

# Energiewirtschaftsgesetz: EnWG

Assmann / Peiffer

2024

ISBN 978-3-406-81212-5

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://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](https://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](https://beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

## VI. Verfahrensablauf (Abs. 5 und 6)

Der Ablauf des Verfahrens wird von Art. 51 VO (EU) Nr. 2019/943 und Art. 3 VO (EG) Nr. 715/2009 vorgegeben und ist im Wesentlichen in § 4a Abs. 5 und 6 beschrieben. Eine Darstellung der für das Zertifizierungsverfahren relevanten Fristen findet sich in Abbildung 1 unter Ziff. 1.5 BNetzA, Hinweispapier Zertifizierung, 6, mit der Einschränkung, dass der späteste Zeitpunkt der Antragstellung nur für diejenigen Netzbetreiber Geltung beansprucht, die zum 3.3.2012 bereits ein Transportnetz betrieben haben (→ Rn. 14).

Nach Eingang des Antrags auf Zertifizierung hat die **Regulierungsbehörde** innerhalb von vier Monaten einen **Entscheidungsentwurf** zu erstellen (§ 4a Abs. 5 S. 1). Zeiten für die Nachforderung von Unterlagen oder Informationen werden in diesen Zeitraum nicht eingerechnet, weil davon ausgegangen wird, dass die Frist erst beginnt, wenn die vollständigen Informationen für eine Entscheidung der Regulierungsbehörde vorliegen. Anschließend ist der Entwurf zur Stellungnahme an die Europäische Kommission weiterzuleiten.

Die Frist zur **Stellungnahme der Europäischen Kommission** ergibt sich aus Art. 51 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 VO (EU) Nr. 2019/943 bzw. Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 VO (EG) Nr. 715/2009. Deren Frist beträgt im Regelfall ebenfalls zwei Monate. Übermittelt die Europäische Kommission innerhalb dieser Frist keine Stellungnahme, gilt dies als Stellungnahme ohne Einwände. Die Frist verlängert sich um weitere zwei Monate, wenn zusätzlich eine Stellungnahme der Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden nach Art. 51 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 VO (EU) Nr. 2019/943 bzw. Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 VO (EG) Nr. 715/2009 abgefordert wird.

Nach Zugang der Stellungnahme der Europäischen Kommission bei der Regulierungsbehörde (oder dem Fristablauf nach → Rn. 21), hat diese innerhalb von weiteren zwei Monaten die endgültige Entscheidung zur **Zertifizierung zu erlassen** (§ 4a Abs. 6 S. 1). Entscheidet die Regulierungsbehörde nicht innerhalb dieses Zeitraums über die Zertifizierung, gilt der Transportnetzbetreiber bis zu einer Entscheidung als zertifiziert (§ 4a Abs. 6 S. 4). Die Vorschrift differenziert nicht nach dem jeweiligen Antragsberechtigten und wird deshalb voraussichtlich teleologisch auf Anträge des Transportnetzbetreibers oder des Transportnetzeigentümers reduziert werden müssen (vgl. → Rn. 47.2).

Lediglich als Klarstellung kann § 4a Abs. 8 aufgefasst werden, der in jedem Fall die Unvereinbarkeit mit den darin genannten Vorgaben der europäischen Verordnungen vermeiden soll (vgl. Britz/Hellermann/Hermes/Stamm, 3. Aufl., § 4a Rn. 48).

## VII. Landesregulierungsbehörden

Darüber hinaus ist die jeweilige Landesregulierungsbehörde über die Einleitung des Verfahrens zu informieren (§ 55 Abs. 1 S. 2, → § 55 Rn. 6).

## E. Entscheidung der Regulierungsbehörde (Abs. 3, 4, 6 und 7)

### I. Voraussetzungen (Abs. 3)

Wird vom Transportnetzbetreiber nach Auffassung der Regulierungsbehörde ausreichend dargelegt, dass der **Netzbetrieb rechtlich, organisatorisch und personell unabhängig von den übrigen Geschäftsbereichen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens geführt** wird, hat die Regulierungsbehörde einen positiven Zertifizierungsbescheid zu erlassen. Mit anderen Worten hat der Transportnetzbetreiber seinen Betrieb abhängig vom praktizierten Entflechtungsmodell entsprechend den Vorgaben nach §§ 8 oder 9 oder der §§ 10–10e zu organisieren. Die Regulierungsbehörde spricht in diesem Zusammenhang teilweise von der „**Zertifizierungsfähigkeit**“ (zB BNetzA Beschl. v. 29.1. 2020 – BK7-18-051, S. 24 – Ferngas). Die Entscheidung ist eine **gebundene Entscheidung** (Säcker EnergieR/Lucks § 4b Rn. 24) und nur in Bezug auf die möglichen Nebenbestimmungen eine Ermessensentscheidung.

