

2. Kapitel: Grundlagen

A. Die Entwicklung der Energierechtsordnung

Den Kern des gesamten Energierechts bildet das Gesetz über die leitungsgebundene Elektrizitäts- und Gasversorgung (EnWG). Seit seiner Entstehung hat sich das EnWG mehrfach verändert.¹⁰ Die Frage war stets, ob der Energiemarkt aufgrund seiner Leitungsgebundenheit der staatlichen Aufsicht unterstellt werden muss, oder ob auch dieser Markt wettbewerbsrechtlichen Grundstrukturen zugeführt werden soll.¹¹ Hierbei vollzog sich – bedingt durch europäische Initiativen – ein allmählicher Paradigmenwechsel von der Monopolstruktur bis hin zu wettbewerbsähnlichen Marktverhältnissen.¹²

I. Die Ausgangslage vor 1998

Der Elektrizitätsmarkt in Deutschland war bis zu seiner Novellierung 1998 monopolistisch geprägt.¹³ Es galt bis dahin das Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft vom 13.12.1935. Dieses EnWG unterstellte die gesamte Elektrizitäts- und Gasversorgung der Staatsaufsicht.¹⁴ In der Präambel des Gesetzes hieß es: „Ziel des Gesetzes ist die volkswirtschaftlich schädlichen Auswirkungen des Wettbewerbs zu verhindern“.¹⁵ Man ging also davon aus, dass Wettbewerb

¹⁰ Mengers, in: Germer/Loibl, Handbuch Energierecht 2007, S. 23 ff.; Allwardt, Europäisiertes Energierecht in Deutschland 2006, S. 100ff.; Danner/Theobald/Theobald, EnWG I B 1 Einf. Rn. 2 ff., 2006; Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht 2006, S. 26 ff.; Aumüller, Regulierung und Wettbewerb auf dem Telekommunikations- und Strommarkt 2006, S. 65 ff..

¹¹ Salje, Komm. zum EnWG 2006, Einf. Rn. 4 ff.; Büdenbender, JZ 1999, 63, 64 ff..

¹² Danner/Theobald/Theobald, EnWG I B 1 Einf. Rn. 1, 2006; Ruthig/Storr, Öffentl. WirtschaftsR. 2005 § 6 Rn. 387; Salje, Komm. zum EnWG 2006, Einf. Rn. 52 ff.; Kühne/Scholtka, NJW 1998, 1902, 1903 ff.; Tettinger, RdE 2001, 41, 41; Löhr, Bundesbehörden zwischen Privatisierungsgebot und Infrastrukturauftrag 2005, S. 84

¹³ Kühne/Scholtka, NJW 1998, 1902, 1903; Aumüller, Regulierung und Wettbewerb auf dem Telekommunikations- und Strommarkt 2006, S. 65.

¹⁴ Danner/Theobald/Danner, EnWG I B 1 Einf. Rn. 3-6 Rn. 4; Mengers, in: Germer/Loibl, Handbuch Energierecht 2007, S. 23; RGBl. 1935, S. 765; Büdenbender, Energierecht 1982, Rn. 86.

¹⁵ Aumüller, Regulierung und Wettbewerb auf dem Telekommunikations- und Strommarkt

der Volkswirtschaft schade. Konzessions- und Demarkationsverträge sollten ihn verhindern.¹⁶ Diese stellten die klassischen Gebietsschutzverträge der Energiewirtschaft dar.¹⁷

Demarkationsverträge waren Verträge, die zwischen verschiedenen Versorgungsunternehmen oder Versorgungsunternehmen und Kommunen geschlossen wurden, mit dem Inhalt, dass sich die anderen Versorgungsunternehmen aus der Stromversorgung in einem bestimmten Gebiet fernhielten.¹⁸ Konzessionsverträge sind Verträge zwischen Versorgungsunternehmen und Kommunen, nach denen die Kommunen den Versorgungsunternehmen gegen ein Entgelt die ausschließliche Wegenutzung zur Versorgung der Verbraucher zur Verfügung stellen.¹⁹ Durch die Kombination der Gebietsschutzverträge entstand ein jeweiliges Gebietsmonopol für ein Versorgungsunternehmen.

