von Verlusten als Einschränkung?	175
d) Zinslosigkeit der Kapitalüberlassung	176
e) Zwischenergebnis	176
3. Stellungnahme zur Verlustübernahme im Vertragskonzern	177
4. Folgerung für Nachteilsausgleichs- und Schadensersatzansprüche im faktischen Konzern	178
IV. Beispielsbetrachtung – die Beteiligung an einer Speichergesellschaft als Finanzanlage i.S.v. § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 StromNEV?	179
1. Der Begriff der betriebsnotwendigen Finanzanlagen	180
2. Bewertung anhand der von Rechtsprechung und Regulierungspraxis entwickelten Kriterien	181
3. Zwischenergebnis	182
E. Die Problematik verdeckter Quersubventionen zwischen Netzbetrieb und Speichergesellschaften	182
I. Missbrauchsprävention durch die Netzentgeltregulierung	183
1. Disziplinierungsfunktion der Netzkostenermittlung	184
2. Transparenz der Rechnungslegung und Buchführung als formale Ergänzung	185
II. Schwächen kostenorientierter Regulierungssysteme	186
III. Korrektur durch die Vorgaben der Anreizregulierung?	187
1. Wirkung und Reichweite des Effizienzvergleichs	188

2. Dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten als Ausnahme?	190
3. Abweichungen für Verteilernetzbetreiber im vereinfachten Verfahren nach § 24 ARegV?	192
IV. Zwischenergebnis	192
F. Zusammenfassung	193
Kapitel 6: Die Beteiligung an Speichergesellschaften im Widerspruch zur Versorgungssicherheit?	195
A. Vorbemerkung: Gegenstand und Umfang der Untersuchung	195
B. Versorgungssicherheit durch die Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Netzbetreiber	197
I. § 4 EnWG als normative Einkleidung	197
II. Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit als Voraussetzungen eines dauerhaften Netzbetriebs	200
C. Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit vor dem Hintergrund von Kosten- und Insolvenzrisiken der Speichergesellschaft	202
I. Grundsatz der Gewährleistung durch die Netzentgelte	202
II. Abweichende Betrachtung auf Grundlage der bisherigen Untersuchung	203
III. Zwischenergebnis	204
D. Folgerungen für eine Beteiligung an einer Speichergesellschaft	204
I. Disziplinierung durch Aufsichtsmaßnahmen	205
1. Netzbetriebsuntersagung als „Ultima Ratio“	205
2. Verwaltungsrechtliche „Abmahnung“	206
II. Gesellschaftsrechtliche Lösungsansätze	206
1. Eigenkapitalbeschaffung durch Kapitalerhöhung und Nachschuss	207
2. Fremdkapitalbeschaffung	207
3. Verkauf der Speichergesellschaft	208
E. Zusammenfassung	209
Kapitel 7: Die Beteiligung an Speichergesellschaften im Widerspruch zur Entflechtungsregulierung	211
A. Vorbemerkung: Gegenstand und Umfang der Untersuchung	211

B. Die eigentumsrechtliche Entflechtung auf Übertragungsnetzebene als Beteiligungsgrenze	213
I. Vorgaben des Art. 43 RL (EU) 2019/944	214
1. Eigentum am Netz	214
2. Das Verbot der Einflussnahme als Kern des OU-Modells	214
3. Die Definition von „Kontrolle“	216
a) Legaldefinition des Art. 2 Nr. 56 RL (EU) 2019/944	216
b) Vorgaben der FKVO mit besonderer Betrachtung von Art. 3 Abs. 2	217
aa) Begriff und Formen der Kontrolle	217
bb) Kontrollerwerb durch Beteiligungen, Rechte und Verträge	219
c) Sektorspezifische Besonderheiten des Kontrollbegriffs in der Energieregulierung	221
4. „Rechte“ i.S.d. Art. 43 Abs. 1, 2 RL (EU) 2019/944	223
a) Befugnis zur Ausübung von Stimmrechten	224
b) Bestellung der Mitglieder von Leitungsorganen	226
c) Halten einer Mehrheitsbeteiligung	227
II. Nationale Umsetzung in § 8 EnWG	229
1. Grundzüge	229
2. Abweichungen in § 8 Abs. 2 S. 7 Nr. 1 EnWG – Stimmrechte im Sinne „wesentlicher Minderheitsrechte“	230
III. Rechtsfolgen für die Konzernbildung und gesellschaftsrechtliche Beteiligungen	233
C. Beteiligungsgrenzen auf Übertragungsnetzebene durch Einordnung von Stromspeichern in den bestehenden Rechtsrahmen	234
I. Speicherbetrieb als Stromerzeugung	234
II. Speicherbetrieb als Stromvertrieb	237
III. Der Sonderfall der Stromspeicherung als reine Infrastruktur Tätigkeit	238
IV. Zwischenergebnis	243

