

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser,

mit der dritten Ausgabe unseres Newsletters im Jahr 2010 möchten wir Sie wieder über aktuelle Entwicklungen der Gesetzgebung und Rechtsprechung in den Bereichen Energie, Umwelt und Infrastruktur informieren.

So werfen wir ein erstes Schlaglicht auf die sich abzeichnenden Neuerungen im EnWG 2011 - das Bundeswirtschaftsministerium hat hierzu jüngst die Eckpunkte veröffentlicht. Ein weiterer Fokus liegt auf zwei Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, der über den Umgang mit der Objektnetzregelung nach § 110 Abs. 1 EnWG sowie über Preisänderungsklauseln in Erdgaslieferverträgen zu entscheiden hatte. Daneben berichten wir über die - stark umstrittenen - Neuerungen bei der Energiebesteuerung und über die Ausgestaltung der Liberalisierung des Messwesens, die durch die Festlegung von Standardverträgen durch die Bundesnetzagentur Konturen gewinnt. Schließlich werden zwei praxisrelevante Entscheidungen zur Bestimmung des maßgeblichen Netzverknüpfungspunktes nach dem EEG 2009 vorgestellt.

Außerdem in dieser Ausgabe: die »Konzernjuristen«-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts und ihre Bedeutung für den Energiesektor; eine Entscheidung des OVG Thüringen zur Rückforderung einer Subvention sowie - aus dem Bereich des Emissionshandelsrechts - die Novelle des TEHG und der neue Entwurf für ein CCS-Gesetz.

Wir wünschen Ihnen eine gewinnbringende Lektüre.

Ihr Scholtka & Partner-Team

p.s.: Der Newsletter ist auch auf unserer Homepage 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 abbestellen.

INHALT

ENERGIERECHT

Bundeswirtschaftsministerium:
Eckpunktepapier zum EnWG 2011
veröffentlicht S.2

BGH schafft Rechtssicherheit
für Objektnetze - vorerst S.4

BGH bestätigt Rechtsprechung
zur »Leitbildfunktion« in Norm-
Sonderkundenverträgen S.6

Neuerungen im Bereich der
Energiebesteuerung S.8

Standardverträge im Bereich des
Messwesens durch die BNetzA
festgelegt S.9

Neue Urteile zum maßgeblichen
Netzverknüpfungspunkt nach dem
EEG 2009 S.11

REGULIERUNGSRECHT

Reichweite von Entflechtungs-
vorgaben in der Netzwirtschaft S.13

EMISSIONSHANDEL

Regelungen für dritte Zuteilungs-
periode des Emissionshandels im
Entstehen S.15

CCS-Gesetz - Zweiter Versuch S.16

ÖFFENTLICHES WIRTSCHAFTSRECHT

Bürgschaft für Subventionsrück-
forderung - Kein Leistungsbescheid
möglich S.18

Bundeswirtschaftsministerium: Eckpunktepapier zum EnWG 2011 veröffentlicht

Das Bundeswirtschaftsministerium (BMWi) hat Anfang des Monats die Eckpunkte der EnWG-Novelle 2011 veröffentlicht. Die geplante Reform des EnWG dient in erster Linie dazu, die EU-Richtlinien zum Strom- und Gasbinnenmarkt in nationales Recht umzusetzen – allerdings enthält das Eckpunktepapier signifikante Aspekte, die in den Richtlinien nicht vorgegeben sind.

Übertragungs- und Fernleitungsnetze

Bedeutende Veränderungen sieht das Eckpunktepapier für die deutschen Übertragungs- und Fernleitungsnetze vor. Zentraler Regelungsbestandteil ist zunächst die Umsetzung der Entflechtungsvorgaben. Wie erwartet sollen die Möglichkeiten, die die Richtlinien für die Entflechtung vertikal integrierter Energieversorgungsunternehmen enthalten, vollständig in deutsches Recht umgesetzt werden. So wird es drei Möglichkeiten der Entflechtung geben: Eigentumsrechtliche Entflechtung, »Independent System Operator - ISO« und »Independent Transmission Operator - ITO«. Für neue Infrastruktur sollen Ausnahmen von den Entflechtungsvorgaben zulässig bleiben.

Zukünftig ist ferner eine Zertifizierungspflicht für Übertragungsnetzbetreiber vorgesehen. In diesem behördlichen Verfahren, dessen Einleitung jeder Übertragungsnetzbetreiber bis März 2012 beantragen muss, wird unter anderem die Einhaltung der Entflechtungsvorgaben überprüft. Darüber hinaus wird aber auch die nachhaltige wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und die Zuverlässigkeit Gegenstand der Zertifizierung sein. Übertragungsnetzbetreiber, die von juristischen Personen aus einem Nicht-EU-Mitgliedstaat kontrolliert werden, müssen sich einer doppelten Zertifizierung unterziehen und

ein Jahr später ein weiteres Zertifizierungsverfahren durchlaufen.

Im Rahmen der Zertifizierung soll die BNetzA auch ermächtigt werden, »die Einhaltung finanzieller Kennzahlen« zur Sicherung einer nachhaltigen Investitionsfähigkeit anzuordnen. Die genaue Ausgestaltung ist noch ungewiss: Bei dieser – europarechtlich so nicht vorgeschriebenen – Ermächtigung wird sich zeigen müssen, ob Friktionen mit der Anreizregulierung, die ja einem gänzlich anderen Zweck dient, verhindert werden können.

Bemerkenswert ist außerdem die Befugnis der BNetzA, eine einheitliche Regelzone anzuordnen und die Regelzonenverantwortung auf andere Übertragungsnetzbetreiber zu übertragen. Die bislang in ihren Konturen kaum einschätzbare Ermächtigung ist keine zwingende Folge EU-rechtlicher Vorgaben. Angesichts der Eingriffssintensität wird eine solche Maßnahme allenfalls in krassen Ausnahmesituationen in Betracht kommen. Weil die Regelzonenverantwortung den Kern der Tätigkeit eines Übertragungsnetzbetreibers darstellt, ist zweifelhaft, ob eine solcher Eingriff überhaupt mit den Grundrechten der Netzbetreiber in Einklang zu bringen ist. Daneben werden die Übertragungsnetzbetreiber zukünftig zur Erstellung eines gemeinsamen Netzentwicklungsplans verpflichtet. Für den Gasbereich soll schließlich die Definition des Fernleitungsnetzbetreibers reformiert werden, um eine klare Abgrenzung zu den Verteilnetzbetreibern sicherzustellen.

Verteilnetze

Weniger einschneidend sind die Neuerungen auf Verteilnetzbetreiberebene. Erwähnenswert ist die neue (und europarechtlich vorgeschriebene) Verpflichtung zum getrennten Markenauf-

tritt. Die bislang schon bestehende de minimis-Regelung bei der Entflechtung für Energieversorgungsunternehmen mit bis zu 100.000 angeschlossenen Kunden soll erhalten bleiben und sich zusätzlich auf den Markenauftritt erstrecken.

Objektnetze

Auch die Regelung für Objektnetze in § 110 EnWG soll novelliert werden. Reformbedarf ergibt sich in doppelter Hinsicht: Zum Einen ist die Regelung schon mit den vorherigen EU-Richtlinien unvereinbar gewesen, soweit Objektnetzbetreiber von der Pflicht zur Gewährung von Netzzugang befreit werden (dazu Beitrag in diesem Newsletter). Zum Anderen finden sich in den EU-Richtlinien von 2009 - anders als in den Vorgängerrichtlinien - ausdrückliche Vorschriften für »geschlossene Verteilernetze«, die allerdings nur sehr eingeschränkte Privilegierungsmöglichkeiten vorsehen.

Laut Eckpunktepapier soll die Neuregelung im EnWG nur die zwingenden Vorgaben des Europarechts umsetzen; weitergehende Verpflichtungen soll es hingegen nicht geben. So sollen Objektnetzbetreiber beispielsweise nicht der Anreizregulierung unterworfen werden - dies las sich in den Materialien zur jüngsten Novelle der ARegV noch ganz anders. Relevant könnte in diesem Zusammenhang die ebenfalls geplante Einführung einer Legaldefinition für - der Regulierung nicht unterliegende - Kundenanlagen werden.