### II. Nebenbestimmungen (Abs. 4)

Die Regulierungsbehörde kann von der Möglichkeit, Nebenbestimmungen zu erlassen, Gebrauch machen (§ 6a Abs. 4). Die Regelung wäre vor dem Hintergrund von § 36 VwVfG

entbehrlich. Nebenbestimmungen sollen die Erfüllung der Bedingungen des Verwaltungsaktes sicherstellen (§ 36 Abs. 1 VwVfG). Im Fall eines Antrags durch den Transportnetzbetreiber kann die Regelung von Nebenbestimmungen als milderer Mittel gegenüber der Ablehnung einer Zertifizierung aufgefasst werden (zB BNetzA Beschl. v. 3.8.2015 – BK6-12-047, Ziff. 2.3 S. 15 – TenneT TSO; BNetzA Beschl. v. 9.11.2012 – BK6-12-040 – 50Hertz). Denkbar wäre als Nebenbestimmung auch eine insgesamt aufschiebend bedingte Zertifizierung.

- 27 Die Zertifizierung ist im Besonderen mit Nebenbestimmungen zu erlassen, wenn es sich um Aspekte handelt, die zur Erfüllung entweder einen längeren Zeitraum in Anspruch nehmen (Britz/Hellermann/Hermes/Stamm, 3. Aufl., § 4a Rn. 22) oder die Zertifizierungsvoraussetzungen im Wesentlichen erfüllt sind (zB BNetzA Beschl. v. 11.4.2013 – BK6-12-004 – TransnetBW; Kment EnWG/Franke § 4a Rn. 16). Darüber hinaus gibt § 4d der Regulierungsbehörde nachträgliche Eingriffsmöglichkeiten, sofern ein Transportnetzbetreiber nicht (mehr) die Entflechtungsvoraussetzungen erfüllen sollte.

### 1. Arten von Nebenbestimmungen

- 28 Nebenbestimmungen können die Zertifizierung im Ganzen oder teilweise befristen, bedingen oder unter Widerrufsvorbehalt erlassen sowie diese mit einer Auflage oder dem Vorbehalt von deren nachträglicher Aufnahme, Änderung oder Ergänzung versehen.
- 29 Die **Befristung** kann eine Belastung oder Begünstigung zu einem bestimmten Zeitpunkt beginnen oder beenden lassen oder generell einen Gültigkeitszeitraum festlegen (§ 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG). Die Regulierungsbehörde sieht dies häufig für die Frist zur Umsetzung von Auflagen vor (vgl. → Rn. 35).
- 30 Die **Bedingung** ist für Ereignisse vorgesehen, deren Eintritt ungewiss ist und an deren Eintritt eine Belastung oder Begünstigung geknüpft wird (§ 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG).
- 31 Der **Widerrufsvorbehalt** (§ 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG) betrifft den Wegfall des Verwaltungsaktes insgesamt und erfordert im Gegensatz zur Bedingung ein zusätzliches Tätigwerden der Behörde in Form des Widerrufs nach § 49 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG. Einen Widerrufsvorbehalt sieht die Regulierungsbehörde in der Regel für jeden Zertifizierungsbescheid vor. Dies ist auch für Bescheide erfolgt, die eine Versagung der Zertifizierung zum Gegenstand hatten, wenn nachträglich die Zertifizierungsvorgaben nachgewiesen werden sollten (zB BNetzA Beschl. v. 3.8.2015 – BK6-12-047 – TenneT TSO; BNetzA Beschl. v. 21.3.2014 – BK6-12-027 – Baltic Cable).
- 32 In der Mehrzahl der Fälle macht die Regulierungsbehörde von der **Auflage** Gebrauch. Diese schreibt dem Adressaten ein Tun, Dulden oder Unterlassen vor (§ 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG – zur Abgrenzung von der modifizierenden Auflage Britz/Hellermann/Hermes/Stamm, 3. Aufl., § 4a Rn. 23). Zu Informationspflichten vgl. → § 4c Rn. 9. Ausdrücklich regelt das Gesetz auch, dass Auflagen nachträglich geändert oder ergänzt werden können (vgl. § 4d S. 2).
- 33 Der Auflagenvorbehalt gibt der Regulierungsbehörde die Möglichkeit, nachträglich Auflagen vorzuschreiben (vgl. § 36 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG). Diese Möglichkeit sieht das Gesetz darüber hinaus ausdrücklich in § 4d S. 2 vor.

### 2. Inhalte von Nebenbestimmungen

- 34 Es ist der **Regelfall**, dass die Regulierungsbehörde den Zertifizierungsbescheid mit Auflagen und Vorbehalten erteilt. Die dabei erteilten Nebenbestimmungen stellen zum Teil weitreichende Eingriffe in grundrechtliche Positionen und die Vertragsfreiheit mit Dritten dar. Hierzu zählen sämtliche Bereiche, die auch die materiellen Entflechtungsvoraussetzungen oder Aufgaben als Transportnetzbetreiber behandeln. Dies sind beispielhaft:
- Bestimmungen zu **Vertragsverhältnissen**, wie bspw. die Abänderung oder Aufhebung von Vertragsverhältnissen (BNetzA Beschl. v. 2.12.2013 – BK7-12-030, S. 19 f. – OGE; Beschl. v. 11.4.2013 – BK6-12-004 – TransnetBW),
  - **Vorgaben zum vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen** in Bezug auf Beteiligungen an Unternehmen aus den Bereichen, Gewinnung, Erzeugung oder Vertrieb (zB BNetzA Beschl. v. 29.1.2020 – BK7-18-051, S. 21 – Ferngas),

- Unabhängigkeit des **Personals** (zB BNetzA Beschl. v. 11.4.2013 – BK6-12-004 – TransnetBW), einschließlich Mitglieder der obersten Unternehmensleitung (zB BNetzA Beschl. v. 29.1.2020 – BK7-18-051, S. 21 – Ferngas);
- Erfüllung von **Anschlussbegehren** an bestimmte Energieanlagen (BNetzA Beschl. v. 3.8.2015 – BK6-12-047 – TenneT TSO).

