

Tobias Strobel

Die Investitionsplanungs- und Investitionspflichten
der Übertragungsnetzbetreiber

Insbesondere historische Entwicklung, Durchsetzung und
unternehmerische Eigenverantwortlichkeit



Schriften zum Umweltenergierecht

herausgegeben von
Prof. Dr. Helmuth Schulze-Fielitz
Thorsten Müller
Prof. Dr. Sabine Schlacke

in Zusammenarbeit mit der
Stiftung Umweltenergierecht

Band 24

Tobias Strobel

Die Investitionsplanungs- und Investitionspflichten
der Übertragungsnetzbetreiber

Insbesondere historische Entwicklung, Durchsetzung und
unternehmerische Eigenverantwortlichkeit



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Bayreuth, Univ., Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4108-3 (Print)

ISBN 978-3-8452-8417-0 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2016/2017 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth als Dissertation angenommen. Die Arbeit wurde im November 2015 abgeschlossen. Auf nachträglich erschienene Literatur wurde nur punktuell hingewiesen. Insbesondere die nach dem Kolloquium erschienene Dissertation von Konrad Riemer mit dem Titel »Investitionspflichten der Betreiber von Elektrizitätsübertragungsnetzen« wurde nicht berücksichtigt. Die gesetzgeberischen Änderungen von EnWG und EEG bis Herbst 2016 wurden nachträglich eingearbeitet.

Herrn Prof. Dr. Jörg Gundel gilt ein herzlicher Dank für die Betreuung. Diese erwies sich als bestärkend hinsichtlich der Weiterarbeit sowie anregend hinsichtlich der thematischen Fokussierung und beließ die notwendigen wissenschaftlichen Freiheiten. Weiterhin danke ich Herrn Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Die Arbeit ist größtenteils parallel zu meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter der Stiftung Umweltenergierecht entstanden. Den diese ausmachenden Personen gilt ein herzlicher Dank in vielerlei Hinsicht. Beispielhaft aufgeführt seien die Weckung des Interesses am Energierecht, die produktive Arbeitsatmosphäre inklusive vieler Diskussionen sowie die Möglichkeit der Nutzung der Ressourcen auch zu Promotionszwecken.

Dem Kreis der Herausgeber danke ich für die Aufnahme in die Schriftenreihe.

Schließlich bedanke ich mich herzlich bei meiner Familie und meiner Freundin Johanna Reck für Unterstützung jenseits des Juristischen.

Buchholz i. d. N., im Herbst 2017

Tobias Strobel

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| Abkürzungsverzeichnis | 19 |
| Erster Teil: Einleitung | 25 |
| A. Problemaufriss: Zunahme der Inpflichtnahme der Übertragungsnetzbetreiber im Hinblick auf die Investitionstätigkeit | 25 |
| I. Überblick über die (Entwicklung der) Pflichtenlage | 25 |
| II. Resonanz in der juristischen Literatur | 27 |
| III. Zielrichtung dieser Arbeit | 30 |
| IV. Relevanz der Durchsetzungsmöglichkeiten | 32 |
| V. Faktisch-ökonomische Dimension des Übertragungsnetzausbaus | 33 |
| VI. Verortung der Investitionsplanungs- und Investitionspflichten im Recht des Übertragungsnetzausbaus | 37 |
| B. Die Übertragungsnetzbetreiber (ÜNB) | 38 |
| I. Die Elektrizitätsübertragung als originäre Aufgabe der ÜNB | 38 |
| II. Mit den Investitionsplanungs- und Investitionspflichten verwandte Aufgaben und Pflichten der ÜNB | 42 |
| 1. § 11 Abs. 1 S. 1 EnWG | 43 |
| a) Qualitätsstandard | 43 |
| b) Betriebs- und Wartungspflicht | 44 |
| 2. Grobübersicht über weitere eng verbundene Pflichten der ÜNB | 46 |
| III. Die vier in Deutschland tätigen ÜNB | 47 |
| IV. Politische Alternativmodelle betreffend Übertragungsnetzbetrieb und -ausbau | 50 |
| C. Übertragungsnetzausbau: Gründe und Funktionen | 51 |
| I. Hintergründe der Notwendigkeit | 51 |
| II. Multifunktionalität der Investitionspflichten | 55 |
| D. Allgemeines zu Investitionsplanungs- und Investitionspflichten | 57 |
| I. Begriffsbestimmungen | 57 |
| II. Systematisierung der Investitionspflichten | 61 |
| 1. Nach Rechtsnatur bzw. Durchsetzungsmodus | 61 |
| 2. Nach dem Bezugspunkt | 62 |
| E. Thematische Negativabgrenzung | 62 |

| | |
|--|-----|
| Zweiter Teil: Die Investitionspflichten und der hoheitliche Einfluss auf das Investitionsverhalten der ÜNB in der historischen Entwicklung | 66 |
| A. Die alte Energiewelt: Geltungszeitraum des EnWG 1935 | 66 |
| I. Allgemeine Charakteristika der Energiewirtschaft unter Geltung des EnWG 1935 | 67 |
| II. Die Investitionsaufsicht nach § 4 EnWG 1935 | 69 |
| III. Die drohende Betriebsuntersagung als mittelbare Investitionspflicht? | 73 |
| IV. Ergebnis | 75 |
| B. Der wettbewerbliche Entwicklungsstrang | 76 |
| I. Die erste Binnenmarkt-RL Elektrizität | 76 |
| II. EnWG 1998 | 79 |
| 1. Grundzüge der Reform | 79 |
| 2. Netzinvestitionen unter Geltung des EnWG 1998 | 81 |
| III. EEG 2000: Entstehung der Kapazitätserweiterungspflicht nach EEG | 86 |
| C. Der regulatorische Entwicklungsstrang | 89 |
| I. Die zweite Binnenmarkt-RL Elektrizität | 89 |
| II. Der gescheiterte Art. 7 des Vorschlags zur RL 2005/89/EG | 92 |
| III. Das EnWG 2005 | 96 |
| 1. Die Entstehung von § 11 Abs. 1 S. 1 EnWG als erster ausdrücklicher allgemeiner Investitionspflicht | 96 |
| 2. Der Bericht über die Netzausbauplanung nach § 12 Abs. 3a EnWG 2005 | 98 |
| IV. Netzanbindungen Offshore, § 17 Abs. 2a EnWG a. F. | 101 |
| D. Beginnend mit der dritten Binnenmarkt-RL Elektrizität: Zunehmende (Detail-)Einflussnahme auf die Netzinvestitionen der ÜNB | 103 |
| I. Die dritte Binnenmarkt-RL Elektrizität | 103 |
| 1. Allgemeine Vorgaben zum Netzausbau, insbesondere Aspekt der Investitionspflicht | 103 |
| 2. Allgemeine Durchsetzungsbefugnisse der nationalen Regulierungsbehörden | 105 |
| 3. Verschärfte Vorgaben zur Entflechtung der ÜNB: Überblick über die drei Entflechtungsmodelle | 107 |
| a) OU | 108 |
| b) ISO | 108 |
| c) ITO | 109 |

