

N&R

Netzwirtschaften & Recht

Energie, Telekommunikation,
Verkehr und andere Netzwirtschaften

2/2021

S. 65–128

18. Jahrgang

Herausgegeben von

Achim Berg
Wilhelm Eschweiler
Peter Franke
Andrees Gentzsch
Martin Henke
Jochen Homann
Alexander Kirschall
Wolfgang Kopf
Stephan Korehnke
Matthias Kurth
Jochen Mohr
Andreas Mundt
Birgit Ortlieb
Stefan Richter
Franz Jürgen Säcker
Christian Seyfert

Geschäftsführender

Herausgeber

Christian Koenig

Schriftleitung

Institut für das Recht
der Netzwirtschaften,
Informations- und
Kommunikations-
technologie (IRNIK)
www.nundr.net

- | | |
|---|-----|
| ■ <i>Hubert Aiwanger</i>
Die Rolle der Bundesländer als Träger
der Energiewende vor Ort bei der Verbindung
von Klimaschutz und wirtschaftlichem Wachstum | 65 |
| ■ <i>Bernhard Kreße</i>
Kohleausstieg und Ausgleichszahlung | 66 |
| ■ <i>Kristina Schreiber</i>
Das Energiewirtschaftsrecht im Jahr 2020 | 77 |
| ■ <i>Frank P. Maier-Rigaud/Ulrich Schwalbe/
Claudia L. Beckmann</i>
Erheblichkeitszuschläge: Fremdkörper
in der Regulierungspraxis? | 87 |
| ■ <i>Bastian Reuße/Till Karrer</i>
Die Auswirkungen der TKG-Novelle
auf Ansprüche und Pflichten nach dem DigiNetzG | 90 |
| ■ <i>Georg Speck</i>
Darf die Straßenbahn den Regional-
verkehr bedienen? | 95 |
| ■ <i>Erik Staebe</i>
Zur Weiterentwicklung des Eisenbahn-
regulierungsrechts | 104 |
| ■ <i>Lorenz Wachinger</i>
Never-ending story? Der Streit um die „Altentgelte“
geht in die nächste Runde | 110 |

Ständigen Internationalen Gerichtshofs durch Schiedsgerichte, nach welcher *restitutio in integrum* („full compensation“¹⁸⁰) einschließlich entgangenen Gewinns zu leisten ist, so dass – anders als nach den Entschädigungsstandards deutschen Rechts für Eingriffe in das Eigentum und nach den europarechtlichen Entschädigungsstandards im Zusammenhang mit Regelungen der Benutzung des Eigentums – im Grundsatz keine Abschläge vom ermittelten Unternehmens- oder Investitionswert durchzuführen sind. Das ist durchaus schlüssig, weil Kompensationszahlungen im Zusammenhang mit Verletzungen des Art. 10 Abs. 1 ECT den Charakter von Schadensersatzleistungen für rechtswidriges Handeln¹⁸¹ haben. Eben dies ist bei den eigentumsbezogenen Entschädigungsleistungen nach deutschem Verfassungs- und europäischem Menschenrechtskonventionsrecht anders: Insoweit soll nur ein Sonderopfer ausgeglichen werden, so dass, wie dargelegt, ein vollumfänglicher Schadensersatz gerade nicht verlangt werden kann. Auch das „Chorzów Factory“-Urteil differenziert im Übrigen sehr klar zwischen Schadensersatz („reparation“/„réparation“)¹⁸² für rechtswidriges Handeln im Sinne einer „seizure of property“ bzw. „mainmise sur des biens“¹⁸³ und der „gerechten Ausgleichszahlung“ („fair compensation“/„indemnité équitable“), die zur Herstellung der Rechtmäßigkeit einer Enteignung („expropriation“) erforderlich ist.¹⁸⁴

Nach deutschem und europäischem Recht sowie in der Praxis der Schiedsgerichte ist für die Bemessung der Entschädigung zunächst der Wert des Unternehmens oder der Investition,

bezüglich derer der Eingriff erfolgt, zu ermitteln. Dies erfolgt im deutschen und europäischen Recht im Wesentlichen nach der Ertragswertmethode, in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit hat sich hingegen weitgehend die DCF-Methode durchgesetzt, die freilich ebenso wie die Ertragswertmethode bei den potentiellen Überschüssen ansetzt, die erwirtschaftet werden können. Das Risiko von Marktveränderungen und das Bestehen von regulatorischen Unsicherheiten können Einfluss auf den Wert des Unternehmens oder der Investition haben. Dies gilt jedenfalls nach deutscher wie nach europäischer Rechtslage. Auch in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ist dies grundsätzlich möglich, wobei jedoch keine einheitliche Entscheidungspraxis der Schiedsgerichte existiert.

180 Z. B. International Centre for Settlement of Investment Disputes, Entscheidung v. 16.5.2018 – ICSID Case No. ARB/14/1, Rn. 565 – *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A./Spanien*.

181 Vgl. International Centre for Settlement of Investment Disputes, Entscheidung v. 4.9.2020 – ICSID Case No. ARB/15/20, Rn. 380 – *Eskosol S. p. A. in liquidazione/Italien*.

182 IStGHE Series A. Nr. 17 (1928), S. 47 (Urt. v. 13.9.1928 – No. 13) – *The Factory At Chorzów*.

183 IStGHE Series A. Nr. 17 (1928), S. 46 (Urt. v. 13.9.1928 – No. 13) – *The Factory At Chorzów*.

184 IStGHE Series A. Nr. 17 (1928), S. 46 (Urt. v. 13.9.1928 – No. 13) – *The Factory At Chorzów*; vgl. ausführlich Krönke, ZaöRV 76 (2016), 97, 106 ff.

Dr. Kristina Schreiber

Das Energiewirtschaftsrecht im Jahr 2020

Auch das Energiewirtschaftsrecht war im Jahr 2020 durch die Auswirkungen der Corona-Pandemie geprägt. Zum einen führten diese zu diversen Sonderregelungen. Zum anderen zeigen sich die Auswirkungen in einer vergleichsweise niedrigen Zahl an Gerichtsentscheidungen zum Energiewirtschaftsrecht im vergangenen Jahr, verglichen mit den Jahren zuvor. Dennoch sind auch für das vergangene Jahr wesentliche Entwicklungen im Energiewirtschaftsrecht zu berichten. Überlagert werden diese Regulierungsentwicklungen durch das anhängige EuGH-Verfahren um die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden in Deutschland, in dem im vergangenen Jahr mündlich verhandelt wurde und im Jahr 2021 eine Entscheidung erwartet wird. Wesentliche Veränderungen ergeben sich aus den fortdauernden Herausforderungen der Energiewende – Ziel etlicher neuer Ansätze ist es, eben diese Herausforderungen zu meistern, erneut angetrieben durch verschärfte Ziele zur Reduktion von Treibhausgasen. Und auch zu regulatorischen Themen im engeren Sinn, etwa in der Netzentgeltregulierung, brachte 2020 berichtenswerte Entscheidungen.

I. Entwicklung der Energiemärkte

1. Corona-Pandemie

Das Jahr 2020 wurde in allen Lebens- und Wirtschaftsbereichen durch die Auswirkungen der Corona-Pandemie geprägt, dies gilt auch für die Regulierung der Energiemärkte: Mit der Verordnung zur Umsetzung pandemiebedingter und weiterer Anpassungen in Rechtsverordnungen auf Grundlage des EnWG vom 30. Oktober 2020 wurden die StromNEV, die NAV und die

NDAV mit Wirkung zum 6. November 2020 geändert.¹ Während die Änderungen von NAV und NDAV primär dem Bürokratieabbau dienen – Schriftformerfordernisse werden zugunsten der Textform gestrichen –, erfährt die StromNEV zwei materielle Änderungen: Zum einen ist mit Blick auf die ohnehin anstehenden Änderungen des Energiewirtschaftsrechts² in § 32 Abs. 10 StromNEV eine Übergangsregelung für individuelle Netzentgelte eingefügt worden. Unternehmen, die für 2019 die Voraussetzungen für individuelle Netzentgelte erfüllt haben, sollen die Prüfung für 2020 auf die Berechnungsparameter des Jahres 2019 beziehen dürfen. Zum anderen wird das „Pooling“ nach § 17 Abs. 2a StromNEV um eine Regelung für den Transit ergänzt: Ein solcher liegt nach der neuen Legaldefinition vor, „wenn innerhalb des zeitgleichen Messintervalls der Lastgangzählung dieselbe Energiemenge aus einer Entnahmestelle entnommen und zumindest teilweise über eine andere, galvanisch verbundene Entnahmestelle abgegeben wird“ (§ 17 Abs. 2a S. 6 StromNEV).

Zuvor war bereits als Reaktion auf die Corona-Pandemie das Gesetz zur Sicherstellung ordnungsgemäßer Planungs- und Genehmigungsverfahren während der COVID-19-Pandemie (Planungssicherstellungsgesetz, PlanSiG) verabschiedet worden.³ Mit dem Gesetz sollen formwahrende Alternativen für

1 BGBl. I 2020, 2269.

2 Am 10.2.2021 wurde von der Bundesregierung der entsprechende Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und zur Regelung reiner Wasserstoffnetze im Energiewirtschaftsrecht beschlossen (BR-Drs. 165/21).

3 BGBl. I 2020, 1041.

Verfahrensschritte in Planungs- und Genehmigungsverfahren sowie in besonderen Entscheidungsverfahren geschaffen werden, bei denen sonst die Verfahrensberechtigten zur Wahrnehmung ihrer Beteiligungsrechte physisch anwesend sein und sich in großer Zahl zusammenfinden müssten.⁴ Alternativ werden etwa Online-Konsultationen, Telefon- oder Videokonferenzen ermöglicht.⁵ Die Änderungen gelten gemäß § 1 Nr. 9, 10 PlanSiG auch für das EnWG und das NABEG. Die Regelungen sind befristet bis zum 31. März 2021 bzw. zum 31. März 2025.

Durch die Corona-Pandemie bedingte Verzögerungen sollen zudem bei Antragstellungen bzw. Meldefristen unter dem EEG und EnWG nicht zu Nachteilen führen; geändert wurden dafür die Vorgaben zur Antragstellung für die Besondere Ausgleichsregelung unter dem EEG und die Realisierungsfristen sowie Vorgaben zur Fälligkeit von Pönalen bei Erneuerbare-Energien-Anlagen.⁶

2. Normierende Regulierung vor dem EuGH

Das System der normierenden Regulierung in seiner in Deutschland gewählten Ausgestaltung steht aktuell auf dem Prüfstand des EuGH: Die Europäische Kommission hat ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet, u. a. da dieses System mit den Vorgaben für die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde aus den Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarkttrichtlinien nicht vereinbar sei.⁷ Nachdem in dem Verfahren am 15. Oktober 2020 mündlich verhandelt wurde, veröffentlichte der Generalanwalt am 14. Januar 2021 seine Schlussanträge und bestätigte die Bedenken der Kommission: Die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde dürfe auch nicht durch Gesetze des Parlaments oder Verordnungen eingeschränkt werden.⁸ Die Entscheidung des EuGH wird im Frühjahr 2021 erwartet.

