

Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften

Am 29. Juli 2012 hat die Bundesregierung mit dem Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften maßgebliche Neuerungen, insbesondere hinsichtlich der Regelungen zur Anbindung von Offshore-Anlagen und zum Haftungsregime bei verspäteter Errichtung bzw. bei der Störung des Betriebs der Netzanbindung, eingebracht. Daneben sieht der Entwurf Folgeänderungen der Anreizregulierungsverordnung vor. Weitere Änderungen betreffen insbesondere die Freistellung von Speicherbetreibern von der Zahlung von Netzentgelten und die buchhalterische Entflechtung von Energieversorgungsunternehmen.

Zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung hat der Bundesrat am 12. Oktober 2012 umfangreich Stellung genommen, vgl. BR-Drs. 520/12 (Beschluss). Darüber hinaus hat der Bundesrat die Novelle aber auch zum Anlass genommen, weitere – im Gesetzesentwurf der Bundesregierung nicht vorgesehene – Vorschläge aufzunehmen. Dies betrifft insbesondere die Aufnahme von Regelungen in die Strom- und Gasnetzentgeltverordnung zu Preisindizes für die Ermittlung der Tagesneuwerte und die Bemessung des Risikozuschlages auf den Zinssatz, der auf den die zulässige Eigenkapitalquote übersteigenden Anteil des Eigenkapitals anzuwenden ist. Weitere Änderungsvorschläge betreffen die Konzessionsvergabe.

Zu der Stellungnahme des Bundesrates hat die Bundesregierung am 31. Oktober 2012 eine Gegenäußerung abgegeben. Darin hat sie die Vorschläge des Bundesrates weitestgehend abgelehnt, vgl. BT-Drs. 17/11269.

Inhalt

- Neuregelungen zum Anschluss von Offshore-Windparks S. 2
- Sonstige Änderungen im Gesetzesentwurf S. 8
- Zusätzliche Vorschläge des Bundesrates..... S. 10
- Zusammenfassung und Ausblick S. 12

Neuregelungen zum Anschluss von Offshore-Windparks

Der Gesetzesentwurf (EnWG-E) beinhaltet insbesondere ein neues Konzept zur Realisierung der Offshore-Anbindungen. Vorgesehen ist ein Systemwechsel hinsichtlich des derzeit geltenden individuellen Anbindungsanspruchs der Offshore-Windpark-Betreiber (OWP-Betreiber), der die anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber zur Netzanbindung zum Zeitpunkt der Herstellung der technischen Betriebsbereitschaft der Offshore-Anlage verpflichtet, hin zu einem verbindlichen Offshore-Netzentwicklungsplan. Der bisherige individuelle Anbindungsanspruch wird durch einen Anbindungsanspruch im Rahmen der diskriminierungsfrei zugeteilten Kapazität ab dem Fertigstellungszeitpunkt der Anbindungsleitung ersetzt. Ferner sollen Entschädigungsregelungen für den Fall einer Verzögerung der Errichtung oder einer Störung des Betriebs der Netzanbindung von Offshore-Erzeugungsanlagen in das Gesetz aufgenommen werden.

Nachfolgend werden zunächst die bestehenden Regelungen dargestellt (I.). Sodann werden die wesentlichen Änderungsvorschläge und die weiteren Inhalte der Stellungnahme des Bundesrates sowie die Gegenäußerung der Bundesregierung skizziert (II.). Schließlich wird eine erste Einschätzung zu den Änderungen im Gesetzesentwurf abgegeben (III.).

I. Aktuelle Gesetzeslage

Die Übertragungsnetzbetreiber (ÜNB), in deren Regelzone die Netzanbindung von Offshore-Anlagen erfolgen soll, sind nach der aktuellen Gesetzeslage verpflichtet, die Leitungen von dem Umspannwerk der Offshore-

Anlagen bis zu dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Verknüpfungspunkt des nächsten Übertragungs- oder Verteilernetzes zu errichten und zu betreiben. Die Netzanbindungen müssen zu dem Zeitpunkt der Herstellung der technischen Betriebsbereitschaft der Offshore-Anlagen errichtet sein (§ 17 Abs. 2a Satz 1 EnWG).

Bei verzögerter oder mangelhafter Herstellung des Netzanschlusses ist der ÜNB gegenüber dem OWP-Betreiber schadensersatzpflichtig, beispielsweise wegen entgangenen Gewinns. Der ÜNB kann die Inanspruchnahme jedoch verhindern, wenn er nachweisen kann, dass er die Umstände für den verspäteten oder mangelhaften Anschluss nicht zu vertreten hat.

Bislang sind die Netzanschlussvoraussetzungen (sog. Anbindungskriterien) lediglich in einem rechtlich unverbindlichen Positionspapier der Bundesnetzagentur (BNetzA) zur Netzanbindungsverpflichtung aus dem Jahr 2009 formuliert. Danach müssen folgende Voraussetzungen gegeben sein:

- Vorliegen einer nach öffentlichem Recht erforderlichen Genehmigung zur Errichtung der Offshore-Anlage;
- Vorliegen eines plausiblen Bauzeitenplans;
- Durchführung der Baugrunduntersuchung für sämtliche Standorte der Offshore-Anlagen, welche bei der Dimensionierung der Netzanbindung berücksichtigt werden sollen und
- verbindliche Verträge über die Bestellung von Windanlagen und eine verbindliche Finanzierung der Windenergieanlagen oder "Vor"-Verträge über die Bestel-

lung der wesentlichen Großkomponenten.

Sind die Voraussetzungen erfüllt, hat der ÜNB dem OWP-Betreiber die (zunächst bedingte und bei Erfüllung des letzten Kriteriums auch die unbedingte) Zusage zum Netzanschluss zu erteilen. Wird der ÜNB nicht rechtzeitig tätig und kommt es zu Verzögerungen bei der Netzanbindung, so kann dies zu einer Schadensersatzpflicht hinsichtlich der entstandenen Verzugschäden führen.

Trotz des Umstandes, dass das Positionspapier der BNetzA keinen rechtsverbindlichen Charakter hat, finden die Anschlusskriterien in der Praxis bei der Anbindung von Offshore-Anlagen an das Netz Berücksichtigung. Jedoch bestehen mangels ausdrücklich gesetzlicher Regelungen und hinreichend verlässlicher Rahmenbedingungen Rechtsunsicherheiten, die derzeit ein Investitionshindernis für Investoren darstellen, und zwar sowohl bei Investitionen in Netzanbindungen, als auch in Offshore-Windparks.

II. Wesentliche Neuerungen des Entwurfs

Mit dem EnWG-E sollen nunmehr verlässliche Rahmenbedingungen geschaffen und die bestehenden Rechtsunsicherheiten beseitigt werden. Das in § 17 Abs. 2a EnWG angelegte Konzept zur Anbindung von Offshore-Anlagen soll umfassend geändert werden. Insoweit sieht der Gesetzesentwurf vor, dass § 17 Abs. 2a und 2b EnWG aufgehoben werden. Allerdings beinhaltet § 118 Abs. 12 EnWG-E eine Übergangsregelung, wonach auf Offshore-Anlagen, die bis zum 29. August 2012 eine unbedingte oder bedingte Netzanbindungszusage erhalten und im Falle der bedingten Netzanbindungszusage spätestens zum 1. September 2012 die Voraus-

setzungen für eine unbedingte Netzanbindungszusage nachgewiesen haben, § 17 Abs. 2a und 2b in der bis zum Inkrafttreten dieses Gesetzes geltenden Fassung anzuwenden sind. Für sonstige Netzanschlüsse gelten ab Inkrafttreten des EnWG-E die Neuregelungen der §§ 17a bis 17j EnWG-E.

Im Folgenden werden die Vorschläge im EnWG-E zur Etablierung eines verbindlichen Offshore-Netzentwicklungsplans (1.) sowie die Einführung einer Entschädigungs- und Wälzungsregelung für den Fall einer Verzögerung der Errichtung oder einer Störung des Betriebs der Netzanbindung von Offshore-Erzeugungsanlagen (2.) dargestellt.

Die Neuerungen des Entwurfs werden im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens kontrovers diskutiert, wie nachfolgend aufgezeigt wird.