| | |
|---|-----|
| 4. Entflechtungsformspezifische Vorgaben für die Investitionsplanung und die hoheitliche Investitionsdurchsetzung | 112 |
| a) Grundkonzeption der dritten BRL | 112 |
| b) Entflechtung als Investitionsförderung? | 113 |
| c) Entflechtungsfolgeproblematiken | 115 |
| d) Die Vorgaben im Einzelnen | 116 |
| II. Die StromhandelsVO als weiteres Element des dritten Energiebinnenmarktpakets | 118 |
| III. EnWG-Novelle 2011 | 119 |
| 1. Umsetzung und partielle Umfunktionierung der Netzentwicklungsplanung | 119 |
| 2. Entflechtungsformunabhängige und gemeinsame Netzentwicklungsplanung | 122 |
| 3. Exkurs: Mechanismen der Investitionsplanung betreffend die VNB | 124 |
| IV. EnWG-Novelle 2012: Neukonzeption des Regimes der Offshore-Netzanbindungen | 126 |
| V. Die TEN-E-VO | 127 |
| VI. Weitere Entwicklung | 130 |
| E. Fazit | 130 |
| | |
| Dritter Teil: Determinanten der Investitionsplanungs- und Investitionspflichten | 133 |
| | |
| A. Unternehmerische Eigenverantwortlichkeit der ÜNB | 133 |
| B. Staatliche Infrastrukturgewährleistungsverantwortung | 134 |
| I. Begründung | 135 |
| II. Inhalt | 136 |
| C. Notwendigkeit der Einbindung des Wissens der ÜNB | 139 |
| D. Verfassungsrechtliche Leitplanken – Grundrechtliche Dimension der Reduzierung der Investitionsfreiheit | 141 |
| I. Grundrechtlicher Schutz investitionsbezogener Aspekte | 142 |
| 1. Europäische Ebene, insbesondere unternehmerische Freiheit nach Art. 16 EGRC | 142 |
| 2. Ebene des Grundgesetzes | 144 |
| 3. Ergebnis | 147 |
| II. Problematik der Grundrechtsberechtigung der ÜNB | 147 |
| 1. Ebene des Grundgesetzes | 147 |
| 2. Europäische Ebene | 151 |

| | |
|--|-----|
| 3. Ergebnis | 152 |
| III. Grundrechtliche Bewertung des gegenwärtigen Pflichtenregimes | 153 |
| 1. Argumentationslinien | 153 |
| a) Legitime Zwecke | 154 |
| b) Geeignetheit und Erforderlichkeit | 155 |
| c) Erwägungen zur Zumutbarkeit | 156 |
| d) Skizzenhafte Bewertung der Zumutbarkeit | 159 |
| 2. Sonderkonstellation Netzanbindungspflicht | 161 |
| E. Frage nach einem Beurteilungsspielraum der ÜNB gegenüber der Regulierungsbehörde | 165 |
| F. Zum Verhältnis der Investitionsplanungs- und Investitions- pflichten zur Regulierung | 171 |
| I. Das natürliche Monopol als Regel-Ausgangspunkt der Regulierung | 171 |
| II. Gegenstand und Zielsetzungen der Regulierung | 173 |
| III. Zuordnung der Investitionspflichten der ÜNB | 176 |
| IV. Frage nach Modifikationen im Regulierungskonzept | 177 |
| V. Konsequenz: Regulierungsermessen der BNetzA? | 179 |
| VI. Fazit | 185 |
| VII. Exkurs: Elemente der Wirtschaftsaufsicht | 186 |
| | |
| Vierter Teil: Vor der Umsetzung der dritten BRL entstandene und fortbestehende Investitionsplanungs- und Investiti- onspflichten der ÜNB | 187 |
| | |
| A. Verpflichtungen der ÜNB im Hinblick auf die Netzteilhabe | 187 |
| I. Der Netzanschluss | 187 |
| 1. Grundsätzliches | 187 |
| 2. Durchsetzbarkeit | 191 |
| 3. Die ÜNB als Pflichtenadressaten | 192 |
| 4. Möglichkeit der Verweigerung des Netzanschlusses wegen Kapazitätsmangels | 192 |
| 5. Exkurs: Netzausbau nach der KraftNAV | 195 |
| II. Der Netzzugang, § 20 EnWG | 197 |
| 1. Gegenstand und Bedeutung des Netzzugangs | 197 |
| 2. Durchsetzbarkeit | 198 |
| 3. Kapazitätsmangel im Netz als Zugangsverweige- rungsgrund | 199 |
| a) Grundstruktur von § 20 EnWG | 199 |

| | |
|--|-----|
| b) Zulässigkeit der Zugangsverweigerung wegen Kapazitätsmangels | 200 |
| c) Regelmäßig nur temporäre Netzzugangsverweigerung | 201 |
| d) Verhältnis zum Engpassmanagement | 202 |
| 4. Frage, ob der Verpflichtung zur Gewährung von Netzzugang eine Investitionspflicht immanent ist | 204 |
| 5. Einfluss von Zugangsverweigerungen wegen Kapazitätsmangels auf die allgemeine Investitionspflicht | 207 |
| III. Fazit zu den Verpflichtungen im Hinblick auf die Netzteilhabe | 209 |
| B. Die Pflicht zur Kapazitätserweiterung nach § 12 EEG 2017 | 210 |
| I. Die ÜNB als Pflichtenadressaten | 210 |
| II. Tatbestandsvoraussetzungen | 212 |
| 1. Erforderlichkeit | 212 |
| 2. Keine wirtschaftliche Unzumutbarkeit, § 12 Abs. 3 S. 1 EEG 2017 | 214 |
| a) Bezugspunkt der Zumutbarkeit | 215 |
| b) Betriebswirtschaftliche Zumutbarkeit | 216 |
| c) Volkswirtschaftliche Zumutbarkeit | 217 |
| d) Diskutierter Anwendungsfall: Kappung der Erzeugungsspitzen aus EE | 218 |
| III. Pflichteninhalt, insbesondere Alternativen der Kapazitätserweiterung | 221 |
| 1. Optimierung | 222 |
| 2. Verstärkung | 223 |
| 3. Netzausbau | 224 |
| 4. Verhältnis der Alternativen zueinander | 226 |
| IV. Auch aufgrund des Regelungszusammenhangs von § 12 EEG 2017: Schutz von EE-Anlagenbetreibern vor ökonomischen Risiken aus Netzdefiziten | 228 |
| V. Fazit zur Kapazitätserweiterungspflicht nach § 12 EEG 2017 | 229 |
| VI. Exkurs: Stromnetzausbaupflicht nach dem KWKG | 231 |
| C. Die allgemeine Investitionspflicht der ÜNB aus §§ 11 Abs. 1 S. 1, 12 Abs. 3 S. 1 EnWG | 233 |
| I. Wesen der Pflicht | 234 |
| II. Verpflichtungsinhalt: Alternativen der Kapazitätserweiterung | 235 |
| III. Die Vorgabe der Bedarfsgerechtigkeit | 237 |
| 1. Einschluss einer Investitionsplanungspflicht | 238 |

