

EnWG

Bourwieg / Hellermann / Hermes

4. Auflage 2023
ISBN 978-3-406-78282-4
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

schuldhaftes Zögern nach dem anzeigeauslösenden Ereignis (BeckOK EnWG/Assmann § 5 Rn. 23).

Soweit die Anzeigepflicht nach § 5 Abs. 1 S. 1 nur durch die **Änderung der Firma** ausgelöst wird (→ Rn. 23), beschränkt sich auch der **Inhalt der gebotenen Anzeige** auf die Firmenänderung. Ausreichend ist es dann, die zu den Registern eingereichten Änderungsmitteilungen auch der Regulierungsbehörde zu übersenden. 28

Die inhaltlichen Anforderungen, die die Anzeige der **Aufnahme der Tätigkeit** zu erfüllen hat, ergeben sich aus § 5 Abs. 4 S. 1, der inhaltlich dem bisherigen § 5 S. 3 entspricht (BT-Drs. 20/1599, 51) Hier sind die **Leistungsfähigkeit in personeller, technischer und wirtschaftlicher Hinsicht** sowie die Zuverlässigkeit der Geschäftsleitung darzulegen. Diese Anforderung findet allerdings gem. § 5 Abs. 5 S. 2 **keine Anwendung auf Energielieferanten mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der EU**, wenn der Energielieferant von der zuständigen Behörde des Herkunftsmitgliedstaats ordnungsgemäß zugelassen worden ist. Diese Ergänzung aus dem Jahr 2011 (→ Rn. 3) dient der Umsetzung der Vorgaben aus Art. 10 Abs. 1 Elt-RL 19 und aus Art. 3 Abs. 5 Gas-RL 09, wonach durch Verwaltungsverfahren keine Versorgungsunternehmen diskriminiert werden dürfen, die bereits in einem anderen Mitgliedstaat als Lieferant zugelassen sind (BT-Drs. 17/6072, 53). 29

Die **personelle, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit** sowie die **Zuverlässigkeit** sind die zentralen materiell-rechtlichen Begriffe des § 5. Dass diese Vorgaben erfüllt sind, **ist in der Anmeldung** darzulegen. Ihr Fehlen ermächtigt die Regulierungsbehörde nach § 5 Abs. 5 S. 1 zu einer **Untersagungsverfügung** gegenüber dem Energielieferanten (dazu auch → Rn. 43ff.). Dem verbraucherschutzrechtlichen Regelungsansatz der Vorschrift folgend, ist in tatsächlicher Hinsicht Bezugspunkt dieser Vorgaben die Liefertätigkeit des Energielieferanten in ihren Auswirkungen auf die technischen und wirtschaftlichen Belange der Haushaltskunden. Allgemein gilt, dass sich die vom Energielieferanten zu leistende „Darlegung“ auf die Umstände beziehen muss, die eine Zukunftsprognose der Behörde erlauben, ob das Unternehmen die erforderliche Leistungsfähigkeit auf Dauer gewährleisten kann. 30

In **personeller** Hinsicht ist erforderlich, dass der Energielieferant über fachkundiges Personal (allein auf das höhere und gehobene Management abstellend *Rauch IR 2011, 26*) verfügt, welches die notwendige technische Sachkunde und kaufmännische Qualifikation mitbringt. Dies ist durch geeignete Angaben zur Mitarbeiterzahl, deren Ausbildung und einschlägige Erfahrungen auf dem Gebiet der Energieversorgung nachzuweisen. Dabei kommt es im Unterschied zur personellen Leistungsfähigkeit beim Netzbetrieb (dazu → § 4 Rn. 25) in erster Linie auf Kenntnisse und Erfahrungen im Vertragsmanagement an (*Schneider/Theobald Energie-WirtschaftsR-HdB/Franke/Schütte § 3 Rn. 44*). Welche Anforderungen an Stromhändler zu stellen sind, ist weitgehend ungeklärt. Kaufmännische Kenntnisse, vor allem im Vertragsmanagement sind für Handelsunternehmen jedoch unabdingbar (so noch zum alten Recht *Büdenbender DVBl. 1999, 7 (15)*). 31

