

## Inhaltsverzeichnis

Geleitwort .....	VII
Vorwort .....	IX
Abkürzungsverzeichnis .....	XIX
Literaturverzeichnis .....	XXV
<b>Einleitung</b> .....	<b>1</b>
<b>1. Kapitel. Grundlagen der Unbundling-Regulierung</b> .....	<b>9</b>
I. Genese der Unbundling-Vorschriften .....	9
1. Der Europäische Binnenmarkt für Energie .....	10
a) 1. Stufe: Transparenz- und Transitrichtlinie .....	11
b) 2. Stufe: Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie 1996 und Erdgas- binnenmarktrichtlinie 1998 .....	12
aa) Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie 1996 .....	12
bb) Erdgasbinnenmarktrichtlinie 1998 .....	13
c) 3. Stufe: Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie 2003 und Erdgasbinnenmarktrichtlinie 2003 .....	14
d) Ausblick: Ein weiterer, dann letzter Schritt? .....	16
2. Das deutsche Energiewirtschaftsrecht .....	20
a) Die Energierechtsreform 1998 .....	20
b) Die EnWG-Novelle 2003 .....	22
c) Die EnWG-Novelle 2005 .....	23
II. Unbundling, Entflechtung, Vertikale Desintegration, Separierung – Terminologische Vorklärungen .....	24
1. Entflechtung .....	24
2. Vertikale Desintegration .....	27
3. Separierung .....	28
4. Unbundling .....	28
III. Legitimation und Funktion der Unbundling-Vorschriften .....	29
1. Der Gedanke des Verbots des Missbrauchs einer marktbeherr- schenden Stellung .....	29
2. Unbundling als sektorspezifisches Regulierungsinstrument zur pro-aktiven Förderung von Wettbewerbsprozessen .....	34
a) Legitimation einer sektorspezifischen Regulierung der Ener- giewirtschaft: Elektrizitäts- und Erdgasnetze als weitgehend monopolistische bottlenecks .....	34
b) Unbundling als ein die Zugangs- und Entgeltregulierung er- gänzendes Regulierungsinstrument zur Vermeidung von Diskriminierungen und Quersubventionierungen .....	36
aa) Machtverlagerungspotentiale vertikal integrierter Energieversorgungsunternehmen .....	36

bb) Wirkungsweise der Unbundling-Regulierung im Zusammenspiel mit der Zugangs- und Entgeltregulierung . . . . .	38
IV. Typologie der Unbundlingvorschriften . . . . .	42
1. Buchhalterisches Unbundling . . . . .	42
2. Informationsunbundling . . . . .	45
3. Organisatorisches Unbundling . . . . .	47
4. Gesellschaftsrechtliches Unbundling . . . . .	49
5. Eigentumsrechtliches Unbundling . . . . .	51
6. In der Praxis: Mischformen und variierende Regulierungstiefen . . . . .	53
V. Fazit . . . . .	54
<b>2. Kapitel. Das gemeinschaftsrechtliche Unbundling-Regime . . . . .</b>	<b>63</b>
I. Buchhalterisches Unbundling . . . . .	63
1. Adressaten des buchhalterischen Unbundling . . . . .	64
2. Getrennte Kontenführung für die Netz- und Anlagenaktivitäten . . . . .	69
a) Abgrenzung der Aktivitäten . . . . .	70
b) Durchführung der Kontentrennung . . . . .	73
3. Kontenführung im Bereich der sonstigen elektrizitäts- bzw. erdgaswirtschaftlichen Aktivitäten sowie der Tätigkeiten außerhalb des Elektrizitäts- bzw. Erdgasbereichs . . . . .	76
a) Abgrenzung der Aktivitäten . . . . .	76
b) Möglichkeit der Konsolidierung . . . . .	78
c) Gesonderte Ausweisung der Einnahmen aus Netzeigentum . . . . .	79
d) Kontentrennung im Bereich der Versorgung bis 1. Juli 2007 . . . . .	79
4. Flankierende Anordnungen und Grundsätze . . . . .	80
II. Informatives Unbundling . . . . .	82
1. Adressaten der Verpflichtung zum informativen Unbundling . . . . .	83
2. Das „erste Gebot“ des informativen Unbundling: Die Vertraulichkeitswahrung erlangter, wirtschaftlich sensibler Informationen . . . . .	87
a) Der Begriff der „wirtschaftlich sensiblen Informationen“ . . . . .	88
b) Begrenzung auf „erlangte“ Informationen . . . . .	89
c) Hauptanwendungsfälle der erlangten, diskriminierungsrelevanten Informationen . . . . .	90
d) Die Wahrung der Vertraulichkeit . . . . .	91
aa) Materielle Vertraulichkeitsanforderungen im Konzernverbund bzw. integrierten Unternehmen . . . . .	92
bb) Umsetzung der materiellen Vertraulichkeitsanforderungen im Konzernverbund bzw. im integrierten Unternehmen . . . . .	96
(1) IT-Systeme . . . . .	97
(2) Sonstige Maßnahmen . . . . .	102
(3) Ausschluss von Doppelzuständigkeiten? . . . . .	102
e) Ausnahme von der Pflicht zur Vertraulichkeitswahrung: Gesetzliche Verpflichtung zur Offenlegung . . . . .	106