D. Beteiligungsgrenzen durch Entflechtungsvorgaben de lege ferenda?	244
I. Wettbewerbsprobleme im Verhältnis Netzmonopol und Speicherbetrieb unter Berücksichtigung der bisherigen Ergebnisse	247
1. Netzanschlussverzögerung oder -verweigerung	247
a) Problemstellung	247
b) Bewertung	248
2. Netzzugangsverweigerung	250
a) Problemstellung	250
aa) Bewirtschaftungserfordernis und Wettbewerb im Rahmen des Engpassmanagements	251
bb) Einzelfragen und betriebstechnischer Hintergrund	252
b) Bewertung	253
aa) Netzzugangsanspruch und Verhaltenskontrolle	253
bb) Einzelfragen beim Engpassmanagement	254
(1) Marktbezogene Maßnahmen	254
(2) Notfallmaßnahmen und Berichtspflichten	255
cc) Zwischenergebnis	257
3. Überhöhte Netzentgelte und Quersubventionen	258
a) Problemstellung	258
b) Bewertung	259
4. Bevorzugte Behandlung und Informationsasymmetrien bei der Kontrahierung von Systemdienstleistungen und Flexibilitätsangeboten	261
a) Problemstellung	261
b) Stellungnahme	262
5. Zusammenfassung	265
II. Lösungsansätze	265
1. Einführung eines netzebenenunabhängigen Beteiligungsverbots	265
2. Untauglichkeit von Beteiligungshöchstgrenzen	266
E. Zusammenfassung	267

Kapitel 8: Vereinbarkeit mit dem Verfassungs- und Unionsrecht	269
A. Zulässigkeit eines Beteiligungsverbots?	269
I. Deutsches Verfassungsrecht	269
1. Berufsfreiheit, Art. 12 GG	269
a) Schutzbereich	269
b) Eingriff	271
c) Rechtfertigung	273
aa) Legitimer Zweck	273
bb) Geeignetheit	274
cc) Erforderlichkeit	274
dd) Angemessenheit	278
d) Zwischenergebnis	281
2. Eigentumsfreiheit, Art. 14 GG	281
II. EU-Grundrechte	283
1. Berufs- und unternehmerische Freiheit, Art. 15, 16 GRCh	284
2. Eigentumsrecht, Art. 17 GRCh	285
III. Zusammenfassung	287
B. Beteiligungshöchstgrenzen als zulässige Alternative?	287
Kapitel 9: Schlussbetrachtung	289
A. Wesentliche Ergebnisse der Untersuchung	289
B. Ausblick – Vorschlag zur Weiterentwicklung des geltenden Entflechtungsrechts	292
Literaturverzeichnis	295

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
AbLaV	Verordnung über Vereinbarungen zu abschaltbaren Lasten
Abs.	Absatz
ACER	Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (engl. European Union Agency for the Cooperation of Energy Regulators)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
ARegV	Verordnung über die Anreizregulierung der Energieversorgungsnetze
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BNetzA	Bundesnetzagentur
BörsG	Börsengesetz
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung, Zeitschrift für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaften
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)

Abkürzungsverzeichnis

DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ENTSO-E	Verband Europäischer Übertragungsnetzbetreiber (engl. „European Network of Transmission System Operators for Electricity“)
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EnWZ	Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft
ET	Energiewirtschaftliche Tagesfragen (Zeitschrift)
etc.	et cetera
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EW	Magazin für Energiewirtschaft (Zeitschrift)
EWeRK	Zeitschrift des Instituts für Energie- und Wettbewerbsrecht in der Kommunalen Wirtschaft e.V.
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FKVO	Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
GasNEV	Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Gasversorgungsnetzen
GD	Generaldirektion
gem.	gemäß
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GW	Gigawatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWh	Gigawattstunde
h. M.	herrschende Meinung
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber

Hs.	Halbsatz
Hz	Hertz
i.V.m.	in Verbindung mit
InsO	Insolvenzordnung
IR	Infrastrukturrecht - Energie - Verkehr - Abfall - Wasser (Zeitschrift)
ISO	Independent System Operator (dt. "unabhängiger Systembetreiber")
ITO	Independent Transmission Operator (dt. "unabhängiger Transportnetzbetreiber")
Kap.	Kapitel
KraftNAV	Verordnung zur Regelung des Netzanschlusses von Anlagen zur Erzeugung von elektrischer Energie
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
kV	Kilovolt
kW	Kilowatt
kWh	Kilowattstunde
kWp	Kilowatt-Peak
lit.	litera
m.w.N	mit weiteren Nachweisen
Mio.	Millionen
Mrd.	Milliarden
MW	Megawatt
N und R	Netzwirtschaften und Recht (Zeitschrift)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OU	Ownership Unbundling (dt. "eigentumsrechtliche Entflechtung")
PostG	Postgesetz
RdE	Recht der Energiewirtschaft (Zeitschrift)
REE	Recht der Erneuerbaren Energien (Zeitschrift)
RL	Richtlinie
SE	Europäische Gesellschaft (lat. „Societas Europaea“)
SE-VO	Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)
StromNEV	Stromnetzentgeltverordnung

