

N&R

Netzwirtschaften & Recht

Energie, Telekommunikation,
Verkehr und andere Netzwirtschaften

2/2020

S. 65–128

17. Jahrgang

Herausgegeben von
Achim Berg
Wilhelm Eschweiler
Peter Franke
Andrees Gentzsch
Martin Henke
Jochen Homann
Alexander Kirschall
Wolfgang Kopf
Stephan Korehnke
Matthias Kurth
Barbara Minderjahn
Jochen Mohr
Andreas Mundt
Birgit Ortlieb
Stefan Richter
Franz Jürgen Säcker
Geschäftsführender
Herausgeber
Christian Koenig
Schriftleitung
Institut für das Recht
der Netzwirtschaften,
Informations- und
Kommunikations-
technologie (IRNIK)
www.nundr.net

- *Ingrid Nestle*
Objektivität bei der Netzplanung 65
- *Antonia vom Dahl*
Zeitenwende für ein neues Energierecht? –
Zur Umsetzung des EU-Winterpakets in deutsches Recht 66
- *Sven Leif Erik Johannsen*
Die Auswirkungen aktiver und passiver
Bilanzausgleichsposten im Tätigkeitsabschluss auf die
Erlösobergrenze eines Gas- oder Stromnetzbetreibers –
Zugleich Anmerkung zum Beschluss des BGH
vom 17. Oktober 2017 – Az. EnVR 23/16 72
- *Kristina Schreiber*
Das Energiewirtschaftsrecht im Jahr 2019 76
- *Oliver Franz*
Die Regelungen zur Migration von herkömmlichen
Infrastrukturen nach Art. 81 des Kommunikationskodex –
Eine Analyse vor dem Hintergrund ökonomischer Über-
legungen zu den Anreizen bei einem „Kupferausstieg“ 86
- *Martin Jacob*
Anmerkung zum Beschluss des BGH: Unabhängigkeit
der Regulierungsbehörde und normative Regelungen
der Energieregulierung 107
- *Andreas Schuler/Christoph Werkmeister*
Anmerkung zum Urteil des VG Köln: Genehmigung
der Entgelte für den Zugang zur
Teilnehmeranschlussleitung beim Übergang zu
Anschlussnetzen der nächsten Generation 122

Ein positiver Bilanzausgleichsposten auf der Aktivseite ist nach einer an Sinn und Zweck orientierten Auslegung des § 7 Abs. 1 GasNEV/StromNEV eine Finanzanlage der betreffenden Netzsparte und somit dem zu verzinsenden Eigenkapital zuzuordnen.

Dies gilt entsprechend auch für den insoweit identischen negativen Bilanzausgleichsposten auf der Passivseite. Diese Einschätzung folgt einer konsequenten Anwendung der Überlegungen, die auch dem Urteil des BGH zum passiven Bilanzausgleichsposten zugrunde liegen.

Dr. Kristina Schreiber

Das Energiewirtschaftsrecht im Jahr 2019

Prägende Themen des Energiewirtschaftsrechts im Jahr 2019 waren – neben den stetigen Herausforderungen der Energiewende – Kernthemen der Netzregulierung. So kam es im Sommer 2019 zu derart wesentlichen Systembilanzungleichgewichten im deutschen Stromnetz, dass das System zeitweilig gefährdet war. Die Bundesnetzagentur reagierte mit der Einleitung von Aufsichtsverfahren und Festlegungen, die derartige Vorkommnisse in Zukunft verhindern sollen. In der Rechtsprechung sorgten insbesondere zwei Entscheidungen zur Anreizregulierung für große Aufmerksamkeit: Der BGH bestätigte die Festlegungen der Eigenkapitalzinssätze durch die Bundesnetzagentur für die dritte Regulierungsperiode entgegen der Entscheidung des OLG Düsseldorf aus dem vorangegangenen Jahr 2018. Letzteres hob dagegen im Sommer 2019 die Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors durch die Bundesnetzagentur wegen durchgreifender Bedenken an seiner Robustheit auf. Die Bundesnetzagentur hatte diesen Faktor für die dritte Regulierungsperiode erstmals berechnet.

I. Entwicklung der Energiemärkte

1. EU-Energiebinnenmarkt

Das Legislativpaket „Saubere Energie für alle Europäer“ fand 2019 seinen endgültigen Abschluss. Auch die letzten Bausteine des Pakets wurden verabschiedet:¹ Am 14. Juni 2019 wurden die letzten vier noch ausstehenden Rechtsakte im Amtsblatt der EU veröffentlicht, die Elektrizitätsverordnung (EU) 2019/943², die Neufassung der Elektrizitätsrichtlinie (EU) 2019/944³, die Elektrizitätssektorrisikoversorgeverordnung (EU) 2019/941⁴ und die Neufassung der Verordnung (EU) 2019/942 zur Gründung einer Agentur der Europäischen Union für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (Agency for the Cooperation of Energy Regulators, ACER)⁵.

Bewegt hat die Branche im vergangenen Jahr zudem der Zusammenschluss von RWE und E.ON, der im Wesentlichen auf EU-Ebene⁶ wettbewerbsrechtlich geprüft und freigegeben wurde: Zur Prüfung stand ein komplexer Tausch von Vermögenswerten zwischen RWE und E.ON. In einem ersten Schritt gab die Kommission die Übernahme von E.ON-Vermögenswerten aus dem Bereich der Erzeugung von Öko- und Atomstrom durch RWE frei.⁷ Später folgte die Freigabe der Übernahme der RWE-Tochter Innogy durch E.ON nach eingehender Prüfung der geplanten Übernahme und unter Auflagen.⁸

2. Nationale Entwicklungen

a) Herausforderungen der Energiewende und Änderungen des EnWG

National beschäftigte sich der Gesetzgeber im Bereich des Energiewirtschaftsrechts insbesondere mit einer Beschleunigung des Energieleitungsausbaus, um die Energiewende zu

ermöglichen. Durch das Gesetz zur Beschleunigung des Energieleitungsausbaus vom 13. Mai 2019⁹ wurde insbesondere das NABEG umfangreich überarbeitet. Ziel war eine weitere Beschleunigung von Ausbau und Optimierung der Stromnetze, wie dies bereits im Koalitionsvertrag beschlossen worden war.¹⁰ Um die Energiewende zu ermöglichen, den Einsatz konventioneller Kraftwerke zu reduzieren und die Möglichkeiten des grenzüberschreitenden Stromhandels zu verstärken, ist ein Ausbau der Höchstspannungsübertragungsebene dringend erforderlich.¹¹ Dies sollen die Änderungen dieses Gesetzes ermöglichen bzw. erleichtern. Dazu wurde auch das EnWG geringfügig geändert, indem die Begriffsdefinitionen um die landseitige Stromversorgung nach § 3 Nr. 24d EnWG ergänzt und die Regelungen in §§ 11 ff. EnWG überarbeitet wurden.

Die mit der Energiewende verbundenen Wettbewerbsprobleme standen im Fokus des 7. Sektorgutachtens Energie der Monopolkommission vom 18. September 2019:¹² Das Sondergutachten beschäftigte sich u. a. mit der Wettbewerbsentwicklung bei den Ausschreibungen für erneuerbare Energien und sah Handlungsbedarf insbesondere in der Erhöhung der Teilnahme bei Ausschreibungen für Windenergie an Land.¹³ Erstmals intensiv behandelt wurde zudem der Aufbau öffentlicher Ladeinfrastruktur für die Elektromobilität, für den die Monopolkommission ein Risiko der Vermachtung zugunsten einzelner Stromlieferanten sieht.¹⁴

Weitere Änderungen am EnWG berührten die energiewirtschaftliche Regulierung nur am Rande: Im November 2019 folgten weitere Änderungen des EnWG an § 13h und § 15a EnWG sowie den §§ 111b, 111c, 111e und 111f EnWG sowie verschiedenen Regelungen des MsbG durch das Zweite

1 Dazu näher *Klotz/Hofmann*, N&R 2020, 2, 2 f.

2 ABl. EU 2019 L 158, 54.

3 ABl. EU 2019 L 158, 125.

4 ABl. EU 2019 L 158, 1.

5 ABl. EU 2019 L 158, 22.

6 Das BKartA prüfte national nur den Erwerb einer 16,67%-Beteiligung der RWE AG an der E.ON SE im Zuge eines Tauschs von Geschäftsaktivitäten beider Unternehmen, dazu BKartA, Hintergrundinformationen (FAQ) zur Freigabe des Erwerbs einer 16,67%-Beteiligung an der E.ON SE durch die RWE AG im Zuge des komplexen Tauschs von Geschäftsaktivitäten beider Unternehmen, 2019, abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemitteilungen/2019/26_02_2019_EON_RWE_FAQs.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 12.3.2020).

7 Kommission, Pressemitteilung IP/19/1432 v. 26.2.2019 (zum Fusionskontrollverfahren M.8871); näher *Klotz/Hofmann*, N&R 2020, 2, 4 f.

8 Kommission, Pressemitteilung IP/19/5582 v. 17.9.2019 (zum Fusionskontrollverfahren M.8870); näher *Klotz/Hofmann*, N&R 2020, 2, 4 f.

9 BGBl. 2019 I, 706.

10 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/7375, 35.

11 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/7375, 35.

12 Monopolkommission, 7. Sektorgutachten Energie, BT-Drs. 19/13440, 1.

13 Monopolkommission (Fn. 12), BT-Drs. 19/13440, 1, 9 Tz. K17.

14 Monopolkommission (Fn. 12), BT-Drs. 19/13440, 1, 9 Tz. K18, 97 ff. Tz. 240 ff.

Datenschutzanpassungs- und Umsetzungsgesetz EU¹⁵ sowie das Gesetz zur Änderung von Vorschriften über die außgerichtliche Streitbeilegung in Verbrauchersachen und zur Änderung weiterer Gesetze¹⁶. Grundsätzliche regulatorische Neuorientierungen waren damit nicht verbunden.

b) Digitalisierung: Marktkommunikation 2020

Zu einem grundlegenden Wechsel der operativen Prozessabläufe führte die Einführung der Marktkommunikation 2020 (MaKo 2020). Die zugrundeliegende Festlegung der Bundesnetzagentur trat zum 1. Dezember 2019 in Kraft, dagegen anhängige Hauptsachebeschwerden wurden zwischenzeitlich zurückgenommen. Die MaKo 2020 beinhaltet Regelungen zur Anpassung der elektronischen Marktkommunikation an das Gesetz zur Digitalisierung der Energiewende und führt die digitale Transformation auch in der Energiewirtschaft fort.

Eine Verlängerung der Umsetzungsfrist für Maßnahmen der Marktkommunikation hat der BGH übrigens im vergangenen Jahr nicht als grundrechtsrelevante Beeinträchtigung eingeordnet.¹⁷

Auch in der allgemeinen Grundsatzdiskussion begleitet die Bundesnetzagentur die Digitalisierung im Energiesektor weiter, aktuell mit ihrem im November 2019 veröffentlichten Diskussionspapier zur Blockketten- bzw. „Blockchain“-Technologie.¹⁸ Für den Energiesektor sieht sie exemplarische Anwendungsfälle etwa bei der Abrechnung von Ladevorgängen im Bereich der E-Mobilität, im Stromhandel sowie bei der Einbindung dezentraler Kleinspeicher im Netzengpassmanagement.¹⁹

II. Netzzugangs- und Netzanschlussregulierung

Im Bereich der Netzzugangs- und Netzanschlussregulierung gab es 2019 einige im Detail relevante Entwicklungen.

