

KÖLNER HANDBÜCHER
ZUM ENERGIEWIRTSCHAFTSRECHT

Regulierung in der Energiewirtschaft

Herausgegeben von
Baur · Salje · Schmidt-Preuß

2. Auflage

Carl Heymanns Verlag

Kölner Handbücher zum Energiewirtschaftsrecht

Regulierung in der Energiewirtschaft

Ein Praxishandbuch

Herausgegeben von

Jürgen F. Baur, Peter Salje und Matthias Schmidt-Preuß

Bearbeitet von

Thomas Ackermann · Markus Appel · Klaus-Dieter Barbknecht · Jürgen F. Baur · Marc Oliver Bettzüge · Andreas Böwing · Karsten Bourwieg · Alexandros Chatzinerantzis · Wolfgang Durner · Peter Franke · Andreas Gabler · Tanja Held · Ursula Heimann · Dietmar Hempel · Peter Hilzinger · Peter Hohaus · Martin Jacob · Janina Jänsch · Sebastian Kemper · Stefanie Kesting · Andreas Klees · Markus Ludwigs · Helmut Maltry · Christian Marquering · Daniel Matz · Sebastian Merk · Axel Ockenfels · Burkhard Pedell · Annika Pennekamp-Jost · Daniel Petzold · Johann-Christian Pielow · Kai Uwe Pritzsche · Anke Reimers · Josef Ruthig · Peter Salje · Matthias Schmidt-Preuß · Christian Schütte · Stefan Storr · Rudolf Streinz · Christian Vossler · Wolfgang Weiß · Hartmut Weyer · Maik Wolf · Anne Christine Zeidler

2. Auflage

Carl Heymanns Verlag 2016

Zitiervorschlag: Regulierung in der Energiewirtschaft/*Verfasser* Kap. ... Rn. ...

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

ISBN: 978-3-452-28140-1

www.wolterskluwer.de
www.carl-heymanns.com

Alle Rechte vorbehalten.

© 2016 Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Luxemburger Straße 449, 50939 Köln.
Carl Heymanns – eine Marke von Wolters Kluwer Deutschland GmbH.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Verlag und Autor übernehmen keine Haftung für inhaltliche oder drucktechnische Fehler.

Umschlagkonzeption: Martina Busch, Grafikdesign, Homburg Kirrberg
Druck und Weiterverarbeitung: Williams Lea & tag GmbH, München

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem und chlorfreiem Papier.

Kapitel 95: Zertifizierung

Übersicht	Rdn.		Rdn.
A. Überblick über die Funktion des Zertifizierungsverfahrens	1	II. Die Stellungnahme der Europäischen Kommission	12
B. Bedeutung und Verfahrenseinleitung	2	III. Die endgültige Entscheidung der Regulierungsbehörde	16
I. Bedeutung der Zertifizierung	2	D. Rechtsschutz	22
II. Antragstellung	4	E. Nach der Zertifizierung	24
C. Das Zertifizierungsverfahren	9		
I. Verfahren bis zum Entscheidungsentwurf durch die BNetzA.	9		

Literatur:

Harjes, in: Säcker, Energierecht, Band 1, 3. Aufl., 2014, § 4a; *Ludwigs*, Energierecht, in: Ruffert, Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, 2013, S. 205 ff.; *Franke*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl., 2013, S. 100 ff.; *PricewaterhouseCoopers*, Entflechtung und Regulierung in der deutschen Energiewirtschaft, 3. Aufl., 2012, S. 327 ff.; *Storr*, Rechtsschutz gegen Regulierungsmaßnahmen in der Europäischen Union, in: Gramlich/Manger-Nestler, Europäisierte Regulierungsstrukturen und -netzwerke, 2011, S. 107 ff.