1. Offshore-Netzentwicklungsplan

Neuregelungen zur Netzplanung finden sich in §§ 17a bis d EnWG-E. Sie stellen einen grundlegenden Systemwechsel bei der Planung und Errichtung von Anbindungsleitungen für Offshore-Anlagen dar, der durch die ÜNB umzusetzen ist (a). Dem OWP-Betreiber steht ein Netzanbindungsanspruch im Rahmen der diskriminierungsfrei zugeteilten Kapazität zu (b). Die finanziellen Aufwendungen der ÜNB hinsichtlich des Netzentwicklungsplans werden über einen Belastungsausgleich unter den ÜNB ausgeglichen (c).

a) Erstellung und Umsetzung des Netzentwicklungsplans

Während sich nach dem bisherigen System die Errichtung der Netzanbindung weitestgehend danach bestimmte, zu welchem Zeitpunkt ein anschließender Windpark betriebsbereit war, werden die Netzanbindungen nunmehr im Rahmen einer Bedarfs-

planung konkretisiert. In Anlehnung an die bereits im Onshore-Bereich geltende Systematik soll nunmehr durch einen sogenannten Offshore-Netzentwicklungsplan auf der Grundlage des von den ÜNB entwickelten Szenariorahmens (§ 12a EnWG) sowohl für die ausschließliche Wirtschaftszone (AWZ) als auch für das Küstenmeer eine verbindliche Festlegung von Maßnahmen erfolgen. Dabei ist vorgesehen, dass im Offshore-Netzentwicklungsplan Maßnahmen zur bedarfsgerechten Optimierung, Verstärkung und zum Ausbau der Offshore-Anbindungsleitungen in den nächsten 10 Jahren festgeschrieben werden, jeweils versehen mit einer zeitlichen Staffelung sowie verbindlichen Terminen für den Beginn ihrer Umsetzung. Mit Blick auf die für eine Anbindung geeigneten Offshore-Anlagen sowie Trassen oder Trassenkorridore für Anbindungsleitungen, z.B. Standorte für Konverterplattformen, werden Festlegungen in einem separaten Bundesfachplan Offshore getroffen. Diese sind bei der Festlegung der Maßnahmen im Offshore-Netzentwicklungsplan zu berücksichtigen.

Im Zusammenhang mit der Erstellung und Umsetzung des Offshore-Netzentwicklungsplans werden im Gesetzgebungsverfahren insbesondere die Beteiligung von Küstenländern (aa) und die Bestimmung des verbindlichen Fertigstellungsdatums kontrovers diskutiert (bb).

(aa) Beteiligung von Küstenländern

Der Gesetzesentwurf sieht in § 17a vor, dass das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie (BSH) jährlich im Einvernehmen mit der BNetzA und in Abstimmung mit dem Bundesamt für Naturschutz und den Küstenländern einen Bundesfachplan Offshore erstellt.

Der Bundesrat hat - entgegen der von

der Bundesregierung vorgesehenen Regelung - nunmehr vorgeschlagen, dass der Bundesfachplan nicht lediglich in Abstimmung mit den Küstenländern, sondern vielmehr im konkreten Einvernehmen mit diesen erstellt werden soll. Damit soll sichergestellt werden, dass eine Entscheidungsfindung nicht ohne die Zustimmung der Länder erfolgen kann.

Die Bundesregierung beabsichtigt, den Vorschlag des Bundesrates nicht aufzugreifen. Dies begründet sie mit der Überführung des geltenden § 17 Abs. 2a Satz 3 EnWG in den neuen § 17a EnWG. § 17 Abs. 2a Satz 3 EnWG sieht vor, dass das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie den Offshore-Netzplan für die ausschließliche Wirtschaftszone im Einvernehmen mit der Bundesnetzagentur und in Abstimmung mit dem Bundesamt für Naturschutz und den Küstenländern erstellt. Aus Sicht der Bundesregierung solle zum einen § 17 Abs. 2a Satz 3 EnWG von seiner grundsätzlichen Zielrichtung und dem Verfahren zur Erstellung nicht verändert werden. Zum anderen stelle ein Einvernehmensefordernis des Bundesamtes für Seeschifffahrt und Hydrographie mit den Küstenländern bei der Erstellung des Bundesfachplans Offshore eine unzulässige Mischverwaltung dar.

(bb) Verbindliches Fertigstellungsdatum

Des Weiteren sieht der EnWG-E vor, dass der ÜNB in der jeweiligen Regelzone zur Anbindung der Offshore-Anlagen in der AWZ nach Maßgabe des Offshore-Netzentwicklungsplans verpflichtet bleibt. Nach Vergabe des Auftrags zur Herstellung der Anbindungsleitung durch den ÜNB hat dieser das voraussichtliche Fertigstellungsdatum den OWP-Betreibern bekannt zu machen. Dieses Fertigstellungsdatum wird nach dem Entwurf der Bundesregierung 30 Monate

vor Eintritt der voraussichtlichen Fertigstellung verbindlich, § 17d Abs. 2 Satz 3 EnWG-E.

Der Bundesrat hat demgegenüber nunmehr in seiner Stellungnahme vorgeschlagen, diesen Zeitraum auf 36 Monate auszuweiten, um Investoren zusätzliche Planungssicherheit zu gewähren. Dies wird damit begründet, dass die Investoren in OWP zu diesem Zeitpunkt bereits eine finale Investitionsentscheidung getroffen und alle wesentlichen Verträge zur Errichtung des Windparks verbindlich geschlossen haben, da sie nach § 17d Abs. 3 EnWG-E verpflichtet sind, spätestens 12 Monate nach dem verbindlichen Fertigstellungstermin der Anbindungsleitung die technische Betriebsbereitschaft der Anlage sicherzustellen.

Die Bundesregierung hält die vom Bundesrat angeregte Ergänzung zwar grundsätzlich für sinnvoll, stimmt ihr aber im Ergebnis nicht zu. Die 30-Monatsfrist solle den OWP-Betreiber nicht in die Lage versetzen, die finale Investitionsentscheidung heraus zu zögern, sondern stelle einen Zeitpunkt dar, ab dem von dem OWP-Betreiber eine Anpassung abgeschlossener Verträge nicht mehr erwartet werden könne.

Um OWP-Betreibern einen größeren Zeitraum für die Herstellung der Betriebsbereitschaft einzuräumen, schlägt die Bundesregierung als Kompromiss vor, gemäß § 17d Abs. 3 Satz 3 EnWG-E die Frist zur Herstellung der technischen Betriebsbereitschaft der Offshore-Anlage von 12 Monaten auf 18 Monate nach dem verbindlichen Zeitpunkt für die Fertigstellung der Anbindungsleitung zu verlängern.

An das verbindliche Fertigstellungsdatum knüpfen auch die vorgesehenen Entschädigungsregeln an (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 2).

b) Netzanbindungsanspruch im Rahmen der diskriminierungsfrei zugeteilten Kapazität

Der Netzanbindungsanspruch des OWP-Betreibers erstreckt sich gemäß § 17d Abs. 3 EnWG-E nunmehr lediglich auf eine ihm von der BNetzA im Benehmen mit dem BSH zugewiesene Kapazität. Die Zuweisung dieser Kapazität erfolgt dabei in einem diskriminierungsfreien Verfahren und gilt ab dem Zeitpunkt der verbindlichen Fertigstellung der Anbindungsleitung. Ein gesetzlicher Anspruch auf eine höhere (oder niedrigere) Kapazität besteht nicht.

Sofern der OWP-Betreiber nicht spätestens zwölf Monate vor dem verbindlichen Fertigstellungstermin mit der Errichtung beginnt und die Betriebsbereitschaft nicht spätestens zwölf Monate (bzw. 18 Monate nach dem Kompromissvorschlag der Bundesregierung) nach Fertigstellung der Anbindungsleitung hergestellt ist, kann der OWP-Betreiber die ihm zugewiesene Kapazität verlieren. Die Entscheidung zum Entzug der zugewiesenen Kapazität trifft die BNetzA in Abstimmung mit dem BSH und liegt in deren Ermessen.

c) Belastungsausgleich

Gemäß § 17d Abs. 4 EnWG-E sind die ÜNB verpflichtet, den unterschiedlichen Umfang ihrer Kosten im Zusammenhang mit der Umsetzung des Netzentwicklungsplans über eine finanzielle Verrechnung untereinander auszugleichen. Erfasst werden die Kosten der Errichtung und des Betriebes der Anbindungsleitungen nach den Vorgaben des Netzentwicklungsplans sowie die Kosten für die Durchführung des Planfeststellungsverfahrens und die jährliche Bereitstellung eines Netzentwicklungsplans.