1. Bilanzkreistreue und Standardbilanzkreis

Mit drei Festlegungen vom 11. Dezember 2019 zielt die Bundesnetzagentur auf eine bessere Bilanzkreistreue, um einen schnelleren und sichereren Bilanzkreisausgleich bei Ungleichgewichten einschließlich einer schnelleren Aufklärung dieser Ungleichgewichte zu bezwecken.²⁰ Die Festlegungen ergingen in Reaktion auf die seit dem Winter 2018/19 vermehrten Systembilanzungleichgewichte im deutschen Stromnetz, die ihren vorläufigen Höhepunkt im Juni 2019 mit Abweichungen in systemgefährdender Größenordnung fanden.²¹ Die erste Festlegung verpflichtet Bilanzkreisverantwortliche, in den kritischen 15 Minuten vor Erfüllungszeitpunkt ihren Bilanzkreis ausgeglichen zu bewirtschaften.²² Darüber hinaus wird das 80 %-Kriterium in der Berechnungsmethode zur Bildung des Ausgleichsenergiepreises angepasst, wodurch auch ein stärkerer finanzieller Anreiz zum Ausgleich von Energieengungen gesetzt wird.²³ Schließlich wird zur Ermöglichung eines kurzfristigen Monitorings durch die Übertragungsnetzbetreiber eine Übermittlung von Einzellastgangdaten vorgeschrieben, wodurch diese die eingereichten Fahrpläne besser plausibilisieren können.²⁴

Im Zusammenhang mit den im Juni 2019 aufgetretenen systemgefährdenden Abweichungen leitete die Bundesnetzagentur am 22. Oktober 2019 Aufsichtsverfahren gegen sechs Bilanzkreisverantwortliche ein. Die Behörde verfolgt in diesen Verfahren den Anfangsverdacht, „dass einzelne Bilanzkreisverantwortliche durch pflichtwidriges Verhalten Systemungleichgewichte mitverursacht haben“.²⁵

Unabhängig von den Systemungleichgewichten hat die Bundesnetzagentur bereits im April 2019 den Standardbilanzkreisvertrag Strom beschlossen und damit neue Modalitäten für Bilanzkreisverantwortliche genehmigt.²⁶

2. Regelernergie

Der von der Bundesnetzagentur festgelegte Zuschlagsmechanismus für Ausschreibungen von Regelernergie nach § 27 Abs. 1 Nr. 2 StromNZV war Gegenstand einer Hauptsacheentscheidung des OLG Düsseldorf,²⁷ das für die zugrundeliegenden Beschlüsse der Bundesnetzagentur im vergangenen Jahr im einstweiligen Rechtsschutz bereits die aufschiebende Wirkung der Beschwerde angeordnet hatte.²⁸ Das Gericht kam nunmehr zu auch inhaltlichen Fehlern der Beschlüsse der Bundesnetzagentur. So sei das gewählte Mischpreisverfahren für Minutenreserve und Sekundärregelung mit einem für alle Gebote gleichermaßen geltenden Gewichtungsfaktor zum Beurteilungszeitpunkt nicht mehr erforderlich und angemessen. Die Bundesnetzagentur hätte ein Verfahren mit individuellem Gewichtungsfaktor ansetzen müssen, das kostenoptimaler und gleichmäßiger die Interessen der Anbieter berücksichtigt hätte.²⁹

Im Oktober 2019 genehmigte die Bundesnetzagentur das Konzept der Übertragungsnetzbetreiber zum Regelarbeitsmarkt, wodurch eine deutliche Intensivierung erwartet wird. So wird die Trennung der Märkte für Regelleistung und Regelarbeit den Wettbewerb fördern. Zudem wandelt sich die Funktion des Regelleistungsmarktes zu einer Art „Versicherung“, die auch dann greift, wenn der Regelarbeitsmarkt ausfällt.³⁰ Für den Übergangszeitraum forderte die Bundesnetzagentur die Übertragungsnetzbetreiber auf, eine technische Preisgrenze als Gebotsobergrenze einzuführen. Sie will damit den Risiken begegnen, die aus dem niedrigen Wettbewerbsniveau auf den Regelergergiemärkten nach der gerichtlichen Aufhebung des gewählten Mischpreisverfahrens herrührten.³¹

3. Standardisierung von Kapazitätsprodukten

Im vergangenen Jahr hat die Bundesnetzagentur das Verfahren zur Standardisierung von Kapazitätsprodukten im Gasbereich („KASPAR“) abgeschlossen, mit einer an alle Fernleitungsnetzbetreiber adressierten Festlegung.³² Ziel der Festlegung ist eine stärkere Angleichung der verfügbaren Kapazitätsprodukte, wozu ein abschließender Katalog zulässiger Kapazitätsprodukte für Ein- und Ausspeisekapazitäten festgelegt wurde, der insbesondere Harmonisierungen hinsichtlich der Unterbrechungsreihenfolge und anderer

15 BGBl. 2019 I, 1626.

16 BGBl. 2019 I, 1942.

17 BGH, RdE 2019, 230 Rn. 6 ff. (Beschl. v. 26.2.2019 – Az. EnVZ 87/18).

18 Bundesnetzagentur, Die Blockchain-Technologie, 2019.

19 Bundesnetzagentur (Fn. 18), S. 25 ff.

20 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 11.12.2019 – Az. BK6-19-212; Beschl. v. 11.12.2019 – Az. BK6-19-217; Beschl. v. 11.12.2019 – Az. BK6-19-218.

21 Dazu Bundesnetzagentur, Beschl. v. 11.12.2019 – Az. BK6-19-212, S. 3 f.

22 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 11.12.2019 – Az. BK6-19-212.

23 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 11.12.2019 – Az. BK6-19-217.

24 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 11.12.2019 – Az. BK6-19-218.

25 Bundesnetzagentur, Pressemitteilung v. 22.10.2019.

26 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 12.4.2019 – Az. BK6-18-061.

27 OLG Düsseldorf, RdE 2019, 474 (Beschl. v. 22.7.2019 – Az. VI-3 Kart 806/18 [V]).

28 OLG Düsseldorf, ER 2018, 257 (Beschl. v. 11.7.2018 – Az. VI-3 Kart 806/18 [V]); vgl. dazu Schreiber, N&R 2019, 66, 68.

29 OLG Düsseldorf, RdE 2019, 474, 478 (Beschl. v. 22.7.2019 – Az. VI-3 Kart 806/18 [V]).

30 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 2.10.2019 – Az. BK6-18-004-RAM.

31 Bundesnetzagentur, Pressemitteilung v. 8.10.2019.

32 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 10.10.2019 – Az. BK7-18-052.

spezifischer Produkteigenschaften bezweckt. Die Vorgaben sind bis zum 1. Oktober 2021 umzusetzen, das Übernominierungsverfahren bereits zum 1. Oktober 2020.³³

4. Kapazitätsreserve

Zur Absicherung von Engpässen bei Erzeugungskapazitäten im Strommarkt hat die Bundesnetzagentur im vergangenen Jahr Standardbedingungen zur Kapazitätsreserve genehmigt. Diese gelten für Reserveanlagen und sind auf maximale Transparenz ausgelegt.³⁴

5. OPAL-Urteil

Mit der Nutzung der Ostseepipeline-Anbindungsleitung (OPAL) durch den Gazprom-Konzern in Deutschland beschäftigte sich das EuG in einem Urteil vom 10. September 2019. Das EuG erklärte eine Kommissionsentscheidung aus dem Jahr 2016, die auf Antrag der Bundesnetzagentur eine Ausweitung der Kapazitäten zugunsten der Gazprom erlaubte, für nichtig.³⁵ Die Bundesnetzagentur reagierte unmittelbar auf dieses Urteil und beschloss Aufsichtsmaßnahmen gegen die OPAL Gas-transport und die Gazprom, um das Urteil sofort umzusetzen. Betroffene Kapazitäten dürfen danach weder vermarktet noch anderweitig genutzt werden.³⁶

6. Musternetzzugangsverträge

Mit Musternetzzugangsverträgen der Bundesnetzagentur beschäftigte sich das OLG Düsseldorf im vergangenen Jahr. So bejahte es zunächst auf verfahrensrechtlicher Ebene Beteiligungsrechte eines Letztverbrauchers, der selbst Netzzugangsverträge abschließt.³⁷ Materiell bestätigte es die Ermächtigungsgrundlage der Bundesnetzagentur zur Festlegung derartiger Vertragsmuster auch insgesamt (und nicht nur in Form von Mindestinhalten) aus § 27 Abs. 1 Nr. 15 StromNZV.³⁸

7. Netzzugangsgewährung durch DB Energie GmbH

Mit der Regulierung der DB Energie GmbH beschäftigte sich die Bundesnetzagentur erneut im vergangenen Jahr: Die Bundesnetzagentur stellte Verstöße gegen die Vorschriften über den Stromnetzzugang fest und drohte dem Unternehmen ein Zwangsgeld i. H. v. einer Million Euro an. Im Kern warf die Bundesnetzagentur der DB Energie GmbH Verzögerungen insbesondere bei der Abrechnung für Netzentgelte und Ausgleichsenergie vor, durch welche die Pflicht zur Gewährung eines effizienten Netzzugangs unterlaufen werde.³⁹

8. Netzausbau

Das BVerwG beschäftigte sich im vergangenen Jahr mit einem Eilantrag des Freistaates Thüringen, welcher auf Berücksichtigung eines Alternativtrassenvorschlags bei der Fachplanung durch die Bundesnetzagentur gerichtet war.⁴⁰ Dem Verfahren liegt das zweistufige Planungssystem des NABEG zugrunde, in dem die Bundesnetzagentur im Rahmen der Bundesfachplanung die Trassenkorridore bestimmt, woran anknüpfend dann Planfeststellungsverfahren durchgeführt werden, die diese Korridore einhalten müssen. Thüringen konnte vor dem BVerwG eine weitere Berücksichtigung seines Alternativvorschlags im Fachplanungsverfahren nicht durchsetzen. Der Antrag scheiterte bereits an § 44a VwGO: Die Entscheidung der Bundesnetzagentur, einen Vorschlag im Verfahren nicht weiter zu prüfen, kann nur mit der abschließenden Sachentscheidung angegriffen werden.⁴¹

Zum Rechtsschutz in Planfeststellungsverfahren bestätigte und konkretisierte das Sächsische Oberverwaltungsgericht die Anwendbarkeit der sog. „Zwangspunktrechtsprechung“ auch im energiewirtschaftsrechtlichen Planfeststellungsverfahren i. S. d. § 43 EnWG. Danach liegt eine Klagebefugnis eines Eigentümers auch dann vor, wenn eine Planung zwar dessen

Grundstück noch nicht betrifft, an dieses aber derart heranrückt und einen Zwangspunkt setzt, der bewirkt, dass er im weiteren Planungsverlauf zwangsläufig in seinen Rechten betroffen sein wird.⁴² Dies ist dann nicht der Fall, wenn sich ein Eigentümer gegen eine andere Trassenplanung wenden kann, die sein Grundstück näher betrifft.⁴³

9. Netzanschluss und Einspeiserechte

Zur Einspeisung in das Netz eines Netzbetreibers berechtigt und damit Inhaber des Einspeiserechts ist der Anlagenbetreiber einer Windkraftanlage, nicht der Grundstückseigentümer; in dem entschiedenen Fall trat der Grundstückseigentümer als Verpächter auf, Anlagenbetreiber war dagegen der Pächter.⁴⁴

10. Berechnung von Baukostenzuschüssen

Im Rahmen von § 315 BGB urteilte das OLG Düsseldorf zur Berechnung und Veranschlagung von Baukostenzuschüssen und betonte dabei das Netzbetreiber bindende Diskriminierungsverbot. Netzbetreiber müssen Baukostenzuschüsse gleichförmig nach angemessenen Kriterien berechnen und einfordern. Hiervon dürfen sie aufgrund des Gleichbehandlungsgebotes aus § 17 Abs. 1 EnWG nicht ohne gerechtfertigten Grund abweichen.⁴⁵

11. Marktkopplung

Ein weiterer Schritt zur Verwirklichung eines Binnenmarktes und der Förderung grenzüberschreitenden Stromhandels ist mit der Festlegung der Bundesnetzagentur zur Berechnungsmethode für fahrplanbezogene Austausch i. S. d. Leitlinienverordnung (EU) 2015/1222, die sich aus der einheitlichen Marktkopplung für den nächsten Tag ergeben („Day-Ahead“), erfolgt: Mit dieser hat die Bundesnetzagentur den Vorschlag der Übertragungsnetzbetreiber genehmigt, aus dem sich Vorgaben für den Informationsaustausch sowie Grundsätze und Methode der Berechnung einschließlich der Bekanntgabe und Übermittlung der Berechnungsergebnisse ergeben.⁴⁶ Der fahrplanbezogene Austausch meint gemäß Art. 2 Nr. 32 der Leitlinienverordnung (EU) 2015/1222 die „für jede Markteinheit und für eine bestimmte Richtung fahrplanmäßig geplante Stromübertragung zwischen geografischen Gebieten“.