Speicheranlagen

Die Regulierung der Gasspeicheranlagen ist ein weiterer Eckpunkt der geplanten EnWG-Novelle. Die in der Gasbinnenmarkttrichtlinie vorgeschriebene Regulierung (dazu Newsletter 2 | 2009) wird in deutsches Recht umgesetzt.

Die Pflicht zur Entflechtung wird auf Anlagen begrenzt, die für einen effizienten Netzzugang technisch und/oder wirtschaftlich erforderlich sind. Außerdem verbleibt es beim Prinzip des verhandelten Zugangs. Die BNetzA soll die Aufgabe und die Befugnis erhalten, die Einhaltung der Regeln zu überwachen und gegebenenfalls einzugreifen.

Sonstiges

Vorgesehen sind ferner Neuerungen im verfahrensrechtlichen Bereich, die die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden stärken und die effektive Durchsetzung der nationalen und europäischen Vorschriften ermöglichen sollen. Außerdem soll zum Schutz der Verbraucher eine Schlichtungsstelle eingerichtet und durch einheitliche Vorschriften für Rechnungslegung die Transparenz der Rechnungen für Haushaltskunden erhöht werden. Schließlich ist geplant, bei Neuanschlüssen und Umbauten den Einbau »intelligenter« Messsysteme vorzuschreiben.

Ausblick

Das vorliegende Eckpunktepapier hat keine Rechtsqualität, sondern ist eine politische Aussage. Im nächsten Schritt wird das BMWi einen Referentenentwurf vorlegen, der dann Grundlage des Gesetzgebungsverfahrens sein wird. Ob am Ende alle Eckpunkte noch in der EnWG-Novelle enthalten sein werden, ist nicht ausgemacht. Änderungen sind sicherlich noch möglich - allerdings auch sehr begründungsbedürftig. Änderungen, die nicht zwingend europarechtlich vorgeschrieben sind, sollten noch einmal auf den Prüfstand: Insbesondere mit der Regelzonenermächtigung droht der Gesetzgeber ansonsten, über das Ziel hinauszuschießen.

BGH schafft Rechtssicherheit für Objektnetze – vorerst

Karlsruhe hat gesprochen: Nach dem Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 24. August 2010 (EnVR 17/09) ist die deutsche Privilegierung für Objektnetze nach § 110 Abs. 1 EnWG – anders als vielfach behauptet – keineswegs vollständig europarechtswidrig. Die Vorschrift ist vielmehr nur insoweit unanwendbar, wie ihr der europarechtlich vorgegebene Anspruch auf freien Netzzugang entgegensteht. Die Befreiungen von sonstigen Pflichten – wie dem Entflechtungsgebot oder der Anreizregulierung – bleiben davon unberührt.

Die Entwicklung bisher

Ausgangspunkt der Entscheidung war der Streit eines Energieversorgungsunternehmens (EVU) mit dem Betreiber des Flughafennetzes Halle/Leipzig. Als das EVU einen Kunden auf dem Flughafengelände beliefern wollte, verweigerte der Betreiber den Netzzugang unter Berufung auf den Objektnetzstatus sowie auf den entsprechenden Objektnetzbescheid der Landesregulierungsbehörde.

Das EVU legte daraufhin Beschwerde gegen den behördlichen Bescheid ein. Das zuständige OLG Dresden rief seinerseits den EuGH an, um die Frage zu klären, ob die deutsche Ausnahmenvorschrift für Betriebsnetze nach § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG wegen der darin enthaltenen Freistellung von dem Prinzip des freien Netzzugangs gegen die europarechtlichen Vorgaben verstößt. Der EuGH bejahte dies und stellte fest, dass das Prinzip des freien Netzzugangs nicht durch nationale Ausnahmenvorschriften für bestimmte Netze unterlaufen werden darf (Newsletter 2|2008).

Weil andere Privilegien, die deutsche Objektnetzbetreiber durch die Anordnung in § 110 Abs. 1 EnWG genießen, nicht Gegenstand der Entscheidung (oder auch nur der Vorlagefrage) gewesen waren, entbrannte in der Folge ein Streit über die Reichweite des EuGH-Urteils. Das OLG Dresden vertrat in seiner Entscheidung die Auffassung, die deutsche Vorschrift sei wegen Verstoßes gegen höherrangiges Europarecht in Gänze unanwendbar (Newsletter 1|2009). Gründe, »die es auch nur ansatzweise rechtfertigen könnten«, eine auf das Prinzip des freien Netzzugangs beschränkte Teilunanwendbarkeit anzunehmen, vermochte das Gericht nach eigenem Bekunden nicht zu erkennen.

In einem parallelen Verfahren schloss sich das OLG Naumburg dieser Rechtsprechung im Ergebnis an (Newsletter 1|2010): Das Diktum des EuGH sei nicht nur auf alle drei Tatbestandsvarianten (Betriebs-, Dienstleistungs- und Energieversorgungsnetze) anwendbar, sondern erfasse auch sämtliche Rechtsfolgen der Vorschrift. Anders als das OLG Dresden erkannte das OLG Naumburg zwar die grundsätzliche Möglichkeit einer europarechtskonformen Reduktion der Vorschrift, sah sich daran aber wegen »normsystematischer« Probleme und eines angeblich entgegenstehenden Willens des Gesetzgebers gehindert.

Die Entscheidung des BGH

Diesen Argumenten ist der BGH nun entschieden entgegengetreten. Das Gericht hat den Beschluss des OLG Dresden aufgehoben und dabei die – in einer früheren Entscheidung bereits angedeutete (Newsletter 3|2009) – Rechtsauffassung vertreten, dass § 110 EnWG nach wie vor durchaus einen Anwendungsbereich hat.

Zwar sei nationales Recht, dessen Europarechtswidrigkeit feststehe, unanwendbar. Dabei sei die Auslegung des EuGH für die nationalen Gerichte (und damit auch für den BGH) bindend. Dies gelte aber nur, soweit der EuGH überhaupt eine Auslegung des Unionsrechts vorgenommen hat. Und weil der EuGH in dem Vorlageverfahren lediglich festgestellt hatte, dass eine Befreiung bestimmter Netze von der allgemeinen Pflicht zur Gewährung freien Netzzugangs nicht mit den europäischen Vorgaben vereinbar ist, kann nach Auffassung des BGH von einer generellen – gar durch den EuGH bindend festgestellten – Europarechtswidrigkeit des § 110 EnWG keine Rede sein. Diese liegt nach der Meinung des BGH auch nicht auf der Hand: Viele der Privilegien – der BGH nennt als Beispiele die Gebührenpflicht zur Finanzierung der BNetzA gemäß § 92 EnWG sowie die Meldepflichten nach § 52 EnWG – haben keinerlei sachlichen Bezug zum Prinzip des freien Netzzugangs (oder anderen zwingenden Vorgaben des Unionsrechts).

Quasi nebenbei widerlegt der BGH zudem die Argumentation des OLG Naumburg, wonach einer teilweisen Anwendbarkeit des § 110 Abs. 1 EnWG der Wille des Gesetzgebers entgegenstehe. Der BGH sieht im Gegenteil in der Reduktion der Norm auf dasjenige, was europarechtlich zulässig ist, den Willen des Gesetzgebers nicht verletzt, sondern gerade bestmöglich gewahrt.

Weil das Flughafennetz zwar die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Betriebsnetzes nach § 110 Abs. 1 Nr. 1 EnWG, nicht aber die eines Dienstleistungsnetzes nach Nr. 2 erfüllt (nur insoweit billigte der BGH die Entscheidung des OLG Dresden), konnte die Frage offen bleiben, ob die europarechtskonforme Reduktion gleichermaßen auch für alle Tatbestandsvarianten des § 110 Abs. 1 EnWG gilt. Dies wird indessen zu bejahen sein, weil laut EuGH die Be-

freiung bestimmter Netze von dem Prinzip des freien Netzzugangs gegen Unionsrecht verstößt, ohne dass es dabei darauf ankäme, welche Netze das genau sind.

Fazit

Der BGH beendet mit seiner erfreulich klaren Entscheidung die Diskussion um die vermeintlich vollständige Unanwendbarkeit des § 110 EnWG. Forderungen nach sofortiger Entflechtung und rückwirkender behördlicher Entgeltregulierung haben sich als unzutreffend erwiesen. Ihnen ist nunmehr der Grund entzogen – jedenfalls nach geltender Rechtslage.

