

N&R

Netzwirtschaften & Recht

Energie, Telekommunikation,
Verkehr und andere Netzwirtschaften

3&4/2019

S. 129–192

16. Jahrgang

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

- | | | |
|---|---|-----|
| ■ | <i>Guido Beermann</i>
Die große TKG-Novelle: ein Rechtsrahmen für leistungsstarken Mobilfunk und Gigabit-Netze | 129 |
| ■ | <i>Christoph Arhold</i>
Beihilfenfreie Fördersysteme bei fehlendem Transfer staatlicher Mittel – Zugleich Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 28. März 2019 – Rs. C-405/16 P | 130 |
| ■ | <i>Danielle Herrmann/Stefan Heilmann</i>
Das Telekommunikationsrecht im Jahr 2018 | 141 |
| ■ | <i>Andreas Neumann</i>
Erste Schritte auf dem Weg zur Umsetzung des europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation – Die Eckpunkte zur TKG-Novelle 2019 | 152 |
| ■ | <i>Ludwig Gramlich</i>
Haftung für Verlust von Sendungen bei Postuniversaldienstleistungen im Verlauf des Beförderungsvorgangs (nach Einlieferung und bis Zustellung) – Wechselwirkungen von Fracht- und Regulierungsrecht | 163 |
| ■ | <i>Birgit Ortlieb</i>
Anmerkung zum Beschluss des BGH: Gewinnabführungsverträge in der energierechtlichen Entgeltregulierung | 178 |
| ■ | <i>Norman Fricke</i>
Anmerkung zum Urteil des OLG Frankfurt a. M.: keine einseitige Änderung von vertraglich vereinbarten Preisänderungsklauseln durch öffentliche Bekanntmachung eines Fernwärmeversorgers | 183 |
| ■ | <i>Patrick Thomas</i>
Anmerkung zum Urteil des EuGH: keine Direktvergabe von Aufträgen für Busverkehre nach Art. 5 Abs. 2 der Personenverkehrsdienstleistungsverordnung (EG) Nr. 1370/2007 | 187 |
| ■ | <i>Sebastian Lißek</i>
Anmerkung zum Beschluss des VG Köln: Reichweite der Pflicht zur Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung bei eisenbahnrechtlichen Entscheidungen | 191 |

Bericht über netzwirtschaftsrechtliche Literatur

Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.): *Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1: EnWG – Energiewirtschaftsgesetz, EnSiG – Energiesicherungsgesetz, BBPIG – Bundesbedarfsplanggesetz, EnLAG – Gesetz zum Ausbau von Energieleitungen und NABEG – Netzausbaubeschleunigungsgesetz Übertragungsnetz*, Frankfurt am Main: Deutscher Fachverlag, 4. A., 2019, 5092 S., geb., 529,00 Euro.

von Prof. Dr. *Torsten Körber* und *Carmen Sieber*

Der Berliner Kommentar zum Energierecht ist ein energierechtliches Standardwerk, das in nunmehr sechs Bänden erscheint. Im Dezember 2018 ist (nach den Bänden 3 bis 6) jetzt auch der zentrale erste Band erschienen. Mit Band 2 ist das Werk seit Februar 2019 komplett.

Band 1 behandelt in zwei Halbbänden die Kernmaterien des Energieregulierungsrechts, konkret: die europarechtlichen und verfassungsrechtlichen Grundlagen (Kap. 1), das EnWG (Kap. 2), das EnSiG (Kap. 3), das Energie-Produkthaftungsrecht (Kap. 4) sowie das BBPIG, EnLAG und das NABEG (Kap. 5).

Die 61 Bearbeiter des ersten Bandes setzen sich wie gewohnt aus hochkarätigen Wissenschaftlern und Praktikern zusammen, welche die Weiterentwicklungen im Energierecht bis Mitte 2018 einbezogen haben. Der Kommentar ist damit auf der Höhe der Zeit, was für eine schnelllebige Materie wie das Energierecht überaus wichtig, aber auch in der Kommentarliteratur keineswegs selbstverständlich ist. Die zahlreichen fundierten Kommentierungen können nachfolgend leider nur beispielhaft erörtert werden.

Die 255 Seiten umfassende Einleitung im ersten Kapitel gliedert sich in fünf Teile (A bis E). Der erste, vom Herausgeber *Säcker* verfasste Teil enthält auch (etwas versteckt) eine sehr lesenswerte Kurzdarstellung des sog. Winterpakets der EU-Kommission „Saubere Energie für alle Europäer“ („Clean Energy for all Europeans“) (Einl. A Rn. 39 ff.) und wirft damit bereits ein Schlaglicht auf die Zukunft des Energierechts. Die verfassungsrechtlichen Grundlagen werden von *Schmidt-Preuß* und der Energiecharta-Vertrag von *Gundel* erörtert. Teil E wurde um Ausführungen zur Problematik der Konzessionsvergabe im Zuge der (Re-) Kommunalisierung örtlicher Verteilnetzbetriebe erweitert. Gestrichen wurde der Abschnitt zu den wettbewerblichen Bindungen kommunaler Energieversorger. Die Neuauflage verzichtet ausweislich des Vorworts bewusst darauf, das deutsche und europäische Wettbewerbsrecht vollständig zu erläutern.