Auch für die Berechnung der fahrplanbezogenen Austausch, die sich aus der einheitlichen Marktkopplung am selben Tag („Intraday“) ergeben, hat die Bundesnetzagentur mit Beschluss vom 12. März 2019 den Vorschlag der Übertragungsnetzbetreiber hierzu genehmigt.⁴⁷

III. Netzentgeltregulierung

In der Netzentgeltregulierung sorgten insbesondere zwei Entscheidungen – betreffend die Eigenkapitalverzinsung und den

33 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 10.10.2019 – Az. BK7-18-052, Ziff. 4 des Tenors, S. 5 f.

34 Bundesnetzagentur, Genehmigung v. 23.7.2019 – Az. 8121-19 Versorgungssicherheit.

35 EuG, ECLI:EU:T:2019:567 (Urt. v. 10.9.2019 – Rs. T-883/16); Rechtsmittel anhängig beim EuGH als Rs. C-848/19 P; näher *Klotz/Hofmann*, N&R 2020, 2, 3.

36 Bundesnetzagentur, Pressemitteilung v. 13.9.2019.

37 OLG Düsseldorf, RdE 2019, 180, 183 (Beschl. v. 16.1.2019 – Az. VI-3 Kart 117/15 [V]).

38 OLG Düsseldorf, RdE 2019, 180, 184 (Beschl. v. 16.1.2019 – Az. VI-3 Kart 117/15 [V]).

39 Bundesnetzagentur, Pressemitteilung v. 25.7.2019.

40 BVerwG, NVwZ 2019, 1357 (Beschl. v. 9.5.2019 – Az. 4 VR 1.19).

41 BVerwG, NVwZ 2019, 1357, 1358 f. Rn. 14 ff. (Beschl. v. 9.5.2019 – Az. 4 VR 1.19).

42 OVG Bautzen, Urt. v. 27.11.2019 – Az. 4 C 22/18, Rn. 15 (juris).

43 OVG Bautzen, Urt. v. 27.11.2019 – Az. 4 C 22/18, Rn. 16 f. (juris).

44 FG Kiel, Urt. v. 27.11.2019 – Az. 5 K 114/18, Rn. 53 (juris).

45 OLG Düsseldorf, Urt. v. 17.4.2019 – Az. I-27 U 9/18, Rn. 92 ff. (juris) (Kurz wiedergabe in ZNER 2019, 333).

46 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 14.2.2019 – Az. BK6-18-033.

47 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 12.3.2019 – Az. BK6-18-034.

generellen sektoralen Produktivitätsfaktor – für bedeutsame Entwicklungen.

1. Änderungen der relevanten Verordnungen

Auf Verordnungsebene gab es verschiedene Änderungen: Die Netzentgeltregulierungsvorgaben wurden im vergangenen Jahr auf Verordnungsebene mehrfach geändert. So folgten aus der Verordnung zur Berechnung der „Offshore“-Netzumlage und Anpassungen im Regulierungsrecht vom 14. März 2019⁴⁸ neben Änderungen in der StromNEV, insbesondere durch Neueinfügung des § 3a StromNEV zur „Ermittlung der umlagefähigen Netzkosten von Offshore-Anbindungsleistungen“, auch Nachjustierungen der Anreizregulierung etwa im Regime des Kapitalkostenaufschlags und der Investitionsmaßnahmen.⁴⁹ Auch die NAV und die StromGKV wurden in diesem Zuge geändert, um etwa eine verbindliche Mitteilungspflicht für Ladeeinrichtungen von Elektrofahrzeugen abzusichern⁵⁰ und u. a. Bezüge zum Messstellenbetrieb in der Grundversorgung zu klären⁵¹.

Redaktionelle Änderungen in § 11 Abs. 2 Nr. 7 ARegV und eine Einfügung von § 34 Abs. 15 ARegV folgten im Mai 2019 durch Art. 23 des Gesetzes zur Beschleunigung des Energieleitungsbaus.⁵²

Im Juni 2019 wurden die GasNZV und die ARegV durch die Verordnung zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für den Aufbau der LNG-Infrastruktur in Deutschland⁵³ geändert. Ziel war die Verbesserung der regulatorischen Rahmenbedingungen für die Errichtung der Flüssiggas- bzw. „Liquefied Natural Gas“ (LNG)-Infrastruktur. Dazu wurden in der GasNZV Anschlusspflichten für LNG-Anlagen präzisiert. In der ARegV etwa wurde § 23 geändert, um die Kosten für die Herstellung des Netzanschlusses der LNG-Anlagen als Investitionsmaßnahmen i. S. d. ARegV einordnen zu können, so dass sie auf die Netznutzer abgewälzt werden können.⁵⁴

Schließlich folgten im Dezember Änderungen an StromNEV, GasNEV und ARegV durch die Verordnung über Netzentgelte bei der Landstromversorgung und zur redaktionellen Anpassung im Regulierungsrecht.⁵⁵

2. Bundeseinheitliche Fernleitungsentgelte

Mit Beschlüssen vom 29. März 2019 legte die Bundesnetzagentur ein bundesweit einheitliches Netzentgelt für alle Fernleitungsnetzbetreiber fest und traf weitere Regelungen. So wurde die Einführung eines wirksamen Ausgleichsmechanismus zwischen Fernleitungsnetzbetreibern eines Marktgebietes festgelegt.⁵⁶ Darüber hinaus erfolgten Festlegungen in Bezug auf Vorgaben zur Umrechnung von Jahresleistungspreisen in Leistungspreise für unterjährige Kapazitätsrechte sowie Vorgaben zur sachgerechten Ermittlung der Netzentgelte.⁵⁷ Außerdem wurde eine Referenzpreismethode festgelegt.⁵⁸ In einem weiteren Verfahren wurde schließlich die Berechnung der Entgelte für unterbrechbare Kapazitäten, der Rabatte an LNG-Terminals, der Höhe von Multiplikatoren und von saisonalen Faktoren festgelegt.⁵⁹

3. Ausgangskostenniveau

Grundlegend hat das OLG Schleswig in einer Entscheidung aus dem vergangenen Jahr nochmals festgehalten, dass die Regulierungsbehörde auch unter der ARegV jeden Wertansatz regulatorisch korrigieren könne und insbesondere im Rahmen der Kostenprüfung darauf zu überprüfen hätte (und überprüfen dürfte), ob er dem Ansatz eines effizienten, strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entspricht.⁶⁰ Es obliegt den Netzbetreibern, ihre Kosten nachzuweisen und, ggf. nach Aufforderung, die Betriebsnotwendigkeit zu begründen. Dagegen

ist es nicht geboten, die Kosten als effizient zu begründen, schließlich fehlt es den Netzbetreibern regelmäßig schon an dafür notwendigen Marktüberblick. Bestehen nach der Darlegung des Netzbetreibers Anhaltspunkte, dass Kosten überhöht sind, muss die Regulierungsbehörde weitere Informationen abfragen und ggf. sachgerechte Vergleichsmaßstäbe bestimmen.⁶¹

Sodann beschäftigte sich die Rechtsprechung – insbesondere im Rahmen der Überprüfung von Erlösobergrenzenfestlegungen für die dritte Regulierungsperiode – erneut mit verschiedenen Einzelfragen zur Kostenprüfung:

Aus Gründen der Kontinuität, wie sie sich aus § 6 Abs. 5, 6 StromNEV ergibt, stehen Restwerte und Nutzungsdauern für Anlagegüter auch für künftige Regulierungsperioden so fest, wie sie von der Regulierungsbehörde bestandskräftig in einer früheren Regulierungsperiode zugrunde gelegt wurden.⁶²

Fremdkapitalzinsen sind unter § 6 Abs. 3 S. 2 ARegV umfassend berücksichtigungsfähig, also nicht nur soweit sie einen „sachlichen Zusammenhang mit den anzusetzenden kalkulatorischen Restbuchwerten“ aufweisen.⁶³

Mit den Auswirkungen von Gewinnabführungsverträgen auf die Netzentgeltregulierung beschäftigte sich der BGH und bejahte eine Behandlung der Verbindlichkeiten aus Gewinnabführungsverträgen als Abzugskapital.⁶⁴ Insbesondere lässt danach die Pflicht zur Gewinnabführung nicht den notwendigen Netzbezug entfallen, solange die abzuführenden Gewinne aus dem Netzbetrieb stammen.⁶⁵ Die Rechtsgrundlage für eine Kapitalüberlassung i. S. d. § 7 Abs. 1, 2 GasNEV ist schließlich unerheblich und kann auch im Gesellschaftsrecht liegen.⁶⁶

4. Insbesondere: Festlegung der Eigenkapitalzinssätze

Mit Beschlüssen vom 9. Juli 2019 hat der BGH in Sachen „Eigenkapitalzinssatz II“ entgegen der Vorinstanz die Festlegung der Bundesnetzagentur über den Zinssatz für Eigenkapital in der dritten Regulierungsperiode Strom und Gas bestätigt.⁶⁷

Netzbetreiber hatten die Festlegung der Eigenkapitalzinssätze für die dritte Regulierungsperiode angegriffen und vor dem OLG Düsseldorf 2018 im Wesentlichen obsiegt. Beanstandet hatte das OLG Düsseldorf insbesondere

48 BGBl. 2019 I, 333.

49 Dazu auch die Verordnungsbegründung, BR-Drs. 13/19, 9, 16 ff., 21 ff.

50 Vgl. die Verordnungsbegründung, BR-Drs. 13/19, 9, 26.

51 Dazu die Verordnungsbegründung, BR-Drs. 13/19, 9, 28 f.

52 BGBl. 2019 I, 706.

53 BGBl. 2019 I, 786.

54 Dazu das Vorblatt zur Verordnung, BR-Drs. 138/19, 1, 1 f.

55 BGBl. 2019 I, 2935.

56 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 29.3.2019 – Az. BK9-18-607 – *AME-LIE*.

57 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 29.3.2019 – Az. BK9-18-608 – *BEATE 2.0*.

58 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 29.3.2019 – Az. BK9-18-610 – *REGENT-NCG*; Beschl. v. 29.3.2019 – Az. BK9-18-611 – *REGENT-GP*.

59 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 29.3.2019 – Az. BK-9-18-612 – *MAR-GIT*.

60 OLG Schleswig, EnWZ 2019, 453, 454 Rn. 40 ff. (Beschl. v. 26.9.2019 – Az. 53 Kart 4/18).

61 OLG Schleswig, EnWZ 2019, 453, 454 Rn. 42 f. (Beschl. v. 26.9.2019 – Az. 53 Kart 4/18).

62 BGH, Beschl. v. 12.11.2019 – Az. EnVR 109/18, Rn. 15 ff.

63 OLG Schleswig, EnWZ 2019, 453, 457 Rn. 91 (Beschl. v. 26.9.2019 – Az. 53 Kart 4/18).

64 BGH, N&R 2019, 174, 175 Rn. 15 ff. (Beschl. v. 29.1.2019 – Az. EnVR 63/17); Beschl. v. 29.1.2019 – Az. EnVR 62/17.

65 BGH, N&R 2019, 174, 176 Rn. 20 f. (Beschl. v. 29.1.2019 – Az. EnVR 63/17).

66 BGH, N&R 2019, 174, 176 Rn. 25 f. (Beschl. v. 29.1.2019 – Az. EnVR 63/17).

67 BGH, N&R 2019, 293 (Beschl. v. 9.7.2019 – Az. EnVR 52/18) (Gas); ZNER 2019, 431 (Beschl. v. 23.10.2019 – Az. EnVR 41/18) (Strom).

die von der Bundesnetzagentur herangezogene Marktrisikoprämie, welche die aktuelle Kapitalmarktsituation und das gegenwärtige Marktumfeld nicht hinreichend berücksichtige; auch die Vergleichbarkeit der Verzinsung ausländischer Netzbetreiber sei nicht ausreichend untersucht worden.⁶⁸

