

## E. Ergebnis

§ 110 EnWG ist eine vielfach unterschätzte Norm, obgleich sie – schon jetzt – das deutsche Energiewirtschaftsrecht grundlegend verändert hat. War in der „alten Welt“ nur Nebensache, ob es neben dem Netz der allgemeinen Versorgung noch weitere Energieanlagen gab, wird dies in Zukunft eine der zentralen Fragen des neuen Gesetzes werden. Erschwerend kommt hinzu, dass § 110 EnWG sämtliche Themenkomplexe des EnWG berührt. Denn ein Objektnetz ist nichts anderes als ein Netz der allgemeinen Versorgung in Miniatur. Sämtliche Probleme dort stellen sich hier genauso. Wer § 110 EnWG verstehen will, der muss sich daher mit sämtlichen Rechtsfragen des gesamten EnWG auseinandersetzen, nur dass i.R.v. § 110 EnWG nicht auf altbewährte Rechtsstrukturen zurückgegriffen werden kann. Gleichwohl eröffnet § 110 EnWG auch neue Perspektiven. Er schafft dort Wettbewerb, wo er seit Jahrzehnten herbeigeseht wird: beim Netzbetrieb. Immer dann, wenn ein Netz neu errichtet wird, seien es Wohnsiedlungen, Einkaufszentren etc., wird es zu einem Konkurrenzkampf zwischen dem örtlichen Netzbetreiber und einem Objektnetzbetreiber kommen. Bei der Auslegung von § 110 EnWG hat daher größtmögliche Sensibilität zu walten.

## Netzanschluss und Netzzugang für Kohle- und Gaskraftwerke

von Christian von Hammerstein, Berlin\*

Der Kraftwerkspark in Deutschland ist veraltet. Ausländische und inländische Unternehmen planen Investitionen in neue Kraftwerke in den nächsten 10 Jahren mit einem Wert von 10 bis 20 Mrd. EUR. Die Erzeugungsanlagen müssen an die Elektrizitätsversorgungsnetze angeschlossen werden. Um die Elektrizität aus den neuen Erzeugungsanlagen aufzunehmen, sind ausreichende Kapazitäten in den Netzen notwendig. Dazu sind teilweise Netzausbaumaßnahmen durchzuführen. Im folgenden werden die gesetzlichen Voraussetzungen für den Netzanschluss und Netzzugang von neuen Erzeugungsanlagen untersucht.

### A. Trennung von Netzanschluss und Netzzugang

Eine gesetzliche Definition der Begriffe Netzanschluss gemäß § 17 EnWG und Netzzugang gemäß § 20 EnWG existiert nicht. Eine Abgrenzung ist aufgrund einer Auslegung beider Normen vorzunehmen.

Der Begriff des Netzanschlusses gemäß § 17 EnWG umfasst die physische Verknüpfung einer Erzeugungsanlage mit einem Elektrizitätsversorgungsnetz. Dazu wird das von der Erzeugungsanlage kommende Stromkabel mit der Sammelschiene des Umspannwerkes oder der Schaltanlage des Netzes („Anschlusspunkt“) verbunden. Der Netzanschluss als solcher gewährt noch nicht das Recht auf Einspeisung von Elektrizität in das angeschlossene Netz. Dieses Recht wird erst durch § 20 EnWG gewährt. Nach § 3 Nr. 28 EnWG ist ein Netznutzer die Person, die Energie in ein Elektrizitätsversorgungsnetz einspeist oder daraus bezieht.

Die systematische Trennung von Netzanschluss und Netzzugang erlangt Bedeutung bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Netzanschluss verweigert werden kann. Sowohl § 17 Abs. 2 Satz 3 EnWG als auch § 20 Abs. 2 Satz 3 EnWG sehen die Verweigerung eines Netzanschlusses- bzw. Netzzugangsbegehrens im Falle eines Kapazitätsmangels vor. Es ist deshalb zu ermitteln, worauf sich dieser „Kapazitätsmangel“ in den beiden Fällen jeweils bezieht.

Soweit nach § 20 Abs. 2 Satz 3 EnWG die Verweigerung des Netzzugangs wegen nicht ausreichender Kapazität zulässig ist, kann nur die Kapazität im Netz, welches dem Anschlussknoten nachgelagert ist, gemeint sein. Eine Verweigerung des Netzanschlusses nach § 17 Abs. 2 Satz 3 EnWG kann dagegen grundsätzlich nur mit fehlender Netzanschlusskapazität am Anschlusspunkt (etwa wenn die Netzkurzschlussleistung oder der Abfuhrquerschnitt nicht ausreicht) begründet werden.

Eine Verweigerung des Netzanschlusses wegen eines „Kapazitätsmangels“ im nachgelagerten Netz kommt dagegen nur in Betracht, wenn das Kraftwerk selbst bei einer Fahrweise in Mindestlast nicht ins Netz einspeisen könnte. Nur in diesem Fall wäre ein Netzanschluss objektiv sinnlos. Kapazitätsengpässe treten in der Regel jedoch nicht ganzjährig, sondern nur in Spitzenzeiten (z.B. bei Starkwind) auf. Fehlen in solchen Fällen zeitweise Netzkapazitäten zur Aufnahme und Übertragung des erzeugten Stroms, ist dies keine Frage des Netzanschlusses nach § 17 EnWG, sondern des Netzzugangs nach § § 20, 21 EnWG.

### B. Verweigerung von Netzanschluss und Netzzugang

Zunächst ist zu klären, unter welchen Voraussetzungen ein Netzbetreiber den Netzanschluss oder Netzzugang von Kraftwerken verweigern kann. Soweit die Verweigerung aufgrund fehlender Netzanschluss- bzw. Netzübertragungskapazitäten möglich ist, muss die Frage der wirtschaftlichen Zumutbarkeit von Ausbaumaßnahmen geklärt werden.

Der Betreiber eines Energieversorgungsnetzes kann einen Netzanschluss bzw. den Netzzugang nur aus den in § 17 Abs. 2 Satz 1 EnWG bzw. § 20 Abs. 2 Satz 1 EnWG genannten Gründen verweigern. Er muss nachweisen, dass ihm die Gewährung des Netzanschlusses bzw. Netzzugangs aus betriebsbedingten, technischen oder sonstigen wirtschaftlichen Gründen unter Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Eine nähere Festlegung der zur Verweigerung berechtigenden Gründe in einer Rechtsverordnung nach § 17 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 EnWG und § 24 Satz 1 Nr. 1 EnWG liegt nicht vor. Die genannten Verweigerungsgründe werden bzw. wurden jedoch auch in § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB und § 6 Abs. 1 Satz 2 EnWG a.F. verwendet. Zu diesen Normen vorhandene Rechtsprechung und Literatur ist daher bei der Auslegung von § 17 Abs. 2 EnWG und § 20 Abs. 2 EnWG zu berücksichtigen.

#### I. Betriebsbedingte und technische Gründe

Die Begriffe „betriebsbedingt“ und „technisch“ sind kaum zu differenzieren. Ein vertretbarer betriebsbedingter Grund, den Netzanschluss oder den Netzzugang zu verweigern, ist ein mangelhafter technischer Zustand des Netzes. Wenn dieser bis zur Behebung des Fehlers zur Folge hat, dass bei Realisierung des Netzanschlussbegehrens eine nachweisbare Gefährdung der Betriebssicherheit des Netzes zu besorgen ist oder wenn aufgrund von aktuell bestehender, objektiv nicht überwindbarer Personalknappheit vorübergehend ein Netzanschluss nicht realisiert werden kann, liegt ein betriebsbedingter und technischer Verweigerungsgrund vor.<sup>1</sup> Aufgrund der sub. A. beschriebenen Trennung zwischen Netzanschluss und Netzzugang kann sich die betriebsbedingte Störung nach § 17 Abs. 2 Satz 2 EnWG nur auf eine Störung am Netzanschlusspunkt und bei § 20 Abs. 2 Satz 1 EnWG nur auf Störungen im Netz beziehen.

#### II. Wirtschaftliche Unzumutbarkeit

Anschluss- und Netzzugangsanspruch finden ihre Grenze in den verfügbaren Anschluss- bzw. Netzkapazitäten. Dies ergibt sich für die Anschlusskapazitäten aus § 17 Abs. 2 Satz 3 EnWG und für die Einspeisekapazitäten aus § 20 Abs. 2 Satz 3 EnWG, § 3 Abs. 1 Satz 2 StromNZV. Mangelnde Netzanschluss- bzw. Netznutzungs-

\* Christian von Hammerstein ist Partner der internationalen Sozietät Hogan & Hartson Raue L.L.P., Berlin

kapazität kann jedoch nur einen technischen oder betriebsbedingten Verweigerungsgrund vorübergehender Art darstellen.<sup>2</sup> Für die Frage der Dauer der Anschluss- bzw. Zugangsverweigerung aufgrund einer solchen betriebsbedingten oder technischen Netzknappheit kommt es auf die wirtschaftliche Zumutbarkeit der Beseitigung des Engpasses an.<sup>3</sup>

### III. Netzausbaupflichten

Dem Inhaber einer wesentlichen Einrichtung gemäß § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB wurde schon nach allgemeinen kartellrechtlichen Grundsätzen zugemutet, eine vorhandene Anlage auszubauen, wenn dies zur Gewährung des Zuganges erforderlich ist. Dies wurde mit Wortlaut und Systematik des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB begründet. Die Bestimmung würde anderenfalls regelmäßig leer laufen, weil die von der Norm erfassten Infrastruktureinrichtungen typischerweise auf die vertrieblichen Bedürfnisse des Eigentümers ausgerichtet sind.<sup>4</sup> Ein Netzbetreiber könnte durch künstliche Kapazitätsverknappung seine Verpflichtungen nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB ohne weiteres unterlaufen.

Das EnWG enthält hierzu nun konkrete Vorgaben. Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 EnWG sind Netzbetreiber verpflichtet, ihr Netz „bedarfsgerecht auszubauen“, soweit es wirtschaftlich zumutbar ist. Nach § 12 Abs. 3 EnWG haben die Betreiber von Übertragungsnetzen (und gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 EnWG Verteilnetzbetreiber entsprechend) dauerhaft die Fähigkeit des Netzes sicherzustellen, die „Nachfrage nach Übertragung von Elektrizität“ zu befriedigen und insbesondere durch entsprechende Übertragungskapazität und Zuverlässigkeit des Netzes zur Versorgungssicherheit beizutragen. Nach § 12 Abs. 3a Satz 3 EnWG können Dritte bei Vorliegen eines berechtigten Interesses Einsicht in die der BNetzA zu übermittelnden Berichte über die Netzausbauplanung der Übertragungsnetze nehmen.