3. Strategie zur Reduktion der Treibhausgasemissionen

Fahrt aufgenommen hat im vergangenen Jahr auf EU-Ebene die Erarbeitung strategischer wie rechtlicher Grundlagen für die Reduktion der Treibhausgasemissionen in Umsetzung des sog. „Green Deal“, der „Grünen Vereinbarung“.⁹ Veröffentlicht wurden dazu von der Kommission drei Mitteilungen zur Wasserstoffstrategie¹⁰, zur Energiesystemintegration¹¹ sowie zur Verringerung der Methanemissionen¹². Überarbeitet wird in diesem Kontext aktuell auch die Verordnung (EU) Nr. 347/2013 zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur, die sog. TEN-E-Verordnung¹³, um diese zu modernisieren und an die Strategie zur Reduktion der Treibhausgasemissionen anzupassen. Gerade Wasserstoff wird als ein Schlüsselement der Energiewende angesehen; auch im nationalen Rahmen wurde im vergangenen Jahr eine entsprechende Wasserstoffstrategie vorgelegt.¹⁴

Eingeleitet hat die Kommission im vergangenen Jahr die Konsultation zu einer Evaluation der Erneuerbare-Energien-Richtlinie (EU) 2018/2001 sowie der Energieeffizienzrichtlinie (EU) 2018/2002: Im Lichte der EU-Strategie, die Emissionen deutlich zu senken, sollen beide Richtlinien überprüft und ggf. überarbeitet werden.¹⁵

4. Änderungen des EnWG

Gleich mehrfach geändert wurde das EnWG im Jahr 2020, zuletzt mit Gesetz vom 21. Dezember 2020 mit weiteren Vorgaben zum Marktstammdatenregister.¹⁶ Wenige Tage zuvor waren durch das Gesetz zur Änderung des Windenergie-auf-See-Gesetzes und anderer Vorschriften die §§ 17d, 43e EnWG und damit Vorgaben zum Netzausbau aktualisiert worden.¹⁷

Zur Umsetzung der Art. 31 Abs. 6 bis 8 und Art. 40 Abs. 5 bis 7 i. V. m. Abs. 1 und 4 der Elektrizitätsrichtlinie (EU) 2019/944 ist mit Gesetz vom 22. November 2020¹⁸ § 12h EnWG geschaffen worden, durch den in erster Linie Übertragungs- und Verteilnetzbetreiber verpflichtet werden, nicht frequenzgebundene Systemdienstleistungen in einem transparenten, diskriminierungsfreien und marktgestützten Verfahren zu beschaffen. Durch die mit der Änderung verbundene Einführung von transparenten und diskriminierungsfreien und marktgestützten Verfahren soll die Erbringung der Systemdienstleistungen für alle Marktteilnehmer geöffnet werden.¹⁹ Eine umfassendere Novellierung des EnWG zur Umsetzung der Vorgaben der Elektrizitätsrichtlinie (EU) 2019/944 im Übrigen steht im Jahr 2021 an.²⁰

Schließlich führte Art. 4 des Kohleausstiegsgesetzes²¹ auch zu Änderungen des EnWG, etwa in § 24a EnWG mit Regelungen zur Angleichung der Bundeszuschüsse.

5. Szenariorahmen 2021 bis 2035 bzw. 2040

Aufgrund zunehmender Sektorenkoppelung gehen Übertragungsnetzbetreiber insgesamt von der Zunahme des Stromverbrauchs aus. Trotz umfassender Effizienzmaßnahmen steigt der Verbrauch durch neue Stromwendungen in allen Sektoren. Die Bundesnetzagentur teilte mit, dass als Lösung die Steuerung des Verbraucherverhaltens, die Flexibilisierung des Betriebs von Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung (KWK) und Batteriespeicher unterschiedlichster Leistungsklassen dienen sollen.²² Der Szenariorahmen enthält insgesamt drei Szenarien für den Zeitraum von 2021 bis 2035 und ein Szenario für eine Zeitspanne von 10 bis 15 Jahren bis 2040. Der Fokus wird bei den Szenarien besonders auf den Kohleausstieg gelegt. Sie beinhalten einerseits netzorientierte Regionalisierungen von Erzeugungsanlagen oder Verbrauchern wie etwa „On-Shore“-Windenergieanlagen oder Photovoltaik (PV)-Anlagen und andererseits netzorientiertes Einsatzverhalten wie das

4 Begründung zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, BT-Drs. 19/18965, 9.

5 Vorblatt zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, BT-Drs. 19/18965, 1, 2.

6 Vorblatt zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, BT-Drs. 19/18964, 1, 2; verkündet in BGBl. I 2020, 1070.

7 Die Klage der Kommission v. 16.11.2018 ist beim EuGH anhängig als Rs. C-718/18.

8 GA Pitruzzella, ECLI:EU:C:2021:20, Rn. 98 ff., insbesondere Rn. 106 (Schlussanträge v. 14.1.2021 – Rs. C-718/18).

9 Kommission, Mitteilung „Der europäische Grüne Deal“, COM (2019) 640 final.

10 Kommission, Mitteilung „Eine Wasserstoffstrategie für ein klimaneutrales Europa“, COM (2020) 301 final.

11 Kommission, Mitteilung „Förderung einer klimaneutralen Wirtschaft: Eine EU-Strategie zur Integration des Energiesystems“, COM (2020) 299 final.

12 Kommission, Mitteilung über eine EU-Strategie[sic!] zur Verringerung der Methanemissionen, COM (2020) 663 final.

13 Die Abkürzung „TEN-E“ steht für Trans-European Networks for Energy, also für transeuropäische Netze im Bereich der Energieinfrastruktur.

14 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi), Die nationale Wasserstoffstrategie, 2020.

15 Kommission, Inception Impact Assessment v. 3.8.2020 – Ref. Ares (2020) 4087053.

16 Art. 2 des Gesetzes v. 21.12.2020, BGBl. I 2020, 3138, 3186.

17 Gesetz v. 3.12.2020, BGBl. I 2020, 2682.

18 Gesetz v. 22.11.2020, BGBl. I 2020, 2464.

19 Vorblatt zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/21979, 1, 2.

20 Am 10.2.2021 wurde der entsprechende Regierungsentwurf beschlossen, siehe Fn. 2.

21 Gesetz v. 8.8.2020, BGBl. I 2020, 1818; zum Kohleausstiegsgesetz weiter unten, unter X. 2.

22 Bundesnetzagentur, Pressemitteilung v. 17.1.2020.

Ladeverhalten von E-Autos oder das Einsatzverhalten von Wärmepumpen in Privathaushalten.²³

6. Elektromobilität

Im Gesetzgebungsverfahren befindet sich seit März 2020 ein Gesetz zum Aufbau einer gebäudeintegrierten Lade- und Leitungsinfrastruktur für die Elektromobilität, welches das GEIG ändern soll.²⁴ Das Gesetz setzt Art. 8 Abs. 2 der 6 der Änderungsrichtlinie (EU) 2018/844 in nationales Recht um.²⁵ Ziel des Gesetzes ist es zuvörderst, bis zum Jahr 2030 ausreichend Ladeinfrastruktur für Elektroautos zu schaffen. Zudem sollen die Vorgaben zur Errichtung einer Leitungsinfrastruktur die erforderlichen Voraussetzungen für die rasche Errichtung von Ladepunkten schaffen. Zuletzt wurde der Gesetzentwurf an die Ausschüsse verwiesen.²⁶

7. Gebäudeeffizienz und intelligente Messsysteme

Am 1. November 2020 ist das Gesetz zur Einsparung von Energie und zur Nutzung erneuerbarer Energien zur Wärme- und Kälteerzeugung in Gebäuden (Gebäudeenergiegesetz, GEG) in Kraft getreten.²⁷ Ziel ist die Entbürokratisierung des Energieeinsparrechts für Gebäude. Neben der Vereinheitlichung – auch im Hinblick auf bisher unterschiedlich verstandene Begriffe²⁸ – bringt das GEG weitere Neuerungen, etwa ein verändertes Nachweisverfahren für neue Wohngebäude.²⁹

Fahrt aufgenommen hat im vergangenen Jahr der Einbau von intelligenten Messsystemen, nachdem das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) am 31. Januar 2020 festgestellt hat, dass drei voneinander unabhängige Unternehmen intelligente Messsysteme am Markt anbieten, die den sicherheitstechnischen Anforderungen des MsbG entsprechen.³⁰

II. Aufgaben der Netzbetreiber, Netzzugangs- und Netzanschlussregulierung

1. Systemverantwortung der Übertragungsnetzbetreiber

Mit Maßnahmen der Systemverantwortung des Übertragungsnetzbetreibers nach § 13 EnWG beschäftigten sich im vergangenen Jahr sowohl der BGH als auch das OLG Naumburg: Der BGH hielt fest, dass es für eine marktbezogene Maßnahme unerheblich sei, ob ein finanzieller Ausgleich vorgesehen ist. Entscheidend sei alleine, dass auf vertraglicher Grundlage in Rechte des Netznutzers eingegriffen werde.³¹

Das OLG Naumburg urteilte über eine Reduzierung der Stromspeisung als Notmaßnahme nach § 13 EnWG.³² Dabei sei zunächst unerheblich, ob die Abregelung mittelbar oder unmittelbar erfolgt.³³ Die Abgrenzung zur marktbezogenen Maßnahme folge der herangezogenen Grundlage – während die marktbezogene Maßnahme auf vertraglicher Basis erfolgt, wird die Notmaßnahme unmittelbar aus dem Gesetz heraus erlaubt.³⁴

2. Engpassmanagement

Nach einer Entscheidung des EuGH vom 11. März 2020 finden die Vorgaben zur Verwendung von Einnahmen aus der Vergabe von Verbindungen im Engpassmanagement gemäß Art. 16 Abs. 6 der Stromhandelsverordnung (EG) Nr. 714/2009 auch auf ein Unternehmen Anwendung, das lediglich eine grenzüberschreitende Verbindungsleitung betreibt.³⁵ Sofern ein Übertragungsnetzbetreiber lediglich eine grenzüberschreitende Verbindungsleitung betreibt, könnten die Kosten für ihren Betrieb und ihre Wartung allerdings

nicht als Investitionen in ein Netz i. S. v. Art. 16 Abs. 6 lit. b der Stromhandelsverordnung (EG) Nr. 714/2009 angesehen werden.³⁶ Die Bundesnetzagentur leitete mit Beschluss vom 20. April 2020 ein Aufsichtsverfahren mit gleichzeitigem Auskunftsverlangen vor dem Hintergrund dieser EuGH-Entscheidung ein.³⁷ Mit dem Verfahren sollen die Netzkosten und Engpasslöhne überprüft werden, die bei dem betroffenen Netzbetreiber in den Jahren 2013 bis 2019 angefallen sind.³⁸

3. Standardbilanzkreisvertrag

Das OLG Düsseldorf beschäftigte sich 2020 mit dem aktuellen Standardbilanzkreisvertrag Strom, den die Bundesnetzagentur auf Antrag der regelzonenverantwortlichen Übertragungsnetzbetreiber mit Beschluss vom 12. April 2019 genehmigt hatte,³⁹ und bestätigte dessen Rechtmäßigkeit.⁴⁰ Der von den Übertragungsnetzbetreibern vorgeschlagene Standardbilanzkreisvertrag unterliege keiner Zweckmäßigkeit-, sondern nur einer Rechtmäßigkeitskontrolle durch die Bundesnetzagentur.⁴¹ Diese sei ordnungsgemäß durchgeführt worden, insbesondere habe die Bundesnetzagentur die Regelungen über die Mitteilung von Deklarationswerten, die Sicherheitsleistung, die Abmahnung und fristlose Kündigung in einem schwerwiegenden Fall sowie die nachträgliche Fahrplanänderung zu Recht nicht beanstandet.⁴²

4. Lastgangdaten

Mit Fassung vom 21. Dezember 2020 ist eine Neuregelung in Abs. 5 des § 12 StromNZV zu standardisierten Lastprofilen und Zählerstandsgangmessungen eingefügt worden,⁴³ welche die fortschreitende Verbreitung intelligenter Messsysteme berücksichtigt: Die Anwendung standardisierter Lastprofile ist danach dann nicht mehr zulässig, wenn hinter einem Netzanschlusspunkt Strommengen verbraucht und erzeugt werden, ein Eigenverbrauch der erzeugten Mengen stattfindet und ein intelligentes Messgerät vorhanden ist.

23 Bundesnetzagentur, Genehmigung v. 26.6.2020 – Az. 8573-2-1/20-06-26/Szenariorahmen 2021-2035.

24 Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 111/20; Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 19/19366, 13; Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 19/19366, 15.