A. Überblick über die Funktion des Zertifizierungsverfahrens

- 1 Das Zertifizierungsverfahren¹ ist als ein Kontrollverfahren konzipiert, durch das sichergestellt werden soll, dass die Organisation des Transportnetzbetreibers den Entflechtungsvorgaben des Unionsrechts und des EnWG entspricht.² § 4a EnWG ist mit dem Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften vom 26.7.2011³ eingeführt worden. Die Bestimmung setzt Art. 10 der RiL 2009/72/EG für die Elektrizitätswirtschaft und Art. 10 der RiL 2009/73/EG für die Gaswirtschaft um. Weitere Vorgaben zum Zertifizierungsverfahren finden sich in Art. 3 VO 714/2009 bzw. Art. 3 VO 715/2009.

B. Bedeutung und Verfahrenseinleitung

I. Bedeutung der Zertifizierung

- 2 Im Wege des Zertifizierungsverfahrens soll die Regulierungsbehörde prüfen, ob die Entflechtungsvorgaben durch den Transportnetzbetreiber eingehalten werden. Überprüft wird die Rechtsperson des Transportnetzbetreibers, die innerhalb des Geltungsbereichs des EU-Rechts tätig ist.⁴ Für Drittlandsunternehmen gilt ein besonderes Zertifizierungsverfahren nach § 4b EnWG, in: dem die weitergehende Prüfung stattfindet, ob die Sicherheit der Elektrizitäts- und Gasversorgung Deutschlands und der EU nicht gefährdet wird.
- 3 Das Zertifizierungsverfahren ist ein besonderes Genehmigungsverfahren. Art. 9 Abs. 9, Art. 10 Abs. 1, Art. 13 Abs. 3 und Art. 18 Abs. 10 RiL 2009/72/EG bzw. Art. 9 Abs. 9, Art. 10 Abs. 1, Art. 14 Abs. 3 und Art. 18 Abs. 10 RiL 2009/73/EG bestimmen, dass die Zertifizierung einer Zulassung und Benennung eines Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzbetreibers vorauszugehen hat. Neben der Zertifizierung bedarf es außerdem einer Genehmigung nach § 4 EnWG, mit der die personelle,

1 Interpretationshilfe: Commission Staff Working Paper on Certification of Transmission System Operators of networks for electricity and natural gas in the European Union vom 21.9.2011, SEC(2011) 1095 final; Bundesnetzagentur, Zertifizierungsverfahren. Hinweispapier zur Antragstellung BK6-11-157, BK7-11-157 vom 12.12.2011.

2 Erwägungsgrund 24 RiL 2009/72/EG und 21 RiL 2009/73/EG.

3 BGBl. I S. 1554.

4 BR-Drs. 343/11, S. 128.

technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit festgestellt wird, die der Netzbetreiber benötigt, um den Netzbetrieb auf Dauer zu gewährleisten, sowie ggf. nach § 10e Abs. 1 S. 1 und § 10e Abs. 3 EnWG. Der Betrieb eines Transportnetzes durch ein nicht zertifiziertes Unternehmen stellt eine Ordnungswidrigkeit dar (§ 95 Abs. 1 Nr. 1a EnWG), die mit bis zu 1 Mio Euro, über diesen Betrag hinaus bis zur dreifachen Höhe des durch die Zuwiderhandlung erlangten Mehrerlöses, geahndet werden kann (§ 95 Abs. 2 S. 1 EnWG).

II. Antragstellung

Das Gesetz⁵ nennt drei mögliche Antragsteller für die Eröffnung eines Zertifizierungsverfahrens: den Transportnetzbetreiber i. S. v. § 3 Nr. 31c EnWG, den Transportnetzeigentümer und die Europäische Kommission. Nach dem Gesetz hat nur die Kommission ihren Antrag zu begründen. Das wird man so zu verstehen haben, dass die Kommission darzulegen hat, weshalb sie und nicht der Transportnetzbetreiber oder der Transportnetzeigentümer den Zertifizierungsantrag stellt. Schon aus Gründen des Eigeninteresses liegt es nahe, dass der Transportnetzbetreiber als primär Betroffener, ggf. auch der Transportnetzeigentümer, einen Antrag stellt.