Besondere Erwähnung im zentralen zweiten Kapitel zum EnWG verdient die Kommentierung der §§ 13d bis 13j EnWG, die im Zuge des Strommarktgesetzes (BGBl. 2016 I, 1786) neu eingefügt wurden und die Regelungen zur Netzstabilität erheblich ausweiten. *Ruttloff* und *Lippert* hatten sich bereits mit der Kommentierung der Netzreserveverordnung (BGBl. 2013 I, 1947) und der Kapazitätsreserveverordnung (BGBl. 2019 I, 58) in dem im August 2018 erschienen dritten Band befasst. Ihre Darstellung widmet sich insbesondere der EU-beihilfenrechtlichen Vereinbarkeit der Netz- und der Kapazitätsreserve, die erst auf der dritten Stufe (vgl. § 13 Abs. 1 Nr. 3 EnWG) in der Abfolge möglicher Maßnahmen der Übertragungsnetzbetreiber zur Behebung von Gefährdungen der Sicherheit oder Zuverlässigkeit der Stromversorgung eingesetzt werden. Kritisch beleuchten die Verfasser die Kosten- und Wettbewerbsneutralität dieses „Strommarktes 2.0“, für den sich der Gesetzgeber entsprechend dem Weißbuch des Bundeswirtschaftsministeriums zum „Strommarkt für die Energiewende“ entschieden hat. Nach Ansicht der Bearbeiter wird mit der Absage an einen zusätzlichen Kapazitätsmarkt und der Einführung einer Netz- und Kapazitätsreserve eine „Schattenenergiewirtschaft“ etabliert (§ 13e EnWG Rn. 5).

Hervorzuheben ist auch die Kommentierung zu § 21 EnWG. *Säcker* und *Meinzenbach* haben hier die umfangreiche Regulierungspraxis und Rechtsprechung der letzten Jahre zur kalkulatorischen Abschreibung und Eigenkapitalverzinsung der kostenorientierten Entgeltbildung eingearbeitet. Auch die Aufhebung der von der Bundesnetzagentur festgelegten Eigenkapitalzinssätze für die dritte Regulierungsperiode durch das OLG Düsseldorf in den 29 Musterverfahren (u. a. OLG Düsseldorf, N&R 2018, 162 [Beschl. v. 22.3.2018 – Az. VI-3 Kart 485/16 (V)] m. Anm. *Schellberg/Sieberg*) wurde noch mit aufgenommen (§ 21 EnWG Rn. 129).

In die Kommentierung des § 21a EnWG hat *Meinzenbach* die umfassende Regulierungs- und Entscheidungspraxis der letzten Jahre zur Anreizregulierung eingearbeitet. Entgegen der BGH-Rechtsprechung zur Auswahl der „Benchmarking“-Methoden (BGH, RdE 2014, 276 [Beschl. v. 21.1.2014 – Az. EnVR 12/12]) und zur Ermittlung des Qualitätselements (BGH, RdE 2014, 495 [Beschl. v. 22.7.2014 – Az. EnVR 59/12]) hält der Autor eine Einschätzungsprärogative der Regulierungsbehörden für nicht gerechtfertigt, da die Beeinflussbarkeit von Kostenanteilen tatrichterlich nachprüfbar sei (§ 21a EnWG Rn. 121).

Die Bearbeiter der §§ 21b bis 21i EnWG a.F., welche durch das Gesetz zur Digitalisierung der Energiewende (BGBl. 2016 I, 2034) weggefallen sind, sind dem Berliner Kommentar erfreulicherweise mehrheitlich als Autoren des bereits im April 2017 erschienenen vierten Bandes der Kommentierung zum MsbG treu geblieben.

Durch das Gesetz zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wege-nutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung (BGBl. 2017 I, 130) wurde § 46 EnWG erneut geändert und wurden die §§ 46a, 47 EnWG neu in das Gesetz eingefügt. Allerdings schaffe die gesetzliche Festschreibung des Ertragswertverfahrens, so *Wegner*, keine Klarheit hinsichtlich der Einzelheiten der Ertragswertermittlung, speziell zu den in der Praxis häufig streitigen Fragen der Bewertungsperspektive und der Berücksichtigung von Synergien. Insofern seien die von der Rechtsprechung entwickelten allgemeinen Grundsätze für die Durchführung des Auswahlverfahrens und die Ausgestaltung der Auswahlkriterien nach wie vor von erheblicher Bedeutung. Der Autor hat sich daher vertieft mit den BGH-Entscheidungen zu § 46 Abs. 2 EnWG a.F. (BGH, N&R 2014, 157 [Urt. v. 17.12.2013 – Az. KZR 65/12] – *Stromnetz Heiligenhafen*; 166 [Urt. v. 17.12.2013 – Az. KZR 66/12] – *Stromnetz Berkenthin*) auseinandergesetzt und sie in die Kommentierung der neuen Gesetzesfassung eingearbeitet.