25 Hierzu und zum Folgenden: Vorblatt zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, BT-Drs. 19/18962, 1.

26 BT-Plenarprotokoll 19/163, 20303 (A).

27 BGBl. I 2020, 1728.

28 Vgl. das Vorblatt zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/16716, 1; Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/16716, 105.

29 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/16716, 105, 106.

30 BSI, Allgemeinverfügung v. 31.1.2020 – Az. 610 01 04/2019_001.

31 BGH, Beschl. v. 1.9.2020 – Az. EnVR 7/19, Rn. 27.

32 OLG Naumburg, ER 2020, 211 (Urt. v. 20.3.2020 – Az. 7 Kart 2/19).

33 OLG Naumburg, ER 2020, 211, 213 = Rn. 38 (juris) (Urt. v. 20.3.2020 – Az. 7 Kart 2/19).

34 OLG Naumburg, ER 2020, 211, 213 f. = Rn. 39 ff. (juris) (Urt. v. 20.3.2020 – Az. 7 Kart 2/19).

35 EuGH, ECLI:EU:C:2020:189, Rn. 52 (Urt. v. 11.3.2020 – Rs. C-454/18).

36 EuGH, ECLI:EU:C:2020:189, Rn. 63 (Urt. v. 11.3.2020 – Rs. C-454/18).

37 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 20.4.2020 – Az. BK8-20-12243-61.

38 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 20.4.2020 – Az. BK8-20-12243-61, S. 2.

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

40 OLG Düsseldorf, RdE 2020, 204 (Beschl. v. 22.1.2020 – Az. 3 Kart 757/19).

41 OLG Düsseldorf, RdE 2020, 204, 208 = Rn. 59 (juris) (Beschl. v. 22.1.2020 – Az. 3 Kart 757/19).

42 OLG Düsseldorf, RdE 2020, 204, 210 f. = Rn. 77 ff. (juris) (Beschl. v. 22.1.2020 – Az. 3 Kart 757/19).

43 Art. 3 des Gesetzes v. 21.12.2020, BGBl. I 2020, 3138, 3186.

5. Netzzugangsbedingungen Strom

Mit der Weiterentwicklung der Netzzugangsbedingungen Strom beschäftigt sich eine Festlegung der Bundesnetzagentur aus dem vergangenen Jahr: Sie entwickelt die zentralen Standards insbesondere zur Datenübermittlung fort und passt diese an die aktuellen Gegebenheiten an.⁴⁴

6. GaBi Gas 2.0: Qualität

In einem erneuten Monitoring der Qualität der Datenübermittlungen durch die Netzbetreiber entsprechend den Vorgaben des Grundmodells für Ausgleichsleistungen und Bilanzierungsregeln im Gassektor (GaBi Gas) 2.0 hat die Bundesnetzagentur im vergangenen Jahr erneut erhebliche Qualitäts- und Übermittlungsdefizite im Datenaustausch festgestellt.⁴⁵ Diese sollen nun im Rahmen von Aufsichtsmaßnahmen geahndet werden.

7. Datenübermittlung durch den Messstellenbetreiber

Das OLG Düsseldorf hielt im vergangenen Jahr fest, dass die Rechtsfrage, ob die von der Bundesnetzagentur vorgesehene Datenübermittlung der Messstellenbetreiber an die Übertragungsnetzbetreiber⁴⁶ rechtmäßig ist, nicht im Rahmen der summarischen Prüfung eines einstweiligen Rechtsschutzverfahrens entschieden werden könne.⁴⁷ Dies bleibt dem Hauptsacheverfahren vorbehalten.

8. Kein oder nicht rechtzeitiger Netzanschluss

Das KG beschäftigte sich im vergangenen Jahr mit der Klage eines Anschlussnehmers auf Rückzahlung einer Reservierungsgebühr nach der KraftNAV, nachdem ein Netzanschluss letztlich nicht hergestellt worden war. Gescheitert war die geplante Herstellung an der fehlenden Genehmigungsfähigkeit des Projekts des Anschlussnehmers; der Zweck der zuvor gezahlten Reservierungsgebühr war damit entfallen. Einen Rückzahlungsanspruch sah das KG dennoch nicht: Maßgeblich sei, in wessen Risikobereich die Gründe für die Nichtherstellung des Netzanschlusses fallen. Hier sah das KG diese letztlich in der Sphäre des Anschlusspetenten.⁴⁸ Damit entfiel ein Anspruch auf Rückzahlung; es fiel in sein Risiko, dass mit der Reservierungsgebühr der eigentliche Zweck nicht mehr erreicht werden konnte.

Das LG Bayreuth entschied am 19. März 2020, dass eine Entschädigung im Fall der Verzögerung der Netzanbindung von Windenergieanlagen auf See gemäß § 17e Abs. 2 S. 1 EnWG in der bis zum 31. Dezember 2016 geltenden Fassung auf Basis eines anzulegenden Werts von 19,4 Cent pro Kilowattstunde zu ermitteln sei.⁴⁹

9. Trading Hub Europe

Zum 1. Oktober 2021 werden die Fernleitungsnetzbetreiber aus den aktuell zwei Marktgebieten ein einheitliches deutsches Marktgebiet bilden. Dieser Zusammenschluss soll für mehr Liquidität im Handel sorgen.⁵⁰ Zur Umsetzung hat die Bundesnetzagentur im vergangenen Jahr drei Beschlüsse erlassen: die Festlegung der Referenzpreismethode für alle Fernleitungsnetzbetreiber (REGENT 2021)⁵¹, die Einführung eines wirksamen Ausgleichsmechanismus zwischen den Fernleitungsnetzbetreibern (AMELIE 2021)⁵² sowie die Festlegung der Berechnung der Entgelte für unterbrechbare Kapazitäten (MARGIT 2021)⁵³.

Das OLG Düsseldorf hat festgestellt, dass die AMELIE-Festlegung sowohl auf Art. 10 Abs. 3 S. 1 des europäischen Netzkodex über harmonisierte Fernleitungsentgeltstrukturen (Transmission Tariff Structures Network Code, NC TAR) als auch auf Art. 10 Abs. 1 NC TAR von Art. 8 Abs. 6 lit. k der Erdgasfernleitungsverordnung (EG) Nr. 715/2009 gestützt werden kann.⁵⁴ Ende 2020 leitete die Bundesnetzagentur

zudem das Verfahren MARGIT 2022 für die entsprechende Entgeltberechnung, bezogen auf Multiplikatoren, Abschläge, Rabatte und saisonale Faktoren, ein.⁵⁵

10. „Nord Stream 2“

Der Antrag der Nord Stream 2 AG auf Freistellung von der Regulierung des im deutschen Hoheitsgebiet verlaufenden Teils der „Nord Stream 2“ wurde von der Bundesnetzagentur abgelehnt.⁵⁶ Entscheidend war dafür, dass die Gasverbindungsleitung nicht zum Stichtag im Mai 2019 fertiggestellt war. Der Begriff der Fertigstellung wurde von der Beschlusskammer der Bundesnetzagentur entgegen dem wirtschaftlich-funktionalen Verständnis der Nord Stream 2 AG rein baulich-technisch verstanden.⁵⁷

Die Nord Stream 2 AG könnte nach Ansicht der Bundesregierung neben der Einlegung von Rechtsmitteln auch eine förmliche Regulierungsausnahme beantragen.⁵⁸ Für den Teil der „Nord Stream 1“, der sich im deutschen Hoheitsgebiet befindet, lehnte die Bundesnetzagentur im vergangenen Jahr eine rückwirkende Freistellung bereits ab.⁵⁹

III. Netzentgeltregulierung

1. Bestimmung des Ausgangsniveaus: Kapitalkostenabzug

Die Besonderheiten beim Kapitalkostenabzug in der dritten Regulierungsperiode beschäftigten das OLG Düsseldorf im letzten Jahr in drei Parallelentscheidungen:⁶⁰

Nach § 6 Abs. 3 ARegV ermittelt die Regulierungsbehörde vor Beginn der Regulierungsperiode den Kapitalkostenabzug. Die Regelung ist zum 17. September 2016 in Kraft getreten,⁶¹ war also zur dritten Regulierungsperiode, die im Gassektor 2018 und im Stromsektor 2019 begann, erstmals anwendbar. Für diese dritte Regulierungsperiode bestimmte § 34 Abs. 5 ARegV als Sonderregelung für den erleichterten Übergang vom Budgetprinzip zum Kapitalkostenabgleich,⁶² dass § 6 Abs. 3 ARegV nicht anzuwenden sei auf Kapitalkosten aus Investitionen von Verteilernetzbetreibern in betriebsnotwendige Anlagegüter, die zwischen dem 1. Januar 2007 und dem 31. Dezember 2016 erstmals aktiviert wurden, mit einer Rückausnahme für genehmigte Investitionsmaßnahmen nach § 23

44 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 21.12.2020 – Az. BK6-20/160.

45 Bundesnetzagentur, Mitteilung Nr. 6 zu GaBi Gas 2.0 v. 20.11.2020 – Az. BK7-14-020.

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

47 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.3.2020 – Az. VI-3 Kart 159/20 (V), Rn. 19 (juris).

48 KG, Beschl. v. 14.5.2020 – Az. 2 U 35/17 EnWG, insbesondere Rn. 25 (juris).

49 LG Bayreuth, Urt. v. 19.3.2020 – Az. 1 HK O 28/19, Rn. 34.

50 Bundesnetzagentur, Pressemitteilung v. 3.4.2020.

51 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 20.5.2020 – Az. BK9-19/610; siehe bereits Bundesnetzagentur, Konsultationsentwurf v. 16.3.2020 – Az. BK9-19/610.

52 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 11.9.2020 – Az. BK9-19/607; siehe bereits Bundesnetzagentur, Konsultationsentwurf v. 16.3.2020 – Az. BK9-19/607.

53 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 27.5.2020 – Az. BK9-19-612.

54 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.9.2020 – Az. VI-3 Kart 751/19, Rn. 30, 31 (juris).

55 Das Verfahren ist bei der Bundesnetzagentur anhängig unter dem Az. BK9-20/612.

56 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 15.5.2020 – Az. BK7-20-004.

57 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 15.5.2020 – Az. BK7-20-004, S. 13.

58 Antwort der Bundesregierung, BT-Drs. 19/20199.

59 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 20.5.2020 – Az. BK7-19-108, S. 9.

60 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.7.2020 – Az. 3 Kart 770/19; Beschl. v. 1.7.2020 – Az. 3 Kart 783/19; Beschl. v. 1.7.2020 – Az. 3 Kart 813/19.

61 Zweite Verordnung zur Änderung der ARegV v. 14.9.2016, BGBl. I 2016, 2147.

62 Siehe dazu die Verordnungsbegründung, BR-Drs. 296/16, 20, 49.

Abs. 6, 7 ARegV. Umstritten war, ob die Ausnahmeregelung des § 34 Abs. 5 ARegV ausschließlich für die Kapitalkosten gemäß § 6 Abs. 3 S. 2 ARegV gelte oder – wie von der Bundesnetzagentur in den angegriffenen Beschlüssen angenommen⁶³ – auch für die Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge. Weiter stand in Frage, ob die Aussetzung des Kapitalkostenabzugs nach § 34 Abs. 5 ARegV auch für Anlagen im Bau gilt, die im Zeitraum vom 1. Januar 2007 bis zum 31. Dezember 2016 erstmals aktiviert wurden; dies hatte die Bundesnetzagentur verneint.