Der BGH teilte die Zweifel des OLG Düsseldorf und der Netzbetreiber nicht und bestätigte das Vorgehen der Bundesnetzagentur: Im Ausgangspunkt bestätigte der BGH die uneingeschränkte Überprüfung der Festlegungen durch den Tatrichter, schließlich stehe der Regulierungsbehörde grundsätzlich nur in einzelnen Beziehungen ein Beurteilungsspielraum zu, soweit die Verordnungen keine näheren Vorgaben enthielten.⁶⁹

So sei etwa die von der Bundesnetzagentur gewählte Berechnungsmethode für die Festlegung der Eigenkapitalzinssätze nicht zu beanstanden.⁷⁰ Für die dritte Regulierungsperiode hatte die Bundesnetzagentur den Zinssatz des Eigenkapitals für Neuanlagen auf 6,91% und für Altanlagen auf 5,12% festgesetzt.⁷¹ In den vorherigen Regulierungsperioden waren diese Werte noch um einiges höher: In der ersten Regulierungsperiode bestand für Neuanlagen ein Eigenkapitalzinssatz von 9,29% und für Altanlagen von 7,56%,⁷² in der zweiten Regulierungsperiode betragen diese Werte 9,05% bzw. 7,14%.⁷³

Das OLG Düsseldorf hatte die Berechnungsmethode der Bundesnetzagentur moniert und insbesondere kritisiert, dass die Bundesnetzagentur die herangezogene Marktrisikoprämie lediglich aus historischen Daten abgeleitet hat.⁷⁴ Das gegenwärtige Marktumfeld sei nicht ausreichend berücksichtigt worden. Diese Rüge wies der BGH zurück: Die Bundesnetzagentur sei zu der angenommenen zusätzlichen Plausibilisierung aufgrund einer Sondersituation nicht verpflichtet gewesen, es greift hier vielmehr der Beurteilungsspielraum der Bundesnetzagentur, der nicht durch eine gerichtliche Überprüfung eine alternative Modellierung vorgegeben werden könne. Die Entscheidung der Bundesnetzagentur sei auf wissenschaftlich anerkannte Methoden gestützt.⁷⁵

In einer weiteren Entscheidung vom selben Tag beschäftigte sich der BGH mit der Beschwerdebefugnis eines Stromversorgungsunternehmens als Netznutzer – Lichtblick – gegen die Festlegung der Eigenkapitalzinssätze und bejahte diese: Netznutzer sind durch die Festlegung der Zinssätze unmittelbar in ihren wirtschaftlichen Interessen betroffen, da die Festlegung direkt die unternehmerische Entscheidung des Netzbetreibers festlegt, welche Verzinsung in den Netznutzungsentgelten angesetzt wird.⁷⁶

5. Effizienzvergleich

Der BGH hat in einer Entscheidung im vergangenen Jahr festgehalten, dass grundsätzlich alle Verteilernetzbetreiber in den Effizienzvergleich einzubeziehen sind. Ob ein Netzbetreiber ein Verteilernetzbetreiber ist, wenn er nur auf Hochspannungsebene tätig ist, entscheidet sich nach seinen Aufgaben: Dient seine Tätigkeit überwiegend der Belieferung von Letztverbrauchern und nicht dem Transport an andere Netze, ist er Verteilernetzbetreiber.⁷⁷

Die Durchführung der Effizienzvergleiche für die dritte Regulierungsperiode nahm im vergangenen Jahr ihren Fortgang. So wurden für die Verteilernetzbetreiber Gas, deren dritte Regulierungsperiode bereits 2018 begann, im Mai 2019 die finalen Gutachten veröffentlicht.⁷⁸ Für den Stromsektor wurde das parallele Gutachten für die Verteilernetzbetreiber am 4. April 2019 in finaler Fassung veröffentlicht.⁷⁹

6. Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor

Eine grundlegende Entscheidung traf das OLG Düsseldorf im vergangenen Jahr zum generellen sektoralen Produktivitätsfaktor. Die Bundesnetzagentur hatte diesen für die dritte Regulierungsperiode erstmals selbst festgelegt (§ 9 Abs. 3 ARegV); zuvor galten jeweils verordnungsunmittelbare Vorgaben. Diese Festlegung der Bundesnetzagentur hielt der gerichtlichen Überprüfung in erster Instanz nicht stand: Das

OLG Düsseldorf hob die Festlegung des Faktors für den Gassektor⁸⁰ auf.⁸¹

Entscheidend war dabei für das Gericht, dass der ermittelte Produktivitätsfaktor gegenüber Veränderungen des Stützintervalls nicht hinreichend robust sei.⁸² Das Gericht begründete dies zum einen damit, dass die Bundesnetzagentur die erheblichen Schwankungen des Faktors in den herangezogenen Jahren 2006 bis 2016 nicht hinreichend auf die Ursachen hin untersucht habe. Die deutlichen Schwankungen würden laut überzeugender Sachverständigendarstellung auf eine mangelnde Robustheit hindeuten.⁸³ Zum anderen sei die Einbeziehung des Jahres 2006 fragwürdig, da die Bundesnetzagentur selbst die Datengrundlage angezweifelt hätte. Hierzu fehle auch eine ausreichende Auseinandersetzung mit dem sog. Basisjahreffekt, da die Netzbetreiber Investitionen womöglich bewusst in Jahre verschieben, in denen die Bundesnetzagentur keine Effizienzanalyse durchführt.⁸⁴ Zweifel äußerte das Gericht auch, da die Bundesnetzagentur im Strom- und Gasbereich entgegengesetzte Plausibilisierungsprüfungen durchgeführt hätte.⁸⁵ Zudem hätte nach Ansicht des OLG Düsseldorf für die Ermittlung der Einstandspreise kein jährlich aktualisierter Zins für das Fremdkapital herangezogen werden dürfen, da dies nicht den Gegebenheiten auf dem Kapitalmarkt für die Netzbetreiber entspreche.⁸⁶

Auch beanstandet wurde, dass zur Plausibilisierung nicht analog § 12 Abs. 3, 4a ARegV eine Bestabrechnung zugunsten der Netzbetreiber vorgenommen wurde. Dies, so das OLG Düsseldorf, sei mit Blick auf die verbleibenden Unsicherheiten erforderlich, es zu unterlassen ermessensfehlerhaft.⁸⁷

68 OLG Düsseldorf, N&R 2018, 162 (Beschl. v. 22.3.2018 – Az. VI-3 Kart 485/16 [V]), sowie weitere Parallelverfahren mit Beschlüssen vom selben Tag zu den Az. VI-3 Kart 143/16 (V), VI-3 Kart 148/16 (V), VI-3 Kart 319/16 (V), VI-3 Kart 335/16 (V), VI-3 Kart 466/16 (V), VI-3 Kart 549/16 (V); dazu Schreiber, N&R 2019, 66, 70.

69 BGH, N&R 2019, 293, 293 Rn. 34 (Beschl. v. 9.7.2019 – Az. EnVR 52/18).

70 BGH, N&R 2019, 293, 294 Rn. 39 ff. (Beschl. v. 9.7.2019 – Az. EnVR 52/18).

71 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 5.10.2016 – Az. BK4-16-161; Beschl. v. 5.10.2016 – Az. BK4-16-160.

72 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 7.7.2008 – Az. BK4-08-068.

73 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 31.10.2011 – Az. BK4-11-304.

74 OLG Düsseldorf, N&R 2018, 162, 165 ff. (Beschl. v. 22.3.2018 – Az. VI-3 Kart 485/16 [V]).

75 BGH, N&R 2019, 293, 294 Rn. 42 ff. (Beschl. v. 9.7.2019 – Az. EnVR 52/18).

76 BGH, N&R 2019, 303, 303 f. Rn. 20 ff. (Beschl. v. 9.7.2019 – Az. EnVR 5/18).

77 BGH, ZNER 2019, 444, 444 Rn. 12, 15 ff. (Beschl. v. 9.7.2019 – Az. EnVR 76/18).

78 Die Gutachten sind abrufbar über https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen_Institutionen/Netzentgelte/Gas/EffizienzvergleichVerteilernetzbetreiber/3Regulierungsperiode/3regulierungsperiode_node.html (zuletzt abgerufen am 12.3.2020).

79 Das Gutachten ist abrufbar über https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen_Institutionen/Netzentgelte/Strom/EffizienzvergleichVerteilernetzbetreiber/effizienzvergleichverteilerbetreiber-node.html (zuletzt abgerufen am 12.3.2020).

80 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 21.2.2018 – Az. BK4-17-093.

81 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.7.2019 – Az. VI-3 Kart 721/18 (V) (Leitsatz in ZNER 2019, 541).

82 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.7.2019 – Az. VI-3 Kart 721/18 (V), Rn. 118 ff. (juris).

83 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.7.2019 – Az. VI-3 Kart 721/18 (V), Rn. 120 (juris).

84 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.7.2019 – Az. VI-3 Kart 721/18 (V), Rn. 126 f. (juris).

85 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.7.2019 – Az. VI-3 Kart 721/18 (V), Rn. 128 ff. (juris).

86 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.7.2019 – Az. VI-3 Kart 721/18 (V), Rn. 151 ff. (juris).

87 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.7.2019 – Az. VI-3 Kart 721/18 (V), Rn. 162 ff. (juris).

Nicht zu beanstanden sei dagegen etwa die Methodenwahl. Das Gericht bestätigte zunächst einen Beurteilungsspielraum der Bundesnetzagentur bei der Methodenwahl. Weder die *Törnquist*- noch die *Malmquist*-Methode seien der jeweils anderen Methode deutlich überlegen.⁸⁸

Es bleibt abzuwarten, wie der BGH in der Sache entscheidet. Zu den festgelegten Eigenkapitalzinssätzen hat dieser im vergangenen Jahr die Entscheidung des OLG Düsseldorf aufgehoben und die zugrundeliegenden Festlegungen der Bundesnetzagentur bestätigt (siehe oben, unter 4.).

7. Erweiterungsfaktor, Investitionsmaßnahmen und Sockeleffekt

Bestätigt hat das OLG Schleswig das Vorgehen der Regulierungsbehörde in Sachen „positiver Sockeleffekt“ i. S. d. § 34 Abs. 5 ARegV, soweit sich dieser aus dem Übergang vom Erweiterungsfaktor zum Kapitalkostenaufschlag und -abzug ergibt: Die Übergangsregelung führt dazu, dass für die betreffenden Anlagen der gesamte Funktionsmechanismus des Kapitalkostenabzugs ausgesetzt werden soll, so dass nicht nur Investitionskosten, sondern auch Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse „eingefroren“ werden.⁸⁹

Der Übergang vom Regime des Erweiterungsfaktors in die Investitionsmaßnahmen für die Hochspannungsebene beschäftigte das OLG Düsseldorf erneut zum Jahresende.⁹⁰ Nachdem das Gericht bereits 2017 eine Regelungslücke und analoge Anwendung des § 10 ARegV für diese Netzebene bejaht hatte, soweit es um Investitionskosten in den Jahren 2012 und 2013 ging, die zu einer Änderung des Versorgungsaufgabe bis zum 30. Juni 2013 führten,⁹¹ ging es nunmehr um die Behandlung der Folgejahre. Für die Zeit ab dem 1. Juli 2013 und Anträge in der zweiten Regulierungsperiode gilt nach der Entscheidung des OLG Düsseldorf eine klare Differenzierung: In den Jahren 2012 und 2013 getätigte Investitionen in die Hochspannungsebene, die zwischen dem 1. Juli 2013 und 31. Dezember 2013 zu einer Parameteränderungen geführt haben, sind nicht mehr im Rahmen des Erweiterungsfaktors berücksichtigungsfähig, auch nicht im Rahmen einer analogen Anwendung des § 10 ARegV.⁹² Für sie greift vielmehr der insoweit in seinem Anwendungsbereich auszudehnende § 23 Abs. 7 ARegV.⁹³

Für Folgeanträge aus § 10 ARegV für die Nieder- und Mittelspannungsebene sind die Parameteränderungen, die sich bis zum 30. Juni 2013 für die Hochspannungsebene ergeben haben, dagegen weiterhin zu berücksichtigen und nicht etwa herauszurechnen.⁹⁴

Der Entscheidung ist noch eine weitere für die Praxis wesentliche Aussage zu entnehmen: „Dem Risiko, infolge eines Irrtums über eine noch nicht höchstrichterlich abschließend geklärte Rechtslage einen Anspruch auf ein nicht anwendbares Rechtsinstitut zu stützen, unterliegen grundsätzlich alle Netzbetreiber. Es rechtfertigt jedoch nicht eine ausnahmsweise Anerkennung von Investitionskosten über ein Institut, das auf Parameteränderungen ab der 2. Jahreshälfte 2013 nicht mehr fortgeführt werden soll.“⁹⁵ Ein Rechtsirrtum geht danach auch hier zulasten des Irrenden.