Nach § 15 Abs. 1 StromNZV müssen die Betreiber von Übertragungsnetzen im Rahmen des wirtschaftlich Zumutbaren das Entstehen von Engpässen in ihren Netzen und an den Kuppelstellen zu benachbarten Netzen mit Hilfe von netzbezogenen und marktbezogenen Maßnahmen verhindern. Dabei erzielte Erlöse sind für Maßnahmen zur Beseitigung von Engpässen zu verwenden, hierfür zurückzustellen oder entgeltmindernd in den Netzentgelten zu berücksichtigen. Ein gleich lautende Pflicht ergibt sich aus Art. 6 VO (EG) 1228/2003 für Engpässe an den Grenzkuppelstellen. Dabei besteht kein freies Wahlrecht des Netzbetreibers zwischen der Verwendung der Erlöse für die Beseitigung von Engpässen oder für die Minderung der Netznutzungsentgelte, solange ihn bereits gemäß § § 11 Abs. 1, 12 Abs. 3 EnWG eine Netzausbaupflicht trifft. Im diesem Fall kann er die beispielsweise aus einer Versteigerung von knappen Netzkapazitäten erzielten Erlöse nur dann zeitweise zurückstellen oder für die Reduzierung der Netznutzungsentgelte verwenden, solange er die Netzausbaumaßnahmen anderweitig finanziert oder diese sich noch in einer Phase (Planung und Genehmigung) befinden, in dem die Mittel nicht benötigt werden. An den gesetzlichen Ausbaupflichten ändert sich dadurch aber nichts.

Schließlich ergibt sich eine zusätzliche Pflicht zum Ausbau aus § 4 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 13 Abs. 2 EEG, soweit dieser notwendig ist, um Strom aus erneuerbaren Energien abzunehmen und zu übertragen.

Daraus folgt, dass nach § 17 Abs. 2 Satz 1 EnWG der Netzzugang von Erzeugungsanlagen bei fehlender Kapazität am Anschlusspunkt bzw. nach § 20 Abs. 2 Satz 1 EnWG der Netzzugang bei nicht ausreichender Kapazität im Netz nur dann wegen wirtschaftlicher Unzumutbarkeit verweigert werden kann, wenn die Ausbaupflichten nach § 11 Abs. 1 Satz 1 EnWG, § 12 Abs. 3 EnWG, § 15 Abs. 1 und 4 StromNZV, Art. 6 VO (EG) 1228/2003 dem Netzbetreiber wirtschaftlich unzumutbar sind. Ein Verhalten (hier: Ausbau), welches der Gesetzgeber aufgrund anderer Normen im Interesse der Netznutzer oder im öffentlichen Interesse von einem Netzbetreiber verlangt, kann nicht nach § 17 Abs. 2 Satz 1 EnWG oder § 20 Abs. 2 Satz 1 EnWG aus wirtschaftlichen Gründen unzumutbar sein.

## IV. Kostentragung für Netzausbau

Die wirtschaftliche Zumutbarkeit eines bedarfsgerechten Netzausbau hängt von der Frage ab, wer diese Kosten trägt und in welchem Verhältnis diese Kosten zu anderen Kosten stehen. Es ist zwischen drei verschiedenen Maßnahmen zu unterscheiden: Herstellung der physischen Verbindung zwischen dem von der Erzeugungsanlage kommenden Stromkabel mit dem Elektrizitätsversorgungsnetz („Verknüpfung“); Errichtung einer der Verbindung der Erzeugungsanlage mit dem Elektrizitätsversorgungsnetz dienenden individuellen Leitung („Verbindung“); Verstärkung des auch von anderen Netznutzern genutzten Elektrizitätsnetzes („Verstärkung“).<sup>5</sup> In Bezug auf die Kostenlast ist wie folgt zu differenzieren:

### 1. Verknüpfung

Die Kosten reiner Netzzugangsmaßnahmen sind vom Anschlussnehmer, also bei Erzeugungsanlagen vom Betreiber zu tragen. Die Vorgabe wirtschaftlicher Bedingungen nach § 17 Abs. 1 EnWG setzt voraus, dass der Anschlussnehmer hierfür ein Entgelt zu entrichten hat. Auch in § 31 Abs. 3 Satz 4 EnWG wird von „Entgelten für den Anschluss größerer neuer Erzeugungsanlagen“ ausgegangen. Davon erfasst werden solche Maßnahmen, die nicht dem Netz zugute kommen und nicht zur Errichtung oder zum Ausbau von Anlagen führen, die auch von anderen als dem einspeisenden Erzeuger genutzt werden. So gehört die Sammelschiene in einem Umspannwerk zur Umspannebene.<sup>6</sup> Wird die Sammelschiene im Zuge des Anschlusses der Erzeugungsanlage verstärkt, liegt darin keine Netzanschlussnahme, sondern eine Verstärkung der vorhandenen Netzanlagen, die auch von anderen Netznutzern genutzt werden, also eine Maßnahme des Netzzugangs. Anders würde es sich z.B. bei dem Einbau einer zusätzlichen Schalteinrichtung außerhalb der Sammelschiene verhalten. Sofern die entsprechende Schalt-, Schutz- und Leittechnik in dem Umspannwerk ausschließlich dem Anschluss der Erzeugungsanlage dient, würde es sich um Netzzugangsmaßnahmen handeln.

### 2. Verbindung

Die Verbindungsleitung von der Erzeugungsanlage zum Anschlusspunkt des Netzbetreibers dient ausschließlich der Erzeugungsanlage. Es handelt sich ebenfalls um eine Netzzugangsmaßnahme i.S.v. § 17 Abs. 1 EnWG. Aus dem Wortlaut von § 17 Abs. 1 EnWG folgt, dass der Netzbetreiber Erzeugungsanlagen an sein Netz zu angemessenen Bedingungen „anzuschließen“ hat. Dazu gehört zwangsläufig auch die Verbindung im hier verwendeten Sinn. Auf-

1. Säcker/Boesche, in: Berliner Kommentar zum Energierecht, 2004, § 6 EnWG Rz. 237; Markert, BB 1997, 1421, 1426; Walter/v. Keussler, RdE 1999, 223, 224; Bechtold, GWB, 3. Aufl. 2002, § 19 Rz. 84; Weyer, in: Frankfurter Kommentar, § 19 GWB Rz. 1055; Koenig/Kühling/Winkler, WuW 2003, 228, 235 (zum TK-Recht), 237 (zu § 6 EnWG); Büdenbender, EnWG, 2003, § 6 Rz. 42; Scholz/Röhling, in: Bartsch/Röhling/Salje/Scholz, Stromwirtschaft, Kap. 54 Rz. 16; BT-Drucks. 13/9211, S. 24 ff.

2. LG Berlin, Urt. v. 27.06.2000, ZNER 2000, 142, 144 – Fortum; LG Stuttgart, ET 1999, 2000; Büdenbender, JZ 1999, 62, 68; Giermann, RdE 2000, 222, 224; Kühne/Scholtka, NJW 1998, 1902, 1905; Papier, Durchleitung und Eigentum, BB 1997, 1213, 1219; Walter/v. Keussler, RdE 1999, 223, 224.

3. Säcker/Boesche, in: Berliner Kommentar zum Energierecht, 2004, § 6 Rz. 239.

4. BKartA, Beschl. v. 21.12.1999, B 9-63220-T-199/97 u. T-16/98, WuW DE-V 253, 258 – Puttgarden; Europäische Kommission, Beschl. v. 14.01.1998, ABl. EG Nr. L 72/30, S. 46 – FAG; Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., 2001, § 19 Rz. 206; Säcker/Boesche, in: Berliner Kommentar zum Energierecht, 2004, § 6 Rz. 243; Koenig/Kühling/Winkler, WuW 2003, 228, 237 ff.; a.A. Papier, BB 1997, 1213, 1219; Büdenbender, EnWG, 2003, § 6 Rz. 37; Scholz/Röhling, in: Bartsch/Röhling/Salje/Scholz, Stromwirtschaft, Kap. 54 Rz. 23 ff.; Schmidt-Preuß, RdE 1996, 5 ff.; Kühne, RdE 200, 3 ff.

5. Koenig/Kühling/Winkler, WuW 2003, 228, 230, unterscheiden zwischen vier verschiedenen Arten von Netzverstärkungsmaßnahmen: Anbau, Ausbau, Umbau, Neubau.

6. BNetzA, Beschluss v. 02.03.2006, Az.: BK 8-05/006, ABl. 2006, S. 779.

grund der singulären Nutzung durch den Betreiber der Erzeugungsanlage ist es angemessen gemäß § 17 Abs. 1 EnWG, dass die Kosten der Errichtung der Verbindungsleitung durch den Anschlussnehmer getragen werden.

### 3. Verstärkung

Wird ein Energieversorgungsnetz gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1, 12 Abs. 3 EnWG bedarfsgerecht ausgebaut und werden dadurch Engpässe gem. § 15 Abs. 1 StromNZV, Art. 6 VO (EG) 1228/2003 beseitigt, liegt darin keine Maßnahme des Netzanschlusses, sondern eine den Netzzugang nach § 20 Abs. 1 und 1a EnWG ermöglichende Maßnahme. In einem vermaschten Netz können einzelne Netzausbaumaßnahmen nicht bestimmten Einspeisern oder Netznutzern zugeordnet werden. Sofern der Anschluss eines neuen Kraftwerkes Netzausbaumaßnahmen nach sich zieht, profitieren davon unmittelbar auch alle anderen Netznutzer.<sup>7</sup>

#### a) Einheitliches Netznutzungsentgelt

Hierfür bildet der Netzbetreiber gemäß §§ 21 Abs. 1 und 2, 24 Satz 2 Nr. 4 EnWG i.V.m. § 3 Abs. 1 Satz 4 und Abs. 2 StromNEV eine einheitliche Entgeltbriefmarke für jede Netz- und Umspannebene. Nicht maßgeblich sind die individuell in Anspruch genommenen Netzbestandteile. Eine Ausnahme hierfür sieht nur § 19 Abs. 3 StromNEV vor, sofern sämtliche Betriebsmittel in einer Netz- oder Umspannebene ausschließlich von einem Netznutzer genutzt werden. In diesem Fall ist eine Individualisierung der Kosten des Netzzugangs eines Netznutzers möglich und damit eine verursachungsgerechte Zuordnung vorgesehen. In allen anderen Fällen tragen alle Netznutzer in gleichem Maße entsprechend ihres jeweiligen Umfangs der Netznutzung alle Kosten für die Nutzung einer Netz- oder Umspannebene.