Die Regulierungsbehörde bedient sich häufig der Möglichkeit, **Umsetzungsfristen** vorzusehen. Besonders im Fall von Auflagen macht die Regulierungsbehörde davon Gebrauch. Derartige Auflagen enthalten damit systematisch zugleich den Regelungsgehalt einer Bedingung oder Befristung. Die Dauer der Umsetzungsfrist ist sehr stark vom Inhalt der jeweiligen Auflage abhängig und bezieht sich beispielhaft auf einen Zeitpunkt unmittelbar ab Wirksamkeit der Zertifizierung (zB BNetzA Beschl. v. 3.8.2015 – BK6-12-047 – TenneT TSO), bis zu einem bestimmten Zeitraum nach Wirksamkeit der Zertifizierung (zB BNetzA Beschl. v. 9.11.2012 – BK7-12-033 – terranets bw) oder auch bis zum Ablauf des nächsten Termins einer Kündigungsfrist im Rahmen von Vertragsverhältnissen (zB BNetzA Beschl. v. 2.12.2013 – BK7-12-030, S. 19 f. – OGE).

### III. Berücksichtigung der Stellungnahme der Europäischen Kommission (Abs. 6 S. 2)

Bei ihrer Entscheidung „berücksichtigt die Regulierungsbehörde [die Auffassung der Europäischen Kommission] so weit wie möglich“. § 4a Abs. 6 S. 2 regelt die Ausnahme zum Unabhängigen Systembetreiber nach § 9 (→ Rn. 38). Die Regelung sieht demzufolge die **Letztentscheidungskompetenz** über die Einhaltung der Entflechtungsvorgaben bei der **Regulierungsbehörde** (Säcker EnergieR/Lucks § 4a Rn. 40). Die Regelungen verlangen somit auch nicht, dass die Regulierungsbehörde die Auffassung der Europäischen Kommission vollständig umzusetzen hat. Ob dem Wortlaut im Gegensatz zu § 4b Abs. 5 S. 2 eine weiterreichende Kompetenz der Regulierungsbehörde entnommen werden kann (vgl. Säcker EnergieR/Lucks § 4b Rn. 23), erscheint nicht überzeugend (→ § 4b Rn. 19).

In zahlreichen Entscheidungen ist die Regulierungsbehörde von der Einschätzung der Europäischen Kommission abgewichen. Dazu beruft sich die Regulierungsbehörde u.a. auf den in den Elektrizitäts- bzw. Gas-Binnenmarkt-Richtlinien dem nationalen Gesetzgeber eröffneten Ausgestaltungsspielraum. Vor diesem Hintergrund wurde durch die Europäische Kommission ein Verfahren zur fehlerhaften Umsetzung von verschiedenen Aspekten der Elektrizitäts- und Gas-Binnenmarkt-Richtlinien durch die Bundesrepublik Deutschland geführt. Der EuGH ist der Auffassung der Europäischen Kommission weitgehend gefolgt (vgl. EuGH BeckRS 2021, 24362). Die Entscheidung befasst sich u.a. mit den deutschen Regelungen zum Begriff des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens und den Karenzvorschriften für Personal, welche nach Auffassung des EuGH nicht im Einklang mit europäischem Recht stehen.

Eine spezielle Regelung sieht § 4a Abs. 7 S. 3 für die **Benennung eines Unabhängigen Systembetreibers** nach § 9 vor. Diese erfordert ausdrücklich die Zustimmung der Europäischen Kommission. Diese Regelung setzt Art. 44 Abs. 1 S. 2 Elektrizitäts-Binnenmarkt-Richtlinie (EU) 2019/944 und Art. 14 Abs. 1 S. 2 Gas-Binnenmarkt-Richtlinie 2009/73/EG nahezu wortlautidentisch um. Lehnt die Europäische Kommission diese Zertifizierung ab, ist dieses Votum für die Entscheidung der Regulierungsbehörde verbindlich (Theobald/Kühling/Hendrich § 4a Rn. 23; Säcker EnergieR/Lucks § 4a Rn. 49). Kommt es zu einer Ablehnung aufgrund der verweigerten Zustimmung der Europäischen Kommission, richtet sich dennoch der Rechtsschutz des Transportnetzbetreibers gegen die daraus folgende ablehnende Entscheidung der Regulierungsbehörde (im Einzelnen zum Rechtsschutz in diesem Fall Britz/Hellermann/Hermes/Stamm, 3. Aufl., § 4a Rn. 41).