8. Kapitalkostenaufschlag

Der neue Kapitalkostenaufschlag nach § 10a ARegV beschäftigte im vergangenen Jahr zunehmend die Gerichte, wodurch sich verschiedene Klarstellungen zur Anwendung der Vorschrift ergaben.

So sind im Kapitalkostenaufschlag nach § 10a ARegV nach Auffassung des OLG Düsseldorf nur die Neuinvestitionen in dem Jahr berücksichtigungsfähig, für das der Aufschlag beantragt wird.⁹⁶

Ebenfalls im Zusammenhang mit der Berechnung des Kapitalkostenaufschlags entschied das OLG Düsseldorf am 12. Juni 2019, dass Kapitalkosten und Anlagegüter, die von einem

Dienstleister aktiviert wurden, nach § 10a ARegV nicht zu berücksichtigen seien. Von einem Verpächter aktivierte Anlagegüter können dagegen berücksichtigt werden.⁹⁷ Zudem sei es rechtmäßig, dass die Bundesnetzagentur im Rahmen des § 10 Abs. 6 ARegV den vollen Wert der zu erwartenden Zugänge als Jahresanfangsbestand der Restwerte der für das Antragsjahr zu erwartenden Netzanschlusskostenbeiträge und Baukostenzuschüsse ansetzt.⁹⁸

Die Bundesnetzagentur veröffentlichte eine Übersicht zu den jährlichen Verfahren ab 2019 mit allen Verteilernetzbetreibern in der Zuständigkeit der Bundesnetzagentur, die Verfahren unter § 10a ARegV geführt haben, mit Aktenzeichen. Daraus ergibt sich für das Antragsjahr 2019 eine Verfahrenszahl von über 170.⁹⁹

9. Investitionsmaßnahmen

Betreiber von Verteilernetzen können Investitionsmaßnahmen nach Maßgabe von § 23 Abs. 7 ARegV durch die Regulierungsbehörde auch für Erweiterungs- und Umstrukturierungsmaßnahmen in die Hochspannungsebene erhalten. Diese Regelung gilt nicht, auch nicht analog, für Investitionen in die Höchstspannungsebene oder die Umspannung von Höchst- zu Hochspannung. Es fehlt insofern an einer Regelungslücke und auch aus Sinn und Zweck der Regelung ist eine analoge Anwendung nicht geboten.¹⁰⁰

Die Anforderungen an eine Umstrukturierungsmaßnahme i. S. d. § 23 Abs. 6 S. 1, Abs. 1 S. 2 Nr. 7 ARegV konkretisierte der BGH in einer Entscheidung aus dem vergangenen Jahr. Abzugrenzen sind diese insbesondere von reinen Erweiterungsmaßnahmen. Anders als bei Erweiterungsmaßnahmen steht bei einer Umstrukturierung eine Veränderung anderer technischer Parameter als die reine Umfangs- oder Kapazitätsvergrößerung im Fokus, z. B. die Qualität, Verfügbarkeit oder andere Aspekte der Versorgungssicherheit.¹⁰¹

10. Dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten nach § 11 ARegV

Die Einordnung von Personalkosten als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten i. S. d. § 11 ARegV beschäftigte im vergangenen Jahr auch den BGH. Dieser bestätigte entsprechend der Vorinstanz,¹⁰² dass Personalzusatzkosten dritter Unternehmen,

88 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.7.2019 – Az. VI-3 Kart 721/18 (V), Rn. 59 (juris).

89 OLG Schleswig, EnWZ 2019, 453, 457 Rn. 88 (Beschl. v. 26.9.2019 – Az. 53 Kart 4/18).

90 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.12.2019 – Az. 3 Kart 883/18.

91 OLG Düsseldorf, RdE 2018, 87 (Beschl. v. 20.9.2017 – Az. VI-3 Kart 38/16 [V]).

92 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.12.2019 – Az. 3 Kart 883/18, Rn. 50 ff. (juris).

93 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.12.2019 – Az. 3 Kart 883/18, Rn. 55 (juris).

94 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.12.2019 – Az. 3 Kart 883/18, Rn. 40 ff. (juris).

95 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.12.2019 – Az. 3 Kart 883/18, Rn. 56 (juris).

96 OLG Düsseldorf, N&R 2019, 217, 218 (Beschl. v. 7.3.2019 – Az. VI-5 Kart 49/18 [V]); EnWZ 2019, 227, 228 Rn. 46 ff. (Beschl. v. 7.3.2019 – Az. 3 Kart 121/17 [V]).

97 OLG Düsseldorf, EnWZ 2019, 313, 319 Rn. 110 ff. (Beschl. v. 12.6.2019 – Az. 3 Kart 165/17 [V]).

98 OLG Düsseldorf, EnWZ 2019, 313, 320 Rn. 124 ff. (Beschl. v. 12.6.2019 – Az. 3 Kart 165/17 [V]).

99 Die Übersicht ist abrufbar über https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen_Institutionen/Netz_entgelte/Strom/Kapitalkostenaufschlag_Erweiterungsfaktor/KKAuf_node.html (zuletzt abgerufen am 12.3.2020).

100 BGH, EnWZ 2019, 357, 358 Rn. 13 ff. (Beschl. v. 9.7.2019 – Az. EnVR 6/18).

101 BGH, RdE 2019, 287, 288 Rn. 27 (Beschl. v. 29.1.2019 – Az. EnVR 47/17).

102 OLG Düsseldorf, N&R 2019, 44 (Beschl. v. 12.9.2018 – Az. VI-3 Kart 210/15 [V]).

die auf Basis von Dienstleistungsverträgen und nicht auf Basis von Personalüberleitungs- oder Arbeitnehmerüberlassungsverträgen in Anspruch genommen werden, nicht als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile i. S. d. § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 ARegV angesehen werden können.¹⁰³

11. Forschungs- und Entwicklungskosten

Mit dem seit dem 17. September 2016 geltenden § 25a ARegV beschäftigte sich im vergangenen Jahr erstmals das OLG Düsseldorf.¹⁰⁴ Für eine Berücksichtigungsfähigkeit von Forschungs- und Entwicklungskosten kommt es danach darauf an, ob diese gegenüber dem Basisjahr bei gesamtkostenbezogener – und nicht projektbezogener – Betrachtung angestiegen sind. Zusätzliche Kosten sind nach § 25a ARegV berücksichtigungsfähig, im Basisjahr bereits enthaltene Kosten hingegen nicht.¹⁰⁵ Eine Doppelberücksichtigung ist auszuschließen.¹⁰⁶

12. Individuelle Netzentgelte

Die Bundesnetzagentur setzte im vorletzten Jahr den EU-Kommissionsbeschluss vom 28. Mai 2018¹⁰⁷ um: Danach stellten die vollständigen Netzentgeltbefreiungen auf Grundlage des § 19 Abs. 2 StromNEV i. d. F. vom 4. August 2011 eine rechtswidrige Beihilfe i. S. d. Art. 107 AEUV dar, die auch nicht nachträglich genehmigt würde und daher seitens der zuständigen nationalen Stellen von den begünstigten Letztverbrauchern zurückzufordern war. Dem kam die Bundesnetzagentur durch entsprechende Rückforderungsbescheide¹⁰⁸ nach.¹⁰⁹ Diese Rückforderungsbescheide wurden von verschiedenen Letztverbrauchern angegriffen. In einem derartigen Verfahren entschied nun das OLG Düsseldorf zum Jahresende: Der betroffene Letztverbraucher hatte u. a. eine unzutreffende Berechnung des Rückforderungsbetrages gerügt. Diese Rügen wies das OLG Düsseldorf zurück und bestätigte die Berechnungsweise der Bundesnetzagentur, etwa zur Maßgeblichkeit des physikalischen Pfades als gedachte Mitnutzung vorhandener Leitungen.¹¹⁰

Keine Erzeugungsanlagen i. S. d. Festlegung der Bundesnetzagentur über die sachgerechte Ermittlung individueller Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 StromNEV¹¹¹ sind Eigenerzeugungsanlagen. Diese sind für die Berechnung physikalischer Pfade ungeeignet, da ihre Kapazitäten dem Versorgungsnetz nur eingeschränkt zur Verfügung stehen.¹¹²

Das OLG Jena bestätigte im vergangenen Jahr die Rechtmäßigkeit der Umlage nach § 19 Abs. 2 StromNEV, der „Offshore“-Haftungsumlage nach § 17f Abs. 1 S. 2, 3, Abs. 5 S. 1 EnWG sowie der Umlage nach § 18 Abs. 1 S. 1 AbLaV und verneinte insbesondere einen Verstoß gegen das EU-Beihilfeverbot.¹¹³

13. Konvertierungsentgelt H-Gas zu L-Gas

Die Änderungsfestlegung KONNI Gas 2.0, welche die Beibehaltung des Konvertierungsentgelts von hochkalorischem („High calorific“ bzw. H-) nach niederkalorischem („Low calorific“ bzw. L-) Gas dauerhaft festschreibt, wurde im vergangenen Jahr auch vom BGH bestätigt.¹¹⁴ Der BGH hat eine weite Änderungsbefugnis der Bundesnetzagentur bestätigt.¹¹⁵ Überdies hat der BGH der Bundesnetzagentur einen weiten Spielraum zugesprochen, welche Festlegungen sie zum Bilanzierungssystem trifft. Insbesondere die §§ 22 bis 26 GasNZV enthielten keine enumerative Aufzählung möglicher Festlegungsgegenstände.¹¹⁶

14. Härtefallanpassung

Gegenstand eines Verfahrens vor dem OLG Celle waren die Voraussetzungen eines Härtefalls zur Anpassung der

Erlösobergrenzen wegen gestiegener Personalkosten.¹¹⁷ Nach Ansicht des Gerichts rechtfertigten Personalkostensteigerungen aufgrund von Tarifierhöhungen o. ä. keine Härtefallanpassung, da diese über den Verbraucherpreisgesamtsindex i. S. d. § 8 ARegV erfasst würden. Denkbar wäre eine Härtefallanpassung aufgrund gestiegener Personalkosten allerdings insoweit, als diese Kostensteigerungen etwa durch Neueinstellungen bedingt seien, die infolge erhöhter regulatorischer Anforderungen notwendig wurden.¹¹⁸

IV. Entflechtung

Weniger Veränderungen brachte 2019 im Bereich der Entflechtungsvorgaben. Relevant ist hier eine Neuerung der Vorgaben im buchhalterischen Bereich: Die Bundesnetzagentur legte nähere Vorgaben für die Erstellung und Prüfung von Jahresabschlüssen und Tätigkeitsabschlüssen für vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen und rechtlich selbstständige Netzbetreiber mit hohem Detaillierungsgrad fest.¹¹⁹ Die Festlegungen umfassen etwa Vorgaben für die Zuordnung von im Konzern erbrachten energiespezifischen Dienstleistungen sowie detaillierte Vorgaben zur Darstellung einzelner Positionen, z. B. zum Ausweis des Rohergebnisses, der Kapitalausgleichsposten oder von Verbindlichkeiten aus Gewinnabführungsverträgen.¹²⁰ Sie gelten für Abschlüsse mit einem Bilanzstichtag ab dem 30. September 2020.¹²¹

V. Erzeuger und Händler

1. Leitfaden zur Missbrauchsaufsicht in Stromerzeugung und Stromgroßhandel

Einen gemeinsamen Leitfaden zur wettbewerbsrechtlichen und energiegroßhandelsrechtlichen Missbrauchsaufsicht veröffentlichten Bundesnetzagentur und BKartA am 27. September 2019.¹²² Der Leitfaden fokussiert sich auf Preisspitzen und

¹⁰³ BGH, Beschl. v. 12.11.2019 – Az. EnVR 109/18, Rn. 49 ff. (juris).

¹⁰⁴ OLG Düsseldorf, EnWZ 2019, 327 (Beschl. v. 8.5.2019 – Az. VI-3 Kart 45/17 [V]).