Abkürzungsverzeichnis

StromNZV	Verordnung über den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen
u.a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
ÜNB	Übertragungsnetzbetreiber
V	Volt
vgl.	vergleiche
VNB	Verteilernetzbetreiber
VO	Verordnung
VSWG	Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte (Zeitschrift)
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
WpPG	Gesetz über die Erstellung, Billigung und Veröffentlichung des Prospekts, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei der Zulassung von Wertpapieren zum Handel an einem organisierten Markt zu veröffentlichen ist
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
ZfE	Zeitschrift für Energiewirtschaft
ZNER	Zeitschrift für Neues Energierecht
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht

Kapitel 1: Einleitung

A. Einführung in die Problemstellung

Die Verfügbarkeit von elektrischer Energie ist Grundlage eines gedeihlichen Zusammenlebens und Bedingung für die Funktionsfähigkeit moderner Volkswirtschaften. Dabei steht die Energiewirtschaft heute in einem Spannungsfeld aus Energie-, Klima- und Umweltpolitik. Beginnend mit der Förderung erneuerbarer Energien zum Ende des vergangenen Jahrhunderts begann auf dem Erzeugungsmarkt ein Wandel von der Nutzung von Großkraftwerken hin zu einer dezentralen Einspeisung. Beschleunigt wurde die Entwicklung durch den deutschen Atomausstieg zum Jahr 2023 nach der Katastrophe von Fukushima. Gleichzeitig nahm vor dem Hintergrund der Folgen des Klimawandels die Diskussion um die Abkehr von fossilen Energieträgern an Fahrt auf. Der Kohleausstieg ist mit dem Kohleausstiegsgesetz bis zum Jahr 2038 beschlossen. Damit ändert sich nicht nur der Strommix, sondern es steigen auch die Herausforderungen für die Netzinfrastruktur. Dezentrale Einspeisung erfordert deren zügigen Ausbau, gleichzeitig stellen erneuerbare Energien fluktuierende Energiequellen dar, deren Standort und Einspeisung im Wesentlichen von der Witterung abhängt und sich daher nur bedingt steuern lässt. Resultat sind etwa in Starkwindphasen oder bei Sonnenschein Netzengpässe aufgrund der hohen durchzuleitenden Energiemenge. Andererseits sind bei Windarmut und Bewölkung Phasen der Energiearmut absehbar. Hinzu tritt in der BRD ein Nord-Süd-Gefälle aus dem erzeugungsstarken Norddeutschland und einem hohen, industriegetriebenen Stromverbrauch im Süden des Landes, welches den weiteren Ausbau der Netzinfrastruktur erforderlich macht.

Ein Novum in der Struktur der Energiewirtschaft stellt der verbreitete Einsatz multifunktionaler Stromspeicher dar. Zwar werden bereits seit Jahrzehnten Pumpspeicherkraftwerke, insbesondere zur Erbringung von Primärregelleistung, eingesetzt. Sie führen aber aufgrund hoher Standortanforderungen ein Nischendasein. Technologischer Fortschritt in der Batterietechnik oder der eng mit der Gasversorgung verbundenen Nutzung von Power-to-Gas-Speichern eröffnen zunehmend neue Einsatzfelder in einem wandelnden Marktumfeld. Die Herausforderungen der Energiewende machen ihren vermehrten Einsatz zum Ausgleich von Angebot und

Nachfrage auf dem Strommarkt notwendig.¹ So hat sich im Jahr 2020 die Zahl der Stromspeicher in Deutschland auf mehr als 200.000 erhöht.² Aus regulatorischer Sicht stellen sich jedoch durch den verbreiteten Einsatz von Stromspeichern zahlreiche Fragen. Stromspeicher können zum einen Systemdienstleistungen wie Frequenz- und Spannungshaltung erbringen, aber auch beim Versorgungswiederaufbau oder der System- und Betriebsführung unterstützen.³ Aufgrund ihrer Vielseitigkeit gelten sie als idealer Baustein bei der Flexibilisierung des Energiesystems.⁴ Damit tragen sie zur Optimierung des Netzbetriebs, einer unterbrechungsfreien Energieversorgung oder aber der Reduzierung des Netzausbaubedarfs bei.⁵ Zudem ist ihr Einsatz im Bereich der klassischen Stromerzeugungs- und Vertriebsmärkte zur Erwirtschaftung entsprechender Arbitragen denkbar.⁶

Ergebnis dieser Vielseitigkeit ist die Suche nach einem regulatorischen Rahmen für multifunktionale Stromspeicher und ihrer Position innerhalb der Wertschöpfungsstufen der Energiewirtschaft. Nur durch dauerhafte Rechtssicherheit werden sich Investoren im Bereich der Stromspeicherung finden und Unternehmen für deren Betrieb entstehen. Im Mittelpunkt dieser Untersuchung steht die Frage, ob Netzbetreiber zum Kreis der Investoren gehören und sich an „Speichergesellschaften“ beteiligen können. Bedenken sind angezeigt, denn Netzbetreibern kommt in der Energiewirtschaft als klassischer Mittler zwischen Erzeugung und Vertrieb eine herausgehobene Rolle zu. Sie unterliegen strengen regulatorischen Vorgaben und sollen, so weit wie möglich, von den Wettbewerbsbereichen der Energiewirtschaft ferngehalten werden. Es wird zu klären sein, ob eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung mit den Vorgaben des europäischen und nationalen Rechts in Einklang zu bringen ist oder sich hieraus Beteili-