Die **technische Leistungsfähigkeit** des Energielieferanten ist ebenfalls Gegenstand der darzulegenden Qualifikation. Bei der Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit können sich Überschneidungen mit den Anforderungen personeller Art ergeben, da die technische Leistungsfähigkeit in hohem Maße von entsprechend geschulten Mitarbeitern abhängt. Der Energielieferant muss vor allem in der Lage sein, durch die Implementierung geeigneter **EDV-Lösungen** stetig einen sicheren 32

und reibungslosen Datenaustausch mit allen Marktpartnern gemäß den normativen und behördlichen Festlegungen sicherzustellen (*Rauch* IR 2011, 26 (27)). Der Nachweis technischer Leistungsfähigkeit kann auch dadurch geführt werden, dass qualifizierte Fremdfirmen zur Verfügung stehen, die jeweils Teilaufgaben im Zusammenhang mit der Überwachung des Betriebs wahrnehmen. Die Letztverantwortung trägt jedoch in jedem Fall das EVU (*Rauch* IR 2011, 26 (27)).

33 Von einer ausreichenden **wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit** ist auszugehen, wenn aktuelle Bilanzen, Gewinn- und Verlustrechnungen, Wirtschaftsprüferberichte oder sonstige Nachweise den Schluss zulassen, dass das Unternehmen auf einer abgesicherten finanziellen Basis agieren wird und in der Lage ist, seinen aktuellen und zukünftigen Verpflichtungen gegenüber seinen Haushaltskunden nachzukommen (BNetzA Beschl. v. 26.6.2007 – BK6-07-008, S. 12 – Pennystrom; *Rauch* IR 2011, 26 (27)). Die Überprüfung der finanziellen Leistungsfähigkeit gestaltet sich vor allem bei Neugründungen schwierig. Hier ist in erster Linie auf eine der geplanten Unternehmenstätigkeit angemessene Kapitalausstattung zu achten, die sich zB aus einer Eröffnungsbilanz ergeben kann. An die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von Stromeinzelhändlern, die keine Energieanlagen betreiben und keine allgemeine Versorgung von Letztverbrauchern durchführen, sind dabei keine besonderen Anforderungen zu stellen.

34 Schließlich muss die Geschäftsleitung die notwendige persönliche **Zuverlässigkeit** aufweisen. Das in der Vergangenheit gezeigte Verhalten darf keinen berechtigten Grund zu der Annahme liefern, dass „die Geschäftsleitung des Energielieferanten gesetzlichen Vorschriften zuwider führt und infolgedessen ein Schaden für die zu beliefernden Haushaltskunden bereits eingetreten ist oder in naher Zukunft eintreten droht“ (*Rauch* IR 2011, 26 (27), Bezug nehmend auf BNetzA Beschl. v. 26.6.2007 – BK6-07-008, S. 14 – Pennystrom). Besondere Bedeutung kommt dabei der Erfüllung der Pflichten aus den Grundversorgungsverordnungen zu (Schneider/Theobald *EnergieWirtschaftsR-HdB/Franke/Schütte* § 3 Rn. 44). Im Gegensatz zur Prüfung der personellen Leistungsfähigkeit, welche der Antragsteller im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht nach § 26 Abs. 2 S. 1 und 2 VwVfG nachzuweisen hat, ist es primär Sache der Behörde, Anhaltspunkte für die persönliche Unzuverlässigkeit des Antragstellers zu ermitteln (zum alten Recht ebenso *Lippert* *EnergiewirtschaftsR* S. 617f.; *Becker* RdE 2000, 7 (11); aA *Rauch* IR 2011, 26 (28)). Insofern können an die Darlegung der Zuverlässigkeit nach § 5 keine hohen Anforderungen gestellt werden. Als ausreichend anzusehen ist deshalb die Erklärung, dass die Zuverlässigkeit in Zweifel ziehende Umstände nicht vorliegen. Eine Prüfung der persönlichen Zuverlässigkeit kann sich an den im Gewerbebereich her- ausgearbeiteten Grundsätzen orientieren (dazu näher → § 4 Rn. 28).