Die Beschwerden hatten vor dem OLG Düsseldorf Erfolg: Eine Fixierung der Baukostenzuschüsse und Netzanschlusskostenbeiträge sei entgegen dem Vorgehen der Bundesnetzagentur nach § 34 Abs. 5 ARegV nicht geboten. Die Übergangsvorschrift beziehe sich vielmehr alleine auf eine Fixierung der Werte des Basisjahres für die aus Investitionen folgenden Kapitalkosten, nicht aber auf vereinnahmte Ertragszuschüsse.⁶⁴ Erfasst seien von der Übergangsvorschrift des § 34 Abs. 5 ARegV dagegen Anlagen im Bau, die im betroffenen Zeitraum erstmals aktiviert wurden; schon der Wortlaut des § 34 Abs. 5 ARegV differenziere nicht zwischen fertiggestellten und noch nicht fertiggestellten Anlagegütern.⁶⁵

Keinen Erfolg hatte die Beschwerde in einem Verfahren, soweit sie sich gegen die Berücksichtigung des Ersatzanteils einer nach § 23 Abs. 6 ARegV genehmigten Investitionsmaßnahme wendete; dieser Anteil unterfällt der Rückkaufnahme des § 34 Abs. 5 ARegV und damit auch für die dritte Regulierungsperiode den Vorgaben des § 6 Abs. 3 ARegV.⁶⁶

Mit dem Begriff des „Aufwands für Fremdkapitalzinsen“ in § 6 Abs. 3 S. 2 ARegV und damit im Rahmen der Bestimmung des Ausgangsniveaus des Kapitalkostenabzugs beschäftigte sich das OLG Düsseldorf in einer Entscheidung vom 18. November 2020: Der Begriff sei auch in diesem Kontext kalkulatorisch, nicht handelsbilanziell zu verstehen. Er umfasse nicht – wie von der Bundesnetzagentur im angegriffenen Beschluss zugrunde gelegt – die Gesamtheit aller Verbindlichkeiten und Rückstellungen, sondern nur den Aufwand, der auf der Aufnahme verzinslichen Fremdkapitals beruhe. Nicht erfasst seien damit insbesondere Aufwendungen für das Abzugskapital gemäß § 7 Abs. 2 StromNEV.⁶⁷

2. Eigenkapitalverzinsung

Nachdem der BGH bereits 2019 die aktuellen Festlegungen der Bundesnetzagentur zur Eigenkapitalverzinsung bestätigt hatte,⁶⁸ reihten sich im vergangenen Jahr zwei weitere Entscheidungen des BGH ein: Die Bundesnetzagentur habe die Eigenkapitalzinssätze sowohl für die Elektrizitäts- als auch für die Gasversorgungsnetze rechtsfehlerfrei festgelegt.⁶⁹ Der BGH bestätigte in seiner Entscheidung die bisherige Rechtsprechung zum Prüfungsmaßstab und überdies, dass die Bundesnetzagentur ihr Vorgehen hinreichend begründet habe.⁷⁰

3. Kürzung des Umlaufvermögens

Bestätigt hat das OLG Düsseldorf im vergangenen Jahr die von der Bundesnetzagentur in der dritten Regulierungsperiode vorgenommene Kürzung des Umlaufvermögens um die Bilanzwerte aus dem EEG-Wälzungsmechanismus: Die Umlaufvermögensbestände aus EEG- und KWKG-Umlage seien nicht dem betriebsnotwendigen Umlaufvermögen zuzuordnen; die Durchführung des EEG-Wälzungsmechanismus stelle vielmehr eine rechtlich wie technisch vom Netzbetrieb losgelöste Aufgabe dar.⁷¹

4. Nicht beeinflussbare Kostenanteile

Bestätigt wurde – für Personalzusatzkosten – im vergangenen Jahr vom OLG Düsseldorf, dass Kosten, die sich erst durch eine Veränderung der maßgeblichen Umstände nach dem Basisjahr entwickeln – hier als eigene Personalzusatzkosten des Netzbetreibers –, nicht als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile i. S. d. § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 9, 11 ARegV im Ausgangsniveau zu qualifizieren sind.⁷² Nach Ansicht des Gerichts ist nicht nur für die Kostenprüfung gemäß § 6 Abs. 1 ARegV, sondern auch für die Zuordnung zu den dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteilen i. S. d. § 11 Abs. 2 ARegV schon angesichts des Zusammenhangs mit dem und der Auswirkungen auf den Effizienzvergleich sowie aufgrund eines verfahrenstechnischen Bedürfnisses nach einem fixen Endpunkt des maßgeblichen Betrachtungszeitraums für alle Netzbetreiber einheitlich und abschließend auf die tatsächlichen Verhältnisse des Basisjahres abzustellen.⁷³

5. Volatile Kostenanteile

a) Referenzpreis Verlustenergiekosten

Die Berücksichtigung von Verlustenergiekosten als volatile Kosten in der dritten Regulierungsperiode für Verteilernetzbetreiber (Storm) ist Gegenstand einer Festlegung der Bundesnetzagentur aus dem Jahr 2018;⁷⁴ im vergangenen Jahr legte die Bundesnetzagentur den entsprechenden Referenzpreis für 2021 mit 46,69 Euro pro Megawattstunde (MWh) fest.

b) „Redispatch“-Maßnahmen

Nach § 11 Abs. 2 S. 2 ARegV gelten auch solche Kosten oder Erlöse als dauerhaft nicht beeinflussbare Anteile, wenn sich diese unter einer wirksamen Verfahrensregulierung ergeben. Dies kann auch für „Redispatch“-Maßnahmen gelten.⁷⁵ Das OLG Düsseldorf entschied im vergangenen Jahr in dieser grundlegenden Entscheidung weiter, dass die korrespondierende Festlegungskompetenz der Bundesnetzagentur aus § 32 Abs. 1 Nr. 4 EnWG i. V. m. § 11 Abs. 2 S. 2, 4 ARegV nicht von der Festlegungskompetenz nach § 13j Abs. 1 S. 2 EnWG verdrängt werde.⁷⁶ Bestehen bleiben materiell die Vergütungsanforderungen des § 13a EnWG. Da diese in der vom OLG Düsseldorf überprüften freiwilligen Selbstverpflichtung nicht

63 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 14.5.2019 – Az. BK8-17/1781-11; Beschl. v. 27.5.2019 – Az. BK8-17/1002-11; Beschl. v. 8.7.2019 – Az. BK9-19/8183.

64 OLG Düsseldorf, EnWZ 2020, 369, 371 = Rn. 29 ff. (juris) (Beschl. v. 1.7.2020 – Az. 3 Kart 770/19); Beschl. v. 1.7.2020 – Az. 3 Kart 783/19, Rn. 36 ff. (juris) (nicht abgedruckt in RdE 2020, 480); Beschl. v. 1.7.2020 – Az. 3 Kart 813/19, Rn. 26 ff. (juris).

65 OLG Düsseldorf, EnWZ 2020, 369, 373 = Rn. 48 ff. (juris) (Beschl. v. 1.7.2020 – Az. 3 Kart 770/19).

66 OLG Düsseldorf, RdE 2020, 480, 482 = Rn. 52 ff. (juris) (Beschl. v. 1.7.2020 – Az. 3 Kart 783/19).

67 OLG Düsseldorf, N&R 2021, 115, 115 ff. = Rn. 32 ff. (juris) (Beschl. v. 18.11.2020 – Az. 3 Kart 843/19) (in diesem Heft).

68 Schreiber, N&R 2020, 76, 79 f.

69 BGH, N&R 2020, 184 (Beschl. v. 3.3.2020 – Az. EnVR 26/18); 187 (Beschl. v. 3.3.2020 – Az. EnVR 56/18).

70 BGH, N&R 2020, 187, 187 Rn. 7 ff., 188 Rn. 17 (Beschl. v. 3.3.2020 – Az. EnVR 56/18).

71 OLG Düsseldorf, RdE 2020, 427, 431 = Rn. 48 ff. (juris) (Beschl. v. 13.5.2020 – Az. VI-3 Kart 702/19 [V]).

72 OLG Düsseldorf, EnWZ 2020, 407, 410 = Rn. 50 ff. (juris) (Beschl. v. 19.8.2020 – Az. VI-3 Kart 776/19).

73 OLG Düsseldorf, EnWZ 2020, 407, 411 = Rn. 58 (juris) (Beschl. v. 19.8.2020 – Az. VI-3 Kart 776/19).

74 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 9.5.2018 – Az. BK8-18/0001-A (Bund).

75 OLG Düsseldorf, RdE 2021, 36, 41 = Rn. 82 ff. (juris) (Beschl. v. 12.8.2020 – Az. VI-3 Kart 894/18).

76 OLG Düsseldorf, RdE 2021, 36, 44 = Rn. 118 ff. (juris) (Beschl. v. 12.8.2020 – Az. VI-3 Kart 894/18).

vollumfänglich eingehalten wurden, hatte die Beschwerde denn auch teilweise Erfolg.⁷⁷

Details zum bilanziellen Ausgleich von „Redispatch“-Maßnahmen und zu massengeschäftstauglichen Kommunikationsprozessen beim entsprechenden Datenaustausch hat die Bundesnetzagentur im November 2020 in einer neuen Festlegung beschlossen, die für „Redispatch“-Maßnahmen ab dem 1. Oktober 2021 gilt.⁷⁸

c) Kompensationsprogramme

Beschlossen wurde im vergangenen Jahr ferner, Kosten und Erlöse für Kompensationsprogramme bzw. einen finanziellen Ausgleich für den ungewollten Austausch im Stromsektor einer wirksamen Verfahrensregulierung zu unterwerfen.⁷⁹

d) Volatile Kosten Gas

Beschlossen wurde von der Bundesnetzagentur im vergangenen Jahr auch die Festlegung von Kosten für marktbasierete Instrumente und Kapazitätsrückkäufe im bundesweiten Marktgebiet als volatile Kostenanteile i. S. d. § 11 Abs. 5 ARegV unter dem Titel „KOMBI“.⁸⁰ Am 18. September 2020 folgte eine Festlegung zur Einstufung der Energiekosten für die Stickstoffgewinnung zum Zwecke der Konvertierung von hochkalorischem („high calorific“- bzw. H-) Gas nach niederkalorischem („low calorific“- bzw. L-) Gas als volatile Kostenanteile i. S. d. § 11 Abs. 5 ARegV, genannt „KOKOS“.⁸¹

6. Erweiterungsfaktor

Zum Erweiterungsfaktor nach § 10 ARegV hielt der BGH im vergangenen Jahr fest, dass der Strukturparameter „Jahreshöchstlast“ mit dem im Antragszeitpunkt aktuellen Wert und nicht dem Höchstwert zwischen Basisjahr und Antragstellung anzusetzen ist.⁸²

7. Qualitätselement

Mit der Frage einer zulässigen Rückwirkung beschäftigte sich im vergangenen Jahr der BGH bezogen auf das Qualitätselement und bestätigte das Vorgehen der Bundesnetzagentur sowie die diesbezügliche Entscheidung des OLG Düsseldorf.⁸³ Die Bundesnetzagentur hatte noch im Juli 2017 festgelegt, dass im Rahmen des Qualitätselements für die Erlösobergrenze ein spezifischer Malus nach § 4 Abs. 5 ARegV anzusetzen sei. Dies war auch nach Ansicht des BGH zulässig: Zwar sehe § 4 Abs. 5 ARegV vor, dass Anpassungen grundsätzlich für die Zukunft erfolgen sollen, eine Rückwirkung – hier für das laufende Jahr 2017 – sei aber auch in Zusammenschau mit § 21 Abs. 3 S. 3 EnWG und Art. 37 Abs. 10 der Elektrizitätsrichtlinie 2019/72/EG nicht generell ausgeschlossen.⁸⁴

Für die Datenerhebung zur Bestimmung der Methodik des Qualitätselements Strom für die Jahre 2021 bis 2023 legte die Bundesnetzagentur mit Beschluss vom 2. Dezember 2020 die Vorgaben fest.⁸⁵ Einen Beschluss zur Datenübermittlung bis April 2020 hatte die Bundesnetzagentur bereits zu Jahresbeginn erlassen.⁸⁶