Was die Zukunft bringt, ist dennoch unklar. Die novellierten EU-Richtlinien für den Strom- und Gasbinnenmarkt sehen (anders als die Vorgängerrichtlinien) ausdrückliche Regelungen für »geschlossene Verteilernetze« vor, die tatbestandlich einen Großteil der heutigen Objektnetze erfassen könnten. Die vorgesehenen Ausnahmemöglichkeiten bleiben indessen weit hinter der derzeitigen Rechtslage zurück: So sind beispielsweise Befreiungen von der buchhalterischen Entflechtung und von der Netzentgeltregulierung nicht genannt. Was der deutsche Gesetzgeber daraus macht, bleibt abzuwarten. Nach dem Eckpunktepapier des BMWi sollen die europäischen Vorgaben umgesetzt, aber nicht überschritten werden, (Beitrag in diesem Newsletter). Für die Betreiber von Objektnetzen gilt deswegen: Durchatmen erlaubt – Zurücklehnen nicht.

BGH bestätigt Rechtsprechung zur »Leitbildfunktion« in Norm-Sonderkundenverträgen

Seit längerem beschäftigt sich die Rechtsprechung mit der Wirksamkeit von Preisänderungsklauseln in Gaslieferverträgen sowohl innerhalb als auch außerhalb der Grundversorgung. Bei den letztgenannten handelt es sich oft um Gaslieferverträge mit sogenannten Norm-Sonderkunden. Der Unterschied zu den grundversorgten Kunden besteht darin, dass die Norm-Sonderkunden zwar Anspruch auf Grundversorgung haben, aber auf der Grundlage von Bedingungen versorgt werden, die von denen der Grundversorgung abweichen. Gegenüber diesen Norm-Sonderkunden sind einseitige Preisanpassungen nur dann zulässig, wenn hierfür eine entsprechende vertragliche Vereinbarung besteht. Hier stellen sich zahlreiche AGB-rechtliche Fragen (Newsletter 1 | 2010). Der Bundesgerichtshof (BGH) hat zuletzt die Auffassung vertreten, auch in Verträgen mit Norm-Sonderkunden können Preisänderungsklauseln einer AGB-rechtlichen Kontrolle standhalten. Preisanpassungsklauseln, die das in der Grundversorgung bestehende gesetzliche Preisänderungsrecht nach § 5 Abs. 2 GasGVV unverändert in einen formularmäßigen Gassondervertrag übernehmen, also nicht zum Nachteil des Kunden abweichen, stellen nämlich keine unangemessene Benachteiligung des Norm-Sonderkunden im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 oder 2 BGB dar (»Leitbildfunktion«). Wird das Preisänderungsrecht ausgeübt, könne gemäß § 315 BGB gerichtlich überprüft werden, ob das Versorgungsunternehmen nach billigem Ermessen gehandelt habe.

Herausforderungen bei der Formulierung von Preisanpassungsklauseln

Der BGH entschied mit Urteil vom 14. Juli 2010, Az.: VIII ZR 246/08, dass folgende Klausel diesen Anforderungen nicht gerecht werde:

»Der Erdgaspreis ändert sich, wenn eine Änderung der Preise [...] für die Grundversorgung eintritt; es ändert sich der Arbeitspreis um den gleichen Betrag in ct/kWh, der Grundpreis um den gleichen Betrag in €/a.

Die Preisänderung wird zu dem in der öffentlichen Bekanntgabe über die Änderung der Erdgaspreise genannten Zeitpunkt wirksam.«

Zwar ergebe sich aus dieser Formulierung hinreichend klar und verständlich, dass das Versorgungsunternehmen die Preise einseitig anpassen dürfe. Auch sei ersichtlich, dass die Änderungen des Arbeitspreises und des Grundpreises jeweils nominal an die Änderungen der entsprechenden Preise für die Grundversorgung gekoppelt sein sollten. Der BGH beanstandete aber, dass sich aus dieser Klausel gerade nicht ergebe, dass auch die gegenüber den Norm-Sonderkunden erfolgenden Preisänderungen wie bei dem gesetzlichen Preisänderungsrecht nach § 5 Abs. 2 GasGVV der Billigkeitskontrolle gemäß § 315 BGB unterliegen. Vielmehr komme auch ein Verständnis der Klausel in Betracht, nach welchem dem Versorgungsunternehmen wegen der festen Koppelung der Preisänderungen an die Änderung der Grundversorgungspreise kein Ermessensspielraum zustehe, weshalb auch keine Billigkeitskontrolle statfinde. Deshalb fehle es an einer inhaltsgleichen Übernahme des in § 4 GasGVV geregelten Preisänderungsrechts. Im Ergebnis sei die Klausel intransparent und stelle eine unangemessene Benachtei-

ligung des Kunden dar, sie sei deshalb unwirksam. Mit anderen Worten: Trotz der Bezugnahme auf die grundsätzlich zulässigen Preisänderungen in den Grundversorgungsverträgen des Versorgungsunternehmens war vorliegend in den Norm-Sonderverträgen kein wirksames Preisänderungsrecht vereinbart.

Was tun bei vorbehaltloser Zahlung?

In einem zweiten Schritt befasste sich der BGH mit der Frage, wie Zahlungen zu behandeln seien, die die Norm-Sonderkunden vorbehaltlos auf die Jahresabrechnung mit den geänderten Preisen geleistet haben. Wenn ein Grundversorgungskunde eine Jahresabrechnung des Versorgungsunternehmens akzeptiert habe, indem er weiterhin Gas beziehe, ohne die Preiserhöhung in angemessener Zeit gemäß § 315 BGB zu beanstanden, dann werde der erhöhte und abgerechnete Preis zu dem zwischen den Parteien vereinbarten Preis. Er könne deshalb nicht mehr gemäß § 315 BGB auf seine Billigkeit überprüft werden, weil er nicht einseitig bestimmt worden sei.

Dies lässt sich nach Auffassung des BGH jedoch nicht auf Fälle übertragen, in denen nicht nur die Billigkeit der Preiserhöhung im Streit stehe, sondern in denen es bereits an einem wirksamen Preisanpassungsrecht des Versorgungsunternehmens fehle, weil die Preisanpassungsregelung nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sei. Dann bestehe nicht lediglich Ungewissheit darüber, ob die Preisanpassung der Billigkeitskontrolle gemäß § 315 BGB standhalte. Dementsprechend könne der weitere Gasbezug des Kunden, ohne dass dieser die Preiserhöhung in angemessener Zeit gemäß § 315 BGB beanstandet, nicht dahin ausgelegt werden, dass er nicht nur die Billigkeit der jeweiligen einseitigen Preisänderung, sondern

- soweit es darauf ankomme - auch die Berechtigung des Versorgungsunternehmens zur einseitigen Preisänderung an sich akzeptiere.

Fazit

Der BGH setzt damit seine Rechtsprechung fort, wonach die rechtssichere Begründung von Preisänderungsrechten in Norm-Sonderverträgen für die Gasversorgungsunternehmen unter AGB-rechtlichen Gesichtspunkten schwierig bleibt. Der BGH stellt für den Fall, dass ein wirksames Preisänderungsrecht besteht, zugleich klar, dass er an seiner Rechtsprechung zu § 315 BGB festhält. Dies gilt nicht nur für die vereinfachte Darlegung der Billigkeit, sondern auch dafür, dass vorbehaltlose Zahlungen einen ursprünglich einseitig bestimmten Preis zum »vereinbarten Preis« machen können, der dann keiner Billigkeitskontrolle mehr zugänglich ist.

Dr. Laurenz Keller-Herder » keller-herder@scholtka-partner.de

Neuerungen im Bereich der Energiebesteuerung

Am 28. Oktober 2010 hat der Bundestag das Haushaltsbegleitgesetz 2011 (HBeglG 2011) beschlossen. In den Artikeln 6 und 7 sieht es Änderungen des Energiesteuergesetzes (EnergieStG) und des Stromsteuergesetzes (StromStG) vor. Die Neuerungen betreffen insbesondere die Contracting-Branche und das produzierende Gewerbe. Dabei ist sowohl eine Verschärfung der Voraussetzungen für die Gewährung der jeweiligen Steuererleichterung als auch eine Reduktion ihres Umfangs vorgesehen. Das Gesetz tritt zum 1. Januar 2011 in Kraft.