1 BMWi, Smart Energy made in Germany, 2014, S. 46 f.

2 BNetzA, Evaluierungsbericht zu bivalenten Stromspeichern gemäß Erneuerbare-Energien-Gesetz, Dezember 2020, S. 5.

3 EFZN, Eignung von Speichertechnologien zum Erhalt der Systemsicherheit, 2013, S. 9 f.; Haber in Böttcher/Nagel (Hrsg.), Batteriespeicher, S. 233 ff.; Agora, Stromspeicher in der Energiewende, 2014, S. 4; Doetsch et al., Netzintegrierte Stromspeicher zur Integration fluktuierender Energie – Technische Anforderungen, ökonomischer Nutzen, reale Einsatzszenarien, 2011, S. 53 ff.

4 Dena, dena-NETZFLEXSTUDIE, 2017, S. 36 f.; Schwintowski, EWeRK 2015, 81, S. 90 ff.

5 Bundesamt für Energie BFE, Dezentrale Speicher für Netzbetreiber, 2017, S. 23 f.; EnergieAgenturNRW, Energiespeicher in Nordrhein-Westfalen, 2016, S. 16 f.; EFZN, Batteriespeichieranlagen im Multi-Purpose-Betrieb, 2016, S. 18.

6 Petersen/Timm in Böttcher/Nagel (Hrsg.), Batteriespeicher, S. 559 ff.; BVES/DIHK, Faktenpapier Energiespeicher, 2017, S. 21; EnergieAgenturNRW, Energiespeicher in Nordrhein-Westfalen, 2016, S. 12.

gungsgrenzen oder -verbote ergeben. Dabei sind sowohl die historischen Entwicklungen des Energieregulierungsrechts als auch dessen Zielvorgaben vor dem Hintergrund der Energiewende zu beleuchten.

I. Elektrizitätsmarkt und Regulierung

1. Zielvorgaben der Elektrizitätsversorgung

Das Ziel des Energierechts ist es seit jeher, den technischen und ökonomischen Herausforderungen in der Energiewirtschaft einen Rahmen zu geben. Mit dem Energierecht verfolgen sowohl der europäische als auch der nationale Gesetzgeber Gemeinwohlzwecke, wie sie besonders in Art. 1 RL (EU) 2019/944⁷ und § 1 Abs. 1 EnWG deutlich werden. Es lässt sich heutzutage von einem Zweckhexagon sprechen.⁸ Dieses sieht eine sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit vor, welche zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht. Verfassungsrechtlich fußen diese Gesetzeszwecke auf dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG. Die Energieversorgung zählt als „öffentliche Aufgabe von größter Bedeutung“ zur Daseinsvorsorge⁹, in deren Zusammenhang die Sicherheit und Preisgünstigkeit der Energieversorgung zu sehen ist¹⁰. Neben der Gemeinwohlorientierung steht die Effizienz der Wettbewerbsordnung, wie sie auch in § 1 Abs. 2 EnWG zum Ausdruck kommt und auf europäischer Ebene durch das Prinzip des unverfälschten und effektiven Wettbewerbs gemäß Art. 119, 120 AEUV festgeschrieben ist. Wettbewerbs- und Gemeinwohlorientierung ergänzen sich, indem Effizienz zugleich Gemeinwohlinteressen, wie etwa die Preisgünstigkeit, befördert.¹¹ An den sechs Zweckrichtungen des Gesetzes orientieren sich die diversen Regelungen des EnWG. Der Versorgungssicherheit widmen sich die §§ 4 ff., 11 ff. und 49 ff. EnWG. Die Preisgünstig-

7 Zur Preisgünstigkeit ebenso Erwägungsgrund 2 VO (EU) 2019/943; zur Umweltverträglichkeit Erwägungsgrund 2 sowie Art. 1 RL (EU) 2018/2001; zur Effizienz Art. 1 RL 2012/27/EU.

8 Säcker in *Säcker (Hrsg.)*, Berliner Kommentar zum Energierecht, § 1 EnWG, Rn. 2.

9 BVerfGE 66, 248, S. 253; BVerfG, Beschluss vom 16.05.1989 – 1 BvR 705/88; *Münch/Kunig (Hrsg.)*, Grundgesetz, Art. 20, Rn. 87.

10 Lepsius in *Fehling/Ruffert (Hrsg.)*, Regulierungsrecht, S. 1060, Rn. 15.

11 Kühling in *Mohr (Hrsg.)*, Energierecht im Wandel, S. 109; Lepsius in *Fehling/Ruffert (Hrsg.)*, Regulierungsrecht, S. 1060, Rn. 15; *Monopolkommission*, Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung, S. 37.

keit wird durch die Vorgaben der Entflechtung gemäß §§ 6 ff. EnWG sowie die Netzanschluss- und Zugangsregulierung der §§ 17 bis 28i EnWG sichergestellt. Verbraucherschutzregelungen finden sich in den §§ 36 ff. EnWG, während die Umweltverträglichkeit in speziellen Umweltschutzgesetzen wie dem EEG, KWKG oder dem EEWärmeG geregelt wird.¹²