### IV. Darlegungs- und Beweislast (Abs. 3)

Das Gesetz geht in Absatz 3 davon aus, dass der Transportnetzbetreiber „nachweist“, dass die Zertifizierungsvoraussetzungen vorliegen. Dies bedeutet, dass der Transportnetzbetreiber verpflichtet ist, sämtliche seinem Einflussbereich unterliegenden Tatsachen nachweisen zu müssen (Britz/Hellermann/Hermes/Stamm, 3. Aufl., § 4a Rn. 16). Das Nachweiserfordernis findet sich ausdrücklich nur in Art. 44 Abs. 2 Elektrizitäts-Binnenmarkt-Richtlinie (EU)

2019/944 und Art. 14 Abs. 2 Gas-Binnenmarkt-Richtlinie 2009/73/EG für den Unabhängigen Netzbetreiber bzw. Unabhängigen Systembetreiber nach § 9. Die Europäische Kommission geht ebenfalls explizit von der **Beweislast aufseiten des Transportnetzbetreibers** aus („The burden of proof [...] is put on the potential TSO“ – Interpretative Note on Directive 2009/72/EC and Directive 2009/73/EC – The Unbundling Regime, Ziff. 2.5, S. 23, abrufbar unter <https://ec.europa.eu>).

- 40 Das Nachweiserfordernis wird auch dem Grundsatz entnommen, dass in einem Antragsverfahren einem Beteiligten die Darlegungs- und Beweislast für die ihm günstigen Umstände obliegt (Danner/Theobald/Boos, 110. EL Januar 2021 § 82 Rn. 9).
- 41 Die Formulierung des § 4a Abs. 3, wonach der Transportnetzbetreiber die Voraussetzungen der Zertifizierung nachzuweisen hat, steht neben dem im Verwaltungsverfahren geltenden **Untersuchungsgrundsatz (§ 24 VwVfG)**. Die Regulierungsbehörde kann dazu alle Ermittlungen führen und Beweise erheben, die für ihre Entscheidungen erforderlich sind (§ 68 Abs. 1). Welche Reichweite die Nachweispflicht aus Absatz 3 im Gegensatz zum allgemeinen Untersuchungsgrundsatz (ergänzend zum gerichtlichen Verfahren auch § 82 Abs. 1) haben kann, kann für den Transportnetzbetreiber von nicht unerheblicher Bedeutung sein. Die Regulierungsbehörden und Gerichte sind zumindest dazu aufgefordert, **sämtliche Ermittlungsmöglichkeiten zu nutzen, bevor eine nachteilige Entscheidung** aufgrund der Unaufklärbarkeit von betreffenden Tatsachen **ergehen kann** (Säcker EnergieR./Johanns/Roesen § 82 Rn. 9). Die Regulierungsbehörden haben dafür mit den §§ 68 ff. sehr weitreichende Befugnisse erhalten, welche der Transportnetzbetreiber nicht zu Verfügung hat. Auskunftsverlangen können sich bspw. auch auf wirtschaftliche Verhältnisse im Rahmen der VO (EG) Nr. 139/2004 (§ 69 Abs. 1 S. 1 Nr. 2) sowie Auskünfte von Wirtschafts- und Berufsvereinigungen der Energiewirtschaft (§ 69 Abs. 1 S. 2) beziehen. Dazu sind auch Maßnahmen mit weiteren Behörden durchzuführen. Ausdrücklich vorgesehen ist aufgrund der Nähe zum Wettbewerbsrecht der Austausch von Informationen mit den Wettbewerbsbehörden (vgl. §§ 58 Abs. 4, 50f Abs. 1 GWB).
- 42 Darüber hinaus wird davon ausgegangen, dass der Antrag für den Antragsteller rechtlich vorteilhaft ist (vgl. OLG Düsseldorf BeckRS 2009, 22827 unter B.II.1.a; Theobald/Kühling/Hendrich § 4a Rn. 1). Der Betreiber eines Transportnetzes und auch Dritte unterliegen weitreichenden Eingriffen in Grundfreiheiten, die die unternehmerische Freiheit zum Teil erheblich einschränken können (insbesondere im Bereich des Unabhängigen Transportnetzbetreibers) und erlegt weitreichende Pflichten auf (bspw. Mitwirkung am Netzentwicklungsplan, Netzanschluss- und -zugangspflicht). Insbesondere im Fall von Unstimmigkeiten über die Eigenschaft als Transportnetzbetreiber und die Einleitung eines Verfahrens von Amts wegen ist davon auszugehen, dass aus Sicht des Transportnetzbetreibers nicht ausschließlich Vorteile mit der Zertifizierung verbunden sind. Als Betreiber eines Transportnetzes wird der Antrag nach § 4a nicht zuletzt auch deshalb gestellt, weil ein rechtskonformes Verhalten sichergestellt und insbesondere die drohenden Sanktionen nach § 95 vermieden werden sollen. In übrigen Fällen, in denen andere Antragsberechtigte als der Transportnetzbetreiber den Antrag stellen (→ Rn. 11 ff.), sollte die Darlegungs- und Beweislast deshalb nicht auf den Transportnetzbetreiber verlagert werden.
- 43 Die Nachweispflicht kann auch unter formellen Aspekten eine Grenze erfahren, soweit der Antrag Unterlagen erfordert, die über das Formerfordernis (→ Rn. 16) hinausgehen. Daraus kann auch der Schluss gezogen werden, dass eine beglaubigte oder notariell beurkundete Form von Unterlagen nicht gefordert werden kann. Die Regulierungsbehörde wird dies nur in besonders gelagerten und gesondert zu begründenden Ausnahmefällen unter Ausschöpfung sämtlicher Erkenntnisquellen anfordern.
- 43.1 Von Bedeutung können Formfragen bspw. auch bei Nachweisen über gesellschaftsrechtliche Eigentumsverhältnisse unter Beteiligung von Unternehmen aus Drittstaaten sein, die nicht aus öffentlich zugänglichen Quellen erkennbar sind. Hierfür überträgt die Regulierungsbehörde zu Recht nicht unreflektiert die bspw. für die Beurkundung von Gesellschafterbeschlüssen oder ähnlichem aufgestellten Grundsätze (vgl. OLG Jena BeckRS 2018, 8363), weil das Gesetz für das Antragsverfahren gerade keine besondere strenge Form vorgesehen hat. Die Regulierungsbehörde lässt zutreffend **Angaben** zum vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen **genügen, die glaubhaft dargelegt wurden** (auch zum Folgenden BNetzA Beschl. v. 29.1.2020 – BK7-18-051, S. 21 – Ferngas). Entgegen der Auffassung der Europäischen Kommission genügen dafür Informationen, die „ausschließlich aus öffent-