Besondere Beachtung verdient auch die Kommentierung der durch das Strommarktgesetz neu eingefügten §§ 111d bis 111f EnWG. Durch die Einrichtung einer nationalen Informationsplattform (NIP) und eines Marktstammdatenregisters sollen u. a. die Transparenz am Strommarkt und die gesellschaftliche Akzeptanz der Energiewende gesteigert werden. Die auf § 111f EnWG gestützte MaStRV (BGBl. 2017 I, 842) hat *Säcker* an dieser Stelle eingearbeitet, während die meisten anderen Verordnungen im dritten Band kommentiert werden.

In Kap. 3 des Kommentarbandes beschäftigt sich *Säcker* mit dem EnSiG (BGBl. 1974 I, 3681), dessen Bedeutung möglicherweise zunehmen wird, falls die Versorgungssicherheit durch die Volatilität und Dezentralität der Einspeisung erneuerbarer Energien gefährdet wird.

In dem hier besprochenen Band ist ein neues viertes Kapitel zum Energie- und Produktsicherheitsrecht eingefügt worden. Nachdem der BGH im Jahr 2014 entschieden hat, dass Versorgungsnetzbetreiber als „Hersteller“ der Elektrizität i. S. d. § 4 Abs. 1 S. 1 ProdHaftG zu klassifizieren sind (BGH, RdE 2014, 234 [Urt. v. 25.2.2014 – Az. VI ZR 144/13]) und sich die Notifikationspflicht durch die EU-Richtlinien des „Alignment Package“ zur Produktsicherheit (ABl. EU 2014 L 96, 1) auch auf Produkte im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen („Business to Business“, B2B) erstreckt (vgl. z. B. § 7 Abs. 6 1. ProdSV), wird das europäische Produktrecht für die Akteure der Energiewirtschaft zunehmend relevant. So beleuchtet *Wende* denn auch – neben den Kompetenzen der Marktüberwachungsbehörden – einzelne europäische Rechtsakte mit besonderer Bedeutung für die Energiewirtschaft (Kap. 4 Rn. 30 ff.).

Neu im fünften Kapitel ist eine 165 Seiten umfassende Kommentierung des BBPIG (BGBl. 2013 I, 2543), welches am 27. Juli 2013 in Kraft getreten ist. *Appel* setzt sich darin besonders mit den wirtschaftlichen und technischen Fragen des Ende 2015 in § 3 BBPIG normierten Vorranges der Erdverkabelung für bestimmte Hochspannungs-Gleichstrom-Übertragungs- bzw. HGÜ-Leitungen auseinander. Dass das BVerwG bislang im Ergebnis offengelassen hat, ob die gesetzlich festgelegten elf HGÜ-Erdkabelpilotprojekte in § 4 BBPIG und § 2 EnLAG abschließend sind, sieht der Autor kritisch. Denn ein Offenlassen dieser Frage führe in der Praxis zu Rechtsunsicherheiten (§ 4 BBPIG Rn. 15). Die im fünften Kapitel ebenfalls enthaltene detaillierte Kommentierung zum NABEG (BGBl. 2011 I, 1690) ist die derzeit einzige Kommentierung dieses Gesetzes auf dem neuesten Stand. *Appel*, der auch die allgemeinen Vorschriften und diejenigen zur Bundesfachplanung im NABEG kommentiert, erweiterte deren Vorbemerkung um einen Abschnitt zur konzeptionellen Adaption der am 17. April 2013 verabschiedeten Verordnung (EU) Nr. 347/2013 zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur (TEN-E) im deutschen Recht (NABEG Rn. 31 ff.). Denn ihre unmittelbare Anwendbarkeit ist bislang nicht abschließend geklärt. Zwar handelt es sich um eine EU-Verordnung i. S. d. Art. 288 Abs. 2 AEUV. Gleichzeitig legt die Begründung des Verordnungsentwurfes eine mitgliedstaatliche Umsetzung nahe (NABEG Rn. 26 f.).

Insgesamt haben die Bearbeiter mit der Neuauflage erneut ein ebenso fundiertes wie lesenswertes Kommentarwerk geschaffen. Sie haben sich umfangreich mit den vielfältigen Gesetzesänderungen und der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur der letzten Jahre befasst. Der Berliner Kommentar liefert damit die derzeit aktuellste Kommentierung und leistet einen großen Beitrag zur Bewältigung der gegenwärtigen Herausforderungen des Energierechts. Zum Abschluss ein kleiner Punkt der Kritik: Es ist unverständlich, dass ausgerechnet dieser Kommentar, der für jeden Wissenschaftler wie Praktiker auf dem Gebiet des Energierechts schlechthin unverzichtbar ist, auch in Zeiten der Digitalisierung nur in Papierform und nicht über das Netz verfügbar ist. Das sollte dringend geändert werden.