3. Das „zweite Gebot“ des informatorischen Unbundling: Verhinderung der diskriminierenden Offenlegung von Informationen über eigene Tätigkeiten von potentiell wirtschaftlichem Vorteil	108
a) „Informationen über eigene Tätigkeiten“ versus „erlangte Informationen“	109
b) Möglichkeit der diskriminierungsfreien Offenlegung	110
c) Verhinderungsauftrag	112
4. „Sonderrolle“ der Elektrizitäts-Übertragungsnetzbetreiber	112
5. Annexvorschriften: Art. 10 Abs. 2, 14 Abs. 2 GasRL als Ausprägungen des allgemeinen Diskriminierungsverbots	115
III. Gesellschaftsrechtlich-organisatorisches Unbundling	116
1. Anwendungsbereich der Art. 10, 15, 17 EltRL, 9, 13, 15 GasRL	117
a) Einbindung des Netzbetreibers in ein vertikal integriertes Unternehmen	117
b) Freistellungsmöglichkeit für „kleine“ integrierte Energieunternehmen	122
aa) Schwellenwert der 100.000 angeschlossenen Kunden	122
(1) Versorgungs- oder Netzsparte des integrierten Unternehmens als Anknüpfungspunkt des Schwellenwertes?	122
(2) Begriff der „angeschlossenen Kunden“	125
(3) Berechnung des Schwellenwertes im Konzernverbund	128
bb) Kleines isoliertes Netz	129
2. Legal Unbundling im engeren Sinne	130
a) Unabhängigkeit in Rechtsform, Organisation und Entscheidungsgewalt	130
b) Zeitlicher Aufschub der Geltung im Verteilnetzbereich	136
c) Überprüfungsverfahren	138
3. Organisatorisches Unbundling	140
a) Keine Doppelzuständigkeiten auf Führungsebene	141
aa) Personelle Auftrennung auf Leitungsebene auch zwischen den Netzebenen	141
bb) Abgrenzung der für die Leitung zuständigen Personen vom übrigen Personal	143
cc) Zulässigkeit der Wahrnehmung von Aufsichtsfunktionen	145
dd) Anwendung auf gesellschaftsrechtlich nicht separierte Verteilnetzbetreiber	146
ee) Keine intertemporäre Geltung	147
b) Gewährleistung der Handlungsunabhängigkeit der Leitungspersonen des Netzgeschäfts	147
c) Tatsächliche, unabhängige Entscheidungsbefugnisse des Netzbetreibers	152
aa) Grundsätzliche Anforderungen	153