2. Netze als natürliche Monopole

Energie ist in § 3 Nr. 14 EnWG definiert als Elektrizität, Gas oder Wasserstoff, soweit sie zur leitungsgebundenen Energieversorgung verwendet werden. Charakteristisch für Strom ist also seine Leitungsgebundenheit, sodass den Netzen eine überragende Bedeutung für die Versorgung zukommt. Dabei ist elektrische Energie, ohne die Hinzunahme von Stromspeichern, kaum direkt speicherbar.¹³ Folge hiervon ist, dass Erzeugung und Verbrauch nahezu zeitgleich zu erfolgen haben, mithin sich das Angebot an der Nachfrage orientiert.¹⁴ Netze stehen somit im Mittelpunkt der drei Wertschöpfungsstufen des Elektrizitätssektors, welche sich grob in Erzeugung, Netz und Vertrieb unterteilen lassen.¹⁵ Während Erzeugung und Vertrieb als lebendige und wettbewerbsgetriebene Märkte bezeichnet werden können, ist das bei Netzen nicht der Fall, was gesamtwirtschaftlich einige Probleme bereitet.¹⁶ Aus ökonomischer Sicht führen wettbewerbliche Märkte bei vollkommener Konkurrenz nämlich zu einem optimalen Gleichgewicht zwischen Angebot und Nachfrage.¹⁷ Wenn allerdings nur eine begrenzte Anzahl oder ein einziges Unternehmen in einem Marktsegment agiert, führt dies zu Marktunvollkommenheit. Das monopolistische Unternehmen wird im Bewusstsein seiner marktmächtigen Stellung den Marktpreis oder die Angebotsmenge unter Beachtung der nachfrageseitigen Preiselastizität

12 Zur Gesetzessystematik Säcker in *Säcker (Hrsg.)*, Berliner Kommentar zum Energierecht, § 1 EnWG, Rn. 4.

13 *Kühling/Rasbach/Busch*, S. 35, Rn. 40 f.

14 Theobald in *Schneider/Theobald (Hrsg.)*, Recht der Energiewirtschaft, S. 3, Rn. 1; *Kühling/Rasbach/Busch*, S. 36, Rn. 45.

15 Böwing/Nissen, ET 2004, 712, S. 712; *Kühling/Rasbach/Busch*, S. 19, Rn. 8; vertiefend zu den Wertschöpfungsstufen nach der Liberalisierung des Strommarktes Godde, S. 33 f. sowie Spicker in *Schwintowski/Berlinghof/Freiwald/Fried/Härle/Pilgram/Scholz/Schuler/Specht/Spicker (Hrsg.)*, Handbuch Energiehandel, S. 15, Rn. 7 ff.

16 Knieps in *Knieps/Brunekreeft (Hrsg.)*, Zwischen Regulierung und Wettbewerb, S. 135 f.

17 Knieps, S. 7; Bettzüge/Kersting in *Baur/Salje/Schmidt-Preuß (Hrsg.)*, Regulierung in der Energiewirtschaft, S. 57, Rn. 6 f.

so setzen, dass die Unternehmensgewinne maximiert werden.¹⁸ In einem solchen von Monopolen geprägten Marktumfeld liegt kaum bis gar kein Wettbewerb vor.¹⁹ Netze stellen dabei einen Spezialfall dar. Es handelt sich um sogenannte natürliche Monopole.²⁰ Diese zeichnen sich dadurch aus, dass ein einziger Anbieter den relevanten Markt stets zu geringeren Kosten bedienen kann, als es mehrere Anbieter könnten.²¹ Grund sind Größen-, Bündelungs- und Verbundvorteile, aus denen sich die für natürliche Monopole typische Subadditivität der Kostenfunktion ergibt.²² Netzin- dustrien weisen einen großen Fixkostenanteil auf, welcher zu Skaleneffek- ten führt. Hinzu kommen hohe Investitionskosten, welche aufgrund ihrer Langfristigkeit, örtlichen Gebundenheit und in Ermangelung alternativer Verwendungsmöglichkeiten sehr spezifisch und damit zu einem Großteil irreversibel sind.²³ Dabei gilt zu bedenken, dass Energienetze wesentliche Einrichtungen im Sinne der „Essential Facilities Doctrine“²⁴ darstellen, welche für die Versorgung des Marktes zwingend notwendig sind.²⁵ Sie werden daher auch als monopolistische Bottlenecks bezeichnet, da sie un- verzichtbar, jedoch volkswirtschaftlich nicht sinnvoll duplizierbar sind.²⁶ Die wettbewerbspolitischen Problematiken des natürlichen Monopols sind die typischen Gefahren von Wohlfahrtsverlusten aufgrund von überhö-

18 Knieps, S. 7, 21; Bettzüge/Kersting in *Baur/Salje/Schmidt-Preuß* (Hrsg.), *Regulierung in der Energiewirtschaft*, S. 57, Rn. 6 f.