II. Nachprüfungsbesfnisse der BNetzA (Abs. 4 S. 2 und 3)

35 Die Intention eines vereinfachten **aufsichtsrechtlichen Einschreitens ohne besonderen Anlass** bringt § 5 Abs. 4 S. 2 und 3 zum Ausdruck, wenngleich es sich im Wesentlichen um eine bloße Klarstellung behördlicher Befugnisse handelt (so BT-Drs. 20/1599, 51). Eine Ermächtigungsgrundlage zur Ermittlung und Beweiserhebung enthält bereits § 68. Dem entspricht es, wenn Abs. 4 S. 2 der BNetzA erlaubt, das Vorliegen der personellen, technischen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit **jederzeit** zu überprüfen. Auch die Befugnis nach Abs. 4 S. 3, die Vorlage des Jahresabschlusses über das letzte Geschäftsjahr sowie im Falle eines Abschlusses durch einen Abschlussprüfer, die Vorlage des Prüfberichts,

des Bestätigungsvermerks oder des Versagungsvermerks des Prüfers, zu verlangen, entspricht allgemeinen Durchsetzungsbefugnissen der BNetzA, vgl. § 69 Abs. 1 Nr. 1. Die Übermittlung der Informationen iSv Abs. 4 S. 3 ist aus Sicht des Energielieferanten in Anbetracht bereits vorliegender Dokumente mit vernachlässigbarem Aufwand verbunden (BT-Drs. 20/1599, 36).

D. Beendigung der Tätigkeit: Anzeige und weitere Pflichten der Energielieferanten (Abs. 2 S. 2 bis 5, Abs. 3)

I. Eigenständigkeit der vertraglichen Vereinbarungen (Abs. 2 S. 5)

Die Beendigung der Tätigkeit von Energielieferanten und deren Regelung durch das EnWG sind unabhängig von vertraglichen Vereinbarungen und ihren zivilrechtlichen Wirkungen zu betrachten. Aus dieser Klarstellung des Abs. 2 S. 4 folgt insbesondere, dass im Falle abweichender (längerer) Vertragslaufzeiten und damit der Verpflichtung zu beliefern, die Anzeige nach § 5 Abs. 1 S. 1 ohne Auswirkungen auf Vertragsverletzungen bleibt. Ihr kommt insbesondere keine rechtfertigende Wirkung zu (BT-Drs. 20/1599, 50). Umgekehrt kann der Energieliefervertrag nichts an der energierechtlichen Anzeigepflicht aus § 5 Abs. 1 S. 1 ändern. 36

II. Anforderungen an die Beendigungsanzeige (Abs. 2 S. 2 und 4)

Abs. 2 S. 2 konkretisiert für den Fall der Beendigung die zeitlichen Anforderungen, indem er Vorgaben für eine rechtzeitige **Anzeige** dergestalt macht, dass diese der BNetzA **spätestens drei Monate** vor dem geplanten Beendigungstermin zugehen muss. Ziel ist auch hier die Transparenz für den Haushaltskunden sicherzustellen und dadurch die Möglichkeit zu eröffnen, rechtzeitig auf die Beendigung der Tätigkeit des Energielieferanten reagieren zu können (BT-Drs. 20/1599, 50). In diesem Kontext steht auch die Pflicht des Energielieferanten nach Absatz 2 Satz 4 den genauen **Termin der Beendigung** mitzuteilen (BT-Drs. 20/2402, 39). 37

Neu eingeführt wurde 2022 die Pflicht des Energielieferanten nach Abs. 2 S. 4 darzulegen, wie bis zur Beendigung der Tätigkeit die **Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen sichergestellt** wird. Die **Nachweispflicht** ist für den Energielieferanten mit keinem gesondertem Erfüllungsaufwand verbunden, da es sich bei dem Nachweis letztlich um das Ergebnis der Anzeige vorgelagerter interner Überlegungen und Kalkulationen handelt (BT-Drs. 20/1599, 35). Der inhaltliche Umfang der Darlegung ist abhängig von den Umständen des jeweiligen Energielieferanten. Für die Anforderungen an die Darlegung kommt es maßgeblich auf die Organisationsstruktur, den Unternehmensaufbau, die Kundenzahl und die Beschaffungsstrategie an. Ausgehend hiervon müssen die Unterlagen im Einzelfall angepasst werden, um darlegen zu können, dass bis zur Tätigkeitsbeendigung die Vertragspflichten erfüllt werden. **Hauptleistungspflicht** gegenüber den Kunden ist die Energiebelieferung bis zur Vertragsbeendigung. Erforderlich ist damit stets die Darlegung der Anzahl der noch zu beliefernden Kunden und die Beschaffung deren Energiebedarfs. Um sämtliche Pflichten aus dem Vertragsverhältnis erfüllen zu können, was auch etwaige **Nebenpflichten** umfasst, muss für die Abwicklung der Beendigung hinreichend personelle und technische Infrastruktur vorhanden sein. Damit zeigt sich eine stark von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls abhängige inhaltliche Ausgestaltung der Darlegung. Der BNetzA bleibt es insoweit auch un- 38