bb) Berücksichtigung der Interessen der Muttergesellschaft beim Verbleib der Netzgesellschaft im Konzernverbund	153
(1) Koordinatensystem zulässiger/unzulässiger Aufsichtsrechte	154
(2) Auswirkungen auf die Ausgestaltung vertraglicher Beziehungen zwischen Muttergesellschaft und Netz-Tochtergesellschaft, insbesondere Pachtvertrag	156
(3) Gesellschaftsrechtliche Implikationen	158
(a) Keine „Regelrechtsform“ aus Gemeinschaftsrecht	158
(b) Zulässigkeit des Netz-Mutter-Modells?	159
cc) Anwendung auf Verteilnetzbetreiber, die nicht der Pflicht zum Legal Unbundling unterliegen	160
d) Gleichbehandlungsprogramm („compliance programme“)	161
aa) Sinn und Zweck des Gleichbehandlungsprogramms	161
bb) Inhalt des Gleichbehandlungsprogramms	163
cc) Durchsetzung des Programms und Berichterstattung	163
e) Zulässigkeit sog. Shared Services	164
aa) Das Verbot der Doppelzuständigkeit auf Leitungsebene	168
bb) Wahrung unabhängiger Entscheidungsbefugnisse des Netzbetreibers	169
cc) Pflicht zur Erstellung eines Gleichbehandlungsprogramms	170
dd) Unabhängigkeit in Organisation	171
ee) Informatorisches Unbundling	173
ff) Prüfschema für die Zulässigkeit von Shared Services	173
f) Zusätzliche Erfordernisse?	175
<b>3. Kapitel. Das Unbundling-Regime des Energiewirtschaftsgesetzes</b>	<b>179</b>
I. Adressatenkreis der Unbundlingvorschriften	179
II. Buchhalterisches Unbundling	184
1. Anwendungsbereich des buchhalterischen Unbundling	185
2. Getrennte Kontenführung	187
a) Getrennte Kontenführung im Netzbereich: Abgrenzung der in § 10 Abs. 3 S. 1 Nr. 1–6 EnWG genannten Bereiche	187
b) Kontenführung außerhalb des Netzbereichs	191
3. Durchführung der Kontentrennung	192
a) Fiktion rechtlich selbständiger Unternehmen – der „Als-ob“-Maßstab des § 10 Abs. 3 EnWG	193
b) Direkte und indirekte Zuordnung – die Möglichkeit der Schlüsselung	195
c) Beachtung handelsrechtlicher Vorschriften und Grundsätze	198
d) Keine Veröffentlichung der Ergebnisse getrennter Kontenführung	200
4. Flankierende Anordnungen, Kontrolle und zeitlicher Anwendungsbereich der getrennten Kontenführung	200
5. Fazit	204