#### b) Keine G-Komponente

Die Erhebung von Netznutzungsentgelten für die Einspeisung elektrischer Energie (sog. G-Komponente) untersagt § 15 Abs. 1 Satz 3 StromNEV. Der Verordnungsgeber hat damit bewusst davon abgesehen, nach Art. 4 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1228/2003 eine einheitlich für alle existierenden und neuen Erzeugungsanlagen geltende G-Komponente einzuführen. Da nach § 17 Abs. 8 StromNEV die Bildung anderer als der in der Verordnung genannten Entgelte für den Netzzugang nicht zulässig ist, dürfen Betreiber von Erzeugungsanlagen nicht an den Netzausbaukosten beteiligt werden, weder durch individuelle Entgelte noch über die allgemeinen Entgelte.

#### c) Baukostenzuschüsse

Soweit in § 7 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 StromNEV geregelt ist, dass erhaltene Baukostenzuschüsse im Rahmen der Kalkulation der Netznutzungsentgelte als Abzugskapital anzusetzen sind, liegt darin keine Bestätigung der Zulässigkeit von Baukostenzuschüssen des Anschlussnehmers. Nach der Begründung des Verordnungsentwurfs enthält die StromNEV keine Regelung zur Erhebung von Baukostenzuschüssen, sondern nur zu deren Auflösung. Ob und in welchem Umfang Baukostenzuschüsse zulässig sind, wird dadurch nicht geregelt.<sup>8</sup>

## V. Zumutbarkeit

Es stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Netznutzung in Form der Einspeisung gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 EnWG verweigert werden kann. Allein unter Hinweis auf zusätzliche Kosten war schon nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB eine Verweigerung nicht möglich, wenn der Netzbetreiber die Kosten gar nicht trägt.<sup>9</sup> Daher ist eine Abwägung zwischen den Interessen der Gesamtheit der Netznutzer, welche mit ihren Netzentgelten die Ausbaumaßnahmen finanzieren, und des den Netzzugang begehrenden Betreibers der Erzeugungsanlage vorzunehmen. Diese sind teilweise deckungsgleich und teilweise gegensätzlich. Netznutzer haben kein Interesse an einer Steigerung der Netznutzungskosten.

Sie haben aber auch Interesse an zusätzlichen Versorgungsmöglichkeiten durch neue Erzeugungsanlagen. Welche Parameter bei der Abwägung in Beziehung zu setzen sind, lässt sich nur anhand des konkreten Einzelfalls entscheiden. Eine generelle Festlegung von Schwellenwerten etwa in der Weise, dass Netzausbaukosten, die mehr als 25 % der Investitionskosten für das Kraftwerk betragen, nicht mehr zumutbar seien, können dem Gesetz nicht entnommen werden.<sup>10</sup>

### 1. Bedarfsgerechtigkeit

Die Frage, ob ein Bedarf für das neue Kraftwerk besteht, spielt bei der Entscheidung über die Zumutbarkeit des Netzanschlusses und Netzzugangs keine Rolle. Die Bedeutung des Tatbestandsmerkmals „bedarfsgerecht“ in § 11 Abs. 1 Satz 1 EnWG besteht darin, dass einerseits die Netzbetreiber verpflichtet sind, die tatsächlich vorhandene Nachfrage nach Übertragung von Elektrizität (§ 12 Abs. 3 EnWG) zu befriedigen. Andererseits sollen sie nicht über den tatsächlichen Übertragungsbedarf hinaus Kapazitäten errichten, die zu ineffizienten Kosten führen. Die Vorschrift korrespondiert mit §§ 21 Abs. 2 Satz 1, 21a EnWG, welche Netzbetreiber zur Effizienz verpflichten. Diese Auslegung wird durch Sinn, Zweck, Systematik und Entstehungsgeschichte der Norm gestützt.

#### a) Sinn, Zweck und Systematik

Eine Prüfung der Angemessenheit des Bedarfs würde den vom EnWG verfolgten Wettbewerbszielen (§ 1 Abs. 2 EnWG) diametral widersprechen. Der Bedarf im Sinne von § 11 Abs. 1 Satz 1 EnWG wird auch für Erzeugungsanlagen nicht aufgrund einer Angemessenheitsprüfung des Netzbetreibers oder der Regulierungsbehörde festgelegt. Ebenso wie beim Verbraucherverhalten verbietet sich eine Bedarfsprüfung auch bei der Einspeisung. Soweit in § 12 Abs. 3 EnWG Übertragungsnetzbetreiber verpflichtet sind, die „Nachfrage nach Übertragung von Elektrizität“ zu befriedigen, ist damit jede Nachfrage gemeint, sowohl auf der Verbrauchs- als auch der Einspeiseseite. Das EnWG reguliert das Netz und nicht die Wettbewerbsmärkte (Erzeugung, Belieferung von Verbrauchern), sondern soll diesen entsprechend des tatsächlichen Nachfragebedarfs eine ausreichende Übertragungs-Plattform bieten. Das angemessene Verhältnis von Erzeugungskapazität und Nachfrage entzieht sich staatlicher Regulierung und schon gar der Regelung durch den Netzbetreiber. Erzeugungsangebot und Stromnachfrage bleibt dem Markt überlassen. Deshalb formuliert der Gesetzgeber in § 1 Abs. 2 EnWG, dass die Regulierung der Elektrizitätsnetze der Sicherstellung eines wirksamen und „unverfälschten“ Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität dient.

#### b) Gesetzeshistorie

Im ersten Textentwurf für das neue EnWG, den das Bundeswirtschaftsministerium (BMWA) am 23./24.02.2004 vorlegte, fehlte noch das Wort „bedarfsgerecht“ im damaligen § 12 Satz 1 EnWG-

7. Beispielhaft sei der geplante Anschluss eines Neubaukraftwerkes mit 900 MVA betrachtet. Ergeben die Lastflussberechnungen, dass dazu eine neue 380-kV-Leitung gebaut werden muss, würden durch den Zubau je eines weiteren 380-kV-Stromkreises zusätzliche Übertragungskapazität in Höhe von 1.800 MVA entstehen. Unter Berücksichtigung der zusätzlichen Einspeisekapazität von 900 MVA, welche durch das neue Kraftwerk genutzt wird, würde diese freie Übertragungskapazität in Höhe von 900 MVA von anderen Netznutzern genutzt werden können.

8. BR-Drucks. 245/05, Seite 36; vgl. zum Problem der Baukostenzuschüsse auch Sacker/Boesche, in: Berliner Kommentar zum Energiewirtschaftsrecht, 2004, § 6 Rz. 174ff., die für eine degressive Abschmelzung der von Tarifkunden zu zahlenden Baukostenzuschüsse auf Null plädieren, Rz. 176.

9. BKartA, Beschl. v. 21.12.1999, B9-63220-T-199/97 u.T 16/98 – Puttgarden WuW DE-V 253, 259, 262; Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., 2001, § 19 Rz. 206; Deselaers, EuZW 1995, 563, 568.

10. So aber für § 4 EEG die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 15/2864, S. 57 f., zu § 4; wie hier: Reshöft/Steiner/Dreher, EEG, § 4 Rz. 30.

E.<sup>11</sup> In § 13 Abs. 3 EnWG-E i.d.F. vom 23./24.02.2004 war eine Regelung vorgesehen, die sich nunmehr in § 12 Abs. 3 EnWG wieder findet und die Verpflichtung der Übertragungsnetzbetreiber zur Sicherstellung der Fähigkeit des Netzes, die Nachfrage nach Übertragung von Elektrizität zu befriedigen, regeln sollte. Allerdings wies die Fassung vom 23./24.02.2004 einen gravierenden Unterschied zur Endfassung auf: Statt „die Nachfrage nach Übertragung von Elektrizität zu befriedigen“ hieß es noch „eine **angemessene Nachfrage nach Übertragung von Elektrizität zu befriedigen**“.<sup>12</sup> In der Begründung hierzu fehlte u.a. der Satz „§ 11 Abs. 1 Satz 1 letzter Halbsatz gilt auch insoweit.“

Nach einer ersten Anhörung der Verbände zum Referentenentwurf vom 23./24.02.2004 erstellte das BMWA am 26. April 2004 eine überarbeitete Fassung. Der bisherige § 12 wurde zu § 11 Abs. 1 EnWG. Die Worte „unter wirtschaftlichen Bedingungen“ wurden durch das Wort „bedarfsgerecht“ ersetzt und der Halbsatz „soweit es wirtschaftlich zumutbar ist“ hinzugefügt. Mit diesem Entwurf ging das BMWA in die Ressortabstimmung. In einem Entwurf vom 27. Mai 2004 waren eine Reihe von Änderungen markiert sowie in den Fußnoten angegeben, welche Forderungen jeweils die anderen beteiligten Ressorts erhoben haben. In einer Fußnote hinter dem Wort „angemessen“ in § 12 Abs. 3 wurde vermerkt: „BMU: ‚Eine angemessene‘ ersetzen durch ‚die‘“ Anfang Juni 2004 legte das BMWA eine nochmals überarbeitete Fassung vor. Dort wurden in § 11 Abs. 1 Satz 1 die Worte „im Sinne des § 1“ gestrichen und in § 12 Abs. 3 wurden die Worte „eine angemessene“ in eckige Klammern gesetzt und mit folgender Fußnote versehen: „BMWA: Vorbehalt Gesamteinigung mit Präzisierung in Begründung, dass § 11 Abs. 1 Satz 1, letzter Halbsatz auch insoweit gilt.“

In der dem Bundesrat zugeleiteten Fassung des Gesetzentwurfs vom 13. August 2004<sup>13</sup> war bereits die Forderung des BMU nach Änderung des Gesetzestext in § 12 Abs. 3 und die Forderung des BMWA nach Ergänzung des Begründungstextes umgesetzt. In § 12 Abs. 3 hieß es nicht mehr „eine angemessene Nachfrage“, sondern „die Nachfrage nach Übertragung von Elektrizität zu befriedigen“. In der Begründung zu § 12 Abs. 3 wurde in Satz 1 aufgenommen: „§ 11 Abs. 1 Satz 1, letzter Halbsatz, gilt auch insoweit“. In einem sog. Non-Paper des BMU vom 26. Juli 2004 hielt das BMU die wesentlichen Verhandlungsergebnisse fest. Dort wird auf Seite 3 unter der Überschrift „Sonstige Verhandlungsergebnisse“ ausdrücklich festgehalten: „Dimensionierung der Netze entsprechend der Nachfrage, nicht entsprechend einer angemessenen Nachfrage“. Damit sollte bewusst die Mindestvorgabe in Art. 9 lit. a EltRL<sup>14</sup> erweitert werden.