Erhöhung qualitativer Voraussetzungen

Nunmehr müssen nicht nur Erzeuger, sondern auch Abnehmer der Energieerzeugnisse oder des Stroms dem produzierenden Gewerbe angehören oder land- und forstwirtschaftliche Unternehmen sein, um eine Reduzierung der Steuerlast zu erhalten. Dies betrifft das gesamte Contracting-Geschäft, da zwischen einzelnen Formen des Contractings in Bezug auf ihre mögliche Förderungswürdigkeit nicht differenziert wird. Hierin sehen Branchenvertreter ein institutionalisiertes Hemmnis für einen Markt für Energiedienstleistungen und rügen damit einen Verstoß gegen die EU-Energiedienstleistungs-Richtlinie, die die Etablierung eines solchen Marktes gerade gebietet.

Erhöhung quantitativer Voraussetzungen

Ebenfalls verschärft werden die Schwellenwerte, ab deren Erreichen eine Entlastung überhaupt gewährt wird. So wird ein nach dem EnergieStG geltend gemachter Entlastungsbetrag nur gewährt, soweit er 500 Euro (bislang lediglich 205 Euro) übersteigt. Auch im StromStG erhöht sich der

maßgebliche Sockelbetrag von bislang 512,50 Euro auf nunmehr 2.500 Euro. Kleinere Unternehmen, die dem internationalen Wettbewerb generell weniger ausgesetzt seien, werden ausweislich der Gesetzesbegründung bewusst von der Privilegierung ausgenommen.

Absenkung des Umfangs der Entlastung

Auch bei der Frage, in welcher Höhe den die oben genannten Voraussetzungen erfüllenden Unternehmen eine Entlastung gewährt wird, wurden Änderungen beschlossen. Die Sätze, nach denen die Steuerentlastungen gewährt werden, sinken unter anderem für Erdgas von 2,20 €/MWh auf 1,10 €/MWh sowie für Strom von 8,20 €/MWh auf 4,10 €/MWh.

Für besonders energieintensive Unternehmen ist die Absenkung des sog. »Spitzenausgleichs« von Bedeutung, der sowohl im EnergieStG als auch im StromStG verankert ist. Dieser Mechanismus, der bisher eine Verringerung der Steuerlast um bis zu 95 % ermöglichte, wird nunmehr zu einer Verringerung von maximal 73 % führen.

Fazit

Auf der Zielgeraden des Gesetzgebungsverfahrens sind wesentliche Neuregelungen (nochmals) aufgeweicht worden. So werden, verglichen mit dem ursprünglichen Regierungsentwurf, Steuermindeereinnahmen in Höhe von 550 Millionen Euro prognostiziert. Nachdem ursprünglich Schwellenwerte für Steuerentlastungen von bis zu 20.000 Euro vorgesehen waren, sind diese zuletzt nochmals auf oben genannte Beträge halbiert worden. Auch ein weiteres Absinken des »Spitzenausgleichs« nach 2011 auf maximal 65 % ist vom Tisch. Der erhebliche Protest der deutschen Industrie hat somit zumindest teilweise Wirkung gezeigt.

Standardverträge im Bereich des Messwesens durch die BNetzA festgelegt

Am 9. September 2010 haben die Beschlusskammern 6 und 7 der Bundesnetzagentur (BNetzA) jeweils »Festlegungen zur Standardisierung von Verträgen und Geschäftsprozessen im Bereich des Messwesens« beschlossen. Neben Vorgaben betreffend den Wechsel des Messstellenbetreibers beziehungsweise des Messdienstleisters und Vorgaben im Falle eines Wechsels des Strom- oder Gaslieferanten werden vor allem zwei weitgehend verbindliche Rahmenverträge zum Messstellenbetrieb und zur Messung selbst aufgestellt.

Standardisierung der Verträge

Die jeweils für den Gas- und für den Strombereich festgelegten Vertragsinhalte sind wortlautidentisch von den beiden zuständigen Beschlusskammern als Standardverträge beschlossen worden und können spartenübergreifend abgeschlossen werden. Dabei wird zwischen Messstellenverträgen einerseits und Messverträgen andererseits unterschieden. Diese sind als Rahmenverträge zwischen Netzbetreibern und Messstellenbetreibern und/oder Messdienstleistern konzipiert. Die verbindlichen Rahmenverträge finden sich in den Anhängen 3 und 4 der Festlegung vom 9. September 2010. Ergänzungen sind nur möglich, soweit der Netzbetreiber die vereinbarte zusätzliche Regelung allen potentiellen Vertragspartnern zur Disposition anbietet. Wird ein spezifizierter Vertrag für eine einzelne Messstelle abgeschlossen, so darf dieser keine inhaltlich vom Rahmenvertrag abweichenden Klauseln enthalten.

Messstellenrahmenvertrag

Gegenstand des Messstellenrahmenvertrages sind die Rechte und Pflichten zur Durchführung des Messstellenbetriebs an den Messstellen von Letztverbrauchern durch einen vom Anschlussnutzer beauftragten Messstellenbetreiber. Die in dem Standardvertrag enthaltenen Regelungen sind gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 des Messstellenrahmenvertrages in ihrem Anwendungsbereich abschließend. Dadurch soll aus Sicht der Bundesnetzagentur verhindert werden, dass der Vertrag den Bedürfnissen im Einzelfall anzupassen ist. Dies sei erforderlich, damit alle einen Messzugang nachfragenden Dritten sich darauf verlassen können, dass der vom Netzbetreiber vorgelegte Vertragstext unverändert den Stand der behördlichen Festlegung wiedergibt. Soweit Netzbetreiber und Messstellenbetreiber übereinstimmend eine vertragliche Regelung für erforderlich halten, können sie den Standardvertrag entsprechend ergänzen. Der Netzbetreiber ist dann allerdings verpflichtet, die betreffende vertragliche Ergänzung jedem Messstellenbetreiber entsprechend anzubieten und die Unterzeichnung der ergänzenden Regelung nicht zur Bedingung für den Abschluss dieses Vertrages zu machen.

§ 7 des Messstellenrahmenvertrages regelt den Wechsel des Messstellenbetreibers. Insoweit ist insbesondere vorgegeben, welche technischen Einrichtungen beim Übergang des Messstellenbetriebs vollständig oder einzeln gegen ein angemessenes Entgelt zum Kauf oder zur Nutzung anzubieten sind. Soweit es zwischen dem alten und dem neuen Messstellenbetreiber nicht zu einer Einigung über das angemessene Entgelt kommt, gilt im Zweifel im Falle des Kaufs der Sachzeitwert und im Falle der Nutzungsüberlassung höchstens dasjenige monatliche Entgelt,

das der alte Messstellenbetreiber seinerseits bislang als Entgelt für die betreffende technische Einrichtung verlangt hat, als angemessen. Hinsichtlich der Haftung hat die Bundesnetzagentur in § 15 des Messstellenrahmenvertrages eine Unterteilung der in Betracht kommenden Störungsereignisse und der sich daraus ergebenden Haftungsfolgen vorgenommen. Messstellenbetreiber und Netzbetreiber haften einander für Schäden aus von ihnen verursachten Versorgungsunterbrechungen oder -unregelmäßigkeiten jeweils entsprechend den besonderen Haftungsbestimmungen des § 18 NAV beziehungsweise NDAV. In Bezug auf Schäden, die durch einen unmittelbar der Messstelle anhaftenden Fehler oder eine fehlerhafte Ausführung von Einbau, Ausbau, Betrieb oder Wartung verursacht sind, haftet der Messstellenbetreiber nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen und stellt den Netzbetreiber insoweit von entsprechenden Schadensersatzforderungen Dritter frei. Nach § 15 Abs. 2 des Messstellenrahmenvertrages ist der Messstellenbetreiber von Schadensersatzansprüchen freizustellen, die sich aus seiner Mitwirkung an Maßnahmen des Netzbetreibers ergeben. Für alle sonstigen Schadensfälle gilt die gesetzliche Haftung.

Messrahmenvertrag

In der Festlegung ist vorgegeben, dass zur Vermeidung des Aufwandes doppelter Vertragsabschlüsse für den Fall, dass der Messstellenbetreiber auch Messdienstleister ist, der Inhalt des Messrahmenvertrages ohne zusätzliche Unterzeichnung Bestandteil des Messstellenrahmenvertrages wird, allerdings nur, wenn er als Anlage diesem beigelegt wird. Die einzelnen Regelungen des Messrahmenvertrages entsprechen weitgehend den Regelungen des Messstellenrahmenvertrages.