benennen, weitere Informationen anzufordern (BT-Drs. 20/1599, 50). Die Prüfung durch die BNetzA erfolgt hierbei nicht schematisch, sondern entsprechend der konkreten Gegebenheiten des Einzelfalls (BT-Drs. 20/1599, 44).

III. Pflicht zur Fortführung der Tätigkeit für drei Monate (Abs. 2 S. 3)

- 39 Um eine sichere Versorgung mit Energie zu gewährleisten, ordnet Abs. 2 S. 3 ein **Verbot für Energielieferanten** an, vor dem in der Anzeige nach Satz 2 mitgeteilten Beendigungstermin die **Tätigkeit einzustellen**. Hintergrund dieser Regelung ist die besondere Bedeutung der Energiebelieferung. Die Anzeigepflicht betrifft den „Kernbereich der Energiebelieferung der Allgemeinheit“ (BT-Drs. 20/2402, 39). Das Verbot soll damit die Versorgungssicherheit flankieren und Nachteile für die Allgemeinheit präventiv verhindern. Das Verbot gilt allerdings nicht unbegrenzt; insolvenzrechtliche Regelungen bleiben außen vor, sodass das Verbot im Falle eines Insolvenzantrags nicht eingreift. Auch vorzeitige reguläre Vertragsbeendigungen unterfallen nicht dem Anwendungsbereich von Abs. 2 S. 3. Ziel der Regelung ist es nicht, eine über die vertraglichen Vereinbarungen hinausgehende Versorgungsabsicherung zu etablieren. Vielmehr flankiert das Verbot vertragliche Vereinbarungen dergestalt, dass ein **geordneter Marktaustritt** unter Wahrung der vertraglichen Vereinbarungen erfolgt. Das Verbot hat damit materiell-rechtliche Wirkung und sorgt für eine Absicherung der dreimonatigen Frist bis zur Tätigkeitsbeendigung (BT-Drs. 20/2402, 39).

IV. Pflicht zur Information der Haushaltskunden und Netzbetreiber (Abs. 3)

- 40 Die Energielieferanten werden im Falle einer beabsichtigten Beendigung nicht nur zur Anzeige gegenüber der BNetzA verpflichtet; nach Abs. 3 S. 1 trifft sie auch eine **Mitteilungspflicht** gegenüber den von der Beendigung betroffenen Haushaltskunden und den Netzbetreibern, in deren Netzgebiet Haushaltskunden beliefert werden. Inhaltliche Vorgaben bestehen insoweit, als die Mitteilung in Textform samt Nennung des Datums der Beendigung ergehen muss. Es besteht auch eine **Veröffentlichungspflicht** auf der Internetseite des Energielieferanten nach S. 2. Auch diese Pflichten sind mit geringem Aufwand verbunden, da Erstellung und Übermittlung weitgehend automatisiert auf elektronischem Wege erfolgen (BT-Drs. 20/1599, 35).