Der Bundesrat nahm am 24. September 2004 zu dem Regierungsentwurf Stellung.<sup>15</sup> Zu Ziffer 17 forderte der Bundesrat auf Antrag des Landes Mecklenburg-Vorpommern, in § 12 Abs. 3 EnWG-E nach dem Wort „Nachfrage“ die Worte „von Erzeugern, Händlern und Letztverbrauchern“ sowie nach dem Wort „Versorgungssicherheit“ die Worte „und zum wirksamen oder unverfälschten Wettbewerb“ einzufügen. Dies wurde u.a. damit begründet, es solle klargestellt werden, dass die Nachfrage nach Übertragungskapazität sowohl auf Seiten der Letztverbraucher als auch auf Seiten der Erzeuger und Stromhändler bestehe. Die Entwicklung neuer Standorte und der Standortwettbewerb dürfe nicht behindert werden.<sup>16</sup> In der Gegenäußerung der Bundesregierung hieß es hierzu unter Ziffer 15: „Die Bundesregierung hält die vorgeschlagene Einfügung der Wörter ‚von Erzeugern, Händlern und Letztverbrauchern‘ nicht für sachgerecht, weil die Gefahr eines faktischen Ausschlusses sonstiger Netzkunden besteht. Sie wird die weiteren Vorschläge des Bundesrates prüfen.“<sup>17</sup> Im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens ist es dann zu keinen weiteren Änderungen an § 11 Abs. 1, 12 Abs. 3 EnWG oder der Begründung gekommen.<sup>18</sup>

Aus dieser Historie lässt sich die Schlussfolgerung ziehen, dass die Pflicht zum bedarfsgerechten Ausbau nur unter der Einschränkung der „wirtschaftlichen Zumutbarkeit“ stehen sollte (siehe Entwurf vom 26. April 2004). Durch die Streichung des

Wortes „angemessene“ in § 12 Abs. 3 EnWG-E auf Verlangen des BMU sollte klargestellt werden, dass allein die tatsächliche Nachfrage, nicht aber die angemessene Nachfrage die Dimensionierung der Netze bestimmen sollte (siehe Non-Paper des BMU vom 26. Juli 2004). Eine Prüfung der Angemessenheit der Nachfrage sollte entgegen den ursprünglichen Intentionen nicht mehr stattfinden. Dies wird auch bestätigt durch die Begründung des Verlangens des Bundesrates vom 24. September 2004 zu § 12 Abs. 3 EnWG-E. Zwar hat die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung vom 20. Oktober 2005 die vorgeschlagene Einfügung der Wörter „von Erzeugern, Händlern und Letztverbrauchern“ abgelehnt. Dies geschah jedoch nicht aufgrund einer grundsätzlich anderen Auffassung, sondern allein weil die Bundesregierung befürchtete, durch eine enumerative Auflistung der „Nachfrage“ würden faktisch sonstige Netzkunden ausgeschlossen. Der Bundesregierung ging der Vorschlag des Bundesrates also nicht zu weit, sondern im Gegenteil nicht weit genug. Schließlich wird durch die Aufnahme des Satzes „§ 11 Abs. 1 Satz 1 letzter Halbsatz gilt auch insoweit“ in der Begründung zu § 12 Abs. 3 EnWG entsprechend des in der Fußnote zu § 12 Abs. 3 im Entwurf Anfang Juni geäußerten Vorbehalts des BMWA klarstellt, dass die Verpflichtung zum bedarfsgerechten Ausbau zum Zwecke der Befriedigung der (nicht regulierten) Nachfrage nach Übertragungskapazität ausschließlich unter dem Vorbehalt der wirtschaftlichen Zumutbarkeit steht. Die ursprüngliche Forderung einer Prüfung der Angemessenheit der Nachfrage hat das BMWA aufgegeben.

## 2. Erhöhung der Netznutzungsentgelte

Maßstab für die wirtschaftliche Unzumutbarkeit kann daher nur die durch die Ausbaumaßnahme verursachte Erhöhung der Netznutzungsentgelte im Verhältnis zu den durch den Anschluss der Erzeugungsanlage verursachten positiven gesamtwirtschaftlichen Effekten sein. Nach § 20 Abs. 2 Satz 1 EnWG sind dabei die Ziele des § 1 EnWG zu berücksichtigen. Hierzu gehört u.a. die Gewährleistung einer sicheren, preisgünstigen, effizienten und umweltverträglichen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität (§ 1 Abs. 1 EnWG). Durch die Regulierung der Elektrizitätsnetze soll ein wirksamer und unverfälschter Wettbewerb bei der Versorgung mit Elektrizität sichergestellt werden (§ 1 Abs. 2 EnWG). Wenn zur Verstärkung des Wettbewerbs und für eine sichere und umweltverträgliche und im Ergebnis auch preisgünstigere Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität bedarfsgerechte Netzausbaumaßnahmen notwendig sind und damit auch eine Erhöhung der Netzkosten und Netzentgelte einhergeht, ist dies eine Folge der Liberalisierung der Energiemärkte, welche hinzunehmen ist.<sup>19</sup> Im Hinblick auf den in § 1 EnWG verankerten Zweck des Gesetzes hat der Zugang von neuen Erzeugungsanlagen zum Netz, die damit verbundene wettbewerbsbelebende und damit potentiell preisreduzierende Wirkung grosses

11. Die Bestimmung wies drei Unterschiede zur Endfassung in § 11 Abs. 1 Satz 1 EnWG auf: (1) der Ausbau sollte „unter wirtschaftlichen Bedingungen unter Beachtung des Umweltschutzes“ erfolgen; (2) das Adjektiv „bedarfsgerecht“ vor dem Wort „auszubauen“ fehlte noch; (3) der zweite Halbsatz „soweit es wirtschaftlich zumutbar ist.“ fehlte ebenfalls; die Begründung zu § 12 Satz 1 war inhaltlich identisch mit der endgültigen Begründung zu § 11 Abs. 1, vgl. BT-Drucks. 15/3917, S. 58.

12. „Weiterhin hieß es statt des Wortes ‚dauerhaft‘; ‚Betreiber von Übertragungsnetzen haben auf lange Sicht die Fähigkeit des Netzes sicherzustellen...“

13. BR-Drucks. 613/04 vom 13.08.2004..

14. Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, v. 26.7.2003, ABl. L 176, S. 37.

15. BR-Drucks. 613/04 (Beschluss)

16. BR-Drucks. 613/04 (Beschluss), S. 9, zu Ziff. 17.

17. BT-Drucks. 15/4068, S. 3, zu Nr. 15.

18. BT-Drucks. 15/3917, S. 58.

19. BGH, Beschl. v. 28.06.2005, KVR 27/04, WuW DE-R 1520, 1526 – Arealnetz.

Gewicht. Da neue Anlagen in der Regel effizienter und umweltverträglicher als existierende Erzeugungsanlagen sind, dienen sie in besonderem Maße den Zwecken des Gesetzes nach § 1 Abs. 1 EnWG.

### 3. Zumutbarkeit und erhebliche Betroffenheit

Nach allgemeinem Sprachverständnis ist eine Maßnahme nicht schon dann unzumutbar, wenn sie erhebliche Auswirkungen hat. Unzumutbar ist ein Verhalten nur dann, wenn es schlechterdings und offensichtlich unter keinen denkbaren Umständen für den Belasteten mehr tragbar ist. Auch eine erhebliche Beeinträchtigung kann noch zumutbar sein. Umgekehrt kann eine Belastung, welche nicht einmal als erheblich einzustufen ist, keinesfalls unzumutbar sein.

Der Begriff der erheblichen Interessenberührung wird z. B. für als Voraussetzung einer Beiladung in § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB verwendet. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf könne ein Verbraucherverband zwar grundsätzlich geltend machen könne, dass seine Mitglieder durch eine Unternehmensfusion berührt werden könnten, wenn diese nachweisbar zu einer Erhöhung der Endverbraucherpreise führen werde. Eine durchschnittliche Mehrbelastung von 10 % mit einer nominellen Erhöhung der monatlichen Belastung eines Haushaltes aus dem Bezug von Energie um 10,00 EUR führe jedoch kaum zu einer erheblichen Interessenberührung.<sup>20</sup>

Wendet man diese Maßstäbe auf die Zumutbarkeit von durch Netzausbaumaßnahmen veranlasste Steigerungen der Netznutzungsentgelte an, so wäre eine Steigerung um 10 % nicht einmal als erheblich, geschweige denn als wirtschaftlich unzumutbar anzusehen. Dabei ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass die Netznutzungsentgelte nur ca. 30 % der einem Haushalt zur Last fallenden Energiepreise ausmachen und damit eine 10 % ige Erhöhung der Netznutzungsentgelte zu einer sehr viel geringeren prozentualen Erhöhung der Energiepreise führen.<sup>21</sup> Diese Auswirkung wird noch geringer, wenn man bedenkt, dass große Kohle- und Gaskraftwerke ausschließlich an die Höchstspannungsnetze angeschlossen werden und die Netznutzungsentgelte für diese Höchstspannungsnetze nur ca. 15 % der insgesamt vom Verbraucher mit seinen Energiepreisen zu zahlenden Netznutzungsentgelte und weniger als ca. 5 % des Strompreises ausmachen. Deshalb kann eine Erhöhung der Netznutzungsentgelte für Ausbaumaßnahmen in den Höchstspannungsnetzen nur dann als erheblich angesehen werden, wenn diese Erhöhung weit jenseits der vom OLG Düsseldorf als nicht erheblich angesehenen 10 % angesetzt wird. Nochmals deutlich jenseits dieser Erheblichkeitsschwelle liegt die Schwelle für die wirtschaftliche Unzumutbarkeit i.S.v. § 20 Abs. 2 EnWG.

### 4. Vergleich mit § 3 Abs. 1 AVBWasserV

Der Begriff der wirtschaftlichen Zumutbarkeit wird in einer Reihe von Rechtsnormen verwendet und hat dort bereits eine nähere Auslegung durch die Rechtsprechung und Literatur erfahren. So wird der Terminus beispielsweise in § 3 AVBWasserV als Voraussetzung für die Befreiung vom Benutzungszwang bei der kommunalen Wasserversorgung verwendet. Zweck des § 3 Abs. 1 AVBWasserV besteht nach der Rechtsprechung darin, einen Ausgleich zwischen dem Interesse der Allgemeinheit an einer möglichst sicheren, kostengünstigen und zu weitgehend gleichen Bedingungen erfolgenden Wasserversorgung einerseits und den Individualinteressen der einzelnen Verbraucher andererseits zu schaffen. Letztere sollen nur dann zurückstehen müssen, wenn ihre Berücksichtigung für das Versorgungsunternehmen wirtschaftlich unzumutbar ist.