Die Haftung ist in § 8 des Messrahmenvertrages geregelt. § 8 Abs. 1 des Messrahmenvertrages verweist hinsichtlich der Haftung für alle dem Netzbetreiber entstandenen Schäden, die durch die fehlerhafte Ausübung der Messung verursacht sind, auf die allgemeinen Vorschriften. Nach § 8 Abs. 2 des Messrahmenvertrages haftet der Netzbetreiber gegenüber dem Messdienstleister nach den Haftungsbestimmungen des § 18 NAV beziehungsweise NDAV im Falle von Versorgungsstörungen entsprechend. Alle sonstigen Schadensfälle unterfallen den Regelungen der gesetzlichen Haftung.

Wirksamkeit und Anpassungspflicht

Die Festlegung gibt vor, dass die Ausgestaltung neuer Vertragsverhältnisse zwischen Netzbetreiber und Messstellenbetreiber oder Messdienstleister ab dem 15. Oktober 2010 entsprechend der Festlegung zu erfolgen hat. Vertragsverhältnisse, die im Zeitpunkt der Bekanntgabe der Festlegung bereits bestanden haben, sind spätestens mit Wirkung zum 1. Februar 2011 an die Vorgaben des Beschlusses anzupassen.

Dr. Conrad Seiferth » seiferth@scholtka-partner.de

Neue Urteile zum maßgeblichen Netzverknüpfungspunkt nach dem EEG 2009

Mit Urteil vom 6. August 2010 hat das LG Duisburg (Az.: 2 O 310/09) zur Bestimmung des maßgeblichen Netzverknüpfungspunktes für den Anschluss von EEG-Anlagen nach dem EEG 2009 entschieden. In einem gleichgelagerten Fall hatte zuvor bereits das LG Arnsberg zu dieser Frage Stellung genommen (Urteil vom 6. Mai 2010, Az.: I-4 O 434/09). Beide Gerichte kommen zu dem Ergebnis, dass unter der Geltung des EEG 2009 der maßgebliche Netzverknüpfungspunkt innerhalb eines Netzes nicht mehr im Wege eines gesamtwirtschaftlichen Kostenvergleichs zu ermitteln ist. Die insoweit anderslautende Rechtsprechung des BGH zum EEG 2004 gelte nicht mehr für das EEG 2009.

Bestimmung des Netzverknüpfungspunktes nach dem EEG 2004

Zur Regelung des maßgeblichen Netzverknüpfungspunktes in § 4 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004 hatte der BGH entschieden, dass es auf die kürzeste Entfernung zwischen Anlage und Netz nicht ankomme, wenn entweder ein anderes Netz (so der Wortlaut des § 4 Abs. 2 Satz 1 EEG 2004) oder dasselbe Netz einen technisch und wirtschaftlich günstigeren Netzverknüpfungspunkt aufweist. Zur Bestimmung des günstigsten Netzverknüpfungspunktes sei ein Kostenvergleich durchzuführen, bei dem, losgelöst von der jeweiligen Kostentragungspflicht, die Gesamtkosten miteinander zu vergleichen seien, die bei den verschiedenen Ausführungsmöglichkeiten für den Anschluss der betreffenden Anlage sowie für den Netzausbau anfallen. Dabei hat der BGH nicht unterschieden, ob die alternativen Netzverknüpfungspunkte in einem Netz oder in mehreren Netzen liegen (BGH, Urteil

vom 18. Juli 2007, Az.: VIII ZR 288/05; Urteil vom 1. Oktober 2008, Az.: VIII ZR 21/07). Zur Begründung seiner Entscheidung führte der BGH den der Gesetzesbegründung entnommenen Sinn und Zweck der Anschlussregelung an, die gesamtwirtschaftlichen Kosten zu minimieren.

Aktuelle Entscheidungen der Landgerichte

Die Landgerichte Arnsberg und Duisberg haben entschieden, dass der vom BGH für erforderlich gehaltene gesamtwirtschaftliche Kostenvergleich für die Entscheidung zwischen zwei alternativen Netzverknüpfungspunkten in einem Netz unter der Geltung des § 5 Abs. 1 EEG 2009 nicht mehr maßgeblich sein soll.

Zunächst stellen beide Landgerichte fest, dass die Wortlautauslegung des § 5 Abs. 1 EEG 2009 gegen einen solchen Kostenvergleich bei der Entscheidung zwischen zwei alternativen Netzverknüpfungspunkten in einem Netz spreche. Denn in § 5 Abs. 1 EEG 2009 sei nur die Berücksichtigung eines alternativen Netzverknüpfungspunktes in einem anderen Netz erfasst. Auch sei ein hiervon abweichender Wille des Gesetzgebers in der Gesetzesbegründung nicht zum Ausdruck gekommen. Da davon auszugehen sei, dass der Gesetzgeber die Rechtsprechung des BGH zur Vorgängerregelung kenne, könne eine fehlende Berücksichtigung in der Neufassung im Umkehrschluss als Absage an die Auslegung des BGH gewertet werden. Zwar werde das Instrument des gesamtwirtschaftlichen Kostenvergleichs in der Begründung des Gesetzentwurfs unter ausdrücklicher Nennung der Rechtsprechung des BGH erwähnt. Diese Begründung beziehe sich jedoch nur auf die Bestimmung alternativer Netzverknüpfungs-

punkte in verschiedenen Netzen, für die die Durchführung eines gesamtwirtschaftlichen Kostenvergleichs außer Frage stehe. Ferner sei in Bezug auf weitere EEG-Normen an anderer Stelle in der Begründung des Gesetzesentwurfs explizit darauf hingewiesen worden, dass keine Rechtsänderung beabsichtigt sei, was in der Begründung zu § 5 Abs. 1 EEG 2009 fehle.

Für den Wegfall des gesamtwirtschaftlichen Kostenvergleichs sprechen nach Auffassung des LG Duisburg zudem die Regelungen der §§ 5 Abs. 3, 13 Abs. 2 EEG. Jedem Netzbetreiber stehe nach § 5 Abs. 3 EEG 2009 ein Recht zur einseitigen Bestimmung eines von § 5 Abs. 1 und 2 EEG 2009 abweichenden Netzverknüpfungspunktes zu. Dabei sei lediglich darauf zu achten, dass dieser Punkt faktisch erreichbar und eine vollständige Abnahme der erwarteten Strommenge gewährleistet ist. Allerdings treffe den Netzbetreiber nach § 13 Abs. 2 EEG 2009 die Pflicht, die hierdurch entstehenden Mehrkosten zu tragen. Dies habe zur praktischen Konsequenz, dass der Netzbetreiber den gesamtwirtschaftlichen Kostenvergleich in eigenem Interesse vornehme. Dem Sinn und Zweck, volkswirtschaftlich unnötige Mehrkosten zu vermeiden, werde auf diese Weise hinreichend Geltung verschafft. In diesem Zusammenhang vertritt das LG Duisburg die Auffassung, dass das Beharren des Netzbetreibers auf einen weiter entfernten Netzverknüpfungspunkt im Rahmen des § 5 Abs. 1 EEG 2009 nicht als Ausübung des einseitigen Bestimmungsrechts nach § 5 Abs. 3 EEG 2009 gewertet werden könne.

Im Ergebnis können Anlagenbetreiber nach Auffassung beider Landgerichte in der Vielzahl der Fälle nach § 5 Abs. 1 EEG 2009 auf den nächstgelegenen Anschlusspunkt bestehen. Dieses Ergebnis sei im Einzelfall auch nur in engen Grenzen unter dem Aspekt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) zu revidieren. So schlage bereits jed-

wedes schützenswerte Eigeninteresse des Anlagenbetreibers durch (also bereits geringfügig niedrigere Anschlusskosten nach § 13 Abs. 1 EEG 2009).