2. Neue Entschädigungs- und Wälzungsregelungen

Das EnWG soll mit § 17e EnWG-E um Vorschriften zu Entschädigungsansprüchen des OWP-Betreibers für Vermögensschäden gegen den anbindungsverpflichteten ÜNB im Fall einer Störung oder einer Verzögerung des Netzanschlusses ergänzt werden **(a.)**. Ferner sollen die aufgrund der Entschädigungsansprüche so entstandenen Kosten gemäß § 17f EnWG-E in einen Wälzungsmechanismus eingebracht werden können **(b.)**. Zudem ist die Haftung für Sachschäden gedeckelt **(c.)**.

a) Verschuldensunabhängiger Entschädigungsanspruch

Der Entschädigungsanspruch für den entstandenen Vermögensschaden soll unabhängig vom Verschulden des ÜNB für die Störung oder Verzögerung gegeben sein. Die verschuldensunabhängige Haftung wird in der Gesetzesbegründung damit gerechtfertigt, dass der OWP-Betreiber bei der Errichtung von Offshore-Anlagen auf Grund technischer Herausforderungen bei deren Errichtung ein erhöhtes Risiko auf staatliche Veranlassung und im Interesse der Allgemeinheit eingeht.

Hinsichtlich der Entschädigung unterscheidet der Gesetzesentwurf zwischen einer Störung der Netzanbindung **(aa)** und einer Verzögerung bei der Fertigstellung der Netzanbindung **(bb)**.

(aa) Gestörte Netzanbindung

Bei einer Störung der Netzanbindung besteht nach § 17e Abs. 1 EnWG-E ein Entschädigungsanspruch des OWP-Betreibers gegen den ÜNB bei einer fortdauerenden Störung erst ab dem 11. Tag. Bei Auftreten von Störungen an mehr als 18 Tagen im Kalenderjahr besteht ein Anspruch

unmittelbar ab dem 19. Tag. Wenn Störungen auf betriebsbedingten Wartungsarbeiten beruhen und an mehr als 10 Tagen im Kalenderjahr bestehen, besteht ein Anspruch ab dem 11. Tag, § 17f Abs. 3 EnWG-E. Hat der ÜNB eine Störung der Netzanbindung vorsätzlich herbeigeführt, kann der Anlagenbetreiber einen Anspruch ab dem 1. Tag der Störung geltend machen.

Bei der Ermittlung der Höhe der Entschädigung ist für jeden Tag der Störung, für den der OWP-Betreiber eine Entschädigung erhält, die durchschnittliche Einspeisung einer vergleichbaren Anlage in dem Zeitraum der entsprechenden Störung zu Grunde zu legen, § 17e Abs. 1 Satz 2 EnWG-E. Es wird mithin "virtuell" ermittelt, was die Offshore-Anlage an Einspeiseerlösen erzielt hätte, wäre sie nicht wegen der gestörten Netzanbindung an einer Einspeisung gehindert gewesen.

Grundsätzlich kann der OWP-Betreiber nach § 17e Abs. 1 Satz 1 EnWG-E für die entstandenen Vermögensschäden aber lediglich eine Entschädigung in Höhe von 90 % der nach § 16 EEG i.V. m. § 31 EEG im Fall der Einspeisung erfolgten Vergütung verlangen, d.h. er muss einen Eigenanteil in Höhe von 10 % hinnehmen. Dies gilt allerdings nicht, wenn die Störung durch vorsätzliches Handeln des ÜNB herbeigeführt wurde. Dann kann der OWP-Betreiber 100% der Einspeisevergütung verlangen, § 17e Abs. 1 Satz 5 EnWG-E. Über die vorstehend genannte Entschädigung hinaus ist eine Inanspruchnahme des ÜNB für Vermögensschäden aufgrund einer gestörten Netzanbindung ausgeschlossen.

Dem OWP-Betreiber steht indes kein Entschädigungsanspruch zu, sofern er selbst die Störung oder Unterbre-

chung der Netzanbindung zu vertreten hat.

(bb) Verzögerte Fertigstellung der Netzanbindung

Eine verzögerte Fertigstellung der Netzanbindung liegt vor, wenn die Einspeisung aus einer betriebsbereiten Offshore-Anlage nicht möglich ist, weil die Netzanbindung nicht zu dem verbindlichen Zeitpunkt der Fertigstellung der Anbindungsleitung gemäß § 17d Abs. 2 Satz 3 EnWG-E fertig gestellt wurde, § 17e Abs. 2 Satz 1 EnWG-E. In einem solchen Fall entsteht der Entschädigungsanspruch des OWP-Betreibers gegen den ÜNB, falls die Netzanbindung nicht zu dem verbindlichen Fertigstellungsdatum erfolgte, ab dem Zeitpunkt der Herstellung der Betriebsbereitschaft der Offshore-Anlage, frühestens jedoch ab dem 11. Tag nach dem verbindlichen Fertigstellungstermin der Anbindungsleitung, § 17e Abs. 2 Satz 1 EnWG-E.

Dem verbindlichen Fertigstellungszeitpunkt der Anbindungsleitung steht der Fertigstellungstermin aus der unbedingten Netzanbindungszusage gleich, wenn die unbedingte Netzanbindungszusage dem OWP-Betreiber bis zum 29. August 2012 erteilt wurde, § 17e Abs. 2 Satz 4 EnWG-E. Dies gilt auch, wenn dem OWP-Betreiber zunächst eine bedingte Netzanbindungszusage erteilt wurde und er bis zum 1. September 2012 die Kriterien für eine unbedingte Netzanbindungszusage nachgewiesen hat, denn in diesem Fall sieht das Positionspapier vor, dass die unbedingte Netzanbindungszusage zu erteilen ist.

Ungeachtet dessen gilt der Entschädigungsanspruch ab dem 1. Tag nach dem verbindlichen Fertigstellungsdatum (beziehungsweise der [un]bedingten Netzanbindungszusa-

ge), soweit der ÜNB die nicht rechtzeitige Fertigstellung der Netzanbindung vorsätzlich herbeigeführt hat.

Von der Betriebsbereitschaft einer Offshore-Anlage soll nach § 17e Abs. 2 Satz 4 EnWG-E ausgegangen werden können, wenn das Fundament der Offshore-Anlage und die für die Offshore-Anlage vorgesehene Umspannanlage zur Umwandlung der durch eine Offshore-Anlage erzeugten Elektrizität auf eine höhere Spannungsebene errichtet sind und von der Herstellung der tatsächlichen Betriebsbereitschaft zur Schadensminderung abgesehen wurde, § 17f Abs. 2 Satz 4 EnWG-E.

Der Bundesrat befürwortet die Neuerungen weitestgehend. Jedoch führt er an, dass für den Anspruch auf Entschädigung im Fall der verzögerten Netzanbindung von einer Betriebsbereitschaft dann ausgegangen werden sollte, wenn das Fundament der Offshore-Anlage errichtet ist und an der Offshore-Anlage sowie an der für die Offshore-Anlage vorgesehenen Umspannanlage zur Umwandlung der durch die Offshore-Anlage erzeugten Elektrizität auf eine höhere Spannungsebene durch den Vorhabenträger Eigentum erworben wurde und die Umspannanlage kurzfristig errichtet werden kann.

Zur Begründung führt der Bundesrat aus, dass die bisherige Formulierung für den Entschädigungsanspruch die Errichtung des Umspannwerks voraussetzt. Dies habe aber zur Folge, dass das fertiggestellte Umspannwerk auf See zur Abwendung von Schäden mit einem Dieselgenerator versorgt werden müsste, um einen Entschädigungsanspruch geltend zu machen. Ein solches Vorgehen, d.h. die Sicherstellung eines Notbetriebs für die Umspannungsanlage, durch eine Entschädigungsregelung auch noch

als Regelfall vorzusehen, betrachtet der Bundesrat als Fehlsteuerung.

Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag des Bundesrates ab, da sie die kurzfristige Errichtung des Umspannwerks in der Praxis als nicht hinreichend gewährleistet erachtet. Aus Sicht der Bundesregierung seien die Kosten des Notbetriebs im Verhältnis zur Gesamtinvestition zudem überschaubar, insbesondere da es sich – im Gegensatz zu der Vielzahl von Windkraftträgern in einem Offshore-Windpark – lediglich um eine einzelne zu versorgende Anlage handele. Zudem seien die Kosten des Notbetriebs – ebenso wie im Fall von Betriebsstörungen – bereits in den Entschädigungszahlungen berücksichtigt.

Hinsichtlich der Höhe des Entschädigungsanspruchs gilt auch hier, dass der OWP-Betreiber grundsätzlich eine Entschädigung in Höhe von 90% beziehungsweise im Fall der vorsätzlichen Verzögerung der Netzanbindung 100% der nach EEG vorgesehenen Einspeisevergütung verlangen kann und dass diese Entschädigungsansprüche abschließend sind.

Schließlich wird der OWP-Betreiber verpflichtet, die erhaltenen Zahlungen inklusive Zinsen zurückzugewähren, wenn die technische Betriebsbereitschaft der Offshore-Anlage nicht innerhalb einer von der Regulierungsbehörde gesetzten Frist tatsächlich hergestellt wird, § 17e Abs. 2 Satz 5 EnWG-E. Diese Regelung dürfte allein im Fall des § 17e Abs. 2 Satz 4 EnWG-E von Bedeutung sein.

b) Kostenwälzung

Die den anschlussverpflichteten ÜNB infolge von Entschädigungsansprüchen entstandenen Kosten einschließlich der Kosten für eine Zwischenfinanzierung können grundsätzlich in einen

Kostenwälzungsmechanismus eingebracht werden.

In einem ersten Schritt haben hierzu die ÜNB ihre unterschiedlichen Belastungen im Zusammenhang mit Schadensersatzzahlungen auszugleichen **(aa)**, um sie in einem zweiten Schritt über die Netzentgelte auf die Netznutzer abzuwälzen **(bb)**.

(aa) Höhe des Belastungsausgleich

Hinsichtlich der angefallenen Kosten aufgrund der geleisteten Entschädigungszahlungen soll ein Belastungsausgleich zwischen den ÜNB stattfinden. Ob bzw. in welcher Höhe die Kosten in den Wälzungsmechanismus eingebracht werden können, hängt von dem Verschuldensgrad des anbindungsverpflichteten ÜNB hinsichtlich der Verzögerung bzw. Unterbrechung der Netzanbindung ab.

Wurde die Verzögerung oder Unterbrechung nicht oder nicht schuldhaft durch den ÜNB verursacht, so beispielsweise im Falle höherer Gewalt, kann er die gesamten entstandenen Kosten in den Wälzungsmechanismus einbringen. Sofern der ÜNB den Schaden vorsätzlich verursacht hat, ist er zum Kostenausgleich nicht berechtigt. Bei Fahrlässigkeit kann der ÜNB die geleistete Entschädigungszahlung abzüglich eines Selbstbehalts (sog. Eigenanteil) in den Belastungsausgleich einstellen, wobei zu Lasten des ÜNB das Vorliegen von Fahrlässigkeit vermutet wird, § 17f Abs. 2 Satz 3 EnWG-E.

Im Einzelnen trägt der anbindungsverpflichtete ÜNB bei Fahrlässigkeit im Kalenderjahr für den Teil der Schäden nach § 17f Abs. 2 Satz 2 EnWG-E

- bis EUR 200 Mio. einen Selbstbehalt in Höhe von 20%,

- von EUR 200–400 Mio. einen Selbstbehalt in Höhe von 15%,
- von EUR 400–600 Mio. einen Selbstbehalt in Höhe von 10%,
- von EUR 600–800 Mio. einen Selbstbehalt in Höhe von 5%, und
- ab EUR 800 Mio. keinen Selbstbehalt.

Der ÜNB ist ferner nur dann zur Einstellung der Kosten in den Ausgleichsmechanismus berechtigt, wenn er nachweist, dass er alle möglichen und zumutbaren Schadensminderungsmaßnahmen ergriffen hat, § 17f Abs. 3 EnWG-E.

(bb) Wälzungsmechanismus

Gemäß § 17f Abs. 4 Satz 2 EnWG-E sind bei der Ermittlung der im Rahmen des Belastungsausgleichs auszugleichenden Kosten Vertragsstrafen, die von Zulieferern, insbesondere aufgrund von Verspätungen gezahlt werden, zunächst kostenmindernd in Abzug zu bringen, bevor die verbleibenden Kosten der Entschädigungszahlung in den Wälzungsmechanismus eingestellt werden können. Gleiches gilt für Versicherungsleistungen und Ersatzleistungen Dritter.

Zur Entlastung der anbindungsverpflichteten ÜNB sollen die durch Entschädigungszahlungen entstandenen Kosten nach § 17f Abs. 5 EnWG-E auf den Letztverbraucher durch einen Aufschlag auf die Netzentgelte abgewälzt werden. Allerdings sieht der Gesetzgeber Deckelungsgrenzen für die Belastung der Letztverbraucher vor, § 17f Abs. 5 Satz 2 und Satz 3 EnWG-E. So soll für Strombezüge aus dem Netz der allgemeinen Versorgung an einer Abnahmestelle bis zu 1 Mio. kWh/a die Umlage höchstens 0,25 ct/kWh betragen.

Letztverbraucher mit einem besonders hohen Energieverbrauch sollen demgegenüber entlastet werden. Zum einen soll für einen Strombezug von mehr als 1 Mio. kWh die Umlage höchstens 0,05 ct/kWh betragen. Für Unternehmen des produzierenden Gewerbes, deren Stromkosten im vorangegangenen Kalenderjahr 4 % des Umsatzes überstiegen, sollen sich die Deckelungsgrenzen halbieren (Strombezug bis zu 1 Mio. kWh/a höchstens 0,125 ct/kWh, mehr als 1 Mio. kWh höchstens 0,025 ct/kWh).

Um die Letztverbraucher wiederum vor übermäßigen Belastungen zu schützen und eine angemessene Risiko- und Lastenverteilung sicherzustellen, soll der anbindungsverpflichtete ÜNB zudem angemessene und wirtschaftliche Versicherungen abschließen, § 17h EnWG. Der Bundesrat regt demgegenüber an, die Regelung dahingehend zu verschärfen, dass der ÜNB entsprechende Versicherungen nicht lediglich abschließen soll, sondern muss.

Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag des Bundesrates mit der Begründung ab, dass gegen die Einführung einer Versicherungspflicht in § 17h Satz 1 EnWG spreche, dass ein Teil der möglichen Risiken nicht versicherbar sei bzw. entsprechende Versicherungen derzeit noch nicht am Markt verfügbar seien.

Schließlich soll die Umlage für das Jahr 2013 in Höhe der zuvor genannten Deckelungsgrenzen festgelegt werden. Für geleistete Entschädigungszahlungen, die wegen Überschreitung der Deckelungsgrenzen bei der Entschädigungs-Umlage für das betreffende Kalenderjahr nicht in Ansatz gebracht werden konnten, findet keine finanzielle Verrechnung zwischen den ÜNB statt. Der betroffene ÜNB soll jene Entschä-

digungszahlungen einschließlich der Kosten für eine Zwischenfinanzierung in den Belastungsausgleich der nachfolgenden Kalenderjahre geltend machen können (§ 17 f Abs. 6 EnWG-E).

(c) Haftung für Sachschäden

Ausweislich § 17g EnWG-E ist die Haftung des anbindungsverpflichteten ÜNB für nicht vorsätzlich verursachte Sachschäden je Schadensereignis auf EUR 100 Mio. begrenzt. Wenn die Summe der Einzelschäden diese Höchstgrenze übersteigt, erfolgt eine Kürzung in dem Verhältnis, in dem die Summe aller Ansprüche zur Höchstgrenze steht.