| | |
|---|-----|
| 2. Maßstab der Bedarfsgerechtigkeit | 239 |
| a) Jegliche Nachfrage nach Übertragungskapazität als relevanter Bedarf | 239 |
| b) Blickwinkel der Bedarfsgerechtigkeit | 240 |
| c) Zwischenergebnis und Frage nach Einschränkungen | 242 |
| 3. Europäisch getriebener Bedarf | 246 |
| 4. Überblick über die Netzplanung | 246 |
| 5. Problematik der Außerachtlassung netzbezogener Aspekte auf der Erzeugungsebene | 247 |
| a) Problembeschreibung | 247 |
| b) Ansatzpunkte für Korrekturen | 249 |
| 6. Verhältnis zum bestätigten NEP sowie zu gesetzlichen Bedarfsplänen | 250 |
| a) Nationale Ebene | 251 |
| b) Europäische Ebene | 255 |
| 7. Ergebnis zur Bedarfsgerechtigkeit | 256 |
| IV. Vorbehalt der wirtschaftlichen Zumutbarkeit | 256 |
| 1. Betriebswirtschaftliche Zumutbarkeit | 258 |
| 2. Volkswirtschaftliche Zumutbarkeit | 259 |
| 3. Ergebnis | 260 |
| V. Konkurrenzen | 261 |
| VI. Problematik der Umfassung von Interkonnektoren | 262 |
| 1. StromhandelsVO als vorrangiges Sonderregime? | 263 |
| 2. Argumente für eine Befürwortung | 266 |
| 3. Ergebnis | 267 |
| 4. Exkurs: Investitionen durch andere Investoren als herkömmliche ÜNB und Frage nach einem Durchführungsrecht der ÜNB | 268 |
| VII. Fazit zur allgemeinen Investitionspflicht | 269 |
| | |
| Fünfter Teil: Investitionsplanungspflichten im Zuge der Bedarfsermittlung und Investitionspflichten auf europäischer Ebene | 271 |
| | |
| A. Der unionsweite Netzentwicklungsplan nach Art. 8 Abs. 3 lit. b), Abs. 10 StromhandelsVO | 271 |
| I. Inhalte und Anforderungen | 271 |
| II. Verfahren | 274 |
| 1. Vorgaben des dritten Energiebinnenmarktpakets | 274 |

| | |
|---|-----|
| 2. Praktische Ausfüllung der Vorgaben und Einfluss der TEN-E-VO | 277 |
| III. Wirkung und Verhältnis insbesondere zu den nationalen Netzentwicklungsplänen | 279 |
| IV. Resultate im Überblick | 282 |
| 1. Der TYNDP 2014 | 282 |
| 2. Stellungnahmen von ACER | 284 |
| V. Ergebnis | 286 |
| B. Regionale Investitionspläne nach Art. 12 Abs. 1 StromhandelsVO | 287 |
| C. Einfluss der TEN-E-VO auf die Investitionstätigkeit der ÜNB | 288 |
| I. Die Identifizierung der Vorhaben von gemeinsamem Interesse | 288 |
| 1. Grundkategorien von VGI | 288 |
| 2. Die materiellen Auswahlkriterien | 290 |
| 3. Das Auswahlverfahren, insbesondere Einbindung der ÜNB | 290 |
| 4. Verflechtung mit anderen Instrumenten der Netzbedarfsplanung | 294 |
| II. Einflussnahme auf die Realisierung der VGI | 296 |
| 1. Überwachung der Realisierung der VGI, Art. 5 Abs. 1 bis 6 TEN-E-VO | 297 |
| 2. Sicherstellung der Investitionsdurchführung, Art. 5 Abs. 7 TEN-E-VO | 300 |
| a) Allgemeine Anwendungsvoraussetzungen | 300 |
| b) Die einzelnen Sanktionsmaßnahmen | 301 |
| c) Bewertung | 304 |
| III. Ergebnis zur TEN-E-VO | 306 |
| D. Fazit zur europäischen Ebene | 307 |
| | |
| Sechster Teil: Die Netzentwicklungsplanung | 309 |
| | |
| A. Der vorgelagerte Szenariorahmen | 309 |
| I. Vorgaben der dritten BRL | 309 |
| II. Grobüberblick über die Vorgaben in § 12a EnWG | 310 |
| 1. Formelle Aspekte | 310 |
| 2. Materielle Aspekte | 310 |
| 3. Sensitivitätsbetrachtungen | 312 |
| B. Die Investitionsplanung mittels der Netzentwicklungsplanung | 313 |
| I. Zuordnung des NEP zur Ebene der Bedarfsplanung | 314 |

| | |
|--|-----|
| II. Die materiellen Anforderungen im Überblick | 315 |
| 1. Inhaltliche Vorgaben an den NEP | 315 |
| 2. Berücksichtigung anderer Instrumente der Netzbedarfsplanung | 317 |
| 3. Die materiellen Kriterien aus Sicht der Überprüfungspraxis | 318 |
| III. Das Erarbeitungsverfahren im Überblick | 320 |
| 1. Gesetzliche Vorgaben | 320 |
| 2. Praktische Ausfüllung | 323 |
| IV. Das NEP-Überprüfungsverfahren: Der Dreiklang regulierungsbehördlicher Befugnisse im Zuge der Investitionsplanung | 325 |
| 1. Allgemeines | 325 |
| 2. Das Änderungsverlangen | 328 |
| a) Art. 22 Abs. 5 S. 3 dritte BRL | 328 |
| b) Nationale Umsetzung: § 12c Abs. 1 S. 2 EnWG | 330 |
| c) Bisherige Praxis | 333 |
| 3. Die Bestätigung des NEP | 334 |
| a) Vorgaben | 334 |
| b) Relevanz der Bestätigung des NEP: Regulierungsrechtliche Schnittstelle des Übertragungsnetzausbaurechts | 336 |
| c) Praxis | 337 |
| 4. Die Möglichkeit der Verantwortlichkeitsbestimmung | 340 |
| 5. Fazit zu den regulierungsbehördlichen Befugnissen im Zuge der Überprüfung des NEP, insbesondere Stellenwert der unternehmerischen Eigenverantwortlichkeit | 344 |
| V. Überwachung und Evaluierung der Durchführung des NEP | 346 |
| VI. Die an den NEP gebundene Investitionspflicht und deren Verhältnis zur allgemeinen Investitionspflicht aus §§ 11 Abs. 1 S. 1, 12 Abs. 3 S. 1 EnWG | 346 |
| VII. Bewertung der Netzentwicklungsplanung | 349 |
| VIII. Die Ergebnisse des (bestätigten) NEP 2024 im Überblick | 351 |
| C. Der Offshore-NEP und die hieran gebundene Netzanbindungspflicht | 352 |
| I. Der Offshore-NEP im Überblick | 352 |
| II. Weitere regulierungsrechtliche Elemente des Netzanbindungsregimes im Überblick | 354 |