Außerdem kann die Regulierungsbehörde ein Zertifizierungsverfahren von Amts wegen einleiten. Das EnWG sieht keine weiteren Anforderungen vor, anders als das österreichische ElWOG. Danach ist ein Zertifizierungsverfahren von Amts wegen einzuleiten, wenn ein Übertragungsnetzbetreiber keinen Antrag auf Zertifizierung stellt oder die Regulierungsbehörde Kenntnis von einer geplanten Änderung erlangt, die eine Neubewertung der Zertifizierung erforderlich macht und zu einem Verstoß gegen die Entflechtungsvorschriften führen kann oder bereits geführt hat.⁶

Transportnetzbetreiber bzw. Transportnetzeigentümer mussten den Antrag bis 3.3.2012 gestellt haben.⁷ Das Gesetz regelt nicht, was bei Anträgen gelten soll, die später gestellt werden, zB weil neue Transportnetzbetreiber oder Transportnetzeigentümer in den Markt eintreten wollen oder weil der Antrag eines Transportnetzbetreibers oder Transportnetzeigentümers auf Zertifizierung rechtskräftig abgewiesen wurde und deshalb ein neuer Antrag gestellt werden muss. Anträge müssen auch nach dem 3.3.2012 gestellt werden können, weil eine Zurückweisung des Antrags a limine ohne Prüfung, ob die Entflechtungsvoraussetzungen tatsächlich eingehalten sind, einem Betätigungsverbot gleichkommt und mit Art. 12 i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG unvereinbar wäre.⁸ Transportnetzbetreiber und Transportnetzeigentümer haben einen Anspruch auf Zulassung, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Deshalb genügt die Möglichkeit der Verfahrenseröffnung von Amts wegen oder auf Antrag der Kommission nicht. Die Fristregelung ist deshalb so zu verstehen, dass die am 3.3.2012 bestehenden Transportnetzbetreiber bis zu diesem Zeitpunkt ein Zertifizierungsverfahren zu beantragen hatten, Anträge anderer Transportnetzbetreiber aber nicht wegen Fristversäumung unzulässig sind.

Transportnetzbetreiber haben alle zur Prüfung des Antrags erforderlichen Unterlagen beizufügen.⁹ Auf Anforderung der BNetzA sind die Unterlagen elektronisch einzureichen. Das Gesetz gibt nicht vor, welche Unterlagen genau übermittelt werden sollen. Aus § 4a Abs. 3 EnWG, der bestimmt, dass

⁵ § 4a Abs. 1 EnWG.

⁶ § 34 Abs. 2 Z 2 österr. ElWOG.

⁷ § 4a Abs. 1 S. 3 EnWG. Der 3.3.2012 war ein Samstag. Weiterführende Überlegungen dazu bei *Harjes*, in *Säcker, Energierecht*, Band 1, 3. Aufl., 2014, § 4a Rn. 16. Tatsächlich wurden die Anträge der Übertragungsnetzbetreiber alle mit 2.3.2012 eingereicht: Bundesnetzagentur Beschl. v. 09.11.2012, BK6-12-047, Amtsblatt-/Mitteilungsnr. 23/2012 (TenneT TSO); Beschl. v. 09.11.2012, BK6-12-044, Amtsblatt-/Mitteilungsnr. 23/2012 (Amprion); Beschl. v. 09.11.2012, BK6-12-040, Amtsblatt-/Mitteilungsnr. 23/2012 (50Hertz Transmission); Beschl. v. 11.04.2013, BK6-12-004 (TransnetBw).

⁸ *Harjes*, in *Säcker, Energierecht*, Band 1, 3. Aufl., 2014, § 4a Rn. 17: Pflicht zur unverzüglichen Antragstellung.