III. Einschätzung und Ausblick

1. Allgemein ist darauf hinzuweisen, dass hinsichtlich des im Haftungsregime vorgesehenen Wälzungsmechanismus an mehreren entscheidenden Stellen auf eine Rechtsverordnung verwiesen wird. Eine abschließende Bewertung des Wälzungsmechanismus ist ohne diese konkretisierenden Regelungen nicht möglich.

2. Wie dargestellt, ist die Einstellung in den Wälzungsmechanismus durch den ÜNB nur mit einem Selbstbehalt möglich, wenn er fahrlässig oder grob fahrlässig gehandelt hat. Insoweit ist nach dem jetzigen Entwurf jedoch unklar, durch wen und in welchem Verfahren entschieden wird, ob ein Verschulden bzw. welcher Verschuldensgrad des ÜNB vorliegt und welche Konsequenzen sich hieraus für die Wälzungsfähigkeit ergeben. Eine klare Regelung der Verantwortlichen bzw. Verantwortlichkeiten im Gesetz wäre hier hilfreich.

3. Unklar ist auch die Bezugsgröße des in § 17f Abs. 2 EnWG-E vorgesehenen Selbstbehalts. Hier kommen nach dem Wortlaut grundsätzlich zwei

Lesarten in Betracht: Zum einen kann die Regelung so verstanden werden, dass sich die Deckelung des Selbstbehalts, die sich insgesamt auf EUR 100 Mio. im Kalenderjahr aufsummieren kann, auf eine einzelne Netzanbindungsleitung bezieht. In diesem Fall würde der ÜNB bei mehreren von ihm zu errichtenden Netzanbindungsleitungen also für jede mit bis zu EUR 100 Mio. pro Kalenderjahr haften. Zum anderen kommt die Lesart in Betracht, dass sich die Haftungsbegrenzung auf EUR 100 Mio. pro Kalenderjahr auf sämtliche vom ÜNB zu errichtenden Netzanbindungsleitungen bezieht. In diesem Fall wäre das kalenderjährliche maximale Haftungsrisiko also EUR 100 Mio. Dann stellt sich die Frage, wie der Betrag auf die einzelnen Anbindungsleitungen runter zu brechen ist. Hier erscheint demnach eine Klarstellung sinnvoll.

4. Gemäß § 17f Abs. 3 Satz 2 EnWG-E kann der ÜNB die Entschädigungszahlungen nur dann wälzen, wenn er nachweist, dass er alle möglichen und zumutbaren Schadensminderungsmaßnahmen ergriffen hat. Im Einzelnen ist jedoch zunächst unklar, welche Schadensminderungsmaßnahmen überhaupt in Betracht kommen, insbesondere welche noch verhältnismäßig und angemessen erscheinen.

5. Hinsichtlich der Vertragsstrafen gemäß § 17f Abs. 4 Satz 2 EnWG-E besteht in der Praxis die Gefahr, dass weder der ÜNB noch der Zulieferer zukünftig noch ein Interesse daran haben, Vertragsstrafen vertraglich zu vereinbaren. Denn diese kommen nach der neuen Regelung ausschließlich der Allgemeinheit zu Gute, jedoch nicht den ÜNB.

6. Ferner enthält § 17i EnWG-E eine Evaluierungsvorschrift. Diese erweckt den Eindruck, dass das vorliegende

Haftungsregime nur von zeitlich begrenzter Dauer sein könnte. Die daraus erwachsende Unsicherheit hinsichtlich des Fortbestands des Rechtsrahmens kann geeignet sein, die Bereitschaft von Investoren, sich in langfristigen OWP-Projekten oder Projekten für die Errichtung von Netzanbindungen zu engagieren, zu beeinträchtigen.

7. Schließlich könnte die Verringerung der Entschädigungs-Umlage nach § 17f EnWG-E zugunsten des stromintensiven Gewerbes sowie anderer Letztverbraucher mit sehr hohem Energiebezug nicht zuletzt wegen der jüngsten Äußerungen der EU-Kommission zur § 19 StromNEV-Umlage auf Kritik stoßen. Die Kommission schließt nicht aus, dass es sich bei der in § 19 StromNEV vorgesehenen Befreiung stromintensiver Netznutzer um eine Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV handeln könnte.

Sonstige Änderungen im Gesetzesentwurf

Das geplante Regelungsregime für Offshore-Anlagen zieht Änderungen bei den Regelungen zur Bestimmung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen nach sich **(I.)**. Davon unabhängig sind ferner Änderungen hinsichtlich der Netzentgeltbefreiung von Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie vorgesehen **(II.)**. Schließlich soll nach dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung die Entflechtung von Energieversorgungsunternehmen nach § 6b EnWG geändert werden **(III.)**.

I. Änderungen der ARegV

Die finanziellen Aufwendungen, die den ÜNB im Rahmen des Offshore-Netzentwicklungsplans sowie aus dem Belastungsausgleich bezüglich Entschädigungszahlungen an OWP-Betreiber entstehen, sollen unter

bestimmten Voraussetzungen an die Netznutzer bzw. Letztverbraucher gewälzt werden können. Allerdings soll dies nicht auf einheitliche Weise erfolgen.

Wie bereits zuvor erörtert, sind die finanziellen Aufwendungen aufgrund von Entschädigungszahlungen eines jeden ÜNB aus dem Belastungsausgleich nach § 17f EnWG-E außerhalb der Netzentgelte über eine Umlage auf Letztverbraucher zu wälzen, § 17f Abs. 5 EnWG-E.

Demgegenüber sollen nach dem Gesetzesentwurf die Kosten, die dem jeweiligen ÜNB aus der finanziellen Verrechnung nach Maßgabe des § 17 d EnWG-E (Offshore-Netzentwicklungsplan) entstehen, als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile in die kalenderjährlichen Erlösobergrenzen einfließen, § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 15 ARegV-E. Eine ähnliche Regelung findet sich bereits zu den Aufwendungen aus dem bundesweiten Ausgleichsmechanismus nach dem Energieleitungsausbaugesetz (EnLAG). Grundlage der jeweiligen kalenderjährlichen Erlösobergrenze sollen die in diesem Jahr voraussichtlich entstehenden Kosten, sprich Plankosten sein, § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ARegV-E. Der Abgleich mit den im jeweiligen Kalenderjahr tatsächlich entstandenen Kosten (Ist-Kosten) soll über das Regulierungskonto erfolgen, § 5 Abs. 1 Satz 2 ARegV-E. Die Übergangsvorschrift in § 34 Abs. 7 ARegV-E soll sicherstellen, dass Kosten und Erlöse, die sich aus der finanziellen Verrechnung ergeben und bereits im Kalenderjahr 2012 entstehen, schon nach den neuen Regelungen im Erlöspfad zu berücksichtigen sind. Demnach wären bereits die Erlösobergrenzen 2012 an die voraussichtlich entstehenden Aufwendungen aus der finanziellen Verrech-

nung gemäß § 17d Abs. 4 EnWG-E anzupassen.

II. Änderungen der Netzentgeltbefreiung von Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie

Ferner sind Änderungen hinsichtlich der Netzentgeltbefreiung von Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie vorgesehen. Dazu wird nachfolgend die Änderung im Gesetzesentwurf der Bundesregierung im Kontext der aktuellen Rechtslage dargestellt **(1.)**. Sodann werden die darüber hinausgehenden Änderungsvorschläge des Bundesrates aufgezeigt **(2.)**.

1. Aktuelle Gesetzeslage und Änderungsvorschlag im Gesetzesentwurf

Nach derzeit geltendem Recht sind gemäß § 118 Abs. 6 S. 1 EnWG nur nach dem 31. Dezember 2008 neu errichtete Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie, die ab 4. August 2011, innerhalb von 15 Jahren in Betrieb genommen werden, für einen Zeitraum von 20 Jahren ab Inbetriebnahme hinsichtlich des Bezugs der zu speichernden elektrischen Energie von den Entgelten für den Netzzugang freigestellt.