| | |
|--|-----|
| Siebenter Teil: Durchsetzung der Investitionspflichten | 356 |
| A. Investitionspflichten und deren Durchsetzung im Allgemeinen | 356 |
| I. Investitionspflichten und deren Entsprechungen: Hoheitliche Aufsichtsbefugnisse, subjektiv-private und subjektiv-öffentliche Rechte | 357 |
| II. Einordnung der einzelnen Investitionspflichten | 359 |
| 1. Die Kapazitätserweiterungspflicht nach § 12 EEG 2017 | 359 |
| 2. Die allgemeine Investitionspflicht aus §§ 11 Abs. 1 S. 1, 12 Abs. 3 S. 1 EnWG | 361 |
| a) Einordnung als öffentlich-rechtliche Verpflichtung | 361 |
| b) Frage nach einem subjektiv-öffentlichen Recht | 363 |
| c) Sondererwägungen zum NEP-Regime | 364 |
| 3. Die Netzanbindungspflicht nach § 17d Abs. 1 S. 1 EnWG | 365 |
| 4. Fazit und Einordnung | 368 |
| B. Durchsetzung der einzelnen Investitionspflichten im Detail | 371 |
| I. Hoheitliche Durchsetzung der allgemeinen Investitionspflicht | 371 |
| 1. Möglichkeit des Erlasses einer Investitionsanordnung auf Grundlage von § 65 Abs. 1, Abs. 2 EnWG | 372 |
| 2. Problematik der generellen Zulässigkeit von Investitionsanordnungen | 374 |
| 3. Vollzugsproblematiken im Kontext von Investitionsanordnungen | 376 |
| 4. Sonstige Befugnisse der Regulierungsbehörde in diesem Kontext | 378 |
| 5. Möglichkeit des Ergreifens verwaltungsvollstreckungsrechtlicher Zwangsmittel | 379 |
| 6. Ergebnis | 381 |
| II. Gewährleistung der Durchführung des NEP: Sanktionsmöglichkeiten nach Art. 22 Abs. 7 dritte BRL bzw. § 65 Abs. 2a EnWG | 382 |
| 1. Allgemeines | 382 |
| 2. Anwendungsvoraussetzungen | 384 |
| a) Nichtdurchführung einer Investition | 384 |
| b) Investition, die in den folgenden drei Jahren durchgeführt werden musste | 386 |
| c) Keine zwingenden, vom ÜNB nicht zu beeinflussenden Gründe | 388 |

| | |
|--|-----|
| d) Fortbestehende Relevanz der Investition nach dem jüngsten NEP | 391 |
| 3. Die Sanktionsmöglichkeit der Durchführungsaufforderung | 391 |
| 4. Die Sanktionsmöglichkeit des Ausschreibungsverfahrens | 393 |
| a) Richtlinienvorgaben | 393 |
| b) Vorgaben in § 65 Abs. 2a S. 2 EnWG | 394 |
| c) Einordnung dieser Sanktionsmöglichkeit | 397 |
| 5. Die nicht umgesetzte Sanktionsmöglichkeit der Auferlegung einer Kapitalerhöhung | 398 |
| a) Gesellschaftsrechtliche Problematik der Umsetzung | 399 |
| aa) Nichtadressierung der Aktionäre bzw. Gesellschafter | 399 |
| bb) Regelungskontext von Art. 22 Abs. 7 UAbs. 1 lit. c) dritte BRL | 400 |
| cc) Notwendigkeit des Ausschlusses des Bezugsrechts | 403 |
| b) Grundrechtliche Problematik der Umsetzung | 404 |
| c) Gründe des deutschen Gesetzgebers für die Nichtumsetzung | 405 |
| 6. Weitere Aspekte | 406 |
| a) Sanktionsmittel und Refinanzierung | 406 |
| b) Sanktionsmittel und Rechtsschutz | 407 |
| c) Investitionsrelevante Pflichten des Gleichbehandlungsbeauftragten im ITO-Modell | 408 |
| 7. Weitere Durchsetzungsmittel und Konkurrenzen | 408 |
| a) Weitere Durchsetzungsmittel | 408 |
| b) Verhältnis zur Investitionsanordnung | 409 |
| c) Verhältnis zu den Druckmitteln nach §§ 6 S. 2, 12 Abs. 2 S. 4 NABEG | 411 |
| 8. Fazit | 412 |
| III. Besonderheiten der Gewährleistung der Durchführung des Offshore-NEP | 413 |
| IV. Fazit | 416 |

| | |
|--|-----|
| Achter Teil: Refinanzierung der Investitionskosten | 418 |
| A. Überblick über die sekundärrechtlichen Vorgaben hinsichtlich der Netzentgeltregulierung im Hinblick auf Investitionen | 419 |
| B. Grundkonzeption der Anreizregulierung und Problematiken im Hinblick auf Investitionen | 420 |
| C. Die Genehmigung von Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV | 423 |
| I. Wirkweise | 423 |
| 1. Einordnung von Investitionskosten unter die dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten und Relevanz hiervon | 423 |
| 2. Aufgrund begrenzter Genehmigungsdauer nur vorübergehende Wirkung | 425 |
| 3. Zwischenergebnis, insbesondere zu potentiellen Refinanzierungsrisiken | 427 |
| 4. Zeitpunkt der Berücksichtigungsfähigkeit | 430 |
| II. Gegenstand: Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen | 431 |
| 1. Ursprünglich Fokussierung auf die Ebene der Übertragungsnetze | 431 |
| 2. Begriff | 432 |
| III. Materielle Voraussetzung: Investitionsbedarf nach § 23 Abs. 1 ARegV | 434 |
| 1. Ziele nach § 23 Abs. 1 S. 1 ARegV | 434 |
| 2. Kriterium der Notwendigkeit und Problematik einer Effizienzprüfung | 435 |
| 3. Regelbeispiele nach § 23 Abs. 1 S. 2 ARegV | 438 |
| 4. Verhältnis zur Ebene der Bedarfsplanung, insbesondere zum bestätigten NEP | 439 |
| IV. Ansetzbare Kosten | 440 |
| V. Verschiedene Aspekte betreffend Antrag und Genehmigung | 443 |
| 1. Vorgaben betreffend den Antrag | 443 |
| 2. Antragszeitpunkt | 444 |
| 3. Prüfung der Voraussetzungen und Genehmigung | 445 |
| 4. Nachträgliche Anpassungen der Genehmigung | 446 |
| VI. Monitoring des Investitionsverhaltens | 447 |
| VII. Fazit zum Instrument der Investitionsmaßnahmen sowie zur Refinanzierung | 448 |
| 1. Grundsätzliche Garantie der Refinanzierung effizienter Investitionskosten | 448 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----|
| 2. Nähere Erwägungen zum Einfluss auf die Investitionstätigkeit | 450 |
| D. Überblick über die Qualitätsvorgaben nach §§ 18 ff. ARegV: Möglicher Einfluss des Parameters der Netzleistungsfähigkeit auf die Investitionstätigkeit der ÜNB | 452 |
| | |
| Neunter Teil: Schlussbetrachtung | 456 |
| | |
| A. Zusammenfassung der Ergebnisse | 456 |
| B. Investitionstätigkeit der ÜNB und unternehmerische Eigenverantwortlichkeit – Rechtsrahmen und Praxis | 467 |
| C. Die allgemeine Investitionspflicht: Stellenwert im Instrumentenmix und Einfluss auf die Investitionstätigkeit | 471 |
| D. Ausblick: Wahrscheinlichkeit des Ergehens von Durchsetzungsmaßnahmen | 476 |
| | |
| Literaturverzeichnis | 479 |