lich zugänglichen Quellen stammen, deren Vollständigkeit [der Transportnetzbetreiber] nicht garantieren kann“ (BNetzA ABl. 05/2020, 287 (295)), sofern diese **Angaben durch Recherchen der Regulierungsbehörde plausibilisiert** werden können. Die Regulierungsbehörde oder die Europäische Kommission hätte aus diesem Grund dezidierte Zweifel darzulegen und anhand einer konkret zu erwartenden Verletzung von materiellen Voraussetzungen der Entflechtung zu begründen.

### V. Umfasste Entscheidungen

Wird die Zertifizierung erstmalig erteilt, werden regelmäßig **weitere erforderliche Genehmigungen und Zustimmungen mit erteilt** (zB BNetzA Beschl. v. 29.1.2020 – BK7-18-051 – Ferngas). Dies macht die Regulierungsbehörde davon abhängig, dass die genehmigungspflichtigen **Sachverhalte** im Antrag **hinreichend deutlich dargestellt** und die entsprechenden **Unterlagen vollständig** eingereicht werden (BNetzA, Hinweispapier Zertifizierung, Ziff. 1.6). Zu nennen sind für unabhängige Transportnetzbetreiber insbesondere die Genehmigung des Gleichbehandlungsprogramms (§ 10e Abs. 1 S. 1), die Zustimmung zur Ernennung der Person des Gleichbehandlungsbeauftragten (§ 10e Abs. 3 S. 2), die Genehmigung der Auftrags- und Beschäftigungsbedingungen der Person des Gleichbehandlungsbeauftragten (§ 10e Abs. 3 S. 3). Umstritten ist dies für die vertraglichen Bedingungen über die **Erbringung von Dienstleistungen durch den Transportnetzbetreiber für das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen** (§ 10a Abs. 3 S. 2 Nr. 2). Der Vertrag könnte fortgesetzt werden und unterliegt keinem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt (zutreffend Britz/Hellermann/Hermes/Stamm, 3. Aufl., § 4a Rn. 6). Der Vertrag ist auch nicht iSv § 134 BGB nichtig (aA wohl bspw. BNetzA Beschl. v. 11.4.2013 – BK6-12-004, S. 83 – TransnetBW), weil Vereinbarungen der Regulierungsbehörde nach § 10b Abs. 5 S. 2 „in der Zertifizierung zur Genehmigung vorzulegen“ sind. Genehmigung ist vom Wortlaut her die nachträgliche Zustimmung (§ 184 BGB) und lässt den Vertrag zunächst schwebend unwirksam (BeckOK BGB/Bub BGB § 184 Rn. 8) und nicht unmittelbar nichtig sein. Dies wäre die Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 134 BGB (BeckOK BGB/Wendland BGB § 134 Rn. 10). Nur vor diesem Hintergrund lässt es sich mit den Instrumenten des Zivilrechts erklären, dass die Regulierungsbehörde während einer Übergangsphase bestimmte Vereinbarungen als angemessen (und somit nicht nichtig) erachtet, obwohl die Vorgaben zur Entflechtung nur weitgehend eingehalten werden (zB BNetzA Beschl. v. 9.11.2012 – BK7-12-033, S. 38 ff. – terranets bw).

### VI. Wirkung der Entscheidung (Abs. 7)

Die Wirkung der Entscheidung der Regulierungsbehörde stellt § 4a Abs. 7 S. 1 klar: mit Bekanntgabe ist der Antragsteller **als Transportnetzbetreiber benannt**. Damit wird neben der offensichtlichen Klarstellung der Wirkung auch der **Zeitpunkt der Zertifizierung** konkretisiert. Ab diesem Zeitpunkt treffen den Transportnetzbetreiber relevante Entflechtungsvorgaben und der Transportnetzbetreiber kann bspw. Entgelte nach den relevanten Vorschriften bilden und erlösen. Häufig beginnen auch Fristen für die Umsetzung von Nebenbestimmungen ab diesem Zeitpunkt zu laufen.

Die Regulierungsbehörde hat ihre Entscheidung im Amtsblatt der BNetzA gemeinsam mit der Stellungnahme der Europäischen Kommission bekannt zu geben (§ 4a Abs. 6 S. 3). Zur Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen wird die nach § 71 vorzulegende geschwärzte Fassung veröffentlicht.