⁹ § 4a Abs. 2 EnWG.

das Vorliegen der Voraussetzungen für eine gesetzeskonforme Entflechtung vom Transportnetzbetreiber nachzuweisen ist, folgt, dass alle Unterlagen vorzulegen sind, die für diesen Nachweis erforderlich sind. Die BNetzA hat ein Hinweispapier für das Zertifizierungsverfahren herausgegeben, das aber diesbezüglich unkonkret formuliert ist.¹⁰

- 8 Zuständig für die Durchführung des Zertifizierungsverfahrens ist nach § 54 Abs. 1 und Abs. 3 S. 1 EnWG die BNetzA. Sie entscheidet im Beschlusskammerverfahren (§ 59 Abs. 1 S. 1 EnWG).

C. Das Zertifizierungsverfahren

I. Verfahren bis zum Entscheidungsentwurf durch die BNetzA

- 9 Die BNetzA hat binnen vier Monaten ab Einleitung des Zertifizierungsverfahrens einen Entscheidungsentwurf zu erstellen. Sie hat zu prüfen, ob die gesetzlichen Vorgaben für die eigentumsrechtliche Entflechtung (§ 8 EnWG), für den Unabhängigen Systembetreiber (ISO, § 9 EnWG) oder für den Unabhängigen Transportnetzbetreibers (ITO, §§ 10 bis 10e) eingehalten werden.¹¹ Weil die §§ 8 bis 10e EnWG die Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG umsetzen, müssen diese Vorschriften ebenfalls beachtet und die Bestimmungen des EnWG ggf. unionsrechtskonform interpretiert werden. Es ist möglich, dass das nationale Recht andere Voraussetzungen als die Richtlinien aufstellt.¹² Im Zertifizierungsverfahren »TenneT TSO« hatte die BNetzA beurteilt, ob die Antragstellerin über die erforderlichen finanziellen Mittel verfügte, um ihren Aufgaben im Bereich des Netzanschlusses nachzukommen.¹³ Diese Voraussetzung ergab sich aus dem EnWG, nicht aus den Richtlinien. Die Richtlinien sind dahingehend aber abschließend.¹⁴ Die Regulierungsbehörden haben das Zertifizierungsverfahren durchzuführen, um die Einhaltung der Anforderungen der Richtlinien sicherzustellen. Wenn den Transportnetzbetreibern bescheinigt wurde, dass sie diese Anforderungen erfüllen, sind sie zuzulassen.¹⁵
- 10 Ungeachtet der Antragstellung ist der Transportnetzbetreiber Beteiligter des Verfahrens nach § 66 Abs. 2 Nr. 2 und 3 EnWG. Ihm kommen erhebliche Mitwirkungspflichten zu: Zunächst ist es seine Aufgabe nachzuweisen, dass die Voraussetzungen für eine Zertifizierung vorliegen.¹⁶ Außerdem kann die BNetzA »zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens« von Übertragungsnetzbetreiber/Fernleitungsnetzbetreiber oder Unternehmen, der/das eine der Funktionen der Erzeugung/Gewinnung oder Versorgung wahrnimmt, die Vorlage sämtlicher für die Prüfung der Zertifizierungsvoraussetzungen erforderlichen Unterlagen verlangen.¹⁷ Darüber hinaus hat der Transportnetzbetreiber die Regulierungsbehörde unverzüglich über alle geplanten Transaktionen und Maßnahmen sowie sonstigen Umstände zu unterrichten, die eine Neubewertung der Zertifizierungsvoraussetzungen

10 http://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/1BK-Geschaeftszeichen-Datenbank/BK7-GZ/2011/2011_101bis200/BK7-11-157/BK7-11-157_download.pdf?__blob=publicationFile&cv=1.

11 § 4a Abs. 3 EnWG.

12 Z. B. Beschl. der BNetzA v. 09.11.2012, BK6-12-047, Amtsblatt-/Mitteilungsnr. 23/2012 (TenneT TSO).

13 § 4a Abs. 3 i. V. m. § 8 Abs. 2 S. 9 und 17 Abs. 2a S. 1 EnWG (inzwischen aufgehoben).

14 BR-Drs. 343/11, S. 128.

15 Art. 10 Abs. 2, Art. 13 Abs. 3, Art. 18 Abs. 10 RiL 2009/72/EG; Art. 10 Abs. 24, Art. 14 Abs. 3, Art. 18 Abs. 10 RiL 2009/73/EG.