E. Untersagungsbefugnis (Abs. 5)

- 41 Nach § 5 Abs. 5 S. 1 kann die Regulierungsbehörde (dh die BNetzA, → Rn. 47) einem Energielieferanten (§ 3 Nr. 15c) die in § 5 Abs. 1 S. 1 definierte **Tätigkeit**, also die **Energiebelieferung von Haushaltskunden**, jederzeit ganz oder teilweise **untersagen**, wenn dessen Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gewährleistet ist. Es handelt sich dabei um eine typische – § 35 Abs. 1 GewO vergleichbare – wirtschaftsverwaltungsrechtliche Untersagungsbefugnis, die als **Ermessensentscheidung** ausgestaltet ist (unzutreffend einen Ermessenspielraum verneinend *Salje* EnWG § 5 Rn. 34). Diese Befugnis geht als spezielle Ermächtigungsgrundlage der Generalklausel des § 65 vor (*Rauch* IR 2011, 26). Die Funktion der Unter-

sagungsbefugnis liegt nicht etwa in der Durchsetzung der Anzeigepflicht, für die auf die allgemeinen Befugnisse (§ 65) zurückgegriffen werden kann (→ Rn. 24.), sondern in der Sicherstellung der Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit von Haushaltskunden beliefernden Energielieferanten im Interesse des Verbraucherschutzes. Deshalb ist Voraussetzung der Untersagungsbefugnis nicht, dass der betroffene Energielieferant der Anzeigepflicht nach § 5 Abs. 1 S. 1 unterlag, als es seine Tätigkeit aufgenommen hat (→ Rn. 43).

Keine Anwendung findet die Untersagungsbefugnis gem. § 5 Abs. 5 S. 2 auf **42**
Energielieferanten mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der EU, wenn der Energielieferant von der zuständigen Behörde des Herkunftsmitgliedstaats ordnungsgemäß zugelassen worden ist. Diese Ergänzung aus dem Jahr 2011 (→ Rn. 3) dient der Umsetzung der Vorgaben aus Art. 10 Abs. 1 Elt-RL 19 und aus Art. 3 Abs. 5 Gas-RL 09, wonach durch Verwaltungsverfahren keine Versorgungsunternehmen diskriminiert werden dürfen, die bereits in einem anderen Mitgliedstaat als Lieferant zugelassen sind (BT-Drs. 17/6072, 53).

I. Untersagungsgründe, Bestandsschutz, Verhältnismäßigkeit

Die Untersagungsbefugnis setzt voraus, dass die personelle, technische oder wirtschaftliche **Leistungsfähigkeit** oder die **Zuverlässigkeit** nicht gewährleistet sind. **43**
 Mit diesen Untersagungs Voraussetzungen nimmt § 5 Abs. 5 S. 1 Bezug auf die Anforderungen, die im Rahmen der Anzeige der Betriebsaufnahme darzulegen sind (→ Rn. 27 ff.). Voraussetzung der Untersagungsbefugnis ist allerdings weder das Bestehen noch die Missachtung der Anzeigepflicht nach § 5 Abs. 1 S. 1, sondern allein die fehlende Leistungsfähigkeit oder die fehlende Zuverlässigkeit.

Mit dem ausdrücklichen Hinweis auf die „jederzeit“ bestehende Untersagungs- **44**
 befugnis bringt das Gesetz zum Ausdruck, dass Gesichtspunkte des **Vertrauensschutzes** einer Untersagung nicht entgegenstehen, wenn aktuell die Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gewährleistet ist (*Rauch IR 2011, 26 (28)*).

Nichts Anderes gilt auch für solche Energielieferanten, die **Inhaber einer Ge- 45**
nehmigung nach altem Recht (§ 3 EnWG 1998) sind und deren Tätigkeit iSd § 5 Abs. 1 S. 1 von dieser Genehmigung umfasst ist. Mangels einer ausdrücklichen Überleitungsregelung hinsichtlich solcher Alt-Genehmigungen in der Neufassung des EnWG aus dem Jahr 2005 sind die Alt-Genehmigungen mit dem Inkrafttreten des EnWG 2005 als gegenstandslos zu betrachten mit der Folge, dass sie keine Bestandskraft mehr entfalten. Danach kann die Untersagung auch in Fällen, in denen die Inhaber solcher Alt-Genehmigungen nicht (mehr) die erforderliche Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit aufweisen, auf § 5 Abs. 5 S. 1. gestützt werden (aA *Rauch IR 2011, 26 (28)*; *BerlKommEnergieR/Säcker EnWG § 5 Rn. 43*). Dafür spricht auch, dass anderenfalls hätte geregelt werden müssen, welche Behörde für den Widerruf oder die Rücknahme der ursprünglich von Landesbehörden erteilten Alt-Genehmigung zuständig sein soll.