### VII. Fiktion der Entscheidung (Abs. 6 S. 4)

Daneben regelt § 4a Abs. 6 S. 4 die **Fiktion der Zertifizierung**, sofern die Regulierungsbehörde innerhalb der von § 4a Abs. 6 S. 1 geregelten Frist (→ Rn. 22) keine Entscheidung bekanntgibt. Für den Zeitraum bis zur Entscheidung durch die Regulierungsbehörde haben sich Betroffene als Transportnetzbetreiber behandeln zu lassen und damit alle Anforderungen der Entflechtung zu erfüllen.

Die Vorschrift findet nach ihrem Wortlaut ausschließlich auf den Zeitraum Anwendung, welcher ab dem Zugang der Stellungnahme durch die Europäische Kommission oder dem Ablauf von deren Frist zur Stellungnahme beginnt. Für den Zeitraum nach § 4a Abs. 5 S. 1 (→ Rn. 20) sieht die Vorschrift

keine Fiktionswirkung vor. Für diesen Fall sprechen verschiedene Argumente für die entsprechende Anwendung von § 75 Abs. 3 S. 2. Die „Entscheidung“ ist auch der an die Europäische Kommission zu übersendende Entscheidungsentwurf und die angemessene Frist ist die gesetzlich vorgesehene Frist. Die Konstellation wurde vom Gesetzgeber ausdrücklich nur für die letzte Frist geregelt. Im Interesse eines zügigen Verfahrens hat der Gesetzgeber und auch der Richtlinienggeber Fiktionen sowohl für die Stellungnahmefrist der Europäischen Kommission als auch der Regulierungsbehörde vorgesehen. Dass dies bei lediglich einer vom Gesetzgeber geregelten Frist nicht gewollt gewesen sein soll, ist nicht überzeugend. Auch ist die Interessenlage insofern vergleichbar, dass die zügige Schaffung von Rechtssicherheit im Interesse aller Beteiligten einschließlich des Transportnetzbetreibers liegt. Vergleichbar ist das Unterlassen auch nicht mit dem endgültigen Bescheid, weil auf dessen verspäteten Erlass dem Transportnetzbetreiber ein Zuwarten auch unter Berücksichtigung der Versorgungssicherheit nicht zugemutet werden kann.

- 47.2 Im Falle einer Einleitung eines Verfahrens von Amts wegen infolge von Unstimmigkeit über die Eigenschaft als Transportnetzbetreiber sind Netzbetreiber in der Regel einem hohen Erfüllungsaufwand ausgesetzt. Sollte die Regulierungsbehörde das Verfahren nicht ruhend stellen oder eine vorläufige Anordnung (§ 72) zur Aussetzung der Entflechtungsvorschriften erlassen, erscheinen bei nachträglicher Nichterteilung der Zertifizierung Amtshafungsansprüche gerechtfertigt (vgl. zum darüber hinaus möglichen Rechtsschutz → Rn. 48).

## F. Rechtsschutz

- 48 Rechtsschutz wird nach den allgemeinen Vorschriften durch Einlegung der **Beschwerde** gewährt (§§ 75 ff.). Es ist zu beachten, dass die Beschwerde gegen Entscheidungen **grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung** hat (§ 76 Abs. 1 Hs. 1). Soweit mittels Anordnung der aufschiebenden Wirkung (§ 77 Abs. 1) erfolgt, wird durch § 76 Abs. 1 Hs. 2 lediglich eine Einschränkung auf die Durchsetzung der Entflechtungsverpflichtungen vorgenommen. Die Zertifizierung hat ihren materiellen Schwerpunkt (→ § 76 Rn. 6) auch in der Durchsetzung von Verpflichtungen zur Entflechtung. Transportnetzbetreiber treffen allerdings auch darüberhinausgehende Verpflichtungen, die sich nicht auf Vorgaben der Entflechtung beziehen. Die Reichweite der aufschiebenden Wirkung müsste sich deshalb mit dem Argument des **hohen Erfüllungsaufwands** für effektiven Rechtsschutz auch auf diese Pflichten und damit die Zertifizierung insgesamt beziehen.
- 48.1 Für den Fall der Fiktion einer Zertifizierung aus § 4a Abs. 6 S. 4 (→ Rn. 22) kommt zudem eine Beschwerde gestützt auf § 75 Abs. 3 S. 2 in Betracht, wobei die gesetzlichen Fristen als die angemessene Frist anzusehen sind. Ob dabei die Fiktion einer Zertifizierung mit dem Argument des Vorrangs der spezielleren Vorschrift gegenüber der Gleichstellung mit einer Ablehnung der Entscheidung (§ 75 Abs. 3 S. 3) Vorrang einzuräumen ist, ist auch von der Interessenlage abhängig. Zumindest im Fall eines Verfahrens von Amts wegen erscheint zur Vermeidung eines hohen Erfüllungsaufwands aufseiten des Netzbetreibers die allgemeine Regelung und damit die Wirkung als Ablehnung interessengerecht. Zum Rechtsschutz bei Unterlassen der Erstellung des Entscheidungsentwurfs vgl. → Rn. 47.
- 49 Es empfiehlt sich zudem, dass der **Antrag** gegen die Zertifizierung zur Vermeidung der Bestandskraft **zugleich gegen die Benennung** gerichtet wird (Britz/Hellermann/Hermes/Stamm, 3. Aufl., § 4a Rn. 45). Hintergrund sind die Regelungen der Art. 52 Abs. 2 S. 1 Elektrizitäts-Binnenmarkt-Richtlinie (EU) 2019/944 und Art. 10 Abs. 2 S. 1 Gas-Binnenmarkt-Richtlinie 2009/73/EG, wonach der Transportnetzbetreiber mit der Bescheinigung der Einhaltung der Zertifizierungsvoraussetzungen zu benennen ist. Die europäischen Regelungen gehen deshalb von der Benennung als rechtlichen Abschluss des Verfahrens aus (Theobald/Kühling/Hendrich § 4a Rn. 21; Säcker EnergieR/Lucks § 4a Rn. 48), was einem eigenständigen und konstitutiv wirkenden Rechtsakt entspricht (Britz/Hellermann/Hermes/Stamm, 3. Aufl., § 4a Rn. 45). Der nationale Gesetzgeber löst dies ausdrücklich mit einer Fiktion im Moment der Bekanntgabe, welche zugleich die Benennung beinhaltet (§ 4a Abs. 7 S. 1).