Anmerkung

Die gegen beide Urteile eingelegte Berufung ist noch beim OLG Düsseldorf bzw. OLG Hamm anhängig. Deren Ausgang ist schwer abzuschätzen. Zweifel an dem Ergebnis der Landgerichte bestehen jedenfalls. So kann sicherlich gut argumentiert werden, dass der Gesetzgeber mit seiner ausdrücklichen Feststellung, dass der wirtschaftlich günstigste Netzverknüpfungspunkt »wie nach altem Recht zu bestimmen« ist, hinreichend die unveränderte Rechtslage deutlich gemacht hat. Unabhängig davon belegen die Entscheidungen, dass eine eindeutige gesetzliche Regelung besser gewesen wäre, anstatt es bei offensichtlich unterschiedlich zu verstehenden Hinweisen in der Gesetzesbegründung zu belassen. Mit der jetzigen Gesetzesfassung und -begründung ist es dem Gesetzgeber jedenfalls gelungen, eine durch die Rechtsprechung geklärte Rechtsfrage wieder »aufzureißen«.

Toralf Baumann » baumann@scholtka-partner.de

Reichweite von Entflechtungsvorgaben in der Netzwirtschaft

(Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 18. Mai 2010)

Eine wesentliche Anforderung der Überführung von netzgebundenen Infrastrukturdienstleistungen in den Wettbewerb ist die Trennung der Infrastruktur von den Dienstleistungen. Dies gilt im Grundsatz gleichermaßen für die Energiewirtschaft wie für die Telekommunikation und das Eisenbahnwesen. Dementsprechend enthalten die einschlägigen Regulierungsgesetze Anforderungen an die Entflechtung von Netz und Betrieb («Unbundling»). Dabei hat sich in Deutschland für alle Bereiche ein gemäßigtes System des Unbundlings durchgesetzt, das vertikal integrierte Konzerne zulässt, solange die Vorhaltung von Infrastruktur und der Betrieb unterschiedlichen Gesellschaften zugeordnet sind. Innerhalb solcher Konzerne stellt sich häufig die Frage, welche Bereiche noch konzernweit zentralisiert abgedeckt werden können und wie weit – um die Entflechtungsvorgaben zu erfüllen – die jeweiligen Dienstleister Dienstleistungen selber erbringen müssen. In diesem Zusammenhang ist die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Mai 2010 zu sehen.

Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts

Gegenstand dieser Entscheidung war eine Anordnung des Eisenbahn-Bundesamts (EBA), das der DB Netz AG untersagt hat, bei Entscheidungen über den Netzfahrplan oder sonstigen Zuweisungen von Zugtrassen und bei Entscheidungen über Weagentgelte (sog. »diskriminierungsrelevante Bereiche«) sowie bei der Vorbereitung solcher Entscheidungen Juristen der DB AG als Konzernmutter einzubinden. Die gegen diese Anordnung gerichteten Klagen der

DB AG und der DB Netz AG hat das Bundesverwaltungsgericht letztinstanzlich zurückgewiesen. Aus eisenbahnrechtlichen Vorschriften, nach denen die Betreiber von Schienenwegen unternehmensinterne Regelungen zu schaffen, aufrechtzuerhalten und zu veröffentlichen haben, die eine Einflussnahme von Dritten auf Entscheidungen über den Netzfahrplan, die sonstige Zuweisung von Zugtrassen und Entscheidungen über die Weagentgelte unterbinden (§ 9a Abs. 1 Nr. 5 Allgemeines Eisenbahngesetz-AEG), hat das Gericht das Verbot von Doppelfunktionen von Juristen in Konzernmutter und Infrastrukturgesellschaft hergeleitet. Denn nach § 9 Abs. 1 Nr. 5 AEG seien »Entscheidungen« von der Inkompatibilität betroffen. Diese Vorschrift schließe jegliche Einflussnahme von Nichtinfrastrukturunternehmen auf diskriminierungsrelevante Bereiche aus. Hierfür sei nicht erforderlich, dass die konkrete Gefahr einer sachwidrigen oder gar manipulativen Einflussnahme bestehe, vielmehr reiche nach dem Gesetz die abstrakte Gefahr bereits aus. Deswegen erstreckte sich der Normbefehl von § 9a Abs. 1 Nr. 5 Allgemeines Eisenbahngesetz - AEG auch nicht nur auf die eigentlichen Entscheidungsträger, sondern auch auf diejenigen, die Entscheidungen im diskriminierungsrelevanten Bereich vorbereiten. Anders als beispielsweise im Energiewirtschaftsgesetz, das in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf »Letztentscheidung« verweise, spreche das AEG nur von Entscheidung. Hierunter ist nach der Auffassung des BVerwG auch die Entscheidungsvorbereitung zu subsumieren. Den hieraus abzuleitenden Anforderungen an die Entflechtung sei nur dadurch Rechnung zu tragen, dass nur Unternehmensjuristen, die bei dem Infrastrukturunternehmen beschäftigt sind, in diesen Bereichen mitwirken.

Konsequenzen für die Energiewirtschaft

Unmittelbare Konsequenzen hat das Urteil zunächst vor allem für die DB AG und Tochtergesellschaften. Denn das ist ein Konzern, unter dessen Dach sich sowohl Eisenbahninfrastrukturunternehmen als auch Eisenbahnverkehrsunternehmen befinden. Weitere Einschränkungen ergeben sich in sachlicher Hinsicht: Das Gericht erstreckt seine Anforderungen ausdrücklich nur auf den diskriminierungsrelevanten Bereich. Zentrale Konzernfunktionen, die hiermit nicht im Zusammenhang stehen, sind davon ausgenommen. Somit sind künftig auch weiterhin etwa eine einheitliche Beschaffung oder auch rechtliche Unterstützung im Zusammenhang mit beispielsweise Personalangelegenheiten möglich. Darüber hinaus hebt das Gericht hervor, dass die Entscheidung nicht grundsätzlich für sämtliche regulierten Bereiche gilt, sondern den Besonderheiten der eisenbahnrechtlichen Vorgaben Rechnung tragen will. Gerade im EnWG gelte häufig etwas anderes: § 8 Abs. 2 EnWG spreche zum Beispiel gerade von »Letztentscheidungen« gegenüber den »Entscheidungen«, die § 9a AEG als Anknüpfungspunkt für die Unvereinbarkeit heranzieht. Ebenso überträfen die Anforderungen von § 9a Abs. 1 Nr. 5 AEG deutlich das, was § 8 Abs. 4 für das EnWG fordert.

Für die Energiewirtschaft lässt sich somit allenfalls negativ aus der Entscheidung herleiten, dass die energiewirtschaftsrechtlichen Anforderungen an die Entflechtung bei weitem nicht so strikt zu verstehen sind wie die der eisenbahnrechtlichen Vorgaben. Für die Umsetzung in der Praxis ist zudem zu beachten, dass die Entscheidungen der eisenbahnrechtlichen Regulierung durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit kontrolliert werden, wohingegen die Entscheidungen der Bundesnetzagentur im Energiewirtschafts-

bereich durch die ordentliche Gerichtsbarkeit kontrolliert werden. Deswegen besteht ohnehin die Vermutung, dass eine faktische Bindung an die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts eher unwahrscheinlich ist.

Dominik Greinacher » greinacher@scholtka-partner.de

Regelungen für dritte Zuteilungsperiode des Emissionshandels im Entstehen

Mit der Richtlinie 2009/29/EG, die im Frühjahr 2009 in Kraft getreten ist, wurden auf europäischer Ebene die Regelungen für den Emissionshandel ab dem Jahre 2013 festgelegt.

Deutschland hat - wie alle europäischen Mitgliedstaaten - diese Richtlinie in nationales Recht umzusetzen. Dies soll bis zum Jahreswechsel 2010/2011 erfolgen. Damit werden die Grundlagen für die Zuteilung von Emissionsberechtigungen gelegt. Es ist abzusehen, dass die Anträge auf die Zuteilung von Emissionsberechtigungen bis Mitte 2011 gestellt werden sollen. Anfang September 2010 hat das Bundesministerium für Umwelt (BMU) einen ersten Entwurf der Novelle des Treibhausgas-Emissionshandelsgesetzes (TEHG) zur Umsetzung der Richtlinie für die Anhörung der Verbände und Länder vorgestellt. Auch wenn damit die Diskussion um die neuen Regelungen des Emissionshandels noch ganz am Anfang steht, so sind bereits erste Entwicklungslinien abzusehen. Wesentlich sind dabei zwei Aspekte: Zum einen wird das TEHG, in dem periodenunabhängig die Grundregeln des Emissionshandels niedergelegt sind, in einigen Aspekten geändert. Zum anderen enthält die Novelle des TEHG auch die Grundlagen für die Zuteilungsregeln für die dritte Zuteilungsperiode 2013 bis 2020.