¹⁰⁵ OLG Düsseldorf, EnWZ 2019, 327, 330 Rn. 30 f. (Beschl. v. 8.5.2019 – Az. VI-3 Kart 45/17 [V]).

¹⁰⁶ OLG Düsseldorf, EnWZ 2019, 327, 329 Rn. 24 (Beschl. v. 8.5.2019 – Az. VI-3 Kart 45/17 [V]).

¹⁰⁷ Kommission, Beschl. v. 28.5.2018 – Staatliche Beihilfe SA.34045 (2013/C).

¹⁰⁸ Zum Vorgehen der Behörde siehe beispielhaft Bundesnetzagentur, Beschl. v. 21.9.2018 – Az. BK4-11-380/A01.

¹⁰⁹ Dazu Schreiber, N&R 2019, 66, 72.

¹¹⁰ OLG Düsseldorf, EnWZ 2020, 14, 14 ff. (Beschl. v. 27.11.2019 – Az. VI-3 Kart 868/18 [V]).

¹¹¹ Bundesnetzagentur, Beschl. v. 11.12.2013 – Az. BK4-13-739.

¹¹² OLG Düsseldorf, EnWZ 2019, 323, 324 Rn. 28 ff. (Beschl. v. 8.5.2019 – Az. VI-3 Kart 497/18 [V]).

¹¹³ OLG Jena, Urt. v. 28.2.2019 – Az. 4 U 343/16, Rn. 37 ff. (juris).

¹¹⁴ BGH, NVwZ-RR 2019, 861 (Urt. v. 9.4.2019 – Az. EnVR 57/18); vorausgehend OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.4.2018 – Az. VI-3 Kart 21/17 (V), Rn. 53 ff. (juris).

¹¹⁵ BGH, NVwZ-RR 2019, 861, 863 Rn. 18 ff. (Urt. v. 9.4.2019 – Az. EnVR 57/18).

¹¹⁶ BGH, NVwZ-RR 2019, 861, 864 Rn. 27 f. (Urt. v. 9.4.2019 – Az. EnVR 57/18).

¹¹⁷ OLG Celle, EnWZ 2019, 360 [dort unzutreffendes Beschlussdatum angegeben] (Beschl. v. 23.4.2019 – Az. 13 VA 6/16).

¹¹⁸ OLG Celle, EnWZ 2019, 360, 362 Rn. 21 ff. (Beschl. v. 23.4.2019 – Az. 13 VA 6/16).

¹¹⁹ Bundesnetzagentur, Beschl. v. 25.11.2019 – Az. BK8-19/00002-A (Bund); für den Gasbereich siehe Bundesnetzagentur, Beschl. v. 25.11.2019 – Az. BK9-19/613-1 (Bund).

¹²⁰ Bundesnetzagentur, Beschl. v. 25.11.2019 – Az. BK8-19/00002-A (Bund), Ziff. 3, 4 des Tenors.

¹²¹ Bundesnetzagentur, Beschl. v. 25.11.2019 – Az. BK8-19/00002-A (Bund), Ziff. 6 des Tenors.

¹²² Bundesnetzagentur/BKartA, Leitfaden für die kartellrechtliche und energiegroßhandelsrechtliche Missbrauchsaufsicht im Bereich

ihre Zulässigkeit unter Berücksichtigung des Marktumfeldes, der wettbewerbsrechtlichen und energierechtlichen Grenzen, insbesondere aus der Verordnung (EU) Nr. 1227/2011 über die Integrität und Transparenz des Energiegroßhandelsmarkts („Regulation on wholesale Energy Market Integrity and Transparency“, REMIT). Mit wettbewerblichen Problemen im Stromgroßhandel und dem Entwurf des Leitfadens beschäftigte sich auch das 7. Sektorgutachten Energie der Monopolkommission, das im September 2019 veröffentlicht wurde.¹²³

Zum Jahresbeginn hatte die Bundesnetzagentur Bußgelder gegen verschiedene Unternehmen wegen des Vorwurfs von Marktmanipulationen auf dem Gasmarkt verhängt.¹²⁴

2. Dezentrale Erzeugungsanlagen

Ein Kraftwerk, das sowohl an ein Verteilernetz als auch an ein Übertragungsnetz angeschlossen ist, ist keine dezentrale Erzeugungsanlage i. S. d. § 3 Nr. 11 EnWG: Hätten derartige „Mischformen“ von der Begrifflichkeit erfasst werden sollen, hätte die Norm anders formuliert werden müssen.¹²⁵

VI. Letztverbraucherbezogene Regulierung

1. Vertragsschluss

Der BGH äußerte sich im vergangenen Jahr erneut zum Zustandekommen eines Stromlieferungsvertrages, konkret zu den Parteien des Stromlieferungsvertrages, wenn Strom ohne explizite vertragliche Regelung entnommen wird: In einem Mehrparteienhaus mit einzelnen Zählern für die vermieteten Wohnungen kommt bei schlichter Stromentnahme der Vertrag mit dem Mieter, nicht mit dem Hauseigentümer zustande. Die in der Bereitstellung des Stroms liegende Realofferte richtet sich an diesen, schließlich übt er die tatsächliche Verfügungsgewalt über den der von ihm gemieteten Wohnung zugewiesenen Stromanschluss aus und verbraucht den Strom.¹²⁶

2. Zahlungsmöglichkeiten

§ 41 Abs. 2 S. 1 EnWG sieht vor, dass Haushaltskunden vor Vertragsschluss verschiedene Zahlungsmöglichkeiten anzubieten sind. Mit dieser Vorschrift beschäftigte sich im vergangenen Jahr der BGH und bestätigte, dass dem Kunden nicht diskriminierend und wirksam verschiedene Zahlungsmöglichkeiten anzubieten sind. Nur konstruierte und theoretisch denkbare Angebote neben einem in einer Online-Bestellung im ersten Schritt alleine angebotenen Lastschriftverfahren genügten dem nicht.¹²⁷ Im entschiedenen Fall musste der Kunde im Online-Bestellvorgang jedenfalls zunächst das Lastschriftverfahren wählen und seine Kontodaten angeben; ohne diese war eine Fortsetzung des Bestellvorgangs nicht möglich.

3. AGB

Mit der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit von AGB in Stromlieferungsverträgen beschäftigte sich etwa das OLG Dresden im vergangenen Jahr.¹²⁸ Dieses beurteilte eine § 17 StromGKV entsprechende Klausel zum Ausschluss von Einwänden gegen Rechnungen in einem Sonderkundenvertrag außerhalb der Grundversorgung als unwirksam. Sie benachteilige die Verbraucher unangemessen i. S. d. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Damit ist für eine weitere Regelung der StromGKV eine unveränderte Übernahme in die Bedingungen im Sondernutzungsverhältnis ausgeschlossen. Die Annahme einer sog. „Leitbildfunktion“ der Grundversorgungsverordnungen hatte der BGH infolge einer entsprechenden EuGH-Entscheidung schon 2013 aufgegeben.¹²⁹ Anders als in der Grundversorgung stünden im Sonderkundenverhältnis die Ziele des § 17 StromGKV, Liquiditätseingänge und daraus folgende Versorgungseinschränkungen

durch die Grundversorger zu vermeiden, nicht im Fokus.¹³⁰ Auch ist zu berücksichtigen, dass der Energieversorger im Sonderkundenverhältnis gerade keiner Kontrahierungspflicht unterliegt.¹³¹ Es muss daher bei den allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen bleiben, die ein derart weitreichendes Recht zur Durchsetzung von Rechnungen nicht vorsehen.

Der BGH hat im vergangenen Jahr entschieden, dass auch ein Energieversorgungsunternehmen sowohl in der Grundversorgung als auch gegenüber Sonderkunden keine pauschalen Mahngebühren oder eine Pauschale für ein Vor-Ort-Inkasso in den Nutzungsbedingungen gegenüber Verbrauchern ansetzen kann. Derartige Regelungen umfassen auch nicht erstattungsfähige Folgekosten, wie Arbeits- und Zeitaufwand für die Abwicklung des Schadens. Dass auch ersatzfähige Positionen in den Pauschalen erhalten sind, führt nicht zu ihrer (Teil-)Wirksamkeit.¹³²

4. Verjährung

Die Verjährungsfrist für eine Vergütung aus einem Stromliefervertrag in der Grundversorgung beginnt nach einer BGH-Entscheidung erst mit Fälligkeit der Forderung gemäß § 17 Abs. 1 S. 1 StromGKV, also nach Abrechnung. Dies gilt nach nunmehr fixierter Auffassung des BGH selbst dann, wenn der Stromversorger die Abrechnungsfristen des § 40 Abs. 4 EnWG nicht einhält.¹³³

5. Schadensersatz wegen Überspannungsschäden

Mit Schadensersatzansprüchen eines Endverbrauchers gegen seinen Energieversorger wegen Überspannungsschäden an Haushaltsgeräten beschäftigte sich das OLG Brandenburg an der Havel. Es verneinte dabei einen Anspruch aus der NAV, da der Energieversorger ein Verschulden widerlegen konnte. Auch dann blieb es aber bei einer Haftung nach § 3 Abs. 1 ProdHaftG, da das Produkt Elektrizität durch die Überspannung fehlerhaft sei und dies den berechtigten Sicherheitsersparungen in das Produkt widerspreche.¹³⁴

VII. Missbrauchsverfahren nach §§ 30 f. EnWG

1. Vorauszahlungen

In einem auf Regelungen des Lieferantenrahmenvertrages gestützten Missbrauchsverfahren beschäftigte sich die

Stromerzeugung/-großhandel, 2019, abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/HandelundVertrieb/Marktueberwachung_REMIT/Leitfaden_Missbrauchsaufsicht.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 12.3.2020).

123 Monopolkommission (Fn. 12), BT-Drs. 19/13440, 1, 6 f. Tz. K3 ff., 15 ff. Tz. 14 ff.

124 Bundesnetzagentur, Pressemitteilung v. 20.2.2019.

125 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.9.2019 – Az. VI-3 Kart 804/18 (V), Rn. 28 ff. (juris), insbesondere Rn. 36 (juris).

126 BGH, NJW-RR 2020, 201, 202 Rn. 13 (Urt. v. 27.11.2019 – Az. VIII ZR 165/18); zum konkludenten Vertragsschluss siehe auch OLG Brandenburg, Urt. v. 9.1.2019 – Az. 7 U 129/17.

127 BGH, NJW-RR 2019, 1205, 1206 f. Rn. 15 ff. (Urt. v. 10.4.2019 – Az. VIII ZR 56/18).

128 OLG Dresden, EnWZ 2020, 12 (Urt. v. 27.9.2019 – Az. 9 U 481/19).

129 BGH, Urt. v. 31.7.2013 – Az. VIII ZR 162/09.

130 OLG Dresden, EnWZ 2020, 12, 14 Rn. 21 (Urt. v. 27.9.2019 – Az. 9 U 481/19).

131 OLG Dresden, EnWZ 2020, 12, 14 Rn. 23 (Urt. v. 27.9.2019 – Az. 9 U 481/19).

132 BGH, EnWZ 2019, 351, 352 Rn. 14 ff. (Urt. v. 26.6.2019 – Az. VIII ZR 95/18); dazu in Vorinstanz OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 8.3.2019 – Az. 1 U 89/17.