8. Kapitalkostenaufschlag

Der BGH klärte in seinem Beschluss „Kapitalkostenaufschlag I“ am 5. Mai 2020 einige Grundfragen zu Ansatz und Berechnung dieses neuen Instruments. So können Kapitalkosten für das Instrument des Kapitalkostenaufschlags nach § 10a ARegV erst ab dem ersten Jahr der dritten Regulierungsperiode berücksichtigt werden, nicht aber, wenn sie zwischen dem Basisjahr und diesem Jahr entstanden sind.⁸⁷ Der anzusetzende Eigenkapitalzinssatz ergibt sich dabei aus der Festlegung des entsprechenden Zinssatzes für Neuanlagen für die dritte Regulierungsperiode.⁸⁸ Zuschüsse sind in der Höhe zu berücksichtigen, wie sie bis zum 31. Dezember des

jeweiligen Jahres, für den der Aufschlag genehmigt wird, zu erwarten sind.⁸⁹

In einem zweiten Beschluss vom 5. Mai 2020 („Kapitalkostenaufschlag II“) hielt der BGH fest, dass die Begrenzung der Bemessungsgrundlage der kalkulatorischen Gewerbesteuer für den Kapitalkostenaufschlag auf eine fiktive Eigenkapitalquote von 40% mit höherrangigem Recht vereinbar ist, und bestätigte seine frühere Rechtsprechung: Zum einen hielt der BGH grundlegend fest, dass auch bei Verzicht auf einen positiven Sockeleffekt gewährleistet sei, dass Netzbetreiber ihre Kosten refinanzieren können und eine angemessene Verzinsung auf ihr eingesetztes Kapital erhielten.⁹⁰ Zum anderen stellte er spezifisch bezogen auf die Begrenzung der Bemessungsgrundlage für die kalkulatorische Gewerbesteuer erneut fest, dass eine 40% übersteigende Eigenkapitalquote nicht schützenswert ist.⁹¹

Rund zwei Monate zuvor hatte sich bereits das OLG Düsseldorf mit Rechtsfragen zum Kapitalkostenaufschlag zu beschäftigen, fokussiert auf die Übergangszeit von 2016 bis 2018: Nach Ansicht des Gerichts dürften Kapitalkosten aus den Neuinvestitionen der Jahre 2016 und 2017 nicht in den Kapitalkostenaufschlag gemäß § 10a ARegV für das Jahr 2018 einbezogen werden, da diese noch pauschal über die Budgetierung abgebildet seien und es sonst zu einem ungerechtfertigten Vorteil käme.⁹²

9. Investitionsmaßnahmen

Zur Voraussetzung eines „bedarfsgerechten Ausbaus des Energieversorgungsnetzes“ (§ 23 Abs. 1 S. 1 Var. 3 ARegV) entschied das OLG Düsseldorf im vergangenen Jahr, dass die Prüfung der Bedarfsgerechtigkeit „bei Maßnahmen, die von den Übertragungsnetzbetreibern ... verpflichtend in den Netzentwicklungsplan einzubringen sind, nach Maßgabe der Netzentwicklungsplanung“ erfolgt.⁹³

In formaler Hinsicht hielt das OLG Düsseldorf fest, dass die Änderung eines schon gestellten, aber noch nicht beschiedenen Antrags auf Genehmigung einer Investitionsmaßnahme nach § 23 ARegV zulässig ist; auch eine bereits genehmigte Investitionsmaßnahme könne auf entsprechenden Antrag hin geändert werden.⁹⁴

77 OLG Düsseldorf, RdE 2021, 36, 45 f. = Rn. 135 ff. (juris) (Beschl. v. 12.8.2020 – Az. VI-3 Kart 894/18).

78 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 6.11.2020 – Az. BK6-20/59.

79 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 11.9.2020 – Az. BK8-20/2-A (Bund).

80 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 30.3.2020 – Az. BK9-19/606.

81 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 18.9.2020 – Az. BK9-20/606-1 (Bund).

82 BGH, EnWZ 2020, 319, 321 Rn. 17 ff. (Beschl. v. 3.3.2020 – Az. EnVR 114/18).

83 BGH, N&R 2020, 178 (Beschl. v. 11.2.2020 – Az. EnVR 122/18).

84 BGH, N&R 2020, 178, 179 Rn. 9 ff. (Beschl. v. 11.2.2020 – Az. EnVR 122/18).

85 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 2.12.2020 – Az. BK8-20/00003-A (Bund).

86 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 26.2.2020 – Az. BK8-20/00001-A (Bund).

87 BGH, Beschl. v. 5.5.2020 – Az. EnVR 59/19, Rn. 8 (nicht abgedruckt in ER 2020, 205).

88 BGH, ER 2020, 205, 206 Rn. 14 (Beschl. v. 5.5.2020 – Az. EnVR 59/19).

89 BGH, ER 2020, 205, 209 f. Rn. 70 (Beschl. v. 5.5.2020 – Az. EnVR 59/19).

90 BGH, N&R 2020, 243, 245 f. Rn. 26 (Beschl. v. 5.5.2020 – Az. EnVR 26/19).

91 BGH, N&R 2020, 243, 247 Rn. 43 (Beschl. v. 5.5.2020 – Az. EnVR 26/19).

92 OLG Düsseldorf, EnWZ 2020, 227, 228 = Rn. 43 ff. (juris) (Beschl. v. 17.3.2020 – Az. 3 Kart 166/17).

93 OLG Düsseldorf, RdE 2021, 31, 35 = Rn. 50 (juris) (Beschl. v. 6.5.2020 – Az. VI-3 Kart 739/19 [V]).

94 OLG Düsseldorf, RdE 2021, 31, 33 f. = Rn. 42 ff. (juris) (Beschl. v. 6.5.2020 – Az. VI-3 Kart 739/19 [V]).

Im Rahmen einer Beschwerde gegen eine Kostenentscheidung der Bundesnetzagentur äußerte sich das OLG Düsseldorf im Dezember 2020 zur ordnungsgemäßen Kostenberechnung i. S. d. § 91 EnWG, für die sich die Behörde bei Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV an den Anschaffungs- und Herstellungskosten der beantragten Investitionsmaßnahme orientieren könne.⁹⁵

Zu § 23 ARegV in der bis zum 21. März 2019 geltenden Fassung hielt das OLG Düsseldorf fest, dass eine Begrenzung der Genehmigung von Investitionsmaßnahmen auf eine Regulierungsperiode zulässig sei und die anknüpfende Übergangsregelung in § 34 Abs. 11 ARegV auch verfassungsrechtlich angesichts einer nur vorgesehenen Verkürzung des Genehmigungszeitraums und damit unechten Rückwirkung keinen Bedenken begegne.⁹⁶

Schließlich legte die Bundesnetzagentur im vergangenen Jahr die berücksichtigungsfähigen Betriebskostenpauschalen gemäß § 32 Abs. 1 Nr. 8c ARegV bis zur Inbetriebnahme von Anlagengütern einer genehmigten Investitionsmaßnahme für Betreiber von Fernleitungsnetzen fest.⁹⁷

10. Individuelle und gesonderte Netzentgelte

Nachdem die individuellen Netzentgelte für Stromkunden in den früheren Jahren regelmäßig im Fokus standen, beschäftigte sich das OLG Düsseldorf im vergangenen Jahr mit dem sog. gesonderten Netzentgelt nach § 20 Abs. 2 GasNEV. Dieses setze – wie auch das individuelle Netzentgelt – zwei übereinstimmende Willenserklärungen verschiedener Rechtssubjekte voraus, eine einseitige Gewährung durch Gasverteilernetzbetreiber sei nicht mit der Norm vereinbar.⁹⁸

Der Begriff der „Abnahmestelle“ in § 19 Abs. 2 StromNEV bezeichnet nach einer Entscheidung des OLG München die Entnahmepunkte eines Letztverbrauchers an einem Standort in jeweils einer Spannungsebene und ist nicht spannungübergreifend zu verstehen.⁹⁹

Abgelehnt hat das OLG Düsseldorf einen Anspruch auf Genehmigung eines individuellen Netzentgelts nach § 19 Abs. 2 StromNEV als Surrogat für die aus beihilferechtlichen Gründen zurückgenommene volle Netzentgeltbefreiung.¹⁰⁰

11. Kapazitätsrechte und Entgeltberechnung

Mit Beschluss vom 16. Oktober 2020 ändert die Bundesnetzagentur ihre Vorgaben zur Umrechnung von Jahresleistungspreisen in Leistungspreise für unterjährige Kapazitätsrechte sowie Vorgaben zur sachgerechten Ermittlung der Netzentgelte nach § 15 Abs. 2 bis 7 GasNEV (BEATE 2.0).¹⁰¹ Die entsprechenden Vorgaben zur Umrechnung der Jahresleistungspreise werden danach zum 1. Oktober 2021 u. a. dahingehend abgeändert, dass der zu berechnende Rabatt für Kapazitätsentgelte für unterbrechbare Kapazitätsprodukte im H-Gas-Netz mit einem höheren Sicherheitszuschlag von 20 statt 10 Prozentpunkten zu versehen ist.¹⁰²

12. Ausgleichsmechanismus zwischen den Fernleitungsnetzbetreibern

Vom OLG Düsseldorf bestätigt wurden im vergangenen Jahr die Festlegungen REGENT-GP und REGENT-NCG.¹⁰³ Mit inhaltsgleichen Festlegungen hat die Bundesnetzagentur den deutschen Fernleitungsnetzbetreibern vorgegeben, ab dem 1. Januar 2020 einheitliche Briefmarkentgelte anzuwenden, und so die Bestimmungen des NC TAR nach Maßgabe der Erdgasfernleitungsverordnung (EG) Nr. 715/2009 umgesetzt.¹⁰⁴ Diese konnte die Bundesnetzagentur nach Ansicht des OLG Düsseldorf auf die § 29 Abs. 1, § 56 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, S. 2 und 3 EnWG i. V. m. Art. 27 Abs. 4 S. 1 und Art. 26 Abs. 1 lit. a NC TAR als wirksame und mit höherrangigem Recht

vereinbare Ermächtigungsgrundlage stützen.¹⁰⁵ Auch die Einbeziehung sämtlicher Kosten der Fernleitungsnetzbetreiber in eine einheitliche Referenzpreismethode sei nicht zu beanstanden.¹⁰⁶ Die festgelegte Referenzpreismethode der einheitlichen Briefmarke verstoße nicht gegen das in Art. 4 Abs. 3 EUV normierte Loyalitätsgebot und sei auch nicht geeignet, dem Kartellverbot gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV die Wirksamkeit zu nehmen. Auch genüge sie den Anforderungen des Art. 13 der Erdgasfernleitungsverordnung (EG) Nr. 715/2009 und des Art. 7 NC TAR und verstoße nicht gegen das Gebot der Kostenverursachungsgerechtigkeit.¹⁰⁷

13. Die vierte Regulierungsperiode

Kurz vor Ende des Jahres 2020 leitete die Bundesnetzagentur schließlich die ersten vorbereitenden Verfahren für die vierte Regulierungsperiode Gas ein, so zunächst die Verfahren zur Datenerhebung für den Effizienzvergleich¹⁰⁸ und ferner das Verfahren zur Durchführung der Kostenprüfung zur Bestimmung des Ausgangsniveaus der Betreiber von Gasversorgungsnetzen.¹⁰⁹

IV. Entflechtung

1. Unabhängiger Transportnetzbetreiber

Mit Beschluss vom 29. Januar 2020 hat die Bundesnetzagentur die Ferngas Netzgesellschaft mbH als unabhängigen Transportnetzbetreiber in Form eines Kombinationsnetzbetreibers zertifiziert.¹¹⁰ Der Beschluss erging unter der Bedingung, dass die Ferngas Netzgesellschaft mbH ihre gesellschaftsrechtliche Beteiligung an anderen Unternehmen im Versorgungssektor innerhalb von sechs Monaten nach der Zertifizierung aufgibt.