19 Knieps, S. 21 ff.

20 ganz h.M., siehe u.a. Hölscher in *Britz/Hellermann/Hermes/Arndt* (Hrsg.), *EnWG*, § 6, Rn. 10; *Bausch*, ZNER 2004, 332, S. 334; Bettzüge/Kersting in *Baur/Salje/Schmidt-Preuß* (Hrsg.), *Regulierung in der Energiewirtschaft*, S. 57, Rn. 7; *Theobald*, WuW 2000, 231, S. 234; ausführlich Knieps, S. 21 ff.

21 Windisch in *Windisch* (Hrsg.), *Privatisierung natürlicher Monopole im Bereich von Bahn, Post und Telekommunikation*, S. 41.

22 Bettzüge/Kersting in *Baur/Salje/Schmidt-Preuß* (Hrsg.), *Regulierung in der Energie- wirtschaft*, S. 57 Rn. 7; *Theobald*, WuW 2000, 231, S. 234.

23 Sogenannte „sunk costs“: Bettzüge/Kersting in *Baur/Salje/Schmidt-Preuß* (Hrsg.), *Regulierung in der Energiewirtschaft*, S. 57, Rn. 7.

24 EuGH, Urteil vom 06.04.1995 – C-241/91 P und C-242/91 P – RTE und ITP/Kommis- sion, Rn. 54 f.

25 Knieps in *Knieps/Brunekreeft* (Hrsg.), *Zwischen Regulierung und Wettbewerb* S. 19; Leschke in *Fehling/Ruffert* (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, S. 317, Rn. 99; Säcker/Boesche in *Säcker* (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum Energierecht*, § 17 EnWG, Rn. 1; Bett- züge/Kersting in *Baur/Salje/Schmidt-Preuß* (Hrsg.), *Regulierung in der Energiewirt- schaft*, S. 57, Rn. 8.

26 Knieps' S. 103; Säcker/Boesche in *Säcker* (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum Energie- recht*, § 17 EnWG, Rn. 1; *Kühling/Rasbach/Busch*, S. 141, Rn. 8; Eekhoff/Jänsch in *Baur/Salje/Schmidt-Preuß* (Hrsg.), *Regulierung in der Energiewirtschaft*, S. 14, Rn. 9.

ten Preisen oder aber sonstige Formen des Marktmachtmissbrauchs.²⁷ Verschärfend kommt hinzu, dass Netzwirtschaften zwischen den Marktstufen einen erheblichen Grad an Interdependenzen aufweisen.²⁸ So ist besonders der deutsche Strommarkt durch einen hohen Anteil vertikaler Integration geprägt.²⁹ Vertikal integrierte Unternehmen sind, wie die dazugehörige Begriffsbestimmung des § 3 Nr. 38 EnWG³⁰ zeigt, sowohl im Netzbereich als auch in den vor- und nachgelagerten Märkten der Erzeugung und des Vertriebs tätig. Die Schlüsselposition in der Wertschöpfungskette versetzt den Netzbetreiber in die Lage, seine Dominanz auf die vor- oder nachgelagerte Stufe auszudehnen und dort Konkurrenten zu behindern oder zu verdrängen. Diese Marktmachtverlagerung auf verbundene Märkte wird auch Hebel- beziehungsweise Leverage-Effekt genannt.³¹ Die Möglichkeiten der Diskriminierung von Wettbewerbern sind dabei vielschichtig. Grob kann in preisliche und nicht-preisliche Diskriminierung unterschieden werden.³² Im Extremfall kommt es zu einer sogenannten „vertical foreclosure“, also einer Verweigerung des Zugangs zum Netz als wesentliche Einrichtung.³³ Denkbar ist ebenso die Zugangsgewährung minderer Qualität.³⁴ In Richtung einer preislichen Diskriminierung können etwa prohibitive Entgelte verlangt werden, die der Maximierung der eigenen Gewinne dienen. Ebenso ist eine Preisdifferenzierung zwischen eigenen Unternehmensteilen und Dritten möglich, welche letztere de facto vom Markt ausschließt. Gleichsam ist der Monopolist in der Lage, seine im Netzbereich erwirtschaftete Monopolrendite zugunsten der Wettbewerbssparten einzusetzen, wodurch diese ihre Leistung zu einem günstigeren Preis anbieten können als ihre Konkurrenten.³⁵ Von nicht minderer Relevanz sind ferner Informationsvorsprünge, über die der natürliche Monopolist in Folge seiner Schlüsselrolle

27 Bausch, ZNER 2004, 332, S. 334.

28 Kühling, S. 53.

29 Bausch, ZNER 2004, 332, S. 334; Kruse in Kruse (Hrsg.), Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld nationaler und internationaler Kartellrechtsordnungen, S. 247.

30 Auf europäischer Ebene Art. 2 Nr. 53 RL (EU) 2019/944.

31 Kruse in Kruse (Hrsg.), Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld nationaler und internationaler Kartellrechtsordnungen, S. 248; Schwintowski, WuW 1999, 842, S. 853; Brunekreeft in Knieps/Brunekreeft (Hrsg.), Zwischen Regulierung und Wettbewerb, S. 29.