Bei den Änderungen des TEHG ist insbesondere eine Ausweitung des Anwendungsbereichs des Emissionshandels hervorzuheben. Ab 2012 fällt der gesamte Bereich des Luftverkehrs darunter. Ab 2013 werden weitere Industriebranchen einbezogen.

Bei den Zuteilungsregeln ergibt sich ab der dritten Zuteilungsperiode die besondere Situation, dass nicht mehr der einzelne Nationalstaat die Zuteilungsregeln schaffen soll, sondern diese durch die Richtlinie quasi auf europäische Ebene »hochgezont« worden sind. Für die

Stromwirtschaft wird keine kostenfreie Zuteilung von Emissionsberechtigungen mehr erfolgen, vielmehr sind diese zu 100 % zu ersteigern. Eine Versteigerungs-Verordnung ist am 19. November 2010 in Kraft getreten. Die Regeln für die kostenfreie Zuteilung werden zur Zeit von der Kommission ausgearbeitet. Diese Zuteilungsregeln sollen bis Ende des Jahres auf europäischer Ebene durch eine Entscheidung der Kommission festgelegt werden. Sie sollen dann in deutsches Recht durch eine Rechtsverordnung umgesetzt werden und nicht mehr - wie bisher - durch ein Zuteilungsgesetz. Für eine solche Verordnung sieht die TEHG-Novelle die Ermächtigungsgrundlagen vor. Dies erinnert an das ursprünglich angestrebte Vorgehen in der ersten Zuteilungsperiode, in der die Zuteilungsregeln in einer Verordnung zum Bundes-Immissionsschutzgesetz festgelegt werden sollten. Dieses Vorgehen konnte sich jedoch 2004 aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken nicht durchsetzen.

SCHOLTKA & PARTNER Rechtsanwälte wird über die weitere Entwicklung der Zuteilungsregeln informieren und dazu im Februar 2011 ein Energiewirtschaftforum durchführen.

CCS-Gesetz – Zweiter Versuch

Teil des Energiekonzepts der Bundesregierung ist die Abscheidung und Verpressung von Kohlendioxid in den Untergrund (Carbon Capture and Storage – CCS). Hierzu hatte bereits die letzte Bundesregierung unter dem 18. Februar 2009 einen Referentenentwurf für ein CO₂-Speicherungsgesetz vorgelegt. Dieser Entwurf ist bekanntlich zunächst am Widerstand der Länder gescheitert und sodann dem Grundsatz der Diskontinuität zum Opfer gefallen. Nunmehr haben das Bundeswirtschaftsministerium und das Bundesumweltministerium einen gemeinsamen neuen Entwurf vorgelegt, das »Gesetz zur Demonstration der dauerhaften Speicherung von Kohlendioxid – Kohlendioxid-Speicherungsgesetz – KSpG«. Das Gesetz sollte ursprünglich Ende September im Kabinett beraten werden, dieser Termin wurde jedoch aufgehoben, ein neuer Termin steht noch nicht fest.

Gegenstand des Gesetzes

Die CCS-Technologie umfasst drei Phasen. Zunächst ist das CO₂ aus dem Abgasstrom von CO₂-erzeugenden Anlagen zu trennen (»Capture«). Sodann ist das CO₂ von der Anfallstelle zur Speicherstelle zu transportieren, wegen der Menge soll dies durch Pipelines erfolgen. Letztlich soll es darum gehen, das CO₂ in den Untergrund zu verbringen und dort zu speichern (»Storage«). Von diesen drei Phasen regelt das KSpG nur die letzten beiden. Die Trennung des CO₂ aus dem Abgasstrom der erzeugenden Anlage wird durch Änderungen des Immissionschutzrechts geregelt.

Transport

Den Transport regelt § 4 KSpG. Hierbei verweist das Gesetz weitgehend auf schon bestehende Regelungsmechanismen, insbesondere die Verfahrensbedingungen für Planfeststellungen nach §§ 72 - 78 VwVfG sowie die entsprechenden Vorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes über die Planfeststellung von Energieleitungen. Nach § 4 Abs. 4 KSpG dient der Transport von CO₂ zu einem Kohlendioxid-speicher dem Wohl der Allgemeinheit, wenn er einen nachhaltigen und wirksamen Beitrag zum Klimaschutz und zur Energieversorgungssicherheit leisten kann. Dies bedeutet, dass der Antragsteller bei der Planfeststellung diese Voraussetzungen jeweils einzeln nachweisen muss. Es ist bereits abzusehen, dass diese rechtliche Anforderung zu erheblichen politischen Diskussionen in den Planfeststellungsverfahren führen wird. Denn nur wenn die Leitung dem Allgemeinwohl dient, kann gegebenenfalls durch Enteignung auf fremde Grundstücke zugegriffen werden.

Untersuchung geeigneter Formationen

Den mit Abstand größten Raum des Gesetzes nimmt die Regelung der eigentlichen Speicherung ein. Zunächst soll die Bundesanstalt für Geowissenschaften und Rohstoffe aus den bei den Ländern vorhandenen Daten eine umfassende Lösung und Bewertung der Potenziale für dauerhafte Speicherung von CO₂ im Untergrund erarbeiten und fortschreiben. Die Bewertung der Potenziale hat sie zu veröffentlichen. Zudem führt diese Behörde ein Register mit sämtlichen bestehenden und geplanten Leitungen sowie den Genehmigungen, Anträgen auf Genehmigungen und auch stillgelegten Speicheranlagen.

Parallel der Regelungsstruktur im Bergrecht unterscheidet auch das KSpG die Untersuchung des Untergrunds (im Bergrecht: Aufsuchung) von der Errichtung und dem Betrieb eines CO₂-Speichers (im Bergrecht: Gewinnung). Die Untersuchung des Untergrunds bedarf (nur) einer Genehmigung. Sie gewährt Exklusivität für die Untersuchung der bezeichneten Gesteinsschichten. Konkurrierende Nutzungen sind während der Gültigkeit der Genehmigung ausgeschlossen. Hat die Behörde über mehrere Anträge für dasselbe Untersuchungsfeld zu entscheiden, so ist maßgeblich, welcher Antragsteller das weitestgehende Arbeitsprogramm zum Gegenstand seines Antrags gemacht hat. Bei gleichwertigen Anträgen gilt der Prioritätsgrundsatz.

Für erforderliche Untersuchungen des Untergrunds sind Zustimmungen des jeweiligen Grundeigentümers und sonstigen Nutzungsberechtigten einzuholen, die jedoch bei Versagung durch eine behördliche Entscheidung ersetzt werden kann, wenn ein entsprechendes öffentliches Interesse dies erfordert.

Errichtung und Betrieb von CO₂-Speichern

Die Errichtung und der Betrieb sowie die wesentliche Änderung eines Kohlendioxid-Speichers bedürfen der Planfeststellung. Dabei haben die Speicher dem Stand von Wissenschaft und Technik zu genügen und nicht mehr – so noch im alten Entwurf – nur dem »anerkannten« Stand von Wissenschaft und Technik. Gegebenenfalls kann hierfür auf das Ergebnis einer vor Inkrafttreten des Gesetzes erteilten bergrechtlichen Aufsuchungserlaubnis bzw. Zulassung eines Betriebsplans zurückgegriffen werden, wenn der Antragsteller dies innerhalb des ersten Jahres nach Inkrafttreten des KSpG beantragt.

Grundstückseigentümer haben gegenüber dem ersten Gesetzentwurf aus 2009 erheblich weitergehende Rechte. So ist nun für die Benutzung die Zustimmung der betroffenen Grundstückseigentümer erforderlich, auch wenn die Zustimmung durch eine behördliche Entscheidung ersetzt werden kann. Aufgrund der enteignungsrechtlichen Vorwirkung des Planfeststellungsbeschlusses für Leitungen und Speicherung können Grundstückseigentümer zudem in Klagen gegen die Zulassungsentscheidung eine nahezu vollständig objektive Rechtmäßigkeitsüberprüfung verlangen.