Abkürzungsverzeichnis

Neben allgemein gebräuchlichen sowie in der juristischen Literatur üblichen Abkürzungen werden insbesondere folgende Abkürzungen verwendet:

| | |
|----------|--|
| a. A. | andere/r Ansicht |
| ABl. | Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften/ der Europäischen Union |
| Abs. | Absatz |
| ACER | Agency for the Cooperation of Energy Regulators |
| a. E. | am Ende |
| AEUV | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union |
| a. F. | alte Fassung |
| AG | Aktiengesellschaft |
| Alt. | Alternative |
| AöR | Archiv des öffentlichen Rechts |
| AReg | Anreizregulierung |
| ARegV | Anreizregulierungsverordnung |
| AWZ | Ausschließliche Wirtschaftszone |
| Az. | Aktenzeichen |
| BayGVBl. | Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt |
| BB | Betriebs-Berater |
| BBPl | Bundesbedarfsplan |
| BBPlG | Bundesbedarfsplangesetz |
| BFO | Bundesfachplan Offshore |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGBI. | Bundesgesetzblatt |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BK | Beschlusskammer |
| BK-ER | Berliner Kommentar zum Energierecht |
| BKartA | Bundeskartellamt |
| BMWi | Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie/ ab 2013 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie |
| BNetzA | Bundesnetzagentur (für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen) |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|---------------------------|--|
| BR | Bundesrat |
| BR-Drs. | Bundesrats-Drucksache |
| BReg | Bundesregierung |
| BRL (erste/zweite/dritte) | Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie (der ersten/zweiten/ dritten Generation) |
| BSH | Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie |
| BT-Drs. | Bundestags-Drucksache |
| BTOElt | Bundestarifordnung Elektrizität |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| BVerwG | Bundesverwaltungsgericht |
| CACM-VO | VO (EU) 2015/1222 der KOM zur Festlegung einer Leit- linie für die Kapazitätsvergabe und das Engpassmanage- ment |
| CEF-VO | VO (EU) Nr. 1316/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung der Fazilität „Connecting Europe“ [...] |
| Dena | Deutsche Energie-Agentur |
| DÖV | Die Öffentliche Verwaltung |
| DVBl. | Deutsches Verwaltungsblatt |
| E | Entscheidungssammlung (BVerfG bzw. BVerwG) |
| EE | Erneuerbare Energien |
| EEG | Erneuerbare-Energien-Gesetz |
| EE-RL | RL 2001/77/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerba- ren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt |
| EGL | Ermächtigungsgrundlage |
| EGMR | Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte |
| EGRC | Charta der Grundrechte der Europäischen Union |
| E & M | Energie & Management |
| EMRK | Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrech- te und Grundfreiheiten |
| EnLAG | Energieleitungsausbaugesetz |
| ENTSO-E | European Network of Transmission System Operators for Electricity |
| EnWG | Energiewirtschaftsgesetz |
| EnWZ | Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft |
| EOG | Erlösobergrenze |
| ER | EnergieRecht |
| ET | Energiewirtschaftliche Tagesfragen |

| | |
|-------------------|---|
| EuGH | Europäischer Gerichtshof |
| EuR | Europarecht (Zeitschrift) |
| EUV | Vertrag über die Europäische Union |
| EuZW | Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| EVU | Energieversorgungsunternehmen |
| ew | Magazin für die Energiewirtschaft |
| EWeRK | Zeitschrift des Instituts für Energie- und Wettbewerbsrecht in der Kommunalen Wirtschaft e.V. |
| EWS | Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht |
| FNB | Fernleitungsnetzbetreiber |
| GasNZV | Gasnetzzugangsverordnung |
| GewArch | Gewerbearchiv |
| GG | Grundgesetz |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung |
| GWB | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen |
| Hervorh. d. Verf. | Hervorhebung durch Verfasser |
| HG | Hauptgutachten |
| HGÜ | Hochspannungs-Gleichstrom-Übertragung |
| h. M. | herrschende Meinung |
| HS. | Halbsatz |
| ibid. | ibidem |
| i.d.F. | in der Form |
| i. E. | im Ergebnis |
| i.R.v. | im Rahmen von |
| insb. | insbesondere |
| ISO | Independent System Operator |
| IPRax | Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts |
| ITO | Independent Transmission Operator |
| i.V.m. | in Verbindung mit |
| JbUTR | Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts |
| JZ | Juristenzeitung |
| KGaA | Kommanditgesellschaft auf Aktien |
| KHG | Krankenhausfinanzierungsgesetz |
| KOM | Europäische Kommission |
| KraftNAV | Kraftwerks-Netzanschlussverordnung |
| KSzW | Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht |
| kV | Kilovolt |
| kWh | Kilowattstunde |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|------------------|--|
| KWK-Anlage | Anlage der Kraft-Wärme-Kopplung |
| KWKG | Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz |
| lit. | littera(e) |
| Lit. | Literatur |
| MS | Mitgliedstaat bzw. Mitgliedstaaten |
| MW | Megawatt |
| m.w.N. | mit weiteren Nachweisen |
| m. w. Rsprnachw. | mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen |
| NABEG | Netzausbaubeschleunigungsgesetz Übertragungsnetz |
| NAV | Niederspannungsanschlussverordnung |
| NEP | Netzentwicklungsplan/Netzentwicklungspläne, auch Netzentwicklungsplanung |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| N&R | Netzwirtschaften und Recht |
| NRB | nationale Regulierungsbehörde |
| NVwZ | Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht |
| o. | oben |
| O-NEP | Offshore-Netzentwicklungsplan |
| OU | Ownership Unbundling |
| OWP | Offshore-Windpark, auch Betreiber eines solchen |
| RdE | Recht der Energiewirtschaft |
| RELPE | Renewable Energy Law and Policy Review |
| RGBL | Reichsgesetzblatt |
| RL | Richtlinie |
| Rs. | Rechtssache(n) |
| Rspr. | Rechtsprechung |
| S. | Seite/Satz |
| SG | Sondergutachten |
| SO&AF | Scenario Outlook and Adequacy Forecast |
| SRU | Sachverständigenrat für Umweltfragen |
| StromhandelsVO | VO (EG) Nr. 714/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel [...] |
| StromNEV | Stromnetzentgeltverordnung |
| StromNZV | Stromnetzzugangsverordnung |
| TAB | Büro für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag |

| | |
|--------------------|--|
| TEN-E-Entscheidung | Entscheidung Nr. 1364/2006/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung von Leitlinien für die transeuropäischen Energienetze [...] |
| TEN-E-VO | VO (EU) Nr. 347/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur [...] |
| TKG | Telekommunikationsgesetz |
| TYNDP | Ten-Year Network Development Plan |
| UAbs. | Unterabsatz |
| ÜNB | Übertragungsnetzbetreiber (Singular wie Plural) |
| UVPG | Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung |
| UWG | Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb |
| VDN | Verband der Netzbetreiber e. V. |
| verb. Rs. | Verbundene Rechtssachen |
| VerwArch | Verwaltungsarchiv |
| VGI | Vorhaben von gemeinsamem Interesse |
| VIK-Mitt. | Mitteilungen des Verbandes der Industriellen Energie- und Kraftwirtschaft |
| VNB | Verteilernetzbetreiber |
| VO | Verordnung |
| VVDStRL | Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer |
| VwVfG | Verwaltungsverfahrensgesetz |
| VwGO | Verwaltungsgerichtsordnung |
| VwVG | Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz |
| WindSeeG | Windenergie-auf-See-Gesetz |
| WiVerw | Wirtschaft und Verwaltung |
| WuW | Wirtschaft und Wettbewerb |
| Z | Entscheidungssammlung (BGH) |
| ZEuS | Zeitschrift für Europarechtliche Studien |
| ZNER | Zeitschrift für Neues Energierecht |
| ZUR | Zeitschrift für Umweltrecht |
| ZVglRWiss | Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft |
| zweite EE-RL | RL 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Änderung und [...] |

Erster Teil: Einleitung

A. Problemaufriss: Zunahme der Inpflichtnahme der Übertragungsnetzbetreiber im Hinblick auf die Investitionstätigkeit

I. Überblick über die (Entwicklung der) Pflichtenlage

Die Netzausbau- oder Investitionstätigkeit der Übertragungsnetzbetreiber (ÜNB) unterliegt dem hoheitlichen Einfluss, wobei das Maß dieses Einflusses historisch betrachtet mal milder, mal intensiver ausfiel.¹ Bezogen auf die jüngere Vergangenheit ist jedoch eindeutig eine zunehmende hoheitliche Einflussnahme auf die Investitionsplanung und die Investitionsdurchführung zu beobachten.² Aus der entgegengesetzten Perspektive betrachtet, wurde die Pflichtenlage der ÜNB – bei welchen es sich um privatrechtliche Gesellschaften, also grundsätzlich um Private,³ handelt – im Hinblick auf die Investitionstätigkeit als einen essenziellen Aspekt der unternehmerischen Tätigkeit⁴ gesetzgeberisch signifikant verschärft. Ein Meilenstein dieser häufig europarechtlich induzierten Entwicklung war die Schaffung der Verpflichtung zum bedarfsgerechten Netzausbau nach § 11 Abs. 1 S. 1 Energiewirtschaftsgesetz⁵ (EnWG) im Jahr 2005 als der ersten ausdrücklichen und allgemeinen Investitionspflicht der ÜNB. Diese Pflicht war und ist, zumindest grundsätzlich, mittels auf § 65 Abs. 1, Abs. 2 EnWG gestütz-

1 Vgl. *Weyer*, in: Baur/Sandrock/Scholtka u. a. (Hrsg.), FS Kühne, 2009, S. 423 (423, 428); ausführlich zur historischen Entwicklung unter Zweiter Teil.

2 Exemplarisch *Kühling/Pisal*, ZNER 2011, 13 (19): »zunehmende Publizierung der Netzausbauplanung und der Durchführung des Netzausbaus«; *Schmitz*, N&R Beilage 3/2011, 1 (11): »Netzausbau weiter in die Verantwortung und die Lenkungsbefugnis des Staates überführt«.

3 Die vier in Deutschland tätigen ÜNB sind jeweils in der Rechtsform einer GmbH organisiert. Näher zu den ÜNB und insb. zu deren Gesellschaftern unter Erster Teil B. III.

4 Vgl. *Müller-Graff*, Unternehmensinvestitionen, 1984, S. 74 f., 39.

5 Energiewirtschaftsgesetz v. 7.7.2005, BGBl. I, S. 1970, 3621; zuletzt geändert durch Art. 6 G. v. 13.10.2016, BGBl. I, S. 2258.

ter Aufsichtsmaßnahmen der Regulierungsbehörde durchsetzbar, ihre Erfüllung ist erzwingbar.⁶ (Vorläufiger?) Höhepunkt dieser Intensivierung war die Schaffung der Netzentwicklungsplanung mit Art. 22 der dritten Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie⁷ (im Folgenden: dritte BRL) im Jahr 2009. Insbesondere sind insoweit hoheitliche Eingriffsbefugnisse im Zuge dieser Investitionsplanung vorgesehen, zuvorderst besteht die Befugnis der Regulierungsbehörde, Änderungen am Netzentwicklungsplan (fortan: NEP) zu verlangen. Ferner finden sich Maßnahmebefugnisse zur hoheitlichen Durchsetzung der enthaltenen Netzausbauvorhaben. Jene Vorgaben finden sich teils inhaltlich-funktionell etwas modifiziert seit der EnWG-Novelle 2011⁸ im EnWG: Die Netzentwicklungsplanung als solche in den §§ 12a ff. EnWG und die Durchsetzungsbefugnisse in § 65 Abs. 2a EnWG. Seither können die ÜNB im Falle von Verzögerungen bei der Realisierung von im bestätigten NEP enthaltenen Vorhaben und erst recht bei gänzlicher Untätigkeit zur Durchführung aufgefordert werden (sog. Durchführungsaufforderung; § 65 Abs. 2a S. 1 EnWG). Des Weiteren ist im Anschluss hieran eine regulierungsbehördliche Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens zur Durchführung eines NEP-Vorhabens möglich (siehe § 65 Abs. 2a S. 2 EnWG). Als Ultima Ratio kann es entsprechend zur Vorhabenentziehung und -übertragung kommen.

Zielrichtung der Netzentwicklungspläne ist insbesondere das frühzeitige Aufzeigen von Investitionslücken.⁹ Ferner ein Monitoring des Ausbaufortschritts, dies mittels gewisser Angaben wie dem Zeitplan (siehe Art. 22 Abs. 2 lit. c) dritte BRL bzw. § 12b Abs. 1 S. 4 Nr. 2 EnWG) sowie der turnusmäßigen Neuaufstellung bzw. Aktualisierung.¹⁰ Da sich hoheitliche

6 Jedoch stellt(e) sich die Durchsetzung als in tatsächlicher Hinsicht problematisch dar, teils wird die Möglichkeit der hoheitlichen Durchsetzung von § 11 Abs. 1 S. 1 EnWG aus verfassungsrechtlichen Gründen auch generell abgelehnt; näher hierzu Siebenter Teil B. I.

7 RL 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.7.2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der RL 2003/54/EG, ABl. L 211 v. 14.8.2009, S. 55 ff.