16 § 4a Abs. 3 EnWG.

17 Art. 3 Abs. 3 VO 714/2009, Art. 3 Abs. 3 VO 715/2009.

erforderlich machen.¹⁸ Wirtschaftlich sensible Informationen¹⁹ hat die BNetzA vertraulich zu behandeln.²⁰

Die BNetzA kann eine Zertifizierungsentscheidung mit Nebenbestimmungen iSv § 36 VwVfG verbinden, wenn diese erforderlich sind, damit die gesetzlichen Anforderungen an die Zertifizierung eingehalten werden.²¹ Z. B. können Auflagen hinsichtlich der Tätigkeit der Unternehmensorgane, der Beendigung von Kooperationen oder der Nutzung von Büroräumen angeordnet werden. Die Auflagen müssen verhältnismäßig und hinreichend bestimmt sein. Möglich sind außerdem Befristungen und Bedingungen. Die BNetzA behält sich trotz § 4d EnWG regelmäßig ausdrücklich einen Widerruf vor.²² 11

II. Die Stellungnahme der Europäischen Kommission

Die BNetzA übersendet den Entscheidungsentwurf der Europäischen Kommission, damit diese eine Stellungnahme abgeben kann. Die Übersendung hat unverzüglich zu erfolgen. Mit der Übersendung sind der Kommission auch alle Antragsunterlagen zur Verfügung zu stellen.²³ 12

Die Kommission prüft sodann die Vereinbarkeit der Organisation des Transportnetzbetreibers mit den Vorgaben der Entflechtungsvorgaben der RiL 2009/72/EG bzw. der RiL 2009/73/EG.²⁴ Die Prüfung soll unmittelbar nach Eingang des Entscheidungsentwurfs erfolgen. Die Kommission kann Leitlinien erlassen, in denen Einzelheiten des Stellungnahmeverfahrens festgelegt werden.²⁵ Die Kommission hat bisher nur ein Arbeitspapier herausgegeben.²⁶ 13

Die Kommission hat ihre Stellungnahme binnen zwei Monaten der BNetzA zu übersenden. Für die Kommission gilt wie für die BNetzA, dass sie zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens von einem Transportnetzbetreiber oder Unternehmen, der/das eine der Funktionen der Erzeugung/Gewinnung oder Versorgung wahrnimmt, die Vorlage sämtlicher für die Erfüllung ihrer Aufgaben zur Feststellung der Zertifizierungsfähigkeit relevanten Informationen verlangen kann.²⁷ Wie die BNetzA muss auch die Kommission wirtschaftlich sensible Informationen vertraulich behandeln.²⁸ 14

Die Kommission kann die Europäische Agentur einbinden und diese zu einer Stellungnahme auffordern.²⁹ Dann wird die Frist zur Abgabe der Stellungnahme durch die Kommission um zwei Monate verlängert. Das nicht fristgerechte Vorlegen einer Stellungnahme ist so zu bewerten, dass die Kommission gegen die Entscheidung der Regulierungsbehörde keine Einwände erhebt.³⁰ 15

18 § 4c S. 1 EnWG.

19 Vgl. zu § 6a EnWG § 94 in diesem Buch.

20 Art. 3 Abs. 4 VO 714/2009; Art. 3 Abs. 4 VO 715/2009; Art. 10 Abs. 8 RiL 2009/72/EG; Art. 10 Abs. 8 RiL 2009/73/EG.

21 § 4a Abs. 4 EnWG.

22 Z. B. Bundesnetzagentur Beschl. v. 9.11.2012, BK6-12-044, Amtsblatt-/Mitteilungsnr. 23/2012 (Amprion); Beschl. v. 9.11.2012, BK6-12-040, Amtsblatt-/Mitteilungsnr. 23/2012 (50Hertz Transmission); Beschl. v. 11.4.2013, BK6-12-004 (TransnetBw).

23 § 4 Abs. 5 EnWG.