133 BGH, EnWZ 2019, 349, 350 Rn. 17, 19 (Urt. v. 17.7.2019 – Az. VIII ZR 224/18).

134 OLG Brandenburg a. d. Havel, Urt. v. 26.2.2019 – Az. 6 U 26/18, Rn. 4, 9 ff. (juris).

Bundesnetzagentur mit der Zulässigkeit von Forderungen nach Entgeltvorauszahlungen: Solche seien zulässig und nicht missbräuchlich, da das betroffene Energielieferunternehmen weder die Veröffentlichung eines Jahresabschlusses gemäß § 325 HGB veranlasste, noch diesen nach Aufforderung durch den Netzbetreiber diesem übersandte.¹³⁵

2. Netzreservekapazitäten

Mit Netzreservekapazitäten beschäftigten sich weitere Missbrauchsverfahren der Bundesnetzagentur. In diesen lehnte die Bundesnetzagentur sowohl einen Anspruch von Netzbetreibern gegen den vorgelagerten Netzbetreiber auf Gewährung/Zugang als auch auf Abrechnung von Netzreservekapazitäten, etwa als Bestandteil des Netzzugangsanspruchs, ab.¹³⁶

3. Kundenanlagen

Der BGH beschäftigte sich im vergangenen Jahr in zwei Entscheidungen mit dem Begriff der Kundenanlage i. S. d. § 3 Nr. 24a EnWG¹³⁷ und bestätigte beide zugrundeliegenden Entscheidungen des OLG Düsseldorf aus dem Jahr 2018¹³⁸. Zunächst wurde damit die Auslegung der Voraussetzung eines „räumlich zusammengehörenden Gebiet[s]“ gemäß § 3 Nr. 24a lit. a EnWG höchstrichterlich präzisiert: Eine öffentliche Straße steht der Annahme eines derart zusammengehörigen Gebietes nicht entgegen, wenn die betroffenen Grundstücke dennoch aneinander angrenzen, nicht verstreut liegen und daher ein geschlossenes und begrenztes Gebiet darstellen.¹³⁹ Darüber hinaus beschäftigte sich der BGH in einer Entscheidung – nach Bestätigung eines weiten Verständnisses in Bezug auf den Netzbegriff¹⁴⁰ – mit der Bedeutung einer Anlage für den Wettbewerb: Nach der Gesamtwürdigung könne eine Anlage wie die vorliegende mit knapp 1000 angeschlossenen Letztverbrauchern und jährlichen Durchleitungsmengen von deutlich über 1000 Megawattstunden (MWh) nicht mehr als für den Wettbewerb unbedeutend eingestuft werden.¹⁴¹

Der BGH bestätigte und konkretisierte überdies die Pflicht des Netzbetreibers, an dessen Netz eine Kundenanlage angeschlossen ist, die notwendigen Zählpunkte zu installieren – zum einen den Summenzähler am Anschluss der Kundenanlage und darüber hinaus auch die bilanzierungsrelevanten Unterzähler innerhalb der Kundenanlage.¹⁴²

VIII. Konzessionen

Umfangreiche Rechtsprechung erging auch im vergangenen Jahr in Bezug auf die Konzessionsvergabe.

Eine wesentliche Entscheidung im Kontext der zunehmenden Rekommunalisierung traf im vergangenen Jahr das KG: Die Beteiligung kommunaler Eigenbetriebe an einem Konzessionsvergabeverfahren sei „grundsätzlich möglich“, wenn das Neutralitätsgebot strikt durch eine saubere organisatorische und personelle Trennung gewahrt ist. Alleine der politische Wille einer Rekommunalisierung verletze das Neutralitätsgebot noch nicht.¹⁴³

Was die Auswahl der Zuschlagskriterien für eine Konzession anbelangt, stärkte das OLG Frankfurt am Main die Gemeinden: Sie dürfen das energiewirtschaftliche Ziel einer möglichst sicheren Versorgung bei der Auswahl des Konzessionärs deutlich höher gewichten als das künftige Netznutzungsentgelt und damit den Preis der Versorgung.¹⁴⁴ Mehr noch: Dieses Ziel muss eine bedeutende Rolle spielen, eine Berücksichtigung zu 16% wurde als unzulässige Mindergewichtung eingeordnet.¹⁴⁵ Alleine auf das Ziel der sicheren Versorgung abzustellen ist dagegen nicht zulässig. Das LG Dortmund kam in einem solchen Fall zur Nichtigkeit eines Konzessionsvertrages nach § 134 BGB. Neben diesem Fehler in der Gestaltung des

Kriterienkatalogs wurden zudem erfolgreich Fehler bei der Bewertungsmethode gerügt, die nicht hinreichend transparent vorab bekanntgemacht worden war.¹⁴⁶

Ein Konzessionsvergabeverfahren kann im einstweiligen Rechtsschutz unter den Voraussetzungen des § 47 Abs. 5 EnWG gestoppt werden. Dies begründet keine nur summarische, sondern eine umfassende gerichtliche Kontrolle.¹⁴⁷ Welche Anforderungen dazu an eine Nichtabhilfe der Gemeinde zu stellen sind, beschäftigte im vergangenen Jahr das LG Dortmund: Übermittelt eine Gemeinde nach gerügten Unklarheiten eine „Klarstellung“, so kann dies auch ohne entsprechende Bezeichnung als Abhilfe eingestuft werden, wenn die Unklarheiten damit beseitigt werden. Dies gilt selbst dann, wenn die Gemeinde erläutert, sie wolle den Rügen „nicht abhelfen“. ¹⁴⁸ In einer anderen Entscheidung wird konkretisiert, wann eine Unklarheit einen nur unerheblichen Fehler darstellt und eine Rüge schon daher nicht erfolgreich tragen kann. Entscheidend kommt es danach auf die vom objektiven Empfängerhorizont aus zu beurteilende Transparenz der Unterlagen an.¹⁴⁹ Zur Wahrung der Frist des § 47 Abs. 5 EnWG muss die Rüge unmissverständlich in die Antragsschrift aufgenommen werden.¹⁵⁰

Eine Zurückversetzung des Verfahrens zur Fehlerbehebung ist auch im Rahmen des Konzessionsverfahrens zulässig, soweit sie nicht im Einzelfall diskriminierend wirkt.¹⁵¹

IX. Verfahrensrechtliche und prozessuale Vorgaben nach dem EnWG

1. Anwendbarkeit unionsrechtswidriger Normen?

Der BGH äußerte sich im vergangenen Jahr auch grundsätzlich zur Folge eines Verstoßes regulatorischer Normen gegen das EU-Recht. Danach sind derartige Normen regelmäßig nicht nichtig, wohl aber ist der Anwendungsvorrang des EU-Rechts zu beachten, u. U. kann es zu einer unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinienvorschriften kommen.¹⁵² Eine solche unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinienvorgabe verneinte der BGH für die Frage der Zulässigkeit eines normativen Regulierungsrahmens: Nach den Vorgaben der Elektrizitätsrichtlinie 2009/72/EG dürfen Entscheidungen der Regulierungsbehörde nur bis zu einem bestimmten Detaillierungsgrad

135 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 25.6.2019 – Az. BK6-18-264, insbesondere S. 10 f.

136 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 13.8.2019 – Az. BK8-19/00260-M1; Beschl. v. 3.9.2019 – Az. BK8-19/03764-M1; siehe auch die Verfahren zu den Az. BK8-19-03764-M2 und BK8-19-03764-M3.

137 BGH, Beschl. v. 12.11.2019 – Az. EnVR 65/18; Beschl. v. 12.11.2019 – Az. EnVR 66/18.

138 OLG Düsseldorf, RdE 2018, 376 (Beschl. v. 13.6.2018 – Az. VI-3 Kart 48/17 [V]); EnWZ 2018, 371 (Beschl. v. 13.6.2018 – Az. VI-3 Kart 77/17 [V]); vgl. auch *Schreiber*, N&R 2019, 66, 73 f.

139 BGH, Beschl. v. 12.11.2019 – Az. EnVR 65/18, Rn. 23 ff.; Beschl. v. 12.11.2019 – Az. EnVR 66/18, Rn. 20 ff.

140 BGH, Beschl. v. 12.11.2019 – Az. EnVR 65/18, Rn. 21.

141 BGH, Beschl. v. 12.11.2019 – Az. EnVR 65/18, Rn. 34.

142 BGH, Beschl. v. 12.11.2019 – Az. EnVR 65/18, Rn. 17; Beschl. v. 12.11.2019 – Az. EnVR 66/18, Rn. 17.

143 KG, N&R 2019, 222, 224 f. (Urt. v. 4.4.2019 – Az. 2 U 5/15 [Kart]).

144 OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 10.12.2019 – Az. 11 U 118/19 (Kart), Rn. 77, 88, 111 (juris).

145 KG, N&R 2019, 222, 226 (Urt. v. 4.4.2019 – Az. 2 U 5/15 [Kart]).

146 LG Dortmund, Urt. v. 24.7.2019 – Az. 10 O 52/17 EnW.

147 OLG Koblenz, Urt. v. 28.8.2019 – Az. 6 U 109/18 Kart, Rn. 99 (juris).

148 LG Dortmund, Urt. v. 8.10.2019 – Az. 13 O 10/19 EnW, Rn. 51 f. (juris).

149 OLG Celle, EnWZ 2019, 408, 409 Rn. 15 ff. (Urt. v. 12.9.2019 – Az. 13 U 41/19 [Kart]).

150 OLG Stuttgart, ZNER 2019, 334, 336 [dort unzutreffendes Urteilsdatum angegeben] (Urt. v. 6.6.2019 – Az. 2 U 218/18).

151 OLG Celle, EnWZ 2019, 408, 408 Rn. 8 ff. (Urt. v. 12.9.2019 – Az. 13 U 41/19 [Kart]).

152 BGH, N&R 2020, 103, 106 Rn. 60 ff. (Beschl. v. 8.10.2019 – Az. EnVR 58/18) (in diesem Heft).

durch normative Vorgaben eingeschränkt werden. Unmittelbar anwendbar ist diese Richtlinienvorgabe indes nicht: Ihr fehlt es nach Ansicht des BGH schon an einer Begründung von Rechten Einzelner.¹⁵³ Im Ausgangspunkt aber ging der BGH ohnehin davon aus, dass die nationalen Regelungen im Einklang mit den Richtlinienvorschriften stünden.¹⁵⁴

2. Feststellung als Minus zur Abstellungsanordnung

Die Bundesnetzagentur ist nach § 65 Abs. 1 S. 1 EnWG unter bestimmten Voraussetzungen dazu befugt, Unternehmen zu verpflichten, „ein Verhalten abzustellen“. Dies umfasst auch die Befugnis, einen rechtswidrigen Zustand schlicht festzustellen, wenn die Bundesnetzagentur davon ausgehen kann, dass dies ausreicht, um einen rechtsfehlerfreien Zustand herbeizuführen.¹⁵⁵

3. Rückwirkende Änderung einer Festlegung nach § 29 EnWG

Eine rückwirkende Änderung einer Festlegung nach § 29 Abs. 1 EnWG, die aufgrund durch spätere Rechtsprechung erkannte Rechtswidrigkeit der ursprünglichen Festlegung gewollt ist, kann nur auf Grundlage des § 48 VwVfG erfolgen. § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG dient dagegen einer flexiblen Anpassung der Festlegung an veränderte tatsächliche oder rechtliche Umstände. Um solche handelt es sich aber nicht, wenn durch spätere Rechtsprechung bekannt wird, dass eine Festlegung von Anfang an rechtswidrig war.¹⁵⁶

In einer anderen Entscheidung betonte der BGH nochmals, dass Änderungen nach § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG keine unzulässige Rückwirkung entfalten dürfen. Zu prüfen sind dabei nach allgemeinen Kriterien insbesondere Vertrauensschutzgesichtspunkte.¹⁵⁷

4. Veröffentlichung von Netzbetreiberdaten – Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

Auch in diesem Jahr beschäftigte das Thema Transparenz wieder die Gerichte. In seiner Entscheidung „Veröffentlichung von Daten II“ beschäftigte sich der BGH mit dem Umfang der regulierungsbehördlichen Befugnis, ihr zugänglich gemachte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse offenzulegen.¹⁵⁸ Mit seinem Beschluss änderte der BGH in einem Punkt seine Entscheidung zu § 31 ARegV vom 11. Dezember 2018¹⁵⁹: Entgegen seiner damaligen Entscheidung sei die Veröffentlichung der Informationen zum Regulierungskonto gemäß § 31 Abs. 1 Nr. 3 ARegV doch zulässig.¹⁶⁰ Dabei bleibt der BGH dabei, dass § 31 ARegV keine ausreichende Rechtsgrundlage zur Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen darstellt, wohl aber eine ausreichende Grundlage für die Veröffentlichung unternehmensbezogener Daten enthält.¹⁶¹ Allerdings kommt der BGH nunmehr zu dem Ergebnis, dass es sich auch beim Saldo des Regulierungskontos nicht um ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis handelt; dies hatte er 2018 noch anders bewertet. Wesentlicher Aspekt ist dabei die in den Saldo einfließende Absatzmenge, da über das Regulierungskonto etwaige Mehr- oder Mindereinnahmen ausgeglichen werden. Die tatsächlich abgesetzten Mengen sind dem Grund nach ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis. Allerdings sieht der BGH kein berechtigtes Interesse mehr an einer Nichtveröffentlichung dieser Daten, zumal die im Kalenderjahr entnommene Jahresarbeit pro Netz- und Umspannebene nach § 27 Abs. 2 Nr. 3 StromNEV im Internet zu veröffentlichen ist und über die weiteren in das Saldo des Regulierungskontos einfließenden Umstände nur eine unsichere Abschätzung der Absatzmengen des vergangenen Jahres möglich wäre.¹⁶²

Von allgemeiner Relevanz ist schließlich die Präzisierung des BGH zum Prüfprogramm und der Darlegungslast: Bei der

Prüfung, ob eine Information als schützenswertes Betriebs- und Geschäftsgeheimnis zu qualifizieren ist, müssen die einzelnen Prüfschritte sauber voneinander getrennt werden. Auf Tatbestandsebene ist das berechnete Geheimhaltungsinteresse zu prüfen, ohne dass an dessen Darlegung besonders hohe Anforderungen gestellt werden dürfen. Ein Ausgleich findet erst auf Ebene der Abwägung widerstreitender Interessen statt, soweit die konkrete Norm dem zugänglich ist.¹⁶³

Die Bundesnetzagentur hat im vergangenen Jahr ein aktuelles Hinweispapier zu Umfang und Reichweite zulässiger Schwärzungen veröffentlicht, das die BGH-Entscheidung vom 11. Dezember 2018 berücksichtigt.¹⁶⁴ Das vorherige Hinweispapier von 2017 wurde unter dem Eindruck der BGH-Entscheidung grundlegend überarbeitet.