32 Bettzüge/Kersting in Baur/Salje/Schmidt-Preuß (Hrsg.), Regulierung in der Energiewirtschaft, S. 59, Rn. 13; ebenso BT-Drs. 15/3917, S. 51.

33 Knieps, S. 102.

34 Knieps, S. 102.

35 Knieps, S. 43 f.

zwangsläufig verfügt. Ausgehend von der Theorie der vollkommenen Konkurrenz³⁶ ist die Zugrundlegung vollständiger Informationen sowohl auf Angebots- als auch Nachfrageseite für einen funktionierenden Wettbewerb unerlässlich.³⁷ In Abweichung dazu sind vertikal integrierte Netzbetreiber in der Lage, qualitative oder zeitliche Informationsvorsprünge zugunsten ihrer Erzeugungs- und Vertriebsparten einzusetzen und Konkurrenten so auszubooten.³⁸

3. Das Erfordernis von Regulierung

Regulierung kommt die Aufgabe zu, das zuvor beschriebene Zugangsproblem zu lösen.³⁹ Mangels Duplizierbarkeit der Leitungsnetze ist es nicht möglich, einen Wettbewerb im Netzbereich herzustellen. Hiervon ausgehend hat sich in der Wirtschaftstheorie das, unter anderem von den US-amerikanischen Ökonomen *Baumol*, *Panzar* und *Willig* entwickelte, Modell des sogenannten „contestable market“ herausgebildet. Nach der hier gewählten Übersetzung der „Bestreitbarkeit“ basiert die Theorie auf der Annahme, statt eines Wettbewerbs „im Markt“ einen Wettbewerb „um den Markt“ zu etablieren. Im Mittelpunkt stehen die Markteintritts- und Marktaustrittsbedingungen potentieller Wettbewerber. Es gilt theoretisch zu ermitteln, unter welchen Voraussetzungen ein Monopolist derart diszipliniert wird, dass ungeachtet der Größen-, Bündelungs- und Verbundvorteile weder Spielräume für eine ineffiziente Leistungsbereitstellung noch für überdurchschnittliche Gewinne im Sinne einer Monopolrendite bestehen.⁴⁰ Erst dann wird ein wirtschaftlich rational kalkulierender Konkurrent den Marktzutritt wagen, da ihm diese Voraussetzungen eine realistische Gewinnerwartung gewähren.⁴¹ Der Wettbewerb um den Markt wird ermöglicht, indem Regulierung im Wesentlichen mit der Hypothese eines „als-ob-Wettbewerbs“ arbeitet, an der sich die staatlichen Markteingriffe

36 Knieps, S. 7 f.

37 Rauch, S. 16; Leschke in *Fehling/Ruffert* (Hrsg.), Regulierungsrecht, S. 303 ff.

38 BT-Drs. 15/3917, S. 51; *Beisheim*, EW 2003, 22, S. 22; Bettzüge/Kersting in *Baur/Salje/Schmidt-Preuß* (Hrsg.), Regulierung in der Energiewirtschaft, S. 59, Rn. 13.

39 Britz in *Fehling/Ruffert* (Hrsg.), Regulierungsrecht, S. 433, Rn. 1; Schmidt-Preuß in *Bauer/Kahl* (Hrsg.), Wirtschaft im offenen Verfassungsstaat, S. 548 f.; *Kühling*, S. 164.

40 Windisch in *Windisch* (Hrsg.), Privatisierung natürlicher Monopole im Bereich von Bahn, Post und Telekommunikation, S. 58; Knieps in *Knieps/Bruneekreeft* (Hrsg.), Zwischen Regulierung und Wettbewerb, S. 11.

41 Knieps in *Knieps/Bruneekreeft* (Hrsg.), Zwischen Regulierung und Wettbewerb, S. 11.

orientieren.⁴² Methodisch handelt es sich um ein System von Regeln, welche die verschiedenen Aktionsparameter des Monopolisten, wie etwa Preise, Erlöse oder die Qualität des Angebots und damit die Entscheidungsspielräume einschränken. Anders als im von ex-post Aufsicht geprägten allgemeinen Wettbewerbsrecht greift Regulierung aus ex-ante Perspektive. Sie schafft also erst den Rahmen für dauerhaften Wettbewerb und dient dessen Institutionalisierung.⁴³ Ihr Ziel ist es, die gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt zu maximieren und gleichzeitig die Interessen auf Angebots- und Nachfrageseite zu berücksichtigen.⁴⁴ So muss Regulierung auf der einen Seite die Konsumenten vor dem freien Spiel des Monopols schützen, auf der anderen Seite den Netzbetrieb unternehmerisch attraktiv halten.⁴⁵ Nur mittels einer sorgfältigen Abwägung bestehen volkswirtschaftlich dringend benötigte Anreize für Investitionen und Netzausbau, sodass sich Wettbewerbs- und Gemeinwohlorientierung ergänzen.⁴⁶

II. Instrumente der Regulierung

Als zentrale Instrumente zur regulatorischen Wettbewerbsförderung gilt eine Trias aus Zugangs-, Entgelt- und Desintegrationsregulierung.⁴⁷ Dabei ist zu differenzieren. Die diskriminierungsfreie Gewährung von Netzan-schluss und -zugang bilden gemeinhin das Herzstück der Regulierung von wettbewerblich zu organisierenden Netzwirtschaften im Verhältnis zu ihren Nutzern.⁴⁸ Der physische Anschluss an das Netz ist schlichte Voraussetzung für die Nutzung der wesentlichen Einrichtung „Netz“. Notwendigerweise ergänzt wird diese um die Preisregulierung.⁴⁹ Nur durch Verhinderung

42 Windisch in *Windisch (Hrsg.)*, Privatisierung natürlicher Monopole im Bereich von Bahn, Post und Telekommunikation, S. 77; *Kühling/Rasbach/Busch*, S. 118, Rn. 21.