8 Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften v. 26.7.2011, BGBl. I, S. 1554.

9 KOM (2007) 528 endg., S. 17 (bezogen auf den TYNDP).

10 Vgl. Franke, in: Klees/Gent (Hrsg.), FS Salje, 2013, S. 121 (127); siehe ferner etwa Art. 22 Abs. 6 dritte BRL; sowie hinsichtlich der Umsetzung die Angaben entsprechend § 12b Abs. 1 S. 4 Nr. 4 EnWG.

Durchsetzungsmaßnahmen als konfligierend zur bedeutsamen Planungssicherheit der ÜNB darstellen,¹¹ leistet der NEP, insbesondere dessen Bestätigung (siehe § 12c Abs. 4 S. 1 EnWG) durch die Bundesnetzagentur (BNetzA), auch insoweit einen Beitrag.¹² Für die »Sanktionsmöglichkeiten«¹³ findet sich eine Umschreibung der Zielrichtung bereits in der Richtlinienvorgabe: Es geht darum, die Durchführung einzelner Investitionen zu gewährleisten (siehe Art. 22 Abs. 7 UAbs. 1 dritte BRL).

Die investive Pflichtenlage der ÜNB beschränkt sich indessen nicht auf das Festland: Nachdem die Zuständigkeit für die Erschließung der Windenergieanlagen auf See mittels der Errichtung und des Betriebs entsprechender Netzanbindungen bereits seit gewisser Zeit bei den ÜNB lag,¹⁴ wurde Ende 2012¹⁵ das Regime der Netzentwicklungsplanung auf diese Netzanbindungen erstreckt. Die eigentliche Investitionspflicht der ÜNB insoweit ergibt sich gegenwärtig aus § 17d Abs. 1 S. 1 EnWG unter Bezugnahme auf aktuell den Offshore-NEP. Dieser Pflichtenkatalog kann in dieser Arbeit jedoch nur am Rande betrachtet werden, ist er doch (potentieller) Gegenstand eigener monografischer Betrachtungen.¹⁶

II. Resonanz in der juristischen Literatur

Insbesondere die Neuregelungen der Jahre 2009 bzw. 2011 riefen deutliche Aussagen in der Literatur hervor. Besonders entschieden äußerten sich *Gär-ditz/Rubel*: »Der formell private Plan [der Netzentwicklungsplan; Anmerkung des Verf.] mutiert [...] letztlich zu einem Instrument der staatlichen

11 Die Reduktion der Planungssicherheit ist ein wesentliches Argument für *Höppner*, Regulierung, 2009, S. 75 gegen intensive regulierungsbehördliche Interventionen. Auch BT-Drs. 15/3917, S. 56 (Einzelbegründung des heutigen § 12 Abs. 3 S. 1 EnWG) verweist auf die unternehmerische Eigenverantwortlichkeit und einen Ausgleich zwischen der hiermit verbundenen Planbarkeit und der Versorgungssicherheit.

12 Dies freilich unter Vorbehalt, etwa dem eines Herausfallens aus einem der folgenden NEP.

13 So BT-Drs. 17/6072, S. 92.

14 Siehe Zweiter Teil C. IV.

15 Mit Art. 1 des Dritten Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften v. 20.12.2012, BGBl. I, S. 2730.

16 Siehe insb. *Wetzer*, Netzanbindung, 2015, passim.

Wirtschaftsplanung und -steuerung«¹⁷. »Durch das Zusammenspiel von genehmigungsbedürftiger Investitionsplanung und nachgelagerter regulierungsbehördlicher Investitionskontrolle wird dem Staat eine bislang beispiellose Detailsteuerung des unternehmerischen Investitionsgebarens eröffnet bzw. vom Richtliniengeber abverlangt«¹⁸. Materiell würden »dem Netzbetreiber die investiven unternehmerischen Entscheidungsspielräume genommen«¹⁹. Die Regulierungsbehörde werde zur »Investitionsüberwachungsbehörde«²⁰.

Andere Autoren sahen – bei einer Netzentwicklungsplanung schon begrifflich naheliegend – Tendenzen hin zur Planwirtschaft.²¹ Es wurde ein (vorsichtiger) Abgesang auf das Regulierungsrecht angestimmt.²² Schließlich wurde ein »dritter Weg« neben staatlicher Regulierung privater Wirtschaftstätigkeit und unmittelbarer staatlicher Aufgabenwahrnehmung diagnostiziert.²³

Kritische Stimmen gegenüber (hoheitlich durchsetzbaren) Investitionspflichten gab es freilich bereits vor Erlass der dritten BRL.²⁴ So warnte *Säcker* im Jahr 2004 – unter dem Eindruck insbesondere eines Referentenentwurfs zum EnWG 2005 inklusive einer Vorfassung des späteren § 11 Abs. 1 S. 1 EnWG; de lege lata wurde die Investitionstätigkeit kaum durch unmittelbare gesetzliche Vorgaben geleitet, insbesondere existierte noch keine

17 So *Gärditz/Rubel*, N&R 2010, 194 (203).

18 So *ibid.* (wohl primär auf die Befugnis nach Art. 22 Abs. 7 UAbs. 1 lit. c) dritte BRL bezogen).

19 So *Gärditz/Rubel*, N&R 2010, 194 (203).

20 So *Gärditz*, in: Löwer (Hrsg.), *Energiebinnenmarkt*, 2010, S. 23 (43).

21 Siehe *Kment*, RdE 2011, 341 (346 f.) (expressis verbis nur auf das NABEG bezogen); fortentwickelt und allgemeiner *Kment*, ZVglRWiss 112 (2013), 123 (133), dort ist etwa die Rede von einem »Paradigmenwechsel«; zu Recht kritisch gegenüber dieser Linie und unter ausgewogenerer Akzentuierung *Franzius*, *VerwArch* 106 (2015), 76 (95 ff.).

22 *Kment*, ZVglRWiss 112 (2013), 123 (135), der sich bemerkenswerterweise nicht auf das Energienetzregulierungsrecht beschränkt, sondern sich perspektivisch auf das gesamte Regulierungsrecht bezieht.

23 So *Glaser*, DVBl. 2012, 1283 (1289), schlussendlich seien »gewisse Systembrüche bei der Regulierung der [...] Übertragungsnetze als kleineres Übel im Vergleich zur Verstaatlichung hinzunehmen«.