Das bedeutet nach der Rechtsprechung im Regelfall, dass der Rahmen des wirtschaftlich zumutbaren bei einer öffentlichen Wasserversorgungseinrichtung dann nicht überschritten wird, wenn der Träger der Einrichtung die als Folge der Beschränkung des Wasserbezugs eintretenden oder zu erwartenden Mindereinnahmen durch eine Anhebung der zu zahlenden Entgelte ausgleichen kann und diese Preiserhöhung für die übrigen Wasserabnehmer noch wirt-

schaftlich zumutbar ist.<sup>22</sup> So hat das OVG Münster eine Erhöhung der Wasserkosten in Folge des § 3 AVBWasserV um 24 % von 1,00 DM auf 1,24 DM pro Kubikmeter Wasser nicht als wirtschaftlich unzumutbar gewertet.<sup>23</sup> Das OVG Schleswig hat eine Steigerung des Wasserpreises von 30,54 % (Erhöhung von 2,03 DM/m<sup>3</sup> auf 2,65 DM/m<sup>3</sup>) nicht als unerträglich und damit als unzumutbar angesehen.<sup>24</sup>

Wendet man diese Grundsätze auf Netzausbaumaßnahmen nach § 20 Abs. 2, 11 Abs. 1, 12 Abs. 3 EnWG an, so wäre eine Erhöhung der Netznutzungsentgelte, welche zu einer durchschnittlichen Erhöhung der Energiepreise um bis zu 30 % führt, noch nicht als unerträglich und damit unzumutbar anzusehen.

### 5. Darlegungs- und Beweislast

Die dargestellten Grundsätze zeigen, dass die Schwelle für eine Bejahung der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit von Netzausbaumaßnahmen sehr hoch liegt. Nur eine Erhöhung der Netznutzungsentgelte, welche im Ergebnis zu einer Erhöhung der Energiepreise um einen schlechterdings dem Verbraucher nicht mehr zumutbaren und damit offensichtlich untragbaren nominellen oder prozentualen Anteil führt, kann als nicht mehr wirtschaftlich zumutbar i.S.v. § 20 Abs. 2 EnWG angesehen werden. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür liegt nach dem Wortlaut von § 20 Abs. 2 Satz 1 EnWG bei dem jeweiligen Netzbetreiber. Dieser hat im einzelnen die Auswirkungen auf die Netznutzungsentgelte und die Verbraucherpreise darzulegen. Er muss weiter darlegen, weshalb die von ihm prognostizierte Erhöhung der Netznutzungsentgelte nicht mehr zumutbar sein soll.

### VI. Planungs- und Bauphase

Steht fest, dass ein Netzbetreiber zum bedarfsgerechten Ausbau seines Netzes zum Zwecke des Anschlusses neuer Erzeugungsanlagen verpflichtet ist, kann er sich insoweit nicht auf die wirtschaftliche Unzumutbarkeit des Netzzugangs nach § 20 Abs. 2 Satz 1 EnWG berufen. Etwas anderes gilt aber während der Planungs- und Bauphase der Netzverstärkungsmaßnahmen. In diesem Zwischenzeitraum ist der Netzbetreiber berechtigt, den Netzzugang aus betriebsbedingten und technischen Gründen nach § 20 Abs. 2 Satz 1 EnWG insoweit zu verweigern, wie die Einspeisung die zeitgleich vorhandene Kapazität übersteigen würde.

### C. Bedingungen des Netzanschlusses

#### I. Anspruch auf Vertragsabschluss

Vor Inkrafttreten des neuen EnWG am 13. Juli 2005 war umstritten, ob § 6 EnWG a.F. ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen dem Netzanschluss und Netznutzung Begehrenden („Netzzugangspotent“) auf der einen Seite und dem Netzbetreiber auf der anderen Seite oder einen Anspruch auf Abschluss eines Vertrages über

20. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.09.2002, VI-Kart 27/02 [V] - vzbv, veröffentlicht: www.justiz.nrw.de.

21. Davon zu trennen ist die Frage, ob ein Stromhändler auch durch eine nominell geringe Veränderung der Netznutzungsentgelte „erheblich berührt“ wird iSv § 31 Abs. 1, 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG – für den Stromhändler können auch minimale Veränderungen der Netznutzungsentgelte zu einer sog. Preis-Kosten-Schere führen mit der Folge, dass er keine wettbewerbsfähigen Angebote mehr in Konkurrenz zu dem mit dem Netzbetreiber verbundenen Vertrieb unterbreiten kann; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 07.04.2006, VI-3 Kart 162/06 [V] u. VI-3 Kart 164/06 [V] – Beiladung Bundesverband Neuer Energieanbieter.

22. vgl. OVG des Landes Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 25.01.1989, DÖV 1990, S. 151 unter Verweis auf BVerwG, Urt. v. 11.04.1986, NVwZ 1986, 754.

23. OVG für das Land Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 25.01.1989, DÖV 1990, S. 151.

24. OVG für das Land Schleswig-Holstein, Urt. v. 26.03.1992, AgrarR 1993, 407.

den Netzanschluss und den Netzzugang begründet.<sup>25</sup> Für die Anschluss-, Abnahme- und Vergütungspflichten des Netzbetreibers nach § 4 EEG ist dagegen höchstrichterlich anerkannt, dass diese ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen Netzbetreiber und Anlagenbetreiber begründen und dem Anlagenbetreiber einen unmittelbaren Leistungsanspruch gegen den Netzbetreiber verschaffen.<sup>26</sup>

Diese Streitfrage hat der Gesetzgeber nun entschieden. Nach dem Wortlaut von § 20 Abs. 1a Satz 1 EnWG hat der Netzzugangspetent einen Anspruch auf Abschluss eines Netznutzungsvertrages. Erst dieser Vertrag vermittelt den Anspruch auf die entsprechende Leistung (Netznutzung). Eine Regelung wie in § 20 Abs. 1a EnWG, welche ausdrücklich die Notwendigkeit des Abschlusses eines Netznutzungsvertrages vorsieht, fehlt für den Netzanschluss nach § 17 EnWG. Daraus kann nicht geschlossen werden, der Gesetzgeber habe für den Netzanschluss ein gesetzliches Schuldverhältnis unmittelbar auf Netzanschluss begründen wollen. Dagegen spricht die ähnliche Formulierung in § 20 Abs. 1 und § 17 Abs. 1 EnWG zu den Bedingungen von Netzzugang und Netzanschluss. Zudem ermächtigt § 20 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 und 2 EnWG die Bundesregierung, durch Rechtsverordnung nähere Bestimmungen zu dem Inhalt „der Verträge“ einheitlich festzusetzen und Regelungen über den „Vertragsabschluss, den Gegenstand und die Beendigung der Verträge“ zu treffen. Es wäre mit dem Sinn und Zweck der Regelung von Netzanschluss und Netzzugang nicht zu vereinbaren, einerseits für den Netzzugang den Abschluss eines Netznutzungsvertrages zur Voraussetzung zu machen und für den gerade für Erzeugungsanlagen zusätzlich notwendigen Netzanschluss auf einen solchen Vertrag zu verzichten.

## II. Anordnung des Netzanschlusses und Netzzugangs

Allerdings kann die zuständige Regulierungsbehörde nach § 30 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EnWG in Fällen rechtswidrig verweigerten Netzanschlusses oder Netzzugangs den Netzanschluss oder Netzzugang durch Verwaltungsakt anordnen. Diese Anordnung hat privatrechtsgestaltende Wirkung zwischen Netzzugangsberechtigtem und Netzbetreiber und kann alle Bestandteile eines Netznutzungs- und/oder Netzanschlussvertrages regeln.<sup>27</sup> Ein Netzzugangs- und Netzanschlussberechtigter kann nach § 31 Abs. 1 EnWG ein besonderes Missbrauchsverfahren der zuständigen Regulierungsbehörde einleiten mit dem Ziel des Erlasses einer Netzanschluss- und/oder Netznutzungsanordnung. Über diesen Antrag hat die Regulierungsbehörde nach § 31 Abs. 3 Satz 1 EnWG grundsätzlich innerhalb einer Frist von zwei Monaten nach Eingang des vollständigen Antrages zu entscheiden. Beschwerden gegen die Anordnung haben gemäß § 76 Abs. 1 EnWG keine aufschiebende Wirkung.

## III. Zeitpunkt

Fraglich ist, ab welchem Zeitpunkt und innerhalb welcher Fristen es angemessen im Sinne von § 17 Abs. 1, 20 Abs. 1 EnWG ist, den Netzbetreiber zum Abschluss eines Netzanschluss- bzw. Netznutzungsvertrages zu verpflichten.

### 1. Projektphase

In § 17 Abs. 1 EnWG sind keine konkreten Voraussetzungen für die Anforderungen an das Anschlussbegehren geregelt. Entscheidend ist, dass der Netzanschlusspetent zum Zeitpunkt des begehrten Anschlusses tatsächlich auch Betreiber einer Erzeugungsanlage ist. Das folgt bereits aus der Natur der Sache, denn der Anschluss einer nicht existierenden Erzeugungsanlage ist schlicht nicht möglich.

Dies bedeutet aber umgekehrt nicht, dass nur der Betreiber einer bereits tatsächlich vorhandenen Erzeugungsanlage einen Anspruch auf Abschluss eines Netzanschlussvertrages nach § 17 Abs. 1 EnWG hat. Dies würde dazu führen, dass erst nach vollständiger Errichtung und mit Inbetriebnahme der Anlage ein Netzanschlussbegehren gestellt werden könnte. Sollte sich herausstellen, dass der Netzanschluss z.B. wegen fehlender Netzanschlusskapazitäten nicht möglich ist und weitere Ausbaumaßnahmen notwendig sind,

würde die bereits errichtete Anlage über einen längeren Zeitraum nicht betrieben werden können. Eine solche Forderung wäre weder angemessen gemäß § 17 Abs. 1 EnWG noch mit den Zielen einer preisgünstigen und effizienten Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität nach § 1 Abs. 1 EnWG und der Sicherung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs nach § 1 Abs. 2 EnWG vereinbar.