2. Entflechtung des grundzuständigen Messstellenbetriebs

Die Zuständigkeit für die Überwachung der Vorgaben zur buchhalterischen Entflechtung des grundzuständigen Messstellenbetriebs richten sich ausweislich der entsprechenden Verweisung in § 3 Abs. 4 S. 2 MsbG nach § 54 EnWG und nicht nach § 76 MsbG.¹¹¹ Dies ist vor allem für die Elektrizitätsverteilernetzbetreiber relevant, die in ihrem Netzgebiet

95 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.12.2020 – Az. 3 Kart 16/20, Rn. 45 ff. (juris).

96 OLG Düsseldorf, RdE 2020, 484, 486 f., 488 f. = Rn. 31 ff., 55 ff. (juris) (Beschl. v. 8.4.2020 – Az. VI-3 Kart 730/19 [V]).

97 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 3.12.2020 – Az. BK4-20/84.

98 OLG Düsseldorf, N&R 2020, 252, 252 f. = Rn. 26 ff. (juris) (Beschl. v. 14.5.2020 – Az. VI-5 Kart 7/19 [V]).

99 OLG München, EnWZ 2020, 330, 332 = Rn. 34 (juris) (Beschl. v. 14.5.2020 – Az. Kart 14/18).

100 OLG Düsseldorf, RdE 2020, 265 (Beschl. v. 19.2.2020 – Az. VI-3 Kart 882/18 [V]).

101 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 16.10.2020 – Az. BK9-20/608.

102 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 16.10.2020 – Az. BK9-20/608, S. 1 f.

103 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.9.2020 – Az. 3 Kart 758/19; Beschl. v. 16.9.2020 – Az. 3 Kart 750/19.

104 Bundesnetzagentur, Festlegung v. 29.3.2019 – Az. BK9-18/611-GP; Festlegung v. 29.3.2019 – Az. BK9-18/610-NCG.

105 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.9.2020 – Az. 3 Kart 758/19, Rn. 70 ff. (juris); Beschl. v. 16.9.2020 – Az. 3 Kart 750/19, Rn. 85 ff. (juris).

106 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.9.2020 – Az. 3 Kart 758/19, Rn. 104 ff. (juris); Beschl. v. 16.9.2020 – Az. 3 Kart 750/19, Rn. 119 ff. (juris).

107 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.9.2020 – Az. 3 Kart 758/19, Rn. 122 ff. (juris); Beschl. v. 16.9.2020 – Az. 3 Kart 750/19, Rn. 138 ff. (juris).

108 Die Konsultationsverfahren sind bei der Bundesnetzagentur unter den Az. BK9-20/603 (Gasverteilernetzbetreiber) und BK9-20/604 (Fernleitungsnetzbetreiber) anhängig.

109 Das Konsultationsverfahren ist bei der Bundesnetzagentur unter dem Az. BK9-20/605-1 (Bund) anhängig.

110 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 29.1.2020 – Az. BK7-18-051.

111 OLG Düsseldorf, EnWZ 2020, 471, 471 f. = Rn. 16 ff. (juris) (Beschl. v. 7.10.2020 – Az. 3 Kart 884/19).

Entnahmestellen besitzen und deswegen grundzuständige Messstellenbetreiber i. S. d. § 2 S. 1 Nr. 4 MsbG darstellen.

In einem weiteren Beschluss vom 7. Oktober 2020 entschied das OLG Düsseldorf, dass den grundzuständigen Messstellenbetreiber i. S. d. § 2 S. 1 Nr. 4 MsbG eine Rechtspflicht zur Erstellung und Testierung eines gesonderten Tätigkeitsabschlusses für den modernen Messstellenbetrieb aus § 3 Abs. 4 S. 2 Hs. 2 MsbG i. V. m. § 6b Abs. 3 S. 6 EnWG trifft.¹¹² Der Grund dafür ist, dass sich die pauschale Verweisung in § 3 Abs. 4 S. 2 Hs. 2 MsbG auf § 6b EnWG bei der gebotenen systematischen und teleologischen Auslegung auch auf die in § 6 Abs. 3 S. 6 EnWG normierte Verpflichtung zur Erstellung eines gesonderten Tätigkeitsabschlusses und die daran anknüpfenden Verpflichtungen, diesen prüfen zu lassen und der Bundesnetzagentur vorzulegen, erstreckt.¹¹³

V. Erzeuger und Händler

1. Wettbewerb

Kurz vor Jahresende veröffentlichte das BKartA seinen Markt-machtbericht 2020.¹¹⁴ Das BKartA gibt diesen Bericht nach Maßgabe des § 53 Abs. 3 S. 2 GWB mindestens alle zwei Jahre heraus. In seinem nunmehr zweiten Markt-machtbericht, der aufgrund des bevorstehenden Ausstiegs aus Atom- und Kohleenergie bereits ein Jahr nach Veröffentlichung des ersten Markt-machtberichtes erschien, wird der Stromabsatzmarkt mit Erzeugung und Absatz elektrischer Energie analysiert.¹¹⁵ Das BKartA kommt zu dem Ergebnis, dass die Entwicklung der Markt-machtverhältnisse weiter einer genauen Beobachtung bedürfe. RWE sei in erheblichem Umfang für die Deckung der Nachfrage unverzichtbar, jedoch noch nicht marktbeherrschend. Dies könne sich aber bei einer bereits geringfügigen Verknappung der Marktverhältnisse ergeben.¹¹⁶

2. Verstoß gegen Mitteilungspflichten

Liefert ein Energieversorgungsunternehmen eine größere Energiemenge an Letztverbraucher, als es dem Übertragungs-netzbetreiber gemeldet hat, verstößt dies nach Entscheidungen des BGH vom 18. Februar 2020 gegen die Mitteilungspflicht nach § 74 S. 1 EEG 2014.¹¹⁷ Wegen der zu geringen Meldung zu gering berechnete EEG-Umlagebeträge sind ab dem 1. Januar des Folgejahres zu verzinsen.¹¹⁸

3. Schuldner der EEG-Umlage

Nach einer BGH-Entscheidung vom 3. März 2020 schuldet grundsätzlich dasjenige Unternehmen, das sich gegenüber dem Letztverbraucher vertraglich zu dessen Versorgung mit elektrischer Energie verpflichtet hat, dem Übertragungs-netzbetreiber die EEG-Umlage.¹¹⁹ Wenn mehrere Unternehmen bei der Versorgung vertraglich zusammenwirken und aus Sicht und zulasten des Übertragungsnetzbetreibers unklar ist, welches Unternehmen die Verpflichtung zur Belieferung des Endverbraucher übernommen hat, ist der Übertragungs-netzbetreiber berechtigt, jedes der an der Belieferung beteiligten Unternehmen als Stromlieferant auf Zahlung der EEG-Umlage in Anspruch nehmen.¹²⁰

4. Verstöße gegen die Bilanzkreistreue

In gleich mehreren Aufsichtsverfahren nach § 65 Abs. 1 EnWG stellte die Bundesnetzagentur Verstöße gegen die Bilanzkreistreue durch verschiedene Unternehmen fest.¹²¹ Im Fokus standen Vorkommnisse im Juni 2019 – die betroffenen Unternehmen hatten damals nach den jetzt vorliegenden Feststellungen der Bundesnetzagentur nicht für eine ausgeglichene

Viertelstunden-Leistungsbilanz gesorgt und damit signifikante Bilanzungleichgewichte verursacht. Aufgefallen waren diese Verstöße durch Untersuchungen, welche die Bundesnetz-agentur aufgrund eines Ungleichgewichts im deutschen Stromsystem an drei Tagen im Juni 2019 veranlasste.¹²²

VI. Letztverbraucherbezogene Regulierung

1. Grundversorger

Mit der Bestimmung des Grundversorgers beschäftigte sich im vergangenen Jahr das VG Stuttgart. Dieses hielt zu der umstrittenen Frage, wie das „Netzgebiet der allgemeinen Versorgung“ i. S. d. § 36 Abs. 2 S. 1 EnWG zu bestimmen ist, fest, „dass der Begriff des Netzgebiets der allgemeinen Versorgung bezogen auf das Konzessionsgebiet verstanden werden muss“.¹²³ Dieses Gebiet muss dabei nicht mit dem Gebiet einer Gemeinde identisch, sondern kann auch kleiner sein.¹²⁴

2. Preiserhöhung durch den Grundversorger

Ob eine Preiserhöhung in einem Gaslieferungsvertrag der Grundversorgung zulässig ist, richtet sich nach einer BGH-Entscheidung aus dem vergangenen Jahr nach den vertraglichen Regelungen einschließlich der Vorgaben der ergänzenden Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB), nicht dagegen unmittelbar nach § 5 Abs. 2 GasGVV.¹²⁵ Auch eine unmittelbare Anwendung der Transparenzanforderungen der Erdgas-binnenmarkttrichtlinie 2003/55/EG komme nicht in Betracht, auch nicht gegenüber Gaslieferanten in öffentlicher Hand.¹²⁶

3. Preiserhöhung in Sonderkundenverträgen

Verschiedene Gerichte beschäftigten sich im vergangenen Jahr mit den Anforderungen an eine wirksame Preiserhöhung im Sonderkundenverhältnis. Im Fokus standen erneut die Anforderungen an eine „transparente“ Unterrichtung i. S. d. § 41 Abs. 3 EnWG. Zum einen wurde bestätigt, dass die Transparenzanforderungen eine klare Bezeichnung als Preiserhöhung im Betreff der E-Mail erfordern und auch der Text dies nicht verschleiern darf.¹²⁷ Zum anderen erweiterten die Gerichte die Anforderungen an eine transparente Darstellung der

112 OLG Düsseldorf, EnWZ 2020, 465, 466 = Rn. 22 ff. (juris) (Beschl. v. 7.10.2020 – Az. 3 Kart 885/19).

113 OLG Düsseldorf, EnWZ 2020, 465, 466 = Rn. 22 (juris) (Beschl. v. 7.10.2020 – Az. 3 Kart 885/19).

114 BKartA, Wettbewerbsverhältnisse im Bereich der Erzeugung elektrischer Energie 2020 (Markt-machtbericht 2020), 2020.

115 BKartA (Fn. 114), S. 1 ff.

116 BKartA (Fn. 114), S. 3 Rn. 9, S. 42 Rn. 108.

117 BGH, Urt. v. 18.2.2020 – Az. XIII ZR 10/19, insbesondere Rn. 33; Urt. v. 18.2.2020 – Az. XIII ZR 13/19, Rn. 37.

118 BGH, Urt. v. 18.2.2020 – Az. XIII ZR 13/19, Rn. 42.

119 BGH, Urt. v. 3.3.2020 – Az. XIII ZR 6/19, Rn. 20–25; siehe auch die Parallelentscheidung vom selben Tag; BGH, Urt. v. 3.3.2020 – Az. XIII ZR 15/19.

120 BGH, Urt. v. 3.3.2020 – Az. XIII ZR 6/19, Rn. 31.

121 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 20.4.2020 – Az. BK6-19-450; Beschl. v. 20.4.2020 – Az. BK6-19-451; Beschl. v. 30.4.2020 – Az. BK4-19-458; Beschl. v. 30.4.2020 – Az. BK4-19-449; Beschl. v. 30.4.2020 – Az. BK4-19-452.

122 Bundesnetzagentur, Pressemitteilung v. 21.4.2020.

123 VG Stuttgart, Urt. v. 20.10.2020 – Az. 18 K 1797/19, Rn. 30 ff. (juris).

124 VG Stuttgart, Urt. v. 20.10.2020 – Az. 18 K 1797/19, Rn. 37 ff. (juris).

125 BGH, Urt. v. 29.1.2020 – Az. VIII ZR 75/19, Rn. 27; siehe auch die Parallelentscheidung vom selben Tag; BGH, Urt. v. 29.1.2020 – Az. VIII ZR 385/18, Rn. 23.