Der Umfang der Untersagungsbefugnis wird maßgeblich durch den allgemeinen **46**
Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bestimmt. Mit dem ausdrücklichen Hinweis auf eine „teilweise“ Untersagung trägt der Wortlaut des § 5 Abs. 1 S. 1 dem Rechnung. So gebietet es der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz insbesondere, die Untersagung auf die Tätigkeitsbereiche zu beschränken, auf die die fehlende Leistungsfähigkeit bezogen und beschränkt ist (*Schneider/Theobald EnergieWirtschaftsR-HdB/Franke/Schütte § 3 Rn. 44*; *Rauch IR 2011, 26 (28)*).

II. Zuständigkeit, Verfahren und Rechtsschutz

- 47 Zuständig für die Untersagung ist gem. § 54 Abs. 1 die **BNetzA** (zu den Hintergründen *Schneider/Theobald EnergieWirtschaftsR-HdB/Franke/Schütte* § 3 Rn. 45). Für das Verfahren gelten die allgemeinen Regelungen des **VwVfG**, insbesondere die Regelungen der §§ 10–53 zum Verwaltungsverfahren und zum Verwaltungsakt, weil es sich bei der Untersagung nach § 54 um einen Verwaltungsakt handelt. Im **Vorfeld** einer möglichen Untersagungsentscheidung ist die BNetzA auf der Grundlage des § 5 Abs. 4 S. 2 (→ Rn. 35) befugt, **Auskunft** über die die Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit betreffenden Umstände zu verlangen und entsprechende Geschäftsunterlagen einzusehen und zu prüfen (*Rauch* IR 2011, 26 (28)). Gegen die Untersagungsentscheidung der BNetzA ist gem. §§ 75 ff. die **Beschwerde** zum OLG Düsseldorf zulässig.
- 48 Unklarheit besteht darüber, ob der Untersagungsbefugnis nach § 5 Abs. 5 S. 1 **drittschützender Charakter** in dem Sinne zukommt, dass **Haushaltskunden** oder **Netzbetreibern**, denen durch das Verhalten eines leistungsunfähigen oder unzuverlässigen Energielieferanten (finanzielle) Schäden entstanden sind oder drohen, ein Anspruch auf Einschreiten der BNetzA zusteht (dafür *Rauch* IR 2011, 26 (29); dagegen *BerlKommEnergieR/Säcker* EnWG § 5 Rn. 49). Zwar dient die Vorschrift des § 5 insgesamt primär dem Schutz von Haushaltskunden (→ Rn. 5). Andererseits ist insbesondere die Untersagungsvoraussetzung der Unzuverlässigkeit allgemein bezogen auf die Beachtung aller normativen Anforderungen an die Tätigkeit eines Energielieferanten, der Haushaltskunden beliefert, und qualifiziert § 5 Abs. 5 S. 1 insoweit als allgemeine Überwachungsnorm. Für solche gilt der Grundsatz, dass sie in erster Linie der Durchsetzung des Legalitätsprinzips und insoweit dem öffentlichen Interesse dienen (s. nur *Voßkuhle/Eifert/Möllers* Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II/*Huber* § 43 Rn. 111).

§ 5 a Speicherungspflichten, Veröffentlichung von Daten

(1) **1Energieversorgungsunternehmen, die Energie an Kunden verkaufen, haben die hierfür erforderlichen Daten über sämtliche mit Großhandelskunden und Transportnetzbetreibern sowie im Gasbereich mit Betreibern von Gasspeicheranlagen und LNG-Anlagen im Rahmen von Energieversorgungsverträgen und Energiederivaten getätigte Transaktionen für die Dauer von fünf Jahren zu speichern und sie auf Verlangen der Regulierungsbehörde, dem Bundeskartellamt, den Landeskartellbehörden sowie der Europäischen Kommission zu übermitteln, soweit dies für deren jeweilige Aufgabenerfüllung erforderlich ist. 2Daten im Sinne des Satzes 1 sind genaue Angaben zu den Merkmalen der Transaktionen wie Laufzeit-, Liefer- und Abrechnungsbestimmungen, Menge, Datum und Uhrzeit der Ausführung, Transaktionspreise und Angaben zur Identifizierung des betreffenden Vertragspartners sowie entsprechende Angaben zu sämtlichen offenen Positionen und nicht abgerechneten Energieversorgungsverträgen und Energiederivaten.**