Es kommt deshalb nicht auf den tatsächlichen Betrieb der Anlage als Tatbestandsvoraussetzung für den Netzanschlussanspruch an. Entscheidend ist, dass zum Zeitpunkt der Erfüllung des Netzanschlussvertrages eine an das Netz anzuschließende Erzeugungsanlage vorhanden ist. Deshalb hat grundsätzlich auch derjenige einen Anspruch auf Abschluss eines Netzanschlussvertrages, der nur die Errichtung und den Betrieb einer Erzeugungsanlage plant. In seinem Netzanschlussantrag an den Netzbetreiber hat er den Zeitpunkt anzugeben, zu dem die Anlage erstmals in Betrieb (in der Regel der Beginn des Testbetriebes) genommen und die Einspeisung in das Elektrizitätsnetz erfolgen soll.

Für den Netzzugang nach § 20 Abs. 1 EnWG gilt entsprechendes, allerdings mit einer gewichtigen Erweiterung: Ist der Netzanschluss einmal hergestellt, kann der Netzbetreiber die Einspeisung nur noch verweigern in dem Maße, wie die Einspeisung die zeitgleich verfügbare Netzkapazität übersteigt. Aufgrund der sub. A. dargestellten Trennung zwischen Netzanschluss und Netznutzung ist der Netzbetreiber bei Netzengpässen entsprechend der gesetzlichen Regelungen berechtigt, eine Reduzierung der Einspeisung zu verlangen. Er ist jedoch nicht berechtigt, die Einspeisung auch mit der technisch ohne weiteres möglichen Last zu verweigern, nur weil in Spitzenlastzeiten ein Engpass zu erwarten ist. Der Engpass in Spitzenlastzeiten ist nach den gesetzlichen Engpassregelungen zu bewältigen (s. unten sub. VIII.).

### 2. Einstellung des Erzeugungsprojekts

Eine solche Verfahrensweise könnte allerdings dazu führen, dass der Netzbetreiber zum Abschluss eines Netzanschluss- bzw. Netznutzungsvertrages mit dem Betreiber der Erzeugungsanlage und zum Ausbau seines Netzes verpflichtet würde, obwohl die Erzeugungsanlage sich noch in der Planung befindet und daher nicht sicher ist, ob sie tatsächlich errichtet und Elektrizität in das Netz einspeisen wird. Für die Netznutzer wäre es aber wirtschaftlich nicht zumutbar, über ihre Netzentgelte Netzausbaumaßnahmen zu finanzieren, welche sich später als nicht notwendig bzw. nicht „bedarfsgerecht“ im Sinne von § 11 Abs. 1 EnWG erweisen.

Dieser Konflikt lässt sich jedoch wie folgt lösen: Verpflichtet sich der Betreiber einer geplanten Erzeugungsanlage zur Erstattung der Kosten von Ausbaumaßnahmen, die sich wegen späterer Aufgabe des Kraftwerksprojekts als überflüssig erweisen, würden weder der Netzbetreiber noch die Netznutzer wirtschaftlich einen Nachteil haben. Der Kraftwerksbetreiber wiederum könnte das damit verbundene Risiko beschränken, indem er seinen Antrag auf Netzanschluss und Netzzugang erst zu einem Zeitpunkt stellt, zu dem er eine möglichst große Sicherheit hat, dass die Erzeugungsanlage auch tatsächlich errichtet wird. Er könnte weiterhin den Netzanschluss- und Netznutzungsantrag so gestalten, dass zwar unmittel-

25. vgl. nur Säcker/Boesche, in: Berliner Kommentar zum Energiewirtschaftsrecht, 2004, § 6 Rz. 101 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen; Boesche, Die zivilrechtliche Struktur des Anspruchs auf Zugang zu Energieversorgungsnetzen, Diss. 2002, 98 ff.; Theobald/Zenke, in: Schneider/Theobald, Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft, 2003, § 12 Rz. 5 ff.

26. BGH, Urt. v. 11.06.2003, ZNER 2003, 234, 240; BGH, Urt. v. 11.06.2003, VIII 160/02, S. 22; Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 2006, § 4 Rz. 23; Säcker/Boesche, in: Berliner Kommentar zum Energiewirtschaftsrecht, 2004, § 6 Rz. 143;

27. zur vergleichbaren Regelung in § 37 TKG a.F.: BVerwG, MMR 2004, 564, 565; Schütz, Kommunikationsrecht, 2005, Rz. 350; Glahs, in: Scheurle/Mayen, TKG, 2002, § 37 Rz. 25 ff. u. 40; RegTP, Beschluß v. 21.6.1999 – BK 4 d-99-014/Z 12.4.99, S. 13; zu § 25 TKG n.F.: Kühling/Neumann, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, § 25 Rz. 70.

bar entsprechende Verträge abzuschließen sind, aber die Freigabe von Ausbaumaßnahmen zu einem späteren Zeitpunkt durch den Betreiber der Erzeugungsanlage erfolgt. In diesem Fall würden die Pflichten des Netzbetreibers zur Durchführung der Ausbaumaßnahmen erst mit Freigabe dieser Leistungen beginnen.

### 3. Bearbeitungsfrist

Nach § 23 Abs. 1 Satz 2 StromNZV beträgt die Frist zur Vorlage eines Netznutzungsvertrages 7 Arbeitstage nach Eingang der Aufforderung durch den Netzzugangsberechtigten. Die Frist gilt für jede Form der Netznutzung, also auch der zum Zwecke der Einspeisung von Elektrizität aus einer angeschlossenen Erzeugungsanlage. Daraus ergibt sich die Verpflichtung des Netzbetreibers, die Prüfung der zur Verfügung stehenden Netzkapazitäten innerhalb dieser Frist von 7 Arbeitstagen vorzunehmen. Der Netzbetreiber hat entsprechende Informationen vorzuhalten und laufend anzupassen, damit er innerhalb der Frist des § 23 Abs. 1 Satz 2 StromNZV die entsprechenden Auskünfte geben kann.<sup>28</sup>

Für die Bearbeitung eines Antrages auf Netzanschluss hat der Gesetzgeber bisher keine festen Fristen vorgesehen. Nach § 17 Abs. 1 EnWG müssen diese angemessen, diskriminierungsfrei und nicht ungünstiger sein, als sie innerhalb des Konzerns des Netzbetreibers angewendet werden. Diese Voraussetzungen sind identisch mit denen für die Bedingungen des Netzzugangs nach § 21 Abs. 1 EnWG. Wenn der Verordnungsgeber eine Frist von 7 Arbeitstagen für die Bearbeitung einer Netzzugangsanfrage nach § 23 Abs. 1 Satz 2 EnWG für angemessen im Sinne von § 21 Abs. 1 EnWG hält, gilt das gleiche auch für die Bearbeitung einer Netzanschlussanfrage nach § 17 Abs. 1 EnWG.

### 4. Individuelle Bearbeitung

Daraus folgt weiter, dass der Netzbetreiber jedes Netzanschluss- und Netzzugangsbegehren individuell innerhalb dieser Fristen bescheiden muss. Die zwangsweise Bildung von Interessengemeinschaften etwa in der Weise, dass ein Anschluss- oder Netznutzungsbegehren nur gemeinsam mit allen innerhalb eines bestimmten Zeitraums (z.B. eines Jahres) eingegangenen Netzanschluss- bzw. Netznutzungsbegehren verbindlich bearbeitet oder beschieden wird, ist mit den gesetzlichen Vorgaben nicht vereinbar. Führen nachfolgende Netzanschluss- und Netzzugangsbegehren weiterer Erzeugungsanlagen dazu, dass die für die erste Anfrage notwendigen Ausbaumaßnahmen noch einmal umgeplant und erweitert werden müssen, kann dies allenfalls den Zeitraum für die Durchführung der Ausbaumaßnahmen verlängern, sofern eine getrennte Durchführung paralleler Netzverstärkungsmaßnahmen zu ineffizienten Kosten im Sinne von § 21 Abs. 2 EnWG, § 4 Abs. 1 StromNEV führen würde. Ob dies tatsächlich so ist, muss jeweils im Einzelfall geprüft und entschieden werden.

Hat der Anlagenbetreiber die Netzausbaumaßnahmen nach den vertraglichen Vereinbarungen bereits freigegeben, ist eine Veränderung der Netzausbauplanung mit Auswirkung auf Kosten und Ausführungszeiträume nicht mehr gestattet. Kosten, die aufgrund eines in zulässiger Weise abgeschlossenen Vertrages verursacht werden, können nicht als ineffizient angesehen werden, jedenfalls wenn ein berechtigtes Interesse zum Abschluss dieses Vertrages zum jeweiligen Zeitpunkt bestand. Ein solches Interesse ist gegeben, da der Anlagenbetreiber für seine Investitionsentscheidung und Wirtschaftlichkeitsrechnung Sicherheit darüber haben muss, wann er die Anlage in Betrieb nehmen und die erzeugte Elektrizität in das Netz einspeisen kann. Stünde der Zeitpunkt der Fertigstellung der Netzausbaumaßnahmen auch nach der Investitionsentscheidung und der Freigabe der Netzausbaumaßnahmen des Anlagenbetreibers zur Disposition, könnte er eine unternehmerisch verantwortungsvolle Investitionsentscheidung in aller Regel nicht treffen.

## IV. Zügige Durchführung

### 1. Verzögerungsmisbrauch

Ebenso wie gemäß § 42 Abs. 3 TKG begründet die verzögerte Bearbeitung von Zugangsanträgen gemäß 30 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 EnWG eine Vermutung für ein missbräuchliches Verhalten.<sup>29</sup> In einer Anschluss- und Zugangsanordnung nach § 30 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 EnWG kann die Regulierungsbehörde konkrete Fristen für die Durchführung der Anschlussarbeiten einschließlich eines notwendigen Netzausbaus vorsehen. Die Fristen können von der Regulierungsbehörde mit Vertragsstrafen versehen werden. Dies ist für die Parallelnorm des § 25 Abs. 5 TKG anerkannt.<sup>30</sup>

### 2. Schadensersatz

Verzögert der Netzbetreiber diese Maßnahmen in schuldhafter Weise, ist er gemäß § 32 Abs. 1 EnWG wegen der Verletzung des Anschluss- und Zugangsanspruchs des Betreibers der Erzeugungsanlage nach § § 17 Abs. 1, 20 Abs. 1 u. 1a EnWG zur Unterlassung und Beseitigung der Beeinträchtigung und nach § 32 Abs. 3 EnWG zum Schadensersatz verpflichtet. Führt beispielsweise eine zögerliche Behandlung des Genehmigungsverfahrens für zusätzlich erforderliche Stromtrassen zu einem verzögerten Anschluss und einer späteren Inbetriebnahme der Erzeugungsanlage oder zu einem ansonsten nicht erforderlichen Engpassmanagement, kann der Betreiber der Erzeugungsanlage nach § 32 Abs. 3 EnWG i.V.m. § 252 BGB den ihm entgangenen Gewinn als Schadensersatz verlangen.