Die energierechtliche Staatsaufsicht fand durch die in das GWB vom 01.01.1958 eingeführte Missbrauchsaufsicht eine Ergänzung.²⁰ In § 103 Abs. 1 Nr. 1, 2 GWB a.F. wurde für den Wettbewerb in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft eine Ausnahme normiert. Der Gesetzgeber stellte die Gebietsschutzverträge vom allgemeinen Kartellverbot nach §§ 1, 15 und 18 GWB a.F. frei. Das Wettbewerbsprinzip sei für den Strommarkt ungeeignet, womit nun auch das bereits in der Präambel festgeschriebene Prinzip bestätigt werden sollte.²¹

Man kann festhalten, dass aus der Sicht der Verbraucher eine monopolistische Struktur vorlag, da diesen nur ein Anbieter gegenüber stand. Betrachtete man jedoch den gesamten

2006, S. 65; Büdenbender, JZ 1999, 62, 63; eingehend zu der Bedeutung der Präambel siehe Büdenbender, Energierecht 1982, Rn. 66 ff..

¹⁶ Schalast, RdE 2001, 121, 122; Kühne/Scholtka, NJW 1998, 1902, 1902; Aumüller, Regulierung und Wettbewerb auf dem Telekommunikations- und Strommarkt 2006, S. 65.

¹⁷ Mengers, in: Germer/Loibl, Handbuch Energierecht 2007, S. 24 ff.; Schalast, RdE 2001, 121, 122.

¹⁸ Kühne/Scholtka, NJW 1998, 1902, 1903; Büdenbender, JZ 1999, 62, 63; ders., Energierecht 1982, Rn. 533; Allwardt, Europäisiertes Energierecht in Deutschland 2006, S. 104; Ludwig/Koopmann, in: Rayermann/Loibl, Handbuch Energierecht 2003, S. 42.

¹⁹ Mengers, in: Germer/Loibl, Handbuch Energierecht 2007, S. 24; Büdenbender, JZ 1999, 62, 63; ausführlich zu dem Konzessionsvertragsrecht siehe Allwardt, Europäisiertes Energierecht in Deutschland 2006, S. 106 ff.; Büdenbender, Energierecht 1982, Rn. 517 ff.; Ludwig/Koopmann, in: Rayermann/Loibl, Handbuch Energierecht 2003, S. 42.

²⁰ Büdenbender, Energierecht 1982, Rn. 538.

²¹ Schalast, RdE 2001, 121, 122; Büdenbender, JZ 1999, 62, 63.

Bundesdeutschen Energiemarkt, war zu erkennen, dass es sich um eine oligopolistische Struktur handelte. Denn auf dem Energiesektor waren mehrere Unternehmen tätig.²²

II. Die vollständige Marktöffnung ab 1998

Entscheidende Bedeutung für die Öffnung des Energiemarktes hatten die Strom-²³ und Gasrichtlinien²⁴. Im Mittelpunkt standen die Vorschriften über den Betrieb der Netzsysteme und die Organisation des Netzzugangs.²⁵ Mit dem Gesetz zur Neuregelung der Energiewirtschaft vom 24.04.1998 wurde die Stromrichtlinie umgesetzt und das EnWG 1935 aufgehoben. Es kam zu einer weitreichenden Marktöffnung des Energiesektors in Deutschland.²⁶

Das Neuregelungsgesetz wurde als ein Artikelgesetz erlassen, wobei die ersten beiden Artikel für die Wettbewerbsöffnung relevant waren. Im ersten Artikel wurde das EnWG geregelt. Die Änderungen des GWB fanden sich im zweiten Artikel. Der neue § 103 b GWB sah vor, dass der Ausnahmetatbestand des § 103 GWB a.F. für den Energiebereich nicht mehr gelte. Mit der Aufhebung der traditionellen Gebietsabsprachen unterlagen nun auch die Strom- und Gasmärkte dem Wettbewerb.²⁷ Es war also nicht mehr möglich, den Stromsektor durch Gebietsmonopole zu organisieren, da sonst ein Verstoß gegen das Kartellverbot nach § 1 GWB vorgelegen hätte.

²² Aumüller, Regulierung und Wettbewerb auf dem Telekommunikations- und Strommarkt 2006, S. 66; Theobald/Zenke, Grundlagen der Strom- und Gasdurchleitung 2001, S. 5 ff..

²³ Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 19.12.1996, betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABBl. EG 1997 Nr. L 27 S. 20.