24 Art. 10 Abs. 2 und Art. 9 RiL 2009/72/EG bzw. Art. 10 Abs. 2 und Art. 9 RiL 2009/73/EG.

25 Art. 3 Abs. 5 VO 714/2009; Art. 3 Abs. 5 VO 715/2009.

26 Commission Staff Working Paper on certification of Transmission System Operators of networks for electricity and natural gas in the European Union vom 21.9.2011, SEC(2011) 1095 final.

27 Art. 3 Abs. 3 VO 714/2009; Art. 3 Abs. 3 VO 715/2009.

28 Art. 3 Abs. 4 VO 714/2009; Art. 3 Abs. 4 VO 715/2009.

29 Art. 3 Abs. 1 2. UAbs. VO 714/2009; Art. 3 Abs. 1 2. UAbs. VO 715/2009.

30 Art. 3 Abs. 1 3. UAbs. VO 714/2009; Art. 3 Abs. 1 3. UAbs. VO 715/2009.

III. Die endgültige Entscheidung der Regulierungsbehörde

- 16 Nach Zugang der Kommissionstellungnahme hat die BNetzA binnen zwei Monaten endgültig zu entscheiden. Gleiches gilt, wenn die Kommission keine Stellungnahme abgegeben hat mit Ablauf der Stellungnahmefrist der Kommission (grds. zwei Monate; vier Monate, wenn ACER eingebunden wird³¹).
- 17 Die BNetzA hat die Stellungnahme der Kommission »so weit wie möglich« zu berücksichtigen.³² Diese Formulierung geht offensichtlich über eine »bloße« Berücksichtigungspflicht hinaus; von der Regulierungsbehörde wird erwartet, dass sie die Stellungnahme der Kommission besonders berücksichtigt. Aber eine Stellungnahme ist unverbindlich und auch eine besondere Berücksichtigungspflicht – die es in ähnlicher Form auch in anderen Regulierungsgesetzen gibt³³ – macht die Stellungnahme nicht verbindlich.³⁴ Aus der besonderen Berücksichtigungspflicht folgt aber, dass ein Ermessens- oder Beurteilungsfehler jedenfalls dann vorliegt, wenn die Regulierungsbehörde die Stellungnahme der Kommission nicht zur Kenntnis nimmt, sich nicht mit ihr auseinandersetzt und im Fall der Abweichung diese nicht begründet.³⁵
- 18 Bemerkenswert ist die Zertifizierungsfiktion des § 4a Abs. 6 S. 4 EnWG: Wenn die BNetzA nicht binnen der gesetzlich vorgesehenen zwei Monate eine Entscheidung trifft, gilt der betreffende Transportnetzbetreiber vorläufig als zertifiziert, d. h. bis zur (endgültigen) Entscheidung der BNetzA. Die gesetzliche Fiktion gilt also nur temporär, nach Abschluss des Stellungnahmeverfahrens durch die Kommission und ungeachtet der Stellungnahme der Kommission.³⁶ Wenn die BNetzA eine endgültige Entscheidung über die Zertifizierung getroffen hat, endet die Fiktion, ohne dass es eines weiteren (Aufhebungs-)Akts bedarf.
- 19 Die BNetzA gibt die Zertifizierung in ihrem Amtsblatt bekannt. Mit der Bekanntgabe gilt der Transportnetzbetreiber als benannt. Die Benennung wird also gesetzlich fingiert.³⁷ Die BNetzA informiert die Kommission über die Benennung.³⁸ Die Benennung wird im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht.³⁹ Mit der Benennung ist festgestellt, dass der Netzbetreiber gesetztes- und richtlinienkonform organisiert ist.⁴⁰
- 20 Wenn ein unabhängiger Netzbetreiber iSe ISO (oder ITO+) benannt werden soll, ist vorher noch um Zustimmung der Kommission zu ersuchen.⁴¹ Diese hat aber nur einen begrenzten Prüfungsspielraum; sie prüft, ob die bestehenden Regelungen »eindeutig« eine wirksamere Unabhängigkeit

31 Wenn ACER zu einer Stellungnahme aufgefordert wurde.

32 § 4 Abs. 6 S. 2 EnWG.