43 Donges/Schmidt in *Picot (Hrsg.)*, 10 Jahre wettbewerbsorientierte Regulierung von Netzindustrien in Deutschland, S. 49 f.

44 Bettzüge/Kersting in *Baur/Salje/Schmidt-Preuß (Hrsg.)*, Regulierung in der Energiewirtschaft, S. 61, Rn. 17.

45 Zur Abwägungsentscheidung des Gesetzgebers anschaulich BT-Drs. 343/11, S. 145; Bettzüge/Kersting in *Baur/Salje/Schmidt-Preuß (Hrsg.)*, Regulierung in der Energiewirtschaft, S. 61, Rn. 17.

46 Lepsius in *Fehling/Ruffert (Hrsg.)*, Regulierungsrecht, S. 1060, Rn. 15; *Monopolkommission*, Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung, S. 37.

47 *Kühling*, S. 2.

48 *Kühling*, S. 182; *Brunner*, S. 76 f.; *Büdenbender*, RdE 1999, I, S. 6.

49 *Kühling*, S. 284.

prohibitiver Entgelte gelingt der Marktzutritt eines Zugangspetenten. Die Netzentgeltregulierung allein vermag jedoch nach überwiegender Auffassung das Problem der netzzugangsbezogenen Wettbewerbsverzerrung bei vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen nicht hinreichend zu lösen.⁵⁰ Vielmehr ist in Ergänzung eine vertikale Desintegration vonnöten. Als Gründe lassen sich hierfür insbesondere verbleibende Anreize zur Preisdiskriminierung und Informationsasymmetrien zwischen Unternehmen und der Regulierungsbehörde anführen.⁵¹ Normativ orientiert sich dieses regulatorische Instrumentarium an den vorgenannten Regelungszwecken des Art.1 RL (EU) 2019/944 sowie des §1 Abs.1 EnWG als nationale Umsetzung. Um diese Zwecke zu erreichen, werden durch den Gesetzgeber Handlungsziele bei der Regulierung der Energienetze formuliert. Gemäß §1 Abs. 2 EnWG dient die Regulierung der Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze der Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Energieversorgung sowie der Sicherung eines langfristig angelegten, leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs von Energieversorgungsnetzen. Deutlich wird eine zweifache Zielsetzung bei der Regulierung der Elektrizitätsnetze. Zum einen geht es um Wettbewerbs-, zum anderen um Infrastruktursicherung.⁵² Letztere korrespondiert mit der Versorgungssicherheit als sozialstaatliche Aufgabe der Daseinsvorsorge. Die Daseinsvorsorge steht wiederum in einer Wechselbeziehung zur Effizienz des Wettbewerbs. Ergebnis ist die vom Gesetzgeber angestrebte Sicherstellung und Gewährleistung wettbewerblicher Strukturen.⁵³ Ihre Wahrung ist somit Teil des in § 2 EnWG formulierten Aufrufs gegenüber den Energieversorgungsunternehmen.⁵⁴ Sie sind im Rahmen der Vorschriften des EnWG zu einer Versorgung im Sinne des Gemeinwohls nach § 1 verpflichtet.⁵⁵ Diese Verpflichtung ist jedoch weniger als Generalklausel, denn viel-

50 Kühling, S. 337; Britz in *Fehling/Ruffert* (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, S. 453, Rn. 46; anders mit Bezug auf überhöhte Entgelte und Quersubventionen *Kleinwächter*, S. 98; Brunekreef/Meyer in *Knieps* (Hrsg.), *Fallstudien zur Netzökonomie*, S. 183.

51 Theobald/Hummel, ZNER 2003, 176, S. 181 f.; Poullie, S. 81 f.; Storr in *Baur/Salje/Schmidt-Preuß* (Hrsg.), *Regulierung in der Energiewirtschaft*, S. 1289, Rn. 2; Röhricht/Cebulla, *Versorgungswirtschaft* 1999, 5, S. 7.

52 Britz in *Fehling/Ruffert* (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, S. 436, Rn. 7.

53 Ludwigs in *Elspas/Grassmann/Rasbach/Ahnsehl* (Hrsg.), *EnWG*, § 1, Rn. 47 f.

54 Salje (Hrsg.), *Energiewirtschaftsgesetz*, § 2, Rn. 9.

55 Kment in *Kment/Albrecht/Franke/Gerstner* (Hrsg.), *Energiewirtschaftsgesetz*, § 2, Rn. 5.