Pumpspeicherkraftwerke, deren elektrische Pump- oder Turbinenleistung nachweislich um mindestens 15 % und deren speicherbare Energiemenge nach dem 4. August 2011 nachweislich um mindestens 5 % erhöht wurden, sind für einen Zeitraum von zehn Jahren ab Inbetriebnahme hinsichtlich des Bezugs der zu speichernden elektrischen Energie von den Entgelten für den Netzzugang freigestellt (§ 118 Abs. 6 Satz 2 EnWG).

Nach aktueller Rechtslage wird die Freistellung nach Satz 1 nur für elektrische Energie gewährt, die tatsächlich elektrisch, chemisch, mechanisch

oder physikalisch gespeichert worden ist, aus dem Netz der allgemeinen Versorgung entnommen wurde und zeitlich verzögert wieder in dasselbe Netz der allgemeinen Versorgung eingespeist wird (§ 118 Abs. 6 Satz 3 EnWG).

Ferner setzt die Freistellung nach § 118 Abs. 6 Satz 2 EnWG voraus, dass auf Grund vorliegender oder prognostizierter Verbrauchsdaten oder auf Grund technischer oder vertraglicher Gegebenheiten offensichtlich ist, dass der Höchstlastbeitrag der Anlage vorhersehbar erheblich von der zeitgleichen Jahreshöchstlast aller Entnahmen aus dieser Netz- oder Umspannebene abweicht.

Die Freistellung erfolgt durch Genehmigung in entsprechender Anwendung der verfahrensrechtlichen Vorgaben nach § 19 Abs. 2 Satz 3 bis 5 und 8 bis 10 StromNEV. Als Inbetriebnahme gilt der erstmalige Bezug von elektrischer Energie für den Probebetrieb, bei bestehenden Pumpspeicherkraftwerken der erstmalige Bezug nach Abschluss der Maßnahme zur Erhöhung der elektrischen Pump- oder Turbinenleistung und der speicherbaren Energiemenge.

§ 118 Abs. 6 Satz 2 und 3 EnWG gelten nicht für Anlagen, in denen durch Wasserelektrolyse Wasserstoff erzeugt oder in denen Gas oder Biogas durch wasserelektrolytisch erzeugten Wasserstoff und anschließende Methanisierung hergestellt worden ist. Diese Anlagen sind zudem von den Einspeiseentgelten in das Gasnetz, an das sie angeschlossen sind, befreit.

Nach dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung soll eine klarstellende Anpassung hinsichtlich § 118 Abs. 6 Satz 3 EnWG dergestalt erfolgen, dass die Netzentgeltbefreiung für den

gesamten letztverbrauchten Strombezug für die Speicherung (einschließlich der Speicherverluste) gelten und nicht durch die Höhe des wieder ausgespeicherten Stroms limitiert ist.

2. Weitere Änderungsvorschläge des Bundesrates

Demgegenüber schlägt der Bundesrat in seinen Empfehlungen eine umfassende und dauerhafte Befreiung sämtlicher Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie vor.

Hierfür soll zunächst eine Legaldefinition für Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie in § 3 Nr. 30a EnWG-E aufgenommen werden. Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie sollen demnach Anlagen sein, die elektrische Energie aus einem Netz der allgemeinen Versorgung entnehmen, elektrisch, chemisch, mechanisch oder physikalisch speichern und zeitlich verzögert an demselben Netzanschlusspunkt wieder einspeisen; hierzu sollen auch Anlagen zählen, in denen durch Wasserelektrolyse Wasserstoff erzeugt oder in denen Gas oder Biogas durch wasserelektrolytisch erzeugten Wasserstoff und anschließende Methanisierung hergestellt wird.

Sämtliche Anlagen, die unter die zuvor genannte Legaldefinition fallen, sollen von den Netzentgelten befreit sein, § 118 Abs. 6 EnWG-E. Die Entgeltbefreiung soll nicht mehr von Errichtungszeitpunkt, Inbetriebnahme, Pump- oder Turbinenleistung, speicherbaren Energiemenge oder dem Höchstlastbetrag der Speicheranlage abhängig sein und soll unbefristet und von Gesetzes wegen gelten, das heißt, eine vertragliche Vereinbarung oder Genehmigung durch die Regulierungsbehörden soll nicht mehr erforderlich sein.

Der Bundesrat begründet diesen Vorschlag damit, dass für ein Gelingen der Energiewende nicht nur die Stromnetze, sondern auch Speicheranlagen ausgebaut werden müssen. Nur so könne gewährleistet werden, dass Strom aus regenerativen Energien grundlastfähig werde. Hierfür sei es eben erforderlich, den wirtschaftlichen Betrieb von v.a. Pumpspeicherkraftwerken sicherzustellen. Dieser sei jedoch gefährdet, da der Abstand zwischen hohen und niedrigen Spotmarktpreisen (spread) sich stark verringert habe. Die durch die Entgeltbefreiungen von Speicheranlagenbetreibern entstehenden Erlösausfälle der Netzbetreiber sollen – wie bereits gehabt – über die Umlage nach § 19 Abs. 2 Satz 6 und Satz 7 StromNEV ausgeglichen werden, § 19 Abs. 2 Satz 8 StromNEV-E.

III. Anforderungen an buchhalterische Entflechtung

Nach dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung soll im Bereich der Entflechtung von Energieversorgungsunternehmen § 6b EnWG grundlegend geändert werden.

Mit den Änderungen wird klargestellt, dass sich die Vorgaben des § 6b EnWG-E zur buchhalterischen Entflechtung primär auf vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen und selbständige Netzbetreiber beziehen.

Nur bei diesen Unternehmen muss die Unabhängigkeit des Netzbetriebs von anderen Tätigkeitsbereichen der Energieversorgung sicher gestellt werden, um eine diskriminierungsfreie Ausgestaltung und Abwicklung des Netzbetriebs zu gewährleisten.

Dies gilt auch für zum vertikal integrierten Unternehmen gehörige rechtlich selbstständige Netzbetriebsgesellschaften sowie für rechtlich selbst-

ständige Unternehmen, die mit dem vertikal integrierten Unternehmen verbunden sind und unmittelbar oder mittelbar energiespezifische Serviceleistungen erbringen.

Zusätzliche Vorschläge des Bundesrates

Der Bundesrat hat darüber hinaus Änderungen der Strom- und Gasnetzentgeltverordnung (StromNEV / GasNEV) empfohlen, die in keinem Zusammenhang zu den Änderungsvorschlägen der Bundesregierung stehen.

Der Bundesrat hat unter anderem seine Möglichkeit zur Stellungnahme zum Anlass genommen, aktuellen Entwicklungen in der Rechtsprechung zur Entgeltregulierung "Rechnung zu tragen" **(I.)**. Ferner fordert er Anpassungen bei der Konzessionsvergabe **(II.)**.

I. Preisindizes und Verzinsung des überschießenden Eigenkapitals

Die Empfehlungen des Bundesrates zur Änderung der StromNEV / GasNEV betreffen insbesondere Regelungen zu Preisindizes für die Ermittlung der Tagesneuwerte des eigenkapitalfinanzierten Anteils des Sachanlagevermögens und die Bemessung des Risikozuschlages auf den Zinssatz, der auf den die zulässige Eigenkapitalquote übersteigenden Anteil des Eigenkapitals anzuwenden ist. Nachfolgend wird zunächst zur aktuellen Entwicklung in der Rechtsprechung Stellung genommen **(1.)** und sodann die Änderungsvorschläge des Bundesrates skizziert **(2.)**.

1. Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung

Das OLG Düsseldorf hat bekanntlich in seinen Beschlüssen vom 6. Juni 2012 die Festlegungen der BNetzA zu den Indexreihen für die

erste Regulierungsperiode (Strom und Gas) wegen Rechtswidrigkeit aufgehoben. Das Gericht begründete seine Entscheidung im Wesentlichen unter Hinweis auf die Unzulässigkeit der Verwendung der hochaggregierten Indexreihen des produzierenden Gewerbes der Fachserien 16 und 17 des Statistischen Bundesamtes bei der Bildung von Mischindizes zur Ermittlung der Lohnkosten bei den Einbindungs- und Montageleistungen sowie bei der Bereinigung der Lohnkosten um die Arbeitsproduktivität. Die Unzulässigkeit folgt nach Überzeugung des Gerichts daraus, dass die betreffenden Arbeiten überwiegend von Unternehmen des Baugewerbes durchgeführt werden und die Verwendung von Indexreihen des Produzierenden Gewerbes daher nicht sachgerecht sei. Daneben bemängelte das Gericht, dass die BNetzA die von ihr gebildeten Mischindizes keiner Plausibilitätskontrolle unterzogen habe.

Gegen die Entscheidung des OLG Düsseldorf haben sowohl die BNetzA als auch Netzbetreiber (letztere mit Blick auf deren aus den Entscheidungsgründen folgender materieller Beschwer) Rechtsbeschwerden beim BGH eingelegt.

Zudem hat der BGH in einer Reihe von Entscheidungen Kriterien für die Bemessung des Risikozuschlages für die Verzinsung des die 40 % übersteigenden Eigenkapitalanteils aufgestellt (vgl. etwa Beschluss vom 7. April 2009 - EnVR 6/08; vom 14. August 2008 - KVR 34/07, vom 25. September 2008 - EnVR 81/07) und die Entscheidung zur konkreten Ermittlung eines angemessenen Risikozuschlages an die Beschwerdegerichte zurückgewiesen. Das OLG Koblenz hat hierzu nach Sachverständigenbeweisaufnahme am 8. November 2012 (Az. 6 W 595/06 Kart) entschie-

den, dass der fiktive Fremdkapitalzins nach § 5 Abs. 2, 2. HS StromNEV mit 5,24 % zu bemessen sei. Dies bedeutet einen Risikozuschlag in Höhe von 0,44 % auf den (risikolosen) Basiszinssatz von 4,8 % (bezogen auf das Basisjahr 2004).

2. Änderungsvorschläge des Bundesrates

Mit seinen Änderungsvorschlägen zu den Regelungen betreffend die bislang in § 6 Abs. 3 StromNEV/GasNEV geregelten Preisindizes will der Bundesrat angesichts der bestehenden Rechtsanwendungsunsicherheiten und des erheblichen Verwaltungsaufwandes eine verwaltungsvereinfachende und zugleich rechtssichere Grundlage für die Ermittlung der Tagesneuwerte schaffen.

Die Ermittlung der Tagesneuwerte soll demnach grundsätzlich auf Basis einiger weniger, konkret in der Verordnung genannter Indexreihen des Statistischen Bundesamtes erfolgen. Sofern die Indexreihen des Statistischen Bundesamtes nicht über den notwendigen Zeitraum der Vergangenheit verfügbar sind, sind nach den Vorschlägen Ersatzindexreihen heranzuziehen und mit den vorhandenen Indexreihen zu verketteten. Die entsprechenden Regelungen in § 6a StromNEV/GasNEV-E sehen dabei ausdrücklich auch die jeweils anteilige Verwendung von Bauleistungsindizes vor.

Die normativ festgelegten Indizes sollen ab dem 1. Januar 2012 und damit auf Festlegungen der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen der zweiten und späterer Regulierungsperioden Anwendung finden. Ausweislich der Begründung des Bundesrates soll die Anwendung gleichermaßen im Falle von Neubeschreibungen von Genehmigungen oder Festlegungen anzuwenden sein. Letzteres würde

jedenfalls für diejenigen Netzbetreiber Bedeutung haben, deren Entgeltgenehmigung oder Festlegung der Erlösobergrenze für die erste Regulierungsperiode aufgrund rechtskräftiger gerichtlicher Entscheidung aufgehoben worden ist. Offensichtlich versuchen die Initiatoren dieses Vorschlags hier ein Abschreckungspotential gegen neue Klagen zu etablieren.

In seiner Begründung weist der Bundesrat zudem ausdrücklich darauf hin, dass ein Wiederaufleben kalkulatorischer Restwerte zu Tagesneuwerten, die unter Zugrundelegung von anderen als im Entwurf genannten Indexreihen ermittelt wurden, ausgeschlossen ist. Die unter Anwendung der neuen Indexreihen neu ermittelten Tagesneuwerte bewirken demnach keine Rück- bzw. Nachholungseffekte im Hinblick auf zuvor verwendete Indexreihen.

Neben den normativen Indexreihen schlägt der Bundesrat auch eine Neuregelung zur Bemessung der Verzinsung des die Eigenkapitalquote übersteigenden Eigenkapitals (EK II) vor (§ 7 Abs. 7 StromNEV-E / GasNEV-E). Hiernach soll zunächst das EK II auf einen zu Anschaffungs- und Herstellungskosten (AHK) sowie einen zu Tagesneuwerten zu bewertenden Anteil aufzuteilen sein (§ 7 Abs. 3a StromNEV-E / GasNEV-E). Die Regelungen zur Bestimmung des zu AHK bewerteten und des zu Tagesneuwerten bewerteten EK II enthalten § 7 Abs. 3a Satz 2 und Satz 3 StromNEV-E / GasNEV-E.

Der zu AHK zu bewertende Anteil des EK II soll mit dem Mittelwert des auf die letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre bezogenen Durchschnitts der von der Deutschen Bundesbank veröffentlichten

1. Umlaufrendite festverzinslicher Wertpapiere inländischer Emitten-

ten – Anleihen der öffentlichen Hand;

2. Umlaufrendite festverzinslicher Wertpapiere inländischer Emittenten – Anleihen von Unternehmen (Nicht-MFIs) und der

3. Umlaufrendite inländischer Inhaberschuldverschreibungen – Hypothekenpfandbriefe

zu verzinsen sein.

Der zu Tagesneuwerten zu bewertende Anteil des EK II soll hingegen mit einem Zinssatz verzinst werden, der sich aus der Subtraktion des auf die letzten 10 abgeschlossenen Kalenderjahre bezogenen Durchschnitts der Preisänderungsrate nach dem vom Statistischen Bundesamt veröffentlichten Verbraucherpreisgesamtindex von dem Zinssatz ergibt, der für das zu AHK zu bewertende EK II bestimmt wurde.

Weitere Zuschläge bei der Verzinsung des EK II sollen ausdrücklich ausgeschlossen werden.

Die Bundesregierung hat dem Bundesrat zugestimmt, dass in den vom Bundesrat angesprochenen Bereichen Klarstellungs- und Regelungsbedarf bestehe und dies im Rahmen des noch anstehenden Ordnungsverfahrens zu diskutieren sei.

Aus Sicht der Bundesregierung bestehen aber gegen die vorgeschlagenen Ordnungsänderungen im Rahmen eines Gesetzgebungsverfahrens verfassungsrechtliche Bedenken. Die Änderungen von Rechtsverordnungen in Gesetzen seien nur unter sehr strengen Voraussetzungen und nur im durch die Änderung im Gesetzesrecht unmittelbar veranlassten Ausmaß möglich. Da diese engen Voraussetzungen im konkreten Fall nicht erfüllt seien, stehe dem Gesetz-

geber grundsätzlich keine freie Formwahl bei der Rechtssetzung zu.

II. Änderungen zur Konzessionsvergabe

Des Weiteren fordert der Bundesrat bei der anstehenden Änderung des EnWG Anpassungen bei der Konzessionsvergabe. In der Stellungnahme fordert die Länderkammer in § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG-E eine Klarstellung, dass die Gemeinde bei ihrer Entscheidung über die Konzessionsvergabe die Ziele des § 1 EnWG (sicher, preisgünstig, verbraucherfreundlich, effizient und umweltverträglich) zwar wie bisher in ihre Entscheidung einbeziehen muss, dass diese aber nicht abschließend die zulässigen Kriterien benennen. Die fragliche Regelung, die seit 2011 gilt, habe in der Praxis zu Rechtsunsicherheiten geführt, weil einzelne Gerichte Ziele der Gemeinden, die über die im EnWG genannten hinausgingen, nicht anerkannt hätten. Die Neuregelung solle nun klarstellen, dass die Kommunen im Rahmen der Daseinsvorsorge in Ausübung ihres Rechts auf kommunale Selbstverwaltung auch andere gemeindliche Ziele berücksichtigen könnten.

