

19. Düsseldorfer Energierrechtstag

NEUORDNUNG
DER ENERGIEWIRTSCHAFT



Die Entwicklung des Energierrechts 2018/2019

Prof. Dr. Ulrich Büdenbender
White & Case LLP

2018/2019 in Kraft getretene neue Gesetze im Bereich europäisches Energierecht

Winterpaket der Kommission

- Fortsetzung der Abstimmungsverfahren und Inkraftsetzung neuer Richtlinien/Verordnungen Bereits in Kraft
 - Energieeffizienzrichtlinie EU 2018/2002
 - Erneuerbare-Energierichtlinie EU 2018/2001
 - Governance-Verordnung EU 2018/1999

In fortgeschrittenem Stadium der Abstimmung

- Verordnung über die Risikovorsorge im Elektrizitätssektor (Ersetzung der Richtlinie 2005/89 EG)
- Neuregelung der Verordnung über die Netzzugangsbedingungen Strom EG Nr. 714/2009
- Novellierung der Verordnung Nr. 713/2009 EG über die Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden
- Novellierung der Elektrizitätsrichtlinie 2009/72 EG

2018/2019 in Kraft getretene/zu erwartende neue Gesetze für das deutsche Energierecht (I)

Nationales Recht: Energiesammelgesetz (EnSaG) vom 17.12.2018, BGH I 2018 S. 2549

- Offizieller Titel: Gesetz zur Änderung des EEG, KWKG, EnWG und weiterer energierechtlicher Vorschriften
- Gesetzespaket mit zahlreichen Änderungen des EnWG, EEG, KWKG und SeeAnlG, Wind-auf-See-Gesetzes, Netzentgeltmodernisierungsgesetzes
- Zugleich Änderungen verschiedener Verordnungen (StromNEV), NAV, NDAV, Verordnung zu den gemeinsamen Ausschreibungen, KWK-Ausschreibungsverordnung
- Bewertung des Begriffes “Energiesammelgesetz” (Bezeichnung durch BMWi)
- Inhalt: Fülle von Details; Beispiele
- Bewertung des Inhalts und der prinzipiellen Ausrichtung der Energie-Gesetzgebung

2018/2019 in Kraft getretene/zu erwartende neue Gesetze für das deutsche Energierecht (II)

Gesetzesreform 2019: Klimaschutzgesetz; Gesetz zum Ausstieg aus der Kohleverstromung; Einführung einer CO₂-Steuer?

- Basis: Abschlussbericht der sogenannten “Kohlekommission”
- **Empfehlungen:**
 - Vollständiger Ausstieg bis zum Jahr 2038
 - Stilllegung von 12,5 GW bis zum Jahr 2022 (7,5 GW Steinkohle, 5 GW Braunkohle)
 - Verteilung der Stilllegung: ein Drittel bis 2022, ein weiteres Drittel bis 2030, das letzte Drittel bis 2038
 - Keine Inbetriebnahme noch im Bau befindlicher Kraftwerke
 - Konsenslösungen (Stilllegung, Übergangsregelungen, Ausgleichszahlungen an Betreiber) zwischen Staat und Betreibern, unter Beachtung des § 21 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4 BImSchG für den Betreiberschutz

2018/2019 in Kraft getretene/zu erwartende neue Gesetze für das deutsche Energierecht (III)

Gesetzesreform 2019: Klimaschutzgesetz; Gesetz zum Ausstieg aus der Kohleverstromung; Einführung einer CO₂-Steuer?

□ **Empfehlungen:**

- Rechtssicherheit
- Ausgleichszahlungen (40 Mrd. €) für betroffene Regionen
- Für Belastungen der Verbraucher (Anstieg Strompreise, ausgehend von hoher Basis - Spitzenpositionen in der EU) zum Ausgleich Entlastungen

2018/2019 in Kraft getretene/zu erwartende neue Gesetze für das deutsche Energierecht (IV)

□ Überblick über Rechtsprobleme

- Unterschiede zwischen dem Ausstieg aus der Kernenergie und Ausstieg aus der Steinkohleverstromung
- Keine Enteignung, sondern Inhalts- und Schrankenbestimmung (BVerfG)
- Besonders intensive Inhalts- und Schrankenbestimmung
- Schutz abgeschriebener Anlagen? Relevante Amortisationszeiträume?
- Schutz Dritter (langfristige Bezugsverträge, Bezug von Fernwärme aus KWK-Anlagen)
- Kriterien eines angemessenen Ausgleichs (Übergangsregelungen); Überführung von Kraftwerken in eine Sicherheitsbereitschaft vergleichbar § 13 g EnWG; Finanzieller Ausgleich (gebündelt mit anderen Maßnahmen zum Übergang)

2018/2019 in Kraft getretene/zu erwartende neue Gesetze für das deutsche Energierecht (V)

□ Diskussionsstand

- BMU-Entwurf eines Klimaschutzgesetzes
- Gesetzentwurf von Greenpeace; Politische Äußerungen Bündnis 90/Die Grünen; Vorschläge für eine CO₂-Steuer (Politischer Auftrag an Rat der Wirtschaftsweisen) und befürwortende/ablehnende Aussagen dazu in Politik und Wirtschaft
- Prognose der Rechtsentwicklung für den Fall einer nicht-konsensualen Lösung

2018/2019 in Kraft getretene/zu erwartende neue Gesetze für das deutsche Energierecht (VI)

□ **Besondere Aspekte einer CO₂-Steuer**

- Verfassungs- und europarechtliche Zulässigkeit
- Regelungen im Ausland (Schweden, Schweiz, Frankreich, Großbritannien, Norwegen, Finnland, Dänemark, Portugal, Lichtenstein)
- Vorteile einer EU-weiten Regelung (Erweiterung des Zertifikatehandels oder EU-weite CO₂-Steuer)
- Verhältnis zum Zertifikatehandel (Kompensation?)
- Verhältnis zum Ausstieg aus der Kohleverstromung
- Ansatz und Höhe der Steuer
- Mittelverwendung

2018/2019 in Kraft getretene/zu erwartende neue Gesetze für das deutsche Energierecht (VII)

- Einerseits Belastung von Bevölkerung/Unternehmen, andererseits Kompensation durch Entlastungen angestrebt
 - Keine isolierte Einführung, sondern Erfordernis einer grundlegenden Einbindung in das Energierecht mit Auswirkungen auf das EEG, KWKG, Stromsteuerrecht, BImSchG, TEHG
- Prognose der weiteren Entwicklung?

Rechtsprechung für das europäische Energierecht (I)

Europarechtskonformität der Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur

- Vorgabe der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden durch Art. 35 Abs. 4 EltRL, 39 Abs. 4 GasRL
- Klage der Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland (Vertragsverletzungsverfahren) wegen vermeintlicher Missachtung der Unabhängigkeit (noch nicht entschieden)
- Anerkennung der Rechtskonformität und Ablehnung einer Vorlage an den EuGH durch OLG Düsseldorf, RdE 2018, 324 (327)
 - Wesentliche Gründe
 - Bewertung

Rechtsprechung für das europäische Energierecht (II)

Besondere Ausgleichsregelungen für stromintensive Unternehmen nach dem EEG als europarechtliche Beihilfe gemäß Art. 107 A EUV?

- Diskussionsstand bis Anfang 2019, Auffassung der Kommission
- Urteil des EuGH vom 28.03.2019, Az.: C-405/16 P: Keine Beihilfe
- Wesentliche Gründe
 - Keine staatliche Verfügungsgewalt über aus der EEG-Umlage resultierende Finanzmittel
 - Keine staatliche Kontrolle über die mit der Verwaltung der Finanzmittel betrauten ÜNB
 - Gesetzliche Grundlage für besondere Ausgleichsregelung im EEG nicht ausreichend als staatliche Kontrolle
 - **Fazit:** Mit EEG-Umlage erwirtschafteten Finanzmittel keine staatlichen Mittel

Rechtsprechung für das deutsche Energierecht (I)

Netzentgeltregulierung / Erlösobergrenze

- Einheitliche Erlösobergrenze für den jeweiligen Netzbetreiber je Energieart für das gesamte Kalenderjahr
- Ablehnung einer Aufteilung in mehrere Verteilernetze mit differenzierten Erlösobergrenzen (auch bei strukturellen) Unterschieden
- Folge: Einheitliches Preisblatt für das gesamte Netz
- OLG Düsseldorf; Beschluss vom 10.01.2018, RdE 2018, 253

Rechtsprechung für das deutsche Energierecht (II)

Netzentgeltregulierung / Eigenkapitalzinssätze

- Akzeptanz zur Einbeziehung von Wertpapieren mit einer Laufzeit von weniger als sieben Jahren
BGH-Beschluss vom 11.12.2018, RdE 2019, 172
(Bestätigung OLG Düsseldorf und BNetzA)
- Zahlreiche weitere Details zur Erlösobergrenze:
OLG Düsseldorf; Beschluss vom 04.07.2018, RdE 2018, 535
- Keine Beschwerdebefugnis für Netznutzer durch Festlegung der Erlösobergrenze für Netzbetreiber
OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.01.2018, RdE 2018, 365

Rechtsprechung für das deutsche Energierecht (III)

Netzentgeltregulierung / Personalzusatzkosten § 11 Abs. 2 Nr. 9 ARegV

- Ausgangslage: nur eigene Personalzusatzkosten des Netzbetreibers, keine Kosten aus shared services (schlanke Netzgesellschaft)
- Erste Annahme: Personalüberleitungs- oder Arbeitnehmerüberlassungsverträge
- Zweite (neue) Ausnahme: Vereinbarung einer Vollkostenverrechnung zu Lasten des Netzbetreibers
- OLG Düsseldorf; Beschluss vom 12.09.2018, N&R 2019, 44 (49)

Netzentgeltregulierung / Qualitätselement §§ 18 ff. ARegV

- Verschlechterung der Versorgungssicherheit durch Eingriffe Dritter (hier: Baggerfahrer beschädigt Verteilernetz)
für Netzbetreiber verschuldensunabhängig rechtsrelevant
BGH-Urteil vom 08.05.2018, RdE 2018, 477
(als Schaden abwälzbar auf Schädiger nach §§ 823, 249 BGB)

Offene rechtspolitische Fragen zur Netzentgeltregulierung (I)

Netzentgeltregulierung / Verlängerung des positiven Sockeleffektes nach § 34 Abs. 5 ARegV

- Positive und negative Sockeleffekte infolge des Basisindexes nach § 6 Abs. 1 S. 3 ARegV
- Änderungen durch die ARegV-Novelle 2017
 - Kapitalkostenaufschlag nach § 10 a ARegV
 - Kapitalkostenabzug nach § 6 Abs. 3
 - Folge: Beseitigung positiver und negativer Sockeleffekte
 - Probleme für die Vergangenheit (Fortgeltung negativer Sockeleffekte)
 - Politische Lösung: Prolongation positiver Sockeleffekte für die 3. Regulierungsperiode durch § 34 Abs. 5 ARegV

Offene rechtspolitische Fragen zur Netzentgeltregulierung (II)

Netzentgeltregulierung / Verlängerung des positiven Sockeleffektes nach § 34 Abs. 5 ARegV

- Kontroverse über die wirtschaftliche Angemessenheit
- Prüfauftrag des Bundesrates an die Bundesregierung (Bundesratdrucksache 296/16)
- Noch nicht erledigt; inzwischen Zeitdruck
- **Ökonomische Analyse:** Keine ausreichende Kompensation negativer und positiver Sockeleffekte durch § 34 Abs. 5 ARegV
(detailliert dazu Pedell, N&R 2018, Beilage 2 S. 2 ff.)

Offene rechtspolitische Fragen zur Netzentgeltregulierung (III)

Netzentgeltregulierung / Verlängerung des positiven Sockeleffektes nach § 34 Abs. 5 ARegV

- Rechtliche Konsequenz: Verfassungswidrigkeit
 - Verletzung des Vertrauensschutzgrundsatzes, Art. 2 Abs. 1, 12, 14, 19 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG
 - Missachtung des Verbotes staatlicher Vorgaben für nicht kostendeckende Preise bei effizienter Unternehmensführung (BGH, BVerfG)
 - Sachwidrige Ungleichbehandlung typischer Investitionen je nach dem Zeitpunkt der Vornahme
 - Verfassungswidrige Umsetzung der Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der ARegV (§ 21 Abs. 6 EnWG i.V.m. Art. 80 GG)
 - Einzelheiten: Büdenbender N&R 2018 Beilage 2 S. 20 ff.

Exkurs: Aktuelle Fragen zum Recht der Fernwärme (I)

Anforderungen an die Ausgestaltung von Preisanpassungsklauseln nach § 24 Abs. 4 AVB FernwärmeV

- Grundlegende Unterschiede zwischen dem Recht der Fernwärme und dem Energierecht für Elektrizität und Gas
- Konsequenzen

Wettbewerb um den Netzdienst nach Auslaufen von Gestattungsverträgen

- Vergleich der Rechtslage nach § 46 EnWG und dem Recht der Fernwärme
- Rechtsgrundlagen für einen kommunalen Anspruch auf Übertragung des Eigentums an dem Fernwärmenetz
 - Vertraglich geregelter Anspruch
 - Anspruch aus ergänzender Vertragsauslegung?
 - Gesetzlicher Anspruch analog §§ 552 Abs. 1, 997 Abs. 2 BGB?

Exkurs: Aktuelle Fragen zum Recht der Fernwärme (II)

- Rechtliche Relevanz des Art. 28 Abs. 2 GG für die Anspruchsprüfung?
- Urteil des LG Stuttgart vom 01.04.2019, Az.: 11 O 225/16
- Weiterer Aspekt: Geltung der BGH-Rechtsprechung zu § 19 GWB bzgl. kommunalen Missbrauchs von Marktmacht im Falle rein kommunalpolitisch motivierten Wechsels des Netzbetreibers ohne energiewirtschaftlichen Leistungsvergleich



Fazit und Schlussbemerkungen zur Entwicklung des Energierechts 2018/2019

- Fortsetzung kleinteiliger Dauerreformen
- Ständige Zunahme des Normenstoffes
- Kein ordnungspolitischer Kompass
- Negativ formale Normenqualität
- Skepsis bzgl. politischer Kraft zur Verbesserung!
- Rechtsrahmen für die Kohleverstromung vor grundlegender Änderung von überragender Bedeutung
- Ausgestaltung des Klimaschutzrechts (europäisch/national)
- Zahlreiche wichtige Einzelfragen in schon anhängigen Gerichtsverfahren
- **Es bleibt spannend!**

Vielen Dank!

WHITE & CASE

 **DIER** DÜSSELDORFER
INSTITUT FÜR
ENERGIERECHT

e-on

 **EY**

 Open Grid Europe
The Gas Wheel

RWE

**uni
per**