²⁴ Richtlinie 98/30/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 22.06.1998, betreffend gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt, ABBl. EG 1998, Nr. 204 S. 1; deren Umsetzung erst im Jahre 2003 erfolgte.

²⁵ Schneider/Theobald, HB EnWR § 1 Rn. 66; Kühne/Scholtka, NJW 1998, 1902, 1903; Danner/Theobald/Danner, EnWG Einf. Rn. 26, 2006.

²⁶ Böge, in FS-Baur 2002, S. 400 ff.; Ludwig/Koopmann, in: Rayermann/Loibl, Handbuch Energierecht 2003, S. 32 ff.; eingehend zu dem Gesetz zur Neuregelung des Rechts der Energiewirtschaft vgl. Lukes, RdE 1998, 49 ff.; Schütz/Tüngler, RdE 2003, 98, 99; Lange/Böge, WuW 2003, 870, 874; Busche, Vom Energieversorger zu Dienstleister und Stromhändler – Energieversorgung im Zeitalter des Wettbewerbs, in: FS-Baur, S. 99 ff..

²⁷ Salje, Komm. zum EnWG 2006, Einf. Rn. 62; Theobald/Zenke, Grundlagen der Strom- und Gasdurchleitung 2001, S. 8 ff.; Kühne/Scholtka, NJW 1999, 1902, 1903; Allwardt, Europäisiertes Energierecht in Deutschland 2006, S. 54; Ludwig/Koopmann, in:

Ergänzend zur unmittelbaren Anwendbarkeit des allgemeinen Kartellverbots hat der Gesetzgeber im Rahmen der 6. GWB-Novelle wenige Monate später die allgemeine kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht verstärkt. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB wurde eingeführt, der eine selbstständige Missbrauchsregelung für die Verweigerung des Zugangs zu eigenen Netzen oder Infrastrukturleistungen darstellt.²⁸

Das wichtigste Wettbewerbsinstrument war die Netznutzung, also der Netzzugang und das verhandelte Netznutzungsentgelt.²⁹ Nach den §§ 5 – 6 EnWG a.F. unterlag die Stromversorgung dem Prinzip des verhandelten Netzzugangs. Der Gesetzgeber wollte einen Netzzugang auf vertraglicher Basis schaffen.³⁰ Nach § 6 Abs. 1 EnWG a.F. hatten Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen anderen Unternehmern ihr Versorgungsnetz zu Bedingungen zur Verfügung zu stellen, die nicht ungünstiger waren als die Entgelte, die sie in vergleichbaren Fällen für Leistungen innerhalb ihres Unternehmens tatsächlich oder kalkulatorisch in Rechnung stellten. Somit wurde erstmals ein Diskriminierungsverbot eingeführt.³¹ § 6 Abs. 1 EnWG a.F. regelte ferner eine grundsätzliche Durchleitungspflicht. Diese lag erst dann nicht vor, wenn besondere Gründe bestanden. Der Durchleitungsanspruch, der zivilrechtlicher Natur war, konnte vor den Zivilgerichten eingeklagt werden.

Durch § 6 Abs. 2 EnWG a.F. erhielt der Bundeswirtschaftsminister die Rechtsgrundlage zum Erlass einer Rechtsverordnung, die die Durchleitungsverträge und die Kriterien zur Bestimmung der Entgelte regeln konnte. Von dieser Ermächtigung wurde jedoch kein Gebrauch gemacht. Vielmehr hat man sich von vornherein auf die Regelungen der Durchleitungskriterien mittels

Rayermann/Loibl, Handbuch Energierecht, S. 41 ff.; Danner/Theobald/Danner, Einf. Rn. 59, 2006; Schütz/Tüngler, RdE 2003, 98, 101.

²⁸ Theobald/Zenke, Grundlagen der Strom- und Gasdurchleitung 2001, S. 37 ff.; Aumüller, Regulierung und Wettbewerb auf dem Telekommunikations- und Strommarkt 2006, S. 74; Rosenkötter, in: Germer/Loibl, Handbuch Energierecht 2007, S. 157; Salje, Komm. zum EnWG 2006, Einf., Rn. 221; Weyer, in: FK, § 19 Rn. 1033 ff.

²⁹ Danner/Theobald/Danner, EnWG I Einf. Rn. 41, 2006; Büdenbender, JZ 1999, 62, 67 ff.; ders., DVBl. 2006, 197, 197.