126 BGH, Urt. v. 29.1.2020 – Az. VIII ZR 75/19, Rn. 33 ff.; siehe auch die Parallelentscheidungen vom selben Tag; BGH, Urt. v. 29.1.2020 – Az. VIII ZR 385/18, Rn. 30; MDR 2020, 473, 473 f. Rn. 14 (Urt. v. 29.1.2020 – Az. VIII ZR 80/18).

127 OLG Köln, EnWZ 2020, 374, 376 = Rn. 45 (juris) (Urt. v. 26.6.2020 – Az. 1-6 U 304/19); LG Hamburg, Urt. v. 9.1.2020 – Az. 312 O 453/18.

Preiserhöhung: Diese erfordere eine Gegenüberstellung der einzelnen Preisbestandteile vor und nach der Erhöhung, so dass der Kunde selbst beurteilen kann, welche Bestandteile zu welchen Kostenänderungen führen.¹²⁸

4. Kundenanlage

Einmal mehr stand im vergangenen Jahr die Abgrenzung zwischen Kundenanlagen i. S. d. § 3 Nr. 24a EnWG und Versorgungsnetzen auf dem Prüfstand. Nach einem die bisherige Rechtsprechung grundlegend bestätigenden Beschluss des OLG Düsseldorf liegt eine für den Wettbewerb unbedeutende Kundenanlage nicht mehr vor, wenn die Energieanlage trotz diskriminierungsfreier und unentgeltlicher Belieferung der angeschlossenen Letztverbraucher den Versorgungswettbewerb und die mit dem Regulierungsrecht verfolgten Ziele – insbesondere angesichts ihrer Größe – mehr als unbedeutend beeinflusst.¹²⁹ Nach Ansicht des Gerichts scheidet die Annahme einer Kundenanlage im Regelfall aus, wenn mehrere Hundert Letztverbraucher angeschlossen sind, die Anlage eine Fläche von deutlich über 10 000 Quadratmetern versorgt, die jährliche Menge an durchgeleiteter Energie voraussichtlich 1000 MWh deutlich übersteigt und mehrere Gebäude angeschlossen sind. Nur unter ganz bestimmten Umständen könne eine solche Energieanlage mit dieser Größe noch als für den Wettbewerb unbedeutend angesehen werden.¹³⁰ Jedenfalls in den Fällen, in denen die Größe einer Anlage in zwei der Kriterien hinter diesen Werten zurückbleibt, handele es sich regelmäßig noch um eine für die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas unbedeutende Kundenanlage.¹³¹

VII. Missbrauchsverfahren nach §§ 30 f. EnWG

In einem Missbrauchsverfahren nach § 31 EnWG entschied das OLG Düsseldorf im vergangenen Jahr, dass ein Netzbetreiber nicht verpflichtet sei, einem nachgelagerten Netzbetreiber mit angeschlossenen dezentralen Erzeugungsanlagen die Buchung von Netzreservekapazitäten anzubieten – die Weigerung sei angesichts dessen auch nicht missbräuchlich. Ein solcher Anspruch sei weder Bestandteil des Netzzugangsanspruchs oder der Netzentgeltregulierung nach §§ 20, 21 EnWG, noch ergebe er sich aus der StromNZV oder der StromNEV.¹³²

Erfolglos war im vergangenen Jahr ein Missbrauchsverfahren wegen vorgeblicher Guthabenforderungen und der Kündigung eines Lieferantenrahmenvertrages: Die Bundesnetzagentur sah kein missbräuchliches Verhalten der Netzbetreiberin, diese habe vielmehr die Vertragsvorgaben ordnungsgemäß angewandt.¹³³

Mit den Folgen eines nicht eingeleiteten Missbrauchsverfahrens beschäftigte sich das OLG Düsseldorf im vergangenen Jahr ebenfalls: Im zu entscheidenden Fall war einem Letztverbraucher aus seiner Sicht zu Unrecht von einem Netzbetreiber ein individuelles Netzentgelt verweigert worden. Der aktuellen Fallgestaltung gingen schon diverse Auseinandersetzungen zwischen den Parteien um die Vereinbarung eines individuellen Netzentgelts voraus. Unabhängig von den individuellen Besonderheiten des Falls von Relevanz ist die Feststellung des Gerichts, dass die Nichtdurchführung eines möglichen und zumutbaren Missbrauchsverfahrens nach § 31 EnWG sachlich geboten sein kann zur Durchsetzung der eigenen Rechtsposition. Wird ein solches Verfahren nicht angestrengt, kann dies zu Rechtsverlusten an anderer Stelle führen – hier etwa zur Verweigerung einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen schuldhafter Fristversäumnis.¹³⁴

Zum Umfang des Missbrauchsverfahrens nach § 31 EnWG hielt der BGH im vergangenen Jahr fest, dass dieses nicht die Prüfung und Feststellung eines Schadensersatzanspruchs gegen den, der sich missbräuchlich i. S. d. § 31 Abs. 1 S. 1 EnWG verhält, umfasst.¹³⁵

VIII. Konzessionen

Der Umfang des Übereignungsanspruchs eines Neukonzessionärs wurde vom BGH im vergangenen Jahr auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung konkretisiert: Ein Anspruch des neuen Energieversorgungsunternehmens zur Übereignung von Leitungsanlagen der Hochspannungs- und Hochdruckebene im Gemeindegebiet setzt voraus, dass die Anlage nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der neue Konzessionsnehmer seine Versorgungsaufgaben nicht mehr wie der frühere Netzbetreiber erfüllen könnte, und die Leitungsebene eine mehr als unwesentliche Funktion bei der örtlichen Versorgung hat.¹³⁶

Wendet sich der Altkonzessionär mit dem Einwand der Nichtigkeit des Konzessionsvertrages gegen die Übereignung an den Neukonzessionär, so trägt der Altkonzessionär die Darlegungs- und Beweislast für die von ihm vorgebrachten Einwendungen.¹³⁷ Die Entscheidung konkretisiert weiter, welche Anforderungen an die Einwände gestellt werden.

IX. Erneuerbare Energien

1. EEG 2021

Kurz vor Jahresende wurde am 28. Dezember 2020 noch das Gesetz zur Änderung des EEG und weiterer energierechtlicher Vorschriften vom 21. Dezember 2020 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht; es enthält als Kernstück das neue EEG 2021.¹³⁸ Bis zuletzt war offen, ob eine Einigung für ein Inkrafttreten zum 1. Januar 2021 zu erzielen wäre. Letztlich stimmten der Bundestag am 17. Dezember 2020¹³⁹ und der Bundesrat am 18. Dezember 2020¹⁴⁰ der jetzt verabschiedeten Fassung zu. Das EEG 2021 bringt umfassende Änderungen mit sich und wurde bis zuletzt in verschiedenen Punkten intensiv diskutiert. Kernziel der Neuregelungen ist ein beschleunigter Ausbau der Erneuerbare-Energien-Anlagen zur Erreichung der Klimaziele Deutschlands und der EU mit einer Treibhausgasneutralität im Jahr 2050.¹⁴¹ Die Änderungen des EEG sollen dabei sicherstellen, dass das energiewirtschaftliche Zieldreieck aus Umwelt- und Klimaschutz und kostengünstiger Energieversorgung weiterhin eingehalten werden

128 OLG Köln, EnWZ 2020, 374, 376 = Rn. 47 ff. (juris) (Urt. v. 26.6.2020 – Az. I-6 U 304/19); LG Hamburg, Urt. v. 9.1.2020 – Az. 312 O 453/18.

129 OLG Düsseldorf, EnWZ 2020, 234, 238 = Rn. 130 (juris) (Beschl. v. 26.2.2020 – Az. 3 Kart 729/19).

130 OLG Düsseldorf, EnWZ 2020, 234, 238 = Rn. 132 (juris) (Beschl. v. 26.2.2020 – Az. 3 Kart 729/19).

131 OLG Düsseldorf, EnWZ 2020, 234, 238 = Rn. 136 (juris) (Beschl. v. 26.2.2020 – Az. 3 Kart 729/19).

132 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.10.2020 – Az. 3 Kart 842/19 (V), Rn. 27 ff. (juris).

133 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 22.4.2020 – Az. BK6-19-132.

134 OLG Düsseldorf, N&R 2020, 248, 248 f. = Rn. 32 f. (juris) (Beschl. v. 1.4.2020 – Az. VI-3 Kart 779/19 [V]).

135 BGH, Beschl. v. 1.9.2020 – Az. EnVR 7/19.

136 BGH, NVwZ-RR 2020, 929, 930 f. Rn. 23 f. (Urt. v. 7.4.2020 – Az. EnZR 75/18).

137 Hierzu und zum Folgenden BGH, NZKart 2020, 253, insbesondere 254 Rn. 18 ff. (Urt. v. 28.1.2020 – Az. EnZR 116/18).

138 Art. 1 des Gesetzes v. 21.12.2020, BGBl. I 2020, 3138.

139 Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages, BR-Drs. 763/20.

140 Beschluss des Bundesrates, BR-Drs. 763/20 (Beschluss).

141 Siehe das Vorblatt zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/23482, 1.

kann.¹⁴² Dementsprechend durchziehen die Neuregelungen das gesamte EEG. Erstmals konkret festgelegt werden etwa Ausbau- und Mengenfahde für die Erreichung der geplanten Anteile erneuerbarer Energien an der Gesamterzeugung (§§ 4, 4a EEG 2021). Der verpflichtende Einbau von intelligenten Messgeräten („Smart Meter“) wird ausgeweitet (§ 9 Abs. 1, Abs. 1a EEG 2021) und die Anschlussförderung für Altanlagen neu geregelt (etwa § 21 Abs. 1 EEG 2021). Der Ausbau erneuerbarer Energien insbesondere im privaten Bereich soll durch eine Anhebung der Bagatellgrenze, bis zu der auf den selbst verbrauchten Strom in der Eigenversorgung keine EEG-Umlage zu zahlen ist, vorangetrieben werden (§ 61b Abs. 2 EEG 2021). Aus grünem Wasserstoff hergestellter Strom und der Einsatz solchen Stroms in stromkostenintensiven Unternehmen wird gemäß § 64a EEG 2021 privilegiert. Schließlich finden sich differenzierte Änderungen zu den Ausschreibungen aller erneuerbaren Energiearten. Hinzu kommen weitere Änderungen. Das Gesetz ist gemäß Art. 24 – von wenigen Ausnahmen abgesehen – zum 1. Januar 2021 in Kraft getreten.