Der Bundesrat fordert außerdem, die Regel zu streichen, dass die Konzessionsabgabe nicht länger als ein Jahr nach Beendigung des Konzessionsvertrags gezahlt werden darf, § 48 Abs. 4 EnWG-E. Bei schwierigen Verkaufsverhandlungen oder bei der Weigerung von Altkonzessionären, das Netz zu übereignen, führe diese Regelung zu Zahlungsausfällen für die Kommunen.

Die Bundesregierung stimmt den Änderungsvorschlägen des Bundesrates nicht zu. Aus Sicht der Bundesregierung beinhaltet die beabsichtigte Einfügung ein erhebliches Streitpotential und stehe mit der normativen

Zielsetzung einer möglichst reibungslosen Übertragung der betroffenen Anlagen auf den Neu-Konzessionär nicht im Einklang. Es lasse sich insbesondere nicht ausschließen, dass es möglicherweise Rechte Dritter gebe, die weiterhin Bestand haben müssten.

Zusammenfassung und Ausblick

Die Einführung klarer Regelungen zur Haftung der anbindungsverpflichteten ÜNB für Vermögens- und Sachschäden ist grundsätzlich zu begrüßen. Fraglich bleibt jedoch, ob der Entwurf hinreichend Rechtssicherheit schafft, um Finanzinvestoren zu Investitionen zu motivieren. Maßgebliche Fragen sollen in einer Rechtsverordnung geregelt werden. Im Hinblick auf mögliche Investitionen wäre es wünschenswert, dass diese kurzfristig vorgelegt wird.

Hinsichtlich der Änderungsvorschläge wurden bereits erste kritische Stimmen laut. In einer öffentlichen Anhörung zum EnWG-Gesetzesentwurf am 22.10.2012 des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie im Bundestag erklärte die BNetzA, dass die geplante Umlage zur Entschädigung der OWP-Betreiber von nicht rechtzeitig angeschlossenen Offshore-Anlagen "eindeutig zu gering" sei. Die BNetzA rechnete vor, dass den erwarteten Einnahmen von EUR 650 Mio. Euro aus der Umlage eine voraussichtliche Haftungssumme in Höhe von EUR 1,6 Mrd. gegenüberstehe. Die errechnete Summe ergebe sich ausschließlich aufgrund der verspäteten Netzanbindungen von Offshore-Windparks (Quelle: hib - heute im bundestag Nr. 459 - Neues aus Ausschüssen und aktuelle parlamentarische Initiativen vom 22. Oktober 2012).

Kritisch setzte sich auch der Verband kommunaler Unternehmen (VKU) mit der Umlage auseinander. Sie müsse „politisch öffentlich gegenüber den Endkunden vermittelt werden, insbesondere vor dem Hintergrund, dass selbst im Falle grob fahrlässiger Handlungen des ÜNB die Allgemeinheit in erheblichem Maße herangezogen werden soll“.

Von Seiten der ÜNB wird der hohe Eigenanteil für die Netzbetreiber bei einfacher Fahrlässigkeit kritisiert. Zudem wird aus Sicht der Investoren darauf hingewiesen, dass nach dem derzeitigen Gesetzesentwurf Netzinvestitionen auf See gegenüber denen auf dem Land schlechter gestellt würden, da es im Bereich Onshore keine Haftung für ÜNB im Fall der einfachen Fahrlässigkeit sondern nur für grobe Fahrlässigkeit gebe. Einfache Fahrlässigkeit sei schwer widerlegbar und nicht versicherbar, um Risiken abzumildern. Der hohe Eigenanteil der ÜNB könne zudem zur Insolvenz des Netzbetreibers führen. Demnach müsse aus Sicht der Investoren das Haftungsrisiko im Bereich Offshore vergleichbar sein mit der Haftung im Bereich Onshore.

Die Verbraucherzentrale Bundesverband forderte, dass Haftungsrisiken, die über das übliche Maß der Windenergie an Land hinausgehen, grundsätzlich aus öffentlichen Mitteln finanziert werden sollten.

Mit Blick auf die Vorschläge des Bundesrates zur Regelung der Preisindizes und EK-Verzinsung in der StromNEV / GasNEV ist bemerkenswert, dass diese in der Praxis ggf. bereits zeitnah Berücksichtigung finden könnten. In einem Rundschreiben der Landesregulierungsbehörde Sachsen vom 18.10.2012 zur EOG-Anhörung im vereinfachten Verfahren informierte die Behörde insoweit, sie

wolle die Vorschläge des Bundesrates ohne Inkrafttreten der Änderungen im vereinfachten Verfahren Gas umsetzen. Die Bescheide sollen jedoch einen Widerrufsvorbehalt enthalten für den Fall, dass die Rechtsänderung nicht in dieser Form eintritt.

Im weiteren Gesetzgebungsverfahren sollte der EnWG-E ursprünglich am 8. November 2012 abschließend im Bundestag gelesen werden. Nunmehr haben sich aber Bund und Länder beim Energiegipfel auf neue Haftungsregeln bei der Offshore-Netzanbindung verständigt. Aus diesem Grund bedarf es eines Änderungsantrages zum EnWG-E durch die Regierungsfractionen, wodurch eine Lesung voraussichtlich erst in der Sitzungswoche des 21./22. November 2012 stattfinden wird (Quelle: energate messenger, Nr. 217 vom 7. November 2012).

Mit dem Änderungsantrag sollen die Risiken für Netzbetreiber und OWP-Betreiber bei verspäteten Netzanbindungen minimiert werden. Eine zentrale Änderung betrifft dabei die Höhe des Schadensersatzes, wonach ÜNB für fahrlässige Verzögerungen nur bis zu einer Höhe von EUR 20 Mio. im Jahr haften und nicht - wie im Entwurf bisher vorgesehen - in Höhe von EUR 100 Mio. Ferner sollen - wie die Bundesregierung in der Gegenäußerung vorgeschlagen hat - die Auflagen für die OWP-Betreiber dahingehend abgemildert werden, dass die Frist, in der Offshore-Anlagen nach der Fertigstellung der Netzanbindung errichtet werden müssen, von 12 auf 18 Monate erweitert wird.

Nachdem der Bundestag über den Entwurf einen Beschluss gefasst hat, wird er erneut dem Bundesrat zugeleitet. Soweit der Vermittlungsausschuss nicht angerufen wird, könnte das Gesetz bereits am 23. November

2012 oder 14. Dezember 2012 durch den Bundesrat beschlossen werden (Quelle: energate messenger, Nr. 217 vom 7. November 2012).

Kontakte

Dr. Peter Rosin
Partner, Düsseldorf

T: +49 211 4355 5336
E: peter.rosin
@cliffordchance.com

Dr. Björn C. Heinlein
Partner, Frankfurt

T: +49 69 7199 5099
E: bjoern.heinlein
@cliffordchance.com

Thomas Burmeister
Partner, Düsseldorf

T: +49 211 4355 5107
E: thomas.burmeister
@cliffordchance.com

Diese Publikation dient der allgemeinen Information und ersetzt nicht die Beratung im Einzelfall. Wenn Sie Fragen haben oder weitere Informationen wünschen, wenden Sie sich bitte an die Autoren oder Ihren üblichen Ansprechpartner bei Clifford Chance.

www.cliffordchance.com

Clifford Chance, Königsallee 59, 40215 Düsseldorf

© Clifford Chance 2012

Clifford Chance Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Solicitors ·

Sitz: Frankfurt am Main · AG Frankfurt am Main PR 1000

Die nach § 5 TMG und §§ 2, 3 DL-InfoV vorgeschriebenen Informationen finden Sie unter: <http://www.cliffordchance.com/german-regulatory>

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Casablanca ■ Doha ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Istanbul ■ Kyiv ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Perth ■ Prague ■ Riyadh* ■ Rome ■ São Paulo ■ Seoul ■ Shanghai ■ Singapore ■ Sydney ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

*Clifford Chance has a co-operation agreement with Al-Jadaan & Partners Law Firm in Riyadh.