(2) **1Die Regulierungsbehörde kann Informationen nach Absatz 1 in nicht personenbezogener Form veröffentlichen, wenn damit keine wirtschaftlich sensiblen Daten über einzelne Marktakteure oder einzelne Transaktionen preisgegeben werden. 2Satz 1 gilt nicht für Informationen**

über Energiederivate. ³Die Regulierungsbehörde stellt vor der Veröffentlichung das Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt her.

(3) Soweit sich aus dem

1. Wertpapierhandelsgesetz,
2. den Artikeln 72 bis 76 der Delegierten Verordnung (EU) 2017/565 der Kommission vom 25. April 2016 zur Ergänzung der Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die organisatorischen Anforderungen an Wertpapierfirmen und die Bedingungen für die Ausübung ihrer Tätigkeit sowie in Bezug auf die Definition bestimmter Begriffe für die Zwecke der genannten Richtlinie (ABl. L 87 vom 31. 3. 2017, S. 1), in der jeweils geltenden Fassung, oder
3. handels- oder steuerrechtlichen Bestimmungen Pflichten zur Aufbewahrung ergeben, die mit den Pflichten nach Absatz 1 vergleichbar sind, ist das Energieversorgungsunternehmen insoweit von den Pflichten zur Aufbewahrung gemäß Absatz 1 befreit.

Literatur: *Kühling/Rasbach*, Kernpunkte des novellierten EnWG 2011 – Regulierungsausbau im Zeichen der „Energiewende“, RdE 2011, 332; *Soetebeer/Bartsch*, Datenschutz im Energievertrieb – Rechtliche Grundlagen und Einzelfragen in der Praxis (Teil 1), IR 2013, 29; *Soetebeer/Bartsch*, Energievertrieb – Rechtliche Grundlagen und Einzelfragen in der Praxis (Teil 2), IR 2013, 50.

A. Allgemeines

I. Inhalt und Zweck

§ 5a setzt Art. 40 Elt-RL 09 und Art. 44 Gas-RL 09 um und zielt auf größere Markttransparenz und auf eine **ordnungsgemäße Preisbildung auf den Großhandelsmärkten** für Strom und Gas, da ein funktionierender Wettbewerb auf diesen Märkten die Voraussetzung für bezahlbare Energiepreise für Wirtschaft und Verbraucher ist. Dazu sah schon das Energiekonzept der Bundesregierung vom 28.9.2010 die Schaffung einer nunmehr nach § 47a Abs. 1 S. 1 GWB beim Bundeskartellamt angesiedelten Markttransparenzstelle vor, die laufend marktrelevante Daten nach § 5a erheben, sammeln und analysieren soll, um ein mögliches Fehlverhalten wie insbesondere kartellrechtliche Verstöße oder Diskriminierungen bei der Preisbildung aufdecken und den Wettbewerb stärken zu können. § 5a führt die Aufbewahrungspflicht nicht gänzlich neu ein, sondern knüpft an bestehende Aufbewahrungspflichten aus dem HGB und aus der AO an, über die § 5a partiell hinaus geht (*Kühling/Rasbach* RdE 2011, 332 (339)).

§ 5a zählt zum Bereich der Sonderkundenversorgung und verpflichtet Energieversorgungsunternehmen, die Energie an Kunden verkaufen, die in Abs. 1 S. 2 genannten **Daten über Transaktionen mit Großhandelskunden und Transportnetzbetreibern fünf Jahre lang zu speichern** und sie auf Verlangen der Regulierungsbehörde, dem Bundeskartellamt, den Landeskartellbehörden sowie der Europäischen Kommission zu übermitteln. Die Regulierungsbehörden werden zudem dazu ermächtigt, die übermittelten Daten in nicht personenbezogener Form und nur unter den in Abs. 2 genannten weiteren Voraussetzungen zu veröffentlichen, sofern es sich dabei nicht um wirtschaftlich sensible Daten iSd § 6a handelt.