Die Europäische Kommission ist auf die Notifikation der Regelungen des EEG 2021 als Beihilfe unter Art. 108 Abs. 3 AEUV zu dem Schluss gekommen, keine Einwände zu erheben.¹⁴³ Die Regelungen waren notifiziert worden, obwohl der EuGH 2019 für das EEG 2012 entschieden hatte, dass die dortigen Regelungen nicht als Beihilfen i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV zu qualifizieren seien,¹⁴⁴ da nunmehr auch Haushaltsmittel zur Absenkung der EEG-Umlage eingesetzt werden.¹⁴⁵

2. Änderungen des KWKG

Novelliert wurde 2020 auch das KWKG – zum 14. August 2020 und erneut zum 1. Januar 2021, als Teil des Gesetzespaketes rund um den Erlass des EEG 2021. Im August 2020 waren Neuregelungen als Teil des Kohleausstiegsgesetzes in Kraft getreten.¹⁴⁶ Im Rahmen der Neuregelungen durch das Gesetz zur Änderung des EEG und weiterer energierechtlicher Vorschriften sind u. a. Neuregelungen zur Herstellung von grünem Wasserstoff aufgenommen (§ 27d KWKG 2021) und Anpassungen der Ausschreiberegeln (insbesondere in § 33a KWKG 2021) vorgenommen worden.¹⁴⁷

3. EEG-Umlage

Am 8. Oktober 2020 hat die Bundesnetzagentur einen Leitfaden zu den gesetzlichen Regeln zum Messen und Schätzen bei EEG-Umlagepflichten gemäß §§ 62a, 62b EEG veröffentlicht.¹⁴⁸ Insbesondere soll dadurch das Erkennen und die Durchsetzung von Ausnahmen und Befreiungen einfacher und unbürokratischer möglich sein.¹⁴⁹

X. Energiewende

1. Atomausstieg

Am 29. September 2020 hat das BVerfG auf Betreiben einiger vom Atomausstieg betroffener Unternehmen beschlossen, dass diese in ihrem Grundrecht aus Art. 14 GG durch unzureichende Entschädigungsregelungen verletzt sind. Der Gesetzgeber hat danach nach wie vor keinen angemessenen Ausgleich für nicht mehr verstrombare Teile der ursprünglich zugewiesenen Elektrizitätsmengen vorgesehen und bleibt zur Neuregelung verpflichtet.¹⁵⁰

2. Kohleausstieg

Am 14. August 2020 ist das neue Kohleausstiegsgesetz in Kraft getreten.¹⁵¹ Durch das neue Gesetz sollen Perspektiven für neue, zukunftssichere Arbeitsplätze geschaffen werden

und zugleich die Instrumente für den Kohleausstieg im Hinblick auf unterschiedliche soziale, wirtschaftliche und umweltrelevante Aspekte.¹⁵² Daneben enthält der Entwurf auch Maßnahmen für die Energiewirtschaft, um das Reduktionsziel zu realisieren.¹⁵³ Dazu wird in erster Linie das KWKG bis 2030 verlängert und gleichzeitig novelliert. Zwar soll durch die Erhaltung der wesentlichen Förderungsschwerpunkte und der Verlängerung des Kohleersatzbonus Planungssicherheit geschaffen werden.¹⁵⁴ Daneben sollen durch die Einführung eines Erneuerbare-Energien-Bonus für innovative KWK-Systeme (EE-iKWK-Bonus) aber auch neue Anreize zur Einbeziehung von Wärme aus solchen Systemen gesetzt werden. Durch einen sog. „Steinkohlezuschlag“ soll der Anteil der Steinkohleverstromung im Ausschreibungsverfahren reduziert werden.¹⁵⁵ Neben diesen freiwilligen Ausschreibungen enthält das Gesetz auch gesetzliche Regelungen zur Reduzierung von Stein- und Braunkohle.¹⁵⁶ Um trotz der stetigen Reduzierung die Versorgungssicherheit nicht zu gefährden, sollen die Steinkohleanlagen, für die über einen Zuschlag ein Verbot der Kohleverfeuerung wirksam werden soll, einer Systemrelevanzprüfung unterzogen werden. Anschließend soll die Versorgungssicherheit in einem ständigen Monitoring überwacht werden.¹⁵⁷ Außerdem werden in dem neuen Gesetz ein Neubauverbot für Kohlekraftwerke und eine Überprüfung, welche die Sicherstellung von erschwinglichen Strompreisen zum Ziel hat, verankert.¹⁵⁸

3. BBPIG

Der geplante Kohleausstieg und die Wende hin zu erneuerbaren Energien führt zu einem erheblichen Netzausbaubedarf, insbesondere in der Höchstspannungsebene.¹⁵⁹ Dem soll durch eine Änderung des BBPIG und anderer Vorschriften Rechnung getragen werden. Durch die Änderung des BBPIG sollen 35 neue Netzausbauvorhaben aufgenommen und acht bisherige Netzausbauvorhaben geändert werden, für die entsprechend § 12e Abs. 4 EnWG die energiewirtschaftliche Notwendigkeit und der vordringliche Bedarf festgestellt worden ist.¹⁶⁰ Daneben sollen einige Anpassungen im EnWG, NABEG und BBPIG vorgenommen werden, um eine zügige Durchführung der Planungs- und Genehmigungsverfahren zu

142 Siehe das Vorblatt zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/23482, 1.

143 Kommission, Beschl. v. 17.12.2020 – Az. C (2020) 9344 final – Beihilfe SA.59842 (2020/N).

144 EuGH, N&R 2019, 171 = ECLI:EU:C:2019:268 (Urt. v. 28.3.2019 – Rs. C-405/16 P).

145 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/23482, 76, 82.

146 Dazu sogleich, unter X. 2.

147 Art. 17 des Gesetzes v. 21.12.2020, BGBl. I 2020, 3138, 3196.

148 Bundesnetzagentur, Leitfaden zum Messen und Schätzen bei EEG-Umlagepflichten, 2020.

149 Bundesnetzagentur, Pressemitteilung v. 8.10.2020.

150 BVerfG, Beschl. v. 29.9.2020 – Az. 1 BvR 1550/19.

151 Gesetz v. 8.8.2020, BGBl. I 2020, 1818.

152 Siehe das Vorblatt zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/17342, 1.

153 Vorblatt zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/17342, 1, 2.

154 Hierzu und zum Folgenden: Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/17342, 80, 81.

155 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/17342, 80, 82.

156 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/17342, 80, 84 f.

157 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/17342, 80, 85.

158 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/17342, 80, 86.

159 Siehe das Vorblatt zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/23491, 1.

160 Hierzu und zum Folgenden: Vorblatt zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/23491, 1, 2.

fördern. Der Bundesrat hat am 11. November 2020 zum Gesetzentwurf Stellung genommen und die Entscheidung der Bundesregierung begrüßt, dass der Übertragungsnetzausbau konsequent und umfassend entsprechend dem bestätigten Netzentwicklungsplan umgesetzt wird.¹⁶¹ Der Bundestag hat das Gesetz im Januar 2021 angenommen.¹⁶²

4. Änderung des BEHG

Das Ende 2019 verkündete BEHG ist kurz vor Start der konkreten Bepreisungen zum 1. Januar 2021 geändert worden: Durch das Erste Gesetz zur Änderung des BEHG vom 3. November 2020 sind u. a. die Zertifikatspreise kurz vor der ersten Anwendbarkeit deutlich erhöht und die Bundesregierung bereits vor dem 1. Januar 2022 zum Ergreifen von Maßnahmen zur Vermeidung einer Kohlenstoffleckage (sog. „Carbon Leakage“) ermächtigt worden.¹⁶³ Im Zuge der neuen Form und Höhe der Bepreisung sind die Erdgaspreise und darauf beruhende Preise, etwa der Wärmelieferung, in etlichen Fällen seit dem 1. Januar 2021 angehoben worden.

XI. Anstehende Entwicklungen im Jahr 2021

Das Energiewirtschaftsrecht im laufenden Jahr 2021 wird erneut maßgeblich von den Herausforderungen der Energiewende und der Reduktion von Treibhausgasemissionen

bestimmt sein. In ihrem Arbeitsprogramm für das Jahr 2021 setzt denn auch die Europäische Kommission weiterhin die Überarbeitung der einschlägigen Klima- und Energievorschriften an oberste Stelle, um insbesondere die avisierten Ziele zur Reduktion der Emissionen zu erreichen.¹⁶⁴ Dies umfasst etwa auch die Absicht, einen Kohlendioxid- bzw. CO₂-Ausgleichsmechanismus vorzuschlagen, „der ausländische Hersteller und EU-Importeure zur Verringerung ihrer CO₂-Emissionen veranlassen und dabei für gleiche Wettbewerbsbedingungen sorgen soll, die einen mit den Bestimmungen der WTO kompatiblen Handel gewährleisten“.¹⁶⁵

Hinzu kommt mit erheblicher Bedeutung für die nationalen Regulierungsstrukturen die anstehende Entscheidung des EuGH zur Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden im System der deutschen normierenden Regulierung, die – je nach Inhalt – grundlegende Umgestaltungen der etablierten normierenden Regulierung erfordern könnte.

161 Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 19/24236, 1, 18 (elektronische Vorabfassung).

162 Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages, BR-Drs. 85/21.

163 Gesetz v. 3.11.2020, BGBl. I 2020, 2291.

164 Kommission, Mitteilung „Arbeitsprogramm der Kommission für 2021“, COM (2020) 690 final, S. 3 ff.

165 Kommission (Fn. 164), COM (2020) 690 final, S. 4.

Prof. Dr. Frank P. Maier-Rigaud, Prof. Dr. Ulrich Schwalbe und Claudia L. Beckmann*

Erheblichkeitszuschläge: Fremdkörper in der Regulierungspraxis?

In der sektorspezifischen Preisregulierung des Telekommunikations- und Postsektors nutzt die Bundesnetzagentur die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL) und schlägt auf diese einen Erheblichkeitszuschlag auf. Der Erheblichkeitszuschlag stammt aus der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsaufsicht, stellt in der Regulierungspraxis aber einen Fremdkörper dar. Ziel der Preisregulierung ist die Setzung wettbewerbsanaloger Preise, also der geringsten Preise, die langfristig gerade noch kostendeckend sind. Dieses Ziel wird durch die Gewährung von Erheblichkeitszuschlägen verfehlt.

I. Einleitung

Die Regulierung von Zugangspreisen zu wesentlichen Infrastruktureinrichtungen wie z. B. im Fall des Zugangs zum Eisenbahnnetz der Deutschen Bahn oder zum Ebene-2- bzw. „Layer 2“-VDSL-Bitstrom der Telekom Deutschland GmbH hat den Zweck, durch entsprechende Entgelte funktionierenden Wettbewerb nachzubilden und so weit möglich sowohl die statische als auch die dynamische Effizienz in einem Markt zu realisieren. Bei der Festlegung dieser Preise orientieren sich Regulierungsbehörden häufig an den Kosten, die zur Herstellung eines Produktes oder zur Erbringung einer Leistung erforderlich sind. Die Europäische Kommission führt im Rahmen ihrer Nichtdiskriminierungsempfehlung 2013/466/EU zur geeigneten Kostenrechnungsmethode wie folgt aus:

„Eine Kostenrechnungsmethode ist geeignet, die Ziele des Rechtsrahmens zu erfüllen, wenn sie zu Zugangsentgelten führt, die so weit wie möglich die Entgelte

replizieren, die auf einem Markt zu erwarten sind, auf dem echter Wettbewerb herrscht.“¹

In der sektorspezifischen Regulierung des Telekommunikations- und Postsektors nutzt die Bundesnetzagentur bei der Festlegung dieser Zugangspreise den Ansatz der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL).² Auf die mit dieser Methode ermittelten Entgelte wird den regulierten Unternehmen jedoch in manchen Fällen ein Erheblichkeitszuschlag von bis zu 15% gewährt.³ Dieser Zuschlag wird von der Bundesnetzagentur folgendermaßen begründet:

„Mit der Beaufschlagung um einen Erheblichkeitsfaktor wird dem Umstand Rechnung getragen, dass nicht bereits jede Überschreitung des wettbewerbsanalogen Preises einen Missbrauch darstellt. Wegen des mit dem Missbrauchsvorwurf verbundenen Unwerturteils sind Entgelte eines marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber einem solchen hypothetischen Preis erst dann missbräuchlich überhöht, wenn sie diese erheblich

* Dieser Beitrag geht auf ein Gutachten von ABC economics zurück, siehe *Maier-Rigaud/Schwalbe/Beckmann*, Ökonomische Einschätzung zu neuen Entgelten für Layer 2 VDSL Anschlüsse – Kurzugutachten für den Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e. V. (VATM), 2020. Das Kurzugutachten ist abrufbar unter <https://www.abcecon.com/files/PDF-upload/2020/2020.11.11%20ABC%20economics%20Kurzugutachten.pdf> (zuletzt abgerufen am 16.2.2021). Für Hinweise zu einer früheren Fassung danken die Verfasser Dr. Philipp Heller, Tilman Poser und Dr. Laura Robles.

1 Erwägungsgrund 25 S. 1 der Nichtdiskriminierungsempfehlung 2013/466/EU.

2 Vgl. § 32 TKG und § 21 Abs. 1 Nr. 1 PostG.

3 Vgl. Bundesnetzagentur, Beschl. v. 8.3.2018 – Az. BK 3c-17/039, S. 118.