### § 4b Zertifizierung in Bezug auf Drittstaaten

(1) <sup>1</sup>Beantragt ein Transportnetzbetreiber oder ein Transportnetzeigentümer, der von einer oder mehreren Personen aus einem oder mehreren Staaten, die nicht

der Europäischen Union oder dem Europäischen Wirtschaftsraum angehören (Drittstaaten), allein oder gemeinsam kontrolliert wird, die Zertifizierung, teilt die Regulierungsbehörde dies der Europäischen Kommission mit. <sup>2</sup>Transportnetzbetreiber oder Transportnetzeigentümer haben den Antrag auf Zertifizierung bis spätestens 3. März 2013 bei der Regulierungsbehörde zu stellen.

(2) <sup>1</sup>Wird ein Transportnetzbetreiber oder ein Transportnetzeigentümer von einer oder mehreren Personen aus einem oder mehreren Drittstaaten allein oder gemeinsam kontrolliert, ist die Zertifizierung nur zu erteilen, wenn der Transportnetzbetreiber oder der Transportnetzeigentümer den Anforderungen der §§ 8 oder 9 oder der §§ 10 bis 10e genügt und das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie feststellt, dass die Erteilung der Zertifizierung die Sicherheit der Elektrizitäts- oder Gasversorgung der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Union nicht gefährdet. <sup>2</sup>Der Antragsteller hat mit der Antragstellung nach Absatz 1 zusätzlich beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie die zur Beurteilung der Auswirkungen auf die Versorgungssicherheit erforderlichen Unterlagen einzureichen.

(3) <sup>1</sup>Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie übermittelt der Regulierungsbehörde binnen drei Monaten nach Eingang der vollständigen erforderlichen Unterlagen nach Absatz 2 Satz 2 seine Bewertung, ob die Erteilung der Zertifizierung die Sicherheit der Elektrizitäts- oder Gasversorgung der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Union gefährdet. <sup>2</sup>Bei seiner Bewertung der Auswirkungen auf die Versorgungssicherheit berücksichtigt das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie

1. die Rechte und Pflichten der Europäischen Union gegenüber diesem Drittstaat, die aus dem Völkerrecht, auch aus einem Abkommen mit einem oder mehreren Drittstaaten, dem die Union als Vertragspartei angehört und in dem Fragen der Energieversorgungssicherheit behandelt werden, erwachsen;
2. die Rechte und Pflichten der Bundesrepublik Deutschland gegenüber diesem Drittstaat, die aus einem mit diesem Drittstaat geschlossenen Abkommen erwachsen, soweit sie mit dem Unionsrecht in Einklang stehen, und
3. andere besondere Umstände des Einzelfalls und des betreffenden Drittstaats.

(4) Vor einer Entscheidung der Regulierungsbehörde über die Zertifizierung des Betriebs eines Transportnetzes bitten Regulierungsbehörde und Bundesministerium für Wirtschaft und Energie die Europäische Kommission um Stellungnahme, ob der Transportnetzbetreiber oder der Transportnetzeigentümer den Anforderungen der §§ 8 oder 9 oder der §§ 10 bis 10e genügt und eine Gefährdung der Energieversorgungssicherheit der Europäischen Union auf Grund der Zertifizierung ausgeschlossen ist.

(5) <sup>1</sup>Die Regulierungsbehörde hat innerhalb von zwei Monaten, nachdem die Europäische Kommission ihre Stellungnahme vorgelegt hat oder nachdem die Frist des Artikels 53 Absatz 6 der Richtlinie (EU) 2019/944 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 2012/27/EU (ABl. L 158 vom 14.6.2019, S. 125; L 15 vom 20.1.2020, S. 8) oder des Artikels 11 Absatz 6 der Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG (ABl. L 211 vom 14.8.2009, S. 55) abgelaufen ist, ohne dass die Europäische Kommission eine Stellungnahme vorgelegt hat, über den Antrag auf Zertifizierung zu entscheiden. <sup>2</sup>Die Regulierungsbehörde hat in ihrer Entscheidung der Stellungnahme der Europäischen Kommission so weit wie möglich Rechnung zu tragen. <sup>3</sup>Die Bewertung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie ist Bestandteil der Entscheidung der Regulierungsbehörde.