³⁰ Büdenbender, DVBl. 2006, 197, 198; Salje, Komm. zum EnWG 2006, Einf. Rn. 84; Kühne/Scholtka, NJW 1998, 1902, 1905; zum verhandelten Netzzugang vgl. insbesondere Engel, Verhandelter Netzzugang 2002.

³¹ Danner/Theodor/Danner, EnWG Einf., Rn. 52, 2006; Ludwig/Koopmann, in: Rayermann/Loibl, Handbuch Energierecht 2003, S. 34; Schneider/Theobald, HB EnWG 2003, S. 459.

privatwirtschaftlicher Verbändevereinbarungen (VDEW, DVG, ARE, VKU, VIK, und BDI) gestützt.³² Es handelte sich um Vereinbarungen zwischen mehreren Verbänden der Wirtschaft, die keine konkreten Durchleitungsentgelte nannten, sondern nur Kriterien zur Festlegung der Entgelte gaben. Sie entfalteten zunächst keine Bindungswirkung für die teilnehmenden Parteien, sondern hatten lediglich Empfehlungscharakter.³³ Durch die Änderung des EnWG 2003, die am 23.05.2003³⁴ in Kraft trat, wurden die Verbändevereinbarungen „verrechtlicht“. Nach §§ 6 Abs. 1, 6 a Abs. 1 EnWG a.F. mussten die Zugangsbedingungen „guter fachlicher Praxis“ entsprechen. Das Vorliegen einer guten fachlichen Praxis wurde bei vollständiger Berücksichtigung der Verbändevereinbarungen widerleglich vermutet. Die „Verrechtlichung“ wurde bis zum 31.12.2003 begrenzt.

III. Das neue EnWG seit 2005

Der Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarkt unterlagen 2005 einer weiteren Totalrevision durch die Beschleunigungsrichtlinien 2003/54/EG und 2003/55/EG vom 26.06.2003³⁵. Die Richtlinien verdeutlichten, dass das EnWG von 1998 nicht bestehen bleiben konnte. Die EU-Richtlinien verpflichteten die Mitgliedsstaaten zu Regulierungen im Bereich des Netzbetriebes, zu Regelungen der Entflechtung und zur Errichtung einer Regulierungsbehörde. Diese Richtlinien konnten nur durch neue energiewirtschaftsrechtliche Grundlagen umgesetzt werden.³⁶ Die

³² Ludwig/Kooppmann, in: Rayermann/Loibl, Handbuch Energierecht 2003, S. 35. Insgesamt gab es drei Verbändevereinbarungen (VV I vom 22.05.1998, VV II vom 13.12.1999, VV III Strom Plus vom 13.12.2001).

³³ Schneider/Theobald, HB EnWR 2003, S. 460 ff.; Aumüller, Regulierung und Wettbewerb auf dem Telekommunikations- und Strommarkt 2006, S. 84, OLG Dresden, RdE 2001, 144, 146; zu der VV II vom 13. 12.1999 ausführlich: Brunekreeft/Keller, ZfE 2000, 155 ff.; Theobald/Schneider, HB EnWR, § 1 Rn. 88 ff..

³⁴ BGBl. 2003, S. 686.

³⁵ Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.7.2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, Abl. 2003 L 176/37; Richtlinie 2003/53/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.7.2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG, Abl. 2003 L 176/57.

³⁶ Eingehend auf die Umsetzung der EG-Richtlinien in nationales Recht siehe Breuer, NVwZ 2004, 520 ff.; zu den Vorgaben der EU-Richtlinien vgl. Böge/Lange, WuW 2003, 870, 876

Vorarbeiten für das spätere Gesetzgebungsverfahren leistete ein Monitoring-Bericht, den das Bundeswirtschaftsministerium vorlegte. Zweck des Berichtes war die Prüfung, ob sich der bisherige Regulierungsansatz in wettbewerbspolitischer Hinsicht bewährt hatte und inwiefern Änderungen erforderlich waren.³⁷ Das Bundeswirtschaftsministerium beurteilte die wettbewerbsrechtliche Entwicklung grundsätzlich positiv, verzeichnete jedoch nur einen schrittweise funktionsfähigen Markt und unwesentliche Preissenkungen für Industrie- und Haushaltskunden. Sowohl im Strom- als auch im Gasbereich sollte der Netzzugang weiter verbessert werden. Die kritische Bewertung des Monitoringberichts ist auf Zustimmung gestoßen.