III. Informatorisches Unbundling	206
1. Anwendungsbereich des informatorischen Unbundling	206
2. Das „erste Gebot“ des informatorischen Unbundling: Vertraulichkeitswahrung erlangter, wirtschaftlich sensibler Informationen	210
a) Der Begriff der wirtschaftlich sensiblen Informationen	210
b) Begrenzung auf „erlangte Informationen“	211
c) Anwendungsfälle der wirtschaftlich sensiblen Informationen i.S.d. § 9 Abs. 1 EnWG	214
d) Wahrung der Vertraulichkeit	214
aa) IT-Systeme	215
bb) Weitere Maßnahmen	217
cc) Keine weit gehenden organisatorischen Verpflichtungen für De minimis-Unternehmen	220
e) Gesetzliche Offenbarungspflichten	222
3. Das „zweite Gebot“ des informatorischen Unbundling: Gebot der nicht diskriminierenden Weitergabe von Netzbetreiberinformationen	228
a) Der Begriff der Netzbetreiberinformationen, die wirtschaftliche Vorteile bringen können	228
b) Gebot der nicht diskriminierenden Offenlegung	230
c) Abweichungen in § 9 Abs. 2 EnWG von den Richtlinienvorgaben	234
4. Keine explizite Umsetzung der Art. 10 Abs. 2, 14 Abs. 2 GasRL	235
IV. Gesellschaftsrechtlich-organisatorisches Unbundling	236
1. Anwendungsbereich des gesellschaftsrechtlich-organisatorischen Unbundling	236
a) De minimis-Regel der §§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 6 EnWG	237
b) Aufschub der Verpflichtung zum Legal Unbundling im Verteilnetzbereich	239
2. Legal Unbundling im engeren Sinne	240
3. Steuerrechtliche Privilegierung des gesellschaftsrechtlich-organisatorischen Unbundling	244
4. Organisatorisches Unbundling	244
a) Personelle Unbundling-Anforderungen des § 8 Abs. 2 EnWG	245
aa) Verbot der Doppelzuständigkeit auf Leitungsebene	245
bb) Verbot der Doppelzuständigkeit für Personen mit Letztentscheidungsbefugnissen in besonders diskriminierungsrelevanten Bereichen	249
cc) Fachliche Weisungsbefugnis des Netzbetreibers bei sonstigen Tätigkeiten des Netzbetriebs	250
b) Berufliche Handlungsunabhängigkeit der Leitungsebene, § 8 Abs. 3 EnWG	251
c) Gewährleistung tatsächlicher Entscheidungsbefugnisse, § 8 Abs. 4 EnWG	255

aa) Gewährleistung tatsächlicher, unabhängiger Entscheidungsbefugnisse des Netzbetreibers	256
bb) Zulässige Einflussnahmemöglichkeiten des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens	257
cc) Auswirkungen auf die Wahl der Gesellschaftsform	259
(1) Aktiengesellschaft	260
(2) GmbH	261
(3) Personengesellschaften	264
dd) Zulässigkeit von Unternehmensverträgen	265
ee) Netzgesellschaft als Muttergesellschaft	266
ff) Umsetzung ohne gleichzeitige Verpflichtung zum Legal Unbundling	267
d) Gleichbehandlungsprogramm, § 8 Abs. 5 EnWG	267
aa) Verpflichteter zur Aufstellung des Gleichbehandlungspro- gramms	268
bb) Inhalt des Gleichbehandlungsprogramms	269
cc) Überwachung und Durchsetzung des Gleichbehandlungs- programms	270
e) Zulässigkeit sog. Shared Services	271
<b>4. Kapitel. Die Unbundling-Regulierung auf dem Prüfstand der nation- alen und EG-Grundrechte</b>	<b>275</b>
I. Das bestehende Unbundling-Regime der §§ 6 ff. EnWG und der Energiebinnenmarkttrichtlinien 2003	276
1. Eingeschränkte Überprüfung der §§ 6 ff. EnWG am Maßstab der nationalen Grundrechte	276
a) Einschränkung des Prüfungsgegenstands auf das „Umset- zungsplus“ gegenüber dem zwingend umzusetzenden Gemeinschaftsrecht	276
b) Die Vorfrage der Grundrechtsberechtigung öffentlicher so- wie gemischt-wirtschaftlicher Energieversorgungsunternehmen	280
aa) Die Rechtsprechung des BVerfG zur Grundrechtsbe- rechtigung öffentlich beherrschter Unternehmen	281
(1) Mangelnde Grundrechtsberechtigung juristischer Per- sonen des öffentlichen Rechts	281
(2) Übertragung der Thesen auf die Grundrechtsberech- tigung juristischer Personen des Privatrechts in der Hand eines Trägers öffentlicher Gewalt	282
(3) Grundrechtsberechtigung öffentlich beherrschter, gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen – die Be- schlüsse „HEW“ (1989) und „DTAG“ (2006) des BVerfG	282
bb) Folgerungen aus der Rechtsprechung des BVerfG für die Grundrechtsberechtigung öffentlicher bzw. gemischt- wirtschaftlicher Energieversorgungsunternehmen	284