Ausblick

Der aktuelle Gesetzentwurf bleibt in einigen Bereichen hinter dem Entwurf aus dem Jahr 2009 zurück. Auf der Grundlage dieses Gesetzentwurfs wird es die CCS-Technologie gegenüber dem ursprünglichen Entwurf aus der letzten Legislaturperiode schwerer haben, sich gegen lokale und regionale Widerstände durchzusetzen. Anstatt jedoch dafür zu sorgen, dass die letztlich bundesweite Konfliktlage der Verpressung von CO₂ zur Sicherstellung einer sicheren, preisgünstigen und umweltverträglichen Energieversorgung durch eine bundeseinheitliche Planung gelöst wird, sind so viele Streitigkeiten auf die einzelnen Zulassungsverfahren verlagert worden. So besteht die Gefahr, dass die nationale Lösung globaler Probleme an lokalen Widerständen scheitert.

Bürgschaft für Subventionsrückforderung – Kein Leistungsbescheid möglich

Subventionen spielen im Wirtschaftsleben eine große Rolle. Gleichwohl gibt es kein spezifisches »Subventionsgesetz«. Deswegen müssen auftretende Fragestellungen häufig mit Rückgriff auf allgemeine Grundlagen gelöst werden. In diesen Kontext passt auch eine jüngere Entscheidung des Thüringer Obergerichtes (Az: 3 KO 343/07). Grundlage dieser Entscheidung war der nicht seltene Sachverhalt, dass einem mittelständischen Unternehmen in der Rechtsform einer GmbH eine Subvention im siebenstelligen Bereich gewährt und ausgezahlt wurde. Zur Sicherung einer etwaigen Rückforderung erklärten die beiden Gesellschafter einen öffentlich-rechtlichen Schuldbeitritt. Nachdem das Unternehmen in Konkurs gegangen war und deswegen der Subventionszweck nicht mehr erreicht werden können, hat die Behörde den Subventionsbescheid widerrufen und – da von der Gesellschaft eine maßgebliche Rückführung zu erwarten war – die Gesellschafter auf der Grundlage des öffentlich-rechtlichen Schuldbeitritts durch Verwaltungsakt zur Rückzahlung des Zubetragsumsatzes herangezogen. Verwaltungsakte können unmittelbar, d. h. ohne vorherige gerichtliche Überprüfung, ggf. auch zwangsweise vollstreckt werden. Hiergegen richtete sich die in zweiter Instanz erfolgreiche Klage der Gesellschafter.

Die Entscheidung des Thüringer OVG

Das Gericht begründet sein Urteil allein im Hinblick auf die gewählte Handlungsform. Es setzt sich nicht mit der Frage auseinander, ob

die durch Bescheid geltend gemachte Forderung überhaupt besteht. Vielmehr kommt es zu dem Ergebnis, dass die Behörde in der konkreten Konstellation nicht berechtigt war, gegenüber den Gesellschaftern der eigentlichen Zuwendungsempfängerin den Betrag durch Leistungsbescheid festzusetzen. Denn hierfür fehle eine entsprechende gesetzliche Grundlage.

§ 49a VwVfG (früher: § 44a BHO/LHO) ermögliche zwar grundsätzlich, nach einem Widerruf des Subventionsbescheids die zuviel gezahlten Beträge einschließlich Zinsen zurückzuverlangen. Diese Bestimmung gelte jedoch nur in dem Verhältnis, indem auch der ursprüngliche Bewilligungsbescheid erlassen worden ist, nämlich zwischen Zuwendungsbehörde und Zuwendungsempfänger. Hier handelt es sich bei den Klägern um Personen, die im Wege eines Schuldbeitritts oder einer Bürgschaft (das hatte das Gericht ausdrücklich offen gelassen) gegenüber der Behörde für einen Rückforderungsanspruch einstehen sollten. Somit sind es Dritte, denen gegenüber § 49a VwVfG nicht angewendet werden kann. Aus dem gleichen Grund fällt auch die sog. »Kehrseitentheorie« als taugliche Ermächtigungsgrundlage aus. Danach kann eine Entscheidung auf dem gleichen Wege rückgängig gemacht werden, auf dem sie auch erlassen worden war. Aber auch nach dieser Rechtsfigur besteht die Möglichkeit der Rückforderung durch Bescheid nur in dem ursprünglichen Bewilligungsverhältnis, nicht jedoch gegenüber Dritten. Für die sog. »Kehrseitentheorie« sei auch bereits deswegen kein Raum mehr, weil in der Zwischenzeit § 49a VwVfG diesen Fall bereits regelt. Die Voraussetzungen nach § 49a VwVfG könnten nicht durch Rückgriff auf allgemeine Grundsätze der Rechtsprechung erweitert werden.

Letztlich prüft das Gericht noch, ob die Kläger durch die konkrete Formulierung des Schuldbeitrittsvertrags sich freiwillig einer möglichen Rückforderung durch Bescheid unterworfen haben. Dies verneinte das Gericht und führte zudem aus, dass eine entsprechende Erklärung vermutlich unwirksam wäre. Auch der Vergleich mit der grundsätzlich eröffneten Möglichkeit, sich in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen, führe hier nicht weiter. Umgekehrt zeigen die an eine derartige Unterwerfung gestellten Voraussetzungen, dass die Bescheidbefugnis durch Vertrag eine Umgehung der Voraussetzungen an die Unterwerfung wäre und bereits deswegen als nichtig anzusehen sind.

Auswirkungen der Entscheidung

Die Kläger im Ausgangsfall werden mit dieser Entscheidung nur einen Pyrrhussieg erzielt haben. Denn das Gericht hat ausdrücklich allein die Befugnis der beklagten Behörde verneint, die Rückforderung durch Bescheid geltend zu machen. Ob der Rückforderungsbetrag tatsächlich und auch in dieser Höhe besteht, war nicht mehr Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens. Die Kläger werden deswegen damit rechnen müssen, nunmehr erneut zur Leistung aufgefordert und im Zweifel auf Zahlung verklagt zu werden.

Darüber hinaus zeigt die Entscheidung sehr anschaulich, welche komplexen rechtlichen Fragen sich aus der Vermischung von zwei Handlungsformen (Vertrag und Bescheid) gerade in Subventionsverhältnissen ergeben können. Subventionen sind – wie oben bereits dargestellt – nur sehr rudimentär rechtlich geregelt. Gerade in diesem Feld greifen deswegen Behörden gerne zu öffentlich-rechtlichen Verträgen, die ihnen größere Freiheiten eröffnen als Gewährungen durch Bescheid. Hat sich eine Behörde

jedoch erst einmal auf der Grundlage eines Vertrages auf die Gleichordnungsebene begeben, so kann sie nicht ohne weiteres wieder auf ein Unterordnungsverhältnis durch einseitige Anordnung, also auf einen Verwaltungsakt zurückkommen. Besonders komplex werden derartige Fragen dann, wenn durch Vertrag Regelungen in Bescheiden geändert werden sollen, was grundsätzlich möglich ist und in Subventionsverhältnissen auch häufiger vorkommt.

Dominik Greinacher » greinacher@scholtka-partner.de



VERANSTALTUNGEN

BDEW-INFOTAG

»Beschaffung und Handel von CO₂-Zertifikaten«

7. Dezember 2010 in Berlin

Dr. Markus Ehrmann: »Rechtliche Probleme der dritten Zuteilungsperiode«

EUROFORUM-SEMINAR

»Einführung in die Energiewirtschaft«

13. bis 15. Dezember 2010 in Düsseldorf

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

LEIPZIGER GESPRÄCHE ZUM UMWELT- UND PLANUNGSRECHT

11. Januar 2011 in Leipzig

Dr. Dominik Greinacher: »Aktuelle Herausforderungen des Energieleitungsausbaus«

EUROFORUM-SEMINAR

»Crashkurs Energierecht«

31. Januar bis 2. Februar 2011 in Berlin

Toralf Baumann: »Die Regulierung der Netze: Vom verhandelten zum regulierten Netzzugang«, »Konzessionsverträge, Wegenutzung und Konzessionsabgaben - Der Rechtsrahmen«
Solveig Hinsch: »Zunehmender Energiehandel: Wachsende rechtliche Bedeutung im sich wandelnden Markt«, »Energiesteuerrecht im Kurz-Überblick«

E-WORLD ENERGY & WATER 2011

8. Februar 2011 in Essen

Dr. Markus Ehrmann: »Der CO₂ Zertifikatemarkt nach 2012«

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 Dr. Conrad Seiferth

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