24 Am Rande hingewiesen sei auf die Ausführungen von *Höppner*, *Regulierung*, 2009, S. 74 ff., der sich im Hinblick auf die »generelle Netzdimensionierung« für eine geringe Interventionsdichte ohne Bauzwang, für die Normierung lediglich qualitativer Mindestanforderungen und eingehend für einen attraktiven Re-finanzierungsrahmen ausspricht.

allgemeine und ausdrückliche Investitionspflicht der ÜNB – vor einer »im technischen Bereich überflüssige[n] Hypertrophie an behördlichen Interventionsmöglichkeiten«; stattdessen solle man »das Engagement der technischen Führungskräfte der Unternehmen zu selbstgestalteten gemeinwohlorientierten Sicherheitsregeln nicht verkümmern lassen«²⁵. Die mangelnde Erforderlichkeit sollte daher rühren, dass die Erfolge bzw. der Status quo des weitgehend auf die ÜNB und deren Selbstregelung – Resultat war etwa der den Netzbetrieb betreffende *Transmission Code* – vertrauenden Modells ein Mehr an hoheitlichem Einfluss auf den Netzausbau schlicht nicht erforderlich machten.²⁶ Zu den Kritikern zählt auch *Schmidt-Preuß*, der sich 2006 wie folgt äußerte: Die §§ 11 ff. EnWG umschrieben »keine – laufender Verhaltenskontrolle zugänglichen – Verwaltungspflichten, die im Wege der Aufsichtsordnung und des Verwaltungszwangs durchgesetzt werden könnten. Vielmehr [seien] sie bei verfassungskonformer Auslegung als Zielvorgaben bzw. ‚Leitlinien‘ zu würdigen. Die Alternative wäre eine Investitionsplanung durch staatliche Behörden und Gerichte. Dies würde mit Art. 12 und 14 GG unvereinbar sein und mit dem [...] Verfassungsprinzip freiheitlich-sozialer Marktwirtschaft nicht im Einklang stehen«²⁷. An dieser kritischen Linie scheint *Schmidt-Preuß* weitgehend festzuhalten, wenngleich er nunmehr zumindest grundsätzlich von der Durchsetzbarkeit ausgeht.²⁸

25 Beide Zitate *Säcker*, ZNER 2004, 98 (108) (ferner unter Eindruck des Kommissionsvorschlags zur RL 2005/89/EG).

26 Siehe *Säcker*, ZNER 2004, 98 (107 f.).

27 So *Schmidt-Preuß*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 93, Rn. 45, vgl. auch Rn. 32 sowie 42 ff.; ähnlich und kritisch gegenüber einer »laufenden Investitionskontrolle« *Schmidt-Preuß*, in: Bauer/Czybulka/Kahl u. a. (Hrsg.), FS Schmidt, 2006, S. 547 (553 f.).

28 Siehe in: *Säcker* (Hrsg.), BK-ER, 3. Aufl. 2014, Einl. C Rn. 287 ff., insb. die Aussage, wonach eine »breitflächige, branchenbezogene und fortlaufende Investitionspflicht [...] nicht mit Art. 14 und 12 Abs. 1 GG bzw. dem Leitbild der sozialen Marktwirtschaft in Einklang zu bringen« wäre (so Rn. 290). Anschließend wird eher pragmatisch darauf verwiesen, dass sich »bei verfassungskonformer Auslegung der §§ 11 ff. EnWG [...] das Übermaß einer laufenden Investitionskontrolle vermeiden lasse«, dies über den Zumutbarkeitsvorbehalt in § 11 Abs. 1 S. 1 EnWG (so *ibid.*). Im Folgenden wird sich zumindest grundsätzlich für die Durchsetzbarkeit ausgesprochen (wiederum Rn. 290 sowie Rn. 294). Zur Ansicht von *Schmidt-Preuß* auch noch unten, Fn. 34. Zu kritisieren ist insb., dass nicht auf die Netzentwicklungsplanung inklusive der Sanktionsmöglichkeiten nach § 65 Abs. 2a EnWG eingegangen wird. Zur Beurteilung der sekundärrechtlichen investitionsbezogenen Pflichtenlage siehe *Schmidt-Preuß*, in: *Säcker*

III. Zielrichtung dieser Arbeit

Vor dem Hintergrund des rechtlichen Entwicklungsprozesses und dessen Aufnahme in der juristischen Literatur ist es Zielrichtung dieser Arbeit, die einzelnen Investitionsplanungs- und Investitionspflichten der ÜNB zu analysieren. Erfasst ist neben der bereits angesprochenen allgemeinen Investitionspflicht aus § 11 Abs. 1 S. 1 EnWG, die teils durch den NEP konkretisiert wird, und der Offshore-Netzanbindungspflicht aus § 17d Abs. 1 S. 1 EnWG grundsätzlich auch die Kapazitätserweiterungspflicht nach § 12 Abs. 1 Erneuerbare-Energien-Gesetz²⁹ (EEG 2017). Im Zuge der näheren Systematisierung der investiven Pflichten, welche bis dato nur in Ansätzen erfolgt ist,³⁰ wird ein Schwerpunkt auf den Modi der Gewährleistung der Pflichterfüllung liegen. Ist etwa eine hoheitliche bzw. regulierungsbehördliche Durchsetzung (Erzwingung) vorgesehen? Oder wird ein zivilrechtlicher Anspruch zugunsten von durch Netzdefizite betroffenen Individuen eingeräumt, dies gegebenenfalls flankiert durch einen potentiellen Schadensersatzanspruch? Im Ergebnis steht im Hinblick auf die ÜNB und deren Investitionspflichten der zuerst umschriebene Durchsetzungsmodus im Vordergrund. Neben dieser eher abstrakten Analyse sollen auch die konkreten Durchsetzungsmöglichkeiten bzw. -mittel näher untersucht werden, gerade die Sanktionsmöglichkeiten nach § 65 Abs. 2a EnWG, die bisher nur eine verhältnismäßig geringe Aufmerksamkeit gefunden haben und deren Effektivität in der Literatur unterschiedlich bewertet wird.³¹

Ferner soll der Frage nachgegangen werden, ob den ÜNB – entsprechend *Gärditz/Rubel* – die investiven Entscheidungsspielräume genommen wurden. Zudem sollen die Investitionsplanungs- und Investitionspflichten der

(Hrsg.), BK-ER, 3. Aufl. 2014, Einl. B Rn. 176 ff., insb. Rn. 178. Hingewiesen sei schließlich auf die nach Abschluss dieser Arbeit erschienen Ausführungen von *Schmidt-Preuß*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß (Hrsg.), *Regulierung*, 2. Aufl. 2016, Kap. 106.

29 Art. 1 G. v. 21.7.2014, BGBl. I, S. 1066; zuletzt geändert durch Art. 1 G. v. 13.10.2016, BGBl. I, S. 2258.

30 Bisherige literarische Darstellungen zum aktuellen Rechtsregime beschränken sich im Wesentlichen auf eine nicht allzu detaillierte Analyse nur einzelner Investitionsplanungs- und/oder Investitionspflichten, siehe insb. *Wendt*, *Kapazitätsengpässe*, 2012, S. 132 ff.; sowie *Kühling/Pisal*, ZNER 2011, 13 ff.

31 Vgl. insoweit *Salje*, RdE 2012, 359 (363), der die BNetzA für »gut gerüstet« erachtet; dagegen diagnostiziert von *Lewinski*, EnWZ 2013, 439 (442) ohne überzeugende Begründung und wohl nur bezogen auf § 65 Abs. 2a S. 2 EnWG ein »offensichtlich [...] nur sehr sanftes Eingriffsinstrument«.