33 Art. 14, 15 RiL 2002/21/EG, Art. 16 Abs. 3 VO 1093/2010.

34 EuG vom 12.12.2007, Rs. T-109/06, Slg. 2007, I-5151 (Vodafone Espana) Rn. 93; s. a. *Storr*, Rechtsschutz gegen Regulierungsmaßnahmen in der Europäischen Union, in Gramlich/Manger-Nestler, Europäische Regulierungsstrukturen und –netzwerke, 2011, S. 107, 115; ebenso *Ludwigs*, Energierecht, in: Ruffert, Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, 2013, S. 281; a. A. *Däuper*, in: Theobald/Danner, Energierecht, 78. ErgLfg, 2013, B V, Rn. 41.

35 *Storr*, Rechtsschutz gegen Regulierungsmaßnahmen in der Europäischen Union, in: Gramlich/Manger-Nestler, Europäische Regulierungsstrukturen und –netzwerke, 2011, S. 107, 115.

36 Die Regelung geht auf Art. 10 Abs. 5 S. 2 und 3 RiL 2009/72/EG bzw. Art. 10 Abs. 5 S. 2 und 3 RiL 2009/73/EG zurück.

37 *Stamm*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl., 2015, § 4a Rn. 5.

38 § 4a Abs. 7 EnWG.

39 Art. 10 Abs. 2 RiL 2009/72/EG; Art. 10 Abs. 2 RiL 2009/73/EG.

40 *Franke*, in Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl., 2013, S. 101.

41 Art. 13 Abs. 1 S. 2 RiL 2009/72/EG (Art. 3 Abs. 6 VO 714/2009 i. V. m. Art. 9 Abs. 10 RiL 2009/72/EG); Art. 14 Abs. 1 S. 2 RiL 2009/73/EG (Art. 3 Abs. 6 VO 715/2009 i. V. m. Art. 9 Abs. 10 RiL 2009/73/EG).

des Übertragungsnetzbetreibers gewährleisten als die Vorschriften zum Independent Transmission Operator.

Nach Inkrafttreten der Zertifizierungsentscheidung bleibt die Mitwirkungspflicht der Transportnetzbetreiber bestehen, die BNetzA unverzüglich über alle geplanten Transaktionen und Maßnahmen sowie sonstigen Umstände zu unterrichten, die eine Neubewertung der Zertifizierung erforderlich machen könnten (§ 4c EnWG).⁴² 21

D. Rechtsschutz

Die Zertifizierung ist ein besonderes Genehmigungsverfahren. Mit der Zertifizierung ist der Transportnetzbetreiber benannt; die Benennung ist Voraussetzung für den Betrieb des Transportnetzes. Obwohl die Zertifizierung allein noch nicht zum Betrieb des Transportnetzes berechtigt, sondern auch eine Genehmigung nach § 4 EnWG erforderlich ist, ist das Zertifizierungsverfahren in verfahrens- wie materiellrechtlicher Hinsicht so verselbständigt, dass es mit einem Verwaltungsakt abschließt, der selbständig anfechtbar ist.⁴³ Das Verfahren ist in § 4a EnWG besonders geregelt, die Antragstellung spezifisch vorgegeben und dem Transportnetzbetreiber sind besondere Mitwirkungspflichten auferlegt. Die BNetzA ist verpflichtet, »eine Entscheidung zu treffen« (§ 4a Abs. 6 S. 2 EnWG), die das Zertifizierungsverfahren abschließt. Ggf. kommt es zur Zertifizierungsfiktion.⁴⁴ Schließlich ist die Entscheidung über die Zertifizierung im Amtsblatt der BNetzA bekanntzumachen, erst dann ist der Transportnetzbetreiber benannt. Die Benennung wird der Kommission mitgeteilt, die diese im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht. 22