## V. Transparenz

### 1. Netzanschluss

Nach § 17 Abs. 1 EnWG müssen die Bedingungen des Netzanschlusses transparent sein. Nach § 19 Abs. 1 EnWG haben Netzbetreiber, die für den Anschluss von Erzeugungsanlagen technischen Mindestanforderungen an die Auslegung und den Betrieb der Erzeugungsanlage festzulegen und im Internet zu veröffentlichen. Die Anforderungen an Energieanlagen nach § 49 EnWG i.V.m. einschlägigen Regelwerken des Verbandes der Elektrotechnik, Elektronik, Informationstechnik e.V. sind einzuhalten.

### 2. Netzzugang

Auch für den Netzzugang ergibt sich gemäß § 21 Abs. 1 EnWG die Verpflichtung zur transparenten Gestaltung der Bedingungen. Soweit ein Engpass vorliegt, muss dieser gemäß § 15 Abs. 4 Satz 1 StromNZV mindestens auf der Internetseite des Netzbetreibers veröffentlicht werden unter Angabe der zur Verfügung stehenden Gesamtkapazität, der Übertragungsrichtung und der prognostizierten Dauer (§ 15 Abs. 4 Satz 2 StromNZV). Die BNetzA kann die Netzbetreiber nach § 27 Abs. 1 Nr. 12 StromNZV zur Veröffentlichung weiterer Daten durch Festlegung verpflichten.

## VI. Antrag des Anschlussnehmers

Der Netzzugangs- und Netzanschlussberechtigte hat konkrete Angaben zu dem Umfang der geplanten Inanspruchnahme des Netzes zu machen. Er muss u.a. Angaben machen zum geplanten Anlagenkonzept, zu besonderen Eigenschaften des Kraftwerks, zum beabsichtigten Zeitpunkt für die Inbetriebnahme, zum Einspeiseanschluss, zu den technischen Daten der Generatoren für jede Erzeugungs-

28. Soweit in dem Prozessmodell zur Vergabe von Netzanschlusskapazität für Einspeisungen der RWE Transportnetzstrom GmbH eine Frist zur Vorlage einer Machbarkeitsstudie innerhalb von 4 Monaten vorgesehen ist, ist dies mit den gesetzlichen Vorschriften nicht in Einklang zu bringen, <http://www.rwe-transportnetzstrom.com/generator.aspx/netznutzung/netzanschlussregeln/kraftwerks-anschluss/language=de/id=226362/kraftwerks-anschluss.html>.

29. Kühling/Neumann in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, 2006, § 25 Rz. 48.; Gersdorf (ebd.), § 42 Rz. 41 f.

30. BT-Drucksache 15/2316, S. 66, zu § 23; RegTP, Beschl. v. 01.07.2002, BK 3e-02/002, S. 40 f., allerdings noch zum TKG a.F.

einheit, zu den Kabel- und Freileitungen des Einspeiseanschlusses. Nur wenn ein Anschlussbegehren in einer Form vorliegt, das der Netzbetreiber den Umfang der Inanspruchnahme seines Netzes erkennen und entsprechende Vorkehrungen, etwa für die Bereitstellung der erforderlichen Netzkapazität treffen bzw. Verweigerungsgründe vorbringen kann, trifft ihn die Verpflichtung zur Bearbeitung der Anfrage innerhalb der sub. III.3 genannten Fristen.<sup>31</sup>

### VII. Zusammenarbeit von Netzbetreibern

Sofern Pflichten zum Netzausbau bestehen, treffen diese nicht nur den Netzbetreiber, an dessen Netz die Erzeugungsanlage angeschlossen werden soll. Da es sich bei der Frage des Netzausbaus um ein Netzzugangsproblem i.S.v. § 20 Abs. 1 und 1a, Abs. 2 EnWG handelt, richten sich die Ansprüche gegen den Netzbetreiber nach § 20 Abs. 1a EnWG. Danach sind alle Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen verpflichtet, in dem Ausmaß zusammenzuarbeiten, das erforderlich ist, damit durch den Netzbetreiber, der den Netznutzungsvertrag abgeschlossen hat, der Zugang zum gesamten Elektrizitätsversorgungsnetz gewährleistet werden kann (§ 20 Abs. 1a Satz 4 EnWG, § 3 Abs. 1 Satz 1 StromNZV). Die Ausbaupflichten treffen damit auch den nachgelagerten Übertragungsnetzbetreiber, wenn auch bei ihm zur Fortleitung der aus der Erzeugungsanlage eingespeisten Elektrizität Ausbaumaßnahmen notwendig sind. Die Rechtslage ist vergleichbar mit der nach § 4 Abs. 2 Satz 2 Habsatz 2, Satz 3 EEG. Auch dort treffen den Betreiber des nachgelagerten Netzes alternativ oder kumulativ zum Betreiber des Netzes, an das die EEG-Anlage angeschlossen ist, Netzausbaupflichten.<sup>32</sup> Vereiteln die nachgelagerten Netzbetreiber durch Verweigerung oder zögerliche Durchführung eines Netzausbaus den rechtzeitigen Netzanschluss und den Netzzugang der Erzeugungsanlage, sind sie dem Anlagenbetreiber nach § 32 Abs. 1 und 3 EnWG zur Beseitigung der Störung und bei fahrlässigem oder vorsätzlichem Handeln zum Schadensersatz einschließlich des entgangenen Gewinns verpflichtet.

### VIII. Engpassmanagement

Kommt der Netzbetreiber seinen Pflichten zur zügigen Beantwortung von Netzanschluss- und Netzzugangsfragen einschließlich der Ausbaupflichten nach, kann es gleichwohl in zwei Fällen zu Engpässen kommen. Begehrt der Kraftwerksbetreiber den Netzanschluss bereits vor erfolgtem Netzausbau, kann in Spitzenlastzeiten ein Engpass drohen. Zudem kann es auch trotz aller dem Netzbetreiber zumutbaren Ausbaumaßnahmen zu Engpässen kommen, z.B. wenn durch unerwartet erhöhtes Windaufkommen die aus EEG-Anlagen vorrangig eingespeiste Strommenge in Spitzenzeiten steigt. Es stellt sich in diesen Fällen die Frage, in welcher Weise die Einspeisung aus den konventionellen Kraftwerken zurückgefahren werden muss.

#### 1. Windhundprinzip

Teilweise wird vertreten, in einem solchen Fall könne nach dem Windhundprinzip verfahren werden. Die zuletzt an das Netz angeschlossene Anlage müsste als erstes die Einspeisung reduzieren und das älteste Kraftwerk wäre zuletzt zu einer solchen Reduzierung verpflichtet. Dies würde dazu führen, dass die in der Regel mit dem Netzbetreiber im Konzern verbundenen Erzeugungsanlagen Vorrang genießen würden. Diese Anlagen sind zum ganz überwiegenden Teil lange vor der Öffnung der Märkte im April 1998 errichtet worden.

##### a) Diskriminierungsfreiheit und Objektivität

Eine Regelung, die bestehenden Produktionsanlagen grundsätzlich Vorrang einräumt, ist mit dem Gebot der „Diskriminierungsfreiheit“ und „Objektivität“ nach Art. 11 Abs. 2, 20 Abs. 1 Satz 1 EltRL, § 21 Abs. 1 EnWG nicht vereinbar.<sup>33</sup> Für die unterschiedliche Behandlung von älteren und neueren Anlagen würde kein rechtfertigender Grund bestehen. Der mit der Liberalisierung der

Energiemärkte und der Regulierung der Netze gemäß § 1 Abs. 2 EnWG bezweckte Wettbewerb auch in der Erzeugung würde stets zu Lasten neuer und mit den alten Anlagen konkurrierender Erzeugungsanlagen entschieden werden. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist die vorrangige Zuweisung von Netzkapazität zur Erfüllung von vor der Liberalisierung des Marktes abgeschlossenen Verträgen mit dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung nach Art. 7 Abs. 5 der Richtlinie 96/92/EG (EltRL a.F., nun enthalten in Art. 11 Abs. 2, 20 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 2003/54/EG – EltRL n.F.) nicht vereinbar.<sup>34</sup> Eine Rechtfertigung des Windhundprinzips kann auch nicht in einem vorrangigen Beitrag der neuen Erzeugungsanlage zu dem Engpass gesehen werden. Das Auftreten des Engpasses ist nicht nur durch den gleichberechtigten Anschluss der neuen Erzeugungsanlage an das Netz verursacht. Der Verursachungsbeitrag – wenn man von einem solchen überhaupt sprechen will – jeder an das Netz angeschlossenen Erzeugungsanlage ist identisch. Es wäre daher diskriminierend, wenn Neuanlagen anders behandelt würden als Altanlagen.

##### b) Rechtsprechung zu knappheitsbedingten Liefersperren

Die Situation ist ähnlich wie bei den sog. knappheitsbedingten Liefersperren. Für diese ist anerkannt, dass nach § 20 Abs. 1 GWB marktüberlegene Lieferanten bei knappheitsbedingt begrenzter Liefermöglichkeit grundsätzlich alle gleichartigen Abnehmer gleichmäßig zu beliefern haben.<sup>35</sup> Eine Bevorzugung von Abnehmern mit älteren Vertragsbeziehungen gegenüber später hinzugekommenen Abnehmern ist mit dem Grundsatz der Diskriminierungsfreiheit nach § 20 Abs. 1 GWB nicht vereinbar. Dieser Grundsatz hat für die Regulierung der Energieversorgungsnetze seinen Eingang in § 21 Abs. 1, 30 Abs. 1 EnWG gefunden und gilt dort in gleichem Maße.

##### c) Vertragliche Rechte von Bestandsanlagen

Nun könnte argumentiert werden, dass ältere Erzeugungsanlagen den Netzbetreiber bindende vertragliche Einspeiserechte haben und diese deshalb vorrangig zu bedienen seien. Dies ist jedoch aus folgenden Gründen in der Regel kein zulässiges Argument:

In § 15 StromNZV ist ein Engpassmanagement nicht nur für die Kuppelstellen zu benachbarten Netzen, sondern auch für Engpässe innerhalb der Netze vorgesehen. Engpässe sind durch marktorientierte, transparente und diskriminierungsfreie Verfahren zu bewirtschaften. Diese Regelung würde keinen praktischen Anwendungsbereich mehr haben, wenn der Übertragungsnetzbetreiber stets ältere Einspeiseverträge vorrangig bedienen müsste. In diesem Fall würde es nicht zu einer „marktorientierten“ Bewirtschaftung kommen; eine Bedienung nach dem Windhundprinzip wäre das genaue Gegenteil.