5. Mündliche Verhandlung im Beschwerdeverfahren

Eine unzulässige Beschwerde kann im Einklang mit § 81 Abs. 1 EnWG auch ohne mündliche Verhandlung verworfen werden, da eine solche Verhandlung nur für eine Entscheidung „über die Beschwerde“ vorgesehen ist und damit nicht für die bloße Verwerfung als unzulässig. Dies bestätigte das OLG Düsseldorf im vergangenen Jahr.¹⁶⁵

X. Erneuerbare Energien

Für Aufsehen in der Branche sorgte ein Urteil des EuGH vom 28. März 2019, der – anders als zuvor Kommission¹⁶⁶ und EuG¹⁶⁷ – das Fördersystem um die EEG-Umlage nach EEG 2012 nicht als Beihilfe i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV qualifizierte. Nach der Entscheidung des EuGH fehlte der Umlage der für eine Qualifikation als Beihilfe notwendige staatliche Einfluss.¹⁶⁸

Der BGH hat erneut bestätigt, dass ein Anlagenbetreiber, der Fördermittel nach dem EEG in Anspruch nehmen will, sich umfassend über die geltende Rechtslage und Förder Voraussetzungen informieren muss. Irrtümer oder

153 BGH, N&R 2020, 103, 106 Rn. 70 ff. (Beschl. v. 8.10.2019 – Az. EnVR 58/18) (in diesem Heft).

154 BGH, N&R 2020, 103, 109 f. Rn. 17 ff. (Beschl. v. 8.10.2019 – Az. EnVR 58/18) (in diesem Heft).

155 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.11.2019 – Az. V-3 Kart 801/18 (V), Rn. 56 ff. (juris).

156 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.9.2019 – Az. VI-3 Kart 486/18 (V), Rn. 55 ff. (juris).

157 BGH, RdE 2019, 230, 231 Rn. 11 (Beschl. v. 26.2.2019 – Az. EnVZ 87/18).

158 BGH, N&R 2020, 98 (Beschl. v. 8.10.2019 – Az. EnVR 12/18) (in diesem Heft).

159 BGH, N&R 2019, 92 (Beschl. v. 11.12.2018 – Az. EnVR 1/18); dazu Schreiber, N&R 2019, 66, 75.

160 BGH, N&R 2020, 98, 100 f. Rn. 30 ff. (Beschl. v. 8.10.2019 – Az. EnVR 12/18) (in diesem Heft).

161 BGH, N&R 2020, 98, 99 f. Rn. 22 (Beschl. v. 8.10.2019 – Az. EnVR 12/18) (in diesem Heft).

162 BGH, N&R 2020, 98, 100 f. Rn. 32 f. (Beschl. v. 8.10.2019 – Az. EnVR 12/18) (in diesem Heft).

163 BGH, N&R 2020, 98, 99 f. Rn. 22, 24, 27 (Beschl. v. 8.10.2019 – Az. EnVR 12/18) (in diesem Heft).

164 Bundesnetzagentur, Hinweispapier „Umgang und Reichweite zulässiger Schwärzungen bei der Veröffentlichung von Entscheidungen der Bundesnetzagentur in den Bereichen Elektrizität und Gas“, Stand: 22.3.2019, abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/ShareDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/Netzentgelte/Transparenz/Hinweispaap_Schwaerz_JP2019.pdf?_blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 12.3.2020). Berücksichtigt wird darin BGH, N&R 2019, 92 (Beschl. v. 11.12.2018 – Az. EnVR 1/18).

165 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.1.2019 – Az. 3 Kart 902/18 (V).

166 Kommission, Beschluss (EU) 2015/1585 – Beihilfe SA.33995 (2013/C) (ex 2013/NN), ABl. EU 2015 L 250, 122.

167 EuG, ECLI:EU:T:2016:281 (Urt. v. 10.5.2016 – Rs. T-47/15).

168 EuGH, N&R 2019, 171 = ECLI:EU:C:2019:268 (Urt. v. 28.3.2019 – Rs. C-405/16 P); näher Klotz/Hofmann, N&R 2020, 2, 3.

unzureichende Informationen gehen zulasten des Anlagenbetreibers.¹⁶⁹

Das VG Frankfurt am Main entschied zu den besonderen Ausgleichsregelungen des EEG für stromkostenintensive Unternehmen, über die eine Begrenzung der EEG-Umlage erreicht werden kann, dass diese nicht im einstweiligen Rechtsschutzverfahren durchsetzbar seien. Eine besondere Eilbedürftigkeit, weil ohne schnelle Realisierung der EEG-Umlagenbegrenzung eine existenzbedrohende Situation eintrete, sei nicht berücksichtigungsfähig. Denn die besonderen Ausgleichsregelungen bezweckten nicht, ein ansonsten nicht wettbewerbsfähiges Unternehmen in ein solches zu verwandeln.¹⁷⁰ Eine vorläufige Regelung ist im Bereich der besonderen Ausgleichsregelungen nur für Neugründungen vorgesehen, für die ein unter dem Vorbehalt der nachträglichen Überprüfung stehender Begrenzungsbescheid nach § 64 Abs. 4 EEG 2017 ergehen kann. Dies ist nach Auffassung des VG Frankfurt am Main der einzige Anwendungsfall einer vorläufigen Regelung im Bereich der besonderen Ausgleichsregelungen. Eine analoge Anwendung auf andere Regelungsbereiche verbiete sich bereits aufgrund der gebotenen restriktiven Auslegung der besonderen Ausgleichsregelungen, da jede Begrenzung der EEG-Umlage zulasten der übrigen Stromverbraucher geht.¹⁷¹

Verfahrensrechtlich erwähnenswert ist eine weitere Entscheidung des VG Frankfurt am Main mit Blick auf den Zustellzeitpunkt eines Dokuments im vom Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) genutzten elektronischen Portal der Elektronischen Antragserfassung und -kommunikation (ELAN-K2): Es kommt danach darauf an, wann die Unterlagen so in den Machtbereich der Behörde gelangen, dass diese unter normalen Umständen davon Kenntnis nehmen kann.¹⁷² Werden Dokumente über das ELAN-K2-Portal hochgeladen, muss der Antragsteller sich vergewissern, dass alle Dokumente dort

nach dem Ladevorgang auch online verfügbar sind – erhält er eine Fehlermeldung, darf er davon nicht ausgehen.¹⁷³

XI. Anstehende Entwicklungen im Jahr 2020

Die fortschreitende Energiewende und insbesondere der dafür notwendige Netzausbau werden auch im Jahr 2020 bestimmenden Einfluss behalten. Es bleibt abzuwarten, ob die Gesetzesänderungen insbesondere im NABEG die bezweckte Beschleunigung werden bewirken können. Aber auch am anderen Ende der Wertschöpfungskette sind hier maßgebliche Entwicklungen zu erwarten, so etwa im Bereich der nunmehr auch von der Monopolkommission näher betrachteten Ladesäuleninfrastruktur.¹⁷⁴ Weitere Entwicklungen in der Branche werden durch die Digitalisierung bewirkt werden; hier wird auch die Bundesnetzagentur ihren Dialog mit der Branche fortsetzen.

Im engen regulatorischen Bereich schließlich kann mit Spannung die Entscheidung des BGH zum generellen sektoralen Produktivitätsfaktor der dritten Regulierungsperiode erwartet werden, der in diesem oder u. U. auch erst im nächsten Jahr die Aufhebung der zugrundeliegenden Festlegung der Bundesnetzagentur durch das OLG Düsseldorf wird überprüfen müssen.

169 BGH, EnWZ 2019, 304, 308 f. Rn. 65 f. (Urt. v. 15.5.2019 – Az. VIII ZR 134/18).

170 VG Frankfurt a. M., Beschl. v. 27.11.2019 – Az. 5 L 3108/19.F, Rn. 37 ff. (juris).

171 VG Frankfurt a. M., Beschl. v. 27.11.2019 – Az. 5 L 3108/19.F, Rn. 39 (juris).

172 VG Frankfurt a. M., Urt. v. 30.10.2019 – Az. 5 K 1161/18.F, Rn. 24 (juris).

173 VG Frankfurt a. M., Urt. v. 30.10.2019 – Az. 5 K 1161/18.F, Rn. 27 (juris).

174 Siehe oben, in Fn. 14.

Dr. Oliver Franz*

Die Regelungen zur Migration von herkömmlichen Infrastrukturen nach Art. 81 des Kommunikationskodex

Eine Analyse vor dem Hintergrund ökonomischer Überlegungen zu den Anreizen bei einem „Kupferausstieg“

Der Übergang in die Gigabit-Gesellschaft wird mittel- und jedenfalls langfristig einen Abschied von der bisher flächendeckend verfügbaren, aber technisch limitierten Kupferinfrastruktur in den Telekommunikationsnetzen zur Folge haben. Mit Art. 81 des Kommunikationskodex hat der Unionsgesetzgeber spezifische Regelungen geschaffen, die sich mit den Herausforderungen eines derartigen „Kupferausstiegs“ („Copper-switch-off“) verbinden. Der Beitrag analysiert die betreffenden Vorgaben und den ökonomischen Hintergrund der in Betracht kommenden Ausstiegsszenarien.

I. Einleitung

Mit der Richtlinie (EU) 2018/1972 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Kommunikationskodex) hat die EU den rechtlichen Rahmen für

elektronische Kommunikationsnetze und -dienste inkl. zugehöriger Einrichtungen und zugehöriger Dienste sowie für bestimmte Aspekte in Bezug auf Endeinrichtungen im vergangenen Jahr neu geordnet und damit zugleich diverse Richtlinien ersetzt und materiell neu gefasst.¹

Der vorliegende Beitrag fokussiert mit Art. 81 auf eine einzelne Vorschrift des neuen Kodex, die allerdings für den künftigen Infrastrukturwettbewerb in Deutschland vor allem in dynamischer Hinsicht, d. h. in den kommenden zehn bis 15 Jahren, eine hohe Bedeutung entwickeln wird. Dabei wird die im Laufe

* Der Verfasser dankt Herrn Prof. Dr. Nico Grove für wertvolle Anmerkungen, Hinweise und Diskussion. Alle Inhalte und ggf. verbleibenden Fehler liegen gleichwohl in der alleinigen Verantwortung des Verfassers.

1 Im Wesentlichen waren dies die Zugangsrichtlinie 2002/19/EG, die Genehmigungsrichtlinie 2002/20/EG, die Rahmenrichtlinie 2002/21/EG und die Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG.