

### Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser,

in der ersten Ausgabe unseres Newsletters im Jahr 2010 möchten wir Sie vor allem über aktuelle Gerichtsentscheidungen informieren. Im Fokus des Interesses stehen dabei sicherlich die aktuellen Urteile des BGH zur Unwirksamkeit von HEL-Preisanpassungsklauseln in Erdgas-Sonderkundenverträgen. Auch wenn die schriftlichen Entscheidungsgründe noch nicht vorliegen, geben schon die entsprechenden Pressemitteilungen Aufschluss über die maßgeblichen Erwägungen des BGH.

Auch auf regulatorischer Ebene können wir über erste Entscheidungen der Rechtsprechung zur Anreizregulierung berichten. Mehrere Oberlandesgerichte waren mit der Frage der Rechtmäßigkeit des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors befasst und haben diese unterschiedlich beantwortet.

Aktuelle Entscheidungen zum Emissionshandel haben das Bundesverfassungsgericht und das Bundesverwaltungsgericht getroffen. Diese haben den zweiten Erfüllungsfaktor und die Prüfung und Genehmigung von Monitoring-Konzepten durch die zuständigen Landesbehörden zum Gegenstand.

Schließlich informieren wir Sie über aktuelle Veranstaltungen. So findet am 26. April 2010 unser 8. Energiewirtschaftsforum zum Thema »Das Konzessionsabgabenrecht im Umbruch« statt. Hierfür konnten wir namhafte Referenten aus Wissenschaft und Praxis, wie Prof. Dr. Gunther Kühne, Prof. Dr. Helmut Lecheler und Dr. Felix Engelsing gewinnen. Wir würden uns freuen, wenn diese Veranstaltung auch auf Ihr Interesse stößt und wir Sie zu einer angeregten Diskussion begrüßen dürfen.

Bis dahin wünschen wir Ihnen frohe Osterfeiertage und viel Spaß bei der Lektüre.

Ihr Scholtka & Partner-Team

p.s.: Der Newsletter ist auch auf unserer Homepage [www.scholtka-partner.de](http://www.scholtka-partner.de) verfügbar. Wenn Sie den Newsletter zukünftig nicht mehr erhalten möchten, können Sie ihn mit einer E-Mail an: [abbestellung@scholtka-partner.de](mailto:abbestellung@scholtka-partner.de) abbestellen.

### INHALT

#### ENERGIERECHT

BGH erklärt HEL-Preisanpassungsklauseln in Erdgas-Sonderkundenverträgen für unwirksam ..... S.2

OLG Celle: Amtsgerichte sind für »Gaspreisverfahren« zuständig ..... S.3

BVerfG: Verfassungsbeschwerde gegen Mehrerlösabschöpfung erfolglos ..... S.4

OLG Naumburg: Keine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für generellen sektoralen Produktivitätsfaktor ..... S.6

OLG Naumburg: Auch Privilegien für Dienstleistungsnetze europarechtswidrig ..... S.8

Novelle der GasNZV ..... S.10

#### KARTELLRECHT

Ergebnisse der Sektoruntersuchung zur Kapazitätssituation in den deutschen Gasfernleitungsnetzen ..... S.12

#### EMISSIONSHANDEL

Auswirkungen von Kopenhagen auf das europäische Emissionshandelssystem ..... S.14

Zweiter Erfüllungsfaktor: Bundesverfassungsgericht hebt Bundesverwaltungsgericht auf ..... S.15

Bundesverwaltungsgericht: Landesbehörden sind zur Prüfung und gegebenenfalls Genehmigung von Monitoring-Konzepten verpflichtet ..... S.17

Bundesverwaltungsgericht: Umweltinformation als Industriespionage? ..... S.18

## BGH erklärt HEL-Preisanpassungsklauseln in Erdgas-Sonderkundenverträgen für unwirksam

Mit Spannung wurde die Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) erwartet, inwieweit Preisformeln wirksam vereinbart werden können, wonach der Gaspreis abhängig von der Entwicklung des Preises für leichtes Heizöl (HEL) zu bestimmten, vorher festgelegten Zeitpunkten im Jahr steigt oder fällt. Eine solche Regelung stellt eine sogenannte Spannungsklausel dar, wonach sich der Preis für die vertragliche Leistung abhängig von Gütern oder Leistungen entwickeln soll, die im Wesentlichen gleichartig oder zumindest vergleichbar sind. Heizölklauseln in Erdgaslieferverträgen sind geradezu klassische Beispiele für solche Spannungsklauseln und gelten allgemein als nach dem Preisklauselgesetz zulässig. Anders als die üblichen Preisanpassungsklauseln räumen Spannungsklauseln gerade kein Leistungsbestimmungsrecht ein, sondern führen gleichsam mechanisch zu Preisänderungen.

### Erwägungen des BGH nach der Pressemitteilung

Der BGH hat in zwei Entscheidungen vom 24. März 2010 (Az.: VIII ZR 178/08 und VIII ZR 304/08) Heizölklauseln in Lieferverträgen mit Verbrauchern für unwirksam gehalten und den betroffenen Versorgungsunternehmen ihre Verwendung untersagt. Er sah in den Preisformeln Preisnebenabreden, die – anders als die Vereinbarung des Preises selbst – einer Inhaltskontrolle nach dem AGB-Recht zugänglich sind. Anknüpfend an seine bisherige Rechtsprechung geht der BGH zwar davon aus, dass Preisänderungsklauseln grundsätzlich geeignet

sind, ein berechtigtes Interesse des Verwenders zu wahren, Kostensteigerungen an seine Kunden weiterzugeben, ohne auf seinen bisherigen Gewinnanteil zu verzichten. Für Gas gebe es mangels funktionierenden Wettbewerbs jedoch nach wie vor keinen richtigen Marktpreis. Die Bezugnahme auf das Spannungselement Heizöl sei daher nicht durch eine gleichlaufende Entwicklung der jeweiligen Märkte gerechtfertigt, sondern entspreche lediglich der Praxis in der Versorgungswirtschaft. Zudem liege eine unangemessene Benachteiligung des Kunden dann vor, wenn Preisanpassungsbestimmungen dem Verwender die Möglichkeit einräumten, über die Abwälzung konkreter Kostensteigerungen hinaus einen zusätzlichen Gewinn zu erzielen. Bei den konkret beanstandeten Preisanpassungsklauseln sah der BGH die Möglichkeit einer unzulässigen Gewinnsteigerung, weil sie als einzige Variable für die Anpassung des Arbeitspreises den Preis für HEL vorgesehen hätten. Damit hätten die Klauseln selbst dann eine Erhöhung der Gaspreise erlaubt, wenn steigende Bezugspreise durch Kostensenkungen in anderen Bereichen, etwa bei den Netz- oder den Vertriebskosten, aufgefangen würden.

### Erste Bewertung der Urteile

Der BGH setzt seine Rechtsprechung konsequent fort, wenn er verlangt, dass Preisanpassungsklauseln ausschließlich dazu dienen dürfen, die ursprünglich von den Parteien zugrunde gelegte Vertragsgerechtigkeit beizubehalten. Auch wenn zahlreiche Preisklauseln nach den jüngsten Urteilen angegriffen werden könnten, lassen die Urteile gleichwohl erkennen, wie die Klauseln »geheilt« werden können – nämlich indem der Verwender sich verpflichtet, Kosten-

einsparungen aus anderen Bereichen zu berücksichtigen. Dass der BGH im Jahr zwölf nach der förmlichen Liberalisierung der Energiewirtschaft und im Jahr fünf nach Einführung des Zweivertragsmodells für den Netzzugang einen funktionierenden Wettbewerb und Marktpreise

im Gasbereich nicht erkennen kann, stimmt allerdings nachdenklich. Eine eingehende Beurteilung der beiden Urteile kann allerdings erst nach Vorlage der schriftlichen Urteilsgründe erfolgen.

Dr. Laurenz Keller-Herder » [keller-herder@scholtka-partner.de](mailto:keller-herder@scholtka-partner.de)

## **OLG Celle: Amtsgerichte sind für »Gaspreisverfahren« zuständig**

In den letzten Jahren kam es zu zahlreichen Verfahren über die Wirksamkeit von Preiserhöhungen gegenüber Kunden sowohl innerhalb als auch außerhalb der Grundversorgung. Versorgungsunternehmen klagen offene Rechnungsbeträge ein; Abnehmer beantragen die Feststellung der Unwirksamkeit von Preiserhöhungen. Lange war umstritten, ob für solche Streitigkeiten nach den allgemeinen Regelungen der Gerichtsverfassung die Amtsgerichte zuständig sind, oder ob die Sonderzuweisung von § 102 EnWG zu den Landgerichten greift. Immer wieder wurde angeführt, bei der Frage, ob Preisänderungen nach »billigem Ermessen« durchgeführt worden sind, komme es auch darauf an, dass die Versorgungsunternehmen hierbei das Gebot der Preisgünstigkeit der Energieversorgung, §§ 2 und 1 EnWG, zu beachten hätten, weshalb eine energiewirtschaftsrechtliche Streitigkeit anzunehmen sei.

Das OLG Celle hat nun am 8. März 2010 (Az.: 4 AR 16/10) entschieden, dass die Amtsgerichte für derartige Streitigkeiten zuständig sind. Streitigkeiten aus dem Bereich des EnWG lägen etwa bei Unklarheiten über den Umfang der Grundversorgungspflicht vor. Anders als das »Ob« stelle das »Wie« der Vertragsbeziehung keine Streitigkeit nach dem EnWG dar. Dies gelte selbst dann, wenn bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Höhe von Bezugspreisen das Preisgünstigkeitsgebot von § 1 EnWG Anwendung

fände, was der Senat selbst allerdings zu verneinen scheint. Damit setzt das OLG Celle eine ganze Reihe von Entscheidungen anderer OLGs fort. Dabei stellt das OLG Celle - und in dieser Deutlichkeit zum ersten Mal - klar, dass der BGH in seiner »Heilbronn«-Entscheidung vom 13. Juni 2007 mit keiner Silbe erwähnt hat, dass bei der Überprüfung der Billigkeit einer einseitig erfolgten Preiserhöhung die Bestimmungen des EnWG heranzuziehen seien.

Dr. Laurenz Keller-Herder » [keller-herder@scholtka-partner.de](mailto:keller-herder@scholtka-partner.de)

## BVerfG: Verfassungsbeschwerde gegen Mehrerlösabschöpfung erfolglos

Anordnungen im Rahmen der Netzentgeltregulierung stellen Eingriffe in die Rechtssphäre des Netzbetreibers dar und müssen sich deswegen an den Maßstäben messen lassen, die die Rechtsordnung an belastendes Verwaltungshandeln anlegt. Diese schlichte Erkenntnis hat das Bundesverfassungsgericht anlässlich der Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde gegen die Mehrerlösabschöpfung der Netzentgelte in Erinnerung gerufen – wenngleich die Verfassungsbeschwerde im Ergebnis nicht erfolgreich war.

### Sachverhalt

Die BNetzA hatte die Netzentgeltgenehmigung mit einer Regelung versehen, wonach diejenigen Entgelte, die der Netzbetreiber im Zeitraum zwischen der erstmaligen Antragstellung und dem Erlass der Netzentgeltgenehmigung »zu viel« eingenommen hat, in der nächsten Regulierungsperiode kostenmindernd berücksichtigt werden können. Gegen diese Bestimmung hatte sich der Netzbetreiber gewandt und zur Begründung angeführt, dass die periodenübergreifende Berücksichtigung von zusätzlichen Erlösen in EnWG und StromNEV nur für andere Konstellationen vorgesehen sei. Das zunächst angerufene OLG Düsseldorf hatte ihm Recht gegeben und die Auflage mangels Ermächtigungsgrundlage aufgehoben; der BGH hingegen hielt die Mehrerlösabschöpfung auf Grundlage einer analogen Anwendung von §§ 9 und 11 StromNEV für rechtmäßig. Dagegen erhob der Netzbetreiber Verfassungsbeschwerde und rügte insbesondere die Verletzung seiner Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG.

### Entscheidung

Die Verfassungsbeschwerde wurde bereits im Wege des einstimmigen Kammerbeschlusses nicht zur Entscheidung angenommen, weil sie keine Aussichten auf Erfolg habe. Dabei ließ die Kammer zunächst ausdrücklich offen, ob sich der Beschwerdeführer – als Tochtergesellschaft eines im Eigentum des Königreich Schweden stehenden Unternehmens – überhaupt auf Grundrechte berufen kann. Netzbetreiber, hinter denen der deutsche Staat (meist in Gestalt von Kommunen) steht, kommen nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht als Träger von Grundrechten in Betracht. Ob dies erst recht – oder im Gegenteil gerade nicht – für einen Netzbetreiber gilt, der im Eigentum eines anderen Staates steht, lässt das Gericht dahinstehen.

Jedenfalls ist die Verfassungsbeschwerde nach Auffassung des BVerfG unbegründet, weil die Grundrechte des Netzbetreibers nicht verletzt seien. Insbesondere liege keine Verletzung der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG vor. Zwar greife die Mehrerlösabschöpfung (genau wie die Netzentgeltgenehmigung allgemein) in seine Berufsfreiheit ein. Der Eingriff sei jedoch im Ergebnis gerechtfertigt, weil er formell »aufgrund eines Gesetzes« erfolge und materiell hinreichende Gründe des Gemeinwohls für ihn sprächen. Problematisch und deswegen Kern der Auseinandersetzung war die erste Voraussetzung, wonach der Eingriff »aufgrund eines Gesetzes« erfolgen muss. Schließlich hatten BNetzA und BGH die §§ 9, 11 StromNEV nur analog angewendet. Das BVerfG führt hierzu aus, dass auch die richterliche Rechtsfortbildung ein »Gesetz« in diesem Sinne darstellen kann. Ausreichend sei, dass der rechtliche Ansatz im Energiewirtschaftsgesetz »angelegt« sei. Seinen Prüfungsmaßstab definiert das BVerfG zurückhaltend:

Es prüft ausdrücklich nicht die »einfach-rechtliche Stichhaltigkeit« der analogen Anwendung, sondern nur, ob sich diese »noch im Rahmen anerkannter Methoden der Rechtsfindung« bewegt. Dies - immerhin - attestiert das BVerfG dem BGH, ohne sich allerdings den Hinweis zu verkneifen, dessen Beschluss sei »stark zivilrechtlich geprägt [...], obwohl es der Sache nach um die Überprüfung von wettbewerbsbezogenem öffentlich-rechtlichen Verwaltungshandeln« gehe.

Liegt damit nach Auffassung des BVerfG eine ausreichende gesetzliche Ermächtigung vor, so müssen für deren Anwendung inhaltlich (nur) »hinreichende Gründe des Gemeinwohls« sprechen, um eine Einschränkung der Berufsausübung zu rechtfertigen. Auch dies ist nach Auffassung des BVerfG der Fall: Die Entgeltregulierung diene der Wettbewerbsförderung; die Mehrerlössaldierung flankiere sie durch eine möglichst frühzeitige sowie einheitliche Wirkung.

#### Fazit

Praktische Auswirkungen hat das Urteil zunächst auf die Festlegung der Erlösobergrenzen im Rahmen der Anreizregulierung. Auch hier haben sich die Regulierungsbehörden ausdrücklich die Mehrerlösabschöpfung vorbehalten. Verfassungsrechtlich begründete Einwände dagegen werden durch die Entscheidung sicherlich nicht erleichtert: Die Behörden werden wohl auch in diesem Zusammenhang den Beschluss des BVerfG entgegenhalten und auf die Parallelität der verfassungsrechtlichen Fragestellungen verweisen. Für den Streit über die »einfach-rechtliche Stichhaltigkeit« des Vorbehalts ergibt sich aus der Entscheidung nichts Neues - jedoch hat der BGH hierzu ja bereits eindeutig Stellung bezogen.

Inhaltlich ist der Beschluss des BVerfG durchaus nicht über jeden Zweifel erhaben. Bislang hatte

das Gericht Gesetzesanalogien bei Berufsausübungsbeschränkungen daran gemessen, ob sie aus den herangezogenen Vorschriften selbst und ihrem Regelungszusammenhang eindeutig ableitbar sind. Dass dies auf die streitige Mehrerlösabschöpfung zutrifft, kann man jedoch bezweifeln. Insoweit erscheint auch die Zurückhaltung des BVerfG hinsichtlich der »einfach-rechtlichen Stichhaltigkeit« der Auslegung problematisch. Denn diese lässt sich von der verfassungsrechtlich maßgeblichen Frage nach der Ableitbarkeit eines Verbots aus dem jeweiligen Gesetzeszusammenhang kaum sinnvoll trennen.

Positiv zu bewerten ist dagegen die verfassungsgerichtliche Feststellung, dass Anordnungen im Rahmen der Netzentgeltregulierung nichts anderes als belastendes Verwaltungshandeln sind. Dies werden die Regulierungsbehörden und die (Zivil-)Beschwerdegerichte zukünftig stärker berücksichtigen müssen. Es ist diese Kernaussage, die der Entscheidung Bedeutung für die gesamte Netzregulierung verleiht.

Sebastian Helmes » [helmes@kermelscholtka.com](mailto:helmes@kermelscholtka.com)

## OLG Naumburg: Keine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für generellen sektoralen Produktivitätsfaktor

Das OLG Naumburg hat in einer ersten Entscheidung am 5. November 2009 (Az.: 1 W 6/09) entschieden, dass die Regelung zur Berücksichtigung eines generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach § 9 Abs. 1 ARegV gegen § 21a Abs. 5 Satz 1 EnWG und die §§ 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 bzw. 21a Abs. 6 Satz 2 Nr. 5 verstößt. Das OLG Naumburg widersprach damit der Landesregulierungsbehörde und der Bundesnetzagentur (BNetzA), die die Ansicht vertraten, dem Verordnungsgeber stünde durch die Formulierung »insbesondere« in § 21a Abs. 5 Satz 1 EnWG ein Gestaltungsspielraum zur Berücksichtigung des netzwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritts zu, da die Aufzählung der Tatbestandsmerkmale nicht abschließend sei.

### Entscheidungsgründe des OLG Naumburg

Nach Ansicht des OLG Naumburg ist die erweiternde Auslegung des EnWG nur in dem engen Rahmen des Art. 80 Abs. 1 Grundgesetz möglich. Danach muss der Gesetzgeber alle wichtigen Fragen in dem ermächtigenden Gesetz selbst klären und kann sie nicht dem Verordnungsgeber übertragen. Da die Berücksichtigung des sektoralen Produktivitätsfaktors zu einer Absenkung der Erlösobergrenze und damit zu einer finanziellen Beschränkung des Netzbetreibers führen kann, müsste die Berücksichtigung eines entsprechenden Faktors vom Gesetzgeber in § 21 a EnWG geregelt sein. Aus dem Wort »insbesondere« ergebe sich dies jedoch nicht. Vielmehr müsse dem Gesetz eindeutig entnommen werden können, dass der Gesetzgeber den Verordnungsgeber zu einer entsprechenden Regelung ermächtigen wollte.

### Richtige Entscheidung

Dieser Entscheidung ist zuzustimmen: So lässt sich der »insbesondere«-Aufzählung nicht entnehmen, welche belastenden Eingriffe erfolgen können. Denn alle Beispiele für Effizienzvorgaben, die in § 21a Abs. 5 Satz 1 EnWG als »Regelbeispiele« aufgezählt werden, wirken sich zu Gunsten des Netzbetreibers aus. Allein die dort genannte Qualitätsvorgabe kann sich zu Lasten eines Netzbetreibers auswirken.

### Keine Ermächtigungsgrundlage für »X-gen«

Für die Senkung der Obergrenzen zur Bestimmung der Netznutzungsentgelte bei einem Verstoß gegen eine solche Qualitätsvorgabe findet sich indes in § 21a Abs. 5 Satz 3 EnWG eine ausdrückliche Rechtsgrundlage. Dagegen fehlt für den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor, der sich bei der Festsetzung der Erlösobergrenze ebenfalls senkend auswirkt, eine solche. Angesichts des Fehlens einer solchen Rechtsgrundlage kann nicht argumentiert werden, die sich belastend auswirkende Effizienzvorgabe des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors sei in § 21a Abs. 5 Satz 1 EnWG enthalten. Auch wird in § 21 Abs. 5 Satz 1 EnWG kein genereller sektoraler Produktivitätsfaktor genannt, sondern allein die »inflationbereinigte gesamtwirtschaftliche Produktivitätsentwicklung«. Diese Nennung des gesamtwirtschaftlichen Maßes kann als Ermächtigungsgrundlage für die allgemeine Geldwertentwicklung nach § 8 ARegV herangezogen werden. Da dies jedoch die gesamtwirtschaftliche Produktivitätsentwicklung betrifft, kann sie gerade nicht als Ermächtigungsgrundlage für einen sektoralen Produktivitätsfaktor dienen.

### Allgemeine sektorale Produktivitätssteigerungsrate nicht nur »Korrekturterm« des VPI

Problematisch ist ferner, dass gemäß § 21a Abs. 4 Satz 6 EnWG Effizienzvorgaben nur auf den beeinflussbaren Kostenanteil zu beziehen sind. Diese Regelung enthält also das Verbot, dass sich Effizienzvorgaben – auch – auf den (vorübergehend) nicht beeinflussbaren Kostenanteil beziehen. Hierzu vertritt die BNetzA die Auffassung, dass die allgemeine sektorale Produktivitätssteigerungsrate einen »Korrekturterm« zum Verbraucherpreisgesamtindex auf Basis von § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG als nähere Ausgestaltung des sachgerechten Ausgleichs der allgemeinen Geltendwertung darstelle. Das kann jedoch nicht überzeugen: Bei genauer Betrachtung der Regulierungsformel wird deutlich, dass der generelle sektorale Produktivitätsfaktor tatsächlich eine Effizienzvorgabe darstellt bzw. wie eine solche wirkt. Ferner kann auch § 21a Abs. 6 Satz 2 Nr. 5 EnWG nicht zur Begründung herangezogen werden. Diese Regelung bezieht sich lediglich auf das Verfahren zur Inflationsbereinigung. Die Berücksichtigung der gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsentwicklung findet sich in dessen Wortlaut jedoch nicht. Zudem hat der generelle sektorale Produktivitätsfaktor gemäß § 9 ARegV Auswirkungen auf die vorübergehend nicht beeinflussbaren Kosten. Damit liegt ein Verstoß gegen das Verbot von § 21a Abs. 4 Satz 6 EnWG vor, wonach Effizienzvorgaben sich nur auf den beeinflussbaren Kostenanteil beziehen dürfen.

### Auch OLG Brandenburg verneint ausreichende Ermächtigungsgrundlage

Zwischenzeitlich hat auch das OLG Brandenburg in einem Beschluss vom 12. Januar 2010 (Az.: Kart W 2/9) entschieden, dass das Energie-

wirtschaftsgesetz keine Ermächtigungsgrundlage für einen generellen sektoralen Produktivitätsfaktor enthalte.

### OLG Stuttgart und OLG Düsseldorf bejahen Ermächtigung

Dagegen sieht das OLG Stuttgart (Beschluss vom 21. Januar 2010; Az.: 202 EnWG 19/09) eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage als gegeben an. Dieser Auffassung scheint auch der für die Anreizregulierung zuständige dritte Kartellsenat des OLG Düsseldorf zu sein, wie erste Hinweisbeschlüsse in den laufenden Verfahren zur ARegV zeigen.

Dr. Boris Scholtka » [scholtka@scholtka-partner.de](mailto:scholtka@scholtka-partner.de)  
Dr. Conrad Seiferth » [seiferth@scholtka-partner.de](mailto:seiferth@scholtka-partner.de)

## OLG Naumburg: Auch Privilegien für Dienstleistungsnetze europarechtswidrig

Das OLG Naumburg hat mit Beschluss vom 28. Dezember 2009 (Az.: 1 W 36/06 (EnWG)) einen Objektnetzbescheid der Landesregulierungsbehörde Sachsen-Anhalt aufgehoben, in dem das Strom- und Gasnetz eines Chemieparks als Dienstleistungsnetz eingestuft worden war. Das Gericht hat die Rechtswidrigkeit des Bescheids unter anderem mit der Europarechtswidrigkeit der Rechtsgrundlage in § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG begründet.

### Entscheidung

Das Gericht hat der Beschwerde eines Energieversorgungsunternehmens mit seinem Beschluss - vorerst - zum Erfolg verholfen. Es hat den Objektnetzbescheid für in doppelter Hinsicht rechtswidrig gehalten: Zum einen leide der Bescheid an einem nicht geheilten Verfahrensfehler; zum anderen verstoße seine Rechtsgrundlage gegen die europäischen Vorgaben. Der zur Rechtswidrigkeit führende Verfahrensfehler liege darin, dass die Behörde es unterlassen habe, die tatsächlichen Grundlagen für ihre Entscheidung zu ermitteln. Die Behörde habe nicht nur das durch § 68 Abs. 1 EnWG eingeräumte Recht, sondern auch die Pflicht, alle erheblichen Informationen zu beschaffen. Unterlässt eine Behörde dies, so sei der Mangel im Beschwerdeverfahren nicht mehr heilbar, weil die »im Verwaltungsverfahren vorhandenen Gestaltungsfreiheiten in Form von Beurteilungsspielräumen und Ermessensbereichen nach Erlass der Entscheidung nicht mehr in gleicher Weise gegeben« seien.

Überdies hat das Gericht unter Verweis auf das Urteil des EuGH vom 22. Mai 2008 entschieden, dass auch die Privilegierung der Dienstleistungsnetze in § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG gegen

die europäischen Vorgaben verstoße und dem Bescheid mithin die Rechtsgrundlage fehle. Der EuGH hatte auf Vorlage des OLG Dresden festgestellt, dass nationale Ausnahmegesetze »wie § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG« mit dem Gebot des freien Netzzugangs in Art. 20 Abs. 1 EÜRL a. F. unvereinbar seien (Newsletter 1|08 Seite 2 und 2|08 S. 2). Das OLG Dresden hatte daraufhin einen Objektnetzbescheid, der das Vorliegen eines Betriebsnetzes nach § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG feststellte, aufgehoben, weil die Vorschrift »unwirksam« sei (Newsletter 1|09 Seite 2).

Das OLG Naumburg hat in seiner Entscheidung ausgeführt, dass die vom EuGH festgestellte Unvereinbarkeit mit der Pflicht zur Netzzugangsgewährung in gleichem Maße für die Dienstleistungsnetze nach § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG gelte. Denn auch für solche Netze seien keine Ausnahmen in der Richtlinie vorgesehen. In der Rechtsfolge sei die Norm in Gänze unanwendbar. Zwar habe sich der EuGH ausschließlich mit der Frage des Netzzugangs beschäftigt. Gleichwohl wirke sich dies auf die gesamte Vorschrift aus: Eine Beschränkung der Vorschrift auf einzelne Rechtsfolgen führte zu einem Konstrukt mit »erheblichen normsystematischen Mängeln« und überschreite die Grenzen der Gewaltenteilung, weil die teilweise Anwendung in den Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers eingreife.

### Stellungnahme

Die Entscheidung ist an entscheidender Stelle nicht überzeugend. Zur Problematik der unterlassenen Sachverhaltsaufklärung, die eher einfallbezogen und deswegen von untergeordneter Relevanz ist, sei kurz erwähnt, dass das Gericht den behördlichen Fehler nicht beseitigt, sondern

fortgeführt hat: Das Gericht hätte die noch ausstehende Sachverhaltsaufklärung nämlich wegen der ihm obliegenden Amtsermittlungspflicht aus § 82 Abs. 1 EnWG selbst nachholen müssen, anstatt den Bescheid wegen angeblicher Ermessens- und/oder Beurteilungsspielräume der Behörde aufzuheben.

Wichtiger - und im Ergebnis bedenklich - sind indessen die Ausführungen zur Unvereinbarkeit des § 110 Abs. 1 Nr. 2 EnWG mit den europäischen Vorgaben, die über den Einzelfall hinaus von Bedeutung sind. Zunächst ist die gerichtliche Annahme nachvollziehbar, die vom EuGH monierte Europarechtswidrigkeit betreffe nicht nur die Betriebsnetze, sondern in gleichem Maße auch die Dienstleistungsnetze. Dies gilt jedoch nicht für die Schlussfolgerung, wonach die gesamte Vorschrift wegen Europarechtswidrigkeit unanwendbar sein soll. Die zur Begründung angeführten »normsystematischen Mängel« und der vermeintliche »Eingriff in den gemeinschaftsrechtlich gewährten Gestaltungsspielraum« des Gesetzgebers kommen über das Stadium der Behauptung nicht hinaus. Die Argumente entpuppen sich bei genauerer Betrachtung auch als wenig überzeugend: Denn eine Vorschrift, die eine Befreiung bestimmter Netzbetreiber beispielsweise von der buchhalterischen Entflechtung, von der Netzanschlusspflicht und der Beitragspflicht zur Finanzierung der Bundesnetzagentur vorsieht, ist »normsystematisch« auch nicht problematischer als eine Vorschrift, die zusätzlich noch den freien Netzzugang Dritter begrenzt. Und warum ein unzulässiger Eingriff in den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers vorliegen soll, wenn eine Norm mit mehreren voneinander unabhängigen Rechtsfolgen bei Europarechtswidrigkeit einer dieser Rechtsfolgen im Übrigen weiterhin an-

gewendet wird, erschließt sich ebenso wenig. Schließlich dürfte die vom Gericht favorisierte vollständige Nichtanwendung der Vorschrift einen ungleich größeren Eingriff in die gesetzgeberische Sphäre darstellen.

Sebastian Helmes » [helmes@kermelscholtka.com](mailto:helmes@kermelscholtka.com)

## Novelle der GasNZV

Ende Februar ging den Verbänden der Referentenentwurf für die Novelle der Gasnetzzugangsverordnung (GasNZV) zu. Ziel der Novelle ist es, den Wettbewerb auf dem Gasmarkt zu verbessern und insbesondere dafür zu sorgen, dass die Transportkapazitäten in den Gasnetzen marktorientiert bewirtschaftet werden.

### Probleme beim Zugang zum Gasmarkt

Nach der Begründung sollen durch die Novelle vor allem die Probleme beim Zugang zum Gasnetz für neue Marktteilnehmer behoben werden. Denn diese können die für einen Transport benötigten Gaskapazitäten zum Teil nicht erwerben, weil die Kapazitäten langfristig ausgebucht sind. Zudem ergebe sich aus der bestehenden Zahl von Marktgebieten ein zusätzlicher Verwaltungsaufwand und zusätzliche Abwicklungskosten, die neuen Marktteilnehmern die Abgabe von Wettbewerbsangeboten erschwere. Außerdem bestünde für Betreiber neuer Speicher- und Produktionsanlagen sowie neuer Gaskraftwerke keine ausreichende Investitionssicherheit, weil diese die benötigten Transportkapazitäten bereits zu einem Zeitpunkt langfristig beim Netzbetreiber buchen müssten, zu dem die Anlagenbetreiber noch keine endgültige Investitionsentscheidung treffen konnten.

### Überblick über die wichtigsten Neuregelungen

Die Novelle der GasNZV sieht ausdrücklich vor, dass die Marktgebiete reduziert werden sollen. Zunächst sind die Fernleitungsnetzbetreiber verpflichtet, spätestens sechs Monate nach Inkrafttreten der Verordnung die Zahl der Marktgebiete für H-Gas auf höchstens zwei und für L-Gas auf höchstens ein Marktgebiet zu verrin-

gern. Bis zum 1. Oktober 2013 ist die Zahl der Marktgebiete für H-Gas und für L-Gas auf jeweils eins zu reduzieren. Mit der Reduzierung setzt die Bundesregierung eines ihrer energiewirtschaftlichen Ziele aus dem Koalitionsvertrag um.

Spätestens sechs Monate nach Inkrafttreten der neuen Verordnung haben die Marktgebietsverantwortlichen eine gemeinsame Plattform für die Vergabe von Ein- und Ausspeisekapazitäten einzurichten und zu betreiben, auf der die Kapazitätsvergabe erfolgt. Durch die Zusammenführung des Primärhandels mit Kapazitäten soll eine deutliche Vereinfachung des Buchungsaufwandes erreicht werden, der insbesondere beim Transport über mehrere Marktgebiete hoch ist. Entsprechend den Vorgaben aus dem Eckpunkte-Papier des Bundeswirtschaftsministeriums haben Fernleitungsnetzbetreiber vor der Vergabe von Kapazitäten über die gemeinsame Plattform einen angemessenen Zeitraum zu bestimmen, in dem Transportkunden Anfragen nach Kapazitäten stellen können (Buchungsfenster). Übersteigen dabei die Anfragen nach festen Kapazitäten die verfügbaren festen Kapazitäten, werden diese nach Schließen des Buchungsfensters in einem diskriminierungsfreien Verfahren versteigert. Damit erfolgt eine starke Einschränkung des bisher maßgeblichen Prioritätsprinzips für die Kapazitätsvergabe.

Ausspeisekapazitäten zur Ausspeisung zu Letztverbrauchern und Speichieranlagen sowie Einspeisekapazitäten zur Einspeisung aus Speicher-, Produktions-, LNG-Anlagen sowie von Anlagen zur Einspeisung von Biogas sind bei dieser Kapazitätsvergabe privilegiert. Die entsprechenden Kapazitäten können vom angeschlossenen Letztverbraucher oder Betreiber von Speicher-, Produktions-, LNG-Anlagen oder von Anlagen zur Einspeisung von Biogas jederzeit gebucht werden. Zudem können Betreiber

von Speicher- und Produktionsanlagen sowie Betreiber von Gaskraftwerken zukünftig im Rahmen der technischen Kapazität des Fernleitungsnetzes Ein- bzw. Ausspeisekapazität bereits im Voraus reservieren.

Ferner enthält der Entwurf eine neue Regelung zur Begrenzung der Vertragslaufzeiten von Kapazitätsverträgen, um neuen Marktteilnehmern einen dauerhaften Zugang zu Kapazitätsrechten zu ermöglichen. Danach sind 20 % der technischen Jahreskapazität des Ein- oder Ausspeisepunktes an Grenzen zu anderen Staaten und Marktgebieten für Kapazitätsprodukte zu reservieren, die mit Vertragslaufzeiten von bis zu zwei Jahren vergeben werden. 65 % der technischen Jahreskapazität des Ein- oder Ausspeisepunktes dürfen mit Vertragslaufzeiten von mehr als 4 Jahren vergeben werden. Die Bundesnetzagentur (BNetzA) kann im Einzelfall davon abweichende Festlegungen zur prozentualen Aufteilung der technischen Jahreskapazität treffen, wenn dies erforderlich ist. Der Anteil langfristig zu vergebender Kapazitäten darf dabei jedoch 65 % nicht unterschreiten. Bestehende Verträge sind von den Vertragsparteien binnen sechs Monaten nach Inkrafttreten der Verordnung an diese Vorgaben anzupassen und die Anpassungsvereinbarungen der BNetzA vorzulegen.

Im Übrigen wird die Freigabepflicht ungenutzter Kapazitäten deutlich verschärft. Nunmehr sind Transportkunden verpflichtet, vollständige oder teilweise ungenutzte feste Kapazitäten unverzüglich auf einer Sekundärhandelsplattform anzubieten oder dem Fernleitungsnetzbetreiber zur Verfügung zu stellen. Bisher waren die Netzbetreiber lediglich berechtigt, ungenutzte Kapazitäten als unterbrechbare Kapazitäten anzubieten. Nunmehr soll der Fernleitungsnetzbetreiber verpflichtet sein, die nicht oder nicht vollständig nominierte gebuchte Kapazität als feste Ka-

pazität anzubieten. Die Pflicht zur Entziehung gebuchter und nicht genutzter Kapazität bei Vorliegen vertraglicher Engpässe durch den Fernleitungsnetzbetreiber wird in der Novelle verkürzt. Statt bisher sechs Monaten ist der Fernleitungsnetzbetreiber dann verpflichtet, dem Transportkunden seine feste gebuchte Kapazität zu entziehen, wenn diese während drei Monaten innerhalb des zurückliegenden Kalenderjahres dauerhaft nicht in Anspruch genommen wird.

#### Ausblick

Am 19. März 2010 hat eine erste Anhörung der Verbände stattgefunden. Wie aus informierten Kreisen mitgeteilt wird, soll die Verordnung am 21. April 2010 auf der Tagesordnung des Bundeskabinetts stehen und beschlossen werden. Die Novelle der GasNZV könnte dann nach der Sommerpause in Kraft treten.

Dr. Conrad Seiferth » [seiferth@scholtka-partner.de](mailto:seiferth@scholtka-partner.de)

## Ergebnisse der Sektoruntersuchung zur Kapazitätssituation in den deutschen Gasfernleitungsnetzen

Im Dezember 2009 hat das Bundeskartellamt (BKartA) seine Ergebnisse zur Sektoruntersuchung der Kapazitätssituation in den deutschen Gasfernleitungsnetzen veröffentlicht. Ziel dieser Untersuchung war es, mögliche Kartellrechtsverstöße zu identifizieren sowie insbesondere das Ausmaß und die Wirkungen langfristiger Buchungen fester Kapazitäten in den Blick zu nehmen.

### Empirische Befunde

Das BKartA hat bei der Marktabgrenzung im Bereich der Fernleitungsnetze die von der Bundesnetzagentur (BNetzA) in ihren Leitungs-wettbewerbsverfahren zugrunde gelegten Feststellungen übernommen. Ähnlich wie die BNetzA geht das BKartA davon aus, dass die Netzbetreiber für jede Ein- und Ausspeisestelle ihres Fernleitungsnetzes jeweils eine marktbeherrschende Stellung aufweisen. Zudem stellte das BKartA fest, dass die Ferngasunternehmen im Gaswirtschaftsjahr 2007/2008 zumindest auf dem Markt für die Belieferung von Regional- und Ortsgasversorgern, der vom BKartA bis auf weiteres räumlich noch nach dem angestammten Vertriebsgebiet des jeweiligen Lieferanten abgegrenzt wird, marktbeherrschende Stellungen einnahmen.

Nach den Untersuchungsergebnissen ist an vielen Grenz- und Marktgebietsübergangspunkten die technisch verfügbare Ein- und Ausspeisekapazität vertraglich langfristig ausgebucht. Das BKartA sieht die Langfristigkeit entsprechend dem Vorgehen gegen langfristige Gaslieferverträge bereits bei einer Vertragslaufzeit von mehr als zwei Jahren als gegeben an. Drei Viertel der Langfristbuchungen wurden von Unternehmen vorgenommen, die mit dem Netzbetreiber konzernverbunden sind. Eine durchschnittliche lang-

fristige Buchung fester Einspeisekapazitäten umfasst dabei etwa 46 % der technischen Kapazität des jeweiligen Netzpunktes. Bei den Langfristbuchungen fester Ausspeisekapazitäten liegt dieser Wert bei 72 %. Insbesondere an Grenz- und Marktgebietsübergangspunkten liegt oft mehr als eine Langfristbuchung vor oder haben einzelne Transportkunden bis zu 100 % der Kapazitäten langfristig gebucht. Alle weiteren Transportkunden können dann nur unterbrechbare Kapazitäten oder alternative Netzpunkte buchen.

### Wettbewerbliche Beurteilung der Befunde

Das BKartA erachtet die Langfristigkeit fester Kapazitätsbuchungen kartellrechtlich dann für unbedenklich, wenn an den betreffenden Netzpunkten für Transportkunden regelmäßig hinreichend große Anteile der technischen Kapazität für eine diskriminierungsfreie Neuvergabe frei werden. Der diskriminierungsfreie Netzzugang im Sinne des §§ 20 ff. EnWG und der entsprechenden Rechtsverordnungen werde durch umfangreiche Langfristbuchungen jedoch faktisch ausgehebelt. Nach Ansicht des BKartA können langfristige Kapazitätsbuchungen daher auf den relevanten Märkten für die Ein- und Ausspeisung von Erdgas in Fernleitungsnetze selbst, vor allem aber auf den nachgelagerten Märkten für den Erdgasvertrieb eine Marktabschottung bewirken. Adressaten einer Verfügung könnten demnach entweder die Netzbetreiber sein, da diese durch die nähere Ausgestaltung ihres Kapazitätsangebotes eine besondere Verantwortung für die Marktstrukturen tragen. Vor dem Hintergrund des § 111 EnWG sind kartellrechtliche Missbrauchsverfügungen des BKartA allerdings nur hinsichtlich europäischen Kartellrechts nicht zweifelhaft. Das BKartA zieht jedoch auch entsprechende Verfügungen gegen die marktbeherr-

schenden Transportkunden in Betracht, da diese ein besonderes wirtschaftliches Interesse daran hätten, ihre Wettbewerber auf den Gasvertriebsmärkten mittels langfristiger Buchungen großer Teile der Ein- und Ausspeisekapazitäten von strategisch wichtigen Netzpunkten zu behindern und auf diese Weise eine Marktabschottung zu bewirken. Ziel entsprechender Verfügungen muss es sein, den Anteil langfristiger Kapazitätsbuchungen an der technischen Kapazität eines Netzpunktes auf ein kartellrechtlich vertretbares und zugleich gaswirtschaftlich unerlässliches Maß zu reduzieren. Das BKartA erkennt jedoch auch, dass langfristige Kapazitätsbuchungen zur Wahrung der Versorgungssicherheit sowie aus Gründen der Angemessenheit sachlich gerechtfertigt sein können. Ein generelles Verbot langfristiger Kapazitätsbuchungen ist aus Sicht des BKartA nicht geboten.

Ferner enthält die Sektoruntersuchung Beurteilungen zu langfristigen Gaslieferverträgen, zu Weiterverkaufsverboten in Verbindung mit Take-or-Pay-Klauseln und zur Vereinnahmung von Taxfall Profits durch Steuererhöhungen.

### Handlungsbedarf und Handlungsempfehlungen

Das BKartA sieht dringenden Handlungsbedarf für eine deutliche Reduzierung der langfristigen Kapazitätsbuchungen. Kartell- und Missbrauchsverfahren erachtet es insoweit für geeignet, plädiert jedoch für eine regulierungsrechtliche Vorgabe im Rahmen der GasNZV-Novelle. Eine Laufzeitregelung in der GasNZV müsse dabei nicht nur in die Zukunft wirken, sondern auch für Altverträge verbindlich sein. Zudem schlägt das BKartA vor, dass sich eine entsprechende Regelung auf die Grenz- und Marktgebietsüber-

gangspunkte der Fernleitungsnetze beschränkt, sowohl Ein- und Ausspeisekapazitäten einbezogen werden und in Anlehnung an die Fristenregelung für langfristige Gaslieferverträge die Laufzeiten festgelegt werden: Mindestens 20 % der technischen Kapazität dürfen vom Netzbetreiber nur für einen Zeitraum bis einschließlich zwei Jahre und höchstens 50 % für einen Zeitraum von mehr als vier Jahren vergeben werden.

### Fazit

Praktische Bedeutung hat die Sektoruntersuchung vor allem aufgrund der empirischen Befunde und der Beurteilung der Wettbewerbsbedingungen in den Fernleitungsnetzen und bei der Belieferung von Regional- und Ortsgasversorger. Der Referentenentwurf der GasNZV sieht hinsichtlich der Vergabe von Langfristbuchungen u.a. vor, dass max. 65% der technischen Kapazität mehr als vier Jahre vergeben werden dürfen. Das Ergebnis der Verordnungsnovelle bleibt insoweit abzuwarten. Hinsichtlich der Weiterverkaufsverbote der Jahresabnahmepflicht drohen offensichtlich akute Abstellungsverfügungen des BKartA.

Dr. Conrad Seiferth » [seiferth@scholtka-partner.de](mailto:seiferth@scholtka-partner.de)

## Auswirkungen von Kopenhagen auf das europäische Emissionshandelssystem

Vom 7. bis 18. Dezember 2009 tagte die Vertragsstaatenkonferenz des Kyoto-Protokolls in Kopenhagen. Die Ergebnisse dieses Klimagipfels sind sowohl aus klima- als auch aus wirtschaftspolitischer Sicht ernüchternd. Während schon im Vorfeld des Gipfels absehbar war, dass die ursprünglich angestrebte Verabschiedung eines rechtlich verbindlichen Protokolls unrealistisch ist, steht nun als Ergebnis lediglich die recht knappe, rechtlich nicht verbindliche »Kopenhagener Vereinbarung«.

Inhaltlich wurde darin die wissenschaftliche Auffassung, nach der der weltweite Temperaturanstieg unter 2 °C liegen sollte, anerkannt. An Zwischenzielen, Instrumenten und Methoden zur Erreichung dieses Ziels sowie Kontrollmechanismen zur Überprüfung der Zieleinhaltung fehlt es jedoch. Die Vertragsstaaten wurden lediglich angehalten, bis zum 31. Januar 2010 die von ihnen ins Auge gefassten Reduktionsziele und sonstigen Maßnahmen zur Minderung von Treibhausgasreduktionen gegenüber dem internationalen Klimasekretariat zu benennen.

Mit Stand von Ende Februar 2010 haben gut 70 Staaten, die knapp 80 % der globalen CO<sub>2</sub>-Emissionen abdecken, ihre Meldungen erstattet. Das Fehlen eines international rechtlich verbindlichen Instrumentes zur Reduktion von Treibhausgasen hat auch Auswirkungen auf das bestehende europäische Emissionshandelssystem in seiner Ausgestaltung ab 2013 durch die Richtlinie 2009/29/EG.

» Zunächst gilt das von der EG beschlossene Reduktionsziel von 20 % bis 2020 unabhängig von den völkerrechtlichen Vorgaben. Lediglich die Verschärfung auf eine 30%-Reduktion erfolgt nicht. Deutschland möchte unabhängig davon an seinem auch im Koali-

tionsvertrag niedergelegten Ziel festhalten, die Treibhausgas-Emissionen bis 2020 um 40 % gegenüber 1990 zu senken.

- » Sodann soll die im internationalen Wettbewerb stehende energieintensive Industrie durch Ausnahmen bei der Versteigerung von Emissionsberechtigungen zur Vermeidung der Verlagerung von Emissionen (»Carbon Leakage«) privilegiert werden. Diese Regelung steht unter dem Vorbehalt, dass ein internationales Abkommen erzielt wird, welches weltweit gleiche Klimaschutzstandards und damit einheitliche Wettbewerbsbedingungen schafft. Dies ist nicht gelungen, die Regelungen bleiben daher in ihrer bisherigen Form bestehen.
- » Schließlich enthält die Kopenhagener Vereinbarung keine Aussagen zur Zukunft der beiden projektbezogenen Mechanismen des Kyoto-Protokolls (CDM und JI). Damit bleibt auch die Nutzung der daraus generierten Zertifikate CERs und ERUs im europäischen Emissionshandelssystem unklar. Die Richtlinie sieht lediglich vor, dass CERs und ERUs aus dem Zeitraum 2008-2012 auch noch nach 2013 genutzt werden dürfen.

## Zweiter Erfüllungsfaktor: Bundesverfassungsgericht hebt Bundesverwaltungsgericht auf

Mit Beschluss vom 10. Dezember 2009 hat das Bundesverfassungsgericht das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom Herbst 2007 zum zweiten Erfüllungsfaktor aufgehoben.

### Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zum zweiten Erfüllungsfaktor

Das Bundesverwaltungsgericht hatte am 16. Oktober 2007 in zwei Urteilen zur Rechtmäßigkeit der anteiligen Kürzung gemäß § 4 Abs. 4 ZuG 2007, also dem sogenannten zweiten Erfüllungsfaktor aus der ersten Zuteilungsperiode, entschieden. Während es die Anwendung der anteiligen Kürzung auf die sogenannten Optionsanlagen als rechtswidrig erachtete, hielt es den zweiten Erfüllungsfaktor an sich für rechtmäßig. Gegen dieses Urteil des Bundesverwaltungsgerichts wandte sich eine der beiden Musterklägerinnen mit einer Verfassungsbeschwerde. Sie rügte insbesondere eine Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG). Das Bundesverwaltungsgericht hatte der DEHSt bei der Festsetzung des Kürzungsfaktors einen Prognosespielraum eingeräumt. Es ging davon aus, dass die DEHSt zur Ermittlung des Kürzungsfaktors nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 eine Prognose über die Menge der zuzuteilenden Berechtigungen treffen darf. Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle dieser Prognoseentscheidung über die Zuteilungsmenge sei auf die Überprüfung beschränkt, ob die Behörde zum maßgeblichen Zeitpunkt die Zuteilungsmaßstäbe und Zuteilungsregeln des Gesetzes generell erkannt und damit einen unzutreffenden Prognosemaßstab zugrunde gelegt habe.

### Bestätigung durch das Bundesverfassungsgericht

In der Einschränkung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle dieses Prognosespielraums sah die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz gemäß Artikel 19 Abs. 4 GG. Das Bundesverfassungsgericht konnte jedoch auf die eingereichte Verfassungsbeschwerde hin keine Verfassungswidrigkeit erkennen. Vielmehr bestätigte es die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts. Das Bundesverfassungsgericht führt aus, dass eine Bestimmung des Kürzungsfaktors innerhalb der Zuteilungsperiode praktisch nicht möglich sei. Denn wäre die Rechtmäßigkeit des Faktors der anteiligen Kürzung davon abhängig, dass alle in die Berechnung der relevanten Zuteilungsmenge eingestellten Einzelzuteilungen bestandskräftig feststünden, so wäre eine in einer Vielzahl von Verfahren und in mehreren Instanzen zu erfolgende Überprüfung der Richtigkeit sämtlicher Zuteilungen zur Feststellung des richtigen Kürzungsfaktors nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 erforderlich. Dies würde jedoch zu einem juristischen »Perpetuum mobile« führen. Die grundsätzliche Einräumung eines solchen Prognosespielraums sei mit den Vorgaben des Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar. Sie könne sich insbesondere auf eine funktional-gewaltenteilende Rechtfertigung einer Letztentscheidungsbefugnis stützen.

### Aufhebung in Nebenaspekt

Lediglich in einem Nebenaspekt sieht das Bundesverfassungsgericht die Rechtsschutzgarantie verletzt: Das Bundesverwaltungsgericht verletze mit seinem Urteil Art. 19 Abs. 4 GG, soweit es

um die konkrete Anwendung des von § 4 Abs. 4 ZuG 2007 eingeräumten Prognosespielraums gehe.

Das Bundesverwaltungsgericht hatte in einer weiteren Entscheidung vom 16. Oktober 2007 die Regelung in § 6 Abs. 6 der Zuteilungsverordnung 2007 (ZuV 2007), in der es um die Bestimmung der prozessbedingten Kohlendioxidemissionen geht, für rechtswidrig und nichtig erklärt.

In seinem Urteil zur anteiligen Kürzung hat es indes die Rechtswidrigkeit dieser Zuteilungsregel im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der Prognoseentscheidung nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 für unbeachtlich gehalten.

Jedoch würde dann die anteilige Kürzung für die Beschwerdeführerin weniger streng ausfallen. Insofern verkenne das Bundesverwaltungsgericht die sich aus Art. 19 Abs. 4 GG ergebenden Vorgaben. Die vom Bundesverwaltungsgericht gegebene Begründung zur Unbeachtlichkeit der Nichtigkeit dieser Rechtsverordnung, die auf die Offensichtlichkeit von deren Rechtswidrigkeit abstellt, trage die Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle nicht.

### Würdigung

Für das konkrete Verfahren bleibt die nun wieder anstehende Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts abzuwarten. Das Bundesverfassungsgericht hat das Bundesverwaltungsgericht aufgefordert, die Entscheidung zur Nichtigkeitsklärung von § 6 Abs. 6 ZuV 2007 zu beachten. Über diesen Aspekt der prozessbedingten Emissionen könnte der Faktor der anteiligen Kürzung etwas geringer ausfallen. Fraglich bleibt dann jedoch, ob für die Beschwerdeführerin weitere Emissionsberechtigungen zugeteilt werden können. Der Rechtsstreit betrifft noch die erste Zuteilungsperiode, daraus

wurden jedoch gemäß der gesetzlichen Verpflichtung in § 20 ZuG 2007 alle Emissionsberechtigungen zum 30. April 2008 gelöscht. Ob ein möglicherweise bestehender weiterer Zuteilungsanspruch mit Emissionsberechtigungen aus der zweiten Zuteilungsperiode erfüllt werden kann oder ob gegebenenfalls ein Schadensersatzanspruch besteht, muss noch geklärt werden.

Im Grundsatz hat das Bundesverfassungsgericht – wie bereits das Bundesverwaltungsgericht – jedoch die Praxis der DEHSt bei der Festsetzung des Faktors der anteiligen Kürzung bestätigt: Die DEHSt muss zum Zeitpunkt vor den Zuteilungsentscheidungen eine Prognoseentscheidung im Hinblick auf die Festsetzung der Höhe des Faktors der anteiligen Kürzung treffen. Dies wird auch Auswirkungen auf die zweite Zuteilungsperiode haben.

Dr. Markus Ehrmann » [ehrmann@scholtka-partner.de](mailto:ehrmann@scholtka-partner.de)

## Bundesverwaltungsgericht: Landesbehörden sind zur Prüfung und gegebenenfalls Genehmigung von Monitoring-Konzepten verpflichtet

Das Bundesverwaltungsgericht hat am 18. Februar 2010 entschieden, dass die für die Überprüfung der Emissionsberichte zuständigen Landesbehörden (§ 5 TEHG) verpflichtet sind, ein von einem emissionshandelspflichtigen Unternehmen erstelltes Monitoring-Konzept zu überprüfen und – bei Übereinstimmung mit den dafür geltenden Bestimmungen – zu genehmigen.

### Ausgangssituation

Das klagende Unternehmen unterfällt dem Anwendungsbereich des Emissionshandels. Es ist deshalb unter anderem gemäß § 5 TEHG verpflichtet, seine Emissionen zu ermitteln und jährlich gegenüber der zuständigen Landesbehörde darüber zu berichten (§§ 5, 20 Abs. 1 Satz 1 TEHG). Die Einzelheiten für dieses Überwachungs- und Berichtsverfahren sind durch die Monitoring-Leitlinien der Kommission der Europäischen Gemeinschaft niedergelegt. Auf diese nimmt das TEHG ausdrücklich Bezug (Anhang 2 Teil I Nr. 1 des TEHG). Nach den Monitoring-Leitlinien »überprüft und genehmigt« die zuständige Behörde das von dem Anlagenbetreiber vorgelegte Monitoring-Konzept. Das klagende Unternehmen hat gegenüber dem beklagten Land Rheinland-Pfalz die Genehmigung des Monitoring-Konzepts beantragt. Das beklagte Land hat jedoch diesen Antrag zurückgewiesen, da nach seiner Auffassung das nationale Recht keine Genehmigung der Monitoring-Konzepte vorsehe.

### Entscheidung des VG Koblenz vom 6. April 2009

Diese Rechtsauffassung war bereits in der ersten Instanz zurückgewiesen worden. Das Verwal-

tungsgericht Koblenz hatte in seiner Entscheidung vom 6. April 2009 das beklagte Land verpflichtet, über die Genehmigung des Monitoring-Konzepts der Klägerin in der Handelsperiode 2008 - 2012 erneut zu entscheiden.

### Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Februar 2010

Die gegen dieses Urteil gerichtete Sprungrevisi- on des beklagten Landes hat das Bundesverwaltungsgericht jetzt zurückgewiesen. Das Bundesverwaltungsgericht stützt sich dafür auf das in den Monitoring-Leitlinien aufgestellte Genehmigungserfordernis, das durch die Bezugnahme im TEHG in nationales Recht umgesetzt worden sei. Durch den Verweis des TEHG auf die Monitoring-Leitlinien sind diese unmittelbar geltendes nationales Recht. Die somit bestehende Prüfungs- und Genehmigungspflicht richte sich an die zuständigen Landesbehörden.

### Konsequenzen

Damit hat sich die bislang zum Teil gängige Praxis der Landesbehörden, Monitoring-Konzepte nicht zu genehmigen, auch in letzter Instanz als rechtswidrig erwiesen. Mit der Genehmigung der Monitoring-Konzepte können damit die Sanktionen einer drohenden Kontosperrung bei nicht rechtzeitiger oder inhaltlich nicht hinreichender Vorlage eines Emissionsberichtes (§ 17 TEHG) oder der Schätzung der Emissionen durch die DEHSt bei nicht ordnungsgemäßen Emissionsberichten (§ 18 Abs. 2 TEHG) vermieden werden. Für die nun im März 2010 fälligen Emissionsberichte für das Jahr 2009 verlangt die DEHSt indes noch keine Genehmigung und wird keine Kontosperrung verfügen, nur weil diese Genehmigung fehlt.

## Bundesverwaltungsgericht: Umweltinformation als Industriespionage?

Das deutsche Verwaltungsrecht ist traditionell geprägt von einer relativen Zurückhaltung im Hinblick auf die Freigabe von Informationen. Anspruch auf Akteneinsicht hatten regelmäßig nur Beteiligte an den Verwaltungsverfahren, die ein rechtliches Interesse an der Einsicht geltend machen konnten. Schon früh haben jedoch Unternehmen herausgefunden, dass sie im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung – beispielsweise bei immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren – Informationen über Vorhaben von Wettbewerbern erlangen können. Eine erhebliche Erweiterung dieser Informationsrechte brachte zudem das Umweltinformationsgesetz (UIG).

### Informationsanspruch nach dem Umweltinformationsgesetz

Nach dem Umweltinformationsgesetz hat grundsätzlich jede Person einen Anspruch auf freien Zugang zu behördlichen Umweltinformationen. Hierunter fallen auch Daten, die mit umweltrelevanten, insbesondere gewerblichen, Tätigkeiten Dritter in Zusammenhang stehen. Somit können grundsätzlich auch Informationen, die etwa Anlagenbetreiber den Behörden zur Verfügung stellen müssen, Umweltinformationen im Sinne des Gesetzes sein. In dieser Konstellation bewegt sich der Informationsanspruch nicht mehr in einem zweiseitigen Verhältnis zwischen Antragsteller und Behörde, vielmehr ist es ein Dreiecksverhältnis, das den Antragsteller, die Behörde und das die Information liefernde Unternehmen betrifft.

Eine Anfrage eines Anlagenbetreibers, die auf Informationen der DEHSt über den Betrieb eines Wettbewerbers im Rahmen des Emis-

ionshandels gerichtet war, ist Gegenstand der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. September 2009 (7 C 2.09 - ZUR 2010, 37 ff.). Der Betreiber einer Glashütte begehrte Einsicht in den Zuteilungsbescheid für einen Wettbewerber. Das Gericht hat in diesem Zusammenhang zunächst deutlich gemacht, dass die Klägerin grundsätzlich anspruchsberechtigt ist. Denn § 3 Abs. 1 Satz 1 UIG ermächtigt »jede Person« von der Behörde Umweltinformationen zu verlangen. Hierzu zählen auch juristische Personen des Privatrechts. Ebenso seien die Angaben im Zuteilungsbescheid Umweltinformationen. Umweltinformationen sind nämlich alle Daten über Maßnahmen, die den Schutz von Umweltbestandteilen wie Luft und Atmosphäre bezwecken. Das Gericht hatte keinen Zweifel daran, dass die Zuteilung von Emissionsberechtigungen – wenngleich sie von den tatsächlichen Emissionen abgekoppelt ist – zu diesen Maßnahmen zählt. Es komme nämlich nicht darauf an, dass die Maßnahme unmittelbar den Schutz von Umweltbestandteilen bezwecke. Vielmehr reiche es auch aus, dass – wie im konkreten Fall – Umweltbestandteile nur mittelbar über wirtschaftliche Anreize Gegenstand der Maßnahme und damit auch des Auskunftsanspruches seien.

### Missbrauch?

Das Gericht überprüft weiter, ob der Antrag auf Umweltinformationen offensichtlich missbräuchlich gestellt wurde. Ein offensichtlich missbräuchlicher Antrag ist abzulehnen, es sei denn, das öffentliche Interesse an der Bekanntheit der Umweltinformationen überwiegt, § 8 Abs. 2 UIG. Hier war das Bundesverwaltungsgericht jedoch an die Tatsachenfeststellung der Vorinstanz gebunden, dass das Auskunftsbe-

gehen der Klägerin nicht »allein dem Versuch der Industriespionage dient«. Denn die Klägerin habe angegeben, dass sie die Umsetzung des Emissionshandelsrechts kontrollieren wolle. Dies lässt das Bundesverwaltungsgericht genügen.

### Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen

Sodann geht das Gericht der Frage nach, ob der Schutz von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen einer Herausgabe der Umweltinformationen entgegenstehe. Dabei trifft das Gericht eine interessante Differenzierung. Die Angaben über die Gesamtemissionen der in Rede stehenden Anlagen unterlägen nicht dem Schutz von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen. Hingegen ist die Herkunft der Emissionen, namentlich der Anteil an prozessbedingten Emissionen an der Gesamt-CO<sub>2</sub>-Menge, für die Auswirkungen auf die Umwelt unerheblich. Diese Informationen, also der Anteil an prozessbedingten Emissionen, unterliegen dementsprechend dem Schutz der Betriebsgeheimnisse. Diese Aufteilung ist darüber hinaus auch keine umweltrelevante Information, da es insoweit nur auf die Emission an sich, nicht jedoch um die konkrete Verursachung der Emissionen in der Anlage ankommt.

### Kein Schutz bereits veröffentlichter Daten

Die Klägerin wollte zudem auch Angaben über die Anlagen, die Nummer der Betriebseinrichtung, die Anschriften der Anlage, die Gesamtmenge der zugeteilten Berechtigungen sowie Angaben über die Kapazität der Anlagen haben. Diese Angaben unterliegen ebenso wenig dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen. Dies macht das Gericht unter anderem daran deutlich, dass beispielsweise die Kapazität der Anlage bereits Gegenstand der im im-

missionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren auszulegenden Unterlagen ist. Wenn eine Information bereits offengelegt war, besteht auch kein schützenswertes Interesse des betroffenen Anlagenbetreibers an ihrer Zurückhaltung.

Das Gericht hat sich letztlich mit weiteren Angaben aus dem Zuteilungsbescheid auseinandergesetzt. Diese habe es im Ergebnis als schützenswerte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse qualifiziert. Dabei müssen die begehrten Informationen nicht bereits als solche Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse darstellen. Vielmehr reicht es für ihre Schutzwürdigkeit schon aus, wenn sich aus den begehrten Informationen Rückschlüsse auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ziehen lassen.

### Fazit

Im Ergebnis macht die Entscheidung deutlich, dass der Anspruch auf die Bekanntgabe von Umweltinformationen gegen die betroffenen Behörden relativ weit geht. Dabei beschränkt sich der Informationsanspruch auf diejenigen Daten, die tatsächlich umweltrelevant sind. Insoweit ist auch der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen gering ausgeprägt. Die Entscheidung gerade im Zusammenhang mit dem Emissionshandel wird vermutlich dazu führen, dass die verpflichteten Behörden sich künftig häufiger mit derartigen Begehren auseinandersetzen haben.



## VERANSTALTUNGEN

### 8. ENERGIEWIRTSCHAFTSFORUM

SCHOLTKA & PARTNER Rechtsanwälte

26. April 2010 in Berlin

»Das Konzessionsabgabenrecht im Umbruch«

### EW MEDIEN UND KONGRESSE

»Strukturierte Gasbeschaffung in der Praxis«

20. April 2010 in Leipzig

Dr. Laurenz Keller-Herder: »Vertragsformen und -gestaltung im Energiehandel«

### FORUM - INSTITUT FÜR MANAGEMENT

»Das Ende der Kohlekraftwerke?«

11. Mai 2010 in Düsseldorf

Dr. Dominik Greinacher: »Datteln - Folgen für die Planung von Kraftwerken«

### EUROFORUM-SEMINAR

»Einführung in die Energiewirtschaft«

4. - 6. Mai 2010 in München

7. - 9. Juni 2010 in Köln

Toralf Baumann: »Steuerung der Energiewirtschaft durch Regulierungs- und Kartellrecht sowie § 315 BGB«

### EUROFORUM-SEMINAR

»I x I der Gaswirtschaft«

11. Mai 2010 in Dresden

Dr. Laurenz Keller-Herder: »Der Rechtsrahmen des Gasmarktes auf deutscher und europäischer Ebene«, »Gaslieferverträge«

### EUROFORUM-KONFERENZ

»Der strategische und finanzielle Wert von Energienetzen«

26. und 27. Mai 2010 in Düsseldorf

Dr. Boris Scholtka: »Anreizregulierung und Investitionsbudgets: Rechtliche Brennpunkte und Spielräume«

### Herausgeber »

SCHOLTKA & PARTNER Rechtsanwälte

Partnerschaft von Rechtsanwälten

### Partner im Sinne des PartGG »

Rechtsanwalt Dr. Boris Scholtka

Rechtsanwalt Dr. Dominik Greinacher

Rechtsanwältin Antje Baumbach

Rechtsanwalt Dr. Markus Ehrmann

Rechtsanwältin Solveig Hinsch

Rechtsanwalt Toralf Baumann

### Redaktion »

Rechtsanwalt Toralf Baumann (verantw.)

Rechtsanwalt Sebastian Helmes

### Gestaltung »

Jana Köhler

### Hinweis »

Dieser Newsletter dient ausschließlich der allgemeinen Information und ersetzt nicht die Rechtsberatung im Einzelfall.

### Postadresse

Postfach 15 07 55

10669 Berlin

### Kanzleiadresse

Meinekestraße 4

10719 Berlin

Tel.: +49 (0)30 50 96 95-0

Fax: +49 (0)30 50 96 95-77

newsletter@scholtka-partner.de

www.scholtka-partner.de