Hingegen erfolgt die Stellungnahme der Kommission nicht in einem verselbständigten Verfahren; das Stellungnahmeverfahren ist Teil eines mehrstufigen Verfahrens und erfolgt in einem besonderen Zwischenverfahren.⁴⁵ Deshalb gibt es für einen Verfahrensbeteiligten keine Möglichkeit, Rechtsschutz gegen die Stellungnahme zu suchen. Die Stellungnahme kann allenfalls inzident in einem Verfahren, in dem die Ablehnung der Zertifizierung oder Auflagen bekämpft wird, geprüft werden.⁴⁶ 23

E. Nach der Zertifizierung

§ 4c S. 1 EnWG bestimmt, dass die Transportnetzbetreiber die Regulierungsbehörde unverzüglich über alle geplanten Transaktionen und Maßnahmen sowie sonstige Umstände zu unterrichten haben, die eine Neubewertung der Zertifizierungsvoraussetzungen erforderlich machen können. Zweck dieser Verpflichtung soll es nach den Vorstellungen des Gesetzgebers sein, eine effiziente Überwachung dadurch zu ermöglichen, indem der bei den Transportnetzbetreibern bestehende Informationsvorsprung zugunsten der Behörde aufgelöst wird. Damit soll gewährleistet werden, »dass die Richtlinie auch in der täglichen Praxis nicht nur ihrem Wortlaut, sondern auch nach Sinn und Zweck, gelebt« werden kann.⁴⁷ Die Einhaltung der gesetzlichen und richtliniengemäßen Entflechtungsverpflichtungen soll also fortschreitend überprüft werden.⁴⁸ 24

⁴² Die Vorschrift setzt die Art. 10 Abs. 3 und Art. 11 Abs. 3 RiL 2009/72/EG bzw. Art. 10 Abs. 3 und Art. 11 Abs. 3 RiL 2009/73/EG um.

⁴³ *Schmidt-Preuß*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Regulierung in der Energiewirtschaft, 2011 (Vorauslage) S. 1413.

⁴⁴ § 4a Abs. 6 S. 3 EnWG.

⁴⁵ *Ludwigs*, Energierecht, in: Ruffert, Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, 2013, S. 281.

⁴⁶ EuG vom 18.2.2003, Rs. T-326/99, Slg. 2003, II-6053 (Olivieri) Rn. 53 und 55 und EuG vom 12.12.2007, Rs. T-109/06, Slg. 2007, I-5151 (Vodafone Espana) Rn. 157 f.

⁴⁷ BR-Drs. 343/11, S. 131.

⁴⁸ *Franke*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl., 2013, S. 101.

- 25 Die Bestimmung ist bußgeldbewehrt. Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig die Regulierungsbehörde nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig unterrichtet.⁴⁹ Die materielle Anforderung an die Informationsverpflichtung ist aber sowohl in zeitlicher als auch in inhaltlicher Hinsicht zu unbestimmt als dass in verfassungsmäßiger Weise Sanktionen damit verbunden werden könnten. Es kann auch durch Auslegung nicht hinreichend genau bestimmt werden, welche »sonstigen Umstände« meldepflichtig sind und wann eine Information »rechtzeitig« sein soll. Die BNetzA selbst lässt in ihrem Hinweispapier zur Antragstellung offen, welche Unterlagen mit dem Antragsverfahren konkret vorzulegen sind.
- 26 §4d EnWG sieht einen Widerrufsvorbehalt für Zertifizierungen vor und erlaubt Erweiterungen. Auflagen können nachträglich angeordnet oder ergänzt werden. Das ist möglich, wenn auf Grund geänderter tatsächlicher Umstände eine Neubewertung der Zertifizierungsvoraussetzungen erforderlich wird. Ferner kann die Regulierungsbehörde dem Transportnetzbetreiber Maßnahmen aufgeben, die erforderlich sind um zu gewährleisten, dass der Transportnetzbetreiber die Entflechtungsanforderungen erfüllt.

49 §95 Abs. 1 Nr. 1b EnWG.