Am 27.02.2004 wurde der Referentenentwurf für ein neues EnWG vorgelegt. Aufgrund zahlreicher strittiger Punkte verzögerte sich die Verabschiedung des Gesetzesentwurfes bis zum 14.10.2004. Schon damit war bereits klar, dass die am 01.07.2004 gesetzte Umsetzungsfrist der Beschleunigungsrichtlinien nicht eingehalten werden konnte. Nicht zuletzt ein bevorstehendes Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH führte dazu, dass das novellierte EnWG am 07.07.2005 noch abgeschlossen und das EnWG von 1998 in vollem Umfang aufgehoben wurde.³⁸

B. Die Zwecke des Energiewirtschaftsgesetzes

Welche Zwecke das Energierecht verfolgt, ergibt sich aus § 1 EnWG. Hier werden wichtige energiepolitische Ziele, wie die Sicherheit und Preisgünstigkeit, die schon dem EnWG 1935 zu Grunde lagen, genannt. Als weiteres Ziel ist die zuvor durch die Novelle des EnWG 1998 aufgenommene Umweltverträglichkeit wiederzufinden.³⁹ Schon die amtliche Begründung zum

ff.; Albers, in Schwintowski, *Verhandelter vs. regulierter Netzzugang*, S. 9 ff.; Bührenbender, RdE 2004, 284 ff..

³⁷ Bericht des BMWi an den Deutschen Bundestag über die energiewirtschaftlichen und wettbewerblichen Wirkungen der Verbändervereinbarungen, dem BT vorgelegt am 01.09.2003, im Internet abrufbar unter www.bmwi.de; Badura, DVBl. 2004, 1189, 1189.

³⁸ Staabe, DVBl. 2004, S. 853 (854); Brattig/Kahle, NVwZ 2005, S. 642 (642); Stumpf/Gabler, NJW 2005, S. 3174 (3174); Scholtka, NJW 2005, S. 2421 (2422).

³⁹ Zum Umweltschutz als Ziel der Energieversorgung vgl. Schalast, RdE 2001, 121 ff.; Bührenbender, DVBl. 2005, 1161, 1163 ff.; Danner/Theobald/Theobald, EnWG I Einf. Rn.

EnWG 1998 machte deutlich, dass Sicherheit, Preisgünstigkeit und Umweltverträglichkeit unverzichtbare und gleichrangige Ziele sind. Sie sollen deshalb im Interesse der Allgemeinheit verwirklicht werden, weil es sich bei der Strom- und Gaswirtschaft um Schlüsselbranchen mit erheblicher Bedeutung für alle privaten und öffentlichen Verbraucher handelt.⁴⁰ Diese traditionelle Zieltrias der Energieversorgung wurde durch das EnWG 2005 um die Verbraucherfreundlichkeit und Effizienz erweitert.⁴¹

Das nunmehrige Ziel-Fünfeck sollte den veränderten Anforderungen der Richtlinien Rechnung tragen.

Da die neuen Ziele in der alten Trias weitgehend enthalten sind, wird die praktische Bedeutung der Veränderung des § 1 EnWG gering bleiben. Aus den Zielbestimmungen selbst folgen keine unmittelbaren Handlungsverpflichtungen der Marktakteure. Die Gesetzeszwecke dienen aber als Hilfe bei der Auslegung einzelner Bestimmungen und entfalten so ihre Bedeutung.⁴²

44a; Aumüller, Regulierung und Wettbewerb auf dem Telekommunikations- und Strommarkt 2006, S. 72.

⁴⁰ Danner/Theobald/Theobald, EnWG I B 1 § 1 Rn. 6, 2007; vgl. hierzu BVerfGE 30, 292, 323; in der die Sicherheit der Energieversorgung als ein „Gemeinschaftsinteresse höchsten Ranges“ eingeordnet wird.

⁴¹ Scholtka, NJW 2005, 2421, 2422; Salje, Komm. zum EnWG 2006, § 1 Rn. 7; Dannert/Theobald/Theobald, EnWG I B 1 § 1 Rn. 4, 2007; Dorß, in: Germer/Loibl, Handbuch Energierecht 2007, S. 77.

⁴² Danner/Theobald/Theobald, EnWG I B 1 § 1 Rn. 5, 2007; Scholtka, NVwZ 2005, 849, 850.