(6) Die Regulierungsbehörde hat der Europäischen Kommission unverzüglich die Entscheidung zusammen mit allen die Entscheidung betreffenden wichtigen Informationen mitzuteilen.



(7) <sup>1</sup>Die Regulierungsbehörde hat ihre Entscheidung zusammen mit der Stellungnahme der Europäischen Kommission im Amtsblatt der Bundesnetzagentur in nicht personenbezogener Form zu veröffentlichen. <sup>2</sup>Weicht die Entscheidung von der Stellungnahme der Europäischen Kommission ab, ist mit der Entscheidung die Begründung für diese Entscheidung mitzuteilen und zu veröffentlichen.

### Überblick

Die Vorschrift regelt die Abweichungen im Zertifizierungsverfahren für den Fall, dass ein Transportnetzbetreiber gemeinsam oder allein durch eine Person aus einem Drittstaat kontrolliert wird. Das weiterhin bestehende Zertifizierungserfordernis (→ § 4a Rn. 3) trifft den Transportnetzbetreiber, sofern dieser von einer Person mit Drittstaatenbezug allein oder gemeinsam kontrolliert wird. Dadurch kommt es zu verschiedenen Abweichungen mit Einfluss auf den Verfahrensablauf und dessen Beteiligte. Hauptmerkmal der Entscheidung der Regulierungsbehörde ist neben der Einhaltung der Entflechtungsvorschriften außerdem die Bewertung der Gefährdung der Energieversorgung. Die Bewertung wird durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie vorgenommen und ergänzt den Prüfumfang durch die Europäische Kommission. Rechtsschutz richtet sich nach den allgemeinen Regelungen und ist gegen die Entscheidung der Regulierungsbehörde zu suchen.

### Übersicht

	Rn.		Rn.
<b>A. Zweck und Entstehungsgeschichte</b>	1	<b>D. Verfahrensablauf (Abs. 3, 4 und 5) ..</b>	11
<b>B. Adressat und Drittstaatenbezug (Abs. 1 S. 1) .....</b>	4	<b>E. Entscheidung der Regulierungsbehörde (Abs. 2 und 3) .....</b>	12
<b>C. Zertifizierungsverfahren (Abs. 1 und 2) .....</b>	8	I. Voraussetzungen der Entflechtung .....	13
I. Antragsberechtigte (Abs. 1 S. 1) .....	8	II. Bewertung der Gefährdung der Energieversorgungssicherheit .....	14
II. Vorlagepflicht für Unterlagen (Abs. 2 S. 2) .....	9	III. Berücksichtigung der Entscheidung der Europäischen Kommission (Abs. 5 S. 2) ....	19
III. Zeitpunkt und Form des Antrags (Abs. 1 S. 2) .....	10	IV. Darlegungs- und Beweislast .....	20
		<b>F. Rechtsschutz .....</b>	21

### A. Zweck und Entstehungsgeschichte

- 1 Der Zweck der Vorschrift verändert sich gegenüber der Zertifizierung in § 4a nicht und bleibt die Versorgungssicherheit (→ § 4a Rn. 1). Die ergänzenden Voraussetzungen im Falle des Bezugs zu Drittstaaten werden lediglich im Rahmen der Zertifizierung nach § 4a geprüft und stellen **keine gesonderte Zertifizierung** dar (Gundel/Germelmann EuZW 2009, 763 (769)). Soweit die Vorschrift keine Abweichungen von den Regelungen aus § 4a enthält, sind entsprechend dessen Regelungen als „allgemeiner Teil“ der Zertifizierung anzuwenden (im Ergebnis auch Theobald/Kühling/Hendrich § 4b Rn. 6; Britz/Hellermann/Hermes/Stamm, 3. Aufl., § 4b Rn. 1; missverständlich insofern die Formulierung als „besondere Zertifizierungspflicht“ u.a. bei Scholtka/Helmes NJW 2011, 3185 (3189); Säcker EnergieR/Lucks § 4b Rn. 6; Kment EnWG/Franke § 4b Rn. 1). Der Gesetzgeber bezeichnete die Regelungen des § 4b als die „**speziellen zusätzlichen Voraussetzungen**“ (BT-Drs. 17/6072, 52) und regelt auch konsequent in § 95 Abs. 1 Nr. 1a die Vorschrift nicht als gesondert sanktionierbaren Sachverhalt neben § 4a. Zudem würden sich verschiedene Regelungslücken ergeben (zB zur Darlegungs- und Beweislast → Rn. 20).
- 2 Der Prüfungsmaßstab im Falle des Bezugs zu Drittstaaten findet seine Grundlage in Art. 53 Elektrizitäts-Binnenmarkt-Richtlinie (EU) 2019/944 und Art. 11 Gas-Binnenmarkt-Richtlinie 2009/73/EG. Sofern eine Person aus einem Drittstaat die Kontrolle über den Betreiber eines Transportnetzes erlangt, gehen die Elektrizitäts-Binnenmarkt-Richtlinie (EU) 2019/944 und Gas-Binnenmarkt-Richtlinie 2009/73/EG von einer besonderen Prüfungsbedürftigkeit der Gewährleistung der Versorgungssicherheit aus. Diese Annahme lässt sich auch dadurch rechtfertigen, dass **bestimmte europäische Grundfreiheiten**, insbesondere die