(1) Grundrechtsberechtigung öffentlicher bzw. öffentlich beherrschter gemischt-wirtschaftlicher Energieversorgungsunternehmen nach den Kriterien der BVerfG-Rechtsprechung	284
(2) Stellungnahme zur Rechtsprechung des BVerfG zur Grundrechtsberechtigung öffentlicher bzw. öffentlich beherrschter gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen	286
(3) Folgerungen für die Grundrechtsberechtigung von Energieversorgungsunternehmen, bei denen die öffentliche Hand alle oder die Mehrheit der Anteile hält	289
c) Vereinbarkeit des in §§ 6–8 EnWG verankerten „Umsetzungsplus“ gegenüber dem zwingenden Gemeinschaftsrecht mit den Grundrechten aus Art. 14 und Art. 12 GG	290
aa) Gewährleistung der Eigentumsfreiheit gemäß Art. 14 Abs. 1 GG	291
(1) Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG	291
(2) Rechtfertigung des Eingriffs in das durch Art. 14 GG geschützte Eigentum der Energieversorgungsunternehmen	294
(a) Gesellschaftsrechtlich-organisatorisches Unbundling als Inhalts- und Schrankenbestimmung i. S. d. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG	294
(b) Rechtfertigung der Inhalts- und Schrankenbestimmung	295
(aa) Legitimer Zweck	296
(bb) Geeignetheit	297
(cc) Erforderlichkeit	300
(3) Fazit	304
bb) Gewährleistung der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG	304
2. Vereinbarkeit des gesellschaftsrechtlich-organisatorischen Unbundling nach Maßgabe der Energiebinnenmarkttrichtlinien 2003 mit Gemeinschaftsgrundrechten	306
a) Eigentumsgrundrecht	307
aa) Geeignetheit	309
bb) Erforderlichkeit	310
cc) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	313
dd) Fazit	315
b) Grundrecht der Berufsfreiheit	316
c) Fazit	316
II. Vereinbarkeit eines Ownership Unbundling mit nationalen und EG-Grundrechten	316
1. Vereinbarkeit eines Ownership Unbundling mit den Grundrechten aus Art. 14 GG und Art. 12 GG	319
a) Gewährleistung der Eigentumsfreiheit gemäß Art. 14 Abs. 1 GG	319
aa) Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG	319

bb) Rechtfertigung des Eingriffs in das durch Art. 14 GG geschützte Eigentum der Energieversorgungsunternehmen .....	323
(1) Ownership Unbundling als Enteignung i. S. d. Art. 14 Abs. 3 GG? .....	323
(2) Enteignungsrechtlicher Gesetzesvorbehalt .....	328
(3) Allgemeinwohlerfordernis .....	329
(4) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit .....	330
(a) Geeignetheit .....	331
(b) Erforderlichkeit .....	333
cc) Keine Versagung des Grundrechtsschutzes unter dem Aspekt staatlicher Infrastrukturverantwortung .....	342
dd) Fazit .....	345
b) Gewährleistung der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG	345
2. Vereinbarkeit eines Ownership Unbundling mit EG-Grundrechten .....	346
a) Eigentumsgrundrecht .....	347
b) Grundrecht der Berufsfreiheit .....	351
c) Fazit .....	351
<b>Schlussbetrachtung</b> .....	353
<b>Grundlegende Thesen</b> .....	363
I. Grundlagen der Unbundling-Regulierung .....	363
II. Das gemeinschaftsrechtliche Unbundling-Regime .....	363
III. Das Unbundling-Regime des Energiewirtschaftsgesetzes .....	365
IV. Die Unbundling-Regulierung auf dem Prüfstand der nationalen und EG-Grundrechte .....	366
<b>Sachverzeichnis</b> .....	367