II. Entstehungsgeschichte

- 3 § 5 a trat im Zuge der **EnWG-Novelle 2011** durch Art. 1 Nr. 6 des Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften (EnWNG) vom 26. 7. 2011 zum 4. 8. 2011 in Kraft (BGBl. 2011 I S. 1554). Seine Fassung entsprach zunächst der des ersten Regierungsentwurfs (RegE v. 6. 6. 2011, BR-Drs. 343/11, 13). Die Neuregelung bedingte andere Ergänzungen des EnWG, wie etwa den zum besseren Verständnis des § 5 a eingefügten § 3 Nr. 15 a (so RegE v. 6. 6. 2011, BR-Drs. 343/11 zu Nr. 62, 123).

III. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

- 4 Zum Dritten Binnenmarktpaket Energie zählten ua die Richtlinie 2009/73/EG (Gas-RL 09) über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt sowie die Richtlinie 2009/72/EG (Elt-RL 09) über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt. Die beiden Richtlinien enthalten in Art. 40 Elt-RL 09 bzw. in Art. 44 Gas-RL 09 **gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für Aufbewahrungspflichten**: Nach Abs. 1 müssen die Versorgungsunternehmen die relevanten Daten über alle mit Großhandelskunden, Übertragungsnetz- bzw. Fernleitungs-betreibern sowie mit Betreibern von Gasspeicheranlagen und LNG-Anlagen getätigten Transaktionen mit Elektrizitätsversorgungsverträgen und Elektrizitätsderivaten bzw. Gasversorgungsverträgen und Gasderivaten mindestens fünf Jahre lang aufbewahren und den nationalen Behörden bei Bedarf zur Erfüllung ihrer Aufgaben zur Verfügung stellen. Zu den danach berechtigten Behörden zählen die nationalen Regulierungsbehörden, die nationalen Wettbewerbsbehörden sowie die Kommission. Nach Abs. 2 der genannten Artikel müssen die aufbewahrten Daten genaue Angaben zu den Transaktionen enthalten. Dazu zählen die Bestimmungen der Lauf- und Lieferzeit und der Abrechnung, die Menge, das Datum und die Uhrzeit der Ausführung, die Transaktionspreise und die Identifizierung der betreffenden Großhandelskunden sowie bestimmte Angaben zu allen noch offenen Positionen in den nicht abgerechneten Verträgen und Derivaten. Sofern dabei keine wirtschaftlich sensiblen Daten über einzelne Marktakteure oder einzelne Transaktionen preisgegeben werden, kann die Regulierungsbehörde nach Abs. 3 einige der zuvor erhobenen Informationen den Marktteilnehmern zugänglich machen.
- 5 Dabei sind Informationen zu Finanzinstrumenten, die unter die **RL 2004/39/EG** fallen, ausgenommen. Damit dürfen also keine Informationen über solche Finanzinstrumente veröffentlicht werden, die unter die sog. MiFID vom 21. 4. 2004 fallen. Nach Art. 4 Abs. 1 Nr. 17 iVm Anhang I Abschnitt C MiFID sind dies übertragbare Wertpapiere, derivative Instrumente für den Transfer von Kreditrisiken, finanzielle Differenzgeschäfte, Geldmarktinstrumente, Anteile an Organismen für gemeinsame Anlagen, Optionen, Terminkontrakte, Swaps, Termingeschäfte und alle anderen Derivatkontrakte über bar abzurechnende Waren, über Waren, die effektiv geliefert werden können sowie in Bezug auf Klimavariablen, Frachtsätze, Emissionsberechtigungen, Inflationsraten und andere offizielle Wirtschaftsstatistiken, die bar abzurechnen sind (vgl. dazu iE Anhang I Abschn. C RL 2004/39/EG). Rechtspersonen, die unter die RL 2004/39/EG fallen (dazu Art. 1–3 der RL), treffen nach Art. 40 Abs. 6 und 7 Elt-RL 09 und Art. 44 Abs. 6 und 7 Gas-RL 09 keine zusätzlichen Pflichten. Falls die in Abs. 1 der beiden Richtlinien genannten Behörden auf Daten zugreifen müssen, die von solchen Unternehmen aufbewahrt werden, die unter die RL 2004/39/EG fallen, erhalten sie diese von den nach der