Aufgrund der Regelung von § 15 StromNZV sind Übertragungsnetzbetreiber (und gemäß § 15 Abs. 5 StromNZV auch Verteilnetzbetreiber) berechtigt, Engpässe auf verschiedene Weise zu bewirtschaften. Dazu gehört die Möglichkeit der anteiligen Reduzierung

31. Vgl. zur Rechtslage nach § 6 EnWG a.F.: Säcker/Boesche, Berliner Kommentar zum Energierecht, 2004, § 6 Rz. 126; vgl. zum TK-Recht OVG Münster, Beschl. v. 23.08.2001, MMR 2001, 772; VG Köln, Beschl. v. 21.06.2001, Az. 1 L 1012/01 und 1 L 1050/01.

32. Altröck/Oschmann/Theobald, EEG, 2006, § 4 Rz. 56; Salje, EEG, 2005, § 5 Rz. 49.

33. Möschel in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., 2001, § 19 GWB Rz. 206; Säcker/Boesche, in: Berliner Kommentar zum Energierecht, 2004, § 6 EnWG Rz. 248; Theobald/Zenke, in: Schneider/Theobald, Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft, 2003, § 12 Rz. 42 f.

34. EuGH, Urt. v. 07.06.2005 – C-17/03, *Vereniging voor Energie, Milieu en Water u.a./Directeur van de Dienst uitvoering en toezicht energie u.a.*, EuZW 2005, 695.

35. Markert, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., 2001, § 20 Rz. 167 ff., BGH, Urt. v. 3.3.1969, WuW/E BGH 1027, 1031 – Sportartikelmesse II, KG, Urt. v. 9.7.1974, WuW/E OLG 1507, 1512 – Chemische Grundstoffe II.; Lübbert, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 1999, § 25 Rz. 17.

oder der Versteigerung von Einspeisekapazität. In beiden Fällen findet zwangsläufig eine Einschränkung bestehender vertraglicher Rechte statt. Dies ist im Hinblick auf den in § 1 Abs. 2 EnWG genannten Zweck des Gesetzes, einen unverfälschten und wirksamen Wettbewerb zu ermöglichen, jedoch gerechtfertigt und auch vor dem Hintergrund der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) und Eigentums-garantie (Art. 14 GG) der Einspeiser verhältnismäßig.

Häufig gibt es auch keine ausdrücklichen vertraglichen Regelungen, die gesicherte Einspeiserechte versprechen. Zudem wären diese bereits durch den gesetzlichen Vorrang der Einspeisung aus EEG-Anlagen nach § 4 Abs. 1 Satz 1 EEG eingeschränkt. Weiterhin verstoßen langfristige Einspeiseverträge für Kraftwerke aus den gleichen Gründen wie langfristige Lieferverträge gegen Art. 81, 82 EG-Vertrag. Dies gilt jedenfalls soweit sie von den marktbeherrschenden Inhabern der Kraftwerkskapazitäten abgeschlossen wurden. Dies trifft für ca. 90 % der bestehenden Kraftwerkskapazitäten zu, die sich in den Händen der Schwestergesellschaften der vier Übertragungsnetzbetreiber befinden und zwischen denen kein Wettbewerb herrscht.<sup>36</sup> Wenn diese Unternehmen langfristig Einspeiseverträge mit ihren konzerneigenen Netzgesellschaften abschließen und sich dadurch einen vorrangigen Zugriff auf Einspeisekapazität sichern, hat dies in gleicher Weise marktabschottende Wirkung wie ein Bündel langfristiger Lieferverträge.<sup>37</sup> Eine solche Marktabschottung stellt jedoch ein verbotenes wettbewerbsbeschränkendes Verhalten nach Art. 81 EG und einen Missbrauch der Marktmacht nach Art. 82 EG dar.<sup>38</sup> Einspeiseverträge, welche diese marktabschottende Wirkung haben, sind gemäß Art. 81 Abs. 2 EG und § 134 BGB nichtig.

Eine Rechtfertigung für vorrangige langfristige Einspeiseverträge kann allenfalls dann bestehen, wenn sie zur Absicherung „vertragstypischer“ Investitionsrisiken notwendig sind.<sup>39</sup> Dies mag im Einzelfall auf Einspeiseverträge zutreffen, die für den Finanzierungszeitraum eines Kraftwerkes abgeschlossen werden. Diese Zeiträume betragen in der Regel nicht mehr als 10 – 15 Jahre. Kraftwerke, die vor 20 Jahren und mehr errichtet wurden, sind dagegen für die Sicherstellung ihrer Finanzierung (sei es aufgrund einer Projektfinanzierung oder bei einer „normalen“ Unternehmensfinanzierung) nicht mehr auf eine langfristige gesicherte Einspeisung angewiesen. Sie nehmen ebenso wie neue Kraftwerke am Wettbewerb teil und werden in der *merit order* entsprechend ihrer variablen Kosten und des jeweiligen Marktpreises eingesetzt.<sup>40</sup> Ein Vorrang aufgrund „älterer“ Einspeiserechte ist weder kartellrechtlich noch energierechtlich zulässig, sondern wäre wettbewerbsbeschränkend, nicht objektiv und diskriminierend.

## 2. Repartierung

Das BKartA hat im Fall „Berliner Stromdurchleitung“ mit ausführlicher Begründung und gestützt auf § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB entschieden, dass die vorrangige Behandlung von Netzzugangsansprüchen der mit dem Netzbetreiber verbundenen Unternehmen gegen den Grundsatz der Diskriminierung verstoße.<sup>41</sup> Deshalb müssten vorhandene Netzkapazitäten bei gleichberechtigter Behandlung der Interessen aller Netzbenutzer in Zeiten eines Engpasses grundsätzlich gleichmäßig allen Netznutzern zur Verfügung gestellt werden („Repartierung“).<sup>42</sup> In gleicher Weise ist auch im Fall eines unvorhersehbaren Engpasses zu verfahren. In einem solchen Fall ist die Einspeisung aus allen an das Netz angeschlossenen Erzeugungsanlagen, die nicht aufgrund gesetzlicher Vorschriften (EEG, KWKG) Vorrang genießen, anteilig im Verhältnis zu der von der jeweiligen Erzeugungsanlage reservierten Einspeisekapazität zu reduzieren.

## 3. Engpassmanagement in Übertragungsnetzen

Für die Behandlung von Engpässen innerhalb und zwischen Übertragungsnetzen in Deutschland enthält § 15 StromNZV eine Sonderregelung. Treten die sub. 1 beschriebenen Spitzen kurzfristig auf und lassen daher eine „marktorientierte“ Versteigerung von freien Netzkapazitäten nicht zu, verbleibt es bei dem Gebot, diese nach

transparenten Verfahren und diskriminierungsfrei zu vergeben (§ 15 Abs. 2 StromNZV). Deshalb gilt auch nach § 15 Abs. 2 StromNZV, dass durch kurzfristige Last-Spitzen auftretende Engpässe nur zu einer anteiligen Kürzung der Einspeisung aus allen an das Netz angeschlossenen konventionellen Erzeugungsanlagen berechtigen und es in der Regel keinen Vorrang für Bestandsanlagen gibt.

36. BKartA, Sachstandspapier vom 20.03.2006, B8-88/05-1/2; BKartA, Beschluss vom 17.01.2002, B8 – 40000 – U – 109/01 – E.ON Ruhrgas I; BKartA, Beschluss vom 20.11.1993, B8 – 40000 – FA 84/03, E.ON Hanse/SW Lübeck; Säcker/Boesche, BB 2001, 2329 ff; Säcker, Zu den Pflichten des Netzinfrastukturbetreibers zum bedarfsgerechten Netzausbau als Konkretisierung der Gemeinwohlverpflichtung des Inhabers eines „natürlichen Monopols“, Gutachten, Juni 2006, der zutreffend nachweist, dass es nicht nur ein Duopol E.ON/RWE, sondern ein marktbeherrschendes Oligopol E.ON/RWE/Vattenfall/EnBW gibt; zwischen den vier Unternehmen herrscht auch noch Auffassung des BKartA kein wesentlicher Binnenwettbewerb, insbesondere sind wegen der Produktthomogenität und der geringen Preiselastizität der Stromnachfrage keine Preisvorstöße eines Oligopolmitglieds in das Versorgungsgebiet eines anderen Oligopolmitglieds festzustellen und auch nicht zu erwarten.

37. BKartA, Beschluss vom 13.01.2006, B8 – 113/03-1, Langfristige Gaslieferverträge; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.06.2006, VI-2 Kart 1/06 [V] – Langfristige Gaslieferverträge.

38. BNetzA, Beschluss vom 05.05.2006, BK7-06-008, Gas Release Kapazität EnBW Trading./E.ON Ruhrgas Transport, S. 19.

39. Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1, Rz. 116, Ziff. 4; BKartA, Beschluss vom 13.01.2006, B8 – 113/03-1, Langfristige Gaslieferverträge, S. 23; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.06.2006, VI-2 Kart 1/06 [V] – Langfristige Gaslieferverträge.; Engelsing, in: Berliner Kommentar zum Energierecht, 2004, § 19 GWB, Rz. 156.

40. Schiffer, Energiemarkt Deutschland, 9. Aufl., 2005, S. 314 f.; Hilmes/Kuhnhenne-Krausmann, Aktuelle Situation im deutschen Kraftwerksmarkt, e/m/w 2/2006, S. 6/9.

41. BKartA, Beschl. v. 30.8.1999, B8-40100-T-99/99, WuW DE-V 149, 153 ff – Berliner Stromdurchleitung.

42. BKartA, Beschl. v. 30.8.1999, B8-40100-T-99/99, WuW DE-V 156 ff – Berliner Stromdurchleitung; Möschel in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., 2001, § 19 GWB Rz. 206; unter Bezugnahme auf den Beschluss des BKartA hat auch die BNetzA Zweifel an der Zulässigkeit des Prinzips „first come first serve“: Beschl. v. 5.5.2006, BK7-06-008, S. 19 – Gas Release Kapazität EnBW Trading./E.ON Ruhrgas Transport; Säcker/Boesche, in: Berliner Kommentar zum Energierecht, 2004, § 6 EnWG Rz. 248; Theobald/Zenke, in: Schneider/Theobald, Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft, 2003, § 12 Rz. 42 f.